



٣٠١٠٢٠٠٠٠٠٣٢٥٥

٢٠١٠

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول

تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب

فتح العزيز في شرح الوجيز

للإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافي (٥٥٥ - ٦٢٣هـ)

ويبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان وكتاب النذور وأدب القضاء
والشهادات والدعاوى والبيئات والعق والتدبير، والكتابة وعق أمهات الأولاد

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه من
قسم الدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى

إشراف

الأستاذ الدكتور/ محمد بن عبد القادر العروسي

إعداد الطالب/

يحيى حسين مساوي المباركي

المجلد الأول

١٤١٩هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية في صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم (رباعي): **محمد حسين مباركي** كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم: **التشريع**
الأطروحة مقدمة لنيل درجة: **الدكتوراه** في تخصص: **فروع الفقه والأصول تشعبة الفقه**
عنوان الأطروحة: **تحقيق ودراسة القسمة التاسعة من كتاب فتح العزيز في شرح الوهب للإمام أبي القاسم**
الرافعي (٥٥٥-٦٢٢هـ) وبيد ابن النعمان في الكلام من كتاب الأئمة وكتاب المنذور وأب القضاة
والدعاوى والبيئات والأصناف والتدبير والكتابة وعن أمهات الأولاد
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين
وبعد:-
بناء على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه -والتي تمت مناقشتها بتاريخ: ١٤٢٠/٩/١٥
بقيها بعد إجراء التعديلات المطلوبة ، وحيث قد تم عمل اللازم ، فإن اللجنة توصي بإجازتها في صيغتها النهائية
المرفقة للدرجة العلمية المذكورة أعلاه

والله الموفق.....

أعضاء اللجنة

المشرف

الاسم: د/ محمد محمود بن محمد الجاد

التوقيع: محمد محمود بن محمد الجاد

المناقش

الاسم: د/ محمد أحمد الحوي

التوقيع: محمد أحمد الحوي
2020/01/19

المناقش

الاسم: د/ شافعي محمد الربيع

التوقيع: شافعي محمد الربيع

رئيس قسم الدراسات العليا الشرعية

الاسم: د/ عبد الله بن محمد النظيم

التوقيع: عبد الله بن محمد النظيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام الأمان على من لا نبي بعده وعلى آله وأصحابه ومن تبع هداه إلى يوم الدين وبعد:
لأن موضوع البحث هو: تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب فتح العزيم في شرح الوجيز للإمام الرافعي ت/ ٦٢٣ هـ ويبدأ من أول النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان إلى آخر الكتاب.

وقد قسمت العمل في هذا البحث إلى مقدمة ، وقسمين ، قسم للدراسة وقسم للتحقيق.

أما المقدمة فهي معقودة لبيان أهمية البحث وأسباب اختياره.

وأما قسم الدراسة فقد اشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: ترجمة موجزة للإمام الغزالي رحمه الله.

الفصل الثاني: ترجمة موجزة للإمام الرافعي رحمه الله.

الفصل الثالث: معقود لبيان الكتاب المحقق.

أما قسم التحقيق فهو يشتمل على العناوين الآتية إجمالاً:

١ . النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان.

٢ . كتاب الذور.

٣ . كتاب أدب القضاء.

٤ . كتاب الشهادات.

٥ . كتاب الدعوى والبيات.

٦ . كتاب العتق.

٧ . كتاب التدبير.

٨ . كتاب الكتابة.

٩ . كتاب عتق أمهات الأولاد ، وهو آخر الكتاب.

عملي في هذا التحقيق كالاتي:

١ . جمع عدد من النسخ واختيار أربع منها ، ورمزت لها بالحروف (أ ، ب ، ج ، د ، ظ) .

٢ . إخراج النص سليماً قدر المستطاع ، على طريقة النص المختار.

٣ . تنقية النص من الأقواس التي قد تشوش على القارئ وذلك بإعادة الساقط بين قوسين صغيرين في الهامش.

٤ . وثقت الآراء الفقهية التي يشير إليها ، من مصادرها الأصلية.

٥ . عزوت الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ورقم الآية.

وخرجت الأحاديث والآثار مع بيان الحكم عليها من مصادرها الأصلية.

وهناك أعمال أخرى مذكورة في أول البحث.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه.

عميد كلية الشريعة

د. محمد العقلا

المشرف

أ.د. محمد العروسي

د. العزيم

الطالب

بجي حسين الباركي

(أ)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(ب)

الإهداء

إلى والديّ العزيزين
أهدي جهدي هذا ...
أهديه إلى والدي دعاءً وترحمًا ...
وإلى والدي الغالية صلة وبراً ...
راجياً المولى جلّ في علاه أن يمتعني بحياتها، وأن يرزقني برها.
وأهديه إلى من له فضل عليّ في التوجيه والتربية.
﴿ربنا اغفر لي ولوالديّ وللمؤمنين يوم يقوم الحساب﴾

يحيى حسين المبارك

(ج)

شكر خاص للطابع

إن إخراج رسالة علمية بشكلها المطبوع من الناحية الزمنية والشكلية أمرٌ يعود إلى جهود الناسخ من حيث فهم الرسالة وإدراك طبيعة تنظيمها وإخراجها.

وبما أن رسالتي جاءت إلى الناسخ تبعاً فقد احتاجت إلى خبرته، ورسوخ قدمه في طباعة الرسائل العلمية، وتعاونته.

وحيث إنَّ الناسخ قام بهذه المهمة الصعبة وهي طباعة أكثر من ألف وأربعمائة وخمسين صفحة في مدة لا تتجاوز الشهرين خير قيام، مع الإتيان ودقة التأمل، وفارغ الصبر.

أتوجه إليه بهذا الشكر الخاص راجياً الله له التوفيق والسداد.

يحيى حسين المباركى

(د)

المقدمة

وتشتمل على أهمية الموضوع وسبب اختياره، والخطة التي

سرت عليها.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

﴿الحمد لله الذي خلق السموات والأرض وجعل الظلمات والنور، ثم الذين كفروا بربهم يعدلون﴾^(١).

أحمده حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وأستعينه استعانة من لا حول له ولا قوة له إلا به، وأستهديه بهداه الذي لا يضل من أنعم به عليه، واستغفره، وأتوب إليه.

وأشهد إن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله سيد المرسلين، وخاتم النبيين، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً، إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن مما من الله به على هذه الأمة أن بعث فيها رسوله محمداً صلى الله عليه وسلم، وأنزل عليه القرآن الكريم الذي تكفل بحفظه بقوله ﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾^(٢). وأمره بنشره، وعهد إليه ﷺ ببيانه، وشرح معانيه، وتقييد مطلقه، وتفصيل مجمله فقام ﷺ بهذه المهمة خير قيام - فدلنا على كل خير، ونهانا عن كل شر، وتركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك.

وندبنا إلى التفقه في الدين، وتحمل الأمانة، والقيام بها، فقام الصحابة - رضوان الله عليهم - بذلك خير قيام، ثم جاء من بعدهم التابعون وتابعوهم، إلى أن ظهرت الفتن، وكثرت الأحداث، وتجراً الناس على الكذب في دين الله حباً لدينهم، وطمعاً في الرفعة، والجاه، فقيض الله لدينه رجالاً في كل عصر كافحوا دونه، وقاموا

(١) سورة الأنعام، آية ١.

(٢) سورة الحجر، آية (٩).

بأمره^(١). ونشطوا في تجميعه، وتمحيصه، وتدوينه، وتحريره، خدمة لهذا الدين، وتيسيراً لتطبيق شرعه الذي جعله الله مسؤولية عظيمة، وأمانة جسيمة في أعناقهم ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنَهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ﴾^(٢).

فنهضت كل طائفة بمسؤوليتها حيال هذا الدين، واتجهت كل جماعة نحو علم من العلوم بتيسير من المولى جل جلاله. وتوالت جهودهم على مرَّ القرون، وتوسعت هذه الجهود واتجهت كلها نحو خدمة شرع الله، وحصلت نهضة واسعة، وثقافات كثيرة دوت ملايين الكتب، وامتألت الخزانات بها، حتى إن الإنسان المطلع على تلك الكتب ليقف معجباً أمام هذه الثروة الضخمة لفقهاء الإسلام، ويزداد فرحاً، وغبطةً بهذا التراث القيم الضخم رغم ما لاقى من نكبات، وويلات، لحقت بالعالم الإسلامي.

ثم إن الله سبحانه وتعالى حفظ لنا من هذا الميراث جزءاً كبيراً، فكان لا بد من استثماره، وإخراجه، وكشف النقاب عنه، وتقديمه للمكتبات، وطلاب العلم، والباحثين^(٣).

وكانت لدي رغبة شديدة في إخراج بعض هذه المخطوطات، دراسةً وتحقيقاً، فاهتديت بتوفيق الله تعالى وفضله، ثم بمشورة بعض أساتذة قسم الدراسات العليا، وبعض الزملاء. إلى تحقيق كتاب "فتح العزيز شرح الوجيز" وقد قامت هذه الجامعة المباركة. ممثلة في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. وطرحت هذا الكتاب القيم للتحقيق والظهور - ولم يبق منه إلا الجزء التاسع والأخير - فسارعت في طلب المشاركة ونيل الشرف في انتسابي إلى تحقيقه، فتقدمت بطلب المشاركة في تحقيق القسم التاسع منه - حسب توزيع الكلية له.

(١) انظر: اعلام الموقعين ٩/١ و ١٢، ٢١. والمدخل الفقهي العام ١٦٧/١. بتصرف.

(٢) سورة آل عمران، من آية ١٨٧.

(٣) مقدمة الغاية القصوى ٩/١ - ١١.

والذي يبدأ من أول النوع الخامس في الكلام من كتاب الإيمان وكتاب النذور وأدب القضاء والشهادات والدعاوي والبيانات والعتق والتدبير، والكتابة وعتق أمهات الأولاد فتتم الموافقة والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات^١»

سبب اختيار موضوع الدراسة

لقد كان لاختيار هذا الموضوع أسبابه ودواعيه التي يمكن تلخيصها في عدة أمور.

- ١ - قيمة الكتاب العلمية. شكلاً، وموضوعاً. فهو غزير في مادته، حيث يعتبر موسوعةً فقهيةً شاملةً - لم يشرح كتاب الوجيز بمثله، ولا يوجد في بابه من الكتب السابقة ولا المتأخرات نُدُّ له، فعليه اعتماد المفتين، والحكام والدارسين، وفيه دقائق المذهب، وغوامضه. مع حُسن ترتيبه، وتنظيمه، والدقة، والتحري والعمق في مادته، ومصطلحاته، مع تحسين ذلك كله، بسلامة أسلوبه، ووضوح عبارته^(١).
- ٢ - اعتماد المؤلف على مصادر أصيلة في الأصول والفروع واللغة، وغير ذلك، وبخاصة كتب الإمام الشافعي وكتب أصحابه وتلاميذ أصحابه المتقدمين.
- ٣ - مؤلف هذا الكتاب هو: أبو القاسم عبد الكريم الرافعي عمدة الشافعية في عصره، وناشر مذهبهم أصولاً وفروعاً في وقته، فقد كان له الفضل الأكبر في جمع شتات أصول الشافعية، وتقعيدها، وله الفضل أيضاً في تفصيل وتحقيق، وبيان مسائل الفقه الشافعي، ومصطلحاته. وكل من جاء بعده فهم عيال عليه - رحمه الله -.
- ٤ - إن إخراج هذا الكتاب، ونشره، وتقديمه للطلاب والباحثين، لعل فيه مساهمة منّا في القيام ببعض الواجب، وخدمة منّا للعلم، وابتغاء للأجر والثوبة من الله تعالى.

أقول: إن عالماً كالرافعي، وكتابه "... شرح الوجيز" أصبح القيام به والسعي لتحقيقه كي يخرج في ثوبه الجديد ويطبع وينشر، أمراً مهماً.

وبناء على ما قام به الزملاء الباحثون من دراسة وتحقيق. رأيت أن يكون بحثي لنيل درجة الدكتوراة فجاء عنوان البحث "تحقيق القسم التاسع من كتاب - فتح العزيز شرح الوجيز من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان إلى آخر الكتاب.

خطة العمل في هذا التحقيق

إن خطة أي عمل تعني: إعطاء صورة كاملة عنه، تتضح فيها عناصره وخطوطه الرئيسية.

كما أن الخطة تعطي تصوراً شاملاً للموضوع، وتصوره ذهنياً قبل السير فيه. لذلك تطلب مني العمل في هذا التحقيق أن أجعله على مقدمة وقسمين: قسم للدراسة، وقسم للتحقيق.

أما المقدمة: فهي معقودة لبيان أهمية البحث، وسبب اختيار الموضوع وخطة العمل.

أما قسم الدراسة: فقد اشتمل على ثلاثة فصول وهي:

الفصل الأول: وهو معقود لبيان حياة الإمام حجة الإسلام الغزالي: الشخصية والعلمية، وكتابه - الوجيز - وفيه مطلبان.

المطلب الأول: لبيان حياته. وفيه ثمانية مباحث.

المبحث الأول: اسمه، ونسبته ولقبه، وكنيته.

المبحث الثاني: مولده ونشأته.

المبحث الثالث: رحلاته، والعلوم التي طلبها.

المبحث الرابع: صفاته وأخلاقه.

المبحث الخامس: مكانته العلمية وثناء العلماء عليه.

المبحث السادس: أشهر شيوخه وتلاميذه وأقرانه.

المبحث السابع: أشهر مصنفاته.

المبحث الثامن: وفاته.

المطلب الثاني: التعريف - بكتابه "الوجيز" وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: اسم الكتاب ونسبته إليه وأصله.

المبحث الثاني: أهميته.

المبحث الثالث: شروحه ومختصراته.

المبحث الرابع: منهجه ومصطلحاته فيه.

أما الفصل الثاني: فهو معقود لبيان حياة الإمام الرافعي الشخصية والعلمية وفيه تسعة مباحث وهي:

المبحث الأول: اسمه ونسبه، وكنيته ولقبه.

المبحث الثاني: ولادته ونشأته - رحمه الله -.

المبحث الثالث: صفاته وأخلاقه.

المبحث الرابع: رحلاته والعلوم التي طلبها.

المبحث الخامس: مكانته العلمية وثناء العلماء عليه.

المبحث السادس: أشهر شيوخه.

المبحث السابع: أشهر تلاميذه.

المبحث الثامن: مصنفاته.

المبحث التاسع: وفاته.

أما الفصل الثالث: فهو معقود لبيان الكتاب المحقق - فتح العزيز شرح الوجيز - ويشتمل على تسعة مباحث:

المبحث الأول: عنوان الكتاب، ونسبته إلى مؤلفه.

المبحث الثاني: سبب تأليفه.

المبحث الثالث: منهج الإمام الرافعي في الكتاب.

المبحث الرابع: مصادر الكتاب.

المبحث الخامس: أهمية الكتاب ومنزلته العلمية.

المبحث السادس: شروح الكتاب ومختصراته ونحو ذلك.

المبحث السابع: تقويم الكتاب وبعض المآخذ عليه.

المبحث الثامن: في المصطلحات التي وردت فيه.

المبحث التاسع: في وصف النسخ التي اعتمدها.

أما قسم التحقيق:

فقد تناولت فيه تحقيق القسم التاسع من كتاب "فتح العزيز شرح الوجيز". وهو يبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان حتى آخر الكتاب، ويشتمل على العناوين الآتية:

١ - النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان.

٢ - كتاب النذور.

٣ - كتاب أدب القضاء.

٤ - كتاب الشهادات.

٥ - كتاب الدعوى والبيانات.

٦ - كتاب العتق.

٧ - كتاب التدبير.

٨ - كتاب الكتابة.

٩ - كتاب عتق أمهات الأولاد - وهو آخر الكتاب.

اتبع في تحقيق هذا القسم الخطوات الآتية:

١ - من أول يوم سجلت فيه الموضوع شمرت عن ساعد الجد، فجمعت عدداً من المخطوطات، وبعد تصويرها من المكتبات، وجمع بعض المراجع المطبوعة والمخطوطة التي لها علاقة بالقسم المحقق سواء كانت - في المذهب الشافعي أم كانت في المذاهب الأخرى، ولو من بعيد.

٢ - بعد الاطلاع على نسخ المخطوط، وسيرها اخترت منها أربع نسخ، ورمزت لها بالحروف (أ، ب، ز، ظ).

- ٣ - حاولت إخراج النص سليماً بمقارنة النسخ الأربعة (أ، ب، ز، ظ) واختيار النص الصحيح، دون الاعتماد على نسخة معينة متبعاً - منهج النص المختار - والذي يلجأ إليه عند عدم توفر النسخة الأم، مثبتاً لتلك الفوارق في الهامش.
- ٤ - أكتفي من ألفاظ التمجيد والثناء بأحد الصيغ مثل: تعالى - عز وجل، تقدست أسماؤه - تعالى جده - وصلى الله عليه وسلم، رضي الله عنه - رحمه الله - وبالله التوفيق، قدس الله روحه، والله أعلم، حجة الإسلام - عليه السلام - ونحو ذلك ولا انظر إلى الفوارق.
- ٥ - التزمت بكتابة الرسالة حسب قواعد الإملاء الحديث، فكتبت الزكاة بالألف بدلاً عن "الزكوه، الحياة" الحيوة" ونحو ذلك.
- ٦ - اصطلحت في بيان السقط في الهامش على إعادة الساقط بين قوسين صغيرين على الشكل الآتي:
- "الكلام" ليست في "أ"، "ز" أي "الكلمة" أما حين يكون السقط أكثر من ثلاث كلمات فأكتفي بكلمة أو كلمتين من أولها.. وآخرها كالاتي:
- "حلف لا يتكلم ... لا يحنث بالتهليل" ليست في ب. أو نحو ذلك.
- والغرض من ذلك تنقية النص من الأقواس التي قد تشوش على القارئ. وهي طريقة مسلوكة في التحقيق.
- ٧ - وثقت الآراء الفقهية التي يشير إليها، ونسبتها إلى مصادرها وذلك بمراجعة كتب الفقه التي عنيت بآراء ذلك الإمام وإثبات صفحات المراجع في حالة الموافقة، وبيان الرأي الصحيح في حالة المخالفة معزواً إلى مصادره من الكتب المعتمدة إن وقفت عليه، وإن لم استطع الوقوف، وهذا قليل - تركت الإشارة إليه، وصححت النقل - إن كان غير صحيح، حسب جهدي.
- ٨ - عزوت الآيات القرآنية الكريمة، بذكر اسم السورة ورقم الآية مع الإحالة إلى كتب التفسير إن احتاجت إلى تعليق.

- ٩ - أما الأحاديث والآثار فقد خرجتها مع بيان حكمها من مصادرها الأصلية - معتمداً في ذلك على كتاب الحافظ ابن حجر "التلخيص الحبير" ولذلك اعتمدت على متابعتها. فأحياناً: أذكر كلامه على الحديث أو الأثر، ثم أوثقها من المصادر التي عزا إليها مبيناً الكتاب والباب والجزء والصفحة ورقم الحديث إن وجد. ولم أدع من ذلك سوى المصادر التي لم تتوفر بين يدي حينئذ، أو التي لم أقف على الحديث فيها إلا إن ذكر أنه متفق عليه فأكتفي بذلك، أو أسهب في ذكر الطرق، فأكتفي ببعضها، ... ثم أختتم متابعتي له بقولي: انظر: "التلخيص" - أو "تلخيص الحبير" - الجزء والصفحة.
- ١٠ - أضيف في التعليق زيادات الإمام النووي في الروضة، وتبويضات غيره عند الحاجة، متبوعاً بذكر المصادر المعتمدة في المذهب.
- ١١ - ترجمت للأعلام الواردة ترجمة موجزة بذكر اسمه ثم ولادته إن وجد، وبعض مناقبه ثم وفاته ومصادر ترجمته.
- ١٢ - عرِّفتُ بالكتب الواردة في القسم المحقق.
- ١٣ - شرحت الألفاظ الغريبة والمصطلحات الواردة.
- ١٤ - عرفت بالبلدان والأماكن والفرق والطوائف الواردة وتركت المشهور منها.
- ١٥ - جعلت نصَّ الوجيز مع عنوان المسائل باللون الأسود الداكن مع إضافة [الغزالي] في أول المتن بعد قال.
- ١٦ - أضفت لفظة [قال الرافعي] من أول الشرح مباشرة إعلماً ببداية شرحه.
- ١٧ - الإمام الرافعي كثيراً ما يحيل على مسائل لها نظائر قد سبقت أو ستأتي، فإن كان ما أحال عليه موجوداً فيما أحققه أشرت إلى الصفحة وإن لم يكن موجوداً أحياناً أنقله باختصار وأحياناً أشير إلى موضعه مع ذكر المصادر.
- ١٨ - عندما أذكر في الهامش جملة من المصادر أو المراجع، فإنني أعني بذلك مواضع هذه المسألة أو القول أو الوجه.
- وقد اجتهدت ما وسعني فيها حسب الأقدمية في التاريخ لا غير.

- ١٩ - إذا قلت قال الحافظ في التلخيص أي تلخيص الحبير.
- ٢٠ - قمت بوضع فهرس تفصيلية خدمة لما حققته وتسهيلاً على الباحثين وتشتمل:
- فهرس الآيات القرآنية - والأحاديث النبوية - والآثار - والأعلام والمراجع - والموضوعات.

بعض الصعوبات التي واجهتني أثناء البحث وهي

- ١ - إعجام بعض الكلمات في كل النسخ، ومحوها من بعضها.
- ٢ - قلة الكتب المطبوعة التي ينقل عنها الإمام الرافعي وكذلك المخطوطة.
- ٣ - عزوه إلى المذاهب الأخرى وهو لا يعزو إلا إلى كتاب قديم، ككتب أبي حنيفة وصاحبيه والإمام مالك وهذا يتطلب وقتاً كبيراً.
- ٤ - ورود بعض الكلمات باللغة الفارسية.
- وهذا يتطلب مني جهداً في استبيان معاني هذه الألفاظ ممن يعرفون هذه اللغة. وبعد فهذا جُهدُ المقلِّ، فإن أكن وفقت فيه فذلك بفضل الله، وكرمه، وجوده عليّ، وإن كانت الأخرى لا سمح الله - فمني ومن الشيطان وحسي أني اجتهدت "ولكل مجتهد نصيب".

أسأل الله الكريم رب العرش العظيم، أن يتجاوز عن الزلل. ويوفقني لخدمة دينه، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم كما أسأله أن يرحم والدينا ومشائخنا، ومن له الحق علينا، وكل من ساعدنا في إخراج أعمال هذا الكتاب، وأخص منهم، شيخنا الفاضل الأستاذ الدكتور محمد حسني إبراهيم سليم المشرف الأول ثم شيخنا الفاضل الأستاذ الدكتور/ محمد عبد القادر العروسي المشرف الثاني الذي أكمل هذا التحقيق الذي لم يأل جهداً في توجيهي وإرشادي إلى الصواب وتشجيعي بكلماته الحانية حتى خرج هذا العمل في ثوبه الجديد.

وأشكر الشيخين الفاضلين اللذين وكل إليهما مناقشة هذا التحقيق على استجابتهما لذلك، وعلى ما قاما به من توجيه وإرشاد لهذا العمل فجزاهما الله خير الجزاء على ذلك.

كما أشكر جامعة أم القرى ممثلة في كلية الشريعة والقائمين على قسم الدراسات العليا الشرعية، لما بذلوا ويذلون من جهود طيبة خدمة للعلم وأهله، فجزاهم الله خيراً.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.



٢٢٥٥

الفصل الأول: وفيه مطلبان

المطلب الأول: حياة الإمام الغزالي

وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول: اسمه ونسبته وكنيته ولقبه.

أما اسمه: فهو محمد بن محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي الإمام حجة الإسلام^(١).

أما نسبته:

هناك قولان للمحققين في نسبته

الأول: يرى أنه ينسب إلى قرية من قرى "طوس"^(٢) تدعى "غزالة" وعليه فتكون نسبته "الغزالي" بتخفيف الزاي - حتى أن الفيومي في "المصباح" نقل التخفيف وخطأ من شدد^(٣).

القول الثاني: ذهب إلى أن نسبته إلى "الغزالي" بتشديد الزاي نسبة إلى "غزال" وهي نسبة أبيه وجده لأن صنعتهما كانت غزل الصوف فنسب إليها^(٤).

أما كنيته:

فقد أجمع من ترجم له أن كنيته أبو حامد. ولم تكن له كنية غيرها.

(١) انظر: ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٣٢٢/١٩، طبقات الشافعية للسبكي ١٠١/٤، وطبقات

الشافعية للأسنوي ١١١/٢، والبداية والنهاية ١٧٤/١٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٩٣/١، وشذرات الذهب ١٠/٤، والأعلام ٢٢/٧.

(٢) "طوس" مدينة بينها وبين نيسابور عشرة فراسخ تشتمل على بلدين. يقال لإحدهما "الطابران" والأخرى "بوقان" .. وهي ثاني مدينة في خراسان بعد "نيسابور".

انظر: معجم البلدان ٥٠/٤، والمصباح ٣٨٠/١.

(٣) انظر: المصدر نفسه ٤٤٧/٢.

(٤) انظر: مصادر الترجمة مع مفتاح السعادة ٣٠٢/٢.

أما لقبه:

فهو يلقب بحجة الإسلام. لما منحه الله من الذكاء الخارق، والعلم النافع. سخره للدفاع عن الإسلام والمسلمين^(١).

(١) انظر: مصادر الترجمة.

تنبیه: ويحسن التنبیه هنا إلى أن اقتصاري لترجمة الغزالي، والرافعي - رحمهما الله - بنبذة موجزة اكتفاء بعمل الزميل الباحث الأول وهو: د/ حمد بن سليمان الحبلى فقد استفدت من كتابته في ترجمة حجة الإسلام الغزالي - والإمام الرافعي. ورجعت إلى مراجعه، واستفدت من جهده فجزاه الله خيراً.

المبحث الثاني: في مولده ونشأته:

الكتب التي ترجمت للإمام الغزالي بينت أنه ولد سنة (٤٥٠هـ) في مدينة "طوس" التابعة لـ "خراسان"^(١) وأنه نشأ في أسرة متوسطة الحال.

حكى السبكي في "طبقاته" أن أباه كان فقيراً صالحاً، لا يأكل إلا من كسب يده في عمل غزل الصوف، ويطوف على المتفهمة، ويجالسهم، ويجد في الإحسان إليهم والنفقة بما يمكنه، وأنه كان إذا سمع كلامهم بكى، وتضرع وسأل الله أن يرزقه ابناً ويجعله فقيهاً، ويحضر مجالس الوعظ... فاستجاب الله دعوته"^(٢).

ثم إن والده أوصى به وبأخ له قبل موته إلى صديق صالح متصوف أن ينفق عليهما جميع ما خلف من تركة.

وبعد موت الأب الصالح نفذ الوصي تلك الوصية فأنفق عليهما حتى انتهى ما خلفه أبوهما، ثم طلب منهما الإلتحاق بمدرسة هناك ليحصل لهما ما يكفل حاجتهما من المأكل والمشرب والملبس والمبيت. ففعلاً ذلك فكان هو السبب بتوفيق الله في سعادتهما - وكان يقول: "طلبنا العلم لغير الله فأبى إلا أن يكون الله".^(٣)

(١) انظر: المصادر السابقة للترجمة.

(٢) انظر: طبقات الشافعية للسبكي ١٠٢/٤.

(٣) المصدر نفسه

المبحث الثالث: رحلاته لطلب العلم والعلوم التي طلبها.

إن الناظر في كتب التراجم التي ترجمت للإمام الغزالي يلاحظ أنها ذكرت: أنه في صباه قرأ الفقه ببلدة ولادته "طوس" ثم سافر إلى "جُرْجَان" (١) فتعلم بها على يدي بعض علمائها، ثم رجع إلى "طوس" من رحلته وبعد ذلك جلس مشغلاً بالعلم ببلدة مدة تصل إلى ثلاثين سنة حتى حفظ علوماً شتى.

ثم رحل إلى "نيسابور"، وهناك لازم إمام الحرمين وجدَّ واجتهد حتى برع في المذهب والخلاف والجدل والمنطق وغيرها. حتى صار مساعداً للإمام وبعد وفاة الإمام درس بالمدرسة النظامية في بغداد... حتى صار إماماً للعراق.. ثم بعد ذلك سافر إلى مكة ماراً بدمشق الشام ثم بيت المقدس، وبعد أداء الحج والعمرة عاد إلى دمشق ثانية مكث بها عشر سنوات ثم سافر إلى مصر متجولاً في مدنها مدة عاد إلى بلده "طوس" ودرس نظامية نيسابور سنة ثم عاد إلى بيته وجعل جواره مدرسة لطلب العلم حتى مات رحمه الله (٢).

(١) "جُرْجَان" بضم أوله وآخره نون. تقع في الإقليم الخامس. وهي مدينة عظيمة مشهورة بين

"طبرستان" و"خرسان". يدور في إيران.

انظر: معجم البلدان ١١٩/٢.

(٢) انظر: مصادر الترجمة.

المبحث الرابع: صفاته وأخلاقه.

إن الناظر في كتب التراجم التي ترجمت للإمام الغزالي يلاحظ أنهم ذكروا له الشيء الكثير من صفاته العلمية والخلقية، كيف لا وصاحب هذه الصفات هو حجة الإسلام أبو حامد الغزالي صاحب المكانة العالية والشهرة العلمية والفضل الكبير، إذ إن مثل هذه الصفات والأخلاق التي أثبتتها أصحاب التراجم لترسّم لنا صورة، نحن الذين لم نعاصره وتعتبر من مكارم الأخلاق له رحمه الله. وهذه نماذج منها:

ينقل لنا السبكي في طبقاته ما وصله من صفات للغزالي فيقول: "جاء والناس إلى رد فرية الفلاسفة أحوج من الظلماء لمصايح السماء، وأقفر من الجدياء إلى قطرات الماء فلم يزل يناضل عن الدين الحنيفي بحلاوة مقاله، ويحمي حوزة الدين ولا يلطخ بدم المعتدين حد نصاله حتى أصبح الدين وثيق العرى وتكشفت غياهب الشبهات وما كانت إلا حديثاً يفترى هذا مع ورع طوى عليه ضميره، وخلوة لم يتخذ فيها غير الطاعة سميره... ترك الدنيا وراء ظهره وأقبل على الله يعامله في سره وجهره"^(١).

ثم نجده يقول عنه مرة أخرى "فكان أفته أقرانه وإمام أهل زمانه وفارس ميدانه كلمته شهد بها الموافق والمخالف، وأقر بحقها المعادي والمخالف"^(٢).

ويقول عنه الأسنوي "... وظّف أوقاته على وظائف الخير بحيث لا تمضي لحظة منها إلا في طاعة من التلاوة والتدريس، والنظر في الأحاديث... وإدامة الصيام، والتهجّد، ومجالسة أهل القلوب... إلى قوله "قد انفرد في ذلك العصر عن أعلام الزمان كما انفرد في الفصل فلم يترجم فيه معه في الأصل لإنسان"^(٣).

(١) انظر: ١٠٢/٤.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) انظر: طبقات الاسنوي ١١٢/٢.

ويقول عنه ابن قاضي شهبة "أخذ عن الإمام ولازمه حتى صار أنظر أهل زمانه وجلس للإقراء في حياة إمامه وصنف. وبعد وفاة الإمام حضر مجلس نظام الملك فأقبل عليه، وحلّ منه محلاً عظيماً..."^(١).

مما سبق يتضح لنا أن صفاته العلمية والخلقية كثيرة جداً وكفى بقول القائل:

"ماذا يقول الواصفون في وصفه

وصفاته جلت عن الحصر"^(٢)

(١) انظر: طبقات ابن قاضي شهبة ١/٢٩٣.

(٢) انظر: طبقات ابن قاضي شهبة ١/٢٩٣.

المبحث الخامس: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه

لقد أثبتت كتب التراجم وغيرها: أن حجة الإسلام الغزالي يُعدُّ من كبار علماء الشافعية، وأنه فريد عصره وأنه صنف، ونشر ووسع دائرة الفقه الشافعي بالدرس والتأليف.

وأنه طلب العلم في صباه، في حياة أبيه، ثم كرَّس الجهود بعد موت أبيه، حتى حقق بغية أبيه وأنه تنقل في البلاد لطلب العلم ثم عظم اسمه بعد ذلك، فدرَّس بمدرسة بغداد، حتى علا صيته، وأصبح معظماً عند الدولة، وضرب به المثل، وشدت إليه الرحال. يقول السبكي "لم تر العيون مثله لساناً وبياناً ونطقاً وخاطراً وذكاءً وطبعاً، وصار أنظر أهل زمانه وأوحد أقرانه... وصار بعد إمامة خراسان، إمام العراق" (١).

ويقول الذهبي "... وفي الجملة ما رأى الرجل مثل نفسه" (٢).

وفي ختام الحديث عن مكانته العلمية، والمناصب التي تقلدها التي اقتطفت منها الشيء اليسير، أحب أن أختتم هذا المبحث بكلام شيخه إمام الحرمين كما نقله السبكي "... الغزالي بحر مغرق...".

ثم نقل ... "الغزالي لا يعرف فضله إلا من بلغ أو كاد أن يبلغ الكمال في عقله" (٣).

(١) انظر: طبقات الشافعية ١٠٢/٤.

(٢) انظر: سير أعلام النبلاء ٣٢٢/١٩.

(٣) انظر: طبقات الشافعية ١٠٦/٤، ومفتاح السعادة ٣٠٢/٢.

المبحث السادس: في أشهر شيوخه وتلاميذه وأقرانه.

فمن شيوخه: أستاذه بطوس أحمد بن محمد الراذكاني الطوسي^(١)، ثم أستاذه في جرجان أبو القاسم إسماعيل بن مسعدة الإسماعيلي^(٢)، ثم أستاذه بنيسابور إمام الحرمين فأخذ من هؤلاء الفقه وأصوله وغيرهما، أما الحديث فأخذه عن أبي سهل محمد بن أحمد الحفصي المروزي^(٣)، والحاكم أبي الفتح نصر بن علي بن أحمد الحاكمي الطوسي^(٤) وغيرهما، وأما التصوف فشيخه فيه هو الإمام أبو علي الفضل بن محمد علي الفارمذي^(٥).

وأما تلامذته: فمنهم: أبو طاهر الشباك، إبراهيم بن المطهر الجرجاني^(٦)، والقاضي أبو نصر أحمد بن عبد الله بن عبد الرحمن الخمقري البهوني^(٧)، ومحمد بن

-
- (١) هو: أبو حامد، كان ممن قرأ الغزالي عليه، "ورأى كان"، قرية من قرى طوس (هكذا في الأسنوي ٢٨٧/١).
- (٢) الإمام المفتي، الرئيس، ولد سنة ٤٠٧ هـ، كان صدراً، معظماً، واعظاً، بليغاً، سمع أباه وعمه الفضل وغيرهما، وعنه: زاهر الشَّحامي وأخوه وجيه وغيرهما، ومات بجرجان سنة ٤٧٧ هـ. (انظر: سير أعلام النبلاء ٥٦٤/١٨، شذرات الذهب ٣٥٤/٣).
- (٣) الشيخ المسند، راوي صحيح البخاري عن أبي الهيثم الكشميهني، وحدث به بمرو ونيسابور، وكان رجلاً مباركاً من العوام، ومات سنة ٤٦٥ هـ. انظر سير أعلام النبلاء ٢٤٤/١٨، شذرات الذهب ٣٢٥/٣).
- (٤) هو الفقيه المحدث "بالسنن" عن أبي علي الروذباري عن ابن داسة، أُخْضِرَ إلى نيسابور لسمع منه، وروى عنه أبو الأسعد بن القشيري وصخر الطابراني وجماعة. انظر: سير أعلام النبلاء ٥١٩/١٨).
- (٥) هو الإمام شيخ الصوفية، ولد سنة ٤٠٧ هـ، سمع من أبي عبد الله بن باكويه، وأبي منصور عبد القاهر البغدادي وغيرهما، وروى عنه: عبد الغافر بن إسماعيل وأبو الخير جامع السقا وغيرهما، مات سنة ٤٧٧ هـ. انظر سير أعلام النبلاء ٥٦٥/١٨، شذرات الذهب ٣٥٥/٧).
- (٦) حضر دروس إمام الحرمين، وسافر مع الغزالي في رحلاته ثم رجع إلى جرجان ودرس بها وظهر له القبول، وبنيت له مدرسة، وأثنى عليه الإمام الغزالي، ومات شهيداً قتله أحد الباطنية سنة ٥١٣ هـ (طبقات السبكي ٢٠٠/٤).
- (٧) ولد سنة ٤٦٦ هـ وتفقه على الغزالي بطوس، وسمع الحديث من آخرين، وكان إماماً فاضلاً مناظراً ومات سنة ٥٤٤ هـ. طبقات السبكي ٣٨/٦.

عبد الله بن أحمد المعروف بالقاضي أبي بكر العربي المعافري الأشبيلي المالكي^(١)
وغيرهم.

ومن أقرانه المشهورين: إلكيا الهراسي^(٢)، وأحمد بن محمد بن المظفر، الإمام
أبوالمظفر الخوافي^(٣).

-
- (١) هو العلامة الإمام الحافظ. المولود سنة ٤٦٨هـ، سمع من طراد بن محمد الزينبي وأبي عبد الله النعالي وغيرهما وحدث عنه: عبد الخالق بن أحمد اليوسفي، وأحمد بن خلف الأشبيلي القاضي وغيرهما، كان رئيساً محتشماً وافر الأموال، صاحب مصنفات كثيرة ومنها: "عارضه الأحوذى" و"كوكب الحديث والمسلسلات" وغيرهما، ومات سنة ٥٤٣هـ بفاس. انظر: سير أعلام النبلاء ١٩٧/٢٠، شذرات الذهب ١٤١/٤.
- (٢) هو: علي بن محمد بن علي شمس الإسلام أبو الحسن الطبرستاني ولد سنة ٤٥٠هـ، تفقه على إمام الحرمين وكان فصيحاً مليحاً مهيباً نبيلاً، قدم بغداد ودرس بالنظامية، وله مصنفات منها: "شفاء المسترشدين" وغيره ومات سنة ٥٠٤هـ (انظر: شذرات الذهب ٨/٤).
- (٣) تفقه على أبي إبراهيم الضرير، وإمام الحرمين وغيرهما، ودرس وولي القضاء بطوس، وكان ديناً ورعاً ناسكاً، وسمع الحديث من أبي صالح المؤذن وغيره ومات بطوس سنة ٥٠٠هـ. طبقات السبكي ٥٥/٤، شذرات الذهب ٤١٠/٣.

المبحث السابع: في مصنفاته:

صنف - رحمه الله - كتباً كثيرةً في مختلف الفنون وأهم كتاب اعتنى بجمع مؤلفاته هو ما قام به الدكتور عبد الرحمن بدوي في "مؤلفات الغزالي"^(١) حيث ضمنه تفصيلاً بمؤلفاته وما نسب إليه فبلغ (٤٥٠) كتاباً ورسالة، منها ما هو مقطوع به أنها له، ومنها ما يدور الشك فيها أنه له، ومنها ما يرجح أنها ليست له وغيرها من الأقسام التي ذكرها.

وأذكر شيئاً منها: ففي الفقه:

- ١ - البسيط: وهو مختصر لنهاية المطلب لإمام الحرمين في فروع الفقه الشافعي مع تطرقه لمذاهب الأئمة الثلاثة^(٢)، والكتاب مخطوط حسب علمي.
- ٢ - الوسيط: في الفروع أيضاً، وقد لخصه من "البسيط" مع زيادات، وشرحه جماعة من العلماء ذكرهم صاحب كشف الظنون (٢٠٠٨/٢)^(٣) والكتاب مطبوع كاملاً^(٤).
- ٣ - الوجيز: وسيأتي الحديث عنه.
- ٤ - خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر: وهو خلاصة لمختصر المزني وهو أصغر تصانيفه في الفقه ويسمى أيضاً: "عنقود المختصر"^(٥).

وفي الأصول:

ألف "المنحول" وهو أولها وهو مطبوع، و "شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل" مطبوع^(٦)، و "تهذيب الأصول" وهو من المطبوعات في الأصول

(١) مطبوع بعناية المجلس الأعلى لرعاية الفنون بالقاهرة سنة ١٣٨٢هـ.

(٢) انظر: ابن قاضي شهبة ٢٩٣/١، كشف الظنون ٢٤٥/١، الأعلام ٢٢/٧.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) بتحقيق ودراسة الشيخ أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر - في دار السلام للطباعة.

(٥) انظر: السبكي ١١٦/٤، كشف الظنون ١١٧٤/٢، ١٦٣٦، ومفتاح السعادة ٣٠٩/٢.

(٦) حققه الدكتور أحمد الكبيسي، وطبع في سنة ١٣٩٢هـ في بغداد في مطبعة الإرشاد.

كما أشار إليه هو في المستصفى (٣١٨/٢)، و"المستصفى" وهو كتاب متداول ومعروف.

وفي علم الخلاف:

له "مآخذ الخلاف" و"لباب النظر" ألفه بعد سابقه، و"تحصين المآخذ في علم الخلاف نقل عنه السبكي في طبقاته (١١٦/٤). و"المبادئ والغايات" وأشار إليه نفسه في المستصفى (٣/٢).

وله في غير هذه الأقسام الكثير من المؤلفات والرسائل المشهورة كإحياء علوم الدين، وبداية الهداية في التصوف، وإلجام العوام عن علم الكلام، وصنف في المسألة السريجية مصنفين وغيرهما الكثير^(١).

(١) انظر: سير أعلام النبلاء ٣٢٣/١٩، ابن قاضي شهبة ٢٩٣/١، هدية العارفين ٧٩/٦، الأعلام ٢٢/٧.

المبحث الثامن: وفاته:

مات - رحمه الله - في يوم الاثنين الرابع عشر من شهر جمادى الآخرة سنة (٥٠٥هـ)^(١).

وأما عن مكان وفاته، فيظهر من كتب التراجم أنه رحمه الله توفي ببلد إقامته "طُوس".

قال الإسنوي "وكانت وفاته "بطوس" صبيحة يوم الاثنين رابع عشر جمادى الآخرة سنة خمس وخمسمائة، وعمره خمس وخمسون سنة"^(٢)

(١) انظر: مراجع ترجمته.

(٢) طبقات الإسنوي ١١٣/٢ و"طُوس" بلد من أعمال نيسابور على مرحلتين. ذكره في المصباح المنير ٣٨٠/٢.

المطلب الثاني: في التعريف بكتاب الوجيز

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: اسم الكتاب وأصله:

قد ذكره الإمام الغزالي - رحمه الله - في مقدمته فقال: "أما بعد: فيإني متحفك أيها السائل المتلطف، والحريص المتشوف بهذا الوجيز..."^(١) وكذلك ذكره كثير من المترجمين بهذا الأسم ونسبوه إليه^(٢).

أوماً الإمام الغزالي - رحمه الله - في مقدمته بأنه مختصر لـ "الوسيط" حيث قال: "... بعد أن مخضت لك فيه جملة الفقه فاستخرجت زبدته، وتصفحت تفاصيل الشرع فانتقيت صفوته وعمدته، وأوجزت لك المذهب البسيط الطويل" ومن المعلوم أن الوسيط مختصر للبيسط الذي هو أيضاً مختصر لكتاب شيخه إمام الحرمين "نهاية المطلب في رواية المذهب" وهو - أعني النهاية - خلاصة للفقه الشافعي اعتمد فيه إمام الحرمين على كتب الشافعي وكتب أصحابه كمختصر المزني والبويطي وغيرهما، وكتب أصحاب الوجوه مع ما أضاف إليه من زيادات فتح الله عليه بها معتمداً على كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، فعصر الغزالي - رحمه الله - هذه السلسلة الفولاذية وصيها في هذا القالب الوجيز.

المبحث الثاني: أهمية الكتاب

الوجيز أحد الكتب الخمسة التي عليها مدار الفقه الشافعي وهي "مختصر المزني، والمهذب، والتنبيه والوسيط، والوجيز" وسبب كونها أصول مذهب الإمام الشافعي ما قاله الإمام النووي بأن: "هذه الكتب الخمسة مشهورة بين أصحابنا، ويتداولونها أكثر تداول، وهي سائرة في كل الأمصار، مشهورة للخواص والمبتدئين في كل الأقطار"^(٣).

(١) انظر: الوجيز ٣/١.

(٢) انظر: السبكي ١١٦/٤، وابن قاضي شهبة ٢٩٣/١، شذرات الذهب ١٢/٤.

(٣) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٣/١.

وكتابنا الوجيز اعتمد عليه الإمام الرافعي والنووي - عليهما رحمة الله - وهما العمدة في تحقيق المذهب والمرجع الصحيح للفقهاء الشافعي، سواء مباشرة أو غير مباشرة، فكتب الإمام النووي الفقهية خلاصة لكتب الإمام الرافعي، وهي خلاصة لكتب الغزالي، مع التحقيق والتدقيق وبعض الزيادات من بعضهم على بعض.

والوجيز مع ذلك كتاب فقهي مقارن يذكر آراء الأئمة الآخرين مع ترجيحه لكثير من الأقوال والوجوه داخل المذهب، وفيه الفروع الدقيقة والتخریجات العميقة مع تحرير محل النزاع وذكر مبني الخلاف في كثير من الأماكن، وترتيبه بالكتب ثم الأبواب فالفصول والفوائد والتنبيهات ما جعله قمة شكلاً ومضموناً.

المبحث الثالث: شروحه ومختصراته:

سارع كثير من العلماء بخدمة هذا الكتاب فقاموا بشرحه والتعليق عليه أو اختصاره تسهيلاً لحفظه أو إيضاح غريبه، فمن هذه الشروح:

- ١ - شرح الوجيز، للإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي^(١)(٢).
- ٢ - شرح الوجيز، للقاضي سراج الدين أبي الشاء محمود بن أبي بكر الأرموي^(٣)(٤).
- ٣ - شرح الوجيز، لعماد الدين أبي حامد، محمد بن يونس الأربلي^(٥).

(١) العلامة الكبير ذو الفنون، البكري الطبرستاني ولد سنة ٥٤٤هـ واشتغل على أبيه في طلب العلم، مات بهراة يوم عيد الفطر سنة ٦٠٦هـ، سير أعلام النبلاء ٥٠٠/٢١، شذرات الذهب ٢١/٥.

(٢) انظر: إتحاف السادة المتقين بشرح علوم الدين ٤٣/١.

(٣) ولد سنة ٥٩٤هـ وقرأ بالموصل على الكمال بن يونس وولي القضاء بقونية، صاحب التصانيف ومنها: "التحصيل في المحصول" و"لطائف الحكمة" وغيرهما، ومات سنة ٦٨٢هـ. الاسنوي ٨٠/١.

(٤) انظر: إتحاف السادة المتقين ٤٣/١.

(٥) شيخ الشافعية، الموصلية، تفقه بأبيه وبيغداد على أبي المحاسن بن بندار وغيرهما، وكان ورعاً نزهاً شديد الوسواس، ومن تصانيفه: "المحيط" ومات في سنة ٦٠٨هـ، سير أعلام النبلاء ٤٩٨/٢١.

- ٤ - شرح الوجيز، للإمام أبي حامد، محمد بن إبراهيم السهيلي الجاجرمي^(١)، في مجلدين^(٢).
- ٥ - فتح العزيز شرح الوجيز، للإمام أبي القاسم الرافعي، كتابنا هذا.
- ٦ - شرح الوجيز، لتاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن منعة الموصلية^(٣).

ومن مختصراته:

- ١ - التعجيز في مختصر الوجيز، لتاج الدين عبد الرحيم الموصلية، ولهذا المختصر شروح كثيرة^(٤).
- ٢ - الإبريز في تصحيح الوجيز، لسراج الدين، عمر بن محمد الزبيدي، توفي سنة ٨٨٧هـ^(٥).

وفيما صُنِفَ في مشكلاته ونظمه:

- ١ - شرح مشكلات الوجيز والوسيط، لأبي الفتوح، أسعد بن محمود العجلي^(٦).
- ٢ - ونظمه الشيخ الإمام عبد العزيز بن أحمد بن سعيد، المعروف بالديري^(٧).

-
- (١) معين الدين، العلامة، مفتي نيسابور ومصنف "الكفاية"، تخرج به أئمة، ومات في رجب سنة ٦١٠هـ، سير أعلام النبلاء ٦٢/٢٢، شذرات الذهب ٥/٥٦.
- (٢) المراجع السابقة، مع كشف الظنون ١/٢٠٩.
- (٣) أبو القاسم، المعروف بابن يونس الموصلية الشافعية ولد سنة ٥٩٨هـ بالموصل فقيه، محدث، حافظ، أصولي، من تصانيفه: "التعجيز في مختصر الوجيز" و"التنبيه في اختصار التنبيه" وغيرهما، مات سنة ٦٧١هـ، كشف الظنون ١/٤١٨، شذرات الذهب ٥/٣٣٢.
- (٤) المراجع السابقة.
- (٥) انظر: كشف الظنون ٢/٢٠٠٤.
- (٦) الإمام العلامة، مفتي العجم، الفقيه الشافعية، الواعظ، ولد سنة ٥١٥هـ وسمع من فاطمة الجوزدانية وإسماعيل بن محمد بن الفضل وغيرهما، وحدث عنه أبو نزار اليميني وابن خليل وغيرهما، وله تصانيف منها: "تتمة التتمة"، ومات بأصبهان سنة ٦٠٠هـ. سير أعلام النبلاء ٢١/٤٠٢، شذرات الذهب ٤/٣٤٤.
- (٧) نسبة إلى "ديرين" بلدة بغربية مصر، كان عالماً، صالحاً، سريع النظم، نظم "التنبيه" و"سيرة نبوية" وله "تفسير" في مجلدين، مات سنة ٦٩٧هـ. طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢/١٨١، شذرات الذهب ٥/٤٥٠.

ونظمه أيضاً موسى بن علي الرازي^(١).

المبحث الرابع: منهج الغزالي في كتابه الوجيز:

اعتمد الإمام الغزالي في منهجه على الكتاب والسنة والإجماع والقياس، والتوفيق بين العقل والنقل واستنباط الأحكام الفقهية من جميع ذلك، ولقد أوضح عن منهجه في مقدمته^(٢) بعبارة وجيزة سار عليها وامتثل تطبيقها وهي قوله: "وأدجت جميع مسائله بأصولها وفروعها بألفاظ محررة لطيفة، في أوراق معدودة خفيفة، وعبئت فيها الفروع الشوارد، تحت معاهد القواعد، ونبهت فيها بالرموز على الكنوز، واكتفيت عن نقل المذاهب والوجوه البعيدة بنقل الظاهر من مذهب الإمام الشافعي المطليبي - رضي الله عنه - ثم عرفت مذهب مالك وأبي حنيفة والمزني والوجوه البعيدة للأصحاب بالعلامات والرقوم المرسومة بالحمرة فوق الكلمات، فالميم علامة مالك، والحاء علامة أبي حنيفة، والزاي علامة المزني^(٣)، فاستدل بإثبات هذه العلامات فوق الكلمات على مخالفتهم في تلك المسائل، وبالواو بالحمرة فوق الكلمة على وجه أو قول بعيد مخرج للأصحاب وبالنقط بين الكلمتين على الفصل بين المسألتين ... حاوياً لقواعد المذهب مع فروع غريبة خلا عن معظمها المجموعات البسيطة"^(٤).

ولقد شرح مقدمة الوجيز بما فيها منهجه الإمام الرافعي - رحمه الله - في كتابه "التذنيب" وسأشير إلى ذلك عند ذكر هذا الكتاب من مؤلفاته إن شاء الله تعالى.

أما عن مصطلحاته فيه: فقد بنى عليها الإمام الرافعي - رحمه الله - كتابه هذا، وسأذكرها في موضعها منه بشيء من التفصيل هناك إن شاء الله.

(١) انظر: كشف الظنون ٢/٢٠٠٢ - ٢٠٠٤.

(٢) انظر: الوجيز ٣/١، ٤.

(٣) وألحق الألف علامة لأحمد رضي الله عنه.

(٤) انظر: الوجيز ٣/١، ٤.

الفصل الثاني: وفيه مطلبان

المطلب الأول: معقود لبيان حياة الإمام الرافعي

وفيه تسعة مباحث:

المبحث الأول: في اسمه ونسبه وكنيته ولقبه:

أما اسمه: فهو عبد الكريم بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن الرافعي القزويني الشافعي^(١).

أما نسبه: فقد أجمعت كتب التراجم على أن نسبه الرافعي - بفتح الراء وسكون الألف وكسر الفاء والعين المهملة - نسبة إلى "رافعان" بلدة من بلاد "قزوين" قاله النووي رحمه الله تعالى.

وهي النسبة الأولى والمشهور بها^(٢).

أما "القزويني"^(٣) فهي نسبة إلى المدينة التي عاش فيها ولم يشتهر بها.

أما كنيته ولقبه:

فقد أجمعت كتب التراجم على أنه يكنى بأبي القاسم ولم يكنى بكنية غيرها.

وكذا لقبه المشهور "الرافعي" لم يلقب أحد بهذا غيره. رحمه الله تعالى^(٤).

(١) انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٢٢/٢٥٢، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦٤، وطبقات

الشافعية للسبكي ٥/١١٩، والأسنوي ١/٢٨١ و ٢٨٢، وابن قاضي شعبة ٢/٧٥، وهداية العارفين ٥/٦٠٩، ومفتاح السعادة ٢/٣١٩.

(٢) راجع: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦٤، والسبكي ٥/١١٩.

(٣) "قزوين" بفتح أوله وإسكان ثانيه - مدينة مشهورة وهي في الإقليم الرابع تلي الجبل من بلاد

العراق - غزاها المسلمون في خلافة عثمان - لما ولي البراء بن عازب الري سنة ٢٤هـ.

انظر: أخبار قزوين ١/٣٦ و ٥٦، معجم البلدان ٤/٣٤٢.

(٤) انظر: المصادر السابقة.

المبحث الثاني: مولده ونشأته:

ولد الإمام أبو القاسم الرافعي في سنة خمس وخمسين وخمسمائة للهجرة^(١) في "قزوين" كما يظهر لي من الكتب التي ترجمت له.

أما عن نشأته:

فالكتب التي ترجمت له قد بينت^(٢) أنه قد تربى تربية دينية، ونشأ نشأة علمية، فاهتم منذ صغره بطلب العلم كيف لا وأبوه من أكابر علماء "قزوين"، مدرستها في جامعها سمع منه الحديث وهو صغير وتلمذ على يديه، فلا شك أن هذا يعطينا دلالة واضحة على أنه طلب العلم منذ سن مبكرة.

والفضل في ذلك لله، ثم لتلك الأسرة التي نشأ فيها. ولها ما لها من مكانة علمية. وهذا زاد من قيمة هذا الإمام الفطن الذي كان العلم وحلقاته شغله الشاغل منذ نعومة أظافره.

المبحث الثالث: صفاته وأخلاقه.

إن الناظر إلى كتب التراجم التي ترجمت للإمام الرافعي يلاحظ أنها لم تذكر إلا الشيء اليسير من صفاته العلمية والخلقية، وإن كانت هذه الأخبار قليلة على من كان في مكانة الإمام الرافعي، وشهرته العلمية، وفضله.

إلا أن هذه الصفات والأخلاق اليسيرة التي ثبتت له على قلتها ترسم لنا صورة نحن الذين لم نعاصره، وتعتبر من مكارم الأخلاق له - رحمه الله -.

ينقل لنا الإمام الذهبي ما وصله من صفات للرافعي:

فيقول: "هو شيخ الشافعية وعالم العجم والعرب ... الخ. ثم قال "وكان من العلماء العاملين يذكر عنه تعبد ونسك، وأحوال تواضع..."^(٣).

(١) انظر: التدوين ١/٣٢٩ و ٣٣٤. وسير أعلام النبلاء ٢٢/٢٥٢.

(٢) انظر: مصادر الترجمة السابقة.

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٢/٢٥٢.

ويقول النووي "الرافعي من الصالحين المتمكنين، كانت له كرامات ظاهرة"^(١).

مما سبق وغيره يتضح لنا أن صفاته العلمية والخلقية كثيرة جداً، فقد كان على جانب كبير من العلم في أنواع العلوم وأنه ثقة فيما يحدث متصفاً بالعبادة والزهد والورع يزنه العلم ورزانة العقل - رحمه الله رحمة واسعة -.

المبحث الرابع: رحلاته لطلب العلم والعلوم التي طلبها واشتهر بها.

إن الناظر إلى كتب التراجم التي ترجمت للإمام الرافعي: يلاحظ أنه تربى تربية دينية، ونشأ نشأة علمية فاهتم منذ صغره بطلب العلم.

يدل على ذلك ما ^{ذكره} ورد عن نفسه "كان والدي وافر الشفقة على أولاده معتنياً بشأنهم، مبالغاً في ضبطهم ... الخ. ثم قال "وقد علقَ بحفظي في الصبا كثير مما يورده ويستعمله والدي واستيعابه مما يطول ذكره... وربما أحضرنا - الوالد - في الليالي الطويلة فنقرأ معه دوراً"^(٢) وقال في موضع آخر "سمعت من أبي حضوراً في الثالثة سنة ٥٥٨هـ"^(٣).

ومن ذلك وغيره يتضح لنا أن الإمام الرافعي لم يرحل خارج بلده لطلب العلم، كما هي عادة العلماء من سلفنا الصالح ولعل السبب في ذلك هو أن بلده كانت تجمع عدداً من العلماء على رأسهم والده - رحمه الله - فوجد مطلبه في العلم وإن كان قد رحل إلى - بغداد - وسمع بها وأخذ من كبار شيوخها، وكذلك دخل "همدان"، وسمع من كبار شيوخها وكذا رحل إلى الحجاز وسمع منه البعض^(٤).

أما عن طلبه للعلم والعلوم التي اشتهر بها

-
- (١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦٤. وانظر: طبقات السبكي ١١٩/٥، وطبقات الاستنوي ٢٨١/١، والبدر المنير ١/٤٧٥، وشذرات الذهب ١٠٩/٥.
- (٢) انظر: التدوين ١/٣٨٠، ٤٠٤، ٤٠٧.
- (٣) انظر: التدوين ٢/١٦١، وسير أعلام النبلاء ٢/٢٠٥.
- (٤) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٤، وكشف الظنون ١/٢٠٥.

فكما قلنا: بأنه نشأ في بيت علم، وبلدة "قزوين" من بلاد العراق ملتقى العلم والعلماء في ذلك الزمان.

وأنه دخل - بغداد - "وهمذان" وسمع من بعض شيوخها وأنه طلب العلم في صباه، ولم يتجاوز الثالثة ثم واصل تعليمه، ولم يقتصر على فن من فنون العلم بل تعلم علوماً متنوعة، وكتابه "فتح العزيز..." دليل على ذلك، وأنه كان "متضلعاً من علوم الشريعة، تفسيراً وحديثاً وأصولاً، مترفعاً على أبناء جنسه في زمانه، نقلاً، وبحثاً وإرشاداً، وتحصيلاً، وأما الفقه فهو عمدة المحققين، وأستاذ المصنفين..."^(١).

وإن دلّ هذا على شيء فإنما يدل على اهتمامه بالعلم، وتدوينه، ونشره وأنه عمدة المفتين في زمانه - رحمه الله -.

المبحث الخامس: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه:

لقد أثبتت كتب التراجم وغيرها: أن الإمام الرافعي يعدُّ فريده عصره في علوم الشريعة، تفسيراً، وحديثاً، أصولها وفروعها، وأنه مجتهد زمانه في مذهب الشافعي وعمدة المحققين في التفسير، والفقه.

قال النووي: متبحر بالمذهب وعلوم كثيرة^(٢).

وقال السبكي: "كان متضلعاً من علوم الشريعة ... الخ.

ثم قال "مترفعاً على أبناء جنسه في زمانه نقلاً وإرشاداً وتحصيلاً، وأما الفقه فهو عمدة المحققين، وأستاذ المصنفين كأنما كان الفقه ميتاً فأحياه، وأنشره، الخ ثم قال "ينقل فيها أقوالاً ويخرج أوجهها..."^(٣).

ويقول ابن قاضي شهبه "إليه يرجع عامة الفقهاء من أصحابنا في هذه الأعصار في غالب الأقاليم والأمصار، ولقد برز فيه على كثير ممن تقدمه، وحاز

(١) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥، والأسنوي ٢٨١/١.

(٢) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢.

(٣) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

قصب السبق فلا يُدرك شأوه إلا من وضع يديه حيث وضع قدمه" (١).

أما عن ثناء العلماء عليه: رحمه الله:

إن الذي ذكرناه عن مكانة الإمام الرافعي غيظ من فيض، وإلا فله عدة مشاهد تدل على رجاحة عقله وقوة حفظه، وسرعة بديهته، وأنه فريد عصره، في العلوم الدينية، أصولها وفروعها - ومجتهد زمانه في مذهب الشافعي - رضي الله عنه -.

وفيما يلي أقوال بعض العلماء في المكانة التي وصل إليها وثنائهم عليه رحمه الله.

ابن الصلاح يقول: "أظن أنني لم أر في بلاد العجم مثله" (٢).

قال السبكي: "لاشك في ذلك" (٣).

ويقول الذهبي: "كان من العلماء العاملين، يذكر عنه تعبدٌ ونسكٌ وأحوال، تواضع. انتهت إليه معرفة المذهب" (٤).

وقال ابن الملقن: "وبهذه الكتب الثلاثة "شرح المسند"، و"الأمالي"، و"التهذيب" يعرف محل الإمام أبي القاسم الرافعي، من معرفة هذا العلم... المعرفة التامة... وقال أيضاً: "أنتهت إليه رئاسة مذهب الشافعي، ومعرفته بدقائقه في سائر البلاد" (٥).

ولعل في أقوال العلماء السابقة ما يدل بوضوح على المكانة المرموقة التي وصل إليها الإمام الرافعي في المذهب الشافعي.

(١) انظر: طبقات ابن قاضي شهبة ٧٥/٢.

(٢) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢.

(٣) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٤) انظر: سير اعلام النبلاء ٢٥٣/٢٢.

(٥) انظر: البدر المنير ٤٧٠/١.

وفي ختام الحديث عن مكانته العلمية وثناء العلماء عليه التي اقتطفت منها
الشيء اليسير أحب أن أختتم هذا البحث بأبيات شعرية حسنة له، منوّهة بعلمه
ومعرفته بالشعر فنجده يقول في أبيات منها:
أقيما على باب الرحيم أقيما

ولا تنيا في ذكره فتهيما

وللنفحات الطيبات تعرضا

لعلكما تستنشقان نسيمًا

هو الرب من يقرع على الصدق بابه

يجده رؤوفاً بالعباد رحيماً^(١)

وله في "الأمالي"

إن كنت في اليسر فاحمد من حباك به

فليس حقاً قضى لكنه الجود

أو كنت في العسر فأحمده كذلك إذ

ما فوق ذلك مصروف ومردود

وكيف ما دارت الأيام مُقبلةً

وغير مُقبلةٍ فالحمد محمود^(٢)

(١) انظر: الأبيات في طبقات الأسنوي ٢٨٢/١، والبدر المنير ٤٧٥/١، وشذرات الذهب

١٠٩/٥.

(٢) انظر: طبقات السبكي ١٢٢/٥، والبدر المنير ٤٧٤/١.

المبحث السادس: أشهر شيوخه:

أجمعت كتب التراجم أن الإمام الرافعي نشأ نشأة علمية منذ صغره، وأنه عاش ببلدة "قزوين" من بلاد العراق. بلاد العلم وملتقى العلماء في ذلك الزمان، وأنه قد عاش ملازماً لأبيه ملازمة شديدة حتى قال بعض من ترجم له "لا أعلم أحداً تفقه عليه غيره"^(١).

وهنا نذكر أشهر شيوخه - مع ترجمة موجزة لهم. لأننا لو أردنا التفصيل في بيان حال شيوخه لاحتاج ذلك إلى بسط وتفصيل - خاصة وأن الكثير منهم ممن عمت شهرتهم في الآفاق وهامهم. مرتبون حسب تاريخ الوفيات.

- ١ - شهرادار بن شيرويه بن فناخسروا - العالم، المحدث أبو منصور - كان حافظاً عارفاً بالحديث، وكان من شيوخ الرافعي، توفي سنة ٥٥٨هـ^(٢).
- ٢ - طاهر بن محمد بن الحافظ محمد بن طاهر الشيباني الهمداني. أبو زرعة، ولد بالري سنة ٤٨٠هـ، الصدوق - كان من شيوخ الرافعي وذلك بالإجازة الخاصة^(٣) - مات سنة ٥٦٢هـ رحمه الله^(٤).
- ٣ - محمد بن عبد الباقي بن أحمد بن سليمان البغدادي البطي أبو الفتح العالم الصدوق، ولد سنة ٤٧٧. كان من شيوخ الرافعي حيث سمع منه ببغداد مات سنة ٥٦٤هـ رحمه الله^(٥).
- ٤ - أحمد بن حسنويه بن حاجي الزيري، أبو سليمان. ولد سنة ٤٨٠هـ، إمام نسيب، فقيه، كان من شيوخ الرافعي حيث سمع منه الحديث، توفي سنة ٥٦٤هـ^(٦).

(١) انظر: البدر المنير ٤٦٢/١، وطبقات ابن قاضي شهبة ٩٥/٢.

(٢) انظر: ترجمته: سير أعلام النبلاء ٣٧٥/٢٠، وشذرات الذهب ١٨٢/٤.

(٣) انظر: طبقات الشافعية للسبكي ١٢٠/٥.

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ٥٠٣/٢٠ و ٥٠٤.

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء ٤٨١/٢٠.

(٦) انظر: التدوين ١٦٠/٢ - ١٦٣، وطبقات السبكي ١٢٠/٥.

- ٥ - حامد بن محمود بن علي الماوراء النهر أبو نصر، الخطيب، إمام متقن، صنف علوماً شتى، كان من شيوخ الرافعي حيث سمع منه الحديث^(١)، مات سنة ٥٦٦هـ^(٢).
- ٦ - يحيى بن ثابت البقال الوكيل، أبو القاسم الشيخ الجليل الدينوري الأصل، البغدادي، سمع عن جماعة وحدث عن جماعة كان من شيوخ الرافعي^(٣). توفي سنة ٥٦٦هـ^(٤).
- ٧ - الحسن بن أحمد بن الحسن الهمذاني العطار أبو العلاء الإمام الحافظ، العلامة شيخ الإسلام ولد سنة ٤٨٨هـ، كان حسن السيرة، له عدة مصنفات منها "زاد المسافر" وغيره كان من شيوخ الرافعي^(٥) مات سنة ٥٦٩هـ^(٦).
- ٨ - محمد بن أبي طالب الضرير، أبوبكر القزويني، شيخ ماهر في القرآن، عالم بالقراءات، سمع من خلق وكان من شيوخ الرافعي^(٧) مات سنة ٥٧٤هـ^(٨).
- ٩ - والد الرافعي وهو: محمد بن عبد الكريم الرافعي، أبو الفضل كان حسن السيرة، جاداً في العلم والعبادة عفيفاً، لا يأكل إلا طيباً، ولد بقزوين سنة ٥١٣هـ وتفقه على مشائخها وسافر في طلب العلم إلى الري وبغداد ونيسابور وغيرها. كان من أكابر شيوخ الرافعي. توفي سنة ٥٨٠هـ^(٩).

-
- (١) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.
- (٢) انظر: ترجمة التدوين ٤٦٧/٢.
- (٣) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.
- (٤) انظر: سير أعلام النبلاء ٥٠٥/٢٠، وشذرات الذهب ٢١٨/٤.
- (٥) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.
- (٦) انظر: سير أعلام النبلاء ٤٠/٢١.
- (٧) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.
- (٨) انظر: التدوين ٣٠٦/١ و ٣٠٧.
- (٩) انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٩٧/٢١، والتدوين ٣٢٩/١ و ٤٢٢، وطبقات الاسنوي ٢٨٠/١.

١٠ - ورجب بن مذكور بن أرنب، الشيخ الأمي الأزجي - شيخ صحيح السماع عالي الرواية، سمع منه جماعة. كان شيخاً للرافعي مات سنة ٥٨٩هـ^(١).

١١ - عبد الله بن أبي الفتوح بن عمران الفقيه، أبو حامد أحد أئمة قزوين، كان من شركاء الرافعي ببغداد ونيسابور. تفقه عليه جماعة منهم الإمام الرافعي، توفي سنة ٥٨٥هـ^(٢).

١٢ - علي بن عبيد الله الحسن أبو الحسن الرازي الحافظ شيخ ريان ولد سنة ٥٠٥هـ، من علماء الحديث سمعاً وضبطاً وحفظاً وجمعاً، كان من شيوخ الإمام الرافعي، توفي سنة (٥٨٥هـ)^(٣) رحمه الله.

١٣ - أحمد بن إسماعيل بن يوسف الطالقاني القزويني الشافعي أبو الخير، ولد بقزوين سنة ٥١٢هـ وتفقه بها على يدي مشائخها، كان إماماً في المذهب والأصول - وغيرهما. مات سنة ٥٩٠هـ^(٤) رحمه الله.

وعند هذا الحد من شيوخ الإمام الرافعي نقف. وإلا فهناك عدد من شيوخه لم نعثر لهم على ترجمة. ولعل السبب هو أن الإمام الرافعي كان محدثاً ومفسراً، فأخذ علمه عنهم. فلم نجد لهم ترجمة عند أهل التراجم من الشافعية وغيرهم فعليه اكتفينا بما ذكر أعلاه.

ومن أراد الاطلاع على أسمائهم فليُنظر إلى رسالة الزميل الفاضل د/ حمد الحبلين ٤١/١ و ٤٢ فجزاه الله خيراً.

(١) انظر: سير أعلام النبلاء ٢١/٢٢٩.

(٢) انظر ترجمته: التدوين ٣/٢٣٣ و ٢٣٤، وطبقات السبكي ٥/١٢٠.

(٣) انظر ترجمته: التدوين ٣/٣٧٢ - ٣٧٨.

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ٢١/١٩٠، والبدر المنير ١/٤٨٨ و ٤٨٩.

المبحث السابع: أشهر تلاميذه.

إن الناظر في كتب التراجم التي ترجمت للإمام الرافعي يلاحظ أنه قد حُظِيَ بعدد من التلاميذ الأجلاء بعضهم في الفقه وبعضهم في الأصول وبعضهم في الحديث. والذي يمكن أن يقال: هو أن التعرف على كل تلاميذه الذين تلقوا العلم على يديه، وحصرهم يعتبر أمراً صعباً وعسيراً، فعالم كبير، كالإمام الرافعي يصعب أن يحصر تلاميذه، ونحن مع هذه الدراسة المختصرة نقتصر على ما ذكره السبكي في طبقاته حيث قال "روى عنه الحافظ عبد العظيم المنذري وغيره"^(١). كولده عز الدين محمد عبد الكريم وابن أخته، أبو الثناء محمود بن أبي سعيد القزويني الطاووسي، وأبو الفتح عبد الهادي بن عبد الكريم القتيبي، وقاضي القضاة عماد الدين عبد الرحمن السكري وغيرهم^(٢).

المبحث الثامن: مصنفات الإمام الرافعي:

يتضح من كلام جمهرة الذين ترجموا للإمام الرافعي أن له مصنفات عديدة في علم التفسير، والحديث، والأصول، والفقه - بل أنه صنّف رحمه الله في العقيدة إذاً فالإمام الرافعي لم يقتصر على فنٍ خاص من فنون العلم والمعرفة، بل تناول علوماً متنوعة.

وهنا أذكر أسماء هذه المصنفات مشيراً بالهامش إلى المراجع التي وجدت فيها وهي:

١ - "فتح العزيز شرح الوجيز"، أو "الشرح الكبير"^(٣) وهو موضوع التحقيق

(١) هو: عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله المنذري الحافظ أبو محمد شيخ الإسلام المحقق، الشامي الأصل، عالي الرواية، سمع من الرافعي بالموسم بالمدينة - توفي رحمه الله سنة ٦٥٦هـ.

انظر ترجمته: سير أعلام النبلاء ٣١٩/٢٣، وطبقات ابن قاضي شهبة ١٤٠/٢.

(٢) انظر المراجع السابقة والبدر المنير ٤٥٦/١.

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٥٣/٢٢، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢، وطبقات الشافعية للسبكي ١٢٠/٥، والاسنوي ٢٨١/١، وابن قاضي شهبة ٧٥/٢.

- وسياتي الكلام عنه.
- ٢ - "الشرح الصغير"^(١) وهو شرح للوجيز، أصغر من "الشرح الكبير" وصنّفه بعده، وهو أوجز منه.
- ٣ - "المحرر"^(٢): وهو في الفروع، متن معتبر عند الشافعية، اختصره الإمام النووي في "منهاج الطالبين" يقوم بتحقيقه الطالب محمد عبد الرحيم سلطان العلماء بجامعة أم القرى.
- ٤ - "المحمود": وهو كتاب في الفقه - في غاية البسط، وأنه وصل فيه إلى أواسط الصلاة في ثمان مجلدات^(٣).
- ٥ - "شرح مسند الشافعي" ابتدأ به في رجب سنة ٦١٢هـ وأسمعه سنة ٦١٩هـ^(٤) وهو مخطوط وله صورة على شريط تصويري في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى.
- ٦ - "الأمالي الشارحة على مفردات الفاتحة" وهو ثلاثون مجلداً أملاها أحاديث بأسانيده عن أشياخه على سورة الفاتحة^(٥).
- ٧ - "التذنيب" في الفروع مجلد من فوائد ومعلقات الوجيز^(٦).
- ٨ - "كتاب التدوين في ذكر أهل قزوين" وهو في فضائل قزوين وخصائصها وهو مطبوع في مجلدات أربعة - مطبوع بالهند بالمطبعة العزيزية (١٤٠٤هـ).

(١) انظر: البدر المنير ٤٦٨/١، وهداية العارفين ٦١٠/٥.

(٢) انظر: فهرس مخطوطات دار الكتب الظاهرية. فقه شافعي ص ٢٥٣ رقم "٣٤٧/٢٢٨٢" فقه شافعي. وطبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٣) انظر: المصدر السابق، ومفتاح السعادة ٣٥٤/٢.

(٤) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥، وكشف الظنون ١٦٨٣/٢، مفتاح السعادة ٣٢٠/٢.

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٥٣/٢٢، وطبقات السبكي ١٢٠/٥، وكشف الظنون ١٦٤/١، وهداية العارفين ٦٠١/٥.

(٦) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥، وكشف الظنون ٣٩٤/١، ومفتاح السعادة ٣٢٠/٢.

- ٩ - "الإيجاز في أخطار الحجاز" وهي أوراق يسيرة فيها المباحث والفوائد التي خطرت له في سفره إلى الحج^(١).
- ١٠ - "القول الفصل في فضل أبي الفضل" وهو في ترجمة والده وشيخه في جزء من كتاب "التدوين"^(٢).
- ١١ - "أربعون حديثاً مروية" ذكرها الذهبي في سير أعلام النبلاء^(٣). والله أعلم.

المبحث التاسع: في وفاته:

- لا خلاف بين أصحاب التراجم والطبقات والمؤرخين على أن وفاته في مسقط رأسه وهي "قزوين".
- وتكاد أن تجمع على السنة التي توفي فيها واختلفوا اختلافاً بسيطاً هل توفي في آخرها أو أولها.
- فالذي أثبتوه أن مكان وفاته هو "قزوين" سنة (٦٢٣هـ)^(٤) وعمره نحو ست وستين سنة، ودفن "بقزوين" رحمه الله رحمة واسعة وجميع المسلمين.

(١) انظر: التدوين ٣/١، وكشف الظنون ٢٠٥/١، وطبقات السبكي ١٢٠/٥، ومفتاح السعادة ٣٢٠/٢.

(٢) انظر: التدوين ٣٢٨/٣١ - ٤٢٢.

(٣) انظر: ٢٥٣/٢٢، والتدوين ٣٧٦/٣.

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٥٤/٢٢، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢، وطبقات السبكي ١٢٢/٥، والأسنوي ٢٨٢/١، وابن قاضي شعبة ٧٦/٢، وشذرات الذهب ١٠٩/٥.

الفصل الثالث

ويشتمل على المباحث الآتية:

المبحث الأول: اسم الكتاب، ونسبته إلى مؤلفه.

المبحث الثاني: سبب تأليفه.

المبحث الثالث: منهجه في الكتاب.

المبحث الرابع: مصادر الكتاب.

المبحث الخامس: أهمية ومنزلة الكتاب العلمية.

المبحث السادس: شروح ومختصرات وتخريج أحاديث كتاب الرافعي.

المبحث السابع: المصطلحات الفقهية في الكتاب.

المبحث الثامن: تقويم الكتاب.

المبحث التاسع: في نسخ الكتاب.

المبحث الأول: اسم الكتاب، ونسبته إلى مؤلفه.

إن الناظر في جميع النسخ المخطوطة، وكذلك أغلب من ترجم للإمام الرافعي يتضح له أن اسم الكتاب "العزیز شرح الوجیز"^(١).

وهذا هو الذي نص عليه الرافعي في مقدمته حيث قال: "ولقبته بالعزیز في شرح الوجیز"^(٢).

ولكن تورّع بعض أهل العلم عن إطلاق لفظ العزیز مجرداً على غير كتاب الله. فقال: "الفتح العزیز في شرح الوجیز" أو "فتح العزیز في شرح الوجیز" أو "شرح الوجیز"^(٣).

قال السبكي: "وقد تورّع بعضهم ... فقال: العزیز في شرح الوجیز" ثم قال في موضع آخر "وكفاه بالفتح العزیز شرقاً"^(٤). وقال ابن الملقن "... الفتح العزیز في شرح الوجیز"^(٥).

كل ما سبق يدلنا دلالة واضحة أن الكتاب قد اشتهر بـ "فتح العزیز شرح الوجیز" وبهذه التسمية عُرف.

أما سبب تسميته: هو ما قاله بنفسه رحمه الله في مقدمة الكتاب: "وهو عزیز على المتخلّفين بمعنى، وعن المبرّزين المنصفين بمعنى"^(٦).

أما عن نسبته إلى مؤلفه: إن الكتب التي ترجمت للإمام الرافعي لم تختلف عن نسبة هذا الكتاب لمؤلفه.

(١) العزیز ٧٥/١، وانظر: طبقات ابن قاضي ٧٥/٢.

(٢) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٢/٢٥٣، والبدر المنير ١/٣٠٩، وكشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

(٣) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦٤، والروضة ١/٥، وطبقات الاسنوي ١/٢٨١.

(٤) انظر: طبقاته ٥/١١٩.

(٥) البدر المنير ١/٣٠٩.

(٦) العزیز ٣/١.

وكذلك الذين ينقلون عنه أو يعزون إليه.

بل إن البعض كانوا يذكرونه بـ "صاحب فتح العزيز" أو "صاحب الشرح الكبير"^(١) لشهرته.

المبحث الثاني: سبب تأليفه

أما عن سبب تأليفه. فقد نصَّ عليه في مقدمته حيث قال: "... إن المبتدئين بتحصيل المذهب من أبناء الزمان قد تولعوا بكتاب الوجيز للإمام حجة الإسلام أبي حامد الغزالي - قدس الله روحه - وهو كتاب غزير الفوائد، جم العوائد، وله القدر المعلي، والحظ الأوفى من استيفاء أقسام الحسن و الكمال، واستحقاق صرف الهمة إليه، والاعتناء بالإكباب عليه، والإقبال، والاختصاص، وإنه بصعوبة اللفظ، ودقة المعنى، لما فيه من حسن النظم، وصغر الحجم، وإنه من هذا الوجه محججٌ إلى أحد أمرين:

إما مراجعة غيره من الكتب، وإما شرح يذلل صعابه.

ومعلوم أن المراجعة لا تتأتى لكل أحد، وفي كل وقت، وأنها لاتقوم مقام الشرح المغني لإيضاح الكتاب فدعاني ذلك إلى عمل شرح يوضح فقه مسائله فيوجهها، ويكشف عما انغلق من الألفاظ، ورق من المعاني، ليغتنمه الشارعون في ذلك الكتاب المخصصون بالطبع السليم ويعينهم على بُغيتهم، ويتنبه الذين غيره أولى منه لما ذهب عليهم من فقه الكتاب، ودقائقه، واستصعابه عليهم فينكشف لهم أنهم حرموا شيئاً كثيراً".

المبحث الثالث: منهجه في الكتاب

معرفة المنهج لأي مؤلف ضرورة حتمية لكل قارئ إذ تعطيه تصوراً كاملاً عن المؤلف، ومقدار الفائدة المرجوة منه:

(١) انظر: المصادر السابقة لترجمته، ولاسم الكتاب.

وقد بين الإمام الرافعي منهجه في المقدمة التي سبقت في سبب تأليفه لهذا الكتاب، والهدف منه، وأشار إلى شيء من ذلك حيث نجده يقول "فدعاني ذلك إلى شرح يوضح فقه مسائله، فيوجهها ويكشف عما انغلق من الألفاظ، ودق المعاني... الخ.

ومن خلال دراسة القسم المحقق يمكن تلخيص منهج الإمام الرافعي بالخطوات الآتية.

أولاً: اعتمد في ترتيب كتابه على كتاب "الوجيز" في أبوابه وفصوله، ومسائله.

ثانياً: يورد كلام الغزالي - بنصه، مبتدئاً قبل إيراد بقال" أو "قال حجة الإسلام".

ثالثاً: بعد إيراد نص "الوجيز" إن كان الباب أو الفصل أو المسألة يحتاج إلى تمهيد، أو مقدمة أو تعليق، أو تعريف. لغوي وشرعي أو أدلة أتى بذلك، ثم يشرع فيما بعدها معنوناً أحياناً بفصل أو فصول أو مسائل، أو صور، أو أحوال، وهلمَّ جرى.

رابعاً: يحرص على تبين الغامض من المسائل - ويترك الواضح كما ذكر ذلك في مقدمته، وإذا تكرر ذكر المسألة نبّه عليها، وقد يبين سبب ورودها. أو أحوال على الموضوع السابق.

خامساً: وقد ينقد على الغزالي، ويعترض عليه ويصحح مدعماً ذلك بالدليل والتعليل.

سادساً: إذا كانت المسألة محل خلاف، فإن ذكر الغزالي خلاف الأئمة برموزه أشار إليه في آخر المسألة. بقوله "ليعلم قوله... بالحاء أو الميم ونحو ذلك".

وإن لم يذكرها الغزالي - نبّه على ذلك الخلاف، فيذكر أقوال الشافعي فيها، ثم ينقل ما في المذهب من وجوه أو طرق، ويختار الصحيح، وأحياناً يذكر دليلاً للمخالف.

سابعاً: قد يخرج على القول أو يفرع على القولين أو أحدهما ثم يذكر الطرق والآراء فيها، ومن قال بها من الأصحاب وغيرهم. مع التعليل إن احتاج ذلك.

ثامناً: الإمام الرافعي شديد الاحتراز في الأقوال فلا ينقل كلاماً عن أحد إلا إذا رآه، فإن لم يقف عبّر بقوله: وعن فلان كذا.

تاسعاً: طريقته في الأدلة: أكثر ما يستدل به من المعقول، واستدلاله بالكتاب قليل ولا يأتي بذلك إلا عند بداية كتاب - "ككتاب الشهادات"، أما السنة والآثار، فعند استدلاله بها يذكر الحديث أو الأثر بنصه، أو يستشهد ببعضه، وقد يكون بمعناه بدون ذكر لراوي الحديث أو الحكم عليه بشيء.

عاشراً: طريقته في الترجيح: فهي غاية في الأدب وأساليبه توحى بذلك حيث يقول "الأصح" أو "الأصح عند الأكثرين" أو "الأصح ما قاله فلان" ونحوها، وإذا مال للترجيح قال "وهذا أقرب" أو "الأحسن" أو "الأشبه" ونحو ذلك.

الحادي عشر: قد يفسر بعض العبارات الغريبة ويترك غيرها، لأنه منصب همته على إبراز الأحكام وتفريعاتها.

يأتي في آخر كل كتاب بفروع كثيرة ينقلها من كتاب "الأم والإملاء". أو من كتب أصحاب الوجوه كأن يقول "هذه فروع عن الأم" وهذه فروع "عن الاصطخري" أو "أبوسعده الهروي" أو "ابن الحداد" أو "الشيخ أبو علي" أو قال القفال في فتاويه "أو القاضي حسين" ونحو ذلك.

في آخر الفصل يجمع رموز الغزالي، فقد يصوبها أحياناً، وقد يخطئها، أو يفصل، أو يزيد، ويبين وجه المخالفة ويزيد أحياناً حرف الألف إشارة إلى مخالفة الإمام أحمد حيث سكت عنه.

المبحث الرابع: مصادر الكتاب

من المعلوم أن الإمام الرافعي قد سبقه عدد من الفقهاء النوابغ، وكان لبعضهم آثار علمية بارزة ومن العادة أن الخلف يتلمذ على تراث السلف ويستفيد اللاحق من أعمال السابق.

وعلى هذا استفاد الإمام الرافعي في كتابه "العزير في شرح الوجيز" من مصادر

متنوعة.

ومن هذه المصادر

أولاً: كتب الإمام الشافعي. كالرسالة في الأصول وأحكام القرآن، والأم، والإملاء، وعيون المسائل والمبسوط، ومختصر المزني والبويطي وحرملة.

ثانياً: كتب الإمام الغزالي - كالوسيط، والبسيط والمستصفي - وإحياء علوم الدين -.

ثالثاً: كتب أصحاب الوجوه - وهي كثيرة جداً، لكن أكثر ما ينقل عن "التهذيب" للبخاري، و"الفروق" و"عيون المسائل" للشيخ أبي محمد و"النهاية" للحوييني و"الشامل" لابن الصباغ و"التتمة" للفوراني و"التجريد ابن كج" و"أمالي" أبوالفرج الزاز و"العُدَّة" لأبي المكارم. و"البيان" للعمارني، وغيرها كثير.

رابعاً: إنه لم يصرح بشيء مما نقله عن المذاهب الأخرى. مع كثرة ذكره لآرائهم، مما يشعر بأنه اطلع على كتب الأئمة، وأصحابهم، ونقل في مواضع عن أبي يوسف، ومحمد بن الحسن وغيرهما.

وكذلك نقل كثيراً من أقوال وآراء بعض الصحابة والتابعين ومن بعدهم. وهذا يدل على أن الإمام الرافعي اطلع على كثير من كتب من سبقه. والله أعلم.

المبحث الخامس: أهمية الكتاب ومنزله العلمية.

إن الناظر في كتاب "العزیز شرح الوجیز" يلاحظ أنه من أهم الكتب في فروع الشافعية، وأجمعها وأوسعها وأكثرها فائدة خاصة، ومن أهم الكتب في العلوم الشرعية عامة، بذل فيه الإمام الرافعي رحمه الله جهداً كبيراً جمع فيه ما اطلع عليه ممن سبقه، وأضاف إليها ما صاغه بنفسه فعرف العلماء الذين جاءوا من بعده أهميته، واستفادوا منه في حياتهم العلمية، ومؤلفاتهم.

وهذه جملة من عبارات أشهر أئمة الشافعية تبين أهمية الكتاب ومنزله

العلمية.

أولاً: ابن الصلاح أبو عمرو يقول "صنف شرحاً للوجيز في بضعة عشر مجلداً لم يشرح الوجيز بمثله"^(١).

وقال الاسنوي "شرح الوجيز لم يصنف في المذهب مثله"^(٢).

وقال الإمام النووي "وكانت مصنفات أصحابنا - رحمهم الله - في نهاية من الكثرة، فصارت منتشرات مع ماهي عليه من الاختلاف في الاختيارات، فصار لا يحقق المذهب من أجل ذلك إلا أفراد من الموقنين الغوّاصين المطلعين، أصحاب الهمم العاليات فوق الله - سبحانه وتعالى - من متأخري أصحابنا من جمع هذه الطرق المختلفة، ونقح المذهب أحسن تنقيح، وجمع منتشره بعبارات وجيزات، حوى جميع ما وقع له من الكتب المشهورات وهو الإمام الجليل المبرر المتضلع من علم المذهب أبو القاسم الرافعي ذو التحقيقات، فأتى في كتابه "شرح الوجيز" بما لا كبير مزيد عليه من الاستيعاب مع الإيجاز والإتقان وإيضاح العبارات، فشكر الله الكريم له سعيه، وأعظم له المثوبات، وجمع بيننا وبينه مع أحبائنا في دار الكرامات مع أولي الدرجات"^(٣).

ثم ختم الروضة بقوله "قد أحسن الإمام الرافعي فيما حققه ولخصه، وأتقنه واستوعبه في هذا الكتاب، ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفاس خفيايه على المقتين والطلاب"^(٤).

ولعل في أقوال العلماء السابقة ما يدل بوضوح عالٍ على الأهمية والمكانة التي وصل إليها الرافعي وكتابه - العزيز - وكيف صار حصيلة علمية ينقل منه العلماء الجهابذة ويعززون إليه. في كثير من مؤلفاتهم. فجزاه الله خيراً وأعظم له المثوبة.

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦٤.

(٢) انظر: طبقات الاسنوي ١/٢٨١.

(٣) انظر: الروضة ٤/١ و ٥.

(٤) انظر: الروضة ١٢/٣١٥.

المبحث السادس: شروح الكتاب ومختصراته والكتب التي خرجت

أحاديثه.

إن الناظر في كتب التراجم وكتب أصحاب المذهب الشافعي يلاحظ: أنه لم يَنَلْ كتاب من كتب الفقه الشافعي - فيما أعلم - يمثل ما ناله كتاب الرافعي - من القبول الكبير، والخدمة الجليلة قديماً وحديثاً.

فمنهم من شرح غامضه، ومنهم من اختصر مطوله، ومنهم من خرج أحاديثه، ومنهم من ترجم لأعلامه.

ولا غرابة في ذلك، فهو جدير بتلك العناية والاهتمام فمن مختصراته^(١)

١ - اختصره - الشيخ الإمام إبراهيم بن عبد الوهاب الزنجاني (ت ٦٥٥هـ) وسماه "نقاوة فتح العزيز" فرغ منه في شعبان سنة ٦٢٥هـ.

قال فيه بعد مدح الرافعي وشرحه: "ولكنه قد بسط فيه الكلام وكاد يفضي بالناظر فيه إلى الملل، فأردت اختصاره مع جواب ما أورده من السؤالات، والإشارة إلى حل إشكاله"^(٢).

٢ - "روضة الطالبين وعمدة المفتين" للإمام النووي (ت ٦٧٦هـ) قال رحمه الله "لكنه كبير الحجم، لا يقدر على تحصيله أكثر الناس في معظم الأوقات، فألهمني الله سبحانه - أن أختصره في قليل من المجلدات، فشرعت فيه قاصداً تسهيل الطريق..."^(٣).

٣ - "مختصر شرح الرافعي لوجيز الغزالي" لمؤلفه عبد الله بن عبد الرحمن بن عقيل القرشي (ت ٧٦٩هـ)^(٤).

(١) من أراد الزيادة فعليه بمراجعة: كشف الظنون ٢/٢٠٠٢ و ٢٠٠٣، وفهرس المخطوطات دار

الكتب الظاهرية، فقه شافعي ص ٩٧ برقم (٢٣٧٥ / ٤٥٦ / فقه شافعي)

(٢) انظر المصادر السابقة.

(٣) انظر ١/٥.

(٤) انظر كشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

- ٤ - "تلخيص الرافعي الكبير" لمؤلفه عبد الرحيم الاسنوي (ت ٧٧٢هـ)^(١).
- ٥ - "التوسط والفتح بين الروضة والشرح" لمؤلفه الشيخ أحمد بن حمدان الأذرعي (ت ٧٨٣هـ)^(٢).
- ٦ - "تلخيص الفوائد المحضة على الرافعي والروضة" لمؤلفه صالح بن عمر بن رسلان العسقلاني الشافعي (٨٦٨هـ)

هذا عن بعض مختصراته:

وأما عن التعليقات والإشارات فكثيرة نقتصر منها على مايلي:

- ١ - "خادم الرافعي والروضة" لمؤلفه بدر الدين محمد الزركشي (ت ٧٩٤هـ)^(٣).
- ٢ - "الفوائد المحضة على الرافعي والروضة" لمؤلفه عمر بن رسلان البلقيني (ت ٨٠٥هـ)^(٤).
- ٣ - "المهمات على الروضة" للاسنوي^(٥).
- هذا عن بعض التعليقات على كتاب "فتح العزيز".

أما عن تخريج أحاديثه فمنها:

- ١ - "تخريج أحاديث الرافعي الكبير" لمؤلفه أحمد بن أيك الديماطي - (ت ٧٤٩هـ)^(٦).
- ٢ - "تخريج أحاديث الرافعي" لأبي عمر: عبد العزيز بن محمد بن جماعة (ت ٧٦٧هـ)^(٧).

(١) انظر: طبقاته ٨/١.

(٢) الضوء اللامع ٣/٣١٢، وشذرات الذهب ٧/٣٠٦.

(٣) انظر: شذرات الذهب ٦/٣٣٥، وانظر كشف الظنون ١/٦٩٨.

(٤) انظر: كشف الظنون ١/١٩١٤.

(٥) انظر: طبقاته ٨/١ وكشف الظنون ١/١٩١٥.

(٦) انظر: الدرر الكامنة ١/١١٦، وتلخيص الحبير ١/٩.

(٧) انظر: شذرات الذهب ٦/٢٠٨، وكشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

- ٣ - "تخريج أحاديث الرافعي" لأبي عبد الله محمد الزركشي (ت ٧٩٤هـ)^(١).
- ٤ - "البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير" لأبي حفص عمر بن علي الأنصاري. المشهور بابن الملقن - (ت ٨٠٤هـ)^(٢).
- ٥ - "خلاصة البدر المنير" لابن الملقن^(٣).
- ٦ - "التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير" لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)^(٤).
- ٧ - "نشر العبير في تخريج أحاديث الشرح الكبير" للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)^(٥).

أما عن شرح غرائب.

فقد شرح كلماته الغريبة العلامة أحمد بن محمد الفيومي (ت ٧٧٠) في كتابه "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير" كتاب مشهور^(٦)، والإمام النووي في كتابه "تهذيب الأسماء واللغات".

المبحث السابع: المصطلحات الفقهية في المذهب الشافعي

في "فتح العزيز شرح الوجيز" للإمام الرافعي ظهرت المصطلحات الفقهية الخاصة بالمذهب الشافعي، وهذه المصطلحات اتفق على جُلّها في المذهب، وإن وجد من خالف في بعضها فلا ضير في ذلك، إذ لا مشاحة في الاصطلاح^(٧).

(١) انظر: كشف الظنون ٢/٢٠٠٣، وتلخيص الحبير ٩/١.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: تلخيص الحبير ٩/١، وكشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

(٥) انظر: المصدر نفسه.

(٦) انظر: كشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

(٧) فالإمام النووي - رحمه الله - التزم تخصيص (الأصح) للدلالة على الوجه المرجح، و (الأظهر) للدلالة على القول المختار، وعكس البيضاوي رحمه الله. (انظر شرح الجلال المحلي

١/١٠، والغاية القصوى ١/١٧٤).

ولقد استعملها الإمام الرافعي - رحمه الله - كغيره بشكل واضح ودقيق،
ويبين المراد ببعضها عند ورودها في الشرح، ومن المعلوم أن أبعاد هذه المصطلحات لم
تتضح في وقت الإمام - رحمه الله - ولم تستقر مسمياتها كمصطلح مشهور متداول
محدد المعنى، بل الذي أرسى هذا التمييز الدقيق بينها الإمام النووي رحمه الله.

قال في مغني المحتاج^(١) "وهذا الاصطلاح لم يسبق إليه المصنف - النووي -
أحد، وهو اصطلاح حسن" يعني في التمييز بين (الأظهر) و (الأصح). فمن القولين:
الأظهر، ومن الوجهين: الأصح.

ولنتعرف على هذه المصطلحات في هذا الشرح وما تعنيه عند المؤلف:

ومن هذه المصطلحات قولهم:

١ - القديم والجديد.

قال النووي - رحمه الله - : "ثم قد يكون القولان قديمين، وقد يكونان
جديدين، وقد يقولهما في وقت، وقد يقولهم في وقتين، وقد يرجح أحدهما وقد لا
يرجح"^(٢)، وعلى هذا:

فالقديم: هو ما قاله الإمام الشافعي - رضي الله عنه - قبل انتقاله إلى مصر
سواء رجح عنه وهو الغالب، أو لم يرجح عنه وهو قليل، قال النووي - رحمه الله :
"أطلقوا أن القديم مرجوع عنه، لكون غالبه كذلك"^(٣).

والجديد: ما قاله بمصر تصنيفاً أو إفتاءً^(٤). وعلى ذلك: فكل مسألة فيها
قولان: قديم وجديد، فالجديد هو الصحيح وعليه العمل - وكذا القديم إن عضده
دليل صحيح أو لم يرجح عنه، بمعنى أنه لم ينص في الجديد على خلافه - إلا مسائل

(١) انظر ١١/١ منه.

(٢) انظر: المجموع ٦٦/١.

(٣) المرجع السابق ٦٨/١. وأشهر رواية القول القديم: الإمام أحمد بن حنبل والزعفراني
والكرايسي وأبو ثور رضوان الله عليهم.

(٤) وأشهر رواته: البيهقي، والمزني والربيع المرادي، ويونس بن عبد الأعلى رضوان الله عليهم.

استثناها بعض الأصحاب فرجحوا القديم على الجديد^(١)، وهو اجتهاد منهم لظهور الدليل لهم.

وحيث قال الإمام الرافعي - رحمه الله - الجديد، فالقديم بخلافه وبالعكس.

٢ - النص: ويراد به نص الشافعي - رضي الله عنه - في المسألة، ويكون في مقابلة وجه ضعيف أو قول مخرج^(٢).

وإذا قال: في المسألة قولان بالنقل والتخريج فمعناه: أن يكون لمسألة حكم نص عليه الشافعي - رضي الله عنه -، ولمسألة أخرى شبيهة بالأولى نص آخر يخالف حكم الأولى، فيخرج على ضوئها قول مخرج منها للمسألة الأولى فيكون لها قولان، قول منصوص عليه - وهو المراد بالنقل - وقول مخرج.

٣ - الوجوه: هي الآراء التي قال بها أصحاب الشافعي المنتسبون إلى مذهبه، يخرجونها على أصوله، ويستنبطونها من قواعده ويجهدون في بعضها وإن لم يأخذوه من أصله، وهل هذا المخرج ينسب إلى الشافعي؟ قال النووي: "الأصح أنه لا ينسب"^(٣).

٤ - الطرق: وهي اختلاف الأصحاب في حكاية المذهب، فيقول بعضهم مثلاً: في المسألة قولان أو وجهان، ويقول الآخر: لا يجوز قولاً واحداً، أو وجهاً واحداً، أو يقول أحدهم: في المسألة تفصيل، ويقول الآخر: فيها خلاف مطلق، وقد يستعملون الوجهين في موضع الطريقتين وعكسه^(٤).

(١) واختلفوا في تحديدها: فقليل: هي ثلاثة مسائل، وقيل أربع عشرة مسألة، وقيل: سبع عشرة مسألة، وقيل: عشرون، وقيل: نحو نيف وثلاثين مسألة وذكر هذه المسائل النووي - رحمه الله - في المجموع ٦٦/١ - ٦٧.

(٢) وسمي نصاً؛ لأنه مرفوع القدر لتنصيب الشافعي - رضي الله عنه - عليه؛ أو لأنه مرفوع إليه، من نصبت الحديث إذا رفعته. ويطلق أيضاً على نص الآية، ونص الحديث، وهو عند الأصوليين: ما دل على معنى لا يحتمل غيره، نهاية المحتاج ٥٠/١.

(٣) انظر: المجموع ٦٥/١، ٦٦.

(٤) المرجع السابق.

وقد يعبر الإمام الرافعي - رحمه الله - عن الطريق بقوله: "وهذا ما ذكره العراقيون" أو "الخراسانيون" (المرائزة) وهما: طريقتان اشتهرتا بين أصحاب الشافعية فالأولى: طريقة أهل العراق في القرن الرابع والخامس الهجريين بزعامه أبي حامد الإسفرايني رحمه الله والثانية: طريقة أهل خراسان بزعامه القفال المروزي رحمه الله. وأول من جمع بين هاتين الطريقتين أبو علي السنجي^(١) - رحمه الله - تلميذ القفال الشاشي الكبير؛ لأنه درس على الشيخ أبي حامد الإسفرايني.

وعلق الإمام النووي على هاتين الطريقتين بقوله: "واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه، ووجوه متقدمي أصحابنا أتقن وأثبت من نقل الخراسانيين غالباً، والخراسانيون أحسن تصرفاً وبجثاً وتفريراً وترتيباً غالباً"^(٢).

٥ - والأصح: يعني عند الإمام الرافعي - رحمه الله - الرأي الراجح سواء كان هذا الرأي قولاً للشافعي^(٣) - رضي الله عنه - أو وجهاً من وجوه الأصحاب، وهو أيضاً يعني أن مقابلة صحيح غير أن ذلك أقوى منه.

٦ - والصحيح: هو الراجح بين الأقوال أو الوجوه، ويكون مقابله رأياً ضعيفاً أو فاسداً^(٤).

٧ - والأظهر: هو القول أو الوجه الذي ظهر له رجحانه ويزيد ظهوراً على القول أو الوجه الآخر، ومقابله: الظاهر الذي يشاركه في الظهور، لكن الأظهر أشد في الرجحان.

٨ - والظاهر: هو الرأي الظاهر من حيث القوة والرجحان، ومقابله: يكون قولاً أو وجهاً غريباً.

(١) هو الحسين بن شعيب المروزي، الشيخ أبو علي السنجي. المتوفي (٤٢٧هـ). انظر: الاسنوي ٣٢٠/١.

(٢) المرجع السابق ٦٩/١، روضة الطالبين ١١٢/١١.

(٣) انظر: شرح الجلال ١٣/١.

(٤) انظر: المصدر السابق.

٩ - والمذهب: ويقصد به الراجح في حكاية مذهب الشافعي حينما يكون هناك أكثر من طريق في نقل المذهب.

١٠ - الأشهر: هو القول أو الوجه الذي يزيد شهرة على الآخر، لشهرة ناقله أو مكانته عن المنقول عنه، أو اتفاق الكل على أنه منقول منه، ومقابله: المشهور.

١١ - المشهور: هو القول أو الوجه الذي اشتهر، بحيث يكون مقابله رأياً غريباً^(١).

١٢ - الأشبه: أي الحكم الأقوى شبهاً بالعلة، فيما إذا كان في المسألة حكمان مبنيان على قياسين، لكن العلة في أحدهما أقوى من الآخر.

١٣ - الأرجح: هو ما كان رجحانه أظهر من غيره، ومقابله: الراجح وهو الذي تعضد بأحد أسباب الترجيح^(٢).

١٤ - الأقرب: ويستعمله في الوجه الذي هو أقرب إلى نص الشافعي بالقياس إلى غيره.

١٥ - قيل ويقال: ويستعملها في الرأي الضعيف، وذلك لمقابلته قولاً قوياً أو صحيحاً.

وقال الإمام الرافعي - رحمه الله - في بعض مواضع من الكتاب: فإن عبروا بالفاء كقولهم فقيل: فالتصرف للأصحاب، وإن عبروا بالواو كقولهم وقيل: فهو إثبات طريقين.

١٦ - وفي قول: ويستعملها فيما لو كان فيه قولان: لكن الراجح خلافه^(٣).

(١) انظر: نهاية المحتاج ٤٨/١.

(٢) انظر: المجموع ٦٨/١.

(٣) انظر: لما سبق: مغني المحتاج ١٢/١ - ١٤، نهاية المحتاج ٤٥/١ - ٥١، حاشيتي قلوبوي وعميرة ١٢/١ - ١٤، القسم الدراسي من الغاية القصوى ١١٠/١ - ١٢٠، القسم الدراسي من الوسيط ٣٢٤/١ - ٢٤٠.

هذه هي الاصطلاحات التي ذكرها الإمام الرافعي - رحمه الله - وبنى عليها إيضاح الاختلاف في الحكم والتي ستأتي - إن شاء الله - في هذا القسم المحقق، وفيه أيضاً ورد ذكر بعض الأصحاب باختصار مما قد يلتبس بأسماء آخرين، أُيِّن أهمها فيما يلي:

- ١ - إذا قال: (القاضي) فهو القاضي الحسين.
- ٢ - وإذا قال: (أبو حامد) فهو القاضي المروزي، وإلا فهو يقيد الإسفرايني بالشيخ. وأما الغزالي فإنه يعنيه بقوله: قال صاحب الكتاب أو قال حجة الإسلام، وأحياناً "المصنف".
- ٣ - وإذا قال: (أبو إسحاق) فهو المروزي، أما الشيرازي الفيروزآبادي فيقيد بصاحب المذهب.
- ٤ - وإذا قال: (القفال) فهو الصغير، وإن أراد الكبير محمد قال: القفال الشاشي وإن أراد صاحب الحلبة شيخ الإسلام قيده بكتابه "المعتمد"، وأما القاسم بن القفال الكبير فيقيد بصاحب "التقريب"^(١).
- ٥ - وإذا قال: (أبو الحسين) فهو ابن القطان^(٢).
- ٦ - وإذا قال: (قال الشيخان) فهما أبو علي وأبو حامد، وإن قيدهما بـ (شيخ المذهب) فهما: أبو حامد والقفال.
- ٧ - وإذا قال: (قال المحققون) ففسرهم في مغني المحتاج^(٣) بقوله: "الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، والمحاملي، والجرجاني والعمراني".
- ٨ - وإذا قال: (الأصحاب) فهم نقلة المذهب عن الإمام الشافعي - رضي الله عنه - وقد ذكرت بعضهم في هامش التعريف بالقديم والجديد من قولي.

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٨٢، ٢٨٣، سير أعلام النبلاء ١٦/٢٨٤، ٢٨٥.

(٢) قال الإمام الرافعي - رحمه الله - "قال أبو الحسين بن القطان رحمه الله" ص ١٠٢١ وفي

الروضة ٧/٤٢، قال النووي - رحمه الله -: "عن ابن القطان".

(٣) انظر: ٣/١٣١ منه.

- ٩ - وإذا قال: (الإمام) فهو إمام الحرمين.
- ١٠ - وإذا قال: (الشيخ أبو محمد) فهو والد إمام الحرمين عبد الله بن يوسف.
- ١١ - وإذا قال: (أبو العباس) فهو ابن سريج.
- ١٢ - وإذا قال (أبوسعيد) فهو الإصطخري، أما الهروي فيقيد به، وأما المتولي فهو أبوسعد.
- ١٣ - وأما (أبو الطيب) فمراده ثلاثة: أبو الطيب الطبري، وأبو الطيب بن سلمة وأبو الطيب الساسي، ويقيد الجميع.
- ١٤ - وإذا قال (صاحب العدة) فهو أبو المكارم الطبري^(١).

المبحث الثامن: تقويم الكتاب:

ما من كتاب يظهر للوجود إلا له مزايا تسجل له ومآخذ تسجل عليه، مهما بالغ المؤلف في التحرز منها، إذ العصمة لله ولكتابه، وكل كلام يؤخذ منه ويرد إلا ما صح لنا عن محمد ﷺ^(٢).

وقديماً قيل:

ما خطَّ كف امرئ شيئاً وراجعه

إلا وعنَّ له تبديل ما فيهِ

وقال ذاك كذا أولى، وذاك كذا

وإن يكن هذا تسمو معانيهِ

وكتاب الإمام الرافعي هذا تميز بأمر عديده، وسوف أتكلم عنها بإيجاز فيما يلي:

(١) تنبيه: النووي إذا أطلق (صاحب العدة) في زوائده فمراده "أبو عبد الله الحسين بن علي بن الحسين الروياني". انظر: طبقات الاسنوي ١/١٧٨، وطبقات ابن هداية الله ص ٢٠٩.

(٢) قال الحافظ ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥) في القواعد ص ١ المقدمة "ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرأ في كثير صوابه".

أولاً: إن كتاب "فتح العزيز" يُعدُّ مصدراً أصيلاً وموسوعة فقهية في فروع الشافعية لما لمؤلفه الباع الطويل، بالمذهب الشافعي، أصولاً وفروعاً^(١).

ثانياً: الكتاب مصادره أصيله، وبخاصة ما ينقله عن الإمام الشافعي من كتبه "كالأم، والرسالة، والإملاء، وغيرها" وكذلك ما ينقله عن أصحابه وكبار الفقهاء من الآراء.

ثالثاً: يمتاز الكتاب بتدوين أكثر من قول عن الإمام الشافعي في المسألة الواحدة. وكذلك أوجه الأصحاب، وتخريجاتهم وبخاصة - إذا كانت تلك الأقوال عن الإمام، والأوجه والتخريجات عن الأصحاب - مختلفة.

رابعاً: لم يترك تلك الأقوال والأوجه كما دونها بل أخذ يرجح بعضها على بعض، ويبين أن الأخذ بهذا القول أو غيره مثلاً الأقرب بمذهب الشافعي.

ولعل مثل هذا يدلنا على فائدة تدوين الفقهاء للأقوال القديمة عن أئمتهم^(٢). وعلى دقة فهمه لما نقل عن الشافعي واستخراجه للحكم من تلك الأقوال. وهذه مهمة صعبة أيضاً، لا يقدر عليها إلا فحول ذلك الفن.

(١) ويقول ابن الملقن "... فإنه كتاب لم يصنف في المذهب على مثل أسلوبه، ولم يجمع أحد سلف كجمعه، في ترتيبه، وتنقيحه، وتهذيبه ومرجع فقهاؤنا في كل الأقطار اليوم في الفتوى، والتدريس، والتصنيف إليه، واعتمادهم في هذه الأمور عليه". البدر المنير ١/٣١٠.

(٢) يقول: العلامة عبد القادر بن بدران (ت ١٣٤٦هـ) (... فما الفائدة في تدوين الفقهاء للأقوال القديمة عن أئمتهم؟ حتى ربما نقل عن أحدهم في المسألة الواحدة القولان والثلاثة كثيراً والأربعة ...، ... قيل: كان القياس أن لا تدون تلك الأقوال، وهو الأقرب إلى ضبط الشرع، إذ ما لا عمل عليه لا حاجة إليه، فتدوينه تعب محض، لكنها دونت لفائدة أخرى وهي: التنبيه على مدارك الأحكام، واختلاف القرائح، والآراء، وأن تلك الأقوال قد أدى إليها اجتهاد المجتهدين في وقت من الأوقات، وذلك مؤثر في تقريب الترتيب إلى رتبة الاجتهاد المطلق، أو المقيد، فإن المتأخر إذا نظر إلى مأخذ المتقدمين نظر فيها، وقابل بينها، فاستخرج منها فوائد، وربما ظهر له من مجموعها ترجيح بعضها. وذلك من المطالب المهمة، فهذه فائدة تدوين الأقوال القديمة عن الأئمة، وهي عامة". انظر: المدخل ص ٣٨٠.

خامساً: يمتاز الكتاب بأنه موسوعة فقهية مقارنة، عني المؤلف فيه بنقل المذاهب الأخرى في كثير من مسائله، مع إيراد أدلتهم أحياناً والرد عليها أحياناً، وذكر الموافق لما اختاره أحياناً.

سادساً: التحرز من التعصب المذهبي وهذه الميزة برزت بشكل واضح لدى الإمام الرافعي في كثير من المسائل، وكما أوضح ذلك في منهجه^(١).

سابعاً: إذا كانت المسألة ذات جوانب متعددة، حرر محل النزاع، وبينه، حتى يكون الكلام على جزئية معينة، لا إشكال فيها، ولا غموض.

ثامناً: إذا تشابهت المسائل والأدلة، فإنه لا يكرر ذلك - بل أنه أحياناً ينتقد على الغزالي ويوضح ذلك. ويحيل على نظائره السابقة^(٢). ويترك المسائل الواضحة.

تاسعاً: يمتاز كتاب الرافعي بتعريفه لكثير من المصطلحات التي يحتاج الفقيه إلى معرفتها في المذهب الشافعي.

هذا ما استطعت تلخيصه من مزاياه العديدة، والله أعلم.

مآخذ الكتاب:

الحقيقة أنه يصعب على باحث مثلي أن ينتقد أعمال الآخرين وبخاصة: إذا كان صاحب العمل فحلاً من الفحول في ذلك العمل - وما قدمناه من شهادات الأئمة عن مكانته العلمية غيض من فيض.

ولكن بعد تردد أقدمت على ذلك، وأنا لا أقصد بذلك الغض من فضله، ولا النقص من قدره، ولكن إحقاقاً للحق، وتنبهاً للقارئ.

وسوف أتكلم بإيجاز وفي نقاط. وهي:

أولاً: إن الدارس لكتاب "فتح العزيز" يلاحظ أن الإمام الرافعي قد أورد به كثيراً من الأحاديث، والآثار، الضعيفة والموضوعة، وقد لا يوجد لها أصل، ونحو

(١) انظر ص : ٤٢ .

(٢) انظر ص : ٩٧٣ .

ذلك من أصول الحديث وكذلك حذف الراوي إذ هو موضع الحاجة لطالب الحديث ورحم الله ابن الملقن فقد كان له قصب السبق في ذلك حيث نجده يقول: "لكنه أجزل الله مثوبته حشى في هذا الشرح المذكور على طريقة الفقهاء الخُلص، في ذكر الأحاديث الضعيفة، والموضوعات، والمنكرة، والواهيات، والتي لا تُعَرَفُ أصلاً في كتابٍ حديثٍ، لا قديم، ولا حديث، في معرض الاستدلال، من غير بيان ضعيف من صحيح، وسليم، من جريح ... ثم يقول: "... إن الإمام الرافعي في كثير من المواطن لا يذكر إلا نفس الحديث ويحذف الراوي، إذ هو موضع الحاجة، فلا يهتدي طالب الحديث إليه، لأنه لا يعرف مظنته" (١).

وقال في موضع آخر:

"... إنه احتوى على آلاف من الأحاديث والآثار تنيف على أربعة آلاف يكررها، وقد بيناه في الكتاب المذكور على حسب أنواعها من الصحة والحسن والضعف، والاتصال والإرسال، والإعصال، والانقطاع، والقلب، والشذوذ والنكرة والتعليل والوضع والإدراج، والاختلاف، والناسخ والمنسوخ إلى غير ذلك من علومه الجمه، كضبط ألفاظٍ، وأسماءٍ، وتفسير غريبٍ، وإيضاح مشكل، وجمع متن، وأحاديث متعارضة، والجواب عنها..." (٢).

ومثل هذا المأخذ لم يقع للرافعي رحمه الله وحده، بل فعله كثير ممن ألفوا الكتب الفقهية، وكذا أصحاب التفاسير وغيرهم. ولعلّ لهم العذر في ذلك.

ثانياً: الرافعي رحمه الله - ينقل عن المذاهب الأخرى - المعتمدة، المذهب الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي - لكن هذا النقل يلاحظ عليه أحياناً أنه لم ينقله من كتبهم مباشرة، بل ينقله من كتب الشافعية - وعن أصحابها.

(١) انظر: البدر المنير ١/٣١٠ و ٣١١.

(٢) انظر: خلاصة البدر المنير ١/٤ المقدمة.

مثال ذلك: "وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة أنها تصح - أي الكتابة - في حق الجميع وذكر أن أبا حنيفة ساعدنا على: أنه لو كان الأب حراً لم تصح كتابته لأولاده الصغار"^(١).

وعن مالك وأحمد فيما رواه ابن الصباغ. وغير ذلك كثير.

ثالثاً: قد ينقل رأياً عن الحنفية. وهو موضع خلاف في المذهب ولم يشر إلى ذلك^(٢).

رابعاً: الاسترسال، والتطويل الممل في بعض المسائل الحسابية^(٣) على طريقة الجبر، والنسبة والتفريعات المنثورة، وغيرها وهذا من باب الرياضة العقلية التي لا تمس جوهر الفقه، وتعود على القاريء بالملل.

ولهذا أعرض عن ذكرها الإمام النووي في الروضة وغيره. هذا والله أعلم.

المبحث التاسع: في نسخ الكتاب

بعد البحث المتواصل في فهارس المخطوطات، وسؤال أهل الخبرة، وزملائي اللذين سبقوني تمكنت من الحصول على النسخ الآتية:

أولاً: النسخة الأزهرية:

وهي نسخة كاملة بالمكتبة الأزهرية بالقاهرة تحت رقم (٢٨٨٢) خصوصي (٤٨٣٦١) إمبابي عمومي - فقه شافعي تقع في أربعة أجزاء، وعدد السطور (٣١) سطراً - وهي منسوخة بخط رقعة رقيق جداً. ورقها جيد. لم يوجد بها، كاتب، ولا ناسخ وقد صورتها من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة من الشريط التصويري رقم (٢٥١٥).

وهذه النسخة تقع في (٣٠٧) ورقة، كما هي مرقمة من ص ٤٠٧ - ٧١٤ من الجزء الرابع والأخير. وهي كاملة إلا أن الرموز التي في "الوجيز" ساقطة فيها -

(١) انظر: ص ١٠٩٥ وغيرها كثير.

(٢) انظر: ص ٩٤٣ وغيرها كثير.

(٣) انظر: ص ٩٥٩ - ٩٦٣ وغيرها كثير.

وهذه النسخة تعتبر من أكمل النسخ حيث وأنها نادرة السقط. إلا في ص ٦٤٩ - ٦٥٢ و ٧١١ و ٧١٢ - يعني الصفحة الأخيرة وهذه النسخة رمزت لها بالحرف (ز).

ثانياً: نسخة الظاهرية:

وهي نسخة بالمكتبة الظاهرية - بدمشق - تحت رقم (٢٠٨٥) فيلم رقم (٧٠٥) فقه شافعي - رمزت لها بالحرف (ظ) نوع خطها: ثلث مقروء. غير منقوطة أحياناً، وقَفَّه السيد/ عبد الوهاب الحسيني الشافعي.

تقع في ستة عشر جزءاً وعدد سطورها (٢١) سطرًا.

والناسخ: هو (عمر بن محمد الحسن الشافعي العلوي) ولم يذكر تاريخ

نسخها.

والقسم الذي أحققه كامل فيها، يبدأ من الثلث الأخير من الجزء الخامس عشر وكامل الجزء السادس عشر وهي غير مرقمة وقد صورتها من مكتبة أحد الزملاء الأفاضل جزاه الله خيراً. وهي أكثر ما تتفق مع نسخة (ز)، وهذه النسخة سقطها متوفر، وأحياناً يصل إلى عددٍ من الصفحات. وهي خالية من التعليقات، والمتن موجود بلا رموز.

ثالثاً: نسخة الأزهرية: بالقاهرة.

توجد بالمكتبة المركزية بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة منها صورة، ولم أطلع إلا على الجزء الذي أحققه. وهو كامل يبدأ من ص ١٢٠ - ٤٩٣ - فيلم (٢٥١٤) عدد ورقها (٣٧٣). وكل ورقة (٢١) سطرًا.

أما عن خطها، فهو خط نسخ حسن.

ناسخها: هو أحمد بن محمد المسكي. فرغ من نسخها في ثاني صفر سنة (٧٣٩هـ) - خالية من التعليقات سقط منها بعض الصفحات. وبعض الصفحات غير واضحة وقد رمزت لها بالحرف (أ).

والمتن موجود بلا رموز وهي خالية من التعليقات تماماً.

رابعاً: نسخة الأزهرية:

توجد بالمكتبة الأزهرية بالقاهرة برقم (٧٦٧) خصوصي و (٥٧٢٦) عمومي، فقه شافعي وقد صورتها من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة من فيلم (٢٥١٢).

وهذه النسخة عدد أجزاءها (١٨) جزء.

القسم المحقق - يقع في الجزء الثامن عشر كاملاً عدد ورقه (٢٦٧) ورقة، وعدد الأسطر (٢٣) سطراً وهي بخط جيد، عليها تعليقات أحياناً وتصويبات للنص - وأحياناً عناوين جانبية، وأحياناً الحكم على حديث. ص ٧٧ و ١٧٣ و ١٠٦. نسخت (٦٦٨) واسم الناسخ: محمد بن عبد الله بن أبي عمرو الأنصاري. والمتن موجود بلا رموز - وهي قرية من (ظ) وخاصة في أولها، وهذه النسخة رمزت لها بالحرف (ب).

خامساً: نسخة دار الكتب المصرية:

وهي توجد بدار الكتب المصرية بالقاهرة تحت رقم (١٦٣) فقه شافعي - صورتها من هناك ورمزت لها بالحرف (د).

نوع الخطي: غير جيد.

فرغ من نسخها في (٢٣) جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعمئة للهجرة.

اسم ناسخها: هو محمد بن عبد الرحيم القرشي الهاشمي الشافعي.

وهذه النسخة في إحد عشر مجلداً.

القسم المحقق في الجزء الحادي عشر من ص (١٧٧) إلى آخر الكتاب. عدد

سطورها (٢٣) سطراً.

وهذه النسخة أخطاؤها كثيرة جداً، وبها طمس كثير، وعليها تعليقات

وتصويبات، والمتن غير موجود بها.

لذلك استبعدتها بعد التعب الشديد واقتصرت على الأربع الأول، والله أعلم

بالصواب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

فماذج للنسخ

هناك الزاوية المحذرة اذا اذن طاني الخروج مرة بعد مرة ذلك المحذرة فالحرج بعد ذلك لا سائر له التميز ولا حتى ان
 الذي ضعفه وان النسبة بين الصورتين فمرة كما في الهندسة ويسلم لذلك قوله لم يتحل التميز بالواجب **ولو قال** كما خرجت
 او كما خرجت بغير اذني فانت فالخروج مرة بالاذن لا يحل التميز لان هذه الصفة ممتنع النكاح اذ قال اذنت لان في الخروج
 اذن اثناء ذلك عن بعده الاذن لكل خرجة ولو قال متى خرجت اوتى ما اوتىها اوتى اذني اوتى خيرا الحاكم كالقوله ان خرجت فمده
 الصنع لا يمتنع النكاح والى اليرم للعداوي الحان متى ما اوتىها بجانها ومن حلال نفسه في الامر **ولو قال** ان خرجت اذني الاذني فانت
 طاني لم يلزم النكاح ايضا والمعنى اي ذنت خرجت فرب اربيتي واذ اعلق الطلاق كما مر وما مر اذ في طاني الخروج فترجع عن الاذن وهو
 فده فتنه في الارها لا يطق لان الاذن قد وجد في الحكم التميز وانما ذلك لان فيه وراي التوكيد القاسي والمختوم بطل
 على ما اذا قال في التعلق حتى ادرك لان جعل اذنه عمدة التميز وقد حصل الاذن فاما اذا قال بغير اذني او الا باذني فاذا خرج فخرجت
 فهذا خرج بغير اذني وهو اول ما وجد بعد التميز فيستفي ان يقع الطلاق ومنهم من قال قوله الا باذني فيجوز للعاينة ان يتحل عليها ولو قال
 ان خرجت بغير اذني لغير عمدة يخرجت للعادة فخرجت حادثة فاستغلت بها الرطلاق ان خرجت للعادة وغيرها فالذكر في التعلق
 منسوبا الى نفسه في الامة لا يجب وذكر صاحب الهندية ان الاصح ونسبه ان يقال ان كان المقتود من قوله لغير عمدة ما هو بمنزلة
 العادة فلا يجب وهذا هو السابق الى الامة برصه وادراك المقتود ما عاينه فخرجت العادة والحاجة الاخرى فبا بغير عمدة العادة ولو
 قال ان خرجت للعادة فستفي ان يجب لانه بعد في اذنه الى الارجح للبيعة اذ انما خرجت لها الخلق **ولو قال** ونسبه الله ان

النوع الثاني في الكليات

للو قال والله لا اكلم فتخرج عن قوله نصح عني وكذا الوصية ولو كانت في العتق ولا
 تحت ما لا سائر العتق ولو جلد على العتق في الكليات فورد في قوله لا يكلم حتى يرد
 السعد فنه ولا يجب بالعتق قراءة القرآن ولو قال لا يبرئ الله تعالى ما حلف التمسك لا يصح ما حلف ان كان التمسك
 ولو حلف لا يبرئ الله عز وجل ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله
 قال والله لا اكلم فتخرج عن قوله ابرئ الله عز وجل لا يبرئ الله ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله ولا يبرئ الله
 وقال ابو حنيفة لا يجب هذا اذا رخصه باليمين لان المقتود من قوله ما يكيد التميز وهو رخصه للاصحاب وقال صاحب الشارح ان
 نعم اذا قال لا يبرئ الله ان كلفه فانت طاني فاعلم ان ذلك ولو كلفه التمسك كما اراد رسول الله صلى الله عليه وآله
 الحرف لولا ان ثبت لانه استفي الخافد والمزاحمة كلالا لا يصح ان يقال ما تكلمت به وما لا تكلمت به وما لا تكلمت به
 تحت قوله قال ان كان لبرئ الله الاربعة اذني من صاحب ابرئ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من قرضه بالذوق الاول
 وحديثه من العتق في ما حلف في عتق العتق وانما رخصه من عتق العتق من عتق العتق من عتق العتق من عتق العتق
 معه في المجلس لو حلف ان اكتب اليه وقعة والظاهر انما حلف على الاطلاق والجزئ الذي في الاسارة والاربع العتق واستد للعتق
 بقوله تعالى ان يردوا للرحم صوما فان اكلتم الله والناس الله فاستبوا فاستبوا فاستبوا فاستبوا فاستبوا فاستبوا فاستبوا
 السابق والاربع والاربع استبوا في المعاملات مع ما سائر العتق والاربع العتق والاربع العتق والاربع العتق
 المحرمه بين المسلمين على ما قال صلى الله عليه وسلم لا يحل المؤمن ان يبيع اخاه فوفق عليه ما لم يبيع بالكتاب ولو كان ذلك لا يبيع
 عند ما يواصله قبل الحرف ان كانت بالكتابة والرسالة فترفع الاربعة الاذني والاربعة العتق والاربعة العتق والاربعة العتق
 في ضمان ما على العتق الذي في الحرف على ان يباعه ولا يملكه بالكتابة والرسالة فترفع الاربعة الاذني والاربعة العتق
 في التمسك ولو حلف على المهاد في الكليات فورد في اذني في طاني العتق والاربعة العتق والاربعة العتق والاربعة العتق
 اما في الاربعة العتق على الاربعة العتق والاربعة العتق والاربعة العتق والاربعة العتق والاربعة العتق والاربعة العتق

كتاب العروة الوثقى

١٠١٧٢١٠١٨٤٧٠٠٠

الكتاب الأول في بيان شرائع الإسلام وادوارها

العروة الوثقى ولا يأخذ بأهل البيت
أما القول الجديد والأول القديم
حتى يعتبر المؤمنون السيد والمخلصون فما
من زوج أورثنا ففي شأركي العاصي الحق
امتنعنا فلا يعين المجرم الذليل

بما هو صادق

توجه لانتقده

من الجوانب

لا

والله في نعمها فإذا أتت الجارحة المشتركة من كل واحد من الشريكين بوليتهما أو غيرها مما يؤمن به فكل واحد
منهما يملك ما ينتمي له من أموالهما ولو لم يكن بينهما نصيب فإنما ينتميه الزوج ولو لم يكن بينهما نصيب إلا
بالقرينة أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة
أما ما عني كما والاولون بين عقوباتهم ولو كانا مقسمين في مسئلة لهما وإذا كانا مالكا من بعضهم بالسوية فلهما ما سبق من الرجوع
لاحتجاب بظنوه أو بطوئه فزوج مشهور أو المستول على الميراث منه صارت مسئلة بينهما فلما بقا ملكه وان بداهة المرأة فلهما ما سبق
ان اسم نقل القول فيما إذا استولت حاضرة العشرة بالتمتع بملكها وان نوقعت في الملك نوقعت في الاستلاد أيضا ان اتمت
الملك حيا أو متوفيا فلهما العشرة ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة
ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة
بها إذا أوتى عتقا أو ملكا أو غيرها أو زوجا أو مستول أو غيره فلهما العشرة ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف
لذاته أو لأولادها ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة
وكون الميراث أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة
مجرد ما أزوج صارا لأب أو لأم أو لغيرهما ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة
أو لغيرهما أو لغيرهما ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة أو العرف المسمى بالقرينة
الاستلاد على المخلوق وإنما إذا أزوجت نفسها بالاستلاد أو غيرها ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف
بهذا الملك بين العتيق والعتيق لا يجب اعتماد من قبل المال أو المخلوق اعون مسئلة على ذلك يجوز وتوافق نفسها معها
العقد من نفسه اعتماد على الحقيقة فيقبل له العتق ولو لم يكن بينهما نصيب إلا بالقرينة أو العرف أو العرف المسمى بالقرينة
بعد ذلك إذا أزوجت حرة بغير عتق أو بغير عتق أو بغير عتق أو بغير عتق أو بغير عتق أو بغير عتق أو بغير عتق أو بغير عتق
نفسيا ونفسيا مسئلة فيما قال الاحتجاب ولا يشترط اجتماع هذه الأحكام فزوجها بغير العقد الا في هذه المسئلة على ما تقدم وأعلم ان الكلام
في هذا والمستول له قدر متعريف في الإجازة المتعارفة فلا بد ان يتصوره الباب حقيقة فقال أنه تعالى ان يحتجب من العتق كقولك وبتة
وان رجح مخرقا كما عليه وان يحتجب في ضرورة من جهة زوجته والكلام بما بعدة الله في الخلاك والأكرامه ودولي الطوبى والآيات

في الام انه لا تحت وذكر صاحب التهذيب رحمه الله انه الاعم ويشبه ان يقال ان
 كان المقصود من قوله لعن عماده بما هو معزل عن العادة فلا تحت وهذا هو السابق
 الى الفهم وان كان المقصود ما عاين في الحقيقة فمجموع العادة والحاجة الاخرى
 يعاين مجرد العادة ولو قال ان خرجت لالعبادة فنبتغي ان تحت لانه صدق ان
 يقال لم يخرج للعبادة وانما خرجت لها ولغيرها والله اعلم بالصواب **قال**
 النوع الخامس في الكلام لو قال والله لا اكلمك ففتح تحت بقوله فتح تحت وكذا
 لو شتمه ولو كاتبه لم تحت ولا تحت بالاشارة المفهومة ولو حلف على المخرج في
 المكاتبه تردد ولو حلف لا تكلم تحت بتزديد الشعر مع نفسه ولا تحت بالمثل
 وقرآه القرآن ولو قال لا شئني على الله يا حسن التشاء فلعل لا احصى ثنا عليك انت
 كما اثبت على نفسك ولو حلف لا يصلي ثم تحرم بالصلوة تحت وان اشد ما بعد
 ذلك فقيه وجه انه لم تحت الاصلوة ثامنة هـ فيه مسائل احديها اذا قال والله
 لا اكلمك ففتح تحت او تم او اخرج او شتمه او زجر تحت سؤا عقب المين بشئ منها
 على الاتصال او لا على الاتصال لانه قد كلف بها اذا وصلها المين لان المقصود من
 مثله تأكيد المين وهو وجه للاصحاب قال صاحب البيان الوجهان كوجهين ذكرناهما
 فيما اذا قال لا من انه ان كلمتك فانت ظالمون فاعلم ذلك ولو كتب اليه كتابا او ارسل
 رسولا فقيه قولان الجدي وبه قال ابو حنيفة واختاره المزني رحمه الله انه لا تحت
 لانه لا يشي المكاتبه والمراسله كلاما بل يصح ان يقال بما كلفه وانما كاتبه وراسله
 والقديم وبه قال مالك واحمد رحمه الله انه تحت لقوله تعالى ما كان لبشر ان يكلمه
 الله الا وحيا او من وراء حجاب او يرسل رسولا استثنى الرسالة من التكليم
 ومنهم من قطع بالتقوال الاول وحمل ما يقبل عن القديم على ما اذا نوى في ميمه المكاتبه
 والمراسله ومنهم من خصص الخلاف بحال الغنه وقال اذا كان معه في المجلس م

٢١٥٥

ليس من ادل المالك وان المكاتب اذا اولد جارية غيبه الحر فمحمول ان سني ثبوت
الاستيلاء على الخلاف في انه اذا اولد جارية نفسه هل يثبت الاستيلاء وان من
وطي جارية بيت المال حد فان اولدها فلا نسب ولا استيلاء ولا فرق في ذلك بين
الغني والفقير لا يجب الاعفاء من بيت المال وان لو اعنق مستولذنه على مال
يجوز ولو باع نفسها منها فكذلك على الظاهر لان بيع العبد من نفسه اعناق على
الحقيقة فقل له النسب يثبت الخيار للسيد في بيع العبد من نفسه على وجه وفيه اعتبار
حكم العاوضه فقال ذلك وجه بعيد اذا اولد جاريته المحرمه عليه برضاع او مراهمة
او نسب فعليه الحد في قول القائلين على الاظهر وعلى القولين لو اولدها فالولد حر نسبي
وتصير هي مستولذته قال الاصحاب ولا يشترط اجتماع هذه الاحكام مع وجود الحد
اذ ثبت ان الصورة على اوجه القولين وان علم ان الكلام في احكام المستولذ قد مر فبقائه
الابواب السالفة فلذلك كانت مونة الباب خفيفة نسأل الله تعالى ان يحقق عناك حسن
الاجرة كل تعب ومونة وان ترحم ضعفا كما علمه وان تحشرنا في زمرة من رحمته
ويحتم الكتاب بما بدأنا به وهو حمد الله ذي الجلال والاکرام ووطي الغول والانعام
ويقول الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله اللهم صل على محمد
رسلي آل محمد كما ذكره الذكرون وعقل عن ذكره العاقلون واغفر لنا ولاخواننا
الذين سبقونا بالايمان ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا انك رؤوف رحيم
وقع الفراع من كنبته على يدي اصعب عباد الله تعالى العبد الفقير احمد بن محمد السكلي
غفر الله له ولن سعي في نساخته وجميعه في تافه من رحمته بالخير والظفر سنة تسع وثلاثين
فرض ما يرسل الله على سيدنا محمد وآله وصحبه الطيبين الطاهرين وسلم

٧٢٩



وعدت
هذا الكتاب
ان
الرسول



عبد
الله

صورة الصفحة الأولى من الجزء السادس عشر من النسخة (ظ)

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
 وجهه الله واذا شهد على السرقه والعهد رجل وامرأتان
 المال وان لم يثبت العقوبة وسنت مهر النكاح وان لم يثبت النكاح
 ولو علق طلاقها على الولاده ثبت بشهاده اربع نسوة ولا يقع الطلاق
 اثبت عليها الغضب بشهاده رجل وامرأتين فقال الزوج اني كنت غضبت
 الطالق وقع بخلاف ما لو تقرر التعلق ولو شهد على السرقة رجل
 امرأتان ثبت المال وان لم يثبت القطع لان المال ثبت برجل وامرأتين
 العقوبة لا يثبت ومنهم من حكى في المال قول اخر كالو شهد على
 القتل المبرور رجل وامرأتان فانه لا يثبت الربيه كما لا يثبت القصاص
 والطامر الاول وثقوا بينه بان المترقه توجب القطع والمال جميعا
 واثبت جثته ثبت ومثلهم لا يثبت والقتل لا يوجبها معا بل انما
 ان يوجب القصاص بعينه وانما ان يوجب اجزها وانما من الاختيار
 لو اثبتنا المال على ربي المصن لم ينف بموجبه ولم يثبت جثته فاذا
 اثبت لم يثبت به ايه وانما ان يوجب اجزها لا بعينه وانما نعين
 الاختيار فلو اثبتنا المال على المصن لم ينف بموجبه ولو شهد رجل
 وامرأتان في صدق في نكاح اذ تقرر امرأه ثبت الصداق وان لم
 يثبت النكاح فان الصداق هو الذي تقرر ولو علق طلاق امرأته
 وعنى عبده على الولاده فتوى الولاده اربع نسوة ثبت الولاده
 ولا يقع الطلاق والعق وحكنا الولاده على الغضب والانكاف
 شهد بعمار رجل وامرأتان من الغضب والانكاف ولم يكره وقوع
 الطلاق ولا يوجب الطلاق في غير ذلك وهو كما سبقت العود بالما اذا

اشيا
 المعه
 وذكر
 رجل
 كنت
 الظه
 ماء
 الله
 كالمو
 واق
 محي
 واذا
 لا
 ي
 الب
 الو
 لكر
 الب
 في
 اظ
 ظا

كل يوم يروي عن النبي صلى الله عليه وآله
 ونسبهم القريب ما بدأ به وهو ما لا ينفك
 الطول والارتفاع وسبقه لسبب المجد والفضل
 له لأن هذا الله المصطفى على كل شيء
 وسال على محمد وعلى آل محمد كما غفل من ذكره
 وذكره في القرآن والقرآن في قوله تعالى
 وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا
 وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا
 وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا

استخرجت من نسخة
 بخطه الشريف
 في سنة ١٢٠٠
 في شهر ربيع الثاني
 في يوم الاثنين
 في سنة ١٢٠٠

كتاب شاهادة
 من نسخة الشريف



ومنه من قال قوله الهادي محتمل للعبارة ايضا فحمل عليها ولو قال
 ان خرجت اجزا ذى لغز عبادة فان قلت طالق فخرجت لعبادة ثم عرفت
 طاحه فاشتغلت بها لم تطلق وان خرجت لعبادة وعن طاحه فاطمردون
 التامل والمشيوي الى بيضه من الامر انه اخرجت وذكر صاحب الهدى
 انه لا يصح وسببه ان يقال ان كان المقصود من قوله لخرجت لعبادة ما هو
 بمنزلة عن العبادة فلا تحت وهذا هو السابق الى الفهم منه
 وان كان المقصود ما يعاير في الحقيقة فجميع العبادة والحاجه
 الهادي يعاير مجرد العبادة ولو قال ان خرجت للعبادة بمعنى ان
 خرجت لانه يصدق ان يقال لم يخرج للعبادة وانما خرجت لها ولغيرها
قال النوع الخامس في الكلام لو قال والله لا اكلم
 فتعني تحت بقوله يخرج عني ولا اؤتمنم ولولا انه لم تحت ولا
 تحت ما لا شان المقدمه ولو طغى على المباحه ففي الخامسة بردد
 ولو طغى لا شك في خروج من يده الشعر مع نفسه وان تحت بالنيل وغيره
 البران ولو قال لا شين على الله يا حسن اتنا فليقل لا اهي بنا عليك اين
 كما استغنى نفسك ولو طغى لا يصلي ثم حرم بالصلاه حيث ذكرت
 افسدتها بعد ذلك ووجه وجه انه لا تحت الا بالصلاه مع فقه مسائل
 احدها اذا قال والله لا اكلمك فتعني او فمروا اخرج اوسته
 اوزجره تحت سوا عقتا لمن يسي منها على اهل الصالح او على اهل الصالح
 لانه قد حمله بها وقال ابو حنيفة لا تحت بها اذا وصلنا باليمن
 لان المقصود من مثله نكاح الممن وهو وجه للاصحاب قال صاحب
 البيان الوهمان كوجهمين ذكرهما في بلاد اقال لافرايه ان كتمك فاس
 طاق واعلج بسون كبر العمدانا او ارسل وسوا فقيهه فوكت خرد
 وبعه قال ابو حنيفة واخاوه المرزقي انه لا تحت لانه لا يسمى المذاهب

صورة الصفحة الأولى من الجزء الحقيق من النسخة (ب)

انزل عنده في فتاوى المقال ان العبد اذا اولد جاريته انه
 احمر اجز عليه مثبت النسب واثبت الاستناده لانه ليس من
 اهل الملك وان المالك اذا اولد جاريته ابنه الحر فمحمدا بنى شرف
 الجسد بلاد على الخلاف في انه اذا اولد جاريته بنفسه هل ينسب
 اليه بلاد ولز من وطى جاريته من المال الحد فان اولدها فلا ينسب
 ولا استناده وطى في ذلك من الغنى والفقر لانه لا يجب
 البرهانه من بيت المال وانه لو اعترف مستولده على مال الجور ولو
 باع نفسها منها فلذلك على الظاهر ان بيع العبد من نفسه اعترف
 على الحقيقه فقل له ليس ينسب الحناي للسيد في بيع العبد من
 نفسه على وجه وفيه اعتبار حكمه بالمعاومه فقال ذلك وجه
 بعبد له اذا اولد جاريته المحرمه عليه برضاع او نصابه
 او نسب فعليه للبره قول فالغرض على الظاهر وعلى القول في
 اولدها فالولد حر بسببه وتصرفه مستولده قال الاصحاح في مسطور
 اجماع هذه الاحكام مع وجود الحداة في هذه الامور على احد
 القولين واعلم ان الكلام في احكام المستولده قد مر مقدما على
 ابوابه السالفه فلذلك كانت مونه الاب حقيقه نسأل الله تعالى
 ان يحفظ منا حسن المعونه كل نعمه ومونه وان يرحم ضعيفا
 كما علمه وان يحسن بناه زمره من رحمه في تختم الكتاب
 بما يدانا به وهو حمد الله ذي الجلال والاکرام وولي الطول
 والاعمار ونقول الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي
 لولا ان هدانا الله اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما ذكره
 الناكرون وعقل عن ذكره العاقلون واعمر لنا ولاخواننا الذين
 سبقونا بالايمان ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا انك رؤوف رحيم

كَلِّمَ النَّاسَ بِمِرَالِهِ وَحَسَنَ تَرْبِيَتِهِ
 وَكَانَ الرَّاعِي مِنَ ذَاتِهِ مِنَ الْبَسْتِ الْمَادِي وَالْعَشْرِينَ مِنْ مِثْرِهِ
 الْفَرْدِيَّةِ ثَمَانِ وَسِتِينَ بِسْتَاهِ بِه هُ كَسَّ الْعَبْدُ الْفَقِيرُ الْمَحْرُوبُ
 بِالْمَعْضَرِ الرَّاجِحِيِّ مِنْ رِيهِ وَرِضْوَانِهِ فَحَمَّرَ عِدَّةً مِنْ بَنِي عَمْرِو الْأَصْحَارِ
 وَدَلَّ تَعْرَافَةَ بَنَانٍ بِتَرْبِهِ عَاشِرًا وَجَوَارِجَهُ الْمَقْطُومَ عَمْرًا لَلَّهِ
 لَهُ وَلَوْ الْبَيْتُ وَلِمَا حَبَدَ وَالرَّطَّاحُ بِنَيْهِ وَتَجَمُّعَ الْمَلِكِينَ
 الْمُرِيدَةَ أَوْلَادَهُ وَأَخْرَاطَهُ وَأَطْنَا حَمْدًا لِرَاطِبِيَا مَبَارِكًا
 صَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ تَمَّ النَّسْرُ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ
 وَسَلِّمْ وَسَلِّمْ كَثِيرًا كَثِيرًا لِبِرَائِكَتِهِمَا
 وَحَسَنَّا اللَّهُ وَبِعَمْرِ الْوَالِدِ



٥٦٧

١٢٤٤

وغيره حسن والظاهر ومنها على السفر فالواحد في السنة
في يوم ام السوم والجمعة وساعت الوعود ودطب الطاهر في شهر رجب
وهو في عام حرمه وقران السوم اجملا لان وعروا ايدى الله عليهم
سنة ويومها وعروا الله اعلم

الحرم الحادي عشر والعشرون

في شرحه

انضم اليه في العام ثامن السنة صديقا واما
الدين حيا أي الفهم على كل من طبعه
القدر ومن الرافعي لعبد الله بن محمد بن عبد

عقل كتاب في العلية
١٦٤٥

اعني على الله عز وجل وعصا الله عز وجل
قال في هذا العمل هذا العمل

وهو مولانا القزويني الذي ولدنا ما بيننا لما في النص الذي للمصنف
هذا هو ما قبله في سنة على طرزالعمل الذي جعله من ما جاء في
الكتاب في هذا العمل الذي ذكرنا في هذا العمل الذي ذكرنا في
١٨٥٥



كتاب السفر في
كتاب دطع في

Handwritten notes or signatures in the bottom left corner, including the name 'عبد الله بن محمد بن عبد الله'.

فخرج
 لله تعالى
 وعلى هذا الجواب
 في غلها في جمل
 بعد اذ نه ما در
 فلا تحت بعده
 لئان
 ن ولم يعلم وخرج
 من حصفه وما لك
 وعلى كى الوحلف
 فاذا خرج ولم
 فانه لا اصحاب بهم
 المحوسني رحمه الله
 له عمل الوكيل
 اذ ن خرجت
 روحه واوالم يبينه
 في الروح كما
 ان تحت نفسه
 ان يظن انها
 ان يظن انها
 ان يظن انها
 ان يظن انها

وإن يظن انها بعد ذلك والروح ان قبل اسما الظعان لا ابره الت
 اذ اختلف لا يخرج وان بعد اذ نه او الاما دنه فخرج بعد اذ نه حيث وان خرج ما يدلك
 تحت وكذا لو قال لروحه ان خرجت بعد اذ نه او الاما دنه فانت طال خرجت
 بعد اذ نه طلقت وان خرجت ما لدن لم يظن ويحل العن على العدرين ودر الحكم
 لوقال ان خرجت حق اذ نك او ال ان اذ نك او ال ان اذ نك فاستطال وعن الى حبه
 المساعده في هذه اللفاظ الثلثة وقال فما اذ قال ان خرجت بعد اذ نه او الاما دنه
 لم يظن العن يخرجها ما لان حتى لو خرجت بعد ذلك طلقت لان الخلف عليه
 الروح بعد اذ نه لم يظن فلا يحل العن كما اذ قال ان خرجت لا منه لكرهات
 الحق فخرجت بعد اذ نه لا يحل العن حتى يظن اذ اخرجت بعد ذلك لا منه لكره
 عن النباي المحوسني رحمه الله تعالى ان هذا قول الساعني رحمه الله ونقله عنهم
 في جواب اصحاب وروى ذلك عن النبي محمد لله ولحقان الذي اذ اخرجت
 على ذلك القول او الوجه في اللفاظ المذكورة على ما صا وا كما جده في غير
 في الجاهه ولو قال ان خرجت لا اعاده بعد عن ان تحت لا منه لكره ان يقال لا يخرج
 الجاهه وانما خرجت لها واعرفها قال
 المخرج الخامس في الكلام لو قال والله لا اهلك عقالا من تحت قوله يخرج عني
 هذا في ستمه ولو كان نك تحت ولا ما لاساره الفهمه ولو كان نك في الهاجرة وفي
 لا كان نك تردد ولو حلف لا مسلم تحت تردد السعير في ستمه لا تحت المثل
 هو اه القرآن ولو قال لا يس على الله سمي الله تعالى ما تحت الساطع في الاخصي
 ما تحتك انت كما انت على نفسك ولو حلف لا يصلي تراحم قال اذ نك تحت وراشد
 في ذلك وفيه وجه انه لا تحت الا صلاه امامه في
 قال والله لا اهلك من عني او امر او اخرج لو ستمه او خرجت ستمه في عني
 اليمين نسي منها على الاتصال او على الاتصال لانه فلا في لو قال ان خرجت
 في الله تعالى لا تحتها اذا وصلها باليمين لان الفحص في ايمانها العنيد

هذا هو الجواب
 في غلها في جمل
 بعد اذ نه ما در
 فلا تحت بعده
 لئان
 ن ولم يعلم وخرج
 من حصفه وما لك
 وعلى كى الوحلف
 فاذا خرج ولم
 فانه لا اصحاب بهم
 المحوسني رحمه الله
 له عمل الوكيل
 اذ ن خرجت
 روحه واوالم يبينه
 في الروح كما
 ان تحت نفسه
 ان يظن انها
 ان يظن انها
 ان يظن انها
 ان يظن انها

القسم الثاني: النص المحقق

من كتاب الأيمان
النوع الخامس في الكلام

بسم الله الرحمن الرحيم

[أحمد الله الحق، ذا الجلال والإكرام، وأصلي على رسوله محمد خير الأنام،
وأسلم عليه وأصحابه أفضل الصلاة والسلام]^(١).

(قال [الغزالي]: النوع الخامس^(٢) في الكلام.

فلو^(٣) قال: والله لا أكلمك ففتح عني، حنث، بقوله: تنح عني، وكذا لو
شتمه، ولو كاتبه لم يحنث. ولا يحنث بالإشارة المفهمة.

ولو حلف على المهاجرة ففي المكاتب تردّد.

ولو حلف لا يتكلم، حنث بتزديد الشعر مع^(٤) نفسه. ولا يحنث
بالتهليل^(٥)، وقرآءة القرآن.

ولو قال: لأتئين على الله تعالى بأحسن الثناء، فليقل: لا أحصي ثناء عليك
أنت كما أثنت على نفسك.

ولو حلف لا يصلي ثم تحرم بالصلاة، حنث، وإن أفسدها بعد ذلك.

وفيه^(٦) وجه، أنه لا يحنث إلا بصلاة تامة.

(١) هذا الاستفتاح أخذناه من أول كتاب: .. العزيز في شرح الوجيز. لأبي القاسم عبد الكريم
الرافعي ت ٦٢٣ هـ

(٢) هذا النوع الخامس من أنواع الباب الثالث: فيما يقع به الحنث - من كتاب الأيمان. أما
الأنواع الأربعة فهي النوع الأول: ما يتعلق بدخول الدار.
الثاني: ألفاظ الأكل والشرب.
الثالث: في العقود.

الرابع: في الإضافات والصفات وقد سبقت كلها. انظر: الوجيز ٢/٢٢٦ - ٢٣٠، والعزيز
٢٨١/١٢ و ٢٨٩ و ٣٠٥ و ٣١٤ تحقيق وتعليق الشيخين علي محمد معوض وعادل
عبدالموجود ط ١٤١٧ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت. روضة الطالبين. الامام النووي -
ط ٢ - المكتب الإسلامي، بيروت ٢٧/١١ و ٣٣ و ٤٥ و ٥٣.

(٣) في أ ب ظ "لو"

(٤) "مع" ليست في ز.

(٥) "هلل" قال: لا إله إلا الله. القاموس المحيط ٧٠/٤ فصل الهاء - باب اللام.

(٦) في أ "ففيه".

[فصل في الحلف على الكلام]

[قال الرافي] فيه مسائل:

المسألة الأولى
حلف لا
يكلمه فقال
تنحى عنى أو
قم أو نحو
ذلك

إحداها: إذا قال: والله، لا أكلمك، فتنح عني، أو قم، أو اخرج^(١)، أو شتمه، أو زجره حينئذ. سواء عقب اليمين بشيء منها على الاتصال، أو لا على الاتصال، لأنه قد كلمه بها^(٢). وقال: [أبو حنيفة لا يحنث بها]^(٣) إذا وصلها باليمين، لأن المقصود من مثله تأكيد اليمين^(٤).

وهو وجه للأصحاب.

وقال^(٥): صاحب البيان^(٦) الوجهان كوجهين ذكرناهما.فيما إذا قال: لأمرأته: إن كلمتك، فأنت طالق، فاعلمي ذلك^(٧).

(١) في ز "فاخرج".

(٢) وهو الصحيح. انظر: الوسيط ٢٤٦/٧، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر. ط ١، ١٤١٧هـ، دار السلام، ١٢٠ ش الأزهر. وانظر: الروضة ٦٣/١١. ومغنى المحتاج ٣٤٥/٤، دار الفكر.

(٣) "وقال أبو حنيفة لا يحنث بها" ليست في أ

(٤) قال محمد البايرتي ت ٧٨٦هـ في العناية شرح الهداية بهامش فتح القدير، دار إحياء التراث، بيروت ٤/١٨٨ "فلو قال موصولاً: إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي واخرجي أو قومي أو شتمها أو زجرها متصلاً، لم يحنث، لأن هذا من تمام الكلام الأول فلا يكون مراداً باليمين".

(٥) في: أ "قال".

(٦) هو: يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليماني. المشهور بصاحب البيان. شيخ الشافعية باليمن. في عصره، له مؤلفات منها "البيان" مكث في تأليفه ست سنين، وهو كبير في نحو عشر مجلدات. وله غيره ولد عام ٤٨٩هـ - وتوفي عام ٥٥٨هـ - رحمه الله.

انظر: طبقات الشافعية، للسبكي ٤/٣٢٤، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٣٢٧، كشف الظنون ١/٢٦٤.

(٧) الوجه الأول: تطلق. وهو المذهب.

الوجه الثاني: لم تطلق. إن وصله بالكلام الأول لأنه تنمة له.

انظر: الروضة ٨/١٩٥، والمجموع ١٧/٢٢٥.

ولو كتب إليه كتاباً، أو أرسل رسولاً. ففيه قولان: الجديد. وبه قال: أبو حنيفة^(١)، واختاره المزني^(٢) رحمه الله: أنه لا يحنث، لأنه لا يسمي المكاتبه / والمراسلة كلاماً، بل يصح أن يقال: ما كلمه، وإنما كاتبه، وراسله^(٣).

والقديم: وبه قال: مالك^(٤)، وأحمد^(٥) رحمهما الله أنه يحنث.

لقوله تعالى ﴿مَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا﴾^(٦) استثنى الرسالة من التكليم.

ومنهم من قطع، بالقول الأول، وحمل ما نقل عن القديم على ما إذا نوى في يمينه المكاتبه والمراسلة.

ومنهم من^(٧) خصص الخلاف بحال الغيبة، وقال: إذا كان معه في المجلس لم يحنث، إذا كتب إليه رقعة، والظاهر إثبات الخلاف على الإطلاق^(٨). وأجربى القولان في الإشارة بالرأس والعين.

واستدل للقديم [بقوله تعالى ﴿آيَتِكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمزًا﴾^(٩) استثنى الرمز من التكليم.

-
- (١) انظر: شرح العناية على الهداية ٤/٤١٨.
- (٢) المزني: إسماعيل بن يحيى، أبو إبراهيم، المشهور. بالمزني. أحد كبار تلاميذ الشافعي، ورواته، وناقلي مذهبه. له "المختصر" المشهور به.
- ولد عام ١٧٥هـ، وتوفي عام ٢٦٤، وله ٨٩ سنة - رحمه الله.
- انظر: طبقات الشافعية للسبكي ١/٢٣٨، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/٥٨.
- (٣) "اختاره المزني". انظر: المختصر. ص ٢٩٦، دار المعرفة، بيروت، وانظر: شرح العناية على الهداية ٤/٤١٨.
- (٤) انظر: مختصر خليل ص ٩٨، صححه الشيخ أحمد نصر، ط الأخيرة، ١٤٠١هـ، المكتبة المالكية.
- (٥) انظر: المغني، ابن قدامة، تحقيق د/ عبد التركي، ط ١، ١٤١٠هـ، هجر القاهرة، ١٣/٦١٢.
- (٦) سورة الشورى - من آية ٥١.
- (٧) في ز "ومنهم من قطع بالقول الأول".
- (٨) وهو المذهب. انظر الروضة ١١/٦٣.
- (٩) سورة آل عمران، من آية ٤١.

وللجدید] ^(١) بقوله تعالى: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ
إِنْسِيًّا﴾ ^(٢) ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾ ^(٣).

فلو ^(٤) كانت الإشارة كلاماً، لامتنعت منها.

ولا فرق على الجديد بين إشارة الناطق والأخرس، وإنما أقيمت إشارة ^(٥)
الأخرس في المعاملات، مقام كلام ^(٦) الناطق للضرورة ^(٧).

واحتج المزني - رحمه الله - للقول الذي اختاره. بأن اثم المهاجرة المحرمة بين
المسلمين، على ما قال: صلى الله عليه وسلم. "لا يحل لمؤمن أن يهجر أخاه
فوق ثلاث ^(٨) ^(٩)"

(١) من قوله "بقوله تعالى: "آتيك . . . للجدید" ليست في: ز.

(٢) سورة مريم، من آية ٢٦.

(٣) سورة مريم من آية ٢٩.

(٤) في: أ "فلولا".

(٥) "إشارة" ليست في أ.

(٦) في ب، ز، ظ "إشارة الناطق".

(٧) قال في الوسيط ٢٤٦/٧ "فلو رمز بإشارة مفهومة، فالجدید: أنه لا يحنث، وكذلك إن حرس

وأشار إليه، لأن إشارته ليست بكلام في اللغة وإنما أعطي حكم الكلام لضرورة المعاملة".

وقال ابن الصلاح في مشكل الوسيط بهامش الوسيط ٢٤٦/٧ " . . . ولو رمز بإشارة

مفهومة، فالجدید: أنه لا يحنث " محل القولين - القديم والجدید - إنما هو إذا كاتبه أو راسله.

وأضاف إليه أصحابنا الإشارة فخرجوها على القولين. والله أعلم".

وقال في معنى المحتاج ٣٤٦/٤ "وتَعَقَّبَ بما في فتاوى القاضي من أن الأخرس لو حلف لا

يقرأ القرآن، فقرأه بالإشارة، حنث، وبما مرَّ في الطلاق من أنه لو علقه بمشيئة ناطق فحرس

وأشار بالمشيئة طلقت. وأجيب عن الأول بأن الأخرس موجود فيه قبل الحلف بخلاف

مسألتنا.

وعن الثاني: بأن الكلام مدلوله اللفظ فاعتبر بخلافه المشيئة، وإن كانت تؤدي باللفظ".

(٨) في ز "ثلاثة أيام".

(٩) حديث: "لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث" متفق عليه.

أخرجه البخاري: في كتاب الأدب، باب الهجرة، صحيح البخاري، طبعة بالأوفست،

١٤٠١هـ - ١٩٨١م، دار الفكر، بيروت، لبنان، ٨٦/٤.

وأخرجه مسلم. في كتاب البر والصلة، باب تحريم الهجرة فوق ثلاث أيام بلا عذر.

لا يرتفع بالكتابة^(١)، ولو كان ذلك كلاماً لارتفع^(٢).

وأجيب عنه بأن مواصلتهما قبل الهجرة، إن كانت بالكتابة، والرسالة، فيرتفع الإثم بها، وإلا فإن تعذر^(٣) الكلام لغيبة أحدهما عن الآخر، فكذلك. وإلا ففيه. وجهان بناءً على القولين، القديم، والجديد حتى لو حلف على أن يهاجر فلاناً، فهل يحنث بالمكاتبة، والمراسلة؟ فيه هذا الخلاف. وإلى هذا يرجع قوله: في الكتاب. "ولو حَلَفَ على المهاجرة، ففي المكاتبة تردد".

وعن ابن أبي هريرة^(٤) إطلاق القول: بأن إثم المهاجرة يرتفع بالمكاتبة والمراسلة^(٥).

-
- صحيح مسلم بشرح النووي، ط ٢، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١١٧/١٦.
- وأخرجه مالك من كتاب حسن الخلق، باب ماجاء في المهاجرة، الموطأ، صححه وعلق عليه، محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ٩٠٧/٢.
- وانظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - الألباني، بإشراف محمد زهير الشاويش، ط ٢، ١٤٠٥ - ١٩٨٥م، المكتب الإسلامي، بيروت، ٩٢/٧ وما بعدها.
- وانظر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر تصحيح وتعليق. عبد الله هاشم اليماني، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، الحجاز، المدينة المنورة، ١٧١/٤.
- (١) في ز "بالكتاب" وهو غير صحيح.
- (٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٩٦، ولزيد من التفصيل انظر في ذلك: الحاوي ١٩/٥٢٤، ٥٢٥.
- تحقيق د/ محمود مطرجي، ط ١٤١٤هـ، دار الفكر، بيروت.
- (٣) في ز "تعد".
- (٤) هو الحسن بن الحسين. أبو علي. المشهور بابن أبي هريرة أحد أئمة الشافعية. القاضي. البغدادي. ألف "التعليق على مختصر المزني". وغيره. توفي ببغداد عام ٣٤٥هـ.
- انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٢/٢٠٦ وما بعدها، تاريخ بغداد ٧/٢٩٨، الإعلام ١٨٨/٢، ابن العماد، شذرات الذهب، ط ١، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، دار الفكر، بيروت، ٣٧٠/٢.
- (٥) قال النووي في الروضة ١١/٦٤ "والأصح: أنه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة". وانظر: الحاوي ١٩/٥٢٤، والوسيط ٧/٢٤٦.

ولا يخفى أن المكاتبه، إنما^(١) ترفع الإثم، إذا خلت عن الإيذاء والإيحاء^(٢)، وإلا، فهو كما لو كلمه بالشتم، والإيذاء، وفيه زيادة الوحشة، وتأكيد الهجرة ولا يحنث، بمثل هذه المكاتبه، إذا حلف على المهاجرة^(٣) /
 ٤٠٨/ز
 ولو سلّم الحالف على الذي حلف أن لا يكلمه حنث، فإن السلام نوع من الكلام^(٤).

وإن سلم على قوم وهو^(٥) فيهم، وقصدّه، بالسلام فكذلك.
 قال: في "البيان"^(٦). ويجيء أن لا يحنث على قول من قال: إذا حلف لا يأكل^(٧) السمّن، فأكله مع غيره لا يحنث، وإن استثناه لفظاً، لم يحنث، وإن استثناه بالنية، فكذلك، لأن اللفظ العام، يحتمل التخصيص. وذكر فيه قول آخر.
 وإن أطلق، ففيه قولان. منقول المزني - رحمه الله - : إنه لا يحنث. ووجه بأن اللفظ يصلح للجميع، وللبعض فلا يحنث بالشك^(٨).

-
- (١) "إنما" ليست في أ.
 (٢) "الإيحاء" جمع "وحشي" ومنه "الوحشة" بين الناس، وهي الانقطاع وتُبعد القلوب عن المودات. المصباح ٦٥١/٢.
 (٣) ولزيد من التفصيل عن المهاجرة المحرمة، وغير المحرمة بين المسلمين. ينظر الحاوي ٥٢٤/١٩، صحيح مسلم بشرح النووي ١١٧/١٦، والروضة ٦٤/١١، ومغني المحتاج ٣٤٦/٤.
 (٤) انظر تفاصيل مسألة. "حلف لا يكلمه فسلم عليه" ومسألة. "حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم".
 شرح العناية على الهداية ٤/٤١٨، مواهب الجليل ٣/٣٠٠، الحاوي ٥٢٢/١٩، المجموع ٦١٥/١٨، ٩٢، الروضة ٦٤/١١، والمغني ٦١٥/١٣.
 (٥) "و" ليست في أ، ب، ظ.
 (٦) سبق التعريف به ص ٧٩.
 (٧) في: أ "لا ياكل".
 (٨) مختصر المزني ص ٢٩٦، "لأنه غير مقصود بالكلام" ذكره في الحاوي ٥٢٢/١٩.

والثاني: يحنث رواه الربيع^(١). وهذا أظهر على ما ذكره^(٢) الشيخ أبو حامد^(٣)، لأن ظاهر اللفظ مخاطبة الجميع.

ولو سلم عن صلاته، وفلان المحلوف عليه من المؤمنين به^(٤)، ففيه هذا التفصيل.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - أنه^(٥) لا يحنث^(٦).

ولو صلى الحالف خَلَفَ فلان فسبح به لسهوه، أو فتح عليه القرآن، لم يحنث، ولو قرأ آية فَهَمَّ فلانٌ منها مقصوده، فإن قصد القراءة، لم يحنث، وإلا حنث^(٧).

المسألة الثانية
إذا حلف لا
يتكلم فسررد
الشعر، أو هلل
أو سبح ونحو
ذلك

الثانية: إذا حلف: لا يتكلم، حنث، بتزديد الشعر مع نفسه لأن الشعر كلام^(٨).

(١) "الربيع": بن سليمان بن عبد الجبار المرادي، المصري. أبو محمد المؤذن. صاحب الشافعي. ثقة. ألف "المختصر" المعروف باسمه.

ولد عام ١٧٤هـ، وتوفي بمصر عام ٢٧٠هـ رحمه الله.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٦٥، تقريب التهذيب، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ١/٢٤٥، طبقات الحفاظ، ص ٢٥٦.

(٢) في ز. "ذكر". وانظر: الحاوي ١٩/٥٢٢، والروضة ١١/٦٥، ومغني المحتاج ٤/٣٤٥.

(٣) أبو حامد: أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني، المشهور بالشيخ أبي حامد، أحد أئمة الشافعية. مشهور بالعلم، عظيم المكانة، ألف "الروتنق: وغيره.

ولد في إسفرايين عام ٣٤٤هـ وتوفي ببغداد عام ٤٠٦هـ.

انظر: طبقات الشافعية ١/١٧٢، تاريخ بغداد ٤/٣٦٨، ياقوت الحموي، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، ١/١٧٨.

(٤) "به" ليست في ز.

(٥) "إنه" ليست في ز.

(٦) انظر: شرح العناية على الهداية ٤/٤١٨.

وكذلك الحكم عند المالكية والحنابلة. بأنه لا يحنث. انظر: مواهب الجليل ٣/٣٠١، والمغني ١٣/٦١٦.

(٧) انظر: الروضة ١/٦٥، ومغني المحتاج ٤/٣٤٦.

(٨) اتفاقاً في المذهب. انظر: الوسيط ٧/٢٤٦، والروضة ١١/٦٥.

ولا يحنث، بالتهليل، والتسييح، والتكبير، لأن اسم الكلام عند الإطلاق،
 ينصرف إلى كلام الآدميين في محاوراتهم، وفيه، وجه: أنه يحنث، لأن [الجُنْبَ] ^(١) غيرُ
 ممنوع منها، فهي كسائر الكلام. والدعاء، في معنى التسييح.
 ولا يحنث بقراءة القرآن ^(٢)، وبه قال: أحمد ^(٣). وعن أبي حنيفة ^(٤): أن جميع
 ذلك إن كان في الصلاة لم يقتض الحنث، وإن كان خارج الصلاة، حنث ^(٥).

المسألة الثالثة

الثالثة: إذا حلف: كَيْثُنَّ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى أَحْسَنَ الثَّنَاءِ، فطريق البر، أن يقول: إذا حلف
 كَيْثُنَّ عَلَى اللَّهِ
 تَعَالَى أَحْسَنَ
 الثَّنَاءِ وَنَحْوِ
 ذَلِكَ
 "لا أحصي ثناءً عليك، أنت كما أثنيت على نفسك" وزاد إبراهيم المروزي ^(٦) في
 آخره "فلك الحمد حتى ترضى"

وَصَوْرَةٌ ^(٧) فِي "التتمة" ^(٨): فيما إذا قال: "لأُثْنِيَنَّ عَلَى اللَّهِ بِأَجْلِ الثَّنَاءِ،
 وَأَعْظَمَهُ، وَزَادَ فِي أَوَّلِ الذِّكْرِ "سُبْحَانَكَ". ثُمَّ وَجَّهَهُ: بِأَنَّ أَجَلَ الثَّنَاءِ: ثَنَاءُ اللَّهِ تَعَالَى،

-
- (١) في النسخ "الحنث" وهو خطأ وما أثبتناه بين المحصورتين من الروضة ٦٥/١١ وهو الصحيح والله أعلم.
- (٢) انظر: المصدرين السابقين، والمجموع ٩٢/١٨ و ٩٣، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤.
- (٣) انظر: المغني ٦١٦/١٣ و ٦١٧.
- (٤) "وعند أبي حنيفة" ليست في ب، ظ.
- (٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية ٨٤/٢، وانظر: فتح القدير ٤٢٠/٤،
 والدر المختار ٧٩٤/٣، ط ٢، دار الفكر، بيروت.
- (٦) هكذا ورد - إبراهيم المروزي في جميع النسخ. وعند النووي في الروضة ٦٥/١١، مسألة
 الثناء على الله - "إبراهيم المروزي" - بالزاي المعجمة.
- وهو إبراهيم بن محمد بن محمد، المروزي أبو إسحاق ويخفف فيقال: "المروزي". الإمام العلامة
 أحد أئمة الشافعية "له تعليقة مبسطة"، وقف عليها الرافعي، وكرر النقل منها. ولد عام
 ٤٥٣هـ، وتوفي عام ٥٣٦هـ عن ٨٣ عام - رحمه الله -.
- انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٩٨/١ - ٢٩٩، وابن هداية الله ص ٢٠٤.
- (٧) في أ، ب، ظ "وصور".
- (٨) "التتمة": أي "تممة الإبانة" كتاب في الفقه الشافعي وصل فيه مؤلفه إلى الحدود. وهو
 لعبد الرحمن بن مأمون النيسابوري، أبو سعد المتولي. صاحب "التتمة على إبانة شيخه
 الفوراني". والمتولي أحد أئمة الشافعية الرفعاء ولد بنيسابور عام ٤٢٦ وقيل ٤٢٧هـ، وتوفي
 عام ٤٧٨هـ.

على نفسه، ويحسُنُ أن يقال: الاعتراف بالعجز، و^(١) القصور، عن الثناء والحوالة على ثنائه على نفسه أحسن الثناء وأبلغه.

ولو قال: " لأُحْمَدَنَّ الله بمجامع الحمد".

وقال: في "التتمة": بأجل التحاميد، فطريق البر، أن يقول: "الحمد لله حمداً، يوافي نعمه، ويكافئ مزيده". يروي^(٢) أن جبريل، علّم آدم عليهما السلام هذه الكلمات، وقال: "قد علمتك بمجامع الحمد"^(٣).

= انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٢٢٣/٣ - ٢٢٤، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٤٧/١ - ٢٤٨.

(١) "و" ليست في أ، ب، ظ.

(٢) في ز "ويروي".

(٣) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٢٤٧/٧ "إذا قال لأُحْمَدَنَّ الله بمجامع الحمد، فليقل ما علمه جبريل آدم عليهما السلام": "الحمد لله حمداً يوافي نعمه، ويكافئ مزيده" هذا فرغ ذكره غير واحد من أصحابنا الخرسانيين المتأخرين. وفيه نظر، وله مستند ضعيف الإسناد غير متصل روياه عن محمد بن النضر. قال: قال آدم عليه السلام: يارب شغلتنني بكسب يدي، فعلمني شيئاً فيه مجامع الحمد، والتسبيح. فأوحى الله تعالى إليه "يا آدم إذا أصبحت، فقل ثلاثاً، وإذا أمسيت فقل ثلاثاً: الحمد لله رب العالمين حمداً يوافي نعمه، ويكافئ مزيده، فذلك مجامع الحمد والتسبيح".

ثم قال: والحمد يتضمن التسبيح، فإن الحمد يطلق على مطلق الثناء، وقد قال سبحانه وتعالى: "يسبحون بحمد ربهم" غافر، ٧. وقوله: "يوافي نعمه"، أي يلاقي نعمه، أي يستجلبها، فتحصل معه. وقوله: "ويكافئ مزيده" أي يساوي مزيد النعم والإحسان الذي يقتضيه الشكر. والله أعلم" وانظر الروضة ٦٦/١١.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٧١/٤، تصحيح وتعليق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، ١٣٨٤هـ، "قال ابن الصلاح في كلامه على الوسيط: ضعيف الإسناد، منقطع غير متصل. قلت: فكأنه عثر عليه حتى وصفه، وأما النووي فقال في الروضة في مسألة جلّ الحمد: ما لهذه المسألة دليل معتمد، ثم وجدته عن ابن الصلاح في أماليه بسنده إلى عبد الملك بن الحسن عن أبي عوانة، عن أيوب بن إسحاق بن سافدي عن أبي نصر التمار، عن محمد بن النضر قال: قال آدم يارب شغلتنني بكسب يدي، فعلمني شيئاً فيه مجامع الحمد والتسبيح، فأوحى الله إليه يا آدم إذا أصبحت فقل ثلاثاً، وإذا أمسيت فقل ثلاثاً: الحمد لله رب العالمين حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، فذلك مجامع الحمد والتسبيح. وهذا معضل".

ولو قال: لأُصَلِّينَ عَلَى النبي صلى الله عليه وسلم. أفضل الصلاة عليه^(١).

فطريق البر، أن يقول: "اللهم صلى على محمد، وعلى آل محمد، كلما ذكره
الذاكرون، وكلما سها عن ذكره"^(٢) الغافلون" ذكره إبراهيم المروزي.

المسألة الرابعة

إذا حلف لا
يصلي فمتى
يحنث

الرابعة: وليست من شرط هذا^(٣) النوع إذا حلف، لا يصلي، فمتى يحنث^(٤) بثلاثة أوجه: أصحها^(٥): أنه يحنث، بالتحريم بالصلاة، لأنه يُسَمَّى حينئذٍ مصلياً.

والشروع هو المراد من فعله^(٦) صلى الله عليه وسلم في حديث إمامة
جبريل^(٧) عليه السلام. "صَلَّى بِي الظُّهْرَ حِينَ زَالَتْ الشَّمْسُ"^(٨).

(١) مسألة الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم قال عنها الإمام النووي في الروضة ٦٦/١١. "وأما مسألة الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، فقد ذكرها إبراهيم المروزي وحده، وقد يستأنس لذلك: بأن الشافعي كان يستعمل هذه العبارة، ولعله أول من استعملها، ولكن الصواب والذي ينبغي أن يجزم به أن أفضل ما يقال: عُقِبَ التشهد في الصلاة: اللهم صل على محمد، وعلى آل محمد، كما صليت على إبراهيم ٠٠٠ إلى آخره ٠٠٠".

فقد ثبت في الصحيح: أنهم قالوا يارسول الله: كيف نصلى عليك، فقال: قولوا: اللهم صل على محمد إلى آخره. والله أعلم.

وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١٢٣/٤.

(٢) في أ، ب، ظ "سها عنه".

(٣) "هذا" ليست في أ، ب، ظ.

(٤) انظر: تفصيل آراء الفقهاء، الهداية ٩١/٢، والمجموع ٩٦/١٨ - ٩٧، والمقنع، ط ١،

١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص ٢١٨. والإنصاف في معرفة

الراجح من الخلاف للمرداوي، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ط ١، ١٣٧٧هـ -

١٩٥٨م، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان ٦٤/١١.

(٥) في ب. "أحدها". وانظر: الوسيط ٢٤٧/٧، والروضة ٦٦/١١، ومغني المحتاج ٣٤٦/٤.

(٦) في ز "قوله".

(٧) في ز: "إمامة أن جبريل".

(٨) الحديث صحيح، وهو ماورد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم "أَمَّنِي جبريل عليه السلام، عند البيت مرتين، فصلى بي الظهر حين

زالت الشمس، فكانت بقدر الشراخ" الحديث أخرجه أحمد في مسنده - إعداد - أبوهاجر

محمد السعيد زغلول، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،

٣٣٣/١، ٣٥٤، ٣٠/٣، وأبو داود: في سننه، مراجعة وتعليق محمد محي الديني

والثاني: ويُحَكِّي عن ابن سريج^(١): أنه لا يَحْنُ، حتَّى يركع، فإذا ركع^(٢)، فقد أتى بمعظم الركعة^(٣)، فتقام^(٤) مقام الجميع^(٥).

والثالث: لا تُحَكَّم بالحنث، ما لم يفرغ، لأنها قد تفسد قبل التمام، فيخرج عن أن يكون مصلياً، ولذلك قلنا: في ألفاظ العقود: إنها تقع على الصحيح دون الفاسد، وعلى هذا، فلو أفسدها بعد الشروع، لم يحنث، وعلى الأول، هو^(٦) حانث. وإن أفسد. وعلى الثاني، كذلك، إن^(٧) كان الإفساد، بعد الركوع، ولا نقول: إن اللفظ يقع على الصحيح، والفاسد، ولكن ذكرنا أن الشارع في الصلاة، يُسَمِّي مصلياً، فيعتبر أن يكون الشروع صحيحاً، حتى لو تحرَّم مع الإخلال، ببعض الشروط^(٨)، لا نحكم بالحنث.

ولو قال: ما صليت، وقد أتى بصورة الصلاة الفاسدة، لانقول: بالحنث. ولا يجيء الوجه الثاني إذا صلى على جنازة.

= عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، لبنان، من كتاب الصلاة، باب في المواقيت ١/١٠٧، حديث ٣٩٣، والترمذي، في سننه، ط ٢، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الفكر، بيروت، من أبواب الصلاة، باب ماجاء في مواقيت الصلاة، ١/١٠٠ - ١٠١، وقال: "وحديث ابن عباس حديث حسن صحيح". وانظر: تلخيص الحبير ١/١٧٣، وإرواء الغليل ١/٢٦٨.

(١) ابن سريج: أحمد بن عمر، أبو العباس، القاضي، البغدادي المشهور، بابن سريج، حامل لواء الشافعية في زمانه، وناشر المذهب، صاحب المؤلفات العديدة التي تزيد على أربعمئة مصنف ولد ببغداد عام ٢٤٩ هـ. وتوفي ببغداد عام ٣٠٦ هـ رحمه الله.

انظر ترجمته: طبقات الشافعية، ابن قاضي شعبة ١/٩٠، طبقات الحفاظ، ص ٣٣٩، تاريخ بغداد ٤/٢٨٧.

(٢) "فإذا ركع" ليست في ب، ظ.

(٣) "معظم الركعة": يعني بسجدها.

(٤) في: أ "فيقام".

(٥) ووافقه في ذلك من الحنابلة أبو الخطاب. انظر: الإنصاف ١١/٦٤، والمجموع ١٨/٩٦.

(٦) "هو" ليست في ب.

(٧) في ب، ظ "وإن".

(٨) في ب، ظ "الشروع".

ولو^(١) لم يجد ماء، ولا تراباً، وصلى^(٢)، يحنث، لأنها تعدُّ صلاة. وإن وجب القضاء، إلا أن يريد الصلاة المجزئة.

ولو قال: لا أصلي صلاة، لم يحنث، حتى يفرغ^(٣).

ولو حلف^(٤) لا يصوم، فيحنث، بأن يصبح صائماً، أو ينوي صوم التطوع ضحى، أو لا يحنث، حتى يتم؟ فيه الخلاف^(٥).

وإذا قلنا: لا يحنث حتى يفرغ، فقد ذكر وجهان^(٦): في أنا هل نتبين إستاناد الحنث إلى الأول؟

وقوله في الكتاب: "ثم تحرّم بالصلاة، حنث"، معلّم، بالحاء، لأن عنده^(٧) لا يحنث^(٨) حتى يسجد^(٩).

[قال: الغزالي] النوع السادس: ^(١٠) في تأخير الحنث، وتقديمه: فإذا قال: لا تكن^(١١) هذا الطعام عدّاً، فأخر حنث، وإن تلف الطعام^(١٢) قبل الغد، أو مات الحالف، فقد تعذر البر^(١٣)، لباختياره، فيخرج على قولي الإكراه.

-
- (١) "لو" ليست في ب.
(٢) "وصلى" ليست في ز.
(٣) انظر الروضة ٦٦/١١، ومغني المحتاج ٣٤٦/٤.
(٤) "حلف" ليست في أ.
(٥) الخلاف الذي سبق في المسألة التي قبلها، وهي "حلف لا يصلي، فمتى يحنث؟" ص ٨٧.
(٦) في ب، ظ "وجها". وانظر الروضة ٦٧/١١.
(٧) "عنده" أي عند الإمام أبي حنيفة. وقد سبق بيان ذلك في أول المسألة.
(٨) "لا يحنث" ليست في أ.
(٩) قال النووي في الروضة ٦٦/١١ "وينبغي أن لا يحنث بسجود الشكر والتلاوة والطواف، ويحنث بالصلاة بالإيماء، حيث يحكم بصحتها. والله أعلم".
(١٠) من الباب الثالث: "فيما يقع به الحنث".
(١١) في أ "لا آكل" وهو خطأ بين.
(١٢) "الطعام" ليست في أ.
(١٣) "البر" ليست في ب، ظ.

ولو تلف في أثناء الغد، بعد التمكن، من الأكل فلزوم الكفارة^(١) ويُلْتَفَتُ إلى^(٢) الخلاف^(٣) في أن^(٣) من مات، ولم يصل في أثناء الوقت، هل يعصي؟.

ولو قال: لأقضي^(٤) حقك غداً، فأبراه المستحق، فقد فات البر، بغير^(٤) اختياره، وإن مات المستحق وفي^(٥) بالتسليم إلى الورثة^(٥). وإن مات الحالف، فقد فات بغير اختياره، فعلى القولين.

ولا ينفذ^(٦) حكم الحنث، بعد الموت، إذا سبق^(٧) اليمين^(٨) في الحياة^(٨).

[فصل في تأخير الحنث وتقديمه]

الصورة الأولى
إذا حلف
ليأكل هذا
الطعام غداً
ونحو ذلك.

[قال الرافي] في الفصل: صورتان متقاربتا^(٩) المدرك .

إحدهما: حلف ليأكلن هذا الطعام غداً. فلا يخفى البر، إن أكله غداً، والحنث، إن أخر^(٩) أكله عن الغد، مع الإمكان.

وإن تلف الطعام قبل مجيء الغد، بنفسه، أو بإتلاف أجنبي، فقد فات البر، بغير اختياره. فيُخرَج الحنث، على قولي الإكراه^(١٠).

(١) في أ "على".

(٢) "الخلاف" ليست في أ، ب، ظ.

(٣) "أن" ليست في أ.

(٤) في أ، ب "بخلاف".

(٥) في ز "الوارث".

(٦) في: أ "لا يبعد".

(٧) في أ، ظ "تسبق".

(٨) في ب "التمكن".

(٩) في ز "متقاربتا" وهو خطأ.

(١٠) " ما إذا حلف باختياره، ثم أكره على الحنث. فعلى قولين:

أحدهما: أنه يحنث، لأنه فعل ما حلف عليه. فحنث، وهو مذهب الحنفية: انظر المبسوط ١٣٠/٨.

٢ - لا يحنث، لما صح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

وعن القاضي أبي حامد^(١) - رحمه الله - : أن الأظهر أنه لا يحنث. ويقال: إنه المنصوص^(٢).

فإن قلنا: يحنث، فيحنث في الحال، لحصول اليأس، عن البر، أو بعد مجيء الغد، لأنه وقت البر، والحنث؟ فيه قولان^(٣). أو وجهان.

والذي أورده القاضي - ابن كج -^(٤) رحمه الله: هو الثاني، والخلاف، كالخلاف فيما لو حلف، ليصعدنَّ السماء، غداً، وقد سبق^(٥).

قال: في التتمة^(٦): وفائدة الخلاف، أنه لو كان معسراً، يُكفِّرُ، بالصوم، فيجوز أن ينوي صوم الغد، عن كفارته، إن قلنا: يحنث قبل مجيء الغد^(٧).

= ولأن الإكراه لا يدخل في اليمين، كما لا يدخل في الأمر، والنهي في خطاب الله عز وجل، وخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإذا لم يدخل في اليمين لم يحنث به، ولأن فوت البر ليس باختياره". والله أعلم.

ذكرة في: مغني المحتاج ٤/٣٤٤، وانظر الحاوي ١٩/٤٣٣.

(١) هو: أحمد بن بشر بن عامر. المرورودي. ويخفف فيقال المرودي - المشهور بالقاضي أبي حامد، أحد أئمة الشافعية له الباع الطويل في الفقه الشافعي. وكان إماماً وعمدة لأصحاب الشافعي ألف: "شرح مختصر المزني"، "الجامع" وغيرهما، توفي عام ٣٦٢هـ. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٣٧، معجم البلدان ٥/١١٢، شذرات الذهب ٣/٤٠.

(٢) انظر: المختصر ص ٢٩٤، والحاوي ١٩/٤٣٣، والوسيط ٧/٢٤٨، والروضة ١١/٦٧، ومغني المحتاج ٤/٣٤٤.

(٣) انظر: الوسيط ومشكل الوسيط ٧/٢٤٨، والروضة ١١/٦٧، ومغني المحتاج ٤/٣٤٤.

(٤) هو: يوسف بن أحمد، القاضي، الدينوري أبو القاسم. المشهور بالقاضي ابن كج. أحد أئمة الشافعية المشهورين، وحفاظ المذهب. انتهت إليه الرئاسة ببلاده في المذهب. ألف: "التجريد" وغيره. توفي عام ٤٠٥هـ - رحمه الله -.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٩٨ - ١٩٩، وشذرات الذهب ٣/١٧٧، وطبقات الشافعية للحسيني، ص ١٢٦.

(٥) وهي: "لو حلف: ليصعدن السماء غداً، فهل يحنث؟ فيه وجهان:

الأول: يحنث في الحال، لتحقق اليأس.

والثاني: لا يحنث حتى يأتي الغد. وهو الأصح والذي قطع به ابن كج.

ذكرة في: مغني المحتاج ٤/٣٤٥، وانظر الروضة ١١/٣٤.

(٦) سبق التعريف به، ص ٨٥.

(٧) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٧/٢٤٨ "فإن أكل الطعام قبل الغد حنث، لكن

وإن قلنا: يحنث^(١) بعد مجيء الغد، فلا يجوز، لأن التكفير بالصوم، لا يُقدّم على الحنث.

وإذا قلنا: يحنث، بعد مجيء الغد [فهو يحنث]^(٢) إذا مضى من أول الغد، وقت إمكان الأكل، أو قبيل غروب الشمس؟ فيه وجهان:
أصحهما: عند صاحب التهذيب^(٣) - رحمه الله - الأول^(٤).

ولو مات الحالف قبل مجيء الغد ففي الكتاب تنزيله منزلة تلف الطعام، حتى يكون على الخلاف المذكور^(٥). وسيجيء وجهه^(٦) في الصورة الثانية من الفصل. والذي يقتضيه إيراد صاحب "التهذيب" والقاضي ابن كج وغيرهما

= الكفارة تلزمه في الوقت أو غد؟ فيه خلاف " هذا يوهم القطع بتقديم الحنث في الوقت، وأجرى الخلاف في تأخير لزوم الكفارة إلى غد، وليس كذلك قطعاً، بل وجوب الكفارة يلازم وجود الحنث. والمذكور في غير هذا الكتاب "هل يحنث في الوقت أو في غد؟ فأقول: قوله أولاً: "حنث" المراد إثبات حنثه على الجملة من غير تعرض لوقته، ثم ذكر الخلاف في وقت الحنث تعبيراً عنه بلزوم الكفارة لتلازمها، فاعلم ذلك، والله أعلم.
وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا كان معسراً يكفر بالصيام، جاز أن ينوي صوم الغد عن كفارته، على القول بأنه يحنث قبل الغد". انظر: هامش الوسيط ٢٤٨/٧، والروضة ٦٧/١١. وانظر: مغني المحتاج ٣٤٤/٤.

(١) "حنث" ليست في ز.

(٢) "فهو يحنث" ليست في ب، ز، ظ.

(٣) هو: الحسين بن مسعود بن محمد، أبو محمد المشهور بالبغوي وأحياناً بابن الفراء، وتارة

بالفراء، العلامة محي السنة أحد الأئمة في التفسير، والحديث، والفقاه له عدة مؤلفات منها "التهذيب" الذي يشهر به أحياناً، ^{لخصه} من تعليق شيخه وهو تصنيف متين، محرر عار عن الأدلة **وغير ذلك من المؤلفات** توفى في جمادى الأولى، عام ٥١٦ هـ رحمه الله.

انظر: ترجمته، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢٨١/١، شذرات الذهب ٤٨/٤.

(٤) أي يحنث إذا مضى من الغد وقت إمكان الأكل. وهو المذهب. انظر نهاية المحتاج ١٩٥/٨.

(٥) على قولي الإكراه - يحنث - لا يحنث. والمذهب أنه لا يحنث. انظر: المجموع ١٠٢/١٨،

الروضة ٦٨/١١، ومغني المحتاج ٣٤٤/٤.

(٦) في أ، ب، ظ، "وجه".

- رحمهم الله - القطع بأنه لا يحنث^(١) لأنه لم يبلغ زمان البر، والحنث^(٢).

وقضية هذا: أن يُفرق بين موته، وبين تلف الطعام بعد مجيء الغد، وقبل التمكن من الأكل. ووفى بهذه القضية، صاحب "التتمة". لكن في "التهديب" وغيره، إلحاق موت الحالف بعد مجيء الغد^(٣) بتلف الطعام، في التفصيل الذي ذكره^(٤).

ولو تلف الطعام أو بعضه بعد مجيء الغد. نُظِرَ، إن كان ذلك قبل التمكن من الأكل، فهو على الخلاف المذكور في تلف الطعام قبل الغد. وإن تلف بعد التمكن من الأكل، أو مات الحالف فطريقان:

أحدهما: القطع بالحنث.

لأنه تمكن من البر، ولم يفعل، فصار كما لو قال: لا أكلن هذا الطعام، وتمكن من أكله، فلم يأكل حتى تلف، فإنه يحنث^(٥)

والثاني^(٦): ويحكى عن ابن سريج - رحمه الله - طرد الخلاف؛ لأن جميع الغد، وقت للأكل، فليس هو مقصراً، بالتأخير. وربما خُرج ذلك على الخلاف في أن من مات في أثناء الوقت ولم يصل، هل يكون عاصياً؟

لأن التأخير عن أول الغد جائز^(٧)، كتأخير الصلاة عن أول الوقت. واعتذر من قال: بهذا الطريق عن الحنث فيما إذا قال: لا أكلن^(٨) هذا الطعام، وأطلق، ثم أحر مع التمكن حتى تلف الطعام، بأنه ليس هناك لجواز التأخير وقت مضبوط، والأمر فيه

-
- (١) في أ "لاحنث".
(٢) وهو المذهب. "ولأنه لم يفوت البر باختياره" نهاية المحتاج ١٩٥/٨.
(٣) "بعد مجيء الغد" ليست في أ.
(٤) قال في معني المحتاج "ومحل الخلاف في صورة الموت إذا لم يكن يُقتل نفسه، فإن قتل نفسه حنث كما قاله البلقيني" ٣٤٤/٤.
(٥) وهو المذهب. انظر: الوسيط ٢٤٨/٧، والروضة ٦٨/١١، ونهاية المحتاج ١٩٥/٨.
(٦) "أي أنه لا يحنث".
(٧) "جائز" ليست في ب، ظ.
(٨) في أ "لا أكل" وهو خطأ.

موكول^(١) إلى اجتهاد الخالف، فإذا مات بان خطوّه وتقصيره. وهاهنا الوقت مقدر مضبوط، وهو في مهلة من التأخير إلى تلك الغاية. ولهذا نقول: من مات في أثناء الوقت قبل أن يصلي لا يعصي^(٢) على الأظهر^(٣). ومن أخر الحج عن أول الإمكان، ومات^(٤) قبل أن يحج يعصي على الأظهر^(٥).

والطريقة الثانية: أشبه عند "الرويانى"^(٦) - رحمه الله - لكن الأظهر، وإن ثبت الخلاف، أنه يحنث هاهنا لتفويته البر بالاختيار، كذلك ذكره صاحب الكتاب - رحمه الله - "في الوسيط"^(٧)، وإليه ميل الأكثرين^(٨) - رحمهم الله - وهو

-
- (١) "موكول" ليست في أ، ب، ظ.
 (٢) في أ، ز "يقضي" وهو خطأ.
 (٣) وقال في الوسيط ٢٤٨/٧ "والصحيح أنه لا يعصي، لأن الوقت فسحة التأخير". وانظر: الروضة ٦٨/١١، ومغنى المحتاج ١٢٥/١.
 (٤) "ومات" ليست في ز.
 (٥) قوله "من مات في أثناء الوقت، قبل أن يصلي، لا يقضي على الأظهر، ومن أخر الحج ٠٠٠ يقضي على الأظهر".
 قال في مغنى المحتاج "فإن أخرها مع العزم على ذلك ومات في أثناء الوقت لم يعص، بخلاف الحج، إذا مات بعد التمكن من فعله، ولم يفعله، لأن الصلاة لها وقت محدود، ولم يقصر بإخراجها عنه ٠٠٠. وأما الحج فأخر وقته غير معلوم فأبيح تأخيره ٠٠٠ والأفضل أن يصليها أول وقتها" ١٢٥/١. وانظر الوسيط ٢٤٨/٧، والروضة ٦٨/١١.
 (٦) هو عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن. المشهور بالرويانى تارة وأخرى بصاحب "البحر" فخر الإسلام، قاضٍ من كبار فقهاء الشافعية في زمنه. نُقِلَ عنه أنه قال: "لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي".
 ألف "بحر المذهب" و"حلية المؤمن" و"جمع الجوامع" وغيرها ولد برويان بطبرستان عام ٤١٥هـ، وتوفي عام ٥٠٢هـ.
 انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات، النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢/٢٧٧، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٨٧، وابن هداية اللثة ص ١٩٠، ومعجم البلدان ١٠٤/٣.
 (٧) الوسيط: كتاب في الفقه الشافعي، يقع في ٤ مجلدات تقريباً، من الكتب المعتمدة. يذكر فيه مؤلفه الآراء الفقهية مع الأدلة. وهو مختصر من كتاب "البيسط" مؤلفه حجة الإسلام الإمام الغزالي ت ٥٠٥هـ. اهتم به علماء الشافعية شرحاً وتعليقاً وتخريجاً وهو الآن مطبوع في ٧ أجزاء.
 انظر: كشف الظنون ٢/١٠٠٨، وطبقات الشافعية للسبكي ٤/١١٦.
 (٨) انظر: الوسيط ٢٤٨/٧، الروضة ٦٨/١١، ونهاية المحتاج ٨/١٩٥.

الجواب في "التهذيب".

وإذا قلنا: به فيحنت في الحال، أو قبيل غروب الشمس؟ فيه الوجهان^(١).

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه لا يحنت ما لم يمض جميع الغد.

وفي اليمين المطلقة قال: يحنت، وإن تلف الطعام قبل الإمكان^(٢). وإن أتلف

الحالف^(٣) الطعام قبل مجيء الغد بالأكل وغيره، أو أتلف بعضه، حنت؛ لأنه فوت البر بنفسه مختاراً.

وقال مالك، وأبو حنيفة، وأحمد - رحمهم الله - إذا أكله لم يحنت^(٤) والقول

عندنا في أنه يحنت في الحال، أو بعد مجيء الغد على ما مرّ في التلف.

ولو قال: لا كلن هذا الطعام، إلى الغد، فتلف قبل الغد، وبعد التمكّن

يحنت^(٥)، ومتى يحنت، أيحنت إذا^(٦) تلف، أو إذا جاء أول الغد؟

قال: الصيدلاني^(٧): رحمه الله - فيه وجهان.

ولو قال: لا كلن هذا الطعام اليوم فيقاس الحكم بما ذكرنا فيما إذا قال: غداً.

-
- (١) هما: الأول: في الحال بتحقيق اليأس. الثاني: بعد الغروب. وهو المذهب. انظر: الروضة ٣٤/١١، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤.
- (٢) شرح العناية على الهداية ٤١٣/٤. وشرح متن الوقاية، لصدر الشريعة ٢٦٦/١.
- (٣) "الحالف" ليست في: ب، ظ.
- (٤) انظر ذلك. المبسوط للسرخسي، ط ١، ١٤١٤هـ، دار الكتب، بيروت ١٣١/٨، والهداية ٧٢/٢، والشرح الكبير - للدرديري، دار الفكر، بيروت، ١٣٢/٢، ومنتهى الإرادات، لابن النجار، تحقيق عبد الغني عبد الحق، عالم الكتب، ٥٣٥/٢.
- (٥) قولاً واحداً. انظر: الروضة ٦٨/١١، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤.
- (٦) في أ، كما.
- (٧) الصيدلاني: محمد بن داود بن محمد، أبوبكر المروزي، المشهور بالصيدلاني. نسبة إلى بيع العطر. وأحياناً بالدودي. نسبة لأبيه داود. قال عنه ابن هداية الله: "وكان إماماً في الفقه، والحديث، وله مصنفات جليّة" منها "شرح على المختصر" في جزأين. أما عن وفاته فلم يُحدّد أحد من أهل التراجم وفاته. وإن كان البعض قد حصر ذلك بين عام ٤٢٧ - ٤٣٠هـ تقريباً. والله أعلم.
- انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢١٤/١، وابن هداية الله الحسيني ص ١٥٢.

الصورة الثانية: إذا قال: والله لأقضين حَقَّك، ومات قبل القضاء. نُظِرَ: إن
 إذا قال: والله
 لأقضين
 حَقَّك، ومات
 قبل القضاء،
 ونحو ذلك.

الإكراه^(١).
 كذلك نقل صاحب "التهذيب"^(٢)، وإبراهيم المروذي^(٣)، وغيرهما وجزم
 أبوسعده المتولي^(٤). بأنه لا يحنث إذا مات قبل التمكن، لأن الحقوق الشرعية، لا تثبت
 في الذمة ولا تَسْتَقِرُّ إلا بعد التمكن، فكذلك الر^(٥) المستحق بحكم اليمين تستدعي
 التمكن.

ولو قال: لأقضين حَقَّك غداً، ومات قبل دخول الغد أو بعده، وقبل التمكن،
 فمن أثبت القولين فيما إذا أطلق ولم يقيد بالغد، أثبتهما^(٦) هاهنا، ومن جزم بالمنع،
 جزم هاهنا أيضاً.

وإن مات بعد التمكن فتجيء فيه الطريقتان^(٧) المذكورتان، في الصورة
 الأولى^(٨).

وموت الحالف، لا يقتضي الحنث، لا عند الإطلاق، ولا عند التقييد بالغد؛ لأنه يمكن
 قضاؤه بالدفع إلى الورثة، هكذا أطلق.

ويجوز أن يقال: قوله "لأقضين حَقَّك" يقتضي أن يكون المقضي حقه،
 والمقضي بعد موته حقُّ الورثة لا حقه، فليكن هذا كما لو قال: لأقضينك حَقَّك.

(١) الأول: يحنث. والثاني: لا يحنث وهو الأصح. لعدم تمكنه.

انظر: الروضة ٦٨/١١، مغني المحتاج ٣٤٤/٤، ونهاية المحتاج ١٩٥/٨.

(٢) صاحب "التهذيب"، هو البغوي. وقد سبق التعريف به ص ٩٢

(٣) سبق التعريف به ص ٨٥، وهو المروذي وهنا خفف. فقيل: المروذي.

(٤) سبق التعريف به ص ٨٥.

(٥) الر "ليست في ب.

(٦) في: ز "أثبتها"، وهو غير صحيح.

(٧) في أ "الطريقتان". وفي ب "الطريقتان المذكوران".

(٨) الأولى: القطع بالحنث. وهو المذهب. والثانية: عدم الحنث. انظر: الروضة ٦٨/١١، ونهاية

المحتاج ١٩٥/٨.

ولو قال: لأقضين^(١) حقلك غداً^(٢)، فهو كما لو قال: لاأكلن هذا الطعام غداً، فطريق^(٣) البر، والحنت ظاهر، وموت صاحب الحق ههنا كتلف الطعام. فإن مات قبل مجيء الغد، أو بعده وقبل أن يتمكن من القضاء، فهو على القولين، في الإكراه، وإن مات بعد التمكن ففيه الطريقتان السابقتان^(٤). وإذا^(٥) قلنا: بالحنت، فيحنت في الحال، أو بعد مجيء الغد؟ فيه القولان^(٦). وموت الحالف، والصورة هذه قبل مجيء الغد، وبعده على مايننا في الصورة الأولى.

وقوله في الكتاب: "ولا يبعد حكم الحنت" أراد به^(٧)، إذا مات قبل مجيء الغد، فيدخل وقت الحنت، وهو ميت لكنه إذا سبق اليمين في الحياة، وهي السبب الأول، لم يبعد أن يحنت وهو ميت، كما لو حفر بئراً متعدياً، فتردّى^(٨) فيها إنسان بعد موته يلزمه الضمان، والكفارة في ماله.

وإن قضاه قبل مجيء الغد، فقد فوت البر على نفسه، فيحنت، إلا أن يريد أنه لا يؤخر القضاء عن الغد، وهذا بمثابة إتلاف الطعام قبل الغد، ويعود فيه خلاف أبي حنيفة، ومن وافقه^(٩).

ولو أبرأه صاحب الحق في هذه التصويرات. فإن قلنا: يحتاج الإبراء إلى القبول، فقبل، فقد^(١٠) حنت لتفويته البر باختياره، إلا أن يريد باليمين: أنه لا يمضي

(١) في أ، ب، ظ "لأقضينك".

(٢) "غداً" ليست في ب.

(٣) في ز "وطريق".

(٤) في أ، ب، ظ الطريقتان السابقتان وانظر ص ٩٤

(٥) في ز "وإن".

(٦) في ز "قولان".

(٧) في: أ، ب، ظ "أنه".

(٨) في: ب "فتعدى".

(٩) في مسألة إتلاف الطعام قبل مجيء الغد، بالأكل، وغيره على قولين: الشافعية يرون الحنت.

والحنفية والمالكية والحنابلة، يرون عدم الحنت. انظر: الوسيط ٢٤٩/٧، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤، والروضة ٦٨/١١، والهداية ٧٢/٢، والشرح الكبير ١٣٢/٢، ومنتهى الارادات ٥٣٥/٢.

(١٠) "فقد" ليست في أ، ب، ظ.

الغد، وحقه باق عليه. وإن لم يقبل، لم يحنث، لبقاء الدين وإمكان قضائه. وإن قلنا: لا يحتاج الإبراء إلى القبول، سقط الدين. و^(١) في الحنث قولاً الإكراه. لفوات البر بغير اختياره. والهبة^(٢) في العين، والصلح^(٣) عن الدين، كالإبراء إذا قلنا: إنه يحتاج إلى القبول.

ولو قال: لأقضيّنك حنك غداً، إلا أن تشاء أن أوخره، فإن قضى من الغد، برّ شاء صاحب الحق، أو لم يشأ، وإن لم يقضي، فإن شاء صاحب الحق تأخيره قبل مضي الغد، لم يحنث، وإن لم يشأ، حنث.

وكذا لو قال: إلا أن يشاء زيد^(٤) أن أوخره، إلا إذا مات صاحب الحق، قبل مجيء الغد، يكون الحنث على قولي الإكراه، وإن مات بعده، وبعد^(٥) التمكن يجيء فيه الطريقان.

وإن مات زيد قبل^(٦) مجيء الغد، أو في أثناءه، ولم يعلم مشيئته فلا يحنث في الحال، لإمكان قضاء الحق بعد موته.

ولو قال: لأقضيّنك حنك غداً، إلا أن تشاء أن أوخره، فإن قضى من الغد برّ شاء صاحب الحق، أو لم يشأ، وإن لم يقضي، فإن شاء صاحب الحق تأخيره قبل مضي الغد، لم يحنث، وإن لم يشأ، حنث.

(١) "و" ليست في أ.

(٢) الهبة "العطية الخالية عن الأعواض والأغراض"، لسان العرب ٤١٠/١٥، لابن منظور،

٧١١هـ، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤١٦هـ، والمصباح ٦٧٣/٢. وشرعاً

التمليك لعين بلا عوض في حال الحياة" مغني المحتاج ٣٦/٢.

(٣) الصلح: لغة التوفيق بين القوم. المصباح ٣٤٥/١، وشرعاً: عقد يحصل به قطع النزاع. مغني

المحتاج ١٧٧/٢.

(٤) "وإن لم يقضي . . . إلا أن يشاء زيد" ليست في أ.

(٥) في ز "قبل". وهذا غير صحيح. انظر الروضة ٧٠/١١.

(٦) في ز "بعد". وهذا غير صحيح. انظر الروضة ٧٠/١١.

وكذا لو قال: إلا أن يشاء زيد^(١) أن أخره، إلا إذا مات صاحب الحق، قبل مجيء الغد، يكون الحنث على قولي الإكراه، وإن مات بعده، وبعد^(٢) التمكن يجيء فيه الطريقان.

وإن مات زيد قبل^(٣) مجيء الغد، أو في أثناءه، ولم تعلم مشيئته فلا يحنث في الحال، لإمكان قضاء الحق بعد موته.

فإذا غربت الشمس، ولم يقض، فحينئذ يحنث.

ولو قال: لأقضيك^(٤) حنثك إلى الغد، إلا أن تشاء تأخيره، فينبغي، أن يقدم القضاء على طلوع الفجر من الغد، فإن لم يفعل، ولم يشأ، صاحب الحق، تأخيره لم يحنث.

فرع: لو حلف ليطلقنَّ امرأته غداً^(٥) فطلقها اليوم، نُظر، إن لم يستوف الثلاث فالبرُّ ممكن، وإن استوفى^(٦) فقد فوت البر على نفسه، فيحنث. وكذا لو كانت عليه صلاة عن نذر، فحلف ليصليئها غداً، ثم صلاها اليوم. [حنث]^(٧).

[قال [الغزالي]: ولو قال: لأقضي حنثك عند رأس الهلال، فعليه أن يحضر المال ويتصد، فإن سلم قبل الهلال، أو بعده، حنث. وقيل: له^(٨) فسحة في تلك الليلة ويومها.

ولو قال: لأقضي حنثك إلى حين لم يحنث بالتأخير إلى أن^(٩) يفوت بموت أحدهما. فعند ذلك يتحقق الحنث.

(١) "وإن لم يقضي ٠٠٠ إلا أن يشاء زيد" ليست في أ.

(٢) في ز "قبل". وهذا غير صحيح، انظر الروضة ٧٠/١١.

(٣) في ز "بعد" وهذا غير صحيح، انظر الروضة ٧٠/١١.

(٤) في ب "لأقضي".

(٥) "غداً" ليست في ز.

(٦) "إن استوفى" هكذا في جميع النسخ. ولعلَّ "إن استوفاه" والله أعلم. انظر: الروضة ٧٠/١١.

(٧) ما بين المحصورتين منقول من الروضة ٧٠/١١، لعدم وجوده في النسخ ليستقيم المعنى.

(٨) في أ "له في".

(٩) في ب "إلا".

ولو قال: أنت طالق بعد حين، حنث، بعد لحظة).

[الفصل الثالث: وفيه مسألتان]

المسألة الأولى:
إذا قال:
لأقضي حنك
عند رأس
الشهر ونحو
ذلك.

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: إذا قال: لأقضي حنك عند رأس الهلال، أو مع رأس الهلال، أو عند الاستهلال أو مع رأس الشهر، فهذه الألفاظ تقع على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر^(١)، وكلمتا "عند" و "مع" تقتضيان المقارنة^(٢) فإن قضاها قبل ذلك، فقد فوت البر على نفسه. ولو أحر القضاء عنه، حنث، أيضاً، فينبغي أن يعدّ المال، ويترصده^(٣) فيقضيه حينئذٍ.

وذكر "الإمام"^(٤) وصاحب الكتاب - رحمهما الله - في "الوسيط"^(٥) أن هذا لا يكاد يقدر عليه، فإما أن يتسامح فيه، ويقنع^(٦) منه^(٧) بالممكن، أو يقال: اليوم محالٌ فيحنث، بكل حال.

(١) أي "تقع عند غروب شمس آخر الشهر الذي قبله، لوقوع هذا اللفظ على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر، ويعرف إما برؤية الهلال، أو العدد ٠٠٠ وهو الصحيح". انظر: الروضة ٧١/١١، ومغني المحتاج ٤/٣٤٤.

(٢) في أ "المقارنة" وهو غير صحيح، ولعله تصحيف. وقوله "وكلمتا. "عند" و "مع" تقتضيان المقارنة". انظر: مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق عبد السلام هارون، دار الكتب العلمية، اسماعيليان محفي - إيران ٤/١٤٥، وفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، فصل الميم باب العين ٣/٨٥.

(٣) في أ، ب "يترصد" و"يترصده" أي ذلك الوقت.

(٤) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، الجويني، أبو المعالي المشهور بإمام الحرمين، العلامة، من فقهاء الشافعية المجمع على إمامته. له مؤلفات عدة منها "نهاية المطلب في دراية المذهب، و"البرهان في أصول الفقه" وغيرهما كثير.

ولد عام ٤١٩هـ وتوفي عام ٤٧٨هـ رحمه الله.

انظر ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/٢٥٥، وطبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٧٤ - ١٧٥، طاش كبرى زادة، مفتاح السعادة، ط ١، ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢/٢٩٨ - ٢٩٩.

(٥) انظر: ٢٤٩/٧، وشرح مشكل الوسيط ٧/٢٤٩.

(٦) في: ب "ويقتنع".

(٧) "منه" ليست في أ، ب.

وهذا لا ذاهب إليه، ولكن ذكر بعض الأصحاب: أن له فُسحةً في الليلة الأولى، وفي يومها، لأنَّ اسم رأس الهلال، ورأس الشهر^(١) يقع عليهما. ويروى هذا عن مالك - رحمه الله^(٢) -، وعنه أيضاً قصر الفسحة على الليلة، وحكاه صاحب "التهذيب" عن أبي حنيفة^(٣) أيضاً.

وإذا أخذ في الكيل، والوزن عند رؤية الهلال، وتأخر^(٤) الفراغ لكثرة المال، لم يحنث^(٥)، ويمثله أجيب فيما إذا ابتدأ حينئذ بأسباب القضاء، ومقدماته، كحمل الميزان.

ولو أحر القضاء عن الليلة الأولى للشك في الهلال، فيان أنها كانت من الشهر، ففي الحنث قولاً^(٦) حنث الناسي، والجاهل^(٧).

ولو قال: لأقضي حنك أول الشهر، فهو كقوله "عند رأس الشهر" وعند استهلال الهلال.

ولو قال: أول اليوم، فينبغي أن يشتغل بالقضاء عند طلوع الفجر، وفي^(٨) طريقة الصيدلاني^(٩).

أن أبا حنيفة قال: هو في مهلة إلى وقت الزوال. وأنه لو^(١٠) قال: في الشهر، هو في مهلة، إلى تمام الخامس عشر^(١١).

(١) في ز "رأس الشهر، ورأس الهلال".

(٢) انظر: مختصر خليل، ص ٩٩.

(٣) انظر: المبسوط، ١٥/٩.

(٤) في ز "وأخر".

(٥) من قوله: "وتأخر إلى قوله لكثرة المال" ليست في ب، ظ.

(٦) في ب "قولان".

(٧) والمكره. وقد سبق في مسألة تلف الطعام قبل الغد. والصحيح عدم الحنث، وانحلال اليمين.

انظر: الروضة ١٩٢/٨ - ١٩٣، والمجموع ١٠٢/١٨، ومغني المحتاج ٤٤٤/٤ - ٣٤٥.

(٨) "و" ليست في أ.

(٩) سبق التعريف به ص ٩٥.

(١٠) في أ "ولو قال" و "لو" ليست في ب، ظ.

(١١) انظر: المبسوط ١٦/٩ - ١٧.

ولو قال: لأقضي حَقَّك إلى رأس الشهر، فالأظهر وإليه ذهب "المزني": أنه ينبغي أن يقضيه، قبل الاستهلال؛ لأن إلى للغاية^(١)، وبيان الحدِّ كما ذكرنا: أنه لو قال: لأقضيه، إلى الغد ينبغي^(٢) أن يقضيه قبل الغد، ولو قال: إلى رمضان ينبغي أن يقدم القضاء على رمضان^(٣). ومن الأصحاب من قال: إنه كما لو قال: عند رأس الهلال، وهو ظاهر ما نقله المزني؛ لأن إلى قد تكون للتحديد، وقد تكون بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿من أنصاري إلى الله﴾^(٤). أي مع الله^(٥)، فلا يحث بالشك، ويخالف ما إذا قال: إلى الغد، أو إلى رمضان، لأن جميع الغد، وجميع رمضان، لا يقارنهما القضاء. فحمل اللفظ لهذه القرينة، على الغاية.

المسألة الثانية: لو قال: لأقضي حَقَّك إلى حين، لم يختص ذلك بزمان مقدر، بل يقع لفظ الحين على القليل والكثير، كما بينا في الطلاق، فيكون بمثابة قوله، لأقضي حَقَّك، فمتى قضاه برَّ، وإنما نحكم بالحث إذا مات قبل أن يقضيه مع التمكن^(٦). ولو قال: إلى زمان أو دهر^(٧)، أو حَقْب^(٨) أو أحقاب، فكذلك جميع العمر مهلته.

المسألة الثانية:
لو قال:
لأقضي حَقَّك
إلى حين.

- (١) في: أ، ب "الغاية" وهو غير صحيح.
و "إلى" "حرف جر يأتي لانتهاؤ الغاية زمانية ومكانية". انظر القاموس المحيط ٤/٤٠٦، باب الألف اللينة، وأوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك لابن هشام، ط ٥، ١٩٦٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢/٢.
- (٢) وهو الأصح، ذكره النووي في الروضة ٧١/١١.
- (٣) وهو الأصح، ذكره النووي في الروضة ٧١/١١.
- (٤) سورة الصف، من آية ١٤.
- (٥) انظر: القاموس المحيط ٤/٤٠٦.
- (٦) انظر: المجموع ١٠٢/١٨ - ١٠٥.
- وعند الحنفية يقدر الحين - بستة أشهر - إذا لم تكن نية. انظر: الهداية ٨٦/٢، والمبسوط ١٨/٩. وعند المالكية يقدر بسنة. انظر: مختصر خليل ص ١٠٠، والشرح الكبير ١٥٤/٢.
- وعند الحنابلة: إذا لم تكن نية، فستة أشهر. انظر: منتهى الإرادات ٥٥٥/٢.
- (٧) "دهر": قال عنه ابن فارس: "هو الغلظة والقهر، وسمي الدهر دهرًا لأنه يأتي على كل شيء ويغلبه... الخ" مقاييس اللغة ٣٠٥/٢ - ٣٠٦.
- (٨) حَقْب: قال ابن فارس: وهو يدل على الحبس. يقال: حَقب العام إذا احتبس مطره، وحَقب البعير إذا احتبس بوله... إلى أن قال: "فأما الزمان فهو حَقبة، والجمع حَقْبٌ. والحَقب،

وعن أبي حنيفة تقدير الحقب بثمانين سنة^(١).

وعن مالك - رحمه الله - بأربعين^(٢).

ولو قال: لا أكلمك حيناً، أو دهرأ، أو زماناً، أو حقياً^(٣)، برّ بأدنى زمان.

ولو قال: أنت طالق بعد حين، حنث إذا مضت لحظة.

وفُرقَ بينهما بأن قوله: "بعد حين" تعليق، فيتعلق الطلاق بأول ما يسمى حيناً.

وقوله: "لأقضين حنك إلى حين" وعدّ، والوعد لا يختص بأول ما يقع عليه

الإسم^(٤). ولو قال: لأقضين حنك إلى مدة قريبة، أو بعيدة، فلا يتقدر أيضاً،

ويكون^(٥) الحكم كما في الحين.

وعن أبي حنيفة: أن القريب مادون شهر، والبعيد، شهر، فما فوقه^(٦) ولو

قال: إلى أيام، ففي "المجرد" للقاضي أبي الطيب^(٧) أنه يُحمل على ثلاثة أيام إذا لم

= ثمانون عاماً. والجمع أحقاب، وذلك لما يجتمع فيه من السنين، والشهور". مقاييس اللغة

٨٩/٢، وانظر: المصباح المنير ١/١٤٣.

(١) انظر: المبسوط ٩/١٨.

(٢) انظر: الشرح الكبير ٢/١٥٤.

(٣) "أو حقياً" ليست في ز.

(٤) قوله "لأقضين حنك . . . ما يقع عليه الإسم" ليست في ز.

(٥) في ب "فيكون".

(٦) انظر: الهداية ٢/٩٣.

(٧) "المجرد": كتاب في الفقه الشافعي لمؤلفه: طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبري، المشهور

بالقاضي أبي الطيب، العلامة أحد أئمة المذهب الشافعي وشيوخه والمشاهير الكبار، ولد بآمل

طبرستان عام ٣٤٨هـ. له مؤلفات غير المجرد. منها "شرح مختصر المزني"، و"التعليق"

وغيرهما. توفي ببغداد عام ٤٥٠هـ عن مائة وستين. ولم يتخل عقله، ولا تغير فهمه. رحمه

الله.

المشافعي لابن

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٢٦ - ٢٢٨، طبقات هداية الله، ص ١٥٠ -

١٥١، تاريخ التراث العربي، فؤاد سزكين، نقله للعربية د/ محمود حجازي، ادار الثقافة

والنشر، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ٢١٣/٣.

تكن له نية؛ لأنه لفظ جمع^(١)، وعلى هذا جرى "الصيدلاني" / وصاحب "التهذيب" ٤١١/ز وغيرهما. وقال: آخرون منهم: "الحاملي"^(٢) الحكم كما ذكرنا في الحين والمدة القريبة، والبعيدة، لوقوعها على الكثير والقليل^(٣)، يقال: أيام العدل، وأيام الفتنة، فلا يتقدر، بأقل^(٤) ما يقطع عليه الإسم^(٥).

وعن أبي حنيفة: أنه يُحْمَلُ على عشرة أيام^(٦)

وقوله: في الكتاب "لم يحنث بالتأخير إلى أن يقوت بموت أحدهما" يعلم بالحاء، والميم، والألف، لما ذكرنا من مذاهبهم في كتاب الطلاق^(٧).

(١) في: أ "جميع" "أي أيام" لفظ جمع فيتناول أقل الجمع، وهو ثلاثة. انظر: روضة الناظر وخبثة المناظر، ط ١، ٤، ١٣٩٧هـ، المطبعة السلفية، القاهرة، ص ١٢١. وانظر/ تيسير التحرير، أمير بادشاه، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٦/١.

(٢) الحاملي: أحمد بن محمد بن أحمد الضبي أبو الحسن المشهور بالحاملي، البغدادي، أحد أئمة الشافعية كان غاية في الذكاء، والفهم، برع في المذهب.

ولد عام ٣٦٨هـ، له مؤلفات عديدة منها: "المجموع"، و"المقنع"، و"رؤوس المسائل". وغيرها، توفي عام ٤١٥هـ رحمه الله.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٧٤/١ - ١٧٥، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٣٢، تاريخ بغداد ٣٧٢/٤.

(٣) في ز "على القليل، والكثير".

(٤) في ز "بأول".

(٥) مسألة "لا أكلمك إلى أيام" قال النووي "فوجهان ٠٠٠ يحمل على ثلاثة أيام إذا لم تكن نية، وقال: آخرون ٠٠٠ هو كالحين ٠٠٠ ثم قال: "قلت: الأول أصح: لأنه المفهوم عند الإطلاق، وأما أيام الفتنة، ونحوه، فُتَخَرَّجُ بالقرينة، والله أعلم". الروضة ٧١/١١ - ٧٢، وانظر: مغني المحتاج ٣/٣٣٢.

(٦) انظر: الهداية ٩٦/٢.

(٧) أي مسألة: لو قال: أنت طالق إلى حين، أو بعد حين. طلقت بمضي لحضة، لأن ذلك يقع على المدة الطويلة والقصيرة. قال تعالى ﴿حين تمسون وحين تصبحون﴾ بخلاف مسألة "لأقضيئك حقه إلى حين".

والفرق بين المسألتين كما قال الشريبي "٠٠٠ بأن الطلاق إنشاء، ولأقضيئك وعد" مغني المحتاج ٣/٣٣٢.

أما أقوال الأئمة الثلاثة في ذلك فقد سبق أن الحنفية يقدرون الحين بستة أشهر، إذا لم تكن نية. وكذلك الحنابلة، وعند المالكية سنة. انظر: الهداية ٨٦/٢، ومختصر خليل ص ١٠٠، والتنقيح المشيع، ص ٣٩٦.

ثم ينبغي أن يُعرَفَ فيه شيعان:

أحدهما: أنَّ في لفظ "التأخير" إشارةً إلى أنه لو مات في الحال، لا يحنث، بل لأبَدً من مضي مدة التمكّن.

والثاني: إن قوله "بموت أحدهما" يقتضي حصول الحنث بموت المقضي إليه كحصوله بموت الخالف، لكنه صُوِّرَ فيما إذا قال: لأقضيَّ حقك. وقد سبق أن البرَّ في هذه الصورة^(١) يحصل بالدفع إلى الوارث، فقضية ما ذكره أن يكون التصوير فيما إذا قال: لأقضيَّ حقك، أو لأقضيَّ حقَّك إليك.

(١) "الصورة" ليست في أ.

(قال [الغزالي]: النوع السابع في الخصومات

فلو قال: لا أرى^(١) منكراً، إلا رفعته إلى القاضي، فليس عليه بدائر^(٢) بل عمره وعمر القاضي مهلته، وهل يُحْمَل على القاضي الموجود في الوقت، أو على الجنس؟ وجهان، ولو عَيَّن القاضي فعزل، ففي الرفع إليه بعده خلاف. ولو باذر فمات القاضي قبل الانتهاء، إلى مجلسه، قيل: لا يحنث، وقيل: يُخْرَج على القولين، في فوات البر بغير اختياره. ولو رأى^(٣) المنكر بعد اطلاع القاضي، فقد قيل: فات البر بغير اختياره، وقيل: يَبْرُّ بالرفع^(٤)، وإن لم يكن فيه إعلام

[فصل: فيما إذا حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي]

[قال الرافعي]: إذا حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي، فله أحوال:

إحدهما: أن يُعَيَّن القاضي فيقول: إلى القاضي فلان، فإذا رأى منكراً لا يلزمه المبادرة إلى الرفع، بل له مهلة مدة عمره، وعمر القاضي، فمتى رفعه إليه برّاً، ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر، بل يكفي أن يَحْضُرَ عند القاضي، وحده فيخبره، أو يكتب إليه بذلك، أو يرسل رسولاً فيخبره^(٥)، وإن لم يرفعه إليه حتى مات أحدهما^(٦) بعد التمكن، حنث، وإن لم يتمكن من الرفع لحبس أو مرض، أو جاء إلى باب القاضي فحجب، ففيه القولان: في حنث المكره^(٧).

ولو بادر إلى الرفع إليه، فمات القاضي قبل أن يصل إليه فطريقان. عن الشيخ أبي حامد^(٨): أنه على القولين أيضاً، لفوات البر بغير اختياره، والأصح^(٩)، وبه قال:

-
- (١) في: أ، ب "رأيت".
(٢) "بدر - إلى الشيء أسرع إليه". انظر: المصباح ٣٨/١.
(٣) في أ "زال".
(٤) "وقيل يبر بالرفع" ليست في أ. وفي: ب "بالرفع إليه".
(٥) "أو يكتب إليه . . . رسولا فيخبره" ليست في ز.
(٦) "أحدهما" ليست في ز.
(٧) هما: الحنث. وعدم الحنث. وهو الأصح. انظر مغني المحتاج ٣٤٤/٤ و ٣٤٩.
(٨) سبق التعريف به ص ٨٤.
(٩) الأصح: هو الأصح من الوجهين، أو الوجوه. قال: النووي "فيحنث أقول الأصح أو

أبو إسحاق^(١) والقاضي أبو الطيب^(٢) القطع: بأنه لا يحنث^(٣) لأنه تبين أنه لم يتمكن من الرفع، وإن الزمان لم يتسع له، وأيضاً فإن الاشتغال بمقدمات الرفع كالاشتغال بالرفع. ولو عُزل ذلك القاضي، فإن كانت نيته أنه يرفعه إليه وهو قاض، أو تلفظ به، فلا يبر بالرفع إليه بعد عزله، قال ابن الصباغ^(٤): ولا يحنث^(٥). وإن كان بعد التمكن من الرفع إليه؛ لأنه ربما تولى، واليمين على التراضي. فإن مات أحدهما ولم يؤل، فحينئذ تبين الحنث. وإن نوى عين الشخص، وذكر القضاء وتعريفاً له، بر بالرفع إليه بعد العزل^(٦). وإن أطلق^(٧)، فوجهان^(٨): في أنه هل يبر بالرفع إليه بعد العزل؟ ليقابل النظر إلى العين، والصفة وبالمنع. قال: أبو حنيفة^(٩) وألحق الوجهان بالوجهين، فيما إذا

= الصحيح فمن الوجهين، أو الأوجه، فإن قوي الخلاف قلت الأصح وإلا فالصحيح" شرح الحلال المحلى على المنهاج ١٣/١.

(١) إبراهيم بن أحمد، المروزي، المشهور بأبي إسحاق وحيث أطلق فهو المراد. احد أئمة الشافعية الرفعاء. وشيخ المذهب. تفقه على أبي العباس بن سريج انتهت إليه رئاسة المذهب ببغداد جلس مجلس الشافعي، ونشر فقهه، له عدة مؤلفات منها، "شرح المختصر" وكتاب "التوسط بين الشافعي والمزني"، توفي عام ٣٤٠هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٧٥/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٠٦/١، وابن هداية الله، ص ٦٦، وشذرات الذهب ٣٣٩/٢.

(٢) سبق التعريف به، ص ١٠٣٧.

(٣) وهو المذهب. انظر: الروضة ٧٢/١١، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(٤) هو: عبد السيد بن محمد بن عبد الوهاب، أبو نصير البغدادي المشهور بابن الصَّبَاغ. فقيه العراق. كان ورعاً ديناً صالحاً له كتاب "الشامل" وهو من أصح كتب الشافعية، وأثبتها أدلة. ولد عام ٤٠٠هـ. وتوفي عام ٤٧٧هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٩٩/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٥١/١ - ٢٥٢، شذرات الذهب ٣٥٥/٣، وابن هداية الله ص ١٧٣.

(٥) "المذهب": إذا نوى مادام قاضياً، أو تلفظ به. يحنث. إن رأى المنكر، وأمكنه رفعه إليه فتركه لتفويته البر باختياره. انظر: معني المحتاج ٣٤٩/٤، ونهاية المحتاج ٢٠٢/٨.

(٦) ولم يحنث قطعاً. انظر: المصدرين نفسهما.

(٧) "أي لم ينو الديمومة ولا تلتقط بها.

(٨) الأول: لا يبر بالرفع. والثاني: نعم يبر بالرفع إليه بعد عزله لتعليق اليمين بعينه. انظر: الوسيط ٢٥١/٧، والروضة ٧٢/١١ - ٧٣، ونهاية المحتاج ٢٠٢/٨.

(٩) أي "أنه لا يبر بالرفع بعد العزل". ويحنث "لأن الحكم تعلق بالمشار إليه". الهداية ٨٥/٢،

قال: "لا أكلم هذا الصبي، فصار شيخاً"، وفي نظائره". لكن رجح القاضي "الروائي" وصاحب "البيان" وغيرهما: أنه يُبرُّ كما لو قال "لا أدخل دار زيد هذه، فباعها، حنث^(١) بدخولها تغليباً للعين^(٢)".

والثانية: إن نكر^(٣) فقال^(٤) إلا رفعته إلى قاضٍ، فيبر بالرفع إلى أي قاضٍ، كان في تلك البلدة، وغيرها^(٥).

الحالة الثانية:
أن يُنكَّرَ:
فيقول إلا
رفعته إلى
قاضٍ.

و^(٦)الثالثة: إذا قال: رفعته إلى القاضي، ولم يُعيَّن أحداً بلفظه، ولا بنيته، ففي كتاب القاضي: ابن كج وغيره. وجه: أنه لا يختصُّ بقاضي البلد، بل يبر بالرفع إلى أي قاضٍ كان لأن المقصود الرفع إلى من يُغيَّر المنكر، ويقوم حكمه.

الحالة الثالثة:
إذا قال: إلا
رفعته إلى
القاضي

والأظهر أنه يختص بقاضي البلد حملاً^(٧) للفظ على المعهود^(٨) وهل يتعين قاضي البلد في الحال، فإنه المعهود، أو من ينصب بعده في البلد، يقوم مقامه؟ فيه وجهان: ويقال: قولان.

أشبههما: وينسب إلى أبي حامد، وهو الذي أورده صاحب "التهذيب".

الثاني، حتى^(٩) لو عزل من كان قاضياً وولي غيره يبر بالرفع إلى

-
- (١) في ز "يحنث".
 - (٢) وهو المذهب كما سبق.
 - (٣) في أ، ز "وإذا أنكر".
 - (٤) "فقال" ليست في أ، ب.
 - (٥) "لصدق الإسم. وسواء أكان قاضياً حال اليمين أم ولي بعده لعموم اللفظ"، مغني المحتاج ٣٤٩/٤.
 - (٦) "و" ليست في ز.
 - (٧) من قوله "بل يبر بالرفع ... والأظهر أنه يختص بقاضي البلد" ليست في أ، ب، ظ.
 - (٨) وهو المذهب، لأن ذلك مقتضى التعريف بأل. انظر: نهاية المحتاج ٢٠١/٨، ومغني المحتاج ٣٤٩/٢، والروضة ٧٣/١١.
 - (٩) "حتى" ليست في ز.

الثاني^(١)، ولا يبر بالرفع إلى المعزول.

فإن قلنا: يتعين قاضي البلد، فالحكم على ما ذكرنا في الحالة الأولى^(٢)، والاعتبار بحال اليمين على هذا الوجه، أو بحال رؤية المنكر؟ حكى في "التتمة"^(٣): فيه^(٤) وجهتين: والأقوى الأول^(٥).

ولو كان في البلد قاضيان، وجوزناه^(٦)، فيرفع^(٧) إلى من شاء منهما^(٨).

ولو رأى المنكر بين يدي القاضي المرفوع إليه، ذكر في "الوسيط": أنه لا معنى للرفع إليه، وهو يشاهده^(٩).

ولو رأى المنكر بعد اطلاع القاضي، فوجهان: أحدهما: أنه فات البر بغير اختياره، كما لو رآه معه، فيكون على القولين.

والثاني: أنه يبر بالإخبار، وصورة الرفع، وهذا أظهر^(١٠) وبه أجاب صاحب "التهذيب" وهو الذي أورده "المتولي" فيما إذا رأى المنكر، والقاضي يشاهده؛ وفي الأحوال جميعاً، لو لم ير الخالف منكراً حتى مات، فلا شيء عليه. وفي حالة تعيين القاضي، لو لم ير منكراً حتى مات القاضي، فكذلك لا شيء عليه، ولو رآه بعد عزله،

(١) وهو المذهب، "لأنه لا يبره بالموجود حالة الحلف. لأن التعريف في الألف واللام للجنس".

انظر الوسيط ٢٥٧/٧، الروضة ٧٣/١١، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(٢) ص ١٠٦.

(٣) سبق التعريف به ص ٨٥.

(٤) "فيه" ليست في ز.

(٥) "أي بحال اليمين، أي محل ولايته. أما إذا كان في غيره فلا اعتبار بذلك". انظر: مغني المحتاج

٣٤٩/٤.

(٦) في ز "جوزنا ذلك".

(٧) في ب "فرغ".

(٨) ويكفي ذلك. "هذا إذا لم يختص كل واحد بناحية. وإلا تعين قاضي الناحية التي فيها فاعل

المنكر... انظر: مغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(٩) انظر ٢٥١/٧.

(١٠) وهو المذهب. انظر: الروضة ٧٣/١١، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

فإن نوى^(١) الرفع إليه في حالة القضاء، فلا شيء عليه، وإن قصد عينه، فليخيره.
ولو حلف لا يرفع منكراً إلى القاضي فلان، حنث، بالرفع إليه وهو قاضٍ.
وبعد العزل يعود فيه^(٢) التفصيل المذكور^(٣).

وإن قال: إلى القاضي فيحمل على قاضي البلد حيثئذٍ، أو يحنث بالرفع إلى من
ينصب بعد عزله؟. فيه الخلاف السابق. ثم نتكلم في لفظ الكتاب ففيه التباسٌ.

قوله: "لا رأيت منكراً إلا رفعته إلى القاضي" أراد به ما إذا عين القاضي، وإن
لم يتعرض اللفظ له^(٤) ألا ترى أنه قال: "بل عمره، وعمر القاضي مهلته" وإنما توجه
هذا اللفظ إذا كان القاضي معيناً، وقوله: "عقبيه" وهل يحمل على القاضي الموجود في
الوقت أو على الجنس؟ وجهان، موضع الوجهين ما إذا أطلق القاضي، ولم يعين،
وأراد بالجنس^(٥) جنس قضاة البلد.

وقوله: "ولو بادر فمات القاضي" يعني: في صورة تعين القاضي، وإلا فموت
القاضي الذي ما قصده^(٦) لا يؤثر، لإمكان الرفع إلى قاضي آخر.

ولو مات الحالف في صورة المبادرة، قبل أن يصل إلى القاضي: قال في
"التممة": لا كفارة عليه؛ لأنه لم يجد التمكّن، ولا يخرج فيه خلاف.

وقوله: "ولو رأى المنكر، بعد اطلاع القاضي" إلى آخره: هذه المسألة: إنما
تتوجه أيضاً في صورة التعيين.

وهذه التنزيلات مبينة في لفظ^(٧) "الوسيط" وترتيبه^(٨).

(١) قوله "منكراً حتى مات . . . فإن نوى" ليست في ب.

(٢) "فيه" ليست في أ، ز.

(٣) انظر ص . ١٠٦ -

(٤) "له" ليست في أ، ب.

(٥) في: أ "الجنس".

(٦) في: ز "ما قصده".

(٧) "لفظ" ليست في ب. وفي أ نضم.

(٨) انظر: ٢٥١/٧.

(قال [الغزالي]: "ولو حلف لا يفارق غريمه، ففارقه الغريم فلم يتبعه، لم يحنث. وكذا لو كانا يتماشيان، فمشى الغريم، ووقف، لأن المفارق هو الغريم، إلا أن يقول: لا يفترق) أ.هـ.

[فصل: ما إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه]

[قال الرافعي] إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه، ففي^(١) المسألة نظران:

أحدهما: في المفارقة، والقول فيها على ما مرَّ في إفتراق المتبايعين عن المجلس، والرجوع إلى العادة^(٢).

فإن فارقه الحالف قبل أن يستوفي حقه مختاراً حنث^(٣)، وإن كان ناسياً، أو مكرهاً، فعلى القولين المعروفين في النسيان والإكراه. ولو فارقه الغريم، وفرَّ^(٤) منه فعن أبي^(٥) علي بن أبي هريرة^(٦)، والطبري^(٧). أن بعض الأصحاب خرَّجه على قولي الإكراه، لحصول المفارقة من غير اختياره. والظاهر^(٨) أنه لا يحنث الحالف، سواءً تمكن من التعلُّق به، ومنعه، أو من متابعته، أو^(٩) لم يتمكن، لأنه حلف على فعل نفسه، فلا يحنث، بفعل الغريم. وعلى هذا، فلو كانت مفارقتة بإذن الحالف

(١) في أ، ب "في".

(٢) انظر: الوجيز ١/١٤١، وشرح الجلال المحلي على المنهاج ٢/١٩١.

(٣) انظر: نهاية المحتاج ٨/٢٠٠، المجموع ١٨/١٠٩.

(٤) في ب أو فرّ.

(٥) في جميع النسخ "أبوي" والصواب ما أثبتناه. والله أعلم.

(٦) ابن أبي هريرة. سبق التعريف به ص ٨٢٠.

(٧) هو الحسن. وقيل الحسين بن القاسم أبو علي المشهور بالطبري، الفقيه الشافعي، تفقه ببغداد ودرس بها له مؤلفات منها، "المحرر"، و"الإفصاح". توفي عام ٣٥٠هـ رحمه الله.

انظر: تاريخ بغداد ٨/٨٧، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٢٧، وشذرات الذهب ٣/٣.

(٨) وهو الوجه الظاهر في المذهب، ويكون مقابله وجهاً غريباً في المذهب. انظر هامش الغاية القصوى ١/١١٨.

(٩) في أ "ولم".

وأمره، لم يحنث أيضاً^(١).

وقال القاضي: ابن كج: إذا أذن له بالمفارقة ففارقه كان حائثاً، وزاد "الصيدلاني": فقال: إن أمكنه منعه من الذهاب، فلم يفعل حنث: ويقرب منه ما حكاه صاحب "التهذيب" عن شيخه^(٢) أنه إذا أمكنه متابعتها، فلم يتابعه حنث، لأنه بالمقام مفارق له، والمشهور ما تقدم^(٣).

ولو كانا يتماشيان، فمشي الغريم، ووقف الحالف.

قال: في "الكتاب لا يحنث"، لأن المفارقة حصلت بحركة الغريم، لا بسكون الحالف، والأظهر^(٤)، وهو الجواب في "التتمة" و "التهذيب" وينسب إلى القاضي الحسين: أنه إذا مضى أحدهما في مشيه، ووقف الآخر، يحنث الحالف؛ لأنه إن وقف الحالف فقد فارقه بالوقوف، فإن الحادث هو الوقوف، فنسبت^(٥)، المفارقة إليه بخلاف ما إذا كانا ساكنين، فابتدأ الغريم بالمشي^(٦)، فإن الحادث هناك المشي، وإن وقف الغريم فقد فارقه الحالف حين مشى، مع العلم، بوقوفه.

وحيث قلنا: لا يحنث الحالف، بمفارقة الغريم إياه^(٧) فلو فارق المكان بعد ذلك، لم يحنث.

ولو قال: لا تفارقني حتى استوفي حقي منك، أو حتى^(٨) تُوفِّيني حقي، فاليمين هاهنا منعقدة على فعل الغريم.

(١) لأنه حلف على فعل نفسه فلا يحنث بفعل غيره. مغني المحتاج ٣٤٨/٤، وانظر: المجموع

١٠٩/١٨، فقد خطأ قول ابن أبي هريرة.

(٢) هو: الحسين بن محمد بن أحمد. المروذي. أبو علي المشهور بالقاضي حسين، من أئمة

الشافعية الميامين. كان يلقب بحجر الأمة، صاحب "التعليق الكبير"، المشهور في المذهب،

وغيره. توفي عام ٤٦٢ هـ. انظر ترجمته: طبقات الشافعية، شعبة، ٢٤٤/١، تهذيب الأسماء

واللغات ١٦٤/١، وشذرات الذهب ٣١٠/٣.

(٣) انظر: الروضة ٧٤/١١، ومغني المحتاج ٣٤٨/٤، والمجموع ١٠٩/١٨.

(٤) المصادر نفسها.

(٥) في أ، ب: "فتنسب".

(٦) في ز "المشي".

(٧) "إياه" ليست في أ، ب، ظ.

(٨) "حتى" ليست في أ.

فإن فارقة الغريم مختاراً، حنث الحالف، سواءً كانت مفارقتة بإذنه أو دون
إذنه.

وعن صاحب "التقريب"^(١) أنه إن فرَّ منه ففي حنثه القولان، في الإكراه،
والظاهر الأول، لأن الحلف على فعله، وهو مختار في الفرار.

فإن فارقة ناسياً أو مكرهاً، خُرِّجَ الحنث على القولين^(٢).

ونقل صاحب "التهذيب"^(٣) طريقةً أخرى قاطعة^(٤)، بأنه يحنث، والاختيار
يعتبر في فعل الحالف، لا في فعل غيره، والمذهب^(٥) الأول. ولو فرَّ الحالف من الغريم،
لم يحنث، ويحیی فيه^(٦) وجهٌ، أنه إن تَمَكَّنَ الغريم من متابعتة فلم يفعل، يحنث^(٧).

ولو قال: لا افترت أنا وأنت حتى استوفي حقي، أو لا نفترق لا أنا ولا
أنت فاليمين منعقدة، على فعل كل واحدٍ منهما، فأيهما فارق الآخر مختاراً حنث
الحالف لحصول الإفتراق.

وإن فارق مكرهاً، أو ناسياً ففيه الخلاف^(٨).

(١) هو: القاسم بن الإمام الكبير القفال الشاشي محمد بن علي أبو الحسن - صاحب "التقريب"
الذي يقول عنه النووي. وكتابه "التقريب" كتاب عزيز عظيم الفوائد، من شروح مختصر
المزني. أهـ.

كان عظيم الشأن جليل القدر حافظاً، صاحب اتقان وتحقيق وضبط. ولم تعلم تاريخ وفاته
رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢، ٢٧٨، وطبقات الشافعية، شعبة، ١، ١٨٧، وطبقات
الشافعية، ابن هداية الله، ص ١١٧.

(٢) قولاً الإكراه. انظر: المجموع ١٨/١٠٩، ومغني المحتاج ٤/٣٤٨.

(٣) ١ تَطْرُقُ التَّهْذِيبُ ١٣٩/٨.

(٤) "قاطعة" ليست في ز.

(٥) انظر: المجموع ١٨/١٠٩، ومغني المحتاج ٤/٣٤٨، والمذهب، هو مصطلح أطلقه الشافعية.
على الراجح في حكاية المذهب. كأن يكون في المسألة قولان، أو وجهان ويقطع بعضهم
بأحدهما.

انظر: نهاية المحتاج ١/٤٤، شرح الجلال المحلي ١/١٣.

(٦) "فيه" ليست في أ، ب.

(٧) "والصحيح، لا يحنث إذا أمكنه اتباعه"، نهاية المحتاج ٨/٢٠٠.

ولو قال: لا افترقنا حتى استوفي، أو لا نفرق، فوجهان:
أحدهما: أنه لا يحنث حتى يفارق كل واحد منهما صاحبه، ولا يكفي وجود
المفارقة من أحدهما.

وأظهرهما: وهو المذكور في "الكتاب": أنه يحنث الحالف، مهما فارق
أحدهما الآخر، لأنه يصدق القول بأنهما افترقا^(١).

النظر الثاني: في استيفاء الحق، فإذا قال: لا أفارقك حتى أستوفي حقي منك،
ثم أبرأه، وفارقه حنث، لأنه فوت البر على نفسه^(٢).

وهل نحكم بالحنث عند الإبراء، أو بعد المفارقة؟ يجيء فيه خلاف، مرّ في
نظائره.

ولو أفلس الغريم، فمنعه الحاكم، من ملازمته، ففارقه، فعلى قولي حنث
المكره.

وإن فارقه باختياره حنث.

وإن وجب تركه، وإنذاره شرعاً، كما لو قال: لا أصلي الفرض، ثم صلى
حنث، وإن وجبت الصلاة عليه شرعاً.

وإن أحاله الغريم على إنسان، أو أحال الحالف^(٣) غريباً له عليه [دين]^(٤) ثم

(٨) المذهب عند الشافعية: أن المفارقة إن كانت عن طريق الإكراه، أو النسيان. فإنه لا يحنث قولاً
واحداً.

انظر: المجموع ١١٢/١٨، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(١) انظر: المصدرين نفسيهما.

(٢) "وباختياره. قولاً واحداً". انظر: شرح الجلال المحلى على المنهاج ٢٨٥/٤، نهاية المحتاج
٢٠٠/٨.

(٣) "الحالف" ليست في أ، ب.

(٤) ما بين المحصورتين نقله النووي. انظر: الروضة ٧٥/١١، ولم يرد في النسخ فرأينا إثباته حتى
يستقيم المعنى.

فارقه، فطريقان^(١):

أحدهما: البناء على أن الحوالة استيفاء، أو اعتياض؟ إن قلنا: بالأول. لم يحنث، وأصحهما: أنه يحنث بكل حال^(٢)؛ لأنه ليس بإستيفاء حقيقة، وحيث جعلناه استيفاءً، فمعناه أنه كالأستيفاء في الحكم.

نعم، إن أراد أنه لا يفارقه، وعليه حقه، لا يحنث. ولو أخذ عوضاً عن حقه، وفارقه، يحنث، إلا أن يريد ماذكرنا، ولا فرق بين أن تكون قيمة العوض مثل حقه، أو أقل، أو أكثر، لأنه لم يستوف حقه، وإنما استوفى بدله وعند أبي حنيفة^(٣): لا يحنث، وبه قال مالك^(٤).

إذا لم تكن قيمته أقل من حقه.

ولو استوفى حقه، من وكيل الغريم، أو من أجنبي تبرع به عليه، ثم فارقه، حنث إن قال: / حتى استوفى حقي منك، ولم يحنث، إن اقتصر على قوله "حتى استوفى حقي".

وإن فارقه بعد الإستيفاء، ثم وجد ما استوفاه، ناقصاً، لم يحنث، إن كان من جنس^(٥) حقه، لكنه أردأ^(٦)، وإن لم يكن من جنسه بأن كان حقه الدراهم، فخرج ما أخذه نحاساً أو مغشوشاً، فإن كان عالماً بالحال، حنث، وإلا فعلى قولي الناسي، والجاهل^(٧).

(١) في "فقيه طريقان".

(٢) انظر: شرح الجلال المحلي على المنهاج ٤/٤٨٥.

(٣) انظر: القدوري، الكتاب، ط، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، المكتبة العلمية، بيروت، ٤/٢٤، والهداية ٩٣/٢.

(٤) انظر: مختصر خليل، ص ١٠٠، ومواهب الجليل ٣/٣١٤.

(٥) انظر تفصيل ذلك في: الروضة ١١/٧٦، ومغني المحتاج ٤/٣٤٩.

(٦) في ز "أراد". وهو خطأ وهو المذهب. لأن الرداءة لا تمنع من الاستيفاء. انظر: مغني المحتاج ٤/٣٤٩.

(٧) "لأن العيب لا يمنع من الاستيفاء، نعم إن كان الأرش كثيراً لا يتسامح بمثله حنث.

فرع: ولو حلف الغريم ليقضين حقه قبل أن يفارقه، أو حلف لا يفارقه حتى يقضي حقه، فالقول في مفارقتة مختاراً، أو مكرهاً، وفي الحوالة^(١) والمصالحة، وغيرها^(٢) على قياس ماسبق.

ولو حلف: لا يعطيه حقه فأعطاه مكرهاً، أو ناسياً، فهو على الخلاف.
ولو قال: لا يأخذ أو لا يستوفي، فأخذ حث سواء كان المعطي مكرهاً أو مختاراً.

ولو كان الآخذ مكرهاً ففيه الخلاف.

(قال [الغزالي]: ولو حلف أن يضربه مائة خشبة، حصل البر، بأن يضرب بعشكال^(٣) عليه مائة شمراخ^(٤) وإن قلّ الألم.

وينبغي أن تنكس^(٥) جميع الشماريخ، ولا يشترط أن يمس^(٦) أحادها بدنه، ولا بأس بجائل، لا يمنع أصلها من^(٧) الضرب.

ولو شك في التثقيب والانكباس، لم يحنث^(٨)، لأن الضرب، سبب ظاهر في الانكباس.

= قاله الماوردي: فإن قيل: نقصان الحق موجب للحنث فيما قل وكثر، فهناك كان نقصان الأرض كذلك، قلنا: لأن نقصان الحق محقق، ونقصان الأرض مظنون. نقله بهامش العزيز ٣٣٩/١٢.

(١) "الحوالة" هي بفتح الحاء أفصح من كسرهما. ومعناها لغة الانتقال، من قولهم: إذا انتقل عنه وتغير.

وفي الشرع: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة ٠٠٠ ذكره في معني المحتاج ١٩٣/٢.

(٢) أي "كالهبة". "وغيرها" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب "وغيرهما" والله أعلم.

(٣) "العشكال"، بالكسر والعشكول. بالضم، وزن عصفور ومعناه. ما يكون فيه الرطب. وهو العذق. انظر: المصباح المنير ٣٢٣/١.

(٤) "وشمراخ"، جمع "شمراخ" مثل عشكال وزناً ومعنى. انظر: المصدر نفسه.

(٥) في أ "ينعكس" وهو خطأ.

(٦) في ب، ظ "تمس".

(٧) في أ "هاهنا أهلها" وفي ز أصل تأثير الضرب.

(٨) في أ "لا يحنث".

ولو قال: لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد، فدخل ومات زيد، ولم تعرف مشيئته، حنث، لأن الأصل عدم المشيئة، وليس لها سبب ظاهر.

وقيل: في المسألتين^(١) قولان: بالنقل والتخريج. ولو حلف على مائة سوط بدل الخشبة لم تكفه الشماريخ، بل عليه أن يأخذ مائة سوط، ويضرب دفعةً واحدةً.

ولتقتصر على هذا^(٢) القدر، فإن أمثال هذه الصورة لا تنحصر البتة^(٣)

[فصل في الحلف على الضرب]

قال الرافعي: إذا حلف: على الضرب، تعلقت اليمين بما يسمى ضرباً، ولا يكفي فيه، وضع اليد والسوط، ورفعهما، والعض والقرص والخنق، وشف الشعر، ليس بضرب خلافاً لأبي حنيفة^(٤)، وأحمد^(٥) رحمهما الله.

وفي الوكز^(٦)، واللكز^(٧) واللطم وجهان:

أصحهما: أنه ضربٌ وهو الذي أوردناه في "كتاب الطلاق"^(٨). ولا يُشترطُ فيه الإيلام، ألا ترى أنه يقال: ضربه، ولم يؤله، ويخالف الحد^(٩)، والتعزير، فإنه^(١٠) يعتبر فيهما الإيلام؛ لأن الغرض هناك الزجر، وإنما يحصل ذلك بالإيلام، واليمين يتعلق بالاسم.

(١) في ز "المسألة".

(٢) "هذا" ليست في أ، ز.

(٣) "البتة" ليست في ز.

(٤) انظر: فتح القدير ٤/٤٦٢.

(٥) انظر: المقنع ص ٣٢٠.

(٦) أي ضربه، ودفعه. ويقال: لَكَمَهُ. انظر: المصباح المنير ٢/٦٧٠.

(٧) أي ضربه يجمع كفه في صدره. وربما أطلق على جميع البدن، المصباح المنير، ٢/٥٥٨.

(٨) في ز "الطلاق إنه ضرب" وانظر: العزيز ٩/١٤٢.

(٩) في ز "الجلد".

(١٠) "فإنه" ليست في أ، ز.

وقال: مالك يشترط الإيلام^(١). وللأصحاب وجه مثله^(٢). وقد ذكرناه^(٣) في الطلاق^(٤).

ولو حلف ليضربن عبده مائة خشبة أو ليجلدنه مائة، فضربه بعشكالٍ عليه مائة شمراخ، ضربة واحدة حصل البر، إذا تيقن أن الكل أصاب بدنه، واعتمد فيه. قوله تعالى في قصة أيوب عليه السلام ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْتًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُتْ﴾ الآية^(٥).

وفيه عدول عن موجب اللفظ فإنه لم يضربه بمائة خشبة، فإن شد مائة سوط، فضربه بها^(٦)، فقد وقى بموجب اللفظ.

وما معنى إصابة الكل؟ الظاهر أنه لا يشترط أن تلاقي القضبان بدنه أو ملبوسة، بل يكفي أن^(٧) ينكس، وينكسر بعضها على بعض بحيث يناله^(٨) ثقل الكل، ولا يضرب كون البعض حائلاً بين بدنه، وبين البعض، كالثياب وغيرها مما^(٩) لا يمنع تأثير^(١٠) البشرة بالضرب.

وفيه وجه: أنه لا يكفي الانكباس، بل لابد من ملاقاته الجميع بدنه، أو ملبوسه، وإن تيقن أنه لم يصبه الكل، لم يحصل البر.

(١) انظر: مختصر خليل، ص ٩٧، والتاج والإكليل ٢٩٤/٣.

(٢) انظر: الروضة ٧٧/١١، ومغني المحتاج ٣٤٧/٤، ونهاية المحتاج ١٩٩/٨.

(٣) في أذكرنا.

(٤) انظر: العزيز ١٤٢/٩، والروضة ٧٧/١١، حيث قال: "ولو ضرب ميتاً، لم يحنث، ولو ضرب مغمى عليه أو مجنوناً، أو سكران حنث، لأنه محل للضرب بخلاف الميت ذكره المتولي".

(٥) سورة ص، آية ٤٤.

(٦) "بها" ليست في أ، ب.

(٧) "يكفي أن" ليست في ز.

(٨) في ب "ماله".

(٩) في ب "فما" و"مما" ليست في أ.

(١٠) في أ، ب، ظ "تأثر".

وإن شك في أنه هل أصابه الكل؟ فالنص: أنه لا يحنث^(١).

ونقل المزني: عن "نصه" فيما إذا حلف، ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد، فلم يدخل، ومات فلان ولم يعلم، هل شاء أم لا؟: أنه^(٢) يحنث^(٣).
وفيهما طريقان للأصحاب:

أحدهما: تقرير النصين، والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والتثقيب فيكتفى به وهاهنا الأمانة^(٤) تدل على أن فلاناً شاء، والأصل عدم المشيئة.
والثاني: أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج.

أحدهما: لا يحنث؛ لأننا لم نتحقق مخالفة اليمين، والأصل عدم الحنث^(٥)،
وبراءة الذمة.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة^(٦)، والمزني^(٧) يحنث؛ لأن الأصل عدم الإصابة
والمشيئة وشبه القولان. بالقولين، في إعتاق العبد المنقطع الخبر عن الكفارة، والظاهر
هاهنا: أنه لا يحنث، وإن أثبت الخلاف، وفي مسألة المشيئة: أنه يحنث^(٨).
ولو حلف ليضربنه مائة مرة، فضربه مرة^(٩) بالعثكال، أو بالمائة المشدودة لم

(١) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٦، نهاية المحتاج ١٩٩/٨.

(٢) "أنه" ليست في ز.

(٣) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٦.

(٤) في: ز "لأمانة".

(٥) في ز "اليمين".

(٦) انظر: المبسوط ٢٦/٩.

(٧) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٦.

(٨) قال النووي في الروضة ٨٧/١١ "قلت هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف فيما إذا شك، وذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي: أنه إذا شك، حنث، وإنما لا يحنث على المنصوص إذا غلب على ظنه إصابة الجميع، وهذا حسن، لكن الأول أصح، لأن بعد هذا الضرب شك في الحنث، والأصل عدمه. قال أصحابنا: وإذا قلنا: لا يحنث، فالورع أن يحنث نفسه، فيكفر عن يمينه. والله أعلم".

وانظر: المجموع ٨٠/١٨، ومغني المحتاج ٣٤٨/٤.

(٩) "فضربه مرة" ليست في أ.

بير: لأنه لم يضربه إلا مرة.

ولو حلف: ليضربنه مائة ضربة، ففيه وجهان: أظهرهما: وهو الذي أورده "الصيدلاني": أن الجواب كذلك، لأنه لم يضربه إلا ضربة واحدة.

والثاني: يُير، لأنه يحصل بكل واحد ضربة ولهذا^(١) يسقط به حد الزنا.

ولو حلف: ليضربنه بالسوط، لم يير^(٢) بالعصا والشماريخ^(٣)، لأنه لا يقع عليها اسم السوط.

وإذا قال: مائة سوط^(٤) فالظاهر أنه لا يحصل البر، بأن يضربه بعشكال عليه مائة شمراخ، ولكن يير بأن يجمع مائة سوط ويشدها ويضربه بها دفعة واحدة أو خمسين، ويضربه بها دفعتين، أو سوطين، ويضربه بهما خمسين مرة بشرط أن يعلم إصابة الكل على ما سبق.

وفيه وجه: أنه وإن ذكر الشرط ييرُّ بالعشكال كما في لفظ الخشبة، وهذا ما أورده صاحب "التهذيب"^(٥).

وقوله في الكتاب: "حصل البر"^(٦) يجوز أن يعلم بالميم والألف؛ لأن عن مالك^(٧) وأحمد^(٨): أنه لا بد من مائة ضربة متفرقة، حكى ذلك عنهما فيما إذا قال: لأضربنه مائة سوط.

وفيما إذا قال: لأجلدنه مائة، ويشبه أن يكون الحكم في صورة الكتاب كذلك.

-
- (١) في أ: "وهذا".
 (٢) في ز: "لم يحنث".
 (٣) في ز: "وبالشماريخ".
 (٤) من قوله: "لم يير بالعصا . . . مائة سوط" ليست في أ.
 (٥) انظر: الروضة ٧٨/١١، والمجموع ٨٠/١٨، وشرح الجلال المحلي ٢٨٥/٤.
 (٦) أي "لو حلف ليضربنه مائة خشبة حصل البر بأن يضرب بعشكال عليه مائة شمراخ، وإن قل الألم". انظر: مغني المحتاج ٣٤٧/٤، والروضة ٧٨/١١، فقد قال: "والصحيح: أنه لا يير".
 (٧) انظر: مختصر خليل ص ٩٧، وحاشية الدرديري ١٤٣/٢.
 (٨) المقنع ص ٣٢٠، والمغني ٦١٠/١٣.

وقوله: "ولا يشترط أن يمسه أحادها بدنه" مُعلم بالواو. وقوله "ولو شك في التثقيل، والإنكباس، لا يحنث" معلم، بالحاء والزاي^(١).

وقوله: "ولو قال: لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد" جعل صاحب الكتاب، هاهنا، وفي "الوسيط" هذه الصورة محل تصرف الأصحاب في حكمها^(٢)، وحكم مسألة الضرب بالطريقين^(٣).

ولعله اتبع فيه / الإمام^(٤)، والذي أورده المزني، ونقله جمهور الأئمة رضي الله (٤١٤/ن) عنهم، ما قدمناه، وهو ما إذا قال: لأدخلن الدار اليوم، إلا أن يشاء زيد^(٥) فأما طرف النفي فقد ذكرناه في الباب الأول^(٦)، وبيننا ما نقل فيه الربيع، وما تكلم الأصحاب عليه - رحمهم الله -.

(قال [الغزالي]: خاتمة: كل ما علقه على فعل نفسه، فإذا^(٧) حصل بغير اختياره، إما^(٨) بالإكراه، وإما^(٩) بالنسيان، وإما^(١٠) بالجهل، ففيه قولان: وصورة الجهل^(١١) أن يقول: لا أسلّم على زيد، ثم سلّم عليه في ظلمة وهو لا يعرفه.

-
- (١) في أ "الزاء".
(٢) "في حكمها" ليست في ز.
(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٣١، والوسيط ٧/٢٥٤، والروضة ١١/٧٨، ومغني المحتاج ١/٣٤٨.
(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، مكتبة أحمد الثالث، تركيا، ج ٢٥، ٢٦، ٢٧، في مجلد ٢ لوحة ٨٥/أ.
(٥) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٠.
(٦) انظر: الروضة ١١/٥، ٦.
(٧) في ظ "وإذا".
(٨) في أ "أو".
(٩) في أ "أو".
(١٠) في أ "أو".
(١١) "ففيه قولان: وصورة الجهل"، ليست في أ.

وإن حلف^(١) على الدخول، فَحَمَلَ قَهْرًا وَأَدْخَلَ، لم يحنث.
وإن حمل ياذنه، حنث، وإن سكت مع القدرة، ففيه خلاف).

[فصل: إذا حصل فعلٌ مع إكراهٍ أو نسيانٍ أو جهلٍ]

[قال الرافعي] إذا وُجِدَ القول، أو الفعل المحلوف عليه، على وجه الإكراه، هل يحنث الحالف.

فيه قولان منصوصان جاريان في تعليق الطلاق^(٢) على ما قدمنا.

أحدهما: وبه قال: أبو حنيفة^(٣)، ومالك^(٤): أنه يحنث؛ لأن صورة المحلوف عليه قد وجدت، والكفارة لاتسقط بالأعذار، ألا ترى أنه قد يجب عليه أن يحنث نفسه، ومع ذلك تلزمه الكفارة وأيضاً فإن ما تعلقت به الكفارة، إذا وجد بالاختيار، تعلقت وإن وجد لا بالاختيار، كقتل العبد.

وأصحهما: على ما ذكر الشيخ أبو حامد، والقاضي ابن كج^(٥) والرويان وغيرهم "أنه لا يحنث ولا تلزمه الكفارة، لما روي أنه ﷺ قال: "رُفِعَ عَنَّا أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ"^(٦).

(١) في أ، ب، ظ "فإن".

(٢) انظر: الروضة ١٩٢/٨ و ١٩٣.

(٣) انظر: الهداية ٧٢/٢.

(٤) "مالك" ليست في ز. وانظر: رأي المالكية. مختصر خليل ص ٩٦، وحاشية الدرديري على الشرح الكبير ١٣٤/٢.

(٥) في أ، ب، ظ "أبو حامد القاضي، والشيخ ٠٠٠" وهو خطأ.

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من كتاب الطلاق، باب طلاق المكره، والناسي ٦٥٩/١، أو حديث ٢٠٤٥ من طريق الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس عن النبي ﷺ بلفظ: "إن الله وضع عن أممي ٠٠٠".

وأما لفظ الحديث السابق فكما قال الزيلعي: "وهذا لا يوجد بهذا اللفظ، وإن كان الفقهاء كلهم لا يذكرونه إلا بهذا اللفظ"

وقال عنه النووي في كتابه الروضة في تعليق الطلاق ١٩٣/٨، "الحديث حسن".

وقال ابن رجب في كتابه جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً، ط ٥، ١٤٠٠ هـ، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة، ص ٤٥١، "حديث حسن".

وأيضاً: فإنه لو حلف، مكرهاً لا تتعدد يمينه، فكذلك المعنى الذي يتعلق به الحنث، إذا وُجدَ على وجه الإكراه ينبغي أن يلغوا والجامع أنه أحد سببي وجوب الكفارة، وأيضاً، فالإكراه معنيٌّ، لو قارن كلمة الكفر، لم^(١) يتعلق بها حكمها، فكذلك، إذا قارن سبب الكفارة قياساً، على الجنون، وعن "أبي الطيب بن سلمة"^(٢): القطع بأنه لا يحنث؛ لأن الشافعي اختاره وأبطل القول الآخر^(٣).

والمشهور إثبات القولين ويجريان فيما لو وُجدَ المحلوف عليه على وجه النسيان، وقد ترتب النسيان على الإكراه، ثم تارة يُجعل الناسي أولى بأن لا يحنث، لأن النسيان أكثر وقوعاً، فهو أولى بأن يجعل عذراً، وتارة يُجعل الناسي، أولى بأن^(٤) يحنث، لأنه قد ينسب إلى التقصير، بترك التحفظ، ويدل عليه أن من أكره على إتلاف مال الغير، لا يستقر عليه الضمان، ومن أتلفه ناسياً، يستقر عليه الضمان ويخرج من الترتيبين، طريقتان:

تقطع إحداهما^(٥) بالحنث والأخرى: تمنع الحنث.

ويجوز الخلاف في صورة الجهل، مثل: أن يدخل الدار، وهو لا يعرف أنها الدار التي حلف، أن لا يدخلها.

= وقال عنه الألباني "صحيح" الإرواء ١/٢٢٣، حديث ٨٢. ولا يخفى أن هذا الحديث قد تكلم علماء الحديث في طرقه، ومن أخرجه بتفصيلات وافية. وللإطلاع على مثل ذلك. ينظر: نصب الراية للزيلعي، ط ٢، إدارة المجلس العلمي ٠٠٠، سملك، كجرات الهند، ٦٤/٢ - ٦٦، وتلخيص الحبير ١/٢٨١ - ٢٨٣، وإرواء الغليل ١/٢٢٣ و ١٢٤.

(١) في ب، ظ "لا".

(٢) هو: محمد بن الفضل بن سلمة بن عاصم البغدادي المشهور بأبي الطيب بن سلمة. من متقدمي كبار فقهاء الشافعية، وأصحاب الوجوه.

له مؤلفات عدة، توفي عام ٣٠٨ هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٦، شذرات الذهب ٢/٢٥٣.

(٣) انظر: الأم ٧/٧٥، والمختصر ١٩٤، والروضة ١١/٧٩.

(٤) في ز: "لا يحنث".

(٥) "إحداهما تقطع" ليست في ز.

ومثل أن يحلف لا يسلم على زيد ثم سلم عليه في ظلمة، وهو لا يدري أنه زيد، وقد يُرتب الجاهل على الناسي، ويجعل الجاهل أولى بالحنث، لأن الجاهل الغالط، في غروب الشمس يفطر والناسي لا يفطر.

وعن أحمد رحمه الله في الصور روايتان كالقولين، ورواية ثالثة أن الحنث لا يحصل، لكن يقع الطلاق إذا وجد الفعل المعلق عليه، على أحد هذه الوجوه^(١).

وردّ الأصحاب ذلك، ونفوا الفرق^(٢).

وفيه دليل على أنهم لا يرتضون ما يحكى عن اختيار القفال^(٣) من وقوع الطلاق، ونفي الحنث؛ لأن اليمين والمحافظة عليهما أشبه بالعيادات، فيؤثر فيها النسيان^(٤) وإذا حكمنا بعدم الحنث في الناسي، والجاهل^(٥)، فهل تنحلُّ اليمين؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الفعل موجود حقيقة، وإنما لم يثبت حكم الحنث للعدر، وأشبههما^(٦)، وبه أجاب الصيدلاني: أنه لا تنحل اليمين، لأننا إذا^(٧) لم نحنثه، لم نجعل يمينه متناولة، لما وجد، إذ لو تناوله^(٨)، لحنث، كما لو قال: لا أفعل طائعاً،

(١) انظر تفصل ذلك وافيًا في: المقنع ص ٣١٦، والإنصاف ٢٣/١١ و ٢٤ و ٢٥.

(٢) انظر: الوجيز ٥٦/٢ و ٥٧، والروضة ٥٦/٨ و ٥٧، ومغني المحتاج ٢٨٩/٢.

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن عبد الله أبو بكر. المشهور بالقفال المروزي، والقفال الصغير، أحد أئمة الشافعية الرفعاء، شيخ الخرسانيين، كان معتمد المذهب في زمانه، إذا أطلق في كتب الفقه فهو المقصود، له مؤلفات كثيرة، منها "شرح التلخيص" و "كتاب الفتاوى" و "شرح فروع ابن الحداد المصري" وغيرها.

ولد عام ٣٢٧هـ، وتوفي بسجستان عام ٤١٧هـ وله ٩٠ سنة. انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي ١٩٨/٣ - ١٩٩، تهذيب الأسماء واللغات ٢٨٢/٢ - ٢٨٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٨٢ و ١٨٣.

(٤) في ز "النسيان فيهما".

(٥) "في الناسي والجاهل" ليست في أ، ب، ظ.

(٦) "نعم، لأن . . . وأشبههما" ليست في ز.

(٧) "إذا" ليست في أ، ب.

(٨) في ز "تناولته".

ولا مكرهاً وإذا لم^(١) يتناوله، ثم وجد ما يتناوله لزم الحنث^(٢).

وإذا حلف لا يدخل الدار، فانقلب في نومه، وحصل في الدار، لم يحنث. وإن حُمِلَ قهراً، وأدخل، فقد قيل: هو على الخلاف، فيما لو أكره حتى دخل لأنه حصل، في صورتين، الدخول بغير اختياره.

والصحيح وهو المذكور في الكتاب، أنه لا يحنث، لأن اليمين انعقدت على دخوله، ولم يوجد منه الدخول لاطئاعاً ولا مكرهاً، وإنما الموجود إدخاله الدار.

ولذلك نقول، لا تنحل به اليمين، والحالة هذه بلا خلاف. ولو حمل بغير إذنه لكنه، كان قادراً على الامتناع فلم يمتنع، فالظاهر، أنه لا يحنث أيضاً؛ لأنه لم يوجد منه الدخول^(٣)، ومنهم من جعل سكوته بمثابة الإذن في الدخول، وبه قال: مالك^(٤) -رحمه الله-.

ولو حمل بأمره حنث، وكان^(٥) كما لو ركب دابة، ودخلها، ويصدق أن يقال: والحالة، هذه دخلها على ظهر فلان، كما يصدق أن يقال: دخلها، ركباً. وقوله في الكتاب: "كما علقه على نفسه". والحكم لا يختص بفعل نفسه. بل سواء كان فعله، أو فعل غيره، فإذا وجد بالإكراه، أو النسيان، ففيه الخلاف^(٦). هذا هو الظاهر.

وفيه شيء قدمناه في مسألة، الحلف على مفارقة الغريم^(٧)، وقوله: "ففيه قولان" معلم بالواو للطرق المذكورة، وكذا قوله: "لم يحنث".

(١) "وإذا لم" ليست في أ.

(٢) انظر: الروضة ٧٩/١١، ومغني المحتاج ٣٣٥/٤.

(٣) انظر: الروضة ٧٩/١١.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٩٦، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٣/٢.

(٥) في ز: "فكان".

(٦) انظر: الروضة ٧٩/١١.

(٧) في ص ١١٢ وما بعدها.

(قال [الغزالي]: ولو سلّم على قوم فيهم زيد، واستثناه بقلبه، أو بلفظه، لم يحث، وإن لم يستثنى حث على الصحيح. ولو قال: لا أدخل على زيد، فدخل على قوم هو فيهم، واستثنى بقلبه دخوله، ففيه وجهان:

وإن^(١) دخل ولم يعلم، فقولان، مرتبان على ما إذا^(٢) كان وحده وهو جاهل، وأولى، بأن لا يحث، وإن دخل لشغل آخر، ولم يعلم، أنه فيهم، وكان فيهم^(٣) وحده، فالنص: أنه لا يحث، لانضمام الجهل، إلى صارف عنه، إلى الشغل، وفيه قول، مخرج أنه كالناسي^(٤).

[فصل: فيما لو قال: لا أسلم على زيد، فسلم على قوم هو فيهم]

[قال الرافعي] / فيه صورتان: إحداهما: إذا حلف، لا يسلم على زيد، فسلم (٤١٥/ز) على قوم، فيهم زيد، ولم يعلم أنه فيهم، ففي الحث، قولاً حث الناسي، والجاهل، وإن علم أنه فيهم، ونوى السلام عليه معهم، حث، وفيه ما حكينا عن "البيان"^(٥) فيما، إذا حلف لا يكلم فلاناً ثم سلم على قوم هو فيهم، وقصده بالسلام^(٦).
وإن استثناه بلفظه، فقال: إلا على فلان، لم يحث، وإن عزله، واستثناه بنيته فكذلك^(٧) وقد أراد بالعام الخاص.

ومنهم من أثبت فيه^(٨) خلافاً نذكره في الصورة الثانية.

-
- (١) في ز "ولو".
 - (٢) في أ، ب، ظ "فقولان، كما إذا كان".
 - (٣) في ز: "فيه".
 - (٤) "أنه كالناسي" ليست في ز.
 - (٥) انظر ص ٨٣.
 - (٦) انظر: الروضة ٦٤/١١، والمجموع ٢٩١/١٨.
 - (٧) على المذهب "لأنه أخرج بالاستثناء عن أن يكون مسلماً عليه". مغني المحتاج ٣٣٥/٤، والروضة ٦٥/١١، ٧٩.
 - (٨) "فيه" ليست في ز.

وإن أطلق، ولم يقصد شيئاً، فعلى قولين: ذكرناهما فيما إذا حلف، لا يكلم فلانا، فسلم على قوم هو فيهم وأطلق^(١)، وقد توجه المنع أيضاً بأنه لم يسلم عليه خاصة، وهو المفهوم من مطلق لفظه، والظاهر الحث.

وقوله: في الكتاب "ولو سلم على قوم فيهم زيد"^(٢) يعني، فيما إذا حلف، لا يسلم على زيد، ولم يستكمل ذكر الصورة، اكتفاءً بما تقدم في قوله: وصورة الجهل أن يقول: لا أسلم على زيد.

الثانية: لو قال: لا أدخل على زيد، فدخل على قوم، هو فيهم، فاستثناه^(٣) بقلبه، وقصد الدخول على غيره. ففيه طريقتان:

أحدهما: وهو المذكور في "الكتاب"^(٤)، وفي "التهذيب": أن فيه قولين، أو وجهين.

أحدهما: أنه لا يحنث؛ لأن مقصوده الدخول على غيره.

والثاني: يحنث لوجود صورة الدخول على الجميع^(٥). وأشار ابن الصباغ وغيره إلى أخذ القولين، من قولين^(٦) للشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا حلف، لا يكلم فلانا، فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه، هل يحنث؟ هكذا ذكره، وإذا تأملت كلامهم في تلك المسألة وجدتهم مشيرين إلى القطع: بأنه لا يحنث، أو مصرحين به، ومنهم من يجعل الخلاف هاهنا أصلاً، ثم يجريه في مسألة السلام؛ وكيف ما قُدر، فالظاهر في الدخول، أنه يحنث.

وفي مسألتي الكلام، والسلام: أنه لا يحنث.

(١) هما الأول: "أنه يحنث"، وهو الأظهر، لأن العام يجري على عمومه ما لم يخصص. والثاني:

لا يحنث، لأن اللفظ صالح للجميع، وللبعض فلا يحنث بالشك، فإن قصده، حث قطعاً مغني

المحتاج ٣٣٥/٤، والروضة ٦٥/١١.

(٢) في أ "هو فيهم وحده".

(٣) في ز "واستثناه".

(٤) الوجيز ٢٣٢/٢.

(٥) انظر: الروضة ٨٠/١١، ومغني المحتاج ٣٣٥/٤.

(٦) انظر: الأم ٨٠/٧.

والفرق: أن الدخول فعل لا يدخله الاستثناء فلا ينتظم، أن يقول دخلت عليكم، إلا على فلان.

ويصح أن يقول: سلام عليكم، إلا على فلان. ولو دخل بيتاً فيه زيد وحده^(١)، ولم يعلم أنه فيه فالحنث على القولين^(٢)، في الجاهل، والناسي.

ولو كان في جماعة، ولم يعلم به^(٣) فقد رتب في "الكتاب"^(٤) هذه الصورة، على الصورة السابقة وجعلها أولى بأن لا يحنث، لأنه إذا لم يعلم به كان قصده^(٥) الدخول على غيره، فينضم ذلك إلى الجهل.

ولو كان زيد في البيت ولم يعلم به ودخل لشغل آخر من نقل متاع، وغيره فهذه الصورة أولى بعدم الحنث، لانضمام قصد الشغل إلى الجهل.

وذكر الإمام: أن "الشافعي" - رضي الله عنه - نصّ في هذه الصورة على أنه لا يحنث، وأن "الربيع" خرّج قولاً آخر، وجعلها على الخلاف في النسيان والجهل^(٦).

وقوله: "لانضمام الجهل إلى صارف عنه، إلى الشغل" كأنه يعني إلى صارف للدخول على زيد إلى الشغل.

والصارف هو قصد الشغل، وإن علم أنه فيه وقصد الدخول لشغل آخر، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه كما لو كان معه غيره فقصد الدخول على غيره.

والثاني: القطع^(٧)، بأنه يحنث؛ لأن هناك غيره مدخول عليه، فأمكن صرف الدخول إليه بالنميمة والمتاع، لا يمكن أن يكون مدخولاً عليه.

(١) "وحده" ليست في أ، ب، ظ.

(٢) أظهرهما: لا يحنث. انظر: الروضة ٧٩/١١، ومغني المحتاج ٤/٣٣٥.

(٣) "به" ليست في أ، ب، ظ.

(٤) الوجيز ٢/٢٣٢.

(٥) في: ب "قصد".

(٦) راجع ذلك في الأم ٨٠/٧، والروضة ٨٠/١١.

(٧) انظر: الروضة ٨٠/١١.

وللأول^(١): أن يقول: نعم، ولكن إذا دخل لنقل المتاع، أمكن أن يقال: لم يدخل على أحد كما إذا دخل لنقل المتاع، ولم يكن فيه، زيد ولا غيره.

وإن كان الحالف في البيت فدخل عليه زيد، نُظِرَ إن خرج الحالف في الحال لم يحنث، وإن أقام فقد بُني الحنث، على الخلاف، في أن استدامة الدخول هل هي دخول؟

إن قلنا: نعم، حنث، وإلا فلا، وأشير إلى طريقة أخرى، قاطعة، بأنه لا يحنث، ووجهها "ابن الصباغ": بأنا إذا جعلنا استدامة الدخول كابتدائه، كانا كالداخِلين معاً، فلا يكون أحدهما داخلاً، على الآخر^(٢).

هذا ما أشتمل عليه الكتاب من أبواب "الأيمان" بشرحها، ونختمه بأصول مأثورة، وفروع مثورة في فصلين.

[الفصل الأول: في الأصول المأثورة]

قال الرافعي: الأول: في الأصول: لا ينعقد يمين الصبي، والمجنون، ولا يمين المكره، لما^(٣) روى أن النبي صلى الله عليه وسلم: قال: "ليس على مقهور يمين"^(٤). وفي يمين السكران الخلاف المذكور، في الطلاق^(٥). وينعقد يمين الكافر.

المسألة الأولى:
في انعقاد يمين
الصبي والمجنون
والسكران
والكافر.

- (١) في: أ، ب، ظ "والأول يقول".
- (٢) قال النووي في الروضة ٨٠/١١ "الذي قاله ابن الصباغ حسن، والمذهب أنه لا يحنث". انظر: مغني المحتاج ٣٣٤/٤.
- (٣) "لما" ليست في: ب، ظ. وفي زيروي.
- (٤) الحديث: أخرجه الدارقطني - في سننه - من كتاب النذور ١٧١/٤، ط ٢، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، عالم الكتب، بيروت.
- وقال فيه ابن حجر "وفيه الهياج بن بسطام، وهو متزوك، وشيخه عنبسة متزوك أيضاً مكذب. ثم هو من رواية الدارقطني عن شيخه أبي بكر محمد بن الحسن النقاش المقرئ، المفسر، وهو ضعيف، عنده، وقد كذب أيضاً". تلخيص الحبير ١٧١/٤، حديث ٢٠٥٥.
- وقال: أبو الطيب محمد أبادي: "وفي اسناده عنبسة وهو ضعيف قال: في التنقيح: حديث منكر، بل موضوع، ومن جماعة ممن لا يجوز الاحتجاج بهم". التعليق المغني على الدارقطني.
- (٥) السكران المتعدي بشرب الخمر مسكر، أو بشرب دواء ٠٠٠ لغير غرض صحيح فزال عقله ٠٠ فعلى قولين: أحدهما: يقع طلاقه على المذهب المنصوص في كتب الشافعي ٠٠ الثاني: لا يقع وهو قول قديم، وعليه جماعة هذا في المذهب الشافعي. انظر: الروضة ٦٢/٨، ومغني المحتاج ٢٤٥/٣، ولزيد من التفصيل. ينظر: الهداية ٢٣٠/١، ومختصر خليل ص

حلف لا يدخل الدار، ثم قال: أردت شهراً، أو يوماً.

المسألة الثانية
حلف لا
يدخل الدار
فقال أردت
شهراً ونحو
ذلك

فإن كانت اليمين بالطلاق، أو العتاق، لم تقبل في الحكم، ويدين، فيما بينه، وبين الله تعالى ويلحق بهما الإيلاء، لتعلقه بحق الآدمي، وإن كانت اليمين بالله تعالى.

ولم تتعلق بحق آدمي^(١)، قبل ظاهراً وباطناً، لأنه أمين في حقوق الله تعالى.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه تلغو نية التأقيت^(٢).

المسألة الثالثة
حلف لا يكلم
أحدًا ثم قال:
أردت زيداً
ونحو ذلك

ولو حلف لا يكلم أحدًا ثم قال: أردت زيداً، أو من سوى زيد، أو لا يأكل طعاماً، ونوى طعاماً بعينه تخصصت اليمين بما نوى^(٣).

وعن أصحاب أبي حنيفة خلافه^(٤).

عن القفال قال: سمعت الشيخ أبا زيد^(٥) يقول: "لا أدري على ماذا بنى

الشافعي - رضي الله عنه - مسائل الأيمان إن كان يتبع اللغة.

المسألة الرابعة
حلف لا يأكل
الرؤوس

فمن حلف لا يأكل الرؤوس، ينبغي، أن يحث برؤوس^(٦) الطير، والحيتان .

وإن اتبع العرف، والعادة فأصحاب القرى، لا يعدون الخيام بيوتاً.

وقد قال الشافعي رضي الله عنه: لا فرق^(٧) بين القروي واليدوي.

١٣٧، والتنقيح المشيع ص ٣١٤، وانظر: الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر تحقيق

أبو حماد، ط ١، دار طيبة، الرياض، ١٩٠/٤، والإيضاح لابن هبيرة ١٥٣/٢. الإيضاح

(١) "آدمي" ليست في أ.

(٢) انظر: الميسوط ١٧٧/٨ و ١٧٨.

(٣) "بما نوى" ليست في ب، ظ.

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) هو: محمد بن أحمد بن عبد الله المروزي. المشهور بالشيخ أبي زيد. الزاهد "كان أحد أئمة

المسلمين، ومن أحفظ الناس لمذهب الشافعي. وأحسنهم نظراً".

ولد عام ٣٠١هـ. أخذ العلم عن أبي إسحاق المروزي وأخذ عنه أبو بكر القفال المروزي،

توفي عام ٣٧١هـ رحمه الله .

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٤٤/١ و ١٤٥، تاريخ بغداد ٣١٤/١، وشذرات

الذهب ٧٦/٣.

(٦) في: ب "برأس".

(٧) في: أ، ب، ظ "الفرق" وهو خطأ. انظر: الأم ٧٢/٧، ومختصر المزني، ص ٢٩٤.

وقد قدمنا ما تمهد به الفرق بين هاتين المسألتين، وفيهما ماتبين، أنه يتبع قضية اللغة، تارة، وذلك عند ظهورها، وشمولها وهو الأصل^(١). والعرف إذا اشتهر^(٢) واطرد أجزى^(٣).

اللفظ الخاص في اليمين، لا يتعمم بالسبب، والنية والعام^(٤) قد يتخصص.

مثال الأول: إذا منَّ عليه غيره بما نال منه، فقال: والله لا شربت لك^(٥) بعد هذا ماءً من عطش، ينعقد اليمين، على الماء خاصة، فلا يحنث بأكل طعامه، وليس ثيابه، وإن نوى أنه لا ينتفع بشيء. فالمنازعة^(٦) / الجارية، بينهما تقتضى ما نواه. (٤١٦/ز)

وإنما تؤثر النية إذا احتمل اللفظ المنوي، بجهة يتجاوز بها، وعن مالك رحمه الله، يحنث بكل ما ينتفع به من ماله^(٧).

قال الشيخ أبو حامد: أصل الخلاف أن الاعتبار عندنا باللفظ، ويُراعى^(٨) عمومته، وإن كان السبب خاصاً، وخصوصه، وإن كان السبب عاماً، وعنده الاعتبار بالسبب دون اللفظ.

وأما تخصيص العام، فتارة يكون بالنية، كما ذكرنا فيما إذا قال: لا أكلم أحداً^(٩) وتارة يعرف الاستعمال، كما مرَّ في قوله: ولا أكل الرؤوس^(١٠)، وتارة

(١) "وهو الأصل" ليست في ز.

(٢) في أ "استمر" وفي ب "الاستمرار.

(٣) راجع تفاصيل الفرق بين المسألتين. الوجيز ٢/٢٢٦، وفتح العزيز على الوجيز، مخطوط، الباب الثالث، النوع الأول، ما يتعلق بدخول الدار، فيلم رقم ٢٥١١ ج ١٧، بدون ترقيم، المكتبة المركزية بالمدينة المنورة، الجامعة الإسلامية. وانظر: الروضة ٣٠/١١، ومغني المحتاج ٣٣٥/٤ - ٣٣٦، والمطبوع العزيز ٢٨١/١٢.

(٤) انظر: تعريف العام والخاص، المستصفي من علم الأصول للغزالي، ط ١ بالمطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٢٤هـ، ٣٢/٢.

(٥) "لك" ليست في ب.

(٦) في ز "والمنازعة".

(٧) انظر: الشرح الكبير ١٣٨/٢.

(٨) في ز "فيراعي".

(٩) في ب "واحداً". وانظر ص ١٣، والروضة ٦١/١١.

(١٠) انظر: ص ١٣، والروضة ٣٧/١١.

يعرف الشرع، كما يحمل قوله: "لا أصلي": على الصلاة الشرعية^(١).

يعتبر^(٢) اللفظ بحقيقته^(٣)، ويصرف إلى المجاز تارة بالنية كما إذا قال: لا أدخل دار زيد، وقال: أردت، ما يسكنه دون ما يملكه^(٤)، فيقبل في الحلف بالله تعالى ولا يقبل في الحكم إذا حلف بالطلاق، والعتاق.

وذكره^(٥) ابن الصباغ وغيره.

وتارة يكون المجاز متعارفاً، وكون الحقيقة بعيدة.

ومثله القاضي الحسين بما إذا حلف: لا يأكل من هذه الشجرة، تحمل اليمين على الأكل من ثمرتها، ولا تحمل على الأوراق والأغصان.

وإن^(٦) كانت الحقيقة متعارفة حُملت اليمين عليها كما إذا قال لا آكل من هذه الشاة، تحمل اليمين على الأكل من لحمها، فلا يحث، بالأكل من لبنها، ومن لحم نتاجها^(٧).

ذكر القاضي ابن كج: إذا قال: "والله لا دخلت الدار، والله لا دخلت الدار"، ونوى التأكيد، فهو يمين واحدة، وإن نوى بالثاني يميناً أخرى، أو أطلق، فتلزمه بالحنث كفارة^(٨) أو كفارتان؟ فيه وجهان^(٩).

وأنه لو قال: والله لا دخلت الدار، لا دخلت الدار، لم يعد اسم الله، فهو يمين واحدة إن نوى التأكيد، وكذا إن أطلق على الظاهر. وإن نوى الاستئناف، قال: عندي أن الجواب كذلك.

المسألة الخامسة
قال: والله
لادخلت
الدار،
لادخلت
الدار.

(١) انظر: الروضة ٦٦/١١.

(٢) "يعتبر" ليست في أ، ب، ظ.

(٣) انظر: تعريف الحقيقة والمجاز، المصباح ١٤٤/١، والمستصفي ٣٤١/١.

(٤) "دون ما يملكه" ليست في ب، ظ.

(٥) في أ، ب، ظ "وذكر".

(٦) في ز "فإن".

(٧) في أ "بناتها".

(٨) في ب "فتلزمه كفارة بالحنث".

(٩) الأصح كفارة واحدة. ذكره النووي في الروضة ٨٢/١١، وانظر: مغني المحتاج ٣٤٢/٤.

وجعله أبو الحسين^(١) رحمه الله على وجهين.

وعن الحلّمي^(٢): أن اليمين المعقودة على المملوك^(٣) المضاف يعتمد المالك، دون المملوك، والمعقود^(٤)، على غير المملوك المضاف، يعتمد المضاف دون المضاف إليه، فإذا حلف، لا يكلم عبيد فلان ولا عبد له. ثم ملك عبيداً، فكلمهم يحث.

المسألة السادسة حلف لا يكلم بنيه ولا ابن له، ثم ولد له بنون فكلمهم، لا يحث؛ لأنهم لم يكونوا موجودين يوم حلف حلف لا يكلم الناس، ذكر ابن الصباغ وغيره: أنه يحث إذا كلم واحداً، كما إذا قال: لا آكل الخبز يحث، بما آكل من الخبز^(٥). ولو حلف لا يكلم ناساً، ذكر بعض الأصحاب أن اليمين تنصرف إلى ثلاثة، ويوافق الأول ما في كتب أصحاب أبي حنيفة^(٦)، أن لفظ الجمع، إذا دخله لام التعريف، كان للجنس^(٧) حتى إذا قال: إن تزوجت النساء، واشترت العبيد فامرأتي طالق، وقع الطلاق، بتزوج امرأة واحدة، وشراء عبدٍ واحدٍ. ولفظ "الناس" لفظ جمع^(٨).

ويوافق الثاني: ماذكروا أنه لو قال: إن تزوجت نساءً، أو اشترت عبيداً حمل على ثلاثة^(٩).

-
- (١) هو أحمد بن محمد بن أحمد بن القطان البغدادي المشهور بأبي الحسين، من أئمة الشافعية الكبار آخر أصحاب ابن سريج وفاة، درس ببغداد. له مصنفات عدة في أصول الفقه، وفروعه. توفي سنة ٣٥٩هـ. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٤ و ٢١٥، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٢٤ و ١٢٥.
- (٢) هو الحسين بن الحسن بن محمد، أبو عبد الله المشهور بالحليمي كان شيخ الشافعية. مما وراء النهر، وأدبهم، وأنظرهم بعد استاذة القفال الشاشي، له مصنفات مفيدة، ولد بمرجان سنة ٣٣٨هـ، وتوفي سنة ٤٠٦هـ. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٧٨ و ١٧٩، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٢٠ و ١٢١، شذرات الذهب ٣/١٦٧.
- (٣) "المملوك" ليست في أ.
- (٤) في ز "المعقودة".
- (٥) انظر: الروضة ١١/٨٣، ومغني المحتاج ٤/٣٣٩.
- (٦) انظر: المبسوط ٩/١٧، وفتح القدير ٤/٤٢٩.
- (٧) انظر: تيسير التحرير ١/٢١٤.
- (٨) انظر: المصباح المنير ١/٢٦.
- (٩) انظر: المبسوط ٩/١٧، وفتح القدير ٤/٤٢٩.

في كتب أصحاب أبي حنيفة: أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة لمغايرتها، فإذا
 قال: لا يدخل داري أحد، ولا يلبس قميصي أحد^(١)، دخل فيه غير الحالف، ولم
 يدخل الحالف، لأنه صار معرفةً بإضافته للدار، والقميص إلى نفسه، وكذا^(٢): لو
 عرف نفسه بإضافة الفعل، كما إذا قال: لا ألبسُ هذا القميصُ أحدًا^(٣)، ولو عرف
 غيره بالإضافة إليه فقال: لا يدخل دار فلانٍ أحدًا، ولا يلبس قميصه، لم يدخل
 المضاف إليه، لأنه صار معرفةً.

وكذا لو قال: لا يقطع هذه اليد، أحد وأشار إلى يده، لم يدخل هو، لأنه
 متصل به، فصار معرفةً، وقد يتوقف في هذه الصورة الأخيرة، والسابق إلى الفهم فيما
 قبلها، وما ذكره^(٤)، ويجوز أن تخرج الصورة الأولى على الخلاف، في أن المخاطب
 هل يندرج تحت الخطاب؟^(٥). وفيها أن كلمة أو إذا دخلت بين نفيين اقتضت
 انتفاءهما^(٦) كما قال تعالى: ﴿وَلَا تُطَعُّ مِنْهُمُ آثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾^(٧).

وإذا دخلت بين اثباتين، اقتضت ثبوت أحدهما، فإذا قال: لا أدخل هذه
 الدار، أو هذه^(٨) الدار فأيتهما دخل حنث. ولو قال: لأدخلن هذه الدار اليوم^(٩). أو
 هذه الدار الأخرى، فيير^(١٠) بدخول، واحدة منهما.

المسألة الثامنة
 قال: لا أدخل
 هذه الدار أبدا
 ونحو ذلك.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار أبداً، ولا أدخلن هذه الأخرى اليوم، فمضى
 اليوم، ولم يدخل واحدة منهما يحنث؛ لأن عدم دخول^(١١) الأولى أبداً، شرط للبر،

(١) "أحد" ليست في أ، ب، ظ.

(٢) في أ، ب، ظ "وذكر".

(٣) انظر: تيسير التحرير ٨٧/٢.

(٤) قال النووي "الوجه الجزم بما ذكره". الروضة ٨٤/١١.

(٥) انظر: تيسير التحرير ٢٥٦/١ و ٢٥٧.

(٦) انظر: تيسير التحرير ٨٧/٢ و ٨٨.

(٧) سورة الإنسان، آية: ٢٤.

(٨) في ز، ط "أو لا أدخل" وهو خطأ.

(٩) "اليوم" ليست في ب.

(١٠) في ب "ير".

(١١) في أ "الدخول" وهو غير صحيح.

وعدم دخول الثانية، في ذلك اليوم شرط الحنث، وإذا^(١) وجد شرط الحنث، حنث. ويشبه أن يقال: إذا دخلت بين نفيين كفى للبر، أن لا^(٢) يدخل واحدة منهما، ولا يضر، دخول الأخرى، كما أنها إذا دخلت بين اثباتين، كفى للبر أن يدخل واحدة منهما، ولا يضر أن لا^(٣) يدخل الأخرى.

وإذا قال: لا أدخل هذه الدار أبداً، أو لأدخلن الدار الأخرى اليوم، فإن دخل الأخرى اليوم بر، وإن لم يدخلها اليوم، ولم يدخل الأخرى أبداً يبر أيضاً. وفي "الإقناع" للماوردي^(٤): أنه إذا قال: لا^(٥) أكلت خبزاً، أو لحمأ يرجع إلى إرادته منهما فيتعلق اليمين به^(٦).

[و^(٧) الفصل الثاني: في الفروع المنثورة]

حلف لا يدخل هذه^(٨)، وأشار إلى دار، فانهدمت، حنث، بدخول عَرَصَتِهَا^(٩).

-
- (١) في ب "إذا".
(٢) "لا" ليست في أ.
(٣) "لا يدخل" ليست في أ.
(٤) انظر: الإقناع، للماوردي، تحقيق خضر محمد خضر، ط ١، ١٤٠٢هـ، مكتبة دار العروبة، ص ١٩١.
والإقناع: هو كتاب في الفقه الشافعي، مختصر، صغير الحجم مجرد عن الدليل لمؤلفه: على ابن محمد بن حبيب قاضي القضاة الإمام، أبو الحسن المشهور بالماوردي، من كبار أئمة الشافعية ومن أصحاب الوجوه، كان ثقة. ولي القضاء ببلدان كثيرة، كان مقدماً لدى السلطان، له عدة مؤلفات منها، "الحاوي"، و"الاحكام السلطانية"، و"الإقناع"، وغيرهم كثير، توفي سنة خمسين وأربعين^{هـ} رحمه الله.
انظر ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٣٠، ٢٣١، وكشف الظنون ١/١٤٠، ومصباح السعادة ٢/٣٠٠، وطبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٥١، ١٥٢.
(٥) "لا" ليست في أ.
(٦) انظر: الروضة ١١/٨٤.
(٧) "و" ليست في ز.
(٨) في أ، ظ "هذا".
(٩) العرصة: عَرَصَةُ الدار ساحتها، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع - عِرَاصٌ. انظر: المصباح المنير ١/٤٠٢.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار، فانهدمت، ينظر: إن بقي أصول الحيطان، والرسوم، حنث، بدخولها، وإن صارت فضاءً، لم يحنث، على المشهور^(١).
وجعله الإمام على الوجهين، فيما إذا قال: لا أكل هذه الحنطة، فأكل دقيقها، أو خبزها^(٢).

وكذا لو قال: لا أدخل داراً، فدخل عرصَةً كانت داراً، وكذا لو حلف: على لفظ البيت^(٣).

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - في الدار المَعِينَة: يحنث، إذا دخل عرصتها / (١٧٤/٤١٧) ووافقنا في الدار المطلقة، وفي البيت^(٤).

وقال أحمد - رحمه الله -: يحنث في الدار، والبيت إذا كانا معينين^(٥).
ولو جعلت الدار مسجداً أو بستاناً أو حماماً، لم يحنث بدخوله، ولو أعيدت الدار بغير الآلة الأولى، فدخلها، لم يحنث، وإن أعيدت بتلك الآلة فوجهان^(٦).

حلف: لا يَشْمُ الریحان، يحنث بشم الضَّيْمِرَانِ^(٧) دون الورد والبنفسج^(٨) والمرزنجوش^(٩) والزعفران^(١٠)، ويمكن أن يقال: هذا فيما إذا عُرف الریحان. أما إذا قال: لا أشم ريحاناً، فيحنث بها جميعاً، فلا يستبعد إطلاق إسم الرياحين عليها.

المسألة الثانية
حلف لا يشم
الريحان ونحو
ذلك

- (١) انظر: الأم ٧٣/٧، ومختصر المزني، ص ٢٩٤، الروضة ٨٤/١١، ونهاية المحتاج ١٨٢/٨.
- (٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ٧٠.
- (٣) انظر: الروضة ٨٥/١١، ومغني المحتاج ٣٣٢/٤، ونهاية المحتاج ١٨٤.
- (٤) انظر: الهداية ٧٦/٢ و ٧٧.
- (٥) انظر: المقنع ص ٣١٨، وكشاف القناع ٢٥٩/٦.
- (٦) انظر: مغني المحتاج ٣٣٢/٤، والروضة ٨٥/١١، حيث قال: "وأصحهما الحنث"
- (٧) الضَّيْمِرَان: هو الریحان الفارسي لانطلاق الاسم عليه حقيقة. انظر المصباح ٣٦٤/١، والريحان. "كل نبات طيب الريح، ولكن إذا أطلق عند العامة انصرف إلى نبات مخصوص... المصباح ٢٤٣/١.
- (٨) البنفسج: وزان سفرجل معرب وهو مشموم رطب ينقع: القاموس ١٧٩/١، المصباح ٦٢/١.
- (٩) المرزنجوش: قال ابن منظور في لسان العرب ٧٧/١٣ "المرزجوش:؟؟؟؟ وزنه فَعْلُول بوزن عَضْرَفُوط والمرزنجوش لغة فيه".
- (١٠) والزعفران: معروف، وزعفرت الثوب صبغته بالزعفران. المصباح ٢٥٣/١.

ولو حلف: لا يشتم مشموماً، حنث بشتم جميع ذلك ولا يحنث يشم المسك، والكافور، والعود، والصندل.

ولو حلف: لا يشم الورد، والبنفسج، فشمهما بعد الجفاف، ففيه وجهان. ولا يحنث بشتم دهنهما^(١) خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله - في دهن البنفسج^(٢). ولأحمد

رضي الله عنه - فيهما جميعاً^(٣). حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه من غير أن يطلب الحالف ذلك^(٤)، ولا يحنث خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - في عبد نفسه^(٥). حلف لا يتسرى، فيه ثلاثة أوجه، عن ابن سريج. أظهرها، ويحكى عن نصّه في "الإملاء"^(٦) أن التسريّ، يحصل بثلاثة أمور: ستر الجارية عن أعين الناس، والوطء، والإنزال^(٧).

والثاني: يكفي الستر والوطء وبه قال: أبو حنيفة - رحمه الله -^(٨).

والثالث: يكفي الوطاء، وبه قال: أحمد^(٩).

حلف: لا يقرأ القرآن، فقرأ جنباً، حنث.

وإن حلف ليقرأ، فقرأه^(١٠) جنباً، برّ، بخلاف ما لو نذر أن يقرأ، فقرأ جنباً^(١١) لأن المقصود من النذر التقرب، والمعصية، لا يتقرب بها. ولو حلف: أن يقرأ^(١٢) جنباً، برّ بالقرآءة جنباً، وإن عصي. ولو نذر أن يقرأ جنباً، لغا نذره.

(١) انظر: الروضة ٨٥/١١، ومغني المحتاج ٣٤٢/٤ و ٣٤٣.

(٢) انظر: الهداية ٩٤/٢.

(٣) انظر: التنقيح المشبع، ص ٣٩٧.

(٤) "ذلك" ليست في أ.

(٥) انظر: المبسوط ١١/٩.

(٦) في أ "الإيلاء" وهو خطأ. و "الإملاء". قال عنه صاحب كشف الظنون ١٦٩/١. "الإملاء، للإمام المجتهد محمد بن ادريس الشافعي المتوفي سنة اربع وماتين وهو في نحو أماليه حجماً، وقد يتوهم أن الاملاء هو الأمالي وليس كذلك.

(٧) انظر: الروضة ٨٥/١١.

(٨) حاشية ابن عابدين ٨٠٩/٣.

(٩) التنقيح المشبع، ص ٣٩٧.

(١٠) في أ "فقرأ".

(١١) "جنباً" ليست في أ.

(١٢) في أ "يقراه".

المسألة الثالثة
حلف لا
يستخدم فلاناً
فخدمه من
غير أن يطلب
الحالف ذلك.

المسألة الرابعة
حلف لا
يتسرى

المسألة الخامسة
حلف لا يقرأ
القرآن فقرأ
جنباً.

في فتاوي القفال وغيره: أنه إذا قال "بخداي سو كند خوردم كه يافلان سخن نكويم"^(١) فهو يمين، لأنه لو اقتصر على قوله: "بخداي"^(٢) كان يميناً.

وقوله: "سكوند خوردم"^(٣) تأكيد لليمين، بخلاف ما لو قال: "بطلاق سو كند خوردم كه ماوى سخن نكويم"^(٤) لا يكون يميناً. ولو كَلَّمَهُ لا يقع الطلاق، لأن الطلاق مما لا يُحَلَفُ به.

وأنه لو قال: "بخداي أكر بخانه اندر شوم" لم يكن يميناً، فإنه ترجمة قول القائل: بالله إن دخلت الدار.

وليس هذا كلاماً تاماً في نفسه، بخلاف ما إذا قال: "بخداي كه من يخانه، اندر نشوم"^(٥).

المسألة السادسة
حلف لا يصلى على هذا المصلى ففرش عليه ثوباً.

وأنه لو قال: لا أصلي على هذا المصلى ففرش عليه ثوباً، وصلى فوقه، فإن نوى أن لا يباشره بقدمه؛ وجبهته، وثيابه، لم يحنث، وإلا حنث، كما لو^(٦) قال: لا أصلي في هذا المسجد فوقف على حصيرة وصلى^(٧). ولو علق به الطلاق ثم قال: أردت أني لا أباشره، دين، ولم يقبل في الحكم.

المسألة السابعة
حلف لا يكلم فلاناً شهراً

وأنه إذا حلف: لا يكلم فلاناً شهراً، وهو في خلال شهر هلال، حسب ثلاثين يوماً، وإن لم يبق منه إلا يوم.

وإن حلف: في خلال اليوم الأخير، وخرج الشهر بعده ناقصاً كفاه ذلك.

المسألة الثامنة
حلف لا يكلم فلاناً فولاه ظهره وقال يافلان افعل كذا

وأنه لو حلف: لا يكلم فلاناً فولاه ظهره، وقال: يافلان افعل كذا حنث. ولو أقبل على الجدار: وقال: ياجدار افعل كذا، لم يحنث. وإن كان غرضه إفهام ذلك

(١) هذا كلام فارسي معناه. "أقسمت بالله تعالى يافلان أن لا أتحدث معه".

(٢) كلام فارسي معناه "بالله تعالى".

(٣) معناه "أقسمت".

(٤) معناه "بالله لو دخلت الدار".

(٥) "بالله لا أدخل البيت".

(٦) "لو" ليست في أ.

(٧) انظر: الروضة ٨٦/١١.

الرجل، وكذا لو أقبل على الجدار، ولم يقل: يا جدار، ولا يا فلان^(١).

وأنه لو حلف: لا يلبس ثوباً من غزلها فرقع^(٢) برقعة كرباس^(٣) من غزلها، حنث^(٤).

وعن أبي عاصم العبادي^(٥): أنه لا يحنث، وتلك الرقعة تبع الثوب^(٦).

ولو تكور بعمامة نسجت من غزلها، حنث، إن حلف بالعربية، وإن حلف بالفارسية فلا وإن التحف بلحاف من غزلها، لم يحنث.

وأنه لو حلف: لا يفعل كذا، فحنث وفعله في حال جنونه، ففي الحنث، قولان^(٧).

وفي "المبتدأ"^(٨) في الفقه للقاضي الروياني: أنه لو قال: لا أدخل حانوت فلان، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه، وهو ملك لغيره، لا يحنث.

كذا قال الشافعي - رضي الله عنه -

قال: والفتوى أنه يحنث، لأنه لا يراد به إلا الذي يسكنه ويعمل فيه.

(١) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٤، والروضة ٨٦/١١.

(٢) في ب "فرقعه".

(٣) هو الثوب الخشن وهو فارسي معرب، بكسر الكاف، والجمع "كرايس" وينسب إليه بائعُه فيقال "كرايس" وهو نسبة لبعض أصحاب الشافعي. انظر: المصباح ٥٢٩/١.

(٤) في ز "يحنث".

(٥) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله العبادي الهروي، المشهور بأبي عاصم العبادي. أحد أعيان الشافعية، كان إماماً دقيق النظر، تنقل في بلدان عدة، له مصنفات مفيدة، منها كتاب "المبسوط"، و"الهادي"، و"طبقات الفقهاء" وغيرها كثير، توفي عام ٤٥٨ هـ رحمه الله.

انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٤٢/٣، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٣٢/١.

(٦) قال النووي: "قول أبي عاصم هو الصحيح، لأنه لا يسمى لابساً ثوباً من غزلها". الروضة ٨٦/١١.

وانظر نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ٧٠.

(٧) الصحيح: أنه لم يحنث لصدور الفعل من غير عاقل. انظر: مغني المحتاج ٣٥٠/٤ و ٣٥١.

(٨) هو كتاب صغير الحجم في الفقه الشافعي لمؤلفه، أبي المحاسن، عبد الوهاب الروياني الشافعي المتوفي ٥٠٢ هـ.

انظر: كشف الظنون ١٤٥٦/٢ و ١٥٧٩، طبقات الشافعية للسبكي ٢٦٥/٤.

المسألة التاسعة
حلف لا يلبس
ثوباً من غزلها
فرقع برقعة من
غزلها

المسألة العاشرة
حلف لا يفعل
كذا فحنث
وفعله في حال
جنونه ونحو
ذلك.

إذا قيل له: كَلِّمْ زَيْدًا الْيَوْمَ، فقال: وَاللَّهِ لَا كَلِمَتَهُ فَالْيَمِينِ عَلَى الْأَبَدِ. إِلَّا أَنْ يَنْوِي الْيَوْمَ^(١)، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ وَقَالَ: أَرَدْتُ الْيَوْمَ، لَمْ يَقْبَلْ فِي الْحُكْمِ. وَعَنْ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْيَمِينَ تَنْعَقِدُ عَلَى الْيَوْمِ، وَفِي كِتَابِهِمْ، أَنَّهُ لَوْ قَالَ: وَسُلْطَانُ اللَّهِ، فَهُوَ يَمِينٌ، إِنْ أَرَادَ بِهِ الْقُدْرَةَ. وَإِنْ أَرَادَ الْمَقْدُورَ، فَلَا^(٢) وَبِهِ نَقُولُ^(٣). وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: "وَرَحْمَةُ اللَّهِ، وَغَضَبُهُ"، لَمْ يَكُنْ يَمِينًا، وَيُشْبِهُ أَنْ يَقَالَ: إِنْ أَرَادَ إِرَادَةَ النِّعْمَةِ، وَإِرَادَةَ الْعُقُوبَةِ، فَهُوَ يَمِينٌ، وَإِنْ أَرَادَ الْفِعْلَ فَلَا^(٤).

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ: لِيُضْرِبَنَّ امْرَأَتَهُ حَتَّى يَغْشَى عَلَيْهَا أَوْ تَبُولَ، فَهَذَا عَلَى الْحَقِيقَةِ. وَلَوْ قَالَ: حَتَّى يَقْتُلَهَا أَوْ تَرْفَعُ مَيْتَةً، حَمَلَ عَلَى أَشَدِّ الضَّرْبِ، وَيُظْهِرُ عَلَى أَصْلَانَا الْحَمْلَ عَلَى الْحَقِيقَةِ أَيْضًا. وَلَوْ حَلَفَ: لِيُضْرِبَنَّهَا فِي كُلِّ حَقٍّ وَبَاطِلٍ، فَيُمْكِنُ أَنْ يَحْمَلَ عَلَى مَا يَوْجَدُ مِنْهَا مِنْ حَقٍّ وَبَاطِلٍ^(٥)، وَلَا تَعْتَبِرُ الشُّكَايَةَ.

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ: لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الْخِيْمَةَ، فَقَلَعْتُ، وَضَرَبْتُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، فَدَخَلَهَا، حَنْثٌ. وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَجْلِسُ عَلَى هَذِهِ الْإِسْطُوَانَةِ، أَوْ الْحَائِطِ فَأَعِيدُ بِنَاؤَهُمَا^(٦) بَعْدَ النِّقْضِ، وَجَلَسَ عَلَى الْمَعَادِ، لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ: عَلَى مَقْصٍ أَوْ سَكِينٍ أَوْ سَيْفٍ، فَكَسَرَهُ، وَأُعِيدَتِ الصَّنْعَةُ. وَلَوْ نَزَعَ مَسْمَارَ الْمَقْصِ وَنَصَابِ السَّكِينِ، وَأَعِيدَ مَسْمَارٌ آخَرَ، وَنَصَابٌ آخَرَ، يَحْنَثُ وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَقْرَأُ فِي هَذَا الْمَصْحَفِ فَحَلَّهُ^(٧)، ثُمَّ أَلْفَ أَوْ رَاقَهُ، فَقَرَأَ فِيهِ، حَنْثٌ. وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَدْخُلُ هَذَا الْمَسْجِدَ، فَزِيدَ فِيهِ، فَدَخَلَ مَوْضِعَ الزِّيَادَةِ، لَمْ يَحْنَثْ. وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَدْخُلُ مَسْجِدَ بَنِي فُلَانٍ، فَزِيدَ فِيهِ، فَدَخَلَ فِيهِ.

(١) "اليوم" ليست في أ.

(٢) "فلا" ليست في أ.

(٣) الهداية مع فتح القدير ٤/٤١٧، وحاشية ابن عابدين ٣/٧١٦، وانظر: مغني المحتاج ٤/٣٢٢.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٢٠، والروضة ١١/١١.

(٥) من "فيمكن أن يحمل . . . حق وباطل" ليست في أ. وفي ب، ظ "فهذا على الشكاية بحق أو

باطل، ويمكن أن يحمل على ما يوجد منهما . . .".

(٦) في أ، ب: "بناؤها" وهو خطأ.

(٧) في ب، ظ "فخطه" وفي ز "فجعله متفرقا".

المسألة الرابعة
عشر حلف لا
يدخل هذا المسجد
فزيد فيه فدخل
موضع الزيادة
(٤١٨/ز)

موضع الزيادة، حنث. ولو حلف: لا يكتب بهذا القلم، فكسرة، ثم برأه، وكتب به، لم يحنث. وبأجوبتهم تجيب إلا في هذه الصورة^(١) الأخيرة^(٢).
وأنه لو حلف، لا يأكل من كسب فلان، / فكسبه ما يملكه من المباحات، وبالعقود، دون مايرثه .

المسألة الخامسة
عشر حلف لا
يكتب بهذا
القلم، فكسره
ثم برأه،
وكتب به.

ولو اكتسب فلان شيئاً، ومات فورث عنه^(٣) ثم أكل منه الحالف، حنث. ولو انتقل إلى غيره بشراء، أو وصية، لم يحنث، لأن ما قبله غيره صار مكتسباً له فلا يبقى كسباً للأول، وماورثه غيره، لم يصير مكتسباً له، فيبقى^(٤) مكتسباً للأول، ويكون كما إذا قال: مما زرع فلان^(٥)، فأكل مما زرعه، وباعه من غيره، يحنث.

المسألة السادسة
عشر حلف لا يأكل
من كسب
فلان.

ولك أن لا تفرق بينهما، ويشترط لمكتسبه أن يكون باقياً في ملكه، وقد يتردد فيما يدخل في ملكه باحتطاب عبده، وقبوله الهبة، والوصية، فيجوز أن يلحق مما يدخل في ملكه إرثاً، ويجوز أن يقال: يملك العبد أو إمساكه اكتساب لما يستفيده، ويجوز أن يفرق بين أن يكون العبد مكتسباً، أو موروثاً.

المسألة السابعة
عشر في معنى
الحلواء
والشواء
والطبيخ

وأن الحلواء كل حلو ليس في جنسه حامض^(٦)، نحو الخبيص^(٦)، والعسل،

-
- (١) أي مسألة القلم.
(٢) قال النووي في الروضة ٨٨/١١ "في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد، نظراً، وينبغي أن لا يحنث بدخولها، لأن اليمين لم يتناولها حالة الحلف".
وأما قول الإمام الرافعي: إنا نخالفهم في مسألة القلم، فليس كما قال، بل مذهبنا فيها كما ذكره قال القاضي أبو الطيب في كتاب "الصلح" من "تعليقه: ولو حلف لا يكتب بهذا القلم وهو ميري فكسره، ثم برأه، وكتب له، لم يحنث، وإن كانت الأنوبة واحدة، لأن القلم اسم للميري دون القصبه وإنما تسمى القصبه قبل البري قلماً مجازاً، لأنها ستصير قلماً، قال: وكذا إذا قال: لا أقطع بهذا السكين، فأبطل حدها، وجعله في ظهرها أو قطع بها، لم يحنث.
قال: ولو حلف: لا يستند إلى هذا الحائط، فهدم، ثم بنى واستند، إن بنى بتلك الآلة، حنث، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها، لم يحنث. والله أعلم.
(٣) في أ، ب، ظ "منه".
(٤) في ز "ويبقى".
(٥) "فلان" ليست في ب.
(٦) "الخبيص": هو طعام معمول من التمر، والسمن. انظر: القاموس المحيط ٣/٣٠٠، والمصباح ١٦٣/١.

والسكر دون العنب والإجاص^(١) والرمان.

والأشبه أن يشترط في إطلاق الحلواء، أن يكون معمولاً، وأن يخرج عنه العسل والسكر^(٢)، فالحلوى، غير الحلواء^(٣).

وأنَّ الشواء يقع على اللحم خاصة، ولا يدخل فيه السمك المشوي. وهذا كما أن اسم اللحم لا يقع على السمك.

وأن الطبخ يقع على اللحم، يجعل في الماء ويطبخ، وعلى مرقته.

وعن^(٤) بعضهم أنه يقع على الشحم أيضاً، ولو طَبَخَ أرزٌ، أو عدس بودك^(٥) فهو طبخ.

ولو طبخ بزيت أو سمن، فليس بطبخ^(٦).

وذكر أبو الحسن العبادي مناً في "الرقم"^(٧) : أنه إذا حلف: لا يأكل المرق فهو ما يطبخ باللحم، أي لحم كان، وما يطبخ بالكروش والبطون والشحم على وجهين.

وإذا^(٨) حلف: لا يأكل المطبوخ، يحنث بما يطبخ^(٩) بالنار، أو أعلي، ولا يحنث بالمشوي، والطباهاجة^(١٠) مشوية، ويحنث غيره، وأن الغداء: من طلوع الفجر إلى

(١) "الإجاص" مشدد ثمر الواحدة بجاء، معرب، وهو المشمش، والكمثرى بلغة الشاميين. انظر القاموس المحيط ٢/٢٩٤. والمصباح ٦/١.

(٢) "والسكر" ليست في ز.

(٣) قال النووي في الروضة ٨٨/١١ "هذا الذي اختاره الرافعي هو الصواب، وفي الحديث الصحيح: "كان يحب الحلواء والعسل".

(٤) في أ "علق".

(٥) الودك. بفتحتين وهو دسم اللحم والشحم. المصباح ٦٥٣/١.

(٦) قال النووي: "الصواب أن الكل طبخ" انظر: الروضة ٨٩/١١.

(٧) هو كتاب في الفقه الشافعي. لمؤلفه: أبو الحسن العبادي أحمد بن محمد بن أحمد الهروي. أبو عاصم العبادي، كان من كبار الخرسانيين، توفي عام ٤٩٥ هـ وله ثمانون سنة رحمه الله.

انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣١/٤ ولابن قاضي شهبة ٢٧١،١، ولابن هداية ص ١٨٤.

(٨) في أ، ب، ظ وإن.

(٩) في ز "طبخ".

(١٠) الطباهاجة: هو اللحم المشرح، وهو معرب، انظر: القاموس المحيط ١/١٩٨.

الزوال، والعشاء من الزوال إلى نصف الليل.

والسحور: ما بين نصف الليل إلى طلوع الفجر ومقدار الغداء أو العشاء، أن يأكل أكثر من نصف الشبع، ولو حلف: ليأتيه غدوة، فهذا بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار.

والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار.

والصبح ما بعد طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحى. وقد يتوقف في كون العشاء من الزوال، وفي مقدار الغداء والعشاء، وفي امتداد الغدوة، إلى نصف النهار، وفي أن الضحوة من الساعة التي تحل فيها الصلاة. وأنه لو حلف: لا يكلم فلاناً فنبهه من النوم، حنث وإن لم ينتبه، وهذا غير الحالف من هذا؟ ونحو ذلك مسلم.

ولو دق فلان عليه الباب، فقال: من هذا؟ حنث.

وينبغي، أن يفرق بين أن يكون عالماً أو جاهلاً.

وأنه لو قال: لا أكلمه اليوم، ولا غداً لم تدخل الليلة المتخللة^(١) في اليمين.

ولو قال: لا أكلمه اليوم وغداً دخلت، والوجه التسوية بينهما^(٢).

ولو قال: لا أكلمه اليوم ستة أشهر، فعليه أن يدع الكلام في ذلك اليوم،

كلما دار في الستة الأشهر.

ولو قال: في يوم السبت لا أكلمه اليوم، يعني في السبت عشرة أيام، فاليمين

على سبتين، وكذا لو قال: لا أكلمه يوم السبت يومين.

ولو حلف: لا يكلم فلاناً الشتاء، فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو، والفراء

وآخره^(٣) إذا ألقوها في البلد الذي حلف فيه.

المسألة الثانية
والعشرون
حلف لا يكلم
فلاناً في الشتاء
أو الصيف أو
يوماً ولا يومين
ونحو ذلك.

(١) في أ "المتخلفة".

(٢) "بينهما" ليست في ز. وانظر: الروضة ٩٠/١١.

(٣) في أ "آخرها".

والصيف على خلاف ذلك، والربيع آخر الشتاء، ومستقبل الصيف إلى أن يبيس العشب، والخريف، فصل بين الشتاء والصيف. والظاهر عندنا: حملها على المدد المعلومة.

ولو قال: لا أكلمه يوماً^(١)، ولا يومين فاليمين على يومين.

فلو كلمه في اليوم الثالث، لم يحنث.

وهذا ما أورده أبو الحسن^(٢) العبادي رحمه الله - قال: ولو قال: يوماً أو

يومين، فاليمين على ثلاثة أيام لأنه عطف مبتدأ.

وأنه لو حلف: لا يكلم فلاناً وفلاناً أو فلاناً، يحنث، بكلام الثالث، أو بكلام

الأولين، لكن يجوز أن يريد أن لا يكلم الأول ولا^(٣) أحد الآخرين، وحينئذ فيحنث،

بكلام الأول^(٤)، أو بكلام أحد الآخرين.

وينبغي أن يراجع ولو قال: لا أكلم فلاناً أو فلاناً وفلاناً^(٥)، يحنث، بكلام

الأول^(٦)، أو بكلام الآخرين. لكن يجوز، أن يريد أنه لا يكلم الثالث، ولا يكلم أحد

الأولين، وحينئذ فيحنث بكلام الثالث، أو بكلام أحد الأولين.

وأنه لو حلف لا يساكنه بالكوفة حمل على المساكنة بدار بالكوفة، إلا أن

ينوي أنه لا يسكن هو والمخلف عليه بالكوفة وكذا^(٧) لو حلف لا يساكنه في الدنيا.

وذكر أصحابنا: وجهين في أنه إذا نوى أن لا يسكن هو، والمخلف عليه في

البلدة هل تحمل اليمين على مانوى؟

المسألة الثالثة
والعشرون
حلف لا
يساكنه
بالكوفة ونحو
ذلك.

(١) في ز "أو يومين".

(٢) في أ "أبو الحسين".

(٣) في أ "بكلام".

(٤) في ز "الأولين".

(٥) "فلاناً" ليست في ب.

(٦) قوله [بالكوفة حمل على المساكنة بدار بالكوفة إلا أن ينوي أنه لا يسكن هو والمخلف عليه

بالكوفة وكذا ليست في أ، ب، ظ.

(٧) في أ، ب، ظ "وإنه".

وجه المنع، أن ذلك ليس بمساكنة، وإذا نوى، ما لا يطابق اللفظ، لم تعمل النية
بمجرددها، وقاسوه^(١) على ما إذا قال: لا أساكنه، وزعم أنه أراد المساكنة في "إقليم".
وأنه لو^(٢) حلف: ليهدمن هذه الدار فهدم سقوفها، برّ، ويجوز أن يقال: ينبغي أن لا
يبقى ما يسمى داراً. ولو حلف ليهدمن هذا الحائط اليوم أو لينقضنه، فهذا حلف^(٣)
على أن^(٤) يهدم حتى لا يبقى منه شيء يسمى حائطاً.

المسألة الخامسة
والعشرون:
حلف لا
يرتكب حراماً
أو لا يوطأ
امراته حراماً.

والكسر لا يعتبر فيه مايزيل اسم الحائط.
وأنه لو حلف لا يرتكب حراماً، فهو على^(٥) الزنا. فإن كان الحالف خصياً
مجبوباً حمل على^(٦) القبلة الحرام^(٧) ونحوها.
ولو حلف لا يوطأ امرأة وطأ حراماً، فوطأ امرأته وهي حائض، أو مظاهراً
عنها، لا يحنث. ولا تساعدهم في المسألتين.

في فتاوى الفقيه أبي الليث^(٨): أن قوله "حقاً أفعل كذا" ليس بيمين، عند
بعضهم، كقوله "صدقاً". وقال: آخرون هو يمين، فإن الحق هو الله تعالى.
فكأنه قال: الله^(٩)، أفعل كذا.
وينبغي أن يجعل كنايةً ويراجع.

وأنّ بعضهم سئل عن قصار^(١٠) ذهب من حانوته ثوب، ظنّهم أجيراً له،

(١) في ب "وقاسه" وهو غير صحيح.

(٢) في ز "إذا".

(٣) "حلف" ليس في أ، ب، ظ.

(٤) في ز "إنه".

(٥) "على" ليست في أ، ب، ظ.

(٦) "حمل على" ليست في أ، ب، ظ.

(٧) "الحرام" ليست في ز.

(٨) هو: نصر بن حاتم بن بكير الفقيه أبو الليث الشالوسي ولم يؤرخ وفاته. انظر ترجمته: طبقات
الشافعية لابن قاضي شهبة ١١٩/١ و ١٢٠.

وقال في كشف الظنون: "فتاوي أبي الليث - أحمد بن محمد بن أحمد السمرقندي المتوفي سنة
٣٨٣هـ، ١٢٢٠/٢.

(٩) "الله" ليست في ب، ظ.

(١٠) قصار: فاعل من قصاره. وهي الصنعة. المصباح ٥٠٥/٢.

وقال: "تومر ازيان كردي"^(١) / فقال: "من ترازيان نكروم"^(٢).

وحلف عليه وكان قد أخذ الثوب، وهو لغير القصار، فقال: أخشى أن
يحنث، لأن مراد القصار الخيانة فيما في يده لا حقيقة^(٣) الملك.

وقد توجه أيضاً بأن أخذ الثوب من حانوته إضرار به، لأنه يسؤ الظن^(٤) به
ويقع في معرض التهم، واللفظ مطلق للإضرار، لا الإضرار في المملوك.

وأن بعضهم قال: إذا حلف: أن^(٥) لا يأكل من مال فلان ثم تناهدا^(٦)، فأكل
الحالف من ذلك، قال: لا يحنث لأنه أكل في عرف الناس، من مال نفسه، ولينظر
أكان مال فلان مخلوطاً بماله، فأكله منه، أو أكل من مال فلان^(٧) خاصة، فالمتناهدان
تارة يخلطان، وتارة يتناوبان على اختصار الطعام، وينجرُّ النظر^(٨) إلى أن الضيف
يأكل^(٩) ملك المضيف^(١٠)، أو يملك^(١١) ما يتناوله.

وأنه لو حلف: لا يزور فلاناً حياً وميتاً، فشيّع جنازته، لا يحنث، وبه
نقول^(١٢).

وأنه^(١٣) لو حلف: لا يصطاد مادام الأمير في البلد فخرج الأمير منها،
فاصطاد، ثم رجع الأمير، فاصطاد لا يحنث، لأنه لما خرج من البلدة سقطت اليمين.

وأن بعضهم قال: لو قال: بسم الله، لا أفعل كذا، فهو يمين، ولو قال: "بصفة الله

المسألة الثامنة
والعشرون:
حلف لا
يأكل من مال فلان
ثم تناهدا

المسألة السابعة
والعشرون:
حلف لا يزور
فلاناً حياً
وميتاً، فشيّع
جنازته.

المسألة الثامنة
والعشرون:
حلف لا
يأكل من مال فلان
ثم تناهدا

المسألة السابعة
والعشرون:
حلف لا يزور
فلاناً حياً
وميتاً، فشيّع
جنازته.

المسألة الثامنة
والعشرون:
حلف لا
يأكل من مال فلان
ثم تناهدا

المسألة السابعة
والعشرون:
حلف لا يزور
فلاناً حياً
وميتاً، فشيّع
جنازته.

المسألة الثامنة
والعشرون:
حلف لا
يأكل من مال فلان
ثم تناهدا

المسألة السابعة
والعشرون:
حلف لا يزور
فلاناً حياً
وميتاً، فشيّع
جنازته.

المسألة الثامنة
والعشرون:
حلف لا
يأكل من مال فلان
ثم تناهدا

المسألة السابعة
والعشرون:
حلف لا يزور
فلاناً حياً
وميتاً، فشيّع
جنازته.

(١) جملة فارسية معناها "إنك نسيتني".

(٢) جملة فارسية معناها "لا مانسيتك".

(٣) في ز "لا في حقيقة".

(٤) في أ، ب، ظ "الظنون".

(٥) "أن" ليست في أ، ب، ظ.

(٦) "تناهد القوم مناهدة، أخرج كل منهم نفقة ليشتروا بها طعاماً يشتركون في أكله". المصباح

٦٢٧/٢.

(٧) في أ، ز "مما لفلان".

(٨) في "اللفظ".

(٩) في أ "أكل".

(١٠) في ب "مال المضيف".

(١١) في أ "ملك".

(١٢) انظر: الروضة ٩٠/١١.

(١٣) "أنه" ليست في أ.

تعالى" فلا؛ لأن الأول من أيمان الناس، ألا ترى أن^(١) القائل يقول: باسم الله الذي أنزلت من عنده السور.

ولك أن تقول: إذا^(٢) قلنا: إن الاسم هو المسمى، فالحلف بالله تعالى، كذا إن جعل الإسم صلة، و^(٣) إن أراد بالاسم التسمية، لم يكن يمينا، وقوله: بصفة الله يشبه أن يكون يمينا، إلا أن يريد الوصف.

المسألة التاسعة

والعشرون:

حلف لا

يركب فركب

ظهر إنسان

فعبير به على

النهر.

المسألة

الثلاثون:

حلف لا يفتح

سراويله على

امرأته

وأنه لو حلف: لا يركب، فركب ظهر إنسان، فعبير به^(٤) على النهر، لم يحنث^(٥).

وأنه لو حلف: لا يفتح سراويله على امرأته، فإن أراد جماعها، فقد حلف على ترك الجماعة، وهو مول، وإن لم يرد ذلك فينبغي أن يفتح سراويله لبول، أو غائط، ثم يجامعها إن شاء فإن فتحها^(٦) للجماع، فلا يؤمن، أن يحنث.

وفي "الرقم" لأبي الحسن العبادي: أنه لو حلف: لا يأكل الحلواء حنث، بالمتخذ من الفانيذ^(٧)، والسكر، والعسل، والديس^(٨) والقند^(٩)، وفي اللوزينج^(١٠) والجوزينج^(١١)، وجهان:

في^(١٢) فتاوي صاحب الكتاب:

أنه لو حلف: لا يدخل داره الصوف، فأدخل كبشاً عليه صوف، لم يحنث، وكذا لو حلف: لا يدخل بيضاً، فأدخل دجاجة فباضت في الحال.

المسألة الحادية

والثلاثون:

حلف لا

يدخل داره

الصوف،

فأدخل كبشاً

عليه صوف

ونحو ذلك.

(١) "أن" ليست في أ.

(٢) من "يقول أن نقول ليست في ب.

(٣) "و" ليست في أ.

(٤) "به" ليست في ب.

(٥) في ب، ظ "يحنث" وهو خطأ. ولعله سقط والله أعلم.

(٦) في أ، ب، ظ "فتحه".

(٧) الفانيذ: نوع من الحلواء يعمل من القند والنشاء. هو أعجمي. المصباح ٤٨١/٢.

(٨) "الديس" ليست في ز. والديس بالكسر، عصارة الرطب. المصباح ١٨٩/١.

(٩) القند: ما يعمل منه السكر، فالسكر من القند كالسمن من الزبد. المصباح ٥١٧/٢.

(١٠) اللوزينج: من الحلواء شبه القطايف يؤدم بدهن اللوز. المصباح ٥٦٠/٢.

(١١) والجوزينج: يعمل من الحلواء ويؤكل. معرب، وأصله لَوَز. بالكاف. انظر: القاموس

١٧٠/٢، والمصباح ١١٥/١.

(١٢) في ب "وفي".

وأنه لو حلف: لا يقعد معه تحت سقف فقعد تحت أزج^(١)، حنث.

وأنه لو حلف: لا يفطر، فمطلق هذا ينصرف إلى الأكل والوقاع ونحوهما،

ولا يحنث، بالردة، والجنون، والحيض ودخول الليل.

المسألة الثانية

والثلاثون:

حلف لا يفطر

أو لا يقعد معه

تحت سقف

واحد.

وعن القفال: أنه لو قال: لغيره "بخذاي كد من تتلد ارم كه باتوازين خانة،

بيرون شوى"^(٢) فقام ذلك الغير ليخرج، فإن لم يتعلق به، ولم يمنعه من الخروج، حتى

خرج، حنث، وإن تعلق به، فغلبه وخرج، لم يحنث.

المسألة الثالثة

والثلاثون: في

نذر اللجاج.

وإن في نذر اللجاج^(٣) لو كان الملتزم صوم ثلاثة أيام، وقلنا: الواجب عليه

كفارة يمين، وكان معسراً، فصامها بنية ما التزم، لا بنية الكفارة لا تجزئه عن

الكفارة. والله أعلم بالصواب^(٤).

(١) "أزج" بيت بيني طولاً. معرب، ويقال: الأزج، السقف. انظر: المصباح ١٣/١.

(٢) جملة فارسية ومعناها "بالله لن أسمح بخروجك من هذا المنزل".

(٣) هو تَمَاحُكُ الخُضْمِين، وهو تَمَادِيهِمَا، و"اللجة" بالفتح كثرة الأصوات. المصباح ٥٤٩/٢.

(٤) "والله أعلم بالصواب" ليست في أ، ب، ظ.

كتاب النذور

وفيه بابان

الباب الأول في أركانه

وهي ثلاثة:

الركن الأول: الملتزم الناذر.

الركن الثاني: الصيغة.

الركن الثالث: الملتزم.

الباب الثاني في أحكامه وهي أربعة أحكام:

الحكم الأول: في الصوم.

الحكم الثاني: في الحج والعمرة.

الحكم الثالث: في إتيان المساجد.

الحكم الرابع: في الضحايا والهدايا.

كتاب النذور^(١)

قال: [الغزالي]:^(٢) والنظر في الأركان والأحكام.
والأركان: ثلاثة الملتزم، واللفظ، والملتزم.
أما الملتزم: فكل مكلف له أهلية العبادة.
فلا^(٣) يصح نذر الكافر لكن الأحب إذا أسلم أن يفي به).

[فصل في الأدلة الدالة على مشروعية النذر]

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ﴾^(٤) وقال^(٥) ﴿وَلْيُؤْفُوا نُدُورَهُمْ﴾^(٦) وعن النبي صلى الله عليه وسلم "من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه"^(٧).

- (١) "النذر" بذال معجمة ساكنة، وحُكي فتحها. لغة: الوعد بخير أو شر. وشرعاً: الوعد بخير خاصة" وقال بعض العلماء "التزام قربة لم تتعين" ذكر ذلك الخطيب في مغني المحتاج ٤/٣٥٤، وانظر: نهاية المحتاج ٨/٢٧.
- وقال في القاموس الفقهي ص ٣٥٠ "ما يقدمه المرء لربه، أو يوجهه على نفسه من صدقة، أو عبادة، أو نحوهما".
- واختلف الفقهاء في النذر وما يباح منه وما يحرم ولزيد من التفصيل يراجع المجموع ٨/٤٤٩، ومغني المحتاج ٤/٣٥٤، وسبل السلام ٤/١١٠، ونيل الأوطار ٩/١٣٩ و ١٤٠.
- (٢) في: أ، ب، ظ "حجة الإسلام".
- (٣) في ب، ظ "ولا".
- (٤) سورة الإنسان، آية ٧.
- (٥) "وقال" ليست في أ، ب، ظ.
- (٦) سورة الحج ٢٩.
- (٧) الحديث: أخرجه البخاري، ومالك، وأحمد وأبوداود، والترمذي وابن ماجه. أخرجه البخاري في كتاب النذر فيما لا يملك وفي معصية من كتاب الإيمان والنذور ٧/٢٣٤.
- ومالك في الموطأ، في باب مالا يجوز من النذور في معصية الله، من كتاب النذور ٢/٤٧٦ وأحمد في مسنده، ٦/٣٦ و ٤١، ٢٢٤. وأبوداود في سنته، باب ماجاء في النذر في المعصية من كتاب الإيمان ٣/٢٣٢. والترمذي في باب من نذر أن يطيع الله فليطعه من أبواب النذر ٣/٤١.

وأيضاً: "لا نذر في معصية الله، ولا فيما لا يملكه ابن آدم"^(١)

[الباب الأول في بيان أركان النذر وما يعتبر فيها للصحة]

[قال الرافي]: ولا يخفى أن النذر، إلتزام شيء، وأنه قد يصح، وقد لا يصح، وإذا صح، ترتبت عليه أحكام، فتضمّن مقصود الكتاب^(٢)، طرفين: يشتمل أحدهما: على بيان أركانه، وما يعتبر فيها للصحة. والثاني على بيان الأحكام

أما الأول: فالأركان، ثلاثة: الملتزم الناذر، وصيغة الإلتزام، والشئ الملتزم.

[الفصل الأول: في الملتزم الناذر]

الركن الأول: الملتزم.

وهو كل مكلف له أهلية العبادة.

وإن شئت قلت: كل مكلف مسلم، فلا^(٣) يصح نذر الصبي والمجنون.

ونذر السكران يجيء فيه الخلاف في تصرفاته^(٤).

ولا يصح نذر الكافر، وفي وجه أنه يصح، لما روي أن عمر رضي الله عنه

قال: لرسول الله ﷺ: كنت نذرت اعتكاف ليلة في الجاهلية فقال النبي ﷺ: "أوفِ بِنَذْرِكَ"^(٥).

= وابن ماجه في سننه، في باب النذر في المعصية من كتاب الكفارات ٦٨٧/١. وراجع تلخيص

الحبير ١٧٥/٤. وراجع: إرواء الغليل ١٤٠/٤، حديث ٩٦٧.

(١) حديث: "لا نذر في معصية الله، ولا فيما لا يملكه ابن آدم" رواه أحمد ومسلم.

أخرجه مسلم في كتاب النذر ١٠١/١١، وأبودود في سننه، باب في النذر فيما لا يملك من كتاب الأيمان والنذور. ٢٣٩/٣ و ٢٤٠، وراجع: تلخيص الحبير ١٧٥/٤، و ١٠٩/٤.

(٢) في ز "الباب".

(٣) في أ "لا".

(٤) نذر السكران، "على المذهب يصح نذره. والثاني لا يصح".

انظر: المجموع ٤٤٩/٨، ومغني المحتاج ٧/٢ و ٣٥٤/٤.

(٥) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الاعتكاف ليلاً، من أبواب الاعتكاف ٢٥٦/٢.

وأخرجه مسلم في باب نذر الكافر وما يفعله إذا أسلم من كتاب الأيمان ١٢٥/١١، صحيح مسلم بشرح النووي، وانظر تلخيص الحبير ٢١٨/٢.

والمذهب الأول^(١)، لأن النذر تقرب، والكافر ليس من أهل التقرب،
والحديث محمول على الاستحباب، وذلك لأنه لا يحسن أن يترك بسبب الإسلام ما عزم
عليه في^(٢) الكفر، من خصال الخير.

والمحجور عليه، والمفلس، يصح منهما نذر القرب البدنية، ولا تصح من
السفيه نذر القرب المالية^(٣).

وأما المفلس، فإن التزم في الذمة، ولم يعين مالاً صح^(٤) ويؤديه بعد البراءة عن
حقوق الغرماء.

وإن عيّن مالاً فبني على أنه لو أعتق، أو وهب، هل يصح تصرفه؟
إن قلنا: لا، فكذلك النذر، وإن توقفنا، فيتوقف في النذر أيضاً، قاله في
"التمّة".

وذكر أيضاً: أنه لو نذر عتق العبد المرهون ينعقد^(٥) النذر، إن قلنا: ينفذ^(٦)
عتقه في الحال، أو عند أداء المال.

وإن قلنا يلغو، فهو كما لو نذر، عتق عبد غير مملوك.

واعلم قوله في "الكتاب": "واللفظ" بالواو، إشارة إلى أن الشاة، تصير هدياً
وأضحية على القديم، إما بمجرد النية /، أو مع التقليد، والإشعار على ما ذكرنا في (٤٢٠/ز)
الضحايا، ولا حاجة إلى^(٧) اللفظ.

(قال [الغزالي]: وأما الصيغة فهي^(٨) أن يقول: إن شفى الله مريضى فله^(٩)

(١) انظر: المجموع ٤٤٩/٨، والروضة ٤٩٣/٣، ومغني المحتاج ٣٥٤/٤.

(٢) في أ "من".

(٣) انظر: المجموع ٤٥٠/٨، ومغني المحتاج ٣٥٤/٤.

(٤) في أ، ب، ظ "يصح".

(٥) في ز "ينفذ".

(٦) في ز "ينعقد".

(٧) تفصيل ذلك ينظر الروضة ١٩٢/٣.

(٨) في أ "فهو".

(٩) "فله" ليست في ز.

عليّ صومٍ، أو صلاةً، فإن قال: إن كلمت زيداً. فقد ذكرنا أنه يمين الغضب.
 وإن^(١) قال: ابتداءً لله علي أن أصوم، فقولان.
 أحدهما: أنه ليس له أن يلزم نفسه مالم يلازم، إلا في مقابلة نعمة، أو
 دفع بلية.

والثاني: أنه^(٢) يصح، ويلزمه^(٣).
 ولو عقب النذر بقوله إن شاء الله، لم يلزمه شيء ولو قال: لله علي صومٍ
 إن شاء زيد، لم يلزمه شيء وإن شاء.

[الفصل الثاني: في الركن الثاني وهو الصيغة]

[قال الرافعي] قد بان في الباب الأول: من "الأيمان"، أن النذر ينقسم إلى: نذر
 اللّحاج والغضب، على ما صورناه^(٤).
 وإلى نذر التبرر، وهو نوعان:

أحدهما: نذر المجازاة، وهو أن يلتزم قربه في مقابلة حدوث نعمة، أو اندفاع
 بلية، كقوله: إن شفى الله مريضتي، أو رزقني ولدًا^(٥)، فله عليّ أن أعتق رقبة، أو
 أصوم أو أصلي، فإذا حصل المعلق عليه لزمه الوفاء، بما التزم، لقوله ﷺ: "من نذر
 أن يطيع الله فليطعه"^(٦).

وقد ذم الله تعالى أقواماً عاهدوا، ثم لم يفوا، فقال: ﴿وَمِنْهُمْ مَّنْ عَاهَدَ اللَّهُ

لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ ﴿٧﴾ الآية.

-
- (١) في ز "ولو".
 (٢) "إنه" ليست في ز.
 (٣) في ز "يلزم".
 (٤) وهو "أن يمتنع نفسه من فعل، أو يحثها عليه بتعليق التزام قربه بالفعل، أو بالترك". انظر:
 الروضة ٢٩٤/٣.
 (٥) في ز "وكذا" خطأ.
 (٦) سبق تخريج الحديث ص ١٤٩.
 (٧) سورة التوبة من آية ٧٥.

ولو قال: فعليّ، ولم يقل: فله عليّ، فالحكم كذلك على ظاهر المذهب^(١)،
والعبادات يؤتى بها لله تعالى، فالمطلق كالمذكور.

وفيه وجه: أنه لا بد من التصريح بذكر الله تعالى، وقد ذكرنا مثل هذا
الخلافاً، في أن^(٢) نذر اللجاج هل يثبت موجهه، إذا قال: فعليّ، ولم يقل: "فله عليّ"
وهو قريب من الخلاف في أنه هل يجب في نية الصلاة والصوم الإضافة إلى الله
تعالى^(٣).

والثاني: أن يلتزم ابتداءً غير معلق على شيء فيقول: "لله عليّ أن أصوم، أو
أصلي، أو أعتق"، ففيه قولان: ويقال: وجهان.
لأن أحدهما على ما ذكر^(٤) مخرج^(٥).

أصحهما: وهو المنصوص^(٦)، وبه قال: أبو حنيفة^(٧)، وابن سريج،
والاصطخري^(٨): أنه يصح، ويلزم الوفاء به أيضاً لمطلق قوله ﷺ: "من نذر أن يطيع
الله فليطعه" ويروى هذا عن مالك^(٩) وأحمد^(١٠) أيضاً.

-
- (١) انظر: الروضة ٢٩٤/٣، ومغني المحتاج ٣٥٦/٤.
(٢) "أن" ليست في ز.
(٣) انظر: المصدران السابقان.
(٤) في ز "ما قيل".
(٥) "أي لا يصح، ولا يلزمه شيء لعدم العوض". انظر: الروضة ٢٩٤/٣، ومغني المحتاج ٣٥٦/٤.
(٦) انظر: الأم ٢٥٥/٢.
(٧) انظر: الهداية ٧٦/٢، وفتح القدير ٣٧٦/٤.
(٨) هو: الحسين بن أحمد، أبو سعيد، المشهور بالاصطخري. كان هو وابن سريج شيوخ
الشافعية ببغداد، كان زاهداً وكان من أصحاب الوجوه في المذهب.
ولد عام ٢٤٤هـ، وتوفي ببغداد عام ٣٢٨هـ.
انظر: طبقات الشافعية، لابن قاضي شعبة ١٠٩/١، طبقات الشافعية، لابن هداية الله، ص
٦٢، تهذيب الأسماء واللغات ٢٣٨/٢.
(٩) مختصر خليل ص ١٠١، مواهب الجليل ٣١٩/٣.
(١٠) المقنع، ص ٣٢٣، والتنقيح المشبع ص ٣٩٩.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق، وأبو بكر الصيرفي^(١) أنه لا يلزم إلا بمقابلة عوض كما أن التبرعات لما لم يكن لها عوض^(٢) لم تلزم بالعقد، وأيضاً فقد روي عن ثعلب^(٣) - رحمه الله - أن النذر عند العرب، وعد بشرط. ولو عقب النذر بقوله: إن شاء الله لم يلزمه شيء، كما ذكرنا في تعقيب الأيمان^(٤)، والعقود.

ولو قال: "الله على كذا"^(٥) إن شاء زيد، لم يلزمه شيء وإن شاء، لأنه لم يوجد منه^(٦) التزام جازم، كما يليق بالقربات، وقد روي أن النبي ﷺ قال: "إنما النذر ما ابتغي به وجه الله تعالى"^(٧).

هكذا حكى عن القاضي الحسين، وغيره.

وهو المذكور في "الكتاب". وقال الإمام، هذا عندي خطأ فإن تقديره إن

(١) أبو بكر الصيرفي: هو محمد بن عبد الله البغدادي، المشهور بالصيرفي، كان إماماً في الفقه والأصول، تفقه على ابن سريج، كان من أصحاب الوجوه. توفي عام ٣٣٠هـ، رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٩٣/٢ - ١٩٤، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١١٦/٢، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٦٣.

(٢) من قوله "كما أن التبرعات . . . لها عوض" ليست في أ، ب، ظ.

(٣) ثعلب: هو أحمد بن يحيى بن زيد الشيباني بالولاء. أبو العباس: المشهور بثعلب. إمام الكوفيين في النحو واللغة، كان راوية للشعر، محدثاً مشهوراً بالحفظ، له مصنفات عديدة. منها: "الفصيح" و"قواعد الشعر"، و"مجالس ثعلب"، وغيرها. ولد ببغداد عام ٢٠٠هـ، وتوفي عام ٢٩١هـ.

انظر: تاريخ بغداد ٢٠٤/٥، وطبقات الحنابلة ابن أبي يعلى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٨٣/١. وانظر: الإعلام ٢٦٧/١.

(٤) راجع الروضة ٤/١١.

(٥) "كذا" ليست في ز.

(٦) "منه" ليست في ز.

(٧) الحديث: أخرجه أحمد - رحمه الله - في مسنده ١٨٥/٢ "بلفظ لانذر إلا . . . فهرس أبو هاجر وأخرجه أبو داود في سننه، باب اليمين في قطيعة الرحم، من كتاب الأيمان والنذور، ٢٢٨/٣، حديث ٣٢٧٣. راجع تلخيص الحبير ١٧٥/٤.

شاء، فله علي كذا، وهو كما إذا قال: "إن قدم"^(١) زيد فله علي كذا"^(٢)، ويؤيد الأول: ما نص عليه الشافعي رضي الله عنه^(٣).

في نذر اللجاج: أنه إذا قال: إن فعلت كذا، فله علي نذر حج، إن شاء فلان، فشاء، لم يكن عليه شيء، قال: في "التممة" وهذا إذا غلبنا في نذر اللجاج، معنى النذر، أما إذا غلبنا معنى اليمين، فهو كما قال^{لوا}: والله لا أفعل كذا إن شاء فلان وقد سبق حكمه.

(قال [الغزالي]: وأما الملتزم: فعلى ثلاث^(٤) مراتب، الأولى: كل عبادة مقصودة، كالصوم، والصلاة والحج فيلزم بالنذر، حتى فروض الكفايات، كالجهاد، وتجهيز الموتى، والصلاة على الجنائز، وتلزم بصفاتهما، حتى لو قال: أحج ماشياً، أو التزم طول القراءة لزم، كما وصّف، فإن التزم، المشي في حجة الإسلام، وطول القراءة في الفرائض فوجهان. ولو نذر أن لا يترك الوتر، وركعتي الفجر، فوجهان، ولو نذر أن لا يفطر في السفر، لغا قوله؛ لأنه تغيير للشرع.

الثانية: القربات^(٥)، كعبادة المريض^(٦)، وإفشاء السلام وزيارة القادم، ففي لزومه بالنذر، وجهان، إذ ليس^(٧) عبادة، ولكن يتقرب بها على الجملة.

وفي تجديد الوضوء وجهان، لأن الوضوء ليس عبادة مقصودة في الأصل.

الثالثة: المباحات، كالأكل، والنوم، فلا يلزم، وإن تصوّر أن يقصد بالأكل، التقوي، على العبادة، فيثاب عليه، ولكن ذلك يرجع^(٨) إلى مجرد القصد، نعم إذا

(١) في: أ "يقدم".

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد - لوحة ١٠١.

(٣) انظر: الأم ٢٥٨/٢.

(٤) "ثلاث" ليست في أ، ب، ظ.

(٥) في: أ "القرب".

(٦) في: أ، ب، "كالعبادة للمريض". وفي: ظ "كالعيادات للمريض".

(٧) في: ز "إذ ليست".

(٨) في ز "يرجع ذلك".

قال: لله على أن لا آكل فقد قيل^(١) تجب^(٢) كفارة يمين، بمجرد لفظه، أكل، أو لم يأكل، وهو بعيد، إلا أن ينوي به اليمين فتجب الكفارة بالحنث، إن أكل.

فرع: إذا نذر الجهاد، في جهة، قيل: تتعين الجهة، وقيل لا تتعين، وقيل تتعين، تلك أو يساويها في المسافة والمؤنة).

[فصل في الركن الثالث: وهو الملتزم وأقسامه ثلاثة]

[قال الرافعي] ما يفرض التزامه بالنذر، إما معصية، أو طاعة^(٣)، أو^(٤) مباح،

فهذه ثلاثة أقسام:

[القسم الأول في نذر المعصية]

الأول: المعصية، فلا يصح التزامها بالنذر. قال صلى الله عليه وسلم: "لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن آدم"^(٥) وذلك كما إذا نذر شرب الخمر، أو القتل، أو الزنا، أو نذرت المرأة أن تصلي أو تصوم في أيام الحيض، أو نذر أن يصلي محدثاً، أو يقرأ القرآن جنباً.

ومن هذا القبيل، ما إذا نذر ذبح ولده، أو ذبح نفسه، فلا ينعقد.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -^(٦): ينعقد ويلزمه ذبح شاة.

وسلم أنه لو نذر ذبح^(٧) والده أو أخيه، أو نذر قتل ولده، لا ينعقد، وعن

أحمد - رحمه الله - رواية^(٨). أنه يلزمه كفارة يمين.

(١) "فقد" ليست في ز. و "فقد قيل" ليست في ب، ظ.

(٢) في ب، ظ "تلزمه".

(٣) في "وإما".

(٤) في "وإما".

(٥) سبق تخريجه ص ١٥٠ -

(٦) انظر: الهداية ٧٥/٢.

(٧) في ز "ذبح نذر".

(٨) "رواية" ليست في أ، ب، ظ.

وأخرى: أنه يلزمه ذبح كبش^(١).

وإذا عُرفَ أنه لا ينعقد نذر فعل المعصية، فإذا لم يفعل ما نذره، فقد أحسن، ولا يلزمه كفارة يمين، على المذهب المشهور^(٢)، لأنه لم يوجد صيغة اليمين، ولا حقيقته^(٣)، وعن رواية الربيع رحمه الله قول إنه يلزمه كفارة يمين، لما روي أنه ﷺ، قال: "لا نذر في معصية الله، وكفارته كفارة يمين"^(٤) وذكر أن الحافظ أحمد البيهقي^(٥) - رحمه الله - رَوَى هذا القول في كتاب "المعرفة"^(٦)، واختاره^(٧). و^(٨) الأصحاب من العراقيين، وغيرهم.

- (١) انظر: المقنع ص ٣٢٣، والمذهب على الرواية الأولى، التتقيح المشبع ص ٣٩٩.
- (٢) انظر: الروضة ٣/٣٠٠، الأم ٢/٢٥٥، المجموع ٨/٤٥٢، ومغني المحتاج ٤/٣٥٦.
- (٣) في ز "حقيقتها".
- (٤) الحديث بهذه الزيادة أخرجه أحمد في مسنده ٦/٢٤٧ وما بعدها، وأبوداود في سنته، باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية، من كتاب الأيمان والنذور ٣/٢٣٢، حديث ٣٢٩، وأخرجه الترمذي - باب ٠٠ ان لا نذر في معصية، من أبواب النذور والأيمان، ٣/٤٠.
- وأخرجه ابن ماجه، باب النذر في المعصية، من كتاب الكفارات ١/٦٨٦، حديث ٢١٢٥.
- والنسائي ٧/٢٦ و ٢٧ من كتاب الأيمان - باب كفارة النذر
- وانظر صحيح مسلم حيث روى من حديث عمران بن الحصين "أنه لانذر في معصية الله"، من كتاب النذر ١١/١٠١، وروى من حديث عقبة بن عامر. "وكفارته كفارة يمين" ١١/١٠٤ ثم راجع تلخيص الحبير ٤/١٧٦، حيث قال: "قلت: قد صححه الطحاوي وأبو علي بن السكن" وقال الألباني في الإرواء ٨/٢١٤ "حديث عائشة مرفوعاً ٠٠٠ رواه الخمسة. صحيح".
- (٥) هو: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، الإمام الحافظ النيسابوري أبو بكر المشهور بالبيهقي، كان كثير التحقيق والإنصاف حسن التصنيف، زاهداً، أخذ علم الحديث عن الحاكم. له عدة مصنفات منها: السنن الكبرى وغيرها كثير، ولد عام ٣٨٤هـ وتوفي عام ٤٥٨هـ - رحمه الله-
- انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣/٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٢٠، شذرات الذهب ٣/٣٠٤، الأعلام ١/١١٦.
- (٦) "المعرفة: أي كتاب، معرفة السنن والآثار، للإمام الحافظ البيهقي". انظر: كشف الظنون ١/١٧٣٩.
- (٧) "واختاره" ليست في ز.
- (٨) "و" ليست في أ.

جزموا بالأول، وحملوا الحديث على نذر اللجاج، وجعلوا مارواه الربيع من كيسه.

وبعضهم يحكى الخلاف في المسألة: وجهين. ويوافقه ما روى عن صاحب "التقريب" (١) - رحمه الله - : أن إيجاب الكفارة، تخريج للربيع (٢).

واستبعد الإمام وجوب الكفارة كما فعله عامة الأصحاب رحمهم الله. وقال (٣): يجوز أن يجعل النذر كناية عن اليمين. فأما إلحاقه بالأيمان مطلقاً، فلا معنى له (٤).

[القسم الثاني: في نذر الطاعة]

القسم الثاني: الطاعة: وهي أنواع:

أحدها: الواجبات، فلا يصح نذرها، فإنها واجبة بإيجاب الشرع، ابتداءً، فلا معنى لإلتزامها، وذلك: مثل أن يقول: لله على أن أصلي الخمس، أو أصوم شهر رمضان، ولا فرق بين أن يعلق ذلك بحصول نعمة، أو يلتزم (٥) ابتداءً، وكذا لو نذر أن لا يشرب الخمر، ولا يزنّي، وإذا خالف ما ذكره، ففي لزوم الكفارة الخلاف المذكور في القسم الأول (٦).

وأدعى صاحب "التهذيب" رحمه الله أن ظاهر المذهب (٧) وجوبها (٨).

الثاني: العبادات المقصودة، وهي التي وضعت للتقرب بها، وعرف من الشارع الإهتمام بتكليف الخلق بإيقاعها عبادة، فتلزم هذه بالنذر بالاتفاق.

-
- (١) سبقت ترجمته ص ١١٣ .
(٢) انظر: المذهب، مع المجموع ٤٥٢/٨، والروضة ٣/٣٠٠.
(٣) في ز: "وقالوا" وهو خطأ.
(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ١٠٠.
(٥) في ظ "أو يلزم".
(٦) الذي سبق في نذر المعصية، ١٧٧، ١٧٨.
(٧) في أ، ب، ظ "الظاهر".
(٨) انظر: التهذيب للبخاري، دار الكتب المصرية، ٩/ باب النذور، مسألة لا يصح نذر فعل المعصية، والمطبوع ١٥١/٨.

وذلك كالصوم؛ والصدقة والصلاة والحج والاعتكاف، والإعتاق^(١).
 وذكر الإمام: أن فروض الكفايات التي تحتاج في آدائها، إلى بذل مال، أو
 معاناة^(٢) مشقة، تلزم بالنذر أيضاً، كالجهاد، وتجهيز الموتى^(٣).
 ويجيء ما سنذكر^(٤) في نذر السنن الراتبة. وجه أنها لا تلزم.
 ورأيت في "الرقم" للعبادي: وجهاً عن القفال: أنه إذا نذر أن يجاهد لم يلزمه
 شيء، وفي الصلاة على الجنائز، والأمر بالمعروف، وما ليس فيه بذل مال، وكبير
 مشقة، حكى الإمام رحمه الله وجهين فيه^(٥).
 أظهرهما: لزومها بالنذر أيضاً^(٦)، وكما يلزم أصل العبادة بالنذر، يلزم رعاية
 الصفة المشروطة فيها^(٧)، في التزامها، إذا كانت مستحبة، كما إذا شرط في الصلاة
 التي التزمها، إطالة القيام، أو الركوع، أو السجود^(٨)، أو شرط المشي في الحجة
 الملتزمة إذا جعلنا المشي في الحج أفضل من الركوب.
 ولو أُفردت الصفة بالالتزام، والأصل واجب شرعاً، كتطويل^(٩) القراءة
 والركوع، والسجود في الفرائض، فوجهان:
 أحدهما: أنها أوصاف لا تستقل بنفسها، فلا تفرد بالالتزام. وأشبههما
 اللزوم^(١٠)، فإنها عبادات محبوبة. وفي معناها، ما إذا نذر أن يقرأ في صلاة الصبح
 سورة كذا، وباللزوم أجاب صاحب "التهذيب"^(١١).

-
- (١) "الاعتاق" ليست في ب، ز، ظ.
 (٢) في ز "ومعاناة".
 (٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ٣٠١/٩٠.
 (٤) في ز "مما سنذكره".
 (٥) "فيه" ليست في أ، ب، ظ.
 (٦) المصدر السابق، "نهاية المطلب"، وراجع المجموع ٤٥٣/٨، والروضة ٣٠١/٣، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤.
 (٧) "فيها" ليست في أ، ب، ظ.
 (٨) في أ، ب، ظ "والركوع والسجود".
 (٩) في أ "كطول".
 (١٠) انظر: المجموع ٤٥٣/٨، والروضة ٣٠١/٣.
 (١١) انظر: التهذيب ١٥٢/٨.

ولو نذر أن يصلي الظهر، أو الفرائض بالجماعة، ففي انعقاد نذر وجهان. وأظهرهما وهو المذكور في "التهذيب" للزوم، لأن الجماعة مستحبة فقد تعلق النذر بمستحب^(١).

والثاني: المنع، لأن الفرائض أوجبها الشرع على صفة. وفي تصحيح النذر إبطال لتلك الصفة والنذر، لالتزام ماليس بلازم لتغيير أوضاع^(٢) الشرع في العبادات. ولو نذر إقامة بعض الرواتب، كالوتر، وركعتي الفجر، ففيه هذان الوجهان. ولو نذر أن لا يفطر في السفر في رمضان فأحد الوجهين، وهو المذكور في "الكتاب"^(٣)، ونسبه إبراهيم المروذي إلى عامة الأصحاب - رحمهم الله - أنه لا ينعقد نذره، وله أن يفطر إن شاء؛ لأن في التزامه إبطال رخصة الشرع^(٤)، وقد قال فيه ﷺ "إن الله تصدق عليكم فاقبلوا صدقته"^(٥).

والثاني: وهو اختيار، صاحب "التهذيب"^(٦) وشيخه القاضي - رحمهما الله - انعقاده، ووجوب الوفاء، كما في سائر المحبوبات، وكذلك الحكم، فيما إذا نذر إتمام الصلاة في السفر، إذا قلنا بالإتمام أفضل، ويجرى الوجهان: فيما إذا نذر أن يقوم

(١) انظر: المجموع ٤٥٣/٨، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤، والروضة ٣٠٢/٣.

(٢) في أ، ب، ظ "في التعيين لأوضاع".

(٣) الوجيز ٢٣٣/٢.

(٤) انظر: الروضة ٣٠١/٣، ومغني المحتاج ٣٥٨/٤.

(٥) الحديث: أخرجه مسلم. من حديث يعلى بن أمية قال: قلت لعمر: إنما قال الله "ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتن" فقد أمن الناس، فقال: "عجبت مما عجبت منه، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: "صدقة، تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته". من كتاب، صلاة المسافر، باب قصر صلاة المسافر في الأمن، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٦/٥.

وأخرجه ابوداود في سننه، باب صلاة المسافر من كتاب الصلاة ٣/٢، حديث ١١٩٩.

وأخرجه ابن ماجه في سننه، باب تقصير الصلاة في السفر ٣٣٩/١٠، حديث ١٠٦٥.

راجع: تلخيص ٥٨/١، و ١٧٦/٤، مصابيح السنة، للإمام البغوي، تحقيق د/ يوسف المرعشلي، ومحمد سليم سمارة، وجمال حمدي الذهبي، دار المعرفة، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ٤٦٠/١.

(٦) انظر: التهذيب، ١٥٢/٨.

في السنن ولا يقعد فيها، أو نذر غسل الرجل، أو استيعاب الرأس، بالمسح في الوضوء، أو التلث في الغسل، والوضوء، أو أن يسجد للتلاوة، أو الشكر عندما يقتضي السجود.

وذكر الإمام على مساق الوجه الأول: أنه إذا نذر المريض أن يقوم في الصلاة، ويتكلف المشقة، لم يلزمه الوفاء، وأنه لو نذر صوماً، وشرط أن لا يفطر بالمرض^(١)، لم يلزمه الوفاء، لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب شرعاً، والمرض مرخص فيه. والثالث: القربات، التي لم توضع لتكون عبادة، وإنما هي أعمال، وأخلاق مستحسنة، رغب الشرع فيها، لعموم فائدتها، وقد يُتغنى بها وجه الله تعالى، فينال الثواب كعبادة المرضى، وزيارة القادمين، وإفشاء السلام، على المسلمين، ففي لزومها بالنذر وجهان.

أحدهما: المنع، لأنها ليست على أوضاع العبادات.

وأظهرهما: اللزوم، لأن الشارع، يرغب فيها، والعبد يتقرب بها، فهي كالعبادات^(٢).

ولو نذر تجديد الوضوء، فوجهان:

أحدهما: وبه قال: الشيخ أبو محمد^(٣) أنه لا يلزم، لأن الوضوء ليس عبادة مقصودة، وإنما يرفع به الحدث، ولا يجب من غير حدث.

وأظهرهما: أنه يلزم؛ لأنه عبادة مثاب عليها كسائر العبادات^(٤).

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ج ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ٨٩/ب.

(٢) انظر: المجموع ٤٥٤/٨، والروضة ٣٠٢/٣، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤.

(٣) هو: عبد الله بن محمد بن سعيد الأنصاري، القاضي أبو محمد الاصطخري. من أصحاب الشافعية، تفقه على القاضي أبو حامد المروزي.

ولد عام ٢٩٠هـ، وتوفي سنة ٣٨٤هـ، رحمه الله.

انظر: تاريخ بغداد ١٠/١٣٣، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/٣٦٧، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٥٨.

(٤) انظر: الروضة ٣٠٢/٣، مغني المحتاج ٣٧٠/٤.

وفي "التتمة": أنه لو نذر الاغتسال لكل صلاة^(١) لزمه^(٢) الوفاء به، ولُيِّنَ هذا على أن تجديد الغُسل، هل يستحب؟^(٣).

وأنه لو نذر الوضوء ينعقد نذره، ولا يخرج عن النذر، بالوضوء عن الحدث، بل بالتجديد.

وأنه إذا نذر أن^(٤) يتوضأ لكل صلاة، يلزمه الوفاء.

لكن إذا كان محدثاً، فتوضأ لصلاة، لا يلزمه أن يتوضأ لها ثانياً^(٥).

وأنه إذا نذر أن يتيمم فالمذهب أنه لا ينعقد نذره؛ لأن التيمم يؤتى به عند الضرورة^(٦).

وأنه إذا نذر أن لا يهرب من ثلاثة من الكفار فصاعداً، فإن علم من نفسه، أنه يقدر على مقاومتهم، انعقد نذره، وإلا فلا.

وفي كلام الإمام رحمه الله: أنه لا يلزم بالنذر انكفاف قط، حتى لو نذر أن لا يفعل مكروهاً لم يلزمه^(٧) الوفاء بالنذر^(٨). والله أعلم.

ولو نذر أن يُحْرِمَ بالحج في شوال، فهو على الخلاف الذي سبق، والأظهر وهو اختيار صاحب "التهذيب" أنه يلزم^(٩).

وكذا لو نذر أن يجرم من يلد كذا^(١٠).

(١) في: ز "فريضة".

(٢) في: أ، ب، ظ "لزم".

(٣) راجع: مغني المحتاج ١/٧٤. فقد قال فيه "ولا يسن تجديده" لأنه لم ينقل، ولما فيه من المشقة" أ.هـ.

(٤) "أن" ليست في أ.

(٥) راجع الروضة ٣/٣٠٢.

(٦) انظر: الروضة ٣/٣٠٢، ومغني المحتاج ٤/٣٧٠.

(٧) في: ز "تلزم".

(٨) راجع: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ لوحة ٩٠/ب.

(٩) التهذيب ٨/١٥٣.

(١٠) انظر: الروضة ٣/٣٠٢، ومغني المحتاج ٤/٣٦٣.

ورتب مرتبون صور هذا النوع، والذي قبله على وجه آخر فقالوا: إن كانت القرية مما يجب جنسها^(١) في الشرع كالصوم، والصلاة، والإعتاق^(٢)، ونحوها، فيلزم بالندر وأدرجوا الاعتكاف^(٣) في هذه الجملة. وإن لم يوجبه الشرع ابتداءً، بأن قالوا: الاعتكاف لبث في مكان بنية القرية، ومن جنسه، ماهو واجب شرعاً، وهو الوقوف بعرفات، وإن لم يكن في جنسها، واجب شرعاً، كعيادة المرضى، وتشميت العاطس^(٤).

وتشبيح الجنائز، ففي لزومها بالندر وجهان^(٥).

وذكر أبوسعده المتولي: أن الوجهين بينان على أن مطلق النذر يحمل على أقل ما يتقرب به، أو على أقل ما يجب في الشرع من جنس الملتزم؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى هذا الأصل.

فإن^(٦) قلنا: بالأول: لزم القربات كلها بالندر.

وإن قلنا: بالثاني فما لا يجب جنسه بالشرع، لا يجب بالندر.

[القسم الثالث: في نذر المباحات]

القسم الثالث: المباحات: التي لم يرد فيها، استحباب وترغيب، كالأكل، والنوم، والقيام، والقعود.

فلو نذر فعلها، أو تركها، لم ينعقد نذره.

روى عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: "بيننا^(٧) رسول الله صلى الله عليه

(١) في: ز "جنسه".

(٢) في: ب، ظ "الاعتكاف".

(٣) من "ونحوها فيلزم . . . الاعتكاف" ليست في ب، ظ.

(٤) في: أ "العاطسين".

(٥) من قوله: "وهو الوقوف . . . وجهان" ليست في ز.

والصحيح من الوجهين هو لزوم ذلك. انظر: الروضة ٣/٣٠٢، ومغني المحتاج ٤/٣٧٠.

(٦) في: أ "وإن".

(٧) في جميع النسخ "بينما" والصواب ما أثبتناه كما عند البخاري ٧/٢٣٤.

وسلم، يخطب إذا برجل قائم في الشمس، فسأل عنه؟ فقالوا: أبو إسرائيل^(١). نذر أن يقوم، ولا يقعد، ولا يستظل، ولا يتكلم، ويصوم، فقال النبي ﷺ: مروه فليتكلم، وليستظل، وليقعد وليتم صومه"^(٢).

وعن أحمد رحمه الله: أنه ينقعد نذر المباح، ويتخير الناذر بين الوفاء والكفارة^(٣).

قال الأئمة: وقد يتصور^(٤) أن يقصد بالأكل، التَّقْوِيَّ على العبادة، وبالنوم، النشاط عند التهجد، فينال الثواب، لكن الفعل غير مقصود، والثواب يحصل بالقصد الجميل.

وهل^(٥) يكون نذر^(٦) المباح يمينا، حتى تجب الكفارة، إذا خالف؟ فيه ما ذكرناه^(٧) في نذر المعاصي والمفروضات.

ونقل الإمام: أن القاضي الحسين قطع بوجوب الكفارة، في المباحات^(٨)، وذكر في نذر المعاصي، وجهين. وأنه علق الكفارة باللفظ من غير حنث، وهذا ما ذكره صاحب الكتاب حيث قال: نعم: إذا قال: "الله علي أن لا أكل فقد قيل تجب كفارة يمين، أكل، أو لم يأكل، بمجرد لفظه". وهذا لا يتحقق ثبوته.

(١) هو: صحابي أنصاري مدني، نقله النووي في تهذيب الأسماء واللغات ١٧٥/٢. ثم قال: "قال الخطيب البغدادي في كتابه الأسماء المبهمة: هو عامري ٠٠ وقيل: اسمه قيس ٠٠ ليس في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من كنيته أبو إسرائيل غيره، ولا من اسمه قيس غيره".

(٢) الحديث: أخرجه البخاري، باب النذر فيما لا يملك، وفي المعصية من كتاب الأيمان، والنذور ٢٣٤/٧، مجلد ٤، وليس فيه. راجع: تلخيص الحبير ١٧٧/٤، وإرواء الغليل ٢١٨/٨، حديث ٢٥٩١.

(٣) انظر: المقنع، ص ٣٢٣.

(٤) في: ز" قال: الأئمة وليتصور".

(٥) "هل" ليست في ز.

(٦) "نذر" ليست في أ.

(٧) فيه ماسبق في نذر المعصية ص ١٥٦ و ١٥٨، أو العزيز ٣٥٨/١٢ و ٣٥٩.

(٨) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/٢٧، لوحة ١٠١/أ. والصواب هو أنه لا كفارة في نذر المعصية. راجع: الروضة ٣٠٠/٣، مغني المحتاج ٣٧٠/٤.

والمشهور^(١) في كيفية الخلاف ما قدمناه^(٢).

وقوله: "إلا أن ينوي به اليمين" أراد به ما حكيناه، عن الإمام: رحمه الله: أنه يجوز أن يُجعل كناية عن اليمين، ويعد أن يجعل يميناً على الإطلاق^(٣).

[الفصل الرابع: في ختم الباب بفروع]

[قال الرافعي] ثم نختم الفصل بفروع^(٤):

الفرع الأول:
نذر الجهاد في
جهة عينها

وهو إذا نذر الجهاد، في جهة عينها، هل تتعين تلك الجهة؟ وفيه ثلاثة أوجه، قال: صاحب "التلخيص"^(٥) - رحمه الله - تتعين، لأن الجهاد يختلف باختلاف الجهات، من جهة قرب المسافة وبعدها ووعورة^(٦) الطريق، وسهولته، وقوة العدو، وضعفه. قال^(٧): الشيخ أبو زيد^(٨): لا تتعين، ويجوز أن يجاهد في جهة هي أسهل وأقرب من الجهة المعينة، وعن الشيخ أبي علي^(٩): وهو الأعدل: أن تلك الجهة لا

(١) هو أنه لا كفارة عليه. انظر: المصدرين نفسهما.

(٢) في: أ، ب، ظ "ماقدمناه".

(٣) نهاية المطلب ٥٠٠٠ / ٢٧ / لوحة ١٠١ / أ.

(٤) في: أ "بفرع".

(٥) هو: أحمد بن أحمد الطبري، أبو العباس، ابن القاص صاحب التلخيص. أحد أئمة الشافعية، تفقه على يدي ابن سريج، صنف مصنفات عدة منها: "التلخيص". وهو مختصر لطيف كثير الفوائد، يذكر في كل باب مسائل منصوصة، ومخرجة ثم، أموراً ذهب إليها الحنفية على خلاف قاعدتهم، وقد شرح شروحاً عدة. توفي عام ٣٣٥هـ رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٥٣ و ٢٧٩، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٠٦، وكشف الظنون ١/٤٧٩.

(٦) في: أ "بعدها ووعوره".

(٧) في: ز: "وقال".

(٨) أبو زيد: محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد المروزي من أئمة الشافعية، وأصحاب الوجوه، الإمام، البارع، المدقق، الزاهد، الورع، الحافظ.
ولد سنة ٣٠١هـ، وتوفي عام ٣٧١هـ. رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٣٤، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٤٤.

(٩) الحسين بن صالح بن خيران، البغدادي، الشيخ أبو علي. أحد أئمة المذهب، كان من أفاضل الشيوخ، عُرضَ عليه القضاء فمنع، وسمر باب بيته، توفي عام ٣٢٠هـ، وقيل ٣١٠هـ - رحمه الله.

تتعين، ولكن الجهة^(١) التي يجاهد فيها، ينبغي أن تكون مساوية للمعينة، في المسافة، والمؤنة، وتجعل مسافات الجهات كمسافات المواقيت في الحج.

[فروع]^(٢)

الفرع الثاني:
ما يشترط في
نذر القرية
المالية

يشترط في نذر^(٣) القرية المالية، كالصدقة، والتضحية والإعتاق، أن يلتزمها
مرسلة في الذمة، أو يضيف إلى معين يملكه.

أما إذا كان المعين لغيره. لم ينعقد نذره، لما روي أنه ﷺ، قال^(٤): "لا نذر في
معصية الله، ولا فيما لا يملكه ابن آدم"^(٥).

وروى أن المشركين استاقوا سرح المدينة، وفيه العصباء ناقة رسول الله ﷺ،
وأسروا امرأة من الانصار، فلما ناموا قامت، وركبت، العصباء، ونذرت، لمسح نجها
الله عليها، لتتحرنها فلما أتت المدينة، أخبر رسول الله ﷺ بذلك، فأخذ الناقة وقال:
"لانذر، فيما لا يملك ابن آدم"^(٦).

وذكر في "التتمة" أن في لزوم الكفارة بهذا، النذر وجهين: أظهرهما: المنع،
لأن النبي ﷺ لم يأمر الأنصارية بالتكفير^(٧).

الفرع الثالث:
قال: إن
ملك عبد
فله علي أن
أعتقه. ونحو
ذلك

وأنه لو قال: إن ملكت عبداً، فله^(٨) علي أن أعتقه، انعقد نذره، لأنه التزم
قرية، في مقابلة نعمة، وهي حصول الملك. وأنه لو قال: إن ملكت عبد فلان، فله
علي أن أعتقه فقولان: أشبههما: أن الجواب كذلك.

= انظر: تاريخ بغداد ٥٣/٨، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٦١/٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي
شعبة ٩٢/١.

(١) "الجهة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) ما بين المحصورتين ورد في جميع النسخ، ولعله مكرر لا فائدة من ذكره.

(٣) "نذر" ليست في ز.

(٤) "قال" ليست في أ.

(٥) سبق تخريج الحديث أول الباب ص ١٤٩-

(٦) الحديث أخرجه مسلم، وأحمد وغيرهما، عن عمران بن حصين وقد تقدم تخريجه في أول

الباب: "لانذر في معصية الله ٠٠٠" ص ١٤٩ -

(٧) وهو المذهب. انظر: الروضة ٣٠٣/٣، ومغني المحتاج ٣٥٧/٤.

(٨) في: أ "الله".

والثاني: لا ينعقد لأنه^(١) تصرفٌ معين، فلا ينفذ قبل الملك، هذا إذا قصد الشكر، على حصول^(٢) الملك، فإن قصد الإمتناع، من تملكه، فهو من قبيل^(٣) نذر اللجاج.

الرابع

الفرع الثالث:

لو قال: إن

شفى الله

مريضتي

وملكت عبداً

فله عليّ أن

أعتقه، فكل

عبداً ملكه

حرّاً، ونحو

ذلك.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضتي وملكت عبداً فله عليّ أن أعتقه، صح، لأنه التزام قرية في مقابلة نعمتين، وفي معناه، ما إذا قال: إن شفى الله مريضتي عليّ أن أعتق عبداً، إن ملكته.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضتي فكل عبد أملكه حرّاً، أو فعبد فلان حر إن ملكته لم يصح هذا النذر، لأنه ما التزم التقرب بقربة لكن علق الحرية بعد حصول النعمة، بشرط، وهو ليس بمالك حالة التعليق، فيلغو. كما لو قال: إن ملكت عبداً فهو حر. أو عبد فلان، فهو حر^(٤)، ولو قال: إن شفى الله مريضتي فعبدي حر، إن دخل الدار، صح، لأنه مالك عند التعليق، فصار كأنه علق عتق عبده بشفاء المريض، ودخول الدار. وإنه لو قال: إن شفى الله مريضتي فله عليّ أن اشترى عبداً، وأعتقه^(٥)، صح، ولم يضر التعرض لطريق الملك. وفي "التهذيب" في باب "الاستسقاء": أنه لو نذر الإمام أن يستسقي لزمه أن يخرج بالناس، ويصلي بهم. وفي الصلاة احتمال، عن القاضي، ولو نذر واحد من عرض الناس، لزمه أن يصلي منفرداً، وإن نذر أن يستسقي بالناس، لم ينعقد، فإنهم لا يطيعونه. ولو نذر أن يخطب، وهو من أهله، لزمه. وهل يجوز أن يخطب قاعداً مع القدرة على القيام؟ فيه خلاف. كما سنذكر في الصلاة المنذورة^(٦).

(١) في: أ "لا".

(٢) "حصول" ليست في ز.

(٣) انظر: المجموع ٤٥٥/٨، الروضة ٣/٣٠٣، ومغني المحتاج ٣٥٦.

(٤) انظر: الروضة ٣/٣٠٤.

(٥) في ز. "فأعتقه".

(٦) انظر: الروضة ٣/٣٠٦، ومغني المحتاج ٤/٣٦٩.

وسئِلَ صاحب الكتاب - رحمه الله - عما إذا قال: البائع للمشتري إن خرج المبيع مستحقاً، فله عليّ أن أهبّ منك ألف دينار، هل يصح هذا النذر؟ ولم يجب^(١) في الكتاب. إقراره^(٢) / بأن حاكماً حكم بصحته، هل يلزمه ذلك؟.

(٤٢٣/ز)

الفسر
السادس: إذا
قال البائع
للمشتري: إن
خرج المبيع
مستحقاً فله
عليّ أن أهب
منك ألف
دينار. أو أن
يكسو يتيماً.

أجاب بأن المباحات لا تلزم بالنذر، وهذا مباح، والإقرار بحكم الحاكم، لا يؤثر إلا إذا نقل مذهب معتبر، في لزوم مثله، بالنذر. و^(٣) ذكر بعضهم: أنه لو نوى أن يكسو يتيماً، لم يخرج عن العهدة باليتيم الذمي، لأن مطلق اليتيم في الشرع للمسلم، كما في قوله تعالى: "واليتامى والمساكين"^{(٤)(٥)}.

(١) في ز: "وإن كتب".

(٢) ورد بهامش العزيز رقم (١) ٣٦٤/١٢ "٠٠٠" فأجاب: المباحات لا تلزم بالنذر، وهذا مباح، فلا يلزم بالنذور ولا يؤيد فيه الإقرار ولا قضاء القاضي، نقله من فتاويه. إلا إذا نقل مذهب معتبر بلزوم النذر".

(٣) "و" ليست في أ.

(٤) سورة النساء، آية ٣٦.

(٥) قال النووي في الروضة ٣/٣٠٥ "ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على أنه يسلك بالنذر مسك واجب الشرع، أو جائزه، كما لو نذر نذر إعتاق رقبة" والله أعلم.

قال [الغزالي] النظر في أحكام النذر: وهي تتبع موجب اللفظ، والملتزمات أنواع:

الأول: الصوم، فإذا نذر مطلق الصوم، كفاه يوم. وفي لزوم التبييت قولان: أحدهما: أنه^(١) لا يجب، تنزيلاً، على أقل جائز، لا على أقل واجب. وكذا في الصلاة يكفيه ركعة، وفي الصدقة يكفيه دائق، لأن ذلك قد يجب في الخلطة؛ وفي الاعتكاف، هل يكفيه الدخول، والنية من غير مكث؟ فيه خلاف).

[الفصل الأول: الصوم]

[قال الرافي:] إذا صح النذر، وجب الوفاء به، والمرعي فيه. موجب ألفاظ الإلتزام، وقد فصله في "الكتاب". بتفصيل الملتزمات، وهي أنواع:

أحدها: الصوم، فإن أطلق التزامه، وقال: لله علي أن أصوم، أو صوم، لزمه صوم يوم، ويكفيه ذلك. ويجيء وجه، أنه يخرج عن النذر، بإمساك بعض اليوم، بناءً على أن النذر، يُنزل على أقل، ما يصح من جنسه، وأن إمساك بعض اليوم صوم، وسنذكرهما.

ولو نذر صوم يوم^(٢)، أو أيام، وقدّرهما فذاك. وإن أطلق، ذكّر الأيام نُزّل على ثلاثة ولو قال: أصوم دهرًا، أو حينًا، كفاه صوم يوم^(٣).

وهل يلزم التبييت في الصوم المنذور؟^(٤) يُبنى ذلك على أن الناذر إذا التزم بالنذر، عبادة وأطلق تسمية الملتزم على ما يُنزل نذره؟.

قال الإمام: وفيه قولان مأخوذان من معاني كلام الشافعي رضي الله عنه.

أحدهما: أنه ينزل على أقل واجب من جنسه، بأصل الشرع^(٥)، لأن^(٦)

(١) "أنه" ليست في ز.

(٢) "يوم" ليست في ب.

(٣) راجع: الروضة ٣/٣٠٥، ومغني المحتاج ٤/٣٦٨.

(٤) انظر: المختصر ص ٥٦، والروضة ٢/٣٥٠، ومغني المحتاج ١/٤٢٣.

(٥) "بأصل الشرع" ليست في أ، ز، ظ.

المنذور واجب، فيجعل كالواجب ابتداء من جهة الشرع لقرب^(١) الواجب.
والثاني: ينزل على أقل ما يصح من جنسه، لأن لفظ الناذر لا يقتضي التزام
زيادة عليه، فلا معنى^(٢) لالتزامه، ما لم يتناوله لفظه.
وهذا أصح عند الإمام^(٣)، وصاحب "الكتاب"^(٤) ورجح العراقيون والقاضي
الرويانى، وغيرهم الأول.

ويوافقه ما ذكرنا أن الأصح^(٥): أنه لا يجمع بتيمم واحد بين فريضة،
ومنذورة، وبين منذورتين، فإن قلنا، ينزل على أقل واجب من جنسه، أوجبنا التبيت.
وإن قلنا: ينزل على أقل ما يصح، لم يلزم التبيت، وصححناه بنية من النهار.
هذا إذا أطلق نذر الصوم. فأما إذا نذر صوم يوم، أو أيام، فصحته^(٦) بنية من
النهار مع التنزيل، على أقل ما يصح. يُبنى على أصل آخر، وهو أن المتطوع بالصوم،
إذا نوى نهائياً يكون صائماً من وقت النية، أو من أول النهار؟
وفيه خلاف مذكور، في الصوم^(٧).

والظاهر الثاني^(٨): فإن قلنا به صح صومه، بنية من النهار.
وإن قلنا: إنه يكون صائماً من وقت النية، فلا يخرج عن نذره إلا بأن يبيت،
لأنه التزم صوم يوم، ولا يتحقق على هذا الوجه صوم يوم إلا بنية منبسطة على اليوم،
والنية لاتعطف، فالوجه تقديمها. هذا لفظ الإمام^(٩).

(٦) "بأصل الشرع أقل ما يصح من جنسه: ليست في ظ.

(١) في: ز "أقرب".

(٢) في: ب، ظ "ولا".

(٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ / لوحة ٩٩.

(٤) انظر: الوجيز ٢٣٣/٢.

(٥) انظر: الروضة ٣٠٦/٣، ومغني المحتاج ٣٦١/٤.

(٦) في: أ "فصحت".

(٧) انظر: مختصر المزني ص ٥٦، والروضة ٣٥٠/٢، ومغني المحتاج ٤٢٣/١.

(٨) انظر الروضة ٣٠٦/٣.

(٩) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ / لوحة ٩٩.

وقوله في الكتاب: "تنزيلاً على أقل جائز": يعني ما يجوز تركه. ويُبنى على الأصل المذكور مسائل:

منها: إذا نذر أن يصلي مطلقاً فقولان:

أحدهما: وهو المنصوص في "المختصر"^(١)، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: أنه يلزمه ركعتان حملاً على أقل واجب في الشرع^(٢).

المسألة الأولى: إذا نذر أن يصلي مطلقاً ونحو ذلك

والثاني: نقله الربيع - رحمه الله - مع الأول: أنه يكفي ركعة، حملاً على ما هو صحيح^(٣).

ويقال: إن الأول الجديد.

والثاني: منقول عن القديم^(٤)، وعن أحمد رحمه الله روايتان، كالقولين^(٥).

وقوله في "الكتاب": "يكفيه ركعة" ليعلم بالحاء والألف. وأراد بقوله، "وكذا في الصلاة" التفريع على القول الأصح عنده، وهو التنزيل على أقل جائز.

وهل يجوز أن يصلي قاعداً مع القدرة على القيام؟ فيه وجهان، بناء على الأصل المذكور^(٦).

ولو نذر أن يصلي قاعداً، جاز أن يقعد، كما لو صرَّح في نذره، بركعة، له الاقتصار عليه. وإن صلى قائماً فقد أتى، بالأفضل، ولو نذر أن يصلي قائماً، لم يجز، أن يقعد. ولو نذر أن يصلي ركعتين، فصلى أربعاً بتسليمة واحدة بتشهد أو بتشهادين، فهل يخرج عن نذره؟ فيه وجهان المذكوران في "التممة".

أحدهما: لا. لأن ما التزمه يقتضي التحلل بعد الركعتين.

(١) انظر: المختصر ص ٢٩٩.

(٢) انظر: الهداية ٩١/٢.

(٣) الأم ٢٥٩/٢.

(٤) انظر: الروضة ٣٠٦/٣، ومغني المحتاج ٣٦٩/٤.

(٥) انظر: المقنع ص ٣١٨، والمغني ٦٣٤/١٢.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٣٦٩/٤ "الأول يجب مع القدرة والثاني: لا يجب، ثم قال: "محل الخلاف

إذا أطلق. فإن قال: أصلي قاعداً فله القعود قطعاً، كما لو صرح بركعة فتجزئه قطعاً، لكن القيام أفضل منه".

المسألة الثانية:
إذا نذر أن
يتصدق ونحو
ذلك

الثاني: نعم: كما لو نذر أن يتصدق بعشرة، فتصدق بعشرين، وبهذا أجاب في "التهذيب"^(١). لكن يمكن بناء الوجهين على الأصل السابق إن حملنا المطلق على الواجب شرعاً، فلا تجوز الزيادة، كما لو صلى الصبح أربعاً، وإن حملنا على الجائزات، فتجوز الزيادة.

وإن نذر أن يصلي أربع ركعات، فإن نزلنا المطلق على الواجب أمرناه بتشهدين؛ فإن ترك الأول، سجد للسهو، ولا يجوز أن يؤديهما بتسليمتين، وإن نزلناه على الجائز، فيتخير، إن شاء أداها بتشهدين، وإن شاء اقتصر على واحد، ويجوز أداؤها بتسليمتين بل هو أفضل^(٢). ولو نذر أن يصلي ركعتين على الأرض مُستقبلاً، لم يجز^(٣) آداؤها على الراحلة. وإن نذر آداءهما على الراحلة، فله أن يؤديهما على الأرض مستقبلاً.

وإن أطلق، ففيه خلاف مبني على الأصل المذكور وقد مرَّ في موضعه^(٤).

ومنها: إذا نذر أن يتصدق، لم يتقدر بخمسة دراهم، ولا بنصف دينار، وإن حملنا المطلق على الواجب من جنسه، لأن الخلطاء قد يشتركون في نصاب فيجب على أحدهم شيء قليل، فيكفيه، أن يتصدق "بدانق"^(٥) وما دونه مما يتمول، هكذا ذكره حكماً وتوجيهاً. وإنما يستمر هذا التوجيه على قولنا: بتأثير الخلطة في النقود. ثم ذلك^(٦) أن تقول إذا حملنا المطلق على الواجب، فإنما نحمله على أقل واجب من ذلك الجنس^(٧)، والأقل من الصدقة، غير مضبوط جنساً، وقدرًا، بل الأموال

(١) التهذيب ١٦٤/٨

(٢) انظر: الروضة ٣/٣٠٦، والمجموع ٨/٤٦٤، ومغنى المحتاج ٤/٣٦٩، قال النووي: "الأصح:

أنه يجوز بتسليمتين. والفرق بين هذه المسألة وباقي المسائل المخرجة على هذا الأصل عليه، وقوع الصلاة مثني وزيادة فضلها. والله أعلم"

(٣) في: ب، ز، د "لايجوز".

(٤) انظر: الوجيز ١/٣٧، وفتح العزيز مع المجموع ٣/٢٠٨.

(٥) الدانق: معرب، وهو سُدُسُ درهم. انظر: المصباح ١/٢٠١.

(٦) في: ز "ولك".

(٧) في: ز "من الجنس ذلك".

الزكائية^(١)، مختلفة الجنس وليس لواجبها قيمة مضبوطة، وصدقة الفطر أيضاً واجبة، وليس لها قيمة مضبوطة، فأمتنع إجراء هذا القول في الصدقة، وتعين اتباع اللفظ.

المسألة الثالثة:
إذا نذر أن
يعتكف

ومنها: إذا نذر أن يعتكف، وليس في جنس الإعتكاف واجب بالشرع، وقد سبق في بابه^(٢) ذكر وجهين، في أنه هل يشترط فيه اللبث، أم الدخول في المسجد مع النية اعتكاف شرعاً؟. والظاهر الأول، وحيثُ فلا بد من لبث^(٣).

ويخرج عن النذر باللبث ساعة، ويستحب أن يمكث يوماً، وإن اكتفينا بالدخول مع النية، ففيه ترددٌ للإمام أحد الاحتمالين: أنه يشترط اللبث، لأن لفظ الاعتكاف يشعر به.

والثاني: المنع حملاً للفظ على حقيقته شرعاً^(٤).

المسألة
الرابعة: إذا
نذر إعتاق
رقبة.

ومنها: إذا نذر إعتاق رقبة، فإن نزلنا المطلق على الواجب، فعليه إعتاق رقبة مؤمنة، تجزي في الكفارة. وبهذا قال: أبو إسحاق - رحمه الله - وإن نزلناه على ما يجوز خرج عن نذره بإعتاق كافرة، أو مَعِيبة.

قال الداركي^(٥) - رحمه الله -: والصحيح الأول، وهو قضية ما رُجِحَ في نذر الصلاة، أنه تلزمه^(٦) ركعتان، يؤيده ما نقل عن "الأم"^(٧)، أنه يجزيه، أي رقبة أعتق. إلا أن تكون كافرة، لكن ذكر في "المختصر"^(٨) بعدما أوجب ركعتين في نذر الصلاة، لو

(١) في: "الزكوية".

(٢) انظر: الوجيز ١/١٠٧، وفتح العزيز مع المجموع ٦/٤٨٠.

(٣) انظر: المجموع ٦/٤٩٠، ومغني المحتاج ١/٤٥١.

(٤) انظر: الروضة ٢/٣٩١.

(٥) هو: عبد العزيز بن عبد الله بن محمد، الإمام أبو القاسم الداركي. درس بنيسابور مدة، من كبار الشافعية. إنتهت إليه رئاسة المذهب ببغداد، تفقه على الشيخ أبي حامد، وكان ثقة توفي سنة ٣٧٥هـ في شوال عن نيف وسبعين سنة رحمه الله.

انظر: تاريخ بغداد ١٠/٣٦٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٤١، وابن هداية الله ص ٩٨.

(٦) في: "أنه لو نذر عتق رقبة". زيادة وهي خطأ.

(٧) الأم ٢/٢٥٩.

(٨) المختصر ص ٢٩٨.

نذر عتق رقبة، فأى رقبة أعتق أجزأه^(١). والجوابان، لا يتلاءمان. فقيل: لعله، ذكر مسألة العتق، في موضع آخر تفريقاً على القول الآخر، فجمع المزني بينهما، ومنهم من أوّل.

وقال: المعنى. أي رقبة تجزي في الكفارة^(٢).

ولو قيد فقال: لله عليّ أن أعتق رقبة مؤمنة سليمة، لم تجزه الكافرة^(٣) والمعيبة لاحالة. ولو قال: كافرة، أو معيبة لم تلزمه المؤمنة، والسليمة. ولو أعتق مؤمنة، أو سليمة ففيه وجه: أنه لا تجزي، والأصح خلافه^(٤)، لأنه أتى بما هو أفضل، وليس ذكر الكفر، والعيب للتقرب، بل لجواز الإقتصار على الناقص، كما لو نذر أن يتصدق بحنة رديئة يجزيه أن يتصدق بالجيذة. ولو قال: عليّ أن أعتق هذا العبد الكافر، والمعيب، لم يجزه^(٥) غيره، وإن كان خيراً منه لتعلق النذر بعينه^(٦).

(قال [الغزالي]: "ولو نذر صوم شهر متفرقاً" لم يلزمه التفريق، ولو عين يوماً، للصوم تعين في أحد الوجهين. ولو شرط التابع، في صوم شهر معين، لم يلزمه^(٧) التابع في قضائه، على أحد الوجهين، ولو قال: أصوم هذه السنة^(٨) فليس عليه قضاء أيام التشريق^(٩) والعيد، وأيام رمضان. وهل يجب قضاء أيام الحيض، والمرض؟ فيه وجهان. ويجب قضاء ما أفطر في السفر، ولو قال: على صوم سنة، فلا يكفيه إلا اثنا عشر شهراً^(١٠) ولا تنحط عنه أيام رمضان، والعيد، والحيض).

(١) في: ز "اجزأته".

(٢) انظر: الروضة ٣/٣٠٧، ومغني المحتاج ٤/٣٦٩.

(٣) في: أ "الكفارة".

(٤) انظر: المصدرين نفسيهما.

(٥) في: ز "لم يجزأه".

(٦) في: ز "النذر به".

(٧) في: ز "يجب".

(٨) "السنة" ليست في: أ.

(٩) "التشريق" ليست في: أ، ب، ظ.

(١٠) "شهرًا" ليست في: أ.

[قال الراعي]

الصورة
الأولى: إذا
نذر صوم
يوم، ولزمه
ونحو ذلك.

فيه صور: إحداها: إذا نذر صوم يوم ولزمه^(١) فيستحب أن يبادر إليه، ولا يجب بل يخرج عن النذر بصوم أي يوم كان، إلا أن لا يباح فيه الصوم. أو يكون من أيام رمضان^(٢). وكذا لو نذر صوم خميس^(٣)، ولم يُعين يصوم أي خميسٍ شاء، ويخرج به^(٤) عن النذر. وإذا مضى خميس^(٥) استقر في ذمته حتى يفدي عنه، إذا مات قبل أن يصوم. ذكره إبراهيم المروذي.

وإذا عين يوماً في نذره، كأول خميس من الشهر، أو خميس هذا الاسبوع، فهل يتعين؟ فيه وجهان: نقلهما "الصيدلاني" وغيره.

أصحهما، وهو الذي أورده معظم الأصحاب. أنه يتعين وفاءً بالملتزم.

والثاني: لا يتعين، كما لو عين له مكاناً، فعلى هذا يجوز له التقديم، والتأخير. وعلى الأصح لا يجوز، وإذا^(٦) أخر كان قضاء، ثم إذا^(٧) أخر بغير عذر، أثم، وإن كان معذوراً بسفر، أو مرض، لم يَأْثَمَ^(٨)، ولو عين يوماً من أسبوع والتبس عليه، فينبغي أن يصوم يوم الجمعة، فإنه أخر يومٍ من الأسبوع، فإن كان هو الذي عينه فقد أتى بما التزم، وإن كان يوماً قبله كان صومه قضاء.

ولو نذر يوماً من الاسبوع المعين، صام يوماً منه، أي يوم كان، ولا تثبت لليوم^(٩) المعين، وإن عيناه، خواص رمضان، من الكفارة عند الإفطار بالوقوع، ووجوب الإمساك، لو أفطر، وعدم قبول صوم آخر من قضاء، أو كفارة، بل الواقع

(١) في: ز "ولزم".

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣٥٨/٤.

(٣) في: ز "يوم خميس".

(٤) "به" ليست في: ز.

(٥) "خميس" ليست في: ز.

(٦) في: ز "ولو".

(٧) في: ز "إن".

(٨) انظر: الروضة ٣٠٧/٣، ومغني المحتاج ٣٦٢/٤.

(٩) في: أ "اليوم".

فيه قضاء، أو صوم كفارة، صح، ونفى الإمام الخلاف فيه^(١)، لكن في "التهذيب":
ذَكَرَ وجه آخر أنه لا ينعقد فيه صوم آخر، كما في أيام^(٢) رمضان.

والخلاف في أن اليوم المعين، هل يتعين؟ يجري في الصلاة إذا عين لها في النذر
وقتاً، وفي الحج إذا عين له سنة. والتعيين هو الذي أوردته في "التهذيب"^(٣).

فقال: ولو نذر صلاة في وقت عينه غير الأوقات المنهية، تعين. حتى لا يجوز
قبله، ولا يجوز التأخير عنه، ويجب القضاء، إذا لم يصل فيه. ولو نذر أن يصلي
ضحوة، صلى^(٤) ضحوة أي يوم شاء، ولا يخرج عن النذر، لو صلى في غير الضحوة،
ولو عين ضحوة، ولم يصل فيها قضى في أي وقت كان، من ضحوة، وغيرها^(٥).

ولو عين للصدقة وقتاً، قال: الصيدلاني: يجوز تقديمها، على وقتها بلا
خلاف^(٦).

والثانية: إذا نذر صوم أيام، مثل إن قال: "لله علي أن أصوم عشرة أيام"،
فالقول في أنه لا تجب المبادرة، وتستحب، وفي أنه إذا عينها، هل تعين؟ على ما ذكرنا
في اليوم الواحد. و^(٧) يجري الخلاف في^(٨) تعيين الشهر، والسنة المعينين. وحيث
لا تذكره^(٩)، تقتصر على الوجه الأصح^(١٠).

الصورة الثانية:
إذا نذر صوم
أيام مثل: إن
قال لله علي أن
أصوم عشرة
أيام.

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٨.

(٢) "أيام" ليست في: ز.

(٣) التهذيب، ١٦٤/٨.

ثم راجع: المجموع ٤٧٩/٨، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤ و ٣٦٥.

(٤) في: أ "فصلى".

(٥) انظر: التهذيب ١٦٩/٨، والروضة ٣٠٩/٣، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٦) انظر: المجموع ٤٧٩/٨.

(٧) في: ز "أو". وانظر: الروضة ٣٠٨/٣.

(٨) "في" ليست في: أ.

(٩) في: أ، ب، ظ "لا تذكر".

(١٠) انظر: المجموع ٤٧٩/٨.

ويجوز أن يصومها متتابعة، ومتفرقة، لحصول الوفاء على التقديرين، وفي كتاب القاضي ابن كج: أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يجب التتابع^(١).

وإن قيّد النذر بالتتابع لزمه، رعاية التتابع، فلو أحلّ به، فعلى ماسبق في صوم الشهرين المتتابعين. فإن قيد بالتفرق، فوجهان^(٢).

ذكر الإمام^(٣) أن الأصحاب بنوهما على اختلاف القول في أن التفريق في صوم التمتع بين الثلاثة وبين^(٤) السبعة هل يجب إذا فاتت الثلاثة، أو^(٥) أنهما يقربان من الوجهين، في أن الأوقات، هل تتعين للصيام، إذا عينت؟ فإن قلنا تتعين، لم يبعد حمل استحقاق التفريق عليه، كما لو قال: لله عليّ صوم الأثنين^(٦) فإنه يصومها على صفة التفريق ثم رأى الأصح من الوجهين: أنه لا يجب التفريق^(٧).

وهو الذي أورده صاحب "الكتاب" رحمه الله. ووجهه: بأن التفريق ليس وصفاً مقصوداً بخلاف التتابع، فإذا صام متتابعاً، فقد أتى بما هو أفضل، وأجاب القاضي ابن كج، وصاحب "التهذيب"^(٨) وغيرهما: بأنه يلزمه التفريق، وقالوا: التفريق مرعيّ في صوم المتع شرعاً، كما أن التتابع مرعيّ في صوم الكفارة. وذكروا: أنه لو صام عشرة أيام متتابعة تحسب له خمسة أيام، ويلغي بعد كل يوم، يوم. وهذا أقرب^(٩).

(١) انظر: الهداية ١/١٣١.

(٢) انظر: الروضة ٣/٣٠٩، والمجموع ٨/٤٧٩، ومغني المحتاج ٤/٣٥٩.

(٣) قوله: "الإمام" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "بين" ليست في: .

(٥) "بين" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) الأثنين: جمع اثنين. كما ورد في القاموس المحيط ٤/٣٠٩، لكن في المصباح المنير ١/٨٦، يقول: "أن يوم الاثنين لا يثنى، ولا يجمع، فإن أردت جمعه قدرت أنه مُفرد، وجمعه على أثنين...".

(٧) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحه ٩٨، وانظر: المجموع ٨/٤٧٩، والروضة ٣/٣٠٩، ومغني المحتاج ٤/٣٥٩.

(٨) التهذيب ٨/١٦٣.

(٩) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٥٩.

الصورة
الثالثة: إذا
نذر صوم
شهر

والثالثة : إذا نذر صوم شهر، نظر: إن عيّن كرجب، أو شعبان، أو قال: أصوم شهراً من الآن، فالصيام يقع متتابعاً، لتعيين أيام الشهر.

وليس التابع مستحقاً في نفسه، حتى لو أفطر يوماً، لا يلزمه الاستئناف. ولو فاته الجميع، لم يلزمه التابع في قضاائه، كما في صوم رمضان، فلو^(١) شرط التابع من غير تعيين الشهر، فهل يجب رعاية التابع.

فيه وجهان^(٢): أحدهما: لا يلزمه، لأن شرط^(٣) التابع مع تعيين الشهر لغو.

وأظهرهما: وهو الذي يوجد لأصحابنا العراقيين، أنها تجب، حتى لو أفسد يوماً، يلزمه الاستئناف.

وإذا فاته قضي متتابعاً، لأن ذكر التابع، يدل على كونه مقصوداً^(٤). وقد سبق مثل هذا، في الإعتكاف^(٥). ولو أطلق، فقال: أصوم شهراً، فله التفريق والتتابع، قال: الصيدلاني: وساعدنا أبوحنيفة رحمه الله ههنا^(٦). وإن خالف فيما إذا نذر اعتكاف شهر، فشرط التابع، ثم إن فرق، صام ثلاثين يوماً. وإن صام متتابعاً^(٧) وابتدأ به بعد^(٨) مضي بعض الشهر^(٩) الهلالي، فكذلك وإن ابتدأ به في أول الشهر، وخرج ناقصاً كفاه^(١٠).

و^(١١)الرابعة: إذا نذر صوم سنة، فله حالتان.

-
- (١) في: ب، ط "فإن".
(٢) من "من غير . . . التابع فيه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ز "وينسب إلى القفال: لا، لأن ذكر التابع".
(٤) انظر: المجموع ٤٨٠/٨، وشرح الجلال المحلى ٢٩٠/٤، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.
(٥) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٥١١/٦، والروضة ٤٠٠/٢.
(٦) انظر: الهداية ١٣١/١.
(٧) "متتابعاً" ليست في ز.
(٨) في: أ "بعض" وهو خطأ.
(٩) في: ز "الشهر بعض".
(١٠) انظر: المجموع ٤٨٠/٨، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.
(١١) "و" ليست في: أ.

الصورة الرابعة:
إذا نذر صوم
سنة ونحو ذلك

إحدهما: أن يعيّن سنة متوالية الأيام، كقوله: أصوم سنة كذا، أو سنة من أول شهر كذا، إلى مثله، أو من^(١) الغد، فصيامها يقع متتابعاً^(٢) يحق الوقت، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين، وكذا^(٣) أيام التشريق، تفرعاً على: أنه لا يجوز الصوم فيها، وهو الصحيح، ولا يجب قضاؤها، بل هي غير داخلية في النذر. وإذا أفطرت المرأة^(٤) بعذر الحيض، والنفاس، ففي وجوب القضاء، قولان، ويقال: وجهان.

أحدهما: أنه^(٥) لا يجب كيوم العيد، وزمان الحيض، والنفاس يقع مستثنى شرعاً.

والثاني: يجب؛ لأن^(٦) النذر محمول على الواجب شرعاً.

وإذا وقع الحيض في الصوم الواجب شرعاً، قضى، فكذلك^(٧) الواجب^(٨) بالنذر، ويخالف العيد، فإنه غير قابل للصوم، في نفسه. وهذا أصح عند صاحب "التهذيب"^(٩) والأول أصح عند أبي علي الطبري، وأبي الحسين بن القطان. ونسبه القاضي ابن كج إلى الجمهور، وتابعهم الروياني^(١٠).

ولو أفطر بعذر المرض، ففيه مثل هذا الخلاف، ورجح القاضي ابن كج فيه وجوب القضاء فرقاً بأنه لا يصح أن تنذر صوم أيام الحيض، ويصح أن تنذر صوم أيام المرض.

(١) "من" ليست في: أ.

(٢) في: أ، ب، ظ متتابعة.

(٣) "كذا" ليست في: ب، ظ.

(٤) "المرأة" ليست في: ز.

(٥) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "لأن" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: ز هكذا.

(٨) "الواجب" ليست في: ز.

(٩) انظر ١٥٧/٨.

(١٠) انظر: هذه الحالة: شرح الجلال المحلى ٢٩٠/٤، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.

ولو أفطر بعذر السفر، فالظاهر وجوب القضاء، لأنه يتعلق بمحض اختياره،
وبه قال: أبو الحسين وهو المذكور في الكتاب، ومنهم من طرد فيه الخلاف^(١)، وبه
قال: القاضي ابن كج.

وإذا أفطر في بعض الأيام بغير عذر أثم، وعليه القضاء بلا خلاف. وسواء
أفطر بعذر أو بغير عذر^(٢)، فلا يجب الإستئناف، وإذا^(٣) فاته صوم السنة، لم^(٤) يجب
التتابع في قضائه كما في صوم رمضان.
هذا إذا لم يتعرض للتتابع^(٥).

فإن شرط التتابع مع تعيين السنة، فعلى الوجهين المذكورين في الشهر^(٦)، فإن
قلنا تجب رعايته، فإذا أفطر بغير عذر، وجب الإستئناف، وإذا أفطرت^(٧) للحيض لم
يجب. والإفطار بالمرض، والسفر هل يبطل التتابع؟ فيه ما ذكرنا في صوم الشهرين
المتتابعين. في كفارة [اليمين]^(٨)، فإن قلنا لا يبطل ففي القضاء الخلاف السابق.

ولو قال "لله عليّ صوم هذه السنة، يتناول اللفظ السنة الشرعية، وهي من
المحرم إلى المحرم، فإن كان قد مضى بعضها، لم يلزمه إلا صوم الباقي.
فإن كان رمضان فيما بقي، لم يلزمه قضاؤه عن النذر، ولا قضاء العيدين،
وأيام التشريق والحيض، والمرض على ما ذكرنا^(٩) في جميع السنة^(١٠).

وقوله: "ولو قال: أصوم هذه السنة" يشبه أن يريد به، ما إذا نذر سنة، أشار
إليها بعينها، وليس المراد حكاية هذه اللفظة من قول، الناذر.

(١) في: ز الخلاف فيه.

(٢) من "أثم، وعليه ٠٠٠ بغير عذر" ليست في: ز.

(٣) في: أ "فإن".

(٤) في: ب، ظ "فلا".

(٥) راجع: المجموع ٤٨٠/٨، والروضة ٣١٠/٣، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٦) انظر: الروضة ٣١٠/٣.

(٧) في: أ "أفطر".

(٨) "كفارة اليمين" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب "الظهار" والله أعلم.

وتراجع المسألة، الوجيز ٨٤/٢، ومغني المحتاج ٣٦٥/٣.

(٩) في: أ "ذكر".

(١٠) انظر: الروضة ٣١٠/٣ و ٣١١، ومغني المحتاج ٣٦٠/٤.

الحالة الثانية: إذا نذر صوم سنة، وأطلق فينظر، إن لم يشترط^(١) التابع، فيصوم ثلاثمائة وستين يوماً، أو اثني عشر شهراً بالهلال، فكل^(٢) شهر استوعبه بالصوم، فناقضه كالكامل. وإن انكسر، لم يصم جميعه فعليه إتمامه^(٣) ثلاثين، وشوال ينكسر بسبب العيد فيكمله ثلاثين، فإن كان ناقصاً احتاج، إلى تدارك يومين وذي الحجة يكمله ثلاثين، فإن كان ناقصاً تدارك خمسة أيام، ولا يجب أن يصوم متتابعاً، وإن صام سنة على التوالي، تدارك للنذر رمضان والعيدين وأيام التشريق، ولا بأس بصوم يوم الشك عن النذر، وتدارك المرأة لأيام الحيض، هذا ظاهر المذهب^(٤).
وراءه وجهان:

أحدهما: عن أبي الحسين بن القطان رحمه الله: أنه إنما يخرج عن النذر بصوم ثلاثمائة وستين يوماً، لأن السنة تنكسر لاحالة، بسبب^(٥) رمضان، وأيام الفطر، وإذا انكسرت^(٦) وجب أن يعتبر العدد، كما أن الشهر إذا انكسر يعتبر العدد.

والثاني: ذكره الصيدلاني: أنه إذا صام من المحرم إلى المحرم، أو من شهر آخر إلى مثله خرج عن نذره لأنه يقال: أنه صام سنة، ولا يلزمه^(٧) قضاء رمضان وأيام الفطر، وإن شرط التابع، فقال: لله عليّ أن أصوم سنة متتابعة، فيلزمه التابع، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين، وأيام التشريق، وهل يلزمه تداركها للنذر، ففيه وجهان مذكوران في "التتمة" أظهرهما: عند صاحبها المنع؛ لأن السنة المتتابعة اسم لاثني عشر شهراً، أو ثلاثمائة وستين يوماً، وقد صام من هذه المدة ما يمكن صومه فلا تلزمه زيادة عليه، كما لو عين السنة.

(١) في: أ "يشترط".

(٢) في: أ "وكل".

(٣) في: ز "إتمام".

(٤) انظر: شرح الجلال الخلي ٢٩٠/٤، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٥) في: ز "يصوم".

(٦) في: ز "انكسر".

(٧) في: ب، ز "لا يلزم".

والثاني: وهو "المنصوص"^(١) وجواب معظم الأصحاب - رحمهم الله - أنه يلزمه التدارك، على الإتصال بآخر المحسوب من السنة، لأنه التزم صوم سنة، ولم يصم عما التزم سنة، ويخالف ما إذا كانت السنة معينة، لأن المعين في العقد لا يُبدل بغيره، والمطلق إذا عُين قد يبدل، ويشبه ذلك المبيع، إذا خرج معيماً، ولا يبدل، والمُسَلَّم فيه إذا سَلَّمَهُ، فخرج معيماً، يبدل، ثم يحسب بالشهر الهلالي، وإن كان ناقصاً على ما ذكرنا. وإذا أفطر بغير عذر وجب الاستئناف، وإذا أفطرت المرأة بعذر الحيض لم يجب الاستئناف. وفي عذر المرض والسفر، ما بيناه في صوم الشهرين المتتابعين^(٢).

ثم في قضاء الحيض، والمرض، الخلاف المذكور في الحالة الأولى^(٣).

فإذا نذر صوم شهر معين، فقضاء ما يتفق الإفطار فيه، بحيض، أو مرض، على ماتين في السنة، وكذا لو نذرت المرأة صوم يوم معين، فحاضت فيه، ففي وجوب قضاائه القولان^(٤). وإن نذرت صوم يوم^(٥) غير معين فشرعت في صوم يوم فحاضت، لزمها التدارك.

ولو نذر^(٦) صوم ثلاثمائة وستين يوماً، فعليه أن يصوم هذا العدد، ولا يلزم التابع، فإن قال: متتابعة، وجب رعاية التابع، ويقضي لرمضان، والعيدين، وأيام التشريق على الاتصال^(٧).

وحكى القاضي ابن كنج وجهاً ضعيفاً. أن ذكر التابع يلغو هاهنا.

(قال [الغزالي]: "ولو قال: لله على أن أصوم يوم يقدم فلان، فقدم ليلاً، فلا شيء عليه، وإن قدم نهاراً، لم يكفِّه صوم ذلك اليوم، لأنه"^(٨) لم ينوه بالليل.

(١) انظر: الأم ٢٠٩/٢.

(٢) انظر: معني المحتاج ٣٦٠/٤.

(٣) انظر: المجموع ٤٨١/٨، وشرح الجلال ٢٩٠/٤، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٤) أظهرهما. لا يجب. انظر: شرح الجلال المحلى ٢٩٠/٤.

(٥) "يوم" ليست في: أ.

(٦) في: أ "نذرت".

(٧) المجموع ٤٨١/٨، ومغني المحتاج ٣٦٠/٤.

(٨) في: أ، ب، ظ "مع أنه".

وهل يلزمه صوم يوم آخر؟ فيه قولان: ولو قال: عبدي حر، يوم يقدم فلان، فباع العبد ضحوة ذلك اليوم، ثم قدم، بان بطلان العقد على أحد القولين. ويحمل ذكر اليوم على جميع ذلك اليوم. ولو ظهر بعلامة، أنه يقدم غداً، فنوى ليلاً، كفاه مع التردد على أحد القولين، لظهور العلامة، ولو نذر من نوى نهاراً صوم تطوع أن يتم ذلك اليوم، لزمه، وكذلك لو نذر ركعة واحدة، ولو نذر أن يصلي قاعداً مع القدرة جاز له القعود، ولو نذر صوم بعض يوم لغا نذره في وجهه، وفي وجهه يلزمه يومٌ كامل، وكذا الخلاف لو نذر ركوعاً أو سجوداً، فعلى وجهه عليه ركعة. وعلى وجه يلغو، ولو نذر حج هذه السنة، وهو على مائة^(١) فرسخ^(٢)، ولم يبق إلا يوم فنذره لاغ. أ.هـ.

[فصل: إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان وفيه صور]

[قال الرافعي] مقصود الفصل: الكلام فيما إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، وقد ضُمَّتْهُ صوراً، حَقُّهَا: أن تُقَدَّمَ.

إحداها: إذا شرع في صوم تطوع، فنذر أن يتمه، فظاهر المذهب أنه يلزمه إتمامه^(٣). وفيه وجه^(٤)، لأنه نذر صوم بعض اليوم.

الصورة الأولى:
إذا شرع في
صوم تطوع
فنذر أن يتمه

ويجري الخلاف فيما إذا نذر أن يتم^(٥) صوم كل يوم نوى فيه صوم النفل. وإذا أصبح ممسكاً، ولم ينو، فهو متمكن من صوم التطوع. فلو نذر أن يصوم على هذا الوجه فقد أطلق في لزوم الوفاء. قولان: بناءً على أن النذر يُنَزَّلُ على واجب الشرع أو على ما يصح^(٦).

(١) في: أ، ب، ظ "مائي".

(٢) الفَرَسُخُ: مشتق من الفَرَسُخَةُ. وهو السعة ويقدر بثلاثة أميال. انظر: المصباح ٤٦٨/٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٦١/٤.

(٤) أي "لا يلزمه". انظر: المرجع نفسه.

(٥) في: أ، ب، ز "يتم".

(٦) انظر: المصدر نفسه، والروضة ٣١٢/٣.

قال الإمام رحمه الله: والذي أراه اللزوم^(١). فإن النذر مقيد بالصوم على هذا الوجه. وموضع القولين. حالة الإطلاق.

ثم حكى عن الأصحاب: أنه لو قال: عليّ أن أصلي ركعة واحدة، لم تلزمه، إلا ركعة.

وأنه لو قال: عليّ أن أصلي كذا قاعداً، يلزمه القيام عند القدرة، إذا حملنا المنذور على واجب الشرع، وأنهم تكلفوا فرقاً بينهما.

قال: ولا فرق فيجب تنزيلهما على الخلاف، وهو كخلاف في نذر الصوم نهائياً، عند إمكان التطوع به، فإنه بالإضافة إلى واجب الشرع بمثابة الركعة الواحدة بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة^(٢).

ولك أن تعلم، لما بينا قوله في "الكتاب". لزمه بالواو.

وقوله: "وكذلك لو نذر ركعة واحدة أيضاً" وكذلك قوله "جاز له القعود".

الثانية: لو نذر صوم بعض يوم، هل ينعقد نذره؟ فيه وجهان.

أصحهما: المنع، لأن صوم بعض اليوم ليس بقربة^(٣).

والثاني: ينعقد، وعليه صوم يوم كامل، وزاد صاحب "التممة". فقال: تبنى المسألة، على أن المتنفل إذا نوى الصوم نهائياً، يكون صائماً من وقت النية، أو من ابتداء النهار. إن قلنا من وقت النية، انعقد نذره، وإن قلنا من ابتداء النهار، فوجهان. أحدهما: لا ينعقد؛ لأن المنذور ليس بقربة، ولا سبيل إلى إيجاب زيادة، يلتزمها^(٤).

والثاني: ينعقد، لأنه قد ورد الأمر بإمساك^(٥) بعض النهار، كما في حق من أصبح مفطراً، يوم الشك، ثم بان أنه من رمضان، وذكر تفريعاً على الانعقاد، أنه لو

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ٩٩/ب.

(٢) انظر: المجموع ٤٨٧/٨، ومعني المحتاج ٤/٣٦١.

(٣) انظر: المصدرين السابقين.

(٤) في: أ "يلزمها".

(٥) في: ز "بالإمساك".

أمسك بقية نهاره عن النذر يجزئه، وإن لم يكن قد تناول في أوله شيئاً. وإن تناول فلا يجزئه على المذهب. وقد مرَّ في الصوم^(١)، وجه: أنه إذا نوى الصوم بعد الأكل يجوز، فعلى ذلك الوجه يجزئه عن نذره.

وهذا يخالف ماقدّمنا /، أنه يلزمه صوم يوم كامل^(٢). (ن/٤٢٧)

ولو نذر أن يصلي بعض ركعة ففيه وجهان كما مرَّ^(٣) في مسألة الصوم. ووجهُ الشيخ "المتولي" الانعقاد، بأن الإنسان قد يؤمر بفعل مادون ركعة، ويثاب عليه، وهو إذا أدرك الإمام بعد الركوع، حتى يدرك به فضيلة الجماعة، إذا اتفق^(٤) في الركعة الأخيرة.

قال: فعلى هذا، تلزمه ركعة كاملة إن أراد أن يأتي بالمنذور منفرداً. وإن اقتدى بإمام بعد الركوع في الركعة الأخيرة، فيخرج عن نذره، لأنه أتى بما التزمه، وهو قرية في نفسه.

والذي أطلقه غيره تفرعاً على انعقاد النذر، أنه تلزمه ركعة. وهو الجواب، إذا نذر ركوعاً باتفاق المفرعين، ولو نذر تشهداً، ففي "التتمة" أنه يأتي بركعة يتشهد في آخرها، أو^(٥) يقتدي بمن قعد للتشهد في آخر صلاته، أو يكبر، ويسجد سجدة، ويتشهد على طريقة من يقول: سجود التلاوة، يقتضي التشهد، ويخرج به عن نذره. ولو نذر سجدة مفردة، ففيه طريقان: قال^(٦): "في التتمة": أن السجدة قرية، بدليل سجدة التلاوة، والشكر ففي انعقاد نذره وجهان، كالوجهين في نذر عيادة المريض، وتشميت العاطس.

فلو قلنا: لا ينعقد، فالحكم كما في الركوع.

(١) انظر: الوجيز ١/١٠١، والروضة ٢/٣٥٢.

(٢) انظر: الروضة ٣/٣١٣، ومغني المحتاج ٤/٣٦١.

(٣) "مر" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) انظر: الروضة ٢/٣٥٢.

(٥) في: ز "و".

(٦) "قال" ليست في: ب، ز، ظ.

وقطع الشيخ "أبو محمد" بأن^(١) نذر السجدة المفردة^(٢) لا ينعقد، بناءً على أنها ليست بقربة، من غير سبب^(٣). وهو الظاهر كما تقدم في الصلاة^(٤).

الثالثة: إذا نذر أن يحج^(٥) في هذه السنة، وهو على مائة فرسخ، ولم يبق إلا اليوم، لم ينعقد نذره، لأنه لا يتأتى له الإتيان بما التزم. هذا ظاهر المذهب^(٦)، وذكر بناء عليه أن في لزوم كفارة اليمين بذلك خلافاً سبق في نظائره.

الصورة الثالثة:
إذا نذر أن يحج
في هذه السنة
وهو على مائة
فرسخ ولم يبق
إلا يوم.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً آخر أنه ينعقد نذره، ويقضي في سنة أخرى. هذه هي الصورة المضمّنة. ولنعقد إلى مقصود الفصل.

إذا نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، هل ينعقد نذره؟ فيه قولان: أحدهما: لا، وهو اختيار الشيخ أبي حامد؛ لأنه^(٧) لا يمكنه الصوم بعد القدوم، لأن التبييت شرط في صوم الفرض.

وإذا لم يمكن الوفاء بالملتزم يلغو^(٨) الالتزام، كما ذكرنا في التزام الحج في الصورة الثالثة.

وأظهرهما: وهو اختيار المزني^(٩). وإلى ترجيحه ذهب القاضيان "أبو الطيب" و"الرويانى" وإليه ميل "ابن الصباغ" وغيره: أنه ينعقد نذره، لأنّ الوفاء به ممكن بأن يعلم أنه يقدم غداً، فينوي من الليل، ويصوم عن النذر، وقد يجب الصوم في زمان،

(١) في: أ "إن".

(٢) في: أ "الفردة".

(٣) في: ب "بلا سبب" وليست في: ظ.

(٤) انظر: الوجيز ١/٦٥٣، فتح العزيز مع المجموع ٤/٢٠٢.

(٥) في: ز "الحج".

(٦) انظر: الروضة ٣/٣٠٠، ومغني المحتاج ٤/٣٥٧.

(٧) في: أ "أنه".

(٨) في: ز "فلغو".

(٩) انظر: مختصر المزني ص ٢٩٨.

لا يمكن الإتيان به، ويُؤثّر وجوبه^(١) في القضاء كالصبي يبلغ أثناء النهار، والمغمي عليه يفيق، والحائض تطهر^(٢).

التفريع: إن قلنا: لا ينعقد نذره فلا كلام.

وإن قلنا: ينعقد، فلو قدم فلان ليلاً، فلا صوم على الناذر، لأن الصوم معلق بيوم القدوم، ولم يوجد يوم قدوم. وإن قُدِّرَ أنه عَنَى باليوم الوقت، فالليل غير قابل للصوم، ويستحب أن يصوم من الغد، أو يوماً آخر شكراً لله تعالى، وإن قدم نهاراً، فللناذر أحوال.

إحداها: أن يكون مفطراً، فيلزمه أن يصوم عن نذره يوماً. وكيف يُقَدَّر؟ أنقول^(٣): يلزمه بالنذر، من أول اليوم، أو نقول يلزم من وقت القدوم؟ فيه وجهان ويقال قولان: أصحهما: وبه قال ابن الحداد^(٤): أنه يلزمه الصوم من أول اليوم، لأن قوله: أصوم يوم يقدم فلان، عبارة عن جميع اليوم. لا عن وقت القدوم، خاصة، إلا أن يوم^(٥) القدوم غير معلوم، فإذا قدم تبين أنه من أوله^(٦) يوم القدوم، فأشبهه ما إذا أصبح يوم الشك مفطراً، ثم بان أنه من رمضان، يلزمه القضاء.

والثاني: أنه يلزم من وقت القدوم، لأنه علق الالتزام بالقدوم، وبكونه في النهار، إلا أن صوم بعض اليوم لا يمكن، فلزمه^(٧) صوم يوم تام. قال في "التهذيب"^(٨)،

(١) في: ز "رجوعه".

(٢) راجع المسألة في: الأم ٢/٢٥٩، والمجموع ٨/٤٨٤، والروضة، ٣/٣١٤، ومغني المحتاج ٤/٣٦١.

(٣) في: أ "القول" وفي: ز "أن يقول".

(٤) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر أبوبكر الكتاني. المشهور بابن الحداد، شيخ الشافعية بالديار المصرية، جالس أبا إسحاق المروزي، كان كثير العبادة متضلعا في العلوم. له كتاب "أدب القضاء"، و "الباهر في الفقه"، وغيرهما، ولد سنة ٢٦٤هـ، وتوفي سنة ٣٤٥هـ رحمه الله.

انظر ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٣٠، وشذرات الذهب ٢/٣٦٧، وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٧٠.

(٥) "يوم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: ب "أول".

(٧) في: ز "فلزمه أن".

(٨) انظر: التهذيب ٨/١٦٢.

وليس هذا كما إذا نذر صوم بعض اليوم، حيث لا ينعقد على ظاهر المذهب، لأنه نذر هاهنا صوم يوم لكن شرط الوجوب حصل في البعض، فهو كما إذا شرع في صوم تطوع، ثم نذر إتمامه، فلزمه^(١) على ظاهر المذهب ويكون واجباً من حين نذر كما في جزاء^(٢) الصيد، يصوم عن كل مدٍ يوماً، ولو فضل عن^(٣) نصف مد، يصوم يوماً تاماً.

والواجب فيه^(٤) نصف يوم^(٥)، وقد يعبر عن هذا الخلاف، بأن ذكر القدم لتعريف اليوم، أو هو شرط الوجوب؟ ويتعلق بهذا الخلاف فوائد.

منها: بنى بعضهم القولين في انعقاد النذر من أصله^(٦) على هذا الخلاف، وقال: إن قلنا: إن قضيته لزوم الصوم من أول اليوم، انعقد.

وإن قلنا: قضيته اللزوم من وقت القدم، لم ينعقد، كنذر صوم بعض اليوم، وبل أولى، لأنه نذر صوم يوم في بعض اليوم وهو مستحيل.

ومنها: لو نذر أن يعتكف اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم نصف النهار.

فإن قلنا: بالأول اعتكف باقي اليوم، وقضى ما مضى. قال: الصيدلاني رحمه الله: أو يعتكف يوماً مكانه، وقضيته، تعين الزمان للاعتكاف، أن يتعين الأول، والظاهر التعيين. وإن قلنا بالثاني اعتكف باقي اليوم، ولم يلزمه شيء آخر^(٧).

ومنها: إذا قال: لعبده أنت حر اليوم الذي يقدم فلان، فباعه ضحوة يوم، ثم قدم فلان في بقية اليوم.

فإن قلنا: بالأول، بان بطلان البيع وحرية العبد، وبه قال ابن الحداد - رحمه

الله -.

(١) في: ب، ز "يلزمه".

(٢) "جزاء" ليست في: أ.

(٣) "عن" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ "منه".

(٥) في: ز "مدء".

(٦) في: ز "أصلهما".

(٧) انظر: المجموع ٤٨٥/٨، ومغني المحتاج ٣٦٢/٤.

وإن قلنا: بالثاني، فالبيع صحيح، ولا حرية، وهذا إذا كان قدوم فلان بعد تفريقهما عن المجلس ولزوم العقد.

أما إذا قدم قبل التفرق، أو في زمان الخيار المشروط، فيحصل العتق على الوجهين، لأنه إذا وجدت الصفة المعلق عليها، والخيار ثابت للبائع، يحصل العتق^(١). ولو مات السيد ضحوة، ثم قدم فلان، لم يورث عنه على الوجه الأول، ويورث على الثاني.

ولو أعتقه عن كفارته، ثم قدم، لم يجزه على الأول، ويجزيه على الثاني.

ومنها: إذا قال لزوجته أنت طالق، يوم يقدم فلان / فماتت، أو مات الزوج (٤٢٨/ز) في بعض الأيام، وقدم فلان في بقية ذلك اليوم.

فإن قلنا: بالأول بان الموت بعد الطلاق فلا توارث بينهما، إن كان الطلاق بائناً.

وإن قلنا بالثاني^(٢)، فلا يقع الطلاق، كما لو قال: إذا قدم فلان، فأنت طالق، فمات أحدهما، قبل قدومه^(٣). ولو خالعهما في صدر النهار، وقدم فلان، في آخره، فعلى الأول يتبين بطلان الخلع، إن كان الطلاق بائناً، وعلى الثاني: يصح الخلع، ولا يقع الطلاق.

الحالة الثانية:

إذا قدم فلان، والناذر صائم عن واجب من قضاء، أو نذر آخر، فيتم ماهو فيه، ويصوم لهذا النذر يوماً آخر. واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يعيد صوم الواجب الذي هو فيه، لأنه بان أنه صام يوماً مستحق الصوم، لكونه يوم قدوم زيد^(٤).

(١) انظر: الروضة ٣/٣١٥، ومغني المحتاج ٤/٣٦٢.

(٢) في: أ "ثانياً".

(٣) أي: لا يقع الطلاق المعلق. انظر: المجموع ٨/٤٨٥.

(٤) انظر: الأم ٢/٢٥٩.

قال: في "التهذيب" وفي هذا دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه، ثم صامه عن نذر آخر، أو قضاء، أنه ينعقد، ويقضى نذر هذا اليوم^(١).

الثالثة: إذا قدم وهو صائم، صوم تطوع، أو غير صائم، لكنه لم يأكل شيئاً. قال: في "التهذيب". وكان ذلك قبل الزوال، فبينى على أنه يلزمه الصوم من أول اليوم، أو من وقت القدوم، فإن قلنا بالأول، فيلزمه صوم يوم آخر، ويستحب أن يمكس^(٢) بقية النهار^(٣). وإن قلنا بالثاني. ففي "التتمة": أنه يُبنى على أنه، هل يجوز أن ينذر صوم بعض اليوم؟ إن قلنا يجوز فينوي إذا قدم، ويكفيه ذلك. ويستحب أن يعيد يوماً كاملاً للخروج من الخلاف^(٤).

وإن قلنا: لا يجوز فلا شيء عليه.

ويستحب أن يقضى، وفي "التهذيب" أنا إذا قلنا: يلزم الصوم من وقت القدوم، فهاهنا وجهان:

أصحهما^(٥): أنه يلزمه صوم يوم آخر والثاني: عليه إتمام ما هو فيه، ويكون أوله تطوعاً وآخره فرضاً، كمن شرع في صوم تطوع، ثم نذر إتمامه، يلزمه الإتمام. هذا إذا كان صائماً عن تطوع. وإن لم يكن صائماً، فينوي ويصوم بقية النهار إن كان قبل الزوال^(٦).

ولو تبين للنادر أن فلاناً يقدم غداً فينوي الصوم من الليل ففي إجزائه عن النذر وجهان.

أحدهما: وينسب إلى القفال: أنه لا يجوز، لأنه لا يمكنه الجزم به.

(١) انظر: التهذيب ٩/ لوحة. فصل إذا نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، بدون رقم.

(٢) من قوله: "أنه يلزمه . . . أن يمكس" ليس في: أ.

(٣) التهذيب ٩/ لوحة. فصل: إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان.

(٤) "من الخلاف. وإن قلنا: لا يجوز" ليس في: أ.

(٥) انظر: المجموع ٤٨٦/٨.

(٦) التهذيب، ١٦٣/٨.

فإن الإخبار قد يتطرق إليه خللٌ، وإن لم يتطرق، فقد يعرض مانع من القدوم، والتزدد يمنع صحة النية.

وأظهرهما: وهو الذي أورده الأكثر الإجزاء^(١)، لأنه بنى النية على أصل مظنون، والتجويز الباقي بعد الظن المتأكد، لا يمنع صحة النية على ما بيننا في كتاب الصوم^(٢).

وخصَّص صاحب "التتمة" الوجهين بما إذا قلنا: إنه يلزم الصوم من أول اليوم. وذكرنا^(٣) أنا إذا قلنا، باللزوم من وقت القدوم، فلا يجزيء الصوم بنية من الليل، لأن سبب الوجوب، لم يوجد في أول النهار، حتى ينوي إيقاع الصوم فيه عن الواجب.

فرغ: لو قدم فلان يوم العيد أو في رمضان، فهو كما لو قدم ليلاً^(٤) والله أعلم.

(قال [الغزالي]: "ولو نذر صوم الأثنين، أو يوم يقدم فلان أبداً، فقدم يوم الإثنين، لزمه الأثنين، لأن الصحيح أن الوقت^(٥) متعين في الصوم، ولا يجب قضاء الأثنين الواقعة في رمضان، إلا الاثنين الخامس، فإن ذلك قد يقع، وقد لا يقع، ففي قضائه خلاف).

وكذا^(٦) إذا وافق الاثنين يوم عيد، أو يوم حيض أو مرض، ففي القضاء خلاف).

فإن كانت تحيض عشراً فلا بد من وقوع بعض الأثنين في الحيض فالأظهر: أنه لا يجب قضاء ذلك.

(١) انظر: المجموع ٤٨٦/٨، ومعني المحتاج ٣٦٢/٤.

(٢) انظر: الوجيز ١/١٠١، وفتح العزيز مع المجموع ٣٤٢/٦.

(٣) في: ز "ذكرنا".

(٤) يعني لاشيء عليه. انظر: معني المحتاج ٣٦١/٤.

(٥) في: أ "الصوم".

(٦) في: ز "وكذلك".

وكذا الخلاف فيما يفوته بسبب صوم شهرين متتابعين، لزمه^(١) كفارة. والأظهر: أنها إن لزمتم قبل النذر، فلا نقضى كأيام رمضان".

[إذا نذر صوم يوم الاثنين، أو يوم يقدم فلان أبداً]

[قال الرافعي]: إذا نذر صوم يوم^(٢) الإثنين أبداً لزمه الوفاء به تفريراً على الأصح، وهو أن الوقت^(٣) المعين للصوم، يتعين^(٤)، ولو نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، أبداً فقدم يوم الاثنين، ففي انعقاد النذر لذلك اليوم الخلاف الذي سبق^(٥).

وفي سائر الأثنين يلزمه الصوم، كما لو نذر صوم الاثنين. ولا يجب قضاء الاثنين الواقعة في رمضان، لأن وجوب صوم رمضان سابق على النذر، فلا ينعقد عليها النذر. نعم لو وقع فيه خمسة أثنين ففي قضاء الاثنين الخامس وجهان، أو قولان، كالقولين فيما إذا وقع العيد في يوم الإثنين، لأن الخامس قد يتفق، وقد لا يتفق.

كما أن العيد قد يقع في يوم الإثنين، وقد لا يقع، والأربعة، لا بد منها.

وإذا وقع عيد في يوم الإثنين ففي قضاؤه قولان:

أصحهما: وهو اختيار المزني^(٦)، وأبي إسحاق رحمهما الله. أنه يجب^{لا} كالأثنين الواقعة^(٧) في رمضان لأن هذا متعين للإفطار، كما أنه متعين لصوم رمضان^(٨).

والثاني: يجب، لأن ذلك قد يتفق، وقد لا يتفق، فيتناوله النذر، بخلاف أثنين رمضان، وبخلاف ما إذا نذر، صوم سنة معينة.

(١) في: ب، ظ "لزمته في كفارة". وفي: ز "لزمه في كفارة".

(٢) "يوم" ليست في ز.

(٣) "الوقت" ليست في: ز.

(٤) انظر: المجموع ٤٧٩/٨.

(٥) انظر: ص ١٨٦. والصحيح ينعقد نذره. انظر: الروضة ٣١٤/٣، ومغني المحتاج ٣٦/٤.

(٦) انظر: المختصر، ص ٢٩٨.

(٧) "الواقعة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) انظر: المجموع ٤٨٢/٨، والروضة ٣١٦/٣، ومغني المحتاج ٣٦٠/٤.

حيث قلنا: لا يقضي^(١) العيدين، لأن وقوعهما في السنة لازم، ووقوع العيد في يوم الاثنين ليس بلازم.

وحكم أيام التشريق، بناء على الصحيح، وهو أنه لا صوم فيها، حكم العيدين.

ولو صدر هذا النذر من امرأة، وأفطرت بعض الأثانين بعذر الحيض، والنفاس، ففي القضاء، طريقان، قال: الأكثرون فيه قولان أيضاً، كما في العيدين^(٢)، ومن هؤلاء: القاضيان - أبو الطيب، وابن كج، والإمام، وصاحب "التممة".

وقطع آخرون بالوجوب؛ لأن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع، وواجب الشرع إذا فات بالحيض، والنفاس، يُقضى، ثم في "تعليق أبي حامد"، وغيره: ترجيح وجوب القضاء هاهنا، والمفهوم من إيراد من طرد القولين هاهنا ترجيح المنع، وإليه ذهب ابن الصباغ، وهذا كما مرّ فيما إذا نذر صوم سنة معينة/ ثم (٤٢٩/ز) طريقان، فيما إذا لم يكن لها عادة غالبية، فإن كانت، ففي القضاء فيما^(٣) يقع في عاداتها أظهر، وربما قطع به، لأنها لا^(٤) تقصد صوم اليوم الذي يقع في عاداتها غالباً في مفتتح الأمر.

وقيل: بخلافه، لأن العادة قد تختلف بالزيادة، والنقصان، وأما ما يختلف فقد يقع في عاداتها، وقد لا يقع، فهو على الخلاف فيما إذا لم تكن لها عادة. مثاله:

إذا كانت عاداتها أن تحيض عشرة أيام، فلا بد وأن يقع فيه يوم اثنين، ويجوز أن يتكرر^(٥) مرتين ففي الثاني الخلاف. ولو أفطر الناذر بعض الأثانين بعذر المرض، فالمشهور وجوب القضاء.

(١) في: أ "يقضي".

(٢) في: أ، ظ "العيد".

(٣) "فيما" ليست في: أ.

(٤) في: ز "لم".

(٥) في: ب "يكّرر".

وفي إيراد مُوردين، ما يقتضي القطع به، وجعله صاحب الكتاب والقاضي ابن كج على الخلاف المذكور فيه^(١)، إذا^(٢) نذر صوم سنة معينة، ويشبه أن يرجح وجوب القضاء فيه في المسألتين جميعاً^(٣).

ويجوز أن يُعَلَمَ لها^(٤) لفظ الخلاف من قوله في الكتاب "ففي القضاء خلاف"، بالواو، ولو لزمه صوم شهرين متتابعين عن كفارة، فيقدم صوم الكفارة على صوم الأثنين سواء^(٥) تقدم وجوب الكفارة أو تأخر، لأنه يمكن قضاء الأثنين.

ولو عكس لم يتمكن من صوم الكفارة، لفوات التابع بتخلل الأثنين، ثم إن لزم الكفارة بعد ماندر صوم الأثنين، فيقتضي الأثنين الواقعة في الشهرين، لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين بعد ذلك النذر، وإن لزم الكفارة قبله فوجهان، ويقال: قولان.

أحدهما: أنه لا يقضيها، كما لا يقضي الأثنين الواقعة في رمضان، لتقدم وجوبها على النذر.

والثاني: يجب القضاء، لأن الوقت غير متعين لصوم الكفارة.

ولو صام، في الشهرين أثنينهما^(٦) لوقعت عن نذوره، فإذا تركه قضى بخلاف أثنين رمضان.

وهذا أظهر عند صاحب "التهذيب"^(٧)، وطائفة من العراقيين.

ويُحَكَّى عن رواية الربيع. والأول أظهر عند الإمام^(٨)، وصاحب الكتاب، والقاضيين، أبي الطيب وابن كج^(٩).

(١) "فيه" ليست في: أ.

(٢) في: أ "فإذا".

(٣) انظر: الروضة ٣/٣١٧.

(٤) في: ز "لما بينا".

(٥) في: ب "فسواء".

(٦) في: أ "أثنينها".

(٧) انظر: التهذيب ٨/١٦٤.

(٨) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/لوحه ١٠٠.

ولو نذر أن يصوم شهراً متتابعاً، أو شهرين، أو أسبوعاً، ثم نذر صوم الأثانين، فإن لم يعين الشهر، أو الشهرين، فهو كما إذا لزمته الكفارة، ثم نذر الأثانين.

وإن عين ففي "التتمة": أنه يبنى على أنه إذا عيّن وقتاً للصوم، هل يجوز أن يصوم فيه عن قضاء، أو نذر آخر؟. وقد سبق فيه الخلاف^(١)، فإن^(٢) قلنا: يجوز فهو كما لو لم^(٣) يعين.

وإن قلنا: لا يجوز فحكم ذلك الشهر حكم رمضان.

وهذا مارواه صاحب "التهذيب"، وقال أيضاً: إذا صادف نذران زمناً معيناً، فيحتمل أن يقال: لا ينعقد النذر الثاني، وطرد هذا الاحتمال فيما إذا قال: إن قدم زيد فله عليّ أن أصوم اليوم التالي لقدمه، وإن قدم عمرو، فله عليّ أن أصوم أول خميس بعد قدمه، فقدما معاً يوم الأربعاء.

ونُقِلَ: أنه يصوم عن أول نذر نذره، ويقضي يوماً للنذر الثاني. وفي "تعليق الشيخ أبي حامد" وغيره. أنه لو نذر أن يصوم أول خميس بعد^(٤) شفاء مريضه، ونذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، فشفي المريض، وأصبح الناذر، في أول الخميس صائماً، فقدم فيه فلان، يقع صومه عما نواه والنذر الآخر^(٥).

إن قلنا: إنه لا ينعقد فلاشيء^(٦) عليه.

وإن قلنا: ينعقد فيقضي عنه يوماً آخر.

وقوله في "الكتاب". "وكذا الخلاف فيما يفوته بسبب صوم شهرين متتابعين، لزمه في كفارة إلى آخره"، قد يشعر ظاهره بإثبات الخلاف في قضاء الأثانين الفائتة،

(٩) وهذا القول. قد صححه النووي رحمه الله، انظر: الروضة ٣١٧/٣.

(١) انظر: العزيز ٣٦٨/١٢.

(٢) في: ز "وأن".

(٣) "لم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ "صائماً" وهو خطأ.

(٥) في: أ "الآخر".

(٦) في: ب "ولا شيء".

بهذا السبب على الإطلاق، وبأن الأظهر: الفرق بين أن يلزم^(١) الكفارة، قبل النذر، فلا يجب القضاء، أو بعده، فيجب، ولا يمكن حمله عليه، لأنه لا خلاف في أنه^(٢) يقضي إذا لزم الكفارة بعد النذر وكأنه^(٣) أراد أن^(٤) الخلاف فيما يفوته بسبب صوم الشهرين، حيث وقع الخلاف، يشبه الخلاف في الصور التي قدمها على هذه الصورة.

ثم قوله: "والأظهر إلى آخره".

فيه بيان الراجح من الخلاف مع التنصيص على موضعه، ولو قال: وكذا فيما يفوته يصوم شهرين متتابعين، لزمه في كفارة قبل النذر خلاف. والأظهر: أنه لا يقضي ليسلم^(٥) عن الاتهام المذكور^(٦).

(وقال [الغزالي]: "ولو نذر صوم الدهر، لزمه، ولا شيء عليه لأيام العيد، والحيض، ورمضان، وله الفطر بالمرض والسفر"^(٧)، ولا^(٨) يمكن القضاء، ولو أفطر عمداً^(٩)، فعليه الفداء^(١٠)، مُدًّا. إذ القضاء غير ممكن، والدهر مستغرق، ولو نذر صوم يوم العيد^(١١) لغا نذره، وفي يوم الشك، ونذر الصلاة في الأوقات المكروهة وجهان").

[فيما إذا نذر صوم الدهر]

[قال الرافعي] فيه^(١٢) مسألتان: إحداهما: إذا نذر صوم الدهر انعقد نذره.

المسألة الأولى:
إذا نذر صوم
الدهر

-
- (١) في: أ "يلزمه".
 - (٢) في: أ، ز، ط "أنها".
 - (٣) في: أ فكأنه.
 - (٤) "أن" ليست في: ب، ظ.
 - (٥) في: أ "أسلم".
 - (٦) في: ز "وكان أقصر".
 - (٧) في: ز "بالسفر والمرض".
 - (٨) في: أ "فلا".
 - (٩) "عمداً" ليست في: ز.
 - (١٠) "الفداء" ليست في: أ، ب، ظ.
 - (١١) في: ز "صوم عيد".
 - (١٢) "فيه" ليست في: أ.

قال^(١): "أبوسع المتولى" رحمه الله: لأن الصوم عبادة، وليس في صوم الدهر كراهية.

وقد ذكرنا في آخر كتاب الصوم^(٢)، أنَّ من الأصحاب من أطلق القول: بأنه مكروه، ولا يبعد أن يتوقف على ذلك التقدير، في صحة هذا النذر، لأن النذر تقرُّبٌ، والمكروه لا يتقرَّب به، والمذهب انعقاده^(٣).

ثم قد ذكرنا هناك: أنه يستثنى عن هذا النذر العيدان، وكذلك^(٤) أيام التشريق، ولو كان عليه قضاء رمضان، فالقضاء أيضاً يقع مستثنى، وكذا لو كان عليه كفارة عند النذر، وإن لزم الكفارة بعد النذر، فقد أطلقنا هناك. أنه يصوم عن الكفارة، ويفدي عن النذر^(٥).

وزاد صاحب "التتمة" رحمه الله، فقال: يبنى ذلك على أن المنذور يسلك به مسلك واجب الشرع، أو مسلك الجائز^(٦)؟.

إن قلنا بالأول: فلا يصوم عن الكفارة، ويصير كالعاجز عن جميع الخصال.

وإن قلنا: بالثاني فيصوم عن الكفارة. ثم إن لزمته الكفارة بسبب هو مختار فيه، فعليه الفدية، لأنه تارك لصوم النذر، بما فعل، وإلا فإن قتل خطأً فلا فدية عليه، بل هو كمن أفطر بعذرٍ.

ولو أفطر هذا الناذر في رمضان يعذر، أو غير^(٧) عذر^(٨)، فعليه القضاء، ويقدمه على النذر، كما يقدم الأداء، وكما يقدم قضاء الحج على الحجة المنذورة، ثم إن أفطر بعذر، فلا فدية عليه، وإن كان متعمداً لزمته الفدية، لأنه فوتَ صوم النذر

(١) في: ز "وقال".

(٢) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٧٣/٦، باب صوم التطوع.

(٣) انظر: المجموع ٤٨٤/٨، ومغني المحتاج ٤٤٨/١.

(٤) في: ب "كذا".

(٥) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٧٣/٦.

(٦) في: ب، ظ "الجائزات".

(٧) في: ز "بغير".

(٨) في: أ "عذر فلا فدية" وهي زائدة، والله أعلم.

بعدوانه. ولو أفطر يوماً، من الدهر، فلا سبيل إلى القضاء، لاستغراق^(١) أيام العمر بالأداء. ثم ينظر: إن أفطر بعذر مرض، أو سفر فلا فدية عليه؛ لأن من أفطر في رمضان بعذر، لافدية عليه، ففي القضاء أولى.

وإن أفطر عمداً بلا سبب فعليه الفدية، لتقصيره، كمن أفطر في رمضان متعمداً، ومات قبل التمكن من القضاء.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب فعليه "مد" بالواو^(٢). لأن الإمام قال: "الصوم المنذور، يقابل بالفدية التي يقابل بها صوم رمضان، على المذهب الظاهر"^(٣). فأشعر بالخلاف فيه.

ثم أفاد الإمام هاهنا شيئين:

أحدهما: أنه^(٤): لو نوى في بعض الأيام قضاء يوم أفطر فيه متعمداً، فالوجه: أن يصح، وإن كان الواجب غير مافعل، ثم يلزمه المدُّ لما ترك من الأداء في ذلك اليوم، ولك أن تقول: أيجي^(٥) في الصحة الخلاف المذكور فيما إذا عين وقتاً للصوم بنذره، هل^(٦) ينعقد فيه صوم آخر، لأن أيام العمر قد عينها بنذره للصوم^(٧)؟.

والثاني: قال^(٨): هل يجوز أن يصوم عن المفطر المتعمدي وليه في حياته، تفريراً على أنه يصوم عن الميت وليه؟

الظاهر: عندنا جوازه لتعذر القضاء منه^(٩).

وفيه احتمال من جهة أنه قد يطرأ عذرٌ يجوز ترك الصوم له، ويتصور تكلف

(١) في: ز "لاستغراقه".

(٢) "بالواو" ليست في: ز.

(٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/لوحه ١٠٠ - أ.

(٤) في: أ، ز "قال".

(٥) في: ز "ليجي".

(٦) "هل" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) انظر: الروضة ٣/٣١٦، ومغني المحتاج ٤/٣٦٥، وفتح العزيز ص ١٨٠.

(٨) "قال" ليست في: أ.

(٩) انظر: نهاية المطلب في دراية الحديث ٢٥، ٢٦، ٢٧/لوحه ١٠٠ - أ.

القضاء فيه، وقد يستفاد مما ذكره: أنه إذا سافر قضى ما أفطر فيه متعدياً، وينساق النظر، إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي؟.

الثانية: نذر صوم يوم العيد:

لا ينعقد، لأنه منهي عن صومه، فأشبهه ما إذا نذرت المرأة، صوم يوم الحيض. وقال أبو حنيفة رحمه الله: ينعقد نذره، ويصوم يوماً آخر مكانه^(١).

المسألة الثانية:
إذا نذر صوم
يوم العيد، ويوم
الشك وأيام
التشريق

وربما يروى: أنه لو صامه خرج عن نذره.

ولو نذر صوم أيام التشريق لم ينعقد على المذهب أيضاً.

وإذا فرغنا على القديم، وهو: أنه يجوز للمتمتع صومها، وجوزنا على أحد الوجهين لغير المتمتع صومها ففي "التتمة" أن في انعقاد النذر، وجهين، كنذر الصلاة في أوقات الكراهة^(٢).

ولو نذر صوم يوم الشك، أو الصلاة في الأوقات المكروهة، ففي انعقاده وجهان مبنيان على الوجهين في صحة الصوم فيه، والصلاة فيها، والأظهر المنع^(٣). وقد ذكرنا نذر يوم الشك في الصوم، والصورة الأخرى في الصلاة^(٤). والله أعلم.

(قال [الغزالي]: "النوع الثاني: الحج، فإذا نذر الحج^(٥) ماشياً وقلنا: إن^(٦) المشي أفضل لزمه.

ولو نذر أن يمشي من دويرة أهله. قَبْلَ الإحرام، ففي لزومه وجهان. فإن قلنا: يلزم المشي، قبل الإحرام، فإن أطلق حمل على المشي من الميقات، أو من دويرة أهله؟ فيه وجهان. وله الركوب بعد أحد التحللين على الأظهر، ولو فاته الحج، أو فسد لزمه لقاء البيت.

وفي جواز الركوب وجهان: ثم يلزم قضاء الحجة المنذورة.

(١) انظر: الهداية ١/١٣١.

(٢) في: ز "الأوقات المكروهة".

(٣) انظر: المجموع ٨/٤٨٦.

(٤) انظر: ص ١٤٥.

(٥) في: ز "أن يحج".

(٦) في: ز "سقطت إن".

ولو ترك المشي بعذر، وقع الحج عن نذره. وإن تركَ بغير عُذرٍ فقولان، فإن قلنا: وقع ففي لزوم دم^(١) شاة للجيران وجهان. وقيل إن ترك^(٢) بعذر أيضاً، يلزمه^(٣) الجبران، ولو ركب^(٤) بعض الطريق، ومشى في بعض، فالنص أنه إذا عاد للقضاء، ركب حيث مشى، ومشى حيث ركب، وقيل يلزمه المشي في الجميع.

[الفصل الثاني: في نذر الحج والعمرة]

[قال الرافعي] لا يخفى أن الحج والعمرة، يلزمان بالنذر، وإذا نذر أن يحج ماشياً، ويعتمر ماشياً، فهل يلزمه المشي، أم له أن يحج، أو يعتمر راكباً؟ فيه قولان: أصحهما: الأول. وهو الذي فرّع عليه الشافعي رضي الله عنه واشتهر من "نصه"^(٥).

وهما مبنيان على أن الحج راكباً أفضل، أو ماشياً؟ فيه قولان:

أحدهما: أن الركوب أفضل، لأن النبي ﷺ حج راكباً^(٦) وأيضاً ففيه تحمّل زيادة^(٧) مؤنة، وانفاق في سبيل الله عز وجل.

وأصحهما: أن المشي أفضل، لأن التعب فيه أكثر^(٨).

وقد اشتهر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها: "أجرك

على قدر نصيبك"^(٩)

(١) في: ز "ذبح".

(٢) في: ز "أيضاً بغير".

(٣) في: ز "يجب".

(٤) في: ز "ترك".

(٥) انظر: الأم ٢٠٦/٢.

(٦) الحديث أخرجه البخاري، باب الحج على الرجل، من كتاب الحج ١٤٠/٢، وانظر: تلخيص

الحبير ١٧٧/٤.

(٧) في: ز "زيادة تحمل".

(٨) انظر: المجموع ٤٨٩/٨، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.

(٩) الحديث أخرجه: البخاري في صحيحه، باب أجر العمرة على قدر النصب، من كتاب الحج

٢٠١/٢.

وأخرجه مسلم في صحيحه، باب قضاء الحائض العمرة من كتاب الحج، مختصر صحيح

مسلم، للحافظ المنذري، تحقيق الألباني، منشورات لجنة إحياء السنة، القاهرة، ص ١٩٩.

وحكى "الصيدلاني" بدل القول الأول أنهما سواء.

وقد توجه ذلك بتعارض المعنيين، وعن "ابن سريح" التسوية بين المشي والركوب، ما لم يُحرّم، فإذا أحرم، فالمشي أفضل.

وقال المصنف في "الإحياء"^(١)، وينبغي أن يفصل، ويقال: من سَهَّلَ عليه المشي، فالمشي في حقه أفضل، ومن ضعف عنه، وساء خلقه لو مشى^(٢)، فالركوب في حقه أفضل، كما أن الصوم للمسافر، والمريض، مما لم يؤدَّ إلى ضعف وسوء خلق أفضل". فإن قلنا: إن الركوب أفضل، أو سوينا بينهما فلا يلزمه المشي بالتعرض للمشي، وإن قلنا: إن المشي أفضل، لزمه ذلك، لأنه التزم في العبادة الملتزمة زيادة فضيلة، فصار كما إذا نذر الصوم متتابعاً^(٣).

واعلم أنا ذكرنا في الحج أن الوقوف بعرفة ركبياً أفضل من الوقوف راجلاً على أظهر القولين.

وهاهنا نجعل الحج ماشياً، أفضل، و^(٤)الوقوف أعظم أركانها مكاناً^(٥).

يريد بهذا حالة السير والحركة، وبذاك حالة اللبث والسكون.

[مسائل تنفرع على لزوم المشي]

ثم يتفرع^(٦) على قول لزوم المشي مسائل.

إحداها: في بداية^(٧) المشي، وهو^(٨) مصدره، بأنه لو صرّح بالتزام المشي من
المسألة الأولى: في بداية المشي. دويرة أهله إلى الفراغ من الحج، هل يلزمه المشي، قبل الإحرام؟ وفيه وجهان.

(١) أي: إحياء علوم الدين ٣١١/١، طبعة جديدة، دار الكتب العلمية، بيروت.

(٢) "لو مشى" ليست في "أ".

(٣) انظر: المجموع ٤٨٩/٨، والروضة ٣١٩/٣، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.

(٤) في: ب "فالوقوف".

(٥) في: ز "فكانا زيد".

(٦) في: أ "متفرع".

(٧) "في" ليست في: أ.

(٨) في: ز "وهي".

أحدهما: لا، لأن المشي قبل الإحرام لا قرينة فيه. وأقربهما^(١) نعم، لأن الأجر على قدر النَّصَبِ، والمشي إلى العبادة قرينة، وأيضاً فسندكر: أن الأظهر فيما إذا قال: أمشي إلى بيت الله الحرام^(٢) أنه يلزمه المشي من دويرة أهله، فكذلك إذا قال: أحج ماشياً، من دويرة أهلي.

قال الإمام^(٣) وللصورة التفات إلى أن الأجير على الحج إذا مات في الطريق قبل الإحرام / هل يستحق شيئاً من الأجرة؟^(٤)

(٤٣١/ز)

فإن قلنا: لا يلزمه المشي من دويرة أهله مع التصريح به فإذا أطلق، فأولى أن لا يلزم.

وإن قلنا: يلزم هناك، فإذا أطلق، وقال: أحج ماشياً فوجهان. أحدهما: أنه يلزمه المشي من دويرة أهله للعادة^(٥)، فإن من قال: حججت ماشياً فهم منه المشي، في جميع الطريق. وأصحهما: أنه يلزمه^(٦) من وقت الإحرام، سواءً أحرم من الميقات، أو قبله، لأنه التزم المشي في الحج، وابتداء الحج من وقت الإحرام، وقطع بهذا قاطعون^(٧).

ورُدُّوا الخلاف إلى ما إذا نذر المشي إلى مكة، أو إلى بيت الله تعالى وسيأتي القول فيه إن شاء الله^(٨). وأثبت في "التتمة"^(٩) الوجهين، وبناهما على أنه من أين يلزمه الإحرام؟ فعن أبي إسحاق المروزي، وجماعة^(١٠) أنه يلزمه الإحرام من دويرة أهله، لأن ذلك من تمام الحج.

(١) انظر: الروضة ٣/٣٢٠، ومغني المحتاج ٤/٣٦٣.

(٢) "الحرام" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "قال الإمام" ليست في: ز.

(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/لوحه ٩، ٩٢.

(٥) في: أ "للعبادة".

(٦) في: ب، ز، ظ "يلزم".

(٧) انظر: المجموع ٤٨٩/٨.

(٨) "وسيأتي ٠٠٠ إن شاء الله" ليست في: أ.

(٩) "التتمة" ليست في: أ.

(١٠) "وجماعة" ليست في: أ، ب، ظ.

وعن غيره: أنه لا^(١) يلزمه^(٢) إلا من الميقات كما في الواجب الشرعي.

فعلى الأول: يمشي، من دويرة أهله. وعلى الثاني: من الميقات، لأن المشي قبل الميقات، لا قرينة فيه. وقياس هذه الطريقة أن يقال: إذا صرح بالتزام المشي من دويرة أهله يلزمه الإحرام منها على الوجه الأول.

ولو قال: أمشي حاجاً فالظاهر أنه كقوله أحج ماشياً.

وقضية كل واحد^(٣) من اللفظين، اقتزان الحج والمشي. وفيه وجه: أن قوله، "أمشي حاجاً" يقتضي أن يمشي من مخرجه، وانتهاضه إلى الحج.

الثانية: في نهاية المشي، وفيها وجهان، حكاهما الإمام.

أحدهما: أنه يمشي إلى أن يتحلل التحلل^(٤) الثاني^(٥)؛ لأنه في أعمال الحج ما بقيت عُلُقَةُ الإحرام^(٦)، ثم له الركوب، وإن بقي عليه الرمي في أيام منى، لأنها خارجة من الحج خروج السلام الثاني من الصلاة.

والثاني: أن له الركوب بعد التحلل الأول؛ لأن اسم الحج^(٧) على الإطلاق يزول حنيئذٍ، وتتخفف تكاليف النسك، والأول هو المنصوص، والذي أورده الجمهور. وجعل صاحب الكتاب الثاني: أظهر، وحكاه القاضي الروياني عن "المجموع" وعده غلطاً، هذا في الحج.

أما العمرة فليس لها إلا تحلل واحد فيمشي إلى أن يتحلل، والقياس. أنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النسك لغرض تجارة، فله أن يركب، ولم يذكره.

الثالثة: لو فاته الحج، لزمه القضاء ماشياً. ثم من المعلوم أن من فاته الحج يحتاج لو فاته الحج.

المسألة الثانية في
نهاية المشي

المسألة الثالثة:
لو فاته الحج.

(١) "لا" ليست في: أ.

(٢) في: ظ "يلزم".

(٣) في "أ" واحدة.

(٤) "التحلل" ليست في: أ.

(٥) انظر: الأم ٢/٢٥٦، والروضة ٣/٣٢٠.

(٦) انظر: نهاية المطلب في رواية المذهب ٢٧/لوحه ٩٢.

(٧) في: ز "الحاج".

إلى لقاء البيت، ويتحلل بأعمال العمرة، فهل يلزمه المشي في تلك الأعمال؟ فيه قولان: أحدهما، وهو المنصوص في "الأم"^(١) "نعم"؛ لأن هذه الأعمال لزمته بالإحرام ماشياً، ومبنى الحج على إتمام ما وقع الشروع فيه بصفاته، وهذا أصح عند القاضيين الطبري، والرويانى.

والثاني: لا، لأنه^(٢) خرج بالفوات عن أن يكون حجة المنذور، ولذلك وجب القضاء. وإذا خرج عن أن يكون مندوراً وجب أن لا يلزم فيه المشي، وهذا أظهر عند الشيخين، أبي حامد والقفال، والصيدلاني، والإمام وغيرهم. ولو فسد الحج بعد الشروع فيه، فهل يجب المشي في المضي في الفاسد؟

فيه مثل هذا الخلاف. وإطلاق^(٣) صاحب الكتاب الوجهين في المسألة اتباعاً للإمام، وهي مشهورة بالقولين. وقوله "ثم يلزم قضاء الحجة المنذورة"، أي ماشياً. أما أصل القضاء فهو واضح من أن يحتاج إلى ذكره.

المسألة الرابعة:
لو ترك المشي
بعذر.

الرابعة: ولو ترك المشي بعذر، بأن عجز عنه، فحج ركباً، وقع حجه عن النذر، وهل عليه^(٤) جبر المشي الفاتت بإراقة دم؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، كما لو نذر أن يصلي قائماً، فعجز فصلى قاعداً، لاشيء عليه. وأصحهما: على ما ذكر الإمام^(٥)، وصاحب "التهذيب"^(٦): نعم، لما روى أن أخت^(٧) عقبة بن عامر^(٨) نذرت أن تحج ماشية، فسئِلَ النبي ﷺ فقيل: إنها لا تطيق

(١) انظر: ٢٥٦/٢.

(٢) وهو أظهرهما عند الأكثرين. انظر: المجموع ٤٩٠/٨، والروضة ٣٢٠/٣.

(٣) في: ز "وأطلق".

(٤) في: ز "يحتاج عليه".

(٥) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧ لوحة ٩٢ - أ.

(٦) انظر: التهذيب ١٥٤/٨.

(٧) "أخت عقبة بن عامر" قيل: إنها هي أم حبان بكسر الحاء وبعدها باء موحدة، أسلمت، وبايعت. انظر: تلخيص الحبير ٣٧٨/٣، ومختصر سنن أبي داود للمنذري ٣٧٨/٤، شرح عمدة الأحكام ١٥٨/٤.

(٨) عقبة بن عامر الجهني، صحابي مشهور، اختلف في كنيته على سبعة أقوال، أشهرها أبو حماد، ولي إمرة مصر، لمعاوية ثلاث سنين، وكان فقيهاً فاضلاً، مات سنة ٦٠ هـ تقريباً.

انظر: تهذيب التهذيب ٢١٦/٧. والتقريب ٢٨/٢.

ذلك، فقال: **كَلْتَرَكِبْ** ولتهد بدنه". ويروى **ولتهد هدياً**^(١). وليس كالصلاة، فإنه لا مدخل للحجر فيها بالمال وعلى هذا فما الذي يلزم؟.

المشهور: أنه يلزمه دم شاة^(٢)، وهو المذكور في "الكتاب" لقوله: "ولتهد هدياً" ومطلق الهدى، يحمل على شاة، ولأنه ترفه بترك المشي، فأشبهه ما إذا ترفه باللبس، والتطيب وحكى في "التتمة" قولاً: آخر أن عليه بدنه، لما روي في بعض الروايات في حديث، أخت عقبة، "ولتهد بدنه" وإن ترك المشي مع القدرة، فحج راكباً، فقد أساء، ثم فيه قولان: أحدهما: وينسب إلى القديم: أنه لا تبرأ ذمته بل عليه القضاء، لأنه التزم العبادة على صفة، وما أتى بها على تلك الصفة، مع القدرة، وذكر على هذا مأخذان:

أظهرهما: أن ما أتى به من الحج لم يقع عن نذره، لأن المنذور، الحج ماشياً. والثاني: أن^(٣) أصل الحج، وقع عنه، إلا أنه بقي المشي واجباً عليه، والمشى^(٤) لا يمكن تداركه مفرداً، فالزم حجة أخرى، ليتدارك فيها المشي وعلى هذا ينطبق ما حكى عن نص^(٥) الشافعي - رضي الله عنه - أنه لو كان قد ركب في بعض الطريق، ومشى في بعض، فإذا عاد للقضاء مشى حيث ركب، وركب حيث مشى، وعلى المأخذ الأول يلزمه المشي في القضاء كله.

والقول الثاني: وهو الأصح^(٦)، أنه تبرأ ذمته، ويقع ما أتى به عن النذر، لأنه قد أتى بأركان الحج، ولم يترك إلا هيئته، فصار كما لو ترك الإحرام من الميقات، أو

(١) الحديث: أخرجه مسلم، من حديث عقبة بن عامر، بلفظ "نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله خافية، وأمرتني أن استفتي رسول الله ﷺ، فقال: "لتمش، ولتركب" بدون "ولتهدى بدنه" أو "تهدي هدياً" صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٣/١١ من كتاب النذر. وأخرجه أبو داود بلفظ "فأمرها النبي ﷺ أن تترك وتهدي هدياً".

سنن أبي داود، باب ماجاء في النذر في المعصية، من كتاب الأيمان والنذور ٢٣٤/٣، حديث ٣٢٩٦. وانظر: تلخيص الحبير ١٧٧/٤، وإرواء العليل ٢١٩/٨.

(٢) انظر: المجموع ٤٩٠/٨، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٣) "إن" ليست في: أ.

(٤) "والمشي" ليست في: ز.

(٥) انظر: الأم ٢٥٦/٢.

(٦) انظر: المجموع ٤٩٢/٨، والروضة ٣٢١/٣.

المبيت بمنى، وعلى هذا فهل يلزمه الدم؟ فيه قولان: أوجهان.
 أحدهما: لا؛ لأن الفدية إنما تجب بترك أبعاض النسك، والمشى ليس من الأبعاض، وأظهرهما^(١) نعم للحديث الذي سبق، وعلى هذا، فالواجب شاة، أو بدنه، فيه ماسبق من الخلاف، ويحسن أن يُرتب الخلاف في الفدية إذا ترك المشى من غير عذر، على الخلاف فيما إذا ترك بعذر، ويقال: إن أوجبنا ثمَّ، فهانئنا أولى، وإن لم توجب ثم ففي الوجوب هانئنا، وجهان؛ لأنه إنما يلزم المشى بالنذر بشرط الإمكان، وقد يجمع بين الحالتين، ويقال: في وجوب الفدية، إذا ترك المشى، وأوقعنا المأتي به عن نذره ثلاثة أوجه. ثالثها الفرق بين المعذور، وغير المعذور.
 قال [الغزالي] ولو قال: أحجُّ عامي هذا فتعذر بمرض، ففي لزوم القضاء خلاف، وإن تعذر بإحضار، فلا قضاء).

[فيمن نذر حجاً]

[قال الرافعي]: من نذر حجاً فيستحب له أن يبادر إليه في أول سبئي^(٢) الإمكان، وإن مات قبل الإمكان، فلا شيء عليه، كما في حجة الإسلام.
 وإن مات بعده حجَّ عنه من ماله؟
 وإن عيَّن بنذره سنة تعينت على الصحيح، كما في الصوم^(٣).
 فلو حج قبلها، لم يعتد به.
 ولو قال: أحجُّ عامي هذا، وهو على مسافة يمكن الحج منها في ذلك العام، فعليه الوفاء تفريراً، على الصحيح^(٤).
 فإن لم يفعل مع الإمكان صار ديناً في ذمته يقضيه^(٥) بنفسه.
 فإن مات ولم يقض، أحجَّ عنه^(٦) من ماله وإن لم يمكنه، قال: في "التمة" بأن

(١) انظر: المجموع ٤٩٢/٨، والروضة ٣٢١/٣، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٢) في: ز "سنة".

(٣) انظر: ص ١٧٦، وانظر: مغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٤) انظر: المجموع ٤٩٤/٨، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٥) في: ز "و".

(٦) "عنه" ليست في: أ.

كان مريضاً وقت خروج الناس، فلم يتمكن من الخروج معهم، أو لم يجد رفقة، وكان الطريق مخوفاً لا يتأتى للآحاد سلوكه، فلا قضاء عليه، لأن المنذور حج في تلك السنة، ولم يقدر عليه، وهذا كما أن حجة الإسلام لا تستقر عليه. والحالة هذه. ولو صده عدو، أو^(١) سلطان بعدما أحرم حتى مضى العام، قال الإمام^(٢): لو امتنع عليه الإحرام لمكان الصد فالمنصوص: أنه لا قضاء عليه كحجة^(٣) الإسلام إذا صد عنها في أول سنة الإمكان، لا يلزم قضاؤها.

وخرَجَ ابن سريج قولاً. وبه قال: أبو حنيفة^(٤)، والمزني^(٥) فيما حكى الصيدلاني. أنه يجب القضاء، كما لو قال: أصوم غداً، فأغمي عليه حتى مضى^(٦) الغد، يلزمه القضاء، كما لو^(٧) منعه مرض، وباب النذر أوسع.

ألا ترى أنه لو نذر حجاً كثيرة، تلزم، ولا تلزم بالشرع إلا واحدة، وأنه لو نذر صلاة في يوم بعينه، فأغمي عليه^(٨) يلزمه القضاء ولا يلزمه قضاء صلوات ذلك اليوم. وظاهر المذهب الأول^(٩)، وإن منعه عدو، أو سلطان وهدده^(١٠)، أو منعه رب الدين، وهو لا يقدر على أدائه، ففي القضاء قولان: أظهرهما: أنه لا يجب^(١١). وفيه طريقة أخرى قاطعة بالوجوب، ويجريان معاً في الحصر الخاص في حجة الإسلام. ولو منعه المرض بعد الإحرام، فالمشهور وجوب القضاء، ولا يتنزل منزلة الصد. ألا ترى أنه يتحلل عن إحرامه بالصد، ولا يتحلل بالمرض.

-
- (١) "أو" ليست في: ز.
 - (٢) عن هذا القول. يَحْتَمِلُ في كتاب النذر، فصل، نذر الحج، فلم أجد ذلك. والله أعلم.
 - (٣) في: أ "كحجة".
 - (٤) انظر: الهداية ١٨١/٢.
 - (٥) انظر: المختصر ص ٢٩٨.
 - (٦) في: أ، ب، ظ "فمضى".
 - (٧) في: ز "لو نذر" وهو خطأ.
 - (٨) في: ز "عليه فيه".
 - (٩) انظر: الروضة ٣٢١/٣، ومغني المحتاج ٣٦٥/٤.
 - (١٠) في: أ، ز "وحده".
 - (١١) انظر: المصدرين نفسهما.

وذكر الإمام: أن الأصحاب: خرجوه على الخلاف المذكور في الصد^(١).
وكذلك حكى الخلاف فيما إذا امتنع عليه الحج^(٢) في ذلك العام بعد الاستطاعة.
وأنت إذا بحثت عن كتب الأصحاب، وجدتها متفقة على أن الحجة المنذورة
في ذلك كحجة الإسلام، إن اجتمعت في العام الذي عينه، شرائط فرض الحج،
وجب الوفاء واستقر في الذمة، وإلا فلا، والنسيان، وخطأ الطريق، والضلال فيه
كالمرض.

ولو كان الناذر معضوباً^(٣) وقت النذر، أو طرأ العضب، ولم يجد المال حتى
مضت السنة المعينة فلا قضاء عليه.

ولو نذر صلاة، أو صوماً، أو اعتكافاً، في وقت معين، ومنعه مما نذر، عدُّه أو
سلطان، يلزمه القضاء بخلاف الحج.

وقال: في "التهذيب"؛ لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع، وقد تجب
الصلاة، والصوم مع العجز، فكذلك يلزم بالنذر، والحج لا يجب، إلا عند الاستطاعة،
فكذلك حكم النذر.

[فروع منثورة]

[قال الرافعي]: فروع: تتعلق بهذا النوع: إذا نذر حجاً كثيرةً انعقد النذر،
ويأتي بها على توالي السنين بشرط الإمكان، فإن أحر استقر في ذمته ما أخره.
فإذا نذر عشر حججات، ومات بعد خمس سنين، وأمكنه الحج فيها، قضى من
ماله خمس حججات.

ولو نذرها المغضوب، ومات بعد سنة، وكان يمكنه أن يحج عن نفسه العشر
في تلك السنة قضيت من ماله، وإن لم يف ماله، إلا بجنتين أو ثلاث لم يستقر، إلا

(١) في: ز "الحج".

(٢) في: ز "الصد".

(٣) "معضوب": "رجل معضوب" زمن لا حراك به كأنه الرمانة (عَضْبَتُهُ) ومنعته الحركة.

المقدور عليه.

ومن نذر الحج، لزمه أن يحج بنفسه إلا أن يكون مغضوباً، فيحج عن نفسه.
ولو^(١) نذر أن يحج راكباً، فإن قلنا: إن المشي أفضل، أو سوينا بينهما، فإن
شاء مشى، وإن شاء^(٢) ركب.

وإن قلنا: إن الركوب أفضل فعليه الوفاء، وإن مشى فعليه دم، لأنه اندفع عنه
مؤنة الركوب، وترفه.

وقال: صاحب "التهذيب"^(٣) عندي لا دم عليه، لأنه عدل إلى أشق الطريقتين.

وإن نذر أن يحج^(٤) حافياً، فله أن يلبس النعلين، ولا شيء عليه.

ويخرج النادر عن نذر الحج، بالإفراد والقران، والتمتع.

وإن نذر القران فقد التزم النسكين. فإن أتى بهما مفردين، فقد أتى بالأفضل،

فيخرج عن نذره، وإن تمتع، فكذلك.

وإن نذر الحج، والعمرة مفردين فقرن، أو تمتع، وقلنا: إن الإفراد أفضل وهو

الظاهر^(٥) من المذهب، فالتفريع كما ذكرنا فيما إذا نذر الحج ماشياً، وقلنا: إن

المشي، أفضل فحج راكباً. ومن نذر أن يحج وعليه حجة الإسلام، لزمه للنذر حجة

أخرى، كما لو نذر أن يصلي وعليه صلاة الظهر تلزمه صلاة أخرى.

(١) في: ز "ومن".

(٢) "شاء" ليست في: أ.

(٣) "التهذيب" ١٥٣/٨.

(٤) في: ز "نذر الحج".

(٥) انظر: المجموع ٤٩٥/٨.

النوع الثالث: إتيان المساجد

[قال الغزالي]: (النوع الثالث: إتيان المساجد: فإذا نذر إتيان مسجد، لم يلزمه إلا المسجد الحرام، وفي مسجد المدينة ومسجد إيلياء^(١)، قولان، فإن قلنا: يلزم، وجب أن يضيف إليها عيادة على قول. وكفى مجرد الإتيان على قول. وإن^(٢) قلنا: لا بد من عبادة. فقليل: تجب صلاة، ولو ركعة. وقيل: بل اعتكاف. وقيل: يتخير بينهما. وإن^(٣) كان النذر لإتيان المسجد الحرام، فالعمرة، والحج أخص به من الاعتكاف، والصلاة، فيجزى ذلك، لكن إن قلنا: إن النذر، يحمل على أقل واجب، فإذا نذر إتيان مسجد^(٤) لزمه حج أو عمرة. وإن^(٥) قلنا: لا^(٦)، فيلزمه إحرام، لدخول مكة على قول، فإن لم ينو^(٧) ذلك فهو كمسجد المدينة.

ولو قال: آتي^(٨) عرفة لم يلزمه شيء، لأنه من الحل.

ولو قال: آتي مسجد الخيف، فهو كالمسجد الحرام، لأنه من الحرم.

وكذلك سائر أجزاء الحرم.

ولو قال: آتي إلى مكة لم يلزمه شيء إلا إذا قصد الحج.

وكذلك إذا قال: آتي بيت الله^(٩) فإن^(١٠) جميع المساجد بيت الله. ولو نذر

الصلاة في المسجد الحرام، لزمه، ولو^(١١) عين مسجداً، لم تلزمه إلا المساجد الثلاثة،

(١) في: أ "أومسجد المدينة، أومسجد إيليا، ففيها" وفي: ب، ظ "ففيهما".

(٢) في: ب، ز "فإن".

(٣) في: ب "فإن".

(٤) في: ز "المسجد الحرام".

(٥) في: أ، ب، ظ "فإن".

(٦) في: ز "وله".

(٧) في: أ "يزد". وفي: ز "ير".

(٨) في: أ "إلى" وليست في: ز

(٩) في: ز "بيت الله الحرام".

(١٠) في: أ "وإن".

(١١) في: ب "وإن".

فإنها تتعين للصلاة. وقيل: في تعيينها، قولان. ولو نذر المشي إلى مسجد المدينة، أو مسجد بيت المقدس، فهو كنذر المشي من دويرة أهله قبل الإحرام. وفيه^(١) وجهان.

ولو نذر صلاة في الكعبة، جاز الصلاة في جوانب المسجد).

[الفصل الثالث: في إتيان المساجد]

[قال الرافي]: التقديم والتأخير في صور الفصل، أقرب إلى الإيضاح وتهذيب المقصود.

فلا يراعى ترتيب الكتاب فيه.

ونقول في النوع مسألتان: إحداهما: في نذر إتيان المساجد، ونحوها.

المسألة الأولى:
في نذر إتيان
المساجد ونحوها

إذا قال: لله عليّ أن أمشي إلى بيت الله الحرام، أو آتية أو أمشي إلى البيت

الحرام، ففيه طريقتان:

أصحهما^(٢): أنه ينعقد نذره، ويلزمه إتيانه، لما روى عن ابن عباس، رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم "أمر أخت عقبة بن عامر وقد نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى. أن تمشي بحج أو عمرة"^(٣).

والثاني: وهو الذي أورده الصيدلاني، وصاحب "التممة". أن فيه خلافاً وسيبئ مبناه ومأخذه في التفريع.

ولو قال: أمشي إلى بيت الله، أو آتية، ولم يذكر: الحرام، فوجهان، أو قولان: أحدهما: أن مطلقه يحمل على البيت الحرام، لأنه السابق إلى الفهم فيصير كالمذكور. وأصحهما: أنه لا ينعقد نذره إلا أن ينوي البيت الحرام، لأن جميع المساجد

(١) في: أ، ز "وفيه".

(٢) وهو المذهب: انظر: الروضة ٣/٣٢٢، ومغني المحتاج ٤/٣٦٢.

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٢٤.

بيت الله تعالى، وظاهر^(١) ما نقله المزني^(٢) يوافق الأول.

والقائلون بالثاني نسبوه إلى الإهمال، وربما أولوا^(٣).

ولو قال: أمشي إلى الحرم^(٤)، أو إلى المسجد الحرام، أو إلى مكة، أو ذكر بقعة أخرى من بقاع الحرم، كالصفا، والمروة، ومسجد الخيف، ومنى والمزدلفة، ومقام إبراهيم، وقية زمزم، وغيرها، فهو كما لو قال: إلى بيت الله الحرام.

حتى لو قال: آتي دار أبي جهل^(٥)، أو دار الخيزران^(٦)، كان الحكم كذلك، لشمول حرمة الحرم بتنفيذ الصيد وغيره.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يلزمه المشي، إلا أن يقول: إلى بيت الله الحرام، أو إلى مكة، أو إلى الكعبة أو مقام إبراهيم^(٧).

ولو نذر أن يأتي عرفات، فإن أراد التزام الحج، وعمر عنه بشهود عرفه، أو نوى أن يأتيها محرماً، انعقد نذره بالحج.

وإن لم ينو ذلك، لم ينعقد، لأن عرفات من الحل، فهو كما لو نذر إتيان بلدٍ آخر. وعن ابن أبي هريرة: أنه إن نذر إتيان عرفات، يوم عرفة، لزمه أن يأتيها حاجاً. وقيد في "التممة" هذا الوجه بما إذا قال: يوم عرفة بعد الزوال. وعن القاضي

(١) في: أ، ب، ظ "فظاهر".

(٢) انظر: الأم ٢/٢٥٦، والمختصر ص ٢٩٧.

(٣) في: أ "أولوه".

(٤) في: ز "بيت الله الحرام".

(٥) أبو جهل: هو: عمرو بن هشام بن المغيرة القرشي المخزومي عدو الله، فرعون هذه الأمة. كان يكنى في الجاهلية أبا الحكم فكناه صلى الله عليه وسلم أبا جهل، كان من أشد الناس عداوة لرسول الله ﷺ قتل يوم بدر كافراً في السنة الثانية من الهجرة.

انظر ترجمته: البداية والنهاية ٣/٢٨٧، المجلد ٢، تهذيب الأسماء واللغات ١/٣٣٨ و ٢/٢٠٦. دار الخيزران: هي دار في مكة مشهورة، اشتريتها وزادتها بالمسجد الحرام. "الخيزران: وهي زوجة المهدي وأم ولده اشتراها، ثم أعتقها وتزوجها وولدت له خليفتين "الهادي، والرشيد" ملكة حازمة انفردت بكبار الأمور، ولم يتوفر هذا الحظ لغيرها. توفيت رحمها الله سنة ١٧٣ هـ.

انظر ترجمتها في: تاريخ بغداد ١٤/٤٣٠، البداية والنهاية ١٠/١٦٣، والأعلام ٢/٣٢٨ هـ.

(٧) انظر: الهداية ٢/٩٠، والميسوط ٤/١٣٢.

"الحسين". الاكتفاء بأن يخطر له شهودها يوم عرفة، وربما قال: بهذا الجواب على الإطلاق^(١).

ولو قال: آتى مرَّ الظهران^(٢) أو بقعةً أخرى قريبةً من الحرم، لم يلزمه شيء، ولا فرق في لزوم الإتيان، بين لفظ المشي، والإتيان والانتقال، والذهاب، والمضي، والمصير، والمسير، ونحوها. ولو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة، فهو كما لو نذر^(٣) إتيانها. وعن أبي حنيفة رحمه الله^(٤): أنه لا يلزمه شيء إلا بلفظ المشي. ولو نذر أن يأتي مسجد المدينة، أو مسجد إيلياء. وهو المسجد الأقصى. فهل يلزمه إتيانها؟ فيه قولان. قال: "البويطي" يلزم كالمسجد الحرام. وبه قال مالك^(٥)، وأحمد^(٦). وهو اختيار "أبي إسحاق" لأن النبي ﷺ نص^(٧) على هذه المساجد الثلاثة، بالإتيان وشد الرحال إليها، فقال: "لاتشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد، المسجد الحرام، والمسجد الأقصى، ومسجدي هذا"^(٨).

وقال في "الأم"^(٩) "لا يلزم، ويلغو النذر" وبه قال: أبو حنيفة^(١٠)، وهو الذي رجحه العراقيون، والرويانى، وغيرهم^(١١)، لما روي عن جابر: أن رجلاً قال: يا رسول

-
- (١) والصحيح الأول، انظر: الروضة ٣/٣٢٢، ومغني المحتاج ٤/٣٦٣.
- (٢) "مرَّ الظهران": بلفظ التثنية اسم وادٍ بقرب مكة، وبُنيت إليه قرية هناك، فقيل "مرَّ الظهران" المصباح المنير ٢/٣٨٧. وانظر: معجم البلدان ٤/٦٣.
- (٣) في: أ "نوى".
- (٤) انظر: الهداية ٢/٩٠.
- (٥) انظر: مختصر خليل ص ١٠٣.
- (٦) انظر: المغني ١٣/٦٣٨.
- (٧) في: ز "خص هذه المساجد".
- (٨) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه، باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، ٥٦/٢. وأخرجه مسلم في صحيحه من كتاب الحج، باب فضل المساجد الثلاثة ٩/١٦٨ بشرح النووي.
- (٩) ٢/٢٥٦.
- (١٠) انظر: المبسوط ٤/١٣٢.
- (١١) انظر: الروضة ٣/٣٢٣.

الله "إني نذرت إن فتح الله عليك مكة، أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، فقال: صلي هاهنا، فأعاد عليه، فقال: صلي هاهنا، ثلاثاً"^(١).

ومعلوم أن هذا النذر يتضمن الإتيان، ولأنهما، لا يقصدان بالنسك فأشبهها سائر المساجد.

التفريع: إذا قلنا: يلزمه إتيان المسجد الحرام، وهو المذهب، فقد^(٢) ذكر الصيدلاني، وغيره، أنا^(٣) إن قلنا: يحمل النذر على الواجب شرعاً، فعليه حج، أو عمرة، وبهذا أجاب الشافعي رضي الله عنه. في المسألة، وهو الظاهر^(٤).

وإنما تتم القرية في إتيانه بالنسك المخصوص به، وإن قلنا: لا يحمل على الواجب، فيبني على أصل آخر، وهو أن دخول مكة هل يقتضي الإحرام بحج أو عمرة؟ إن قلنا، نعم، فإذا أتاه فعليه حج، أو عمرة.

وإن قلنا: لا، فهو كمسجد المدينة، والمسجد الأقصى، ففيه القولان، في أنه هل يلزم إتيانه؟

والتفريع: إذا قلنا: يلزم إتيانه كالتفريع في^(٥) المسجدين، وإذا أوجبنا إتيان المسجدين^(٦) فهل يلزمه^(٧) مع الإتيان شيء آخر؟

فيه وجهان: عن رواية الشيخ أبي علي وغيره.

أحدهما: لا، لأنه لم يلتزم^(٨) شيئاً سوى الإتيان، ونفس الإتيان والزيارة، قرينة، واعترض الإمام، بأن من قال: بهذا الوجه، ماذا يقول: لو^(٩) أتى باب المسجد،

(١) الحديث: أخرجه ابوداود في سننه، من كتاب الأيمان والنذور، باب من نذر أن يصلي في بيت المقدس ٣٧٩/٤، حديث ٣١٦٩، مختصر المنذري. وانظر: تلخيص الحبير ١٧٧/٤.

(٢) في: ز "وقد".

(٣) "أنا" ليست في: ز.

(٤) انظر: الأم ٢٥٥/٢. وانظر: الروضة ٣٢٣/٣، ومغني المحتاج ٣٦٢/٤.

(٥) في: ب "علي".

(٦) في: أ "المسجد المدينة والمسجد الأقصى". وفي: ب، ظ "مسجد المدينة والمسجد الأقصى".

(٧) في: ز "يلزم".

(٨) في: أ، ب، ظ "يلزم".

(٩) في: أ "إن".

وانصرف؟ إن قال: يكفيه ذلك^(١) فقد أبعد، لأنه لا قربة فيه^(٢) بل هو قريب من العبث.

وإن قال: يدخل المسجد^(٣)، فالدخول من غير اعتكاف، وعبادة، لا قربة فيه، بل نُهيَّ عن طُروق^(٤) المساجد، لا^(٥) لحاجة.

وأصحهما: أنه لا بدُّ من ضم قربة إلى الإتيان، لأن النذر، إنما ينعقد إذا تعلق بقربة، والإتيان المجرد، ليس بقربة، وعلى هذا، ففيه ثلاثة أوجه، جمعها الإمام.

أحدها: أنه يتعين أن يصلي في المسجد الذي أتاه واحتج له: بأن / النبي ﷺ: (٤٣٤/ز) مَيِّز هذين المسجدين عن سائر المساجد بالصلاة، فروى أنه قال: "صلاة في مسجدي هذا، تعدل ألف صلاة، في غيره، وصلاة في مسجد إيلياء تعدل ألف^(٦) صلاة في غيره، وصلاة في المسجد الحرام، تعدل مائة ألف صلاة في غيره"^(٧)، وإذا كان التمييز بالصلاة، وجب أن يضم إلى الإتيان الصلاة.

(١) "ذلك" ليست في: أ.

(٢) "فيه" ليست في: أ.

(٣) في: أ "المسجد الحرام".

(٤) قوله "نهى عن طروق...". رواه ابن ماجه في سننه ٢٤٧/١، برقم (٧٤٨) من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال: خصال لا تنبغي في المسجد: لا يتخذ طريقاً. ثم قال: "... اسناده ضعيف".

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٧٨/٤ "... ابن عدي من حديث ابن عمر، أنه ﷺ نهى أن تتخذ المساجد طرقاً، أو يقام فيها الحد...".

وفيه عرابة بن السائب، وهو منكر الحديث، وقال عبد الحق: لا يصح ورواه الحاكم والبيهقي من طريق أخرى بلفظ: لا تقوم الساعة حتى تتخذ المساجد طرقاً، ورواه بهذا اللفظ الدارقطني من حديث أنس وهو معلول، ورواه البيهقي في كتاب الصلاة في باب ما يجوز من قراءة القرآن والذكر في الصلاة، من حديث خارجة بن الصلت: قال: دخلنا مع عبد الله - يعني ابن مسعود المسجد -، فذكر الحديث، وفيه: كان يقال من أشرط الساعة أن يسلم الرجل على الرجل بالمعرفة، وأن تتخذ المساجد طرقاً".

(٥) "لا" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب هو "إلا لحاجة" والله أعلم.

(٦) في جميع النسخ "ألف". هكذا وهي رواية كما سيأتي عند ابن ماجه.

(٧) هذا الحديث بهذا اللفظ. قال عنه ابن حجر: "إسناده ضعيف، وقد ورد ذلك في أحاديث مفترقة، فأما الصلاة في مسجد المدينة، فمتفق عليه من حديث أبي هريرة. بلفظ "صلاة في

وعلى هذا قال الإمام: الذي أراه أنه لا تجب ركعتان، قولاً واحداً.

بل تكفي ركعة، لأن الصلاة غير مقصودة بالنذر في هذا الموضع^(١).

وذكر "ابن الصباغ". وأكثرهم: أنه يصلي ركعتين، وحكى القاضي ابن كج، عن أبي الحسين: في أنه هل يكفي أن يصلي هناك فريضة، أم لا بد من صلاة زائدة؟ بناءً على وجهين، نقلهما: فيما إذا نذر أن يعتكف شهراً، بصوم. هل يجوز أن يعتكف في رمضان؟ وفرق بينهما بأن مجرد الإتيان ليس بقربة، فلا بد وأن يضامه قربة، يتعلق بها النذر والإعتكاف في نفسه قربة.

والوجه الثاني: أنه يتعين أن يعتكف فيه، ولو ساعة لأن الاعتكاف، أخص القرب بالمسجد، والصلاة لا تختص به.

والثالث: أنه يتخير بينهما لتعارض المعنيين. وهذا أشبه^(٢). وهو المذكور في "التهذيب"^(٣)، وعن الشيخ أبي علي: أن في مسجد المدينة يكفي أن يزور قبر النبي

ﷺ

وتوقف فيه الإمام: من جهة أن الزيارة، لا تتعلق بالمسجد، وتعظيمه.

قال: وقياسه أنه لو تصدق في المسجد، أو صام يوماً كفاه.

ثم فرّق بأن المَزُور للزيارة يقع في بقعة^(٤) المسجد، فينفصل عن الصدقة،

مسجدي هذا، أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد، إلا المسجد الحرام" ثم قال: "وأما الصلاة في مسجد إيلياء، وهو بيت المقدس، فروى ابن ماجه من حديث ميمونة بنت سعد "فإن صلاة فيه - يعني بيت المقدس - كآلف صلاة في غيره ٠٠٠ واسناده ضعيف". تلخيص الحبير ١٧٩/٤. وقال ابن الصلاح في شرح مشكل الوسيط ٢٧٨/٧ "... هو هكذا غير ثابت فيما نعلم..."

وانظر: صحيح البخاري، باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة ٥٦/٢.

وصحيح مسلم، باب فضل الصلاة بمسجد مكة والمدينة ١٦٤/٩.

وابن ماجه في سننه، باب ماجاء في الصلاة في مسجد بيت المقدس، حديث ١٤٠٧.

(١) انظر ذلك: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحه ٩٣ - ب. وانظر: الروضة ٣٢٢٣/٣،

ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.

(٢) انظر: الروضة ٣٢٢٣/٣.

(٣) التهذيب ١٥٦/٨.

(٤) في: ز "رقعة".

والصوم والظاهر، الإكتفاء بها^(١).

وإذا نزلنا المسجد الحرام، منزلة المسجدين، وأوجبنا ضم قرية إلى الإتيان، ففي تلك القرية، وجوه.

أحدها : الصلاة.

والثاني: الحج والعمرة، لأنهما المختصان به.

وهذا بدل الاعتكاف في المسجدين.

والثالث: يتخير.

قال الإمام: ولو قيل: يكفي الطواف، لم يبعد. ثم مهما قال^(٢) أمشي إلى بيت الله الحرام، فليس له الركوب على الأظهر، بل يلزم المشي، كما ذكرنا فيما إذا قال: أحج ماشياً، وفيه الخلاف^(٣) والتفاريع المذكورة هناك.

نعم، الأظهر هاهنا: أنه يمشي، من دويرة أهله فإن قضية قوله: أن يخرج من بيته إليه^(٤) ماشياً. ووجه في "التهديب"^(٥).

الوجه الآخر: وهو أنه يمشي من الميقات بأن المقصود من الإتيان الحج والعمرة، فمشي من حيث يُحرم، وذكر القاضي "أبو الطيب"، وكثير من العراقيين، أنه لا^(٦)خلاف بين الأصحاب: في أنه يمشي من دويرة أهله، ولكن يحرم من دويرة أهله^(٧) أو من الميقات؟ فيه وجهان، قال: أبو إسحاق وقال صاحب "الإفصاح"^(٨) من

(١) أي بالزيارة. انظر: الروضة ٣/٣٢٣.

(٢) في: ز "قال: مهما".

(٣) "الخلاف" ليست في: أ. وانظر: ص. وما بعدها.

(٤) في: أ "إليه" زائدة.

(٥) انظر: التهديب ٩/١ لوحه، فصل نذر الحج، مسألة فإن كان نذر المشي، بدون ترقيم.

وانظر: الروضة ٣/٣٢٤، ومغني المحتاج ٤/٣٦٣.

(٦) "لا" ليست في: ظ.

(٧) "ولكن يحرم من دويرة أهله" ليست في: أ.

(٨) ←

الميقات، وهو الأظهر^(١).

وبه قال: أحمد^(٢). ولو قال: أمشي إلى المسجد الأقصى، أو إلى مسجد المدينة، ففي وجوب المشي، والتفريع على وجوب الإتيان وجهان، بناهما الشيخ أبو علي، على الخلاف في التزام المشي^(٣)، قبل الميقات، لأن كل واحد من المشيين وإن^(٤) لم يكن في عبادة، فهو واقع في القصد إلى بقية معظمة، والأظهر الوجوب.

ولو كان لفظ الناذر الإتيان، أو الذهاب، أو غيرهما، مما سوى المشي، فلا خلاف، أنه يجوز له الركوب.

أما إذا نذر إتيان مسجد آخر سوى المساجد الثلاثة، لم ينعقد نذره، إذ ليس في قصدها وإتيانها قرية مقصودة. وقد قال ﷺ: "لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد" الحديث^(٥).

قال الإمام: وكان شيخي^(٥) يفتي بالمنع عن شد الرحال إلى غير هذه المساجد، وربما كان يقول: يحرم^(٦). والظاهر أنه ليس فيه كراهية، ولا تحريم، وبه قال: الشيخ أبو علي. والمقصود من الحديث، تخصيص القرية بقصد المساجد الثلاثة.

= والإفصاح: هو كتاب في الفقه الشافعي. وهو شرح على مختصر الزني، لمؤلفه، أبو علي الحسن الطبري، ويعرف به فيقال: "صاحب الإفصاح".

انظر: كشف الظنون ١٦٣٥/٢، وطبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ٧٥ و ٢٤٦.

(١) انظر: الروضة ٣/٣٢٤.

(٢) انظر: المغني ١٣/٦٣٧.

(٣) في: أ "المسجد".

(٤) في: ز "وإن كان". (٥) مكرر الحديث متفق عليه صحيح أبي هريرة - انظر التلخيص ٤٥٥/١٧٨.

(٥) هو: عبد الله بن يوسف الجويني. الشيخ أبو محمد وكان يلقب بركن الإسلام. والد إمام الحرمين، وشيخه.

أصله من قبيلة من العرب، كان إماماً في التفسير، والفقه والأدب. له مصنفات عديدة منها: "تعلية في الفقه"، و "الفروق"، و "كتاب المختصر"، و "كتاب في التفسير".

توفي رحمه الله عام ٤٣٨ هـ رحمه الله تعالى.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ١/٢٠٩.

(٦) نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحه ٩٣ - أ.

واعلم أنا ذكرنا في الاعتكاف، أنه إذا عيّن بنذره مسجد المدينة، أو المسجد الأقصى، للاعتكاف، فأظهر القولين، التعيين^(١). وحكي لنا هاهنا: أنهم رجحوا من القولين، أنه لا يلزم إيتانهما، ونسب القاضي الروياني ترجيحه إلى عامة الأصحاب.

ويمكن أن يفرق: بأن الاعتكاف عبادة في نفسه، وهو مخصوص بالمسجد، فإذا كان للمسجد فضل، وللعبادة فيه مزيد^(٢) ثواب، فكأنه التزم فضيلة في العبادة الملتزمة، والإتيان بخلافه.

ويوضحه: أنه لا خلاف في أنه، لو نذر إتيان سائر المساجد، لم يلزمه، وفي مثله في الاعتكاف خلاف، ذكرنا هناك^(٣).

المسألة الثانية: إذا نذر الصلاة في موضع معين لزمته الصلاة لا محالة، ثم ينظر: إن عين المسجد الحرام، تعيّن للصلاة الملتزمة، لعظم فضله، وتعلق النسك به، وإن عيّن مسجد المدينة أو المسجد الأقصى، ففيه طريقان، قال: الأكثرون، في التعيين، القولان المذكوران في لزوم الإتيان^(٤).

المسألة الثانية:
إذا نذر الصلاة
في موضع معين

والثاني: ونسبه "الإمام" إلى "المرأوزة": القطع بالتعيين، لأنه التزم قرابة، وضم إليها مزيد فضيلة^(٥)، ولا يبعد أن يرجح التعيين، هاهنا. وإن ثبتت الخلاف، كما في الاعتكاف وبترجيحه يشعر نظم الكتاب.

وإن عيّن سائر المساجد والمواضع، لم يتعين. وإذا عين مسجد المدينة، أو المسجد الأقصى للصلاة. وقلنا بالتعيين فصلى في المسجد الحرام، خرج عن نذره على الأصح، بخلاف العكس، وفيه احتمال للإمام، وهل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الصلاة في الآخر؟

فيه وجهان^(٦) لاستوائهما في التعديل المذكور في الحديث.

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٥٠٦/٦ و ٥٠٧.

(٢) في: ز "مزية" وفي: ب "فالعبادة".

(٣) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٥٠٧/٦، والروضة ٣٢٢/٣.

(٤) انظر: الروضة ٣٢٢/٣، ومعنى المحتاج ٣٦٣/٤ حيث أن المذهب: لا يتعين الموضع.

(٥) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٤.

(٦) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٥ - أ.

وذكر الإمام^(١): أنه لو قال: أصلى في مسجد المدينة، فصلى ألف صلاة في غيره، لم يخرج عن النذر كما لو نذر ألف صلاة، لا يخرج عن النذر بصلاة في مسجد المدينة / وأن شيخه كان يقول: لو نذر صلاة في الكعبة فصلى في أطراف المسجد (٤٣٥/ز) الحرام، خرج عن النذر، وأن الزيادة التي رويت في الحديث السابق، أن النبي ﷺ قال: "وصلاة في الكعبة تعدل مائة ألف صلاة في المسجد الحرام" لم يصححها الأئمة^(٢).
والعلم عند الله.

ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب. قوله "فإذا نذر إتيان مسجد لم يلزمه إلا المسجد الحرام" يجوز أن يُعلمَ بالحاء؛ لما مرَّ أن عند أبي حنيفة رحمه الله، لا يلزمه شيء إلا بلفظ المشي.

وقوله: "ومسجد المدينة، ومسجد إيلياء فيه قولان"، وفي بعض النسخ. وفي مسجد المدينة، ومسجد إيلياء قولان: وهما صحيحان وعلى التقديرين، فليس ذلك منفصلاً عن قوله "إلا المسجد الحرام"، بل المعنى إلا المسجد الحرام. وكذا حكم المسجدين في أحد القولين. وقوله: "فإن قلنا: يلزم" يجوز أن يعلم لفظ^(٣) "يلزم" بالحاء، إشارة إلى ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة رحمه الله. وقوله: "عبادة على قول، وكفى بجر الإتيان على قول". التعبير عن الخلاف بالقول، خلاف المشهور.

والمذكور في "النهاية"^(٤) و"الوسيط"^(٥) الوجه، نعم رأيت للرويانى^(٦): في

(١) قال النووي في الروضة ٣/٣٢٥ "قلت: فيه وجه ثالث: أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصى، دون عكسه، وهذا أصح، ونص عليه في "البويطي". والله أعلم.

(٢) قال ابن حجر: عن هذا الحديث "تنبيه" ذكر إمام الحرمين عن أبيه أن الحديث الذي فيه: وصلاة في الكعبة تعدل مائة ٠٠٠ لم يصححها الأئمة فلا تعويل عليه. ثم قال: "قلت: لم أجد لها أصلاً، فضلاً عن أن تصحح، والصلاة في الكعبة ثابت في الصحيحين، لكن لم يثبت أن النبي ﷺ صلى فيها الفرض" ا.هـ.، تلخيص الحبير ٤/١٧٩ و ١٨٠.

(٣) في: أ "لفظة".

(٤) أي نهاية المطلب ٢٧/ لوحة ٩٤ - ب.

(٥) انظر ٧/٢٨٠.

(٦) في: ب، ظ: "الرويانى".

أثناء كلام له أن فيه قولين مخرجين.

وقوله "ولو ركعة" ليعلم بالواو.

وقوله "فالعمره والحج أخصُّ به من الاعتكاف والصلاة، فيحزى ذلك" الأليق أن يُعلَّق^(١) هذا الوجه بالتخيير^(٢)، وإلا كان الأحسن أن يقول: فيجب ذلك. ثم أتمَّ^(٣) الكلام، في حكم النذر، لإتيان المسجد الحرام.

فقال^(٤): "إن قلنا": إلى آخره. وقوله: "فهو كمسجد المدينة". يعني: أنه يخرج لزوم الإتيان حينئذٍ على القولين في المسجدين.

وقوله: "في صورة عرفة، لم يلزمه شيء" معلم بالواو.

وقوله: "ولو قال: آتيت مكة لم يلزمه شيء، إلا إذا قصد الحج. وكذلك إذا قال^(٥): آتيت بيت الله، فإن جميع المساجد، بيت الله".

هكذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها بعد قوله.

"وكذلك سائر أجزاء الحرم"، وكذا لو قال: "آتيت مكة".

وإذا قال: "آتيت بيت الله، لم^(٦) يلزمه شيء، فإن جميع المساجد بيت الله". وهذا هو الصواب.

فأما أنه لا يلزمه شيء، إذا قال: آتيت مكة حتى يقصد الحج، فلا وجه له، ولا ذكر له في الكتب، بل المذكور خلافه.

وقوله: "ولو نذر^(٧) الصلاة في المسجد الحرام، لزمه" ليعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا يتعين للصلاة شيء من المواضع المعينة.

(١) في: ز "اللائق أن يعلم".

(٢) في: أ "التخير".

(٣) في: أ "تم".

(٤) في: أ "لكن إنه".

(٥) "إذا قال" ليست في: أ.

(٦) "لم يلزمه شيء" ليست في: ز.

(٧) في: ز "في نذر".

وكذا قول: "فإنها تتعين للصلاة".

وقوله: "ولو عين مسجداً لم يلزمه إلا المساجد الثلاثة، فإنها تتعين للصلاة" وقوله: "ولو عين مسجداً لم يلزمه إلا المساجد الثلاثة، فإنها تتعين للصلاة" بعد قوله: "ولو نذر الصلاة في المسجد الحرام، لزمه". غير مستحسن، فإن المسجد الحرام أحد الثلاثة.

وقد ذكر حكمه، وكان ينبغي أن يقول:

ولو عين مسجداً آخر لم^(١) يلزمه إتيانه، إلا أن يعين^(٢) المسجدين. وقوله: "وفي تعينهما"^(٣) قولان: ينبغي أن يقرأ بالثنية، فأما المسجد الحرام، فلم يُذكر خلاف في تعينه.

[فصل: وفيه فروع منثورة]

[قال الرافعي]: فروغ: قد عرفت أن الظاهر في نذر المشي إلى بيت الله تعالى، وجوب حج، أو عمرة، فلو أنه قال: في نذره أمشي إلى بيت الله الحرام، بلا حج^(٤)، ولا عمرة^(٥).

وفيه وجهان عن أبي إسحاق

أحدهما: أنه ينعقد نذره، ويلغو قوله: "بلا حج، ولا عمرة".

والثاني: لا ينعقد؛ لأنه إذا أُطلقَ حُمِلَ على عرف الشرع. فإذا^(٦) صرح بخلافه لم يمكن حمله عليه فيلغو النذر،

وعن الشيخ أبي حامد وغيره بناء الخلاف على الخلاف فيما إذا نذر المشي إلى مسجد المدينة، والمسجد الأقصى، لأن المشي هناك لا يتضمن نسكاً.

(١) "لم" ليست في: ب، ظ.

(٢) "إلا أن يعين" ليست في ب، ظ.

(٣) في: ز "تعينها".

(٤) في: أ "فلا".

(٥) "عمرة" ليست في: أ.

(٦) "والثاني . . . عرف الشرع" ليست في: ب، ظ.

وكذلك هاهنا، إذا صرفه عن النسك، واعترض ابن الصباغ: بأن من يقول بانعقاد النذر هاهنا، يُلغى قوله "لا حاجاً ولا معتمراً"، ويأمره بالنسك، فلا يكون خالياً عن النسك، ثم إذا أتاه، فإن أوجبنا إحراماً لدخول مكة، فعليه حج أو عمرة.

وإن قلنا: لا، فعلى ما ذكرنا في مسجد المدينة والأقصى^(١).

ولو قال: أصلي الفرائض في المسجد.

قال في "الوسيط"^(٢): يلزمه إذا قلنا: صفات الفرائض تفرد بالالتزام.

وقال القاضي ابن كج: إذا نذر أن يزور قبر النبي ﷺ، فعندي: أنه يلزمه الوفاء وجهاً واحداً.

ولو نذر أن يزور قبر غيره، ففيه^(٣) وجهان عندي.

وفي "التتمة" لو قال: أمشي ونوى بقلبه حاجاً، أو معتمراً، انعقد النذر على

مانوى، وإن نوى إلى بيت الله الحرام، فيجعل مانواه كأنه تلفظ به. والله أعلم.

(١) والأصح ينعقد نذره. انظر: الروضة ٣/٣٢٦.

(٢) انظر: الوسيط ٧/٢٨٠.

(٣) في: ب، ظ "وفيه".

النوع الرابع في الضحايا والهدايا

[قال الغزالي]: (النوع الرابع^(١)): في الضحايا، والهدايا: "فلو نذر التقرب بسوق شاة إلى مكة، لزمه الذبح بمكة، والظاهر: أنه يلزمه التفرقة أيضاً بمكة، وإن لم يذكر لفظ الضحية والقربة، بل قال^(٢): عليّ ذبح شاة بمكة، ففي اللزوم وجهان.

فإن أضاف إلى بلدة أخرى، فأولى بأن لا يلزم. ولو قال: لله عليّ أن أضحي بنيسابور^(٣) فعلى وجه يلزمه الذبح والتفرقة بها، وعلى وجه يلزمه^(٤) التفرقة بها، دون الذبح. وعلى وجه لا يتعين لا الذبح، ولا التفرقة، وهو مثل الخلاف، في تعيين^(٥) الفقير للصدقة بالنذر).

[الفصل الرابع: في الضحايا والهدايا]

[قال الرافي:] إذا نذر ذبح حيوان، ولم يتعرض لهدي، ولا ضحية، بأن قال: لله عليّ أن أذبح هذه البقرة، أو أنحر هذه البدنة، فإن قال: مع ذلك وأتصدق بلحمها، أو نواه، لزمه الذبح، والتصدق.

وإن لم يقله، ولا نواه، ففي انعقاد نذره وجهان.

أحدهما: ينعقد، وعليه الذبح، والتصدق، كما لو نذر^(٦) أن يهدي، يلزمه الذبح، والتصدق.

وأصحهما: المنع، فإنه لم يعلق^(٧) نذره بقربة^(٨).

(١) في: ز "الثاني" وهو خطأ.

(٢) في: أ "كان".

(٣) "نيسابور": بفتح النون، "هي مدينة عظيمة ذات فضائل جسيمة، معدن الفضلاء، ومنبع العلماء، قاعدة من قواعد خراسان".

انظر: معجم البلدان ٣٣١/٥، والمصباح ٦٣٢/٣.

(٤) في: أ "يلزم".

(٥) في: أ، ظ "تعيين".

(٦) في: ز "نوى".

(٧) في: ب، ظ "يتعلق".

(٨) انظر: الروضة ٣٢٧/٣.

ولو نذر أن يهدي بدنة، أو شاةً إلى مكة، أو أن يتقرب بسوقها إليها،
ويذبحها، ويفرق اللحم، على فقرائها، لزمه الوفاء.

ولو لم يتعرض للذبح، وتفارقة اللحم، فيلزمه الذبح بها أيضاً.

وفي تفارقة اللحم وجهان:

أحدهما: لا يجب تفارقة اللحم بها إلا أن ينوي، لأنه لم يلتزم^(١) بل له أن
يفرق، في موضع آخر.

وأصحهما: الوجوب، حملاً على الهدايا الواجبة في الشرع.

وقال: الإمام في توجيهه: إنما ينعقد الذبح بالحرم، حتى يكون اللحم المفرق
على أهله، غصاً طرياً. وإلا فلا أدب في اتخاذ الحرم مجازراً^(٢).

ولو نذر أن يذبح خارج الحرم، ويفرق اللحم على أهله قال: في "التمة":
الذبح خارج الحرم لا قربة^(٣) فيه فيذبح حيث شاء.

ويلزمه تفارقة اللحم هناك، وكأنه نذر أن يهدي إلى مكة لحمًا.

ولو نذر أن يذبح بمكة، ويفرق اللحم على فقراء بلدة أخرى، وفي مما التزم.
ولو قال: لله^(٤) علي أن أنحر، أو أذبح بمكة ولم يتعرض للفظ القربة، والضحية، ولا
للتصدق باللحم، ففي انعقاد نذره، وجهان:

أحدهما: لا ينعقد، لأن مجرد الذبح، لا قربة فيه.

وأصحهما: الانعقاد، وهو الذي أورده الجمهور، لأن^(٥) ذكر^(٦) الذبح متصلاً
بالنذر، مضافاً إلى مكة يشعر بالقربة، ولأن^(٧) الذبح بها^(٨) عبادة معهودة، وعلى

(١) في: أ، ب، ظ "يلزم".

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧ / لوحة ٩٥.

(٣) في: ز "لامزية".

(٤) في: أ "نذر علي".

(٥) في: ز "ولأن".

(٦) "ذكر" ليست في: ب.

(٧) في: ز "ولأن ذكر".

(٨) "بها" ليست في: ب، ظ، ز.

هذا، فهل يجب التصدق باللحم على فقرائها؟.

فيه الوجهان السابقان. قال في: "التهذيب"، ولو نذر الذبح بأفضل بلد كان كما لو نذر الذبح بمكة فإنها أفضل البلاد.

ولو نذر الذبح والنحر ببلدة أخرى، ولم يقل مع ذلك واتصدق على فقرائها، ولا نواه، فظاهر ما نقله المزني^(١) أنه^(٢) ينعقد نذره، وبه قال: أبو إسحاق؛ لأن النحر يتضمن تفرقة اللحم ويستتبعها. ويروى أن رجلاً نذر أن ينحر إبلاً في موضع سماه، فقال: رسول الله ﷺ: "هل كان فيه وثن من أوثان الجاهلية يعبد؟ فقال: لا، فقال: هل كان فيه عيد من أعيادهم؟ قال: لا، فقال ﷺ: "أوف بنذرك"^(٣).

والأصح وهو المحكي عن نصه في "الأم"^(٤): أنه لا ينعقد نذره، إلا إذا قال: مع ذلك: واتصدق على فقرائها، أو نواه، بخلاف ما إذا نذر الذبح بمكة، فإن النذر هناك حُمِلَ على الواجب شرعاً، والذبح في غير مكة، لا قرابة فيه، ومن حكى الوجهين في نذر مكة، جعل الخلاف في غير مكة مرتباً على الوجهين هناك، كما فعل في الكتاب.

(١) مختصر المزني ص ٢٩٨.

(٢) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٣) الحديث: أخرجه أبو داود في سننه، من حديث ثابت بن الضحاك، باب ما يؤمر من الوفاء بالنذور ٣٨٢/٤، حديث ٣١٧٢، مختصر المنذري.

وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس، باب الوفاء بالنذر ٦٧٨/١، حديث ٢١٣٠. وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٠/٤ "أبو داود من حديث ثابت بن الضحاك بسند صحيح، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وسمي الموضع "بوانه"، ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس ويشبه أن يسمى الرجل "كردم". فقد رواه أحمد في مسنده من حديث عمرو بن شعيب عن ابنة كردم عن أبيها أنه سأل رسول الله ﷺ فقال: إني نذرت أن أنحر ثلاثة من إبلي فقال: إن كان على وثن من أوثان الجاهلية فلا. الحديث. وفي لفظ لابن ماجه عن ميمونة بنت كردم الثقفية: أن أباهما لقي النبي ﷺ وهي ريفة كردم، فقال: إني نذرت أن أنحر ببوانة، فقال: هل فيها وثن؟ قال: لا. قال: فأوف بنذرك". ثم قال الحافظ: تنبيه "بوانه بضم الباء الموحدة وبعد الألف نون، موضع بين الشام وديار بكر قاله أبو عبيد.

وقال البيهقي: أسفل مكة دون يلملم.

وقال المنذري: هضبة من وراء ينبع.

(٤) انظر: الأم ٢/٢٥٦.

وإذا اتقعد النذر، إما على الوجه الأول لا^(١) نضمام لفظ التصدق، أو بنيته على الثاني: فهل يجب التصدق باللحم على فقرائها؟ جعله الإمام^(٢) على قولين مأخوذين من الخلاف في نقل الصدقات. إن لم نُجوز النقل، وجب التصدق عليهم، وإن جوزناه فوجهان.

وجه تعيينهم: أن لفظ الناذر نص في التخصيص بهم والأخبار التي تُنقل في منع الصدقة تتعرض للتأويلات.

والظاهر الذي يوجد للأكثرين التعيين. فإن قلنا لا يتعين التصدق عليهم، فلا يجب الذبح بتلك البلدة، بخلاف مكة، فإنها محل ذبح الهدايا.

وإن قلنا يتعين فوجهان:

أحدهما: لا يجب الذبح بها. بل لو ذبح خارجها، ونقل اللحم^(٣) إليها طرياً جاز.

وهذا ما أورده صاحب "التهذيب" وجماعة.

والثاني: يتعين إراقة الدم بها، كما في مكة وهذا ما أورده العراقيون، وحكوه عنه "نصه" في "الأم"^(٤).

ولو قال: أضحى ببلدة كذا، وأفرق اللحم على أهلها، ينعقد نذره، ويُغني ذكر التضحية، عن ذكر التصدق، ونيته، وجعل الإمام وجوب التفرقة على أهلها، ووجوب الذبح على الخلاف السابق^(٥).

قال: "ولو اقتصر على قوله: أضحى، فهل يتضمن ذلك تخصيص التفرقة^(٦) بهم؟ فيه وجهان.

(١) في: ز "أو".

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٥ - ب.

(٣) في: ز "ذبح اللحم، ونقل خارجها".

(٤) انظر: ٢٥٧/٢.

(٥) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٥ - أ.

(٦) في: ز "الصدقة" وهو غير صحيح.

والظاهر الذي جرى عليه الأئمة، وحكوه عن صاحب "الإفصاح"، أنه تجب التفرقة، والذبح بها.

وخرج الإمام الخلاف الذي ذكره في تعيين فقراء البلدة، فيما إذا قال: الرجل لله عليّ أن أتصدق على زيد وهو فقير، هل (١) يتعين زيد لذلك؟ والظاهر التعيين (٢). وقد ذكر صاحب "التهديب" وغيره: أنه لو نذر أن يتصدق بكذا على أهل بلد (٣) عينه، يجب أن يتصدق به عليهم.

ومن هذا القبيل، ماينذر بعثه إلى القبر المعروف بجرحان (٤)، فإن مايجتمع منه على مايحكى يقسم على (٥) جماعة معلومين.

وفي فتاوى القفال: أنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فله على أن أتصدق بعشرة على فلان، فشفاه الله تعالى، لزمه التصدق عليه، فإن لم يقبل، لم يلزمه شيء. وهل لفلان مطالبته بالتصدق بعد الشفاء؟ يحتمل أن يقال: نعم، كما لو نذر إعتاق عبد معين، إن شفى، فشفى، له المطالبة بالإعتاق، وكما لو وجبت الزكاة والمستحقون في البلد محصورون، لهم المطالبة.

ولا يخفى خروج الوجوه الثلاثة المذكورة، في "الكتاب"، فيما إذا قال: "لله عليّ أن أضحي بنيسابور من (٦) الخلاف الذي حكيناه عن رواية الإمام .

(١) في ز: "فهل".

(٢) انظر: الروضة ٣/٣٢٧، ومغني المحتاج ٤/٣٦٦.

(٣) في: أ "بلدة".

(٤) "جرحان"، بضم أوله، وآخره نون. مدينة مشهورة عظيمة بين طبرستان، وخراسان، فبعض يؤولها من هذه وبعض يعدها من هذه، وقد خرج منها خلق كثير من العلماء الفضلاء. انظر: معجم البلدان ٢/١١٩.

وعبارة المؤلف "ماينذر بعثه إلى القبر"

تجاوز رحمه الله في هذا التعبير، لأنه لم يثبت لا في عهد رسول الله ﷺ ولا في عهد الصحابة، ولا في عهد التابعين، النذر إلى قبر، ثم يقسم مايجمع من ذلك على المحتاجين وحتى لا يتخذ ذلك القبر ذريعة لارتكاب محذور حياله. والله أعلم.

(٥) "على" ليست في: أ.

(٦) في: ب، ظ "في".

قال [الغزالي]: وإذا قال: لله عليّ أن أضحي ببذنة، فهل يقوم مقامها سبع من الغنم، أو بقرة؟ فيه وجهان، وقيل إن عدت جاز، وإلا فلا.

ولو نذر دراهم، فلا يتصدق بجنس آخر.

وإذا ذكر في النذر لفظ الضحية، فلا يجزيه إلا الثني من الإبل، وهو ما يجزي في الضحية سليماً من العيوب.

ولو نذر هدياً، فعلى قول يكفيه كل ما يسمى منحة، ولا يجب تبليغه مكة، وعلى قول ما يجزي في الضحية^(١)، ويلزمه^(٢) تبليغ الحرم.

ولو نذر أن يهدي ظبية إلى مكة، لزمه التبليغ، ويتصدق بها حية، ولا تذبح.

ولو نذر ذلك في بعير معيب، ففي ذبحه وجهان.

ولو نذر في مالٍ نقله إلى مكة، فإن كان عقاراً، أو ما يتعذر نقله باع، وفرّق قيمته بمكة..

[لو قال: لله عليّ أن أضحي ببذنة أو أهدي بذنة فما هي البذنة وما يقوم مقامها]

[قال الرافعي]: إذا قال: لله عليّ أن أضحي ببذنة، أو أن أهدي بذنة

فالبذنة، فيه من وجهين:

(٤٣٧/ز)

أحدهما: أن البذنة، ماهي؟ / وهل يقوم غيرها مقامها؟ قال الإمام^(٣).

البذنة: في اللغة الإبل^(٤). ثم الشرع: قد يُقيم مقامها بقرة، وأيضاً سبعمائة^(٥) من

الغنم.

(١) في: ب "سليماً".

(٢) في: أ، ب، ظ. "يلزم".

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧ / لوحة ٩٦ - ب.

(٤) انظر: لسان العرب ١/٣٤٦، مادة "البذنة"، المصباح المنير ١/٣٩.

(٥) في: ب، ظ "سبعمائة".

و^(١) قال الشيخ أبو حامد وجماعة: اسم البدنة، يقع على الإبل، والبقر والغنم جميعاً.

ولا يخلو، إما أن يطلق التزام البدنة، أو يقيد بالإبل لفظاً، أو نية.

إن أطلق، فعليه بدنة من الإبل.

أما على ما ذكره الإمام فظاهر.

وأما على المأخذ الثاني، فلأنها أكمل، والاستعمال فيها أغلب، وتتعين الإبل،

أو يقوم مقامها بقرة، أو سبع من الغنم، ينظر: إن وجدت الإبل فوجهان:

أظهرهما وهو المنصوص^(٢): أنه لا معدل عنها قضية للفظ.

والثاني: أنه يتخير بينها، وبين بقرة، أو سبع من الغنم، حملاً على معهود

الشرع، وهما كوجهين، أو قولين ذكرا في أن هذه الخصال إذا أفسد الحج بالجماع

تشرع على الترتيب، أو على التخير؟ وإن لم توجد الإبل، فيعدل إلى بقرة، فإن لم

توجد فإلى سبع من الغنم، هذا هو الظاهر "المنصوص"^(٣) وفيه وجه:

أنه لا عدول عنها إتباعاً للفظ وإلحاقاً لما نص النادر عليه بما نص الشارع عليه

في الزكوات حتى امتنع إبدالها.

وكذلك لو قال: لله عليّ أن أتصدق بعشرة دراهم، لم يخرج عن النذر بصنف

آخر من المال، وعلى هذا فتكون في ذمته، إلى أن يجد وقد ينسب هذا الوجه إلى

القفال.

قال القاضي "الرويانى": وهو القياس لكنه^(٤) خلاف نص الشافعي رضي الله

عنه.

وإذا جمع بين الحالتين^(٥) خرج مما ذكرنا بثلاثة أوجه.

(١) "و" ليست في: ب، ظ.

(٢) انظر: الأم ٢٥٨/٢، وانظر: الروضة ٣٢٨/٣، ومغني المحتاج ٣٦٦/٤.

(٣) انظر: الأم ٢١٨/٢.

(٤) في ب: "و".

(٥) في: ب "الحالين".

ثالثها، وهو الأظهر، الفرق بين أن توجد^(١) الإبل، فلا يعدل عنها، أو لا توجد، فيعدل، هذا إذا أطلق^(٢) البدنة.

أما إذا قيد فقال: أضحي ببدنة من الإبل، أو نوى الإبل، فلا يجزيه غيرها، إذا وجدت بلا خلاف.

وإن عدت فوجهان:

أحدهما: أنه يصير إلى أن يجدها، ولا يجزيه غيرها للتعين.

وأظهرهما: وهو "المنصوص"^(٣): أن البقرة تجزيه بالقيمة، فإن كانت قيمة البقرة دون قيمة البدنة من الإبل، فعليه إخراج الفضل. وفرق بينه، وبين ما إذا أطلق البدنة، بأن^(٤) البدنة تقع على البقرة فلا حاجة إلى اعتبار القيمة، وبأن اللفظ عند الإطلاق، ينصرف إلى معهود الشرع. وفي المعهود تقوم البقرة، مقام البدنة من الإبل بلا تقويم، وإذا قيد بالإبل، وجبت الإبل^(٥)، فعند الإعواز يلزمه أكثر الأمرين مما يقوم مقامها شرعاً، أو^(٦) من قيمتها كما إذا أتلف الأضحية المعينة يلزمه أكثر الأمرين من المثل، أو القيمة.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً أنه لا تعتبر القيمة كما في الإطلاق، والظاهر الأول^(٧).

وكيف يخرج الفاضل؟ في "الكافي" للقاضي الروياني. أنه يشتري به بقرة أخرى، إن أمكن، وإلا فيشتري به شِقْصاً، أو يتصدق على المساكين؟ فيه وجهان. والمذكور في "تعليق الشيخ أبي حامد": أنه يتصدق به.

(١) في: ز "يجد".

(٢) في: ز "أطلق المتزّم".

(٣) الأم ٢١٨/٢.

(٤) في: أ "أن".

(٥) "الإبل" ليست في: ب.

(٦) في: أ "أو".

(٧) انظر: الروضة ٣٢٨/٣، ومغني المحتاج ٤/٣٦٦.

وقال "المتولي": يشارك إنساناً في بدنة، أو بقرة، أو يشترى به شاة، وإذا عدل إلى الغنم، في هذه الحالة فتعتبر القيمة أيضاً.

ثم نقل "الرويانى" في "جمع الجوامع": أنه إذا لم يجد الإبل في حالة التقييد يتخير بين البقرة، والغنم، لأن الاعتبار بالقيمة، والذي ذكره القاضي ابن كج، والمتولي: أنه لا يعدل إلى الغنم مع القدرة على البقرة، لأنها أقرب إلى الإبل، ولو وَجَدَ ثلاث شياة بقيمة البدنة، فهل تجزيه؟ حكى ابن كج وجهين. قال "أبو الطيب ابن سلمة": لا، بل عليه أن يتم السبع من عنده.

وقال أبو الحسين النسوي^(١) - وهو شيخ من أصحابنا - كان في أيام أبي إسحاق، وابن خيران^(٢) تجزيه لوفائهما بالقيمة، والأول أظهر.

واعلم أن اعتبار القيمة نقله الإمام وجهاً عن رواية صاحب "التقريب"^(٣) نقل الشيء الغريب، من غير تمييز بين أن يطلق التزام البدنة، أو يقيد بالإبل ثم ضعفه. والمشهور في كتب الأصحاب ما بيناه، وقد نص الشافعي رضي الله عنه عليه، فقال في المختصر: "فإن كانت نيته على بدنه من الإبل، لم تجزه من البقر، والغنم، إلا بقيمتها"^(٤).

وفي طريقة الصيدلاني: حمل هذا^(٥) النص على ما إذا عين بعيراً، وقال: لله عليّ أن أهدى هذا ثم أتلفه، فعليه أن يأتي بمثله.

وذكر الأصحاب وجهين: في أنه يتخير بين بدنة مثلها، وبين البقرة^(٦)، والغنم، ينبغي أن يكون بقيمة البعير المعين.

(١) أبو الحسين النسوي "منسوب إلى نسا" مدينة معروفة.

لم ينقل عن الرافعي، إلا في هذا الموضع. ثم ترجم له. انظر ترجمته في: طبقات الشافعية للإسنوي ٢/٢٦٤، ترجمة رقم ١١٥٨، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٢٠.

(٢) وابن خيران سبقت ترجمته ص ١٦٥.

(٣) سبقت ترجمته ص ١١٣.

(٤) انظر: الأم ٢/٢٥٨، الروضة ٣/٣٢٩، ومغني المحتاج ٤/٣٦٧.

(٥) "هذا" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ، ب، ظ "البقرة".

وعدًا القاضي الروياني هذا التأويل غلطاً.

ولو نذر شاة فجعل بدنها بدنة، جاز، وهل يكون الكل فرضاً؟ ذكر فيه وجهان^(١).

[فصل: في الصفات المعتبرة في الحيوان المنذور مطلقاً]

[قال الرافعي]: والوجه الثاني: البحث عن الصفات المرعية في الحيوان المنذور مطلقاً.

فإذا قال: لله علي أن أهدي بغيراً، أو بقرةً، أو شاةً، فهل يشترط أن تكون في السن، بحيث يجزيء في الأضحية، وأن تكون سليمة من العيوب؟ فيه قولان بناءً على أن مطلق النذر، يحمل على أقل واجب، من ذلك الجنس، أو على أقل ما يتقرب به؟ والظاهر الأول.

ولو قال: أضحي ببعير، أو بقرة، ففيه مثل هذا الخلاف. قال الإمام^(٢): وبالانفاق لا يجزيء "الفصيل"^(٣)، لأنه لا يسمى بغيراً. ولا العجل إذا ذكر^(٤) البقرة ولا السخلة^(٥)، إذا ذكر^(٦) الشاة.

ولو قال: أضحي ببدة، أو أهدي بدنة، جرى الخلاف، ورأى الإمام هذه الصورة أولى باشتراط السن والسلامة، لشهرة إسم البدنة، في القرابين وهذا هو المذكور في الكتاب.

ولو قال: لله عليّ هدي، أو أن أهدي، ولم يسمى شيئاً، ففيه القولان: إن قلنا: يحمل النذر على أقل ما يتقرب به من جنسه، فيخرج عن النذر بكل منحة حتى الدجاجة والبيضة، وكل ما يتمول، لأن اسم الهدي يقع على الجميع، ألا ترى أن في

(١) "أصحهما. نعم على اضطراب فيه" ذكره الشرييني في مغني المحتاج ٣٦٧/٤.

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٧ - أ.

(٣) "الفصيل" هو ولد الناقة بعد فطامه، وفصله عن أمه. انظر: المصباح المنير ٤٧٤/٢.

(٤) في: أ، ب، ظ "ولمذكورة".

(٥) "السخلة" الذكر والأنثى من ولد الضأن، والمعز ساعة يولد. ينظر: المصباح ٢٦٩/١.

(٦) في: أ، ب، ظ "المذكورة".

قوله: ﷺ، في حديث الجمعة: و^(١) من راح في الساعة الخامسة^(٢) فكأنما أهدى بيضة^(٣).

وينسب هذا القول إلى "الإملاء" / والقديم. وعلى هذا لا يجب تبليغه مكة، (٤٣٨/ن) وصرفه إلى فقرائها، بل يجوز أن يتصدق به على غيرهم، قال الإمام^(٤): وكان شيخي يقول في درسه يجب تبليغه مكة^(٥)، وهذا يناقض.

وإن قلنا: يحمل على أقل ما يجب من جنسه حمل على ما يجزي في الأضحية. وينسب هذا إلى الجديد^(٦)، وبه قال: أبو حنيفة^(٧)، وأحمد^(٨)، وقد توجه بأن الهدى شرعاً عبارة عن ذلك، فيحمل اللفظ على المعنى الشرعي كنذر الصلاة، وعلى هذا فيجب تبليغه مكة، فإن محل الهدى الحرم. قال الله تعالى: ﴿حتى يبلغ الهدى محله﴾^(٩) وفيه وجه ضعيف: أنه لا يجب، إلا أن يصرح به.

ولو قال: علي أن أهدي الهدى، انصرف النذر إلى المعهود الشرعي، بالألف واللام، ولم يجروا فيه الخلاف.

ولو نذر أن يهدي مالاً معيناً، فيجب صرفه إلى مساكين الحرم.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً: أنهم، لا يتعينون.

-
- (١) في: ب سقط "و".
 (٢) "الخامسة" ليست في: أ.
 (٣) الحديث: متفق عليه من حديث أبي هريرة.
 أخرجه البخاري في صحيحه ٢١٣/١، من كتاب الجمعة، باب فضل الجمعة، وأخرجه مسلم بشرح النووي ١٤٥/٦، كتاب الجمعة، باب فضل التجهيز يوم الجمعة.
 (٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحه ٩٧ - ب.
 (٥) من "وصرفه إلى ٠٠٠٠ تبليغه مكة" ليست في: ب، ظ.
 (٦) يعني يجب إيصاله إلى مكة. انظر الروضة ٣/٣٣٠. والأول هو الصحيح. وهو: أنه لا يجب إيصاله مكة. كما ذكره النووي في الروضة ٣/٣٣٠.
 (٧) انظر: الهداية ١/١٨٥ و ١٨٦.
 (٨) انظر: المقنع ص ٨٥.
 (٩) سورة البقرة آية ١٩٦.

ثم ينظر: إن كان المعين من النعم، كما إذا قال: أهدي هذه البدنة أو الشاة، فيجب التصديق بها بعد الذبح، ولا يجوز أن يتصدق بها حية، لأن في ذبحها قرية، وهل يجب الذبح في الحرم؟ فيه وجهان.

أصحهما نعم.

والثاني: يجوز أن يذبح خارج الحرم، بشرط أن ينقل اللحم إليه^(١) قبل أن يتغير.

وقد سبق نظيره^(٢). وإن كان من غير النعم، فهو إما حيوان لا يجوز التضحية به، أو مال آخر يتيسر نقله إلى الحرم، كما إذا قال: أهدي هذه الظبية، أو الطائر، أو الحمار أو الثوب، فيجب حمله إلى الحرم.

وأطلق مطلقون أن مؤنة النقل على الناذر، فإن لم يكن له مال يبيع بعضه، لنقل الباقي. واستحسن ما يروى عن القفال: أنه إن^(٣) قال: أهدي هذا، فالمؤنة عليه. وإن قال: جعلته هدياً فالمؤنة فيه يباع بعضه، لكن قضية جعله هدياً، بأن يبلغ كله الحرم فتلزم^(٤) مؤنته، كما لو قال: أهدي، ثم إذا بلغ الحرم فالظاهر، أنه يجب صرفه إلى مساكن الحرم، فالمقصود من تبليغه مكة أن ينتفعوا به.

نعم، لو نوى صرفه إلى تطيب الكعبة، أو جعل الثوب ستراً لها، أو قرية أخرى هناك، فله صرفه إلى مانوى. وفيه وجه:

^(٥) وإن أطلق فله صرفه إلى مانوى. وحكى الإمام^(٦) وجهاً أضعف من هذا، أن الثوب الصالح للستر يحمل عليه عند الإطلاق، وذكر أن قياس المذهب. [والذي]^(٧)

(١) في: ب "فيه".

(٢) انظر ص ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) "إن" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب "فليزِم".

(٥) في: أ، ز "أنه وإن".

(٦) انظر، نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧ / ٩٧ - ب.

(٧) "والذي" هذه اللفظة أثبتناها من الروضة ٣ / ٣٣٠، لعدم ورودها في جميع النسخ. وبدونها

لا يستقيم الكلام. والله أعلم.

صرح به الأئمة: أن ذلك المال المعين، يتمتع ببعه، وتفرقة ثمنه، بل يتصدق بعينه، ينزل تعيينه، منزلة تعيين الضحية، وتعيين الشارع في الزكوات، ويتصدق بالظبية والطائر، وما في معناهما، في الحياة، ولا يذبح إذ لا قرابة من ذبحها، ولو ذبحها، فنقصت القيمة، تصدق باللحم، وغرم^(١) مانقص، وفي "التتمة" وجه آخر: إنها تذبح، وطردهما فيما إذا أطلق ذكر الحيوان.

وقلنا: لا يشترط. أن يهدي ما يجزيء في الأضحية. والظاهر الأول.

ولو نذر إهداء بعيرٍ معيبٍ، فهل يذبحه؟ فيه وجهان مذكوران، في الكتاب: أحدهما: نعم. نظراً إلى الجنس.

وأظهرهما: المنع، لأنه إذا لم يصلح للتضحية، لم يكن في ذبحه قرابة، كالظبية وإن كان المال المعين مما لا يتيسر نقله كالدار والأرض، والشجر، وحجر الرحي، فباع، وينقل ثمنه فيتصدق^(٢) به على مساكين الحرم.

قال في "التهديب": ويتولى الناذر البيع، والنقل بنفسه. ولم يذكروا أنه يُتصدق بعينه، حيث هو على المساكين هناك، ولا يعد فيه.

وليُعلم، لما تبين قوله في الكتاب "فلا يجزيه إلا الثني من الإبل"^(٣) بالواو. وقوله "ويكفيه كل ما يسمى منحة" بالحاء والألف.

وقوله: "ولا يجب تبليغه" بالواو.

وكذا قوله: "ويلزم تبليغ الحرم"، وكذا قوله: في مسألة: الظبية "لزمه التبليغ" للوجه الذي نقله القاضي ابن كج في كل هدى. وكذا قوله: "ولا يذبح". وقوله: "نقله إلى مكة"، وقوله "بمكة".

(١) في: ز "غره".

(٢) في: ز "ويتصدق".

(٣) "الإبل" ليست في: أ.

[فصل: وفيه فروع منثورة]

فروع: عن "الأم"^(١): لو قال: أنا أهدي هذه الشاة نذراً، فعليه أن يهديها إلا أن تكون نيته: أني سأحدث نذراً، أو سأهديها.

ولو نذر أن يهدي هدياً، ونوى بهيمة أو جدياً، أو رضيعاً، أجزاءه، والقولان السابقان فيما إذا أطلق نذر الهدي، ولم ينو شيئاً.

ولو نذر أن يهدي شاة عوراء، أو عمياء، أو ما لا يجوز في التضحية^(٢) إهداؤه. ولو أهدي تاماً، كان أحبَّ إليَّ".

[قال الغزالي]: قال: والظاهر أن مكة لا تتعين للصوم في النذر، وإن تعينت

للصدقة والصلاة.

ولو قال: عليَّ أن أستر الكعبة، أو أطيبها لزمه.

ويجوز ستر الكعبة بالحرير، لأنه محرم على^(٣) الرجال فقط، وفي نذر تطيب

مسجد المدينة، والمسجد^(٤) الأقصى تردد).

[فصل: في تعيين نذر الصوم في بلد]

[قال الرافي]: في هذه البقية. صورتان: إحداهما. ظاهر المذهب، أنه إذا

نذر أن يصوم في بلد، لم يتعين ذلك البلد، بل له أن يصوم حيث شاء، يستوي فيه حرم مكة، وغيره.

كما أن الصوم الذي هو بدل واجبات الإحرام، لا يختص بالحرم.

وعن صاحب "التلخيص": أنه إذا عين الحرم اختص به تخريجاً من الصلاة

والصدقة^(٥).

(١) انظر: ٢٥٨/٢.

(٢) في: ز "الضحية".

(٣) في: ز "بالرجال".

(٤) في: أ "مسجد".

(٥) انظر: التلخيص ص ٦٤٤ وقد ورد بهامشه رقم ٣ التعليق التالي: قال صاحب "العدة والبيان"

قال أصحابنا: هذا غلط، فإن الصوم لا يختص بالحرم، بل يجوز حيث شاء، لأن الصوم

الثانية: ستر الكعبة، وتطيبها من القربات، فإن الناس اعتادوهما على مرّ الأعصار، ولم يبد من أحد نكير، ولا فرق بين الحرير وغيره. وإنما ورد تحريم لبسه^(١)، في حق الرجال، وذكرنا في "باب الزكاة"^(٢)، أن الأظهر: أنه لا يجوز تحلية الكعبة بالذهب، والفضة، وتعليق قناديلها^(٣) و^(٤) كأنَّ الفرق استمرار الخلق على ذلك^(٥) دون هذا، فلو^(٦) نذر ستر الكعبة، وتطيبها، صح نذره.

وإذا نذر أن يجعل ما يهديه في رتاج^(٧) الكعبة، وتطيبها، قال إبراهيم المروودي: ينقله إليها ويسمله إلى / القيم، ليصرفه إلى الجهة المنذورة، إلا أن يكون (٤٣٩/ز) قد نص في نذره أن يتولى ذلك بنفسه.

ولو نذر تطيب مسجد المدينة، والمسجد الأقصى، وغيرهما من المساجد. ففيه ترددٌ للإمام.

ومال الإمام، إلى تخصيصه بالكعبة، والمسجد الحرام^(٨). وهاهنا فائدتان:

إحداهما: احتج الإمام لصحة النذر، في المسألة: على أن القربات كلها يصح نذرها، وإن لم توضع، وضع العبادات على ماتقدم.

= لا يختلف باختلاف الأمكنة، ولهذا لا يختص الصوم الذي هو بدل الهدي بالحرم، وإن كان مبدله الذي هو الهدي يختص بالحرم.

وقال أبو يزيد المروزي: مقاله صاحب "التلخيص" يحتل، لأن الحرم يختص بأشياء، والمذهب الأول، واتفق صاحب "التلخيص"، وأبو زيد، وسائر الأصحاب على أنه إذا نذر الصوم في موضع غير الحرم مكة لا يتعين، بل يصوم حيث شاء^{١.هـ}.

وانظر: الروضة ٣/٣٣٠، والمجموع ٨/٤٧٨.

(١) في: ز "لبس الحرير".

(٢) انظر: الوجيز ١/٩٤، والعزيز ٣/١٠٢ و ١٠٣.

(٣) في: ز "قناديلهما".

(٤) "و" ليست في: أ.

(٥) في: ب "ذاك".

(٦) في: ز "ولو".

(٧) "الرتاج" بالكسر الباب العظيم والباب المغلق أيضاً وجعل فلان ماله في "رتاج" الكعبة أي

نذره هدياً وليس المراد نفس الباب، قاله في المصباح ١/٢١٨.

(٨) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحه ٩٨ - أ.

والثانية: أغرب القاضي ابن كج، فحكى وجهاً، أنه لا يجوز الوقف على البنيان، كالوقف على المسجد، والكعبة، ونحوهما، وإنما الوقف على من يملك، وذكر على هذا أنه لا يجوز أن يُقصدَ كون الستر، والطيب للكعبة، بل ينبغي أن يجعله لعامة المسلمين، ليتحملوا به. ولا أدري هل جرى^(١) ذكر هذا الوجه في الوقف أم لا؟ والله أعلم.

[فصل: في فروع منثورة]

[قال الرافعي] فروع: نقل "القاضي ابن كج" وجهين، فيما لو قال: إن شفى الله مريضى فله على أن أعجلَ زكاة مالي هل يصح نذره؟ ووجهين فيما إذا قال: إن شفى^(٢) الله مريضى فله على أن أذبح عن^(٣) ابني. هل يلزمه^(٤) الذبح لابنه^(٥)؟ لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرب به، ووجهين فيما إذا قال: لله عليّ إن شفى الله مريضى أن أذبح ابني، فإن لم يجز فشاة، مكانه: هل يلزمه ذبح شاة؟ ووجهين فيما لو نذر النصراني أن يصلي ويصوم، ثم أسلم، هل يلزمه أن يصلي صلاة شرعنا ويصوم^(٦) صومه؟

وأنه لو نذر أن يصوم^(٧) بمكة ثلاثة أيام مثلاً، فلا يختص الصوم بمكة وزاد فقال: إن قلنا: لا يجوز دخول مكة إلا بحج، أو عمرة، انعقد النذر، ولزمه قصد مكة بحج، أو عمرة.

وإن قلنا: يجوز فهل يلزمه أن يقصد مكة؟ فيه قولان، كما لو نذر المضى إلى مسجد المدينة، أو مسجد بيت المقدس.

-
- (١) في: أ "يجري".
 (٢) في: ز "لله عليّ إن شفى الله أن أذبح".
 (٣) في: أ، ب، ظ "لابني".
 (٤) في: أ "يلزم".
 (٥) في: ز "عن ابنه".
 (٦) "يصوم" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٧) قال النووي: "قلت: الأصح في الصورة الثانية: الصحة، وفي الباقي البطلان. والله أعلم" الروضة ٣/٣٢٢.

وفي فتاوى القفال: أنه إذا نذر رجل أن يضحي بشاة، ثم عين شاة لنذره فلما قدمها للذبح صارت معيبة، ولا يجزي، ويمثله لو نذر أن يهدي شاة ثم عين واحدة، وذهب بها إلى مكة، فلما قدمها للذبح تعيبت. تجزي لأن الهدى ما يهدى إلى الحرم، وبالبلوغ إليه حصل الإهداء، والتضحية لا تحصل إلا بالذبح. وأن صاحب "التقريب" قال: لو قال رجل إن شفى الله مريضى فله^(١) عليّ أن أشتري بدرهم، خبزاً واتصدق به، لا^(٢) يلزمه الشراء، بل له أن يتصدق بخبزٍ آخر بقدر درهم.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى فله على رجلي حجّ ماشياً، يصح نذره، إلا أن يريد إلزاماً على الرجل خاصة.

ولو قال: على نفسي، أو رقبتي، صحّ.

وأنه إذا نذر إعتاق رقبة وكان عليه إعتاق رقبة في الكفارة، فأعتق رقتين، ونواهما عن الواجب، جاز.

وإن لم يُعيّن كما إذا كانت عليه كفارتان مختلفتان.

وأنه لو نذر صلاتين، لم يخرج عن نذره بأربع ركعات بتسليمة واحدة.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى فله عليّ أن اتصدق بشيء صح نذره، ويتصدق بما شاء، من قليل وكثير.

ولو قال: فعليّ ألف، ولم يعيّن شيئاً باللفظن ولا بالنية، لم يلزمه شيء.

وأنه لو نذر صوم شهر ومات قبل إمكان الصوم، يُطعمُ عنه، لكل يوم مدّ، بخلاف ما لو لزمه قضاء رمضان لمرضٍ، أو سفرٍ ومات قبل إمكان القضاء، لا يُطعمُ عنه، لأن المنذور يستقر بنفس النذر.

وبني على هذا: أنه إذا حلف وحنث في يمينه، وهو مُعسّر فرضه الصيام، فمات قبل الإمكان يُطعمُ عنه. وأنه لو نذر حجة، ومات قبل الإمكان يُحجُّ عنه،

(١) في: ز "فوالله لا أعتقن هذا العبد، انعقد نذره، وهو غلط وليس هذا بنذر، بل هو تعليق باليمين بصفة".

(٢) في: ب، ظ "فلا".

وهذا يخالف ماقدمناه في الحج.

في "تفسير أبي نصر القشيري"^(١): أن القفال قال: من التزم بالنذر أن لا يكلم
الآدميين، يحتمل أن يقال: يلزمه، لأنه مما يتقرب به، ويحتمل أن يقال: لا^(٢)، لما فيه من
التضييق والتشديد، وليس ذلك من^(٣) شرعنا، كما لو نذر الوقوف في الشمس^(٤).
والله أعلم بالصواب.

(١) هو: عبد الرحيم بن عبد الكريم بن هوازن القشيري، الأستاذ أبو نصر ابن الأستاذ أبي القاسم
النيسابوري، تخرج بوالده بعد أن أحسن تربيته، لزم إمام الحرمين، فأتقن عليه الأصول
والفروع والخلاف، وغير ذلك من العلوم. وكان له موقع عظيم عنده حتى أنه نقل عنه في
موضع من كتابه "النهاية" مع كونه شاباً إذ ذاك لزم أبو إسحاق الشيرازي وغيره من الأئمة
بجلس وعظه. توفي رحمه الله سنة (٥١٤هـ).

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية للإسنوي ١٤٩/٢ و ١٥٠، طبقات الشافعية لابن قاضي
شبهة ٢٨٥/١ و ٢٨٦.

(٢) قال النووي: "الاحتمال الثاني، أصح". الروضة ٣٣٤/٣.

(٣) في: ز "في".

(٤) "في الشمس" ليست في: أ.

كتاب أدب القاضي

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في التولية والعزل.

الباب الثاني: في جامع آداب القاضي.

الباب الثالث: في القضاء على الغائب.

الباب الرابع: في القسمة.

بسم الله الرحمن الرحيم

(قال حجة الإسلام: [الغزالي] رحمه الله: كتاب أدب القاضي وفيه أربعة أبواب.

الباب الأول: في التولية والعزل. وفيه فصلان.

الفصل^(١) الأول: في التولية. وفيه مسائل.

الأولى^(٢): أن القضاء والإمامة فرض على الكفاية. لما فيه من مصالح العباد). أه.

[فصل: في إيراد طرف من الآيات والأحاديث الواردة في القضاء وتعريفه]

[قال الرافي] تَتَيَّمَنُ أولاً: بإيراد طرف من الآيات، والأخبار الواردة^(٣) في

الباب قال تعالى: ﴿وإن احكم بينهم بما أنزل الله﴾^(٤).

وقال: عز اسمه. "وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط"^(٥)

وقال تعالى: ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾^(٦) وقال عز وجل:

﴿إنا أنزلنا عليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾^(٧)

وَقِيلَ عن رسول الله ﷺ: أنه قال: "إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن

أصاب فله أجران"^(٨)

(١) "الفصل" ليست في: ز.

(٢) في: ز "المسألة الأولى".

(٣) "الواردة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) سورة المائدة، آية ٤٩.

(٥) سورة المائدة، آية ٤٢.

(٦) سورة النساء، آية ٥٨.

(٧) سورة النساء، آية ١٠٥.

(٨) الحديث: متفق عليه أخرجه البخاري ١٥٧/٨ من كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة - باب أجر

الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

وأيضاً قال^(١) عليه السلام: "السابقون إلى ظل الله تعالى يوم القيامة الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سُئِلوا بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم"^(٢). وأيضاً: "إذا جلس الحاكم للحكم بعث الله ملكين يسددانه، ويوفقانه، فإن عدل أقاما، وإن جار عرجا، وتركاه"^(٣). ويروى أنه ﷺ: بعث علياً. كرم الله

= وأخرجه مسلم بشرح النووي ١٣/١٢ من كتاب الأفضية باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب

أو أخطأ. ^{الخير}
وانظر: التلخيص^١ ١٨٠/٤.

(١) قال "ليست في: أ.

(٢) الحديث: أخرجه أحمد في مسنده ٦٧/٦-٦٩ من حديث ابن لهيعة عن خالد بن أبي عمران عن

القاسم بن محمد عن عائشة، ورواه أبو نعيم في الحلية، وقال: تفرد به ابن لهيعة، عن خالد. قلت: وتابعه يحيى بن أيوب عن عبيد الله بن زجر عن علي بن زيد، عن القاسم، وهو ابن عبدالرحمن عن عائشة، ورواه أبو العباس بن القاص في كتاب أدب القضاء له، ولمسلم من حديث عبد الله بن عمرو. "المقسطون عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم، وأهلهم، وما ولوا، قال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه: الصحيح أنه موقوف" ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨١/٤ و ١٨٢.

(٣) الحديث: أخرجه البيهقي ١٥١/١٠ من كتاب آداب القاضي، باب فضل من ابتلى بشيء من الأعمال.

من طريق الأشعري يحيى بن بريد عن ابن جريج، عن عطاء عن ابن عباس رفعه، إذا جلس القاضي في مكانه، هبط عليه ملكان يسددانه ويوفقانه، ويرشدانه ما لم يجر، فإذا جار عرجا، وتركاه".

واسناده ضعيف قال صالح جزرة: هذا الحديث ليس له أصل.

وروى الطبراني معناه من حديث واثلة بن الأسقع، وفي البزار من رواية إبراهيم بن نعيم بن عراك عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً: من ولي من أمر المسلمين شيئاً وكل الله به ملكاً عن يمينه، أحسبه قال: وملكاً عن شماله، يوفقانه ويسددانه، إذا أريد به خيراً، ومن ولي من أمر المسلمين شيئاً، فأريد به غير ذلك وكل إلى نفسه، قال: ولا نعلمه يروى بهذا اللفظ إلا من حديث عراك، وإبراهيم ليس بالقوي. وروى الترمذي وابن ماجه وابن حبان والبيهقي من حديث عبد الله بن أبي أوفى: إن الله مع القاضي ما لم يجر " زاد البيهقي: فإذا جار تخلى عنه، ولزمه الشيطان. وزاد ابن ماجه: فإذا جار وكله الله إلى نفسه، وللحاكم فإذا جار تبرأ الله منه. وقال: الترمذي: حسن غريب لانعرفه إلا من حديث عمران القطان.

قلت: وفيه مقال إلا أنه ليس بالمترك، وقد استشهد به البخاري، وصحح له ابن حبان والحاكم.

وجهه إلى اليمن قاضياً، فقال: يا رسول الله بعثني أقضي بينهم وأنا شاب لا أدري ما القضاء. قال: علي رضي الله عنه: "فضرب رسول الله ﷺ في صدري وقال: اللهم اهده وثبت لسانه، فوالذي خلق الجنة / ماشككت في قضاء بين اثنين^(١)". (٤٤٠/ز)

وأنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن قال له: كيف تقضي، إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله، قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد رأيي، ولا آلو. فضرب صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضاه رسول الله^(٢).

= وروى الطبراني في "الأوسط" من رواية عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن أبي بردة الأشعري عن أنس: أن الحجاج أراد أن يجعل إليه قضاء البصرة فقال أنس: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من طلب القضاء واستعان عليه وكل إلى نفسه، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه، أنزل الله عليه ملكاً يسدده".

وقال: لا يروى عن أنس إلا بهذا الإسناد، تفرد به عبد الأعلى عن بلال بن مرداس عن خيثة عن أنس، وقال: لانعلمه عن أنس إلا من هذا الوجه، قال: وروى عن عبد الأعلى بغير ذكر خيثة.

قلت: طريق خيثة أخرجه أبو داود والترمذي والحاكم، ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨١/٤.

وانظر: أبو داود ٣٠٠/٣ رقم ٣٥٧٨، من كتاب الأفضية، باب في طلب القضاء والتسرع إليه. وابن ماجه ٧٧٤/٢، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة. والترمذي ٣٩٢/٢، من أبواب الأحكام، باب ماجاء عن رسول الله في القاضي. والحاكم ٩٩/٤، من كتاب الأحكام.

(١) الحديث أخرجه أبو داود ٣٠١/٣، من كتاب الأفضية باب كيف القضاء. وابن ماجه ٧٧٤/٢، من كتاب الأحكام، باب ماجاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين، والحاكم ٩٩/٤، من كتاب الأحكام.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٢/٤ "أبو داود والحاكم وابن ماجه والبخاري والترمذي من طرق عن علي، أحسنها رواية البزار عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي، وفي إسناده عمرو بن أبي المقدم، واختلف فيه على عمرو بن مرة، فرواه شعبة عنه عن أبي البخاري قال: حدثني من سمع علياً أخرجه أبو يعلى، وإسناده صحيح لولا هذا المبهم، ومنهم من أخرجه عن أبي البخاري عن علي كما سيأتي بعد.

ومنها رواية البزار أيضاً عن حارية بن مصرف عن علي، قال: وهذا أحسن أسانيده.

ومنها: وهي أشهرها رواية أبي داود وغيره من طريق سمالك

(٢) الحديث: أخرجه أحمد ٢٣٦/٥ و ٢٤٢. وأبو داود ٣٠٣/٣ من كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء.

ونقول ثانياً: "القضاء على ما ذكره أئمة اللغة، والفقهاء.

إحكام الشيء، وإمضاؤه. ومنه ﴿وقضينا إلى بني إسرائيل﴾^(١). والقضاء الإتمام، ومنه ﴿فإذا قضيتم مناسككم﴾^(٢) والقضاء: الفراغ، ومنه ﴿فوكزه موسى ففضى عليه﴾^(٣) أي قتله وفرغ منه.

والترمذي ٣٩٤/٢، من أبواب الأحكام، باب ماجاء في القاضي كيف يقضي، حيث قال: "هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل"
قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٢/٤، قال البخاري في تاريخه: الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ، وعنه أبو عون لا يصح، ولا يعرف إلا بهذا، وقال الدارقطني في العلل: رواه شعبة عن أبي عون هكذا، وأرسله ابن مهدي وجماعات عنه، والمرسل أصح قال أبو داود: أكثر ما كان يحدثنا شعبة عن أصحاب معاذ: أن رسول الله، وقال مرة عن معاذ، وقال ابن حزم: لا يصح، لأن الحارث مجهول، وشيوخه لا يعرفون، قال: وادعى بعضهم فيه التواتر، وهذا كذب بل هو ضد التواتر، لأنه مارواه أحد غير أبي عون عن الحارث، فكيف يكون متواتراً، وقال عبد الحق، لا يسند، ولا يوجد من وجه صحيح، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: لا يصح، وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم، ويعتمدون عليه، وإن كان معناه صحيحاً، وقال ابن طاهر في تصنيف له مفرد في الكلام على هذا الحديث: اعلم أنني فحصت عن هذا الحديث في المسانيد الكبار والصغار وسألت عنه من لقيته من أهل العلم بالنقل، فلم أجد له غير طريقين، أحدهما طريق شعبة، والأخرى عن محمد بن جابر عن أشعث بن أبي الشعثاء عن رجل من ثقيف عن معاذ، وكلاهما لا يصح، قال: وأبجح مارأيت فيه قول إمام الحرمين في كتاب أصول الفقه، والعمدة في هذا الباب على حديث معاذ، قال: وهذه زلة منه، ولو كان عالماً بالنقل لما ارتكب هذه الجهالة قلت: أساء الأدب على إمام الحرمين، وكان يمكنه أن يعبر بألين من هذه العبارة، مع أن كلام إمام الحرمين أشد مما نقله عنه، فإنه قال: والحديث مدون في الصحاح، متفق على صحته، لا يتطرق إليه التأويل، كذا قال رحمه الله، وقد أخرج الخطيب في كتاب الفقيه والمتفقه من رواية عبد الرحمن بن غنم عن معاذ بن جبل، فلو كان الإسناد إلى عبد الرحمن ثابتاً، لكان كافياً في صحة الحديث، وقد استند أبو العباس بن القاص في صحته، إلى تلقي أئمة الفقه والاجتهاد له بالقبول، قال: وهذا القدر مغن عن مجرد الرواية، وهو نظير أحدهم بحديث: لا وصية لوارث، مع كون رواية إسماعيل بن عياش.

(١) سورة الإسراء، آية ٤.

(٢) سورة البقرة، آية ٢٠٠.

(٣) سورة القصص، آية ١٥.

ويقال: قضيت حاجتي، وسُمِّ قاضٍ أي قاتل، فسمي القضاء قضاءً، لأن القاضي يتم الأمر بالفصل، ويمضيه ويفرغ منه، وسُمِّي حاكماً^(١)، لما فيه من منع الظالم من الظلم. ومنه الحكمة، والحكمة. ويقال: أحكمتُ السفيه. إذا أخذت على يده، ومنعته^(٢).

ونقول ثالثاً: ترجمة الكتاب تتركب عن جزأين "أدب"، و "قضاء"، ولاشك أن القضاء لا يثبت للشخص من ذاته، وإنما هو ولاية تثبت بالتولية، وتزول بالعزل، تارة، وبالانعزال أخرى. ثم آداب^(٣) القاضي، وأعماله، تنقسم إلى ما يشترك فيه القضاء على الحاضر، والقضاء على الغائب، وإلى ما يختص بما إذا كانا لمقضي عليه غائباً، فأودع المصنف هذه الجمل في ثلاثة أبواب باب في التولية والعزل.

وباب في آداب القاضي^(٤) وأعماله على العموم.

وباب فيما يتعلق بالقضاء على الغائب خاصة.

وأما الباب الرابع المعقود في القسمة، فإنه اتبع فيه^(٥) الشافعي رضي الله عنه والأصحاب، حيث أوردوا القسمة في خلال الأفضية، أو على أثرها، وسببه أن القاضي لا يستغني عن القسّم للحاجة إلى قسمة المشتركات، بل القسّم كالحاكم، لما سيأتي فحسن الكلام في القسمة مع الأفضية^(٦)، هذا ضبط الأبواب.

[الباب الأول وفيه فصلان]

[قال الرافعي] أما الباب الأول: ففيه فصلان:

-
- (١) في: أ، ب، ط "حكماً".
 (٢) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٩٩/٥، ولسان العرب ٢٠٩/١١، والقاموس المحيط ٣٧٨/٤ و ٣٧٩.
 وأما كتب الفقه فيراجع، شرح الجلال المحلي ٢٩٥/٤، ومغني المحتاج ٣٧١/٤، ونهاية المحتاج ٢٢٤/٨.
 (٣) في: ز "أدب".
 (٤) في: ز "القضاء".
 (٥) في: ز "الإمام الشافعي".
 (٦) في: ز "الأضحية".

حكم القضاء
والحكمة من
مشروعيته

أحدهما: في طرف التولية، وأول ما أفتح به الفصل: أن القضاء والإمامة من فروض الكفايات، لاغنى عنهما بالإجماع، لأن الظلم من شيم النفوس، ولا بد من حاكم ينصف للمظلومين من الظالمين.

وأيضاً، فيما يتعلق بهما من الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.

وقد روي أن النبي ﷺ قال: إن الله تعالى لا يُقدِّسُ أمةً ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه^(١).

ويجوز أن يوضع على لفظ المسألة من الكتاب، "واو"، لأن بعض الأصحاب، فيما حكى القاضي ابن كج ذهب إلى أن القضاء مكروه احتجاجاً بالأحاديث المخدرة^(٢) في الباب، كما روى أنه ﷺ قال: "من جُعِلَ قاضياً فقد ذبح بغير سكين"^(٣).

(١) الحديث: قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٣/٤ و ١٨٤ "٠٠٠" ابن خزيمة وابن ماجه وابن حبان من حديث جابر بلفظ "كيف تقدس أمة لا يؤخذ لضعيفهم من شديدهم" وفيه قصة، وفي الباب عن بريدة رواه البيهقي، وعن أبي سعيد رواه ابن ماجه، وغير قابوس بن المخارق عن أبيه رواه الطبراني، وابن قانع، وعن خولة غير منسوبة، يقال: إنها امرأة حمزة رواه الطبراني، وأبونعيم، وروى الحاكم والبيهقي من حديث عثمان بن جبلة عن سماك عن شيخ، عن أبي سفيان بن الحارث بن عبد المطلب رفعه: "إن الله لا يقدر أمة لا تأخذ للضعيف من القوي حقه"، وهو غير متمتع، ورواه الحاكم من حديث شعبة عن سماك عن عبد الله بن أبي سفيان بن الحارث به في قصة، قال البيهقي: المرسل أصح، وقال الحاكم: الموصول صحيح، والمرسل مفسر لاسم المبهم الذي في الموصول، هذا معنى كلامه، وفيه نظر".

انظر: ابن ماجه ١٣٢٩/٢ برقم (٤٠١٠) من كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والبيهقي ١٠/١٦٠، من كتاب آداب القاضي، باب ما يستدل به على أن القضاء وسائر أعمال الولاة ٠٠٠ الخ".

(٢) في: أ، ب، ظ "المخدورة".

(٣) الحديث: أخرجه أبو داود ٢٩٨/٣، من كتاب الأقضية، باب في جلب القضاء. والترمذي ٣٩٣/٢، من أبواب الأحكام، باب ماجاء عن رسول الله في القاضي. حيث قال: "هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه" ابن ماجه ٧٧٤/٢، رقم (٢٣٠٨). والبيهقي ١٠/١٦٤، كتاب آداب القضاء، باب كراهية الإمارة.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٨٤/٤ "رواه أصحاب السنن والحاكم والبيهقي من حديث أبي هريرة، وله طرق، وأعله ابن الجوزي فقال: هذا حديث لا يصح، وليس كما قال، وكفاه قوة تخريج النسائي له ٠٠٠".

وروي أنه قال ﷺ "يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يمتنى أنه لم يقض بين اثنين في ثمرة قط" (١).

ومن قال: بظاهر المذهب قال: المقصود من التحذير بيان عظم خطره، وأن من استقضِيَ فقد حملَ أمراً تام الوقع، فإن جار فيه هلك، وإن عدل فاز بخير كثير. وهكذا يكون شأن الأمور الخطيرة.

وأيضاً فإن من الناس من يكره له القضاء، أو يحرم (٢) على ماسنين [من] (٣) التفصيل (٤). فليتحمل التحذيرات عليه جمعاً بين الأخبار.

وإذا قلنا: بالظاهر، فإذا قام بعض الصالحين للقضاء به سقط الفرض عن الباقين، وإن امتنع الكلُّ أثموا.

ثم الإمام يجبر واحداً منهم كيلاً تتعطل المصالح، أو لا يجبر لثلاً يلتحق فرض الكفاية بفرض العين، فيه وجهان أشبههما الأول (٥).

(قال [الغزالي]: لكن فيه خطر، فلا ينبغي أن يقدم عليه إلا من وثق بنفسه، وأخذَه بغير سؤالٍ حسنٍ، وأخذَه يطلب فيه كراهية، لكن (٦) إن تعين للولاية، ولم يصلح غيره. وجب الطلب، وإن خاف على نفسه الخيانة، لكن يجب عليه ترك الخيانة، وإن وُجد من هو أصلح منه حرم الطلب. فإن قلَّد ففي انعقاد الإمامة (٧)

(١) الحديث: قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٤/٤ "أحمد ٧٥/٦، والعقيلي، وابن حبان، والبيهقي من حديث عائشة قال العقيلي: عمران بن حطان الراوي عن عائشة لا يتابع عليه، ولا يتبين لي سماعه عنها، قلت: وقع في رواية الإمام أحمد من طريقه، قال: دخلت على عائشة فذكرتها، حتى ذكرنا القاضي فذكره".

انظر: البيهقي ١٠/١٦٥، كتاب آداب القاضي، باب كراهية الإمارة.

(٢) في: أ "ويحرم".

(٣) "من" ليست في جميع النسخ. ولكن اثبتناها هنا حتى يستقيم المعنى. والله أعلم.

(٤) انظر: الحاوي ٢٠/٦٠ وما بعدها. والمهذب ٢/٣٧١، والروضة ١١/٩٢، ومغني المحتاج ٤/٣٧٢.

(٥) وهو الصحيح: انظر الروضة ١١/٩٢، انظر: مغني المحتاج ٤/٣٧٢.

(٦) في: ب "ولكن".

(٧) في: ز "الإمام".

للمفضول خلاف. فإن معنا^(١) ففي القضاء تردد، والأصح أنه ينعقد، فإن وجد من هو مثله، جاز القبول، وكره الطلب إذا لم يكن له^(٢) حاجة إلى رزق جديد^(٣)، وإن وجد من هو دونه، وقلنا: لا ينعقد للمفضول وجب الطلب.

وإن قلنا: ينعقد، لم يجب، وجاز طلبه^(٤)، وفي وجوب القبول إذا قلّد من غير طلب، وجهان: وحيث لا يجب الطلب، فإنما يباح القبول والطلب، إذا لم يخف على نفسه الخيانة، فإن خاف فليحذر).

[في طلب القضاء وأحوال الناس فيه]

[قال الرافعي] قوله "لكن فيه خطر" أراد به أن الولاية لما أنها تفيد قوة بعد ضعف، وقدرة بعد عجز، تتخذها النفس المجبولة على الشر ذريعة إلى الانتقام من العدو والنظر للصديق، وتتبع الأغراض الفاسدة، ولا توثق بحسن عاقبتها، وسلامة مجاورتها، فالأولى أن لا يطلب ما أمكن، ولذلك، قال ﷺ: لعبد الرحمن بن سمرة "لاتسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنتَ عليها"^(٥). وتفصيل حال الناس فيه: أن الشخص إما أن لا يصلح للقضاء، فلا يجوز تقليده، ولا يجوز له التقليد، والطلب، وإما أن يصلح له، فإما أن يتعين، أو يكون هناك غيره.

الحالة الأولى: إذا تعين للقضاء، وجب عليه القبول، ويجب أن يطلبه، ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملاً^(٦)، ولا يعذر بأن يخاف من نفسه الميل، والخيانة بل عليه أن يقبل ويتحرز، فإن امتنع عصي.

(١) "فإن معنا ف" ليست في: ب، ز، ظ.

(٢) في: ز "به".

(٣) "جديد" ليست في: ز.

(٤) "طلبه" ليست في: ب، ز، ط.

(٥) الحديث: متفق عليه أخرجه البخاري ١٠٦/٨، من كتاب الأحكام، باب من سأل الإمارة وكل إليها، ومسلم بشرح النووي ١٠٦/١٢ و ١٠٧، من كتاب الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها.

(٦) الخامل: "أي ساقط النباهة لا حظ له". المصباح ١٨٢/١.

وهل يجبره الإمام عليه؟ قيل: لا، لما روي أنه ﷺ قال: إنا لا نُكْرَهُ على القضاء أحداً^(١)، والأكثر حملوا الحديث على حالة عدم التعيين، وحكموا بالإجبار، لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره، فأجبر على البذل، كما يجبر المالك على بذل الطعام للمضطر، وكما يجبر على القيام بسائر فروض الكفايات عند التعيين، وربما تردد الناظر في الأخبار / من جهة أن الإمتناع عن هذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة بعدما تعين. يشبه أن يكون من الكبائر، وحيثُ فيفسق به ويخرج عن أهلية القضاء لفوات شرط العدالة فكيف يولى، ويجبر على القبول؟ ويمكن أن يكون المراد أنه يؤمر بالتوبة، أولاً، فإذا تاب تَوَلَّى^(٢).

(٤٤١/ن)

الحالة الثانية: أن لا يتعين بل يكون هناك غيره ممن يصح للقضاء، فذلك الغير، إما أن يكون أصلح، وأولى منه، أو يكون مثله، أو دونه. إن كان أصلح^(٣) فيرتب^(٤) على أن الإمامة العظمى.

هل تتعقد للمفضول؟ وفيه: قولان للمتكلمين، والفقهاء.

أحدهما: المنع رعاية لزيادة^(٥) الفضيلة.

وأصحهما: الانعقاد، لأن تلك الزيادة خارجة عن حد الإمامة، فأشبهه إمامة الصلوات، وسائر المناصب الدينية.

والقضاء أولى أن^(٦) يجوز تفويضه إلى المفضول، لأن الغائب بتولي المفضول الإمامة، لا يتدارك، والغائب في القضاء يتدارك، ينظر من فوقه من الولاية، فإن لم نُحَوِّزْ

(١) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٤/٤ "لم أجده هكذا، وفي المعنى حديث

ابن مسعود: بعثني رسول الله ﷺ ساعياً، وقال: لا ألقينك يوم القيامة تجيء وعلى ظهرك بعير له رغاء قد غلته، قال: إذا لا أنطلق، قال: إذا لا أكرهك، أخرجه أبو داود.

(٢) قال النووي في الروضة ٩٢/١١ "قلت: وينبغي أن يقال: لا يفسق، لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً، وهذا ليس بعاصٍ قطعاً، وإن كان مخطئاً. والله أعلم."

(٣) في: ز "أصلى".

(٤) في: ب، ظ "ورتب".

(٥) في: ز "لزيادة رعاية". تقديم وتأخير، وهو غير صحيح.

(٦) في: ب "بأن".

للمفضول القضاء، حرمت توليته، وحرم عليه الطلب، والقبول، وإن جوزناه جاز
القبول، وأما الطلب فيكره، أو يحرم^(١)؟ فيه. وجهان منقولان، في "الوسيط"^(٢).

أظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب". الإقتصار على الكراهية، وإذا كان
الأصلح لا يتولى القضاء، فهو كما لو لم يوجد الأصلح، وإن كان هناك مثله، فله
القبول، إذا قُلد، وفي الوجوب وجهان قريبان، من الوجهين، في أنه إذا امتنع الكل هل
يجبر الإمام أحدهم؟

والأظهر: وهنا عدم الوجوب، لأنه قد يقوم به غيره، وأما الطالب، فإن كان
حامل الذكر. ولو ولي القضاء أشتهر^(٣)، وانتفع الناس بعلمه، فيستحب له الطلب، وإن
كان مشهوراً، ينتفع بعلمه، فإن لم يكن له كفاية، ولو وُلي لصار^(٤) مكفياً من بيت
المال.

فعبارة الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمعظم: أنه يستحب له الطلب
أيضاً، لينتفع به^(٥)، وضايق بعضهم في الاستحباب هاهنا، واقتصر على نفي الكراهية^(٦).
وعن القفال: أنه لا يستحب الطلب بحال، لظاهر حديث عبد الرحمن بن سمرة - رضي
الله عنه - والأظهر: الأول. وإن كان مع الشهرة مكفياً، فيكره له الطلب، ومنهم من
لا يطلق لفظ الكراهية^(٧)، ويقتصر على أن الأولى، أن لا يطلب، والسبب فيه مامر من
التحذيرات، وكما يُكره الطلب، والحالة هذه يكره القبول.

ولو قُلد من غير طلب، تفريراً على القول بعدم الوجوب، وعلى ذلك ينزل
امتناع السلف كما امتناع ابن عمر - رضي الله عنهما - لما استقضاه عثمان رضي الله

(١) انظر: الروضة ٩٢/١١، مغني المحتاج ٣٧٣/٤.

(٢) انظر: ٢٨٨/٧.

(٣) في: ب، ظ "لاشتهر".

(٤) في: ز "صار".

(٥) في: ز "لينتفع، وينتفع به".

(٦) في: ب، ظ "الكراهية".

(٧) في: ب، ظ "الكراهية".

عنه، وتهرب أبي قلابة^(١)، والثوري وأبي حنيفة رحمهم الله.

ويروى أن الشافعي رضي الله عنه أوصى "المزني" في مرض موته بإن لا يتولى القضاء، وعرض عليه "كتاب الرشيد"^(٢)، بالقضاء، وأنه لم يجبه إليه، وانتهى امتناع أبي علي ابن خيران، لما استفضاه الوزير ابن الفرات^(٣)، إلى أن ختمت دوره بالطين أياماً.

وإن كان هناك من هو دونه فإن لم يجوز تولية المفضول، فهو كما لو تعين.

وإن جوزناه فيستحب له القبول، وفي الوجوب الوجهان، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه.

وهكذا حيث استحَبنا الطلب، والتقلد، أو أبجناهما، فكذلك عند الوثوق. وغلبة الظن، بقوة النفس.

وأما عند الاستشعار^(٤) بالخوف^(٥) فينبغي أن يحترز، فإن أهم الغنائم حفظ النفس^(٦) والسلامة.

(١) هو: عبد الله بن زيد البصري. المشهور بأبي قلابة الإمام الثقة الفاضل، كان رأساً في العلم والعمل. طُلب للقضاء فهرب، ونزل الشام سماع من سمرة، وجماعة، توفي رحمه الله سنة (١٠٤) وقيل بعدها.

انظر: تقريب التهذيب ٤١٧/١، شذرات الذهب ١٢٦/١.

(٢) هو: هارون بن محمد المهدي بن المنصور العباسي، المشهور بهارون الرشيد، أبو جعفر خامس خلفاء الدولة العباسية في العراق. وأشهرهم، نشأ في دار الخلافة ببغداد، وولاه أبوه غزو الروم في القسطنطينية، وبويع بالخلافة بعد وفاة أخيه الهادي سنة (١٧٠هـ) فقام باعبائها وازدهرت الدولة في أيامه ٠٠ وكان الرشيد عالماً بالأدب، وأخبار العرب، والحديث والفقهاء، فصيحاً، له شعر ومناقبه كثيرة.

ولد سنة (١٤٩هـ) وتوفي سنة (١٩٣هـ) ولايته (٢٣ سنة).

انظر: البداية والنهاية ٢١٣/١٠، وتاريخ بغداد ٥/١٤، وشذرات الذهب ٣٣٤/١.

(٣) قال ابن العماد الحنبلي في شذرات الذهب ٢٣٧/٢ "وفيها - أي سنة إحدى وثلاثمائة - على مقال ابن الأهدل، الوزير ابن الفرات، وكان عالماً محباً للعلماء، وبسببه سار الدارقطني من العراق إلى مصر، ولم يزل عنده حتى فرغ من تأليف مسنده، وكان كثير الإحسان إلى أهل الحرمين واشترى بالمدينة داراً ٠٠٠ ليدفن فيها، ولما مات حمل تابوته إلى مكة ٠٠٠ ودفن بالمدينة" رحمه الله.

(٤) في: "فر الاستغناء".

(٥) "الخوف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "النفس" و"ليست في: أ، ب، ظ.

ثم اعرف هاهنا أموراً:

أحدها: التفصيل الذي ذكرناه في الطلب، فيما إذا لم يكن في الموضوع المطلوب قضاؤه^(١) قاضٍ، فإن كان فيه من يلبس القضاء، نظر، إن لم يكن مستحقاً، لجور، أو جهل، فالحكم كما لو لم يكن هناك^(٢) قاضٍ وإن كان^(٣) مستحقاً، والطالب يروم عزله.

قال: أفضى القضاة الماوردي: هذا الطلب محذور، والطالب بالتعرض له مجروح. الثاني: حكم الطلب من غير بذل ما بيناه، فأما إذا بذل مالا ليتولى، فإن ابن القاص وآخرين أطلقوا القول: بأنه محذور، وبأن قضاؤه مردود، والأشبه تفصيل أورده القاضي الروياني، وهو أنه إن تعين عليه القضاء، أو كان ممن يستحب له القضاء، فله بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالآخذ، وهذا^(٤) كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال، وإن لم يتعين^(٥) عليه، ولا هو ممن يستحب له القضاء^(٦)، فلا يجوز له بذل المال ليؤلى، ويجوز له بذل المال بعد ما وُلِّي لثلاث يعزل، والآخذ ظالم بالآخذ.

وأما بذل المال لعزل من هو ملابس للقضاء، فإن لم يكن بصفات القضاة، فهو مستحب لتخليص الناس منه، لكن أخذه حرام على الآخذ، وإن كان بصفات القضاة، فهو حرام، فإن فعل، وعزل الأول برشوة وولي البازل مكانه من غير رشوة. قال: "ابن القاص" توليته باطله، والمعزول على قضائه لأن العزل بالرشوة حرام، وتولية المرتشي الراشي، حرام، وليكن هذا محمولاً على الأصل الممهد في الشريعة.

فأما عند الضرورات، وظهور الفتن فلا بد من تنفيذ التولية، والعزل جميعاً،

كتولية الباغين.

-
- (١) في: ز "قضاؤه".
 (٢) "هناك" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٣) "وإن كان" ليست في: أ.
 (٤) في: ب "وهو".
 (٥) في: أ "يعين".
 (٦) "القضاء" ليست في: ز.

الثالث: طرق الأصحاب متفقة في تعيين الشخص للقضاء، وعدم تعيينه على النظر إلى البلد، والناحية لاغير. وقضيته^(١)، أن لايجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرى لأصالح لها، ولا قبوله إذا وُلِّي، ويجوز أن يُفَرَّق بينه، وبين القيام بسائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد، وتعلم العلم، ونحوهما، بأنه يمكن القيام بتلك^(٢) الأمور، والعود إلى الوطن، وعمل القضاء لا غاية له، فالإنتقال له هجرة، وترك الوطن^(٣) بالكلية.

وقوله في "الكتاب": "وإن وُجِدَ من هو أصلح منه، حَرُمَ الطلب"، إنما يظهر الحكم، بجرمة الطلب مع الأصلح إذا منعنا تولية المفضول، أما إذا جوزناها، فأظهر الوجهين على ما مرَّ أنه يُكره^(٤) الطلب، ولا يجرم فيصح أن يعلم قوله "حَرُمَ" بالواو.

وكذلك قوله: "وفي القضاء تردد"، يجوز أن يعلم بالواو، لما بينا أن الخلاف في القضاء، مرتب على الخلاف في الإمامة، والترتيب يفيد طريقة قاطعة بالجواز في القضاء. ويوضحه: أن الأصحاب ربما احتجوا لقول انعقاد الإمامة للمفضول: بأن القضاء ينعقد له، وإنما يصدر هذا الاحتجاج ممن يقطع بانعقاد القضاء له.

وقوله "وكره الطلب، إذا لم يكن به حاجة إلى رزق". قضيته تعميم الكراهة حيث لم يحتج إلى الرزق لكننا بينا أن الخامل، الذي لو وُلِّي، انتشر علمه، يستحب له الطلب فلا بد من استثناء هذه الصورة.

واعلم أن نظم "الكتاب" مصرح بوجود الطلب إذا عين الشخص للقضاء، وبجرمة الطلب إذا لم يتعين، وكان غيره أصلح منه، وبالكراهة إذا كان مثله، وبالجواز إذا كان دونه، وإذا استوعب الأحوال تبين أنه متى يكره، ومتى لا يكره؟ فلا حاجة إلى قوله "أولاً: إن أخذه، بطلب^(٥) فيه كراهية^(٦)".

(١) في: أ "قضية".

(٢) في: أ "بذلك".

(٣) في: ب "للوطن".

(٤) في: ز "لايكره" وانظر: الوسيط ٢٨٨/٧، والروضة ٩٢/١١، ومغني المحتاج ٣٧٣/٤.

(٥) في: أ، ب، ظ "بغير طلب".

(٦) والعبارة في الوجيز ٢٣٧/٢ "وأخذه بطلب فيه كراهية".

قال [الغزالي] الثانية: لا بد للقاضي^(١) من صفات، وهي: أن يكون حراً، ذكراً، مجتهداً، بصيراً، عدلاً، بالغاً، فلا يجوز قضاء المرأة، والأعمى، والصبي، والفاسق، والجاهل، والمقلد، بل ينبغي أن يستقل بالاجتهاد، والذي يجتهد في مذهب أحد الأئمة له الفتوى على وجهه، ويكون مقلده مقلد الإمام الميت، ولا ينتصب للقضاء. هذا هو الأصل. فإن تعذرت الشروط، وغلب على الولايات متغلبون فسقه، وكل من ولاه صاحب شوكة. نفذ حكمه للضرورة، كما ينفذ حكم البغاة، وإن لم يصدر عن رأي الإمام، والظاهر، أن قضاء الأمي الذي لا يكتب جائز أ.هـ.

[الفصل الأول: في صفات القاضي]

[قال الرافعي] مقصود المسألة: بيان الصفات المشروطة في القضاء، وقد تخللها كلام في الفتوى، ونحن نأتي بفصل من صفات القاضي، وآخر فيما يتعلق بالفتوى. أما الفصل الأول. فإحدى الصفات المشروطة في القاضي الحرية، فلا يصلح الرقيق للقضاء قنّاً كان أو غير قنٍ، لأنه ناقص، ولأنه لا يفرغ له. والثانية: الذكورة، وقال: أبو حنيفة - رحمه الله - يجوز أن تكون المرأة قاضيةً فيما تقبل شهادتها فيه^(٢).

لنا ما روى أنه ﷺ، قال: "لن يفلح قوم وليتهم امرأة"^(٣)

ولأنه لا يليق بحالها مجالسة الرجال، ورفع الصوت بينهم ولا بد للقاضي من ذلك^(٤).

والثالثة: أهلية الاجتهاد: فلا يجوز تولية الجاهل بالأحكام الشرعية وطرقها،

(١) في: أ "للقضاء".

(٢) انظر: الهداية ١٠٧/٣، وفتح القدير ٢٩٧/٧، ورد المختار ٤٤٠/٥.

(٣) الحديث: أخرجه البخاري ١٣٦/٥، كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقصر برقم (٤٤٢٥).

وانظر: التلخيص ١٨٤/٤.

(٤) انظر: الحاوي ٢٢٠/٢٠، والمهذب ٣٧٣/٢، والوجيز ٧/٢، والوسيط ٢٨٩/٧، الروضة

٩٥/١١، ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

المحتاج إلى تقليد غيره فيها^(١) روي أن النبي ﷺ قال: القضاة ثلاثة، واحد في الجنة، واثنان في النار، فالذي في الجنة رجل عرف الحق ف قضى به، واللذان في النار رجل عرف الحق، فجار في الحكم، ورجل قضى للناس على جهل^(٢).

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يجوز تولية العامي، ثم هو يسأل أهل العلم، ويقضي^(٣).

واحتج الأصحاب عليه^(٤) بأنه لا يجوز الفتوى بالتقليد فكذلك القضاء، وبطل أولى، لأننا نعتبر في القضاء، مالا نعتبره^(٥) في الفتوى على ماسيظهر. وإنما تحصل أهلية الاجتهاد بالعلم بأمور.

أحدها: كتاب الله تعالى: ولا يعتبر العلم بجميعه بل بما يتعلق منه بالأحكام، ولا يشترط حفظه^(٦) عن ظهر قلب، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه.

والثاني: سنة رسول الله ﷺ لا جميعها، بل ما يتعلق منها^(٧) بالأحكام، وينبغي أن يعرف منها العام، والخاص، والمطلق، والمقيد، والمحمل، والمبين، والناسخ، والمنسوخ. ومن السنة: المتواتر، والآحاد والمرسل والمسند، وحال الرواة قوة وضعفاً. والثالث: أقاويل علماء الصحابة - رضي الله عنهم - فمن بعدهم إجماعاً، واختلافاً.

والرابع: القياس فيعرف جلياً وخفيئاً، وتميز الصحيح منه من الفاسد.

-
- (١) في: أ "وفيما" وفي ب، ظ "لما".
(٢) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٥/٤ "أصحاب السنن، والحاكم والبيهقي من حديث بريدة، قال الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخرسانيون، ورواته مراوزة. قلت: له طرق غير هذه قد جمعتهما في جزء مفرد".
انظر: أبوداود ٢٩٩/٣، رقم ٣٥٧٣، وابن ماجه ٧٧٦/٢ حديث (٢٣١٥).
(٣) انظر: الهداية ١٠١/٣، وفتح القدير ٣٥٧/٦ و ٣٥٨.
(٤) "عليه" ليست في: ب، ظ.
(٥) في: ز "يعتبر".
(٦) في: ز "حفظها".
(٧) في: ب "منه".

والخامس: لسان العرب لغة، وإعراباً، فإن الشريعة^(١) وردت بالعربية، ومن هذه الجهة يعرفُ عموم اللفظ وخصوصه، وإطلاقه، وتفيده، وإجماله، وبيانه.

قال علماءنا: ولا يعتبر التبحر في هذه العلوم بل يكفي معرفة جمل منها. وزاد المصنف "تحقيقاتٍ أوردتها في أصول الفقه"^(٢).

منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرُّقها، وإنتشارها، ولكن يكفي أن يكون له أصل مصححٌ وقعت العناية فيه بجمع^(٣) أحاديث الأحكام كسنن أبي داود^(٤). ويكفي أن يعرف مواقع كل باب فيراجعها إذا احتاج إلى الفتوح في ذلك الباب.

ومنها: أنه لا يحتاج إلى ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع، إما بأن يعلم أنه يوافق قول بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن الواقعة متولدة في ذلك العصر لم يخض فيها الأولون، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على قبوله، أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن رواته وما عدا ذلك فينبغي أن يكتبني^(٥) في رواته بتعديل^(٦) إمام

(١) في: ز "الشرع".

(٢) انظر: المستصفي: ٣٥٠/٢، والوسيط ٢٩٠/٧، والروضة ٩٥/١١.

(٣) في: أ، ب "بجميع".

(٤) قال النووي: "لا يصح التمثيل بسنن أبي داود، فإنه لم يستوعب الصحيح من أحكام الأحكام، ولا معظمه، وذلك ظاهر، بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع. وكم في صحيح البخاري ومسلم من حديث "حكيم" ليس في سنن أبي داود. وأما في كتابي الترمذي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرت، وشهرته غنية عن التصريح والله أعلم". ذكره في الروضة ٩٥/١١.

قال في القوت: وهذا الاعتراض الشنيع على الإمام الغزالي إنما أوجبه قول المصنف "بجميع" تقليداً لبعض نسخ الرافعي، والذي قاله الغزالي ونقله الرافعي وغيره عنه "بجمع" من غير ياء بعد الميم، وهذا صحيح سبقه إليه البندنجي، ولا يخفى على من عنده أدنى علم ماذكره، وأنه لم يقع لأحد جمع جميع أحاديث الأحكام في تصنيف، لأن ذلك غير ممكن، وليس الاطلاع على جميعها شرطاً في صحة الاجتهاد". نقله المحقق على هامش العزيز شرح الوجيز ٤١٦/١٢.

(٥) في: أ "يكون"، وفي: ب "يكفي".

(٦) في: أ "تعديل".

مشهور، عُرفَ صحة مذهبه في التعديل، وإلا فمن درج في الأحوال الماضية لأَيَحْتَبَرُ ولا يُشاهد حاله، وتواتر السيرة، لا يكاد يوجد إلا في جماعة معدودين^(١).

ومنها: اجتماع هذه العلوم إنما تشترط في المجتهد المطلق، الذي^(٢) يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون للعالم منصب الإجتهد، في باب، دون باب، فالناظر في المسألة المشتركة^(٣) يكفيه معرفة أصول الفرائض، ولا يضره أن لا يعرف الأخبار الواردة في تحريم المسكر مثلاً، وعدَّ الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الاعتقاد. قال: "المصنف" وعندني يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين، والأدلة التي يجررونها، لأن الصحابة رضي الله عنهم ما كانوا يحسنون تلك الصناعة. والصفة الرابعة: أن يكون بصيراً، فلا يجوز التفويض إلى الأعمى، لأنه لا يعرف الخصوم، والشهود / وعن مالك رحمه الله. تجويزه^(٤)، وفي "جمع الجوامع" للقاضي (٤٤٣/ز) الروياني وجه يوافق^(٥).

والخامسة: العدالة، فإن الفاسق لا يصلح للشهادة فلقضاء أولى.

والسادسة: البلوغ، فالصبي لا ينفذ قوله على نفسه فعلى غيره أولى.

وهل يجوز أن يكون القاضي أمياً؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا للحاجة إلى مطالعة الحجج وإثباتها. وأصحهما: ^(٦). نعم، لأن النبوة التي هي أصل القضاء، لا يشترط فيها معرفة الخط. هذه هي الصفات المذكورة في الكتاب.

(١) قال الإمام النووي في الروضة ٩٦/١١ "هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه. وشذ من شرط في التعديل اثنين. وقوله: "تواترت عدالة رواته" يعني مع ضبطهم.

ولو قال: "أهلية رواته" كان أولى، ليشمل العدالة والقبط، وقوله: "أجمع السلف على قبوله" يعني على العمل به ولا يكفي عملهم على وفقه. فقد يعملون على وفقه بغيره. والله أعلم.

(٢) في: أ "التي".

(٣) في: أ، ب "مسألة المشتركة".

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٨.

(٥) "والصحيح الأول" ذكره النووي، الروضة ٩٦/١١، وانظر: مغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٦) انظر: الوسيط ٢٩١/٧، والروضة ٩٦/١١، ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

ويشترط وراؤها صفات آخر

منها: الإسلام، فلا يجوز تقليد الكفار القضاة^(١) على المسلمين، ولا على الكفار، قال: أفضى القضاة "الماوردي". وما جرت به عادة الولاية من نصب حاكم بين أهل الذمة، فهو تقليد سياسة^(٢) وزعامة، لا^(٣) تقليد حكم، وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه بالتزامهن، لا للزومه^(٤).

وحكى عن أبي حنيفة: أنه^(٥) يجوز تقليد الكافر للقضاء بين أهل دينه^(٦).

ومنها: أن يكون ناطقاً سميعاً، فلا يجوز تقليد الأخرس، الذي لاتعقل إشارته، وإن عُقِلَتْ فوجهان وخرَّجهما ابن القاص: الأصح المنع^(٧) أيضاً، ولا يُقَلَّد الأصم الذي لا يسمع أصلاً، وإن كان يسمع إذا صيَّحَ به، فيجوز تقليده.

ومنها: الكفاية^(٨)، فلا يجوز قضاء المغفل، والذي اختل رأيه، ونظره بكبير، ومرض، ونحوهما. ويستحب أن يكون القاضي مع الصفات المشروطة، وافر العقل حليماً متبثاً ذا فطنة وتيقظ، كامل الحواس، والأعضاء، عالماً بلغة الذين يقضي بينهم بريئاً من الشحناء، بعيداً من الطمع، صدوق اللهجة ذا رأي ووفاء وسكينة ووقار، وأن لا يكون جباراً يهابه الخصوم، فلا يتمكنون من استيفاء الحجة، ولا ضعيفاً يستخفون به،

(١) في: أ "للقضاء".

(٢) في: أ "رياسة".

(٣) في: أ "ولا".

(٤) انظر: الحاوي ٢٠/٢٢٢.

(٥) "أنه" ليست في: أ.

(٦) انظر: الهداية ٣/١٠١، وفتح القدير ٦/٣٥٧.

(٧) "وهو المذهب". انظر: الروضة ١١/٩٧، ومغني المحتاج ٤/٣٧٥.

(٨) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٧/٢٩١ "تعتبر الكفاءة اللائقة بالقضاء" هذه الكفاءة هي النهضة والقيام بعمل القضاء. والله أعلم.

وكذلك ورد بهامش العزيز ١٢/٤١٨ "وفسر بعضهم الكفاية اللائقة بالقضاء: بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه، فلا يكون ضعيف النفس جباناً، فإن كثيراً من الناس يكون عالماً دينياً ونفسه ضعيفة عن التنفيذ والإلزام والسطوة. فيطمع في جانبه بسبب ذلك.

لذلك قال ابن عبد السلام: للولاية شرطان: العلم بأحكامها. والقدرة على تحصيل مصالحها، وترك مفسدها، فإذا فقد الشرطان حرمت الولاية.

ويطمعون في جنينه، والأولى أن يكون قرشياً، ورعاية العلم والتقى، أولى من رعاية النسب.

إذا عُرفَ ذلك فلو أن الإمام عرف فيمن يولّيه الصفات المشروطة فذلك، وإلا بحث عن حاله واختبره، كما اختبر رسول الله ﷺ معاذاً رضي الله عنه.

ولو ولي من لم تجتمع فيه الصفات على علم بحاله توجه الحرج على المولي والمولى، ولم ينفذ قضاؤه بصواب، ولا خطأ.

هذا هو الأصل في الباب.

قال في: "الوسيط" لكن^(١) اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا، لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل^(٢) من ولاة سلطان^(٣) ذو شوكة، وإن كان جاهلاً، أو فاسقاً، كيلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده أنا ننفذ قضاء قاضي^(٤) أهل البغي لمثل هذه الضرورة^(٥)، وهذا حسن.

لكن في بعض الشروح أن قاضي أهل البغي إن كان منهم، نظر، إن كان بغيهم لا يوجب الفسق كبغي معاوية جاز قضاؤه، وإن أوجب الفسق، كبغي أهل النهروان، لم يجز^(٦). وذكر أن القاضي العادل، إذا استقضاه أمير باغ أجابه إليه.

(١) انظر: ٢٩١/٧.

(٢) في: ز "كل قضاء".

(٣) في: أ "السلطان".

(٤) "قاضي" ليست في: ز.

(٥) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٢٩١/٧: "ما ذكره من تنقيح أحكام الفاسق أو الجاهل إذا ولاة السلطان للضرورة كما ينفذ قضاء أهل البغي للحاجة" هو بخلاف ما قاله غيره، فإن المنقول في "تعليق" القاضي حسين وغيره: أنه لا تنفذ أحكامه، وإن ولاة الإمام. وما احتج به من قضاء أهل البغي فني "التهذيب" وغيره: أنهم إذا ولوا قاضياً غير عدل لم تنفذ أحكامه. نعم ما ذكره توجه بإجماع الأمة على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام من ولوا غير أنه يُورَدُ عليه ما إذا ولي السلطان قاضياً كافراً، فإنه لا تنفذ أحكامه مع وجود الضرورة... والله أعلم.

(٦) قال النووي: "هذا المنقول عن بعض الشروح مشهور، قد ذكره صاحب "المهذب" وغيره، فني "المهذب" أن قاضي البغاة إن كان من يستبيح دم أهل العدل وما لهم، لم ينفذ حكمه، لأن

فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك، لمن استقضاه زياد فقالت: "إن لم يقض لهم خياركم قضى لهم شراركم"^(١).

فرع: من لا تقبل شهادته من أهل البدع، لا يجوز تقليده القضاء.

قال: القاضي "الماوردي"^(٢) وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع، أو لا يقول بأخبار الآحاد، وكذا القول في نفاة القياس^(٣)، الذين لا يقولون بالإجتihad أصلاً، بل يتبعون النصوص، وإذا لم يجدوا أخذوا بقول سلفهم، وإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام وبينون الأحكام^(٤) على عموم النصوص، وإشاراتهما، ففي تقليدهم وجهان. والأظهر جوازه^(٥).

= شرطه العدالة والاجتهاد، وهذا ليس يعدل، ولا مجتهد، وقد جزم الرافعي في "المحرر" بما ذكره الغزالي، فقال: "إن تعذر اجتماع هذه الشروط، فولى سلطان ذو شوكة فاسقاً، أو مقلداً، نفذ قضاؤه للضرورة" والله أعلم.

انظر: الروضة ٩٨/١١، المهذب ٢٨٣/٢.

وقال ابن أبي الدم المتوفى سنة (٦٤٢هـ) في كتابه "أدب القضاء" تحقيق/ محمد عبد القادر عطا، الطبعة ١، ١٤٠٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٣٣. "فلا تصح ولايته، ولا ينفذ حكمه، ولا يقبل قوله، لأنه لا تقبل شهادته، فعلم قبول حكمه أولى، فلو ولاه الإمام، أو نائبه، أو ذو شوكة، وحكم بين الناس على فسقه، لم تنفذ أحكامه قطعاً، لاشك فيه، لانعرف فيه خلافاً، وبه قطع العراقيون، والمراورة، إلا ما حكاها الشيخ أبو حامد الغزالي، فإنه قال: "يعصي السلطان بتفويض القضاء إلى الفاسق والجاهل، ولكن بعد أن ولاه، فلا بد من تنفيذ أحكامه للضرورة.

هذا كلامه. ولا أعلم أحداً نقله غيره مع تصفح شروح المذهب والمصنفات فيه"

(١) الأثر: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٦/٤ و ١٨٧ "قال عمر بن شبة في كتاب "السلطان" له، نا محمد بن حاتم، نا إبراهيم بن المنذر، نا إبراهيم بن محمد بن عبد العزيز عن أبيه، عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: اجتمعت أنا ونفر من أبناء المهاجرين، فقلنا: لو رحلنا إلى معاوية، ثم قلنا: لو استشرنا أمناً عائشة، فدخلنا عليها، فذكرنا لها العيال والدين، فقالت: سبحان الله ما للناس بد من سلطانهم، قلنا: إنا نخاف أن يستعملنا، قالت: سبحان الله، فإذا لم يستعمل خياركم يستعمل شراركم".

(٢) انظر: الحاوي ٢٠/٢٢٦.

(٣) في: أ "وهم أهل الشيعة". وفي ب "وهم الشيعة".

(٤) في: ب "الكلام" وهو خطأ.

(٥) انظر: الحاوي ٢٠/٢٢٦، والروضة ٩٨/١١، ومغني المحتاج ٤/٣٧٧.

[الفصل الثاني: في الفتوى]

[قال الرافي] الفصل الثاني: في الفتوى:

ومهما لم يكن في الموضوع إلا واحد يصلح للفتوى، تعين عليه أن يفتي، وإن كان هناك غيره، فهو من فروض الكفايات ومع ذلك فلا يحمد التسارع إليه، كانت الصحابة رضي الله عنهم مع مشاهدتهم التنزيل، يحيل بعضهم في الفتاوى على بعض ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن^(١).

ثم الكلام في ثلاث جمل:

إحداها: في طرف المفتي، ويشترط فيه الإسلام، والبلوغ، والعدالة، فإن الفاسق لا يوثق بفتواه، نعم، يعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط فيه التيقظ وقوة الضبط، فلا تُقبل فتوى من تغلب عليه الغفلة والسهو، ذكره أبو القاسم الصميري^(٢).

ويشترط أيضاً أهلية الاجتهاد، ليأخذ غيره بقوله، كما أنه يشترط الاجتهاد في القبلة، ليقلده^(٣) من لا يعرف القبلة، ويدل عليه، ظاهر قوله ﷺ: "من سئل فأفتى بغير

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٧/٤ "كان الصحابة يحيلون في الفتاوى بعضهم على بعض مع مشاهدتهم التنزيل، ويحيدون عن استعمال الرأي والقياس، ابن أبي خيثمة والرامهرمزي من طريق عطاء بن السائب سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى يقول: لقد أدركت في هذا المسجد عشرين ومائة من الأنصار، مامنهم أحدٌ يحدث إلا ودَّ أخاه كفاه الحديث، ولا يسئل عن فتيا إلا ودَّ أن أخاه كفاه الفتيا.

ومن طريق داود بن أبي هند قلت للشعبي: كيف كنتم تصنعون إذا سئلتهم؟ قال: على الخبير سقطت، كان إذا سئل الرجل قال لصاحبه: أفتهم، فلا يزال حتى يرجع إلى الأول. وأخرجه عبد الغني بن سعيد في أدب المحدث من هذا الوجه، وفي مسلم من حديث أبي المنهال: أنه سأل زيد بن أرقم عن الصرف، فقال: سل البراء بن عازب، فسأل البراء، فقال: سل زيدا، الحديث". هو: عبد الواحد بن الحسين بن محمد البصري، أبو القاسم الصميري. أحد أئمة الشافعية، وأصحاب الوجه، حضر مجلس القاضي أبي حامد المروزي، وتفقه بصاحبه أبي الفياض البصري، وكان حافظاً للمذهب، حسن التصانيف أخذ عنه الماوردي، من تصانيفه "الإيضاح"، و"الكفاية" وغيرهما، ٠٠ توفي رحمه الله بعد سنة ٣٨٦هـ وقيل غير ذلك.

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية للأسنوي ٣٧/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٨٤/١.

(٣) بقوله، كما أنه . . . ليقلده" ليست في: ب.

علمٍ فقد ضلّ، وأضلّ"^(١)

فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها، لم يكن له أن يفتي فيها، ولم يكن لغيره أن يقلده فيها، ويأخذ بقوله، هذا هو الصحيح^(٢).

وورآؤه وجهان، حكاهما "الصيمري"، والقاضي الروياني في "البحر":
أحدهما: أنه يجوز، لأنه عرف الحكم والدليل.

والثاني: الفرق بين أن يكون الدليل نقلياً، فيجوز أو قياساً فلا يجوز، والعالم الذي لم يبلغ رتبة الاجتهاد كالعامة في أنه لا يجوز تقليده على الصحيح. وموت المجتهد هل يخرج عن أن يُقلد ويؤخذ بقوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لخروجه عن أهلية الاجتهاد، كما لو فسق بعد عدالته، وأيضاً، فإنه لا قول له بعد موته، ألا ترى أن الواحد من الصحابة، إذا كان يخالف الباقيين، في مسألة لم يكن اتفاق الباقيين إجماعاً.

فإذا مات ذلك الواحد صار إجماعاً، فدل على أنه لم يبق له قول بعد موته.

وأصحهما^(٣): أنه يجوز تقليده، والأخذ بقوله، كما إذا شهد الشاهد، ثم مات، يجوز الحكم بشهادته^(٤)، والمسألة المستشهد بها ممنوعة، ولو بطل قول القائل بموته لبطل الإجماع بموت المجمعين، ولصارت المسألة اجتهادية، وأيضاً فالخلق/ كالمفتقين على أنه لا (٤٤٤/ز) مجتهد اليوم^(٥).

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٥/٤ "لم أره هكذا، وهو مأخوذ من المتفق رواه البخاري

ومسلم من حديث عبد الله بن عمرو: وإن الله لا يقبض العلم انتزاعاً، ففي آخره: فيأتي ناس جهال يستفتون، فيفتون برأيهم، فيضلون ويضلون، لفظ إحدى روايات البخاري. ولهما: أتخذ الناس رؤساء جهالاً، فشغلوا، فأفتوا بغير علم، فضلوا، وأضلوا وهي أشهر".

انظر: البخاري ٣٣/١ و ٣٤، من كتاب العلم، باب كيف يقبض العلم، مسلم بشرح النووي ٢٢٣/١٦، من كتاب العلم، باب رفع العلم وقبضه وظهور الجهل ٠٠٠ الخ.

(٢) انظر: الروضة ٩٨/١١، ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٣) في: أ "أو قياساً".

(٤) انظر: الروضة ٩٩/١١، ومغني المحتاج ٣٧٦/٤.

(٥) ورد بهامش العزيز ٤٢١/١٢: "قال في الخادم: هذا عجيب، فإن هذه المسألة خلافية بيننا وبين

الحنابلة، ومن سبق الرافي إلى هذه العبارة الإمام فخر الدين الرازي وغيره، ونازعه الشيخ ابن دقيق العيد في "شرح العنوان".

فلو منعنا من تقليد الماضين لتركنا الناس حيارى، وبنوا على هذين الوجهين أن من عرف مذهب بعض المجتهدين، وتبحر فيه، لكنه لم يبلغ رتبة الاجتهاد، هل له أن يفتي؟ وهل يؤخذ بقوله؟ إن قلنا: بالوجه الأول، فلا يجوز. وإن قلنا: بالثاني^(١): فيجوز، و^(٢)الآخذ بقوله لا يقلده، وإنما يقلد ذلك المجتهد، هكذا، صوروا هذا الفرع^(٣).

ولك أن تقول: إذا كان المأخذ مائناً، فلا فرق بين أن يكون متبحراً، أو غير متبحر، بل العامي إذا عرف حكم المسألة عند ذلك المجتهد، فأخبر عنه، وأخذ غيره به تقليداً للمجتهد الميت، وجب أن يجوز على الأصح^(٤).

وإذا جوزنا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت، فإن علم من حاله أنه يفتي على مذهب واحد معين، فيكفي إطلاق الجواب منه وإلا فلا بد أن يضيفه إلى صاحب المذهب.

وليس للمجتهد أن يقلد مجتهداً آخر، لا يعمل به، ولا ليفتي به غيره، ولا إذا

= وقال: هذا إخبار عن أمر وجودي وهو ابتغاء المجتهد وعدمه من الأرض، وهو أمرٌ عسر الثبوت لدفع انتشار أقطار الأرض، وتعدد الناظرين في الأحكام الشرعية، قال: وقالت الحنابلة: لا يخلو العصر عن مجتهد، وهذا هو المختار عندنا لكن إلى الحد الذي ترتفع فيه القواعد بسبب زوال الدنيا في آخر الزمان".

وأخذ صاحب الخادم يؤيده بما ذكره في خادمه، لكن الرافعي ما ادعى الإجماع، وإنما قال: كالجمعيين، فلم ينف الخلاف، وما ذكره الرافعي هو المنقول في المذهب.

(١) في: ب، ز "الثاني: الأصح".

(٢) "و" ليست في: ب.

(٣) انظر: الروضة ٩٩/١١، وهو: على الصحيح من المذهب.

(٤) قال النووي في الروضة ٩٩/١١: "هذا الاعتراض ضعيف أو باطل، لأنه إذا لم يكن متبحراً ربما

ظن مالميس مذهباً له مذهبه، لقصور فهمه، وقلة اطلاعه على مظان المسألة، واختلاف نصوص ذلك المجتهد، والمتأخر منها والراجح وغير ذلك، لاسيما مذهب الشافعي رحمه الله، الذي لا يكاد يعرف ما يفتي به منه إلا أفراد، لكثرة انتشاره واختلاف ناقله في النقل والترجيح. فإن فرض هذا في مسائل صارت كالمعلومة علماً قطعياً عن ذلك المذهب كوجوب النية في الوضوء، والفاحة في الصلاة، ووجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون، ووجوب تبييت النية في صوم الفرض، وصحة الاعتكاف بلا صوم، وعدم وجوب نفقة البائن الحامل، ووجوب القصاص في القتل بالمثل. وغير ذلك عند الشافعي رضي الله عنه، فهذا حسن محتمل".

كان قاضياً ليقضي به خلافاً للملك^(١) وأحمد^(٢) - رحمهما الله. فيما حكاه في "البحر".
ولأبي حنيفة في القاضي^(٣).

لنا أن يجد ما توصل به إلى معرفة الحكم، فلا يجوز له التقليد كما في العقليات.
ولا فرق بين أن يخاف الفوات، لضيق الوقت أو لا يخافه، لأن الإجتهد فرض عليه، فلا
يسقط لضيق الوقت، كما أن فرض العامي وهو الاستفتاء، والسؤال لا يسقط لضيق
الوقت.

وقال: ابن سريج فيما حكاه عنه صاحب "التلخيص"^(٤) سماعاً يجوز له التقليد
عند ضيق الوقت للعمل به، ولا يجوز ليفتي به غيره.

وقياس ذلك أن لا يجوزهُ للقضاء بطريق الأولى.

وفي "الشامل" و "التهذيب" . طرد قول ابن سريج في التقليد للقضاء، وصور
ضيق الوقت فيه، فيما إذا تحاكم إليه مسافران، والقافلة ترحل^(٥)، ومن قال: به فينبغي
أن يطرده في الفتوى، وهل على المجتهد^(٦) تجديد الاجتهاد، إذا وقعت الحادثة مرة
أخرى، أو سئل عنها مرة أخرى^(٧)، أم^(٨) يقنع بما أدى إليه إجهاده الأول؟ فيه وجهان:
كما ذكرنا في الإجتهد في القبلة^(٩).

واعلم أن الذين يقال لهم: أصحاب الشافعي، وأصحاب أبي حنيفة، ومالك

(١) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٨.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٢٦.

(٣) انظر: الهداية ١١/٣.

(٤) انظر: ص ٧٤.

(٥) في: أ "ترحل".

(٦) "المجتهد" ليست في: ب.

(٧) "أو سئل عنها مرة أخرى" ليست في: ز.

(٨) في: أ، ب، ظ "أو".

(٩) "أصحابهما: لزوم التحديد، هذا إذا لم يكن ذاكراً للدليل الأولى، ولم يتحدد ما قد يوجب

رجوعه، فإن كان ذاكراً، لم يلزمه قطعاً، وإن تجدد ما يوجب الرجوع، لزمه قطعاً" ذكره النووي

في الروضة ١١/١٠٠.

رضي الله عنهم ثلاثة أصناف: العوام، وتقليدهم^(١) إياهم مفرع على جواز تقليد الميت، وقد عرفته^(٢).

والبالغون درجة الاجتهاد، وقد ذكرنا أن المجتهد لا يقلد المجتهد، وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي رضي الله عنه، وغيره، لأنهم يجرون على طريقتهم^(٣) في الاجتهاد، واستعمال الأدلة، وترتيب بعضها على بعض، و^(٤) يوافق اجتهادهم، اجتهاد ممهدي تلك الطرق.

وإذا خالف أحياناً لم يبالوا بالمخالفة، وهذا كما أن الشافعي رضي الله عنه يقول في كلامه. وقال: بعض أصحابنا: ويريد به مالكا، لتوافقهما على اتباع السنة المأثورة^(٥) عن رسول الله ﷺ.

والصنف الثالث: المتوسطون بين الصنفين الأولين، وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد في أصل الشرع، لكنهم وقفوا على أصول الإمام الذي^(٦) ينتسبون إليه في الأبواب، وتمكنوا من قياس ما لم يجدوه منصوصاً له على ما وجد^(٧) وهؤلاء مقلدون له تفرعاً على^(٨) تقليد الميت.

وكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً له، والمشهور أنه لا يقلدهم في أنفسهم، لأنهم مقلدون، وقد نجد ما يشعر بخلافه.

(١) في: أ "تقلدهم".

(٢) انظر: ص ٢٦٣، والروضة ٩٩/١١.

(٣) في: أ "على طريقتهم".

(٤) "و" ليست في: ب.

(٥) في: أ "المأثور".

(٦) "الذي" ليست في: أ.

(٧) في: ز "وجدوه".

(٨) في: ز "على جواز".

(١) هذا^(٢) أبو الفتح الهروي^(٣). - وهو من أصحاب الإمام - يقول: "في الأصول: مذهب عامة أصحابنا أن العامي، لا مذهب له: فإن وَّجَدَ مجتهداً قلده، وإلا^(٤) ووجد^(٥) متبحراً في مذهب، فإنه يفتيه على مذهب نفسه.

وإن كان العامي لا يعتقد مذهبه.

وهذا قول، بأنه يقلد المتبحر في نفسه.

[قال الرافعي]: ثم هاهنا فروع:

أحدها: المتبحران في مذهب واحد، قد يختلفان في المسألة، لاختلافهما في قياس أصوله. ومنه تتولد وجوه الأصحاب.

ونقول: أيهما^(٦) يأخذ العامي؟ هو كما سنذكره فيما إذا وجد مجتهدين.

الثاني: إن نصَّ صاحبُ المذهب، على الحكم، والعلة، وألحق بتلك العلة غير المنصوص، بالمنصوص^(٧)، وإن^(٨) اقتصر على الحكم، فهل يستنبط العلة، ويُعدي الحكم بها؟.

حكى والدي^(٩) عن الإمام محمد بن يحيى^(١٠) المنع من ذلك، وإنما جاز في

(١) في: أ "فإن هذا" وهو خطأ.

(٢) في: ز "وهذا".

(٣) هو: أبو الفتح عمر بن عبد الله الهروي. أحد أصحاب إمام الحرمين، نقل عنه الرافعي هنا.

لم يذكر له تاريخ وفاته. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهابية ٣١٤/١.

(٤) أي "وإن لم يجده ووجد" الروضة ١٠١/١١.

(٥) في: ب "لو وجد".

(٦) في: ب "أيها".

(٧) "المنصوص" ليست في: ب.

(٨) "إن" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) هو: محمد بن عبد الكريم بن فضل القزويني، أبو الفضل، والد الإمام الرافعي كان بارعاً في العلم،

حافظاً ضابطاً، عفيفاً حسن السيرة، ومهاباً عند الناس، توفي رحمه الله سنة "٥٠٨ هـ".

انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٧٩/٤، ولاين قاضي شهابية ١٦/٢، ولاين هداية الله ص ٢١١.

(١٠) هو: محمد بن يحيى بن منصور، العلامة محيي الدين، أبو سعد النيسابوري تفقه على أبي حامد

نصوص الشارع لأنه تعيدنا وأمرنا بالقياس، والأشبه يصنع الأصحاب خلافه ألا تراهم ينقلون الحكم، ثم يختلفون في أن العلة كذا و^(١) كذا، وكل منهم يطرد الحكم في فروع علة.

الثالث: اختار الشيخ أبو إسحاق الشيرازي^(٢): أنه إذا نص^(٣) في واقعة، على حكم، وفي أخرى تشبهها على نقيضه، لم يجوز نقل قوله من إحداهما إلى الأخرى، وتخرجهما على قولين، وأن ما يقتضيه قول المجتهد، لا يجوز أن يجعل قولاً له، إلا إذا لم يحتمل الفرق، مثل أن يقول: ثبتت الشفعة في بيع الشقص^(٤) من الدار، فيجوز أن يقال: قوله في الحانوت كذلك، والمشهور في المذهب خلاف ما اختاره.

نعم الأولى: أن يقال: إنه قياس أصله، أو قوله، ولا يقال: إنه قوله.

ويجوز للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ هو مؤول عنده زجراً وتهديداً في مواضع الحاجة^(٥).

= الغزالي وغيره، وبرع في الفقه، وصنف في المذهب والخلاف منها. "المحيط في شرط الوسيط وغيره. نقل عنه الرافعي في مواضع، ولد سنة (٤٧٦هـ) ومات مقتولاً سنة (٥٤٨هـ). انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٣٢٥/١.

(١) في: ج "أو".

(٢) هو إبراهيم بن علي الشيرازي الفيروزآبادي الشافعي صاحب "المهذب" و"التنبيه" و"اللمع" و"النكت في الخلاف" وغيرها.

توفي سنة ٤٧٦هـ. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٧٢/٢، وطبقات الشافعية للأسنوي ٧/٢ برقم ٦٧٢.

(٣) في: ز "نص الإمام".

(٤) الشقص: الطائفة من الشيء. المصباح ص ٣١٩.

(٥) قال النووي في الروضة ١٠٢/١ "المراد ما ذكره الصيمري وغيره، قالوا: إذا رأى المفتي المصلحة أن يقول للعامي: ما فيه تغليظ وهو لا يعتقد ظاهره، وله فيه تأويل، جاز زجراً، كما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه سئل عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول، فرأيت في عينيه إرادة القتل فمنعته، وأما الثاني: فجاء مسكيناً قد قتل، فلم أقنطه.

قال الصيمري: وكذا إن سأله، فقال: إن قتلت عبدي، فهل علي قصاص، فواسع أن يقال: إن قتلته، قتلناك، فعن النبي ﷺ "من قتل عبده قتلناه".

ولأن القتل له معانٍ، وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة

سُئِلَ ابن عباس رضي الله عنه، عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر، فقال: "له توبة" ثم قال: "رأيت في عيني الأول، أنه يقصد القتل، فمنعته، وكان الثاني صاحب واقعة يطلب المخرج منها^(١).

الجملة الثانية: في طرف المستفتي، وعليه مراجعة المفتي، والسؤال عنه، وإنما يسأل عن^(٢) عَرَفَ عِلْمَهُ وَعَدْلَتَهُ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفِ الْعِلْمَ بِحَثِّ عَنِ الْحَالِ^(٣)، بِسؤال الناس وإن لم يعرف العدالة، فلصاحب "الكتاب" فيه احتمالان، ذكرهما في "الأصول"^(٤).

أحدهما: أن الجواب كذلك، وأشبههما الاكتفاء، فإن الغالب من حال العلماء العدالة بخلاف / البحث عن العلم، فإنه ليس الغالب من حال الناس أن يكونوا علماء. (٤٤٥/ز)
ثم ذكر احتمالين: في أنه إذا وجب البحث فيفتقر إلى عدد التواتر، أم يكفي إخبار عدل، أو عدلين؟ أقربهما الثاني^(٥).

وإذا وجدَ من المُفْتِيَيْنِ إثنين فصاعداً، فهل عليه أن يجتهد فيسأل أعلمهم^(٦)؟ فيه

(١) "منها" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ز "من".

(٣) في: أ، ب، ظ "بِحَثِّ الْحَالِ عَنِ النَّاسِ".

(٤) انظر: المستصفي ٣٩٠/٢.

(٥) قال النووي في الروضة ١٠٣/١١: "الاحتمالان فيما إذا لم تعرف العدالة، هما فيمن كان مستوراً وهو الذي ظاهره العدالة، ولم يختبر باطنه، وهما وجهان ذكرهما غيره، أحدهما: الاكتفاء، لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير القضاة، فيعسر على العوام تكليفهم بها، وهذا الخلاف كاخلاف في صحة النكاح بحضور المستورين. أما الاحتمالان في اشتراط عدد التواتر، والاكتفاء بعدل، فهما محتملان. ولكن المنقول خلافهما، فالذي قاله الأصحاب إنه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته، وقيل: لا تكفي الاستفاضة ولا التواتر، بل إنما يعتمد قوله: أنا أهل للفتوى، لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها، فقد يكون أصلها التلبيس، وأما التواتر فلا يفيد العلم إذا لم يستند إلى معلوم محسوس، والصحيح الأول، لأن إقدامه عليها إخبار منه بأهليته، لأن الصورة فيمن وثق بدينه. ويجوز استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليته، قال الشيخ أبو إسحاق وغيره: نقبل في أهليته خبر عدل واحد، وهذا محمول على من عنده معرفة يميز بها للمتلبس من غيره، ولا يعتمد في ذلك خبر أحاد العامة لكثرة ما يتطرق إليهم من التلبيس في ذلك. والله أعلم".

(٦) في: أ "أعلمهم" وهو خطأ.

وجهان.

أحدهما: ويحكى عن ابن سريح نعم، لأنه لا يتعذر عليه هذا القدر من الاجتهاد، بخلاف الاجتهاد في الأحكام، وهذا ما اختاره القاضي ابن كج. وكذلك القفال. قال: القاضي الحسين: إن^(١) رجلاً سأل القفال عن مسألة، فقال: القفال: من أنا؟ فقال: أنت واحد من الفقهاء. فقال: لا يحل لك أن تعمل بقولي ما لم تسأل عن الأعم في البلد.

وأصحهما:^(٢) عند عامة الأصحاب. أنه يتخير فيسأل من شاء منهم، لأن الأولين، كانوا يسألون علماء الصحابة على تفاوتهم، في الفضل والعلم^(٣)، ويعملون بقول من سأله من غير تكبر. وذكر صاحب الكتاب في الأصول^(٤): أنه إذا كان يعتقد أن أحدهم أعلم، لم يجوز أن يقلد غيره، وإن كان لا يجب عليه البحث عن الأعم، إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بمزيد^(٥). وإذا سأل المستفتي^(٦)، ووجد الجواب فوقعت^(٧) الحادثة مرة أخرى، نظر إن عرّف استناد الجواب إلى نص، أو إجماع، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً، وكذا لو كان المقلد ميثاً، وجوزناه، وإن عرف استناده إلى الرأي، والقياس، أو شك فيه. والمقلد حي فوجهان. أحدهما: أنه لا يحتاج إلى السؤال. ثانياً: لأن الظاهر استمراره على الجواب الأول. وأصحهما أن عليه السؤال ثانياً. وهما كما ذكرنا في تجديد المجتهد الاجتهاد، وفي الاجتهاد^(٨) في القبلة^(٩)

(١) في: ز "ذكر أن".

(٢) انظر: الروضة ١١/١٠٤.

(٣) في: ز "في العلم والفضل".

(٤) انظر: ٣٩٠/٢ "أي المستفتى".

(٥) قال النووي: هذا الذي قاله الغزالي قد قاله غيره أيضاً، وهو وإن كان ظاهراً فيه نظر لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة رضي الله عنهم مع وجود أفاضلهم الذين فضله متواتر، وقد يمنع هذا، وعلى الجملة المختارة ما ذكره الغزالي، فعلى هذا يلزمه تقليد أروع العالمين، وأعلم الورعين، فإن تعارضاً قدم الأعم على الأصح" الروضة ١١/١٠٤.

(٦) في: ز "المفتي".

(٧) في: ز "تم وقعت".

(٨) "الإجتهاد: ليست في: ز.

(٩) انظر ص ٣٦٥، والروضة ١١/٩٩ و ١٠٤.

ولو اختلف عليه جواب اثنين في المسألة، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعلام، لم يجب الجواب، وإن لم نوجهه. فأوجه: أصحابها: أنه يتخير ويأخذ بقول إيهما شاء.

والثاني يأخذ بأغلظ الجوابين إحتياطاً.

والثالث: يأخذ بأخفهما.

والرابع: بقول من يبيّن قوله على الأثر دون الرأي.

وفي "البحر": وجه آخر. أنه يأخذ بقول من سأله أولاً، لأنه لزمه حين سأل^(١).

وذكر وجهين في أن من استفتى فقيهاً، ولم تسكن نفسه إلى فتواه يسأل ثانياً

وثالثاً لتسكن نفسه إليه، أم يجوز الإقتصار على جواب الأول؟

والقياس الثاني

الجملة الثالثة: فيما يتعلق بالطرفين يجوز للمستفتي أن يسأل بنفسه، ويجوز أن

يسأل برسول عدل يبعثه إليه، وبالرقعة، ويكفي ترجمان واحد إذا لم يعرف لغته^(٢).

[فصل في آداب المستفتي]

[قال الرافعي] ومن آداب المستفتي: أن لا يسأل المفتي، وهو قائم، أو مشغول

بما يمنعه من إعطاء الفكر حقه، وأن لا يقول إذا أجابه، هكذا قلت أنا، وأن لا يطالبه

بالحجة على الجواب، فإن أراد معرفة الحجة سأل عنها في وقت آخر، وإذا سأل بالرقعة،

فليكن كاتبها حاذقاً، ليبين موضع السؤال.

ولينقط مواضع الأشتباه^(٣)، كيلا يذهب الوهم إلى غير ما وقع عنه السؤال، كما

(١) قال النووي في الروضة ١٠٥/١١ "وحكى وجه سادس أنه يسأل ثالثاً، فيأخذ بفتوى من وافقه.

وهذا الذي صححه من التخيير هو الذي صححه الجمهور، ونقله المحاملي في أول "المجموع" عن أكثر أصحابنا، لأن فرضه أن يقلد عالماً وقد حصل".

(٢) قال النووي في الروضة ١٠٥/١١ "له اعتماد خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه، أو

كان يعرف خطه ولم يشك فيه".

(٣) في: أ، ب "السؤال".

يحكى، أنه كتب غفلاً^(١) في زمان أبي الحسن^(٢) الكرجي^(٣) ماتقول الفقهاء في رجل قال لأمرته أنت طالق إن. ثم وقف عند "إن" فقراؤه^(٤) إن، ثم وقف^(٥) عند "إن"، وأجابوا بأنه إن تم وقفه. طلقت، وإلا فلا.

فعرضت الرقعة على الكرجي فلما تأملها عرف أنهم صحفوا، وأن الكاتب أراد^(٦) أنه قال: أنت طالق إن^(٧). ثم أمسك بعد إن، ولم يذكر شرطاً. ويتأمل المفتي الاستفتاء كلمة كلمة، وليكن اعتناؤه، بآخر الكلام أشد، لأنه موضع السؤال، وليثبت في الجواب، واضحة كانت المسألة، أو مُشكلة، وحسن أن يشاور في الجواب من عنده، وهو يصلح لذلك، إلا أن يكون فيها مالا يحسن إظهاره له^(٨)، وله أن ينقط مواضع الإشكال، وأن يُصلح ما يرى فيه من الخطأ^(٩)، ولحن فاحش، وإذا رأى في آخر^(١٠) السطور بياضاً شغله بخط فرمما قصد تغليظه، كما يقال: إنه كُتِبَ إلى القاضي أبي حامد ماتقول: فيمن مات وخلف بنتاً، وأختاً لأم^(١١)؟ وجعلت هذه الكلمة في آخر سطر، وكتب في السطر الذي يليه، وابن عم؟ فأجاب للبت النصف، والباقي لابن العم، فألحق بموضع البياض، وأبأ^(١٢)، وغلط في الجواب.

(١) في: أ "غفار" وهو خطأ.

(٢) في: ب "الحسين".

(٣) هو: محمد بن عبد الملك بن محمد أبو الحسن "الكرجي" - بكاف وراء مفتوحتين، وبالجميم، إمام ورع فقيه مفتٍ محدث، أديب شاعر، أفنى عمره في العلم ونشره ٠٠٠ له تصانيف في المذهب، والتفسير والعقيدة منها مختصر في الفقه يقال له: "الذرائع في علم الشرائع" تفقه على الشيخ أبي إسحاق وله "العقيدة المشهورة في السنة" نحو مائتي بيت شرح فيها عقيدة السلف. ولد سنة (٤٥٨هـ) وتوفي سنة (٥٣٢هـ) رحمه الله رحمة واسعة.

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٣١٠ و ٣١٢، طبقات الشافعية للأسنوي ١٨١/٢ و ١٨٢، شذرات الذهب ٤/١٠٠.

(٤) في: أ "فقرأه".

(٥) في: ز "وقفوا".

(٦) في: ب "أراد به".

(٧) من هنا سقط من نسخة: أ.

(٨) "له" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: ب، ظ "خطأ".

(١٠) في: ب، ظ "آخر بعض".

(١١) "وأختاً لأم" ليست في: ب، ظ. والوارد "بتاً واحدة".

(١٢) في: ب، ظ "وأب".

وليتبين المفتي الخط^(١)، وليكن قلمه بين قلمين، ولو كتب مع الجواب الحجة^(٢) من آية، أو خبر فلا بأس.

ولا يعتاد ذكر القياس وطرق الاجتهاد، ولكن لو تعلق الفتوى بقاض حسن أن يوميء إلى طريق الاجتهاد، وإذا رأى في الرقعة جواب من لا يستحق أن يفتي، لم يفت معه. قال: الصيمري^(٣): وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة، ودون إذنه ولا يجسها إلا بإذنه، ولم يستحبوا أن يكون السؤال بخط المفتي، ومهما تغير اجتهاد المجتهد دار المقلد معه، وعمل في المستقبل بقوله الثاني، ولا ينقض ماضى، ولو نكح المجتهد امرأة خالعتها ثلاثاً، لأنه رأى الخلع فسحاً، ثم تغير اجتهاده، قال: صاحب الكتاب في "الأصول": يلزمه تسريحها، وأبدى تردداً فيما إذا فعل المقلد مثل ذلك ثم تغير اجتهاد مقلده، وإلا فلا أثر له^(٤)، قال: والصحيح أن الجواب كذلك، كما لو تغير اجتهاد المقلد، والمقلد في الصلاة، فإنه يتحول^(٥).

ولو قال: مجتهد للمقلد والصورة هذه: أخطأ بك من قلده، فإن كان الذي قلده، أعلم من الثاني، أو استويا فلا أثر لقوله، وإن كان الثاني أعلم، فالقياس: أنا إن أوجبنا تقليد الأعم، فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده وإلا فلا أثر له^(٦).

(١) في: ب، ظ "بخطه".

(٢) في: ب، ظ "حجة من آية وخبر".

(٣) سبقت ترجمته ص ١٦٢.

(٤) قوله: "وإلا فلا أثر له" ليست في: ب، ظ.

(٥) انظر: المستصفى للغزالي ٣٨٢/٢، ط ١، سنة ١٣٢٤هـ، دار صادر، القاهرة.

(٦) قال النووي: هذا الذي زعم الإمام الرافعي رحمه الله أنه القياس ليس بشيء، بل الوجه الجزم بأنه لا يلزمه شيء، ولا أثر لقول الثاني، وهذا كله إذا كانت المسألة اجتهادية، وقد لخص الصيمري، والخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا هذه المسألة بتفصيل حسن، فقالوا: إذا أفتى، ثم رجع، فإن علم المستفتي رجوعه ولم يكن عمل بالأول، لم يجوز له العمل به، وكذا إذا نكح بفتواه، أو استمر على نكاح بفتواه، ثم رجع، لزمه فراقها، كنظيره في القبلة. وإن كان علم به قبل الرجوع، فإن كان مخالفاً للدليل قاطع، لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محل الاجتهاد، فلا، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولا يعلم خلاف هذا لأصحابنا، وما ذكره صاحبنا "المستصفى" و"المحصل"، فليس فيه تصريح بمخالفة هذا. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله: وإن كان المفتي إنما يفتي على مذهب إمام معين، فرجع لكونه يقين مخالفة نص إمامه، وجب نقضه، وإن كان اجتهادياً، لأن نص إمامه في حقه كنص الشارع في حق المستقل، وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوعه، فكأنه لم يرجع في حقه، ويلزم المفتي إعلامه برجوعه

وإذا قلد الأعمى في القبلة، وتحرم بالصلاة، فقال له: من هو أعلم من مقلده أخطأ بك، فالقياس: أن يُخَرَّجَ على هذا الخلاف، لكن أطلقوا الجواب بأنه كتغيير اجتهاد المجتهد على مامر / في باب الاستقبال^(١).

(٤٤٦/ز)

فرع : لا يجب للمجتهد مذهب مدون، فإن علماء الصحابة، لم يدونوا، وإنما كانوا يجتهدون في النوازل بحسب الحاجة، وإن دوت المذاهب، فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب؟ إن قلنا: يلزمه الإجتهد في طلب العلم، فإذا غلب على ظنه أن الثاني أعلم وجب أن يجوز، بل أن يجب، وإن قلنا: يتخير، فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلد في القبلة، هذا أياماً، وهذا أياماً.

ولو قلد مجتهداً في مسائل، وآخر في مسائل^(٢)، واستوى المجتهدان عنده، أو قلنا: بأنه يتخير، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز، لأنهم كانوا يسألون تارة من هذا^(٣) وتارة من هذا من غير تكرير.

وأيضاً فإن الأعمى إذا قلنا: إنه لا يجتهد في الثياب، والأواني، يجوز له أن يقلد في الأواني المشبهة بصيراً، وفي الثياب غيره، لكن الأصوليين منعوا منه للمصلحة. وحكى

قبل العمل، وذا بعده حيث يجب النقض، وإذا عمل بفتواه في إتلاف، ثم بان أنه أخطأ وخالف القاطع، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: إن كان أهلاً للفتوى، ضمن، وإلا، فلا، لأن المستفتي مقصر، وهذا الذي قاله فيه نظر، وينبغي أن يخرج على قولي الغرور أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذ لم يوجد منه الإتلاف، ولا ألجأ إليه بالزام.

(١) انظر: المجموع ٢٢٧/٣، وانظر ص ٢٦٥، والروضة ٩٩/١١.

(٢) قوله: "و ٠٠٠ في مسائل" ليست في: ب.

(٣) قوله: "وتارة من هذا" ليست في: ب، ظ.

الحناطي^(١)، وغيره عن أبي إسحاق فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه: أنه يفسق به، وعن ابن أبي هريرة: أنه لا يفسق^(٢). والله أعلم.

(١) هو: الحسين بن محمد بن الحسين، أبو عبد الله بن أبي جعفر الطبري الحناطي، أخذ الفقه عن أبيه، وابن القاضي، روى عنه القاضي أبو الطيب، كان حافظاً لكتب الشافعي وكتب أبي العباس بن سريج.

نقل عنه الرافعي هنا، وفي مواضع كثيرة. ووفاته فيما يظهر بعد الأربعمئة بقليل.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/١٨٠.

(٢) قال النووي: قد استقصى الإمام الرافعي رحمه الله هذا الباب، فاستوعب وأجاد وقد استوعبت أن هذا الباب في أول شرح "المهذب" وجمعت فيه من مجموعات كلام الأئمة ومتفرقاتها هذا المذكور هنا مع مثله أو أمثاله، وأنا أذكر منه هنا نبذاً أشير إليها، ولا ألتزم ترتيبه.

فيستحب للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي، ليتمكن من الفهم عنه، وقد استوعبت آداب العالم والمعلم في أول شرح "المهذب" وذكرت فيه ما لا ينبغي لطالب علم أن يخفى عليه شيء منه، قال الخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي: ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال المفتين، فمن صلح لها، أقره، ومن لم يصلح، منعه، وأمره أن لا يعود، ويواعده على العود. وطريقه في ذلك أن يسأل العلماء المشهورين من أهل عصره عن حاله، ويعتمد خبرهم، وينبغي أن يكون المفتي مع شروطه السابقة متنزهاً عن حوارم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن، رصين الفكر، حسن التصرف والاستنباط، وسواء الحر والعبد، والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله: وينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لا تؤثر فيه القرابة والعداوة، وجر النفع، ودفع الضرر، لأنه في حكم من يخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص، فكان كالراوي لا كالشاهد وفتواه لا يرتبط بها إلزام بخلاف حكم القاضي. قال: ووجدت عن صاحب "الحاوي" أن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً، صار خصماً معانداً، ترد فتواه على من عاداه، كما ترد شهادته. قال الصيمري: ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخارج، ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه، وذكر الخطيب هذا ثم

قال: وأما الشراة وهم بضم الشين المعجمة، والرافضة الذين يسون السلف، ففتاويهم مردودة، وأقاويلهم ساقطة. ومن كان من أهل الفتوى وهو قاض، فهو كغيره، فلا يكره له الفتوى هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور، وقيل: له أن يفتي في العبادات وغيرها، مما لا يتعلق بالأحكام، وفي الأحكام وجهان. قال ابن المنذر: يكره فتواه في الأحكام دون غيرها، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يوضح به المسائل الحسائية الفقهية؟ وجهان، حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، وصاحبه أبو منصور البغدادي.

ويشترط في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس، حافظاً لمذهب إمامه، ذا خيرة بقواعده، وأساليبه ونصوصه، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لا يحل له الفتوى بمجرد ذلك، ولو وقعت له واقعة، لزمه أن يستفتي فيها، ويلتحق به المتصرف في البحوث في الفقه من أئمة الخلاف، وفحول المناظرين، لأنه ليس أهلاً

إدراك حكم الواقعة استقلالاً، لقصور آتته، ولا من مذهب إمام لعدم حفظه له على الوجه المعتبر. وإذا استفتى العامي عما لم يقع، لم يجب جوابه ولا يجوز للمفتي أن يتساهل في فتواه، ومن عرف بذلك، لم يجوز أن يستفتي، وتساهله قد يكون بأن لا يثبت، ويسرع بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر، فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه، فلا بأس بالإسراع، وعلى هذا يحمل ما نقل عن الماضين من المسارعة، وقد يكون تساهله بأن تحمله أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرمة المكروهة، والتمسك بالشبهة طلباً للترخيص على من يروم نفعه، أو التغليظ على من يروم ضره، ومن فعل هذا، فلا وثوق به. وأما إذا صح قصده، فاحتسب في طلبه حيلة لا شبهة فيها، ولا تجر إلى مفسدة، ليخلص بها المستفتي من ورطة يمين ونحوها، فذلك حسن، وعليه يحمل ماجاء من بعض السلف من هذا. وينبغي أن لا يفتي في كل حال تغير خلقه، وتشغل قلبه، وتمنعه التثبت والتأمل كحالة الغضب أو الجوع أو العطش والحزن والفرح الغالب، والنعاس، والملاحة، والمرض المقلق، والحر المزعج، ومدافعة الأخبثين ونحو ذلك، ومتى أحس بشغل قلبه، وخروجه عن الاعتدال، لم يفت فإن أفتى في شيء من هذه الأحوال وهو يعتقد أن ذلك لم يمنعه من إدراك الصواب، صحت فتواه، وإن كان مخاطراً. والأولى للمتصدي للفتوى أن يتبرع بذلك، ويجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المال إلا إذا تعين عليه، وله كفاية، فالصحيح أنه لا يجوز. ثم إن كان له رزق لا يجوز له أخذ أجره، وإن لم يكن له رزق، لم يجوز له أخذ أجره من أعيان المستفتين كالحاكم. واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في حيلة، فقال: يقول للمستفتي: يلزمي أن أفتيك قولاً، ولا يلزمي أن أكتب لك، فإن استأجره على الكتابة، جاز، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروهاً، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر ولو لم يكن فتوى، لئلا يكون آخذاً زيادة بسبب الافتاء. قال الصيمري والخطيب وغيرهما: ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقاً من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم، جاز.

وأما الهدية، فقال أبو المظفر السمعاني من أصحابنا: ويجوز له قبولها بخلاف الحاكم، لأنه يلزمه حكمه، قال الشيخ أبو عمرو: وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد، كما في الحاكم وسائر مالا يقابل بالأعراض. قال الخطيب: وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام ما يفتيه عن التكسب، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالإيمان والإقرار والوصايا ونحوها، إلا إذا كان من أهل بلد اللفظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة، وليس للمفتي والعامل على مذهب الإمام الشافعي في المسألة ذات الوجهين أو القولين أن يفتي أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر وهذا لا خلاف فيه، بل عليه في القولين أن يعمل بالتأخر منهما إن علمه، وإلا فبالذي رجحه الشافعي، فإن لم يكن رجح أحدهما ولا علم السابق، لزمه البحث عن أرجحهما، فيعمل به، فإن كان أهلاً للترجيح، اشتغل به متعرفاً ذلك من نصوص الشافعي، وما أخذه وقواعده، وإلا فليقلعه عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة، فإن لم يحصل له ترجيح بطريق، توقف. وأما الوجهان فيتعرف أرجحهما بما سبق إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد، وإذا كان أحدهما منصوباً للشافعي، والآخر مخرجاً، فالمنصوص هو الراجح المعمول به غالباً، كما إذا رجح الشافعي في أحد القولين، بل هذا أولى. ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح خلافاً

للأصحاب من الأرحح من القولين أو الوجهين، فليعتمد ما صححه الأكثر، والأعلم والأورع، فإن تعارض أعلم وأورع، قدم الأعلم، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح، اعتبر صفات الناقلين للقولين، والقائلين للوجهين فما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على مارواها الربيع والجيزي وحرملة، كذا نقله الخطابي من أصحابنا عن أصحابنا، إلا أنه لم يذكر البويطي، وزدته أنا لكونه أجل من الربيع، وأقدم من المزني، وأخص بالشافعي منه. قال الشيخ أبو عمرو: ويترجح أيضاً ما وافق أكثر أئمة المذاهب. وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان، أحدهما كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وجهين، قال الشيخ أبو حامد المخالف لأبي حنيفة رضي الله عنه أرحح، فلو لم يطلع الشافعي على معنى مخالف لما خالفه، والصحيح أن الموافق أولى، وبه قال القفال، وهذا إذا لم نجد مرجحاً مما سبق. ولو تعارض جزم مصنفين، فهو كتعارض الوجهين، فيرجع إلى البحث كما سبق، ويرجح أيضاً بالكثر، فإذا جزم مصنفان بشيء، وجزم ثالث مساوٍ لأحدهما بخلافهما، رجحناهما عليه.

واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أتقن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالباً إن لم يكن دائماً وهذا مما يتعلق بما نحن فيه. ومما ينبغي أن يرحح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومظنته، والآخر جاء مستطرداً في باب آخر.

واعلم ان هذا لكتاب الذي اختصرته وهذبتة محصل لك جميع ما ذكرته ولا أقول هذا تبجحاً بل نصيحة للمسلمين ومناصحة للدين، وهما واجبان علي وعلى سائر المكلفين. واعلم أنه يكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله: فيه قولان، أو وجهان، أو خلاف ونحو ذلك، فإن هذا ليس جواباً صحيحاً للمستفتي، ولا يحصل به مقصوده، وهو بيان ما يعمل به لما ذكرنا، بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح، فإن لم يظهر له الراجح، انتظر ظهوره، أو امتنع من الإفتاء في المسألة، كما فعله كثير من أصحابنا وغيرهم.

واعلم أنه متى كان قولان قديماً وجديداً، فالعمل على الجديد إلا في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة قد أوضحتها مفصلة في أول شرح "المهذب" مع ما يتعلق بها ويترتب بها، ويترتب عليها، وبالله التوفيق، وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل، فحسن أن يترتب الجواب على ترتيب الأسئلة، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب، فإنه خطأ بالاتفاق، وليس له يكتب الجواب على ما يعلمه من صورة الواقعة إذا لم يكن في الرقعة تعرض له، بل يذكر جواب ما في الرقعة فإن أراد الجواب على خلاف ما فيها، فليقل، وإن كان هو المبتدئ بالافتاء في الرقعة، قال الصيمري وغيره: فالعادة قديماً وحديثاً أن يكتب في الناحية اليسرى، لأنه أمكن. قال الصيمري وغيره: ولو كتب وسط الرقعة، أو في حاشيتها، فلا عتب عليه، ولا يكتب فوق البسمة بحال.

ويستحق عند إرادة الافتاء أن يستعيذ من الشيطان ويسمي الله تعالى ويحمده، ويصلي على النبي ﷺ، ويقول: لا حول ولا قوة إلا بالله، ويقول: ﴿رب اشرح لي صدري﴾ الآية، ويستحب أن يكتب في أول فتواه: الحمد لله، أو الله الموفق، أو حسبنا الله، أو حسبي الله ونحو ذلك، نقل ذلك الصيمري عن كثيرين، قال: وحذفه آخرون. قال: ولا يدع أن يحتتم

جوابه بقوله: والله أعلم، أو بالله التوفيق ونحوه. قال: لا يقبح أن يقول: الجواب عندنا، أو الذي عندنا، أو الذي نذهب إليه كذا، لأنه من أهله قال: وإذا كان السائل قد أغفل الدعاء للمجيب، أو الصلاة على رسول الله ﷺ في آخر الفتوى، ألحق المفتي ذلك بخطه فإن العادة جارية به، ويكتب بعد: والله أعلم، ونحوه: كتبه فلان، أو فلان بن فلان الفلاني، فيتنسب إلى ما يعرف به من قبيلة أو بلد أو غيرهما، ثم ينتسب إلى المذهب، فيقول الشافعي أو الحنفي ونحوهما، قال الصيمري: وإن كانت الفتوى تتعلق بالسلطان، دعا له، فقال: وعلى السلطان أو على ولي الأمر وفقه الله، أو أصلحه، أو سدده، أو شد أزره، ولا يقول: أطال الله بقاءه، فإنه ليس من ألفاظ السلف. وقد نقل النحاس اتفاق العلماء على كراهية أطال الله بقاءك. وقد أوضحت هذه اللفظة وما يتعلق بها ويشبهها في آخر كتاب "الأذكار". وينبغي أن يختصر جوابه، ويكون بحيث يفهم للعامه فهماً جلياً، قال الصيمري والخطيب وغيرهما: وإذا سئل عن حلال الدم، أو عليه القتل، بل يقول: إن ثبت هذا بإقراره، أو بيئته، استتابه السلطان، فإن تاب، قبلت توبته، وكلاً فعل كذا وكذا وأشبع القول فيه، وإن سئل عن شيء يحتمل وجوهاً يكفر ببعضها دون بعض قال: يسأل القائل، فإن قال: أردت كذا، فالجواب كذا، وإن قال: أردت كذا، فالجواب كذا. وإذا سئل عن قتل أو قلع سنناً أو عيناً، احتاط في الجواب، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص، وإذا سئل عن فعل ما يقتضي تعزيره، ذكر ما يعزر به، فيقول: ضربه السلطان ما بين كذا وكذا، ولا يزداد على كذا، وينبغي أن يلصق الجواب بآخر الاستفتاء، ولا يدع بينهما فرجة مخافة أن يزيد السائل شيئاً يفسد الجواب. وإذا كان موضع الجواب ورقة ملصقة، كتب على موضع الإلصاق، وإذا ضاق آخر الورقة عن الجواب، لم يكتبه في ورقة أخرى، بل ظهر في هذه أو حاشيتها وأيهما أولى؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: هما سواء، والراجح أن حاشيتها أولى، وبه قطع الصيمري وغيره، وليحذر أن يميل في فتواه مع المستفتي أو خصمه، ووجوه الميل معروفة. ومنها أن يكتب ماله دون ما عليه، وليس له أن يعلم أحدهما ما يدفع به حجة صاحبه، وإذا ظهر له الجواب خلاف غرض المستفتي، وأنه لا يرضى بكتابه في ورقته، اقتصر على مشافهته بالجواب، ويجب عليه عند اجتماع الرقاع أن يقدم الأسبق فالأسبق، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء، فإن تساوا وجعل السابق، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة، والمسافر الذي شد رحله، ويتضرر بتخلفه عن رفقة إلا إذا كثر المسافرون والنساء بحيث يتضرر غرضهم تضرراً ظاهراً، فيقدم حيثئذ بالسبق، ثم القرعة، ثم لا يقدم أحداً إلا في فتياء واحدة. قال الصيمري وغيره: إذا سئل عن ميراث، فالعادة أن لا يشترط في الورثة عدم الرق والكفر والقتل وغيرهما مما يمنع الإرث، بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما إذا أطلق الإخوة والأخوات، ولا بد أن يقول: للزوجة الثمن، ولا التسع، لأنه لم يطلقه أحد من السلف، بل يقول: لها الثمن عائلاً، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً، أو لها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين، وإذا كان في المذكورين من لا يرث أصح بسقوطه، فقال: وسقط فلان، فإن كان سقوطه في حال دون حال، قال: في هذه الحالة ونحو ذلك، لئلا يتوهم أنه لا يرث بحال. قال: وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسحات. قال الصيمري

وغيره: وحسن أن يقول: تقسم التركة بعد إخراج ما يجب تقديمه من دين أو وصية إن كانا، قالوا وإذا رأى في الرقعة فتوى غيره ممن هو أهل للافتاء، وخطه موافق لما عنده، كتب تحته الجواب صحيح، أو جوابي مثل هذا، أو بهذا أقول وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق. وإن كان فيها خطأ من ليس بأهل، قال الصيمري وغيره: لم يفت معه، لأن ذلك تقرير للخطأ، بل يضرب عليه، وينهر المستفتي، ويعرفه قبح ما فعله، وأنه كان واجباً عليه البحث عن أهل الفتوى. وإن رأى فيها اسم من لا يعرفه. سأل عنه، فإن لم يعرفه فله الامتناع خوفاً مما قلناه. والأولى أن يأمر صاحبها بإبدالها، فإن أبي، أجابه شفاهاً، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها، ولم تكن فتياها خطأ، امتنع من الافتاء معه.

وهل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء، نظر إن كان منتسباً إلى مذهب، بني على وجهين، حكاهما القاضي حسين في أن العامي هل له مذهب أم لا؟ أحدهما: لا، لأن المذهب لعارف الأدلة، فعلى هذا له أن يستفتي من شاءه وأصحهما عند القفال له مذهب، فلا تجوز مخالفته. وإن لم يكن منتسباً، بني على وجهين، حكاهما ابن برهان بفتح الباء من أصحابنا في أن العامي هل يلزمه التقيد بمذهب معين؟ أحدهما: لا، فعلى هذا هل له أن يقلد من شاء أم يبحث عن أشد المذاهب. فيقلد أهله وجهان، كالبحث عن الأعلم. والثاني وبه قطع أبو الحسن إلكياً: يلزمه، وهو جار في كل من يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم، لئلا يتلقظ رخص المذاهب بخلاف العصر الأول، ولم تكن مذاهب مدونة، فيتلقظ رخصها. فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهباً يقلده في كل شيء، وليس له التمدد بمجرد التشهي، ولا بما وجد عليه آياه، هذا كلام الأصحاب. والذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزمه التمدد بمذهب، بل يستفتي من شاء، أو من اتفق، لكن من غير تلقظ للرخص، ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقظه. وإذا استفتي وأفتاه المفتي، فقال أبو المظفر السمعاني: لا يلزمه العمل به إلا بإلزامه، قال: ويجوز أن يقال: يلزمه إذا أخذ في العمل به، وقيل: يلزمه إذا وقع في نفسه صحته، قال: وهذا أولى الأوجه، والمختار مانقله الخطيب وغيره، أنه إذا لم يكن هناك مفت آخر، لزمه بمجرد فتواه، وإن لم تسكن نفسه، وإن كان هناك آخر لم يلزمه بمجرد إفتائه، إذ له أن يسأل غيره، وحينئذ فقد يخالفه، فيجوز فيه الخلاف السابق في اختلاف المفتين، وينبغي للمستفتي أن يبدأ من المفتين بالأسن الأعلم وبالأولى فالأولى فإن أراد جمعهم في رقعة، وإن أراد أفرادهم في رقاغ، وبدأ بمن شاء، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة، ويدعو في الورقة لمن يستفتيه، ويدفع الورقة إلى المفتي منشورة، ويأخذها منشورة، فيرجحه من نشرها وطبها، وإذا لم يجد صاحب الواقعة مفتياً في بلده ولا غيره، ولا من ينقل حكمها، قال الشيخ أبو عمرو: هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية، وحكمها حكم ما قبل ورود الشرع، والصحيح في كل ذلك أن لا تكليف ولا حكم في حقه أصلاً، فلا يؤخذ إذا صاحب الواقعة شيء بصنعه. فهذا آخر النبذ التي يسر الله الكريم إلحاقها وهي وإن كانت طويلة بالنسبة إلى هذا المختصر فهي قصيرة بالنسبة إلى ما ذكرته في شرح "المهذب"، وموضع بسطها والزيادات والفروع هناك. وهذا الفصل مما يكسر الاحتياج إليه،

فلهذا بسطناه أدنى بسط. ذكره في الروضة ١٠٨ / ١١٨ - ١١٨. وانظر: المجموع ٤٠ / ١ - ٥٨.

وأما لفظ الكتاب: فليعلم قوله "ذكراً" بالحاء. وقوله: "بجتهداً، كذلك" وقوله: "يصيراً" بالميم، والواو، وقوله: "والجاهل، والمقلد" لضرورة إلى الجمع بين اللفظين " فإنه لو اقتصر المقلد، لتناول العامي الصرف، وغيره، بل أهل الأصول يجعلون المقلد، كيف كان جاهلاً، ويُخْصُون في اصطلاح الباب اسم العالم بالمجتهد، وإذا جمع بينهما، فكأنه اراد بالعامي الجاهل^(١) الصرف^(٢)، وبالمقلد الذي حصل شيئاً من العلم، ولم يبلغ رتبة الإجتهد.

وقوله: "هو^(٣) الذي يجتهد في مذهب أحد الأئمة، له الفتوى على وجه، ويكون مقلدة مقلداً الإمام الميت" قد عرفت أنه إذا كان المأخذ أن الميت، هل يقلد فلا حاجة إلى كونه مجتهداً في المذهب" وليس قوله إلا إخباراً عن مذهب الغير، وأما قوله: "فلا ينتصب للقضاء. فإنه يوافق ماسبق من اشتراط الإجتهد، لأنه مقلد، وإن كان مجتهداً في مذهب ذلك الإمام، قال: في "الوسيط" ويجب تقديمه للقضاء، على من لم يبلغ رتبة الاجتهد في المذهب.

قال [الغزالي]: (الثالثة^(٤)) إذا نُهي^(٥) القاضي عن الاستخلاف لم يستخلف، وإن أطلق التولية^(٦) ففيه ثلاثة أوجه، وفي الثالث: يستخلف إن اتسعت الخطة وإلا فلا.

ويشترط في الخليفة صفات القضاء، إلا أنه^(٧) لو^(٨) لم يفوض إليه الأسماعَ شهادة، أو نقل، فلا يشترط إلا علم ذلك القدر، وليس له أن يشترط على النائب الحكم بخلاف اجتهاده، أو بخلاف معتقد صاحبه، إذا جوزنا تولية المقلد عند الضرورة).

(١) في: ب، ظ "بالجاهل العامي".

(٢) "الصرف" ليست في: ب، ظ.

(٣) "هو" ليست في: ب، ظ.

(٤) "الثالثة" ليست في: أ، ز.

(٥) في: ب، ظ "إذا أنهى".

(٦) في: ز "الولاية".

(٧) في: ب، ظ "إذا".

(٨) "لو" ليست في: ب، ظ.

[المسألة الثالثة في استخلاف القاضي]

[قال الرافعي] المستحب للإمام إذا ولي رجلاً القضاء، أن يأذن له في الاستخلاف، ليكون أسهل عليه، وأفضى إلى فصل الخصومات، فإن لم يأذن.

فإما أن يطلق التولية، أو ينهاه عن الاستخلاف.

الحالة الأولى: إذا أطلق التولية، فينظر، إن كان ما فوضه إليه بما يمكنه القيام به، كقضاء بلدة صغيرة، فوجهان.

أصحهما: أنه ليس له الاستخلاف، لأن الإمام لم يرض بنظر غيره^(١).

والثاني: وبه قال: مالك فيما حكى الإصطخري: أنه يجوز لأنه ناظر في المصالح العامة، فيتمكن من الاستخلاف كالإمام^(٢).

وإن لم يمكنه القيام بما فوضه إليه، كقضاء بلدين فصاعداً، أو قضاء البلدة الكبيرة، فله أن يستخلف، لأن قرينة الحال، مشعره بالإذن. وشبهوه بما إذا دفع متاعاً إلى إنسان ليبيعه وهو ممن لا يعتاد الطواف بالأمتعة، والنداء عليها، فإنه يكون إذناً في دفعه إلى من يقوم بذلك، ثم فيم يستخلف في القدر الزائد، على ما يمكنه القيام به، أم في الكل؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول^(٣)، لأن ذلك القدر هو المعلوم من القرينة والقياس فيما إذا أذن له في الإستخلاف، أن يكون في القدر المستخلف فيه، هذان الوجهان، إلا أن يصرح بالإذن في الكل.

وقطع القاضي ابن كنج: بأنه عند الإذن المطلق يستخلف في الكل.

(١) انظر: الروضة ١١/١١٩، ومغني المحتاج ٤/٣٧٨.

(٢) هذا المنقول عن المالكية، خلاف مذهبهم حيث قال في "مختصر خليل" "ولم يستخلف إلا لوسع عمله في جهة بعدت ص ٢٥٩".

وقال الخطاب "وإن تجرد العقد عن الأذن، وعدمه، فقال: سحنون ليس له الاستخلاف، وإن مرض أو سافر" مواهب الجليل ٦/١٠٥، ١٠٥.

(٣) انظر: الروضة ١١/١١٨، ومغني المحتاج ٤/٣٧٨.

أحدها: يشترط في الخليفة ما يشترط في القاضي، نعم قال: الشيخ أبو محمد، وغيره، لو فوض إليه أمراً خاصاً، كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى إن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سماع البينة، ونقلها دون الحكم كفاه العلم بشرائط البيئات^(١)، ولا يعتبر^(٢) فيه رتبة / الاجتهاد .

(ن/٤٤٧)

الثاني: قال القاضي الروياني في "التجربة" نص الشافعي رضي الله عنه. في "المبسوط" يدل على أن الحاكم الشافعي، لا يجوز أن يستخلف من يخالفه.

والمذهب المشهور خلافه، لأن الحاكم يعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، بل لو شرط على النائب أن يخالف إجهاده، ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز.

وكذا إذا أجاز تولية المقلد للضرورة، فاعتقاد مقلده في حقه، كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشترط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده.

فلو خالف وشرط الحنفي، على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة، قال: في "الوسيط"^(٣) له^(٤) الحكم في المسائل المتفقة بين الإمامين وفي المختلف فيها لا يحكم. أما بمذهب أبي حنيفة، فلأنه يخالف معتقده، وأما بمذهب الشافعي فلأنه غير مأذون فيه، وهذا حكم بصحة الاستخلاف، ورعاية للشرط. ولكن^(٥) أفضى القضاء "الماوردي"^(٦) و"صاحبي" "المهذب"^(٧) و"التهذيب" وغيرهم، قالوا: لو قلد الإمام رجلاً للقضاء على أن يقضى بمذهب عينه^(٨) بطل الشرط والتقليد جميعاً فقضية هذا بطلان الاستخلاف هناك. وفي "فتاوى القاضي الحسين" أن الإمام الحنفي إذا ولي شافعيّاً بشرط، أن لا

(١) في: ب، ز "البينة".

(٢) في: ب، ظ "فلا يشترط".

(٣) انظر: الوسيط ٢٩٢/٧.

(٤) "له" ليست في: ز.

(٥) من قوله "قال: أنت طالق إن ورعاية للشرط. "ولكن" ليست في: أ.

(٦) انظر: الحاوي ٤٠٢/٢٠ و ٤٠٣.

(٧) انظر: المهذب ٣٧٣/٢.

(٨) في: ز "بعينه".

الحالة^(١) الثانية: إذا نهاه عن الاستخلاف لم يجز له الاستخلاف، فإن كان ما فوضه إليه أكثر مما يمكنه القيام به، ففي "الشامل": أن القاضي أبا الطيب جعل وجود النهي كعدمه، والأقرب أحد احتمالين.

إما بطلان التولية، ويحكى هذا عن "ابن القطان".

أو اقتصاره على ما يقدر عليه وترك الاستخلاف^(٢). وجميع ما ذكرنا في الاستخلاف العام.

أما في الأمور الخاصة، كتخليف، وسماع بينة، فمنهم من جعله على الخلاف، وهو قضية إطلاق الأكثرين.

وعن القفال: القطع بجوازه، لأن القاضي لا يستغني عنه، وهو جار مجرى التوكيل.

وقوله في الكتاب: "وإن أطلق التولية فتلاثة أوجه، في الثالث، يستخلف إن اتسعت الخطة، وإلا فلا". فيه إثبات وجهين مطلقين: أحدهما: الجواز سواء^(٣) اتسعت خطة الولاية، وتعذر القيام بما فوض إليه، أو لم تتسع.

والثاني: المنع في الحالتين والوجهان. فيما إذا لم يتسع، ولم يتعذر، مشهوران فأما مع الاتساع، والتعذر، فقليلاً ما يوجد للأئمة حكاية الخلاف فيه، وإنما الذي ذكروه جواز الاستخلاف كما بينا، لكن إثبات الخلاف فيه يتأيد بأن جواز التوكيل مع كثرة التصرفات، وتعذر القيام بها^(٤) مختلف فيه، كما سبق في الوكالة، فكذلك ههنا^(٥).

[في فروع تتعلق باستخلاف القاضي]

[قال الرافعي] ثم يتعلق بالاستخلاف: فروع:

-
- (١) "الحالة" ليست في: ب.
 - (٢) قال النووي في الروضة ١١٩/١١ "هذا أرجحها" وانظر: مغني المحتاج ٣٧٨/٤.
 - (٣) "سواء" ليست في: ب، ظ.
 - (٤) في: أ، ز "به".
 - (٥) "المذهب أنه يُوكَّل فيما زاد على الممكن غيره". انظر: مغني المحتاج ٢٢٦/٢.

يقضي بشاهد ويمين، ولا على غائب، تصح التولية، ويلغو^(١) الشرط، حتى يقضي بما يؤدي إليه اجتهاده، فقضية هذا: أن لا يراعى الشرط هناك.

قال الماوردي: "ولو لم تجز صيغة الشرط ولكن قال الإمام: قلدتك القضاء، فاحكم بمذهب فلان، أو لا تحكم بمذهب فلان، صحَّ التقليد، ويلغو الأمر، والنهي، وكان يجوز أن يجعل هذا الأمر شرطاً، وتقييداً، كما لو قال: قلدتك القضاء، فاقض في موضع كذا، وفي يوم كذا.

قال: ولو قال: لا تحكم في قتل المسلم بالكافر، والحر بالعبد، جاز، وكان قصراً لعمله على سائر الحوادث.

وحكى وجهين فيما لو قال: لا تقض فيهما بالقصاص، أنه يلغو أو يكون منعاً له من الحكم بالقصاص نفياً^(٢) وإثباتاً.

الثالث: حيث^(٣) لا يجوز الاستخلاف، فلو استخلف فحُكِّم الخليفة باطلاً، نعم لو ترفع إليه الخصمان، ورضيا بحكمه فيكون كالمحكِّم، وليس للقاضي إنفاذ حكمه الباطل^(٤)، بل يستأنف الحكم بين الخصمين.

وعن أبي حنيفة فيما حكاه صاحب "التلخيص"^(٥) أنه إذا أنفذ^(٦) القاضي حكمه نفذ^(٧).

وإذا جاز الاستخلاف، فلو استخلف من لا يصلح للقضاء فحكمه باطل أيضاً، ولا يجوز إنفاذه. والله أعلم.

[المسألة الرابعة: نصب القاضيين في بلد واحد]

-
- (١) في: ز "ويطل".
 (٢) في: ز "نفياً كان وإثباتاً".
 (٣) في: أ "وحيث".
 (٤) "الباطل" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٥) انظر: أدب القاضي، لابن القاص، تحقيق د/ حسين خلف الجبوري ١/١٣٦، ط ١، "٤٠٩ هـ"، مكتبة الصديق، الطائف.
 وقد بحث في "التلخيص" فلم أقف على ذلك. والله أعلم.
 (٦) "أنفذ" ليست في: أ.
 (٧) انظر: الهداية ٣/١٠٧، رد المحتار ٥/٤١٩.

(قال [الغزالي]: الرابعة: لو نصب في بلدة قاضيين، كل واحد يختص بطرف جاز، وإن شرط اتفاقهما في كل حكم، لم يجوز، وإن أثبت الاستقلال لكل واحد فوجهان. ثم إذا تنازع الخصمان في الاختيار، أو ازدحم داعيان فالقرعة)

[قال الرافعي]: إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد، نظر: إن خصص كل واحد منهما بطرف من البلد، وعين لكل واحد منهما زماناً، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال، والآخر في الدماء، والفروج جاز^(١).

قال القاضي ابن كج: وكذا لو ولّاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها إليه المتخاصمان. وإن عمم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثاً، فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم، لم يجوز، لأن الخلاف في مواقع الاجتهاد مما يكثر، فتبقى الخصومات غير مفصولة، وإن أثبت لكل واحد منهما الاستقلال، فوجهان: أحدهما: لا يجوز كما في الولاية العظمى، لأن الخصمين يتنازعان في اختيارهما، وفي إجابة داعيها، وليس أحدهما بأولى من الآخر بخلاف الإمام مع القاضي، والقاضي مع النائب.

فعلى هذا إن ولاهما معاً، بطلت توليتهما، وإن ولي على التعاقب، صحت تولية الأول.

وأصحهما الجواز، كنصب الوكيلين، والوصيين^(٢).

فعلى هذا يجاب من سبق داعيه، فإن جاء معاً حُكِّمَت القرعة.

وإذا تنازعا في اختيار القاضيين، أطلق في الكتاب: أنه يحكم القرعة.

(١) قال ابن القاص في أدب القاضي ١/١٣٣ "ولا خلاف أعلمه في أنه يجوز أن يكون في بلد واحد قاضيان. ويُنَّ الإمام لكل واحدٍ منهما موضع عمله. بحد معلوم في البلد".

وانظر: أدب القاضي للماوردي ١/١٥٧، تحقيق/محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، (١٣٩١هـ/١٩٧١م)، وانظر: الوسيط ٧/٢٩٢، الروضة ١١/١٢١، ومغني المحتاج ٤/٣٧٩.

(٢) انظر المصادر نفسها.

وقال القاضي: "الماوردي"^(١) "القول قول الطالب، دون المطلوب، فإن تساويا حضرا عند أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب، ففي أحد الوجهين، يقرع، وهو الأظهر"^(٢).

وفي الآخر: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما، وإن أطلق نصب اثنين، ولم يشترط عليهما الاجتماع، ولا صرح بالاستقلال، فعن صاحب "التقريب" "أنه يحمل على إثبات الاستقلال، تنزيلاً للمطلق على ما يجوزه وعن غيره، إن التولية فاسدة، ما لم يصرح بإثبات الإستقلال"^(٣).

[المسألة الخامسة: حكم التحكيم]

(قال [الغزالي] الخامسة: التحكيم جائز على أضعف القولين، في الأموال، وفي النكاح خلاف مرتب، وأولى بالمنع، وفي العقوبات، أولى بالمنع من النكاح، فإن كان في البلد قاضٍ، فهو أبعد، ثم إن جوزنا، فليس له الحبس، واستيفاء العقوبة، ولا ينفذ حكمه على غير المتراضيين، حتى لا يضرب^(٤) دية الخطأ على عاقلة الراضي بحكمه.

وهل يجب استئناف الرضى بعد الحكم لنفوذ؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي]: هل يجوز أن يحكم الخصمان واحداً من الناس ليحكم بينهما، وهل لحكمه اعتبار؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام، فلا يثبت للآحاد، ولأن فيه تفويت الحكومات على القاضي وتفويت رأيه، ونظره فيها.

(١) انظر: أدب القاضي ١٥٨/١.

(٢) انظر: الروضة ١٢١/١١، ومغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(٣) قال النووي: "قول صاحب "التقريب" أصح، وبه قال: الرافعي". انظر: الروضة ١٢١/١١، مغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(٤) في: ز "يصرف".

والثاني: نعم^(١)، لما روى أن عمر وأبي بن كعب، رضي الله عنهما، تحاكما إلى زيد بن ثابت^(٢). وأن عثمان، وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم، رضي الله عنهم^(٣).

ولما روي أن النبي ﷺ قال: "من حكم بين اثنين تراضيا^(٤) به، فلم يعدل فعليه لعنة الله"^(٥). ولو لم يكن لحكمه اعتبارٌ ولزومٌ، لما كان لهذا التهديد معنى، وهذا

- (١) انظر: الحاوي ٣٨٩/٢٠، والمهذب ٣٧٢/٢، والوسيط ٢٩٣/٧. لكن الغزالي هنا وفي الوجيز ٢٣٨/٢ خالف فرجَّح المنع علماً أن أظهرهما - عند الجمهور الجواز - انظر: الروضة ١٢١/١١، مغني المحتاج ٣٧٨/٤، نهاية المحتاج ٢٣٠/٨.
- (٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٦/٤. قوله: "إن عمر وأبي بن كعب، تحاكما إلى زيد بن ثابت" أخرجه البيهقي من حديث عامر الشعبي قال: "كان بين عمر وأبي خصومة في حائط، فقال عمر: بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا، فطرق عمر الباب فعرف زيد صوته، فقال: يا أمير المؤمنين ألا بعثت إلي حتى آتيك فقال: "في بيته يؤتى الحكم". وانظر: البيهقي ٢٤٣/١٠، باب ماجاء في التحكيم.
- (٣) قوله: "أن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم... قال في التلخيص ١٨٦/٤ أخرجه البيهقي من رواية ابن أبي مليكة: أن عثمان ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة، بأرض له بالكوفة، ثم ندم عثمان، فقال: بعثك ما لم أره، فقال: طلحة: إنما النظر لي لأنك بعثت ما رأيت، وأنا ابتعت مغيباً، فجعلنا بينهما جبير بن مطعم حكماً، فقضى على عثمان: أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة، لأنه ابتاع مغيباً".
- والجبير بن مطعم بن عدي القرشي النوفلي، قدم على النبي ﷺ في فداء أسارى بدر، ثم أسلم بعد ذلك عام خيبر، وقيل يوم الفتح ٥٠٠. وكان أحد من يتحاكم إليه ٥٠٠ مات سنة ٥٦هـ. انظر: تهذيب التهذيب ٥٦/٢.
- وطلحة: هو طلحة بن عبيد الله بن عثمان القرشي. أحد العشرة، وأحد السابقين إلى الإسلام شهد أحداً وأبلي فيه بلاءً حسناً، حضر وقعة الجمل سنة ٣٦هـ وقتل في المعركة رضي الله عنه وعمره (٦٠ سنة) وقيل (٦٣ سنة). انظر: تهذيب التهذيب ١٩/٥ و ٢٠.
- (٤) في: أ "فراضياً".
- (٥) قوله: " ٥٠٠ من حكم بين اثنين... قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٥/٤ "ابن الجوزي في التحقيق قال: ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره وتعقبه صاحب التنفيح فقال: هي نسخة باطلة، كما صرح هو به في الموضوعات، وبالغ في الخط على الخطيب، لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق".

أضعف القولين عند الإمام، وصاحب "الكتاب" وأقواهما عند المعظم. منهم الشيخ أبو حامد، وأتباعه، والقاضي الروياني^(١).

(٤٤٨/ز)

ثم اختلفوا في محل القولين / من وجهين :

أحدهما: هل تجري القولان في جميع مايقع فيه التداعي؟ فيه طريقتان: أحدهما: وهو اختيار القاضي ابن كج: لا. بل يختص بالأموال، فأما النكاح، واللعان، والقصاص وحدث القذف، فلا يجوز التحكيم فيها، لأنها، أمور خطيرة^(٢)، فتناط بنظر القاضي ومنصبه.

والثاني: وبه قال الأكثرون: أن الخلاف جار، في جميع مايقع فيه التداعي، لإطلاق الخبر السابق.

وحدود الله تعالى لا يحكم فيها، إذ ليس لها طالب معين.

وفي "التهذيب" وغيره ما يقتضي ذهاب بعضهم إلى إجراء الخلاف فيها.

والثاني: هل من فرق بين أن يكون في البلد قاض، أو لا يكون؟ فيه طرق.

أظهرها: أنه لا فرق^(٣).

وقال قائلون: القولان فيما إذا كان هناك قاض، أما إذا لم يكن فيجوز للضرورة.

وعكس عاكسون، فقالوا: القولان: فيما إذا لم يكن قاض، فإن كان، لم يجز بلا خلاف، محافظة على منصب القاضي.

التفريع: إذا جوزنا التحكيم، فيشترط في المحكم صفات القاضي، ولا ينفذ حكمه، إلا على من رضي بحكمه حتى لا تُضرب دية للقتل^(٤) الخطأ على العاقلة، إذا

(١) انظر: الروضة ١١/١٢١، الوسيط ٧/٢٩٣، ونهاية المحتاج ٨/٢٣٠، ومغني المحتاج ٤/٣٧٨.

(٢) في: ز: "خطرة".

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) "للقتل" ليست في: ز.

لم يرضوا بحكمه ولا يكفي رضى القاتل^(١).

وفيه وجه آخر: أنه يكفي، والعاقلة تبع له.

قال الشيخ: "أبو الفرج السرخسي"^(٢). هذان الوجهان مخصوصان بقولنا، إن الدية تجب على الجاني، ثم على^(٣) العاقلة يتحملون عنه، فأما إذا قلنا: إنها تجب على العاقلة ابتداءً، فلا خلاف، في أنه، لا تضرب عليهم عند عدم الرضا، وهذا حسن^(٤).

وذكر في الفصل شيئين آخرين:

أحدهما: أن رضا المتحاكمين، إنما يشترط إذا لم يكن أحد المتحاكمين القاضي نفسه، فإن كان، فهل يشترط رضا الآخر؟ حكى فيه اختلاف نص، وأن الظاهر^(٥)، أنه لا يشترط، وليكن هذا مبنياً على جواز الاستخلاف إن جاز، فالمرجوع إليه، نائب القاضي.

والثاني: أنه يشترط على أحد الوجهين، أن يكون المتحاكمان، بحيث يجوز للمحكم، أن يحكم لكل واحد منهما حتى إذا كان، أحدهما، ابنه، أو أباه، لم يجز التحكيم.

وليس للمحكم الحبس بل غايته الإثبات، والحكم، وفيه وجه بعيد أنه يجس كالقاضي، وبما يلزم حكمه؟ فيه قولان، ويقال: وجهان.

أحدهما: بتراضيهما بعد الحكم، وبه قال: "المزني" لأن رضاهما معتبر في

(١) وهو الصحيح. انظر: الوسيط ٢٩٤/٧، الروضة ١٢/١١، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

(٢) هو: عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن أحمد، أبو الفرج السرخسي المشهور - بالزاز - فقيه مرو. كان أحد أئمة الإسلام، ومن يضرب به المثل في الآفاق في حفظ مذهب الشافعي، ولد سنة إحدى أو اثنين وثلاثين وأربعمائة، توفي عام ٤٩٤هـ، من مصنفاته: كتاب "الأمالى" وهو كتاب فقه، نقل عنه الرافعي. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٣/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٦٦/١، شذرات الذهب ٤٠٠/٣.

(٣) "على" ليست في: ز.

(٤) "والصحيح الأول" ذكره النووي في الروضة ١٢٢/١١.

(٥) وهو المذهب. انظر المصدر نفسه، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

أصل^(١) الحكم، فكذلك في لزومه، وهذا أشبه بما قيل، في قسمة من تراضى الشريكان بقسمته، على ماسياتي.

وأصحهما؛ على ما ذكر القاضي "الرويانى"، ويحكى عن أبي حنيفة، ومالك، وأحمد: أنه يلزم بنفسه كحكم الحاكم^(٢). ويدل عليه الخبر الذي سبق^(٣).

ومهما رجع أحد الخصمين قبل أن يحكم امتنع عليه الحكم حتى لو أقام المدعى شاهدين، فقال: المدعى عليه: عزلتك، لم يكن له أن يحكم.

وعن الإصطخري: فيما إذا أحسَّ المدعى عليه بالحكم، تخريج وجهين، في: أنه هل يُمكنُ من الرجوع؟ والظاهر الأول.

وإذا جوزنا التحكيم في غير الأموال، فإذا خطب رجل امرأة، وحكَّما رجلاً في التزويج كان له أن يزوج.

قال "الرويانى": وهذا هو الأصح^(٤) واختيار الأستاذ أبي إسحاق الاسفراينى^(٥)، وأبي طاهر الزيادى^(٦)، وغيرهما من المشايخ.

وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لها وُلِّيَّ خاص من نسب، أو مُعْتَقٍ، وشُرْطٌ في بعض "الشروح"، أن لا يكون هناك حاكم.

(١) "أصل" ليست في: ب، ظ.

(٢) انظر: الروضة ١١/١٢٢، ومغني المحتاج ٤/٣٧٩، وانظر: الهداية ٣/١٠٨، ومختصر خليل ص ٢٥٩، ومنتهى الإرادات ٢/٥٧٨.

(٣) وهو قوله ﷺ "من حكم بين اثنين تراضيا به ١٠٠٠" الحديث.

(٤) انظر: بحر المذهب، جزء منه، لوحة ٧٦، دار الكتب المصرية.

(٥) "الاسفراينى" ليست في ب، ظ. وهو: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران. الأستاذ الاسفراينى - أبو إسحاق - الفقيه من أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي، الإمام في الكلام والأصول، والفقه وغيره، ومصنفاته أكثر من أن تستوعب في مجلدات.

توفي بنيسابور عام ٤١٨ هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٦٩.

(٦) هو: محمد بن محمد بن محمِّش، أبوطاهر المشهور بالزيادى كان إماماً في عصره بنيسابور في الحديث، والفقه، والعربية، ولد سنة ٣١٧ هـ، وتوفي سنة ٤١٠ هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٥، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٢٨.

وحكى صاحب "العدة" القاضي "أبوالمكارم الطبري" ابن أخت "الرويانى" (١): وجهين في اشتراطه، وليكن هذا مبنياً على الطريقة الفارقة بين أن يكون في البلد حاكم أو لا يكون.

وإذا رُفِعَ حكم المحكّم إلى القاضي، لم ينقضه إلا بما ينقض به (٢) قضاء غيره.

وقال: أبوحنيفة له نقضه، إذا لم يوافق رأيه، بخلاف قضاء القاضي (٣).

وقوله في الكتاب "وفي النكاح خلاف مرتب" إلى آخره. يشير إلى الطريقتين المذكورين، في أن الخلاف هل يجري في غير الأموال؟ ووجهه (٤) ترتب النكاح على الأموال: أنه أتم خطراً، وأجدواً بالاحتياط.

ووجه ترتب العقوبات على النكاح: أنه يسعى في دفعها، ولا يُوسَعُ بابها.

وقوله "وليس له الحبس" معلّم بالواو.

وقوله: "واستيفاء العقوبة". أراد به أنه، وإن حكم بشيء من العقوبات كالقصاص، وحد القذف، فإنه لا يستوفيه.

قال: في "الوسيط": لأن ذلك كله (٥) يَحْزُمُ أَبْهَةَ الْوَلَاةِ.

هذا شرح الفصل الأول (٦)، المعقود في التولية، ونختمه بمسائل آخر (٧) تتعلق بالتولية.

-
- (١) "أبوالمكارم الطبري ابن أخت الرويانى" ليست في: ز.
وأبو المكارم: هو: عبد الله بن علي الرويانى، ويعرف بصاحب "العدة" وهو ابن أخت صاحب "البحر" "وحيث أطلق الرافي في الشرحين "العدة" فمراده: عدة أبي المكارم".
انظر: طبقات الشافعية للإمام سنوي (٧٨/١)، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ٢٠٩.
- (٢) "به" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٣) انظر: الهداية ١٠٨/٣.
- (٤) في: ز "وجه".
- (٥) "كله" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٦) "الأول" ليست في: ز.
- (٧) "آخر" ليست في: ز.

[فصل: وفيه مسائل تتعلق بالتولية]

[قال الرافي]: يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة، وناحية عرف أنها خالية عن القاضي، إما بأن يبعث إليهم قاضياً من عنده، أو بأن يختار منهم من يصلح لذلك. ثم إن عرف حال من يوليه علماً وعدالة فذاك، وإلا أحضره، وجمع بينه، وبين أهل العلم، ليقف على قدر علمه، ويسأل عن سيرته جيرانه، وخطباءه، وإذا ولي من لا يعرف حاله لم تنعقد التولية. وإن عرف من بعد أنه بصفة^(١) القضاة. ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة، وإن لم يكن المعول^(٢) إليه صالحاً للقضاء، لأنه سفير محض، وكذا لفوض إلى رجل من عرض الناس، اختيار قاض، ثم ليس له أن يختار والده وولده، كما لا يختار نفسه.

ولو قال: لأهل بلدة: اختاروا رجلاً منكم، وقلدوه القضاء، حكى القاضي ابن

كج فيه. وجهين:

أشبههما؛ الجواز^(٣). ولا بد في التولية من تعيين محل ولايته، من بلدة، أو قرية أو ناحية، ولا بد من تعيين المولى، فلو قال: وليت أحد هذين، أو من رغب^(٤) في القضاء ببلدة كذا من علمائها، لم يجز.

ولو قال: "فوضت إلى فلان وفلان"، فهذا نصب قاضين.

وفي كتاب: "الأحكام السلطانية" للقاضي الماوردي: أن تولية القضاء، تنعقد بما تنعقد به الوكالة وهو المشافهة باللفظ والمراسلة، والمكاتبة عند الغيبة^(٥) ويجيء في المراسلة، والمكاتبة / خلاف^(٦) كما مر في الوكالة^(٧)، وإن كان الظاهر، مذكوره^(٨). (٤٤٩/ز)

(١) في: ب، ظ بصفة.

(٢) في: أ "المحول" خطأ.

(٣) انظر: الروضة ١١/١٢٣.

(٤) في: ب "يرغب".

(٥) انظر: الأحكام السلطانية، للماوردي ت ٤٥٠، ط ٣، عام ١٣٩٣هـ، شركة مكتبة مصطفى البابي وأولاده بمصر، ص ٦٩.

(٦) في: أ بخلاف.

(٧) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١١/١٨.

(٨) انظر: الروضة ١١/١٢٣.

وفيه: أن صريح اللفظ، قوله: "وليتك القضاء"^(١) و"استخلفتك واستنتبتك"^(٢)، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر، بأن يقول: اقض بين الناس، أو احكم ببلدة كذا.

وهو ملحق بالصرائح^(٣) كما في الوكالة^(٤).^(٥)

وفيه أن الكتابات: قوله^(٦): "اعتمدتُ عليك في القضاء"، أو "عولت" أو "رددته إليك"، أو "فوضت"، أو "وكلت"، أو "أسندت" فينبغي^(٧) أن يقتزن بها ما يلحقها بالصرائح^(٨) ولا يكاد يتضح فرق بين أن يقول: "وليتك القضاء"، وبين أن يقول "فوضته إليك"^(٩).

وفيه: أن عند الشافعية يعتبر القبول على الفور، وفي المراسلة، والمكاتبة، لا يعتبر الفور، لكن سبق في "الوكالة" خلاف في أنه هي يشترط القبول؟ وذكرنا: أنه إن كان شرطاً، فالأظهر أنه لا يعتبر فيه الفور، فليكن، كذلك هاهنا^(١٠).

ويجوز تعميم التولية، وتخصيصها، إما في الأشخاص بأن يُؤليه القضاء بين سكان محلة، أو قبيلة، أو في خصومات شخصين معينين.

وكذا، لو ولاه القضاء بين من يرده في داره، أو مسجده من الخصوم.

وإما في الحوادث: بأن يؤليه في الأنكحة، دون الأموال، وفي قدر معين من المال.

(١) "القضاء" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "استنتبتك".

(٣) في: ب، ظ "الصريح".

(٤) في: ز "في باب الوكالة".

(٥) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١١/١٨.

(٦) "قوله" ليست في: أ، ب.

(٧) في: ز "وينبغي".

(٨) في: ب، ظ "بالصريح".

(٩) قال النووي في الروضة ١٢٤/١١ "الفرق واضح، فإن قوله: وليتك متعين لجعله قاضياً، وفوضت إليك محتمل أن يراد توكيله في نصب قاض. والله أعلم.

(١٠) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١١/٢٠، والروضة ٤/٣٠٠.

وإما في طرف الحكم: بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البينة. وإما في الأمكنة، وهو ظاهر، وإما في الأزمان، بأن يوليه سنة، أو يوماً معيناً، أو يوماً سماه من كل أسبوع.

وذكر القاضي ابن كج وجهاً: أنه إذا قال: قلدتك سنة بطلت التولية، كما في الإمامة، والظاهر الأول^(١)، تشبيهاً بالوكالة، ولو كان كالإمامة^(٢) لما جاز سائر التخصيصات.

ومن ولي القضاء مطلقاً استفاد بالتولية المطلقة سماع البينة، والتحليف وفصل الخصومات، بحكم بات، أو يصلح عن تراض. واستيفاء الحقوق، والحبس عند الحاجة، والتعزير، وإقامة الحدود وتزويج اللواتي ليس لهن ولي خاص.

والولاية في مال الصغار والمجانين، والسفهاء والنظر في الضوال، وفي الوقوف حفظاً للأصول، وإيضالاً للغلات إلى مصارفها بالتفحص^(٣) عن حال المتولي إذا كان لها متول، وبالقيام به إذا لم يكن.

قال القاضي "الماوردي": ويعمم^(٤) في الوقوف العامة والخاصة، لأن الخاصة تنتهي إلى العموم أيضاً، والنظر في الوصايا، وتعيين المصروف إليه، إذا كانت الوصية لجهة عامة بالقيام بها^(٥) إن لم يكن وصى وبالتفحص عن حاله إن كان، والنظر في الطرق، والمنع^(٦) من التعدي فيها بالأبنية، وإشراع مالا يجوز إشراعه من الأجنحة^(٧).

قال القاضي: أبو سعد الهروي^(٨) ونصب المفتين والمحتسبين، وآخذ الزكوات

(١) انظر: الروضة ١١/١٢٥.

(٢) في: ز "كالوكالة".

(٣) في: ب، ظ "بالتفحص".

(٤) في: ز "ويعمم النظر".

(٥) في: ب "والقيام".

(٦) "المنع من" ليست في: ب، ظ.

(٧) الأحكام السلطانية ص ٧٠ - ٧١.

(٨) هو: محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي، القاضي أبوسعد، تفقه على أبي عاصم العبادي، وشرح كتابه "أدب القضاء، اسمه "بالإشراف" كان أحد الأئمة، نقل عنه الرافعي، قتل شهيداً

وفصل الماوردي^(١) - رحمه الله - أمر الزكوات.

فقال: إن أقام الإمام لها ناظراً أخرجت عن عموم ولاية القاضي، وإلا فوجهان:

ويشبه أن يطرد هذا التفصيل في المحتسبين، وكذلك القول في إمامة صلاة الجمعة والعيدين، ويقرب من هذه الأمور، نصب الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جباية الخراج، والجزية بالتولية المطلقة في أظهر الوجهين^(٢).

= مع ابنه في جامع همدان، وكان قاضياً هناك سنة ٤٨٨هـ. انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ٢٩٢/٢.

انظر: طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٨٧.

(١) انظر: الأحكام السلطانية ص ٧٠.

(٢) انظر: الروضة ١٢٥/١١ حيث قال فيها "على الأصح".

[الفصل الثاني: في عزل القاضي وانعزاله وفيه مسائل]

(قال [الغزالي]: الفصل الثاني في العزل.

وفيه مسائل:

الأولى: إن طريان الجنون والعمى والنسيان يوجب الانعزال، وكذا طريان الفسق على الأظهر، ولو جُنَّ ثم أفاق عادت ولايته على أضعف الوجهين).

[قال الرافعي]: في عزل القاضي، وانعزاله، مسائل:

إحداها: إذا جُنَّ، أو أُغْمِيَ عليه، أو خُرِسَ، أو خرج عن أهلية الضبط، والاجتهاد بغفلة، أو نسيان، لم ينفذ حكمه في هذه الأحوال^(١).

المسألة الأولى: إذا جُنَّ أو أُغْمِيَ عليه أو خُرِسَ ونحو ذلك

وكذلك لو فسق في أصح الوجهين بخلاف الإمام الأعظم إذا فسق، لما في إبطال ولايته، من اضطراب الأمور، وحدث الفتن^(٢)، وإذا طرأت هذه الأحوال، وزالت ففي عود ولاية القاضي وجهان.

قد ذكرناهما في باب "الوصاية"^(٣).

وأصحهما: أنها لا تعود إلا بتولية مستأنفة^(٤).

وبالثاني: أجاب صاحب "التلخيص"^(٥) تخرجياً من قول الشافعي - رضي الله عنه - في أهل البغي. أنهم لا يُقاتلون حتى يناظروا، ويُسألوا ماذا ينقمون^(٦)، فقد

(١) قال في مغني المحتاج ٣٨٠/٤ "يستثنى من عدم نفوذ قضاء الأعمى مالو سمع البينة وتعليها، ثم عمي، فإن قضاءه ينفذ في تلك الواقعة إن لم يحتج إلى إشارة، فكأنه إنما انعزل بالنسبة إلى غير هذه الواقعة. بل لو عاد بصيراً تبين أنه لم يعزل، لأنه لو ذهب لما عاد".

(٢) انظر: الروضة ١٢٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨١/٤.

(٣) انظر: الروضة ٣١٣/٦، وانظر: المصدرين السابقين.

(٤) كالوكالة، "لأن الشيء إذا بطل لم ينقلب إلى الصحة بنفسه، وإن زال المانع كالبيع ونحوه، والثاني: تعود من غير استئناف تولية كالأب إذا جن ثم أفاق، أو فسق، ثم تاب" ذكره صاحب مغني المحتاج ٣٨١/٤.

(٥) هو: أبو العباس بن القاص سبقت ترجمته ص ١٦٥.

(٦) وقد تصفحت كتابه "التلخيص" باب الجهاد والقضاء، فلم أطلع على ذلك. والله أعلم. تصفحت في: ز "ينقموا".

يسألون عزل عاملٍ يذكرون جَوْرَهُ"^(١) فلو كان العامل ينعزل بالجور، لقال يدعون انزاله بالجور، ولم يقل يسألون عزله، إلا أنه لم يطرد جوابه في صورة الردة.

وسُلم أنه إذا تاب بعد الردة احتاج إلى عقد جديد.

قال الشيخ: أبو زيد^(٢) والقياس التسوية.

وفي "أمالي أبي الفرج السرخسي"^(٣) القطع بأنه إذا زال الإغماء عادت الولاية بخلاف الجنون.

ولو أُخبر الإمام بموت القاضي^(٤)، أو فسقه فولى قاضياً، ثم بان خلافه، لم يقدر ذلك في تولية الثاني.

وقوله: في الكتاب "يوجب الانعزال". أراد بالانعزال بطلان الحكم، والنظر في الحال، لا البطلان الكلي.

إذ لو أراد البطلان الكلي لم يحسن ذكر الوجهين بعد ذلك في عود الولاية.

ومسألة عود الولاية بعد الإفاقة من الجنون، قد ذكرها مرة في باب الوصاية. وكذا مسألة طريان الفسق، إلا أنه لم يذكر الخلاف هناك، واقتصر على الجواب الأصح^(٥).

ولفظ الانعزال في ذلك الباب أيضاً، محمول على ما ذكرناه.

[المسألة الثانية: في الأحوال التي يجوز فيها عزل القاضي]

[قال الغزالي: الثانية: يجوز العزل عند ظهور خلل، ويجوز بمن هو أفضل

من غير خلل، ويمثله ومن دونه لا يجوز إلا لمصلحة، ولكن إن فعل نفذ للمصلحة،

وطاعة السلطان، وهل يقف الانعزال على بلوغ الخبر؟ قيل: هو / كالوكيل، وقيل ٤٥٠/ز

(١) انظر: الأم ٢١٨/٤.

(٢) سبقت ترجمته ص ١٣٠.

(٣) سبقت ترجمته ص ٢٨٩.

(٤) "القاضي" ليست في: أ.

(٥) انظر: الوجيز ٢٨٢/١، والروضة ٣١٣/٦.

يقطع بأنه لا ينعزل للضرورة، ولو قال: إذا قرأت كتابي هذا، فأنت معزول، انعزل إذا قرأ عليه، ولا ينعزل قبل القراءة، وينعزل بانعزاله، كل مأذون له في شغل معين، وفي نائبه في كل ناحية خلاف، والقضاة لا ينعزلون بموت الإمام وانعزاله، للضرر.

[قال الرافعي]: مقصود المسألة بيان أمور:

أحدها: أن العزل متى يجوز؟ فإن ظهر من القاضي خلل، فلإمام عزله، قال في "الوسيط"^(١) ويكفي فيه^(٢) غلبة الظن، وإن لم يظهر خلل، فإن لم يكن ثم من يصلح للقضاء، فلا يجوز عزله، ولو عزله، لم ينعزل، وإن كان هناك صالح آخر، فإن كان أفضل جاز عزله به، وانعزل المفضول، وإن كان مثله، أو دونه، قال الإمام "يُنظَرُ: إن كان في العزل^(٣) مصلحة، من تسكين فتنة، ونحوه فللإمام أن يعزله به" وإن لم تكن فيه مصلحة، لم يجوز عزله به" ولو فعله هل ينفذ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا: لأنه، لا خلل في الأول، ولا مصلحة في عزله.

وأشبههما: نعم للمصلحة، وطاعة السلطان. وهذا هو المذكور في "الكتاب"^(٤) واختيار الإمام^(٥).

ومهما كان العزل في محل النظر. واحتمل أن يكون فيه مصلحة فلا اعتراض فيه على الإمام، ويُحَكَّمُ بنفوذه، وفي بعض الشروح، ذكر وجهين في أن تولية قاض بعد قاض، هل يكون عزلاً للأول؟ وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان^(٦)؟ وللقاضي أن يعزل نفسه كالوكيل. وفي "الإقناع"^(٧) للماوردي: أنه إذا عزل نفسه لم ينعزل إلا بعلم من قلده.

والثاني: هل ينعزل القاضي قبل أن يبلغه خیر العزل؟ فيه طريقتان:

-
- (١) انظر ٢٩٥/٧.
 (٢) "فيه" ليست في: ز.
 (٣) في: أ، ب "العزل به".
 (٤) الوجيز ١٩٣/١.
 (٥) انظر: الروضة ١٢٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨١/٤.
 (٦) انظر: الروضة ١٢٠/١١ و ١٢١.
 (٧) انظر: الإقناع ص ١٩٦.

أحدهما: أنه على قولين كالوكيل، وبهذا قال صاحب "التلخيص"، والقاضي ابن كج.

وأصحهما؛ وبه قال: أبو زيد: القطع بأنه لا ينعزل لعظم الضرر في ردِّ أقضيته^(١) بعد العزل، وقبل بلوغ الخبر^(٢).

ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظاً، أو كتب إليه: أني عزلتك، أو أنت معزول.

فأما إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي هذا، فأنت معزول، فلا ينعزل قبل القراءة، ثم إذا قرأ بنفسه فذاك، وإن قرئ عليه فوجهان:

أحدهما: لا ينعزل لصورة اللفظ. وأصحهما: الانعزال. وهو المذكور في "الكتاب"^(٣)، لأن غرض الإمام، إعلامه صورة الحال، لا قراءته بنفسه.

وفي^(٤) مثله في الطلاق. والأظهره أنه يقع الطلاق، لأن الطلاق قد تعلق على قراءتها خاصة، فيتبع اللفظ. ولو كان أمياً تفريعاً على جوازه، فقريء عليه فالحكم بالانعزال أولى، والظاهر في مثله من مسألة الطلاق، الوقوع أيضاً^(٥).

والثالث: فيمن ينعزل بموت القاضي، وانعزاله: وينعزل به كل مأذون له في شغل معين، كبيع على ميت أو غائب، وسماع شهادة في حادثة معينة.

وأما من استخلفه في القضاء، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ينعزل كما ينعزل^(٦) الوكيل بموت الموكل، وهذا ما أورده القاضي "الرويانى".

وثانيها: المنع رعاية لمصلحة الناس.

(١) انظر: هامش العزيز شرح الوجيز ٤٤٢/١٢، ومغني المحتاج ٣٨١/٤.

(٢) انظر: الروضة ١٢٦/١١ "وهو المذهب".

(٣) انظر: الوجيز ١٣٨/١ هامش، والعزيز شرح الوجيز ٤٤٢/١٢، والروضة ١٢٧/١١.

(٤) في: ب، ظ "ففي".

(٥) انظر: الوجيز ٥٥/٢، والعزيز شرح الوجيز ٥٣٧/٨.

(٦) "كما ينعزل الوكيل" ليست في: أ، ب، ظ.

وأظهرها^(١): أنه يعزل، إن لم يكن القاضي مأذوناً في الاستخلاف، لأن الاستخلاف في هذه الحالة إنما يجوز لحاجته إلى من يعاونه في العمل، فإذا زالت ولايته، بطلت المعاونة، وإن كان مأذوناً في الاستخلاف، فينظر، إن قال: استخلف عني فاستخلف عنه، لم يعزل خليفته، لأنه مأذون من جهة الإمام وكان الأول سفيراً في التولية.

وإن قال: استخلف عن نفسك، أو أطلق، فيعزل، لظهور عرض المعاونة، وبطلان المعاونة ببطلان ولايته.

ولو نصّب الإمام بنفسه نائباً عنه، فقد ذكر الشيخ أبو الفرج السرخسي^(٢): أنه لا يعزل بموت القاضي، وانعزاله؛ لأنه مأذون من جهة الإمام.

ويجوز أن يقال: إذا كان الإذن مقيداً بالنيابة، ولم يبق الأصل، لا يبقى النائب، ويتخرج على هذا الخلاف، والتفصيل: أن القاضي، هل له أن يعزل الخليفة، والقوأم على الأيتام، والأوقاف؟

جعلهم صاحب الكتاب في "الوسيط"^(٣) في معنى الخلفاء.

والمشهور: أنهم^(٤) لا يعزلون بموت القاضي وانعزاله، من غير خلاف كيلا تحتل أبواب المصالح، وصار سبيلهم، سبيل المتولين المنصوبين من قبل الواقفين. والقضاة، والولاة لا يعزلون بموت الإمام الأعظم وانعزاله، لشدة الضرر، وفي تعطيل الحوادث، إلى أن يُنصّبَ أمّامٌ، ويُنصّبُ قضاة. والله أعلم^(٥).

(١) انظر: الروضة ١١/١٢٧، ومغني المحتاج ٤/٣٨٢.

(٢) "السرخسي" ليست في: ز.

(٣) انظر: ٧/٢٩٥.

(٤) في: أ "أنه".

(٥) انظر: هامش العزيز ١٢/٤٤٣، والوسيط ٧/٢٩٦، الروضة ١١/١٢٧، مغني المحتاج ٤/٣٨٣.

[المسألة الثالثة: في أحكام القاضي المعزول]

(قال [الغزالي]: الثالثة: لو قال: بعد العزل قضيت بكذا، لم يقبل قوله، إلا بحجة، فلو شهد مع عدل على أن هذا قضى به^(١) قاض، ولم يذكر نفسه^(٢) فوجهان: وقبل العزل يقبل قوله، بغير حجة).

قال [الرافعي]: إذا قال القاضي بعد العزل: كنت^(٣) حكمت لفلان بكذا، لم يقبل؛ لأنه^(٤) لا يملك الحكم حينئذٍ، فلا يقبل إقراره به، وإنما يثبت حكمه بالبينه^(٥)، فإن شهد مع آخر على أنه حكم به ففي قبول شهادته، وجهان:

أحدهما: وبه قال: "الإصطخري" أنها تقبل، لأنه لا يجز بشهادته نفعاً إلى نفسه، ولا يدفع ضرراً.

والثاني: لا تقبل، لأنه يشهد على فعل نفسه، وهذا أصح باتفاق الأصحاب^(٦).

وإذا شهدت المرضعة على فعل نفسها. فقالت: أرضعته، ففي قبول شهادتها، وجهان^(٧) مذكوران في الرضاع.

واختلفوا في الراجح منهما، فمن رجح الوجه الذاهب إلى عدم^(٨) القبول هناك استوى البابان عنده، ومن رجح القبول، فرق بأن فعل الحاكم مقصود وفعل المرضعة لا

(١) "به" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: ز "ففيه وجهان".

(٣) "كنت" ليست في: ز.

(٤) في: أ "لأنه لم" وهي زائدة.

(٥) قال في مغني المحتاج ٣٨٣/٤ " . . . إلا بينة، لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذٍ، فلا يملك الإقرار. نعم لو انعزل بالعمى، قبل منه ذلك، لأنه إنما انعزل بالعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، وقوله: "حكمت عليك بكذا لا يحتاج إلى ذلك. قاله البلقيني . . .".

(٦) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١٤٥/١، والوسيط ٢٩٦/٧، والروضة ١٢٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨٣/٤.

(٧) أحدهما: لا تقبل . . . وأصحهما: تقبل. وبه قطع الأكثرون. انظر: الروضة ٣٧/٩، والعزير شرح الوجيز ٦٠١/٩.

(٨) وهو الأصح: انظر: الروضة ١٢٨/١١، ومغني المحتاج ٣٨٣/٤.

اعتبار به، وإنما المعتبر وصول اللبن إلى الجوف، وبأن شهادته على حكمه، تتضمن تزكية نفسه، لأن الحاكم لا بد، وأن يكون عدلاً، والمرضعة بخلافه.

وإذا قلنا: بالأصح، فلو شهد المعزول مع غيره: أن / حاكماً جائز الحكم، حكم (٤٥١/ز) بكذا، ولم يضيف إلى نفسه، فوجهان:

أقربهما القبول كما لو شهدت المرضعة على رضاع محرم، ولم تذكر فعلها.

ووجه المنع: أنه قد يريد نفسه، فلا بد من البيان، ليزول الإلتباس.

والوجهان، يتفرعان على: أنه إذا قامت البينة على حكومة حاكم من الحكام تقبل، ولا حاجة إلى التعيين، وهو المشهور، وأشار بعضهم إلى وجه آخر. فعلى ذلك الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما^(١).

ثم يجوز أن يقال: الوجهان: فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه، أما إذا علمه، فلا فرق بين المطلق، والمضاف.

ويجوز أن يعكس، ويقال: الوجهان فيما إذا علم: أنه يشهد على حكم^(٢) نفسه،

أما إذا لم يعلم، فتقبل لا محالة لجواز أنه يريد حكم غيره، وعلى هذا الاحتمال.

فلو شهد المعزول على^(٣) أن حاكماً حكم به، وشهد الذي معه أن المعزول قد

حكم به، وجب أن نقبل، لأننا لا نعتني على هذا التقدير إلا بأن نصحح الصيغة، ولا

يشهد على فعل نفسه^(٤). ولو أن المعزول شهد على أنه مَلِكُ فلان، أو على أن فلاناً أقر

في مجلس حكمي بكذا، قبلت شهادته، فإنه لم يشهد على حكمه.

وقول القاضي في غير محل ولايته: حكمت لفلان بكذا، كقول المعزول.

وأما قبل العزل، فإذا قال: حكمت بكذا، يقبل لقدرته على الإنشاء في الحال،

(١) انظر: الروضة ١٢٨/١١، ومغني المحتاج ٣٨٤/٤.

(٢) في: ز "فعل".

(٣) "على" ليست في: ز.

(٤) قال النووي: "والإحتمال الأول: هو الصحيح". الروضة ١٢٨/١١.

حتى لو قال: على سبيل الحكم، نساءً هذه القرية طوالق من أزواجهن يقبل^(١)، ولا حاجة إلى حجة^(٢).

ويجوز أن يعلم قوله: في الكتاب "لم يقبل قوله إلا بحجة" بالألف، لأن عند أحمد رحمه الله يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل^(٣).

وأن يعلم قوله: "وقبل العزل، يقبل قوله بغير حجة" بالميم، لأن عن مالك^(٤) رضي الله عنه. أنه لا يقبل إلا بحجة.

[فرعان]

[قال الرافعي] فرعان: ذكرهما "أبوسعيد الهروي" في "شرح أدب القضاء" للشيخ^(٥) أبي عاصم العبادي.

أحدهما: قال القاضي بعد العزل المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه لزيد، أيام قضائي. وقال الأمين: إنه لعمر و ما قبضته منك، فالقول قول الأمين، وإن سلم القبض منه فالقول قول القاضي.

الثاني: يجوز أن يكون الشاهدان على حكم القاضي هما اللذان شهدا عند القاضي فرتب^(٦) الحكم على شهادتهما لأنهما الآن^(٧) يشهدان على فعل القاضي.

وحكي أن الأستاذ أبا طاهر^(٨) قال: على هذا تفقحت وأدركت القضاة" والله أعلم.

(١) "يقبل" ليست في: ب.

(٢) انظر هامش العزيز ٤٤٥/١٢، والروضة ١٢٨/١١، مغني المحتاج ٣٨٤/٤.

(٣) انظر: المغني ٨٥/١٤.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٩.

(٥) "الشيخ" ليست في: ز.

(٦) في: ز "ورتب".

(٧) في: أ "لأ، يشهد".

(٨) سبقت ترجمته ص ٢٩٠.

[المسألة الرابعة: لو ادعى على القاضي المعزول رشوة أو حكماً باطلاً.]

(قال [الغزالي]: الرابعة: لو ادعى على معزول رشوة^(١)، أحضره القاضي، وفصل الخصومة بينهما^(٢)، وكذا إن قال: أخذ المال مني بشهادة عبيدين، ولو ذكر الحكم^(٣)، ولم يذكر الآخذ، ففي سماع الدعوى وجهان، إذ في^(٤) وجوب الغرم على القاضي خلاف إذا لم يأخذه، ولو قال: نائب المعزول أخذت هذا المال أجره عملي، لم يقبل، وإن صدّقه المعزول إلا بحجة، وهل يكفي يمينه في مقدار أجره^(٥) المثل؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي] ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله من القضاة، اكتفاءً بأن الظاهر منها السداد، لعلمهم، وعدالتهم، وفي جواز تتبعها، وجهان، مذكوران في "المهذب"^(٦).

اختيار الشيخ أبي حامد منهما^(٧): الجواز احتياطاً.

وإذا جاءه متظلم من القاضي المعزول، وطلب منه إحضاره، لم يتسارع إلى إجابته، فإنه قد يقصد ابتذاله، بل يسأله عما يريد منه، فإن ذكر أنه يدّعي عليه عيناً، أو

(١) "الرّشوة" بالكسر - جمعها "رِشاً" مثل سِدْرَةٍ وَسِدْرٍ، "ورشوته" "رَشْواً" من باب قتل: أعطيته رشوة" فارتشى" أي أخذ. وأصله "رِشاً" الفرخ إذا مد رأسه إلى أمه لِتَرْقَهُ. قال في المصباح ٢٢٨/١. ثم قال أيضاً: "ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد" وقال في مغني المحتاج ٣٨٤/٤ "دفع لمن لم يحكم بالحق، أو يمتنع عن الحكم به" وقال الجرجاني في كتابه "التعريفات" ص ١١، طبعة عام ١٤١٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت. "الرشوة: ما يعطي لإبطال حق، أو لإحقاق باطل".

(٢) "بينهما" ليست في: ز.

(٣) "ذكر الحكم" ليست في: ز.

(٤) في: ز "لأن".

(٥) في: أ، ب، ظ "أجر".

(٦) انظر: المهذب ٣٨٠/٢، والروضة ١٢٩/١١.

(٧) في: أ، ب "منها".

دِيناً^(١) على معاملة، أو إتلاف، أو غضب، أحضره، وفصل الخصومة^(٢) بينهما، كما يفصل بين سائر الناس.

ولو قال: أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة، أو أخذ^(٣) مني بشهادة عيدين، أو غيرهما، ممن لا تقبل شهادته، ودفعه إلى فلان فكذاك الجواب، لأن هذا الأخذ كالغصب، وفلان الذي يدعى الدفع إليه، إن قال: أخذته بحكم المعزول لي^(٤)، لم يقبل قوله، ولا قول المعزول له بل يحتاج إلى بينه، تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه، فإن لم تكن^(٥) بينة انتزع المال منه^(٦)، وإن اقتصر على أنه لي، ولم يتعرض للأخذ من المدعي، ولا بحكم المعزول، فالقول: قوله مع يمينه.

ولو أن المتظلم لم يتعرض للأخذ، ولكن قال: حكم عليّ بشهادة عيدين، ومن في معناهما، فكلام معظم الأئمة يخالف ما في "الكتاب"^(٧). قال: المعظم في إحضاره وجهان: أحدهما: يحضره ليحجب عن دعواه كما لو طلب إحضار غيره.

والثاني: أنه لا يحضره إلا بينة تقوم على ما يدعيه، أو على إقرار المعزول بما يدعيه، لأنه كان أمين الشرع، والظاهر مُضِي^(٨) أحكامه على الصواب، فيكتفي^(٩) بهذا الظاهر، إلى أن تقوم الحجة على خلافه، وهذا أصح عند صاحب: "التهذيب"^(١٠). والأول: أصح عند القاضي الروياني، وغيره.

(١) "عيناً، أو ديناً" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "الحكومة" وهو خطأ.

(٣) في: أ "وأخذ".

(٤) في: أ "له".

(٥) في: أ "تقم".

(٦) في: أ "منه المال".

(٧) قال النووي رحمه الله: "فقد حكى الغزالي وجهاً أن دعواه لا تسمع، ولا يصغي إليه، وهذا

الوجه خطأ، لانعرفه لأحد من الأصحاب، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة، وبينته محكوم بها" الروضة ١١/١٢٩.

(٨) "مضي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: أ "فيكتفي".

(١٠) انظر: التهذيب ١٠/١، لوحة، فصل، كتاب قاض إلى قاض بدون ترقيم.

وإذا قلنا: بالثاني، فليس ذلك على معنى أن البينة تقام في غيبته، ويكتفي بها، ولكن الغرض أن يكون إحضاره عن بينة فيحضر المدعي الشهود^(١) ليعرف القاضي منهم أن لدعواه حجة، وحقيقة، ثم إذا حضر المعزول، وأدعى المدعي، وشهد الشهود في وجهه على المعهود، وإذا حضر بعد البينة، أو دونها، وأقر طولب بمقتضاه، وإن أنكر صدق، وكيف يصدق بيمين أم بغير يمين؟ فيه وجهان؟

أحدهما: بيمين، وهو اختيار العراقيين، والقاضي "الرويانى"^(٢)، كالمودع، وسائر الأئمة، إذا ادعت عليهم خيانة.

والثاني بغير يمين، وبه قال: "الإصطخري"، وصاحب "التلخيص"^(٣)، لأنه كان أمين الشرع، فيصان منصبه على التحليف والإبتدال بالمنازعات الباطلة، وهذا أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم، وصاحب "التهذيب"^(٤) وبه قال صاحب: "التقريب"^(٥) والقاضي الماوردي، ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال، أو دم، حتى إذا ادعى عليه أنه قتل أباه ظلماً بالحكم يرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على البينة؟ وفي أنه هل يحلف إذا حضر وأنكر؟ فهذا ما ذكره وهم متفقون على أن الدعوى مسموعة في الجملة وعلى^(٦) أن بينة المدعي محكوم بها، وأما صاحب "الكتاب"، فإنه نصب الخلاف في سماع أصل الدعوى، وقال: إنه مبني على الخلاف في أن الحكم بشهادة العبدین، ومن في معناهما هل يقتضي غرماً؟ وهذا الخلاف غير معروف، نعم إذا كان المحكوم به قطعاً، أو قتلاً، فعن "الإصطخري": أن القاضي إنما يضمن إذا استوفى بنفسه، أو أمر به من استوفاه، فأما^(٧) إذا استوفاه الولي بإذن القاضي، فلا ضمان على القاضي، وخالفه الأكثرون، وقالوا: لافرق فإن القاضي هو

(١) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١١/١٢٩، ومغني المحتاج ٤/٣٨٥.

(٢) وهو المذهب. انظر: الروضة ١١/١٣٠، ومغني المحتاج ٤/٣٨٥.

(٣) التلخيص، لابن القاص، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ محمد على معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ص ٦٤٥.

(٤) ١٠/ لوحة، كتاب القاضي إلى قاض، بدون ترقيم.

(٥) سبقت ترجمته ص ١١٣.

(٦) في: أ "على".

(٧) في: ب، ظ "فإذا".

الذي سلط الولي فيمكن أن يجري هذا الخلاف في الأموال.
والقول في أن القاضي كيف يُعْرَم مَبْسُوط^(١) في موضعه^(٢)، والدعوى على نائب
المعزول في القضاء كالدعوى على المعزول.

وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة، فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء،
فقال: أخذت هذا المال أجرة عملي، فصدقه المعزول، لم ينفعه تصديقه، ولكن يسترد
منه ما يزيد على أجرة المثل، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، بل عليه البينة على جريان ذكر الأجرة.

والثاني: نعم، لأن الظاهر أنه لا يعمل مجاناً. قال الإمام والخلاف مبني على أن
من عمل لغيره، لم يجز ذكر أجرة، هل يستحق أجرة المثل؟ وقد تبين بما ذكرنا أن قوله،
"ولو قال: نائب المعزول" ليس المراد نائبه في القضاء، فإن القاضي لا يأخذ أجرة، وإنما
المراد الأمناء.

وقوله: "لم تقبل، وإن صدقه المعزول، إلا بحجة" ظاهره يقتضي قبول الحجة على
الإطلاق. ومعلوم أن الزيادة على أجرة المثل، لا تقبل فيها الحجة بحال، وأما قدر أجرة
المثل فيحتاج فيه إلى الحجة أم يكفي اليمين؟ فيه الوجهان^(٣). هذا حكم الدعوى على
المعزول.

أما المولي فإن ادعى عليه مُدَّعٍ بما لا يتعلق بالحكم بحكم بينهما خليفته، أو قاضٍ
آخر. وإن ادعى ظلماً في الحكم وأراد تغريمه لم يُمكن، ولم يحلف القاضي، ولا تغني إلا
البينة، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور، وأراد تغريمه، لأنهما أمينان شرعاً.
ولو فُتِحَ بابُ تحليفهما لاشتد الأمر، ورغب القضاة عن القضاء، والشهود عن
أداء الشهادات، وكذا الحكم لو قال: للقاضي قد عُزِلَتْ وأنكر.

وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع ذلك كسائر الأمناء
إذا ادعت^(٤) عليهم خيانة.

(١) في: أ، ب، ظ "وسيط".

(٢) سيأتي إن شاء الله في باب الرجوع.

(٣) في: أ "وجهان".

(٤) وهو المذهب، انظر: الروضة ١١/١٣١، ومغني المحتاج ٤/٣٨٥، وانظر بهامش العزيز

(قال [الغزالي]: الباب الثاني: في جامع^(١) آداب القضاء.

"وفيه فصول"

الفصل الأول: في آداب متفرقة. وهي عشرة.

الأدب^(٢) الأول: أن يشيع الولاية قبل قدومه، فإن قدم^(٣) من غير إشاعة، ولا^(٤) كتاب، لم يقبل قوله، فإن^(٥) كان معه كتاب من غير شاهدين، ففي لزوم الطاعة بمجرد^(٦) وجهان. وحيث تظهر أمانة التلبس، يجوز التوقف لا محالة.

[الأدب الأول: في إعلان الولاية: إما بكتاب أو شهادة أو استفاضة]

[قال الرافعي]: ليكتب الإمام كتاب العهد لمن يوليه القضاء، كما كتب رسول الله ﷺ لعمر بن حزم^(٧) رضي الله عنه لما بعثه إلى اليمن. وكما كتب أبوبكر، لأنس

(١) في: أ "جوامع".

(٢) "الأدب" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ز "قبل".

(٤) "لا" ليست في: ز.

(٥) في: ز "وإن".

(٦) في: ز "بخلاف".

(٧) هو: عمرو بن حزم بن زيد بن كوزان الأنصاري، صحابي مشهور شهد الخندق، فما بعد،

وكان عامل النبي ﷺ على نجران، مات بعد الخمسين، وقيل في خلافة عمر.

انظر ترجمته في: تقريب التهذيب ٦٨/٢.

والحديث: قال عنه ابن حجر في التلخيص ١٧/٤ "روي عن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ:

كتب في كتابه إلى أهل اليمن: أن الذكر يقتل بالأنثى..."

هذا طرف من كتاب النبي ﷺ وهو مشهور قد رواه [مالك ٨٤٩/٢ - كتاب العقول - باب

ذكر العقول. والشافعي ١٠٨/٢ كتاب الديات] عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو

ابن حزم عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول....

وقد صحح الحديث بالكتاب المذكور جماعة من الأئمة لا من حيث الاسناد، بل من حيث

الشهرة. فقال الشافعي في رسالته: لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول

الله ﷺ. وقال ابن عبد البر: هذا كتاب مشهور عند أهل السير: معروف ما فيه عند أهل العلم

معرفة يستغنى بشهرتها عن الاسناد، لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة.

قال: ويدل على شهرته ما روى ابن وهب عن مالك عن الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد

عن سعيد بن المسيب قال: وجد كتاب عند آل حزم يذكرون أنه كتاب رسول الله ﷺ.

رضي الله عنهما، لما بعثه إلى البحرين^(١)، وعمر لابن مسعود رضي الله عنهما لما بعثه قاضياً إلى الكوفة.

وليدكر فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به، وليعظه فيه، ثم إذا كان يبعثه إلى بلد آخر، فينظر إن كان بعيداً لا ينتشر الخبر إليه، فليشهد شاهدين على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب، وليقرأه، أو يقرأه^(٢) الإمام عليهما، وإن قرأ غير الإمام، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه، ثم يخرج^(٣) الشاهدان معه فيخبران بالحال هناك.

قال الأئمة: وليس ذلك على قواعد الشهادات إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادات، وإن كان البلد قريباً ينتشر الخبر إليه، ويستفيض فإن^(٤) أشهد شاهدين يخرجان معه كما ذكرنا، فذاك، وإلا ففي الإكتفاء بالإستفاضة، وجهان:

أحدهما: المنع. وبه قال: أبو إسحاق، لأن التولية عقد، والعقود لا تثبت بالإستفاضة، كالإجارة والوكالة.

وقال العقيلي: هذا حديث ثابت محفوظ، إلا أنا نرى أنه كتاب غير مسموع عن من فوق الزهري.

وقال يعقوب بن سفيان: لا أعلم في جميع الكتب المنقولة كتاباً أصح من كتاب عمرو بن حزم هذا، فإن أصحاب رسول الله ﷺ والتابعين يرجعون إليه ويدعون رأيهم. وقال الحاكم: قد شهر عمر بن عبد العزيز، إمام عصر الزهري لهذا الكتاب بالصحة، ثم ساق ذلك بسنده إليهما". أ.هـ.

(١) "البحرين" هكذا يتلفظ بها في حال الرفع والنصب والجر ٠٠٠ وهي إسم جامع لبلاد على ساحل بحر الهند، تقع بين البصرة وعمان ٠٠٠ وقيل غير ذلك وسميت بـ "البحرين" لأن في ناحية قراها بحيرة على باب الأحساء، انظر: معجم البلدان ٣٤٦/١ - ٣٤٩.

والحديث: "أن أبا بكر - رضي الله عنه - كتب له هذا الكتاب لما وجهه إلى البحرين: "بسم الله الرحمن الرحيم" هذه فريضة الصدقة التي فرضها رسول الله ﷺ الخ". الحديث بطوله في البخاري ٤٠٤/٣ - فتح الباري - كتاب الزكاة - باب زكاة الغنم. وانظر: التلخيص ١٥٠/٢ و ١٥١.

(٢) في: أ، ب، ظ "ويقرأ".

(٣) "الشاهدان فيه ثم يخرج" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ "فإذا".

وأظهرهما^(١): الإكتفاء بها، وبه قال: "الإصطخري" إذ لم يُؤثر عن رسول الله ﷺ، ولا عن الخلفاء بعده الإشهاد، بل كانوا يقنعون بالإشهار، والإستفاضة.

ومن الأصحاب من يطلق الوجهين من غير فرق بين أن يكون البلد بعيداً، أو قريباً، ويشبه أن لا يكون في هذا خلاف، و^(٢) لكن الانتشار، والاستفاضة، إنما تحصل في مدة، وتختلف المدة بحسب قرب المسافة، وبعدها، فمن قال: لأبد في البلدة البعيدة من الإشهاد، إنما قاله، لأن الاستفاضة لا تحصل بها غالباً في مدة مسير القاضي، ومن أطلق، فلأنه إذا تأخر مسيره لعارض حتى حصلت الإستفاضة، فلا فرق بين القرب، والبعث، وحكى في "الوسيط"^(٣) وجهين - في أن مجرد الكتاب من غير استفاضة، ولا شهادة شاهدين، هل^(٤) يعتمد عليه؟ -

أحدهما: نعم لبعث الجرأة^(٥) في مثل ذلك على الإمام.

والثاني: لا، بل لابد من عدلين بخبران عن التولية.

هذا هو المفهوم من كلام عامة الأصحاب، وهو قياس أصلنا في امتناع الاعتماد على الخنط^(٦).

وقوله: في الكتاب "من غير إشاعة، ولا كتاب" ظاهره يقتضي أن لا يكفي قول عدلين، لكننا سنذكر أن الاعتماد في كتاب القاضي إلى القاضي على الشهود، دون الكتاب، فليكن كذلك هاهنا.

وقوله: "وإن كان معه كتاب من غير شاهدين" يتناول بإطلاقه ما إذا حصلت الاستفاضة.

(١) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١١/١٣١، ومغني المحتاج ٤/٣٨٦.

(٢) "و" ليست في: ز.

(٣) ٢٩٨/٧.

(٤) في: أ، ب، ظ "فهل".

(٥) في: أ، ب "الجرأة".

(٦) "وهو المذهب" ذكره النووي رحمه الله في الروضة ١١/١٣١، وانظر مغني المحتاج ٤/٣٨٦.

وفيها الوجهان: المذكوران أولاً، وما إذا لم تحصل، وفيها الوجهان المنقولان عن

"الوسيط". /

(٤٥٣/ن)

- (قال [الغزالي] الثاني: أنه إذا^(١) قَدِمَ^(٢) يفتش عن المحبوسين، فيطلق كل من حبس بظلم، أو في تعزير، ومن أقرَّ بالحق رده إلى الحبس، ومن قال: أنا مظلوم، أُطْلِقَ على أحد الوجهين، فإن حضر خصمه فليستأنف الخصومة، ولْيُقَمَّ الحجة على أن القاضي المصروف حكم عليه بالحق، وإن قال: المحبوس لا أدري لِمَ حبست نودي عليه في طلب خصمه، فإن لم يحضر أطلق، وإن ذكر خصماً غائباً، وزعم أنه مظلوم فإطلاقه أولى، فإن قلنا: لا يطلق فيراقب، ولا يخلى، ولا يجبس إلى أن يحضر خصمه، ويكتب إلى خصمه ليعجل فإن لم يعجل أُطْلِقَ).

[الأدب الثاني في قدوم القاضي، بلد الحكم، وتسليمه ديوان الحكم]

إذا أراد القاضي الخروج إلى بلد قضائه، ينبغي^(٣) أن يسأل عن حال من فيه من العلماء، والعدول، فإن لم يتيسر، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد، فإن لم يجد من يسأله سأل حين دخل، ويستحب أن يدخل يوم الاثنين^(٤)، فإن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الاثنين^(٥).

وأن يكون عليه سوادٌ، فقد دخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء^(٦).

وأن ينزل في وسط البلد، أو الناحية كيلا يطول الطريق على بعضهم.

(١) في: ب، ز، ظ "كما".

(٢) في: ب، ظ "يقدم".

(٣) في: ز "فينبغي".

(٤) قال النووي في الروضة ١٣٢/١١ "فإن تعسر يوم الاثنين فالخميس وإلا فالسبت".

(٥) الحديث أخرجه البخاري ٢٥٧/٤ و ٢٥٨، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة، عن عائشة في حديث الهجرة الطويل، وانظر: التلخيص ١٨٨/٤.

(٦) قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٨/٤ "حديث أنه ﷺ دخل يوم الفتح، وعليه عمامة سوداء مسلم عن جابر".

وإذا دخل، فإن رأى، اشتغل بقراءة كتاب العهد في الحال، وإن رأى نزل في منزله، وأمر منادياً، ينادي يوماً أو أقل أو أكثر على حسب كبر البلد وصغرها، ألا إن فلاناً قدم قاضياً، وأنه يخرج يوم كذا لقراءة العهد فمن أحب فليحضر، فإذا اجتمعوا قرأ عليهم العهد، وإن كان معه شهود، شهدوا، ثم ينصرف إلى منزله.

ويستحضر الناس، فيسألهم عن الشهود، والمزكّين سراً، وعلانية.

قال الأصحاب: ويتسلّم ديوان الحكم، وهو ما كان عند الحاكم قبله، من المحاضر^(١) والسجلات^(٢) وحجج الأيتام، والأوقاف، وحجج الناس المودعة^(٣) في الديوان، لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه، ثم إذا أراد النظر في الأمور، نظر أولاً في أمر المحبوسين، لأن الحبس عذاب، فلينظر هل يستحقونه، أم لا^(٤)؟، ويأمر قبل أن يجلس للنظر في أمرهم منادياً، ينادي يوماً، أو أكثر على حسب الحاجة، ألا إن القاضي ينظر في أمر المحبوسين يوم كذا، فمن له محبوس فليحضر، ويبعث إلى الحبس أميناً من أمنائه ليكتب اسم كل محبوس، وما حبس به، ومن حبس له في رقعة، وفي "المجرد" للقاضي أبي الطيب : أنه يبعث أمينين، وهو أحوط، فإذا جلس اليوم الموعود، وحضر الناس صبّت تلك الرقاع، بين يديه فيأخذ واحدة، وينظر في الاسم، المثبت فيها، ويسأل عن خصمه، فمن قال: أنا خصمه بعث معه ثقة إلى الحبس

النظر في
أحوال
المحبوسين

(١) "المحاضر" جمع "مَحْضَرٍ" السَّجَلُ. لسان العرب ٢١٦/٣ مادة "حضر" وقال في معني المحتاج

٣٨٧/٤ "وهي التي فيها ذكر ماجرى من غير حكم".

(٢) "والسَّجَلُ" مفرد "سِجِلَاتٍ"، و "أسجلت" للرجل "إسجالاً" كتبت له كتاباً، و "سَجَلٌ"

القاضي بالتشديد، قضى وحكم وأثبت حكمه في "السَّجَلِ". انظر: لسان العرب ١٨٢/٦ مادة "سجل" والمصباح ٢٦٧/١.

(٣) في: ب "المودعة".

(٤) قال في معني المحتاج ٣٨٧/٤ "وهذا التقديم على سبيل الاستحباب كما صرح به الرافعي في

أواخر الآداب. لكن نقل ابن الرفعة عن الإمام: أنه واجب وأقره والأولى أن يقال: ما دعت إليه مصلحة، وجب تقديمه، كما يؤخذ مما يأتي، وإنما قدّم على أهل الحبس ما مرّ مع أنه عذاب، لأنه أهمُّ. ويؤخذ منه كالنظر في المحاجر، والجائعين الذين تحت نظره، وما أشرف على الهلاك من الحيوان في التراكات وغيرها، وما أشرف من الأوقاف، وأملاك محاجيره على السقوط بحيث يتعين الفور في تداركه".

ليأخذ عن ثمة^(١) بيده، ويخرجه، وهكذا يحضر من المحبوسين بقدر ما يعرف أن المجلس، يحتمل النظر في أمورهم^(٢)، وفي "أمالي أبي الفرج"^(٣): أنه يقرع بينهم للبداءة، وإذا اجتمع المحبوس، وخصمه عنده سأل المحبوس عن سبب حبسه. والجواب، يفرض على وجوه.

منها: أن يعترف بالحبس بالحق، فإن كان ماحبس به مالاً، أمر بأدائه فإن قال: أنا معسر فعلى ما ذكرنا في التفليس^(٤)، ثم إذا لم يؤد، ولم يثبت الإعسار، فيرد إلى الحبس، وإن أدى، أو أثبت الإعسار، نودي عليه، فلعل له خصماً آخر في مال أو غيره، فإن لم يحضر أحد خلياً.

وإن كان ماحبس به حداً أقيم عليه، وخلياً على ما ذكرنا.

ومنها: أن يقول: شهدت على البينة، فحبسني القاضي لبيحت عن حال الشهود، والشهود وللأصحاب^(٥) في جواز الحبس بهذا السبب اختلاف يأتي من بعد، فإن قلنا: لا يجبس به، لم يرده إلى الحبس، وإن قلنا: يجبس رده، وبحت عن حال الشهود. ومنها: أن يقول حُبِسْتُ بخمر، أو كلب أتلفته على ذمِّي، والقاضي لا يعتقد التغيريم بذلك، فأصح القولين أنه يمضيه^(٦).

والثاني: أنه يتوقف ويسعى في اصطلاحهما على شيء.

ومنها: أن يقول حُبِسْتُ ظلماً، فإن كان الخصم معه، فعلى الخصم الحجة، والقول قول المحبوس، مع يمينه، وإن ذكر خصماً حاضراً في البلد فوجهان:

-
- (١) "عن ثمة" ليست في: ب، ظ.
 (٢) في: ب، ظ "أمرهم".
 (٣) سبق التعريف به ص ٢٨٥.
 (٤) انظر: الوجيز ١/١٧٢، والعزیز شرح الوجيز ٥/٢٦، حيث قال: "واعلم أن المديون إذا ثبت إعساره لم يجز حبسه، ولا ملازمته، بل يمهّل إلى أن يوسر على ما قال الله تعالى: ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ سورة البقرة ٢٨٠.
 (٥) في: ب، ظ "للأصحاب".
 (٦) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١١/١٣٣، ومغني المحتاج ٤/٣٨٧.

أحدهما: أنه يُطَلَّقُ، لأن الأصل أن لا شيء عليه، والخصم يحتاج إلى الحجة فيستأنف الخصومة ويقيم الحجة متى شاء.

وأظهرهما: أنه يُحَضِّرُ الخصم، أولاً فإن الظاهر أنه حُبِسَ بالحق، ثم إذا أُحْضِرَ فالحكم على ما ذكرنا^(١).

وإن ذكر خصماً غائباً فطريقان:

أحدهما: القطع بأنه يُطَلَّقُ، لأن الحبس عذاب، وانتظار الغائب يطول.

وأظهرهما^(٢): أنه على وجهين فإن قلنا: يطلق فيحسن أن يؤخذ منه كفيلاً^(٣).

وإن قلنا: لا يُطَلَّقُ، فيكتب إلى خصمه^(٤) ليعجل في الحضور^(٥)، فإن لم يحضر فحينئذٍ يُطَلَّقُ".

وإن قال: لا خصم لي أصلاً، أو قال: لا أدري لِمَ حبست نودي عليه في طلب الخصم، فإن لم يفعل أحد حلف، وأطلق وإنما حُلِّفَ هاهنا، ولم يحلف في الأجوبة السابقة، لأن هناك ظهر الخصم، وفُصِّلَ الأمر، فدعوى أنه ليس له خصم آخر لا يخالف الظاهر.

وأما الحبس من غير خصم فإنه خلاف الظاهر.

(١) من قوله "وإن ذكر خصماً . . . على ما ذكرنا" ليست في: ب، ظ. وقوله "على ما ذكرنا" أي فيمن كان معه الخصم.

(٢) انظر: الروضة ١١/١٣٣، ومغني المحتاج ٤/٣٨٧.

(٣) "أو رده إلى الحبس".

(٤) "وقال الزركشي: إلى قاضي بلد خصمه" انظر: مغني المحتاج ٤/٣٨٧.

(٥) "لفصل الخصومة بينهما".

ونازع البلقيني في ذلك: وقال: إن إحضاره من العجائب، إذ يصير المحبوس طالباً لمن له الحق، وليس في الشريعة ما يشهد لهذا".

ثم رد عليه الخطيب الشريبي فقال: "وَرَدُّ بأنه ليس المراد إلزامه بالحضور، بل إعلامه بذلك ليلحق بمجته في إدامة حبس المحبوس إن كان له بذلك حجة، ويكفي المدعي إقامة بينة بإثبات الحق الذي حبس به، أو بأن القاضي المعزول حكم عليه بذلك" كل ذلك في مغني المحتاج ٤/٣٨٧.

قال في "الوسيط"^(١) في مدة المنادة لا يُحبس، ولا يُخلّى بالكليّة، ولكن يُرتقب" وحيث أُطلقَ الذي ادعى أنه مظلوم، فهل يطالب بكفيل؟ فيه وجهان:
أظهرهما^(٢): لا.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: "فيطلق كل من حبس بظلم" كان المراد منه، ما إذا اعترف الخصم بأنه ظلمه، أو كان القاضي عالماً به.

وقلنا: إنه يقضي بعلم نفسه، فأما إذا قال: المحبوس، أنا مظلوم، فهو مذكور من بعد.

وقوله: "أو تعزير" إطلاق من حبس تعزيراً. قد ذكره هاهنا. وفي "الوسيط"^(٣).
وسكت معظم الكتب عنه، ولعل^(٤) وجه ما ذكره أن التعزير يتعلق بنظر الحاكم الذي بانت عنده الجنائية، ولا يدري أن الحاكم المصروف، هل كان يديم حبسه، لو لم يُصرّف؟ لكن لو بانت جنائته^(٥) عند الثاني، ورأى إدامة حبسه، فالقياس الجواز.

وقوله: "ومن أقرّ بالحق ردّاً إلى الحبس" أي إذا اقتضاه الحال، بأن لم يؤدّ، ولم يُثبت إعساره^(٦)^(٧).

وقوله: "فإن"^(٨) حضر خصمه، فليستأنف الخصومة" بعد قوله/ أطلق على أحد (٤٥٤/ن)
الوجهين" تفريع على وجه الإطلاق.

والمعنى: أنه يُطلق، ثم إذا حضر خصمه مجلس الحكم، وادّعى، فعليه إثبات الحق الذي يدعيه بينة تقوم على نفس الحق، أو على أن القاضي المصروف، حكم عليه

(١) انظر ٢٩٩/٧.

(٢) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١١/١٣٣، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.

(٣) انظر: ٢٩٩/٧.

(٤) من قوله "ويستحب أن يدخل ولعل" ليست في: أ. أي ما يقرب من ٤ لوحات.

(٥) في: ب "خيانة".

(٦) في: ب "إعساراً".

(٧) "وقوله: ومن أقرّ إعساره" ليست في ز.

(٨) في: ز "وإن".

بذلك، وفي "أمالي أبي الفرج" أنه يكفي لاستدامة^(١) الحبس قيام^(٢) البينة على أن القاضي المصروف، حبسه بحق هذا المدعي، وإن لم يتبين جنس الدين، وقدره. وقوله: "فيما إذا ذكر خصماً غائباً، أن^(٣) إطلاقه أولى". أشار بهذا الترتيب إلى الطريقتين السابقين في الغائب.

وقوله: "فإن قلنا: لا يطلق فيراقب، ولا يخلى، ولا يجبس، إلى أن يحضر خصمه" هذا لم يذكره في "الوسيط" هاهنا، وإنما ذكره فيما إذا قال: لا أدري لِمَ حُبِسْتُ على ما بيناه^(٤).

[النظر في الأوصياء وأموال الأطفال]

قال: (وإذا فرغ من المحبوسين، نظر في الأوصياء، ومال الأطفال، إذ لا رافع لوقائعهم إليه).

[قال الرافعي] إذا فرغ القاضي من المحبوسين، نظر في حال الأوصياء^(٥)؛ لأن الوصي يتصرف في حق من لا يمكنه المرافعة والمطالبة، كالأطفال، وأصحاب الجهة العامة، فإذا حضر من يزعم أنه وصي، تفحص القاضي عن شيئين: أحدهما: أصل الوصاية، فإن أقام بينة على أن القاضي المصروف نفذ وصايته، وأطلق تصرفه قرره، ولم يعزله. نعم إذا طرأ فسق، وانعزل، فينتزع المال منه^(٦) وإن

-
- (١) في: أ "استدامة".
(٢) في: ز "إقامة".
(٣) "أن" ليست في: ب، ظ.
(٤) أي "ينادي عليه في طلب الخصم، فإن لم يحضر أحد، حُلف، وأُطلق". انظر ص ٣١٢ ، والروضة ١٣٣/١١، ومغني المحتاج ٣٨٧/٤.
(٥) في: ز "ومال الأطفال". "والأوصياء" جمع وصي "فعل بمعنى مفعول" وأوصيت إليه بمال جعلته له. و "أوصيته" بولده استعطفته عليه" المصباح ٦٦٢/٢.
(٦) جاء في: ز "إن ضعف نظره فيضم إليه من يعينه، وإن أقام بينته على نفس الوصاية نفذها إن وجده عدلاً كافياً وردها إن وجده فاسقاً. وانتزع المال منه". هذا الكلام لم يرد في: أ، ب، ظ.

شُكَّ في عدالته فوجهان^(١):

قال: "الإصطخري" يقرر المال في يده، لأن الظاهر الأمانة.

وقال^(٢) أبو إسحاق: ينتزعه منه^(٣) حتى تتحقق عدالته، وإن وجدته ضعيفاً، أو كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه، والتصرف فيه ضم^(٤) إليه من يعينه^(٥).

والثاني: تصرفه في المال، فإن قال: فرقت ما أوصى به، نظر: إن كانت الوصية لمُعَيَّنِينَ لم يتعرض له، لأنهم يطالبون لو لم يصل إليهم.

وإن كانت^(٦) لجهة عامة، فإن كان عدلاً، أمضى تصرفه، ولم يضمه، وإن كان فاسقاً، ضمته لتعديه بالتفريق لا عن ولاية^(٧).

ولو أن غير الوصي فرق الثلث الموصى به، خوفاً عليه من أن يضيع. نُظِرَ: إن كانت الوصاية^(٨) لمُعَيَّنِينَ وقع المُوَقَّعُ، لأن لهم أن يأخذوه من غير، واسطة، وإلا ففي الضمان، وجهان: أظهرهما: الوجوب^(٩).

ثم بعد النظر في الأوصياء، ينظر في أمناء الحكام المنصوبين على الأطفال، وفي تفرقة الوصايا، فمن تغير حاله بفسق، أو ضَعُفَ نظره^(١٠). فعلى ما ذكرنا في الأوصياء^(١١). ومن لم يتغير حاله، أقره.

(١) "لم يفصح الشيخ بترجيح، وقال في القوت: الأقرب إلى كلام الشيخين، بل هو ظاهر كلام الجمهور عند الانتزاع ٠٠٠" ذكره بهامش العزيز ٤٥٤/١٢.

(٢) في: ب "فقال".

(٣) "منه" ليست في: ب، ز، ظ.

(٤) في: ب "ضم القاضي".

(٥) انظر: المهذب ٣٨١/٢، والروضة ١٣٤/١١، ومغني المحتاج ٣٨٨/٤.

(٦) في: أ "كان".

(٧) أي "بغير ولاية صحيحة". انظر: الروضة ١٣٤/١١.

(٨) في: أ "الوصية".

(٩) انظر: المهذب ٣٨١/٢، الروضة ١٣٤/١١، ومغني المحتاج ٣٨٨/٤.

(١٠) "نظره" ليست في: أ، ب، ظ.

(١١) انظر: الوجيز ٢٨٢/١ أي يعزله القاضي بفسقه. انظر: الروضة ٣١٢/٦، مغني المحتاج

قال القاضي "الرواياني": وله أن يعزله ويولي^(١) غيره بخلاف الأوصياء، لأن الأمين مولى من جهة القاضي، بخلاف الوصي. ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها، وفي اللقطة^(٢)، والضوأل^(٣)، فما لا يجوز تملكه^(٤)، أو يجوز ولم يختر بلقطته التملك بعد الحول، حفظه^(٥) على صاحبه، أو باعه، وحفظ ثمنه لمصلحة الحال^(٦)، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال، وله أن يخلطها بمثلها، فإذا ظهر المالك، غُرِمَ له من بيت المال.

ويُقَدَّمُ من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، وإن عُرضت حادثة، وهو مشغول بهذه المهمات، استخلف من ينظر في تلك الحادثة أو فيما هو فيه. والله أعلم.

[الأدب الثالث في صفة كتاب القاضي والمزكين والمترجمين]

(قال^{العزلي} الثالث: أن يتروى بعد ذلك في ترتيب الكاتب والمزكي، والمترجم، وليكن الكاتب عدلاً، عاقلاً عفيفاً عن المطامع، ويشترط العدد في المزكي، والمترجم دون الكاتب.

وفي عدد المُسْمِعِ إذا كان بالقاضي صمم^٨، ثلاثة أوجه: يُفَرَّقُ في الثالث: بين أن يكون الخصم، أصم^٨، فيعجز عن الإنكار إذا^(٨) غير المُسْمِعِ، فإن شُرِطَ العدد، ففي اشتراط لفظ الشهادة وجهان.

(١) في: ب، ظ "ينصب".

(٢) "اللقطة" بالضم، ما التقطت من مال ضائع، انظر المصباح ص ٥٥٧.

(٣) جمع ضالة، وهو الشيء إذا ضاع منك، فلم تعرف موضعه كالداية والناقة وما أشبههما. انظر: المصباح ص ٣٦٤.

(٤) في: أ "مما لا يملكه".

(٥) في: أ، ب، ظ "حفظ".

(٦) في: ز: "على ما يقتضيه الحال" ولعل الصواب "لمصلحة المالك" كما ورد في الروضة ١٣٥/١١، ومعني المحتاج ٣٨٨/٤.

(٧) يشير إلى قوله ﷺ للأعرابي الذي أتى إلى النبي ﷺ، فسأله عما يلتقطه فقال: "عرفها سنة، ثم احفظ عفاصها، ووكاءها فإن جاء أحد يخبرك بها، وإلا فاستنفقها . . . الحديث" أخرجه البخاري ٩٣/٣، المجلد ٢، من كتاب اللقطة باب ضالة الإبل.

(٨) في: ز "لو".

فإن لم يشترط ففي اعتبار الحرية وجهان.

وإن طلب المسموعُ أجرَةً، فهل يجب في مال صاحب الحق؟ وجهان).

[قال الرافعي] يُرتَّبُ القاضي بعد ما ذكرنا، أمر الكتاب، والمزكين والمترجمين. أما الكتاب، فللحاجة إلى كتبه المحاضر والسجلات، والكتب الحكمية، والحاكم لا يفرغ لها غالباً.

ومن المشهور: أنه كان لرسول الله ﷺ كتابٌ منهم زيد بن ثابت رضي الله عنه^(١)، ويشترط أن يكون الكاتب عارفاً، بما يكتبه من المحاضر، وغيرها لئلا يفسده.

وأن يكون مسلماً عدلاً لتؤمن خيانتته، وفي "المهذب"^(٢) حكاية وجه آخر: أنه لا يشترط الإسلام، والعدالة، ولكن يستحبان، لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه^(٣).

ويستحب أن يكون وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسدة، كيلا يُخدعَ من غيره^(٤)، أو بمال. وأن^(٥) يكون فقيهاً، لا يؤتى من جهل. وأن يكون جيد الخط، ضابطاً للحروف، لئلا يقع الغلط والاشتباه، والأولى أن يجلسَ الحاكم الكاتب بين يديه، ليملي عليه، ويشاهد ما يكتب^(٦).

وأما المزكون فالحاجة إليهم ظاهرة، وفي التزكية: فصل مفرد من بعد.

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٩/٤ "ذكره البخاري تعليقاً، ووصله أبو داود عن زيد بن ثابت قال قال: لما قدم النبي ﷺ المدينة، فذكر قصة فيها: فكنت أكتب له إلى اليهود، وأقرأ كتبهم إليه.

وفي الصحيح من حديث أبي بكر: أنه قال لزيد بن ثابت: إنك شاب عاقل لا نتهمك، وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله ﷺ الحديث.

وقال القضاعي: كان زيد بن ثابت يكتب عنه للملوك، مع ما كان يكتب من الوحي، وكان الزبير وجههم يكتبان أموال الصدقات.

(٢) انظر: المهذب ٣٧٧/٢.

(٣) انظر: الروضة ١٣٥/١١، ومغني المحتاج ٣٨٨/٤.

(٤) في: أ، ب "غره".

(٥) في: أ "أو".

(٦) في: ز "ما يكتبه".

وأما المترجمون: فلأن القاضي قد لا يعرف لسان بعض الخصوم، والشهود، فلا بد من يطلعه عليه، ويشترط في المترجم، العدالة والتكليف، والحرية، لأنه ينقل قولاً إلى القاضي لا يعرفه القاضي فأشبهه الشاهد^(١) ولمثل هذا نقول باشتراط العدد فيه، وفي المزكي، بخلاف الكاتب، فإنه لا يثبت شيئاً.

وعند أبي حنيفة^(٢) يكفي مترجم واحد، ومزكي واحد.

ثم قال الأصحاب: إن كان الحق مما يثبت برجل، وامرأتين، فتقبل الترجمة من رجلين، ومن رجل وامرأتين^(٣). وقال صاحب "التهذيب"^(٤): "وجب أن لا تقبل إلا من رجلين، كما لا تثبت الشهادة على الشهادة بقول النساء. وإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين، وهذا ما أورده الإمام: / وأما العتق والنكاح، ومالا يثبت برجل وامرأتين فلا (٤٥٥/ز) تقبل الترجمة فيه إلا من رجلين، وفي الزنا يكفي رجلان أم لا بد من أربعة؟ فيه قولان، كما في الشهادة على الإقرار بالزنا^(٥)، وقيل: يكفي رجلان بلا خلاف. ولو كان الشاهدان معاً أعجميين فيكفي لهما مترجمان أم لا بد لكل واحد من مترجمين؟^(٦) فيه قولان، كالقولين في شهود الفرع^(٧)، وبالأول أجاب أبو الحسن العبادي في "الرقم".

وهل يجوز أن يكون المترجم أعمى؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا^(٨). كما لا يجوز أن يكون شاهداً.

-
- (١) في: أ، ب، ظ "الشهادة".
 (٢) انظر: الهداية ١١٩/٣.
 (٣) وهو المذهب. انظر: الروضة ١٣٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨٩/٤.
 (٤) انظر: ١٠ لوحة، فصل فيما على القاضي في الخصوم، مسألة: "وإن كان الحق مما يثبت بشاهد وامرأتين".
 (٥) برجلين على الأظهر. انظر: الروضة ٢٥٢/١١.
 (٦) من قوله "فيكفي ٠٠٠ مترجمين" ليست في: ب.
 (٧) انظر: الروضة ٢٩٣/١١.
 (٨) في: ب، ظ "لا يجوز".

والأصح الاشتراط^(١)، وفي الحرية على بُعْدِهِ، وفي المترجم. ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسماع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم، وأجاب في "الوسيط"^(٢) بالمنع كما ذكره صاحب "التهذيب" هناك، ورأى الإمام: أن تطرد في المترجم الوجوه المذكورة في اشتراط العدد في المسمع.

والوجه الثالث فيه: أن يقال: إن كان الخصمان عارفين بالعربية لكن لا يحسنان التعبير، لم يشترط العدد وإن كانا لا يعرفانها فيشترط، وميله إلى ترجيح الوجه الثالث. فيهما جميعاً. والله أعلم.

بقيت مسألة في الفصل: وهي:

أن المسمِعَ لو طلب شيئاً ممن يُعْطَى.

ونقدم عليها: أن القاضي إن لم يجد كفاية فيجوز له^(٣) أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ للقضاء. روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: "أَيُّمَا عَامِلٍ اسْتَعْمَلْنَاهُ، وَفَرْضْنَا لَهُ رِزْقَهُ فَمَا أَصَابَ بَعْدَ رِزْقِهِ فَهُوَ غُلُولٌ"^(٤)

وروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان يأخذ كل يوم من بيت المال درهمين^(٥) وأن عمر رضي الله عنه كان يرزق شريحاً - رحمه الله - كل شهر مائة درهم^(٦). وإن وجد كفاية فينظر: إن تعين عليه القضاء لم يجز له أخذ شيء، لأنه

(١) انظر: الروضة ١١/١٣٦، ومغني المحتاج ٤/٣٨٩.

(٢) الوسيط ٧/٤٠٠.

(٣) "له" ليست في: ز.

(٤) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٨٨ "أبوداود والحاكم من حديث بريدة". أخرجه أبوداود ٣/٣٠١ كتاب الأقضية، باب في هدايا العمال.

(٥) الأثر: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٩٤ "لم أره هكذا، وروى ابن سعد بسند صحيح إلى ميمون الجزري والد عمرو، قال: لما استخلف أبو بكر جعلوا له ألفين، قال: زيدوني فإن لي عيالاً، وقد شغلتموني عن التجارة فزادوه خمسمائة".

(٦) أثر عمر: قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٩٤ "لم أره هكذا، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن عمارة عن الحكم، أن عمر رزق شريحاً وسلمان بن ربيعة الباهلي

= على القضاء، وهذا ضعيف منقطع، وفي البخاري تعليقاً: كان شريحاً يأخذ على القضاء أجراً
". . . ."

يؤدي فرضاً، تعين عليه وإن لم يتعين فيجوز، والمستحب تركه. ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء لما سبق في الإجارة^(١).

وفي فتاوى القاضي الحسين إلحاقه بالأذان حتى تجوز الإجارة عليه على رأي، لأن كل واحد منهما يعود نفعه إلى عامة المسلمين^(٢).

وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال، مع رزق القاضي شيئاً لثمن القراطيس التي تُكتبُ فيه المحاضر والسجلات، ولأجرة الكاتب، فإن لم يكن في بيت المال، أو^(٣) احتيج إليه لما هو أهم، فإن أتى المدعي بصحيفة يثبت فيها خصومته، وشهادة شهوده، وأتى بأجرة الكاتب فذاك، وإلا، فلا يجبر عليه، ولكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يُثبت ماجرى فقد تُنسى شهادة الشهود، وحكم نفسه، وحينئذٍ فلا تقبل شهادة الشهود على ماجرى بل لا بد من الذكر كما سيأتي^(٤).

ولو أثبت ماجرى وحفظه في ديوانه تذكره بعلاماته.

وليكن رزق القاضي بقدر كفايته، وكفاية عياله، على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة، وغيرهما، وكذا الإمام يأخذ لنفسه ما يليق به من الخيل والغلمان والدار الواسعة، ولا يجب الاكتفاء بما اكتفى به رسول الله ﷺ والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم بعده، لأن الناس قد تغيروا، وبعدُ العهد بزمان النبوة التي كانت بسبب النصر، وإلقاء الرعب والهيبه^(٥) في القلوب، ولو اقتصر الإمام على مثل ذلك اليوم، لم يُطع وتعطلت الأمور.

ولو رَزَقَ الإمامَ القاضي من مال نفسه، أو رزقه أهل ولايته، أو واحد منهم،

(١) انظر: الوجيز ٢٣٢/١، والعزیز شرح الوجيز ١٠٣/٥.

(٢) انظر: الروضة ١٣٧/١١.

(٣) "أو" ليست في: ب.

(٤) انظر: العزیز شرح الوجيز ١١٠/١٣، وما بعدها.

(٥) "الهيبه" ليست في: ب.

فالذي خرج صاحب "التلخيص": أنه لا يجوز له قبوله^(١).

لكن ذكرنا في باب "الأذان"^(٢) أنه كما يجوز أن يكون رزق المؤذن من بيت المال، يجوز أن يكون من مال الإمام، أو واحد من الرعية.

وذكر الصيمري^(٣) في "المفتي": أنه يجوز أن يرزقه أهل بلده، ويمكن أن يفرق بأن ذلك لأيوثر^(٤) تهمة وميلاً، في حق المؤذن، لأن عمله لا يختلف والقاضي أجدر بالاحتياط من المفتي، وكما يرزق الإمام القاضي من بيت المال، فكذلك يرزق من مرجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين، كالأمير، والمفتي والمحتسب وإمام الصلاة والمؤذن، ومن يُعلم الناس القرآن، ومن يقيم الحدود كالتسّام، وكاتب الصكوك، فإن لم يكن في بيت المال، مال، فلا يُعين قسّاماً، وكاتباً كيلا يغالي في الأجرة، وألحق بهؤلاء المقوم، وفي المترجم وجهان.

أقربهما: أنه يرزق من بيت المال أيضاً كهؤلاء.

وثانيهما: المنع كالوكيل، وهذا ما خرج صاحب "التلخيص"

ويحكى عن أبي زيد^(٥) أيضاً، وعلى هذا، فمؤنة من يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه^(٦)، والمُسمعُ كما لترجم، ففي مؤنثه هذان الوجهان.

وهذه^(٧) مسألة الكتاب والوجهان، جاريان في المزكي، والقول في الشاهد أخرناه إلى "كتاب الشهادات".

(١) انظر: "أدب القاضي" ١/١١٠، وانظر: الروضة ١١/١٣٧، والمجموع ٢٠/١٣٠، نهاية المحتاج ٢٤٢/٨.

(٢) انظر: الوجيز ١/٣٦.

(٣) سبقت ترجمته ص ٢٦٤.

(٤) في: ز "يوجب".

(٥) سبقت ترجمته ص ١١٣.

(٦) في: ز "ما يترجم للمدعى على المدعى، ومؤنة ما يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه".

(٧) في: ب "فهذه".

[فصل : وفيه فرعان]

[قال الرافعي]: فرع: قال القاضي ابن كنج ذكر جماعة من فقهاء أصحاب الشافعي، وأبي حنيفة: أنه إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فله أن يأخذ عُشْرَ ما يتولاه من أموال اليتامى، والوقوف للضرورة ثم بالغ في الإنكار عليه.

فقال^(١): أي^(٢) ضرورة في هذا، إن لم يتفرغ للقضاء من غير رزق فليمتنع منه، ومن ذهب إليه، فكأنه ذكر العشر تمثيلاً وتقريباً، ولا بد من النظر إلى كفايته، وإلى قدر المال والعمل.

آخر: في "شرح أدب القضاء" لأبي سعد الهروي: أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال، وكان محتاجاً، ولم يتعين عليه القضاء فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله، وإن تعين قال: أصحابنا لا يأخذ عنه بدلاً، وقال: أبو القاسم يعني صاحب "التقريب": إن شاء الله يأخذ كصاحب الطعام في المحمصة والفرع غريباً^(٤) ومشكل.

[الأدب الرابع: وفيه ثلاث مسائل]

(قال [الغزالي] الرابع: أن يتخذ^(٥) للقضاء مجلساً رفيعاً لا يتأذى فيه ببرد ولا^(٦) حر فيمل، ويكره أن يتخذ المسجد مجلساً للقضاء، فترفع فيه الأصوات، ولا يكره فصل قضايا متفرقة في المسجد، وهل له أن يتخذ بواباً^(٧) حاجباً؟ فيه وجهان).

-
- (١) في: ب "وقال".
 (٢) في: ب "إنه لا".
 (٣) "أبو" ليست في: ب، ز.
 (٤) "و" ليست في: ب.
 (٥) في: ز "القاضي".
 (٦) "لا" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٧) في: أ، ب، ظ "أو".

[قال الرافعي] فيه ثلاث مسائل:

إحداها: المستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحاً لا يتأذى الحاضرون بضيقه،
 وأن يكون بارزاً، لا يكون دونه حجاب، ليهتدي إليه المتوطن والغريب، ويصل إليه كل
 واحد، فلا يجلس للقضاء في بيت كبير^(١)، وإن أقام على بابه من يأذن له، لأنه لا يظهر
 جلوسه فيه، ولا يهتدي إليه الغرباء. نزهاً، لا يؤذي فيه الحر، والبرد، والروائح والغبار
 والدخان^(٢)، فيجلس للصيف حيث يليق به، وللشتاء^(٣) حيث يليق به، واستحب
 أبو عبيد بن حربوية^(٤) وغيره، أن يكون موضع جلوسه مشرفاً، كدكة ونحوها، ليسهل
 عليه النظر إلى الناس، وعليهم المطالبة^(٥)، وحسن أن يوطأ له الفرش، وتوضع الوسائد
 ليعرفه كل داخل، وليكون أهيب عند الخصوم، وأرفق به فلا يمل.

والأولى أن يكون مستقبل القبلة ولا يتكيء.

المسألة
 الثانية: اتخاذ
 المسجد
 مجلساً
 للقضاء.

الثانية: المستحب أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء، وهل يكره اتخاذه مجلساً؟
 فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال مالك^(٦)، وأحمد^(٧) وكذلك أبو حنيفة^(٨) في إحدى
 الروايتين، كما لا يكره الجلوس فيه للفتوى وتعلم القرآن والعلم وأصحهما^(٩): نعم: لما

(١) في: ز "في كني كبير".

(٢) في: ز "والرياح".

(٣) في: أ، ب "وللرياح والشتاء".

(٤) هو: علي بن الحسين بن حربويه البغدادي، القاضي أبو عبيد، تفقه على أبي ثور، ولي القضاء
 فترة طويلة، وكان عند الخلفاء معظماً، له اختيارات غريبة في المذهب، ولد عام ٢٣٢هـ. وتوفي
 عام ١٧٠، وقيل ٣١٩هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٥٨، شذرات الذهب ٢/٢٨١، طبقات الشافعية لابن
 هداية الله ص ٥٣.

(٥) في: ز "النظر إليه".

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٩.

(٧) انظر: المقنع ص ٣٢٧.

(٨) انظر: الهداية ٣/١٠٣.

(٩) وهو المذهب. انظر: الروضة ١١/١٣٨، ومغني المحتاج ٤/٣٩٠.

روي أنه ﷺ قال: جنبوا مساجدكم صبيانكم، ومجانينكم، وسلّ سيوفكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم" (١).

ومعلوم أن مجلس القضاء، ترفع فيه الأصوات وقد يحتاج فيه إلى إحضار الصبيان والمجانين، وأيضاً فقد يحضره الحيض، والكفار، والكراهة (٢) في إقامة الحد في المسجد أشد، لخوف التلوّث مع رفع الصوت ثم كراهة (٣) اتخاذ المسجد مجلساً على التنزيه دون التحريم فلا يَأْتَم به.

قال أبو الحسن العبادي: ولا يدع الخصوم يجتمعون فيه ويتشائمون، ولكن يقعدون خارج المسجد، وينصب من يدخل عليه خصمين خصمين، ولو اتفقت قضية، أو قضايا وقت حضوره المسجد للصلاة، أو غيرها فلا بأس بفصلها.

الثالثة: عن الصيدلاني: رواية وجهين في أنه هل يكره أن يتخذ القاضي حاجباً وبواباً؟ (٤) ويمكن أن يوجه أحدهما: بما روى أنه قال صلى الله عليه وسلم "من ولي من أمور الناس شيئاً فاحتجب حجة الله يوم القيامة" (٥).

الثاني: أنه (٦) لو دخل عليه من شاء متى شاء لبطلت هيئته وسقط وقعه، لكن

(١) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٨/٤ ٠٠٠ وقال ابن الجوزي: إنه حديث لا يصح، ورواه البزار من حديث ابن مسعود وقال: ليس له أصل من حديثه، وله طريق أخرى عن أبي هريرة واهية".

وانظر: ابن ماجه ٢٤٧/١، كتاب المساجد، باب ما يكره في المساجد.

حيث قال في الزوائد: "إسناده ضعيف، فإن الحارث بن نبهان متفق على ضعفه".

(٢) في: ب، ظ "الكراهية".

(٣) في: ب، ظ "كراهية".

(٤) في: أ "بوابان".

(٥) الحديث قال عنه الحافظ في التلخيص ١٨٨/٤ "أبوداود والحاكم من حديث القاسم بن مخيمرة عن أبي مريم وفيه قصة له مع معاوية وأورد الحاكم له شاهداً عن عمرو بن مرة الجهني، وعنه رواه أحمد والترمذي، ورواه الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس بلفظ: أيما أمير احتجب عن الناس فأهمهم احتجب الله عنه يوم القيامة"

قال ابن أبي حاتم عن أبيه في العلل: "هذا حديث منكر"

(٦) في: ز "بأنه".

المفهوم من كلام أكثرهم أن الوجهين ليسا بمطلقين بل إذا جلس^(١) للقضاء، وازدحم الناس عليه، فله نصب بواب وحاجب يدفعان الزحمة عنه ويدخلان الناس، على الترتيب، لاحالة، وإنما الوجهان: فيما إذا جلس للقضاء^(٢)، ولا زحمة، أو^(٣) في أوقات خلوته.

والأظهر: الكراهة في الحالة الأولى^(٤) دون الثانية.

وقوله في الكتاب "بجلساً رفيقاً" مأخوذ من الرفق.

واتبع فيه لفظ الشافعي رضي الله عنه حيث قال: "في أرفق الأماكن"^(٥)، وقوله "ويكره أن يتخذ المسجد معلماً بالميم والألف والحاء والواو. والله أعلم.

[الأدب الخامس: القضاء في حال الغضب والجوع ونحوهما]

(قال [الغزالي]: الخامس: لا يقضي في حال غضب وجوع، وحالة يسرع إليه الغضب فيها، أو يدهش عن تمام الفكر، وما يحكم به فيكتب به محضراً ديوانياً يحفظه في خريطة مختومة حتى لا ينسى، ويُعطي صاحب الحق منه نسخة أخرى، وهل يجب ذلك أن يطالبه صاحب الحق؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي]: مسألتان: إحداهما: لا يقضي القاضي، في حال الغضب، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان^(٦) وكذلك لا يقضي في كل حال^(٧) يسوء خلقه فيها، ويتغير عقله، كجوع وشبع مُفرطين^(٨) ومرض مؤلم،

(١) "إذا" ليست في: أ.

(٢) من " وازدحم الناس للقضاء" ليست في: أ، ب.

(٣) "أو" ليست في: أ، ب.

(٤) انظر: الروضة ١٣٩/١١، ومغني المحتاج ٣٩١/٤.

(٥) انظر: الأم ١٩٨/٦، والمختصر ص ٢٩٩.

(٦) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ١٠٨/٨، من كتاب الأحكام، باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان، ورواه بلفظ "لا يقضين حكم . . .".

ومسلم بشرح النووي ١٥/١٢، من كتاب الأفضية، رواه بلفظ "لا يحكم أحد . . .".

وانظر: التلخيص ١٨٩/٤.

(٧) في: ز "حاله".

(٨) في: أ، ب "مفرط".

وخوفٍ مزعج، وحزنٍ وفرحٍ شديدين، وكغلبةٍ نعاس، وملالٍ، وكذا لو حضره^(١) طعام، ونفسه تتوق إليه، أو آذاه أحيثاه، والمقصود أنه يتمكن من استيفاء الفكر والنظر، وقد روى أنه ﷺ قال: "لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان"^(٢)

ثم هاهنا كلمتان: إحداهما: قولنا: "لا يقضي القاضي في حال الغضب"^(٣) نظم : قد نعني به أن فعله مكروه، وقد نعني به مجرد أولوية الترك، وهذا من القبيل الأول، فقد صرح بالكرهية^(٤) "ابن الصباغ" و"القاضي الروياني" وغيرهما.

والثانية: ذكر / جماعة من الأئمة منهم الإمام، وصاحب "التهذيب": أن المنع (٤٥٧/ز) من القضاء في حالة الغضب مخصوص بما إذا لم يكن الغضب لله تعالى، فأما إذا غضب لله تعالى في حكومة، وهو ممن يملك نفسه فيما يتعلق بحظه، فلا بأس بإمضائه لحديث الزبير رضي الله عنه، والأنصاري حين تخاصما في شِراج الحرة^(٥)

(١) في: ز "حضر".

(٢) الحديث قال عنه الحافظ في التلخيص ١٨٩/٤ "٠٠٠" وفيه القاسم العمري وهو متهم بالوضع "٠٠٠".

وانظر سنن البيهقي ١٠/١٨١، كتاب آداب القاضي، باب لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان.

(٣) قال في مغني المحتاج ٤/٣٩١ "وظاهر هذا: أنه فرق بين المجتهد وغيره، وهو كذلك، وإن قال في المطلب: لو فرق بين مالاجتهاد فيه مجال وغيره لم يبعد.

ولا فرق بين أن يكون الغضب لله أو لغيره، وهو كذلك كما قال الأذرعي: أنه هو الموافق لإطلاق الأحاديث، وكلام الشافعي والجمهور، وإن استثنى الإمام البغوي الغضب لله تعالى، لأن المقصود تشويش الفكر، وهو لا يختلف بذلك، ثم تنتفي الكراهية إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال، وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة "٠٠٠".

(٤) في: ب "الكرهية".

(٥) الحديث: قال رسول الله ﷺ للزبير حين تخاصمه الأنصاري في شِراج الحرة التي يسقون منها: "أسق يازبير ثم أرسل الماء لجارك، فغضب الأنصاري، وقال: إن كان ابن عمك فتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: يازبير، أسق واحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر ثم أرسله" والحديث متفق عليه.

أخرجه البخاري ٣/٧٦، من كتاب المساقاة، باب شرب الأعلى قبل الأسفل. ومسلم بشرح النووي ١٥/١٠٧ و ١٠٨، من كتاب الفضائل، باب وهرب اتباعه صلى الله عليه وسلم. وانظر التلخيص ٤/١٨٩.

قال النووي في شرح مسلم ١٥/١٠٧ "وشِراج الحرة" بكسر الشين المعجمة وبالجميم، هي

وقد أوردناه في إحياء الموات^(١).

لكن احتج آخرون بهذا الحديث على أنه لو قضي في حال من^(٢) الغضب نفذ، وإن كان مكروهاً، وهذا مصيرٌ منهم إلى قيام الكراهة^(٣) في ذلك النوع من الغضب.

المسألة الثانية: إذا ادعى حقاً على إنسان عند القاضي، فأقر به المدعى عليه^(٤) أو نكل وحلف المدعي اليمين المردودة، ثم سأل المدعي القاضي أن يُشهد على أنه أقر عنده أو على أنه نكل وحلف المدعي فعلى القاضي إجابته إليه، لأنه قد ينكر من بعد، فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه، إن قلنا: إنه لا يقضي بعلمه، وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه فربما ينسى أو يعزل فلا يقبل قوله.

ولو أنه أقام البينة على ما ادعاه وسأل القاضي الإشهاد عليه، فهل يلزم؟ فيه وجهان. أقربهما نعم، كما في الصورة السابقة.

والثاني: لا، لأن له بينة، فلا حاجة إلى بينة أخرى.

ولو أنكر المدعى عليه، وحلف وسأل القاضي الإشهاد ليكون حجةً له فلا يطالبه مرةً أخرى، فكذلك يجيبه إليه، وإن سأله أحد المتداعين أن يكتب له محضراً بما جرى ليحتج به إذا احتاج، فينظر إن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال، ولم يأت به الطالب، لم تجب إجابته، فإن^(٥) كان فتجب الإجابة أو تستحب؟ فيه وجهان:

أحدهما: تجب، توثيقاً لحقه، كما يجب الإشهاد.

وأظهرهما: الاقتصار على الاستحباب^(٦)، لأن الحق يثبت بالشهود، لا

= مسائل المال واحدها "شرجة" والحرة: هي الأرض الملسة فيها حجارة سود. وقال أيضاً: "وحكى الداودي أن هذا الرجل الذي خصم الزبير كان مناقياً ٠٠ وقوله في الحديث: "أنه أنصاري" لا يخالف هذا لأنه كان من قبيلتهم لا من الأنصار المسلمين".

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز ٢٣٥/٦.

(٢) "من" ليست في: ز.

(٣) في: ز "الكراهية".

(٤) "عليه" ليست في: ز.

(٥) في: ز، ب "وإن".

(٦) انظر: الروضة ١١/١٣٩.

بالكتاب. وأيضاً، فإن^(١) النبي ﷺ، ومن بعده^(٢) من الأئمة كانوا يحكمون ولا يكتبون المحاضر والسجلات.

قال: صاحب "الشامل" وغيره: وإن^(٤) طلب صاحب الحق أن يحكم له بما ثبت لزمه^(٥) أن يحكم، فيقول: حكمت له به، أو أنفذت الحكم به، أو ألزمت صاحبه الحق، وإذا حكم، فلو طلب الإشهاد على حكمه لزمه الإشهاد، وإن طلب أن يكتب به سجلاً، فعلى التفصيل، والخلاف المذكور في كتابة المحضر^(٦).

ونقل القاضي ابن كج وجهاً ثالثاً: وهو أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل، وفي الوقوف^(٧)، وأموال المصالح، ولا يجب في الديون الحالية والحقوق الخاصة، وسواء أوجبنا الكتابة أو استحبينها، فيحتاج إلى بيان المكتوب، وإلى بيان أنه كيف يضبط ويحفظ.

أما الأول: فالمكتوب محضر، وسجل.

أما المحضر، فصورته بسم الله الرحمن الرحيم. حضر القاضي فلاناً، فلان بن فلان، وأحضر معه فلان بن فلان، ويرفع في نسبهما قدر ما يفيد التمييز وهذا إذا عرفهما القاضي.

ويستحب مع ذلك^(٨) التعرض لخليتهما^(٩) طولاً، وقصراً في القد^(١٠) وسمرة، وشقره في الوجه. ويصف منهما الحاجب والعين والشم والأنف.

(١) "إن" ليست في: ز.

(٢) في: ز "فالنبي".

(٣) "بعده" ليست في: أ.

(٤) في: ب، ظ "إن".

(٥) في: ب "له وجب".

(٦) انظر: العزيز ٤٥٦/١٢، والرسالة ص ٣٤٣.

(٧) في: ز "الموقف".

(٨) في: أ: "ذكر".

(٩) "الخليّة" بكسر الحاء، وسكون اللام، وفتح الياء. هي الصفة. انظر: المصباح ص ١٤٩.

(١٠) "القد" يراد به المساواة والمماثلة. انظر: المصباح ص ٤٩٢.

وإن لم يعرفهما، كتب: حَضَرَ رجلٌ ذكر أنه فلان بن فلان بن فلان، وأحضر معه رجلاً ذكر ذلك المحضّر أنه فلان بن فلان، ولا بدّ والحالة هذه من التعرض لحليتهما، ثم يكتب: وادعى عليه كذا من عين أو دين يصفهما، فأقر المدعى عليه بما ادعى، وإن أنكر، وأقام المدعي البينة، كتب، فأنكر فأحضر المدعي فلاناً وفلاناً شاهدين، وسأل القاضي سماع شهادتهما فسمعها في مجلس حكمه، وثبت عنده عدالتهما، وسأله أن يكتب محضراً بما جرى، فأجابه إليه، وذلك في تاريخ كذا، ويثبت على رأس المحضّر علامته من الحمدلة وغيرها ويجوز أن ييهم ذكر^(١) الشاهدين فيكتب: وأحضر شاهدين عدلين شهدا له بما ادعاه.

ولو كان مع المدعي كتابٌ به خط الشاهدين، فإن كتب تحت خطوطهما شهد عندي بذلك وأثبت علامته على رأس الكتاب، واكتفى به عن المحضّر، جاز، وإن كتب المحضّر، وضمنه ذلك الكتاب، جاز، وعلى هذا قياس المحضّر، يذكر تحليف المدعى عليه، أو تحلف المدعي بعد نكول المدعى عليه.

وأما السّجّلُ فصورته: بسم الله الرحمن الرحيم.

هذا ما شهد عليه فلان القاضي بموضع كذا في تاريخ كذا أنه ثبت عنده كذا، بإقرار فلان لفلان، أو بشهادة فلان وفلان، وقد ثبتت عدالتهما عنده، أو بيمينه بعد نكول المدعى عليه، وأنه حكم بذلك لفلان^(٢) على فلان وأنفذه بسؤال من المحكوم له. ويجوز أن يكتب: ثبت عنده ما في كتابٍ هذا نسخته، وينسخ الكتاب إلى آخره، ثم يكتب: وإنه حكم بذلك.

وكيفية التعرض لنسب المتداعيين، وحليتهما على ما ذكرنا في المحضّر.

وفي "تعليق" الشيخ أبي حامد: أن ابن خيران لم يجوز للقاضي التسجيل،

(١) "ذكر" ليست في: أ.

(٢) في: "أو".

إذا لم يعرف المتداعين، والمذهب الأول^(١).

وإذا كان التداعي^(٢) بين رجل وامرأة، أو بين امرأتين واحتاج إلى إثبات الحليّة فليكن النظر لذلك كالنظر لتحمل الشهادة، وأما أنه كيف يُضبط، ويحفظ، فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر، والسجلات على نسختين يدفع منهما^(٣) واحدة إلى صاحب الحق غير مختومة، وتحفظ الأخرى لديوان القضاء ويختمها، ويكتب على رأسها اسم الخصمين، ويضعها في خريطة أو قمطر، وهو السَّقْطُ الذي يجمع فيه^(٤) المحاضر والسجلات، ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أراد أن يقوم ختمه بنفسه، أو ختمه أمين له بمراى منه، وأمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني، وينظر في الختم، ويفكه بنفسه، أو يفكه أمينه، وهو ينظر إليه ويضع فيه كتب اليوم الثاني، كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي أسبوع، فإن كثرت جعلها في^(٥) إضبارة^(٦) وكتب عليها خصومات أسبوع كذا، من شهر كذا، من سنة كذا، وسجلاته وعزلها، وإن لم تكثر تركها إلى أن يمضي شهر ثم يعزلها فإذا مضت سنة جمعها، وكتب عليها كتب^(٧) سنة كذا، وذلك ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة، وليجعلها في موضع لا يصل إليه^(٨) غيره، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى الأخذ بنفسه، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته.

وقوله في الكتاب: "وحالة تسرع إليه الغضب فيها" لا ضرورة إليه بعد قوله: "في حالة غضب وجوع" ولو اقتصر على قوله: "في حالة غضب وجوع"، و "حالة يدهش عن تمام الفكر" لحصل الغرض، وقوله: "وما يحكم به" فيكتب به محضراً ديوانياً".

سمي الكتاب المشتمل على الحكم محضراً، والمشهور من اصطلاح الأصحاب أن

(١) انظر: الروضة ١١/١٤١، ومغني المحتاج ٤/٣٩٤.

(٢) في: أ "التداعي".

(٣) في: أ، ب "منها".

(٤) "فيه" ليست في: أ.

(٥) "في" ليست في أ، ز. "والإضبارة" بكسر الهمزة وهي الخزمة. المصباح ١/٣٥٧.

(٦) "كتب" ليست في: أ، ب.

(٧) في: ز "إليها".

السجل ما يشتمل على الحكم، والمحضر الذي فيه ذكر ماجرى من غير حكم على ما بيناه.

[فرعان]

[قال الرافعي]: فرع: ذكر القاضي أبوسعده الهروي: أن أخذ الأجرة على التسجيل ينبي على الخلاف في وجوبه إذا طلب صاحب الحق، وقد أطلق في بعض المسودات القول: يجوز استئجار القاضي ليسجل، وهو منطبق على منع الوجوب الذي هو أظهر الوجهين^(١)، وكذلك استئجار المفتي ليكتب الفتوى. والله أعلم.

آخر. قيل: الوجهان في أنه هل يجوز أن يكون القاضي أمياً^(٢)؟ يمكن بناؤهما على الوجهين، وفي أنه: هل يجب على القاضي كتابة المحضر، والسجل^(٣)، وفي "الوسيط"^(٤) ما يقرب من هذا، لكن يشبه أن يكون هذا الخلاف، في أن القاضي، هل يجب عليه تحصيل الكتاب؟ حجة للطالب، إما بنفسه أو غيره، لا في مباشرته الكتابة بنفسه^(٥).

[الأدب السادس: في مشاورة القاضي]

[قال الغزالي] السادس: أن يخرج بعد اجتماع الفقهاء، ويشاورهم لتنتفي

التهمة

[قال الرافعي] المشاورة مستحبة على ما قال تعالى ﴿وشاورهم في الأمر﴾^(٦)

(١) انظر: الروضة ١١/١٤٢، ومغني المحتاج ٤/٢٩٥.

(٢) أحدهما: لا. للحاجة إلى مطالبة الحجج وإثباتها.

(٣) وأصحهما: نعم، لأن النبوة التي هي أصل القضاء، لا يشترط فيها معرفة الخط. انظر ص ٢٥٨.
(٤) "أصحهما: الاستحباب، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب". انظر: الروضة ١١/١٣٩، ومغني المحتاج ٤/٣٩٤.

(٥) انظر: ٧/٣٠٢.

(٦) في: ز "لنفسه".

(٦) سورة آل عمران، آية ١٥٩.

قال: الحسن البصري رضي الله عنه. كان النبي ﷺ غنياً عن مشاورتهم، ولكن أراد أن يستنّ به الحكام بعده^(١).

ولأن المشاورة أبعد من التهمة، وأطيب لنفوس الخصوم، وإنما يشاور العلماء الأئمّة^(٢)، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحدٍ منهم دليل مذهبه، فيتأمل القاضي فيها، ويأخذ الأرجح عنده.

ثم الذي يشاورهم، إن شاء جمعهم عنده، وإن شاء أقعدهم ناحية، فإذا احتاج استدعاهم، وموضع المشاورة موضع تعارض الآراء، واختلاف وجوه النظر، فأما الحكم المعلوم بنص، أو إجماع أو قياس جلي، فإنه لا يحتاج فيه إلى المشاورة.

وإذا حضر الذين يشاورهم، فإنما يذكرون ما عندهم إذا سأهم، ولا يتدثون بالاعتراض، والرد على حكمه، إلا إذا كان حكماً مستحق النقض، على ما سيأتي تفصيله^(٣).

وقوله: في الكتاب: "أن يخرج بعد اجتماع الفقهاء" كالصريح في أنه يُحضرهم قبل أن يجلس للحكم، وهذا، وإن لم يتعرض له المعظم يجوز أن يوجه بأنهم بانتظاره أولى منه بانتظارهم.

وهو كقولنا: إن الإمام يخرج إلى المصلى بعد اجتماع الناس.

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٤/٤.

"حديث حسن البصري في قوله "وشاورهم في الأمر" قال: كان النبي ﷺ غنياً عن مشاورتهم".

"سعيد بن منصور عن سفيان ابن شريمة عن الحسن نحو، ورواه السلمي في آداب الصحبة من حديث طاوس عن ابن عباس مرفوعاً. وفيه عباد بن كثير وهو ضعيف جداً".

(٢) قال في معني المحتاج ٣٩١/٤ "تنبيه" ".... الذين يقبل قولهم في الإفتاء فيدخل الأعمى والعبد والمرأة، ويخرج الجاهل والفاسق. وقال القاضي حسين: لا يشاور من دونه في العلم على الأصح. قال: وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة، وإلا فمستحبة أ.هـ".

(٣) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، الروضة ١١/١٥٠.

[الأدب السابع: في بيع القاضي وشرائه وحكم الرشوة]

قال [الغزالي]: السابع: أن لا يشتري بنفسه، ولا بوكيل معروف حتى لا يُسامح في البيع، ولا يقبل الهدية ممن له خصومة، فإن قبلها فهو سحت، وفي دخولها^(١) في ملكه وجهان:

ومن لا خصم صحت له، فلا يحرم أخذه منه، والأولى أن لا يأخذ أو يُثيبَ عليه.

[قال الرافعي]: فيه مسألتان

إحداهما: يكره للقاضي أن يتولى البيع، والشراء بنفسه، أما في غير مجلس الحكم، فلأنه قد يجابى 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: شرط عليّ عمر رضي الله عنه، حين ولّاني أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أقضي وأنا غضبان^(٢).

وسيله مما يحتاج إليه من بيع وشراء أن يوكل فإذا عرف الشخص بوكالة أبدله بآخر، فإن لم يجد من يوكله عقد بنفسه للضرورة، ثم إذا وقعت خصومة لمن عامله أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفاً من أن يميل إليه ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء، بل بالإجارة، والاستئجار وسائر المعاملات في معنهما، بل عن نصّ الشافعي رضي الله عنه في "الأم"^(٣) أنه لا ينظر في نفقة عياله، ولا أمر ضيعته ويكله إلى غيره تفرغاً لقلبه.

وعن أبي حنيفة^(٤) رحمه الله: أنه لا يكره له مباشرة البيع والشراء.

(١) في: أ، ب "دخوله".

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٥/٤ "لم أجده".

(٣) انظر: الأم ١٩٩/٦.

(٤) انظر: الاختيار تعليل المختار ٧٨/٢. والذي عليه المذهب: أنه لا يجوز للقاضي أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره".

الثانية: الرِّشوة محرمة، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي في الحكم^(١).

ولأن الحكم الذي يأخذ عليه المال، إما أن يكون بغير حق؛ فيحرم أخذ المال في مقابلته، لأنه حرام، أو يكون بحق، فلا يجوز توقيفه على المال، وهذا إذا أخذ من بيت المال رزقاً على القضاء.

أما إذا لم يأخذ فإن الشيخ أبا حامد: ذكر أنه لو قال: للخصمين لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً، جاز، وحكى مثله عن القاضي أبي الطيب وغيره ونحا نحوهم القاضي أبو سعد الهروي^(٢): فقال له أن يأخذ أجرة عمله^(٣) إن لم يتعين للقضاء، وإن تعين فكذلك جواب صاحب "التقريب".

قال: والأكثر من منعوا منه، فأما إذا رزقه أهل ولايته، أو واحد من الناس، فقد تقدم^(٤). ويشبه أن يجوز ذلك إذا جاز الأخذ من الخصمين.

ويجزم على باذل الرشوة البذل، إن كان يبذلها لحكم بغير حق، أو للدفع حكم بحق^(٥)، وإن كان يبذل ليصل إلى حقه، فلا، كفداء الأسير، هذا حكم الرشوة.

= والمنقول عن محمد بن الحسن أحد الصاحبين لأبي حنيفة رحمهما الله "لابأس أن يبيع ويشترى من غير مجلس القضاء".

انظر: فتح القدير ٣٧٥/٦.

(١) الحديث: أخرجه الترمذي ٣٩٧/٢، من كتاب الأحكام، باب ماجاء في الراشي والمرتشي في الحكم.

وأبوداود ٣٠٠/٣، من كتاب الأفضية، باب في كراهية الرشوة إلا أنه لم يذكر "في الحكم".

وابن ماجه ٧٧٥/٢، من كتاب الأحكام، باب التغليظ في الحيف والرشوة.

وانظر التلخيص ١٨٩/٤.

(٢) في: أ، ب، ظ "وهذا كما حكينا عن القاضي أبي سعيد".

(٣) في: ب، ظ "على عمله".

(٤) انظر ص ٣٤٤ و ٣٤٣، إذا لم يجد القاضي كفاية، والروضة ١٣٧/١١. وانظر: هامش العزيز شرح الوجيز ٤٦٧/١٢.

حيث قال فيه "ما نقله المصنف عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب جرى عليه ابن الصباغ والجرجاني والرويانى في "البحر" كما قاله في الخادم.

قال: وحيث قلنا بالجواز فله شروط...".

(٥) قال في مغني المحتاج ٣٩٢/٤ "لأن الحكم الذي يأخذ عليه المال إن كان بغير حق فأخذ المال

أما الهدايا: فالأولى أن يسد الباب ولا يقبلها، لأنه أبعد عن التهمة، ثم ينظر، فإن كان للمهدي خصومة في الحال، حرم قبول / هديته، لأنه يدعو إلى الميل إليه، (٤٥٩/ن) وينكسر به قلب خصمه، وإن لم يكن له خصومة، فإن لم يعهد منه الهدية قبل تولي القضاء، حرم قبول هديته في محل ولايته، لأن هذه هدية سببها العمل ظاهراً.

وقد روي أنه ﷺ قال: هَدَايَا الْعَمَالِ غُلُولٌ (١) وَيُرْوَى "سَحْتٌ" (٢).

وهديته في غير محل ولايته، كهدية من عهد منه الهدية قبل تولي القضاء لقراءة، أو صداقة، ولا يجرم قبولها، لأنها ليست حادثة بسبب العمل، وحكى صاحب "الشامل" أن بعض الأصحاب حكم بتحريمه، وهو قضية ما أطلقه الماوردي (٣)، فإن زاد المهدي على القدر المعهود صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية. وحيث حكمتنا أن القبول ليس بحرام فله الأخذ والتملك، والأولى أن يُثيب عليها أو يضعها في بيت المال.

وإذا قلنا: بالتحريم، فلو قبل هل تملك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن صاحب "التقريب": نعم، لوجود التملك والقبول.

= في مقابلته حرام، أو بحق فلا يجوز توقيفه على المال إن كان له رزق من بيت المال وروي "أن القاضي إذا أخذ فقد أكل السحت، وإذا أخذ الرشوة بلغت به الكفر". واختلف في تأويله، فقيل: إذا أخذها مستحلاً. وقيل: أراد إن ذلك طريق وسبب موصل إليه كما قال بعض السلف: المعاصي بريد الكفر" أ.هـ.

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٨٩ و ١٩٠ "حديث هدايا الأمراء غلول" البيهقي وابن عدي من حديث أبي حميد، وإسناده ضعيف، والطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة، وإسناده أشد ضعفاً، وفيه عن جابر أخرجه سنيد بن داود في تفسيره، عن عبده بن سلمان عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن بن جابر، وإسماعيل ضعيف" ويروى "سحت" الخطيب في تلخيص المتشابه من حديث أنس.

وانظر: إرواء الغليل ٨/٢٤٦، إذ رواه بلفظه وقال: بأنه صحيح.

(٢) قال في مغني المحتاج ٤/٣٩٢ "ويستثنى من ذلك هدية أبعاضه، كما قال الأذرعي: إذا لا ينفذ حكمه لهم".

(٣) انظر: الإقناع ص ١٩٤، وانظر: الأحكام السلطانية ص ٧٥.

وأشبههما^(١): لا، لأنه قبول محرم، فلا يفيد الملك. وشبه الوجهان بالوجهين
 فيمن وهب الماء وهو محتاج إليه للوضوء من غير عطش بالمتهب^(٢).
 وذكر العراقيون تفریعاً، على أنه لا يجوز القبول وجهين: أو قولين: فيما يصنع
 بها لو قبل.

أحدهما: أنه يضعها في بيت المال.

والثاني: يردها على مالكها^(٣)، وهذا فيه اضطراب، والقياس ما حكاه أبو الفرج
 الزار^(٤): وهو أنه إذا لم يملك فيردها على مالكها، فإن لم يعرفه وضعها في بيت المال.
 وإذا عرفت أن قبول الرشوة حرام مطلقاً، وقبول الهدية جائز في بعض الأحوال،
 طلبت الفرق بينهما؟ وقلت باذل المال راضٍ فيهما جميعاً فبم يميز بينهما؟ والذي وجدته
 في الفرق بينهما شيعين:

أحدهما: في كلام القاضي ابن كنج أن الرشوة هي التي يشترط^(٥) على بذلها
 الحكم بغير الحق أو^(٦) الامتناع من الحكم بالحق، والهدية هي العطية المطلقة.

والثاني: قال: "المصنف" في "الإحياء"^(٧) المال إما أن يبذل لغرض آجل، فهو
 قربة، وصدقة، أو لغرض عاجل، وهو إما مال، فهو هبة بشرط ثواب، أو لتوقع^(٨)
 ثواب، أو عمل، فإن كان^(٩) ذلك العمل حراماً، أو واجباً متعيناً فهو رشوة، وإن كان
 مباحاً، فإجارة أو جعالة، وأما التقرب، والتودد إلى المهدي إليه، وذلك إما أن يطلبه

(١) وهو المذهب. انظر: الروضة ١١/١٤٣، ومغني المحتاج ٤/٣٩٢.

(٢) انظر: الوجهين، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٢/٢٢٩، الروضة ١/٩٨.

(٣) وهو الصحيح. ذكره النووي، وانظر: الروضة ١١/١٤٣، مغني المحتاج ٤/٣٩٢.

(٤) سبقت ترجمته ص ٢٨٩ وهو: أبو الفرج السرخسي، صاحب "الأمالي".

(٥) في: أ "يشترط".

(٦) في: أ، ب، ظ "و".

(٧) لم أجده.

(٨) في: أ "توقع".

(٩) "كان" ليست في: ز.

لنفسه فهو هدية، أو ليتوسل بجاهه إلى أغراض، ومقاصد، فإن كان جاهه بالعلم، أو النسب، فهو هدية، وإن كان بالقضاء، والعمل، فرشوة. والله أعلم.

وقوله في الكتاب "فإن قبلها فهو سحت" بعد قوله: "ولا يقبل الهدية ممن له خصومة" لا بأس به ليتبين أن المراد من قوله "لا يقبل للتحريم" وليرتب عليه قوله: "وفي دخولها في ملكه وجهان" وقوله: "من لا خصومة له، فلا يجرم الأخذ منه" ظاهر إطلاقه، نفي التحريم، وإن كان المهدي ممن لم تجز عاداته بالهدية، وكذلك ذكره في "الوسيط"^(١) صريحاً، والمشهور خلافه كما بيناه^(٢).

[الأدب الثامن في كيفية تعزيز من أساء أدبه في مجلس القضاء ونحو ذلك]

قال [الغزالي] الثامن: أن لا يعزر من أساء أدبه في مجلسه إلا بعد الزجر باللسان، والإصرار، فإن ظهر كذب الشاهد، عزره على الملأ، ونادى عليه

[قال الرافعي]: مقصود الفصل: أنه كيف يعزر من أساء أدبه في مجلسه، ومن شهد بالزور عنده؟.

أما الأول: فمن أساء من الخصوم الأدب في مجلسه، بأن صرح بتكذيب الشهود، أو ظهر منه مع الخصم للدد^(٣)، ومجازة حد، فيزجره عنه، وينهاه، فإن عاد ثانياً هدده وصاح عليه فإن لم يتزجر، عزره على ما يقتضيه الاجتهاد، من التوبيخ، وإغلاظ القول له، بأن يقول: أنت متعد، غير منصف [ومن الحبس والضرب]^(٤) ولا يجسه بمجرد ظهور اللدد، وعن الإصطخري أنه على قولين، وذكر في "تمة

(١) انظر ٣٠٣/٧.

(٢) في: ز "بيناً".

(٣) "اللَّدُّ": لَدٌّ، يَلْدُ، لَدْدًا، من باب تعب، اشتدت خصومته ٠٠٠ انظر: المصباح ص ٥٥١. وقال الأزهري: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، ت ٣٧٠ هـ صاحب تهذيب اللغة. "اللَّدُّ": التواء الخصم في محاكمته ٠٠٠.

الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ص ٢٦٩، حققه شهاب الدين أبو عمرو، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤ هـ.

(٤) "ومن الحبس والضرب" هكذا في جميع النسخ.

التمة"^(١). أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط، إذ الضرب بالسياط من شأن الحدود.

وهذا غير مسلم، بل الضرب بالسياط مشروع في غير الحدود، ألا ترى: أن^(٢) لفظ الشافعي رضي الله عنه في تعزير القاضي شاهد الزور حيث قال: "عزره، ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً"^(٣) ومثال اللدد: أن تتوجه اليمين على الخصم فيطلب يمينه، ثم يقطعها عليه، ويزعم أن له بينة، ثم يحضره ثانية وثالثة، ويفعل مثل ذلك.

وكذا لو أحضر إنساناً وادعى عليه، وقال: لي بينة سأحضرها، وفعل ذلك مرة ثانية، وثالثة إيذاءً وتعنتاً. ولو اجترأ خصمٌ على القاضي. وقال: أنت تجور، أو تميل، أو أنت ظالم، جاز أن يعزره، وأن يعفو عنه، والعفو أولى، إن لم يحمل على ضعفه، والتعزير أولى، إن حمل عليه.

وأما الثاني: فشهادة الزور من الكبائر، روي أنه ﷺ قال: عُدِلَتْ شَهَادَةُ الزُّورِ بِالْإِشْرَاقِ بِاللَّهِ تَعَالَى"^(٤) وتلا قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ، وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾^(٥).

وإذا ثبت من رجل أنه شهد بالزور، عزره القاضي بما يراه من توبيخ وحبس، وضرب، ويُشهر حاله، ويأمر بالنداء عليه في سوقه، إن كان من أهل السوق، أو قبيلته

(١) وهو كتاب في الفقه الشافعي، لمؤلفه الشيخ أبي الفتوح: أسعد بن محمد العجلي الشافعي المتوفي عام ٦٠٠هـ، وهي تمة "التمة" للمتولي المتوفي عام ٤٧٨هـ، وتمة المتولي هي "تمة الإبانة" والإبانة - للشيخ أبي القاسم الفوراني الشافعي المتوفي عام ٤٦١هـ. انظر: كشف الظنون ١/١ حرف الألف.

(٢) في: ز "إلى".

(٣) انظر: الأم ١٩٩/٦.

(٤) الحديث: أخرجه أحمد في مسنده ١٧٨/٤، ٢٣٣، ٣٢٢.

وأخرجه أبو داود في سننه، من كتاب الأفضية، باب في شهادة الزور ٣/٣٠٥، ٣٠٦. وأخرجه الترمذي، في أبواب الشهادات، ثم قال: "هذا الحديث إنما نعرفه من حديث سفيان بن زياد ٣/٣٧٥.

وأخرجه ابن ماجه، في كتاب الاحكام، باب شهادة الزور، ٢/٧٩٤. انظر: تلخيص الحبير ٤/١٩٠، حيث قال: "إسناده مجهول". وانظر: البدر المنير ٢/٤٣١، حيث قال "٠٠٠ بإسناد ضعيف".

(٥) سورة الحج، آية ٣٠.

إن كانت له قبيلة، أو مسجده، إن كان من أهل المسجد^(١)، تحذيراً للناس منه^(٢)، وتأكيذاً للزجر^(٣)، وإنما تثبت شهادة الزور، بإقرار الشاهد، أو تيقن^(٤) القاضي، بأن شهد على أن فلاناً زنا يوم كذا بالكوفة، والقاضي قدره في ذلك اليوم ببغداد، هكذا أطلقه الشافعي^(٥) رضي الله عنه، والأصحاب.

ولم يخرجوه على أن القاضي، هل يحكم بعلمه؟ ولا يغني قيام البينة على أنه شهد زوراً، فقد تكون هذه البينة بينة زور، ويجوز إعلام.

قوله في الكتاب: "عزره ونادي عليه" بالحاء، لأن عن أبي حنيفة أنه لا يعزر شاهد الزور، ولا ينادى عليه^(٦).

[الأدب التاسع: في قضاء القاضي لنفسه أو ولده أو أحد أقاربه ونحو ذلك]

قال [الغزالي]: التاسع لا يقضي لولده ولا على عدوه بل يحيل على غيره، فإن قضى بنفسه ففي النفوذ وجهان.

فإن منعنا قضاءه، ففي نائبه وجهان. ووصي اليتيم إذا ولي القضاء قضى لليتيم على الأصح).

[قال الرافي] فيه صور:

-
- (١) في: ز "المسجد".
 - (٢) "منه" ليست في: أ، ب، ظ.
 - (٣) في: أ، ب، ظ "الأمر".
 - (٤) في: أ، ب: ييقين.
 - (٥) انظر: الأم ٢٠٦/٦، وانظر: الروضة ١٤٥/١١.
 - (٦) انظر: الهداية ١٣٢/٣، حيث قال فيها "قال أبو حنيفة رحمه الله: شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره. وقالوا: "أي أبو يوسف ومحمد" نوجهه ضرباً، ونحبسه. إذاً قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله مخالف لقول أبي حنيفة وموافق لقول الشافعي رحمه الله.
- انظر: فتح القدير ٥٣٣/٦.

إحداها: لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه^(١)، ولا لمملوكه القين^(٢)، وغير القن، ولا لشريكه فيما له فيه شركة، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شركة، ولا يقضي أيضاً لواحد من أصوله، وإن علواً، وفروعه وإن سفلوا، ولا لمملوكه، ولا لشريكه فيما له فيه شركة، ولو فعل، ففيه: وجهان:

أصحهما: أنه لا ينفذ، لانهم أبعاضه فأشبهه قضاؤه لنفسه^(٣).

والثاني: ينفذ، لأن القاضي أسير البيئة، فلا تظهر فيه تهمة، بخلاف الشهادة، فإنها تتعلق بالشاهد خاصة، فإن أراد أن يقضي لهم بعلمه لم ينفذ^(٤) على الوجهين جميعاً^(٥). وإن جوزنا للقاضي أن يقضي بعلمه^(٦). وصاحب "التلخيص"^(٧) عبّر عن الخلاف في المسألة، بقولين مخرجين من قولين حكاهما في شهادة الرجل، لأصوله، وفروعه.

بجوز

و^(٨) الجديد المشهور: المنع^(٩)، والقديم: الجواز؛ لأن يقضي القاضي على أصوله، وفروعه، كما يقبل الشهادة عليهم. وفصل في "التهذيب"^(١٠). ما يكون حكماً للولد ومالا يكون حكماً له، فقال: يجوز أن يحلف القاضي ابنه على نفي ما يدعى عليه، لأنه قطع للخصومة وليس حكماً له، ويجوز أن يسمع بينة المدعي على ابنه، ولا يجوز أن يسمع بينة الدفع من ابنه.

(١) "لأنه غير مؤتمن في حق نفسه". انظر: الحاوي ٤١٢/٢٠، والمهذب ٣٧٤/٢، والروضة

١٤٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤، وهامش العزيز شرح الوجيز ٤٧٠/١٢ و ٤٧١.

(٢) المصالح لنفسها

(٣) وهو المذهب. انظر: المهذب ٣٧٤/٢، والوجيز ٢٤١/٢، والروضة ١٤٥/١١، ومغني المحتاج

٣٩٣/٤.

(٤) من قوله "لم ينفذ على... أن يقضى بعلم" ليست في: ب، ظ.

(٥) "قطعاً" ذكره النووي في الروضة ١٤٥/١١، وانظر: مغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٦) وفي الروضة ١٤٥/١١ "بعلمه للأجانب". والله أعلم.

(٧) انظر: ص ٦٥٠.

(٨) "و" ليست في: ب، ز، ظ.

(٩) وهو المذهب: انظر: الروضة ١٤٥/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(١٠) انظر: ١٩٣/٨.

وهل يحكم القاضي بشهادة ابنه؟ فيه وجهان:

لأن القاضي بشهادته يتضمن تعديله، وإن عدله شاهدان، فالمتجه أنه يقضي.

فرع:

تحاكم إليه ابنه وأبوه. هل له الحكم، لأحدهما؟ فيه وجهان: منقولان في "المهذب"^(١) أظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب"^(٢) لا. كما لو كانت الخصومة لأحدهما مع أجنبي.

والثاني: أن تعارض جانبهما يدفع التهمة.

الثانية: إذا امتنع حكمه لنفسه، ولأبعاضه فالطريق إذا وقعت له خصومة، أو بعض أبعاضه أن ينظر فيها^(٣) الإمام، أو قاضي بلدة أخرى^(٤)، وفي نائبه وجهان. أحدهما: أن مالا يجوز له، لا يجوز لنائبه^(٥).

الصورة الثانية:
إذا وقعت
للقاضي
خصومة نظر
فيها الإمام

وأظهرهما^(٦) الجواز، لأنه حاكم، وإن كان نائباً فأشبهه سائر الحكام، وبنوا هذا الخلاف على أن نائب الحاكم، هل يعزل بموته وانعزاله؟ إن قلنا: لا^(٧)، فقد ألحقناه بالحكام المستقلين^(٨).

- (١) ٣٧٤/٢ حيث قال: "... أحدهما: أنه لا يجوز، كما لا يجوز إذا حكم له مع أجنبي. والثاني: أنه يجوز لأنهما استويا في التعقيب فارتفعت عنه تهمة الميل" اهـ، وانظر أدب القاضي للماوردي تحقيق محي هلال السرحان ٤١٥/٢، بغداد ١٣٩٣هـ.
- (٢) والأول: هو المهذب. انظر: الروضة ١٤٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.
- (٣) انظر: ١٩٣/٨. حيث قال: "وإذا تحاكم إليه والده مع ولده، فحكم لأحدهما على الآخر. لا يجوز، كما لو حكم له على أجنبي".
- (٤) في: أ، ب، ظ "فيه" وهو خطأ.
- (٥) انظر: الحاوي ٤١٢/٢٠، المهذب ٣٧٤/٢، والروضة ١٤٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.
- (٦) وهو وجه ضعيف ذكره النووي في الروضة ١٤٦/١١ وقال في مغني المحتاج ٣٩٣/٤ "والثاني: لا للتهمة".
- (٧) وهو الصحيح: انظر المصدرين
- (٨) "لا" ليست في: ز.
- (٩) انظر: الروضة ١٢٨/١١، ومغني المحتاج ٣٨٢/٤.

الثالثة: كما لا يقضي لولده، لا يقضي على عدوه، اعتباراً بالشهادة، هذا هو المشهور، والمذكور، في الكتاب^(١).

وقال القاضي الماوردي في "الأحكام السلطانية" يجوز له أن يحكم عليه بخلاف الشهادة، لأن أسباب الشهادة خافية^(٢).

الرابعة: إذا كان لليتيم وصي، قوياً قضاء البلدة، فهل له أن يسمع البيعة لليتيم، ويحكم له؟

الصورة
الرابعة: إذا
كان لیتيم
وصي فصار
قاضيًا

فيه وجهان: أحدهما: وبه أجاب ابن الحداد^(٣) لا، لأنه إذا حكم فقد أثبت الولاية لنفسه.

وأصحهما^(٤): نعم. وبه قال: القفال، لأن القاضي، يلي أمر الأيتام كلهم، وإن لم يكن وصياً من قبل فلا تهمة.

[الأدب العاشر: في نقض القاضي قضاء نفسه وقضاء غيره]

قال [الغزالي]: العاشر: ^(٥) لا ينقض قضاء نفسه، وقضاء غيره، إلا إذا خالف أمراً مقطوعاً به، أو مظنوناً بخبر واحدٍ أو بقياس جلي، ولم ينقض عمر قضاءه في مسألة المشتركة. والنص أنه ينقض قضاء من حكم بنكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين، مع أنه مذهب عمر رضي الله عنه.

وينقض قضاء الحنفي في خيار المجلس، والعرايا، وذكاة الجنين، لظهور الخير، وفي القتل بالمثل، لظهور القياس وإذا لم ينقدح في نفسه إمكان الصواب انقداحاً له وقع ما'فه النقض).

(١) الوجيز ٢/٢٤١، وانظر: الروضة ١١/١٤٦، ومغنى المحتاج ٤/٣٩٣.

(٢) انظر ص ٧٦.

(٣) سبقت ترجمته ص ١٨٧.

(٤) انظر: الروضة ١١/١٤٦.

(٥) في: أ "أن".

[فصل في الأصول التي يقضي بها القاضي ويفتي بها المفتي]

[قال الرافي: الفصل يحوج إلى التعرض لقواعد:

إحداها: الأصول التي يقضي بها القاضي، ويفتي بها المفتي، كتابُ الله تعالى،
وسنةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم، والإجماع، والقياس.

وقد يقتصر على الكتاب، والسنة، ويقال: الإجماع يصدر عن أحدهما،
والقياس الرد إلى أحدهما، فهما الأصلان.

وهاهنا مسألتان:

إحداهما: قول الواحد من الصحابة، إن لم ينتشر فيهم، ولم يعرف له مخالف^(١)
فهل هو حجة؟ فيه قولان: القديم^(٢): نعم، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال:
"اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر"^(٣) وأنه قال: "عليكم بسنتي، وسنة الخلفاء
الراشدين من بعدي"^(٤) وأنه صلى الله عليه وسلم قال: "أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم"^(٥)

(١) "ولم يعرف له مخالف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الرسالة ص ٥٩٧، ٥٩٨، والمستصفي ٢٧١/١ و ٢٧٢.

(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده ٣٨٢/٥ - ٣٨٥، ٣٩٩، ٤٠٢، الترمذي في باب مناقب أبي بكر وعمر من أبواب المناقب ٢٧٢/٥.

وأخرجه ابن ماجه في فضائل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من مقدمه ٣٧/١، وأخرجه الحاكم،
وصححه وقال: له شاهد بإسناد صحيح عن ابن مسعود ٨٠/٣ رقم ٤٤٥٥. وانظر: البدر
المنير ٤٣١/٢، وتلخيص الخبير ١٩٠/٤.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ١٢٦/٤، وأبو داود ٢٠٠/٤، حديث ٤٦٠٧، كتاب السنن، باب في لزوم السنة والترمذي حديث ٢٦٧٨ وقال: "حسن صحيح" والحاكم ١٧٥/١، كتاب العلم وقال: "هذا إسناد صحيح على شرطهما جميعاً ولا أعرف له علة. وانظر: البدر المنير ٤٣١/٢، وتلخيص الخبير ١٩٠/٤.

(٥) أخرجه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٩١/٢.

قال ابن عبد البر: هذا اسناد لا تقوم به حجة، لأن الحارث بن غصين مجهول.

قال ابن الملقن في البدر المنير ٤٣١/٢ "وأسانيدها كلها ضعيفة. قال الزيار. لا يصح هذا الكلام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وقال ابن حزم: خير مكذوب موضوع باطل لم يصح" وانظر: تلخيص الخبير ١٩٠/٤.

وسلسلة الأحاديث الضعيفة للألباني ٧٨/١ حديث ٥٨.

وأيضاً فإن قوله: إن استند إلى نص، وجب اتباعه، وإلا فاجتهاده أقوى، لأنه شاهد الوحي وسمع الألفاظ، ورأى القرائن.

والجديد: لا، لأنه غير معصوم عن الخطأ فأشبهه التابعي، ولأن غيره يساويه في آلة الاجتهاد، فلا يكون قوله حجة عليه. وذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي^(١) رحمه الله، وغيره أن مالكا وأحمد^(٢) - رحمهما الله - قالوا: بالقول الأول. وأن أصحاب أبي حنيفة^(٣) رحمه الله قالوا: إن خالف قوله القياس، فهو توقيف، يقدم على القياس، وعلى ذلك بنوا الحكم في نذر ذبح الولد لقول ابن عباس^(٤) رضي الله عنهما. ثم في موضع القولين، طريقان فعن أبي بكر الصيرفي، والقفال: أن القولين فيما إذا لم يكن مع قوله قياساً أصلاً، أما إذا كان معه قياسٌ ضعيفٌ فيحتج به، ويرجح على القياس القوي.

وقال الأكثرون: لا فرق، فإن قلنا بالقديم، وجب الأخذ به، وترك القياس.

وفي تخصيص العموم به وجهان: وجه الجواز: أنه يجوز التخصيص بالقياس فما يتقدم عليه أولى.

ووجه المنع: أنهم كانوا يتركون أقوالهم بالعمومات فأولى أن يتركها غيرهم، فإن قلنا: بالجديد، فهو كقول سائر المجتهدين. نعم لو تعارض قياسان أحدهما: يوافق قول الصحابي. قال: صاحب الكتاب: في الأصول^(٥) "قد تميل نفس المجتهد إلى ما يوافق

(١) انظر: اللمع في أصول الفقه ص ٢٦٤ ومعه تخريج أحاديثه.

(٢) انظر: روضة الناظر، وجنة المناظر لابن قدامة، ومعها شرحها نزهة الخاطر العاطر ٤٠٣/١ لابن بدران، مكتبة الكليات الأزهرية.

(٣) انظر: تيسير التحرير ٦٤/٣.

(٤) قول ابن عباس: "فيمن نذر ذبح ابنه"

عن ابن عباس في هذه المسألة روايات:

إحداها: ينحر مائة من الإبل كما فدى عبد المطلب.

ثانيتها: "ينحر كبشاً"

ثالثتها: "كفارة يمين"

انظر: ابن أبي شيبة في مصنفه ١٠٤/٣، في كتاب الأيمان والنذور والكفارات - باب في الرجل يقول هو ينحر ابنه.

(٥) انظر: المستصفي ٢٧١/١ و ٢٧٢.

قول الصحابي، ويرجح عنده، هذا إذا لم ينتشر قوله، فإن^(١) انتشر، فإما أن يخالفه غيره، أو يوافقه سائر الصحابة، ويقولوا بمثل ذلك، أو يسكتوا، فإن خالفه غيره، فعلى الجديد، وهو كاختلاف سائر المجتهدين، وعلى القديم: هما حجتان تعارضتا. فإن اختص أحد الطرفين بكثرة العدد، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة، يرجح، نصّ عليه في القديم^(٢). في موافقة أبي بكر، وعمر، وعثمان رضي الله عنهم، وعليّ عليه السلام في معانهم، لكنه اكتفى بذكرهم. وقيل بخلافه، لأنهم كانوا في دار الهجرة والصحابة متوافرون، وكانوا في حكمهم، وفتواهم يتشاورون، وعلي رضي الله عنه، انتقل إلى الكوفة، وتفرقت الصحابة، وإن لم يوجد واحد من الأمرين في واحد من الطرفين، أو وجد في كل واحد منهما أحد الأمرين، فهما سواء، ولو كان في أحد الطرفين أبو بكر، وعمر، وفي الآخر عثمان، وعلي^(٣) رضي الله عنهم. فيستويان، أو يترجح طرف الشيخين؟ فيه وجهان: ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين حتى يستوي الطرفان على وجه، ويرجح^(٤) طرف أبي بكر على الثاني، فإن وافقه سائر الصحابة، وقالوا بما قاله، فهذا اجتماع منهم على الحكم، ولا يشترط فيه انقراض عصر الجمعين، على أصح الوجهين حتى^(٥) لا يتمكن أحد منهم من الرجوع^(٦) بل يكون قوله الأول مع قول سائر الجمعين، حجة عليهم، كما هو حجة على غيرهم، وإن سكتوا فاختيار صاحب الكتاب في الأصول^(٧): أنه ليس بحجة والمشهور عند الأصحاب خلافه، لأنهم لو لم يساعده لاعترضوا عليه نعم ذكروا وجهين في أنه هل يُعدّ ذلك إجماعاً؟ قال: القاضي الروياني: وهذا إذا لم تظهر أمارات الرضا ممن سكت، فإن ظهرت فهو إجماع بلا خلاف. قالوا: وأصح الوجهين هاهنا اشتراط^(٨) انقراض العصر في كونه حجة، أو

(١) في: أ "وإن".

(٢) انظر: الرسالة ص ٥٩٨، واللمع للشيرازي ص ٢٦٨، وانظر المستصفى ١/٢٧٢.

(٣) في: ب "علي وعثمان".

(٤) في: ب "ويترجح".

(٥) في: أ، ب "ولا".

(٦) انظر: الروضة ١١/١٤٨.

(٧) انظر: المستصفى ١/٢٧١، وانظر الروضة ١١/١٤٨.

(٨) "اشتراط" ليست في: أ.

إجماعاً، وهل يُفترق بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى، أو حكماً من إمام، وحاكم؟ فيه طرق عن ابن أبي هريرة: أنه إن كان فتوى، وسكتوا، انتهضت الحجة، وفي الحكم بخلافه، لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب، فلعل السكوت، كان لذلك. وعن أبي إسحاق عكسه^(١)، لأن الحكم يصدر عن مشاورة، ومراجعة.

وقال الأكثرون: لا فَرْق، وكانوا يعترضون على الإمام، كما يعترضون على غيره، ألا ترى أنهم خالفوا أبا بكر في الجدل^(٢)، وعمر رضي الله عنهما في المشركة^(٣). هذا^(٤) إذا نُقِلَ السكوت، أما إذا لم ينقل قولاً، ولا سكوتاً، فيجوز أن يلحق بهذا، ويجوز أن يُستدل به على السكوت، لأنه لو قال شيئاً لنقل، كما نقل اختلافهم في مسائل الاختلاف^(٥).

المسألة الثانية:

قد يستحسن الشيء بدليل يقوم عليه^(٦) من^(٧) كتاب أو سنة، أو إجماع، أو

-
- (١) انظر: اللمع للشيرازي ص ٢٦٨.
- (٢) مذهب أبي بكر: أن الجدل كالأب، فيحجب الإخوة مطلقاً. انظر: عدة الباحث في أحكام التوارث، عبد العزيز بن ناصر الرشيد ص ٣٢.
- (٣) هي زوج وأم وإخوة لأم، وإخوة أشقاء.
- فالذي حكم عمر رضي الله عنه به أولاً: للزوج النصف، وللأم السدس والباقي للأخوة لأم، ويسقط الإخوة الأشقاء. وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد.
- والذي حكم به أخيراً هو التشريك بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، وبه قال مالك والشافعي انظر: عدة الباحث في أحكام التوارث ص ٣١. وانظر الخبر عن عمر في ص ٣٥٤ من الرسالة.
- (٤) قال: النووي في الروضة ١٤٨/١١ "ومختصر هذا الاختلاف أوجه. والصحيح: أنه حجة، والثاني: حجة وإجماع. والثالث: ليس بحجة. والرابع: من المفتي حجة، ومن الحاكم لا، والخامس: عكسه" أ.هـ.
- (٥) قال النووي: والمختار أن عدم النقل كنقل السكوت، لأنه الأصل، والظاهر والله أعلم. الروضة ١٤٨/١١.
- (٦) "عليه" ليست في: ز.
- (٧) في: أ، ب، ظ "في".

قياس، فيتبع، وقد^(١) يستحسن لأمر يهجنس في النفس، أو لعادة الناس من غير دليل، أو على خلاف الدليل، وهذا لا يجوز اتباعه، وبناءً الحكم عليه، وعن أبي حنيفة رحمه الله إنه يتبع ما استحسن^(٢) بالعادة، ويترك له القياس، وخير الواحد دون الكتاب والسنة المتواترة، ومثل ذلك: يقوله في أربعة شهدوا على^(٣) رجل بالزنى في بيت واحد، وعين كل واحد منهم زاوية غير ما عين أصحابه، أن القياس أن الشهود قذفة يُحَدُّون، وترد شهادتهم. لكن^(٤) استحسن قبول شهادتهم، ورجم المشهود عليه، وفسر متأخروا أصحابه^(٥) الاستحسان بترك القياس بالسنة، وربما قالوا: هو القول بأقوى القياسين وعلى هذا فلا خلاف بيننا وبينهم.

القاعدة الثانية: اختلفت عبارات الأصحاب في تقسيم القياس.

والأقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه. أن القياس نوعان: جلبي، وغيره^(٦).

أما الجلبي: فهو الذي يعرف به موافقة الفرع الأصل، بحيث لا يبقى احتمال مفارقتهما، أو يبعد، و^(٧) ذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَّهُمَا أُفٌ﴾^(٨).

وما فوق الذرة بالذرة^(٩) في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(١٠) وما فوق النقيير بالنقيير^(١١) في قوله عز وجل ﴿وَلَا يَظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾^(١٢)

(١) "وقد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ب، ظ "ما يستحسن".

(٣) في: ز "بالزنى على رجل".

(٤) في: تر "لكني".

(٥) انظر: فتح القدير ٦٣/٥.

(٦) انظر: الأحكام في أصول الأحكام ٣/٤، ٤، واللمع ص ٢٨٣.

(٧) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) سورة الإسراء، آية ٢٣.

(٩) "بالذرة" ليست في: أ، ب، ظ.

(١٠) سورة الزلزلة آية ٨.

(١١) "النقيير" ليست في: أ.

(١٢) سورة النساء آية ١٢٤.

والدينار بالقنطار في قوله عز وجل ﴿ وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدَّهُ إِلَيْكَ ﴾^(١). والقنطار بالدينار في قوله تعالى ﴿ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ لَأَيُّدَّهُ إِلَيْكَ ﴾^(٢)

ومن عرف سياق^(٣) هذه النصوص، لم يرتب في هذه الإلحاقات، لأن الفروع أولى بهذه الأحكام من الأصول، وبعض الأصحاب، لا يسمي هذا النوع قياساً، ويقول: هذه الإلحاقات مفهومة من النصوص، ويقرب منها التحاق العمياء بالعمراء، في حديث المنع من التضحية بالعمراء^(٤)، ويليها إلحاق سائر التغيرات المزعجة بالغضب في قوله ﷺ "لَا يَقْضِي الْقَاضِي، وَهُوَ غَضَبَانُ"^(٥) وسائر الميتات بالفأرة، وغير السمن بالسمن، في قوله: "فِي الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمَنِ، إِنْ كَانَ جَامِداً فَأَلْقَوْهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ مَائِعاً فَأَرِيْقُوهُ"^(٦) والغائط بالبول في قوله: ﷺ "لَا يَبُولُ أَحَدُكُمْ

(١) سورة آل عمران، آية ٧٥.

(٢) سورة آل عمران آية ٧٥.

(٣) في: ب، ظ "شيئاً من".

(٤) الحديث: "النهي عن التضحية بالعمراء - وهو قوله ﷺ أربع لا تجوز في الضحايا، العمراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين ضلعها. والكسير التي لا تنقي"
الحديث أخرجه مالك في الموطأ ص ٤٨٢، كتاب الضحايا، باب ما يكره من الضحايا.
وأخرجه: أحمد في المسند ٢٨٤/٤.والترمذي في سننه ٢٨/٣، كتاب الضحايا، باب ما لا يجوز من الأضاحي، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم.
وأخرجه ابوداود في سننه ٩٧/٣، كتاب الضحايا، باب ما يكره من الضحايا، حديث ٢٨٠٢.

وأخرجه ابن ماجه في سننه ١٠٥٠/٢، كتاب الأضاحي، باب ما يكره أن يضحي به، حديث ٣١٤٤.

(٥) حديث "لا يقضي القاضي وهو غضبان" متفق عليه.

أخرجه البخاري في صحيحه ١٠٨/٨ - ١ - ٩، كتاب الأحكام باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان.

وأخرجه مسلم في صحيحه ١٥/١٢، كتاب الأضحية، باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان. بشرح النووي.

(٦) حديث "الفأرة تقع في السمن ٠٠٠"

في الماء الراكد" (١).

ومن الجلي ماورد النص فيه على العلة كما روي أنه ﷺ قال: "إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ" (٢) وجعل ذكر المعاني وترتيب (٣) الأحكام عليها كما روي ﷺ: "سَهَا فَسَجَدَ" (٤). وأن ماعزاً زنا فرجمه" (٥) وأن بريرة (٦) عتقت فخيرت" (٧) كالنص (٨) على العلة، وكذلك قوله تعالى ﴿وَأْتَيْتُمَّ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ إلى قوله: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ (٩). لأنه بين أن العلة الإفضاء.

- = أخرج البخاري ٢٣٢/٦، كتاب الذبائح، باب إذا وقعت الفأرة في السمن الجامد أو الذائب. وأحمد في مسنده ٣٣٠/٦، في مسند أبي هريرة وأبوداود في سننه ٢٦٤/٣، كتاب الأطعمة، باب الفأرة تقع في السمن، الحديث ٣٨٤٢. وانظر: تلخيص الخبير ٤/٣.
- (١) حديث "لا يبولن أحدكم في الماء ١٠٠" أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ١٨٧/٤، كتاب الطهارة باب النهي عن البول في الماء الراكد. وانظر: تلخيص الخبير ١٠٥/١.
- (٢) حديث: "إنما نهيتكم من أجل الدافة".
- أخرجه: أحمد في المسند ٥١/٦ في مسند عائشة رضي الله عنها، ومسلم، بشرح النووي ١٣٠/١٣، كتاب الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي. وانظر: تلخيص الخبير ١٤٤/٤ - ١٤٥.
- والدافة: بالتشديد للفاء، "قال أهل اللغة الدافة، قوم يسرون جماعة سيراً ليس بالشديد" والمراد هنا: من ورد من ضعفاء الأعراب للمواساة.
- ذكره ابن حجر في تلخيص الخبير ١٤٥/٤، وانظر: السراج الوهاج ٤٤٠/٧، المصباح ١٩٧.
- (٣) في: أ، ب، ظ "في".
- (٤) حديث "سها فسجد"
- أخرجه أبو داود في السنن ٢٦٧/١ كتاب الصلاة، باب السهو في السجدتين، حديث ١٠١٨. وأخرجه الترمذي ٢٤٥/١، كتاب الصلاة، باب ماجاء في التشهد في سجدي السهو، حديث ٣٩٣. وانظر: تلخيص الخبير ٣/٢ - ٤.
- (٥) حديث "ماعز رضي الله عنه"
- أخرجه البخاري في صحيحه ٢٤/٨، كتاب المحاربن، باب سؤال الإمام المقر، هل أحصنت؟. وأخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ١٩٦/١١، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا. وانظر: تلخيص الخبير ٥٦/٤.
- (٦) بريرة: هي مولاة عائشة أم المؤمنين، زوجة معتب كانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها، ثم اشتريتها وأعتقتها وقصتها في الصحيحين، عاشت إلى زمن يزيد بن معاوية.
- انظر: ابن حجر، الاصابة في تمييز الصحابة ٢٤٢/٤ - ٢٥٢، تهذيب التهذيب ٤٣٢/١٢.
- (٧) أخرجه البخاري في صحيحه ١٧١/٦ - ١٧٢، كتاب الطلاق باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً. وأخرجه مسلم في صحيحه ١٣٩/١٠، كتاب العتق، باب انما الولاء لمن أعتق.
- (٨) في: أ، ب، ظ "في".
- (٩) سورة النساء من آية ٢٠ - ٢١.

والنوع الثاني: غير الجلي^(١): وهو ما لا يزال احتمال المفارقة ولا يعده كل البعد، فمنه ما كانت العلة فيه مستنبطة كقياس الأرز على البُر، بعلّة الطعم.

وعن ابن القاص: أنه من الجلي أيضاً. والظاهر الأول^(٢). ومنه قياس الشبه^(٣)، وهو أن تشبه الحادثة أصليين. إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصليين في بعض المعاني، والأوصاف الموجودة فيه، أو في الأحكام، كما أن العبد يشارك الأحرار في بعض الأحكام، والأموال في بعضها، فيلحق بها المشاركة معه أكثر من الأصليين، وربما يسمى^(٤) قياس الشبه خفياً، والذي قبله من غير الجلي، واضحاً، وربما خص اسم الجلي ببعض النوع الأول: وهو ما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل.

وسمي ماعده واضحاً، وهذه الأمور اصطلاحية. والله أعلم.

القاعدة الثالثة: للأصحاب طريقتان في المسائل الشرعية التي هي محل الاجتهاد^(٥)، واختلاف المجتهدين، أشهرهما: أن فيها قولين.

أصحهما: أن الحق فيها واحد، والمجتهد مأمور بإصابته، ومن ذهب إلى غيره فهو مخطئ، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: "إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ"^(٦). وأيضاً فإن الصحابة رضي الله عنهم خطأ بعضهم بعضاً في مسائل الاختلاف. وروى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: في الكلاله^(٧) أقول: فيها برأي إن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فمني

(١) انظر: اللمع ص ٢٨٦، والأحكام للآمدي ٤/٣-٤.

(٢) انظر: الروضة ١١/١٤٩.

(٣) انظر: اللمع ص ٢٨٩، والأحكام للآمدي ٤/٥.

(٤) في: ز "سُمي"

(٥) انظر: اللمع ص ٣٥٩، الروضة ١١/١٥٠، والأحكام للآمدي ٤/١٥٩ - ١٦٢.

(٦) الحديث سبق في أول كتاب القضاء وهو حديث متفق عليه.

(٧) الكلاله - بالفتح - ما خلا الولد والوالد - سموا "كلاله" لاستدارتهم بنسب الميت الأقرب فالأقرب، من تكلمه الشيء إذا استدار به فكل وارث ليس بوالد للميت، ولا ولد له فهو كلاله.

وقيل: كل ميت لم يرثه ولد، أو أب، أو أخ، ونحو ذلك من ذوي النسب. انظر: المصباح ص

واستغفر الله^(١).

ويروى مثله في وقائع مختلفة، عن عمر وعلي، وابن مسعود^(٢) رضي الله عنهم، فدل ذلك على أن للمجتهدين^(٣) إصابة وخطأ.

والثاني: أن كل^(٤) مجتهد مصيب، لأن كل واحد منهم، مأمور بالعمل بما أداه اجتهاده إليه، وغير الحق لا يؤمر بالعمل به، ولأنه لو لم يكن كذلك، لتبرأ الأولون ممن يخالف الحق ولمنعوهم، كما فعلوه بما نعي الزكاة.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وبه قال: أبو إسحاق، والقاضي أبو الطيب. فإن قلنا: إن المصيب واحد، فالخطيء معذور، وغير آثم. وذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي^(٥): أن القاضي أبا بكر الأشعري^(٦)، حكى عن أبي علي بن أبي

(١) الأثر أخرجه قاسم بن محمد في كتاب الحجة، والرد على المقلدين وهو منقطع، كما قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٤/٤. وانظر: البدر المنير ٤٣٥/٢.

(٢) قوله: "ويروى ٠٠٠ عن عمر، وعلي، وابن مسعود ٠٠٠".
أما عمر ففي البيهقي ١٩٨/١٠ من طريق الثوري عن الشيباني عن أبي الضحى عن مسروق قال: كتب كاتب لعمر: هذا ما أرى الله أمير المؤمنين عمر، فانتهره، وقال: لا، بل اكتب هذا ما رأى عمر، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ فمن عمر. إسناده صحيح. ذكره ابن حجر في التلخيص ١٩٥/٤.

أما: ما يروى عن علي أنه قال: "اجتمع رأي ورأي عمر على أن أمهات الأولاد لا يعن، ثم رأيت بعد ذلك أن أبيعن، فقال له عبيدة بن عمرو: رأيك مع رأي عمر أحبُّ إلينا من رأيك وحدك، فقال: إنه رجع عن ذلك".
أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤١٠/٤، من كتاب البيوع والأفضية، باب في بيع أمهات الأولاد.

قال ابن حجر: وهذا الإسناد معدود في أصح الأسانيد.
وأما ابن مسعود: فيمن خلا بامرأة ولم يحصل وطأ، لها مثل صداق نسائها، لاوكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، صححه الترمذي في كتاب النكاح، باب ماجاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٣٠٦/٢، حديث ١١٥٤، وانظر: تلخيص الحبير ١٩١/٣ و ١٩٢.

(٣) في: أ "المجتهدين".

(٤) في: أ "كان".

(٥) انظر: اللمع ص ٣٥٨.

(٦) أبو بكر الأشعري: هو محمد بن الطيب بن محمد، المعروف بالباقلاني المالكي الفقيه، المتكلم

الأصولي، نشأ بالبصرة، وسكن بغداد كان فقيهاً بارعاً، ومحدثاً حجة ٠٠٠ توفي سنة ٤٠٣ هـ.

هريرة: أن المخطيء آثم. والمذهب الأول^(١).

والخير السابق دليل عليه. وعلام يؤجر المخطيء؟ فيه وجهان: عن أبي إسحاق: أحدهما؛ وهو ظاهر النص واختيار المزني^(٢). أنه يؤجر على القصد إلى الصواب، ولا يؤجر على الاجتهاد، لأنه اجتهاد أفضى به إلى الخطأ، فكأنه لم يسلك الطريق المأمور به.

والثاني: أنه يؤجر عليه، وعلى الاجتهاد جميعاً^(٣). لأنه بذل ما في وسعه في^(٤) طلب الحق، والوقوف عليه، وربما سلك الطريق في الابتداء، ولم يتيسر له الإتمام، وإن قلنا: إن كل مجتهد مصيب، فهل نقول الحكم والحق في كل واحد من المجتهدين ماغلب على ظنه، أو نقول الحق، واحد وهو أشبه مطلوب؛ إلا أن كل واحد منهم مكلف بما يغلب على ظنه^(٥) لا بإصابة؟ الأشبه فيه وجهان: اختار^(٦) صاحب الكتاب منهما الأول^(٧).

وبالثاني: أجاب أصحابنا العراقيون عن القاضي أبي حامد، والداركي، وهذه قواعد أصولية تكلمنا فيها على طريقة المذهبيين، ولم نشبع.

إذا عرفت ذلك فمهما قضى القاضي بالاجتهاد ثم بان له الخطأ في قضائه، فله حالتان:

إحدهما: أنه إذا بان أنه خالف أمراً مقطوعاً به كنص كتاب، أو سنة متواترة. أو إجماع. أو مظنوناً ظناً محكماً بخبر الواحد، أو بالقياس الجلي، لزمه نقض قضائه،

وله مؤلفات عديدة منها: "الانصاف"، و"مناقب الأئمة". انظر: تاريخ بغداد ٣٧٩/٥، والأعلام ١٧٦/٦.

(١) انظر: اللمع ص ٣٥٨، والروضة ١١/١٥٠.

(٢) المختصر ص ٢٩٩.

(٣) "لأنه يؤجر على الاجتهاد . . . جميعاً" ليست في: ز.

(٤) في: ز "من".

(٥) "أو نقول الحق . . . على ظنه" ليس في: ز.

(٦) في: ز "اختيار".

(٧) انظر: الوجيز ٢/٢٤١، والروضة ١١/١٥٠، اللمع ص ٣٥٩.

روى أن عمر رضي الله عنه كان يفاضل بين الأصابع، في الدية، لتفاوت منافعها، حتى روى له الخبر في التسوية، فنقض حكمه^(١).

وأنه كتب إلى أبي موسى رضي الله عنهما "لا يمنعك قضاء قضيتته ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشده، أن تنقضه، فإن الحق قديم، لا ينقضه شيء، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل"^(٢).

وعن علي رضي الله عنه: "أنه نقض قضاء شريح^(٣) بأن شهادة المولى لا تقبل، بالقياس الجلي^(٤).

وهو أن ابن العم تقبل شهادته مع أنه أقرب من المولى.

وهل على القاضي تعريف الخصمين صورة الحال، ليتزافعا إليه فينقض الحكم؟

-
- (١) حديث عمر أخرجه ابن أبي شيبة ٣٦٧/٥، من كتاب الديات، باب الأصابع من سوى بينها. ورواه الخطابي في معالم السنن ٣٥٨/٦، عن سعيد بن المسيب. أن عمر كان يجعل في الإبهام خمس عشرة وفي السبابة عشراً، وفي الوسطى عشراً، وفي البنصر تسعاً، وفي الخنصر ستاً، حتى وجد كتاباً عند آل عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "أن الأصابع كلها سواء فأخذ به"، معالم السنن بأسفل مختصر سنن أبي داود للمنذري، بتحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية.
- رواه الشافعي في الرسالة ص ٤٢٢، حديث رقم ١١٦٠، عن سعيد بن المسيب مثله، انظر: البدر المنير ٤/٤٣٥، وتلخيص الخبر ٤/١٩٥ - ١٩٦.
- (٢) الحديث أخرجه الدارقطني في سنن كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ٤/٢٠٦، ط ٢، ١٤٠٣ هـ، عالم الكتب، بيروت.
- قال ابن حجر: "٠٠٠ لكن اختلاف المخرج فيهما، مما يقوي أصل الرسالة لاسيما وفي بعض طرقه أن راويه أخرج الرسالة مكتوبة".
- انظر: تلخيص الخبر ٤/١٩٦، وانظر البدر المنير ٢/٤٣٥.
- (٣) شريح بن حارث بن قيس بن الجهم القاضي. مختلف في صحبته ولي القضاء لعمر وعثمان، وعلي رضي الله عنهم فمن بعدهم حتى استعفى من الحجاج قبل موته بسنة، وله في القضاء ٥٣ سنة كلها بالكوفة، توفي رضي الله عنه سنة ٧٨ هـ وقيل غير ذلك وله ١٢٠ سنة. انظر: الإصابة في تمييز الصحابة ٢/١٤٩.
- (٤) هذا الأثر قال عنه في البدر المنير "لا أعلمه".
- وقال عنه الحافظ أيضا في التلخيص ٤/١٩٦ "لا أحده".

حكى ابن كج عن ابن سريج: أنه لا يجب إذا عرفاً^(١) أنه بان الخطأ، فإن ترافعا إليه، نقض.

وعن سائر الأصحاب أنه يجب^(٢)، وإن علما أنه بان الخطأ، لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض الحكم، وإن بان الخطأ فليعرفهما أنه على النقض ليرافعا إليه، هذا إذا كان الحكم فيما يتعلق بحقوق الآدميين، و^(٣) إن كان^(٤) يتعلق بحدود^(٥) الله تعالى، فيبادر إلى تداركه إذا بان الخطأ، وما لا يمكن تداركه فحكم الضمان فيه على ما هو مذكور في موضعه^(٦).

الحالة الثانية: إذا ظهر له قياس خفي رجح عنده على ما حكم به، ورأى أنه^(٧) الصواب، فيحكم من بعد في أخوات الحادثة، بما ظهر له، ولكن لا ينقض قضاءه الأول، بل يعضيه^(٨)، لأن الظنون المتعادلة لو نُقض بعضها ببعض، لما استمر حكم، ولشق الأمر على الناس، ومشهور عن عمر رضي الله عنه أنه حكم بجرمان الأخ من الأبوين في المشتركة، ثم شرك بعد ذلك، ولم ينقض قضاءه الأول. وقال: "ذلك على ما قضيناه، وهذا على ما نقضي"^(٩) وما ينقض به قضاء نفسه، ينقض به قضاء غيره، وما لا ينقض، لا ينقض، لافرق بينهما، إلا أنه لا يتبع قضاء غيره^(١٠)، وإنما ينقضه إذا رفع إليه، وله أن يتبع قضاء نفسه لنقضه.

(١) في: أ "عرفاه" قال النووي: "لا يلزمه إن علما أنه بان الخطأ" الروضة ١١/١٥٠.

(٢) وهو الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٥٠، ومغني المحتاج ٤/٣٩٦.

(٣) في: ب "فإن".

(٤) في: ب "فيما".

(٥) في: ز "بحقوق".

(٦) انظر: الوجيز ٢/١٨٤، والروضة ١٠/١٨٣، ومغني المحتاج ٤/٢٠١ "الضمان الواجب بخطئه في الأحكام وإقامة الحدود، فهل على عاقلته أو بيت المال قولان: أظهرهما: على عاقلته" الروضة ١٠/١٨٣.

(٧) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٨) انظر: الروضة ١١/١٥١، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.

(٩) حديث عمر: أخرجه البيهقي ١٠/٢٠٥ - كتاب آداب القاضي - باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده... وانظر: التلخيص ٤/١٩٦.

(١٠) من قوله: "وما لا ينقض... قضاء غيره" ليس في: ب، ظ.

المنصوح

ولو كان المتعدي للقضاء، قبله ممن لا يصلح للقضاء.

ففي "المهذب"^(١)، و "التهذيب"^(٢)، وغيرهما، أنه ينقض قضايها كلها^(٣) أصاب فيها أو أخطأ، لصدورها ممن لا ينفذ حكمه.

وقوله في الكتاب: "إلا إذا خالف أمراً مقطوعاً به، أو مظنوناً بخبر واحد أو بقياس جلي" يجوز إعلامه بالحاء، والميم. لأن عن أبي حنيفة ومالك^(٤) أنه لا ينقض بخبر الواحد، والقياس الجلي. ولا بكل مقطوع به وإنما ينقض إذا بان له مخالفة الإجماع، ولا ينقض ما وافق قول بعض العلماء، ثم لم يفيا بهذا الضابط^(٥) فعن أبي حنيفة أنه ينقض قضاء من بدأ في القسامة بيمين المدعي^(٦)، ومن أبطل السعاية في العتق^(٧)، ومن صحح بيع متروك التسمية^(٨)، ومن قضى بالشاهد واليمين. وعن مالك: أنه ينقض قضاء من أثبت الشفعة للجار^(٩). فهذا هو القول الجملي في الحكم الذي ينقض، والذي لا ينقض وحاول في الكتاب ضبط ذلك فقال: "إذا لم ينقدح في نفسه إمكان الصواب إنقداحاً له وقع ما، فله النقض/ وذلك في النصوص لصحة موردها وصراحة لفظها، ويُعدها عن (٤٦٣/ز) قبول التأويل. وفي الأقيسة، لوضوحها^(١٠) وموافقتها الأصول، وإذا لم تكن كذلك،

-
- (١) انظر: ٣٨٠/٢.
(٢) انظر: ١٨٢/٨.
(٣) انظر: الروضة ١٥١/١١، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤.
(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٦١.
(٥) في: أ، ب، ظ "الضبط".
(٦) انظر: الهداية ٢١٦/٤ و ٢١٧، والقسامة بالفتح الأيمان، كالقسم بالله تعالى، يقال: إنما سمي القسم قسماً لأنها تقسم على أولياء القتل.
وهي: أن تجتمع جماعة من أولياء القتل، ويدعون على رجل أنه قتل صاحبهم ومعهم دليل دون البينة فيحلفون خمسين يمينا أن المدعي عليه قتل صاحبهم.
انظر: المصباح ٥٠٣/٢، والتعريفات للجرجاني، ص ١٧٥، والمطلع على أبواب المقنع ص ٣٦٨.
(٧) انظر: الهداية ٥٥/٢ و ٥٦.
(٨) انظر: الهداية ٦٣/٤.
(٩) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٢.
(١٠) في: أ، ب، "يوضحها".

وتقارب النظران؛ فلا ينقض، ويختلف الحال في ذلك بالمتجهدين، وآحاد الأدلة. ثم تكلموا في صور فردة:

منها: لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين، ومضى مدة العدة، ففيه وجهان: أشهرهما: وهو ظاهر النص، أن^(١) حكمه منقوض لمخالفة القياس الجلي، بأن يجعل حياً في المال، فلا يقسم على ورثته^(٢)، ويجعل ميتاً في النكاح^(٣). والثاني: المنع. كما في معظم المجتهدين. قال القاضي الروياني: وهو الصحيح. وقرب من هذا الخلاف الخلاف في نقض قضاء من قضى بحصول الفرقة في اللعان، بأكثر الكلمات الخمس^(٤)، وبسقوط الحد عن نكح أمة^(٥) ووطئها^{(٦)(٧)}. ومنها: قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس^(٨)، والعرايا^(٩) بالتقييد الذي يجوز^(١٠)، وفي ذكاة الجنين^(١١).

-
- (١) "أن" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٢) "حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله". انظر المهذب ٣٢/٢، والوجيز ٢٦٧/١، ومغني المحتاج ٢٦/٣ و ٢٧.
- (٣) "هذا على القديم، وفي الجديد لا، حتى يستيقن موته أو طلاقه" انظر: المهذب ١٨٦/٢ و ١٨٧، والروضة ٤٠٠/٨، ومغني المحتاج ٣٩٧/٣.
- (٤) انظر: الروضة ٣٥١/٨. حبر قال: "ولو حكم حاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان، لم ينقض حكمه، لأن حكمه غير جائز بالإجماع، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة.
- (٥) "نكح أمة" هكذا في جميع النسخ، وكذا في الروضة ١٥١/١١.
- (٦) ولعل الصواب "أنكح أمة - أي زوجها" لتستقيم العبارة. والله أعلم.
- (٧) في: ز "وأما" وهو خطأ.
- (٨) وانظر: المسألة في الوجيز ١٦٨/٢.
- (٩) انظر: تعريف "خيار المجلس" المطلع على أبواب المقنع ٢٣٤/١١ والحنفية لا يقولون بذلك. انظر: الهداية ٢٧/٣ و ٣٢ و ٣٥.
- (١٠) العرايا "جمع عرية، فعيلة، بمعنى مفعولة، وهي في اللغة كل شئ أفرد من جملة. انظر المصباح ٤٠٧/٢.
- وفي الشرع: بيع رطب في رؤوس نخلة بتمر كيلاً.
- انظر: المطلع على أبواب المقنع ٢٤١/١١.
- (١٠) انظر: الهداية ٤٤/٣.
- (١١) انظر: الهداية ٦٢/٤.

قيل: إنه منقوضٌ لظهور الأخبار، وبعدها عن التأويلات التي يدعونها، وكذلك في القتل بالثقل، لأنه على خلاف القياس الجلي في عصمة النفوس، وهذا ما أورده الإمام وصاحب الكتاب ويمثله أجاب مجيبون^(١) في الحكم بصحة النكاح، بلا ولي، وبيع أم الولد، وثبوت حرمة الرضاع^(٢) بعد الحولين، وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان، ونكاح الشغار، ونكاح المتعة، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الطرف، وبجريان التوارث بين المسلم والكافر، ويرد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى^(٣).

ومن الأصحاب من منع النقض، وقال: هي مسائل اجتهادية، والأدلة فيها متقاربة، قال القاضي الروياني؛ وهو الصحيح، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس، ويوافقه ما ذكرناه في باب النكاح، في الحكم بالنكاح بلا ولي^(٤)، وينقض قضاء حكم بالاستحسان الفاسد.

فرع: ما ينقضه من الحكم إذا كتب به إليه، فلا يخفى أنه لا يقبله، ولا ينفذه، وأما ما لا ينقضه، ويرى غيره أصوب منه، فقد حكى القاضي ابن كج عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه يعرض عنه ولا ينفذه، كما لا ينقضه، لأن التنفيذ إعانة على ما هو خطأ عنده^(٥).

وقال ابن القاص: في أدب القاضي: "لا أحب أن ينفذه، كما لا يتندي الحكم بما يرى غيره أصوب منه"^(٦).

(١) في: أ، ب، ظ "محققون".

(٢) في: ز "الرضاع بالرضاع".

(٣) ابن أبي ليلى: هو عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي، أبو عيسى، الإمام الحافظ، الفقيه تابعي. يقال: إنه ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه كان أصحابه يعظمونه كأنه أمير.

توفي سنة (٨٢هـ) وقيل (٨٣هـ) رحمه الله. انظر: تهذيب التهذيب ٦/٢٣٤، وشذرات الذهب ١/٩٢.

(٤) انظر: الروضة ٧/٥٠، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.

(٥) انظر: الأم ٦/٢٠٤.

(٦) انظر: ٢/٣٧٤.

وفي قوله: "لا أحب" إشعار، بأصل التجويز ويشبه أن تكون المسألة على وجهين: وقد صرح بنقلها، أبو الفرج السرخسي فقال: إذا رفع إليه حكم الحاكم إلى غيره فوجهان: أحدهما: إنه يعرض عنه. وأصحهما^(١): أنه ينفذه^(٢).

وهذا ما عليه العمل، وبه قال أبو حنيفة^(٣): أنه^(٤) لو حكم بنفسه، ثم تغير اجتهاده تغيراً لا يقتضي النقض، وترافع خصماً الحادثة إليه، فإنه يمضي حكمه الأول، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه^(٥).

فرع: المقلد المستقضي للضرورة، لو حكم بمذهب غير مقلده.

قال: صاحب الكتاب في الأصول: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده الذي هو أعلم عنده^(٦) فينقض حكمه. وإن جوزنا له تقليد من شاء، فلا ينقض^(٧).

[فصل: قضاء القاضي لا ينفذ إلا في الظاهر]

(قال [العزالي]: ثم الحكم عند الله تعالى في الباطن لا يتغير، ولا يحل للشفعوي شفعة الجار، وإن قضى له الحنفي، ولكن القاضي لا يمنع من الطلب اعتماداً على اعتقاد نفسه).

[قال الرافعي]: حكم القاضي قسماً: أحدهما: مالمس بإنشاء، وإنما هو تنفيذ لما قامت الحجة عليه، فينفذ ظاهراً، لا باطناً، حتى لو حكم بشهادة الزور لظاهر^(٨)

(١) انظر: الروضة ١١/١٥٢.

(٢) في: أ "فيه".

(٣) انظر: فتح القدير ٦/٣٩٦.

(٤) في ز: "ويؤيده أنه".

(٥) انظر: الأم ٦/٢٠٤، وانظر: الروضة ١١/١٥٢.

(٦) في ز: منه.

(٧) انظر: المستصفي ٢/٣٨٤.

(٨) في: أ، ب، ظ "بظاهر".

التعديل. لم يُفدُ حكمه الحل باطناً^(١) سواء كان الحكم بمال، أو نكاح، أو غيرهما، وبه قال: مالك^(٢)، وأحمد^(٣) وقال أبو حنيفة^(٤): ينفذ في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً، حتى إذا قضى بالنكاح بشهادة الزور حل للمشهود له وطؤها، وإذا قضى بالطلاق حرم على المشهود عليه الوطأ، وساعدنا في الأملاك المطلقة، أنه لا ينفذ فيها إلا ظاهراً. لنا، ماروي أنه ﷺ قال: "إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنُّ بِحِجَّتِهِ حَنُّ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْهُ، إِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ نَارٍ"^(٥).

ويروى: "إِنَّمَا نَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ، وَاللَّهُ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ"^(٦).

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٣، الحاوي ١١/٢١، والمهذب ٤٣٨/٢، والروضة ١١/١٥٣، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.

(٢) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأفضية، ومناهج الأحكام للقاضي ابن فرحون المالكي ت ٧٩٩هـ، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٨هـ/١٩٥٨م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر. بهامش فتح العلي المالك على الفتوى على مذهب الإمام مالك لأحمد عيش ت ١٢٩٩هـ، ٧٥/١.

بداية المجتهد، ونهاية المقتصد لابن رشد ت ٥٩٥هـ، ط ٥، ١٤٠١هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٤٦١/٢.

(٣) انظر: التنقيح المشيع في أحكام المقنع ص ٤٢٤.

(٤) انظر: فتح القدير ٦/٣٩٨ "بخلاف صاحبيه، فإنهما على وفاق الأئمة الثلاثة رحمهم الله".

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ١١٦/٨، كتاب الأحكام باب من قضى له بحق أخيه. وأخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ٤/١١، كتاب الأفضية، وانظر البدر المنير ٤٣٢/٢. والتلخيص الحبير ٤/١٩٢.

(٦) الحديث "إِنَّمَا نَحْكُمُ ٠٠٠" قال عنه في البدر المنير ٤٣٢/٢ "غريب، قال الحافظ جمال الدين المزي: لانعرفه" أهـ.

وقال الحافظ ابن حجر ٤/١٩٢ "هذا الحديث استكره المزي، فيما حكاه ابن كثير في أدلة التنبيه، وقال النسائي في سننه: باب الحكم بالظاهر، ثم أورد حديث أم سلمة الذي قبله، وقد ثبت في تخريج أحاديث المنهاج لليضاوي سبب وقوع الوهم من الفقهاء في جهلهم هذا حديثاً مرفوعاً، وأن الشافعي قال في كلام له: وقد أمر الله نبيه أن يحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر.

وكذا قال ابن عبد البر في التمهيد: أجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر، وأن أمر السرائر إلى الله، وأغرب إسماعيل بن علي بن إبراهيم بن أبي القاسم الجنزوي في كتابه إدارة الأحكام،

وأيضاً فإنه قضاء بشهادة زور، فلا يفيد الحل، كالأملك المطلقة، وإذا كان المحكوم به نكاحاً، لم يحل للمحكوم له الوطأ، وعليها الامتناع والهرب ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها. وعن الشيخ أبي حامد: أن المحكوم له زان إذا وطئ محدوداً^(١)، ولم يأخذ به صاحب "الشامل"، والقاضي "الرويانى"، لأن أبا حنيفة يجعلها منكوحة^(٢) بحكم القاضي فيكون وطؤه وطأً في نكاح مختلف في صحته، وهو شبهة دارية للحد^(٣)، ولو كان المحكوم به الطلاق، حلّ للمحكوم عليه وطؤها إن ظفر بها، لكنه يكره، لأنه يعرض نفسه للتهمة والحد، ويبقى التوارث بينهما، ولا تبقى النفقة للحيلولة.

وإذا تزوجت بآخر فالحل مستمر للمحكوم عليه، نعم لو وطئها الثاني: جاهلاً بالحال، فهو وطأً شبهة، فتحرم في مدة العدة على الأول، وإن كان الثاني عالماً، أو نكحها أحد الشاهدين فقد قيل: إن وطأه، لا يجرمها على الأول، ويوجب الحد عليه. والأشبه ما ذكره الرويانى.

وهو أنه يجعل وطأً شبهة لما سبق، قال: وقد سمعته من بعض شيوخنا في النظر، ولم أره في كتب المذهب^(٤).

والقسم الثاني: الإنشاءات/ كالتفريق بين المتلاعنين. وفسخ النكاح بالعيب، (٤٦٤/ز) والتسليط على الأخذ بالشفعة، وما أشبهها فإن ترتب على أصل كاذب، فالحكم كما في القسم الأول.

= فقال: إن هذا الحديث ورد في قصة الكندي، والحضرمي، اللذين اختصما في الأرض، فقال المقضي عليه: قضيت عليّ، والحق لي، فقال ﷺ: إنما أقضي بالظاهر والله يتولى السرائر. وفي الباب حديث عمر: "إنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم"، أخرجه البخاري، وحديث أبي سعيد رفعه: إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس، وهو في الصحيح في قصة الذهب الذي بعث به على وحديث أم سلمة الذي قبله، وحديث ابن عباس الذي بعده.

(١) أي زان ويحد بسبب الوطأ المحرم.

(٢) في ز: "له".

(٣) انظر: فتح القدير ٣٩٨/٦.

(٤) انظر ذلك في: الروضة ١١/١٥٣، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.

ومثاله^(١): الفسخ بعيب قامت عليه شهادة زور. وإن تربت على أصل صادق^(٢) فما^(٣) لم يكن في محل اختلاف المجتهدين، فهو نافذ ظاهراً، وباطناً، وما كان مختلفاً فيه، فينفذ ظاهراً.

وفي الباطن وجهان: أحدهما: المنع، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني لتعارض الأدلة، وتقابل النظر.

والثاني: أنه ينفذ لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع، وإلا فإذا حكم الحنفي للشافعي بما لا يعتقده الشافعي، لم يتهياً للشافعي^(٤) الأخذ، وإذا حكم الشافعي على الحنفي بما لا يعتقده^(٥) سرقة الحنفي إذا وجد فرصة. وقد أشير إلى بناء هذا الخلاف، على أن كل مجتهد مصيب، أو الصواب في واحد. إن قلنا: بالأول نفذ ظاهراً وباطناً، وإن قلنا: بالثاني: لم ينفذ باطناً.

وفي "التهذيب"^(٦) وجه ثالث: فارق بين من يعتقد حكمه من الخصمين فينفذ في حقه باطناً أيضاً، ومن لا يعتقد فلا ينفذ.

وهذا يشبه الخلاف في أنه إذا اقتدى الحنفي بالشافعي^(٧) يعتبر اعتقاد الإمام أم اعتقاد المأموم؟ وإذا منعنا النفاذ باطناً، إما مطلقاً، أو في حق من لا يعتقده فلا يحل للشافعي الأخذ إذا حكم له الحنفي بشفعة الجوار، أو بالتوريث^(٨) بالرحم، وهذا ما أورده في الكتاب، والأصح عند جماعة منهم صاحب "التهذيب"^(٩)، والشيخ أبو عاصم العبادي: أنه ينفذ باطناً في حق من يعتقده، وفي حق من لا يعتقده^(١٠).

(١) في: ز "ومنها".

(٢) في: ز "كاذب".

(٣) في: ظ "مما".

(٤) في: ز "الشافعي".

(٥) "بما لا يعتقده سرقة الحنفي إذا وجد فرصة" هكذا في نسخة ز. وفي أ، ب، ظ "بما يعتقده".

(٦) ٢٢٢/٨.

(٧) في: ب، ظ "بالشفعي".

(٨) في: ز "بالتوارث".

(٩) التهذيب ٢٢٢/٨.

(١٠) أي النفوذ مطلقاً، لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع.

انظر: الروضة ١١/١٥٣، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.

وإذا قيل بما في الكتاب 'فيمنعه القاضي ظاهراً، لاعتقاده، أو لا يمنعه' لاعتقاد نفسه^(١)؟

حكى في "الوسيط"^(٢) فيه تردداً، والصحيح أنه لا يمنع، ومن منعه فقد قال: لا ينفذ القضاء في حقه لا ظاهراً ولا باطناً.

وقوله: في الكتاب: "ثم الحكم عند الله تعالى في الباطن لا يتغير" مرتباً على الكلام في الحكم الذي ينقض، والذي لا ينقض، أشار به^(٣) إلى أنه وإن لم ينقض في الظاهر، فإنه لا يُجِلُّ الحكم في الباطن. وليعلم قوله: "ولا يجِلُّ للشافعي"^(٤)، شفعة الجار بالواو. وكذا قوله: "ولكن القاضي لا يمنعه من الطلب، لما قد تبين".

فرع: قال في "التهذيب"^(٥): هل تقبل شهادة الشاهد على ما يعتقده، كالشافعي يشهد بشفعة الجوار؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، كما لا يقضي القاضي بخلاف ما يعتقده.

والثاني: نعم^(٦)، لأنه مجتهد فيه، والاجتهاد إلى القاضي لا إلى الشاهد^(٧).

فرع: لو تقدم إلى القاضي خصمان. وقالوا: كان بيننا خصومة في كذا، ففصلها القاضي الذي كان بيننا، وحكم بكذا، ولكننا نريد أن نستأنف الحكم بيننا باجتهادك، فرضى بحكمك، فهل يجبهما إليه، أو يتعين إمضاء الحكم الأول، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟

حكى القاضي ابن كج فيه وجهين: أشبههما الثاني^(٨).

(١) وهما وجهان: ذكرهما النووي. انظر: الروضة ١١/١٥٤.

(٢) انظر: ٣٠٧/٧.

(٣) في: أ، ب، ظ "إشادة".

(٤) في: أ، ب، ظ "للشافعي".

(٥) انظر: التهذيب ٨/٢٢٣.

(٦) قال النووي: "الأصح المقبول" الروضة ١١/١٥٤.

(٧) إلى القاضي لا ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) انظر: الروضة ١١/١٥٤.

هذا تمام الكلام في الآداب العشرة التي أودعها هذا الفصل، وهي محبوبة إلا العاشر، فإنه محتوم^(١)، وكذا التاسع على الأصح. ووراءها آداب، وأعمال آخر.

منها: ما أورده في الفصل الثالث، والرابع، من الباب^(٢)، ومنها:

إذا وُلِّيَ القاضي، فالمستحب أن يدعوا أصدقاءه الأماناء، ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه ليسعى في إزالتها، ويستحب أن يكون راكباً في سيره إلى مجلس حكمه وأن يسلم على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دخل وأن يدعو إذا جلس، ويسأل الله التوفيق والتسديد، وأن يقوم على رأسه أمين ينادي، هل من خصم؟ ويرتب الناس، يقدم الأول، فالأول، وعن أبي بكر بن المنذر^(٣). أن الأولى أن يكون حصيناً^(٤) لمكان النساء، ويجوز أن يعين للقضاء يوماً أو يومين على حسب حاجة الناس، ودعاويهم، وأن يعين وقتاً من النهار، ثم إذا حضر خصمان في غير الوقت المعين، سمع كلامهما إلا أن يكون في صلاة، أو حمام، أو على طعام، فيؤخر قدر ما يفرغ منه، وينبغي أن تكون للقاضي درة، يؤدب بها عند الحاجة، كما كانت لعمر رضي الله عنه. وأن يتخذ سجنًا للحاجة إليه في التعزير، واستيفاء الحق من المماطلين، وقد روى أن عمر رضي الله عنه: اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف درهم، وجعلها سجنًا^(٥) أهـ.

(١) في: أ "محترم"

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢، الثالث في التسوية، والرابع في التزكية.

(٣) هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر، المجمع على إمامته، وجلالته، ووفور علمه وجمعه بين فنون شتى، أحد أئمة الإسلام وله مصنفات عديدة منها "الأوسط" و "الإجماع" و "الإشراف" وغيرها. توفي عام ٩ أو ٣١٠ هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٩٦.

(٤) في: ظ "حصيناً" والحصانة: أي العفة، و"أحصن الرجل بالألف تزوج ٠٠٠" المصباح ١/١٣٩.

(٥) قال ابن حجر في التلخيص ٤/١٩٦ "أخرجه البيهقي من حديث نافع بن عبد الحارث انه اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف، وعلقه البخاري".

[فصل: وفيه فروع]

[قال الرافي] وهذه^(١) فروع: تتعلق بالحبس. قال: أبو العباس بن القاص^(٢). إذا استشعر القاضي من المديون بعدما حبسه الفرار من حبسه، فله نقله إلى حبس الجرائم، ولو دعا المحبوس، أمته أو زوجته إلى فراشه، لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال، فإن امتنعت، أجزرت الأمة، ولا تجبر الزوجة الحرة، لأنه لا يصلح للسكنى، إنما هو حبس، ولا حبس عليها، والزوجة الأمة، تجبر إن رضي سيدها.

وكان يجوز أن يقال: الحبس زجر، وتأديب. فإن اقتضى الحال، أن تمنع منه زوجته، أو أمته، فعل. ولو أراد مستحق الدين: أن يلازمه بدلاً عن الحبس مكن. فإن الملازمة أخف، إلا أن يقول للقاضي: إنه تشق عليّ الطهارة والصلاة، بسبب ملازمته، فأمنعه من الملازمة واحبسني فيرده إلى الحبس قاله: أبو العباس.

وقد مرّ الخلاف في أن الأب، هل يحبس بدين ولده^(٣)

وقياس حبسه أن يحبس المريض والمخدرة، وابن السبيل، منعاً لهم من الظلم، والحكاية عن أبي عاصم العبادي أن هؤلاء^(٤) لا يحبسون، ولكن يوكل بهم ليعجلوا^(٥) أو يؤدوا.

قال: ولا يحبس الأب، في حق الصغير، ولا القيّم، ولا الوكيل في دين لم يجب بمعاملتهم، ويحبس الأمانة في دين وجب بمعاملتهم، ولا يحبس الصبي، والمجنون، ولا المكاتب بالنجوم، ولا يحبس العبد الجاني ولا سيده ليؤدي، أو يبيع بل يباع عليه إذا وجد راغب، وامتنع. ونقل القاضي أبوسعده الهروي: وجهين في حبس كل غريم قدرنا على ماله، وتمكنا من بيعه، وأجرة السجان على المحبوس، وأجرة الموكل على من وكل به إذا لم يكن في بيت المال مال، أو انصرف إلى جهة أهمّ من هذه.

(١) في: ظ "فهذه".

(٢) انظر: أدب القاضي ٤٢٢/٢ و ٤٢٣.

(٣) انظر: الوجيز ١٧٢/١، حيث قال: "والصحيح أنه يحبس في دين ولده". وانظر: الروضة

١٣٩/٤. حيث قال "في حبس الوالدين بدين الولد، وجهان. أصحهما عند الغزالي: يحبس.

وفي التهذيب وغيره: لا يحبس".

(٤) "هؤلاء" ليست في: أ.

(٥) في: ز "ليعجلوا".

[الفصل الثاني: في مستند قضاء القاضي]

قال [الغزالي]: الفصل الثاني: في مستند قضاؤه، وإنما يقضي بالحجة، ولا يقضي بعلمه، على أصح القولين، ولكن^(١) إن علم فسق الشاهد، أو كذبه توقف عن القضاء، ويغنيه علمه بعدالة الشهود عن المزكين، ويقضي على من أقرّ في مجلس القضاء، دون من أقرّ عنده سراً، ولا يكفي شاهد واحد مع علمه على أحد^(٢) الوجهين).

قال الرافعي: مقصود هذا الفصل: الكلام في أن القاضي يمّ يقضي، وإلى ما يستند قضاؤه؟ أما أنه يقضي بالحجة فواضح، ولو لم تقم حجة عنده، إلا أنه علم صدق المدعي، فهل يقضي بعلمه؟ فيه قولان: أحدهما: لا^(٣)، وبه قال مالك^(٤) وأحمد^(٥) رحمهما الله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: في قصة الملاعنة: "لَوْ كُنْتُ رَاجِئاً مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا"^(٦)، ولأن فيه تهمة والتهمة تمنع القضاء، ولذلك لا يقضي لولده ووالده.

(١) في: أ "لكن".

(٢) في: أ "في أحد".

(٣) واستدل من منع القاضي أن يقضي بعلمه بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فجلدوهم ثمانين جلدة﴾ سورة النور آية ٤. فقالوا: "فلو جاز له الحكم بعلمه لقرنه بالشهادة ٠٠٠ الخ" والأدلة على ذلك من السنة والعقل متوفرة. يراجع الحاوي ٣٩٥/٢٠، والمغني ٣٢/١٤، وسبل السلام ١٢٢/٤، ونيل الأوطار ١٩٦/٩ - ١٩٧.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٤٧٠/٢.

(٥) انظر: التنقيح المشيع ص ٤١٤.

(٦) الحديث أخرجه: مسلم في صحيحه بشرح النووي ١٣٠/١٠، كتاب اللعان، بلفظ "لو رحمت أحداً بغير بينة رجمت هذه" وانظر: تلخيص الحبير ١٩٢/٤.

وهذه ليست الملاعنة التي نزل فيها القرآن. قال النووي: "وفسرهما ابن عباس بأنها امرأة كانت تظهر السوء، وفي رواية أنها امرأة أعلنت. معنى الحديث أنه اشتهر وشاع عنها الفاحشة ولكن لم يثبت بالبينة ولا اعتراف. ففيه أنه لا يقام الحد بمجرد الشياح والقرائن بل لابد من بينة أو اعتراف" صحيح مسلم ١٣٠/١٠.

والثاني: نعم، وبه قال: المزني^(١)، لأنه يقضي بشهادة الشاهدين. والحاصل مجرد ظن^(٢)، فلأن يقضي باليقين، كان أولى.

وقد قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب "الرسالة": "أقضي بعلمي وهو أقوى من شاهدين"^(٣)، ورجح في الكتاب القول الأول^(٤)، واختاره القاضي الروياني لفساد القضاة، وحكاه عن ابن سريج.

لكن الثاني أصح عند عامة الأصحاب^(٥).

وأجابوا عن معنى التهمة بأن القاضي، لو قال: ثبت عندي، وصح^(٦) لدي كذا، لزم قبوله، ولم يبحث عما صح، وثبت به، والتهمة قائمة. ويجوز أن يعلم لفظ القولين في الكتاب، بالواو، لأن من الأصحاب من حكى طريقة قاطعة بالقول الثاني. بناء على ما نقل عن الربيع أن الذي كان يذهب^(٧) إليه الشافعي رضي الله عنه: أن القاضي يعلمه^{يقضي} لكنه^(٨) ما كان ييوح به مخافة القضاة السوء^(٩) ولا فرق على القولين بين ما علمه في زمان ولايته، ومكان ولايته، وما علمه في غيرهما. وعند أبي حنيفة^(١٠) رحمه الله. يقضي بما علمه في زمان ولايته^(١١). ومكان^(١٢) ولايته، بشرط بقائه مولى

-
- (١) انظر: المختصر ص ٣٠٢.
(٢) الوجيز ٢/٢٤١.
(٣) في: أ، ب، ظ "صح عندي، وثبت لدي" ٠٠٠. وانظر الرسالة ص ٦٠٠ مسألة ١٨٢١، والمختصر ٣٠٢.
(٤) الوجيز ٢/٢٤١.
(٥) وهو المذهب. انظر: الحاوي ٢٠/٣٩٤ و ٣٩٧، والمهذب ٢/٤٨٧، الروضة ١١/١٥٦، ومغني المحتاج ٤/٣٩٨.
(٦) في: ز "صح عندي، وثبت لدي".
(٧) "كان يذهب إليه" ليس في: أ.
(٨) "لكنه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) انظر: الحاوي ٢٠/٣٩٤، والروضة ١١/١٥٦.
(١٠) انظر: فتح القدير ٦/٣٩٠، وحاشية ابن عابدين ٥/٤٣٨ و ٤٣٩ وعند أبي حنيفة "ما كان من حقوق الله تعالى، لا يحكم فيه بعلمه".
وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته، لم يحكم به، وما علمه في ولايته حكم به ٠٠٠ والمختار عند المتأخرين. هو عدم حكمه بعلمه مطلقاً انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤٣٩.
(١١) من قوله "وما علمه في غيرهما ٠٠٠ ومكان ولايته" ليست في: ب، ظ.
(١٢) في: ز "وما علمه في غيرهما، وعند أبي حنيفة ومكان ولايته" لعله مكرر.

من يوم العلم، إلى يوم القضاء^(١)، ولا يقضي بما علم على غير هذا الوجه".

فإن قلنا: لا يقضي بعلمه، فذلك فيما إذا كان مستند القضاء مجرد علمه بالمحكوم به، أما إذا شهد عنده شاهدان تعرف عدالتهما، فله أن يقضي، ويغنيه علمه بعدالتهما، عن مراجعة المزيكين.

وفيه وجه آخر نفيًا^(٢) للتهمة ولو أقر بالمدعى في مجلس قضائه، قضى بعلمه، وذلك قضاءً بإقراره، لا يعلم القاضي، وإن أقر عنده سرًا، فعلى القولين في القضاء بالعلم، ومنهم من خصص القولين، بما إذا علم المحكوم به^(٣) بنفسه وقال: هاهنا يحكم، بالإقرار المعلوم، لا بمجرد العلم بالمحكوم به. ولو شهد عنده شاهد واحد، فهل يغنيه علمه عن الشاهد الثاني؟ فيه وجهان:

أظهرهما^(٤): لا، لأن الحجة لم تتم.

والثاني: ويحكي عن مالك^(٥) نعم. لانكسار سورة التهمة. وأما إذا قلنا: إنه يقضي بعلمه، فذلك في الأموال، وأما في القصاص، وحدّ القذف، فقولان^(٦): وجه المنع، أن العقوبات يُسعى في دفعها، ولا يُوسَّع بابها، والأظهر الجواز، اعتماداً على حصول العلم، وبهذا أجاب في "العدة" تفرعاً على هذا القول. وإذا منعنا القضاء بالعلم، في القصاص، وحدّ القذف، ففي حدود الله تعالى، أولى أن يمنع، وإن جوزناه فقيها، قولان. والأصح^(٧)، المنع، وبه قال: أبو حنيفة^(٨) لأن الحاكم، مأمور بالستر^(٩)، وقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: "لَوْ رَأَيْتُ رَجُلًا عَلَى حَدِّ، لَمْ أَحُدِّهِ

(١) "القضاء" ليست في: أ.

(٢) في: ب، ظ "القيام" أي لا يغنيه علمه بعدالتهما.

(٣) "به" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) انظر: المهذب ٣٨٨/٢، الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٩.

(٦) في: ب "لأن".

(٧) في: ز "أصحهما" وانظر: الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.

(٨) انظر: فتح القدير ٣٩٠/٦، وحاشية ابن عابدين ٤٣٩/٥.

(٩) في: أ، ب "الستر".

حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدِي بِذَلِكَ شَاهِدَانِ"^(١)، ويجوز أن يترك الترتيب، والتفريع، ويقال: في القضاء بالعلم ثلاثة أقوال: يجوز مطلقاً، لا يجوز مطلقاً، يجوز في الأموال، دون العقوبات.

أو أربعة أقوال: يجوز، لا يجوز، يجوز في الأموال لا غير، يجوز فيما سوى الحدود لا غير.

ولا خلاف في أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه^(٢). بل إذا علم، أن المدعي أبرأه عما يدعيه، وقيم الشهود عليه وأن المدعي قبله حي، أو رآه قبله غير المدعى عليه، أو سمع مدعي الرق، قد أعتق، ومدعي النكاح، قد طلق ثلاثاً، وتحقق كذب الشهود، فإنه يمتنع عن^(٣) القضاء. وكذا إذا علم أن الشهود فسقة. وهذا ما أراد في الكتاب بقوله: "لكن إن علم فسق الشاهد، أو كذبه، توقف"^(٤) عن القضاء. وليعلم قوله: "ويغنيه علمه بعدالة الشهود". وقوله: "دون من أقر عنده سرّاً بالواو، لما تقدم.

واعلم أن الأئمة - رضي الله عنهم - مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين، بما إذا ادعى عليه مالا، وقد رآه القاضي أقرضه ذلك، أو سمع المدعى عليه، أقر بذلك، ومعلوم أن رؤية الإقراض، أو سماع الإقرار، لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء، فيدل على أنه ليس^(٥) المراد من العلم اليقين، بل الظن المؤكد. والله أعلم.

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٧/٤ ".... أحمد بسند صحيح إلا أن فيه انقطاعاً: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أخذته، ولا دعوت له أحداً حتى يكون معين غيري. وأخرجه البيهقي من وجه آخر منقطعاً. قلت: وفي البخاري تعليقاً، قال عمر لعبد الرحمن بن عوف: لو رأيت رجلاً على حد؟ قال: أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: أصبت، ووصله البيهقي". وانظر: البدر المنير ٤٣٦/٢.

(٢) انظر: الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.

(٣) "عن" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ز "يتوقف".

(٥) في: أ "أن المراد من العلم ليس اليقين....".

وفي: ب، ظ "أن المراد بالعلم اليقين.... وهو خطأ.

(قال [الغزالي]: وأما الخط، فلا يعتمدُه^(١) الشاهد، ولا القاضي، إذا لم يتذكر، لإمكان التزوير عليه^(٢)، ولو^(٣) كان الخط محفوظاً عنده، وأمن التحريف، فهذا تسليط على رواية الحديث، وهل يسقط على الحكم، والشهادة؟ المشهور أنه لا يسقط.

وفيه وجه: وليس للمحدث الرواية مع احتمال التحريف، والغلط، وله أن يحلف اعتماداً على خط أبيه، إذا غلب على ظنه).

[فصل: إذا رأى القاضي حجة فيها ذكر حكمه]

قال الرافعي: إذا رأى القاضي حجة فيها ذكر حكمه لإنسان، وطلب ذلك الإنسان منه إمضاءه، والعمل به، نظر: إن تذكره القاضي أمضاه، وعمل به، كما لو طلب منه العمل في الإبتداء^(٤) / وفي "أمالي" أبي الفرج الزاز "طريقة أخرى: إن أمضاه (٤٦٦/ز) على القولين، في أن القاضي هل يقضي بعلمه؟ وإن لم يتذكره، لم يعتمد، لإمكان التزوير^(٥)، ومشابهاة الخط^(٦)، وكذا الشاهد، لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر، هذا إذا لم يكن الكتاب محفوظاً عنده، فإن كان. وبعد احتمال التزوير، والتحريف، كالمحاضر، والسجلات التي يَحْتَاطُ فيها القاضي على ماسبق، فالمشهور، والمنصوص^(٧) أنه لا يمضي أيضاً، ما لم يتذكر، لإمكان التحريف، وإن بعد، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة، لا يشهد، وعن الشيخ أبي محمد وغيره وجه: أنه يجوز الاعتماد عليه إذا وثق به، ولم تتداخله ريبة، وهو رواية عن أحمد^(٨) رحمه الله.

وإذا قلنا: بالأول ففي رواية الحديث اعتماداً على الخط المحفوظ عنده، وجهان:

-
- (١) في: أ "يعتمد".
 (٢) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٣) في: أ "وإن".
 (٤) وهو المذهب. وبه قطع الجمهور. انظر: الروضة ١١/١٥٧، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.
 (٥) انظر: هامش العزيز ١٢/٤٨٩.
 (٦) في: أ، ب، ظ فقط.
 (٧) انظر: الروضة ١١/١٥٧، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.
 (٨) انظر: المقنع ص ٢٢٩.

أحدهما: المنع إلى أن يتذكر، كما في الشهادة، ولا يكفيهِ [رواية] ^(١) السماع
إعتماداً على حفظه، أو حفظ ثقة، حكى هذا الوجه الصيدلاني والشيخ أبو إسحاق
الشيرازي ^(٢)، وأفتى به القاضي الحسين.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب ^(٣) الجواز، لعمل العلماء سلفاً وخلفاً ^(٤)،
وقد يتساهل في الرواية بما لا يتساهل به في الشهادة، ألا ترى أن الفرع ^(٥) يروي مع
حضور الأصل، ولا يشهد أنه لو قال: حدثني فلان عن فلان، أنه يروي كذا، تقبل.
ولو قال: حدثني فلان عن فلان أنه يشهد بكذا، لا تقبل، وإذا كتب إليه شيخ
بالإجازة، وعرف خطه، جاز له، تفرعاً على اعتماد الخط، أن يروي عنه فيقول:
أخبرني فلان في كتابه، أو كتب إليّ، وهذا على تجويز الرواية بالإجازة، وهو
الصحيح ^(٦). ويروي عن أبي حنيفة ^(٧)، ومالك ^(٨) وأفتى القاضي الحسين بمنعها ^(٩)، كما
لو قال: أذنت لك في أن تشهد على شهادتي في كل موضع عرفت شهادتي. ولو رأى
بخط معروف: سمعت من فلان، كذا، لم تجز الرواية عنه، وإن اعتمدنا الخط، لأنه وإن
سمعه، يقول هذا خطي، لا تجوز الرواية إذ الإنسان قد يسمع، ويكتب، مالا يرويه. نعم
يجوز أن يقول: رأيت بخط فلان، إنني سمعت كذا، هذا حكم القضاء والشهادة،
والرواية، بناء على الخط.

(١) الذي أثبتناه من الروضة ١٥٧/١١ حتى يستقيم المعنى والذي في جميع النسخ "رؤية".

(٢) انظر: المهذب ٣٨٧/٢.

(٣) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، وانظر: الروضة ١٥٧/١١، ومغني المحتاج ٣٩٩/٤.

(٤) في: ز "خلفاياه".

(٥) في: ز "الفروع".

(٦) وعليه المذهب. انظر: الروضة ١٥٧/١١، نهاية المحتاج ٢٤٨/٨.

(٧) انظر: الهداية ١٣٠/٣.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٩) انظر: النووي في الروضة ١٥٧/١١ حيث قال: "وقد منعها أيضاً" الماوردي "في الحاوي"

ونقل هو منعها عن الفقهاء، وهو أحد قولي الشافعي ولكن أظهر قوله والمشهور من مذاهب
السلف والخلف، والذي عليه العمل صحة الإجازة، وجواز الرواية بها، ووجوب العمل بها
... الخ".

أما^(١) اليمين، فقد^(٢) قال الأصحاب:

يجوز له أن يحلف على استحقاق الحق، وأداء الحق، اعتماداً على خط أبيه^(٣)، إذا وثق بخطه، وأمانته. وضبط القفال وثوقه: بأن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة: أن فلان عليّ كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به، بل يؤديه من التركة، وفرقوا بينه، وبين القضاء والشهادة، بأن القضاء والشهادة بناء على الخط ينجر إلى خطر عظيم، وفي اليمين، لا يلزم ضرر عام، ولأن القضاء، والشهادة تتعلق به، ويمكن في التذكرة، والرجوع إلى اليقين، وخط المورث، لا يتوقع فيه اليقين، فجاز بناء الأمر على غلبة الظن لمحتى لو وجد بخط نفسه: أنّ له على فلان كذا، أو أنه أدّى دَيْنَ فلان، لم يجز له الحلف، حتى يتذكر، قاله في "الشامل".

فرع: قال: الصّيمري: أولى الأمور بالشاهد الاستعانة بالأسباب المعينة على التذكر، عند الأداء، وذلك بأن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه، بعد ذكر الشهادة، ويقرب من ذلك ذكر التاريخ، وموضع تحمل الشهادة، ومن كان معه حين تحمله^(٤)، وما أشبه ذلك. وحكى أبو محمد الحداد من الأصحاب: أن بعض علمائنا ممن ولي قضاء البصرة، كان يكتب أن الذي شهدت عليه يشبه فلاناً، يُعَيَّن^(٥) رجلاً، قد قبله علماً، ويستعين بذلك على التذكر، وهذا أبلغ من إثبات الحلية.

[شهد عند القاضي شاهدان بقضائه ولم يتذكر، أو ادعى عليه أنه قضى له فأنكر]

(قال [العزالي]: لو شهد عند القاضي شاهدان بقضائه^(٦)، ولم يتذكر لم يقض به، والمحدث يحدث عمن أخبره بحديثه، فيقول: حدثني فلان عني، ولقاض آخر أن يقضي بالشاهدين على قضائه، إن لم يكذبهما^(٧)).

(١) في: أ " ما " .

(٢) في: ز " فيه " .

(٣) انظر هامش العزيز ٤٩١/١٢ .

(٤) في: أ، ب، ظ " تحمل " .

(٥) في: ز " يعني " .

(٦) في: أ، ب، ظ " على قضائه " .

(٧) في: أ " فإن كذبهما، فلا يقضي، كما إذا كذب شاهد الأصل الفرع " .

ومن ادّعى عليه أنه قضى له، فأنكر لم يكن له التّحليف، كما لا يحلّف
الشاهد).

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: لو شهد عنده شاهدان: أنك حكمت
لفلان بكذا^(١)، وهو لا يتذكره^(٢) لم تقبل شهادتهما، ولم يحكم بقولهما، إلا أن يشهدا
على الحق بعد إعادة الدعوى، وقال: أحمد^(٣) رحمه الله: لا تقبل شهادتهما، ويمضي
حكمه، وعن ابن القاص: "تخريج قول مثله للشافعي رضي الله عنه". ووجه ظاهر
المذهب: أن حكمه فعله، والرجوع إلى اليقين هو الأصل في فعل الإنسان، ولذلك
يأخذ عند الشك في عدد الركات باليقين^(٤).

ولو شهد شاهدان: أنك تحملت الشهادة، في واقعة كذا، ولم يتذكر، لم يجز له
أن يشهد، ويخالف ما نحن فيه، رواية الحديث، فإن الراوي إذا نسي^(٥) يجوز له أن يقبل
من سمعه منه، كما اشتهر أن سهيل بن^(٦) أبي صالح^(٧) رضي الله عنه كان^(٨) يروي
حديث "القضاء بالشاهد، واليمين" عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه وسمعه من
ربيعة^(٩) رضي الله عنه، ثم إنه اختل حفظه لشجة أصباته، وكان يقول: أخبرني ربيعة،
أني أخبرته عن أبي هريرة، والفرق ماسبق: أن الرواية مبنية على المسامحة، ولذلك لم
يشترط فيها العدد.

-
- (١) في: ز "كذا".
(٢) في: أ "يذكره".
(٣) انظر: المقنع ص ٣٤٥.
(٤) انظر: الروضة ١١/١٥٩، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.
(٥) في: ز "نسي الحديث".
(٦) هو: سهيل بن أبي صالح ذكوان السّمان، أبو زيد المدني صدوق من السادسة، توفي في خلافة
المنصور. انظر: التقريب ١/٣٣٨.
(٧) هو: أبو صالح ذكوان السمان المدني، ثقة، ثبت وكان يجلب الزيت إلى الكوفة، توفي سنة
١١٨هـ. انظر: التقريب ١/٢٣٨.
(٨) "كان" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) هو: ربيعة بن أبي عبد الرحمن التميمي، مولاهم أبو عثمان المدني، المعروف بريبعة الرأي ثقة،
فقيه مشهور، توفي سنة ١٣٦هـ. انظر: التقريب ١/٢٤٧.

وقبلت من العبد والمرأة بخلاف الشهادة على أن القاضي ابن كج حكى وجهاً عن بعض الأصحاب: أن الحكم في الرواية كما ذكرنا في القضاء. وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف، ولا يقول: لم أحكم، وهل للمدعي، والحالة هذه تحليف الخصم على أنه لا يعرف حكم القاضي؟ قال صاحب "التهذيب": "يحتمل وجهين"^(١).

ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاضٍ آخر، فتقبل شهادتهما، ويمضي حكم الأول إلا إذا قامت البينة على أن الأول، أنكر حكمه، وكذبهما، وإن قامت البينة على أنه توقف، فوجهان: أوقفهما كلام الأكثرين، أنه يقبل شهادتهما، والمذكور في "المهذب"^(٢)

ويُحكى عن الأودني^(٣): أنه لا يقبل، لأن توقفه،/ يورث التهمة، وعلى هذا، (٤٦٧/ن) فلو شهد شاهدان على أن شاهدي الأصل توقفاً في الشهادة، لم يجز الحكم بشهادة الفروع.

الثانية: إذا ادعى على القاضي: أنك حكمت لي بكذا.

حكى الإمام في "النهاية" عن الأصحاب: أنه ليس له أن يرفعه إلى قاضٍ آخر، ويحلفه، كالشاهد إذا أنكر الشهادة لا يحلف.

وعن القاضي الحسين: أنا إن جعلنا اليمين المردودة، كالإقرار، فله أن يحلفه ليحلف إن نكل، فيكون كقول القاضي، نعم حكمت بهذا إذا ادعى عليه، وهو قاضٍ.

(١) انظر: هامش العزيز ٤٩٢/١٢ فقد قال: "وسكت المصنف عن ترجيح أحد الاحتمالين.

قال في الخادم: إن البغوي بناهما في التعليق على الخلاف في اليمين المردودة إن قلنا: كالبينة فلا يحلف أو كالإقرار فيحلف لأن المدعي عليه يقول لكن الراجح المنع فإن القاضي الحسين، والشيخ إبراهيم المروزي نقلوا منع الحلف عن الأصحاب".

(٢) انظر: ٣٨٧/٢.

(٣) الأودني: "هو محمد بن عبد الله بن بصير، الإمام أبو بكر الأودني كان شيخ الشافعية بما وراء النهر، ومن كبار أصحاب الوجوه، كان زاهداً فقيهاً، متواضعاً، توفي سنة خمس وثمانين وثلاثمائة.

انظر: ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات ١٩١/٢، شذرات الذهب ١١٨/٣، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٦٥/١.

أما إذا^(١) ادعى بعد عزله، أو في غير محل ولايته، وقد رفعه إلى قاض^(٢) هناك، فقد حكى الإمام أنه يجوز سماع البيعة، ولا يقبل إقراره، ولا يحلف إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، وإن جعلناها: كالبيعة، فيحلف ولك أن تقول: قبول قول المولى حكمت بكذا، وعدم القبول، من المعزول، واضح مقرر من قبل، لكن سماع الدعوى عليه معزولاً، كان أو غير معزول، فإنه حكمٌ ليس على قواعد الدعاوي الملزمة، وإنما المقصود منها، التدرج إلى إلزام الخصم، فإن كانت^(٣) له بيعة، فليقمها في وجه الخصم، وما ينبغي أن تسمع على القاضي بيعة، ولا أن يطالب بيمين، كما إذا ادعى على إنسان، أنك شاهدي. والله أعلم.

(١) في: أ، ب "فإن ادعى".

(٢) في: فر "قاض آخر".

(٣) في: ز "كان".

[الفصل الثالث: في التسوية]

قال [الغزالي] الفصل الثالث: في التسوية وليسو^(١) بين الخصمين في القيام، والنظر، وجواب السلام وأنواع الإكرام، وله أن يرفع المسلم على الذمي في المجلس، على^(٢) أحد الوجهين، ثم يقول^(٣): من المدعي منكما، فإذا ادّعى طالب الثاني بالجواب، فإن أقر ثبت الحق من غير قوله، قضيت على الأصح بخلاف البينة، وإن أنكرك، قال: للمدعي، ألك بينة؟ فإن قال: لا بينة لي، ثم جاء ببينته، سمعت^(٤) على أظهر الوجهين، فلعله^(٥) تذكر.

قال الرافعي: فيه مسألتان: إحداهما^(٦): يسوي القاضي بين الخصمين، في الدخول عليه^(٧) وفي القيام لهما، وفي النظر، والاستماع^(٨)، وطلاقة الوجه، وسائر أنواع الإكرام، ولا يخصص أحدهما بشيء، من ذلك، لأنه ينكسر به قلب الآخر، ويمنعه من إقامة حجته، وكذلك يسوي بينهما، في جواب السلام، فإن سلما أجابهما معاً، وإن سلم أحدهما، دون الآخر، قال الأصحاب: يصير حتى يسلم الآخر، فيجيبهما، وقد يتوقف في ذلك عند طول الفصل، فإنه يمنع من انتهازه^(٩) جواباً. وذكروا أنه لا بأس أن يقول: للآخر: سلم، فإذا سلم أجابهما، وفي هذا اشتغال منه، بغير الجواب، ومثله يقطع الجواب عن الخطاب، وكأنهم احتملوا جميع ذلك لئلا يبطل معنى التسوية، وحكى الإمام^(١٠) أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقاً، واستبعده^(١١). ويسوي بينهما في

(١) في: ز "فليسو"

(٢) في: ز "في".

(٣) في: أ "ويقول".

(٤) في: ز "سمع".

(٥) في: أ "ولا تقبل في الثاني للتناقض". زائدة.

(٦) "فيه مسألتان: إحداهما" ليست في: ز.

(٧) في: أ "عليهما".

(٨) في: ز "في الاستماع والنظر".

(٩) في: ب، ظ "استنهازه".

ونهبض نهوضاً: ارتفع عنه، و"نهض" إلى العدو أسرع إليه و"نهضت إلى فلان وله" نهضاً و"نهوضاً" تحركت إليه بالقيام. و"انتهضت" أيضاً. انظر: المصباح المنير ٢/٦٢٩.

(١٠) انظر: نهاية المطلب ٢٥، ٢٦، ٢٧ لوحة ١٣٧/أ.

(١١) من قوله "وحكى الإمام ٠٠٠ واستبعده" ليست في: ز.

المجلس، فيجلس أحدهما عن يمينه، والآخر عن شماله، إذا كانا شريفين أو يجلسهما بين يديه، وهو الأولى على الإطلاق.

ولما روي أن النبي ﷺ "قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي" (١)، ولأن النظر إليهما، والاستماع لكلامهما حينئذ يكون أسهل، نعم: لو كان أحدهما مسلماً، والآخر كافراً، فوجهان:

أصحهما: وهو الذي أورده (٢) العراقيون: أنه يرفع المسلم في المجلس (٣) لما روي: أن علياً رضي الله عنه، جلس بجنب شريح في خصومة له مع يهودي، قال: لو كان خصمي مسلماً جلست معه، بين يديك، ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تساوروهم في المجلس" (٤).

والثاني: أنه يسوي بينهما أيضاً للخبر السابق.

ولأنه يسوي بينهما في الإقبال عليهما، والاستماع منهما فكذلك في المجلس، ويمكن أن يكون الوجهان: في رفع المجلس، جارٍ بين سائر وجوه الإكرام، ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة مستحبة أم واجبة؟. اقتصر صاحب "الشامل" على

(١) أخرجه أحمد في مسنده ٤/٤، وأبوداود في سننه ٣/٣٠٢، كتاب الأفضية، باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضي.

والبيهقي ١٠/٢٢٨، كتاب أدب القضاء، باب إنصاف الخصمين في المدخل عليه ٠٠٠".
والحاكم ٤/١٠٦، وواقفه الذهبي. وقال: صحيح الاسناد.
قال ابن الملقن في تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ٢/٥٧٤، تحقيق عبد الله اللحاني، ط ١، ١٤٠٦هـ.

"فيه وقفه لأجل مصعب بن ثابت الذي في سنده".
وقال الحافظ في التلخيص ٤/١٣٩، "وفي إسناده مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير، وهو ضعيف". وانظر: البدر المنير ٢/٤٣٣.

(٢) في: ز "ذكرة".

(٣) انظر: الروضة ١١/١٦١، ومغني المحتاج ٤/٤٠٠.

(٤) الخبر أخرجه البيهقي ١٠/٢٣٠، كتاب آداب القاضي، باب إنصاف الخصمين "وضعه".

انظر: البدر المنير ٢/٤٣٣، حيث قال عنه "حديث منكر".

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤ / بنفس لفظ البدر المنير.

وقال الألباني في ارواء الغليل ٨/٢٤٢، فضل في آداب القاضي "ضعيف".

الاستحباب، ونص الأكثرون على الوجوب^(١). ولَيَقْبَلُ القَاضِي على الخصمين بمجامع ولا يسيادة، ولا ينهرها، ولا يصيح قلبه وعليه السكينة، ولا يمازح أحدهما، ولا يضحكه، ولا يشير إليه أولاً يتعنت عليها، إذا لم يفعلها الشهود بأن يقول: لم تشهدون؟ وما هذه الشهادة؟ فيشوش عليهم، ولا يلغن المدعي ما يقتضي التأديب الدعوى بأن يقول: ادع عليه كذا، ولا المدعى عليه الإقرار والإنكار، ولا يُجَرِّي المائل إلى النكول على اليمن، وكذا لا يلغن الشاهد الشهادة، ولا يجزّيه إذا مال إلى التوقف، ولا يشككه ولا يمنعه إذا أراد الشهادة، وهذا في حقوق الآدميين. وأما في حدود الله تعالى فالقاضي يرشد إلى^(٢) الإنكار، على ما هو مبين في موضعه^(٣) وإذا كان يدعي دعوى غير محررة، قال: الإصطخري يجوز أن يبيّن له كيفية الدعوى الصحيحة، وقال: غيره لا يجوز، لأنه يكسر قلب الآخر. وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين، قال: في "العدة". "والأصح الجواز" ولا بأس بالاستفسار، مثل أن يدعي دراهم فيقول، أهي صحاح أم مكسورة؟ وعن أبي حنيفة^(٤) منعه أيضاً. ويستحب للحاكم إذا أراد الحكم، أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قامت البينة عليك بكذا، ورأيت الحكم عليك، ليكون أطيب لقلبه، وأبعد عن التهمة. وعن نصه رضي الله عنه "في الأم" أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم ويؤخر الحكم اليوم، واليومين، إذا سألهما، فجعله في حلّ من التأخير فإن لم يجتمعا على التحليل، لم يؤخر.

المسألة الثانية: إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي فله أن يسكت حتى يتكلما، وله أن يقول: ليتكلم المدعي منكما، وأن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم ولو مخاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه كان أولى، فإذا ادعى المدعي طالب خصمه بالجواب، وقال: ماذا تقول؟ وفيه / وجه: إنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأل المدعي، (٤٦٨/ز) كما لا يطالب بإيفاء المال حتى يسأل المدعي.

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والحاوي ٣٤٦/٢٠، والمهذب ٣٨٢/٢، والروضة ١٦١/١١،

ومغني المحتاج ٤٠٠/٤.

(٢) "إلى" ليست في: أ.

(٣) في كتاب الحدود. انظر: الوجيز ١٧٧/٢، والمنهاج ص ٢٣٤، وكتاب قطع السرقة، والروضة

١٦١/١١، ومغني المحتاج ١٧٥/٤.

(٤) انظر: الهداية ١٠٣/٣.

ثم ينظر في الجواب، إن أقرّ بالمدعى، فللمدعى أن يطلب من القاضي الحكم عليه، وقال^(١) الشيخ أبو حامد: وحينئذ يحكم، بأن يقول له: اخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك، وما أشبهها^(٢). ويثبت للمدعى بمجرد الإقرار، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يفتقر إليه، كالثبوت بعد إقامة البينة.

وأصحهما^(٣): المنع، فإن دلالة الإقرار على الحق بينة إذ الإنسان على نفسه بصيرة، والبينة يحتاج في قبولها إلى النظر، والاجتهاد، هكذا ذكرت المسألة والطبع، لا يكاد يقبل الخلاف فيها، لأنه إن كان الكلام في ثبوت الحق المدعى في نفسه، فمعلوم أنه لا يتوقف على الإقرار، فكيف على الحكم، بعد الإقرار؟ وإن كان المراد المطالبة، والإلزام، فلا خلاف في أن للمدعي الطلب بعد الإقرار، وللقاضي الإلزام، وإن نظر ناظر، إلى وجه ذكرناه في^(٤) الإقرار: أن الإقرار^(٥) المطلق، لا يكفي للمؤاخذة، بل يسأل المقر عن سبب الزوم. وقال: إذا كان الإقرار المطلق مختلفاً فيه، كان في محل النظر، والاجتهاد، فاعتبر قضاء القاضي على رأي فهذا^(٦) شيء لا يختص بالإقرار بعد^(٧) الدعوى في مجلس القاضي، بل ينبغي أن يطرد في كل^(٨) إقرار، وإن أنكر المدعى عليه، فللقاضي أن يسكت، وله أن يقول للمدعي: ألك بينة، وقد روى ذلك عن النبي ﷺ: "في تداعى الحضرمي، والكندي على ما سيأتي إن شاء الله تعالى^(٩)".

(١) "و" ليست في: ز.

(٢) في: أ، ب، ظ. وما أشبههما.

(٣) انظر: الروضة ١١/١٦٢، ومغني المحتاج ٤/٤٠١.

(٤) "في" ليست في: ز.

انظر: الوجيز ١/١٩٤، فتح العزيز مع المجموع ١١/٨٩ و ٩٠، الروضة ٤/٣٤٩.

(٥) "إن الإقرار" ليست في: أ.

(٦) في: ز "وهذا".

(٧) في: ز "بعد بالإقرار".

(٨) "بل ينبغي أن يطرد في كل إقرار" ليست في: ب، ظ.

(٩) في كتاب الدعاوي والبيانات ص ٧٠٥.

وفي وجه: لا يقول ذلك، لأنه كالتلقين^(١).

ثم إن قال المدعي لي بيينة، وأقامها^(٢)، فذاك، وإن قال: لا أقيمها، وأريد يمينه، مُمْكِنٌ منه، فإنه إن تورع عن اليمين، وأقر سهل الأمر على المدعي، واستغنى عن إقامة البيينة.

وإن حلف، أقام البيينة، وأن بان^(٣) كذبه، وخيانتته، فله إذا^(٤) في التحليف غرض ظاهر. وإن قال: ليست لي بيينة حاضرة، فحلف المدعى عليه، ثم جاء المدعي^(٥) بيينة سمعت، ولعلها حضرت، وإن قال: لا بيينة لي حاضرة، ولا غائبة، أو قال: كل بيينة أقيمها فهي باطلة، أو كاذبة، أو بيينة زور، ثم جاء بيينة، فوجهان: أظهرهما على ما ذكره صاحب الكتاب والعراقيون: أنها تسمع، لأنه ربما لم يعرف، أو نسي ثم عرف وتذكر^(٦).

والثاني: المنع، للمناقضة، إلا أن يذكر لكلامه هذا التأويل^(٧)، فيقول: كنت جاهلاً، أو ناسياً. ولو قال: لا بيينة لي، واقتصر عليه، ففي "التهذيب" أنه كما لو قال: لا بيينة لي حاضرة. ومنهم من قال: هو كما لو قال: لا حاضرة، ولا غائبة حتى يكون على الوجهين، وهذا ما أورده في "الكتاب"^(٨)، ولو قال: شهودي عبيد، أو فسقة، ثم أتى بشهود، تقبل شهادتهم إن مضى زمان قابل للعتق، والاستبراء^(٩).

(١) "والصحيح الأول" ذكره النووي في الروضة ١١/١٦٣.

(٢) في: ز "فأقامها".

(٣) "وإن" ليست في: ز.

(٤) "إذا" ليست في: ز.

(٥) "المدعي": ليست في: ز.

(٦) انظر: الروضة ١١/١٦٣، ومغني المحتاج ٤/٤٠١.

(٧) "التأويل" هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب "تأويلاً" كما جاء في الروضة ١١/١٦٣،

ومغني المحتاج ٤/٤٠١.

(٨) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢.

(٩) انظر: الروضة ١١/١٦٣، ومغني المحتاج ٤/٤٠١.

فرع: حكى القاضي: أبوسعده الهروي^(١): وجهين في أن الحق يجب بفراغ المدعي، من اليمين المردودة، أو لا بد من حكم الحاكم؟ وأشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة، كالإقرار، أو^(٢) كالبينة؟

قال [الغزالي]: فإن تزاحم^(٣) المدعون، قُدِّم السابق، وإن تساوا أقرع، ولا يقدم لشرف^(٤) إلا المسافر المستوفى والمرأة فيقدمهما^(٥) إن رأى فيه^(٦) مصلحة، وكذلك يفعل المفتي، والمدرس عند التزاحم، ثم السابق بالقرعة، يقنع بخصومة واحدة، ولا يزيد، أو إن اتحد المدعى عليه. وإن سبق^(٧) أحدهما إلى الدعوى، فقال^(٨) الآخر كنت أنا المدعي، لم ينفعه بل يجيب أولاً، ثم يدعي).

المسألة الأولى:
إذا ازدحم
جماعة من
المدعين

[قال الرافعي] فيه ثلاث مسائل: إحداها: إذا ازدحم جماعة من المدعين^(٩)، نظر، إن جاؤوا على التعاقب، وعرف الترتيب، قدم منهم الأسبق، فالأسبق، والاعتبار بسبق المدعي دون المدعى عليه، وإن جاؤوا معاً، أو لم^(١٠) يعرف الترتيب، أقرع بينهم^(١١)، وقدم من خرجت قرعته، فإن كثروا وعسر الإقراع، كتب أسماءهم في رقاع وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدة، بعد واحدة، ويسمع دعوى من خرج^(١٢) اسمه في كل مرة، ويستحب للقاضي أن يرتب ثقة، يثبت أسماء الحاضرين يوم قضائه،

(١) "الهروي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "و".

(٣) في: ز "فإن تزاحمت".

(٤) في: أ، ب، ظ "بشرف".

(٥) في: أ، ب، ظ "يقدمها".

(٦) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: أ، ب، ظ "ولو".

(٨) في: أ، ب، ظ "وقال".

(٩) في: ز "المدعين".

(١٠) في: أ، ب، ظ "وإن لم".

(١١) "أقرع بينهم" ليست في: ب، ظ.

(١٢) في: ز "يجرج".

ليعرف^(١) الترتيب بينهم، ولو قدم الأسبق غيره، على نفسه جاز، والمفتي والمدرس عند الازدحام يُقدِّمان أيضاً بالسبق، أو بالقرعة، نعم، لو كان الفن الذي يُعلمه خارجاً عن فروض الكفایات، فالاختيار إليه، في تقديم من شاء. ولا يقدم بعض المدَّعين بشرف وغيره، إلا في موضعين:

أحدهما: إذا كان في المدَّعين مسافرون مستوفزون، وهم الذين شدوا الرحال، ليخرجوا.

ولو أُخرَّ أمرهم لتخلفوا عن رفقاتهم، فإن قَلُّوا قَدِمُوا لثلاثاً يتضرروا^(٢) بالتخلف، وإن كثروا المساواة المسافرين أهل البلد أو زيادتهم كالحجيج بمكة لم يُقدِّموا^(٣)، وكانوا كالمقيمين، فيراعى السبق، أو^(٤) القرعة، وفي "المهذب"^(٥) وغيره، وجه آخر: أنه لا تقديم بالسفر أصلاً.

والثاني: لو كان في الحاضرين نسوة، ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن، قدمهن^(٦)، وفيه وجه آخر: أنهن لا يقدمن، ولكن التقديم^(٧) فيما إذا لم يكثرن كما في المسافرين. وما ينبغي أن يفرق بين أن يكون المسافر مدعياً، أو مدعى عليه، وكذا المرأة^(٨)

والظاهر: أن^(٩) تقديم المسافر، والمرأة ليس بمستحق وإنما هو نوع رخصة^(١٠)

-
- (١) في: ز "فيعرف".
(٢) في: أ، ب، ظ: "يتضرر".
(٣) على الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٦٤، ومغني المحتاج ٤/٤٠٢.
(٤) في: أ، ب "و".
(٥) انظر: المهذب ٢/٣٨٢.
(٦) على الصحيح. انظر: المصدرين السابقين.
(٧) في: ز "وليكن المقدم".
(٨) "وكذا المرأة" ليست في: ب، ظ.
(٩) في: أ "لأن".
(١٠) الرخصة لغة: التسهيل في الأمر والتيسير. المصباح ١/٢٢٣.
وشرعاً: "الحكم الثابت على خلاف دليل الوجوب أو الحرمة لعذر". القاموس الفقهي ص ١٤٦.

يجوز الأخذ به، وبذلك يشعر لفظ "المختصر"^(١)، ويوافقه قوله في الكتاب "إن رأى فيه مصلحة" ومنهم من يشعر إيراده بالاستحقاق. ثم لا يخفى أن السفر والأنوثة إنما يقتضيان التقديم على المقيمين، وعلى الرجال، فأما المسافرون بعضهم مع بعض والنسوة بعضهم مع بعض، فالرجوع فيهم إلى السبق، أو القرعة^(٢)

المسألة الثانية:
المقدم بالسبق
أو القرعة

الثانية: المقدم بالسبق أو بالقرعة، إنما يقدم في دعوى واحدة، ولا يمكن من أن يزيد فيضر بالآخرين، بل ينصرف إلى أن يحضر في مجلس آخر، أو ينتظر فراغ القاضي من سماع دعوى سائر الحاضرين، فحينئذ تسمع دعواه الثانية، إن لم يضر^(٣)

ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة، على الذي ادعى عليه الدعوى الأولى، أو على غيره. وفيه وجه: أن الزيادة على الدعوى الأولى مسموعة، إذا اتحد المدعى عليه، ويجعل اتحاد المتداعيين^(٤) كاتحاد الدعوى.

ثم الناقلون لهذا الوجه: منهم من أطلق، وقيد في "الوسيط"^(٥). فقال: تسمع إلى ثلاث دعاوي، وتسمع على من ادعى عليه دعوى ثان، وثالث، لأن الدعوى للمدعي، وقد تعدد المدعون. ونقل القاضي ابن كج هاهنا وجهين غريبين: أحدهما: أن المقدم بدعوى واحدة لا تسمع منه الدعوى الثانية، إلا في مجلس آخر، وإن فرغ القاضي من سماع دعوى الحاضرين، فعليهم بعد ذلك ترفيها^(٦)

والثاني: أنه لا تسمع على الواحد إلا دعوى واحدة كما لا تسمع من الواحد إلا دعوى واحدة^(٧).

فرع: المقدم بالسفر يجوز أن لا يقدم أيضاً، إلا بدعوى واحدة، ويجوز أن يقدم بجميع دعاويه، لأن الغرض من تقديمه أن لا يتخلف عن الرفقاء، ويجوز أن يقال: إذا

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٢، وانظر: الروضة ١١/١٦٤، ومغني المحتاج ٤/٤٠٢.

(٢) في: أ، ب، ظ "والقرعة".

(٣) أي القاضي. انظر: الروضة ١١/١٦٤.

(٤) في: أ "المتداعيين".

(٥) انظر: ٣١٤/٧.

(٦) في: أ، ب، ظ: "ترفهه".

(٧) "كما لا يسمع . . . واحدة" ليس في: ز.

عرف أن له دعاوي، فسيبيله سبيل المقيمين، لأن في تقديمه بجميع الدعاوي، إضراراً
بغيره، وتقديمه بالدعوى الواحدة، لا يحصل الغرض^(١).

المسألة الثالثة:
تنـازع
الخصمان

الثالثة: تنازع الخصمان، وزعم كل واحد منهما، أنه هو 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، وتشاجرا، سأل القاضي العون، فمن أحضره العون،
فهو المدعي عليه، فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بينة لأحدهما، أنه أحضر الآخر
ليدعي عليه. وإن استوى الطرفان، أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ادعى.
وقيل يقدم القاضي أحدهما باجتهاده.

[في حكم إجابة القاضي لوليمة الخصمين أو غيرهما]

(قال [الغزالي] ولا ينبغي أن يحضر، ولائم الخصمين، ولا بأس بوليمة
غيرهما، إذا لم يكن هو المقصود بالدعوة).

[قال الرافعي]: في أن الإجابة إلى الوليمة تجب، أو تستحب مستوفى في^(٢) باب
الوليمة، والنثر^(٣). وذلك في حق غير القاضي.

فأما القاضي فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال تخاصمهما ولا وليمتهما،
لأن أحدهما: قد يزيد في إكرامه، فيميل قلبه إليه. وأما وليمة غيرهما، فعن بعض
الأصحاب فيما رواه صاحب "الإفصاح" وغيره: أنه يجيء قول وجوب الإجابة في حق
القاضي أيضاً. وفي "أمالي" أبي الفرج أن بعضهم قال: لا تجوز له^(٤) الإجابة أصلاً، لأنه

(١) قال النووي: "الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة، أو ضعيفة، بحيث لا يضر بالباقيين إضراراً بيناً،
قدم بجميعها، وإلا فيقدم بواحدة، لأنها مأذون فيها، وقد يقنع بواحدة، ويؤخر الباقي إلى أن
يخصه". ذكره في الروضة ١١/١٦٥. وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٠٢.

(٢) "في" ليست في: أ، وفي ب، ظ "مشتق".

(٣) انظر: الوجيز ٢/٣٥، والروضة ٧/٣٣٣، حيث قال: "والصحيح أنها مستحبة".

وانظر: مغني المحتاج ٣/٢٤٥، وفي قول: "أنها واجبة" وانظر: المختصر ص ١٨٤، والحاوي
١٢/١٩٢، والمهذب ٢/٨٢.

(٤) "له" ليست في: أ، ب، ظ.

أجبر على^(١) المسلمين، ولا ندري متى يتحاكم إليه الخصمان^(٢)، وظاهر المذهب^(٣):
التوسط: وهو أنها لا تجب، ولا تحرم، ولكنها مستحبة بشرط التعميم، فإن كثرت
وقطعته عن الحكم، ترك إجابة الكل، ولم يخص بعض الناس، نعم لو كان يخص
إنساناً قبل الولاية بإجابة وليمته فعن نص الشافعي رضي الله عنه، فيما حكاه القاضي
ابن كج: أنه لا بأس بالاستمرار عليه^(٤). وتكره الإجابة إلى دعوة اتخذت للقاضي
خاصة، أو^(٥) للأغنياء ودعي فيهم، ولا تكره الإجابة إلى ما اتخذ للحيران، وهو منهم،
أو^(٦) للعلماء ودعي فيهم.

واعلم أن إجابة غير^(٧) الوليمة من الدعوات مستحبة، وظاهر ما أطلقه الأئمة
ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضاً، وإن كان الاستحباب في الوليمة أكد.
ومنهم من خصص الاستحباب بالوليمة، ويحكي هذا عن ابن القاص^(٨) ولا
يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر، لأنه ينكسر قلبه، ويجوز أن يضيفهما
معاً^(٩).

كما^(١٠) روي عن علي كرم الله وجهه: أن النبي ﷺ قال: "لَا يُضِيفُ أَحَدَكُمْ
أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خَصْمَهُ مَعَهُ"^(١١).

-
- (١) في: أ، ب، ظ "أجبر المسلمين".
(٢) في: ز "الخصمان إليه".
(٣) قال النووي في الروضة ١١/١٦٥. "وأما وليمة غير الخصمين فثلاثة أوجه أحدها: تحرم عليه
الإجابة إليها، والثاني: تجب إذا أوجبتها على غيره. والثالث: وهو الصحيح. لا تحرم، ولا تجب،
بل تستحب بشرط التعميم ٠٠٠" وانظر: مغني المحتاج ٤/٣٩٢.
(٤) انظر: الأم ٦/٢٠٤، والمختصر ص ١٨٤، والحاوي ١٢/١٩٢.
(٥) "أو" ليست في: أ، ب، ظ.
(٦) في: ز "وللعلماء".
(٧) "غير" ليست في: ظ.
(٨) في أدب القاضي ١/١١٢.
(٩) على الصحيح: انظر: الروضة ١١/١٦٦، ومغني المحتاج ٤/٣٩٣.
(١٠) "كما" ليست في: ز.
(١١) أخرجه البيهقي ١٠/٢٣٢ و ٢٣٣، في باب لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم إلا وخصمه
معه، من كتاب آداب القاضي.

وعن أبي الحسين، أن أبا إسحاق قال: لا يضيفهما معاً أيضاً، لأنه قد يتوهم كل واحد منهما أن المقصود بالدعوة صاحبه، وأنه تبع فيكسر قلبه، لكن هذا يُشكل بسائر وجوه التسوية. وللقاضي أن يشفع لأحدهما وأن يؤدي المال عمن عليه، فإنه ينفعهما جميعاً.

[في عيادة المرضى وحضور الجنائز ونحو ذلك]

[قال الرافعي] فرع: القاضي يعود المرضى، ويشهد الجنائز، ويזור القادمين لما فيها من البر والثواب، وإذا لم يمكنه الاستيعاب أتى بما أمكنه من كل نوع، ويخص به من عرفه، وقرب منه.

وفرقوا بين هذه الأمور، وبين إجابة الوليمة، حيث يترك الكل، إذا لم يمكنه الاستيعاب، بما لاتسكن النفس إليه، وهو أن أظهر الأغراض في إجابة الوليمة إكرام صاحبها، فالتخصيص إثارة، وميل، وأظهر الأعراض في العيادة، وما في معناها، الثواب، فلا يترك، المقدر عليه^(١) منها، كيلا يفوته الثواب، ولعدم إيضاح هذا الفرق، ذهب القاضي أبو حامد فيما حكاه ابن المرزبان^(٢) عنه سماعاً، أنه كالإجابة إلى الوليمة. إما أن يستوعب، أو يترك الكل، ولم يفرق الأكثرون في العيادة، وشهود الجنائز بين المتخاصمين وبين سائر الناس، وذلك مناسب لقولهم، إن النظر فيها إلى الثواب، دون الأشخاص^(٣)، وفي "أمالي" أبي الفرج: أنه لا يعود الخصم، إذا مرض، ولا يزوره إذا قدم، لكن يشهد جنازته إذا مات" والله أعلم بالصواب.

= وقال عنه: في البدر المنير ٤٣٣/٢، رواه البيهقي وضعفه. قال: وله متابع".
وقال الحافظ ابن حجر ١٩٣/٤ "وهذا إسناد ضعيف منقطع" وانظر: إرواء الغليل ٢٥٠/٨ و ٢٥١، فقد وضعفه أيضاً.

(١) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) المرزبان: هو علي بن أحمد البغدادي، أبو الحسن بن المرزبان. أحد أئمة المذهب، وأصحاب الوجوه، نقل عنه الرافعي في مواضع كثيرة. توفي سنة ست وستين وثلاثمائة.
انظر: ترجمته في: تاريخ بغداد ٣٢٥/١١، وشذرات الذهب ٥٦/٣، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٤٢/١.

(٣) وهو الصحيح: انظر: الروضة ١٦٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.

[الفصل الرابع: في التزكية]

قال [الغزالي] الفصل الرابع في التزكية

ويجب على القاضي: الاستزكاء مهما شك^(١)، وإن سكت الخصم، إلا أن يقر الخصم بعد التهما^(٢).

[قال الرافعي] المقصود الآن الكلام في البحث عن حال الشهود، وتزكيتهم. وأول ما ذكره أنه لا يجوز للقاضي أن يتخذ شهوداً معينين لا يقبل شهادة غيرهم، لما فيه من التضييق على الناس، فإنه قد يتحمل الشهادة غيرهم، فإذا لم يقبل، ضاع الحق، وقد قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(٣) / فأطلق، وإذا شهد عنده شهود. نُظِر: (٤٧٠/ز) إن عرف فسقمهم رد شهادتهم، ولم يحتج إلى بحث، وإن عرف عدالتهم قبل شهادتهم، ولا حاجة إلى التعديل، وإن طلبه الخصم، ففيه^(٤) وجه ذكرناه في فصل القضاء بالعلم^(٥).

وعن أبي حنيفة^(٦) رحمه الله فيما رواه صاحب "التهذيب" أنه إذا طلب الخصم، فلا بد من التعديل، وإن لم يعرف القاضي حالهم في الفسق، والعدالة، لم يجز له، قبول شهادتهم، والحكم بها، إلا بعد الاستزكاء، والتعديل سواء طعن فيهم^(٧) الخصم، أو سكت، وبهذا قال: مالك^(٨) وأحمد^(٩) رضي الله عنهما، وساعدنا أبو حنيفة رحمه الله فيما إذا كانت الشهادة على القصاص، والحدود، وقال: في المال إذا عرّف

(١) في: ز "مما سكت، وإن شك الخصم".

(٢) في: ز "عن عدالة"

(٣) سورة الطلاق، آية ٢.

(٤) في: ب، ظ "وفيه".

(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤١، والروضة ١١/١٥٦، ومغني المحتاج ٤/٣٩٨، وانظر ص ٢٩٤.

(٦) انظر: فتح القدير ٦/٤٥٧.

(٧) "فيهم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٢.

(٩) انظر: المقنع ص ٣٣٢.

إسلام الشهود^(١) لم يحتج إلى البحث عن عدالتهم^(١)، إلا أن يطعن فيهم الخصم.

واحتج الأصحاب^(٢): بأنه حكم بشهادة، فيشترط فيه البحث عن شرط^(٣) الشهادة، كما إذا طعن الخصم، وكما إذا كانت الشهادة على القصاص، وكما إذا جهل إسلام الشهود، فإنه يجب البحث عنه^(٤)، على ما سنذكره ولا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال المسلم العدالة، كما لا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال من في دار الإسلام، الإسلام.

وإن أقر الخصم بعدالة الشاهدين^(٥) ولكن قال: أخطأ في هذه الشهادة، ففيه وجهان: أحدهما: أنا إنما كنا نبحث لحقه، فإذا اعترف بعدالتهما أغنانا عن البحث، والتعديل.

والثاني: ^(٥) لا بد من البحث، والتعديل لحق الله تعالى^(٦).

ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة الفساق، وإن رضي الخصم به، وأيضاً فالحكم بشهادة الإنسان يتضمن الحكم بعدالته، والحكم بالعدالة، بتعديل واحد، لا يجوز، وهذا أقوى في المعنى، وإليه يميل كلام صاحبي "المهذب"^(٧) و"التهذيب"^(٨).

والمذكور في الكتاب^(٩) هو الأول. ولو صدقهما فيما شهدا به فيقضي القاضي عليه بإقراره بالحق، ويستغني عن البحث عن حال الشاهدين، وكذا لو شهد واحد فصدقه.

(١) انظر: فتح القدير ٤٥٧/٦.

(٢) في: ب، ظ "الخصم".

(٣) "شرط" ليست في: ز.

(٤) "عنه" ليست في: ز.

(٥) في: ز "أنه لا بد".

(٦) وهو الصحيح ذكره النووي في الروضة ١١/١٦٧. وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٠٣.

(٧) انظر: المهذب ٢/٣٨٧.

(٨) انظر: التهذيب ٨/٢٣٨.

(٩) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢.

ولو شهد شاهدان معلوما العدالة، ثم أقر المشهود عليه بما شهدا به، قبل أن يحكم القاضي، فالحكم يستند إلى الإقرار، دون الشهادة، أو يستند إليهما جميعاً؟ حكى القاضي أبو سعد الهروي فيه وجهين: قال والمذهب^(١) منهما الأول.

والثاني: حكاه "الفوراني"^(٢) في "المنظرة" وذكر أنه لو أقر بعد الحكم بشهادة الشاهدين، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له، أو قبله، وأنَّ فيما إذا أقر قبل التسليم وجهاً آخر، وأنَّه لو قال: الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة ما تشهد به عليّ فأنت عدل صادق، لم يكن ذلك إقراراً، لكنه تعديل للشاهد، إن كان من أهل التعديل. ولو جهل القاضي إسلام الشاهد لم يقنع بظاهر الدار، ولكنه^(٣) يبحث عنه، ويكفي فيه الرجوع إلى قول^(٤) الشاهد، لأن أعرابياً شهد عند رسول الله صلى الله عليه وسلم برؤية الهلال، فسأله عن إسلامه وقبل شهادته^(٥) ولو جهل حرّيته يبحث^(٦) أيضاً.

وهل يكفي فيها قول الشاهد؟ على وجهين: أحدهما: نعم. كما في الإسلام، وأظهرهما^(٧): على ما قاله في: "المهذب"^(٨) لا كما في العدالة، ويخالف الإسلام، فإنه يستقل به، فيقبل قوله فيه، وليست الحرية كذلك.

(١) انظر: الروضة ١١/١٦٧، ومغني المحتاج ٤/٤٠٣.

(٢) سبقت ترجمته ص ٣٤١.

(٣) في: أ، ب، ظ: ولكن.

(٤) في: أ "قولي".

(٥) أخرجه: أبو داود في سننه ٢/٣٠٢، كتاب الصيام، باب في شهادة الواحد على رؤية رمضان، حديث (٢٣٤٠).

وأخرجه الترمذي في سننه ٢/٩٩، كتاب الصوم، باب ماجاء في الصوم بالشهادة حديث ٦٨٥، وقال: روي مرسلًا.

وأخرجه ابن ماجه في سننه ١/٥٢٩، كتاب الصيام، باب ماجاء في الشهادة على رؤية الهلال، حديث ١٦٥٢.

"وقال النسائي: إنه أولى بالصواب". انظر: تلخيص الحبير ٢/١٨٧.

(٦) في: ب، ظ: "يبحث".

(٧) وهو الأصح، ذكره النووي، الروضة ١١/١٦٨.

(٨) انظر: المهذب ٢/٣٧٧.

وقوله في الكتاب: "ويجب على القاضي الاستزكاء مهما شك"^(١). إشارة بقوله: مهما شك، إلى أنه إذا علم حال الشهود، لا يستزكي على ماسبق. وقوله: "وإن سكت الخصم"، معلم بالحاء، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً، لأن القاضي أبا القاسم ابن كج: روى عن بعض الأصحاب: أن الاستزكاء، إنما يجب إذا طلبه الخصم، لأنه حقه. فرع: قال في "العدة" لو استفاض فسق الشاهد بين الناس، فلا حاجة إلى البحث، والسؤال، وينزل المستفيض منزلة المعلوم.

[في كيفية الاستزكاء]

(قال [الغزالي]: وليكتب إلى المزكين اسم الشاهدين^(٢)، والخصمين، فلعنه يعرف بينهم عداوة، وقيل: يكتب قدر المال، أيضاً^(٣)، فرمما يعدل في اليسير، دون الكثير، وقيل: العدالة لا تتجزأ).

[قال الرافعي] غرض الفصل بيان كيفية الاستزكاء.

واعرف أولاً شيئين: أحدهما: أن القاضي ينبغي أن يكون له مزكون، وأصحاب مسائل، والمزكون هم المرجوع إليهم ليتبينوا حال الشهود، وأصحاب المسائل الذين يعثهم القاضي إلى المزكين ليبحثوا، ويسألوا، وربما فسّر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي^(٤) رضي الله عنه بالمزكين، أنفسهم، إما لأنهم مسؤولون أو لأنهم إذا لم يعرفوا سألوا من يعرف من الجيران، وأهل الخبرة^(٥) ورفقاء السفر، والمعاملين^(٦).

والثاني: المخبرون عن فسق الشهود، وعدالتهم، ضربان:

أحدهما: من نصبه الحاكم للجرح والتعديل، إما مطلقاً، أو في واقعة خاصة، فيسمع الشهادة عليهما، وما ثبت عنده، أنهاه إلى القاضي.

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢.

(٢) في: ب، ظ "الشاهد".

(٣) في: ب، ظ أيضاً قدر المال.

(٤) انظر: الأم ٢/٢٠٤.

(٥) في: أ، ب، ظ: "الحرفة".

(٦) في: ب، ظ "العالمين".

والثاني: من يشهد بالعدالة، أو الفسق، ثم من هؤلاء من يشهد إصالة، ومنهم من يشهد بناء على شهادة غيره، والأول قد يعرف الحال فيشهد، وقد لا يعرف فيأمره القاضي بالبحث، والتفحص ليعرف فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس، من يبحث عن حاله، ويخالطه^(١) ليعرف إفلاسه، فيشهد.

وأما الثاني: فهو شاهد فرع.

والقياس الظاهر: أنه لا يشهد إلا عند غيبة الأصل، أو عذر^(٢) مانع من الحضور، ولذلك ذكره القاضي أبو سعد الهروي ويجيء من بعد ما ينازع فيه.

إذا تقرر ذلك: فإذا أراد القاضي البحث عن حال الشهود كتب اسم الشاهد، وكنيته إن أشتهر بها، وولاءة إن كان عليه ولاء، واسم أبيه وحليته، وحرفته، وسوقه، ومسجده، وكل ذلك لئلا يشتبه بغيره، فإن كان الرجل مشهوراً، وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، اكتفى به، ويذكر في الكتاب اسم المشهود عليه، فقد يكون بينه وبين الشاهد عداوة، واسم المشهود له فقد يكون بينه وبين الشاهد^(٣) ولادة، أو شركة تمنع قبول الشهادة، وفي قدر المال، وجهان: أحدهما: لا يذكره، لأن العدالة لا تختلف بقلة المال، وكثرته، ولا تتجزأ.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أنه يذكره^(٤). وقول الأول: إن العدالة لا تتجزأ.

حكى أبو العباس الروياني^(٥) فيه اختلافاً عن^(٦) الأصحاب، منهم من منعه،

(١) في: ب، ظ "يخالطه".

(٢) في: ز "عند".

(٣) من قوله "عداوة . . . وبين الشاهد" ليست في: ز.

(٤) وهو الصحيح: انظر: الروضة ١١/١٦٩، ومغني المحتاج ٤/٤٠٣.

(٥) هو: أحمد بن محمد بن أحمد الروياني الطبري. من أكابر فقهاء الشافعية. قاضي القضاة، حد

صاحب "البحر" مصنف "الجرجانيات". توفي عام ٤٥٠ هـ رحمه الله.

انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣/٣٢، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٥٨.

(٦) "عن" ليست في: ز.

وقال: قبول الشهادة مبني على غلبة الظن بصدق الشاهد، وقد يغلب على الظن الصدق في القليل دون الكثير، ومنهم من سلمه، وقال: إنما يذكره، لأن الكثير أجدر بالاحتياط، وذكر المال، قد يكون أطيب لقلب المزكي، وتبني على الخلاف في أن العدالة هل تنجزاً، إنه لو عدل وقد شهد بمال قليل، ثم شهد في الحال بمال كثير، هل يحتاج إلى التزكية؟ ويكتب إلى كل مزك كتاباً، ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفي كل كتاب عن غير من يدفعه إليه، وغير^(١) من يبعثه إليه، احتياطاً، ثم إذا وقف القاضي على ما عند المزكين، فإن كان^(٢) جرحاً لم يُظهِرهُ، وقال: للمدعي زد في الشهود، وإن كان تعديلاً، عمل بمقتضاه.

وحكوا وجهين، والحالة هذه أنه بم يحكم بقول المزكين، أم بقول أصحاب المسائل؟ فعن أبي إسحاق^(٣): أنه يحكم^(٤) بقول^(٥) المزكين، دون أصحاب المسائل^(٦)، لأن قولهم شهادة على شهادة، فكيف تقبل مع حضور^(٧) الأصل؟ وإنما هم رسل، وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً، فإن عاد بالجرح توقف القاضي، وإن عاد بالتعديل، دعا مزكين ليشهدوا عنده بعدالة الشاهد ويشير إليه، ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص، وعن الإصطخري: أنه إنما يحكم بقول أصحاب المسائل، وعلى هذا قال الشيخ أبو حامد: إنه ينبغي على ما ثبت عندهم بقول المزكين، وفي "الشامل": أنه إن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة، لأن المزكي لا يكلف الحضور عند الحاكم، وقول الإصطخري: أصح عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب وغيرهما. قالوا: وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل، وإن وصفاه بالفسق فعلى ما سبق، وإن وصفاه بالعدالة، أحضر الشاهد ليشهد بعدالته

(١) في: أ "عن".

(٢) "كان" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: ب، ز "قال: أبو إسحاق".

(٤) "أنه يحكم" ليست في: ب.

(٥) في: ب "لا يقول".

(٦) من قوله "فعن أبي إسحاق . . . دون أصحاب المسائل" ليست في: ظ.

(٧) في: ز "ظهور".

علانية، ويشيرا إليه، وقد يفيدك التأمل في كلام^(١) الأصحاب أن تقول: ما ينبغي أن يكون في هذا خلاف محقق، لكن إن^(٢) ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل، فحُكْمُ القاضي مبني على قوله، ولا يعتبر العدد، لأنه حاكم، وإن أمره بالبحث فبحث، ووقف على حال الشاهد، وشهد بما وقف عليه، فالحكم أيضاً مبني على قوله، ويعتبر العدد، لأنه شاهد، وإن أمره بمراجعة مزكّين فصاعداً، وبأن يعلمه ما عندهما، فهو رسول محض، والاعتماد على قولهما، فليحضرا، وليشهدا.

وكذا لو شهد على شهادتهما لأن شهادة الفرع مع حضور الأصل غير مقبولة. وقوله: في الكتاب: "فلعله يعرف بينهم عداوة". يعني بين الشاهدين^(٣) والمشهود عليه^(٤)، وأما العداوة بينهما وبين المشهود له، فإنها لا تقدر في الشهادة. وقوله: "وقيل: العدالة لا تتجزأ": أي فلا يكتب قدر المال، وفيه ما بيناه. والله أعلم.

[في صفات المزكي]

قال [الغزالي]: وصفة المزكي، كصفة الشاهد، لكن يجب أن يكون خبيراً بباطن من يعدله، بصحبته معه. ولا يعتمد في الجرح إلا العيان، وله أن يحكم بشهادة عدلين، إن نصب حاكماً في التعديل. ويجب إن يشافه القاضي به، ويأتي بلفظ الشهادة، فيقول: أشهد أنه عدلٌ مقبول الشهادة، فربَّ عدل مغفل، لا تقبل شهادته، ولا تكفي الرقعة مع شهادة رسولين عدلين^(٥)، ويجب ذكر سبب الجرح دون التعديل.

[قال الرافي]: فيه مسائل:

إحداهما: من^(٦) نصبه^(٧) حاكماً في الجرح والتعديل، اعتبر فيه صفات القضاة،

-
- (١) في: ز "كتاب".
 - (٢) "إن" ليست في: ب، ظ.
 - (٣) في: ب، ظ "الشاهد".
 - (٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.
 - (٥) "عدلين" ليست في: أ، ب، ظ.
 - (٦) في: ب، ظ "في نصبه".
 - (٧) نجي ز د ا نصب ١١

ومن شهد بالعدالة، والفسق اعتُبر فيه صفات الشهود، ويعتبر مع ذلك، العلم بالعدالة، والفسق وأسبابهما، ويعتبر أيضاً أن يكون المعدل^(١) خبيراً بباطن حال^(٢) من يعدُّله.

إما لصحبة^(٣)، أو جوارٍ أو^(٤) معاملةٍ، أو نحوه، روى أن شاهدين شهدا عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال: لهما، "إني لا أعرفكما ولا يضركما أن لا أعرفكما، فأتيا^(٥) بمن يعرفكما، فأتيا برجل فقال له^(٦) عمر رضي الله عنه: كيف تعرفهما، قال: بالصلاح، والأمانة، قال: هل كنت جارا لهما تعرف صباحهما، ومساءهما، ومدخلهما ومخرجهما، قال: لا، قال: هل عاملتهما بهذه الدراهم، والدنانير التي تُعرف بهما أمانات الرجال، قال: لا. قال: هل صاحبتهما في السفر الذي يسفر عن أخلاق الرجال؟ قال: لا. قال: فأنت لا تعرفهما، أتيا بمن يعرفكما"^(٧).

والمعنى فيه أن الانسان يخفي أسباب الفسق غالباً، فلا بد من معرفة بباطن حاله، وهذا كما أن في الشهادة على الإفلاس تعتبر الخبرة الباطنة، لأن الإنسان مشغوف بإخفاء المال، وفي الشهادة على أن لا وارث^(٨) سواه، تعتبر الخبرة الباطنة، لأنه قد يتزوج في السفر، أو في الحضر، ويخفيه فيولد له، قال: في "الوسيط"^(٩): ويجب على القاضي أن يعرف أن المزكي، هل هو خبير بباطن الشاهد، في كل تزكية؟ إلا إذا علم من عادته^(١٠)

(١) في: أ "العدل".

(٢) "حال" ليست في: ز.

(٣) "الصحبة" ليست في: ز.

(٤) في: ب، ظ "و" فقط. والصحيح أو.

(٥) في: أ، ب، ظ "أتيا".

(٦) "له" ليست في: أ.

(٧) خبر عمر رضي الله عنه: "أن شاهدين شهدا ٠٠٠ الخ"

أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٢١٣/١٠ و ٢١٤، باب من يرجع إليه في السؤال يجب أن يكون معرفته باطنة متقدمة، من كتاب آداب القضاة.

وانظر: البدر المنير ٤٣٧/٢. قال في التلخيص ١٩٧/٤ "قال العقيلي: الفضل مجهول، وما في هذا الكتاب حديث لمجهول أحسن من هذا ٠٠٠" وقال الألباني في الإرواء ٢٦٠/٨ "صحيح".

(٨) في: ز "والد".

(٩) انظر ٣١٨/٧.

(١٠) في: ز "عادتها".

أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة، وظاهر^(١) لفظ الشافعي رضي الله عنه: اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة^(٢).

ووجه ذلك: بأنها إذا لم تتقادم لم يمكن الاختبار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال شدة التفحص والإمعان فيه، يقوم مقام التقادم، ويمكن الاختيار في المدة اليسيرة، وليس ذكر التقادم، على سبيل الإشتراط، لأن الغالب أن المعرفة الباطنة، حينئذ تحصل، ويوضحه ما ذكرناه: أن القاضي قد يأمر بالبحث والتفحص عن حال الشاهد، ليعرف فيشهد، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة،/ وتضرر المتدعيان بالتأخير الطويل. هذا في (٤٧٢/ز) التعديل.

وأما في الجرح، فتعتمد^(٣) المعاينة أو السماع، فالمعاينة^(٤) بأن يراه^(٥) يزني، أو يشرب الخمر، والسماع كما إذا سمعه يقذف، أو يقر على نفسه بالزنا، وشرب الخمر، وإن سمع من غيره، نظر، إن بلغ المخبرون^(٦) حد^(٧) التواتر^(٨) جاز الجرح لحصول العلم، وإن لم يبلغوا حد التواتر، لكنه استفاض، وانتشر، فكذلك الجواب، فيما حكى ابن الصباغ، وصاحب "التهذيب" وغيرهما.

ولا يجوز الجرح بناء على خبر الواحد، والعدد اليسير نعم، له أن يشهد على

(١) في: أ "والظاهر".

(٢) انظر: الأم ٢٠٤/٦.

(٣) في: ز "فتعتبر".

(٤) في: أ "والمعاينة".

(٥) في: أ "رآه".

(٦) في: ب "المخزون".

(٧) في: أ "خير".

(٨) والتواتر: لغة عبارة عن تتابع أشياء. واحد بعد واحد، بينهما مهلة.

وشرعاً: أنه عبارة عن خبر جماعة بلغوا في الكثرة إلى حيث حصل العلم بقولهم". انظر: الاحكام ١٤/٢ و ٢٦. حيث قال: "وبالجمله فضابط التواتر ما حصل العلم عنده من أقوال المخبرين، لا أن العلم مضبوطٌ بعددٍ مخصوصٍ...".

شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة، وذكر في "المهذب"^(١) تفریعاً، على ما سبقت
حكايته عن الإصطخري: أن القاضي، إنما يحكم بقول أصحاب المسائل: أنه يجوز أن
يكون من^(٢) يخبر من الجيران، أصحاب المسائل، واحداً^(٣) إذا وقع في نفوسهم صدقه،
وهل يشترط التعرض لسبب^(٤) رؤية الجرح أو سماعه؟ قال: قائلون نعم: فلا بد وأن
يقول: رأيتة يزني، وسمعتة يقذف، وعلى هذا القياس استفاض عندي. وفي "الشامل" أنه
لا حاجة إليه، وليس للحاكم أن يقول: من^(٥) أين عرفت حاله، وعلى ما بنيت
شهادتك؟ كما في سائر الشهادات.

وهذا أقيس، ويحكى عن ابن أبي هريرة. والأول: أشهر^(٦).

ولا يجعل الجرح بذكر الزنا قاذفاً للحاجة، كما لا يجعل الشاهد قاذفاً، فإن لم
يساعده غيره، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا، هل يجعلون قذفة^{(٧)؟}^(٨)، وينبغي أن
يكون المزكون، وافرقي العقول^(٩) لئلا يخدعوا براء من الشحناء والعصبية في النسب،
والمذهب خوفاً من أن يحملهم ذلك على جرح عدل، أو تزكية فاسق. ويجتهد القاضي
في إخفاء أمرهم، حتى لا يشتهروا في الناس بالتزكية، وهل يشترط لفظ الشهادة من
المزكي؟.

فيه وجهان: كما ذكرنا في المسمع.

-
- (١) انظر: ٣٧٧/٢.
(٢) "من" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: أ "واحد".
(٤) في: ب "بسبب". وفي ز "الرؤية سبب".
(٥) "من" ليست في: أ.
(٦) انظر: الروضة ١١/١٧١، ونهاية المحتاج ٨/٢٥٣، ومغني المحتاج ٤/٤٠٥.
(٧) قال النووي: قلت المختار أو الصواب "أنه لا يجعل قاذفاً، وإن لم يوافق غيره، لأنه معذور في
شهادته بالجرح، فإنه مسؤول عنهما، وهي في حقه فرض كفاية، أو متعينة، فهو معذور بخلاف
شهود الزنا، فإنهم مندوبون إلى الستز، فهم مقصرون". والله أعلم. الروضة ١١/١٧٢.
(٨) نعم: إنهم قذفة على القول الصحيح. انظر: مغني المحتاج ٤/٤٠٥.
(٩) في: ز "العقل".

أظهرهما: نعم^(١). فيقول: أشهد أنه عدل. وهذا ما أورده في الكتاب^(٢).

وقال في "الوسيط"^(٣): إن اعتبرنا مشافهة القاضي فلا بد من لفظ الشهادة، وإن لم نعتبر، ففي اشتراطه في الكتابة، والرسالة، وجهان^(٤): ولا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين. الثاني، وفيه وجه آخر: نذكره^(٥) في باب الشهادة. وعن كتاب حرملة^(٦) أنه لو شهد شاهدان وعدلتهما آخران لا يعرفهما القاضي، وزكى الآخرين مزيان للقاضي، جاز^(٧).

المسألة الثانية: لا تثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي، لأن الخط لا يعتمد على ماسبق^(٨)، وإنما يكتب القاضي إلى المزكي، لأنه قد يحتاج إلى البحث، والتدبير الطويل، فكانت المراجعة بالرقاع أحسن، ثم الاعتماد على ما يجري أخيراً.

وعن القاضي الحسين جواز الاعتماد على الرقعة، كما عليه العمل، ثم ذكر في "الوسيط" تفريراً على الأول: أن الإصطخري قال: لا^(٩) يكفي رسولان مع الرقعة، وإن أظهر: وجوب المشافهة، وهذا ما أورده في الكتاب^(١٠)، وهو يبين إن كان القاضي

(١) وهو المذهب. انظر الروضة ١١/١٧٢، ومغني المحتاج ٤/٤٠٤.

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢.

(٣) انظر: ٣١٨/٧.

(٤) هما الأول: لا بد من المشافهة على الأصح.

والثاني: تكفي الكتابة والرسالة. وهو ضعيف.

قال في مغني المحتاج: "وهذا ما اختاره القاضي حسين وأصحابه وعليه عمل القضاة الآن من

اكتفائهم برؤية سجل العدالة". انظر: ٤/٤٠٣.

(٥) في: أ، ب، ظ: إنه نذكره.

(٦) حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة المصري، أبو حفص كان إماماً في الفقه والحديث، أحد

المشاهير من أصحاب الشافعي وكبار رواة مذهبه، صنف "المبسوط" و "المختصر". ولد سنة

ست وستين ومائة، ومات في سنة ثلاث وقيل: أربع وأربعين ومائتين رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٢، وتهذيب التهذيب ٢/٢٠١، وطبقات الشافعية لابن

قاضي شهبة ١/٦١.

(٧) في: أ "يجوز".

(٨) وهو الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٧٢ و ٣٧٢.

(٩) "لا" ليست في: أ، ب، ظ.

(١٠) الوجيز ٢/٢٤٢.

يحكم بشهادة المزكين^(١)، أما إذا ولى بعضهم الحكم بالعدالة والجرح، فليكن كتابه، ككتاب القاضي إلى القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي.

المسألة الثالثة^(٢): لا يقبل الجرح المطلق، بل لابد من بيان سببه^(٣) خلافاً لأبي

حنيفة رحمه الله^(٤).

لنا: أن الجرح قد يبني الجرح على ظن خطأ، كما قال: الشافعي رضي الله عنه "رأيت"^(٥) بمصر مزكياً يجرح رجلاً فسئِلَ عن سببه وأُلحَّ عليه، فقال: رأيتَه يبول قائماً" قيل: وما في ذلك قال: ترد الرياح من رشاشه على بدنه، وثيابه فيصلي فيه. قيل: رأيتَه^(٦) قد أصابه الرشاش، وصلى قبل أن يغسل ما أصابه، قال: لا"^(٧).

وأيضاً فالمذاهب^(٨) فيما يوجب الفسق مختلفة، فلا بد من البيان لعمل القاضي باجتهاده. ويجوز أن يقال: إذا عرف القاضي أنه لا يطلق الفسق إلا إذا تحقق سببه يجوز اعتماده، كما ذكرنا في الخبر عن نجاسة الماء في أبواب الطهارات^(٩). وأما التعديل فلا حاجة فيه إلى بيان السبب، لأن العدالة بالتححرر عن أسباب الفسق، وهي كثيرة يعسر ضبطها، وعدُّها، وفي "العدة" ذكر وجه ضعيف: أنه يجب بيان سبب التعديل أيضاً، وهل يكفي أن يقول هو عدل؟^(١٠)

(١) وهو المذهب. انظر: الروضة ١١/١٧٢، ومغني المحتاج ٤/٤٠٣.

(٢) "المسألة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "صريحاً". كقوله: هو زان، أو قاذف، أو سارق، ونحو ذلك، أو يقول ما يعتقده من البدعة

المنكرة". ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٠٤، ثم قال: "محل الخلاف في غير المنصوب للجرح

والتعديل" أما هو فليس للحاكم سؤاله عن السبب" انظر ٤/٤٠٥.

(٤) انظر: الهداية ٣/١٣٠.

(٥) "رأيت" ليست في: أ.

(٦) في: أ، ب، ظ "قد رأيتَه".

(٧) انظر: الأم ٦/٢٠٥.

(٨) في: أ "فالمذهب".

(٩) انظر: الوجيز ١/١٠، والروضة ١/٣٥ وما بعدها.

(١٠) الأصح نعم. أن يقول هو عدل. انظر: الروضة ١١/١٧٣، ومغني المحتاج ٤/٤٠٥.

قال في "الأم"^(١)، و "المختصر"^(٢)، لا يقبل التعديل حتى يقول عدل "علي ولي" فأخذ بظاهره آخذون، وعللوا اشتراطه بمعنيين.

أحدهما: عن أبي إسحاق: أن الإنسان قد يُعدَّل على الإطلاق، وقد يعدل في شيء دون شيء، وعلى شخص دون شخص.

وقوله: "هو عدل" بمجرد لا يفيد العدالة المطلقة، كقولنا: فلان صادق، فإذا ضم إليه قوله: علي، ولي، فقد أشار إلى العدالة المطلقة.

والثاني: أن اشتراطه ليتبين أنه ليس بوالد، ولا ولد^(٣)، فإن تزكية الولد والوالد^(٤) غير مقبولة، كالحكم لهما، وقال آخرون منهم: الإصطخري، وأبو علي الطبري: يكفي أن يقول: هو عدل، والزيادة عليه تأكيد، وهذا أقوى، وأصح على ما ذكره صاحب "التهذيب" وغيره. والمعنيان ضعيفان^(٥).

أما الأول: فلأن العدالة قضية عامة لا يوصف بها إلا من واطب على المفروضات واجتنب المحرمات، وبتقدير أن يكون الرجل عدلاً في شيء. دون شيء^(٦).

قوله: "علي ولي" لا يفيد العدالة المطلقة كقول القائل، فلان صادق علي ولي، فإنه لا يقتضي صدقه في كل شيء.

وأما الثاني فمن وجهين:

أحدهما: أن في قبول تزكية الوالد والولد، وجهين. إن قبلناها: سقط الكلام^(٧) وهو الذي أجاب به أبو الحسن العبادي، فلا نسلم أن قوله "عدل علي ولي" يفهم أنه ليس بوالد، ولا ولد، وهذا لأن العدل، عدل على أبيه، وابنه، ولهما، إلا أنه لا تقبل

(١) انظر ٢٠٥/٦.

(٢) انظر: ص ٣١٢.

(٣) في: ز "بولد ولا والد".

(٤) في: أ، ب، ظ: "الوالد والولد".

(٥) انظر: الروضة ١١/١٧٣.

(٦) "دون شيء" ليست في: أ.

(٧) في: أ، ز "وإلا" لعلها زائدة.

شهادته لهما، لمعنى البعضية، وبتقدير أن يفهم نفي البعضية، فالمعتبر^(١) / أن لا تكون (٤٧٣/ن) هناك بعضية، فإما أن يتعرض له **مطلقاً**^(٢) [فلم]^(٣) و^(٤) هذا كما أن الشاهد لغيره ينبغي أن لا يكون أباً له، ولا ابناً، ولا يشترط أن يقول لست بأبٍ ولا ابن.

والثاني: أنه لو كان الغرض بيان أنه ليس بأبٍ، ولا ابن، فهذا الغرض يحصل بقوله، هو عدل لي، فإن من تقبل شهادته له لا يكون أباً ولا ابناً^(٥)، فليخرج. قوله "علي" ومما يؤيد الوجه الثاني: أن^(٦) القاضي ابن كج نقل عن جماعة من الأصحاب أنهم جعلوا قول المزكي هو عدل مرضي، أو رضي مقبول^(٧) الشهادة كافياً^(٨) مغنياً عن قوله: "عليّ ولي" وحكوه عن نصه في حرملة، ومعلوم أن هذه الزيادات، لا تشتمل على معنى "عليّ ولي"، قول علي أن ذكره جرى تأكيداً، ثم حكى هذا القاضي تفرعاً على اعتبار كلمتي "علي، ولي" وجهين: أن اعتبارهما مخصوص بأخبار المسؤولين أصحاب المسائل، أو شامل لأخبارهم، إياهم، ولأخبار أصحاب المسائل القاضي ولا فقه في الفرق، ولا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيراً، لأنه قد لا يعرف منه إلا الإسلام، وبقوله^(٩)، لا أعلم منه ما يوجب ردّ الشهادة، ولأنه قد لا يعرف ما يوجب القبول أيضاً^(١٠). والله أعلم.

ولا يخفي بعدما ذكرنا المواضع المستحقة للعلامات من لفظ الكتاب، وأن قوله: "ولا يعتمد في الجرح إلا العيان" غير معمول بإطلاقه، وقوله: في الكتاب: "فيقول أشهد أنه عدل مقبول الشهادة ينبغي أن يُعرف فيه شيئان:

(١) في: ب، ظ "والمعتبر".

(٢) في: ف، ز: "مطلقاً".

(٣) "فلم" هكذا في جميع النسخ. ولا يظهر لها معنى.

(٤) "و" ليست في: أ.

(٥) في: ز: ابنا ولا أباً.

(٦) "إن" ليست في: أ.

(٧) في: ب، ظ "أو مقبول".

(٨) في: ب، ظ "وافياً".

(٩) في: ب، ظ بقول.

(١٠) "أيضاً" ليست في: ز.

أحدهما: أن الوصف بأنه مقبول الشهادة يجب أن يعني عن الوصف بالعدالة.
والثاني: أن في هذا الكلام إشعاراً بأن المزكي يتوظف عليه بيان أن شهادته مقبولة في الحادثة، ويوافقه قولنا: من قبل: أن القاضي يكتب اسم المشهود عليه، فقد تكون بينه وبين الشاهد، عداوة، واسم المشهود له فقد تكون بينهما ولادة، وعلى هذا، فالمزكي، كما يحتاج إلى البحث عن العدالة إذا لم يعرف بنفسه يحتاج إلى البحث عن المروءة، وعن التيقظ، لكن يشبه أن يقال: إن الحال تختلف بحسب سؤال^(١) القاضي، إن سأل عن قبول شهادته في الحادثة، تعرض المزكي للقبول واحتاج إلى الأبحاث المذكورة، إذا لم يُعرف، وإن سأل عن عدالته كفاه التعرض لها.

[فصل: في ترتيب القاضي بالشهود ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: فإن ارتاب القاضي بعد التزكية لتوهم غلط الشاهد، فليبحث وليسأل^(٢) عن التفصيل، فربما يختلف كلام الشاهد، فإن أصر على إعادة الكلام الأول، جاز له ذلك، وعلى القاضي الحكم بعد البحث. وإن بقيت الريبة. ويئنة الجرح تُقدّم^(٣) على بينة التعديل. وقول الواحد في الجرح، لا يُقابل بينة التعديل.

ولا يجوز الجرح، والتعديل بالتسامع، فإن شهد مرة أخرى روجع^(٤) المزكي ثانياً إن طال الزمان).

[قال الرافعي] فيه فروع: أحدها: إذا ارتاب القاضي بالشهود، أو توهم غلطهم، لخفة عقل وجدها فيهم، فينبغي أن يفرقهم، ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمل الشهادة، عاماً وشهراً، ويوماً، وغُدوة^(٥) وعشية، وعن

(١) في: ز "السؤال".

(٢) في: أ "يسأل".

(٣) في: ز "مقدمة".

(٤) في: ظ "فرجع".

(٥) في: أ "أو" والغُدوة: هي ما بين صلاة الصبح وطلوع الشمس. انظر: المصباح ٤٤٣/٢.

"وعشية" مؤنثة. قيل: ما بين الزوال إلى الغروب... وقيل: هو آخر النهار... وقيل: من

الزوال إلى الصباح. انظر: المصباح ٤١٢/٢.

مكان^(١) محلة، وسكة، وداراً وصفة، أو صحناً، ويسأل أنه تحمل وحده إن كان هناك غيره، وأنه كتب شهادته، أم لا، وكتب قبل ما كتب فلان أو بعده، وكتبوا بجبرٍ أو مداد^(٢) وما أشبه ذلك ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم، ويقف على عودة إن لم تتفق.

ويقال: إن أول من فرق الشهود دانيال^(٣) النبي عليه السلام شهد عنده شهود بالزنا على امرأة ففرقهم، وسألهم فقال: أحدهم زنت بشابٍ تحت شجرة كُمثرى. وقال آخر: تحت شجرة تفاح، فعرف كذبهم^(٤).

وإذا أجاب بعضهم عما سأل، لم يدعه يرجع إلى الباقين حتى يسألهم أيضاً كيلاً يخبرهم الأول بجوابه، ومهما اتفقوا في الجواب، ولم يتعرضوا للتفصيل، ورأى أن يعظهم، ويحذرهم عقوبة شهادة الزور، فعل، فإن أصروا، وجب القضاء، إذا تحقق شرطه^(٥)، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإن لم يجد فيهم خفة عقل، ومخيلة نقص، فالمنصوص، والمشهور أنه لا يفرقهم^(٦)، لأن فيه غضاً منهم، وذكر القاضي "الرويانى" في "جمع الجوامع": أنه يفرقهم أيضاً، ليقف على عودة^(٧) إن كانت.

(١) في: أ، ب، ظ: "مكانه".

(٢) في: ب، ظ "بمداد".

(٣) هو: دانيال بن حز عليه الصلاة والسلام. قيل: الأصغر: نبي من أنبياء بني إسرائيل. ذكر ابن كثير شيئاً من أخباره. انظر: البداية والنهاية ٤٠/١ و ٤١.

(٤) حديث: "إن أول من فرق الشهود دانيال ٠٠٠"

أخرجه البيهقي ٤٠٩/٨٠، كتاب الحدود، باب شهود الزنا إذا لم يجتمعوا على فعل واحد فلا حد على المشهود. وانظر: البدر المنير ٤٣٤/٢.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٤/٤ "٠٠٠ البيهقي من رواية أبي إدريس قال: كان دانيال أول من فرق بين الشهود. فذكره مطولاً".

وقد روى الحسن بن سفيان في مسنده، وابن عساكر في ترجمة سليمان من طريقه من حديث ابن عباس قصة طويلة لسليمان بن داود في الأربعة الذين شهدوا على المرأة بالزنا، لكونها امتنعت منهم أن يزنا بها، فأمر داود برجمها فمروا على سليمان، ففرق الشهود، ودرأ الحد عنها، فعلى هذا هو أول من فرق".

(٥) في: ب، ظ: "شروطه".

(٦) انظر: الأم ٢٠٤/٦، والروضة ١٧٣/١١، ومغني المحتاج ٤٠٩/٤.

(٧) "عورة" هكذا في جميع النسخ والروضة. والصواب "عودة" كما اثبتناه والله أعلم.

وقال: في "التهذيب": إن فرقهم بمسألة الخصم فلا بأس.

فإن قلت: متى يفرقهم القاضي قبل التزكية، أو بعدها^(١) وهل^(٢) هذا التفريق، والاستفصال^(٣) واجب، أو مستحب؟ قلنا: أما الأول: فإن صاحب الكتاب: أمر بالبحث، والاستفصال بعد التزكية، والذي ذكره أصحابنا العراقيون، وغيرهم: أنه يقدم التفريق، والاستفصال على الاستزكاء، وهو الوجه^(٤): فإنه إن^(٥) اطلع على عودة استغنى عن الاستزكاء، والبحث عن حالهم، وإن لم يطلع، فإن عرفهم بالعدالة قضى، وإن لم يعرفهم، فحينئذ يستزكي.

وأما الثاني: فإن الإمام، وصاحب الكتاب، في "الوسيط"^(٦) حكما بالوجوب، وقالوا: لو ترك الاستفصال، وقضى مع الارتياح لم ينفذ قضاؤه، وعامة الأصحاب، وفيهم القاضي ابن كج، وصاحب "التهذيب" اقتصروا على الاستحباب^(٧)، وهو الموافق للفظ^(٨) "المختصر"^(٩) وربما اقتضى^(١٠) إيراد^(١١) بعضهم الفرق بين أن يسأل الخصم التفريق، فيجب، لأنه قد يعرف منهم ما لا يعرفه القاضي أو لا يسأل فلا يجب.

الثاني^(١٢): تقدم بينة الجرح على بينة التعديل، لأن عند الجراح زيادة علم^(١٣) خفي على المعدل^(١٤)، وذلك لأن المعدل بني على ما هو الأصل، و^(١٥) الظاهر من حال

(١) في: ز "بعد التزكية أو قبلها".

(٢) "هل" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ب، ظ "الاستيصال".

(٤) الصحيح في المذهب. وانظر: الروضة ١١/١٧٣، ومغني المحتاج ٤/٤٠٦.

(٥) "إن" ليست في: ب، ظ.

(٦) انظر ٧/٣٢٠.

(٧) وهو الصحيح. انظر: المصدرين السابقين.

(٨) "اللفظ" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) انظر: ص ٣٠٣.

(١٠) "اقتضى" ليست في: أ، ب، ظ.

(١١) في: أ "أراد".

(١٢) أي الفرع الثاني.

(١٣) في: ب، ظ "على".

(١٤) في: أ "المعدل".

(١٥) "و" ليست في: ب، ظ.

المسلم، والجراح اطلع على ماينسخ ذلك الأصل، وينقل عنه، وشبه ذلك بما لو قامت بينة على الحق، وبينت على الإبراء حيث^(١) تقدم بينة الإبراء.

ولو انعكست القضية، بأن قال: المعدل قد عرفت السبب الذي ذكره الجراح، لكنه قد تاب عنه، وحسنت حاله^(٢)، فتقدم بينة التعديل، لأن مع المعدل، والصورة / (٤٧٤/ز) هذه زيادة علم، كذلك ذكره جماعة، منهم صاحب "الشامل"، وقول الواحد في الجرح لا يقابل بينة التعديل، فضلاً عن التقدم، لأن نصاب الجرح لم يتم.

الثالث: إذا عدل الشاهد، ثم شهد في واقعة أخرى، نظر أن لم يطل الزمان يُحكم بشهادته، ولا يطلب تعديله ثانياً. وإن طال، فوجهان، أحدهما: أن الجواب كذلك^(٣)، لأن عدالته قد ثبتت من قبل، والأصل استمرارها.

وأظهرهما^(٤): وهو المذكور في الكتاب، وبه قال: أبو إسحاق: أنه^(٥) يطلب تعديله ثانياً، لأن طول الزمان يغير الأحوال، ويجتهد الحاكم في طول المدة، وقصرها.

وأما قوله في الكتاب: "ولا يجوز الجرح والتعديل، بالتسامع"، فيه توقف.

أما طرف الجرح، فقد ذكر الإمام الجواب، كما ذكره، لكننا حكينا من قبل: أن جماعة من الأصحاب جوزوا الجرح بالاستفاضة، والتسامع، والاستفاضة، متقاربان، إلا أن يقال: المراد من التسامع، مطلق بلوغه، سماعاً، وذلك غير كافٍ، فإنه لو سمع شخصين، أو عدداً يسيراً، لم يجوز الجرح بالاتفاق، والاستفاضة تحصل بعدد وافر، فلا يختلف النقلان.

وأما في^(٦) طرف التعديل فقد مر^(٧)، أنه يعتبر في المعدل الخبرة الباطنة^(٨)،

(١) "حيث" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "حالته".

(٣) في: ز "لذلك".

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٤٣، والروضة ١١/١٧٤، ومغني المحتاج ٤/٤٠٥.

(٥) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٦) "في" ليست في: ز.

(٧) في: ز "غير واضحة".

(٨) انظر: الروضة ١١/١٧٠، ومغني المحتاج ٤/٤٠٦.

فيوافقه القول^(١): بأنه لا يجوز التعديل بالتسامع، لكن^(٢) المخبرين الذين تحصل بهم الاستفاضة، لو كانوا خبيرين بباطن حاله، وسمع منهم عدالته، فلا يعد أن يجوز له التعديل، وتقام خبرتهم مقام خبرته، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته والله أعلم

[فصل في شهادة المسافرين والمجتازين من القوافل]

[قال الرافعي] ذنابة: شهادة المسافرين والمجتازين من القوافل، كشهادة غيرهم في الحاجة إلى التعديل، فإن حصل التعديل من مزيكين في البلد، أو عدل مزيكان اثنين من رفقاء القافلة، ثم هما عدلا شاهدين، قبلت الشهادة، وإلا فلا.

وعن مالك: أن شهادتهم مقبولة عند توسم^(٣) الخير والصلاح فيهم^(٤).

وذكر ابن "القاص": أن القاضي لو سأل عن عدالة الشهود، بعدما خرج عن محل ولايته، فعدلوا، يجوز أن يقضي بشهادتهم بعد العود إلى محل ولايته، إذا جوزنا له أن يقضي بعلم نفسه^(٥)، ولم يرتضه ابو عاصم^(٦) العبادي وآخرون. وقالوا: القياس منعه، كما لو سمع البينة خارج ولايته.

[فصل في شهادة الحسبة]

وتقبل شهادة الحسبة على العدالة، والفسق، لأن البحث عن حال الشهود، وامتناع الحكم بشهادة الفاسق لحق الله تعالى. ذكره القاضي أبو سعد الهروي. ولو عدل الشاهد، والقاضي تحقق^(٧) فسقه بالتسامع. قال الإمام الذي يجب القطع به، أنه يتوقف ولا يقضي^(٨).

(١) في: أ "القبول".

(٢) في: ب، ظ: "ولكن".

(٣) في: ب، ظ "توهم".

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٥.

(٥) انظر: أدب القاضي ١٤٨/١ و ١٥٢.

(٦) في: أ "العاصم" وهو خطأ. وانظر: الروضة ١٧٤/١١، ومغني المحتاج ٤٠٦/٤.

(٧) في: أ "يتحقق".

(٨) انظر: التهذيب ٢٢٩/٨، الروضة ١٧٤/١١.

[الباب الثالث: في القضاء على الغائب]

قال [الغزالي]: الباب الثالث في القضاء على الغائب وهو نافذ، ويتعلق النظر بأركان: الأول الدعوى، وليكن معلوماً، أعني جنس المال، وقدره، وصريحاً: وهو أن يقول: إني مطالب به، ولا يكفي قوله: لي عليه كذا.

وليكن معه بينة. ويدعي جحود الغائب. فإن^(١) أقرَّ بأنه^(٢) معترف لم تسمع بينته. وإن لم يتعرض لجحوده، فوجهان).

[قال الرافعي] القضاء على الغائب جائز في الجملة^(٣). وبه قال: مالك^(٤)

وأحمد^(٥)، واحتج الأصحاب بما روي أنه ﷺ قال: لِهَنْدٍ^(٦) "خَذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ"^(٧).

وكان ذلك قضاءً على زوجها أبي سفيان، وهو غائب. وبأن عمر رضي الله عنه قال: في قصة^(٨) في الأسيِّع^(٩)، مَنْ كَانَ أَعْلَىٰ دَيْنٍ فَلْيَأْتِنَا غَدًا، فَإِنَّا بَاعُوا مَالَهُ،

(١) في: أ، ب، ظ: "وإن".

(٢) في: ز "أنه".

(٣) انظر: الأم ٢١٥/٦، والحاوي ٢٨٤/٢٠ و ٢٨٥، والمهذب ٣٨٨/٢، والروضة ١١/١٧٥، ونهاية المحتاج ٨/٢٥٥.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٥) انظر: المقنع ص ٢٣٢، والمغني ١٤/٩٣.

(٦) وهي: هند بنت عتبة بن ربيعة القرشية، صحابية، عالية الشهرة. أم الخليفة الأموي "معاوية" لها أخبار قبل إسلامها مشهورة أسلمت عام الفتح، وحسن إسلامها رضي الله عنها، توفيت في خلافة عثمان رضي الله عنها. انظر: الإصابة ٤/٤٢٧، والإستيعاب ٤/٤٢٤ - ٤٢٧ والإعلام ٨/٩٨.

(٧) الحديث: متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه ١٩٣/٦، من كتاب النفقات باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، وأخرجه مسلم في صحيحه من كتاب الأقضية، قصة هند ٨/١٢ و ٩.

(٨) في: أ، ب، ظ "في خطبته في قصة".

(٩) الأسيِّعُ: بضم الهمزة، وفتح السين، وإسكان الياء، وفتح الفاء، رجل من جهينة. كان يتاع الرواحل فيعلُّ بها فدار عليه الدين حتى أفلس، فقال عمر: قوله فيه.

انظر: الموطأ ٢/٧٧٠، وتهذيب الأسماء واللغات ١/١٢٣، والتلخيص ٣/٤٠ و ٤/١٩٧.

وقاسموه بين غرمانه^(١). وكان ذلك الرجل غائباً. وبأن البينة مسموعة على الغائب بالاتفاق، فليجز الحكم بها^(٢) كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت، وبأن الحكم على الميت، والصغير جائر، والموت، والصغر، أعظم في العجز^(٣) عن الدفع من الغيبة.

وقال أبو حنيفة^(٤): لا يجوز القضاء على الغائب، إلا إذا كان للدعوى اتصال بحاضر، بأن قال: لي على فلان الغائب كذا، وهذا كفيله، أو شريكه، أو أحالي على هذا الحاضر، أو باع من هذا الحاضر كذا، وأنا شفيح مطالب، أو ادعت الزوجة النفقة على زوجها الغائب^(٥)، وأن له على هذا كذا، وفي يد هذا كذا، أو ادعى إتلاف مال على جماعة، أحدهم حاضر، والباقون غيب، وعن صاحب "التقريب" أن حرمله، روى في المسألة قولاً كمذهب أبي حنيفة. والمذهب المشهور ما سبق^(٦).

[فصل : في الركن الأول: الدعوى]

وإذا عرف ذلك، فالكلام في القضاء على الغائب، يتعلق بأطراف، كل واحد منها ركن لمسائل^(٧) الباب:

أحدها: الدعوى: ويشترط في الدعوى على الغائب، ما يشترط في الدعوى على الحاضر^(٨) من بيان جنس المدعى، وقدره، وصفته، وقوله: إني مطالبٌ بالمال. ولا

(١) والحديث أخرجه مالك في الموطأ ٧٧٠/٢ عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني عن أبيه: أن رجلاً من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغلى بها، ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد. أيها الناس الحديث".
انظر: الموطأ ٧٧٠/٢ من كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته.
وأخرجه البيهقي ٢٣٨/١٠، من كتاب آداب القاضي، باب من أجاز القضاء على الغائب.
وانظر: البدر المنير ٨٣/٢. والتلخيص ٤٠/٣ و ١٩٧/٤.

(٢) في: ز "عليه بها".

(٣) في: ظ "في العفو".

(٤) انظر: الهداية ١٠٧/٣، وفتح القدير ٤٠٠/٦، ومعين الحكام ص ٦٠.

(٥) في: ظ "في أن له".

(٦) وهو: "أنه يجوز القضاء على الغائب". انظر: الحاوي ٢٨٤/٢١، والمهذب ٣٨٨/٢، والروضة ١٧٥/١١، ومغني المحتاج ٤٠٦/٤.

(٧) في: ب "فمسائل".

(٨) في: ب "الحاضرين".

يكفي الاقتصار على قوله: "لي عليه كذا" على ما سيأتي ذلك بشرحه في باب الدعوى^(١).

وينبغي أن يكون على المدعى عليه^(٢). بينة وإلا فلا فائدة للدعوى، على الغائب، وأن يدعي جحود الغائب، فإن قال^(٣): هو مقر لم تسمع بينته، ولغى دعواه^(٤)، وإن لم يتعرض لجحوده، ولا لإقراره، فوجهان، ميل الإمام^(٥) منهما إلى أن بينته تسمع، لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته، ويحتاج إلى إثبات الحق، فلتجعل غيبته كسكوته.

والثاني: لا تسمع إلا عند التعرض للجحود، لأن البينة إنما يحتاج إليها عند الجحود^(٦)، فعلى هذا يشترط أن يقول: هو جاحدٌ، وعلى الأول الشرط أن لا يقول: هو مقرٌ.

ورأيت فيما جمع من فتاوى القفال^(٧) أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما إذا كان للغائب مالٌ حاضر، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي، فإن القاضي يسمع بينته ويوفيه، سواء قال: هو/ مقرٌ أو جاحدٌ، أو قال: لا أدري أهو مقر، أو جاحدٌ، وهل على القاضي (٤٧٥/ز) لسماع^(٨) الدعوى على الغائب، أن ينصب مستخراً^(٩) ينكر على الغائب؟ فيه وجهان:

(١) انظر: الوسيط ٤٠٠/٧، والوجيز ٢٦٠/٢، والروضة ٣/١٢.

(٢) في: أ، ب، ظ "المدعي".

(٣) "قال" ليست في: ظ.

(٤) [ولغى دعواه] هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب "ولغت دعواه" والله أعلم.

(٥) "الإمام" ليست في: ظ.

(٦) في: ز "عند الشهود".

(٧) نُقِلَ بهامش ٣ بالعزیز ٥١١/١٢ الآتي: "قال في القوت: وقفت على نسختين مما جمع من

فتاوى القفال، ورتبت مسألها على الأبواب. فإنها مبددة فلم أر بعد التقصي فيها مانقله الرافعي، وهو الثقة الأمين، فلعلها عن غيره، أو أغفلت، أو جمع له فتاوى أخرى ثم ساق الذي رآه ولم يكن فيه شيء من الذي نقله عن الرافعي، ولعل النسخ مختلفة، وما نقل عن القفال فقهه ظاهراً جلي. قاله البكري".

(٨) في: ب، ظ "سماع".

(٩) قال في المصباح ٢٦٩/١ "والسُخْرَةُ" وزن غرفة ما "سخرت" من خادم، أو دابة بلا أجر، ولا

أحدهما : نعم لتكون البينة على إنكار منكره وأصحهما؛ على ما ذكره في "التهذيب"^(١): لا، لأن الغائب قد يكون مقراً، فيكون إنكار المسخر كذباً^(٢). وقضية هذا التوجيه أن لا يجوز نصب المسخر، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي، وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب عنه، وإن شاء لم ينصب.

[فصل : في الركن الثاني: وهو المدعي]

(قال [الغزالي]: الركن الثاني: المدعي ويحلفه القاضي بعد البينة على عدم الإبراء، والاستيفاء، والاعتياض، ويجب ذلك على أحد الوجهين، وإن كان الدعوى على صبي، أو مجنون، أو ميت، وجب وجهاً واحداً، ولا يجب التعرض في اليمين لصدق الشهود، وإن^(٣) ادعى وكيله على الغائب، فلا يمكن اليمين، ويسلم الحق. بل لو قال: المدعى عليه الحاضر لو كيل المدعي أبرأني موكلك الغائب لم ينفعه، بل يسلم المال، ثم يثبت الإبراء).

[قال الرافي]

كما يعتبر في الدعوى على الغائب ما يعتبر في الدعوى على الحاضر، وزيادة يعتبر، في المدعى على الغائب، ما يعتبر في المدعي على الحاضر، وزيادة، وهي أن يحلف مع البينة، واعلم أنه لو ألحق التحليف بركن الدعوى، وقيام البينة بركن المدعي. فقيل: يعتبر التحليف في الدعوى على الغائب، والمدعي على الغائب، لا بد له من البينة على عكس ما في "الكتاب" لجاز، وليس في هذا ترتيبٌ محققٌ، ثم في التحليف ثلاث مسائل^(٤):

إحداها: في وقت التحليف، وكيفيته، فيحلف القاضي المدعي على الغائب، بعد قيام البينة، وتعديلها أنه ما أبرأ^(٥) عن الدين الذي يدعيه ولا عن شيء منه ولا

= ثمن. و"سخرته" في العمل بالثقل استعمالته مجاناً. و"سخر الله الإبل ذللها وسهلها".

(١) التهذيب ١٩٨/٨، وانظر الروضة ١٧٥/١١، ومغني المحتاج ٤٠٧/٤.

(٢) في: أ "وكذا".

(٣) في: أ "وإن كان".

(٤) في: ز "مسائل ثلاث".

(٥) في: ب، ظ "أبرأه".

اعتياض^(١)، ولا استوفى، ولا أحال عليه^(٢)، ولا أخذ من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه، يلزمه توفيره. ويجوز أن يقتصر، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته، ووجوب التسليم، وإنما يحلف مع البينة، لأن المدعى عليه، لو كان حاضراً لكان له أن يدعي شيئاً من الجهات المذكورة، فيحلفه. فينبغي^(٣) للقاضي أن يحتاط له، وكذلك يحلف مع البينة، إذا كانت الدعوى على صبي، أو مجنون، أو ميت، ليس له وارث حاضر^(٤)، فإن^(٥) كان فيحلف بمثله^(٦) الوارث.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "ويحلفه القاضي" بالألف، والزاي، والواو، لأن أشهر الروايتين عن أحمد^(٧) أنه لا يحلفه، ويكتفي بالبينة، وحكى القاضي ابن كج عن المزني مثله^(٨) وذكر الشيخ أبو عاصم أن أبا الحسين بن القطان روى عن أبي الحسين الطرسوسي^(٩) من أصحابنا أن للشافعي قولاً مثله^(١٠). ولا يشترط التعرض في اليمين لصدق الشهود، بخلاف اليمين مع الشاهد، لأن البينة هاهنا كاملة وفيه وجه أنه يشترط.

(١) في: ز "ولا اعتاض".

(٢) في: أ "وهو".

(٣) في: ظ "ثم ينبغي".

(٤) في: أ، ب "خاص".

(٥) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٦) في: ز "فيحلفه بمسألة".

(٧) انظر: المقنع ص ٢٣٢، والمغني ٩٣/١٤.

(٨) في: أ، ب، ظ "بمثله" وانظر المسألة في: المختصر ص ٣٠٧.

والمشهور أنه يحلفه في الدعوى على الغائب مع البينة. انظر: الروضة ١٧٦/١١، ومغني المحتاج ٤٠٧/٤.

(٩) هو: أبو الحسين بن حفيف الطرسوسي، لم يذكر له تاريخ وفاة. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٥٢/١.

وفي طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٨٣. "هو أبو الحسن علي بن الحسن الطرسوسي". قال العبادي: هو معاصر أبي الطيب الساوي ٠٠٠ "وطرسوس" مدينة من عمل الروم على ساحل البحر مما يلي حلب.

(١٠) والقول: هو "أن الشافعي قال: إذا سمع القاضي البينة على الغائب عليه فلا يجب تحليفه، لأن الغائب إذا رجع يحلفه". ابن قاضي شهبة ١٥٢/١.

الثانية: هذا التحليف واجبٌ، أو مستحبٌ؟ فيه وجهان. ويقال: قولان: أظهرهما: الوجوب، والثاني: أنه مستحب، لأن باب التدارك، إن كان هناك دافع غير متحتم، فالوجوب^(١) في الصبي، والمجنون، والميت^(٢)، أولى لعجزهم عن التدارك، لكن الخلاف مطردٌ كذلك^(٣) حكاه أبو الحسن العبادي، وجماعة، ويُني على هذا الخلاف، مالو أقام قِيمَ طفل البينة على قيم طفل، فإن قلنا: بوجوب التحليف فننظر إلى أن يبلغ المدعي له، فيحلف، وإن قلنا: بالاستحباب، فيقضي بها. ونقل صاحب الكتاب القطع بالوجوب في الدعوى، على الصبي، والمجنون والميت^(٤)، فحصلت طريقان.

الثالثة: لو لم يدع بنفسه، ولكن ادعى وكيله على الغائب، فلا يحلف، ويوفر الحق إن كان للمدعى عليه مال هناك.

ولو كان المدعى عليه حاضراً، وقال للمدعي بالوكالة بعدما أقام البينة: أبرأني موكلك الغائب، وأراد التأخير إلى أن^(٥) يحضر الموكل، فيحلف لم يَحْكَنْ منه، بل عليه تسليم الحق، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له حجة. ويقال: إن المسألة، وقعت بمرو^(٦)، وتوقف فيها فقهاء الفريقين، ثم أفتى القفال بما ذكرنا^(٧) ووجدت في تعليق الشيخ أبي حامد مثل هذا الجواب، في باب^(٨) الوكالة. والسبب فيه: أنا لو وقفنا الأمر إلى أن يحضر الموكل لانجرَّ الأمر إلى أن يتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء، وكذا لو ادعى قيم الصبي ديناً للصبي، فقال: المدعى عليه. إنه تلف عليّ من جنس ما يدعيه، ماهو قضاء لدينه، لم ينفعه، بل عليه أداء ما أثبتته القيم، فإذا بلغ الصبي حلفه. ولو أن المدعى

(١) في: أ، ب، ظ "الوجوب".

(٢) في: ز "والميت، والمجنون".

(٣) في: أ "لذلك".

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٤٣، والروضة ١١/١٧٦، ومغني المحتاج ٤/٤٠٧.

(٥) "أن" ليست في: ظ.

(٦) "المرو" بلد بالبحرين، يقال لأحدهما: "مرو الشاهجان" وللأخرى "مرو روذ" ويقال: "مروذ".

والنسبة "مروي" والنسبة إلى الثانية على لفظها "مرو رذي" وينسب إليها جماعة من أصحاب

الشافعية. انظر: المصباح المنير ٢/٥٠٧، ومعجم البلدان ٥/١١٢ و ١١٣.

(٧) في: ب، ظ "ذكرناه".

(٨) في: ظ "كتاب".

عليه قال^(١): في مسألة الوكيل: أبرأني موكلك الغائب، فاحلف أنت أنك لاتعلم ذلك، قال الشيخ أبو حامد: عليه أن يحلف على نفي العلم، ومن الأصحاب من يخالفه فيه، ولا يحلف الوكيل. ولك أن تقول: قضية ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيلا المدعى على الغائب على نفي العلم بالإبراء، وسائر الأسباب المسقطه نيابة عن المدعي عليه فيما ينكر^(٢) منه، لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعى عليه بنفسه.

فرع: يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين، كما يجوز على الحاضر، وتكفي يمين واحدة، أم لا بد من يمينين، إحداهما لتكميل الحجة، والأخرى لنفي المسقطات؟ فيه وجهان: أشبههما الثاني.

آخر: تعلق بإنسان وقال: أنت وكيلا فلان الغائب، ولي عليه كذا، فأدعي عليك، وأقيم البينة في وجهك، فإن علم أنه وكيل، وأراد أن لا يخاصم، فليعزل نفسه، وإن لم يعلم، فينبغي أن يقول: لا أعلم أنني وكيل، ولا يقول: لست بوكيل فيكون مكذباً لبينة عساها تقوم على الوكالة. وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق به؟ فيه وجهان:

ظاهر كلام أبي عاصم العبادي. نعم: لأن له فيها فائدة، وهي أن يستغني عن ضم اليمين إلى البينة، وأن يكون القضاء مجمعاً عليه، والأظهر: المنع، لأن الوكالة حقه، فكيف تقام البينة عليه قبل دعواه^(٣).

(١) "قال" ليست في: ز.

(٢) في: أ "يتصور". وفي ز: "يتمكن".

(٣) انظر: الروضة ١١/١٧٧، ومغني المحتاج ٤/٤٠٨.

[فصل : في الركن الثالث: في كيفية إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر]

(قال [الغزالي]: الركن الثالث: كيفية^(١)/ إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر، (٤٧٦/ز) وذلك بأن يشهد شاهدين على تفصيل حكمه.

ويستحب أن يكتب ذلك في كتاب مختوم، والاعتماد على الشهادة، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب، جاز. فلو^(٢) قال القاضي أشهدتكما على أن^(٣) ما في الكتاب خطي، لم يكف ذلك. ولو^(٤) قال: ما في الكتاب حكمي، فالأظهر: أنه لا يكفي، ما لم يفصل لهما ما حكم به. ولو قال: المقر أشهدتكما^(٥) على ما في القبالة^(٦)، وأنا عالم، فالصحيح أنه يكفي حتى إذا حفظ الشاهد القبالة أو ما فيها ويشهد على إقراره، جاز إذ الإقرار بالمجهول صحيح).

[قال الرافعي] القاضي بعد سماع الدعوى والبينة على الغائب، تارة يقتصر عليه، وينهي الحال إلى قاضي بلد الغائب، ليحكم ويستوفي، وتارة يحلف كما^(٧) مر^(٨)، ويحكم، وعلى التقدير الثاني فقد يكون للغائب مال حاضر يمكن توفير الحق منه فيوفر، وقد لا يكون كذلك، فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم^(٩) إلى قاضي بلد الغائب فيجيبه إليه.

وللإنهاء^(١٠) طريقان: أحدهما: أن يُشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد، والأولى أن يكتب بذلك كتاباً أولاً، ثم يشهد.

(١) في: ب، ظ "في كيفية" وفي: ز "كيفية الإنهاء".

(٢) في: ز "ولو".

(٣) "أن" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ، ب "فلو".

(٥) في: أ "أشهدتك".

(٦) وهي: بفتح القاف، والياء، واللام. اسم المكتوب من ذلك، لما يلتزمه الإنسان، من عمل، ودين، وغير ذلك". المصباح ٤٨٩/٢.

(٧) في: أ "على مامر".

(٨) انظر: الركن الثاني: في التحليف ص ٤١١. وانظر: الروضة ١١/١٧٦.

(٩) في: أ، ب، ظ "إنهاء حكمه".

(١٠) انظر: المختصر ص ٣-١، والحاوي ٢٧٩/٢٠، والمهذب ٣٨٨/٢، والروضة ١١/١٧٨، ومغني المحتاج ٤/٤٠٩.

أما الكتاب فصورته: حضر عافانا الله وإياك عندي فلان. وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا^(١)، وأقام عليه شاهدين وهما^(٢) فلان، وفلان، وقد عُذِّلا عندي، وحلِّفتُ المدعي، وحكمت له بالمال، فسألني أن أكتب إليك في^(٣) ذلك فأجبتة إليه^(٤) وأشهدت عليه فلاناً وفلاناً.

ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم، ولا ذكر أصل الإشهاد، ولا النص على أسامي شهود الحق، بل يكفي أن يكتب شهد عندي شهود عدول، ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة فيكون^(٥) بشهادتهم تعديلاً لهم، ذكره في "العدة". ويجوز أن لا يتعرض لأصل شهادة الشهود^(٦)، فيكتب: حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم، لأنه قد يحكم بشاهد ويمين، وقد يحكم بعلمه إذا جوزنا القضاء بالعلم، وهذه حيلة يدفع بها القاضي، قدح أصحاب الرأي^(٧)، إذا حكم بشاهد ويمين. وفحوى كلام الأصحاب وجهٌ مانعٌ من إبهام الحجة، لما فيه من سد باب الطعن، والقدح على الخصم.

ويستحب للقاضي أن يختم الكتاب، ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ليظالعاها^(٨)، ويتذكرا^(٩) عند الحاجة.

وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يريد الختم به، وأن يثبت اسم نفسه، واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب، وفي العنوان أيضاً. وعن أبي حنيفة^(١٠) أنه يشترط ختم الكتاب، وإثبات الاسمين في الباطن. وأما الإشهاد، فإن أشهدهما على أنه حكم

-
- (١) في: ب، ظ "كذا وكذا".
 (٢) "شاهدين وهما" ليست في: ز.
 (٣) في: ز "أن أكتب له بذلك".
 (٤) "إليه" ليست في: ز.
 (٥) في: ز "ويكون".
 (٦) في: ز "الشهادة الشهود".
 (٧) وهم الحنفية. "فالكتاب لا يثبت إلا بحجة تامة" أي بشهادة رجلين، أو رجل ومرأتين. انظر: الهداية ١٠٥/٣، وفتح القدير ٣٨٦/٦.
 (٨) في: أ، ب، ظ "ليظالعاها".
 (٩) في: ظ "يتذكر".
 (١٠) "ومحمد بخلاف أبي يوسف، فإنه لا يشترط ذلك". انظر: فتح القدير ٣٨٧/٦.

بكذا، ولا كتاب، شهدا به، وقبلت شهادتهما، وإن أنشأ الحكم بين يديهما فلهما أن يشهدا به^(١)، وإن لم يشهدهما.

وإن كتب ثم أشهد، فينبغي أن يقرأ الكتاب، أو يُقرأ بين يديه عليهما، ويقول: لهما أشهدا عليّ بما فيه، أو على حكمي المين فيه. وفي "الشامل" أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله^(٢) هذا كتابي إلى فلان، أجزاء، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنه يكفي مجرد القراءة عليهما.

والأحوط أن ينظر الشاهدان في الكتاب، وقت القراءة عليهما، ولو لم يقرأ الكتاب عليهما، ولم يعلما مافيه. وقال القاضي^(٣): أشهدكما^(٤) على أن هذا كتابي، وما^(٥) فيه خطي، لم يكف، ولم يكن لهما أن يشهدا على حكمه، فإن الشيء قد يكتب من غير قصد تحقيقه.

وعن أبي حنيفة^(٦): أنه إذا دفع الكتاب إليهما محتوماً، وقال: هذا كتابي، كفي. ولو قال: أشهدكما على أن مافيه حكمي، أو على أنني قضيت بمضمونه، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه لا يكفي ما لم يفصل لهما ما حكم به^(٧).

والثاني: وبه قال: الإصطخري: يكفي لامكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه، ويجري الخلاف فيما لو قال: المقرّ: أشهدتك على مافي هذه القبالة، وأنا عالم به، لكن الصحيح عند صاحب الكتاب، في الإقرار^(٨) أنه يكفي حتى لو سلّم القبالة إلى الشاهد، وحفظها الشاهد، وأمن التحريف، جاز له أن يشهد على إقراره، وفرق

(١) "به" ليست في: أ، ب.

(٢) "قوله" ليست في: ب. وفي: ظ "لو اقتصر على قوله".

(٣) "القاضي" ليست في: أ.

(٤) في: ظ "أشهدتكما".

(٥) في: أ "أو ما".

(٦) انظر: فتح القدير ٣٨٦/٦.

(٧) انظر: الروضة ١١/١٧٩، ومغني المحتاج ٤/٤١٠.

(٨) انظر: الوجيز ٢/٢٤٣.

بينهما بأنه مقر على نفسه، والإقرار بالمجهول صحيح، وأما القاضي فإنه مخير عن نفسه بما يرجع ضرره إلى غيره^(١)، فالاحتياط فيه أهم، والذي أجاب به الصميري في "مختصر جمعه" في أحكام الشهادات: أنه لا يكفي ذلك في / الإقرار أيضاً، حتى يقرأه، ويحيط بما (٤٧٢/ز) فيه، وذكر أنه مذهب الشافعي، وأبي حنيفة^(٢)، ويشبه أن يكون هذا الخلاف في أن الشاهد هل يشهد على أنه أقر بمضمون القبالة، على التفصيل.

فأما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهماً، فما ينبغي أن يكون فيه خلاف، كسائر الأقرير المبهمة، وسواء شهد هكذا^(٣)، أو هكذا وإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظاً عنده وأمن التصرف فيه، ثم هاهنا مسألتان:

إحدهما: أن التعويل على شهادة الشهود، والمقصود من الكتاب التذكر، ومن الختم الاحتياط، وإكرام المكتوب إليه، فلو ضاع الكتاب أو انمحق، أو انكسر الختم، وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما قبلت الشهادة^(٤)، وقضى بها. ولو شهدا بخلاف ما في الكتاب عمل بشهادتهما، وعن أبي حنيفة^(٥) أن الشهادة لا تقبل إلا على الكتاب ولا يكفي الكتاب، المجرد لما سبق. أنه لا اعتماد على الخط.

وعن مالك: أن المكتوب إليه إذا وثق بالخط، والختم، قبله^(٦). وفي "المهذب"^(٧) وجه مثله عن الإصطخري.

والثانية: لا بد من إشهاد^(٨) رجلين عدلين، فلا تقبل في الباب شهادة رجل وامرأتين خلافاً لأبي حنيفة^(٩).

(١) في: أ "الغير".

(٢) انظر: الروضة ١١/١٧٩، ومغني المحتاج ٤/٤١٠، وفتح القدير ٦/٣٨٨.

(٣) "أو هكذا" ليست في: أ.

(٤) في: ز "شهادتهما".

(٥) انظر: فتح القدير ٦/٣٨٨.

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٢، ومواهب الجليل ٦/١٤٣.

(٧) انظر: ٢/٣٨٩.

(٨) في: ز "شهادة".

(٩) انظر: فتح القدير ٦/٣٨٦.

وحكى القاضي ابن كنج وجهاً للأصحاب مثله إذا تعلقت الحكومة بمال، وذكر أنه لو كان كتاب القاضي في^(١) رؤية هلال رمضان، كفى شهادة واحد على قولنا: أنه يثبت الهلال^(٢) بشهادة واحد، إجراءً للكتاب مجرى المكتوب فيه، وإنه لو كتب في الزنى، وجوزنا كتاب القاضي إلى القاضي/ في العقوبات فيثبت بشهادة رجلين، أم لا بد من أربعة؟ فيه وجهان: كالتولين في الإقرار بالزنى^(٣).

[ما يعمله القاضي إذا وصل إليه كتاب القاضي الآخر]

(قال [الغزالي]: ثم للشاهد على الحكم أن يشهد عند المكتوب إليه، وعند غيره، وإن لم يكتب القاضي في كتابه، إلى من يصل إليه من القضاة. وكذلك يشهد، وإن مات الكاتب، والمكتوب إليه^(٤) ولتكن عدالة شهود الكتاب ظاهرة عند المكتوب إليه. فلا يكفي تعديلهما في ذلك الكتاب، لأنه^(٥) إنما يثبت بشهادتهما).

[قال الرافعي] كتاب القاضي وحامله إذا انتهى^(٦) إلى قاضي البلد الآخر، فيحضر الخصم، فإن أقرّ بالمدعى^(٧)، استوفاه، وإلا شهد الشاهدان، أن هذا كتاب القاضي فلان، وختمه، حكم فيه لفلان بكذا، على هذا، وقرأه علينا، وأشهدنا به. ولو لم يقولوا^(٨): وأشهدنا به^(٩). جاز. وعن أبي حنيفة أنه: لا يجوز^(١٠). ولا يجوز أن يتعرضا لحكمه، ويقتصر على ذكر الكتاب، والختم، خلافاً لأبي حنيفة^(١١).

(١) "في" ليست في: ظ.

(٢) في: ز "الكتاب". الأتاري

(٣) "الأظهر: اثنان. كغيره من الإقرار. والثاني: أربعة كفضله".

انظر: الوجيز ٢/٢٥٢، والروضة ١١/٢٥٢، ومغني المحتاج ٤/٤٤١.

(٤) في: ظ "إليه فلا".

(٥) في: أ "أنه" وفي: ز "الذي".

(٦) في: أ، ب، ظ "انتهى".

(٧) في: أ، ز "المدعى".

(٨) في: أ، ب "يقولوا".

(٩) "به" ليست في: ب.

(١٠) انظر: فتح القدير ٦/٣٨٩.

(١١) انظر: المصدر نفسه.

ثم في "التهذيب" و "الرقم" أن القاضي. إنما نقض^(١) الختم بعد شهادة الشهود، وتعديلهم، وذكر القاضي أبوسعده الهروي: أنه يفتح القاضي الكتاب، أولاً. ثم يشهد الشهود، ويوافق هذا قول كثير من الأصحاب، أن الشهود يقرأون الكتاب، ثم يشهدون، ليقفوا على ما فيه، ويعرفوا أنه^(٢) لم يُحرّف^(٣). وليس هذا خلافاً في الجواز. وكيف وقد عرفت أن^(٤) الختم من أصله لا اعتبار به، فكما^(٥) تقبل الشهادة على ما لاختم عليه، تقبل على مفضوض الختم، فضه القاضي أو غيره. وإنما الكلام^(٦) في الأدب، والاحتياط.

ويحسن أن يقال: إن كان ما في الكتاب مضبوطاً لهم، فالأولى أن لا يفيض حتى تتم الشهادة والتعديل، وإلا احتاجوا^(٧) إلى مطالعة وتذكر، فيشهدون على الكتاب، والختم، ثم يفيض فيقرأ عليهم، ثم يشهدون على حكمه بما فيه، وقد ذكر ابن القاص: في أدب القاضي^(٨): قريباً من هذا. إذا عرفت^(٩) ذلك، ففي الفصل مسألتان:

إحدهما: يجوز أن يكتب القاضي^(١٠) إلى قاضٍ معين، ويجوز أن يطلق فيكتب^(١١) إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز الإطلاق^(١٢) الكلبي: وللقاضي أبي سعد الهروي^(١٣).

-
- (١) في: أ "نفس".
(٢) في: أ "أنه عرف ما فيه".
(٣) في: ز "لم يحرق".
(٤) "أن" ليست في: أ.
(٥) في: ب، ظ "وكما".
(٦) في: ز "إنما الخلاف".
(٧) في: أ، ز "وإلا احتاجوا".
(٨) انظر: أدب القاضي ٣٤٦/٢، والتلخيص ص ٦٤٨، والمهذب ٣٨٩/٢، والروضة ١١٠/١١، ومغني المحتاج ٤٠٩/٤.
(٩) في: أ، ب، ظ "عرف".
(١٠) "القاضي" ليست في: أ، ب، ظ.
(١١) في: أ "فكتب".
(١٢) في: أ "للإطلاق" وانظر: فتح القدير ٣٩٠/٦.
(١٣) "الهروي" ليست في: ز.

حكاية مبنية على ذلك. قال: تحملت شهادة مع الشيخ أبي سعد المتولي. على كتاب: حكمي من قاضي هراة^(١) إلى مجلس القاضي الحسين وكانت الشهادة على الختم، والعنوان، إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فرد القاضي الكتاب. وقال: الشهادة على الختم دون مضمون الكتاب، غير مقبولة عند الشافعي والعنوان من غير تعيين المكتوب إليه، غير جائز عند أبي حنيفة، فلا أقبل كتاباً اجتمع الإمامان على رده، كما أن من احتجم، ومس ذكره وصلى، لا تصح صلاته على المذهبين^(٢). وإذا كان الكتاب إلى معين فشهد شاهداً^(٣) الحكم، عند حاكم آخر، فإنه تقبل شهادتهما، وبمضيه، وإن لم يكتب إليه، وإلى كل من يصل إليه من القضاة، اعتماداً على الشهادة. وعند أبي حنيفة: لا تقبل غير المعين شهادتهما، إذا لم يكتب وإلى كل من يصل إليه^(٤). ويجري هذا الخلاف فيما إذا مات الكاتب، وشهد الشاهدان على حكمه عند المكتوب إليه، أو مات المكتوب إليه، وشهدا عند من قام مقامه، فعند أبي حنيفة^(٥): لا تقبل شهادتهما، ولا يعمل بالكتاب، وعندنا^(٦): تقبل شهادتهما وبمضي الحكم، وأما إذا كان الكتاب بالحكم المبرم، فكما لو قامت البينة على حكم القاضي بعد موته. وأما إذا كان مقبول^(٧) الشهادة فلأنه مشبه^(٨) بالشهادة على الشهادة، وشهادة الفرع بعد موت الأصل مقبولة. والعزل، والجنون، والعمى، والخرس، كالموت.

ولو كتب القاضي إلى خليفته، ثم مات القاضي، أو عزل، تعذر على الخليفة القبول، والإمضاء. إن قلنا: إنه ينعزل بانعزال الأصل.

(١) في: ب، ظ "هرا" والصحيح "هراة" بلد بخراسان والنسبة إليه "هروي". انظر: المصباح ٦٣٧/٢.

(٢) فعند الحنفية ينقض الوضوء بالحجامة. انظر: الكتاب ١١/١، وعند الشافعية مس الذكر ينقض الوضوء. انظر: المهذب ٣٩/١، والوجيز ١٦/١.

(٣) في: أ، ب، ظ "شاهد".

(٤) انظر: فتح القدير ٣٩٠/٦.

(٥) انظر: فتح القدير ٣٨٩/٦.

(٦) انظر: المهذب ٣٨٩/٢، والروضة ١٨١/١١، ومغني المحتاج ٤٠٩/٤.

(٧) في: أ، ب "مقبولة".

(٨) في: ب "متشبه".

ولو أرتد القاضي^(١) الكاتب، أو فسق، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه. فجواب ابن القاص^(٢)، وبه أخذ صاحب "المهذب"^(٣) و "التهذيب" وآخرون: أن الكتاب إن كان^(٤) بالحكم المبرم^(٥) أمضى، ولم يرد، لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق، وإن كان لسماع الشهادة، فلا يقبل الحكم، ولا يحكم به، كما لو فسق الشاهد قبل أن يحكم بشهادته.

وأطلق القاضي ابن كج القول: بأنه لا يقبل كتابه إذا حدث الفسق من غير فرق بين كتاب، وكتاب. وفرق بينه، وبين الموت، بأن ظهور الفسق، يشعر بالحنث، وقيام الفسق، يوم الحكم، وهذا قضية إيراد الشيخ أبي حامد، وابن الصباغ.

الثانية: شهود الكتاب والحكم، لا بد من ظهور عدالتهم، عند المكتوب إليه وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب^(٦) إياهم؟.

فيه وجهان عن القفال الشاشي^(٧): نعم للحاجة.

والأصح المنع، لأنه تعديل قبل أداء الشهادة، ولأنه كتعديل المدعي شهوده. ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم، فلو ثبتت عدالتهم بالكتاب لثبتت عدالتهم بقولهم، والشاهد لا يزكي نفسه.

[إنهاء الحكم إلى قاضٍ آخر بطريق الإشهاد والمكاتبة]

(قال [الغزالي]: وليذكر في الكتاب، اسم المحكوم عليه، واسم أبيه، واسم جده^(٨)، وجده بحيث يتميز به. فإن ادعى المأخوذ أن في البلد من يشاركه في تلك

(١) "القاضي" ليست في: ب، ظ.

(٢) انظر: أدب القاضي ٣٥٨/٢.

(٣) انظر: ٣٨٩/٢.

(٤) "أن الكتاب" ليست في ز.

(٥) في: أ "الملتزم".

(٦) في: ز "الكتاب الكتاب".

(٧) هو: محمد بن علي بن إسماعيل. أبو بكر المروزي. المشهور بالقفال الشاشي، تفقه على ابن

سريج، وكان إمام عصره، في شتى العلوم، له مصنفات جليلة، توفي عام ٣٣٦هـ. تهذيب

الأسماء واللغات ٢/٢٨٢.

(٨) "واسم" ليست في: أ، ب، ظ.

الصفات. وأظهره،^(١) انصرف القضاء عنه، وإن أنكر كونه مسمى بذلك الاسم حلف. وانصرف عنه القضاء، وإن نكل حلف المدعي، ويوجه الحكم. ولو لم يحلف^(٢) على نفي الاسم، بل على أنه لا يلزمه شيء، لم يقبل. ولو قصر القاضي^(٣)، ولم يكتب إلا أنني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل، حتى لو أقر رجل بأنه^(٤) محمد بن أحمد. وأنه المعني بالكتاب، ولكن أنكر الحق لا يلزمه شيء بالقضاء المبهم، في نفسه. وأما الكتاب المجرد من غير شهادة على الحكم، فلا أثر له.

[قال الرافعي] وينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له، والمحكوم عليه، وكنيتهما، واسم أبيهما، وجدتهما، وحليتهما، وصنعتهما، وقبيلتهما، ليسهل التمييز، نعم لو كان الرجل مشهوراً، بعيد الصيت^(٥)، وحصل الإعلام ببعض ما ذكرنا، اكتفى به.

وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا، وحمل^(٦) الكتاب، إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعمه محكوماً عليه، نظر: أن شهد شهود الكتاب، والحكم على عينه أن القاضي الكاتب حكم عليه، طوّل بالحق، وإن لم يشهدوا على عينه، ولكن شهدوا على رجل موصوفٍ بالصفات المذكورة في الكتاب، فأنكر المحضر، أن ما في الكتاب اسمه، ونسبه، فالقول: قوله، مع يمينه، وعلى المدعي إقامة البينة، على^(٧) أنه اسمه، ونسبه، فإن لم تكن بينة، ونكل المحضر، حلف المدعي، وتوجه عليه الحكم، وإن قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي^(٨)، ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمي تسليم

(١) "ولو في حق ميت سمي له" ورد فقط أم ب، ظ. وليست في ز.

(٢) في: ز "يحكم".

(٣) في: ز "فلم".

(٤) في: أ "أنه".

(٥) "الصيت" بكسر الصاد والياء. الذكر الجميل في الناس. ذكره في المصباح ٣٥١/١.

(٦) في: أ، ب "فحمل".

(٧) "على" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) في: ز "باسمي".

شيء إليه، فالمذكور في الكتاب. وهو اختيار الإمام^(١). أنه لا تقبل منه اليمين هكذا. وحكى عن الصيدلاني القبول، كما لو ادعى عليه قرض، فأنكر وأراد أن يحلف على^(٢) أنه لا يلزمه شيء، فإنه يقبل، ثم فرقا بين المسألتين بأن مجرد الدعوى ليس بحجة عليه، وهاهنا قامت البينة على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجه الحق عليه، إن ثبت كونه مسمى بهذا الاسم. ولك أن تقول: حكينا في تنازع المتبايعين في قدم العيب، وحدوثه أن البائع، إن قال: إنه لا يستحق الرد عليّ فيحلف، هكذا. وإن قال: ما أقبضته إلا سليماً، وأراد أن يحلف على أنه لا يستحق الرد عليه، لم يمكن على أظهر الوجهين^(٣)، بل يلزمه التعرض لما أجاب به، وإنما^(٤) يفيد هذا الأصل في الدعاوي والبيانات. إذا تذكرت ذلك. فالمسألة: هاهنا مصورة، فيما إذا أنكر كونه مسمى بذلك الاسم، وحيثئذٍ، فالقول: بأنه لا يكفي الحلف على أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه [مستمراً على أظهر الوجهين. ونظيره من مسألة القرض أن يقول: في الجواب ما أقرضتني، فلا يكفي الحلف على أنه لا يلزمه]^(٥) تسليم شيء إليه على هذا الوجه، إنما يكفي ذلك إذا كان جوابه في الابتداء، أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه، ونظيره هاهنا أن يقول: المحضر: لا يلزمي تسليم شيء إليه، وأراد الحلف عليه فيشبه أن يمكن منه، وحيثئذٍ فلا فرق بين المسألتين، وإن قامت البينة على أنه اسمه، ونسبه، فقال: نعم. لكني لست المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم، والصفات، المذكورة لزمه الحكم، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه، وإن وجد إما بأن^(٦) عرفه القاضي، أو قامت عليه بينة، وأحضر^(٧) الذي يشاركه وسئل، فإن اعترف بالحق طوّل به، وتخلّص الأول، وإن أنكر، بعث ذلك

(١) انظر: نهاية المطلب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ١١٨.

(٢) "على" ليست في: ز.

(٣) انظر: الوجيز ١/١٤٤ و ١٤٥ حيث قال: "فالقول: قول البائع إذا الأصل لزوم العقد، فيحلف أتى بعته، وأقبضته وما به عيب". وانظر: الروضة ٣/٤٨٨.

(٤) في: ز "وربما".

(٥) من "مستمراً" . . . لا يلزمه" ليست في: ب.

(٦) "بأن" ليست في: ب، ز، ظ.

(٧) في: ز "أحضر".

الحاكم إلى الكاتب يعلمه^(١) بما وقع من الإشكال، حتى يحضر الشاهدين، ويطلب منهما مزيد صفة^(٢) يتميز بها المشهود عليه من غيره، فإن^(٣) ذكرنا مزيداً كتب به ثانياً، وإلا وقف الأمر حتى ينكشف. ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات، كان هناك، وقد مات، فإن مات بعد الحكم، فقد^(٤) وقع الإشكال، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له، فلا إشكال، وإن عاصره، فوجهان

أظهرهما: حصول الإشكال، وبه قال: صاحب "التقريب".

ووجه الثاني: بأنه لو كانت الشهادة على الميت، لتعرض الشهود، لتعلق الحق بتركته، وبذكر ورثته، لكن ربما لم يعرفوا موته، فاستصحبوا الحال^(٥)، فهذا إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه، ونسبه، ووصفه، كما قدمنا.

أما إذا اقتصر^(٦) لفظاً، وكتاباً^(٧)، على أي: حكمت على محمد بن أحمد مثلاً، فالحكم باطل، لأن المحكوم عليه مبهم^(٨)، لم يتعين بإشارة، ولا وصف كامل، بخلاف ما إذا استقصى الوصف، ولم يقصر، فظهر^(٩) اشتراك، واشتباه على الندور، وحتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد، وأنه المعني بالكتاب، لم يلزمه ذلك الحكم لبطلانه في نفسه، إلا أن يقر بالحق، فيؤاخذ به، هذا مانقله الإمام، وصاحب الكتاب، وغيرهما، وهو المتوجه^(١٠). إلا أن في "أدب القاضي"، لابن القاص^(١١)، وفي "إفصاح"^(١٢) أبي علي أنه إذا ورد الكتاب أحضر القاضي المكتوب

(١) "يعلمه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ب، ظ "وإن".

(٣) "فقد" ليست في: أ.

(٤) "الحال" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "اقتصر" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: ب، ظ "لفظ أو كتب أي"

(٧) في: أ "منهم".

(٨) في: أ، ب، ظ "وظهر".

(٩) وهو الصحيح، وعليه المذهب. انظر: الروضة ١١/١٨٣، ومغني المحتاج ٤/٤١٠.

(١٠) انظر: ٣٤٣/٢.

(١١) في: أ، ب، ظ: "الإيضاح".

وقرأ^(١) عليه الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه أخذه^(٢) به، سواء كان قد رفع في^(٣) نسبه، أو لم يرفع، وذكر صناعته، أو لم يذكر.

ولا شك أنه لو شهد الشهود على الحكم كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب، اسم المكتوب عليه، تقبل الشهادة ويعمل بمقتضاها لما سبق أن الاعتبار بشهادة الشهود لا بالكتاب^(٤).

وقوله: في الكتاب "أما الكتاب المجرد من غير شهادة على^(٥) الحكم، فلا أثر له" هذا قد اندرج في الفصل^(٦) السابق^(٧)، ويجوز أن يعلم بالواو، والميم لما مر^(٨). والله أعلم.

[إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر عن طريق المشافهة]

(قال [الغزالي]: ولو شافه القاضي الآخر، لم^(٩) يكف، لأن السامع، أو^(١٠) المسمع لا بد وأن يكون في غير محل ولايته، فلا^(١١) يصح سماعه، ولا إسماعه إلا إذا جوزنا قاضيين لبلدة واحدة، أو تناديا من طرفي ولايتهما، فذلك أقوى من الشهادة، فيعتمد، أما إذا كانا لمسمع في محل ولايته^(١٢) دون السامع، فرجع السامع إلى محل ولايته، وحكم به صح. إن قلنا: إنه يقضي بعلمه. وإن قلنا: لا^(١٣)).

-
- (١) في: أ "وأقر".
(٢) في: ز "أخذ".
(٣) "في" ليست في: أ.
(٤) انظر: ص ٤١٨، والروضة ١١/١٧٩.
(٥) "على" ليست في: أ.
(٦) "الفصل" ليست في: ب، ظ.
(٧) انظر: ص ٤١٨، والروضة ١١/١٧٩.
(٨) من القول في: "أن المكتوب إليه إذا وثق بالخط والختم قبله" انظر: المصدر السابق.
(٩) في: "لا يكفي".
(١٠) في: ب، ظ "والمسمع".
(١١) في: أ، ب، ظ، "ولا".
(١٢) في: أ "ولايتهما".
(١٣) "لا" ليست في: أ، ز.

فالظاهر أنه كشهادة يسمعها في غير محل^(١) ولايته، فلا يصح).

[فصل في إنهاء الحكم إلى قاضٍ آخر بطريق المشافهة]

[قال الرافعي] ذكرنا أن^(٢) إنهاء الحكم إلى قاضي البلد الآخر يحصل بطريقتين، وقد فرغنا من بيان إحداهما: وهو الإشهاد، والمكاتبة.

والثاني: المشافهة. وتصور من وجوه.

أحدها: أن يجتمع القاضي، الذي حكم، وقاضي بلد الغائب في غير^(٣) البلدين، ويخبره^(٤)، بحكمه. والثاني: أن ينتقل^(٥) الذي حكم إلى بلد الغائب، ويخبره^(٦)، ففي الحالتين لا يقبل قوله: ولا يمضي حكمه، لأن إخباره في غير موضع ولايته، كإخبار القاضي بعد العزل.

والثالث: لو حضر قاضي بلد الغائب، في بلد الذي حكم، فأخبره فهل يمضيه إذا عاد إلى محل ولايته؟ يبنى على أن القاضي هل يقضي بعلم نفسه؟ إن قلنا: نعم فنعم. وإن قلنا: لا. فعن بعضهم تجويزه، أيضاً. والأصح، وبه قال الإمام^(٧): أنه لا يجوز، كما لا يجوز الحكم بشهادة سماعها في غير محل ولايته، وكما^(٨) لو قال: ذلك القاضي: سمعت البينة على فلان، بكذا، فإنه لا يرتب الحكم عليه، إذا عاد إلى محل ولايته^(٩).

والرابع: إذا كانا جميعاً في موضع الولاية، بأن وقف الذي حكم في طرف

-
- (١) "محل" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) انظر: مسألة كيفية الإنهاء إلى القاضي الآخر ص ٤١٩، ٤٢٠، الروضة ١١/١٧٨، ومغني المحتاج ٤/٤٠٩.
(٣) في: أ "وغير".
(٤) في: أ، ب، ظ "فأخبره".
(٥) في: ز "يخرج".
(٦) في: أ، ب، ظ "وأخبره".
(٧) انظر: نهاية المطلب ٢٥، ٢٦، ٢٧/لوحه ١١٧/أ.
(٨) في: أ، ظ "كما".
(٩) انظر: الروضة ١١/١٨٤، ومغني المحتاج ٤/٤١٠.

ولايته، والآخر في طرف ولايته، ونادى الذي حكم صاحبه أنني حكمت بكذا، فعلى صاحبه إمضاؤه، لأنه^(١) أبلغ من الشهادة، والكتاب، وأولى بأن يعتمد عليه.

وكذا لو كان في البلدة قاضيان، وجوزناه^(٢)، فقال أحدهما للآخر، حكمت بكذا فإنه يمضيه، وكذا إذا^(٣) قاله القاضي^(٤) لنائبه في البلدة^(٥) وبالعكس، ولو خرج القاضي إلى قرية له نائبٌ فيها، فأخبر أحدهما الآخر عن حكمه أمضاه الآخر، لأن القرية محل ولايتهما جميعاً^(٦). ولو دخل النائب البلد، فقال للقاضي: حكمت بكذا، لم يقبله. ولو قال له القاضي: حكمت بكذا، ففي إمضائه إياه، إذا عاد إلى قريته الخلاف، في القضاء بالعلم^(٧). وأما لفظ الكتاب، فقوله "لأن السامع، أو المسمع لابد وأن يكون في غير محل ولايته"، أي هكذا يتفق، ويكون حينئذٍ في غالب الأمر. وقد^(٨) يوجد في بعض^(٩) النسخ، "لأن السامع والمسمع، لابد وأن يكون في محل ولايته"، وله وجه أيضاً. والمعنى أن كل واحدٍ منهما ينبغي أن يكون في محل ولايته، ليتمكن الاعتماد، وأنه غير حاصل، عند المشافهة^(١٠) فلا يصح السماع، والاسماع. وقوله: "إلا إذا جوزنا" الاستثناء يعود إلى قوله "أولاً لم يكف" وقوله: "أما إذا كان السامع^(١١) أو المسمع في محل ولايته، دون السامع إلى آخره"، فهو أحد الطريقتين اللذين ذكرهما، أولاً: فقال: لأن السامع أو^(١٢) المسمع إلى أن قال: فلا يصح سماعه، ولا إسماعه، والحاصل، أنه حكم بأن سماع من ليس في محل ولايته، غير صحيح أولاً. ثم أعاد

-
- (١) في: ز "ولأنه".
 (٢) في: ب، ظ "وجوزناه".
 (٣) في: ز "ولو".
 (٤) "القاضي" ليست في: ز.
 (٥) في: ز "في البلدة، أو بالعكس".
 (٦) في: ز "معاً".
 (٧) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والوجيز ٢/٢٤١، والروضة ١١/١٥٦.
 (٨) "قد" ليست في: ز.
 (٩) "بعض" ليست في: أ، ب، ظ.
 (١٠) في: ز "المشاهدة".
 (١١) "أو" ليست في: أ، ب، ظ.
 (١٢) "أو" ليست في: أ، ب، ظ.

الصورة على الأثر، وبنائها^(١) على الخلاف، في أن القاضي. هل يقضي بعلمه؟ وليس ذلك بمستحسن بل كان ينبغي أن يفصل فيقول: إسماع من ليس في محل ولايته غير صحيح، وسماع من ليس في محل ولايته على الخلاف في القضاء بالعلم^(٢).

فرع: في "الوسيط"^(٣) أن القاضي إذا حكم بالحق، وشافه به والياً غير القاضي ليستوفي، فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي، وكذا خارجه على الصحيح، لأن سماع الوالي مشافهة، كشهادة الشهود عند القاضي. قال: ولا يكتب القاضي والياً غير القاضي، لأنَّ الكتاب إنما يثبت بشهادة الشهود، ومنصب سماع البينة، يختص بالقضاة، وليحمل هذا على الوالي الذي لا يصلح للقضاء، والذي لم يفوض إليه الإمام نظر القضاة^(٤)، وإن كان صالحاً، فأما الصالح الذي مكن من النظر بنفسه، ومن تقليد من يراه، فإنه يجوز للقاضي مكاتبته، كما يجوز مكاتب الإمام الأعظم، نص عليه في "المختصر"^(٥).

[في إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر بطريق سماع البينة]

(قال [الغزالي]: هذا كله إذا قضى على الغائب، فلو اقتصر على سماع البينة، وكتب إلى قاضٍ آخر حتى يقضي، جاز، مهما ذكر اسم شهود^(٦) الواقعة، وعلى المكتوب إليه أن يبحث عن عدالة الشهود، وكأن الأول ناب^(٧) عنه في سماع البينة فقط، فعليه التعديل والحكم، فإن^(٨) كتب الأول عدالتهم، وأشهد عليه جاز^(٩) أن يعتمد عليه إن رأى ذلك. ثم الخصم إن ادعى جرحاً فليظهر، فبشهادة^(١٠)

(١) في: أ، ب، ظ "وبناهما".

(٢) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والوجيز ٢/٢٤١، والروضة ١١/١٥٦.

(٣) انظر: ٣٢٥/٧.

(٤) في: "للقضاة".

(٥) انظر: ص ٣٠١.

(٦) في: أ "الشهود في".

(٧) في: ب "نائب".

(٨) في: ب، ظ "وإن".

(٩) في: أ "جاز له".

(١٠) "بشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

شاهدين، ويمهل . ثلاثة أيام، وإن قال: لا أتمكن من جرحهم، إلا في بلادهم^(١)، فلا يمكن منه، بل يسلم المال، ثم إن^(٢) أظهر الجرح استرده^(٣).

[قال الرافعي] قد بان^(٤) في أول الركن أن القاضي بعد سماع البينة على الغائب قد يحكم عليه، وينهي الحال إلى قاضي البلد الآخر، وقد يقتصر على السماع، وينهي.

أما القسم الأول^(٥): فقد تكلمنا^(٦) فيه، والغرض الآن الكلام في الثاني^(٧): ونقدم عليه فصلاً فيما يمتاز به أحد القسمين عن الآخر^(٨)، وفي فروع تتعلق بالحكم.

اعلم أن صيغ الحكم مثل: أن يقول: حكمت على فلان لفلان بكذا، أو ألزمته على ما ذكرنا في الأدب الخامس من الباب الثاني^(٩). ولو قال: ثبت عندي كذا صيغ الحكم بالبينة العادلة، أو صح. فهل هو حكم؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه إخبارٌ عن حصول الشيء، وتحققه جزماً.

وأصحهما. لا، لأنه قد يراد به قبول الشهادة، واقتضاء البينة صحة الدعوى فأشبه ما إذا قال: سمعت البينة وقيلتها، واحتج في "العدة" لهذا الوجه بأن الحكم هو الإلزام، والثبوت ليس بالإلزام، ويقرب من هذا اللفظ ما أعتاد القضاة إثباته على ظهور الكتب الحكمية، وهو: صح ورود هذا الكتاب عليّ فقبلته، قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه.

(١) في: ز "بلادهم".

(٢) في: أ "إذا".

(٣) في: أ، ب "استرد".

(٤) في: ب، ظ "قال".

(٥) انظر: ص ٤١٩، والروضة ١١/١٧٨، ومغني المحتاج ٤/٤٠٩.

(٦) في: ز "كلمنا".

(٧) في: ز "في الكلام الثاني".

(٨) في: أ، ب، ظ: "عن الثاني".

(٩) انظر: ص ٣٣٢ وما بعدها. والوجيز ١/٢٤٠، والروضة ١١/١٤٠.

(١٠) في: أ، ب، ظ "فلو".

قال القاضي أبو سعيد الهروي: سئلت عنه في الدار النظامية بأصبهان^(١). هل هو حكم؟ فقلت: يرجع إلى الحاكم، فإن قال: أردت الحكم، فهو حكم. وإن تعذر الرجوع فالاعتماد على عُرف الحكام، إن اعتقدوه حكماً فهو حكم. قال: ثم استقر رأي لما وُلِّيت قضاء همذان^(٢): على أنه ليس بحكم لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب، وإثبات الحجة، وهذا هو الصواب^(٣). ولا يجوز الحكم على المدعى عليه، إلا بعد سؤال المدعي، في أصح الوجهين ذكره في / "العدة" وفي "الجرحانيات" لأبي العباس الروياني. حكاية وجهين في أنه هل يصح أن يلزم القاضي الميت موجب ما أقر به في حياته؟ ولا بد في الحكم من تعيين ما يحكم به، ومن يحكم له، لكن القاضي قد يتلى بظالم يتوقع منه ما لا يجوز له، ولا يستغنى عن ملائنته، فرخص له^(٤) في دفعه بما يخيل إليه أنه أسعفه بما توقع.

مثاله: أقام خارجُ بيئته، ودانخلُ بيئته، والقاضي يعرف فسق بيئته الداخل، لكنه ممن لا بد من ملائنته، وهو يطلب الحكم، بناء على ترجيح بيئته الداخل، فيكتب: حكمت بما هو قضية الشرع في معارضة بيئته فلان الداخل، وبينه فلان الخارج، وقررت المحكوم به في يد المحكوم له، وسلطته عليه، ومكنته من التصرف فيه. إذا تقرر ذلك، فإذا لم يحكم القاضي، وأنهى ماجرى من الدعوى، وأقام الحجة بالكتاب، سمي ذلك: كتاب نقل الشهادة، وكتاب سماعها^(٥)، وكتاب التثبيت - أي تثبيت الحجة - ويجوز أن يراد به تثبيت المدعي، بناء على أن قوله يثبت عندي كذا ليس، بحكم، وينص على الحجة، فيذكر أنه قامت عنده بيئته أو شاهد وبمين، أو نكل المدعى عليه، وحلف المدعي. وهذا الثالث إنما يكون عند حضور المدعى عليه، وإنما ينص على

(١) في: أ "بأصفهان" و "أصبهان" بفتح الهمزة، وإسكان الصاد وفتح الياء مدينة عظيمة، وأقليم

من أقاليم بلاد خراسان بفارس. انظر: معجم البلدان ٢٠٦/١.

(٢) "همذان" بفتح الميم والذال المعجمة. مدينة عظيمة، وأقليم من أقاليم بلاد خراسان بفارس.

انظر: معجم البلدان ٤١٠/٥ - ٤١٧.

(٣) انظر: الروضة ١١/١٨٥.

(٤) "له" ليست في: ز.

(٥) "وكتاب سماعها" ليست في: ب، ظ.

الحجة، ليعرف المكتوب إليه، أنه بما يحكم، وقد^(١) لا يرى بعض ذلك حجة. وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه، ليقضي المكتوب إليه؟ قال في "العدة": لا يجوز، وإن جوزنا القضاء بالعلم، لأنه إذا لم يحكم به، فهو كالشاهد، والشهادة^(٢) لا تتأدى بالكتابة.

وفي "أمالي" السرخسي: أنه يجوز ويقضي المكتوب إليه، إذا جوزنا القضاء بالعلم، لأن إخباره عن علمه، إخبارٌ عن قيام الحجة، فليكن كإخباره عن قيام البينة، وإذا كتب بسماع البينة، فليسم الشاهدين، والأولى: أن يبحث عن حالهما، ويعدلهما، فإن أهل بلدهما أعرف بحالهما، فإن لم يفعل فعلى المكتوب إليه البحث، والتعديل، وإذا عدلَ فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين؟ لفظ صاحب "الكتاب"^(٣) يشعر بالمنع منه. وقد صرح في "الوسيط" به^(٤) وكذلك ذكره الإمام. والقياس: التجويز^(٥).

كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود. وهذا هو المفهوم من إيراد صاحب "التهذيب" وغيره. ويجوز أن يقدر فيه خلاف. بناء^(٦) على ما سيأتي. أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة، نقل للشهادة، أو حكم بقيام البينة؟ إن قلنا حكمٌ، فلا حاجة إلى التسمية، وكفى قوله "قامت عندي بينة عادلة بكذا". وإن قلنا: نقل، فلا بد من التسمية، كما أنه لا بد من أن يسمي شاهد الفرع، شاهد الأصل، ويأخذ المكتوب إليه، بتعديل الكاتب، أم له البحث وإعادة التعديل؟ لفظ الكتاب يشعر بالثاني، لأنه قال: "جاز أن يعتمد إن رأى ذلك" والقياس: أنه يأخذ^(٧) بذلك التعديل، أما إذا جعلناه حكماً فظاهراً. وأما إذا جعلناه، نقلاً فلأن شاهد الفرع، إذا عدلَ شاهد الأصل، وهو بصفة المزيّن يكفي^(٨) تعديله على ظاهر المذهب على ما

(١) في: ز "فقد".

(٢) في: ز "فالشاهد، والشاهد".

(٣) انظر: ٢٤٥/٢.

(٤) "به" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) قال النووي "قلت: هذا الذي جعله القياس: هو الصواب". الروضة ١١/١٨٦.

(٦) "بناء" ليست في: ز.

(٧) في: أ، ب "أخذ".

(٨) في: ز "كفى".

سيأتي. ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي، والقول^(١) في إشهاد القاضي، وفي أداء الشهود، الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم، إن كان^(٢) هناك من يشاركه في الاسم، والنسب^(٣)، على ما مر في القسم الأول^(٤).

وإذا عدل الكاتب شهود الحق، لكن^(٥) جاء الخصم^(٦) بينة على جرحهم، فتسمع، وتقدم على التعديل، وإن استمهل ليقيم^(٧) بينة الجرح، أمهل ثلاثة أيام، فإنها مدة يسيرة، لا يعظم ضرر المدعي، بتأخير الحكم فيها، وبالمدعى عليه حاجة إلى مثلها، لاستحضار البينة، هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم. وكذا لو قال: أبرأتني، أو قضيت الحق، واستمهل ليقيم البينة عليه.

ولو قال: أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم، وأجرحهم، فإنني لا أتمكن من جرحهم، إلا هناك، أو قال: لي بينة أخرى دافعة هناك^(٨)، لم يُجب إليه، بل يؤخذ الحق منه، ثم إذا أثبت^(٩) الجرح أو الدفع من وجه آخر، يسترد^(٩) قال في: "الوسيط" ولا يخرج ذلك على ما إذا كان الخصم حاضراً، أو أظهر فسق الشهود بعد الحكم، ففي الاسترداد، ونقض الحكم، والحالة هذه قولان.

والفرق أن هذا معذورٌ والحاضر عن الشهود مقصر، ولا فرق في ذلك بين كتاب الحكم، وكتاب نقل الشهادة.

وفي "العدة" أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم، على أنه، لا عداوة بينه وبينهم، وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه، أجابه إليه.

(١) في: أ، ب "القبول".

(٢) "كان" ليست في: أ، ز.

(٣) "النسب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) انظر ص ٤١٥، والروضة ١١/١٨٢.

(٥) في: ب، ظ "ولكن".

(٦) "الخصم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: أ "لنفسه".

(٨) "هناك" ليست في: ز.

(٩) "أثبت" ليست في: أ.

ولو سأل إحلافه على عدالتهم، لم يجبه، وكفى تعديل الحاكم إياهم، وأنه لو ادعى قضاء الدين، وسأل إحلافه أنه لم يستوفه، لم يحلف، لأن القاضي الكاتب قد أحلفه.

وذكر صاحب "التهذيب" في مثله في دعوى الإبراء، أنه^(١) يحلفه على أنه لم يبرئه فحصل في المسألة وجهان. والله أعلم.

وقوله في الكتاب "فإن كتب الأول عدالتهما، وأشهد عليه" التعرض للإشهاد" غير محتاج إليه في هذا الموضع، لأنه قد تبين من قبل أن الاعتماد على الشهود دون "الكتاب".

وإذا عرفنا أصلاً فنحن أغنياء عن إعادته في أفراد المسائل. ويقرب من ذلك لفظ الشاهدين في قوله "فليظهر بشهادة"^(٢) شاهدين"^(٣) نعم يمكن أن يشار به إلى أنه لا بد من البينة، ولا سبيل إلى تحليف الخصم على عدالتهم، كما بيناه.

[في مشافهة القاضي قاضٍ آخر بسماع البينة]

(قال [الغزالي]: فرع: ولو كان في البلد^(٤) قاضيان وجوزنا ذلك فقال أحدهما للآخر سمعت البينة، فاقض، يجوز^(٥) القضاء بناء على أن ذلك نقل للشهادة، أو حكم؟. فإن قلنا: إنه نقلٌ فكيف يقبل مع حضور الأصل، والظاهر أنه حكم. ولو كان نقلاً لما اكتفى بقول واحد عند الغيبة، لكنه^(٦) حكم بقيام البينة فقط.)

[قال الرافعي] كما أن الحكم المبرم ينهيه القاضي إلى القاضي، تارة بالكتاب والشهادة، وتارة بالمشافهة، كذلك سماع^(٧) البينة يفرض فيه الطريقتان:

(١) "أنه" ليس في: أ، ب، ظ.

(٢) "بشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) وفي: أ، ب، ظ "لشاهدين".

(٤) في "ز" للبلد".

(٥) في: أ، ب "فجواز".

(٦) في: أ "لكن".

(٧) في: أ "اسماع".

فلما^(١) تكلم في الكتاب^(٢) بسماع^(٣) البينة، عقد هذا الفرع ليتكلم في المشافهة به، فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضياً آخر في طرف ولايته: أني سمعت البينة بكذا، أو جوزنا في البلد قاضيين، فقال أحدهما للآخر، هل للآخر أن يحكم؟ بنى الإمام، وصاحب "الكتاب" ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى القاضي الآخر، نقل لشهادة الشهود، كنقل الفروع شهادة الأصول، أو حكم بقيام البينة؟ وفيه جوابان^(٤) ووجه:

أولهما: بأنه لو كان حكماً لما افتقر إلى تسمية الشهود.

وثانيهما: بأنه لو كان نقلاً لما كفى ناقل واحد.

وقد اكتفينا بالقاضي المنهي، فعلى الأول لا يجوز للمقول له الحكم، كما لا يجوز الحكم بشهادة الفروع مع حضور الأصول، وعلى الآخر، يجوز كما في الحكم المبرم، وهذا أظهر عند الإمام، والمصنف، لكن^(٥) عامة الأصحاب منعوا منه^(٦)، وقالوا أيضاً كتاب السماع إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب، وبين الذي بلغه الكتاب، بحيث تقبل في مثلها الشهادة على الشهادة، وهي مسافة القصر، أو ما^(٧) فوق مسافة العدوى^(٨)، على اختلاف سياأتي في موضعه^(٩).

(١) في: ز "ولما".

(٢) "الكتاب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: أ، ب، ظ "لسماع".

(٤) وهما: وجهان: ذكرهما النووي. انظر: الروضة ١١/١٨٧.

(٥) في: أ "لكنه".

(٦) وقالوا: بالأول: وهو عدم الجواز. وهو الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٨٧.

(٧) "ما" ليست في: أ.

(٨) "العدوى" بالفتح: قال ابن فارس "العدوى" طلبك إلى والٍ ليعديك على من ظلمك، أي ينتقم منه باعتدائه عليك.

والفقههاء يقولون: مسافة "العدوى" وكأنهم استعاروها من هذه العدوى. لأن صاحبها يصل فيها الذهاب، والعود. بعدد واحد، لما فيه من القوة والجلادة" المصباح المنير ٢/٣٩٨.

(٩) انظر: ص ٦٥٨ من الباب الخامس، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الشهادة، مسألة "تسمع شهادة الفرع إذا مات الأصل أو غاب فوق مسافة القصر". وانظر: الوجيز ٢/٢٥٨،

وأما إذا كانت المسافة دونها، فلا تقبل، وهذا نص عليه في "عيون المسائل"^(١) ويخالف الكتاب بالحكم المبرم، حيث تقبل، قربت المسافة، أم^(٢) بعدت، وفرقوا بأن الحكم هناك قد تمّ، وليس بعده، إلا الإستيفاء، وسماع البينة، بخلافه. فإنه^(٣) إذا لم تبعد المسافة لم يعسر إحضار الشهود عند القاضي الآخر، ووجدت في نسختين في "أمالي أبي الفرج السرخسي، عكس ما أورده الجمهور، وهو أن كتاب السماع يقبل مع قرب المسافة، وبعدها، وكتاب الحكم، لا يقبل إلا إذا بعدت المسافة. وهو غلط من ناقل أو ناسخ، وليس وجهاً آخر.

وإذا قال الحاكم لخليفته: اسمع دعوى فلان، وبينته، ولا تحكم به حتى تعرفني، ففعل، هل للحاكم أن يحكم به؟ القياس أنه كإنهاء أحد القاضيين في البلد إلى الآخر لإمكان إحضار الشهود عنده، لكن الأشبه، هاهنا أن له الحكم، لأن تجويز الاستخلاف للإستعانة^(٤) بالخليفة، وذلك يقتضي الاعتداد بسماعه بخلاف سماع القاضي المستقل، وبهذا أجاب أبو العباس الروياني في "الرجانيات" على تلوم فيه. وقوله في الكتاب: "فقال: أحدهما للآخر سمعت البينة، فاقض" كلمة "فاقض": ليست بشرط في صورة المسألة^(٥)، بل إذا جوزنا القضاء للمقول له، فيكتفي بقوله: "سمعت البينة" لكنه يستفاد من قوله "فاقض" تعديل الشهود، واستغناء المقول له عن البحث. وقوله "لما اكتفى بقول^(٦) واحد عند الغيبة" يعني: إذا كان بينهما مسافة، وكان الإنهاء بالكتاب. وقوله "لكنه حكم بقيام البينة فقط" هذا اللفظ إنما يتوجه إذا سمع وعدل،

= وكذلك سبق الحديث عن ذلك فيما إذا غاب السولي الأقرب. انظر: الوجيز ٧/٢، والروضة ٦٩/٧، ومغني المحتاج ١٥٧/٣.

(١) "عيون المسائل" كتاب في نصوص الشافعي لأبي بكر أحمد بن حسين الفارسي المتوفي سنة ٣٠٥هـ. قاله صاحب كشف الظنون ١١٨٨/٢.

(٢) في: ز "أو بعده".

(٣) في: ز "وبأنه".

(٤) في: أ، ب "الإستعانة".

(٥) في: ب، ظ "المسائل".

(٦) "بقول" ليست في: ب، ظ.

فأما إذا اقتصر على السماع فينبغي أن يقال: إنه حكم بشهادة^(١) الشهود.

[فصل في الركن الرابع وهو المحكوم به الغائب]

(قال [الغزالي]: الركن الرابع: المحكوم به، وذلك لا يخفى في الدين، والعقار، الذي يمكن تعريفه بالحد^(٢)).

أما العبد، والفرس، وما يتميز بعلامة، فإن كان غائباً ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يجوز التعريف^(٣) بالحلية، كالمحكوم عليه.

والثاني: أنه كالكرباس، وسائر الأمتعة، فيتعلق الحكم بقيمته. ويجب ذكر القيمة، ولا يجب ذكر الصفات، ولا بأس لو ذكرها في الكتاب: أما قيمة^(٤) العقار وما يتعلق بالعين فلا^(٥) يجب ذكر قيمته على الأصح.

والثالث: أنه يسمع البينة، ولا يقضي بل يكتب بالسماع إلى القاضي الآخر، وفائدته أن يسلم عين العبد الموصوف إليه ليحمله إلى بلد الشهود ليعينوه بالإشارة، ويلزمه كفيل بالبدن، ليأخذ العبد من^(٦) صاحب اليد، وفي وجهه لا يكفي ذلك. بل يلزمه أن يشتري العبد، ويضمن عنه الثمن^(٧) ضامنٌ فإن ثبت ملكه فيه بان بطلان الشراء. وفي وجهه يلزمه تسليم القيمة في الحال للحيلولة^(٨)، ثم يسترد لو ثبت ملكه).

[قال الرافعي] مقصود هذا الفصل: الكلام في الحكم بالشيء الغائب، [ولا يختص ذلك بما إذا كان المدعى عليه غائباً، بل يخص^(٩) حضوره وغيبته، لكنه يذكر في

(١) في: أ، ب، ظ "بالشهادة".

(٢) في: ب، ظ "بالحلية".

(٣) في: ب، ظ "تعريفه".

(٤) "قيمة" ليست في: ز.

(٥) في: أ "ولا".

(٦) في: أ "مع".

(٧) في: ز "بالثمن".

(٨) في: أ "الحيلولة لم".

(٩) في: ز "يخص نعم".

هذا الموضوع لمناسبة الحكم على الغائب^(١) بالغيبة، لأن القاضي يحتاج إلى مكتابة قاض آخر لغيبة المدعى عليه، تارة، ولغيبة المدعى أخرى.

واعلم أن الحضور والغيبة إنما يعتوران الأعيان.

فأما إذا كانت الدعوى في نكاح، أو طلاق، أو رجعة، أو إثبات وكالة، فلا يوصف المدعى بغيبة ولا حضور، وكذلك إذا كان المدعى ديناً، ومهما ادعى عيناً، فإن كانت حاضرة، مشاراً إليها فتسلم إلى المدعى إذا تمت حجته، وإن كانت غائبة فينظر: أهي غائبة عن البلد أم غائبة عن مجلس الحكم، دون البلد^(٢)؟

الحالة الأولى: إذا كانت غائبة عن البلد، فهي: إما عين يؤمن فيها الاشتباه، والاختلاط، كالعقار، والعبد، والفرس^(٣) المعروفين، وإما غيرها^(٤).

أما القسم الأول: فالقاضي يسمع البينة عليه، ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال ليسلمه إلى المدعى، ويعتمد في العقار، على ذكر البقعة، والسكة، والحدود، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدّين، أو ثلاثة، كذلك ذكره ابن القاص في "أدب"^(٥) القاضي^(٦).

ولا يجب التعرض للقيمة على أصح الوجهين، لحصول التمييز دونه.

وأما القسم الثاني: لغير^(٧) المعروف من العبيد، والدواب وغيرها، فهل تسمع البينة على عينها، وهي غائبة؟ فيه قولان.

أحدهما: نعم كما تسمع على^(٨) الخصم وهو غائب اعتماداً على الحلية،

(١) من قوله "ولا يختص ذلك . . . على الغائب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) "دون البلد" ليست في: ز.

(٣) في: ز "وكالفرس والعبد".

(٤) في: ز "وإما غيرهما".

(٥) انظر: ٣٤٧/٢.

(٦) في: ز "أدب القضاء".

(٧) في: أ، ب، ظ "كغيره".

(٨) "على" ليست في: أ، ب، ظ.

والصفة^(١)، ولأنه قد يحتاج إلى إثباته في الغيبة، فأشبهه العقار.

والثاني: المنع، لكثرة الاشتباه فيه، والصفات والحلى تتشابه أيضاً. وبهذا قال: أبو حنيفة^(٢)، والمزني، ورجحه طائفة من الأصحاب، منهم أبو الفرج الزاز. والأول: اختيار الكرايسي^(٣)، والإصطخري، ورجحه ابن القاص، وأبو علي الطبري، وبه أجاب القفال في الفتاوى.

وإذا قلنا به، فهل يحكم للمدعي بما أقام البينة عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما في العقار.

وأصحهما: المنع، لأن الحكم مع الجهالة، وخطر الاشتباه بعيد^(٤).

وإذا تركت^(٥) الترتيب حصلت ثلاثة أقوال:

لا تسمع البينة عليها ولا يحكم. تسمع، ويحكم^(٦). وتسمع، ولا يحكم. هذه طريقة عامة الأصحاب، وطردها في جميع المقولات، التي لا تعرف.

وقال الإمام، وصاحب الكتاب^(٧) مالا يؤمن فيه الاشتباه، والاختلاط ضربان.

أحدهما: ما يمكن^(٨) تعريفه، وتمييزه بالصفات، والحلى، كالرقيق، والدواب.

والثاني: مالا يمكن، لكثرة أمثاله: كالكرباس.

(١) في: ز "والصفة والحلية".

(٢) انظر: فتح القدير ٤٠٠/٦.

(٣) الكرايسي: هو الحسين بن علي بن يزيد، أبو علي البغدادي. أخذ الفقه عن الشافعي، وكان حافظاً للحديث، له مصنفات عدة في الأصول، والفقه، توفي سنة خمس، وقيل: ثمان وأربعين ومائتين.

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ٧٤/٨، وشذرات الذهب ١١٧/٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٦٣/١.

(٤) انظر: الروضة ١١٨٨/١١ و ١٨٩، ومغني المحتاج ٤١١/٤.

(٥) في: ب، ظ "ترك".

(٦) وهو أظهرها. انظر: الروضة ١١٨٩/١١.

(٧) انظر: الوجيز ٢٤٤/٢.

(٨) في: أ، ب "مالا يمكن".

وجعلا الضرب الأول على الأقوال الثلاثة، وقطعا في الكرباس، ونحوه، بأنه لا ترتبط الدعوى والحكم بالعين.

التفريع: إن قلنا: تسمع البينة: فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف بما يمكن من الاستقصاء، والتعرض للشيات^(١) والشامات^(٢)، وما يضبط بعد ذكر الجنس، والنوع. حكى القاضي أبوسعده الهروي، وغيره فيه قولين.

أحدهما: أنه يتعرض للأوصاف التي يعتبر ذكرها في السلم^(٣).

والثاني: أنه يتعرض للقيمة، ويستغني بها عن ذكر الصفات. قالوا: والصحيح أن الركن في تعريف ذوات الأمثال: ذكر الصفات، وذكر القيمة مستحب، وفي تعريف ذوات القيم: الركن والقيمة. وذكر الصفات، مستحب^(٤) وأما الإمام، وصاحب الكتاب، فإنهما لما ذكرا على طريقتهما أن^(٥) في الكرباس ونحوه، لا ترتبط الدعوى بالعين، قالوا: لا بد^(٦) من ذكر القيمة لأنها التي ترتبط الدعوى والبينة، والحكم بها، فيدعي كرباساً قيمته عشرة دراهم مثلاً، وكذلك: في العبد، إذا لم تسمع البينة على عينه، وهذا ما أراد بقوله في الكتاب "فيتعلق الحكم بقيمته، ويجب ذكر القيمة" ولو بحث عن قولهما: بأن الدعوى، والحكم، والبينة، ترتبط بالقيمة دون العين، لولد البحث إشكالاً صعباً، لأن العين، إن تلفت فالمطالبة، بالمثل، أو القيمة، وهو^(١) دعوى

لعل الصواب
وذكر القيمة

(١) "الشيات" جمع "شية" وهي كل لون يخالف معظم لون الفرس وغيره. ذكره على هامش الروضة ٢٠/٤.

(٢) "الشامات" جمع "شامة" وهي الخال في الجسد. ذكره في المصباح ٣٢٩/١.

(٣) "السلم" ويقال فيه: "السلف" سمي سلماً لتسليم رأس المال فيه. وسلفاً، لتقدمه على تسليم المبيع. فهو لغة، التعجيل والتأخير. انظر: شرح الجلال المحلي ٢٤٥/٢، والمصباح ٢٨٥/١ و ٢٨٦.

وشرعاً: بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم". انظر: نهاية المحتاج ١٧٨/٤. وانظر لمعرفة شروط السلم، والأوصاف التي ذكرها. الوجيز ١٥٦/١، والروضة ٣/٤ و ٢٠، وشرح الجلال المحلي ٢٤٥/٢، ونهاية المحتاج ١٧٨/٤.

(٤) من قوله "وفي تعريف... مستحب" ليست في: ظ.

(٥) "أن" ليست في: ز.

(٦) "لا" ليست في: أ.

(١) "وهو" ليست في:

الدين كولييس ذلك مما نحن فيه في شيء، وما دامت العين باقية فالمدعي لا يستحق القيمة، فكيف يطلبها، وكيف يحكم القاضي بها؟ وإن كان المراد أن يدعي قدر القيمة من المال في يده، ويحكم له بذلك من غير تعيين، فهذا شيء لا عهد به، وإن كان المراد أنه يعتمد في طلب العين، والحكم بها ذكر القيمة دون الصفات، والحلى، فهذا ذهاب إلى أنه يسمع الدعوى بالعين، ويحكم بها، لكن اعتماداً على القيمة دون الصفة، وذلك لا يلائم نظم الكتاب وسياقه. والله أعلم.

وذكر^(١) بناءً على طريقتهما: أن أوصاف السلم^(٢)، لا يكتفى بها في الدعوى بحال، لأن المقصود هاهنا، التعين، فيراعى ما كان أفضى إليه. والمسلم فيه دين، فيحترز فيه عن الاستقصاء المؤدي إلى عزة الوجود، ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد المال بما جرى عنده من مجرد قيام البينة، أو مع الحكم إن جوزنا الحكم المبرم، فإن أظهر الخصم هناك عبداً آخر، بالاسم، والصفات المذكورة في^(٣) يده، أو في يد غيره، فقد صار القضاء مبهماً، وانقطعت الطلبة في الحال، كما سبق بيانه في المحكوم عليه^(٤).

وإن لم يأت بمدفع، فإن كان الكتاب، كتاب حكم، على قولنا بتجويزه، فيحلف المدعي أن هذا المال، هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان، ويسلم إليه، وكذلك ذكره ابن القاص في "أدب القاضي"^(٥)، وإن كان كتاب سماع البينة فينتزع المكتوب إليه المال ويبعث به إلى بلد الكاتب ليشهد الشهود على عينه، وفي طريقة قولان، أشهرهما: وهو الذي أورده ابن الصباغ وغيره، أنه يسلمه إلى المدعي، ويأخذ منه كفيلاً ببذنه.

وقال: أبو الحسن العبادي: يكفله^(٦) قيمة المال، فإن ذهب به إلى القاضي

(١) في: أ، ب، ظ "وذكر".

(٢) انظر: اوصاف السلم. الوجيز ١/١٥٦، والروضة ٤/١٦.

(٣) في: ز "أما في يده".

(٤) انظر: ص ٤، والوجيز ٢/٢٤٤، والروضة ١١/١٨٢.

كما أثنينا

(٥) "أدب القضاء" في ز وفي أ، ب، ظ "آداب القضاء". والصواب "أدب القاضي". انظر:

٣٥١/٢.

(٦) في: أ "يكفله".

الكاتب، وشهد الشهود على عينه، وسَلَّم له، كتب القاضي بذلك ليسراً الكفيل، وإلا فعلى المدعي الرد، ومؤنته، ويختم العين، عند تسليمها إليه بختم لازم، حتى لو كان المدعي عبداً، فيجعل في عنقه قلادة، ويختم عليها، والمقصود من الختم: أن لا يبدل المأخوذ بما لا يستريب^(١) الشهود في أنه له، وأخذ الكفيل حتمً، والختم ليس بختم، كذلك^(٢) حكى المتلقي عن الإمام. وعلى هذا القول. لو كانت الدعوى في جارية، فقد أطلق في "الإبانة" وجهين، في أنه هل يبعث المكتوب إليه إلى الكاتب؟ ومنهم من قال: لا فرق بينهما وبين العبد، وقيل: لا يسلمها إلى المدعي، ولكن إلى أمين. في الرُقَّة، وهذا حسن^(٣). ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود، إن^(٤) شهدوا على عينه عند القاضي الكاتب يسلمه إلى المدعي، وقد تم الحكم له، ثم يكتب لبراءة الكفيل على ما ذكرنا. وفي "الفروق" للشيخ أبي محمد: أنه يختم على رقبته ختماً ثانياً. ويكتب: بأني حكمت^(٥) به لفلان، ويسلمه إلى المكتوب له^(٦)، حتى رده إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب، ويطلق الكفيل، ويسلم العبد، إلى المدعي.

القول الثاني: أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه من المدعي، ويقبض الثمن ويضعه عند عدل، أو يكفله بالثمن، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب، كتب لرد الثمن، أو أبرأه الكفيل، وبان بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح، ويسلم الثمن إلى المدعى عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة، كما يبيع الضوال^(٧). وحكى الفوراني بدل هذا القول: أنه يسلم إليه المال، ويأخذ القيمة

(١) في: أ "ترتب".

(٢) في: أ "لذلك".

(٣) قال النووي: "هذا هو الصحيح، أو الصواب" الروضة ١١/١٩٠.

(٤) في: ز "إذا".

(٥) في: أ، ب، ظ "بأني حكمته".

(٦) في: ب "إليه" وفي ظ "عليه".

(٧) "الضوال" جمع "ضالة" بالهاء للذكر والأنثى... و"ضل البعير غاب، وخفي موضعه" و"أضلته" بالألف فقدته.

قال الأزهري و"أضللت الشيء بالألف إذا ضاع منك، فلم تعرف موضعه، كالدابة، والناقة وما أشبههما...". ذكره في المصباح ١/٣٦٤.

فيدفعها إلى المدعى عليه، للحيلولة^(١) بينة، وبين ما يزعمه ملكاً، ثم هذه القيمة مستردة سواء ثبت أن المال للمدعي، أو لم يثبت. أما إذا ثبت فظاهر.

وأما إذا لم يثبت فلأنا أخذناها للحيلولة فإذا أرتد المال إلى المدعى عليه، فلا بد من رد القيمة. وبعد فلنتكلم في لفظ الكتاب، قوله: "الركن الرابع المحكوم به" لفظ المحكوم به، وإن شمل الحاضر، والغائب، ومالا يوصف بحضور، ولا غيبة، كالدين، وخذ القذف، لكن الغرض هاهنا الكلام في المحكوم به الغائب، ولذلك^(٢) قال: "وذلك^(٣) لا يخفى في الدين" وقوله: "والعقار الذي يمكن تعريفه بالحد" يعني: أنه وإن كان يبلى آخر، يجوز الحكم به لتعيينه، وتمييزه بالحدود. وقوله: "أما العبد، والفرس، وما يتميز^(٤) بعلامة" قصد بقوله: "وما يتميز^(٥) بعلامة" تقييد الأقوال المذكورة ببعض المنقولات، وهي التي تتميز بالصفات، والعلامات والأنساب دون التي تتشابه، ولا تتميز بعلامة، واسم، ونسب على ما حكيناها عن نقله، ونقل الإمام. وقوله "ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال" الأقوال الثلاثة، لا تجري في الحكم وحده، وإنما تحصل إذا أخذنا بسماع البينة، والحكم معاً حتى يُفَرَّقَ بينهما في الثالث، فإذا اللفظ يفتقر إلى إضمار؛ وقوله: "والثاني: أنه^(٦) كالكرباس، وسائر الأمتعة" بنى هذا على طريقته القاطعة بأن الكرباس، ونحوه لا تسمع البينة عليه، ولا يحكم به، وهو غائب فجعله مقيساً عليه لأحد الأقوال في العبد، والفرس، ثم بين أن الحكم حينئذٍ يتعلق بالقيمة، فيجب ذكرها، وعاد إلى العقار فيبين أن العقار، وأن العبد، والفرس على القول الأول، لا^(٧) يحتاج إلى ذكر قيمتها في أصح الوجهين. وقوله: "وفي وجه لا يكفي ذلك" التعبير عن هذا الخلاف بالقول، أكثر منه بالوجه. وقوله: "ثم تسترد لو ثبت ملكه" عرفت إنها تسترد وإن لم يثبت الملك إذا ارتفعت الحيلولة. والله أعلم.

(١) في: أ "للحيلولة".

(٢) في: أ، ب "فكذلك".

(٣) "وذلك" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: ز "ومالا يتميز".

(٥) في: ز "ومالا يتميز".

(٦) "إنه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "لا" ليست في: أ.

[إذا كان المحكوم به غائباً عن مجلس الحكم]

(قال [الغزالي]: أما إذا كان المحكوم عليه حاضراً، والعبد حاضر، ولم يحضره المدعى عليه^(١)، طُلب بإحضاره بعد قيام الحجة على الصفة، وإن^(٢) عرف القاضي العبد، حكم به، دون إحضاره^(٣)، وإن أنكر وجود مثل هذا العبد في يده، فعلى المدعى البينة^(٤) على أنه في يده، فإن أقام، أو حلف بعد نكول المدعى عليه، استفاد به، حبسه إلى أن يحضره، ويتخذ عليه الحبس، فلا يتخلص إلا بالإحضار، أو دعوى التلف، حتى تقبل منه القيمة، و^(٥) تقبل دعوى التلف للضرورة كيلا يتخذ الحبس عليه^(٦) فإن حلف أنه ليس في يده هذا العبد الموصوف، ولم تكن بينة بطلت^(٧) الدعوى، فسبيل المدعي إذا علم^(٨) أنه يحلف أن يحول الدعوى إلى القيمة، فإن ذلك يثبت بالشهادة على الصفة. و^(٩) لو قال: أدعي عبداً قيمته عشرة، فإما أن يرد العين أو القيمة، ففي صحة الدعوى مع التردد، وجهان، واصطلحت^(١٠) القضاة على قبولها للحاجة).

الحالة الثانية: إذا كانت العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم، دون البلد، فإن كان الخصم حاضراً، فيؤمر بإحضارها ليقيم البينة على عينها، ولا تسمع الشهادة على الصفة، هذا هو الجواب في فتاوى القفال، تشبيهاً بما إذا كان المدعى عليه حاضراً في البلدة^(١١)، فإنه لا تسمع الشهادة، وهو غائب عن مجلس الحكم.

(١) "عليه" ليست في: أ.

(٢) في: أ، ب، ظ "فإن".

(٣) في: ز "الإحضار".

(٤) في: أ، ب، ظ "بينة".

(٥) "و" ليست في: أ، ب.

(٦) "عليه" ليست في: أ، ب.

(٧) في: أ، ب، ظ "بطل".

(٨) في: ز "د د ب".

(٩) في: أ، ب "فلو".

(١٠) في: أ، ب، ظ "واصطلح".

(١١) في: أ، ب، ظ "البلد وإن".

واعلم أن في هذه الصورة المشبه بها خلافاً سيأتي من بعد^(١). ويشبه أن يجيء ذلك الخلاف هاهنا أيضاً، فإن جاء انتظم أن يرتب فيقال: إن لم تسمع البينة على العين الغائبة عن البلد اعتماداً على الصفة، فأولى أن لا تسمع إذا كانت حاضرة ويؤمر بإحضارها، وإن سمعناها هناك فهاهنا: وجهان. ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره وبتيسير^(٢).

أما مالا يمكن^(٣) إحضاره كالعقار، فيحدُّه المدعي، ويقيم البينة عليه بتلك الحدود، فإن قال: الشهود: نعرف العقار بعينه ولا نعرف الحدود، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه أو حضر بنفسه، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى حكماً، وإلا لم يحكم.

ولو كان العقار معروفاً لا يشتهه، فلا حاجة إلى التحديد، وأما ما يعسر إحضاره كالشيء الثقيل، وما أثبت في الأرض، أو ركب في الجدار، وأورث قلعه ضرراً فيصفه المدعي، ويحضر القاضي عنده، أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه، وإن لم يمكن وصفه حضر القاضي عنده، أو بعث لسماع الدعوى على عينه، وذكر صاحب الكتاب. هاهنا وفي "الوسيط"^(٤) أن العبد المدعي لو كان يعرفه القاضي حكماً به، دون الإحضار، وجعل هذه الصورة، كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار، وهذا إن^(٥) كان المراد منه العبد المعروف بين الناس، فهو واضح، كما ذكرنا في العقار المعروف، وفي العبد المشهور الغائب عن البلد^(٦). فأما الذي يختص القاضي بمعرفته، فإن كان عالماً بصدق المدعي، وحكم بناءً على علمه، تفريراً على جواز الحكم بالعلم، فهو

(١) وهو مسألة "ما إذا كان المدعي عليه في البلد، هل تسمع الشهادة عليه مع غيبته عن المجلس؟

... فيه أوجه ... والصحيح: المنع ... انظر: الروضة ١١/١٩٤.

(٢) في: ز "وتيسر".

(٣) من قوله "وإن سمعناها ... أما مالا يمكن". ليست في: ب.

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٦٢. والوسيط ٧/٣٢٩.

(٥) في: أ، ب، ظ "وإذا".

(٦) انظر: الروضة ١١/١٨٨.

قريب^(١) أيضاً، أما إذا كان يحكم بالبينة، فالبينة تقوم على الصفة، فإذا لم تسمع/ البينة (٤٨٤/ز) على الصفة، وجب أن يمتنع^(٢) الحكم. والله أعلم.

وذكر في "الوسيط"^(٣) أيضاً أنه لا يلزمه إحضار الكرياس ونحوه، لأنه يتمثل. وإن حضر، وهذا إشعار بأن الكرياس الحاضر لا يمكن توجيه الدعوى، والبينة، على عينه، ولا شك في بُعد هذا الكلام، ومتى قلنا بلزوم^(٤) الإحضار، فذلك إذا اعترف المدعى عليه، باشتغال يده على مثل تلك العين، فإن أنكر اشتغال يده على عين بالصفة المذكورة، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف كان للمدعى أن يدعي القيمة عليه لاحتتمال أنها هلكت. قاله صاحب "التهذيب" وغيره. وإن نكل فحلف المدعى أو أقام البينة، حين أنكر المدعى عليه، كلف إحضاره، وحبس ولا يطلق إلا بالإحضار، أو بأن يدعي التلف، فتؤخذ منه القيمة، وتقبل منه دعوى التلف، وإن كان على خلاف قوله الأول ضرورة أنه قد يكون صادقاً، ولو لم يُقبل قوله: لتخلد عليه الحبس، وفي كلام بعض الأصحاب أنه لا يطلق إلا بالإحضار^(٥)، أو بأن يقيم بينة على التلف، وإذا لم يدر المستحق أن العين باقية ليطالب بها، أو تالفة ليطالب بقيمتها، فادعى^(٦) على التردد، وقال: غصب مني كذا، فإن كان باقياً فعليه رده، وإن كان تالفاً ففيه^(٧) فوجهان:

أحدهما: أنه لا تسمع هذه الدعوى، لأنها غير جازمة، بل يدعى العين، ويحلف عليها، ثم ينشيء دعوى القيمة، ويحلف عليها، ويحكي هذا عن القاضي الحسين.

وأولاهما، وعليه اصطلاح القضاة. أنها تسمع للحاجة^(٨). وعلى هذا فيحلف،

(١) في: ب "مرتب".

(٢) في: ز "يمنع".

(٣) ٣٣٠/٧.

(٤) في: أ، ب، ظ "يلزم".

(٥) في: أ، ب "إلا بأحضاره". وفي: ب "بالاحضار".

(٦) في: أ، ب، ظ "وادعى".

(٧) في: أ، ب، ظ "فقيمته".

(٨) وهو الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٩٢.

أنه لا يلزمه رد العين، ولا قيمتها، ويجري الوجهان، فيما إذا سلّم^(١) ثوباً إلى دلال لبيعه، فطالبه به، فجدد، ثم لم^(٢) يدر صاحب الثوب أنه باعه، ليطالب بالثمن^(٣). أو تلف ليطالبه بالقيمة، أو هو باق^(٤) ليطالب بالعين، فعلى الوجه الأول: يدعي العين في دعوى، والقيمة في أخرى^(٥)، والثمن في^(٦) أخرى، وعلى الثاني: يدعى أن عليه رد الثوب، أو ثمنه إن باعه^(٧)، وأخذ ثمنه، أو قيمته، ويحلف الخصم يميناً واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب، ولا قيمته، وقد ذكر هذه الصورة في الكتاب في «الدعوى، والبيئات»^(٨) وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً.

فإن كان غائباً، والمال في البلد كما وصفنا، فيحضر مجلس الحكم أيضاً ويؤخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه^(٩). وقوله في الكتاب "طوب يا حضاره بعد قيام الحجة على الصفة" هذا التقييد غير مساعد عليه، بل الحجة على الصفة. والحالة هذه غير مسموعة^(١٠) على عينه على ما في فتاوى القفال. وقد صرح بعض من درس على الإمام: بأنه يلزم المدعى عليه الإحضار قبل قيام البينة كما يلزم الحضور بنفسه، وقوله "وإن^(١١) حلف أنه ليس في يده هذا العبد الموصوف" إلى قوله "فإن ذلك يثبت بالشهادة على الصفة" قد يفهم منه أن دعوى العين إذا لم تتمش^(١٢) بطلت دعواه بالكلية، فالخصم^(١٣) إذا عرف أن المدعى عليه، لا يبالي باليمين، ولم تكن له^(١٤) بينة أن

-
- (١) في: أ، ب "أسلم".
(٢) في: ب "فلم".
(٣) في: ب "بالقيمة".
(٤) في: ب، ظ "أو بقي".
(٥) في: ب "ويدعي القيمة".
(٦) "والثمن في أخرى" ليست في: أ.
(٧) في: أ، ب، ظ "باع".
(٨) انظر: الوجيز ٢/٢٦٢.
(٩) "عينه" ليست في: أ.
(١٠) "على عينه" ليست في: أ، ز.
(١١) في: أ "ولو".
(١٢) في: أ، ب، ظ "لم تتمش".
(١٣) في: ب، ز، ظ "فالخزم".
(١٤) "له" ليست في: أ.

يدعي القيمة من الابتداء، لكننا بينا، أنه إذا انقطعت دعوى العين كان له أن يدعي القيمة، ولا يسقط طلبه^(١) بالكلية، فليكن معنى الكلام. أنه إذا لم يجد بينة وعرف أن الخصم يحلف، فلا فائدة في دعوى العين، فليعرض عنها^(٢)، وليدع القيمة.

وقوله "فإن القيمة تثبت بالشهادة على الصفة" إن كان المراد منه، أنه^(٣) إذا شهد الشهود، على أنه غصب منه عبداً مثلاً بصفة كيت وكيت، ثم فرض موت العبد، يستحق المشهود له بتلك الشهادة، قيمته على تلك الصفة. فهذا صحيح، وقد حكاها صاحب "العدة" لكن طلب القيمة من غير أن يعلم موته فيه إشكال على مامر.

فرع: لو كان الخصم حاضراً، والمدعي ببلدة أخرى، فقياس ما في الفصل السابق. أننا إن قلنا: تسمع البينة بالمال الغائب، ويحكم^(٤) به، فالقاضي يحكم عليه، وإن لم يجوز إلا السماع، فإذا سمع البينة أمر بنقل المدعي إلى مجلسه ليشهد الشهود على عينه، كما يفعله^(٥) القاضي المكتوب إليه، عند غيبة الخصم.

(قال [الغزالي]: فرع: لو أحضر العبد الغائب، فلم^(٦) يثبت ملك المدعي^(٧) فعليه مؤنة الإحضار، ومؤنة الرد، ولا يغرم منفعة العبد التي تعطلت، كما لا يغرم^(٨) منفعة المحكوم عليه، ويحتمل هذا للحاجة).

[فصل: في مؤنة الإحضار والرد]

[قال الرافي] ذكرنا أن المدعي إن كان في البلد يكلف المدعي عليه إحضاره^(٩)

(١) في: أ، ز "طلبته".

(٢) في: ز "هاهنا".

(٣) "أنه" ليست في: أ.

(٤) في: أ، ب، ظ: "فيحكم به القاضي".

(٥) في: ز "كما فعله".

(٦) في: أ، ب، ظ "ولم".

(٧) في: أ، ب، ظ "المدعى فيه".

(٨) في: أ، ب، ظ "يلزمه".

(٩) في: أ "الإحضار".

وإن كان غائباً عن البلد بعثه^(١) القاضي المكتوب إليه، على يدي المدعي، ولم يقل^(٢): إنه يكلف المدعى عليه الإحضار، كان الفرق بُعد الشقة^(٣)، وكثرة المشقة، كما يكلف الحضور هناك، ولا يكلف هاهنا. إذا عُرِفَ ذلك: فحيث يؤمر المدعي عليه بالإحضار فأحضره^(٤). قال في "التهذيب" إن ثبت أنه للمدعي، فمؤنة الإحضار على المدعى عليه، وإلا فعلى المدعي مؤنة الإحضار، والرد جميعاً.

وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب، إن لم^(٥) يثبت أنه للمدعي، فعليه رده إلى موضعه بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار، أن تحملها من عنده. وإن ثبت أنه له، فقياس ما حكينا عن "التهذيب" أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه. وفي "أمالي" أبي الفرج السرخسي - أن القاضي: ينفق على النقل من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء استقرض، فإن ثبت كون المال للمدعي^(٦) كلف المدعي عليه، رد القرض لظهور تعديده، وإلا كلف المدعي رده لظهور تعديده^(٧)، ثم^(٨) ذكر أصحابنا العراقيون، وصاحب "التهذيب" وغيرهم: أنه إذا نقل المدعي المال إلى بلد القاضي الكاتب، ولم يثبت كونه له يجب على المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة إذا أحضره^(٩)، المدعى عليه، وهو في البلد، فأفهم سكوتهم^(١٠) عنه أنهم ساءحوا به في هذه الحالة، ولم يوجبوا الأجرة، وعلى هذا المفهوم جرى في الكتاب، فقال: "ولا يغرم^(١١) منفعة العبد التي تعطلت"^(١٢)

(١) في: أ، ب، ظ "يبعثه".

(٢) في: أ، ب، "ينقل".

(٣) في: أ "المشقة".

(٤) "فأحضره" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ، ظ "ولم يثبت". وفي: ب "أو لم".

(٦) "للمدعي، كلف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: ب، ز "تعبته".

(٨) "ثم" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: أ، ب، ظ "أحضره".

(١٠) في: ز "سكوته".

(١١) في: ب، ظ "ولا يلزم".

(١٢) في: ب، ظ "بطلت".

وليحمل ما ذكره على إحضار المدعى عليه العبد الغائب عن مجلس الحكم دون البلد خاصة، لأنه لو أجرى على^(١) إطلاقه لكان ما ذكره مخالفاً لكلام الأصحاب في الغائب^(٢) عن البلد، وسبب احتمال تعطيل المنفعة، توقير مجلس القاضي، واقتضاء مصلحة الإيالة، ترك المضايقة في حضوره، وسبب الفرق بين الحالتين زيادة الضرر هناك. والله أعلم.

[فصل: في الركن الخامس: وهو المحكوم عليه الغائب]

(قال [الغزالي]: الركن الخامس المحكوم عليه، وشرطه أن يكون غائباً فوق مسافة العدوى، فإن كان في البلد، فالصحيح: أنه لا يجوز سماع البينة، دون حضوره، وإن توارى، أو تعذر، فالصحيح، أنه يقضي عليه، كالغائب، ومهما غاب إلى مسافة العدوى، ولم يكن في موضعه، حاكم، جاز للقاضي إحضاره، ولكن^(٣) بعد قيام البينة، أما مجرد الدعوى، فلا وإن كان للغائب مال في البلد، وجب التوفية منه، وهل يطالب بكفيل؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي] الفصل يشير إلى ثلاث قواعد^(٤):

إحداها: الأصل أن لا يسمع القاضي البينة، ولا يحكم إلا بحضور الخصم. أما أنه^(٥) لا يسمع البينة. فليأمن^(٦) خطأ الشهود، في المشهود عليه، وليطعن فيهم^(٧)، إن وجد مطعناً، وليمتنعوا إن كانوا^(٨) كذبه حياءً منه، أو خوفاً.

وأما أنه^(٩) لا يحكم: فليأتي بمدفع أن وجد، إلا أن هذا الأصل قد يترك

(١) "على" ليست في: ز.

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٤٦، والروضة ١١/١٩٣.

(٣) "ولكن" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ظ "مسائل".

(٥) في: أ، ب، ظ "إن".

(٦) "من" ليست في: أ.

(٧) في: أ، ب، ظ "فيه".

(٨) في: أ، ز "كان".

(٩) في: أ، ب، ظ "أن".

لأسباب^(١) تقتضيه. وتفصيلها: أن يقال: إذا لم يكن الخصم حاضراً في مجلس الحكم، فإما أن يكون في البلد، أو لا يكون. إن كان في البلد، نظر، إن كان^(٢) ظاهراً يتأتى إحضاره، فأصح الوجهين، وقطع به بعضهم أنه لا يجوز سماع الدعوى، والبينة عليه، لأن أمر القضاء، مبني على الفصل بأقرب الطرق^(٣).

ولو أحضر ربما أقر فأغنى عن سماع البينة، والنظر فيها.

والثاني: الجواز، لأنه إما منكر، فهذا سماع بينة على المنكر أو مقر فتؤكد البينة إقراره، وعلى هذا، فهل يحكم عليه؟

فيه وجهان: أحدهما: نعم، كالعائب، لما سمع عليه البينة حكم.

وأصحهما: المنع، بل يجب إحضاره ليأتي بمطعن إن أمكنه بخلاف الغائب عن البلد^(٤)، فإن انتظاره يطول، وأجزي الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم، هل تسمع البينة عليه، ويحكم من غير سؤاله، ومراجعتة؟ والمنع هاهنا، أظهر وأولى.

وإن كان يتعذر إحضاره بأن كان متوارياً، متعزراً متغلياً، فيجوز سماع الدعوى، والبينة، والحكم عليه، وإلا اتخذ الناس، التواري، والامتناع ذريعة إلى إبطال الحقوق. وعن القاضي الحسين. وجه آخر: أنه لا يجوز، ولا يلحق الامتناع بالعجز، كما لا يلحق منع الثمن، بالعجز في ثبوت حق الفسخ للبائع، وإن لم يكن في البلد نظر: إن غاب إلى مسافة بعيدة، جاز الحكم عليه كما سبق. وإن كانت قرية، فهو كالحاضر في البلد، وبما يضبط القرب، والبعد؟ فيه وجهان: أحدهما: أن المسافة البعيدة، هي التي تقصر فيها الصلاة.

والقرية مادونها. وأرجهما على ما ذكره صاحب الكتاب: إن المسافة التي يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلاً، قرية. وتسمى هذه المسافة العدو،

(١) في: أ "الأسباب".

(٢) من "أو لا يكون . . . إن كان" ليست في: أ.

(٣) في: ز "البلد".

(٤) في: ز "الطرق".

فإن زادت فهي بعيدة، وللقاضي^(١) أن يحكم على من عاد إليها، لأن في إحضاره مفارقة الأهل، بالليل. وقوله في الكتاب "المحكوم عليه، وشرطه أن يكون غائباً، فوق مسافة العدوى" المراد المحكوم عليه الغائب^(٢)، إذ الغيبة ليست شرطاً في المحكوم عليه مطلقاً بل الحكم على الحاضر أجود منه على الغائب، لكن الباب من أصله معقود في القضاء على الغائب، فأراد أن يبين أن الغيبة المحوزة للقضاء، أية غيبة هي. ويجوز أن يعلم قوله: "فوق مسافة العدوى" بالواو، للوجه الآخر المعتر لمسافة القصر. وقوله "فإن كان في البلد، فالصحيح" يجوز إعلام لفظ الصحيح بالواو، لطريقة من قطع بالمنع وقد حكاها القاضي ابن كج وغيره. وقوله "في المتواري، والمتعذر"^(٣)، الصحيح أنه يقضي عليه كالغائب" يمكن أن يستفاد من التشبيه والإلحاق بالغائب، أنه يحلف المدعي كما يحلف المدعي على الغائب، وقد صرح به بعضهم، وفي "العدة" أنه لا يحلف هاهنا، لأن الخصم قادر على الحضور. ولو كان للمتمرد^(٤) وكيل نصبه بنفسه، فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ فيه جوابان^(٥) لأبي العباس الروياني، لأن الاحتياط، والحالة هذه من وظيفة الوكيل، وكذا، لو كان للغائب وكيل.

الثانية: من أتى القاضي مستعدياً على خصمه ليحضره فخصمه، إما أن يكون في البلد، أو خارجه.

الحالة الأولى: إذا كان في البلد، وكان ظاهراً يمكن إحضاره وجب إحضاره. وقال: مالك: إن كان من أهل المروءات لم يحضره إلا أن يعرف بينهما معاملة، صيانة له^(٦) عن الابتذال^(٧). وعن ابن سريج: أنه يحضر ذوي المروءات في داره، لا في مجلس الحكم. والمذهب: أنه لافرق^(٨). ثم الإحضار قد يكون بختم من طين رطب، أو غيره،

(١) في: أ، ب، ظ "فللقاضي".

(٢) "الغائب" ليست في: أ.

(٣) في: ز "المتعذر".

(٤) في: أ "التمرد".

(٥) في: أ "جواباً".

(٦) "له" ليست في: ز.

(٧) انظر: مختصر خليل، ص ٢٦٣.

(٨) انظر: الروضة ١١/١٩٤، ونهاية المحتاج ٨/٢٦٦.

يدفعه إلى المدعي ليعرضه على الخصم، وليكن مكتوباً عليه، أجب القاضي فلاناً، وقد يكون بِمُحَضَّرٍ من الأعوان المرتين على باب القاضي، وتكون مؤنته على الطالب إن لم يرزقوا من بيت المال. وإن بعث بالختم، فلم يجب، بعث إليه العون، وإذا ثبت عند القاضي امتناعه من غير عذر، أو سوء أدب، بكسر الختم، ونحوه استعان على إحضاره بأعوان السلطان، فإذا أُحْضِرَ عَزْرُهُ على مايراه، وتكون مؤنة المُحَضَّر. والحالة هذه على المطلوب لامتناعه. وفي "الجرجانيات" /وجه آخر: أنها على المدعي أيضاً. فإن (٤٨٦/ز) استخفى بعث من ينادي على باب داره، أنه إن لم يحضر إلى ثلاث، سُمِّرَ باب داره، أو ختم عليه، فإن لم يحضر^(١) 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 نفراً من النسوة، والصبيان والخصيان يهجمون عليه على هذا الترتيب، ويفتشون. ومتى كان للمطلوب عُذْرٌ مانع من الحضور، لم يكلفه الحضور، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه، فإن دعت الحاجة إلى تحليفه، بعث إليه من يحلفه، والعذر، كالمرض، وحبس الظالم، والخوف منه، وفي^(٢) كون المرأة مخدرة خلاف سيأتي^(٣).

الحالة الثانية: إذا كان خارج البلد فينظر: إن كان خارجاً عن محل ولاية القاضي، لم يكن له أن يحضره، وإن كان في محل ولايته، فإن كان له في ذلك الموضع نائب، لم يحضره، بل يسمع البينة، ويكتب إليه^(٤)، وحكى أبو العباس الروياني وجهاً: أنه يلزم إحضاره^(٥)، إذا طلب الخصم، وهذا قضية إيراد صاحب "التهذيب" فيما إذا كان المطلوب على مسافة العدوى، وبه أجاب في "العدة" وفي "أمالي" أبي الفرج السرخسي: تخيير القاضي بين أن يحضر المطلوب، وبين أن يسمع البينة، ويكتب إلى

(١) في: أ "يحضره".

(٢) "و" ليست في: ظ.

(٣) انظر: ص ٤٦٠، والوجيز ٢/٢٤٦، والروضة ١١/١٩٧.

(٤) وهذا هو الصحيح. ذكره النووي في الروضة ١١/١٩٥. وانظر: مغني المحتاج ٤/٤١٦.

(٥) في: أ "إحباره".

نائبه، وإن لم يكن هناك نائب، فثلاثة أوجه: أحدها: وبه أجاب أصحابنا العراقيون: أنه يحضره قربت المسافة أم بعدت.

نعم له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه، وبين المستعدي.

والثاني: إن كان على مادون مسافة القصر، أحضره، فإن زادت فلا.

والثالث: إن كان على مسافة العدوى، أحضره، وإن زادت، فلا.

وهذا أظهر عند الإمام، وهو الذي أورده في الكتاب^(١). فقال: "ومهما غاب إلى مسافة العدوى" فقيد الحكم بمسافة العدوى. وقوله "ولم يكن في موضعه حاكم" يجوز إعلامه بالواو لما عرفت: أن في وجه يحضر، وإن كان هناك حاكم.

وإذا قلنا: لا يحضره إذا كان هناك حاكم، فكذلك لا يحضره إذا كان هناك من يتوسط^(٢) ويصلح بينهما. بل^(٣) يكتب إليه ليتوسط^(٤)، ويصلح، فإن تعذر عليه فحينئذ يحضره، وحيث قلنا: يحضر الخارج عن البلد، فقد ذكر الإمام، وصاحب الكتاب، أنه إنما يجب أن يحضره^(٥) إذا أقام^(٦) المدعي بينته^(٧) على ما يدعيه، فإنه قد تكون له حجة، فيتضرر الخصم بالإحضار، ويمثله أجاب في "العدة" لكن قد تكون حجة، ويريد تحليفه فلعله ينزجر، ولم يتعرض الأكثرون، لما ذكرناه^(٨)، ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه، وعن جهتها، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده القاضي^(٩)، كالذمي، يريد إحضار

(١) الوجيز ٢/٢٤٦، وانظر: الوسيط ٧/٣٣٢، التهذيب ٨/٢٠٥، والروضة ١١/١٩٧، ومغني المحتاج ٤/٤١٦.

(٢) في: ز "من يتوسط بينهما".

(٣) في: ب، ظ "بأن".

(٤) في: ب، ظ "للتوسط".

(٥) في: أ، ب، ظ "يحضر".

(٦) من قوله "يحضر الخارج عن . . . إذا أقام" ليست في: ب، ظ.

(٧) في: ز "بينه المدعي" وفي: ظ "البينة".

(٨) في: أ "ذكره".

(٩) "القاضي" ليست في: أ، ب، ظ.

المسلم للمطالبة بضممان الخمر، التي أراقها عليه، بخلاف الحاضر في البلد، لا يحتاج في إحضاره إلى تقديم البحث، لأنه ليس في الحضور هناك مؤنة ومشقة شديدة.

فرع: لو كان الاستدعاء^(١) على امرأة خارجة عن البلد، هل يحضرها، وهي عورة؟ وهل يشترط أن يكون الطريق آمناً، ومعها نسوة ثقات؟ وهل على^(٢) القاضي أن يبعث إليها محرماً لها لتحضر معه؟.

قال أبو العباس الروياني: كل ذلك على وجهين: الأصح: أنه يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات^(٣).

الثالثة: إذا ثبت على الغائب دين، وله مال حاضر، فعلى القاضي توفية الدين منه، إذا طلبه المدعي، وإذا وفى، هل يطالب المدعي بكفيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن الغائب، قد يكون له مدفع إذا حضر، فيحتاج له.

وأظهرهما: المنع، لأن الحكم قد تم في الحال والأصل عدم الدافع.

[في القضاء على الغائب في العقوبات]

(قال [الغزالي]: فروع: الأول في القضاء على الغائب في العقوبات، قولان، فلا^(٤) يقبل كتاب القاضي إلى القاضي^(٥)، ولا الشهادة على الشهادة، في عقوبة على قول. وفي القصاص، أولى بالقبول من الحدود).

[قال الرافعي] بينا أن القضاء على الغائب جائز، وذلك في غير العقوبات.

وأما العقوبات، فما كان حقاً لله تعالى، كحد الزنا، والشرب، وقطع الطريق،

فقولان.

(١) في: ظ "الاستدعاء".

(٢) في: ز "وعلى هل".

(٣) في: أ، ب، ظ "نسوة ثقات كما في الحج". وانظر: الوسيط ٣٣٢/٧، والروضة ١١/١٩٦،

ومغني المحتاج ٤/٤٦٦.

(٤) في: ز "ولا".

(٥) "القاضي إلى القاضي" ليست في: أ.

أحدهما: أنه جائز^(١) أيضاً، كما في الأموال، ويكتب إلى قاضي بلد المشهود عليه، ليأخذه بالحق.

وأصحهما: المنع، لمعنيين.

أحدهما: أن الحدود يسعى في درئها^(٢)، لا في توسيع^(٣) بابها.

والثاني: أن حقوق الله تعالى تبنى على المساهلة، لاستغنائه^(٤)، وحقوق العباد على المضايقة، والتشديد لاحتياجهم.

وأما حق الآدمي، كالقصاص، وحد القذف، فالصحيح المنصوص الجواز^(٥). وفيه قول مخرّج من^(٦) حدود الله تعالى.

وقد يرتب، فيقال: إن جوّزنا في حق الله تعالى، ففي حق الآدمي أولى.

وإن منعناها^(٧) فهاننا قولان. بناءً على المعنيين، إن قلنا: بالمنع هناك، لأن الحدود يسعى في درئها، وتدفع بالشبهة، فكذلك هاننا.

وإن قلنا: لأن حدود الله تعالى مبنية على المساهلة، فهذا المعنى مفقود هاننا، فيجوز، وإذا أخذت مطلق العقوبة، وتركت الترتيب.

قلت: في القضاء على الغائب، في العقوبات، ثلاثة أقوال.

ثالثها: الفرق، وكذلك أورد صاحب الكتاب في "باب الشهادة"^(٨). والخلاف في الشهادة على الشهادة^(٩)، وفي^(١٠) كتاب القاضي [إلى القاضي واحد، لأن كل واحد

(١) في: ب، ظ "الجواز" وفي: ز "يجوز".

(٢) في: أ، ب، ظ "درها".

(٣) في: أ "ولا يفي بطلب توسع"، ب، ظ "ولا يوسع".

(٤) في: أ "والاستغنائه".

(٥) انظر: الوسيط ٣٣٢/٧، والتهذيب ٢٠٤/٨، والروضة ١٩٦/١١، ونهاية المحتاج ٢٦٦/٨.

(٦) في: ز "في".

(٧) في: أ، ب، ظ "منعنا".

(٨) انظر: الوجيز ٢٥٧/٢، وفي ظ "الشهادات".

(٩) "على الشهادة" ليست في: ظ.

(١٠) في: ظ "مع".

منهما يدل على أصل، فلتناسبهما ذكر الشهادة على الشهادة^(١). مع كتاب القاضي إلى القاضي هاهنا، وأعاد ذكر كتاب القاضي إلى القاضي مع الشهادة على الشهادة في بابها^(٢).

ولو اقتصر على ذكر كل واحد منهما في موضعه، أو على ذكرهما جميعاً في موضع واحد^(٣) لكفى، ولا فرق في كتاب القاضي إلى القاضي، بين كتاب الحكم، وكتاب النقل، في كلام الجمهور.

وفي "الإبانة" للفوراني: أن الخلاف في كتاب النقل، فأما في كتاب الحكم، فإنه يقبل في حق الله تعالى، وفي حق الآدمي قولاً واحداً.

[الفرع الثاني: في عزل القاضي بعد سماع البينة]

(قال [الغزالي]: / الثاني: لو عُزِلَ القاضي بعد سماع البينة، ثم وُيِّ وجبت (٤٨٨/ز) الاستعادة، ولو خرج من ولايته، ثم عاد، ففي الاستعادة، وجهان).

[قال الرافعي]: إذا سمع القاضي بينة، فعزل، ثم وُيِّ، لم يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالعزل، بل تجب الاستعادة.

ولو خرج من محل ولايته، ثم عاد فوجهان:

أحدهما: أنَّ الجواب كذلك، لعروض حالة^(٤) تمنع^(٥) الحكم.

وأظهرهما: أن له أن يحكم به، ولا حاجة إلى الاستعادة^(٦)، لأن ولايته باقية، وإنما فقد شرط نفوذ الحكم. ولهذا إذا عاد لم يحتج إلى تولية جديدة، وهذا الفرع، لا اختصاص له بالقضاء على الغائب.

(١) من قوله "إلى القاضي، واحد ٠٠٠ ذكر الشهادة على الشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٥٧ و ٢٥٨، والروضة ١١/١٩٧ و ١٨٩.

(٣) "واحد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "حالة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "ما يمنع".

(٦) انظر: الوسيط ٧/٣٣٢، الروضة ١١/١٩٧، ومغني المحتاج ٤/٤١٥.

ولو سمع القاضي الشهادة على الغائب، وقدم الغائب قبل أن يحكم، لم تجب الاستعادة، ولكنه يُخبرُ به، ويمكنُ من الجرح.

ولو قدم الغائب بعد الحكم، فهو على حجته. في إقامة البينة على القضاء، والإبراء، وفي القدح في الشهود، ولكن لا بدَّ، وأن يُؤرَّخَ الجرح^(١) فسقه بيوم الشهادة، لأنه إذا أطلق أمكن. حدوثه بعد الحكم، وبلوغ الصبي، بعد سماع البينة عليه، أو بعد الحكم كقدوم الغائب.

(١) في: أ "الخارج".

[الفرع الثالث: في حضور المرأة المخدرة في مجلس الحكم]

قال [الغزالي]: الثالث: المخدرة لا تحضر مجلس الحكم للتحليف، بل يبعث إليها القاضي من يخلفها. وفيه وجة آخر: أنه يلزمها الحضور. فقليل^(١): المخدرة هي التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة^(٢).

وقيل: هي التي لا تخرج إلى العزاء، والزيارات إلا نادراً.

[قال الرافعي] المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم؟ فيه وجهان: أحدهما: ويحكى عن القفال: نعم، كسائر الناس، ولا اعتبار بالتخدير، ولهذا لو حضر شهودٌ يشهدون على امرأة، وقالوا: نشهد على عينها، ولا نعرف^(٣) نسبها، فإن القاضي يأمرها^(٤) بكشف الوجه، ومعلومٌ أن هذا أعظم عليها من مجرد الخروج، وعلى هذا لو حضر القاضي دارها ليحكم بينها، وبين خصمها، أو بعث من يحكم، كان للخصم أن يمتنع^(٥) من دخول دارها، ويطلب إخراجها. وأظهرهما، وبه^(٦) قال أبو حنيفة^(٧): إنها لا تكلف الحضور، كالمرضى، وسبيل القاضي في حقها، كما سبق في المريض^(٨). واستشهدوا لهذا الوجه بقوله: صلى الله عليه وسلم في قصة العسيف^(٩) "واغدياً أنيس^(١٠) على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها"^(١١) فبعث إليها، ولم يحضرها.

-
- (١) في: أ، ب، ظ "وقيل".
 (٢) في: أ، ب، ظ "للضرورة".
 (٣) في: أ "يفرق".
 (٤) في: أ "أمرها".
 (٥) في: أ، ب، ظ "يمنع".
 (٦) انظر: الروضة ١١/١٩٧. ومغني المحتاج ٤/٤١٧.
 (٧) انظر: فتح القدير ٦/٣٨٢.
 (٨) انظر: الروضة ١١/١٩٥، ومغني المحتاج ٤/٤١٦.
 (٩) "العسيف": هو بالعين، والسين المهملتين - أي الأجير - لأنه يعسف الطرقات متردداً في الأشغال وجمعه "عسفاء" كأجير، وأجراء، وفقهه، وفقهاء. المصباح المنير ٢/٤٠٩.
 (١٠) "أنيس" بالتصغير هو صاحبي مشهور اسمه: أنيس بن الضحاك الأسلمي. وقال ابن عبد البر: يقال له: أنيس بن مرشد. والأول هو الأكثر بالصحة كما ذكره النووي.
 (١١) انظر: الإصابة ١/٧٦، والإستيعاب ١/٦٢، وتهذيب الأسماء واللغات ١/١٢٨ و ١٢٩.
 الحدِيث متفق على صحته. أخرجه البخاري ٢/٦٥، في كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، ومسلم بشرح النووي ١١/٢٠٦، كتاب الحدود، باب حد الزنا.

قال في الشامل "إذا حضر دارها من بعثه القاضي، تكلمت من وراء الستر، إن اعترف الخصم بأنها خصمه، أو شهد اثنان من محارمها بأنها^(١) التي ادّعى عليها، وإلا تلففت بإزارها^(٢)، وخرجت من الستر، ومن المخدرة. ولا شك أن التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة، تدعى مخدرة^(٣)، وأما التي لا تخرج إلا نادراً لعزاء، أو زيارة، أو حمام، فهل^(٤) هي مخدرة؟ فيه وجهان: أشبههما، ويحكى عن القاضي الحسين، نعم، ويكفي أن لا تصير مبتذلة، بكثرة الخروج للحاجات المتكررة كشراء الخبز والقطن، وبيع الغزل، ونحوها.

ومنهم من لم يجعل الخروج إلى الحمام بالليل مبطلاً للتخدير.

وقوله في الكتاب "المخدرة لا تحضر مجلس الحكم للتخفيف" تخصيص التخفيف بالذكر، كأنه لامتناع النيابة فيه.

فأما^(٥) ما عدا ذلك فيقع بالتوكيل فيه، من المخدرة، وغيرها.

وقوله: "وقيل المخدرة هي التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة" هذا يحصر التخدير فيه، على هذا الوجه. قوله "بعده، وقيل هي التي لا تخرج إلى^(٦) العزاء، والزيارات إلا نادراً" لا يمكن حمله على الحصر، فإن التي ينذر خروجها، إذا كانت مخدرة، فالتى لا تخرج أصلاً أولى أن تكون مخدرة" وإنما المقصود أن التي ينذر خروجها للعزاء، والزيارات مخدرة أيضاً، ولو أكثرت الخروج لذلك، بطل التخدير، كالمبتذلة بالخروج للحاجات المتكررة.

(١) في: أ، ب، ظ "أنها هي".

(٢) في: أ، ب، ظ "إزار".

(٣) في: أ، ب "وهي". وفي: ظ "وهو".

(٤) في: أ، ب، ظ "وهل".

(٥) في: أ، ب، ظ "وأما".

(٦) "إلى" ليست في: ب، ظ.

[الفرع الرابع: في تزويج المرأة الخارجة عن محل ولاية القاضي]

قال [الغزالي]: الرابع: ليس للقاضي أن يزوج امرأة خارجة عن محل ولايته إلا إذا دخلت ولايته، وله أن يتصرف في مال حاضر لیتيم غائب عن ولايته، لكن إذا أشرف على الهلاك، كما يفعل في مال كل غائب، وهل له نصب القيم في ذلك المال؟ فيه تردد.

[قال الرافعي] القاضي يزوج من لا ولي لها، في محل ولايته، من البلديات، والغريبات، ولا يزوج امرأة خارجة عن محل ولايته، وإن رضيت، ولا يكفي حضور الخاطب، فإن الولاية عليها، لاتعلق بذلك الخاطب، بخلاف مالو حكم لحاضر على غائب، لأن المدعي حاضر، والحكم متعلق^(١) به، وبخلاف ما لو كان لیتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر، فإنه يتصرف فيه^(٢)، لأن الولاية عليه، ترتبط بماله، ثم تصرفه في مال الیتيم الغائب يكون بالحفظ، والتعهد، وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال، بشرط الغبطة اللاتقة، وهذا سبيله في مال كل غائب أشرف على الهلاك. فلو كان حيواناً وخيف عليه الهلاك يبيعه، وإن حصلت الصيانة بالإجارة، اقتصر عليها، وهل له أن يتصرف في مال الیتيم الغائب للاستئناء، وأن ينصب قيماً لذلك^(٣)؟ فيه وجهان عن القاضي الحسين، لأن نصب القيم يرتبط بالمال، والمالك جميعاً، فلو جاز النصب لحضور المال، جاز لقاضي بلد الیتيم النصب لحضور المالك، وحيثئذ تتمانع تصرفاتهما^(٤).

قال في "الوسيط" والأولى: أن يلاحظ مكان الیتيم دون المال.

وقوله في الكتاب: "لكن إذا أشرف على الهلاك" أشار به إلى أنه إنما يتصرف في مال الیتيم الغائب، بالحفظ، والصيانة عن الهلاك.

(١) في: ز "يتعلق".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٦٢، والوسيط ٧/٣٣٣، والتهذيب ٨/٢٠٥، والروضة ١١/١٩٨، ومغني

المحتاج ٤/٤١٨.

(٣) في: ز "كذلك".

(٤) في: أ "تصرفاتها".

وهل يتصرف للتجارة، وطلب الفائدة، كما يتصرف في أموال اليتامى الحاضرين؟ فيه وجهان كما في نصب القيم لهذا الغرض. ويجوز نصبه للحفظ، والصيانة، بلا خلاف. ويجوز للقاضي إقراض مال الغائب ليقطع عنه غرر الغيبة، وَيُحَصِّنُهُ^(١) بذمة مليء.

ويحكى عن صاحب "التلخيص"^(٢)، وهو موافق لما مرَّ في باب الحجر^(٣): أن له أن يقرض مال الصبي لكن ذكرنا هناك أن غير القاضي أياً كان أو غيره، لا يقرض مال الصبي إلا لضرورة نهب وغيره^(٤). وعن صاحب "التلخيص" أنه يجوز^(٥) للأب ما جوزه للقاضي، فهذا وجه آخر. ومالا يتعين^(٦) له مالك، وحصل اليأس عن معرفته، ذكر بعضهم أن له أن يبيعه، ويصرف ثمنه إلى المصالح، وأن له أن يحفظه^(٧). واعلم أن الفرع الثالث، والرابع، لا اختصاص لهما بالبواب كما ذكرنا في الفرع الثاني. وهذا آخر شرح الباب.

وتدخل فيه مسائل أخرى: نورد منها ما الحاجة إليه أهم. والله الموفق.

^(٨) كتاب أهل^(٩) البغي مقبول، ككتاب قاضي أهل العدل^(١٠). وعن القديم، قول^(١١): أنه لا يقبل كتاب أهل البغي. وأطلق بعضهم أنه لا يجوز للقاضي أن يكتب كتاباً في غير محل ولايته، يستمر على أصل الشافعي، ما ذكره ابن

(١) في: ز "ويخصه".

(٢) انظر: ص ٦٤٨.

(٣) الحجر: في اللغة مطلق المنع، وشرعاً: منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي، لصغر ورق وجنون. انظر التعريفات للجرجاني ص ٨٢. وانظر: فتح العزيز ٢٩٣/١٠، والروضة ١٩١/٤.

(٤) في: أ، ب، ظ "ونحوه". انصر المصدرين نفسيهما.

(٥) في: ب، ظ "جوز".

(٦) في: أ "ما يتعين".

(٧) "النوي" قلت: هذا المحكي عن بعضهم متعين، وقد قاله جماعة، ولا نعرف خلافه. والله أعلم. الروضة ١٩٩/١١.

(٨) في: أ "قال" وهو خطأ. لأن هذا من كلام الرافي رحمه الله.

(٩) "أهل": ليست في: ز.

(١٠) هو المشهور. انظر: الروضة ١٩٩/١١.

(١١) قول "ليست في: أ".

(١٢) ورد في جميع النسخ أنه كتاب أهل البغي، وهذا فيه تكرار.

القاص. وهو أنه لا يحكم ولا يشهد بغير محل ولايته، وأما الكتاب، فلا بأس به، وإذا حكم القاضي بينة رجل^(١) أقامها وكيل رجل، في وجه وكيل آخر، ثم حضر^(٢) المدعى عليه، وقال: كنت عزلت وكيلي، قبل أن أقيمت البينة. في وجهه، لم ينفعه، لأن القضاء على الغائب جائز. ولو حضر المدعي^(٣)، وقال: كنت عزلت وكيلي، وقلنا: إن الوكيل، ينزل قبل بلوغ الخبر، لم يصح الحكم، لأن القضاء^(٤) للغائب غير جائز، وشهود الكتاب الحكمي، إذا أرادوا التخلف^(٥) في الطريق، نظر: إن كانوا يتخلفون في موضع فيه قاض، وشهود، فحامل الكتاب، إما أن يشهد على كل واحد منهم شاهدين يخرجان^(٦) معه، ويشهدان عند القاضي الذي يقصده، إما أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه، ليشهدوا به عنده، فيمضيه ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده، وإن أرادوا التخلف، حيث لا قاضي، ولا شهود. قال في "التهذيب" ليس لهم ذلك، بل عليهم الخروج إلى موضع فيه قاض، وشهود، فإن طلبوا أجره الخروج إليه^(٧). فليس لهم إلا نفقتهم، وكذا دوابهم، بخلاف ما لو^(٨) طلبوا، أكثر من ذلك، عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب، حيث لا يكلفون الخروج، والقناعة به لأن هناك يمكن إسهاد غيرهم، وهاهنا، حامل الكتاب مضطر إليهم، وإذا أزم المكتوب إليه الخصم، وطلب^(٩) أن يكتب له^(١٠) كتاباً بقبض الحق، هل على القاضي إجابته؟ فيه وجهان. قال: الإصطخري: نعم كيلاً يطالب به مرة أخرى، وبهذا أجاب أبو الفرج الزاز.

-
- (١) في: أ، ب، ظ "بينة أقامها وكيل رجل".
(٢) "حضر" ليست في: ب، ظ.
(٣) "عزلت وكيلي . . . حضر المدعي" ليست في: ب.
(٤) في: أ "القاضي".
(٥) في: ظ "التحليف".
(٦) في: أ، ب، ظ "يحضران".
(٧) "إليه" ليست في: أ.
(٨) "لو" ليست في: أ.
(٩) في: أ "فطالب".
(١٠) في: أ "إليه".

وقال أكثرهم: لا، فإن الحاكم إنما يطالب بإلزام ماحكم به، وثبتت عنده،
ويكفي للاحتياط^(١)، والاستيثاق، إسهاد المدعي على قبض الحق، ولو طالبه، بتسليم
الكتاب، الذي ثبت الحق به، لم يلزمه دفعه إليه، وكذا من له كتابٌ بدين فستوفاه، أو
بعقار فباعه، لا يلزمه دفعه إلى المستوفي منه، وإلى المشتري، لأنه ملكه، ولأنه قد يظهر
استحقاق فيحتاج إليه. والله أعلم.

(١) في: أ "الاحتياط".

[الباب الرابع في القسمة]

(قال الغزالي: الباب الرابع: في القسمة^(١)): وهي إن كانت بالإجبار، فهل يشترط العدد في القاسم؟ فيه قولان. والمقوم يشترط فيه العدد، وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه. وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه، لأنه مجرد تخمين. ويحكم^(٢) بالعدالة ببصيرة نفسه).

[فصل: في حكم القسمة والأدلة الدالة عليها]

[قال الرافعي] الحاجة الداعية إلى تجويز القسمة بينة^(٣)، وذلك لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة، ويريدون^(٤) الاستبداد بالتصرف.

وفي كتاب الله تعالى ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ﴾^(٥) الآية.

وكان رسول الله ﷺ "يُقَسِّمُ الْغَنَائِمَ بَيْنَ الْغَانِمِينَ"^(٦) ثم القسمة قد يتولاها الشركاء بأنفسهم، وقد يتولاها غيرهم، وهم إما منصوب الإمام، أو منصوبهم.

[فصل: في شروط القسامة]

يشترط في منصوب الإمام الحرية، والعدالة، والتكليف، والذكورة، لأنه يلزم كالحاكم، من حيث أن الحاكم ينظر في الحجة ويمتهد، ثم يلزم بالحكم، والقسامة يجتهد

-
- (١) القسمة: بكسر القاف. وهي الحصّة، والنصيب. انظر: المصباح المنير ٥٠٣/٢.
- (٢) وشراً: هي تمييز بعض الأنصاء من بعض. "والقسامة" هو الذي يقسم الأشياء بين الناس. مغني المحتاج ٤١٨/٤. ونهاية المحتاج ٢٦٩/٨.
- (٣) في: "الحكم".
- (٤) انظر: الأم ٢١٣/٦، والمختصر ص ٣٠١، والحاوي ٣١٣/٢٠، والمهذب ٣٩١/٢، والروضة ٢٠١/١١، ونهاية المحتاج ٢٦٩/٨.
- (٥) في: أ "أو".
- (٦) سورة النساء من آية ٨.
- (٧) الحديث: متفق على صحته. أخرجه البخاري ٣٥/٣، كتاب الجهاد والسير، باب من قسم الغنيمة في غزوة وسفره.
- وأخرجه مسلم بشرح النووي ٨٣/١٢، كتاب الجهاد والسير، باب كيفية قسم الغنيمة بين الحاضرين.

مساحة، وتقديراً، ثم يلزم بالإقراع. ويشترط أن يكون عالماً بالمساحة والحساب. وحكى أبو الفرج الزاز وجهين في أنه هل يشترط أن يحسن^(١) التقويم، لأن في أنواع القسمة، ما يحتاج إليه، ولا يشترط في منسوب الشركاء العدالة، والحرية، فإنه وكيل من جهتهم، كذلك أطلقوه، وينبغي أن يكون توكل العبد في القسمة، على الخلاف في توكله في البيع^(٢) والشراء. ولو حكّم الشركاء رجلاً ليقسم بينهم.

قال أصحابنا العراقيون: هو على القولين في التحكيم^(٣). إن جوزنا فالذي حكموه كمنسوب القاضي، ومهما كان في سهم المصالح من بيت المال، مال^(٤) يتفرّع لمؤنة القاسمين، فعلى الإمام أن ينصب في كل بلد قاسماً، فإن لم تحصل الكفاية بواحد، زاد بحسب الحاجة، وإن لم يكن فيه مال، أو لم يتفرّع لهذه الجهة، فقد ذكر في "أداب القاضي"^(٥) أنه لا يُعيّن حينئذٍ قساماً، لئلا يغالي في الأجرة، وأيضاً فلتلا يغيره بعض الشركاء فيحيف، بل يدع الناس ليستأجروا من شأؤوا، إذا لم يكن في القسمة تقويم، فيكفي، قاسم واحد، أم لا بد من اثنين؟ فيه قولان^(٦). وجهها بأن منصب القاسم منصب الحاكم أم^(٧) منصب الشاهد؟ والأصح الأول. ولم يجب المعظم إلا به، وقطع به قاطعون. وإن كان فيها تقويم، فلا بد من العدد، إذ يشترط العدد في المقوم، ويجوز أن ينصب الإمام قاسماً، ويجعله حاكماً في التقويم، فيعتمد في التقويم قول عدلين، ويقسم بنفسه. وهل للقاضي أن يحكم ببصيرة نفسه في التقويم؟

(١) ورد على هامش العزيز ٥٤٢/١٢ قوله: "سكت المصنف عن الترجيح، قال: في القوت: يقتضي سكوت "المحرر"، و"المنهاج" وغيرهما ذكره بينهم أنه ليس بشرط، وهو الأقرب إلى كلام الجمهور".

(٢) انظر: الوجيز ١/١٨٩، باب الوكالة الركن الثالث، الوكيل قال: "على الوجهين الصحيح فيهما: أنه يصح توكله في القسمة كما يصح توكله في البيع".

وانظر: فتح العزيز ١١/١٧، والروضة ٤/٢٩٨.

(٣) "على القولين" أظهرهما: نعم. انظر: الروضة ١١/١٢١، ومغني المحتاج ٤/٣٧٨.

(٤) في: أ "ما".

(٥) في: ز "أدب". وانظر: الروضة ١١/١٣٨، ومغني المحتاج ٤/٣٩٠.

(٦) والمذهب: يكفي قاسم واحد. انظر: الروضة ١١/٢٠١، ومغني المحتاج ٤/٣١٩.

(٧) في: أ "أو".

حكى في "الوسيط" فيه طريقين، أحدهما: أنه على القولين: في أن القاضي، هل يقضي بعلمه؟^(١) والثاني القطع، بالمنع، لأن التقويم، تخمين مجرد، وللأولين/ أن يقولوا: (٤٨٩/ز) إنه وإن كان تخميناً، فلا يبعد أن يقام ظنُّه مقام الشهادة المبنية على العلم^(٢)، كما أقيم علمه مقام الشهادة المبنية على الظن^(٣)، وأيضاً فقد^(٤) مرَّ أن القاضي يعتمد في عدالة الشهود على بصيرة^(٥) نفسه ومعلوم، أن المستند فيه الظن.

والطريق الثاني: هو المذكور في الكتاب^(٦) والأول أشبه، وهو اختيار الإمام فيما أظن.

وقوله في الكتاب "وهي إن كانت بالإجبار، فهل يشترط العدد في القاسم؟

فيه قولان: "يجوز أن يعلم لفظ القولين، بالواو، لقطع من قطع بالاكتفاء بواحد، وتخصيص القولين بقسمة الإجبار، لم يتعرض له في "الوسيط"^(٧) بل أطلقهما إطلاقاً. وكذلك نقل^(٨) القاضي الروياني، ويمكن^(٩) أن يقال أشار بهذا التقييد إلى أن الشركاء، لو فوضوا القسمة إلى واحد، بالتراضي، جاز لا محالة، لأنه وكيل من قبلهم.

وقوله "ليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه" معلم بالواو، للطريق الآخر، وقوله "ويحكم في العدالة ببصيرة نفسه" هذا قد سبق ذكره في موضعه^(١٠)، وكأنه أعاده لينبه على بُعدِه عن الحكم بالتقويم^(١١) ببصيرة نفسه على الطريقة التي ذكرها^(١٢)،

(١) انظر: الوسيط ٣٣٤/٧، الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.

(٢) في: أ "الظن".

(٣) في: أ "العلم".

(٤) في: أ "قد".

(٥) انظر: الروضة ١٥٦/١١.

(٦) انظر: الوجيز ٢٤٧/٢.

(٧) انظر: ٣٣٤/٧.

(٨) في: أ، ب "قول".

(٩) في: أ "فيمكن".

(١٠) انظر: الروضة ١٥٦/١١.

(١١) "بالتقويم" ليست في: ز.

(١٢) في: أ، ب، ظ "ذكرناها".

فإنه قال: "لا يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه" وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه، وفي العدالة يقضي ببصيرة نفسه، وإن قلنا: لا^(١) يقضي بعلمه.

[فصل: في أجرة القسام]

(قال [الغزالي]: وأجرة القسام توزع^(٢) على قدر الحصص، أو على عدد الرؤوس، فيه قولان. كالشفعة. وقيل: إنه على قدر الحصص قطعاً، وإذا كان القسام يقسم برضى الشركاء، فليس لواحد أن ينفرد باستجاره فيجب على كل واحد ماسى في الإجارة، ويجب في حصة الطفل إذا طُلب بالقسمة، وإن لم يكن فيه غبطة، لكن القيم لا يطلب القسمة إلا عند الغبطة).

[قال الرافعي] ذكرنا أن القاسم المنسوب من جهة الإمام يُدرُّ رزقه عليه من بيت المال^(٣)، و"في شرح مختصر الجويني"^(٤) وجه عن أبي إسحاق: أنه لا يدره من بيت المال، لأنه لا يحتاج إلى تفرغ النفس لهذا العمل، بخلاف القاضي، والمذهب المشهور هو الأول. وإذا لم تكف مؤنته من بيت المال، فأجرته إلى الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة، أو بعضهم دون بعض. وعن أبي حنيفة. أن الأجرة على الطالب خاصة^(٥).

وحكى القاضي ابن كج وجهاً مثله عن ابن القطان وغيره، والظاهر الأول^(٦).

[فصل: في توزيع أجر القسام]

ثم ينظر: إن استأجر الشركاء قاسماً، وسموا له أجرة، وأطلقوا، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص، أو تكون على عدد الرؤوس فيه طريقتان:

- (١) في: أ، ب، ظ "إنه".
- (٢) "توزع" ليست في: ز.
- (٣) قال الماوردي في الحاوي ٣١٤/٢٠ "وينبغي أن تكون أجور هؤلاء القسام من بيت المال، لأن علياً رزقهم منه.
- (٤) ولأنهم مندوبون للمصالح العامة، فاقضى أن تكون أجورهم من أموال المصالح". هو كتاب في فروع الفقه الشافعي لأبي الفتح علي بن محمد البستي المتوفي سنة ٤٠١هـ. انظر: كشف الظنون ١٦٢٦/٢.
- (٥) انظر: اللباب شرح الكتاب ٩٣/٤.
- (٦) انظر: الروضة ٢٠٢/١١، ونهاية المحتاج ٢٠٧/٨، ومغنى المحتاج ٤١٩/٤.

أحدهما: أنه على قولين، كما في الشفعة.

أصحهما^(١): وبه قال أحمد^(٢): أنها تتوزع على قدر الحصص، لأنها من مؤنات الملك، فأشبهت النفقة.

والثاني: على عدد الرؤوس، وبه قال: أبو حنيفة^(٣). ويحكى عن مالك^(٤) أيضاً، لأن علمه في الحساب والمساحة يقع لهم جميعاً، وقد يكون الحساب في الجزء القليل أغمض، وأيضاً فإن قلة النصيب توجب كثرة العمل، لأن القسمة تقع بحسب^(٥) أقل الأجزاء، فإن لم يجب على من قلّ نصيبه زيادة، فلا أقل من التساوي.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، بخلاف الشفعة، لأن أصل الشركة سبب للأخذ^(٦) بالشفعة، وقد اشتركا في أصل الشفعة، وهاهنا الأجرة في مقابلة العمل، والعمل فيمن زاد نصيبه أكثر بالكيل في الميكالات، والوزن في الموزونات، وعلى هذا الخلاف ما إذا استأجروا القاسم استئجاراً فاسداً، فقسم أن أجرة المثل كيف توزع؟ وكذلك إذا أمروا قساماً فقسم، ولو استأجروا^(٧)، ولم يذكروا أجرة، إذا حكمنا بوجوب أجرة المثل في مثل ذلك، ويطرد هذا الخلاف في قسمة الإيجار إذا أمر القاضي قساماً فقسم. ولو استأجروا قساماً^(٨) وسمي كل واحد منهم أجرة التزامها فله على كل واحد منهم ما التزم، وانقطع النظر عن الحصص، والرؤوس جميعاً.

وهذا واضح إن فرض اجتماعهم على الاستئجار بأن^(٩) قالوا: استأجرتك لتقسم بيننا كذا، بدينار، على فلان، أو دينارين على فلان، أو وكلوا وكيلاً فعقد لهم كذلك،

(١) انظر: المصادر نفسها.

(٢) انظر: الإنصاف ٣٥٥/١١.

(٣) انظر: الكتاب ٩٣/٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير ٩٣/٤.

(٥) في: ز "بأقل بحسب".

(٦) في: أ "الأخذ".

(٧) "ولو استأجروا" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) "قساماً" ليست في: ز.

(٩) في: أ "فإن".

وإن فرضت عقود مرتبة، فقد ذكروا فيه إشكالاً، وهو أن^(١) الشركاء إذا كانوا ثلاثة مثلاً^(٢)، فعقد واحد لإفراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، فعلى القسام إفراز النصيبين^(٣).

فإذا^(٤) أفرزهما تميز نصيب الثالث، فعقد الثالث إذا^(٥) استتجار على عمل مستحق على الأجير.

وأجاب القاضي الحسين: بأن إفراز النصيبين من غير عمل في النصيب الثالث بالمساحة، والتخطي فيه مما لا يتأتى، فيقع استتجار الثالث على ذلك ولم يرتض الإمام هذه المفاوضة سؤالاً، وجواباً، لأنهما جميعاً مبنيان على تجويز^(٦) استقلال بعض الشركاء باستتجار القسام، لإفراز نصيبه، ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين، تردداً وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضى الباقيين، فيكون أصلاً ووكيلاً، ولا حاجة إلى عقد الباقيين^(٧) وحينئذ إن فضل ما على كل واحد^(٨) منهم بالتراضي، فذاك، وإن أطلق عاد الخلاف في كيفية التوزيع^(٩)، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله "وإذا كان القسام، يقسم برضى الشركاء فليس لواحد أن ينفرد باستتجاره" يعني إن كانت القسمة بالإجبار، أمكن أن يتصرف القسام في نصيب، الممتنع بأمر القاضي، فأما إذا لم يكن إجبار. فلا بد من اتفاق الجميع، وإذا^(١٠) اتفقوا، فعلى كل واحد ما سمي عليه، فإن أطلقوا فعلى الخلاف^(١١) هذه مسألة.

-
- (١) في: ب "وجوابه".
 (٢) "مثلاً" ليست في: ب.
 (٣) في: أ "من غير عمل في النصيب الثالث" وهو خطأ.
 (٤) في: ز "وإذا".
 (٥) "إذا" ليست في ب، ظ.
 (٦) في: أ "أنه يجوز".
 (٧) من "فيكون" أصلاً ٠٠٠ إلى عقد الباقيين" ليست في: ز.
 (٨) "واحد" ليست في: أ، ز.
 (٩) في: أ "التوزيع".
 (١٠) في: أ، ب، ظ "فإذا".
 (١١) أي الخلاف في كيفية توزيع أجرة المثل. انظر ص ٣١٤.

والمسألة الثانية: من الفصل، إذا كان أحد الشريكين طفلاً نُظِرَ: إن كان في القسمة غبطة له، فعلى الولي طلب القسمة، وبذل الحصة من الأجرة من مال الطفل، وإن لم يكن فيها غبطة، فلا يطلبها، وإن طلبها الشريك/ الآخر أوجب . (٤٩٠/ز)

إن قلنا: الأجرة على الطالب خاصة، فذاك، وإن قلنا: على الكل فهانها وجهان. أحدهما. وبه أجاب في "العدة" أنها على الطالب أيضاً، لأن أخذ الأجرة من مال الطفل، ولا غبطة إجحاف لا يَحْتَمِلُه الصبي.

وأصحهما: أن حصة الصبي، تؤخذ من ماله، لأن الإجابة إلى القسمة واجبة والأجرة من المؤنات التابعة لها^(١)، والله أعلم.

[فصل في كيفية القسمة]

(قال [الغزالي]: واعلم أن^(٢) الإجمار، إنما يجري في قسمة الإفراز وهي أن يكون الشيء قابلاً للقسمة إلى أجزاء متساوية الصفة^(٣) ويبقى الانتفاع، كذوات الأمثال، وكالكرباس، والأرض، وكيفية قسمة الأرض، أن تقسم بالأجزاء^(٤) بحسب أقل الأجزاء، فإن كانت^(٥) الأرض بين ثلاثة، لواحد نصف، ولآخر ثلث، ولآخر سدس^(٦) قسم بستة أجزاء متساوية في المساحة، ويكتب أسامي الملاك على ثلاث رقايع، ويدرجها^(٧) في بنادق^(٨) متساوية، ويخرجها من لا يعرف ذلك، فيقف^(٩) القسام على طرف الأرض، فإذا خرج مثلاً اسم صاحب النصف سلم إليه الجزء

(١) "لها" ليست في: أ. وانظر: الروضة ٢٠٣/١١، ومغني المحتاج ٤١٩/٤.

(٢) في: أ "بأن".

(٣) في: أ "الصفات".

(٤) في: ز "أجزاء".

(٥) في: أ "كان".

(٦) في: أ، ب، ظ "نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها".

(٧) في: ز "تدرج".

(٨) "بنادق" جمع بُنْدُقَة قال في القاموس المحيط ٢١٥/٣ "البُنْدُقُ" بالضم الذي يرمى به. وقال في

القاموس الفقهي ص ٤٢ "البُنْدُقَة" واحدة البندق وهو نبات معروف كُرَّةً في حجم البندق يرمى

بها في القتال، والصيد.

(٩) في: أ، ب، ظ "ويقف".

الأول، وما يليه إلى تمام النصف، ثم يخرج اسم الآخر، كذلك. وأما الطاحونة، والحمام، ومالا تبقى منفعته بعد القسمة، ولا يجبر فيها على القسمة^(١). ولو ملك من دار عُشراً، لا يصلح للمسكن لو أُفرد^(٢) وطلب القسمة، فلا يجاب على الأصح. ولو طلب صاحبه لزمته^(٣) الإجابة على الأظهر. وإن كان الحمام كبيراً تبقى المنفعة بعد القسمة إذا^(٤) أحدث مستوقداً، وبئراً^(٥)، ففي الإيجاب، وجهان).

[قال المرافعي]

مسائل الباب مختلفة غير مهذبة الترتيب، فإن احتجنا كذلك، إلى تقديم، وتأخير، فلا تنكره^(٦). واعلم أن العين المشتركة، إما أن يعظم الضرر في قسمتها، أو لا يعظم.

الحالة الأولى: إذا عظم الضرر في القسمة، وطلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر، فلا يجبر الممتنع، وفي ضبط الضرر المانع من القسمة ثلاثة أوجه أسلفناها في باب الشفعة^(٧)، فلا يكسر الجواهر النفيس، ولا يقطع الثوب الرفيع، ولا يقسم زوجا الخف، ومصراعاً الباب، وإن طلبه: أحدهما، وإن تراضى الشركاء بالقسمة في مثل ذلك والتمسوها من القاضي، فإن كانت المنفعة تبطل بالكلية، لم يجبههم ويمنعهم من أن يقتسموا بأنفسهم^(٨) أيضاً، لأنه سفه، وإن^(٩) كان لا تبطل بالمنفعة بالكلية، كالسيف،

(١) "القسمة" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "أفرد" وفي ب، ظ "إذا"

(٣) في: أ "لزمه".

(٤) في: أ، ب، ظ "إن".

(٥) في: أ "مستوقدة، وبئراً" و"المستوقد" محرك النار واتقادها كالوقد، والوقود. ذكره في القاموس المحيط ٣٤٦/١.

(٦) في: ز "فلا تنكره".

(٧) "الشفعة" مثال غرفة، لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع. مثل اللقمة اسم للشئ الملقوم. ذكره في المصباح ٣١٧/١.

وقال في حاشية القليوبي ٤٢/٣ "وهي بإسكان الفاء ٠٠٠ من الشفع ضد الوتر لضم أحد النصيين إلى الآخر.

وشرعاً: أن يكون عقار بين اثنين مثلاً يبيع أحدهما نصيبه منه لغير شريكه فيثبت لشريكه حق تملك المبيع قهراً بمثل الثمن أو القيمة. ذكره الجلال المحلى في شرحه ٤٢/٣.

وانظر المسألة: فتح العزيز ٣٨٣/١١، والروضة ٧١/٥.

(٨) في: ظ "بنفسهم".

(٩) في: أ "فإن".

يكسر، فلا يجبهم أيضاً في أصح الوجهين، لكن^(١) لا يمنهم^(٢) من أن يقتسموا بأنفسهم ما تبطل القسمة منفعتها المقصودة منه، كالتاحونة، والحمام الصغيرين، إذا امتنع أحد الشريكين من قسمته، لا يجبر عليها في أظهر الوجوه المشار إليها^(٣)، وهو المذكور في الكتاب. وقال مالك: يجبر^(٤) فإن كانا كبيرين، فأمكن^(٥) أن يجعل التاحونة، طاحونتين، والحمام حمامين فيجبر الممتنع، فإن كان يحتاج إلى إحداث مستوقد، أو بئر، فوجهان أحدهما: إنه لا يجبر الممتنع لتعطل المنفعة إلى إحداث ما يحتاج إليه^(٦).

وأشبههما: الإيجاب^(٧)، لتيسير التدارك بأمر قريب، وإن تضرر أحد الشريكين بالقسمة دون الآخر، كداريين اثنين لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها. ولو قسمت لم يصلح العشر للسكن^(٨)، فإن طلب صاحب العشر القسمة، فوجهان أحدهما: وبه قال أبو حنيفة^(٩): أنه يجبر الآخر لتمييز ملكه.

وأصحهما: المنع، لأنه مضيع لماله، متعنت، وإن طلب الآخر القسمة، فوجهان نسبهما العبادي إلى ابن سريج:

أحدهما: أنه لا يجبر صاحب العشر للضرر^(١٠) الذي^(١١) يلحقه.
وأصحهما: الإيجاب، لأن الطالب ينتفع بالقسمة، وضرر صاحب^(١٢) العشر، لا ينشأ من مجرد القسمة، بل سببه قلة نصيبه.

(١) في: ب، ظ "ولكن".

(٢) في: ظ "يمنهم".

(٣) في: أ "إليه".

(٤) انظر الشرح الكبير ٥٠١/٣.

(٥) في: أ، ب، ظ "وأمكن".

(٦) من قوله: "فإن كان ما يحتاج إليه ٠٠٠ إلى إحداث" ليست في: ز.

(٧) انظر: فتح العزيز ٣٨٥/١١، والروضة ٢٠٣/١١.

(٨) في: أ، ب، ظ "للمسكن".

(٩) انظر: الهداية ٤٤/٤.

(١٠) في: ظ "للضرورة".

(١١) "الذي" ليست في: ظ.

(١٢) في: ز "وضرر الغير" و "صاحب" ليست في: ب، ظ.

ولو كان نصف الدار لواحد، والنصف الآخر^(١) بين خمسة. فطلب صاحب النصف إفراز نصيبه، أوجب إليه، والباقون: إن اختاروا القسمة، قسم، وإن لم يصلح العشر للمسكن، لأن في القسمة فائدة لبعض الشركاء، وإن استمروا على الشيوع، جاز، ثم لو طلب أحدهم القسمة بعد ذلك، لم يجبر الآخرون لأن هذه القسمة تضر الجميع.

ولو طلب الخمسة إفراز النصف ليكون بينهم شائعاً، أجبوا إليه، ذكره القاضي الروياني وغيره وكذا لو كان بين عشرة، وطلب خمسة منهم القسمة ليكون النصف بينهم^(٢) يجابون.

الحالة الثانية: إذا لم يعظم ضرر القسمة، فيما أن يقسم المشترك من غير رد من أحد الشريكين، أو الشركاء، أو يقسم بردي^(٣)، فإن قسم من غير رد، فيما أن يقسم باعتبار الأجزاء. وتسمى "قسمة المتشابهات" أو باعتبار القيمة، وتسمى قسمة التعديل، فهذه ثلاثة أنواع.

النوع^(٤) الأول: قسمة المتشابهات، وإنما تجري في الحبوب والأدهان، والدرهم، وسائر المثليات، وفي الدار المتفقة الأبنية، والأرض المتشابهة الأجزاء، وما في معناها، فتعدل الأنصبة في المكيلات والموزونات، بالكيل، والوزن، والأرض المتشابهات^(٥) الأجزاء، تجزأ أجزاءً متساوية^(٦) بعدد^(٧) الأنصبة، إن كانت الأنصبة^(٨) متساوية كما إذا كانت بين ثلاثة أثلاثاً، فتجعل ثلاثة أجزاء متساوية ثم تؤخذ ثلاث رقاع، متساوية، ويكتب على كل واحدة، اسم شريك من الشركاء، أو جزء من الأجزاء، ويميز بعضها عن بعض^(٩)، بحد، أو جهة، أو غيرهما، وتدرج في بنادق متساوية وزناً، وشكلاً، إما من

(١) "الآخر" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "منهم" وهو خطأ.

(٣) في: ز "مع رد"

(٤) "النوع" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "المتشابهة".

(٦) في: أ "متشابهة".

(٧) في: أ "بعد".

(٨) "الأنصبة" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: ز "عن بعضها".

طين ويُجفّف^(١)، أو من مشمع، وتجعل في حجرٍ، من لم يحضر الكتابة، والإدراج. وإن^(٢) كان صبيّاً، أو أعجمياً، كان أولى، ثم يؤمر بإخراج رقعة على الجزء الأول إن كتب في الرقاع، أسماء الشركاء فمن خرج اسمه أخذ، ثم يؤمر بإخراج أخرى^(٣)، على الجزء، الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه من الآخرين أخذه، وتعين الثالث، للثالث^(٤)، وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء، أخرجت رقعة باسم زيد، ثم أخرى باسم عمرو، وتعين الثالث للثالث، وتعين من يتدأ به من الشركاء، والأجزاء منوطاً ينظر القسّام، فيقف أولاً على أي طرف شاء، ويسمى أي شريك شاء، وإن كانت الأنصبا مختلفةً، كما إذا كان لزيد نصف، وعمرو ثلث، ولثالث سدس فيجزي القسّام الأرض، على أقل السهام، وهو السدس^(٥)، لأنه يتأدى به القليل، والكثير، فيجعلها ستة أجزاء ثم نص الشافعي: أنه يثبت أسماء الشركاء في الرقاع، ويخرج الرقاع على الأجزاء، وقال: في العتق، يكتب على رقتين، على رقعة^(٦) رق، وعلى رقعة حرية^(٧) ويخرج على أسماء العبيد ولم يقل: تكتب^(٨) أسماء العبيد، وفيها^(٩) طريقان للأصحاب:

أحدهما: أنها على قولين، بالنقل، والتخريج، ففي قول: يثبت أسماء الشركاء، والعبيد، وفي الثاني: يثبت^(١٠) الأجزاء هاهنا^(١١)، والرق والحرية، هناك. وعامتهم فرقوا، وقالوا في العتق يسلك ماشاء من الطريقتين، وهاهنا، لا يثبت الأجزاء على الرقاع، لأنه لو أثبتها، وأخرج الرقاع على الأسماء، فرمما^(١٢) يخرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو

(١) "و" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "إن".

(٣) في: ب، ظ "رفعه".

(٤) "الثالث" ليست في: أ.

(٥) في: أ، ب، ظ "السدس".

(٦) "وعلى رقعة" ليست في: ز.

(٧) انظر: الأم ٢١٣/٦،

(٨) في: ب، ط "ويكتب".

(٩) في: ز "فيهما".

(١٠) "يثبت" ليست في: ز.

(١١) في: ز "هنا".

(١٢) في: أ "رمما".

الخامس، فيفرق ملك من له النصف، أو الثلث أيضاً^(١) قال في "المهذب"^(٢) لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع، لصاحب النصف، فيقول: أخذه، وسهمين قبله، ويقول^(٣) الآخرا^(٤) بل خذه وسهمين بعده، فيفضي إلى التنازع، وهذا الخلاف في الجواز، أو الأولوية؟ عبارة كثير من شيوخنا تُشعرُ بوضع^(٥) الخلاف في الجواز. وذكر طائفة منهم الإمام وصاحب الكتاب: أنه في الأولوية، وهو الأولى وسنوضح ما يحصل به الاحتراز عن تفريق الملك، وأما ما ذكره في "المهذب" فيجوز أن يقال: لا نبالي برأي الشركاء، بل نتبع نظر القسم، كما في الجزأ المبتدأ^(٦) به، واسم الشريك المبتدأ به، فإن أثبت أسماء الشركاء، فمن قائل يثبت أسماءهم، على ثلاث رقاع، ويأمر بإخراج رقعة على الجزء الأول، فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه، وأخرجت رقعة^(٧) على الجزء الثاني، فإن خرج اسم عمرو، أخذه، وأخذ الجزء الثالث معه، وتعينت الثلاثة^(٨) الباقية لزيد، وإن خرج اسم زيد أخذ الثاني، والثالث، والرابع، وتعين الآخرا^(٩) لعمرو، وإن خرج أولاً اسم عمرو أخذ الأول، والثاني، ثم يخرج رقعة على الجزء الثالث، فإن خرج اسم الثالث أخذه، وتعينت الثلاثة الباقية لزيد، وإن^(١٠) خرج اسم زيد، أخذه مع الرابع، والخامس، وتعين السادس للثالث، وإن خرج أولاً اسم زيد أخذ الأول والثاني والثالث، ثم يخرج رقعة على الرابع، فإن خرج اسم الثالث أخذه، وتعين الآخرا^(١١) لعمرو، وإن خرج اسم عمرو أخذ الرابع، والخامس، وتعين السادس للثالث، ومن قائل: يثبت أسماءهم في ست رقاع، اسم زيد، في ثلاث، واسم عمرو في اثنتين^(١٢)، واسم الثالث، في واحدة، ويخرج

-
- (١) في: أ "وأيضاً".
 - (٢) في: أ، ب "التهذيب" وانظر: المهذب ٣٩٥/٢.
 - (٣) في: أ "فيقول".
 - (٤) في: ز "الآخر".
 - (٥) في: ز "موضع".
 - (٦) في: أ "والمبتدأ".
 - (٧) "رقعة" ليست في: أ.
 - (٨) في: أ، ب "الثالثة".
 - (٩) "لعمرو" ليست في: ظ.
 - (١٠) في: أ، ظ "فإن".
 - (١١) في: أ، ب "اثنين".

على ما ذكرنا، وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجاً، لكن سرعة الخروج، لا توجب حيفاً، فإن السهام متساوية، فالوجه، تجوز كل واحد من الطريقتين، وإن أثبت الاجزاء في الرقاع، فلا بد من إثباتها في ست رقاع، وحينئذٍ فالتفريق المحذور، إنما^(١) يلزم إذا أخرج أولاً، اسم صاحب السدس، وهو في غنيّة عنه بأن يبدأ باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه، فله الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني، فكذلك يعطى مع الثاني ما قبله وما بعده، وإن خرج الثالث. ففي "شرح مختصر الجويني" أنه يتوقف فيه، ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج الأول، فله الأول والثاني، ولصاحب النصف الثالث، واللذان بعده، وكذا لو خرج الثاني، وإن خرج الخامس فله الخامس والسادس، ثم أهمل الكلام هكذا ولم يستوعب باقي الاحتمالات، وكان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصف الثالث، فله الثالث، واللذان قبله، وإن خرج الرابع فله الرابع، واللذان قبله، ويتعين الأول لصاحب السدس، وإن خرج الخامس فله، والخامس، واللذان قبله، ويتعين السادس لصاحب السدس، وإن خرج السادس، فله السادس، واللذان قبله، وإذا أخذ زيد حقه، ولم يتعين حق الآخرين، فيخرج رقعة أخرى باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق على أنه يمكن أن يقال: يبدأ باسم صاحب السدس، فإن خرج باسمه الجزء الأول، والثاني، دفع إليه^(٢)، وإن خرج الخامس والسادس، دفع إليه السادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق، وإن خرج له الثالث، دفع إليه، وتعين الأول، والثاني لصاحب الثلث، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج له^(٣) الربع، دفع إليه، وتعين الخامس والسادس لصاحب الثلاث، والثلاثة الأولى لصاحب النصف، ويمكن أن يبدأ باسم صاحب الثلث، فإن خرج له الأول، والثاني دفع إليه، الأول والثاني، وإن خرج الخامس أو السادس، دفع إليه الخامس والسادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، وإن خرج الثالث فله الثالث، والثاني. وتعين الأول لصاحب السدس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج الرابع، فله الرابع، والخامس، وتعين السادس لصاحب

(١) في: أ، ب، ظ "لو لزم".

(٢) في: أ "دفع إليه الأول". وفي: ب، ظ "دفع إليه الأول والثاني".

(٣) "له" ليست في: ز.

السدس، والثلاثة الأولى لصاحب النصف^(١). ولك أن تقتصر على ثلاث رقاع، وتكتب في إحداها: الأول، والثاني، والثالث، والرابع، وفي الثانية: الثاني، والثالث، والرابع، والخامس. وفي الثالثة: الثالث، والرابع، والخامس، والسادس، وتخرجها على أسمائهم، فإن خرجت الأولى أولاً لزيد، صاحب النصف، ثم^(٢) الثانية، أو الثالثة، لعمرو صاحب الثلث، فلزيد الأول، والثاني، والثالث / ولعمرو الرابع والخامس وللآخر السادس. وكذا ٤٩٢/ز الحكم لو خرجت الثالثة أولاً لعمرو، فإنه لا يمكن أن يعطى الثالث، والرابع، لأنه يتفرق ملك زيد فيعطى الرابع والخامس، وحينئذ فتعين^(٣) السادس، للثالث، والثلاثة الأولى لزيد وإن خرجت الأولى لزيد، ثم الثانية، أو الثالثة للثالث، فلزيد الأول والثاني، وللثالث الرابع، ولعمرو الخامس، والسادس. وإن خرجت الثانية لزيد أولاً فله الثاني والثالث، والرابع، ويتعين الأول للثالث^(٤)، والخامس والسادس لعمرو، وكذا لو خرجت الأولى للثالث، ثم الثالثة لعمرو، لأنه لا يمكن أن يعطى الثالث، والرابع، وكذا لو خرجت الأولى للثالث، والثانية لزيد^(٥)، وإن خرجت الأولى لعمرو، والثانية أو الثالثة لزيد، فلعمرو الأول والثاني، ولزيد الثالث، والرابع والخامس، ويتعين السادس للثالث، فإن^(٦) خرجت الأولى لعمرو، والثانية للثالث. فلعمرو الأول، والثاني، وللثالث الثالث^(٧)، ولزيد الثلاثة الأخيرة، وإن خرجت الأولى للثالث، ثم الثانية لعمرو، ثم الثالثة لزيد فللثالث الأول، ولعمرو الثاني والثالث، ولزيد الثلاثة الأخيرة.

وضابط هذه الطريقة أن يعطى من خرجت رقعة باسمه قدر حقه فيما^(٨) فيها الأول، فإن تعذر فهما بعد الأول الأقرب فالأقرب، والغرض قد يحصل بإخراج رقعة

(١) "وإن خرج الرابع . . . لصاحب النصف" ليست في: أ.

(٢) في: أ "و" وهي ليست في ب، ظ.

(٣) في: فر "فيتعين".

(٤) في: ير "للسادس".

(٥) "ثم الثالثة . . . للثالث" ليست في: ظ.

(٦) في: أ، ب "فإن".

(٧) في: أ "والثالث للثالث".

(٨) في: أ "مما".

واحدة، وقد يحتاج إلى إخراج^(١) رقتين، وهو الأغلب كما يفضل، وكما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق، تجوز بالأقلام، والعصي، ونحوها، وإذا تبينت صورة القسمة، فمتى امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه، وهو قسمة المتشابهات، فيحبر عليها سواء كانت الأنصبة متساوية أو متفاوتة، ونقل القاضي ابن كج، عن أبي الحسين عن ابن أبي هريرة: أنه لا إيجاب عند تفاوت الأنصبة، لأنه لا يمكن أن يرفع إلى السدس الجزء الثاني^(٢) ولا الجزء الخامس، ولا إلى صاحب الثلث، الثالث والرابع، وإنما يحسن الإيجاب إذا استوى الشركاء في احتمال أخذ كل واحد من الآخر. والمذهب الأول^(٣).

وقوله: في الكتاب: "إن الإيجاب إنما يجري في قسمة الإفراز" أراد بقسمة الإفراز هاهنا، قسمة المتشابهات، وفي كونها إفرازاً أو تبعاً خلاف سيأتي من بعد. لكن صاحب الكتاب رأى الأصح، على مانص عليه في كتاب الرهن^(٤).^(٥)

فسماها قسمة الإفراز، لذلك.

وقوله: "ويبقى الانتفاع" أشار به إلى أن الإيجاب^(٦) مشروط ببقاء المنفعة بعد القسمة، ليخرج الطاحونة، والحمام الصغيرين على ما فصله آخراً.

وقوله: "وكالكرباس"^(٧)، والأرض" يعني الأرض المتشابهة الأجزاء" وقوله "بحسب أقل الأجزاء" يعني أقل الأنصبة إذا كانت متفاوتة، وقوله "وتكتب أسامي الملاك" يمكن إعلامه بالواو، لما مر أن في طريقة يثبت الأجزاء في الرقاع.

(١) "إخراج" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "والثاني".

(٣) انظر: الروضة ٢٠٨/١١.

(٤) "الرهن" رهن الشيء رهناً، ورهوناً، ثبت، ودام. المصباح المنير ٢٤٢/١. وشرعاً: حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين.

انظر: القاموس الفقهي ص ١٥٤، والتعريفات للجرجاني، ص ١١٣.

والذي نص عليه في كتاب الرهن هو "بل يصح رهن الشائع ٠٠٠" انظر الوجيز ١٥٩/١.

(٥) من هنا يبدأ سقط في نسخة أ ما يقرب من ١١ لوحة.

(٦) في: ز الاحتياط.

(٧) في: ظ "فالكرباس".



٣٠١٠٢٠٠٠٠٠٣٢٥٥
ر ٠٠١٠١٦

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول

تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب

فتح العزيز في شرح الوجيز

للإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي (٥٥٥ - ٦٢٣هـ)

ويبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان وكتاب النذور وأدب القضاء والشهادات والدعاوى والبيئات والعتق والتدبير، والكتابة وعتق أمهات الأولاد

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه من

قسم الدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى

إشراف

الأستاذ الدكتور/ محمد بن عبد القادر العروسي

إعداد الطالب/

يحيى حسين مساوي المباركي

المجلد الثاني

١٤١٩هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وكذا قوله: "على ثلاث رقاع" لقول "من قال: إنه يثبتها في ست رقاع. وكيفية إدراج الرقاع. وإخراجها على الوجه المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات، بل هي في قسمة التعديل إذا عُدَّت الأجزاء بالقيمة. كذلك. وقوله: في مسألة الطاحونة، والحمام "لا يجبر" معلم بالميم، والواو. وقوله: "فلا يجاب" معلم^(١) بالحاء والميم.

[فصل: إذا ادعى أحد الشركاء غلطاً في القسمة على قسام القاضي]

قال [الغزالي]: فرع: إذا ادعى غلطاً في قسمة الإيجاب، لم تسمع على قسام القاضي دعواه، ولا تتوجه اليمين^(٢) لكن إن أقام البينة أعيدت القسمة، وإن كانت قسمة التراضي.

وقلنا: إنه بيعٌ وجرى لفظ تملك، فلا ينفعه الغلط، بل هو كالغبن، لا يوجب النقض، وفيه وجه أنه ينقض.

وإن قلنا: إنه إفراز فتوجه اليمين، وينقض عند قيام البينة).

[قال الرافعي]: إذا قسم قسام القاضي بالإيجاب، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً، نُظِرَ: إن لم يتبين ما يزعم به الحيف، أو الغلط لم يُلتفت إلى قوله، وإن بينه، لم يُمكن من تحليف القسام، كما لا يُحلف القاضي على أنه لم يظلم، والشاهد على أنه لم يكذب، ولكن لو أقام بينته، سمعت ونقضت القسمة، كما لو قامت البينة على ظلم القاضي، وكذب الشهود.

وقال الشيخ أبو حامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا، ويمسحا، ويعرفا الحال، فيشهدا.

وألحق أبو الفرج السرخسي: بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع، ومسح ما أخذه، فإذا هو تسعمائة.

ولو لم تقم حجة، وأراد تحليف الشريك مُكِّنَ منه، فإن نكل وحلف المدعي

(١) معلم "ليست في: ز.

(٢) في: ظ "ولكن".

نُقِضَتِ القسمة، ولو حلف بعض الشركاء، ونكل بعضهم، فحلف المدعي لنكول بعضهم.

قال في "الوسيط": تنقض القسمة في حق الناكِلين دون الحالفين، ولا يطالب الشريك بإقامة البينة^(١)، على أن القسمة الجارية عادلة، اكتفاءً بأن الظاهر الصواب^(٢).

وفي كتاب القاضي ابن كجج أن أبا الحسين: ذكر أن ابن أبي هريرة حكى قولاً: أن على الشريك البينة، على أنها عادلة، وإن المدعي الغلط لا يحتاج إلى البينة. وأن أبا إسحاق فصل فقال: إن قال مدعي الغلط: أن القسّم الذي قسم، لا يحسن القسمة، ولا يعرف المساحة والحساب، فالأصل ما يقوله، وعلى صاحبه^(٣) البينة.

وإن قال: إنه سها فعليه البينة^(٤).

ولو اعترف القسام بالغلط، أو الحيف، فإن صدقه الشركاء، نقضت القسمة، وإلا لم تنقض، وعليه ردُّ الأجرة.

قال في "التهذيب" وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم، أو تعمدت

الحيف، فإن صدقه المحكوم / له استرد المال، وإلا لم يسترد، وعلى القاضي الغرم. (٤٩٣/ن)

وأما إذا جرت القسمة بالتراضي، بأن نصبا قساماً، أو اقتسما بأنفسهما، ثم ادعى على^(٥) أحدهما غلطاً، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة، فالحكم كما إذا ادعى الغلط في قسمة الإيجاب، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة، ففي الكتاب: أنه مبني على أن القسمة بيع، أو إفراز حق، إن قلنا: إنها إفراز حق، فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت، فتنقض القسمة إن قامت على بينة^(٦)، ويحلف الخصم إن لم تقم.



٤٢٥٥

(١) في: ز "الشريك بالبينة".

(٢) انظر: ٣٣٥/٧.

(٣) في: ب، ظ "صاحب".

(٤) انظر: الروضة ٢٠٩/١١، ومغني المحتاج ٤٢٥/٤.

(٥) "على" ليست في: ز.

(٦) في: أ، ب، ظ "البينة".

وإن قلنا: بيعٌ، فوجهان، أحدهما: أن الجواب كذلك، لأنهما تراضيا
لاعتقادهما أنها قسمة عدل.

وأظهرهما: أنه لافائدة لهذه الدعوى، ولا أثر للغلط، وإن تحقق، كما لا أثر
للغن في البيع والشراء، وهذا ما أجاب به أكثرهم، كأنهم اقتصروا على الجواب
الأرجح^(١).

وقوله في الكتاب: "وجرى لفظ تملك" ظاهره يشعر باعتبار لفظ البيع، أو
التمليك، ويقرب منه عبارته في "الوسيط" لكننا إذا جعلنا القسمة بيعاً، لا يشترط لفظ
البيع، والتمليك، ويجري عليها أحكام البيع، وإن لم يجز لفظ البيع، فليحمله قوله
"وجرى لفظ تملك" على لفظ يقتضي الملك، وإن لم يكن لفظ البيع، والتمليك،
وذلك^(٢) يرجع إلى ما حكينا من اعتبار الرضى بعد خروج القرعة، ويتبين ما لكل واحد
من الشريكين. والله أعلم.

[فصل: فيما لو ظهر دين بعد قسمة التركة]

(قال [الغزالي]: ولو ظهر دين بعد قسمة التركة، نُقِضَتْ إلا إذا وفوا الدين.
وقيل: إنه يتبين البطلان بكل حال، ولو استحق بعض المال شائعاً، انتقض في المستحق
دون الباقي. وقيل: ينتقض^(٣) لتفريق الصفقة).

قال الرافعي: إذا قسمت التركة بين الورثة، ثم ظهر دين، فإن جعلنا: القسمة
إفرازَ حق، فهي صحيحة، ثم تباع^(٤) الأنصباء في الدين إن لم يوفوه. وإن جعلناها بيعاً،
فقد ذكرنا في (كتاب الرهن^(٥)) وجهين في بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وبيننا أنه
لو تصرف، ولادين ظاهراً، ثم ظهر دين^(٦)، فالأظهر^(٧) صحة التصرف، ففي القسمة

(١) انظر: الروضة ٢٠٩/١١، ومغني المحتاج ٤/٢٥٥.

(٢) من "ويجري عليها... لفظ البيع والتمليك" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ز "إنه ينتقض".

(٤) في: ب، ظ "باع".

(٥) انظر: الوجيز ١/١٥٩، فتح العزيز مع المجموع ١٠/١١٨، والروضة ٤/٨٥.

(٦) "ثم ظهر دين" ليست في: ز.

(٧) في: ز "فالأصح".

ذلك^(١) الوجهان، إن رجحنا البيع، فالقسمة الجارية صحيحة، فإن وفوا الدين، استمرت، وإلا نُقِضَتْ، وبيعت التركة في الدين، وإن لم تصح، فالقسمة باطلة، ولو جرت قسمة، ثم استحق بعض المقسوم^(٢)، فإما أن يُستحقَّ جزءٌ شائعٌ، أو شيءٌ معين، إن استُحقَّ جزءٌ شائعٌ كالثالث، فتبطل القسمة في المستحق، وفي الثاني طريقان: قال ابن أبي هريرة: إنه على الخلاف في تفريق الصفقة^(٣)، ففي قول: تبطل فيه أيضاً، وفي قول: تصح، ويثبت الخيار^(٤). وهذا ما أورده في الكتاب، وبه أخذ أكثرهم. وقال أبو إسحاق: تبطل القسمة، قولاً واحداً، لأن^(٥) المقصود من القسمة، تمييز الحقوق، وإذا ظهر الاستحقاق، كان المستحق شريك كل واحد منهم، فلا يحصل التمييز، وأيضاً فقد بان أن المستحق شريك، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة، ممتنعٌ. وبهذا أجاب القاضي الروياني: في "الحلية"^(٦). وإن استحق شيء معين، نظر: إن اختص المستحق بنصيب أحدهما، أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر، بطلت القسمة، لأن ما تبقى لكل واحد، لا يكون قدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة، وإن كان المستحقان متماثلين، بقيت القسمة في الباقي^(٧). وفيه وجه آخر: أنها تبطل لمعنى التفريق.

ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة، فإن كانت مرسلة، فكما لو ظهر دين في التركة^(٨)، وإن كان بجزءٍ شائعٍ، أو معين، فعلى ما ذكرنا في الاستحقاق^(٩).

-
- (١) في ز «رذائلك» .
(٢) في: ب، ظ "المقوم".
(٣) تحصيل الصفقة: "بيع ما يجوز بيعه، ولا ما لا يجوز بيعه في عقد واحد". انظر: القاموس الفقهي ص ٢١٣.
(٤) انظر: الروضة ٢١٠/١١، ومغني المحتاج ٤/٢٥٥، والمذهب البطلان.
(٥) في: أ، ب، ظ "إذ".
(٦) وهو كما قال في كشف الظنون ١/٦٩١ (حلية المؤمن في الفروع - لأبي المحاسن عبد الواحد ابن إسماعيل الروياني الشافعي المتوفى سنة ٥٠٢هـ. وهو من المتوسطات فيه اختيارات كثيرة منها ما يوافق مذهب مالك".
(٧) على الصحيح. انظر الروضة ٢١٠/١١، ومغني المحتاج ٤/٢٥٥.
(٨) على الوجهين. الأصح صحة التصرف. انظر: الروضة ١١/٢٠٩، و ص ٣٥٨، وفتح العزيز مع المجموع ١٠/١١٨، والروضة ٤/٨٥.
(٩) في الصفحة التي قبلها.

واعلم أن ظهور الدين، والاستحقاق، لا تختص بقسمة المتشابهات، وكذلك دعوى الغلط على ما تبين في الفصل السابق. ولو أورد هذه الصورة بعد عدد أنواع القسمة كلها لكان أحسن^(٢). والله أعلم.

[فصل في قسمة التعديل]

قال: [الغزالي] أما قسمة التعديل^(٣) ففي الإجماع عليها^(٤)، وجهان.

وهو أن يُخلف على ثلاثة بنين، ثلاثة أعبد متساوي القيمة، أو عبداً، أو طاحونة، أو حماماً، أو أقمشة يمكن تعديل سهامها بالقيمة. أما إذا خُلف قطع أرضٍ تقبل قسمة الإفراز، فلا يجبر فيها على قسمة التعديل أصلاً.

ولو كان بين شريكين^(٥) عرصة، والثلث بالمساحة، نصف بالقيمة لقربه من الماء، فيجبر عليه، ولا ينظر إلى ذلك، والدار المختلفة الأبنية من جملة^(٦) قسمة التعديل، فلا يجبر عليها، واللبنات المختلفة^(٧) القوالب، كذلك، فإن تساوت القوالب فيجبر).

[قال الرافعي]: النوع الثاني قسمة التعديل، والمشارك الذي^(٨) تعدل سهامه بالقيمة، ينقسم إلى ما يعد شيئاً واحداً، وإلى ما يعد شيئاً فصاعداً.

القسم الأول: ما يعد شيئاً واحداً، كالأرض التي تختلف قيمة أجزائها لاختلافها في قوة^(٩) الإنبات، وفي القرب من الماء، والبعد منه، أو في أن بعضها يسقى من النهر، والآخر كالأرض

(١) انظر ص ٤٨٤. أي إذا ادعى أحد الشريكين غلطاً على قسام القاضي.

(٢) في: ز "عد".

(٣) "التعديل" كما قال في المصباح ٣٩٦/١ "وهي قسمة الشيء باعتبار القيمة، والمنفعة، لا باعتبار المقدار، فيجوز أن يكون الجزء الأقل يعادل الجزء الأعظم في قيمته، ومنفعته".

(٤) في: ب، ظ "عليه".

(٥) في: ز "شريكي".

(٦) "جملة" ليست في: ب، ظ.

(٧) في: ز "المختلفة".

(٨) قوله: "والمشارك الذي" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: ب، ظ "مدة".

وبعضها بالنضح فيكون ثلثها لجودته بالقيمة، مثل ثلثها مثلاً، فيجعل هذا سهماً، وهذا سهماً إن كانت بينهما بالسوية، فإن اختلفت الأنصبا، كنصف، وثلث، وسدس، فتجعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة. وإذا طلب أحد الشريكين القسمة، فهل يجاب إليها، ويجبر الممتنع؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم^(١). إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء.

والثاني: لا. لاختلاف الأغراض، والمنافع. وإذا قلنا: بالإجبار، فأجرة القسام توزع بحسب^(٢) الشركة في الأصل، أم بحسب المأخوذ قلة، وكثرة؟ فيه وجهان، أقربهما: الثاني، لأن العمل في الكثير، أكثر.

واعلم أن الخلاف في الإجبار كما أنه يجري فيما إذا كان اختلاف الأجزاء، لاختلاف الصفات، تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الذي بعضه نخيل، وبعضه كرم، والدار المبني بعضها بالآجر، وبعضها بالحشب، والطين. وأن صاحب "التهذيب"^(٣) رجح من القولين / منع الإجبار، لكن أصحابنا العراقيون، (٤٩٤/ز) وغيرهم رجحوا الإجبار، ولو لم يقل بذلك لامتنع الإجبار في البستان المشتمل على الأشجار المختلفة، وفي الدار المشتملة على الحيطان، والأجذاع والأبواب، وهو شأن البساتين والدور غالباً، وينجر ذلك إلى أن لا تثبت فيها الشفعة، كالطاحونة، والحمام.

ومعلوم أنه بعيد، وأنه يشبه أن يكون الخلاف في الإجبار مخصوصاً بما إذا لم يمكن^(٤) قسمة الجيد وحده، والردئ وحده، وإن لم يكن الخلاف مخصوصاً به، فيمكن أن يكون ترجيح قول الإجبار مخصوصاً به^(٥)، فإن أمكن أن يقسم كل واحد منهما، وحده، فلا يجبر على قسمة التعديل، كما لو كانا شريكين في أرضين يمكن قسمة كل واحدة منهما بالأجزاء، لا يجري الإجبار على التعديل.

(١) وهو الأظهر. انظر: الروضة ٢١٠/١١، ومغني المحتاج ٤٢٣/٤.

(٢) في: ز "على حسب".

(٣) انظر: التهذيب ٢٠٩/٨.

(٤) في: أ، ز "يكن". وفي ظ "فإن أمكن أن يقسم".

(٥) من قوله "بما إذا لم يكن... مخصوصاً به" ليست في: ب، ظ.

القسم الثاني: ما بعدُ شيئين فصاعداً، ولتكلم في العقار، ثم في غيره. أما العقار: فإذا اشتركا في دارين، أو في حانوتين متساويي^(١) القيمة، وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل، لهذا داراً، ولهذا داراً لم يجبر صاحبه سواءً تجاوز الحانوتان والداران، أو تباعداً، لشدة اختلاف الأغراض، باختلاف المحال، والأبنية، فيلحقان بالجنسين المختلفين. وعن مالك: أنه يجبر عند التجاور^(٢). وعن أبي حنيفة^(٣): أنه يجبر إن كانت^(٤) إحدى الدارين حجرة للأخرى. وفي "الرقم" للعبادي: وجه: أنه يجبر من غير فرق بين التجاور، والتباعد. ولو كانت بينهما دكاكين صغار متلاصقة لا تحمل أحدها القسمة ويقال لها: العضائد^(٥)، وطلب أحدهما: أن تقسم أعياناً، هل يجبر الممتنع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا كالدور، وكما لو كانت متفرقة.

وأصحهما: على ما ذكره القاضي الروياني^(٦) وغيره: نعم للحاجة فينزل منزلة الخان^(٧) المشتمل على البيوت، والمساكن، هكذا صور هذه الصورة أكثر ناقليها، وهو القويم، وصورها صاحب "المهذب"^(٨) فيما إذا احتملت كل واحدة منهما^(٩).
وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعياناً، والآخر قسمة كل واحدة منهما، يجاب الأول إلحاقاً لها بالدار المشتملة على البيوت.

(١) في: أ، ب "متساو".

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٣٣.

(٣) قسمت على قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها". انظر: الكتاب ٩٩/٤، وفتح القدير ٣٦٠/٨.

(٤) في: أ، ب، ظ "كان".

(٥) "العضائد": أي الدور الصغار المتلاصقة البناء. قال الجوهري "أعضاء كل شيء مايسند حوله من البناء وغيره كأعضاء الحوض، وهي حجارة تنصب حول شفيره، ولعلها سميت عضائد من هذا البناء ويقال: عضدٌ من نخل: إذا كانت منعطفة متساوية".

انظر: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٣٩٣/٢.

(٦) انظر: الروضة ٢١١/١١، ومغني المحتاج ٤٣٢/٤.

(٧) الخان: ما ينزله المسافرون، والجمع خانات. انظر: المصباح ص ١٨٤.

(٨) انظر: المهذب ٣٩٣/٢.

(٩) في: أ، ب، ظ منهما.

والثاني: إلحاقاً بالدور، والأقرحة^(١)، إن كانت متفرقة فهي كالدور، وإن كانت متجاورة، ففي "الشامل" أن أبا إسحاق: نزلها منزلة القراح الواحد المختلف الأجزاء، وأن غيره قال: إنما يكون كالقراح الواحد إذا اتحد الشرب، والطريق، فإن تعذر فهي كما لو تفرقت.

قال^(٢): وهذا أشبه بكلام الشافعي رضي الله عنه.

وأما غير العقار: فإذا اشتركا في^(٣) عبيد أو دواب، أو أشجار، أو ثياب، فإما أن تكون من نوع واحد، أو لا تكون؟

الحالة الأولى: إذا كانت من نوع واحد، وأمكن التسوية بين الشريكين عدداً، وقيمة، كعبدین متساويي القيمة بين اثنين، وكثلاث دواب متساوية القيمة بين ثلاثة فظاهر المذهب: أنه يجبر على صحة^(٤) قسمتها أعياناً ويكتفي بالتساوي في القيمة، بخلاف الدور لشدة اختلاف الأغراض فيها^(٥).

وعن أبي علي بن خيران، وابن أبي هريرة: أنها كالدور، وحكى ابن الصباغ القطع في العبيد، بجواز الإيجاب، كما جزأ النبي صلى الله عليه وسلم العبيد الستة الذين أعتقهم الأنصاري رضي الله عنه في مرضه ثلاثة أجزاء^(٦) وخص الخلاف بغير العبيد، وعن أبي حنيفة^(٧): أنه لا إيجاب في العبيد ولا في الخيل والإبل وإن لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد بين اثنين على السواء، أحدهم يساوي الآخرين في القيمة، فإن قلنا بالإيجاب عند إمكان التسوية، فهانئ قولان: ينظر في أحدهما إلى تعادل القيمة، وفي

(١) الأقرحة: جمع قراح، كسحاب الأرض التي لا ماء بها ولا شجر. انظر: المصباح ٤٩٦.

(٢) قال "ليست في: ب، ظ.

(٣) في ز لا في عقار أو -

(٤) "صحة" ليست في: ز.

(٥) انظر: الروضة ٢١٢/١١.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ١٣٩/١١، كتاب الأيمان، باب صحة المماليك.

وأخرجه أبو داود في سننه ٢٨/٤، كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيداً له، لم يبلغهم الثلث، حديث ٣٩٥٨. وانظر مصابيح السنة ٤٨٦/٢، وتلخيص الحبير ٩٣/٣ و ١٩٧/٤ و ٤١٣.

(٧) انظر: اللباب شرح الكتاب ٩٥/٤ و ٩٦.

الثاني إلى اختلاف العدد، وتفاوت الأغراض بذلك، وهذان القولان، كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء للاحقنا الأعيان المتماثلة بالأرض المتشابهة الأجزاء، فإن كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدین بین اثنين، قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتان، فطلب^(١) أحدهما القيمة^(٢) ليختص من خرجت له^(٣) قرعة الخسيس بالخسيس، ويكون له مع ذلك ربع النفيس، فهذا يترتب على الصورة السابقة، فإن قلنا: لا إجبار هناك فهانها أولى، وإن قلنا: بالإجبار هناك فهانها وجهان، أو قولان، والأصح المنع، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية^(٤).

الحالة الثانية: إذا لم تكن الأعيان من نوع واحد، بل كانت أنواعاً من جنس واحد، كالعبد التركي مع الهندي، وثوب الإبريسم^(٥) مع الكتان^(٦)، أو كانت أجناساً مختلفة كالعبد، والثوب، والحنطة والشعير، والدابة، والدار، فطلب أحدهما: أن تقسم أنواعاً، وأجناساً فلا يجبر الآخر، وإنما تقسم. كذلك إذا تراضيا.

ولو اختلفت الأنواع، وتعذر التمييز، كالثمر الجيد مع الرديء، فلا قسمة إلا بالتراضي. هذا ما أورده الجمهور، وقطعوا به.

وأجرى أبو الفرج السرخسي عند اختلاف النوع، والخلاف في الإجبار. وزاد الإمام، وصاحب الكتاب فأجراه عند اختلاف الجنس، والصحيح الأول^(٧).

ونعود الآن إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب. قوله: "وهي أن يُخْلَفَ على ثلاث بنين ثلاثة أعبد" لا يخفي أن هذا ليس تفسيراً لقسمة التعديل، وإنما هو مذكور على سبيل

(١) في: ز "وطلب".

(٢) في: ز "القسمة".

(٣) في: ز "له من خرجت".

(٤) انظر: الروضة ٢١٢/١١.

(٥) الإبريسم: "أحسن الحرير" وفيه ثلاث لغات: فتح الهمزة وكسرها مع فتح الراء فيهما. والثالثة: بكسر الهمزة والراء. القاموس الفقهي ص ١١.

(٦) الكتان: بفتح الكاف معروف. عربي وسمي بذلك

لأنه "يكنن" أي يسود إذا ألقى بعضه على بعضه. المصباح ٥٢٥/٢ حرف الهمزة.

(٧) انظر: الروضة ٢١٣/١١.

التمثيل. وقوله: "أو عبداً أو طاحونة، أو حماماً" ينبغي أن يعلم بالواو، لأنه عدَّ هذه الصورة من قسمة التعديل، مع اختلاف الجنس فيها، والمشهور خلافه، كما عرفت.

وقوله "أما إذا خَلَفَ قطع أرض تقبل قسمة الإفراز، فلا يجبر فيها على قسمة التعديل" يمكن إعلامه بالواو، لأن القوراني أشار فيه إلى خلاف، وهو كما حكيناه عن رواية "العبادي" في الدارين. وقوله: "وإن^(١) كان بين شريكين عرصه، والثالث بالمساحة نصف القيمة لقربه من الماء فيجبر ولا ينظر إلى ذلك" أراد به أنه يجبر على هذه القسمة. ولا يخرج على الخلاف السابق، هكذا ذكره في "الوسيط" لكنه غير مسلم، بل المفهوم من كلام الأصحاب تصريحاً وتلويحاً أن هذه الصورة من قسمة التعديل. وقوله: "والدار المختلفة الأبنية" من جملة قسمة التعديل اختلاف الأبنية، إن كان لاختلاف المبنى به كالأجر مع اللين، فلا كلام في أن قسمتها من جملة قسمة التعديل، وإن كان لاختلاف هيئات البناء، وأشكالها، وسعتها وضيقها، فعن بعضهم، أن الجواب كذلك. قال الإمام: إذا كان في شرقي الدار صفة وبيت، وكذلك في غربها ويأتي تبعض^(٢) العرصه، فقد اشتملت^(٣) كل حصه على مثل ما اشتملت عليه الأخرى، فيحوز أن يقال: يجري الإيجاب على مثل هذه القسمة، ولا يختلف الأمر باختلاف الجهة، فاعتبر تماثل الحصتين في الأبنية، ومنهم من قطع بالإيجاب مع اختلاف أشكال الأبنية، وهيئاتها، والقياس الأول.

وقوله: "واللبنات المختلفة القوالب، كذلك" يعني أنه إذا اختلفت القوالب تختلف الأغراض فيجزيء في الإيجاب على القسمة الخلاف.

أما إذا تساوت كانت كالمتشابهات فيجبر فيه^(٤) على القسمة.

فرع: دار بين اثنين لها علو وسفل فطلب أحدهما علواً وسفلاً، أجبر الآخر عند الإمكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفل لآخر، لم يجبر

(١) في: "ولو".

(٢) في: ب "تبعض قسمة العرصه". وفي: ظ "تبعض".

(٣) في: ب، ظ "اشتمل".

(٤) في: ز "فيها".

عليه، هكذا أطلقوه ووجهوه بأن العلو تابع، والسفل متبوع، فلا يجوز أن يجعل أحد النصيين تابعاً^(١)، والآخر متبوعاً، وبأن العلو مع السفل كدارين متلاصقتين، لأن كل واحد منهما تصلح أن^(٢) يتخذ مسكناً، ويجوز أن يقال: إن لم يمكن القسمة سفلًا وعلوًا، فجعل السفل لأحدهما، والعلو للآخر^(٣) من جملة قسمة التعديل، وإن طلب أحدهما أن يقسم السفل بينهما، ويترك العلو على الإشاعة، لم يجز الآخر عليه، لأنهما قد يقسمان العلو بعد ذلك فيقع مافوق نصيب هذا من السفل لذلك.

[فصل في قسمة الرد]

(قال [الغزالي]: وأما قسمة الرد: وهي^(٤) أن يخلف عبيد قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة، فلو رد أخذ النفيس مائتين استويا، ولا إجبار على هذا أصلاً، ولو انفرد أحدهما بالخسيس وخمس النفيس لنزول الشركة عن أحد العبيد استويا، ولكن الظاهر أنه لا يجز عليه، لأن أصل الشركة قائم، وقيل: إنه كقسمة التعديل).

[قال الرافعي] النوع الثالث: قسمة الرد، وصورتها: أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر، أو شجر، أو في الدار بيت لا يمكن قسمته، فيضبط قيمة ما اختص به ذلك الجانب فيقسم الأرض والدار على أنه يرد من يأخذ الجانب الذي فيه البئر، أو الشجر، أو البيت، تلك القيمة، وهذا لا إجبار عليه، لأنه دخله ما لا شركة فيه، وكذلك لو كان بينهما عبدان بالسوية، وقيمة: أحدهما: ألف، وقيمة الآخر سبعمائة، واقتسما على أن يرد أخذ النفيس مائتين ليستويا^(٥) هذا هو المشهور^(٦).

وفي "أمالي أبي الفرج" أن من أصحابنا من خرج قولاً في الإجبار^(٧) مأخوذاً من

(١) "تابعاً" ليست في: ز.

(٢) في: ز "لأن".

(٣) في: ز "لآخر".

(٤) في: ب، ظ "استويا".

(٥) في: ب، ظ "استويا".

(٦) انظر: الروضة ٢١٤/١١.

(٧) في: ز "في الإجبار قولاً".

الخلاف فيما إذا كان بينهما عبدان، قيمة أحدهما، ألف، وقيمة الآخر ستمائة، وطلب أحدهما: القسمة ليخلص الخسيس لأحدهما، وهذه الصورة هي التي ذكرها صاحب الكتاب على الأثر^(١) وقد أدرجناها في الفصل السابق^(٢). وحاصل مافيهما طريقان، كما في الكتاب.

أحدهما: القطع: بأنه^(٣) لا إيجاب.

وثانيهما: أنه على الخلاف في قسمة التعديل^(٤)، لكن إطلاق القول بالترجيح^(٥)، بعيداً لأنه لا رد في تلك الصورة، ولا تصرف إلا في المشترك بخلاف مانحن فيه.

نعم^(٦)، لو لم يكن ردٌ وترك مافيه^(٧) الفصل على الإشاعة، فالصورة، كالصورة، ولذلك قال بعض المتلقين عن الإمام: لا يجري الإيجاب في قدر الرد، والميل في الباقي إلى المنع، فأشار إلى تخصيص الخلاف بما وراء قدر الرد، وإذا حصل التراضي على قسمة الرد، فيجوز أن يتفقا على من يأخذ النفيس، ويرده، ويجوز أن يُحكَّمَا القرعة، ليردَّ من خرج له منهم النفيس.

[فصل: في قسمة المتشابهات وهل هي إفراد حق أو بيع]

(قال [الغزالي]: ثم قسمة المتشابهات بيعٌ، أو إفراد حق، فيه قولان والصحيح، أن قسمة التعديل، بيعٌ، وقيل قولان، ثم يجب الرضى حيث لا يجبر، ويكفي قوله "رضيت بعد خروج القرعة" والرضى قبله، هل يكفي؟ فيه^(٨) وجهان: ولا يكفي مجرد قوله: رضيت ما لم يقل بالقسمة، أو قاسمت إن قلنا: إنه بيعٌ).

(١) في: ب، ظ "في الأثر".

(٢) انظر: الروضة ٢١٢/١١.

(٣) في: ز "بأن".

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) في: ز "بالتحريم".

(٦) "نعم" ليست في: ب، ظ.

(٧) في: ز "مايه".

(٨) "فيه" ليست في: ز.

في الفصل قاعدتان: إحداهما^(١): قسمة المتشابهات، إفراز حق، أو بيع؟ فيه قولان: أحدهما: وبه قال: أحمد^(٢) إنها إفراز حق، لأنها لو كانت بيعاً لما دخلها الإيجاب، ولا جاز^(٣) الاعتماد على القرعة.

ومعنى قولنا: "إفراز" أن القسمة تُبين أن ما خرج لكل واحد منهما هو الذي ملكه.

والثاني: أنها بيع، لأنه ما من جزء من المال، إلا وكان مشتركاً بينهما، فإذا اقتسما، فكأنه باع كل واحد منهما ما كان له في حصة صاحبه، بما كان لصاحبه^(٤) في حصته، وما الأصح من القولين، وما محلها؟ أما الأصح فقد ذكر صاحب "التهذيب" وآخرون: أن الأصح: كونها بيعاً واعتذروا عن دخول الإيجاب فيها بالحاجة الداعية إليه، وذلك لا يخرجها عن كونها بيعاً، كما أن الحاكم يبيع مال المديون قهراً وإيجاباً، وذكر صاحب الكتاب في باب^(٥) الرهن، أن الأصح، جعلها إفرازاً، ويوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع من القولين.

وذكر في "العدة" أن الفتوى عليه^(٦).

وأما المحل: ففيه: طريقان:

أحدهما: أن القولين فيما إذا جرت هذه القسمة بالإيجاب، أما إذا جرت بالتراضي، فهي بيع، لا محالة.

والثاني: أنهما مطردان، جرت بالتراضي، أو بالإيجاب، وحكى الطريقتين

(١) "إحداهما" ليست في: ز.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٣٧.

(٣) في: ب، ظ "وفي الإيجاب".

(٤) "بما كان لصاحبه" ليست في: ب، ظ.

(٥) "باب" ليست في: ز. وانظر: الوجيز ١/١٥٩.

(٦) انظر: الروضة ١١/٢١٤، حيث قال: "قلت: أشار الرافعي في "المحرر" إلى اختيار الإفراز، فإنه

قال: فيه قولان: ذكر أن الفتوى على الإفراز، هذا كلامه. فالمختار ترجيح الإفراز. والله أعلم".

صاحب "التهذيب" وقال: الأصح الأول^(١).

واعلم أن القول: بأن القسمة، بيع لا يمكن إجراؤه على إطلاقه لأن النصف الأيمن الذي يأخذه زيد، كما أنه لم يكن كله لزيد حتى يقال: القسمة إفراز، والنصف الأيسر لم يكن كله له حتى يقال: إنه باعه من عمرو، بل النصف الذي أخذه كان نصفه له ونصفه لصاحبه، فالقسمة إفراز فيما كان له فيه^(٢)، وبيع فيما كان لصاحبه.

وأما قسمة التعديل ففيها طريقتان:

أظهرهما^(٣): طرد القولين، وهو قضية إيراد صاحب "المهذب" وأبي الحسن العبادي أيضاً^(٤)،

والثاني: القطع بأنه بيع، وهو الأصح عند صاحب الكتاب.

وقد حكى^(٥) "الصيدلاني" الطريقتين عن القفال، الثاني: منهما حفظاً والأول عن كتابه، ويشبه أن يكونا مبنيين على أن قسمة التعديل هل يجبر عليها؟ إن قلنا نعم، ففيها^(٦): القولان، وإن قلنا: لا، فهي بيع، وخصص في "الوسيط" الطريقتين، بقولنا^(٧): إن قسمة التعديل يجبر عليها، وقال: إذا لم نقل: بالإجبار، فهي بيع، لاحتمال.

وأما قسمة الرد فهي بيع على المشهور. وقيل: هي بيع في القدر الذي يقابل المردود، ويجيء وراءه الخلاف في قسمة التعديل.

التفريع: إن جعلنا القسمة بيعاً، فاقسما شيئاً من أموال الربا، وجب التقايض في المجلس، ولم تجز قسمة المكيل بالوزن، والموزون بالمكيل ولم تجز قسمة الرطب، والعنب، وما أثرت النار فيه بتعقيد الأجزاء، وإن جعلناها: إفرازاً فالحكم بخلافه، ويجوز قسمة

(١) في: ز "الأصح الثاني".

(٢) في: ز "له منه".

(٣) في: ب، ظ "أحدهما".

(٤) "أيضاً" ليست في: ز.

(٥) "وقد" ليست في: ب، ظ.

(٦) في: ب، ظ "ففيهما".

(٧) من قوله: "وإن قلنا لا فهي . . . بقولنا" ليست في: ب، ظ.

الخص، والنورة بالكيل، والوزن، على القولين، والثمار على رؤوس الأشجار، لا تقسم^(١) بالخرص، إن جعلناها بيعاً، كما لا تباع خرصاً. وإن قلنا: إفرأزاً فإن كانت ثمرة غير النخل، والكرم، جازت القسمة خرصاً، كما يجوز خرصها للفقراء. وإن^(٢) كان بينهما أرض مزروعة فأرادا^(٣) قسمة الأرض وحدها جاز، وإن طلبها، أحدهما، أُجْبِرَ الآخر، ويجيء على قولنا: إن القسمة بيع. وجه مذكور في البيع. وإن أرادا^(٤) قسمة الأرض، وما فيها، فإن اشتد الحب، لم يجز^(٥). أما إذا جعلناها: إفرأزاً، فلأنه قسمة معلوم، ومجهول. وأما إذا جعلناها: بيعاً، فلأنه بيع أرض ومطعوم بأرض، ومطعوم، وكذا لو كان بذراً لم يثبت بعد، وإن كان فصيلاً^(٦) فيجوز، وإن طلب أحدهما قسمة الأرض وما فيها، أو قسمة ما فيها وحده، وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة بالتراضي، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد أنه لا يجبر الآخر، وعلى ذلك جرى صاحب "المهذب" و"التهذيب"، ولم يوجهوه بشئ يقنع.

ولو اقتسم الشريكان ثم تقايلاً فإن جعلنا القسمة بيعاً، صحت الإقالة، وعاد الشيوخ، وإلا فهي لاغية.

وقسمة الملك عن الوقف لا تجوز، إن جعلناها بيعاً، وإن جعلناها إفرأزاً، فتجوز، قال القاضي الروياني: وهو الاختيار^(٧). وقسمة الوقف بين الموقوف عليهم لا تجوز على القولين، لما فيها من تغيير شرط الواقف، وفيه وجه على قول الإفرأز، لأنه قد يشرف

(١) "لا تقسم" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: ز "وإذا".

(٣) في: ب، ظ "أراد".

(٤) في: ب، ظ "أراد".

(٥) "لم يجز" ليست في: ب، ظ.

(٦) "الفصيل" قال في المصباح ٤٧٤/٢ "فصلته" عن غيره فصلاً. من باب ضرب نحيته، أو قطعته، "فانفصل" ومنه "فصل الخصومات" وهو الحكم بقطعها . . . ومنه "الفصيل" لولد الناقة، لأنه يفصل عن أمه . . .".

(٧) قال النووي في الروضة ٢١٦/١١ "هذا الذي اختاره الروياني، هو المختار، وهذا إذا لم يكن فيها رد، أو كان رد من أصحاب الوقف، فإن كان من صاحب الملك، لم يجز، لأنه يأخذ بإزائه جزءاً من الوقف، ذكره صاحب "المهذب" وغيره. والله أعلم.

على البوار، ويريد بعضهم العمارة، فيبقى غرض الواقف في المعمور، وهذا الوجه حكاه القاضي ابن كج عن أبي الحسين وحده، وخصصه بقولنا: إن الملك في الوقف للموقوف عليه.

قال: ثم إن انقرض البطن الأول، وصار الوقف للثاني انتقضت القسمة.

القاعدة
الثانية: قسمة
الإجبار

القاعدة الثانية: قسمة الإجبار، لا يعتبر فيها الرضا إلا عند خروج القرعة، ولا بعد خروجها، ولو تراضى الشريكان بقاسم يقسم بينهما، فهل يعتبر التراضي بعد خروج القرعة، أم يكفي الرضى الأول؟ فيه قولان، كالقولين فيما لو حكماً رجلاً، فحكم بينهما، والذي يميل إليه كلام المعتبرين، أنه يعتبر وذكروا أنه المنصوص، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، فيما لو^(١) اقتسما بأنفسهما وفي قسمة الرد، لا بد من الرضا بعد خروج القرعة، كما في الابتداء.

وعن الإصطخري: وجه: أنها تلزم بخروج القرعة، وإذا اعتبرنا الرضى بعد خروج القرعة، فصيغته: أن يقولوا رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجته القرعة، أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، فإن جعلنا القسمة بيعاً هذا هو الظاهر، وفيه وجهان آخران بناء على أنها^(٢) بيع.

أحدهما: أنه لا بد من لفظ البيع، أو التملك.

والثاني: أنه لا يكفي قولهما: رضينا بما جرى، أو بهذا، بل لا بد أن يتلفظا بالقسمة، بأن يقولوا: تقاسمنا، أو رضينا بهذه القسمة، ليؤدي معنى التملك، والتملك، وهذا الثاني: هو الذي أراده بقوله في الكتاب: "ولا يكفي مجرد قوله: رضيت، ما لم يقل بالقسمة" إلى آخره.

وقوله: من بعد، "ويكفي قوله: رضيت بعد خروج القرعة" هو الوجه الظاهر، وبينهما مسألة متخللة، وقد يقتضي ظاهر نظم الكتاب "الاكتفاء بالرضى بعد خروج

(١) في: ب، ظ "وإذا".

(٢) في: ب، ظ "أنه".

القرعة، والاستغناء به عن الرضى قبله، وهذا الظاهر غير معمول به، بل حيث يجب الرضى، فلا بد منه في الابتداء، والخلاف في أنه هل يعتبر في الانتهاء؟.

[فرعان في قسمة المنافع]

(قال [الغزالي]: فرعان: الأول: القناة، والحمام، ومالا يقبل القسمة تجري فيه المهايأة، ولكن^(١) لا يجبر عليها، ولا يلزم، بل له الرجوع.

ولكن يرجع في الحال أو يصبر^(٢) إلى أن^(٣) يستوفي نوبته ثم يرجع^(٤)؟ فيه وجهان: فإن جوزنا غرم قيمة ما استوفاه. وهو أجرة منفعة المثل^(٥)، ولو تنازع الشركاء، وأصروا تركناهم، ولم نبع عليهم).

[قال الرافعي]: كما أن الأعيان تقسم، فالمنافع أيضاً تقسم، وطرق قسمتها المهايأة^(٦) مياومة، أو مشاهرة، أو مسانهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إيجاب فيها على المهايأة بحال. وكذا لو طلب أحدهما: أن يزرع هذا بعض الأرض، وهذا بعضها، أو يسكن هذا بعض الدار^(٧)، وهذا بعضها، من غير أن يقسم الأصل، وامتنع الآخر، لا يجبر الممتنع عليه.

وإن لم تكن العين قابلة للقسمة، كالقناة، والحمام، والعبد والبهيمة، فإن اتفق الشركاء في منافعها على المهايأة، فذاك، وحينئذ^(٨) فقد^(٩) يتفقان على من به البداءة، وقد يتنازعان، فتحكّم القرعة، وإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر فوجهان:

-
- (١) في: ب، ظ "لكن".
 (٢) قوله: "ولكن يرجع في الحال أو يصبر" ليست في: ز، ظ.
 (٣) في: ز "ولو استوفى".
 (٤) في: ز "رجع".
 (٥) "أجرة منفعة المثل" ليست في: ز.
 (٦) "تهيأ القوم" تهايؤا، من الهيئة جعلوا لكل واحدة هيئة معلومة. والمراد النويبة ذكره في المصباح ٦٤٥/٢.
 (٧) "أو يسكن بعض هذا الدار" ليست في: ب، ظ.
 (٨) "حينئذ" ليست في: ب، ظ.
 (٩) في: ب، ظ "وقد".

أحدهما: ويحكى عن ابن سريج: أنه يجبر الممتنع، كما في قسمة الأعيان، ولئلا يعطل الشريك الملك على الشريك المال^(١) لجأماً، وعلى هذا، فالحكم فيمن تبدأ به القرعة؟ ويجوز أن يكون الحكم في قدر النوبة كذلك؟ وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجبر^(٢)، لأن في المهاية^(٣) يتعجل حق أحدهما، ويتأخر^(٤) حق الآخر، بخلاف قسمة الأعيان، وأيضاً فالاشتراك في الأصل يقتضي الإشتراك في المنفعة، وانفراد أحدهما بالمنفعة مع الاشتراك في الأصل لا يكون إلا على سبيل المعاوضة، والمعاوضات بعيدة عن الإجبار، وإذا رضيا بالمهاية، ثم رجع المبتدي بالانتفاع قبل استيفاء نوبته مُكَّن، فإن مضت مدة لمثلها أجرة، غرّم نصف أجرة المثل، وإن رجع بعد استيفاء نوبته، فوجهان:

إن قلنا: لا إجبار على المهاية فيمكن، ويغرم نصف الأجرة.

وإن قلنا: بالإجبار، فلا يُمكن ويستوفي الآخر نوبته، وإن^(٥) امتنع الآخر من أن ينتفع، ويستوفي نوبته.

فإن قلنا: بالإجبار فهو مضيع حق نفسه، ولا أجرة له.

وإن قلنا: لا إجبار، فله ذلك، ويأخذ من الأول نصف أجرة المثل. وكذا لو انهدمت الدار، أو مات العبد بعد نوبة الأول، فلآخر عليه^(٦) نصف أجرة المثل. وإذا لم نقل بالإجبار، وأصرّوا^(٧) على النزاع في المهاية، فهل يبيع القاضي عليهما، قطعاً للنزاع؟. فيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب^(٨): أنه لا يبيع، لأنهما كاملان مُطلقاً

(١) "المال" ليست في: ز.

(٢) انظر: الروضة ٢١٨/١١، الوجيز ٢٤٩/٢، ومغني المحتاج ٤٢٦/٤.

(٣) في: ب، ظ "بالمهاية".

(٤) في: ب، ظ "ويتأكد".

(٥) "وإن" ليست في ب، ظ.

(٦) "عليه" ليست في: ز.

(٧) في: ب، ظ "وأصرأ".

(٨) الوجيز ٢٤٩/٢، وانظر: الروضة ٢١٨/١١.

التصرف، لاحق لغيرهما، عليهما، وعلى هذا فما الذي يفعل؟

ذكر في "الوسيط"^(١) أنه يتركهما إلى أن يصطلحا، وهذا يشعر بأنه لا يؤجر عليهما، والذي أورده القاضي ابن كج، وصاحب "التهذيب" أنه يؤجر، وتوزع الأجرة عليهما.

ولو استأجر اثنان أرضاً. وطلب أحدهما المهايأة، وامتنع الآخر، وجب أن يعود الخلاف في الإجماع، وإن أراد قسمتها، ففي "فتاوى القاضي الحسين": أنها جائزة على قول ابن سريح: ثم إذا اقتسما، وحدث بنصيب أحدهما عيب، فله الفسخ.

قال: وينبغي^(٢) أن يُقال: لشريكه: الفسخ أيضاً.

ولو طلب أحدهما هذه القسمة، وامتنع الآخر، هل يجبر؟ جعله على وجهين، وإذا جرت المهايأة في العبد المشترك بين المالكين، أو في العبد الذي بعضه حرٌّ بينه، وبين مالك الباقي، فالأكساب العامة، والمؤن العامة كالنفقة^(٣)، تدخل في المهايأة^(٤) وفي الأكساب^(٥) النادرة، كما يقبله بالهبة، والوصية، والمؤن النادرة، كأجرة الطبيب، والقصد، والحجام، خلاف ذكرناه في غير موضع. والأظهر دخولها أيضاً.

وينبغي أن يُنظر^(٦) في الكسوة إلى قدر التوبة حتى يبقى على الإشتراك إن جرت المهايأة مياومة.

ولا تجوز المهايأة في الحيوان اللبون ليحلبَ هذا يوماً، وهذا يوماً، وفي الشجرة^(٧) المثمرة لتكون ثمرتها، لهذا عاماً، ولهذا عاماً، لما فيها من الزيادة والنقصان.

وقوله في الكتاب: "لكن"^(٨) لا يجبر عليها" إلى أن قال: "إلا أن يستوفي نوبته.

(١) انظر: ٣٤٣/٧.

(٢) في: "وينبغي".

(٣) "كالنفقة" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ز "تدخل فيها".

(٥) في: ز "الأكساب".

(٦) في: ظ "تدخل".

(٧) في: ب، ظ "الشجر".

(٨) في: ب، ظ "ولكن".

ففيه^(١) وجهان يقتضى إثبات وجهين في الرجوع بعد استيفاء النوبة مع الحكم، بأنه لا إجبار في الابتداء، وهو محتمل، حملاً له على الوفاء^(٢)، وتسوية بين الشريكين، والأشهر الاقتصار على بناء الوجهين على الوجهين^(٣).

[الفرع الثاني: تقدم جماعة وطلبوا من القاضي أن يقسم بينهم]

(قال [الغزالي] رحمه الله: الثاني، لو تقدم جماعة، والتمسوا القسمة من القاضي، ولا بينة لهم على الملك، فالصحيح أنه يجيب، ويكتب، أنه قسم بقولهم، وفيه وجة أنه لا يجيب بغير حجة).

[قال الرافعي]: جماعة في أيديهم دار، أو أرض، تقدّموا إلى القاضي وطلبوا^(٤) منه^(٥) قسمتها بينهم. فإن أقاموا بينة على أنها ملكهم، أجابهم إلى القسمة، هذا هو المشهور، والمنصوص^(٦).

واعترض ابن سريج، فقال: إنما تقام البينة، وتسمع على خصم، ولا خصم هاهنا. وأجاب ابن أبي هريرة: بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك، وقد يكون لهم خصم غائب، فيسمع البينة ليحكم لهم عليه^(٧)، وإن لم يُقِيمُوا بينة، فطريقان. أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه لا يجيبهم^(٨) إلى القسمة، لأنها قد تكون في أيديهم بإجارة، أو إعارة، فإذا قسمها بينهم، لم يؤمن أن يدعوا ملكها، محتجين بقسمة القاضي.

والثاني: يجيبهم، وبه قال أحمد^(٩): اكتفاءً بدلالة اليد على الملك، لكن يكتب في

(١) في: ب، ظ "وفيه".

(٢) في: ب، ظ "على وفاء".

(٣) "على الوجهين" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ب، ظ "فطلبوا".

(٥) "منه" ليست في: ب، ظ.

(٦) انظر: الوسيط ٣٤٣/٧، والروضة ٢١٩/١١.

(٧) في: ظ "عليهم".

(٨) في: ب، ظ "لا يجيبه".

(٩) انظر: المقنع ص ٣٣٨. وانظر: الوسيط ٣٤٣/٧، والروضة ٢١٩/١١.

الذكر، ويشهد أنه إنما قسمها^(١) بقولهم لئلا يتمسكوا بقسمته.

والطريق الثاني: وبه قال أبو الطيب بن سلمة، القطع بالقول الأول.

وإذا أثبتنا القولين، فما الأظهر منهما؟

ذكر الإمام، وصاحب الكتاب^(٢): أن الثاني: أصح، وإليه ميل ابن الصباغ، وقال الشيخ أبو حامد، وطبقته، الأصح الأول.

ويدل عليه: أن الشافعي: لما ذكر القول الثاني قال: ولا^(٣) يعجبني هذا القول^(٤). هذا في العقار. فلو^(٥) ترفعوا في منقول في أيديهم، حكى القاضي ابن كج فيه طريقين. أظهرهما: إنه كالعقار.

والثاني: القطع/ بأنه يقسم، وإن لم تكن بينة، لأن العقار يتأبد ضرره، فيكون ٤٩٨/ز أجدر بالاحتياط، ولذلك خص بإثبات الشفعة، وإذا قلنا: لا بد من البينة فلا فرق بين رجلين ورجل، ومرأتين.

قال القاضي ابن كج: ولا يكفي شاهد ويمين، لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون هناك خصم ترد عليه، لو^(٦) فرض نكول. وعن ابن أبي هريرة: أنه يكفي.

وقال أبو حنيفة: يجب إلى القسمة، بقولهم في غير العقار^(٧)، وفي العقار لا يجب إن نسبه إلى إرث.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "ويكتب أنه قسم بقولهم" لأن في "أمالي" أبي

(١) في: ب، ظ "قسم".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٤٩.

(٣) في: ظ "فلا".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والحاوي ٢٠/٣٤٠، والروضة ١١/٢١٩.

(٥) في: ب، ظ "ولو".

(٦) في: ز "ولو".

(٧) انظر: اللباب شرح الكتاب ٤/٩٦.

الفرج السرخسي وجهاً^(١): أنه لا يحتاج إلى هذا التقييد. وتعبيره عن الخلاف في المسألة بالوجه خلاف المشهور.

ولو طلب بعضهم القسمة، وامتنع الآخرون، لكنهم جميعاً متفقون على الملك، فهل يقسم القاضي؟ فيه هذا الخلاف.

[فصل: في مسائل منثورة]

[قال الرافعي]: ونختم الباب بمسائل ننشرها:

إن كانت القسمة بالإجبار، والقسام على ولايته.

فقوله "قسمت" مقبول، كقول الحاكم، وهو على ولايته: حكمت^(٢)، وإن لم يكن كذلك، لم يقبل قوله. وهل يُسمع شهادته لأحد الشريكين؟

فيه وجهان كشهادة القاضي بعد العزل. الأصح: أنها لا تسمع.

وقال الإصطخري: تسمع إلا أن يطلب أجرة.

وعند أبي حنيفة أن^(٣) شهادته مسموعة^(٤).

ولو جرت القسمة^(٥) ثم تنازع الشريكان في بيت، أو قطعة من الأرض. وقال: كل واحد منهما^(٦): هذا من نصيبي، ولا بينة، تحالفاً، ونقضت القسمة.

قال الشيخ أبو حامد: فإن اختص أحدهما باليد، على ما فيه النزاع^(٧)، فهو المصدق بيمينه.

ولو اطلع أحدهما على عيب، فله^(٨) فسخ القسمة، والديون المشتركة، في ذمم

(١) "وجهاً" ليست في: ب، ظ.

(٢) "حكمت" ليست في: ب، ظ.

(٣) "أن" ليست في: ب، ظ.

(٤) "هذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف" وقال: محمد لا تقبل. انظر: فتح القدير ٣٦٩/٧.

(٥) في: ب، ظ "قسمة".

(٦) "منهما" ليست في: ب، ظ.

(٧) "على ما فيه النزاع" ليست في: ب، ظ.

(٨) في: ب، ظ "بما صار له".

الناس. أطلق مطلقون: أنه يمتنع قسمتها، منهم صاحب "العدة". وفصل أبو الفرج السرخسي، فقال^(١): إن إذن أحد الشريكين للآخر في قبض ماعلى زيد، على أن يخلص له، فهل يخلص إذا قبض؟ فيه قولان:

أصحهما: المنع: لما فيه من مقابلة ما للقابض بما في ذمة الآخر، بما لشريكة فيما قبض من زيد، ويبيع الدين، من غير من عليه الدين^(٢) باطل، وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد، لهذا، وما في ذمة عمرو لهذا، فطريقان: أحدهما: أنه على هذين القولين.

وأصحهما: القطع بالمنع، لأن القسمة إن كانت تبعاً، فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى.

وإن كانت إفرازاً، إفراز ما في الذمة ممتنع، كقبضه، ولا مدخل للإجبار^(٣) في قسمة الديون بحال، والقول في قسمة الجدار، وعرضته قد مر في كتاب الصلح فلا تطلبه هاهنا^(٤). وبالله التوفيق.

(١) في: ب، ظ "وقال".

(٢) "الدين" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ب، ظ "يدخل الإجبار".

(٤) انظر: فتح العزيز على المجموع ٣٣٤/١٠، والروضة ٢١٤/٤

كتاب الشهادات

وفيه ستة أبواب

الباب الأول : في أهلية الشهادة.

الباب الثاني: في العدد المعتبرة في الشهادة.

الباب الثالث: في مستند علم الشاهد.

الباب الرابع: في الشهادة على الشهادة.

الباب الخامس: في الرجوع في الشهادة.

[كتاب الشهادات]

(قال [الغزالي]: كتاب الشهادات^(١)، وفيه ستة أبواب^(٢))

الباب^(٣) الأول: فيما يفيد أهلية الشهادة وهي التكليف والحرية، والإسلام، فلا تقبل شهادة كافر أصلاً، ولا على كافر).

[فصل: في الأدلة الدالة على مشروعية الشهادة]

[قال الرافعي] تعرّض الكتاب والسنة للشهادة وأحكامها، مستفيضٌ واضح، لقوله تعالى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾^(٤)، وقوله ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٥) وكما روى أنه ﷺ سئل عن الشهادة، فقال للسائل ترى الشمس؟ قال: نعم. فقال: على مثلها فاشهد، أو فدع^(٦) وأنه^(٧) ﷺ قال لبعض المدّعين "ليس لك إلا

(١) الشهادات: جمع شهادة.

وللشهادة في اللغة معان. منها: الإخبار بالشيء قاطعاً. تقول: شهد فلان على كذا، أي أخبرته خيراً قاطعاً.

ومنها: الحضور: تقول: شهد المجلس أي حضره.

ومنها: الاطلاع على الشيء، ومعاينته، تقول: شهدت كذا، أي: أطلعت عليه.

ومنها: إدراك الشيء. تقول: شهدت الجمعة أي أدركتها.

ومنها: الحلف، تقول: أشهد بالله لقد كان كذا، أي: أحلف.

ومنها: العلم. قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ أي: عليم.

انظر: تعريفها اللغوي في: مقاييس اللغة ٣/٢٢١، ولسان العرب ٧/٢٢٢ - ٢٢٦، والمصباح المنير ١/٣٢٤ و ٣٢٥.

وفي الشرع: هي إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد. وقيل: غير ذلك.

انظر: شرح الجلال المحلي ٤/٣١٨، ومغني المحتاج ٤/٤٢٦.

(٢) في: ز "أبواب ستة".

(٣) "الباب" ليست في: ز.

(٤) سورة البقرة من آية ٢٨٣.

(٥) سورة البقرة من آية ٢٨٢

(٦) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٩٨: "العقيلي والحاكم، وأبونعيم في الحلية،

وابن عدي والبيهقي من حديث طاوس عن ابن عباس، وصححه الحاكم وفي إسناده محمد بن

سليمان بن مسمول، وهو ضعيف، وقال البيهقي: لم يرو من وجه يعتمد عليه. وانظر: ارواء

الغيليل ٨/٢٨٢. وانظر البيهقي ١٠/٢٦٣، كتاب الشهادات، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها.

(٧) في: ز "وروى أنه قال: "أكرموا الشهود" زيادة.

شاهدك، أو يمينه"^(١)

ولا يخفي أنه لا تقبل شهادة كل من شهد، وأنه ليس للشاهد أن يجازف ويشهد بما شاء"^(٢)، بل لا بد في الشاهد من صفات، والشاهد من^(٣) عَلِمَ بما يشهد به.

والصفات المعتبرة في الشاهد تنقسم إلى: معتبرة على العموم، كالحرية، وإلى معتبرة في بعض الأمور، كالذكورة.

وإذا شهد واحدٌ ممن اجتمعت فيه الصفات المعتبرة فقد نحكم بقوله، وقد نحتاج إلى ضميمة أخرى، وهو الأغلب، وتلك الضميمة، إما قول شاهد آخر، أو أكثر، وإما يمين المدعي، ثم الشاهد، قد يشهد بالواقعة نفسها، وقد يشهد بشهادة من يشهد بها، وعلى التقديرين فإما أن يستمر على ما شهد به، أو يرجع عنه، فعقد^(٤) المصنف - رحمه الله - لبيان هذه الفصول ستة أبواب:

أحدها: في الصفات المعتبرة في الشاهد على العموم.

وثانيها في الذكورة المعتبرة على الخصوص، وفي العدد المرعي في الشهود.

وثالثها: فيما تستند إليه الشهادة.

ورابعها: في الشاهد اليمين.

وخامسها: في الشهادة على الشهادة.

وسادسها: في الرجوع.

أما الباب الأول: فمن الصفات المعتبرة على العموم: التكليف: فلا تقبل شهادة

مجنون ولا صبي.

(١) الحديث أخرجه: البخاري في صحيحه، من كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه.

لكن دون قوله "ليس لك إلا" ١٥٩/٣. وانظر: تلخيص الحبير ١٩٨/٤، والارواء ٢٦٢/٨.

(٢) في: ز "فيشهد بما يشاء".

(٣) في: ظ "والشاهد . . . ما يشهد به".

(٤) في: ظ "فقيد".

وقال مالك: تقبل شهادة الصبيان في الجراحات الحاصلة بينهم في اللعب، ما لم يتفرقوا^(١). وعن أحمد ثلاث روايات^(٢). روايتان كمذهبننا، ومذهب مالك. والثالثة: قبول شهادتهم مطلقاً، بشرط التمييز، واحتج الأصحاب، بأن الصبي لا يقبل قوله على نفسه بالإقرار، فأولى أن لا يقبل على غيره بالشهادة. وبقوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾^(٣). وقالوا: لفظ الرجال لا يقع على الصبيان.

ومنها: الحرية: فلا تقبل شهادة الرقيق قنأً كان^(٤) أو مديراً، أو مكاتباً، أو أم ولد.

وقال أحمد^(٥): تقبل. ولنا أن نفوذ القول على الغير، نوع ولاية فيعتبر فيها الحرية، كما في سائر الولايات. وأيضاً فالرقيق لا اشتغاله بخدمة السيد، لا يتفرغ لتحمل الشهادة، ولا لآدائها^(٦).

ومنها: الإسلام، فلا تقبل شهادة الكافر، ذمياً كان أو حريباً، شهد على مسلم أو كافر. وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة الكافر على الكافر اتحدت ملتهم، أو اختلفت^(٧). وعن أحمد فيما رواه صاحب "الشامل" أنه تقبل شهادته على المسلم في الوصية، إذا لم يكن هناك مسلم^(٨).

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: "لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم، إلا

(١) قال ابن رشد في بداية المجتهد ٤٦٣/٢ "واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح، وفي القتل، فردها جمهور فقهاء الأمصار، لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة، العدالة، ومن شرط العدالة البلوغ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال، ولذلك اشترط فيها: أن لا يتفرقوا لئلا يجبنوا". وانظر: موطأ مالك ٧٢٦/٢. وانظر: مختصر خليل ص ٢٦٣، ومواهب الجليل ١٥١/٦.

(٢) انظر: المقنع ص ٢٤٦، والإنصاف ٣٧/١٢.

(٣) سورة البقرة، من آية ٢٨٢.

(٤) "كان" ليست في: ب، ظ.

(٥) انظر: المقنع ص ٣٤٨، والإنصاف ٦٠/١٢.

(٦) انظر: فتح القدير ٤٧٨/٦.

(٧) انظر: المقنع ص ٣٤٦، والإنصاف ٣٩/١٢.

المسلمون فإنهم عدول عن أنفسهم، وعلى غيرهم" (١)

[فصل: في الصفات المعتبرة في الشهادة]

(قال [الغزالي]: ووراء هذا (٢) ثلاث صفات، الأولى (٣): العدالة، ومن يقدم على كبيرة. أو يصرَّ على صغيرة، فهو فاسق، لا تقبل شهادته، وأما الإمام بكذبه، أو غيبة، أو صغيرة أخرى عن هفوة، أو فترة مع استشعار ندم، وخوف فلا تبطل الثقة بقوله (٤).

[قال الرافعي]: لما كانت الصفات الثلاث التي سبقت خفيفة المؤنة سردها سرداً، ثم صرف العناية إلى بيان صفات آخر، فطول النظر فيها، فقال: ووراء هذا (٥) ثلاث صفات: إحداها: العدالة. فهي شرط قبول الشهادة، قال الله تعالى ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ (٦) وقال تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ (٧) وقال تعالى ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ (٨) والفاسق ليس بمرضي الحال.

وروي أنه ﷺ قال: "لا تقبل شهادة خائن، ولا خائنة، ولا زان، ولا زانية" (٩)

(١٠)

(١) الحديث: أخرجه البيهقي ٢٧٥/١٠، كتاب الشهادات، باب من رد شهادة أهل الذمة. وقال عمر بن راشد: "هذا ليس بالقوي وقد ضعفه أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين، وغيرهما، من أئمة أهل النقل"

وقال ابن حجر في التلخيص: ١٩٨/٤ وضعفه أبو حاتم. وانظر: البدر المنير ٤٣٩/٢، وإرواء الغليل ٢٨٣/٨.

(٢) في: ب، ظ "هذه".

(٣) في: ب، ظ "الوصف الأول".

(٤) "بقوله" ليست في: ز.

(٥) في: ب، ظ "هذه".

(٦) سورة الحجرات، من آية ٦.

(٧) سورة الطلاق، من آية ٢.

(٨) سورة البقرة، من آية ٢٨٢.

(٩) الحديث أخرجه أبو داود في سننه ٣٠٦/٣، كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته.

وأخرجه الترمذي مع التحفة ٥٨٠/٦، أبواب الشهادات إلا أنه ليس فيه ذكر "الزاني والزانية"،

وابن ماجه ٧٩٢/٢، وانظر: التلخيص ١٩٨/٤، ونصب الراية ٨٣/٤، والارواء ٢٨٣/٨.

(١٠) ورد في جميع النسخ «والمصون في أن العدل هو من يمتنع عن الشهادة إلى نظير أهل»
وهذا قد لا أصل له فحذف من الأصل.

وهو أن المعاصي تنقسم إلى كبائر، وصغائر، قال الله تعالى: ﴿إِن تَجْتَنِبُوا كِبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ﴾^(١) وقال: ﴿وَالَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كِبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشِ﴾^(٢) قال الإمام: من أئمتنا من يقول: لا صغيرة في الذنوب وهو اختيار الأستاذ أبي إسحاق.

والظاهر المشهور الأول^(٣)، ثم اختلفت الصحابة فَمَنْ بعدهم في الكبائر، وفي الفرق بينها، وبين الصغائر، وللأصحاب في تفسير الكبيرة وجوه:

أحدها: أنها المعصية^(٤) الموجبة للحد.

والثاني: أنها التي يلحق صاحبها الوعيد الشديد، بنص كتاب أو سنة.

وهذان الوجهان^(٥) أكثر ما يوجد لهم، وهم إلى ترجيح الأول أميل، ولكن الثاني أوفق لما ذكروه عند تفصيل الكبائر.

والثالث: قال الإمام في "الإرشاد"^(٦) وغيره كل جريمة تُؤذَنُ بقلة^(٧) أكثر مراتبها بالدين، ورقة الديانة، فهي مبطللة للعدالة.

والرابع: ذكر القاضي أبوسعده الهروي: أن الكبيرة كل فعل نصَّ الكتاب على تحريمه، وكل معصية توجب في جنسها حداً، من حبس^(٨) أو غيره، وترك فريضة مأمورها على الفور، والكذب في الشهادة والرواية، واليمين، هذا ما ذكروه على سبيل الضبط.

وفصل القاضي الروياني فقال: الكبائر سبع، قتل النفس بغير الحق، والزنا، واللواط، وشرب الخمر، والسرقه وأخذ المال غصباً، والقذف، وشرب كل مسكر

(١) سورة النساء، من آية ٣١.

(٢) سورة النجم، من آية ٣٢.

(٣) انظر: الروضة ٢١٢/١١، ومغني المحتاج ٤٢٧/٤.

(٤) في: ز "إن" ومن قوله: "وفي الفرق ٠٠٠ إنها المعصية" ليست في: ظ.

(٥) "هذان الوجهان" ليست في: ب، ظ.

(٦) "الإرشاد في الكلام" لمؤلفه أبي المعالي الجويني، المشهور بإمام الحرمين المتوفي سنة ٤٧٨. انظر:

كشف الظنون ٦٨/١.

(٧) في: ظ "توجد بقلة ثواب".

(٨) في: ز "من قتل أو غيره".

مُلحق^(١) بشرب الخمر، ولا فرق بين الخمر في القدر المسكر، واليسير الذي لا يسكر. قال القاضي^(٢) أبوسعدي: وفي اليسير^(٣) من غير الخمر، خلاف، إذا كان الرجل شافعيًا، وشرط في غضب المال أن يبلغ ربع دينار^(٤)، وضم في "الشامل" إلى السبع المذكورة، شهادة الزور، وأضاف إليها صاحب "العدة" أكل الربا، والإفطار في رمضان بلا عذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرحم، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف، وأكل مال اليتيم، والخيانة في الكيل والوزن، وتقديم الصلاة على وقتها، وتأخيرها عن وقتها بلا عذر، وضرر المسلم بغير حق، والكذب على النبي ﷺ عمدًا، أو سب أصحابه، وكتمان الشهادة بلا عذر^(٥)، وأخذ الرشوة، والدياثة، والقيادة^(٦) بين الرجال والنساء، والسعاية عند السلطان، ومنع الزكاة، وترك الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن بعد تعلمه، وإحراق الحيوان بالنار، وامتناع المرأة من زوجها بلا سبب، واليأس من رحمة الله تعالى، والأمن من مكروه، ويقال: الوقعة في أهل العلم، وحملة القرآن، ومما يُعدُّ من^(٧) الكبائر الظهار، وأكل لحم الخنزير، والميتة من غير ضرورة، وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال، كقطع الرحم وترك الأمر بالمعروف على إطلاقها، وكنسيان^(٨) القرآن، وإحراق مطلق الحيوان بالنار، وقد أشار صاحب الكتاب في "الإحياء"^(٩) إلى مثل هذا التوقف، وفي "التهذيب" حكاية وجه: إن ترك الصلاة الواحدة إلى أن يخرج وقتها، ليس بكبيرة، وإنما ترد الشهادة به، إذا اعتاده.

قال في "العدة" ومن الصغائر: النظر بالعين إلى ما لا يجوز والغيبة، والضحك من

-
- (١) في: ب، ظ "يلحق".
 (٢) "القاضي" ليست في: ب، ظ.
 (٣) في: ب، ظ "وفي الشرب".
 (٤) في: ب، ظ "أن يبلغ ديناراً".
 (٥) من "ضرر المسلم . . . الشهادة بلا عذر" ليست في: ب، ظ.
 (٦) "القيادة" بمعنى الطاعة والإذعان، و"انقاد" فلان للأمر وأعطى "القياد" إذا أذعن طوعاً أو كرهاً . . . و"انقاد" "انقياداً" في المطاعة ورجل "قواد" في الدياثة. ذكره في المصباح ٥١٨/٢.
 (٧) في: ز "في".
 (٨) في: ب، ظ "ونسيان".
 (٩) أي إحياء علوم الدين ٢٣/٤.

غير عجب، والكذب الذي لاحدً فيه، ولا ضرر، والإطلاع على بيوت الناس، وهجرة المسلم فوق ثلاث، وكثرة الخصومات، وإن كان الشخص محقاً، والسكوت على الغيبة، والنياحة، والصياح، وشق الجيب في المصيبات، والتبختر في المشيء، والجلوس مع الفساق إيناساً لهم، والصلاة المكروهة في الأوقات المنهية، والبيع والشراء في المسجد، وإدخال الصغار والمجانين، والنجاسات في^(١) المسجد، وإمامة القوم وهم له كارهون لعيب فيه^(٢)، والعبث في الصلاة، والضحك فيها، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوط في مستقبل القبلة وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام.

ولك أن تتوقف في كثرة خصومات الحق، وتقول: ما ينبغي أن يكون معصية أصلاً، إذا راعى حدَّ الشرع، وفي تخطي رقاب الناس يوم الجمعة، فإنه معدودٌ من المكروهات، دون المحرمات، وكذا الكلام، والإمام يخطب على الأصح^(٣).

إذا تقرر ذلك: قال^(٤) الأصحاب: يعتبر في العدالة الإجتنب عن الكبائر، فمن ارتكب كبيرة، فسق، وردت شهادته. وأما الصغائر فقليلاً ما يسلم الإنسان منها، حتى اشتهر في الخبر "مامناً إلا من عصي، أو همَّ بمعصية، إلا يحيى بن زكريا / صلوات الله (٥٠٠/ز) وسلامه عليهما"^(٥) فلا يشترط تجنبها بالكلية، لكن الشرط أن لا يصر عليها، فإن أصر

(١) "في" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: ب، ظ "كارهون له لعيب به".

(٣) انظر: الروضة ٢٢٤/١١، ومغني المحتاج ٤٢٧/٤، ونهاية المحتاج ٢٧٨/٨.

(٤) من هنا بدأت معنا نسخة أ.

(٥) الحديث أخرجه أحمد في مسنده ٤٦٨/٤، تحقيق شعيب الأرنؤوط. عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ "مامن أحد من الناس إلا وقد أخطأ، أو همَّ بخطيئة، ليس يحيى بن زكريا" بتحقيق شعيب الأرنؤوط وجماعة وقالوا: "إسناده ضعيف، لضعف علي بن زيد بن جدعان، ولين يوسف بن مهران".

وأخرجه الحاكم ٦٤٧/٢، من كتاب تواريخ المتقدمين من الأنبياء والمرسلين، وأخرجه الحاكم ٦٤٧/٢، من كتاب تواريخ المتقدمين من الأنبياء والمرسلين. ذكر يحيى بن زكريا نبي الله عليهما الصلاة والسلام.

وقد ضعفه النووي في "تهذيب الأسماء واللغات ١٥٢/٢، وكذلك ابن حجر في التلخيص ١٩٩/٤.

الإصرار
السالب للعدالة

كان الإصرار كارتكاب^(١) الكبيرة، وما الإصرار السالب للعدالة، فهو المداومة على نوع من الصغائر أم الإكثار من الصغائر، سواء كانت من نوع واحد، أو من أنواع مختلفة؟ منهم من يفهم كلامه الأول، ومنهم من يفهم كلامه الثاني، ويوافق قول الجمهور أن من تغلب طاعاته معاصيه، كان عدلاً، ومن^(٢) تغلب معاصيه طاعاته، كان مردود الشهادة.

ولفظ الشافعي في "المختصر"^(٣) قريب من هذا. وإذا قلنا: به لم تضر المداومة على نوع واحد من الصغائر إذا غلبت^(٤) الطاعات، وعلى الاحتمال الأول^(٥) تضر، وقوله: في الكتاب: "لا تقبل شهادته" أعلم بالحاء، لأن في "النهاية" أن أبا حنيفة^(٦): يقبل شهادة الفاسق الذي يغلب على الظن احترازه عن الكذب. وقوله: وأما الإمام بكذبه، أو غيبة إلى آخره" فيه مع بيان الحكم، وهو أن ارتكاب الصغيرة لا تبطل العدالة إشارة إلى سببه، وهو أن الإنسان غالباً، لا يخلو عن الإبتلاء بالصغائر، ويقدم عليها أحياناً لفترة تقع، وشهوة تغلب فلا يدل ذلك على قلة الديانة، والمبالاة سيما، إذا كان المقدم عليها^(٧) نادماً خائفاً، بخلاف الكبيرة، فإنها عظيمة الوقع، وارتكابها مشعر^(٨) بقلّة المبالاة، فأسقط الثقة بقول مرتكبها.

[فصل في حكم اللعب بالشطرنج ونحو ذلك من الألعاب الغير مباحة]

(قال [الغزالي]: واللعب بالشطرنج^(٩)، والحمام، وسماع الغناء، والرقص،

(١) قوله "ومنهم من يفهم كلامه الأول" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) "من" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: أ، ب "قريب منه".

(٤) في: أ "غلب".

(٥) "الأول" ليست في: ب، ظ.

(٦) انظر: الهداية ١٢٤/٣.

(٧) "عليها" ليست في: ز.

(٨) في: أ "يشعر".

(٩) "الشَطْرَنجُ" كلمة فارسية معربة، مأخوذة من المشاطرة وهي المقاسمة، لأن كلاً من الطرفين له شطر ما يستحقه من اللعبة وهو النصيب.

ونظم الشعر الذي لاهجو فيه، ولا فحش، ولا تشبيب^(١) بامرأة معينة، وسماع الدُف، وإن كان فيه جلاجل، وكذا سماع الطبل إلا طبل المخنثين، كل ذلك ليس بحرام، ولكن المواظبة عليها قد تُخرم المرؤة في حق بعض الناس، فيقدح.

وأما "النرد"^(٢)، وسماع الأوتار، والمعازف، والمزمار العراقي وما هو من شعار الشرب، ونظم الهجو، وإنشاده، ولبس الحرير، والجلوس عليه، والتختم بالذهب، كل ذلك حرام، ولكن لا ترد الشهادة بالمرّة الواحدة بل بالإصرار إلا في البلدة التي^(٣) يعظم عندهم سماع الأوتار، فالإقدام مرة يشعر بالإنحلال ولا^(٤) يخلو الإنسان عن كذبة، وغيبة، ونميمة^(٥)، ولعن، وسفاهة في غضب فلا ترد^(٦) شهادته بسببها، إلا عند الإصرار).

في الفصل مسائل: إحداها: اللعب بالشطرنج مكروه لما روي عن علي كرم الله وجهه: "أنه^(٧) مرّ بقوم يلعبون به، فقال: ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون"^(٨).

= وآلة هذه اللعبة قصوص، من نحو عظم، أو خشب فيها نقط تطرح على لوح فيه بيوت لكل نقطة بيت يعرف بها كيفية اللعبة.

انظر: لسان العرب ٣٠٨/٢، والمصباح ٣١٢/١.

(١) "التشبيب" تزيينه وترقيق أوله بذكر النساء "وشبّب" الشاعر بفلانة "تشبيبا" قال فيها الغزل وعرض مجبها.

انظر: لسان العرب ٤٨١/١، والمصباح ٣٢/١.

(٢) "النرد" و"النرد شير" وهو كلمة أعجمية معرفة وهي لعبة معروفة. وضعها ازدبشير بابك. ولهذا يقال له: "النردشير". انظر: القاموس المحيط ٣٤١/١، والمصباح ٥٩٩/٢، صحيح مسلم بشرح النووي ١٥/١٥، وللتعرف على صورتها كاملة ينظر: النظم المستعذب بذيل المهذب ٤١٦/٢.

(٣) "التي" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ "وليس يخلو".

(٥) في: ب، ظ "عن غيبة وكذبة".

(٦) في: أ "فترد".

(٧) "أنه" ليست في: أ.

(٨) خير علي رضي الله عنه أخرجه البيهقي ٣٥٨/١٠، كتاب الشهادات، باب اللعب بالشطرنج.

وقال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٦/٤ "حديث علي . . . ابن أبي الدنيا في ذم الملاهي من طريق ميسرة بن حبيب عنه، ورواه البيهقي وله طرق عنده، وألفاظ مختلفة . . ." وانظر البدر المنير ٤٤٧/٢.

ولأنه صرف للعمير إلى مالا يجدي، وفيما عُلّق عن الإمام. وجّه: أنه مباح، لا كراهة فيه. والصحيح إثبات الكراهة، إلا أنه ليس بمحرم^(١).
 ورُوِيَ اللعب به عن ابن الزبير^(٢)، وأبي هريرة^(٣) رضي الله عنهما.
 وعن سعيد بن جبير^(٤): أنه كان يلعب به استدباراً^(٥).
 وعن أبي حنيفة ومالك، أن اللعب بالشطرنج حرام^(٦)، وإليه ميل الحلبي، واختاره القاضي الروياني.

- = وقال عنه الألباني "وجملة القول: أن هذا الأثر لا يثبت عن علي"
 انظر: إرواء الغليل ٢٨٨/٨، والآية مقتبسة من سورة الأنبياء، بعض من آية ٥٢.
 (١) المذهب أنه مكروه، وليس بمحرم إذ لم يشترط فيه مال من الجانين. انظر: المختصر ص ٣١٠،
 والحاوي ١٩١/٢١، والمهذب ٤١٥/٢ "لأنه لعب لا ينتفع به في أمر الدين ولا حاجة تدعو إليه،
 فكان تركه أولى، ولا يحرم".
 وانظر: الروضة ٢٢٥/١١، وشرح الجلال المحلي ٣١٩/٤.
 (٢) هو: عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي، أبوبكر، كان أول مولود في الإسلام بالمدينة
 المنورة، ولي الخلافة تسع سنين إلى أن قتل في ذي الحجة سنة ٧٣هـ. انظر: التقريب ٣٠٣/١.
 (٣) في: أ "ابن أبي هريرة".
 (٤) هو: سعيد بن جبير بن هشام الأسدي. أبوعبد الله الكوفي التابعي الجليل، كان ثقة، فقيهاً،
 فاضلاً. قتله الحجاج، وهو صابر محتسب سنة ٩٥هـ وهو ابن ٤٩ سنة رحمه الله رحمة واسعة.
 انظر: تهذيب التهذيب ١١/٤، ١٢.
 (٥) ما أثر عن سعيد بن جبير: أخرجه البيهقي ٣٥٧/١٠، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في
 اللعب بالشطرنج.
 انظر: البدر المنير ٤٤٧/٢، والتلخيص ٢٠٦/٤.
 وقوله: "يلعب به استدباراً" قال في النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٤١٦/٢ "الاستدبار
 خلاف الاستقبال، أي يجعله خلف ظهره".
 وأما خير ابن الزبير وأبي هريرة رضي الله عنهما. فقد قال في البدر المنير ٤٤٧/٢ "غريب
 عنهما".
 وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٦/٤ "أما ابن الزبير، فلم أره، وأما أبوهريرة فرواه
 أبوبكر الصولي في كتابه الشطرنج بسنده إليه".
 وانظر: البيهقي ٣٥٧/١٠ و ٣٥٨، كتاب الشهادات، باب اللعب بالشطرنج.
 (٦) انظر: فتح القدير ٤٨٤/٦، ومختصر خليل ص ٢٦٣، ومواهب الجليل ١٥٣/٦، وكذلك الحنابلة
 قالوا بتحريمه، لأنه في حكم النرد. انظر: المغني ١٥٥/١٤.

وإذا قلنا: بظاهر المذهب، فلو اقتزن به قمار^(١) أو فحش^(٢) في الكلام، أو اخراج صلاة عن الوقت عمداً، رُدَّتْ شهادته بتلك القرينة، وإنما تحصل حقيقة^(٣) القمار، إذا شرط المال من^(٤) الجانين، وكان كل واحد^(٥) منهما، بين أن يغلب فيغنم، أو يغلب فيغرم، أما إذا أخرج^(٦) أحدهما شيئاً، ليبدله إن غلب، ويمسكه إن غلب، فليس^(٧) بقمار، ولم ترد به الشهادة، لكنه^(٨) عقد مسابقة فيما ليس من آلات القتال، فلا^(٩) يصح. ولو لم تخرج الصلاة عن الوقت عمداً، لكن^(١٠) شغله اللعب به حتى خرج الوقت، وهو غافل، فإن لم يتكرر منه ذلك لم ترد شهادته، وإن كثر وتكرر فسق، وردت شهادته بخلاف ما إذا تركها مراراً ناسياً، لأنه شغل نفسه هاهنا بما فات به الصلاة، هكذا ذكروه، وفيه إشكال لما فيه من تعصية الغافل اللاهي^(١١) ثم قياسه الطرد في شغل النفس بسائر المباحات، وأشار القاضي الروياني إلى وجه أنه يفسق مطلقاً تكرر أو لم يتكرر.

وفي "المهذب" اشتراط التكرار^(١٢) في إخراجها عن الوقت^(١٣)، وإن كان ذلك مع العلم، وهو خلاف ما قدمنا أن إخراج الفريضة عن الوقت عمداً من الكبائر، وعبر الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني عن سلامته عن القرائن الفاسدة، بأن قال: وقد سئل

-
- (١) القمار، قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ٢٦/٥ "القمار من المقامرة ٠٠٠ وذلك أن المقامر يزيد ماله وينقص، ولا يبقى على حال".
وقال في القاموس الفقهي ٣٠٨، "القمار كل لعب فيه مراهنه".
- (٢) "حقيقة" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٣) في: أ "في".
- (٤) "واحد" ليست في: ز.
- (٥) في: أ "خرج".
- (٦) في: أ، ب، ظ "لم يكن قماراً".
- (٧) في: أ "لكني"، وب، ظ "ولكن".
- (٨) في: ب، ظ "ولا".
- (٩) ليست في: ب، ظ.
- (١٠) في: ب، ظ "واللاهي".
- (١١) في: ز "التكرر".
- (١٢) انظر: المهذب ٤١٦/٢.

عن اللعب بالشطرنج إذا سلم المال عن الخسران، والصلاة عن النسيان، واللسان عن البهتان، أرى ذلك أنساً بين الخِلاَّن، حكاه القاضي الروياني في "جمع الجوامع" ورأيته بخط والدي^(١)، منسوباً إلى "الصعلوكي"^(٢).

وأما النرد ففي اللعب به وجهان:

أحدهما: أنه كاللعب بالشطرنج لكن الكراهية فيه أشد. ويحكى^(٣) هذا عن ابن خيران^(٤)، وأبي إسحاق المروزي، والإسفرائيني. وهو ظاهر إيراده في "الأم"^(٥) وأختاره القاضي أبو الطيب.

وأصحهما^(٦): التحريم، وبه قال ابن أبي هريرة وابن القاص، لما روي: أنه ﷺ قال: من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله^(٧) وروي "من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم الخنزير"^(٨)، وفرَّقَ بينه وبين الشطرنج في شدة الكراهية على الوجه

-
- (١) سبقت ترجمته ص ٢٦٧
- (٢) هو سهل بن الإمام أبي سهل الصعلوكي. أبو الطيب، كان فقيهاً أديباً مفتي نيسابور في زمانه. مناقبه كثيرة، نقل عنه الرافعي، توفي سنة ٤٠٤هـ.
- انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣٩٣/٤، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٢٢.
- (٣) في: ز "ذلك".
- (٤) هو: علي بن محمد بن خيران البغوي، أبو الحسن، صاحب "اللطف" دون "التنبيه" حجماً، كثير الأبواب جداً. نقل فيه كتاب الشهادات عن الشيخ أبي علي بن خيران الكبير. لم يذكر له تاريخ وفاة رحمه الله.
- انظر: طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١١٢، وكشف الظنون ١٥٥٥/٢.
- (٥) انظر: الأم ٢٠٨/٦.
- (٦) انظر: الحاوي ٢٠٢/٢١، والمهذب ٤١٦/٢، والروضة ٢٢٦/١١، وشرح الجلال المحلى ٣١٩/٤، ومغني المحتاج ٤٢٨/٤.
- (٧) الحديث: أخرجه مالك في الموطأ ٩٥٨/٢، كتاب الرؤيا، باب ماجاء في النرد، وأحمد في المسند ٣٩٤/٤، وأبوداود في سننه ٢٨٥/٤، كتاب الأدب، باب النهي عن اللعب بالنرد، وابن ماجه في سننه ٣٢٦/٢، أبواب الأدب، باب اللعب بالنرد. والبيهقي ٣٦٢/١٠، كتاب الشهادات، باب كراهية اللعب بالنرد ".....".
- وانظر: البدر المنير ٤٤٠/٢، والتلخيص ١٩٩/٤، والإرواء ٢٨٤/٨.
- (٨) الحديث أخرجه أحمد في المسند ٣٥٢/٥، وأخرجه مسلم بشرح النووي ١٥/١٥، كتاب الشعر، باب تحريم اللعب بالنردشير.

الأول. وفي التحريم على الثاني: بأن التعويل في النرد على ماتخرجه الكعبتان، فهو كالأزلام^(١)، وفي الشطرنج يُبنى الأمر على الفكر والتأمل، وأنه ينفع في تدابير الحرب، وعلى الثاني: فقد حكى الإمام عن الشيخ أبي محمد: أنه من الصغائر. قال: والصحيح أنه من الكبائر.

فرع: قال في "الأم"^(٢) "وأكره اللعب بالحزّة، والقرق، والكلام في تفسيرهما ثم في الحكم: أما التفسير فالحزّة: قطعة من خشب يحفر فيها حفر^(٣) في ثلاثة أسطر، ويجعل في الحفر حصى صغار، يلعب بها، وقد تسمى الأربعة عشر^(٤)

والقرق أن يخط على الأرض خطأ^(٥) مربعاً، ويجعل في وسطه خطان، كالصليب، ويجعل على رؤوس الخط، حصى صغار يلعب بها.

واللفظة فيما رأيت بخط القاضي الروياني: بفتح القاف، والراء، وبعضهم^(٦) قيد يقرف: بكسر القاف، وتسكين الراء، ولم أجدها في كتب^(٧) اللغة^(٨) بهذا المعنى، نعم: في الصحاح أن القرق بكسر الراء المكان المستوي، ومعلوم أن الخط للعب يقع غالباً^(٩) في المكان المستوي، فيمكن أن يكون ما نحن فيه من هذا، وأن يكون اللفظ كما ذكره. والله أعلم.

وأبو داود في سننه ٢٨٥/٤، كتاب الأدب، باب النهي عن اللعب بالنرد.

وانظر: البدر المنير ٤٤٠/٢، والتلخيص ١٩٩/٤، والارواء ٢٨٦/٨.

(١) الأزلام: هي السهام التي كانت العرب يستقسمون بها في الجاهلية. انظر: القاموس المحيط ١٢٥/٤، والمصباح ٢٥٥/١.

(٢) انظر: الأم ٢٠٨/٦.

(٣) في: أ، ب، ظ "فيها حفر".

(٤) "والأربعة عشر" وهي قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطر فيجعل في تلك الحفر حصى صغار يلعبون بها" نقله صاحب النظم المستعذب بذييل المهذب ٤١٦/٢.

(٥) في: ز "على الأرض مربع".

(٦) في: ز "وقيد بعضهم".

(٧) في: أ "كتاب".

(٨) وانظر: القاموس المحيط ٢٧٩/٣، والمصباح ٥٠٠/٢.

(٩) في: ب، ظ "غالباً يقع".

وأما الحكم ففي "الشامل" أن اللعب بهما كاللعب بالنرد، وفي "تعليق" أبي حامد: أنه كالشطرنج، ويشبه أن يقال: ما يعتمد فيه على إخراج الكعبتين^(١)، فهو كالنرد، وما يعتمد فيه على الفكر فهو كالشطرنج.

الثانية: اتخاذ الحمام للبيض، والفرخ والأنس^(٢) بها، ولحمل الكتب جوائز بلا كراهة. وأما اللعب بها بالتطير، والمسابقة، ففيه وجه: أن حكمه كذلك، لأن فيه تعليمها، وترشيحها، لإنهاء الأختيار.

والظاهر: أنه مكروه كالشطرنج^(٣)، وهذه الفائدة تتعلق بتطيرها دون المسابقة، واللعب بها، ثم لا ترد الشهادة بمجرد، فإن انضم إليه قمارٌ وما في معناه رُدَّتْ الشهادة، وقال مالك^(٤) وأبو حنيفة^(٥) ترد الشهادة بمجرد.

الثالثة: غناء الإنسان: إما أن يفرد^(٦) بمجرد صوته، أو بألة من آلات الغناء.

أما القسم الأول: فهو مكروه، وسماعه مكروه أيضاً^(٧)، وليساً بمحرمين.

أما أنهما مكروهان^(٨): فلقوله تعالى ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لُحُومَ الْبَنَاتِ بِالسُّبْحَةِ﴾^(٩) قال ابن مسعود^(١٠) رضي الله عنه هو الغناء^(١١)، وروي أنه ﷺ قال: "الغناء ينبت

(١) "الكعبة": فصوص النرد. وهي لعبة تسمى اليوم الزهرة، عبارة عن قطعة معكبة يبين على كل وجه منها نقاط تمثل رقماً.

انظر: القاموس المحيط ١/١٢٤، والمغني ١٤/١٥٥، والقاموس الفقهي ص ٣١٩.

(٢) في: ب، ظ "للأنس".

(٣) انظر: الحاوي ٢١/١٩٥ و ١٩٦، والمهذب ٢/٤١٦، والروضة ١١/٢٢٦، ونهاية المحتاج ٨/٢٨٠.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٦/١٥٣.

(٥) انظر: فتح القدير ٦/٤٨١.

(٦) في: أ، ب، ظ "يفرض".

(٧) "أيضاً" ليست في أ، ب، ظ.

(٨) في: ز "مكروه أيضاً".

(٩) سورة لقمان من آية ٦.

(١٠) هو عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبد الرحمن من السابقين الأولين، ومن كبار العلماء من الصحابة، مناقبة حجة، وأمره عمر رضي الله عنه على الكوفة، مات سنة ٣٢ هـ. انظر: التقريب ١/٤٥٠.

(١١) حديث ابن مسعود: رواه ابن أبي شيبة ٤/٣٦٨، والحاكم ٢/٤٤٦، حديث ٣٥٤٢، كتاب

النفاق في القلب، كما ينبت الماء البقل" (١).

وأما أنهما ليسا بمحرمين، فلأن عائشة رضي الله عنها قالت: "دخل أبو بكر رضي الله عنه، وعندني جاريتان من جواري الأنصار تغنيان بما تقاولت الأنصار يوم بعث (٢) فليستا بمغنيتين. فقال: أمز أمير الشيطان في بيت رسول الله ﷺ، وذلك في يوم عيد، فقال: يا أبا بكر لكل قوم عيدٌ، وهذا عيدنا" (٣).

ويروى أن عمر رضي الله عنه كان إذا خلا في داره ترنم بالبيت والبيتين (٤)

وعن عثمان رضي الله عنه: أن جارية له كانت تغني بالليل، فإذا جاء وقت السحر، قال: أمسكي فهذا وقت الاستغفار" (٥).

وحيث ثبتت الكراهة، فالسماع من الأجنبية، أشد كراهية (٦).

= تفسير سورة لقمان، والبيهقي ٣٧٧/١٠، كتاب الشهادات، باب الرجل يغني.

وانظر: تفسير ابن كثير ٤٤٢/٣، والتلخيص ٢٠٠/٤.

(١) الحديث أخرجه "أبوداود في سننه ٢٨٢/٤، كتاب الأدب، باب كراهية الغناء والزمير، لكنه من

غير التشبيه". وعبد الرزاق في المصنف ١١/٤، وانظر: البدر المنير ٤٤٠/٢، والتلخيص ١٩٩/٤.

(٢) يوم بُعث: بضم أوله، وعين مهملة، مكان في ضواحي المدينة على ليلتين على الرواحل: كانت

به وقائع بين الأوس والخزرج، وكان الضفر "للأوس ويقال: إنه بين المبعث والهجرة. انظر:

معجم البلدان ٤٥١/١، لسان العرب ١١٧/١، والمصباح المنير ٥٢/١، وصحيح مسلم بشرح

النووي ١٨٢/٦.

(٣) حديث عائشة متفق على صحته.

أخرجه البخاري في صحيحه ٣/٢، كتاب العيدين، باب الدعاء في العيد أمز أمير الشيطان.

ومسلم بشرح النووي ١٨٢/٦، كتاب صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب يوم العيد.

(٤) أثر عمر رضي الله عنه قال عنه البدر المنير ٤٤٧/٢ و ٤٤٨، "غريب".

قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٠/٤، "ذكره المبرد في الكامل في قصة، وذكره

البيهقي في المعرفة عن عمر وغيره، ورواه المعافي النهرواني في كتاب الجليس والأنيس، وابن مندة

في المعرفة في ترجمة أسلم الحادي في قصة، وروى أبو القاسم الأصبهاني في الترغيب شيئاً من

ذلك في قصة".

(٥) أثر عثمان رضي الله عنه: قال عنه في البدر المنير ٤٤٨/٢ "غريب عنه. مشهور في كتب الفقه".

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٦/٤. "لم أجده موصولاً".

(٦) الصحيح أنه ليس بعورة عند الشافعية - وإن كان يكرهه - انظر: الوجيز ١١٨/١، فتح العزيز

مع المجموع ٢٦٣/٧، والروضة ٧٣/٣.

وحكى القاضي أبو الطيب: تحريمه، وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها، هل هو عورة^(١)؟ فإن كان في السماع منها خوف فتنة حرم، لا محالة، وكذا السماع من صبي يخاف منه الفتنة، هذا هو المذهب المشهور في الغناء وسماعه^(٢).

وحكى أبو الفرج الزازوراء وجهين، أحدهما: أنه يجرم كثيره دون قليله. وثانيهما: أنه حرام على الإطلاق.

والحداء^(٣) وسماعه مباحان، لما فيه من إيقاظ النوام، وتنشيط الإبل للسير، وقد روى أنه ﷺ قال: لعبد الله بن رواحة^(٤) رضي الله عنه: حرّك بالقوم، فاندفع يرتجز^(٥). وتحسين الصوت لقراءة القرآن

وتحسين الصوت لقراءة القرآن جائز، بل مندوب إليه.

وروى أنه ﷺ قال: زينوا القرآن بأصواتكم^(٦) وسمع رسول الله ﷺ عبد الله بن قيس^(٧): يقرأ، فقال: "لقد أوتي هذا زماراً من مزامير آل داود"^(٨) وقال ﷺ: "ليس

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٤٩، والمهذب ٢/٤١٧، والروضة ١١/٢٢٧، ومغني المحتاج ٤/٤٢٨.

(٢) والصحيح الأول. كما ذكره النووي. انظر الروضة ١١/٢٢٧.

(٣) الحداء: من الحدو. وهو سوق الإبل، وهو غناء لها من رجز غيره. لما فيه من تنشيطها وإيقظ النوم. انظر: القاموس ٤/٣١٦، والمصباح المنير ١/١٢٥.

(٤) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي، صحابي جليل شهد بدرًا والعقبة، وهو أحد النقباء، وأحد الأمراء في غزوة موته وبها قتل رضي الله عنه سنة ٨هـ.

(٥) حديث أنه ﷺ أنه قال لعبد الله بن رواحة. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢٠٠ "النسائي من حديث قيس بن أبي حازم عن عمر بن الخطاب، ورواه أيضاً من حديث قيس عن ابن رواحة مرسلًا". وانظر: البدر المنير ٢/٤٤١.

(٦) الحديث: "زينوا" ٠٠٠ أخرجه ابوداود في سننه ٢/٧٤، حديث (١٤٦٨) كتاب الصلاة، باب استحباب الترتيل في القراءة، والنسائي ٢/١٧٩ و ١٨٠، تزيين القرآن بالصوت، وابن ماجه ١/٤٢٦ كتاب إقامة الصلاة، باب حسن الصوت بالقرآن.

وانظر: البدر المنير ٢/٤٤٢، والتلخيص ٤/٢٠٠ و ٢٠١.

(٧) بن سليم ٠٠٠ أبو موسى الأشعري. قدم المدينة بعد هجرة الحبشة مع جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه. كان حسن الصوت بالقرآن. وأحد القضاة المشهورين. مناقبه كثيرة توفي سنة ٤٢هـ على قول له ٦٣ سنة. انظر: تهذيب التهذيب ٥/٣١٧ و ٣١٨.

(٨) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ٦/١١٢، كتاب فضائل القرآن، باب حسن الصوت بالقراءة. ومسلم بشرح النووي ٦/٨٠، استحباب تحسين الصوت بالقرآن. انظر: التلخيص ٤/٢٠١.

منا من لم يتغن بالقرآن^(١) وحمله الشافعي^(٢) على تحسين الصوت دون الاستغناء به، وتحسين الصوت للقرآن بالترتيل، وهو التاني في التلاوة، وبالحدرد^(٣)، والتحزين^(٤)، قال أبو الفرج الزاز: والحدرد أن يرفع الصوت مرة ويخفضه أخرى. والتحزين: أن يلبس الصوت.

وأما القراءة بالألحان، فقد قال في "المختصر" لأبأس بها.

وعن رواية الربيع بن سليمان^(٥) الجيزي: إنها مكروهة، وليس في هذا اختلاف قول عند عامة الأصحاب، ولكن موضع الكراهة: أن يفرط في المد، وفي إشباع الحركات، حتى يتولد من الفتحة، ألف، ومن الضمة، واو، ومن الكسرة، ياء أو يدغم في غير موضع الإدغام، فإن لم ينته إلى هذا الحد، فلا كراهة.

وفي "أمالي" أبي الفرج: وجه أنه لا كراهة، وإن أفرط^(٦) احتجاجاً بمطلق قوله صلى الله عليه وسلم "ليس منا من لم يتغن بالقرآن".

القسم الثاني^(٧): أن يغني ببعض آلات الغناء، فما هو من شعار شارب الخمر،

(١) حديث "ليس منا ٠٠٠" أخرجه البخاري ٢٠٩/٨، كتاب التوحيد، باب قول الله: ﴿وأسروا قولكم ٠٠٠﴾ والتلخيص ٢٠١/٤.

(٢) انظر: المختصر ٣١١.

(٣) الحدرد: "من حدر الشيء يحدره أي خطه من علو إلى أسفل. ومنه سميت القراءة السريعة: الحدرد، لأن صاحبها يحدرها حدراً. انظر: لسان العرب كتاب الرء مع الحاء.

(٤) والتحزين: من الحزن، وهو **تقيق الصوت**. يقال فلان يقرأ بالتحزين إذا رقّ صوته، لسان العرب كتاب النون.

(٥) هو: الربيع بن سليمان بن داود الأزدي الجيزي، أبو محمد، صحب الشافعي قليلاً، لا ذكر له في كتب الشافعي إلا في موضعين. أحدهما: هذه الرواية، كراهة القرآن بالألحان، والثاني: أن الشعر يظهر بالدباغ تبعاً للجلد". توفي في ذي الحجة سنة (٢٥٦هـ). انظر: طبقات الشافعية للاسنوي ٢٦/١، وانظر طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٦٤/١.

(٦) قال النسوي: "قلت: الصحيح أنه إذا أفرط على المذكور فهو حرام". الروضة ٢٢٧/١١، وكذلك صرح صاحب الحاوي ٢١٤/٢١ "بالتحريم".

(٧) "القسم" ليست في: أ، ب، ظ.

وهو مطرب، كالطنبور^(١)، والعود، والصنج^(٢)، وسائر المعازف، والأوتار، فيحرم الاستماع إليه، واستعماله. قال ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾^(٣) إنه الملاهي^(٤).

وفي اليراع^(٥): وجهان: أحدهما: أنه حرام كالزمار^(٦)

والثاني: المنع، لأنه ينشط على السير في الأسفار، ويروى أن داود عليه السلام كان يضربه في أغنامه^(٧) وعن الصحابة الترخيص فيه.

والأصح: الأول عند صاحب "التهذيب" والثاني^(٨) عند صاحب الكتاب، وهو الأقرب^(٩) وليس المراد، من اليراع، كل قصب، بل الزمار العراقي، وما يضرب به^(١٠) مع الأوتار حرام، بلا خلاف. وأما الدُّفُّ^(١١): فضربه مباح في الأملاك، والختان.

-
- (١) "الطنبور" بضم أوله. والطنبار معرب أصله دُنْبَة يَرَهُ شُبَّهَ بِأَلْيَةِ الْجَمَلِ. انظر: القاموس المحيط ٧٩/٢، والنظم المستعذب في شرح غريب المهذب مع المهذب ٤١٨/٢، ومغني المحتاج ٤٢٩/٤.
- (٢) "الصنج" بفتح أوله. وهو صفر يجعل عليه أوتار يضرب بها أو قطعتان من صفر تضرب إحداهما بالأخرى. انظر: نهاية المحتاج ٢٨١/٨.
- (٣) الحديث أخرجه البيهقي ٣٧٧/١٠، كتاب الشهادات، باب الرجل يغني فيتخذ الغناء إلا أنه رواه بلفظ "هو الغناء وأشباهه".
- قال في البدر المنير ٤٤٧/٢ "قلت: رواه البيهقي بإسناد حسن"، وانظر: التلخيص ٢٠٠/٤.
- (٤) والملاهي: هي آلات اللهو - من لها - يلهو لها أي لعب. انظر: المصباح المنير ٥٥٩/٢.
- (٥) اليراع: بفتح أوله: وزان كلام. القصب الواحدة "يراعه" قاله في المصباح المنير ٦٨٠/٢.
- وقال في نهاية المحتاج ٢٨١/٨ "وهي الشياية سميت بذلك لخلو جوفها، ومن ثم قالوا لرجل لاقب له، رجل يراع".
- (٦) وهو الأصح. انظر: الروضة ٢٢٨/١١، ونهاية المحتاج ٢٨١/٨، ومغني المحتاج ٤٢٩/٤.
- (٧) خير "أن داود عليه الصلاة والسلام كان يضربه" قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠١/٤ "لم أجده".
- (٨) "الثاني" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٩) قال النووي: "قلت، الأصح، أو الصحيح تحريم اليراع وهو هذه الزمارة التي يقال لها الشياية". الروضة ٢٢٨/١١. وانظر: مغني المحتاج ٤٢٩/٤.
- (١٠) "به" ليست في: ز.
- (١١) الدُّفُّ: الذي يلعب به. بضم الدال، والجمع "دُفوف". ذكره في المصباح ١٩٦/١.

(٥٢٠) مكرر

روى أنه ﷺ قال : «اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال»^(١) . يريد الدُّفَّ .
وعن عمر - رضي الله عنه - أنه كان إذا سمع الدُّفَّ بعث ، فإن كان في النكاح
والختان ، سكت ، وإن كان في غيرهما عمل بالدرّة»^(٢) .
وأما الإملاك والختان : ففي «المهذب»^(٣) و«التهذيب» وغيرهما :
إطلاق القول : بأنه حرام ، ويدل عليه أثر عمر - رضي الله عنه - .
ومنهم من أطلق حلّه ، وَعَلَى

-
- (١) - الحديث : أخرجه الترمذي ٢/٢٧٦ - أبواب النكاح - باب ماجاء في إعلان النكاح . بلفظ «اعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه الدُّفَّ .»
وقال : هذا حديث حسن غريب في هذا الباب ، وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث .
وأخرجه ابن ماجه ١/٦١١ - أبواب النكاح - باب إعلان النكاح .
وقال في الزوائد : في إسناده خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوي اتفقوا على ضعفه ، بل نسبه ابن حبان ،
والحاكم ، وأبوسعيد النقاش إلى الوضع . .»
وأخرجه النسائي ٦/١٠٤ - النكاح - باب إعلان النكاح .
وانظر : خلاصة البدر المنير ٢/٤٤٢ . والتلخيص ٤/٢٠١ .
- (٢) - أثر عمر - رضي الله عنه - أخرجه عبدالرزاق في مصنفه ١١/٥ . باب الغناء والدف . بلفظ «وإن كان في غيرهما عمل بالدرّة» .
وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/٤٩٥ - كتاب النكاح - باب ما قالوا في اللهو ، وفي ضرب الدف في العرس .
وانظر : خلاصة البدر المنير ٢/٤٤٨ - والتلخيص ٤/٢٠١ .
- (٣) - انظر : المهذب ٢/٤١٨ .

ذلك جرى الإمام وصاحب الكتاب، وقد يحتج^(١) له بما روي "أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إني نذرت أن أضرب بالدف بين يديك، إن رجعت من سفرك سالماً، فقال ﷺ: أوفي بنذرك"^(٢).

وأيضاً فقد يراد إظهار السرور لسائر الأسباب الحادثة، كما يراد للأملاك، والختان، وحيث قلنا: بالحل، فذلك إذا لم يكن فيه جلاجل.

فإن^(٣) كان، فوجهان: أشبههما: الحل أيضاً، وبه أجاب صاحب الكتاب هاهنا^(٤)، وفي "الإحياء"^(٥) ولا يحرم ضرب الطبول، إلا الطبل الذي يسمى الكوية^(٦)، فإنه حرام، لما روى أنه ﷺ قال: إن الله حرم على أمي الخمر، والميسر، والكوية في أشياء عدها"^(٧).

والكوية: الطبل الطويل المتسع الطرفين، الضيق الوسط، قال الإمام: وليس فيه من جهة المعنى ما يميزه عن سائر الطبول إلا أن^(٨) المختنين يعتادون ضربه، ويولعون به،

(١) في أ، ب "ورجح" وهو خطأ.

(٢) الحديث: أخرجه أبو داود ٢٣٧/٣ - من كتاب الأيمان والنذور - باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر - بلفظ "إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف".

وقال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٢/٤ "حديث: أن امرأة أتت ... الخ" أحمد والتزمذي وابن حبان والبيهقي من حديث بريدة، وسياق أحمد أم وفي الباب عن عبد الله بن عمرو رواه أبو داود، وعن عائشة رواه الفاكهي في تاريخ مكة بسند حسن". وانظر: البدر المنير ٤٤٢/٢.

(٣) في: أ، ب "وإن".

(٤) انظر: الوجيز ٢٤٩/٢. وكذلك انظر: الروضة ٢٢٨/١١، ومغني المحتاج ٤٢٩/٤.

(٥) انظر: الأحياء ٢٩٧/٢.

(٦) الكوية: قال في نهاية المحتاج ٢٨٢/٨ "بضم أوله، وهي طبل طويل ضيق الوسط، واسع الطرفين". وانظر: المصباح ٥٤٣/٢، حيث قال "وهي الطبل الصغير المحصر - معرب".

(٧) الحديث أخرجه أحمد في المسند ١٦٥/٢.

وأخرجه أبو داود ٣٢٨/٣ - الأشربة - باب النهي عن المسكر.

وأخرجه البيهقي ٣٦٠/١٠.

وانظر: البدر المنير ٤٣٣/٢، والتلخيص ٢٠٢/٤.

(٨) في أ: "الآن".

قال: والطبول التي تهيأ^(١) لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار، فهي كالدف، وليست كالكوية بحال، والضرب بالصفقتين حرام، كذلك ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، فإنه من عادة المخنثين، وتوقف الإمام فيه، لأنه لم يرد فيه خير، بخلاف الكوية.

وفي ضرب القصب^(٢) على الوسائد^(٣)، وجهان: الذي أورده العراقيون: أنه مكروه غير محرم، لأنه لا يفرد عن الغناء، ولا يطرب^(٤) وحده، بخلاف الآلات^(٥) المطربة، وأشار صاحب "التهذيب" إلى ترجيح التحريم^(٦)، والرقص غير محرم فإنه مجرد حركات على استقامة، ومشهور أن النبي ﷺ وقف لعائشة رضي الله عنها: يسترها حتى تنظر^(٧) إلى الحبشة، وهم يلعبون، ويَزْفُون^(٨).

والزفن: هو الرقص. نعم. قال الحلبي: الرقص الذي فيه تكسرٌ، وتثنٌ ويشبه أفعال المخنثين، حرام على الرجال^(٩)، والنساء.

[فصل في إنشاء الشعر وإنشاده]

الرابعة: إنشاء الشعر في الجملة، وإنشاده، والاستماع إليه جائز، وكيف لا، وكان للنبي ﷺ شعراء، يصغي إليهم، منهم حسان بن ثابت، وعبد الله بن رواحة

-
- (١) "تهيأ" ليست في أ.
 - (٢) "القصب" كل نبات يكون ساقه أنابت وكعوباً، يعمل منه المزامير ويسقف به البيوت. انظر: المصباح ٥٠٤/٢.
 - (٣) في: ب، ظ "الوسائط".
 - (٤) في: ز "يضرب".
 - (٥) في: أ "آلات".
 - (٦) وهذا تبعاً لما ذهب إليه الماوردي في "الحاوي" ٢١/٢٠٧، وأبو إسحاق في المذهب ٢/٤١٧، والمذهب على خلاف ذلك.
 - انظر: إحياء علوم الدين ٢/٢٩٧، والوجيز ٢/٢٤٩، والروضة ١١/٢٢٩، ومغني المحتاج ٤/٤٢٩.
 - (٧) في: ز "نظرت".
 - (٨) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ٣/٢، كتاب العيدين، باب الدعاء في العيد، ومسلم بشرح النووي ٦/١٨٤، العيدين، باب الرخصة في اللعب يوم العيد.
 - (٩) انظر ذلك في: الروضة ١١/٢٢٩، ونهاية المحتاج ٨/٢٨٣.

رضي الله عنهما^(١)، واستنشد الشريد^(٢) شعر أمية بن أبي الصلت^(٣)، واستمع إليه^(٤). وفي حفظ دواوين العرب، أبلغ معونة على درك أحكام الكتاب، والسنة، ومعانيهما. وقال الشافعي: "الشعر كلام فحسنة كحسنة، وقبيحة كقبيحة"^(٥) وفضله على الكلام أنه سائر^(٦). فإن^(٧) هجا الشاعر في شعره بما هو صادق فيه، أو كاذب ردت شهادته، كذلك قال القاضي الروياني: وليس إثم حاكي المهجو كإثم منشيئه^(٨)، ويشبه أن يكون التعريض هجواً كالتهريض، وقد يزيد بعض^(٩) التعريض على التهريض، وقال: القاضي

-
- (١) وغيرهما، ككعب بن مالك رضي الله عنه وغيره. "ولأنه وفد عليه الشعراء ومدحوه ﷺ، وجاءه كعب بن زهير، وأنشده:
- بانث سعاد فقلبي اليوم متبول
متميم عندها لم يغد مكبول
- (٢) هو: الشريد بن سويد الثقفي، صحابي سكن الطائف، والمدينة، له أحاديث منها هذا الحديث. رواه مسلم وغيره عن طريق عمرو بن الشريد عن أبيه.
- وقد شهد بيعة الرضوان. انظر: الإصابة ١٤٨/٢، والاستيعاب ١٦٣/٢، والتقريب ٣٥٠/١.
- (٣) أمية بن أبي الصلت بن أبي ربيعة - الثقفي - شاعر جاهلي، حكيم، من أهل الطائف، قدم دمشق قبل الإسلام، وكان مطلعاً على الكتب القديمة، وهو ممن حرموا على أنفسهم الخمر، ونبذوا عبادة الأوثان، وقدم إلى مكة، وسمع من رسول الله آيات من القرآن. ولم يسلم أقام بالطائف إلى أن مات، وأخباره كثيرة، وشعره معروف.
- انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٢٦/١،
- (٤) الحديث "واستنشد الشريد ٠٠٠. واستمع إليه". أخرجه أحمد في المسند ٣٨٨/٤، ومسلم في كتاب الشعر، بلفظ في آخر الحديث "أن كاد أمية ليسلم"، وابن ماجه ٣٢٥/٢، في الآداب، باب الشعر. وانظر: البدر المنير ٤٤٢/٢، والتلخيص ٢٠٢/٤ و ٢٠٣.
- (٥) وقال الشافعي: الشعر كلام ٠٠٠. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٣/٤ "هو كما قال، وقد روي مرفوعاً أخرجه الدارقطني من حديث عائشة، وفيه عبد العظيم بن حبيب وهو ضعيف". انظر: الدارقطني ١٥٥/٤ و ١٥٦، خير الواحد يوجب العمل.
- وانظر: البيهقي ٤٠١/١٠، كتاب الشهادات، باب شهادة الشعراء.
- (٦) وقوله "وفضله على الكلام أنه سائر" أي باق سائر. بخلاف الكلام. انظر: المختصر ٣١١، والحاوي ٢١٩/٢١، وسنن البيهقي ٤٠١/١٠.
- (٧) في: أ، ب، ظ "وإن".
- (٨) "نعم لو كان المهجو معروفاً. قال الأذرعى: فيظهر أن إثم الحاكي أعظم من إثم المنشيء إذا كان قد سمعه منه سراً فأذاعه، وهتك به ستر المهجو" ورد بهامش العزيز رقم (١) ١٧/١٣.
- (٩) في: ز "مضض" وهو خطأ.

ابن كج^(١): لا يكون التعريض هجواً^(٢)، وكذلك^(٣) ترد شهادة الشاعر إذا كان يفحش، أو يشبب بامرأة، بعينها، لما فيه من الإيذاء، والإشهار، والقذف إن صرح، فإن^(٤) كان صادقاً في أنه فعل كذا فلفسقه بما أخبر عنه أيضاً، وكذلك^(٥) ترد شهادته لو كان يصف الأعضاء الباطنة لما فيه من هتك الستر، فإن كانت التي شبب^(٦) بها جاريتها، أو زوجته فمن الأصحاب من قال: بأنه يجوز، ولا ترد شهادته، وهذا القائل يقول: لو لم تكن المرأة معينة، لآتت شهادته^(٧)، لجواز أن يريد من تحل له، ومنهم من قال: ترد شهادته، إذا كان يذكر زوجته أو جاريتها^(٨)، بما حقه الإخفاء، لأنه ساقط^(٩) المروءة وهذا هو الحق على ما سيأتي في "فصل المروءة"^(١٠). ولو كان يشبب بغلام، ويذكر أنه يعشقه، قال القاضي الروياني: يفسق، وإن لم يعين، لأن النظر بالشهوة إلى الذكور حرام بكل حال، وفي "التهذيب" وغيره اعتبار التعيين في الغلام، كما في المرأة. وإذا كان يمدح الناس، ويُطربي نظراً: إن أمكن حمله على ضرب مبالغٍ فهو جائز، ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال لفاطمة بنت^(١١) قيس: أما معاوية، فصعلوك، لا مال له، وأما أبوجهم^(١٢)،

-
- (١) "ابن كج" ليست في: ب، ظ.
(٢) "محل تحريم الهجاء: إذا كان لمسلم، فإن كان لكافر، أي غير معصوم، جاز...". انظر: المصدر السابق، ومغني المحتاج ٤/٤٣٠.
(٣) في: ب، ظ "ولذلك".
(٤) في: أ، ب، ظ "وإن".
(٥) في: ظ "ولذلك".
(٦) في: أ "شب".
(٧) انظر: الحاوي ٢١/٢٢٦، الروضة ١١/٢٢٩، ومغني المحتاج ٤/٤٣١. وهو الصحيح.
(٨) في: أ، ب، ظ "جاريتها، أو زوجته".
(٩) في: أ "ساقطة".
(١٠) انظر: ص ٥٣١.
(١١) هي فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية من المهاجرات الأول، كانت ذات جمال وعقل، وكانت عند أبي بكر بن حفص، فطلقها. فتزوجت بعده أسامة بن زيد بإشارة النبي صلى الله عليه وسلم وقصتها مشهورة. انظر: الإصابة ٤/٣٨٤.
(١٢) هو: أبوجهم بن حذيفة بن غاتم بن عامر القرشي العدوي يقال: إن اسمه عامر، وقيل عبيد، أسلم يوم الفتح، وصحب النبي صلى الله عليه وسلم وكان مقدماً في قريش ومعظماً. وكان عالماً بالنسب، وكان من المعمرين.
انظر: الإصابة ٤/٣٥ و ٣٦، والاستيعاب ٤/٣٢.

فلا يضع عصاه عن عاتقه" (١) ومعلوم أنه كان يضع كثيراً، وإن لم يكن حملة على المبالغة، وكان كذباً محضاً، فهل هو كسائر أنواع الكذب؟ قال عامة الأصحاب. وهو ظاهر كلام الشافعي (٢)، نعم، إذا (٣) أكثر منه ردت شهادته، كما إذا أكثر الكذب في غير الشعر.

وعن القفال، والصيدلاني: إنه (٤) لا يلتحق بالكذب، لأن الكاذب يرى الكذب صدقاً، ويُروجه. وليس غرض الشاعر أن يصدّق في شعره، وإنما هو صناعة، وعلى هذا فلا فرق بين القليل والكثير، وهذا حسن بالغ (٥) وينبغي أن يقال: على قياسه: إن التشبيب بالنساء والغلمان من غير تعيين، لا يخلُّ بالعدالة، وإن أكثر منه، لأن التشبيب فنٌّ وغرض الشاعر إظهار الصنعة في هذا الفن، لتحقيق المذكور. وكذلك (٥) ينبغي أن يكون الحكم (٦) لو سمي امرأة لا يدري من هي (٧).

[فصل في تحريم لبس الحرير على الرجال والجلوس عليه والتحلي بالذهب]

الخامسة: القول: في تحريم لبس الحرير على الرجال (٨)، وتحريم الجلوس عليه، والتحلي بالذهب، قد سبق في صلاة الخوف (٩)، والعيدين (١٠)، والزكاة (١١) فلا نعيده،

-
- (١) الحديث أخرجه مسلم ٩٦/١٠، كتاب الطلاق، باب المطلقة البائن لانفقة لها. وأخرجه ابوداود ٢٨٦/٢، كتاب الطلاق، باب في نفقة المتوتة، وأخرجه غيره.
انظر: تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ٤٣٠/٢.
- (٢) انظر: المختصر ص ٣١١.
- (٣) في: أ، ب، ز "حتى إذا".
- (٤) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٥) في: أ "لذلك".
- (٦) في: ز "كما لو".
- (٧) في: ز "من هو". وانظر: الروضة ٢٢٩/١١، ومغني المحتاج ٤٣١/٤.
- (٨) "الرجال" ليست في أ، ب، ظ.
- (٩) انظر: العزيز شرح الوجيز ٣٤٤/٢، والوجيز ٦٩/١، والروضة ٦٦/١١ و ٦٧.
- (١٠) انظر: الوجيز ٦٩/١، والعزيز ٣٥٧/٢.
- (١١) انظر: الوجيز ٩٤/١، والعزيز ٩٨/٣ و ٩٩.

بقي في الفصل بعد هذه المسائل كلامان.

أحدهما: ما حكمنا بإباحته في هذه الصورة، يقتضي الإكثار منه ردّ الشهادة، لكونه حارماً للمروءة، فمن داوم^(١) على اللعب بالشطرنج والحمام، ردت شهادته، وإن لم يقترن به ما يوجب التحريم، لما فيه من ترك المروءة، وكذلك^(٢) من داوم على سماع الغناء، أو على الغناء، وكان يأتي الناس، ويأتيه الناس لذلك^(٣). وكذا لو اتخذ غلاماً، أو جارية، ليغنيا للناس، وكذا المداومة على الرقص، وضرب الدف، فإن الإكثار من جميع ذلك إعراض عن الجدد، ودخول في زمرة الهازلين، الذين تسوء^(٤) بهم الظنون ولا يوثق بقولهم، وكذا إنشاء / الشعر، وإنشاده، إذا أكثر منه فترك به مهمّاته، كان حارقاً (٥٠٣/ز) حجاب المروءة، ذكره الإمام. قال: وكذا لو كان الشاعر، يكتسب بشعره.

والمرجح في المداومة، والإكثار إلى العادة، ويختلف الأمر فيه بعادات النواحي، والبلاد، ويُستقبح قدر، من شخص لا يستقبح من غيره، وللأمكنة تأثير فيه أيضاً. واللعب^(٥) بالشطرنج في الخلوة مراراً، لا يكون كاللعب به مرة في السوق على مألٍ من الناس.

وقد ينساق هذا إلى أن يقال: لما استمرت العادة. بأن الشاعر يكتسب بشعره^(٦) وصنعة^(٧) الغناء المباح حرفة، ومكتسباً، فالإشتغال به، ممن يليق بحاله لا يكون تركاً للمروءة.

وكلام الأصحاب محمول على من لا يليق بحاله، وقد رأيت^(٨) ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره، لابن القاص^(٩). والله أعلم.

-
- (١) في: أ "داو".
 - (٢) في: أ، ب "وكذا".
 - (٣) في: ز "كذلك".
 - (٤) في: أ، ب، ظ "تشوبهم".
 - (٥) في: أ، ب، ظ "فاللعب".
 - (٦) من قوله: "والمرجع في المداومة . . . بأن الشاعر يكتسب بشعره" ليست في: ج.
 - (٧) في: أ، ب، ظ "وعهد صنعة".
 - (٨) في: أ "رأيته".
 - (٩) في: أ، ب "لأبي".

وقوله "وقد^(١) يخرم المروءة في حق بعض الناس" فيه إشارة إلى ما ذكرنا.

والثاني: ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل: كالنرد، وسماع الأوتار، ولبس الحرير، والجلوس عليه، فهو من الكبائر حتى تُرد الشهادة بالمرة الواحدة، أو من الصغائر، حتى يُعتبر المداومة والإكثار منه^(٢). فيه^(٣) وجهان: يميل كلام الإمام: إلى ترجيح أولهما، والأشبه^(٤) الثاني. وهو المذكور في "التهذيب" وغيره، وزاد الإمام شيئاً آخر. فقال: لِيُنظَر^(٥) أولاً، إلى عادة القطر، والناحية، فحيث يستعظمون النرد، وسماع الأوتار، ترد الشهادة بالمرة الواحدة لأن الإقدام في مثل تلك الناحية لا يكون، إلا من جسورٍ منحل عن ريقة المروءة، فتسقط الثقة بقوله، وحيث لا يستعظمون، لا يكون مطلق الإقدام مشعراً بترك المبالاة، وسقوط المروءة، فحيث يقع النظر في أنه من الصغائر أو الكبائر، وهذا ما عناه صاحب الكتاب بقوله: "إلا في البلد^(٦) الذي^(٧) يعظم عندهم" إلى آخره فتزد شهادته، وإن لم يفسق، وقوله "في أول الفصل^(٨)"، و"اللعب بالشطرنج" ليعلم الشطرنج^(٩)، بالحاء، والميم، والواو، والحمام، بالحاء والميم، وسماع الغناء بالواو، وكذا قوله: وإن كان فيه جلاجل، وكذا لفظ النرد، والمعازف، هي الملاهي، والمعازف الذي يلعب بها^(١٠) ويعني.

يقال: عزف عزفاً، واسم المعازف، يشمل الأوتار والمزامير.

-
- (١) "قد" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) هكذا في جميع النسخ. وفي الروضة ٢٣٠/١١. "هل هو من الكبائر، فتزد الشهادة بمرة أم من الصغائر، فتعتبر المداومة والإكثار؟".
(٣) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) انظر: الروضة ٢٣٠/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٣/٨.
(٥) في: أ "فلينظر".
(٦) في: أ، ب، ظ "البلدة".
(٧) في: أ "التي" وهي ليست في: ب، ظ.
(٨) "الفصل" ليست في: أ.
(٩) في: "بالشطرنج".
(١٠) في: أ "وهي الملاهي التي يلعب بها ويعين".

وقوله: "وما هو من شعار الشرب" الشرب جمع شارب كصاحب وصاحب. ويمكن أن يقرأ بضم الشين: أي شعار شرب الخمر.

وقوله: "ولكن لا ترد الشهادة بالمرة الواحدة" معلم بالواو، وقوله "وليس يخلو الانسان عن كذبة إلى آخره" محض تكرار، وقد ذُكر في الفصل السابق^(١) ما يفيد معناه.

[فصل في حكم الخمر]

قال [الغزالي]: والنص أن الحنفي إذا شربَ النبيذَ حُدَّ، وقُبِلَتْ شهادته. وفيه وجةٌ أنه لا يجحد، ووجه، أنه لا تُقبل شهادته.

[قال الرافي]: الخمر العنبيَّة^(٢) التي لم يشبها ماء، ولا طُبِخَتْ بنارٍ مُحَرَمَةٌ بالإجماع، ومن شربها عالماً^(٣) بحالها فهو محدود، مردود الشهادة، سواء شرب قدرًا يُسكِر^(٤)، أو قدرًا لا يسكر. قال: أصحابنا العراقيون: وكذلك حكم بائعها، ومشتريها في رد الشهادة، ولا ترد الشهادة، باتخاذها وإمساكها، لجواز^(٥) أن يقصد بها^(٦) التحلل، أو التحليل^(٧).

والمطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه، وسائر الأنبذة إن شربَ منها القدر المُسكِر، يُحد، وتردُّ شهادته أيضاً، وإن شرب منها القليل، فإما أن يعتقد إباحته كالحنفي^(٨)، أو يعتقد تحريمه.

أما الأول: ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يجحد لشبهة اختلاف العلماء، ولا ترد شهادته لأنه لم يرتكب ما يعتقده محظوراً حتى يسقط الوثوق بقوله^(٩).

(١) انظر: ص ٤٦٥ و٤٦٦.

(٢) في: أ: "العنبيَّة".

(٣) في: أ، ب، ظ "عامداً".

(٤) في: أ "قدر السكر".

(٥) في: أ "بجواز". وليس في: ب، ظ.

(٦) في: ب، ظ "إن قصد به".

(٧) انظر: الحاوي ١٩٩/٢١، والروضة ٢٣١/١١.

(٨) انظر: الهداية ١١١/٤ و ١١٢.

(٩) "بقوله" ليست في: ب، ظ.

والثاني: وبه قال مالك^(١) أنه يُحَدُّ، وتُرَدُّ شهادته، وأما الحدُّ فلقوة أدلة التحريم، والحاجة إلى الزجر، وأما ردُّ الشهادة، فلأنه شرب ما يُسَكِّرُ فتردُّ شهادته، كما لو سكر. وثالثها: وبه قال أحمد^(٢): أنه يحدُّ، ولا تردُّ شهادته، وهو الأظهر عند عامة الأصحاب^(٣)، واستبعده المزني^(٤). فقال: الحدُّ أعظم من رد الشهادة فكيف يحدُّ، ولا تردُّ شهادته. قيل: هذا ذهاب منه إلى أنه تردُّ شهادته كما يحدُّ، وقيل: بل إلى أنه لا يحدُّ، كما لا تردُّ شهادته. وأجاب الأصحاب: بأن الحدُّ إلى الإمام، فاعتبر فيه اعتقاده، وردُّ الشهادة يعتمدُ عقيدةَ الشاهد، ولهذا لو غصب جارية، ووطئها على اعتقاد أنه يزني، ثم تبين أنها كانت مملوكة، يفسق، وتردُّ شهادته.

ولو وطئ جارية الغير على ظن أنها جاريته، لا تردُّ شهادته، وأيضاً، فإن الحدُّ للزجر، وشرب النبيذ يحتاج إلى الزجر، وردُّ الشهادة لسقوط الثقة بقول الشاهد، فإذا لم يعتقد التحريم، لم تسقط الثقة. وأما إذا كان الشارب ممن يعتقد تحريمه، لم تسقط الثقة، ^{را ثرة} وأما إذا كان الشارب ممن يعتقد تحريمه، فإن قلنا: يحدُّ معتقد الحل، فهذا أولى، وإن قلنا: لا يحدُّ فوجهان^(٥): أظهرهما: المنع، أيضاً لشبهة الاختلاف، وأما ردُّ الشهادة فإن رددناها هناك، فهانئ أولى. وإن لم نردها. فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن استحلال الشيء أشدُّ^(٦) من فعله، وإذا^(٧) لم تردُّ شهادة مستحل الشرب، فشهادة الشارب أولى، وعلى هذا فإنما نحكم بالفسق وردُّ الشهادة إذا ارتكب مجمعاً على تحريمه.

(١) انظر: مختصر خليل ص ٢٩١.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٤٧.

(٣) "وهو الأصح المنصوص" ذكره في الروضة ٢٣١/١١.

(٤) انظر: المختصر ص ٣١٠، والحاوي ١٩٩/٢١ و ٢٠٠.

(٥) في: ز "فهانئ".

(٦) في: أ "ليس" وهو خطأ.

(٧) في: أ، ب، ظ "وإن".

الثاني: أنها ترد، لأنه إذا ارتكب^(١) ما يعتقده محظوراً، لم تؤمن جرأته على شهادة الزور، وسائر المحظورات. والأظهر: من الوجهين الأول عند ابن الصباغ، وصاحب "المهذب"^(٢) ويحكى عن ابن أبي هريرة.

والثاني: عند القاضيين أبي الطيب، والرويانى، وغيرهما، ويحكى عن أبي إسحاق، وهو الذي أورده الإمام، ويوافقه ما حكى الرويانى في "جمع الجوامع" عن القفال: أن من نكح بلا وليٍّ ووطأ، لا ترد شهادته، إن اعتقد الحِلَّ، وتُرد إن اعتقد التحريم، وعلى هذا قياس سائر المجتهدات، لكن قد حكى عن نصِّ الشافعي: أنه^(٣) لا ترد شهادة المستحل لنكاح^(٤) المتعة والمفتي به، والعامل به" ونقل أبو الفيض^(٥): مثله^(٦) في "تمة الجامع الصغير" لأبي حامد القاضي، والفرق في الحد، حيث أوجبناه في شرب النبيذ على الظاهر، ولم نوجبه بالوطأ^(٧) في النكاح بلا ولي. مذكور في النكاح^(٨). وقوله: في الكتاب "إذا شرب النبيذ" يعني القدر الذي لا يسكر، فأما إذا شرب ما أسكره، فإنه يفسق^(٩) بلاخلاف.

(١) في: ب، ظ "إذا لم يرتكب".

(٢) انظر: المهذب ٤١٧/٢.

(٣) "أنه لا" ليست في: أ.

(٤) في: أ "النكاح". وانظر: الأم ٢٠٦/٦.

(٥) هو: محمد بن الحسن بن المنتصر المصري - درس بالبصرة، وعنه أخذ فقهاؤها. له مصنفات

منها: "اللاحق بالجامع الصغير" وهو المسمى هنا. لم يُذكر له تاريخ وفاة رحمه الله.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٦٣/١ و ١٦٤.

(٦) قال النووي في الروضة ٢٣٢/١١ "قال ابن الصباغ. قال في "الأم": إذا أخذ من النثار في الفرح

لا ترد شهادته، لأن من الناس من يحل له ذلك، وأنا أكرهه. قال في "الأم" ومن ثبت أنه يحضر

الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة، ولا يستحل صاحب الطعام، وتكرر ذلك منه، ردت

شهادته، لأنه يأكل محرماً إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية، وإن كانت دعوة سلطان، أو

من يتشبه بالسلطان، فهذا طعام عام، فلا تأثير به قال ابن الصباغ: وإنما اشترط تكرر ذلك، لأنه

قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر، صار دناءة، وقلة مروءة" أ.هـ.

(٧) في: أ، ب، ظ "في الوطيء بالنكاح".

(٨) انظر: الوجيز ٥/٢، والعزيز على الوجيز ٥٣٢/٧، والروضة ٥١/٧.

(٩) في: أ، ب، ظ "ما أسكره فسق". وانظر: الحاوي ١٩٩/٢١.

وأَعْلِمُ قوله: "وقبلت شهادته" بالميم. وقوله: "لايحد" بالألف، لما عرفته. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الوصف الثاني: المروءة فمن يركتب ما لا يليق بأمثاله، من المباحات، بحيث يُسخرُ به كالفقيه، يلبس القباء والقُلنَسوة، ويأكل، ويبول في السوق، أو أكبَّ على اللعب بالشطرنج، أو الحمام، أو الرقص، أو الغناء^(١)، فكل ذلك يدل على خَبَلٍ في عقله^(٢)، أو قلة مبالاة فيه، فتسقط الثقة بقوله، فلا تقبل شهادته، ويختلف ذلك بالأشخاص والأحوال، والصحيح أن شهادة الكُنَّاس^(٣)، والحجام، والدباغ^(٤) والحائك وذوي الحرف الخسيسة^(٥) مقبولة، إذا كان ذلك من صنعة آبائهم، فأما إذا اختار ذلك^(٦) من لا يليق به، فيدل^(٧) على خبلٍ في العقل، ويخرمُ المروءة).

[قال الرافعي]: أشهر، والأحسن من اصطلاح الأصحاب إخراج المروءة عن حد العدالة، وعد^(٨) المروءة صفةً برأسها، وعلى ذلك جرى في الكتاب، ومنهم من يُدرجُ المروءة في العدالة، وكذلك الصفات السابقة، وهي التكليف، والإسلام، والحرية، ويقول: العدل: هو الذي تعتدلُ أحواله ديناً ومروءةً، وأحكاماً^(٩).

والاعتدال^(١٠) في الدين: أن يكون مسلماً عفيفاً، وفي المروءة ما يبينه هذا

(١) في: أ، ب، ظ "و".

(٢) في: ب "في عقل وقله"

(٣) في: أ "الكتان".

(٤) في: أ، ب، ظ "الكناس، والدباغ، والحجام".

(٥) "الخسيسة" ليست في: ز.

(٦) في: أ، ب، ظ "فأما اختيار ذلك مما".

(٧) في: أ، ب، ظ "يدل".

(٨) في: ز "حد".

(٩) في: ز "وأحكامها".

(١٠) في: أ، ب، ظ "فلاعتدال".

الفصل، وفي الأحكام: أن لا يكون ناقص الحكم بصياً^(١)، أو جنون، أو رقي، والفقهاء أن^(٢) لا تقبل شهادة من لا مروءة له، لأن طرح المروءة، إما أن يكون لخبيل، أو نقصان، أو لقلّة مبالاة، وحياء^(٣)، وعلى التقديرين، تبطل الثقة، والاعتماد بقوله: أما المُخْبَلُ فظاهرٌ، وأما من لا حياء له، فلأن من لاحياء له يصنع ماشاء، على ماورد في معناه في الحديث^(٤). وفي ضبط المروءة عبارات متقاربة، قيل: صاحب المروءة: هو الذي يَصُونُ نفسه عن الأدناس، ولا يشينها عند الناس. وقيل: الذي يتحرز عما يُسْخَرُ منه وَيُضْحَكُ به، وقيل الذي يسير، بسيرة أمثاله في زمانه، ومكانه.

فمن ترك المروءة لئس ما لا يليق بأمثاله، كما إذا لبس الفقيه القَبَاءَ^(٥)، والقَلَنْسُوةَ^(٦)، وتردد فيهما^(٧) في البلاد التي لم تجر عادة الفقهاء فيها بلبس هذا النوع من الثياب، وكما إذا لبس التاجر ثوب الجمالين، أو تعمم الجمال^(٨)، أو تَطِيلَسَ^(٩)، وركب البغلة الثمينة، يطوف^(١٠) في الأسواق، ويتخذ نفسه ضحكة. ومنه المشي في الأسواق^(١١) مكشوف الرأس، والبدن، إذا لم يكن الشخص ممن يليق به مثله، وكذا مدُّ

(١) في: أ، ب، ظ "لصبي أو مجنون".

(٢) في: أ، ب، ظ "إنه".

(٣) في: أ، ب "أوحياء".

(٤) "كأنه يشير بذلك إلى قوله ﷺ " . . . إذا لم تستحي فاصنع ما شئت".

أخرجه البخاري ١٥٢/٤، كتاب الأنبياء، باب حدثنا أبو اليمان. وفي ١٠٠/٧، كتاب الأدب، باب إذا لم تستح فاصنع ما شئت" وغيره.

وانظر: البدر المنير ٤٤١/٢، والتلخيص ٢٠٠/٤.

(٥) القباء "واحدة" أفقية" وهو بفتح القاف والياء، ممدود من الثياب: الذي يلبس مشتق من ذلك لاجتماع أطرافه". لسان العرب، حرف القاف، ٢٧/١١، والمصباح ٤٨٩/٢.

(٦) "والقلنسوة" واحدة "فلانس" بفتح القاف واللام وسكون النون، لباس يوضع على الرؤوس، معروف".

انظر: لسان العرب حرف القاف ٢٧٩/١١، المصباح ٥١٣/٢، وانظر: نهاية المحتاج ٢٨٤/٨.

(٧) في: ج "فيها".

(٨) في: أ "الجمالين"

(٩) في: أ "أوتطلس". وفي: ز "وتطليس".

(١٠) في: ب، ظ "ويطوف".

(١١) من قوله "ويتخذ نفسه . . . في الأسواق" ليست في: ظ.

الرجلين في مجالس الناس، ومنه الأكل في السوق، والشرب من سقايات السوق، إلا أن يكون الشخص سُوقياً، أو شرب لغلبة عطش^(١). ومنه أن يُقْبَلُ^(٢) زوجته أو جاريتها بين يدي الناس، أو^(٣) يخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران، والمعاملين، ويضايق في اليسير، الذي لا يستقضى فيه، ومنه الإكباب على اللعب بالشطرنج، والحمام، والغناء على ماسبق، ومنه أن يتنذل الرجل المعتر، بنقل الماء، والأطعمة إلى بيته، إذا كان ذلك عن شحٍ وضِنَّةٍ^(٤)، وإن كان عن استكانة^(٥)، واقتداءً بالسلف التاركين للتكلف، لم يقدح ذلك في المروءة، وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد لتقلله، وبراءته من التكاليف العادية وهذا يعرف بتناسب حال الشخص في الأعمال، والأخلاق، وظهور مخآيل الصدق، وفيما^(٦) يديه، وقد يؤثر فيه الزي واللَّبْسَة، وأهل الحرف الدنيئة، كالحمام والكنَّاس، والدباغ، والقيِّم في الحمام، والحارس والنَّحَال، والإسكاف^(٧). قال صاحب "التهذيب" وغيره "في شهاداتهم، وجهان: أحدهما: أنها لاتقبل لأن اشتغالهم بهذه الحرف ورضاهم بها يشعر بالخسة، وقلة المروءة.

وأصحهما: القبول^(٨) لأنها حرف مباحة، والناس محتاجون إليها، فلو^(٩) رددنا شهادتهم^(١٠) لم يؤمن أن يتركوها، فيعمُّ الضرر.

[فصل: في الحياكة]

وفي الحياكة طريقتان: أحدهما: القطع بالقبول، واختاره القفال: توجهاً بأن محل

-
- (١) في: ز "العطش".
 - (٢) في: أ "أن يقبل الرجل".
 - (٣) في: ب "و".
 - (٤) "ضنة" بالكسر. "بخل" فهو "ضنين" المصباح ٣٦٥/٢.
 - (٥) "إستكانة" استكن. إذا خضع، وذلٌّ، وتزاد الألف فيقال: "استكان". المصباح ٢٨٣/١.
 - (٦) في: أ "وعما". وفي: ب، ظ "ولا".
 - (٧) في: أ، ب، ظ "قال صاحب التهذيب" وغيره: الإسكاف، والقصاب.
 - (٨) انظر: الروضة ٢٣٣/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٤/٨.
 - (٩) في: أ، ب، ظ "ولو".
 - (١٠) في: ز "شهاداتهم".

عملهم، ماهو^(١) محل عمل الخياط، إلا أن هذا منسوجٌ، وذاك غير منسوج. وأشبههما: طرد الوجهين، لإزراء الناس بهم، وعدّهم النسبة إلى الحياكة سباً وإيذاءً. وحكى أبو الفياض: وجهاً فارقاً بين ما يُحَوِّج إلى مخامرة القاذورات، والنجاسات، وبين ما لا يُحَوِّج إليه، فيقع الحارس والنخال، والحائك، في القسم الثاني، والباقون في الأول، وفي كتاب القاضي ابن كج: أن بعض الأصحاب ألحق الصباغين، والصواغين. بمن تُردّ شهادتهم، والصحيح^(٢)، القطع بالقبول^(٣)، نعم. من يكثر منه ومن سائر المحترفة، الكذب، والخلف في الوعد، تردّ شهادته لذلك.

ثم الكلام في موضع الوجهين من وجهين:

أحدهما: قال صاحب الكتاب^(٤). و^(٥)الوجهان، فيمن تليق به^(٦) هذه الحِرْفُ، وكان ذلك من صنعة آبائه، فأما غيره إذا اختارها، واشتغل بها، سقطت مروءته وهذا حسن، وقضيته أن يقال: الاسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس، بطلت مروءتهما بخلاف العكس^(٧).

والثاني: الذين يخامرون النجاسات، إنما يجري فيهم الوجهان إذا حافظوا على الصلوات، واتخذوا لها ثياباً طاهرة، وإلا فتردّ شادتهم بالفسق^(٨).

فروع^(٩): الذي يترك السنن الرواتب وتسيبحات الركوع والسجود أحياناً،

حكم من
ترك السنن
الرواتب
ونحو ذلك

(١) في: أ، ب، ظ "وما".

(٢) انظر: الروضة ٢٣٠/١١، ومغني المحتاج ٤٣١/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٤/٨.

(٣) في: أ "بالقول".

(٤) انظر: الوجيز ٢٥٠/٢.

(٥) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "به" ليست في: ظ.

(٧) قال النووي: "لم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي أن لا يقيد بضعة بل ينظر هل يليق به هو أم لا؟" والله أعلم.

(٨) قال بهامش العزيز ٢٢/١٣، "قال في القوت: قال القاضي حسين: إن استعمل الاسكاف شعر الخنزير، ولم يغسل ثوبه، ويديه منه، لم يقبل منه، وكذا إن غسلهما في الأصح، وإن استعمل غيره، وغسل النجاسة قبلت شهادته على الأصح...".

(٩) في: ب، ظ "فرع".

لاترد شهادته، فإن^(١) اعتاد تركها، ردت شهادتهُ لتهاونه بالسنة، ذكره في "التهذيب" وسببه، إشعارُ هذا التهاون بقلّة المبالاة، والاهتمام بالمهمات. وحكى الشيخ أبو الفرج: في غير الوتر، وركعتي / الفجر من الرواتب^(٢) وجهاً: أنه لاترد الشهادة باعتبار تركها. (٥٠٥/ز) وعن نص الشافعي: أن المستحل للأنبذة إن كان يديم المنادمة^(٣) عليها والحضور مع أهل السفه، رُدَّتْ شهادتهُ، لطرحه المروءة، وإن لم يفسق المستحل. وشهادة الطوائف على الأبواب، وسائر السؤال مقبولةٌ إلا أن يُكثِرَ الكذب، في دعوى الحاجة، وهو غير محتاج، أو يأخذ ما لا يحل له أخذه، فيفسق لذلك. وعن أبي حنيفة^(٤): رد الشهادة، بسبب الطوائف على الأبواب وهو قضية الوجه الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف الدنيعة، لأن اختيار ذلك يدل على الخسة.

وقوله في الكتاب "أو أكبُّ على اللعب بالشطرنج، أو الحمام، أو الرقص، أو الغناء" مكرر، وقد ذكر من قبل ما يفيد^(٥). وقوله "والحائك" يجوز إعلامه بالواو لطريقة من قطع بقبول^(٦) شهادته^(٧).

[فصل في الصفة الغالِثة: وهي الانفكاك عن التهمة وأسبابها]

(قال [الغزالي]: الوصف^(٨) الثالث: الانفكاك عن التهمة: ولها أسباب:

الأول: أن يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً، كمن يشهد أن فلاناً جرح مورثه، أو يدفع^(٩) ضراً^(١٠)، كالعاقلة إذا شهدت بفسق شهود قتل^(١١) الخطأ، فلا تقبل، ولو

(١) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٢) "من الرواتب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: أ، ز، ظ "المنادمة". كما أثبتناه، وفي ب "المقاومة". وانظر: ظاهر نص الشافعي في المختصر

ص ٣١٠ و ٣١١.

(٤) انظر: الهداية ١٢٣/٣.

(٥) انظر: ص ٤٦٧ وما بعدها.

(٦) في: أ "بالقول".

(٧) انظر: ص ٥٣٣.

(٨) في: أ "والوصف".

(٩) في: ز "أو الدفع".

شهد بمال آخر لمورثه، المجروح أو المريض، قُبِلَ. ولو شهدا لرجلين بوصية لهما من تركة فشهد الشاهدان أيضاً، بوصية لهما قبلت الشهادتان^(١)، وكذا رفقاء القافلة في قطع الطريق).

[قال الرافعي]: عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: لا تقبل شهادة ظنين، ولا خصم^(٢) والظنين، المتهم وللتهمة أسباب: منها: أن يُجرَّ إلى نفسه بشهادته نفعاً، أو يدفع بها ضرراً، فلا تقبل شهادة السيد لمكاتبة، ولعبده، المأذون^(٣) بدين، ولا عين^(٤) ولا شهادة الوارث لمن يرثه، ولا شهادة الغريم للميت، ولا للمفلس المحجور عليه، وتُقبل شهادة الغريم لمديونه الموسر، وكذا المعسر قبل الحجر في أصح الوجهين، لأن قبل الحجر الحق^(٥) يتعلق بذمته، لابعين أمواله.

والثاني: المنع، لأن المعسر لا مطالبة عليه، فإذا أثبت له شيئاً، أثبت لنفسه المطالبة^(٦)، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه، بالأداء، أو الإبراء، ولا شهادة

(١٠) "ضراً" ليست في: ب، ز.

(١١) "قتل" ليست في: ز.

(١) في: أ "الشهادات".

(٢) الحديث: أخرجه مالك في الموطأ ٢/٧٢٠، كتاب الأفضية، باب ماجاء في الشهادات، ورواه موقوفاً على عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وأخرجه البيهقي ١٠/٣٤٠، كتاب الشهادات، باب لا تقبل شهادة خائن ٠٠٠ ولا ظنين

(٣) قال في البدر المنير ٢/٤٤٤ "غريب عنه" وقال ابن حجر في التلخيص ٤/٢٠٣ "وهو مقطوع" ورد بهامش العزيز ١٣/٢٣ "استثنى البلقيني من ذلك شهادته له على شخص، بأنه قذفه فتقبل، قاله تخريجاً، قال: ولو شهد لعبده بأن زوجته تسلمت منه الصداق بالفسخ قبل الدخول، أو شرطه بالطلاق قبل الدخول، وهو الأصح في أيام بائعه خلافاً للمصحح، في أصل الروضة في الصداق.

قال: والعبد الموصى بإعتاقه لو شهد له الوارث على شخص استوفى منفعتة مدة قبلت، وان كان بعده لأنه لا يجوز إلى نفسه نفعاً لو استلحق عبده لقيطاً، وقلنا: لا يصح استلحاقه فشهد له مالكة قبلت" ا.هـ.

(٤) "ولاعين" ليست في: أ.

(٥) "الحق" ليست في: أ. وفي: ب، ظ "يتعلق الحق".

(٦) في: ز "المطالبة لنفسه".

الوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، ولا شهادة الوصي، والقيم^(١) في محل تصرفهما، ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، بأن يقول: هذه الدار أو العبد بيننا، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه، ولا تقبل شهادة الشريك لشريكه ببيع الشقص، ولا للمشتري من^(٢) شريكه، لأن شهادته تتضمن إثبات الشفعة لنفسه، فإن لم تكن له^(٣) شفعة، بأن كان مما لا ينقسم.

قال الشيخ أبو حامد: تقبل، وكذا لو عفا عن الشفعة، ثم شهد.

ولو شهد أن فلاناً جرح مورثه، لم تقبل، للتهمة. ولو شهد بمال آخر لمورثه الجرح، أو المريض. نُظِرَ إن شهد بعد الإندمال قُبِلَ، إلا أن يكون من^(٤) الأصول، أو^(٥) الفروع، وإن شهد قبل الإندمال. فوجهان: أحدهما: وبه قال أبو اسحاق: لا تقبل، كما لو شهد أن مورثه جُرح^(٦).

وأصحهما: القبول^(٧). والفرق: أن الجرح سبب الموت الناقل للحق، فإذا شهد بالجرح^(٨) فشهادته، بالسبب الذي يثبت به الحق، وهاهنا بخلافه. وهذا الوجه الثاني الذي أورده صاحب "الكتاب" هاهنا^(٩): وذكر وجهين معاً في كتاب دعوى^(١٠) الدم^(١١).

وفي "شرح أدب القضاء" لأبي عاصم العبادي: أنه لا تقبل شهادة الموَدَع

-
- (١) في: أ "ولا القيم".
 - (٢) في: أ، ب، ظ "في".
 - (٣) في: أ، ب، ظ "فيه".
 - (٤) في: أ "في موضع".
 - (٥) في: ز "والفروع".
 - (٦) في: ز "شهد".
 - (٧) انظر: الروضة ٢٣٤/١١، ومغني المحتاج ٤٣٣/٤.
 - (٨) في: ز "جرح بالجرح".
 - (٩) انظر: الوجيز ٢٥٠/٢.
 - (١٠) في: ز "الدعوى".
 - (١١) انظر: الوجيز ١٦٣/٢.

للمودع، إذا نازعه في الوديعة أجنبي^(١)، لأنه يستديم اليد لنفسه، وتقبل للأجنبي، وكذا شهادة المرتهن للراهن، لا^(٢) تقبل، وتقبل للأجنبي^(٣) وأن شهادة الغاصب على المغصوب منه، لا تقبل لفسقه، ولأنه ينقل^(٤) الضمان الثابت عليه، من المستحق إلى غيره ويدفع مؤنة الرد، فإن شهد بعد الرد، قبلت الشهادة، وإن شهد بعد التلف لم تقبل، لنقل الضمان، وأن شهادة المشتري شراءً فاسداً بعدما قبض لا تقبل للأجنبي، لمثل ذلك، وأن شهادة المشتري شراءً صحيحاً بعد الإقالة، أو الرد بالعيب لا تقبل للبائع، لأنه يستبقي لنفسه الغلات، والفوائد إذا كانا مدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع.

ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرط، أو المجلس فوجهان: بناءً على أنه يرتفع^(٥) العقد من أصله، وترتد الفوائد إلى البائع، أو من حينه، فلا^(٦) ترتد. وأنه لو كان لميت دين على شخصين، فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت، ثم شهد الغريماني لآخر بأنه ابنه، لم تقبل شهادة الغريمين، لأنهما ينقلان ماوجب للأخ عليهما إلى من يشهدان له بالنبوة، بخلاف ما لو تقدمت شهادة الغريمين، وأنه لا تُقبل شهادة الوارثين على موت المورث، وشهادة الموصى لهما على موت الموصي، وتقبل شهادة الغريمين^(٧) على موت من له الدين، لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، ولا ينظرها هنا إلى نقل الحق من شخص إلى شخص، لأن الوارث خليفة المورث، فكأنه هو.

ذكر ذلك كله^(٨) القاضي أبوسعده الهروي^(٩).

وإذا شهد شهود بقتل خطأ^(١٠)، فشهد اثنان من العاقلة بفسق الذين شهدوا

(١) في: ب، ظ " . . . أجنبي في الوديعة".

(٢) "لا" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ظ "وللأجنبي تقبل".

(٤) في: ظ "ولا ينقل".

(٥) في: أ، ظ "وللأجنبي ثقيل".

(٦) في: ب "لا من حينه، أو من حينه، ولا يرتد".

(٧) من "وأنه لا تقبل شهادة الورثة . . . شهادة الغريمين" ليست في: أ.

(٨) في: أ "كلمه".

(٩) في: أ، ب، ظ: "أبوسعده الهروي شارحه".

(١٠) في: أ، ب، ظ "بقتل الخطأ".

بالقتل، لم تقبل شهادتهما، لأنهما يدفعان ضرر التحمل، وكذا لو كان أحدهم مزكياً، فحَرَجَ^(١) شهود القتل.

وكذا لو شهد اثنان على مفلس بدين، فشهد غرماؤه الظاهرون بفسقهما، لم تقبل شهادتهما، لأنهم يدفعون بها^(٢) ضرر مزاحمة المدعي. ولو شهد اثنان، لاثنين بوصية من تركه، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية من تلك التركة، أو شهد الواحد، فشهد المشهود له^(٣) مع آخر بوصيته للشاهدين فعن صاحب "التقريب" أنها لاتقبل، لتهمة المواطأة.

ويقال: أنه رواية الربيع عن النص^(٤). ومذهب أبي حنيفة^(٥).

وليكن المنع 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، والصحيح^(٦) قبول الشهادتين لأن كل بينة منفصلة عن الأخرى، ولا يجزئ شاهد بشهادته نفعاً لنفسه، ولا يدفع بها ضرراً، ولذلك نقول: رفقاء القافلة يجوز أن يشهد بعضهم لبعض في قطع الطريق، إذا قال: كل واحد منهم أخذ مال فلان، ولم يقل: أخذ مالنا على ما هو مذكور في باب قاطع الطريق^(٧).

[السبب الثاني: البعضية]

(قال [الغزالي]: الثاني: البَعْضِيَّة، فلا تقبل الشهادة للولد، والوالد بل للفروع، والأصول، وكل من يستحق النفقة، وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، على أحد القولين، ولا تقبل شهادته بالزنا على زوجته^(٨) مع ثلاثة من الشهود^(٩))

(١) في: أ "فخرج" وفي "ب، ظ" "يجرح".

(٢) "بها" ليست في: ز.

(٣) من "لهما للشاهدين ٠٠٠ فشهد المشهود". ليست في: ز.

(٤) انظر: المختصر ص ٣١١.

(٥) انظر: فتح القدير ٤٩٣/٦.

(٦) انظر: الروضة ٢٣٦/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

(٧) انظر ذلك: في الوجيز ١٨١/٢، والروضة ١٠١٦٧/١٠.

(٨) في: ز "على زوجته بالزنا".

(٩) "الشهود" ليست في: أ، ب، ظ.

العدول، وتقبل على الولد وعلى الوالد، وإن كان بعقوبة. وفي حبس الوالدين^(١)
بدين^{ولدهما} وجهان:

ولو شهد بمال مشترك بين ولده وأجنبي رُدَّ في حق ولده وفي حق الأجنبي
وجهان، لتبعض اللفظ).

[قال الرافعي] ومن أسباب التهمة البعضية، فلا تقبل شهادة الوالد لولده ولا
لولد ولده، وإن سفل، ولا شهادة الولد لوالده، ولا لواحدٍ من أصوله، وإن علا، لأن
المشهود له بعضه فشهادته له، كشهادته لنفسه، وقد روي أنه ﷺ: قال: لا تقبل شهادة
خائن ولا خائنة، ولا ظنين في قرابة^(٢)

وروي في الخبر "لا تجوز شهادة الوالد للولد، ولا الولد للوالد"^(٣).

وعن ابن القاص رواية قول عن القديم: أن شهادة كل واحد منهما، للآخر
مقبولة^(٤)، وبه قال المزني واختاره ابن المنذر^(٥).

(١) في: ب "الولد".

(٢) الحديث: أخرجه ابوداود ٣/٣٠٦، كتاب الأفضية، باب من ترد شهادته، بلفظ "لا تجوز شهادة
خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي عمّر على أخيه، والبيهقي ١٠/٣٤٠، كتاب
الشهادات، باب من قال لا تجوز شهادة الوالد لولده من حديث عائشة " . . . ولا ذي عمّر
على أخيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة ولا القانع من أهل البيت لهم".

قال الحافظ ابن حجر ٤/١٩٨ "وفيه يزيد بن زياد الشامي، وهو ضعيف. قال الترمذي:
لا يعرف هذا من حديث الزهري إلا من هذا الوجه. ولا يصح عندنا اسناده. وقال أبوزرعة في
العلل: منكر، وضعفه عبد الحق وابن حزم وابن الجزري.

وقال البيهقي: لا يصح من هذا شئ عن النبي ﷺ. أ.هـ.

(٣) الحديث: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٨/٣٤٤. بلفظ: "لا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب
لابنه . . . الحديث".

وابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٥٣١.

وقال في البدر المنير ٢/٤٤٢ "غريب وصل بحديث عائشة قال الساجي: أهل النقل لا يثبتون
هذه الزيادة" وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/٨٢ "غريب".

(٤) انظر: التلخيص لابن القاص، ص ٦٥٠.

(٥) انظر: الحاوي ٢١/١٧٦ للماوردي.

والمذهب الأول^(١)، وساعدنا عليه، أبو حنيفة^(٢). وكذلك مالك^(٣) فيما نقله ابن الصباغ وغيره، وفي "التهذيب" أن عنده تقبل شهادة الولد للوالد، ولا تقبل شهادة الوالد للولد. لأن الولد وماله لأبيه، وهذه رواية عن أحمد^(٤). وعنه رواية أخرى كمنهنا ورواية ثالثة: أنها تقبل في الطرفين، إذا لم تظهر تهمة، بأن شهد بالنكاح، أو الطلاق، أو شهد بالمال، وهو غني، ولا تقبل شهادة الوالد للولد، وبالعكس، و^(٥) لا تقبل الشهادة لمكاتب الوالد والولد و^(٦) ما^(٧) دونهما.

ولو شهد اثنان أن أباهما قذف ضرة أمهما، ففي قبول شهادتهما قولان. و^(٨) يقال: أن المزني نقلهما في "الجامع الكبير". أحدهما: المنع، لأن القبول يُحَوِّجُهُ إلى اللعان، وأنه سبب الفرقة، فشهادتهما تجرّ نفعاً إلى أمهما.

وأصحهما^(٩): القبول، ولا عبرة بمثل^(١٠) هذا الجرح، وذكر في "المهذب"^(١١) أن الأول من القولين القديم.

والثاني الجديد. وتجريان فيما لو شهدا أنه طلق ضرة أمهما، أو خالعهما، ولو ادعت المرأة^(١٢) الطلاق^(١٣)، وشهد لها ابناها لم تقبل شهادتهما. ولو شهدا حسبة ابتداءً قُبِلَتْ، وكذلك في^(١٤) الرضاع.

-
- (١) انظر: المصدر نفسه، والوجيز ٢/٢٥٠، والمهذب ٢/٤٢١، والروضة ١١/٢٣٦.
(٢) انظر: الهداية ٣/١٢٢.
(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.
(٤) انظر: المغني ١٤/١٨١.
(٥) "و" ليست في: ز.
(٦) في: أ، ب، ظ "الولد والوالد".
(٧) في: ز "ولما".
(٨) "و" ليست في: ز.
(٩) انظر: الروضة ١١/٢٣٧، ومغني المحتاج ٤/٤٣٤.
(١٠) "يمثل" ليست في: أ.
(١١) انظر: ٤٢١/٢ - ٤٢٢.
(١٢) في: أ، ب، ظ "امرأة".
(١٣) في: ب، ظ "بالطلاق".
(١٤) "في" ليست في: ب، ظ.

ولو شهد الأب مع ثلاثة، على زوجة ابنه بالزنى، فإن سبق من الابن قذف وطولب^(١) بالحد، فحاول إقامة البينة لدفع الحد عن نفسه، لم تقبل شهادته للابن، وإن لم يقذف، أو لم يطالب بالحد، وشهد الأب حسبة قبلت شهادته، وهل تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر؟ فيه قولان:

أحدهما: لا. وبه قال: أبو حنيفة^(٢). ويُروى عن مالك^(٣) وأحمد^(٤) أيضاً؛ لأن كل واحد منهما، وارث، لأىحجب فأشبهها الأب، والابن.

وأصحهما: القبول^(٥)، لأن الحاصل بينهما عقد، يطرأ، ويزول، فلا يمنع قبول الشهادة، كما لو شهد الأجير للمستأجر، وزاد بعضهم، قولاً فارقاً، وهو رد شهادة الزوجة لزوجها دون شهادة الزوج لزوجته، لأنها تستحق النفقة عليه، فهي متهمة، والأقوال، كالأقوال في قطع أحدهما بسرقة مال^(٦) الآخر، وحكى صاحب "التهذيب" طريقة قاطعة بالقبول ورجحها^(٧)، وتقبل شهادة أحد الزوجين على الآخر إذ لاتهمه إلا أن الزوج لاتقبل شهادته على زوجته بالزنا، لأنه ينسبها إلى خيانة في حقه، فلا يقبل قوله، كما إذا ادعى المالك خيانة^(٨) المودع، ولأنه خصم لها فيما يقوله.

وتقبل شهادة الوالد على الولد، وبالعكس، فإنه لاتهمه، ولا فرق بين أن تكون الشهادة بمال، أو عقوبة، وفيه وجه^(٩): أنه لاتقبل شهادة الولد على الوالد بالقصاص، وحد القذف، لأنه لا يجوز أن يكون الابن سبباً لعقوبة الأب، كما لا يقتص به، ولا يجد

(١) في: أ "طولب". وفي ب، ط "فطولب".

(٢) انظر: الهداية ١٢٢/٣.

(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٤) انظر: المقنع ص ٣٤٨، والمغني ١٨٣/١٤.

(٥) انظر: الروضة ٢٣٧/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

(٦) انظر: الوجيز ١٧٣/٢، والروضة ١٢٠/١٠ "حيث قال": فثلاثة أقوال: أظهرها يقطع، والثاني:

لا. والثالث: يقطع الزوج دون الزوجة، وقيل يقطعان بلا خلاف".

(٧) "و" ليست في: ز.

(٨) في: ب، ط "على المودع".

(٩) في: أ "وجه آخر".

بقذفه، والظاهر الأول^(١)، ثم في الفصل فرعان.

أحدهما: وقد ذكره في التفليس^(٢) مرة^(٣) في حبس الوالدين^(٤) بدين الولد، وجهان، وقد ذكرنا هناك. أن الأصح عند صاحب الكتاب الحبس^(٥). ويقال: إنه اختيار أبي زيد^(٦)، وأن الأصح عند صاحب "التهذيب" المنع، قال الإمام: وإليه صار معظم أئمتنا^(٧). ونقل وجهاً ثالثاً: أنه يجبس في نفقة ولده، ولا يجبس في سائر الديون، وهذا اختيار صاحب "التلخيص"^(٨) وهو قريب مما حكينا عن أبي حنيفة هناك^(٩).

الثاني: شهد بأن هذا العبد أو الدار لولده، ولفلان الأجنبي ردت^(١٠) شهادته في حق الولد، وهل^(١١) ترد في حق الأجنبي لأن الصيغة واحدة^(١٢)، وقد اختلت برد بعض مقتضاها، أو لا ترد لاختصاص المانع بالولد؟ فيه وجهان: ويقال: قولان والخلاف، كالخلاف المشهور، في تفريق الصفقة، بل هو هو.

وقد تعرضنا لهذا النوع^(١٣) في مواضع^(١٤)، وإذا عرفت ما ذكرنا. أعلمت قوله في الكتاب "فلا تقبل" بالواو. والزاي، والألف.

-
- (١) انظر: الروضة ٢٣٧/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.
(٢) انظر: الوجيز ١٧٣/١، والعزیز شرح الوجيز ٢٩/٥.
(٣) "مرة" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) في: أ، ب، ظ "الوالد".
(٥) الوجيز ١٧٣/١، والعزیز شرح الوجيز ٢٩/٥، وانظر: الروضة ٢٣٧/١١، ومغني المحتاج ١٥٦/٢.
(٦) سبقت ترجمته ص ١١٣.
(٧) "إن قول الغزالي - رحمه الله - بالحبس. مخالف للأكثرين. انظر: المصادر السابقة.
(٨) ص ٦٥٠.
(٩) حيث قال هناك: "وعن أبي حنيفة - أنه لا يجبس إلا في نفقة الولد، إذا كان صغيراً أو زمنياً".
انظر: العزیز شرح الوجيز ٣٠/٥، وانظر الهداية ١٠٥/٣.
(١٠) في: أ "وردت" وفي: ظ "ترد".
(١١) في: أ "فهل".
(١٢) في: ب، ظ "متحدة".
(١٣) وفي أ "الفرق"، وفي ز "الفرع".
(١٤) والأظهر قبول الشهادة للأجنبي. والثاني: لا تقبل. انظر: العزیز شرح الوجيز ٢٣٧/٤، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

وقوله: والوالد^(١) بالميم، لرواية "التهديب" وقوله "وتقبل شهادة أحد الزوجين" بالحاء، والألف، والميم^(٢). وقوله: "على أحد القولين" بالواو. للطريقة القاطعة، وقوله: "وإن كانت بعقوبة" بالواو. وقوله "وكل من يستحق النفقة، لاجابة إليه"، لأن المقصود هاهنا الاستحقاق بجهة القرابة. وفي قوله: "بل للأصول^(٣)"، والفروع "ما يفيد الضبط.

فرع: عبد^(٤) في يد زيد، ادعى مدع أنه اشتراه من عمرو، وبعد ما اشتراه عمرو، من زيد صاحب اليد، وقبضه فطالبه^(٥) بالتسليم وأنكر زيد جميع ذلك، فشهد أبناءه للمدعي، بما يقوله.

حكى القاضي أبوسعده فيه قولين. أحدهما: ترد^(٦) شهادتهما لتضمنهما إثبات الملك لأبيهما. وأصحهما: القبول: لأن المقصود بالشهادة في الحال المدعي، وهو أجنبي عنهما^(٧) والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثالث: العداوة، فلا تقبل شهادته^(٨) على العدو وتقبل له. والعداوة هي: التي^(٩) تظهر الغضب^(١٠)، وتحمل على الفرح بالمصيبة، والغم بالسرور، وتقبل الشهادة للصديق والأخ).

(١) في: ب، ظ "الولد".

(٢) في: ز "بالميم والألف".

(٣) في: أ، ب "الأصول".

(٤) "عبد" ليست في: أ.

(٥) في: أ، ب، ظ "وطالبه".

(٦) في: أ، ظ "رد".

(٧) انظر: الروضة ٢٣٦/١١.

(٨) "شهادة" ليست في: ز.

(٩) في: أ "أن يظهر".

(١٠) في: ز "التعصب".

[قال الرافي]: ومن أسباب التهمة العداوة، فلا تقبل شهادة العدو على العدو، خلافاً لأبي حنيفة^(١). لنا ما روي أنه عليه السلام قال: ^(٢) "لا تقبل شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمٍ على أخيه"^(٣). ويروى لا تقبل شهادة خصم، ولا ظنين^(٤) قيل المراد من الخصم العدو، والعداوة التي ترد بها الشهادة هي التي تبلغ حداً يتمنى هذا زوال نعمة^(٥) ذلك، ويفرح بمصيباته، ويحزن بمسراته وذلك قد يكون من الجانيين، وقد يكون من أحدهما، فيختص^(٦) برد شهادته على الآخر، فإن أفضت العداوة إلى ارتكاب ما يقتضي^(٧) الفسق، فهو مردود الشهادة على الإطلاق، وإذا عاداه من يريد أن يشهد عليه، وبالغ في خصومته، فلم يجبه^(٨)، وسكت، ثم شهد عليه، قبلت شهادته، وإلا اتخذ الخصماء ذلك ذريعةً إلى إسقاط الشهادات، وهكذا حكاه القاضي الروياني، عن القفال وذكره^(٩) جماعة منهم صاحب "التهذيب" وأورد في "باب اللعان" بأن شهادة المقذوف على القاذف قبل طلب الحد مقبولة، وبعد الطلب غير مقبولة، لظاهر^(١٠) العداوة، وأنه لو شهد بعد الطلب ثم^(١١) عفا، وأعاد تلك الشهادة، وأنه لو شهد قبل الطلب، ثم

(١) الصحيح من المذهب الحنفي: أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل. صرح بذلك صاحب تنوير الأبصار ٣٥٦/٥ حيث قال: "والعدو لا تقبل شهادته على عدوه إذا كانت دنيوية" وقال ابن عابدين في حاشيته: مطلب في قضاء العدو على عدوه. " . . . شهادة العدو على عدوه لا تقبل، ولو قضى بها القاضي لا ينفذ" ٣٥٧/٥.

وقال في موضع آخر ٤٨٠/٥ "أقول: فنحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه، لا تقبل، وإن كان عدلاً . . ." اهـ.

(٢) "العدو على عدوه . . . خائنه" ليست في: ظ.

(٣) سبق تخريجه ص ٥٣٦ -

(٤) سبق تخريجه ص ٥٤ -

(٥) في: ز "نعم".

(٦) في: ب، ظ "مختص".

(٧) في: ز "يقضى إلى". وفي ب، ظ "ما يوجب".

(٨) في: أ، ب، ظ "يجب".

(٩) في: أ "ذكر".

(١٠) في: أ، ب، ظ "لظهور".

(١١) ثم "ليست في: أ.

طلب قبل الحكم، لم نحكم بشهادته، كما لو ظهر^(١) فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في "تعليق الشيخ أبي حامد"، وغيره أن الشافعي: رضي الله عنه: صَوَّرَ العداوة الموجبة للرد، فيما إذا قذف رجلٌ رجلاً وادعى^(٢) عليه: أنه قطع الطريق عليه^(٣)، وأخذ ماله فقال: يصيران عدوَّين، فلا تقبل شهادة واحدٍ منهما على الآخر، فاكتفى بالقذف دليلاً على العداوة، ولم يتعرَّض لطلب الحدِّ. قال القاضي الروياني: ولعل القفال: أراد غير صورة القذف، ثم على ما ذكره في "التهذيب" الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوف الحد، بل بأن يظهر العداوة، لأنه قال: لو شهد رجل على رجل، وقال: وقذفتي، أو^(٤) قذف زوجتي، وفلاناً، لم تقبل شهادته لفلان، لأنه أظهر العداوة بقوله: قذفتي، أو قذف زوجتي بينه وبين المشهود عليه.

ولو قال: قذف أمي، وفلاناً، لم تقبل شهادته للأم، وفي قبولها لفلان. قولاً^(٥) التبعيض، لأن^(٦) سبب الرد في الصورة الأولى العداوة بينه وبين المشهود عليه، فيعم أثرها، وسبب^(٧) الرد في الصورة الثانية البعضية فجاز أن يختص أثرها بالأم^(٨).

وقد^(٩) يقول: الناظر لم كان قوله "قذف زوجتي" إظهاراً للعداوة، ولم يكن قوله: قذف أمي إظهاراً لها؟ وقد يقول: إن كان قول المقذوف "قذفتي" دليلاً على العداوة، فنفس قذف القاذف أدل عليها، فهلاً^(١٠) اكتفى به، كما دلَّ عليه النصُّ، ولاشك أنه لو شهد على إنسان فقذفه المشهود عليه، لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته،

(١) "ظهر" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ب، ظ "وادعى".

(٣) "عليه" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "و".

(٥) الأظهر: القبول. والثاني: لا.

انظر: الروضة ٢٣٦/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

(٦) في: أ، ب، ظ "قالا لأن".

(٧) في: أ "وسببه".

(٨) من "فيعم أثرها . . . أن يختص" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: ب "والرد هنا للبعضية فلا يورث تهمة في غير الأم بالأم" ولم يرد هذا في جميع النسخ.

(١٠) في: ظ: "فلا".

وقد نص عليه.

[فصل: في العداوات الدينية والعصبية]

والعداوات الدينية، لا توجب رد الشهادة، بل تقبل شهادة المسلم على الكافر، والسني على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لم ترد شهادته عليه. ولو قال العالم الناقد، لا تسمعوا الحديث من فلان، فإنه مخلطٌ ولا تستفتوا منه، فإنه لا يحسنُ الفتيا، لم ترد شهادته، لأن هذا نصحٌ للناس، نص^(١) عليه الشافعي رضي الله عنه. وتقبلُ شهادة العدو للعدو إذ لا تهمة.

والعصبية: وهو أن يبغض الرجل، لأنه من بني فلان إن انضم إليها دعوةُ الناس، وتألفهم للإضرار به، والوقية فيه، فيقتضي رد شهادته عليه، ومجردها لا يقتضي^(٢) الرد^(٣)، وليس من العصبية أن يُحبَّ الرجل، قومه، وعشيرته^(٤)، فتقبل شهادته لهم وعليهم. وتقبل شهادة الصديق للصديق، كما تقبل للأخ، والعم وغير الأصول، والفروع^(٥). وقال مالك: "لا تقبل شهادة الصديق للصديق، وكذا شهادة الأخ للأخ إذا كان منقطعاً إليه يصله ويره"^(٦).

[فصل: في قبول شهادة المبتدعة]

(قال [الغزالي]: وتقبل شهادة المبتدعة إذ الصحيح أنهم لا يكفرون، ولا تقبل شهادة من يطعن^(٧) في^(٨) الصحابة، ويقذف عائشة رضي الله عنها لأنها محصنة بنص الكتاب).

-
- (١) انظر: الأم ٢٠٧/٦، والمختصر ص ٣١٠، وانظر: الروضة ٢٣٨/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.
 (٢) في: أ، ب، ظ "لا يقتضيه".
 (٣) "الرد" ليست في: ب، ظ.
 (٤) في: أ، ب، ظ "عترته".
 (٥) "لضعف التهمة". انظر: الروضة ٢٣٩/١١، وشرح الجلال المحلى ٣٢٢/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٨/٨.
 (٦) مختصر خليل ص ٢٦٤، وانظر: مواهب الجليل ١٥٥/٦ و ١٥٦.
 (٧) في: أ "طعن".
 (٨) في: ز "على".

[قال الرافعي]: جُلُّ الفقهاء من أصحابنا، وغير أصحابنا يمتنعون من تكفير أهل القبلة^(١).

نعم اشتهر عن الشافعي رضي الله عنه تكفير الذين ينفون علم الله بالمعدوم، ويقولون: لم يعلم الأشياء حتى خلقها^(٢). وروى العراقيون عنه تكفير النافين للرؤية، والقائلين بخلق القرآن^(٣)، وأولهُ الإمام فقال: ظني أنه ناظر بعضهم، فألزمه الكفر في الحجاج، فقليل: إنه كفره^(٤).

فمن يكفر لاتقبل شهادته، ومن لا يكفر من أهل البدع، والأهواء^(٥) نص الشافعي في "المختصر"^(٦) و"الأم"^(٧) على قبول شهادتهم، إلا شهادة قوم يرون الكذب كفرةً، ويشهد أحدهم لصاحبه إذا سمعه. يقول: لي على فلان، أو عنده كذا،

(١) انظر: المختصر ٣١٠، والحاوي ١٨٥/٢١، والوجيز ٢٥٠/٢، والروضة ٢٣٩/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨، وانظر: فتح القدير ٤٨٧/٦، والتاج والاكلیل ١٥٠/٦، والمقنع ص ٣٤٧، والانصاف ٤٧/١٢، وانظر الأحكام للآمدي ٧٥/٢، وتيسير التحرير ٤٢/٣ و ٤٣، وشرح الكوكب المنير ٤٠٢/٢.

(٢) في: ب، ظ "يخلقها". وانظر: المختصر ص ٣١٠، والأم ٢٠٥/٦ و ٢٠٦، وشرح الجلال المحلي ٣٢٢/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

(٣) قال النووي في الروضة ٢٣٩/١١ "أما تكفير منكري العلم بالمعدوم، أو بالجزئيات فلا شك فيه، وأما من ينفي الرؤية، أو قال بخلق القرآن، فالمختار تأويله، وسننقل إن شاء الله تعالى عن نصه في "الأم" ما يؤيده. ينظر: ص ٥٥٠ -

(٤) قال النووي ٢٣٩/١١ "وهذا التأويل الذي ذكره أبو بكر البيهقي رضي الله عنه، وآخرون تأويلات متعارضة على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النار، وهكذا تأولوا ماجاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ، واستدلوا بأنهم لم يلحقوهم بالكفار في الإرث، والأنكحة، ووجوب قتلهم، وقتلهم وغير ذلك. والله أعلم.

(٥) "البدع" واحد بدعة. "وهم من خالف في العقائد ما عليه أهل السنة مما كان عليه النبي ﷺ وأصحابه، ومن بعدهم ٠٠٠ وقد يطلق على كل مبتدع أمر لم يشهد الشرع بحسنه وليس مراداً هنا". انظر: نهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

أو هم أهل الأهواء من الجهمية، والقدرية، والمعتزلة، والخوارج، والروافض، ومن نحنا نحوهم". ذكره في شرح الكوكب المنير ٤٠٢/٢.

(٦) انظر: المختصر ٣١٠.

(٧) انظر: الأم ٢٠٥/٦ و ٢٠٦.

فيصدقه يمين أو غير يمين، ويشهد له اعتماداً على أنه لا يكذب، وهؤلاء يسمون الخطّابية^(١). والأصحاب فيه على ثلاث فرق^(٢).

فرقة: جرت على نصّه في الكتّابين، وقبلت شهادة جميعهم، وهم الأكثرون، منهم ابن القاص، وابن أبي هريرة، والقفال، وابن كج، وأبو الطيب، والرويانى. ووجهه بأن هؤلاء مصيبون في زعمهم، ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم، وفيهم طوائف يشددون أمر الكذب، فيتأكد الظن بصدقهم، وإلى هذا أشار الشافعي رضي الله عنه. بقوله^(٣): "وشهادة من يرى كذبه شركاً^(٤) بالله، ومعصية، يجب بها النار، أولى أن تطيب النفس بقبولها، من شهادة من يخفف المآثم فيه، ولم يبالي هؤلاء من سب الصحابة، والسلف، فإنه يقدم عليه على اعتقاد^(٥)، لا على عداوة.

و^(٦) قالوا: لو شهد خطّابي، وذكر في شهادته، ما يقطع احتمال الإعتماد على قول المدعي، بأن قال: سمعت فلاناً يُقرُّ بكذا، لهذا ورأيته أقرضه، قبلت شهادته.

وفرقة أخرى فيهم الشيخ أبو حامد، ومن يحذو حذوه حملوا النص على المخالفين في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا: إذا رددنا شهادة من نفسقه فأولى أن نردّ شهادة من نضلّله، وننسبه إلى البدعة.

وفرقة ثالثة: توسطوا فردوا شهادة بعضهم، دون بعض، فعن أبي إسحاق: أنه قال: من أنكر إمامة أبي بكر رضي الله عنه ردت شهادته لمخالفة الإجماع، ومن فضل علياً على أبي بكر رضي الله عنهما. لم نرد شهادته، ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة، ويقذفون عائشة رضي الله عنها، فإنها محصنة على ما نطق به القرآن.

(١) وهم: أصحاب أبي الخطاب الأسدي الكوفي. كان يقول: يلهية جعفر الصادق، ثم ادعى الإلهية لنفسه. وهم يعتقدون أن الكذب كفر". انظر: الملل والنحل ص ١٧٩ و ١٨٠. للشهرستاني.

وانظر: تيسير التحرير ٤٣/٣، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

(٢) في: ز "والأصحاب فيه ثلاثة طرق على ثلاث فرق".

(٣) انظر: الأم ٢٠٥/٦، والمختصر ص ٣١٠.

(٤) في: أ "شركاء".

(٥) في: أ "اعتقاده".

(٦) "و" ليست في "ز".

قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ﴾^(١) وقذف سائر المحصنات يُوجب^(٢) رد الشهادة، فقذفها أولى.

وعلى هذا جرى الإمام، وصاحب "التهذيب"^(٣) والمصنف، وخيرُ الأمور أوسطها، وفي "الرقم" أن شهادة الخوارج^(٤)، مردودة، لتكفيرهم، أهل القبلة^(٥). ووافق أبوحنيفة^(٦) الفرقة الأولى، من الأصحاب، ومالك الثانية^(٧)، وأحمد رد شهادة ثلاثة^(٨) أصناف: القدرية^(٩)

(١) سورة النورة، من آية ٢٣.

(٢) في: أ "موجب".

(٣) في: ز "المهذب".

(٤) الخوارج: "هم كل من خرج على الإمام الحق الذي اتفقت الجماعة عليه، سواء كان الخروج أيام الصحابة، أو كان بعدهم على التابعين والأئمة في كل زمان".

والمقصود بهم هنا "هم الذين خرجوا على علي بن أبي طالب رضي الله عنه وتبرؤوا منه ومن عثمان . . . ويقدمون ذلك على كل طاعة ويرون الخروج على الإمام إذا خالف السنة حقاً واجباً".

انظر: الملل والنحل ص ١١٤ و ١١٥.

(٥) قال النووي في الروضة ٢٤٠/١١ "الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو قبول شهادة الجميع، فقد قال الشافعي رحمه الله في "الأم". ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينو فيها تبايناً شديداً، واستحل بعضهم ما تطول حكايته، وكان ذلك متقادماً، منه ما كان في عهد السلف إلى اليوم، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدي به، ولا من بعدهم من التابعين ردّ شهادة أحد بتأويل، وإن خطأه وضلله، وراه استحل ما حرم الله تعالى عليه، فلا ترد شهادة أحد بشئ من التأويل كان له وجه يحتمل، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم. هذا نصه بحروفه، وفيه التصريح بما ذكرنا، وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق القرآن، ولكن قاذف عائشة رضي الله عنها - كافر، فلا تقبل شهادته. ولنا وجه أن الخطابي لا تقبل شهادته، وإن بين ما يقطع، لاحتمال اعتماده، وقول صاحبه. والله أعلم". أ.هـ.

(٦) انظر: الهداية ١٢٣/٣، وفتح القدير ٤٨٧/٦.

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣، والتاج والإكليل ١٥٠/٦.

(٨) انظر: المقنع ص ٣٤٧، والإنصاف ٤٧/١٢ و ٤٨.

(٩) القدرية: "فرقتان: الأولى: تزعم أن الله يقدر الأمور أزلاً، ولم يتقدم علمه بها، وإنما يأتونها علماً حال وقوعها، وكانوا يقولون: إن الله أمر العباد، ونهاهم، وهو لا يعلم من يطيعه ممن يعصيه، ولا من يدخل الجنة ممن يدخل النار حتى فعلوا ذلك، فعلمه بعدما فعلوه".

"والثانية: هم الذين ينكرون تعلق الارادة بأفعال العباد "فراراً من تعلق القديم بالمحدث". انظر:

لوامع الأنوار البهية، وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدررة المضية في عقد الفرقة المرضية

٣٠٠/١ و ٣٠١.

والجهمية^(١)، والروافض^(٢). فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "وتقبل شهادة المتبذعة" بالميم، والألف، والواو. والله أعلم.

[فصل: في السبب الرابع من التهمة وهو الغفلة]

(قال [الغزالي]: الرابع: التغافل: قرب^(٣) عدل^(٤) يكثر سهوه، ووهمه، ولا يستقيم حفظه، وضبطه، فلا^(٥) تقبل شهادته، إلا إذا علم أنه في موضع لا يحتمل الغلط).

[قال الرافعي] ومن أسباب التهمة: الغفلة، وكثرة الغلط: فلا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ، ولا يضبط، لأنه لا يوثق بقوله. فإن شهد مفسراً، وبين وقت التحمل، ومكانه فزالت^(٦) الريية عن شهادته قبلت، ولا تقبل أيضاً شهادة من يكثر غلظه، ونسيانه.

وأما الغلط القليل: فإنه لا يقدر في الشهادة لأن أحداً من الناس، لا يسلم منه. قال الإمام: ومعظم شهادات العوام يشوبه جهل، وغرة، فيحوج إلى الاستفصال كما مرّ في أدب القضاء.

[فصل في السبب الخامس من التهمة: وهو دفع عار الكذب]

(قال [الغزالي]: الخامس دفع عار الكذب. فمن ردت شهادته يفسق، فتأب، قبلت شهادته، إلا إذا أعاد تلك الشهادة، لأنه يدفع بها^(٧) عار الكذب، وتقبل

(١) الجَهْمِيَّة: وهم أصحاب جهم بن صفوان، وهم الذين ينفون الصفات الأزلية. انظر: الملل والنحل ٨٦، وتاريخ الفرق الإسلامية ٢٢.

(٢) الروافض: وهم الذين يرفضون أبا بكر وعمر، وأن النبي ﷺ نص على استخلاف علي بن أبي طالب باسمه. انظر: تاريخ الفرق الإسلامية ٢٨٨.

(٣) في: أ، ب، ظ "رب".

(٤) في: ز "عدل مغفل".

(٥) في: ظ "ولا".

(٦) في: ز "وزالت".

(٧) في: أ، ب، ظ "به".

الشهادة المعادة من^(١) العبد، والكافر، والصبي إذا زال نقصانهم، وهل تقبل الشهادة^(٢) المعادة من الفاسق المعلن، والعدو إذا^(٣) صار — صديقاً، والسيد إذا شهد لمكاتبه؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي]: ومن أسباب التهمة: أن يدفع بالشهادة عار الكذب عن نفسه، فإذا شهد فاسق، ورد القاضي شهادته، ثم تاب، كما سَنَصِفُ التوبة فشهادته مقبولة بعد ذلك، لكن لو أعاد تلك الشهادة، لم تقبل خلافاً للمزني^(٤). ولو شهد عبداً أو كافر، أو صبي، فلم يُعْتَد بشهاداتهم، ثم عتق العبد، وأسلم الكافر، وبلغ الصبي، فأعادوا^(٥) شهاداتهم، قبلت، خلافاً للمالك^(٦)، وأحمد^(٧). والفرق من وجهين:

أحدهما: أن العدالة والفسق يدركان بالنظر، والاجتهاد.

والظاهر من حال المسلم العدالة، لكن القاضي، بعد البحث قد يؤدي إجهاده إلى فسق الشاهد، فيحكم بردها، وما حكم برده، لا يحكم بقبوله. كقعد أبطله ليس له أن يصححه، والعبد والصبي، والكافر، ليس لهم أهلية الشهادة، وما أتوا به ليس بشهادة حتى تقبل، أو ترد.

ولو علم القاضي حالهم لم يصغ إلى كلامهم، وهذا الفرق، هو الذي أشار إليه الشافعي.

والثاني: قال الأصحاب: العبد، والكافر، والصبي، لا يتغيرون^(٨) برد الشهادة^(٩). أما العبد، والصبي، فليس إليهما نقصانهما، وأما الكافر فلا يعتد كفره نقصاً بل يفتخر

(١) في: أ، ب، ظ "في".

(٢) "الشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: ز "وتاب الفاسق".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٠٤.

(٥) في: أ "فعدوا".

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٧) انظر: المقنع ص ٣٤٦.

(٨) في: ظ "لا يتغير".

(٩) في: ز "برد شهادة".

به، ولا يبالي برد شهادته لتمسكه بدينه، والفاسق يتعير بالرد، لأن الرد يُظهر فسقه الذي يسعى في إخفائه، ويعترف بأنه نقص، ولأنه متهم بالكذب، والمجازفة، إذا ردت شهادته، فإذا أعاد تلك الشهادة فقد يريد دفع غضاضة الكذب، أو يرى أنه كان القاضي مخطئاً في ظن الفسق به، فلما تبين له خلافه قبل شهادته، وقد يتوهم أنه على فسقه، لكن أظهر التوبة ليعيد الشهادة، ويدفع العار، ومثل هذا لا يقدح في بلوغ الصبي، وما في معناه، فإن كان الفاسق معلناً بالفسق حين شهد، ففي قبول شهادته المعادة بعد التوبة. وجهان: والأئمة إلى أنها لاتقبل أيضاً أميل، واختاره القاضي الروياني. وينسب إلى ابن أبي هريرة. واختار القاضي أبو الطيب القبول، وينسب إلى أبي إسحاق. والوجهان: يتخرجان على الفريقين، إن قلنا: بالثاني: فرد شهادته لا يظهر فسقه فإنه ظاهر وهو غير مبال بفسقه لا يعده عاراً كالكافر، فوجب أن تقبل، وإن قلنا: بالأول، فقد جرى الحكم برد شهادته، لكن هذا إنما يتضح أن لو أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ثم ردها، وفيه وجهان، ثم الذي ذكره الشيخ أبو محمد، واستحسنه الإمام: أنه لا يصغي إليها كشهادة العبد، والصبي، ولو كان الكافر مستسراً بكفره، وردت شهادته، ثم أسلم، وأعادها، حكى القاضي ابن كج في قبولها: وجهين، لكن قياس الفرقين جميعاً أن لا يقبل، أما على^(١) الأول فلأن شهادته تحتاج إلى النظر والاجتهاد، لاستسارها، فإذا جرى الحكم بردها، وجب أن لاتقبل. وأما على الثاني: فلأن رد شهادته يظهر دينه فيفتضح به، ويتعير، فيكون متهماً في الإعادة. ولو شهد على إنسان فردت شهادته لعداوة بينهما، ثم زالت العداوة، فأعاد تلك الشهادة، فوجهان أيضاً، وجه القبول: أن العداوة سبب ظاهر، فالرد بها لا يورث عاراً، ووجه المنع أنها شهادة ردت للتهمة، فإذا أعيدت، لم تقبل كشهادة الفاسق، وهذا أصح على ما ذكره صاحب "المهذب"^(٢) و"التهذيب"^(٣) وغيرهما.

(١) "على" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "أنها".

(٣) انظر: ٤٢٣/٢، وانظر: الروضة ٢٤٢/١١، ومغني المحتاج ٤٣٨/٤.

ويجري الوجهان فيما لو شهد لمكاتبة بمال، أو لعبده بنكاح، فردت^(١) شهادته، فأعادها بعد عتقهما، والذي أجاب به ابن القاص في هذه الصورة القبول، ويجريان فيما إذا شهد اثنان من الشفعاء يعفو شفيع ثالث قبل أن يعفوا فردت شهادتهما^(٢) ثم أعادها بعد اندمال الجراحة.

فرع: عن "أمالي" أبي الفرج: شهد فرعان على شهادة أصل فردت شهادتهما بفسق^(٣) الأصل، فقد صارت شهادة الأصل مرودة، فلو تاب، وشهد بنفسه وأعاد^(٤) الفرعان شهادتهما على شهادته، أو شهد على شهادته فرعان آخران، لم تُقبل، ولو ردت شهادة الفرعين لفسقهما لم تتأثر به شهادة الأصل.

[فصل: في السبب السادس من التهمة: وهو الحرص على الشهادة]

(قال [الغزالي]: الحرص على الشهادة بالمبادرة قبل الدعوى، فلا تقبل، وبعد الدعوى وقبل الاستشهاد وجهان، فإن لم تقبل، فهل يصير به مجروحاً^(٥)؟ وجهان. ولو جلس مختفياً^(٦) في زاوية لتحمل شهادة قبلت منه، ولا تُحمل على الحرص^(٧)).

[قال الرافعي] ومن أسباب التهمة الحرص على الشهادة بالمبادرة. واعلم أن الحقوق على ضربين، ضرب لا يجوز المبادرة إلى الشهادة عليه، وضرب يجوز، وتسمى الشهادة عليه على وجه المبادرة شهادة الحسبة، وستعرف أنواعها في الفصل التالي^(٨) لهذا الفصل.

(١) في: ز "ثم ردت".

(٢) في: أ "شهادتهما".

(٣) في: ز "لفسق".

(٤) في: ز "أو أعادها".

(٥) في: ز "مجروحاً به".

(٦) في: ز "في زاوية مخبأً".

(٧) في: ز "حرصه".

(٨) في: أ "الثاني".

فحيث لا يجوز، فالمبادر^(١) متهم، فلا تقبل شهادته، وفي الخبر أنه ﷺ قال في معرض الذم "ثم يجيء قوم يُعْطُونَ الشهادة قبل أن يسألوها"^(٢) وروى أنه ﷺ قال: "خير الشهداء الذي يأتي بالشهادة قبل أن يُسألها"^(٣) فَجُمِعَ بين الحديتين بحمل الثاني على ما يجوز المبادرة إليه، وحمل الأول على ما لا يجوز^(٤)، والمبادرة أن يشهد من غير تقدُّم دعوى فإن شهد في غير موضع الحاجة بعد الدعوى، وقبل أن يستشهد فوجهان: أحدهما: القبول، لأنه شهد وقت الحاجة إلى إقامة البينة، والأظهر: المنع^(٥) للتهمة، ولفظ الخبر الأول ما يشهد له، وهو الذي أورده في "التهذيب" وإذا رددنا شهادة المبادرة. ففي صيرورته مجروحاً وجهان مشهوران في كلام الأصحاب.

وأشبههما^(٦) المنع، ويحكي القطع به عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه، فظاهر هذا الإيراد كون الخلاف في سقوط عدالته على الإطلاق، ويؤيده

(١) في: أ "المبادرة".

(٢) من قوله "في معرض . . . قبل أن يسألوها" ليست في أ.

والحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ١٥١/٣، كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد.

ومسلم بشرح النووي ٨٧/١٦، فضائل الصحابة ثم الذين يلونهم من حديث عمران بن حصين بلفظ "خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون . . . الحديث".

(٣) الحديث أخرجه مسلم بشرح النووي ١٦/١٢، كتاب الأقضية، باب خير الشهود. وانظر: البدر المنير ٤٤٤/٢، والتلخيص ٢٠٤/٤.

(٤) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٤/٤. "قائدة نَجِّعَ بين هذا الحديث والذي قبله، بحمل الأول على حقوق الآدميين، والثاني على حقوق الله. أو حمل الأول على شاهد الزور، والثاني على الشاهد على الشيء يؤدي شهادته، ولا يمنع من إقامتها، أو الأول على الشهادة في الأيمان، كمن يقول: أشهد بالله ما كان كذا. ووجه كراهة ذلك أنه نظير الحلف، وإن كان صادقاً، وقد كره. والثاني: على ما عدا ذلك، أو الأول على الشهادة على المسلمين بأمر مغيب، كما يشهد أهل الأهواء على مخالفهم، أنهم من أهل النار، والثاني: على من استعد للأداء، وهي أمانة عنده. وأما الأول على ما يعلم بها صاحبها، فيكره التسرع إلى أدائها. والثاني: على ما إذا كان صاحبها لا يعلم بها". أ.هـ.

(٥) انظر: الروضة ٢٤٢/١١، ومغني المحتاج ٤٣٦/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

(٦) انظر: الروضة ٢٤٢/١١، ومغني المحتاج ٤٣٦/٤.

أن القاضي أبا سعد قال: الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الصغائر، أو الكبائر، لكن منهم من يفهم كلامه، وقوع هذا الخلاف في قبول تلك الشهادة منه إذا أعادها، لا في سقوط العدالة مطلقاً. هذا صاحب الكتاب: يقول: في "الوسيط" في باب دعوى الدم. في وجه لا تقبل تلك الشهادة منه، إذا أعادها، كالشهادة المردودة عليه^(١)، بعلّة الفسق، وعلى وجه تقبل، وعلى^(٢) وجه: إن تاب عن المبادرة، فتقبل^(٣)، وفي "التهذيب" إنا إذا قلنا: يصير مجروحاً فلا يشترط استبراء الحال، حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل فأشعر ذلك^(٤) بكون الخلاف في تلك الشهادة، لا غير. وتقبل شهادة من اختفى^(٥) وجلس في زاوية مستحفاً لتحمل الشهادة، ولا تحمل على الحرص إذ^(٦) الحاجة قد تدعو إليه، بأن يقر من عليه الحق إذا خلا به المستحق، ويجهد إذا حضر غيره.

وعن مالك^(٧) أنّ المشهود عليه إن كان جلدأً لا ينخدع، فتقبل هذه الشهادة، وإن كان ممن ينخدع، فلا تقبل، وحكى الفوراني عن مذهب مالك: أن شهادة المخنثين، لا تقبل أصلاً، وأن للشافعي قولاً في القديم مثله^(٨). وأن على المذهب الصحيح^(٩) يستحب أن يخبر الخصم أنني شهدت عليك حتى لا يبادر إلى تكذيبه، إذا شهد فيعزره القاضي. ولو قال: رجلان لثالث: توسط بيننا لتحاسب وتتصادق على أن لا تشهد علينا بما يجري فهذا الشرط لاغ، وله بل عليه أن يشهد بما علم.

[فصل: في شهادة الحسبة]

(قال: [الغزالي] وتقبل شهادة الحسبة ابتداءً فيما لله تعالى فيه حق^(١٠) مؤكداً

(١) "عليه" ليست في ب، ز، ظ.

(٢) "وعلى وجه" ليست في: ز.

(٣) "فتقبل" ليست في: ز. وفي ب: "تقبل".

(٤) في: ظ "في كون".

(٥) في: "اختبأ".

(٦) في: أ "أو".

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٥.

(٨) في: ب "قولاً مثله في القديم".

(٩) انظر: الروضة ٢٤٣/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

(١٠) في ز: "فيه حق لله تعالى".

كالطلاق، والعتاق، والخلع، والعفو عن^(١) القصاص، وتحريم الرضاع.

واختلفوا في الوقف على معين. وفي النسب، وفي شراء القريب الموجب

للعتق).

[قال المصنف]

غرض الفصل بيان ما تقبل فيه شهادة الحسبة، وهو ما يتمحض حقاً لله تعالى،
أوله فيه حقٌّ مؤكِّدٌ لا يتأثر برضى الآدميين، فمنه الطلاق، وهل تقبل شهادة الحسبة في
الخلع؟ أطلق في "التهذيب" المنع، وقال الإمام: تقبل في الفراق، ولا يثبت^(٢) المال. قال:
ولا أبعد ثبوته تبعاً. ولا أن يثبت الفراق دون البيونة، ومنه العتاق، ويستوي فيه العبد،
والأمة.

وقال أبو حنيفة: تقبل في عتق الأمة دون العبد^(٣). وتقبل في الاستيلاء. قال في

"التهذيب" ولا تقبل في التدبير.

وفي تعليق العتق، وكان^(٤) شيخنا القاضي يقول: تقبل كالاستيلاء، كأن الفرق

عند من فرق أن الاستيلاء يفضي إلى العتق لا محالة.

وهما بخلافه. قال: وكذا لا تقبل^{شهادة} الحسبة في الكتابة، وإن أدى النجم الأخير،

شهدوا على العتق، وفي شراء القريب، وجهان: في وجهٍ تقبل شهادة الحسبة، لحق

العتق، والأشبه، وهو جواب القاضي الحسين: المنع. لأنهم يشهدون على الملك، والعتق

شيء^(٥) يترتب عليه^(٦)، وليس كالخلع، إذا قلنا: يثبت بشهادتهم الفراق دون المال، لأن

المال في الخلع تابع، وفي الشراء مقصودٌ، فإثباته دون المال محالٌ. ومنه العفو عن

القصاص، فالصحيح، وهو المذكور في الكتاب^(٧) أن شهادة الحسبة مقبولة فيه.

(١) في: أ "و".

(٢) في: ز "ولا تقبل في".

(٣) في: أ "الأمة" وهو خطأ.

(٤) في: أ، ب، ظ "العتق به كان" والمراد بالشيخ هنا: القاضي الحسين.

(٥) "شيء" ليست في: أ.

(٦) "عليه" ليست في: أ.

(٧) انظر: الوجيز ٢/٢٥١. والروضة ١١/٢٤٣، ومغني المحتاج ٤/٤٣٧.

وحكى القاضي أبوسعده الهروي، فيه^(١) وجهاً آخر، لأن ترك القاتل الدعوى مع الحرص على الحياة يورث تهمة^(٢) في شهادتهم. ومنه: تحريم الرضاع. ومنه الوقف.

فإن كان على جهة عامة فتقبل فيه شهادة الحسبة، وكذا الوصية للفقراء، وفي الوقف على الجهات الخاصة، وجهان عن الصيدلاني: أن الجواب كذلك، وهذا ما أورده الروياني في "جمع الجوامع".

وحكى الإمام عن المعظم المنع، لتعلقه بحظوظ خاصة.

قال صاحب "الكتاب" في "الوسيط" وهو الصحيح^(٣). ومنه النسب: فعن^(٤) القاضي الحسين؛ أنه لا تقبل فيه شهادة الحسبة، وحكم المصنف في الباب الثالث^(٥) بأنه الأصح. والذي أورده الصيدلاني، وصاحب التهذيب القبول. وهو الأظهر، لأنه متعلق حقوق الله تعالى، كالطلاق والعتاق. ومنه: بقاء العدة، أو انقضاءها، وتحريم المصاهرة، وكذا الزكوات، والكفارات^(٦) والبلوغ، والكفر، والإسلام، والحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنا، وقطع الطريق، والسرقه، لكن الأولى فيها الستر، وفي حد السرقه.

وجه آخر مذكور في "باب السرقه"^(٧). وقال القاضي أبوسعده الهروي: ومنه الإحصان، والتعديل، لأن البحث عن حال الشهود، واجب لحق الله تعالى^(٨)

وأما ماهو حق العباد، كالقصاص، وحد القذف، والبيوع، والأقارير، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة، فإن لم يعلم صاحب الحق^(٩)، أخبره الشهود حتى يدعي،

(١) "فيه" ليست في: ز.

(٢) في: ب، ظ "التهمة".

(٣) انظر: الوسيط ٣٥٩/٧، الوجيز ٢٥١/٢، والروضة ٢٤٣/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

(٤) في: أ "عن".

(٥) وهو "مستند علم الشاهد". انظر: الوجيز ٢٥٣/٢.

(٦) في: ز "الكفارة".

(٧) انظر: الوجيز ١٧٨/٢، والعزیز شرح الوجيز ٢٣٨/١١، والروضة ٤٨٠/١٠.

(٨) من "لأن البحث . . . لحق الله تعالى" ليست في: أ، ب، ظ. والموجود "وقد ذكرناه في باب التزكية".

(٩) انظر: الروضة ٢٤٤/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

ويستشهدهم، ويشهدوا، هذا هو المذهب المشهور.^(١)

وفيه وجهان آخران: ذكرهما الإمام في دعوى القتل: أحدهما: أنهما^(٢) لا تقبل، في الدماء لخطرها.

والثاني: تقبل في الأموال أيضاً، وذكر أن صاحب "التقريب" خرج من أحد الوجهين، في جواز انتزاع المغصوب من الغاصب، ليوصله إلى المالك، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: في باب دعوى الدم "وشهادة الحسبة لا تقبل في حقوق الآدميين"^(٣) في أصح الوجهين"^(٤).

ثم القائلون بالقبول: منهم من أطلق، وعن الأستاذ أبي طاهر: تخصيص القبول بما إذا لم يعلم المستحق بالحق. ويجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب "فلا تقبل" في الفصل السابق.

فروع: ما تقبل فيه شهادة الحسبة، هل تسمع فيه دعوى الحسبة؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا؛ لأن الثبوت بالبينة، وهي غنية عن الدعوى، وهذا هو الجواب في "فتاوى القفال"

والثاني: عن القاضي الحسين: أنها تسمع، لأن البينة قد لا تساعد^(٥) فيراد^(٦) استخراج الحق باقرار المدعى عليه^(٧).

(١) انظر: الروضة ٢٤٤/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

(٢) في: أ، ب، ظ "أنه تقبل" وهذا خطأ.

(٣) في: أ "الأميين".

(٤) انظر: الوجيز ١٦٣/٢، والعزیز شرح الوجيز ٦١/١١.

(٥) في: أ "تساعد".

(٦) في: أ، ب، ط "ويراد".

(٧) ورد بهامش العزيز ٣٦/١٣ التعليق الآتي: "قال الشيخ البلقيني: الأصح ما ذكره القاضي الحسين،

وما اعتقد أن القفال يخالف فيما إذا لم تكن بينته، وادعى العبد على السيد أنه اعتقد أن الدعوى

تسمع ليحلف السيد، أو يقر، أو ينكل فتزد اليمين على العبد فيحلف العبد، ويثبت العتق، وإنما

كلام القفال في صورة وجود الشهود، فإن الحال حيثئذ غني عن الدعوى بشهادتهم حسبة.

وشهود الحسبة يجيئون إلى القاضي، ويقولون: نشهد على فلان بكذا فأحضره^(١) نشهد^(٢) عليه، فإن جاؤوا، وقالوا: إن فلاناً زنى فهم قذفه.

وفي "الفتاوى": أنه لو جاء رجلان، وشهدا بأن فلاناً أخو فلانة من^(٣) الرضاع، لم يكف حتى يقولوا: وهو يريد أن ينكحها. وأنه لو شهد اثنان بالطلاق، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم جاء آخران، يشهدان بأخوة الرضاع بين المتناكحين، لم تقبل هذه الشهادة، إذ لا فائدة في الحال، ولا عبرة^(٤) بقولهما: "نشهد" لئلا يتناكحا من بعد، وأن الشهادة على أنه أعتق، إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترق من أعتقه، وهذه الصورة تُفهم أن شهادة الحسبة، إنما تسمع عند الحاجة، ولو جاء عبداً إنسان إلى القاضي، وقالوا: إن سيدنا أعتق أحدنا، وقامت على مايقولان بينة، سمعت، ولو^(٥) كانت الدعوى فاسدة، لأن البينة على المعتقد^(٦) مستغنية عن تقدم الدعوى.

وليعلم من لفظ الكتاب قوله: "والعتاق" بالحاء، وقوله: "والعفو عن القصاص، بالواو، ولما بيناه".

[فصل: في شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي]

(قال [الغزالي]: وتقبل شهادة البدوي، على القروي، والقروي على البدوي، وشهادة الحدود في القذف إذا تاب)^(٧)

[قال الرافي] تكلم في الصفات المعتمدة في الشهود، وبين^(٨) في خلالها ما يمنع

وقد يقول القفال: ليس هذه دعوة حسبة، بل هي دعوى المظلوم بالرق، أو يحمل كلام القفال على حدود الله تعالى، فأما الطلاق فإنه تسمع دعوى الزوجة فيه بلا خلاف، وكذلك دعوى العبد العتق. انتهى، ووافق صاحب الخادم شيخه البلقيني.

(١) في: أ، ب، ظ "وأحضره".

(٢) في: أ، ب، ظ "لنشهد".

(٣) في: أ، ب، ظ "في".

(٤) في: أ، ب، ظ "في الحال" بقولهما، ولا عبرة بكونهما نشهد".

(٥) في: ز "وإن".

(٦) في: أ، ب، ظ "العتق".

(٧) "إذا تاب" ليست في: ز.

(٨) في: أ "تبين".

قبول الشهادة، تكلم في أمور ظن ظانون أنها من موانع القبول. منها شهادة البدوي على القروي، وبالعكس: مقبولة، وقال أحمد^(١): لا تقبل شهادة البدوي على القروي، وبه قال مالك^(٢): إلا في القتل، والجراحات، قال: لأن القروي، لا يخرج إلى البادية للإشهاد، لكن البدوي، قد يدخل القرية، فيشهد. والأمر في هذا لا ينضبط.

ومنها: شهادة المحدود في القذف، وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حدَّ به، وفي غيره. وعند أبي حنيفة: شهادة المحدود في القذف: لا تقبل، وإن تاب^(٣). وقال مالك: "كل من حدَّ في معصية، لم تقبل شهادته، فيما حدَّ فيه"^(٤) ومن هذا القبيل شهادة ولد الزنا مقبولة.

ويجوز أن يكون قاضياً، لكن لا يمكن أن يكون إماماً، لأن النسب شرط في الإمامة. وقال مالك: لا تقبل^(٥) شهادة ولد الزنا في الزنا^(٦).

[شهادة الأخرس]

واعلم أن شهادة الأخرس، الذي لا يعقل الإشارة، لا اعتبار بها، فإن^(٧) كان يعقل الإشارة، فقولان عن تخريج ابن سريج أحدهما: أنها مقبولة اعتماداً على الإشارة، كما في عقوده، ويُحكى هذا عن مالك، واختيار الحناطي، والقاضي أبي الطيب.

والثاني: المنع، لأن الإشارة، لا تصرح وإنما تفيد ظناً، ونحن في غنية عن شهادته بشهادة غيره، وتُخرَج عليه عقوده، وهذا أظهر عند الأكثرين، منهم ابن القاص، والشيخ أبو حامد، وبه قال أبو حنيفة^(٨)، وأحمد^(٩)، وإيانا^(١٠). وعلى هذا فتعتبر في

(١) "المذهب قبولها، وعنه لا تقبل". انظر: المقنع ص ٣٤٨، والانصاف ٦٤/١٢.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٤، وانظر: التاج والإكليل ١٦٧/٦.

(٣) انظر: الهداية ١٢٢/٣.

(٤) انظر: المصدر السابق، وانظر: مواهب الجليل ١٦١/٦ و ١٦٢.

(٥) انظر: المصدر السابق.

(٦) "في الزنا" ليست في: ب، ظ.

(٧) في: ز "وإن".

(٨) انظر: الهداية ١١٨/٣.

(٩) انظر: المقنع ص ٣٤٦.

(١٠) "إيانا" ليست في: ز. وانظر: الروضة ١٤٥/١١.

الشاهد، وراء الصفات المذكورة. في أول الباب: أن يكون ناطقاً. وذكر أبو القاسم الصيمري. في "مختصر جمعة" في أحكام الشهادات: أنه لا تجوز شهادة المحجور عليه بالسفه، فإن كان كذلك زادت صفة أخرى. والله أعلم.

[فصل: في توبة القاذف وسائر أنواع الفسق]

(قال [الغزالي]: ويكفيه^(١) أن يقول: تبت، ولا أعود، إلا إذا أقرّ على نفسه بالكذب، فهو فاسق، يجب استراؤه، ككل^(٢) فاسق يقول: تبت فإنه لا يُصدّق حتى يستبرأ مدة، فيعلم بقرائن الأحوال، صلاح سيرته).

[قال الرافعي] أخذ في الكلام في توبة القاذف، ثم اختلط به الكلام في التوبة عن ماهي التوبة وأنواعها
سائر أنواع الفسق، ووجه الحاجة إليه يبيّن، فإن من لا تقبل شهادته لفسقه^(٣) تقبل شهادته^(٤) إذا تاب، وظهر إعراضه عما كان فيه، فيجب معرفة أن التوبة ماهي، وبما تحصل؟ قال علماء الأصحاب: التوبة تنقسم إلى ماهي بين العبد^(٥) وبين الله تعالى، وهي التي يندفع بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر، وهي التي تتعلق بها عدد الشهادات، والولايات.

أما التوبة الأولى: فهي: أن يندم على ماضى، ويترك مثله في الحال ويعزم على
أن لا يعود إليه، ثم إن كانت المعصية، لا يتعلق بها حق الله تعالى، ولا العباد، كوطيء الأجنبية فيما دون الفرج، وتقييلها، فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي، كمنع الزكاة، وكالغصب، والخيانات^(٦) في أموال الناس، فيجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس، إن بقيت، ويغرم بدلها إن لم تبق، أو يستحلّ فيبرئه المستحق، ويجب أن يخبر المستحق إن لم يعلم به، وأن يوصله إليه إذا كان غائباً،

(١) في: أ "وكيفيته".

(٢) في: أ، ب، ظ "وكل".

(٣) في: أ، ب، ظ "لفسق".

(٤) "تقبل شهادته" ليست في: ب، ز، ظ.

(٥) في: ز "بين العبد وربه".

(٦) في: أ "الخيانات".

إن قد غصبه منه هناك^(١) ونقله، فإن مات سلمه إلى وارثه، فإن لم يكن وارث، أو غاب، وانقطع خبره، دفعه إلى قاضٍ، يعرف حُسْنَ سيرته، وديانته، فإن تعذر، تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له، ذكره العبادي في الرقم^(٢) وصاحب "الكتاب" في غير الكتب الفقهية^(٣)، فإن^(٤) كان معسراً، نوى^(٥) الغرامة إذا قدر، فإن مات قبل أن يقدر، فالمرجو من فضل الله تعالى "المغفرة"^(٦) وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي: فإن كان حداً لله تعالى. كما لو زنى، أو شرب، فإن لم يظهر، فيجوز أن يظهره، ويقرَّ به، ليقام عليه الحد، ويجوز أن يستر على نفسه، وهو الأولى. وإن ظهر، فقد فات الستر فيأتي الإمام ليقيم عليه الحد. قال: في "الشامل" إذا تقادم عليه^(٧) العهد. وقلنا: إنه يسقط الحد. وإن كان حقاً للعباد، كالقصاص وحد القذف، فيأتي المستحق، ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحق، فيجب في القصاص أن يُخبره، ويقول: أنا الذي قتلت أباك، ولزمني القصاص فإن شئت فاقتص، وإن شئت فاعف. وفي حد القذف هل يخبره؟ ذَكَرَ في "الكتاب"^(٨) في أول "اللعان". تردداً. في أنه إذا أتى ببعض كنيات القذف، وأراد القذف، ولم يُحْلَفْهُ المَقْدُوفُ على النية^(٩)، فيخبر المَقْدُوفُ، أو يخفيه، ولا يؤذنه^(٩) وجواب العبادي وغيره هاهنا: أنه يخبره عن القذف، كما في حق القصاص، وفي مثله في الغيبة.

إذا كان
الذنب حداً
لله تعالى أو
حقاً للعباد

(١) في: ب، ظ "هناك".

(٢) انظر: إحياء علوم الدين ٤/٤ و ٨، والروضة ٢٤٩/١١ و ٢٥٠.

(٣) في: أ، ب، ظ "وإن"

(٤) في: أ "ونودي".

(٥) قال النووي: "ظواهر السنن الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة، وإن مات معسراً عاجراً

إذا كان عاصياً بالتزامها، فأما إذا استدان في مواضع يباح له الاستدانة، واستمر عجزه عن الوفاء

حتى مات، أو أتلّف شيئاً خطأ، وعجز عن غرامته حتى مات. فالظاهر أن هذا لامطالبة في حقه

في الآخرة، إذ لا معصية منه، والمرجو أن الله تعالى يعرض صاحب الحق، وقد أشار إلى هذا

إمام الحرمين في أول كتاب النكاح: وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان

يرجو الوفاء به جهة، أو سبب ظاهر" انظر الروضة ٢٤٦/١١

(٦) عليه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) الوجيز ٨٥/٢.

(٨) في: أ "البينة".

(٩) انظر: الروضة ٢٤٧/١١، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.

رأيت في فتاوي "الحناطي" أنها إذا لم تبلغ المغتاب، كفى الندم، والاستغفار،
 وإذا بلغت، أو طرد طارداً قياس القصاص، والقذف فيها، فالطريق: أن يأتي المغتاب،
 ويستحل منه، فإن تعذر بموته، أو عسر لغيبته، الشاسعة، فيستغفر الله تعالى، ولا اعتبار
 بتحليل الورثة، كذا ذكره الحناطي، وغيره.

قال العبادي: والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير، ويُسرُّ ببليته، توبة الحاسد
 فيأتي المحسود، ويخبره بما أضمره ويستحلّه^(١)، ويسأل الله تعالى: أن يزيل عنه هذه الخلة،
 وهي إلزام الأخبار عن مجرد الإضرار يُعدُّ^(٢).

فرع: سئل أبو عبد الله الحناطي: عمن قصر فيما^(٣) عليه من الدين، والمظلمة، توبة من قصر
 فيما عليه من الدين المظلمة
 ومات المستحق، واستحقه وارث بعد وارث يتعلق به في الآخرة صاحب الحق أولاً، أو
 الأخير من ورثته، وورثة ورثته؟

فقال: يرثه الله تعالى بعد موت الكل وتُرَدُّ^(٤) إليه في القيامة^(٥).

وحكى وجهاً آخر عن الأصحاب: أنه^(٦) لآخر من مات من الوارثين وفي
 "الرقم" أنه يُكْتَبُ الأجر لكل وارث مدة عمره، ثم يكون الثواب لمن بعده. ولو دفع
 إلى بعض الوارثين عند إنتهاء الاستحقاق إليه، خرج عن المظلمة إلا بما سوف وماطل.

[فصل في التوبة الظاهرة وأنواع المعاصي]

وأما التوبة الظاهرة، فالمعاصي تنقسم إلى: فعلية، وقولية: أما الفعلية: كالزنا،
 والسرقة، والشرب والغصب^(٧)، فإظهار التوبة عنها: لا يكفي في قبول الشهادة، وعود
 الولاية، لأنه لا يؤمن أن يكون له في الإظهار غائلةً وغرضٌ فاسدٌ، فيختير مدة يغلبُ

(١) في: ز "يستقبله" خطأ.

(٢) قال النووي في الروضة ٢٤٧/١١، "المختار. بل الصواب: أنه لا يجب إخبار المحسود، بل
 لا يستحب، ولو قيل: يكره لم يُعَدُّ". وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٤٠.

(٣) في: أ "مما".

(٤) في: ز "ويرده".

(٥) في: أ "القيمة".

(٦) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "الغصب" ليست في: أ، ب، ظ.

على الظن فيها: أنه قد أصلح عمله، وسريرته، وأنه صادق في توبته، وهل تتقدر تلك المدة؟ قال قائلون: لا، إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص، وأمارات الصدق، وهذا ما اختاره الإمام والعبادي، وإليه أشار صاحب الكتاب^(١) بقوله "حتى يستبرأ مدة فيعلم إلى آخره".

وذهب آخرون إلى تقديرها، وفيه وجهان. قال: أكثرهم: يُستبرأ سنة^(٢)، فإن لمضي الفصول الأربعة أثراً^(٣) بيناً في تهيج النفوس، وانبعاثها لمشتهياتها^(٤)، فإذا مضت على السلامة أشعرَ ذلك بحسن السريرة، وقال جماعة تكفي ستة أشهر لظهور عَوْدِهِ^(٥)، إن كانت، ونسبوا ذلك إلى النص^(٦).

وأما القولية فمنها: القذف، ولا بد من التوبة عنه بالقول، كما أن التوبة عن الردة بكلمتي الشهادة. قال الشافعي: في^(٧) "المختصر"^(٨) والتوبة "إكذابه نفسه" فأخذ الإصطخري بظاهره، وشرط أن يقول: كذبت فيما قذفته به^(٩)، ولا أعود إلى مثله لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "توبة القاذف إكذابه نفسه"^(١٠).

-
- (١) انظر: الوجيز ٢/٢٥٢.
(٢) انظر: المهذب ٢/٤٢٣، والتنبيه ص ٢٧٠.
(٣) في: ب، ظ "تأثيراً".
(٤) في: أ "لمشتهياتها".
(٥) في: أ "عوره".
(٦) انظر: الأم ٦/٢٠٩، والمهذب ٢/٤٢٣، والوجيز ٢/٢٥٢، والروضة ١١/٢٤٨، ونهاية المحتاج ٢٩١/٨.
(٧) في: ب، ظ "قال الشافعي وتوبة القاذف".
(٨) انظر: المختصر ص ٣٠٤.
(٩) "به" ليست في: أ.
(١٠) حديث "توبة القاذف"
قال عنه الحافظ في التلخيص ٤/٢٠٤ "لم أره مرفوعاً، وفي البخاري معلقاً عن عمر: أنه قال لأبي بكر: تب، نقبل شهادتك، ووصله البيهقي كما سيأتي في آخر الباب، وفيهما أيضاً عن أبي الزناد قال: والأمر عندنا إذا رجع عن قوله وأكذب نفسه، واستغفر ربه، قبلت شهادته".
وانظر: البخاري ٣/١٥٠، كتاب الشهادات، باب شهادة القاذف، بلفظ " . . . من تاب قبلت شهادته . . .".

ويحكى هذا عن أحمد^(١)، قال أبو إسحاق^(٢)، وابن أبي هريرة، والجمهور^(٣): لا يكلف أن يقول: كذبتُ، فإنه قد يكون صادقاً فكيف يأمره بأن يكذب، ولكن يقول: القذف باطلٌ، وإني نادمتُ على ما فعلت، ولا أعود إليه، أو يقول: ما كنت محقاً في قذفي، وقد تبت منه، وما أشبه ذلك.

والخير محمول على الرجوع والإقرار ببطلان ما صدر منه، فإنه نوع إكذاب، وكذلك لفظ الشافعي^(٤)، وقد قال: عقب ما حكاها^(٥)، والتوبة منه أن يقول: "القذف باطل" كأنه جعل هذا اللفظ توبة، ولا فرق في ذلك بين القذف على سبيل السب والإيذاء، وبين القذف على صورة الشهادة، إذا لم يتم عدد الشهود إن قلنا بوجوب^(٦) الحد على من شهد، فإن لم نوجب فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة، ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب جريئته بين يدي القاضي، ثم إذا تاب بالقول فهل يستبرأ المدة^(٧) المذكورة، إذا عُرِفَ عدلاً إلى أن قَذَفَ^(٨)؟ يُنظر إن كان القذف على صورة الشهادة، فلا حاجة إليه، وحكى الإمام طريقة أخرى، أنه على قولين^(٩)، كما سنذكر في القذف على صورة السب والإيذاء. والظاهر الفرق، فإن ذلك^(١٠) فسقٌ مقطوع به، والفسق عند الشهادة غير مقطوع به، ولهذا تقبل رواية من شهد بالزنا، وإن لم يتب، ألا ترى أنهم كانوا يروون^(١١) عن أبي بكره الثقفي^(١٢) رضي الله عنه، ولم يتب، ورواية من

(١) انظر: المقنع ص ٣٤٧.

(٢) "أبو إسحاق" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) انظر: المختصر ٣٠٤، والمهذب ٤٢٣/٢، والروضة ٢٤٨/١١، ومغني المحتاج ٤٣٩/٤.

(٤) انظر: الأم ٢٠٩/٦، والمختصر ص ٣٠٤.

(٥) في: أ، ب، ظ "عقيب ما حكاها"

(٦) في أ: "يوجب".

(٧) في: أ "الذمة".

(٨) في: أ "يقذف".

(٩) في: أ "القولين".

(١٠) "ذلك" ليست في أ.

(١١) في: أ "يروون".

(١٢) هو: نفي بن الحارث، ويقال: ابن الحرث، ويقال: ابن مسروح بن كلدة الثقفي، مشهور بكينته "أبو بكره". وكان تدلّى إلى النبي ﷺ من حصن الطائف ببكرة، فاشتهر بأبي بكره،

قذف سباً غير مقبولة، ويتأيد ذلك بقول عمر رضي الله عنه في القصة المشهورة، لأبي بكر "تب أقبل شهادتك"^(١) وإن كان قذف سبٍ وإيذاء، فظاهر نص "المختصر"^(٢) أنه لا يشترط الاستبراء، وتقبل شهادته في الحال، وعن نصه في "الأم"^(٣) أنه يشترط، وفيهما طريقان:

الأشهر: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه^(٤) لا يشترط، لأن القاذف يحتمل أن يكون صادقاً، فلا حاجة فيه^(٥) إلى التشديد والاحتياط، ويحكي هذا عن أحمد^(٦).

وأصحهما: الاشتراط على ما قال تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾^(٧) وصار كما في سائر المعاصي، ونزلهما منزولون على حالين، وذكروا للتنزيل وجوهاً.

أحدها: حمل ما في "المختصر"^(٨) على ما إذا لم يصرح بتكذيب نفسه، وحمل ما في "الأم"^(٩) على ما إذا صرّح.

= كان من فضلاء الصحابة، وسكن البصرة، وأنجب أولاداً لهم شهرة، ومات بالبصرة سنة إحدى وخمسين. رضي الله عنه وأرضاه.

انظر ترجمته في: الإصابة ٥٧١/٣ و ٥٧٢، والإستيعاب ٥٦٧/٣ و ٥٦٨.

(١) خبر عمر رضي الله عنه "تب أقبل شهادتك".

أخرجه البخاري في صحيحه ١٥٠/٣، كتاب الشهادات، باب شهادة القاذف بلفظ "وجلد عمر أبا بكر، وشيبل بن مَعْبِدٍ، ونافعاً بقذف المغيرة، ثم استتابهم، وقال: من تاب قبلتُ شهادته.

وأخرجه الشافعي في الأم ٢٠٩/٦، وانظر المختصر ص ٣٠٤، بلفظ " أن عمر قال لأبي بكر "تب تقبل شهادتك، أو قال إن تبت قبلت شهادتك".

وانظر: البدر المنير ٤٤٨/٢، والتلخيص ٢٠٧/٤.

(٢) انظر ص ٣٠٤.

(٣) انظر ٢٠٩/٦.

(٤) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٥) "فيه" ليست في: أ.

(٦) انظر: المقنع ص ٣٤٧.

(٧) سورة النور، من آية ٥.

(٨) ص ٣٠٤.

(٩) ٢٠٩/٦.

والثاني: حمل الأول^(١) على ما إذا طال الزمان، بعد القذف، وحسنت السيرة،
ثم تاب بالقول: وحمل الثاني على ما إذا لم يطل،
والثالث: حمل الأول على ما إذا جاء شاهداً، أو لم يتم العدد.
وحمل الثاني: على ما إذا قذف على سبيل السب، والإيذاء.

واعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف، لا وضوح له؛ وإلحاقه بالردة تشبيه مجرد لا توجيه مقنع، وليس اشتراط كلمتي الشهادة مخصوصاً بالردة القولية. فإن الردة الفعلية كالقاء المصحف في القاذورات، يُشترط فيها كلمتا الشهادة أيضاً، وبالجملة فلم يشترط في القول: أن يقول: ما كنت محقاً في قول كذا، ولا^(٢) يشترط في الفعل: أن يقول ما كنت محقاً، في فعل كذا، وما السب الفارق؟. ثم قضية ما قيل^(٣) في القذف أن يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي القولية، كشهادة الزور، والغيبة والنميمة، وقد صرح صاحب "المهذب"^(٤) بذلك في شهادة الزور فقال: التوبة عنها بأن^(٥) يقول: كذبت فيما قلت^(٦)، ولا أعود إلى مثله". والله أعلم. وأعلم قوله في الكتاب: أن يقول: "ويكفيه أن يقول ثبت" بالواو لوجه الاصطخري، حيث لم يكتب بذلك، واعتبر أن يقول: كذبت، وقوله "يجب استراؤه بالألف لما تقدم.

فروع^(٧): حكى الإمام وجهاً^(٨): فيمن قذف، وأتى بالبينة على زنا المقذوف.
أنه لا تقبل شهادته، لأنه ليس له أن يقذف ثم يأتي بالبينة، بل كان ينبغي أن يجيء بجيء
الشهود^(٩).

-
- (١) في: أ "حمل على الأول".
(٢) في: ب، ظ "فلا".
(٣) في: ب، ظ "مايقول".
(٤) في: أ "التهديب". وانظر: المهذب ٢/٤٢٣.
(٥) في: أ، ب، ظ "أن".
(٦) في: أ، ب، ظ "فعلت".
(٧) في: أ "فرع".
(٨) في: ز "وجهان".
(٩) انظر: نهاية المطلب ٢٧/ لوحة ١٤٦.

والأصح: أنها تقبل^(١)، لأن صدقه قد تبين بالبينة، وكذا الحكم لو اعترف المقذوف، وكذا لو قذف زوجته، ولا عن، ولا فرق في رد الشهادة، وكيفية التوبة بين أن يقذف محصناً، أو غير محصن، حتى لو قذف عبد نفسه، ترد شهادته، ويكفي تحريم القذف سبباً للرد، وشاهد الزور يستبرأ كسائر الفسقة، فإذا ظهر صلاحه، قبلت شهادته في غير تلك الواقعة، ومن غلط في الشهادة، فلا حاجة إلى استيرائه، وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط، ولا تقبل فيها. ذكره في "التهذيب"^(٢).

[فصل: إذا ظهر للقاضي بعد الحكم أنه قضى بشهادة اثنين خطأ]

(قال [الغزالي]: وإن ظهر للقاضي بعد الحكم^(٣) أنه قضى / بقول عبيدين أو (٥١٣/ز) كافرين أو صبيين نقض الحكم، وإن كان بقول فاسقين نقض أيضاً، على أظهر

(١) انظر: الروضة ٢٤٩/١١.

(٢) قال النووي في المصدر نفسه: "التوبة من أصول الإسلام المهمة، وقواعد الدين، وأول منازل السالكين، قال الله تعالى ﴿وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ﴾ فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق، وقد تقدمت صفتها، وتصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصراً عليه، ولو تاب من ذنب، ثم فعله مرة أخرى، لم تبطل التوبة، بل هو مطالب بالذنب الثاني دون الأول، ولو تكررت التوبة، ومعاودة الذنب، صحت: هذا مذهب الحق في المسلمين، بخلافاً للمعتزلة. قال إمام الحرمين في "الإرشاد" والقتل الموجب للقتل تصح التوبة منه قبل تسليم القاتل نفسه ليقص منه، فإذا ندم صحت توبته في حق الله تعالى، وكان منعه القصاص من مستحقه معصية مجددة، ولا يقدح في التوبة، بل يقتضي توبة منها. ومن تاب عن معصية ثم ذكرها. قال الإمام القاضي أبو بكر الباقلائي - رحمه الله - يجب عليه تجديد الندم عليها كلما ذكرها إذ لو لم يندم، لكان مستهيناً بها، وذلك ينافي الندم. واختار إمام الحرمين أنه لا يجب ولا يلزم من ذكرها بلا ندم الإستهانة، بل قد يذكر، ويعرض عنها. قال: وإذا لم يجد للتوبة كان ذلك معصية جديدة، والتوبة الأولى صحيحة؛ لأن العبادة الماضية لا ينقضها شيء بعد فراغها، قال: فيجب تجديد توبته عن تلك المعصية، وتجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بوجوبها. قال الإمام: وإذا أسلم الكافر، فليس إسلامه توبة عن كفره، وإنما توبته ندمه 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، وهذا مقطوع، وماسواه من ضروب التوبة، فقبوله مظنون غير مقطوع به، وقد أجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره، صحت توبته، وإن استدام معاصي آخر، هذا كلام الإمام: وهذا الذي قاله إن القبول مظنون هو الصحيح. وقال جماعة من متكلمي أصحابنا: هو مقطوع" أ.هـ.

(٣) "بعد الحكم" ليست في: ز.

القولين، إلا أن يفسق بعد الحكم، فلا يُقدَّرُ استناد الفسق إلى الماضي على أصح الرأيين).

[قال الرافعي]: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان له أنهما كانا عبيدين أو كافرين، أو صبيين، أو امرأتين، فينتقض حكمه، لأنه تيقن الخطأ، في الحكم، كما حكم باجتهاده، ثم بان النص بخلافه، ولو تبين لقاضٍ آخر، أنه حكم بشهادتهما، ينقض حكمه أيضاً، واعتُرض عليه، بأن العلماء اختلفوا في قبول شهادة العبيد^(١) فلم ينقض الحكم في محل الاختلاف، والاجتهاد، وأجيب عنه بأن الفرض فيمن لا يعتقد الحكم بشهادة العبيدين، وحكم بشهادة اثنين ظنهما حرين، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، وأيضاً فإنما لا ينقض الحكم إذا لم يخالف القياس الجلي، وهذا يخالفه، فإن^(٢) العبد ناقص في الولاية، وسائر الأحكام، فكانت الشهادة في معناها، وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين نص في "المختصر"^(٣) على أنه ينقض أيضاً^(٤)، قال المزني: وقال في موضع آخر إن المشهود عليه، إذا طلب الجرح مكنته منه، وأمهلته مدة قريبة، فإن لم يأت بالجرح في المدة، وأتى به بعدها، لم يرد الحكم عنه، وهذا يُشعر بأنه لا تُقبل البينة القائمة على الفسق بعد ذلك، فلا ينقض الحكم الأول، وللأصحاب فيهما طريقان:

أشهرهما: أن المسألة على قولين، وبه قال: ابن سريج.

أحدهما: أنه^(٥) لا ينقض الحكم الأول، فإن فسقهم إنما يُعرفُ بينة تقوم عليه، وعدالة تلك البينة، لا تُدرَكُ إلا بالاجتهاد، والاجتهاد، لا يُنقض بالاجتهاد، وهذا يوافق

(١) في: أ، ب، ظ "العبد".

(٢) في: ز "لأن".

(٣) ص ٣١٣.

(٤) ورد بهامش العزيز ٤٣/١٣ "قال في الخادم: صورة المسألة ما إذا كان الفسق ظاهراً غير مجتهد فيه، فإن كان مجتهداً فيه كشرب النبيذ، فلا خلاف أنه لا ينقض لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، كذا قاله القاضي، والبعوي وأبو محمد الجويني في مختصره والغزالي في الخلاصة، وأشار إليه الرافعي في أنهم نزلوا النص بالمنع على ما إذا شهد على فسق مجتهد فيه كشرب النبيذ".

(٥) من قوله "فلا ينقض" . . . أحدهما" ليست في: ز.

مذهب أبي حنيفة^(١)، لأنه^(٢) لا يسمع بينة الفسق على الشاهدين.

وأصحهما^(٣). النقض كسائر المسائل المذكورة وببل أولى، لأن اعتبار العدالة منصوص عليه. قال الله تعالى ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٤). والقول: بأن عدالة الشهود تدرك بالاجتهاد، ولا تقدح، كما أن خبر الواحد العدل، ينقض به الحكم، وإن كانت عدالته لاتدرك، إلا بالاجتهاد، وكما لو بان كون الشاهدين صبيين^(٥)، أو كافرين.

والطريق الثاني: القطع بالنقض، وحمل مقاله في الموضوع الآخر على ما إذا شهدوا على الفسق مطلقاً، ولم ينصوا على فسقه يوم الحكم، فلا يُنقضُ به الحكم الأول^(٦) لاحتمال حدوثه بعد الحكم، أو على ما إذا شهدوا على فسق مجتهد فيه، كشرب النبيذ، ولو سمع القاضي شهادة شاهدين عدلين، ثم فسقا قبل أن يحكم بشهادتهما، لم يجز الحكم، لوقوع الريبة، فإن الفسق يخفى غالباً، فرمما كانا فاسقين يوم الشهادة، ولو ارتدا فكذلك^(٧)، لأن الردة توقع الريبة أيضاً، وتُشعِرُ بخُبثِ كامنٍ، وفيها وجهان آخران:

أحدهما: أن حدوثها لا يمنع الحكم بشهادتهما المسموعة.

والثاني: عن الداركي: الفرق بين أن يرتد إلى كفر يستسر أهله به فيكون كالفسق أو إلى غيره.

تجارات

ولو شهدا عنده في حدٍّ، أو مالٍ، أو جُنًا أو عَمِيًّا أو خَرَسًا، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما، لأنها لاتوقع ريبة فيما مضى، ويجوز أن يقع التعديل بعد

(١) انظر: الهداية ١٢٢/٣.

(٢) في: أ، ظ "أنه" وهو خطأ.

(٣) في: أ "أصحها".

(٤) سورة الحجرات من آية ٦.

(٥) في: أن "عبدین" وفي: ز "غير واضحة".

(٦) "الأول" ليست في: ب، ز، ظ.

(٧) على الصحيح، ذكره النووي في الروضة ٢٥١/١١.

حدوثها، وألحقَ المزني^(١): ظهور الفسق والردة بعروض هذه الأحوال، ولم يجعلهما^(٢) مانعين من الحكم، ولو فسق الشاهدان، أو ارتدا بعد الحكم^(٣) والاستيفاء لم يؤثر بحال، ولو فسقا، أو ارتدا بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، وفيه تفصيل واختلافٌ نذكره في باب الرجوع. والأصح أنه لا أثر له في المال، بل يستوفي، ولا يقدرُ استناد الفسق بعد نفوذ الحكم^(٤) إلى القاضي^(٥)، وهذه الصورة هي التي عنها في الكتاب^(٦)، بقوله "إلا أن يفسق بعد الحكم، فلا يقدر إلى آخر".

وأصحاب الطريقة القاطعة بالنقض، فيما إذا بان أنه حكم بشهادة فاسقين منهم: من يُنزل الخلاف على هذه الصورة.

ويجوز أن يعلم قوله: "نقض" بالحاء، وقوله: "على أظهر القولين" بالواو لما بيناه.

فروع: قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين، قد بان لي أنهما كانا فاسقين، ولم تظهر بينة تشهد بفسقهما، وقال صاحب "الكتاب" في الفتاوى: إذا لم يُتَّهَمُ في قضائه بعلمه^(٧) مُكَنَّ من ذلك أيضاً. قال: "ولو قال: أكرهني السلطان على الحكم بقولهما، وكنت أعرف فسقهما، قُبِلَ قوله من غير بينة إكراه^(٨). ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود له، أو^(٩) ولدين، أو عدوين للمشهود عليه فكذلك ينقض الحكم. والله أعلم.

(١) انظر: المختصر ص ٣١٣.

(٢) في: أ "جعلها".

(٣) "لو فسق الشاهدان . . . بعد الحكم" ليست في ظ.

(٤) في: ز "استناد الحكم بعد نفوذ الفسق".

(٥) في: أ، ز، ب "الماضي".

(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٥١، والروضة ١١/٢٥١، ومغني المحتاج ٤/٤٣٨.

(٧) في: ب، ظ "لعلمه".

(٨) في: أ، ب، ظ "الإكراه".

(٩) في: أ "والدين".

[الباب الثاني في العدد المعتبر في الشهادة والذكورة]

(قال [الغزالي]: الباب الثاني في العدد والذكورة.

ولان ثبت بشهادة واحد، إلا في هلال رمضان على رأي. ولكن^(١) للشهادات ثلاث مراتب. الأولى: في الزنا^(٢)، ويجب فيه أربعة عدول، فيشهدون: أنه أدخل فرجه في فرجها، كالمرود في المكحلة، وهل يجوز للعدل، النظر^(٣) إلى العورة قصداً لتحمل الشهادة. فيه ثلاثة أوجه: في الثالث لا يجوز لشهادة الزنا، ويجوز في عيوب النساء، وغيرها، وهل يثبت الإقرار بالزنا، بشاهدين أم لا بد من أربعة؟ فيه قولان، وإن لم نوجب باللواط، إلا التعزير، فهل نحتاج إلى أربعة؟ فيه قولان).

[قال الرافعي]: مقصود الباب بيان العدد المعتبر في الشهادات، ومواضع اعتبار

الذكورة، وعدم اعتبارها.

واعلم أن قول الشاهد الواحد لا يكفي للحكم^(٤) به، نعم قد مر^(٥) الخلاف في أن هلال رمضان، هل يثبت بواحد^(٦)، أم لا؟ وأنه إن ثبت، فسبيله سبيل الشهادات، أو^(٧) سبيل الروايات؟ فإن قلنا: لا يثبت، أو يثبت وسبيله^(٨) سبيل الروايات فلا استثناء في^(٩) اعتبار العدد في الشهادات، وإن أثبتناه وجعلنا سبيله سبيل الشهادات، وهو الأصح، فهذه الصورة مستثناة عنه، ومسألة الشاهد، واليمين لا^(١٠) ينقض قولنا: إن قول الشاهد الواحد غير مُكْتَفٍ به للحكم، وإن قيل على وجه: إن القضاء هناك

(١) "و" ليست في "ز".

(٢) "في" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: أ "أن ينظر".

(٤) في: ز "الحكم".

(٥) في: أ "قدم".

(٦) انظر: المختصر ص ٥٦، والمهذب ٢٤٢/١، والوجيز ١٠٠/١، والعزير ١٧٣/٣، والروضة

٢٥٢/١١، ونهاية المحتاج ٢٩٣/٨.

(٧) في: أ، ب، ظ "أن".

(٨) في: ز "وقلنا: وسبيله".

(٩) في: أ، ز "من".

(١٠) "لا" ليست في: ب، ظ.

بالشاهد على ما سيأتي، لأن ذلك القائل لا ينازع في كون اليمين شرطاً لجواز الحكم بالشاهد، فلا يكون قول الشاهد مكتفٍ به. و^(١) إذا عُرفَ ذلك، فإن صاحب "الكتاب" رتب الشهادات عدداً وصفةً على ثلاث مراتب.

[فصل: في مراتب: الشهادة الأولى: الشهادة على الزنا]

إحداها: الشهادة على الزنا، وإنما يثبت الزنا بشهادة من الرجال، قال الله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿لولا﴾^(٣) جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾^(٤) وقال عز اسمه ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾^(٥). وقال: سعد^(٦) "يارسول الله: أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء: فقال: نعم"^(٧) وعن الزهري^(٨) أنه قال: "مضت السنة من رسول الله ﷺ، والخليفين بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود"^(٩). وفي الإقرار بالزنا قولان:

-
- (١) "و" ليست في: أ، ب، ظ.
 - (٢) سورة النور، آية ٤.
 - (٣) قوله تعالى "لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء" ليست في: ز.
 - (٤) سورة النور، من آية ١٢.
 - (٥) سورة النساء من آية ١٥.
 - (٦) في: أ، ب، ظ "سعد بن أبي وقاص" وهو خطأ.
 - قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٥/٤ "هذا من طغيان القلم. الصواب: "سعد بن عبادة". وانظر البدر المنير ٤٤٥/٢.
 - وهو سعد بن عبادة بن دليم الأنصاري الخزرجي، أحد النقباء، وسيد الخزرج، وأحد الأجداد، له مناقب عدة، توفي سنة ١٥هـ وقيل غير ذلك. انظر: التقريب ٢٨٨/١.
 - (٧) الحديث أخرجه مالك في الموطأ ٧٣٧/١، كتاب الأقضية، باب القضاء فيمن وجد من امرأته. الحديث: أصله في مسلم عن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال لرسول الله: إن وجدت ٠٠٠ الخ".
 - مسلم بشرح النووي، كتاب اللعان، ١٣١/١٠، وانظر: البدر المنير ٣٣١/٢ و ٤٤٥، وتلخيص الحبير ٨٥/٤ و ٢٠٥.
 - (٨) هو مسلم بن عبد الله بن شهاب القرشي. الزهري، أبو بكر الفقيه الحافظ، متفق على جلالته واتقانه، توفي سنة ١٢٥هـ. انظر التقريب ٥٥٦/١.
 - (٩) وأثره قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٧/٤ "روى عن مالك عن عقيل عن الزهري وبهذا زاد "ولا في النكاح، ولا في الطلاق" ولا يصح عن مالك، ورواه أبو يوسف في كتاب

أحدهما: أنه لا يثبت إلا بأربعة أيضاً، لأنه يتعلق به إقامة الحد، فأشبهه نفس الزنا. والثاني: يثبت بشاهدين، لأن المشهود عليه، قول وإقرار، فأشبهه سائر الأقوال، والأقارير^(١)، قال القاضي الروياني. وهذا أصح^(٢)، وعن الشيخ أبي عاصم: نُقِلَ قولٌ غريبٌ: أن القذف إنما يثبت بشهادة أربعة، لأنه نسبه إلى الزنا. فكان كالإقرار. والصحيح خلافه. واللواط وإتيان البهيمة^(٣)، إن أوجبنا بهما الحد، فلا يثبتان إلا بأربعة، وإن لم نوجب إلا التعزيز فوجهان.

وقال صاحب الكتاب قولان:

أحدهما الثبوت بشاهدين كسائر الجنایات، وبهذا قال ابن خيران، ويحكى عن المزني أيضاً^(٤).

وأصحهما: المنع، ووجهه بأنه إيلاج فرج، في فرج، فكانت الشهادة عليه كالشهادة على الزنا^(٥).

ثم الفصل يشتمل على مسألتين:

إحداهما: وقد تعرض لها مرة في كتاب في باب السرقة^(٦)، وليس لها اختصاص بهذا الموضوع.

يشترط في الشهادة على الزنا أن يذكروا التي زنا بها، وأن يذكروا الزنا مفسراً، فيقولوا^(٧): رأيناه أدخل فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة، أو كالرشاء في البئر، ولا يكفي إطلاق الزنا، فإنهم قد يظنون المفاخذة زناً، وقد ورد في الخبر "زنا العينين

= الخراج عن الحجاج عن الزهري، ومن هذا الوجه أخرجه ابن أبي شيبة عن حفص بن غياث عن حجاج به".

(١) في: ز "الأقارير والأقوال".

(٢) انظر: المهذب ٢/٤٢٤، والروضة ١١/٢٥٢، ومغني المحتاج ٤/٤٤١.

(٣) في: ز "البهائم".

(٤) انظر: المختصر ص ٢٦١.

(٥) انظر: الروضة ١١/٢٥٢، ومغني المحتاج ٤/٤٤١.

(٦) انظر: الوجيز ٢/١٧٧ و ١٧٨.

(٧) في: أ "فيقولون".

النظر" (١) وقد تكون الموطوءة أمة مشتركة بينه، وبين غيره، أو جارية (٢) ابنه، فالشاهد — شروط الشهادة على الزنا يظن إصابتها زناً، وليس كما إذا أدعت وطأ شبهة، وطالبت بالمهر، حيث تكفي شهادة الشهود على الوطيء، ولا يشترط أن يقولوا: رأينا ذلك منه في ذلك منها، لأن المقصود هنا: المال، فلم يلزم هذا الاحتياط.

الثانية: هل يجوز النظر في الفرج لتحمل شهادة الزنا، أو الشهادة على الولادة، أو حكم النظر إلى فرج المرأة شيعي من العيوب الباطنة، أو لا يجوز، وإنما يشهد عليها عند وقوع النظر عليه إتفاقاً؟ فيه وجوه ذكرناها (٣) في أول النكاح. أصحابهما: الجواز وهو الذي أورده صاحب الكتاب هناك في شهادة الزنا (٤) ويحكي هذا عن نص الشافعي في "أحكام القرآن" وغيره. وبه قال: أبو إسحاق وابن القاص. والثاني: المنع مطلقاً، والثالث: لا يجوز لشهادة الزنا، ويجوز لغيرها، وهذه الثلاثة أوردناها هاهنا (٥). والرابع: أنه يجوز للزنا، ولا يجوز لغيره، لأن الزانيين هتكا حرمتها بالزنا - ويقال: أن أبا الطيب بن سلمة كان يقول: بهذا، ثم رجع إلى الأول.

وقوله في الكتاب "إلا في هلال رمضان" لو (٦) أُعْلِمَ بالميم لما مر (٧) في الصوم جاز. وقوله "للشهادات ثلاث مراتب، الأولى الزنا، ثم قال: الثانية، ماعدا الزنا" يعني الشهادة في الزنا، والشهادة فيما عدا الزنا، فحذف لوضوحه.

(١) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه ١٣٠/٧، كتاب الاستئذان، باب زنا الجوارح دون الفرج. حيث روى طاوس عن ابن عباس قال "مارأيت شيئاً أشبه باللمم مما قال أبوهريرة عن النبي ﷺ "إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لأحالة، فزنا العين النظر، وزنا اللسان المنطق، والنفس تمنى، وتشتهي، والفرج بصدق ذلك كله ويكذبه". وأخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي، كتاب القدر، باب قدير على ابن آدم حظه من الزنا، وغيره". انظر: تلخيص الحبير ٢٢٥/٣ و ٢٠٥/٤.

(٢) في: ز "أو زوجة" وهو خطأ.

(٣) في الوجيز ٣/٢، والعزیز شرح الوجيز ٤٨٢/٧، والروضة ٢٥٣/١١.

(٤) في الوجيز ١٦٩/١. وانظر: أحكام القرآن ١٣٠/٢.

(٥) في: أ "هنا".

(٦) في: أ "أو".

(٧) انظر: العزیز شرح الوجيز ١٧٣/٣، والوجيز ١٠٠/١.

وقوله: "أَدْخَلَ فرجه في فرجها" لا يخفى أن الحكم منوط بقدر الحشفة، لا بجميع الفرج. وأن الشاهد يتعرض مع ذلك لكونه على سبيل الزنا، ولم يُعَدَّ في كلام الشهود اكتفاءً بأن^(١) الكلام في الزنا، والتشبيه بالمرؤد، والمُكْحَلَة، زيادة بيان وليس بشرط، كذلك ذكره القاضي أبو سعيد^(٢).

[فصل في المرتبة الثانية: الشهادة فيما ليس بمال ونحو ذلك]

قال [الغزالي] الثانية: ما عدا الزنا مما ليس بمال، ولا يؤول إلى مال كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعق، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولادة، والعدة، والجرح، والتعديل، والعفو عن القصاص، حتى الوصاية، والوكالة، فيثبت برجلين، ولا يثبت برجل وامرأتين، أما ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع، فإنه يثبت بأربع نسوة، ولا تثبت الولادة بقول القايلة وحدها.

[قال الرافعي] المرتبة الثانية للشهادة فيما ليس بمال، ولا يقصد منه المال، وهو إما عقوبة، أو غيرها.

أما قسم العقوبات: فإنها لا تثبت إلا برجلين يستوي فيه حق الله تعالى، كحد الشرب، وقطع الطريق، والقتل بالردة، وحق العباد، كالقصاص في النفس، والطرف، وحد القذف، والشهادة على الإقرار بها، كالشهادة بنفسها، والتعزير كالحد، فلا مدخل^(٣) لشهادة النساء فيها، لما مرَّ من حديث الزهري رضي الله عنه.

الثاني^(٤): غير العقوبات فيما أن يطلع عليه الرجال غالباً، أو لا يطلع ويختص معرفته بالنساء غالباً.

الضرب الأول: ما يطلع عليه الرجال غالباً كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعق، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولاء، وانقضاء العدة، وجرح الشهود، وتعديلهم، والعفو عن القصاص، وكل ذلك لا يثبت إلا برجلين أيضاً، ولا تقبل فيه شهادة رجلٍ

(١) في: أ "بأنه".

(٢) في: أ "أبو سعيد".

(٣) في: أ، ز "ولا مدخل".

(٤) في: ب، ظ "في غير".

وامرأتين، خلافاً لأبي حنيفة^(١). واحتج الأصحاب بقياسها على القصاص، بجامع أن ذلك ليس بمال، ولا المقصد منه المال، وهو مما يطلع عليه الرجال، ومن هذا الضرب الوكالة، والوصاية، وإن كانتا في المال، لأن كل واحدةٍ منهما في نفسها ولاية وسلطنة، ومن ادعاهما^(٢) فإنما يدعي ويثبت قولاً للغير لا مالاً. ومنه الإيلاء، والظهار، والموت والإعسار^(٣)، والخلع من جانب المرأة، والكتابة، والتدبير، والاستيلاء إذا ادعاها المملوك، وحكى القاضي ابن كج في الكتابة وجهاً: أنه يثبت برجل وامرأتين، والشركة، والقراض معدودان في "التهذيب" مما نحن فيه لأن كل واحد منهما توكيل وتفويض يُصَرَّفُ إلى الغير، وأدرج في "الوسيط" الشركة فيما يثبت برجل وامرأتين، والأول أظهر.

ومنه القضاء والولاية إن أحوَجْنَا فيهما إلى البينة، والشهادة على الشهادة، والإحصان، وكفالة البدن، والشهادة برؤية هلال غير رمضان.

والضرب الثاني: ما لا يطلع عليه^(٤) الرجال غالباً، ويختص بمعرفة النساء، فتقبل فيه شهادتهن على انفردهن، لما رُوِيَ عن الزهري أنه قال: "مضت السنة بأن تجوز شهادة النساء في كل شيء لا يليه غيرهن"^(٥) وذلك كالولادة، والبكارة والثيابة، والرتق^(٦) والقرن^(٧)، والحيض، والرضاع، واستهلال المولود، وفي الاستهلال قول آخر عن رواية الربيع، والظاهر الأول، وعيَّبُ المرأة من برص، وغيره، تحت^(٨) الإزار، حرة كانت أو أمة، من هذا القبيل.

(١) انظر: الهداية ١١٧/٣.

(٢) في: أ "ادعاها".

(٣) في: أ "الإعتبار".

(٤) "عليه" ليست في: أ.

(٥) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٧/٤ حديث الزهري أيضاً "مضت السنة ٠٠٠" ابن أبي شيبة، نا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري به بلفظ: فيما لا يطلع عليه غيرهن، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن ابن شهاب قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن، من ولادات النساء وعبوبهن".

(٦) "الرتق" يقال: "رتقت" المرأة "رتقاً" من باب "تعب" فهي "رتقاء" وهي التي لا حرق لها إلا المبال، أو التي لا يستطيع جماعها. ذكره في المصباح ٢١٨/١.

(٧) "القرن" مثل فلس، وهو لحم بنبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة. ذكره في المصباح ٥٠٠/٢.

(٨) في: أ "وتحت".

قال في "التهذيب" والعيب في وجه الحرة، وكفيها^(١)، لا يثبت إلا برجلين، بناء على أنهما ليسا من العورة، وفي وجه الأمة، وما يبدو منها عند المهنة يثبت برجل وامرأتين، لأن المقصود منه المال والجراحة التي تصيب فرج المرأة لا تلحق بالعيب، لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالباً. كذلك ذكره، لكن جنس العيب أيضاً مما يطلع عليه الرجال غالباً، وإنما الذي لا يطلعون عليه العيب الخاص، وكذلك الجراحة الخاصة^(٢)، وكل ما هو^(٣) من هذا الضرب فلا يثبت بأقل من أربع نسوة تنزيلاً لاثنتين منهن منزلة رجل وما يثبت بهن، يثبت برجل وامرأتين، وبرجلين بطريق الأولى.

وقال أبو حنيفة^(٤) - تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها في حق الزوجة عند ظهور الحمل، ولا يثبت في حق المطلقة، قال: ولا يثبت الرضاع بشهادة النساء المنفردات. وعند أحمد^(٥): يثبت الرضاع بشهادة المرضعة وحدها، وعند مالك^(٦): يكفي شهادة امرأتين في هذا الضرب ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب: "فإنه يثبت بأربع نسوة" بعلاماتهم لمذاهبهم، وأن يُعلم قوله "ولا تثبت الولادة" بالخاء. وكذلك قوله من قبل "ولا تثبت برجل وامرأتين".

وقوله في أول الفصل: "ولا يؤول إلى مال" محمول على ما قاله الأصحاب، وهو أنه ليس المقصد منه، ومن إثباته المال. والله أعلم.

(١) في: ب، ظ "كفيها".

(٢) في: ز "الحاصلة" وهو خطأ. قال النووي في الروضة ٢٥٤/١١ "الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا، وتعلق بمجرد الاسم".

(٣) في: أ "وكما" وهو خطأ.

(٤) انظر: الهداية ١١٧/٣.

(٥) انظر: المقنع ص ٣٤٨.

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦.

[فصل: في المرتبة الثالثة من مراتب الشهادة. الشهادة فيما هو مال ونحو ذلك]

(قال [الغزالي] الثالثة: الأموال: وحقوقها كالأجل، والخيار، والشفعة، والإجارة، وقتل الخطأ، وكل جرح لا يوجب إلا المال، فيثبت برجل وامرأتين، وكذا فسخ العقود، وقبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير، ففيه وجهان لترتب العتق عليه).
[قال الراجعي]
المرتبة الثالثة: الشهادة فيما هو مال، أو المقصد منه المال، كالأعيان والديون، والعقود المالية، فثبت بشهادة رجل وامرأتين بثبوتها بشهادة رجلين قال الله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان﴾^(١) فلا^(٢) يثبت بشهادة النساء وحدهن، فمن هذه المرتبة البيع، والإقالة، والرد بالعيب، والإجارة، والوصية بالمال، والحوالة، والضمان، والصلح، والقرض، والشفعة، والمسابقة، وخيول^(٣) السبق، والصداق في النكاح، وفي الوطء بالشبهة والغصب، والإتلاف، والجنایات التي لا توجب إلا المال، كالقتل الخطأ، وقتل الصبي، والمجنون، وقتل الحر بالعبد^(٤)، والمسلم بالذمي، والوالد بالولد^(٥) والسرقة التي لا قطع فيها. وكذلك حقوق الأموال، والعقود، كالخيار، وشرط الرهن، والأجل، وفي الأجل وجه توجيهاً بأنه ضرب سلطنة فكان كالوكالة، ومنها: قبض الأموال، ومن جملتها نجوم الكتابة نعم. وفي النجم الأخير وجهان: أحدهما: أنه لا يثبت إلا برجلين لتعلق العتق به^(٦). وأصحهما: على ما ذكره صاحب "التهذيب" كسائر النجوم، والعتق يحصل بالكتابة وآداء جميع النجوم لا بالنجم الأخير.

ومنها: الإبراء، والرهن على المشهور، وفي "شرح الموفق بن طاهر"^(٧): أن الربيع

(١) سورة البقرة، من آية ٢٨٢.

(٢) في: أ، ز "ولا".

(٣) في: ز "حصول".

(٤) في: أ، ز "العبد".

(٥) في: أ "الولد".

(٦) "به" ليست في أ، ب، ظ.

(٧) هو الموفق بن طاهر الشافعي، شرح "المختصر" للشيخ أبي محمد. نقل عنه الراجعي في مواضع.

انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ١٢٠/٢ رقم ١٧٨، وطبقات الشافعية للأسنوي ٥٨/٢

رقم ٧٦٢.

قال: لا يثبت الإبراء إلا برجلين، وحكى القاضي ابن كج في الرهن وجهاً مثله.

ومنها: طاعة المرأة لاستحقاق النفقة^(١)، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وإدمان^(٢) الصيد لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم.

ومنها: الوقف، وفي ثبوته برجل وامرأتين على ما سنذكره^(٣) إن شاء الله تعالى في ثبوته بشاهد ويمين في الباب الرابع^(٤).

ومنها: لو مات سيد المدبر، فادعى الوارث، أنه كان قد رجّع عن التدبير إذا قلنا بجواز^(٥) الرجوع ثبت دعواه برجل وامرأتين.

ولو ادعى رِقَّ شخص، أو ادعى جارية في يد الغير، أنها أم ولده، ثبتت دعواه برجل وامرأتين^(٦)، لأنه يدعي مالا. ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال الزوج^(٧): طلقتك على كذا، وقالت: بل محاناً، ثبت دعوى الزوج برجل وامرأتين، وكذا لو قال لبعده أعتقتك على كذا، وقال: بل مجاناً.

ولو توافق الزوجان على النكاح، واختلفا في قدر الصداق، أو صفته، أو على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو صفته،/ ثبت برجل وامرأتين. وكذا لو توافق السيد ٥١٦/ز والعبد على الكتابة، واختلفا في قدر النجوم، أو صفتها، والإقرار بكل ما يثبت برجل وامرأتين.

وقوله في الكتاب: "وكذا فسخ العقود" يعني العقود المالية، فأما فسخ النكاح، فهي كالطلاق.

فرع: شهادة الخنثى المشكل كشهادة المرأة.

-
- (١) في: ب، ظ "المنفعة".
 (٢) في: ب، ظ "وإن مات" هكذا في جميع النسخ، وكذا في الروضة ٢٥٥/١١.
 (٣) في: ب، ظ "سنذكر".
 (٤) انظر: الوجيز ٢/٢٥٦، والروضة ١١/٢٧٨.
 (٥) في: أ، ب، ظ "يجوز".
 (٦) من قوله: "ولو ادعى رِق شخص . . . برجل وامرأتين" ليست في: ز.
 (٧) "الزوج" ليست في: ب، ظ. وفي: ز "قال: طلقتك الزوج".

[فصل: فيما لو شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان]

قال [الغزالي]: وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال، وإن لم تثبت العقوبة، ويثبت مهر النكاح، وإن لم يثبت النكاح به^(١)، ولو علق طلاقها على الولادة يثبت بشهادة أربع نسوة، ولا يقع الطلاق.

ولو ثبت عليها الغصب بشهادة رجل وامرأتين فقال الزوج: إن كنت غصبت فأنت طالق، وقع بخلاف ما لو تقدم التعليق.

[قال الرافعي]: لو شهد على السرقة رجل وامرأتان، ثبت المال، وإن لم يثبت القطع، لأن المال يثبت برجل وامرأتين، والعقوبات لا تثبت، ومنهم من حكى في المال قولاً آخر، كما لو شهد على القتل العمد رجل، وامرأتان، فإنه لا يثبت الدية، كما لا يثبت القصاص، والظاهر الأول^(٢)، وفرقوا بأن السرقة توجب القطع والمال جميعاً، فما تمت حجته^(٣) ثبتت، وما لم تتم لا يثبت، والقتل لا يوجبهما معاً، بل إما أن نوجب القصاص بعينه، ولم تقم حجته، فإذا لم يثبت، لم يثبت بدله، وإما أن نوجب أحدهما لا بعينه، وإنما يتعين بالاختيار^(٤)، فلو أثبتنا المال على التعيين لم يفي بموجبه.

ولو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح ادعته امرأة ثبت الصداق، وإن لم يثبت النكاح، فإن الصداق هو الذي يقصده، ولو علق طلاق امرأته، أو عتق عبده على الولادة، فشهد بالولادة أربع نسوة ثبتت الولادة، ولا يقع الطلاق، والعتق، وكذا لو علقهما على الغصب، أو الإتلاف، فشهد بهما رجل وامرأتان، ثبت الغصب، والإتلاف، ولم نحكم بوقوع الطلاق، ولا بحصول العتق، نص عليه^(٥)، وهو كما مر في الصوم^(٦). أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بشاهد واحد، لم نحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان، ولا بحلول الدين المؤجل به، وهذا إذا تقدم التعليق، وذكره ابن سريج ووافقه عامة

(١) "به" ليست في: ز.

(٢) والمشهور في المذهب. انظر: الروضة ٢٥٥/١١.

(٣) في: أ "الحجة".

(٤) في: ب، ظ "الاختيار".

(٥) انظر: المختصر ص ٣٠٦.

(٦) انظر: الوجيز ١٠٠/١.

الأصحاب: أنه لو ثبت الغصب أولاً بشهادة رجل وامرأتين، وحكم به الحاكم، ثم جرى التعليق، فقال: لزوجته إن كنت غصبت، فأنت طالق، وقد ثبت عليها الغصب، كما وصفنا، وقع الطلاق بخلاف ما لو تقدم التعليق على الشهادة، والحكم، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، وقياسه أن يكون الحكم كذلك في التعليق بـرمضان، وحكى الإمام أن شيخه حكى وجهاً آخر: أنه لا يقع كما لو تقدم التعليق، وقد يُفَرَّقُ بينهما: بأن التعليق بعد حكم القاضي واقع بعد ثبوت الغصب في الظاهر، فينزل عليه وإلا فهو مراغمة^(١) لحكم القاضي، وقدح^(٢) فيه، والتعليق قبله منصرفاً إلى نفس الغصب، فإذا شهد رجل وامرأتان، لم يقع الطلاق، وإن ثبت الغصب. كما لا يثبت القطع في السرقة، وإن ثبت المال، وذكر القاضي الروياني في تقرير كلام ابن سريج أنه قد يترتب على البينة ما لا يثبت بتلك البينة، ألا ترى أن النسب، والميراث يترتبان على الولادة إذا ثبتت الولادة بشهادة النساء^(٣) وخذهن^(٤)، ولا يثبتان بشهادة النساء^(٤) وخذهن، لكن هذا يدفع الفرق، ويقتضي وقوع الطلاق والعتق، وإن تقدم التعليق على الشهادة، وحكم الحاكم، ويؤيده أنا إذا قبلنا شهادة الواحد في هلال رمضان، وصُمْنَا ثلاثين، نفطر، وإن لم نر الهلال على أظهر الوجهين كما مر في موضعه^(٥). وفي هذه الصورة انتشار ظاهر، وربما أمكن لم الشَّعْثِ بأن يقال: ماشهد به رجل وامرأتان، لم يخل، إما أن يكون نفسه مما يثبت بشهادتهم، أو لا يثبت، إن ثبت كالسرقة، والقتل فإن كان له موجب يثبت بشهادتهم كالمال الذي هو أحد موجبي السرقة يثبت، والقاضي، والحالة هذه لا يحكم بالسرقة، وإنما يحكم بالمال في سرقة شهدوا بها، وإن لم يكن له موجب يثبت بشهادتهم لم يثبت شيء كالقصاص الذي هو موجبُ العمد^(٦) على أحد القولين، وكأحد الأمرين إذا قلنا: إن^(٧) موجب أحد الأمرين، فإن شهادة رجل وامرأتين، إنما تصلح للدية على التعيين، لا

(١) في: أ "مراغة".

(٢) في: ب، ظ "وقد صرَّح".

(٣) في: أ، ز "النسوة".

(٤) في: أ، ز "النسوة".

(٥) انظر: الوجيز ١/١٠٠، والعزیز شرح الوجيز ٣/١٧٣.

(٦) في: ز "كالعمد الذي يوجب القصاص".

(٧) في: ب، ظ "إنه".

لأحدهما على الإطلاق الذي جعلناه موجباً على هذا القول، وإن ثبت نفس المشهود به بشهادتهم فالمرتب عليه إما شرعي، أو وضعي، إن كان شرعياً كالنسب، والميراث، المرتبين على الولادة، فيثبتان، تبعاً للولادة، لأن الترتيب الشرعي يُشعرُ بعموم الحاجة، وتعذر الإنفكاك، أو تعسره، ومن هذا القبيل الإفطار بعد الثلاثين على الأظهر. وإن كان وضعياً كترتب^(١) الطلاق، والعتق، بالتعليق^(٢) وترتب الحلول بالتأجيل، فلا ضرورة في ثبوت الثاني، بثبوت الأول، فإن علق به بعد ثبوته ألزمناه ما أثبتناه، كما ذكره ابن سريج^(٣). والله أعلم.

وقوله في الكتاب: "إذا شهد على السرقة، أو العمد، رجل وامرأتان، يثبت المال، وإن لم تثبت العقوبة" فيه تسوية بين أن يشهدوا على السرقة، وبين أن يشهدوا على القتل العمد، وفي أن يثبت المال، ولا تثبت العقوبة، وهذا الحكم صحيح في السرقة، وقد ذكره مرة في السرقة^(٤)، وأما في القتل العمد، فهو خلاف مانص عليه الأصحاب على ما بيناه^(٥)، وليس له في "الوسيط" ذكر، بل فرق في باب السرقة بين شهادتهم على السرقة، وشهادتهم على القتل، كما فعل غيره، ولا يحمل^(٦) لما جرى هاهنا، إلا السهو، وليعلم قوله "ثبت المال"^(٧) بالواو للوجه المذكور في السرقة، وقوله: "وقع" بالواو، للوجه المسوي بين أن يتقدم التعليق أو يتأخر.

[فصل: فيما لو ادعى مالاً على إنسان وشهد له بذلك شاهدان]

(قال [الغزالي]: فرع: من أقام شاهدين فقبل التزكية له أن يطلب الحيلولة

(١) في: ب، ظ "كترتيب".

(٢) في: ب، ظ "التعيين".

(٣) وجمهور الأصحاب. كما قاله النووي في الروضة ٢٥٦/١١.

(٤) انظر: الوجيز ١٧٧/٢، والعزیز شرح الوجيز ٢٣٨/١١، والروضة ١٤٦/١.

(٥) انظر: الوجيز ١٦٢/٢، والعزیز شرح الوجيز ٥١/١١ و ٥٢. والروضة ٣١/١٠.

(٦) في: أ "محل" وهو خطأ.

(٧) "المال" ليست في: أ، ب، ظ.

إن كان المال مشرفاً على الهلاك، أو النقل، وفي العقار وجهان، وللعبد طلب الحيلولة عند إقامة الشاهدين على العتق، وفي الأمة يجب على القاضي ذلك، وإن لم يطلب، وهل له طلب الحجر في دعوى الدين؟ فيه وجهان، وفي جميع ذلك هل ينزل شاهد واحد منزلة شاهدين في إيجاب الحيلولة؟ فيه قولان، ثم إذا قلنا به فلا نزيد على ثلاثة أيام، وإن لم تتم البينة كَرَفَعَ الحيلولة).

[قال الرافعي]: إذا ادعى مالا على إنسان، وشهد له بذلك شاهدان نُظِرَ: إن كان عيناً. وطلب المدعي الحيلولة بين المال المدعى، وبين المدعى عليه، ووقفنا إلى أن يُزكى الشاهدان، أُجيب^(١) إليه، إن كان المال مما يخاف عليه التعيب، والضياع، وإن كان عقاراً، ففيه وجهان حكاهما الإمام.

أشبههما: وهو قضية إطلاق أكثرهم أنه لافرق.

والثاني: لأيجاب، لأنه مأمون الضياع.

وحكى الشيخ أبو الفرج عن الإصطخري: أنه لا تُنتزَعُ العين أصلاً، وإن كان المدعى ديناً، فلا يستوفى قبل التزكية، وذكر القاضي ابن كج أن أبا الحسين بن القطان روى وجهاً، أنه يستوفى ويوقف، والظاهر الأول.

فلو^(٢) طلب المدعي أن يحجر القاضي عليه، ففيه وجهان: أوردهما الإمام.

ونقل عن الأكثرين أنه لا يجيبه، لأن ضرر الحجر في غير المشهود به عظيم، وعن القاضي الحسين: إن كان يُتوسمُ فيه الحيلولة^(٣)، حجر عليه كيلاً يضيع ماله بالتصرفات والأقارير، وسكت عامة حاملي المذهب عن الحجر، لكن قالوا: هل يجبس المدعي عليه إذا كان المدعي ديناً؟ فيه وجهان، قال صاحب "التهذيب" أصحابهما: أنه يجبس، لأن

(١) على الأصح، ذكره النووي في الروضة ٢٥٦/١١، وقيل: لا يجاب، وقيل: يجاب إن كان المال مما يخاف تلفه وتعيبه".

(٢) في: ب، ظ "ولو".

(٣) في: ب، ظ "نقل".

المدعى أتى بما عليه، والبحث^(١) بعد ذلك من وظيفة القاضي، وظاهر الحال العدالة، وبهذا قال أبو إسحاق.

والثاني: ويحكى عن الإصطخري: المنع، لأن عدالة الشاهد غير معلومة، والأصل براءة الذمة، وعلى هذا، قبل^(٢) أن يكفل، فللمدعي^(٣) ملازمته إلى أن يُعطيه كفيلاً، وأجرة من يبعثه القاضي معهما للتكفيل على المدعي، وإن كان المدعى قصاصاً، أو حدّاً قذفٍ يجبس المشهود عليه، لأن الحق متعلقٌ بيدنه، فيحتاط له، وفي حدود الله تعالى: لا يُحبس.

وفي دعوى النكاح تُعزل^(٤) المرأة عند امرأة ثقة، وتمنع من الانتشار، والخروج وفيه وجه ضعيف، وعلى هذا^(٥) الوجه، هل يؤخذُ منها كفيلاً؟ فيه وجهان عن صاحب "التقريب" قال القاضي أبو سعد: فإن كانت المرأة تحت زوج، لم يمنع منها الزوج قبل التعديل، لأنه ليس مدعى^(٦) عليه وليس البضعُ في يده، فلا معنى لإيقاع الحجر عليه قبل التعديل. ولو شهد شاهدان لعبدٍ بأن سيده أعتقه، وطلب العبد منه^(٧) الحيلولة قبل التزكية، فيجيبه القاضي إليه، ويحول بينه وبين سيده، ويؤجره، وينفق عليه من غلته^(٨)، فما فضل فهو موقوف بينه وبين سيده، فإن لم يكن له كسب، أتفق عليه من بيت المال. ثم يرجع على سيده إن بان جرح الشهود واستمر^(٩) الرق، وكذلك الأعيان المنتزعة يؤجرها، وهل تتوقف الحيلولة على طلب العبد؟ فيه وجهان.

(١) في: ب، ظ "فالبحت".

(٢) "قبل" ليست في: ز.

(٣) في: ز "أنه يكفل وللمدعي".

(٤) في: أ "تعديل". وفي: ز "تعنت".

(٥) في: ز "وعلى ذلك".

(٦) في: أ، ز "مدع".

(٧) "منه" ليست في: أ، ب، ط.

(٨) "من غلته" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: أ "أو".

الذي أورده الإمام: أنه إذا رأى القاضي أن يحول بينهما، فعَل، ولا حاجة إلى طلب العبد، وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطاً للْبضع، وكذا لو ادعت المرأة الطلاق، وأقامت شاهدين، ففرق الحاكم^(١) بينهما قبل التزكية، والوجهان في أن طلب العبد هل يُشترط للحيلولة جاربان في انتزاع العين المدعاة. ويُقربُ منها وجهان حكاهما القاضي ابن كعب في أن إجارة العبد تفتقر إلى طلب السيد أو العبد، أو يؤجره القاضي، وإن لم يُطلبْ واحدٌ منهما. والثاني: أقرب إلى ظاهر النص، هذا كله فيما إذا أقام المدعي شاهدين ولو^(٢) أقام شاهداً واحداً، وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر، هل يُجاب؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما لو تم العدد، وبقيت الحاجة إلى التزكية.

والثاني: لا، لأن الشاهد الواحد ليس بحجة، وهناك قد تمت الحجة، وليست التزكية جزءاً من الحجة، إنما تبين بها قيام الحجة^(٣)، وهذا أصح عند عامة الأصحاب، واختار القاضي الروياني الأول.

وعن أبي إسحاق أنه قطع به، لأن المال يثبت بشاهد ويمين وله أن يحلف معه متى شاء فكان كالحجة التامة^(٤).

وحكى أبو الفرج طريقة تقطع بالثاني، لأنه متمكن من إتمام حجته بالحلف، فإذا لم يفعل كان مقصراً، وهل يجبس المدعى عليه في القذف، والقصاص بشاهد واحد^(٥)؟ فيه قولان" ولا يجيء الطريقان، ويجري الخلاف في دعوى النكاح تعديلاً، ثم تكلفياً، إن لم يعدل وفي دعوى العتق، والطلاق، هل يحتال؟ فيه القولان، ثم ذكر العراقيون، والقاضي الروياني أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يقيان إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية، أو الجرح ولا تقدر له مدة، والحيلولة، والحبس بشاهدٍ واحدٍ، إذا قلنا به

(١) في: "القاضي".

(٢) في: ز "فلو".

(٣) قوله "إنما تبين بها قيام الحجة" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب، ط "فكان الحجة تامة".

(٥) "واحدٍ" ليست في: ز.

لايزدادان على ثلاثة أيام، وعن أبي إسحاق أن قول تأثير الشاهد الواحد موضعه ما إذا أقام شاهداً، وقال: إن الشاهد الآخر قريب، وإن قال: إنه غائب لا يحضر إلى ثلاثة أيام، فلا حيلولة، ولا حبس بحال^(١).

وعلى هذا يُنزلُ قوله في الكتاب "وإذا قلنا به فلا نزيد على ثلاثة" إلى آخره، أي إذا أوجبنا الحيلولة بشاهدٍ واحدٍ، ويجوز أن يعلم قوله "قولان" بالواو للطريقتين القاطعتين في دعوى المال، وكذلك قوله^(٢) في أول الفرع "له أن يطلب الحيلولة" لما سبق.

واعلم أن هذا الفرع ليس له كثير اختصاص بالباب، بل هو بـ "أدب القاضي" أو بـ "بالدعاوي والبيّنات" أليق، وإنما أوردته هاهنا على ما يشعر به سياق "الوسيط" لأنه تبين في الباب أن العدد معتبر في الشهادة، وأن شهادة الواحد غير محكوم بها، فأراد أن يتكلم في أن شهادة الواحد، هل تؤثر^(٣) في شيء، وإن لم تكفٍ للحكم؟ ثم إنه قدّم عليه أثر إقامة الشاهدين قبل التزكية.

فرع: قال في "التهذيب" إذا حال القاضي بين العبد، والسيد وانتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين، وقبل التزكية، لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه، نعم لو أقر أحدهما بالموقوف لإنسان، أو أوصى به، أو دبر أو أعتق، انتظرنا ما يستقر الأمر عليه آخراً، وحكى القاضي أبو سعد وجهين في نفوذ التصرف، وصوراً فيما إذا أوقع القاضي الحجر على المشهود عليه في المشهود به، فإن أراد بإيقاع الحجر عليه نفس الحيلولة، فقد تحصلنا^(٤) من نقله على خلاف، وإن أراد التلطف بالحجر أشعر ذلك باعتبار الحجر القولي لامتناع التصرف.

قال: وإذا قامت البيّنة، وحصل التعديل، والقاضي ينظر في وجه الحكم، فينبغي أن يوقع الحجر عليه في مدة النظر، وإذا أوقع لم ينفذ تصرفه، قال صاحب "التهذيب"

(١) "بحال" ليست في: أ.

(٢) "قوله" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: ب، ظ "تعتبر".

(٤) في: أ "تخلصنا" وهو خطأ.

وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفذ تصرف المدعى عليه، إن قلنا: إن المدعى شرط في الوقف، وإلا فوجهان:

آخر: الثمرة^(١) والغلة الحادثان بعد^(٢) شهادة الشاهدين، وقبل التزكية للمدعي، وبين شهادة الشاهد الأول والثاني، لا تكون للمدعي إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة الأول، أو بما قبله، فإن استخدم السيد العبد المدعي للعتق بين شهادة الأول والثاني على قولنا: لأيحال بينهما، وشهد الثاني هكذا فعليه أجره المثل. والله أعلم.

(١) في: أ "الثمر".

(٢) "بعد" ليست في: أ، ظ.

[الباب الثالث: في مستند علم الشاهد]

قال [الغزالي]: الباب الثالث في مستند علم الشاهد: والأصل فيه اليقين الواضح كالشمس، وذلك بالإبصار المجرد في الأفعال، وبالسمع، والبصر جميعاً في الأقوال، فتقبل شهادة الأعمى على الأفعال، ولا تقبل شهادة الأعمى على الأقوال، ولا على زوجته التي يطؤها، فإن الأصوات تتشابه إلا أن يتعلق بالمُقرِّ ويجرُّه إلى القاضي، فالصحيح أنه يقبل، وفي رواية الأعمى، وجهان، أما ما سمعه قبل العمى^(١) فيروي، بل يشهد أيضاً على معروف النسب بما أيسره^(٢) قبل العمى، وفي المترجم الأعمى وجهان، والقاضي إذا عمي بعد سماع البينة ففي القضاء بها وجهان).

[قال الرافعي] مقصود الباب شيئان: أحدهما: بيان ما تستند إليه الشهادة.

والثاني: القول في حكم تحملها أولاً، وآدائها آخرًا، إلا أنه لم يتعرض للثاني في ترجمة الباب، والشهادة تحتاج في مستندها تارة إلى الإبصار، وتارة لا تحتاج إليه، بل يكفي لها السماع، فرتب الباب على ثلاثة فصول:

أحدها^(٣): فيما يحتاج إلى الإبصار.

والثاني: فيما يكفي^(٤) فيه التسماع.

والثالث: في التحمل، والأداء، إلا أنه ترك التفصيل، ولم يصرح بالفصل الأول،

ثم اندفع بذكر الفصل الثاني، والثالث، ولا بأس لو أحق بأول الباب، وفيه فصول:

الأول^(٥): فيما يحتاج إلى الإبصار، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين،

قال الله تعالى ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾^(٦) وقال تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق

(١) في: أ "مرة" وهي زائدة.

(٢) في: نر "ايصر".

(٣) في: أ "أحدهما".

(٤) في: أ "يلقي".

(٥) "الأول" ليست في: أ.

(٦) سورة الإسراء من آية ٣٦.

وهم يعلمون^(١). ونقلنا في أول الشهادات، أن النبي ﷺ قال: "على مثل الشمس فاشهد، أو فدع"^(٢) وهذه اللفظة. قال في الكتاب: "اليقين الواضح كالشمس" إلا أن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه ولا يستغني، عن إقامة البينة عليه، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن كما سيأتي.

وقد قسم الشافعي والأصحاب^(٣): المشهود به على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكفي فيه السماع ولا يحتاج إلى الإبصار، وموضع بيانه الفصل الثاني

من الباب.

والثاني: ما يكفي فيه الإبصار، هو الأفعال، كالزنا، والشرب والغصب، والإتلاف، والولادة، والرضاع، والإصطياد، والإحياء وكون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤية^(٤) المتعلقة بها وبفاعليها، ولا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير، وتقبل فيها شهادة الأَصْم.

والثالث: ما يحتاج إلى السمع والبصر معاً، كالأقوال، فلا بد من سماعها، ومن مشاهدة قائلها^(٥) وذلك كالنكاح^(٦)، والطلاق، والبيع وجميع العقود، والفسوخ، والإقرار بها، فلا تقبل فيها شهادة الأَصْم الذي لا يسمع شيئاً، ولا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار^(٧) ولا يصح

(١) سورة الزخرف، من آية ٨٦.

(٢) فقد سبق تخريجه في كتاب الشهادات، ص ٥٠٣.

(٣) انظر: المختصر ٣٠٤، والحاوي ٣٦/٢١ و ٣٧، والمهذب ٤٢٧/٢، والوجيز ٢٥٣/٢، والروضة ٢٥٩/١١، ومعني المحتاج ٤٤٥/٤.

(٤) في: ز "الرواية".

(٥) في: أ، ب، ظ "قائلها".

(٦) ورد بهامش العزيز ٥٧/١٣ "قال البلقيني: يحتاج إلى شرط ثالث، وهو أن يكون الشاهدان عارفين باللغة التي يعقد بها النكاح على الصحيح، فإن قيل هذا شرط لانعقاد النكاح، والكلام في شرط الأداء في الأقوال، قلنا: أداء الشهادة مبني على صحة التحمل، وإذا لم يصح لا يصح أداء الشهادة".

(٧) قال في معني المحتاج ٤٤٥/٤ "أورد البلقيني صوراً يقبل فيها شهادة الأعمى على الفعل".

منه^(١) التحمل اعتماداً على الأصوات فإن الأصوات تتشابه ويتطرق إليها التخييل^(٢) والتلبيس.

وقال مالك^(٣) وأحمد^(٤) له التحمل والشهادة، اعتماداً^(٥) على الصوت، كما له أن يطأ زوجته، ويميز بينها، وبين غيرها بالصوت ونحوه، وأجاب الأصحاب: بأن الشهادة مبنية على العلم ما أمكن، والوطء يجوز بالظن وأيضاً فالضرورة تدعو إلى تجويز الوطء له، ولا تدعو إلى الشهادة.

فإن في البصر غنية عنه، ويستثنى عن هذه القاعدة صورة الضبط^(٦)، وهي أن يضع رجل فمه على أذنه، ويد الأعمى على رأسه بحيث^(٧) يتيقن أنه يسمع منه، فيقرأ بطلاق، أو عتاق، أو لرجل معروف الاسم والنسب^(٨) بمال، ويتعلق به الأعمى، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند القاضي، وأصح الوجهين: قبول الشهادة منه، والحالة هذه، لحصول العلم^(٩)، والثاني: إطراد المنع لأن التصوير المذكور فيه عسرٌ وتدقيقٌ. واللائق: حسم الباب كما أنا لانقبل شهادة الفاسق على الإطلاق، وإن كان يغلب على ظننا صدقه، وأما رواية الأعمى، ففيها وجهان:

= الأولى: الزنا، إذا وضع يده على ذكر داخل في فرج امرأة، أو دبر صبي مثلاً فأمسكها حتى تشهد عند الحاكم، بما عرفه بمقتضى وضع اليد، فهذا ابلغ من الرؤية.
الثانية: الغصب، والإتلاف لو جلس الأعمى على بساط لغيره، فغصبه غاصب، أو تلفه فأمسكه الأعمى في تلك الحالة والبساط، وتعلق به حتى شهد بما عرفه جاز.
والثالثة: الولادة إذا وضعت العمياء يدها على قبل امرأة وخرج منها الولد، وهي واضعة يدها على رأسه إلى تكامل خروجه، وتعلقت بهما حتى شهدت بولادتها مع يرها قبلت شهادتهما.

- (١) في: ب، ظ "فيه".
- (٢) في: ب، ظ "التخييل".
- (٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.
- (٤) انظر: المقنع ص ٣٤٨.
- (٥) "اعتماداً" ليست في: أ.
- (٦) في: أ "الضبطة".
- (٧) "بحيث" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٨) في: ب، ظ "النسب، والاسم".
- (٩) انظر: الروضة ٢٦٠/١١، ومغني المحتاج ٤٤٦/٤.

أحدهما: المنع، لأنه قد يُلبَسُ عليه وقت السماع.

والثاني: أنها مقبولة، إذا حصل الظنُّ الغالب، واحتج له بأن عائشة وسائر أمهات المؤمنين رضي الله عنهن "كن يروين من وراء الستر ثم يروي السامعون منهن"^(١) ومعلوم أن البصراء والحالة هذه كالعميان. والأول: أظهر عند الإمام. وبالثاني أجاب الجمهور، وقالوا: يُحتمَلُ في الرواية مالا يُحتمَلُ في الشهادة على ماتقدم.

وهذا الخلاف فيما سُمع بعد العمى، أما سمعه قبل العمى، فله أن يرويه بلا خلاف، فلو تحمل شهادة تحتاج إلى البصر، وهو بصير، ثم عمى فينظر: إن تحمل على رجلٍ معروف الاسم، والنسب، يقرُّ لرجل بهذه الصفة فله أن يشهد بعدما عمى لحصول العلم بالمشهود عليه، والمشهود له، وكذا لو عمى ويد المقر في يده، فشهد عليه^(٢) لمعروف الاسم، والنسب، وإن لم يكن كذلك لم تقبل شهادته، لأنه لا يمكنه تعيين المشهود عليه، أو الإشارة إلى المشهود له، وفي المترجم الأعمى وجهان عن صاحب "التقريب" أصحابهما: أنه يجوز الاعتماد على قوله، وقد ذكرنا المسألة من قبل^(٣).

ولو عمى القاضي بعد سماع البيعة، وتعديلها، فهل ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لانعزاله بالعمى كما لو انعزل بسبب آخر.

وأشبههما: وبه أجاب القاضي الحسين، أنه ينفذ إن لم يحتج إلى الإشارة، كما لو تحمل الشهادة^(٤) وهو بصير، ثم عمى، وأما شهادة الأعمى فيما يثبت بالتسامع فنذكرها في فصل التسامع.^(٥)

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٨/٤ "هو أمر مشهور في كتب المسانيد والسنن، وجميع

أمهات المؤمنين رواية حتى خديجة رضي الله عنها التي ماتت في حياته ﷺ، إلا زينب بنت خزيمة، أم المساكين فلم أجد عنها شيئاً من رواية أحدٍ عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وهذا فيمن دخل بهن، وأما غير من دخل بهن ففيهن من روت، وفيهن من لم ترو. والله أعلم."

(٢) "عليه" ليست في: ب، ظ.

(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٤٠، والعزیز شرح الوجيز ٤٥٦/١٢، والروضة ١١/١٣٦.

(٤) "الشهادة" ليست في: ب، ظ.

(٥) انظر: ص ٤-٦.

وقوله في الكتاب: "ولا تقبل شهادة الأعمى في الأقوال" ^(١) مُعَلِّمٌ بالميم والألف، ويجوز أن يعلم بالواو لوجهٍ ضعيفٍ حكيناه في "أدب القضاء" أن العمى لا يقدح في القضاء، وذلك الوجه على ضعفه يطردُ في الشهادة وليس قوله: "في الأقوال" للتخصيص، بل كما لا تقبل شهادته في الأقوال، لا تقبل شهادته في الأفعال، فإن الاعتماد فيها على البصر وحده.

وقوله "على زوجته التي يطؤها" أشار به إلى أن شهادته كما لا تقبل على الأجنبي، لا تقبل، على زوجته، التي يجوز له وطؤها، لما سبق ^(٢).

وعن القفال: أن مالكاً سئل بيخارى عن ^(٣) شهادة الأعمى، وقصدوا التشنيع عليه فقال: ما قولكم في أعمى يطأ زوجته، وأقرت تحته بدرهم، فشهد عليها، أتصدقونه في أنه عرفها، حتى استباح بضعها؟ أم تقولون ^(٤)، إنه لم يعرفها للإقرار بدرهم؟ فانعكس التشنيع إلى أن يحقق الأمر. وقوله: يقبل في مسألة الضبط معلم بالحاء ^(٥).

وكذا قوله "بل يشهد أيضاً على معروف النسب، فإن عند أبي حنيفة: لا تقبل شهادة الأعمى بحال" ^(٦). وقوله: "بل يشهد على معروف النسب" أي لمعروف النسب، وإلا فيحتاج إلى الإشارة إلى المشهود له، وهو غير متمكن منها. والله أعلم.

[فصل: في كيفية شهادة من لا يعرف نسبه]

قال [الغزالي]: ومن لا يعرف نسبه فلا بد من الشهادة على عينة، فإن مات أحضر مجلس الحكم، فإن دفن فلا يُنبش قبره، وقد تعذرت الشهادة).

-
- (١) انظر: ٢٥٦ -
 (٢) "في شهادة الزوج بزوجه" انظر ص ٥٤٢.
 (٣) في: ب، ظ "على" وهو خطأ.
 (٤) في: أ، ب، ظ "ويقولون".
 (٥) "معلم بالحاء" ليست في: ب، ظ.
 (٦) انظر: الهداية ١٢١/٣، "ولكن قال زفر: تقبل فيما يجري فيه التسماع لأن الحاجة فيه إلى السماع، ولا حلل فيه. وقال أبو يوسف: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعينة".

[قال الرافعي]: إذا شاهد فعلاً^(١) من إنسان، أو شاهده أو سمع منه قولاً، فإن كان يعرفه بعينه، واسمه، ونسبه، فيشهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه وعند غيبته وموته باسمه ونسبه، فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده، قال في "الوسيط"^(٢) يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك جاز، وكان يجوز أن يقال: هذه شهادة على مجهول فلا يعتد بها، كما ذكرنا في "باب القضاء على الغائب"^(٣) أن القاضي لو لم يكتب إلا أنني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل، وقد ذكر الشيخ أبو الفرج: أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه، لم يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة، والحالة هذه لاتفيد، وقال الإمام: لو لم يعرفه إلا باسمه، لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم، قد لا تنفع في الغيبة.

وبالجمله فلا يشهد، ولا يجزي على مالا معرفة له به، فلو سمع اثنين يشهدان أن فلاناً وكل هذا الرجل بيع داره، وأقر الوكيل بالبيع شهد على إقراره بالبيع، ولم يشهد على الوكالة، وكتب القفال: في مسألة: أنه يشهد على شهادة شاهدي الوكالة كأنهما كانا أشهاداً على شهادتهما. ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي المخطوبة، أو وكيل وليها وهو لا يعرفه وكيلاً، أو عرف الولاية، والوكالة، ولكن لم يعرف رضا المرأة، وهي ممن يعتبر رضاها، فلا يشهد على أنها زوجته، ولكن يشهد أن فلاناً زوج فلانة من فلان، وقيل: فلان، فإن لم يعرف المرأة بنسبها لم يشهد إلا أن فلاناً قال: زوجت فلانة من فلان.

ويقال: أنه ورد على القفال: كتاب^(٤) من القاضي ليزوج فلانة من خاطبها أحمد ابن عبد الله، وكان الخاطب من جيران القفال، فقال: إنما أعرفك بأحمد لا بأحمد بن عبد الله^(٥). فلم يزوجه منها، وفي مثل هذه الصورة ليس للمكتوب إليه أن يسمع الشهادة على أنه أحمد بن عبد الله، لأن القاضي لم يفوض إليه سماع البينة، وإن كان يعرف

(١) في: ب، ظ "فعله".

(٢) انظر ٣٧١/٧.

(٣) انظر ص: ٤٥٠.

(٤) "كتاب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ب، ظ "ابن عبد الله".

المشهدود عليه بعينه دون اسمه، ونسبه، فيشهد^(١) عليه حاضراً، لا غائباً، ولا ميتاً، وإذا مات أحضر ليشاهد صورته، ويشهد على عينه، فإن دُفِنَ فعن القاضي الحسين^(٢): أنه لا ينش، وقد تعذرت الشهادة، وهذا ما أورده في الكتاب، وما استثنى عنه في "الوسيط" ما إذا اشتدت الحاجة ولم يطل العهد بحيث يتغير المنظر، وهذا ما أورده الإمام على سبيل الاحتمال.

وقال: الأظهر ما ذكره القاضي، ومن لا يعرف اسم المشهدود عليه، ونسبه، لم يكن له أن يعتمد قوله: أنه فلان بن فلان، فيشهد على اسمه، ونسبه لكن لو تحمل الشهادة، وهو لا يعرف اسمه، ونسبه، ثم سمع الناس من بعده يقولون: إنه فلان ابن فلان، واستفاض عنه ذلك فله أن يشهد في غيبته على اسمه، ونسبه^(٣)، ويكون كما لو عرفهما عند التحمل^(٤).

ولو قال له عدلان عند التحمل، أو بعده هو فلان بن فلان، قال الشيخ أبو حامد: له أن يعتمد عليه، ويشهد على اسمه ونسبه، وهذا مبني على أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين، وفيه خلاف سيأتي في "فصل التسامع" وكما أن المشهدود عليه تارة تقع الشهادة على عينه، وأخرى على اسمه، ونسبه، فكذلك المشهدود له، فتارة يشهد على أنه أقر لهذا، وتارة على أنه أقر لفلان بن فلان، وكذلك^(٥) عند غيبة المشهدود له، وإذا شهد الشاهدان على أن لهذا على فلان بن فلان الفلاني: كذا فقال الخصم: لست فلان بن فلان الفلاني^(٦)، ففي^(٧) فتاوى القفال: أن على المدعي البينة على أن اسمه، ونسبه ما ذكره، فإن لم تكن بينة، حلفه، وإن نكل حلف، واستحق، وإن سلم ذلك الإسم، والنسب وادعى أن هناك من يشاركه فيهما، لم يُقبل منه حتى يقيم البينة

(١) في: أ "يشهد".

(٢) في: ز "حسين".

(٣) في: ز "على اسمه ونسبه في غيبته".

(٤) انظر: هامش العزيز ٦٠/١٣.

(٥) في: ز "لذلك".

(٦) "الفلاني" ليست في: أ.

(٧) في: ب، ظ "في".

على ما يدعيه، فإن أقامها، احتاج المدعي إلى إثبات زيادة يمتاز بها المدعى عليه عن الآخر. وهذا كما ذكر في كتاب القاضي: إذا بلغ المكتوب إليه وأحضر من زعم المدعي أنه المحكوم عليه، وليكن التصوير فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا، واسمه، ونسبه كذا وأنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا، وهو هذا^(١) الحاضر وأقام البينة على الاستحقاق على فلان بن فلان، فيستفيد بها مطالبة الحاضر، إن اعترف بذلك الاسم، والنسب، أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أنكر، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي على فلان بن فلان من غير أن يربط الدعوى بالحاضر؟

وفي الفتاوى أيضاً: أنه لو أحضر رجلاً عند القاضي. وقال: إن هذا أقر لفلان بن فلان بكذا، وأنا ذلك المقر له، فقال الرجل: نعم أقرت لكن هاهنا، أو بموضع آخر رجل بهذا الاسم، والنسب وإنما أقرت له، فعليه إقامة البينة على ما يدعيه، فإذا أقامها سئل ذلك الآخر، فإن صدقه دُفِعَ المقر به إليه، ويحلفه الأول على أنه لا شيء عليه. وإن كذبه، فهو للمدعي، وإن قال: هاهنا رجل آخر بهذا الاسم والنسب، وأنا أقرت لأحدهما، لا أثبت عينه، وأقام البينة على رجل آخر، فيُسأل ذلك الآخر، فإن قال: لا شيء لي على المقر فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول، كما لو كانت عنده وديعة فقال: هي لأحدكما، ولا أدري^(٢) أنها لأيكما، فقال أحدهما: إنها ليست لي، تكون للآخر، وإن صدقه الآخر، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كل واحد منهما: إنها لي.

وأعلم أنا في الوكالة ذكرنا فيما لو وكل رجلاً بالخصومة عنه، ثم غاب الموكل، والقاضي لا يعرفه، وأراد الوكيل الخصومة عنه، بناءً على اسم ونسب ذكره أنه لا بد من البينة على أنه وكله فلان بن فلان، أو على أن الذي وكله عند القاضي هو فلان بن فلان، وحكىنا عن القاضي الحسين أن هذه البينة يكتفي^(٣) القاضي فيها بالعدالة الظاهرة ويتساهلون في البحث، والاستزكاء، وعن القاضي أبي سعد الهروي: أنه يجوز^(٤) الاكتفاء

(١) "هذا" ليست في: أ.

(٢) في: أ "أدى أيهما".

(٣) في: أ "تكتفي".

(٤) في: ظ "لا يجوز".

فيه بتعريف واحد، وكل واحدٍ من هذين الكلامين ينبغي أن يعود هاهنا حيث احتاج إلى إثبات أنه فلان بن فلان. والله أعلم.

[فصل: في تحمل الشهادة على المرأة المتنقبة]

[قال [الغزالي]: ولا يجوز تحمل الشهادة على المرأة المتنقبة إلا أن تكشف وجهها ويميزها عند الأداء عن أمثالها بالإشارة والمعرفة المحققة، وإن عرفها رجلان فلا يشهد عليها بل على شهادتهما بأن فلانة أقرت وذلك عند غيبتهما^(١)، لأنه فرعهما، ويجوز النظر إليها لحاجة التحمل، وإذا قامت البينة على عينها بدين، وزعمت أنها بنت زيد، فليس للقاضي أن يسجل على بنت زيد، وإن أقرت بالنسب، ولا إن قامت بينة على أنها بنت زيد، إذ البينة على النسب من غير تقدم دعوى لا تسمع على الصحيح، ولكن للقاضي أن ينصب من يدعي على بنت زيد ديناً وتكرهى أنها بنت زيد، فتقام البينة^(٢) عليها بالنسب، ثم إذا ثبت سَجَلٌ، وتجاوز هذه الحيلة للحاجة).

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: المرأة المتنقبة، لا يجوز تحمل الشهادة عليها اعتماداً على الصوت^(٣)، فإن الأصوات تتشابه، كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت، وكذا البصير في الظلمة، ومن وراء حائل صفيق، وفي الحائل الرقيق وجهان المذكوران في "العدة". أصحهما: أنه يجوز، لأنه لا يمنع المشاهدة وإذا لم يجز التحمل بالصوت فإن عرفها متنقبة باسمها، ونسبها، أو بعينها، لا غير، جاز التحمل، ويشهد عند الأداء بما يعلم^(٤). وإن لم يعرفها، فيكشف عن وجهها ليراها الشاهد، ويضبط حليتها، وصورتها، وليتمكن من الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء، ويكشف وجهها حيثنذ

(١) في: ز "غيبتهما".

(٢) في: ز "عليها البينة".

(٣) قال في مغني المحتاج ٤/٤٤٧ "لا يصح التحمل على المتنقبة ليؤدي ما تحمله اعتماداً على معرفة صوتها، أما لو شهد اثنان أن امرأة متنقبة أقرت يوم كذا لفلان بكذا، فشهد آخران، أن تلك المرأة التي حضرت، وأقرت يوم كذا هي هذه، ثبت الحق بالبيتين، كما لو قامت بينة أن فلان بن فلان الفلاني أقر بكذا، وقالت أخرى على أن الحاضر هو فلان بن فلان ثبت الحق".

(٤) "فيشهد في العلم بعينها إن حضرت" ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٤٧.

أيضاً^(١)، ولا يجوز التحمل بتعريف عدل، أو عدلين أنها فلانة بنت فلان، فإذا^(٢) قال: عدلان: نشهد^(٣) أن هذه فلانة بنت فلان تقر بكذا، فهما شاهدا الأصل. والذي يسمع منهما شاهد فرع يشهد على شهادتهما عند اجتماع الشرائط. ولو سمعه من عدل واحد، فيشهد على شهادتهما. والشهادة على الشهادة، والحالة هذه تكون على الاسم، والنسب، دون العين، هذا / ما ذكره أكثر المتكلمين^(٤) في المسألة. وحكوا عن القفال: أنه ٥٢١/ز كتب في صورة المسألة شهادته على شهادة المعرفين، ثم أحضر للأداء^(٥) فامتنع، وقال: كيف^(٦) أشهد؟ والشاهدان في السوق، ووراء ذلك وجوه:

أحدها: عن الشيخ أبي محمد: أنه^(٧) يكفي لتحمل الشهادة عليها معرف واحد سلوكاً به مسلك الإخبار، وعلى ذلك جرى جماعة من المتأخرين منهم القاضي شريح الروياني.

والثاني: أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان، ويشهد على اسمها، ونسبها عند الغيبة، وهذا ما حكينا عن الشيخ أبي حامد بناء على أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين.

والثالث: عن الإصطخري: أنه إذا كان يعرف نسب امرأة، ولا يعرف غيرها فدخل دارها، وفيها نسوة سواها فقال: لابنها الصغير: أيهن أمك، أو لجارتيتها: أيتها

(١) أي "فإن لم يعلم شيئاً عن ذلك كشف وجهها عند التحمل، ويجوز استيعاب وجهها بالنظر للشهادة عند الجمهور، وصحح الماوردي أن ينظر ما يعرفها به فقط، فإن عرفها بالنظر إلى بعضه لم يتجاوز، وهذا هو الظاهر، ولا يزيد على مرة سواء قلنا: بالاستيعاب، أم لا، إلا أن يحتاج للتكرار" ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٤٧، وانظر: الحاوي ٢١/٤٨ و ٤٩، والروضة ١١/٢٤٦.

(٢) في: أ، ب، ظ "وإذا".

(٣) في: أ "يشهدان".

(٤) على الأشهر بناء على أن المذهب في أن التسماع لا بد فيه من جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب، وقيل: يجوز بتعريف عدل، لأنه خبر، وقيل: بتعريف عدلين بناء على جواز الشهادة على النسب بالسماع منهما... ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٤٧، وانظر لمزيد فائدة. الحاوي ٢١/٤٧ و ٤٨.

(٥) في: أ، ب، ظ "الأداء".

(٦) "كيف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.

سيدتك، فأشارت إلى امرأة، فيسمع إقرارها، جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان، أقرت بكذا، حكاها ابن كج عنه. ولم يقم^(١) قول شاهدين على قول الإصطخري مقام إخبار الصغير، والجارية، وادعى: أن ذلك أشد وقعاً في القلب، وأثبت. ولك أن تقول: ما ينبغي أن يتوقف جواز التحمل على كشف الوجه، ولا على المعرف^(٢)، لأن حضور امرأة، أو شخص تحت النقاب، وإقرار ذلك الحاضر متيقن، فإذا رفعت المرأة إلى القاضي، والمتحمل يلزمها، يتمكن من الشهادة على عينها، بأنها أقرت بكذا، وهو نظير صورة الضبط في شهادة الأعمى.

وقد يحضر قوم يُكتفى بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يعتبر في التسامع طول المدة، كما سيأتي فيخبرون عن اسمها، ونسبها، فيتمكن من الشهادة على اسمها، ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان، تحملا الشهادة على امرأة لا يعرفانها، أن امرأة أحضرت^(٣) يوم كذا مجلس كذا، فأقرت لفلان بكذا، وشهد عدلان أن المرأة المحضرة يومئذ في ذلك المكان، كانت هذه، يثبت الحق بالبينتين، أليس لو قامت بينة على أن فلان بن فلان الفلاني أقر بكذا، وقامت أخرى على أن هذا المحضر، هو فلان بن

(١) في: أ "تجعل".

(٢) قضية "كشف الوجه" وأنه لا بد من كشف الجميع، قال عنه الماوردي في الحاوي ٤٨/٢١ و ٤٩ "إذا جاز له النظر إلى وجهها، ليعرفها في الشهادة لها وعليها، فقد اختلف الناس فيما يجوز أن ينظر من وجهها.

فالذي عليه جمهور الفقهاء: أنه يجوز أن ينظر إلى جميع وجهها، لأن جميعه ليس بعورة، واختلف القائلون بهذا في جواز النظر إلى كفيها. فحوزه بعضهم تعليلاً بأنه ليس بعورة، ومنع منه أكثرهم لاختصاص المعرفة بالوجه دون الكفين.

وقال آخرون: لا يجوز أن ينظر إلى جميع وجهها، وينظر منه إلى ما يعرفها به. وقال آخرون: إن كانت شابة، نظر إلى بعض وجهها، وإن كانت عجوزاً نظر إلى جميعه، وقال آخرون: إن كانت ذات جمال نظر إلى بعضه، وإن كانت غير ذات جمال، نظر إلى جميعه تحرزاً من الافتتان بذات الجمال.

والصحيح من اختلاف هذه الأقاويل: أن له أن ينظر إلى ما يعرفها به، فإن كان لا يعرفها إلا بالنظر إلى جميع وجهها، جاز له النظر إلى جميعه، وإن كان يعرفها بالنظر إلى بعض وجهها، لم يكن له أن يتجاوزها إلى غيره، ولا يزيد على النظرة الواحدة، إلا أن لا يتحقق إثباتها إلا بنظرة ثانية، فيجوز له النظرة الثانية".

(٣) في: ب، ظ "حضرت".

فلان، يثبت الحق، فما الفرق بين تعريف المشهود عليه. المطلق باسم ونسب، وبين تعريفه بزمان، ومكان؟ فإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد وجب أن يجوز مطلقاً، ثم إن لم يعرض ما يفيد جواز الشهادة على العين، أو على الاسم، والنسب، أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات، فذلك شيء آخر.

وقوله في الكتاب: "ولا يجوز تحمل الشهادة على المرأة المتقبة، إلا^(١) أن تكشف وجهها" غير مجرى على ظاهره، بل لو عرفها في النقاب، لم يفتقر إلى الكشف على ما^(٢) مرّ، أن يكون شرطاً في التحمل، فإن الأداء يتأخر^(٣) عن التحمل، فكيف يجوز أن يقال: لا يجوز التحمل، ما لم يميزها عند الأداء، لكن المراد أنه لا يجوز التحمل ما لم تكشف وجهها ليتمكن من التمييز عند الأداء، ما أشبهه. وقوله: "فلا يشهد عليها" معلّم، بالواو، لما عرفت وقوله: "ويجوز النظر إليها لحاجة التحمل" يعني النظر إليها إلى وجهها.

وذكر الصيمري: أنه لو نظر إلى أكثر وجهها، وسمع كلامها، جاز أيضاً.

وفي لفظ الكتاب، تعليل جواز النظر لحاجة^(٤) التحمل.

لكن ذكرنا في أول النكاح وجهين في جواز النظر إلى وجه المرأة إذا لم يكن خوف فتنة، فإن جوزنا مطلقاً فلا معنى للتعليل بالحاجة^(٥) وإنما يتنظم ذلك على الوجه الآخر، وأما عند خوف الفتنة فيحرم النظر إلى وجهها بلا خلاف. ويشبه أن يقال: من يخاف الفتنة لا ينظر للتحمل، لأن في غيره غنية عنه. فإن تعين فينظر ويحتز^(٦)

(١) في: أ "إلى".

(٢) "ما" ليست في: أ.

(٣) في: ز "بخير".

(٤) في: ز "بحاجة".

(٥) من قوله "في جواز النظر . . . بالحاجة" ليس في: أ، ب، ظ.

(٦) وانظر بشأن تفصيل المسألة: الحاوي ٤٨/٢ و ٤٩، والوجيز ٣/٢، والمهذب ٤٤/٢، والروضة

٢١/٧، ومغني المحتاج ١٢٨/٣.

المسألة الثانية: إذا قامت البينة على غير رجل وامرأة بحق وأراد المدعي أن يسجل له القاضي بالتسجيل على العين ممتنع لكن يجوز أن يسجل بالخلية^(١) ولا سبيل إلى التسجيل بالاسم والنسب ما لم يثبتا، ولا يكفي فيهما قول المدعي ولا إقرار من قامت عليه البينة، فإن نسب الشخص لا يثبت بإقراره.

ولو قامت بينة على نسبه على سبيل الحسبة فيبنى على أن شهادة الحسبة في النسب هل تقبل؟ إن قبلناها أثبت القاضي النسب وسجل وإن لم قبلها وهو اختيار القاضي الحسين فقد قال: وهنا الطريق أن ينصب القاضي من يدعي على فلان ابن فلان ديناً أو على فاطمة بنت زيد، أو يدعي على زيد ويقول: هذه ابنته وتركته عندها، وينكر المدعى عليه النسب^(٢) فيقيم المدعي البينة عليه. قال وتجاوز هذه الحيلة للحاجة كما أمر رسول الله ﷺ عامل^(٣) "خير"^(٤)

(١) ورد على هامش العزيز ٦٤/١٣ "التسجيل بالخلية مشكل كما قال ابن أبي الدم، لأنه إن كان الغرض منه التذكر عند حضورها فصحيح، وإن كان الغرض منه المكاتبه به إلى بلد آخر إذا غاب المدعى عليه ليعمل بمقتضاه، وتقابل حليته به، ويلزمه إن أنكر ففي غاية الإشكال. قلت: وكذا إن كان الغرض الاعتماد عليها عند الحاجة إلى الإثبات والحكم تاماً، ولا أحسب أحداً يقوله، ولا شك أنه لا يقضي بما بعد الموت والدفن لحصول التقييد، وتنزيل إطلاقهم على الحالة الأولى يأباه كلامهم في أدب القضاء، فإنهم جعلوا الخلية في المجهول كالاسم، والنسب في المعروف لكن فيه نظر.

والمقصود بالخلية التذكر خاصة، وبذلك صرح الماوردي والرويانى في باب التحفظ في الشهادة فقالا: إن تحلية المشهود عليه إذا كان مجهولاً قال قوم: يجب لأنه يؤدي إلى المعروف قاله في الخادم".

وقال الماوردي في الحاوي ٥٢/٢١ "والذي عليه الجمهور أنه استظهار له باعته على التذكر، كالخط، يراد ليذكر الشهادة، ولا يُعَوَّل عليه في الأداء".

(٢) "النسب" ليست في: ب، ظ.

(٣) "عامل خير" قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٨/٣ "وعامل خير" هو سواد بن غزبه ٠٠ وقيل مالك بن صعصعة ٠٠٠

والذي في الإصابة ٣٤٦/٣ "هو مالك بن صعصعة بن وهب بن عدي الأنصاري، روى عنه أنس بن مالك، حديث الإسراء ٠٠٠ ذكر الخطيب أنه الذي قال له النبي ﷺ "أكل تمر خير هكذا". وانظر: الاستيعاب ٣٧٤/٣.

(٤) "خير" موضع يقع شمال المدينة المنورة على ثمانية بُرْد على طريق الشام، غزاه النبي ﷺ سنة ست من الهجرة، وقيل: سنة سبع ٠٠٠.

انظر: معجم البلدان ٤٠٩/٢، والمصباح ١٦٢/١.

بيع الجَمْع^(١) بالدرهم وشراء الجنيب^(٢) بها^(٣).

واعترض الإمام بأن الدعوى الباطلة، كلا دعوى، فكيف تجوز بناء الشهادة عليها؟ وكيف يأمر القاضي بها؟ وأنى يشبه قصة "خير". والنبي ﷺ: أمر ببيع وشراء صحيحين.

لكن الوجه: أن يقال وكلاء المجلس يتفطنون لمثل ذلك، وإذا نصبوا مدعيًا، لم يتفحص القاضي، ولم يضيق بل يصغي إلى الدعوى والبينة للحاجة، ولو أمر المدعي^(٤) الذي ثبت له الحق بالبينة، بأن ينقل الدعوى على العين، إلى الدعوى على بنت زيد لتنكر^(٥)، فيقيم البينة على النسب، كان أقرب من نصب مدعٍ جديد، وأمره بدعوى باطلة.

وقوله في الكتاب: "لا تسمع على الصحيح" إشارة إلى الخلاف الذي سبق في أن النسب هل يثبت بشهادة الحسبة؟ وترجيح المنع غير مساعد عليه على ما بينا هناك^(٦). ويجوز أن يعلم قوله "ولكن للقاضي أن ينصب" بالواو لاعتراض الإمام. وكذا قوله: "وتجوز هذه الحيلة للحاجة". وقوله: "وتنكر هي، أنها بنت زيد" يشعر بأنه لا بد من

(١) "الجَمْعُ" بفتح الجيم، وإسكان الميم، صنف من التمر الرديء. انظر القاموس المحيط ١٤/٣، وانظر المصباح ١٠٨/١.

(٢) "الجنيبُ" بفتح الجيم وكسر النون، صنف من التمر الجيد. انظر: القاموس المحيط ٤٩/١، والمصباح ١١٠/١، وانظر: التلخيص ٨/٣.

(٣) الحديث متفق عليه، من حديث أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خير فجاهه بتمر جنيب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أَكَلْتُ تَمْرَ خَيْرٍ هَكَذَا؟ قال: لا. والله يارسول الله. إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله: لا تفعل بَعْ الجَمْعِ بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيباً. أخرجه البخاري ٣٥/٢، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خيرٍ منه. وانظر: تلخيص الخبير ٨/٣ و ٢٠٥/٤.

(٤) في: أ "الدعوى" وهو خطأ.

(٥) "لتنكر" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "عن القاضي الحسين: أنه لا تقبل فيه شهادة الحسبة - وهو الذي حكم به الغزالي هنا - ... والأظهر: القبول، لأنه متعلق بحقوق الله تعالى كالطلاق والعنق (٠٠٠). انظر: العزيز شرح الوجيز ٣٦/٣، والوجيز ٢٥١/٢ -

إنكارها، وكان التصوير فيما إذا لم تعرف قبل بأنها بنت زيد، وإلا فكيف تؤمر بأن ترجع عما أقرت به؟ وتبين مما أجريناه^(١)، أنه لافرق في المسألة بين الرجل، والمرأة. والله أعلم.

فرع: عن فتاوى القفال: شهد الشهود على امرأة باسمها ونسبها، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها، صحت شهادتهم، فإن سألهم الحاكم، هل تعرفون عينها؟ فلهم أن يسكتوا، و لهم أن يقولوا: لا يلزمنا الجواب. عما تقوله.

[الفصل الثاني: في التسماع: أي ما تجوز الشهادة فيه بالسماع]

قال [الغزالي]: الفصل الثاني: في التسماع: والنسب يثبت بالسماع من قوم لا ينحصرون عند الشاهد^(٢)، فيشهد به، لأنه لا يمكن رؤيته، وفي النسب من الأم، وجهان، لأنه لا يمكن رؤيته، والأصح ثبوته، واختلفوا في الولاء^(٣)، والعق، والوقف، والنكاح، وما تتوفر الطباع على إشاعته، أنه هل يلحق بالنسب؟ والصحيح، أن الموت كالنسب لا كالعق، ثم لا يحصل التسماع^(٤) بقول عدلين، بل بجماعة لا تجمعهم رابطة التواطؤ، إلا أن يشهدوا على شهادتهما، ولا تجوز الشهادة على النسب بأن يسمع رجلاً يستلحق^(٥) صيباً أو كبيراً ساكتاً لا ينكره.

[قال الرافعي]: عقد الفصل لبيان ما تجوز الشهادة فيه بالسماع، فمنه^(٦) النسب، فيجوز أن يشهد بالتسماع أن هذا الرجل ابن فلان وأن هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فلان أو أنها^(٧) من قبيلة كذا^(٨) لأنه أمر لا مدخل

(١) أي في أول المسألة، ص ٦٠٤. بقوله "المسألة الثانية: إذا قامت البينة على عين رجل أو امرأة".

(٢) في: أ "التشاهد" وهو خطأ

(٣) في: أ "الولاية".

(٤) في: ز "السماع".

(٥) في: أ، ب "يلتحق".

(٦) في: أ "فيه".

(٧) في: أ "أنهما".

(٨) ورد بهامش العزيز ٦٦/١٣. "قال في القوت: واعلم أن كلام الرافعي وغيره يقتضي التسوية فيما

ذكرنا بين الشهادة بنسب الرجل والمرأة، وكلام الماوردي يقتضي أن الأمر في الشهادة

للرؤية^(١) فيه، وغاية الممكن رؤية الولادة على فراش الإنسان، لكن النسب إلى الأجداد المتوفين^(٢) والقبائل القديمة لا تتحقق فيه الرؤية، ومعرفة الفراش فدعت الحاجة إلى اعتماد التسامع. وفي النسب من الأم وجهان: أحدهما: أنه لا يجوز الشهادة عليه بالسماع^(٣) لإمكان رؤية الولادة. والثاني يجوز كما في جانب الرجل، وهذا أصح عند صاحب الكتاب^(٤).

وحكى في "الوسيط" القطع به عن بعضهم ثم ذكر الشافعي رضي الله عنه، والأصحاب رحمهم الله في صفة التسامح: أنه ينبغي أن يسمع الشاهد، والمشهود بنسبه ينتسب إلى ذلك الرجل، أو القبيلة، وسمع الناس ينسبون إليه، وهل يعتبر فيهما التكرار^(٥) وامتداد مدة السماع؟ قال كثيرون نعم، فالظن حينئذ يتأكد، وبهذا أجاب أبو القاسم الصيميري.

وقال آخرون: لا بل لو سمع انتساب الشخص، وحضر جماعة لا يرتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعةً واحدةً، جاز له الشهادة.

وهذا ما رأى القاضي ابن كج: القطع به، وهو جواب صاحب "التهذيب" في انتسابه نفسه. وإذا قلنا بالأول، فليست المدة محدودة، بل الغرض ظهور الحال للسامع،

= بنسبها أشد حيث قال: إن الشهادة في نسب المرأة أغلظ منها في نسب الرجل لبروزه، وإباحة نظره دونها، فصارت بهذين الأمرين أغلظ فاحتاج في العلم بنسبها إلى أمرين آخرين: أحدهما: معرفة عينها على وجه مباح، وبين له وجوهاً ظاهرة.

والثاني: أن يحتاج بعد معرفة عينها في معرفة نسبها إلى الخبر، المتظاهر بأن فلانة هذه بعينها هي ابنة فلان، ويكون معرفة المخبر بنسبها بعينها كمثل معرفته، ثم ينظر في مظاهر الخبر، فإن كان بين النساء رجل ونساء صغار، وكبار، وأمراء، وعبيد، فهو الأوكد في مظاهر الخبر بنسبها، وإن انفرد به النساء، والعبيد صح". وانظر الحاوي ٤٧/٢١ و ٤٨.

(١) في: أ "لامدخل المروية" وهو خطأ.

(٢) في: ز "المنقرضين".

(٣) في: أ "التسامع" وهو خطأ.

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٥٤، حيث قال: "والأصح ثبوته". وانظر: الروضة ١١/٢٦٧، ومغني المحتاج ٤٤٩/٤.

(٥) في: أ "التكرار". وفي: ز "التكرير".

ويختلف الحال، بعدد المخبرين، وفرقهم وضعفهم، وفي وجه: هي محدودة^(١) بسنة، ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهما ما يورث التهمة، والريسة، فلو كان المنسوب إليه حياً، وأنكر، لم تجز الشهادة، وإن كان مجنوناً، جازت الشهادة، كما لو كان ميتاً، وفيه وجه. لأنه قد يُفَيَّقُ فينكر،

وطعن من يطعن^(٢) من الناس في ذلك الانتساب، والنسب، هل يمنع جواز الشهادة؟ فيه وجهان:^(٣)

أشبههما: أنه يمنع، لاختلال الظن. وهل تجوز الشهادة في الولاء، والعق، والوقف، والزوجية، بالتسامع؟ فيه وجهان: وهما في الشهادة على أنه مولى فلان، أو عتق، أو وقف، أو أنها زوجة فلان لا على الإنشاءات^(٤)، قال أبو إسحاق: لا تجوز الشهادة عليها بالتسامع لأن أنسابها غير متعددة، ومشاهدتها متيسرة.

وقال الإصطخري رحمه الله: يجوز لأن هذه أمورٌ مؤبدة، وإذا طالت مدتها عسر إقامة البيئة على ابتدائها فتمس الحاجة إلى إثباتها بالتسامع، ولأنها شهادة على الحاصل بالعقد فأشبهت الشهادة على الملك المطلق. وبهذا قال أحمد^(٥) وابن القاص، وأبو علي بن أبي هريرة، والطبري، ورجحه ابن الصباغ، وبه أجاب القاضي ابن كج في الولاء. والأول هو الجواب في فتاوى القفال^(٦)، والأصح على ما ذكره الإمام، وأبو الحسن العبادي والقاضي الروياني "في جمع الجوامع" قال هؤلاء ويمكن الإثبات بالشهادة على شهود الأصل، واستحبوا للحاكم أن يجدد شهود كتب الوقف، مهما خاف انقراض الأصول، وفرقوا بينها وبين الملك بأن أسباب الملك متعددة، وتعددها يورث عُسر الوقف عليها فكذلك جوزنا الاعتماد على التسامع، وأما هذه فأسبابها متحدة.

(١) من قوله "بل الفرض ظهور ٠٠٠ وجه: هي محدودة بسنة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "طعن".

(٣) "على الصحيح" كما في الروضة ٢٦٧/١١، وانظر: مغني المحتاج ٤٤٨/٤.

(٤) في: أ، ظ "الانتساب".

(٥) انظر: المقنع ص ٣٤٤.

(٦) انظر: الروضة ٢٦٧/١١، ومغني المحتاج ٤٤٨/٤.

وذكر صاحب "العدة" أن هذا ظاهر المذهب، لكن الفتوى الجواز للحاجة^(١). وفي جواز الشهادة على الموت بالاستفاضة طريقان، عن القاضي الحسين على الخلاف في الولاء وما في معناه لأنه يمكن فيه المعاينة، والصحيح المشهور القطع بالجواز كالنسب، لأن أسباب الموت مما يكثر منها: ما يخفى ومنها ما يظهر، وقد يعسر الاطلاع عليها فجاز أن يعتمد على الاستفاضة. ولأنه يقع في الأفواه وينتشر كالنسب، ثم في الفصل مسألتان: إحداهما في العدد المعتدّ به في التسامع، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز الاعتماد فيه على خير عدلين، كما يجوز للحاكم الحكم بشهادة عدلين، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وأبو حاتم القزويني^(٢) وإليه ميل الامام رحمهم الله وإيانا^(٣).

والثاني: لا بد من جمع كبير يقع العلم أو الظن / القوي بخبرهم ويؤمن تواطؤهم ٥٢٣/ز على الكذب، ولا يكفي قول عدلين، نعم لو أشهداه شهد على شهادتهما، وهذا ما اختاره قاضي^(٤) القضاة الماوردي^(٥) رحمه الله وابن الصباغ أيضاً رحمه الله، وهو أشبه بكلام الشافعي رضي الله عنه^(٦) وبه أجاب صاحب الكتاب^(٧)، وحكى أبو الفرج السرخسي، رحمه الله وغيره وجهاً ثالثاً: وهو جواز الاعتماد على خبر الشخص الواحد إذا سكن القلب إليه، ولا يعتبر عدد الشهادة، كما لا يعتبر لفظ الشهادة. وإذا قلنا

-
- (١) قال النووي في الروضة ١٢٦/١١ "قلت: الجواز أقوى، وأصح، وهو المختار" وقال في مغني المحتاج ٤٤٨/٤. "قلت: الأصح عند المحققين، والأكثرين في الجميع الجواز". وانظرها سنن العزیز ٦٨/١٣.
- (٢) محمد بن الحسن القزويني، أبو حاتم وهو من نسل أنس بن مالك رضي الله عنه. تفقه "بأمل" ثم قدم "بغداد". كان حافظاً للمذهب، صنف كتباً كثيرة، توفي سنة ٤٤٠ هـ. رحمه الله. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣١٢/٥، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٤٥.
- (٣) "وإيانا" ليست في: ز.
- (٤) في: ز "أقضي".
- (٥) انظر: الحاوي ٣٧/٢١ و ٣٨.
- (٦) انظر: المختصر ص ٣٠٤.
- (٧) انظر: الوجيز ٢٥٤/٢، والمهذب ٤٢٨/٢، الروضة ٢٦٨/١١، ومغني المحتاج ٤٤٩/٤.

بالوجه الثاني: فينبغي أن لا تعتبر العدالة ولا الحرية ولا الذكورة^(١).

الثانية: إذا سمع رجلاً يقول لآخر: هذا ابني، وصدقه الآخر، أو أنا ابن فلان، وصدقه فلان، قال كثير من الأصحاب يجوز أن يشهد به على النسب، وكذا لو استلحق صبيّاً أو بالغاً، وسكت لأن السكوت في النسب كالإقرار ألا ترى أنه لو بُشّر بولد فسكت عليه لحقه، بخلاف ما إذا أنكر المستلحق فإن النسب لا يثبت حينئذ وفي "المهذب"^(٢) وجه أنه لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار، والسكوت والذي أجاب به الإمام وصاحب الكتاب^(٣) رحمهما الله: أنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك، وإنما يشهد الشاهد، والحالة هذه على الإقرار، والاستلحاق.

وهذا قياس ظاهر، وربما أمكن تنزيل إيراد بعض الناقلين عليه وبتقدير أن لا يكون كذلك^(٤) فكأن النسب فارق سائر الأمور المقر بها سعياً في إثباته وقد وجه أيضاً بأن الوقف^(٥) على توافق المستلحق والمستلحق أكد في إثارة الظن في السماع من غيرهما، ولا يخفي أن قوله في الكتاب: "إلا أن يشهد على"^(٦) شهادتهما ليس باستثناء محقق ويمكن أن يعلم قوله: "ثم لا يحصل التسماع بقول عدلين" وقوله "بل بجماعة" بالحاء لأن عند أبي حنيفة^(٧) تجوز الشهادة على الموت بقول عدل واحد^(٨) والله أعلم بالصواب.

(١) ورد بهامش العزيز ٧٠/١٣ "ما أشار إليه من عدم اشتراط العدالة، والحرية، والذكورة، واقتضى كلامه أنه لم يقف فيه على نقل، وفي المسألة وجهان حكاهما ابن عبدان في كتابه شرائط الأحكام، لكنه قال: الصحيح من المذهب اشتراط العدالة والإسلام، وصرح غيره من أصحابنا القدماء في كتبهم الأصولية، بأنه لا يشترط ذلك في التواتر". وانظرها من العزيز ٧٠/١٣.

(٢) انظر: المهذب ٤٢٨/٢.

(٣) انظر: الوجيز ٢٥٤/٢.

(٤) "كذلك" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ز "الوقف".

(٦) في: ز "من".

(٧) انظر: فتح القدير ٤٦٦/٦.

(٨) "واحد" ليست في: ز.

[فصل: فيما يتعلق بالتسامع في الملك]

قال [الغزالي]: و^(١) أما الملك فإذا اجتمع فيه اليد والتصرف والتسامع^(٢)، جازت الشهادة فإنه لا يبصر وهو منتهى الإمكان، والظاهر أن مجرد اليد والتصرف، يكفي دون التسامع، والصحيح: أن مجرد التسامع لا يكفي، ثم نعي بالتصرف البناء والهدم أو البيع^(٣) والرهن، وهو تصرف الملاك، وأما مجرد الإجارة، وإن تكررت، ففيه وجهان: إذ قد يصدر ذلك ممن استأجره مدة طويلة، أما الإعسار^(٤) فإنما تجوز الشهادة عليه بخبرة الباطن، وشهادة القرائن كصبره على الضرر والجوع في الخلوة.

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: فيما يتعلق بالتسامع الملك، فإن نفس الملك ليس مما يبصر. أو يسمع والشهادة^(٥) عليه تُبنى على ثلاثة أمور: وهي اليد، والتصرف، والتسامع. أما اليد فهي بمجرد لا تفيد جواز الشهادة على الملك، لكن إذا رأى الشيء في يد إنسان جاز أن يشهد له باليد. وفي "التهذيب" أنه إنما يشهد إذا رآه في يده مدة طويلة، وحكى الإمام: أن شيخه حكى^(٦) في إفادة اليد وحدها جواز الشهادة على الملك قولاً آخر، والظاهر المنع والتصرف المجرد، كاليد المجردة، لا يفيد جواز الشهادة على الملك، وإن اجتمع اليد والتصرفُ نظر: إن قصرت المدة، فالحكم كما في اليد المجردة، وإن طالت، فوجهان: قال أبو إسحق رحمه الله: لا تجوز الشهادة بالملك لأن الغاصب، والوكيل، والمستأجر أصحاب يد، وتصرف.

وقال الإصطخري: تجوز لأن امتداد اليد والتصرف من غير منازعة منازع يغلب

على ظن الملك.

-
- (١) "و" ليست في: ز.
 (٢) "التسامع" ليست في: أ.
 (٣) "أو البيع" ليست في: أ.
 (٤) في: أ "الإعسار".
 (٥) "و" ليست في: أ.
 (٦) "أن شيخه حكى" ليست في: أ، ب، ظ.

وبهذا قال أبو حنيفة^(١)، رحمه الله وكذلك أحمد رضي الله عنه^(٢)، وهو الأصح عند صاحب "التهذيب"^(٣) وحكاية الإمام عن اختيار^(٤) الجمهور.

وعن الشيخ أبي محمد: القطع به، فإن انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة، ونسبة الناس الملك إليه، جازت الشهادة بالملك، على الوجهين، وهو غاية ما تبني عليه هذه الشهادة.

ونقل القاضي الروياني عن "المنهاج": قولاً: أنه لا تجوز^(٥) الشهادة على الملك حتى يعرف سببه، والصحيح المشهور الأول^(٦).

قال الأصحاب: ومشاهدة السبب لاتفيد معرفة الملك، فإنه وإن رآه يشترى، فقد لا يكون المبيع ملكاً للبائع. وإن رآه يصطاد، فرمما اصطاده غيره، ثم أفلت، وأما التسامع وحده فهل تجوز به الشهادة على الملك؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالنسب والموت، وهذا لأن أسباب الملك كثيرة، ومنها ما يخفى ويعسر الوقوف عليه، وهذا أقرب إلى إطلاق الأكثرين^(٧).

والثاني: لا تجوز ما لم تنضم إليه اليد والتصرف، كما لا تجوز الشهادة بالتسامع على أسباب الملك، ويحكى هذا عن نصه في حرملة^(٨)، واختاره القاضي الحسين والإمام^(٩) وصاحب الكتاب^(١٠) رحمهم الله وإيانا.

(١) انظر: فتح القدير ٤٦٩/٦.

(٢) انظر: الإنصاف ١٦/١٢.

(٣) انظر: التهذيب ٢٢٤/٨.

(٤) انظر: النهاية ٢٧/لوحه ١٤٦/أ.

(٥) في: أ "تجوز" وهو خطأ.

(٦) انظر: الوجيز ٢٥٤/٢، والمهذب ٤٢٨/٢.

(٧) انظر: الحاوي ٣٩/٢١.

(٨) انظر: المختصر ص ٣٠٤.

(٩) انظر: النهاية ٢٧/لوحه ١٤٦/أ.

(١٠) انظر: الوجيز ٢٥٤/٢.

وهو^(١) الجواب في "الرقم" ويوافق مذهب أبي حنيفة رحمة الله عليه^(٢).

واعلم أن جواز الشهادة على الأملاك بالتسامع مشهور في المذهب، فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين، من اليد أو التصرف إليه. أو يعتبرهما جميعاً ولكن لا يعتبر^(٣) طول المدة فيهما إذا انضموا إلى التسامع، وإلا فهما إذا طالت مدتهما كافيان في جواز الشهادة على الأظهر.

فلا يبقى للتسامع أثر، ويشترط في جواز الشهادة بناءً على التسامع، أو على اليد والتصرف أن لا يعرف له منازعاً فيه، فإن الظن حينئذ يتأكد.

ونقل القاضي ابن كج رحمه الله وجهين: في أن منازعة من لاحجة له معه هل يمنع من الشهادة؟ ثم الكلام في شيعين:

أحدهما: طول مدة اليد، والتصرف لا تقدر، بل الرجوع فيه إلى العادة، كذلك ذكره صاحب "التهذيب"^(٤) رحمه الله وغيره.

وكان المعتبر مدة تحصل فيها غلبة الظن. وفيه وجه: أن أقل المدة الطويلة^(٥) سنة، وهذا كوجه ذكرناه في مدة التسامع، إذا اعتبرنا امتداد مدته. وعن الشيخ أبي عاصم العبادي^(٦) أن مادون العشرة أيام وجهان: وإذا زادت المدة على عشرة أيام، جازت الشهادة، والقول في عدد المخبرين. ههنا وامتداد المدة كما مر في النسب^(٧).

(١) انظر: المحرر: مخطوط تحت فصل: إنما تجوز الشهادة على الأفعال، وانظر: الروضة ١/٦٧١ "إيانا" ليست في: ز.

(٢) انظر: فتح القدير ٦/٤٦٩.

(٣) في: أ "يعتبر" وهو خطأ.

(٤) انظر: التهذيب ٨/٢٢٤ و ٢٢٥.

(٥) في: ز "قصيرة وفي عشرة أيام".

(٦) "العبادي" ليست في: ب، ز. وانظر: تهذيب أدب القضاة لأبي عاصم العبادي، تأليف تلميذه أبي سعد الهروي ت ٥١٨هـ. لوحة ٨٤/أ.

(٧) "كما مر في النسب ٠٠٠ المخبرين" ليس في: أ، ب. وانظر: الوجيز ٢/٢٥٤، والروضة ٢٦١/١١.

وذكر القاضي ابن كج رحمه الله وجهين في أنه: هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخيرين؟ ويشبه أن يكون هذا عين الخلاف المذكور في أنه هل يعتبر خبر عدد يؤمن منهم التواطؤ، وذكر أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة، وقد ينازع فيه لإمكان مشاهدة اليد، ولا يكفي أن يقول الشاهد سمعت الناس يقولون^(١) أنه لفلان، وكذلك في النسب، وإن كانت الشهادة مبنية^(٢) عليه، بل يشترط أن يقول: أشهد بأنه له، وبأنه^(٣) ابنه، لأنه قد يعلم^(٤) خلاف مسمعه من الناس لكن عن الشيخ أبي عاصم رحمه الله: أنه لو شهد شاهد بالملك، والآخر بأنه في يده من مدة طويلة، يتصرف فيه بلا منازع تمت^(٥) الشهادة^(٦)، وهذا على ما ذكره الشارح^(٧) لكلامه: مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب، والظاهر الأول^(٨).

ولا فرق في الشهادة على الملك بالتصرف والتسامع بين العقار وبين العبد والثوب إذا كان يميز المشهود به عن أمثاله.

الثاني: التصرف المعتبر في الباب هو تصرف الملاك من السكنى والدخول والخروج والهدم والبناء والبيع والفسخ بعده، والرهن وفي مجرد الإجارة وجهان.

وجه عدم الاكتفاء، أنها وإن تكررت فقد تصدر ممن استأجر مدة طويلة، ومن الموصى له بالمنفعة، وليجري هذا الخلاف في مجرد الرهن، لأن الرهن قد يصدر^(٩) من المستعير، والأوفق لإطلاق الأصحاب رحمهم الله الاكتفاء بهما، واعتماد أن الغالب

(١) في: أ "يقول".

(٢) في: أ "مبنياً".

(٣) في: ز "بأنه له".

(٤) في: أ "ثبت".

(٥) في: أ "ثبت".

(٦) انظر: تهذيب أدب القضاة، لوحة ٢٢٥/٨.

(٧) "الشارح" لعله يقصد - تلميذ أبي عاصم العبادي، وهو: أبوسعده الهروي الذي شرح "تهذيب أدب القضاة"، المسمى "بالإشراف على غوامض الحكومات"، وهو المخطوط السابق.

(٨) انظر: الحاوي ٤٠/٢١، والمهذب ٤٢٨/٢، والروضة ٢٧٠/١١.

(٩) "قد يصدر" ليس في: أ.

صدور هذه التصرفات من المالكين، ولا يكفي التصرف مرة واحدة فإنه لا يثير^(١) الظن.

المسألة الثانية: الإعسار ليس مما يشاهد ويعسر الاطلاع عليه فتبنى الشهادة فيه على القرائن، ومراقبة الشخص في الخلوات ليعرف صبره على الضر والإضافة والمسألة بشرحها مذكورة في التفليس^(٢)، ويعتبر فيمن يشهد به الخبرة الباطنة كالشهادة على أن لاوارث لفلان إلا فلان، بخلاف الشهادة على الملك لأن الأسباب المفيدة للظن ههنا خفية، يختص بها من يخالط الرجل ومجالسته^(٣) وأسباب الملك ظاهرة لا يختص بها المخالطون.

فروع^(٤): أحدها: حكى القاضي أبو سعد الهروي وجهاً استغربه في الدين؛ أنه تجوز الشهادة به بالسمع والاستفاضة كالعين، ولا بن الصباغ إمام بما ذكره.

الثاني في قبول شهادة^(٥) الأعمى فيما تجوز الشهادة فيه بالاستفاضة والسمع وجهان منقولان في "جمع الجوامع".

أحدهما: وبه قال ابن سريج: أنها تقبل لأن الاعتماد فيه على السماع وهو السماع كالبصير.

والثاني: المنع، لأنه لا بد من مشاهدة المخبرين، ومعرفة أحوالهم، ليحصل العلم، وهذا أصح عند القاضي الروياني، والأول هو^(٦) جواب معظم الأصحاب، إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعيين، وإشارة بأن يكون الرجل معروفاً باسمه، ونسبه الأدنى ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى ككونه هاشمياً أو علويّاً فيشهد الأعمى بنسبه الأعلى.

وصور أيضاً في النسب الأدنى بأن يصف الشخص، فيقول الرجل الذي اسمه

(١) في: أ "لا يثير".

(٢) انظر: الوجيز ١/١٧٢، العزيز شرح الوجيز ٥/٢٧، والروضة ٣/٣٧٢.

(٣) في: ز "ومجالسته".

(٤) في: أ "فرع".

(٥) في: أ "الشهادة".

(٦) هو "ليست في: أ، ب، ظ.

كذا، وكنيته كذا، وسوقه ومصلاه ومسكنه كذا، فلان ابن فلان، ثم يقيم^(١) الرجل بينة أخرى على أنه الذي اسمه كذا وكنيته كذا إلى آخر الصفات. وصورته في الملك أن يشهد الأعمى في دار معروفة أنها لفلان ابن فلان.

ويمكن أن يقال^(٢) الوجه الذهاب إلى أن شهادته لا تقبل مخصوص بما إذا كان السماع من عدد لا يؤمن تواطؤهم كشخصين، وثلاثة، فأما^(٣) إذا حصل السماع من الجمع الكثير فلا حاجة فيه^(٤) إلى المشاهدة ومعرفة حال المخبرين.

الثالث: ما تجوز الشهادة به اعتماداً على السماع، والاستفاضة، يجوز الحلف به اعتماداً عليهما، وبل أولى لما مرّ، أنه يجوز الحلف اعتماداً على خط الأب، ولا تجوز الشهادة. والله أعلم.

[الفصل الثالث: في بيان أحكام تحمل الشهادة وآدائها]

(قال [الغزالي]: [الفصل الثالث]^(٥) في التحمل والأداء: ويجب الأداء على كل متعين للشهادة متحمل لها، إذا ادعى^(٦) من دون مسافة العدوى^(٧) فإن دعى من فوقها ودون مسافة القصر، أو لم يكن متعيناً، أو لم يتحمل قصداً، لكن وقع بصره عليه^(٨) ففي الوجوب وجهان.

ولو تعينا، وامتنع^(٩) أحدهما وقال: أحلف مع الآخر أثم، ولو لم يتعين، وامتنع جميعهم، أثموا).

-
- (١) في: أ "يضم".
 - (٢) في: أ، ب "ويقول".
 - (٣) في: أ، ب "وأما".
 - (٤) "فيه" ليست في: أ.
 - (٥) "الفصل الثالث" ليست في: أ.
 - (٦) في: ز "ادعى".
 - (٧) في: ز "القصر".
 - (٨) في: ز "عليه بصره".
 - (٩) في: ز "فامتنع".

[قال الرافعي]: الكلام في بيان أحكام أداء الشهادة آخراً، وتحملها أولاً. أما الأداء فهو واجب في الجملة والكتمان ممنوع منه قال تعالى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾^(١) الآية، وذكر صاحب الكتاب رحمه الله لضبط موضوع الوجوب قيوداً: فقال^(٢): ويجب الأداء على كل متعين للشهادة، متحمل لها إذا دعي من دون مسافة العدوى.

أحدهما: التعيين فإن لم يكن في الواقعة إلا شاهدان بأن لم يتحمل سواهما، أو مات الباقيون أو جُنُّوا أو غابوا فيجب عليهما الأداء ومن أبي^(٣) عصى.

ولو شهد أحدهما وامتنع الآخر، وقال أحلف مع الذي شهد فهو عاصٍ أيضاً، فإن من مقاصد الإشهاد التورع عن اليمين.

قال الإمام: وكذا الشاهدان على رد الوديعة إذا امتنعا وقالوا للمودع: أحلف على الرد، ولو لم يكن في الواقعة إلا شاهد واحد، فإن كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين فعليه الأداء، وإلا لم يجب، لأن المقصود لا يحصل به.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً آخر أنه يجب لأنها أمانة لزمته والمدعي ينتفع بأدائها في اندفاع بعض تهمة^(٤) الكذب، وإن لم ينتفع في ثبوت الحق، وإن كان في الواقعة شهود، فالأداء فرض على الكفاية، إذا قام به اثنان منهم، سقط الفرض عن الباقيين، وإن طلب الأداء من اثنين ففي وجوب الإجابة عليهما وجهان.

وعن ابن القاص قولان^(٥):

أحدهما: لا يجب كما أن من دعي للتحمل لا يجب عليه الإجابة إذا لم يتعين، وبهذا أجاب أبو القاسم^(٦) الصيمري.

(١) سورة البقرة، آية ١٨٣.

(٢) في: أ "قال".

(٣) في: أ "أتى" وهو خطأ.

(٤) في: ز "بعض التهمة".

(٥) لم أجد القولين لابن القاص في "أدب القضاء" و "التلخيص".

(٦) "أبو القاسم" ليست في: ز.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحق رحمه الله: يجب وإلا لأفضى إلى التواكل، ولأن من عينه قد يكون أظهر عدالة، فيسارع القاضي إلى قبول قوله، وليس كالتحمل لأن هناك يطلب منه تحمل أمانة، وههنا يطلب منه^(١) أداء أمانة تحمّلها قال الإمام رحمه الله: وموضع الوجهين ما إذا علم المدّعون^(٢) أن في الشهود من يرغب في الأداء و^(٣) لم يعلموا من حالهم رغبة ولا إباءً.

أما إذا علما إباءهم فليس ذلك موقع الخلاف.

القيد الثاني: كونه متحماً لها عن قصد، أما من سمع الشيء أو وقع بصره^(٤) عليه اتفاقاً ففي الوجوب وجهان مذكوران في "النهاية".

أحدهما: لا يجب، لأنه لم يوجد منه التزام، وإذا تحمل قصداً كان ملتزماً فجعل كضمان الأموال، وأوقفهما لإطلاق أكثرهم: أنه كالتحمل قصداً، لأنها أمانة حصلت عنده، فعليه الخروج عنها، وهذا كما أن الأمانات المالية، تارة تحصل عنده بقبول الوديعة، وتارة [بتطير الريح]^(٥).

القيد الثالث: أن يُدعى لأداء الشهادة من مسافة قريبة، ومهما كان القاضي في البلد فالمسافة قريبة، وكذا لو دُعِيَ إلى مسافة يتمكن المبكر إليها من^(٦) الرجوع إلى أهله، وجبت الإجابة للحاجة إلى الإثبات، وتعذر الإثبات بالشهادة على الشهادة، والمسافة هذه هي التي تسمى مسافة العدوى. وقد بينا في النكاح^(٧) سبب هذه التسمية، وإن دُعِيَ إلى مسافة القصر، لم تجب الإجابة، وإن كانت دون مسافة القصر، لكن لا يتمكن المبكر إليها من^(٨) الرجوع فوجهان، بناء على أن الشهادة على الشهادة في

(١) في: أ، ب "يطلب".

(٢) في: أ، ب "المدّعون".

(٣) في: ز، ر، أ، و.

(٤) في: ب "عليه بصره".

(٥) "بتطير الريح" هكذا بجميع النسخ، ولم ترد في الروضة.

(٦) في: أ "في".

(٧) انظر: الوجيز ٧/٢، والروضة ٢٩٥/١١.

(٨) في: أ "في".

مثلها، هل تقبل؟ أقربهما القبول، وعدم وجوب الإجابة للمشقة.

وهذا كله تفريع على أن الشاهد، يجب عليه الحضور عند القاضي لأداء الشهادة، وهو الصحيح^(١). وإلا لتعب القاضي في الطوف على أبواب الشهود، وسقط وقعه، أو ضاعت الحقوق.

وعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إذا اجتمع مع القاضي.

وقوله في الكتاب: "فإن دعى من فوقها" بعد قوله "من دون مسافة العدوى" ظاهره عود الكتابة إلى مسافة العدوى، وحيثئذٍ فحكم مسافة العدوى يكون مسكوتاً عنه. ولو قال: فإن دعى من فوقه، لعادت الكتابة إلى مادون مسافة العدوى، ولدخلت^(٢) مسافة العدوى، وما فوقها، فهذه هي القيود المذكورة^(٣) في الكتاب.

ووراءها قيد رابع: وهو أن يكون الشاهد عدلاً، فإن كان فاسقاً ودعى لأداء الشهادة نظر: إن كان فسقه مجمعاً عليه، إما ظاهراً أو خفياً، لم يجز له أن يشهد فضلاً عن الوجوب، وإن كان مجتهداً فيه كشرب النبيذ فعليه أن يشهد، وإن عهد من القاضي التفسيق، ورد الشهادة به، لأنه قد يتغير اجتهاده هذا هو الأظهر.

و^(٤) في "أمالي ابن الفرج السرخسي"^(٥) وجه: أنه لا يجب في الفسق المجتهد فيه إذا كان ظاهراً^(٦)، لأن الظاهر استمراره على اجتهاده.

وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: إطلاق القول بأن عليه أن يشهد، إن كان فسقه خفياً، وإطلاق وجهين: فيما إذا كان ظاهراً، وحكى وجهين في أنه هل للشاهد أن

(١) انظر: الروضة ٢٧٢/١١.

(٢) في: أ، ب، ظ "لدخل".

(٣) "المذكورة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "السرخسي" ليست في: ز.

(٦) ورد بهامش العزيز ٧٧/١٣ "ماذكره في الجمع عليه صحيح في الفسق الظاهر، أما الفسق الخفي،

فلا، لأنها شهادة بحق، وإعانة على حق في نفس الأمر، ولا إثم على القاضي إذا لم يقصر، وإنما

هذا شيء قاله القاضي الحسين والبغوي، وتبعهما الرافعي."

يشهد بما يعلم أن القاضي يرتب عليه مالا يعتقدده الشاهد، كالبيع الذي تترتب^(١) عليه الشفعة بالجوار، والشاهد لا يعتقد الجوار مثبتاً للشفعة؟

وإذا كان أحد الشاهدين عدلاً، والآخر فاسقاً فسقاً مجتمعاً^(٢) عليه، لم يجب على العدل الأداء تفرعاً على الصحيح إذا كان الحق لا يثبت بشاهد ويمين.

وقيداً خامس: وهو أن لا يكون معذوراً بمرض ونحوه، فإن المريض^(٣) الذي يشق عليه الحضور لا يكلف أن يحضر ويؤدي، بل إما أن يشهد على شهادته أو يبعث القاضي إليه من يسمع شهادته، والمرأة المحذرة كالمرضى، وفيها الخلاف، الذي سبق في الباب الثالث من "آداب"^(٤) القضاء^(٥).

وغير المحذرة يلزمها الحضور والأداء وعلى الزوج أن يأذن لها فيه. ذكره القاضي ابن كج رحمه الله.

وإذا اجتمعت شرائط الوجوب فلا يرهق الشاهد إرهاقاً، بل لو كان في صلاة أو حمام، أو على طعام، فله التأخير إلى أن يفرغ، وعن أبي الحسين بن القطان، رحمه الله حكاية^(٦) قولين: في^(٧) أنه هل يمهل إلى ثلاثة أيام؟ قال القاضي ابن كج رحمه الله. والظاهر المنع، وذكر أنه لو شهد، ورد القاضي شهادته بعلّة الفسق، ثم طلب المدعي منه أن يشهد عند قاضٍ آخر، فعليه الإجابة، وعند ذلك القاضي لا يجب. وفيه وجه.

وأنه لو دعي لأداء الشهادة عند أمير، أو وزير فعند ابن القطان لا يجب عليه أداء الشهادة عندهما، وإنما يلزم عند من له أهلية سماع الشهادة وهو القاضي، قال وعندني يجب إذا علم أنه يصل به الحق إلى المستحق^(٨).

(١) في: ب، ظ "ترتب".

(٢) في: أ "جمعا".

(٣) في: أ "المرض".

(٤) في: ب "أدب".

(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤٦ و ٢٤٧، والروضة ١١/١٩٧.

(٦) في: أ "وجهين أو قولين".

(٧) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) قال النووي في الروضة ١١/٢٧٤ "قلت: قول ابن كج أصح".

فرع: حكى الشيخ أبو الفرج الزاز^(١) وجهين: في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعنت وأداء الشهادة؟ لأنه لا يأمّن الشاهد رد شهادته جوراً وتعنتاً فيتغير به^(٢)، وعلى هذا فعدالة القاضي / واستجماعه الصفات المرعية شرط آخر^(٣) من شرائط ٥٢٦/ز الوجوب^(٤).

فرع: إذا امتنع الشاهد عن أداء الشهادة بعد وجوبه حياءً^(٥) من المشهود عليه. قال القاضي الحسين رحمه الله يعصي، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتى يتوب ويوافق هذا ما قيل: أن المدعي لو^(٦) قال للقاضي لي عند فلان شهادة وهو يمتنع^(٧) من أدائها فأحضره ليشهد، لم يجبه القاضي، لأنه فاسق بالامتناع، بزعمه فلا يُتّفع

= ورد بهامش العزيز ٧٨/١٣ الآتي: "قال في الخادم: وينبغي حمل كلام ابن كج، والشيخ أبي حامد وغيرهما أي ممن وافق ابن كج على ما إذا علم أن الحق لا يتخلص إلا عند الأمير، أو الوزير، وإليه يرشد قول ابن كج. إذا علم أنه يصل إلى الحق، وما استشهد به، لا دلالة فيه، فإنه يصدق بما ذكره مع قدرة القاضي على اتصال حقه، نعم لو قال ابن كج: إذا علم أنه يصل إلى حقه إلا به لظهر ذلك، ثم قال في الخادم بعدما تقدم: أما إذا علم أن القاضي يقدر على تخليصه، فلا وجه لإقامة الشهادة عند من ليس أهلاً لسماعها، وقد جنزم في الروضة، باب القضاء على الغائب، بأن منصب سماع الشهادة يختص بالقضاة، فلا يعدل عن ذلك لضرورة، ولعل مانقله في المهمات عن ابن سراقه: من أن الأكثرين على المنع، محمول على هذه الحالة، ولا يعارض ذلك كلام ابن كج وغيره. ثم هذا كله في العدل، أما الجائر فلا يجب قطعاً، وقد صرح بذلك الدارمي. فقال: إذا دعي ليشهد عند غير حاكم، كأمر، ونحوه، فإن كان جائراً، لم يجب، وإن كان عدلاً، فوجهان.

وفي فتاوي القاضي أبي بكر الشاشي، صاحب القاضي أبي الطيب: إذا استدعي ليشهد عند سلطان جرت عاداته أن يقابل على الجنابة بأكثر من عقوبتها، لم يجوز له أن يشهد عنده. وفصل الماوردي، والرويانى: فقالا: إن دعي ليشهد عند جائر، فإن كان جوره في الحق المشهود به، لم يلزمه الإجابة، وإن كان في غيره لزمه".

- (١) "الزاز" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٢) "به" ليست في: أ، ب، ظ. "فيعتبر" ليست في: ظ.
- (٣) "آخر" ليست في: ظ.
- (٤) قال النووي في الروضة ٢٧٣/١١ "الراجح الوجوب. والله أعلم".
- (٥) في: ب، ظ "حياً" وهو خطأ.
- (٦) في: أ "أو".
- (٧) في: "ر" ممتنع.

بشهادته^(١) والله أعلم.

[فصل: في حكم تحمل الشهادة وأخذ الأجرة عليها وعلى كتابة الصكوك]

قال [الغزالي]: ولا يستحق الشاهد أجرة إلا أجرة المركوب، ثم له أن لا يركب والكاتب يستحق، والتحمل في عقد النكاح من فروض الكفايات و^(٢) في سائر المعاملات، وجهان، إذ قد^(٣) يستغني عنها الانعقاد دون الإثبات، وكذا كتابة الصكوك، من فروض الكفايات على أحد الوجهين.

[قال الرافعي]: في هذه البقية التعرض لثلاثة أمور: هي أن الشاهد هل يأخذ شيئاً؟ وحكم تحمل الشهادة في الابتداء. وحكم كتابة الصكوك، وأخذ الأجرة عليها. ونحن نذكرها من غير رعاية ترتيب الكتاب.

فأحد^(٤) الأمور الثلاثة حكم التحمل: وهو من فروض الكفايات في النكاح، لتوقف الانعقاد عليه، فلو امتنع الكل عنه أمموا، ولو طلب من اثنين التحمل، وهناك غيرهما، لم يتعينا بخلاف ما إذا تحمل جماعة وطلب من اثنين منهم الأداء لما مرّ. وأما في التصرفات المالية والأقارير، فهل التحمل من فروض الكفايات؟ فيه وجهان:

أحدهما لا. وإنما هو مندوب إليه؛ لأن صحتها واستيفاء مقاصدها لا يتوقف عليه.

وأشهرهما: وبه أجاب العراقيون وغيرهم، نعم لأن الحاجة تمس إلى تأكيدها، وتمهيد طريق إثباتها عند التنازع ومصالح الخلق، لا يتم إلا بها.

وعن ابن القطان رحمه الله: تخصيص الخلاف بما إذا لم يتقابضاً لتأجيل^(٥) أو

(١) في: أ "تنفع شهادته". قال النووي في الروضة ٢٧٤/١١ "ينبغي أن يحمل على ما إذا قال: هو ممتنع بلا عذر".

(٢) "و" ليست في: أ.

(٣) "قد" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب، ظ "وأحد".

(٥) في: أ "التأجيل".

غيره، فأما بعد التقابض، فلا يجب التحمل بحاله ومنهم من يقتضي إيراده طرد الخلاف في النكاح أيضاً.

وإذا قلنا بالافتراض^(١)، فذاك إذا حضره المتحمل^(٢)، أما إذا دعي للتحمل فقد حكى القاضي ابن كج رحمه الله عن بعض الأصحاب أن عليه الإجابة، كما إذا دعي للأداء.

وعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه لا يجب، وهذا ما أورده صاحب "التهذيب"، وأبو الفرج، إلا أن يكون المتحمل^(٣) معذوراً بمرض أو حبس فتجب الإجابة، وكذا في المرأة المخدرة إذا أثبتنا للتحذير أثراً، وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده^(٤) على أمر ثبت عنده، فعليه الإجابة كيلا يحتاج القاضي إلى التردد على أبواب الشهود فتتعطل مصالح الناس.

والثاني: إن تطوع الشاهد يتحمل الشهادة وأدائها، فقد أحسن، وإن طمع في شيء فذاك، إما رزق من بيت المال أو شيء من مال المشهود له، أما الرزق، فقد ذكر الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ وآخرون أن الشاهد في أخذ الرزق من بيت المال لتحمل الشهادة [وأدائها كالقاضي، والتفصيل فيه قد مر.

وقال: ابن القاص: لا يأخذ الشاهد شيئاً من بيت المال^(٥) ولا غيره، فإن قلنا: بالأول وهو الأقرب، فلو رزقه الإمام من ماله أو رزقه واحد من الناس فيكون الحكم كما ذكرنا^(٦) في القاضي وأما مال المشهود له فليس للشاهد أخذ أجره على أداء الشهادة، ووجهه بأن الأداء فرض متوجه عليه فلا يأخذ عليه شيئاً وقد يوجه أيضاً بأنه كلام يسير لا أجره لثله، وأما^(٧) إتيان القاضي، والحضور عنده فقد أطلق صاحب

(١) في: ب، ظ "الإقراض".

(٢) في: ز "حضره المتحمل". وفي ظ: حضره المتحمل".

(٣) في: أ، ب: المتحمل".

(٤) في: ب، ظ "ليشهد".

(٥) من قوله: "وأدائها كالقاضي . . . من بيت المال" ليس في: أ، ب، ظ.

(٦) انظر: الروضة ١١/١٣٧.

(٧) في: ز "أما". وفي: ظ "فأما".

الكتاب: أن له أن يطلب أجره المركوب، من غير فرق بين أن يكون القاضي معه في البلد، أو لا يكون، وعلى^(١) ماحكى الإمام، وصاحب "التهذيب" رحمهما الله مخصوص بما إذا لم يكن معه، في البلد، بل كان يأتيه من مسافة العدوى، فما فوقها، فأما إذا كان معه في البلد فلا يأخذ شيئاً، وضم في "التهذيب" نفقة الطريق إلى أجره المركوب^(٢)، وحكى وجهين فيما لو دفع إليه شيئاً ليصرفه إلى نفقة الطريق وكراء المركوب، هل له أن يصرفه إلى غرض^(٣) آخر، ويمشى راجلاً؟ قال^(٤): وهما كالوجهين، فيما إذا دفع إلى فقير^(٥) شيئاً. وقال^(٦) اشتر به لنفسك ثوباً هل له صرفه^(٧) إلى غير الثوب؟

والأظهر^(٨) الجواز، وهو الجواب في الكتاب، فهذا ما قيل في: أن الشاهد يأخذ من مال المشهود له، فلم يتعرض أكثرهم لما سوى ذلك، نعم في "تعليق الشيخ أبي حامد" رحمه الله: أنه لو كان الشاهد فقيراً يكتسب قوته يوماً بيوم، وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة ما يشغله عن كسبه، فلا يلزمه الأداء. إلا إذا بذل المشهود له قدر ما يكسبه^(٩) في ذلك الوقت، هذا في طرف الأداء.

ولو طلب الشاهد أجره ليتحمل فإن لم تتعين، فله الأخذ، وإن تعين فوجهان:

أظهرهما: الجواز كما ذكرنا في الإجارة وإذا^(١٠) تعين شخص لتجهيز الميت أو تعليم الفاتحة.

قال الشيخ أبو الفرج رحمه الله: وهذا إذا دُعي^(١١) ليتحمل^(١٢)، فأما إذا أتاه

-
- (١) في: ز، ظ "ولكنه على".
 - (٢) في: ظ "الركوب".
 - (٣) في: أ، ب "عوض".
 - (٤) "قال" ليست في: ظ.
 - (٥) في: ظ: "بصير".
 - (٦) في: أ، ب، ظ "قال".
 - (٧) في: ظ "له أن يصرفه".
 - (٨) في: أ "الأشبه".
 - (٩) في: ب "يكتسبه". وفي: ظ "يكتسب".
 - (١٠) في: أ "إذا".
 - (١١) في: أ "إذا ادعى".
 - (١٢) في: ز "ليتحمله".

المحمل، فليس للتحمل^(١) والحالة هذه أجره، وليس له أن يأخذ شيئاً.

واعلم أن قضية قولنا: أنه يطلب الأجرة إذا دعى للتحميل أن يطلب الأجرة إذا دعي للتحميل، من غير فرق بين أن يكون القاضي معه في البلد، أو لا يكون^(٢)، كما لا فرق في التحمل، وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقاً، لا إلى نفقة الطريق، وكذا المركوب خاصة ثم هو يصرف المأخوذ إلى ما يشاء ولا يمنع من ذلك كون الأداء فرضاً عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعيينه على أظهر الوجهين^(٣).

والثالث^(٤): كتبه الصكوك، هل هي من فروض الكفايات؟ فيه وجهان:

أشبههما: وهو المذكور في "أمالي أبي الفرج السرخسي"، نعم، لأنه لا يستغني عنها في عصمة الحقوق والأموال، ولها أثر ظاهر في التذكر، وإن لم يجز الاعتماد على الخط وحده، وهما كالوجهين في التحمل، لكن التحمل أولى بالافتراض^(٥)، لأن^(٦) الحجة تقوم^(٧) بالشهود لا بالكتاب، فإن قلنا لا يجب الكتابة، أو قلنا يجب، ولم يتعين الشخص للكتابة فله طلب الأجرة وإن تعين فكذلك في أظهر الوجهين، وهذا إذا لم يرزق الإمام كاتب^(٨) الصكوك من بيت المال فإن رزقه^(٩) قنع به ولا أجره له^(١٠).

وقوله في الكتاب "لا أجره له إلا أجره المركوب" يجوز أن يعلم بالواو، لما نقلنا عن تعليق الشيخ أبي حامد، وكذا قوله ثم له أن لا يركب. لأحد الوجهين المحكيين عن

(١) في: أ "للمحمل".

(٢) في: أ، ب "ولا يكون".

(٣) قال النووي في الروضة ٢٧٦/١١ "هذا الذي أورده الرافعي - رحمه الله - ضعيف مع أنه خلاف قول الأصحاب، كما سبق، فإن فرض ما يحتاج إلى الركوب في البلد، فهو محتمل، والوجوب ظاهر حيثن".

(٤) في: ز "أما لثالث". وفي ب، ظ: "والثالث".

(٥) في: ب، ظ "بالافتراض".

(٦) في: ز "فإن".

(٧) "تقوم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) في: أ، ب، ظ "لكاتب".

(٩) في: أ، ب، ظ "رزق".

(١٠) "له" ليست في: ب.

"التهذيب" ويمكن أن يُعلم قوله "والكاتب يستحق أيضاً" لأنه مُطَلَقٌ، وقد عرفت وجهاً: أنه لا يستحق إذا قلنا: إن الكتاب بقرضٍ وتعين. والله أعلم.

وهذه^(١) آداب للتحمل والأداء منقولة "من"^(٢) مختصر أبي القاسم الصيمري رحمه الله في هذا الباب.

لا ينبغي^(٣) للشاهد أن يتحمل الشهادة، وبه ما يمنعه من الضبط وتام الفهم كجوع، وعطش، وهم وغضب.

كما لا يقضي القاضي في هذه الأحوال، وإذا أتاه من لا تجوز الشهادة عليه كصبي ومجنون لم يلتفت^(٤) إليه وإن أتى بكتاب أنشيء^(٥) على ما لا يجوز بالإجماع وكذلك يتبين فسادُه وإن أنشيء على ما يختلف الفقهاء فيه وهو لا يعتد^(٦) فعن بعض^(٧) الأصحاب رحمهم الله: أنه يُعرض^(٨) عنه. قال: وليس كذلك، بل يثبت شهادته فيه، وينقله إلى الحاكم عند الحاجة فيحكم باجتهاده، وقد مر هذا الخلاف، أو مثله وإذا رأى في الكتاب كلمة مكروهة، أو معادة، فلا بأس بالضرب عليها سيما إذا لم يسبقه^(٩) بالشهادة أحدٌ وإن أغفل أي أهمل^(١٠) الكاتب ما لا بد منه ألحقه، وإن رأى سطرًا ناقصاً اشغل^(١١) موضع النقصان بخطه أو خطتين، وإذا قرأ الكتاب على المتابعين مثلاً وقال عرفت ما فيه أشهد عليكم فقالا، نعم أو أجل، أو بلى، كفى للتحمل، ولا يكفي أن يقول الحمل: الأمر إليك، أو إن شئت، أو كما ترى، أو استخير الله تعالى. والله أعلم.

(١) في: أ، ب، ظ "هذه آداب التحمل".

(٢) في: ز "عن".

(٣) في: أ، ب، ظ "أن" زائدة.

(٤) في: أ "يلفت".

(٥) "أنشيء" ليست في: ظ.

(٦) في: أ "وهؤلاء يعتدده" وهو غير صحيح.

(٧) في: أ "نص".

(٨) في: ز "معرض".

(٩) في: أ "بشقه".

(١٠) "أي أهمل" ليست في: ب، ز، ظ.

(١١) في: أ "أشغل".

وإذا سمع إقراراً بدين أو عتق أو طلاق، فله أن يشهد به، ولكن لا يقول، ولا يكتب أشهدني بذلك، ويثبت الشاهد في الكتاب الذي يتحمل فيه اسمه، واسم أبيه وجده، ويجوز أن يترك اسم الجد وأن يتخطى إلى جد أعلى لشهرته، ولا يثبت الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم والنسب، فيميز بالكنية، ويستحب الاستعانة بما يفيد التذكر كما قدمناه في الباب الثاني من أدب القضاء^(١)، وإذا أشهد^(٢) القاضي على شيء سجل به كتب الشهادة على انفاذ القاضي مافيه، أو حكمه بما فيه، ولا يكتب الشهادة على إقراره، كأنه يعني إذا حضر الإنشاء والأولى في كتاب الدين المؤجل أن يقرر من له الدين أولاً، بأن يقول: ما الذي لك على هذا؟ فإذا قال: كذا مؤجلاً قرر من عليه الدين، لأنه لو^(٣) أقر من عليه الدين أولاً فقد ينكر صاحبه الأجل فيقع في الخلاف.

وفي السلم يقرر^(٤) المسلم أولاً خوفاً من أن ينكر السلم، لو أقر صاحبه أولاً، ويطلبه بالمدفوع إليه. وإذا أتى القاضي الشاهد لأداء الشهادة أقعده عن يمينه، وإذا كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله فإذا سأله المشهود له استأذن القاضي ليصغى إليه. وعن أبي عاصم العبادي: أن الشهادة قبل استئذان القاضي أو سؤاله لا تصح. والظاهر الأول نعم. لو شهد من غير استئذانه وقال القاضي كنت ذاهلاً لم أسمع، لم يعتد بما جرى. والله أعلم.

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢، والروضة ١١/١٥٩.

(٢) في: ظ "وإذا شهد".

(٣) في: أ "إن".

(٤) في: أ "تقرير".

[الباب الرابع: في الشاهد واليمين]

قال [الغزالي]: الباب الرابع في الشاهد واليمين:

وكل ما يثبت برجل وامرأتين، يثبت بشاهد ويمين، إلا عيوب النساء وبابها، ثم القضاء بالشاهد أو باليمين أو بهما فيه ثلاثة أوجه، ويظهر أثره في الغرم عند الرجوع).

حكم القضاء
بالشاهد
واليمين وأدلته

[قال الرافعي]: يجوز القضاء في الجملة^(١) بشاهد ويمين، وبه قال مالك^(٢) وأحمد^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤) رحمهم الله.

لنا ما روي عن ابن عباس وجابر وأبي هريرة رضي الله عنهم: أن النبي ﷺ قضى بالشاهد مع اليمين^(٥).

وروي أنه ﷺ "قضى بالشاهد الواحد مع يمين الطالب"^(٦)

- (١) انظر: المختصر ص ٣٠٥، الحاوي ٧٤/٢١، والمهذب ٤٢٧/٢، والروضة ٢٧٨/١١، ومغني المحتاج ٤٥١/٤.
- (٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦، والشرح الكبير ١٨٧/٤.
- (٣) انظر: المقنع ص ٣٥٠، والمغني ١٣٠/١٤.
- (٤) انظر: الهداية ١١٧/٣ و ١١٨. والمبسوط ٣٠/١٧.
- (٥) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ٤/١٢ من كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعي عليه. بإسناده عن ابن عباس "أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد". وأخرجه ابوداود ٣٠٨/٣، من كتاب الأفضية - باب - القضاء باليمين والشاهد، والترمذي ٤٠٠/٢، أبواب الأحكام، باب ماجاء في اليمين. انظر: تلخيص الحبير ٢٠٥/٤، وانظر: ارواء الغليل ٢٩٦/٨.
- (٦) الحديث: أخرجه الترمذي ٤٠٠/٢، أبواب الأحكام، باب ماجاء في اليمين مع الشاهد، ثم قال "وهذا أصح. وهكذا روى سفيان الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه . . . مرسلًا". وأخرجه ابن ماجه ٧٩٣/٢، كتاب الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين بلفظ "أن النبي ﷺ أجاز شهادة الرجل ويمين الطالب". وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٨٧/١٠، كتاب الشهادات، باب القضاء باليمين. وانظر: تلخيص الحبير ٢٠٥/٤، حيث قال " . . . فائدة" ذكر ابن الجوزي في التحقيق عدد من رواه فزادوا على عشرين صحابياً، وأصح طرقه حديث ابن عباس، ثم حديث أبي هريرة أخرجه ابوداود وحسنه الترمذي . . .".

[قال الرافعي] ثم الكلام في ثلاثة فصول:

[الفصل الأول: في موضع الشاهد واليمين]

أحدها: في موضعه وفيه عبارتان:

إحدهما وهي^(١): المذكورة في الكتاب: أن ما يثبت برجل وامرأتين يثبت بشاهد ويمين إلا عيوب النساء، وما في معناها، وما لا يثبت برجل وامرأتين لا يثبت بشاهد ويمين. والثانية: أن الثابت بالشاهد واليمين هو الأموال بأعيانها، وديونها، وما يقصد منه المال كالبيوع والهبات^(٢) والقراض^(٣) والمساقاة^(٤)، وكإتلاف الأموال والجنائيات^(٥) التي توجب المال كالخطأ وشبه العمد وكالجوائف^(٦) وكذلك حقوق الأموال كالرهن^(٧) والأجل والخيار على ماتبين فيما يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وإنما اختص القضاء

-
- (١) "هي" ليست في: ب.. وفي ظ: "أحدهما: وهو".
- (٢) لغة: مأخوذة من هبوب الريح، ويجوز أن تكون من هب من نومه إذا استيقظ. انظر المصباح المنير ٦٣٣/٢. شرعاً: تملك بلا عوض.
- انظر: شرح الجلال المحلي ١١٠/٣، وانظر القاموس الفقهي ص ٦٩٠.
- (٣) هو بكسر القاف، مشتقة من القرض، وهو القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعه من ماله يتصرف فيها. وقطعه من الريح. انظر: المصباح المنير ٤٩٨/٢.
- شرعاً: أن يدفع إلى شخص مالا ليتجر فيه والريح مشترك. انظر: شرح الجلال المحلي ٥١/٣.
- (٤) مأخوذة من السقي بسكون القاف لاحتياجها إليه لكونه أكثر أعمالها، أو من السقي بكسر القاف، وتشديد الياء وهو صغار النخل.
- انظر: المصباح المنير ٢٨١/١، والقاموس الفقهي (١٧٦).
- شرعاً: معاقدة دفع الشجر، والكروم، إلى من يصلحه بجزء معلوم.
- انظر: شرح الجلال المحلي ٦٠/٣، القاموس الفقهي ص ١٧٦.
- (٥) جمع جناية وهي الذنب والجرم. انظر: المصباح المنير ١١٢/١.
- شرعاً: اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس. انظر: القاموس الفقهي ص ٧٠.
- (٦) جمع جائفة وهي اسم فاعل من (جافته) تجوفه إذا وصلت إلى الجوف. انظر: المصباح المنير ١١٤/١.
- شرعاً: الجراحة الواصلة إلى الجوف الأعظم. انظر: روضة الطالبين ١٢٧/٧.
- (٧) رهن الشيء (يرهن) (رهوناً) ثبت ودام فهو رهن. انظر: المصباح المنير ٢٤٢/١.
- شرعاً: ما يتحقق بعاقده ومعقود عليه وصيغة. انظر: شرح الجلال المحلي ٢٦١/٢.

بالشاهد واليمين بالأموال وحقوقها لأن عمرو بن دينار^(١) روي الخبر عن ابن عباس رضي الله عنه، لما روي الخبر. قال وذلك في الأموال.

وقول الراوي مُتَّبِعٌ في تفسير ما يرويه وتخصيصه وأيضاً فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال "استشرت جبريل عليه أفضل الصلاة والسلام في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار عليّ بذلك في الأموال لاتعد وذلك"^(٢) وإنما امتنع القضاء بشاهد ويمين في غيوب النساء وما في معناها لأنها أمور خطيرة^(٣) بخلاف الأموال وقبول شهادة النساء فيها من جهة أن الرجال لا يطلعون عليها غالباً، وهل يجوز القضاء بشهادة امرأتين^(٤) مع اليمين؟ أما في الأموال فلا خلافاً لمالك^(٥) رضي الله عنه، واحتج الأصحاب رضي الله عنهم بأن المنضم إلى اليمين إذا شهدت امرأتان أضعف شطري الحجة فلا يقنع [بانضمام الضعيف إلى الضعيف كما]^(٦) لا يقنع بانضمام شهادة امرأتين [إلى شهادة امرأتين]^(٧).

وأما^(٨) فيما يثبت بشهادة النسوة وحدهن فإن أبا الفرج السرخسي رحمه الله: حكى عن طائفةٍ منهم الشيخ أبو علي رحمه الله: أنه يجوز لأن المنضم حينئذٍ شطر تام لا أضعف الشطرين.

وعن آخرين المنع، لأنه لم ينضم إليها أقوى الشطرين، فلم يكن في معنى^(٩) المنصوص، وهذا أوفق لإطلاق عامة الناقلين رحمهم الله.

-
- (١) عمرو بن دينار المكي، أبو محمد الأثرم، الجمحي مولا هم، أحد الأعلام، ثقة ثبت، كثير الحديث، صدوقاً عالماً، مات سنة ست وعشرين ومائة. انظر: تهذيب التهذيب ٣٦/٨ و ٢٧.
- (٢) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٥/٤ "الدارقطني بإسناد ضعيف".
- (٣) في: ز، ظ "خطرة".
- (٤) في: أ "رجل وامرأتين".
- (٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦، والشرح الكبير ١٨٧/٤.
- (٦) "بانضمام الضعيف إلى الضعيف كما" ليست في: ز.
- (٧) "إلى شهادة امرأتين" ليست في: أ.
- (٨) في: أ "فأما ما". وفي ظ: "وأما ما".
- (٩) في: أ "مضى".

[الفصل الثاني: في القضاء بالشاهد أو باليمين أو بهما]

الثاني: هل (١) القضاء بالشاهد أو باليمين أو بهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه بالشاهد لأن إثبات الحق باليمين بعيدٌ لكن يؤكد بها الحجة (٢) كالحجة المقامة (٣) على الغائب والميت.

والثاني: باليمين والشاهد يُقوى جانب (٤) المدعي، كاللوث في القسامة لأن الشاهد الواحد ليس بحجة واليمين (٥) حجة في الحكم (٦) وربما استأنس صاحب هذا الوجه برواية من روى أنه ﷺ "قضى باليمين مع الشاهد" وصاحب الأول برواية من روى "أنه قضى (٧) بالشاهد الواحد مع يمين الطالب" وجعلا مادخل عليه كلمة "مع" شرطاً.

وأصحهما: أن القضاء (٨) يقع (٩) بهما جميعاً كما يقع بالشاهدين، وفائدة الاختلاف تظهر فيما لو رجع الشاهد، فعلى الأول يغرم إذا جعلنا الرجوع سبباً للغرم، وعلى الثاني لا يغرم وعلى الثالث يغرم النصف.

وقال الإمام (١٠) رحمه الله: ويحتمل على الوجه الثاني أن يخرج الغرم على الخلاف في أن المزكي (١١) هل يغرم؟ لأن القضاء وإن كان باليمين فقول (١٢) الشاهد هو الذي نفذه ويحجى مثل هذا في النصف على الوجه الثالث.

[الفصل الثالث: في كيفية يمين المدعي مع الشاهد].

-
- (١) في: ظ "هل".
 (٢) "الحجة" ليست في: ظ. و "كالحجة" ليست في: أ.
 (٣) في: ظ "القائمة".
 (٤) في: أ، ز "ويقوي جنه" وليس في: ظ.
 (٥) في: أ "والنهي حجة".
 (٦) في: ز "الجملة".
 (٧) "أنه صلى الله عليه وسلم . . . الأول" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٨) "أن القضاء" ليست في: ز.
 (٩) "يقع" ليست في: ظ.
 (١٠) "الإمام" ليست في: ب.
 (١١) في: أ "المكي".
 (١٢) في: أ، ظ "فيقول".

والفصل الثالث في كفيته: وإنما يحلف المدعي بعد شهادة الشاهد، وتعديله فإن جانبه إنما يتقوى حينئذ وإنما يحلف من قوي جانبه، ولذلك يحلف المدعى عليه، فإن الأصل يقوي جانبه ويحلف المدعي إذا نكل المدعى عليه، لأن النكول قوى جانبه، وعن ابن أبي هريرة رحمه الله: أنه يجوز تقديم اليمين، كما يجوز أن تتقدم شهادة المرأتين على شهادة الرجل، حكاه عنه القاضي أبو حامد فيما ذكره الشيخ أبو حامد وللإمام احتمال في (١) التقديم (٢) على تعديل الشاهد، ويجب أن يتعرض المدعي في اليمين لصدق الشاهد فيقول: والله إن شاهدي لصادق، وإني مستحق (٣) لكذا.

قال الإمام رحمه الله: ولو قدم ذكر الحق، وأخر تصديق الشاهد، فلا بأس، ولم أجد أحداً يضايق فيه، ووجهوا اشتراط التعرض لصدق الشاهد بأن اليمين والشهادة حجتان مختلفتا الجنس، فاعتبر ارتباط أحدهما بالآخر ليصيرا كالنوع الواحد، وهذا التوجيه قوي أم ضعيف؟ إنما ينتظم على قول (٤) من يقول باستناد الحكم (٥) إليهما جميعاً، وإذا فسق الشاهد بعد الحكم (٦) لم ينقض الحكم، وإن فسق قبله صار كأن لا شاهد، فيحلف المدعى عليه، فإن نكل ردت (٧) اليمين على المدعي، ولم يعتد بما مضى، ولو لم يحلف المدعي مع شاهده، وطلب يمين الخصم فله ذلك، فإن حلف سقطت الدعوى.

وقال (٨) ابن الصباغ رحمه الله: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهد (٩) بخلاف، مالو أقام بينة بعد يمين المدعى عليه، حيث تسمع، لأن البينة قد يتعذر عليه إقامتها فعذر،

(١) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ظ "التقدم".

(٣) في: ز "لمستحق".

(٤) "على قول" ليست في: أ، ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "ياسناد القضاء".

(٦) في: أ "القضاء".

(٧) في: أ، ب، ظ "رد".

(٨) في: ز "قال".

(٩) في: أ، ب "شاهد".

واليمين إليه بعد شهادة^(١) الشاهد الواحد، فلا عذر له في الامتناع، وإن نكل المدعى عليه، فاراد المدعي^(٢) أن يحلف يمين الرد فقولان:

أصحهما: أنه يمكن منه وهذه الصورة مذكورة في الكتاب، في باب دعوى الدم^(٣). ويجريان فيما إذا ادعى مالاً ونكل المدعى عليه، ولم يحلف المدعي يمين الرد، ثم أقام شاهداً واحداً وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يحلف^(٤) يمين الرد فالمنقول: أنه يجبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر، لأن يمينه حق المدعي فلا يتمكن من إسقاطه، لكن على هذا القول، التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده فما^(٥) ينبغي أن يجبس المدعى عليه، وقد ذكر صاحب "الشامل" رحمه الله نحوه من هذا.

وعند مالك^(٦) رضي الله عنه إذا نكل المدعى عليه قضى عليه، ولا حاجة إلى يمين المدعي، وليس ذلك لأنه يذهب إلى القضاء بالنكول لكنه جعل نكول المدعى عليه مع شاهد المدعي كنكول المدعى عليه، مع يمين المدعي.

واحتج الأصحاب: بأنه لو نكل المدعى عليه [ثم أقام المدعي شاهداً واحداً، لم يقض له فكذا، إذا أقام شاهداً واحداً ثم نكل المدعى عليه]^(٧).

ولو أن المدعي بعدما امتنع عن الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم، أراد أن يعود ويحلف^(٨) مع شاهده، حكى المحاملي^(٩) رحمه الله: أنه ليس له ذلك، لأن اليمين قد انتقلت^(١٠) من^(١١) جانبه إلى جانب صاحبه، إلا أن يعود في مجلس آخر، فيستأنف

(١) في: أ "شادة".

(٢) في: أ "المدعى عليه".

(٣) "الدم" ليست في: أ. وانظر المسألة في: الوجيز ١٦٢/٢، والروضة ٣١/١٠.

(٤) من "ثم أقام . . . ليس له أن يحلف يمين الرد" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "فلا".

(٦) انظر: مختصر خليل ٢٦٨.

(٧) "ثم أقام المدعى شاهداً . . . ثم نكل المدعى عليه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) "واستحلف الخصم . . . مع شاهده" ليست في: ظ.

(٩) في: أ "الحاملي".

(١٠) في: أ، ب "انقلبت".

(١١) في: أ "مع".

الدعوى^(١) و يقيم الشاهد، فحينئذ يحلف معه.

[فصل: فيما لو ادعى عبداً في يد غيره أنه كان ملكه فأعتقه]

قال [الغزالي]: ولو ادعى عبداً في يد غيره، أنه كان ملكه فأعتقه، فلا يكفيه شاهد، ويمين، لأنه يُثبت الحرية، دون الملك، ولو ادعى في جارية وولدها أنها مستولدة، والولد منه وحلف مع شاهد واحد ثبت ملك المستولدة وعتقت^(٢) عند موته بإقراره، ولا تثبت نسب الولد وحرية على أقيس القولين، إذا لا معنى لتبعيته في الحجة وهو مستقل وهذه الحجة لا تكفي للحرية والنسب).

[قال الرافعي]: فيه صورتان ترتبط إحداهما بالأخرى، وتدخل فيها فنوردهما على ما لهما من المداخلة والارتباط، ونقول: جارية وولدها في يد رجل يسرقها^(٣) فجاء مدع، وقال هذه مستولدتني، والولد مني علقته به في ملكي، فإن أقام عليه شاهدين يثبت ما يدعيه، وإن أقام شاهداً واحداً وحلف معه، أو رجلاً وامرأتين يثبت الاستيلاء، لأن المستولدة ومنافعها ملك السيد، وسبيلها سبيل الأموال الثابتة بالحجة الناقصة فتسلم إليه وإذا مات، حكم بعتقها بإقراره. وهل يحكم له بالولد؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، لأننا حكمنا له بالجارية، والولد فرعها^(٤) فأشبه ما إذا أثبت غضب جارية، يحكم له بالولد الحاصل منها في يد الغاصب، وأيضاً فإن الولد في دعواه حرٌّ كما في الجارية، وبه يثبت الاستيلاء^(٥) فإذا اختص بالجارية على صفة أمية الولد تعدى الاختصاص إلى الولد، هكذا وجهوه، وعلى هذا فينتزع^(٦) الولد ويكون حرّاً نسيباً بإقرار المدعي.

(١) في: أ: الدعوى.

(٢) في: أ: "الولد" زائدة.

(٣) في: ب، ظ "يسرقها".

(٤) "فرعها" ليست في: ز.

(٥) في: أ: "الإستيلاء".

(٦) في: أ: "فينزع".

والثاني: المنع، لأنه لا يدعي ملك الولد، وإنما يدعي نسبه وحرية، وهما لا يثبتان بهذه الحجة، فعلى هذا يبقى الولد في يد صاحب اليد، وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي؟ فيه ما ذكرناه في "الإقرار" و "اللقيط"^(١) في استلحاق عبد الغير.

واختار المزني رضي الله عنه من القولين الأول، واحتج بأن الشافعي رضي الله عنه نص فيما لو كان في يد رجل عبداً يزعمه يسترقه، فجاء آخر، وادعى أنه كان له وأنه أعتقه وصاحب اليد ظالم باسترقاقه، وأقام عليه شاهداً واحداً وحلف معه، أو رجلاً وامرأتين أنه ينتزع من يد صاحب اليد ويحكم بأنه عتق على المدعي بإقراره، وموجب قول المدعي ههنا الحرية كما أن موجب قوله هناك حرية الولد، وكما انتزع المدعي وقضى بكونه مولى له، وجب أن ينتزع الولد، ويقضى بكونه ابناً له. وللأصحاب في صورة الاحتجاج طريقان:

أحدهما: أن فيها قولين أيضاً:

أحدهما: أنه لا ينتزع، ولا تقبل بينته، لأنها تشهد^(٢) بملك متقدم، فصار كما إذا ادعى مدعي^(٣) ملكاً في الحال وشهد شهود بأنه كان ملكاً^(٤) له من قبل.

والثاني: تنتزع، وتقبل بينته^(٥)، لأنها موافقة للدعوى، بخلاف ما إذا ادعى الملك في الحال، وشهد الشهود، بالملك المتقدم، وعلى هذا فتحكم بحريته بإقراره.

فمن قال بهذه الطريقة، قال: أجاب الشافعي^(٦) رضي الله عنه على أحد القولين، فلا احتجاج.

والثاني: القطع^(٧) بالقبول والانتزاع، وبه قال أبو إسحاق رحمه الله وفرق الصائرون إليه بين هذه الصورة وصورة المستولدة، بأن المدعي يدعي ههنا ملكاً متقدماً

(١) انظر: الوجيز ٢٥٨/١ و ٢٥٧.

(٢) في: ب "أنه يشهد".

(٣) "مدع" ليست في: ز.

(٤) في: ز "مكة".

(٥) في: ز "تقبل وتنتزع".

(٦) انظر: المختصر ص ٣٠٦.

(٧) رجح النووي في الروضة ٢٨٠/١١ "هذا القطع، وقال: هو المذهب".

في العبد وحجته تصلح لإثبات الملك، وإذا ثبت الملك ترتب العتق عليه بإقراره وفي^(١) [صورة الاستيلاء، إنما قامت الحجة على ملك الأم، فلا جرم^(٢) أثبتناه، ورتبنا عليه العتق إذا جاء وقته بإقراره]^(٣).

وأما الولد فقضية^(٤) الدعوى والحجة^(٥) كونه حر الأصل نسبياً والحرية والنسب لا يثبتان بهذه الحجة، فلذلك^(٦) افترقا.

ولو أن المدعي في مسألة الاستيلاء قال لصاحب اليد: استولدتها في ملكك ثم اشتريتها مع الولد فعتق الولد عليّ، وأقام عليه حجة ناقصة، فالعتق الآن ترتب^(٧) على الملك الذي قامت به الحجة الناقصة، فتكون على الطريقتين، كذلك حكى عن القفال رحمه الله.

هذا كلام الأصحاب على طبقاتهم رحمه الله وإيانا^(٨) في صورتين.

والأشبه في مسألة^(٩) الاستيلاء وبه أجاب الروياني^(١٠) "في الحلية" أن الولد لا ينتزع، والأظهر في صورة العبد أنه ينتزع، ويحكم بأنه عتيق بإقراره، وبه أجاب صحب "التهذيب" والروياني، وانحاز الإمام، وصاحب الكتاب^(١١) عن الأصحاب رحمهم الله فحكيا أن اختيار المزني رضي الله عنه أن حرية الولد لا تثبت ولا تقبل هذه الحجة في حق الولد، وأن النص الذي نقله في مسألة العبد، أن المدعي لا يثبت ونقرر^(١٢) العبد في يد

(١) "و" ليست في أ، ز.

(٢) في: ب، ظ "لاجرم".

(٣) قوله: "وفي صورة الاستيلاء . . . جاء وقته بإقراره" ليست في: أ.

(٤) في: أ "قضية".

(٥) في: أ، ب، ظ "في الحجة".

(٦) في: أ "فكذلك".

(٧) في: أ "يترتب".

(٨) "إيانا" ليست في: ز.

(٩) في: أ "في صورة".

(١٠) في: أ "القاضي" وهو خطأ.

(١١) "الروياني وانحاز الإمام وصاحب الكتاب" ليست في: أ.

(١٢) في: أ "ونقرر. وفي ظ "ويقر".

المدعى عليه، وأنه رجح فقال^(١) إذا لم يثبت العتق هناك مع أن قضية دعواه وحجته مرتبة على الملك وتواردهما على شخص واحد فلأن لا تثبت في الولد، وهو شخص مستقل بقيام الحجة على الملك في الأم كان أولى، ثم نقلا عن الأصحاب طريقتين:

أحدهما: طرد القولين في مسألة العبد،

وثانيهما: القطع بأنه لا يثبت المدعى، ولا ينتزع العبد ولا يحكم بعتقه لأن في^(٢) صورة الاستيلاء، الحجة صالحة للاستيلاء، والاستيلاء يقتضي ولداً، وفي العتق لا متشبهٌ تتعلق بها الحجة، وهذا كله محال عن وجهه، فإن شئت فراجع "المختصر" تتيقن أن الأمر ليس^(٣) على ما حكيناه.

واعلم^(٤) أن قوله في الكتاب "فلا يكفيه شاهد ويمين" بالواو. واعلم أن الأظهر عند الأصحاب: أنه يكفي شاهد ويمين، لثبوت الملك السابق، ثم يترتب^(٥) عليه الحرية بإقراره.

ويجوز أن يعلم قوله "على أقيس القولين"^(٦) بالواو، لأن أبا الفرج رحمه الله: حكى طريقة قاطعة بثبوت النسب، والحرية. وتأثير هذه الحجة في الولد وهي^(٧) غريبة.

[فصل: فيما إذا حَلَفَ الورثة مع شاهد واحد على دين المورث، ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: فروع^(٨) الأول إذا حلف الورثة مع شاهد واحد على دين المورث^(٩) استحقوا، فإن حلف واحد استحق الخالف نصيبه دون الناكل، وليس لولد

(١) في: أ، ظ "وقال".

(٢) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "ليس" ليست في: أ.

(٤) في: أ "فاعلم". انظر: المختصر ص ٣٦، والروضة ٢٧٩/١١، ومغني المحتاج ٤/٤٥١.

(٥) في: أ "ترتب".

(٦) في: أ "الوجهين".

(٧) "وهي" ليست في: أ.

(٨) في: أ، ب "فرعان".

(٩) في: أ "الموروث".

الناكل بعد موته أن يحلف، فإن^(١) مات قبل النكول فلولده أن يحلف، وفي وجوب إعادة الشهادة وجهان:

ولو نكل الوارث وللميت غريم، فهل يحلفه؟ فيه قولان. وإن كان فيهم غائب^(٢) حلف إذا حضر الغائب، وأفاق المجنون من غير إعادة الشهادة، وكذا^(٣) إذا بلغ صبي منهم وإن كان النزاع في وصيته^(٤) لشخصين، فإذا قدم الغائب فعليه أن يحلف بعد إعادة الشهادة، لا كالميراث، لأنه^(٥) كالميت^(٦)، ولذلك يُخْرَجُ: بحلف أحد الوارثين نصيب الغائب من يد الخصم على أحد القولين بخلاف شريك الوصية، أما إذا أقام شاهدين فيستوفي^(٧) نصيب المجنون، والصبي الذي لم يدع ويؤخذ نصيب الغائب إن كان عيناً وتكفي دعوى الحاضر، فإن كان ديناً، ففيه وجهان يجريان في كل من أقر بدين لغائب^(٨) أن القاضي هل يستوفيه أم يتركه؟ وما يستوفيه الحاضر من حصته في الدين لا يساهمه الغائب فيه، إذا رجع، وإن كان عيناً يساهمه لأن كل جزءٍ شائع بينهما، وأما الدين فإنما يتعين بالتعيين).

[قال الرافعي]: اللفظ في أكثر النسخ: "فروع" بالجمع لكن لم ينص على الثالث، وكأنه قصد^(٩) صورة وقف التشرية المذكورة^(١٠) آخرأ، فإنه جعلها في "الوسيط"^(١١) مسألة برأسها، والأمر في هذا هين. والفقهاء: أنه إذا ادعى ورثة ميت ديناً لمورثهم أو عيناً، فإنما يحكم على المدعي عليه إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء: الموت، والوراثة وأصل المال.

-
- (١) في: ب، ظ "وإن".
(٢) "الغائب وأفاق المجنون". ليس في: أ، ز.
(٣) في: ز "وكذلك".
(٤) في: أ "للنزاع وصية".
(٥) في: أ، ب "فإنه".
(٦) في: ب "كالمستجد".
(٧) في: ز "يستوفي". وفي ظ "استوفي".
(٨) في: ظ "لغائب بدين".
(٩) في: ب "نقصه".
(١٠) في: أ "المذكور".
(١١) انظر: ٣٨١/٧.

و^(١)الأول والثاني لا مدخل فيهما للشاهد واليمين، بل طريق ثبوتهما إقامة شاهدين وإقرار المدعى عليه.

وأما المال فللشاهد واليمين مدخل فيه، فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون وأقاموا شاهداً وحلفوا معه استحقوا، والمأخوذ تركة يقضى^(٢) منها ديون الميت وتنفذ وصياه، وإن امتنع جميعهم، وعلى الميت دين فهل للغريم أن يحلف؟ ذكرنا في التفليس^(٣)، أنه على قولين:

الجديد منهما: المنع. والقولان جاربان فيما إذا كان قد أوصى لإنسان، ولم يحلف الورثة هل يحلف الموصى له؟

فإن كانت الوصية بعين وادعاها في يد الغير، فلا ينبغي أن يكون هذا موضع الخلاف، بل يجوز لاحالة وإن حلف بعض الورثة دون بعض فيأخذ الحالف نصيبه، والنص أنه لا يشاركه فيه^(٤) من لم يحلف. ونص في كتاب الصلح^(٥) أنهما لو ادعيا داراً إرثاً، فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه يشاركه المكذب. فعن ابن القاص وغيره: أن بعض الأصحاب خرج مما ذكرنا في "الصلح" قولاً ههنا: أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف، لأن الإرث يثبت على الشيوع، وامتنع عامتهم من هذا التخريج، وقطعوا بأنه لا شركة ههنا كما نص عليه^(٦) ولما^(٧) افترتك الصورتان نقل الإمام فيه طريقين عن الأصحاب.

قال قوم لأن صورة^(٨) كتاب الصلح مصورة في الأعيان^(٩)، وأعيان التركة

(١) "و" ليست في: ب.

(٢) في: أ "تقتضي".

(٣) انظر: الوجيز ١/١٧١، والروضة ٤/١٣٥.

(٤) "فيه" ليست في: ز.

(٥) انظر: الوجيز ١/١٨٠.

(٦) انظر: كلام الشافعي في المختصر ص ١٠٦.

(٧) في: أ، ز "و لم".

(٨) في: أ "الصورة".

(٩) في: ز "صورة في العين".

مشتركة بين الورثة، والمصدق معترف^(١) بأنه من التركة والتصوير ههنا في الدين، والدين إنما يتعين بالتعيين، والقبض، فالذي أخذه الحالف تعين لنصيبه بالقبض فلم يشاركه الآخر^(٢) فيه، ومن قال بهذا قال: لو فرضت مسألة الصلح في الدين لم تثبت الشركة.

ولو فرض الشاهد ويمين بعض الورثة في العين، تثبت الشركة.

وقال آخرون: بل السبب ما ثبت ههنا يثبت بالشاهد واليمين، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل يمين غيره، ويعيد أن يمتنع الإنسان من الحلف ونحن^(٣) نملكه^(٤) بحلف غيره مع أن اليمين لا تجري فيها^(٥) النيابة، وهناك ما ثبت يثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق بأنه أرت.

وعلى هذا فلا فرق ههنا بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه.

وهذا الطريق الثاني هو الذي أورده جمهور الأصحاب، وصححه الإمام، وخالفهم صاحب الكتاب "في الوسيط" من وجهين:

أحدهما: أنه أشار إلى إثبات الخلاف في الصورتين بالنقل والتخريج^(٦)، في مسألة الصلح مما نحن فيه ولم يتعرضوا له.

والثاني: أنه اعتمد في^(٧) طريقي الفرق على معنى العين والدين، وهل يقضى من نصيب الحالف جميع الدين أم يقضى بالحصة؟

قال في "الشامل" يبنى على أن الغريم هل يحلف؟ إن قلنا يحلف لم يلزمه إلا قضاء حصته. وإن قلنا: لا يحلف فيبنى على أن من لم يحلف من الورثة هل يشارك الحالف؟ إن

(١) في: أ "معز".

(٢) "الآخر" ليست في: ز.

(٣) "نحن" ليست في: ز.

(٤) في: ز "ونملكه".

(٥) في: أ "فيه".

(٦) "والتخريج" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: ز "من".

قلنا: نعم. فيقضى منه جميع الدين لأننا أعطيناه حكم التركة. وإن قلنا لا، لم^(١) يلزم^(٢) إلا الحصة هذا هو الكلام في نصيب الخالف. أما^(٣) من لم يحلف فإن كان حاضراً كاملاً الحال، ونكل ذكر الإمام رضي الله عنه: أن حقه يبطل بالنكول، ولو مات لم يكن لوارثه أن يحلف.

وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: ماينازع فيه وقد توجه بأنه حقه فله تأخيره.

قال الإمام رحمه الله: ولو أراد وارثه أن يقيم شاهداً آخر ليحلف معه، لم يتمكن من الحلف أيضاً، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول، ليحكم له بالبينة؟ فيه احتمالان جاريان فيما لو أقام مدع شاهداً في خصومة، ثم مات فأقام وارثه شاهداً آخر، يجوز أن يقال له البناء عليه. ويجوز أن يقال: عليه تجديد الدعوى وإقامة البينة الأولى، وأنه لو أقام الورثة شاهداً وحلف معه بعضهم، ومات بعضهم قبل أن يحلف وينكل، كان لوارثه أن يحلف.

لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشاهد؟ فيه التردد المذكور.

والأشبه: أنه لا يحتاج وإن كان الذي لم يحلف غائباً أو صيباً أو مجنوناً فقد نص الشافعي رضي الله عنه في المجنون أنه يوقف^(٤) نصيبه، واختلفوا في معناه.

قال: أبو إسحاق وعامة الأصحاب رحمهم الله: المراد إنا نمتنع عن الحكم في نصيبه ونتوقف إلى أن يفيق فيحلف أو ينكل ولا يؤخذ نصيبه.

ومنهم: من قال أراد: أنه^(٥) يؤخذ نصيبه وتوقف وهذا أحد قوليه، في أنه هل تثبت الحيلولة بشاهد واحد؟ لأن الشاهد الذي يقيمه أحد الورثة مقام الكل^(٦)، وقد

-
- (١) "لم" ليست في: أ.
 (٢) في: ز "يلزمه".
 (٣) في: أ "له امن".
 (٤) في: أ "توقف".
 (٥) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٦) في: ز "للكل".

يطلق لهذا الاختلاف في المسألة وجهان: أو قولان:

والصبي والغائب يلحقان^(١) بالمجنون، وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة، أو لم يشعره^(٢) بالحال كالصبي والمجنون والغائب في بقاء حقه بخلاف ماسبق في الناكل.

وإذا فرعنا على الأظهر: وهو أنه لا يؤخذ نصيب المعذورين فإذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا نصيبهم، ولا حاجة بهم إلى إعادة الشهادة بخلاف مالو كانت الدعوى لا عن جهة الإرث، بأن قال أوصي لي، ولأخي الغائب، أو الصبي أبوك بكذا أو اشترت مع أخي الغائب منك كذا أو أقام شاهداً، وحلف معه فإنه إذا قدم الغائب، وبلغ الصبي يحتاجان^(٣) إلى تجديد الدعوى، وإعادة الشاهد أو إقامة شاهد آخر فلا يؤخذ نصيبهما^(٤) قبل ذلك، لأن الدعوى في الميراث عن شخص واحد، وهو الميت، ولذلك يُقضى دينه من المأخوذ، وفي غير الميراث الدعوى، والحق لأشخاص، فليس لأحد أن يدعي، ويقيم البينة عن غيره، من غير إذن ولا ولاية، وما ذكرنا أن الميراث لا حاجة إلى إعادة الشاهد^(٥) مفروض فيما إذا لم يتغير حال الشاهد، فإن تغير قال: الشيخ أبو الفرج رحمه الله فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال القفال رضي الله عنه لا يقدح: وللصبي والمجنون والغائب إذا زال عذرهم أن يحلفوا لأنه قد اتصل الحكم بشهادته، فلا أثر للتغير بعده.

وثانيهما: وهو اختيار الشيخ أبي علي رحمه الله: أنهم لا يحلفون، لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف دون غيره^(٦).

(١) في: أ "يلحقاق".

(٢) في: ز "يشعر".

(٣) في: أ "يحتاجون".

(٤) في: أ نصيبهما.

(٥) في: أ، ب، ظ "للشهادة".

(٦) قال بهامش العزيز ٩٩/١٣، "لم يرجح المصنف شيئاً من الوجهين".

قال في الخادم: الراجح الثاني: وهو قياس ما ذكره في باب الشهادة على الشهادة".

ولهذا لو رجع، لم يكن لهم أن يحلفوا^(١). ولو^(٢) مات الغائب، أو الصبي فلو ارثه أن يحلف، ويأخذ حصته فإن كان وارثه الحالف لم تحتسب يمينه الأولى وبهذا يتأيد أحد الاحتمالين المذكورين فيمن مات قبل أن يحلف وينكل.

ولو ادعى إنسان على ورثة رجل أن مورثكم أوصى لي ولأخي أو لأجنبي بكذا، وأقام شاهداً وحلف معه فأخذ نصيبه^(٣) ولا^(٤) يشاركه الآخر فيه بلا خلاف، لكن سبق في الصلح أنه لو قال رجلان اشترينا منك معاً كذا، فصدق^(٥) أحدهما دون الآخر، يكون الحكم كما في الأثر في أظهر الوجهين^(٦).

فعلى ذلك الوجه إذا قال: أوصى لنا معاً بكذا ينبغي أن يعود فيه، ما في دعوى الإرث، ثم ذكر الشيخ أبو الفرج رحمه الله: أن من يحلف من الورثة على دين أو عين للمورث، يحلف على الجميع، لا على حصته سواء حلف كلهم أو بعضهم دون بعض، وكذا الغريم والموصى له، إذا قلنا: إنهما يحلفان، وفي كلام غيره ما يشعر بخلافه ويؤيده قولنا: إن من لم يحلف لا يشارك الحالف، فإذا خصصنا المأخوذ به ولم نعطه حكم التركة فأشبه ما إذا ادعى قدر حصته، ولم يتعرض للإرث وجميع ما ذكرنا فيما إذا أقام بعض الورثة شاهداً واحداً^(٧) وحلف معه، فإما إذا أقام بعضهم شاهدين فيثبت المدعي.

وإذا^(٨) حضر الغائب من الورثة، أو بلغ صبيهم أو أفاق مجنونهم أخذ نصيبه، ولا

(١) في: أ "يحلف".

(٢) في: ز "وإن".

(٣) في: ب "نصيباً".

(٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ب، ظ "وصدق".

(٦) انظر: العزيز شرح الوجيز ١١٩/٥، حيث قال: "وإن قالوا: اشترينا معاً . . . فوجهان: أظهرهما: وبه قال الشيخ أبو حامد، وأصحابه، وتابعهم القاضي حسين: أن الحكم كما ذكرنا في الإرث . . . والذي ذكره في الإرث هو "المشاركة . . . لأن الأثر يقتضي شيوع التركة بين الورثة، فما يخلص يكون بينهما . . .".

والثاني: ويحكى عن أبي علي بن أبي هريرة والطبري، وبه قال القاضي ابن كج، والشيخ أبو محمد: أنه لا يشاركه، لأن تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد، فهو كما لو ملكا بعقدين".

(٧) "واحداً" ليست في: ب، ظ.

(٨) في: ب، ظ "فإذا".

حاجة إلى تجديد دعوى وإقامة بينة، ولينتزع القاضي بعد تمام البينة نصيب الصبي والمجنون، ديناً كان المدعى أو عيناً. ثم يأمر بالتصرف فيه بالغبطة، [وينتزع نصيب الغائب أيضاً إن كان المدعى عيناً احتياطاً للغائب] ^(١) كيلا يضيع عين ماله، والذي ^(٢) يشعر به إيراد الناقلين أن هذا لا يتزاع واجب عليه، وهو الظاهر، لكن ذكرنا في باب الوديعة، من أن ^(٣) الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي، والمالك غائب، ففي وجوب قبوله وجهان، فيجوز أن يعود ذلك الخلاف ^(٤) ههنا.

وإن قامت البينة. وإن كان المدعى ديناً، ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقر لغائب بدين، وحمله إلى القاضي فهل ^(٥) على القاضي أن يستوفيه؟

وهذه الصورة قد سبقت في "الوديعة" وبيننا أن أظهر الوجهين فيها عدم الوجوب ^(٦) وكذلك ذكره القاضي ابن كج فيما نحن فيه، وحكاه عن النص.

واعلم أنه قد سبق في كتاب "الشركة" أن أحد الوارثين ^(٧) لا ينفرد بقبض شيء من دين التركة، ولو قبض شاركه الآخر فيه.

ولهنا قالوا: يأخذ الحاضر نصيبه، كأنهم جعلوا عية الشريك عذراً، ومكنوا الحاضر من الانفرد حينئذ ولو ^(٨) ادعى على رجل أن أباه أوصى له ولفلان بكذا ^(٩)،

(١) "وينتزع نصيب الغائب أيضاً إن كان المدعى عيناً احتياطاً للغائب" ليست في: أ، ب، ظ، والذي

ورد محله هو ^(٢) "وقال أبو حنيفة رحمة الله عليه: إن كان المشهود به مما لا ينتقل لم ينتزع نصيب الغائب ممن في يده".

في أ «الذي»

(٣) في: أ "من".

(٤) انظر: الوجيز ٢٨٥/١. وانظر: العزيز شرح الوجيز ٢٩٣/٧. حيث قال: "ففي وجوب القبول

وجهان: أحدهما: المنع، لأنه ألتزم حفظه، فيؤمر بالوفاء به.

والثاني: الإيجاب، لأنه نائب الغائبين. والأول أولى.

(٥) في: أ، ب، ظ "هل".

(٦) انظر: الوجيز ٢٨٥/١، والعزيز ٢٩٣/٧.

(٧) انظر: الوجيز ١٨٧/١، والعزيز شرح الوجيز ١٩٥/٥.

(٨) "و" ليست في: أ.

(٩) في: أ، ظ "كذا".

وأقام عليه شاهدين، وفلان غائب، أو صبي لم يؤخذ نصيب فلان بحال، وإذا حضر، أو بلغ فعليه إعادة الدعوى والبينة، لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث عن شخصٍ واحدٍ. وأما لفظ الكتاب فقوله في وجوب إعادة الشهادة وجهان، هما الاحتمالان المنقولان عن كلام الإمام أقامهما وجهين وقوله "وإن كان النزاع في وصيته لشخصين" أي: ادعى على ورثة ميت أن مورثهم أوصى له، ولفلان الغائب، وقوله "وما يستوفيه الحاضر من حصته من^(١) الدين لا يساهمه الغائب فيه إذا رجع، وإن^(٢) كان عينا ساهمة" إلى آخره. ذكره بعد صورة إقامة الشاهدين، لكنه أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً واحداً، وحلف معه على ما هو مبين في ترتيب "الوسيط" والذي أجاب به هو مارجحه في "الوسيط" كما أسلفناه.

وَأَعْلَمُ قَوْلَهُ "لَمْ يَسَاهِمَهُ" وَقَوْلَهُ "سَاهِمَهُ" بِالْوَاوِ، لِلْخِلَافِ الَّذِي سَبَقَ، وَالظَّاهِرُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ فِي الْعَيْنِ أَنَّهُ لَا يَسَاهِمُهُ بِخِلَافِ مَا أوردَهُ، وَأَمَّا فِي صُورَةِ إِقَامَةِ الشَّاهِدِينَ^(٣)، فَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى عَيْنًا، فَقَدْ ذَكَرْنَا^(٤) أَنَّهُ يَنْتَزِعُ نَصِيبَ الْغَائِبِ فَإِذَا^(٥) رَجَعَ وَهُوَ طَالِبٌ أَخْذَهُ وَلَا مَعْنَى لِمُسَاهِمَةِ الْحَاضِرِ فِي نَصِيبِهِ وَإِنْ كَانَ دِينًا، وَقَلْنَا: إِنَّهُ يُؤْخَذُ نَصِيبَهُ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ قَلْنَا: لَا يُؤْخَذُ فَنَبِيغِي أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَلَا يَسَاهِمُ الْحَاضِرُ فِيمَا أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فرع: لو كان للغائب من الورثة وكيل، وقد أقام الحاضر البينة ذكر الشيخ أبو عاصم: أن الوكيل هو الذي يقبض نصيب الغائب^(٦) دون القاضي وإن لم يكن فالقاضي يقبض ويؤجر كيلاً تفوت المنافع.

(١) في: أ بغي. وفي: ز "في".

(٢) في: أ "ولو".

(٣) في: ز "الشاهد".

(٤) في: ز "ذكروا".

(٥) في: ز "فإذا".

(٦) في: ز "الغائبين". وهو خطأ.

[فصل الفرع الثاني في ثبوت الوقف بشاهد ويمين]

قال [الغزالي]: الثاني لو ادعيا أن أباهما وقف عليهما ضيعة وقف ترتيب، ثبت الوقف بشاهد ويمين، فإن نكل أحدهما لم يستحق نصيبه، واستحق الآخر، فإذا مات فنصيب الخالف لا يستحقه البطن الثاني بغير يمين، تفريعاً على أصح القولين، وهو أن البطن الثاني يأخذ الحق من الواقف، لا من البطن الأول، ونصيب الناكل يثبت للبطن^(١) الثاني أيضاً^(٢) إذا حلفوا.

وإذا نكلوا^(٣) جميعاً حلف البطن الثاني إذا ماتوا، وإن حلفوا أخذ البطن الثاني باليمين.

ولو مات الخالف وحده، صرف نصيبه إلى الناكل في وجهه، وإلى ولد الخالف في وجهه، ويحكم بأنه تعذر مصرفه في وجهه، فيبطل الوقف فيه^(٤)، أو يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف؟ فيه خلاف^(٥).

[قال الرافعي]: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين؟

إن قلنا: إن الملك فيه للواقف، أو الموقوف عليه، فنعم.

وإن قلنا: لله تعالى فوجهان، أو قولان.

أحدهما: وبه قال المزني^(٦)، وأبو إسحاق رحمهما الله، لا كالعق.

والثاني: وبه قال ابن سريج، وأبو الطيب بن سلمة رحمهما الله، نعم^(٧)، [لأن المقصود منه استحقاق المنافع والفوائد، فأشبهه بدن الحر، وليس كالعق]^(٨)، لأن المقصود

(١) في: أ "البطن".

(٢) "أيضاً" ليست في: ز.

(٣) في: أ "إذا كانوا".

(٤) في: ز "على هذا".

(٥) "فيه خلاف" ليست في: ز.

(٦) انظر: المختصر ص ٣٠٦.

(٧) في: ز "يثبت".

(٨) "نعم لأن المقصود منه . . . وليس كالعق". ليست في: ز.

هناك تكميل الأحكام، وإثبات الولايات، ولأن الوقف لا ينفك عن أحكام الملك، ألا ترى أنه إذا أتلّف وجبت قيمته، بخلاف العتق والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول^(١) وينسبونه إلى عامة الأصحاب، لكن الثاني أقوى في المعنى، وهو المنصوص عليه للشافعي رضي الله عنه. و^(٢) الأصح^(٣) عند الإمام، وصاحب "التهذيب"^(٤) وغيرهما، والمذكور في الكتاب^(٥).

ولو ادعى ورثة ميتٍ على رجل، أنه غصب هذه الدار، وقالوا: كانت لأبينا، وقفها علينا، و^(٦) على فلان منا^(٧) فدعوى الغصب تثبت بشاهدٍ ويمين، ويثبت^(٨) أيضاً بهما إن أثبتنا الوقف بشاهد، ويمين، وإلا فيثبت بإقرار^(٩) الورثة، كما ذكرنا فيما إذا ادعى على رجلٍ أن هذا الذي يسرقه كان عبدي غصبته بعدما أعتقته، وإن هذه الجارية أم ولدي.

إذا عرف ذلك، فلو ادعى ثلاثة^(١٠) بنين من ورثة ميتٍ أن أباهم، وقف عليهم هذا الدار، وأنكر سائر الورثة، وأقاموا شاهداً واحداً ليضموا إليه اليمين، تفريعاً على ثبوت^(١١) الوقف بالشاهد، واليمين، فالوقف المدعى يُصور على وجهين:

-
- (١) في: ز "الوجه الأول".
 - (٢) "و" ليست في: ز.
 - (٣) انظر: المختصر ص ٣٠٦، والروضة ٢٨٤/١١، ومغني المحتاج ٤٤٨/٤.
 - (٤) في: أ "وصاحب الكتاب" وهو خطأ.
 - (٥) انظر: الوجيز ٢٥٦/٢، والعزیز ١٠١/١٣.
 - (٦) في: ز "أو".
 - (٧) "منا" ليست في: ب، ظ.
 - (٨) في ز "ويثبت الوقف".
 - (٩) في: أ "إقرار".
 - (١٠) في: أ "ثلاث".
 - (١١) في: أ "موت".

أحدهما: أن يَدْعُوا وقف الترتيب، فيقولوا: وَقَفَ علينا، وبعدنا على أولادنا، أو على الفقراء، فلهم بعد إقامة الشهادة أحوال ثلاث، لأنهم إما أن يحلفوا جميعاً أو ينكلوا^(١) أو يحلف بعضهم، وينكل بعض.

الحالة الأولى
أن يحلفوا
جميعاً

الحالة الأولى: أن يحلفوا جميعاً، فيثبت لهم الوقف ولا حق لسائر الورثة في الدار، ثم إذا انقضى المدعون إما معاً^(٢) أو على التعاقب، فالبطن الثاني يأخذون الدار، وفقاً بغير يمين، أو يأخذونها باليمين؟ فيه وجهان ويقال: قولان وهما على ما ذكر القفال، وطوائف من^(٣) الأصحاب مبنيان على أن البطن الثاني: يأخذون الحق من البطن الأول أو من الواقف؟.

إن قلنا: من البطن الأول، فلا حاجة إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين، ثم مات يأخذه وارثه بغير يمين؟ وإن قلنا من الواقف لم يأخذوا إلا باليمين، كالبطن الأول. وبه قال ابن سريج رحمه الله.

وقضية هذا البناء أن يكون الأصح: أنهم يأخذون باليمين، لأن الأصح أنهم يتلقون من الواقف.

وسنذكر فيما^(٤) بعد هذا لفصل، مايويده، لكن الشيخ أبا حامد وطبقته والقاضيين^(٥) أبا الطيب والرويانى وغيرهم، رجحوا^(٦) استغناءهم عن اليمين، وهو ظاهر نصه في "المختصر"^(٧). وبه قال: أبو إسحق ووجهه: بأنه قد يثبت كونه وفقاً، بحجة يثبت بها الوقف، فيدام، كما لو ثبت بالشاهدين، وبأنه حق ثبت لمستحق فلا يفتقر المستحق بعده إلى اليمين، كما لو كان للمدعى ملكاً، وبأن البطن الثاني.

(١) في: أ، ب "وينكلوا".

(٢) "إما" ليست في: أ.

(٣) "من" ليست في "ب".

(٤) "فيما" ليست في: أ.

(٥) في: أ، ب، ظ "لكن الشيخ أبا حامد والقاضيين".

(٦) "رجحوا" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) انظر: ص ٣٠٦.

وإن كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء^(١) عن المستحقين أولاً، فلا يحتاجون إلى اليمين كما إذا أثبت الوارث ملكاً للميت بشاهد^(٢) ويمي، ن وللميت غريم، فإن له أن يأخذه من غير يمين، فإذا^(٣) انتهى الاستحقاق إلى البطن الثالث، والرابع، عاد هذا الخلاف.

فإن^(٤) قلنا: يأخذون باليمين، فلو كان الاستحقاق بعد الثلاثة المدعين^(٥) للمساكين، ن أو الفقراء، نظر: ^(٦) إن كانوا محصورين، كفقراء قرية، ومحلة، فكذلك الجواب، وإن لم يكونوا محصورين فيبطل الوقف وتعود الدار إرثاً أو يصرف إليهم بغير يمين؟ فيه وجهان:

وعن "المجرد" للقاضي أبي الطيب: أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، بناءً على أنه قد^(٧) تعذر مصرفه كالوقف الذي يقع^(٨) فيه انقطاع، وفيه خلاف^(٩) مذكور في الوقف^(١٠)، لو^(١١) مات أحد الحالفين فيصرف نصيبه إلى الآخرين فإن مات ثان^(١٢) يصرف^(١٣) الكل إلى الثالث، لأن استحقاق البطن الثاني بعد انقراض الأولين، وأخذ الآخرين، يكون بيمين أو بغير يمين.

(١) مكرر: في ب، ز، ظ "خلفاء".

(٢) في: أ "بشاهدين".

(٣) في: ز "وإذا".

(٤) في: أ "وإن".

(٥) "المدعين" ليست في: ز.

(٦) في: ب "ينظر".

(٧) "قد" ليست في: أ.

(٨) في: ظ "فيه يقع".

(٩) في: أ "اختلاف".

(١٠) انظر: العزيز شرح الوجيز ٢٦٨/٥. وقال النووي في الروضة ٢٨٥/١١ "فيه ثلاثة أوجه...". ثم قال: "قلت الأصح يأخذون بلا يمين، وتسقط هنا لتعذرهما، ولا يبطل الوقف بعد صيته". ووجود المصرف بخلاف المنقطع. والله أعلم.

(١١) في: أ "فلو".

(١٢) في: ظ "الثاني".

(١٣) في: أ، ب "صرف".

إن أغنينا البطن الثاني عن اليمين، فهما أولى، وإن أحوجناهم إليها فوجهان في^(١) أحدهما، يخلفان^(٢) لانتقال الحق إليهما من غيرهما.

وفي أظهرهما: لا يخلفان، لأنهما قد حلفا مرة، وصارا من أهل الوقف، فيستحقان بحسب شرط الواقف تارة أقل وتارة أكثر.

الحالة الثانية: إذا نكلوا جميعاً عن اليمين مع الشاهد فالدار تركة تقضى منها الديون، والوصايا ويقسم الباقي على الورثة، وتكون حصة المدعين وقفاً بإقرارهم وحصة سائر الورثة طلقاً لهم، فإذا ماتوا فالذي ذكره القاضي ابن كج والإمام وصاحب "التهذيب" في كتبهم أنه لا يصرف إلى أولادهم بغير يمين، يعنون^(٣) على سبيل الوقف، ولا يكون إقراراً لأوليين لازماً عليهم وفي "الشامل" و"أمالي أبي الفرج" أن حصتهم تكون وقفاً على أولادهم حسب ما أقروا به، ولا حاجة بهم إلى اليمين ويمكن أن يكون هذا الاختلاف مبنياً على أن البطن^(٤) الثاني يأخذون من الواقف، أو من البطن الأول، فإن أراد الأولاد أن يخلفوا ويأخذوا جميع الدار وقفاً فهل لهم ذلك. فيه قولان:

سواء قلنا: إنه لو لم يخلفوا لا يكون شيء منها وقفاً. أو قلنا: إن حصة الأوليين تبقى وقفاً وإن لم يخلفوا، واختلفوا في محل^(٥) هذين القولين، فمن قائل هما متأصلان غير مبنيين على شيء يوجه أحدهما بأن البطن الثاني تبع للأول، فإذا^(٦) لم يخلفوا لم يخلفوا.

والثاني^(٧)؛ وهو الأصح، بأنهم أصحاب حق كأوليين، فإن أبطل الأولون حقهم بالنكول فلهم أن لا يبطلوا حقوقهم ومن ذاهب ألى أنهما مبنيان على أصل، واختلف هؤلاء على طريقتين أظهرهما: بناؤهما على أن البطن الثاني يتلقون من البطن الأول، أم من الواقف؟ فإن قلنا من البطن الأول لم يخلفوا وإلا حلّفوا.

(١) "في" ليست في: ز.

(٢) في: أ "لا يخلفان".

(٣) "يعنون" هكذا في جميع النسخ.

(٤) في: أ "الظن".

(٥) في: ز، ظ "حال".

(٦) في: أ "وإذا".

(٧) "والثاني" ليست في: ز.

والثاني: بناؤهما على أن الوقف المنقطع الابتداء يبطل أم لا؟ إن قلنا: لا، حلف البطن الثاني، ولم يضر انقطاع أوله بنكول الأولين، وإن قلنا: يبطل لم^(١) يخلفوا، ثم حكى القاضي ابن كج^٢ والشيخ أبو حامد رحمهما الله خلافاً في أن القولين، هل يجريان في حياة الأولين إذا نكلوا؟ فمن الأصحاب رحمهم الله من أجراهما لبطلان حقهم، ويعذر الصرف إليهم بنكولهم، كما لو ماتوا، ومنهم من خصص القولين، بما بعد موت الأولين، لأن استحقاق البطن الثاني مشروط بانقراضهم^٣ وإليه مال الشيخ أبو حامد رحمه الله.

الحالة الثالثة: إذا حلف بعضهم دون بعض، فإذا حلف واحد ونكل اثنان، فيأخذ الحالف الثلث وقفاً، وأما الباقي فهو تركة، تقضى منها الديون والوصايا، فما فضل ففي "الشامل" أنه يقسم بين جميع الورثة، فما يخص البنين الثلاثة يكون وقفاً على الناقلين، لأن الحالف يعترف^(٢) لهم بذلك، والذي ذكره المحاملي وصاحب التهذيب رحمهما الله وغيرهما: أنه يقسم الفضل بين المنكرين من الورثة^٣ والذين نكلوا دون الحالف، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذه، وإن^(٣) الباقي لإخوته وقفاً ثم حصة الناقلين تكون وقفاً بإقرارهما، وإذا مات الناكلان والحالف حي فصبيهما للحالف على ما شرط الواقف بإقرارهم، وفي حاجته إلى اليمين^٤ ما سبق من الوجهين، فإذا مات الحالف، فالاستحقاق للبطن الثاني، وفي حلفهم الخلاف الذي مرّ، وإن كان الحالف ميتاً عند موت الناقلين، فأراد أولادهما أن يخلفوا فعلى القولين المذكورين في أولاد الجميع إذا نكلوا، الأصح أن لهم الحلف، وما حكم نصيب الحالف الميت قبلهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصرف إلى الناقلين قضية وقف^(٤)، وعلى هذا ففي حلفهما الخلاف الذي مضى، فإن قلنا يخلفان فنكلا سقط هذا الوجه.

والثاني: أنه يصرف إلى البطن الثاني لأنهما لما نكلا أبطلا حقهما وصارا كالمعدومين، وإذا عدم البطن الأول، كان الاستحقاق للثاني.

(١) في: أ "بل".

(٢) في: أ "يعرف".

(٣) في: أ "فإن".

(٤) في: أ "الوقف".

والثالث: أن هذا وقفٌ تعذر مصرفه، لأنه لا يمكن الصرف إلى الآخرين، لنكولهما ولا إلى البطن الثاني، لأن شرط استحقاقهم، انقراض الأولين، وإذا تعذر مصرف الوقف فيبطل أو يبقى، وإذا بقي فيصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف أم كيف الحال؟ فيه خلاف^(١) مذكور بتوجيهه وتفريعه^(٢) في الوقف^(٣)، والأصح أنه يبقى وقفاً، ويصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، وعلى هذا فإذا زال التعذر، بأن مات الناكلان، فيصرف إلى البطن الثاني، قال الإمام رحمه الله: ويجيء في حلف أقرب الناس إذا قلنا: إنه يصرّف إليهم الخلاف، وأبعد الأوجه الثلاثة في المسألة عنده الصرف إلى البطن الثاني، وهو أصحهما عند الأكثرين، ونقلوه عن إشارة نصه في "الأم"^(٤) والله أعلم.

وأما لفظ الكتاب فإنه صور فيما إذا ادعى الوقف اثنان، والغرض لا يختلف، لكنه لم يف بموجب التصوير، بل قال بعد ذلك: "إذا نكلوا"، ثم قال: "وإن حلفوا"، ولم يبين^(٥). وليعلم قوله "ثبت الوقف بشاهد ويمين" بالواو لما سبق. وقوله "فيما إذا حلف أحدهما، ونكل الآخر، فإذا ماتا فنصيب الخالف لا يستحقه البطن الثاني بغير يمين تفرعاً على أصح القولين" إلى آخره. جواب من يقول: إنهم إذا حلفوا جميعاً وماتوا يحتاج البطن الثاني إلى اليمين، وهو الراجح عند من يبيّن الخلاف على الخلاف^(٦) في أن البطن الثاني عمن يتلقون الوقف، كما فعله صاحب الكتاب رحمه الله، وقد ذكرنا أن منهم من لا يبيّن الخلاف على ذلك الخلاف^(٧) ويرجح استغناؤهم عن اليمين.

وقوله: "ونصيب الناكل يثبت للبطن الثاني أيضاً إذا حلفوا" يجوز إعلامه بالواو، لما بينا أنه على الخلاف المذكور، فيما إذا نكل البطن الأول جميعاً، هل يحلف البطن الثاني بعد موتهم؟ وكذا قوله: "فيما إذا نكلوا جميعاً يحلف البطن الثاني" وكذا قوله "باليمين

(١) في ط "اختلاف".

(٢) "تفريعه" ليست في: ز.

(٣) في: ظ "فيه وجهان مذكوران بتفريعهما وتوجيههما".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٠٦، والروضة ٢٨١/١١.

(٥) في: ب "ين".

(٦) "على الخلاف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "الخلاف" ليست في: أ.

فيما إذا حلفوا جميعاً للخلاف في أنهم هل يحتاجون إلى اليمين؟ وقوله "ولو مات الحالف وحده" يعني في الصورة التي ابتداءً بذكرها، وهي أن يحلف أحدهما وينكل الآخر. وقوله: [وإلى ولد^(١) الحالف في وجه^(٢) ظاهرة يقتضي تخصيص ولد^(٣) الحالف به، ولا معنى للتخصيص، لأننا على هذا الوجه نلحق^(٤) الناكل بالمعدوم، فيثبت الاستحقاق لجميع البطن الثاني. وقد صرح الإمام بهذا فقال: لا فرق على الوجه بين ولد^(٥) الحالف وولد الناكل في الاستحقاق.

واعلم أن قوله في أول الفرع "لو ادعى أن أباهما وقف عليهما" إلى آخره، وإن كان مطلقاً في دعوى الابنين، لكن المراد ما إذا كان معهما وارث آخر، وأنكر، فأما إذا كانا جائزين، فيكفي تصادقهما لثبوت الوقف، ولا حاجة إلى شاهد ويمين^(٥).

فرع: ادعوا على رجل داراً في يده أنه وقفها عليهم، أو على ورثة رجل، أن مورثهم وقفها عليهم، وأقاموا شاهداً واحداً فينظر: أيحلفون مع شاهدهم أم ينكلون، أم يحلف بعضهم وينكل بعضهم؟ والأحوال على ما ذكرنا في المسألة المشروحة^(٦). لكن حيث جعلنا: (٧) كل المدعى أو بعضه تركه هناك فيترك^(٨) ههنا في يد^(٩) المدعى عليه. والله أعلم.

(١) في: أ "والد".

(٢) في: أ "والد".

(٣) في: أ "يلتحق".

(٤) "ولد" ليست في: أ.

(٥) في: ز "ولا يمين". وقوله "ولا حاجة إلى شاهد ويمين" ورد بهامش العزيز ١٠٦/١٣ "قال في الخاتم: هذا محله إذا لم يكن على الميت دين تستغرقه التركة، ولم يقضوه من مالهم، فإن كان فلا بد من البينة كما قاله في البحر".

(٦) انظر: ص ٦٤٤ .

(٧) مكرر: في أ "قلنا".

(٨) في: أ "ويترك".

(٩) في: أ "يدل".

[فصل: في دعوى وقف التثريك]

قال [الغزالي]: وإن كان الوقف بالتثريك، فحلفاً ثم ولد لأحدهما ولد، وجب إخراج ثلث الوقف من يدهما، فإن بلغ الطفل وحلف استحق، وإن نكل فقد تعذر مصرفه، وفيه قول: أنه يرد إليهما، والناكل كالمعدوم، ولا خلاف أنه لا يرد على المدعى عليه أولاً.

[قال الرافي]: قد سبق أن دعوى الوقف تصور على وجهين، وقد فرغنا من أحدهما وهو دعوى وقف الترتيب.

الوجه الثاني: دعوى وقف التثريك، بأن يقول البنون الثلاثة في المثال المذكور: إنه وقف علينا وعلى أولادنا، وأولاد أولادنا ما تناسلنا^(١) وإن انقرضنا فعلى الفقراء، وأقاموا على ذلك شاهداً واحداً، فينظر: إن حلفوا معه أخذوا الدار وقفاً، ثم إذا حدث لأحدهم ولد ففضية الوقف شركته فيوقف ربع غلة الوقف إلى أن يبلغ فيصرف إليه إن حلف ولم يجعلوه على الخلاف المذكور في أن البطن الثاني هل يحتاجون إلى اليمين [إذا حلف البطن الأول، وأخرجوه إلى اليمين بعد البلوغ؟ وأيد ابن الصباغ رحمه الله: بجوابهم في هذه الصورة قول ابن سريج ومن ساعده: أن البطن الثاني يحتاجون إلى اليمين]^(٢)، لأن الثلاثة الحالفين ههنا واسطة بين الولد الحادث وبين الوقف، وإن كان الثاني منه، كما أن البطن الأول واسطة بين البطن الثاني وبين الواقف.

وأجرى أبو الفرج السرخسي وجهاً في هذه الصورة أيضاً ونقل وجهين في أن الربع الموقوف يوقف في يد البنين الثلاثة أم ينتزع ويجعل في يد أمين؟ والأقرب الثاني، وإن نكل بعدما بلغ مصرف الموقوف إلى الثلاثة وجعل كأنه لم يولد، هذا هو النص^(٣).

واعترض المزني رضي الله عنه تفريعاً على أن الوقف يثبت بشاهد ويمين، بأنهم معترفون بأن الموقوف له فكيف يجوز لهم أخذه بامتناعه من اليمين، بل يجب أن يوقف

(١) في: ز "ماتناسلوا".

(٢) "إذا حلف البطن الأول . . . يحتاجون إلى اليمين" ليس في: ز.

(٣) انظر: المختصر ص ٣٠٦.

إلى أن يحلف أو يموت فيقوم وارثه مقامه، والناصرون للنص أجابوا بوجهين.

أحدهما: أن صورة النص ما إذا شرط الواقف شركة من يحدث، إن رغب في الوقف، ولم يردّه^(١)، وإذا لم يحلف مع الشاهد فكأنه رد، فإن أطلق حكى الشيخ أبو حاتم القزويني عن بعض الأصحاب أن الجواب كما ذكر^(٢) المزني، وعن آخرين أن الحكم لا يختلف، ويحمل الوقف عليه، وإن أطلق وهذا أشهر.

وبالأول أجاب القاضي ابن كج.

والثاني: أن الواقف جعل الثلاثة أصلاً في الاستحقاق، ثم أدخل من يحدث على سبيل العول، فإذا سقط الداخل، فالقسمة على الأصول كما كانت وشبهه "في التهذيب" بما إذا مات إنسان عن^(٣) ألف فجاء^(٤) ثلاثة وادعى كل واحد ألفاً على الميت، وأقام شاهداً، فإن حلفوا معه، فالألف بينهم، وإن حلف اثنان، فهو لهما، وإن حلف واحد، فلذلك^(٥) الواحد، لكن قال الإمام: إن المزني لا يسلم المسألة ويقول: ليس لصاحب الدين الأول إذا لم يحلف الثاني إلا أخذ حصته.

نعم لو أبرأ الثاني كان للأول أخذ الجميع، لأن الثاني أبطل حقه والنكول لا يبطل الحق، ألا ترى أنه لو لم يحلف مع الشاهد، ثم أتمّ البينة تسمع، ويحكم بها وكيف ما قدر الجواب فالظاهر عند الأصحاب موافقة النص، ورأى الإمام أن يجعل ما اعترض به المزني رحمه الله قولاً مخرجاً لقوته واستحسنه، وإذا قيل به فنصيب المولود وقف تعذر مصرفه فيجاء فيه الخلاف السابق.

ولو مات المولود^(٦) قبل بلوغه، أو بعد بلوغه، وقبل النكول، قام ورثته مقامه، فيحلفون ويستحقون الغلة الموقوفة. ولو مات بعد البلوغ، والنكول، لم يستحقوا الغلة:

-
- (١) في: أ "ترد".
 (٢) في: أ "ذا".
 (٣) في: أ "على".
 (٤) في: أ، ب "وجاء".
 (٥) في: أ، ب، ظ "فكذلك".
 (٦) في: أ "المود".

لأنه^(١) بطل حقه بالنكول، وهذا في الغلة الموقوفة، فأما رقة الوقف وغلته من بعد، فقضية الشرط عند موته أن^(٢) يستغرقها الثلاثة الخالفون، وهل عليهم تجديد اليمين؟ قال الإمام: إن فرغنا على ما قال المزني رحمه الله ففيه الخلاف المذكور، فيما إذا مات بعض البطن الأول في وقف الترتيب، وقد حلف الكل هل يحتاج الباقيون إلى التجديد؟ وإن فرغنا على النص، فلا حاجة إلى التجديد، فإننا^(٣) نقدر أن المولود لم يكن.

ولو مات واحد من الخالفين في صغر المولود، وقف من يوم موته للمولود ثلث الغلة، لأن المستحقين عادوا إلى ثلاثة، فإن بلغ فحلف بأخذ الربع والثلث الموقوفين، وإن نكل صرف الربع إلى الأثنين الباقيين، وإلى ورثة الميت وصرف الثلث إلى الباقيين خاصة، ويعود فيه كلام المزني رحمه الله.

ولو أن المولود بلغ مجنوناً، أدنا الوقف طمعاً في إفاقته، فإن ولد له قبل أن يفيق ولد^(٤)، وقف له الخمس، وللمجنون من يوم ولادة ولده الخمس، لأن المستحقين صاروا خمسة فإن أفاق المجنون، وبلغ ولده وحلفوا أخذ المجنون الربع من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده، والخمس من يومئذ، وأخذ ولده الخمس^(٥) من يومئذ، ولو مات المجنون في جنونه^(٦) بعدما ولد له، فالغلة الموقوفة لورثته إذا حلفوا، ويوقف لولده من يوم موته، ربع الغلة، هذا كله إذا حلف المدعون الثلاثة أولاً.

فإن^(٧) نكلوا عن اليمين مع الشاهد^(٨) فلمن يحدث بعدهم أن يحلف بلا خلاف، لأنه شريك الأولين يتلقى من الواقف، لا محالة، وإن حلف بعضهم دون بعض، أخذ الخالف نصيبه، وبقي الباقي على ما كان.

(١) في: أ "لأن".

(٢) في: أ "لأن".

(٣) "فإننا" ليست في: ظ.

(٤) "ولد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "وأخذ ولده الخمس من يومئذ" ليست في: ز.

(٦) في: أ، ط "حياته".

(٧) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٨) "مع الشاهد" ليست في: ز.

وأما^(١) لفظ الكتاب فإنه فُرض فيما إذا ادعى اثنان، كما فعل في وقف الترتيب، وليعلم قوله: "وجب إخراج ثلث الوقف من يديهما" لوجه حكيمناه أنه^(٢) يوقف في يدهما ولا يخرج.

وقوله: "وإن نكل فقد تعذر مصرفه" هذا هو الذي ذكره المزني رحمه الله، وإيراد الكتاب يُشعر بترجيحه، والظاهر ما ذكره آخرًا، وهو أنه يرد إليهما كما تبين.

وأما قوله: "ولا خلاف أنه لا يرد على المدعى عليه أولاً" فالمراد منه أنه لو قال للمدعى عليه إذا بلغ المولود^(٣) ونكل ردوا على ما وقفتم له، فإن^(٤) الحجة لم تتم. فيه، لاعتراف المستحقين، بأنهم لا يستحقون، فلا يجاب إليه، قال الإمام رحمه الله كما لا يجاب في وقف الترتيب، إذا حلف البطن الأول، ونكل الثاني؛ وسببه أن يده أزيلت بحجة قامت عليه، وانقطع تعلقه عنه فلا يعود بما يفرض من تعذر المصرف، وكأنه أراد تصوير المسألة: فيما إذا ادعوا على رجل أن مورثه وقف الدار التي في يده على المدعين، وعلى أولادهم؛ دون أن يدعي بعض الورثة على بعض في دار التركة؛ وإلا فإذا لم يثبت الوقف تكون الدار تركةً فلا معنى لتركها في يد المدعى عليه. والله أعلم^(٥).

(١) في: ب، ظ "فأما".

(٢) في: أ "وأنه".

(٣) في: أ "المود".

(٤) في: أ "وإن".

(٥) "والله أعلم" ليست في: أ، ب.

قال [الغزالي]: الباب الخامس في الشهادة على الشهادة.

وتجري في كل ماليس بعقوبة، وفي العقوبات ثلاثة أقوال: في الثالث: تجري في عقوبات الآدميين دون حدود الله تعالى، لأن فيها شبهة^(١)، لأنها بدل. ويجري الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي، وفي التوكيل باستيفاء القصاص، فإذا منعنا، لم تسمع الدعوى بالقصاص^(٢) على الغائب).

[فصل: في جواز الشهادة على الشهادة وفيما تجري وفيما لا تجري]

[قال الرافعي]: الشهادة على الشهادة مقبولة، لدعاء الحاجة إليها^(٣)، فإن شهود الواقعة قد يغيبون، أو يموتون، وأيضاً فإن الشهادة حق لازم الأداء^(٤)، فتحوز الشهادة عليه كسائر الحقوق، وأيضاً فإن الشهادة طريق يُظهِرُ الحق كالإقرار فتحوز الشهادة عليه كالإقرار^(٥)، هذا في غير العقوبات، وتدخل فيه الأموال والأنكحة، والبيوع، والرهون، وسائر العقود، والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرضاع، والولادة، وعيوب النساء، ولا فرق بين حقوق الآدميين، وبين حقوق الله تعالى، كالزكوات، ووقوف^(٦) المساجد، والجهات العامة.

وأما العقوبات، فحكم الشهادة على الشهادة فيها على ما بيننا في كتاب القاضي إلى القاضي^(٧)، والأصح: المنع^(٨) في حدود الله تعالى. والقبول في القصاص وحد القذف.

(١) في: ز "شهادة".

(٢) في: ز "دعوى القصاص".

(٣) الشهادة على الشهادة جائزة في الجملة اتفاقاً.

انظر: فتح القدير ٥٢٢/٦، ومواهب الجليل، والتاج والاكلیل ١٩٩/٦، والمغني ١٩٩/١٤، وانظر: المختصر ص ٣١١، والحاوي ٢٣٦/٢١، والمهذب ٤٣٠/٢، والروضة ٢٨٩/١١، ونهاية المحتاج ٣٠٧/٨.

(٤) في: ز "للأداء".

(٥) "فتحوز الشهادة عليه كالإقرار" ليست في: ب، ظ.

(٦) في: أ، ب، ظ "وقف".

(٧) انظر: الوجيز ٢٤٦/٢، والروضة ١٩٦/١١.

(٨) انظر: الحاوي ٢٣٨/٢١، والروضة ٢٨٩/١١، ومغني المحتاج ٤١٥/٤.

وعن ابن القاص: أن الشهادة على الشهادة في الإحصان تُخرَج على الخلاف في أن^(١) الشهادة على الشهادة، هل تقبل في الحدود^(٢)؟.

ولو شهد شاهدان على شهادة شاهدين، أن الحاكم حد فلاناً، فلا خلاف في القبول، لأنه حق الآدمي، فإنه يسقط الحد عن نفسه. قاله في "الشامل".

وليلعلم قوله في الكتاب "في عقوبات الآدميين" بالحاء، لأن عند أبي حنيفة، لا تقبل الشهادة على الشهادة في القصاص في النفس، كما في حقوق الله تعالى^(٣). وقوله: "دون حدود^{الله تعالى} بالميم، لأن عند مالك: تقبل فيها الشهادة على الشهادة^(٤)". وقوله: "لأن فيها شبهة، لأنها بدل" يعني أن شهادة الفرع، بدل عن^(٥) شهادة الأصول^(٦)، وذلك يورث زيادة الشبهة^(٧)، لانضمام احتمال الخيانة في الفروع إلى احتمالها في الأصول. وقوله: "ويجري الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي، وفي التوكيل باستيفاء القصاص" أشار به إلى^(٨) أن الخلاف في الصورة^(٩) مبني على معنى البدلية، وتأثيره في زيادة الشبهة.

وقوله: "فإذا منعنا" يعني كتاب القاضي إلى القاضي، "لم تسمع دعوى القصاص على غائب"، لأنه لا يتمكن^(١٠) من استيفائه، ولا يجوز أن يكتب به إلى موضع المدعى عليه. والله أعلم.

-
- (١) في: ز "على الشهادة في أن الخلاف".
(٢) قال في أدب القاضي ٣٢٠/١ "وخرجته في مذهب الشافعي على قولين. كما في حدود الله تعالى: أحدهما: أنها مقبولة. والثاني: أنها غير مقبولة . . . هذا أصحهما لدرئ الحدود بالشبهات".
(٣) انظر: الهداية ١٣٠/٣، وفتح القدير ٥٢٢/٦.
(٤) مختصر خليل ص ٢٦٨، والتاج والإكليل ١٩٩/٦.
(٥) في: أ "على".
(٦) في: ب "الأصل".
(٧) "الشبهة" لغة الإلتباس. انظر: المصباح ٣٠٤/١.
الشبهة شرعاً: ما التبس أمره، فلا يدرى أحلال هو أم حرام. وحق هو أم باطل. انظر: القاموس الفقهي ص ١٨٩.
(٨) "إلى" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) في: ز "الصور".
(١٠) في: "لم يتمكن" وهو خطأ.

(قال [الغزالي]: ثم النظر في أربعة أمور: الأول: أنه لا يجوز تحمل الشهادة على الشهادة، إلا إذا قال: الشاهد أشهدتك على شهادتي، أو رآه الفرع، وقد^(١) شهد بين يدي حاكم^(٢)، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يشهده. وإن قال: في غير مجلس القضاء: لفلان عليّ فلان حق، وعندني^(٣) به شهادة، لم يجز التحمل^(٤) لأنه يتساهل في غير مجلس الحكم. نعم لو قال: عندي شهادة مجزومة لفلان، ففيه وجهان. ولو قال: أشهد أن له عليه كذا، لم يتحمّل فلعله أراد الوعد. ولو قال: عليّ لفلان ألف، لم يحمل على الوعد، وجازت الشهادة إذ لا يتساهل في الإقرار).

[الفصل الأول: في تحمل الشهادة على الشهادة]

(قال الرافعي): أدرج مسائل الباب بعدما بين أن الشهادة على الشهادة فيما تجري وفيما لا تجري، في أربعة فصول:

أحدها: في تحمل الشهادة على الشهادة، وإنما يجوز التحمل إذا عرف أن عند الأصل^(٥) شهادة جازمة بحق ثابت، ولمعرفته أسباب.

السبب الأول
أن يستدعيه
الأصل فيقول:
إني شاهد
بكذا ونحو
ذلك

أحدها: أن يستدعيه^(٦) الأصل، فيقول: إني شاهد بكذا، وأشهدتك على شهادتي، أو يقول: أشهدك أو أشهد على شهادتي بكذا، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي، فقد أذنت لك في أن تشهد.

أما إذا سمع إنساناً يقول: لفلان عليّ فلان كذا، وأشهد أن لفلان عليّ فلان كذا، لا على صورة أداء الشهادة، فلا يجوز أن يشهد على شهادته، لأنه قد يريد عدةً كان قد وعدها، ويشير^(٧) بكلمة "علي" أن من مكارم الأخلاق، الوفاء بها، وتنزيلها منزلة

(١) في: ز: "وقد رآه يشهد".

(٢) في: "الحاكم".

(٣) في: أ، ب، ظ "أو عند".

(٤) في: ز "الشهادة".

(٥) في: ز "أن الأصل عند".

(٦) في: ب "يستدعيه".

(٧) في: ب "وقد يشير".

الديون، وأيضاً قد يتساهل بإطلاق ذلك، لغرض صحيح، أو فاسد، وإذا^(١) آل الأمر إلى إقامة الشهادة أحجم. وكذا لو عندي شهادة بكذا، ولكن لو قال: عندي شهادة مجزومة، أو شهادة أبتُّها، ولا^(٢) أتمارى فيها، وما أشبه ذلك، ففي جواز التحمل وجهان، نقلهما الإمام، والموافق منهما^(٣) لإطلاق الأكثرين المنع أيضاً، ولا بد من تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلمُ، أو أستيقنُ، لم يكف، كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ، فإنه لا يحكم بها القاضي.

قال الإمام^(٤): وأبعد بعض أصحابنا، فأقام اللفظ الذي لا تردد فيه، مقام لفظ الشهادة، ولا يشترط أن يقول: في الاسترعاء: أشهدك^(٥) على شهادتي، أو عن شهادتي، لكنه أتم بقوله^(٦): أشهدك^(٧) على شهادتي تحمیل^(٨).

وقوله: "عن شهادتي" إذن في الأداء، كأنه يقول: أدّها عني، وإذنه أثر في الطرفين^(٩)، ألا تراه^(١٠) لو قال له بعد التحمیل: لا تؤدّ عني تلك الشهادة امتنع عليه الأداء. وفي "الشامل" أن بعض الأصحاب، شرط في الاسترعاء ذلك، وإذا حصل الاسترعاء لم يختص التحمل بمن استرعاه^(١١)^(١٢)، كأنه يقول: للفرع: أقبّل على^(١٣) شهادتي وتحملها.

-
- (١) في: ب، ظ "فإذا".
(٢) في: ز "أولا".
(٣) في: ب "فيهما" وليست في: ز.
(٤) "قال الإمام" ليست في: ز.
(٥) في: أ "أشهدتك".
(٦) في: ظ "مقولة".
(٧) في: أ "أشهدتك".
(٨) في: أ "تحمل".
(٩) في: أ "الطريق".
(١٠) في: ز "ترى أنه".
(١١) "وفي الشامل . . . بمن استرعاه" ليست في: ب، ظ.
(١٢) في: ز "بل لزيد التحمل، والأداء باسترعاء عمرو، خلافاً لأبي حنيفة. والاسترعاء: استفعال من الرعاية.
(١٣) "على" ليست في: ز.

والثاني: إذا سمعُ يشهدُ عند القاضي أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يسترعه، لأنه لا يتصدى لإقامة^(١) الشهادة عند القاضي، إلا بعد تحقق الوجوب.

وللقاضي أيضاً أن يشهد على شهادته عند قاضٍ آخر، والشهادة عند المحكم كالشهادة عند الحاكم، سواءً جوزنا التحكيم، أو لم نجوزه، لأنه لا يشهد عند المحكم أيضاً، إلا وهو جازمٌ بثبوت المشهود به.

وعن الإصطخري: أنه إنما تجوز الشهادة عند المحكم، إذا جوزنا التحكيم، أما على القول الآخر، فلا.

والثالث: إذا تبين سبب الوجوب، فقال^(٢): أشهد أن لفلان على فلان كذا، في ثمن مبيع، أو قرض، أو أُرش جنائية، فتجوز الشهادة على الشهادة، وإن لم يشهد عند القاضي، ولا وجد منه استرعاء، لأن الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد، والتساهل. هذا ما يوجد لعامة الأصحاب.

وحكى الإمام: وجهاً آخر أن الإسناد إلى السبب^(٣)، لا يكفي للتحمل، وراه أظهر^(٤).

وهذا الوجه قد رواه^(٥) الشيخ "أبو حاتم القزويني أيضاً".

وروى^(٦) وجهاً آخر: أن الشهادة عند القاضي لا تكفي أيضاً بل لا بد من الاسترعاء، ويحكى عن أبي حنيفة، مثل ذلك^(٧).

(١) في: ب، ظ "إقامة".

(٢) في: ز "قال".

(٣) من قوله "يقطع الاحتمال إلى السبب" ليست في: أ.

(٤) "وراه أظهر" ليست في: ز.

(٥) في: أ، ب، ظ "رواه".

(٦) في: أ، ب "فروى".

(٧) انظر: الهداية ٣/١٣٠، وفتح القدير ٦/٥٢٥.

فيحوز أن يُعلم بذلك^(١) قوله في الكتاب: "أو رآه الفرع، وقد شهد بين يدي حاكم" بالخاء، والواو. وقوله: "ولو قال: أشهد أن له عليه كذا لم يتحمل"، فلعله أراد الوعد" يمكن حمله على ما ذكرنا أن المشهود عليه ربما أراد الوعد، ويمكن حمله على أن القائل ربما أراد الوعد بالشهادة، لا أن^(٢) عنده شهادة في الحال، فينضم هذا إلى معنى التساهل الذي ذكره فيما إذا قال: عندي شهدة بكذا، والحكم فيهما واحد. وأما قوله: "ولو قال عليّ لفلان ألف" لم تحمل على الوعد، وجازت الشهادة.

فاعلم^(٣) أن الأصحاب: لما ذكروا في هذا الموضوع، أنه لا يجوز التحمل، بأن يُسمع من الأصل: أني أشهد بكذا، أو عندي شهادة بكذا، تكلموا في أنه هل يكفي للتحمل أن يسمعه^(٤) يقول: لفلان عليّ كذا؟.

فعن أبي إسحاق: أن هناك أيضاً، لا يجوز التحمل بهذا القدر، بل لا بد مع ذلك من قرينة تُشعر بالوجوب، بأن يسنده إلى سبب فيقول: من ثمن مبيع أو غيره^(٥) يستزعيه، فيقول: فاشهد عليّ به. والصحيح^(٦)، وهو المذكور في الكتاب: أن مجرد الإقرار كافٍ للتحمل، وفرقوا بينه، وبين تحمل الشهادة على الشهادة من وجهين:

أحدهما: أن الشهادة يعتبر فيها ما لا^(٧) يعتبر في الإقرار، ألا ترى أنه لا تقبل شهادة الفاسق والمغفل؟ والشهادة بالمجهول، والإقرار بخلافه^(٨)، فجاز أن يعتبر في تحمل الشهادة ما لا يعتبر في تحمل الإقرار.

والثاني: أن المقر مخير عن نفسه، والشاهد مخير عن غيره، والمخير عن نفسه بما

(١) "بذلك" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "ولأن".

(٣) في: أ "واعلم".

(٤) في: أ "أن يقول".

(٥) في: أ، ب، ظ "مبيع أو يستزعيه".

(٦) انظر: الروضة ٢٩١/١١، ومغني المحتاج ٤٥٤/٤.

(٧) "فيها ما لا يعتبر" ليست في: أ.

(٨) في: أ، ب، ظ "بخلافه".

هل يكفي
للتحمل أن
يسمعه أن
يقول: لفلان
على كذا؟

يضر به لا يخبر إلا عن تحقيق، ولا يكاد يتساهل، والمخير عن غيره^(١) قد يتساهل فيحتاج فيه إلى الاحتياط.

على الفرع
عند أداء
الشهادة يبين
جهة التحمل

فرع: الفرع عند أداء الشهادة يُبين جهة التحمل، فإن استرعاه الأصل، قال: أشهد أن فلاناً، شهد أن لفلان^(٢) على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يسترعه يبين أنه شهد عند القاضي، أو أنه أسند المشهود به إلى سببه. قال الإمام: وذلك لأن الغالب على الناس الجهلُ بطريق التحمل، فإن كان ممن يعلم، ووثق به القاضي، جاز أن يكتفي بقوله: أشهد على شهادة فلان بكذا، ويستحب للقاضي أن يسأله بأي سبب تثبت هذا المال؟ وهل أخيرك به الأصل؟^(٣) وهذا إذا لم يبين السبب.

[الفصل الثاني: في صفات شاهد الأصل وما يطرأ عليه]

(قال [الغزالي]: الثاني: في^(٤) الطواريء، ولا بأس بموت شاهد الأصل، وغيبته ومرضه، وأما إذا طرأ عليه الفسق، أو العداوة، أو الردة، امتنع شهادة الفرع، ولو طرأ الجنون، فوجهان: ولو طرأ العمى، فوجهان مرتبان، وأولى بأنه لا يمنع، والصحيح أنهما لا يمنعان، أما إذا كذب الفرع^(٥) امتنع الشهادة^(٦))

[قال الرافعي]: الفصل الثاني: في صفات شاهد الأصل، وما يطرأ عليه، لا يصح تحمل الشهادة على شهادة الفاسق، والكافر، والعبد، والصبي، والعدو، لأنهم غير مقبولي الشهادة، وإن تحمل، والأصل بصفات الشهود، ثم عرض ما يمنع قبول^(٧) شهادته، أو

(١) من قوله "والمخير عن نفسه ٠٠٠٠ والمخير عن غيره" ليست في: ج.

(٢) "أن" ليست في: أ.

(٣) قال بهامش العزيز ١١٥/١٣ "وهذا التفصيل ذكره الإمام، وزعم أنه من تصرفه، وأن ظاهر كلام الجمهور اشتراط بيان جهة التحمل مطلقاً، ولهذا عد الماوردي: أداء الشهادة على الصفة التي يتحملها شرطاً، وليس كذلك، فإن الشافعي رضي الله عنه قال في "المختصر": وإن شهد الشاهد بالمال، فأحب أن لا يقبل هذا منه، قال في "الشامل" ليست هذه المسألة من باب الشهادة على الشهادة، وإنما هي من باب شاهدي الأصل"

(٤) "الثاني في" ليست في: أ.

(٥) في: أ "الأصل الفرع".

(٦) في: أ "ولو كذبوا بعد القضاء لم يؤثر".

(٧) في: أ "فيقول".

الوصول إليها، فإن كان العارض الموت، أو الغيبة، أو المرض، فلا أثر له، بل شهادة الفرع حينئذ يحتاج إليها، كما سيأتي.

وإن عرض فسق، أو عداوة أوردته، لم تقبل شهادة الفرع، وبالأصل هذه الأحوال.

ووجهه الإمام: بأن هذه الحالات^(١) لا تهجم دفعة واحدة بل الفسق يورث الريية، فيما تقدم، والردة، تشعر بنجس في العقيدة سابق، والعداوة بضغائن^(٢) كانت مستكنة وليس لمدة الريية^(٣) من قبل، ضبط. فتنعطف إلى حالة التحمل، فإن زالت فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول " أم يحتاج إلى تحمل جديد؟ عن ابن سريج فيما حكى ابن العباس الروياني، وغيره^(٤): أنه يحتاج إلى تحمل جديد، وهذا ما صححه الإمام بناء^(٥) على انعطاف الريية إلى حالة التحمل. وروى وجهاً آخر أنه لا حاجة إليه، وهذا قضية إيراد "التهديب".

ولو حدث الفسق أو الردة، بعد الشهادة، وقبل القضاء، امتنع القضاء^(٦)، كما لو شهد الأصل، وفسق قبل القضاء.

ولو حدث بالأصل جنون، فوجهان منقولان في "النهاية"

أحدهما: امتناع شهادة الفرع، كما في الفسق، وإنما قلنا في الموت والمرض للحاجة.

وأصحهما: وهو^(٧) جواب الجمهور: أنه لا أثر له، كالموت، لأنه لا يوقع ريية فيما مضى.

(١) في: ظ "الحادث".

(٢) في: أ، ب، ظ "لضغائن".

(٣) "الريية" ليست في: ب.

(٤) "وغيره" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ "بنا".

(٦) "امتنع القضاء" ليست في: ز.

(٧) "وهو" ليست في: ب. وانظر: الروضة ٢٩٢/١١، ومغني المحتاج ٤٥٤/٤.

والوجهان جاريان فيما لو عمي، وأولى بأن يؤثر، لأن العمى لا يطل أهلية الشهادة بالكلية.

ولو أغمي عليه. قال الإمام: إن كان غائباً^(١) لا يؤثر، وإن كان حاضراً، لم يشهد الفرع، بل ينتظر زواله، فإنه قريب الزوال.

وقضيته: أن يكون الجواب كذلك، وفي كل مرض يتوقع زواله توقع^(٢) زوال الإغماء^(٣)، ولا أثر لحدوث شيء من هذه المعاني بعد القضاء، وكذا لو شهد الفرع في غيبة الأصل، ثم حضر بعد القضاء، لم يؤثر، وإن حضر قبله، امتنع القضاء، والتكذيب بعده، لا يؤثر.

ولو قضى القاضي، ثم قامت البينة على أن الأصل قد كذب الفرع، قبل القضاء، فالقضاء منقوض ذكره^(٤) الإمام.

هذا هو القول في صفات الأصل^(٥).

وأما الفرع، فلو تحمل على الشهادة^(٦)، وهو فاسق، أو عبث، أو صبي، أو أخرس، صح تحمله، كتحمل الأصل للشهادة، في هذه الأحوال، ثم الأداء يكون بعد زوالها، ولا تقبل الشهادة على الشهادة، إلا من الرجال، ولا مدخل فيها لشهادة النساء.

(١) في: ب "لا يؤثر إن كان غائباً".

(٢) في: ز "زواله وزوال".

(٣) قال النووي في الروضة ٢٩٢/١١ "ليس كما قال الرافعي رحمه الله، بل الصواب أن المرض لا يلحق بالإغماء، وأن توقع زواله قريباً، لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمي عليه. والله أعلم. وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٥٥.

وورد بهامش العزيز ١١٦/١٣ "قال في الخادم: وهذا الكلام لعله صدر عن غير رؤية، فإنه إذا انتظر إفاقة المغمي عليه مع عدم أهليته فانتظار المريض مع أهليته أولى. وقال ابن الرفعة في "المطلب": والصواب مع الرافعي لأن الإغماء لم يجعل مانعاً من الشهادة بل دليل أنه لا يؤثر في حال الغيبة اتفاقاً، فصار كالمرض فانتفى ذكره من الفرق. نعم، لو ذكر له حالة إغماء، وكانت تطول، فالظاهر أنه يسلك به مسلك تزويج موليته، كما ذكرنا في النكاح بلا ولي".

(٤) في: أ "ذكر". وانظر: بهامش العزيز ١١٦/١٣ و ١١٧.

(٥) في: ز "الأصول".

(٦) "على الشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

وإن كانت الأصول، أو بعضهم إنثاءً، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع، أو مالٍ لما سذكروه^(١) إن شاء الله تعالى: أن شهادة الفرع تُثبتُ شهادة الأصل، لا ما^(٢) شهد به الأصل، ونفس الشهادة ليست بمالٍ، ويطلع عليه الرجال.

وقال أبو حنيفة: تقبل الشهادة على الشهادة من النساء، فيما تقبل فيه شهادة النساء^(٣).

ونقل القاضي ابن كج: وجهاً مثله في الولادة^(٤). والله أعلم.

[الفصل الثالث: في عدد شهود الفرع]

قال [الغزالي]: الثالث: العدد ويشهد على كل شاهدٍ شاهدان، فإن شهدا على شهادتهما جميعاً، جاز على أقيس القولين، ولا يجوز أن يشهد أحدُ شاهدي الأصل مع شاهدٍ آخر، على شهادة الأصل الثاني، وشهادة الزنا، كالإقرار بالزنا فتثبت بشاهدين، أو بأربعة؟ فيه قولان: ويجتمع من هذه الاختلافات في شهود الفرع في الزنا، إن قبلناها: أربعة أقوالٍ، فيجب ستة عشر، أو ثمانية عشر، أو أربعة، أو اثنان.

[قال الرافعي]: الفصل الثالث: في عدد شهود الفرع؛ فإن شهد شاهدان على شهادة أصلٍ وآخران على شهادة الثاني، فقد تم النصاب بلا كلام.

ولا يجوز أن يشهد فرعٌ على شهادة أصل، وآخر على شهادة الثاني. خلافاً

(١) في: أ "سذكرو"

(٢) في: ز "إلا ما شهد".

(٣) انظر: الباب شرح الكتاب ٦٨/٤، والهداية ١٣٠/٣، وفتح القدير ٥٢٣/٦ و ٥٢٤.

(٤) الوجه الذي نقل عن ابن كج قال عنه النووي في الروضة ٢٩٣/١١ "وهو شاد" والمذهب أنه "لاتقبل شهادتهن على شهادة غيرهن، وإن كانت الأصول، أو بعضهم نساء" ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٥٤، ثم قال: "ولا يصح أيضاً تحمل الخنثى المشكل، فإن بانّت ذكوره صح تحمله، ولو تحمل فرع واحدٌ عن أصل فيما يثبت بشاهدٍ وبمين، فأراد ذو الحق أن يحلف مع هذا الفرع، لم يجز، لأن شهادة الأصل، لاتثبت إلا بشاهدٍ وبمين، ولو شهد على أصل واحد فرعان. فله الحلف معهما قاله الماوردي".

لأحمد^(١).

واحتج الأصحاب: بأن الفرع يثبت بشهادة الأصل، فلا يكفي واحد لإثبات شهادة كل أصل، كما لو شهد اثنان على إقرار مقرين.

كذلك لو^(٢) شهد اثنان على شهادة الأصلين معاً، ففيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني^(٣). أنه لا يجوز، لأنهما إذا شهدا على شهادة أحد الأصلين، كانا كشاهدٍ واحد قام بشهادته^(٤) أحد الشطرين فلا يقوم بها الشطر الثاني، كمن شهد مرة على شيء، لا يشهد مرة أخرى.

وكما لو شهد أصالة، ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة^(٥)، ومالك^(٦)، وأحمد^(٧). رحمهم الله. يجوز لأنهما شهدا على قول اثنين، فصار، كما لو شهدا على إقرار رجلين^(٨).

والقولان: فيما ذكره الشيخ أبو حامد، وطبقته، مبنيان على أن الفروع يقومون مقام الأصول، ويثبت الحق بشهادتهم ثبوته بشهادة الأصول، أو الفروع يثبتون شهادة الأصول، والحق يثبت بشهادتهم.

وفيه قولان: نوجه أولهما بأن الواحد لا يجوز أن يشهد أصالة ومع الفرع، على شهادة الأصل الثاني. ولولا قيام الفروع مقام الأصول في إثبات الحق، لجاز، لأن شهادتيهما^(٩) حينئذ تتوجهان نحو شيئين مختلفين.

(١) انظر: المغني ٢٠٥/١٤.

(٢) في: ب "ولو".

(٣) انظر: المختصر ص ٣٠٦، والروضة ٢٩٣/١١، ومغني المحتاج ٤٥٥/٤.

(٤) في: ب، ظ "شهادة".

(٥) انظر: فتح القدير ٥٢٢/٦.

(٦) انظر: التاج والاكلیل ١٩٩/٦.

(٧) انظر: المغني ٢٠٥/١٤.

(٨) انظر: الروضة ٢٩٣/١١، ومغني المحتاج ٤٥٥/٤.

(٩) في: أ، ز، ظ "لأن شهادتيه".

وثانيهما: وهو الأصح بأنهم مصرحون بالشهادة على شهادة الأصول، ولم يشهدوا فعلاً، ولا سمعوا قولاً. فإن قلنا بالأول: فمن قام بأحد شطري البينة، لا يقوم بالثاني كالأصول، وإن قلنا: بالثاني فلا بأس، كما لو شهد على إقرار شخصين، ويمكن أن يكون الخلاف الذي مر في أن النساء، هل لهن مدخل في الشهادة على الشهادة؟ مبيناً على هذا الأصل.

وقضيته: إثبات خلاف، في أنه هل يجوز أن يشهد فرعٌ على شهادة هذا، وفرع على شهادة هذا؟ لكن لم يذكروا فيه خلافاً، ثم في "التهذيب"^(١) أن أصح القولين: أنه لا يجوز أن يشهد اثنان على شهادة الأصلين معاً، وكذا ذكره أبو الفرج السرخسي، وربما سموه الجديد، ومقابلة القديم، ولكن أصحابنا العراقيون، رجحوا الجواز، وإليه ذهب الإمام، وصاحب الكتاب، والرويانى، وصاحب "العدة".

فإن قلنا: بالمنع، فلو أقام شاهدين على شهادة الأصلين معاً، فله أن يجيب على أيهما شاء، ويحلف معه.

ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين فوجهان.

أحدهما: المنع أيضاً، لأنهما جميعاً إذا قاموا مقام شاهد واحد، لا يقومون مقام الثاني.

والثاني: يجوز، لأنه قد شهد اثنان منهم على شهادة زيد، واثنان على شهادة عمرو، فلا يضر تعرض شاهدي زيد، لشهادة عمرو، وبالعكس.

قال الإمام: وهذا هو الذي لا يجوز غيره، وجميع ما ذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين، فعلى القول الأول فيما إذا شهد الفروع^(٢) على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين فعلى القول الأول لا بد من ستة يشهد كل اثنين منهم /على شهادة واحدة^(٣) وعلى الثاني يكفي

ز/٥٣٨

(١) ٢٩٣/٨، وانظر: الروضة ٢٩٣/١١، ومغني المحتاج ٤٥٥/٤.

(٢) في: ز "الفرع".

(٣) في: أ، ب، ظ "واحد".

شهادة اثنين على شهادة الكل وإن شهد ما على شهادة أربع نسوة في ولادة أو رضاع، فعل الأول لا بد من ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحد^(١) وعلى الثاني^(٢) يكفي اثنان للكل.

وعلى الوجه الذي نقله القاضي ابن كج رحمه الله في أن شهادة النساء على شهادة النساء مقبولة في الولادة.

وحكى^(٣) وجهين في أنه يكفي شهادة أربع على شهادة أربع، أم لا بد من ستة عشرة، ليشهد كل أربع منهن على واحدة. ولو شهد على شهادة الفروع فروع واعتبرنا أن يشهد فرعان على شهادة أصل^(٤) وآخران على شهادة الأصل الثاني فيجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة اثنان فيجتمع ثمانية ثم شهادتهم لا تثبت إلا بستة عشر^(٥) وعلى هذا القياس.

وإذا قلنا: بجران الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى تثبت شهادة الزنا بأربعة أم يكفي اثنان؟ فيه قولان كالقولين في الإقرار بالزنا^(٦)، ووجه الشبه أن كل واحدٍ منهما قول يثبت به الزنا ويتولد من ازدواج هذا الأصل والأصل السابق وهو أنه هل يتعين أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان؟ أربعة أقوال في عدد الفروع في الزنا فإن قلنا تثبت شهادة الزنا باثنين وقلنا تجوز شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً كفى اثنان، وإن قلنا تثبت شهادة الزنا باثنين، ولكن يعتبر، أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان فلا بد من ثمانية.

وإن قلنا: إن شهادة الزنا لا تثبت إلا بأربعة، فإن قلنا تجوز شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً كفى ههنا أن يشهد أربعة على شهادة الأربعة الأصول، وأن قلنا:

(١) في: أ، ب، ظ "واحد".

(٢) قوله "وعلى الثاني يكفي شهادة الكل، وإن شهدوا على شهادة أربع نسوة في ولادة أو رضاع، فعلى الأول لا بد من ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحد". ليست في: ز.

(٣) "و" ليست في: ز.

(٤) في: أ "أصل".

(٥) في: أ "ستة عشر".

(٦) انظر: الوجيز ١٦٩/٢، والصحيح مرة واحدة.

يعتبر أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان فهنا^(١) يجب أن يشهد على شهادة كل واحد من الأربعة أربعة، فيجتمع ستة عشر. وهذا إذا فرّعنا على جريان الشهادة على الشهادة في الحدود، والأصح المنع على ماتقدم^(٢).

[الفصل الرابع: في وقت سماع شهادة الفرع]

قال [الغزالي]: الرابع: أنه لا يسمع شهادة الفرع إلا إذا مات الأصل، أو مرض مرضاً يشق عليه الحضور، أو غاب فوق مسافة القصر، فإن كان دونه، وفوق مسافة العدوى فوجهان، وخوف الغريم، وكل ما ترك به الجمعة كالمرض^(٣).

[قال الرافي]: الفصل الرابع في أن شهادة الفرع متى تسمع؟ وإنما تسمع شهادة الفرع إذا تعذر الوصول إلى شهادة الأصل أو تعسر وإلا ازداد احتمال الخطأ والخلل، من غير ضرورة و^(٤) حاجة حاقة^(٥). وتخالف الرواية فإنها أوسع باباً.

وحكى القاضي أبوسعده الهروي وجهاً عن نقل صاحب^(٦) "التلخيص" أنه تقبل شهادة الفروع وإن^(٧) حضر الأصول والمذهب المشهور الأول^(٨).

فمن وجوه التعذر موت الأصل، وألحق به العمى^(٩)، ومن وجوه المرض^(١٠) ولا يشترط أن لا يمكنه^(١١) الحضور، وإنما المعتبر أن يناله في الحضور مشقة ظاهرة، ويلحق خوف الغريم، وسائر ما ترك به الجمعة بالمرض، هكذا أطلق الإمام، وصاحب الكتاب

(١) في: ز "فهنا".

(٢) انظر: المختصر ص ٣١١، والحاوي ٢١/٢٣٦، والمهذب ٢/٤٣٠، والروضة ١١/٢٨٩.

(٣) في: أ "كالريض".

(٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "حاقة" ليست في: ظ. و "حقت، تحق" من باب قتل: أحاطت بالخلاتق فهي "حاقة" ومن هنا

قيل "حقت" الحاجة إذا قلت. واشتدت فهي "حاقة" المصباح المنير / ١٤٤.

(٦) في: أ "لأصحاب" بحث في "التلخيص" فلم أرى ذلك. والله أعلم.

(٧) في: أ "إذا".

(٨) انظر: الروضة ١١/٢٩٤، وشرح الجلال المحلي ٤/٣٣٢.

(٩) في: أ "الأعمى". ومثلهما الجنون المطبق والخرس الذي لا يفهم" ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٥٥.

(١٠) في: أ "الريض".

(١١) "لا" ليست في: أ.

وليكن^(١) ذلك في الأعذار الخاصة دون مايعم الأصول والفروع، كالمطر والوحد الشديد^(٢) ولايكلف^(٣) القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل أو يبعث إليه نائبه، لما فيه من الابتذال، ومنها الغيبة إلى مسافة القصر، وإن كانت دون مسافة القصر فمنهم من أطلق وجهين:

وكذلك يحكى عن ابن القطان رحمه الله والأشبه أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً فلا تسمع شهادة الفرع.

وتسمى هذا المسافة مسافة العدوى، وإن كانت^(٤) بحيث لا يمكن الرجوع في وضع الوجهين والتفصيل هو المذكور^(٥) في الكتاب والطريقان كما ذكرنا من الطريقتين فيما إذا غاب الولي الأقرب^(٦)، إلى مادون مسافة القصر، أنه هل يكون ذلك كالغيبة إلى مسافة القصر؟ لكن الأظهر ههنا فيما فوق مسافة العدوى قبول شهادة الفرع^(٧)، لأن الولي إذا رجع لم يحتج إلى الحضور، بل يوكل، والشاهد يحتاج إلى الحضور، وأيضاً فالخصم قد يهرب فيفوت الحق، والنكاح لا يفوت غالباً بهذا القدر من التأخير.

وعبارة جماعة من الأصحاب: أن الغائب إن كان تلحقه مشقة غليظة في المجيء إلى مجلس الحكم لم يكلف وسمعت شهادة الفروع.

وهذا يجوز أن يحمل على المشقة اللاحقة بالمجيء فيما^(٨) فوق مسافة العدوى، ويجوز أن يجعل أعم من ذلك وإلى الحمل الأول ميل ابن الصباغ.

وقوله في الكتاب: "أنه"^(٩) لا تسمع شهادة الفرع" إلى آخره^(١٠)، يمكن أن يعلم

(١) في: أ، ب، ظ: ولكن.

(٢) انظر بهامش العزيز ١٣/١٢٠.

(٣) في: أ "لم يكلف".

(٤) في: ز "وإن كان".

(٥) في: ز "والتفصيل المذكور هو".

(٦) انظر: الوجيز ٧/٢، والروضة ٦٨/٧، ومغني المحتاج ٣/١٥٧.

(٧) في: ز "الفروع".

(٨) في: "من ما".

(٩) في: أ "أنا".

(١٠) في: أ "يكون يمكن".

بالواو، لا، مانقله صاحب "التلخيص" يسميها وإن لم يوجد شيء من الحالات المستثناة.
وقوله: "أو غاب/مسافة القصر" كلمة "فوق" لاحاجة إليها بل مسافة القصر فما^(١)
فوقها في الحكم.

[فصل: ليس على شهود الفرع تزكية الأصل]

(قال [الغزالي]: وليس على شهود الفرع تزكية^(٢) الأصل، لكن لو زكوا ثبتت عدالتهم، وشهادتهم بقول الفرع، وليس عليهم أن يشهدوا على صدق شهود الأصل).

[قال الرافعي]: يجب على الفروع تسمية شهود الأصل، وتعريفهم، لأنه لا بد من معرفة عدالتهم، وما لم يعرفوا، لاتعرف عدالتهم^(٣) ولو وصفوا الأصول بالعدالة ولم يسموهم، بأن قالوا: نشهد على شهادة عدلين، أو عدول، لم يجز، لأن القاضي قد يعرفهم بالجرح، لو سموا ولأنه يسد باب الجرح على الخصم، ولا يشترط في شهادة الفرع^(٤) تزكية شهود الأصل، بل لهم إطلاق الشهادة، ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، ويروى عن أبي حنيفة^(٥) ومالك^(٦) رضي الله عنهما اشتراطها. ونقل صاحب التهذيب رحمه الله وجهاً للأصحاب رحمهم الله أيضاً وفي "الجرجانيات" لأبي العباس الروياني رحمه الله تفريع على ما مر: أنه لو فسق شاهد الأصل، ثم تاب لم يكن للفرع أن يشهد على شهادته إلا بإشهاد جديد حكاية وجه أنه لا بد للفروع /من أن يقولوا^(٧) أشهدنا على شهادته وكان عدلاً إلى اليوم أو إلى أن مات إن كان قد مات.

وإذا قلنا: بعدم الاشتراط فلو أنهم زكوهم وهم بصفات المزكين، فالمشهور أنه تثبت عدالتهم، والمشهور فيما إذا شهد اثنان في واقعة وزكى أحدهما الثاني أنه لا تثبت

(١) في: أ، ز، ب "كما" وهو خطأ.

(٢) في: ب "شهود الأصل".

(٣) "وما لم يعرفوا لا تعرف عدالتهم" ليست في: أ.

(٤) في: ز "الفروع".

(٥) في الهداية ٣/١٣١، واللباب شرح الكتاب ٤/٧٠.

(٦) مختصر خليل ص ٢٦٨.

(٧) في: أ "يقول".

عدالة الثاني، فمنهم من جعلهما^(١) على وجهين، كأنه خرّج في كل صورة من^(٢) الأخرى. والصحيح الفرق.

ووجه: بأن تزكية الفروع للأصول^(٣) من تنمة شهادتهم، ولذلك شرط شارطون تعرضهم لها، وهناك^(٤) قام الذي يزكي بأحد شطري الشهادة فلا يجوز له القيام بالثاني، ولا يجب^(٥) أن يتعرض الفروع^(٦) في شهادتهم لصدق^(٧) الأصول، فإنهم لا يعرفونه بخلاف ما إذا حلف المدعي مع الشاهد الواحد حيث يتعرض لصدقه، لأنه يغرمه.

وليعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب ﴿وليس على شهود الأصل﴾ بالحاء والميم والواو. وقوله ﴿وتثبت عدالتهم﴾ بالواو^(٨). والله أعلم بالصواب.

(١) في: ب "جعلها".

(٢) في: ز، ظ "أمر".

(٣) في: ز "الأصول".

(٤) في: ز "وهاهنا".

(٥) في: ز، ظ "ولا يجوز".

(٦) "الفروع" ليست في: ز.

(٧) في: ز "يصدق".

(٨) مكرر: قوله: "والواو"، وقوله: "وتثبت عدالتهم بالواو" ليست في أ.

[الباب السادس: الرجوع عن الشهادة]

قال [الغزالي]: الباب السادس في الرجوع والنظر في العقوبة والبضع والمال، أما العقوبة: فالرجوع قبل القضاء يمنع القضاء، ويجب حد القذف إن شهدوا بالزنا، فإن قالوا: غلطنا ففي الحد وجهان، وإن لم يصرح بالرجوع، ولكن قال للقاضي توقف ثم عاد، وقال: أقض، ففي جواز القضاء به وجهان.

فإن جاز، ففي وجوب الإعادة وجهان، وإن رجع بعد القضاء، ففي الاستيفاء ثلاثة أوجه، وعلى الثالث يستوفي حقوق الأدميين، دون حدود الله تعالى. أما المال فيستوفي قطعاً وإن رجع بعد استيفاء القتل، وجب عليه القصاص إن قال: تعمدت، ولو رجع، ولي القصاص، وهو الذي باشر، فعليه القصاص، والشاهد معه^(١) كالممسك، أو كالشريك، فيه وجهان، والمزكي إذا رجع مع^(٢) الشاهد كالممسك، أو كالشريك؟ فيه^(٣) وجهان، وفي وجه ثالث لا يجب عليه قصاص أصلاً بخلاف الشاهد^(٤)، وتجب الدية.

ولو قال بعضهم أخطأت فلا قصاص على العامد، لأنه شريك خاطئ^(٥).

ولو قال كل واحد تعمدت وأخطأ شريكي، ففي القصاص وجهان، ولو قال تعمدت، ولكن^(٦) ما علمت أنه يقتل بقولي^(٧)، فلا قصاص على الأظهر.

ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، ولم يعلم أنه مريض، وجب

القصاص على الأظهر.

(١) "معه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "من".

(٣) "فيه" ليست في: ز.

(٤) "أصلاً بخلاف الشاهد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ "الخاطئ".

(٦) في: أ، ب "لكن".

(٧) في: أ "يقبل قولي".

[فصل: في الرجوع قبل القضاء بالشهادة أو بعده]

[قال الرافعي]: رجوع الشهود عن^(١) الشهادة إما أن يفرض قبل القضاء بشهادتهم أو بعده.

الحالة الأولى: إذا رجعوا قبل القضاء فيمتنع القضاء، لأنه لا يدرى أنهم صدقوا في الأول، أو في الآخر، فلا يبقى ظن الصدق. ثم إن اعترفوا بأنهم تعمدوا الكذب فهم فسقة يستبرأون^(٢)، وإن قالوا غلطنا لم يفسقوا^(٣) لكن لا تقبل تلك الشهادة لو أعادوها. وقد ذكرنا هذا من قبل، ولو كانوا قد شهدوا بالزنا فرجعوا واعترفوا بالتعمد فسقوا وحُدُّ واحد القذف.

وإن قالوا غلطنا ففي حد القذف وجهان:

أحدهما: المنع، لأن الغالط معذور.

وأظهرهما: الوجوب، لما فيه من التغيير، وكان من^(٤) حقهم الثبت والاحتياط، وعلى هذا فترد شهادتهم. وإن قلنا: لأحد فلا رد.

ولو قال الشهود للقاضي بعد الشهادة توقف في القضاء، وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك أقض، فنحن على شهادتنا، ففي جواز القضاء بشهادتهم وجهان:

أحدهما: المنع لأن قولهم توقف يورث الريية والتهمة في شهادتهم، ولأنه^(٥) طرأ على الشهادة ما يمنع الحكم بها فأشبهه مالو طرأ الفسق.

وأقر بهما: وبه أجاب بعض أصحاب^(٦) الإمام الجواز، لأنه لم يتحقق رجوع، ولا بطلت أهلية، وإن عرض شك فقد زال، وعلى هذا فهل يجب إعادة الشهادة^(٧)؟

(١) "عن" ليست في: أ.

(٢) في: ب، ز، ط "يستبرأون".

(٣) انظر بهامش العزيز ١٣/١٢٣.

(٤) "من" ليست في: أ.

(٥) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ "الأصحاب".

(٧) في: ز "للشهادة".

فيه وجهان:

أحدهما: نعم لبطلان تلك الشهادة بما عرض من التوقف.

وأولاهما: لا، لأنها صدرت من أهل للشهادة جازم بها، والتوقف الطارئ قد زال فكأنه لم يكن.

الحالة الثانية: إذا رجعوا بعد القضاء فرجعهم، إما أن يكون قبل الاستيفاء أو بعده، إن رجعوا قبل الاستيفاء نظر: إن كانت الشهادة في مال فيستوفى، لأن القضاء قد نفذ به، وليس هو مما يسقط بالشبهة حتى يتأثر بالرجوع هذا هو المنصوص، والأصح^(١).

وفيه وجه: أنه لا يستوفى إذ الحكم لم يستقر بعد، والظن قد اختل بالرجوع، وعلى هذا فلو كانت الشهادة في القصاص أو حدّ القذف فعدم الاستيفاء أولى، لكونهما عقوبتان^(٢) وتأثرهما بالشبهة. وعلى الأول: فيه^(٣) وجهان:

أصحهما: المنع أيضاً لما ذكرنا. ووجه جواز الاستيفاء، أن حقوق الأدميين مبنية على الضيق. وإن كانت الشهادة في حدود الله تعالى، فأولى بأن لا تستوفى، وإن كانت الشهادة في شيء من العقود فتمضى على الأصح، كما أن الأموال تستوفى.

ومنهم من جعل النكاح كحد^(٤) القذف والقصاص ويخرج من الخلاف المنقول في العقوبات بمطلقها ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب^(٥).

ثالثها: الفرق بين عقوبات الأدميين، وبين حدود الله تعالى، وحيث قلنا: بالاستيفاء بعد الرجوع فاستوفى، فالحكم كما لو رجعوا بعد الاستيفاء، وإن رجعوا بعد الاستيفاء لم ينقض الحكم خلافاً لمالك رضي الله عنه^(٦) فيما يحكى.

(١) انظر: المختصر ص ٣١٢، والحاوي ٢١/٢٧١، ٢٧٢.

(٢) في: ز "عقوبتين".

(٣) في: ز "ففيه".

(٤) في: أ "حد".

(٥) في: ب "أو بالقطع فقطعت به".

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٨.

[فصل: إذا كان الرجوع فيما يتعذر رده أو فيما لا يتعذر رده]

ثم لا يخلوا إما إن كانت^(١) الشهادة فيما يتعذر رده وتداركه أو^(٢) فيما لا يتعذر.

القسم الأول: ما يتعذر تداركه وهو نوعان:

أحدهما: العقوبات، فإذا شهدوا بالقتل فاقتصَّ من المشهود عليه، ثم رجعوا وقالوا تعمدنا قتله فعليهم القصاص أو الدية المغلظة مورثة على عدد رؤوسهم على ما هو مذكور مع خلاف أبي حنيفة^(٣) رحمه الله في الجنائيات^(٤)، وكذا الحكم لو شهدوا بالردة فقتل أو على المحسن بالزنا فرجم، أو على غير المحسن، فجلد ومات منه أو على إنسان بالسرقة فقطعت^(٥) يده أو بالقذف، أو شرب الخمر^(٦)، فجلد ومات منه ثم رجعوا، ويحدون في شهادة الزنا كحد^(٧) القذف أو لا؟ ذكر أبو الحسن العبادي رحمه الله احتمالين في أنهم يرحمون أو يقتلون بالسيف، والأظهر^(٨) الأول.

ثم الكلام في صور. إحداهما: لو رجع القاضي دون الشهود واعترف بالتعمد، فعليه القصاص، أو الدية المغلظة بكاملها، ولو رجع القاضي والشهود جميعاً فعليهم القصاص. وإن قالوا أخطأنا: أو عفى^(٩) عنهم، فالدية منصفة نصفها على القاضي والنصف على الشهود، هكذا أورد المسألة صاحب "التهذيب"، رحمه الله وغيره، وقياسه أن لا يجب كمال الدية عند رجوعه، وحده كما لو رجع بعض الشهود^(١٠). ولو رجع ولي الدم وحده فعليه القصاص، أو كمال الدية.

ولو رجع مع الشهود فوجهان:

-
- (١) "كانت" هكذا في جميع النسخ، ولعل الأفضل "تكون" حتى يستقيم المعنى. والله أعلم.
 - (٢) "أو" ليست في: أ، ب.
 - (٣) انظر: فتح القدير ٥٤٧/٦.
 - (٤) انظر: الروضة ١٠/٧.
 - (٥) في: ب "أو بالقطف فقطعت به".
 - (٦) من قوله "فجلد ومات منه ٠٠٠ أو شرب الخمر" ليست في: ز.
 - (٧) في: ز "حد".
 - (٨) انظر: الروضة ٢٩٧/١١.
 - (٩) في: أ، ب "عني".
 - (١٠) انظر: هامش العزيز ١٢٥/١٣.

أحدهما: أن القصاص أو الدية بكاملها على الولي، لأنه المباشر وهم معه كالمسك مع القاتل، فلا قصاص ولا دية. وهذا أظهر عند الإمام.

والثاني: وهو الأصح عند صاحب "التهذيب" أنهم معه كالشريكين لتعاونهم على القتل، وليسوا كالمسك مع القاتل، فإنهم صوروه بصورة المحقين وعلى هذا فعليهم جميعا القصاص، أو الدية^(١) منصفة نصفها على الولي والنصف على الشهود.

ولو^(٢) رجع القاضي معهم، فالدية مثلثة ثلثها على القاضي، وثلثها على الولي، وثلثها على الشهود. وينبغي أن لا يجب على هذا الوجه كمال الدية على الولي، إذا رجع وحده.

الثانية^(٣): رجوع^(٤) المزكي هل^(٥) يتعلق به ضمان وقصاص^(٦) فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه لم يتعرض للمشهود عليه، وإنما اتنى على الشاهد، والحكم إنما يقع بشهادة^(٧) الشاهد، فكان كالمسك مع القاتل.

والثاني نعم، لأن التزكية تلجئ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل: والأول أصح عند صاحب "التهذيب" لكن الثاني أوفق لكلام أكثرهم، وهو الذي أورده أبو الحسن العبادي وفيه وجه ثالث: أنه يتعلق به الضمان دون القصاص، ثم عن^(٨) القفال رضي الله عنه: أن الخلاف فيما إذا قال المزكيان علمنا أن الشاهدين كانا كاذبين، أما إذا

(١) في: أ، ب "و".

(٢) في: ز "فلو".

(٣) في: أ "الثالثة".

(٤) انظر: الروضة ٢٩٨/١١ حيث قال: "لم يرجع الرافعي واحداً من الوجهين، بل حكى اختلاف

الإمام البغوي في الصحيح، والأصح ما صححه الإمام ٠٠٠" وانظر: هامش العزيز ١٢٥/١٣.

(٥) "هل" ليست في "و".

(٦) في: ز "قصاص وضمان".

(٧) في: أ "شهادة".

(٨) في: ز "فعن".

قالا: علمنا أنهما كانا فاسقين، فلا شيء عليهما، لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق، وطرده الإمام الخلاف في الحالتين^(١).

الثالثة: ما ذكرنا^(٢) في وجوب القصاص على الشهود الراجعين، فيما إذا قالوا تعمداً، أما إذا قالوا أخطأنا وكان القاتل أو الزاني غيره، فلا قصاص، وتجب الدية مخففة، لكن في ما لهم، لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة. فإن صدقتهم^(٣) العاقلة فهي عليهم.

قال الإمام رحمه الله وقد يرى القاضي^(٤). والحالة هذه تعزير الشهود لتركهم التحفظ.

ولو قال أحد^(٥) شاهدي القتل: تعمدت ولا أدري أن صاحبي تعمد أم لا؟ أو اقتصر على قوله: تعمدت. وقال صاحبه: أخطأت فلا قصاص على واحدٍ منهما. أما من قال أخطأت فظاهر، وأما الآخر، فإنه^(٦) شريك مخطئ، وشريك المخطئ لا يقبل في الجرح، وقسط المخطيء من الدية، يكون مخففاً، وقسط المتعمد مغلظاً. ولو قال كل واحد منهما^(٧) تعمدت وأخطأ صاحبي، ففي القصاص وجهان: أحدهما: يجب القصاص

(١) ورد بهامش العزيز ٢٦/١٣ "ما حكاه عن القفال: تبع فيه البغوي في "التهذيب"، لكن الذي في فتاوى القفال مانصه: إذا رجع المذنبون دون الشهود نظر، فإن قالوا كانوا فسقة، ولكننا زكيناهم متعمدين، وكذبنا في التزكية، فلا شيء على المذنبين بهذا القول، وإن قالوا: علمنا أنهم كاذبون، لأنهم قالوا: لسنا شهداء ولكن نريد أن نشهد بالكذب، فلا شيء على المذنبين أيضاً بالرجوع على ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال: يجب الغرم بقسطه وإن قالوا: إنهم كانوا فاسقين، ولكننا تعمداً ذلك ورجع الشهود، وقالوا: كذبنا في هذه الشهادة، فلا شيء على المذنبين هاهنا. أما إن رجع الشهود وقال المذنبون: نحن كذبنا في التعديل، فإنهم كانوا كاذبة ونحن نعلم، فإن هاهنا رجع المذنبين، وهنا يتصور رجوعه فعلى أحد الوجهين يجب على المذنبين نصف الغرم، ثم إذا رجع المذنبان، والشاهدان فالغرم مناصفة، نصفه على المذنبين، ونصفه على الشاهدين انتهى ما قاله في الخادم.

(٢) في: ز "من".

(٣) في: أ، ب "صدقهم".

(٤) "وال" ليست في: ز.

(٥) في: أ، ب "إحدى".

(٦) في: ز "فهو".

(٧) "منهما" ليست في: ز.

لاعتراف كل واحد منهما بالعمدية وثبوتها باعترافه وأصحهما: المنع، لأن كل واحد منهما لا يقر^(١) إلا بقتل صدر من شريكين، أحدهما مخطئ، وأنه لا يوجب القصاص. ولا خلاف في أن الدية تجب عليهما مغلظةً.

ولو قال أحدهما تعمدت، وأخطأ صاحبي أو قال: لا أدري أن صاحبي تعمد أو أخطأ وصاحبه غائب أو ميت، لا يمكن مراجعته، فلا قصاص عليه. وإن قال: تعمدت، وتعمد صاحبي وصاحبه غائب أو ميت^(٢) فعليه القصاص، وإن قال: تعمدت ولا أدري حال صاحبي، وقال صاحبه مثل ذلك أو^(٣) اقتصر على قوله "تعمدت" فالجواب في "التهذيب" وغيره وجوب القصاص عليهما.

ولو قال أحدهما: تعمدت أنا وصاحبي، وقال صاحبه أخطأت أو أخطأنا معاً فلا قصاص على الثاني.

وفي الأول وجهان:

أصحهما: الوجوب، لإقراره بتعمدهما جميعاً^(٤).

ووجه الثاني: أن قول الثاني: في أنه^(٥) مخطئ مقبول، فيكون الأول شريك المخطئ.

ولو قال أحدهما: تعمدت أنا وصاحبي، وقال صاحبه تعمدت وأخطأ هو يجب^(٦) القصاص على الأول.

وفي الثاني وجهان:

-
- (١) في: ز "لم".
 (٢) في: ب "لا يمكن مراجعته فلا قصاص عليه، وإن قال: تعمدت وتعمد صاحبي، وصاحبه غائب أو ميت" ليست في: أ، ز، ط.
 (٣) "أو" ليست في: أ.
 (٤) "جميعاً" ليست في: ج.
 (٥) "في أنه" ليست في: ز.
 (٦) في: ب، ز "فيجب".

الأصح: المنع، لأنه لم يعترف إلا بقتل شريكه فيه مخطيء^(١).

ولو رجع أحد الشاهدين، وأصر الآخر، وقال الراجع: تعمدنا^(٢) فعليه القصاص، وإن اقتصر على قوله: تعمدت. فلا.

الرابعة: ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين. فيما إذا قالوا تعمدنا^(٣) وعلمنا أنه يقتل بما شهدنا^(٤) عليه، أما إذا قالوا تعمدنا، ولكن لم تعلم أنه يقتل، فإن كانوا ممن لا يخفى عليهم ذلك، وجب القصاص، ولا اعتبار بما يقولون، كمن رمى سهماً إلى إنسان، واعترف بأنه قصده، لكن قال لم أعلم أنه يبلغه.

وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم، لقرب عهدهم بالإسلام، فالمشهور: أنه شبه عمد لا يوجب القصاص، ومال الإمام إلى وجوبه، أخذاً مما لو ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، وهو أنه لا يعلم أنه مريض، فإنه يجب القصاص على الأظهر، كما هو مبين في الجنايات^(٥) وذكر القاضي الروياني رحمه الله: نحو ذلك وقال: سمعته من بعض أصحابنا / في النظر. هذا حكم القصاص.

٥٤١/ز

وأما الدية فالذي أورده عامة الأصحاب أنها^(٦) تجب مثلثة مؤجلة لكن في مالهم، إلا أن تصدقهم العاقلة فيكون عليهم.

وحكى الفوراني رحمه الله عن نص الشافعي رضي الله عنه: أنها تجب حالة. وأن صاحب "التقريب" حمل النص على ما إذا كان قد مضى من قبل القتل ثلاث سنين. وأن^(٧) القفال رحمه الله قال: تجب حالة بكل حال لتعديهم وتعمدهم. والله أعلم.

(١) في: ز، "شريك هو فيه..".

(٢) في: ز "تعمدنا معاً".

(٣) في: أ، ب "قال تعمد".

(٤) في: ز "شهدوا".

(٥) انظر: الروضة ١٠/٥.

(٦) في: ز "أنه".

(٧) في: أ "فإن".

ولنعد إلى ما يختص بلفظ الكتاب قوله: "والنظر في العقوبة والبضع والمال" يرجع في المعنى إلى التقسيم الذي قدمناه^(١) وهو أن المشهود به إما أن يتعذر تداركه، أو لا يتعذر، والمتعذر: العقوبات والأبضاع، وغير المتعذر الأموال لكن قوله "فالرجوع قبل القضاء" إلى قوله "ففي وجوب الإعادة وجهان": لا اختصاص له بالعقوبة، بل هو شامل لكل مشهود به.

وقوله: وإن رجع بعد القضاء يعني في العقوبات، وذلك بين من تنصيصه على المال من بعد، حيث قال: "أما المال"^(٢) فيستوفى قطعاً فكان الأحسن أن لا يدرج هذه المسائل في قسم العقوبات، بل يذكرها قبل الشروع في الأقسام ثم يحوض في الأقسام^(٣)، ويورد في كل واحدة ما يختص به وقوله "ثلاثة أوجه" يجوز إعلامه بالواو، لأن من الأصحاب من قطع بأن حدود الله تعالى لا يجوز استيفائها بعد الرجوع.

وقوله: "فيستوفى قطعاً" كذلك لما سبق. وقوله: "وجب عليه القصاص" معلم بالحاء، وقوله: في المزكي^(٤) "إنه كالمسك أو كالشريك؟ فيه وجهان"، الوجهان يشملان القصاص والدية، لأن المسك ليس عليه قصاص، ولا دية، والشريك يتعلق بفعله القصاص والدية. ثم ذكر الوجه الثالث الفارق بين القصاص والدية. وقوله: "ولو قال تعددت ولكن ما علمت أنه يُقتل بقولي هذا" يدخل فيه ما إذا قال لم أعلم بأنه يقتل بما شهدت عليه بل ظننت أنه يجبس أو يؤخذ منه المال، وهي الصورة التي ذكرناها وفرقنا بين أن يكون قريب العهد بالإسلام أو بعيد^(٥). ويدخل فيه ما إذا قال لم أعلم أنه يقتل بقولي، لأنني ظننتني^(٦) أجرح بأسباب تقتضي الحرج، ويمكن أن يجعل هذا خطأ. وقوله:

(١) في: أ، ب "قدمنا". وانظر ص ٦٧٦ وما بعدها.

(٢) "أما المال" ليست في: ز.

(٣) "ثم يحوض في الأقسام" ليست في: أ.

(٤) "في المزكي" ليست في: أ، ب.

(٥) انظر: ص ٦٧٧.

(٦) "لأن ظني أجرح". وفي: ب "لأنني ظننتني".

"ولو ضربه ضرباً مؤلماً^(١) يقتل المريض، دون الصحيح". هذه الصورة مكررة وغرض الاستشهاد على ما حكيناه عن الإمام رحمه الله دعا إلى إعادتها.

فرع: حكى القاضي ابن كج: أن أبا الحسين قال: لو رجع الشهود، وقالوا أخطأنا، وادّعوا: أن العاقلة تعرف أنهم أخطأوا وعليهم الدية، فقالت^(٢) العاقلة: لانعلم، ليس للمشهود تحليفهم، وإنما تطالب العاقلة إذا قامت البيّنة، قال القاضي: ويحتمل أن يقال: لهم تحليفهم^(٣)، لأنهم لو أقرّوا لغرموا. والله أعلم.

(١) "مؤلماً" ليست في: أ، ب.

(٢) في: أ، ب "وقالت".

(٣) في: ز "تحليفه".

[فصل في: النوع الثاني: مما يتعذر تداركه وهو البضع]

قال [الغزالي]: الطرف الثاني: في البضع: فإذا رجعوا بعد الشهادة على

الإطلاق وبعد القضاء، نفذ الطلاق وعليهم الغرم.

وكذا في العتق والرضاع المحرم).

[قال الرافعي]: النوع الثاني: مما يتعذر تداركه غير العقوبات^(١) الإبضاع: فإذا

شهد على طلاق بائن. كالطلاق بالعوض، والطلقة الثالثة، أو على رضاع مُحرم، أو لعان

أو فسخٍ بعيب، أو غيرها من جهات الفراق، وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لم يرد

الفراق، لأن قولهما في الرجوع محتمل فلا يرد القضاء بقول محتمل، لكن يجب الغرم على

الشاهدين، سواء كان قبل الدخول أو بعده، لأنهما فوتتا عليه ما يتقوم، فيغرمان، كما لو

شهدا بعتق عبدٍ ثم رجعا، وقال أبو حنيفة^(٢) ومالك^(٣) وأحمد^(٤) رحمهم الله: لا غرم

عليهما بعد الدخول، ثم الذي^(٥) يغرمان عندنا بعد الدخول، مهر المثل بتمامه، لأنه قيمة

ما فوتاه، وفيه قول: أنهما يغرمان المسمى، لأنه الذي فات على الزوج متقوماً والبضع

ليس بمتقوم في الحقيقة، وأما قبل الدخول فرواية المزني^(٦) رحمه الله: أنهما يغرمان مهر

المثل أيضاً^(٧) بتمامه، ويحكى مثله عن رواية حرملة رحمه الله. وروى الربيع رضي الله

عنه: أنهما يغرمان نصف مهر المثل، ونص^(٨) فيما إذا أرضعت زوجته الكبيرة زوجته

الصغيرة، وانفسخ النكاح أن الكبيرة تغرم نصف مهر المثل للصغيرة^(٩). وللأصحاب

رحمهم الله طرق في مسألة الشهود أيضاً.

(١) في: أ "فيه" وهو خطأ.

(٢) انظر: الهداية ١٣٤/٣.

(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٩.

(٤) انظر: المقنع ص ٣٥١.

(٥) في: أ "الذين".

(٦) انظر: المختصر ص ٢١٣، وانظر: الروضة ٣٠٠/١١.

(٧) "أيضاً" ليست في: ز.

(٨) انظر: المختصر ص ٢٢٩.

(٩) في: ز "تغرم مهر مثل الصغيرة".

أظهرها^(١): إثبات قولين إما أخذاً برواية لأبي المذهب، الربيع والمزني رضي الله عنهما. وإما تصرفاً من نصه ههنا، ونصه في الرضاع بالتحريم^(٢)، وإليه ذهب الإصطخري رحمة الله عليه.

أحدهما: وهو اختيار المزني رحمه الله: أن الشاهدين لا يغرمان إلا النصف^(٣)، لأنه الذي فات على الزوج، والنصف الثاني عاد إليه تسليماً، فصار كما لو شهدا على المشتري بالإقالة، وقضى القاضي ثم رجعا لا يغرمان شيئاً، لأنهما وإن فوتا عليه السلعة، رد إليه الثمن.

وأصحهما: أنهما يغرمان جميعه^(٤)، لأنه بدل ما أتلّفوه، والنظر في الإتلاف إلى المتلف لا إلى ما قام به على المستحق، ولهذا لو أبرأته عن الصداق وشهد الشاهدان بالطلاق ورجعا يغرمان، وإن لم يفت على الزوج شيء.

وأصحاب هذا الطريق افترقوا فمن مثبت للقولين في صورة الرضاع أيضاً^(٥) مخرج لأحدهما من ههنا، ومن قاطع بوجوب النصف هناك.

والفرق أن الرضاع يقطع النكاح حقيقة كالطلاق، ولا يفوت عليه من المهر إلا النصف فلا يغرم له إلا النصف.

وههنا اعترف الشاهدان بالكذب، ولا فراق في الحقيقة كما يزعمان لكن حالاً بينه وبين حقه فيغرمان تمام القيمة كالغاصب يحول بين المالك ومليكه.

والطريق الثاني: القطع بأن الشاهدين يغرمان مهر المثل.

والثالث: القطع: بأنهما يغرمان النصف. وجعل رواية المزني غلطاً حكاه الشيخ

أبو علي.

(١) في: أ "أظهرهما".

(٢) في: ب "بالتحريم".

(٣) مكرر: انظر: المختصر ص ٣١٢، والحاوي ٢١/٢٧٩.

(٤) انظر: الحاوي ٢١/٢٧٩، والمهذب ٢/٤٣٦، والروضة ١١/٣٠٠، ومغني المحتاج ٤/٤٥٨.

(٥) في: ز "يقطع النكاح".

والطريق^(١) الرابع: إن كان الزوج قد سلّم إليها^(٢) الصداق فيغرم الشاهدان جميع مهر المثل، لأنه لا يمكن من استرداد شيء لزعمه أنها زوجته، وأنها تستحق جميع الصداق، وعليه يحمل منقول المزني رحمه الله.

وإن كان قبل التسليم، فلا يغرم إلا النصف، لأنها لا تطالبه إلا بالنصف، وعلى هذا يحمل منقول الربيع رحمه الله.

وحكي في المسألة: على طريقه^(٣) إثبات الخلاف قولان آخران أحدهما: عن القديم وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه: أنهما يغرمان نصف المسمى^(٤)، لأنه الفاتت على الزوج، لامهر المثل، ولا نصفه.

والثاني: يغرمان جميع المسمى، لأنه قد بُذِل، والتشطير^(٥) أمر يختص بالزوجين فتحصل^(٦) في المسألة أربعة أقوال، كما هي مذكورة في الكتاب في باب "الرضاع" في مسألة إرضاع الكبيرة الصغيرة^(٧).

ولو كان النكاح قد جرى على صورة التفويض، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرض، وقضي القاضي بالطلاق والمتعة، ثم رجعا فالخلاف في أن الشاهدين يغرمان مهر المثل أو نصفه كما في [غير صورة التفويض].

وعلى ما حكوا عن القديم، أنهما يغرمان المتعة التي غرمها الزوج، وهو مذهب أبي حنيفة^(٨) رحمه الله، وبه أجاب ابن الحداد رحمه الله.

قال الأصحاب: وهو خطأ إلا أن يريد التخريج على القديم، هذا كله فيما إذا

(١) "الطريق" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "إليه".

(٣) في: أ "طريق".

(٤) انظر: الهداية ١٣٤/٣.

(٥) في: أ، ب، ظ "التشطير".

(٦) في: أ، ب "فيجعل".

(٧) "في مسألة إرضاع الكبيرة الصغيرة". ليست في: أ، ب، ظ. وانظر: الوجيز ١٠٧/٢.

(٨) انظر: الهداية ١٣٤/٣.

شهدا^(١) على الطلاق البائن.

أما إذا شهدا على طلاق رجعي ثم رجعا نظراً: إن كان^(٢) راجعها فلا غرم إذا لم يفت عليه بشهادتهما شيء وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة التحق بالطلاق البائن ووجب الفهم، هكذا ذكر^(٣) صاحب "التهذيب".

وحكى أبو الفرج^(٤) السرخسي عن القاضي الحسين وجهاً: أنه لا غرم إذا لم يراجع لتقصير^(٥) التدارك، فأطلق القاضي ابن كج وجهين، في أن الشهادة على الطلاق الرجعي والرجوع عنها هل تقتضي غرماً؟ ومال إلى المنع، وحكاه عن ابن أبي هريرة. الفرع الأول: شهدا بالطلاق وقضى القاضي ثم رجعا ونحو ذلك.

[فصل وفيه]

فرعان: أحدهما: شهدا بالطلاق، وقضى القاضي ثم رجعا وقامت بينة على أنه كان بينه وبينها رضاع محرم أو شهدا بأنه^(٦) طلقها اليوم فرجعا، وقامت بينة على أنه طلقها ثلاثاً أمس، فلا شيء على الراجعين، لأننا بينا أن شهادتهما^(٧) لم تفوت عليه شيئاً. ولو غرماً قبل تمام^(٨) البينة استرد المغروم.

[الفرع] الثاني: شهدا على امرأة أنها زوجة فلان بألف وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا فالجواب في "التهذيب" أنه لا غرم عليهما.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: أنه^(٩) إن كان بعد الدخول غرماً مانقصة عن مهر.

(١) قوله "غير صورة التفويض . . . فيما إذا شهدا على" ليست في: ز.

(٢) "كان" ليست في: أ.

(٣) في: ز "ذكر".

(٤) في: ز "وأبو الفرج السرخسي وحكى أبو الفرج".

(٥) في: أ "لتقصير".

(٦) في: ز "إن شهدا". وفي ب: "شهد له".

(٧) في: أ "شهادتهما".

(٨) في: ز "قيام".

(٩) "أنه" ليست في: أ.

المثل، إذا كان الألف دونه. قال: وعلى هذا لو كان قبل الدخول، ثم دخل بها ينبغي أن يغرم ما نقص^(١)، وهذا ما أورده^(٢) القاضي ابن كج^(٣) رحمه الله.

ولو شهدا على أنه طلقها على ألف، ومهرها ألفان، فعن ابن الحداد رحمه الله وهو الذي ذكره في "التهذيب"^(٤) عليهما ألف، وقد وصل إليه من المرأة ألف. وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: أن عليهما مهر المثل بعد الدخول، ونصفه قبل الدخول، كما لو لم يذكروا عوضاً. والألف إن قبضه محفوظ عنده للمرأة، لأنه لا يدعيه، وإن لم يقبضه فيقر عند المرأة إلى أن يدعيه.

[فصل في النوع الثاني: وهو العتق]

ومن النوع الثاني: العتق: فإذا شهدا على عتق عبد وقضى القاضي ثم رجعا غرما قيمة العبد، ولم يرد العتق، ولا فرق بين أن يكون المشهود بعتقه قناً أو مديراً أو مكاتباً أو أم ولد أو معلق العتق بصفة^(٥) خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في أم الولد، حيث قال: لا غرم^(٦).

ولو شهدا على تدبير عبد^(٧) أو استيلاء جارية ثم رجعا بعد القضاء لم يغرم في الحال، لأن الملك لم يزل فإذا مات غرماً بالرجوع السابق، قال في "التهذيب"^(٨)؛ وهكذا لو شهدا على تعليق العتق أو الطلاق بصفة^(٩) ثم رجعا.

(١) "عن مهر المثل إذا كان الألف دونه. قال: وعلى هذا لو كان قبل الدخول" هذا الكلام مكرر في ز.

(٢) في: أ، ب، ظ "أطلقه".

(٣) انظر: بهامش العزيز ١٣١/١٣ و ١٣٢، الروضة ٣٠١/١١.

(٤) انظر: التهذيب ٣٠٠/٨.

(٥) ورد بهامش العزيز ١٣٢/١٣ "قال في الخادم: محل الغرم إذا خلا العتق عن العوض، فإن شهدوا بأنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة وقيمته مائة، فلا رجوع بشيء، وإن كانت قيمته مائتين. فقال ابن الحداد والبعوي يرجع عليهم بمائة تمام قيمته وهو ما أورده المصنف بعد ذلك".

(٦) انظر: الهداية ١٣٤/٣، وفتح القدير ٥٤٦/٦.

(٧) "عبد" ليست في: ب، ظ.

(٨) في: ز "صاحب التهذيب".

(٩) "الطلاق" ليست في: ز. و"بصفة" ليست في: ب، ظ.

وفيها وجه: أنه لا غرم، لأنهما لم يشهدا بما يزيل الملك.

ولو شهدا بكتابة عبدٍ، ورجعاً^(١) وأدى العبد النجوم، وعتق ظاهراً ففيما يغرمان؟

وجهان:

أحدهما: ما بين قيمته، وبين النجوم.

والثاني جميع القيمة، لأن المؤدى من كسبه وكسبه للسيد، ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمة، فقد سوى بينه وبين ما إذا شهدا على أنه طلقها على ألفٍ، ومهر مثلها ألفان، ويمكن^(٢) أن يفرق لأن العبد يؤدي من كسبه، وأنه للسيد^(٣) والزوجة بخلافه.

ومنه إذا شهدا على أنه وقف على مسجد أو جهة عامة، ورجعا بعد القضاء غرماً قيمته، ولم يُرد الوقف.

وكذا لو شهدا على أنه جعل هذه الشاة ضحية.

ويمكن أن يعلم قوله في الكتاب "وعليهم الغرم" بالحاء والميم، والألف، لأنه أطلق، وهم لا يوجبون الغرم؛ إذا كان بعد الدخول على ماتيين. والله أعلم.

[فصل: فيما لو شهد على المال رجل وامرأتان أو عشرة ونحو ذلك]

قال [الغزالي]: ولو شهد على المال رجل وامرأتان، أو عشر فنصف الغرم

على الرجل ونصفه على جميع النساء^(٤).

ولو شهد على رضاع محرم رجل وعشر نسوة، ورجعوا فعلى الرجل سدس،

وعلى كل امرأة نصف سدس، وتنزل كل امرأتين منزلة رجل، لأن هذا يثبت بشهادة

النسوة، فلا يتوقف شطره على الرجل.

(١) في: ب، ظ "ثم رجعا".

(٢) "و" ليست في: أ.

(٣) في: أ "أن السيد" وفي: ب "السيد".

(٤) في: ز "على النساء جميع" وهو خطأ.

ولو رجعوا إلا أربع نسوة فالصحيح أن لا غرم، لقيام ما يستقل بكونه حجة،
وقيل: يجب حصتهم.

ولو رجعوا إلا ثلاث نسوة، ففي وجه، يجب حصتهم، وعلى الصحيح تجب
على جميع الراجعين ربع الغرم، إذ لم يبطل إلا ربع الحجة)

[قال الرافعي]: هذا الفصل والذي بعده لا اختصاص له بهذا الطرف.

ولو ذكر حكم الغرم في الأطراف الثلاثة جميعاً^(١) ثم أتى بهذا الفصل، والذي
بعده كان أحسن في النظم.

والفقه: أن الرجوع المغمّم، إما أن يفرض والمحكوم بشهادتهم على الحد المعتر في
الباب، أو يفرض وهم أكثر عدداً منه.

فإن كانوا على الحد المعتر، كما لو حكم في العتق أو^(٢) القتل بشهادة رجلين ثم
رجعا فعليهما الغرم بالسوية، وإن رجع أحدهما فعليه النصف.

وكذا لو رجم في الزنا بشهادة أربعة فإن. رجعوا جميعاً فعليهم الدية أرباعاً، وإن
رجع بعضهم فعليه حصته^(٣) منها، وإن زادوا على الحد المعتر، كما لو شهد بالعتق، أو
القتل ثلاثة أو بالزنا خمسة، فإن رجع الكل فالغرم موزع عليهم بالسوية، وإن رجع
البعض، فإما أن يثبت العدد المعتر على الشهادة أو لا يثبت إلا بعضهم.

الحالة الأولى: إذا ثبت العدد المعتر كما لو رجع من الثلاثة في العتق، أو من^(٤)

الخمس في الزنا واحد فوجهان.

ويقال قولان:

أصحهما: وبه قال: أبو حنيفة^(٥) وابن سريج والإصطخري وابن الحداد

(١) في: أ "جميعها".

(٢) "أو" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ب "حصّة".

(٤) في: أ، ب "في".

(٥) انظر: الهداية ١٣٣/٣.

رحمهم الله: أنه لا غرم على الراجع لأنه يبقى^(١) من تقوم به^(٢) الحجة. ولو لم يشهد في الابتداء سوى من بقي، لاكتفينا بشهادته، وكان^(٣) الراجع لم يشهد.

والثاني: وهو اختيار المزني وأبي إسحق^(٤) رحمهما الله تعالى: أن على الراجع حصته من الغرم إذا وزع عليهم جميعاً، لأن الحكم وقع بشهادة الجميع وكل منهم قد فوت قسطاً فيغرم مافوت. قال في "التهذيب" لاختلاف أن القصاص لا يجب، والحالة هذه، لكن قال الشيخ أبو محمد رحمه الله: في "الفروق"^(٥) حكى لي من أعتمده عن الشيخ القفال رحمه الله أنه إذا رجع واحد من شهود القتل، وقال تعمدنا جميعاً فعليه القصاص^(٦).

وإن ثبت من تقوم به الحجة، لأن الراجع قد^(٧) اعترف على نفسه بالقتل، والمال، إنما يلزم الرجوع لكون^(٨) شهادته تقويتاً وإذا ثبت من تكفى شهادته^(٩) للحكم لم يتحقق التفويت في شهادته.

الحالة الثانية: إذا لم يثبت في العدد المعتبر إلا بعضهم، كما إذا رجع من الثلاثة أو الخمسة، اثنان فعلى الوجهين في الحالة الأولى.

إن قلنا: لا غرم على الراجعين هناك فيوزع الغرم، ههنا على العدد المعتبر، وحصه من نقص عن العدد المعتبر يوزع على من رجع بالسوية، ففي صورة^(١٠) الثلاثة يكون

-
- (١) في: ز، ظ "بقي".
(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٥٨، والحاوي ٢١/٢٧٧، والمهذب ٢/٤٣٥، والروضة ١١/٣٠٤.
(٣) في: ز، ظ "فكان".
(٤) المختصر ص ٣١٢، وانظر: الحاوي ٢١/٢٧٨.
(٥) هو كتاب في الفقه الشافعي، في مجلد مؤلفه أبي محمد بن عبد الله الجويني، ت (٤٣٨هـ). انظر: كشف الظنون ٢/١٢٥٨.
(٦) انظر: العزيز ١٣/١٣٤ بهامش ٣.
(٧) "قد" ليست في: أ، ب، ظ.
(٨) في: أ، ب، ظ "لكن".
(٩) في: ب "يكفي بشهادته".
(١٠) في: ز "الصورة".

نصف^(١) الغرم على الراجعين لبقاء نصف الحجة، وفي صورة الخمسة عليهما ربع الغرم، لبقاء ثلاثة أرباع الحجة، وإن أوجبنا الغرم على من رجح هناك، فعلى الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، ومن الخمسة خمسه ورجح صاحب "التهذيب" وغيره من هذين الوجهين: وجوب النصف على الراجعين من الثلاثة وفاءً برجحان الأصل المبني عليه، وهو أنه لاغرم هناك.

وفي "الشامل" أن الأصح وجوب الثلثين عليهما، لأن البينة إذا نقص عددها زال حكمها وصار الضمان متعلقاً بالإتلاف، وقد استورا^(٢) فيه.

وهذا كله فيما إذا كان جميع الشهود ذكوراً وإناثاً كما في الرضاع، وما يثبت بشهادة النساء المتمحصّات^(٣).

أما إذا انقسموا إلى الذكور والإناث، فإن لم يزيدوا على أقل ما يكفي، كرجل وامرأتين في الرضاع، أو في الأموال، فنصف الغرم على الرجل عند الرجوع، وعلى كل واحدة^(٤) منهما أربعة^(٥)، وإن زادوا على الأقل، فالمشهود به إما أن يثبت بشهادة النساء وحدهن، أو لا يثبت.

[فصل: فيما يثبت بشهادة النساء وحدهن أو لا يثبت]

القسم الأول: ما يثبت بشهادة النساء وحدهن كالرضاع، وهو مؤخر في نظم الكتاب، فإذا شهد أربع نسوة مع رجل، ورجعوا جميعاً فعلى الرجل ثلث الغرم وعليهن ثلثاً.

وإن رجح الرجل وحده فلا شيء عليه^(٦) على أصح الوجهين لبقاء الحجة، وكذا

(١) "نصف" ليست في: ز.

(٢) في: ب "يكتفي بشهادته".

(٣) في: ظ "أو ما يثبت بشهادة النساء المتمحصّات". و"المتمحصّات" قال في المصباح ٥٦٥/٢ "المحض الخالص الذي لم يخالطه غيره" والمقصود به هنا. أي ما يثبت بالنسوة غير منفردات.

(٤) "كل" ليست في: أ.

(٥) في: ب "الرابع".

(٦) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.

لو رجعت^(١) امرأتان.

وعلى الثاني: عليه أو عليهما ثلث الغرم، ولو شهد رجل وعشر نسوة، ورجعوا فعليه سدس الغرم، وعلى كل واحدة^(٢) نصف سدسه، وإن رجع الرجل وحده أو مع واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو أربع أو خمس أو ست، فلا غرم على الأصح لبقاء الحجة^(٣).

وعلى الثاني يجب على من رجع حصته وإن رجع مع سبع فعلى أظهر الوجهين السابقين عليهم ربع الغرم لبطلان ربع الحجة، وإن رجع مع ثمان فنصفه لبطلان نصف الحجة، وإن رجع مع تسع فتلاثة أرباع^(٤)، ويكون^(٥) ما على الذكر مثل ما على الأنثيين^(٦)، وعلى الوجه الثاني: عليهم ما هو حصتهم، لو رجعوا جميعاً.

ولو رجع النساء وحدهن فعليهن نصف الغرم، في أظهر الوجهين، وخمسة أسداسه في الثاني.

والقسم الثاني: مالا يثبت بشهادة النساء المتمحضات كالأموال، فإذا أوجبنا الغرم فيها^(٧) بالرجوع، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا فوجهان.

أحدهما: أن على الرجل ثلث الغرم وعليهن ثلثا^(٨) كما في الرضاع.

والثاني: أن نصف الغرم عليه ونصفه عليهن بخلاف الرضاع، لأن المال لا يثبت بشهادة النساء وإن كثرت فنصف الحجة تقوم بالرجل معهن كم كن.

ويحكي الوجه الأول.

(١) "رجعت" هكذا في جميع النسخ.

(٢) في: ز "واحد".

(٣) انظر: الروضة ٣٠٤/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤.

(٤) في: ب "فعليه ثلاثة" وفي: ز "رجع تسع فتلاثة أرباعه".

(٥) في: ب "فيكون".

(٦) في: ز "مثلي ما على الأنثى".

(٧) في: ز "فيهما".

(٨) في: ز "ثلثيه".

عن أبي حنيفة^(١) ومالك^(٢) وأبي إسحاق وابن القاص^(٣) وبه أجاب كثير من العراقيين رحمهم الله أجمعين.

لكن الثاني: أقوى^(٤) من جهة المعنى، ويروي عن ابن سريح واختيار القفال والشيخ أبي علي والإمام وصاحب التهذيب رحمهم الله، وهو المذكور في الكتاب.

وإذا قلنا: به، فلو رجع النساء فعليهن نصف الغرم، ولو رجعت امرأتان فلا شيء عليهما لبقاء الحجة على الأصح، وعلى^(٥) ما حكيناه عن اختيار المزني^(٦)، وأبي إسحاق.

ولو شهد رجل وعشر نسوة، ورجعوا فعلى الرجل نصف الغرم، وعلى النسوة النصف، إذا قلنا بالأصح، وعلى الوجه الآخر^(٧)، على الرجل سدس الغرم، والباقي^(٨) عليهن.

ولو رجع الرجل دونهن، فعلى الرجل النصف على الأصح^(٩)، وعلى الآخر عليه السدس.

ولو رجع النساء دونه، فعليهن نصف الغرم على الأصح^(١٠)، وعلى الوجه الآخر، خمسة أسداسه، وإذا علقنا نصف الغرم برجوع الرجل، فلو رجع معه ثمان نسوة، فعليه النصف، ولا شيء عليهن بناءً على أنه لا يثبت بشهادتهن إلا نصف الحق، وقد بقي من^(١١)

(١) انظر: الهداية ١٣٣/٣، وفتح القدير ٥٤٢/٦ ولكن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان بالقول الثاني.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٧٠، ومواهب الجليل ٢٠٦/٦ مع التاج والإكليل.

(٣) في: ز "وابن القطان" وهو خطأ.

(٤) انظر: الحاوي ٢٨٩/٢١، والمهذب ٤٣٧/٢، والوجيز ٢٥٩/٢، والروضة ٣٠٥/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤. والمذهب الأول.

(٥) "و" ليست في: ب، ظ.

(٦) انظر: المختصر، ص ٣١٢.

(٧) من قوله: "على ما حكينا . . . على الوجه الآخر" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "والثاني".

(٩) انظر: الروضة ٣٠٥/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤.

(١٠) "على الأصح" ليست في: أ، ب، ظ.

(١١) "من" ليست في: أ، ب، ظ.

النساء ما يتم^(١) به الحق، وعلى ما اختاره المزني^(٢) عليهن أربعة أخماس النصف، كما لو رجعا جميعاً.

ولو رجع مع تسع نسوة، فعليه النصف، وعليهن /الربع، لبقاء الحجة، وعلى ما اختاره عليهن تسعة أعشار النصف، وإن رجع ثمان نسوة لا غير، فلا شيء عليهن لبقاء نصف الحجة الذي يتعلق بهن، وعلى ما اختاره^(٤) عليهن أربعة أخماس النصف.

وقوله في الكتاب: "ولو شهد على المال رجل وامرأتان، أو عشر نسوة".

إنما قال: "امرأتان" أو عشر نسوة إشارة إلى أنه: لا فرق على وجه التنصيف بين أن يقل عدد النساء، أو يكثر.

ويجوز أن يعلم بالواو، للوجه الآخر المذكور في صورة العشر، و^(٥) أما في صورة الرجل والمرأتين، فلا^(٦) يختلف تفريع الوجهين.

[فصل: في وجوب الغرم على شهود الإحصان].

(قال [الغزالي]: وفي وجوب الغرم على شهود الإحصان مع شهود الزنا ثلاثة

أقوال:

أحدها: أنه لا يجب شيء. والثاني: أنه يجب الشطر عليهم. والثالث: أنه يجب الثلث عليهم إذ أقل شهادة الإحصان اثنان، وأقل^(٧) شهادة الزنا أربعة، فلو رجع^(٨) واحد من شهود الزنا، أو^(٩) الإحصان، اجتمع من الأصول أقوال: لا تخفى، والقولان

(١) في: أ "من يتم".

(٢) في: ز "المزني وأبو اسحاق".

(٣) في: أ، ب، ظ "اختاره".

(٤) في: أ، ب، ظ "اختاره".

(٥) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ، ب، ظ "لا".

(٧) في: أ "أو أقل".

(٨) في: ز "شهد".

(٩) في: أ، ب "و".

جاريان في أن شهود التعليق في الطلاق، هل يغرم معهم شهود الصفة، أو ينفرد شهود التعليق بالغرم).

[قال الرافي]: هل يتعلق الغرم برجوع^(١) شهود الإحصان^(٢)؟ فيه وجهان، في رواية جماعة منهم المحاملي، وصاحب "التهذيب".

وقولان: في رواية آخرين: منهم الإمام، وصاحب الكتاب، والقاضي الروياني:

أحدهما:

نعم^(٣) لأن الرجم يتوقف على ثبوت الزنا، والإحصان جميعاً. وعلى هذا فلو قالوا: تعمدنا جميعاً لزمهم القصاص كشهود الزنا.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة^(٤) لا، لأنهم لم يشهدوا^(٥) بما يوجب عقوبة^(٦) عليه، وإنما وصفوه بصفة كمال، والخلاف جارٍ في أن شهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق أو^(٧) العتاق، هل يغرمون إذا رجعوا أم يختص الغرم بشهود التعليق؟

والصحيح على ما ذكر^(٨) صاحب "التهذيب" أن رجوع شهود الإحصان، وشهود^(٩) التعليق لا يقتضي غرماً.

(١) "برجوع" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "الأصل".

(٣) لأنه رُجم بما شهدوا به من الإحصان. وهو المذهب. انظر: الحاوي ٢١/٢٧٨، والروضة ٣٠٥/١١، ومغني المحتاج ٤/٤٦٠.

(٤) انظر: الهداية ٣/١٣٥، وفتح القدير ٦/٥٥١.

(٥) وهناك وجه ثالث: وهو أنهم إن شهدوا بالإحصان قبل ثبوت الزنا، لم يضمنوا، لأنهم لم يثبتوا إلا صفة، وإن شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنوا، لأن الرجم لم يستوفي إلا بهم. انظر: المذهب ٢/٤٣٥، والروضة ١١/٣٠٥، ومغني المحتاج ٤/٤٦٠.

(٦) في: ب "عليه عقوبة".

(٧) في: أ "و".

(٨) في: ز "ذكره".

(٩) في: أ، ب "شهود الصفة".

وعن بعض الأصحاب: أنه يفرق في شهود الإحصان^(١) بين أن تتقدم شهادتهم على شهادة الزنا فلا غرم، إذا رجعوا وبين أن تتأخر فيغرمون لترتب الرجم على شهادتهم، وإذا قلنا يتعلق الغرم برجوعهم فكيف يوزع عليهم، وعلى شهود الزنا؟ فيه^(٢) وجهان:

أصحهما: أنه^(٣) يعتبر نصاب الشهادتين فيكون ثلثا الغرم على شهود الزنا، وثلثه على شهود الإحصان.

والثاني: أن نصفه على شهود الزنا ونصفه على شهود الإحصان، لأنهما صفتان مختلفتان فأشبه ما إذا رجع القاضي والشهود تكون نصف الدية عليه، ونصفها عليهم، ولا يجيء في شهود الصفة إذا علقنا الغرم برجوعهم إلا النصف^(٤).

إذا عرف ذلك، فلو شهد أربعة بالزنا واثنان سواهم بالإحصان ورجعوا جميعاً بعدما رجم، فالضمان على شهود الزنا إن لم يغرم شهود الإحصان، وعلى الصنفين جميعاً إن غرمناهم بالسوية إن نصفنا وأثلاثاً إن ثلثنا، وإن رجع واحد من شهود الزنا وواحد من شاهدي الإحصان، فإن لم يغرم شهود الإحصان فعلى الراجع من شهود الزنا ربع الغرم، وإن غرمناهم، فإن نصفنا فعلى الراجع من شهود الزنا ربع الغرم، وإن غرمناهم فإن نصفنا فعلى الراجع من شهود الزنا، ثمن الغرم وعلى الآخر، رבעه، وإن ثلثنا فعلى كل واحد منهما سدسه، وإن رجع واحد من أحد الصنفين لا غير^(٥)، ففيما عليه هذا الخلاف.

ولو شهد أربعة بالزنا والإحصان جميعاً، ثم رجع أحدهم، فإن لم يغرم شهود الإحصان فعليه ربع الغرم، وإن غرمناهم فقد بقي ههنا من تقوم به حجة الإحصان، فإن

(١) "وشهود التعليق ٠٠٠ شهود الإحصان" ليست في: ظ.

(٢) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) انظر: المهذب ٤٣٦/٢، والروضة ٣٠٦/١١، ومغني المحتاج ٤٦٠/٤.

(٤) في: أ "التصنيف" وهو خطأ.

(٥) في: ز "لا علة" غير واضحة.

غرمتنا الراجع مع ثبات من تقوم به الحجة، فعليه الربع أيضاً، كما لو رجعوا جميعاً، وإن لم يغرم فلا ضمان بسبب الإحصان.

وأما بسبب الزنا، فإن نصفنا فعليه ثمن الغرم، وإن ثلثنا فسدسه، فإن رجع ثلاثة، وثبت واحد فقد بطل ثلاثة أرباع حجة الزنا ونصف حجة الإحصان.

فإن لم يغرم شهود الإحصان فعليهم ثلاثة أرباع الغرم، وإن غرمتناهم فعلى كل واحد، إن نصفنا للرجوع عن شهادة الزنا، ثمن الغرم وللرجوع ثمن شهادة الإحصان. نصف سدسه بتوزيع نصف غرم الإحصان عليهم، فإن ثلثنا فعلى كل واحد الرجوع عن شهادة الزنا سدس الغرم توزيعاً للثلثين على الأربعة، وللرجوع عن شهادة الإحصان ثلث سدسه توزيعاً لنصف غرم الإحصان على الراجعين.

ولو شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالإحصان ورجعوا بعدما رجم، فإن لم يغرم شهود الإحصان في المسائل السابقة، فكذا ههنا ولا أثر لشهادة الإحصان.

وإن غرمتناهم فهل يغرم شاهد الإحصان ههنا زيادة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كما في الصورة السابقة.

والثاني: لا، لأن الشهادة والرجوع كجناية [على المشهود عليه فهو كأربعة نفر جنوا على إنسان، منهم من جنى جناية واحدة، ومنهم من جنى] ^(١) جنائتين يستون في الدية، فإن ^(٢) قلنا بالأول عاد الخلاف إن نصفنا على اللذين شهدا بالإحصان ثلاثة أرباع الغرم النصف لشهادة الإحصان والربع لشهادة الزنا وعلى الآخرين الربع. وإن ثلثنا فعلى اللذين شهدا بالإحصان الثلث لشهادة الإحصان والثلث لشهادة الزنا، وعلى الآخرين الثلث، وإن رجع واحد منهم، فإن لم يغرم شهود الإحصان فعليه ربع الغرم.

وإن غرمتناهم فإن كان الراجع من الذين شهدا بالإحصان فإن نصفنا فعليه ثلاثة

أثمان الغرم، ثمن لشهادة الزنا، والباقي لشهادة الإحصان/.

(١) من قوله "كجناية على المشهود عليه ٠٠٠ ومنهم من جنى جنائتين" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "وإن".

وإن ثلثنا فعليه ثلث الغرم، سدس لهذه وسدس لهذه وإن كان الراجع من الآخرين، فإن نصفناه فعليه ثمن الغرم وإن ثلثنا فالسدس ولو شهد ثمانية بالزنا والإحصان، ثم رجع أحدهم فلا غرم على الأصح، لبقاء الحجتين، وكذا لو رجع ثان وثالث ورابع، فإن رجع خامس فقد بطلت حجة الزنا، ولم تبطل حجة الإحصان، فإن لم يغرم شهود الاحسان فعلى الخمسة ربع الغرم لبطلان ربع الحجة، وإن غرمناهم فلا غرم ههنا لشهادة الإحصان على الأصح لبقاء حجته^(١) ويغرم الراجعون ربع غرم الزنا، وهو^(٢) السدس أن ثلثنا والثلث إن نصفنا، وإن رجع ستة فعليهم نصف غرم الزنا، وهو الثلث، إن ثلثنا والربع إن نصفنا وإن رجع سبعة، فقد بطلت الحجتان، ولا يخفى قياسه مما ذكرنا، وقوله في الكتاب: "اجتمع من الأصول أقوال لا تخفى أحد الأصول المشار إليها، أن شهود الإحصان، هل يغرمون؟ والثاني: أنهم إن غرموا، كم يغرمون؟ والثالث: أنه إذا رجع بعض الشهود، وبقي من تقوم به الحجة، هل يغرم من رجع؟ وقد عرفت هذه الأصول والأقوال الحاصلة منها. والله أعلم.

[فصل: في الطرف الثالث: وهو الرجوع في الأموال].

(قال [الغزالي]: الطرف الثالث: الرجوع في عين مال يتوقع رجوعه بإقرار الخصم، هل يوجب الغرم، في الحال للحيلولة؟ فيه قولان).

[قال الرافعي]: تقدم أن المشهود به، إما أن يتعذر تداركه، أو لا يتعذر.

وقد فرغنا من القول فيما يتعذر تداركه^(٣).

والقسم الثاني: مالا يتعذر، وهي الأموال: أعيانها، وديونها، فإذا شهد الشهود، لإنسان^(٤) بمال، ثم رجعوا بعد دفع المال إليه لم ينقض الحكم، ويرد المال إلى المدعى عليه، لاحتمال، أنهم كاذبون في الرجوع. وفي "العدة" حكاية وجه: أنه ينقض الحكم

(١) "الحجتين وكذا لبقاء" ليست في: ز.

(٢) "هو" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) انظر: ص ٦٧ وما بعدها. وانظر: الروضة ٢٩٧/١١، ومغني المحتاج ٤/٤٥٩.

(٤) في: ز "على إنسان".

ويرد المال إلى المحكوم عليه. والمذهب الأول^(١).

وهل يغرم الشهود للمحكوم عليه؟ نقل^(٢) المزني: أنهم لا يغرمون، وقد^(٣) قطع به من الأصحاب طائفة. منهم ابن خيران، توجيهاً^(٤) بأن الشهود لم يثبتوا اليد على المال، ولم يتلقوه، فلا يضمنون، وإن أتوا بما يقضي إلى الفوات، كمن حبس المالك، عن ماشيته حتى ضاعت، وليس كالشهادة على الطلاق، والعق، لأن هناك وجد التفويت حقيقة، فإنهما لا يريدان، وإن صدق العبد، والمرأة الشهود، في الرجوع، وهاهنا لم يوجد التفويت^(٥) حقيقة، لأن المشهود عليه لو صدقهم في الرجوع، لزمه رد المال، وأكثر الأصحاب وفيهم ابن سريج، وأبو إسحاق: - قالوا في المسألة قولان:

أحدهما: أنهم لا يغرمون لما ذكرنا^(٦).

والثاني: وبه قال أبو حنيفة^(٧) ومالك^(٨)، وأحمد^(٩) رحمهم الله تعالى: أنهم يغرمون، لحصول الخيلولة^(١٠) بشهادتهم وما يضمن بالتفويت بغير الشهادة، ينبغي أن يضمن بالتفويت بالشهادة، كالنفس. وهذا القول: عند العراقيين والإمام، وغيرهم أرجح.

وذكر في "العدة" أن الفتوى عليه وأن ظاهر المذهب: أنهم لا يغرمون^(١١). واختلفوا في حالة القولين، فذكر الشيخ أبو حامد، ومن تبعه أنهما منصوصان، والتغريم منهما القديم، وقيل: المنصوص: أنهم لا يغرمون. والآخر مخرج.

(١) انظر: المختصر ص ٣١٢، والمهذب ٤٣٦/٢، والروضة ٣٠٢/١١.

(٢) في: أ "نقله".

(٣) "قد" ليست في: ز.

(٤) في: أ "وتوجيهاً". وفي ب "وتوجيهاً".

(٥) في: أ "تفويت".

(٦) انظر: ص ٦٩٢.

(٧) انظر: الهداية ١٣٣/٣، وفتح القدير ٥٣٨/٦.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٧٠، والتاج والاكليل مع مواهب الجليل ٢٠٧/٦.

(٩) انظر: المقنع ص ٣٥١.

(١٠) في: أ "الخيلولة".

(١١) انظر: المهذب ٤٣٦/٢، والروضة ٣٠٢/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤، والمذهب "الغرم مطلقاً".

وقيل: هما مبنيان على القولين، فيما إذا قال: غصبت هذه الدار من فلان، بل هي من فلان، تدفع الدار إلى الأول، وهل يغرم للثاني؟ على قولين: فنزل^(١) رجوع الشاهد^(٢)، منزلة رجوع المقر.

وذكر القاضي ابن كج: أن النص فيما إذا شهدوا بعين، ثم رجعوا: أنهم لا يغرمون، وفيما إذا شهدوا بدين، ثم رجعوا، أنهم يغرمون، فحصل القولان من تخريج كل واحدٍ منهما في صورة الآخر^(٣).

ويجوز أن يعلم لفظ "القولين" في الكتاب بالواو لطريقة من قطع بنفي الغرم. فروع: شهد الشهود على أحد الشريكين في الرقيق، أنه أعتق نصيبه وهو موسر، فقضى القاضي بعثقه، وبالسراية، ثم رجعوا، فعلى الشهود قيمة نصيب المشهود عليه. وفي قيمة نصيب الشريك الخلف في غرم المال^(٤). وشهود القتل الخطأ، إذا رجعوا بعد غرم^(٥) العاقلة، هل يغرمون؟ فيه الخلاف؟.

ولو حكم القاضي بشهادة شهود الفرع، ثم رجعوا، غرموا. ولو رجع شهود الأصل، وقالوا: كذبنا، فكذلك يغرمون خلافاً لأبي حنيفة^(٦). ولو رجع الأصول، والفروع جميعاً فالغرم على شهود الفرع، لأنهم ينكرون إسهاد الأصول، ويقولون: كذبنا فيما قلنا. والحكم وقع بشهادتهم، حيث وجب على الراجع عقوبة من قصاص، أو حدٌّ قذفٍ، دخل التعزير فيها، فإذا^(٧) لم تجب عقوبة، واعتزاف بالتعمد، فيعزر.

(١) في: أ "ونزل".

(٢) في: أ "الشاهدين".

(٣) في: أ "الآخرة".

(٤) انظر: ص ٦٩٣.

(٥) في: ز "غرمتنا".

(٦) انظر: الهداية ١٣٣/٣، وفتح العزيز ٥٣٨/٦.

(٧) في: ز "وإذا".

ولو شهد أربعة على إنسان بأربعمائة، ثم رجع واحدٌ منهم عن مائة، وآخر عن مائتين، وثالث: عن ثلاث مائة والرابع: عن الجميع، فالبينة باقية بتمامها في مائتين.

وأصح الوجهين: أنه لا يجب غرمهما، ويجب على الأربعة غرم المائة المرجوع عنها باتفاقهم، وعلى الثاني والثالث والرابع، ثلاثة أرباع المائة التي اختصوا بالرجوع عنها.

والوجه الثاني: أن على كل راجع حصته مما رجع عنه، فعلى الأول خمسة وعشرون، وعلى الثاني، خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون، وعلى الرابع مائة. والشهادة على الطلاق الرجعي، والرجوع عنها هل تقتضي^(١) غرمًا؟ فيه تفصيل، وخلاف: أسلفناهما^(٢).

قال أبو الحسن العبادي: إن أوجبنا الغرم في الحال وغرم الشهود، ثم راجعها الزوج، فهل عليه رد^(٣) ما أخذ؟ فيه احتمالان، بناءً على ما إذا وطئ الرجعية، ثم راجعها، هل يلزمه المهر^(٤)؟ والله أعلم.

[فصل إذا قضى القاضي بشهادة اثنين، ثم بان أنهما كان عبدين أو كافرين ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: أما إذا ظهر كون الشاهدين عبدين، أو كافرين^(٥)، أو صبيين، بان بطلان القضاء، واندفع الطلاق والعتاق، وإن كان في قتلٍ وجب الغرم، على القاضي بخطئه، وفي رجوعه على الشهود، كلام سبق في موضعه).

[قال الرافي]: إذا قضى القاضي بشهادة اثنين، ثم بان أنهما كانا عبدين، أو كافرين أو صبيين^(٦) مراهقين، فقد مرّ في آخر الباب الأول، من الشهادات، أنه ينقض

(١) في: أ "تقضي".

(٢) انظر: الحاوي ٢١/٢٨٣، والوجيز ٢/٢٥٩، والروضة ١١/٣٠١، والمذهب: أنه لا غرم، إذا لم يفوتا شيئاً.

(٣) قال النووي في روضته ١١/٣٠١ "والصواب الجزم بالرد".

(٤) المذهب: يلزمها مهر. انظر: المذهب ٢/١٣١، والوجيز ٢/٧١، ومغني المحتاج ٤/٣٤٠.

(٥) في: أ "أنهما عبدان، أو كافرين...".

(٦) في: أ "أو مراهقين".

حكمه^(١)، وكذا لو باناً فاسقين^(٢) في أصح القولين.

وقوله: "هاهنا، بان بطلان الحكم" إشارة إلى ما ذكره الإمام أن القضاء ليس أمراً يعقد ويحل، وإنما المراد تبين الأمر على خلاف ماظنه، وحكم به، فإن كان المشهود به، طلاقاً، أو عتاقاً، أو عقداً من العقود، فقد بان: أنه لاطلاق، ولا عتاق، ولا عقد، فإن كانت المرأة قد ماتت، فقد ماتت وهي منكوحه^(٣) . . . وإن مات العبد، مات وهو رقيق، ويجب ضمانه على ما سذكره في ضمان الأموال.

وإن كان المشهود به قطعاً، أو قتلاً، أو حداً، واستوفى وتعذر التدارك ف ضمانه في بيت المال على أحد القولين، وعلى عاقلة القاضي، في أظهرهما على ما هو مقرر في باب ضمان الولاية^(٤)، وإنما تعلق الضمان بالقاضي، لأنه أهلكه بحكمه الذي أخطأ فيه. وكان من حقه أن يتفحص، ويتثبت، ولا يجب الغرم على المشهود له، لأنه يقول: استوفيت حقي، ولا يضمن الشهود، لأنهم ثابتون على شهادتهم، زاعمون صدقهم، بخلاف ما في صورة الرجوع، وإذا غرم العاقلة، أو بيت المال، فهل يثبت الرجوع على الشهود؟ فيه خلاف، وتفصيل المذكوران في باب ضمان الولاية^(٥). والذي أجاب به أصحابنا العراقيون: أنه لا رجوع عليهم، قالوا: وكذا لا رجوع على المزكين، لأن الحكم غير مبني على شهادتهم، وعن القاضي أبي حامد: أن الغارم يرجع على المزكين، ويستقر عليهم الضمان، بخلاف الشهود، لأنه يثبت عند القاضي: أن الأمر على خلاف ما ذكره المزكون، ولم يثبت أنه على خلاف ما ذكره الشهود، وإلى هذا مال القاضي أبو الطيب، والرويانى، ومفهوم ما ذكره: أنه يجوز تغريم المزكي أولاً، ثم لا رجوع له على القاضي.

(١) "لأنه ييقن الخطأ، كما لو حكم باجتهاده، فوجد النص خلافه" انظر: الوجيز ٢/١٨٤، وانظر: الروضة ١١/٢٥١.

(٢) من قوله "في أصح القولين... سقط من نسخة ب.

(٣) في: أ "منكوحته".

(٤) في: أ "الولاية". وانظر: الوجيز ٢/١٨٤، والروضة ١٠/١٨٣ و ١٨٤.

(٥) وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: نعم، لأنهما غرا القاضي. والثاني: لا، لأنهما يزعمان أنهما صادقان، ولم يوجد منهما تعدٍ . . . والثالث: يثبت الرجوع للعاقلة، دون بيت المال.

انظر: الروضة ١٠/١٨٣ و ١٨٤، ومغني المحتاج ٤/٢٠٢.

(٦) في: ز "إنما يتعلق الضمان بالقاضي" لعل هذا زائداً.

وألم الإمام، بمثل ذلك في الشهود إذا قلنا: بثبوت الرجوع عليهم، ولا فرق فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي، بين أن يكون الحكم في حد لله تعالى، أو في قصاص الآدمي، ولا إذا كان في قصاص بين أن يستوفيه المدعي، وبين أن يستوفيه القاضي بنفسه أو يفوض اسيفاءه بإذن المدعي إلى غيره.

وقد مر في "أدب القضاء" عن الإصطخري: أن المدعي: إن استوفاه بنفسه، فالضمان عليه، وإنما يتعلق الضمان بالقاضي، إذا باشر الاستيفاء، أو فوضه إلى غير المدعي بإذنه.

وإن كان المحكوم به مالاً، فإن كان^(١) باقياً عند المحكوم له، انتزع منه^(٢) ورد، وإن كان تالفاً، وأخذ منه ضمانه.

وحكى الشيخ أبو حاتم الفزويبي وجهاً: أنه إذا كان التلف بأفة سماوية، لم يلزمه الضمان، والمشهور الأول. وفرقوا بينه، وبين الإتلافات حيث قلنا: لا غرم عليه، فيها: بأن الإتلافات إنما تضمن إذا وقع على وجه التعدي، وحكم القاضي أخرجه عن أن يكون متعدياً.

وأما المال فإذا^(٣) حصل في يد إنسان^(٤) بغير حق، كان مضموناً، وإن لم يوجد منه تعدد، فإن كان المحكوم له معسراً، أو غائباً، فللمحكوم^(٥) عليه مطالبة القاضي ليغرم له من بيت المال على أحد القولين، ومن خالص ماله على^(٦) الثاني، لأنه ليس بدل النفس حتى يتعلق بالعاقلة.

ثم الحكم يرجع على المحكوم له، إذا ظفر به موسراً، وهل له الرجوع على الشهود؟ جعله الإمام على الخلاف، والتفصيل المشار إليهما^(٧)

(١) "كان" ليست في: أ، ظ.

(٢) "منه" ليست في: أ، ظ.

(٣) في: ز "وإذا".

(٤) في: أ "الانسان".

(٥) في: أ "فالمحكوم".

(٦) في: ز "في".

(٧) في: أ "إليها".

في الإتلافات^(١)، ويجيء أن يقال: على قياس مأمَرَ: أن المحكوم عليه يتخير في تغريم القاضي، وتغريم المحكوم له^(٢). والله أعلم.

(١) انظر: الوجيز ١٨٤/٢، والروضة ١٨٣/١٠ و ١٨٤.
(٢) انظر: الحاوي ٢٩٦/٢١، والوجيز ٢٥٨/٢، والروضة ٢٩٧/١١.

كتاب الدعوى والبيّنات

وفيه خمسة أركان

الركن الأول : في الدعوى.

الركن الثاني: في جواب المدعى عليه.

الركن الثالث: في الحلف.

الركن الرابع: في النكول.

الركن الخامس: في البيّنة.

[الباب الأول في ركن الدعوى]

قال [الغزالي]: كتاب الدعاوى^(١) والبيئات: ومجامع الخصومات تدور على

خمسة: الدعوى والجواب، واليمين، والنكول، والبينة.

الأول: الدعوى وفيه مسائل: الأولى فيمن يحتاج إلى الدعوى، ومن غصب منه شيء وقدر على استرداده قهراً من غير تحريك فتنة، جاز له ذلك، ولم يلزمه الرفع إلى القاضي، فإن كان حقه^(٢) عقوبة، فلا بد من الرفع إلى القاضي، وإن كان حقه ديناً، ومن عليه مقرٌّ مماطل، فلا بد من رفعه، وإن كان يتعذر رفعه بتعززه، أو تواريه فإن ظفر بجنس حقه فله أخذه، وإن كان قد ظفر بغير جنس حقه فقولان).

[تمهيد في تعريف الدعوى والبينة وأدلتها]

[قال الرافعي]: يقال ادعت على^(٣) فلان كذا ادعاء. والاسم الدعوى،

والادعاء: افتعال^(٤) من الدعوة، كأن المدعي يدعو المدعي إلى نفسه ولا يشترط في وقوع اسم المدعي على شخص من جهة اللغة أن يكون المدعي في يد غيره، أو ذمته، بل يقع الاسم عليه، مع كون الشيء عنده منه الإدعاء في الحرب، وهو الاعتزاء، بأن يقول: أنا فلان^(٥) ابن فلان.

(١) ينظر: تعريف الدعاوى من كتب اللغة، معجم مقاييس اللغة ٢/٢٨٠، لسان العرب ٤/٣٥٩،

وما بعدها مادة: دعا. والمصباح المنير ١/١٩٥ و ١٩٦.

ومن كتب الفقه - التعريفات للجرجاني ص ١٠٤، والمطلع على أحكام المنع ص ٤٠٢،

وشرح الجلال المحلي ٤/٣٣٤، ومغني المحتاج ٤/٤٦١، ونهاية المحتاج ٨/٣١٤، حيث قال:

"الدعوى: جمعها دعاوي بفتح الواو وكسرها وهي: لغة الطلب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ

ما يدعون﴾ وألفها للتأنيث.

وشرعاً: إخبارٌ عن وجوب حقٍ على غيره عند حاكم.

(٢) "حقه" ليست في: أ، ظ.

(٣) "على" ليست في ظ.

(٤) في: ظ "الانفعال".

(٥) في: أ "أنا ابن فلان" . قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ٢/٢٨٠ "والإدعاء في

الحرب العتزاء. وهو أن يقول: أنا ابن فلان" قال: ونجرت في الهيجاء الرماح وندعي".

وقيل: الدعوى في اللغة، التمني، ومنه قوله عز وجل: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾^(١).

وأما لفظ البينة فهي بينة^(٢).

والأحاديث التي هي أصول الباب مشهورة. نحو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: / "البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"^(٣).

ز/٥٤٧

ويروى قبله " لو أعطي الناس بدعواهم، لادعى ناسٌ دماء قوم وأموالهم"^(٤)

ويروى: أن رجلاً من "حضر موت" وآخر من كندة أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله: إن هذا غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي، أزرعها، ليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: "ألك بينة؟" قال: لا. قال: فلك يمين". قال: يا رسول الله: إن الرجل فاجرٌ لا يبالي على ما حلف عليه. قال: "ليس لك منه إلا ذلك"^(٥).

-
- (١) سورة يس من آية ٥٧. وفي: ب ﴿وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدْعُونَ﴾ فصلت: ٣١.
- (٢) "البينة" انظر تعريفها لغة: لسان العرب ٥٥٦٢/١ وما بعدها، والقاموس المحيط ٣٠٦/٤، والمصباح المنير ٧٠/١.
- وشرعاً: انظر: شرح الجلال المحلى ٣٣٤/٤، ومغني المحتاج ٤/٤٦١، ونهاية المحتاج ٣١٤/٨، حيث قال: "وهم الشهود. وسموا بذلك، لأن بهم يتبين الحق".
- (٣) الحديث أخرجه الترمذي ٢/٢٩٩، حديث - ١٣٥٦ من أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه. ورواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده باللفظ الذي أورده الرافعي ٠٠٠ وقال عنه: "هذا حديث في اسناده مقال". ومتفق عليه بلفظ "قضي باليمين على المدعى عليه".
- أخرجه البخاري ٢/١١٦ - ١٥٩، من كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه. وأخرجه مسلم بشرح النووي ٣/١٢، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه. وانظر: البدر المنير ٢/٤٤٩، والتلخيص ٤/٢٠٨، حيث ذكر له روايات متعددة ٠٠٠ ثم قال: "وإسناده ضعيف". وانظر: ارواء الغليل ٨/٢٦٥.
- (٤) الحديث: متفق عليه. انظر المصادر السابقة.
- (٥) الحديث أخرجه مسلم، مختصر المنذري ص ٢٦٨ حديث ١٠١٧ من كتاب الأيمان، باب: من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه وجبت له النار. تحقيق الألباني، من منشورات لجنة إحياء السنة، مصر، أسيوط. "أخذت من المختصر، لعدم ورود هذا الحديث في صحيح مسلم بشرح النووي". وأخرجه ابوداود ٣/٢٢١، من كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن حلف يميناً ليقطع بها مالا لأحد.

هذا تمهيد الكتاب: قال حجة الإسلام: "وبجامع الخصومات تدور على خمسة: الدعوى، والجواب، واليمين، والبينة، والنكول".

وذلك لأن المتخاصمين في الخصومات الشرعية:

أحدهما: طالب، وطلب^(١) الحق: هو الدعوى، وحجته عليه البينة.

والآخر مطلوب منه، فإن أجاب بالإقرار فذاك، وإن أنكر فحجته^(٢) عليه اليمين،

فإن^(٣) نكل لم يقنع منه بذلك، بل ترد اليمين على الطالب.

[الفصل الأول: في المسألة الأولى من الدعوى: في المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى]

فكلام^(٤) الكتاب في بيان هذه الأمور الخمسة وأحكامها:

الأول: الدعوى: وفيه مسائل:

أحدها: في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى، والحق: إما عقوبة، أو مال، إن كان عقوبة كالقصاص، وحق القذف، فلا بد فيه من الرفع إلى القاضي^(٥) لعظم خطره والاحتياط في إثباته أولاً، واستيفائه على ما تقتضيه السياسة، وزجر الناس ثانياً.

= والترمذي ٣٩٨/٢، من كتاب أبواب الأحكام، باب ماجاء في أن البينة على المدعي واليمين

على المدعي عليه، ثم قال: حديث وائل بن حجر حديث حسن صحيح "أ.هـ.

وقال عنه الألباني في إرواء العليل ٢٥٧/٨ "صحيح".

وانظر: البدر المنير ٤٤٩/٢، والتلخيص ٢٠٨/٤.

والحضرمي: "هو وائل بن حجر بن سعد بن مسروق، صحابي جليل، وكان من ملوك اليمن،

مات في خلافة معاوية. انظر: التقريب ٣٢٩/٢.

والكندي: هو امرؤ القيس بن عابس، واسمه ربيعة. انظر التلخيص ٢٠٨/٤.

(١) في: ز، ظ "وطلبة" فرجى أد طالب.

(٢) في: ز "رجحته".

(٣) في: ب "وإن".

(٤) في: أ، ب، ظ "وكلام".

(٥) في: أ، ب "الحاكم". وقوله إلى "القاضي" قد يفهم أنها لاتصح عند غيره، وليس مراداً. بل

السيد يسمع الدعوى على رقيقة، وإن لم يكن قاضياً وكذلك المحكم إذا رضى بحكمه، وكذا

الوزير، والأمير، ونحوهما ويستثنى من اشتراط الدعوى عند القاضي صورتان:

وإن^(١) كان مالاً، فهو إما عين، أو دين. إن كان عيناً فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنه، استقل به وإلا فلا بد من الرفع.

وأما الدين، فإن كان من عليه مقراً غير ممتنع من الأداء، فيطالبه ليؤدي وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله، 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. وإن لم يكن كذلك فإما أن يمكن تحصيل الحق منه بالقاضي، أو لا يمكن، إن لم يمكن، بأن كان منكراً، ولا بينة لصاحب الحق، فله أن يأخذ جنس حقه، من ماله، إن ظفر به، ولا يأخذ غير الجنس وهو ظافر بالجنس.

وفي "التهذيب" وجه: أنه يجوز، وإن لم يجد إلا غير الجنس. حكى جماعة من الأصحاب منهم "الفوراني" والإمام وصاحب الكتاب^(٢) في جواز^(٣) الأخذ قولين: أحدهما: المنع، لأنه لا يتمكّن من^(٤) تملكه، وليس له أن يبيع مال غيره لنفسه.

والثاني: الجواز^(٥): وهو الذي أورده عامة الأصحاب، لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً قالت: يارسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سراً، وهو لا يعلم، فهل عليّ في ذلك شيء؟ فقال النبي: ﷺ: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(٦) جوز لها الأخذ من غير فرق بين الجنس وغير الجنس.

= إحداهما: قتل من لا وارث له أو قذفه إذ الحق فيه للمسلمين. فيقتل بشهادة الحسبة، ولا يحتاج إلى دعوى الحسبة، بل في سماعها خلاف.
ثانيهما: قتل قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه لا يشترط فيه دعوى، لأنه لا يتوقف على طلب" أ.هـ. مغني المحتاج ٤/٤٦١.

(١) في: ز "فإن".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٦٠.

(٣) في: ز "جواز".

(٤) "من" ليست في: أ.

(٥) وهو المذهب. انظر: المهذب ٢/٣٩٦، والروضة ٣/١٢، ومغني المحتاج ٤/٤٦٣.

(٦) الحديث سبق تخريجه ص ٤٨، باب "القضاء على الغائب".

وقال أبو حنيفة: يأخذ جنس حقه، ولا يأخذ غير الجنس إلا أن يكون حقه الدراهم، فيأخذ الدينارين، وبالعكس.

وعن أحمد: أنه لا يأخذ الجنس، ولا غير الجنس^(١)، وهذه رواية عن مالك. والأشهر عنه: أنه إن لم يكن على المديون دينٌ آخر، فله أخذه، وإن كان فلا يأخذ إلا قدر حصته.

وإن^(٢) أمكن تحصيل الحق بالقاضي، بأن كان مقراً، لكنه يمتنع عن^(٣) الأداء، أو كان منكراً وللمستحق بينة، فهل يستقل بالأخذ أم تجب المرافعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع، من الاستقلال، كما لو أمكنه تحصيل الحق بالمطالبة، والتقاضي. ومن قال بهذا: قال: لو كان منكراً، ولا بينة، لكن صاحب الحق يرجو إقراره، لو أحضره عنده القاضي، وعرض عليه اليمين وجب إحضاره أيضاً.

وأصحهما: على ما ذكر القاضيان أبو الطيب، والرويانى: ويحكى عن أبي إسحاق، وابن أبي هريرة: أنه يجوز الاستقلال لحديث هند، فإنه ﷺ لم يأمرها بالمرافعة، لأن في المرافعة مؤنة ومشقة، وتضيع زمان، والمذكور في الكتاب هو الوجه^(٤) الأول.

وقوله: "وإن تعذر رفعه يتعززه، أو تواريه، فإن ظفر بجنس حقه، فله أخذه" والحكم على ما ذكره منوط يتعذر رفع الخصم إلى القاضي.

وعلى هذا فالغائب كالمتعزر، والمتواري، وكذلك هو في كلام الإمام وناط صاحب "التهذيب" وغيره الحكم بتعذر تحصيل الحق لا يتعذر رفع الخصم، وقضيته، أن يكون الغائب، والمتواري، والمتعزر، كالحاضر المقر، لإمكان تحصيل الحق منهم، بإقامة البينة عند القاضي، ولا بأس لو أعلم قوله "فله أخذه" بالميم، والألف، لما سبق. والله أعلم.

(١) "ولا غير الجنس" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ظ "فإن".

(٣) في: ب، ظ "من".

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٦٠، والعزیز ١٣/١٤٧ هامش ٦، والروضة ٣/١٢ حيث قال: "جاز الأخذ

على المذهب وبه قطع الجمهور".

[فيما إذا لم يصل إلى ماله إلا بكسر الباب ونحو ذلك]

قال [الغزالي]: فإن^(١) قلنا: يأخذ فيرفعه إلى القاضي حتى يبيع في حقه بعد إقامة البينة على أنه يستحق المال، وقيل: إنه يستقل بالبيع بجنس حقه. وقيل: بل يتملك من العين بمقدار حقه. ولو تلف قبل البيع، والتملك، فهو من ضمانه، وإن لم يبادر إلى البيع حتى نقصت القيمة، فهو محسوب عليه، وإن لم^(٢) يظفر إلا بمتاع^(٣) يساوي أكثر من حقه، لم يضمن الزيادة إن^(٤) تلفت، لأنه معذور في أخذه، حتى لو نقب الجدار، ليأخذه، فليس عليه أرش^(٥) النقب.

وفيه وجه: أنه يضمن الزيادة، ولو كان حقه دراهم صحاحاً، فأخذ المكسرة، ورضي بها جاز، ولو كان بالعكس، لم يجز إلا أن يبيع بالدنانير، ويشترى^(٥) به جنس حقه. ولو جحد من عليه الحق، وله على المستحق مثله، جاز أن يجحد أيضاً، ولم يحصل التقاص للضرورة).

[قال الرافعي]: مهما جاز للمستحق أن يأخذ مال من عليه، فلو لم يصل إلى المال إلا بكسر الباب، ونقب الدار مكن منه ليصل إلى حقه، ولا يضمن ما فوته، كمن لم يقدر على دفع الصائل. إلا بإتلاف ماله / فأتلفه لا يضمن .

ز/٥٤٨

ونقل بعضهم وجهاً أنه يضمن، ثم إذا كان المأخوذ من جنس الحق فله تملكه، وإن لم يكن من جنسه، لم يكن له التملك.

وحكى الإمام: وجهاً أنه يتملك منه بقدر حقه، ويستقل بالمعاوضة، كما يستقل بالتعيين عند أخذ الجنس.

والمشهور الأول^(٦).

(١) في: ب "وإن".

(٢) في: ز "وإن لم يعلم" وهو خطأ.

(٣) "بمتاع" ليست في: أ.

(٤) في: ب "وإن تلف".

(٥) في: ز "فيشترى".

(٦) وهو المذهب. وانظر: الروضة ٤/١٢، ومغني المحتاج ٤/٤٦٣.

وما الذي يُفعل به؟^(١) أيرفعه إلى القاضي ليبيعه ويستقل بيعه؟ فيه وجهان.

ويقال قولان:

أحدهما: أنه يرفع الأمر إليه، وإلا فكيف يلي التصرف في مال غيره لنفسه.

والثاني: أنّ له أن يبيعه بنفسه، وامتناع من عليه^(٢) يسلطه على البيع، كما يسلطه^(٣) على الأخذ، وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح الأول. إلا أن العراقيين والقاضي الروياني، وأبا الحسين العبادي: ذكروا أن الأصح الثاني: وبه أجاب صاحب "التهذيب" لكن فيما إذا كان القاضي جاهلاً بالحال، ولا بينة للأخذ.

وأما إذا كان القاضي عالماً، فظاهر المذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه، وبني الشيخ أبو محمد في "السلسلة"^(٤) الخلاف في المسألة على الخلاف في أن ملتقط اللقيط، إذا وجد معه مالاً مشدوداً على ثوبه، وأراد إنفاقه عليه، هل يرفع الأمر إلى القاضي أم يستقل به؟ هكذا وضع الخلاف في الإنفاق. ويحكى مثل هذا عن القفال، لكن المذكور في باب "اللقيط"^(٥) أنه لا يستقل بالإنفاق من^(٦) غير التعرض لخلاف فيه، وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ؟

فإن ألزمتنا^(٧) الآخذ رفع الأمر إلى القاضي، فهل للقاضي أن يأخذ له في بيعه، أو يقوضه إلى غيره؟ وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني فيه وجهين. والأشبه الأول. وكيف طريقه عند الرفع؟ ذكر في الكتاب، أن القاضي يبيعه عليه، بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يُبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة. وقيل: يواطئ رجلاً

(١) "به" ليست في: ز.

(٢) "عليه" ليست في: أ.

(٣) في: "يسلط".

(٤) من هنا سقط بنسخة "ب" ما يقرب من لوحيتين.

(٥) انظر: الوجيز ٢٥٥/١، والروضة ٤٢٧/٥.

حيث قال النووي ":- وجهان: أحدهما لا وأوجهما: الاستقلال ثم قال: قلت.

«رجح الإمام الرافعي أيضاً في المحرر هذا الثاني» والله أعلم.

انظر أيضاً: الروضة ٤/١٢.

(٦) في: ز "عليه".

(٧) في: أ "ألزمتنا".

يقر له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقر له الآخذ بالمال حتى يبيعه القاضي، وهذا إرشادٌ إلى الكذب من الطرفين، ويضعف التفريع على وجوب الرفع، ويقوي وجه الاستدلال بالبيع، ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد، فيباع المأخوذ به، وإن لم يكن، فإن ظفر بثوبٍ والدين حنطةً، فيباع الثوب بنقد البلد، ويشتري به حنطةً.

وحكى الإمام عن محققي^(١) الأصحاب: أنه يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب، ولا يوسط النقد بينهما، وقد سبق نظيره.

وهل يكون المأخوذ مضموناً على الآخذ، حتى إذا تلف قبل البيع والتملك، تلف في ضمانه؟ فيه^(٢) وجهان، في وجه: نعم، لأنه أخذه لغرض نفسه فأشبهه المستام، بل أولى، فإن المالك لم يأخذ فيه، ولأن المضطر إذا أخذ ثوب الغير لدفع الحر، وتلف في يده يضمن، فكذلك هاهنا، وفي آخر: لا، لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل به إلى الحق، فأشبهه الرهن.

وإذن الشرع في الآخذ يقوم مقام إذن المالك. وهذا أصح عند القاضي الروياني، والأول: أقوى في المعنى، وهو الذي أورده الصيدلاني والإمام وصاحب الكتاب، وإيانا^(٣).

وإذا قيل به ينبغي أن يادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان. وإذا فرض^{في} القيمة انخفاضاً وارتفاعاً وتلف، فهي مضمونة عليه بالأكثر، كذلك ذكره في "التهذيب".

ولو أنفق رد العين، لم يضمن نقصان القيمة، كالغاصب. ولو باعه وتملك ثمنه، ثم وفر^(٤) المستحق دينه عليه، ففيما^(٥) علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك، بغير جنس المغصوب، من المال الغاصب، وأخذه وباعه، ثم رد

(١) في: أ "تحقق".

(٢) في: ز "فيه".

(٣) "إيانا" ليست في: ز. وانظر: الوجيز ٢/٢٦٠.

(٤) في: ب "وفى".

(٥) في: أ "ومما".

الغاصب المغصوب، كأن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه، وباعه، لكن أخذ المستحق وبيعه وتملكه بالثمن^(١)، نازل منزلة دفع المستحق عليه. وما دام المغصوب باقياً فهو المستحق، والقيمة تؤخذ للحيلولة، فإذا رد العين فترد القيمة، كما لو دفع القيمة بنفسه، وهاهنا المستحق الدين فإذا باع، وأخذ الثمن^(٢) بحقه، فما ينبغي أن يرد شيئاً، ولا أن يوفر عليه بعد ذلك شيء. والله أعلم.

وليس له الانتفاع بالعين المأخوذة، فإن امتنع، فعليه أجره المثل.

ثم في الفصل صور:

إحداها: لا يأخذ المستحق أكثر من حقه، إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد، الصورة الأولى لا يأخذ المستحق أكثر من حقه^(٤).
فالزيادة مضمونة عليه، وإن^(٣) لم يمكنه، بأن لم يظفر إلا بمتاع تزيد قيمته على حقه^(٤).
فإن قلنا: لو كان المأخوذ قدر حقه، كان مضموناً عليه، ففي الزيادة وجهان:

أحدهما: أنها مضمونة، كالأصل.

وأرجحها: على ما يقتضيه نظم الكتاب: المنع، لأنه لم يأخذه بحقه، وهو معذور في أخذه، وإن قلنا: إن المأخوذ بقدر الحق لا يضمن، فكذلك الزيادة. وإن كان المأخوذ أكثر من الحق، فإن كان مما يتجزأ^(٥) باع منه بقدر حقه.

ويسعى^(٦) في رد الباقي إليه بهبة، ونحوها، وإن كان مما لا يتجزأ، فإن قدر على بيع البعض مما هو حصته لو بيع الكل، باعه، وسعى في رد الباقي إليه على ما ذكرنا. وإن لم يقدر عليه، باع الكل، وأخذ من ثمنه قدر حقه، ويحفظ الباقي إلى أن يرده عليه على ما ذكره ابن الصباغ، والقاضي الروياني.

(١) في: أ، ب "الثمن".

(٢) "الثمن بحقه" ليست في: أ.

(٣) في: أ "فإن".

(٤) انظر: هامش العزيز ١٥١/٣، والروضة ٥/١٢.

(٥) في: أ "يتحرى".

(٦) في: أ، ب "وينبغي".

الثانية: لو كان حقه دراهم صحاحاً، وظفر بالمكسرة، فله أن يأخذها ويتملكها الصورة الثانية
لو كان حقه
دراهم صحاحاً
فله أخذها بحقه، وإن استحق المكسرة، وظفر بالصحاح، حكى الإمام فيه طريقين.

أحدهما: جواز الأخذ لاتحاد الجنس. والثاني: أنه على الخلاف المذكور، فيما إذا
ظفر بغير الجنس، لاختلاف الغرض، باختلاف الصفات، كاختلافه باختلاف الأجزاء.
فإذا أخذها لم يكن له أن يتملكها، ولا يشتري بها المكسرة /، لا مع التفاضل، لما فيه من ٥٤٩/ز
الربا، ولا بصفه التساوي، لاختلاف المالية، والإجحاف بالمأخوذ منه، ولكن يبيع
صحاح الدراهم بالدنانير ثم^(١) يشتري بها الدراهم المكسرة، ويتملكها.

الثالثة: شخصان ثبت لكل واحدٍ منهما على الآخر مثل ما للآخر عليه، ففي الصورة الثانية
لو كان حقه
دراهم صحاحاً
فله أخذها حصول التقاص، أقوال^(٢) معروفة، أوردها صاحب الكتاب في كتاب الكتابة^(٣).

فإن قلنا: لا يحصل التقاص، ووجد أحدهما حق الآخر، فهل للآخر أن يجحد
حقه؟.

قال في "الوسيط" فيه وجهان: يلتفتان إلى الظفر بغير جنس الحق^(٤)، فإن
اختلاف الدينين^(٥) بمثابة اختلاف الجنس، كما ذكرنا في اختلاف المالين في الصحة،
والتكسر^(٦)، والمذكور في الكتاب أن له أن يجحد، ويحصل التقاص للضرورة، وهو
موافق لما مر في تجويز الأخذ عند الظفر بغير الجنس. ومواضع العلامات من الفصل
لا تخفى.

فرع: كما يجوز^(٧) الأخذ من مال الغريم الجاحد، أو المماطل^(٨)، يجوز الأخذ من

(١) "ثم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) وهي أربعة: "أظهرها: التقاص . . .".

انظر: الوجيز ٢/٢٩٢، والروضة ١٢/٢٧٣.

(٣) في: ز "المكاتب".

(٤) انظر: ٤٠٢/٧، "والأصح أنه يجوز له أن يجحد صاحبه حقه" ذكره في الروضة ١٢/٦.

(٥) في: ز "الذمتين" وانظر هامش ٤ على العزيز ١٣/١٥٢.

(٦) في: ب، ز "التكسير".

(٧) في: ز "لا يجوز" وهو خطأ.

(٨) في: ب، ز، ظ "المطول".

مال غريمه، كما إذا كان لزيد على عمرو دينٌ، وعمرو على بكرٍ مثله، يجوز لزيد أن يأخذ مال بكرٍ بماله، على عمرو، ولا يمنع^(١) من ذلك رد عمرو، وإقرار بكر له، ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو^(٢).

آخر: جحد دينه، وله عليه صك بدين آخر، قد قبضه، وشهود الصك لا يعلمون القبض. قال القاضي أبو سعد: يدعي ذلك، ويقيم البينة ويقبضه بدينه الآخر. وفي فتاوى القفال: أنه ليس له إقامة أولئك الشهود، لأنهم لو شهدوا، وقال المدعى عليه: إنني قبضت ماشهدوا به واستحلفه، لم يكن له أن يحلف، وذلك يدل على أن ما يشهدون به غير ما يدعيه والله أعلم.

[الفصل الثاني في المسألة الثانية من الدعوى: في معرفة المدعي والمدعى عليه]

قال [الغزالي]: الثانية: في حد المدعي، وفيه قولان: أحدهما: أنه الذي يُخلى^(٣) وسكوته.

والثاني: أنه الذي يدعي أمراً خفياً على خلاف الظاهر. ولو^(٤) أسلما قبل المسيس فقال: أسلما معاً، والنكاح دائم، وقالت بل على التعاقب، فالزوج هو الذي لا يُخلى وسكوته، لكن المرأة هي التي تدعي أمراً ظاهراً، فإنَّ تَسَاوُقَ الإسلام بعيداً. فالقول قول من؟ يُخَرِّجُ على القولين، وأما المودع إذا ادعى رد الوديعة، صدق يمينه للرخصة^(٥)، لأنه اعترف له بالأمانة.

[قال الرافعي]: عرفنا بالخبر أن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، واستنبط سببه، فقيل: جانب المنكر أقوى لموافقته الظاهر، والبينة أقوى من اليمين، لبراءتها عن تهمة جلب النفع، فجعلت البينة على المدعي لتجبر^(٦) قوة الحجة ضعف

(١) في: ب، ظ "لا يمنع".

(٢) انظر: العزيز ١٥٢/١٣ بهامش ٦.

(٣) في: أ "بحق".

(٤) في: ز "فلو".

(٥) في: أ "للحاجة المرخصة".

(٦) في: أ "لتجبره".

الجنينة^(١) ومُنِع^(٢) من المنكر بالحجة الضعيفة لقوة جنيته.

وهذه القاعدة تحوج إلى معرفة المدعي، والمدعى عليه، ليطلب هذا بحجته وهذا بحجته إذا تخاصما، فجعل صاحب الكتاب المسألة الثانية في حد المدعي، والمدعى عليه، وفيه قولان:

أحدهما: أن المدعي من المتخاصمين، هو الذي لو سكت خُلِّي، ولم^(٣) يطالب بشئ، والمدعى عليه من لا يُخَلِّي، ولا يقنع منه بالسكوت.

والثاني: أن المدعي من يذكر أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه: من يوافق^(٤) قوله: الظاهر.

فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو، وأوعينا في يده، وأنكر، فزيد هو الذي لو سكت تُرِكَ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده عن حق الغير.

وعمر هو الذي لا يترك، وسكوته، ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدع بموجب العبارتين، وعمر مدعى عليه، ولا يختلف موجههما في الأغلب، وقد يختلف كما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس، واختلفاً، فقال الزوج أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ بيننا. وقالت المرأة: بل على التعاقب، ولا نكاح بيننا، فإن قلنا المدعي^(٥) من لو سكت ترك. فالمرأة المدعية، والزوج مدعى عليه، لأنه لا يترك، لو سكت، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف، ويحكم باستمرار النكاح إذا حلف.

وإن قلنا: إن المدعى من يخالف قوله الظاهر^(٦)، فالزوج هو المدعى، لأن التساوق

(١) في: أ "الجبر".

(٢) في: أ "وقنع".

(٣) في: أ "ولو لم".

(٤) في: ز "يخالف".

(٥) في: ب، ظ "إن المدعى".

(٦) في: ز "فالظاهر".

الذي^(١) يزعمه خلاف الظاهر، والمرأة مدعى عليها، لموافقتها الظاهر، فتحلف، وإذا حلفت^(٢)، حُكِمَ بارتفاع النكاح.

ولو قال الزوج: أسلمت قبلي، فلا نكاح، ولا مهر، وقالت^(٣) بل أسلمنا معاً، وهما بحالتهما^(٤)، فقوله^(٥) في "الفراق يلزمه"^(٦).

وأما المهر، فالقول قول الزوج، إن قلنا: المدعى عليه من^(٧) يوافق قوله الظاهر، لأن التعاقب الذي يدعيه، هو الظاهر، وقول المرأة. إن قلنا: المدعى عليه من لا^(٨) يترك، لو سكت، لأنها لا تترك بالسكوت، إذ الزوج يزعم سقوط المهر.

فإذا سكت ولا بينة جعلت ناكلة.

ولو حلف الزوج، وحكم بالسقوط، وقد يوهم إيراد "الفوراني": أن القولين، في حد المدعى، والمدعى عليه، منصوصان. لكن المعتمد المشهور، أنهما مستنيطان من اختلاف قول الشافعي رضي الله عنه في مسألة إسلام الزوجين.

وقد بينه الخلاف في الأصل المبني عليه، والأظهر منهما على ما يشعر به لفظ "المختصر" ويقتضيه كلام أكثر الأصحاب.

وصرح به "الرويانى": أن المدعى من يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافقه. قال الأئمة: والأمناء الذين يصدقونه في الرد يمينهم مدعون، لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفى منهم باليمين، لأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض الملك، وقد أئتمنهم، فلا يحسن تكليفهم بنية على الرد.

بالحسن

(١) "الذي" ليست في: ز.

(٢) في: أ "حلف".

(٣) في: ز "فقلت".

(٤) في: أ "بجالهما".

(٥) في: أ "وقوله".

(٦) في: أ، ز "لم يلزمه" وهو خطأ والصحيح ما أثبتناه. انظر: الروضة ٨/١٢.

(٧) "من" ليست في: أ.

(٨) "لا" ليست في: أ.

وتكَلَّفَ أبو الحسن العبادي فقال: إنهم يدَّعون ما يوافق الظاهر، لأن المالك قد ساعدتهم على الأمانة، حيث استأمنهم فهم يستبقون الأمانة، وهو يزعم ارتفاعها، فكان الظاهر معهم.

قال: وأما على الحد الآخر، فهم المدعى عليهم، لأن المالك هو الذي لو سكت ترك، قال القاضي الروياني، وغيره: قد يكون الشخص مدعياً، ومدعى عليه، في المنازعة الواحدة، كما في صور التحالف. هذا منقول الأصحاب في هذا الموضوع، ووراءه كلمات:

أحدها: يمكن أن يعكس ما ذكره^(١) في الكتاب، ويقال: إن قلنا: إن المدعى من يُترك وسكوته، فالمدعي في مسألة اختلاف الزوجين، إنما هو الزوج، لأن النكاح حقه، فلو تركها، ولم يطالبها، تُرك وهي لا تترك لو سكتت، واعتزضت، وإن قلنا: إن المدعي من يخالف الظاهر، فهي المدعية، لأنها تزعم ارتفاع النكاح، والظاهر دوامه.

والثانية: ما المعنى بالظاهر في قولنا: "إن المدعي من يخالف الظاهر، أيعني به مطلق ما يدل عليه ذلك، أم يعني الظن الأرجح، والأغلب، أم استصحاب ما كان من وجود أو عدم؟. إن عيننا الأول لزم أن يكون كل واحدٍ من المتداعيين مدعياً^(٢) أبداً، لأن دليلاً ما يدل على صدق هذا، وآخر يدل على براءة هذا. وإن عيننا الظن الأغلب، والأرجح فهذا يختلف باختلاف^(٣) الأشخاص، والأحوال، والقرائن الواقعة في الحادثة، فتارة يكون الأغلب على الظن، صدق الطالب، وآخرى صدق المنكر، وإن عيننا استصحاب ما كان، فلم نجعل المرأة مدعى عليها، إذا قلنا: إن المدعى عليه من يوافق الظاهر، وهي لا تستصحب شيئاً، بل تترك استصحاب الأصل الذي كان.

والثالثة: لاشك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس معيناً لعينة، وإنما ينبغي استدامة النكاح، وهي تزعم ارتفاعه فيشبهه أن يقال: كل واحدٍ منها مدعى لشيء، فأما الزوج،

(١) في: أ، ب، ظ "ماذكروه من البناء".

(٢) "مدعياً" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "باختلاف" ليست في: أ، ب، ظ.

فإنه في استدامة النكاح، وطلب طاعتها، كطالب مال من غيره، وأما هي فدافعة كمن يقول: إنك أبرأتني، أو إنني أديته.

فإن قلنا: يحلف الزوج، فهو على قياس دعوى الدوافع^(١)، وقد ذكر في "التهذيب" أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف المرأة فيشبه تقوي جانبها بظاهر الحال، وإن كانت مدعية، كما يحلف المودع على الرد والهلاك. وإن كان مدعياً للمعنى الذي سبق.

وهذا طريقٌ يغني عن تخريج القولين على الأصل المذكور.

واعلم أن المراد من قولهم: إن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، أو من يدعي أمراً جلياً، أنه لو أنكروا، ونازع الطالب كان كذلك، لأنه يتوقف كونه مدعى عليه على أن ينكر، وينازعه وقوله في الكتاب "في حق المودع يصدق بيمينه للحاجة"^(٢). وفي بعض النسخ "للرخصة" معناه أنه مستثنى^(٣) من قولنا: إن المدعي يحتاج إلى البينة، فإنه مدع للرد، وسببه ماتقدم، ومسألة اختلاف الزوجين، قد سبق حكمها في النكاح^(٤)، وإنما أعادها ليبين أن الخلاف فيها مبني على الأصل المذكور. والله أعلم.

[في شرط صحة الدعوى]

(قال [الغزالي]: ثم حدّ الدعوى الصحيحة أن تكون معلومة ملزمة، فلو^(٥) قال: لي^(٦) عليه شيء، لم يسمع. ولو قال: وهب مني، أو باع، لم يسمع، حتى يقول: ويلزمه التسليم إلي).

[قال الرافعي] لما تكلم في الدعوى نفسها، أردفه بالكلام في شرط صحتها، وهي أن تكون مسموعة، محوجة إلى الجواب، واعتبر في صحتها وصفين^(٧):

- (١) في: أ "الدافع".
- (٢) في: ز "الحاجة".
- (٣) في: ب، ظ "يستثنى".
- (٤) انظر: الوجيز ١٦/٢، والروضة ١٤٥/٧.
- (٥) في: أ، ب "ولو".
- (٦) "لي" ليست في: ب، ز.
- (٧) في: أ "وصفين ضعيفين".

أحدهما: العلم بالمدعى^(١)، والأصل اعتبار العلم به، كاعتبار العلم بالمشهود به، والمعقود عليه، بالبيع وغيره، وهذا لأن المقصود، فصل الأمر، وإيصال الحق إلى المستحق، وذلك يستدعي العلم.

فإن كانت الدعوى في الأثمان^(٢) فلا بد من ذكر الجنس، والنوع، والقدر قال في "الشامل": وإن اختلف الصحاح والمكسرة، بيّن أنها صحاح، أو مكسرة، ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي، فلا حاجة إلى بيان الوزن، ذكره الشيخ أبو حامد.

وإن كانت في غير الأثمان. نُظِرَ: إن كان يدعي عيناً، وهي ما يضبط بالصفة، كالحبوب والحيوان والثياب^(٣)، فيصفها بصفات السلم، ولا حاجة إلى ذكر القيمة على الأصح^(٤)، وإن كانت العين تالفة، كفى الضبط بالصفات، إن كانت مثلية، ولا حاجة إلى ذكر القيمة، وإن كانت متقومة، فلا بد من ذكر القيمة، لأنها الواجبة عند التلف.

وإن ادعى عليه سيفاً محلي، قال في "الشامل": لا بد من ذكر قيمته، ويقومه بالذهب، إن كان محلي بالفضة، وبالفضة إن كان محلي بالذهب، وإن كان محلي بهما قومه بأحدهما للضرورة^(٥).

وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدعي عشرة دراهم من نقد كذا، قيمتها كذا ديناراً، أو ديناراً من نقد كذا قيمته كذا درهماً، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره^(٦)، وكأنه

(١) في: ز "بالدعوى".

(٢) في: أ "الأيمان".

(٣) في: أ، ب، ظ "البنات".

(٤) انظر: الروضة ٨/١٢، ومغني المحتاج ٤/٤٦٥.

(٥) قال بهامش العزيز ١٣/١٥٦ "المراد بقوله: قومه بأحدهما" يعني بأيهما شاء. وما ذكره من الضرورة مدفوع بأنه يمكن تقويم السيف بما فيه من أحد النقدين بالنقد الآخر، ويقوم النقد الذي لم يصفه إلى تقويم السيف بالنقد المضاف مع سيف، ثم إن سلّم ما قاله فإنما يظهر عند التفاوت في المقدار، أما لو غلب أحدهما فينبغي أن يقوم بالنقد الآخر".

(٦) في: ز "وإن كانت غير".

جواباً على أن الدراهم، والدنانير المغشوشة متقومة^(١)، فإن جعلناها مثلية، فينبغي ألا يشترط التعرض لقيمتها^(٢).

وفي العقار يتعرض للناحية، والبلدة، والمحلة، والسكة، ويبين الحدود، وقد مر بعض هذه التعريفات^(٣) في "باب القضاء على الغائب"^(٤). والمذكور هاهنا أتم وأوفى.

ويستثنى عن اعتبار العلم صور: إحداها: إنما يتصور اعتباره إذا كان المطلوب متعيناً، فأما من حضر ليعين، ويفرض له القاضي، كالمفوضة، تطلب الفرض على قولنا: لا يجب المهر بالعقد، وكالواهب يطلب^(٥) الثواب، إذا قلنا: إن الهبة تقتضيه، ولم يُقدر، الثواب، فلا يتصور منه إعلام وتعيين^(٦).

الثانية: ادعى على إنسان أن مورثه أوصى له بثوب، أو بشيء سمعت الدعوى لأن الوصية تحتمل الجهالة^(٧)، فكذلك دعواها، وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالجهول، بدعوى الوصية بالجهول، ومنهم من تنازع كلامه فيه، وسبب^(٨) الاختلاف، الخلاف في أن دعوى الإقرار بالمال تسمع أم يجب أن يدعي / نفس المال؟.

ز/٥٥١

وكذا^(٩) تصح دعوى الإبراء عن الجهول، إن صححنا الإبراء عن الجهول.

الثالثة: ادعى له طريقاً في ملك الغير، وادعى حق إجراء الماء، فالأشهر فيما حكى القاضي أبوسعده: أنه لا يحتاج إلى إعلام مقدار الطريق، والمجرى، ويكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق، والمجرى، وكذا تصح الشهادة المترتبة

(١) في: أ "مقومة".

(٢) في: أ "قيمتها".

(٣) في: أ "التعريفات".

(٤) انظر ص ٤١٥، والوجيز ٢/٢٤٥، والروضة ١١/١٨٩.

(٥) قوله: "ومن تطلب الفرض ٠٠٠ وكالواهب يطلب" ليست في: ظ.

(٦) انظر: بهامش العزيز ١٣/١٥٧.

(٧) في: ز "لأن الجهالة تحتمل الوصية" وهو غير صحيح.

(٨) في: ز "وكان سبب".

(٩) في: ظ "كذلك".

عليها، وعن أبي علي الثقفي^(١): أنه لا بد من إعلام قدر الطريق، والمجرى قال: وكذا لو باع بيتاً من دارٍ ورسم له طريقاً، ولم يبين قدره: لا يصح.

قال القاضي: والذي عندي: أنه لا يشترط هذا الإعلام في الدعوى لكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق، ومسيل الماء بالذرعان، لأن الشهادة أعلى شأنًا، فإنها تستقل بإيجاب الحكم، بخلاف^(٢) الدعوى. ولو أحضر المدعي قطعة بياض، حرر فيها دعواه. وقال: ادّعي مافيهما، أو ادعي^(٣) ثوباً بالصفات المكتوبة في تلك القطعة، هل يكفي ذلك لصحة الدعوى؟ فيه وجهان^(٤).

الوصف الثاني: كون الدعوى ملزمة، فلو قال: وهب مني كذا، أو باع، لم تسمع دعواه، حتى يقول: ويلزمه التسليم إليّ، لأنه قد يهب ويرجع ويبيع، ويفسخ، هكذا نقل الفوراني، وغيره. وهو المذكور في "الكتاب"^(٥) ويقرب منه ما ذكره القاضي أبوسعده: أنه يقول في دعوى الدين لي في ذمته كذا، وهو ممتنع^(٦) من أدائه الواجب عليه، قال: إنما يتعرض لوجوب الأداء، لأن الدين المؤجل لا يجب أدائه في الحال، وكان هذا فيما إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعى، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى^(٧) دفع المنازعة، فلا يشترط التعرض لوجوب التسليم.

وذكر في "الشامل" أنه لو قال: هذه الدار لي، وأنه يمنعني منها، تصح الدعوى، ولا يشترط أن يقول: إنها في يده، لأنه يجوز أن ينازعه، وإن لم تكن في يده^(٨).

-
- (١) هو: محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن الثقفي النيسابوري أبو علي، فقيه زاهد، واعظ، ولد سنة أربع وأربعين ومائتين، وتوفي في جمادى الأولى سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة. انظر ترجمته: طبقات الشافعية للسبكي ١٩٢/٣، وشذرات الذهب ٣١٥/٢، وطبقات الشافعية لابن هداية، ص ٦٠.
- (٢) "بخلاف" ليست في: أ.
- (٣) في: أ، ب، ظ "وادعي".
- (٤) انظر: هامش العزيز ١٥٨/١٣.
- (٥) انظر: الوجيز ٢٦٠/٢.
- (٦) في: أ "يمنع".
- (٧) "بالدعوى" ليست في: أ.
- (٨) انظر: بهامش العزيز ١٥٨/١٣.

وإذا ادعى ولم يقل للقاضي مرة بالخروج عن حقي، أو سله جواب دعواي،
فهل يطالبه القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم للعلم بأنه الغرض من الحضور، وإنشاء الدعوى، وهذا أظهر عند
ابن الصباغ^(١).

والثاني: لا، لأنه حقه فلا يستوفى إلا بسؤاله، واقتراحه كاليمين. وهذا مذهب
أبي حنيفة. فيما حكى القاضي^(٢) أبوسعده، وذكر أنه الأصح، وأن أصل الوجهين
المعاطاة في البيع، والخلاف في أنه إذا جلس بين يدي حلاق، ليحلق^(٣) رأسه، فحلق، هل
يستحق الأجرة؟.

وعلى الثاني: فطلب^(٤) الجواب أيضاً، شرطاً في صحة الدعوى، وسواء شرطنا
هذا الاقتراح من المدعي، أو لم نشترطه^(٥)، لكنه اقترحه^(٦)، فيمكن أن يقال: يعني ذلك
عن قوله: "ويلزمه التسليم إلي". وإن من شرط التعرض له، شرطه جواباً على أنه
لا يشترط الاقتراح المذكور من المدعي^(٧).

فرع: لا يشترط لسماع الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة، أو معاملة، ولا فرق فيه
بين طبقات الناس، وعن مالك: أنه لا تستمع دعوى الدني على الشريف، إذا لم يعرف
بينهما سبب.

وعن الإصطخري: أنه إذا شهدت قرائن الحال بكذب المدعي، لم يلتفت إلى
دعواه، مثل أن يدعى الدني استئجار الأمير، أو الفقيه، لعلف دوابه، وكنس بيته، ومثل
دعوى المعروف بالتعنت، وجر ذوي الأقدار إلى مجالس^(٨) القضاة، واستحلافهم ليفتدوا

(١) وهو المذهب. انظر: الروضة ١٢/١٠، ومغني المحتاج ٤/٤٦٨.

(٢) في: ز "حكاه".

(٣) "ليحلق رأسه" ليست في: ب.

(٤) في: أ، ب، ظ "يطلب".

(٥) في: أ، ب "نشرط".

(٦) في: أ "اقتراح"، وفي ز "اقترح".

(٧) في: ب "الدعوى".

(٨) في: ب "مجلس".

بشيء.

آخر: ادعى^(١) مالا معلوماً على إنسان، وأقام^(٢) شاهدين على إقراره بشيءٍ أو قالوا: نعلم أن له عليه مالا، ولا نعلم قدره^(٣)، فهل تسمع شهادتهما، هكذا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه، كما لو أقر^{لا يجيبهم}.

وأشبههما: المنع، لأن من شأن البينة أن تبين، وليست كالإقرار إذ يشترط فيها مالا يشترط في الإقرار.

حكى الوجهين صاحب "التهذيب" في باب "الإقرار"، وذكرهما غيره أيضاً.

وعلى الخلاف ما إذا شهد على^(٤) غصب عبدٍ، أو ثوبٍ، ولم يصفاه^(٥).

ثالث: عن فتاوى القفال: ادعى عليه دراهم مجهولة، لا يسمع القاضي دعواه، ويقول له: بين الأقل الذي تتحققه.

وإن ادعى ثوباً، ولم يصفه أصلاً لم يُصغ إليه، فإن قال: هو كرباس^(٦)، ولم يصفه أمره أن يأخذ بالأقل، وفي هذا أولاً إرشادٌ وضرب تلقين ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب المدعى عينه، لا وجه له.

[الفصل الثالث: في المسألة الثالثة من مسائل الدعوى: لو قامت حجة على المدعى عليه]

(قال [الغزالي]: الثالثة: لو^(٧) قامت عليه البينة، فليس له أن يحلف المدعى ما لم

(١) في: أ "دعى".

(٢) في: أ "وأقام بينة شاهدين".

(٣) في: أ، ظ "قدرها".

(٤) "على" ليست في: أ.

(٥) وانظر: هامش العزيز ١٣/١٥٩.

(٦) "الكرباس" بكسر الكاف: الثوب الخشن، فارسيٌّ معرب. والجمع: كرايسس. انظر: المصباح

٥٢٩/١.

(٧) في: أ "من".

يقدم دعوى صحيحة، كبيع، وإبراء، فلو ادعى فسق الشهود، وعلم الخصم به، فهل يحلفه؟ فيه وجهان، وكذا لو ادعى أنه أقر لي؟، لأن الإقرار ليس عين الحق، وكذا إذا ادعى من توجه عليه اليمين بأنه قد حلف مرة، وأراد يمينه، ففي كل ذلك وجهان، فإنه ليس بعين الحق، لكن^(١) ينفع في الحق، ولا خلاف أنه ليس له تحليف الشاهد، والقاضي، وإن كان ينفع تكذيبهم أنفسهم).

[قال الرافعي]: لو قامت البينة على المدعى عليه، فطلب من القاضي تحليف المدعي على استحقاق ما يدعيه، لم يجبه إليه، لأنه تكليف حجة بعدم قيام حجة^(٢)، ولأنه كالطعن في الشهود.

وإن ادعى ابراءً، أو أداءً في الدين، أو بيعاً، أو هبة، وإقباضاً في العين، نظر: إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد إقامة البينة، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا لم يلتفت إلى قوله.

وإن ادعى جريانه قبل أن يشهد^(٣) الشهود، فإن لم يحكم القاضي بعد حلف المدعي على نفيه، وإن حكم فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك، لاحتمال ما يدعيه، وجواز اعتماد الشهود ظاهر الحال.

والثاني: المنع لثبوت المال عليه بالقضاء.

وذكر في "التهذيب" أن هذا أصح، ويمكن أن يبنى على هذين الوجهين الخلاف في أن تحليف المدعي على الغائب، مستحب، أو واجب؟
إن قلنا: تسمع دعواه بعد الحكم، فهو مستحب.

وإن قلنا: لاتسمع فواجب، كيلا يفوت بالحكم عليه الدعوى، وبالتحليف أن لايجعل الغيبة عذراً مانعاً من الفوات.

(١) في: أ "ولكن".

(٢) في: أ "حجته".

(٣) في: أ، ز "شهد".

ولو قال المدعى عليه: أن الشهود فسقة، أو كذبة، وزعم أن الخصم عالم بذلك، فهل له تحليفه على أنه لا يعلم؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه لو أقر به لبطلت^(١) شهادتهم.

والثاني: لا ويكتفي بظاهر العدالة، وتعديل المزكين، وطرد هذا الخلاف في كل صورة ادعى مالو أقر الخصم^(٢) به لنفعه، لكن لم يكن للمدعي عين حق له، كما لو قال المدعى عليه في الجواب: إنه أقر لي بما يدعيه، وكما إذا ادعى على إنسان أنك أقررت لي بكذا، وما إذا توجهت اليمين عليه، فقال: إن المدعي قد حلفني مرة، وأراد تحليفه، وفيما إذا قذف إنساناً، فأريد منه الحد، فادعى^(٣) زنا المقذوف^(٤)، وأراد تحليفه، ففي وجه: لا يسمع شيء من ذلك، ولا يمكن من التحليف، ويشبه أن يكون الأظهر الثاني^(٥). ليصدق الخصم فينتفع به، أو ينكل فيحلف، ويؤيده ما مر^(٦) من قول الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة، وإن جواب الأكثرين^(٧) في مسألة القذف أنه يحلف المقذوف على أنه لم يزن، وإن كان المقذوف ميتاً، وأراد القاذف تحليف الوارث على أنه لا يعلم زنا مورثه. فكذلك يحلف، وهذه الصورة تحكى عن نص الشافعي - رضي الله عنه - لكن ذكر^(٨) صاحب "التهذيب" فيما إذا ادعى فسق الشهود، أو كذبهم، أن الأصح: أنه لا يحلف المدعي. والله أعلم.

وأما تحليف القاضي، والشاهد فلا يجوز، وإن كان ينفع^(٩) تكذيبهما أنفسهما، لما مر أن منصبهما يأبى التحليف^(١٠).

(١) في: أ "بطل".

(٢) في: ب، ج "به الخصم".

(٣) في: ب "وادعى".

(٤) في: أ، ظ "المقذوف زنا". وفي ب "وادعى أن المقذوف زنا".

(٥) أي: "التحليف". انظر: الروضة ١٢/١٢.

(٦) أي في ص ٧٢١. وانظر: الروضة ٩/١٢.

(٧) في: ب "الأكثر".

(٨) في: ب "ذكره".

(٩) في: أ "ينتفع بكذبهما".

(١٠) "فلا يجوز قطعاً، لارتفاع منصبهما" ذكره في الروضة ١٢/١٢.

وقد يقال: الضبط الذي ذكره لصور الوجهين، يقتضي اطرادهما فيما إذا ادعى الأداء، لأنه ليس الأداء^(١) في نفسه حقاً له، لكن ينفعه في اندفاع المدعى عنه. والله أعلم.

[الفصل الرابع: في المسألة الرابعة من مسائل الدعوى: من قامت عليه البينة فطلب المهلة]

قال [الغزالي]: الرابعة لو قال: من قامت عليه البينة: أمهلوني فلي بينة دافعة، أمهل ثلاثة أيام، وقيل: يومٌ واحدٌ. ولو قال: أبرأني فحلفوه يحلف قبل أن يستوفي.

ولو قال: أبرأني موكلك، وكذبه استوفى في الحال.

ولو قال: أبرأني عن الدعوى فهذا لا يسمع إذ لا معنى للإبراء عن الدعوى).

[قال الراعي]: إذا قامت البينة على المدعى عليه، وادعى أن المدعي باع منه العين المدعاة^(٢) أو باعها من بائعه، أو ادعى أنه أبرأ عن الدين المدعى، وأنكر المدعي^(٣)، فلا يخفى أن القول قوله، وإن المدعى عليه مدع فيما يذكره، محتاج إلى البينة، فإن استمهل ليأتي^(٤) بالبينة، أمهل ثلاثة أيام، لأن هذه مدة قريبة، لا يعظم الضرر فيها، ومقيم البينة يحتاج إلى مثلها، لاستيثاق الشهود، والفحص عن غيبتهم، وحضورهم واستحضار الغائب منهم.

وقد ذكرنا في باب "القضاء على الغائب"^(٥) نحو ذلك. وعن القاضي الحسين^(٦): وجه آخر: أنه لا يمهّل أكثر من يوم واحدٍ. وهذا يقتضي أن يعلم قوله في ذلك الباب "ويمهل ثلاثة أيام" بالواو.

(١) في: أ "للأداء ٠٠٠ حق له".

(٢) في: ز "العين المدعاة منه".

(٣) "وأنكر المدعى" ليست في: أ. و "المدعي" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ "الثاني".

(٥) وانظر: الوجيز ٢/٢٤٦، والروضة ١١/١٩٤ و ١٩٥.

(٦) "الحسين" ليست في: ز.

ولو ادعى الإبراء، ولم يأت بيينة، وقال^(١): حلفوه أنه لم يبرئني، فيجاب إليه، ولا يكلف توفية الدين أولاً. وعن القاضي وجه: أنه يستوفى منه الدين أولاً، ثم إن شاء حلف، فإنها^(٢) دعوى جديدة. والظاهر الأول، وليس كما إذا قال لوكيل المدعي^(٣): أبرأني موكلك حيث يستوفى الحق منه، ولا يؤخر إلى حضور الموكل، وحلفه لعظم الضرر في التأخير، وهاهنا التحليف متيسر في الحال، وكان^(٤) التعرض لدعوى إبراء الموكل هاهنا الإشارة إلى الفرق، وإلا فقد ذكر المسألة مرة في القضاء على الغائب^(٥).

ولو قال: أبرأني عن هذه الدعوى، فهل^(٦) يسمع، ويحلف المدعي؟ فيه وجهان عن الإصطخري.

أحدهما: نعم، ويحلف أنه لم يبرئ.

والثاني: المنع، لأن الإبراء عن نفس الدعوى، لا معنى له إلا بتصوير صلح عن الإنكار، وأنه باطل، وهذا ما أورده في الكتاب، واختاره القفال.

وادعى الروياني في "التجربة"^(٧) أن المذهب الأول، ووجهه بأنه لو أقر أنه لادعوى له عليه برئ.

فرع: مدعي الدفع إن قال: قضيت، أو أبرأني، فذاك، وإن أطلق، فقال: لي بيينة دافعة، كما هو لفظ الكتاب، فيشبه أن يستفسر^(٨)، لأنه قد يتوهم مالميس بدافع دافعاً، إلا أن يعرف فقهه، ومعرفته، وإذا عين جهة، ولم يأت بالبيينة عليها، وادعى عند انقضاء مدة المهلة، جهة أخرى واستمهل، فما ينبغي أن يجاب، وإن ادعى في المدة، أو في آخرها

(١) في: أ "وقالوا".

(٢) في: أ، ب، ظ "فإنه".

(٣) في: أ "الوكيل للمدعي" وفي ز "للكيل المدعي".

(٤) في: ز "فإن".

(٥) وانظر: الوجيز ٢/٢٤٣، والروضة ١١/١٧٦.

(٦) في: أ "يحلف ويسمع".

(٧) في: ز "البحر".

(٨) في: أ "يستسر". وفي ظ: "يستقر".

جهة أخرى وأقام البينة عليها، وجب أن تُسمع^(١).

[الفصل الخامس: في المسألة الخامسة: في دعوى النكاح والبيع، وسائر العقود]

(قال [الغزالي]: الخامسة: ينبغي^(٢) أن يدعي في النكاح أنه تزوجها بولي

وشاهدي عدل، ورضاها، فإن أطلق فالنص أنه لا يسمع، وفي البيع يسمع.

وقيل: قولان، بالنقل والتخريج. ولو قال: هي زوجتي كفاه الإطلاق على

الصحيح، ودعوى القصاص لا بد من تفصيلها، ولا بد من أن يدعي بيعاً صحيحاً،

فيذكر الصحة).

[قال الرافي]: الدعوى أنواع منها: دعوى الدّم، ولا بد فيها من التفصيل على

ما هو مبين في القسامة^(٣).

ومنها: دعوى النكاح، والبيع، وسائر العقود.

قال الشافعي رضي الله عنه: "ولو ادعى أنه نكح امرأة، لم أقبل منه حتى يقول:

نكحتها بولي وشاهدي عدل"^(٤) والأصحاب فيه مختلفون / ، فمنهم من اكتفى في ٥٥٣/ز

دعوى النكاح بالإطلاق، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل، كما يُكتفى في دعوى

استحقاق المال بالإطلاق، وكما أنه لا يجب في دعوى النكاح التعرض لعدم الموانع

كالردة، والعدة، والرضاع، وحمل هؤلاء نصه على الاستحباب، والتأكيد.

ومنهم من قال: إن ادعى ابتداء النكاح، وجب التفصيل، وإن ادعى دوامه لم

يجب، لأن الشروط لا تعتبر في الدوام، وبه قال: أبو علي الطبري.

وأخذت عامة الأصحاب بظاهر النص، وأوجبوا التفصيل، والتعرض للشروط،

سواءً كان المدعي ابتداء نكاح، أو دوامه، لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط، كأمر^(٥)

(١) في: ظ "يستمع".

(٢) "ينبغي" ليست في: أ.

(٣) انظر: الوجيز ١٦٢/٢، والعزیز ١٢/١١ وما بعدها.

(٤) انظر: المختصر ص ٣١٤، وتنمة المسألة " ٠٠٠ ورضاها، فإن حلفت برئت، وإن نكلت حلف،

وقضي له بأنها زوجة له". وانظر: الحاوي ٣٣٣/٢١.

(٥) في: أ "كما".

الدماء، والوطء المستوفى لا يتدارك كالدّم المهرق^(١).

وأما استشهاد الأولين بدعوى استحقاق المال، فإن كان المدعي نفس المال، فإنما اكتفى بالإطلاق، لأن الأسباب التي يستحق بها المال، تكثر، وتتكرر، وفي ضبط الأقدار الحاصلة بتلك الأسباب حرج^(٢) شديد، فأغنى عنه، بخلاف النكاح.

وإن كان المدعي عقداً يرد على المال، كالبيع، والهبة، والإجارة فثلاثة أوجه: أحدها: وينسب إلى ابن سريج، أنه لا بد من التفصيل، والتعرض للشرائط كالنكاح.

والثاني: الفرق بين أن يتعلق العقد بجزائية، فيجب التفصيل احتياطاً للوضع. وبين أن يتعلق بغيرها، فلا يجب.

والثالث: وهو الأصح^(٣): أنه لا حاجة إلى التفصيل، لأن المقصود المال، والعقود المالية أخف حكماً^(٤) من عقد النكاح، ولذلك لا يشترط فيها الأشهاد، وإن تعلق العقد بجزائية، والنكاح بخلافه.

وأما أنه لا يجب التعرض للموانع، ففيه نزاعٌ، لأن الشيخ أبا عاصم، روى عن الأستاذ أبي طاهر: أن محمد بن إبراهيم العبدى^(٥)، من أصحابنا أوجبهُ. والصحيح التسليم.

وفرقوا: بأن الشروط يعتبر وجودها ليصحَّ العقد، والموانع يعتبر عدمها، والأصل العدم، فاكتفى به، ولأن الموانع كثيرة، وعدّها عسير^(٦).

التفريع: إن شرطنا التفصيل في النكاح: فيقول: نكحتها بولي وشاهدين،

(١) انظر: بهامش العزيز ١٣/١٦٣ و ١٦٤.

(٢) "حرج" ليست في: أ.

(٣) انظر: الروضة ١٢/١٤. حيث قال "ونقله ابن كج عن النص. لا يشترط مطلقاً"، وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٦٥ و ٤٦٦.

(٤) في: أ "كما".

(٥) في: أ، ب، ظ "عن الأستاذ أبي محمد بن إبراهيم".

(٦) في: ز "عشر".

والأشهر: أنه لا بد من وصفهم بالعدالة قالوا: وإنما لم يتعرض الشافعي - رضي الله عنه - لعدالة الولي في النص المنقول في أول الفصل، بناءً على أن الفاسق ليس بولي، أو أراد ردّ لفظ العدل إلى الولي والشاهدين جميعاً.

وحكى ابن الصباغ وجهاً آخر: أنه لا حاجة إلى التعرض للعدالة^(١)، وقياس وجوب التعرض للعدالة، وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يجب تعيين الشاهدين.

والمفهوم مما أورده الأئمة حكماً، وتوجيهها، أنه لا حاجة إلى تعيين المولي أيضاً، والفرض أن يعترف أن النكاح، لم يعر^(٢) عن الولي والشهود، ولا بد من التعرض لرضا المرأة إن كانت ممن تزوّج برضاها.

وفي نكاح الأمة، هل يشترط التعرض للعجز، عن الطول، ولخوف العنت؟.

قال في "الشامل" فيه وجهان: أقيسهما: الاشتراط.

وإذا شرطنا التفصيل في دعوى البيع، ذكروا أنه يقول: تعاقدها، بثمن معلوم، ونحن جائزا الأمر، وتفرقنا عن تراض، ويشترط في الشهادة على النكاح التفصيل، إذا قلنا باشتراطه في دعوى النكاح.

وفي فتاوى القفال: أنه يجب أن يقولوا^(٣) بعد تفصيل النكاح من ابتدائه، ولا نعلم أنه فارقها، أو: وهي اليوم زوجته.

والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق، وإن كفى الإطلاق في الشهادة والدعوى، وإن شرطنا التفصيل فيهما، ففي الإقرار، وجهان، في "الوسيط".

أظهرهما: الاكتفاء بالإطلاق، والفرق أن المقر لا يقر إلا عن تحقيق، وتثبت.

(١) نقل في مغني المحتاج ٤/٤٦٦ عن الزركشي الآتي "وينبغي الاكتفاء بقوله "وشاهدين" بغير وصفهما بالعدالة، فقد ذكروا في النكاح، أنه لو رفع نكاح عُقِدَ بمستورين إلى حاكم لم يُنقض". وانظر: الروضة ١٢/١٤.

(٢) أي "يحل" انظر: الروضة ١٢/١٤.

(٣) في: ز "يقول".

وفي الشهادة على إقرارها^(١)، لا يشترط أن يقولوا^(٢): ولا نعلم، أنه فارقها.

ولتكن الشهادة على البيع، والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ما ذكرنا في النكاح، ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح، والبيع المدعين بالصحة، وجهين: وجه الاشتراط، وقوع الاسم على الصحيح والفاسد.

ووجه الثاني: انصراف المطلق إلى^(٣) الصحيح، وبالأول أجاب صاحب الكتاب.

وذكر في "الوسيط" أن الوجه القطع باشتراطه في النكاح، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على قولنا: إنه لا يشترط تفصيل الشرائط^(٤)، وإيراد القاضي أبي سعد يقتضي اطرادهما، مع التفصيل ليتضمن^(٥) ذكر الصحة نفي الموانع.

وقوله في الكتاب: "فالنص أنه لا يسمع" ليعلم بالحاء، والألف، لأن عندهما:

تسمع، ولا حاجة إلى التفصيل.

وقوله "في البيع يسمع" يُشعر ظاهره بأن النص في البيع أو السماع، وبأن الأصحاب تصرفوا في النصين تقريراً من^(٦) البعض ونقلأً، وتخريجاً من البعض على المعهود^(٧) في مسائل النقل، والتخريج.

لكن الكتب المشهورة ساكتة عن ذلك، نعم في كتاب القاضي ابن كحج: أن نصه في البيع، ونحوه جواز الإطلاق.

وقوله: "ولو قال: هي زوجتي كفاه الإطلاق" هذه صورة الدوام، وترجيح

الإكتفاء بالإطلاق لا يوافق اختيار المعظم.

وقوله "فلا بد وأن يدعي بيعاً صحيحاً، فيذكر الصحة" مُعلمٌ بالواو.

(١) في: أ "إقرارهما".

(٢) في: ز "يقول".

(٣) في: ز "على".

(٤) في: ز "تفصيل للشرائط".

(٥) في: أ "ليضمن".

(٦) في: ز "في".

(٧) في: ب "على المشهور".

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة، وأخرى على الولي، إذا كان مجبراً، كما بيناه في باب النكاح، في مسألة: تزويج الوليين من شخص، وذكرنا هناك: أن الأئمة قالوا: إن ادعى كل واحدٍ من الزوجين سبق نكاحه^(١).

وأعلم^(٢) المرأة به، فبينى على أن إقرار المرأة بالنكاح، هل هو مقبول؟

إن قلنا: إنه غير مقبول، فلا تسمع دعواهما، لأن غايتها أن تقر، وإن قلنا: إنه مقبول^(٣)، وهو الصحيح فتسمع^(٤)، وهذا يقتضي أن يكون سماع دعوى النكاح على المرأة أبداً مخرجاً على ذلك الخلاف، / وكأنهم لم يذكروه هاهنا اقتصاراً ٥٤٨/ز على الصحيح^{(٥)(٦)} والله أعلم.

[الفصل السادس في المسألة السادسة من مسائل الدعوى: في دعوى المرأة الزوجية]

قال [الغزالي]: السادسة: دعواها الزوجية لا تسمع على الأصح ما لم يتعرض لمهرٍ أو نفقة، فإن قلنا: يسمع فهل تندفع^(٧) بمجرد إنكاره؟ فيه خلاف مأخذه أن الإنكار طلاقٌ أم لا حتى لو رجع بعد ذلك يسلم الزوجة إليه؟ فيه خلاف).

[قال الرافعي]: دعوى المرأة النكاح، إما أن يقترن بها طلب حقٍ من حقوق النكاح، كصدقة، ونفقة، وقسَم، وميراثٍ بعد موته، فهي مسموعةٌ لأمحالة. وإما أن لا يقترن، وتتمحض دعوى الزوجية، ففي سماعها وجهان.

أحدهما: المنع، لأن بقاء النكاح حقٌ للزوج عليها، فكأنها تدعي كونها رقيقة، وهذه دعوى غير ملزمة.

(١) انظر: الوجيز ٨/٢ و ٩. والعزيز ٤/٨ وما بعدها.

(٢) في: ب، ظ "وعلم".

(٣) من قوله "إن قلنا: إنه غير مقبول ٠٠٠: إنه مقبول" ليست في: ز.

(٤) "فتسمع" ليست في: ز.

(٥) في: ز "دعوى"/

(٦) انظر: الروضة ١٥/١٢، ومغني المحتاج ٤/٤٦٦.

(٧) في: ج "قلنا تندفع فهل تسمع".

والثاني: أنها تسمع، لأن النكاح، وإن كان حقاً له فهو مقصود لها من تعلق حقوق فيثبته، ويتوسل به إلى تلك الحقوق.

وذكر صاحب الكتاب هاهنا^(١): أن الأول أصح، والأئمة جانحون إلى ترجيح الثاني.

وكذلك فعل صاحب الكتاب^(٢) في "الوسيط" في باب النكاح، فإن سمعنا دعواها، نظر إن سكت المدعى عليه، وأصر على السكوت، أقامت البينة عليه، وإن أنكر فإنكاره طلاق أم لا؟ فيه وجهان. كما ذكرنا فيما إذا جرى نكاح، ثم قال: الزوج: كان الشاهدان فاسقين، وأنكرت المرأة، والأصح منهما على ما ذكره الإمام أنه ليس بطلاق، فإن جعلنا إنكاره طلاقاً سقط ما يدعيه، ولها أن تنكح زوجاً غيره^(٣).

ولو رجع عن الإنكار، وقال: غلظت في الإنكار، لم ينفعه الرجوع، وإن لم يجعله طلاقاً، فإنكاره كسكوته حتى يقيم البينة عليه.

ولو رجع قبل رجوعه، وسُلمت الزوجة إليه، وهذا ما اختاره القفال، وشبهه^(٤) بما إذا قالت: انقضت عدتي قبل الرجعة، ثم قالت^(٥): غلظت وسلمت صحة الرجعة، فإنه يقبل رجوعها، ولو لم تكن بينة، وحلف الرجل، فلا شئ عليه، وله أن ينكح أختها، وأربعاً سواها، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره، إذا لم يجعل الإنكار طلاقاً.

وإن ارتفع النكاح ظاهراً، إلى أن يُطلقها، أو يموت. قال في "التهذيب": "يفسخ بإعسارة، أو لامتناعه، إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ، وليكن هذا مبنياً على أن للمرأة^(٦) أن تفسخ بنفسها، أما إذا أحوجناها إلى القاضي، فما لم يظهر له النكاح، كيف يفسخ، أو يأذن في الفسخ. وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول: إن

(١) "هاهنا" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ز "نقل في الوسيط".

(٣) انظر الوجيز ٢٦١/٢ والوسيط ٥٩/٥.

(٤) في: أ "وشهد".

(٥) في: أ "وقال".

(٦) في: أ "المرأة".

نكحتها فقد طلقها ليحل^(١) لها النكاح، فإن نكل الرجل حلفت هي، واستحقت المهر والنفقة.

فرعان: عن "التهذيب"^(٢) وغيره.

أحدهما: امرأة تحت رجل، ادعى آخر أنها زوجته، فالصحيح: أن هذه الدعوى عليها، لا على الرجل، لأن الحرة لا تدخل تحت اليد.

ولو أقام كل واحدٍ منهما بينة، لم تُقدم بينة من هي تحتها، بل هما كاثنين أقام كل واحد منهما بينة، على نكاح خلية، فينظر: إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد، أو مطلقتين، فقد تعارضتا، ولا يجيء قولاً القرعة، والقسمة.

وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين، قدمت البينة على التي سبق تاريخها، بخلاف ما إذا كان التعارض في الأملاك، ففي الترجيح بالسبق قولان، لأن الانتقال وتداول الأيدي غالب في الأموال، دون المنكوحات.

ولو قامت بينة أحدهما على النكاح، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح، فالأولى أولى، كما لو أقام هذا بينة على أنه غصب منه كذا، وآخر بينة على أنه أقر بذلك، فإن أقرت لأحدهما، فعلى ماذكرنا فيما إذا زوجها وليان من شخصين، وادعى كل واحد منهما^(٣) سبق نكاحه.

الثاني: ادعت^(٤) امرأة ذات ولدٍ، أنها منكوحه، وأن الولد منه وسمعنا دعوى النكاح منهما، فإن أنكر النكاح، والنسب، فالقول قوله مع اليمين، وإن قال: هذا ولدي من غيرها، أو اقتصر على قوله هذا ولدي، لم يكن مقراً بالنكاح. وإن قال: هو ولدي منها، وجب المهر، لأن الاعتراف بالنسب اعتراف بالإصابة ظاهراً، والإصابة^(٥) تقتضي المهر.

(١) في: أ "لتحمل".

(٢) انظر: ٣٢٩/٨.

(٣) "منهما" ليست في: أ.

(٤) في: أ "ادعى".

(٥) في: أ "الأصلية" وهذا خطأ.

وإن أقر بالنكاح، فعليه المهر، والنفقة، والكسوة.

فإن قال: كان نكاح تفويضٍ، فلها مطالبته بالفرض، إن لم يجر دخولٌ وإن جرى فقد وجب المهر بالدخول، فلا^(١) معنى لإنكاره.

[الفصل السابع: في المسألة السابعة من مسائل الدعوى: في دعوى العبد أنه حر الأصل]

قال [الغزالي]: السابعة: العبد إذا ادعى أنه حرُّ الأصل، صدق بيمينه، وإن ادعى الإعتاق، فعليه البينة، والصغير المميّز، هل تقبل دعواه الحرية؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: لا تسمع، فالصحيح، أنه إذا بلغ تسمع، وصدق بيمينه، ولا تأثير ليد، ولا لإبطال^(٢) الدعوى السابقة، ويجوز شراء العبد البالغ اعتماداً على ظاهر اليد مع سكوت العبد، وقيل: لا بد من إقراره).

[قال الرافعي]: من ادعى رق بالغ، وقال البالغ: أنا حرُّ الأصل، فالقول قوله^(٣)، وعلى المدعي البينة، ولا فرق بين أن يكون إنكاره مسبقاً باستخدام المدعي، وتسلطه عليه، أو لا يكون، ولا بين أن تتداوله الأيدي ويجري عليه البيع والشراء مراراً، وبين أن لا يكون كذلك، فإن كان قد اشتراه من غيره، وحلف على نفي الرق، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن. هذا سنذكره في المسألة الرابعة من الركن الثاني.

فإن قال البائع لمن^(٤) في يده: إنك أعتقتني، أو أعتقتني من باعني منك فيطالب بالبينة.

(١) في: ب "ولا".

(٢) في: أ "ولا يبطل".

(٣) انظر: بهامش العزيز ١٣/١٦٨، حيث ورد "وهذا نص عليه الشافعي في الأم"

وقال الإمام: في باب الدعوى على مذهب أبي حنيفة: إنه لم يختلف أصحابنا في ذلك، لأن ظاهر الدار الحرية وهي الأصل، فمدعيها متمسك بالأصل، والظاهر، لكن في "روضة الحكام" لشريح الروياني عن بعض أصحابنا: أن المذهب أن القول قول ذي اليد، وعلى المشهور، فإننا لم نجعل ليد مدعي رق البالغ أثراً، لأن اليد إنما تدل على الملك فيما هو مال في نفسه، والنزاع هاهنا في مالية الشخص، والأصل انفكاكه عن المالية. كذا قرره في "البسيط".

(٤) "لمن" ليست في: ز.

ومن ادعى رقاً صغيراً، فإن لم يكن في يده، لم يصدق إلا ببينة، وإن كان في يده، نظر: إن أسندت إلى التقاط، فكذلك الحكم^(١) في أصح القولين.

والثاني: أنه يقبل قوله، ويحكم له بالرق، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط، فيصدق، ويحكم له / ، كما إذا ادعى الملك في دابة أو ثوب في يده، فلو كان الصغير ٥٥٥/ز ميمزاً، وأنكر^(٢)، فهو كإنكار البالغ^(٣)، حتى يحتاج مدعي الرق، إلى البينة أو لا عبرة^(٤) بإنكاره، كما لو كان غير مميز، حتى يُحكم برقه؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني.

وإذا جرينا على قول المدعى، ثم بلغ الصغير، وأنكر الرق، فهل يحتاج المدعي إلى البينة، ويصدق منكر الرق إذا لم تكن بينة، أو يستمر الرق، إلا أن تقوم بينة على حرته؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني.

وكل ذلك مذكور بالشرح في "باب اللقيط"^(٥). ولا فرق بين أن يدعي في الصغير^(٦) ملكه، ويستخدمه، ثم يبلغ: وينكر، وبين أن يتجر الاستخدام، والاستئجار، إلى البلوغ، ثم يدعي ملكه ويستخدمه^(٧) في جريان الوجهين.

كذلك ذكره^(٨) القاضي الروياني، وغيره، واليد^(٩) على البالغ المسترق، وإن لم يُغن عن البينة عند إنكاره، فهي غير ساقطة الاعتبار بالكلية، بل يجوز الاعتماد عليها في الشراء، وإن سكت المسترق اكتفاءً بأن الظاهر، أن الحر لا يسترق.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه كما لا يجوز شراؤه مع الإنكار للرق، لا يجوز شراؤه مع سكوته، بل يسأل أولاً، فإن أقر اشترى.

(١) في: أ "فالحكم كذلك".

(٢) في: أ "فأنكر".

(٣) في: أ "البائع".

(٤) في: أ "لاغيره".

(٥) في: ز "في باب اللقيط بالشرح". وانظر: الوجيز ٢٥٨/١.

(٦) في: أ "الصغر".

(٧) في: ز "وينكر المستخدم".

(٨) في: أ "ذكر".

(٩) في: ز "والتدعى" وهو خطأ.

وقوله في الكتاب "والصغير المميز، هل تقبل دعواه الحرية" أي: هل يؤثر كلامه حتى يحتاج مدعي الرق إلى البينة؟ أو يجعل لغواً؟ وقد بينى الوجهان على الخلاف في صحة إسلامه، وتدييره.

وقوله "فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت دعواه"^(١) وصدق بيمينه" يعني أنه يعتبر إنكاره حينئذٍ، فيحتاج المدعي إلى البينة، فإن لم تكن بينة حلف وحكم بحريته.

وهذه المسألة مكررة، قد ذكرها مرة في كتاب "اللقيط"، لكنه أرسل ذكر الوجهين، هناك، وهنا، ورجح اعتبار إنكاره، وتصديقه بيمينه، والأرجح عند أكثرهم^(٢) خلافه.

وقوله: "لاتأثير لليد"^(٣) أي: ليد المدعي، ولا لإبطال الدعوى السابقة الجارية في حال التمييز.

[الفصل الثامن: في المسألة الثامنة من مسائل الدعوى: في سماع الدعوى بالدين المؤجل]

(قال [الغزالي] الثامنة: الدعوى بالدين المؤجل، فيه وجهان، لأنه لايلزمه شيء في الحال، ودعوى الاستيلاء تسمع، ودعوى التدبير، وتعليق العتق بصفة كالدين المؤجل).

[قال الرافي] في سماع الدعوى بالدين المؤجل، وجهان:

أحدهما: المنع، لأنه لايتعلق بها إلزام في الحال، ومطالبة.

والثاني: تسمع، ليثبت في الحال، ويطلب في الاستقبال، وقد يموت من عليه فتعجل الطلبة، وبهذا أجاب بعض أصحاب الإمام.

والأول هو الجواب في فتاوى القفال. وذكر القاضي أبوسعيد الهروي: أنه

الأصح.

(١) "دعواه" ليست في: أ، ب.

(٢) في: أ "أكثر".

(٣) في: أ "ليد المدعي".

وفيه وجه ثالث: وهو أنه إن كانت له بينة فتسمع دعواه، ليسجل، فيأمن غيبتها، وموتها، وإن لم يكن، فلا تسمع، وفي دعوى الجارية، الإستيلاء والرقيق، والتدبير وتعليق العتق بالصفة^(١) فيه طريقان:

أحدهما: أنها تسمع، لأنها حقوق ناجزة ترتبط بها الدعوى.

والثاني: أنها على الخلاف في دعوى الدين المؤجل، لأن المقصود منها، العتق في المستقبل^(٢)، والاستيلاء، أو لاها بأن تسمع دعواه، للتعجز آثاره من امتناع البيع، والرهن^(٣)، وغيرهما.

وكذلك^(٤) اختار^(٥) في "الكتاب" [وفي الاستيلاء بالطريقة الأولى]^(٦).

وفي التدبير، وتعليق العتق، طريقة التخريج^(٧)، على الخلاف في الدين المؤجل.

[وليكن كل واحدٍ منهما مُعلماً بالواو، للطريقة الأخرى.

قال الإمام: وإنما ينتظم الخلاف في التدبير^(٨)، إذا لم يجوز الرجوع عن التدبير،

فإن جوزناه، فإنكار السيد رجوعٌ يبطل مقصود المدعي^(٩).

فروع: من ادعى عليه دينٌ مؤجلٌ قبل المحل، فله أن يقول: في الجواب: لايلزمني دفع شيء إليك الآن، ويحلفُ عليه، وهل له أن يقول: لاشئ عليّ مطلقاً؟ عن القفال: فيه وجهان مبنيان على وجهين ذكرا في أن الدين المؤجل، هل يوصف قبل الحلول بالوجوب^(١٠)؟.

(١) "بالصفة" ليست في: ز.

(٢) في: ز "الاستقبال".

(٣) في: ز "الرهن والبيع".

(٤) في: ب "لذلك".

(٥) في: أ "اختاره".

(٦) [وفي الاستيلاء بالطريقة الأولى]. ليست في: ز.

(٧) في: ز "طريقة على الخلاف".

(٨) من قوله "وليكن كل . . . في التدبير" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) ورد بهامش العزيز ١٧١/١٣ "قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج محل المنع ما إذا كانت

الدعوى بالمؤجل على طريق الاستقلال، فأما لو كانت على سبيل التبعية، فإنها تسمع، وذلك

في مواضع . . . ولمزيد من الاطلاع على تلك المواضع يراجع هامش العزيز ١٧١/١٣.

(١٠) ورد بهامش العزيز ١٧١/١٩ "سكت المصنف عن الترجيح، وقال في الحارم: المذهب المنع

وعنه: أن من أقيم عليه البينة بألفٍ، فقال: عليّ ألفٌ، لكنه مؤجلٌ، فحلّفوه أنه معجلٌ، فقد سقط أثر الشهادة.

وهذا شخص أقر لغيره بدين مؤجل، ففي قبول قوله في الأجل: قولان: إن قبلناه، فله تحليف المدعي على نفي الأجل^(١).

[الفصل التاسع: في المسألة التاسعة من مسائل الدعوى: لو سلم ثوباً إلى دلال لبيعه]

(قال [الغزالي]: التاسعة: لو سلم ثوباً قيمته خمسة [إلى دلال لبيعه^(٢) بعشرة فجدده فله أن يقول: لي عليه ثوب إن تلف فعليه خمسة، وإن باع فعليه عشرة، وإن كان^(٣) قائماً فعليه رد الثوب، ويقبل مع التردد للحاجة، وقيل^(٤) ينبغي أن يعين كل قسم في دعوى، ثم إذا نكل عن واحدٍ فله أن يستدل بنكوله على كذبه فيحلف فيه وجهان).

[قال الرافعي] مسألة الدلال هذه قد ذكرناها مع أختها التي أوردتها في الكتاب في آخر الركن الرابع من باب "القضاء على الغائب"^(٥) وهي أن يتردد في بقاء العين، ولا ندري أيطالب بالعين، أو بالقيمة؟ وبيننا أن أقرب الوجهين: أنه يجوز أن يدعي على الشك^(٦)، فيقول: غصب مني كذا. فإن بقي، فعليه رده وإلا قيمته^(٧)، أو مثله^(٨)، ويقول في هذه المسألة: أخذ مني ثوباً، فعليه رده، أو ثمنه^(٩).

(١) ورد بهامش العزيز ١٧٢/١٣ "قال في القوت: هكذا وقع في كتاب الرافعي على كثرة نسخه،

وفيه خلل وهو أنه يقال: إن قلناه فالقول قوله مع يمينه، وإلا فله تحليف المدعي على نفي الأجل"

(٢) في: ب، ظ "لبيعه".

(٣) من قوله "إلى دلال . . . وإن كان" ليست في: أ.

(٤) في: أ "وهل".

(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤٥، والروضة ١١/١٨٩.

(٦) في: أ "التمثيل".

(٧) في: أ "وقيمته".

(٨) "أو مثله" ليست في: أ.

(٩) في: أ، ظ "أوقيمته"، ومن هنا سقط من نسخة ب.

والوجه الثاني: أنه لا بد في الدعوى من طلب جازم، فيفرد لكل واحدٍ من المطالب دعوى برأسها. فإن قلنا بالأول، فإذا أنكر المدعى عليه، ولا بينة فيحلف على^(١) نفي الجميع، وإن نكل وردت اليمين، على المدعي، فيحلف على التردد، كما إذا^(٢) ادعى على التردد، أم لا بد في الحلف من التعيين؟. حكى الإمام فيه وجهين:

وإن قلنا: نفرد لكل مطلب دعوى، فإذا ادعى ما رآه أقرب، ونكل الخصم، فنكوله يؤكد ظن المدعى بكذبه، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك؟ فيه وجهان:

أشبههما: / نعم، استدلالاً بنكوله على كذبه، كما يستدل بخط أبيه. وأجرى ٥٥٦/ز الوجهان فيما إذا أنكر^(٣) المودع التلف وتأكد^(٤) ظنه بنكول المودع، هل يحلف اليمين المردودة؟

وفي فتاوى القفال: أنه لو ادعى عليه ثوباً فقال: كان في يدي، وقد هلك فأغرم القيمة، فقال المدعي للحاكم: قد أقر بالثوب، فحلفه أنه لا يلزمه تسليم الثوب إلى حليفه، فإن حلف قنع منه بالقيمة، وإن نكل، وحلف المدعي على بقاء الثوب، وطولب بالعين. والله أعلم.

(١) قوله "فيحلف على نفي . . . على المدعي: ليست في: ظ.

(٢) "إذا" ليست في: ز، ظ.

(٣) في: أ "أنكره".

(٤) في: ز، ظ "فيأكد".

[فصل: في كيفية جواب المدعى عليه]

قال [الغزالي]: الركن الثاني: جواب المدعى عليه، وهو إقرار وإنكار، إذ السكوت كالإنكار، وقوله: لي عن دعواك مخرج، أو لفلان عليّ أكثر مما لك استهزاء وليس بإقرار).

[قال الرافعي]: المدعى عليه: إما أن يجيب بالإقرار، أو بالإنكار، أو يسكت. وإنما قال: السكوت كالإنكار، لأن المدعى عليه إذا أصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل. وترد اليمين على المدعى، فهو في الحكم كالإنكار^(١)، والكلام في الإقرار وصيغته ما مر في "باب الإقرار"^(٢).

وقول المدعى عليه: لي عن دعواك مخرج، ليس بإقرار، لجواز^(٣) [أن يريد المخرج بالإنكار.

وكذا قوله: لفلان عليّ أكثر مما لك، ليس بإقرار للمخاطب^(٤)، بما ادعاه، لأنه يحتمل أن يريد الاستهزاء، وأيضاً يحتمل أن يريد لفلان عليّ حرمة، وحق أكثر مما لك. وقد ذكر القاضي^(٥) أبوسعده: أنه لو قال: لك عليّ أكثر مما ادعيت، لم يكن إقراراً،^(٦) لاحتمال أن يريد: لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت. وكما لا يكون قوله: لفلان عليّ أكثر مما لك، إقراراً للمخاطب، فلا يكون إقراراً لفلان أيضاً، لاحتمال^(٧) أن يريد معنى الحق، والحرمة.

(١) انظر: العزيز ١٧٣/١٣ هامش (١).

(٢) انظر: الوجيز ١/١٩٥ و ١٩٦، والعزيز ٥/٢٩٦، وما بعدها. والروضة ٤/٣٧٤.

(٣) في: أ، ظ "يجوز".

(٤) في: أ "للمخاطب".

(٥) "القاضي" ليست في: ز.

(٦) في: أ "الإقرار".

(٧) من قوله: أن يريد لك ٠٠٠ لاحتمال "ليست في: ز.

نعم لو قال لفلان مال أكثر مما ادعيت، فهذا يكون إقراراً لفلان، إلا أن يقبل تفسيره، بما دونه في القدر، تنزيلاً على كثرة التزكية، أو الرغبة على ما أوضحناه في الإقرار^(١).

وقوله في الكتاب: "استهزاءً وليس بإقرار". أي يحتمل الاستهزاء^(٢). ولا شك أنه لو فسره بما هو إقرار، يكون إقراراً.

ولو قال: الحق حق أن يؤدي، لم يكن إقراراً للمعنى^(٣)، حيث يكون، أما أنا فساحتي بريئة.

[فصل: في المسألة الأولى من مسائل جواب المدعى عليه. لو قال لي عليك عشرة]

قال [الغزالي]: وفيه مسائل الأولى: لو قال لي عليك عشرة، فقال: لا تلزمني العشرة، لم يكف اليمين مطلقاً، بل يحلف أنه ليس عليه عشرة، ولا شيء منها^(٤)، فإن اقتصر، كان ناكلاً عن اليمين^(٥) فيما دون العشرة، وللمدعي أن يحلف على عشرة إلا شيء، إلا إذا أضاف إلى عقد ثان^(٦)، بأن قالت^(٧): نكحتني بخمسين، فأقر أنه نكح لا بالخمسين^(٨)، فلا يمكنها الحلف على مادون الخمسين لمناقضة الدعوى.

[قال الرافعي] إذا ادعى عشرة على إنسان، فقال: لا تلزمني العشرة، لا يكون هذا جواباً تاماً، وإنما الجواب التام^(٩) أن يضيف إليه، ولا شيء منها، أو لا بعضها، وهكذا يحلف، لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها، فلا بد وأن يطابق^(١٠) الإنكار واليمين

(١) انظر: الوجيز ١/١٩٧، والعزيز ٥/٢٩٩، والروضة ٤/٣٧٥.

(٢) في: ز "للاستهزاء".

(٣) في ز، ظ "المعنى".

(٤) في: أ "منه".

(٥) "عن اليمين" ليست في: أ.

(٦) "ثان" ليست في: أ، ظ.

(٧) في: أ "قال" وفي ز: "يقال".

(٨) في: ز "لا بالخمسين ونكلها".

(٩) في: أ "الثاني".

(١٠) في: أ "يطلق".

١٥٥٦

دعواه.

وعن^(١) القاضي الحسين^(٢): أنه لا يكلف في الإنكار أن يقول: ولا شيء منها، وإنما يكلف ذلك في اليمين، وإذا حلفه القاضي على أنه لا تلزمه العشرة، ولا شيء منها، فحلف على نفي العشرة، واقتصر عليه، فلا تلزمه العشرة بتمامها، لكنه^(٣) ناكل عما دون العشرة، فللمدعي أن يحلف على استحقاق مادون العشرة بشئ قليل، ويأخذه.

ولو نكل المدعي عليه عن مطلق اليمين، وأراد المدعي أن يحلف على بعض

العشرة.

قال في "التهذيب" إن عرض القاضي عليه^(٤) اليمين، على المدعي وعلى كل جزء منه، فله أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على المدعي وحده، لم يكن له الحلف على البعض، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه، وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعي، فذلك إذا لم يستند المدعي إلى عقد^(٥). أما إذا أسنده، كما إذا قالت المرأة: نكحتي^(٦) بخمسين، وطالبت به، ونكل الزوج، فلا يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين، لأنه يناقض ما ادعته أولاً.

ولو ادعى أن الدار في يد هذا ملكي، يلزمه تسليمها إليّ، فالمدعي عليه إذا أنكر يحلف، أنها ليست ملكاً له، ولا شيء منها، وأنه لا يلزمه تسليمها إليه، ولا تسليم شيء منها.

ولو ادعى أنه باعها منه، يكفيه أن يحلف أنه لم يبعها، على القياس الذي تمهد في

الفصل.

-
- (١) "عن" ليست في: أ.
(٢) "الحسين" ليست في: أ.
(٣) "ولكنه" ليست في: أ، ب. وفي ظ: "وهو".
(٤) "عليه" ليست في: ظ.
(٥) "بل يستأنف . . . إلى عقد" ليست في: ب.
(٦) في: ظ "نكحتني . . . وطالبه".

وقوله في الكتاب^(١): "فأقر أنه نكح، لا بالخمسين" التقييد بإقراره بالنكاح كالمستغنى عنه، فإن المرأة، إنما تدعي وتطلب الصداق، وذلك فيما يرجع إلى الحلف، والتحليف، ولا يختلف بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر.

وقوله: "فلا يَمَكَّنْهَا الحلف على مادون الخمسين". أي على النكاح بما دون الخمسين، فإن استأنفت، وادعت عليه بعض الخمسين الذي جرى النكاح عليه فيما زعمت، ونكل^(٢)، وجب أن يجوز لها الحلف عليه. والله أعلم.

[فصل: في المسألة الثانية: فيما لو ادعى مالاً وأسنده إلى جهة]

قال [الغزالي]: الثانية: لو قال: مزَّقت ثوبي، ولي عليك الأرش، فيكفيه أن يقول: لا يلزمني الأرش، ولا^(٣) يلزمه التعرض للتمزيق، وكذا إذا ادعى ملكاً، أو ديناً، فيكفي أن يقول: لا يلزمني التسليم، فإن كان^(٤) ذلك في يده بإجارة، أو رهن، وخاف إن^(٥) أقر أن يطالب بالبينة، فقد قيل: إن القول قوله، لأن اليد تصدقه في الرهن، والإجارة، فإن قلنا: القول قول المالك، فحيلته أن يفصل الجواب، ويقول: إن ادعت ملكاً مطلقاً، فلا يلزمني التسليم، وإن ادعت مرهوناً عندي فحتى أجب^(٦)، وقيل: هذا لا يسمع مردداً، ولكن حيلته أن ينكر ملكه إن أنكر هو دينه، ويلتفت^(٧) إلى الظفر بغير جنس حقه).

[قال الرافعي] إذا ادعى مالاً وأسنده إلى جهة، بأن قال: أقرضت منك كذا، و^(٨) طالبه ببده، أو قال: غضبت عبي، وتلف عندك، فعليك كذا ضماناً، أو قال: مزقت ثوبي، فعليك كذا أرشاً، أو اشترت منك بكذا، وأقبضتك ثمنه، فعليك تسليمه،

(١) في الكتاب "ليست في: ب.

(٢) في: أ "ونكلت".

(٣) في: أ، ب، ظ "فلا".

(٤) في: أ "الملك" وهو خطأ.

(٥) في: أ "إن لو".

(٦) في: ظ "أجيبك".

(٧) في: أ "ويلف".

(٨) في: أ "أو". وفي ظ: "يطالبه".

أو اشترت مني كذا، فعليك ثمنه، وطالبه بالمدعى، فليس على المدعى عليه، أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة، بل يكفيه أن يقول: لا يستحق عليّ شيئاً، ولا يلزمي تسليم شيء إليك. وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة: لاشفعة لك عندي، أو لا يلزمي تسليم هذا الشقص إليك، وذلك لأن المدعى قد يكون صادقاً في الإقراض، والغصب، والشراء، والبيع، ويعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء^(١) أو هبة، فلو نفى الإقراض، وما في معناه، كان كاذباً.

ولو اعترف، طولب^(٢) بإقامة البينة على ما يزعم عروضه، وقد لا تساعد فافتضت الحاجة قبول الجواب المطلق^(٣).

وعلى هذا إذا قالت المرأة: طلقتي. فقال: أنت زوجتي، كفاه هذا الجواب.

وإذا^(٤) اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وأفضى الأمر إلى الحلف، وحلف على ما أجاب، ولم يكلف التعرض لنفي^(٥) الجهة المدعاة.

ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق، جاز. قاله في "التهذيب".

ولو تعرض في الجواب للجهة المدعاة، فقال: ما بعت، أو ما أقرضني، أو ما مزقت، فالجواب صحيح أيضاً، ثم إن حلف على وفق الجواب، فذاك، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لا يلزمه شيء فيمكن، كما لو أجاب في الابتداء، كذلك أو لا يمكن لتطابق اليمين الإنكار؟ فيه وجهان مذكوران في مسألة اختلاف المتبايعين، في قدم العيب، وحدوثه وفي مواضع سواها.

والأظهر^(٦): الثاني، ويحكى عن نصه^(٧) - رضي الله عنه - وعن أبي حنيفة أيضاً. وعلى قياس الباب، لو كان في يده مرهون، أو مستأجر، وادعاه مالكة فيكفيه في

(١) في: ز "من ابراء أو أداء".

(٢) في: أ "طولب".

(٣) انظر: هامش العزيز ١٣/١٧٥، (رقم ٢).

(٤) في: أ "فإذا".

(٥) في: أ "في النفي" وفي: ب "في نفي".

(٦) انظر: مسألة "اختلاف المتبايعين في قدم العيب وحدوثه". الوجيز ١/١٤٤، والروضة ٣/٣٨٨.

الجواب، أن يقول: لا يلزمي^(١) تسليمه، ولا يجب التعرض للملك، فإن أقام المدعى بينة على الملك، نقل في "الوسيط" عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه^(٢)، واعترض عليه، بأنه قد يصدق الشهود^(٣)، ولا يجب التسليم لإجارة، أو رهن، ولو أنه اعترف بالملك، وادعى رهناً، أو إجارة، وكذبه المدعي، فمن المصدق منهما؟ فيه وجهان. وهما اللذان سبق ذكرهما في الرهن، في باب "الاختلاف"^(٤)، فإن صدق صاحب اليد، فذاك، وإن صدق المالك، وهو المذهب، فمدعي الرهن، والإجارة، يحتاج إلى البينة^(٥)، فإن كانت لاتساعده البينة^(٦)، وخاف على جحود الراهن، لو اعترف له بالملك فما حيلته؟ فيه وجهان. عن القفال: أن حيلته أن يفصل الجواب، فيقول: إن ادعيت ملكاً مطلقاً، فلا يلزمي التسليم، وإن ادعيت مرهوناً عندي^(٧) فحتى أجيب.

وعن القاضي الحسين: أن الجواب لا يسمع مع التردد، ولكن حيلته أن يجحد ملكه إن جحد صاحبه الدين، والرهن، وعلى عكسه لو ادعى المرتهن الدين وخاف الراهن جحود^(٨) الرهن، لو اعترف بالدين فعلى الوجه الأول، يفصل^(٩) فيقول: إن ادعيت ألفاً لي عندك به كذا رهناً؟ فحتى أجيب، وإن ادعيت ألفاً مطلقاً، فلا يلزمي. وعلى الثاني: صارت العين مضمونة عليه بالجحود، فلمن عليه الدين أن يجحد، ويجعل هذا بذلك ويشترط^(١٠) التساوي.

ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وهو الذي أورده الفوراني.

-
- (٧) انظر: المختصر ص ٨٣.
 (١) في: أ "لا يلزمي".
 (٢) انظر: ٤١٢/٧.
 (٣) في: أ، ب، ظ "في الشهود".
 (٤) انظر: الوجيز ١/١٦٨، والروضة ٤/١٢٢.
 (٥) انظر: العزيز ١٣/١٧٦ هامش ٢.
 (٦) في: ز "البينة لاتساعده".
 (٧) "عندي" ليست في: ز.
 (٨) في: أ "جحوده".
 (٩) في: ز "يفصل الجواب".
 (١٠) في: أ "يشترط". وفي: ز "يشترط".

وذكر أن المدعى عليه يفصل الجواب، أبداً، ولا يكون ذلك إقراراً بشيء، كما إذا ادعى عليه ألفاً، فقال: إن ادّعت عن ثمن كذا، فحتى أجيب.

وإن ادّعت عن جهة أخرى، فلا يلزمي. هذا ما يكفي في هذا الموضوع وورأؤه كلامان.

أحدهما: أنا إذا سمعنا الجواب المردد، كما ذكره الفوراني، لزمنا أن نقتنع منه بذلك، ويحوج المدعى إلى تعيين أحد القسمين، وحينئذ فإما أن يحوجه إلى بينة، و^(١) ينص على تلك الجهة. أو يكتفي ببينة مطلقة، إن اكتفينا ببينة مطلقة، لم ينتفع المدعى عليه بالتفصيل، وإحواج المدعى إلى تعيين أحد القسمين.

وإن أحوجناه إلى بينة معينة، تضرر المدعى به، لأنه قد لا تساعده^(٢) البينة على إقرار الخصم بألف مطلق، ولا يساعده على الجهة، وقد يجد شهوداً، يعرفون أنه كان له عليه ألفان، ويعرفوا أنه أدى ألفاً عن إحداهما، ولم يعرفوها بعينها، فيمكنهم أن يشهدوا بالألف، ولا يمكنهم تعيين الجهة، كما اكتفينا بالجواب المطلق من المدعى عليه كيلا يلزمه ماليس بلازم.

ولو عين الجهة، وعجز عن البينة الدافعة، وجب أن يكتفي بإطلاق المدعى من جهة المدعي^(٣)، ولا تحوجه إلى تعيين الجهة، كيلا يفوت عليه ما هو فائت، للعجز عن البينة المعينة^(٤).

والثاني: أن الوجه الثاني على ما أشار إليه في الكتاب، مأخوذ من مسألة الظفر بغير الجنس، وحينئذ، فالجحد بناءً على جعل شيء في مقابلة شيء، كأنه مصور فيما إذا عرف المرتهن في الصورة الأولى، جحد الراهن الرهن^(٥)، والدين. قيل: إن ادعى الراهن عليه أن له في يده كذا، وعرف الراهن في الصورة الثانية جحد المرتهن كون العبد في

(١) "و" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "تساعده".

(٣) "وعجز عن البينة . . . من جهة المدعي" ليست في: ب.

(٤) "المعينة" ليست في: ز.

(٥) "الرهن" ليست في: أ.

يده قبل أن يدعي العبد عليه، فأما إذا لم يعرف الجحود من قبل، فرمما لا يجحدُ صاحبه، لو أقر فكيف يجوز له الإنكار بالوهم، وكيف نجعل شيئاً بشيء، ولم نعرف جحود الخصم، وتعذر تحصيل^(١) الحق منه.

فرع: ادعت على رجل ألفاً صداقاً، يكفيه أن يقول في الجواب: لا يلزمي تسليم شيء إليها. قيل للفتاى: هل للقاضي أن يقول: هل هي زوجتك؟ فقال: ما للقاضي، ولهذا السؤال، لكن لو سئل فقال: نعم. قضى عليه بمهر المثل، إلا أن يقيم البينة على أنه نكحها بكذا فلا يلزمه أكثر منه. والله أعلم.

[فصل: في المسألة الثالثة: إذا ادعى عليه ملكاً فأنكرا الملكية أو اضافه إلى مجهول أو معلوم]

(قال [الغزالي]: الثالثة: إذا ادعى عليه ملكاً فقال: ليس لي إنما هو وقف على الفقراء. أو على ولدي وهو ملك طفلي^(٢)، انصرفت الخصومة عنه، ولا يمكن تخليف الطفل. ولا وليه، ولا تنجيه^(٣) إلا البينة. ولو قال: ليس لي أو هو لمن اسمه لم ينصرف عنه الخصومة، وقيل: يأخذه القاضي إلى أن تقوم حجة المالك.

ولو قال: هو^(٤) لفلان، وهو حاضر، فيحضر فإن صدقه انصرفت الخصومة عنه، ولو كذبه فالصحيح: أن القاضي يأخذه ليتبين مستحقه.

وقيل: يسلم إلى المدعي^(٥) إذ لا منازع له، وقيل: يترك في يده إلى قيام حجة

[قال الرافعي]: إذا ادعى عقاراً، أو منقولاً، على إنسان، وقال المدعى عليه: إنه

ليس لي فينظر أيقصر عليه، أو يضيفه إلى مجهول، أو يضيفه إلى معلوم؟

(١) في: ظ "حصول".

(٢) في: ب "طفل".

(٣) في: أ، ب "تنجي".

(٤) "هو" ليست في: ب، ز.

(٥) في: ز، ظ "للمدعي".

الحالة الأولى، والثانية^(١): إذا^(٢) اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل^(٣) لا أعرفه، أو لا اسميه، ففي انصراف الخصومة عنه، وانتزع المال من يده وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: ينصرف، لأنه تبرأ من المدعي وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق، فذاك، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة.

وأصحهما: أنها لا تنصرف، ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر أن ما في يده ملكه، وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر^(٤) لغيره استحقاقاً، وعلى هذا فإن أقر بعد ذلك لمعين، قبل وانصرفت الخصومة، إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه، أو يحلفه وهل يمكن من أن يعود ويدعيه لنفسه؟ ذكروا فيه وجهين^(٥):

وفي المسألة وجه ثالث: وهو أنه يسلم المال إلى المدعي، لأنه لا مزاحم له في دعواه.

ولو قال في الجواب: نصفه لي، والنصف الآخر لا أدري لمن هو، ففي النصف الآخر الوجوه الثلاثة.

الحالة الثالثة: إذا أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: من تمتنع مخاصمته، وتحليفه، كما إذا قال: هو وقف على الفقراء، أو على مسجد كذا، أو على^(٦) ابني الطفل، أو هو ملك له، فالجواب في الكتاب^(٧): أن الخصومة تنصرف عنه، ولا سبيل إلى تحليف الولي، ولا طفله^(٨)، ولا تعني إلا البينة. وكذلك ذكره الشيخ أبو الفرج.

(١) "الثانية" ليست في: ظ.

(٢) في: ب "إن".

(٣) في: ظ "رجل".

(٤) في: ظ "لا يظهر".

(٥) ورد بهامش العزيز ١٢٩/١٣ "لم يرجح المصنف منهما شيئاً. قال في الخادم: قال في الانتصار: إنه تقبل منه دعواه لنفسه على أصح الوجهين.

(٦) "على" ليست في: ز.

(٧) انظر: الوجيز ٢٦٣/٢، والروضة ٢٤/١٢.

(٨) قوله: "أو هو ملك... ولا طفله" ليست في: ظ.

وقال: إذا قضى القاضي له بالبينة، كتب صورة الحال: في السجل، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ . وقال في "التهذيب": ولو قال في الجواب: إنه لابني الطفل، أو وقف عليه، فلا تسقط الدعوى بهذا، فإن أقام بينة أخذها، وإلا حلف المدعى عليه^(١)، أنه لا يلزمه تسليمها إليه، إذا كان هو قيم الطفل^(٢)

والضرب الثاني: من لا تمتنع مخاصمته، وتحليفه، كما إذا أضاف إلى شخص معين، فهو إما حاضر في البلد، أو غائب عنه.

القسم الأول: الحاضر في البلد فيراجع، فإن صدق المدعى عليه، انصرفت الخصومة عنه^(٣) إلى المقر له، وإن كذبه ففيه ثلاثة أوجه على ماسبق ذكرها في "الإقرار"^(٤). ففي وجه يترك في يد المدعى عليه، وفي وجه: ينتزع ويحفظ إلى أن يظهر مالكة، ويحكى عن هذا ابن سريج.

وفي وجه: تسلّم للمدعي، لأنه لا منازع له، ويحكى هذا عن أبي إسحاق^(٥). وفي "الشامل" وجه: أنه يقال للمدعي عليه: من أقررت له كذبك، فإما أن تدعيه لنفسك، فتكون الخصم، أو لمن يصدقك. فيكون هو الخصم، فإن امتنعت، جعلناك ناكلاً، وحلفنا المدعي.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: "انصرفت الخصومة عنه". وقوله: "ولا ولية" يمكن إعلامها بالوار، لما نقلناه عن "التهذيب". وقوله "وهو حاضر فيحضر" أي حاضر في البلد. وقوله: "ولو كذبه فالصحيح إلى آخره".

الوجه الأول: وهو أن القاضي يأخذه، ليتبين مستحقه. والثالث: وهو أنه يترك في يده، قد ذكرهما في باب "الإقرار، إذا كذب المقر له المقر". ولم يرجح واحداً منهما هناك، وهاهنا رجح وجه الانتزاع، والحفظ، وكذلك فعل صاحب "التهذيب" و "التتمة".

(١) "عليه" ليست في: ظ.

(٢) قال النووي في الروضة ١٤/١٢ "اختار في "المحرر" قول البغوي".

(٣) "عنه" ليست في: ز، ظ.

(٤) انظر: الوجيز ١/١٩٦، والعزيز ٥/٢٩٩، والروضة ٤/٣٥٨.

(٥) من قوله: "وفي وجه: يسلم ٠٠٠ عن أبي إسحاق" ليست في: ز.

والأكثر على ترجيح الترك في يد المقر على ما بينا هناك^(١) والله أعلم.

[إذا أضاف المدعي المدعى به إلى غائب]

قال [الغزالي]: ولو أضاف إلى غائب، ففي انصراف الخصومة عنه، وجهان، فإن قلنا: لا تنصرف يعرض عليه اليمين، حتى يستفيد المدعى بنكوله اليمين، وانتزاع الشيء من يده، أو يقيم البينة، ويأخذ منه، ثم الغائب، إن رجع كان هو صاحب اليد، فيستأنف الخصومة معه^(٢)، وإن قلنا: تنصرف عنه، فلو كان للمدعى بينة، فهو قضاء على الغائب، فيحتاج إلى يمين معه، فلو كان لصاحب اليد بينة على أنه للغائب، سمعت إن أثبت وكالة نفسه، وقدمت على بينة المدعي، وإن لم يثبت الوكالة، فهل تسمع؟ إن قلنا: إن^(٣) للمدعي تحليفه رجاء أن يقر له فيغرم بالحيلولة، فله عرض في إقامة البينة، لصرف اليمين عن نفسه، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه لا تسمع إذ ليس بمالك، ولا وكيل، فإن ادعى لنفسه عُلقة رهن، أو إجارة^(٤)، فوجهان: وأولى بأن يسمع، فإن سمع لصرف^(٥) اليمين عنه فيبينة المدعي في الحال مقدمة، فإن رجع الغائب، وأعاد البينة قدمت بينته، وإن سمعنا لعلقة الإجارة، والرهن، فأبي البينتين تقدم؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي]: القسم الثاني: الغائب. فإذا أضاف المدعي إلى غائب، ففي انصراف الخصومة عنه وجهان: المذكور في "التهذيب" و"الرقم" وظاهر لفظ "المختصر": أنها لا تنصرف، لأن المال في يده، والظاهر: أنه له فلا يمكن من صرف الخصومة عن نفسه بالإضافة إلى غائب قد يرجع، وقد لا يرجع، ويخالف ما إذا أضاف إلى صبي أو مجنون، فإن هناك يمكن محاصمة وليها.

وأظهرهما: وهو جواب أكثرهم أنها تنصرف^(٦)، لأن المال بظاهر الإقرار لغيره.

(١) يراجع ذلك في الوجيز ١/١٩٦، والعزيز ٥/٢٩٩، والروضة ٤/٣٧٥.

(٢) "معه" ليست في: ز.

(٣) "إن" ليست في: ب.

(٤) في: ز "إجارة أو رهن".

(٥) في: ظ "صرف".

(٦) في: ط "صرف".

ألا ترى أن الغائب إذا عاد وصدقه أخذه، وإذا كان المال لغيره، وجب أن تكون الخصومة معه.

ثم عن أبي عاصم العبادي: أن الوجهين فيما إذا قال: إنه لفلان، وهو في يدي بإجارة، أو إعارة، أو ودیعة، أو غيرها.

فأما إذا اقتصر على أنه ليس لي، وإنما هو لفلان، وقد ذكر ليده جهة لم تنصرف الخصومة عنه بحال، والجمهور، لم يفرقوا بين الحالتين^(١).

التفريع: إن قلنا: لا تنصرف الخصومة عنه نُظِرَ: إن لم تكن للمدعي بينة، فله تحليف المدعي عليه على أنه لا يلزمه تسليمه إليه، فإن نكل حلف المدعي، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب، وصدق المقر، فيرد المال عليه بلا حجة، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، والمدعي يستأنف الخصومة معه أو على الغائب^(٢)، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر، أخذ المال أيضاً، ثم هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة^(٣) معه، أو على الغائب، لأن المال له بموجب الإقرار؟ فيه وجهان. نقلهما صاحب "التهذيب" وغيره، المستمر منهما على الوجه الذي عليه^(٤) يفرغ أنه قضاء على الحاضر حتى لا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمن، ويكتب القاضي في السجل، أنه قضى له بالبينة بعدما أقر المدعي عليه، أنه لفلان الغائب، ليكون الغائب على حجته، فإذا عاد وأقام البينة، فيقضي له لترجيح جانبه باليد، وإن لم يقر، أقر المال في يد المدعي، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجل أن الغائب قد قدم. ولم يأت ببينة، أجابه إليه.

وإن قلنا: تنصرف الخصومة عنه، فإن لم يكن للمدعي بينة، فيوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب.

وإن كانت له بينة، فيقضى له بالمال، وهذا قضاء على الغائب، أو على الحاضر الذي تجري الخصومة معه.

ذكر العراقيون، وغيرهم فيه وجهين:

-
- (١) في: أ "الحالين".
 (٢) "أو على الغائب" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٣) "الخصومة معه" ليست في: ز.
 (٤) "عليه" ليست في: ز.

أحدهما: أنه قضاء على الغائب فيحتاج معه إلى اليمين، وثانيهما: أنه قضاء على الحاضر، فلا حاجة إلى اليمين، وبه قال: أبو إسحاق، ورجح العراقيون، والرويانى هذا الوجه، لكن الأول أقوى، وأليق بالوجه المرفوع عليه، وهو المذكور في الكتاب، واختيار الإمام.

وهذا كله فيما إذا لم يُقْمِ المدعى عليه بينة على أن المال للغائب، فإن أقام عليه بينةً. نظر: إن ادعى أنه وكيل من جهة الغائب، وأثبت الوكالة فيبنته على أن المال للغائب مسموعة ومرجحة^(١) على بينة المدعي. وإن لم تثبت الوكالة، فقد حكى الإمام في سماع بينته ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال الشيخ أبو محمد: أنها لا تسمع، لأنه ليس بمالك، ولا نائب عنه، فإقامة البينة فضول منه. فعلى هذا الحكم، كما لو لم يقم بينة.

والثاني: أنها مسموعة ليدفع التهمة عنه بالاحتياط في الإضافة إلى الغائب.

والثالث: إن اقتضرت البينة على أنه لفلان الغائب لم تسمع، وإن تعرضت مع ذلك لكونه في يد المدعى عليه، بعارية، أو غيرها من الجهات سمعت، وهكذا نقل الوجوه صاحب الكتاب: في "الوسيط"^(٢). وبني هاهنا سماع البينة على أن المدعي هل يحلفه؟

إذا قلنا: بانصراف الخصومة عنه ليغرمه القيمة، إن أقر له، على ما سنذكره إثر هذا الفصل: وفيه خلافٌ. إن قلنا: لا يغرمه، فلا يحلفه، ولا تسمع البينة، وإن حكمنا بالتغريم، والتحليف، ففي سماع البينة. وجهان:

أظهرهما: على ما ذكره المنع، لأنه ليس بمالك، ولا وكيل.

ووجه الثاني: أنه يستفيد بالبينة صرف اليمين، عن نفسه.

قال الإمام، وصاحب الكتاب: وإذا قلنا: لا تسمع البينة المقامة على أن المال لفلان، فلو ادعى لنفسه فيه حقاً لازماً، كرهن وإجارة، وتعرضت البينة لذلك أيضاً، ففي السماع^(٣)، وجهان، لتعلق حقه به.

(١) في: ظ "ورجحه".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٦٣، والوسيط ٧/٤١٣.

(٣) في: أ، ظ "سماع البينة".

وإذا سمعنا بيئته لصرف اليمين عنه، فيحكمُ للمدعي بيئته.
 فإن رجع الغائب، وأعاد البيئته، قدمت بيئته، وإذا سمعناها لعلقة الرهن^(١)،
 والإجارة، فتقدم هذه البيئته، أو بيئته المدعي؟
 فيه وجهان: قال في "الوسيط"^(٢): أظهرهما: تقديم بيئته المدعي، وتصير فائدة
 بيئته، صرف^(٣) اليمين عنه، هذا ما ذكره.
 والذي فهمته من كلام الأصحاب، وينبغي أن يفتي بموجبه، أن للمدعي^(٤) وقد
 أضاف المدعي عليه، المال إلى الغائب خصومة معه، وأخرى على الغائب.
 فإذا أقام البيئته، انصرفت الخصومة عنه لاحتمال، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران
 فيما إذا اقتصر على الإقرار، للغائب، فتسمع البيئته التي يقيمها في حقه لصرف^(٥)
 الخصومة عنه، ولدفع التهمة عنه أيضاً، ولدفع اليمين^(٦) أيضاً.
 إذا قلنا: إن المدعي يتمكن من تحليفه، وبنوا على انصراف الخصومة عنه أن
 المدعي، لو أقام البيئته، والحالة هذه، فلا بد له من اليمين مع البيئته، والقضاء، قضاء على
 الغائب، وجهاً واحداً^(٧).
 وأما بالاضافة إلى الغائب فهي غير مسموعة، حتى لا يحكم للغائب بالملك بالبيئته
 التي يقيمها الحاضر على أنه الغائب، فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في الرهن
 الحاضر، أو إجارة، فيه وجهان.
 عن أبي إسحاق أن من الأصحاب من قال: تسمع هذه البيئته للغائب أيضاً، لأن
 الحاضر يدعي لنفسه حقاً، ويقوم البيئته عليه، فلا بد من إثباته، ولا يثبت حقه إلا بثبوت
 ملك الغائب، وعلى هذا فترجح بيئته على بيئته المدعي لتقويتها باليد.

(١) في: ظ "الإجارة والرهن".

(٢) ٤١٣/٧.

(٣) في: ز "على صرف".

(٤) في: أ، ب، ظ "مع".

(٥) في: أ، ب، ظ "لنصرف".

(٦) في: ز "ولدفع اليمين أيضاً، ولدفع التهمة".

(٧) انظر: الروضة ٢٦/١٢.

والثاني: أنه لا يتمكن من إثبات الملك^(١) للغائب مقصوداً، ولا يتمكن منه^(٢) في ضمن إثبات الحق لنفسه. وعلى هذا فالعمل بينة المدعي.

والناقلون رجحوا الوجه الثاني، ولا بأس بالأول، وتوجيهه.

وقوله في الكتاب: "وإن قلنا: تنصرف عنه" يجوز أن يعلم لفظ الانصراف بالحاء،

لأنه / يحكى عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنها لا تنصرف^(٣).

وقوله: "فهو قضاء على الغائب". وقوله: "فيحتاج إلى يمين معه" معلمان بالواو لما

بيناه.

[فصل: فيما لو اتصرفت الخصومة عن المدعى عليه، هل للمدعي تحليفه؟]

(قال [الغزالي]: وحيث تنصرف الخصومة عنه، فللمدعي تحليفه بناءً على

الأصح في أنه لو أقر للثاني غرم له القيمة).

[قال الرافعي]: متى^(٤) حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه، إما بإقراره

لحاضر، أو بإقراره لغائب، أو مجهول على أحد الوجهين، فهل للمدعي تحليفه؟ فيه قولان

مبينان على أنه لو أقر له بعدما أقر لغيره، هل يغرم القيمة؟ وفيه خلاف مشروح في

موضعه^(٥)، إن قلنا: نعم، يحلفه، فلعله يقر فيغرمه القيمة.

وإن قلنا: لا، فإن قلنا^(٦): النكول، ورد اليمين، كالإقرار، فلا يحلفه، لأنه وإن

أقر، أو نكل، وحلف المدعي، لم يستفد شيئاً، وإن قلنا: كالبينة فله التحليف، لأنه قد

ينكل فيحلف المدعي، وإذا حلف أخذ القيمة، وكأن العين تالفة. وفيما علق عن الإمام:

وجهاً أنه يسترد العين من المقر له، وفاءً بتزويله منزلة البينة^(٧).

وإذا قلنا: بوجوب القيمة، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانياً، أو يمين المدعي بعد

نكوله، ثم سلمت له العين بالبينة^(٨) أو يمينه بعد نكول المقر له، فعليه رد القيمة، لأنه إنما

(١) في: ز "المالك".

(٢) "منه" ليست في: أ.

(٣) انظر: الهداية ١٦٧/٣، وفتح القدير ٢٢٤/٧.

(٤) "متى" ليست في: ب. وفي: أ "ومتى إن".

(٥) انظر: الوجيز ١٩٦/١، والعزير ٢٩٩/٥، والروضة ٣٥٨/٤.

(٦) "قلنا" ليست في: أ.

(٧) في: ز "للبينة".

أخذ القيمة للحيلولة، وقد^(١) ارتفعت الحيلولة.

فروع: ادعى أن هذه الدار وقف عليّ، وقال: من في يده: هي ملك لفلان وصدقه فلان، وانتقلت الخصومة إليه قال في "التهذيب"^(٢): ليس له طلب القيمة، من المقر، لأنه يدعي الوقف، ولا يعتاض عن الوقف، وكان لا يعد طلب القيمة، لأن الوقف مضمون عند الإتلاف، والحيلولة في الحال، كالإتلاف.

ولو رجع الغائب، وكذب المدعى عليه في إقراره، فالحكم كما ذكرناه فيما إذا أضاف إلى حاضر وكذبه^(٣).

ولو أقام المقر له الحاضر، أو الغائب بعد رجوعه، البينة على الملك، لم يكن للمدعي تحليف المقر ليغرمه. فإن الملك استقر بالبينة، وخرج الإقرار عن أن يكون للحيلولة. والله أعلم.

[فصل في المسألة الرابعة: إذا خرج المبيع مستحقاً]

قال [الغزالي]: الرابعة: إذا خرج المبيع مستحقاً، فله الرجوع على البائع بالثمن^(٤)، فإن^(٥) صرح في نزاع المدعي، بأنه كان ملك البائع، ففي الرجوع، وجهان.

أصحهما: أنه يرجع، ولو أخذ جارية بحجة، فأحبها، ثم كذب نفسه، فالولد حر، والجارية مستولدة، وعليه قيمتها^(٦) للمقر له مع المهر، وقيل: إن الجارية للمقر له إن أقرت بصدقه في الرجوع).

[قال الرافي]: إذا اشترى ثوباً، أو عبداً من إنسان، فجاء آخر، وادعى أنه له.

(١) "قد" ليست في: ز.

(٢) ورد بهامش العزيز ١٨٤/١٣ "هذا الذي نقله البغوي، قال القاضي الحسين: لاخلاف فيه، لكنه صور المسألة بما إذا قال المدعي وهي وقف على، ثم قال المدعى عليه: هي وقف على، فقال: لاخلاف أنه ليس للمدعي طلب تحليفه لأجل التفرغ، لأنه إنما يحلف على ما يدعيه أنه فوت عليه، وهاهنا قيمة الدار لو أخذها لاتقوم مقام الوقفية. قال: لكن له أن يجيء كل شهر ويدعي عليه أجرة ذلك".

(٣) انظر: ص ٧٥٠ والوجيز ٢/٢٦٣، والروضة ١٢/٢٤.

(٤) في: أ "باليمين".

(٥) في: ب "فلو".

(٦) في: أ "قيمة الولد مع المهر".

نُظِرَ: إن ساعده المشتري، وأقر له بما ادعاه، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه، لأن إقراره لا يلزم البائع غرماً، ولا تنتهض^(١) حجة عليه.

وإن استُخلف فنكل، وحلف المدعي، وأخذ^(٢) المال. قال الشيخ أبو علي: ليس له الرجوع بالثمن أيضاً وجهاً واحداً لتقصيره بالنكول، وحلف المدعي بعد نكوله، قائم مقام إقراره.

ويجوز أن يفرض في هذا خلاف بناءً على أنه كالبينة^(٣).

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة وأخذ المال، فينظر: إن لم يصرح في منازعة المدعي بأنه كان ملكاً لبائعي، ولا بأنه ملك لي، فإن سكت، وأقيمت^(٤) البينة عليه، فله الرجوع بالثمن لاحالة، وإن صرح بذلك فوجهان:

أحدهما: لا يرجع لأن المدعي ظالم باعترافه، والبائع غير مقصر، فلا يظلمه المشتري [بأن ظلم]^(٥).

وأصحهما: الرجوع مهما قال ذكرت^(٦) ذلك على رسم الخصومة. أو اعتمدت ظاهر اليد، ثم يبين خلاف ذلك الظاهر بالبينة، ويجري الوجهان فيما إذا قال في الإبتداء. يعني هذا العبد^(٧)، فإنه ملكك.

ثم قامت البينة على الاستحقاق، ولا يجريان فيما إذا كان الموجود مجرد الشراء وإن كان الشراء^(٨) إقراراً للبائع بالملك، وفرقوا بأن ذلك إقرار^(٩)، تضمنه الشراء فيبطل ببطان المبايعة، والإقرار المستقل بخلافه.

ومن اشترى عبداً في الظاهر، فقال: أنا حر الأصل، فقد مرَّ أن القول قوله.

(١) في: "تنتهز".

(٢) "و" ليست في: أ.

(٣) قال النووي في الروضة ٢٨/١٢ "هذا ضعيف، أو باطل، لأن المذهب أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما، وكذا نقل الشيخ أبو علي "تحرير المذهب الاتفاق على عدم الرجوع".

(٤) في: ز "فأقيمت".

(٥) "بأن ظلم" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب بأي ظلم حتى تستقيم المعنى. والله أعلم.

(٦) "ذكرت" ليست في: أ، ب.

(٧) في: ظ "هذه الدار فإنها".

(٨) "وإن كان الشراء" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) "إقرار" ليست في: أ.

وأن على المشتري إقامة البينة على رِقِّه، أو على إقراره بالرق له، أو للذي^(١) باعه منه، فإذا حلف حكم في الظاهر بحريته، ثم أطلق ابن الحداد، أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن. وفصل أكثرهم فقالوا^(٢): إن لم يصرح في منازعته، بأنه رقيق، فيرجع كما أقام بينة على الحرية، لأنه لم يوجد منه ما يبطل الرجوع، وإن^(٣) صرح بذلك فعلى الوجهين. وقطع الشيخ أبو علي: بأنه لا يرجع^(٤)، وفرق بين يمينه^(٥)، وبين البينة، بقوة^(٦) البينة.

فروع: منقولة عن كلام القاضي أبي سعد الهروي: إذا أقر المشتري للمدعي بالملك، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي، ليرجع بالثمن على البائع، لم يُمكن، لأنه^(٧) يثبت الملك لغيره من غير نيابة، ولا وكالة، كيف والمدعي لو أراد إقامة البينة، والحالة هذه، لم يلتفت إليه لاستغنائه عن البينة بالإقرار. ويجوز له تحليف البائع، لأنه ربما يقر فيرجع، فإن نكل فهل يحلف المشتري يمين الرد؟ إن قلنا: إن النكول، واليمين كالإقرار، فنعم، وإن قلنا: كالبينة، فلا.

ولو ادعى المسترق المشتري، أنه حر الأصل، واعترف به المشتري، ثم أراد إقامة البينة على أنه حر الأصل، مكن، لأن الحرية حق الله تعالى، ولكل أحد إثباتها. وإذا ثبتت الحرية ثبت الرجوع، ولا يكفي للرجوع، إقامة البينة على مطلق الحرية، لاحتمال أن المشتري، هو الذي أعتقه.

ولو أقام المشتري بعدما أقر للمدعي البينة على إقرار البائع بالمال المدعي، فهي مقبولة، ويثبت بها حق الرجوع، لأنه لما تبين إقرار البائع من قبل، نُغي إقرار المشتري.

(١) في: أ "والذي".

(٢) "فقالوا" ليست في: أ.

(٣) في: أ "فإن".

(٤) "وقطع الشيخ أبو علي: بأنه لا يرجع" ليست في: ظ.

(٥) في: أ، ظ "يمينها". وفي: ب "بينها وبين".

(٦) في: ب "لقوة".

(٧) في: ظ "لم يثبت".

هكذا ذكره الشيخ أبو عاصم. قال أبو سعد/ وهو الظاهر، وغيره محتمل، لأن إقراره في ٥٦١/ز
الابتداء تقصير.

ولو أقام مُدعي الاستحقاق البينة، وأخذ المال، ثم قامت بينة على أن البائع كان
قد اشتراها من هذا المدعي، سمعت، ورد^(١) الحكم الأول، وكانت الجارية للمشتري
بالمبايعة السابقة.

هذا هو الكلام في إحدى صورتَي الفصل.

الثانية: جارية في يد رجل، ادعى مدع أنها له، وأنكر صاحب اليد، فأقام المدعى
البينة، أو حلف بعد نكول صاحبه، فحكم له بها، فأخذها، وعاد بعدما غشيها، فقال:
كذبت في دعواي، ويميني، والجارية للذي كانت في يده، فعليه أن يردها، ويغرم مهرها،
وأرش النقص إن حدث فيها نقص، ولا يقبل قوله: إنها كانت زانية، لأنها تنكر ما يقول.
وإن أولدها، ثم كذب نفسه، لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد، وفي الاستيلاء، لأن
إقراره لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولد، والأم مع المهر. وليس له وطؤها بعد ذلك، إلا
أن يشتريها منه، وتعتق بموته وولاؤها موقوف، وإن وافقته الجارية في الرجوع، ففي
بطلان الاستيلاء وجهان:

أظهرهما: المنع، ولا^(٢) يرتفع الاستيلاء المحكوم به برجوع محتمل.

والثاني: يبطل، لأنهم توافقوا عليه، والحق لا يعدوهم.

ولو أن صاحب اليد أنكر، وحلف، وأولد الجارية، ثم عاد وقال: كنت مبطلاً في
الإنكار والجارية للمدعي، فالكلام في المهر، وقيمة الولد، والجارية والاستيلاء على
ما ذكرنا في طرف المدعي^(٣).

وقوله في الكتاب: "فلو صرح في نزاع المدعي، بأنه كان ملكاً لبائع، ففي
الرجوع، وجهان" لا يختصان بما إذا قال: كان ملكاً للبائع، بل يجريان فيما إذا قال: هو

(١) في: أ، ب "فيرد".

(٢) في: ز "فلا".

(٣) انظر: ، والروضة ٨/١٢.

ملكي، ولا فرق بينهما على ما بيناه.

وقوله: "ولو أخذ جارية بحجة" أطلق لفظ الحجة لينتظم ما إذا أخذ بالبينة وفيه صوراً في "الوسيط"^(١) وما إذا أخذنا باليمين بعد النكول، وفيه صور ابن الحداد، وأكثر من تكلم في المسألة.

واعلم أن الصورة الثانية، لا اختصاص لها بالركن الذي فيه الكلام. وهو جواب المدعى عليه، وكذا الصورة الأولى، إلا من جهة أنه فرض التصريح، بكونه للبائع في جواب المدعى، والنزاع معه، لكن عرفت أنه لا فرق بين أن يكون هذا التصريح، في جواب المدعى، أو في ابتداء الشراء، والوجهان جاريان في الحالتين.

(قال [الغزالي]: الخامسة: جواب دعوى القصاص على العبد، يطلب من العبد، ودعوى الأرش يطلب جوابه من السيد، ولكن له تحليف العبد، ليتعلق بذمته، إن قلنا: إن الأرش يتعلق بذمته، وسمعنا الدعوى بالدين المؤجل أيضاً).

[فصل في جواب دعوى القصاص] ص

[قال الرافعي]: ما يقبل إقرار العبد فيه كالقصاص، وخذ القذف، فالدعوى فيه تكون على العبد، والجواب يطلب منه، وما لا يقبل إقراره فيه، وهو الأرش، وضمن الأموال فلتوجه^(٢) الدعوى فيها على السيد، فإن الرقبة التي هي متعلقها حق للسيد، فإن توجهت^(٣) الدعوى على العبد فمفهوم مانقل الأئمة فيه طريقان:

أحدهما: وهو الذي يشتمل عليه الكتاب - المنع، لأن إقراره بها^(٤) غير مقبول^(٥).

نعم، هل للمدعي تحليفه؟ بينى ذلك على أن الأروش المتعلقة بالرقبة، هل تتعلق

(١) انظر: ٤١٦/٧.

(٢) في: أ، ب، ظ "فلتوجه".

(٣) في: ب، ظ "وجهت".

(٤) "بها" ليست في: أ.

(٥) في: ب "مقبولة".

بالذمة أيضاً؟ وفيه قولان مذكوران في موضعهما^(١).

فإن قلنا: تتعلق فلا طلبه، ولا إلزام في الحال، وإنما هو شيء يتوقع من بعد، فيكون كالدين المؤجل، ويجيء الخلاف الذي مر في سماع الدعوى بالدين المؤجل، فإن سمعناها، فله تحليف العبد، فإن نكل وحلف المدعي اليمين المردودة، لم يكن له التعلق بالرقبة، لأن اليمين المردودة، وإن جعلت كالبينة، فلا يؤثر إلا في حق المتداعين، والرقبة حق السيد، وفيه وجه أن له التعلق بالرقبة إذا جعلناها كالبينة. هذا ما حكاه صاحب الكتاب هاهنا، وفي "الوسيط"^(٢).

وذكر الإمام نحواً منه. والثاني: وهو المذكور في "التهذيب" في باب مديانة العبيد: أن الدعوى على العبد مسموعة إن كان للمدعي بينة، وإن لم تكن له بينة، فإن جعلنا النكول، ورد اليمين كالبينة، سمعت أيضاً، فلعنه ينكل فيحلف المدعي. وإن قلنا: إنها كالإقرار، فلا تسمع، وفي كل واحدٍ من الطريقتين إشكال^(٣).

أما الأول: فلأن قضية البناء على الأصلين المذكورين، أن تسمع الدعوى عليه لإقامة البينة، والتحليف جميعاً، ولا يختص التحليف بالنظر والكلام، وهم إنما تكلموا في التحليف.

وأما الثاني: فلأن^(٤) ظاهره تعلق الأرش بالرقبة، بإقامة البينة في وجه العبد، لكن الرقبة للسيد، فينبغي أن تقام البينة في وجهه، أو وجه نائبه. والمتوجه أن يقال: تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرش في ذمته تفرعاً على الأصلين المذكورين، ولا^(٥) تسمع الدعوى والبينة عليه لتعلقه بالرقبة. والله أعلم.

(١) في: "كتاب العتق".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٦٣، "الوسيط" ٧/٤١٦.

(٣) في: أ "حيله"، وفي: ب "حنكه".

(٤) في: أ "فإن".

(٥) في: أ "لا".

(قال [الغزالي]: السادسة: إذا ادعى، ولم يحلف، وقال: لي بينة فاطلبوا منه كفيلاً، لم يلزمه ذلك، وإن جرى به رسم القضاة، وإذا أقام فله طلب الكفيل قبل التعديل).

[فصل في المسألة السادسة: في طلب الكفيل لإحضار البينة]

[قال الرافعي] من ادعى على إنسان عيناً، أو ديناً، ولم يحلفه، وطلب كفيلاً^(١) منه، ليأتي بالبينة، لم يلزمه إعطاء كفيل، وإن اعتاد القضاة، خلافةً، هذا هو المشهور.

ورأيت لبعض المتأخرين أن الأمر فيه إلى رأي الحاكم، وإن أقام شاهدين، وطلب الكفيل إلى أن يُعدلاً طولب به^(٢)، لأنه أتى بما عليه، والنظر في حال الشهود من وظيفة القاضي، والظاهر / العدالة، فإن امتنع من إعطاء الكفيل حبس لهذا الامتناع، لا لثبوت ٥٦٢/ز الحق، والامتناع منه، هكذا أطلق الإمام، وصاحب الكتاب. لكن يجيء فيه الخلاف من وجوه. أحدها: أن في أصل كفالة البدن، قولان مذكوران في باب "الضمان" أنها لاتصح^(٣).

والثاني^{أَنَّ} في فتاوى القفال: أنه لا يلزمه أن يعطى كفيلاً، لأن الحق لم يثبت بعد، لكن للحاكم، أن يطالبه به إذا أدى اجتهاده إليه، وخاف منه الهرب.

والثالث: أنا ذكرنا في آخر الباب الثاني من "الشهادات" أن المدعى إذا كان عيناً ينتزع في هذه الحالة، وإن كان ديناً فيحبس المدعى عليه على أحد الوجهين^(٤)، وكل واحدٍ من الانتزاع والحبس مغن عن الكفيل، فإن طلب المدعي الكفيل دون الانتزاع والحبس، فيجوز أن لا يجاب أيضاً، لما على المكفول بيده من تحمل مَنَّة الكفيل^(٥). والله أعلم.

(١) في: ز "وطلب منه كفيلاً".

(٢) وهو الصحيح. انظر: الروضة ٣١/١٢.

(٣) "لأنها ضمان مالا يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه" والصحيح أن كفالة البدن صحيحة

وهو المشهور. انظر: الوجيز ١٨٤/١، وفتح العزيز مع المجموع ٢٧٢/١، والروضة ٢٥٣/٤.

(٤) انظر: الروضة ٢٥٦/١١ و ٢٥٧.

(٥) في ز فقط «ولا يخفى أن المسألة لا اختصاصاً لها بركن الجواب»

(قال [الغزالي]: الركن الثالث^(١): في الحلف: والنظر^(٢) في الحلف، والحالف، والمخوف عليه، والحكم: أما الحلف فيجري فيه التخليط، إلا في مال هو دون نصاب الزكاة. ولو أنكر السيد عتق عبده خسيس، لم تغلظ يمينه، فإن نكل غلظ على العبد، لأنه يدعي العتق، وكل مالا يثبت بشاهد، ويمين، يجري فيه التخليط. ويجري أيضاً في عيوب النساء، وكيفيته، وكونه مستحقاً، أو مستحباً ذكرناه في اللعان، ويغلط على المخدرة بحضور الجامع، ولا يعذر بالتخدر، وشرط اليمين أن يطابق الإنكار، وأن يقع بعد عرض القاضي، فلو بادر قبل طلب^(٣) القاضي، لم يعتد به^(٤).

[الفصل الأول: في نفس الحلف]

(قال الرافعي): أحد الأركان التي تدور عليها الخصومات الشرعية، اليمين على مأمراً، وقد تكلم في هذا الركن في أربعة أطراف: نفس الحلف، وما يحلف عليه ومن يحلف^(٥)، وما يحلف له، وفائدته، وحكمه.

فأما ما يحلف به فموضع بيانه^(٦) في كتاب الأيمان. وأما من يحلف له، فهو الخصم، وأمره ظاهر^(٧).

أما الطرف الأول، وهو نفس الحلف، فصيح اليمين مستوفاة في موضعها. والمقصد^(٨) الآن بيان قاعدتين.

إحدهما: للتخليط مدخل في الأيمان المشروعة في الدعاوى، مبالغة في الزجر^(٩)،

-
- (١) في: ز "الثاني".
 - (٢) "في الحلف" والنظر" ليست في: ز.
 - (٣) في: ظ "عرض".
 - (٤) في: ظ "بها".
 - (٥) "ومن يحلف" ليست في: أ.
 - (٦) "في" ليست في: ز.
 - (٧) انظر: الوجيز ٢/٢٢٣ و ٢٢٤، والروضة ١١/١٠ و ١١.
 - (٨) في: أ "القصد".
 - (٩) في: ز "للزجر وتأكيده للأمر".

وتأكيداً في الأمر، وفيه مسائل:

إحداها: التخليط يقع بوجوه. أحدها: التخليط اللفظي، وهو على ضربين.

المسألة الأولى
وجوه تخليط
الحلف

أحدهما: التعديد^(١) والتكرير، وهو مخصوص بالقسماء، 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 يقول: بالله الطالب، الغالب المدرك، المهلك، الذي يعلم السر وأخفى، وهذا

الضرب مستحب، فلو اقتصر على قوله: بالله كفى.

واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يُقرأ على الحالف قوله تعالى: ﴿إِن

الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً﴾^(٢) الآية.

وأن يُحضر المصحف، ويوضع في حجر الحالف.

وذكر بعض الأصحاب: أنه يحلف قائماً زيادة في التخليط.

والوجه الثاني: التخليط بالمكان.

والثالث: التخليط بالزمان، وهما بتفصيلهما المذكوران في باب اللعان^(٣).

والتخليط بالمكان مستحب، أو واجب؟ متى لا يعتد بالحلف في مكان آخر؟ فيه

قولان.

أصحهما: الأول^(٤). وفي التخليط بالزمان، طريقان، منهم من جعله على القولين

ومنهم من قطع فيه بالاستحباب، وعن ابن القاص: القطع بالاستحباب في التخليط

بالمكان^(٥) أيضاً. ورأى الإمام: طرد الخلاف في الضرب الثاني من التخليط اللفظي أيضاً.

(١) في: أ "التعديل".

(٢) سورة آل عمران من آية ٧٧. وانظر: مختصر المزني ص ٣٠٨، والحاوي ٢١/٢٢٢، وهامش العزيز ١٣/١٩٠.

(٣) انظر: الوجيز ٩١/٢، والروضة ٣٥٤/٨.

(٤) انظر: الروضة ٣٢/١٢، ومغني المحتاج ٤/٤٧٣.

(٥) انظر: أدب القاضي ١/٢٣٥.

ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان: التغليظ بحضور جمع، ولم يذكره هاهنا^(١)، ويشبه أن يقال: الأيمان التي تتعلق بإثبات حدٍ، أو دفع حدٍ، يكون^(٢) التغليظ فيه بالجمع كما في اللعان.

ثم التغليظ يكون بطلب الخصم، أم يغلظ^(٣) القاضي، وإن لم يطلب الخصم؟

حكى القاضي ابن كج، فيه وجهين، وذكر: أن الأصح منهما الثاني.

ويشبه أن يكونا جاريين سواء قلنا: بالاستحباب، أو بالايجاب.

المسألة الثانية
التغليظ في
دعوى الدم

المسألة الثانية: يجري التغليظ في دعوى الدم، والنكاح، والطلاق، والرجعة، والإيلاء، واللعان، والعق، والحد، والولاء، والوكالة، والوصاية، وكل ما ليس بمال، ولا المقصد منه المال، حتى يجري في الولادة، والرضاع وعيوب النساء.

وليس قبول شهادة النساء وخدمهن فيها، لقلّة خطرهما، ولكن، لأن الرجال لا يطلعون عليها^(٤) غالباً.

وتوقف الإمام في الوكالة وقال: الوكالة في دراهم خسيصة، أحسن من تملكها^(٥)، فإن تصرف الملاك، أقوى من تصرف الوكلاء^(٦)، والتغليظ إنما^(٧) يليق بما يعظم خطره، وليس اشتراط الذكورة في شهود الوكالة لشرف الوكالة، لكن للشارع^(٨) تعبد في نصاب^(٩) الشهادات، فيتبع.

وأما الأموال: فيجري التغليظ في كثيرها دون قليلها، على ماورد في الآثار.

(١) انظر: الوجيز ٨٥/٢، والروضة ٣٥٤/٨.

(٢) في: ز "يجري".

(٣) "أم يغلظ" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "يطلعون عليه".

(٥) في: أ "ملكها".

(٦) في: أ "الوكالة".

(٧) في: أ "وإنما".

(٨) في: أ "الشارع".

(٩) "نصاب" ليست في: ب.

روي أن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - "رأى قوماً يخلفون بين المقام، والبيت، فقال^(١): أعلى دم؟ فقالوا: لا. فقال: فعلى عظيم من المال، قالوا: لا. قال^(٢): لقد خشيتُ أن يتهاون الناس، بهذا البيت"^(٣) ويروى "أن يهبأ الناس بهذا البيت" يقال^(٤): بهأت بالشئ، إذا أنست^(٥) به حتى سقطت هيئته من قلبك.

والكثير من المال، مايلغ عيناً، أو قيمة نصاب الزكاة. وهو عشرون ديناراً، أو مائتا درهم^(٦)

والقليل: مادون ذلك، فلا تُغلظُ فيه، إلا أن يرى القاضي التغليظ لجرأة مجدها في الحالف، فله التغليظ.

وعن مالك^(٧) - رحمه الله - أن الضبط بنصاب السرقة، فيجري التغليظ فيما بلغ ربع دينار، ولا يجري فيما دونه.

وأما أبو حنيفة^(٨)، وأحمد^(٩) - رحمهما الله - فلا تغليظ عندهما بالمكان ولا بالزمان أصلاً.

المسألة الثالثة
ما يجري فيه
التغليظ

الثالثة: ما يجري التغليظ فيه^(١٠) يستوي فيه يمين المدعى عليه، واليمين المردودة، واليمين مع الشاهد، وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين في أحد الطرفين دون الآخر، كما

(١) "قال" ليست في: أ.

(٢) في: ب "قد".

(٣) الأثر "أخرجه البيهقي في سننه ٢٩٧/١٠ من كتاب الشهادات، باب تأكيد اليمين بالمكان، من حديث عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف . . ."
وانظر: البدر المنير ٤٥١/٢، والتلخيص ٢١٠/٤ و ٢١١.

(٤) في: أ "فيقال".

(٥) انظر: لسان العرب ٣٥/١.

(٦) انظر: سنن البيهقي ٢٩٧/١٠، وهامش العزيز ١٣/١٩١، والروضة ٣٢/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٢/٤.

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٧٢.

(٨) انظر: الهداية ١٥٩/٣.

(٩) انظر: المقنع ص ٣٥٣.

(١٠) "فيه" ليست في: أ.

إذا ادعى العبد على سيده عتقاً، أو كتابة، فأنكر السيد، فإن بلغت قيمته نصاباً، فيغلظ عليه في اليمين، لأنه ينفي^(١) استدامة مال كثير، وإن لم تبلغ قيمته نصاباً، فلا يغلظ عليه، فإن نكل السيد، فالعبد يغلظ عليه بكل حال لأنه يدعي العتق، والوقف من جانب المدعى عليه، لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصاباً، وكذلك من جانب المدعي، إن اثبتناه بشاهد ويمين، وإن لم تثبته فيغلظ فيه كالعق.

حكاية صاحب "التقريب" وجه أن ما يغلظ فيه من أحد الطرفين يغلظ من الآخر، تسوية بين الخصمين. وإذا ادعى الزوج الخلع على مال وأنكرت الزوجة، فالبيئونة حاصلة بقوله، وتصدق الزوجة في إنكار المال بيمينها، وينظر في تغليظ^(٢) اليمين إلى قدر المال، أهو كثير أم قليل؟ فإن ردت اليمين، وحلف الزوج، فكذلك، لأن مقصوده المال.

وإن ادعت هي^(٣) الخلع، وأنكر الزوج، فتغلظ اليمين عليه، لأن مقصوده استدامة النكاح.

وإن نكل، وحلفت الزوجة، فكذلك، لأن مقصودها الفراق.

المسألة الرابعة
من لا تغلظ
عليه اليمين

الرابعة: من به مرض، أو زمانة^(٤) لا تغلظ عليه في المكان، لعذره، وكذلك^(٥) الحائض إذ لا يمكنها اللبث في المسجد، والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم، خلاف سبق، فإن أحضرت، فهي كالرجل في التغليظ.

وإن قلنا: لا تحضر بل يبعث القاضي إليها من يحكم بينها، وبين خصمها، فإذا أفضى الأمر إلى تحليفها فهل يغلظ عليها بالمكان، وتكلف حضور الجامع؟ فيه وجهان محكيان في "الشامل" وغيره. أحدهما: نعم. ويراعى التغليظ في هذا الوجه، كما يراعى باللفظ.

(١) في: أ "يقي".

(٢) في: أ، ب، ظ "التغليظ" بدون "اليمين".

(٣) في: أ "على".

(٤) «زمانة» بفتح الزاي والميم - قال في المصباح ٢٥٦/١ "وزمن" السخص "زمناً" و"زمانه" فهو "زمن" من باب تعب. وهو مرض يدوم زماناً طويلاً...»

(٥) في: أ، ب، ظ "وكذا".

والثاني: لا، لأننا ألحقنا التخدر بالمرض في حضور مجلس الحكم، فكذلك في حضور الجامع، والأول هو المذكور في الكتاب. وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومن تابعه، لكن قيل يُبنى^(١) هذا الخلاف على الخلاف في أن التغليظ مستحق، أو مستحب؟^(٢) وقضية هذا البناء، ترجيح الوجه الثاني.

فرع: من توجهت عليه اليمين لو كان قد حلف بالطلاق أن لا يحلف يمينا مغلظة، فإن جعلنا التغليظ مستحقاً، فعليه أن يحلف اليمين المغلظة، ويحنت، وإذا امتنع جُعِلَ ناكلاً، وإن جعلناه مستحقاً، فلا يحنت.

القاعدة الثانية: يشترط في اليمين أن تكون مطابقة للإنكار، فإذا ادعى عليه إتلاف ثوبٍ قيمته عشرة، فإن قال: في الجواب: ما أتلفت حلف كذلك، وإن قال: لا يلزمني شيء حلف كذلك، وهذا قد مرَّ.

ويشترط أيضاً وقوعها بعد تحليف القاضي، فلو حلف قبله لم يعتد به.

واحتج له: بأن ركانه - طلق امرأته^(٣) البتة، وقال: والله ما أردت إلا واحدة،

قال النبي ﷺ "ما أردت إلا واحدة" فقال: والله ما أردت إلا واحدة.

فقيل: كانت امرأته^(٤) تدعي أنه أراد أكثر من طليقة، وكان عليه أن يحلف، فلم

يعتد بيمينه قبل التحليف، وأعاد عليه. ولو قال الحاكم في تحليفه، قل بالله، فقال بالرحمن، لم تحسب، وكان نكولاً.

(١) في: أ "بيناً".

(٢) في: ز "مستحب أو مستحق".

(٣) في: أ "إمرأة".

وركانه: هو ابن عبد يزيد بن هاشم المطلبي من مسلمة الفتح، ثم نزل المدينة، ومات في أول خلافة معاوية. تقريب التهذيب ٢٥٢/١. والحديث "أن ركانة بن عبد يزيد أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني طلقت امرأتي سهية ، ووالله ما أردت إلا واحدة فردها عليه" قال عنه الحافظ في التلخيص ٢١٣/٣ "الشافعي وأبوداود والترمذي وابن ماجه، واختلفوا هل هو من مسند ركانة، أو مرسل عنه، وصححه أبوداود وابن حبان والحاكم وأعله البخاري بالاضطراب. وقال ابن عبد البر في التمهيد: ضعفه.

(٤) في: أ "إمرأة".

ولو قال: قل بالله، فقال: والله، أو تا الله فوجهان.

أحدهما: أنه نكول، لأنه حلف لا على الوجه الذي حلف، فأشبهت الصورة الأولى.

والثاني: المنع، لأنه حلف بالاسم الذي حلف به، والتفاوت في مجرد الصلة، لا يمنع الاعتداد^(١).

ويجري الوجهان فيما إذا غلظ عليه باللفظ فامتنع، واقتصر على أن قال: بالله. وفيما إذا أراد التأكيد عليه بالزمان، و^(٢)المكان، فامتنع.

وقد حكى الخلاف في التغليظ اللفظي القاضي الروياني عن القفال وذكر الأصح: أنه يكون ناكلاً، لأنه ليس له ردُّ اجتهاد القاضي.

وقطع بعضهم في الامتناع من التغليظ اللفظي: أنه لا يكون ناكلاً^(٣).

وفي التغليظ الزماني، والمكاني: أنه يكون ناكلاً.

والفرق أن التغليظ اللفظي من جنس المأتي به، هو ذكر الله تعالى الذي هو^(٤) مناط الحرمة والتعظيم، والتغليظ الزماني، والمكاني ليسا من جنس المأتي به، فلم يكن له الامتناع منهما.

وليعلّم قوله في الكتاب: "إلا في مالٍ هو"^(٥) دون نصاب الزكاة بالميم، لما عرفت من مذهبه، أنه يجري التغليظ فيما دون نصاب الزكاة، إذا لم يكن دون نصاب السرقة^(٦)، وبالواو أيضاً^(٧)، لأن القاضي ابن كج حكى عن أبي الحسين، وجهاً^(٨): أن المال الواجب

(١) "لا يمنع الاعتداد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب "أو".

(٣) "ناكلاً" ليست في: ب، ظ.

(٤) "الذي هو" ليست في: ب.

(٥) "هو" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: ب "السرقة" وهو خطأ.

(٧) "أيضاً" ليست في: ز.

(٨) في: أ "وجهين". وهو خطأ.

بالجناية عمداً كان^(١) أو خطأً يجري فيه التغليظ، وإن كان دون نصاب الزكاة.

وقوله: "لم تغلظ يمينه" وقوله: "وتغلظ على المخدرة" مرقومان بالواو، لما تقدم.

ويمكن إعلام قوله: "وشرط اليمين أن يطابق الإنكار" أيضاً بالواو، لأننا أسلفنا وجهين في أن المدعى عليه، لو أنكر الجهة التي أسند المدعي إليها دعواه من إقراض، أو إتلاف، ثم أراد أن يقتصر في يمينه على نفي اللزوم، ولا يتعرض لتلك الجهة، هل يمكن منه؟ فإن مكناه لم يكن من شرط اليمين أن يطابق الإنكار.

(قال [الغزالي]: وأما المحلوف^(٢) عليه، فيحلف على البت في كل ما ينسبه إلى

نفسه، من نفي، أو إثبات، ويحلف على البت في الإثبات^(٣) المنسوب إلى غيره، وفي النفي يكفي الحلف على / نفي العلم، فيقول: لا أعلم على مورثي ديناً، ولا أعلم منه ٥٦٤ ز/ إتلافاً وبيعاً، وهل يثبت في نفي أرش الجناية عن العبد؟ فيه وجهان.

وفي نفي^(٤) الإتلاف عن البهيمة^(٥) التي قصر بتسريحها يجب البت).

[فصل: في المحلوف عليه]

[قال الرافعي] الحالف تارة يحلف على البت، وأخرى على العلم، ومقصود

الفصل، بيان موضع القسمين، فإن كان يحلف على فعل نفسه، فيحلف على البت سواء كان يثبته أو ينفيه، لأنه يعرف حال نفسه، ويطلع عليها، وإن كان يحلف على فعل الغير، فإن كان في إثبات، فيحلف على البت أيضاً^(٦)، لأنه يسهل الوقوف عليه، وهذا كما أنه يشهد به.

(١) في: ز "كانت".

(٢) في: ز "المحكوم".

(٣) في: أ "الإثباتات المنسوبة".

(٤) في: ظ "نفس".

(٥) في: أ "بهيمة".

(٦) في: ظ "يعرض".

وإن كان على النفي فيحلف على أنه لا يعلمه، لأن النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه، ولهذا لا يجوز الشهادة على النفي، وقد يعبر^(١) عن الغرض بعبارة أخرى، فيقال: إن كان الحلف على الإثبات، فيجب البت سواءً كان المثبتُ فعل نفسه، أو غيره^(٢). وإن كان على النفي، فإن نفي فعل نفسه، حلف على الميت أيضاً، وإن حلف على فعل غيره حلف على العلم^(٣)، وقد تختصر^(٤) فيقال: اليمين على البت أبداً، إلا إذا حلف على نفي^(٥) فعل الغير.

إذا تقرر ذلك فمن ادعى عليه مال، فأنكر^(٦)، حلف على البت، فإن ادعى ابراءً، أو قضاءً، وأنكر المدعى، حلف على البت.

لو ادعى
وارث على
إنسان

ولو ادعى وارث على إنسان أن لمورثي عليك كذا، فقال المدعى عليه: إنه قد أبرأني، أو قبضه، حلف المدعى على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه.

ومن^(٧) في يده دار^(٨) إذا جاء مدع، وقال: غصبها مني أبوك أو بائعك، فأنكر، حلف على نفي العلم، بأنهما^(٩) غصبًا.

ولو ادعى إنسان على وارث ميت ديناً على الميت، لم يكفبه ذكر الدين، ووصفه، بل يذكر مع ذلك موت من عليه، وأنه حصل في يده من التركة، ما يفي بجميعه، أو ببعضه^(١٠)، وأنه يعلم دينه على مورثه.

-
- (١) في: ظ "يعرض".
 (٢) في: ظ "أو فعل غيره".
 (٣) في: أ "على نفي العلم".
 (٤) في: أ "يحضر".
 (٥) "نفي" ليست في: ظ.
 (٦) في: أ "وأنكر".
 (٧) "من" ليست في: أ.
 (٨) "دار" ليست في: ظ.
 (٩) في: ظ "بأنها".
 (١٠) في: ز "بعضه".

وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على العلم، يشترط في الدعوى عليه التعرض^(١) لعلمه^(٢). فيقول: إن مورثك غضب كذا، وأنت تعلم أنه غضبه، ثم إذا تعرض لجميع ذلك فإن أنكر الوارث الدين، حلف على نفي العلم، فإن نكل حلف المدعي على البت، وإن أنكر موت من عليه، فثلاثة أوجه:

أحدها: عن ابن القاص، والشيخ أبي عاصم: أنه يحلف على البت، لأن الظاهر اطلاعه عليه.

وأصحهما: أنه يحلف على نفي^(٣) العلم كما لو أنكر غضبه وإتلافه. وقد يكون موته في الغيبة، فلا يطلع الوارث عليه.

وثالثها: عن الشيخ أبي زيد: الفرق بين من عهد حاضراً، أو غائباً، وإن أنكر حصول التركة عنده، حلف على البت، وإن أنكر الدين، وحصول التركة معاً، فأراد أن يحلف على نفي التركة وحده، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة، وعلى نفي العلم بالدين معاً، فعن ابن القاص: أنه يحلف عليهما، لأن للمدعي غرضاً في إثبات الدين، وإن لم يكن عند الوارث شيء، فلعله يظفر بوديعة، أو دين له على إنسان، فيأخذ^(٤) منه حقه. ولو ادعى على رجل أن عبدك^(٥) جنى عليّ بما يوجب كذا، وأنكر فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في "الشامل" أنه يحلف على نفي العلم، لأنه حلف يتعلق بفعل الغير.

وأصحهما: أنه يحلف على البت، لأن عبده ماله، وفعله كفعل نفسه، ولذلك سُمعت الدعوى عليه، وربما بُني الوجهان على أن أرش الجناية يتعلق بمحض الرقبة، أم يتعلق بالرقبة، والذمة جميعاً، حتى يتبع بما فضل بعد العتق؟ فإن قلنا: بالأول، حلف على

(١) في: ز "للتعرض".

(٢) "لعلمه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "نفي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ، ب، ظ "وأخذ".

(٥) في: أ "عندك".

البت^(١)، لأنه يحلف ويخاصم لنفسه، وإن قلنا: بالثاني، فعلى العلم، لأن للعبد على هذا ذمة تتعلق بها الحقوق، والرقيّة كالمرتبهة بما عليه.

وإذا ادعى عليه أن بهيمته أتلقت زرعاً، وغيره بحيث يجب الضمان بإتلاف البهيمة، فأنكر، يحلف^(٢) على البت، لأنه لازمة لها، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، وإنما يضمن بالتقصير في حفظها، وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف.

ولو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن، ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع، وأبطل حقّ الحبس، وأنت تعلم، فقولان عن حكاية ابن القاص.

أحدهما: أنه يحلف على نفي العلم، ويديم الحبس إلى استيفاء الثمن.

والثاني: وهو اختيار أبي زيد: أنه يحلف على البت، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، وعن ابن القاص: أنه إذا طوّل البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالمٌ به فأنكر، يحلف على البت، لأنه^(٣) يستبقي يمينه وجوب تسليم المبيع إليه. وأنه لو مات عن ابنٍ في الظاهر، فجاء^(٤) آخر، وقال: أنا أخوك، والميراث بيننا، فأنكر، يحلف على البت أيضاً، لأن الأخوة رابطة جامعةٌ بينهما، فهو حالفٌ في حق نفسه^(٥)، ونازعه منازعون في الصورتين، وقالوا: يحلف على العلم^(٦). والله أعلم.

(١) في: ط "الأول".

(٢) "يحلف" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ب "لا".

(٤) في: أ "فجاناً".

(٥) "حق" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) قال النووي في الروضة ٣٦/١٢ "قلت: نفي العلم هو الصحيح".

قال [الغزالي]: ثم تحلُّ له اليمين البت بظنٍ يحصل له من خطئٍ، أو قرينةٍ حال من نكول خصم، أو غيره^(١)، ويُنظر في اليمن إلى نية القاضي، وعقيدته، فلا تصح تورية الخالف، ولا قوله: إن شاء الله. بحيث لا يسمع القاضي، ولا يحل للشفعوي أن يحلف عند القاضي الحنفي على نفي اللزوم، في شفعة الجار^(٢)، بتأويل اعتقاد نفسه، بل إذا ألزمه القاضي، صار لازماً ظاهراً، وعليه أن يحلف، وهل يلزمه باطناً؟ فيه خلاف، وقيل: إن كان مجتهداً لم يلزمه باطناً، وإن كان مقلداً لزمه باطناً.

[فصل ما يحلف فيه على البت]

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: ما يحلف فيه على البت، لا يشترط فيه المسألة الأولى اليقين، بل يجوز البت بناءً على ظنٍ مؤكدٍ ينشأ من خطئه، أو خطئ أبيه، أو نكول خصمه على البت ما يحلف فيه على ما سبق.

ولو استحلف القاضي على البت، حيث تجب اليمين/ فيه على العلم، فقد عدل ٥٦٥/ز عن نهج العدل^(٣)، إلا أن اليمين تحسب، وتحمل^(٤) على نفي العلم، كما إذا شهد الشهود، أنه لا وارث له، إلا فلان، تقبل الشهادة، وتحمل على أنه لا يعلم وارثاً غيره.

المسألة الثانية: النظر في اليمن إلى نية القاضي المستحلف، وعقيدته، أما^(٥) النية، فالتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي، لا يُعني ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة.

ولو استثنى، أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه، ونيته، أو فعل ذلك بلسانه، ولكن لم يسمعه القاضي^(٦)، فكذلك وإن سمعه^(٧) عزره، وأعاد عليه اليمين^(٨).

(١) في: ز "وغيره".

(٢) في: أ "الجواز".

(٣) في: ب "الصواب والعدل".

(٤) في: ز "وتجب" وهو خطأ.

(٥) في: ب "وأما".

(٦) في: أ، ب، ظ "الحاكم".

(٧) في: أ، ب، ظ "سمعه الحاكم".

(٨) ورد بهامش العزيز ١٣/١٩٨، تعليق على قوله "وأعاد عليه اليمين" فليرجع إليه.

وإن وصله^(١) بكلام لم يفهمه القاضي منعه منه، وأعاد اليمين عليه.
وكذلك ذكره في "التهذيب" فإن قال: كنت أذكر الله تعالى. قال له: ليس
هذا^(٢) وقتاله.

وأما العقيدة، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجوار، والقاضي يرى إثباتها،
فأنكر المدعى عليه، فليس له أن يحلف، بناء على اعتقاده في شفعة الجار، بل عليه اتباع
القاضي، ولزومه في الظاهر ما ألزمه القاضي^(٣)، وهل يلزمه في الباطن؟ حكى المصنف فيه
وجهين.

وهذا الخلاف كالخلاف المذكور في الباب الثاني من "أدب القضاء": أن الحنفي
إذا حكم للشافعي بشفعة الجار، هل يحل له أو هو هو؟ وميل الأكثرين إلى الحل، كما
ذكره في الكتاب^(٤) هناك. وهو الجواب في فتاوى القفال، ويوافق ما اتفقوا عليه هاهنا
من ترجيح لزوم باطناً. وعن صاحب "التقريب": أن القضاء في المجتهدين ينفذ في حق
المقلد ظاهراً وباطناً، ولا ينفذ في حق المجتهد باطناً، حتى لو كان الحالف مجتهداً، وحلف
على موجب اجتهاده لم يأثم^(٥). والله أعلم.

هذا ما يتعلق بالطرف الثاني: وهو المحلوف عليه.

-
- (١) في: أ "فصله".
(٢) في: أ "ليس لي هذا أو قاله".
(٣) "ما ألزمه القاضي" ليست في: ب، ظ.
(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٤١، والروضة ١١/١٥٤.
(٥) ورد بهامش العزيز ١٣/١٩٩ "دعواه اتحاد الحالف فيه نظر، لأن الخلاف في لزومه باطناً، راجع
إلى الحكم لا إلى اليمين، وذلك أن هاهنا شيئين. أحدهما: اليمين. والآخر: الحكم، فاليمين لازمة
جزماً راعياً مع نفسه اعتقاده اثم، وأما الحكم ففيه الخلاف".
وقال النووي في روضته ١٢/٣٧ "هذا إذا حلفه القاضي، أو نائبه، وأما إذا حلف الانسان ابتداءً،
أو حلفه غير القاضي من قاهر، أو خصم، أو غيرهما، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف، وتنفعه
التورية قطعاً، وسواء حلف بالله تعالى، أو بطلاق وعتاق وغيرهما، صرح به الماوردي، ونقله ابن
الصباغ عن الأصحاب. ذكره في كتاب الطلاق".

[قال [الغزالي]: وأما الحالف فهو كل من توجه عليه دعوى صحيحة، فيحلف في إنكار النسب، والولادة، والرجعة، والنكاح، والظهار، والإيلاء، ولا يحلف في حدود الله تعالى: إذ لا مدعى فيها، ولا يحلف القاضي، والشاهد ويحلف القاضي بعد العزل، ولا يحلف الصبي إذا ادعى البلوغ، بل يصدق.

ولو قال: أنا صبي، لم يحلف، بل ينتظر بلوغه، إلا الصبي المشرك، إذا ادعى أنه استنبت الشعر بالعلاج، فإنه إن لم يحلف قتل. وقيل: يجبس حتى يبلغ، ثم يحلف، فإن نكل قتل. ولا يحلف الوصي، والقيم إذ لا يقبل إقرارهما. أعني بالدين على الميت.

ولا يحلف من ينكر الوكالة باستيفاء الحق، فإنه وإن علم أنه وكيل فيجوز جحود الموكل^(١)، وهل يجوز للوكيل بالخصومة^(٢) إقامة البينة على وكالته، من غير حضور^(٣) الخصم؟ فيه وجهان).

[الفصل الثالث: في الحالف وفيه مسائل]

[قال الرافعي]: الطرف الثالث الحالف: وهو كل من توجه عليه دعوى صحيحة.

وقيل^(٤): من توجهت عليه دعوى صحيحة^(٥).

ولو أقر بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر، يحلف عليه، ويقبل منه. ولا بد من استثناء صور من هذا الضبط فنوردها^(٦) مع ما يخرج منه، ويدخل فيه في مسائل:

المسألة الأولى
ما يجري فيه
التحليف

إحداها: يجري التحليف في النكاح، والطلاق، والرجعة، والفيئة في الإيلاء، وفي العتق، والاستيلاء، والولاء، والنسب.

(١) في: أ "الوكيل الموكل".

(٢) في: ز "بالوكيل للخصومة".

(٣) في: ز "من غير خصومة".

(٤) في: أ "وقد" وفي: ز "يقال".

(٥) "صحيحة" ليست في: ز.

(٦) في: أ، ز "فنوردها".

وقال أبو حنيفة: لا يحلف المدعى عليه في هذه الأبواب، بناءً على أن المطلوب من التحليف الإقرار، أو النكول، ليحكم بالنكول.

والنكول نازل منزلة البدل، والإباحة، ولا مدخل للبدل والإباحة في هذه الأبواب^(١). وقال مالك^(٢)، وأحمد^(٣): يجري التحليف فيما لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحدود.

وعن أحمد^(٤): رواية أخرى: أنه يجري التحليف في القصاص، وحد القذف، والطلاق، والعتاق. لنا مطلق قوله ﷺ: "اليمين على من أنكر" وحديث ركانة، حيث حلفه ﷺ في الطلاق، وأيضاً فإنه انكر ما توجهت به الدعوى، فيحلف كسائر ما يحلف فيه.

والثانية: حدود الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى، ولا يطلب الجواب، لأنها ليست حقاً للمدعي، ومن له الحق، لم يأذن في الطلب والإثبات، بل أمر فيه بالإعراض، والدفع بما أمكن.

المسألة الثانية
سماع الدعوى
في حدود الله
تعالى

نعم لو^(٥) تعلق به حق آدمي^(٦)، كما إذا قذف غيره، فطلب^(٧) المقذوف حد^(٨) القذف، فقال القاذف: حلفوه على أنه لم يزن، فالظاهر أنه يحلف كما ذكرنا في شرح المسألة الثالثة^(٩)، من ركن الدعوى^(١٠)، فإن حلف، أقيم الحد على القاذف، وإن نكل، وحلف القاذف سقط حد^(١١) القذف عنه. ولم يثبت بحلفه حد الزنا على المقذوف.

(١) بخلاف أبي يوسف ومحمد، فإنه يحلف في ذلك كله إلا في الحدود. انظر: الهداية ١٥٧/٣.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦، والتاج والإكليل ١٨٠/٦ و ١٨١.

(٣) انظر: المقنع ص ٣٥٢.

(٤) انظر: المقنع ص ٣٥٢.

(٥) في: ز "إن".

(٦) في: ظ "الآدمي".

(٧) "طلب" ليست في: أ.

(٨) في: ظ "حق".

(٩) في: أ "الثانية".

(١٠) انظر: ص ٧٤٩، والروضة ١٢/١٢.

(١١) في: أ "حق".

ولو ادعى سرقة ماله، سمعت دعواه للمال، وحلف المدعى عليه، فإن نكل، حلف المدعى، واستحق المال، ولم يقطع المدعى عليه^(١)، لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة.

وإذا أقر بما يوجب الحد، وادعى شبهة، كما إذا وطئ جارية أبيه، وقال: ظننتها تحل لي، وهو ممن يجوز أن يشتهه عليه مثله، حلف وسقط بحلفه الحد، ولزم^(٢) المهر، وتسمع الدعوى.

ويجري التحليف في القصاص، وحد القذف، وكذا في الشتم، والضرب الموجبين للتعزير.

الثالثة: لو ادعى على القاضي: أنه ظلمه في الحكم، أو على الشاهد أنه تعمد الكذب، أو غلط، أو ادعى عليه ما يوجب سقوط شهادته، فهذا شيء لو اعترف القاضي والشاهد به، لأفاد اعترافهما التعزيم، وانتفع به المدعي. لكن منصبهما يأبى التحليف على ما تقدم في آخر الباب الأول - من أدب القضاء^(٣) - ومرة أخرى في كتاب الدعوى^(٤).

ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضاؤه عليه ظلماً، وأنكر فقد ذكرنا وجهين: في أنه يحلف، أو يصدق بغير يمين، والذي أجاب به في الكتاب هاهنا، أنه يحلف فيعلم بالواو للوجه الآخر.

والكلام / على ماتيين هناك مائل إلى ترجيحه، وهذا في الدعوى التي تتعلق ٥٦٦/ز بالحكم.

وأما مالا يتعلق بالحكم، كدعوى الأموال، وغيرها، فسيبيله سائر الناس في الخصومات الشرعية، ويحكم فيها بينه وبين المدعي، خليفته، أو قاضٍ آخر.

(١) "عليه" ليست في: أ.

(٢) في: ز "ولزمه".

(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٣٩، والروضة ١١/١٣١.

(٤) في: ز "الدعوى".

المسألة الرابعة
الصبى إذا
ادعى البلوغ
بالاحتلام

الرابعة: الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام^(١) في وقت الإمكان، صدق، ولا يحلف على ما بيناه في الإقرار^(٢).

ومن ادعى عليه شيء فقال: أنا صبي بعد، وهو محتمل، لم يحلف ووقفت الخصومة إلى أن يتحقق بلوغه. وإن وقع في السبي من أنبت، وقال: استنبت الشعر بالعلاج، وأنا غير بالغ، فهذا يبني على أن إنبات العانة، عين البلوغ، أو علامته؟ وفيه قولان، قد سبق ذكرهما في الحجر^(٣). فإن قلنا: بالأول، فلا حاصل لكلامه. وإن قلنا: بالثاني: وهو الأصح، فالمشهور، والمنقول عن النص: أنه يحلف، وفيه إشكال من جهة أنه يدعي الصبا، وتحليف من يدعي الصبا، لا وجه له على ما تقرر في الإقرار.

فمن أبي الحسين بن القطان: أن هذا التحليف نوع احتياط واستظهار، وكذلك ذكره القفال في "شرح التلخيص" وقضية كلام الأكثرين، أنه واجب، وصرح به القاضي الروياني، ونفي الخلاف فيه، واعتمد هؤلاء في تحليفه على دليل الإثبات، وقالوا^(٤): كيف يترك الدليل الظاهر، بزعم مجرد؟

وإذا حلف، فإن حلف ألحق بالذراري، وحقن دمه، وإن نكل فالذي حكاه ابن القاص عن النص: أنه يقتل^(٥)، وعده في جملة صور، ادعى فيها بالنكول على خلاف المشهور^(٦)، من مذهب الشافعي - رضي الله عنه - وقال: غيره ليس هذا حكماً بالنكول، ولكن قام الدليل على البلوغ، ولم يظهر دافع، فأجري عليه حكمه.

وفي المسألة وراء المنقول عن النص وجوه.

أحدها: أنه يُحلى، ولا يقضى عليه بالقتل.

والثاني: أنه يجبس حتى يحلف، أو يقر.

(١) في: "الاحلام".

(٢) انظر: الوجيز ١/١٩٧، والعزیز ٥/٢٩٩، والروضة ٤/٣٥٨.

(٣) انظر: الوجيز ١/١٧٦، والروضة ٤/١٧٨، ومغني المحتاج ٢/١٦٧.

(٤) في: أ "وقال".

(٥) في: ز "يقتله".

(٦) انظر: الوسيط ٧/٤٢٨، الروضة ١٢/٣٩، ومغني المحتاج ٤/٤٧٦.

والثالث: وهو المذكور في "الكتاب": أنه يجبس إلى تحقق بلوغه، ثم يحلف على^(١) ما أدعاه من الاستعجال، فإن لم يحلف، فيقتل، وهذا تحرز من تحليف من يدعي أنه صبي. واعلم أن صورة دعوى الاستنبات بالعلاج، قد جرى لها ذكر في "باب السير" إلا أن المذكور هناك: أنه إذا حلف يصدق والمذكور هاهنا، للطرف الآخر، وهو أنه إذا نكل ماذا يفعل؟.

الخامسة: ادعى مدعي ديناً على ميت، أو ادعى أنه أوصى له بشيء، وللميت الخامسة ادعى مدعى ديناً على ميت

المدعى ادعى على ميت

ووصي في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، فأنكر، نظر: إن كان للمدعي بينة، حكم بها، وإن لم يكن له بينة^(٢)، وأراد تحليف الخصم على نفي العلم^(٣) بذلك، لم يمكن، لأن مقصود التحليف أن يصدق^(٤) الخصم، فيقر إن كان المدعي محقاً.

والوضي لا يُقيل إقراره بالدين، والوصية، فلا معنى لتحليفه^(٥).

نعم لو كان^(٦) وارثاً فيحلف بحق الورثة.

وقيم القاضي في ذلك، كالوصي، ومن عليه حق إذا طالبه به مطالب، وزعم أنه وكيل^(٧) صاحب الحق ولم يأت ببينة، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة، لم يمكن، لأنه وإن اعترف بالوكالة لا يلزمه التسليم من حيث أنه لا يأمّن جحود صاحب الحق الموكل. هذا ما أطلقه في الكتاب، وهو مستمر على ظاهر المذهب، لكن قد مر في آخر

(١) في: ز "يحلف إلى أن يتحقق . . . ثم يجبس".

(٢) في: أ "وإلا أن يصدق وأراد". وفي ز "وإلا وأراد".

(٣) "نفي العلم بذلك" ليست في: أ.

(٤) "أن يصدق" ليست في: أ.

(٥) "وذلك لأن صاحب الدين يشترط تحليفه على نفي المسقطات للدين، وفي المسألة نظر، لأن

الوصي إذا علم الدين، وأنكر [تبرير جلده] الميت، ولم يعلم الحاكم بذلك، فلم لا يقضيه الوصي العالم به من ماله، لكن قد يقال: يمينة على نفي المسقطات من الأيراد ونحوه مستحقة، فكيف يستقل بإيفاء الدين، وكيف يغرم الوصي من غير ضمان، ولا سبب يوجب ذلك" انظر: هامش

العزیز ٢٠٢/١٣.

(٦) في: ز "إن لو".

(٧) في: أ "وكل".

كتاب الوكالة^(١)، نقل خلاف في أنه هل يلزمه التسليم إذا اعترف بالوكالة؟ وبيننا أنه إن لزمه كان للمدعي تحليفه^(٢)، وأنه وإن لم يلزمه التسليم يُمكن من تحليفه أيضاً.

إذا قلنا: إن اليمين المردودة كالبينة

فيجوز أن يعلم لذلك قوله هاهنا: "ولا يحلف من ينكر الوكالة" بالواو، وقياس مانقلنا هناك إعلامه بالحاء والزاء أيضاً، ثم هذه المسائل محتومة بفرع:

وهو أن الوكيل بالخصومة، هل له إقامة البينة على وكالته من غير حضور الخصم؟ فيه وجهان:

فرع الوكيل
بالخصومة هل
له إقامة البينة

حكى الإمام عن القاضي الحسين: أنه لا بد منه، لأنه حق عليه. وعن غيره: أنه لا حاجة إليه، لأنه يثبت ولاية لنفسه، وذكرنا^(٣) في الوكالة: أن الإمام حكى عن القاضي الحسين^(٤) إذا كان الخصم غائباً ينصب القاضي مسخراً عنه، كأن المراد هاهنا ما إذا كان حاضراً في البلد، وهناك ما إذا كان غائباً عن البلد، والأظهر سماع البينة، وأنه لا حاجة إلى حضوره، ولا إلى نصب مسخرٍ.

ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم استغنى عن حجة يقيمها، إن كان الخصم حاضراً، هناك، وإن لم يكن فلتبني على أن القاضي هل يقضي بعلمه؟^(٥).

(قال [الغزالي]: وأما حكم اليمين فهو انقطاع الخصومة في الحال لا براءة^(٦) الذمة، بل للمدعي بعد ذلك أن يقيم البينة، ويعتذر بأنه لم يعلم بأن^(٧) له بينة، وإن كان أقر بأنه لا بينة له حاضرة، وغائبة، ففي القبول وجهان، ولو قال: كذب شهودي بطلت البينة، وفي بطلان دعواه وجهان: فإن قلنا: لا تبطل فادعى الخصم إقراره

(١) انظر: الوجيز ١/١٩٤، والعزیز ٥/٢٧٩، والروضة ٤/٣٣٥.

(٢) في: ز "أن يحلفه".

(٣) في: ظ "ذكرناه".

(٤) "الحسين" ليست في: ب، ز.

(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤١، والعزیز ١٢/٨٦.

(٦) في: أ "لإبراء".

(٧) في: أ، ب، ظ "أن".

بكذب الشهود، وأراد أن يقيم عليه شاهداً، ويحلف معه ليسقط^(١) البينة، لم يجز لأن مقصوده الطعن، وإن قلنا: تبطل دعواه جازت الحجة الناقصة لإسقاط^(٢) الدعوى بالمال).

[الفصل الرابع: في حكم اليمين وفيه مسألتان]

[قال الرافعي]: الطرف الرابع: فائدة اليمين، وحكمها، وهو انقطاع الخصومة، المسألة الأولى، فائدة اليمين، وحكمها والمطالبة في الحال لا سقوط الحق، وبراءة الذمة.

روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: "أمر رجلاً بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه" كأنه عرف كذبه^(٣) فدل^(٤) أن اليمين، لا توجب البراءة، فلو.

أقام المدعي بينة بعدما حلف المدعى عليه، سُمعت، وقضى بها، وكذا لو ردت اليمين على المدعي، ونكل، ثم أقام بينة، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينه، وإن كان قد قال: حينئذٍ، لا بينة لي حاضرة، ولا غائبة، فهذه الصورة قد^(٥) ذكرنا في شرح الفصل الثاني من الباب الثاني من "أدب القضاء"^(٦) مضمومة إلى الصورة التي أوردها

(١) في: "تسقط".

(٢) في: ز "لإثبات".

(٣) في: أ "عرف كاذباً". وفي: ب "عرف أنه كاذباً".

(٤) الحديث: أخرجه أبو داود في سننه ٢٢٨/٣، حديث رقم ٣٢٧٥ من كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن يحلف كاذباً متعمداً.

وأخرجه أحمد في مسنده ١٣٤/٤ "الموسوعة الحديثية، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٤، تحقيق شعيب الأرنؤوط وغيره. وقال عنه "إسناده ضعيف".

قال في البدر المنير ٤٥٠/٢ "رواه أبو داود والنسائي، والحاكم وقال: "صحيح الإسناد، وخالف ابن الجوزي فأعله، ثم بان بأنه ليس بعله، وكذا ابن حزم، حيث قال: إنه خبر ساقط". وانظر تلخيص الحبير ٢٠٩/٤.

(٥) في: ز "فقد ذكرنا هذه الصورة في شرح"

(٦) انظر: الوجيز ٢٤٢/٢، والعزيز ٤٩٦/١٢، والروضة ١٦٣/١١.

هناك، وهي أن يقول: لا بينة^(١)، واقتصر عليه وفيها جميعاً اختلاف^(٢)، والأظهر: السماع أيضاً، وبيننا هناك أنه لو قال: لا بينة لي حاضرة، ثم جاء ببينة، سمعت فلعلها حضرت. وأنه^(٣) لو قال: لي بينة ولكن لا أقيمها، وأريد يمينه، ويجيبه القاضي إليه، ويحلفه هذا هو المشهور وفي فتاوى القفال: أنه لا يجب على القاضي تحليفه، بل يقول: أحضر البينة.

هذه^(٤) إحدى مسالتي الفصل.

والثانية: لو أن مدعيّاً أقام على ما يدعيه شهوداً، ثم قال: كذب شهودي، أو لو أن مدعيّاً شهدوا مبطلين، فلا شك في سقوط بينته، وامتناع الحكم. وفي بطلان دعواه وجهان عن صاحب "التقريب" تبطل، وينزل تكذيبه الشهود منزلة تكذيبه نفسه، فليس^(٥) له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى.

وأظهرهما: المنع لاحتمال أن يكون هو محقاً في دعواه، أو الشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يحيطون به علماً، وفي مثل ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لِرَسُولِهِ، وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾^(٦).

وبني على الوجهين، ما إذا أقام المدعي شهوداً، فزعم المدعي عليه، أن المدعي أقر بأن شهوده^(٧) كذبه، وأقام عليه شاهداً واحداً، وأراد أن يحلف معه هل يمكن، وهل يحكم بشهادته، ويمينه؟ إن قلنا: هذا الإقرار لا يطل أصل الدعوى، فلا، لأن المقصود حينئذ الطعن في الشهود، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها، وجرح الشهود، والطعن فيهم لا يثبت بشاهد، ويمين، وإن كانت الشهادة بمال^(٨).

(١) في: ز "لا بينة لي".

(٢) في: أ "خلاف".

(٣) في: ظ "فإنه".

(٤) في: ظ: "هذا".

(٥) في: أ "وليس".

(٦) سورة المنافقون، من آية ١.

(٧) في: أ "شهود".

(٨) في: أ، ب، ظ "في مال".

وإن قلنا: إنه يبطل أصل الدعوى، مكن، لأن المقصود، والحالة هذه إسقاط الدعوى بالمال، فهو بمثابة مالو ادعى الإبراء، فإنه يثبت بشاهدٍ ويمين.

فروع: مما جُمع من^(١) فتاوى القفال، وغيره: أقام شاهدين على أن هذه الدار ملكه ورثها من أبيه، فأقام المدعي عليه شاهدين، على أن شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين^(٢) في هذه الحادثة، وأنهما استبعا الدار منه اندفعت شهادتهما^(٣).

ولو أقام شاهدين على أن هذه الدار ملكه، فأقام المشهود عليه شاهدين على أن شاهدي المدعي قد قالوا لا شهادة لنا في ذلك يسألهما^(٤) الحاكم: متى قال ذلك شاهدا المدعي؟ فإن قالوا: قاله أمس، أو منذ شهر، ولم تندفع شهادتهما بذلك، لأنهما قد لا يكونا^(٥) شاهدين، ثم يصيرا^(٦) شاهدين، وإن قالوا: قاله: حين تصديا لإقامة الشهادة، اندفعت شهادتهما.

ولو أقام المشهود عليه شاهدين، أن المدعي أقر بأن شاهديه شربا الخمر، وقت كذا، فإن طالت المدة بينه، وبين أداء الشهادة، لم يقتض ذلك رد الشهادة، وإن كانت المدة يسيرة، رُدَّت شهادتهما.

وإن شهدا أنه أقر بأنهما شربا الخمر من غير تعيين وقت^(٧)، سئل المدعي عن وقته، وحكم بما يقتضيه تعيينه.

ولو أقام المدعي بينة، ثم قال للقاضي: لا تحكم بشيء حتى تحلفه كانت بيته باطله. ووجه ذلك بأنه^(٨) كالمعترف، بأن بيته مما لا يجوز الحكم بها^(٩).

(١) في: أ، ب، ظ "في".

(٢) من قوله "على أن هذه الدار . . . بشاهدين" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) انظر: هامش العزيز ٢٠٥/١٣.

(٤) في: ب "فيسألهما".

(٥) في: أ "لا يكونان".

(٦) في: أ "يصيران".

(٧) في: ز "من غير وقت تعيين".

(٨) في: ز "فإنه".

(٩) في: أ، ب، ظ "به". وانظر: الروضة ٤٢/١٢. قال "هذا مشكل . . ." وهامش ٢ العزيز

وقوله في الكتاب "ويعتذر^(١) بأنه لم يعلم أن له بينة" هذا الاعتذار ليس بشرط لإقامة البينة على ما تقرر من أصلنا. نعم، حكى في "التهذيب" أن مالكا^(٢) - رضي الله عنه - قال: إن كان عالماً عند التحليف، أن له بينة، بطل حقه عن البينة، فيجوز أن يعلم لذلك قوله: "بل للمدعي بعد ذلك أن يقيم البينة" بالميم. والله أعلم.

[قال [الغزالي]: ولو قال: حلفني مرة، فليحلف على أنه ما حلفني، سُمعَ على أحد الوجهين، فلو أجابه بأنه حلفني مرة على أنني ما حلفته فليحلف، أنه ما حلفني، لم يسمع، لأن ذلك يتسلسل].

[فصل: في طلب المدعي يمين المدعى عليه]

[قال الرافعي]: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه، بين يدي الحاكم، فقال: المدعى عليه للحاكم، قد حلفني على هذه مرة^(٣) بالتماسه، وليس^(٤) له تحليفي، فإن كان القاضي يحفظ ما يقوله، لم يحلفه، ومنع المدعي مما^(٥) يبيغه، وإن لم يحفظه حلفه، ولا تنفع إقامة البينة فيه، لما مرّ أن القاضي متى يذكر حكمه، أمضاه، وإلا لم يعتمد على البينة.

وعن ابن القاص: يجوز سماع البينة فيه، حكاه القاضي أبو سعد الهروي. وحقه الطرد^(٦) في كل باب، وإن قال: حلفني عند قاضٍ آخر، وأطلق وأراد تحليفه عليه، فوجهان عن أبي سعيد الإصطخري:

أحدهما: المنع، يحكى هذا عن ابن القاص، وذلك لأنه لا يؤمن من أن يدعي المدعي، أنه حلفه على أنه ما حلفه - هكذا يدور الأمر، ولا ينفصل.

وأظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب" وغيره: أنه يمكن منه، لأنه محتمل مستبعد ولا يسمع مثل ذلك من المدعي كيلا يتسلسل.

(١) في: ب "يعذر".

(٢) انظر: مختصر خليل، ص ٢٦٧، ومواهب الجليل ١٨٦/٦.

(٣) "مرة" ليست في: ب، ز.

(٤) في: ز "فليس".

(٥) في: أ "ما".

(٦) في: ز "للطرد".

وعلى هذا فإن كانت له بيعة أقامها، وتخلص عن الخصومة، وإن استمهل ليقوم
البيعة فقياس البيئات الدوافع أن يمهل ثلاثاً.

وعن القاضي الحسين: أنه قال: أرى أن لا يمهل أكثر من يوم، لأنه كالمرادغ،
المتعنت.

وإن لم تكن بيعة حلف المدعي أنه ماحلفه، ثم يطلب المال^(١).

وإن نكل، حلف المدعي عليه، وسقطت الدعوى.

فلو أراد أن يحلف يمين الأصل، لا يمين التحليف المردودة عليه.

قال في "التهذيب": ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى، لأنهما الآن في
دعوى أخرى. ولو قال: المدعي في جواب المدعي عليه، قد حلفني مرة على أنني ما حلفته
مرة، وأراد تحليفه، لم يجب، لأنه يفضي إلى مالا يتناهى.

ولو ادعى مالا/على رجل، فأنكر، وحلف، ثم جاء المدعي بعد أيام، وقال: ٥٦٨/ز
حلفت يومئذٍ، لأنك كنت معسراً، ولم يلزمك تسليم شيء إليّ، وقد أسرت الآن، فهل
تسمع؟ فيه وجهان.

في وجه: تسمع، ويحلف المدعي عليه، لأمكانه. وفي وجه: لا، لأنه لا يتناهى،
ويفضي إلى أن لا ينفصل الأمر بينهما بحال^(٢).

فرغ: إنما يحلف المدعي عليه إذا طلب المدعي يمينه، فإن لم يطلب، ولم يقلع عن
المخاصمة، لم يحلفه القاضي.

ولو^(٣) حلفه. لم يعتد بتلك اليمين.

وحكى أبو الفرج الزاز: وجهاً آخر: أنه لا يتوقف التحليف على طلبه، لأن
للمدعي عليه غرضاً في اليمين، وهو سقوط المطالبة، والملازمة، وادعى أن هذا الوجه

(١) انظر: هامش ٣ العزيز ٢٠٧/١٣.

(٢) انظر: الروضة ٤٣/١٢ "الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر"

(٣) في: ز "فلو".

أصح، ونقله القاضي أبوسعده الهروي عن القفال الشاشي.

والمشهور الأول، وإن امتنع عن تحليفه، ثم أراد أن يحلفه^(١) بالدعوى السابقة، جاز، لأنه لم يسقط حقه عن اليمين^(٢).

فإن قال: أبرأتك عن اليمين، سقط حقه عن اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه، ذكره في "التهديب".

[قال [الغزالي]: الركن الرابع: النكول: ولا يثبت الحق به لكن تُردُّ على المدعي إذا تم نكوله، بأن^(٣) يقول: لا أحلف، وأنا ناكلٌ أو سكت، وقال القاضي: قضيت بالنكول، أو قال: للمدعي: احلف، وينبغي أن يعرض القاضي^(٤) اليمين ثلاث مرات، ويشرح له حكم النكول، فإن لم يشرح، وقضى بالنكول، فرجع، وقال: لم أعرف حكم النكول، ففي جواز الحلف خلافًا، وحيث منعناه، فلو رضي المدعي بيمينه ففي جوازه وجهان].

[فصل: في النكول]

[قال الرافعي] إذا أنكر المدعي عليه، واستحلف، فنكل عن اليمين، لم يقض عليه بالنكول، ولكن تُردُّ اليمين على المدعي، فاذا حلف قضي له.

وعند أبي حنيفة^(٥)، وأحمد^(٦) يقضى على المدعي عليه بنكوله.

(١) "ثم أراد أن يحلفه" ليست في: أ.

(٢) انظر: الروضة ٤٣/١٢، وهامش العزيز ٢٠٨/١٣.

(٣) في: أ، ب، ظ "ويتم بأن ٠٠٠".

(٤) "القاضي" ليست في: ز.

(٥) الهداية ١٥٧/٣.

(٦) قال في الانصاف ١١٢/١٢: "الذي يقضى فيه بالنكول: هو المال، أو ما مقصوده المال. هذا المذهب.

وعنه: هو المال، أو مقصوده المال، وغير ذلك. إلا قوة النفس.

وعنه: إلا قود النفس وطرفها

واستثنى أبو حنيفة: القصاص في النفس ووافقنا مالك^(١) على أنه لا يقضى بالنكول، لكن قال: ما يثبت بشاهد ويمين، ترد فيه اليمين على المدعي، وما لا يثبت بشاهد، ويمين، لا ترد فيه اليمين ولكن يجبس المدعى عليه، حتى يحلف، أو يقر.

واحتج الأصحاب بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ "رد اليمين على طالب الحق"^(٢) وعن عمر - رضي الله عنه - "تحويل اليمين إلى المدعي".

قالوا: والنكول كما يحتمل أن يكون تحزراً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة، فلا يقضى به مع التردد، والاحتمال.

إذا عرف ذلك: فلو لم يعرف المدعي تحويل اليمين إليه^(٣) بنكول المدعى عليه^(٤)، عرفه القاضي، وبين له^(٥) أنه إن حلف استحق، وإنما يحصل النكول، بأن يعرض القاضي اليمين عليه، فيمتنع، وفُسر العرض بأن يقول: قل: والله، والامتناع بأن يقول: لا أحلف، وأنا ناكل. قال الإمام: وقوله قل: والله ليس أمراً جازماً، وإنما المراد بأنه وقت اليمين المعتدُّ بها للمدعى عليه.

ولو قال: اتحلف بالله تعالى. فقال: لا. فهذا ليس بنكول.

ولو^(٦) ابتدر حين سمع هذه الكلمة، وحلف، لم يعتد بيمينه، لأنه استخبار لا استحلاف.

ولو قال: احلف. فقال: لا أحلف. ففي "التهذيب" إنه ليس بنكول أيضاً.

(١) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٨.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٤ "حديث ابن عمر ٠٠٠ والدارقطني والحاكم والبيهقي وفيه محمد بن مسروق لا يعرف، وإسحاق بن الفرات مختلف فيه، ورواه تمام في فوائده من طريق أخرى عن نافع".

أخرجه الحاكم في كتاب الأحكام ١١٣/٤. وقال: "هذا حديث صحيح الاسناد، ولم يخرجاه".

(٣) "إليه" ليست في: أ، ز.

(٤) في: ز "إليه".

(٥) "له" ليست في: أ، ب.

(٦) في: ز "فلو".

وقال الإمام: هو نكول، وهو واضحٌ، ولا فرق بين قوله: بالله، وبين قوله^(١):
أحلف بالله.

ولو استحلف فلم يحلف، ولا تلفظ بأنه ناكلٌ، أو ممتنع، فسكوته نكول، كما أن استحلف فلم
يحلف ولا
تلفظ بأنه
ناكل أو ممتنع

السكوت عن الجواب في الابتداء نازل منزلة الإنكار.

ثم ذكر الإمام وغيره: أنه إن صرح بالنكول، فلا حاجة إلى حكم القاضي بأنه
ناكل، وإن سكت فيحكم القاضي بأنه ناكل ليرتب عليه رد اليمين.

وقوله: القاضي للمدعي: احلف، نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدعى عليه
ناكل. وهذا ما أراه^(٢) بقوله: ويتم بأن يقول: لا أحلف، أو أنا ناكل، أو سكت. وقال
القاضي: قضيت بالنكول، أو قال: للمدعي. احلف. فقوله^(٣): أو "سكت" متعلقٌ بقوله:
بأن يقول: لا أحلف. وقوله: "أو قال: للمدعي إحلف" متعلقٌ بقوله: "وقال القاضي:
قضيت بالنكول.

وإنما يحكم القاضي بأنه ناكل إذا لم يظهر كون السكوت لدهشٍ، أو غباوة^(٤)
عرض اليمين
على المدعي
عليه ثلاث
مرات

ونحوهما.

ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه، ثلاث مرات،
والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول.

وعن أبي حنيفة^(٥): أن العرض ثلاثاً شرطٌ. وإذا تفرس فيه سلامة جانب، شرح
له حكم النكول، فإن لم يشرح، وحكم بأنه ناكلٌ قال: المدعى عليه لم أعرف حكم
النكول، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام: أظهرهما: النفوذ، وكان من حقه أن يبحث،
ويعرف قبل أن ينكل.

(١) "قوله" ليست في: أ، ب.

(٢) في: ز "ما أراد".

(٣) في: أ "وقوله".

(٤) في: أ "عبارة".

(٥) انظر: الهداية ١٥٧/٣.

ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود، فيحلف، نُظِر: إن كان ذلك بعد أن لو أراد الناكل أن يعود، يحلف بعد الامتناع
 حكم القاضي بأنه ناكلٌ، أو^(١) قال: للمدعي: احلف، لم يكن له الحلف، وإن أقبل عليه
 ليحلفه، ولم يقل بعد: أحلف، فهل هو كما لو قال: أحلف؟ فيه وجهان عن القاضي
 الحسين، وإن لم يجر شيئاً من ذلك، فله الحلف حتى لو هرب المدعى عليه. قبل أن يحكم
 القاضي عليه، بأنه ناكلٌ، وقيل أن يعرض اليمين على المدعي لم يكن للمدعي أن يحلف
 اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه^(٢) الحلف، إذا عاد.

وهكذا أطلق صاحب "التهذيب" وغيره. وقضية التسوية بين التصريح بالنكول،
 وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالتين، إلا بعد الحكم بأنه ناكلٌ، أو
 بعد عرض اليمين / على المدعي، وقد يفهم قول من قال: أنه لا حاجة عند التصريح ٥٦٩/ز
 بالنكول إلى حكم الحاكم، امتناع العود إلى الحلف عند التصريح بالنكول، وإن لم يوجد
 حكمٌ، ولا عرض^(٣) يمين، وحيث منعناه من العود إلى الحلف، فذلك إذا لم يرض المدعي،
 فإن رضي فوجهان.

أحدهما: أن حق حلفه قد بطل، فلا يؤثر فيه الرضا.

وأظهرهما: أن له العود إليه، فإن الحق لا يعد وهما.

و^(٤) قال: في "الرقم" وإذا رضي بأن يحلف المدعي عليه^(٥)، والحالة هذه، ثم إنه لم
 يحلف، لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد، لأنه أبطل حقه حيث رضي يمين المدعى
 عليه.

وليعلم قوله في الكتاب "ولا يثبت الحق" بالحاء والألف، والميم، لما مر من

مذاهبهم.

-
- (١) في: أ "و".
 (٢) "عليه" ليست في: ز.
 (٣) في: ز "الأعراض؟"
 (٤) "و" ليست في: ز، ط.
 (٥) "عليه" ليست في: ز.

وقوله: "ويتم النكول" إلى آخره. في لفظه إشكالٌ فإنه جعل أحد طريقي تمام النكول حكم القاضي بالنكول، ومعلومٌ أن القاضي إنما يحكم بالنكول إذا تم النكول، فكيف يكون تمام النكول بالحكم الموقوف على تمام النكول^(١)، وأراد أن حكم النكول يثبت بالتصريح بالنكول، أو بالسكوت، وحكم القاضي.

وقوله: "ففي جواز الحلف، خلاف" أي هل ينفذ الحكم بأنه ناكلٌ من غير علمه بحكم النكول، أو لا ينفذ حتى يجوز له الحلف؟ وعبر بالخلاف عن الاحتمالين اللذين نقلناهما عن الإمام.

فرع: نقل القاضي الروياني، "في جمع الجوامع" أن قول القاضي للمدعي: أتخلف أنت؟ كقوله له^(٢): احلف حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك. قال: وعندي فيه نظرٌ. والله أعلم.

[قال [الغزالي]: ثم المدعي إن نكك فنكوله كحلف المدعى عليه، وإن حلف فهو كإقرار الخصم، أو كينة، فيه خلاف. ولا شك في أنه يستحق الحق به، وإن قال المدعي: أمهلوني أمهلناه ثلاثاً، لأنه على اختياره^(٣)، في تأخير الطلب.

أما المدعى عليه فلا يمهل، فإن^(٤) لم يرجع بعد ثلاثٍ، بطل حقه من اليمين، وكان كنكوله، وفيه وجةٌ أنه على خيرته أبداً، وكذا الكلام فيما لو أقام شاهداً، وأراد أن يحلف معه، ثم نكل، فالصحيح: أنه لا يقبل منه بعد ذلك إلا بينةً كاملةً).

[فصل: إذا ردت اليمين على المدعى]

[قال الرافعي] المدعى إذا ردت اليمين عليه، إما أن يحلف، أو يمتنع.

الحالة الأولى: أن يحلف فيستحق المدعى، ويمينه بعد نكول المدعى عليه بمنزلة بينةٍ يقيمها، أو بمنزلة إقرار المدعى عليه؟ فيه قولان:

(١) في: ز "بالنكول بالحكم الموقوف على تمام النكول فكيف".

(٢) "له" ليست في: أ، ب.

(٣) في: أ "على اختيار".

(٤) في: ز "فإن".

أحدهما: أنها كالبينة، لأن الحجة، اليمين، واليمين^(١) وجدت منه.

وأصحهما: وهو المنصوص في "المختصر" في باب "النكول" أنها بمثابة إقرار المدعى عليه، لأنه بنكوله توصل إلى الحق، فأشبهه إقراره^(٢).

وللقولين فروع كثيرة مذكورة في مواضعها.

ومنها: أن المدعى عليه لو أقام بينة على أداء المال، أو على الإبراء عنه بعدما حلف المدعي، فإن جعلنا يمينه كبيئته، سُمعت بيئته المدعى عليه، وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه، لم تسمع لكونه^(٣) مكذباً للبينة بالإقرار^(٤).

وحكى القاضي أبوسعده الهروي: اختلافاً، للأصحاب في: أنه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة، أم لا بد من حكم الحاكم بالحق؟ ويمكن أن ينى هذا على القولين، إن جعلناها كالبينة، فلا بد من الحكم، وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه، فلا حاجة إليه، على أن في الإقرار أيضاً خلافاً قد مر في "أدب القضاء".

والحالة الثانية: أن يمتنع عن الحلف، فيسأله القاضي عن سبب امتناعه، فإن لم يتعلل بشيء، أو قال: لا أريد أن أحلف، فهذا نكول يسقط حقه عن اليمين، وليس له مطالبة الخصم، وملازمته^(٥)، ثم قضية قوله في الكتاب: "أن نكوله كحلف المدعى عليه" أن لا يتمكن من استئناف الدعوى وتحليفه في مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، ولا^(٦) ينفع بعد ذلك إلا البينة.

وكذلك ذكره صاحب "التهذيب" وصرح به الإمام. ووجهه^(٧) بأننا لو لم نقل بهذا، لرفع خصمه كل يوم إلى القاضي، والخصم ناكل، وهو لا يحلف اليمين المردودة،

(١) "اليمين" ليست في: ز.

(٢) انظر: المختصر ص ٣١٠، والروضة ٤٥/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٨/٤.

(٣) في: أ "كنكوله".

(٤) انظر هامش ٤ العزيز ٢١١/١٣.

(٥) انظر: المصدر نفسه هامش ٣ بالعزيز ٢١٢/١٣.

(٦) في: أ، ب، ظ "فلا".

(٧) في: أ، ب، ظ "ووجه".

فيعظم الخطب، ولا يتفرغ القاضي من خصومته إلى شغل آخر. والذي ذكره العراقيون والقاضي الروياني: أنه لو جدد^(١) الدعوى في مجلس آخر، ونكل^(٢) المدعى عليه ثانياً، ترد اليمين على المدعي. وهذا ما أورده القاضي أبوسعده الهروي، ولا شك أن الأول: أحسن وأقوى، وإن^(٣) ذكر المدعي^(٤) لامتناعه سبباً، فقال: أريد أن آتي بالبينة، أو أسأل الفقهاء، أو انظر في الحساب، ترك، ولم يطل حقه من اليمين، وهل يقدر لإمهاله مدة؟ فيه وجهان.

أظهرهما: عند الإمام وصاحب الكتاب: أنه يمهل ثلاثة أيام، ولايزاد وإلا لم يؤمن من^(٥) الملاحه^(٦) والمرافعة مرة بعد أخرى، وقد يتعب^(٧) الخصم، والقاضي.

والثاني: أنه لاتقدير، لأن اليمين حقه، فله تأخيره إلى أن يشاء كالبينة يتمكن من إقامتها متى شاء^(٨)، وهذا ما أورده في "التهديب" ولمن قال: بالأول: أن يفرق بأن البينة قد لا تساعد^(٩)، ولا تحضر، واليمين إليه.

ولم يذكر الشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا امتنع المدعى عليه، عن اليمين، أنه يسأل عن سبب امتناعه، فعن^(١٠) "ابن القاص": أن قياس ما ذكره في امتناع المدعي، أن يسأل المدعى عليه عن سبب الامتناع أيضاً.

وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق، فارقين بأن امتناع المدعى عليه يثبت للمدعي حق الحلف، والقضاء بيمينه، فلا يؤخر حقه بالبحث، والسؤال وامتناع المدعى،

-
- (١) في: ز "جرد".
 (٢) "ونكل" ليست في: ز.
 (٣) في: ظ "فإن".
 (٤) "المدعي" ليست في: ز.
 (٥) "من" ليست في: أ، ز.
 (٦) في: ظ "الملاحه".
 (٧) في: ز "فيتعب".
 (٨) في: أ، ب "شاهدوا".
 (٩) في: ز "فلا يساعد".
 (١٠) في: أ "وعن".

لا يثبت حقاً لغيره، فلم يضر السؤال عن سبب الامتناع. فكان^(١) يجوز أن يقال: إن امتناع المدعى عليه، إنما يثبت الحق للمدعي إذا امتنع بلا سبب، فأما إذا تعلل بعذر، كما سنذكره على الأثر، فلا ينتقل حق اليمين من جانبه إلى جانب المدعي، وإذا لم يكن الامتناع المطلق ناقلاً للحق، لم يكن السؤال تأخيراً للحق. ولو أن المدعى عليه حين استحلف قال: امهلوني لأنظر في الحساب، أو أسأل الفقهاء، فوجهان.

أشهرهما: وهو المذكور في "الكتاب"^(٢): أنه لا يمهل إلا أن يرضى المدعي، لأنه مجبور محمول على الإقرار، واليمين، بخلاف المدعي، فإنه مختار في طلب حقه، وفي تأخيره.

والثاني: وبه قال صاحب "الإفصاح": أنه يمهل للحاجة، ولا يزداد على ثلاثة أيام كيلا يتضرر المدعي.

واختار القاضي الروياني: وجه الإمهال وقال: فيما إذا استمهل ليسأل الفقهاء: إن قضاة بلدنا استحسنا الإمهال يوماً، ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب، لينظر في الحساب.

ذكر القاضي أبوسعدي: أنه يمهل إلى آخر المجلس إن شاء، وإذا علل المدعي امتناعه بعذر، كما بينا، ثم عاد بعد مدة ليحلف، مكن منه.

قال في "التهذيب": فإن لم يذكر القاضي نكول خصمه أثبتة بالبينة، وكذا لو أثبت عند قاضٍ آخر، نكول خصمه، له أن يحلف، وكذا^(٣) لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي، ثم حضر الموكل، له أن يحلف، ولا^(٤) يحتاج إلى استئناف الدعوى، ومن أقام شاهداً واحداً ليحلف معه، ثم إنه لم يحلف، فهو كما إذا ارتدت

(١) في: أ، ب، ظ "وكان".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٦٦، والروضة ١٢/٤٦، ومغني المحتاج ٤/٤٧٨.

(٣) "وكذا لو نكل . . . له أن يحلف" ليست في: ز.

(٤) في: أ "فلا".

اليمين إلى المدعي، فلم يحلف، فإن علل الامتناع بعذر^(١)، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبدأ، أو لايزاد إمهاله على ثلاث^(٢).

وإن لم يعلل بشيء، أو صرح بالنكول، فعلى ما في الكتاب، و "التهديب": ييطل حقه من الحلف، وليس له العود إليه، واستمر العراقيون على ماذكروه هناك.

قال المحامي في "التجريد": لو امتنع عن الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم انتقلت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود فيحلف إلا إذا عاد في مجلس آخر، واستأنف المدعي الدعوى، وأقام الشاهد، له أن يحلف معه.

فإن قلنا: بالأول. لم تنفعه إلا بينة كاملة.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: "فيكون كحلف المدعى عليه" يجوز إعلامه بالواو، لأن من قال: برد اليمين عند تجديد دعوى، ونكول، لا يكون نكوله كحلف المدعى عليه.

وقوله: "وإن قال: المدعي: أمهلوني، أمهلناه، ثلاثاً" محمول على ما إذا قال: أمهلوني لأطالع الحساب، أو أراجع الفقهاء^(٣). فأما إذا اقتصر على قوله: "أمهلوني" فيشبه أن يقال: هو كما إذا لم يذكر عذراً أصلاً. وقوله: "أما المدعى عليه فلا يمهل" فعلم بالواو. وقوله "ولو"^(٤) لم يرجع "أي المدعي".

ولفظ: النكول في قوله: "أقام شاهداً وأراد أن يحلف معه، ثم نكل" ماينبغي أن يحمل على النكول المطلق، والامتناع، بلا عذر، بل يحمل على الاستمهال، والتمسك بعذر، فإن ذلك هو صورة الوجهين في الامتناع عن اليمين المردودة، لا مطلق الامتناع، وحينئذٍ فقوله "لاتقبل منه بعد ذلك إلا بينة كاملة" أي^(٥) إلا بعد الثلاث لينطبق^(٦) الحكم على المذكور في اليمين المردودة والله أعلم.

(١) في: ز "بعذر كما بينا".

(٢) في: ز "على ثلاثة أيام".

(٣) في: أ، ب "الفقيه".

(٤) في: أ "فلو".

(٥) "أي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ، ظ "لينظرون".

قال [الغزالي]: ويتعذر رد اليمين حيث يكون المدعي السلطان، فإذا نكل رب مال الزكاة، لم يحلف الساعي، بل يقضي بالنكول على وجه، ويحبس على وجه، حتى يحلف أو يقر، والذمي إذا ادعى أنه أسلم قبل انقضاء السنة، ثم نكل عن اليمين، فيحبس^(١) على وجه، ويقضى عليه^(٢) على وجه، ولا يطلب منه شيء^(٣) على وجه، وولد المرتزقة^(٤) إذا ادعى البلوغ، واتهم، ونكل لم يثبت اسمه إلى أن يعلم بلوغه، ومن مات، ولا^(٥) وارث له، فادعى القاضي له ديناً على إنسان، فنكل، حبس على وجه حتى يقره أو يحلف، وقضى عليه بالمال على وجه، ويُترك على وجه، وهو أبعد هاهنا منه في الذمي).

[فصل في تعذر رد اليمين]

[قال الرافعي] ما ذكرنا أنه ترد اليمين على المدعي، ولا يقضي بالنكول، هو الأصل، المقرر^(٦) في المذهب، لكنه قد يتعذر رد اليمين، وحيثئذ، فمن الأصحاب من ذهب إلى القضاء بالنكول، وبيانه بصور.

منها: إذا طوّل رب المال بالزكاة فقال^(٧): بادلْتُ النصاب في أثناء الحول، أو دفعت الزكاة إلى ساعٍ آخر. أو غلظ الخارص في الخرص^(٨)، أو أصابت^(٩) الثمار جائحة، واتهمه الساعي، فيحلف على ما يدعيه إيجاباً، واستحباً على اختلافٍ مذكور في الزكاة^(١٠)، فإن نكل لم يطالب بشيءٍ إن قلنا: بالاستحباب، وإن قلنا بالإيجاب، فإن

الصورة الأولى إذا طوّل رب المال بالزكاة فقال: دفعت الزكاة إلى ساعٍ آخر ونحو ذلك

- (١) في: أ، ب "يحبس".
- (٢) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٣) "شيء" ليست في: أ.
- (٤) قال في المصباح ٢٢٥ "وارتزق القوم أخذوا أرزاقهم فهم مرتزقة".
- (٥) في: أ "فلا".
- (٦) في: ز "المقر".
- (٧) "فقال" ليست في: أ.
- (٨) في: ز "الخرج".
- (٩) في: أ "أو صابت".
- (١٠) انظر: الوجيز ٩٢/١، والعزیز ٩١٥/١٣، والروضة ٢٥٢/٢.

الموصوفون بصفات الاستحقاق في البلد، وقلنا: بامتناع النقل، فترد اليمين عليهم، فيتعذر الرد إلى الساعي، والسلطان، وما الذي يُفعل؟ فيه ثلاثة أوجه:

أشهرها^(١): أنه تؤخذ منه الزكاة، وكيف سبيله؟

رأى ابن القاص هذا حكماً بالنكول، ورواه عن ابن سريج، وسبب تجويزه دعاء ورة إليه.

وقال أكثرهم: ليس هذا حكماً بالنكول، لكن قضية ملك النصاب، ومضي الوجوب. فإذا لم يثبت دافع أخذنا الزكاة.

الوجه الثاني: أنه لا يطالب بشيء، لأنه لم تقم عليه حجة.

والثالث: أنه يجبس حتى يُقر فتؤخذ منه الزكاة، أو يحلف، فيعرض عنه.

ومنهم من فرق بين أن يكون رب المال، على صورة المدعي، بأن يقول: أدبت في أخرى أو إلى ساعٍ آخر، فتؤخذ منه الزكاة إذا لم يحلف، وبين أن يكون على صورة شيء عليه^(٢)، بأن يقول: ماتم حولي، أو ما في يدي لفلان المكاتب، فلا يؤخذ منه شيء، ووجه رابع، وقد نسبه صاحب "التهذيب" في باب الزكاة. إلى ابن سريج ورجحه.

ومنها: الذمي / إذا مات في أثناء السنة يلزمه من الجزية، قسطاً ما مضى، أو ٥٧١/ز

الصورة الثانية
الذمي إذا
مات في أثناء
السنة

مه شيء؟ فيه قولان^(٣) المذكوران في موضعهما^(٤)، فإن غاب ذمي، ثم عاد، وهو

م، فقال: أسلمت قبل تمام السنة، فليس عليّ تمام الجزية، أو ليس عليّ شيء منها.

^(٥) عامل الجزية: بل أسلمت بعدها، وعليك تمام الجزية فيحلف الذمي^(٦) استحباباً

وجه، وإيجاباً على وجه، فإن قلنا: بالإيجاب فيقضى عليه بالجزية، أو لا يطالب بشيء

انظر: الروضة ٤٨/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٩/٤، والتلخيص ص ٦٤٦.

من "بأن يقول: أدبت . . . صورة المدعي عليه" ليست في: ب.

في: ز "وجهان".

انظر: الوجيز ٢٠٠/٢، والعزیز ٥٢١/١١.

في: ب "فقال".

في: ز "قبل" وهو خطأ.

أو يحبس ليقر، فتؤخذ منه الجزية، أو يحلف، فيترك؟ فيه الوجوه الثلاثة المذكورة في الصورة السابقة^(١).

قال الإمام: وقيد صاحب "التلخيص" المسألة بما إذا غاب، ثم عاد، وهو مسلم، وظاهر هذا: أنه لو كان عندنا، وصادفناه مسلماً في آخر السنة^(٢)، فادعى أنه أسلم قبل تمامها، وكنتم إسلامه، لا يقبل قوله، لأن الظاهر: أن من أسلم في دار الإسلام، لا يكتم إسلامه.

الصورة الثالثة
ولد المرتزقة إذا
ادعى البلوغ

ومنها: ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ، بالاحتلام، وطلب إثبات اسمه في الديوان، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصدق من غير يمين، لأنه، وإن كان كاذباً، فكيف يحلفه وهو صبي، وإن كان صادقاً، وجب أن يجاب.

وأظهرهما: أنه يحلف عند التهمة، فإن نكل، فلا^(٣) يجاب، ولا يثبت اسمه إلى أن يظهر بلوغه، وهذا ما أورده في "الكتاب"^(٤).

ويقرب منه أن بعض من شهد الوقعة من المراهقين، إذا ادعى الاحتلام، وطلب سهمهم المقابلة، يعطى، إن حلف، وإن لم يحلف، فوجهان.

أحدهما: أنه يعطى، ويوجه هذا بطريقتين:

أحدهما: أنه مصدق بغير يمين، لأن احتلامه إنما يعرف من جهته. فأشبه ما إذا علق العتق أو الطلاق، المشيئة، فقال: شئت، يصدق بلا يمين.

والثاني: أن شهود الوقعة، وحصول الغناء به يقتضي استحقاق السهم.

(١) في: "الثالثة".

(٢) في: ز "الحول".

(٣) في: أ "لا".

(٤) الوجيز ٢/٢٦٦، والروضة ١٢/٢٠٠.

وأظهرهما: أنه لا يعطى إذا لم يحلف، وجعل صاحب "التلخيص"^(١) هذا حكماً بالنكول. وقال غيره: إنما لم يعط، لأن حجته، إذا قلنا: إنه يحلف، إنما هي اليمين، فإذا لم يحلف، لم يقض له لعدم الحجة، لأنه قضى عليه بالنكول. لا ننز

ومنها: إذا مات من لا وارث له، فادعى القاضي، أو منصوبه ديناً له على إنسان إذا مات من لا وارث له فادعى القاضي ديناً على إنسان وجده في تذكرة^(٢)، فأنكر المدعى عليه، ونكل عن اليمين، ففيه وجوه.

أحدها: أنه يجبس حتى يقرأ ويحلف.

والثاني: أنه يقضى عليه بالنكول فيؤخذ منه المال، لأن ورثته المسلمون، وردّ

اليمين عليهم متعذر.

والوجه الثالث: أنه يعرض عنه، ولا يتعرض له. نعم لو كان معانداً، فهو عاصٍ آثم. وقوله في الكتاب "وهو أبعد هاهنا منه في الذمي" إنما ذكر ذلك، لأن هذا الوجه مشهور في مسألتي الزكاة، وإسلام الذمي، وهو غريب هاهنا.

لم يحك إلا عن الشيخ أبي محمد، وسبب الفرق: أنه مبني^(٣) هناك على استحباب اليمين، واليمين هاهنا مستحقة على المدعى عليه، فالإعراض عنه بنكوله إسقاط لليمين، وإبطال لفائدته. ويجري الخلاف المذكور فيما إذا ادعى وصي ميت على وارثه: أنه أوصى بثلثه للفقراء^(٤)، وأنكر الوارث، ونكل^(٥).

ولو ادعى ولي الصبي والمجنون ديناً له على إنسان، فأنكر، ونكل ففي الرد على الولي وجوه.

أحدها: أن اليمين ترد عليه، لأنه المستوفي، والصبي والمجنون، ليس لهما أهلية

اليمين.

(١) انظر: التلخيص ص ٦٤٦.

(٢) في: أ، ب، ظ "تذكرته".

(٣) في: ظ "مسير".

(٤) في: ز "على الفقراء".

(٥) في: ز "فنكل".

والثاني: المنع، لأن إثبات الحق للإنسان^(١) يمين غيره مستبعد.

والثالث: أنه إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه، رد عليه، وإلا فلا، وأجري هذا الخلاف، فيما إذا أقام شاهداً واحداً، هل يحلف معه؟

وفيما إذا ادعى على الولي ديناً^(٢) في ذمة الصبي، هل يحلف إذا أنكر؟

والوصي والقيم في ذلك كالولي، ويجري في قيم المسجد، ومتولي الوقف إذا ادعى للمسجد، أو للوقف، وأنكر المدعى عليه، ونكل، وتحليف الولي، والوصي له ذكر في الكتاب في "الباب الأخير من الصداق"^(٣) فليتذكر.

ثم المذهبيون إلى ترجيح المنع من الوجوه الثلاثة أميل^(٤)، ولا بأس بوجه التفصيل^(٥)، ولقد رجحه أبو الحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في "الأمالي" وإن منعنا رد اليمين إلى الولي، والوصي، فينتظر بلوغ الصبي، وإقامة المجنون، ويكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وصيرورة^(٦) اليمين موقوفة على البلوغ، والإفاقة، ويعود في المدعي للمسجد، والوقف الوجهان في: أنه يقضى عليه بالنكول، أو يجبس ليحلف، أو يقر.

والأصح: من هذا الخلاف في مسألة من لا وارث له: أنه لا يقضى بالنكول، ولكن يجبس ليحلف، أو يقر، وإنما حكمنا فيما قبل ذلك من الصور بالمال، لأنه قد سبق أصل يقتضي الوجوب، ولم يظهر دافع، فأخذنا بذلك الأصل^(٧)، وهاهنا لا مستند إلا النكول، والنكول المحض لا اعتماد عليه على أصلنا. وقيم المحجور عليه: إذا ادعى له، ونكل المدعى عليه، يحلف المحجور، أنه يلزمه تسليم هذا المال، ولكن لا يقول: إليّ. وقيمه يقول في الدعوى: يلزمك تسليمه إليّ.

(١) في: أ "إنسان".

(٢) في: ز "دين".

(٣) انظر: الوجيز ٣٥/٢.

(٤) "أميل" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ب "الفصل".

(٦) في: أ، ب "وصيرورته".

(٧) في: ز "والأصل".

ومنها: للقاذف^(١) أن يحلف المقدوف على أنه لم يزن، كما مر، فإن نكل .
 الصورة الخامسة للقاذف أن يحلف المقدوف على أنه لم يزن
 حكي القاضي أبوسعده وجهاً: أنه يسقط بنكوله حد القذف عن القاذف، ولا
 ترد^(٢) اليمين عليه، لأن قضية يمينه إثبات حد الزنا على المقدوف، ولا يمكن إثبات الحد
 عليه باليمين.

والمشهور ماتقدم: أنه ترد اليمين على القاذف وأثر يمينه اندفاع حد القذف عنه،
 لا إثبات حد الزنا على المقدوف، كما أن اليمين ترد على مدي السرقة، وتؤثر يمينه في
 إثبات المال دون القطع. والله أعلم.

(١) في: أ، ظ "القاذف".

(٢) في: ز "ولا".

[الركن الخامس البينة]

قال [الغزالي]: الركن الخامس: البينة. وقد ذكرنا شروطها، فإن تعارضتا، ولا ترجيح، فلا يخلو/؛ إما أن يكون المدعى في أيديهما، أو في يد ثالث، فالبيتان تتساقطان على قول، وتوجب^(١) القسمة بينهما على قول، ويقرع بينهما على قول، فيسلم لمن خرجت قرعته، ويتوقف^(٢) إلى الصلح على قول، ولا يجري^(٣) قول القسمة، والصلح في الزوجة المتنازعة بين رجلين، وفي جريان قول القرعة خلاف. وإذا^(٤) تكاذبت البيتان صريحاً^(٥)، لم يتجه إلا التهاتر، كما لو شهد أحدهما على القتل في وقت، وشهد الآخر على الحياة في ذلك الوقت بعينه. وقيل: بطرد بقية^(٦) الأقوال أيضاً.

ولو أقر الثالث: لأحدهما، فهل ينزل إقراره منزلة اليد حتى ترجح البينة؟ فيه وجهان).

[الفصل الأول: بيان الحكم عند تعارض البيتين]

قال الرافعي: أحد الأركان في الخصومات الشرعية البينة، فيها يظهر الحق، وينفصل الأمر، فالقول في شرط الشهود مفروغ عنه في الشهادات^(٧)، والمقصود^(٨) هاهنا بيان الحكم عند تعارض البيتين، فإذا تعارضتا، فإما أن تفقد أسباب الرجحان، أو يوجد مرجح.

(١) في: أ "فتوجب".

(٢) في: أ "توقف".

(٣) في: أ "لا تجري القسمة".

(٤) في: ب "إذا".

(٥) "صريحاً" ليست في: أ.

(٦) في: أب "تطرد فيه" وفي: ط دد "بطرد ثلاثة أقوال".

(٧) انظر ص ٥٥، ٥٥ معايدها.

(٨) في: أ "والمقصد".

القسم الأول: إذا لم يوجد مرجح، فإما أن يكون المدعى في يد ثالث، أو في أيديهما جميعاً. ولا يدخل في هذا القسم ما إذا كان في يد أحدهما، لأن ذلك من أسباب الرجحان على ما سيأتي. وهذا القسم مقصود فيما إذا فقدت الأسباب.

الحالة الأولى
إذا ادعى اثنان
عيناً في يد
ثالث

الحالة الأولى: فيما^(١) إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث، فلا يخفى أنه يحلف المدعى عليه يميناً لكل واحدٍ منهما، إن ادعاها لنفسه، ولا بينة لواحدٍ منهما، وأنه إن اختص أحدهما بإقامة البينة على ما يدعيه، يقضى له، وإن أقام كل واحد بينة فقولان:

أصحهما: وينسب إلى القديم، وبه قال: أحمد^(٢)، وكذلك: مالك^(٣) في إحدى الروايتين: أنهما يتساقطان، لأنهما متناقضتا الموجب، ولا ترجيح، فأشبهه الدليلين إذا تعارضا، ولا ترجيح، فعلى هذا كأنه لا بينة، ويصار إلى التحليف.

والثاني: أنهما يستعملان، صيانةً لهما عن الإسقاط، والإبطال بقدر الإمكان، وتنتزع^(٤) العين من صاحب اليد، لأنه^(٥) قضية كل واحدة^(٦) من البينتين، ثم فيما يفعل^(٧) ثلاثة أقوال:

أحدها: أن العين المدعاة تقسم بينهما، وبه قال: أبو حنيفة^(٨)، وكذلك مالك^(٩) في إحدى الروايتين^(١٠)، لما روي عن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - "أن

(١) "فيما" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٤١، وشرح منتهى الإرادات ٥٢٧/٣.

(٣) انظر: المدونة الكبرى ٤/٤٥٥. وانظر: الحاوي ٢١/٣٤٥، والروضة ١٢/٥١، ومغني المحتاج ٤/٤٧٩.

(٤) في: أ "وتنزع".

(٥) في: أ "لأن".

(٦) في: أ "واحد".

(٧) أي كيفية الاستعمال.

(٨) انظر: الهداية ٣/١٦٨.

(٩) انظر: المدونة الكبرى ٤/٤٥٥.

(١٠) "في إحدى الروايتين" ليست في: أ، ب، ظ.

رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بغير، فأقام كل واحدٍ منهما البيعة أنه له، فجعله النبي ﷺ بينهما نصفين" (١).

وأيضاً فالبيعة حجة كاليد.

ولو تداعيا، والشيء في أيديهما، يجعل بينهما نصفين، فكذلك هاهنا. وأيضاً: فلو أن رجلين أقام كل واحدٍ منهما بيعةً على أنه أوصى له بهذه الدار، تجعل بينهما فكذلك هاهنا.

والثاني: أنه يقرع بينهما، ويرجح جانب من خرجت قرعته (٢)، لما روي أن خصمين أتيا النبي ﷺ، وأتى كل واحدٍ منهما بشهود، فأسهم بينهما، وقضى لمن خرج السهم له" (٣).

(١) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٤ " ٠٠٠ أحمد ٤/٤٠٢، وأبوداود ٣١٠/٣ حديث ٣٦١٣-٣٦١٥ والنسائي ٢٤٨/٨، والحاكم ٤/١٠٦، والبيهقي ١٠/٤٣١، وذكر الاختلاف فيه على قتادة، وقال: هو معلول، فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر ابن أنس عن بشر بن نهيك، عن أبي هريرة، ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان في صحيحه، واختلف فيه على سعيد بن أبي عروبة، فقيل: عنه عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن أبي موسى، وقيل: عنه عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة، قال: أنبت أن رجلاً، قال البخاري قال سماك بن حرب: أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث، فعلى هذا لم يسمع أبوبردة هذا الحديث من أبيه، ورواه أبو كامل مظفر بن مدرك عن حماد عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبي بردة مرسلاً، قال حماد: فحدثت به سماك بن حرب فقال: أنا حدثت به أبا بردة، وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب: الصحيح أنه عن سماك مرسلاً، ورواه ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص عن سماك بن تميم بن طرفة: أن رجلين ادعيا بغيراً، فأقام كل واحدٍ منهما البيعة أنه له، فقضى النبي ﷺ به بينهما، ووصله الطبراني بذكر جابر بن سمرة فيه بإسنادين، أحدهما حجاج بن أرطاة والراوي عنه سويد بن عبد العزيز، وفي الآخر ياسين الزيات، والثلاثة ضعفاء".

(٢) ورد بهامش ابا العزيز ١٣/٢٢٠ "سكت المصنف عن الترجيح من الأقوال الثلاثة المفرعة على الاستعمال.

قال في الخادم: كأنهم هونوا أمرها لما كانت مفرعة على الضعيف، وحزم في باب التحالف في البيع بالوقف ٠٠٠ الخ.

(٣) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٤ "أبوداود في المراسيل عن سعيد بن المسيب ونحوه ووصله الطبراني في الأوسط بذكر أبي هريرة فيه، وفيه شيخه على ابن سعيد الرازي، وهو من أوهامه، ورواه البيهقي مرسلاً، وقال: اعتقد هذا المرسل بطريق أخرى، ثم ساقه من

وأيضاً فالقرعة المفزع^(١) عند استواء الجانبين، كما في العتق، والقسمة والمسافرة بإحدى النساء، وما أشبهها، وهل يحتاج على هذا من خرجت قرعته إلى اليمين؟ فيه قولان، في رواية أكثرهم، ووجهان^(٢) عن رواية القفال: أوقفهما لظاهر لفظ الكتاب: أنه لاحاجة إلى اليمين، والقرعة ترجح بينته. والثاني: أنه^(٣) لا بد من اليمين، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين. وعلى هذا حكى القاضي الروياني: أنه يحلف من خرجت قرعته، أن شهوده شهدوا بالحق، ثم يقضى له.

والقول الثالث: أنه يوقف إلى أن يتبين الأمر، أو يصطلحا^(٤)، لأنه أشكل الحال فيما يرجى انكشافه، فيوقف، كما لو زوجها^(٥) وليان، ونسيئاً السابق من العقدين.

وأيضاً فإن أحدهما مستحق والآخر غير مستحق^(٦)، وإلا فالبيتان كاذبتان والمستحق منهما غير متعين، فيوقف، كما لو طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل البيان، يوقف الميراث إلى الاصطلاح.

واعتذر الناصرون^(٧) للتساقط عن حديث أبي موسى - رضي الله عنه - بأنه^(٨) يحتمل أن المدعى كان في أيديهما^(٩)، فأبطل البيتين، وقسمه بينهما. وعن الحديث الآخر: بأنه^(١٠) كان التنازع في قسمة، أو عتق.

= طريق ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة وسليمان بن يسار نحوه، وأخرج أيضاً من جهة أبان عن قتادة، عن خلاص عن أبي رافع عن أبي هريرة نحوه موقوفاً.

- (١) في: ز "للمفزع" وليست في: ظ.
- (٢) في: أ "وجهان".
- (٣) "أنه" ليست في: ز، ظ.
- (٤) في: أ "ويصطلحا".
- (٥) في: أ "وزوجها".
- (٦) "والآخر غير مستحق" ليست في: أ، ب، ظ.
- (٧) في: ظ "النافون".
- (٨) في: أ "أنه".
- (٩) في: ظ "يدهما".
- (١٠) في: أ "أنه".

وعما احتج به للتوقف، بأن كونها زوجة لأحدهما، وكون الميراث، لأحدهما معلوم، واستحقاق إحداهما هاهنا غير^(١) معلوم، فلا يلزم من التوقف هناك التوقف هاهنا.

واعرف بعد هذا: أنه قد ضم أقوال الاستعمال إلى قول التساقط، ويقال: في المسألة: أربعة أقوال، كما نسقها "في الكتاب"^(٢)، وأنه إذا كان التساقط منسوباً إلى القديم، وكان هو الأظهر عند الأصحاب، كانت المسألة من المسائل التي يرجح فيها القديم، وإن الإمام وصاحب الكتاب حكيا في محل القولين في^(٣) التساقط، والاستعمال طريقين:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم تتكاذب البيتان صريحاً، وإن تكاذبتا صريحاً^(٤)، تساقطتا لا محالة.

والثاني: طرد القولين في الحالتين. وهذا أشهر، والأول أرجح عند صاحب الكتاب، والمراد من صريح التكاذب، أن لا يتأتى الجمع، ولا ينقدح فيه تأويل، كما إذا شهدت بيته على القتل في وقت معين، والأخرى على الحياة في ذلك الوقت، فإن توهم الجمع بضرب من التأويل، فليس ذلك بصريح التكاذب، وذلك كما إذا شهدت هذه على ملك زيد، وهذه على ملك عمرو، فإنه يجوز أن يقال: عرفت كل واحدة^(٥) سبباً كسواء أو وصية، واستصحبت حكم العقد الذي عرفته، وكما إذا شهدت هذه على أنه أوصى بهذه العين لزيد، وهذه على أنه أوصى بها لعمرو، فإنه ربما أوصى بها مرتين.

وإن القاضي الروياني نقل في "جمع الجوامع" طريقين من وجه آخر:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم يمكن الجمع، فإن أمكن^(٦)، قسم بينهما لا محالة.

(١) في: ب "غير معلوم هاهنا".

(٢) في: أ، ب "واعترف".

(٣) "في" ليست في: أ.

(٤) "صريحاً" ليست في: أ.

(٥) في: ظ "واحد".

(٦) "فإن أمكن قسم بينهما . . . إذا لم يمكن" ليست في: ز.

والثاني: طرد القولين في الحالتين، فتحصل من النقلين ثلاثة وطرق القطع بالتساقط إذا لم يمكن^(١) الجمع. والقطع بالاستعمال إذا أمكن^(٢) طرد القولين في الحالتين. وأن إيراد أبي الحسن^(٣) العبادي ينساق إلى طريقة أخرى تنفي الخلاف، وتقطع بالتساقط عند استيقان المكذب في إحدهما، وبالاستعمال عند إمكان صدقهما كما في الوصية.

وإن أبا الفياض حكى أن من الأصحاب من لم يثبت قول التوقف^(٤) أصلاً^(٥). وأن القاضي ابن كج روى عن أبي حامد القاضي: أن الأقوال الثلاثة لا تجتمع^(٦) بل موضع قول القسمة، ما إذا أمكن الجمع، وموضع قول القرعة ما إذا لم يمكن. وأعلم من لفظ الكتاب ما سوى قول التساقط، بالزاي^(٧)، لأن اختيار المزني: هو التساقط. وليعلم بالألف أيضاً لما بيناه، وما سوى قول القسمة بالحاء.

ثم في الفصل صورتان: إحدهما: إذا كان التنازع في زوجية^(٨) امرأة، وأقام كل واحد بينة، وتعارضتا، فقول التساقط بحاله، ولا مجال للقسمة، وذكر صاحب الكتاب في "الوسيط"^(٩) أن قول الوقف لا يجري أيضاً، تعليلاً بأن الصلح غير ممكن، وهذا ما أراد هاهنا بقوله: "ولا يجري قول القسمة والصلح، فعبر عن الوقف بالصلح"^(١٠).

الصورة الأولى
إذا كان
التنازع في
زوجية امرأة
وأقام كل
واحد منهما
بينة، وتعارضتا

-
- (١) في: أ "يكن".
 (٢) في: ز "إذا لم يمكن".
 (٣) في: أ "الحسين".
 (٤) في: ظ "الوقف".
 (٥) "أصلاً" ليست في: أ، ب، ظ.
 (٦) في: أ، ب، ظ "تجمع".
 (٧) في: أ، ظ "بالزاء".
 (٨) في: أ "زوجته".
 (٩) انظر: ٤٣١/٧.
 (١٠) في: أ "الصلح".

والذي رواه صاحب "التهذيب" وغيره جريان قول الوقف، وهو الوجه كما يتوقف في التي أنكحها ولياها^(١)، وليس الصلح مقصوراً على أن يأخذ هذا شيئاً من المدعى، وهذا شيئاً آخر منه، بل من الصلح أن يتوب الكاذب، ويصدق الصادق.

وأما قول القرعة، ففي جريانه وجهان، منقولان في الكتاب، وغيره^(٢).

أحدهما: يجري كما في بيني المال. وأصحهما: وهو الجواب في "التهذيب" المنع، كما لا تجري القرعة في التي أنكحها، ولياها، وفيما إذا طلق إحدى زوجتيه، ومات قبل البيان^(٣).

الثانية: أقر صاحب اليد لأحدهما بعدما أقاما البينتين، إن قلنا: بالتساقط قبل إقراره، وحكم به، وإن قلنا: بالاستعمال، فوجهان:

أحدهما: أن المقر له يصير كصاحب اليد حتى تُرجح بيته.

الصورة الثانية
إذا أقر
صاحب اليد
لأحدها بعدما
أقاما البيتين

والثاني: لا، لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة، فلا تأثير لها^(٤)، ولا اعتبار بإقرار صاحبها، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره، وصار المقر له صاحب اليد، والوجهان في الكتاب، وإن كانا مطلقين، لكن قوله، "فهل ينزل إقراره منزلة اليد، حتى ترجح البينة"؟ يفهم أنهما مفرعان على قول الاستعمال.

وأما^(٥) على قول التساقط، فلا تقول: الإقرار يرجح البينة بحال، ولكن كأنهما لم يقيما بينة فيقضى بموجب الإقرار^(٦). والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الحالة الثانية: أن يكون في يدهما، ولا يخفى إن كان لكل واحد بينة، أنه تجري الأقوال، ولكن إذا قلنا: بالتهاتر، فهاهنا تبقى الدار في

(١) في: ز "وليات".

(٢) "وغيره" ليست في: ز.

(٣) "قبل البيان" ليست في، أ، ب، ظ.

(٤) "فلا تأثير لها" ليست في: ز.

(٥) في: أ "فأما".

(٦) في: أ "إقراره".

أيديهما^(١)، وإن لم تكن بينة فكل واحد مدعٍ في النصف ومدعى عليه في النصف فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه صاحبه، ولا يلزمه التعرض للإثبات بخلاف التحالف في البيع إذ النصف هاهنا يتميز عن النصف، وثم لا يتميز المدعي عن المدعى عليه. وقيل: في وجوب الجمع بين النفي والإثبات في المسألتين قولان: بالنقل والتخريج، ثم إن حلف الأول على النفي ونكل^(٢) الثاني ترد^(٣) عليه اليمين، فيحلف على الإثبات. وإن نكل الأول الذي بدأ به القاضي تحكيماً أو بالقرعة، اجتمع على الثاني يمين النفي للنصف الذي في يده ويمين الإثبات للنصف الذي في يد شريكه، فيكفيه يمين واحدة تجمع بين النفي والإثبات، وقيل: لا بد من يمينين).

[فصل: فيما إذا ادعى اثنان عيناً وهي في يدهما]

[قال الرافعي]: تكلمنا فيما إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث، فأما إذا كانت في يدهما، وادعاها كل واحدٍ منهما، فإن أقام كل واحدٍ منهما بينةً، قالت طائفة من الأصحاب منهم^(٤) الفوراني، وصاحب الكتاب: يجري فيه قول التساقط، والاستعمال.

إن قلنا: بالتساقط، والتهاتر فيبقى المال في أيديهما، كما كان.

وإن قلنا: بالاستعمال، فعلى قول القسمة يجعل بينهما ملكاً.

قال الفوراني: ولا يجيء قول الوقف^(٥) إذ لا معنى للتوقف مع ثبوت اليد، وحكى وجهين في مجيء^(٦) قول القرعة.

وقال آخرون: منهم^(٧) ابن الصباغ، وصاحب "التهديب" إذا أقام البينة، يجعل المال بينهما، لأن بينة كل واحدٍ منهما ترجحت في النصف الذي هو صاحب يد فيها^(٨)،

(١) في: ظ "واحد منه بينة".

(٢) في: أ، ب "فنكل".

(٣) في: أ، ب "رد".

(٤) في: ظ "فيهم".

(٥) في: ظ "التوقف إذ لا معنى للوقف".

(٦) في: ظ "محل".

(٧) في: ز "فيهم".

(٨) في: ب "باليد فيه".

كأن هؤلاء امتنعوا من إجراء الأقوال، وقالوا: موضع الأقوال ما إذا خلت البيتان على الترجيح، واليد من أسباب الترجيح.

والحاصل^(١): للفتوى على الطريقتين معاً إبقاء المال في أيديهما، كما كان، وليكن^(٢) الطريقتان معاً: فيما إذا شهد شهود كل واحد منهما، بأن جميع المال له، فأما إذا شهد شهود كل واحد^(٣) منهما بالنصف الذي في يد صاحبه فالبيتان لم تتواردا على شيء واحد حتى تبجىء أقوال التعارض، ولا يد للمدعي في المشهود به، حتى يرجح جانبه. ولكن يحكم القاضي لزيد بما كان في يد عمرو، ولعمرو بما كان في يد زيد، ويكون المال^(٤) في يدهما أيضاً، كما كان، ولكن لا بجهة التساقط، ولا بجهة الترجيح باليد.

ثم قال الأئمة: من أقام البينة أولاً، وتعرض شهوده للكل، /، لم تضر، وإن كان صاحب يد في النصف، وقلنا: إن بينة صاحب اليد لا تسمع ابتداء على ما سيأتي الخلاف فيه، لأنه مستغنى هناك عن البينة، وهاهنا لا يستغنى عن البينة للنصف الذي يدعيه، ثم إذا أقام الثاني البينة على الكل سمعت، وترجحت بينته في النصف الذي هو في يده فيحتاج الأول إلى إعادة البينة للنصف الذي هو في يده. وقال في "الوسيط"^(٥) لا يعد أن يتساهل في الإعادة، وإن كان لأحد المدعين بينة دون الآخر فيقضى له بالكل وشهوده قد يشهدون بالنصف الذي في يد صاحبه، وقد يشهدون بالكل، ولا يضر^(٦) كونه صاحب يد في النصف على ماتبين، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، فكل واحد مدع في النصف، مدعى عليه في النصف فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ولم يتعرض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده

(١) في: أ "الحاصل".

(٢) في: أ، ب "ولكن الطريقتان".

(٣) من "منهما بأن جميع . . . كل واحد" ليست في: ظ.

(٤) "المال" ليست في: أ.

(٥) انظر: ٤٣٦/٧.

(٦) في: أ "ولا يصير".

نص عليه، وذكرنا في باب "التحالف في البيع"^(١) أن ظاهر النص: أن كل واحد منهما في التحالف يجمع بين النفي والإثبات، وبيننا أن للأصحاب فيهما طريقتين:

أصحهما: تقرير النصفين، لأن النصف الذي ينفيه كل واحد منهما يتميز عن النصف الذي يتبينه، وهناك العقد واحد، والنزاع في صفته، فكانت^(٢) الدعوى واحدة، ولا يتميز المدعي عن المدعى عليه.

والثاني: أنهما غير مقرين^(٣) بحالتهما، ولكن يخرج من نصه في هذه المسألة قول في التحالف، وفي التخريج من التحالف اختلاف لأصحاب الطريقة الثانية، فإن قلنا يخرج حصل فيهما قولان، بالنقل والتخريج على ما ذكره^(٤) في الكتاب، وكل ذلك قد أوضحناه في باب التحالف.

وإذا قلنا بالأصح، فإن حلفاً، أو نكلاً ترك المدعى في يديهما كما كان.

وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للتحالف بالكل، ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه، ونكل الآخر بعده فيحلف الأول اليمين، المردودة، وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو فيكفيه الآن يمين واحدة تجمع فيها بين النفي والإثبات لأن كلاهما قد دخل وقته^(٥) أم لا بد من يمين للنفي، وأخرى للإثبات؟ فيه وجهان:

لفظ الكتاب^(٦) يشعر بتزجيح أولهما، وهو الذي أورده أبو الفرج الزاز، وحينئذ فيحلف أن الجميع له لا حق لصاحبه فيه، أو يقول لا حق له في النصف الذي يدعيه، والنصف الآخر لي.

(١) انظر: الوجيز ١/١٥٣، والعزیز ٤/٣٨١ وما بعدها.

(٢) في: ب "وكان". وفي: أ، ج "فكان".

(٣) في: ج "مقررين".

(٤) في: ظ "ماذكر".

(٥) من قوله "واحد منهما . . . قد دخل وقته" في: أ غير واضح.

(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٦٧.

وقوله في الكتاب في خلال الكلام الذي بدأ به القاضي "تحكيما أو بالقرعة" المراد بالتحكيم، رأى القاضي، واجتهاده.

وظاهر اللفظ تخير القاضي بين أن يقرع، وبين أن يعمل بما يعن له، ولا يقرع، وبه يشعر لفظه في "الوسيط" فإنه قال يبدأ القاضي بمن بدأه أو بالقرعة ويمكن أن يحمل ذلك على وجهين ذكرناهما في باب التحالف تفریعا على أنه لا يبدأ بالبائع، ولا بالمشتري بل يتساويان، أحدهما: أن القاضي يتخير فيقدم من يراه، والثاني المعتبر القرعة ويجوز أن يقال كل واحد منهما مدع ومدعى عليه هاهنا فينبغي أن ينظر إلى السبق فمن سبق "بدعواه"^(١) بدأ بتحليف صاحبه.

فروع: الأول: ادعى رجل نصف دار، والآخر كلها، وأقام كل واحد^(٢) منهما بينته، والدار في يد الثالث، فالبيتان متعارضتان في النصف، فإن قلنا: بالتهاتر، فهما ساقطتان في النصف الذي فيه التعارض، وأما النصف الآخر، فعن ابن سريج، وأبي إسحاق، وغيرهما: أنه على قولي^(٣) تبعض الشهادة، فإن لم نبعضها بطلت في ذلك النصف أيضاً، وصار كما لو لم^(٤) يكن لواحد منهما بينة، وإن بعضناها سلم النصف لمدعي الكل.

وامتنع الشيخ أبو حامد من تخريجه على ذلك الخلاف، وقال: موضع الخلاف ما إذا كان الرد في البعض لتهمة من عداوة وغيرها فأما إذا كان الرد في البعض، بسبب التعارض، فما ينبغي أن يتأثر به الثاني.

ألا ترى أنا إذا قلنا: بالقسمة عند التعارض، ترد كل بينة في بعض ما شهدت به، ولا يخرج الثاني على ذلك الخلاف، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي.

وإن قلنا: بالاستعمال فيسلم النصف لمدعي الكل، ويقسم النصف الآخر إن قلنا: بالقسمة، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

(١) في: ب "دعواه".

(٢) من قوله: وقته أم لا بد وأقام كل واحد" في: أ غير واضح.

(٣) في: أ، ب، ظ "على قولين في".

(٤) "لم" ليست في: ز.

وإن قلنا: بالقرعة، فيقرع للنصف. وإن قلنا: بالوقف، فيوقف، ولو أنهما تداعيا كذلك، والدار في يدهما، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده، فإن أقام مدعي الكل بينة قضي له بالكل، وإن أقام كل واحد بينة على ما يدعيه بقيت الدار في يدهما كما كانت.

وليكن^(١) التصوير فيما إذا أقام مدعي الكل أولاً، لأن الآخر لا يدعي إلا النصف وهو صاحب يد فيه، وسيأتي أن صاحب اليد لا يحتاج إلى البينة في الابتداء على اختلاف فيه.

فإذا أقامها أقام مدعي النصف بينته، فترجح باليد، ولا يضر تعرض شهود مدعي الكل للكل، وإن كان مستغنياً عن البينة في النصف الذي في يده لما تقدم.

ولو اقتصرنا على أن^(٢) النصف الذي في يد صاحبه له حصل الغرض أيضاً.

ولو ادعى أحد المدعين الثلث، والآخر الكل، فإن كانت الدار في يد ثالث، فعلى قول التهاتر، يتساقطان في الثلث، وهل تبطل بينة الكل في الثلثين؟ فيه ماسبق من التخريج على الخلاف في تبعض الشهادة.

وإن استعملناه، فعلى قول القسمة، يحصل لمدعي الكل خمسة أسداسها.

ولا يخفى القولان الآخران.

وإن كانت الدار في يدهما، وأقام كل واحد بينة فترجح^(٣) بينة مدعي^(٤) الثلث في الثلث، ويكون الباقي لمدعي الكل. والله أعلم.

الثاني: دار في يد إنسان، ادعى زيد نصفها، فصدقه، وعمر و نصفها، فكذبه صاحب اليد، وزيد معاً، ولم يدعه^(٥) واحد منهما لنفسه، فالنصف الذي يدعيه المكذب،

(١) في: أ، ب، ظ "لكن".

(٢) "أن" ليست في: أ.

(٣) "فترجح بينة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: ب "مدعي".

(٥) في: أ "يدعيه".

يسلم إليه، أو يوقف في يد صاحب اليد، أو ينتزعه القاضي ويحفظه إلى ظهور مالكه؟ فيه ثلاثة أوجه حكاهما الفوراني^(١).

الثالث: ادعى واحد داراً، وآخر ثلثيها، وثالث، نصفها، ورابع ثلثها، والدار في يد خامس، وأقام كل واحد من الأربعة بينة، فلا تعارض في الثلث الذي يختص. مدعي الكل بدعواه، وفي الباقي يقع التعارض، وفي السدس الزائد على النصف، تعارض بينة مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وفي السدس الزائد على الثلث^(٢) تعارض^(٣) بينتهما وبينة مدعي النصف، وفي الثلث الباقي تعارض بينات الأربعة. فإن قلنا بالتهاثر سقطت^(٤) البيئات في الثلثين، وفي الثلث يعود الكلام في تبعض الشهادة، والظاهر: أنه يسلم لمدعي الكل.

فإن قلنا: بالاستعمال، فإن قسمنا فالسدس الزائد على النصف لمدعي الكل، ومدعي الثلثين بالسوية، والسدس الزائد على الثلث لهما. ومدعي النصف أثلاثاً، والثلث الباقي للأربعة أرباعاً، فتجعل الدار ستة وثلثين سهماً، لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين وعلى ثلاثة، فتضرب اثنين في ستة، ثم في ثلاثة، لمدعي الكل ثلثها اثنا عشر، ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة، وثلث السدس الزائد على الثلث اثنان، وربع الثلث الباقي، وهو ثلاثة، فالمبلغ عشرون. وهي خمسة أتساع الدار، ومدعي الثلثين ثلاثة أسهم من السدس الزائد على النصف، وسهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالمبلغ (ثمانية)، وهي تسعاً الدار، ومدعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالمبلغ^(٥) خمسة، وهي تسع، وربع تسع، ومدعي الثلث ثلاثة من الثلث الباقي لاغير.

(١) قال النووي في الروضة ٥٥/١٢ "أقواها الثالث" والله أعلم. وانظر هامش ٨ العزيز ٢٢٧/١٣.

(٢) في: ز "الثلث".

(٣) "تعارض" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "سقط".

(٥) من قوله "ثمانية"، وهي ٠٠٠ فالمبلغ "ليست في: ب.ظ

وإن قلنا: بالقرعة، فيقرع ثلاث مرات، مرةً في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما، وبين مدعي النصف، وأخرى في الثلث بين الأربعة.

وإن قلنا: بالوقف توقفنا، وإن كانت الدار في يد المتداعيين الأربعة، وأقام كل واحدٍ بينة، جعلت الدار أرباعاً، لأن بينة كل واحدٍ ترجح في الربع الذي في يده باليد.

وإن لم تكن بينة، فالقول قول كل واحدٍ منهم في الربع الذي في يده، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً.

الرابع: دار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، والثاني ثلثها، والثالث سدسها ولا بينة، تجعل بينهم أثلاثاً. نص عليه في "المختصر"^(١). واعترض عليه بأن مدعي السدس، لا يدعي إلا السدس، فكيف يجعل له الثلث؟ وأجاب الأصحاب بأن صورة مسألة النص ما إذا كان يدعي كل واحدٍ منهم استحقاق اليد في جميعها، إلا أن يكون^(٢) الأول يقول: النصف ملكي، والنصف الآخر لفلان الغائب وهو في يدي عارية، أو ودیعة. والآخرون يقولون نحو ذلك، فكل واحدٍ منهم يجعل صاحب يد^(٣) في الثلث، وتبقى الدار في أيديهم، كما كانت، ثم يجعل بعض الثلث الذي هو في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار.

فأما إذا اقتصر كل واحد منهما على أن لي منها كذا^(٤)، فلا يجعل لمدعي السدس إلا السدس، ولا يتحقق بينهم، والحالة هذه تنازع وتناكر.

وهذا التصوير وإن أزاح الاعتراض المذكور ففيه^(٥) إشكالٌ آخر، وذلك أن مدعي النصف، ومدعي الثلث، ليس في يدهما إلا ما يدعيانه.

(١) انظر: المختصر ص ٣١٥. وانظر: هامش ١ بالعزير ٢٢٩/١٣.

(٢) "يكون" لست في

(٣) في: أ "اليد".

(٤) في: ز "كذا منها".

(٥) في: أ "فيه".

فقولهما: إن الباقي لفلان الغائب، ليس إقراراً، ولكنه دعوى للغائب، فيحتاج إلى الوكالة من جهته، فإذا لم يتعرض للوكالة، أو لم يثبتها أشبه أن يقال: الحكم كما لو اقتصر كل واحدٍ منهما على أن لي كذا.

ولو أقام كل واحدٍ منهم بينة على ما يدعيه لنفسه، فيحكم لمدعي^(١) الثلث بالثلث، لأن فيه بينةً وبدأ، ومدعي السدس بالسدس لمثل ذلك وبماذا يحكم لمدعي النصف؟ فيه وجهان:

أحدهما: النصف، لأن له في^(٢) الثلث يداً وبينةً، وفي السدس الباقي بينةً. والآخران لا يدعيانه.

والثاني: يحكم له بالثلث، ونصف السدس، لأن السدس الزائد على ما في يده لا يدعيه على مدعي السدس خاصة، إنما يدعيه شائعاً في بقية الدار. وهي في يدهما جميعاً، ولذلك يستحلفهما لو لم تكن بينة، وإذا^(٣) كان السدس مدعى على الشيوع، فنصفه المدعى على مدعي الثلث عارضت فيه بينته بينة مدعي النصف، وترجحت باليد، ونصفه المدعى على مدعي السدس، يحكم به لمدعي النصف، ببينته، لأن ينة مدعي السدس لاتعارضها، فيحصل^(٤) لمدعي النصف ثلث، ونصف سدس، ومدعي الثلث، سدس^(٥)، والناقلون: يقولون: ومدعي السدس سدس، ونصف، واللائق بالتصوير المذكور، أن يقال: ويبقى في يد مدعي السدس، سدس، ونصف وهذا الوجه الثاني قريبٌ من الطبع، لكن بالأول أجاب القاضي ابن كج، وهو المحكي عن القفال، وذكر الروياني: أنه المذهب.

وأجرى أبو الفرج الزاز: الوجهين في أن المدعي في السدس الزائد على مدعي السدس وحده^(٦)، أو عليهما جميعاً.

-
- (١) في: أ "المدعي".
(٢) في: ز "فيه".
(٣) في: أ، ب، ظ "وإن".
(٤) في: أ "فيجعل".
(٥) في: أ، ب، ظ "ثلث".
(٦) في: ظ "لا يحتاج".

واعلم أن مدعي الثلث، ومدعي السدس لا يحتاجان إلى إقامة البينة في الابتداء، لكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامة البينة للسدس الزائد على ما في يده، فلتصور إقامة البينة من جهتهم، فيما إذا أقام مدعي النصف أولاً، ثم أقام الآخرون، على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول.

وإنه يجوز أن يفرض من مدعي السدس إقامة البينة على السدس للغائب مع إقامة البينة على أن السدس له بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بما في يده لغائب، يجوز له إقامة البينة على أنه للغائب، وقد بيناه من قبل.

الخامس: دارٌ في يد ثلاثة، ادعى أحدهم كلها، والثاني: نصفها، والثالث: ثلثها، وأقام كل واحد من الأولين البينة على ما ادعى دون الثالث، فلمدعي الكل الثلث، بالبينة، واليد، ومدعي النصف كذلك، ومدعي الكل نصف ما في يد الثالث أيضاً ببينته السلمية عن المعارض. وفي النصف الآخر تتعارض بينته، وبينه مدعي النصف، فإن قلنا: بالتساقط، فالقول قول: الثالث في السدس، وفي بطلان البيتين، فيما عدا السدس بناءً على تبعض الشهادة مامر. وإن قلنا: بالاستعمال، لم يخف التوقف، والإقراع.

وإن قلنا: بالقسمة، قسم بينهما فيحصل لمدعي الكل نصف، ونصف سدس ومدعي النصف ثلث ونصف سدس، هكذا أورد المسألة الشيخ: أبو علي، وغيره. وقد يقال: مدعي النصف لا يدعي السدس الزائد على ما في يده على الثالث خاصة، لكن يدعيه شائعاً على الآخرين معاً فنصف السدس الذي يدعيه كل مدعي الكل، يندفع ببينة مدعي الكل ويده، والنصف الآخر الذي يدعيه على الثالث، وهو الذي يقع فيه التعارض، وهو الذي ينبغي أن يقسم إذا^(١) قلنا: بالقسمة، والباقي مما في يد الثالث، وهو الربع، يسلم لمدعي الكل ببينته. وعلى هذا فالحاصل لمدعي الكل ثلث وربع، وربع سدس، ومدعي النصف الباقي.

قال [الغزالي]: أما إذا وُجد الترجيح، فمدارك الترجيح ثلاثة: المدرك^(١) الأول: قوة الحجة، فيقدم شاهدان على شاهد، ويمين في اصح القولين، فلو اقترنت^(٢) اليد بالحجة الضعيفة، فوجهان: أحدهما: أن اليد أولى. والثاني: أنهما^(٣) يتعادلان، أما إذا كان شهود أحدهما أكثر، أو أعدل، فلا ترجيح فيه في القول الجديد أصلاً، بخلاف الرواية، وكذلك^(٤) لا يرجح رجلان على رجل وامرأتين).

[الفصل الثاني: في أسباب الترجيح].

[قال الرافي] القسم الثاني: إذا تعارضت البيتان، وهناك ما يرجح إحداهما، السبب الأول أن
تختص إحدى البيتين بمزيد قوة: وفيه صورٌ: بمزيد قوة:

إحداها^(٥): لو أقام أحدهما شاهدين، والآخر شاهداً، وحلف معه فقولان

أحدهما: أنهما يتعادلان، لأن كل واحدٍ منهما حجة كافية في المال.

وأصحهما: على ما ذكر الإمام، وصاحب الكتاب: يرجح الشاهدان، لأن شهادة الشاهدين حجة بالإجماع، والشاهد، واليمين مختلف فيه، وأيضاً، فالذي يحلف مع شاهده يصدق نفسه، والذي يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً، وأبعد عن التهمة، وعلى هذا فلو كانت اليد مع صاحب الشاهد، واليمين فوجهان:

أحدهما: أن اليد وقوة الحجة الأخرى يتقابلان، ويتدافعان ويتعادل الجانبان^(٦).

وأشبههما: أن جانب صاحب^(٧) اليد يرجح^(٨) لاعتضاده باليد المحسوسة، هكذا

نقل الإمام، وصاحب الكتاب، وحكى في "التهذيب" الخلاف في المسألة قولين، ولم يحك

(١) "المدرك" ليست في: ز.

(٢) في: أ "اقترن بالحجة".

(٣) في: أ "لا".

(٤) في: أ، ب، ظ "كذا".

(٥) "إحداهما" ليست في: أ.

(٦) من قوله: "ويتدافعان ويتعادل الجانبان" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "وأشبههما: أن جانب صاحب" ليست في: ظ.

(٨) في: أ، ب "يرجح".

التعادل، ولكن قال: أحد القولين ترجيح صاحب اليد.

والثاني: ترجيح الآخر لقوة حجته. قال: ويمكن بناء القولين على أن صاحب اليد، هل يحلف مع البينة أم لا؟ وسيأتي الخلاف فيه.

إن قلنا: لا يحلف فيمينه كشاهد آخر، فيرجح جانبه باليد.

وإن قلنا: لا يحلف، فيرجح جانب الآخر، لأن جانب صاحب اليد على هذا، إنما يرجح إذا انضمت اليمين إلى البينة الكاملة.

الثانية: لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين، فنصه - رضي الله عنه - في "المختصر"^(١) أنه لا ترجيح، وعن القديم^(٢) تمثيل قول^(٣) فيه^(٤)، وللأصحاب طريقان^(٥):

أشهرهما: وهو المذكور في الكتاب^(٦)، أن المسألة على قولين.

الجديد: أنه لا ترجيح لكمال الحجة من الطرفين، والقديم، ويحكي عن مالك - رحمه الله - أنه يرجح جانب من زاد عدد شهوده، لأن القلب^(٧) إلى قولهم أميل.

والثاني: القطع بالقول الأول، وحمل ما نقل عن القديم على حكاية مذهب الغير.

ولو اختصت إحدى البينتين بزيادة ورع، أو فقه، جرى الطريقتان.

قال في "الوسيط"^(٨) وعلى هذا الخلاف لو كان في أحد الجانبين شهادة أحد -

(١) انظر: ص ٣١٥.

(٢) "القديم" ليست في: أ.

(٣) في: ب "يميل". وفي ظ: "بمثل قوله" بفتح النون (المطبعة لا نقل قول) ١٣/٢٢٢

(٤) ورد بهامش (٢) العزيز ٢٣٢/١٣ "قد رجح النووي طريقة القطع، وهذا خلاف ما رجحه

الرافعي فإنه قال: وللأصحاب طريقان أشهرهما أنه على قولين، والثاني: القطع بالأول، وحمل ما

نقل عن القديم حكاية مذهب الغير ٠٠٠ وما فعله النووي هو الصواب الذي عليه الجمهور كما

قاله الماوردي".

انظر: الروضة ٥٨/١٢، والحاوي ٣٣١/٢١.

(٥) في: ب "فيه طريقتان".

(٦) انظر: الوجيز ٢٦٧/٢.

(٧) في: ب "الغلبة".

(٨) انظر: الوسيط ٤٣٦/٧.

الخلفاء الأربعة - رضي الله عنهم - وفي الرواية يثبت الرجحان بهذه الأمور، وفرقوا: بأن للشهادة نصاباً مقدراً، فيتبع. وليس للرواية ضبط، فليعمل بأغلب الظنين. ومنهم من ألحق الرواية بالشهادة، والظاهر الأول.

الثالثة: لو أقام أحدهما رجلين، والآخر، رجلاً، وامرأتين، فالمشهور: أنه لاترجيح، لقيام الحجة بكل^(١) واحدٍ منهما بالاتفاق.

وعن الماسرخسي - رواية قول آخر، وهو ترجيح الرجلين، لزيادة الوثوق^(٢) بقولهما، ولذلك^(٣) يثبت بقول رجلين^(٤)، مالا يثبت بقول رجل وامرأتين.

ونقل الفوراني: مثل ذلك أيضاً. ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "ولا ترجيح به" بالميم. وقوله "في القول الجديد" بالواو، لطريقة من نفي الخلاف. وقوله "بخلاف"^(٥) الرواية" بالواو، للوجه المذكور فيها "وكذا لا يرجح رجلان على رجل وامرأتين" أراد على أحد القولين، على ما بينه في "الوسيط"^(٦). ولم يرد القطع بعدم الترجيح.

(قال [الغزالي]: المدرك الثاني: اليد^(٧) فتقدم بينة الداخل على بينة الخارج، ولكن إذا أقامها بعد بينة الخارج، ولو أراد إقامتها قبل دعوى مدعي التسجيل، لم يجز. ولو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين، فالظاهر: أنه لا يجوز، ولو أقام بعد بينة الخارج، وقبل التعديل، فوجهان.

أما إذا أقام بعد إزالة يده بينة الخارج، وادعى ملكاً سابقاً فهل تقدم بسبب يده التي سبق القضاء بإزالتها؟ فيه وجهان.

-
- (١) في: أ، ب "وكل".
 (٢) في: أ "الوقوف".
 (٣) في: ظ "كذلك".
 (٤) في: ز "الرجلين".
 (٥) في: ب "مخلاف".
 (٦) انظر ٤٤٣/٧.
 (٧) "اليد" ليست في: ز.

ولو / أقام بعد القضاء، وقبل التسليم، فوجهان، مرتبان، وأولى بأن تقدم ثم إذا ٥٧٧/ز
قدمنا بينة الداخل، فهل يحتاج إلى أن يحلف معه؟ فيه وجهان، وقيل: إنه لا يستعمل
بينته إلا في إسقاط بينة الخارج، فتبقى عليه اليمين كما كان).

[قال الرافعي]: ومن أسباب الترجيح اليد، فإذا ادعى عيناً في يد غيره، وأقام البينة
السبب الثاني
من أسباب
الترجيح اليد:
على أنها ملكه، وأقام صاحب اليد، البينة على أنها ملكه^(١)، تسمع بينته، وترجع على
بينة الخارج، وبه قال مالك^(٢). وقال: أبو حنيفة^(٣): لا تسمع بينة صاحب اليد، ولا يحكم
بها إلا في ثلاث صور:

إحداها: دعوى التنازع، وهو أن يتنازعا دابة، وأقام كل واحد بينة على أنها ملكه
وهو^(٤) نتجها.

والثانية: أن يتنازعا ثوباً، لا ينسج إلا مرة واحدة، وأقام كل واحد منهما بينة، أنه
ملكه هو نسجه، ومن المنسوجات ما ينسج^(٥) أكثر من مرة، كالخز، والنسيج.

والثالثة: أن يسند الملك إلى شخص واحد، بأن أقام كل واحد منهما البينة على
أنه اشترى من زيد، أو انهب، ففي هذه الصور^(٦) ساعدنا على أنه تُسمع بينة الداخل،
ويحكم بها، وعن أحمد - ثلاث روايات.

إحداها: كمنهبا، والأخرى - كمنهبا أبي حنيفة، إلا أنه لم يفرق في بينة
النسج، بين ما لا ينسج إلا مرة، وبين غيره.

وأظهرها^(٧): أنه لا تسمع بينة الداخل، ولا يحكم بها على الإطلاق.

(١) "وأقام صاحب اليد . . . ملكه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: المدونة الكبرى ٤/٤٥٠.

(٣) انظر: الهداية ٣/١٥٧.

(٤) "وهو" ليست في: ز.

(٥) في: أ "نسج".

(٦) في: أ "الصورة". وفي: ظ "فهذه الصورة".

(٧) في: أ، ب، ظ "أظهرهما".

واحتج الأصحاب على أبي حنيفة - بالقياس على ما سلمه، وبأنهما تساويا في البيعة، وانفرد صاحب اليد، باليد، فيحكم له، كما لو انفرد باليد، ولا بيعة. وعلى أحمد بما روي: أن رجلين تداعيا دابة، وأقام كل منهما بيعة، أنها دابته، نتجها، فقضى بها رسول الله ﷺ "للذي هي في يده"^(١).

وهل يشترط في سماع بيعة الداخل أن يبين سبب الملك، من شراء، أو إرث، أو غيرهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنهم ربما اعتمدوا ظاهر اليد.

وأصحهما: أنها تسمع، وإن كانت مطلقة، كبيعة الخارج، فإنها تقبل مطلقة مع احتمال أن الشهود اعتمدوا يداً سابقة، ولا فرق في ترجيح بيعة الداخل بين^(٢) أن يبين الخارج، والداخل سبب الملك، وبين أن يطلقا.

وكذا لا فرق بين إسناد البيعتين، وإطلاقهما إذا سمعنا بيعة الداخل مع الإطلاق.

وإذا وقع التعرضُ للسبب، فلا فرق أن يتفق السببان، أو يختلفا، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص واحد، بأن يقول: هذا اشتريته من زيد، وهذا مثل ذلك، أو تقول المرأة: وهي أحد المتداعيين: أصدقني زوجي.

ويقول خصمها: اشتريته من زوجك، وبين أن يسنده أحدهما إلى شخص، والآخر إلى آخر.

وحكى الفوراني: وجهاً: أنه إذا أقام كل واحدٍ منهما البيعة على الانتقال من شخص معين يتساويان، لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث، وكل واحدٍ منهما يزعم الانتقال إليه. ثم في الفصل مسألتان.

إحداهما: في أن بيعة الداخل متى تسمع؟ ولها أحوال.

(١) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٠/٤ "حديث: إن رجلين تداعيا . . . الخ"

الدارقطني والبيهقي من حديث جابر، وإسناده ضعيف."

(٢) "بين" ليست في: أ، ب، ظ.

إحداها: أن يقيمها قبل أن يدعى عليه شيءٌ فظاهر المذهب: أنها لا تسمع فإن
الحجة إنما تقام على خصم^(١)، فإذا^(٢) لم يكن خصم، فلا حاجة إلى الحجة^(٣).

وفيه وجه: أنها تسمع لغرض التسجيل.

والثانية: أن يقيمها بعد الدعوى^(٤)، وقيل أن يقيم المدعي البينة، فإن سمعنا في
الحالة الأولى، فهنا أولى. وإلا فوجهان.

أظهرهما: أنها لا تسمع أيضاً، لأن الأصل في جانبه اليمين، فلا معدل^(٥) عنها
مادامت مكتفى بها، وعن ابن سريج، أنها تسمع، ليسقط اليمين عن نفسه، كالمودع
تسمع البينة منه على الرد، والتلف، وإن كانت يمينه كافية.

الثالثة: أن يقيمها بعد أن أقام الخارج البينة، ولكن قبل أن يعدل، فإن سمعنا في
الحالة الثانية، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان.

أحدهما: لا تسمع، لأنه^(٦) مستغن عنها بعد.

وأصحهما: أنها تسمع، ويحكم بها، لأن يده بعد إقامة البينة مشرفة على الزوال،
فتمس الحاجة إلى تأكيدها، ودفع الطاعن فيها^(٧).

الرابعة: إذا أقامها بعد بينة المدعي، وتعديلها، فقد أقامها في أوان إقامتها، وإن لم
يقيمها حتى قضى القاضي للمدعي وسلم المال إليه، فإن^(٨) لم يسند الملك إلى الأول، فهو
الآن مدعٍ خارج، وإن ادعى ملكاً مستنداً^(٩) إلى ما قبل إزالة اليد، واعتذر بغيبة الشهود،
ونحوها، فهل تسمع بينته؟ وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان.

(١) في: ب "شخص".

(٢) في: ز "فإذا".

(٣) في: أ "الحجة".

(٤) "بعد الدعوى" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "ولا يعدل".

(٦) في: ظ "لأنه".

(٧) انظر: الحاوي ٣٢٦/٢١، والوجيز ٢٦٧/٢، الروضة ٥٩/١٢، ومغني المحتاج ٤٨١/٤.

(٨) في: أ "وإن".

(٩) في: ز، ط "مستنداً".

أحدهما: المنع، لأن تلك اليد مقضي بزوالها، وبطلانها^(١)، فلا ينقض القضاء.

وأصحهما: أن بينته مسموعة كبينة أجنبي^(٢) حتى يقيمها، بعدما قضى القاضي للمدعي، وينقض القضاء الأول، لأنه إنما أزيلت اليد^(٣) لعدم الحجة، وقد قامت الحجة الآن، وإن^(٤) أقام البينة بعد القضاء للمدعي، وقبل الانتزاع، والتسليم إلى المدعي فوجهان مرتبان، وأولى بأن تسمع بينته، ويقدم جانبه لبقاء اليد حساً^(٥).

وإلى الوجه الآخر ذهب القاضي الحسين، فإن أبا سعد الهروي قال: قال القاضي الحسين: أشكلت علي هذه المسألة نيفاً وعشرين سنة لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وتردد جوابي فيها، فذكرت مرة: أنه إن تأكد الحكم بالتسليم لم ينقض، وإن لم يتأكد فوجهان.

ثم استقر رأي على أنه لا ينقض سواء كان قبل التسليم، أو بعده.

المسألة الثانية: هل يحلف الداخل مع بينته ليقضى له^(٦)؟ فيه وجهان، أو قولان: أصحهما: ويحكى عن نصه - رضي الله عنه - في "القديم" أنه لا يحلف، كما لا يحلف الخارج مع البينة، وهذا ما حكي عن أبي حنيفة حيث قال: يقضي للداخل^(٧).

والثاني: يحلف لاحتمال أن الشهود شهدوا بظاهر اليد، وبنوا هذا الخلاف على أن القضاء للداخل باليد، أم بالبينة المرجحة باليد؟ أحد المأخذين: أن القضاء باليد، لأن البيتين إذا تعارضتا تساقطتا، وصار كأنه لا بينة، فعلى هذا لا بد من اليمين. والثاني: أن

(١) "وبطلانها" ليست في: ب، ظ.

(٢) "أجنبي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "اليد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ، ب "فإن".

(٥) ورد بهامش (٥) بالعزير ٢٣٥/١٣ "ما رجحه من السماع ونقض القضاء الأول قطع به الماوردي والقاضي أبو الطيب، وادعى فيه الإجماع، والشيخ في المهذب والعبادي في الزيادات، وعزه في الذخائر للعراقيين، ثم قال: وحكى الخرسانيون وجهاً، لأنها لا تسمع، وكذا قال ابن أبي الدم قطع به العراقيون.

(٦) "له" ليست في: ب.

(٧) انظر: الهداية ١٥٧/٣.

القضاء بالبيننة، وأنها ترجحت^(١) باليد كما يترجح الدليل، في الأحكام الشرعية، على معارضه، وإنما تسقط البيئتان إذا تعارضتا بلا ترجيح، فعلى هذا لا حاجة إلى اليمين.

وقوله في الكتاب: عقيب ذكر الوجهين. "وقيل: إنه لا يستعمل بينته إلا في إسقاط بينة الخارج، فيبقى اليمين عليه.

كما كان يمكن حمله على طريقة جازمة بالتخليف بناءً على ما ذكر في "الوسيط"^(٢) أن الأصحاب: اختلفوا في أن بينتي الداخل والخارج تنهاتران، أو تترجح بينة الداخل باليد.

وإن قلنا: بالأول، فلا بد من التحليف، وإن قلنا: بالثاني: ففي التحليف، وجهان يقربان من الخلاف في التحليف، إذا قلنا: بالقرعة وترجحت إحدى البيئتين بها.

وإن قدرنا^(٣) مذكره توجيهاً، لأحد الوجهين، وهو التحليف، وتعبيراً عن مأخذ التهاتر، لا طريقة أخرى فليقرأ فليل: بالفاء. والله أعلم.

قال [الغزالي] فرعان الأول: الداخل إذا قامت عليه البينة، فادعى الشراء من المدعي أو ثبت الدين، فادعى الإبراء، فإن كانت البينة حاضرة، سمعت قبل إزالة اليد، وتوفية الدين، وإن كانت غائبة طوب في الوقت بالتسليم، ثم إذا أقام استرد).

[الفرع الأول: فيما لو أقام الخارج بينة على الملك المطلق، والداخل أقام بينة على أنه اشتراه من الخارج]

[قال الرافعي] إذا أطلق الخارج دعوى الملك، وأقام عليه بينة، وقال: الداخل هو^(٤) ملكي اشتريته منك، وأقام عليه بينة^(٥)، فالداخل أولى، لأن مع شهوده^(٦) زيادة علم، وهي الانتقال الحادث، ولأن الداخل مقدم عند إطلاقهما الدعوى والبينة، فإذا قيد

(١) في: أ "رجحت".

(٢) انظر: ٤٣٤/٧ - ٤٣٥.

(٣) في: ظ "ما قدره".

(٤) في: أ "هي".

(٥) من "وقال: الداخل . . . عليه بينة" ليست في: ب، ظ.

(٦) في: ظ "شهادته".

كان أولى بالتقديم. ولو قال: الخارج هو ملكي ورثته من أبي، وقال الداخل: هو ملكي اشتريته من أبيك، فكذلك الحكم.

ولو انعكست الصورة، فقال الخارج هو ملكي اشتريته منك، وأقام عليه بينة، وأقام الداخل بينة على أنه ملكه، فالخارج^(١) أولى لزيادة العلم مع بينته.

ولو قال كل واحدٍ منهما لصاحبه اشتريته منك، وأقام عليه بينة، وخفي التاريخ، فصاحب اليد أولى.

حكاه القاضي الروياني، وغيره.

وعن أبي حنيفة^(٢): مساعدتنا في هذه الصورة.

إذا عرف ذلك، ففي الصورة الأولى: وهي أن يُطلق الخارج، ويقول الداخل: اشتريته منك، لاتزال يده قبل إقامة البينة، وعن القاضي الحسين: أنها تُزال، ويؤمر بالتسليم إلى المدعي، لاعترافه بأنه كان له، ثم يثبت ما يدعيه من الشراء. والظاهر الأول، لأن البينة إذا كانت حاضرة فالتأخير^(٣) إلى إقامتها سهل، فلا معنى للانتزاع، والرد.

نعم لو زعم أن بينته غائبة، فلا يتوقف، بل يؤمر في الحال بالتسليم، ثم إن أثبت ما يدعيه استرد، ويجري^(٤) الخلاف فيما إذا ادعى ديناً، فقال: المدعى عليه أبرأني، وأراد إقامة البينة، لا يكلف توفية الدين على قول^(٥) الأكثرين.

وعلى ما ذكر القاضي يكلف، ثم إن أثبت^(٦) ما يقوله: استرد، وهذا كما ذكر في أوائل كتاب الدعاوى^(٧): أنه لو قال: أبرأني، فحلفوه يحلف قبل أن يستوفي.

(١) في: أ "الخارج".

(٢) انظر: الهداية ١٥٧/٣.

(٣) في: ب "التأخر".

(٤) في: أ "يتجرى".

(٥) "قول" ليست في: أ.

(٦) في: ب "إذا ثبت".

(٧) انظر: الوجيز ٢٦١/٢، والعزیز ١٦٢/١٣.

(قال [الغزالي]: الثاني من أقر لغيره بملك لم تسمع بعد دعواه، حتى يدعي^(١) تلقي الملك من المقر له. ولو أخذ منه بحجة، فهل يحتاج بعده في الدعوى إلى ذكر التلقي منه؟ فيه وجهان. والأجنبي لا يحتاج إليه إذ^(٢) البينة ليست حجة عليه، فله دعوى الملك مطلقاً).

[الفرع الثاني: من أقر لغيره بملك، ثم عاد إلى الدعوى].

[قال الرافعي]: من أقر بعين لإنسان، ثم ادعاها، لم تسمع دعواه^(٣)، إلا أن يذكر تلقي الملك عنه، وذلك لأن المقر مؤاخذاً بإقراره في المستقبل ألا ترى أن من أقر أمس، يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن في الإقرار كثير^(٤) فائدة، وإذا كان كذلك فيستصحب ما أقر به إلى أن يثبت الانتقال.

ومن أخذت منه ببينة قامت عليه، ثم جاء يدعيها، فهل يحتاج إلى ذكر التلقي منه؟ فيه وجهان.

وجه قولنا نعم، إنه صار^(٥) ملزماً بتلك الحجة، فيؤخذ بموجبها كما لو أقر.

ووجه الثاني: إلحاقه بالأجنب، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبي، وأطلق تسمع. وما الأظهر من هذين الوجهين؟ ذكر بعض أصحاب الإمام ذهب الأكثرين إلى أنه لا بد من ذكر التلقي لكننا حكينا عن الأصحاب في أحواله^(٦) إقامة الداخل البينة: أنه لو أقامها بعدما انتزعت العين منه، هل تسمع بينته؟ وهل يقضى له؟ وبيننا أن الأصح: السماع، والقضاء، وذلك الاختلاف مفروض فيما إذا أطلق دعوى الملك، ولم يذكر التلقي، فأما إذا ادعى التلقي، فلا بد وأن تسمع دعواه، وقد صرح^(٧) به أبو الحسن العبادي.

(١) "يدعي" ليست في: أ.

(٢) في: أ "إن".

(٣) في: ظ "دعواها".

(٤) في: ز "كبير".

(٥) في: ظ "صار ملكاً".

(٦) في: أ "الأحوال".

(٧) في: ظ "فقد".

وإذا كان الاختلاف في إطلاق الدعوى^(١) ورجحنا وجه السماع، لزم أن يكون الراجح هاهنا: أنه لا حاجة إلى ذكر التلقي. والله أعلم.

فروع: أكثرها عن ابن سريج: أقام الخارج بينة على أن هذه^(٢) العين ملكي غضبها مني الداخل، أو قال: أجرتها منه، أو^(٣) أودعتها إياه، وأقام الداخل بينة على أنها^(٤) ملكه، فأحد الوجهين: أنه يُقضى لصاحب اليد/ هذا ما صححه صاحب ٥٧٩/ز "التهذيب".

والثاني: وهو المنقول عن ابن سريج: أنه يُقضى للخارج.

وهذا ما ارتضاه^(٥) العراقيون، وبه أجاب القاضي أبو أسعد الهروي^(٦) ولو لم تكن بينة، ونكل الداخل عن اليمين، فردت على الخارج، وحكم له، ثم جاء المدعى عليه بينة، تسمع. كما لو أقامها بعد بينة المدعى.

وفيه وجه^(٧) آخر: أنها لا تسمع بناءً على أن النكول، ورد اليمين كالإقرار.

ولو تنازعا شاةً مذبوحة في يد أحدهما رأسها، وجلدها وسواقطها، وفي يد الآخر باقيها، وأقام كل واحد منهما^(٨) بينةً على أن الشاة له، يقضى له بما في يده، وعند أبي حنيفة^(٩) يقضى له بما في يد صاحبه بناءً على أن بينة الخارج مقدمة.

ولو قالت: كل بينة: الشاة له، نتجت^(١٠) في ملكه، وذبحَتْ في ملكه، قضي

(١) "الدعوى" ليست في: ظ.

(٢) في: ب، ظ "هذا".

(٣) في: أ "و".

(٤) في: أ "أنه".

(٥) في: ز "رضيه".

(٦) "الهروي" ليست في: ب، ز، ظ.

(٧) "كما لو... وفيه وجه" ليست في: ب، ظ.

(٨) "منهما" ليست في: ظ.

(٩) انظر: الهداية ١٦٨/٣.

(١٠) في: أ "ونتجت".

لكل واحدٍ منهما بما في يده بالاتفاق، لأن البينة قد تعرضت للنتاج، فيقدم الداخل^(١).
ولو كانت في يد كل واحدٍ شاةً، فادعى كل واحدٍ، أن الشاتين له، وأن التي في
يد صاحبه نتجت من الذي في يده، وأقاما عليه البينة، فهما متعارضتان، فلكل^(٢) واحدٍ
منهما التي في يده لاعتضاده^(٣) بيئته في يده. وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة على أن التي
في يد الآخر ملكه، قضى لكل واحدٍ منهما بما في يد الآخر.

قال [الغزالي]: المدرك الثالث: اشتغال إحدى البيئتين على زيادة، وهي
أقسام^(٤).

الأول: زيادة التاريخ، فإذا شهدت^(٥) بيئته أنه ملكه منذ سنةٍ والأخرى منذ
سنتين، ففي تقديم السابق، قولان. وإن كانت إحداهما مطلقة، والأخرى مقيدة^(٦)
مؤرخةً، أو مضافة إلى سبب من نتاج، أو شراء، أو زراعة، فقولان مرتبان، وأولى بأن
لا يُرجحَ المقيد، فإن^(٧) جعلنا للسبق أثراً، فكان^(٨) السابق في جانب، واليد في جانب
قدمت^(٩) اليد على وجه، والسبق على وجه، ويتعادلان على وجه.

[الفصل الثالث: في الزيادة في البيئتين].

[قال الرافعي] ترجم هذا المدرك بالزيادة في البيئتين، وأراد اختصاص الشهادة يتأيد
بأصل، أو زيادة علم.

(١) انظر: الروضة ٦١/١٢، ومعني المحتاج ٤٨١/٤.

(٢) في: ظ "ولكل".

(٣) في: أ "لاعتضاده بيئته".

(٤) في: ظ "ثلاثة أقسام".

(٥) في: أ "شهد".

(٦) "مقيدة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: أ، ب "وإن".

(٨) في: أ، ظ "وكان".

(٩) في: أ، ب، ظ "قدم".

والمدرک الأول: بقوة الحجّة، وأراد اختصاص الشهود بصفة تفيّد زيادة الوثوق بقولهم، وفي ترتيب الكتاب من هاهنا إلى آخر الباب نوع اضطراب، فإنه قال: "وهي أقسام."

القسم الأول
زيادة التاريخ

الأول: زيادة التاريخ، ثم قال: الطرف الثاني في العقود، والثالث: في الموت. ^(١) والرابع في العتق، والوصية، وزيادة التاريخ تدخل في العقود، كما تدخل في الأملاك المطلقة.

ولا ينبغي أن تدخل بعض أقسام التقسيم في بعض.

وينتظم أن يقال: في أول الركن تعارض البيتين، وقد تقع في الأملاك، وقد تقع في غيرها، كالعقود، والموت، والوصية.

فهذه ^(٢) أطرافٌ تحتاج إلى النظر فيها: الأول: في الأملاك: فيما أن تخلو البيتان المتعارضتان فيها عن الترجيح، أو يكون هناك ترجيحٌ، وللترجيح أسباب ثلاثة.

ثالثها: احتمال إحدى البيتين على زيادة التاريخ، فينسلك المقصود ^(٣) من ركن البينة إلى آخر الباب، في هذا الترتيب.

وفقه الفصل: أنه ^(٤) إذا أرخت كل بينة الملك بتاريخ، نظر: إن توافق التاريخان، فلا ترجيح، وإن اختلفا كما إذا قامت بينة هذا على أنه ملكه منذ سنة، وبينة هذا على أنه ملكه منذ سنتين، ففيه طريقان.

المشهور منهما أن في ترجيح أسبقهما تاريخاً قولين: أحدهما: ويحكى عن نصه - رضي الله عنه - في "البويطي" أنه لا ترجيح، لأن مناط الشهادة الملك في الحال، وقد استويا فيه، فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين، أو مؤرختين، بتاريخ واحد. وثانيهما: ويحكى عن رواية "الربيع"، وبه قال أبو حنيفة ^(٥).

(١) في: أ "والتاريخ".

(٢) في: ز "وهذه".

(٣) في: أ "المقصود".

(٤) "أنه" ليست في: ظ.

(٥) انظر: الهداية ١٦٩/٣.

واختاره المزني: أنه يُرجح أسبقهما تاريخاً، لأنها تثبت الملك في وقت لا تُعارضها البيئة الأخرى فيه، وفي وقت تعارضها الأخرى فيتساقتان في وقت^(١) محل التعارض، ويثبت موجبها فيما^(٢) قبل محل التعارض. والأصل في الثابت^(٣) دوامه.

وأصح القولين الأول عند القاضي ابن كج، وشرذمة.

والثاني: عند أكثرهم منهم الشيخ أبو حامد، وسالكوا طريقته، وصاحباً "المهذب" و "التهذيب" وإيانا^(٤).

والطريق الثاني: نقل القاضي ابن كج^(٥) عن ابن سريج، وابن سلمة وابن الوكيل: أنهم قطعوا بنفي الترجيح، ولم يثبتوا القول الآخر، والمثبتون للخلاف طردوه في بينتي شخصين يتنازعان في نكاح امرأة إذا أرختا بتاريخين مختلفين، وأيضاً فيما إذا تعرضتا مع اختلاف التاريخ، لسبب^(٦) الملك، كما إذا قام أحدهما: بينة: أنه اشتراه من زيد منذ سنة، والآخر بينة على^(٧) أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين.

ولو نسبا العقدين إلى شخص واحد، فأقام^(٨) هذا بينة، على أنه اشتراه من زيد منذ سنتين، فالسابق أولى لاحالة، وطردوه أيضاً فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعة، أقام^(٩) أحدهما: بينة أنها أرضه زرعها، والآخر بينة أنها ملكه مطلقاً، لأن البينة التي تشهد بالزرع تثبت الملك من^(١٠) وقت الزراعة.

-
- (١) "وقت" ليست في: أ، ب، ظ.
 - (٢) في: ظ "موجبها قبل".
 - (٣) في: ظ "الباب".
 - (٤) "إيانا" ليست في: ز. وانظر: المختصر ص ٣١٦، والحاوي ٣٩٣/٢١، والمهذب ٤٠١/٢، والروضة ٦٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٢/٤.
 - (٥) "ابن كج" ليست في: ظ.
 - (٦) في: أ "بسبب".
 - (٧) "على" ليست في: ز، ظ.
 - (٨) "على أنه . . . وهذا بينة" ليست في: ظ.
 - (٩) في: أ "وأقام".
 - (١٠) "من" ليست في: ظ.

هكذا ذكر صاحب "التهذيب" تصويراً، وتوجيهاً، وفيه ما يبين أن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم، حتى لو قامت بينة على أنه^(١) ملكه منذ سنة، وأخرى^(٢): على أنه ملكه أكثر من سنة، كان موضع الخلاف، فإن رجحنا أسبق البيتين تاريخاً، قضينا بها،/ ولصاحبها الأجرة، والزيادات الحادثة من يومئذ، وإن لم نرجحها ففيها^(٣) الخلاف السابق في تعارض البيتين.

وإن كانت إحدى البيتين مطلقة. والأخرى مؤرخة، فمن قطع من مختلفي التاريخ بأنه لا ترجيح، فهذا هنا أولى، ومن^(٤) أثبت الخلاف هناك تحزبوا، فمن طارد للقولين هاهنا يوجه^(٥) ترجيح المؤرخة^(٦) بأنها تثبت الملك من وقت معين، والأخرى لا تقتضي^(٧) إلا إثبات الملك في الحال، والتسوية بينهما، بأن المطلقة كما لا تقتضي الإثبات قبل الحالة الراهنة لاتنفيه أيضاً.

ولعله لو^(٨) بحث عنها أثبت الملك قبل ذلك الوقت.

ومن قاطع بالتسوية، وكيف فرض؟ فالظاهر التسوية هاهنا.

ثم احتج المزني للقول الذي اختاره: بأنهما لو تنازعا دابة، أقام أحدهما بينة على أنها ملكه، والآخر بينة أنها ملكه، وهو الذي نتجها، تقدم البينة^(٩) المتعرضة للنتاج.

واختلف^(١٠) الأصحاب، ولم يُسلم له أكثرهم ما ادعاه، وحكموا بأن المسألة

(١) في: ظ "أنها".

(٢) في: أ "والآخر".

(٣) في: ظ "ففيهما".

(٤) "ومن" ليست في: ظ.

(٥) في: ب، ز "وجه".

(٦) انظر: الروضة ٦٢/١٢.

(٧) "لا تقتضي" ليست في: أ.

(٨) في: أ "أو".

(٩) "والآخر بينة على . . . تقدم البينة" ليست في: أ، ظ.

(١٠) في: أ "اختلاف".

على القولين، وأخروهما في كل بيتين أطلقت إحداهما الملك^(١)، ونصت الأخرى على الملك، وسببه من الإرث، والشراء، وغيرهما.

ومنهم من سلم له ما ذكره في صورة التناج، وفرقوا بينها^(٢)، وبين بيني الملك المطلق، بأن بينة التناج تثبت ابتداء الملك له، والتي هي أسبق تاريخاً. لا تثبت ابتداء الملك^(٣) له^(٤)، فهذا^(٥) التوجيه يقتضي اطراد الطريقتين^(٦) فيما إذا تنازعا ثمرة^(٧) أو حنطة، فشهدت بينة بأنها حدثت من شجرته، أو بذره.

ولا يقتضي جريان الثانية فيما إذا تعرضت إحداهما للشراء، وسائر الأسباب، فإنها لا توجب ابتداء الملك.

واعلم أن المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث، فأما إذا كان في يد أحدهما، و^(٨) قامت بيتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً، فهو المقدم لا محالة. وإن كانت بينة الآخر أسبق^(٩) تاريخاً، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً، فكذلك يقدم الداخل. وإن جعلناه مرجحاً، فثلاثة أوجه:

أصحها: ترجيح اليد، لأن البيتين متساوتان^(١٠) في إثبات الملك في الحال فيتسايطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد، ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق، ألا ترى أنها لا تزال بها.

-
- (١) "الملك" ليست في: ب.
 - (٢) في: أ "بينهما". وفي: ز "بينه".
 - (٣) من "المطلق . . . ابتداء الملك" ليست في: ظ.
 - (٤) "له" ليست في: أ، ظ.
 - (٥) في: ز "وهذا".
 - (٦) في: ز "القولين".
 - (٧) في: ز "أو تعرضت حنطة".
 - (٨) في: ظ "أو".
 - (٩) "بينة الداخل . . . بينة الآخر" ليست في: ظ.
 - (١٠) في: ظ "يتساويان".

والثاني: ترجيح السبق، لأن مع أحدهما ترجيحاً من جهة البينة، ومع الثاني: ترجيحاً من جهة اليد، والبينة تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح^(١) من جهة البينة متقدم على الترجيح من جهة اليد.

والثالث: أنهما يتساويان لتعارض المعنيين.

وقوله في الكتاب: "ففي تقديم السابق قولان": يجوز أن يعلم لفظ القولين منه بالواو، للطريقة القاطعة.

وقوله "في تعارض البينتين المطلقة، والمؤرخة، والمطلقة والمضافة إلى النتاج، والشراء، فقولان مرتبان، وأولى بأن لا يترجح المقيد" القولان^(٢) في المطلقة والمؤرخة وترتيبهما ظاهر، وهذا الإيراد، وما ذكرناه^(٣) من الطريقتين في هذه الصورة، يرجعان إلى معنى واحد.

وأما في المطلقة والمضافة إلى الشراء، والنتاج فالترتيب^(٤) على ما ذكره، لم يتعرض له الأصحاب.

وإن فرض ترتيب^(٥) فهو بالعكس مما ذكره، ألا ترى أن في صورة النتاج طريقة قاطعة بالتقديم^(٦)، فليحمل قوله: "وأولى بأن لا يترجح" المقيد^(٧) على المقيد بزيادة التاريخ دون المقيد بالإضافة إلى السبب. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: فروع الأول: لو^(٨) شهدت بينة^(٩) بملكه بالأمس، ولم تتعرض

(١) في: أ "للترجيح".

(٢) في: ظ "للمقيد والقولان".

(٣) في: ز "ما ذكرناه".

(٤) في: ز "والترتيب".

(٥) في: أ "ترتب".

(٦) في: ظ "بالتقدم".

(٧) في: ب "يرجح".

(٨) "لو" ليست في: أ.

(٩) في: ز، ظ "البينة".

للحال، لم تسمع حتى يقول: وهو ملكه في الحال، أو لا أعلم له مزيلاً، فإن قال: لا أدري زال ملكه^(١) أم لا، لم يقبل، وإن قال: اعتقد أنه ملكه بمجرد الاستصحاب، ففي قبوله، خلاف. أما لو شهدت بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار، ويستصحب موجب الإقرار، وإن لم يتعرض الشاهد للملك في الحال، ولو قال للمدعى عليه: كان ملكك^(٢) بالأمس، فالظاهر: أنه ينتزع من يده، لأنه يخبر عن تحقيق، فيستصحب بخلاف الشاهد، فإنه يخبر عن تخمين، حتى لو قال الشاهد: هو ملكه بالأمس^(٣) اشتراه من المدعى عليه أو^(٤) أقر له المدعى عليه بالأمس، فيسمع في الحال، لأنه استند إلى تحقيق، ولا^(٥) خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعى^(٦) بالأمس قبل، وجعل المدعى صاحب يد^(٧).

[الفرع الأول: فيما لو شهدت بينته بملكه بالأمس ولم تتعرض للحال].

[قال الرافعي]: إذا ادعى داراً أو عبداً في يد رجل فشهدت له البينة^(٨) بالملك في الشهر الماضي، أو بالأمس، ولم تتعرض للحال.

نقل المزني، والربيع: أنها لا تسمع ولا يحكم بها.

وعن رواية "البويطي": أنها تسمع، ويُقضى بها. وللأصحاب فيه طريقتان:

أشهرهما: وبه قال ابن سريج: أن المسألة على قولين^(٩):

أحدهما: أنها^(١٠) تسمع، لأنها تثبت الملك له سابقاً، والشئ إذا ثبت فالأصل فيه

(١) "ملكه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "ملكه".

(٣) "بالأمس" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "إذا".

(٥) في: أ "فلا".

(٦) في: أ "المدعى عليه".

(٧) في: ز "اليد".

(٨) في: أ "بينة".

(٩) انظر: المختصر ص ٣١٦، والحاوي ٣٩٣/٢١ و ٣٩٤، والروضة ٦٣/١٢، ومغني المحتاج

٤٨٣/٤.

(١٠) في: أ، ب "إنه".

الدوام، والاستمرار.

وأصحهما: المنع، لأن دعوى الملك السابق، لا تسمع، فكذلك البينة عليه، ولأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه، فيد المدعى عليه، وتصرفه يدل على الانتقال إليه، فلا يحصل ظن الملك في الحال.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحاق: القطع، بأنها لا تسمع، وحمل هؤلاء المحكي عن البويطي على أنه ذكره من عند نفسه.

ويجربى الخلاف فيما إذا ادعى اليد، وشهد الشهود على أنه كان في يده أمس. واعلم أن للقولين في هذا الفرع تعلقاً بالقولين، فيما إذا أرخت البيتان الملك، بتأريخين مختلفين، هل يقدم أسبقهما تاريخاً أم يتساويان؟ ثم منهم من بنى القولين، ههنا على القولين هناك.

ومنهم من يعكس البناء.

وقرباً أيضاً^(١) من الوجهين فيما إذا قال: كان لفلان عليّ كذا، أو كانت^(٢) هذه الدار لفلان/ هل يكون إقراراً؟ وإذا قلنا: بأن الشهادة لا تسمع على الملك السابق فينبغي أن يشهد الشاهد على الملك في الحال، أو يقول: كان ملكاً له، ولم يزل.

أو يقول، لا أعلم له مزيلاً ويجوز أن يشهد بالملك في الحال، استصحاباً لحكم ما عرفه من قبل، كشراء وإرث، وغيرهما، وإن كان يجوز زواله، ولو صرح في شهادته: أنه يعتمد الاستصحاب فوجهان.

حكى في "الوسيط" عن الأصحاب: أنه لا يقبل، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي، وحركة الحلقوم. وعن القاضي الحسين: القبول، لأننا نعلم أنه لامستند له^(٣) سواه، بخلاف الرضاع، فإنه يُدرك^(٤) بقرائن لا تدخل في العبارة.

(١) "أيضاً" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ظ "كانت".

(٣) "له" ليست في: ز.

(٤) في: ز "يعرف بقرائن الأحوال".

ولو قال: لا أدري أزال ملكه أم لا؟ لم يقبل، لأن هذه صيغة المرتابين، وهي بعيدة عن أداء الشهادة.

ولو شهدت البينة على أنه أقر أمس للمدعي بالملك، قبلت الشهادة^(١) واستديم حكم الإقرار، وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال. وفيما عُلِقَ عن الإمام: أن^(٢) منهم من طرد القولين فيه^(٣). والظاهر الأول، ولولاه لبطلت فائدة الأقارير.

ولو قال: المدعى عليه: كان ملكك بالأمس فوجهان:

أحدهما: أنه لا يؤخذ به، ولا ينتزع المال من يده، كما لو قامت^(٤) البينة على أنه كان ملكه أمس.

وأظهرهما: الانتزاع كما لو شهدت البينة على أنه أقر أمس، ويفارق الإقرار البينة من جهة^(٥) أن المقر لا يقرُّ إلا عن تحقيق، والشاهد قد يتساهل، وينى على التخمين.

فإذا لم ينضم إليه الجزم في الحال، ضعف حتى لو استندت الشهادة إلى التحقيق أيضاً، بأن قال الشاهد، هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه بالأمس، وأقر له المدعى عليه بالأمس^(٦)، قبلت الشهادة، وكذلك نقله صاحب الكتاب هاهنا. وفي "الوسيط"^(٧): ولم يثبت الشيخ أبو نصر ابن الصباغ الوجهين فيما إذا قال المدعى عليه: كان ملكك^(٨) بالأمس.

(١) "ولو شهدت البينة . . . قبلت الشهادة" ليست في: ظ.

(٢) "إن" ليست في: ظ.

(٣) "فيه" ليست في: ز، ظ.

(٤) في: ز "كانت".

ومن قوله "على قولين أحدهما: . . . كما لو قامت البينة على أنه كان ملكها". في: أ غير واضح. أي مايقرب من لوحة ٢١ سطر.

(٥) في: أ "جهته".

(٦) "بالأمس" ليست في:

(٧) انظر: الوجيز ٢/٢٦٩، والوسيط ٧/٤٣٧.

(٨) في: ظ "ملكه".

وحكى القطع بأنه يؤخذ بإقراره. ورد الوجهين إلى ما إذا^(١) قال: كان في يدك أمس.

وفرق بين اليد، والملك: بأن اليد قد تكون مستحقة، وقد لا تكون، فإن كانت قائمة أخذنا بأن الظاهر منها^(٢): الاستصحاب، فإذا زالت ضعفت دلالتها.

وإذا عرفت ما يحتاج الشاهد إلى التعرض له على قولنا: إن الشهادة على الملك السابق لا تسمع، فكذلك إذا قلنا: إن الشهادة على اليد السابقة لا تسمع، فينبغي أن يتعرض الشاهد لزيادة: بأن يقول: كان في يد المدعي، وأخذ المدعى عليه منه، أو غصبه، أو قهره عليه، أو بعث العبد في شغل، أو أبق منه، فاعترضه هذا وأخذ فحيثئذٍ تقبل الشهادة، ويقضى بها للمدعي فيجعل صاحب يد.

وقوله في الكتاب: "لم تسمع حتى يقول: وهو ملكه" يمكن حمله^(٣) من جهة اللفظ، أن يجعل جواباً على الطريقة القاطعة، ويمكن أن يجعل جواباً على الأصح على طريقة^(٤) إثبات الخلاف، وعلى التقديرين، فليعلم بالواو.

وكذا قوله "ويستصحب موجب الإقرار" لما حكيناه من الخلاف، ونقل في "الوسيط" أن القاضي: مال إلى ذلك الوجه، وقوله: "أو أقر له المدعى عليه بالأمس" يجوز أن يعلم بالواو، لأن هذه الصورة هي بعينها الصورة السابقة، وهي قوله: "أما لو شهد بأنه^(٥) لو أقر له بالأمس" إلى آخره.

وقوله "ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعي أمس، قبِل، وجُعِلَ المدعي صاحب يد" غير مسلم بل طرق الأصحاب: ناصة على أنه كما لو قامت البينة على الملك بالأمس، بلا فرق، بل في صورة اليد. تكلم الشافعي - رضي الله عنه - في

(١) في: ظ "فيما".

(٢) في: ظ "فيها".

(٣) "حمله" ليست في: ز، ظ.

(٤) في: ظ "جهة".

(٥) في: ظ "أنه".

"المختصر"^(١) وحكم بعدم القبول.

فرع: ذكرنا أن الشهود على الملك السابق، لو قالوا: لانعلم زوال ملكه، قبلت شهادتهم، ثم عن ابن المنذر^(٢): أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: يحلف المدعي مع البينة، فإن ذكروا مع ذلك^(٣) أنه غاصبٌ، فلا حاجة إلى اليمين.

قال القاضي أبوسعده الهروي: هذا غريب^(٤)، ووجهه: أن البينة قامت على خلاف الظاهر، ولم تتعرض لإسقاط ما مع المدعى عليه من الظاهر فأضيف إليها اليمين.

آخر: دار في يد رجل ادعاها آخران، وأقام أحدهما البينة أن الدار له غضبها المدعى عليه منه، وأقام الآخر البينة أن من في يده الدار^(٥) أقر له، فليس بين هاتين^(٦) البينتين منافاة، فيثبت الملك، والغصب بالبينة الأولى، وإذا ثبت ذلك لَغَى إقرارُ الغاصب لغير المغصوب منه. والله أعلم.

قال [الغزالي]: الفرع الثاني: البينة المطلقة لا توجب تقدم زوال الملك على ما قبل البينة حتى لو شهدت^(٧) على دابة فتاجها قبل الإقامة للمدعى عليه، والثمرة البادية على الشجرة أيضاً كذلك. والظاهر: أن الجنين حال الشهادة للمدعى بطريق التبعية، وإن أمكن انفصاله بالوصية، ومع هذا فالمدعي أن المشتري إذا أخذ منه^(٨) بحجة مطلقة، رجع على البائع، بل لو أخذ من المتهب أو من المشتري^(٩) رجع الأول أيضاً^(١٠)، ويحمل مطلقه إذا لم يدع على المشتري قبل^(١١) إزالة ملكه منه على أن

(١) انظر: ص ٣١٦.

(٢) في: ز "المرزبان".

(٣) "ذكروا مع ذلك" ليست في: أ.

(٤) انظر: هامش (٤) بالعزير ٢٤٥/١٣.

(٥) "الدار" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ "الهاتين".

(٧) في: أ، ب، ظ "شهد".

(٨) في: أ "أخذ منه المشتري".

(٩) في: أ، ب، ز "ولو أخذ من المتهب من المشتري أو من المشتري من المشتري".

(١٠) "أيضاً" ليست في: ز.

(١١) "قبل" ليست في: أ.

الملك سابقاً فيطالب البائع بالثمن، وعجيبٌ أن يترك في يده نتاجٌ حصل قبل البيعة، وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع، ولكن أطلق الأصحاب الكلام كذلك، فلا يبعدُ أن يقال: لا يرجع إلا إذا ادعى ملكاً سابقاً^(١) على شرائه.

[الفرع الثاني: في بيعة المدعي هل توجب ثبوت الملك له]

[قال الرافعي]: بيعة المدعي لا توجب ثبوت الملك له، ولكنها تظهره، فيجب أن يكون الملك سابقاً على إقامتها.

لكن لا يشترط السبق بزمان طويل، بل يكفي لصدق الشهود السابق^(٢) بلحظة لطيفة، فلا يقدر مالا ضرورة إليه حتى لو أقام البيعة على ملك دابة، أو شجرة، لم ٥٨٢/ز يستحق النتاج، والثمرة، الحاصلتين^(٣) قبل إقامة البيعة.

والثمرة الظاهرة عند إقامة البيعة تبقى للمدعى عليه وفي الحمل الموجود عندها وجهان.

أظهرهما: أن المدعي يستحقه، ويكون تبعاً للأم كما في العقود.

والثاني: المنع لجواز^(٤) أن يكون الحمل لغير مالك الأم، بسبب وصيةٍ بالحمل. وقضية هذا الأصل أن يقال: من اشترى شيئاً، فادعاه^(٥) مدعٍ، وأخذه^(٦) بحجة مطلقة، لم يكن له أن يرجع على بائعه بالثمن لجواز أن يكون الملك منتقلاً من المشتري إلى المدعي فتكون المبايعه صحيحة مصادفة محلها، لكن المشهور في المذهب^(٧): ثبوت الرجوع إذا انتزع المال منه بالحجة المطلقة، بل لو باع المشتري، أو وهب، وانتزع من^(٨) المتهب، أو المشتري منه، كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً، وسببه مسيس الحاجة إليه في عهدة

(١) في: ز "ادعى أن ملكه سابق".

(٢) "السبق" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: ز "الحاصلتين".

(٤) في: أ، ب "يجوز".

(٥) في: ز "فاشتراه".

(٦) في: أ، ب، ظ "فأخذ".

(٧) انظر: الروضة ٦٤/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٤/٤.

(٨) "من" ليست في: أ.

العقود، وأيضاً فإن الأصل: أن لا معاملة بين المشتري والمدعي، ولا انتقال منه، فيستند الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء.

وعن القاضي الحسين: إبداء وجه: أنه لارجوع إلا إذا كان المدعى ملكاً سابقاً وفاءً بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه^(١) الأصحاب: عليه.

وذكر القاضي أبوسعده الهروي: أن الفقيه أبا نصر البلخي^(٢) من أصحاب الرأي: حكى عن أصحابنا: أن قيام البينة تقتضي سبق الملك حتى يكون التناج للمدعي، ولما كان الجمع بين إبقاء التناج في ملكه، وبين تمكينه من الرجوع بالثمن بعيداً تأباه الطباع^(٣)، وقع^(٤) تارة بأن قيل: لارجوع، وأخرى بأن قيل: لا يبقى^(٥) التناج^(٦) له.

وليُعلم لهذا الوجه: قوله في الكتاب: "فتناجها قبل الإقامة للمدعى عليه"^(٧). وكذلك قوله "والثمرة البادية على الشجرة أيضاً" كذلك^(٨) بالواو. قوله: "ويحمل مطلقةه إذا لم يدع على المشتري إزالة ملكه عنه، على أن الملك سابق" أشار به إلى أن ظاهر المذهب ثبوت الرجوع، سواء قيد الملك المدعى بما قبل الشراء، أو أطلق الدعوى، وإنما يمتنع الرجوع إذا ادعى على المشتري، بأنه نقل الملك إليه، وأقام البينة، كذلك، وعلى الوجه الآخر: إنما يثبت الرجوع إذا ادعى ملكاً سابقاً على الشراء، وأقام البينة عليه.

وقوله: "وعجيب"^(٩) أن يُترك في يده نتاج حصل قبل البينة، وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع". أراد الاستبعاد الذي بيناه.

(١) في: ز "ما أطلق".

(٢) هو: أبو نصر البلخي. من علماء الحنفية. كما قال الرافعي رحمه الله.

(٣) في: ز "يأباه الطبع".

(٤) في: أ، ب "رفع".

(٥) "لا يبقى" ليست في: ظ.

(٦) في: ز "وتناجها".

(٧) في: ب "بالواو".

(٨) في: أ، ب "بذلك".

(٩) في: أ "عجبت".

وقد^(١) حُكِيَ عن القاضي الحسين: أنه أكثر البحث عنه، وأنه قال: لم أجد عند أحدٍ من الجواب ما يستحق أن يُحكى، إلا أني سألت عنه فقيهاً من أصحاب أبي حنيفة. فقال: إنما يثبت الرجوع، لأن البائع بالبيع، كأنه ضمن سلامة المبيع للمشتري^(٢)، وإذا لم يُسلم وأخذ منه كان له أن يرجع بحكم الضمان الذي تضمنه البيع.

وقوله "فلا يبعد أن يقال: لا يرجع إلا إذا ادعى ملكاً سابقاً على شرائه"

ذكر هذا الكلام ذكر من هو مبتدئٌ بالشيء، لكنه قد حكاه في "الوسيط" عن القاضي الحسين، وكذلك الإمام وغيرهما.

فرع: المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده، انتزع منه، ولم يظفر بيئته، هل له أن يطالب الأول بالثمن؟ في فتاوى القاضي الحسين أنه لا يطالبه، ويشبه ذلك من مات، وعليه دينٌ، وادعى وارثه ديناً له على غيره، وأنكر المدعى عليه، ونكل الوارث، هل يحلف الغريم؟.

قال [الغزالي]: الفرع الثالث^(٣): إذا ادعى ملكاً مطلقاً^(٤) فذكر الشاهد الملك، وسببه لم يضر، ولكن لو أراد الترجيح بالسبب، وجب إعادة البينة بعد للسبب. ولو ذكر الشاهد سبباً آخر سوى ما ذكره المدعى تناقضت الشهادة والدعوى، فلا^(٥) تسمع على أصل الملك).

[فصل: فيما إذا ادعى ملكاً مطلقاً وشهد الشهود به]

[قال الرافي]: إذا ادعى ملكاً مطلقاً، فشهد الشهود بالملك، وذكروا سببه، لم يضر، بخلاف ما إذا ادعى ألفاً، فشهد الشهود بألفين، حيث تُردُّ شهادتهم في الزيادة على الألف، وفي الألف اختلاف مذكور في باب الإقرار^(٦).

(١) "قد" ليست في: ظ.

(٢) "للمشتري" ليست في: ظ.

(٣) "الفرع" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: ظ "سابقاً".

(٥) في: ظ "ولا".

(٦) انظر: الوجيز ١/١٩٧، والعزير ٥/٢٩٩، والروضة ٤/٣٧٥.

والفرق: أن ذكر سبب الملك تابع للملك، وليس سبباً مقصوداً في نفسه بخلاف الألف مع الألف، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب، بناءً على أن ذكر السبب يقتضي الترجيح، ولم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً، لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد، بل يدعي الملك وسببه، وهم يعيدون الشهادة، فحينئذ ترجح بينته.

وفيه وجه^(١): أنه لا حاجة إلى إعادة البينة، ويكفي^(٢) أن^(٣) تكون الشهادة على ماهو المقصود، واقعة بعد الدعوى، والاستشهاد.

ولو ادعى الملك، وذكر^(٤) سببه، وشهد الشهود بالملك، ولم يذكروا السبب، قبلت شهادتهم، لأنهم شهدوا بالمقصود. ولا تناقض.

ولو ادعى الملك، وسببه، وذكر الشهود سبباً، سوى ما ذكره.

فالوجه الصحيح إبطال شهادتهم، لما بينها، وبين الدعوى من التناقض.

وقيل: تقبل شهادتهم على أصل الملك، ويلغو ذكر السبب^(٥).

ولو شهد شاهد بألف عن ثمن متاع، وشهد بألف عن قرض، والدعوى مطلقة، فقد ذكرنا في الإقرار^(٦)؛ أنه لا يثبت بشهادتهما شيء.

وقياس الوجه الثاني على ضعفه ثبوت الألف^(٧).

[دار في يد إنسان يملكها ادعى ملكيتها آخر]

فرع: دار في يد إنسان، وقد حكم له حاكم بملكيتها فجاء خارج، وادعى انتقال الملك منه إليه^(٨)، وشهد الشهود على انتقاله إليه بسبب صحيح، ولم يبينوه^(٩).

(١) في: أ "آخر".

(٢) في: ز "ويكتفي".

(٣) "أن" ليست في: ز.

(٤) "ذكر" ليست في: ب.

(٥) في: ب "السهو والسبب".

(٦) انظر: الوجيز ١/١٩٧، والعزير ٥/١٩٩.

(٧) انظر: بهامش العزير ١٣/١٤٨.

(٨) في: ز "إليه منه".

(٩) في: أ "ولم يبينونه".

قال القاضي أبوسعده الهروي^(١): وقعت هذه المسألة فأفتى فقهاء "همذان" بسماع هذه البينة، والحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب.

ورأيت في فتاوى الماوردي، والقاضي أبي الطيب بخطهما كذلك، قال: وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا، وهو طريقة القفال، وغيره، لأن أسباب الانتقال^(٢) مختلف فيها بين أهل العلم، فصار كالشهادة. على أن فلاناً وارث فلان^(٣)، لا تقبل ما لم يبينوا جهة الإرث/.

ز/٥٨٣

هذا تمام الكلام في تعارض البينة في الأملاك المطلقة. والله أعلم بالصواب.

(١) "الهروي" ليست في: أ، ز، ظ.

(٢) في: ز "الملك".

(٣) "فلان" ليست في: أ، ب، ظ.

[قال [الغزالي]: الطرف الثاني في العقود، وفيه مسائل: الأولى: إذا قال: أكريتك البيت بعشرة، وقال المكترى بل^(١) اكرتت الدار بالعشرة، وأقام كل واحد بينة^(٢)، فالأصح: أن لا ترجيح، لأن هذه زيادة في المشهود به، وكذلك^(٣) لو ادعى أحدهما الكراء^(٤) عشرة، والآخر عشرين، فيتعارضان ولا يجري إلا قول^(٥) التهاتر، أو القرعة^(٦). أما القسمة فلا يُمكن، إذ الزيادة يدعيها أحدهما، وينفيها الآخر، ولا يثبتها لنفسه^(٧)، وقول الوقف لا يمكن إذا تفوت^(٨) المنافع.

[فصل المسألة الأولى: في اختلاف المتكاريين في المعقود عليه]

[قال الرافعي] إذا قال المكري: أكريتك هذا البيت من الدار شهر كذا بعشرة، وقال المكترى: بل اكرتت^(٩) جميع الدار بالعشرة، فهذا اختلاف بين المتكاريين^(١٠) في قدر المكري، فإن لم يكن لواحد منهما بينة، فيتحالفتان ثم يفسخ العقد على ما تبين^(١١) في "باب التحالف"^(١٢) وعلى المكترى أجره مثل ماسكن من الدار، أو البيت.

وإن أقام أحدهما البينة على ما يقوله دون الآخر، قضى له^(١٣) بالبينة المقامة، وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة فقولان، ويقال:

وجهان، لأن الأول منهما من تخريج ابن سريج.

(١) "بل" ليست في: ظ.

(٢) في: أ، ب "البينة".

(٣) في: ظ "وكذا".

(٤) في: ظ "الكري بعشرة" وفي ب: "بعشرة والآخر بعشرين".

(٥) في: أ، ظ "أقوال". وفي: ز "الأقوال".

(٦) في: ز، ظ "والقرعة".

(٧) "أما القسمة . . . لنفسه" ليست في: ب.

(٨) في: ظ "إذا تفوت".

(٩) في: ظ "المكترى اكرتت".

(١٠) في: ب "المكاريين".

(١١) في: أ "بيننا". وفي: ظ "ماسبق".

(١٢) انظر: الوجيز ١٥٢/١ والعزير ٣٧٥/٤ و ٤٧٦.

(١٣) "له" ليست في: ب، ز، ظ.

أحدهما: ويحكى عن أبي حنيفة: أن بينة المكثري أولى، لاشتغالها على زيادة، وهي أكثرًا جميع الدار، واستشهد لذلك بما لو شهدت بينة بألف وبينه بألفين، ثبت الألفان^(١).

وأصحهما: وهو المنصوص^(٢): أن البينتين متعارضتان، والزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم، ووضع حال في أحد جانبي ما فيه التنافي كاستناد إلى سبب، وسبق تاريخ^(٣)، وانتقال عن استصحاب أصل: فالزيادة فيما نحن فيه ليست كذلك، وإنما هي زيادة في المشهود به. وتفارق بينة الألف، وبينة الألفين، فإنهما لا يتنافيان، لأن التي تشهد بالألف، لاتنفي الألفين^(٤)، وهاهنا العقد واحد وكل كيفية تنافي الكيفية الأخرى، فيثبت التعارض.

فعلى هذا تخرج المسألة على القولين في التعارض، فإن قلنا: بالتهاتر، سقطت^(٥) البينتان، ورجعنا إلى التحالف، وإن قلنا: بالاستعمال، فيجئ قول القرعة، وفي الحلف معها مامر في موضعه. وعن أبي الطيب ابن سلمة: أنه لا يقرع، لأن القرعة إنما يصار إليها عند تساوي الجانبين، ولا تساوي، بل جانب المكري، أقوى لملك الرقبة.

وأما قولاً القسمة، والوقف، فالمشهور أنهما لا يجبان^(٦). أما القسمة فلو جهين: أحدهما: أن النزاع^(٧) هاهنا في العقد، والعقد لا يتصور أن يُقسم^(٨) بخلاف الملك. والثاني: وهو المذكور في الكتاب^(٩): أن القسمة إنما تجري إذا ادعى كل واحد

(١) انظر: الهداية ٧١/٣.

(٢) انظر: المختصر ص ٣١٤، الروضة ٦٧/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٥/٤.

(٣) "تاريخ" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "فإنهما . . . لاتنفي الألفين" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "سقط".

(٦) في: أ "لا يجبان".

(٧) في: ظ "التنازع".

(٨) في: أ "تنقسم".

(٩) انظر: الوجيز ٢٧٠/٢.

منهما الشيء لنفسه، وهاهنا الزيادة يدعيها^(١) أحدهما، وينفيها الآخر، ولا يثبتها لنفسه.

وأما الوقف: فلوجهين أيضاً:

أحدهما: وهو الذي ذكره أكثرهم: أن العقود لا توقف على أصلنا، والنزاع^(٢)

هاهنا في العقد.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب أن المنافع تفوت في مدة الوقف^(٣)، وفي هذه

التوجيهات تردد.

أما الوجه الأول في القسمة، فالعقد غير مقصود في نفسه، وإنما المقصود المعقود

عليه، فجاز أن ترد القسمة على مافيه التنازع من المعقود عليه، كما لو تنازعا في ملك،

وذكر كل واحد منهما: أنه اشتراه من فلان وقت كذا، وأقاما بينتين.

وأما الثاني: فالقول بأن الزيادة ينفيها أحدهما، ولا يثبتها لنفسه، ممنوع^(٤)، بل

كل واحد منهما يدعيها. هذا بحكم الإجارة، وهذا بحكم ملك الرقبة، وانحصار الإجارة

في البيت^(٥)، فلم لا يكفي هذا القدر للقسمة؟.

وأما الوجه الأول في الوقف فإن الوقف الذي لانقول به: هو^(٦) أن تتخلف^(٧)

بعض شروط العقد، فيحكم بانعقاده موقوفاً إلى أن يوجد ذلك الشرط، كماذن المالك في

بيع الفضولي، وليس هذا الوقف كذلك، بل معنى الوقف هاهنا: أنا نتوقف ولا نمضي

حكماً إلى أن يتكشف الحال، أو يصطلحا، ومثل هذا معهود في أصولنا.

وأما الثاني: فإنما تفوت المنافع لو عطلت، ويمكن أن يقال: إن الزيادة تؤجر^(٨)

(١) "ادعى" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "فالنزاع".

(٣) في: أ، ظ "التوقف".

(٤) في: أ "فممنوع".

(٥) في: ظ "البيع".

(٦) في: أ، ب، ظ "وهو".

(٧) في: ط "تختلف".

(٨) في: أ "تؤخر".

وتوقف الأجرة إلى الانكشاف، والإصطلاح. وربما تولد^(١) من هذه الإشكالات، قولٌ نقله الموفق ابن طاهر عن رواية الماسرخسي أنه تجري^(٢) القسمة في الملك، والوقف في الأجرة.

[فصل: في اختلاف المتكاريين في الأجرة]

وإن اختلف المتكاريان فالزيادة^(٣) في جانب المكري. بأن قال: أكرتكَ كذا بعشرين، وقال المكترى: بل أكرتته^(٤)، بعشرة فقول التعارض بحاله. وعلى المحكي عن ابن سريج: بينة المكري^(٥) راجحةٌ للزيادة.

[فصل: اختلاف البيئتين في غير التاريخ]

ويطرد ماذكروه فيما إذا اختلف المتبايعان، وأقام كل واحدٍ منهما بينة، وفي إحداهما^(٦) زيادة.

ولو وجدت الزيادة في كل واحد من الجانبين، بأن قال المكري: أكرتكَ هذا البيت بعشرين، وقال المكترى: بل جميع الدار بعشرة، فلا بن سريج، رأيان: أحدهما: الرجوع إلى التعارض لتقابل الزيادتين.

وأضعفهما: أنه يؤخذ بالزيادة من الجانبين، فتجعل جميع الدار مُكراً بالعشرين، وهذا خلاف قول المتداعيين، والشهود جميعاً.

[فصل: في اختلاف البيئتين وتاريخهما مختلف]

ثم قال العراقيون، والقاضي الروياني وغيرهم: هذا كله فيما إذا كانت البيئتان مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحدٍ، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة فأمّا إذا

(١) في: ط "يتولد".

(٢) في: ب "تجور".

(٣) في: أ "والزيادة".

(٤) في: أ "أكرتته".

(٥) في: ظ "المدعي".

(٦) في: ظ "أحدهما".

كانتا^(١) مؤرختين^(٢) بتاريخين مختلفين بأن أقام أحد المتكاريين بينة على أن كذا مكرى سنة من أول رمضان^(٣)، وأقام آخر بينة على أن كذا مكرى سنة^(٤) من أول شوال فأيتهما^(٥) تقدم؟ حكى القاضي أبوسعده/ فيه قولين: أحدهما: وهو جواب العراقيين، والرويانى^(٦): أن التي هي أسبق تاريخاً أولى، لأن السابق من العقدين صحيح لاحالة، فإنه إن سبق العقد على الدار صح، ولغا العقد الوارد^(٧) على البيت بعده.

وإن سبق العقد على البيت صح، والعقد الوارد على الدار بعده، يبطل في البيت، ويُخرج في باقي الدار على الخلاف في تفريق الصفقة فترجح^(٨) الأولى بذلك.

والثاني: أن البينة الأخرى أولى، وقد يوجه: بأن العقد الثاني سابق^(٩) للأول، وربما تخللتها^(١٠) إقالة، وعن صاحب "التقريب" وغيره: أن موضع هذين القولين ما إذا لم يتفقا على أنه لم يجر^(١١) إلا عقدٌ واحدٌ. فإن اتفقا عليه فالبيتان متعارضتان أيضاً.

ولك أن تقول وجب أن يقال: موضع التعارض في البيتين المطلقتين وفي اللتين^(١٢) إحداهما: مطلقة، والأخرى مؤرخة أيضاً - ما إذا اتفقا على أنه لم يجر^(١٣) إلا عقدٌ واحد، فإن^(١٤) لم يتفقا عليه، فلا تنافي بين البيتين، لجواز أن يكون تاريخ المطلقتين

(١) في: ز "كانا".

(٢) من "بتاريخ واحد . . . مؤرختين" ليست في: "ظ".

(٣) في: ظ "شوال".

(٤) في: ز "ستين".

(٥) في: أ "فأيتهما".

(٦) في: ز "القاضي الرويانى".

(٧) من "وإن سبق العقد . . . الدار بعده" ليست في: ظ.

(٨) في: أ، ب، ظ "فرجح".

(٩) في: أ، ب، ظ "ناسخ".

(١٠) في: ظ "تخللتها".

(١١) في: أ "لم يجر".

(١٢) في: ز، ظ "البيتين".

(١٣) في: أ "لم يجر".

(١٤) في: أ "وإن".

مختلفاً. وأن يكون تاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة. وإذا لم يكن تنافٍ، ثبت اكتراء^(١) الزيادة بالبينة الزائدة.

وقوله في الكتاب: "فالأصح أن لا ترجيح" معلّم بالحاء، لما سبق.

وقوله "وكذلك"^(٢) لو ادعى^(٣) أحدهما الكراء عشرة ٠٠٠ "إلى آخره، يعني الأصح في هذه الصورة أيضاً، أنه^(٤) لا ترجيح، بل يتعارضان في الصورتين.

وقوله "أو القرعة" معلّم بالواو، لما ذكرنا عن ابن سلمة. وأيضاً فالذاهبون إلى القسمة، أو الوقف في صور التعارض، منهم من رجع إلى التساقط عند تعارضهما^(٥) لا إلى القرعة. وقوله "أما القسمة فلا يمكن" وقوله "وقول الوقف لا يمكن" معلمان بالواو، لرواية الماسرجسي رحمه الله - والله أعلم.

(قال [الغزالي]: المسألة الثانية: إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث، يزعم كل واحد أنه اشتراها^(٦) منه، ووفر الثمن، فإن سبق تاريخ أحدهما قدم، وإلا جرت الأقوال الأربعة، لكن إذا لم يسلم لأحدهما شيء من الدار.

إما بقرعة، أو قسمة^(٧)، رجع إلى الثمن إذا لا تضاد في اجتماع الثمنين^(٨). فلو قضينا^(٩) بالقسمة، فلكل واحد منهما خيار الفسخ، فإذا فسخ أحدهما رجع إلى الثمن، وكان للآخر أخذ جميع الدار، وفي المسألة قولٌ خامس. أنه يستعمل البينة في فسخ العقدين لتعذر الإمضاء فيرجعان إلى الثمن).

(١) في: ب، ظ "أكثر".

(٢) في: أ "ولذلك".

(٣) في: ظ "إذا".

(٤) في: ز "أن".

(٥) في: أ، ب، ظ "تعذرهما".

(٦) في: أ، ب "اشتراه".

(٧) في: أ "بقسمة".

(٨) في: أ "البينتين".

(٩) في: أ "قضا".

[فصل المسألة الثانية: في اختلاف المتداعيين في شراء دار ثالث]

[قال الرافي] دار في يد رجل جاء اثنان وادعى كل واحد منهما: أني اشتريتها من صاحب اليد بكذا، ووفرت الثمن، وطالبه بتسليم الدار، فينظر: إن أقر لأحدهما سلمت الدار إليه، وهل للآخر تحليفه؟ قال الشيخ أبو الفرج: إن قلنا: إتلاف^(١) البائع كافة سماوية، فليس له تحليفه، لأن قضية قوله: إن البيع قد انفسخ بتفويت البائع عليه. وإن قلنا: إنه كإتلاف الأجنبي، وأثبتنا الخيار فأجاز، وأراد أن يطلب من البائع قيمته، فبينى التحليف على الخلاف في أنه لو أقر الثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم؟ وقد سبق نظيره، وتمتنع دعوى اليمين^(٢) على الآخر، فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه، وإن أنكر ما ادعى، ولا بينة، حلف لكل واحد منهما يمينا، وقررت^(٣) الدار في يده. وإن أقام أحدهما بينة سلمت الدار إليه، وليس للآخر تحليفه لتغريم^(٤) العين، فإنه لم يفوتها عليه، وإنما^(٥) أخذت بالبينة، وله دعوى الثمن.

وإن أقام كل واحد بينة، نظرنا: فإن كانتا^(٦) بينتين^(٧) مؤرختين بتاريخين مختلفين قضي بأسبقهما تاريخاً، لأنه إذا باع من أحدهما لم يتمكن من البيع^(٨) الثاني، وإن لم يكونا كذلك، فإما أن يستمر^(٩) صاحب اليد على الإنكار، والتكذيب، أو يُصدق بعد قيام البينتين.

أحدهما: الحالة الأولى: إذا استمر على التكذيب، فالبيتان متعارضتان، فإن قلنا: بالتهاتر، سقطتا، وحلف^(١٠) المدعى عليه لكل واحد منهما كما لو لم تكن بينة، وهل

(١) في: ب "إن إتلاف".

(٢) في: ب "الثمن".

(٣) في: أ "وقرت".

(٤) في: ظ "لتغرم".

(٥) في: ب، ظ "وإنما".

(٦) في: أ "كانوا". وفي ب: "كانا".

(٧) "بينتين" ليست في: أ، ظ.

(٨) في: ب، ظ "ومن الثاني".

(٩) في: ظ "يسمى".

(١٠) في: ظ "ويحلف".

لهما استرداد الثمن؟ فيه^(١) وجهان منقولان في "الإبانة" أحدهما: لا، لحكمنا^(٢) بسقوط البيتين. وأظهرهما: نعم، لأن بينة^(٣) كل واحد شهدت بتوفير الثمن، وإنما يسقطان فيما فيه^(٤) التعارض، وهو رقية الدار دون الثمنين، وهذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، فإن فرض التعرض له فلا رجوع بالثمن إذ العقد قد استقر بالقبض، وليس على البائع عهده ما يحدث بعده.

وإن قلنا: بالاستعمال، فالأشهر أنه لا يجيء^(٥) قول الوقف بناء على أن النزاع في العقد والعقود لا توقف. والأوجه، وهو المذكور في الكتاب مجيئه، فإننا^(٦) لانوقف نفس العقد، وإنما نتوقف^(٧) نحن لينكشف الحال على ما مر. وعلى هذا تنتزع الدار منه.

قال الإمام: وكذا الثمنان، ويوقف الكل. وإن قلنا: بالقرعة، فمن خرجت له تسلم إليه الدار بالثمن الذي سماه، والآخر يسترد الثمن الذي أداه، وإن قلنا: بالقسمة، فلكل واحدٍ منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي سماه، ولكل واحدٍ منهما خيار الفسخ، لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه، فإن فسخا جميعاً، استرد^(٨) كل واحد منهما جميع الثمن المشهود به بناءً على الصحيح. وهو أن الإجارة بالقسط، لا بجميع الثمن.

ويجوز أن يجيز أحدهما، ويفسخ الآخر، ويسترد جميع الثمن، ثم إن سبقت الإجارة الفسخ، رجع المحيز بنصف الثمن، ولم يكن^(٩) له أن يأخذ النصف المردود، ويضمه إلى ما عنده، لأنه حين أجاز، رضي بالنصف. وإن سبق الفسخ الإجارة فهل للمحيز أخذ الجميع؟.

(١) "فيه" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "كحمننا".

(٣) "بينة" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "ويجيء فيه".

(٥) في: أ "يجيء" وهو خطأ.

(٦) في: أ، ب، ظ "لأننا".

(٧) في: أ "نوقف".

(٨) في: أ "استر".

(٩) في: أ "وإن لم".

ز/٥٨٥

فيه وجهان /أحدهما: لا، لأننا^(١) نتكلم على قول القسمة، فلا نأخذ كل واحد إلا ما تقتضيه القسمة، والمردود يعود إلى البائع.

وأظهرهما: وبه أجاب العراقيون: له ذلك، لأن بينته قد قامت على الكل، وإنما لم يأخذ الكل لمزاحمة الآخر، فإذا انقطعت زحمته أخذ، وليس كالصورة السابقة، فإنه قنع هناك بالنصف، وانفصل أمره.

وبالقول الآخر، وهو القسمة، أجاب الشافعي - رضي الله عنه - في هذه المسألة وروى الربيع قولاً آخر في المسألة: وهو أن البيعين مفسوخان، ويرجع إلى قول المدعى عليه، فيقضي بموجب قوله وامتنع جماعة من الأصحاب من إثباته قولاً للشافعي - رضي الله عنه - منهم من خطأه، ومنهم من قال: هو من كيسه، وتخرجه.

الحالة الثانية: إذا صدق صاحب اليد أحد المتداعيين، وشهوده، فعلى قول التهاتر تسلم الدار إلى المصدق، وهو كما لو لم تكن بينة، وأقر لأحدهما.

وإن قلنا: بالاستعمال، فوجهان - قال ابن سريج: يقدم من صدقه البائع، لأن الدار في يده فمن صدقه فكأنه^(٢) نقل إليه يده، فتجتمع البينة، واليد. والأصح: المنع، لاتفاق البيتين على إسقاط يده، وانتزاع المال منه باتفاق الأقوال.

واليد المزالة لا تقتضي ترجيحاً. فعلى هذا الحكم كما لو لم يصدق واحد منهما وقد بيناه، ثم اعرف^(٣) هاهنا^(٤) شيعين:

أحدهما: أن الأصحاب: لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البيتان مؤرختين بتاريخين مختلفين، وبين أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخ واحد، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، بل صرحوا بالتسوية، إلا أن "أبا الفرج الزاز" استدرك، فقال: هذا إذا لم تقدم البينة المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها قضينا لصاحب البينة المؤرخة ولا تجيء

(١) في: أ "لا تتكلم".

(٢) في: أ، ب، ظ "كأنه".

(٣) في: أ "اعترف".

(٤) "هاهنا" ليست في: أ، ب، ظ.

الأقوال^(١).

والثاني: خصصوا الوجهين في أن تصديق صاحب اليد، هل يقتضي الترجيح؟ بما إذا فرعنا على قول استعمال البيتين، فأما على قول التهاتر، فلم يفرقوا بين أن يصدق، وبين أن لا^(٢) يصدق، كما حكيناه^(٣)، لكن قياسُ جعل التصديق مرجحاً، أن يقال: يترجح جانب من صدِّقه، وليست حالة التصديق موضع خلاف التهاتر، والاستعمال كاليد^(٤)، وسائر ما يوجب الترجيح.

ولنَعُدْ إلى لفظ^(٥) الكتاب قوله "إذا ادعى رجلان داراً" إلى آخره.

ليس في التصوير ذكر إقامة كل واحد منهما البينة على ما ادعاه، ولا بد من تقديره، وقوله "وإلا جرت الأقوال الأربعة" يريد بها التساقط، والوقف، والقرعة، والقسمة. وليعلم بالواو، لما حكيناه في الوقف. وأيضاً فعن الشيخ أبي محمد: أن قول القرعة لا يجري إلا إذا تحققنا صدق أحدهما، وكذب الآخر، بأن أرخنا بتاريخ واحد، فأما إذا احتمل أن يكونا صادقين فإن^(٦) أطلقا، أو أطلق أحدهما، وأرخ الآخر، فإنه لا يجري، وأيضاً فقد ذكرنا في أول ركن البينة طرفاً في موضع الأقوال، منها ما ينفي اجتماع الأقوال الأربعة، ها هنا.

وقوله: "فإذا فسخ أحدهما رجع إلى الثمن، وكان للآخر"^(٧) أخذ جميع الدار المراد منه ما إذا تقدم الفسخ. وقوله "أخذ جميع الدار" معلم بالواو، للوجه^(٨) الذي ذكرناه.

(١) ورد بهامش (٢) بالعزيز ٢٥٥/١٣ "وقد نازع بعضهم في هذا الاستدراك من جهة أن القول بتقديم المؤرخة على المطلقة علته أن الاطلاق في الوقت والملك ونحوهما".

(٢) في: أ، ب، ظ "أو لا".

(٣) في: أ، ب، ظ "حكينا".

(٤) "كاليد" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "ما يتعلق".

(٦) في: ز "يأن".

(٧) في: أ، ب، ظ "الآخر".

(٨) في: ز "للوجه الآخر".

وقوله: "في المسألة قول خامس" معلم بالواو، ولما عرفت أن من الأصحاب، من لم يثبت، ولفظ الكتاب في حكاية هذا القول مصرح، بفسخ العقدين، لكن الأثبت من رواية هذا القول بطلان العقدين، لا إنشاء الفسخ.

قال الفارسي^(١) في "عيون المسائل": قال: الربيع في موضع آخر: إن البيع فاسدٌ وهو أولى. فأطلق لفظ الفساد، وهو الذي أراد من نقله أنه مفسوخ.

والشافعي - رضي الله عنه - كثيراً ما يطلق لفظ المفسوخ، ويريد به الباطل.

فرع: عن الشيخ أبي عاصم^(٢): أنه لو تعرضت إحدى البيتين لكون الدار ملكاً للبايع، أو لكونها ملكاً للمشتري اليوم، كانت مقدمة، وإن لم يذكر تاريخاً، وأنه لو كانت إحدى البيتين ذكراً نقد الثمن دون الأخرى، كانت مقدمة على الأخرى، سواء كانت سابقة أو مسبوقه^(٣)، لأن التي تتعرض لنقد الثمن توجب التسليم، والأخرى لا توجب لبقاء حق الحبس للبايع، فلا تكفي المطالبة بالتسليم.

فرع: دار في يد إنسان جاء اثنان يدعيانها، قال أحدهما: اشتريتها من زيد، وهو يملكها. وقال الآخر: اشتريتها من عمرو، وهو يملكها، أو^(٤) نسبا الشراء إلى شخص واحد، وأقام كل واحد بينة على ما يقوله^(٥) فهما متعارضتان، فإن قلنا: بالتساقط، فكأنه لا بينة، ويحلف صاحب اليد، لكل واحد منهما^(٦) يمينا، وإن قلنا: بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف الذي سبق، ويجيء قولاً القرعة^(٧)، والقسمة والتفريع: كما سبق إلا

(١) هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن سهل الفارسي: وهو صاحب "عيون المسائل" في نصوص الشافعي

وغيره تفقه على ابن سريج ومات حدود سنة خمسين وثلاثمائة. وفي كشف الظنون ١١٨٨/٢ سنة (٣٠٥) هـ انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ١٩٥/٢، وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٧٥ - ٧٦.

(٢) في: أ "البغدادي".

(٣) "وهذا جزم به الماوردي أيضاً فقال: وإن كانت الشهادة تملكه من إحدى البيتين حكم بالبيع لمن شهدت بينته بالبيع والملك تعارضتا" بهامش العزيز ٢٥٦/١٣.

(٤) في: أ "و".

(٥) في: ظ "يدعيه".

(٦) "منهما" ليست في: ب، ز، ظ.

(٧) في: ز "القسم والقرعة".

أن على قول القسمة إذا اختارها أحدهما، فسخ العقد، والآخر إجازته، لم يكن للمحيز أخذ النصف الآخر، تقدم الفسخ أو تقدمت الإجازة، إذا ادعى الشراء من شخصين، لأن المردود يعود إلى غير من يدعي المحيز الشراء منه، فكيف يأخذه. وحيث قلنا: بثبوت الخيار على قول القسمة، فذلك^(١) إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، ولا اعترف به المدعي وإلا فإذا جرى القبض استقر العقد، وما يحدث بعده، فليس على البائع عهده^(٢)، وإنما شرطنا في صورة الفرع^(٣) أن يقول كل واحدٍ منهما^(٤) وهو يملكها، لأن من ادعى مالاً في يد إنسان، وقال: اشتريته من فلان لم تسمع دعواه حتى يقول وهو يملكه، ويقوم مقامه، أن يقول: وتسلمته منه، أو سلمه إليّ، لأن الظاهر/ أنه إنما يتصرف بالتسليم فيما يملك. وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول: وأنت تملكه، ويكتفي بأن اليد تدل على الملك^(٥)، ولذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة اشتراه من فلان، وهو يملكه، أو اشتراه وتسلمه منه، أو سلمه هو إليه. قال الإمام: ويجوز أن يقيم شهوداً على أنه اشتراه^(٦) من فلان، وآخرين على أن فلاناً كان يملكه، إلى أن باع منه، لكن الآخرين إن شهدوا هكذا، فقد شهدوا على البيع والملك. فكان^(٧) المراد ما إذا أقام شهوداً على أنه اشترى منه وقت كذا، وآخرين على أنه كان يملك إلى وقت كذا. وإذا أقام أحد المتداعيين^(٨) بينة أنه اشترى الدار من فلان، وكان يملكها، وأقام الآخر البينة على أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى^(٩). يُحكّم بينة الثاني، ولا يحتاج أن يقول لمقيم

٥٨٦/ز

(١) في: ظ "وكذلك".

(٢) في: أ "عهدة". "وصور في البيان المسألة بما إذا ادعى أحدهما أنه نقد الثمن ولم يسلم الدار إليه والآخر نقد الثمن ولم يسلمها". العزيز ٢٥٧/١٣. هامش

(٣) في: ز "النزاع".

(٤) "منهما" ليست في: ز.

(٥) "هذا الذي حزم به، هو المشهور، وقال البغوي في فتاويه: إنه ظاهر النص، فلو قال: اشتراه من فلان، لم يسمع قال: ويحتمل ألا تشترط هذه اللفظة، لأنه قد يشتره من فلان شراءً صحيحاً، ولا يكون البائع مالكاً له بل وكيلاً بالبيع". انظر هامش ٣ العزيز ٢٥٧/١٣.

(٦) في: أ، ب "اشترى".

(٧) في: أ، ب، ظ "وكان".

(٨) في: ز "المدعين".

(٩) في: ز، ظ "الأول".

البينة، وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقوله لصاحب اليد، لأن البينة تدل على الملك، كما أنَّ اليد تدل عليه. والله أعلم.

قال [الغزالي]: الثالثة: أن يدعي كل واحدٍ عليه ألفاً من ثمن دار في يده، فالصحيح أن لا تعارض^(١)، ويثبت لكل واحدٍ ألفٌ في ذمته، إلا إذا عينا وقتاً يستحيل فيه تقدير عقدين متعاقبين).

[فصل المسألة الثالثة: في اختلاف المتداعيين في بيع دار من ثالث]

[قال الرافعي]: هذه المسألة عكس^(٢) الثانية هناك. ادعى اثنان شراء ما في يده منه^(٣)، وكلُّ يطالبه^(٤) به. وهاهنا ادعى اثنان بيع^(٥) ما في يده منه، وكلُّ يطالبه بالثمن وصورتها^(٦):

دارٌ في يد إنسان جاء اثنان، وقال كل واحدٌ منهما بعت منك هذه الدار، وكانت ملكي بكذا، فأدُّ الثمن. فإن أقر لهما طولب بالثمنين.

وإن أقر لأحدهما طولب بالثمن الذي سماه، وحلف للآخر^(٧). وإن أنكر ما ادعياه، ولا بينة حلف لهما يمينين.

وإن أقام أحدهما البينة قضي له، وحلف للآخر.

وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة فينظر: إن أرختا بتاريخين مختلفين، فعليه الثمنان، لإمكان اجتماعهما.

(١) في: أ "يتعارض".

(٢) في: أ "ضد".

(٣) "منه" ليست في: ظ.

(٤) في: أ، ب "يطالب".

(٥) في: ظ "الشراء".

(٦) "ماجزم به من أنه يحلف للآخر فيما إذا أقر لأحدهما لا خلاف فيه في المذهب. وذلك لأنه لم يتعلق بما أقر له به حق لغيره ومقتضى ذلك أنه لو كان الثمن الذي يدعيانه معيناً أنه لا يقطع التحليف، وهو كذلك، والقياس فيه أن يجيء فيه ماتقدم فيما إذا قال كل واحد منهما اشتريتها من صاحب اليد وسلمت إليه الثمن" ورد هذا بهامش العزيز ٢٥٩/١٣، وانظر: الروضة ٧٢/١٢.

(٧) في: أ، ب، ظ "كذلك".

وإن أرختا بتاريخ واحد، بأن عينا أول الطلوع، أو الزوال، فهما متعارضتان لامتناع كون الشيء الواحد ملكاً في وقت واحد لهذا وحده، ولهذا وحده فعلى قول التهاتر، كأنه لا بينة.

وعلى قول القرعة، يُقرَعُ، فمن خرجت له القرعة قضي له بالثمن الذي شهد به شهوده، وللآخر تحليفه، لا محالة، لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه.

وعلى قول^(١) القسمة لكل واحد منهما نصف الثمن الذي سماه وكأن الدار كانت لهما فباعاها^(٢) بثمانين مختلفين، أو متفقين^(٣)، وفي مجيء قول الوقف الخلاف^(٤) السابق. والظاهر مجيئه.

وإن كانت البيتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة، والآخرى مؤرخة، فوجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب والإمام أنهما كالمؤرختين بتاريخين مختلفين ويلزمه الثمنان، لأن التنافي غير معلوم، والعمل بكل واحدٍ من البيتين ممكن.

والثاني^(٥) أنهما كالمؤرختين بتاريخ واحدٍ، لأنهما ربما شهدتا على البيع في وقت واحد، والأصل براءة ذمة المشتري، فلا يؤخذ إلا باليقين.

قال القاضي^(٦) ابن كج وبهذا قال القاضي أبو حامد، وأبو الحسين، وغيرهما: ووجهه أيضاً: بأن المدعين متفقان على أنه لم يجز إلا بيعة واحدة، وكل منهما يقول: أنا صاحبها، فعلى هذا يعود خلاف التعارض.

وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني طريقة أخرى قاطعة بالوجه الأول، وذكر هو، وأبو الفياض: أن من الأصحاب من قال: إن شهدت البيتان على الإقباض مع البيع، وجب الثمنان لامحالة.

(١) "قول" ليست في: ز، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "فباعاه".

(٣) "أو متفقين" ليست في: أ. وفي ز "متفقين أو مختلفين".

(٤) في: أ "خلاف".

(٥) "أنهما كالمؤرختين والثاني" ليست في: ط.

(٦) "قال القاضي ابن كج وبهذا" ليست في: أ، ب، ظ.

ولو قامت البيتان على إقرار المدعى عليه، بما ادعى، فالأظهر: أن الحكم كما لو قامت على البيعتين^(١) نفسها، فينظر: أقامتا على الإقرار مطلقاً، أو على الإقرار بالشراء من زيد في وقت، ومن عمرو كذلك، وقيل: يجب الثمنان، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً، بخلاف الشهادة على البيعتين^(٢) مطلقاً، لأن الشهادة على الإقرار، قد يثبت بها مالا يثبت بالشهادة على نفس المقر به^(٣)، ألا ترى أنه لو قامت بينة على إقراره بالغصب من زيد، وأخرى على إقراره بالغصب من عمرو، يلزمه قيمتان؟.

ولو قامت على نفس الغصب من زيد، والغصب من عمرو^(٤) وكانت متعارضتين، فإذا استعملناهما، لم يجب إلا قيمة واحدة.

وقوله في الكتاب "فالصحيح: أن لا تعارض... إلى قوله: "يستحيل فيه تقدير عقدين متعاقبين". أشار به إلى^(٥) أن التعاقب الملزم لثمنين^(٦)، يفتقر إلى زمان يفرض فيه العقد الأول، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني، ثم العقد الثاني، فإذا عين الشهود وقتاً لا يتأتى فيه ذلك. لم يتصور لزوم الثمنين، وحصل^(٧) التناهي، وفيما عدا ذلك حُكِمَ بلزوم الثمنين.

ويدخل فيه ما إذا أرختا بتاريخين، ولا خلاف في لزوم الثمنين فيه^(٨)، وما إذا أطلقت إحداهما^(٩) وأرخت الأخرى، وفيه الخلاف الذي سبق.

قال الإمام: ولو شهد شاهدان على أنه باع من فلان ساعة^(١٠) كذا، وشهد

(١) في: ب، ظ "البيعتين".

(٢) في: ب، ز "البيعتين".

(٣) في: ظ "القيمة".

(٤) "ويلزمه قيمتان... من عمرو" ليست في: ظ.

(٥) في: أ، ب "إليه".

(٦) في: ب "لثمنين".

(٧) "وحصل" ليست في: أ.

(٨) "فيه" ليست في: أ.

(٩) "إحداهما" ليست في: أ.

(١٠) في: ظ "ساعة".

آخران على أنه في تلك الحالة كان ساكناً، أو^(١) شهد اثنان على أنه قتل فلاناً ساعة كذا، وآخران على أنه كان ساكناً في تلك الساعة، لا يتحرك، ولا يعمل شيئاً، ففي قبول الشهادة الثانية خلافٌ للأصحاب، لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل الشهادة على النفي^(٢) في المضائق والأحوال، والضرورات، فإن سمعناها^(٣) فيتصور التعارض بهذا الطريق أيضاً.

فرعان: أحدهما: ذكر الأكثرين في صورة المسألة أن يقول كل واحد منهما: بعت منك/ كذا^(٤)، وهو ملكي، وكذلك لفظ الشافعي رضي الله عنه في "المختصر" ٥٨٧/ز وهو موافق لما مرّ، أنه إذا^(٥) ادعى الشراء من^(٦) غير^(٧) صاحب اليد، يقول: اشتريته منه وهو ملكه. وفي "تتمة الجامع الصغير" لأبي الفياض أنه لا فرق بين أن يقول كل واحد هو ملكي، أو لا يقول.

والثاني: إذا قلنا بالقسمة عند تعارض البيتين في المسألة، فقسّم لم يكن لصاحب اليد الخيار، لأنه يحصل له تمام المبيع^(٨)، ولا غرض له في عين البائع، وعن أبي الحسين ابن القطان، ثبوته، لأنه قد يرضى بمعاملة واحد، ولا يرضى بمعاملة اثنين.

(قال [الغزالي]: الرابعة: إذا ادعى عبداً أن مولاه أعتقه، وادعى آخر أن مولاه باعه منه، فالبيتان متعارضتان، ولا يقدم جانب العبد بتقدير أنه في يد نفسه، وعلى قول القسمة يعتق نصف العبد، ولا يسري، لأنه محكوم به قهراً).

(١) "أو" ليست في: أ.

(٢) في: ظ "و".

(٣) في: أ، ب، ظ "سمعناه".

(٤) في: أ "كذا".

(٥) في: ظ "لو".

(٦) "من" ليست في: ب.

(٧) "غير" ليست في: أ، ب.

(٨) في: ب "البيع".

[فصل المسألة الرابعة: اختلاف المالك ورحل آحر في بيع العبد]

[قال الرافي]: عبدٌ في يد رجل ادعى أن مولاه أعتقه، وادعى آحر أنه باعه منه بكذا، وأنكر صاحب اليد ما ادعياه^(١)، ولا بينة، حلف لهما يمينين، وإن^(٢) أقر بالعتق، ثبت العتق، ولم يكن للمشتري تحليفه، إن قلنا: إن إتلاف البائع كآآفة السماوية، لأنه بالإقرار بالعتق، متلفٌ قبل القبض، فيفسخ البيع.

نعم لو ادعى تسليم الثمن، حلفه له. وإن أقر بالبيع قضى به، ولم يكن للعبد تحليفه، لأنه وإن اعترف به لم يقبل، ولم يلزمه غرمٌ. *سأله*

قال القاضي الروياني: ولا يوجد^(٣) موضع يقر لأحد المدعين، ولا يحلف للآخر قولاً واحداً، إلا هذا^(٤).

وإن أقام كل واحد منهما بينة، نُظِر: إن أرحنا بتاريخين مختلفين، قضى بأسبقهما تاريخاً.

وإن^(٥) أرحنا بتاريخ واحدٍ، فهما متعارضتان، وفيهما القولان.

فإن قلنا: بالتهاتر، فالحكم كما لو لم تكن بينة، وإن قلنا: بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق.

وإن قلنا: بالقرعة، قضى لمن خرجت له القرعة.

وعن ابن سريج: أنه قال: يقوي في هذه الصورة قول القرعة^(٦)، لاشتغال الخصومة على دعوى العتق.

(١) في: ب "ادعاه".

(٢) في: أ "فإن".

(٣) "يوجد" ليست في: أ.

(٤) انظر: هامش العزيز ٢٦٠/١٣.

(٥) "وإن" ليست في: أ.

(٦) في: ظ "الوقت".

وإن قلنا: بالقسمة، عتق نصف العبد، ونصفه لمُدعي الشراء بنصف الثمن. وله الخيار، لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه، فإن فسخ، فالمشهور أنه يعتق النصف الآخر أيضاً، لأن البينة قامت على أنه أعتق الجميع. وإنما لم يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء، فإذا انقطعت زحمته حكم به.

وفيه وجه آخر، أنه لا يعتق، لأن قضية القسمة اقتضت العتق على النصف، وإيراد "التهديب" يشعر بتزجيج هذا الوجه، وإن أجاز مدعي الشراء، فإن كان المدعى عليه معسراً، لم يسر العتق إليه، وإن كان موسراً فقولان، أو وجهان: أحدهما:

أن الجواب كذلك، لأنه عتق محكوم به قهراً، فأشبهه^(١) ما إذا^(٢) ورث بعض قريبه يُعتق عليه، ولا يسري.

والثاني: يسري^(٣) لقيام البينة على أنه أعتق باختياره. والأول هو المذكور في الكتاب.

والثاني: أصح عند القاضي الروياني وغيره^(٤).

ونقل أبو الفياض وجهاً، أن قول القسمة، لا يجري هاهنا، تحرزاً من تبعض العتق. وقال المزني: القياس عندي، تقديم بينة العتق، لأن العبد في يد نفسه، وبينه صاحب اليد مقدمة.

وخرج هذا قولاً للشافعي - رضي الله عنه - لكن الأصحاب ضعفوه وامتنعوا من إثباته قولاً، وقالوا: إنما يكون^(٥) في يد نفسه إن لو ثبتت حرته.

والكلام فيه، ولأنه^(٦) لو كان في يد نفسه لكانت الدعوى عليه، لا على السيد، ولو كانت البيتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فالحكم كما لو

(١) "فأشبهه" ليست في: أ، ب.

(٢) في: ب "كما".

(٣) "يسري" ليست في: ب.

(٤) "وغيره" ليست في: ب.

(٥) في: أ "يلزم أن يكون".

(٦) "و" ليست في: ب.

أرختا بتاريخ واحد.

وحكى الإمام طريقة قاطعة بأنه لايجري قول التهاتر، لأن صدقهما ممكن بأن باع صاحب اليد من مدعى^(١) الشراء، ثم انتقل منه إلى صاحب اليد ثم أعتق وهذا أحد الطرق المذكورة من قبل في موضع أقوال التعارض، وتصديق صاحب اليد بعد قيام البيتين، لاوجب الرجحان خلافاً لابن سريج على ماتقدم^(٢).

(١) في: ظ "يدعى"

(٢) "على ماتقدم" ليست في: ظ.

قال [الغزالي]: الطرف الثالث: في الموت، وفيه ثلاث^(١) مسائل: الأولى: ابن مسلم، والآخر نصراني، ادعى المسلم أن أباه أسلم، ثم مات، فالقول قول النصراني، والمقدم بينة المسلم إن تعارضتا لأن الناقله أولى من المستصحبة، وكذلك^(٢) إذا ادعى الابن الإرث في دار، وادعت^(٣) زوجة الأب أن أباه أصدقها، أو باعها، قدمت بينتها. ولو شهدت بينة النصراني، أنه نطق بالتنصر، ومات عقيبه فهما متعارضتان، ويجري قول القسمة، وإن كان لا يشترك مسلم، وكافر، في إرث. ولو كان الميت مجهول الدين، فادعى كل واحد^(٤) أنه مات على دينه، فلا ترجيح لبينة الإسلام، وإن^(٥) لم تكن بينة، فليس أحدهما أولى من الآخر بالتصديق، فيجعل كأن المال في يدهما، وإن كان في يد أحدهما لم يختص بالتصديق بعد إقراره، بأنه من جهة الإرث، ويُصلى على هذا الميت احتياطاً، فلعله مسلم).

[فصل في التداعي وتعارض البينتين في الموت والميراث]

[قال الرافعي] مقصود هذا الطرف الكلام في التداعي، وتعارض البينتين في الموت، والميراث فمن مسأله: مات رجل عن ابنين مسلم ونصراني مثلاً^(١)، واختلفا فيما مات عليه الأب، فقال المسلم: مات مسلماً، فلي الميراث، وقال النصراني: مات نصرانياً واختلفا فيما مات عليه الأب له حالتان الأولى إذا كان الأب معروفاً بالتنصر.

فإما أن يكون الأب معروف الدين، أو لا يكون .

الحالة الأولى: إذا كان الأب معروفاً بالتنصر، فقال^(٢) المسلم: أسلم ثم مات، وقال النصراني: بل مات على ما كان عليه، فالقول قول النصراني، مع يمينه، لأن الأصل

(١) "ثلاث" ليست في: ب، ز، ظ.

(٢) في: ظ "وكذا".

(٣) "ادعت" ليست في: أ.

(٤) في: أ "واحدٍ منهما".

(٥) في: ظ "فإن".

(٦) "مثلاً" ليست في: ظ.

(٧) في: ز "وقال".

المسألة الأولى
مات رجل عن
ابنين مسلم
ونصراني
واختلفا فيما
مات عليه
الأب له
حالتان الأولى
إذا كان الأب
معروفاً بالتنصر

بقاء كفره، / وإن أقام كل واحد منهما بينة، نُظِرَ: إن أطلقتا، فقالت بينة المسلم: إنه^(١) مات مسلماً. وقالت بينة النصراني: إنه^(٢) مات نصرانياً، فبينة المسلم مقدمة، لأن معها زيادة علم، وهي^(٣) انتقاله من النصرانية إلى الإسلام، والبينة الأخرى استصحبت^(٤)، وشهدت بالأصل، والناقلة أولى من المستصحبة. ومثل ذلك قدمنا بينة الجرح على التعديل^(٥).

ولو مات رجل^(٦) عن ابن وزوجة، فقال الإبن: داره هذه ميراثٌ بيننا، وقالت الزوجة بل هي لي أصدقيتها أبوك، أو باعها مني، وأقام كل واحدٍ منهما بينةً فبينتها أولى. ولو ادعى على مجهول، أنك عبدي، وأقام عليه بينة، وأقام المدعى عليه بينة، أنه كان ملكاً لفلان، فأعتقه. تقدم البينة الثانية^(٧)، لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية، وعلى هذا قياس المسائل.

ولو قيدت البيئتان، بأنه^(٨) تكلم^(٩) في آخر عمره بكلمة، فقال: الابن المسلم، كانت تلك الكلمة كلمة الإسلام، وأقام عليه بينة. وقال النصراني: بل كانت كلمة^(١٠) التنصر، وأقام عليه بينة. فهاهنا يبطل الترجيح المذكور، وتجيء أقوال التعارض^(١١).

فإن قلنا: بالتساقط، فكأن لا بينة، ويصدق النصراني بيمينه.

وإن^(١٢) قلنا: بالاستعمال، فعلى قول الوقف، توقف التركة لا محالة، لأن المدعى

(١) "إنه" ليست في: ظ.

(٢) "إنه" ليست في: ظ.

(٣) في: ظ "وهو".

(٤) في: أ "استصحبت".

(٥) في: ظ "بينة التعديل".

(٦) "رجل" ليست في: ظ.

(٧) في: ظ "الناقلة".

(٨) في: أ، ب، ظ "بأن".

(٩) في: أ "نكل".

(١٠) الإسلام، وأقام عليه . . . بل كانت كلمة "ليست في: ظ.

(١١) "فهاهنا يبطل . . . التعارض" ليست في: ب.

(١٢) في: أ، ظ: "فإن".

مال، وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت^(١) له القرعة، فله التركة^(٢).

وعلى قول القسمة يقسم، فيجعل النصف لهذا، والنصف لهذا، كما لو كان التنازع في غير الميراث. وقال أبو إسحاق: لا يجيء قول القسمة هاهنا، لأن الحكم بالقسمة حكم بالخطأ يقيناً.

ولأن^(٣) الشخص لا يموت كافراً مسلماً، وفي غير صورة الميراث، ليست القسمة حكماً بالخطأ يقيناً^(٤)، لجواز أن يكون المدعى مشتركاً بينهما، كما قسمنا، ولأن الكافر، والمسلم لا يشتركان في الميراث، والظاهر الأول، وليست القسمة حكماً منا بأنه مات كافراً مسلماً، ولا تشريكاً منا في الإرث، لكن بينة كل واحد منهما اقتضت أن يكون جميع المال له، إلا أن البينة الأخرى عارضتها^(٥)، فعملنا بكل واحدة منهما، بحسب الإمكان.

قال العراقيون: ليس صرف النصف إلى كل واحد منهما خطأ يقيناً لاحتمال أنه مات نصرانياً، وهما نصرانيان، فورثا^(٦) ماله، ثم أسلم أحدهما، وادعى موته مسلماً ليفوز بالجميع.

الحالة الثانية: إذا لم يكن الأب معروف الدين، وادعى كل واحد من الابنين أنه كان على دينه، فإن لم تكن بينة، نظر: إن كان المال في يد غيرهما، فالقول قوله، وإن كان في يدهما فيحلف كل واحد منهما لصاحبه، ويجعل المال^(٧) بينهما، وإن كان في يد أحدهما، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد وجماعة: أن القول قوله مع يمينه، ونسب الإمام هذا الوجه، إلى القاضي الحسين، كأنه أجاب بمثل جوابهم. والصحيح، وهو المذكور في الكتاب، أنه يجعل بينهما أيضاً، ولا أثر لليد بعد اعتراف صاحب اليد بأنه كان للميت،

(١) في: أ "خرج".

(٢) "التركة" ليست في: أ.

(٣) "و" ليست في: أ.

(٤) "ولأن الشخص . . . بالخطأ يقيناً" ليست في: ز.

(٥) في: أ، ز "قاومتها" وفي: ظ "معارضة".

(٦) في: أ، ب، ظ "فورث".

(٧) "المال" ليست في: أ، ب، ظ.

وأنه يأخذه إرثاً، وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة، فالبيتان متعارضتان، ولا فرق في هذه الحالة بين أن تكونا مطلقتين، أو مقيدتين، ويجيء في جريان قول القسمة خلاف أبي إسحاق، وفيه: وجهٌ أن بينة الإسلام مقدمة، لأن الظاهر من حال من في دار الإسلام، إنما هو الإسلام. والمشهور الأول، ويصلى على هذا الميت المشكوك في دينه، وندفنه^(١) في مقابر المسلمين، ونقيد^(٢) النية في الصلاة، فنقول: نصلي عليه، إن كان مسلماً، كما لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، وقد مر ذكره في الجنائز^(٣).

وتختم المسألة بفوائد: عن الشيخ أبي عاصم: أنه فسر كلمة التنصر فيما إذا شهدت البيتان على آخر ما تكلم به، بأن يقول: لا إله إلا الله عيسى رسول الله.

تفسير كلمة التنصر

قال القاضي أبوسعبد: وفيه إشكال ظاهر: فإن المسلمين يثبتون نبوة عيسى عليه السلام، وإثبات نبوته، ليس نفياً لنبوة محمد ﷺ سيما عند منكري المفهوم^(٤)، فيجب أن تفسر^(٥) كلمة التنصر بما يختص به النصارى، كقولهم: إن الله ثالث ثلاثة.

وحكى القاضي ابن كج وجهين: في أنه هل يجب على الشهود بيان^(٦) كلمة الإسلام، لأنهم قد يعتقدون مالم يسلموا إسلاماً؟ ووجهين في أن على قول القسمة، هل يحلف كل واحد من الابنين للآخر؟ والأصح المنع.

هل يجب على الشهود بيان كلمة الإسلام

ووجهين في كيفية القسمة إذا مات عن ابن و بنت، وتنازعا في دين الأب، وقلنا: مات عن ابن و بنت وتنازعا في دين الأب بالقسمة.

مات عن ابن و بنت وتنازعا في دين الأب

عن أبي الطيب بن سلمة: أنه يقسم المال بينهما نصفين .

وعن غيره: أنه يقسم أثلاثاً، قسمة الميراث، وليسوا ولا واحدٍ منهما بقويم^(٧)، بل

(١) في: ب "ويدفنه".

(٢) في: ظ "تعتد".

(٣) الوجيز ٧٥/١.

(٤) انظر: المستصفي ١٩١/٢.

(٥) في: ظ "تعتبر".

(٦) في: أ، ب "تفسير".

(٧) في: أ "تقوياً". وفي: ظ "يتقوم".

يجب أن يقال: هما كشخصين يدعي أحدهما جميع الدار، والآخر نصفها، وأقاما بينتين، وقد مر: أن على قول^(١) القسمة للأول ثلاثة أرباعها، وللثاني: ربعها.

وليعرف وراءها ما حكينا شيئان.

أحدهما: أن الموت على كلمة الإسلام، يوجب الإرث للابن المسلم، لكن الموت على كلمة التنصر بمجرده لا يوجب الإرث للابن النصراني، لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر، وحينئذ فلا يورث عنه، فكان^(٢) الغرض فيما إذا^(٣) تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية، إلى أن جعلها آخر كلامه. أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه، مضموماً إلى الختم عليه. وإن لم يتعرض له الشهود.

والثاني: أن تقييد البنتين معاً بأن آخر كلامه كان كذا، غير محتاج إليه ليزول الترجيح بزيادة العلم، بل تقييد بينة النصراني بأنه تكلم آخرًا بكلمة التنصر، كافٍ فيه.

وقوله في الكتاب: "ادعى المسلم أن أباه أسلم، ثم مات" تبين أن التصوير، أولاً: فيما إذا كان الميت معروفاً بالكفر، فإن^(٤) كان مجهول الدين فقد ذكره^(٥) من بعد.

وقوله: "فهما متعارضتان" يجوز إعلامه بالحاء، لأن الحكاية عن أبي حنيفة: أنه يغلب بينة الإسلام بكل حال^(٦).

وقوله "ويجري قول القسمة" بالواو لوجه أبي إسحاق.

وقوله: "في مجهول الدين، فلا ترجيح" بالحاء، والواو للوجه الذي ذكرناه^(٧) آخرًا، وكذا قوله: "لم يختص بالتصديق".

(١) في: أ، ب، ز "على أن".

(٢) في: ب "وكان".

(٣) "إذا" ليست في: أ.

(٤) "فإن" ليست في: أ.

(٥) في: أ، ب "ذكر".

(٦) انظر: الهداية ١٧٨/٣.

(٧) في: ظ "ذكرنا".

فرع: مات رجل عن زوجة^(١)، وأخ مسلمين، وعن أولادٍ كفرة، فقال: المسلمان مات مسلماً، وقال الأولاد: بل كافراً، فإن كان أصل دينه الكفر فالقول قول الأولاد، وإن أقام كل واحد^(٢) من الطائفتين بينة، فإن أطلقنا^(٣) قدمت بينة الزوجة والأخ، وإن قيدتا فعلى الخلاف في التعارض، وإن لم يُعرف أصل دينه، وقف المال حتى ينكشف الحال، أو يصطلحها، وإن أقام كل واحد^(٤) بينة، فعلى الخلاف في التعارض، ويعود خلاف أبي إسحاق، في جريان قول القسمة. وإذا رجحنا طائفة، قسم المال بينهم، كما يقسم لو انفردوا.

وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريراً على القسمة مثلاً، فالنصف للزوجة والأخ، والنصف للأولاد، وفيما تأخذه^(٥) الزوجة من النصف؟ وجهان.

أحدهما: تأخذ ربعه، وكأنه كل التركة، وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي.

والثاني: تأخذ نصفه، ليكون لها ربع التركة، فإن الأخ معترفٌ به، والأولاد لا يجيبون بقولهما.

هذا ما أورده الإمام^(٦) رحمه الله.

قال [الغزالي]: الثانية: مات نصراني في رمضان، فادعى أحد ابنيه أنه أسلم في شوال، فيرثه^(٧). وقال الآخر: بل^(٨) في شعبان، فلا يرثه، فبينة النصراني أولى، لأنها

(١) في: ظ "زوج".

(٢) في: أ "واحدة".

(٣) في: ظ "أطلقنا".

(٤) في: أ "واحدة".

(٥) في: أ، ب، ظ "تأخذ".

(٦) قال النووي في الروضة ٧٨/١٢ "الأول أصح، لأنها مقدمة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة" والله أعلم.

قال في المطلب الذي أورده الإمام "أنه لا يجوز غيره، ونقله في الكفاية عن الجمهور، وفي الحاوي أن الذي عليه الجمهور لا يصح تخريج قولي القسمة هاهنا". نقله بهامش ٢ العزيز ٢٦٥/١٣.

(٧) في: ظ "ويرثه".

(٨) "بل" ليست في: ز.

نقالة، فالقول^(١) قول المسلم، إذا لم تكن بينة، لأن الأصل بقاء الكفر. ولو أسلم الابن في رمضان، لكن ادعى الموت في شعبان فتقدم^(٢) بيته لكن القول قول النصراني، لأن الأصل دوام الحياة إلى شوال).

[فصل المسألة الثانية: في اختلاف إرث ابني ميت نصراني. مسلم ونصراني]

[قال الرافعي]: ابنا ميت^(٣): نصراني ومسلم تنازعا فقال المسلم: أسلمت بعد موت أينا، فالميراث بيننا. وقال النصراني: بل قبله، فلا يرثه. فلهما ثلاث أحوال. الأولى^(٤): أن يقتصر على هذا القدر، ولا يتعرض لتاريخ موت الأب، ولا لتاريخ إسلام المسلم.

والثانية: أن يتفقا على تاريخ موت الأب، كرمضان مثلاً. وقال^(٥) المسلم: أسلمت في شوال.

وقال النصراني: بل أسلمت في شعبان. ففي الحالتين، إن لم تكن بينة، فالقول قول المسلم، لأن الأصل استمراره على دينه فيصدق بيمينه، ويشتركان في المال. وإن أقام أحدهما بينة قضى بها، وإن أقام كل واحد بينة، فبينة النصراني أولى، لأنها تنقله من النصرانية إلى الإسلام في شعبان، والأخرى، تستصحب دينه إلى شوال، فمع الأولى زيادة علم.

والثالثة: أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم، بأن^(٦) اتفقا على أنه أسلم في رمضان، لكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان.

وقال النصراني: بل مات في شوال، فالقول قول النصراني، لأن الأصل دوام

(١) في: أ، ب، ظ "والقول".

(٢) في: ظ "تقدم".

(٣) في: أ، ز "ميت نصراني".

(٤) في: أ "إحداهما". وفي ب: "إحداها".

(٥) في: ب "فقال".

(٦) في: ظ "فإن".

الحياة، وإن^(١) أقاما بينتين فيبنة المسلم أولى، لأنها تنقل من الحياة إلى الموت^(٢) في شعبان، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال، فمع الأولى زيادة علم.

واعترض الإمام: بأن بينة النصراني تثبت الحياة في شعبان، لأنها تشهد على الموت في شوال، والموت إنما يكون عن حياة والحياة صفة ثابتة يشهد عليها كالموت، فليحكم بتعارضهما، وجريان أقوال التعارض، لكن هذا الكلام لا اختصاص له بهذه^(٣) الحالة، بل يمكن أن يقال: في الحالتين السابقتين، وقد قدمنا بينة النصراني.

أن بينة المسلم تثبت النصرانية في شعبان، لأنها تشهد على الإسلام في شوال، والإسلام إنما يكون عن كفر، فليحكم بالتعارض.

والوجه أن يراعى كيفية الشهادة، فإن أطلقت البيئتان، فترجح التي تنقل، وتعرض^(٤) حدوث شيء^(٥) على ما سبق.

وإن شهدت بينة النصراني^(٦) في الحالة التي نحن فيها بأنهم عاينوه حياً في شوال، وشهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين، بأنهم كانوا يسمعون كلمة التنصر منه إلى انتصاف شوال مثلاً، فتعارض البيئتان.

ولو مات مسلم، وله ابنان، أسلم أحدهما، قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: أسلمت أيضاً قبله. وقال المتفق على إسلامه، بل أسلمت بعد موته، فعلى الأحوال^(٧) الثلاث، إن^(٨) اقتصرنا على ذلك، أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان، وقال: قديم الإسلام: أسلمت في شوال، فقال: بل أسلمت في شعبان، فيصدق قديم الإسلام، وإن أقاما البيئتين تقدم بينة الآخر، وإن اتفقا على أن الآخر أسلم في رمضان،

مسألة مات
الأب المسلم
وله ابنان.
أحدهما مسلم
اتفاقاً قبل
موت الأب
وقال الآخر
أسلمت أيضاً
قبله وأنكر
المسلم.

-
- (١) في: أ "فإن".
 - (٢) في: ز "من الموت إلى الحياة".
 - (٣) في: أ "فهذه".
 - (٤) في: ز "وتعرف".
 - (٥) في: ب، ظ "يبني".
 - (٦) في: ز "أن بينة المسلم".
 - (٧) في: ظ "الأقوال".
 - (٨) في: ظ "فإن".

فقال قديم الاسلام^(١): إن الأب مات في شعبان، وقال الآخر: بل في شوال، فالمصدق الآخر، والمقدم بينة قديم الإسلام، وفي هذه الصورة تكلم الشافعي - رضي الله عنه - في "المختصر"^(٢) وعامة الأصحاب، لا في صورة الكتاب، والمقصود واحد.

وعلى هذا القياس نظائرهما^(٣)، كما لو مات الأب حراً، وأحد الابنين حرّاً بالاتفاق، واختلفا في أن^(٤) الآخر عُتِقَ قبل موته، أو بعده.

ولو أنهما في صورة "المختصر" اتفقا في حق أحدهما: أنه لم يزل مسلماً، وقال الآخر: لم أزل مسلماً أيضاً، ونازعه الأول، وقال: كنت نصرانياً، وإنما أسلمت بعد موت الأب، فالقول قوله في: أني لم أزل مسلماً، لأن ظاهر الدار يشهد له: وليس مع صاحبه أصلٌ يستصحب.

ولو قال كل واحدٍ منهما: لم أزل مسلماً^(٥) وكان صاحبي نصرانياً، أسلم بعد موت الأب، فعن القفال: تخريجه على وجهين:

أحدهما: أنه لا يصرف شيء إلى واحدٍ منهما، لأن الأصل عدم الاستحقاق.

وأصحهما: أنه يحلف كل واحدٍ منهما، ويجعل المال بينهما، لأن ظاهر الدار يشهد لكل واحدٍ منهما فيما يقوله في حق نفسه.

ولو مات رجل وخلف أبوين كافرين، وابنين مسلمين، فقال: الأبوان إنه مات كافراً. وقال الابنان: بل مسلماً.

قال ابن سريج، فيه قولان^(٦): أشبههما: بقول العلماء: أن القول قول الأبوين، لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً للأبوين، فيستصحب إلى أن يعلم خلافه.

مسألة: مات رجل وخلف أبوين كافرين، وابنين مسلمين فقال الأبوان مات كافراً وقال الابنان بل مات مسلماً.

(١) "أسلمت في شوال ٠٠٠ فقال قديم الاسلام" ليست في: ز.

(٢) انظر: المختصر ص ٣١٤، والروضة ٧٩/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٦/٤.

(٣) في: أ "نظائرهما".

(٤) "أن" ليست في: ز.

(٥) "أيضاً، ونازعه الأول ٠٠٠ لم أزل مسلماً" ليست في: ز.

(٦) "مراد ابن سريج قولان: يعني وجهين له لأنهما منصوبان للشافعي، وكذا قاله جمع من العراقيين منهم الشيخ في "المهذب" وكذا الروياتي في البحر" انظر: هامش ١ العزيز ٢٦٧/١٣.

والثاني: أنه يوقف المال إلى أن ينكشف الأمر، أو يصطلحوا. والتبعية ترفع بالبلوغ وحصول الاستقلال^(١).

وفيه وجه آخر: أن القول قول الابنين، لأن ظاهر الدار يدل^(٢) على ما يقولانه^(٣).

فرع: رجل له زوجة، وابن، فماتا، واختلف الرجل، وأخ الزوجة فقال الرجل: رجل مات وله زوجة وابن ماتت الزوجة أولاً، فورثتها، أنا وابني، ثم مات الابن فورثتها أنا وابني، ثم ماتت الابن فورثته. فقال الأخ: مات الابن أولاً، فورثته مع أختي، ثم ماتت الأخت فورثناها، فإن لم يكن لواحد منهما بيعة، فالقول قول الأخ في مال أخته، وقول الرجل في مال ابنه "فإن حلفا، أو نكلاً، فهي من صور استبهاام الموت، فلا يورث أحد الميتين من الآخر، بل^(٤) مال الابن لأبيه، ومال الزوجة للزوج والأخ.

وإن أقام كل واحد بيعة تعارضتا، وجاء أقوال التعارض، هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما، فإن اتفقا عليه، واختلفا في أن الآخر مات قبله، أو بعده، فالمصدق من يقول: مات^(٥) بعده، لأن الأصل دوام الحياة. وإن أقام كل واحد^(٦) بيعة، قدمت بيعة من يقول: مات قبله، لأن معها زيادة علم.

[مسألة: اختلاف الأم والأولاد، الأم تدعي الإسلام أو الحرية والأولاد ينكرون ذلك].

[قال الرافعي] ولو مات رجل عن زوجة، وأولاد، فقالوا لها: كنت أمة فعتقت بموت أبنينا، أو ذمية، فأسلمت بعد موته، وقالت: بل عتقت أو أسلمت قبل موته، فهم المصدقون.

= وانظر: المهذب ٤٠٣/٢، والروضة ٨٠/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٦/٤.

(١) في: ظ "الاستيلاء"

(٢) "يدل" ليست في: ظ.

(٣) قال النووي في الروضة ٨١/١٢: "الوقف أرجح دليلاً، ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين، وأنكروا على صاحب "التنبيه" ترجيحه قول الابنين، وهو ظاهر الفساد".

(٤) في: أ "بأن".

(٥) في: أ "ماتت".

(٦) في: أ "واحدٍ منهما".

وإن قالت: لم أزل مسلمة^(١)، أو حرة، فهي المصدقة، لأن الظاهر ما تقوله.
وعن رواية الربيع: قولٌ: إنها تصدق في الحرية، دون الإسلام، لأن الأصل في
الناس الحرية، فإنهم، يخلفون أحراراً، وفي الدين يخلقون منقسمين إلى مسلمين، وكفارٍ،
وخرج قولٌ: أنهم المصدقون جميعاً، لأن الأصل عدم وراثتها. والله أعلم.
[قال [الغزالي]: الثالثة: لو قال: إن قتلتُ فأنت حرٌّ، فقامت بينة الوارث أنه
مات حتف أنفه، وبينة العبد أنه قُتِلَ، فقولان: أحدهما: التسوية. والآخر: تقدم بينة
القتل لما فيها من الزيادة].

[فصل: في اختلاف العبد والوارث في قول السيد: إن قتلت فأنت حر]

[قال الرافي]: سيد قال لعبد^(٢): أن قتلت فأنت حر^(٣)، وتنازع بعده العبد،
والوارث، فأقام العبد بينة، أنه قُتِلَ، والوارث بينة، أنه مات حتف أنفه^(٤) فقولان:
أحدهما: أنهما متعارضتان^(٥) لما بينهما من المنافاة.

والثاني: أن بينة العبد، أولى، لأن عنده زيادة علم بالقتل، فإن قلنا: بالتهاثر فكأنه
لا بينة فيحلف الوارث، ويستمر الرق.

وإن قلنا: بالقسمة عتق نصفه، وإن قلنا: بالقرعة، عتق، أخرجت له القرعة، ورقاً
إن خرجت للوارث.

والوقف لا يخفى^(٦)، والظاهر من القولين في المسألة على ما ذكر أبو الحسن العبادي،
تقديم بينة العبد، ونقل طريقة قاطعةً به، قال: ولا شك أن القصاص لا يجب، لأن الوارث
منكر للقتل، فإن ادعى الوارث القتل، وأقام المدعي بينة، أنه مات حتف أنفه جرى
القولان.

(١) في: ز "حرة أو مسلمة".

(٢) في: أ "العبد".

(٣) "حرة" ليست في: أ.

(٤) في: ز "حتفه".

(٥) في: ز "يتعارضان".

(٦) في: ظ "لا يبيء".

ولو قال: إن مت في رمضان، فعبدني حرًّا، وأقام^(١) العبد بينة أنه مات في لوقال: إن
 مت في
 رمضان فعبدني
 حرًّا ونحو
 ذلك.
 أحدهما: التعارض.

والثاني: تقديم بينة العبد لزيادة العلم، بحدوث الموت في رمضان^(٢).

وعن المزني: تقديم بينة الوارث، لأن معها زيادة علم، وهي استمرار الحياة إلى
 شوال، ومن شرطه أن يطرده في نظائر المسألة من قبل ومن بعد.
 ولو أقام الوارث البينة، أنه مات في شعبان فالقياس بجيء التعارض، وانعكاسُ
 القول الثاني، والمحكيُّ عن المزني.

ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان، ثم شهد شهود على أنه مات في
 شوال، فهل ينقضُ الحكم، وينزل^(٣) منزلة ما لو شهدت البيتان معاً؟

وعن ابن سريج: تخريج قولين فيه^(٤)، كما لو بان فسقُ الشهود بعد الحكم^(٥).
 ولو قال لسالم: إن متُّ في رمضان فأنت حرٌّ^(٦)، وقال لغانم: إن مت في شوال
 فأنت حرٌّ، وأقام كل واحدٍ بينة على ما يقتضي حرّيته فقولان: أحدهما التعارض.
 والثاني: تقديم بينة سالم، لأن معها زيادة علم، وهي حدوث الموت في رمضان^(٧).
 واحد بينته.

وعن المزني، وابن سريج: تقديم بينة غانم.

وإن^(٨) قلنا: بالتعارض، فعلى التهاتر، يُرَقُّ العبدان. وعلى القسمة يعتق من كل
 واحدٍ نصفه.

-
- (١) في: ز "فأقام".
 (٢) "والثاني . . . رمضان" ليست في: ظ.
 (٣) في: أ "ينزله".
 (٤) في: أ "فمنه".
 (٥) انظر هامش (١) العزيز ٢٦٩/١٣.
 (٦) في: أ "فإن".
 (٧) انظر: المختصر ص ٣١٥، والروضة ٨١/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٦/٤.
 (٨) في: ز "فإن".

ولو قال لسالم: إن ميتاً من مرضي، فأنت حرٌّ. وقال لغانم: إن برئت منه^(١) فأنت حر، فأقام^(٢) سالم بينة على الموت منه^(٣)، وغانم بينة على البرء منه، ففي وجه البينة الأولى، أولى، لزيادة علمها بالموت، وفي وجه، الثانية: أولى، لعلمها بالبرء. ويحكى هذا عن ابن القطان. والصحيح التعارض لتقابل الزيادتين^(٤).

وإذا تعارضتا، جاء الخلاف السابق.

وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب: أنه إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية.

[فصل: في خاتمة الطرف الثالث في الموت]

خاتمة لهذا الطرف: من ادعى وراثته إنسان، وطلب تركته أو شيئاً منها، فليبين المسألة الأولى من ادعى وراثته إنسان وطلب تركته أو شيئاً منها. جهة الوراثة من بنوة وأخوة وغيرهما.

وذكر أبو الفرج السرخسي: أنه لا يكفي لطلب التركة ذكر الجهة على المذهب، بل يتعرض مع الجهة للوراثة، فيقول^(٥): أنا أخوه، ووارثه.

وإذا شهد عدلان، وهما من أهل الخبرة بباطن حال الميت: أن هذا ابنه لانعرف له وارثاً سواه، دفعت إليه التركة.

وإن شهد لصاحب فرضٍ دفع إليه فرضه، ولا يطالبان بضمين، فإن طلب الضمين مع قيام البينة كالطعن في الشهود.

وحكى الفوراني: أنه لا بد من ثلاثة شهود هاهنا، كما ذكره في شهادة الإفلاس. والمشهور هو^(٦) الأول.

(١) "منه" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "وأقام".

(٣) في: ب "فيه".

(٤) انظر: هامش (٢) العزيز ٢٦٩/١٣، الروضة ٨١/١٢.

(٥) في: ظ "بأن يقول".

(٦) "وهو" ليست في: ز، ط.

وإذا لم يكن الشهود من أهل الخيرة، أو كانوا من أهل الخيرة^(١)، ولم يقولوا: لانعلم وارثاً سواه، فالمشهود له، إما/ أن يكون^(٢) له سهمٌ مقدرٌ، أو لا يكون، إن لم يكن ٥٩١ ز/ له سهم مقدر، فلا يعطى في الحال بل يتفحص القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها، أو طرقها، فيكتب إليها للاستكشاف، أو يأمر من ينادي فيها: ألا إن فلاناً قد مات، فإن كان له وارث، فليأت القاضي، أو ليعث إليه.

فإذا تفحص ومضت^(٣) مدة^(٤) تغلب على الظن في مثلها، أنه لو كان له وارث هناك، لظهر، ولم يظهر فحينئذ يُدفع المال إليه، ويكون البحث والتفحص قائماً مقام خيرة الشهود.

وفي "أمالي" أبي الفرج: حكاية قول: أنه لا يدفع المال إليه بعد التفحص أيضاً.

ويشترط قيام البينة على النسق^(٥) الذي سبق.

وفيه وجه: أنه يُفرق بين أن يكون المشهود له ممن يحجبه غيره، كالأخ، فلا يدفع إليه المال بعد التفحص^(٦)، وبين أن يكون^(٧) ممن لا يحجبه غيره، كالابن فيدفع^(٨). والظاهر عند الأكثرين، الأول. وإذا دُفع المال^(٩) إليه، فهل يؤخذ منه ضمناً^(١٠)؟ ظاهر^(١١) لفظه - رضي الله عنه - في "المختصر": أنه يؤخذ، ولا بد منه.

(١) "أو كانوا من أهل الخيرة" ليست في: ز.

(٢) "يكون" ليست في: ظ.

(٣) "ومضت" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "مدة" ليست في: ب، ظ.

(٥) في: أ "الفسق".

(٦) في: ظ "الفحص".

(٧) "يكون" ليست في: أ.

(٨) في: ظ "فيدفع إليه ظاهر".

(٩) في: ز "إليه المال".

(١٠) في: أ "ضمن".

(١١) في: ظ "الظاهر".

وقال رضي الله عنه في "الأم"^(١): "أحب"^(٢) أن يؤخذ منه^(٣) ضمين^(٤) فاختلف
الأصحاب على طريقين.

مسألة من
ادعى وراثه
إنسان فحكم
له بدفع المال
بشرطه هل
يؤخذ منه
كفيل؟

أشهرهما: أن المسألة على قولين.

أحدهما: أنه لا بد من أخذ الضمين احتياطاً، واستيثاقاً.

وأظهرهما: أنه لا حاجة إليه اكتفاءً بأن الظاهر أنه لا وارث سواه، نعم، هو
مستحب.

والثاني: نفي الخلاف، واختلاف هؤلاء، فقطع قاطعون بنفي الوجوب، وحملوا ما
في "المختصر" على الاستحباب، وحملها آخرون على محملين، فمنهم من قال: حيث
ذكر: أنه لا بد منه.

أراد الأخ، ومن يجوز أن يحجب، وحيث ذكر الاستحباب^(٥)، أراد الابن ومن لا
يُحجب، ومنه من حمل الأول على ما إذا لم يكن ثقة موسراً.

والثاني: على الثقة المؤسر، إن كان ممن له سهم مقدر، فإن كان ممن لا يحجب
دفع إليه أقل فرضه، عائلاً قبل البحث والتفحص، فإنه مستيقن، فالزوجة يدفع إليها ربع
الثلث عائلاً على تقدير أنه ترك أبوين، وبتين وأربع زوجات، والزوج يدفع إليه الربع
عائلاً على تقدير أنها تركت أبوين وبتين وزوجاً، والأبوان يُعطيان السدس عائلاً.

أما الأب، فعلى تقدير أن الورثة^(٦): أبوان وبتان، وزوج، أو زوجة.

وأما الأم، فعلى تقدير أن الورثة: أختان لأب وأم^(٧) وزوج أو زوجة، بل لو^(٨)
حضر مع الزوجة ابن دفع إليها ربع الثمن غير عائل، لأن المسألة لاتعول إذا كان فيها
ابن.

(١) انظر: المختصر ٣١٥.

(٢) في: ب "واجب".

(٣) "منه" ليست في: أ.

(٤) في: أ "ضمن".

(٥) في: ظ "الأصحاب".

(٦) في: ز "للورثة".

ثم إذا تفحص، ولم يظهر غيره، أعطي تمام حقه.

وفيه وجه أنه لا يعطى تمام حقه، إلا أن تقوم بينته بخلاف الأخ، فإنه لم يأخذ شيئاً. فلو لم يعط بعد التفحص، كان محروماً بالكلية، والصحيح الأول.

ولا يؤخذ للمستيقن ضميين، وفي أخذه للزيادة الخلاف.

وإن كان ممن يُحجَبُ، لم يدفع إليه قبل التفحص شيئاً، وبعد التفحص يدفع.

وفيه الوجه المذكور فيمن له سهمٌ مقدرٌ، وهو ممن يحجبه غيره.

ولو قطع الشهود بأنه لا وارث سواه، فقد أخطأوا بالقطع في غير موضع القطع،

ولا تبطل به شهادتهم.

ولو قال الشهود: هذا ابنه، ولم يذكروا كونه وارثاً، فقد أطلق في "التهذيب" أنه لا يحكم بشهادتهم حتى يذكروا: أنه^(١) وارث، لأنه قد يكون ابناً، ولا يكون وارثاً.

والعراقيون جعلوا هذه الصورة، كما لو لم يكن الشهود، من^(٢) أهل الخيرة الباطنة^(٣)، أو كانوا من أهل الخيرة، ولم يذكروا: أنه لا وارث سواه.

وقالوا: ينتزَعُ المال من يده بهذه الشهادات، ويدفع المال إليه بعد التفحص المذكور.

ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا: أنه أخوه، ولم يتعرضوا للورثة، أنه لا يصرف إليه شيء بعد التفحص، لأن الابن لا يحجبه غيره فقرابته مورثه.

والأخ يحجبه غيره، فقرابته غير مورثة^(٤) على تجردها.

وأجاب الإمام في الابن بما ذكره العراقيون.

(٧) في: أ، ب "وأختان لأم".

(٨) "لو" ليست في: ظ.

(١) في: ظ "يذكروا كونه".

(٢) "من" ليست في: ظ.

(٣) "الباطنة" ليست في: ز.

(٤) في: ب "مورثة".

وحكى في الأخ وجهين فحصل فيهما معاً^(١) وجهان.

فرع: قال القاضي "الرويانى" القياس أنه لا يصح الضمان ما لم يدفع المال إليه

وهكذا هو في ضمان العهدة.

فرع: لو قال
الشهود لا
نعرف له في
البلد وارثاً
سواه.

فرع: لو قال الشهود: لانعرف له في البلد وارثاً سواه، لم يدفع إليه شيء خلافاً

لأبي حنيفة^(٢)، وأحمد^(٣). فيما رواه ابن الصباغ. رحمهم الله. والله أعلم.

(١) "معاً" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الهداية ١٦٧/٣.

(٣) انظر: المقنع ص ٣٤٣.

[قال [الغزالي]: الطرف الرابع: في العتق والوصية: وفيه ثلاث مسائل:

الأولى: إذا ثبت عتق عبيدين بيئتين^(١)، كل واحد ثلث مال المريض المعتق، عتق من كل واحد نصفه إذ الغالب أنهما متعاقبان، فيعتق السابق، وليس أحدهما أولى من الآخر، ومنهم من قال: إذا أشكل السابق، فهو كما لو اجتمعا على أحد القولين، كما في الجمعيتين، والنكاحين، فإن جعل كالاتتماع، فيقرع، لكن لو كان أحد العبيدين سدس المال، وخرجت له القرعة عتق، وعتق من الآخر نصفه لتكملة الثلث، وإن رأينا القسمة فيعتق من كل واحد ثلثاه، وفيه وجه آخر: أنه يُعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه، لأن نصف النفيس حرٌّ بكل حال تقدم، أو تأخر، وإنما الزحمة في النصف الثاني).

[فصل المسألة الأولى: في اختلاف عتق عبيدين كل واحد منهما ثلث مال السيد]

[قال الرافعي] من^(٢) الأصول الممهدة، أن المريض مرض الموت إذا أعتق عبيدين كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم يجز الورثة ينحصر^(٣) العتق في الأول، وإذا أعتقهما معاً أقرع بينهما، ولو لم يعرف أنه أعتقهما معاً، أو على الترتيب^(٤) يقرع بينهما أيضاً. ولو عرف سبق أحدهما، ولم يُعلم عين السابق، فقولان.

أحدهما: أنه يقرع، كما لو أعتقهما معاً، وهذا^(٥)، لأن معرفة السبق من غير أن يعرف السابق، لا تنفع شيئاً /

ز/٥٩٢

والثاني: أنه^(٦) يعتق من كل واحد نصفه، لأننا لو أقرعنا، لم نأمن خروج الرق على السابق، وللسابق^(٧) حق الحرية، فيلزم^(٨) منه إرفاق حر، وتحرير

(١) في: أ "من".

(٢) في: ظ "في".

(٣) في: ظ "حصر".

(٤) "أقرع بينهما . . . أو على الترتيب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "وهذا" ليست في: أ.

(٦) "أنه" ليست في: ظ.

(٧) في: ب "للسابق".

(٨) في: أ "ويلزم".

رقيق^(١)، وأيضاً، فلو أوصى لهذا بثلث ماله، ولهذا بثلثه ولم تجز الورثة، يجعل بينهما نصفين، فكذلك^(٢) هاهنا.

فالقولان على ما ذكر جماعة من الأئمة، كالقولين في الجمعيتين، والنكاحين مثل هذه الحالة، فإن قلنا: يبطلان الجمعيتين، والنكاحين، أقرعنا بينهما، كما لو وقعا معاً، وإن توقفنا في الجمعيتين^(٣) وأمرنا الجميع بالظهر أعتقنا من كل واحدٍ نصفه.

ولو عُرف من سبق إعتاقه بعينه، ثم اشتبه فطريقان.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: وهو الذي أورده أبو الفرج السرخسي، وغيره: أنه يعتق من كل واحدٍ^(٤) نصفه، وهو الموافق لما هو الظاهر في مثل هذه الحالة من الجمعيتين، والنكاحين.

ولو علق عتق عبيدين بالموت، أو أوصى بعتقهما^(٥)، ومات وكل واحدٍ ثلث ماله فيقرع، سواء، وقع التعليقان، أو الوصيتان معاً، أو فرض بينهما ترتيب^(٦). إذا تقرر ذلك: فلو قامت بينة على أن المريض أعتق سالماً، وأخرى على أنه أعتق غائماً، وكل واحدٍ منهما ثلث ماله، فإن أرختا بتاريخين مختلفين عتق من أعتقه أولاً، وإن أرختا بتاريخ^(٧) واحدٍ، أقرع بينهما، وإن أطلقتا^(٨)، أو أطلقت إحداهما، ففي "التهذيب" أنه يقرع أيضاً لاحتمال الترتيب، والمعية.

وقال جماعة منهم صاحب الكتاب، والإمام: احتمال الترتيب^(٩)، أقرب، وأغلب من احتمال المعية، والسابق منهما غير معلوم، وإذا كان كذلك، وتعارضت البيئتان،

(١) في: أ "رقبة".

(٢) في: أ "وكذلك".

(٣) في: أ، ب، ظ "النكاحين".

(٤) "واحد" ليست في: أ.

(٥) في: أ "يعتقها".

(٦) في: ز "ترتب".

(٧) "بتاريخ" ليست في: ظ.

(٨) "أطلقتا" ليست في: أ.

(٩) "الترتيب" ليست في: ظ.

وأطلقنا عرفنا أن أحد المعتقين سابق، ولم نعرفه بعينه، فيجئ فيه القولان في أنه يقرعُ بينهما، أو يعتق في كل واحدٍ نصفه. ثم في لفظ الكتاب شيئان:

أحدهما: أن نظمةً يشعر بترجيح قول القسمة، وقد رجحه القاضي "الرويانى" وغيره. وهو يوافق^(١) قول الذهاب في الجمعيتين إذا علمت السابقة^(٢) ولم يتعين إلى^(٣) أنهم يصلون الظهر جميعاً، لصحة الجمعة السابقة.

وقد بينا في الجمعة ميل الأصحاب إليه، وقولهم: إنه القياس، ورجح آخرون قول القرعة، وهو يوافق ما ذكرنا في النكاحين، أن ظاهر المذهب، والصورة مثل هذه، أن الحكم، كالحكم فيما إذا لم يُعرف السبق، ولا المعية.

والثاني: سياق الكتاب يقتضي إثبات طريقتين.

إحدهما: القطع بالقسمة.

والثانية: إثبات قولين^(٤):

أحدهما: القسمة.

والثاني: القرعة، لكنه لم يرد ذلك، وإنما حكى قول القسمة المنصوص عليها، ثم بين أنهم كيف خرجوه، وذكر المأخذ الذي بنوا^(٥) عليه هذا القول مع قول القرعة، ويعرف^(٦) ذلك عند التأمل من^(٧) لفظ^(٨) "الوسيط"^(٩).

-
- (١) في: ظ "موافق".
 - (٢) في: ظ "السابق منهما".
 - (٣) "إلى" ليست في: ظ.
 - (٤) في: أ "القولين".
 - (٥) في: أ، ب، ظ "ينزل".
 - (٦) "ويعرف" ليست في: ظ.
 - (٧) في: ظ "في".
 - (٨) في: ز "نظم".
 - (٩) انظر: الوسيط ٤٢٨/٧.

وخرج: على القولي: ما لو قامت البيتان كذلك، لكن أحد العبدین سدس المال، فإن قلنا: بالقرعة، فإن خرجت القرعة للعبد^(١) الخسيس عتق، وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث.

وإن خرجت للنفيس انحصر العتق فيه، وإن^(٢) قلنا: هناك يعتق من كل واحد يصفه، فهاهنا وجهان.

الذي أورده أكثرهم: أنه يعتق من كل واحدٍ ثلثاه، لأن ما زاد على الثلث من التبرع ينسب إلى جميع التبرع وينقص بتلك النسبة من كل واحد منهم.

وإذا نسبنا الزائد على الثلث، وهو السدس هاهنا إلى جميع التبرع، وهو النصف، كان ثلثه، فيرد العتق في ثلث كل واحد منهما، وينفذ في ثلثيه، وصار كما لو أوصى لواحدٍ بثلث ماله، وللآخر بسدسه يكون^(٣) لكل واحد منهما ثلثا^(٤) ما أوصى له.

والثاني: ويحكى عن أبي حنيفة^(٥): أنه يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه، لأنه إن سبق إعتاق النفيس، فجميعه حر، وإن سبق إعتاق^(٦) الآخر، فنصفه حرٌّ على التقديرين^(٧)، وإنما الزحمة والنزاع في النصف الثاني: وهو قدر سدس^(٨) المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس ربه، ومن الخسيس نصفه.

ولو قامت البيتان على تعليق عتق عبدین بالموت، أو على^(٩) الوصية يعتقهما^(١٠)، وكل واحد منهما ثلث المال، ولم يجز الورثة، فيقرع بينهما سواءً أرخت البيتان، أو

(١) في: أ "بالعبد" وليست في: ظ.

(٢) في: أ "فإن".

(٣) "يكون" ليست في: أ.

(٤) في: أ "ثلث".

(٥) انظر: الهداية ٦٣/٢.

(٦) "إعتاق" ليست في: أ.

(٧) في: أ، ب، ز "فأحد نصفه حرٌّ على التقديرين".

(٨) في: ز "بهما".

(٩) "على" ليست في: ب.

(١٠) في: أ، ب، ظ "بعتهما".

أطلقنا، لأن العتقين المعلقين بالموت كالواقعين معاً في المرض، هذا هو الظاهر، وفيه خلاف نذكره على الأثر.

واعلم أن المزني: روى في "المختصر" أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: ولو شهد أجنبيان بأن فلاناً المتوفي أعتقه، وهو الثلث في وصيته، وشهد وارثان لعبد^(١) غيره، بأنه أعتقه وهو الثلث في وصيته فسواء، ويعتق من كل واحدٍ نصفه.

ثم^(٢) قال المزني: قياس قوله^(٣) أن يقرع بينهما، وأطال الأصحاب نفسهم في شرح المسألة، ونحن نورد منه ما يتهذب به المقصود. أما الفرض فيما إذا كان شاهداً أحد العبدین أجنبيين، وشاهداً^(٤) الآخر^(٥)، وارثين فسيأتي في الفصل التالي لهذا بيان ما يفترق^(٦) فيه شهادة الأجنبي، والورثة، ومالا يفترق^(٧)، ثم تحزب الأصحاب فيما هو المراد من صورة المسألة.

قال حزب منهم: المراد العتق المنجز في المرض، لأنه قال: أعتقه، وقوله: "في وصيته" أي في مرضه الذي هو وقت الوصية، وأثبت هؤلاء قولين، ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - وما خرج المزني^(٨)، وهذا ما اختاره أصحابنا العراقيون.

وقال الحزب الثاني: ومنهم أبو إسحاق: المراد العتق المضاف إلى ما بعد الموت، لقوله: "أعتق في وصيته" أي أوصى بعتقه، ثم اختلفوا، فقال قائلون: الجواب، ماقاله المزني، وحكى^(٩) عن نصه - رضي الله عنه - في "الأم".

(١) في: ز "بعد".

(٢) ثم "ليست في: ز.

(٣) "قوله" ليست في: ظ.

(٤) في: ظ "أو شهدا".

(٥) في: أ "الآخر".

(٦) في: ظ "يفرق".

(٧) في: أ، ب "يفرق".

(٨) انظر: المختصر ص ٣٢١، والروضة ٨٢/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٧/٤.

(٩) في: ز "وحكوه".

ثم من هؤلاء من يحاول تأويل المنقول عن الشافعي - رضي الله عنه - ومنهم^(١)

ز/٥٩٣

من يقول: إنه غلطٌ من ناقلٍ./

وذهب بعضهم إلى إثبات القولين مع^(٢) التصوير في الوصية بالعتق، وأشار القاضي ابن كج إلى طريقة أخرى قاطعة بالقسمة تشبيهاً بالوصية لشخصين والله أعلم.

[قال [الغزالي] الثانية: شهد أجنبيان أنه أعتق غانماً، وهو ثلث، وشهد وارثان بأنه رجع عنه، وأعتق سالماً^(٣) وهو ثلث^(٤) رُقَّ غانم، وعتق سالم إذ لا تهمة على الوارث، لما ذكر للرجوع بدلاً، فإن كان سالم سدس المال، صار متهماً فيعتق غانم بالشهادة، ويعتق سالم بالإقرار، وقيل: إنه يقرع أيضاً، وتلغو شهادة^(٥) الرجوع، وتبقى شهادة العتق].

[فصل المسألة الثانية: فيما لو شهد أجنبيان أنه أعتق غانماً، وهو ثلث، وشهد وارثان بأنه رجع عنه، وأعتق سالماً وهو ثلث ماله]

[قال الرافعي]: ولا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجانب، أو وارثين إلا^(٦) أن الوارث قد يجزى بشهادته^(٧) نفعاً إلى نفسه. فلا تقبل شهادته. وإلا أن شهادة الوارث قد تتضمن إقراراً للمشهود به^(٨)، فيؤاخذ بها، فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله، وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية، وأوصى بعتق سالم، وهو ثلث ماله أيضاً، قبلت شهادتهما على^(٩) الرجوع عن الوصية الأولى، وتثبت

(١) في: ظ "وفي الأمة".

(٢) في: ز "في".

(٣) في: ظ "غانماً".

(٤) في: ظ "الثلث".

(٥) في: ظ "شهادته".

(٦) في: أ، ظ "لأن".

(٧) في: ظ "شهادته".

(٨) في: ظ "له".

(٩) في: أ "عن".

بها الوصية الثانية، لأنهما أثبتا للرجوع^(١) عنه بدلاً يساويه، فارتفعت التهمة، ونظر إلى تبديل الولاء.

وقد يكون الثاني أهدي إلى الكسب، وجمع المال فإنه^(٢) قد لا يتفق أخذ شيء بالولاء، ومجرد^(٣) هذا الاحتمال، لو أوجب رد الشهادة لما قبلت شهادة قريب، لقريب يرثه.

وعن أبي حنيفة^(٤) ومالك^(٥): أنه لا تقبل شهادتهما على الرجوع، ويعتق العبدان معاً. هذا إذا كان الوارثان عدلين. فإن كانا فاسقين، لم يثبت الرجوع بقولهما، ويحكم بعق غانم بشهادة الأجنبيين، لأن الثلث يحتمله، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم، وهو ثلثاه.

وكان غانماً هلك، أو^(٦) غصب من التركة، فإن قال الوارثان: أوصى بعقق سالم، ولم يتعرضا للرجوع عن وصية غانم^(٧)، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا كان رجال البيتين كلهم أجنب، فالظاهر القرعة، ويجيء فيه الخلاف المذكور^(٨) في الفصل السابق.

ولو كانت المسألة بحالها لكن سالمًا سدس المال. فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس، فلا تقبل شهادتهما على الرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلاً.

وفي الباقي^(٩) الخلاف في تبعيض الشهادة، فإن قلنا: إنها لا تبعض، وبه أجاب الشافعي - رضي الله عنه - في هذه الصورة، فترد شهادتهما فيه أيضاً، ويعتق الأول بشهادة الأجنبيين، ويعتق الثاني بإقرار الوارثين، لأن شهادتهما تتضمن الإقرار بأنه

-
- (١) في: ظ "الرجوع".
(٢) "فإنه" ليست في: ظ.
(٣) في: ز "يرد".
(٤) الهداية ٦٣/٢.
(٥) مختصر خليل ص ٢٩٥.
(٦) في: أ "هكذا غصب".
(٧) في: أ "سالم".
(٨) "المذكور" ليست في: ز.
(٩) في: ظ "الثاني".

مستحق العتق، فإن لم يكونا جائزين عتق منه قدر ما يستحقانه، ومنهم من يقول: يعتق من الثاني بقدر ما يحتمله ثلث الباقي^(١) من المال، وليس هذا خلافاً في المعنى، فإن كل^(٢) الثاني، وهو سدس^(٣) المال يحتمله ثلث الباقي^(٤) بعد الأول.

وإن قلنا: إنها تبعض، فيعتق نصف الأول، وجميع الثاني^(٥)، وهو قدر الثلث.

وفيه وجه آخر: أن الرجوع^(٦) المشهود به، لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض لا يثبت في الباقي، وتبقى الشهادة على الوصية بعتق الثاني، فيقرع بينهما على مامر، وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن في التركة أخرى.

فإن كان قد أوصى بثلث ماله لإنسان وقامت البيتان لغانم، وسالم. هكذا، فتقبل^(٧) شهادة الوارثين على الرجوع عن الوصية باعتاق غانم، لأن للورثة الزيادة على الثلث^(٨) فليس في الشهادة^(٩) على الرجوع تهمة عليهم.

وإذا ثبت الرجوع بشهادتهم، جعل الثلث أثلاثاً بين الموصى له بالثلث، وبين عتق سالم فيعطى الموصى له ثلثاً^(١٠) الثلث، ويعتق منه ثلثاه، وهو ثلث الثلث. هكذا ذكره. ولكن رد الزائد على الثلث لا يوجب حرمان^(١١) بعض أرباب الوصايا، بل يوزع عليهم الثلث^(١٢).

(١) في: ز "بعد الأول وإن قلنا".

(٢) في: أ "كان".

(٣) في: ز "ثلث".

(٤) "وليس هذا خلافاً . . . ثلث الباقي" ليست في: ظ.

(٥) في: ب، ز "الباقي".

(٦) في: ظ "رجوع".

(٧) في: أ، ب، ظ "تقبل".

(٨) "عن الوصية . . . الثلث" ليست في: ظ.

(٩) في: ز "في الرجوع على الشهادة".

(١٠) في: ز "ثلثي الباقي".

(١١) في: ظ "جريان".

(١٢) "الثلث" ليست في: ز.

وقبول شهادة الرجوع يوجب إرقاق غانمٍ وحرمانه عن التبرع وهو محل التهمة لتعلق الأغراض أعيان العبيد والأموال، بل قبول شهادة الرجوع من الورثة، وإن أثبتوا بدلاً مساوياً لا يصفوا^(١) عن الإشكال، لأنه قد يتعلق الغرض باستبقاء، وإن كان سالمٌ مثله في القيمة.

وإن كان الوارثان فاسقين عتق غانم بشهادة الأجنبيين، وعتق سالم بإقرارهما، وهو دون ثلث الباقي من المال بعد غانم.

ولو كانت^(٢) قيمة من شهد له الأجنبيان سدس المال، وقيمة من شهد له الوارثان ثلث^(٣) المال^(٤)، قبلت شهادتهما على الرجوع وعتق الثاني.

فإن كانا فاسقين عتق الأول، وعتق ثلث الباقي من المال بعد الأول، وهو خمسة أسداس الثاني، وكأنه غصب الأول.

شهد شاهدان
أجنبيان أنه
نجز عتق غانم
في المرض،
وارثان أنه
نجز عتق سالم
وكل واحد
ثلث المال.

ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض، ووارثان أنه نجز عتق سالم، وكل واحدٍ منهما ثلث المال فينظر: إن كذب الوارثان الأجنبيين وقالوا: لم يعتق غانماً، وإنما أعتق سالمًا، فيعتق العبدان جميعاً.

أما غانمٌ فبشهادة الأجنبيين، وأما سالمٌ فيأقرار الوارثين أن العتق سالمٌ دون غانم، فإن لم يكونا جائزين عتق منه^(٥) حصتهما، واستدرك بعض المتأخرين فقال: قياس ما سبق أن لا يعتق من سالمٍ إلا قدر ما يحتمله ثلث^(٦) الباقي من المال بعد غانم^(٧)، وكان^(٨) غانمًا غصب من التركة. وهذا جيدٌ.

(١) في: ز "يصفوا".

(٢) في: ظ "كان".

(٣) في: ظ "ثلثه".

(٤) في: ز "الباقي".

(٥) في: ظ "منهما".

(٦) في: ظ "الثلث".

(٧) انظر هامش ٢ العزيز ٢٧٨/١٣.

(٨) في: ز "فكان".

وإن لم يكذباهما، بل قالوا: أعتق سالماً، ولا ندري هل أعتق غانماً أم لا؟ فإن كان الوارثان عدلين، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا كان شهود العبدین معاً أجانب. وإن كانا فاسقين، فيعتق غانم بشهادة الشهود، وأما سالم، فقد ذكر الشيخ أبو حامد، وتابعه^(١) كثير من الأصحاب: أنه يعتق / منه نصفه إذا فرعنا على أنه يعتق من كل واحدٍ نصفه لو ٥٩٤/ز كانا عدلين، لأن الوارثين معترفان في ضمن الشهادة باستحقاقه عتق النصف فلزمهما ما اعترفا به.

وقال ابن الصباغ: هذا سهوٌ، لأن غانماً أيضاً لا يستحق بقول الوارثين إلا عتق النصف، وقد حكمنا بعتق جميعه فنصفه كالمغصوب، أو الهالك في حق الورثة، ونصفه سدس التركة، فينبغي أن يعتق عبد إلا سدس عبد، وقد اعتقنا نصف عبدٍ فيبقى ثلث عبد بلا مزيد.

لكن العبدین سواءً في استحقاق العتق، فلا يجوز أن يعتق من أحدهما أكثر مما يعتق من الآخر.

ويلزم من ذلك أن ينقص ماعتق من الأول عن النصف، وأن يزيد ما يعتق من الثاني على الثلث.

وتبيين^(٢) ذلك بأن يقال: عتق من الأول شيءٌ، والباقي مغصوب وعتق من الثاني شيءٌ، والباقي للورثة مع الثلث الكامل من التركة، فمعهم إذاً ثلثان سوى شيءٍ، وذلك يعدلُ ضعف ماعتق، وهو أربعة أشياء فيجبر.

ويقابل فنلثا "التركة"^(٣) تعدل خمسة أشياء فالشيء خمس ثلثي التركة، وخمس الثلثين خمسا الثلث وكل عبد ثلث، فيعتق من الأول خمسه، والباقي مغصوب، ومن الثاني خمسه، تبقى ثلاثة أخماسه للورثة مع الثلث الكامل، وهي ثمانية أخماس ضعف ماعتق.

(١) "وتابعه" ليست في: ظ.

(٢) في: ب "وسنين".

(٣) في: أ "في التركة".

ولو شهد أجنبيان لغنم، ووارثان لسالم كما ذكرنا إلا أن سالماً سدس المال، فإن كذب الوارثان الأجنبيين عتقا جميعاً، وإن لم يكذباهما، فإن كانا عدلين، فكما إذا كان شهود العبدین أجنب، والأول ثلث المال والباقي^(١) سدسه، وقد مر حكمه في الفصل السابق.

وإن كانا فاسقين فقد^(٢) نقل صاحب "التهذيب": أن الأول حر بشهادة الأجنبيين، ويقرع بينهما، فإن خرجت له القرعة^(٣) انحصر العتق فيه، وإن خرجت للثاني، عتق الأول بالشهادة، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال بإقرار^(٤) الوارثين.

قال في "التهذيب" وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل واحد من العبدین ثلث المال، وكان الوارثان فاسقين، وكان هذا جواباً على قول القرعة فيما إذا كان الشهود كلهم أجنب، وما نقلناه^(٥) عن الشيخ أبي حامد وغيره - على قول القسمة - والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثالثة: إذا شهدت بينة أنه أوصى لزيد^(٦) بالسدس وشهدت أخرى بأنه^(٧) أوصى لبكر بالسدس^(٨))، وشهدت أخرى بأنه رجع عن إحدى الوصيتين، فعلى وجه تبطل الشهادة بالرجوع المبهم، ويسلم إلى كل واحد سدس، وعلى وجه يصح لتعيين المشهود له، والمشهود عليه، فيقسم عليهما سدس واحد).

[فصل المسألة الثالثة: فيما لو شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس، وأخرى لبكر بمثله]

-
- (١) في: أ "والثاني".
(٢) "فقد" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ظ "القرعة له".
(٤) في: ظ "إقرار".
(٥) في: أ، ب، ظ "نقلنا".
(٦) "إذا" ليست في ز، ظ.
(٧) في: أ "أنه".
(٨) "وشهدت أخرى . . . بالسدس" ليست في: ظ.

[قال الرافعي] إذا شهد اثنان بأن فلاناً الميت، أوصى لزيد بالثلث، وآخران بأنه أوصى لبكر بالثلث، فلا يخفى أنه يجعل الثلث بينهما بالسوية، فإن ذكر الآخران: أنه^(١) رجع عن الأول، وأوصى لبكر بالثلث سلم له الثلث^(٢).

ويستوي في الرجوع شهادة الوارث، والأجنبي إذا جرى ذكر البديل.

ولو شهد اثنان أنه رجع عن وصية بكر أيضاً، وأوصى بالثلث لعمر وسلم الثلث إليه.

ولو شهد اثنان أنه أوصى بالثلث لزيد^(٣) واثنان أنه أوصى به^(٤) لبكر، ثم شهد اثنان أنه رجع عن إحدى الوصيتين فإن عينا المرجوع عنها ثبت الرجوع، وكان الثلث كله للآخر.

وفي كتاب "القاضي ابن كج": أن أبا الحسين قال: لا يكون للثاني إلا السدس، لأنه إذا أوصى بالثلث لهذا، وبالثلث لهذا^(٥)، فكأنه أوصى بالسدس لكل واحدٍ منهما.

وإنما يسلم الثلث للآخر إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى. وإن لم يعين شاهداً^(٦) الرجوع الوصية المرجوع عنها، نص في "المختصر" أن الثلث يكون بينهما. ولم ذلك؟.

قال أكثر الأصحاب: لأنهما أبهما الرجوع، والإبهام يمنع قبول الشهادة كما لو شهدا أنه أوصى لأحد هذين العبدین، أو لفلان كذا على أحد هذين الوجهين. وإذا لم تقبل شهادة الرجوع. والورثة لا تجيز أكثر من الثلث، يكون الثلث بينهما.

وقال: بعضهم واختاره القفال: هذه الشهادة مقبولة لتعيين^(٧) الوارث المشهود له،

(١) "أنه" ليست في: أ.

(٢) في: ز "الثلث".

(٣) في: أ، ظ "لهذا".

(٤) "به" ليست في: أ.

(٥) "فإن عينا المرجوع . . . وبالثلث لهذا" ليست في: ظ.

(٦) في: أ، ب، ظ "شاهد الرجوع".

(٧) في: أ، ز "لتعين". وفي ظ "فتعين".

وتعين^(١) المشهود عليهما.

وإن وقع إبهام^(٢) فالوصية تحتمل الجهل^(٣)، والإبهام، فيقسم^(٤) الرجوع بينهما، ويجعل كأنه رد وصية كل واحدٍ منهما إلى السدس، وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا شهدت بينة: أنه أوصى لزيد بالثلث، وأخرى أنه أوصى بالسدس، وأخرى: أنه رجع عن إحدى الوصيتين، وهي الصورة المذكورة في "الكتاب" فعلى ما ذكره أكثرهم: لا تقبل شهادة الرجوع المبهم، ويدفع إلى كل واحدٍ منهما السدس، وعلى ما اختاره القفال: تقبل، ويجعل كأنه رجع عن نصف كل وصية فيدفع إلى كل واحدٍ منهما نصف سدس.

واعلم أن هذه الكتب الثلاثة "أدب القضاء، والشهادات، والدعاوى والبيانات يتعلق بعضها ببعض، وقد يتفق لذلك^(٥) المداخلة في مسائلها. وإذا يسر الله تعالى الفراغ من شرح ما في "الكتاب" من ثلاثتها، فإننا^(٦) نرى ختمها بباين.

أحدهما: في مسائل، وصور تدخل في هذه الكتب.

منها: ماهي كالشهادة عن الأصول المذكورة فيها.

ومنها: ماهي متخرجة^(٧) عليها، لكن التنصيص عليها يفيد الدربة، ويهذب الأصول.

والباب الثاني: في دعوى^(٨) النسب، وقد أورده في "الكتاب" وله ارتباط بهذه الكتب من حيث أنه نوع ادعاء، لكنه لا يحتاج إلى البينة من حيث أن القائف شبيهة بالحاكم.

(١) في: أ، ب "وعين".

(٢) في: ب "الإبهام".

(٣) في: أ، ب، ظ "الرجوع".

(٤) في: أ "يقسم". وفي ب، ظ "ينقسم المرجوع".

(٥) في: أ، ب "ذلك".

(٦) في: أ "وإننا".

(٧) في: ب "مستخرجة". وفي: ظ "مخرجة".

(٨) في: ظ "دعوة".

ز/٥٩٥

أما الباب الأول فنأتي بالمسائل منثورة: ونقول مستوفقي/ن من الله تعالى

م [الأولى]: يوم الجمعة كسائر الأيام في إحضار من يطلب إحضاره مجلس الحكم. نعم، إذا صعد الخطيب المنبر، فلا يحضر أحدٌ إلى الفراغ من الصلاة، واليهودي يحضر يوم السبت، ويكسر سبته^(١) عليه.

م [الثانية] شهد اثنان أنه غصب كذا أو سرقة^(٢) غدوة^(٣).

وآخران: أنه سرقة، أو غصبه عشية، فتعارض البيتان، ولا يُحكم بواحدة منهما بخلاف ما لو^(٤) شهد شاهد هكذا، وآخر هكذا، حيث يحلف المدعي مع أحدهما، ويأخذ الغرم، لأن الشاهد الواحد ليس بحجة حتى يفرض تعارضٌ.

م [الثالثة] شهد شاهد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار، يثبت الأقل، وللمدعي أن يحلف مع الآخر.

م [الرابعة] ولو^(٥) شهد اثنان على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار^(٦).

وشهد آخران^(٧) على أنه أتلف ذلك الثوب، وقيمه ثمن الأقل أيضاً، لأنه المتفق عليه. وأما الزيادة فالبيتان متعارضتان فيها.

وبهذا قال أحمد^(٨). وقال أبو حنيفة^(٩) يثبت الأكثر عليهما^(١٠).

(١) في: أ، ب، ظ "عليه سبته".

(٢) في: ظ "وسرقته".

(٣) "غدوة" بالضم: النكرة ما بين صلاة الغداة وطلوع الشمس.

(٤) في: ظ "ما إذا".

(٥) "و" ليست في: ز.

(٦) "دينار" ليست في: ز، ظ.

(٧) في: أ "وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار".

(٨) انظر: المقنع ص ٣٤٢.

(٩) انظر: الهداية ٣/١٣٤.

(١٠) "يثبت . . . وعليهما" ليست في: أ، ب، ظ.

[م الخامسة] ولو شهد اثنان على أن^(١) وزن الذهب الذي أتلّفه دينار، وآخران على أن وزنه نصف دينار، يثبت الدينار، لأن مع الشاهدين به^(٢) زيادة علم بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدرّكها الاجتهاد، وقد يقف شاهد القليل على عيب به.

[المسألة السادسة] ادعى عبداً في يد رجل، وأقام بينة: أنه ولدُ أمته ولدته في ملكه نص^(٣): أنه لم يقضم^(٤) له بهذه البينة، فربما ولدته قبل أن يملكها^(٥).

وإن قال: إنه ولد أمته ولدته في ملكه، نصّ - رضي الله عنه - أنه يقضى له بهذه البينة، لكنها شهادة بملك سابق، وهو الملك يوم الولادة.

وقد سبق أن البينة على أنه كان^(٦) ملكه لا يقضى بها في أصح القولين، فخرج ابن سريج قولاً هاهنا أيضاً^(٧)، وامتنع سائر الأصحاب عنه^(٨)، وفرقوا بأن النماء تابع للأصل، فإذا تعرضت البينة للملك الأصل تبعه النماء في الملك. ألا ترى أنه إذا قامت البينة على ملك الشيء منذ سنة يأخذه المدعي مع زوائده^(٩) في السنة^(١٠)، وهناك الشهادة على الأصل فاعتبر^(١١) التعرض للملك في الحال، لكن صورة الاستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال، لكن صورة الإستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال، وأرخت الملك، وليس قولهم: ولدته في ملكه، إثبات ملك الأصل في الحال.

[م السابعة] ولو شهدوا أن هذه الشاة نتجت في ملكه وهذه الثمرة حصلت من شجرته في ملكه، فهو كقولهم ولدته أمته في ملكه.

(١) "أن" ليست في: ظ.

(٢) "به" ليست في: ظ.

(٣) "ولدته في ملكه نص" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: ز "إنه يقضم".

(٥) في: أ، ب "ملكها".

(٦) "كان" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "أيضاً" ليست في: ز.

(٨) في: ز "منه".

(٩) في: أ، ب، ظ "زيادة".

(١٠) في: ز "البينة".

(١١) في: ظ "واعتر".

ولا يكفي أن يقولوا: هذه نتاج شاته وثمره شجرته.

[م الثامنة] ولو شهدوا^(١) أن هذا الغزل من قطنه، أو الفرخ^(٢) من بيضه، أو الدقيق من حنطته، أو الخبز من رقيقه كفى، لأن ذلك عين ملكه^(٣) بخلاف ولد الجارية وثمره الشجرة.

[م التاسعة] أقام بينة على رق شخص، وأقام المدعى عليه بينة على أنه حرُّ الأصل، فبينة المدعي أولى، لأن معها زيادة علم، وهي إثبات الرق^(٤).

[م العاشرة] ادعى ديناً على إنسان، وشهد له شاهدان، لكن ذكر أحدهما موصولاً بشهادته أنه قضاة، أو أن المستحق أبرأه فشهادته باطلة للتضاد^(٥)، وأن ذكره مفصلاً عن الشهادة، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر، وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء، أو الإبراء، وإن كان قبل الحكم، سئل متى قضاة؟

فإن قال: قبل أن شهدت، فقد أقر ببطلان شهادته، وللمدعي أن يحلف مع الشاهد الآخر، وإن قال: بعد أن شهدت^(٦)، فالجواب كذلك^(٧) عند صاحب "التلخيص"^(٨) وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان، ثم عاد أحدهما، وقال: إنه قضاة أو أبرأه المستحق بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل، بل يقضى بالدين، ويؤخذ إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء، والفرق أن هناك شهد على نفس الحق، والقضاء، والإبراء ينافيانه^(٩) فبطلت الشهادة، وهاهنا شهد على الإقرار

(١) في: أ "شهد".

(٢) في: ظ "الفروج".

(٣) في: ب، ظ "تغير وصفه".

(٤) انظر: بهامش العزيز ٢٨٢/١٣، والروضة ١٩٠/١٢.

(٥) في: ظ "للقضاء".

(٦) "فقد أقر . . . بعد ان شهدت" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: أ، ب، ظ "فكذلك الجواب".

(٨) في: أ "ذكر".

(٩) في: ظ "منافيان".

والقضاء، والإبراء، لا ينافيانه، فلا تبطل الشهادة، وعن أبي زيد وجه^(١) أن شهادته على نفس الحق، لا تبطل أيضاً. والظاهر الفرق.

[م الحادية عشرة] ويقرب من هذا الخلاف، الخلاف فيما إذا ادعى ألفاً، وشهد شاهدان بألف لكن^(٢) قال أحدهما: قضى منه خمسمائة، ففي وجه لاتصح شهادتهما إلا في خمسمائة، نعم للمدعي أن يحلف للخمسمائة الأخرى مع الشاهد الآخر.

وفي وجه: تصح شهادتهما على الألف. وللمدعي عليه أن يحلف مع شاهد القضاء.

وذكر الفوراني وجهاً آخر: أنه لا يثبت بشهادتهما شيء لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه.

[م الثانية عشرة] ويقرب من الخلاف قولان: لابن سريج: فيما إذا شهد اثنان: أن فلاناً وكل فلاناً، ثم عاد أحدهما، وقال: إنه عزله بعد أن شهدت^(٣). ففي^(٤) قول: تبطل شهادته، وفي قول: قد تمت^(٥) شهادة الوكالة، فيعمل بها، والعزل لا يثبت بواحد.

[المسألة الثالثة عشرة]: ادعى شريكان فصاعداً حقاً على إنسان، فانكره، يحلف لكل واحد يميناً، فإن رضي الكل يمين واحد فوجهان.

في أحدهما: يجوز، لأن الحق لهم، وفي الثاني/ لا يجوز كما لا يجوز الحكم بشاهد واحد، وإن رضي الخصم^(٦).

(١) في: أ "أوجه آخر".

(٢) في: ظ "بألف مؤجل".

(٣) ورد بهامش العزيز ٢٨٣/١٣ "قال في الخادم: كذا ثبت في عدة نسخ أي من الراجعي "بعد أن شهدت" وصوابه "قبل أن شهدت" حتى يبقى وزان الصورة الأولى، وإلا لم يصح الفرق بينهما، وهذا واضح".

(٤) في: ز "في".

(٥) في: ز "ثبت" شهادته".

(٦) قال النووي في الروضة ٩١ / ١٢ "قلت: الأصح: المنع".

[المسألة: الرابعة عشر] شهد اثنان على أن الميت أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله، فحكّم الحاكم بعتقه، ثم رجعا عن الشهادة، وشهد آخران أنه أوصى بعتق سالم، وهو ثلث أيضاً ولم يجز الورثة إلا الثلث. حكى في "التهذيب": أنه يقرع بينهما، فإن خرجت^(١) للأول رق الثاني، والراجعان يغرمان قيمة الأول للورثة لإقرارهما بأنهما لا يتلفاه إذا أرققناه^(٢).

قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعة وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة، لأننا لو أقرعنا فخرجت القرعة للأول وأرققنا^(٣) الثاني، لم يذهب شيء^(٤) من التركة في الوصية.

[المسألة الخامسة عشر] شهد أحد الشاهدين أنه وكله بكذا والآخر: أنه فوضه إليه أو سلطه عليه تثبت الوكالة.

ولو شهد أحدهما: أنه^(٥) قال: وكلتك بكذا والآخر: أنه قال: فوضته إليك لم يثبت.

ولو شهد أحدهما: أنه وكله والآخر: أنه أقر بوكالته لم يثبت^(٦) شيء.

ولو شهد أحدهما: أنه وكله بالبيع والآخر: أنه وكله بالبيع، وقبض الثمن ثبت البيع.

[المسألة السادسة عشر] ادعى رجل على رجل: أنه اشترى منه هذا العبد، ونقده^(٧) الثمن، وأعتقه وأقام عليه بينة، وادعى آخر: أنه اشتراه، ونقد الثمن، وأقام عليه بينة، فهما متعارضتان، وذكر العتق لا يقتضي ترجيحاً.

(١) في: ظ "وإن".

(٢) في: ب "أرققناه".

(٣) في: ب "وأرققنا".

(٤) في: أ، ب، ظ "من التركة شيء".

(٥) في: ظ "بأنه".

(٦) "ولو شهد أحدهما . . . لم يثبت شيء" ليست في: ظ.

(٧) في: ز "نقد".

وفيه وجه لأن العتق كالقبض. وعن^(١) نصه - رضي الله عنه - في "الأم": أنه لو ادعى دابة في يد غيره، وأقام بينة أنها له منذ عشر سنين، فينظر^(٢) الحاكم في سن الدابة، فإذا لها ثلاث سنين، لم تقبل هذه البينة^(٣)، للعلم بأنها كاذبة.

وإن المسناة الحائلة بين نهر شخص، وأرض آخر في يدهما^(٤) كالجدار المائل، لأن الأول يجمع بها الماء في نهره. والثاني يمنع بها الماء عن أرضه.

[المسألة السابعة عشر] ادعى مائة درهم على إنسان، فقال: قضيت خمسين لم يكن مقراً بالمائة. وكذا لو قال: قضيت منها خمسين لجواز أن يزيد من المائة التي يدعيها، وليس على غير الخمسين.

[المسألة الثامنة عشر] اختلف الزوجان في متاع البيت، إن كان لأحدهما بينة قضى بها، وإن لم تكن بينة فما اختص أحدهما باليد على حساً^(٥)، أو حكماً بأن كان في ملكه فالقول قوله مع يمينه، وما كان في يدهما حساً أو كان في البيت الذي يسكنانه^(٦) فلكل واحد منهما تحليف الآخر فيه^(٧) فإن حلفاً^(٨) جعل بينهما. وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضى^(٩) للحالف، ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في دوام الزوجية، أو بعد الفراق، ولا بين أن يختلفا هما أو ورثتهما، أو أحدهما، وورثة الآخر، ولا بين ما يصلح للزوج، كالسيف والمنطقة، أو للزوجة كالحلّي، والغزل، أو لهما.

(١) "و" ليست في: ز.

(٢) في: ب، ز "فنظر".

(٣) في: ظ "الشهادة".

(٤) في: ظ "في يدهما بينهما".

(٥) في: ز "حسناً".

(٦) في: ظ "يسكنانه".

(٧) "فيه" ليست في: ظ.

(٨) في: ظ "حلف".

(٩) في: ز "قضى له".

وساعدنا^(١) أبوحنيفة: فيما في يدهما حساً، وقال: فيما في يدهما حكماً: إن ما يصلح للرجل، يجعل في يد الرجل، وما يصلح للمرأة يجعل في يد المرأة وما يصلح لهما فيروى^(٢) أنه يجعل في يدهما، ويروى^(٣): أنه يجعل في يد الزوج. هذا في حال بقاء الزوجية، وبعد الفراق يُجعل للزوج، وإذا مات أحدهما يجعل للحي.

م [التاسعة عشر] مالك الدار وساكنها بالإجارة اختلفا في متاع الدار، فالقول فيه قول الساكن، فإن تنازعا في زف فيها، نظر: إن^(٤) كان مسمراً، أو مثبثاً، نص - رضي الله عنه - : أنه يجعل بينهما بخلاف الأمتعة لأن مالك الدار إذا أكرى الدار، تنقل الأمتعة ظاهراً، والرف تارة ينقل ، وتارة يترك وكلّ محتملٌ.

[المسألة العشرون] تنازعا أرضاً لأحدهما فيهما زرعٌ وبناءٌ أو غراسٌ، فهي في يده، أو دابة^(٥)، أو جارية حاملاً، والحمل لأحدهما بالاتفاق، فهي في يده، أو دارٌ لأحدهما فيها متاع فهي في يده، فإن لم يكن المتاع إلا في بيت لم يجعل في يده إلا ذلك البيت. هكذا ذكروه.

م [الحادية والعشرون] ولو تنازعا عبداً، ولأحدهما عليه ثيابٌ، لا يجعل صاحب يد في العبد، لأن منفعة الثوب الملبوس^(٦) تعود إلى العبد، لا إلى المدعي.

م [الثانية والعشرون] مدعيان قال أحدهما: استأجرت هذه الدار من زيدٍ سنة في^(٧) أول رمضان، وقال الثاني: استأجرتها منه سنة من أول شوال، وأقام كل واحدٍ منهما بيته، قال في "الإبانة": فيه قولان^(٨):

(١) انظر: الهداية ١٧٣/٣.

(٢) في: ظ "فيروى عنه".

(٣) في: ظ "فيروى عنه".

(٤) في: ظ "كان ذلك".

(٥) في: ز "أو دابة حاملاً".

(٦) في: أ "الملبود".

(٧) في: ز "من".

(٨) في: ز "فقولان".

أظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب" وغيره: أن بينة رمضان أولى، لأنها أسبق تاريخاً.

والثاني: بينة شوال أولى، لأنها ناسخة للأولى.

ويحتمل أنهما تقابلا، واستأجر الثاني في شوال، وليجيء هذا في بينتي^(١) البيع على ضعفه.

م [الثالثة والعشرون] قامت بينة على أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه يثبت نسبهما، فلعل^(٢) كل واحدة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى.

وفيما جمع من فتاوى القفال، وغيره:

م [الرابعة والعشرون] أن الضيعة إذا صارت معلومة بثلاثة^(٣) حدود، جاز الاقتصار على ذكرها، وهذا خلاف ما نقلناه في "باب القضاء على الغائب" عن إطلاق ابن القاص. قال: لكن^(٤) لو ذكر الشهود الحدود الأربعة، وأخطأوا في واحدٍ، لاتصح شهادتهم. وترك الذكر خير من الخطأ، لأنهم إذا أخطأوا لم تكن بتلك^(٥) الحدود ضيعة^(٦) في يد المدعى عليه.

وإذا غلط المدعي، فقال المدعى عليه: لا يلزمي تسليم دار بهذه الصفة، كان صادقاً.

ولو حلف كان باراً، وإن لم ينكر، وقال: لا، أمنعه الدار التي يدعيها سقط دعوى المدعي، فإن^(٧) ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها^(٨)، فله أن يمنعه، ويقول: هي

(١) في: ب "سنين".

(٢) في: أ، ب "لكل".

(٣) في: ظ "بثلاث".

(٤) في: ز "لكن قال".

(٥) في: ب، ظ "بذلك".

(٦) في: ظ "جميعه".

(٧) في: أ "وإن".

(٨) في: ز "لدخله".

غير^(١) ما ادعيت. فأما عند الإصابة في الحدود، إذا قال: لا أمنعك منها، لم يكن له المنع إذا ذهب ليدخلها.

فإن قال: ظننت أنه غلط في الحدود، لم يقبل.

ولو قال: إنما قلت لا أمنعك، لأن الدار لم تكن في يدي يومئذ ثم صارت في يدي، وملكي، قبل منه، وكان له المنع إذا حلف عليه.

م [الخامسة والعشرون] وفيه أن دعوى العبد على سيده أنه أذن له في التجارة، لا تسمع إن لم يشتر، ولم يبع شيئاً، وإن اشترى ثوباً وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه، فأنكر السيد الإذن، فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن، فإن حلف، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى، ليسقط الثمن عن ذمته، وإن باع العبد^(٢) عينا. وقبض الثمن، وهلك في يده، وجاء المشتري يطلب تلك العين، فقال/ السيد: لم أذن له في البيع، حلف، فإن حلف /٥٩٧ز حكم ببطلان البيع، وللعبد تحليفه لإسقاط الثمن عن ذمته.

م [السادسة والعشرون] وأنه لو ادعى ألفاً^(٣) على غيره، وأقام شاهداً، وأراد أن يحلف معه، فأقام المدعى عليه شاهداً بأن المدعي أقر: أنه لا حق له عليه، له أن يحلف مع شاهده، وإذا حلف، سقط دعوى المدعي.

م [السابعة والعشرون] وأنه يجوز للمالك أن يدعي على [الغائب]^(٤) وعلى الغاصب من الغاصب.

فإن ادعى على الأول: أنه يلزمه ردُّ الثوب بصفة كذا، أو قيمته كذا، فليس للغاصب^(٥) أن يحلف على أنه لا يلزمه، لأنه إن قدر على الانتزاع لزمه، الانتزاع والرد، وإلا فعليه القيمة.

(١) غير " ليست في: ظ.

(٢) في: أ "السيد". وفي: ظ "السيد عبداً". وفي: ب "عينا للسيد".

(٣) في: أ "القاضي".

(٤) الذي أثبتناه من الروضة ٩٤/١٢. والذي في جميع النسخ هو "الغاصب".

(٥) في: ظ "على الغاصب".

م [الثامنة والعشرون] وأنهم لو شهدوا على أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان، وهو يملكها، ولم يقولوا أنها الآن ملك المدعي، ففي قبول هذه الشهادة قولان، كمالو شهدوا: أنها كانت ملكه بالأمس^(١)، والمفهوم من كلام الأكثرين أنها مقبولة كافية.

م [التاسعة والعشرون] وأنه إذا ادعى على إنسان حق القصاص بقتل نسبه إليه، وكان عند الحاكم أنه لا قصاص بذلك، فجاء رجل، وروى خيراً عن رسول الله ﷺ: أنه يوجب القصاص^(٢)، فاقتص الحاكم منه، ثم رجع الراوي، وقال: كذبت، وتعمدت، لم يجب القصاص عليه، بخلاف الشهادة، لأن الرواية لا تختص بالواقعة.

م [الثلاثون] وأنه إذا غصب المرهون من المرتهن، كان لكل واحدٍ من الراهن والمرتهن أن يدعيه على الغاصب، والراهن. يقول في دعواه: إن لي ثوباً كنت رهنته من فلان، وأنه غصبه^(٣) منه، ويلزمه الرد إلي.

ولو اقتصر على قوله: إن لي عنده ثوباً صفته كذا، ويلزمه التسليم إلي جاز. ولا بُدَّ في أن يقول: ويلزمه التسليم إلي^(٤). فإن يد المرتهن يد الراهن، ولهذا لو نازعه منازعاً في المرهون كان القول قول الراهن. وإن كان المرهون في يد المرتهن، لأن يده يده.

م [الحادية والثلاثون] وأن الغريب الذي دخل البلد لا تجوز الشهادة على أنه حرُّ الأصل، وإنما تجوز الشهادة على أن فلاناً حرُّ الأصل، إذا عرف حال أبيه، وأمه، وعُرفَ النكاح، وحدوثه بينهما.

وتجوز الشهادة، وإن لم يشاهد الولادة، كما تجوز الشهادة على أنه ابن فلان.

م [الثانية والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً في يدي رجل^(٥)، وأقام بينة أنه اشتراها

(١) في: ظ "لأمس".

(٢) بقتل نسبه . . . يوجب القصاص " ليست في: ظ.

(٣) في: ب "غصبت".

(٤) "جاز. ولا بعد . . . التسليم إلي" ليست في: أ.

(٥) في: ز "إنسان".

منه، وأقام صاحب اليد بينة أنه وهبها منه، ولم تتعرض البيئتان لتاريخ^(١) فيتعارضان. ولهذا الاختلاف أثرٌ عظيم^(٢) عند ظهور الاستحقاق، وإذا وجد عيباً^(٣) وأراد رده، واسترداد الثمن.

م [الثالثة والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً في يد إنسان، وأقام بينة أنها ملكه، وجاء آخر يدعيها، وأقام بينة على أنه اشتراها من فلان رجل آخر يوم كذا، ولم يقولوا: إنه كان يملكها يومئذ لكن^(٤) أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذ، سمعت هاتان البيئتان وصارتا كبينة واحدة، فيحصل التعارض بينهما^(٥) وبين بينة المدعي الأول.

م [الرابعة والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً، وأقام بينة على أنها ملكه، وانتزعتها من يدي المدعي عليه، وجاء آخر بعد مدة طويلة، أو يسيرة يدعيها، وأقام بينة على أنه اشتراها من المدعي عليه الذي^(٦) كانت الدار^(٧) في يده وكان يملكها يومئذ، يقضى بالدار لمدعي الشراء^(٨)، وكان كما لو أقام صاحب اليد البينة قبل الانتزاع من^(٩) يده.

م [الخامسة والثلاثون] وأنه إذا ادعى اثنان داراً في يد ثالث، فأقام^(١٠) أحدهما بينة أنها ملكه، ثم أقام الثاني بينة على أنه اشتراها من المدعي الأول^(١١)، فإن قامت بينة الثاني بعد القضاء للمدعي الأول ببيئته، فيقضى للثاني على الأول، ولا يشترط أن يقول شهوده اشتراها من الأول، وهي ملكه، وإن^(١٢) قامت قبل القضاء للأول، فإن قالوا:

(١) "ولم تتعرض البيئتان لتاريخ" ليست في: ز.

(٢) "عظيم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: أ "عيناً".

(٤) "لكن" ليست في: أ.

(٥) في: ب "بينها".

(٦) في: ز "التي".

(٧) في: ز "في يده الدار" وليست في: ظ.

(٨) "لمدعي الشراء" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: أ، ب، ظ "منه".

(١٠) في: أ، ب "وأقام".

(١١) "فأقام . . . الأول" ليست في: ظ.

(١٢) في: ظ "فإن".

اشتراها منه وهو يملكها انتزعت الدار^(١) من صاحب اليد، وقضى بها للثاني، وإن لم يتعرضوا للملك، فلا يقضى بها للثاني^(٢) ما لم يقض للأول بالملك، ولكن تسمع بينة الثاني على الأول، وإن لم يقض له بعد.

وهذه المسألة قد حكيناها^(٣)، وهذا التفصيل كالشرح، والإيضاح لما مر.

م [السادسة والثلاثون] وأنه لو كانت في يد رجل دار، فادعى إنسان أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد، وأنكر صاحب اليد، فله أن يقيم بينة على البيعين^(٤)، وله أن يقيم على هذا^(٥) بينة، وعلى هذا بينة، ولا بأس بما يتفق من التقديم والتأخير.

م [السابعة والثلاثون] وأنه^(٦) إذا أراد الشهود إقامة الشهادة على شراء دار قد تبدلت حدودها من^(٧) يوم الشراء يشهدون أنه اشترى داراً منذ عشر سنين مثلاً، من فلان، وهو يملكها، وكان يومئذ ينتهي أحد^(٨) حدودها إلى كذا، والثاني: إلى كذا، ثم على المدعي أن يقيم البينة على كيفية تبدل تلك الحدود، فيشهد الشهود، بأن^(٩) الدار التي كانت في يد فلان انتقلت إلى فلان، والتي كانت في يد فلان، انتقلت إلى فلان حتى يقضى له.

م [الثامنة والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً في يد غيره، وأقام بينة على أنها ملكه، فقال القاضي عرفت^(١٠) هذه الدار ملكاً لفلان، وقد مات وانتقلت^(١١) إلى وارثه فأقام

(١) "انتزعت الدار" ليست في: أ.

(٢) "للثاني" ليست في: أ.

(٣) انظر: ص ٨٥١ وما بعدها.

(٤) في: أ "التعيين".

(٥) "هذا" ليست في: أ.

(٦) "وأنه" ليست في: ز.

(٧) في: ب "في".

(٨) "أحد" ليست في: ز.

(٩) في: ز "أن".

(١٠) في: ز "أنا عرفت".

(١١) في: أ، ب "وانتقل".

بينة على تملكه منه، فله ذلك، وتندفع بينته. وليكن هذا جواباً على أنه يقضي له بعلمه.

م [التاسعة والثلاثون] وأنه لو ادعى داراً في يد غيره، وقال المدعى عليه: ليست الدار في يدي، ولا أحولُ بينك وبينها. فقد أسقط الدعوى عن نفسه، فيذهب المدعي إلى الدار، فإن لم يدفعه أحد، فذاك، وإن دفعه ادعى على الدافع، فإن قال المدعي: إنه يكذبُ في قوله: إن الدار ليست في يدي، وإني غير حائلٍ لم يلتفت إليه.

م [الأربعون] وأنه لو باع/ داراً ثم قامت بينة الحسبة، أن أبا البائع قد وقفها، وهو يملكها على ابنه البائع، وبعده على الأولاد، ثم على المساكين، انتزعت الدار من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى^(١) البائع إن^(٢) كذب نفسه وصدق الشهود.

وإن أصرَّ على إنكار الوقف، لم تصرف إليه بل، يوقف، فإن مات صُرفَ إلى أقرب الناس إلى الوقف.

ولو ادعى البائع أنه وقف لم تسمع بينته، والتقييد بالبينة يشعر بأنه تسمع دعواه، وله أن يحلف الخصم.

وذكر العراقيون: أنه تسمع بينته أيضاً، إذا لم يصرح بأنه ملكه، بل يقتصر على البيع. وفي "التجربة للرويانى: أنه لو باع شيئاً، ثم قال: بعته، وأنا لا أملكه، ثم^(٣) ملكته^(٤) بالإرث من فلان، فإن قال حين باع^(٥): إنه ملكه، لم تسمع دعواه، ولا بينته.

وإن لم يقل ذلك بل اقتصر على قوله: بعتك، سمعت دعواه.

(١) في: ظ "على".

(٢) في: ظ "فإن".

(٣) في: ز "لأن".

(٤) "ملكته" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "باعه هو".

وإن لم تكن له بينة^(١)، حلف المشتري: أنه^(٢) باعه وهو^(٣) يملكه^(٤)، قال: وقد نص - رضي الله عنه - عليه في "الأم" وغلط من قال: غيره.

وكذا لو ادعى: أن المبيع وقف عليه.

سئل القاضي حسين عن كيفية الشهادة على التحديد، فقال: بالفارسية: (نهفته دانيم أورا بكر ماوه وعروسي ومصيتها، ونظارة وینازارنرود)^(٥) إلا عند الحاجة والضرورة.

م [الحادية والأربعون] وفي فتاويه: أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمي تسليم هذا المال اليوم، لا يجعل^(٦) مقراً به، لأن الأقارير، لا تثبت بالمفهوم.

وإن بيني الوقف، والملك^(٧) تتعارضان كبينتي الملك.

م [الثانية والأربعون] وأنه إذا ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأخاً وأختاً، فادعى الزوج أن التركة كلها له، يجعل المال نصفين:

أحدهما: للزوج: بحكم اليد، والثاني: للميتة، إلا أن النصف الذي يجعل في يد الزوج، إنما يجعل بعد اليمين لاحتمال أنها لو كانت حية لادعت الكل، وحلف الزوج. فإن كان الأخ غائباً، والأخت حاضرة، يحلف في حق الأخت، فإذا رجع الأخ، حلف أيضاً، فإن أقامت الأخت بينة على أن الكل لها، ولأخيها، سمعت بينتها، وثبت حق الأخ.

(١) في: ز "بينه له".

(٢) في: ز "لقد".

(٣) "وهو" ليست في: ظ.

(٤) في: ز "ملكه".

(٥) جملة فارسية: معناها: " . . . بالحمام وسرا وحكاياتها دار اؤها، واحتياجاتها بالخارج". انظر:

هامش العزيز ٢٨٩/١٣.

(٦) "لا يجعل" ليست في: أ.

(٧) في: أ، ب، ظ "الملك والوقف".

م [الثلاثة والأربعون] وإن من حبسه القاضي لم يجز إطلاقه إلا برضا خصمه، أو بثبوت^(١) إعدامه، وإذا ثبت أطلقه، وإن لم يرض الخصم، وإذا^(٢) أطلقه برضا الخصم فأراد إقامة البينة على إعدامه، لم تسمع، لأنه لا حبس عليه، والحالة هذه بخلاف ما إذا كان مستحقاً عليه.

وإن حق^(٣) إجراء الماء في أرض الغير، أو على سطحه، أو طرح الثلج في ملكه، تجوز الشهادة عليه إذا رآه مدة مديدة من غير مانع^(٤)، ولا يكفي أن يقول: رأينا ذلك سنين، وإن كان ذلك مستنداً شهادتهم.

م [الرابعة والأربعون] سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي: عن رجلين تنازعا في حصة: ادعى أحدهما: أنها ملك له، وأقام بينة^(٥) عليه، وادعى الآخر أنها وقف عليه^(٦)، ولم يُقَمَّ عليه بينة، فحكم الحاكم لمدعي الملك، ثم تنازع فيها مدعي الملك، وآخر يدعي وقفها^(٧)، فأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك فيها، وأقام مدعي الوقف البينة على الوقفية، فرجح الحاكم^(٨) بينة الملك ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به يتقدم على الوقف الذي لم يحكم به، ثم تنازع مدعي الملك فيها مع آخر يدعي وقفها^(٩)، وأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك، وتقديم جانبه، وأقام الآخر البينة على أن الوقف الذي يدعيه، قد قضي بصحته قبل الحكم بالملك وترجيحه^(١٠) على الوقف، هل يرتد^(١١) حكم الحاكم بذلك، فقال: نعم، يقدم الحكم بالوقف على الحكم

(١) في: ب، ظ "ثبوت".

(٢) في: ب "وإن".

(٣) في: أ، ز "عليه بينة".

(٤) انظر هامش العزيز ٢٩٠/١٣.

(٥) في: أ، ز "عليه بينة".

(٦) "عليه" ليست في: أ، ظ.

(٧) في: أ "أوقفتها".

(٨) في: ظ "فرجح".

(٩) في: ظ "وقفتها".

(١٠) في: ظ "مترجحة".

(١١) في: ب "يرتد".

بالملك^(١)، وينقض الحكم بالوقف للحكم بالملك.

م [الخامسة والأربعون] وسئل عن من اشترى ضيعة، وبقيت في يده مدة، فخرجت الضيعة وقفاً وانتزعت، هل عليه أجره المثل للمدة التي كانت في يده؟ فقال: نعم.

م [السادسة والأربعون] وسئل عن رجل وقف ملكاً، وأقر أن حاكماً حكم بصحته، ولم يسم الحاكم، ولا عينه، ثم رجع عنه، ورفع الأمر إلى حاكم^(٢) يرى جواز الرجوع. هل له الحكم بنفوذ الرجوع؟ فقال: لا.

م [السابعة والأربعون] وفي فتاوى صاحب "الكتاب": أنه إذا ادعى داراً في يد غيره، فقال المدعى عليه: اشتريتها من زيد فأقام المدعي بينة على إقرار^(٣) زيد له بالدار قبل البيع، ولم يعرف^(٤) التاريخ، فقال^(٥): تقرر الدار في يد المدعى عليه.

م [الثامنة والأربعون] وأنه إذا خرج المبيع مستحقاً، فادعى المشتري الثمن على البائع، وقال: سلمته إليه في مجلس العقد، فأنكر وأراد إقامة البينة على أنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس^(٦) العقد، لم تسمع هذه البينة، لأنها على النفي، وإنما تسمع البينة على النفي في^(٧) مواضع الحاجة، كالإعسار، وقد يقع التسليم على غفلة منه في لحظة يسيرة.

م [التاسعة والأربعون] وأنه إذا ادعت المرأة: أنه نكحها^(٨)، ثم طلقها، وطلبت شطر الصداق، أو أنها زوجة فلان الميت، وطلبت الميراث، فمقصودها المال، فيثبت بشاهد ويمين، وبرجل^(٩) وامرأتين.

(١) انظر: هامش العزيز ١٣/١٩١.

(٢) في: أ "الحاكم".

(٣) في: أ "إقراره".

(٤) في: ظ "وجهل".

(٥) "فقال" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: ز "في مجلس العقد شيئاً".

(٧) "وإنما تسمع البينة على النفي في" ليست في: أ.

(٨) في: أ "أنها".

(٩) في: أ، ب، ظ "وبشاهد".

م [الخمسون] وفي فتاوى الشيخ الحسين الفراء: أنه إذا ادعى رجل نكاح امرأة، فأقرت^(١) بأنها زوجته منذ سنة، ثم جاء، وأقام بينة أنها زوجته، نكحها منذ شهر، يُحكم للمقر له، لأنه قد يثبت بإقرارها النكاح الأول^(٢)، فما لم يثبت الطلاق، لا حكم لنكاح^(٣) الثاني.

م [الحادية الخمسون] وأنه إذا تحاكم رجل، ومراة بكر، إلى فقيه ليزوجها منه، وجوزنا التحكيم فيه، فقال المحكم: حكمتني لأزوجك من هذا، فسكتت، كان سكوتها إذناً. كما لو استأذنها الولي، فسكتت.

م [الثانية والخمسون] وأنه إذا حضر عند القاضي رجل وامراة، واستدعت^(٤) تزويجها من الرجل، وذكرت أنها زوجة فلان، فطلقها، أو مات عنها، فلا يزوجها القاضي ما لم تقم /حجة على الطلاق، أو الموت، لأنها أقرت بالنكاح لفلان .

ز/٥٩٩

م [الثالثة والخمسون] وعن ابن القاص أن من أنكر^(٥) الحلف بالطلاق الثلاث، يحلف أنه ما قال لها: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثاً، ولا هي بائن منه بثلاث. وعن الشيخ أبي زيد: أنه يكفيها الاقتصار على أنها لم تبين منه بثلاث.

ووجه الأول، بأنه قد يحلف متأولاً على قول حجاج بن أرطاة^(٦)، ومن تابعه: إن الطلاقات الثلاث لاتقع بمجموعة، أو على قول من يصحح اليمين الدائرة، فيشدد عليه ليتعرض^(٧) للحادثة.

(١) في: أ، ب، ظ "فأقر".

(٢) في: أ، ب "لأول".

(٣) في: ب، ظ "للكاح".

(٤) في: أ "فاستدعت".

(٥) في: ز "نكر".

(٦) مكرر: هو حجاج بن أرطاة ابن تورين بن هبيرة.. النخعي الكوفي أبو أرطاة الفقيه أحد الأئمة في

الحديث والفقه- من تابعي التابعين كان بارعاً في الحفظ والعلم سمع عطاء والشعي والزهرري وغيرهم من التابعين، وروى عنه محمد بن إسحاق وهو تابعي وغيره.

انظر: ترجمته تهذيب الأسماء واللغات ١/١٥٢. ١٥٣.

(٧) في: ظ "ليعرض الحادثة".

ويجوز أن يقال: يُنظر إلى جوابه إذا ادعت الطلاق، فإن قال: لم تبني مني، كفاه اليمين عليه.

وإن قال: لم أحلف بطلاقها، حلف عليه.

م [الرابعة والخمسون] حكى القاضي أبوسعدي العبادي^(١): أن من ادعى عليه وديعة، فقال: لا يلزمي دفع شيء إليه لم يكن هذا جواباً، لأن المودع لا يلزمه الدفع إنما عليه^(٢) التخلية.

والجواب الصحيح، أن ينكر أصل الإيداع، أو يقول: هلكت في يدي، أو ردتها؛ وهذا يخالف ظاهر^(٣) كلام الأئمة، ألا ترى أنا نقول: فيمن جحد الوديعة، فقامت بينة على الإيداع، فادعى تلفاً، أو رداً قبل الجحود^(٤)، ينظر: إن كانت^(٥) صيغة جحوده، إنكار أصل الوديعة، فالحكم كذا، وإن كانت صيغة جحوده: لا يلزمي^(٦) تسليم شيء إليك، فالحكم كذا؟ فيما أن يقدر خلاف، أو يؤول ما أطلقوه^(٧).

م [الخامسة والخمسون] وأنه لو أقام بينة أنه أجير فلان لحفظ سفينته هذه بعشرة دراهم، وأقام صاحب السفينة بينة: أنه أجرها منه بعشرة دراهم، فالبينتان متعارضتان^(٨). وعن أبي حنيفة: أن بينة الأجير أولى.

م [السادسة والخمسون] وأنه لو شهد شاهدان بأن الكلب ولغ في هذا الإناء،

(١) في: أ "عن أبي عاصم".

(٢) في: ظ "إنما يلزمه".

(٣) "ظاهر" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "المجحد".

(٥) في: ظ "وكان".

(٦) في: أ، ظ "أن".

(٧) قال النووي في الروضة ١٢ / "الذي قاله ابن القاص صحيح، وتأويل كلامهم متعين، وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ، فحكمه كذا، لأن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب. والله أعلم.

(٨) في: ظ "متعارضتان".

ولم يبلغ في^(١) هذا، وآخرا على ضد ذلك، تتعارض البيتان، ولو لم يقولوا: لم يبلغ في هذا الإناء^(٢)، فالإنان نجسان، وهذه شهادة إثبات، ونفي. ويمكن أن يصور التعارض من غير التعرض للنفي، بأن يعينا^(٣) وقتاً لا يمكن فيه إلا ولوغ واحداً.

م [السابعة والخمسون] وأنه لو شهد شاهدان بالقتل على رجل في وقت معين، وآخرا: بأنه لم يقتل في ذلك الوقت، لأنه كان معنا^(٤) ولم يغب عنا تتعارض البيتان.

قد سبق من نظائر هذا ما يخالفه.

وأن من أراد أن يدعي، ويقيم البيئة من غير أن يعترف للمدعى عليه باليد، فطريقه أن يقول: الموضع الفلاني ملكي، وهذا يمنعني منه تعدياً، فمرة يمكنني^(٥) منه.

-
- (١) "في" ليست في: ز.
 (٢) "الإناء" ليست في: أ.
 (٣) في: ظ "عيناً".
 (٤) في: أ "معيناً".
 (٥) في: أ "يمكنني".

[قال الرافعي] الباب الثاني: في دعوى النسب وإلحاق القائف^(١).

قال في الصحاح^(٢) الدعوة بالكسر في النسب، والدعوة إلى الطعام بالفتح. وهو في الأصل مصدر يريدون الدعاء إلى الطعام.

وهذا أكثر كلام العرب. ومنهم من يفتح الدال في النسب ويكسرهما في الطعام^(٣).

(قال حجة الإسلام^(٤) [الغزالي] رحمه الله: وله أركان الأول المستلحق، ويصح استلحاق الحرّ، والعبد، والمعتق، وفي العبد، والمعتق، وجّة أنه لا يثبت نسبه بمجرد الدعوة^(٥)، لما فيه من قطع الولاء، ويصح استلحاق المرأة في أحد الوجهين، وفي وجه ثالث لا تصح إلا إذا كانت خلية عن الزوج).

[فصل: في أدلة مشروعية القيافة واعتبار قول القائف]

[قال الرافعي] معظم مقصود الباب، الكلام في القائف، وشرطه. فأما الاستلحاق وما يعتبر فيه في^(٦) المستلحق، والمستلحق^(٧)، فالقول فيها^(٨)، قد مرّ بعضه في كتاب اللقيط^(٩)، وأكثره في باب الإقرار بالنسب^(١٠).

(١) القائف لغة: متبع الأثر، والجمع قافة، كبائع وباعه. انظر: المصباح المنير ٥١٩/٢. سمي بذلك لأنه يقفو الأشياء، وشرعا: "من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك" مغني المحتاج ٤٨٨/٤.

(٢) في: أ "الصحيح" وهو خطأ.

(٣) انظر: مقاييس اللغة ٢٧٩/٢ و ٢٨٠، لسان العرب ٣٥٩/٤، مادة الدعوى. والمصباح المنير ١٩٥/١ - ١٩٦.

(٤) "حجة الإسلام" ليست في: ز. وفي: ظ "قال الإمام المصنف".

(٥) في: ظ "الدعوى".

(٦) في: أ "ففي".

(٧) "في المستلحق والمستلحق" ليست في: ظ.

(٨) في: ز "فيه".

(٩) انظر: الوجيز ٢٥٧/١ و ٢٥٨ والعزير ٤١١/٦ وما بعدها.

(١٠) انظر: الوجيز ٢٠٢/١، والعزير ٣٥٢/٥.

وصدّر الشافعي - رضي الله عنه - الكلام في^(١) القيافة بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه. فقال: ألم تري أنّ مُحزّزاً المدلجي^(٢) نظر إلى أسامة وزيد عليهما قطيفةٌ قد غطيا رؤوسَهُما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض^(٣).

ثم احتج بعد الرواية فقال:

لو لم تكن القيافة علماً، ولم يكن لها اعتبار أو^(٤) عليها^(٥) اعتماداً، لمنعه من المجازفة.

وقال له^(٦): لا تقل مثل هذا، فإنك إن أصبت في شيءٍ أخطأت في غيره، وكان في خطابك قذفٌ محصنةٌ ونفي نسب.

والنبي ﷺ: لا يُقرُّ إلا على الحقِّ، ولا يُسرُّ إلا بالحقِّ.

قال الأئمة: وسبب سروره بما قال مجزّز: أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة، لأنه كان طويلاً، أقنى الأنف، أسود، وكان زيداً قصيراً، أخنس الأنف، بين السواد والبياض، وقصد بعض المنافقين بالطعن مغايظة رسول الله ﷺ، لأنهما كانا حبيبه. فلما قال المدلجي ذلك، وهو لا يرى إلا أقدامهما، سرّ به.

وروي أن عمر رضي الله عنه. دعا قائفاً في رجلين ادعيا مولوداً^(٧). وشك أنس

(١) انظر: الأم ٢٤٧/٦، والمختصر ص ٣١٧، والحاوي ٤١٢/٢١.

(٢) هو: محرز بن الأعور بن جعدة ٠٠٠ الكناني المدلجي. كان عارفاً بالقيافة. حكى عنه النبي ﷺ قوله لما رأى زيد بن حارثة وأسامه بن زيد ٠٠٠ الحديث" الذي أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما وأصحاب السنن وأحمد وغيرهم.

انظر: تهذيب التهذيب ٤٢/١٠ و ٤٣، ومسلم بشرح النووي ٤٠/١٠.

(٣) الحديث أخرجه البخاري ٢١٣/٤، كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ ومسلم بشرح النووي ٤٠/١٠ و ٤٢، من كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(٤) في: أ "و" وفي: ب "ولا".

(٥) "أو عليها" ليست في: ظ.

(٦) "وقال له" ليست في: ظ.

(٧) "روي أن عمر - رضي الله عنه ٠٠٠" قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١١/٤ "٠٠٠" الشافعي والبيهقي بسند صحيح إلى عروة: أن عمر دعا قائفاً، فذكره، وعروة عن عمر منقطع".

ابن مالك - رضي الله عنه - في ابن له، فدعا له القائف^(١)

وساعدنا مالك^(٢)، وأحمد^(٣) - فيما روى الشيخ أبو حامد على اعتبار قول القائف، وقال أبو حنيفة^(٤): لا اعتبار به.

ومما يتعجب منه في شأن القيافة^(٥)، ما حكى الصيدلاني، وغيره، عن القفال، عن الشيخ أبي زيد عن ابن إسحاق قال: كان لي جارٌ ببغداد، له مالٌ، ويسارٌ، وكان له ابنٌ يضرب إلى السواد، ولون الرجل لا يشبهه، فكان^(٦) يعرضُ بأنه ليس منه.

قال: فأتاني، وقال: عزمت على الحج، وأكثر قصدي أن استصحب ابني، وأريه بعض القافة، فنهيته، وقلت: لعل القائف يقول بعض ما تكره، وليس لك ابن غيره، فلم ينته، وخرج فلما رجع قال لي: إني^(٧) استحضرتُ مدلياً، وأمرت بعرضه عليه في عدة رجال، كان فيهم الذي يرمى بأنه منه، وكان معنا في الرفقة، وغبت عن المجلس^(٨) فنظر القائف فيهم، فلم^(٩) يلحقه بأحدهم، فأخبرتُ بذلك، وقيل لي: احضر، فلعله/ يلحقه ٦٠٨/ز بك، فأقبلت على ناقةٍ يقودها عبدٌ لنا أسودٌ كبير، فلما وقع نصره علينا قال: الله أكبر، ذاك الراكب أبو هذا الغلام، والقائد الأسود أبو الراكب، فغشيتُ عليَّ من صعوبة

= انظر: الأم ٢٤٧/٦ باب دعوى الولد - والبيهقي ٤٤٤/١٠، من كتاب الدعوى والبيئات، باب القافة ودعوى الولد.

(١) "حديث أنس بن مالك: شك في ابن له، فدعا القائف" قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١١/٤ "الشافعي وابن أبي شيبة من رواية حميد عن أنس" وانظر: الأم ٢٤٧/٦، باب دعوى الولد.

وانظر: السنن الكبرى للبيهقي ٤٤٧/١٠، كتاب الدعوى والبيئات، باب القافة ودعوى الولد.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٢٢، ومواهب الجليل ٢٤٧/٥.

(٣) انظر: المقنع ص ١٦١.

(٤) انظر: الهداية ١٧٨/٣.

(٥) انظر: الحاوي ٢١٤/٢١، وما بعدها، والوسيط ٤٥٣/٧، والروضة ١٠١/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٨/٤.

(٦) في: أ "وكان".

(٧) "إني" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) "كان فيهم الذي . . . وغبت عن المجلس" ليست في: ظ.

(٩) في: ز "ولم".

ما سمعت، ولما رجعت ألححتُ على والدتي لتخبرني، فأخبرتني: أن أبي طلقها ثلاثاً، ثم ندم، فأمر هذا العبد بنكاحها للتحليل، ففعل، فعَلَقْتُ منه، وكان ذا مال كثير قد بلغ الكبر، وليس له ولدٌ فاستلحقه ونكحني ثانية.

وقوله في الكتاب "وله ثلاثة أركان" أي للباب بترجمته، ولا يَحْسُنُ رد الكتابة إلى إلحاق القائف، لأنه جعل أحد^(١) الأركان المستلحق، والاستلحاق لا^(٢) يشترط في إلحاق القائف، بل الولد قد يعرض على القائف، ويلحقه القائف من غير استلحاق على ما سيأتي.

والاستلحاق لا يجوز إلى إلحاق القائف في الأغلب.

[فصل: الركن الأول في المستلحق وما يعتبر فيه].

وهل يعتبر في المستلحق الحرية؟ فيه خلاف قد ذكرناه في باب "اللقيط".

والأصح^(٣): أنه لا يعتبر بل يصح استلحاق العبد كاستلحاق الحر.

ويجري الخلاف في العتق بالترتيب، وكيف الترتيب؟ ذكرنا في "اللقيط" أن المعتق أولى، بأن يصح استلحاقه، لأنه قادرٌ على النكاح، والتسري استقلالاً. ومنهم من عكس وقال: استلحاقه أولى بالمنع، لأن الولاء حاصلٌ عليه في الحال، وهو بالاستلحاق يقطعه، والعبد لا ولاء عليه في الحال.

وقوله "وفي العبد، والمعتق وجه".

المشهور في المسألة اختلاف القول لا اختلاف الوجه.

ويمكن أن يُعَلَمَ بالواو، لطريقتين ذكرناهما في "باب اللقيط".

وقوله: "لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى"^(٤) يعني أنه لا يكفي الاستلحاق^(٥) وحده،

(١) "جعل أحداً" ليست في: أ.

(٢) في: أ "ولا".

(٣) انظر: الوجيز ٢٥٨/١، والعزير ٤٢٠/٦.

(٤) في: ز، ط "الدعوة".

(٥) في: ب "للاستلحاق".

بل لا بد من ظهور نكاح أو وطءٍ شبهة ليثبت النسبُ.

وهل تشترط الذكورة في المستلحق أم يصح استلحاق المرأة؟ فيه ثلاثة أوجه^(١) قد ذكرها في اللقيط، وهي مكررة هاهنا.

(قال [الغزالي]: الركن الثاني: الملحق: وهو كل مدلجي مجربٍ أهلٍ للشهادة وفي غير المدلجي إذا تعلّم^(٢) القيافة وجهان. وتجربته بأن يُعرَض ولد^(٣) بين ثلاثة أصناف من النسوة ليست فيهن أمُّه، ثم في صنف رابع فيهن أمُّه، فإن أصاب في الكل قُبِلَ قوله بعد ذلك، والصحيح: أنه يشترط في القائف الذكورة والحرية، ولا يشترط العدد).

[فصل: الركن الثاني في الملحق وما يعتبر فيه من صفات]

[قال الرافي] الملحق: هو القائف، ولتكن فيه صفات.

منها: ما اتفقوا على اعتبارها، ومنها ما اختلفوا فيه.

فمنها: كونه مدلياً، وفيه وجهان أحدهما: أنه شرط^(٤)، لأن الصحابة رضي الله عنهم - رجعوا إلى بني مدليج دون سائر الناس^(٥)، وقد يَخُصُّ الله تعالى جماعة بنوع من المناصب والفضائل، كما خصَّ قريشاً بالإمامة.

والثاني: أنه ليس بشرطٍ، وسائر الناس من العرب، والعجم، يشاركونهم فيه، لأن القيافة نوع من العلم، فمن تعلمه، عمل بعلمه.

والأول: الأصح عند الإمام، وصاحب الكتاب^(٦).

والثاني: أصح عند العراقيين، وأكثر الأصحاب.

(١) "أظهرها: المنع". انظر: العزيز ٤١٣/٦ و ٤١٤.

(٢) في: ز "علم".

(٣) في: ظ "ولد ولد".

(٤) في: ظ "يشترط".

(٥) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١١/٤ "قوله: يروى عن الصحابة أنهم رجعوا إلى بني مدليج، دون سائر الناس. لم أجد له أصلاً".

(٦) انظر: الوجيز ٢٧٢/٢، والروضة ١٠١/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٨/٤.

وبنو مدلج على ما ذكر القاضي ابن كج: بَطْنٌ من خزاعة، ويقال: من (١) أسدٍ.
ومنها: كونه مجرباً، فمن لم يُعرف علمه في هذا النوع، لا يعتمد قوله، كما أن من
لم يُعرف علمه بالأحكام، لا يجعل قاضياً.

وكيفية تجربته (٢) التي أوردتها في "الكتاب" (٣): أن يُعرض عليه ولدٌ في نسوة ليست
فيهن أمه، ثم في نسوة ليست فيهن أمه، ثم في نسوة ليست (٤) فيهن أمه (٥)، ثم في صنف
رابع فيهن أمه، فإذا أصاب الكل قَبْلَ قوله بعد ذلك. وفي هذه الكيفية شيئان (٦):
أحدهما: عرض الأم، وهل تختص التجربة بالأم أم يجوز أن يعرض عليه المولود
مع أبيه؟ فيه وجهان:

الذي ذكره القفال، وأورده صاحب "التهذيب" الاختصاص، وامتناع التجربة
بالأب، لأن لحوق الولد بالأب، لا يعلم يقيناً. وهذا ما يوافق (٧) سياق الكتاب.
وأشبههما: وبه أجاب العراقيون، وغيرهم: أنه تجوز التجربة بعرض الولد عليه مع
أبيه، إلا أن العرض مع الأم أولى.

وحكوا هذا عن نصه - رضي الله عنه - في "الأم" (٨).

والثاني: تكرير العرض ثلاثاً.

واختلف الناقلون فيه، فمنهم من قال: يعرض عليه مولود مع أبيه في الرجال، أو
مع أمه في نسوة فيقال: ألحقه (٩) بأمه، أو يعرض عليه أولاد نسوة وامرأة منهن، فيقال:

(١) والثاني: أصح عند العراقيين . . . ويقال: من أسد" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ "تجربتها".

(٣) "الكتاب" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "ليس".

(٥) "ثم في نسوة . . . فهن أمه" ليست في: ز.

(٦) في: ز "وجهان".

(٧) في: ب "يوافق". وفي: ظ "لايوافق".

(٨) انظر: ٢٤٧/٦.

(٩) في: أ، ظ "التحق".

ألحق ولدها بها^(١)، ولم يشترطوا التكرير.

ومنهم من قال: لا يكفي العرض مرة واحدة، فإنه قد يصيب فيها اتفاقاً، ولكن يعرض عليه ثلاث مرات، وإليه ذهب الشيخ أبو حامد، وأصحابه. وذكر الإمام: أنه لا معنى لاعتبار التكرار ثلاثاً، بل المعتبر غلبه الظن بأن ما يقوله يقوله عن خبرة، وبصيرة، لا عن وفاق.

والظن قد يحصل بما دون الثلاث. وهذا كالتوسط بين الوجهين الأولين. وإذا حصلت التجربة اعتمد على إلحاقه^(٢)، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق.

ومنها: أهلية الشهادة، فيجب أن يكون القائف مسلماً، عاقلاً، بالغاً عدلاً.

وفي اشتراط الحرية، والذكورة وجهان:

أصحهما: الاشتراط كما في القاضي.

والثاني: يجوز الرجوع إلى العبد، والمرأة، كما في الفتوى وبناهما في "الإبانة" على أن القيافة، كالحكم، أو كالقسمة؟ ووجه مشابتهما القسمة، اشتغالها على التمييز بالنفي، والإثبات. وإنما يتصور فرض الرق في القائف على تقدير اختصاص القيافة ببني مدلج، إذا جوزنا استرقاق العرب، وإلا فالمدلجي لا يكون إلا حراً.

وذكر القاضي ابن كج بناءً على اعتبار أهلية الشهادة، أن قيافة الأعمى، والأخرس، لا تجوز.

وأنه إذا كان القائف ابن^(٣) أحد المتداعيين.

فإن ألحق الولد بغير أبيه قبل، وإن ألحقه بأبيه لم يقبل.

وإذا كان بين القائف وأحدهما عداوة، فإن ألحقه بالعدو قبل.

وإن ألحقه بغير العدو/ لم تقبل، لأنها كالشهادة على العدو. وفي اشتراط العدد ٦٠١/ز

وجهان:

(١) في: أ، ب، ظ "به".

(٢) في: أ، ب، ظ "الحاقاته".

(٣) في: ظ "أبو".

أحدهما: أنه لا بد من قائنين كما في التزكية^(١)، والتقويم.
وأصحهما: الاكتفاء بقول الواحد، كما في القضاء والفتوى.
ويحكى هذا عن نصح - رضي الله عنه - في "الأم"^(٢). وربما احتج له بحديث
المدلجي.

ولو كان القاضي قائفاً، فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء^(٣) بالعلم.
[قال [الغزالي]: الركن الثالث: محل العرض على القائف، فالمولود إذا تداعاه
اثنان^(٤) لم يلحقهما، بل يعرض على القائف إذا كان كونه^(٥) منهما ممكناً شرعاً،
وذلك بأن يظاً في طهر واحد، فإن وطء الثاني بعد تخلل حيضة انقطع الإمكان عن
الأول، إلا أن يكون الأول^(٦) زوجاً في نكاح صحيح، فإن كان في نكاح فاسدٍ، ففي
انقطاع إمكانه قولان^(٧)].

[فصل: الركن الثالث: في وقت عرض الولد على القائف]

[قال الرافعي] المقصود الآن بيان أن الولد متى يعرض على القائف؟ وله
موضعان:

أحدهما: أن يتداعى اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط وغيره، فيعرض على القائف
على ما سبق شرحه في "اللقيط"^(٨)

(١) في: أ "التركة".

(٢) انظر: الأم ٢٤٧/٦، المختصر ص ٣١٧، الحاوي ٤١٢/٢١.

(٣) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، والعزیز ٤٨٦/١٢.

(٤) في: ظ "شخصان".

(٥) "كونه" ليست في: ظ.

(٦) "الأول" ليست في: أ.

(٧) في: ظ "وجهان".

(٨) انظر: ٢٥٧/١، والعزیز ٤١٤/٦ و ٤١٥.

والثاني: أن يشترك اثنان، فصاعداً في وطيء امرأة فأنت بولد لزمان يمكن أن يكون منهما، وادعاه كل واحدٍ منهما، فيعرض على القائف، وعند أبي حنيفة^(١) في أحد الموضوعين يلحق الولد بهما، أو بهم، ولا اعتبار بقول القائف.

واحتج الأصحاب، لاعتبار قول القائف بما سبق^(٢)، ولامتناع الإلحاق باثنين فصاعداً، بأن الولد لا ينعقد من ماء شخصين، لأن الوطاء لا بد من أن يكون على التعاقب.

وإذا اجتمع ماء الأول، مع ماء المرأة، وانعقد الولد منه، حصلت عليه غشاوة تمنع من اختلاط ماء الثاني بماء الأول ومائها.

وأيضاً^(٣) فإنه لو تداعى^(٤) الولد مسلم وكافر، لا يلحق^(٥) بهما بالاتفاق، فكذلك^(٦) إذا تداعاه مسلمان.

[فصل: في كيفية الاشتراك في الوطاء]

ثم الاشتراك في الوطاء على الوجه المذكور، يُفرض من وجوه:

منها: أن يطأها^(٧) كل واحد منهما بالشبهة، بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته، أو أمته.

ولو كانت في نكاح صحيح فوطئت بالشبهة، فعن "القاضي أبي الطيب". وهو الذي أورده صاحب "الشامل": أن الولد يلحق بالزوج، لأنها فراشه، والفراش^(٨) أقوى من الشبهة، كما أنه إذا طلقها زوجها وانقضت عدتها، ونكحها زوج آخر، فأنت بولد يُلحق بالثاني، وإن أمكن أن يكون من الأول، لأنها فراش الثاني.

(١) انظر: الهداية ١٧٨/٣.

(٢) انظر: ص ٩١٥-٩١٦.

(٣) "وأيضاً" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "ادعى".

(٥) في: ظ "لا يلحق الولد".

(٦) في: أ، ظ "فكذا".

(٧) في: ب "يطأ".

(٨) في: ظ "القولين".

والأظهر على ما ذكره القاضي الروياني، وغيره، وهو الذي أورده الإمام: أنه لا يتعين الزوج للإلحاق، بل الموضع موضع الاشتباه، والعرض على القائف. وليس كالصورة المستشهد بها، لأن العدة أمانة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول، وهاهنا بخلافه.

ومنها: أن يطأ الرجل زوجته في النكاح الصحيح، ثم يطلقها، فيطأها غيره بالشبهة، أو في النكاح الفاسد، بأن ينكحها في العدة، وهو جاهل بكونها في العدة.

وعن مالك^(١) أن الولد يلحق بالزوج، لأنه وطئ في نكاح صحيح فهو أقوى جانباً، حكاه ابن الصباغ عنه.

ومن قال بهذا: وقد طلقها الزوج، فأولى أن يقول به، والنكاح مستمر بينهما.

ومنها: أن يطأها^(٢) كل واحد منهما في نكاح فاسد.

ومنها: أن يطأ الشريكان الجارية المشتركة بينهما.

ومنها: أن يطأ أمته، ويبيعها، فيطأها المشتري.

ولم يستبرء واحد منهما.

فإذا وطئ اثنان على بعض هذه التصويرات في طهر واحد، وأتت المرأة بولد لأقل من أربع سنين، وأكثر^(٣) من ستة أشهر من الوطئين، وادعياه جميعاً روجع القائف.

وإن تخلل بين الوطئين حيضة فهي أمانة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول، فيقطع تعلقه، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح.

والثاني: واطئاً بالشبهة، أو في نكاح فاسد، فلا ينقطع تعلق الأول، لأن إمكان

الوطء مع فراش النكاح قائم مقام^(٤) نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة.

وإن كان الأول زوجاً في نكاح فاسد، ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة^(٥)

(١) انظر: مواهب الجليل ٢٤٩/٥.

(٢) في: ب "يطأ".

(٣) في: أ "أو أقل".

(٤) في: ظ "قام".

(٥) "وإن كان الأول . . الحيضة" ليست في: أ.

قولان:

أحدهما: أنه^(١) كالنكاح الصحيح.

وأظهرهما: خلافه، لأن المرأة في النكاح الفاسد، لا تصير فراشاً ما لم توجد حقيقة الوطاء.

هكذا نقل الصورتين الإمام، وصاحب الكتاب.

ولا فرق بين أن يكون المتداعيان مسلمين، أو أحدهما مسلماً، والآخر ذمياً، ولا بين أن يكونا حرين، أو أحدهما حراً، والآخر عبداً. على ما سبق في "اللقيط"^(٢)، وكذلك لا فرق بين أن يكون الواطنان مسلمين و^(٣)حرين، أو مختلفي الحال والله أعلم.

[قال [الغزالي]: وإن^(٤) ادعى نسب مولودٍ صغير في يده لحقه، فإن بلغ فانتفى عنه هل يقبل؟ فيه قولان، وإن ادعى نسب بالغ، فأنكر لم يلحقه، وإن ألحقه القائف، وإن سكت ألحقه القائف، وإن أقر فلا حاجة إلى قائف^(٥). ومن ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً بالشبهة، لم يقبل وإن وافقه الزوجان، بل لا بد من بينة على الوطاء لحق^(٦) المولود، وإن تداعيا صبياً، وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة، ومن استلحق، وأنكرت^(٧) زوجته ولادته، فهل يلحقها بمجرد دعوى الأب؟ فيه وجهان).

[فصل: في استلحاق الصبي المجهول أو البالغ وغير ذلك]

[قال الرافعي] في الفصل صورة مكررة، وغير مكررة، فمن المكررة: استلحق صبياً مجهولاً في يده، أو لا في يده، وألحقناه به، ثم بلغ وانتفى عنه، هل يندفع نسبه؟

(١) "أنه" ليست في: ز.

(٢) انظر: الوجيز ٢٥٧/١، والعزیز ٤١١/٦ وما بعدها.

(٣) في: ظ "أو".

(٤) ورد في الوجيز ٢٧٤/٢ "وإن انفرد بدعوة".

(٥) في: ظ "للقائف".

(٦) في: أ "الحق".

(٧) في: ز "فانكرت".

قال: فيه قولان.

والمسألة مشهورة بالوجهين، وقد ذكرها مرة في الإقرار^(١)، وأخرى في اللقيط^(٢).
ومنها: استلحق بالغا^(٣) فأنكر، لا^(٤) يلحقه، وقد أوردتها في البابين المذكورين
أيضا / وإلحاق القائف، والحالة هذه ليس بحجة عليه، وإن سكت البالغ، فقد ذكر ٦٠٢/ز
صاحب الكتاب^(٥): أنه يلحقه القائف. وهذا لم أجده لغيره: وليس هناك إلا واحد
يدعيه.

نعم. لو ادعاه اثنان^(٦) في مواضع الاشتباه، وهو ساكت^(٧)، يُعرضُ على القائف.
وكذلك ذكره في "الوسيط"^(٨) قال^(٩): فإن وافق أحدهما لحقه، ولا يقبل قول القائف
على خلافه.

ومنها: لو تداعى اثنان صبياً مجهولاً، فقد أطلق هاهنا أنه يلحق بصاحب اليد.
كذلك نقله القاضي الروياني عن القفال، والأشبه بالمذهب، تفصيل ذكره في
"اللقيط"، وهو أنه إن كانت^(١٠) يده عن التقاط لم يؤثر، وإن لم تكن عن التقاط^(١١)،
فيقدم صاحب اليد، إن تقدم استلحاقه على استلحاق الآخر، وإلا فوجهان.

[فصل: في استلحاق مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة]

وأما غير المكرر فصورتان: إحداهما: إذا ادعى نسب مولود على فراش غيره،
بسبب وطء شبهة اتفق، فإن قلنا: إن وطء الشبهة إذا كانت المرأة فراشا للزوج، لا أثر
له، والولد يلحق^(١٢) بالزوج، فلا اعتبار بقوله.

(١) انظر: الوجيز ٢٠٢/١، والعزیز ٣٥٢/٥ و ٣٥٣.

(٢) انظر: الوجيز ٢٥٧/١، والعزیز ٤١١/٦ و ٤١٢.

(٣) في: ز "اللقيط بالغا".

(٤) في: أ "فلا".

(٥) انظر: الوجيز ٢٧٣/٢.

(٦) في: ظ "إنسان في".

(٧) "وهو ساكت" ليست في: ظ.

(٨) انظر: ٤٥٦/٧.

(٩) "قال" ليست في: ظ.

(١٠) في: أ، ب، ظ "كان".

(١١) "وإن لم تكن عن التقاط" ليست في: ظ.

(١٢) في: أ، ز "ملحق".

وإن جعلناه مؤثراً، فلا يكفي اتفاق الزوجين عليه، بل لابد من البيئة على الوطاء، لأن للمولود حقاً في النسب، واتفاقهما ليس بحجة عليه.

فإذا قامت البيئة عرض على القائف، فإن كان المدعي نسبةً بالغاً، واعترف بجران وطاء الشبهة وجب أن يكفي.

والثانية: إذا استلحق مجهولاً، وله زوجة، فأنكرت ولادته، فهل يلحقها باستلحاقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن ولده منها ظاهراً.

وأصحهما: المنع^(١)، لجواز أنه من وطاء شبهة، أو زوجة أخرى، وهما كوجهين ذكرناهما في اللقيط^(٢)، في أن المرأة إذا استلحقت، وقبلنا استلحاقها، فهل يلحق الولد زوجها؟ ولو استلحق مجهولاً، وله زوجة فأنكرت ولادته، واستلحقته^(٣) امرأة لها زوج، فأنكره، حكى في "الوسيط"^(٤): فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن أمه التي استلحقها دون المنكرة، وربما اتفق بينها، وبين صاحب اليد وطاءً شبهة.

والثاني: أن أمه زوجة صاحب اليد، فإنها فراش زوجها.

والثالث: يُعرض على القائف فأيتهما ألحقه بها، فهي أمه.

ولو كانت الصورة بحالها، وأقام كل واحدٍ بيئة، فعن ابن سريج: أربعة أوجه:

أحدها: أن بيئة الرجل^(٥) أولى لأننا لو ألحقناه بالمرأة لالتحق بالزوج مع إنكاره فيصير الرجل تبعاً للمرأة، ثم إذا ألحقه لحق امرأته.

(١) انظر: الروضة ١٢/١٠٤، ومغني المحتاج ٤/٤٨٩.

(٢) انظر: الوجيز ١/٢٥٧، والعزيز ٦/٤١٢.

(٣) في: أ، ب، ظ "استلحقه".

(٤) انظر: ٧/٤٥٦.

(٥) في: ب "الداخل".

والثاني: بينة المرأة أولى^(١)، لأن ولادتها محسوسة، ثم لا يلزم من أن يلحقها، أن يلحق زوجها.

والثالث: أنهما يتعارضان^(٢). والرابع: أنه يُعرض على القائف، فإن ألحق الولد بالرجل لحقه، ولحق زوجته، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها.

حكى الأوجه هكذا القاضي الروياني. وعن رواية الصيدلاني.

قال [الغزالي] وإن^(٣) لم يجد^(٤) قائفًا، أو تحير، فإذا بلغ^(٥) الصبي، حسناه حتى ينتسب إلى أحدهما، ويكون اختياره كإلحاق القائف حتى لا يُقبل رجوعه، كما لا يقبل رجوع القائف، ولا يلتفت إلى انتساب الصغير^(٦) المميز. وإن وطئا في طهر^(٧) واحد، وحَبِلَتْ لكن ادعى أحدهما الولد، وسكت الآخر، ففي قول يُعرض على القائف، وفي قول يختص بالمدعي، ونفقة الولد قبل إلحاق القائف عليهما، ثم يرجع على^(٨) من قطع القائف نسبه، وإن مات الولد عُرض على القائف قبل أن يتغير).

[فصل: وفيه خمس مسائل]

[قال الرافعي]: في هذه البقية مسائل:

إحداها: إذا لم يجد قائفًا، وتحير، ولم يجد جوابًا، وألحق الولد بهما، أو نفاه عنهما، وقفنا إلى أن يبلغ، فإذا بلغ أمرناه بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، فإن^(٩) امتنع، حبس ليختار، وإذا اختار، كان اختياره كإلحاق القائف، وإن قال: لا أجد ميلًا إلى أحدهما، بقي الأمر موقوفًا ولا عبرة باختياره قبل البلوغ، وإن كان مميزًا. وفيه

(١) "لأننا لو ألحقناه بالمرأة . . . المرأة أولى" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "متعارضان".

(٣) في: ظ "إذا".

(٤) في: أ، ب "يوجد".

(٥) في: أ "فبلغ".

(٦) في: ز "الصبي".

(٧) في: ظ "رجلان امرأة".

(٨) "على" ليست في: أ، ب، ز.

(٩) في: ظ "فإذا".

المسألة الأولى
إذا يوجد
قائف وتحير
ولم يجبر
جوابًا.

وجه^(١): أنه يخير إذا صار مميزاً، كما يخير بين الأبوين في الحضانة^(٢)، وكل هذا مذكور بالشرح في اللقيط .

وعن أحمد: أنه إذا ألحقه القائف بهما جميعاً ألحق بهما^(٣).

[فصل: فيما إذا ألحقه القائف بأحدهما، ثم رجع وألحقه بالآخر]

[قال الرافعي] والثانية: إذا ألحقه القائف بأحدهما، ثم رجع، وألحقه بالآخر، لم يقبل على مامر في "اللقيط"^(٤)، وكذا لو ألحقه قائف بأحدهما، فجاء الآخر بقائف آخر، فألحقه به، لأن الاجتهاد، لا يُنقض بالاجتهاد. هذا هو المشهور في الصورتين^(٥).
المسألة الثانية إذا ألحقه القائف بأحدهما ثم رجع وألحقه بالآخر.

وذكر القاضي ابن كج: أنه إذا ألحقه قائف بهذا، وقائف بهذا، تعارضاً، وصار كأن لا قائف. وأنه إن رجع القائف بعد تنفيذ الحكم بقوله، لم يلتفت إلى رجوعه، وإن رجع قبل أن يُنفذ^(٦) الحاكم الحكم بقوله^(٧) قيل رجوعه كرجوع الشهود، لكن لا يقبل قوله في حق الآخر لسقوط الثقة بقوله، ومعرفته.

وإذا ألحقه القائف بهما، فعن القفال، وغيره^(٨): أنه يُستدل^(٩) بذلك على أنه لا يعرف الصنعة فلا يعتمد^(١٠) قوله من بعد إلا أن يمضي زمان، يمكن التعلم^(١١) فيه،

(١) في: أ "وأخر".

(٢) إذ في الحضانة يخير بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما تولى حضانته كما سبق تفصيله في

"الحضانة" انظر: الوجيز ١١٨/٢.

(٣) انظر: المقنع ص ١٦١.

(٤) انظر: الوجيز ٢٥٧/١، والعزیز ٤١٢/٦.

(٥) انظر: الروضة ١٠٥/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٩/٤.

(٦) في: ز "نفذ".

(٧) مكرر "بقوله" ليست في ب.

(٨) "وغیره" ليست في: ظ.

(٩) في: ظ "يستعمل".

(١٠) في: أ، ب، ظ "يعتد بقوله".

(١١) في: ب "العلم".

فيمتحن حينئذٍ، ثم يعتمد. وكذا لو كانا^(١) توأمين، فالحق القائف أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر.

وإذا^(٢) انتسب المولود إلى أحدهما، يثبت نسبه منه، فلا يقبل رجوعه عنه.

وإن انتسب إليهما لغى، وأمر بالانتساب إلى أحدهما.

ولو اختلف^(٣) التوأمين في الانتساب إلى أحدهما^(٤) لم يعتبر قولهما، فإن رجع

أحدهما إلى قول الآخر قبل.

المسألة الثالثة
إذا وطئا في
طهر واحد
وأنت يولد
يمكن منهما.

[الثالثة: فيما إذا وطئا في طهر واحد وأنت بولد يمكن منهما، كما سبق تصويره، فادعاه أحدهما، وسكت عنه الآخر، أو أنكره، فقولان: أحدهما: أنه يختص بالمدعى كما لو كان^(٥) في يد اثنين ادعاه أحدهما دون الآخر، يجعل له.

وأظهرهما: وهو الذي أورده القاضي^(٦) ابن كج: أنه يعرض على^(٧) القائف، لأن

الولد صاحب حق في النسب، فلا يسقط حقه بالإنكار، وترك الدعوى، وإن أنكراه^(٨) معاً، يعرض على القائف، ولا يُعطل نسبه.

المسألة الرابعة
في نفقة الولد
إلى أن يعرض
على القائف
وفي مدة
التوقف إلى
الانتساب.

الرابعة: نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف، وفي مدة التوقف إلى الانتساب

عليهما، فإذا التحق بأحدهما، رجع الآخر عليه بما أنفق. وهل تجب النفقة في حال الاجتئان؟ بُني ذلك على أن الحمل هل يُعلم؟ إن أوجبناها وكان أحد المدعين زوجاً، قد طلقها، والآخر واطئاً بالشبهة، فإن قلنا: إن النفقة للحامل، فهي على المطلق.

وإن قلنا: للحمل أخذاً بها^(٩) إلى أن يظهر الأمر.

(١) في: ظ "كانوا".

(٢) في: أ، ب، ظ "فإذا".

(٣) "ولو اختلف" ليست في: أ.

(٤) "إلى أحدهما" ليست في: أ، ظ.

(٥) "لو كان" ليست في: أ، ب، ز.

(٦) "القاضي" ليست في: ظ.

(٧) في: ظ "يعرض هذا".

(٨) في: أ "أنكره".

(٩) في: ظ "أخذنها".

وإن أوصى للطفل في وقت التوقف، فليقبلا الوصية جميعاً.

المسألة
الخامسة إذا
مات المولود
قبل العرض
على القائف

الخامسة: إذا مات المولود قبل العرض على القائف، فإن تغير فقد تعذر العرض .

وإن لم يتغير فيُنظر^(١): إن دُفِنَ، لم يُنبَش وإن لم يدفن، فوجهان:

أظهرهما: ويحكى عن أبي إسحاق: أنه يعرض، لأن الشبه لا يبطل بالموت^(٢).

والثاني: المنع، لأن القائف قد يبني على الحركة، والكلام وهما يبطلان^(٣) بالموت.

وإذا مات أحد المتداعيين، عُرض أبوه، أو أخوه، أو عمه مع المولود، قاله في "التهذيب".

فروع:

[الأول]: من الرعاة من يلتقطُ السخال^(٤) في ظلمة الليل، ويُلقبها في وعاءٍ معه،

فإذا أصبح، ألقى كل سخلةٍ بين يدي إمها، ولا يخطيء لمعرفته بها، وبأمهاتها^(٥)، فعن

الإصطخري: أنه يعمل بقولٍ مثل هذا الراعي، إذا تنازع اثنان سخلة، والظاهر خلافه.

وإنما عمل بقول القائف لشرف الآدمي، كيلا يضيع نسبه.

وحكى القاضي ابن كج الدينوري عن تخريج أبي الحسين وجهين في أن القيافة

أولى بالرعاية بعد^(٦) بلوغ المولود، أو الانتساب وادعى أن الظاهر الثاني، وأنه لارجوع

إلى القائف بعد بلوغ المولود، والظاهر خلافه، على ما سبق في اللقيط.

[الثاني]: وأنه^(٧) لو ألحق المولود قائفٌ يأخذ المتداعيين بالأشباه الظاهرة^(٨) وآخر

بالثاني بالأشباه الخفية، كالخلق، وتشاكل الأعضاء، فأيهما أولى؟ فيه وجهان:

(١) في: ظ "نظر".

(٢) انظر: الروضة ١٠٦/١٢.

(٣) في: أ "وما يبطل".

(٤) "السخلة": تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن والمعز ساعة تولد، والجمع "سخال" ذكره في المصباح ٢٦٩/١.

(٥) في: أ، ب "بأمها".

(٦) في: ظ "قبل" وهو خطأ.

(٧) "وأنه" ليست في: ز.

(٨) في: ظ "بالأشباه الظاهر، والآخر الثاني، بالاشتباه الخفي".

أظهرهما: الثاني، لأن فيها زيادة حَذَقٍ وبصيرة.

[الثالث]: وإذا تداعاه مسلم، وذمي، وأقام أحدهما بينة تبعه نسباً، ودينياً.

وإن ألحقه القائف بالذمي تبعه^(١) نسباً لا دينياً.

ولا تُجَعَلُ حضائنته للذمي.

[الرابع]: وإذا تداعاه حرٌّ وعبدٌ وألحقه القائف بالعبد، يثبت، وكان حرّاً،

لاحتمال أنه ولد من حرة^(٢). والله أعلم.

هذا تمام الكلام في هذه الأبواب.

(١) في: ز "تبعاً".

(٢) انظر: الروضة ١٢/١٠٧. ومغني المحتاج ٤/٤٩١.

كتاب العتق

وفيه خمسة خواص

الخاصة الأولى : السراية.

الخاصة الثانية: عتق القرابة.

الخاصة الثالثة: امتناع العتق بالمرض.

الخاصة الرابعة: القرعة.

الخاصة الخامسة: الولاء.

كتاب العتق^(١)

قال الغزالي: ولا يخفى أنه يصح من كل مالك مكلف، لا يصادف إعتاقه حقاً لازماً.

[فصل في أدلة مشروعية العتق]

[قال الرافي] قال الله تعالى ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾^(٢) قال المفسرون: أي أعتقته^(٣).

وقال تعالى "فك رقبة"^(٤) أي الجواز على العقبة كفك الرقبة.

وأمر الله تعالى بتحرير الرقبة في مواضع من الكفارات^(٥).

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضوٍ منها عضواً من النار حتى فرجه بفرجه"^(٦).

وروي "من أعتق رقبة مؤمنة كان فداؤه من النار"^(٧).

(١) العتق لغة: خلاف الرّق. وهو الحرية، عَتَقَ العَبْدُ يَعْتِقُ عِتْقًا وَعَتَقًا، وَعَتَقًا، وَعَتَاقًا، فَهُوَ عَتِيقٌ، وَجَمْعُهُ عَتَقَاءٌ مُشْتَقٌّ مِنْ قَوْلِهِمْ: عَتَقَ الْفَرَسَ، إِذَا سَبَقَ وَنَجَّاهُ، وَعَتَقَ الْفَرَسَ، إِذَا طَارَ، وَاسْتَقَلَّ، لِأَنَّ الْعَبْدَ يَتَخَلَّصُ بِالْعَتَقِ، وَيَذْهَبُ حَيْثُ يَشَاءُ. انظر: معجم مقاييس اللغة ٢١٩/٤ و ٢٢٠، ولسان العرب ٣٦/٩، والمصباح ٣٩٢/٢.

وشرعاً: هو إزالة الرق عن الأدمي لا إلى مالك بل تقريباً إلى الله تعالى. ذكره في نهاية المحتاج ٣٥٣/٨.

(٢) سورة الأحزاب. من آية ٣٧.

(٣) انظر: تفسير ابن كثير ٤٩١/٣. وفتح القدير ٢٨٤/٤ حيث قال "يأن أعتقه من الرق".

(٤) سورة البلد، آية ١٣.

(٥) ككفارة القتل الخطأ. والوطء في نهار رمضان، والظهار والأيمان.

(٦) متفق عليه من حديث أبي هريرة - وفيه قيد الرقبة بكونها مسلمة ٠٠٠" ذكره في التلخيص ٢١١/٤.

انظر: البخاري ١١٧/٣، من كتاب العتق وفضله ولفظه "أيما رجل أعتق امرأ مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً منه من النار".

وأخرجه مسلم في صحيحه ١٥١/١٠ - من كتاب العتق - باب فضل العتق.

(٧) أخرجه أحمد رحمه الله من حديث عقبة بن عامر. انظر: المسند ١٥٠/٤، ٣٤٤، و ٢٤٤/٥، والتلخيص ٢١٢/٤.

والإجماع منعقد على صحة الإعتاق، وعلى أنه من القربات^(١).

[فصل: في من يصح عتقه]

[قال الرافعي] ويصح من كل^(٢) مالك مكلف^(٣) لا يصادق إعتاقه متعلق حق لازم للغير، فغير المالك لا يصح إعتاقه إلا بوكالة، أو ولاية^(٤).

ولا يصح إعتاق الصبي، والمجنون، ولا إعتاق المحجور عليه بالسفه، وفي إعتاق المحجور عليه بالفلس، خلاف مذكور في "التفليس"^(٥).

وليس للعبد المأذون في التجارة الإعتاق إلا أن يأذن له السيد في الإعتاق عنه.

والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه من الثلث، وفي إعتاق العبد المرهون الخلاف المذكور في "الرهن"^(٦).

وفي إعتاق العبد الجاني، الخلاف الذي ذكرناه في "البيع"^(٧). وهما المقصودان بقوله في الكتاب: "لا يصادف إعتاقه حقاً لازماً".

ولا يصح إعتاق الموقوف عليه، العبد^(٨) الموقوف، لأنه غير مالك، ويبطل^(٩) حق

-
- (١) "والعتق المنجز من المسلم قرابة بالاجماع، أما المعلق، ففي الصداق من الرافعي أن التعليق ليس عقد قرابة وإنما يقصد به حث أو منع أي أو تحقيق خير بخلاف التدبير ٠٠٠" ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٩١، وانظر هامش ٣ العزيز ١٣/٣٠٥.
- (٢) "كل" ليست في: أ.
- (٣) في: أ، ب "مطلق".
- (٤) في: أ "ولاية".
- (٥) انظر: الوجيز ١/١٧٠، والعزيز ٥/٩، والروضة ٤/١٢٧.
- والتفليس لغة: النداء على المفلس وشهرته بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أحسن الأموال.
- وشرعاً: جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله.
- والمفلس في العرف من لا مال له. وفي الشرع: من لا يفي ماله بدينه" ذكره في مغني المحتاج ٢/١٤٦.
- (٦) انظر: الوجيز ١/١٦٠، والعزيز ٤/٤٤٦، والروضة ٣/٣٨٩.
- (٧) انظر: الوجيز ١/١٣٤، والعزيز ٤/٣٨.
- (٨) "العبد" ليست في ز.
- (٩) في: أ "أو".

من بعده.

ويصح إعتاق الكافر ذمياً كان أو حريباً.

وإذا أعتق الحربي عبده، ثم أسلما فولأؤه ثابت عليه.

وعند أبي حنيفة: لا يصح عتقه، ولا ولاء عليه، وله أن يوالي من شاء^(١).

واحتج الأصحاب^(٢) بأن من نفذ عتقه في عبده المسلم وجب أن ينفذه عتقه في

عبده الكافر كالمسلم^(٣). والله أعلم.

قال [الغزالي]: وصريح لفظه التحرير، والإعتاق.

أما فك القربة فهو صريح على وجه، وإذا^(٤) قال: يا حرة ثم قال: أردت

نداءها باسمها القديم لم يقبل ظاهراً، إلا أن يكون اسمها في الحال حرة^(٥)، وكذا لو

قال: يا "أزادمرء" ثم قال: أردت الوصف بالجود، إلا أن يكون اسمه "أزادمرء" أو

كان معه قرينة تدل على المدح.

ولو قال لعبده^(٦) ياسيدي، ولجاريته ياكذبانو^(٧)، فهو ليس بكناية.

وإن قال: يامولاي فهو كناية^(٨).

وإذا قال لعبد غيره^(٩) أعتقتك لَعَاً إن فهم منه الإنشاء، وإن فهم منه^(١٠)

(١) هذا قول أبي حنيفة ومحمد، لأنه لم يعتق عندهما بكلام الإعتاق بل بالتخلية والعتق الثابت بها

لا يوجب الولاء . . . - خلافاً لأبي يوسف - فعنده ولاؤه له لأن إعتاقه بالقول صح.

ذكره في حاشية ابن عابدين على الدر المختار ١٢٣/٦.

(٢) انظر: الحاوي ٩٥/٢٢، والروضة ١٠٧/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٢/٤.

(٣) كالمسلم" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب "فإذا".

(٥) "حرة" ليست في: أ، ب.

(٦) "لعبده" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: أ "كذبانونه".

(٨) "وإن قال: يامولاي فهو كناية" ليست في: ز.

(٩) في: ز "لغيره".

(١٠) "منه" ليست في: ظ.

الإقرار، فإذا اشتراه كان مؤاخذاً به

[فصل: في صيغ العتق]

[قال الرافعي]: يحصل العتق بالصريح والكناية.

أما الصريح: فالتحرير^(١) والإعتاق صريحان، فإذا قال لعبده: أنت حر أو محرر، أو حررتك، أو أنت عتيق أو معتق^(٢) أو أعتقتك، عتق العبد، وإن لم ينو، ولا أثر للخطأ في التذكير، والتأنيث، بأن يقول لعبده: أنت حر، أو لجاريته: أنت حر.

وفي فك الرقبة، أهو صريح أو كناية؟ وجهان قد ذكرهما في الكتاب في أول "الخلع"^(٣).

والأرجح على قياس نظائره أنه صريح^(٤).

والكناية: كقوله لعبده: لا ملك لي عليك، أو لا سبيل، أو لا سلطان، أو لا يد، ٦٠٤/ز أو لا أمر، أو لا حزمة، أو أزلت ملكي عنك، أو حرمتك^(٥)، أو أنت سائبة .

وصرائح الطلاق، وكناياته كلها كناية في العتق، وفي قوله: "أنت علي كظهر أمي" وجهان.

أظهرهما: أنه كناية أيضاً، لاقتضائه التحريم، كما لو قال: حرمتك^(٦).

وفي قوله: "أنت لله" كناية أيضاً، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -^(٧).

(١) ورد بهامش ١ العزيز ٣٠٦/١٣ "قال الشيخ البليسي في التصحيح: التحرير هو المصدر ليس بصريح، إنما الصريح ما اشتق من هذا المصدر من فعل بصيغة الماضي، وهو حررتك، واسم فاعل، وهو أنا محرر إذا صرح بالآن أو بعده إلى أن قال: وأما المصدر نفسه مثل: أنت تحرير فهذا كناية كما في قوله "أنت طلاق على الأصح، فكان ينبغي أن يقول: فصريحه، ما اشتق من التحرير".

(٢) "أو معتق" ليست في: ز.

(٣) الوجيز ٤١/٢.

(٤) انظر: الروضة ١٢/١٠٧، ومغني المحتاج ٤/٤٩٢.

(٥) في: ز "أحرمتك".

(٦) انظر: الروضة ١٢/١٠٧، ومغني المحتاج ٤/٤٩٢.

(٧) انظر: الهداية ٥٤/٢.

ولو قال: "وهبتُ نفسك منك"، ونوى العتق دون التملك حصل العتق أيضاً، وإن قصد التملك، فعلى ماسنذكر فيما إذا قال: "بعث نفسك منك".

ثم الكلام في صور:

إحداها: إذا كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرة فقال لها: يا حرة. فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم، عتقت لا محالة، وإن قصد نداءها به ففيه وجهان عن القاضي الحسين، وبه أجاب في "الكتاب"^(١) أنها تعتق؛ لأن اللفظ صريح وإنما كانت تسمى حرة حين كانت حرة، وإذا طرأ الرق انمحي ذلك الاسم.

وقال الشيخ "أبو محمد" لاتعتق، لتمكن الاحتمال، وهذا أشبه وأظهر عند الإمام. ولو كان اسمها في الحال حرة فقد ذكر في الكتاب في "باب الطلاق"^(٢): أنه إذا كان يُسمى العبد بحر^(٣)، فقال: "ياحر" على قصد النداء لم يعتق، وإن أطلق فوجهان. وبيننا هناك أن الأشبه أنه لا يعتق.

وكذا الحكم لو كان يتسمى بـ "بعتيق". أو "بازدروي"^(٤) فقال: "ياعتيق" أو يا "يازادروي".

وليعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب: "لم يقبل ظاهراً" بالواو.

وقوله: "إلا أن يكون اسمها في الحال حرة" وليس باستثناء محقق، لأن هذه الحالة لاتدخل فيما إذا كان اسمها قديماً حرة فبدل حتى يستثنى، والمعنى لو كان اسمها في الحال حرة، وقصد نداءها باسمها لم تعتق.

وفي "فتاوى صاحب الكتاب": أنه إذا اجتاز بصاحب الضريبة فخاف أن يطالبه بالضريبة عن عبده، فقال: إنه حر وليس بعبد، وقصد الإخبار، لم يعتق بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خيره.

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.

(٢) انظر: الوجيز ٢/٥٤.

(٣) في: أ "حر".

(٤) كلمة فارسية معناها "أنت حر".

وهذا النظم يشير إلى أنه لا يقبل في الظاهر، وأنه إذا قال: أفرغ من هذا دون العشي وأنت حر.

ثم قال: أردت أنه حر من العمل دون العتق يُدين، ولا يُقبل ظاهراً، وهذا قريب من جواب "الكتاب" في النداء بالاسم القديم.

وأنه إذا زاحمتُ امرأة في الطريق فقال: تأخري يا حرة فبانت أمتُهُ لم تعتق، وهذا إن أَرادَه في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدري من يخاطب هاهنا، وعنده أنه يخاطب غير أمتِهِ، وهناك مخاطب العبد باللفظ الصريح.

الثانية: إذا قال لعبد "يا أزيد مرد"^(١) ثم قال: أردت وصفه بالجود، لم يقبل وحكم بعنقه ظاهراً.

نعم لو كان اسمه "أزاد مرد" وقصد نداءه باسمه لم يعتق، ولو كان هناك قرينة تُشعر بأنه قصد مدحه والثناء إليه فيقبل قوله، ولا يعتق، هكذا أطلق في الكتاب^(٢).

وفي "الوسيط"^(٣): أنه على الخلاف المذكور فيما إذا قال: لأمرأته^(٤) وهو يحلُّ وثاقاً^(٥) عنها: أنت طالق، وقال: أردت إطلاقها منه^(٦)، فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب "أو كان معه قرينة تدل على المدح" بالواو^(٧) كذلك.

وفي فتاوى القفال: أنه إذا بعث غلامه في حاجة فأبطأ عليه، فلما رجع قال له^(٨) "أزاد مرد مردى تو"^(٩) يحكم عليه^(١٠) بالعتق، وحكى بعض أئمة طبرستان وجهاً آخر:

(١) كلمة فارسية، معناها: "ياعتيق".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.

(٣) انظر ٧/٤٦٢.

(٤) "لأمرأته وهو" ليست في: ز.

(٥) في: ز "وثاقها". وفي ظ "وثاقه".

(٦) انظر: الوجيز ٢/٥٣، والعزیز ٨/٥٠٢، والظاهر القبول.

(٧) "بالواو" ليست في: أ، ب، ز.

(٨) في: أ، ب "فقال".

(٩) كلمة فارسية معناها "رجل حر".

(١٠) "عليه" ليست في: أ.

أنه لا يعتق في الحكم للقرينة الدالة على أنه قصد التهكم والذم.

الثالثة: قوله لعبده: يا مولاي كناية، فإن المولى مشترك بين معانٍ منها: المعتق.

ولو قال: ياسيدي: فعن القاضي الحسين: أنه لا يعتق، وإن نوى، لأنه من السُّؤدَدِ، وتدبير المنزل، وليس فيه ما يقتضي العتق، وهذا ما أورده في الكتاب^(١).

قال الإمام: والذي نراه أنه كناية.

ولو قال لأمته: يا "كذبانو" أو "توكذبانو مني"^(٢) فهو كقوله للعبد: يا سيدي وبكونه كناية أجاب صاحب "التهذيب" وكذا لو قال للعبد: تويا وخذاي مني"^(٣).

الرابعة: إذا قال لعبد غيره: أنت حرٌّ، فهذا إقرار بحريته، وهو مردود في الحال، لكن لو تملكه يوماً من الدهر، حكم بعته، مؤاخذهً له بإقراره، قال الإمام: وإنما يجعل^(٤) إقراراً، لأنه لا مساعٍ للإنشاء فيه^(٥) بخلاف ما إذا قال المالك لعبده: أنت حرٌّ، فإنه إنشَاء كقول الزوج لزوجته: "انتِ طالق".

ولو قال لعبد الغير: قد أعتقتك.

قال صاحب الكتاب^(٦): إن ذكره في معرض الإنشاء فهو لغو، وإن ذكره في معرض الإقرار يؤخذ به لو تملكه.

وعن القاضي الحسين: أنه إذا قال: قد أعتقتك كان إقراراً، لأنه^(٧) قد يؤكد معنى المضي في الفعل.

قال الإمام: وفحوى^(٨) كلامه أن قوله: أعتقتك بلا قيد، قد لا يكون إقراراً، وإن

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.

(٢) كلمة فارسية معناها "ياسيدة أو سيدتي".

(٣) كلمة فارسية معناها: أنت ولي أو مولاي.

(٤) في: ز "جعل".

(٥) في: ز، ظ "منه".

(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.

(٧) في: ب، ز "لأن".

(٨) في: أ، ب، ظ "ومجرى".

كانت الصغية في الموضوع للماضي، وعندني لا فصل بينهما.
والوجه أن يراجع القائل ويُحكم بموجب قوله، فإن لم يفسر ترك، وينبغي أن لا يفرق بين قوله: "أنت حر"، وبين قوله: "أعتقتك".
وقوله في الكتاب: "إن فهم منه الإنشاء، وإن فهم منه الإقرار" أي: إن ذكره في معرض يفهم منه هذا أو ذاك.

واعلم أنه يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على العوض كما في الطلاق.
وأنه لو قال: "جعلت عتقك إليك، أو خيرتك^(١) ونوى تفويض العتق إليه، فأعتق نفسه في الحال عتق. كما في الطلاق.

ولو قال: "أعتقتك على كذا، فقبل في الحال، أو قال العبد: أعتقني على كذا، فأجابه عتق، وعليه ما التزم.

ولو قال: أعتقتك على كذا إلى شهر، فقبل، عتق في الحال، والملتزم مؤجل.
ولو أعتقه على خمير أو خنزير عتق، وعليه قيمته^(٢).

وكذا لو قال: أعتقتك^(٣) على أن تخدمني^(٤)، ولم يبين مدة، أو قال: على أن تخدمني أبداً.

ولو قال: على أن تخدمني شهراً، أو تعمل لي كذا، وفصله فقبل عتق، وعليه ما التزم.

ولو خدمه نصف شهر ومات، فللسيد نصف قيمته في تركته:

(١) في: ظ "حررتك" وكذا في الروضة ١٠٩/١٢.

(٢) في: ز "القيمة".

(٣) "أعتقتك" ليست في: ظ.

(٤) في: ز "تخدمني شهراً أو لم".

فروع:

أكثر عن ابن سريج:

[الأول] إذا قال: أول من يدخل الدار من عبيدي، أو أي عبدٍ من عبيدي دخل^(١) أولاً فهو حرٌّ، فدخل اثنان معاً، ثم ثالث، لم يعتق واحداً منهم، أما الثالث فظاهر، وأما الاثنان، فلأن واحداً منهما لا يوصف أنه أول عبد داخل، ولو كان اللفظ^(٢) والصورة هذه: أول من يدخلها وحده، عتق الثالث.

[الثاني] ولو دخل واحداً لاغير، فهل يعتق؟، لأنه إنما يكون أولاً إذا كان هناك ثلث فيه وجهان، في^(٣) تعليق الشيخ أبي حامد أن أصحابهما: أنه يعتق.

[الثالث] ولو قال: آخر من يدخل الدار من عبيدي فهو حرٌّ، فدخل بعضهم بعد بعض، لم يحكم بعتق واحدٍ منهم إلى أن يموت السيد فيتبين الآخر.

[الرابع] ولو قال لعبده: إن لم أحجَّ العام فانت حر، فمضى العام، فاختلفا في أنه هل حج؟ فأقام العبد بينة أنه كان "بالكوفة" يوم النحر عتق. وعن أبي حنيفة: أنه لا يعتق.

[الخامس] ولو قال لعبدين له: إذا جاء الغد فأحدكما حرٌّ، فإذا جاء الغد^(٤)، عتق أحدهما وعليه التعيين^(٥).

[السادس] ولو باع أحدهما، أو أعتقه، أو مات قبل مجيء الغد، ثم جاء الغد، والآخر في ملكه، لم يتعين للعتق، وعُلِّلَ بأنه لا يملك حينئذٍ إعتاقهما، فلا يملك إيقاع العتق في أحدهما، كما لو قال لعبده وعبدٍ غيره: أحدكما حرٌّ، لا يكون له حكم، وهذا غير مسلم، أليس ذكرنا في "الطلاق"^(٦) وجهين؟ فيما إذا قال: لزوجته وأجنبية: إحدكما

(١) "دخل" ليست في: أ.

(٢) في: ظ "هذا اللفظ".

(٣) في: ب "عن".

(٤) "فأحدكما حر فإذا جاء الغد" ليست في: أ.

(٥) في: أ "المعتق".

(٦) انظر: الوجيز ٦٣/٢، والعزیز ٤٢/٩. "أصحابهما: أنه يقبل قوله يمينه".

طالق، أنه هل يقبل قوله: أردتُ الأجنبية؟ فقد اتفق الوجهان على أن له حكماً وأثراً، إنما الكلام في أنه هل يتمكن من الصرف عن الزوجة؟.

[السابع] ولو باع أحدهما، أو كلاهما، ثم اشترى ماباع، وجاء الغد، وهما في ملكه، فهو على الخلاف في عود الحنث.

[الثامن] ولو باع نصف أحدهما، وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخر فإنه التعيين، فإن عتق من^(١) نصفه له، وقع النظر في السراية.

[التاسع] ولو قال: إذا جاء الغد، وأحدكما في ملكي، فهو حر فباع أحدهما، ثم جاء الغد والآخر في ملكه عتق، وإن باع أحدهما ونصف الآخر، ثم جاء الغد لم يعتق النصف، لأن الشرط، هو كون أحدهما في ملكه لم يحصل. والله أعلم.

قال [الغزالي]: والنظر في خواص العتق وهي خمسة^(٢).

الخاصية^(٣) الأولى: السراية: ومن أعتق بعض عبده سرى إلى^(٤) الباقي، وكذا لو أعتق عضواً معيناً، ولو أعتق شركاً من عبد قومٍ عليه الباقي بأربعة شروط: الأول: أن يكون موسراً بمالٍ فاضل عن^(٥) قوت يومه ودستِ ثوب، كما كان في الديون التي عليه، ولو كان عليه دين بقدر ماله فهو معسر على الأصح، والمريض معسر إلا في قدر الثلث، والميت معسر مطلقاً حتى لو قال: إذا مت فنصيبي منك حر، لم يسر^(٦)، لأن ميراثه صار للورثة، ولو كان موسراً بالبعض سرى بذلك القدر على وجه، وعلى وجه لا يسري).

[فصل: في الخاصية الأولى: وهي السراية]

(١) في: أ، ب "فيمن". وفي: ظ "ممن".

(٢) في: ز "خمس".

(٣) في: ظ "الخاصة".

(٤) "إلى" ليست في: ظ.

(٥) "عن" ليست في: ظ.

(٦) "لم يسر" ليست في: ز.

[قال الرافعي] لا ينبغي أن يفهم من الخواص، ما ينفرد العتق به من بين سائر التصرفات، لأنه عدّ منها الامتناع بالمرض، وهذا يشمل جميع التبرعات، ولا يختص به العتق، والقرعة وهي^(١) جارية في القسمة، وإنما أراد مالا يُشاركُ الطلاق فيه العتق^(٢)، ويختص به العتق، ويوضحه أنه قال في "الوسيط"^(٣): الطلاق، والعتاق يتقاربان^(٤)، وقد فصلنا حكم الألفاظ، والتعليقات في الطلاق^(٥)، فلا نعيده، بل نقتصر على ذكر خواص العتق، واندفع في بيانها:

إذا عُرِفَ^(٦) ذلك: فأحدى الخواص:

السراية: ومن أعتق بعض مملوكٍ فإما أن يكون باقيه له أيضاً، أو لغيره.

الحالة الأولى: إذا كان الباقي له، فيعتق، كما في الطلاق إذا طلق نصف المرأة يكمل، ولا فرق في ذلك بين المعسر والموسر^(٧).

وفهم من قوله ﷺ "من أعتق شركاً له في عبدٍ، وله مال، قوم عليه الباقي"^(٨).

تشوف الشرع إلى تكميل العتق، وإذا كمل والباقي لغيره، فلأن يكمل، والباقي له أولى.

وقال أبو حنيفة: لا يَعْتَقُ الباقي في الحال، ولكنه مَحْيَرٌ بين أن يعتق أو يكاتب، أو يَسْتَسْعِي^(٩).

(١) وهي "ليست في: ب.

(٢) "الطلاق فيه العتق . . . وقد فصلنا" ليست في: ز.

(٣) انظر: ٤٦٢/٧.

(٤) والمقصود: أن ألفاظ العتاق والطلاق تتقارب في أحكامهما.

(٥) انظر: الوجيز ٦٤/٢، والعزیز ٥٩/٩ و ٦٠.

(٦) في: ب، ظ "عرفت".

(٧) في: ظ "الموسر والمعسر". وانظر: هامش العزیز ٣١١/١٢.

(٨) الحديث متفق عليه: أخرجه البخاري ١١٧/٣، من كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين.

ومسلم ١٣٥/١٠، كتاب العتق - بشرح النووي. وقد ورد الحديث بألفاظ متعددة، وزيادة.

انظر: التلخيص ٢١٢/٤.

(٩) انظر: الهداية ٥٥/٢.

قال الصيدلاني: والكتابة والاستسعاء عنده شيء واحد إلا أنه إذا كان برضا العبد ومُعاقدته، يسميه: كتابة، وإن كان دون رضاه يسميه: سعاية على الرق، فما لم يؤد المال، لا يعتق الباقي، وكما^(١) يكمل العتق إذا أضافه إلى البعض الشائع، يكمل إذا أضافه إلى العضو^(٢) المعين، كاليد، والرجل، كما في الطلاق، وخلاف أبي حنيفة المذكور في "الطلاق" عائداً هاهنا^(٣).

ثم في كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع^(٤) وجهان:

أحدهما: أنه يحصل في الجزء المسمى، ثم يسري إلى الباقي.

والثاني: يحصل في الكل دفعة واحدة، ويكون إعتاق النصف عبارة عن إعتاق

الكل، وإذا أضافه^(٥) إلى الجزء المعين، فوجهان مرتبان، وأولى أن يحصل دفعة واحدة.

والفرق: أن الجزء الشائع يمكن انفراده بالجزئية، والمعين لا يمكن انفراده حتى

يقال: نرد العتق عليه، ثم يسري، والطلاق في الجزء الشائع^(٦)، كالعتق في المعين، وقد

سبق ذكر هذا الخلاف في "الطلاق" بتفاريعه^(٧)

[فصل: في عتق الأمة الحامل]

ولو أعتق أمته الحامل، والحمل مملوك له أيضاً، عتق الحمل أيضاً لا بطريق

السراية، فإن السراية في الأشقاص، لا في الأشخاص، ولكن بطريق التبعية، كما يتبع

الحمل الأم، في البيع إلا أن يبطل بالاستثناء، والعتق، لا يبطل لقوته، وهذا كما أنه لو

استثنى عضواً في البيع، بطل البيع، ولو استثنى عضواً في العتق، لم يبطل العتق، وإن أعتق ٦٠٦/ز

(١) في: أ "فكما".

(٢) في: ظ "البعض".

(٣) انظر: الوجيز ٥٧/٢، والعزیز ٦٧/٨ و ٥٦٨.

(٤) في: أ "والشائع".

(٥) في: ظ "وإن".

(٦) "لا يمكن انفراده ٠٠٠ الجزء الشائع" ليست في: أ، ب.

(٧) انظر: العزیز ٥٦٩/٨.

الحمل، نفذ العتق فيه ولم تعتق الأم، فإن الأم لا تتبع الحمل^(١).

وعن الأستاذ أبي إسحاق: أنها تعتق بعته كما يعتق بعته، والظاهر الأول^(٢).

ولو كانت الأم لواحد، والحمل لآخر، فلا تعتق الجارية بإعتاق مالك الحمل، ولا الحمل^(٣) بإعتاق مالك الجارية، ولا استتباع مع اختلاف المالكين. وقد سبق ذكر هذه الصورة^(٤) في "الوصايا"^(٥).

ويتعلق بما نحن فيه:

فروع: منها: إذا قال لأمته: "إذا ولدت فولدك حرًا، أو كل ولد تلدينه، فهو حرًا، وقد ذكرنا في "الطلاق"^(٦): أنها إن كانت حاملاً عند التعليق، فإذا ولدت، عتق الولد. وإن كانت حائلاً فوجهان.

أشبههما: أنه يعتق أيضاً، لأنه وإن لم يملك الولد حينئذٍ، فقد ملك الأصل المقيّد^(٧) لملك الولد.

ولو قال لأمته الحامل: إن كان أول ما تلدينه غلاماً، فهو حرًا، وإن كان جارية، فأنت حرة، فولدت غلاماً وجارية ينظر^(٨): أن ولدت الغلام أولاً، عتقت الأم، ويعتق

الغلام أيضاً، لكونه في البطن حين عتقت الأم، وتكون الجارية رقيقة، لأن عتق الأم حصل بعد مفارقتها^(٩)، وإن ولدتهما معاً^(١٠) فلا عتق، لأن التعليق بأول ولد تلده^(١١)، وتلدينه غلاماً

فرع قال لأمته الحامل إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فهو حر وإن كان جارية فأنت حرة. فولدت جارية وغلاماً

(١) "أي إذا كان بعد نفخ الروح، فإنه ذكر في أواخر العتق عن فتاوى القاضي الحسين: أنه لو كانت

جارية حاملاً، والحمل مضغة، فقال: اعتقت هذه الجارية كان لغواً، لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه

الروح لغو" انظر: هامش العزيز ٣١٢/١٢.

(٢) الصحيح "يعتق الحمل، ولم تعتق الأم" انظر: الروضة ١١١/١٢.

(٣) في: أ "للحمل".

(٤) في: أ "الصور".

(٥) انظر: الوجيز ٢٧٤/١، والعزيز ٧٧/٧.

(٦) انظر: الوجيز ٦٦/٢، والعزيز ٨٧/٩.

(٧) في: أ، "المقيّد".

(٨) في: أ "ننظر".

(٩) في: ظ "مفارقتها".

(١٠) "معاً" ليست في: ظ.

(١١) في: ظ "تلد".

وإذا ولدتهما معاً لم تلد واحداً منهما أولاً، وإذا لم يعلم، أو ولدتهما معاً، أو أحدهما قبل الآخر، فلا عتق أيضاً، لأن الأصل بقاء الملك، والعتق غير معلوم، وإن عُلمَ سبق ولادة أحدهما، وأشكل السابق، فالغلام حر بكل حال، لأنه إن سبقت ولادته عتق بالتعليق الأول^(١)، وإن سبق ولادة الجارية عتق^(٢) بتبعية الأم والجارية^(٣) رقيقه بكل حال، لأنه إن سبق ولادة الغلام، لم يعتق غيره، وإن سبق ولادتهما، لم يعتق بتبعية الأم لتأخر عتق الأم عن مفارقتها. وأما الأم فيحتمل أن تكون عتيقة بسبق ولادة الجارية، ويحتمل أن تكون رقيقة لسبق ولادة الغلام، فيؤمر السيد بالبيان، فإن مات قبل أن يبين فالأصح: أنها رقيقة أخذاً بالأصل، وطرحاً^(٤) للشك.

وقال ابن الحداد: يقرع عليهما^(٥) بسهم عتق، وسهم رقي، وذكر في "تقريره": أنه يقرع بينها^(٦) وبين الغلام، فإن خرجت على الغلام لم يعتق غيره، وإن خرجت عليها عتقت، ولم يرق الابن، ويجوز أن يقرع بين شخصين، وتعمل القرعة في أحدهما دون الثاني، ألا ترى أنه لو قال: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدي حر، ولم يتبين الحال، يقرع، فإن خرجت على العبد عتق، وإن خرجت على المرأة لم^(٧) تطلق.

وقال الشيخ أبو علي: وما ذكره ابن الحداد غلطاً عند عامة الأصحاب، لأننا شككنا في عتقها، والقرعة لا تثبت المشكوك فيه، وإنما تستعمل في تعيين ما يستيقن أصله، ولو وجب الإقراع هاهنا لوجب فيما إذا قال لزوجته: "إن كان أول^(٨) ما تلدينه غلاماً، فأنت طالق، فولدت غلاماً وجارية واشتبه الحال أن يوقف عنها، لأن ما يوجب الإقراع في العتق يوجب الوقف في النكاح، ألا ترى أنه لو أعتق أحد عبديه يقرع بينهما

(١) "إن سبقت ولادته عتق بالتعليق الأول" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ "عتقت".

(٣) "الجارية ليست في: ظ.

(٤) في: أ، ب "ومطرحاً".

(٥) في: ب، ظ "عليها" وفي: أ "عليهم".

(٦) في: ب، ظ "بينهما".

(٧) "لم" ليست في: أ.

(٨) في: أ، ب، ظ "أول ولد".

إذا مات، وإذا^(١) طَلَّق إحدى امرأتيه توقف عنهما. كما لا يوقف عند الشك في أصل الطلاق وجب أن لا يقرع عند الشك في أصل العتاق، وفي مسألة الغراب المستشهد بها: أصل الحنث مستيقن^(٢) فأقرع للحرية.

قال الشيخ أبو علي: هذا كله إذا ولدت في صحة السيد، أما إذا ولدت في مرض موته فينظر: إن كان الثلث يفني بالجميع، لم يختلف الجواب، وإلا كما إذا لم يكن له إلا هذه الأمة^(٣)، وما ولدت، فيقرع بين الغلام والأم، إن خرجت على الغلام عتق وحده إن خرج من الثلث، وإن خرجت على الأم قومت هي^(٤) حاملاً بالغلام يوم ولدت الجارية إن^(٥) ولدتها أولاً، ويعتق منها^(٦) ومن الغلام قدر الثلث، فإن كانت قيمة الجارية مائة، وقيمة الأم حاملاً بالغلام مائتين فيعتق نصفها، ونصف الغلام وقيمتها مائة، ويبقى للورثة النصف مائة والجارية وهي مائة أيضاً.

الحالة الثانية: إذا كان الباقي لغيره فيعتق نصيبه، لأنه جائز التصرف، وقد وجه إذا كان باقي العبد بغيره، فينظر إلى حالة اليسار وعدمها.

الحالة الثانية: إذا كان الباقي لغيره فيعتق نصيبه، لأنه جائز التصرف، وقد وجه العتق على ملكه، ثم^(٧) إن كان المعتق^(٨) موسراً بقيمة باقي العبد، لزمه قيمته للشريك، ويعتق الباقي عليه، ويكون ولاء جميع العبد له، وإن كان معسراً بقي الباقي على ملك الشريك، ولا يسري العتق إليه. لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: "من أعتق شركاً له في عبدٍ، وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه العبد قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ماعتق" ويروى "من أعتق شركاً له في عبدٍ عتق ما بقي في ماله إذا كان ماله يبلغ ثمن العبد"^(٩).

(١) في: ب، ظ "ولو".

(٢) في: ز "لمستيقن".

(٣) في: أ "الأم".

(٤) في: ظ "بين".

(٥) في: ز "لو" وفي: ظ "أو".

(٦) في: ظ "بينها وبين".

(٧) "ثم" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "العتق".

(٩) الحديث متفق عليه، وقد سبق في ص ٩٤٢ و ٩٤٣.

وعند أبي حنيفة^(١) - رحمه الله تعالى - لا تقويم، ولا سراية، ولكن إن كان المعتق موسراً فخير الشريك بين ثلاثة أمور:

أن يعتق نصيب نفسه، وأن يستسعى العبد حتى يؤدي قيمة نصيبه، ويعتق، وعلى التقديرين يكون ولاؤه بينهما، وإن تضمن المعتق قيمة نصيبه ثم المعتق يستسعى العبد فيما غرم فإذا أداه عتق، وكان جميع الولاء له، وإن كان معسراً فلا يضمه^(٢) الشريك ويتخير بين الخصلتين الأوليين.

وليعلم لهذا قوله في الكتاب: "قوم عليه الباقي" بالحاء، ثم إنه ذكر أن التقويم شروط السراية بأربعة شروط:

أحدها: كون المعتق موسراً، فلو^(٣) كان معسراً لم يعتق نصيب الشريك، واستقر فيه تبعض الرق، والحرية، وقد سبق أحكام من بعضه حرٌّ وبعضه رقيق في أبواب، واكسابه مشتركة بينه وبين السيد، فإن جرت مهاية بينهما اكتسب يوماً لسيدته ويوماً لنفسه، أو^(٤) استخدمه السيد يوماً وتركه يوماً، والمهاية تكون بالتراضي، ولا تلزم على الأظهر، وقد سبق ذكر ذلك، وفي الشرط^(٥) مسائل:

إحداها: ليس المقصود من الموسر الذي يُعدُّ من الأغنياء ولكن إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه، فيقوم عليه وإن لم يملك غيره، لظاهر الخبر الذي تقدم^(٦) ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع ويصرف إلى الديون فلا يبقى مسكنه وخادمه وكلما يفضل عن قوت يومه، وقوت من تلزمه نفقته، ودست ثوبٍ يلبسه، وسكنى يوم وليس اليسار المعتبر في الباب كاليسار المعتبر في الكفارة المرتبة، وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: "كما في الديون التي عليه". والاعتبار في اليسار^(٧) بحالة الاعتاق،

(١) انظر: الهداية ٥٥/٢.

(٢) في: أ " يضمه".

(٣) في: أ "لو".

(٤) في: أ "لو".

(٥) في: أ "الشروط".

(٦) انظر: ص ٩٤٢.

(٧) "اليسار" ليست في: ز.

فإن^(١) كان موسراً، حينئذ ثبت العتق، واستحقاق العتق في الباقي^(٢)، وإن لم يكن موسراً وقت الاعتاق ثم أيسر، فلا اعتباره، وقد استقر التبعض^(٣).

الثانية: لو ملك المعتق قيمة نصيب الشريك لكن عليه من الدين مثل ما يملكه، أو أكثر، فهل يمنع الدين التقويم والسراية؟ فيه قولان، كالقولين في أن الدين هل^(٤) يمنع الزكاة؟ والجامع أن سراية العتق حق لله تعالى، وهو متعلق بحظ الآدمي كالزكاة.

والأصح: أنه لا يمنع^(٥)، وجعل الشيخ أبو علي الخلاف في المسألة وجهين، وقال: من الأصحاب من قال: لا تقويم^(٦) عليه، لأنه غير موسر بما يملكه بل هو فقير من فقراء المسلمين، ولذلك تحلُّ له الزكاة، فإن أبريء عن الدين لم يقوم عليه أيضاً كالمعسر يوسر^(٧).

وقال الأكثرون وفيهم ابن الحداد: يقوم عليه، لأنه مالك لما في يده ناقد التصرف فيه^(٨).

ولو اشترى به عبداً وأعتقه نفذ، فكذلك يجوز أن يقوم عليه، فعلى هذا يضاربُ الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه فذاك، وإلا اقتصر على حصته، ويُعتق جميع العبد، إن^(٩) قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق فيعتق من نصيبه بقدر حصته، ويبقى الباقي رقيقاً، فإن^(١٠)

(١) في: أ "وإن".

(٢) في: أ "الثاني".

(٣) في: أ "التبعض" وفي: ب "البعض".

(٤) انظر: الوجيز ٨٥/١، والروضة ١٩٧/٢ حيث قال فيه: فيه ثلاثة أقوال "أظهرها، وهو المذهب، والمنصوص في أكثر الكتب الجديدة، لا يمنع".

(٥) انظر: الروضة ١١٢/١٢.

(٦) في: ز "يقوم".

(٧) "يوسر" ليست في: ظ.

(٨) "فيه" ليست في: ب.

(٩) في: أ "فإن".

(١٠) في: أ "وإن".

حدث له بعد ذلك مال لم يقوم عليه الباقي، لكن لو ظهر مال كان يملكه يوم الإعتاق^(١) ضارب الشريك بقيمة الباقي فيه إلى أن يعتق الجميع.

ولو كان بين شريكين عبدًا قيمته عشرون، فجاء إنسان وقال لأحدهما^(٢): أعتق نصيبك من هذا العبد عني على هذه العشرة، وهو لا يملك غيرها فأجابته، عتق نصيبه عن المستدعي، ولا سراية، لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى، وهو لا يملك غيرها. وإن قال: على عشرة^(٣) في ذمتي، فإن قلنا: إن الدين يمنع التقويم والسراية، لم يقوم عليه، لأنه يملك عشرة وعليه بالإلتماس والإجابة مثلها.

لو كان العبد بين شريكين قيمته عشرون فجاء إنسان وقال لأحدهما أعتق نصيبك من هذا العبد عني على هذه العشرة

وإن قلنا: إنه لا يمنع، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق عتق جميع العبد وتقسم العشرة بين الشريكين بالسوية، ويبقى لكل واحدٍ منهما خمسة في ذمته، وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق، فيعتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة، وهي ربع العبد ويبقى الباقي على الرق، وللشريك المستدعي منه خمسة في ذمته.

ولو كانت المسألة بحالها ولكن قيمة العبد عشرة وقلنا: الدين لا يمنع التقويم، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فيعتق جميع العبد، ويتضارب الشريكان في^(٤) العشرة أثلاثاً، لأن المستدعي منه يستحق عشرة، والآخر قيمة نصفه وهي خمسة، وإن قلنا: لا تحصل بالإعتاق، فيعتق منه بالسراية بقدر حصته من العشرة، وهي ثلاثة وتُثلث، وذلك ثلث العبد فينضم^(٥) ما^(٦) عتق باستدعائه، فيكون جميع ما عتق من العبد خمسة أسداسه.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن قيمة العبد: ثلاثون، وقلنا: الدين لا يمنع التقويم، فإن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، فيعتق من العبد خمسة أسداسه، النصف بالاستدعاء، والإجابة، والثلث، لأنه موسر بقيمة الثلث، ويتضاربان في العشرة بالسوية،

(١) من "فيعتق من نصيبه ٠٠٠ يوم الاعتاق" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "أحدهما".

(٣) "على هذه العشرة" ليست في: ظ. وفي ب: "على العشرة".

(٤) "في" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "فيضم".

(٦) في: ز "إلى ما".

وإن قلنا: السراية لا تحصل بالإعتاق، فيعتق بالسراية بقدر حصته من العشرة وهي^(١):
خمسه وذلك سدس المال فجملة ما يعتق من العبد ثلثاه، ويجيء في هذه الصورة وجه: أنه
لا تقويم عليه بسبب آخر، وهو أنه^(٢) موسر بقيمة بعض نصيب الشريك لا بقيمة كُله،
ويجيء ذكر هذا الخلاف في الفصل.

[فصل: فيما لو ملك نصفين من عبيد متساويي القيمة وأعتق نصيبه وهو موسر]

ولو ملك نصفين من عبيد متساويي القيمة، وأعتق نصيبه منهما وهو موسر
بنصف قيمة أحدهما فينظر إن أعتقهما معاً عتق نصيبه منهما، وسرى إلى نصف نصيب
الشريك من كل واحدٍ منهما، فيكون جملة ما يعتق من كل واحدٍ منهما ثلاثة أرباعه،
وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال.

وقلنا: إن اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط، وإن أعتق على
الترتيب سرى^(٣) إلى جميع الأول، ثم إن قلنا: إن الدين يمنع السراية، فلا سراية في العبد
الثاني، لأن قيمة نصيب الشريك من الأول دين عليه.

وإن قلنا: لا يمنع فيسرى، وما في يده يصرف للشريك، والباقي في ذمته، وإن كان
الشقصان^(٤) لشخص صرف إلى كل واحدٍ منهما نصفه.

ولو ملك الشقصين وأعتقهما معاً ولا مال له غيرهما فلا سراية، لأنه معسر. وإن
أعتق على الترتيب فيعتق كل الأول، لأن في نصيبه من العبد الآخر وفاء بباقي العبد الذي
أعتق شقصين ثم إذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق في نصيبه، ولا سراية، لأنه معسر^(٥)
واعترض عليه بأنه^(٦) إذا وجب باعتاق نصيبه من الأول قيمة نصيب الشريك صار^(٧)

(١) في: ظ "وذلك".

(٢) "أنه" ليست في: ز.

(٣) "سرى" ليست في: ظ.

(٤) وهي مثنى شقص - بكسر الشين وسكون القاف. الطائفة من الشيء. انظر: المصباح ٣١٩/١.

(٥) في: أ، ز "موسر". انظر: الروضة ١١٤/١٢.

(٦) في: أ "وأنه".

(٧) "صار" ليست في: ظ.

نصيبه من الثاني مستحق البيع لحق الشريك، لأنه لا يملك غيره، فوجب أن لا ينفذ^(١) إعتاقه فيه^(٢) كما أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك، وقلنا: لا سراية في الحال، لا ينفذ من^(٣) الشريك الآخر إعتاق نصيبه على الأصح، لتعلق حق الأول به^(٤).

وأجيب عنه بأن الحق هناك تعلق بعين ذلك النصيب.

ألا تراه^(٥) لو اتفقا على إقامة عبد آخر مقامه لا يجوز. وههنا لم يتعلق بعين نصيبه من العبد الثاني.

ولو أدى المال من موضع آخر يجوز.

قال الشيخ^(٦) أبو على رحمه الله: هذا على القول الذي يقول إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر عتق الكل في الحال.

أما إذا قلنا: لا يعتق إلا بوصول القيمة إليه، فإذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق، وبطل التقويم، لأنه لم يبق له مال، وتعذر وصول القيمة إلى الثاني وهذا ليس بواضح، وينبغي أن يكون في ذمته إلى أن يجد فإن مات معسراً فسيأتي في التفريع على الأقوال والمسألة التي قبلها من مولدات ابن الحداد رحمه الله.

[فصل: أعتق شريك نصيبه من مرض الموت]

الثالثة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه في مرض الموت نُظر ان خرج جميع العبد من ثلث ماله قوم عليه نصيب الشريك، وعتق، لأن تصرف المريض في ثلث ماله كتصرف الصحيح في الجميع.

وعن أحمد^(٧) رحمه الله: رواية: أنه لا تقويم^(٨) في حالة المرض، وفي طريقة

(١) في: ظ "أن ينفذ".

(٢) في: ظ "منه".

(٣) في: أ "في".

(٤) "به" ليست في: ز.

(٥) في: ب "ترى أنه".

(٦) "الشيخ" ليست في: ظ.

(٧) انظر: المقنع ص ١٩٩.

(٨) في: ظ "يقوم".

الصيدلاني رحمه الله: بأن إعتاق الشقص في المرض لا يؤثر في الباقي.

ويجوز أن يُعَلَمَ لذلك قوله في الكتاب: "إلا في قدر الثلث" بالحاء والألف، فإنه لا استثناء على ما ذكره^(١)، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيبه عتق نصيبه، ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك، قوم عليه ذلك القدر.

ويجيء فيه خلاف نذكره في بسائر المعتق ببعض نصيب الشريك دون البعض.

وبالجمله فالمرضى^(٢) في الثلث كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثلث هو^(٣)

معسر^(٤).

واحتج القاضي الطبري وغيره باعتبار الثلث على أن التقويم يكون بعد موت المريض، لأن الثلث يعتبر حالة الموت حتى إذا لم يف الثلث بجميع العبد في حال إعتاقه، ثم استفاد مالاً ووُفِّيَّ عند الموت يقوم عليه جميع العبد.

وفي "التهذيب"^(٥): أنه لو ملك نصفين من عبيدين متساويي القيمة فأعتقهما في مرض الموت، ينظر إن خرج العبدان جميعاً من الثلث، عتقا سواء أعتقهما معاً أو على الترتيب، وعليه قيمة نصيب الشريك^(٦)، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيباه، فإن أعتقهما معاً، عتق نصيباه، ولا سراية، وإن أعتقهما على الترتيب، عتق الأول بتمامه ولم يعتق من الثاني شيء، لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول، وصار^(٧) نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه، وإن خرج من الثلث نصيباه ونصيب أحد الشريكين، فإن أعتقهما على الترتيب، عتق جميع الأول، ولا يعتق من الثاني إلا نصيبه، وإن أعتقهما معاً، فوجهان.

(١) في: ظ "ذكره".

(٢) في: ظ "في تصرف المريض"

(٣) في: ب "هو".

(٤) انظر: الوسيط ٣٧٣/٧.

(٥) انظر: التهذيب ٣٦٦/٨.

(٦) في: أ "الشريكين".

(٧) في: ب "فصار".

أحدهما وبه قال ابن الحداد رحمه الله: يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه يعتق نصيباه، ونصف نصيب الشريك من كل واحد كما لو أعتقهما في الصحة وهو موسر بنصيب أحدهما.

والثاني: يُقَرَّع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق كله ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى التشقيص مع إمكان التكميل^(١).

وإن لم يُخْرِجْ من الثلث إلا أحد نصيبه، فإن أعتقهما معاً فوجهان:

أحدهما: يُعْتَقُ من كل واحد نصف نصيبه، وهو ربع كل عبد.

والثاني: يُقَرَّع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق منه جميع نصيبه، ولا يعتق من الآخر شيء،

قال: وهذا أصح^(٢)، وظاهر اللفظ في أحكام هذه الصورة ينطبق على أن السراية تحصل بنفس العقد.

ولو أعتق النصيين ولا مال له إلا النصيبان قال الشيخ أبو علي رحمه الله "في الشرح"^(٣) إن^(٤) أعتقهما على الترتيب عتق ثلثا نصيبه من العبد الأول، وهو ثلث جميع ماله وثلث ذلك العبد، ويبقى^(٥) للورثة سدس ذلك العبد ونصف العبد الآخر، فإن أعتقهما معاً ومات أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق منه ثلثا نصيبه وهو ثلث ماله.

(١) ورد بهامش؟ العزيز ٣١٨/١٣ "قال البلقيني: لم يصح شيئاً من الوجهين، ورجح القاضي

أبو الطيب في شرح الفروع: وجه ابن الحداد. قال عن الوجه الآخر: إنه ليس بصحيح".

(٢) انظر: الروضة ١٥/١٢.

(٣) "قال الشيخ أبو علي ٠٠٠ في الشرح" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "فإن".

(٥) في: أ "يبقى".

[فصل: فيما لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته]

(١) لو (٢) أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته فلا سراية، وإن خرج كله من الثلث، لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ويبقى الميت معسراً ولا تقويم على من لا يملك شيئاً وقت نفوذ العتق في نصيبه، بل لو كان العبد كله له فأوصى بإعتاق بعضه فأعتق (٣) لم يسر.

وكذا (٤) لو دبر أحدهما نصيبه فقال: إذا مت فنصيبي منك حر، وإن قال في الوصية أعتقوا نصيبي، وكملاوا العتق فيكمل إن خرج العبد من الثلث، وإن (٥) لم يخرج جميعه وخرج منه شيء (٦) بعد النصيب (٧) نفذت وصيته في ذلك (٨) القدر (٩).

وههنا فائدتان:

إحدهما: قال القاضي أبو الطيب رحمه الله عندي إذا أوصى بالتكميل (١٠)، فإنما يكمل باختيار الشريك، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً لا يصير مستحقاً باختيار المعتق، ألا ترى أن المعتق لو كان معسراً ثم أيسر أو قال: قوموه علي حتى أستقرض، لا يجبر الشريك عليه.

والأكثر: أطلقوا الكلام إطلاقاً ووجهه القاضي "الرويانى" (١١) رحمه الله: بأنه متمكن من التصرف في الثلث، وإذا أوصى بالتكميل فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد

(١) في: ز، ظ "الرابعة" وهو خطأ.

(٢) في: أ "ولو".

(٣) في: أ "وأعتق". وفي: ظ "واعتق".

(٤) في: ظ "وكذلك".

(٥) في: أ "فإن".

(٦) في: ظ "شيء منه".

(٧) "بعد النصيب" ليست في: أ.

(٨) "ذلك" ليست في: ز.

(٩) في: ز، ظ "القدر الذي يخرج".

(١٠) "عندي إذا أوصى بالتكميل" ليست في: أ.

(١١) ورد بهامش العزيز ٣١٩/١٣ "وهو في ذلك تابع لابن الصباغ، فإنه حكى كلام القاضي ثم قال: وأصحابنا أطلقوا ذلك، وما قالوه له وجه صحيح، لأن التقويم لا يجب، لأن العتق وقع في

من الثلث، فكان^(١) موسراً به.

والثانية: ذكره الإمام وصاحب الكتاب رحمهما الله: أن صورة الوصية بالتكميل: أن يقول اشترؤا نصيب الشريك فأعتقوه، فأما إذا قال أعتقوه إعتاقاً سارياً، فلا خير في هذه الوصية، لأنه لا سراية بعد الموت، فإن أعتقنا نصيبه فالذي أتى به وصية بمحال.

ولك أن تقول: إذا قال اشترؤا نصيبه، وأعتقوه فهذا يتوقف على اختياره البيع ٦٠٩/ز لاحتمال فيعود الأمر إلى ما ذكره القاضي أبو الطيب رحمه الله، فإن^(٢) كان لا يتوقف الأمر على اختياره، فلا يبعد أن يقال: إنه كان متمكناً من إعتاق نصيبه والتوسل إلى عتق نصيب الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه أيضاً إذا^(٣) كان يخرج العبد من الثلث من غير اختيار الشريك، فتنفذ وصيته بما كان يتمكن منه بنفسه والله أعلم.

[فصل: فيما لو ملك نصفين من عبيدين فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موتهما]

ولو ملك نصفين من عبيدين فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته يعتق عن النصيبان ولا سراية.

ولو قال مع ذلك: وكمّلوا العتق فيهما نظراً: إن خرج العبدان جميعاً من الثلث كَمَّل^(٤) العتق فيهما، وإن خرج مع نصيبه^(٥) الباقي من أحدهما دون الآخر ففيه طريقان المذكوران في "التهذيب"^(٦).

أحدهما: أنه على الوجهين فيما إذا أعتق في مرض الموت النصيبين، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباه مع الباقي من أحد العبيدين، ففي وجه يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه.

- حال زوال ملك الميت عن المال فجرى مجرى المعسر، فإذا أوصى بتكميله كانت قيمة النصف باقية على تملكه فصار بمنزلة المعسر إذا أعتق. انتهى والذي قاله القاضي أبو الطيب متجّه".

(١) في: ظ "فكان".

(٢) في: ب "وإن".

(٣) في: ب، ظ "فلو".

(٤) في: أ "تكمّل".

(٥) في: ظ "نصيب".

(٦) انظر: ٣٧٢/٨.

وفي آخر: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة أعتق بتمامه وأعتق من الآخر نصيبه لاغير.

والثاني القطع ههنا بالقرعة^(١)، والفرق أنه قصد التكميل ههنا حيث أوصى به فيراعى مقصوده بقدر الإمكان.

[فصل: فيما لو كان الشريك المعتق موسراً ببعض قيمة الباقي دون بعض]

الرابعة: إذا كان الشريك المعتق موسراً ببعض قيمة الباقي دون بعض فيه وجهان عن رواية صاحب "التقريب" رحمه الله.

أصحهما: ويحكى عن نصه رضي الله عنه في "الأم"^(٢) أنه يسرى القدر الذي هو موسر به مثل أن يجد نصف قيمته يعتق به نصف الباقي ليقرب^(٣) حاله من الحرية^(٤) والاستقلال.

والثاني: المنع، لأن تقويم ذلك القدر لا يفيد الاستقلال، وثبوت أحكام الأحرار من الولاية، والشهادة والإرث وغيرها، وأيضاً فثلاً يتبعص عليه ملكه كالشفيع^(٥) إذا وجد بعض ثمن الشقص لا يأخذه قسطاً من الشقص.

[فصل: فيما لو كان بين ثلاثة عبد فأعتق اثنان نصيبهما، وأحدهما موسر دون الآخر]

ولو كان بين ثلاثة عبد، فأعتق^(٦) اثنان نصيبهما، وأحدهما موسر دون الآخر، يقوم نصيب الثالث على الموسر بلا خلاف.

(قال [الغزالي]) الثاني: أن يُعتقَ باختياره، فإن ورث نصف قريبه فعتق لم يسر، وإذا اتهب أو اشترى سرى^(٧).

(١) في: ز "بالقرعة هاهنا".

(٢) انظر: الأم ١٢/٨.

(٣) في: ظ "لقرب".

(٤) في: ظ "من الجهة".

(٥) في: ظ "فالشفيع".

(٦) في: أ "واعتق".

(٧) في: أ "سرى عليه".

[فصل من شرط السراية أن يحصل العتق باختياره]

[قال الرافعي]: من شرط السراية أن يحصل العتق في نصيبه باختياره، حتى لو ورث شقصاً من قريبه الذي يعتق عليه، فعتق لم يسر، ولم يقوم عليه نصيب الشريك، بخلاف ما إذا اشترى.

وجملة القول فيه: أنه إذا ملك بعض قريبه الذي يعتق عليه عتق^(١) القدر الذي يملكه^(٢)، وينظر إن ملك لا باختياره كما إذا ورثه لم يسر، لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، ولم يوجد منه صنْعٌ وقصد إتلافٍ، وإن ملكه باختياره، فإما أن يحصل الملك بطريق يقصد به اجتلاب الملك، أو بطريق لا يقصد به التملك^(٣) غالباً، لكنه يتضمن حصول الملك.

أما الأول: فكالشراء، وقبول الهبة والوصية فذلك^(٤) يقتضي حصول السراية كما لو تلفظ بالإعتاق، وإن ملكه بما يتضمن حصول الملك ولا يقصد به التملك غالباً، كما إذا كاتب عبداً فاشترى شقصاً^(٥) ممن يعتق على سيده ثم عجره السيد، فصار الشقص له وعتق عليه، ففي^(٦) السراية وجهان.

أحدهما: يسري لاختياره وتسببه إلى الملك يفسخ الكتابة.

وأشبههما: ولا يحكى عن ابن الحداد رحمه الله، لأنه لم يقصد التملك، وإنما قصد التعجيز وحصول الملك ضمناً، وإن عجز المكاتب نفسه فلا يسري، لأنه حصل الملك والعتق بغير اختيار السيد وتسببه كما^(٧) في الأثر.

ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه كما لو باع ابن أخيه بثوب، ومات ووارثه

(١) في: ب "يعتق".

(٢) في: أ "ملكه".

(٣) في: ظ "التملك".

(٤) في: ز "وذلك". وفي: ظ "ولذلك".

(٥) "شقصاً" ليست في: أ.

(٦) في: ب "وفي".

(٧) "كما" ليست في: أ.

أخوه فوجد بالثوب عيباً فرده واسترد الشقص، وعتق عليه ففي السراية الوجهان^(١).

وجه يسري لتسبيه إلى الملك بالفسخ، وفي وجه لا، لأن مقصوده رد الثوب لاسترداد العوض، ولذلك^(٢) يجري الرد في الثوب والعوض تالف.

ولو وجد مشتري الشقص به عيباً فرده، فلا سراية كما في الأثر والخلاف في الصورتين شبيه بالخلاف^(٣) فيما إذا باع الكافر عبداً أسلم في يده بثوب، ثم وجد بالثوب عيباً هل له استرداد العبد؟ ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارث زيد، كما إذا أوصى له بجارية لزيد منها ابن، أو أوصى له ببعض ابن أخيه ومات^(٤) زيد قبل قبول الوصية فقبلها ابنه، أو أخوه عتق الشقص، وهل تحصل السراية؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لقصده التملك بالقبول.

والأقرب^(٥) لا، لأن قبوله يدخل الشقص في ملك المورث^(٦) ثم ينتقل إليه بالإرث.

ولو أوصى لزيد بشقص^(٧) ممن يعتق عليه ولا يعتق على وارثه، كما لو أوصى له بشقص من ابنه^(٨) أو بشقص من أمه، ووارثه أخوه من الأب، فمات وقبل الوصية أخوه عتق ذلك الشقص على الميت، ويسري إن كان له تركة يفي^(٩) ثلثها بقيمة الباقي، لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة.

قال الإمام هكذا ذكره الأصحاب رحمهم الله، وفيه وقفة، لأن القبول حصل من غير اختياره.

(١) في: ظ "وجهان: في وجه".

(٢) في: ب "وكذلك".

(٣) في: أ "الخلاف".

(٤) "له بجارية . . . ومات" ليست في: ظ.

(٥) في: ز "وأقربهما".

(٦) في: ز "الوارث".

(٧) "في ملك المورث . . . لزيد بشقص" ليست في: ظ.

(٨) في: ظ "من أبيه".

(٩) في: أ "ففي".

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فرع لو باع عبداً من ابن ذلك العبد ومن أجنبي صفقة واحدة عتق نصيب الابن وقوم عليه نصيب الشريك.

وعن أبي حنيفة^(١) رحمه الله: أنه لا يضمن الأجنبي^(٢) شيئاً، لأن ملكه لم يتم^(٣) إلا بقبول شريكه فكأنه أذن له في إعتاق نصيبه حكاه ابن الصباغ رحمه الله.

(قال [الغزالي]: الثالث: أن لا يتعلق^(٤) بمحل السراية حق لازم، فإن كان تعلق به رهن أو كتابة أو تدير أو استيلاء ففي الكل خلاف، والإستيلاء أولها^(٥) بالمنع والتدير أضعفها^(٦)).

[فصل: فيما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب الآخر مرهون]

[قال الرافعي] فيه صور إحداها إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب الآخر مرهون فقد ذكر في سراية العتق وجهان:
أحدهما لا يسري صيانة لحق المرتهن.

وأصحهما: السراية، فإن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك^(٧)، فكما قوي الإعتاق على نقل حق الشريك إلى القيمة، يقوي على نقل وثيقة المرتهن إليها^(٨).

الثانية: إذا كاتب عبداً ثم أعتقه أحدهما والصحيح المشهور أنه يسري ويقوم نصيب الشريك عليه، وهل يقوم في الحال أو بعد العجز عن أداء نصيب الشريك؟.

(١) قال في الهداية ٥٨/٢ "هذا عند أبي حنيفة رحمه الله: لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده. وقالوا: لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما".

(٢) في: أ "أجنبي".

(٣) في: ز "لم يتم به".

(٤) في: أ "أن يتعلق".

(٥) في: أ "أولها".

(٦) في: أ "أضعفها".

(٧) في: ظ "المالك".

(٨) في: أ "إليهما". وفي: ظ "الوثيقة إليها".

فيه اختلاف قول يذكر في الكتابة بتفاريجه، وعن صاحب "التقريب" رواية وجه أو قول: أنه لا يسري، إذ لا سبيل إلى إبطال الكتابة كما لا سبيل إلى فسحها، ولأن السراية تتضمن النقل إلى المعتق والمكاتب لا يقبل النقل.

الثالثة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب صاحبه مدبر.

هل يقوم عليه نصيب الشريك؟ فيه قولان

أقواهما: نعم، لأن المدبر كالتقن في جواز البيع فكذلك في التقويم.

والثاني: لا، لأن التقويم والسراية لتكامل عتق العبد، وقد ثبت للمدبر سبب الحرية فيحصل التكامل به وأيضاً فلئلا يبطل على الشريك قرينة مهد سببها^(١).

قال الإمام رحمه الله: وهذا شديد الشبه عندي بما إذا دبرت المرأة العبد المصدق، ثم طلقها الزوج قبل الدخول.

ثم إن قلنا لا تسري فلو رجع السيد عن التدبير، فهل يسري حينئذ؟

قال أكثرهم لا، كما لو أعتق وهو معسر، ثم أيسر.

وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله: وجه أنه يسري، لأن منع السراية كان على توقع العتق بموجب التدبير، وقد بطل ذلك التوقع، وعلى هذا فيحكم بالسراية عند ارتفاع التدبير^(٢) أو بتبين اسنادها^(٣) إلى وقت الإعتاق؟ فيه وجهان:

الرابعة إذا أعتق نصيبه، وقد ثبت حكم الاستيلاد في نصيب الآخر، بأن كان الآخر قد استولدها وهو معسر، فهل يسري الإعتاق؟

حكى صاحب الكتاب والإمام رحمهما الله: فيه اختلاف وجه الأصح: المنع لأن السراية تتضمن النقل، وأم الولد لا تقبل النقل من مالك إلى مالك، وقد يوجه الآخر بأن الإعتاق وسرايته ينزل^(٤) منزلة الإتلاف، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة. ولو استولدها

(١) في: ب "سبيلها".

(٢) "وقد بطل . . . ارتفاع الدبر ليست في: ظ.

(٣) في: ظ "وقد أيسر استنادها".

(٤) في: أ "نزل".

أحدهما وهو معسر وقت الاستيلاء ثم استولدها الثاني أيضاً وثبت حكم الاستيلاء، في نصيبه، ثم أعتقهما أحدهما وهو موسر^(١)، ففي السراية ما ذكرنا فإذا جعلنا هذه الأمور مانعة من السراية انتظم أن يقال: شرط السراية أن لا يتعلق بمحلها حق لازم^(٢).

(قال [الغزالي]: الرابع^(٣) أن يتمكن العتق^(٤) من نصيبه، أولاً، فلو قال أعتقت نصيب شريكي لَغَا قوله، ولو قال: أعتقت نصف هذا العبد عتق جميع نصيبه، لكن لو قال: بعث نصف هذا العبد فينزل على نصف شائع، ليبطل في البعض أو يخصص بنصيبه^(٥). فيه وجهان، وكذا في الإقرار، والأولى تخصيص البيع بنصيبه وإشاعة الإقرار).

[فصل: من شرط السراية أن يوجه المعتق إلى الإعتاق على ما يملكه من العبد]

[قال الرافعي]: يشترط في السراية أن يوجه المعتق الإعتاق على ما يملكه من العبد ليمكن العتق في نصيبه أولاً ثم يسري وذلك بأن يقول: "أعتقت نصيب من هذا العبد أو النصف الذي أملكه"، فلو قال: أعتقت نصيب شريكي أو نصيب شريكي من هذا العبد حرٌّ فهو لغو لا يؤثر في نصيب الشريك، ولا في نصيبه، وإن أطلق، وقال للعبد وهو يملك نصفه أعتقت نصفك فعلام يحمل؟ وجهان.

أحدهما: على النصف الذي يملكه، فإن الإنسان إنما يعتق ما يملكه.

والثاني: أنه^(٦) يجري اللفظ على إطلاقه، ويحمل على النصف شائعاً، لأنه لم يخصه بملك نفسه، وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً، أما على التقدير الأول فيعتق نصيبه الذي يملكه ثم يسري، وأما على الثاني فلأنه يعتق نصيبه، وهو ربع العبد ثم يسري إلى باقي نصيبه، ثم إلى نصيب الشريك.

(١) في: ز "معسر".

(٢) "لازم" ليست في: ظ.

(٣) "الرابع" ليست في: ظ.

(٤) في: ظ "الحق".

(٥) "بنصيبه" ليست في: ظ.

(٦) "أنه" ليست في: ظ.

قال الإمام رحمه الله: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا أن يفرض تعليق^(١) طلاق أو عتاق بأن يقول: إن أعتقت نصفي من هذا العبد فامرأتي^(٢) طالق، فإذا قلنا نصفك^(٣) حر، وقلنا^(٤) بالوجه الأول: يقع الطلاق: وإن قلنا بالثاني: لا يقع وإذا باع نصف العبد المشترك بينه وبين غيره على المناصفة، فإن قال: بعث النصف الذي أملكه من هذا لعبد أو نصيبي منه، وهما يعلمان قدره فلا إشكال، وإن أطلق، وقال: بعث نصفه فوجهان.

أحدهما: ينصرف اللفظ^(٥) إلى ما^(٦) يملكه فإن الذي يقدم على بيعه ما يملكه^(٧).

والثاني: يقع شائعاً لإطلاق اللفظ فعلى هذا يكون بائعاً لنصف نصيب الشريك فلا يصح البيع فيه ولنصف نصيبه فيكون على تفريق الصفقة.

ولو أقر لإنسان بنصف العبد المشترك ففيه هذان الوجهان. فإن قلنا: بالأول فقد أقر بنصفه^(٨) المعروف به. وإن قلنا: بالثاني فقد أقر بنصف نفسه^(٩) ونصف نصيب شريكه.

وقال أبو حنيفة^(١٠) رحمه الله: يحمل النصف المطلق في البيع^(١١) على ما يملكه، لأن الظاهر أن الإنسان لا يبيع ما لا يملكه، وفي الإقرار على الإشاعة، لأن الإقرار إخبار، ولا يمنع^(١٢) أن يخبر أن ما في يد زيد ملك عمرو، واستحسن الإمام^(١٣) رحمه الله: هذا الفرق

(١) في: أ "تعلق".

(٢) في: أ "وامرأتي".

(٣) في: ز "نصفه".

(٤) في: ز "على الوجه".

(٥) في: ب: "اللفظة".

(٦) في: ظ "إلى الذي".

(٧) في: ز "يتقدم على تملكه ما يبعه". وفي: ظ "يقوم".

(٨) في: أ، ب، ظ "بنصف".

(٩) في: أ "بنصف نصيبه".

(١٠) انظر: الهداية ٥٥/٢.

(١١) "البيع" ليست في: ظ.

(١٢) في: ز "يتمتع".

(١٣) قال النووي في الروضة ١١٩/١٢ "الراجح قول أبي حنيفة". والله أعلم.

وبه أخذ صاحب الكتاب.

فقال: "والأولى تخصيص البيع بنصيبه وإشاعة الإقرار"، وفي "التهذيب" أن الأصح في البيع أيضاً الحمل على الإشاعة.

فرعان من المولدات^(١):

أحدهما: إذا قال: أحد الشريكين للعبد إذا دخلت دار كذا فأنت حر أو فنصيبي منك حر.

وقال الآخر مثل ذلك فإذا دخلها عتق على كل واحد منهما نصيبه ولا تقويم، لأن النصيبين عتقا دفعة واحدة، وإنما يقوم إذا تقدم إعتاق أحدهما ولا فرق بين أن يكونا موسرين، أو معسرين، أو أحدهما موسراً والآخر معسراً.

وكذا لو قال أحد الشريكين للعبد إذا كلمت فلاناً فنصيبي منك حر، وقال الآخر، إذا شتمته فنصيبي منك حر فشتمه يعتقان معاً، وكذا الحكم لو وكلا رجلاً بالعتاق فأعتق كله دفعة واحدة ولا أثر لوقوع التعليقين، والتوكيلين في وقتين مختلفين، وإنما لعبرة بوقت^(٢) الوقع، ألا ترى أنه لو قال لامرأته قبل الدخول: إذا دخلت الدار، فأنت طالق طلقة ثم قال بعد ذلك إذا دخلتها فأنت طالق طلقتين، فإذا دخلتها تطلق ثلاثاً كما لو قال: فأنت طالق ثلاثاً.

الثاني إذا قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حر، قبل موتي بشهر وقال الآخر بعده بيوم مثلاً فله أحوال:

أحدها: أن يموت المعلق لما دون شهر من وقت التعليق، فيعتق العبد كله على الثاني المنجر إن كان موسراً، لأنه لا يمكن أن يعتق. والحالة هذه بالتعليق، لأنه لو عتق

(١) من المولدات "ليست في: ظ.

(٢) في: أ "لوقت".

بالتعليق لعق عتقاً متقدماً على الموت بشهر، ولو عتق هكذا لعق قبل التعليق.

وكذا الحكم لو^(١) مات بعد مضي شهرين^(٢) من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة وما لم يمض شهر من وقت تمام التعليق، لا يمكن أن يعتق بالتعليق.

الثانية: إذا مات لأكثر من شهر من وقت التعليق^(٣) بأيام فيعتق جميعه على الثاني أيضاً، لأن العتق بالتعليق^(٤) يتقدم على الموت بشهر، لا ينعطف أكثر من ذلك، وإعتاق المنجر يتقدم على الشهر المتقدم^(٥) على الموت فنؤخذ قيمة نصيبه المعلق من المنجر. وتدفع إلى ورثة المعلق.

هذا إذا قلنا: السراية تحصل بالإعتاق أو قلنا: بالتبيين، وإن قلنا: أنها تحصل عند أداء القيمة، فإذا سبق وقت العتق بالتعليق أداء القيمة كان في نفوذ العتق عن المعلق. وجهان على ما سنذكر في تفريع أقوال السراية.

الثالثة: إذا مات على رأس شهر من تمام صيغة^(٦) التعليق فيعتق جميع العبد على الأول لتقدم وقت العتق بالتعليق على التنجيز.

الرابعة: إذا مات على رأس شهر من [تمام كلام] المنجز فيعتق على كل واحد منهما نصيبه ولا تقويم لوقوع العتقين معاً.

[قال [الغزالي]: ثم إذا وجدت^(٧) الشروط فتعجل^(٨) السراية على قول، ويتوقف على أداء القيمة على قول وعند الأداء يتبين استناد العتق على قول،

-
- (١) في: أ "أو".
 (٢) في: أ "شهر".
 (٣) في: ظ "أم يعتق" فقط.
 (٤) "بالتعليق" ليست في: ظ.
 (٥) في: ظ "المقدم".
 (٦) في: أ "صفة".
 (٧) في: ظ "وجد".
 (٨) في: أ، ب، ظ "فتعجل".

وينبني^(١) على الأقوال مسائل الأولى في تعجيل سراية^(٢) الاستيلاء تجري فيه^(٣) الأقوال والعتق أولى بالتعجيل لأنه تنجيز، وقيل عكسه، لأن الاستيلاء فعل).

[فصل: في وقت ثبوت السراية إذا حكم بها]

[قال الرافعي] متى تثبت السراية حيث يحكم بها فيه ثلاثة أقوال^(٤): أصحابها^(٥): وبه أجاب في "اختلاف الحديث" و "اختلاف العراقيين" وكتاب الوصايا" أنها تثبت بنفس اعتاق الشريك.

وبه قال أحمد^(٦) لما روي أنه ﷺ قال: "إذا كان العبد بين اثنين^(٧) أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله" ويروي "فهو حر كله" ويروي "من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ قيمة العبد فهو عتيق"^(٨) ولأن يساره بقيمة الباقي أقيم مقام كون الباقي له في اقتضاء السراية، فيحصل بنفس اللفظ كما لو أعتق بعض عبده، ولأن الباقي مقوم عليه على ما مر في الخبر والتقويم عليه يشعر بحصول الإتلاف.

والثاني: ويحكى عن القديم وغيره وبه قال مالك^(٨) رحمه الله: أن السراية لا تحصل إلا إذا أدى قيمة نصيب الشريك، لأن التقويم لإزالة الضرر على العبد والشريك وفي إزالة ملك الشريك قبل حصول العرض إضرار به، فإنه قد يفوت بهرب وغيره، والضرر لا يزال بالضرر. ولذلك نقول بتوقف التملك بالشفعة على تسليم العوض.

-
- (١) في: ب "فيئني".
 (٢) في: ظ "تسويه".
 (٣) "فيه" ليست في أب، ز.
 (٤) في: أ "فيه ثلاثة أوجه، أو ثلاثة أقوال".
 (٥) انظر: الروضة ١٢/١٢١. حيث نقل فيها النووي "أظهرها: بنفس إعتاق الشريك". وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٩٥.
 (٦) انظر: المقنع ص ١٩٨، والمغني ١٤/٣٥٣.
 (٧) الحديث برواياته متفق عليه "بهذه الألفاظ وزيادة". أخرجه البخاري في صحيحه ٣/١١٧، كتاب العتق وفضله، باب إذا أعتق عبد بين اثنين أو أمة بين شركاء. ومسلم في صحيحه ١٠/١٣٥، كتاب العتق، وانظر: تلخيص الحبير ٤/٢١٢.
 (٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٣.

والثالث: أنا نتوقف فإن أدى القيمة بان حصول العتق من وقت اللفظ، وإن فات تبينا أنه لم يعتق، ووجهه بأن الحكم بالعتق يضرُّ بالسيد، والتأخير إلى أداء القيمة يضر بالعبد، والتوقف أقرب إلى العدل، ورعاية الجانبيين، وهذا القول فيما ذكر بعضهم مخرجٌ للأصحاب.

والأكثرون قالوا: هو منصوص في البويطي وحرملة.

ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب "فتتعجل السراية" بالميم.

وقوله ويتوقف^(١) على أداء القيمة بالألف.

وقوله "ويتبين استناد العتق بهما جميعاً".

واعلم أنه^(٢) ساعد المزني على اختيار القول الأول معظم الأصحاب رحمهم الله لكن ضايقه في التوجيه والتعليل على دأبهم معه، وأكثر ما احتج به من الوجوه يصلح^(٣) للترجيح ولم أطول بمحايتها ويتعلق^(٤) بالأقوال ويتفرع عليها مسائل مذكورة في الكتاب وغيره ونقدم ما في الكتاب:

فمنها: إذا أولد أحد الشريكين الجارية المشتركة بينهما بالسوية، فإن كان موسراً سرى الاستيلاء كالعتق وسرى بنفس العلق أو عند أداء القيمة أو تبين بادئها حصول السراية عند العلق فيه الأقوال المذكورة في العتق وهل بين العتق والاستيلاء ترتيب أم يستويان وبتقدير الترتيب فالعتق أولى^(٥) بالسراية أو الاستيلاء؟ فيه الخلاف المذكور في الرهن^(٦) وعلى الأقوال يجب على المستولد نصف المهر للشريك مع نصيب قيمة الجارية، ثم إن قلنا بحصول الملك بأداء القيمة فيجب مع ذلك قسط نصيب الشريك من الولد.

(١) في: ز "فيتوقف".

(٢) في: أ "أن".

(٣) في: ظ "ولا يصلح".

(٤) في: ب "فيتعلق".

(٥) "أولى" ليست في: ب.

(٦) انظر: الوجيز ١٦٤/١ حيث قال: "والاستيلاء مرتب على العتق وأولى بالنفوذ لأنه فعل. وقيل

بنقيضه لأن العتق منجز".

وإن قلنا يحصل بالعلوق أو قلنا بالتبيين، فقد حكى الإمام خلافاً للأصحاب رحمهم الله في أنه يثبت بعد العتق أو قبله.

إن قلنا بعده وجب نصف قيمة الولد أيضاً، وإن قلنا قبله لم يجب، وهذا ما أجاب به في "التهذيب" (١).

ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة فإن أثبتنا السراية بنفس العلوق، فعلى الثاني كمال المهر للأول، وللثاني على الأول نصفه فيقع نصف المهر في التقاص، وإن قلنا تحصل عند أداء القيمة فعليه نصف المهر، وله على الأول نصفه فيقع في التقاص، وإن كان الذي أولد معسراً ثبت الاستيلاء في نصفه ونصف الآخر قنً ويكون الولد حراً كله (٢) أو يتبع فيه الرق والحرية؟ فيه وجهان أو قولان. والصورة المذكورة في الكتاب مشروحة في أحكام الغنائم.

قال [الغزالي]: الثانية عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر (٣) ثلثه، وللآخر سدسه فأعتقا وسرى فالقيمة للسراية على عدد رؤوسهما أم (٤) على قدر ملكهما؟ فيه قولان).

[فصل في عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر]

[قال الرافي]: عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر سرى (٥) العتق إلى نصيب الشريكين، وإن كان موسراً بيعت قيمة الباقي، وقلنا: بالتصحيح قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما فإن كان موسراً بثلث الباقي قوم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما.

(١) "التهذيب" ليست في: أ. وانظر ٣٦٥/٨.

(٢) "كله" ليست في: ز.

(٣) "نصفه وللآخر" ليست في: ط.

(٤) في: ب، ج، ظ "أو".

(٥) في: ظ "يسرى".

ولو أعتق اثنان منهم نصيبهما معاً أو علقا بشرط واحد، ووكلا رجلاً بالإعتاق
عنهما فأعتق نصيبهما دفعة واحدة، فإن كان أحدهما موسراً قوم نصيب الثالث، وإن
كانا موسرين قوم نصيب الثالث عليهما.

وكيف يقوم عليهما فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين.

أحدهما: أنه تجعل القيمة عليهما بالسوية.

والثاني: أنها تجعل عليهما على قدر الملكين^(١)، فإذا أعتق صاحب النصف
وصاحب السدس. غرم صاحب النصف ثلاثة أرباع قيمة الثلث، وصاحب السدس
ربعها.

قال في "النهاية" والقولان يبنيان على أن الشفعة على عدد الرؤوس، أو على
قدر^(٢) الأنصباء.

والثاني: القطع بأنها على عدد الرؤوس بخلاف الشفعة على أحد القولين.

وفرق بينهما: بأن الأخذ بالشفعة من فوائد الملك ومرافقه، فيكون على قدر
الملك كالثمرة والنتاج، والقيمة الواجبة ههنا سبيلها^(٣) سبيل ضمان المتلفات^(٤) وفي
ضمان الإتلافات لا يفرق^(٥) الحال بين أن تقلل الجناية أو تكثر، ألا ترى أنه لو جرح
واحد جراحة، والآخر جراحات فمات المجروح^(٦) منها تكون الدية عليهما بالسوية.

وهذه الطريقة أظهر^(٧) باتفاق فرق الأصحاب، لكن الإمام رضي الله عنه ارتضى
طريقة القولين، وهي التي أوردها صاحب الكتاب، وعن مالك رحمه الله روايتان

(١) في: ظ "المالين".

(٢) في: ظ "أو على قيمة".

(٣) في: ز "سبيلها".

(٤) في: ب، ز "الإتلافات".

(٥) في: ز "لا يفرق".

(٦) في: ظ "المجروحان".

(٧) انظر: الوسيط ٣٦٧/٧، والتهذيب ٣٧٠/٨، والروضة ١٢١/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٨/٤.

كالقولين^(١).

(قال [الغزالي]: الثالثة إذا حكمنا بتأخر السراية فيجب أقصى قيمته^(٢) من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء.

وقيل: بل يعتبر يوم الأداء^(٣).

وقيل: بل يوم الإعتاق.

ولو اختلفا في قدر القيمة^(٤) فالصحيح أن القول قول الغارم إلا أن يدعي الغارم نقيضة طارئة فيخرج على قولي تقابل الأصلين).

[فصل: إذا حكم بتأخر السراية، فهل تجب قيمته يوم الإعتاق أو يوم الأداء؟]

[قال الرافعي] إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق أو قلنا^(٥) بالتبين فتعتبر^(٦) قيمة يوم الإعتاق، وإن قلنا بتأخرها إلى يوم الأداء فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب وجوهاً.

أحدها: أن المعتبر قيمة يوم الأداء^(٧)، لأن التلف يحصل يومئذ.

والثاني: تعتبر قيمة يوم الإعتاق، لأن الحجر على المالك يحصل يومئذ.

والثالث: أنه تعتبر أقصى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء، لأن الإعتاق، سبب يدوم أثره إلى التلف فيكون بمثابة جراحة العبد، ومن جرح عبداً ثم مات بعد مدة يعتبر أقصى القيم من يوم الجرح إلى الموت^(٨) وكذا إذا غصب عبداً وتلف في يده يجب^(٩)

(١) مختصر خليل ص ٢٩٤.

(٢) في: ظ "قيمة".

(٣) في: أ "إلى يوم الموت".

(٤) في: ز، ظ "فالقول الصحيح".

(٥) "قلنا" ليست في: ز.

(٦) في: ظ "فتعين".

(٧) في: ظ "الولادة".

(٨) في: ب "إلى يوم الموت".

(٩) "يجب" ليست في: ب. وفي: ز "يلزمه".

أقصى القيم لأننا ننزل الغصب منزلة التسبب إلى التلف.

وهذا ما رآه الإمام رحمه الله الصواب، ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه، لكن الذي أورد أكثرهم، ووجهه بأن الإعتاق هو السبب الموجب للتقويم، وإن تأخر التقويم فهو كالمفوضة يجب لها مهر المثل بالدخول باعتبار يوم العقد، لأن البضع دخل في ضمانه يومئذ، وعلى أن في المفوضة وجهاً آخر: أنه يعتبر يوم الإصابة.

ولو اختلفا في قيمة العبد فقال المعتق قيمته مائة وقال الشريك بل مائتان فإن كان العبد حاضراً والعهد قريب، فصل الأمر، بمراجعة المقومين، وإن مات العبد، أو غاب أو تقادم العهد فمن المصدق باليمين^(١) منهما؟ فيه قولان:

أصحهما وهو اختيار المزني المعتق، لأنه الغارم وهذا كما أنه إذا اختلف الغاصب والمالك في قيمة المغصوب بعد تلفه يصدق الغاصب.

والثاني: أن المصدق الشريك، لأن المعتق يتملك عليه قهراً فيصدق المتملك^(٢) عليه كما إذا اختلف الشفيع مع المشتري في الثمن المأخوذ به يصدق المشتري وعلام تبنى القولان؟ قال أكثرهم: هما مبيان على أن السراية تتعجل باللفظ، أو تتأخر إلى أداء القيمة، إن قلنا تتعجل فالمصدق المعتق لأنه غارم، وإن قلنا تتأخر فالمصدق الشريك، لأن ملكه باق فلا ينتزع إلا^(٣) بما يقوله كما في المشتري مع الشفيع.

وعن القفال: أن القولين جاربان سواء قلنا بتعجل السراية، أو بتأخرها، وهما كما نص الشافعي رضي الله عنه فيمن اشترى عبدين ومات أحدهما عنده^(٤) ووجد بالآخر عيباً وقلنا: إن له^(٥) أن يفرده بالرد ويسترد حصته من الثمن.

فلو اختلفا في قيمة العبد ليعرف حصة المردود من الثمن فقد ذكر قولين:

(١) في: ظ "منها باليمين".

(٢) في: ظ "المالك".

(٣) "إلا" ليست في: أ.

(٤) "عنده" ليست في: ظ.

(٥) "إن له" ليست في: أ.

أحدهما: أن المصدق^(١) البائع لأنه ملك جميع الثمن، والآن يحتاج إلى الرد فهو غارم.

والثاني: أن المصدق المشتري، لأن البائع يدعي عليه: أنك تملك العبد التالف^(٢) ٦١٣/ز
بثلي الثمن مثلاً وهو يقول: تملكته بالنصف.

قال الصيدلاني: وفائدة^(٣) الطريقتين في الأب إذا أستولد جارية ابنه، فإن بنينا^(٤)
القولين على أن السراية متى تحصل؟ فهناك المصدق في قيمة الجارية الأب، لأنه ليس هناك
قول أن الاستيلاء يتوقف على أداء القيمة، وإن لم نبن على ذلك الأصل فهانها^(٥) أيضاً
قولان.

أحدهما: يصدق الأب، لأنه غارم.

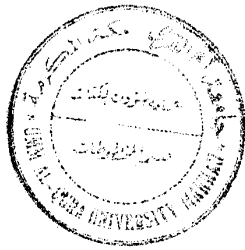
والثاني: الابن إذ^(٦) الأصل أن لا يستحق إلا بما^(٧) يزعم.

ولو اختلفا في صفة العبد تزيد بها القيمة، وهما متفقان على قيمته لو لم توجد
تلك الصفة.

مثل: أن يدعي الشريك أنه كان خبازاً وأنكر المعتق، فإن كان العبد حاضراً وهو
يحسن الصنعة، ولم يمض من الزمان بعد الاعتاق ما يمكن تعلمها فيه فيصدق الشريك.

وإن^(٨) مضى من الزمان ما يمكن التعلم^(٩) فيه، أو كان العبد غائباً أو ميتاً

فطريقان:



٢٢٥٥

- (١) في: ظ "أن المشتري" وهو خطأ.
- (٢) في: أ "التلف".
- (٣) في: ظ "وتظهر فائدة".
- (٤) "بنينا" ليست في: ظ
- (٥) في: أ، ز، ظ "فهناك".
- (٦) في: ظ "لأن الأصل".
- (٧) "بما" ليست في: ز.
- (٨) في: أ "فإن".
- (٩) في: ظ "التعلم".

أحدهما: أن في المصدق منهما قولين، لأنهما مختلفان في قدر القيمة كما في الصورة السابقة.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق إن^(١) القول قول المعتق، لأن الأصل عدم الصنعة التي يدعيها الشريك، وبراءة ذمته عن الزيادة التي يدعيها الشريك، ولا يقبل قول العبد على الشريك: إني لست بخباز، لأنه قد يكتم الصنعة، ولا على المعتق إني أحسنها بل يجرب.

ولو اختلفا في عيب العبد بنقص القيمة ينظر^(٢) إن ادعى المعتق عيباً في أصل الخلقة، بأن قال كان أكمه أو أخرس، وقال الشريك بل كان بصيراً ناطقاً، وقد غاب العبد، أو مات فيصدق المعتق بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته، والأصل عدم ما يدعيه الشريك ومنهم، من يجعله على قولين كما لو اختلفا في مقدار القيمة مطلقاً، والظاهر الأول لكن خصصه في "التهذيب" بما إذا ادعى النقيصة في الأعضاء الظاهرة، أما إذا ادعاه في الأعضاء الباطنة فهو على القولين فيما إذا ادعى حدوث العيب بعد أصل السلامة والفرق أن في الأعضاء الظاهرة يتمكن الشريك من إثبات السلامة وإن ادعى حدوث^(٣) عيب بعد السلامة بأن زعم ذهاب بصره أو كونه أبقاً أو سارقاً فقولان: أحدهما: أنه يصدق المعتق، لأن الأصل براءة ذمته.

وأصحهما^(٤): على ما ذكره الروياني "وصاحب التهذيب" رحمهما الله: أن المصدق الشريك، لأن الأصل عدم حدوث العيب وعن الماسرجسي^(٥) بناء القولين على

(١) "إن" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ز "نظر".

(٣) من قوله: "العيب بعد أصل . . . ادعى حدوث" ليست في: أ، ظ.

(٤) "أحدهما أنه يصدق . . . وأصحهما" ليست في: ظ.

(٥) هو: محمد بن علي الماسرجسي أبو الحسن أحد الأئمة الشافعية بخراسان، وأعرفهم بالمشهد،

وترتيبه، وفروع المسائل: تفقه بخراسان والعراق والحجاز، سمع من أصحاب المفرنزي وهو شيخ ز

القاضي أبي الطيب. وأخذ العلم عن أبي إسحاق المروزي وغيره. توفي (٣٨٤هـ).

انظر: ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٢-٢١٤ وشنوات الذهب ٣/١١٠. وطبقات ابن

هداية الله ص ٩٩ و ١٠٠.

أن السراية تتعجل أو تتأخر إن تعجلت^(١) صدق المعتق، لأنه غارم وإلا فلا، وقد سبق مثله وخصص بعضهم القولين بما يشاهد ويطلع عليه وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لعسر إثباته بالبينة.

وقوله في الكتاب "فيخرج على قولي تقابل الأصلين" المقصود منه ما بينه الإمام و "صاحب الكتاب" في "الوسيط" وهو أنه ليس المعنى بتقابل الأصلين بقاؤهما بحيث يستحيل الترجيح، لأن التعارض المحقق^(٢) يقتضي سقوط القولين، ولا بد من الفتوى بأحدهما وتخيير المفتي بين متناقضين لا وجه له.

لكن يُطلب الترجيح من مدرك^(٣) آخر سوى استصحاب الأصول، فإن لم يظهر وجب التوقف إلى أن يظهر.

نعم خصصت^(٤) المسائل التي يتداني فيها مأخذان، ويتقابل أصلان بحيث يدق فيها الترجيح بهذا اللقب^(٥) وذلك كوجوب فطرة العبد المنقطع خبره، فالأصل براءة الذمة من جانب وبقاء الحياة من جانب، وكما في دعوى حدوث العيب في العبد^(٦)، فإن الأصل عدم الحدوث من جانب وبراءة الذمة من جانب، فإن لم يسلم الغارم أصل السلامة خرجت الصورة عن جانب^(٧) التقابل.

(قال [الغزالي]: الرابعة لو مات المعتق قبل الأداء على قول التوقف فالقيمة في تركته.

ولو مات العبد ففي سقوط القيمة وجهان^(٨) ولا ينفذ بيع الشريك قبل الأداء

(١) في: أ "تعجل".

(٢) "لأن التعارض المحقق" ليست في: ظ.

(٣) في: ب "أوجه".

(٤) في: أ "خصص".

(٥) "بهذا اللقب" ليست في: ظ.

(٦) في: ب، ز، ظ "في الفصل".

(٧) في: ب، ز "قال".

(٨) "وجهان" ليست في: ظ.

وفي إعتاقه وجهان. ومهما أعسر المعتق قبل الأداء ارتفع الحجر عن^(١) الشريك).

[فصل: فيما لو مات المعتق قبل الأداء]

[قال الرافعي]: في الفصل مسألتان^(٢) إحداهما إذا مات المعتق قبل أداء القيمة^(٣)

أخذت من تركته.

أما إذا قلنا: بتعجيل السراية، أو قلنا بالتبيين فظاهر.

وأما إذا أخرناها إلى أداء القيمة، فلأن الإعتاق وجد في الحياة، وصار عتق نصيب الشريك مستحقاً به وذلك مما يوجب القيمة، وقد يوجد سبب الضمان في الحياة ويتأخر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً في محل عدوان، وتردى^(٤) فيها بهيمة أو إنسان^(٥) بعد موته، وإن أعسر بعد الإعتاق ومات معسراً، فإن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق فالقيمة في ذمته، وإن قلنا بالقولين الآخرين، لم يعتق نصيب الشريك ذكره في "التهذيب".

وقوله في الكتاب: "ولو مات المعتق قبل الأداء على قول^(٦) التوقف" لم يرد به التوقف في الحكم إلى أن يوجد الأداء أو لا يوجد^(٧) ولكن أراد توقف العتق على أداء القيمة كما ذكر في التعبير عن الأقوال، فيقال: ويتوقف على أداء القيمة^(٨) على قول، ثم الحكم المذكور، وهو أن القيمة في تركته لا يختص بهذا القول بل هو على سائر الأقوال أظهر، وإنما خصّه بالذكر^(٩)، لأنه موضع الشبهة.

-
- (١) في: ز "على".
 (٢) في: ب، ز، ظ "جملتان".
 (٣) "القيمة" ليست في: ز.
 (٤) في: ز "فتردى".
 (٥) في: ز "إنسان أو بهيمة".
 (٦) "قول" ليست في: أ.
 (٧) "أو لا يوجد" ليست في: أ.
 (٨) "كما ذكر . . . على أداء القيمة" ليست في: ظ.
 (٩) في: أ "بالفكر".

ولو^(١) مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا السراية تحصل بالإعتاق، مات حراً موروثاً منه ويؤخذ قيمة نصيب الشريك، وإن قلنا بالتبيين وجب^(٢) أداء القيمة، فإذا أدت بان أن الأمر كذلك.

وإن قلنا بتأخر السراية إلى وقت الأداء فوجهان:

أظهرهما: أنها تسقط، لأن وجوب القيمة لتحصيل العتق، والميت لا يعتق.

ز/٦١٦

والثاني: المنع لأنه مال^(٣) استحق / في الحياة فلا يسقط بالموت .

وذكر الإمام على هذا أنه يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه، ثم يتبين أن العتق حصل قبيل موته وهو يضاوي مذهب أبي حنيفة رحمه الله في أن المكاتب إذا حلف وفاء تؤدي النجوم منه.

ويتبين أنه عتق^(٤) قبل الموت.

وفي: "التهديب" تفرغاً على تأخير السراية أنه يموت نصفه رقيقاً ثم ذكر الوجهين في أن الشريك هل يطالبه بقيمة نصيبه، وهذا بعيد.

[فصل: فيما إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة]

الثانية^(٥): إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحال، وإن أخرناها إلى أداء القيمة فوجهان:

أحدهما: لا ينفذ أيضاً، لأن المعتق استحق أن يملكه^(٦) بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له ولا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره كما أن المستولدة لما صارت مستحقة العتق على السيد لم يجوز صرف عتقها إلى غيره.

(١) في: أ "فلو".

(٢) في: أ، ب "وقف إلى"

(٣) "مال" ليست في: ب.

(٤) في: أ، ب "عتق قبيل".

(٥) في: أ "الحالة الثانية". وفي ب، ظ "الجملة الثانية".

(٦) في: أ "يملكه".

والثاني: وبه قال أبو حنيفة والإصطخري وأبو علي بن خيران وابن أبي هريرة رحمهم الله أنه ينفذ^(١) لمصادقته الملك، وأيضاً فلأن المقصود تكميل العتق، والتكميل يحصل به ويعني عن القيمة. وهذا أظهر عند "الصيدلاني".
والأول أظهر عند معظم الأصحاب^(٢) رحمهم الله.
فإن قلنا ينفذ الإعتاق فعن القاضي الحسين رحمه الله: إن في البيع والهبة ونحوهما وجهين:

والظاهر وهو المذكور في "الكتاب" المنع.

وعن الشيخ أبي محمد^(٣) القطع به.

وإذا قيل بنفوذ البيع فهل للشريك أن يتبع البيع بالنقص ويبدل القيمة كما ينقص الشفيع بيع المشتري؟ فيه احتمال للإمام.

وللشريك مطالبة المعتق بقيمة نصيبه على الأقوال جميعاً^(٤).

أما على غير قول التأخير، فظاهر، وأما على^(٥) التأخير، فلأنه محجور ممنوع من التصرف والحيلولة من أسباب الضمان.

قال الإمام رحمه الله: ويلزم على قولنا بنفوذ البيع ونحوه أن لا يملك مطالبته به. وأن يكون المعتق مختاراً في بذل القيمة كالشفيع في بذل الثمن وهو ضعيف، وإذا دفع المعتق القيمة أجز الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها وإذا لم يدفع المعتق ولا طلب الشريك فللعبد طلب الدفع من هذا والقبض من هذا فإن امتنع فللحاكم مطالبتهما لأن العتق متعلق بحق الله تعالى، فإن^(٦) كان الشريك غائباً فتدفع القيمة إلى

(١) "ينفذ" ليست في: ب.

(٢) في: ب، ظ "أبي حامد".

(٣) انظر: الوسيط ٤٦٨/٧، والتهذيب ٣٦٧/٨، والروضة ١٢٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٧/٤.

(٤) في: ز "جميعها".

(٥) في: ب "على قول".

(٦) في: أ "وإن".

وكيله، فإن لم يكن له وكيل، جعله القاضي عند أمين وله أن يقره في يد المعتق إذا كان أميناً.

وإذا تعذرت القيمة بإفلاس^(١) أو هرب ففي كلام الصيدلاني والرويانى وحكاها^(٢) الإمام عن الشيخ أبي علي أنه يبقى نصيب الشريك رقيقاً ويرتفع الحجر عنه إذا لا وجه لتعطيل ملكه عليه من غير بذل، وللإمام فيه احتمال، لأن علقه العتق قد تثبت فيلزم^(٣) وأقام هذا الاحتمال في "الوسيط" وجهاً وقال^(٤) الصحيح أن اعتبار المعتق يرفع الحجر وما حكينا عن صاحب "التهذيب": أنه إذا أعسر المعتق ومات معسراً يشعر بالجواب بذلك الوجه، فإنه لم يكف بالإعسار بل اعتبر الموت.

ولو عاد اليسار قال الشيخ أبو علي لا يعود التقويم، لأن حق العتق قد ارتفع بتحلل الإعسار وفيه احتمال أيضاً للإمام.

فرع: في مقدار صداق الجارية الموطوءة من الشريك قبل الأداء.

في مقدار
صداق الجارية
الموطوءة من
الشريك قبل
الأداء.

إذا قلنا لا تحصل السراية قبل أداء القيمة فلو وطئ الشريك الجارية قبل الأداء وجب نصف المهر، لنصفها الحر.

قال الإمام رحمه الله: وليقع الغرض في وطئ محترم أو فيما إذا كانت مكرهة مضبوطة، وفي النصف الآخر وجهان عن رواية صاحب "التقريب".

أظهرهما^(٥): أنه لا يلزم لمصادفته مالكة.

والثاني: يلزم ويصرف إلى الشريك المعتق، لأن الملك، وإن^(٦) كان للواطئ فهو مستحق الانقلاب إليه، وهذا كوجه ذكر فيما إذا باع جاريةً بشرط الخيار^(٧).

(١) في: ظ "فلا بأس لو" وهو خطأ.

(٢) في: أ "وحكى".

(٣) في: ب "فيلزم".

(٤) في: ظ "فقال".

(٥) انظر: الروضة ١٢/١٢٤.

(٦) في: ب "إن".

(٧) في: أ، ب، ظ "خيار".

وقلنا: إن الملك للبائع فوطئ بشبهة ثم لم يفسخ العقد، أن المهر للمشتري نظراً إلى المال.

قال الإمام: ويجوز أن يقال تفريراً على الوجه الثاني: أنه يكون للجارية، لأن مصيرها إلى العتق بتقدير الانقلاب إلى المعتق.

وينبغي أن لا ينجز^(١) إلزامه بل يثبت عند السراية حتى لو ماتت الجارية، وقلنا: لا سراية بعد الموت، فلا يوجب نصف المهر لتبين استمرار الملك له.

وإن^(٢) قلنا تحصل السراية بنفس الإعتاق فيجب جميع المهر لها ولا حد للاختلاف في ملكه والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الخامسة إذا قال مهما أعتقت نصيبك فنصبي حر فأعتق المقول له وهو موسر عتق كله عليه^(٣)، لأن السراية أقوى من التعليق.

وإن^(٤) كان معسراً نفذ على المعلق.

ولو قال فنصبي قبله حر فهو دور ويمتنع العتق على المقول له عند من لا يبطل الدور اللفظي).

[فصل: إذا قال أحد الشريكين للآخر إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر ونحو ذلك].

[قال الرافعي] إذا قال أحد الشريكين للآخر إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر أو قال فجميع العبد حر أو قال فنصبي حر بعد عتق نصيبك، فإذا أعتق المقول له نصيبه، نظر: إن كان معسراً عتق على^(٥) كل واحد منهما نصيبه على المقول له بالتنجيز، وعلى المعلق بمقتضى^(٦) التعليق، وإن كان موسراً عتق نصيبه عليه.

(١) في: ظ "أن ينجز".

(٢) في: ظ "إن".

(٣) في: أ "عليه كله".

(٤) في: أ، ب "ولو".

(٥) "على" ليست في: ظ.

(٦) في: ظ "لمقتضى".

ثم إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، عتق الكل عليه، ولزمه قيمة^(١) نصيب المعلق.

ووجه ذلك بأن السراية أقوى من العتق بالتعليق، لأن السراية قهرية تابعة لعتق النصيب، لا مدفع لها وكأن الملك الذي تتضمنه السراية مختطفٌ منتزع من البين^(٢) وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه.

وإن قلنا بالتبيين، فكذلك الحكم إذا أدت القيمة، وإن قلنا بتأخر السراية إلى أداء القيمة فنصيب المعلق / عمن يعتق^(٣)؟ فيه وجهان :

ز/٦١٧

أحدهما: عن المعلق لوجود الصفة ونصيبه في ملكه.

والثاني: عن المعتق وعليه قيمته، وبني ذلك على الخلاف في أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، هل ينفذ إعتاق الآخر قبل أداء القيمة تفريراً على هذا القول؟ إن قلنا: نعم. عُتِقَ نصيب المعلق عنه، وإن قلنا: لا، عتق على المقول له إذا أدى القيمة^(٤).

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبك حر مع عتق نصيبك أو في حال عتق نصيبك^(٥) فوجهان مع التفرير على أن السراية تحصل بنفس الإعتاق^(٦).

أحدهما: وبه قال ابن القاص وصاحب "التقريب" رحمهما الله: أنه يعتق جميع العبد عليهما، نصفه عن المعتق بالإعتاق، ونصفه عن المعلق بوجود الصفة، ولا شيء على المعتق، وذلك لأن اعتبار المعية يمنع السراية وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب وحكاه الروياني عن عامة الأصحاب.

والثاني: وبه قال القفال: أنه يُعتق الجميع على القول به أيضاً ولا أثر لقوله مع

(١) "القيمة" ليست قي: أ. وفي ب: "لزمته قيمة".

(٢) في: أ "اليمين".

(٣) في: ظ "يعتق عن المعتق".

(٤) من قوله "تفريراً" . . . إذا أدى القيمة" ليست في: ز.

(٥) "أو في حال عتق نصيبك" ليست في: أ.

(٦) في: ظ "العقد".

نصيبك فإن^(١) المعلق لا يقارن^(٢) المعلق عليه، بل يتأخر عنه لا محالة، وهذا ما أورده الشيخ أبو علي في "شرح الفروع" وألحقه بما حكى عن^(٣) ابن سريج: أنه لو قال لبعده سالم: أنت حر، في حال عتق غانم، أو قال: مهما أعتقتُ غانماً فأنت حر مع عتقه، ثم أعتق غانماً في مرض الموت، والثالث لا يفى إلا بأحدهما لا يقرع بينهما، بل يتعين غانم للعتق، لأن عتق سالم مشروط بعتقه، فلا يؤخذ^(٤) دونه^(٥).

وهذه المسألة قد مرت في "الوصايا" من غير تعرض المعلق للمعية، وذكرنا وجهاً: أنه يقرع بينهما. والوجهان المذكوران فيما إذا قال: فنصبي حر مع نصيبك يجريان ههنا أيضاً وبناهما الإمام على أنه إذا أعتق عبداً^(٦) في مرض موته لا مال له غيرهم^(٧) ورد الإعتاق إلى الثالث، فكيف نقول؟ أنقول^(٨) يثبت الإعتاق في الزايد على الثالث، ثم أبطل، أو نقول يتبين الحصر^(٩) في الثالث أنه لم يثبت في غيره؟

فيه قولان يجريان في كل وصية زائدة على الثالث، فإن قلنا: يثبت العتق في الجميع ثم أبطل فيقرع بينهما، ويجعل كأنه أعتق العبدین، وإذا خرجت القرعة على سالم عتق، لأنه قد ثبت عتق غانم وتحققت الصفة ثم ردّ، وإن قلنا يتبين أنه لم ينفذ، فلو أقرع وخرجت القرعة لسالم، لزم^(١٠) أن لا يعتق غانم، لأن القرعة لم تخرج له، وإن لا يعتق سالم، لأن شرط عتقه عتق غانم، وكيف^(١١) يجوز أن يعتق عبيدين يخرج أحدهما من الثالث، ولا يعتق واحد منهما، فلذلك تعين عتق غانم.

-
- (١) في: ظ "لأن".
 - (٢) في: ظ "لايفارق".
 - (٣) "عن" ليست في: أ.
 - (٤) في: ز "فلا يوجد".
 - (٥) في: أ: دوله".
 - (٦) في: ظ "عبداً".
 - (٧) في: ظ "غيره".
 - (٨) في: ظ "فكيف يقدر القول". وفي: ب "يقدر أنقول".
 - (٩) في: أ "الحصر". وفي: ب، ظ "في الحصر".
 - (١٠) في: ز "لزمه".
 - (١١) في: ظ "فكيف".

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل عتق نصيبك فأعتق المقول له نصيبه
نظر: إن كانا معسرين، أو كان المعلق معسراً عتق نصيب المنجز، ونصيب المعلق عتق
عليه قبل ذلك بموجب التعليق، ولا سراية، وإن كان القائل المعلق موسراً وقلنا: السراية
تحصل بنفس الإعتاق؟ ففيه^(١) وجهان.

من صحح الدور اللفظي كابن الحداد يقول: لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه،
لأنه لو نفذ لعتق نصيب القائل قبله.

ولو عتق لسرى، ولو سرى لبطل عتقه، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه، وعلى هذا
فلو قال السيد لعبد "مهما أعتقتك فأنت حر قبله"^(٢) لم يتمكن من إعتاقه كما سبق
نظيره في^(٣) الطلاق.

ولو صدر هذا التعليق من الجانبين امتنع الإعتاق عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: مهما بعث نصيبك فنصيبى حر قبله^(٤) لم يتمكن من
إعتاقه كما سبق نظيره في^(٥) الطلاق.

ولو صدر هذا التعليق من الجانبين امتنع الإعتاق عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: مهما بعث نصيبك فنصيبى حر قبله^(٦) لم ينفذ البيع.

والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد ههنا
لتضمنه الحجر على الغير^(٧)، ومن لا يصحح الدور وهو الأظهر، يقول: يعتق نصيب كل
واحد منهما عنه ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال المنجز^(٨) مع نصيبك. وإن

(١) في: ظ "فيه".

(٢) "قبله" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: ز "من".

(٤) "قبله" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ز "من".

(٦) في: أ، ب، ظ "قبل".

(٧) في الروضة ١٢٦/١٢ "على العين".

(٨) "المنجز" ليست في: ب، ز، ظ.

قلنا: إن العتق يحصل^(١) له بأداء القيمة، فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة^(٢) قبله على المعلق، وإن لم ننفذه. قال الإمام: تدور المسألة أيضاً، لأنه إذا أعتق نصيب المعلق أولاً صادف إعتاق الثاني من هو مستحق للعتق^(٣) الأول، فلا ينفذ وإذا لم ينفذ لا يعتق نصيب المعلق، لأنه مشروط به في هذه الصور جميعاً لو أعتق المعلق^(٤) نصيبه عتق، وثبتت السراية إذا وجد شرطها^(٥) والله أعلم.

[قال [الغزالي] السادسة: لو قال أعتقت^(٦) نصيبك، وأنت موسر، فأنكر عتق نصيب المدعي مجاناً ثم يحلفه، فإن نكل استحق باليمين المردودة قيمة نصيبه ولم يعتق نصيب المدعي عليه.

ولو قال: واحد: إن كان هذا^(٧) الطائر غراباً فنصيبي حر، وقال الآخر: إن لم يكن^(٨) فنصيبي^(٩) حر لم يعتق شئ للشك، فإن اشترى العبد ثالث^(١٠) حكم بحرية النصف في يده لليقين^(١١)، ولم يكن له الرجوع على أحدهما^(١٢) بالثمن).

[فصل: إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وهو موسر ٠٠٠]

[قال الرافي]: إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وهو موسر: إنك أعتقت^(١٣) نصيبك وعليك قيمة نصيبي، فأنكره نظر: إن كان للمدعي بينة حكم بمقتضاها، ومتى

-
- (١) "يحصل" ليست في: أ، ب، ظ.
 - (٢) "فإن نفذنا ٠٠٠ أداء القيمة" ليست في: أ.
 - (٣) في: أ، ب، ظ "العتق".
 - (٤) "المعلق" ليست في: أ.
 - (٥) في "ز" شرطهما.
 - (٦) في: أ "عتقت".
 - (٧) "هذا" ليست في: أ، ب.
 - (٨) في: ظ "يكن غراباً".
 - (٩) قوله "وقال الآخر إن لم يكن فنصيبي حر". ليست في: ز.
 - (١٠) في: أ "الثالث".
 - (١١) في: ظ "للمتيقن".
 - (١٢) في: ز، ط "على أحدهما رجوع".
 - (١٣) في: أ "عتقت".

يعتق نصيب المدعي؟ فيه الأقوال^(١) وإن لم تكن بينة فالمصدق المنكر مع يمينه، فإن حلف رُقَّ نصيبه، وإن نكل حلف المدعي اليمين المردودة، واستحق القيمة.

والصحيح أنه لا يحكم^(٢) بعقوب نصيب المدعي عليه، لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على الإنسان^(٣) بأنه أعتق عبده، وإنما ذلك^(٤) من وظيفة العبد.

ثم^(٥) لو شهد هذا المدعي مع آخر ثبت العتق بشهادة الحسبة.

قال الإمام، وأبعد بعض من لا خيرة له وقضى بالعتق في نصيب المدعي عليه^(٦) يمين الرد تبعاً لدعوى القيمة، وهل يحكم بعقوب نصيب المدعي إذا حلف المدعي عليه أو نكل، وحلف المدعي إن قلنا: إن السراية تتعجل فنعم، لاعترافه بسراية إعتاق المدعي عليه إلى نصيبه، وإن قلنا بالتأخير لم يعتق.

وإذا عُتِقَ نصيبه فلا يسري إلى نصيب المنكر، وإن كان المدعي موسراً، لأنه لم ينشئ العتق فأشبهه ما إذا ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته. وأنكر المدعي عليه بعقوب نصيب المدعي ولا يسري.

ووجه أيضاً: بأن نصيبه عُتِقَ لا باختياره بل نصيبه لقوله: أعتقت نصيبك، فصار كما لو ورث^(٧) بعض من يعتق عليه، يعتق ما ورثه، ولا يسري.

(١) أي الأقوال الثلاثة في ثبوت السراية وهي:
أ - تتعجل على قول: أي زمن إعتاق الشريك.
ب - تتوقف على أداء القيمة.
ج - التوقف. انظر: الوجيز ٢/٢٧٥، والعزیز ١٣/٣٢٦، والروضة ١٢/١٢٠ و ١٢١، وكذلك ص ١٢٧.

(٢) في: أ "نحكم".

(٣) في: أ "على إنسان".

(٤) في: ظ "هو".

(٥) في: ب، ز، ظ "نعم".

(٦) "عليه" ليست في: ب

(٧) في: ظ "لو قد ورث".

وإن قلنا لا يعتق إلا بعد أداء القيمة، لم يعتق نصيب المدعي بقوله: أعتقت نصيبك، وإن صدق المدعي عليه الشريك فلا إشكال، وإن كان المدعي عليه معسراً، وأنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى المدعي نصيب شريكه بعد ذلك عُتق ما اشتراه لإقراره بأنه أعتقه ولا يسري إلى الباقي.

أما إذا ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك وطالبه بالقيمة، وأنكر صاحبه فكل واحد منهما مصدق يمينه فيما أنكره.

فإذا حلف^(١) فلا مطالبة بالقيمة ويحكم بعق جميع العبد إن قلنا بتعجل^(٢) السراية لاعتراف كل واحد منهما بسراية العتق إلى نصيبه والولاء موقوف بينهما لا يدعيه هذا ولا ذاك.

وإن قلنا بتأخر السراية أو بالتوقف والتبيين فالعبد رقيق، وإن كانا معسرين وقال كل واحد منهما للآخر أعتقت نصيبك، لم يعتق منه شيء فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر حكم بعق ما اشتراه لاعترافه بأن شريكه أعتقه ولا يسري لأنه لم ينشئ^(٣) إعتاقاً. وذكر في "التهذيب" أنه لو باع أحدهما من زيد والآخر من عمرو صح^(٤) ولا عتق.

ولو باعا من رجل واحد حكم بعق نصفه، لأن عتق أحد النصفين يقين، وقد جمعها مالك^(٥) واحد وهذا لا يتبين له وجه ولا يقين في واحد من النصفين لجواز كونهما كاذبين.

وموضع هذا الكلام مسألة الغراب على ما سند ذكرها على الأثر ولا أدري أوقع الخلل في النسخة أم كيف الحال؟ وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عُتق نصيب

(١) في: أ "وإذا حلف".

(٢) في: ظ "بتعجيل".

(٣) في: ب، ز، ظ "لم ينشي".

(٤) في: أ "صح". وفي "ظ" "يصح".

(٥) في: أ، ب، ظ "ملك".

المعسر على قول تعجيل السراية، لأن إقراره يتضمن السراية إلى نصيبه، وولاؤه موقوف، ولا يعتق نصيب الموسر، فإن اشتراه المعسر عتق كله.

ولو طار طائر فقال أحد الشريكين: إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي من هذا العبد حر، وقال الآخر إن لم يكن غراباً فنصيبي منه حرٌّ ولم^(١) يتبين الحال، فإن كانا معسرين لم نحكم بعق نصيب واحد منهما كما لو جرى التعليقان من شخصين في عبيد أو زوجتين، لكن لو اشترى أحدهما نصيب الآخر حكم بعق أحد النصفين، لأنه قد جمعهما مالك^(٢) واحد، وأحد النصفين حر ييقين، وفي حق الشخصين استصحبتنا يقين الملك في حق كل واحد وطرحنا الشك.

ولو باعا النصفين من ثالث فكذلك نحكم بعق أحد النصفين ولا رجوع له على واحد منهما، لأن كل واحد منهما يزعم^(٣) أن نصيبه مملوك هذا هو الأصح والمذكور في الكتاب وبه قال القفال.

وحكى الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه إن أقدم على الشراء وهو عالم بالتعليقين فلا رجوع له وإن لم يعلم ثم بان له الحال، فله الرد كما لو اشترى عبداً ثم بان أن نصفه حر، وعلى هذا فيرد العبد كله^(٤)، لأن أحد نصفيه حر والآخر^(٥) قسط ممن بعضه حر، وفي ذلك نقصان وعيب.

قال الشيخ أبو علي^(٦) ولو اختلف قدر النصيبين^(٧) لم نحكم إلا بعق أقلهما، ولو تبادلوا النصيبين، فإن لم يحنث واحد منهما صاحبه واعترفا بالإشكال^(٨) فلا نحكم على واحد منهما بعق شيء والحكم بعد المبادلة كالحكم قبلها.

(١) من هذا العبد . . . فيه حر ولم" ليست في: ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "ملك".

(٣) في: أ "يز أن".

(٤) "كله" ليست في: ظ.

(٥) "والآخر" ليست في: أ.

(٦) "أبو علي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: ج "النصفين".

(٨) في: أ "فلا إشكال".

وإن حنث كل^(١) واحد منهما الآخر حكم بعثت الكل، لأن كل واحد يزعم بأن^(٢) نصيب الآخر قد^(٣) عتق ثم اشتراه فكان كمن أقر بحرية عبد في يد غيره، ثم اشتراه نحكم بعثته بإقراره السابق، ويكون ولاؤه موقوفاً، لأن كل واحد منهما يقول: لم يعتق على منته شيء وإنما^(٤) عتق نصيب صاحبي.

وإن حنث أحدهما صاحبة ولم يحنثه^(٥) صاحبه حكم بعثت ماصار للمحنث، وولاؤه موقوف ولا نحكم بعثت نصيب الآخر.

وإن كانا موسرين، فإن قلنا: بتعجيل^(٦) السراية عتق العبد، لأننا نتحقق حنث أحدهما، وإن لم تتمكن من التعيين فيعتق نصيبه، ويسري^(٧) إلى الباقي، والولاء موقوف، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر ويحلفه على البت أنه لم يحنث.

وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا عند أداء القيمة فلا نحكم بعثت شيء منه على واحد منهما، والحكم كما في المعسرين.

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: فإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه: أنه أعتق^(٨) نصيبه، وأراد طلب القيمة حلفه على ما ذكرنا، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسر، فإن قلنا: بتعجيل^(٩) السراية عتق نصيب المعسر بكل حال، لأنه إما حانث أو صاحبه حانث، والعتق سار إليه، ولا يعتق نصيب الشريك الموسر للشك، وإن أخرناها إلى أداء القيمة لم نحكم بعثت واحد من النصيبين في الحال وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر ويحلفه.

(١) "كل" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ "أن".

(٣) "قد" ليست في: ظ.

(٤) في: ز "فإنما".

(٥) في: أ "يحنث".

(٦) في: ب، ز، ظ "بتعجل".

(٧) في: ظ "ولا يسري".

(٨) في: ظ "عتق".

(٩) في: أ، ز، ظ "بتعجل".

فرعان: من القبيل الذي نحن فيه من "المولدات".

أحدهما: إذا قال أحد الشريكين أعتقنا العبد معاً وأنكر الآخر، فإن كانا موسرين أو كان المقر موسراً فقد أطلق ابن الحداد رحمه الله: أنه يحلف المنكر وجرى على إطلاقه جماعة.

وقال الشيخ رحمه الله: إنما يحلف عندي إذا قال للمقر أنت أعتقت نصيبي، وأنا لم أعتق/ وأراد طلب القيمة فيحلف أنه لم يعتق معه ليأخذ القيمة، فإن المقر أقر بما ٦١٩/ز يوجب القيمة، وادعى معه ما يسقطها وهو الموافقة في الإعتاق فيدفع يمينه المسقط، فأما إذا قال: لم تعتق نصيبك، ولا أنا أعتقت فلا مطالبة بالقيمة ولا يحتاج إلى اليمين، ونحكم بعق جميع العبد بإقرار الشريك الموسر إن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق، وإن أخرناها^(١) إلى أداء القيمة فلا يعتق نصيب المنكر، وليس يدعي قيمة يأخذها^(٢).

وإذا حلف المنكر في التصوير المذكور^(٣) أخذ القيمة من المقر^(٤) ويحكم بعق جميع العبد وولاء نصيب الشريك موقوف، فلو مات المعتق ولا وارث له سوى السيد المقر أخذ نصيب ماله بالولاء على نصفه، وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ فيه وجهان:

أحدهما نعم لأنه إن صدق في قوله: أعتق شريكي معي فالشريك ظالم يأخذ القيمة والنصف الآخر له، وقد ظفر بمال من ظلمه، وإن كذب وكان مقرراً^(٥) بإعتاقه فجميع المال له بالولاء على جميعه.

والثاني: لا، لاختلاف الجهة، فإنه يزعم الأخذ من جهة أنه مال ظالمه والشريك ينكره وهو يزعم أنه له بالولاء وهو ينكره والاختلاف في الجهة يمنع الأخذ وقد تقدم نظيره.

(١) في: أ "أخرنا أداء". وفي: ب "أخرنا".

(٢) في: ب "بأحدها".

(٣) "المذكور" ليست في: أ.

(٤) "من المقر" ليست في: أ.

(٥) في: أ "مفرداً".

وإن رجع المنكر عن إنكاره وصدق المقر رد ما أخذ من قيمه وإن رجع المقر واعترف بأنه أعتقه قبل، وكان جميع الولاء له.

وقد يقال: بأنه قد أقر بأنه لا ولاء له إلا على النصف، فكيف يُقبل رجوعه عنه؟.

والجواب أن الولاء تلو النسب، ولو نفى ولدًا باللعان ثم استلحقه ورجع قبل فكذا الولاء.

والثاني: عبد بين ثلاثة شهد اثنان من مالكيه أن الثالث أعتق نصيبه، فالثالث إما معسر أو موسر إن كان معسراً قبلت شهادتهما، وحكم بعتق نصيب المشهود عليه، ويرق الباقي، وإن كان موسراً، فالأظهر وبه أجاب ابن الحداد^(١) رحمه الله: أن شهادتهما باطلة لأنهما يجران^(٢) نفعاً إلى أنفسهما بإثبات القيمة عليه، فلا يعتق نصيبه ولا تلزمه القيمة لنصبيهما ويعتق نصبيهما لاعترافهما بسراية العتق وعن بعض الأصحاب أنه تقبل شهادتهما في عتق نصيبه، وإنما ترد في إلزام القيمة الذي^(٣) هو منشأ التهمة، والحكم بعتق نصبيهما على الأول مفرع على أنه السراية تتعجل. أما إذا توقفت على أداء القيمة، فلا يعتق شيء من العبد، ولكن لا ينفذ تصرفهما فيه لإقرارهما بأن نصبيهما مستحق العتق على الشريك.

هكذا^(٤) حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب، وصححه.

ويجوز أن يقال: قد مر أن تعذر^(٥) حصول القيمة بالإعسار وغيره يرفع الحجر عن الشريك، والتعذر حاصل ههنا.

وهذه فروع آخر تتعلق بالسراية.

-
- (١) "ابن الحداد" ليست في: ز.
 (٢) في: ب "يجريان".
 (٣) في: ز "التي هي".
 (٤) في: أ "هذا".
 (٥) في: أ، ب: "تقدر".

الأول: إن قلنا السراية تحصل بنفس الإعتاق، فله حكم الأحرار في الميراث، والشهادات والحدود، والجنایات، وإن لم يؤد^(١) القيمة، وإن أخرجناها إلى أداء القيمة فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي، وإن توقفنا توقفنا في هذه^(٢) الأحكام أيضاً.

الثاني: عن "الأم" أن العبد المشترك إذا أعطى أحد مالكيه خمسين ديناراً لعتق نصيبه منه فأعتقه، يرجع الشريك عليه بنصف الخمسين وبنصف^(٣) قيمة العبد، ويرجع المعتق على العبد بخمسة وعشرين.

قال ابن الصباغ رحمه الله: وينبغي أن يكون هذا فيما إذا لم يقع العتق على عين الخمسين، وإنما سمي خمسين ثم دفعها عليه^(٤)، وإلا فإذا وقع العتق على العين يجب أن يكون^(٥) الرجوع بقيمة ما أعتق بالعرض المستحق.

قال: ويحتمل أن يريد ما إذا كانت قيمة العبد خمسين فيستوي العوض والقيمة. ولو كان المعتق قد قال: إن سلمت لي هذه الخمسون فأنت حرٌّ لم يعتق، لأنها لم تسلم له.

الثالث: لو أعتق شركاً له في جارية حبلى وهو موسر، ولم تقوّم عليه حتى ولدت، عتق معها ولدها تفريراً على أن العتق يسري في الحال.

فأما إذا أخرجنا السراية إلى دفع القيمة، فعن نصّه أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها لأنه إنما يعتق بعتقها إذا كان حاملاً، فأما بعد الولادة فلا، قال القاضي أبو حامد رحمه الله: معناه أن نصيب الذي لم يعتق من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق.

وقال ابن الصباغ رحمه الله: عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد^(٦)

(١) في: أ "يرد".

(٢) في: ز "هاهنا في هذه".

(٣) "و" ليست في: أ.

(٤) في: أ "الخمسین ثم دفعها إليه".

(٥) في: ز "على عين الخمسين وجب".

(٦) "من الولد" ليست في: أ.

لا يعتق بدفع قيمة نصيبه من الجارية وولدها^(١)، لأنه لا يتبعها بعد الوضع وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق، وهو موسر فيجب أن يسري.

الرابع: وكَلَّ أحد الشريكين الآخر في عتق نصيبه فقال الوكيل للعبد أعتقت نصيبك، فإن قال: أردت نصيبي قومٍ عليه نصيب شريكه، وإن قال: أردت نصيب شريكي قوم على الشريك نصيبه، وإن أطلق فيعتق عن الموكل، لأنه أعتق بعد أمره بالإعتاق أو عن الوكيل، لأن إعتاقه عن نفسه فيستغني^(٢) عن النية.

حكى في "الشامل" فيه^(٣) وجهين. ولهذا التفات^(٤) إلى أن النصف المطلق يحمل على ملكه أو يشيع^(٥).

الخامس: في طريقة الصيدلاني: أنه إذا كان للمريض نصفاً عبدتين متساويي القيمة، ولا مال له غيرهما فقال أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم وقلنا تحصل السراية بنفس اللفظ يعتق ثلثا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله ولا يعتق من الآخر شيء.

ولو قال: نصيبي من هذين حرٌّ عتق ثلثا نصيبه من أحدهما فيقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثا نصيبه منه وهو ثلثه، وإن^(٦) كان نصفاً العبدتين ثلث ماله فقال: أعتقت نصيبي من سالم، ومن غانم، عتق غانم بالمباشرة والسراية ولم^(٧) يعتق من الآخر شيء.

ولو قال نصيبي منهما حر عتق النصفان، ولا سراية.

السادس: اشترى أمه حاملاً من الزوج، زوجها وابن لها حرٌّ معاً^(٨) وهما موسران

(١) في: أ، ب "واعتقها" وهو خطأ.

(٢) في: أ "ويسعى". وفي: ب "يستغني".

(٣) فيه "ليست في: ب.

(٤) في: أ "التفاوت".

(٥) في أ "يشع".

(٦) "وإن" ليست في: ب.

(٧) في: ب "ولا".

(٨) في: أ "وزوجها وابنها الحر".

فالحكم كما ذكرنا فيما لو أوصى مالکها بوصية لهما، وقبل الوصية معاً، وقد ذكرناه^(١) في "الوصايا".

ومختصره أن الأمة تعتق على الابن، والحمل يعتق عليهما ولا تقويم^(٢).

السابع: شهد شاهدان على زيد بأنه أعتق نصيبه من العبد المشترك وهو موسر، وحكم القاضي بشهادتهما ثم رجعا فشهادتهما تثبت عتق نصيبه، وتوجب عليه قيمة نصيب شريكه فيغرمان بالرجوع قيمة نصيبه لا محالة، لأن شهود العتق يغرمون إذا رجعوا وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها؟. فيه قولان: لأن في وجوب الغرم على شهود^(٣) المال اختلاف قول سبق في موضعه.

واعترض ابن الصباغ فقال: إنهما لم يشهدا على المال مقصوداً ولكن تضمنته الشهادة وكما تضمنت المال تضمنت إعتاق نصيب الشريك، فإن اقتضى تضمنها إثبات المال التخريج على القولين اقتضى تضمنها الإعتاق الجزم^(٤) بوجوب الغرم، ثم الجواب الذي يقدم فيما إذا ساعد الشريك الشهود، وأخذ القيمة وعتق جميع العبد، إما بنفس الإعتاق أو عند أخذ القيمة.

فأما إذا كذبهم، وقال لم يعتق زيد نصيبه، فإن قلنا بتعجيل^(٥) السراية عتق الكل ولا يلزمه للشريك شيء وإن قلنا: يتأخر إلى أداء القيمة.

قال الشيخ أبو علي رحمه الله يجبر على أخذ القيمة لتكميل^(٦) العتق ثم يلزمه رد ما أخذ إن كان مصراً على تكذيب الشهود، كما لو جاء المكاتب بالنجم الأخير فقال السيد هذا حرام غضبته من فلان يجبر على أخذه ثم يرده على من أقر له.

(١) في: أ "ذكرنا".

(٢) في: أ "ولا تقوم".

(٣) في: ز "شهود الغرم".

(٤) في: أ "بالجزم".

(٥) في: ز "بتعجل".

(٦) في: ز "لتكامل".

ولو شهد شاهدان على أحد الشريكين بأنه أعتق نصيبه، وآخران على الثاني بأنه أعتق نصيبه^(١) وهما موسران، فإن أرخت البيتان عتق الكل على الأول وإن أثبتنا السراية في الحال وعليه قيمة نصيب الآخر، وإن آخرنا إلى أداء القيمة فعلى الخلاف في أن إعتاق الثاني قبل أداء القيمة، هل ينفذ؟ إن قلنا لا. وهو الأظهر أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق، وإن لم تورخا عتق العبد كله ولا تقويم، لأننا لا نعلم هل سبق أحدهما الآخر، وبتقدير^(٢) سبق لانعلم من السابق، فلو رجع الشاهدان على أحد الشريكين عن شهادتهما لم يغرما شيئاً لأننا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهدا به، حصل بشهادتهما أو بشهادة الآخرين بالسراية، فلا نوجب شيئاً بالشك، وإن رجعا جميعاً فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك لقيام الاحتمال في الطرفين.

وأظهرهما: أنهم يغرمون قيمة العبد، لأنه إذا لم يكن تاريخ فالحكم يعتق العبد يتعلق بشهادة أربعهم^(٣) ويقدر كأن الإعتاقين وقعا معاً، والفرع من "المولدات" رحم الله من ولدها. والله أعلم^(٤).

(١) "وآخران على الثاني بأنه أعتق نصيبه" ليست في: ز.

(٢) في: أ "بتقدير".

(٣) في: ب "أربعهم". وفي ز "أحدهم".

(٤) من قوله "للشك وإن آخرناها إلى أداء القيمة ٠٠٠ والفرع من المولدات" ليست في ظ.

(قال [الغزالي]: الخاصة الثانية: عتق القرابة ومن دخل في ملكه أحد أبعاضه أعني أصوله وفروعه^(١) عتق عليه إن كان من أهل التبرع سواء دخل قهراً بالأرث أو اختياراً بعقد، ولا يعتق من (عدا^(٢) الأبعاض).

[فصل: في الخاصة الثانية: العتق بالقرابة]

[قال الرافعي] من ملك أباه أو أمه أو أحد أصوله من الأجداد والجدات، أو ملك واحداً من أولاده وأولاد أولاده عتق عليه.

روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال "لا يجزى ولد^(٣) والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه"^(٤) يعني بالشراء. وفهم من قوله تعالى ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً﴾^(٥) الآية. ومن قوله تعالى ﴿وقالوا اتخذ الرحمن ولداً سبحانه بل عباد مكرمون﴾^(٦).

أن الولادة والعبودية لا يجتمعان ولا فرق بين أن يدخل في ملكه قهراً كالإرث^(٧) أو اختياراً بعقد إما بعوض كالشراء أو لا بعوض كالهبة والوصية.

وفرق بين عتق القريب، وبين السراية، حيث لم تثبت السراية إلا عند الاختيار بأن العتق صلة وإكرام للقريب، فلا يستدعي الاختيار، والسراية توجب التغميم والمؤاخذه، وإنما يليق ذلك بحال الاختيار.

ولا يعتق غير الأبعاض من الأصول والفروع.

(١) في: ظ "أو".

(٢) في: أ "غير".

(٣) في: أ، ز "والده".

(٤) الحديث أخرجه مسلم ١٥٢/١٠، من كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد. وانظر: التلخيص ٢٠/٣.

(٥) سورة مريم آية ٩٢.

(٦) سورة الأنبياء، آية ٢٦.

(٧) في: ب "بالإرث".

وقال أبو حنيفة^(١) وأحمد^(٢) رحمهما الله: يعتق كل ذي رحم محرم بالملك كالأخ وابن الأخ والعم والحال وألحق مالك^(٣) الأخوة والأخوات بالوالدين والمولودين. وسلم أبو حنيفة رحمه الله: أن المكاتب إذا ملك أخاه لم يتكاتب عليه فقال^(٤) الأصحاب رحمهم الله قريب^(٥) لا يتكاتب على المكاتب فلا يعتق على الحرّ كبني الأعمام^(٦).

وليعلم لما تبين قوله في الكتاب "ولا يعتق من عدا الأبعاض" بالحاء والميم والألف. وقوله "إن كان من أهل التبرع" قصد به الأحرار عن الصبي والذين يذكرهم في الفصل التالي لهذا الفصل.

(قال [الغزالي]: ولا يشتري للطفل^(٧) قريبه ولكن يتهب له الولي^(٨) إذا لم يكن بحيث تجب النفقة في الحال، فإن^(٩) قبل له هبة نصف قريبه لم يصح حذراً^(١٠) من السراية. وقيل: يصح ولا يسري، والمريض لو اشترى قريبه عتق إن وفى به ثلثه، وإلا لم يعتق، وإن ملكه يارث أو هبة فيحسب من رأس المال أو الثلث فيه وجهان. فإن قلنا: من رأس المال، عتق على المحجور، المفلس أيضاً، والمديون المريض. ولو اشتراه^(١١) بمحابة فقدر المحابة يخرج^(١٢) على الوجهين، والباقي

-
- (١) انظر: الهداية ٥٣/٢.
(٢) "أحمد" ليست في: ظ. وانظر: المقنع ص ١٩٧.
(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٣.
(٤) في: أ "وقال".
(٥) "قريب" ليست في: ز.
(٦) انظر: الحاوي ٨١/٢٢، والمهذب ٦/٢، والتهذيب ٣٩٣/٨، والروضة ١٣٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٩/٤.
(٧) في: ظ "الطفل".
(٨) في: ب، ز "الولي له" و "له" ليست في: ظ.
(٩) في: ظ "وإن".
(١٠) في: ز، ظ "حذراً".
(١١) في: أ "اشترى".
(١٢) في: أ "مخرج".

يعتق^(١) من الثلث^(٢).

ولو قهر الحربي حربياً ملكه، وصح بيعه من المسلم، فلو قهر أباه فهل يصح بيعه له؟ فيه وجهان مأخذهما دوام القهر المبطل^(٣) للعتق، إن فرض، ودوام القرابة الدافعة للملك^(٤) القهري).

[فصل في شراء الطفل والمجنون قربيهما القرابة التي تقتضي العتق]

المسألة الأولى
ليس لولي
لصبي والمجنون
شراء القريب
القرابة التي
تقتضي العتق.

[قال الرافعي]: فيه مسائل إحداها: ليس لولي الصبي^(٥) والمجنون أن يشتري لهما

قربيهما^(٦) القرابة التي تقتضي العتق، فإن فعل فالسراء باطل.

ولو وهب للصبي قريبه أو أوصى له به، نظر: إن كان الصبي معسراً فيجوز له قبوله، فإذا قبله عتق على الصبي، لأنه لا ضرر فيه على الصبي وفيه جمال ومنفعة وقد يوسر فينفق على الصبي، ولا نظر إلى أن الصبي قد يوسر فتجب النفقة في ماله، وإنما يعتبر الحال، وهل يجب عليه القبول؟

قال الإمام هذا فيه^(٧) تردد، وقضية لفظ الشافعي رحمه الله الوجوب. وعلى ذلك

يجري كلام الأصحاب.

وإن كان الصبي موسراً، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال، بأن يكون زمناً أو يكون غير كسوب على أحد القولين، فلا يجوز للولي القبول كيلا يتضرر الصبي بالإنفاق من ماله.

وإن كان لا تجب نفقته، فعلى ما ذكرنا في المعسر، فإن لم يقبل الولي قبل الحاكم،

(١) في: ب، ظ "لايعتق".

(٢) "من الثلث" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ظ "المبطل المانع".

(٤) في: ظ "المبطل المانع".

(٥) في: ز "الطفل".

(٦) في: ظ "قريباً".

(٧) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.

فإن لم يفعل فللصبي^(١) بعد بلوغه أن يقبل كذلك ذكره "الرويانى" رحمه الله وليكن^(٢) هذا في الوصية.

هذا في هبة جميع القريب أو الوصية به.

فأما إذا وهب بعضه، فإن كان الصبي معسراً قبله الولي، وإن كان موسراً زاد النظر في غرامة السراية، وإن لم تجب النفقة.

وفيه قولان:

أظهرهما: أنه لا يقبل، لأنه لو قبل لعتق على الصبي، وإذا عتق سرى ولزم قيمة الشريك، وفيه إضرار بالصبي.

والثاني: يقبله ويعتق عليه ولا يسرى كيلا يتضرر الصبي، ووجه أيضاً بأنه لا اختيار له في حصول الملك، وفي "تعليقة الشيخ أبي حامد": أن بعض الأصحاب رضي الله عنهم: قطع بأنه ليس له أن يقبل، وجعل القولين في أنه إذا قبل هل يصح؟

المسألة الثانية
في شراء
المرضى مرض
الموت قرية

الثانية: إذا اشترى المريض مرض الموت قريه فإما أن يشتريه بثمنه أو بمحابة

وعلى التقدير الأول

فإما أن يكون عليه دين أو لا يكون وحكم الأحوال الثلاث قد ذكرناه في الوصايا^(٣) وبيننا أنه إذا لم يكن دينٌ ولا محابة فيعتبر عتقه من الثلث. فإن خرج الكل من الثلث عتق كله^(٤) وإلا عتق منه قدر الثلث^(٥) وهذا هو المقصود^(٦) من قوله ههنا^(٧): "عتق إن وفى به ثلثه، وإلا لم يعتق" أي: لم يعتق كله، وإن ملكه بإرث فيعتق من رأس المال حتى يعتق.

(١) في: ظ "فالصبي".

(٢) في: أ "ولكن".

(٣) في: ظ "الوصية". وانظر: الوجيز ٢٧٩/١، والعزيز ١٣١/٧ و ١٣٢.

(٤) "كله" ليست في: ز.

(٥) "فإن خرج الكل . . . قدر الثلث" ليست في: ظ.

(٦) في: ز "المنصوص".

(٧) في: ظ "هاهنا من قوله".

وإن لم يملك شيئاً آخر أو من الثلث حتى لا يعتق إلا الثلث، إذا لم يملك مالاً^(١)
آخر.

فيه وجهان ذكرناهما هنالك^(٢).

والأول: أولى بالترجيح، وهو الذي أورده صاحب الكتاب رحمه الله.

ثم^(٣) لو ملكه بالاتهاب أو بقبول الوصية فهو مرتب على ما لو ملك بالإرث.

إن قلنا: هناك يحسبُ من الثلث فهنا أولى.

وإن قلنا: من رأس المال فهنا وجهان بناءً على معنيين علل^(٤) بهما احتساب

الموروث من رأس المال فعلى المعلول بأن الملك والعق حصلاً بغير اختياره، فهو خارج
عن التبرعات مستحق شرعاً.

وعلى آخرون بأنه ملك بلا عوض بذله في مقابلته^(٥) بخلاف ما إذا اشترى فمن

قال: بالأول قال: يحسب الموهوب والموصى به من الثلث.

ومن قال: بالثاني: قال^(٦) يحتسب^(٧) من رأس المال، وإذا قلنا: يحسب من رأس

المال^(٨) فيعتق، وإن كان على المريض دين مستغرق وكذا المفلس، المحجور عليه، إذا قبل
ولا معترض للغرماء عليه.

وإن قلنا: يحسب^(٩) من الثلث فلا يعتق ويبيع في الدين.

ويكتفى بهذا القدر ههنا فالمسألة مبسوطة في الموضوع المحال عليه، وإذا راجعته

(١) "مالاً" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "هناك".

(٣) في: ز "ولو".

(٤) في: ظ "يملك".

(٥) في: ظ "مقابلة".

(٦) "قال" ليست في: ب.

(٧) في: أ "يحسب".

(٨) "وإن قلنا يحسب من رأس المال" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: ز "يحتسب".

جوزت إعلام قوله: "ههنا: إن وُفي به ثلثه" بالواو لوجه ذكرناه أن المريض ليس له شراء القريب بحال، وحينئذٍ فلا يعتق.

الثالثة: من (١) الأصول في "السير" أنه إذا قهر حربي (٢) حربياً ملكه، ويخالف ما إذا قهر مسلم حربياً وأسره لا يجري الرق عليه حتى يرقه الإمام، لأن للإمام اجتهاداً في أساري الكفار والمسلم مأمور برعايته، والحربي لا يؤخذ بمثل ذلك.

المسألة الثالثة
إذا قهر حربي
حربياً ونحو
ذلك

قال الإمام: ولم يشترط (٣) الأصحاب قصد الإرقاق، بل اكتفوا بصورة القهر. وعندني لا بد من القصد (٤)، فإن القهر قد يكون للإستخدام ولا يتميز قهر الإرقاق عن غيره إلا بالقصد.

إذا عرفت (٥) ذلك: فلو قهر عبد سيده الحربي عتق العبد، وصار السيد رقيقاً له. ولو قهر الزوج زوجته واسترقها ملكها وجاز له بيعها. وكذا لو قهرت الزوجة زوجها، ولو قهر حربي أباه أو ابنه هل له بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن الحداد رحمه الله: لا، لأنه يعتق عليه بالملك فلا يستقر له ملك حتى يبيعه.

والثاني: نعم، لأن القهر دائم فكما يرفع (٦) ابتداءؤه الحرية الأصلية يرفع (٧) دوامة العتق المرتب على الملك.

وبهذا أجاب الشيخ أبو زيد رحمه الله: حين سأله "الحليمي" في مسائل أنفذها إليه يستفتيه فيها.

-
- (١) في: أ "في".
(٢) في: ز، ظ "أن الحربي إذا قهر حربياً".
(٣) في: أ "يشترط".
(٤) "القصد" ليست في: ز.
(٥) في: ز "إذا عرف ذلك".
(٦) في: أ، ب "يدفع" وفي: ظ "كما يندفع".
(٧) في: أ، ب "يدفع. وفي: ظ "كما يندفع".

كذلك حكاه الشيخ أبوعلی رحمهم الله ويشبه أن يرجح الأول.

قال الإمام ويتجه أن يقال: إنه لا يملكه بالقهر لاقتزان السبب المقتضي للعتق

بالقهر المقتضي للملك، ويخالف الشراء فإننا جوزناه لوقوعه ذريعة إلى تخليصه من الرق.

وقوله في الكتاب: "وصح^(١) بيعه من المسلم" ليس لتخصيص الحكم بالمسلم بل

يصح بيعه من المسلم والذمي والحربي وكان الغرض: أن المسلم يجوز له الشراء اعتماداً

على قهر بعضهم بعضاً.

[قال [الغزالي]: ولو اشترى نصف قريبه عتق^(٢) وسرى عند شروطه^(٣) ولو

ورث لم يسر. ولو قبل وكيله، فاختيار وكيله كاختياره.

ولو أوصى له ببعض ابنه فمات قبل القبول فقبله أخوة له سرى على الميت،

إن وفى به الثلث، وكأنه قبله في الحياة،

ولو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات^(٤) فقبل أخوه له لم يعتق على الأخ في

وجه، لأن الملك يحصل للميت، ثم له فكأنه^(٥) حصل له غير مقصود^(٦) ويجرى

الخلاص فيما لو رجع إليه بعض قريبه برد عوضه بالعيب، لأنه رجع^(٧) غير مقصود

[فصل: فيما لو ملك بعض من يعتق عليه]

[قال الرافي: قد ذكر صاحب الكتاب^(٨) مرة في شروط^(٩) سراية العتق أنه إذا

اشترى نصف قريبه عتق عليه ما اشتراه وسرى إلى الباقي وفي^(١٠) معناه قبول الهبة

(١) في: ظ "ويصح".

(٢) في: ز "عتق عليه".

(٣) في: ز "عند وقوعه".

(٤) من قوله "قبل القبول . . . فمات فقبل" ليست في: أ، ب.

(٥) في: ظ "وكأنه".

(٦) في: ظ "مقصوده".

(٧) "رجع" ليست في: ب.

(٨) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.

(٩) في: ظ "شرط".

(١٠) في: ظ "ففي".

والوصية وأنه لو ورث نصف قريبه لا يسري، لأنه لا اجتياز له فيه وشراء الوكيل، وقبوله الهبة والوصية كشرائه وقبوله، لصدوره عن اختياره، وكذلك قبول نائبه شرعاً حتى لو أوصى لإنسان بابنه^(١) فمات قبل قبول الوصية وقبلها أخوه عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، ونزل قبول الورثة منزلة قبوله في حياته.

ولو أوصى لإنسان بشقص ممن يعتق على وارثه كما لو أوصى له ببعض ابن أخيه

فمات قبل القبول، وقبل الأخ عتق الشقص، وفي السراية وجهان:

أشبههما: المنع، لأن الملك يحصل للميت أولاً ثم ينتقل إليه إرثاً فكأنه^(٢) لم يملكه مقصوداً، ويجري الخلاف في السراية حيث يحصل الملك بطريق اختياري يتضمن الملك ولا يقصد به التملك^(٣)، كما إذا باع من يعتق على وارثه مثل: إن باع ابن أخيه بثوب، ومات، ووارثه أخوه فرد الثوب بعيب^(٤) واسترد الشقص، وعتق عليه، هل يسري إلى الباقي؟ وهذا صورة قوله في الكتاب "لو^(٥) رجع إليه بعض قريبه برد عوضٍ بالعيب، لأنه رجع غير مقصود".

وقوله: "لم يعتق على الأخ في وجهه" كان الأحسن أن يقول "لم يسر" ولا كلام

في أن الشقص المسترد^(٦) يعتق عليه ولكن^(٧) أراد بما ذكره أنه لم^(٨) يعتق كله عليه^(٩) فكفي به عن السراية.

واعلم أن هذه الصورة قد ذكرناها بشرحها في شروط^(١٠) السراية، لأنه ذكر

(١) في: ظ "بعض ابنه".

(٢) في: ظ "وكأنه".

(٣) في: أ، ب "الملك".

(٤) في: ظ "بالعيب".

(٥) في: ب، ظ "أو".

(٦) في: ب "المردود".

(٧) "ولكن" ليست في: أ، ب، ظ. والموجود "وأراد".

(٨) في: ظ "لايعتق".

(٩) "عليه" ليست في: ز.

(١٠) في: ز "في شرط". وانظر: الوجيز ٢٧٤/٢، والعزیز ٣١٢/١٣ وما بعدها.

بعضها هناك وضم ههنا إلى المذكور هناك^(١) صوراً فراينا إيرادها مجموعة أولى وأكثر فائدة.

ولو وهب من العبد من بعض من يعتق على سيده فقبل، وقلنا: لا يفتقر قبوله إلى إذن السيد، عتق الموهوب على السيد وسرى لأن قبول العبد كقبوله شرعاً^(٢).

فرع: حَرَحَ ابن رقيق أباه فاشتراه الأب ثم مات من تلك الجراحة، إن قلنا تصح الوصية للقاتل عتق من ثلثه، وإلا لم يعتق قال صاحب "التهديب"^(٣) وعلى هذا فيجوز أن تُجْعَلَ صحة الشراء على وجهين، كما لو اشتراه، وعليه دينٌ والوجهان مذكوران في كتاب الوصايا.

(قال [الغزالي] الخاصة الثالثة: امتناع العتق بالمرض، فإذا أعتق^(٤) عبداً لا مال له غيره عتق ثلثه فقط، وإن كان عليه دين مستغرق لم يعتق شئ فإن مات هذا العبد قبل السيد فيموت رقيقاً كله أو حراً أو ثلثه حراً وثلثاه رقيقاً؟

فيه ثلاثة أوجه: وتظهر فائدته فيما لو وهب وأقبض فمات في مؤنة التجهيز، أما لو قتله المتهب فعليه غرامة ما وراء الثلث.

ولو أعتق ثلاثة أعبدٍ، ومات^(٥) واحداً قبل موت السيد فيجعل كالمعدوم أم يدخل الميت^(٦) في القرعة؟ فيه خلاف.

فإن قلنا: يدخل فلو خرج عليه رق الآخران.

ولو خرج على أحد الجنين^(٧) لم يعتق إلا ثلثاه، وموته بعد موت السيد ولكن

(١) في: أ "ههنا".

(٢) قال النووي في الروضة ١٣٥/١٢ "هذا مشكل، وينبغي أن لا يسري، لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث". والله أعلم.

(٣) انظر: التهديب ٣٩٥/٨.

(٤) في: ظ "عتق عبد".

(٥) في: ز "فمات".

(٦) "الميت" ليست في: أ.

(٧) "الجنين" هكذا في جميع النسخ. وفي الوجيز ٢٧٧/٢ "إحدى الجهتين".

قبل امتداد^(١) يد الوارث إليه، هل يكون كالموت قبل موت السيد؟ فيه وجهان:
ومنهم من طرد الخلاف في موته قبل القرعة، وإن كان بعد موت السيد^(٢)،
لأنه محجور عن التصرف فيه^(٣).

[فصل: في امتناع العتق بالمرض]

[قال الرافعي]: المسألة الأولى: إذا أعتق عبداً لا مال له، سبق في الوصايا أن
التبرعات في مرض الموت تعتبر من الثلث^(٤) وأن العتق من التبرعات، وقد يندفع لذلك
بوقوعه^(٥) في المرض، وإنما يعتبر الثلث^(٦) بعد حط قدر الدين.
فلو كان الدين مستغرقاً لم يعتق منه شيء وسنعود إلى هذا.

إذا عُرف^(٧) ذلك ففي الفصل مسألتان: إحداهما إذا أعتق عبداً لا مال له غيره^(٨) المسألة الأولى
لم يعتق منه إلا ثلثه، وإن مات هذا العبد بعد موت السيد مات حراً ثلثه، وإن مات قبل
موت السيد ففيه^(٩) ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه يموت رقيقاً كله، لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه.
وهنا لم يحصل لهم شيء ويؤثر عن الشيخ أبي زيد: أنه قال: أجبت به في مجلس
الشيخ أبي بكر المحمودي^(١٠) رحمه الله فرضيه وحمدني عليه.

(١) من قوله "عليه رق الآخرا ٠٠٠ ولكن قبل امتداد" ليست في: أ، ب.

(٢) في: ز "ثبوت اليد". وفي: ظ "مد اليد إليه".

(٣) "فيه" ليست في: أ.

(٤) انظر: الوجيز ٢٧٢/١، والعزیز ٤١/٧ و ٤٢.

(٥) في: أ، ب "وقوعه".

(٦) في: ز "من الثلث".

(٧) في: ظ "عرفت".

(٨) في: ز "سواه".

(٩) في: أ، ب "فيه".

(١٠) هو: أبو بكر محمد بن محمود المروزي المعروف بالمحمودي: إمام جليل، أحد الرفعاء من أصحاب
الوجه. أخذ العلم عن أبي محمد المروزي المعروف بعبدان. نقل عنه الرافعي في مواضع منها: في
العتق وغيره ٠٠٠ لا علم بتاريخ وفاته.

والثاني: أنه يموت حرّاً كله، لأن ما يهلك^(١) في حياة المورث، لا حق فيه للورثة حتى يرد تبرعه لحقهم، ولأنه^(٢) لا فائدة في إرقاق شيء منه، ولا يحصل للورثة منه شيء.

والثالث: وبه قال القفال رحمه الله: أنه يموت ثلثه حرّاً وثلثاه رقيقاً، كما لو مات بعد موت السيد، ولأنه لو عاش عاش على الرق والحرية، فإذا^(٣) مات مات عليهما.

والأصح عند الصيدلاني رحمه الله الوجه الأول، ولم يورد في "التهذيب"^(٤) إلا الوجهين الآخرين وبناهما على أنه إذا زاد التبرع على الثلث، وأجازته الوارث فهو تنفيذ لما^(٥) فعله المورث، أو ابتداء عطية وتملك من الوارث.

إن قلنا بالأول: فيموت حرّاً، لأن ما فعله المورث تنفيذ، وإن قلنا بالثاني: فلا لأن تبرعه غير نافذ فيما زاد على الثلث^(٦).

وتظهر فائدة الخلاف في شيئين:

أحدهما وهو المذكور في "الكتاب" إذا^(٧) وهب في مرض^(٨) الموت عبداً لا يملك غيره، وأقبضه، ومات العبد قبل موت السيد، فإن قلنا: في مسألة العتق يموت رقيقاً فهنا يموت على ملك الواهب^(٩) وعليه مؤنة تجهيزه، وإن قلنا: يموت حرّاً فيموت ههنا على ملك الموهوب منه، وعليه المؤنة.

وإن قلنا: بالوجه الثالث، وزعت المؤنة عليهما.

= انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٩٦/٢. وطبقات الشافعية للأسنوي ١٩٨/١، وطبقات الشافعية

لابن قاضي شهبة ١١٩/١.

(١) في: ز "يملك".

(٢) "ولأنه" ليست في: ظ.

(٣) في: أ، ب "وإذا".

(٤) انظر: التهذيب "٣٩٤/٨".

(٥) في: أ "بما".

(٦) في: أ "الثلثين".

(٧) في: ز "أنه اذا".

(٨) في: أ "المرض عبداً".

(٩) في: ظ "الوارث".

والثاني: إذا كان لهذا العبد، ولدٌ من معتقه كان ولاء الولد لموالي^(١) أمه، فإن قلنا: إنه يموت حراً فيُنَجَّرُ الولاء إلى معتق الأب، وإن قلنا: يعتق ثلثه ينجر ولاء الثلث، وقد ينجر^(٢) الولاء في بعض العتق دون بعض كما إذا اشترى ابناً مملوكاً أمهما معتقة أباهما بالسوية. ينجرُّ ولاء نصف كل^(٣) واحد منهما إلى الآخر، ويبقى النصف الآخر^(٤) لمعتق الأم.

ولو^(٥) أعتق في المرض عبداً وله مال سواه فمات قبل موت المعتق، فقد ذكر الإمام: أن جماهير الأصحاب رحمهم الله قالوا: لا يحسب من الثلث ولا يزاحم أرباب الوصايا بل^(٦) يجعل كأن ذلك العبد لم يكن، لأن الوصية إنما تتحقق بالموت، فإذا لم يبق إلى^(٧) الموت لم يدخل في الحساب. وأنه يجيء على قولنا: إن حكمه بعد الموت كحكمه لو عاش أن يحسب من الثلث، ويزاحم أرباب الوصايا.

ولو وهب عبداً وأقبضه، وله مال آخر فتلف في يد المتهب قبل موت الواهب فهو كما لو أعتقه، وهذا كما أن هبته ولا مال له سواه بمثابة إعتاقه، ولا مال له سواه.

ولو أتلفه المتهب فهو كما لو كان باقياً حتى إذا كان له مال آخر^(٨) فيحسب الموهوب من الثلث، وإذا لم يخرج^(٩) من الثلث يغرم المتهب للورثة ما يزيد على الثلث بخلاف ما إذا تلف، لأن الهبة ليست مضمنة والإتلاف مضمن على كل حال.

وأشار الإمام رحمه الله إلى: أنه يحتمل أن يجب الضمان في صورة التلف، إذا قلنا: أنه يحسب من الثلث، فإن الزائد على الثلث حينئذ يبين أنه تلف في يده لغيره، فيكون

(١) "لموالي" ليست في: ظ.

(٢) "ينجر ولاء الثلث، وقد" ليست في: ظ.

(٣) "كل" ليست في: ظ.

(٤) "الآخر" ليست في: أ.

(٥) في: ظ "فلو".

(٦) "بل" ليست في: ظ.

(٧) في: أ، ب "إلا" خطأ.

(٨) في: ظ "أجزأه".

(٩) في: ج "يخرج الموهوب".

كما لو وهب الغاصب المخصوب من غيره، وأقبضه فتلف في يد الموهوب منه، فإننا قد^(١) نقول باستقرار الضمان عليه.

قال وبتقدير^(٢) أن لا يجب الضمان في التلف فيجوز أن لا يجب في صورة الإلتلاف أيضاً كما أن الواهب في حياته لا يطالب الموهوب منه بشئ سواء تلف الموهوب في يده، أو أتلفه.

المسألة الثانية: إذا أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وهو لا يملك غيرهم، خمات. المسألة الثانية إذا أعتق ثلاثة أحدهم قبل موت السيد فالذي يوجد للأصحاب على اختلاف طبقاتهم وهو منصور أعيد قيمتهم سواء، وهو لا يملك غيرهم الشافعي رضي الله عنه: أن الميت يدخل في القرعة^(٣).

وذكر الإمام: أن قياس ما ذكرنا في العبد الواحد، أن يجعل الغائب كالمعدوم، ويقدر كأنه أعتق عبيدين^(٤) لا مال له سواهما.

وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً.

فقال: "يجعل الميت كالمعدوم أم يدخل في القرعة؟ فيه خلاف.

ولك أن تقول نحن في الصورتين جميعاً نبقي للورثة مثلي^(٥) ما مات الموروث^(٦) عنه ولا يدخل الغائب في حساب التركة على ما سيتضح في التفريع، لكن العدد من العبيد محل القرعة، وإدخاله^(٧) في القرعة ينفع الورثة، والعبد الواحد ليس محل القرعة وإذا أدخل الميت في القرعة، فإن خرج له سهم^(٨) العتق بان أنه مات حراً موروثاً عنه ورقاً

(١) "قد" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "بتقدير".

(٣) انظر: الأم ٨/٨، والوسيط ٤٧٣/٧، والتهذيب ٣٨٦/٨، والروضة ١٣٧/١٢، ومغني المحتاج

٥٠٢/٤.

(٤) في: أ "عبد من".

(٥) في: ز، ظ "مثل".

(٦) في: أ، ب "الموروث". و "عنه" ليست في: أ، ب.

(٧) في: أ "فإدخاله".

(٨) "سهم" ليست في: ظ.

الآخران، وإن خرج له سهم الرق لم يحسب على الورثة، لأنهم يتغنون^(١) المال ومنفعته ويحتسب^(٢) به عن العتق^(٣)، لأن المعتق يبغى الثواب، وتعاد القرعة بين العبدین، كما لو لم يكن إلا عبدان فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلاثه ويرق^(٤) نثسه، والعبد^(٥) الآخر.

ولو خرج سهم العتق ابتداء على أحد الحيين، فكذلك يعتق ثلاثه، ويمكن أن يقال: إذا لم يكن الميت من التركة وخرج سهم العتق على أحد الحيين، وأقمنا فيهما رسم الثلث والثلثين، فيفرد الميت بالحكم^(٦) حتى يبجيء الخلاف في أنه يموت حراً أو رقيقاً، كما لو أعتق عبداً لا مال له غيره، ولو مات أحدهم بعد موت السيد، وقبل إمتداد يد الوارث إلى التركة فالحكم كما لو مات قبل موت السيد.

ولفظ الصيدلاني رحمه الله: يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده لثبوت الحكم المذكور، وإن مات بعد امتداد يد الورثة، وقبل الإقراع ففيه^(٧) وجهان.

أصحهما^(٨): أنه يحسب الميت على الورثة حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين يعتق كله وذلك لأن الميت دخل في أيديهم وضماتهم.

والثاني: أن الحكم كما لو مات قبل ثبوت أيديهم على التركة، لأنهم لا يتسلطون على التصرف وإن ثبتت أيديهم الحسية.

وقوله في الكتاب "وموته بعد موت السيد، ولكن قبل امتداد يد الوارث إلى آخره" صريح في إثبات وجهين فيما^(٩) قبل امتداد أيديهم، وفي أن بعضهم طرد الوجهين

(١) في: ب "يستغنون بالمال".

(٢) في: ظ "ويحسب".

(٣) في: ب، ظ "المعتق".

(٤) في: ب، ظ "ورق".

(٥) في: ظ "والعبدان الآخران".

(٦) في: ظ "للحكم".

(٧) في: ظ "فيه".

(٨) في: ظ "أحدهما".

(٩) "ولكن قبل . . . وجهين فيما" ليست في: ظ.

فيما إذا مات بعد امتداد أيديهم والذي يوجد لغيره أن الحكم فيما إذا مات قبل الامتداد كهو فيما إذا مات قبل موت السيد، وإن فيما^(١) بعد الامتداد وجهين.

وكذلك ذكره الإمام وصاحب الكتاب في "الوسيط"^(٢) وما ساقه في الكتاب من تفرداته ولا يؤمن صدور مثله عن السهو ولو كانت الصورة مجالها ومات اثنان قبل موت السيد، فعن ابن أبي هريرة أنه يقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين^(٣) عتق نصفه، ويحصل للورثة مثلاه، وهو العبد الحي وإن خرج سهم الرق عليه، أقرعنا بين الميت الآخر وبين الحي، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر أعتقنا نصفه الآخر، وإن خرج سهم الرق عليه لم نحسبه على الورثة، وأعتقنا ثلث الميت الحي.

ولو قُتِلَ أحد العبيد^(٤) قبل موت السيد أو بعده فيدخل القتل في القرعة ولا محالة، لأن قيمته تقوم مقامه، فإن خرج سهم العتق لأحد الحيين عتق كله، وللورثة الآخر وقيمة القتل وإن خرج للقتيل بان أنه قتل حراً وعلى قاتله الدية لورثته، وأما القصاص فعن بعض الأصحاب: أنه لا يجب إن كان قاتله حراً بخلاف ما إذا قال لعبد: إن جرحت فأنت حر قبله فجرحه حرٌ ومات من الجراحة حيث يجب القصاص، لأن الحرية متعينة فيه وههنا التعيين بالقرعة.

وقال صاحب "التهذيب"^(٥) يحتمل أن يكون في المسألتين جميعاً / وجهان، لأنه ٦٢٤/ز قتل من اعتقد رقه كما لو قتل من عرفه رقيقاً فبان أنه كان قد عتق وفي^(٦) وجوب القصاص قولان.

واعلم أن الكلام في المسألة الثانية من فروع القرعة.

(١) في: ظ "وإن فيها".

(٢) انظر: ٤٧٤/٧.

(٣) في: ظ "الحيين".

(٤) في: أ "العبيد".

(٥) انظر: التهذيب ٣٨٦/٨.

(٦) في: أ، ظ "في".

والخاصية الرابعة: أحق بأن تودع فيها، ولكن لما ذكر موت العبد الواحد إذا أعتق عقبه بالقول في موت الواحد من الجماعة إذا أعتقوا وقد يوجد في كثير من نسخ الكتاب في آخر الفصل "وإن كان بعد موت السيد" وهو غلط والصواب بعد ثبوت اليد، أو بعد امتداد اليد.

قال [الغزالي] الخاصة الرابعة: القرعة ومحلها أن يعتق عبيداً معاً يقصر الثلث عنهم.

ولو أعتق على ترتيب، فالسابق مقدم.

ولو أوصى على ترتيب أو جمع أقرع.

وقيل: لا قرعة في الوصية، بل يقسم الثلث^(١) عليهم^(٢)

ولو^(٣) قال الثلث من كل واحد منكم حر ففي إجراء القرعة وجهان).

[فصل في الخاصة الرابعة: القرعة، ومحلها]

[قال الرافي] مقصود الخاصة مرتب على طرفين:

أحدهما: في محل القرعة وهو أن يعتق عبيداً في مرض موته دفعةً واحدةً يقصر عنهم ثلث^(٤) ماله ولم يجز الورثة صنيعه^(٥) فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في بعضهم، فيعتق بكماله أو يقرب من العتق وبه قال مالك^(٦) وأحمد.

وقال أبو حنيفة^(٧) لا يقرع بل يعتق من كل واحد ثلاثة ويستسعى في الباقي، وقد ذكرناه مع معتمدنا في القرعة وهو خير عمران بن حصين رضي الله عنه في كيفية

(١) "الثلث" ليست في: ز، ظ.

(٢) في: ب "عليه". وهو خطأ.

(٣) في: أ، ب، ظ "ولو".

(٤) "ثلث" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "جميعهم".

(٦) في: ز قال "أحمد ومالك".

انظر: المقنع ص ١٩٩، ومختصر خليل ص ٢٩٥، ومواهب الجليل ٦/٣٤١.

(٧) انظر: الهداية ٦٠/٢. وخير عمران بن حصين سبق في باب القسمة ص ٤٨٧.

احتساب التبرعات من الثلث من كتاب "الوصايا"^(١) وفي الضبط المذكور قيود.

أحدها: وقوع الاعتاق في مرض الموت فإن أعتقهم لا في مرض الموت عتقوا جميعاً ولا قرعة.

والثاني: أن يعتقهم دفعة واحدة مثل أن يوكل بإعتاق كل واحد وكيلاً فيعتقوا معاً أو يقول هؤلاء أحرار، أو يقول لهم أعتقتكم، أو أنتم أحرار، فإن أعتقهم على الترتيب يقدم الأول فالأول إلى أن يتم^(٢) الثلث، وذلك مثل أن يقول سالم حر، وغانم حر وفائق حر.

ولو قال سالم وغانم وفائق أحرار، فهو محل القرعة.

ولو قال سالم وغانم وفائق حر.

فعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه يراجع فإن قال أردت حرية كل واحد منهم فهو كما لو قال أحرار.

وإن قال: أردت حرية الأخير قبل ولا قرعة.

وإن قال: أردت حرية غيره لم يقبل والثالث أن يقصر عنهم ثلث ماله، ولا يجيز الورثة، فإن وقى الثلث بالمعتقين^(٣) أو أجاز الورثة عتقوا جميعاً.

ولو أوصى بإعتاق عبده^(٤) ولم يف الثلث بهم، ولم يجز الورثة: فيقرع أيضاً، ولا فرق هنا بين أن يوصي بإعتاقهم دفعة واحدة، وبين أن يقول: أعتقوا عبدي فلاناً ثم يقول: أعتقوا فلاناً، لأن وقت الاستحقاق واحد وهو الموت بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز إلا أن يقيد فيقول: أعتقوا فلاناً ثم فلاناً^(٥).

(١) انظر: الوجيز ١/٢٧٢، والعزیز ٧/٤١، ٤٢.

(٢) في: "إلى سهم".

(٣) في: "المعتقين".

(٤) في: أ "عبد" وفي: ظ "عبيد".

(٥) "ثم فلاناً" ليست في: أ.

ولو علق العتق بالموت فقال: إذا مت فأنتم أحرار، أو أعتقتكم بعد موتي، أو رتب فقال: إذا مت ففلان حر، ثم قال^(١): إذا مت ففلان حر يقرع أيضاً.

وفي الوصية وتعليق العتق وجه أنه لا قرعة بل يعتق من كل واحد ثلثه، لأن القرعة على خلاف القياس، وإنما ورد بها^(٢) الخبر في الإعتاق المنجز، وقد ذكرنا هذا في "الوصايا" والظاهر الأول^(٣).

ولو قال: أعتقت ثلث كل واحد منكم أو أثلاث هؤلاء أحرار فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقرع بينهم بل يعتق من كل واحد ثلثه لتصريحه بالتبعيض.

وأصحهما: على ما ذكر في "التهذيب"^(٤) أنه يقرع أيضاً، لأن العبيد له على الخلوص، وإعتاق بعض العبيد^(٥) الخالص كإعتاق كله فصار^(٦) كما لو قال: أعتقتكم وقد سبق هذا في "الوصايا" أيضاً.

وسبق أنه لو قال: "أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر" فهل هو كقوله "أعتقتكم أو

كقوله: أثلاث هؤلاء أحرار"؟ فيه طريقتان

وأنه لو أضاف إلى الموت فقال: ثلث كل واحد حر بعد موتي أو^(٧) أثلاث هؤلاء

أحرار بعد موتي عتق^(٨) من كل واحد ثلثه، ولا يقرع، لأنه لا سراية بعد الموت.

وحكيها وجهاً آخر: أنه يقرع كما لو نجز في المرض، والظاهر الأول، وعليه فرع

ابن الحداد، ولصاحب الوجه الآخر: أن يقول: نعم لا سراية بعد الموت ولكن قوله "ثلث

كل واحد منكم حر" نزلتموه منزلة" قوله: "أعتقتكم حتى حكمتكم بالقرعة فيه" في أظهر

(١) ثم قال "ليست في: أ.

(٢) في: أ "هذا".

(٣) انظر: الوسيط ٤٧٥/٧، والروضة ١٣٩/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٢/٤.

(٤) انظر: التهذيب ٣٧٤/٨، وكذلك الروضة ١٣٩/١٢.

(٥) في: أ "العبيد".

(٦) في: ب "وصار".

(٧) "أو أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي" ليست في: ظ.

(٨) في: ظ "يعتق".

الوجهين، وإذا تنزل^(١) منزلته، فلو قال أعتقتكم بعد موتي، يقرع بينهم، فكذلك إذا قال: ثلث كل واحد منكم حر بعد موتي.

[فصل: في القاعدة الأولى في معرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض]

قاعدتان: إحداهما: يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت، لأنه وقت الاستحقاق^(٢) وفيما يبقى للورثة أقل قيمة من يوم الموت، إلى أن يقبضوا التركة، لأنه إن كانت قيمة يوم الموت أقل فالزيادة حصلت في ملكهم، وإن كانت قيمة يوم القبض أقل فما نقص قبل ذلك لم يدخل في يدهم فلا يحتسب عليهم كما يغصب أو يضيع^(٣) من التركة قبل أن يقبضوه.

وإذا نجز إعتاق عبد في المرض، وأوصى بإعتاق آخر قومنا الأول حال إعتاقه، والآخر حال^(٤) الموت، وبقية التركة بأقل القيمتين، فإن خرجا من الثلث عتقا، وإن خرج أحدهما أعتقنا المنجز إعتاقه، وإن زاد الثلث على أحدهما أعتقنا الثلث بقدر الزيادة من الموصى بإعتاقه، وإن نقص الثلث أعتقنا بقدره من المنجز إعتاقه.

ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً بأن قال: أحد هؤلاء حراً وأوصى بإعتاق واحد^(٥) مبهم أيضاً: بأن قال: أعتقوا أحد هؤلاء ففي "جمع الجوامع" للرواني رحمه الله: أنه يكتب رقعة للعتق وأخرى للوصية، ورقعتان للتركة، فمن خرج له العتق فكأنه أعتقه بعينه، ومن خرج / له الوصية فكأنه أوصى بإعتاقه بعينه، ثم يكون الحكم كما سبق. ٦٢٥/ز
وفي "الشامل" أنه يميز الثلث بالقرعة، أولاً ثم يميز بين المنجز إعتاقه، وبين الآخر.

(١) في: ب، ظ "نزل".

(٢) في: ظ "الإعتاق".

(٣) في: أ، ب، ظ "ويضيع".

(٤) في: ظ "حالة".

(٥) "واحد" ليست في: أ.

[فصل: في القاعدة الثانية ثبوت ملك عتق من حُكِمَ بعقده بالقرعة]

والثانية كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعقده من يوم الإعتاق لا من يوم القرعة، ويسلم له ما اكتسبه من وقت الإعتاق غير محسوب من الثلث سواء اكتسبه في حياة المعتق، أو بعد موته، وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسابه^(١) قبل موت المعتق تحسب على الوارث في الثلثين، واكتسابه بعد موته، وقبل القرعة لا تحسب عليه، لحصوله على ملكه، فلو^(٢) أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مائة واكتسب أحدهم بمائة وأقرعنا فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وفاز بكسبه ورق الآحران، وإن خرجت^(٣) القرعة^(٤) لأحد الآخرين عتق، ثم تعاد القرعة بين المكتسب والثاني، فإن خرجت للثاني عتق ثلثه، وبقي ثلثاه^(٥) والمكتسب وكسبه للورثة، وإن خرجت للمكتسب وقع في الدَّور، لأنه يعتق بعضه ويتوزع الكسب على ما عتق^(٦)، وعلى ما رُقَّ ولا تحسب عليه حصة ماعتق، وتزيد التركة بحصة ما رُقَّ، وإذا زادت التركة زاد^(٧) ما عتق وتزيد^(٨) حصته، وإذا زادت حصته نقصت حصة التركة، وطريق استخراجها قد بيناه في "المسائل الدورية" من "الوصايا"^(٩) والحكم: أنه يعتق منه ربه ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه، وثلاثة أرباع كسبه^(١٠) والعبد الآخر، وجملتها ضعف ما عتق.

ولو اكتسب أحدهم مائتين وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق ثلثاه،

-
- (١) في: أ "فاكسابه".
 (٢) في: ز، ط "ولو"
 (٣) في: ظ "خرج".
 (٤) "القرعة" ليست في: ظ.
 (٥) في: ب "مع المكتسب".
 (٦) في: أ "ما أعتق".
 (٧) "زاد" ليست في: ز.
 (٨) في: ز "فتزيد".
 (٩) انظر: الوجيز ٢٨٠/١، والوسيط ٤٧٦/٧، والعزير ١٥٥/٧ وما بعدها.
 (١٠) قوله: "يبقى للورثة . . . كسبه" ليست في: ظ.

وبقي ثلثه والمكتسب^(١) وكسبه للورثة وإن خرجت للمكتسب^(٢) فقد عتق منه شيء وتبعه من الكسب شيثان، لأن كسبه مثلاً قيمته تبقى للورثة أربعة أعبدٍ إلا ثلاثة أشياء وإن شئت قلت: أربعمائة إلا ثلاثة أشياء^(٣) يعدل ضعف ماعتق، وهو عبدان وشيخان فبعد الجبر^(٤) أربعة أعبد تعدل عشرين وخمسة أشياء؟ نسقط عشرين بعدين، يبقى عبدان في مقابلة خمسة أشياء فالشيء خمس^(٥) العبدان وهو خمسا عبد^(٦) وذلك أربعون فقد عتق مائة وأربعون وبقي للورثة ثلاثة أحماسه ستون، وثلاثة أحماس كسبه مائة وعشرون والعبد الآخر، وجملتها مئتان وثمانون.

ولو اكتسب أحدهم خمسين، وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق سدسه وهو ستة عشر وثلث^(٧) وبقي خمسة أسداسه والمكتسب، وكسبه للورثة، وجملة ذلك مائتان وثلاثة وثلاثون وثلث ضعف ماعتق، وإن خرجت للمكتسب عتق منه شيء وتبعه من الكسب نصف شيء يبقى للورثة عبدان ونصف سوى^(٨) شيء ونصف وذلك عدل^(٩) ضعف ما عتق وهو عبدان وشيخان فبعد الجبر يصير عبدان ونصف^(١٠) في معادلة عشرين وثلاثة أشياء ونصف، نسقط عشرين بعدين تبقى المعادلة بين نصف عبد وبين ثلاثة أشياء ونصف، والشئ من ثلاثة أشياء ونصف سبعا^(١١) فالشيء سبعا نصف عبد وسبعا نصف عبد سُبُع عبد ففرغنا أنه عتق منه بسبعة وهو أربعة عشر وسبعان، ويتبعه من الكسب سبعة غير محسوب عليه يبقى للورثة ستة أسبعا^(١٢) وهي خمسة وثمانون

(١) في: أ "الكاسب".

(٢) في: أ "الكاسب".

(٣) "وإن شئت قلت أربعمائة إلا ثلاثة أشياء" ليست في: ظ.

(٤) في: ظ "الحر".

(٥) في: ظ "خمي".

(٦) "العبدان، وهو خمسا عبد" ليست في: ظ.

(٧) في: أ "ثلثان".

(٨) في: ز "ونصف شيء سوى".

(٩) في: ز، ظ "يعدل".

(١٠) في: ظ "في ضعف ماعتق وهو عبدان وشيخان".

(١١) في: ظ "سبعا".

(١٢) في: ظ "أشياء".

وخمسة أسابيع، ومن الكسب ستة أسابيع وهي اثنان وأربعون، وستة أسابيع، والعبد الآخر وهو مائة.

وجملة ذلك مائتان وثمانية وعشرون، وأربعة أسابيع ضعف ماعتق.

ولو كانت المسألة كما صورنا واكتسب كل واحد من العبيد مائة فمن خرجت له القرعة عتق وتبعه كسبه، ثم تعاد القرعة بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق منه شيء^(١) وتبعه من الكسب مثله يبقى مع الورثة أربعة أعبد سوى شيئين يعدل ضعف ما أعتقا وهو عبدان وشيطان فبعد الجبر يعدل^(٢) أربعة أعبد و^(٣)عبدين وأربعة أشياء فتسقط عبدان بعبدان يبقى عبدان في مقابلة أربعة أشياء فالشيء نصف العبد فعلمنا أنه عتق من هذا العبد نصفه وتبعه نصف كسبه غير محسوب يبقى للورثة نصفه الآخر ونصف كسبه وللعبد الآخر وكسبه وجملته ثلاثمائة ضعف ما أعتقنا وقد قدمنا لهذه الصورة نظائر في "الوصايا"^(٤) فلا تطول.

وهذا كله في الاكساب الحاصلة في حياة المعتق.

ولو اكتسب واحد من العبيد في المثال المذكور، مائة بعد موته فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو اكتسب في الحياة، وإن خرجت لغير المكتسب عتق ورق الآخرا، ولا تعاد القرعة^(٥) للكسب، بل يفوز به الورثة، لحصوله في ملكهم وكسب من أوصى بإعتاقه في حياة الموصى للموصى تريد^(٦) به التركة والثالث، وكسبه بعد موته لا تريد به التركة والثالث بلا خلاف.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: في أنه للورثة أو للعبد طريقتين

-
- (١) "وتبعه . . . عتق منه شيء" ليست في: ظ.
 - (٢) من قوله: "مع الورثة . . . تعدل" ليست في: أ.
 - (٣) "و" ليست في: أ.
 - (٤) انظر: الوجيز ١٥٥/٧ وما بعدها.
 - (٥) "كما لو اكتسب . . . ولا تعاد القرعة" ليست في: ظ.
 - (٦) في: ظ "بل تريد".

أحدهما: أن فيه قولين كالقولين في أن كسب العبد الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول للورثة أو للموصى له.

وأصحهما: القطع بأنه للعبد.

والفرق أنه استحق العتق بموت الموصي استحقاقاً مستقراً والموصى غير مستقر، بل الموصى له بالخيار بين الرد والقبول، وإذا زادت قيمة من بنجز إعتاقه كانت الزيادة كالكسب، فمن خرجت له قرعة العتق تبعته الزيادة غير محسوبة عليه.

وكذا^(١) لو كان فيمن أعتقهم، جارية فولدت قبل موت المعتق، فالولد كالكسب فإذا خرجت القرعة لها تبعها الولد غير محسوب من الثلث، وإن خرجت لغير الذي زادت قيمته أو التي ولدت وقع الدور، فلو أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم قيمة كل واحد منهم مائة، فبلغت قيمة أحدهم مائتين فهو كما لو اكتسب أحدهم مائة.

ولو أعتق جارتين قيمة كل واحدة^(٢) مائة، فولدت إحداهما ولداً، قيمته مائة، فهو كما لو اكتسب إحداهما مائة فإن خرجت القرعة للتي لم تلد عتقت، ورقت الوالدة وولدها وهما ضعف ما أعتقنا^(٣)، وإن خرجت للوالدة عتق منها شيء وتبعها من الولد مثله، يبقى مع الورثة ثلاثمائة سوى شيئين تعدل ضعف ما أعتقنا محسوباً^(٤) وهو شيئان فبعد الجبر تعدل ثلاثمائة أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثمائة وربع الثلاثمائة ثلاثة أرباع المائة، فعرنا أنه عتق منها ثلاثة أرباعها، وتبعها ثلاثة أرباع الولد^(٥) يبقى مع الورثة ربعها، وربع الولد والجارية الأخرى، وحملة ذلك مائة وخمسون ضعف ما عتق منها وفرغ على هذا الأصل أنه لو قال: لجارية له حامل في مرض موته أنت حرة، أو ما في بطنك فولدت لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق، ولم يتفق تعيين فيقرع بينهما، فإن خرجت^(٦) للولد عتق دون الأم، فإن^(٧) لم يف الثلث به عتق منه بقدر الثلث، وإن

(١) في: ظ "بل تريد".

(٢) "واحدة" ليست في: أ.

(٣) في: ظ "اعتقاً".

(٤) "و" ليست في: ظ.

(٥) "فعرنا أنه . . . أرباع الولد" ليست في: ز.

(٦) في: ظ "فإن خرجت القرعة".

(٧) في: ز "وإن".

خرجت للأُم عتقت وتبعها الولد إن وفيَّ بهما الثلث، وإلا فيعتق منها شيء ويتبعها من الولد شيء، وطريق الاستخراج^(١) ما ذكرنا^(٢) فيما إذا أعتق عبداً واحداً فاكتسب^(٣) في باب الوصايا وتقويم الولد إنما يكون في يوم الولادة، وهذا الذي ذكرناه فيما إذا ولدت الجارية قبل موت المعتق، فإن ولدت بعد موته، نظر: إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الموت فالولد كالكسب الحاصل بعد موته، وإن خرجت القرعة للوالدة عتقت وتبعها الولد، وإن خرجت لغير الوالدة عتقت، ولا تعاد القرعة للولد، لأنه حدث على ملك الورثة، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، فهل يحسب على الوارث حتى تعاد القرعة؟

قال: صاحب التهذيب: ينبني هذا^(٤) على أن الحمل، هل يعرف؟.

إن قلنا: لا فهو كالحادث بعد الموت، فلا تعاد، وإن قلنا: نعم. فكالحادث بعده فتعاد، وأطلق الصيدلاني، حكاية وجهين: في أنه إذا ولدت الجارية بعد الموت، هل يحسب الولد على الورثة في الثلثين؟ ولو نقصت قيمة من نجز عتقه قبل موت المعتق، فإن كان النقصان فيمن خرجت له قرعة العتق فهو محسوب عليه، لأنه محكوم بعتقه من يوم الإعتاق، وإن كان^(٥) فيمن رق فلا يحسب على الورثة إذا لم يحصل لهم إلا الناقص، فلو أعتق عبداً، لا مال له غيره قيمته مائة، فرجع إلى خمسين فقد ذكرنا طريق استخراجها في الوصايا، وبإيراد آخر نقول: عتق منه شيء ورجع إلى نصف شيء فبقي خمسون ناقصة بنصف شيء يعدل ضعف ماعتق، وهو شيئان فبعد الجير يعدل خمسون وشيئين^(٦)، ونصف شيء فعرنا أنه يعتق منه خمسة، لأن النصف من شيئين، ونصف خمس، وإن كان^(٧) قيمته يوم الإعتاق عشرين فعاد^(٨) إلى عشرة، وبقي للورثة أربعة أخماسه، وقيمه يوم الموت أربعون، وهي ضعف ما عتق.

-
- (١) في: أ "استخراج".
 - (٢) في: ب "ما ذكرنا".
 - (٣) في: ز، ظ "واكتسب".
 - (٤) "هذا" ليست في: ز، ظ.
 - (٥) في: ظ "كانت".
 - (٦) في: ظ "في ١، ز، ب شيئين".
 - (٧) في: ز "وكانت". وفي: ظ "وكان".
 - (٨) في: ر "فعادت".

ولو أعتق ثلاثة أعبد قيمة كل واحد^(١) مائة فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للذي انتقصت^(٢) قيمته عتق، ولا يعتق من الآخرين شيء، لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مائة فينبغي^(٣) أن يبقى للورثة ضعفها، وإن خرجت لأحد الآخرين عتق منه خمسة أسداسه، وهي بالقيمة ثلاثة وثمانون وثلث، ويبقى للورثة سدسه، والعبد الآخر، والذي نقصت قيمته، وجملتها مائة وستة وستون، وثلثان، وهي ضعف ما عتق، وإنما كان كذلك لما ذكرنا أن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان، وهو مائتان وخمسون، ولو أعتق عبيدين قيمة كل واحد منهما مائة، ولا مال له سواهما فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للذي لم تنقص قيمته عتق نصفه، وبقي للورثة نصفه، والعبد الآخر، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للذي انتقص وقع الدور، لأننا نحتاج إلى إعتاق شيء^(٤) بعضه معتبراً، بيوم الإعتاق، وإلى إبقاء ضعفه للورثة معتبراً بيوم الموت، وطريقه أن يقال: عتق منه شيء، وعاد إلى نصفه فبقي للورثة مائة وخمسون سوى، نصف شيء وذلك يعدل ضعف ما أعتقنا، وضعف ما أعتقنا^(٥) شيئان، فبعد الجبر، تعدل: مائة وخمسون شيئين. ونصف شيء، والشيء من شيئين، ونصف خمساها، وخمسا مائة وخمسين، ستون، فعلمنا أنه عتق من العبد يوم الإعتاق ستون، وعاد هذا المبلغ إلى ثلثين، يبقى للورثة خمسا هذا العبد وهو عشرون، والعبد الآخر وهو مائة، والمائة والعشرون ضعف الستين، وإن حدث^(٦) النقصان بعد موت المعتق، وقبل الإقراع، فهل يحسب النقصان على الورثة قال في "التهذيب" إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة لم تحسب^(٧) عليه كما في حال الحياة وإلا فوجهان.

أصحهما: أنها تحسب عليه وهذا كالاخلاف الذي مر فيما إذا مات بعضهم.

-
- (١) في: ز، واحد منهم.
 - (٢) في: أ، ب، "انتقصى". وفي: ظ "انتقص".
 - (٣) في: ز "فكان ينبغي".
 - (٤) "شيء" ليست في: ب، ز، ز.
 - (٥) "وضعف ما أعتقنا" ليست في: ظ.
 - (٦) في: ج. حصل.
 - (٧) في: ظ "تحسب".

(قال الغزالي: وأسهل طرق القرعة إذا كانوا ثلاثة أن يكتب الرق على رقتين والحرية على رقعة وتدرج^(١) في بنادق متساوية وتعطى صبيّاً حتى يعطي كل عبد^(٢) واحدة ولا يتعين الكاغد، بل يجوز بالخشب، والنوى، ولا يجوز بشئ آخر فيه خطرٌ كقولهم إن طار غراب^(٣) ففلاّن يتعين^(٤) للحرية).

[فصل في كيفية القرعة]

[قال الرافعي]: الطرف الثاني وفيه فصلان: الفصل الأول في كيفية القرعة. والتجزئة التي تترتب عليها القرعة، وفيه فصلان:

الأول: في كيفية القرعة وقد مرّ في باب القسمة^(٥) أن للقرعة طريقين.

أحدهما: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع ثم يخرج على الرق والحرية.

والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق^(٦) والحرية ويخرج على^(٧) أسماء العبيد.

وذكرنا أن من الأصحاب رحمهم الله من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول أو الثاني، وأن في كون ذلك الخلاف، في الجواز، أو الأولوية؟ خلافاً آخر، وأنّ عامتهم ذهبوا إلى أن في العتق يسلك ما شاء من الطريقين، ولفظ الشافعي رضي الله عنه في "المختصر"^(٨) يدل عليه وإثبات الأسماء والإخراج على الرق، والحرية أقصر، لأن إثبات الرق والحرية والإخراج على الأسماء^(٩) قد يُحوّجُ إلى إعادة القرعة مرة أخرى كما سنفصل.

(١) في: ز "ويجعل".

(٢) في: ز "كل واحد منهم واحدة واحدة".

(٣) في: ظ "الغراب".

(٤) في: ز "ففلاّن متعين".

(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤٧، والعزير ١٢/٥٤١ وما بعدها

(٦) "الرق" ليست في: ز.

(٧) "على" ليست في: ز.

(٨) انظر: المختصر ص ٣٢٠، وانظر: الحاوي ٤٦/٢٢.

(٩) من قوله "والإخراج على الرق ٠٠٠ والإخراج على الأسماء" ليست في: ز.

واستحب الشافعي على الطريقتين أن تكون الرقاع صغاراً لتكون أخفى وأن تكون متساوية، وأن تدرج في بنادق وتجعل في حجر من لم يحضر هناك على ما بيننا^(١) في "القسمة".

وأن تغطي بثوب ويدخل من يخرجها اليد^(٢) تحته. وكل ذلك ليكون أبعد عن التهمة، ولا تتعين الرقاع، بل تجوز القرعة بأقلام متساوية وبالنوى والبعر. وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم "أقرع في قسمة بعض الغنائم بالبعر"^(٣). وأنه أقرع مرة بالنوى".

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أنه لا يجوز أن يقرع بأشياء مختلفة كدواة، وقلم وحصاة وقد يتوقف في هذا، لأن المخرج إذا لم يعلم ما اختاره كل واحد منهم، لا يظهر فيه حيف.

ويدل عليه ما ذكر الإمام: أن الغرض تحكيم^(٤) القرعة على وجه^(٥) لا يبقى فيه خيال الخيانة والمواطأة، ولسنا نضبط وجهاً من القرعة، ولذلك قال الشافعي "أحبُّ القرعة إليّ وأبعدها عن الحيف"^(٦) رقاع صغاراً إلى آخره.

ولا يجوز الإعراض عن القرعة أصلاً والتميز بطريق آخر بأن^(٧) يتفقوا على أنه إن طار غراب ففلان حرٌّ أو إن^(٨) من وضع عليه صبي يده فهو حرٌّ أو أن يراجع شخص لا

(١) في: أ "بيناه".

(٢) في: أ "من اليد".

(٣) قال ابن الصلاح على مشكل الوسيط ٤٧٧/٧ "وقد أقرع رسول الله ﷺ في المغائم مرة بالنوى ومرة بالبعر" لا أعرف له صحة" والله أعلم.

وقال ابن حجر في التلخيص ٢١٢/٤ "قوله: روى أنه صلى الله عليه وسلم أقرع في قسمة بعض الغنائم بالبعر، وروى أنه أقرع مرة بالنوى. قال ابن الصلاح في كلامه عن الوسيط. ليس لهذا صحة".

(٤) في: أ "تحكم".

(٥) في: ظ "وجهين".

(٦) في: أ، ب، ر "التحيف".

(٧) انظر: المختصر ص ٣٢٠.

(٨) في: ظ "إن".

غرض له في تعيين عبد الرق أو للعتق^(١)، بل يتبع ما ورد به الخبر، وللإمام ههنا^(٢) بحثان. أحدهما: إذا^(٣) كنانعتق عبداً ونُزِق^(٤) عبدين ورأينا إثبات الرق والحرية فقد قال الأصحاب رحمهم الله: يثبت الرق في رقتين والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة والكثرة، فأبما يكثر^(٥) فهو أخرى لسبق^(٦) اليد إليه.

وفي كلامهم ما يدل على استحقاق ذلك، ومنهم من عده احتياطاً، وقال تكفي رقعة للرق وأخرى للحرية، ثم إذا أخرجنا^(٧) واحدة باسم أحدهم، وخرجت رقعة الحرية انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرق احتجنا إلى إدراجها في البندقة مرة أخرى.

والثاني: قال: إذا أثبتنا الرق والحرية فقال المخرج أخرج على اسم هذا ونازعه الآخرون، وقالوا: أخرج على أسمائنا أو أثبتنا الأسماء وقال^(٨) المخرج: أخرج على الحرية^(٩)، وقالوا: أخرج على الرق أو تنازع الورثة والعبيد^(١٠) فقال الورثة: أخرج على الرق وقال العبيد^(١١) على الحرية^(١٢)، فهذا لم يتعرض له الأصحاب.

وفيه احتمالان: إن أثبت الرق والحرية.

أحدهما: أن يقرع بين العبد أولاً حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية، فإذا تعين واحد أخرجت رقعة على اسمه.

-
- (١) في "أ" الرق والعتق".
 - (٢) في: ز "هنا".
 - (٣) في: ظ "أنا إذا".
 - (٤) في: ظ "آخرين".
 - (٥) في: ب، ز، ظ "فإن ما".
 - (٦) في: ز "بسق".
 - (٧) في: ب "أخرجت".
 - (٨) في: ظ "وقالوا" وهو خطأ.
 - (٩) "وقالوا اخرج على اسمائنا او اثبتنا الاسماء وقال المخرج أخرج على الحرية" ليست في: ز.
 - (١٠) في: أ "والعبد".
 - (١١) في: أ، ظ "العبد".
 - (١٢) في: ز "أخرج على الحرية".

والثاني: إن أثبت الحرية على رقعةٍ والرق على رقعتين، ويعطى المخرج كل عبد رقعة، وقد سبق في باب "القسمة" أن تعيين من يتبدأ به من الشركاء والآخر منوط ينظر القسام فيمكن أن يناط ههنا أيضاً بنظر من يتولى الإقراع من قاض أو وصي، حتى يتندي بمن شاء ولا يلتفت إلى مضايقاتهم^(١).

وقوله في الكتاب: "وأسهل طرق القرعة.." إلى قوله "حتى يعطي كل عبد واحداً" كأنه يعني به أن إثبات الرق والحرية، وتسليم رقعة إلى كل واحد أذفع للمنازعة في البداية، وهذا الإحتمال الثاني ذكره الإمام رحمه الله، وإلا فقد بينا أن^(٢) إثبات الأسماء والإخراج على الرق، والحرية أفضى وأيسر، وإعطاء كل عبد رقعة ليس بشرط في الإقراع، بل^(٣) يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم ويمكن أن يعلم قوله "وأسهل طرق القرعة" بالواو إشارة إلى قول من أثبت الخلاف في أن الطريق هذا أو هذا فإن من عين طريقاً لا يجعل للقرعة طريقين، أو طرقاً حتى يكون أحدهما أسهل.

وقوله: "لا يجوز بشئٍ آخر في خطر" لم يقل بشئٍ فيه خطر إشارة إلى أن في إخراج القرعة خطراً أيضاً لكن الشرع عينها فلا معدّل عنها إلى غيرها.

(قال [الغزالي]: أما كيفية التجزئة فسهلٌ إذا أمكن تجزئتهم بثلاثة أجزاء متساوية في القيمة ولا بأس إن لم يتساو عددهم بل يجبر الخسيس بالنفيس، فإن لم يمكن، كما لو^(٤) كانوا ثمانية أعبد قيمة كل واحد مائة، ففي قول يجب تجزئتهم بثلاثة أجزاء بحيث يقرب^(٥) من الثلث^(٦) في القيمة فيجزؤن إلى ثلاثة، وثلاثة واثنين، فإن خرج على ثلاثة أنحصر العتق فيهم، ثم يقرع بينهم بسهم رق وسهمي عتق، فمن خرج له الرق رق ثلثه، ليرجع كل العتق إلى قدر الثلث، وإن^(٧) خرج على الاثنين

(١) في: ظ "مقايضاتهم".

(٢) "أن" ليست في: أ.

(٣) في: أ "بلى".

(٤) في: أ "كما إذا".

(٥) في: ظ "يقربون".

(٦) في: أ "التلث".

(٧) في: ظ "فإن".

عتقا ثم يعاد بين الستة إلى أن يخرج العتق لواحد، فيرق ثلثه، ويعتق ثلثاه^(١).

والقول الثاني^(٢): إن التلث لا يجب بل تجوز القرعة عليهم كيف اتفق إلى أن

يؤدي إلى المقصود.

وقيل: هذا الخلاف في الاستحباب لا في الاستحقاق).

[الفصل الثاني: في كيفية تجزأة العبيد]

[قال الرافعي]: الفصل الثاني: في كيفية تجزأة العبيد، وتجزأتهم تقع بحسب الحاجة، فلو أعتق عبيدين، لا مال له سواهما أقرع بينهما بإثبات اسمهما في رقتين وإخراج إحدهما على الحرية أو الرق، أو بإثبات الرق، والحرية^(٣) في رقتين على اسميهما ثم إن استوت قيمتهما فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثاه ورق باقيه والآخر، وإن اختلفت قيمتهما كمائة ومائتين، فإن خرج، سهم الحرية للذي قيمته مائة عتق، ورق الآخر، وإن خرج للآخر عتق نصفه ورق باقيه والأول.

ز/٦٢٨

وإذا اختصرت قلت من خرج له سهم الحرية عتق منه قدر الثلث، فإن كان الثلث أكثر منه ثم من الثاني، وإن أعتق جماعة من العبيد لا مال لهم سواه^(٤)، وأردنا القرعة فإن كانوا ثلاثة واستوت قيمتهم فإن شئنا كتبنا أسماءهم، وقلنا للمخرج أخرج رقعة على الحرية، فمن خرج اسمه عتق أو قلنا: أخرج على الرق حتى يتعين الأخير^(٥) للحرية والإخراج على الحرية أولى لأنه أقرب إلى فصل الأمر.

وإن شئنا كتبنا على الرقاع الرق في رقتين، والحرية في رقعة، وقلنا أخرج على اسم سالم أو أشرنا إلى عينه.

وقلنا: على^(٦) اسم هذا فإن خرج سهم الحرية عتق، ورق الآخران، وإن خرج

(١) في: ظ "ثلثه".

(٢) "الثاني" ليست في: زه .

(٣) في: رَ "والإخراج".

(٤) في: أ "لهم" وهو خطأ.

(٥) في: أ "في الأخي الحرية". وفي: ظ "الآخر".

(٦) في: ب "أخرج على".

سهم الرق رق وأمرنا بإخراج رقعة أخرى على اسم غانم فإن خرج سهم الحرية عتق ورق الثالث، وإن خرج سهم الرق فبالعكس.

وإن اختلفت قيمتهم كمائة ومائتين وثلاثمائة فيما أن تُكْتَبَ أسماؤهم، فإن خرج اسم الأول عتق، وأمرنا بإخراج رقعة أخرى، فإن^(١) خرج اسم الثاني عتق نصفه، وإن خرج اسم الثالث [عتق ثلثه، وإن خرج أولاً اسم الثاني عتق ورق الآخران، وإن خرج اسم الثالث]^(٢) عتق ثلثاه ورق باقيه والآخران.

وإما إن تكتب الرق في رقعتين والحرية في رقعة، ويخرج على اسمائهم.

وإن كانوا أكثر من ثلاثة فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة كستة، وتسعة واثني عشر، قيمتهم متساوية جزأناهم ثلاثة أجزاء^(٣) وصنعنا صنيعنا^(٤) في الثلاثة المتساوية القيم.

وكذلك الحكم في ستة، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم^(٥) مائة وثلاثة قيمة كل واحد منهم خمسون، فتضم إلى كل نفيس خسيساً، ويجعلهم ثلاثة أجزاء وفي ستة اثنان^(٦) قيمة كل واحد منهم ثلاثمائة، واثنان قيمة كل واحد منهم مائتان واثنان^(٧) قيمة كل واحد مائة فنجعل اللذين قيمتهما أربع مائة جزءاً، وتضم^(٨) كل واحد من النفيسين إلى واحد من الخسيسين فتستوي الأجزاء عدداً وقيمة، وإن لم يمكن التسوية بالعدد، وتيسرت بالقيمة كخمسة قيمة أحدهم مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة اثنين مائة جزأناهم كذلك، وأقرعنا، وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة كستة قيمة أحدهم مائة وقيمة

(١) في: ز "وإن".

(٢) من قوله: "عتق ثلثه . . . اسم الثالث" ليست في: ب.

(٣) "ثلاثة أجزاء" ليست في: ب.

(٤) في: ظ "صنعاً".

(٥) في: ز "اثنان منهم".

(٦) في: ز "اثنان منهم".

(٧) من قوله "قيمة كل واحد منهم ثلاثة . . . واثنان" ليست في: ظ.

(٨) في: ب، ظ "إلى كل".

اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فكيف يُعدلون؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد،
والعراقيون رحمهم الله.

أصحهما: وينسب إلى النص أنهم يجزؤون واحداً واثنين وثلاثة ويقرع بينهم كما
ذكرنا.

والثاني: :: يجزؤون بالعدد اتباعاً لفعل^(١) النبي ﷺ في حديث عمران بن حصين^(٢)
رضي الله عنه.

وعلى هذا فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً والذي قيمته مائة^(٣) مع واحد من
الثلاثة الباقيين جزءاً، والباقيان من الثلاثة جزءاً ويقرع بينهم^(٤)، فإن خرجت القرعة للذين
قيمتها مائة عتقا ورق الباقيون، وإن خرجت على للذين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر
ثلث المائة أعيدت القرعة بينهما، فإن خرجت للذي قيمته مائة عتق ورق الآخر، وإن
خرجت للآخر عتق ورق^(٥) من الأول ثلثاه، لانحصار العتق فيهما، وإن خرجت للذين
قيمتها ثلثا^(٦) المائة عتقا، وأعيدت القرعة بين الجزأين الآخرين^(٧)، فإن خرجت على
الذين قيمتهما مائة أعيدت القرعة بينهما فأيهما خرجت عليه، عتق ثلثاه وإن خرجت
على اللذين قيمتهما مائة وثلث أعيدت بينهما، فإن خرجت على الذي قيمته ثلث المائة
عتق جميعه، وإن خرجت على الآخر عتق جميعه، وهذا تطويل بلا فائدة.

(١) في: ب "لقول".

(٢) هو: عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي، أبو نُجيد، بنون وجيم مصغرا، أسلم عام
خير، وصحب، وكان فاضلاً، وقضى بالكوفة، مات سنة اثنتين وخمسين بالبصرة. رضي الله
تعالى عنه. انظر: تقريب التهذيب ٨٢/٢.

والحديث هو: ماروي عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند
موته، لم يكن له مالٌ غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثاً ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين
وأرق أربعة.

وقد سبق في باب القسمة. ص ٨٧.

(٣) من قوله "جزءاً والذي قيمته مائة" ليست في: ظ.

(٤) "بينهم" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "وعتق" وهو خطأ بين.

(٦) في: ظ "ثلاثمائة".

(٧) "الآخرين" ليست في: ظ.

وفي حديث عمران رضي الله عنه أنه إن كانت^(١) قيمتهم متساوية وإذا لم تكن^(٢) التسوية بالعدد ولا قيمة كثمانية أعبد قيمتهم متساوية فيه قولان:

أصحهما: أنهم يجزؤون بثلاثة أجزاء بحيث يقرب من الثلث^(٣)، لأن ذلك أقرب إلى فعل رسول الله ﷺ فيجزؤون ثلاثة وثلاثة واثنين، ويقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة رق غيرهم، وانحصر العتق فيهم ثم يقرع^(٤) بينهم بسهمي عتق وسهم رق فمن خرج له الرق، رق ثلثه وعتق ثلثاه مع الآخرين وذلك تمام الثلث، وإن خرج سهم العتق على اثنين عتقاً ثم تعاد القرعة بين الستة ويجعل لكل اثنين جزءاً، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين أعدنا القرعة بينهما فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه^(٥) وهذا إذا كتبنا في الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء فإذا خرج اسم اثنين وعتق لم تعد القرعة بين الستة، بل يخرج قرعة أخرى ثم يقرع بين الثلاثة المسمين^(٦) فيها، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثه^(٧)، ولا يجوز على هذا القول أن يجزئهم أربعة، واثنين^(٨) لبعده هذه التجزئة عن التثليث.

والقول الثاني: أنا لا نراعي التثليث^(٩) بل نراعي ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث.

ويجوز أن يجعلوا أرباعاً ثم أن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في في رقعة، فإذا أخرجنا واحدة على الحرية عتقاً، ثم يخرج رقعة أخرى ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثاه، وإن أثبتنا الرق والحرية أثبتنا العتق في واحدة والرق في ثلاث، فإذا خرجت رقعة الحرية لاثنين عتقاً، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت الحرية

(١) في: "إن كان" وفي: ب "أنه كانت" وفي: ظ "إن كانت".

(٢) في: أ "يمكن".

(٣) في: أ "التثليث".

(٤) "فإن خرج سهم ٠٠٠ ثم يقرع بينهم" ليست في: ظ.

(٥) "مع الآخرين، وذلك ٠٠٠٠ فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه" ليست في: ز.

(٦) في: أ "المسمين".

(٧) في: أ "ثلثاه".

(٨) "واثنين" ليست في: ز.

(٩) "التثليث بل نراعي" ليست في: أ.

لاثنين آخرين، أقرعنا بينهما كما سبق، ولا يبعد أن يجوز على هذا إثبات العتق في رقتين والرق في رقتين ويعتق الأثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً ويقرر بين الاثنين الذين تخرج لهما رقعة العتق الثانية، وإن كان^(١) العبيد^(٢) سبعة فعلى القول الأول نجزئهم ثلاثة واثنين واثنين، وعلى القول^(٣) الثاني: نجزيء كيف شئنا إلى أن يستوفى الثلث^(٤).

وإن كانوا أربعة قيمتهم متساوية فعلى القول الأول نجزئهم اثنين وواحدًا وواحدًا، فإن خرج سهم الحرية لأحد الواحدين، عتق ثم يعيد القرعة بين الثلاثة فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثه، وإن خرج للاثنين أقرعنا بينهما، فمن خرج له سهم الحرية عتق كله ومن الآخر ثلثه.

وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع.

وعلى القول الثاني: إما أن يثبت اسم كل واحد في رقعة ويخرج باسم الحرية، فمن خرج اسمه أولاً عتق، ومن خرج اسمه ثانياً عتق ثلثه.

وإن كانوا خمسة قيمتهم متساوية فعلى الأول نجزئهم اثنين اثنين وواحدًا.

وعلى الثاني: لنا إثبات اسمائهم في خمس رقاع.

ثم القولان في الإنجاب^(٥) والاستحقاق أم في الاحتياط والاستحباب؟.

حكى الإمام عن القاضي رحمهما الله: أن الخلاف في الاستحباب وكل منهما

جائز، وهذا ما اختاره.

وعن الصيدلاني: أنه في الاستحقاق^(٦) وهذا ما يوافق إيراد الأكثرين، وهو قضية

نظم الكتاب: فإنه حكى القولين في أنه هل يجب تجزئتهم بثلاثة أجزاء؟ ثم قال: وقيل

(١) في: ز "كانت".

(٢) في: أ "العبد".

(٣) "القول" ليست في: ب.

(٤) في: ز "الثلاث".

(٥) في: ب "الإستحباب".

(٦) "وهذا ما اختاره، وعن الصيدلاني أنه في الاستحقاق" ليست في: ظ.

وهذا الخلاف في الاستحباب.

وإذا أعتق عبيداً من عبيده^(١) على الإبهام فقد يحتاج إلى تجزؤتهم بأربعة أجزاء وخمسة وأكثر فيجزؤون بحسب الحاجة.

وكذلك لو كان على المعتق دين على ما سنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى.

(قال [الغزالي]: فروع الأول إذا كان عليه دين بقدر ربع التركة، ولا مال له إلا عبيداً قد أعتقهم فيجزأ العبيد أربعة أجزاء ويقرع للدين والتركة، فإذا خرج على جزء سهم الدين^(٢) يبيع أولاً في الدين، وقدر الباقي كأنه كل المال فيقرع لإعتاق الثلث منه، ولا يجوز أن يقرع دفعة واحدة للدين، والتركة والعتق، لأنه ربما يسبق قرعة العتق، ولا يمكن تنفيذه قبل قضاء الدين.

وقيل: أنه يجوز ثم يتوقف العتق على القضاء، فإذا دفعنا بعض العتق لأجل الدين فظهر للميت دفين تبنياً نفوذ العتق)

[فصل: إذا أعتق السيد في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم ومات وعليه دين]

[قال الرافعي]: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم، ومات وعليه دين نظر إن كان الدين يستغرقهم فالدين مقدم على العتق، لأن العتق^(٣) وصية، والدين يتقدم على الوصية وأيضاً فحق الورثة في الثلثين مقدم على العتق والدين مقدم على حق الورثة، فأولى أن يتقدم على العتق فيباعون وتصرف أثمانهم إلى الدين^(٤)، وإن كان الدين^(٥)، لا يستغرقهم، ويحيط ببعضهم، فيقرع بين الدين والتركة ليصرف العتق عما يتعين للدين، فإن^(٦) كان الدين بقدر نصفهم جعلناهم جزأين وأقرعنا^(٧) بينهما بسهم دين، وسهم

(١) في: أ، ب "عبيد".

(٢) في: ز "الذي".

(٣) "لأن العتق" ليست في: ب.

(٤) في: ز "الديون".

(٥) "الدين" ليست في: أ، ب.

(٦) في: أ "وإن".

(٧) في: أ "فأقرعنا".

تركة، ثم إن شئنا كتبنا اسم كل جزء في رقعة وأخرجنا رقعة الدين أو التركة وإن شئنا كتبنا الدين في رقعة والتركة في أخرى وأخرجنا إحداهما على أحد الجزأين، وإن كان الدين بقدر ثلثهم جزأناهم ثلاثة^(١) أجزاء وأقرعنا بينهم بسهم دين وسهمي تركة، وإن كان بقدر الربع جزأنا أربعة^(٢) أجزاء وأقرعنا بسهم دين وثلاثة أسهم تركة، وهل يجوز أن يقرع للدين، والعتق والتركة؟ بأن يقرع والصورة هذه بسهم دين وسهم عتق وسهمي تركة، أو يقرعهم، والدين بقدر النصف ستة أجزاء، ويقرع بثلاثة أسهم، بينهم للدين وسهم العتق وسهمين للتركة.

فيه وجهان:

أصحهما: وهو المنصوص. لا لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين.

ولو تلف المعين^(٣) للدين قبل قضائه انعكس الدين على الباقي من التركة، وكما لا يقسم^(٤) شيء^(٥) على الورثة قبل قضاء الدين لا يعتق قبله.

والثاني: يجوز، لأن العمل فيه أخف ولا يتنقص^(٦) به حق ذي حق.

وعلى هذا فالذي نقله في "الكتاب" أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضي الدين. وفي "التهذيب"^(٧) ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال، فإنه قال: فيما إذا كان^(٨) العبيد ثلاثة متساوين في القيمة والدين بقدر قيمة أحدهم.

على هذا الوجه: يقرع بينهم بسهم دين، وسهم عتق، وسهم تركة، فمن خرج عليه سهم الدين يبيع فيه، ومن خرج عليه سهم العتق عتق ثلثاه.

(١) في: ز "أربعة". وفي: ظ "ثلاثة".

(٢) في: ظ "بأربعة".

(٣) في: أ "المعتق".

(٤) في: ظ "وكما يقسم".

(٥) "شيء" ليست في: ز.

(٦) في: ب "ينقص".

(٧) في: ظ "وفي المهذب".

(٨) في: أ "كانت".

ورقاً ثلثه مع الثالث.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أن^(١) الوجهين مبنيان على قولين سنذكرهما فيما إذا أعتقنا ثلث العبيد بالقرعة، ولا دين ثم ظهر دين غير^(٢) مستغرق هل يبطل أصل القرعة؟ إن قلنا نعم. فلا يجوز أن يقرع للعتق، ولم يحصل قضاء الدين، وإن قلنا لا فلا بأس بالجمع^(٣).

وإذا قلنا بالوجه الأصح فإذا تعين^(٤) بعضهم للدين يباع ويقضى منه الدين، ثم يقرع للعتق، وحق الورثة.

ولو قال الورثة يقضي الدين من موضع آخر ونمضى العتق في الجميع، فهل ينفذ العتق؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، لأن الدين هو الذي كان يمنع النفوذ، فإذا سقط الدين بقضائهم من غير العبد وجب أن ينفذ كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة، وأجازوا العتق في الجميع.

والثاني: لا، لأن تعلق الدين منع من نفوذه فلا ينقلب نافذاً بسقوطه، كما لو أعتق الراهن، وقلنا لا ينفذ عتقه فقال: أنا أقضي الدين من غيره لينفذ فإنه لا ينفذ إلا أن يتدئ إعتاقاً وبنى الوجهان على: أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ؟ هذه^(٥) إحدى مسألتني الفصل.

(١) "أن" ليست في: أ.

(٢) "غير" ليست في: ظ.

(٣) "بالجمع" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "فإن".

(٥) قال النووي في الروضة ١٥١/١٢. "قلت" ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق. والله أعلم.

[فصل: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد ونحو ذلك]

والثانية: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد الذين أعتقهم بالقرعة وأرقتنا البعض، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث بأن كان الدفين مثلي قيمتهم فيحكم بعقوبتهم جميعاً ويدفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما، لا يرجع الزوج بما أنفق، وإن خرج من الثلث بعض من أرفقناهم أعتقناه بالقرعة وذلك كما إذا أعتقنا واحداً^(١) من^(٢) ثلاثة. ثم ظهر ما يخرج به عبدٌ آخر من الثلث يقرع^(٣) بين الدين أرفقناهما، فمن خرج له سهم الحرية عتق.

ولو أعتقنا بعض العبيد بالقرعة، ولم يكن عليه دينٌ ظاهر ثم ظهر دين نظير^(٤) إن كان مستغرقاً للتركة فالعتق باطل، فإن قال الورثة نحن نقضي الدين من موضعٍ آخر، فعلى الوجهين السابقين، واستبعد الشيخ رحمه الله بناءهما على الخلاف في تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين.

وقال هناك الوارث ينشئ إعتاقاً من عنده لا يمضي ما صدر عن المورث، وإنما الخلاف مبني على أن إجارة الورثة للوصية بما زاد على الثلث تنفيذ لما فعله المورث أو ابتداء عطية من الورثة. إن قلنا^(٥) بتنفيذ فلهم إمضاء عتقه بقضاء الدين من موضعٍ آخر.

وإن قلنا: ابتداء عطية، فينبغي أن يقضوا الدين أولاً ثم يتدأوا^(٦) إعتاقاً وإن كان الدين الذي ظهر غير مستغرق، فهل تبطل القرعة من أصلها؟ فيه وجهان، ويقال قولان: أحدهما: نعم، لأن الدين مستحق كالعتق، ولم يكن الدين ظاهراً فهو كما لو اقتسمه شريكان، ثم ظهر لهم شريك ثالث.

(١) في: ظ "أحداً".

(٢) في: ز "ثم ثلاثة".

(٣) "يقرع" ليست في: أ.

(٤) "نظر" ليست في: ز.

(٥) في: ظ "فإن قلنا إنه".

(٦) في: أ "يتدأو".

وعلى هذا فيقرع الآن للدين والتركة ولا يبالي بوقوع سهم الدين على من خرجت له قرعة العتق أولاً.

وأظهرهما^(١): لا ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين نفذ العتق، وإلا فيرد العتق بقدر الدين، فإن^(٢) كان الدين نصف التركة رددنا العتق في نصف من أعتقنا، وإن كان قدر ثلثها، رددنا في ثلثهم، فلو كان العبيد ستة متساوين في القيمة، وأعتقنا اثنين^(٣) منهم بالقرعة، ثم ظهر دين بقدر قيمة عبيد فبيع^(٤) من الأربعة عبيد للدين كيف اتفق، لأنه لا حق لهم في العتق، وإذا وهب^(٥) الدين^(٦) اثنان بقي أربعة وثلثهم عبد وثلث فيقرع بين اللذين^(٧) خرجت لهما^(٨) قرعة الحرية بسهم عتق، وسهم رق، فمن خرج له سهم الرق، رق ثلثاه، وعتق ثلثه مع الآخر، وإن ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة منهم، يقرع بين اللذين^(٩) كان قد خرج لهما سهم حرية فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الآخر.

وإن كان العبيد أربعة وأعتقنا بالقرعة عبداً وثلثاً ثم ظهر دين بقدر قيمة عبد، قلنا: بالوجه الثاني: فبياع في الدين واحد من الدين أرققناهم، ويقرع بين اللذين أعتقنا، فإن خرجت للذي أعتقنا كله كان حراً، ورق الآخر، وإن خرجت للذي أعتقنا ثلثه فثلثه حرٌّ ومن الآخر ثلثاه.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أن الخلاف في المسألة مبني على أن الورثة إذا اقتسموا ثم ظهر دين هل تنقص القسمة؟ وإذا اقتسموا مع العلم بالدين فالقسمة باطلة أو موقوفة.

(١) انظر: الروضة ١٢/١٥٢.

(٢) "فإن" ليست في: ب.

(٣) "إثنين منهم" ليست في: ج.

(٤) في: ب "فبيعت".

(٥) في: أ "ذهب بالدين".

(٦) في: ز "للدين".

(٧) في: أ "الدين".

(٨) في: أ "لهم".

(٩) في: أ "الدين".

(قال [الغزالي] الثاني: إذا أبهم العتق بين جاريتين، فهل يكون الوطاء تعييناً للملك في الموطوءة؟. فيه وجهان:

وفي اللمس^(١) بالشهوة وجهان مرتبان، والاستخدام لا يُعين على الأصح).

[فصل: إذا أبهم العتق بين جاريتين أو عبيدين ونحو ذلك]

[قال الرافي]: إذا قال الرجل لعبيد له أحدكم حر أو اثنان حران أو أعتقت أحدكم، فإما أن يريد معيناً أو يطلق اللفظ، ولا يقصد معيناً.

الحالة الأولى: إذا أراد معيناً فيؤمر بالبيان ويجس عليه، فإن قال: أردت هذا، عتق^(٢) وغيره أن يدعي عليه أنك أردتني ويحلفه، فإن نكل السيد، فله أن يحلف ويُعتق هو أيضاً باليمين المردودة.

ولو عين واحداً وقال: أردت هذا ثم قال: لا بل هذا عتقا مؤاخذاً له بإقراره. ولو قتل واحداً منهم لم يكن ذلك بياناً بل يبقى الأمر بالبيان، فإن^(٣) قال: أردت المقتول فعليه القصاص.

ولو جرى ذلك في إماء أو أمتين، ثم وطيء واحدة لم يكن الوطاء بياناً للعتق في غير الموطوءة حتى لو بين العتق فيها^(٤)، تعلق به^(٥) الحد، والمهر لجهلها^(٦) بأنها العتيقة.

وإذا مات قبل البيان ففيه طريقان:

أظهرهما: أن وارثه يقوم مقامه، فإنه خليفته^(٧)، وربما ذكر ذلك له وأطلعه عليه.

والثاني: أن فيه قولين، كما في الحالة الثانية. فإذا أقمناه مقامه فبين الوارث

(١) في: أ "المس".

(٢) "عتق" ليست في: ز.

(٣) في: أ "فلو".

(٤) في: ظ "فيهما" وهو خطأ.

(٥) "به" ليست في: ز.

(٦) في: ظ "لجهلها".

(٧) في: ظ "خلفه".

أحدهم، عتق، ولغيره تحليفه على نفي العلم، وإن^(١) لم يكن وارث، أو قال الوارث: لا أعلم فالظاهر أنه يقرع بينهم، لأنه قد أشكل الحال، والقرعة تعمل في العتق.

وفيه وجهٌ أو قول: أنه لا يقرع، لأنه قد تخرج قرعة الرق على الحر، بل يوقف.

وبهذا قال ابن أبي هريرة رحمه الله. ولو قال المعتق: نسيت من عينته، فيؤمر بالتذكر.

قال الإمام رحمه الله: وفي الحبس والحالة هذه احتمال، والذي أطلقه الأصحاب رحمهم الله: أنه يجبس، وإن مات قبل التذكر ففي بيان الورثة^(٢) والقرعة إذا قالوا: لا نعلم ما مر وهكذا يكون الحكم لو سمي واحداً وأعتقه ثم قال نسيت من سميته.

الحالة الثانية: إذا لم يرد معيناً فهل يؤمر بالتعيين، ويوقف عنهم إلى أن يبين ويلزمه الإنفاق عليهم، فإذا عين أحدهم عُتِقَ، وليس لغيره أن ينازع فيه مع تسليم إن لم يقصد معيناً.

وإذا قال: عينت هذا، لا^(٣) بل هذا عُتِقَ الأول، ولغاً قوله للثاني، لأن التعيين حصل بالأول بخلاف قوله: عينت هذا، بل هذا، فإنه إخبارٌ ثم العتق^(٤) في المعين يحصل في الحال أو يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم؟ فيه وجهان سبق نظيرهما في الطلاق^(٥).

وقد يعبر عن هذا الخلاف، بأن الإبهام يوقع^(٦) العتق في الحال، وهو^(٧) التزام عتق في الذمة.

-
- (١) في: ج "وإن".
 (٢) في: ظ "الوارث".
 (٣) "لا" ليست في: أ.
 (٤) في: ظ "المعتق".
 (٥) انظر: الوجيز ٦٣/٢، والعزيز ٤٥/٩، حيث قال: ".... أحدهما: أنه يقع من وقت التلفظ" . . . والثاني: من وقت التعيين . . .".
 (٦) في: ظ "يرفع".
 (٧) في: أ "أو".

وخرج على الخلاف: أنه لو مات أحدهم فعينه هل يصح؟ إن قلنا بحصول^(١) العتق عند التعيين، فلا يصح، لأن الميت لا يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الإبهام في عبيدين، فإذا بطل التعيين في الميت تعين الثاني، ولا حاجة إلى لفظ، وإن قلنا بالوقوع عند الإبهام صح تعيينه، والتعيين على هذا بياناً أيضاً. ولو جرى ذلك في أمتين أو إماء، فهل يكون الموطوءة تعييناً لغير الموضوءة؟ فيه وجهان كما ذكرنا في الطلاق.

ونقل ابن الصباغ أن التعيين قول أكثر أصحابنا "وهو اختيار المزني"^(٢) وإذا لم نجعله تعييناً فلو عين العتق في الموطوءة فلا حدّ عليه وبني في "التهذيب"^(٣) حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين، أو باللفظ الأول؟

إن قلنا بالأول لم يجب، وإن قلنا بالثاني وجب^(٤).

وقال أبو حنيفة^(٥) رحمه الله: الوطاء لا يكون تعييناً إلا إذا أحبلها.

والوطء فيما دون الفرج والقبلة واللمس بالشهوة مرتب على الوطاء، إن لم يكن تعييناً فهذه أولى، وإن كان تعييناً فوجهان، لأنها أخف من الوطاء^(٦) والاستخدام مرتب على هذه الاستماعات، حكى ذلك عن القاضي الحسين وغيره رحمهم الله والصحيح أنه ليس بتعيين^(٧).

قال الإمام: وهذا يوجب طرد الخلاف في أن الاستخدام في زمان الخيار يكون فسحاً أو إجازة؟ والعرض على البيع كالاستخدام.

(١) في: ظ "ويحصل".

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢١.

(٣) انظر: التهذيب ٣٩١/٨ - ٣٩٢.

(٤) انظر: الوسيط ٤٧٩/٧، والتهذيب ٣٩٢/٨، والروضة ١٥٣/١٢.

(٥) انظر: الهداية ٦٢/٢، وقالوا: أبو يوسف ومحمد بالتعيين. "لأن الوطاء لا يحل إلا في الملك،

وإحداهما حرة، فكان بالوطء مستقياً الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق، كما في

الطلاق" هذا هو المذهب. والمفتى به. وانظر: فتح القدير ٢٨٩/٤.

(٦) "الوطء" ليست في: ز.

(٧) انظر: التهذيب ٣٩٢/٨، والروضة ١٥٣/١٢.

ولو باع بعضهم أو وهبه، وأقبضه أو أجره قال في "التهذيب"^(١) فيها وجهها الوطاء، لأنها من تصرفات الملاك.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنها تكون تعييناً والإعتاق ليس بتعيين، ثم إن عين فيمن أعتقه قبل، وإن عين في غيره عتقا، وقتل السيد أحدهم ليس بتعيين، ثم إن عين في غير المقتول، لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عين في المقتول، لم يجب القصاص^(٢) للشبهة، وأما المال، فإن قلنا: إن العتق يحصل عند التعيين، فلا يجب عليه، وإن قلنا يحصل عند الإبهام فعليه الدية لورثته.

وإن قتلَ أحبني أحدهم فلا قصاص، إن كان القاتل حراً ثم إن عين في غير المقتول، فعليه القيمة، وإن عين فيه، وقلنا: إن العتق يحصل عند التعيين فكذلك^(٣) كما^(٤) لو نذر إعتاق عبده بعينه فقتل^(٥)، وإن قلنا: يحصل عند إبهام اللفظ، فعليه الدية لورثة المقتول.

ولو مات قبل التعيين فهل للورثة التعيين؟ فيه قولان، ويقال وجهان:

أحدهما: لا، لأن ذلك يتعلق باختيار المبهم، وقد فات، ولأنه في حكم تكميل اللفظ فليؤخذ من المتلفظ.

وأظهرهما: نعم، لأنه خيار، يتعلق بالمال فيخلف^(٦) الوارث الموروث^(٧) فيه، كما في خيار البيع والشفعة.

وعن القاضي الحسين بناءً على^(٨) الخلاف على أن التعيين إيقاع عتق في الحال أو

(١) انظر: ٣٩٢/٨.

(٢) قال في فتح القدير ٢٩٠/٤ "وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في "الزيارات": لا يثبت، وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء.

(٣) "فكذلك" ليست في: أ.

(٤) "كما" ليست في: ظ.

(٥) "فقتل" ليست في: ز.

(٦) في: جميع النسخ "فيخلف". ولعل الصواب "فيخلف" حتى يستقيم المعنى.

(٧) في: أ "المورث".

(٨) قوله: "بناءً على الخلاف" ليست في: ز.

يستند إلى وقت الإبهام، إن قلنا إيقاع في الحال فيقوم الوارث فيه مقام المورث^(١)، كما يعتق عنه بأمره وفي تأدية كفارة. وإن قلنا: ليس إيقاعاً في الحال، فلا.

قال الإمام رحمه الله: وهذا عندنا بالعكس أولى، فإننا إن جعلناه إيقاعاً فهو تتممة اللفظ، ولا يجوز أن ينقسم لفظ في الإيقاع بين^(٢) شخصين والله أعلم.

[قال [الغزالي]: الثالث: إذا قال للملوكة^(٣) أول ولد تلدينه، فهو حر، فولدت ميتاً انحلت اليمين ولم يعتق الحي بعده.

الرابع: إذا قال: لمملوكه^(٤) أنت ابني عتق عليه ولحقه إلا أن يكون أكبر سنناً منه، فلا يعتق، وإن^(٥) كان مشهور النسب من غيره ففي العتق عليه وجهان).

[فصل فيما لو قال لأمته: أول ولد تلدينه حر فولدت ميتاً ثم حياً]

[قال الرافعي]: إذا قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر، فولدت ميتاً ثم حياً لم يعتق الحي، لأن الشرط قد حصل بولادة الميت، ألا ترى أنه لو قال إذا ولدت فانت حرة تعتق، إلا^(٦) أن الميت ليس بمحل ليزول العتق^(٧) وإذا وجدت الصفة تنحل اليمين.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يعتق الثاني وسلم: أنه لو قال أول عبد رأيت من عبيدي فهو حر^(٨) فرأى واحداً منهم ميتاً تنحل اليمين حتى إذا رأى بعده حياً لا يعتق^(٩).

وإذا قال لعبد أنت ابني ومثله يجوز أن يكون ابناً له ثبت نسبه، وعُتقَ إن كان صغيراً أو بالغاً وصدقه، وإن كذبه عتق أيضاً وإن كان هو المصدق في نفي النسب وإن لم

(١) في: ظ "المورث".

(٢) في: ز "إلى" وفي: ظ "من".

(٣) في: أ "للملوكة".

(٤) في: ظ "للملوكة".

(٥) في: ظ "ولو".

(٦) في: ظ "لأن".

(٧) في: أ، ب، ظ "النزول للعتق".

(٨) "فهو حر" ليست في: ز.

(٩) انظر: الهداية ٦٢/٢، وفتح القدير ٢٩٢/٤.

يمكن أن يكون ابناً له بأن كان أكبر منه، أو مثله في السن، أو أصغر على حدّ لا يتصور أن يكون ابنه لغى قوله، ولم يعتق، لأنه ذكر محالاً.

وقال أبوحنيفة رحمه الله: نحكم بعتقه هذا في مجهول النسب.

وإن كان معروف النسب من غيره، فلا يلحق به، وهل نحكم بعتقه فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن العتق ثبت بتبعية النسب، وليس هو ممن يستلحق.

وأشبههما: نعم، لأن قوله يتضمن الإقرار بالنسب، والعتق، فإن لم يقبل في

النسب لحق الغير، لم يمتنع مؤاخذته بالعتق.

وقوله في الكتاب "إلا أن يكون أكبر سنّاً منه" الإستثناء غير منحصر في هذه

الحالة على ما بيناه.

ولو قال لزوجته أنت ابنتي قال الإمام^(١) رحمه الله: الحكم في حصول الفراق

وثبوت النسب، كما في العتاق.

قال [الغزالي]: الخامس: إذا قال: إن أعتقت غانماً فسالم حر، ثم أعتق غانماً

وكل واحد ثلث ماله عتق غانم، ولا قرعة لأنه ربما يخرج على سالم فيعتق بغير وجود
الصفة.

السادس: عبد مشترك بين شخصين^(٢) فقال أحدهما إن كان هذا الطائر غراباً

فنصيبي حر، وقال الآخر إن لم يكن غراباً^(٣) فنصيبي حر فلا يعتق شئ للشك فإن

اشتراه ثالث حكم^(٤) بجزية نصفه في يده، ولا رجوع له عليهما بالثمن

(١) "الإمام" ليست في: ز.

(٢) "بين شخصين" ليست في: أ، ب.

(٣) "غراباً" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ "يحكم".

[فصل: فيما إذا قال: إن أعتقت غاتما فسالم حر، ثم أعتق غاتما وكل واحد ثلث ماله أو قال أحد الشريكين إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي حر، وقال الآخر عكسه]

[قال الرافعي] الفرعان مكرران، أما الأول فمذكور في كتاب "الوصية"^(١).

وأما الثاني: ففي الكتاب الذي نحن فيه وإن^(٢) بعد العهد "بالوصية" فهو بالعتق غير^(٣) بعيد، والتكرار فيه أبعد عن العذر^(٤).

[قال] [الغزالي]: السابع إذا قال لعبيده أعتقت أحدكما على ألف فقتلا ومات قبل البيان، وقلنا: الوارث لا يقوم مقامه في التعيين، فيقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق، وعليه قيمة رقبته لفساد المسمى بالإبهام.

وقيل: يصح المسمى).

[فصل: فيما إذا قال لعبيدين له أعتقت أحدكما على ألف أو أحدكما كما حر على ألف]

[قال الرافعي] إذا قال لعبيدين له أعتقت أحدكما على ألف أو أحدكما حر على ألف، فلا يعتق واحد منهما ما لم يقبل لتعلق العتق بالقبول، كما إذا قال: أحدكما حر إن شئتما لا يعتق واحد منهما إلا إذا شاء فإذا قبلا جميعاً كل واحد منهما بالألف^(٥) عتق أحدهما، ويؤخذ السيد بالبيان، كما لو أعتق أحدهما بغير عوض، فإن مات قبل البيان، ولم يتم الوارث مقامه في البيان، أو لم يكن وارث أقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق، ولا يعتق بجاناً، لأنه لم يتبرع بإعتاقه، وإنما أعتق على عوض، وفيما يلزم العتيق وجهان:

أصحهما: وبه قال ابن الحداد رحمه الله: أنه يلزمه قيمته لفساد المسمى من جهة أنه لم يعين أحدهما فصار كما إذا قال بعته^(٦) من أحدكما بألف فقبلا لم يصح، وإنما

(١) انظر: الوجيز ٢٧٣/١، والعزير ٥٩/٧.

(٢) في: أ "ولئن".

(٣) "غير" ليست في: أ. وفي ب "ليس بعيداً".

(٤) "فهو بالعتق . . . بعد العذر" ليست في: ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "الألف".

(٦) في: أ "بعته".

حصل العتق لتعلقه بالقبول، وهذا كما أنه لو قال لامرأته إن أعطيتني عبداً فإنت طالق فأعطته عبداً يقع الطلاق، ولا يملك الزوج ذلك العبد، بل يرده ويرجع عليها بمهر المثل.

والثاني: ويحكى عن أبي زيد: أنه يلزمه المسمى، لأن المقصود العتق لا المعاوضة فيحتمل إيهام العوض تبعاً للعتق، ولو قال لأمتيه إحداكما حرة على ألف فقبلتا ثم وطيء إحداهما. قال الشيخ أبو علي: هل يكون الوطاء اختياراً للملك في الموطوءة، وتعيين الأخرى للعتق، فيه وجهان. كما لو أعتق إحداهما بلا عوض، ووطيء.

هذا ما ذكره في "الفروع" ويمكن أن يقال: إن لم يقصد إحداهما بعينها فلا بد من قبولهما، وإن قصد إحداهما بعينها فيكفي قبول الذي قصده والله أعلم.

[قال [الغزالي]: الثامن: جارية مشتركة زوجها^(١) من ابن أحد الشريكين فولدت عتق نصفه على أحدهما، لأنه جد المولود، ولا يسري إذ لا اختيار. ولو غر بجارية أبيه^(٢) ففي لزوم قيمة الولد وجهان، لأنه كان يعتق على الجد لولا ظنه].

[فصل: جارية بين شريكين زوجها من ابن أحدهما فأنت بولد]

[قال الرافعي]: فيه مسألتان إحداهما: جارية بين شريكين زوجها من ابن أحدهما فأنت منه بولد يعتق نصفه على الجد ولا يسري إلى النصف الآخر، لأن شرط السراية حصول العتق بالاختيار، ولم يوجد، ولا نظر إلى أنه زوج برضاه، لأن الوطاء والعلوق لا يتعلقان باختيار، المعلق، وعلل بعضهم امتناع السراية بأن نصفه انعقد حراً، والحرية الأصلية لا تسري وإنما يسري العتق الوارد على الرق، ومن قال بالأول: منع ذلك.

وقال ينعقد الكل رقيقاً ثم يعتق النصف على الجد بالقرابة، وتوسط صاحب "الكتاب" بين القولين فقال: عندي يندفع رقه بموجب العتق، ولذلك لو اشترى قريبه يندفع الملك والاندفاع في معنى الانقطاع.

(١) في: ظ "زوجها".

(٢) في: أ، ب، ز "ابنه".

[فصل: من نكح جارية غراً بحريتها فأنت منه بولد]

الثانية: قد سبق في النكاح: أن من نكح أمة غراً بحريتها، فأنت منه بولد ينعقد الولد حراً ويجب على المغرور قيمته لمالك الأمة لفوات الرق عليه بظن المغرور.

هذا^(١) هو المذهب الظاهر، وحكى الشيخ أبو علي أن بعض الأصحاب رحمهم الله: ذكر وجهاً أن الولد يخلق رقيقاً ثم يعتق على المغرور، وله ولاؤه، وإنا إذا قلنا: إنه ينعقد حراً فلا قيمة على المغرور، وهو غريب.

قال الشيخ وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شيء: لأنه لم يتلف ملكاً^(٢) على مالك الأمة، وإنما منع دخول شيء في ملكه، لكن ليس فيه خلاف يعتد به، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وجوب الضمان، فلا بد من متابعتهم.

إذا عرف ذلك: فلو نكح جارية أبيه مغروراً بحريتها فأنت منه بولد هل يلزمه قيمة الولد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه إن انعقد حراً فينبغي أن لا يلزمه شيء وإن انعقد رقيقاً فيعتق^(٣) على الجدة بالقراءة.

و^(٤) أيضاً فإنه لم يفوت بظن الحرية رقاً على الأب منتفعاً به، لأنه كان يعتق على الحد، وإذا لم يؤخذ هذا الظن.

وأصحهما: وبه قال ابن الحداد: يجب، لأن الغرور أوجب انعقاده حراً ولم يملكه الجدة حتى يعتق عليه، فأشبهه سائر صور الغرور، ولو نكحها عالماً بالحال فيملكه^(٥) ويعتق عليه وهذا هو الظاهر.

ولم يستبعد الإمام رحمه الله: أن يقال: إنه ينعقد حراً ونردف هذه الفروع

(١) في: أ "وهذا".

(٢) "ملكاً" ليست في: ظ. والموجود "شيئاً".

(٣) في: ظ "فعتق".

(٤) "و" ليست في: ظ.

(٥) "انعقاده حراً . . . فيملكه" ليست في: أ، ب.

المتفرقة^(١) بفروع تتعلق بالباب.

منها: ذكر ابن الحداد رحمه الله: أنه لو زوج أمته من عبد غيره وقبض مهرها، وأتلفه، ومات ولا مال له غيرها، والزوج لم يدخل بها بعد، فأعتقها الوارث نفذ عتقه.

وقدم الشيخ أبو علي رحمه الله في "شرح الفروع"^(٢) فصلين:

[الفصل الأول: إذا أعتق الوارث عبد التركة الموروث مديون]

أحدهما: الفصل الأول: إذا أعتق الوارث عبد^(٣) التركة والموروث مديون، نظر إن كان الوارث معسراً فالعتق غير نافذ لما في نفوذه من إبطال حق الغرماء، وقطع^(٤) به الشيخ أبو علي.

وعن الشيخ أبي محمد: أن إعتاق كإعتاق الرهن فيجيء في نفوذه قول، وإن كان معسراً. ورأى الإمام رحمه الله الوجه الأول، لأن حق الوثيقة طراً على ملك الرهن، ودوام الملك له والوارث يتلقى الملك بالخلافة، وهي مشروطة بتقديم حق الميت.

وإن كان موسراً ففيه وجهان:

أحدهما وبه قال ابن الحداد: أنه ينفذ وينتقل الدين إلى مال الوارث، كما لو أعتق السيد عبده الجاني أو أعتق المريض عبده، وله مال يفي بديونه ينفذ العتق ويقضي الديون من سائر أمواله. هذا لفظ الشيخ رحمه الله.

ونقل الإمام عنه أنا إذا نفذنا^(٥) العتق نقلنا الدين إلى ذمة الوارث إذا لم يخلف سوى العبد.

قال: وليست أرى الأمر كذلك، فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط، لكنه بالإعتاق متلف، للعبد، فعليه، أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد.

(١) "المتفرقة" ليست في: أ.

(٢) في: ظ "الفرع" ..

(٣) في: ظ "عبداً للتركة".

(٤) في: ظ "قطع" بدون "و".

(٥) في: ظ "أنفذنا".

والثاني: أنه موقوف فإن أدى الوارث الدين من ماله تبين نفوذ العتق، وإلا يبيع العبد في الدين وبان أن العتق لم ينفذ. ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء لم ينفذ بيعه إن كان معسراً، وإن كان موسراً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن البيع باطل، لأنه كالمرهون، بديون الغرماء.

والثاني: أنه يصح ويلزم وسيأتي تفريعه إن شاء الله تعالى.

والثالث: أنه موقوف كما ذكرنا في العتق. وللإمام رحمه الله ههنا أبحاث.

أحدها: و^(١) يحكى عن الشيخ أبي محمد رحمه الله تنزيل التركة منزلة العبد الجاني، وقد سبق في بيع السيد العبد الجاني إطلاق قولين من غير فرق بين المعسر والموسر، فيجوز قول ههنا في بيع الوارث، وإن كان معسراً ثم فرق بين التركة، وبين العبد الجاني بما فرق به بينها وبين المرهون.

والثاني: ذكر الشيخ تفريعاً على صحة البيع: أن الثمن يصرف إلى الغرماء، وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث فتلف في يده كان للغرماء تغريم المشتري.

قال الإمام: والوجه عندي القطع بأنهم لا يطالبون المشتري، وإنما إذا ألزمتنا البيع كان بمثابة الإعتاق الذي لا عوض له، وبتقدير أن يكون الثمن مستحقاً للغرماء، فما ينبغي أن يفرق بين المعسر والموسر.

والثالث: قال إلزام البيع بعيداً، فإن يبيع العبد الجاني، وإن صححناه لا يلزم مع أن تعلق الأرش به أضعف على ما ذكرنا، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم.

والرابع: في بيع المفلس المحجور عليه قول: أنه ينعقد على التوقف^(٢) فيجوز إحراؤه مع الوارث المعسر.

واعلم أن جميع ما ذكرناه مفرغاً على أن الدين لا يمنع الميراث؛

(١) "و" ليست في: ب، ز، ظ.

(٢) في: ظ "التوقف".

أما إذا قلنا يمنع، والتزكة^(١) مقررة^(٢) على ملك الميت فلا يصح تصرف الوارث بحال، وإن ذكرنا في كتاب "الرهن" وجهها: أن إعتاقه لا ينفذ^(٣) بحال كالبيع، ووجهين في أن تعلق الدين بالتزكة كتعلق الدين بالمرهون، أو كتعلق الأرش بالجاني، وأن الأظهر الأول، وحينئذ فيكون الأظهر في الإعتاق النفوذ كما في إعتاق الراهن الموسر، وفي البيع المنع.

[الفصل الثاني: نفوذ العتق من الوارث المعسر والموسر]

والفصل الثاني: ذكرنا في "النكاح" أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد كان لها الخيار، فإن فسخت قبل الدخول سقط جميع المهر، وعلى السيد رده إن كان قد قبضه.

إذا تقرر ذلك فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد، ثم إن كان الوارث معسراً فلا خيار لها لأنه لو ثبت لها الخيار ففسخت وجب رد مهرها ولصار^(٤) ذلك ديناً على الميت، وذلك يمنع نفوذ العتق من الوارث المعسر، وإن لم يعتق^(٥)، فلا خيار لها ففي إثبات الخيار بقية والمسألة من الدائرات. وقد ذكرنا طرفاً منها في "النكاح".

وإن كان موسراً فإن قلنا ينفذ عتقه، فلها الفسخ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً فيطالب به^(٦) المعتق أن كانت قيمتها مثل مهر المثل أو أكثر لتفويته التزكة، وإن كان مهر المثل^(٧) أكثر لم يطالب إلا بقدر قيمتها، لأنه لم يفوت إلا ذلك القدر، وإن قلنا^(٨) يتوقف نفوذ العتق على أداء الدين فلا عتق ولا خيار، حتى يرد الصداق إلى سيد العبد.

هكذا ذكره الشيخ أبو علي، وفيه إشكال، لأنه لا يثبت لسيد العبد دين ما لم

يفسخ فكيف يقضي الدين قبل ثبوته؟

-
- (١) في: ظ "التزكة".
 (٢) في: ب "مقرة".
 (٣) "بحال وإن ذكرنا . . . لا ينفذ" ليست في: ظ.
 (٤) في: ز "وصار".
 (٥) "لو ثبت لها الخيار . . . وإن لم يعتق" ليست في: ظ.
 (٦) في: أ "بها".
 (٧) "دينا فيطالب به . . . وإن كان مهر المثل" ليست في: ظ.
 (٨) في: أ "وإن كان".

ومنها: مات رجل عن ابن حازم والتركة ثلاثة أعبد قيمتهم متساوية، فقال الابن: أعتق أبي في مرض موته هذا، وأشار إلى أحدهم، ثم قال: "بل أعتق هذا، وهذا، يعني الأول، وآخر معاً، ثم قال: بل أعتق الثلاثة معاً.

قال ابن الحداد: الأول حرٌّ بكل حال، لإقراره الأول، ويقرع بينه وبين الثاني لإقراره الثاني، فإن قضيته أن الثاني يستحق أن يقرع بينه وبين الأول، ويعتق إن خرجت القرعة له ويقرع بين الثلاثة مرة أخرى لإقراره الثالث^(١) فإن قضيته أن يقرع بين الثلاثة ويعتق من خرجت قرعته فيؤخذ^(٢). بموجب كل إقرار ولا يمكن من الرجوع عن^(٣) مقتضى واحد منها^(٤).

وإذا أقرعنا المرتين، فإن خرج سهم العتق للأول في المرتين لم يعتق غيره، وإن خرج للثاني في المرتين أو للأول في الأول، وللثاني في الثانية أو بالعكس عتقا دون الثالث، وإن خرج للأول في الأولى وللثالث في الثانية عتقا دون الثاني، وإن خرج للثاني في الأولى، وللثالث في الثانية عتقوا جميعاً.

قال الشيخ أبو علي: وإن كانت قيمتهم مختلفة كما إذا كانت قيمة الأول مائة وقيمة الثاني المضموم إليه مائتين وقيمة الثالث ثلاثمائة فالأول حر^(٥) بكل حال لإقراره الأول وهو دون الثلث^(٦)، وإذا أقرعنا بينه وبين الأول^(٧) وخرج سهم العتق للأول عتق وعتق من الثاني نصفه، وإن خرج للثاني عتق كله، لأن موجب إقراره الثاني أن يعتق الثاني بكامله أو الأول، ونصف الثاني، وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث عتق ثلثاه وثلثاه ثلث ماله، وإن خرج للثاني لم يعتق الثالث سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني أو لم تخرج، لأنه ثلث ماله، وإن خرج للأول فهو

(١) "فإن قضيته أن الثاني . . . الثالث" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "فيؤخذ".

(٣) في: أ "من".

(٤) في: أ، ب "منهما".

(٥) "حر" ليست في: ز.

(٦) في: ظ "الثالث".

(٧) في: أ "الثاني".

نصف الثلث فتعاد القرعة لإكمال الثلث بين^(١) الثاني، والثالث، فإن خرج على الثاني رُقَّ الثالث ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى، وهو جميعه أو نصفه، فإن خرج على الثالث عتق ثلثه، لأن ثلثه مع الأول ثلث جميع المال.

والمفهوم من كلام الشيخ رحمه الله: أنه إذا خرج سهم العتق في القرعة الثانية بين الثلاثة للثاني لا يعتق منه إلا ما عتق من قبل. وكذلك^(٢) حكاه الإمام رحمه الله عنه، واعتُرض عليه^(٣) بأن الثاني استحق بالإقرار، الثاني أن يقرع بينه وبين الأول، وبالإقرار الثالث أن يقرع بينه وبين الأولين، فإن لم تكمل له الحرية في القرعة الأولى لخروج سهم العتق للأول وجب أن يكمل في القرعة الثانية إذا خرج سهم العتق له، لأنه قضية الإقرار^(٤) الثالث.

وكذلك^(٥) عند استواء القيم إذا لم يعتق بالقرعة الأولى يعتق بالثانية.

إذا خرج السهم له، فإن عكست التصوير وقلت^(٦): قيمة الأول ثلاثمائة، وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث مائة فالجواب: أنه يعتق من الأول ثلثاه ثم يقرع بينه وبين الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول لم يرد شيء، وإن خرج للثاني عتق بكماله^(٧) ثم يقرع بين الثلاثة، فإن خرج للأول أو الثاني لم يرد شيء على ماعتق، وإن خرج للثالث عتق بكماله، وقد عتق من قبل ما إذا ضم^(٨) إليه، تم^(٩) الثلث بل زاد.

ومنها: مات عن ثلاث^(١٠) بنين وله ثلاثة أعبد قيمتهم متساوية فأقر أحد البنين بأن أباه أعتق في مرض موته هذا العبد، وأقر آخر أنه أعتقه، وهذا الآخر معاً، وأقر

(١) في: ز "من" وهو خطأ.

(٢) في: أ "ولذلك".

(٣) "عليه" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "الإقرار".

(٥) في: أ، ب، ظ "ولذلك".

(٦) في: أ "وقلنا" وهو خطأ.

(٧) "لم يرد شيء . . . عتق بكماله" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "انضم".

(٩) "تم" هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(١٠) في: ب "ثلاثة".

الثالث: أنه أعتق الثلاثة معاً فيعتق ثلث الأول، لأن أحد البنين أقر بعتقه، فيقبل إقراره في حصته، وهي الثلث، ثم يقرع بينه، وبين العبد المضموم إليه، لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول عتق منه ثلث آخر، لأن قضية إقرار الثاني عتق جميعه إذا خرجت القرعة له فيقبل قوله^(١) في حصته، وإن خرج للثاني عتق ثلثه^(٢) لهذا المعنى، ثم يقرع بين الثلاثة، فمن خرج له سهم العتق عتق كله، وإذا اختصرت قلت: إن خرج سهم العتق في المرتين للأول عتق جميعه، وإن خرج في المرتين للثاني عتق ثلثاه، مع ثلث الأول وإن خرج مرة للأول^(٣) وأخرى للثاني عتق ثلثا الأول وثلث الثاني، وإن خرج مرة للثاني ومرة للثالث عتق من كل عبد ثلثه، وإذا حكمنا بعتق البعض من أحد العبيد فلا سراية، لأنهم لم يباشروا الإعتاق، ولا أقرؤا به على أنفسهم، وإنما أقرؤا به على الأب، ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين لو وقع بالقسمة في نصيب ذلك المقر أو صار له بوجه آخر حكمنا عليه بعتقه لإقراره بأنه حر كله.

ولو كانت قيم العبيد مختلفة كما إذا كانت قيمة الأول مائة وقيمة الثاني مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة فيعتق من الأول ثلثه، لأن الأول أقر بأن الأب أعتقه لكنه لا يملك منه إلا الثلث، فيقبل إقراره في حصته، ثم يقرع بينه وبين الثاني، لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق ثلثه، لأن كله حر بزعم الثاني إذا خرج سهم العتق له، فإنه ثلث المال، فيقبل إقراره في حصته.

وإن خرج للأول عتق منه ثلث آخر، ومن الثاني سدسه، لأن قضية إقراره أن يعتق جميع الأول عند خروج القرعة له وأن يعتق من الثاني نصفه ليكمل الثلث فيؤاخذ بإقراره في حصته من كل الأول، ونصف الثاني ثم يقرع بين الثلاثة لإقرار الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث عتق منه تسعاه، لأن قضية إقراره إذا خرجت القرعة له أن يعتق ثلثاه، فإن ثلثيه ثلث جميع المال فيؤاخذ بإقراره في حصته، وهي ثلث الثلثين، وذلك تسعاً الجملة.

(١) "قوله" ليست في: ظ.

(٢) "ثلثه" ليست في: أ.

(٣) "مرة للأول وأخرى ٠٠٠" وإن خرج" ليست في: ظ.

وإن خرج للثاني عتق منه ثلثه، لأن قضية إقراره عتق جميعه، فإنه ثلث المال فيؤاخذ به في حصته، وإن خرج للأول عتق منه ثلثه^(١) لمثل هذا المعنى لكنه لا بد من إكمال الثلث فتعاد القرعة مرة أخرى ليعتق حصته من تمام الثلث، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق منه سدسه، لأن نصفه مع الأول تمام الثلث وحصته منه السدس، وإن خرج للثالث عتق منه تسعة، لأن ثلثه مع الأول تمام الثلث^(٢) وحصته منه التسع.

ومنها: شهد شاهدان على ميت أنه أوصى بعتق عبده فلان وهو ثلث ماله فقال^(٣) الوارث: إنه^(٤) أوصى بعتق آخر وهو ثلث أيضاً، فإن لم يكذب الوارث الشاهدين واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا، أعتق الأول بموجب البيينة، وأقرع بينه وبين الثاني لإقرار الوارث، فإن خرجت القرعة للأول، لم يعتق الثاني، وإن خرجت للثاني عتق ولم يرق الأول، لأنه مستحق العتق بالبيينة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الثاني على ماتقدم.

وإن أقر الوارث بأنه أعتق الثاني، وكذب الشهود في الأول عتقا جميعاً الأول بالشهادة والثاني بالإقرار.

وإن شهد أجنبيان بأنه أوصى بإعتاق عبد هو ثلث، ماله وشهد وارثان بأنه أوصى بإعتاق آخر، فإن كذب الوارثان الأجنبيين عتقاً جميعاً الأول بشهادة الأجنبيين، والثاني بإقرار الوارثين أنه أوصى بإعتاق هذا دون الأول، وهو ثلث المال، فإن لم يكذباهما أقرع بينهما، لأن إعتاق الأول ثبت بشهادة الأجنبيين، وإعتاق الثاني: بالوارثين، فصار كما لو شهد اثنان بأنه^(٥) أعتقهما معاً.

ومنها: ثلاثة أخوة في أيديهم أمة وولدها وهو مجهول النسب فقال أحدهم هذه أم ولدي وهو ولدي منها، وقال الثاني هي أم ولد أبنينا، والولد أخونا، وقال الثالث: هي

(١) من قوله "لأن قضية إقراره . . . وإن خرج للأول عتق منه ثلثه" ليست في: ز، ظ.

(٢) وحصته منه السدس . . . تمام الثلث" ليست في: ظ.

(٣) في: ج، ظ "وقال"

(٤) في: أ "له".

(٥) في: أ "بأنهما". وفي: ظ "أنه".

أمي والولد عدي، فالكلام في أحكام: أحدها: في نسب الولد، ولا يثبت نسبه من أبيهم، لأنه لم يتفق الورثة عليه، وأما نسبه من الذي يستلحقه، فإن قلنا إن من استلحق عبداً مجهول النسب لحقه فيثبت نسبه منه، لأن غايته أن يكون ملكاً لمن يدعي ملكه، وذلك^(١) لا يمنع ثبوت النسب، وإن قلنا لا يلحقه فوجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك، لأن يد مدعي الملك ثابتة على بعضه، وأنها بدل على الملك والملك يمنع اللحق.

والثاني: يلحقه، لأن الرق لم يُعَمَّهُ، فإن الباقي حر بقول الآخرين، والنسب لا يتبعض، وهو إلى الثبوت أقرب.

قال الإمام رحمه الله: وهذا القائل يقول: لو كان بعض الشخص رقيقاً وبعضه حراً واستلحق مستلحق نسبه لحقه، وهذا ليس بشيء.

والثاني الذي يقول: هي أم ولد أينا لا يدعي لنفسه شيئاً على الآخرين، فلا يلحقهما نعم لو ادعت الجارية ما يقوله، وقالت: عتقت بموت أبيكم فيحلف الآخرين على أنهما^(٢) لا يعلمان أن الأب أولدها، وأما الآخرون فيدعي كل واحد منهما ما في يد صاحبه هذا يقول: هي مستولدي، وهذا يقول: ملكي فيحلف كل واحد منهما الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده.

والثالث: الذي يقول هي أم ولد أينا لاغرم له، لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً، ولا عليه لأنه أقر بالإيلاد على أبيه، لا على نفسه.

والثاني^(٣) الذي يدعي الاستيلاد يلزمه الغرم للذي يدعي الملك^(٤) لاعتزافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة ومن الولد بالإيلاد هكذا عللوه.

(١) في: ز "والملك".

(٢) في: أ "أنها" خطأ.

(٣) "والثاني" ليست في: ز، ط.

(٤) في: أ "يدعي الملك فيها".

وقضية^(١) الفرض فيما إذا سلم^(٢) أنه كان لمدعي الرق فيها نصيب بالإرث وغيره، وإلا فلا يلزم من دعواه أن الجارية مستولده كون الجارية مشتركة من قبل، وكم يلزمه من الغرم؟ فيه وجهان بناءً على أن الجارية في يد من هي؟ وفيه وجهان: أحدهما: أنه لا يد عليها للذي يقول: إنها مستولدة أيينا لأنها حرة بزعمه بموت الأب فتصير الجارية في يد الآخرين نصفين.

وأظهرهما: أنها في أيدي الثلاثة حكماً كما أنها في أيديهم حساً. فعلى الأول عليه لمدعي الرق نصف قيمة الجارية، وقيمة الولد، وعلى الأظهر عليه ثلث قيمتهما، وبه أجاب ابن الحداد رحمه الله. والرابع: الولد حر يقول من يدعي أنها مستولدة الأب، ومن يدعي أنها مستولده.

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: ويعتق عليه نصيب مدعي الرق لأننا لما أخذنا منه^(٣) القيمة جعلناه له، ونصيبه من الجارية، هكذا ينبغي أن نكون ومنها: ومنهما: قال لعبدین له: أحدكما حر ثم غاب أحدهما وحضر مكانه عبد ثالث، فقال له وللذي لم يغيب أحدكما حر، ومات قبل البيان فيقال: وقعت هذه المسألة "بنيسابور" فأجاب الأستاذ أبو إسحق رحمه الله فيها: بأنه يقرع بين العبدین الأولین لإعتاق الأول، فإن خرج سهم العتق للذي غاب عتق^(٤) وتعاد القرعة بين الآخرين^(٥) لإعتاق^(٦) الثاني، فمن خرجت له القرعة عتق أيضاً، وإن خرجت القرعة أولاً للذي لم يغيب عتق، ولا تعاد القرعة، لأن تعيين القرعة كتعيين المالك.

-
- (١) في: أ "نصيبه".
 (٢) في أ "أسلم".
 (٣) في: أ "من".
 (٤) "عتق" ليست في: ظ.
 (٥) في: ظ "الأخر".
 (٦) في: أ، ظ "للاعتاق".

ولو عين المالك الذي لم يرغب للعتق ثم قال له وللذي حضر آخرأ أحدكما حر، لكان صادقاً في قوله، ولم يقض ذلك عتق الآخر، واستشهد لذلك بما إذا قال لزوجته، وأجنبية "إحدكما طالق" لكن في هذه الصورة خلاف مذكور في "الطلاق"^(١). وكذلك الحكم فيما إذا قال لعبده ولحر أحدكما حر.

وأجاب الأستاذ أبو الحسن^(٢) الماسرخسي رحمه الله في المسألة: بأن القرعة إذا خرجت للذي لم يرغب تعاد القرعة بينهما ثانياً، لأنه يحتمل أن يريد بقوله الثاني الذي حضر آخرأ، فإن خرجت القرعة الثانية للذي لم يرغب أيضاً لم يعتق غيره.

وإن خرجت للآخر عتق أيضاً، وقد تؤثر القرعة في أحد الطرفين دون الآخر وإلى هذا مال الإمام، ورجح الشيخ أبو علي رحمه الله الأول.

ومنها: إذا كان في ملكه أربع إماء فقال كلما وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة ثم وطء واحدة منهن فتعتق^(٣) واحدة منهن، وهل تدخل الموطوءة في العتق المبهم؟ يبي^(٤) على الوجهين السابقين في أن الوطاء هل يكون تعييناً للملك في الموطوءة وللعق في غيرها؟ إن قلنا لا دخلت، ويقرر بين الأربع^(٥) وإن قلنا نعم. وعليه فرع ابن الحداد رحمه الله. فأول الوطاء لا يتضمن التعيين، لأن العتق معلق به وما لم يوجد لا يثبت استحقاق العتق، فلو نزع [كما غيب]^(٦) الحشفة دخلت الموطوءة في العتق المبهم، وإن استدام فهل تتضمن الاستدامة التعيين، وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق؟ فيه وجهان.

أحدهما نعم، لأن الاستدامة تدل على أنه ينبغي استبقاء الملك فيه.

وبهذا قال الشيخ أبو يزيد رحمه الله فعلى هذا يفرع بين الثلاث البواقي.

(١) انظر: الوجيز ٦٣/٢ حيث قال .. ثم قال أردت الأجنبية قبل في أحد الوجهين "والعزير ٧٩/٩ وما بعدها.

(٢) في: ظ "أبو الحسن".

(٣) في: أ "فعتق".

(٤) في: أ "شيء".

(٥) "إن قلنا: لا دخلت ويقرر بين الأربع" ليست في: ظ.

(٦) "كما غيب" هكذا في جميع النسخ، والكلام لا يستقيم معه ولعل الصواب كما هو في العزيز

٣٧٨/١٣ "بمجرد تغيب" وبه يستقيم المعنى.

وأظهرهما: وبه قال ابن الحداد رحمه الله لا، لأن الموجود وطء وبه يثبت استحقاق^(١) العتق، فإنتهأؤه كالأبتداء^(٢) ولذلك^(٣) لا يستحق بالاستدامة عتق آخر.

وعلى هذا فيقرع بين الأربع فمن خرجت لها القرعة عتقت، وهذا كما أنه لو قال لأتمته "إن وطئتكم، فأنت حرة" فإن وطئها ونزع في الحال لم يلزمه المهر، وإن استدام فهل يجعل الاستدامة كابتداء الوطء بعد العتق حتى يتعلق بها المهر؟ فيه وجهان ومثله الخلاف في أنه^(٤) إذا قال لامرأته "إن وطئتكم فأنت طالق ثلاثاً" فوطئها واستدام. هل يلزمه المهر؟.

ولو وطء ثلاثاً ممنهن مع الاستدامة فقضية كل وطء وطأ عتق أمة، لأن كلمة^(٥) كلما تقتضي التكرار^(٦)، فإن جعلنا الوطء تعييناً والاستدامة متضمنة للتعيين أيضاً فتعتق الأولى، والثانية، والرابعة بلا قرعة، وترق الثالثة^(٧).

ووجهه: أنه لما وطء الأولى، فكما غيب الحشفة ثبت حق العتق لواحدة، فإذا استدام، خرجت عن أن تكون هي المستحقة لتعيينها للملك، والثانية والثالثة تعينتا بالوطء للملك أيضاً فتتعين الرابعة للعتق، وإذا وطء الثانية، ثبت حق العتق^(٨) لها أو للأولى أو / للثالثة.

ز/٦٣٦

أما الرابعة: فقد عتقت بالوطء الأول، فإذا استدام، خرجت هي^(٩) عن

-
- (١) في: ظ "الإستحقاق".
 - (٢) في: ظ "فابتدأؤه كالإنتهاء".
 - (٣) في: أ "ولهذا".
 - (٤) في: ظ "فيما اذا".
 - (٥) "كلمة" ليست في: ظ. وفي: ب "كلما، كلما".
 - (٦) في: ظ "التكرير".
 - (٧) في: ب، ظ "الثانية".
 - (٨) من "الواحدة فإذا . . . ثبت حق العتق" ليست في: ب.
 - (٩) "هي" ليست في: ظ، و "عن" ليست في: أ.

الاستحقاق، وخرجت الثالثة^(١) أيضاً بوطئها فتعينت الأولى للعتق، وإذا وطئ الثالثة لم يبق إلا هي، والثانية، واستدامة الوطاء فيها إمساك لها فتعين العتق في الثانية .

وإن جعلنا الوطاء بعد الإبهام تعييناً، ولم نجعل الاستدامة تعييناً فيقرع بين الأولى، والرابعة، لأنه أمسك الثانية، والثالثة للملك بوطئها^(٢) والرابعة لم يطأها واستدامة وطاء الأولى ليس بإمساك فتزدد العتق^(٣) المستحق بينهما فإن خرجت القرعة للرابعة عتقت، وبوطئ الثانية تستحق^(٤) عتق آخر، لكن لاحظ فيه للرابعة لأنها عتقت بالوطئ الأول، ولا للثانية^(٥)، لأنه أمسكها بالوطئ فإذا هو متردد بين الأولى والثانية فيقرع بينهما فمن خرجت لها القرعة عتقت وبوطئ الثالثة تستحق عتق آخر، ولاحظ فيه^(٦) للرابعة، ولا لمن عتقت من الأولى، والثانية، فإن عتقت الأولى أقرعنا بين الثانية والثالثة، وإن^(٧) عتقت الثانية أقرعنا بين الأولى والثالثة^(٨)، وإن خرجت القرعة للأولى دون الرابعة عتقت، وبوطئ الثانية يتزدد العتق المستحق بينهما وبين الرابعة، فإن^(٩) الأولى قد عتقت، والثالثة تعينت بالوطئ للإمساك فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة عتقت، وبوطئ الثالثة تستحق عتق آخر ولا حظ فيه للأولى، ولا لمن عتقت من الثانية والرابعة، فإن عتقت الثانية، أقرعنا بين الثالثة والرابعة، وإن عتقت الرابعة، أقرعنا بين الثانية، والثالثة، وإن قلنا الوطاء ليس بتعيين أصلاً فيقرع ثلاث مرات لاستحقاق العتق لثلاث منهن، يقرع لوطئ^(١٠) الأولى بين الأربع بسهم عتق، وثلاثة أسهم رق، فإن خرجت للرابعة عتقت، ولا مهر لها فإنه لم يطأها، وإن خرجت للأولى عتقت. وهل تستحق المهر؟ يبنى على أن

(١) في: أ "الثانية".

(٢) في: ب "بوطئها".

(٣) في: أ "والعتق".

(٤) "تستحق" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "ولا للثانية".

(٦) قوله: "لأنها عتقت . . . ولاحظ فيه" ليست في: ب.

(٧) في: ظ "فإن".

(٨) في: ز "بين الرابعة والأولى والثالثة".

(٩) في: أ "بأن".

(١٠) في: أ "الوطئ" خطأ.

استدامة الوطاء هل توجب المهر؟ وإن خرجت للثانية، أو للثالثة عتقت، ولها المهر لأنه تبين أنها عتقت بوطء الأولى فيكون ابتداء وطئها بعد حصول عتقها، ثم يقرع لوطء^(١) الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق، وسهمي رق، فإن خرجت للرابعة فلا شيء لها، وإن خرجت للثانية، ففي استحقاقها المهر الوجهان.

وإن خرجت للثالثة استحققت، وإن خرجت قرعة الحرية في المرة الأولى للثانية أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى، والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى فلا مهر لها بلا خلاف، لأن عتقها حصل بوطء الثانية فيكون وطئها واقعاً قبل العتق، وإن^(٢) خرج للرابعة فكذلك^(٣)، لأنه لم يطأها، وإن خرج للثالثة^(٤) فلها المهر، لأنه^(٥) تبين أنها عتقت قبل وطئها ثم يقرع لوطء الثالثة بين الاثنين الباقيين بسهم عتق، وسهم رق، فإن بقيت الثالثة والرابعة وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر، وإن خرجت للثالثة^(٦)، فهل لها المهر؟ فيه الوجهان. وإن^(٧) بقيت الأولى، والثانية فلا مهر، لمن^(٨) خرجت لها القرعة منهما لتقدم^(٩) وطئها على عتقها.

وفيه وجه آخر: أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق وسهم رق فيعتق منهن ثلاث ويرق واحدة، وهذا صحيح لمعرفة العتق والرق، ولكن لا يعرف به حكم المهر، وموضع الخلاف والوفاق^(١٠). نعم. إن قلنا: إن الاستدامة توجب المهر، فتكفي القرعة على هذا الوجه، ومن عتقت بوطئها استحققت المهر.

-
- (١) في: "بوطئ".
 - (٢) في: أ "فإن".
 - (٣) في: ظ "كذلك".
 - (٤) في: ظ "الثانية".
 - (٥) في: أ "لأنها" خطأ.
 - (٦) في: ظ "الثانية".
 - (٧) في: أ "فإن".
 - (٨) في: ظ "إن".
 - (٩) في: ظ "قدم".
 - (١٠) في: ظ "الوفاق والخلاف".

ولو وطء الأربع عتقن جميعاً ويحتاج المهر^(١) ثلاث مرات يقرع بين الأربع مرة بسهم عتق وثلاثة أسهم رق ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق، وسهمي رق ثم بين الاثنتين الباقيتين بسهم عتق وسهم رق واستيعاب، الاحتمالات يطول.

والضابط أن ينظر في كل قرعة فمن بان أنها عتقت قبل وطئها فلها المهر، ومن بان أنها عتقت بعد وطئها فلا مهر، ومن بان أنها عتقت بوطئها فهل لها المهر؟ فيه الوجهان. في أن الاستدامة هل توجب المهر؟ هذا كله فيما إذا قال: "كلما" وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة".

أما إذا قال: "فواحدة من صواحبها حرة ووطأهن جميعاً"، فإن قلنا: إن الوطاء تعيين للملك في الموطوءة عتقت الرابعة بوطء الأولى، والأولى بوطء الثانية^(٢) والثانية بوطء الثالثة ورقت الثالثة^(٣).

وإن قلنا: إنه ليس بتعيين، عتقت منهن ثلاث ورقت واحدة فيقرع بين الثانية والثالثة والرابعة لوطء الأولى، فإن خرجت القرعة للثانية عتقت ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرجت للأولى أو للرابعة عتقت.

وإذا وطء الثالثة عتقت الثانية من الثلث وهي الأولى والرابعة، ولا حاجة إلى القرعة، وإن خرجت القرعة^(٤) الثانية للثالثة عتقت، فإذا وطء الثالثة أقرع بين الأولى والرابعة، فمن خرجت لها القرعة عتقت.

وأما المهر فلا مهر للتي عتقت بعد الوطاء، ويجب المهر للتي تبين عتقها قبل الوطاء، وفي هذه الصورة لا تعتق الموطوءة بوطئها بحال.

واعلم أن الإقراع في جميع هذه الصور فيما إذا مات قبل البيان، وأما في حال حياته فيؤمر بالبيان.

(١) "المهر" ليست في: أ.

(٢) في: أ "والثالثة" - خطأ - .

(٣) "ورقت الثالثة" ليست في: أ.

(٤) "القرعة" ليست في: أ.

ومنها: له أربع إماء وعبيد فقال كلما وطئت واحدة من إماءي فعبد من عبيدي حر، وكلما وطئت اثنتين فعبدان حران، وكلما وطئت ثلاثاً فثلاثة من عبيدي "أحرار، وكلما وطئت أربعاً فأربعة أحرار"^(١) فوطيء الأربع، فهو كما لو قال، وله أربع زوجات: كلما طلقت واحدة فعبد من عبيدي حر إلى آخر التصوير وقد تقدم في "الطلاق"^(٢).

والظاهر بأنه يعتق خمسة عشر عبداً.

ومنها: اشترى في مرض موته عبداً بأكثر من قيمته، والمحابة^(٣) بقدر الثلث، كما إذا كان له ثلاثمائة واشترى عبداً يساوي مائة بمائتين، ثم أعتق ذلك العبد.

قال ابن الحداد رحمه الله: إن لم يوفر الثمن نفذ العتق، وبطلت المحابة، لأن المحابة كالهبة، فإذا لم يقترن بها القبض حتى جاء ما^(٤) هو أقوى منها بطلت، ويمضي البيع بثمن المثل، وعلى البائع أن يقنع به^(٥).

وإن وفر الثمن نفذت المحابة ورد العتق، لأن المحابة استغرقت الثلث.

قال الأصحاب رحمهم الله: وهذا غلطٌ من حيث أنه فرّق في المحابة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، ولا فرق، لأن المحابة تعلقت بالمعاوضة، والمعاوضات تلزم بنفس العقد، ولهذا لو حابى بي المريض ولم يقترن القبض بمحاباته، ثم أراد إبطاهم لم يتمكن منه، ولو كانت كالهبة [لتمكن]^(٦) من إبطائها قبل القبض في الصحة، والمرض، وإذا لم يفرق الحال بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، فالجواب نفوذ المحابة، ورد العتق، لتقدم المحابة على العتق.

(١) "أحرار" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الوجيز ٦٣/٢، والعزيز ٧٩/٩ وما بعدها.

(٣) "المحابة" المسامحة مأخوذ من "حويته" إذا أعطيته - ذكره في المصباح ١٢٠/١.

(٤) في: أ "جاءه من".

(٥) "به" ليست في: ظ.

(٦) "لتمكن" هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب "للتمكن" حتى يستقيم المعنى.

قالوا: والقول بأنه يلزم البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد غلطاً أيضاً، فإنه لم يرض بزوال ملكه إلا بالزيادة، بل ينبغي أن يقال: إنه بالخيار، وبين أن يمضي البيع بقدر القيمة وينفذ العتق، وبين أن يفسخه ويطلب العتق.

ومنها: جارية بين شريكين حامل من زوج، أو زناً، أعتق أحدهما نصيبه، من الحمل، وهو موسر ثم وضعت الحمل لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق، بأن وضعت لما دون ستة أشهر، فهو حر بالمباشرة والسراية، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة، ولا مجال للتقويم قبل الولادة، وإن ألقته ميتاً من غير جنابة جان، فلا شيء على المعتق، لأننا لا ندري هل كان حياً؟ وهل عتق حتى يقال: أتلف على الشريك ملكه؟ وإن انفصل ميتاً بجنابة، فعلى عاقلة الجاني غرة^(١) تصرف إلى ورثة الجنين، لأنه محكوم له بالعتق، وعلى المعتق، نصف عشر قيمة الأم للشريك، فإن الجنين^(٢) الرقيق يضمن بالعشر. هكذا أطلق ابن الحداد.

وعن القفال رحمه الله: أنه إنما يلزم نصف عشر قيمة الأم على المعتق إذا كان لا يزيد ذلك عن نصف قيمة الغرة، فإن زاد لم يلزم إلا نصف قيمة^(٣) الغرة، لأن سبب وجوب الضمان على المعتق الغرة،

ألا ترى أنه لو انفصل من غير جنابة، لم يجب شيء، فكما يعتبر وجوب أصل الغرة يعتبر مقدارها.

ورأى الشيخ أبو علي رحمه الله: الأخذ بالإطلاق. وقال: ينبغي أن لا ينظر إلى قدر الغرة ويلزم نصف العشر بالغاً ما بلغ، لأن انفصاله مضموناً كانفصاله حياً، ويدل عليه أن الغرة تصرف إلى الوارث النسيب، وقد لا يستحق المعتق^(٤) منها شيئاً، وذلك

(١) "الغرة" قال في المصباح ٤٤٥/٢. و"الغرة" عبداً أو أمة.

(٢) في: ز "الأم للجنين، فإن الشريك الرقيق" خطأ.

(٣) "قيمة" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "العتق".

يلزم^(١) الغرم، وإنما كان يجب رعاية المناسبة بين الغرمين أن لو كان الواجب بالجناية^(٢) للمعتق.

قال الشيخ: وهذا كله جوابٌ على أن السراية تحصل بنفس الإعتاق، فإن قلنا: تحصل عند أداء القيمة، فإذا وضعت الحمل، وقُومَ ووصل نصف القيمة إلى الشريك، فحينئذٍ يعتق الباقي^(٣)، وإن ألقته ميتاً^(٤) بجناية جان، فنصفه حر.

وهل يقوم الباقي على^(٥) المعتق؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك، فإن قلنا: يسقط التقويم على الشريك فنصفه حر، ونصفه رقيق، فعلى عاقلة الجاني نصف غرة، وإلي من تصرف؟ فيه الخلاف المذكور، في أن من بعضه رقيق هل يورث عنه، ويجب للنصف المملوك نصف عشر^(٦) قيمة الأم، وتكون^(٧) من مال الجاني أو على عاقلته؟ فيه الخلاف في أن بدل الرقيق هل يضرب على العاقلة؟

ومنها: خلف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة، ولا مال له غيرهم، فشهد اثنان أنه أعتق في مرضه هذين، وأشار إلى اثنين من الثلاثة، وأشار الوارث إلى أحدهما فقال: أما هذا فقد أعتقه، وأما الآخر فلم يعتقه، فلا يقبل قول الوارث في إبطال حق الآخر من العتق، ولكن يقرع بينهما، فإن خرج سهم العتق للذي عينه الوارث فقد يوافق مقتضى الإقرار، والشهادة، فإن مقتضى الشهادة القرعة، فيعتق الذي خرجت له القرعة، ويرق الآخر، وإن خرج سهم العتق للآخر، عتق بمقتضى الشهادة، ويعتق من عينه الوارث بإقراره. فإن^(٨) لم يكذب الوارث الشاهدين، وقال: أعتق مورثي هذا، ولا أعلم

(١) في: ز "يلزمه".

(٢) في: ظ "الجناية".

(٣) في: ظ "الثاني".

(٤) "ميتاً" ليست في: أ.

(٥) "على" ليست في: أ.

(٦) في: أ "عشرة" وفي ب: "غرة".

(٧) في: ب "فيكون".

(٨) في: أ "فإن".

حال الآخر، فيقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق دون الآخر.

ولو شهد الشاهدان أنه أعتق الثلاثة دفعة واحدة^(١) وأشار الوارث إلى اثنين منهما^(٢)، وقال: إنه أعتقهما، ولم يعتق الثالث.

قال ابن الحداد: يقرع بين الثلاثة، فإن خرج سهم العتق للذي أنكر الوارث إعتاقه عتق وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق بالإقرار، وإن خرجت القرعة^(٣) أولاً لأحد اللذين أقر بإعتاقهما عتق، ورق الآخران.

وعن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه إذا خرجت القرعة^(٤) لأحدهما فتعاد^(٥) القرعة بينه وبين الآخر، لأن مقتضى الإقرار، أن يقرع بينهما من غير ضم الثالث إليهما، وخروج القرعة حينئذ^(٦) على أحدهما يكون أقرب منه إذا ضم إليهما^(٧) الثالث، فيقرع بين الثلاثة، لأنه مقتضى البيئنة، ويقرع بين الاثنين للإقرار، ولا يعتبر في القرعتين ترتيب.

وإذا أعدنا القرعة بينهما بعدما عتق أحدهما بالقرعة بين الثلاثة، فإن خرجت القرعة للذي عتق، لم يعتق غيره، وقد يوافق موجب القرعتين، وإن خرجت للآخر عتقا. وهذه المسائل كلها من "المولدات".

ومن الفروع: إذا شهد شاهدان على أنه قال: أحد هذين العبدین حر تقبل هذه الشهادة ويحكم بمقتضاها.

وكذا لو شهد شاهدان على أنه قال: إحدى امرأتي طالق وساعدنا أبو حنيفة^(٨) رحمه الله في "الطلاق" دون "العتاق" وسلم أنهما لو شهدا بعد موته بأنه أوصى بعتق

(١) "واحدة" ليست في: ب، ز.

(٢) في: ز "منها".

(٣) من "وإن خرجت القرعة . . . الأصحاب أنه . . ." ليست في: ظ.

(٤) "القرعة" ليست في: زه.

(٥) في: أ "تعاد".

(٦) "حينئذ" ليست في: ظ.

(٧) في: ظ "إليها".

(٨) انظر: الهداية ٦٣/٢، وفتح القدير ٢٨٩/٤.

أحدهما يسمع^(١).

قال لعبدته: أنت حر كيف شئت عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يعتق في الحال، ولا يتوقف على مشيئة.

وعن صاحبيه^(٢) رحمهما الله: أنه لا يعتق حتى يشاء^(٣).

قال ابن الصباغ رحمه الله: وهو الأشبه إذا ولدت المزني بها ولدًا وملكه الزاني لم يعتق عليه.

وقال ابوحنيفة رحمه الله يعتق إذا أوصى بعق عبد يخرج من الثلث، فعلى الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه السلطان، لأنه حق توجه عليه، فإذا امتنع ناب عنه السلطان.

إذا كان عبده مقيداً فحلف بعته أن في قيده عشرة أرطال، وحلف بعته أنه لا يجله هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان أن في^(٤) قيده خمسة أرطال، وحكم القاضي بعته ثم حلّ القيد فوجد فيه عشرة أرطال.

قال أبوحنيفة^(٥) رحمه الله: يجب على الشاهدين قيمة بناء على أن حكم الحاكم ينفذ باطناً.

وإن كان بشهادة الزور فكأن الحكم وقع بشهادتهما.

وقال صاحباؤه: لا يجب عليهما شيء.

قال ابن الصباغ وهو الصحيح، لأن العتق حصل بجل القيد، دون الشهادة لتحقق كذبهما.

وعن ابن الحداد: إذا شهد شاهدان على أنه أعتق في مرضه هذا العبد، أو أوصى بعته، وحكم القاضي بشهادتهما وشهد آخران على أنه أعتق عبداً آخر، وكل واحد

(١) من قوله: "وسلّمَ أنهما . . . يسمع" ليست في: ب.

(٢) في: أ، ب، ظ "صاحبه".

(٣) انظر: فتح القدير ٢٣٧/٤.

(٤) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) انظر: الهداية ١٢٣/٣، وفتح القدير ٥٣٦/٦ و ٥٣٧.

منهما ثلث ماله ثم رجع^(١) الأولان فلا يرد القضاء بعد نفوذه، ويقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للعبد الأول، عتق، وعلى الشاهدين الغرم بالرجوع، ويرق الثاني^(٢) وحينئذ، فتحصل للورثة التركة بتمامها، وإن خرجت^(٣) للثاني عتق ورق الأول، ولا شيء على الراجعين، لأن القرعة لم تفض إلى عتق من شهدا بعته.

واعترض ابن الصباغ فقال: ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول، فإن خرجت القرعة له عتق أيضا وغرم الراجعان والله أعلم.

(١) في: أ "تراجع".

(٢) في: ظ "الباقى".

(٣) في: ظ خرج.

(قال [الغزالي] الخاصة الخامسة: الولاء والنظر في سببه وحكمه: أما السبب فهو زوال الملك بالحرية، فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه سواء نجز أو علق أو دبر أو استولد أو كاتب أو أعتق العبد بعوض أو باعه من نفسه.

وحقيقة الولاء أنه لحمة كلحمة النسب، فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه، كما أن الأب سبب لولده، ولذلك^(١) تحرم الصدقة في^(٢) وجه على موالي بني هاشم.

ولو أوصى لبني فلان دخل مواليهم في وجه.

وكذلك لو شرط نفي الولاء أو ثبوته^(٣) لغير المعتق لغا ولا يثبت الولاء بالموالاة والعهد).

[فصل الخاصة الخامسة في الولاء^(٤)]

[قال الرافي] قال في "الصحيح" يقال^(٥): بينهما ولآء بالفتح أي قرابة.

والولاء ولآء المعتق والولاء الموالون يقال هم ولآء فلان، والموالاة ضد المعادة.

وفي الباب نظران أحدهما: في سبب الولاء وهو زوال الملك عن الرقيق بالحرية، وقد يقال: هو عتق مملوك الإنسان عليه، فمن أعتق عبداً بالتنجيز، أو بالتعليق ووجود الصفة ثبت له الولاء عليه^(٦).

(١) في: ظ "وكذلك".

(٢) في: أ، ب "على".

(٣) في: أ "موته".

(٤) الولاء: لغة من آثار العتق، مأخوذ من الولي بمعنى القرابة. يقال: بينهما ولآء: أي قرابة حكمية حاصلة من العتق، والولاء نوعان:

الأول: ولآء عتاقه ويسمى ولآء نعمة، وسبب هذا الولاء الإعتاق.

الثاني: ولآء الموالاة. وسببه العقد الذي يجري بين اثنين.

انظر: معجم مقاييس اللغة ١/٦، ١٤١، ولسان العرب ٤٢/١٥، مادة "ولي" والمصباح المنير ٦٧٣/٢.

(٥) انظر ٢٥٣٠/٦

(٦) في: ز "عليه الولاء".

قال ﷺ "الولاء لمن أعتق"^(١).

وكذا^(٢) لو دبر عبده أو استولد جاريته فعتقها بموته، أو كاتب، وعتق المكاتب بأداء النجوم أو بالإبراء أو التمس من مالك العبد^(٣) أن يعتق عبده عنه بعوض^(٤) أو بغير عوض فأجابه، فإن العتق وقع^(٥) عن الملتمس، أو أعتق^(٦) نصيبه من العبد المشترك، فسرى أو ملك قريبه فعتق عليه.

ولو باع العبد من نفسه فسيأتي القول فيه في "الكتابة" والصحيح صحته، وحيثئذ فولأؤه للسيد، كما لو أعتقه على مال^(٧). وفيه وجه أنه لا ولاء عليه، لأن البيع يزيل الولاء عنه ولا يثبت للعبد الولاء على نفسه.

وقد ذكر هذا الوجه في "الكتاب" هناك^(٨) واقتصر ههنا على إيراد الأظهر.

ولا فرق بين أن يتفق الدين، أو يختلف حتى لو أعتق المسلم عبداً كافراً والكافر مسلماً يثبت الولاء، وإن لم يتوارثا كما تثبت علاقة النكاح والنسب بين الكافر والمسلم، وإن لم يتوارثا^(٩).

(١) الحديث متفق عليه من حديث عائشة.

أخرجه البخاري في صحيحه ١٢١/٣. من كتاب العتق - باب بيع الولاء وهبته، بلفظ: "فإن الولاء لمن أعطى الورق ٠٠٠".

وكذلك في ١١/٨، من كتاب الفرائض - باب ما يرث النساء من الولاء.

وأخرجه مسلم في صحيحه ١٤٥/١٠، من كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق. وانظر: تلخيص الحبير ٢١٣/٤.

(٢) في: ظ "وكذلك".

(٣) "العبد" ليست في: ز.

(٤) في: ز "بعوض عنه".

(٥) في: ز "يقع".

(٦) في: أ "عتق".

(٧) انظر: الحاوي ٩٠/٢٢، والوسيط ٤٨٣/٧، والتهديب ٣٩٨/٨، والغاية القصوى ١٠٤٤/٢، والروضة ١٧٠/١٢، ونهاية المحتاج ٣٧٠/٨.

(٨) أي في كتاب "الكتابة". انظر الوجيز ٢٨٤/٢، حيث قال: "ولو باع العبد من نفسه صح له الولاء".

(٩) من قوله: "كما تثبت علاقة ٠٠٠ وإن لم يتوارثا" ليست في: ز، ظ.

وعن مالك رحمه الله: أنه لا يثبت الولاء^(١) مع إختلاف الدين^(٢) والولاء من خاصية الاعتاق.

وبه يُشعر قوله ﷺ "إنما الولاء لمن أعتق"^(٣). فمن أسلم على يديه مشرك فلا ولاء له عليه، ومن أعتق عبد غيره^(٤) بغير إذنه، وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه خلافاً لمالك^(٥) رحمه الله.

ثم الولاء لحمة كلحممة النسب على ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما "أن النبي ﷺ قال: الولاء لحمة كلحممة النسب لا يباع ولا يوهب"^(٦) والمعنى قرابة وامتشاج^(٧) كامتشاج النسب، وقد تفتح اللام من اللحمية.

-
- (١) في: أ "له الولاء".
 (٢) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.
 (٣) الحديث متفق عليه وقد سبق تحريجه ص ١٠٦٢.
 (٤) في: أ، ز، ظ "عن".
 (٥) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.
 (٦) حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - رواه الشافعي في مسنده ٧٣/٢ - كتاب العتق، باب في المكاتب والولاء، عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف، عن عبد الله بن دينار عن دينار عن ابن عمر بهذا اللفظ. وأخرجه البيهقي ٢٩٢/١٠، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكاً له، وقال البيهقي عقب الحديث: قال أبو بكر بن زياد النيسابوري: هذا الحديث خطأ، لأن الثقات لم يروه هكذا، وإنما رواه الحسن رسلاً. وأخرجه الحاكم ٣٧٩/٤، كتاب الفرائض، ثم قال: "هذا حديث صحيح الاسناد" وأخرجه محمد بن الحسن الشيباني، كما في "تلخيص الحبير ٢١٣/٤".
 قال الألباني في الإرواء ١١٠/٦. وإسناده هذا المرسل صحيح وهو مما يقوي الموصول الذي قبله على ما يقتضيه مجتهم في المرسل من علوم الحديث، فإن طريق الموصول غير طريق المرسل ليس فيه راو واحد مما في المرسل، فلا أرى وجهاً لتخطئته بالمرسل بل الوجه أن يقوي أحدهما بالآخر...".
 (٧) في: ب "وأمشاج كأمشاج". "وأمشاج" جمع "مشج" أو "مشيج" وهي الأخلاط والمراد نظفة الرجل ونظفة المرأة واختلاطهما" ذكر الشوكاني في كتابه فتح القدير ٣٤٥/٥ وأنظر: أضواء البيان ٦٤٨/٨ والمعنى هنا: أخلاط كأخلاط النسب.

وقوله: "لا يباع ولا يوهب" يعني أن نفس الولاء لا ينتقل من شخص إلى شخص بعوض، وبغير عوض، كما أن القرابة لا تنتقل ويروي "النهي عن بيع الولاء وهبته"^(١) وكذلك لا يورث الولاء ولكن^(٢) يورث به كما أن النسب لا يورث، ويورث به، ومما يدل عليه: أنه لو كان الولاء موروثاً لاشترك في استحقاقه الرجال والنساء كسائر الحقوق، وأنه لو مات المعتق المسلم على ابنين مسلم ونصراني فأسلم النصراني، ثم مات العتيق^(٣) فإنهما يستويان في الإرث.

ولو كان الولاء موروثاً لاختص به الابن المسلم، ولما شاركه النصراني بإسلامه الطارئ وأنه لو مات المعتق عن ابنين ثم مات أحدهما عن ابن ثم مات العتيق فميراثه لابن المعتق دون ابن الابن على ما سيأتي.

ولو كان الولاء موروثاً لانتقل نصيب الابن إلى ابنه.

وقوله في "الكتاب" فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه" المقصود منه تحقيق المشابهة بين امتساح النسب، وامتساح الولاء والمعنى: أنه كما أن الأب سبب لوجود الأولاد، فالمعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه وذلك لأن الرقيق كالمفقود لنفسه، والموجود لسيدة، ألا ترى أنه لا يستقل ولا يملك ولا يتصرف لنفسه، وإنما يملك ويتصرف لسيدة فإذا أعتقه فقد جعله موجوداً لنفسه، وإلي هذا أشار النبي ﷺ بقوله "لن يجزي ولد والده الحديث"^(٤)، فإنه إذا سعى في إعتاق ابنه فقد كافأه على حق الأبوة إذ صار سبباً لوجوده الحكمي، كما كان^(٥) الأب سبباً لوجوده الحقيقي، ويوضحه قوله ﷺ "مولى القوم

(١) متفق عليه. من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. أخرجه البخاري ١٢٠/٣، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته. ومسلم ١٤٨/١٠، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته. وانظر: تلخيص الحبير ٢١٣/٤.

(٢) "لكن" ليست في: ز.

(٣) في: أ "المعتق".

(٤) "إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتق" الحديث سبق تخريجه ص ٩٩٣.

(٥) في: ز "أ".

منهم" (١) ويؤيد (٢) التشبيه بين النسب والولاء بمسائل.

إحداها: أن الزكاة تحرم على موالي بني هاشم، وبني المطلب على وجه أو قول، كما تحرم عليهم وقد ذكرناه (٣) في قسم "الصدقات" (٤) وبيننا أنه الأصح. وليحمل لفظ الصدقة في "الكتاب" على الزكاة.

وقد مر أن الأصح أن صدقة التطوع لا تحرم على بني هاشم وبني المطلب (٥).

والثانية: لو أوصى لبني فلان فقد (٦) ذكر بعض الأصحاب رحمهم الله أن مواليتهم يدخلون في الوصية دون المنتسبين إلى فلان، والأقرب إلى اللفظ خلافه.

والثالثة: لو أعتق لبني فلان عبداً على أن لا ولاء له (٧) أو أعتقه على أن يكون سائبة لغا الشرط وثبت الولاء لقوله ﷺ "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل قضاء الله حق، وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق" (٨) ولو شرط أن يكون ولاؤه للمسلمين، أو لفلان فهو لغو أيضاً ولا ينتقل الولاء عنه، كما لا ينتقل النسب. وعن مالك (٩) رحمه الله: أنه يكون ولاؤه للمسلمين.

وسلم أنه لا يكون لفلان إلا إذا أعتق عنه على ماتقدم.

والرابعة: لا يثبت الولاء بالموالة والعهد كما لا يثبت النسب بالموالة، لأن هذا ثمرة الأنعام بالاعتاق، كما أن (١٠) ذلك ثمرة البعضية.

-
- (١) الحديث: صحيح أخرجه البخاري ١١/٨، كتاب الفرائض، باب مولى القوم من أنفسهم وابن الأخت منهم بلفظ "مولى القوم من أنفسهم" وانظر تلخيص الحبير ٢١٤/٤.
- (٢) في: أ "ويؤيده".
- (٣) في: ز "ذكرنا".
- (٤) انظر: الوجيز ٢٩٦/١، والعزيز ٤١٩/٧.
- (٥) انظر: الوجيز ٢٩٦/١، والعزيز ٤١٩/٧.
- (٦) "فقد" ليست في: ب، ز، ظ.
- (٧) في: ز "له عليه".
- (٨) الحديث متفق عليه من حديث عائشة في قصة بريدة. وقد سبق ص ١٦٢.
- (٩) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.
- (١٠) في: أ "أن ثمرة".

وقال أبو حنيفة رحمه الله يصح عقد الموالاة بين اللذين لا يعرف نسبهما ولا ولاء عليهما ويتعلق به التوارث، ويحمل العقل ولهما فسخه ما لم يتحمل أحدهما عن الآخر، فإن تحمل لزم، ولا فسخ بعده. وأعلم قوله في الكتاب لغا بالميم وقوله لا يثبت الولاء بالموالاة والعهد بالحاء لما بيناه^(١) والله أعلم.

[قال [الغزالي] وكذلك يسترسل الولاء على أولاد المعتق وأحفاده ومعتقه^(٢). ومعتق معتقه فالملوي^(٣) إما المعتق أو معتق الأب أو معتق الأم أو معتق المعتق. ويسترسل الولاء على أولاد المعتق إلا أن يكون فيهم من مسه الرق فلا ولاء عليه أصلاً إلا لمعتقه أو عصبات معتقه، لأن المباشرة أقوى، وكذلك إن كان فيهم من أبوه حر أصلي ما مس الرق^(٤) أباه، وأما إذا^(٥) كانت أمه حرة أصلية يثبت الولاء عليه نظراً إلى جانب الأب، ومنهم من سوى في إثبات الولاء، ومنهم من سوى في النفي]

[فصل: في استرسال الولاد على أولاء المعتق وأحفاده ونحو ذلك]

[قال الرافعي] هذه اللفظة^(٦) يجوز أن تقرأ باللام احتجاجاً به على المشابهة بين النسب و^(٧)الولاء والمعنى أن القرابة بين الأصول تتعدى^(٨) إلى الفروع والأولاد، فكذلك يسترسل الولاء بتوسط المعتق^(٩) على أولاده، وأحفاده، ويجوز أن تقرأ وكذلك بالكاف، ويكون ذلك^(١٠) معطوفاً على قوله في الفصل السابق "فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق، فهو مولاه" والمقصود أنه كما يثبت الولاء على المعتق بمباشرة إعتاقه أو بعته في ملكه

(١) انظر: الهداية ٢٧١/٣.

(٢) مكرر- "ومعتقه" ليست في ز.

(٣) في: ظ "الملوي".

(٤) في: ز "أباه الرق".

(٥) في: ز "إن".

(٦) مكرر- يريد بهذه اللفظة قوله في المتن "كذلك يسترسل" أي ولذلك.

(٧) في: أ "في".

(٨) في: ظ "وتتعدى".

(٩) في: ظ "المعتق".

(١٠) في: ز معطوفاً ذلك".

يثبت على أولاده وأحفاده^(١)، لأن النعمة على الأصل نعمة على الفرع.

ولذلك^(٢) يثبت على معتقه ومعتق معتقه، لما ذكرنا أن للولاء امتشاجاً كامشاج^(٣) النسب، ويُعرف من هذا إذا عكس أن الولاء كما يثبت للمعتق، يثبت لمعتق الأب، وسائر الأصول، ولمعتق المعتق، وكما يثبت الولاء على ولد المعتق، يثبت على ولد المعتقة أيضاً، وبل أولى، لأن الولادة حسية، والانتساب إلى الأب حكمي، ويستثنى عن استرسال الولاء على أولاد المعتق وأحفاده موضعان^(٤).

أحدهما: إذا كان فيهم من مسه الرق، والعتق، فولأؤه لمعتقه فإن لم يكن فلعصبات معتقه، فإن لم يكونوا^(٥) فالميراث لبيت المال، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال، فإنه أعتق مباشرة^(٦) وولاء المباشرة أقوى^(٧)

وصورته: أن تلد رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر، فأعتق^(٨) الولد، وأعتق أبوه^(٩) وأمه أيضاً.

والثاني: من أبوه حراً أصلي لا ولاء عليه، وأمه معتقة هل يثبت الولاء عليه لموالي الأم؟ فيه ثلاثة أوجه.

أصحها: وبه قال مالك، لا، لأن الانتساب^(١٠) إلى الأب والأب حر مستقل لا ولاء عليه فليكن^(١١) الولد^(١٢) مثله، وأيضاً فإن ابتداء حرية الأب تبطل دوام الولاء،

(١) في: أ "ومعتقيهم".

(٢) في: أ "وكذلك".

(٣) في: ب "امتشاجاً كامشاج".

(٤) في: أ "وضعان".

(٥) في: ز "يكوناً".

(٦) في: أ "بمباشرة".

(٧) في: ز "أولى".

(٨) في: أ "واعتق".

(٩) في: أ، ب أبواه.

(١٠) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.

(١١) في: ز "فيكون".

(١٢) من قوله "هل يثبت . . . فليكن الولد" ليست في: أ.

لموالي الأم فاستدامة الحرية أولى أن تمنع ثبوت الولاء لهم.

والثاني: يثبت، لأن الأم معتقه وقد تعذر إثبات الولاء عليه من جانب الأب، فأشبهه ما^(١) إذا كان الأب رقيقاً.

والثالث: وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: الفرق بين أن تكون حرية الأب مستيقنة بأن كان عربياً معلوم النسب، فلا يثبت الولاء لموالي الأم وبين أن يكون الحكم بالحرية بناء^(٢) على ظاهر الدار، أو أن الأصل في الناس الحرية فيثبت لضعف حرية الأب.

ولو كان الأب معتقاً، والأم حرة أصلية، فظاهر^(٣) المذهب ثبوت الولاء عليه لموالي الأب، لأن الانتساب إلى الأب وهو معتق، ولهذا يثبت الولاء على ولد المعتقة^(٤). ٦١٤/ز
وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله وجه ضعيف: أنه لا ولاء عليه تغليياً للحرية الأصلية من أحد الطرفين.

وعلى هذا فإنما يسترسل الولاء على الأحفاد الذين ليس في أحد طرفيهم حر أصلي.

وقوله في الكتاب "ثانياً ويسترسل الولاء على أولاد المعتق" هو الذي اشتمل عليه قوله "أولاً ويسترسل الولاء على أولاد المعتق وأحفاده" وإنما أعاده لتعقبه^(٥) باستثناء ما يحتاج إلى استثنائه.

وذكر ظاهر المذهب فيمن أحد أبويه حر أصلي "وهو أنه لا ولاء على من أبوه حر أصلي ما مس الرق أباه، يعني: وأمه معتقة، وأنه يثبت الولاء على من أمه حرة أصلية، وأبوه معتق، ثم أشار إلى [وجه ثبوت الولاء في الصورة الأولى: بقوله "ومنهم من

(١) في: أ "فصار كما لو".

(٢) "بناء" ليست في: ز.

(٣) وانظر: الوسيط ٤٨٤/٧، والتهذيب ٤٠٣/٨، والروضة ١٧١/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٧/٤.

(٤) هنا وجدنا سقطاً من نسخة "ز" وبعد التدقيق وجدنا ذلك قد تقدم بـ ص ٦١٤ فرجعنا إليه. والله أعلم.

(٥) في: ب "لتعديه". وفي: ظ "لتعينه".

سوى في إثبات الولاء" ثم إلى ^(١) الوجه الضعيف فيما إذا كانت الأم حرة أصلية بقوله "ومنهم من سوى في النفي" ويجوز أن يعلم قوله "وكذا" ^(٢) إن كان فيهم من أبوه حر أصلي" لمصيره إلى التفصيل المذكور.

وأن يعلم قوله: "في إثبات الولاء بالميم.

فرع: من أمه حرة أصلية، وأبوه رقيق لا ولاء عليه لاحد مادام الأب رقيقاً فإن أعتق فهل يثبت الولاء عليه لمولى الأب؟ قال الشيخ أبو علي رحمه الله: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين وهما محتملان ^(٣).

أحدهما: أنه ^(٤) يثبت، لأنه ثبت الولاء على الأب بالإعتاق، وإنما لم يثبت في الابتداء لرق الأب.

والثاني: المنع، لأنه لم يثبت في الابتداء، فلا يثبت بعده، كما لو كان الأبوان حرين.

(قال [الغزالي]: وأما التقديم فلا ولاء مع مباشرة العتق لغيره، فإن لم يكن مباشراً ^(٥) بأن حصل في نكاح الغرور من رقيقين، أو من معتقين، فالولاء لمعتق الأب، فإن ^(٦) كان الأب رقيقاً بعد، فلمعتق الأم إلى ^(٧) أن يعتق الأب، فينجز إليه، ويستقر عليه، وإن ^(٨) كان رقيقاً، فأعتق أبو الأب، انجر الولاء إليه ثم ينجر منه إلى معتق الأب إن أعتق.

(١) من قوله "وجه ثبوت . . . الولاء ثم إلى" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ "وكان إذا".

(٣) في: أ "محملان".

(٤) "انه" ليست في: ب، ظ.

(٥) في: أ "مباشرة".

(٦) في: ظ "وإن".

(٧) في: ظ "إلا".

(٨) في: ظ "ولو".

وقيل: لا ينجر، لأن الأب رقيق، فلا ينجر إلى أبيه^(١)، والمولود من^(٢) حرين إذا^(٣) كان أجداده أرقاءً يثبت الولاء عليه بعق أم الأم إذا أعتقها، ثم منه ينجر إلى معتق أب الأم، ثم منه إلى معتق أم الأب، ثم منه إلى معتق أبي الأب ويستقر عليه).

[فصل: في بيان الترتيب أو التقديم والتأخير]

[قال الرافي] بان في الفصل السابق: أن الولاء على الشخص يثبت بمباشرة إعتاقه أو عتقه في ملك الإنسان يثبت أيضاً متعدياً من إعتاق بعض أصوله. والغرض الآن بيان الترتيب فجهة مباشرة العتق مقدمة على جهة تعدي الولاء من الأصول.

واعلم أن قولنا "يقدم أحد الشخصين على الآخر" نريد به في الغالب أنهما إذا اجتمعا كان الأول أولى من الثاني، فإن^(٤) لم يوجد الأول، قام الثاني مقامه، كما نقول: الابن يقدم على ابن الابن، في العصوبة، والأب يقدم على الجد في الولاية وليس المقصود الآن هذا، بل مهما مس الشخص رق، ولحقه إعتاق، فلا ولاء عليه لمعتق أمه وأبيه ولا واحد من أصوله على ماتبين^(٥) في الفصل السابق.

وقوله في الكتاب: "فلا ولاء عليه مع مباشرة العتق لغيره" ليس معناه: أنه لا ولاء لغيره مع وجوده فحسب، بل سواء وجد في الحال، أو لم يوجد فالمباشر إعتاقه لا ولاء عليه لمعتقي أصوله، وذلك لأن نعمة من أعتقه عليه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله، فيخصص بالولاء، فإن لم يوجد فالولاء لعصباته، وأما إذا خلق الشخص حراً وأبوه عتيق، يثبت^(٦) الولاء عليه لمعتق أبيه، وهذا قد يصور في الأبوين الرقيقين، بأن يُعز الرقيق بحرية أمة فينكحها، ويولدها على ظن الحرية، فإن الولد يكون حراً، وفي وطء

(١) في: أ "ولا . . . إلى ابنه". وفي: ز "فلا ينجر إليه".

(٢) في: أ، ب "بين".

(٣) في: أ "إن".

(٤) في: ب، ز "فإذا".

(٥) في: أ "بين".

(٦) في: أ "فيثبت".

الشبهة، بأن يطأ الرقيق أمه الغير، على ظن أنها زوجته الحرة، وقد يصور فيما إذا كانت الأم حرة أصلية أو معتقة، ومعتق الأب أولى بثبوت الولاء من معتق الأم، لأن الولاء تلو النسب، والنسب إلى الآباء دون الأمهات، وأيضاً، فإن الولاء والإرث به مبنيان على الأقوى، فالأقوى، ولذلك^(١) ينفرد به المذكور من أولاد المعتق، وجانب الأبن أقوى من جانب الأم، وإن كان الأب رقيقاً والأم معتقة فيثبت الولاء لمعتق الأم لأننا عجزنا عن إثبات الولاء من جهة الأب إذ لا ولاء عليه، ولمعتق الأم نعمة عليه، فإنه عتق بعنق الأم، فإن مات والأب رقيق بعد ورث معتق الأم منه بالولاء، وإن عتق الأب في حياته انجر الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب، يروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولا مخالف لهم، والمعنى فيه أن ثبوت الولاء لموالي الأم كان لضرورة أنه لا ولاء على الأب فإذا أعتق، وثبت الولاء زالت الضرورة فرددناه إلى موالي الأب.

ولو مات الأب رقيقاً وعتق الجد، انجر أيضاً من موالي الأم إلى موالي الجد.

ولو أعتق الجد والأب رقيق، فهل ينجر من موالي الأم إلى موالي الجد؟ فيه وجهان كالوجهين: فيما إذا أسلم الجد، والأب حي كافر هل نحكم بإسلام الطفل؟
أظهرهما: أنه ينجر، وبه قال مالك رحمه الله^(٢).

وعلى هذا فلو عتق الأب بعد ذلك انجر من موالي الجد إلى موالي الأب، لأن الجد إنما جره لكون الأب رقيقاً فإذا أعتق كان هو أولى بالجر.

والثاني: لا ينجر وبه قال أبو حنيفة^(٣) وأبو علي بن أبي هريرة والطبري رحمهم الله.

وعلى هذا فلو مات الأب بعد عتق الجد فهل ينجر^(٤) إلى^(٥) موالي الجد بالعتق

(١) في: "ولهذا".

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٣٠١.

(٣) انظر: الهداية ٢٧٥/٣.

(٤) في: ب "هل".

(٥) في: ب "من".

السابق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه إنما لم ينجر لبقاء الأب رقيقاً، فإذا مات زال المانع.
والثاني: لا، لأنه لما امتنع الجر عند العتق استقر الولاء لموالي الأم فلا جرّ بعد ذلك.

وهذا كما أنه إذا أسلم الجد والأب حي كافر، وقلنا لا يتبعه الطفل في الإسلام.
فإذا مات الأب كافراً لا يتبعه أيضاً.

ولو سُبى الطفل مع أبويه، وهما كافران لا نحكم بإسلامه، فإذا ماتا كافرين لا نحكم بإسلامه أيضاً لدوام السبي، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي رحمه الله والأول هو المذكور في "التهذيب"^(١).

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم على ولد المعتقة لرق الأب، فلو اشترى الولد أباه ثبت له الولاء عليه وعلى إخوته وأخوانه الذين هم أولاده، وهل ينجر ولاء نفسه من موالي الأم؟ فيه وجهان:

أصحهما وهو المنصوص^(٢)، لا بل يبقى ولاؤه لموالي الأم، لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا إذا اشترى العبد نفسه يعتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا أعتق بأداء النجوم، وإذا تعذر الجر بقي في موضعه.

والثاني: وينسب إلى تخريج ابن سريج واختاره أبوخلف السلمي^(٣) رحمهما الله: أنه ينجر كما لو أعتق الأب غيره ثم^(٤) يسقط ويصير كحر لا ولاء عليه والذي خلق حرّاً من أبوين حرين إذا كان أجداده أرقاء، ويتصور ذلك في نكاح الغرور، وفي الوطء

(١) انظر: التهذيب ٤/٨. وانظر: الروضة ١٢/١٧٢. حيث قال: "قلت: الإنحرار أقوى".

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٢، والحاوي ٢٢/١١٠، والروضة ١٢/١٧٢، ومغني المحتاج ٤/٥٠٨.

(٣) هو: محمد بن عبد الملك بن خلف السلمي. بضم السين - أبوخلف الطبري، أخذ الفقه عن

القفال، والاستاذ أبي منصور البغدادي، له شرح اسمه "الفتاح" وغيره.

نقل عنه الرافعي في مواضع عدة. توفي في حدود سنة سبعين وأربعمائة.

انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ٢/٥٨، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٥٨.

(٤) في: ب "لم".

بالشبهة إذا أعتقت أم أمه، يثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم، فإن عتق أبو أمه بعد ذلك انجر الولاء من معتق الأم إلى معتق أبي^(١) الأم فإن أعتق^(٢) أم أبيه بعد ذلك انجر ولاؤه من معتق أبي الأم إلى معتق أم الأب، فإن أعتق أبو أبيه بعد ذلك انجر الولاء من معتق أم الأب إلى معتق أبي الأب.

ولو كانت المسألة بجالها لكن أبوه رقيقٌ فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء انجر الولاء من معتق أبي الأب إلى معتق الأب، واستقر عليه.

والسبب في ذلك أن جهة الأبوة أقوى من جهة الأمومة فينجر من الأضعف إلى الأقوى.

ولو عتقوا على ترتيب آخر لم يخف الحكم، وإذا أثبتنا الولاء لموالي الأم فمات الولد أخذوا ميراثه، فإن عتق الأب بعد ذلك لم يكن لمعتقه استرداد، بل الاعتبار بحالة الموت ولم يكن له ولاء حينئذ، وليس معنى الانجرار أنا نتبين أن الولاء لم يزل في جانب الأب بل ينقطع من وقت عتق الأب عن موالي الأم فإذا انجر الولاء إلى موالي الأب فلم يبق منهم أحد، فلا يعود إلى موالي الأم بل يكون الميراث لبيت المال.

وكذلك إذا ثبت الولاء لموالي الأب ففنوا لم يصبر الولاء لموالي الجد حتى لو مات الذي انجر ولاؤه من موالي جده إلى موالي أبيه حينئذ فميراثه لبيت المال.

وقوله في الكتاب: "بأن حصل في نكاح الغرور من رقيقين" يعني ثم أعتق الأب ولا يشترط للتصوير كون الأب رقيقاً عند الغرور، والإيلاد، بل لو كان معتقاً كان الحكم كذلك وقوله^(٣) أو من معتقين "لا يتعلق بنكاح الغرور، بل ولدهما حر على الإطلاق.

وقوله: "لم ينجر^(٤) الولاء إليه، معلم بالحاء.

-
- (١) في: ب "الأب".
 (٢) في: ب "أعتقت".
 (٣) "قوله" ليست في: ظ.
 (٤) في: أ، ظ "انجر".

وقوله: "ولايينجر"^(١) بالميم.

وقوله "ثم منه ينجر إلى معتق أبي الأم ثم منه إلى معتق أم الأب" إلى آخره: يعني إذا أعتقوا على هذا الترتيب.

وقوله^(٢): "إلا أن يكون الأب رقيقاً ليس باستثناء محقق لأنه صور أولاً في المولود من حرين فلا يدخل فيه ما إذا كان الأب رقيقاً حتى يستثنى منه، ولكنه استثناء منقطع.

[قال [الغزالي]: ومن أعتق أمة حاملاً من معتق فولاء الجنين له لأنه مباشر، لا لمعتق الأب، ولكن ذلك إذا^(٣) أتت به^(٤) لأقل من ستة أشهر من وقت إعتاق الأم، فإن كان لأكثر^(٥) والزواج^(٦) يفتريها فالولاء لموالي الأب، وإن كان لا يفتريها، وهو لأقل من أربع سنين فقولان).

[فصل: إذا أعتق أمة حاملاً جارية وهي في من معتق فأنت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق]

إذا أعتق جارية^(٧) وهي في نكاح معتق، فأنت منه بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق فولاء الجنين لمعتق الجارية لا لمعتق ابنه لأننا تيقنا وجوده يوم الإعتاق فمعتقه، باشر إعتاقه بإعتاقها^(٨)، وولاء المباشرة مقدم على ما مر، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً، فإن كان الزوج يفتريها^(٩) فولأؤه لمعتق الأب" لأننا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق، والأصل عدمه والافتراض سبب ظاهر للحدوث بعده.

-
- (١) في: ظ "لاينجر".
 (٢) في: ظ "في الكتاب".
 (٣) في: ز "إن".
 (٤) في: ظ "منه".
 (٥) في: ظ "أكثر".
 (٦) "الزوج" ليست في: ظ.
 (٧) في: ب "جاريته".
 (٨) في: ظ "باعثاقه".
 (٩) في: ظ "يفترشها".

وإن كان لا يفترشها وأنت به لأربع سنين من وقت الإعتاق فكذلك، وإن أتت به لأقل من أربع سنين فقولان، لأن ثبوت النسب يدل على تقدير وجوده حينئذ، ولكن النسب يكفي فيه الإمكان وقد لا يكتفي في الولاية وثبتت المسألة في أحوالها^(١) على ما إذا أوصى لحمل^(٢) فلانة وقد ذكرناه في "الوصية" وبيننا أن الأظهر في صورة الخلاف: أنه يستحق الوصية فعلى قياسه يكون الولاء لمعتق الأم دون معتق الأب.

ولو أعتق جاريتته وهي في نكاح رقيق فأنت بولد لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق فولأؤه لمعتق الأم بالمباشرة، وإذا^(٣) أعتق الأب لم ينجر الولاء إلى معتقه، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً قال في "التهذيب" إن لم يفارقها الزوج، فولأؤه لمولى الأم فإذا عتق الأب ينجر الولاء إلى معتقه، لأننا لم نتحقق وجوده يوم إعتاق الأم، وإن كان الزوج قد فارقها، فإن أتت^(٤) به لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق فالولد منفي عن الزوج، وولأؤه لمعتق الأم أبداً، وإن أتت به لأقل من أربع سنين فالولد ملحق بالزوج وولأؤه لمعتق الأم، فإذا أعتق الأب^(٥) ففي انجرار الولاء إلى معتقه قولان:

أحدهما لا ينجر، لأننا^(٦) جعلناه موجوداً يوم الإعتاق لثبوت النسب من الزوج فيكون عتقه بالمباشرة.

والثاني: ينجر ويجعله حادثاً بعد عتق الأم ويخالف النسب، فإننا نثبت به مجرد الإمكان.

ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة باللعان، لم نحكم بأن ولاء الولد لموالي الأب ويكون في الظاهر^(٧) لموالي^(٨) الأم، فإن كذب الملا عن نفسه لحقه الولد، وحكمنا

(١) في: أ "أحوالها".

(٢) في: ب، ظ "بحمل".

(٣) في: ظ "وإن".

(٤) في: ظ "فانت".

(٥) في: ظ "الأم".

(٦) انتهى النقل من ص ٦١٥ من النسخة ز. ونرجع إلى ص ٦٤٠

(٧) في: ظ "المظاهرة".

(٨) في: أ "لمولى".

بالولاء لمواليه، فإن كان قد مات الولد بعد اللعان ودفعنا الميراث إلى موالي الأم استرددنا منهم بعد الاستلحاق ما أخذوا، لأنه تبين أنه لم يكن لهم ولاء.

ولو غرَّ بجرية أمة فنكحها وأولدها على ظن أنها حرة ثم علم أنها أمة فأولدها ولداً آخر فالولد، الأول حر، والثاني رقيق.

فلو أعتق السيد الأمة والولد الثاني، ثم عتق الأب انجر ولاء الولد الأول إلى معتق الأب، ولم ينجر إليه ولاء الثاني، لأن عليه ولاء المباشرة.

ولو نكحها وهو يعلم أنها أمة وأولدها ثم أعتقت فأولدها، ولداً آخر فالثاني حرٌّ وولائه لمعتق الأب، والأول مملوك وولائه لمعتقه.

(قال [الغزالي]: النظر الثاني في الحكم، وحكم الولاء العسوبة فيفيد الميراث وولاية التزويج، وتحمل العقل والولاء للمعتق، فإن مات فميراث العتيق لأولى عصباته يوم موت العتيق، فلو خلف ابناً وبتناً أو أباً وأماً، فلا^(١) ميراث للبت والأم^(٢)، بل لا يثبت الولاء أصلاً لامرأة إلا إذا باشرت العتق فلها الولاء عليه، وعلى أحفاده وعتيقه، وعتيق عتيقه، كالرجل، والأخ لا يقاسم الجد في الولاء في أحد القولين، بل هو أولى وابن الأخ أيضاً أولى من الجد على هذا القول لقوة البتوة، والأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح القولين^(٣)، ولا يعاد بالأخ للأب إن رأينا المقاسمة بين الجد والأخوة، وإذا^(٤) اجتمع أب^(٥) المعتق ومعتق الأب، فلا ولاء لمعتق الأب أصلاً، لأن على الميت ولاء المباشرة^(٦) فالمال لعصبة^(٧) معتقه وهو الأب وكذلك قد يظن أن معتق أبي المعتق أولى من معتق المعتق وهو غلط).

(١) في: ز "وأباً وأماً، ولا".

(٢) في: ب، ظ "للأم والبت".

(٣) في: ظ "على أصح الطريقتين".

(٤) في: ظ "فإن".

(٥) في: ز "أب".

(٦) في: ز "مباشرة".

(٧) في: أ، ب "لعصبات".

[فصل في: أحكام الولاء]

[قال الرافي]: قد ذكرنا في أول الولاء: أن النظر في سببه، وحكمه، وقد حصل الفراغ من النظر في سببه.

وأما حكمه فالولاء إحدى^(١) جهات العصوبة، ومن يرث به لا يرث إلا بالعصوبة ويتعلق به ثلاثة أحكام الميراث، وولاية التزويج وتحمل العقل^(٢)، وقد ذكرناها في مواضعها.

وإذا مات العتيق ولا وارث له من جهة النسب، فولأؤه لمعتقه يرث جميع ماله، وإن كان له من يرث بالفرضية، وفضل شيء أخذ المعتق ما فضل عن الفرض.

ثم في الفصل مسائل: إحداها: إن لم يكن المعتق حياً، ورث بولاية أقرب عصباته ولا يرث أصحاب فروض المعتق، ولا الذين يتعصبون بغيرهم، فإن لم يجد للمعتق عصابة من النسب، فالميراث لمعتق المعتق، فإن لم يبق فلعصبات معتق المعتق، فإن لم يوجد فلمعتق معتق المعتق، ثم لعصباته، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده.

قال الإمام رحمه الله: وهذا بعينه هو الذي ذكرناه في تعدي الولاء يعني إلى الأولاد، والأحفاد ومعتقيهم^(٣).

وأوضحه بالمثال فقال: زيد أعتق سالماً فولد لسالم^(٤) ابن اسمه عبد الله، فأعتق عبد الله عبداً ومات عبد الله وأبوه سالم وبقي معتق أبيه زيد، ثم مات عتيق عبد الله ورثه زيد، لأنه لما ثبتت له النعمة على سالم أبي عبد الله، ورث بولائه ثم للأصحاب رحمهم الله عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً وهي أنه يرث العتيق

(١) في: ظ "فالولاء" أحد العصوبة".

(٢) "العقل": الدية: ومنه قولهم: عَقَلَ القَتِيل، فهو عاقل: إذا غرم دَيْتَهُ. وتسمى الجماعة: عاقلة، وسُمِّيَت الدية عقلاً لأن الإبل كانت تُعَقَلُ بفناء أولياء المقتول، أي تشد في عُقْلِهَا لتسلم إليهم ويقبضوها. انظر: المصباح المنير ٤٢٢/٢. وانظر: المطلع على أبواب المقنع ٣٦٨.

(٣) في: أ "ومعتقيهم".

(٤) في: ظ "سالم".

بولاء المعتق ذكرٌ يكون عصابة للمعتق لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفة^(١) العتيق،
وخرجوا عليها مسائل.

منها: إذا مات العتيق، وللمعتق ابن وبنت، أو أب وأم أو أخ وأخت فالميراث
للمعتق في هذه الصورة دون الأثني، ولا يرث النساء بولاء الغير أصلاً، نعم إذا باشرت
المرأة الإعتاق أو عتق^(٢) عليها مملوكٌ لها ثبت لها الولاء عليه، كما للرجل لقوله ﷺ
"الولاء لمن أعتق"^(٣)، وروى أن بنتاً لحمزة أعتقت جارية فماتت الجارية عن بنت، وعن
المعتقة فجعل النبي ﷺ نصف ميراثها للبنت، والنصف للمعتقة^(٤) وكما يثبت لها^(٥)
الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل، والقول في أن المرأة لا
ترث بولاء الغير، وترث بولاء المباشرة قد ذكره مرة على الاختصار في "الفرائض"^(٦)
وشرحناه حكماً وتوجيهاً.

(١) في: "صفة".

(٢) في: أ "أعتق".

(٣) الحديث: متفق عليه وقد سبق تخريجه ص ١٠٦٢.

(٤) الحديث. قال عنه ابن حجر في التلخيص ٨٠/٣.

"النسائي وابن ماجه من حديثها، وفي إسناد ابن أبي ليلى القاضي، وأعله النسائي بالإرسال،
وصحح هو والدارقطني الطريق المرسله.وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني وقال "تنبية" صرح الحاكم في المستدرک في هذا
الحديث، بأن أسماها أمامة، ورواه أحمد في مسنده من طريق قتادة عن سلمى بنت حمزة فذكره.

قال البيهقي: اتفق الرواة على أن ابنة حمزة هي المعتقة.

وقال إبراهيم النخعي: توفي مولى لحمزة بن عبد المطلب، فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف
طعمة، قال: وهذا غلط.قلت: قد روى الدارقطني من حديث جابر بن زيد عن ابن عباس: أن مولى حمزة توفي، وترك ابنته
وابنة حمزة، فأعطى النبي ﷺ: ابنته النصف وابنه حمزة النصف، وجاء في مصنف ابن أبي شيبة
أنها فاطمة، وأخرجه الطبراني في الكبير أيضاً".انظر: سنن ابن ماجه ٩١٣/٢، كتاب الفرائض، باب ميراث الولاء، وسنن البيهقي ٥١٠/١٠،
كتاب الولاء، باب الولاء للكبير ثم قال "هذا مرسل، وقد روي من وجه آخر مرسلًا وبعضها
يؤكد بعضها، وقد مضى ذلك بشواهد...".

(٥) في: أ "له".

(٦) انظر: الوجيز ٢٦٣/١، والعزیز ٤٧٩/٦ و ٤٨٠.

ومنها: لو أعتق عبداً ومات عن اثنين فولاء العتيق لهما فإن مات أحدهما وخلف ابناً فولاء العتيق لأخيه، وإن كان ميراثه لابنه، لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق، كان عصبته الابن دون ابن الابن.

مسألة: لو
أعتق عبداً،
ومات عن
اثنين

وهذه الصورة ونحوها معنى ما روى عن عمر وعثمان رضي الله عنهما "أن الولاء للكبير" والمراد^(١) "الكبير في الدرجة والقرب دون السن". ولو مات المعتق عن ثلاث بنين ومات أحد البنين عن ابن وآخر عن أربعة وآخر عن خمسة فالولاء بينهم بالسوية حتى إذا مات العتيق ورثوه أعشاراً، لأنه لو مات المعتق يؤمئذٍ ورثوه كذلك، ولو ظهر للمعتق مال كان ثلثه للابن، وثلثه للأربعة وثلثه للخمسة، لأن المال انتقل إلى آباءهم، ثم من الآباء إليهم.

ولو أعتق عبداً ومات عن أخ من الأبوين، وآخر من الأب فماله للأخ من الأبوين، وكذا ولاء عتيقه على الأصح، فلو مات الأخ من الأبوين، وخلف ابناً، والأخ^(٢) الآخر، فولاء العتيق للأخ^(٣)، وإن كان ميراثه للابن، لأن المعتق لو مات بدلاً عن العتيق كان عصبته الأخ^(٤) من الأب دون ابن الابن.

مسألة أعتق
مسلم عبداً
كافراً، ومات
عن ابنين
مسلم وكافر
ثم مات العتيق

ومنها: أعتق مسلم عبداً كافراً ومات عن ابنين مسلم وكافر، ثم مات العتيق فميراثه للابن الكافر، لأنه الذي يرث المعتق لو مات المعتق^(٤) بصفة الكفر.

ولو أسلم العتيق ثم مات فميراثه للابن المسلم، ولو أسلم الابن الكافر ثم مات

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٥/٤ "حديث عمر وعثمان أن الولاء للكبير". رواهما البيهقي من طريق سعيد بن المسيب عنهما، ورواه عبد الرزاق عن الثوري عن منصور عن إبراهيم: "أن عمر وعلياً وزيد بن ثابت كانوا يجعلون الولاء للكبير، وعن يزيد عن أشعث عن الشعبي عن الثلاثة مثله، ورواه سعيد بن منصور من طريق مغيرة عن إبراهيم عن علي وزيد بن عبد الله" أ.هـ.

انظر: البيهقي ٥١٠/١٠، كتاب الولاء - باب الولاء للكبير، المصنف ٣٠/٩، كتاب الولاء - باب الولاء للكبير. وقد ورد بهامشه تعريف الكبير "يعنون بالكبير ما كان أقرب بأب، أم أم".

(٢) "الأخ" ليست في: ظ. (١) مكرر. في ز "عصبة للأخ".

(٣) في: ظ "للأخ" من الأبوين.

(٤) "لو مات المعتق" ليست في: أ.

العتيق مسلماً فالمرث بينهما ذكره في "التهذيب"^(١)

المسألة الثانية:
الذين يرثون
بإولاء العتيق
من عصبانه

المسألة الثانية: الذين يرثون بإولاء العتيق من عصباته يترتبون ترتب عصابات النسب إلا في مسائل مذكورة في "الفرائض".

منها: أخ العتيق وجده إذا اجتمعا متساويان في أحد القولين ويتقاسمان^(٢) كما في النسب ويتقدم الأخ في أحدهما: وإذا قلنا: به تقدم ابن الأخ أيضاً، وإن رأينا المقاسمة فالأخ من الأبوين لا يعاد بالأخ من الأب على الظاهر.

وفيه وجه آخر ذكرناه في "الفرائض"^(٣) وإذا راجعت الشرح هناك أعلمت قوله "ههنا والأخ لا يقاسم" بالحاء والألف.

وقوله "ولا يعاد" بالواو.

ولو قدم قوله "ولا يعاد بالأخ من الأب" على مسألة الأخ من الأبوين، والأخ من الأب^(٤) لكان أحسن، لأنه يتعلق بصورة الجد والأخوة^(٥)

ومنها: في أخ العتيق من الأبوين مع^(٦) أخيه من الأب طريقان:

أحدهما: تقديم الأخ من الأبوين.

والثاني: أن فيه قولين وهو المذكور في الكتاب^(٧) ويجوز إعلام لفظ "القولين" بالواو والمسألان معاً مذكورتان في الكتاب في الفرائض معادتان ههنا لكن مع زيادات.

ومنها^(٨): حكى الإمام عن أبي حامد المرورودي رحمه الله: أنه إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم فالمرث كله للذي هو أخ لأم.

(١) انظر: التهذيب ٤٠٣/٨، والروضة ١٧٦/١٢.

(٢) في: ظ "فيتقاسمان".

(٣) انظر: الوجيز ٢٦٢/١، والعزيز ٤٧٤/٦.

(٤) "والأخ من الأب" ليست في: زه.

(٥) في: ب "والأخ".

(٦) في: ظ "من".

(٧) "ويجوز اعلام لفظ ٠٠٠ في الكتاب" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "وهاهنا".

قال: ولم نر هذا إلاله وهو غلط عند المحققين، لأن أخوة الأم لا توجب قوة في النسب، فكيف توجب القوة في الولاء.

والوجه الحكم باستوائهما، وقد أوردنا الصورة في الفرائض.

وإذا تأملت ما أوردناه هناك عرفت: أن المذهب ما حكاه عن أبي حامد وتعجب مما ساقه الإمام هاهنا^(١).

الثالثة^(٢): الانتساب في الولاء، قد ينتظم من محض الإعتاق كمعتق المعتق، ومعتق المعتق الثالثة: معتق المعتق، وقد ينتظم مركباً من^(٣) الإعتاق والنسب، كمعتق الأب وأبي المعتق ومعتق الانتساب أبي المعتق في الولاء.

وقد سبق تصوير معتق أبي المعتق، وأنه وارث في الجملة.

وإذا تركب الانتساب فقد يشبهه^(٤) حكم الولاء ويغالط به المغالط مثل أن يقول: إذا اجتمع أبوالمعتق ومعتق الأب فأيهما أولى؟ والجواب: أنه إذا كان للميت أبو معتق كان له معتق، وكان قد مسه الرق ولحقه العتق، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً كما سبق، فلا معنى لمقابلة أحدهما بالآخر، وطلب الأولوية.

وإذا اجتمع معتق أبي المعتق ومعتق المعتق فمعتق المعتق أولى، لأنه يستحق^(٥) ولاء المعتق^(٦) بالمباشرة، ومعتق أبيه يستحقه^(٧) بالسراية وولاء المباشرة أقوى، ولذلك لا ينجر ولاء المباشرة^(٨) وينجر ولاء السراية.

(١) "هاهنا" ليست في: أ.

(٢) في: ز "المسألة الثانية".

(٣) في: ظ "كما مرّ في".

(٤) في: ظ "يشبه".

(٥) في: ظ "مستحق".

(٦) في: أ "العتق".

(٧) في: ظ "يستحق".

(٨) "ولا ينجر ولاء المباشرة" ليست في: ظ.

وإذا^(١) اجتمع معتق أبي المعتق، ومعتق معتق المعتق، فقد يظن ظناً غلطاً، لأن^(٢) الأول أولى لاولائة^(٣) بالولادة.

والصواب: أن الثاني أولى، لأن المعتق الأخير في النسبة المذكورة انتسب إليه شخصان، أحدهما معتق أبيه، والثاني معتق معتقه ومن له معتق معتق فقد مسه الرق ويثبت عليه ولاء المباشرة وهو أقوى ذكره الإمام وغيره.

(قال [الغزالي]: فروع الأول^(٤) اشترى أخ وأخت أباهما فعتق عليهما، ثم أعتق الأب عبداً ولم يخلف العتيق إلا الأخ والأخت^(٥) فالمال كله للأخ، لأنه عصبه المعتق، ولا شيء للبنت التي هي معتقة المعتق، بل لو خلف ابن عم المعتق والبنت، لكان ابن العم أولى، ولو مات هذا الأخ ولم يخلف إلا أخته، فلها ثلاثة أرباع ميراثه النصف بالأخوة والنصف الباقي بولائها على نصف أبيه، لأن أباها ولد معتقها.

وكذلك^(٦) إن مات الأب ولم يخلف إلا البنت، فلها النصف بالبنوة والنصف الباقي لولائها على نصف الأب).

[فصل: وفيه فروع: الأول إذا اشترت المرأة أباهما فعتق عليها، ثم أعتق الأب عبداً، ومات بعد موته].

[قال الرافعي]: إذا اشترت المرأة أباهما فعتق عليها، ثم أعتق الأب عبداً، ومات عتيقه بعد موته، نظر: إن لم يكن للأب عصبه من النسب فميراث العتيق للبنت، لا لأنها بنت معتقة، فقد سبق أن بنت المعتق لا ترث، ولكن لأنها معتقة المعتق، وإن كان له عصبه من أخ أو عم أو ابن عم قريب أو بعيد، فميراث العتيق له، لأنه عصبه المعتق من النسب ولا شيء للبنت لأنها معتقة المعتق ومعتق المعتق يتأخر عن عصبه النسب.

(١) في: أ "وإن".

(٢) في: أ "قد".

(٣) في: ب، ظ "لاولايه".

(٤) "الأول" ليست في: أ.

(٥) في: أ "الأخت".

(٦) في: ز "ولو مات".

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: وسمعت بعض الناس يقول: قد أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاضٍ لأنهم رأوها أقرب وهي عصبة له بولائها عليه.

ولو اشترى أخ وأخت أباهما، فعتق عليهما ثم أنه أعتق عبداً ومات العتيق بعد موت الأب، وخلف الأخ والأخت، فميراثه للأخ دون الأخت، من جهة أنه من عصبة المعتق من النسب، وهي معتقة المعتق، بل لو كان الأخ قد مات من قبل موت أبيه وخلف ابناً أو ابن ابن، أو كان للأب المعتق ابن عم بعيداً فهو أولى من البنت.

ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب ولم يخلف إلا أخته^(١) فلها نصف الميراث بالأخوة، ونصف الباقي لأن لها نصف ولاء الأخ لإعتاقها نصف الأب فيسترسل الولاء على أولاده، ويكون لها نصف ولاء الأخ، وللأخ نصف ولائها، فيجتمع لها ثلاثة أرباع الميراث النصف بالأخوة، والربع بأنها معتق نصف الأب.

ولو مات الأب ثم مات الابن ثم مات العتيق، ولم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً، النصف، لأنها معتقة نصف المعتق، والنصف الباقي لثبوت ولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف ابنه فهي معتقة نصف أبي معتق معتقه، والربع الباقي في هذه الصورة والتي قبلها لبيت المال.

وأما قوله في الكتاب "وكذلك"^(٢) إن مات الأب ولم يخلف إلا البنت فلها النصف بالبنوة ونصف الباقي لولائها على نصف الأب" فهذه الصورة^(٣) لا ذكر لها في "الوسيط" ولم أر لها في "النهاية" أيضاً والمفهوم مما ساقه انحصار حقها في النصف والربع، لكن كلام الأصحاب رحمهم الله: منهم الشيخ أبو علي وأبو خلف السلمي في فرع آخر: يتنازع في ذلك، وذلك^(٤) أنهم قالوا: لو اشترت أختان أباهما بالسوية فعتق عليهما، ثم مات الأب فلهما الثلثان، والباقي بالولاء ولو ماتت إحداهما بعد موت الأب، وخلفت الأخرى، فلها النصف بالأخوة ونصف الباقي بولائها على نصف الأخت بإعتاقها نصف أبيها وأما

(١) في: أ "أخيه".

(٢) في: ب "ولذلك".

(٣) "الصورة" ليست في: ز •

(٤) "وذلك" ليست في: أ.

الربع الباقي فقد أطلق في "التهذيب": أنه لبيت المال، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمها حرة أصلية، فأما إذا كانت معتقة فلموالي الأم ولاء الأختين بإعتاق الأم، وإذا أعتقنا الأب جرت كل واحدة منهما نصف ولاء أختها إلى نفسها، وهل تجر ولاء نفسها؟ ويسقط، أو يبقى لموالي الأم؟ فيه خلاف قد تقدم^(١).

فإن قلنا يبقى لموالي الأم وهو الظاهر، فالرابع الباقي يكون لموالي الأم، وإن قلنا: تجر ويسقط فهو لبيت المال.

ولو ماتت إحدى الأختين، ثم مات الأب وخلف الأخرى، فلها سبعة أثمان ماله النصف بالبنوة وهو أربعة من ثمانية، ونصف الباقي وهو سهمان، لأنها معتقة نصفه، ونصف الربع الباقي وهو سهم، لأن الربع الباقي كان للأخت الأخرى لو كانت باقية لولائها على نصف الأب، فإن كانت ميتة أخذت هذه نصفه، لأن لها نصف ولاء الأخت بإعتاقها نصف أيها.

وأما الثمن الباقي إذا كانت أمها معتقة، فهو لموالي الأم على الأظهر، لأن نصف ولاء الميتة يبقى لهم.

وإن قلنا: لا يبقى فهو لبيت المال.

وصورة الكتاب مثل هذه الصورة.

ولو اشترتا الأب وعتق عليهما ثم أنه أعتق عبداً ومات العتيق بعد موته، وخلف البنيتين فجميع المال لهما بالولاء، لا لأنهما بنتا معتقه، لكن لأنهما معتقتا معتقة.

(قال [الغزالي]: أختان خلقنا حرتين، اشترت إحداهما أباها والأخرى أمهما، فكل واحدة مولاة صاحبتهما، لأن ولاء الأم يمكن انجراره إلى مشترية الأب، إذ لا يمكن أن يكون مولى نفسه.

وقيل: إنه ينجر ويسقط فلا ولاء^(٢) على مشترية الأب لمشترية^(٣) الأم).

(١) انظر: ص ١٧٨.

(٢) في: ظ "فالولاء".

(٣) "الأب لمشترية الأم" ليست في: أ.

[قال الرافعي] أخوان أو اختان ليس عليهما ولاء مباشرة وإليه أشار في الكتاب
 بقوله "خلقتا حرتين" وأبواهما مملوكان اشترت إحداهما أباهما فعتق عليها والأخرى
 أمهما فعتقت^(١) عليها.
 الفرع الثاني
 أختان ليس لهما
 ولاء مباشرة
 وأبواهما
 مملوكان اشترت
 إحداهما
 الأب، والأخرى
 الأم. فعتقا
 عليهما ونحو
 ذلك

وتصور المسألة فيما إذا كانوا جميعاً كفاراً فخرج إلينا الولدان مسلمين، ثم
 استرققنا الأبوين، وفيما إذا غرَّ عبدٌ بحرية أمة فنكحها، وأولدها على ظن الحرية ولدين.
 إذا^(٢) عُرِفَ ذلك فولاء الأب للتي^(٣) اشترته، فإذا مات عنهما فلهما الثلثان بالبنوة
 والباقي لها بالولاء وولاء الأم للتي اشترتها فإذا ماتت عنهما فلهما الثلثان، والباقي لها.

وأما الأختان فلمشترية الأب الولاء على مشترية الأم تبعاً للولاء على الأب فإذا
 ماتت مشترية الأم وخلفت مشترية الأب فلها النصف بالأخوة والباقي^(٤) بالولاء.

وهل لمشترية الأم الولاء على مشترية الأب؟ بيني ذلك على أن من عليه الولاء
 لمعتق أمه، إذا اشترى أباه فعتق عليه، فهل يبقى الولاء عليه لمعتق الأم أو يجر ولاء نفسه
 ويسقط؟ فيه خلاف قدمناه.

وقوله في "الكتاب": "لأن ولاء الأم لا يمكن انجراره إلى مشترية الأب" أراد به
 الوجه الأظهر من ذلك الخلاف، ووجه بأنه لو انجر لصار هو مولى نفسه، ولا يمكن أن
 يكون الإنسان مولى نفسه.

وقوله: "وقيل: إنه ينجر، ويسقط" هو الوجه المنسوب إلى ابن سريج رحمه الله
 وتخرجه وقد ذر كناهما من قبل.

فإن قلنا: يبقى الولاء لمعتق الأم فلمشترية الأم الولاء أيضاً على مشترية الأب، وإذا
 ماتت فالحكم كما ذكرنا في الطرف الأول. وإن قلنا: لا يبقى فلا ولاء لها على مشترية
 الأب، وإذا ماتت فلها النصف بالأخوة والباقي لبيت المال.

(١) في: ز "واعتقت".

(٢) في: ظ "وإذا".

(٣) في: ظ "للذي".

(٤) "وأما الأختان . . . والباقي بالولاء" ليست في: ظ.

ولو اشترت الأختان أباهما ثم اشترت إحداهما مع الأب أبا الأب وعتق عليهما
ثم مات الابن فللبنتين الثلثان و^(١)للأب السدس بالفرضية والباقي بعصوبة النسب، فإن
مات الجد بعد موت الأب فلبني الابن الثلثان بالبنوة والباقي^(٢) وهو الثلث نصفه للتي^(٣)
اشترته مع الأب لإعتاقها نصفه، ونصفه الآخر بينهما لإعتاقهما معتق نصفه.

ولو ماتت^(٤) إحداهما بعد ذلك وخلفت الأخرى، فعلى ما سبق. ولو اشترت
الأختان أمهما ثم اشترت الأم أباهما، وأعتقته للأختين الولاء على الأم بالمباشرة، وللام
الولاء على أبيهما بالمباشرة وعليهما، لأنهما معتقة^(٥) أبيهما.

[فإن ماتت الأم بعد ذلك فلها الثلثان بالبنوة والباقي بالولاء^(٦)]، لأنهما معتقتا
معتقه والنساء يرثن ممن أعتقن، ومن أعتقه من أعتقن، وإن ماتت^(٧) إحدى الأختين بعد
ذلك وخلفت الأخرى، فلها النصف بالأخوة ونصف ما بقي لإعتاقها نصف معتقه
أبيهما، والباقي لبيت المال.

ولو اشترت الأختان أباهما ثم اشترت إحداهما مع الأب أحاً لها من الأب يعتق
نصفه على الأب وهو معسر^(٨) وأعتقت المشترية النصف الآخر.

قال أبوخلف السلمي: إن مات الأب فماله لابنه وبنتيه^(٩) للذكر مثل حظ
الأنثيين، فإن مات الأخ بعد ذلك فلاختيه الثلثان، والباقي نصفه للأخت المشترية لإعتاقها
نصفه، ونصفه الآخر حصة الأب لو كان حياً فيكون بعد موته لابنتيه، لأنهما معتقاته
فتكون القسمة من اثني عشر لمشترية الأخ منها سبعة وللأخرى خمسة.

(١) "و" ليست في: ظ. مكرر: في ب "أب الاب وعتق عليها".

(٢) في: أ "والباقي يعصوبة".

(٣) في: ظ "للذي".

(٤) في: أ "مات".

(٥) في: ظ "معتقا".

(٦) قوله: "فإن ماتت . . . والباقي بالولاء" ليست في: ظ.

(٧) في: أ "مات".

(٨) في: ظ "موسر".

(٩) في: ظ "وبنته".

ولو ماتت التي لم تشتتر الأخ أولاً، ثم مات الأب ثم مات الأخ فمال التي ماتت أولاً لأبيها ومال الأب^(١) لابنه وبنته أثلاثاً، ومال الأخ نصفه لأخته بالنسب، ولها نصف الباقي بإعتاقها نصفه، والباقي وهو الربع حصة الأب لو كان حياً فيكون لابنته، لأنهما معتقتاه، وإحداهما ميتة فللباقية^(٢) حصتها، وحصة الميتة تكون لمواليها، ومواليها الأخت الباقية وموالي الأم، فيجعل بينهما بالسوية، وهذا مفروض فيما إذا كانت^(٣) معتقة، وإلا فهو لبيت المال والله أعلم.

(قال [الغزالي] الثالث^(٤)): اشترت أختان أمهما ثم شاركت الأم^(٥) أجنبياً في شراء أبيهما، فإذا ماتت إحدى الأختين، ولم تخلف إلا الأخت الأخرى^(٦)، فالنصف لها بالأخوة والباقي للأجنبي، والأم^(٧) فإنهما^(٨) معتقتا^(٩) أبيهما، لكن الأم ميتة فيرجع نصيبها إلى الأختين لأنهما أعتقها^(١٠)، لكن إحداهما ميتة وحصل^(١١) لها^(١٢) الثمن فيرجع إلى الأجنبي^(١٣) وأمهما^(١٤) ومن الأم إلى الميتة والحية ويدور، ولا ينقطع، فالصواب^(١٥): أن يقسم المال من ستة فيكون لها النصف بالأخوة والباقي ثلاثة يُقسَّم

-
- (١) قوله: "ثم مات الأب . . . ومال الأب" ليست في: ظ.
 - (٢) في: ظ "فيكون للباقية".
 - (٣) في: أ "من معتقة".
 - (٤) في: أ "الثالثة".
 - (٥) "الأم" ليست في: أ، ب.
 - (٦) "الأخرى" ليست في: أ، ب.
 - (٧) "الأم" ليست في: ظ.
 - (٨) في: أ "فأيهما".
 - (٩) في: ظ "معتقا".
 - (١٠) في: أ "أعتقها". وفي ب، ز "أعتقناها".
 - (١١) في: ظ "وقد حصل".
 - (١٢) "لها" ليست في: ب.
 - (١٣) في: ب "الأختين".
 - (١٤) "وأمهما" ليست في: أ.
 - (١٥) في: ظ "والصواب".

عليها، وعلى الأجنبي أثلاثاً للأجنبي سهمان، ولهما سهم فتحصل هي على أربعة، لأن الثمن الدائر كلما رجع إلى الميتة حصل للأجنبي ضعف ما للأخت).

[فصل في الفرع الثالث: أختان لا ولاء عليهما اشترتا أمهما فعتقت عليهما وفيه أربع صور]

[قال الرافعي: أختان لا ولاء عليهما اشترتا أمهما فعتقت عليهما، ثم إن الأم شاركت أجنبياً في شراء أبي الأختين، وإعتاقه فللأختين الولاء على أمهما، وللأم والأجنبي الولاء على الأب وعلى الأختين لأنهما معتقتا^(١) أبيهما، فلكل واحد منهما نصف ولاء كل واحدة منهما ثم الكلام في صور.

[الصورة الأولى إذا ماتت الأم ثم مات الأب ثم إحدى الأختين]

إحداها: إذا ماتت الأم ثم مات^(٢) الأب ثم إحدى الأختين، أما الأم فثلث مالها للأختين بالبنوة والباقي لهما بالولاء، وأما الأب فثلثا ماله لهما أيضاً بالبنوة وما بقي فللأجنبي نصفه، لأنه أعتق نصفه، والنصف الآخر للأختين، لأنهما معتقتا^(٣) معتقة نصفه. وأما الأخت فللأخرى^(٤) النصف من مالها بالأخوة، ونصف الباقي وهو الربع للأجنبي، لأنه أعتق نصف أبيها، والربع الباقي كان للأم لو^(٥) كانت حية، لأنها معتقة النصف الآخر، فإذا كانت ميتة فنصيبها للأختين، لأنهما معتقتاها فتأخذ الأخت الباقية نصفه وهو الثمن، ويرجع الثمن الذي هو حصة الميتة إلى من له ولاؤها وهو الأجنبي، والأم وما للأم، يرجع إلى الحية والميتة، وحصة الميتة إلى الأجنبي، والأم، وهكذا^(٦) يدور ولا ينقطع، ولذلك يسمى^(٧) سهم الدور، وفيما يفعل به وجهان.

(١) في: ظ "معتقا".

(٢) "مات" ليست في: ب، ز، ظ.

(٣) في: ظ "معتقا".

(٤) في: ظ "الأخرى".

(٥) في: أ "ولو".

(٦) في: ظ "والأخرى".

(٧) "يسمى" ليست في: ظ، وفي ب "سمي".

قال ابن الحداد رحمه الله: يجعل في بيت المال، لأنه لا يمكن صرفه بالنسب ولا بالولاء.

والثاني: حكاه الشيخ^(١) أبو علي عن بعض الأصحاب، وحكاه الإمام عن الشيخ: أنه يقطع السهم الدائر، وهو الثمن، ويجعل كأنه لم يكن، ويقسم المال على باقي السهام، وهو سبعة خمسة منها للأخت الباقية، وسهمان للأجنبي. وزيف الإمام الوجه الأول بأن الولاء ثابت ونسبة الدور معلومة، فيجب^(٢) تنزيل السهم الدائر وقسمته على تلك النسبة.

والوجه الثاني: بأن يضم ما تستحقه الأخت بالنسب إلى حساب الولاء وفض ما يؤخذ بالولاء على ما يؤخذ بالنسب لا معنى له ولا سبيل إليه، ثم قال: الوجه أن يفرد النصف ولا يدخله في حساب الولاء. وينظر في النصف المستحق بالولاء فيجد نصفه للأجنبي ونصفه للأم وما للأم يصير للأختين^(٣)، ثم نصيب^(٤) واحدة منهما يرجع نصفه إلى الأجنبي ونصفه إلى الأم، ومنها: إلى^(٥) الأختين فتبين من ذلك أن للأجنبي ضعف ما للأخت الواحدة، لأنه مثل ما للأم، وما للأم يتنصف بين الأختين.

فإذا المال بين الأجنبي، وبين الأخت بالأثلاث فيحتاج إلى عدد له نصف، ولنصفه ثلث، وأقله ستة، فيصرف نصف الستة إلى الأخت بالنسب، تبقى^(٦) ثلاثة، سهمان منها للأجنبي، وسهم للأخت، فجملة مالها أربعة من ستة. وهذا ما أورده صاحب الكتاب رحمه الله: ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "أن يقسم المال من ستة" بالواو^(٧) للوجهين السابقين على أن أبا خلف الطبري قال أكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنهم: على أن سهم الدور لبيت المال، كما ذكره ابن الحداد رحمه الله وإلى ترجيحه يميل^(٨) كلام ابن

(١) "الشيخ" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ ويجب.

(٣) في: ظ "لأجنبي".

(٤) مكرر "كل" ليست في أ.

(٥) "إلى" ليست في: ظ.

(٦) في: أ "فتبقى".

(٧) "بالواو" ليست في: أ.

(٨) في: ظ "ميل".

اللبان^(١) رحمه الله والله أعلم.

[الصورة الثانية إذا ماتت إحدى الأختين أولاً ثم ماتت الأم]

الصورة الثانية: إذا ماتت إحدى الأختين أولاً، ثم ماتت الأم فمال الأخت لأبويها للأم منه الثلث، وما بقي فللأب، وأما الأم فنصف ميراثها للبت^(٢) بالبنوة ولها نصف النصف^(٣) الباقي لإعتاقها نصف الأم، ونصفه الباقي للأب، لأنه عصبه معتقة^(٤) النصف الآخر من النسب ولا دور.

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: وفي مثل هذه المسائل لا يورث^(٥) بالزوجية إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية.

[الصورة الثالثة: مات الأب أولاً ثم إحدى الأختين، ثم الأم]

الثالثة: مات الأب أولاً، ثم إحدى الأختين ثم الأم، فأما الأب فثلثا ماله للبتين بالبنوة والباقي بين الأم والأجنبي لولائهما عليه، وأما الأخت فلأم من مالها الثلث وللأخت النصف والباقي بين الأم والأجنبي لأنهما معتقا أبيهما^(٦).

وأما الأم فنصف مالها للبت الباقية بالبنوة، ولها من النصف الباقي النصف لأنها أعتقت نصفها ونصفه الباقي في حصة البنت الأخرى، وكانت تأخذه لو كانت حية، فإذا كانت ميتة فهو لمواليها^(٧) الأم والأجنبي لكن الأم ميتة، فيأخذ الأجنبي نصفه وهو الثمن، ويرجع الثمن إلى الأختين لإعتاقهما الأم، وهذا سهم الدور.

(١) هو: محمد بن عبد الله بن الحسن البصري الفرضي، المعروف بابن "اللبان" كان إماماً في الفقه والفرائض. صنف كتباً كثيرة، ليس لأحد مثلها وعنه أخذ الناس. له مصنفات في الفرائض نقل عنه الرافعي في مواضع عدة، توفي سنة ثنتين وأربعمائة. رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ١٩٠/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٩٢/١.

(٢) في: ظ "ليبت المال" وهو خطأ.

(٣) في: أ "نصف".

(٤) في: أ "معتق".

(٥) مكرر: في ب "ترث" وقوله "المسائل لا يورث" ليست في ظ.

(٦) "أبيهما" ليست في: أ. وفي ز: "أبيها" وهو خطأ.

(٧) في: أ "لمواليها". وفي ب "لموليتها".

وفيه الخلاف الذي تبين^(١). وذكر ابن الحداد رحمه الله في هذه الصورة أن البنت بعد ما أخذت نصف مال الأم بالنسب، والرابع بالولاء، وأخذ الأجنبي الثمن يأخذ من الثمن الباقي نصفه أيضاً ويكون الباقي لبنت المال.

قال القفال وغيره: وهذا غلط فإن الثمن هو السهم الدائر، ولو جاز أن يعطى البنت منه شيئاً لأعطى الأجنبي مرة أخرى، وأيضاً فإنه طرح في الصورة الأولى سهم الدور بتمامه^(٢) وجعله لبنت المال، فليكن كذلك ههنا.

الصورة
الرابعة: بنتان
من معتقتين
اشترتا أباهما
فعتق عليهما

الرابعة: ماتت^(٣) البنتان أولاً يكون^(٤) مالهما لأبويها كما ذكرنا، فإن مات الأب بعدهما فماله للأم والأجنبي^(٥) بالولاء، فإن ماتت الأم بعد ذلك فنصف مالها للأجنبي، لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبنت المال.

مثال آخر للدور بنتان من معتقتين اشترتا أباهما فعتق عليهما، فإن قلنا: إن معتق الأب لا يجزئ ولاء نفسه من معتق الأم وهو الأظهر، فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لموالي أمهما ويثبت لكل واحدة منهما نصف ولاء الأب ونصف ولاء الأخرى، لأنها معتقة أبيها، فإذا مات الأب فلهما ثلثا ماله بالبنة، والباقي بالولاء، فإن ماتت الكبرى بعده فنصف مالها لأختها بالأخوة، ولها نصف الباقي وهو الربع لأنها معتقة أمها والباقي لموالي أم الكبرى، فإن ماتت الصغرى بعد ذلك فنصف مالها لموالي أمها والنصف الآخر حصة الكبرى وهي مئة فيكون لمن^(٦) له ولاؤها وولاؤها لموالي أمها وللصغرى فيأخذ موالى أمها نصفه، وهو الربع ويبقى الربع الباقي وهو سهم الدور، وفيه ماسبق من الخلاف، وإن ماتت البنتان أولاً ثم مات الأب فيقسم ماله على ثمانية أسهم لكل بنت أربعة فنصف نصيب الكبرى لموالي أمها، لأن لهم نصف الولاء عليها ونصفه للصغرى وهي مئة فيكون نصفه وهو الربع لموالي أمها ونصفه يرجع إلى الكبرى، وهو سهم

(١) في: ظ "سبق". وانظر: ص ١٠٨٨ -

(٢) "بتمامه" ليست في: ظ.

(٣) في: ز "مات".

(٤) "يكون" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ "ولالأجنبي".

(٦) في: ظ "كمن لا ولاء لها".

الدور، ونصيب الصغرى يقسم هكذا أيضاً، فإن جعل سهم الدور لبيت المال حصل لموالي^(١) كل واحدة منهما ثلاثة أثمان مال الأب وليت المال ثمانية^(٢).

واعلم أن الفرضين ضبطوا موضع حصول الدور فقالوا: إنما يحصل دور الولاء في المسألة إذا وجدت ثلاثة شروط.

أن يكون للمعتق^(٣) ابنين فصاعداً.

وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعداً.

وأن لا يكون الباقي منهم حائراً لمال الميت.

فإن اختل أحد هذه الشروط فلا دور.

ونختم الكتاب بفصل يشتمل على فروع من الولاء وغيره.

الفرع الأول
يجوز أن يفرض شخصان كل واحدٍ منهما مولى صاحبه من أعلى ومن أسفل، شخصان كل واحد منهما مولى صاحبه
كما إذا أعتق عبداً فأعتق العتيق أبا المعتق الأول، وكما إذا أعتق كافراً كافراً ثم استرق^(٤) مولى صاحبه
المعتق، وأسلم العتيق، فملكه وأعتقه.

الفرع الثاني
أختان لأب وأم أعتقهما إنسان فاشترتا أباهما وعتق عليهما^(٥) فلكل واحدة
أختان لأب
منهما نصف ولأب أبيها، ولا ولأب لواحدة منهما على الأخرى، لأن على كل واحدة
أم أعتقهما
منهما ولأب المباشرة، فإذا ماتت إحداهما فللأخرى نصف مالها بالأخوة والباقي لمعتقها
إنسان فاشترتا
أباهما، وعتق
عليهما
بالولاء.

الفرع الثالث:
أعتق أب وابن عبداً ومات الأب عن ابنين أحدهما المشتري، ثم مات العتيق
أعتق أب وابن
عبداء، ومات
الأب عن ابنين
أحدهما
المشتري
فنصف ماله للابن المشتري، والباقي بينهما، لأنهما عصبتا^(٦) معتق النصف .

(١) في أ "لوالى الأم". وفي : ز "أم".

(٢) في: ظ "ثماناً".

(٣) في: أ "المعتق".

(٤) في: ظ "اشترى".

(٥) في: ز "منهما".

(٦) في: أ "عصبا".

ولو مات الأب كما صورنا ثم مات الابن المشتري عن ابن ثم مات العتيق فنصف المال لولد الابن المشتري^(١) بولاء أبيه^(٢) ونصفه نعمه بولاء أبيه، ولا شيء لحاقد بولاء الجد.

الفرع الرابع:
اشترت أختان
لا ولاء عليهما
أباهما فعتق
عليهما

اشترت أختان لا ولاء عليهما أباهما فعتق^(٣) عليهما ثم اشترت إحداهما أمهما فعتقت عليها^(٤) فلكل واحدة نصف ولاء الأب، ونصف ولاء الأخرى تبعاً لولاء الأب، ولمعتقة الأم الولاء على الأم، وعلى نصف الأخت الأخرى تبعية ولاء الأم هذا هو الأظهر.

وعلى قول ابن سريج رحمه الله لا ولاء لمعتق الأم على من أبوه حرٌّ، فلا يثبت لمعتقة^(٥) الأم ولاء^(٦) النصف الآخر من الأخت^(٧).

فلو مات الأب، ثم ماتت التي لم تعتق الأم، فمال الأب للبتين، ثلثاه بالبنوة، والباقي بالولاء، والتي لم تعتق الأم ثلث مالها للأم، ونصفه للأخت بالأخوة، ونصف السدس الباقي بولائها على نصفها لإعتاقها^(٨) الأب، ولها نصفه^(٩) الآخر على الأظهر، بولائها على نصفه الآخر لإعتاقها^(١٠) الأم.

وعلى قول ابن سريج رحمه الله: نصف السدس الآخر لبيت المال، فإن ماتت الأم بعد ذلك^(١١) فليلبنت الباقية النصف بالبنوة والباقي^(١٢) بالولاء، فإنها التي أعتقتها.

(١) "عن ابن ثم . . . المشتري" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ "لوالء"

(٣) في: ز "فعتق".

(٤) في: أ "عليهما".

(٥) في: أ "لمعتق".

(٦) في: ظ "ولاء على".

(٧) في: ظ "من الآخر".

(٨) في: أ، ب "لاعتاق".

(٩) في: ز، ظ "نصف".

(١٠) في: أ، ب "لاعتاق".

(١١) في: ظ "بعدها".

(١٢) في: ظ "ونصف الباقي".

ولو ماتت التي أعتقت الأم بعد موت الأب فلأم الثلث، وللأخت النصف بالنسب ونصف السدس الباقي لإعتاقها نصف أبيها، والباقي لبيت المال^(١) فإن ماتت الأم بعدها، فللبنات الباقية النصف بالبنوة، والنصف الباقي بالولاء، لأنها معتقة نصف أبي معتقة الأم، وربع الباقي لبيت المال^(٢)

نكح عبداً حرةً أصليةً، وأخرى معتقة فأتت المعتقة^(٣) بولد، ومات فثلث ميراثه الفـ الفرع الخامس: نكح عبد حرة أصلية، وأخرى معتقة فأتت المعتقة^(٤) ما أخذها الموالي، ودفع إليهم، لأن عصبة النسب تتقدم على عصبة الولاء، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر^(٥) فلا يُسترد، لاحتمال حدوثه بعد ذلك، وليجيء المعتقة بولد فيه التفصيل^(٦) السابق في افتراض الزوج وعدمه.

في "فتاوى القفال" رحمه الله: أن المكاتب إذا اشترى بعض^(٧) أبيه يعتق بعته، كما يتكاتب عليه مادام مكاتباً، وإذا عتق فلا يقوم عليه الباقي، لأنه يقصد بأداء النجوم عتق نفسه، وعتق الأب يحصل تبعاً بغير قصده واختياره.

وأنه إذا قال مالك^(٨) العبد أعتق عبدك عني على كذا، وهو مستأجر فأعتقه، يجوز قولاً واحداً بخلاف البيع لقوة العتق، وكذا يجوز في العبد المغصوب والغائب إذا علم حياته.

في "فتاوى القاضي الحسين" رحمه الله أنه إذا قال لجاريته "جان بدر"^(٩) لا يعتق.

(١) بعد ذلك فللبنات . . . والباقي لبيت المال " ليست في: ظ.

(٢) من "فإن ماتت الأم . . . لبيت المال" ليست في: أ.

(٣) في: ظ "العتيقة".

(٤) في: أ "اشتر".

(٥) في: ظ "وأكثر".

(٦) في: ظ "الفصل".

(٧) في: ب "نصف".

(٨) في: ب "لمكاتب".

(٩) "جان بدر" كلمة فارسية معناها روح الوالد.

ولو قال لعبدته "شهر ازاد مردی" ^(١) يعتق: وأنه إذا ادعى عبد علي سيده العتق عند الحاكم، وحلفه فلما أتم يمينه قال علي وجه السخرية قم يا حر. أو قال "ازاد شدى" ^{(٢)(٣)} [خير] ^(٤) تحكم عليه بالحرية، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد" ^(٥) وعدَّ منها العتاق.

- (١) "شهره زاد مردی" كلمة فارسية معناها: "رجل حر".
- (٢) في: ب، ظ "شرى" وهي جملة.
- (٣) "ازاد شدى" جملة فارسية معناها: "تصير حرأ".
- (٤) "خير" هكذا في جميع النسخ. ولعلها زائدة لأن الكلام لا يستقيم معها والله أعلم.
- (٥) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٣. رواه الطبراني من حديث فضالة بن عبيد بلفظ "ثلاث لا يجوز اللعب فيهن، الطلاق، والنكاح، والعتق". وفيه ابن لهيعة، ورواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن بشر بن عمر، عن أبي لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن عبادة بن الصامت رفة: "لا يجوز اللعب في ثلاث الطلاق والنكاح والعتاق، فمن قالهن فقد وجبن" وهذا منقطع.
- وفي الباب عن أبي ذر رفة: "من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتاقه جائز، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز" أخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم بن محمد، عن صفوان بن سليم عنه، وهو منقطع، وأخرج عن علي وعمر نحوه موقوفاً.
- وفي هذا رد على ابن العربي، وعلى النووي. حيث أنكرا على الغزالي بإيراد هذا اللفظ. ثم قال النووي: المعروف اللفظ الأول بالرجعة، بدل الطلاق.
- وقال أبو بكر بن العربي: لا يصح قوله: ويروى: بدل العتاق: الرجعة.
- قلت: هذا هو المشهور فيه.
- وكذا رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم والدارقطني من حديث عطاء عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة باللفظ المذكور أولاً. وفيه بدل العتاق، الرجعة.
- قال الترمذي: حسن.
- وقال الحاكم: صحيح. وأقره صاحب الإمام وهو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن أدرك.
- وهو مختلف فيه.
- قال النسائي: منكر الحديث، ووثقه غيره فهو على هذا حسن. أ.هـ.
- انظر: ابوداود ٢/٢٥٩، من كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل.
- ابن ماجه ١/٦٥٧، من كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً.
- الترمذي ٤/٣٦٢، "تحفة الأحوذى، دار الفكر، من أبواب النكاح، باب ماجاء في الجسد والهزل في الطلاق.
- والدارقطني ٤/١٩، وبذيله التعليق المعني على الدارقطني.

ويحكى أنه جرى ذلك في مجلس ابن أبي ليلى فحكم بالعناق فأنهى إلى جعفر الصادق^(١) رضي الله عنه فقال: لا يعتق، لأن المقصود سلب الحرية كقوله تعالى ﴿وَدَقَّ إِنَّكَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾^(٢). وأنه إذا كانت جاريته حاملاً والحمل مضغة فقال: أعتقت مضغة هذه الجارية كان لغواً، لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لا يصح.

ولو قال: مضغة هذه الجارية حر فهو إقرار بأن الولد انعقد حرّاً وتصير الأم به أم ولد^(٣).

فرع لوقال:
مضغة هذه
الجارية حر.

وأنه لو قال لعبده: إن أخذك متغلبٌ فقل أنا حر، أو قال بالفارسية "أكرتواتر كمانان بكيرند تو كو من أزادم"^(٤) لا يعتق بهذا وهو كذب.

وكان القاضي يلحق عبده ذلك.

وكذا لو قال: "من تونام إزادان نهادم"^(٥) لا يعتق.

وأنه لو قال لعبده^(٦): أعتقك الله، أو الله أعتقك، فقد قيل: يفرق بين اللفظين، لأن الأول دعاء، والثاني إخبار.

فرع لو قال
لعبده أعتقك
الله أو الله
أعتقك.

قال القاضي: وعندي لا يعتق^(٧) في الموضوعين.

= وأخرجه الحاكم في مستدركه ٢/٢١٦ من كتاب الطلاق ثم قال: "هذا حديث صحيح الإسناد، وعبد الرحمن بن حبيب هذا هو ابن أردك من ثقات المدنيين ولم يخرجاه" أ.هـ.

(١) هو: جعفر بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين الهاشمي العلوي أبو عبد الله الملقب "بالصادق" سادس الأئمة الإثني عشر عند الإمامية كان إماماً من أجداء التابعين - أخذ منه الإمامان أبو حنيفة ومالك - له رسائل - يقال إنها مجموعة في كتاب، ولد بالمدينة سنة ثمانين - وتوفي بها سنة ثمان وأربعين بعد المائة هجرية، وله من العمر ثمان وستون سنة وأشهرراً رضي الله عنه.

انظر ترجمته: شذرات الذهب ١/٢٢٠، والأعلام ٢/١٢٦.

(٢) سورة الدخان، آية ٤٩.

(٣) مكرر: قال النووي في الروضة ١٢/١٨٢ "ينبغي أن لا تصير حتى يقر يوطئها، لأنه يحتمل أنه حر من وطء أجنبي بشبهة" وفي ز "نورامام ازادنهادم".

(٤) جملة فارسية معناها: "إذا أمسك بك التركمان فقل: إني حر".

(٥) جملة فارسية معناها: "لقد أطلقت عليك اسم الأحرار".

(٦) "لعبده" ليست في: ز.

(٧) في: ز "لا عندي".

وعن العبادي: أنه يعتق في الموضوعين: في^(١) "الزيادات" لأبي عاصم العبادي: أنه
إذا قال: من بشرني من عبيدي بقدم فلان، فهو حر، فبعث عبدًا من عبيده عبدًا^(٢) آخر
ليشره بذلك فجاء وقال: عبدك فلان ينشدك بقدمه وأخبرني^(٣) لأخبرك، فالمبشر هو
المرسلُ دون الرسول.

وأنه إذا قال: إن اشتريت عبيدين في صفقة فلله عليّ أن أعتقهما فاشترى ثلاثة،
وإن اشتريت
عبيدًا في
صفقة فلله
وجب إعتاق اثنين لوجود الصفقة.

إذا ولدت المزني بها ولدًا فملكه الزاني لم يعتق عليه كما لا يثبت نسبه.

وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتق^(٤).

رأيت بخط القاضي^(٥) أبي المحاسن الروياني رحمه الله في فروع حكاها عن والده
وغيره من الأئمة رحمهم الله: أنه إذا قال لعبد أنت حر، مثل هذا العبد، وأشار إلى عبدٍ
آخر، يحتمل أن لا تحصل الحرية، لأن حرية^(٦) البدن غير ثابتة في المشبه به، فيحمل^(٧)
على حرية الخلق.

وأنه لو قال: أنت حر مثل هذا، ولم يقل هذا العبد فيحتمل^(٨) أن يعتقا^(٩)
والأصح^(١٠): أنهما لا يعتقان.

وأنه لو قال لآخر: أنت تعلم أن العبد الذي في يدي حر حكم بعته^(١١).

(١) في: ظ "وفي".

(٢) في: أ "عبد".

(٣) في: ز "فأخبرني".

(٤) مكرر انظر: الهداية ٥٣/٢.

(٥) "القاضي" ليست في: ز.

(٦) في: أ: حرته "قال النووي في الروضة ١٨٤/١٢ "قلت: ينبغي أن يعتق.."

(٧) في: ب "فيحتمل".

(٨) في: أ "فيحمل".

(٩) في: ز "يعتق".

(١٠) في: ظ "الأوضح" قال النووي في الروضة ١٨٤/١٢ "الصواب: هنا عتقهما".

(١١) في: ب "بحرته".

ولو قال: "يظن أنه حر" لم نحكم بعقته، لأنه لو لم يكن حراً لم يكن المقول له^(١) عالماً بحريته وقد اعترف السيد بعلمه، وصورة الظن بخلافه.

ولو قال ترى أنه حر، احتمل أن لا يقع، واحتمل أن^(٢) تحمل الرؤية على العلم ويقع.

وأنه لو ضرب عبد غيره فقال صاحب العبد للضارب: عبد غيري حر مثلك لا يحكم بالحرية^(٣)، لأنه لم يعين^(٤) عبده، وأنه إذا أعتق بعض مملوكه يسري إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق إلا في مسألة ذكرها بعض الأصحاب وهي: أنه إذا وكل إنساناً بإعتاق عبده، فأعتق الوكيل نصفه، ففي حصول العتق في النصف وجهان، وبالحصول قال أبو حنيفة رحمه الله.

وعلى هذا ففي عتق النصف الثاني وجهان.

أضعفهما: أنه يعتق وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: إلا أنه قال يستسعي في

الباقي^(٥).

وفي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أنه لو كان بين شريكين عبداً فجاء أجنبي، وقال لأحدهما: أعتق نصيبك عني بكذا فأعتقه عنه، فولأؤه للآمر، ويُقَوِّم نصيب الشريك على العتق دون الأمر، لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو الغرض الذي يحصل له.

وأنه لو قال أحد الشريكين للآخر: أعتق نصيبك عني بكذا، فأعتقه عنه فولأؤه

للآمر، ويقوم نصيب الأمر على المعتق، حكاها عن القاضي الطبري^(٦). والله أعلم.

فرع لو قال
أحد الشريكين
للآخر أعتق
نصيبك عني
بكذا فأعتقه
عنه

(١) في: ز "عليه".

(٢) في: أ "أنه".

(٣) في: ب "بحريته".

(٤) في: أ "يعتق".

(٥) انظر: الهداية ٥٥/٢، وفتح القدير ٢٦٠/٤.

(٦) قلت: الصواب في صورتين أنه لا يقوم عليه، لأنه لم يعتق عنه. والله أعلم. ذكره النووي في

الروضة ١٨٥/١٢.

كتاب التدبير

وفيه ثلاثة أركان

الركن الأول: في صيغ التدبير.

الركن الثاني: في من يصح تدبيره.

الركن الثالث: في أحكام التدبير.

الباب الأول في أركان التدبير

(قال [الغزالي]: كتاب التدبير والنظر في أركانه وأحكامه.

أما الأركان فهي^(١) اللفظ، والأهل، أما اللفظ فصريحه أن يقول^(٢): دبرتك أو أنت مدبر أو أنت حر، بعد موتي وقيل: إن لفظ التدبير كناية، والتدبير المقيد كالمطلق، وهو أن يقول: إن قتلت، أو مت من مرضي هذا فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي بيوم، فيعتق بعد موته بيوم، ولا يحتاج إلى الإنشاء.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت مدبر، فلا^(٣) يصير مدبراً ما لم يدخل الدار.

ولو قال شريكان^(٤) إذا متنا، فأنت حر، فلا يعتق شيء^(٥) منه بموت أحدهما حتى يموت الآخر، لكن^(٦) ليس للوارث بيعه حتى يموت الشريك [كما لو قال: إن دخلت^(٧) الدار بعد موتي فأنت حر، فإنه لا يبيعه قبل الدخول، وليس للوارث إبطال^(٨) تعليق الميت، كما ليس له إبطال عاريتته المضافة إلى ما بعد الموت).

[الركن الأول سيغ التدبير]

[قال الرافي] روي عن جابر رضي الله عنه أن رجلاً دبر غلاماً ليس له مال

غيره فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يشتريه مني فاشتره نعيم بن النحام^(٩).

(١) في: ظ "فهو".

(٢) في: ز "قوله" وليست في: ظ.

(٣) في: أ "لا".

(٤) "إن دخلت الدار . . . شريكان" ليست في: ز.

(٥) في: ز، ط "منه شيء".

(٦) "لكن" ليست في: ظ.

(٧) في: أ "إذا قال: إذا"

(٨) من قوله: "كما لو قال: إن . . . إبطال" ليست في: ظ.

(٩) الحديث: متفق عليه من حديث جابر رضي الله عنه.

انظر: البخاري في صحيحه ٢٤/٣، من كتاب البيوع، باب بيع الزائدة، ومسلم في صحيحه بشرح النووي ١٤٢/١١، من كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدبر. وانظر التلخيص ٢١٥/٤.

والتدبير: تعليق العتق بدبر الحياة ومن لفظه "الدبر" سمي تدبيراً. وقيل: سمي تدبيراً، لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه^(١) واسترقاقه، وأمر آخرته بإعتاقه، وهذا مردود إلى الأول أيضاً، لأن التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً، لأنه نظر في عواقب الأمر وأدباره^(٢)، وفي الكتاب نظران:

أحدهما: في أركان التدبير.

والثاني في أحكامه.

أما الأركان فهي:

الصيغة والأهل والمحل وترك ذكر المحل لوضوحه واقتصر على الكلام في الأولين.

أحدهما: الصيغة وفيه مسألتان:

إحدهما: ينعقد التدبير بالصريح وبالكناية مع النية، فالصريح، مثل أن يقول: أنت حر بعد موتي، أو أعتقتك، أو حررتك بعد موتي، أو إذا مت، أو متى مت فأنت حر أو عتيت.

فإذا مات عتق.

ولو قال: دبرتك أو أنت مدبر، فالنص أنه صريح^(٣) ويعتق العبد، إذا مات،

= ورواي الحديث هو: نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عوف القرشي العدوي المعروف بالنعيم صحابي "قيل له ذلك، لأن النبي ﷺ قال له: دخلت الجنة فسمعت نعمة من نعيم" والنعمة هي السعلة، وقيل النعمة: النحنة الممدودة آخرها" وله مناقب رضي الله عنه. استشهاد بإجنادين في خلافة عمر رضي الله عنه وقيل غير ذلك. انظر: الاستيعاب ٣/٥٥٥ و ٥٥٦، والإصابة ٥٦٧ و ٥٦٨.

(١) في: ظ "وإستخدامه".

(٢) انظر: تعريف التدبير لغة: معجم اللغة لابن فارس ٢/٣٢٤ و ٣٢٥، ولسان العرب، والمصباح المنير ١/١٨٨، والتعريفات للجرجاني ص ٥٤. والتعريف الإصطلاحي، ينظر: نهاية المحتاج ٨/٣٧٢، والنظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب ٢/٢٠٩، والمطلع على أبواب المقنع ص ٢١٥، ونهاية المحتاج ٨/٣٧٢.

(٣) انظر: الأم ٨/١٧، والمختصر ص ٣٢٢، والحاوي ٢٢/١١٤، والوسيط ٧/٤٩٥، والتهذيب ٨/٤٠٦، والروضة ١٢/١٨٦، ونهاية المحتاج ٨/٣٧٢.

ونص في الكتاب^(١) على أنه إذا قال: كاتبك على كذا لم يكف^(٢) حتى يقول: فإذا أدبت فأنت حر، أو ينويه، وفيهما طريقان للأصحاب نقل ناقلون الجواب في كل واحد من العقدين إلى الآخر، وخرجهما على قولين:

أحدهما: أنهما صريحان لاشتغالهما في معنيهما اشتغال البيع، والهبة، وسائر العقود في معانيها.

والثاني: كنايةان لخلوهما عن لفظ العتق، والحرية، ولا يكاد أن يستعملان عند إنشاء العقد إلا^(٣) مع التعرض للحرية.

وأظهرهما الجريان على النصين، وفرقوا بينهما بوجهين. أضعفهما: أن التدبير ظاهر المعنى مشهور عند كل احد والكناية^(٤) كمعناها^(٥) لا يعرفها إلا الخواص.

والثاني: أن التدبير كان معروفاً في الجاهلية، في معناه والشرع قد قرره، ولا يستعمل في معنى آخر، والكناية تقع على العقد المعلوم، وعلى المخارجة، وهي أن يوظف على العبد الكسوب كل يوم خراجاً، ولا يعتق به، فلا بد من التمييز باللفظ أو النية^(٦).

والكناية: مثل أن يقول: خليت سبيك بعد موتي، وينوي العتق.

ولو قال: دبرت نصفك، أو ربعك صح.

وإذا مات عتق ذلك الحر، ولم يسر.

ولو قال: دبرت يدك، أو رجلك^(٧). فعن القاضي الحسين رحمه الله: أن^(٨) فيه

-
- (١) انظر: الأم ٤٧/٨.
(٢) في: ز "لا يحصل العتق".
(٣) في: أ "إلا".
(٤) في: ظ "والكتابة".
(٥) في: ز "بمعناها".
(٦) انظر: الروضة ١٢/١٨٦، ومغني المحتاج ٤/٥٠٩.
(٧) في: أ "يديك أو رجلك".
(٨) في: أ "أنه".

وجهين بناء على أن قول القائل: زنا يدك^(١)، هل يكون قذفاً؟ ففي وجهٍ يصح، ويكون كله مدبراً وفي وجهٍ يلغو.

وعن "الأم"^(٢) أنه لو قال أنت حر بعد موتي، أو لست بحر، لم يصح التدبير، كما لا يحصل العتق، إذا قال: أنت حر أو لست بحر، والطلاق إذا قال: أنت طالق، أو لست بطالق.

المسألة الثانية: يصح التدبير مطلقاً وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط ومقيداً^(٣) بشرط في الموت، مثل: أن يقول: إن قتلت، أو مت حتف أنفي أو مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا، أو في هذا الشهر، أو في هذا البلد، فأنت حر، فإن مات على الصفة المذكورة فيعتق، وإلا فلا. وفي "جمع الجوامع" للرويان رحمة الله: أنه قال: في "البويطي" إذا قال: أنت حر إن مت من مرضي هذا^(٤) أو في سفري هذا، فمات من مرضه، أو في سفره، كان حراً لكنه وصية، وليس بتدبير.

ونقل القاضي ابن كج رحمة الله: مثله عن النص.

ويمكن أن يكون^(٥) هذا مصيراً إلى أن التدبير هو^(٦) تعليق العتق بمطلق^(٧) الموت، وأنه لا ينقسم إلى مطلق ومقيد، والظاهر الأول^(٨).

وتظهر فائدة الخلاف^(٩) في الرجوع على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ولو قال: إذا مت ومضى شهر أو يوم، فأنت حر، أو قال: أنت حر بعد موتي بيوم، فيعتق العبد بعد يوم من موته، ولا يحتاج إلى إنشاء إعتاق بعد الموت.

(١) في: ز "هل يدك زني".

(٢) في: ز "الإمام" وانظر: الأم ٤٧/٨.

(٣) في: ظ "أو مقيداً".

(٤) من قوله: "وفي سفري هذا . . . أنت حر إن مت من مرضي هذا" ليست في: ظ.

(٥) "يكون" ليست في: أ.

(٦) "هو" ليست في: ز.

(٧) في: أ "مطلوب" وهو خطأ.

(٨) انظر: الوسيط ٤٩٥/٧، والتهذيب ٤٠٧/٨، والروضة ١٨٦/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٩/٤.

(٩) في: ز "خلاف".

وقال أبوحنيفة^(١) رحمه الله: لا بد من مباشرة الإعتاق بعد موته بيوم، وكأنه أوصى بإعتاقه. وسياق الكتاب يشعر بعد هذه الصورة من التدبير المقيد، فإنه قال: "والتدبير المقيد كالمطلق، وهو أن يقول: أن قتلت، أو مت من مرضي هذا فأنت حر أو أنت حر بعد موتي بيوم".

وعد الصيدلاني رحمه الله: قوله: "إذا مت ودخلت الدار، فأنت حر".

وقوله في الكتاب: إذا مت ومضى شهر، فأنت حر" من التدبير المطلق من حيث أنه لم^(٢) يعتبر في نفس الموت شرطاً.

والذي أورده أكثرهم، منهم الشيخ أبو حامد والقاضيان ابن كنج والرويانى، وابن الصباغ رحمهم الله: أن ذلك ليس من التدبير المطلق ولا المقيد، وقالوا: مهما علق العتق بصفة بعد الموت كقوله إذا مت وشئت الحرية أو شاء فلان، أو إذا مت ثم دخلت الدار فانت حر، أو أنت حر بعد موتي إذا خدمت ابني سنة، فذلك ليس بتدبير، وإنما هو كسائر التعليقات.

جواز تعليق
التدبير

ويجوز تعليق التدبير، كما يجوز تعليق العتق، وذلك مثل: أن يقول: إذا أو متى دخلت الدار، فأنت حر بعد موتي أو فأنت مدبرٌ، فإذا دخل الدار صار مدبراً، ولا يشترط الدخول في الحال، ولكن يشترط حصوله في حال^(٣) حياة السيد^(٤) كما في سائر الصفات^(٥) المعلق عليها، فلو مات السيد قبل الدخول، فلا تدبير، ويلغو التعليق، إلا أن يصرح فيقول إذا دخلت الدار، بعد موتي أو إذا مت ثم دخلت الدار فأنت حر، فإنما يعتق بالدخول بعد الموت.

وأبدى الإمام في تعليق العتق بالدخول بعد الموت احتمالاً من طريق المعنى، وذكر أنه رمز إليه القاضي^(٦).

(١) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(٢) في: أ "لا".

(٣) "حال" ليست في: ب، ز.

(٤) في: ب "الموصى".

(٥) في: ظ "التعليقات".

(٦) في: ظ "القاضي إليه".

ولا تشترط^(١) المبادرة إليه بعد الموت، بل متى دخل الدار^(٢) عتق.

ولو قال: إذا مت ودخلت الدار، فأنت حر، قال في "التهذيب"^(٣) يشترط^(٤)

الدخول بعد الموت إلا أن يريد الدخول قبله.

ولو قال إذا مت فدخلت الدار وإذا مت فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما
سذكر في "التعليق بالمشيه". ولو قال الشريكان للعبد المشترك: إذا متنا فأنت حر، فلا
يعتق العبد، ما لم يموتا جميعاً، إما^(٥) على الترتيب أو معاً. لأنهما علقا عتقه بموتهما.
لوقال الشريكان للعبد المشترك إذا متنا فأنت حر.

ثم إن ماتا معاً ففي "الكافي" للرويانى رحمه الله: وجه أن الحاصل عتق تدبير،
لاتصاله بالموت، والظاهر أنه عتق الحصول^(٦) الصفة، لتعلق العتق بموته وموت غيره،
والتدبير أن يعلق العتق بموت نفسه^(٧).

وإن ماتا على الترتيب، فعن أبي إسحق رحمه الله: أنه لا تدبير أيضاً.

والظاهر: أنه إذا مات أحدهما يصير نصيب الثاني مدبراً لتعلق العتق بموته وكأنه
قال: إذا مات شريكي فنصبي منك مدبر، ونصيب الميت لا يكون مدبراً، وهو بين
الموتين للورثة^(٨) فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاتخدام والإجارة، وليس لهم
بيعة، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر^(٩)، وكذا إذا قال: إن دخلت الدار
بعد موتي، فأنت حر، ليس للوارث^(١٠) بيعه لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك
الآخر.

(١) في: أ، ب "وأنه لا يشترط".

(٢) "الدار" ليست في: ظ.

(٣) انظر: التهذيب ٤٠٧/٨.

(٤) في: ز "لا يشترط".

(٥) "إما" ليست في: ز.

(٦) في: أ "الحصول". وفي ب، ظ "بمصول".

(٧) "بموته وموت غيره . . . لتعلق العتق" ليست في: ب.

(٨) في: ظ "ملك للورثة".

(٩) "الآخر" ليست في: ز.

(١٠) في: أ "أن يبيعه".

وكذا إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر ليس للوارث بيعه بعد الموت^(١) وقبل الدخول^(٢) إذ ليس له إبطال تعليق الميث، وإن كان له أن يطله، كما إذا أوصى لإنسان بشيء ومات^(٣) لا يجوز للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه. وكذلك^(٤) من أعار^(٥) له الرجوع في العارية.

ولو قال أعيروا داري من فلان بعد موتي شهراً وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية.

هذا أظهر الوجهين. وفي الصورتين وجه آخر ينسب إلى صاحب "التقريب" رحمه الله: أن للورثة بيعه، لأن أحد شرطي العتق لم يوجد، فصار كما إذا قال: إن أكلت هذين الرغيفين، فأنت حر، فأكل أحدهما لا يمتنع بيعه.

وفي كسب العبد بين موتهما وجهان:

أحدهما: أنه معدود من تركة الميت.

وأظهرهما: أنه للوارث خاصة، وربما بني الوجهان على الخلاف في جواز البيع، إن جوزناه، فهو للوارث، وإلا فمن التركة.

وإذا عرفت ما ذكرناه فلك أن تعلم قوله في الكتاب: "وقيل: إن لفظ التدبير كناية" بالواو للطريقة القاطعة.

ويجوز أن تعلم قوله: "والتدبير المقيد كالمطلق" بالواو^(٦) لما سنذكر في الرجوع

عن التدبير.

وقوله: "ولا يحتاج إلى الإنشاء" بالحاء: وقوله: "ولكن ليس للوارث بيعه" بالواو.

(١) من قوله "لأنه صار . . . بعد الموت" ليست في: أ، ب.

(٢) "إذ" ليست في: أ.

(٣) "ومات" ليست في: أ.

(٤) في: ب، ز "وكذا".

(٥) في: ظ "أجاز".

(٦) "بالواو" ليست في: أ، ب، ظ.

وكذا قوله: "فإنه لا يبيعه قبل الدخول" وقوله: "كما لو قال: إن دخلت الدار بعد موتي" إلى آخره ليس أصلاً متفقاً عليه

فرع: عن نصه رضي الله عنه في الأم^(١) أنه لو قال الشريكان للعبد: أنت حبيس على أجرنا موتاً، فإذا مات عتقت فهو كما لو قالوا: إذا متنا فأنت حر إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون^(٢) لورثة الأول وههنا هي للآخر وكذلك الكسب، وكان أولهما موتاً أو وصى^(٣) لآخرهما موتاً. ولو قال أحد الشريكي: ن إذا مت فأنت حر، فإذا مات عتق نصيبه، ولم يسر.

[قال [الغزالي]: ولو قال أنت مدبر إن شئت، صار مدبراً إن شاء على الفور، ولو^(٤) قال متى شئت لم يشترط الفور، لكن لا بد من المشيئة في الحياة، إلا إذا قال إن شئت [بعد الموت فلا يشترط الفور بعد الموت^(٥)].

ولو قال: إذا مت فأنت حر^(٦) إن شئت فتكفي مشيئته في الحياة^(٧) في وجهه، وتكفي مشيئته بعد الموت^(٨) في وجهه ولا بد منهما في وجهه.

ولو قال: إن رأيت العين^(٩) فأنت حر، عتق بكل ما يسمى عيناً.

[فصل: في تعليق التدبير بالمشيئة]

[قال الرافعي] إذا قال لعبد: أنت حر إن شئت، فإنما يعتق إذا شاء على الفور، كما لو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت.

-
- (١) انظر: الأم ٢٣/٨.
 - (٢) "تكون" ليست في: ظ.
 - (٣) مكرر: في أ "أوصى بها".
 - (٤) في: أ، ظ "وإن".
 - (٥) "بعد الموت" ليست في: ظ.
 - (٦) "فأنت حر" ليست في: ظ.
 - (٧) بعد الموت . . . فيكفي مشيئته في الحياة" ليست في: أ.
 - (٨) في: ظ "بعد موته".
 - (٩) "العين" ليست في: ظ.

وعن صاحب "التقريب" والشيخ أبي علي رواية^(١) وجه: أن الفوز لا يشترط كما لو قال: إن دخلت الدار.

وهذا الوجه جار في الطلاق، وقد ذكرناه هناك^(٢).

ولو علق التدبير بمشيئة العبد فقال: أنت مدبر، إن شئت، أو: دبرتك إن شئت، أو قال: إن شئت فأنت مدبر أو: فأنت حر إذا مت، أو متى مت فلا يصير مدبراً إلا بالمشيئة، والظاهر اشتراط الفور^(٣) فيها وفيه الوجه الضعيف.

ولو قال: متى شئت، أو مهما شئت، فلا يشترط الفور، ويصير مدبراً متى شاء، وفي الحالتين تشترط المشيئة في الحياة كسائر الصفات المعلق عليها، إلا إذا علق صريحاً بالمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئته بعد الموت ولا يمنع الإباء في الحياة من المشيئة بعد الموت^(٤)، واقتصر على قوله: إن شئت وقال: أردت بعد الموت، فالمذكور في الكتاب: "أنه لا يشترط الفوز بعد الموت، لأنها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبر وقوعها بعد الموت، لم يكن لا اشتراط^(٥) اتصالها بالموت معنى، ولذلك لا يشترط في قبول الوصية. ونفى الإمام الخلاف في ذلك، لكن في "التهذيب" وغيره ذكر وجهين، فيما إذا قال: إذا متُ وشئت بعد موتي^(٦)، فأنت حر، أن المشيئة تكون على الفور، أو التراخي والصورة كالصورة.

ولو قال: إذا مت فشئت^(٧)، فأنت حر فهل يشترط اتصال المشيئة بالموت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لو قال: أنت حر بعد موتي إن شئت، وأراد إيقاع المشيئة بعد الموت.

(١) "رواية" ليست في: أ.

(٢) انظر: الوجيز ٦٨/٢.

(٣) مكرر انظر: الروضة ١٨٩/١٢.

(٤) من قوله: "فإنما يحصل . . . بعد الموت" ليست في: ظ.

(٥) في: ب "في شرائط".

(٦) في: ز "بعد الموت".

(٧) في: أ، ب، ز "وشئت".

والثاني: نعم- لأن "الفاء" تقتضي التعقيب من غير تخلل فصل، والأول أصح عند الصيدلاني.

وبالثاني: أجاب الأكثرون رحمهم الله: ويجري الخلاف في سائر التعليقات، مثل أن يقول: إن دخلت الدار، وكلمت^(١) زيداً فأنت طالق، هل يشترط اتصال الكلام بالدخول؟ ولو قال: إذا مت فمتى شئت فأنت حر، فلا يشترط اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف.

ولو قال: إذا مت فأنت حر أن شئت، أو إذا شئت، أو قال: أنت حر إذا مت إن شئت يحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحياة، ويحتمل أن يراد به المشيئة بعد الموت، فيراجع، ويعمل بمقتضى إرادته، فإن قال أطلقت ولم أنو شيئاً، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يحمل اللفظ على المشيئة في الحياة، لأن قوله: إذا مت فأنت حر بمثابة قوله: دبرتك.

ولو قال: دبرتك إن شئت، أو إذا شئت، اعتبرت المشيئة في الحياة، فكذلك ههنا فعلى هذا يكفي للعتق المشيئة في حياة السيد ويعتبر أن يشاء على الفور على الظاهر. والثاني: أنه يحمل على المشيئة بعد موت السيد، لأنه آخر ذكر المشيئة، عن ذكر الموت، فالسابق إلى الفهم منه المشيئة بعد الموت.

وهذا ما أجاب به أكثرهم، منهم أصحابنا العراقيون، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور.

وقضية ما ذكر في الكتاب من قبل أن لا يشترط الفور.

والثالث: أنه لا يحصل العتق إلا أن يشاء في الحياة ويشاء بعد الموت أيضاً، لأن اللفظ متردد بين المعنيين، فما لم^(٢) يتحققا لا تحصل الثقة بالعتق^(٣)، وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، مثل أن يقول: إذا دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت فلاناً أعتبر

(١) في: أ "فكلمت".

(٢) في: ب "فإن لم". وفي ظ: "مالم".

(٣) "بالعتق" ليست في: ز.

الكلام بعد الدخول أم قبله؟ قال الإمام ونشأ من هذا المنتهى إشكال في شئ وهو: أن الرجل لو قال لعبده: إن رأيت عيناً^(١) فأنت حر، والعين اسم مشترك بين الباصرة، وعين الماء، والدينار، وأحد الأخوة من الأب والأم ولم ينو المعلق شيئاً، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئاً منها؟ فيه تردد، والوجه الحكم بأنه يعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئين في مسألة المشيئة.

ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة، وزان المسألة، فلا إلزام، وإن كانت على وزانها فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة وحدها^(٢). وبالمشيئة بعد الموت وحدها كما في مسألة العين وهذا^(٣) وجه وراء الوجوه الثلاثة.

ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يراد به جميع معانيه، ولا يحمل عند الإطلاق على جميعها، ويمكن أن يؤمر بتعيين أحدهما، ومهما اعتبر في^(٤) المشيئة بعد الموت الفور^(٥)، فأخرها بطل التعليق، وإذا لم يعتبر الفور، كما لو قال: فأنت حر متى شئت، فعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع، فللورثة بيعه، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت، يعرض عليه الدخول، وهذا كما أنه يقال للموصى له: إما أن تقبل، وإما أن ترد.

وهل للورثة بيعه قبل المشيئة، وعرضها عليه^(٦)؟ فيه الخلاف المذكور في الفصل السابق. وليعلم من لفظ الكتاب قوله "على الفور" بالواو.

وكذا قوله "ولا يشترط"^(٧) الفور بعد الموت" وقوله: "عتق بكل ما يسمى عيناً" وقد أشار في "الوسيط"^(٨) إلى الخلاف فيه كما أبدى الإمام رحمه الله التردد.

(١) في: ب "العين".

(٢) في: أ "في وجه".

(٣) في: أ "هذا".

(٤) "في" ليست في: ب.

(٥) "الفوز" ليست في: ظ.

(٦) "عليه" ليست في: ز.

(٧) في: ظ "يسقط".

(٨) انظر: الوسيط ٤٩٦/٧. وانظر: الروضة ١٢/١٩٠.

فروع: لو قال^(١): إن شاء فلان وفلان فعبيدي حر بعد موتي لم يكن مدبراً إلا إذا شاء جميعاً.

ولو قال: إذا مت فشئت، فأنت مدبر، فهذا لغو، لأن التدبير لا يحصل بعد الموت.

وكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد.

ولو قال: إذا مت فعبد من عبيدي حر، ومات ولم يبين، أقرع بينهم. وعن نصه في "الأم" أنه لو قال: إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن.

ولو قال: إذا قرأت قرآنا يعتق بقراءة بعض القرآن، والفرق التعريف والتنكير.

(قال [الغزالي]: الركن الثاني الأهل: فلا^(٢) يصح التدبير من المجنون وغير المميز، ومن المميز قولان، ومن السفية ينفذ، وقيل: قولان، ومن المرتد يبنى على أقوال الملك، وإن دبره^(٣) ثم ارتد لم يبطل. وقيل يبنى على أقوال الملك^(٤) وإذا بطل فإن أسلم، عاد.

وقيل: يبتنى على عود الحنث، وإذا مات مرتداً، وقلنا: يصح تدبيره نفذ من الثلث، وإن كان المال للفيء^(٥).

والكافر يصح تدبيره، ولكن لو أسلم مدبره يباع عليه في قول، وفي قول يستكسب له كالمستولدة، والمكاتب كالمستولدة.

وقيل: كالمدبر، وإذا^(٦) دبر نصيبه^(٧) من عبد مشترك لم يسر إلى الباقي).

(١) "وكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد" ليست في: ظ.

(٢) في: ز، ظ "ولا".

(٣) في: ب، ظ "دبر".

(٤) من قوله "وإن دبره . . . على أقوال الملك" ليست في: ز.

(٥) في: ظ "للذمي".

(٦) في أ "وإن".

(٧) في: ظ "نصفه".

[الركن الثاني: من يصح تدبيره].

[قال الرافعي]: الفصل يشتمل على صور

إحدهما: لا يصح تدبير المجنون والصبي الذي لا يميز، وفي تدبير الصبي المميز قولان، كما في وصيته، وقد ذكرناهما في "الوصية"^(١) والأظهر المنع وبه قال المزني^(٢).

وعن نصه في "البويطي" أنه قال: إن ثبت حديث عمر رضي الله عنه فتدبيره جائز، وإلا فلا، والحديث مما روي عن عمر رضي الله عنه "أنه أجاز وصية غلام له عشر سنين"^(٣) وعن مالك رحمه الله روايتان كالقولين والأشهر الجواز^(٤).

وإذا صححنا تدبيره فيصح رجوعه عنه بالقول، إن قلنا: إن التدبير يقبل الرجوع بالقول. وفي "تعلية" إبراهيم المروذي رحمه الله: فيه وجه آخر.

وإن قلنا: لا يمكن الرجوع عنه بالقول، لم يصح منه التصرف الذي يحصل به

(١) انظر: الوجيز ١/٢٦٩.

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٣، والحاوي ٢٢/١٥٨، والوسيط ٧/٤٩٧، والروضة ١٢/١٩١، ومغني المحتاج ٤/٥١٠.

(٣) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٣/٩٣: "إن غلاماً من غسان حضرته الوفاة، وله عشر سنين، فأوصى لبنت عم له، وله وارث، فرفعت القصة إلى عمر، فأجاز وصيته". مالك من حديث عمرو بن سليم الزرقي: أنه قال لعمر بن الخطاب: إن ههنا غلاماً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم، فقال عمر: فليوص لها - الحديث، ورواه أيضاً من وجه آخر وفيه: أن الغلام كان ابن اثني عشرة سنة، أو عشر سنين.

قال البيهقي: علق الشافعي القول بجواز وصية الصبي، وتدبيره بثبوت الخبر عن عمر، لأنه منقطع. وعمرو بن سليم لم يدرك عمر. قلت: ذكره ابن حبان في ثقافته: أنه كان يوم قتل عمر جاوز الحلم. وكأنه أحذه من قول الواقدي: أنه كان حين قتل عمر راهق الاحتلام" أ.هـ. انظر: موطأ مالك ٢/٧٦٢ - من كتاب الوصية - باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه.

وانظر: البيهقي في سننه ٦/٤٦١، من كتاب الوصايا، باب ماجاء في وصية الصغير.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥، ومواهب الجليل مع التاج والإكليل ٦/٣٤١.

الرجوع^(١)، ولكن^(٢) يقوم الولي في ذلك مقامه، فإذا رأى المصلحة في بيعه باعه وأبطل التدبير.

وفي تدبير السفية المحجور عليه طريقان.

أظهرهما: وبه قال ابن سريج وأبو إسحق وابن سلمة وغيرهم رحمهم الله: القطع بصحته، لأنه صحيح العبادة، ولا ضرر عليه في التدبير.

والثاني: وبه قال أبو الحسين بن القطان رحمه الله: أنه على القولين في تدبير الصبي المميز.

وعن "المنهاج" للشيخ أبي محمد: أن ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه: يوافق هذه الطريقة.

وإذا قلنا بالصحة فرجوعه كما ذكرنا في حق الصبي وتدبير المفلس، المحجور عليه كإعتاقه، وقد سبق في "التفليس"^(٣) وفي تدبير السكران الخلاف المذكور في سائر تصرفاته^(٤).

الثانية: تدبير المرتد يبنى^(٥) على الأقوال في ملكه إن قلنا: إن ملكه باق صح تدبيره، وبه قال المزني^(٦) رحمه الله^(٧)، وإن قلنا زائل لم يصح.

وإن قلنا موقوف فالتدبير أيضاً موقوف^(٨) إن عاد إلى الإسلام بانت صحته، وإن هلك على الردة بان فساده.

وفي طريقة الصيدلاني رحمه الله: قول آخر: أنه يبطل التدبير.

(١) في: أ "بالرجوع".

(٢) "ولكن" ليست في: أ.

(٣) الذي سبق في التفليس هو القطع بصحة التدبير، وأما عتقه فلا يصح. انظر الوجيز ١٧٠/١.

(٤) أي السكران المتعدي بسكره. فيه خلاف. انظر: الوجيز ١٩٥/١ و ٥٧/٢.

(٥) "يبنى" ليست في: ز.

(٦) قوله "إن قلنا: إن ملكه باق صح تدبيره، وبه قال المزني" ليست في: ظ.

(٧) انظر: المختصر ص ٣٢٢. وانظر: الحاوي ١٣٧/٢٢.

(٨) "فالتدبير أيضاً موقوف" ليست في: أ.

وإن قلنا: إن الملك موقوف.

ثم عن أبي الطيب ابن سلمة رحمه الله: أن البناء على الأقوال فيما إذا حجر القاضي عليه.

فأما قبل الحجر فيصح تدبيره بلا خلاف.

وعن أبي إسحق: أن الأقوال فيما قبل الحجر فأما إذا حجر^(١) عليه، فلا يصح تدبيره بلا خلاف وعن غيرهما طرد الأقوال في الحالتين وقد ذكرنا في "باب الردة" أن صاحب "التهديب" رحمه الله: جعل قول الوقف أصح.

ويروي بعضهم أن^(٢) الشافعي رضي الله عنه "قال أشبه الأقوال بالصحة زوال الملك بنفس الردة، وبه أقول". ولو دبر عبداً ثم ارتد ففيه ثلاثة طرق أحدها وبه قال: أبو إسحق رحمه الله: القطع بأن التدبير، لا يبطل، وإذا هلك على الردة عتق العبد، والمعنى فيه صيانة حق العبد^(٣) عن الفوات كما تُصان حقوق الغرماء. وأيضاً فإن الردة تؤثر في العقود المستقبلية دون الماضية، ألا ترى أن الردة بعد البيع والرهن والهبة لا تبطلها، ونظم الكتاب يقتضي ترجيح هذا الطريق.

وكذلك ذكر القاضي ابن كج، والعراقيون من الأصحاب رحمهم الله.

و^(٤)الثاني: وبه قال أبو الطيب بن سلمة: إنه يبنى على أقوال الملك، إن قلنا ببقاء ملكه فالتدبير بحاله.

وإن قلنا: بزواله بطل التدبير، فلا يعتق العبد إذا هلك السيد على الردة، وإن قلنا: إنه موقوف فيتوقف في بقاء التدبير أيضاً.

والثالث: القطع ببطلانه، لأنه لو بقي لعتق العبد بموته مرتداً وعتق المدير ينفذ من الثلث، وما ينفذ من الثلث يشترط فيه بقاء الثلثين للورثة، ومال المرتد لا يصر إلى الورثة

(١) "وعن أبي إسحاق أن . . . فلا يصح تدبيره بلا خلاف" ليست في: ز، ط.

(٢) في: ظ "عن الشافعي". وانظر: الأم ٢٣/٨.

(٣) في: ز "العبد حق".

(٤) "و" ليست في: أ.

بل هو قِيءٌ، وهذا ضعيف.

والقول: بأن ماينفذ من الثلث يشترط فيه بقاء الثلثين للورثة ممنوع بل الشرط سلامة الثلثين للمستحقين، وهم الورثة تارة، وغيرهم أخرى، ومن قال بالطريقة الثالثة أبطل الوصايا بالردة أيضاً.

التفريع: إن قلنا^(١) ببطلان التدبير، فلو عاد المرتد إلى الإسلام عاد ملكه، وهل يعود التدبير؟ فيه طريقتان.

أحدهما: نعم، لأن زوال ملكه لم يكن زوال^(٢) إثبات، فإذا عاد فكأنه لم يزل^(٣)، وهذا كما أن العصير المرهون إذا تخمر يزول^(٤) الملك، والرهن فيه، وإذا عاد خلا^(٥) يعودان^(٦).

والثاني: أنه على قولي عود الحنث وهو بمثابة ما لو باع المدبر، ثم عاد إلى ملكه، وهذا ما أورده في "التهديب" والأول أشبه ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه، وإن قلنا ببقاء التدبير عتق المدبر من الثلث، وجعل الثلثان فيئاً، وفي "الكافي" ذكر وجه أن جميعه يعتق، وإن رعاية الثلث والثلثين تختص بالميراث، ويقال: إنه اختيار صاحب "الحاوي" رحمه الله.

ويجوز أن يعلم لهذا قوله في الكتاب "من الثلث" بالواو.

فلو^(٧) ارتد المدبر قتل، كالقن لكن لا يبطل التدبير كما لا يبطل حق عتق المستولدة والمكاتب بالردة.

فلو مات السيد قبل قتله، عتق، ولو التحق المرتد بدار الحرب فسق فهو على

(١) "قلنا" ليست في: أ.

(٢) في: ز "يزول".

(٣) في: ظ "لم يعد".

(٤) في: ظ "لا يزول".

(٥) "خلا" ليست في: ز.

(٦) في: ز "يعود".

(٧) "ولو" ليست في: أ.

تدبيره، ولا يجوز استرقاقه، لأنه إن كان السيد حياً فهو له، وإن مات السيد^(١) فولأوه له، فلا يجوز إبطاله، فإن كان السيد ذمياً ففي جواز استرقاق معتقه خلاف سبق^(٢) في موضعه ولو استولى الكفار على مدبر مسلم، ثم عاد إلى يد المسلمين فهو مدبر كما كان.

الثالثة: الكافر الأصلي يصح تدبيره وتعليقه العتق بصفة^(٣) كما يصح استيلاده، ولا فرق بين الكتابي والمجوسي، والوثني، ولا بين الذمي والحربي ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولدته الكافرين إلى دار الحرب، سواء جرى التدبير والاستيلاء في دار الحرب^(٤)، ثم دخل دار الإسلام بأمان أو جرياً^(٥) في دار الإسلام، وليس له حمل مكاتبه الكافر قهراً لظهور استقلاله، وإذا دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد. نظير: إن رجع السيد عن التدبير بالقول وجوزناه^(٦) يبع عليه، وإلا ففي بيعه عليه قولان منصوصان في "الأم"^(٧).

أحدهما: وبه قال مالك^(٨) واختاره المزني^(٩) رحمهما الله: أنه يباع عليه وينقض التدبير، لأن في بقاء ملكه فيه إذلالاً للمسلم ولا يؤمن أيضاً أن يستخدمه ويستذله. وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة^(١٠) رحمه الله أنه لا يباع^(١١) ويبقى التدبير لتوقع الحرية، ولكن يخرج من يده، ويجعل في يد عدل، ويصرف كسبه إليه كما لو أسلمت

-
- (١) في: أ "وإن كان سياً" وهو خطأ.
(٢) "سبق" ليست في: ظ.
(٣) في: أ "نصفه". وهو خطأ.
(٤) "سواء جرى ٠٠٠ في دار الحرب" ليست في: ظ.
(٥) في: ظ "أو جرينا".
(٦) في: ظ "وجوزنا".
(٧) انظر: الأم ٢٣/٨.
(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥.
(٩) انظر: المختصر ص ٣٢٣.
(١٠) انظر: الهداية ٦٧/٢.
(١١) انظر: الحاوي ١٥٦/٢٢، والوسيط ٤٩٩/٧، والتهذيب ٤١٨/٨، والروضة ١٩٣/١٢، ومغني المحتاج ٥١٢/٤.

مستولدته، وإن خرج سيده إلى دار الحرب أنفق من كسبه عليه، وبعث ما فضل إلى السيد، فإذا مات عتق من الثلث، فإن بقي منه شيء^(١) للورثة، بيع عليهم.

ولو أسلم مكاتب الكافر ففيه طريقان.

أولاهما: القطع بإبقاء الكتابة وبأنه لا يباع، لانقطاع سلطنة السيد عنه، واستقلاله بالكتابة، وإن^(٢) عجز عن أداء النجوم فعجزه السيد فحينئذ يباع عليه.

والثاني: أنه على القولين في المدبر.

وقوله في الكتاب "المكاتب كالمستولدة" يعني في أنه لا يباع لا ف^(٣) أي

الاستكساب المذكور^(٤) في صورة المدبر.

الرابعة: إذا دبر أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يسري ولا يقوم عليه نصيب الشريك، لأن التدبير لا يمنع البيع، فلا يقتضي السراية كما لو علق عتق نصيبه بصفة، وأيضاً فالتدبير إما وصية للعبد بالعتق أو تعليق عتق نصفه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. وكل واحد منهما بعيدٌ عن السراية، وعلى هذا فلو مات المدبر، وعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب الشريك أيضاً، لأن الميت معسر بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفةٍ ووجدت الصفة وهو موثر يعتق نصيبه ويسري وفيه قول آخر.

ومنهم من يقول: وجه، وبه قال مالك رحمه الله: أن التدبير يسري ويقوم عليه نصيب الشريك، لأن التدبير يوجب استحقاق العتق بالموت فصار كالاتيلاذ ومن نصر المذهب قال الاتيلاذ كالاتلاف، لأنه يمنع البيع، ولا سبيل إلى دفعه، والتدبير^(٥) بخلافه، وإذا دبر بعض عبده الخالص صح، ولا سراية على ماسبق. هذا ظاهر المذهب. ومن قال بالسراية إلى نصيب الشريك فأولى أن^(٦) يقول بالسراية ههنا.

(١) في: ظ "شئ منه".

(٢) في: ز "فإن".

(٣) مكرر في ظ "لأن في".

(٤) في: أ "المذكورة".

(٥) في: ظ "بخلافه التدبير".

(٦) في: ز "بأن".

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "لم يسر إلى الباقي" مع الميم والواو بالحاء لأن
عند أبي حنيفة رحمه الله إذا دبر أحدهما نصيبه يخر الشريك بين أن^(١) يضمنه القيمة
وبين أن يستسعي العبد وبين أن يدبر نصيبه أو يعتقه.

(١) "أن" ليست في: أ.

[الباب الثاني في أحكام التدبير]

قال [الغزالي]: النظر الثاني في أحكامه وله حكمان الأول ارتفاعه ويرتفع التدبير بخمسة^(١) أمور^(٢):

الأول: إزالة الملك: وله أن يبيع المدبر، فإن عاد الملك، فهل يعود التدبير؟ فيه خلاف).

[الفصل الأول: إزالة الملك]

[قال الرافي] مقصود النظر ببيان حكمين:

أحدهما: ارتفاع التدبير بعد صحته.

والثاني: سرايته إلى الولد.

أما الأول: فقد فقد ذكر أن التدبير يرتفع بخمسة أمور:

أحدها: إزالة له الملك: ويجوز للسيد إزالة الملك^(٣) عن المدبر بالبيع، والهبة، والوصية، وغيرها، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً، خلافاً لأبي حنيفة^(٤) رحمه الله في المطلق والمالك^(٥) رحمه الله في المطلق والمقيد معاً وعن أحمد^(٦) رحمه الله روايتان: إحداهما كمذهبننا، والأخرى أن له يبعه للدين.

واحتج الأصحاب رحمهم الله بالخبر المذكور في صدر الباب^(٧) وقالوا: إن النبي

ﷺ باعه بإذن سيده، إلا أن الراوي لم يتعرض له، لأن مقصوده من سياق الخبر ببيان أن يبع المدبر جائز في الجملة.

(١) "بخمسة" ليست في: ظ.

(٢) "ارتفاعه ٠٠٠ الأول" ليست في: ز.

(٣) "ويجوز للسيد إزالة الملك". ليست في: ز.

(٤) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥.

(٦) انظر: المقنع ص ٢٠٠، والمغني ٤١٩/١٤.

(٧) انظر: ص ١٠٩٩.

ومنهم من قال: باعه للدين، وللإمام بيع ملك الغير بغير إذنه للدين^(١).
ويروى^(٢) أن رجلاً من الأنصار أعتق عبداً له عن دبر منه لا مال له غيره، وعليه
دين فبلغ ذلك النبي ﷺ فباعه وقضى الدين منه ودفع الفضل إليه^(٣).
وبما روي أنّ عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها^(٤). ولم ينكر ذلك
أحد من الصحابة رضي الله عنهم ولا خالفها. وبأن عتقه تعلق^(٥) بصفة، انفرد السيد
بالتعليق بها^(٦) فيتمكن من بيعه كالمعلق عتقه بدخول الدار، واحترزوا بقولهم: انفرد
السيد بالتعليق به عن الكتابة، وفرقوا بين التدبير، والاستيلاء، بأن سبب العتق في
الاستيلاء أكد، وأقوى ألا ترى أنه لا يعتبر من الثلث، ولا يمنع منه الدين بخلاف التدبير،
وإذا زال الملك عن المدبر ببيع وغيره، ثم عاد إلى ملكه فهل يعود التدبير^(٧) بينى على أن
التدبير، وصية للعبد، بالعتق أو هو تعليق عتق بصفة؟ وفيه قولان:

القديم، وأحد قولي الجديد أنه وصية، لأنه تبرع بعد الموت فعتبر من الثلث.
والثاني: من قولي الجديد: أنه تعليق عتق بصفة. كما لو علق بموت الغير.
ونوضحه: أنه لا يفترق إلى إحداث تصرف بعد الموت بخلاف الوصية.
فما^(٨) الأظهر من القولين؟ اختيار المزني^(٩) رحمه الله: الأول وإلى ترجيحه ذهب
القاضيان أبو الطيب والروياتي، والموفق بن طاهر^(١٠).

-
- (١) "للدين" ليست في: ظ.
(٢) في: ز "وروى".
(٣) الحديث سبق ص ١٠٩٩-
(٤) أخرجه الشافعي في مسنده ٦٧/٢، والبيهقي، من كتاب القسامة، باب من لا يكون سحره كفوفاً
١٣٧/٨. وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/١٨٣، من كتاب اللقطة، باب قتل الساحر. وانظر:
تلخيص الحبير ٤/٢١٦.
(٥) في: ب، ظ "تعليق".
(٦) في: ز "بها".
(٧) "التدبير" ليست في: أ.
(٨) في: أ "وأما".
(٩) انظر: المختصر ص ٣٢٣. وانظر: الروضة ١٢/١٩٤.
(١٠) سبقت ترجمته ص ٥٨٥.

والأكثر رجحوا الثاني.

ومنهم الشيخ أبو حامد، ومن تابعه والقاضي ابن كج رحمهم الله وقالوا: إنه المنصوص في أكثر كتبه الجديدة وبه قال أبو إسحق المروزي.

فإن قلنا: إنه وصية فإذا^(١) عاد الملك لا يعود التدبير كما لو أوصى بمال وباعه ثم عاد إلى ملكه لا تعود الوصية^(٢).

وإن قلنا^(٣) تعليق عتق، فهو على الخلاف في عود الحنث، وقد مر أن الأقوى من هذا الخلاف أنه لا يعود الحنث ويخرج مما ذكرنا أن الأظهر أنه^(٤) لا يعود التدبير.

(قال [الغزالي]: الثاني: أن له صريح الرجوع إن قلنا: إنه وصية، وإن قلنا:

إنه تعليق، فلا.

ولو قال: أعتقوه عني فله الرجوع. ولو قال: إذا مت فدخلت^(٥) الدار، أو ليست^(٦) فأنت حر، فهو تعليق، ولا رجوع عنه^(٧) بالصريح، ولا ينقطع التدبير بالاستيلاء، لأنه يوافقه، بخلاف الوصية.

وقوله: إن دخلت الدار فأنت مدبر رجوع عن التدبير المطلق^(٨).

[الفصل الثاني: هل يجوز الرجوع عن التدبير]

[قال الرافي] هل يجوز الرجوع عن التدبير^(٩) بصريح الرجوع مثل أن يقول: رجعت عنه^(١٠) أو فسحته أو نقضته أو أبطلته، أو رفعته بيني ذلك على الخلاف الذي

(١) في: ظ "فإن".

(٢) "لا تعود الوصية" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: ز "قلنا إنه".

(٤) "أنه" ليست في: ز.

(٥) في: ز "أو شئت".

(٦) في: ز "أو شئت".

(٧) في: ظ "منه".

(٨) في: أ، ظ "الذي سبق التدبير المقيد" وهو زائد.

(٩) في: أ "التدبير سبق".

(١٠) "مثل أن يقول رجعت عنه" ليس واضحاً في: ز.

ذكرناه آنفاً إن قلنا: إن التدبير وصية فيجوز، وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، فلا كما في سائر التعليقات.

والخلاف مطردٌ في التدبير المطلق والمقيد على أظهر الطريقتين.

ومنهم من خصص الخلاف في التدبير المطلق، وقطع في المقيد بمنع الرجوع، لأنه لا يتعلق بمطلق الموت فهو بسائر التعليقات أشبه، ولا خلاف في أنه لو قال: أعتقوا فلاناً عني إذا مت، يجوز الرجوع عنه بصريح لفظ الرجوع كما في سائر الوصايا، ولا في أنه إذا ضمَّ إلى الموت صفة أخرى فقال: إذا مت فدخلت الدار أو لبست، فأنت حرٌّ، لا يجوز الرجوع باللفظ^(١)، وإنما القولان^(٢) في التدبير. واحتج المزني رحمه الله لجواز الرجوع عنه بأنه قد نص على أنه لو قال: إن^(٣) أدت بعد موتي إلى ورثتي كذا فأنت حر، كان ذلك رجوعاً حتى لا يعتق إلا إذا أدى ما ذكره.

وأنه^(٤) لو وهب^(٥) المدبر، ولم يقبضه حصل الرجوع. وأجاب الأصحاب رحمهم الله: عن الأول: بأن ما ذكره تفرع منه على قول جواز الرجوع لفظاً فإن لم تجوزه لم يكن ذلك رجوعاً، وإذا مات عتق المدبر.

وعن الثاني: بمثل هذا الجواب، وذكر بعضهم أنه إذا وهبه حصل الرجوع على القولين، وإن لم يقبضه، لأن إفضاء الهبة إلى زوال الملك.

قال الإمام رحمه الله: والوجه القطع بأن مجرد الهبة لا يبطل التدبير على قولنا: إنه تعليق.

نعم إذا اتصل بها الإقباض، فإن قلنا: يحصل الملك عند القبض فحينئذ ينقطع التدبير، وإن قلنا: يتبين استناد الملك إلى حالة الهبة، فهل يتبين انقطاع التدبير من وقت الهبة؟ فيه تردد، وكذا لو فرض بيع بشرط الخيار، وقلنا: إنه يزيل الملك فهل يبطل التدبير

(١) في: ظ "بالقول".

(٢) في: ظ "بالقول".

(٣) في: ظ "إذا أدت إلى وارثي".

(٤) في: ز "وبأنه".

(٥) في: ظ "ذهب".

قبل لزوم البيع؟ فيه تردد، قال: وأثر ذلك أنا إذا قلنا إنه لو زال الملك على وجه اللزوم، وعاد فالتدبير منقطع، فلو زال على الجواز، وعاد هل^(١) يحكم بانقطاع التدبير؟ فيه تردد، والذي أطلقه صاحب "التهذيب" رحمه الله: أن البيع بشرط الخيار، يقطع التدبير، على القولين.

ولو باع نصف المدبر، أو وهب وأقبض، بطل التدبير في النصف المبيع، أو الموهوب، وبقي في الباقي.

وحكى القاضي ابن كج طرقاتاً في أن رهن^(٢) المدبر، هل يرفع التدبير؟ أظهرها البناء على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة.

والثاني: أنه ليس برجوع على القولين، لأن الرهن لا يزيل الملك.

والثالث: أنه رجوع على القولين كما سبق مثله في الهبة^(٣) قبل القبض ومجرد الإيجاب في الرهن^(٤) والهبة^(٥) إن جعلناه وصية على الخلاف المذكور في "الوصية" أنه هل يكون رجوعاً؟ وإن جعلناه تعليقاً فلا أثر له ولا يرتفع بالاستخدام، والتزويج على القولين، إذا جعلناه وصية فيرتفع بالعرض على البيع، وسائر ما ذكرناه في باب "الوصية". نعم الوطاء ليس برجوع عن التدبير، وإن جعلناه^(٦) وصية سواء^(٧) عزل أو لم يعزل بخلاف ما في الوصية، فإننا قد نجعل الوطاء مع ترك العزل رجوعاً، لأنه يدل على قصد الإمساك، وههنا إذا ترك العزل فأحيل يحصل الاستيلاد، وأنه يحقق مقصود التدبير، ويؤكدده وهو العتق.

فإن استولدها فالذي أورده أكثر سلف الأصحاب، وخلفهم رحمهم الله: أنه

-
- (١) في: ز "فهل".
 - (٢) في: ز "أن المدبر رهن".
 - (٣) في: ظ "في القسمة".
 - (٤) في: ز "في الهبة والرهن".
 - (٥) في: ظ "الإيجاد في الهبة والرهن".
 - (٦) "وإن جعلناه تعليقاً . . . على القولين" ليست في: ظ.
 - (٧) في: أ "جعلناه".

بيطل التدبير، لأن الاستيلاء أقوى^(١) فيرتفع به الأضعف كما يرتفع ملك النكاح بملك اليمين.

ولو دبر مستولدته، لم يصح لأنها تستحق العتق بالموت بجهة هي أقوى من التدبير. وفي طريقة الصيدلاني رحمه الله: أنه لا يبطل التدبير، ويكون لعتقها يوم موت السيد سببان.

وعلى هذا جرى الإمام وصاحب الكتاب مع اعتراف الإمام بأنه^(٢) لا أثر لبقاء التدبير.

وقال "الرويانى" في "الكافي" وقيل: لانقول ببطلان التدبير^(٣)، ولكنه^(٤) يدخل في الاستيلاء كما لو طرأت الجنابة على الحدث.

ولو كاتب^(٥) المدبر، فهل يرتفع التدبير؟ فيه وجهان مبنيان^(٦) على الخلاف المذكور، إن جعلناه وصية ارتفع كما لو أوصى لإنسان بعبد، ثم كتابه، وإن قلنا: تعليق عتق بصفة فلا، لأن مقصود الكتابة العتق أيضاً فيكون مدبراً ومكاتباً، كما لو دبر عبده المكاتب، فإن أدى النجوم عتق بالكتابة، وإن مات السيد قبل^(٧) الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق، قدر^(٨) الثلث وبقيت الكتابة في الباقي فإذا أدى قسطه عتق.

وهذا ما يحكي عن نص الشافعي رضي الله عنه: وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد رحمه الله، وجماعة وزاد القاضي أبو حامد^(٩) فقال: يسأل عن كتابته، فإن أراد

(١) في: ز "قوي".

(٢) في: أ "أنه".

(٣) "التدبير" ليست في: أ.

(٤) في: ظ "ولكن".

(٥) في: أ "كان".

(٦) في: ب، ز "بينان".

(٧) في: أ "العبد" وهو خطأ.

(٨) "قدر" ليست في: ظ.

(٩) "أبو حامد" ليست في: ز.

بها الرجوع عن التدبير، ففي^(١) ارتفاعه القولان، وإن^(٢) قال لم أقصد بها الرجوع، فهو مدبر مكاتب على القولين جميعاً، ورأى القاضي ابن كج القطع: بأن الكتابة ترفع التدبير، لأن العبد يصير بعقد الكتابة مالكاً^(٣) لنفسه، فكأن السيد أزال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باع.

وخرج الإمام على الخلاف في الكتابة ما لو علق عتق المدبر بصفة، لأنه لو أوصى به ثم علق عتقه بصفة كان التعليق رجوعاً عن الوصية، والذي أورده صاحب "التهديب" أنه يصح التعليق بالصفة الأخرى ويبقى التدبير بحاله كما لو دبر المعلق عتقه بصفة يجوز.

ثم إن وجدت الصفة قبل الموت، عتق، وإن^(٤) مات قبلها عتق عن التدبير، وفي "الوسيط"^(٥) ما يقتضي تفصيلاً وهو أنه إن قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فقد زاده شيئاً آخر للحرية، وليس ذلك برجوع، وإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي فهو رجوع عن التدبير المطلق، لأنه ينافي تعليق الحرية بمجرد الموت، وقد ذكر هذا في^(٦) الطرف الثاني في الكتاب.

واعلم أنه إن أراد بقوله "هذا رجوع، وذاك ليس برجوع" أن هذا يقتضي نقض التدبير المطلق، وذاك^(٧) لا يقتضيه، ليعرف أن^(٨) ما يقتضي نقضه يكون على الخلاف في أن التدبير هل يجوز نقضه من غير إزالة الملك؟ فهذا صحيح، ولا يحتاج إلى إعلامه بالواو.

(١) في: ظ "وفي".

(٢) في: ظ "فإن".

(٣) في: ظ "ملكاً".

(٤) في: أ "فإن".

(٥) في: ز "الوصية".

(٦) "في" ليست في: أ، ب.

(٧) في: أ "ذلك".

(٨) "أن" ليست في: أ.

وإن أراد أن هذا يرفع التدبير وذاك لا يرفعه، فليعلم قوله في الكتاب: "رجوع عن التدبير المطلق" بالواو، وكيف لا وهذه الصورة مثل قوله: "إن أديت إلى ورثتي بعد موتي كذا، فأنت حر" وقد ذكرنا أنها مخرجة على الخلاف في^(١) أن الأرجح أنه لا يرفعه.

ثم اعلم أن التفصيل المذكور قد نسبه ناسبون إلى نصّه في "الأم" وادعى القاضي أبو الطيب: أن قوله: "إن دخلت الدار بعد موتي" ونحوه يرفع^(٢) التدبير على القولين، وهو كاحتجاج المزني بنصه فيما إذا قال: إن أديت بعد موتي كذا.

[فصل: وفيه فروع]

فروع: الأول: إذا قال قد رجعت عن التدبير في نصفه، أو ربعه بقي التدبير في الجميع، إن قلنا: لا يجوز رفعه بلفظ الرجوع، وإن جوزناه^(٣) ارتفع فيه^(٤) وبقي في الباقي.

الثاني: عن نصه رضي الله عنه في "الأم" أنه إذا دبر عبده ثم خرس، فإن لم يكن له إشارة مفهومة، ولا كتابة فلا مُطْلَع على رجوعه، وإن كانت إشارة أو كتابة فإن أشار بالبيع ونحوه ارتفع التدبير، وإن أشار بنفس الرجوع فعلى الخلاف.

الثالث: ذكرنا في خلال الكلام أنه لو دبر عبده المكاتب يجوز، وأنه لو أدى النجوم قبل موت السيد عتق بالكتابة وحيثئذ فيبطل التدبير.

ولو عجز نفسه، أو عجزه السيد بطلت الكتابة، وبقي التدبير، ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز، فيعتق بالتدبير إن احتمله الثلث، وحيثئذ فعن الشيخ أبي حامد رحمه الله: أنه تبطل الكتابة، قال ابن الصباغ رحمه الله: وعندني أنه ينبغي أن يتبعه^(٥) ولده

(١) "في" ليست في: ز، ظ.

(٢) في: أ "يرتفع".

(٣) في: أ، ز "جوزنا".

(٤) "فيه" ليست في: أ.

(٥) من هنا سقط في نسخة: ز.

وكسبه، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، وكما^(١) لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق وجب أن لا يملكه بالتدبير.

قال: ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه، وقوله في الكتاب: "ولو قال: إذا مت وأنت دخلت الدار أو ليست كذا" هو في بعض النسخ، وفي بعضها إذا مت فدخلت الدار أو شئت" وكلاهما صحيح مؤد للغرض.

وقوله: ولا ينقطع التدبير بالاستيلاء معلم بالواو وجواب الأكثر الانقطاع كما بينا.

قال [الغزالي]: إنكار السيد رجوع وقيل: ليس برجوع بل يخلف، وكذا الخلاف في إنكار الوصية والوكالة هل هو رجوع؟ وإنكار البيع الجائز ليس بفسخ^(٢)، كما أن إنكار الطلاق الرجعي ليس برجعة).

[الفصل الثالث: في إنكار التدبير]

[قال الرافي]: إن لم يجوز الرجوع عن التدبير بلفظ الرجوع، فإنكار السيد التدبير، ليس برجوع، فإن جوزناه، فهل هو رجوع؟ وكذا إنكار الموصي الوصية والموكل الوكالة هل يكون رجوعاً فيه^(٣) ثلاثة أوجه جمعها الإمام.

أحدها: نعم، لأن هذه العقود عرضة للفسخ والرفع^(٤).

ولو قال: لست بمدبر^(٥) أو لست بوكيل من جهتي أو ليس هذا موصى به، وجب القطع بارتفاع هذه العقود فكذلك إذا قال: لم أدبر، ولم أوكل ولم أوص، لأن قضيته أنه ليس بمدبر، ولا وكيل في الحال.

والثاني: لا، لأن الإنكار إخبار عما مضى فإذا كان كذباً لم يؤثر، وأيضاً فإن إنكار الأصل ينافي الرفع ويضاده، ولا يحصل به الارتفاع.

(١) في: ظ "فكما".

(٢) في: أ "برجوع".

(٣) "وكذا إنكار . . . فيه" ليست في: ظ.

(٤) في: ظ: الرد.

(٥) في: ب "لست مدبراً".

والثالث: أن الوكالة ترتفع فإن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل، ولا ترتفع بالتدبير، والوصية، لأنهما عقدان يتعلق بهما عوض^(١) شخصين فلا يجعل إنكار أحدهما رفعاً له، وهذا أظهر^(٢) وهو المنصوص عليه في التدبير، والمذكور في الكتاب في^(٣) الوكالة، وإنكار البيع الجائز لا يكون فسخاً للبيع، قال الإمام^(٤) رحمه الله وفيه احتمال أخذاً مما قيل: في التدبير^(٥) والوصية.

ولو ادعت المرأة على زوجها طلاقاً رجعيّاً فأنكر لم يكن الإنكار رجعة بالاتفاق، لأن الرجعة تجديد حل، ورفع تحريم واقع، فلا يتضمن نفي موجبها إنشائها. إذا عرفت^(٦) ذلك، فإذا ادعى العبد على سيده^(٧) أنه دبره، أو أعتقه^(٨)، أو علق عتقه^(٩) بصفة أو تدبير^(١٠)، ففي سماع هذه الدعوى خلاف مذكور في "الدعاوى". وقد بُني الخلاف في دعوى التدبير على أنه تعليق عتق بصفة أو وصية^(١١)(١٢).

إن قلنا: إنه تعليق عتق فتسمع، لأن السيد لا يملك الرجوع فيه^(١٣) بلفظ الرجوع^(١٤).

وإن قلنا: إنه وصية فوجهان بناء على أن إنكاره هل يكون رجوعاً؟ إن قلنا: لا فتسمع^(١٥) وإن قلنا: نعم فلا تسمع هكذا رتب جماعة رحمهم الله.

-
- (١) في: أ، ب "عرض".
 (٢) "أظهر" ليست في: أ.
 (٣) في: أ "والوكالة".
 (٤) "قال الإمام" ليست في: ظ.
 (٥) في: ظ "في الوصية والتدبير".
 (٦) في: ظ "عُرِفَ".
 (٧) في: ب "السيد".
 (٨) "أعتقه" ليست في: ب.
 (٩) "أو علق عتقه" ليست في: ظ.
 (١٠) "أو تدبير" ليست في: ب، ظ.
 (١١) من قوله: "ففي سماع . . . أو تدبير" ليست في: أ.
 (١٢) في: ب "بصفة أو تدبير".
 (١٣) في: ب "عنه".
 (١٤) "إن قلنا إنه . . . بلفظ الرجوع" ليست في: ظ.
 (١٥) في: أ "تسمع".

وقضية هذا البناء والترتيب بجيء طريقة قاطعة، بأن دعوى تعليق العتق مسموعة^(١) مع إثبات الخلاف في دعوى التدبير، وذكر الإمام قدس الله روحه أنا إن لم نجعل الإنكار رجوعاً ففي سماع الدعوى الوجهان المذكوران في سماع الدعوى بالدين المؤجل.

ووجه^(٢) المنع: أن عماد الدعوى أن يستحق المدعى عليه مطالبة وإلزاماً، والمدبر لا يستحق شيئاً على السيد^(٣) في الحال.

وهذا يطرد في دعوى تعليق العتق.

وأنا^(٤) إن جعلنا الإنكار رجوعاً فلا يبعد أن تسمع الدعوى إذ لا يتعين مقابلة الدعوى بالإنكار، بل قد^(٥) يقر المدعى عليه، وقد يسكت، فلا يتوجه ردُّ الدعوى من الابتداء، وأنَّ في سماع شهادة الحسبة على التدبير^(٦) بين الخلاف المذكور في سماع الدعوى ورد شهادة الحسبة أولى، لأن موضع الحسبة ما إذا ثبت لله تعالى حق، وكان ذلك الحق محدوداً فيتهض الشاهد لإثباته محتسباً.

وإذا توجهت الدعوى، وأنكر السيد فله أن يسقط اليمين عن نفسه بأن يقول: إن كنت دبترته فقد رجعت عنه إذا جوزنا الرجوع باللفظ.

وكذا لو قامت البينة عليه، وحكم الحاكم، فله الدفع بهذا الطريق على هذا القول.

ولو ادعى على^(٧) الورثة أن مورثهم دبتره، وأنه قد عتق بموته فيحلفون على نفسي العلم ولا يثبت التدبير، إلا بشهادة رجلين، لأنه ليس بمال، وهو مما يطلع عليه الرجال

(١) في: أ "تسمع".

(٢) في: أ، ظ "وجه".

(٣) "السيد في" ليست في: ظ.

(٤) "وإننا" ليست في: ظ.

(٥) "قد" ليست في: ظ.

(٦) "التدبير" ليست في: ظ.

(٧) "على" ليست في: أ.

ويثبت الرجوع عنه بشهادة، رجل وامرأتين وبشاهد ويمين، لأن المقصود منه المال.
وحكى الفوراني رحمه الله فيه وجهاً آخر، لأن مدعي الرجوع ينفي حصول
الحرية بالموت.

وقوله في الكتاب "إنكار السيد رجوع، وقيل ليس برجوع بل يحلف" هذا
السياق يشعر بتزجيج كونه رجوعاً، والأظهر عند أكثر الأصحاب رحمهم الله على ما
قدمناه أنه ليس برجوع وقد يقرب الخلاف من الخلاف في أن إنكار الزوجية هل هو
طلاق؟.

والظاهر أنه ليس بطلاق وفي "التهذيب" وغيره أن المذهب سماع الدعوى بالتدبير
وتعليق العتق بالصفة^(١).

(قال [الغزالي]: الرابع مجاوزة الثلث، فإذا دبر عبداً لا مال له غيره عتق بموته
ثلثه، وكذا لو دبر في الصحة، ولو كان له مال غائب لم يتنجز عتق ثلثه على أحد
القولي، ن حتى لا يتسلط العبد على شيء قبل تسليط الورثة على مثليه، وكذا الخلاف
في الوصية).

[الفصل الرابع: مجاوزة الثلث]

[قال الرافعي]: في الفصل مسائل منها: ما هو مذكور في الكتاب، ومنها ما هو
عتق المدير هل
يعتبر من
الثلث
غير مذكور.

وإحداها: عتق المدير، يعتبر من الثلث، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
موقوفاً ومرفوعاً^(٢) "أن المدير من الثلث"^(٣). وأيضاً فإنه تبرع يلزم، بالموت فيكون من

(١) في: ظ "بالطلاق".

(٢) في: ب "مرفوعاً وموقوفاً". وفي: ظ "موقوفاً أو مرفوعاً".

(٣) الحديث: أخرجه البيهقي في سننه ٥٢٩/١٠ من كتاب التدبير، باب المدير من الثلث - من

حديث نافع عنه، وفيه علي بن زبيلان عن عبيد الله بن عمر عن نافع.

وأخرجه الشافعي في الأم ١٨/٨، عن علي بن زبيلان، وقال: قلت لعلي: كيف هو؟ فقال: كنت

أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس هو بمرفوع، فوقفته، قال الشافعي والحفاظ يقفونه

على ابن عمر.

الثالث كالوصية وأيضاً، فإن الإعتاق في المرض أقوى من التدبير، لأنه منجز، ولازم لا رجوع عنه، ثم هو معتبر من الثالث، فالتدبير أولى أن يعتبر من الثالث، وإنما يعتق المدبر من الثالث بعد الديون كما ذكرنا في "الوصايا" فلو كان عليه دين مستغرق للتركة، لم يعتق منه شيء، وإن لم يكن دين ولا مال سواه عتق منه ثلثه، وإن كان عليه دين يستغرق نصفه بيع نصفه في الدين، ويعتق من الباقي ثلثه ولا استسعاء.

وعند أبي حنيفة^(١) رحمه الله يستسعى للورثة وللدين^(٢) حتى يعتق كله.

وفي "تعليقة إبراهيم المرورودي" أن الحيلة في أن يعتق جميع العبد بعد الموت، وإن لم يكن له مال سواه، أن يقول: "هذا العبد حر قبل مرض موتي بيوم، وإن مت فجأة فقبل موتي بيوم" فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم عتق العبد من رأس المال، ولا سبيل عليه لأحد.

ولو اقتصر على قوله: أنت حر قبل موتي بيوم أو بشهر، فإذا مات نظر: إن كان في أول اليوم، أو الشهر قبل الموت مريضاً فيعتق عتقه من الثالث، وإن كان صحيحاً فمن رأس المال ولا فرق في الاعتبار من الثالث بين أن يقع التدبير في الصحة أو في المرض كالوصية.

= وأخرجه الدارقطني ١٣٨/٤ - من كتاب المكاتب - من حديث عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع مرفوعاً بلفظ: المدبر لا يباع، ولا يوهب وهو حر من الثالث، قال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٥/٤ "وقال الدارقطني في العلل: الأصح وقفه..

وقال العقيلي: لا يعرف إلا بعلي بن ظبيان، وهو منكر الحديث.

وقال أبوزرعة: الموقوف أصح، وقال ابن القطان: المرفوع ضعيف.

وقال البيهقي: الصحيح موقوف، كما رواه الشافعي، وروى من وجه آخر عن أبي قلابة مراسلاً: أن رجلاً أعتق عبداً له عن دبر، فجعله النبي ﷺ من الثالث.

وعن علي كذلك مرفوعاً، وروى بسنده عن عثمان بن أبي شيبة أنه قال: حديث علي بن ظبيان خطأ.

والحديث أخرجه أيضاً ابن ماجه ٨٤٠/٢، حديث ٢٥١٤/ من كتاب العتق - باب المدبر - وقال فيه: "ليس له أصل".

(١) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(٢) في: ظ "والدين".

المسألة الثانية
إذا دبر عبداً
ومات وباقي
ماله غائب عن
الورثة

الثانية: إذا دبر عبداً ومات وباقي ماله غائب عن بلده الورثة، أو دين على المعسر، فلا يعتق جميع المدبر، وهل يعتق جميع ثلثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، واختاره القاضي أبو حامد رحمه الله، لأن الغيبة لا تزيد على العدم، ولو لم يكن يملك إلا هذا العبد لعتق ثلثه، فكذلك عند الغيبة. وعلى هذا فنكح أكسابه بعد موت السيد له، ويوقف الباقي.

وأظهرهما: على ما ذكر الشيخ أبو حامد وصاحب "التهذيب" وغيرهما رحمهم الله: أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع من^(١) الثلث قبل تسلط الورثة على الثلثين، إذ^(٢) لا بد من التوقف في الثلثين إلى أن يتبين حال الغائب، وعلى هذا فتوقف الأكساب، فإن حضر الغائب^(٣) بان أنه عتق، وأن الأكساب له ويقال إن الخلاف في المسألة قولان منصوص، ومخرج، والمنصوص الثاني.

وإذا كانت قيمة المدبر مائة والغائب قدر مائتين فحضرت مائة فعلى الوجه الأول يعتق ثلثاه، لأن ثلثه عتق في الحال، فإذا حضرت مائة عتق بقدر ثلثها أيضاً، وعلى الثاني يعتق نصفه لحصول مثليه للورثة، فإن حضرت مائة وتلفت مائة استند العتق في ثلثيه^(٤) وتسلط الورثة على ثلثه^(٥) وعلى المائة.

وفي طريقة الصيدلاني تفريراً على أنه يعتق من المدبر ثلثه^(٦) أن للوارث التصرف في الثلثين، فإن حضر المال الغائب نقض تصرفه.

وأنه لو أعتق الوارث الثلثين ولم يحضر^(٧) المال بالغائب فولاء الثلثين له، وإن حضر فعن^(٨) ابن سريج أن الجواب كذلك، لأنه أعتق، وله العتق.

(١) في: أ "في" وهو خطأ.

(٢) "إذ" ليست في: ظ.

(٣) "الغائب" ليست في: ب.

(٤) في: أ "ثلثه".

(٥) في: ب "ثلثيه".

(٦) في: ب "ثلثيه".

(٧) في: أ "لم يحصل".

(٨) في: أ "فعن أبي العباس وابن سريج".

وإن فيه وجهاً آخر: أن ولاء الجميع للمورث بناءً على أن أجازة الورثة تنفيذاً
وابتداء عطية؟

واشتد نكير^(١) الإمام رحمه الله على هذا، وقال إعتاق الورثة أنفسهم رد للتدبير،
ولا سبيل إلى رد التدبير بسبب غيبة المال بل الوجه التوقف، فإن حضر المال بان نفوذ
العتق في الجميع، ولكن مستنداً إلى وقت الموت، أو عند حصول القدرة؟ فيه احتمالان
أوجههما الأول.

قال: ولو كانت التركة بحيث يفي ثلثها بالمدير لكن كان عليه دين مستغرق فأبرأ
مستحق الدين عن الدين بعد أيام من الموت^(٢) فيستند العتق إلى وقت الموت أو يتنجز من
وقت سقوط الدين؟ فيه احتمالان.

والأظهر في هذه الصورة الثاني.

ولو كان له دينٌ في ذمة إنسان ليس له غيره فأبرأ عنه في مرض الموت، أو عن
ثلثه هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين؟ فيه الخلاف المذكور في أن العتق هل
ينفذ من^(٣) الثلث والأصح المنع.

ويجري الخلاف فيما إذا مات عن اثنين، ولم يترك إلا ديناً على أحدهما هل يبرأ
من عليه الدين عن نصفه؟ ففي وجه لا. وإلا لاختص بحقه قبل أن يتوفر على أخيه حقه،
وقد أمرنا بالتسوية بينهما.

وفي وجه نعم إذا لا يمكن أن يملك على نفسه ديناً.

ولو أوصى بعين مالٍ يخرج من الثلث وباقي ماله غائب هل يسلم إلى الموصى له
ثلث العين، أم ينتظر حضور الغائب؟ فيه مثل الخلاف المذكور في العتق وقد تقدم في
"باب الوصية".

وقوله في الكتاب "وكذا الخلاف في الوصية" معاد ههنا.

(١) في: ظ "واستنكر".

(٢) في: ظ "بعد أيام من الموت عن الدين".

(٣) في: أ "في".

ولو أوصى بثلث ماله وبعض ماله وبعض ماله حاضر، وبعضه غائب، أو البعض عين والبعض دين، فيدفع إلى الموصى له ثلث الحاضر والعين، وما يحضر ويحصل من بعد فيقسم^(١) كذلك .

المسألة الثالثة
إذا علق عتق
عبده بصفة
فوجدت تلك
الصفة في
مرض الموت

الثالثة: و^(٢) إذا علق عتق عبده بصفة فوجدت تلك الصفة في مرض الموت ينظر: إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا حينئذٍ كما إذا قال: إن دخلت الدار في مرض موتي فأنت حر أو إذا^(٣) مرضت مرض الموت فيعتبر عتقه من الثلث، كما لو أعتقه حينئذٍ. وإن كان يحتمل أن توجد في الصحة^(٤)، ويحتمل أن توجد في المرض، فقولان. أصحهما: أن^(٥) يعتق من رأس المال، لأنه حين علق لم يكن متهماً بإبطال حق الورثة.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة^(٦) رحمه الله: يعتق من الثلث إعتباراً بوقت وجود الصفة، فإن العتق حينئذٍ يحصل.

وهذا كالحلاف في أنه إذا علق طلاق امرأته في الصحة، ووجدت الصفة في المرض هل يجعل فاراً؟.

قال الإمام رحمه الله: ومن هذا الأصل اختلف الأصحاب رحمهم الله: في أنه إذا شهد اثنان على تعليق العتق بصفة، وآخران على وجود الصفة، وحكم القاضي بنفوذ العتق، ثم رجعوا، يكون الغرم عليهم جميعاً أم يختص به شهود التعليق؟ لأن التعليق^(٧) هو الموقع، والصفة محل الوقوع، أو وقته^(٨)، وقياس اعتبار الصفة ههنا تخصيص الغرم بشهود

(١) في: ظ "يقسم".

(٢) "و" ليست في: ظ.

(٣) في: أ "وإذا".

(٤) "يحتمل أن يوجد في الصحة" ليست في: ظ.

(٥) "أنه" ليست في: ظ.

(٦) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(٧) "لأن التعليق" ليست في: ظ.

(٨) في: ظ "أوقته".

الصفة لكن لا صائر إليه والخلاف فيما إذا كانت الصفة محتملة الحصول^(١) في الصحة والمرض، ووجدت في المرض بغير اختياره، فإن وجدت باختياره واعتبر^(٢) العتق من الثلث لأنهم ذكروا أنه لو قال: إن دخلت الدار أو كلمت فلاناً فأنت حر، ثم دخلها أو كلمه في مرض موته يعتبر العتق من الثلث، لأنه اختار حصول العتق في مرضه.

ولو باع الصحيح بمحابة، وشرط الخيار ثم مرض في مدة الخيار، لم يفسخ حتى مات اعتبرت المحابة من الثلث، لأنه الزم العقد في المرض باختياره، فأشبه ما إذا وهب في الصحة وأقبض في المرض.

فروع: لو علق عتق عبده بصفة وهو مطلق التصرف فوجدت الصفة وهو محجور عليه بالفلس، عتق العبد، إن قلنا: الاعتبار بحالة التعليق وإن قلنا: الاعتبار بحالة وجود الصفة، فهو كإعتاق^(٣) المفلس، ولو^(٤) علقه بصفة فوجدت الصفة بعدما جنّ أو حجر عليه بالسفه يعتق وجهاً واحداً كذلك ذكره في "التهذيب" وفرق بأن حجر المريض، والمفلس كلاهما لحق الغير^(٥) هذا للورثة وهذا لحق^(٦) الغرماء^(٧) بخلاف حجر السفه والجنون.

وعن صاحب "الإفصاح" رحمه الله: أنه لو قال: إن جُننت فأنت حر، فجن ففني العتق وجهان:

أحدهما: لا يعتق كما لو أعتق في حال الجنون.

والثاني: يعتق، لأن الإيقاع حصل^(٨) في الصحة.

(١) في: أ "للحصول" وفي: ظ "الوقوع".

(٢) وحتى هنا السقط من نسخة: ز. ما يقرب من لوحيتين.

(٣) في: ز "فهو إعتاق".

(٤) في: أ "فلو".

(٥) في: أ "لغير".

(٦) "الحق" ليست في: ز.

(٧) في: أ، ز "للغرماء".

(٨) في: ظ "وقع".

وقد يخرج هذا الخلاف فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت^(١) في الجنون.

ولو قال: إن مرضت مرضاً مخوفاً فأنت حر، فمرض مرضاً مات منه يعتق العبد ويكون عتقه من الثلث.

وعن أبي الحسين^(٢) بن القطان رحمه الله: وجه آخر: أنه يعتق من رأس المال، لأن التعليق، وقع في الصحة.

ولو مرض مرضاً مخوفاً ثم برأ منه يعتق ويكون عتقه من رأس المال وحرر القاضي ابن كج رحمه الله وجهان: أنه لا يعتق أخذاً من الخلاف فيما إذا حج وهو مغضوب، ثم برأ.

ونختم الفصل بإعادة إشكال في الخلاف المشهور، في أن ثلث المدبر هل يعتق في الحال عند غيبة باقي المال، وقد ذكرناه في "باب الوصية" وذلك، لأن الثلث عتق بكل حال فلا معنى للتوقف والتأخير فيه، ولا فائدة للوارث في ذلك، فإنه ممنوع من التصرف في جميع العبد فضلاً عن التصرف في الثلث، وأيضاً فلو لم يعين الثلث في الحال لبقى المال فيه والمملوك لا بد له من مالك، ولا يمكن أن يكون ملكاً للميت، ولو كان ملكاً للوارث لما عتق إلا بإعتاقه.

(قال الغزالي: الخامس: إذا جنى المدبر بيع، فإن فداه السيد بقي التدبير، وإن مات السيد فللورثة: أن لا يفدوه على قول، وإن وفي الثلث بالفداء أو العتق، وقيل يجب الفداء).

[الفصل الخامس: إذا جنى المدبر أو جنى عليه]

[قال الرافي:] الجناية على المدبر كهي على القن، فإن قتل فللسيد القصاص، أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً فيدبره بخلاف ما إذا أوقف متاعاً فأتلف فإننا قد

(١) في: ظ "فوجدته الصفة".

(٢) في: أ "الحسن".

نقول يشترى بقيمة مثله، ويوقف، لأن مقصود الوقف أن ينتفع به الموقوف عليهم، وهم باقون، ومقصود التدبير أن ينتفع به ذلك العبد ولم يبق.

وإن جنى على طرفه فللسيد القصاص أو الأرش ويقي^(١) التدبير بحاله هذا حكم الجناية عليه.

وأما حكم جنائته: وهو الذي أورده في الكتاب فهو فيها كالقن أيضاً. فلو جنى على إنسان بما يوجب القصاص اقتص منه^(٢)، وفات التدبير، وإن جنى بما يوجب المال أو عاد بالعفو إليه فللسيد أن يفديه، وأن يسلمه لبيع في الجناية، فإن فداه بقي التدبير فيه.

وفيما يفديه به^(٣) من أرش الجناية أو الأقل منه، ومن قيمته القولان السابقان في القن.

وإن سلمه للبيع فبيع جميعه، ارتفع التدبير فيه، فإن عاد إلى ملكه، ففي عود التدبير ما مرَّ في الباب تفريعاً على أنه وصية وعلى أنه تعليق عتق بصفة، وإن حصل الغرض ببيع بعضه ففي التدبير في الباقي قولان^(٤).

وإن مات السيد قبل البيع، واختار الفداء ففيه طريقان:

أظهرهما: أن حصول العتق على الخلاف في أن إعتاق العبد الجاني هل ينفذ لأنه اجتمع العتق^(٥) والجنائية؟ فإن قلنا ينفذ أخذ الفداء من تركة السيد، لأنه أعتقه^(٦) بالتدبير السابق، وعلى هذا فالفداء بأقل الأمرين بلا خلاف، لأنه تعذر تسليمه للبيع.

وإن قلنا: لا يعتق فالوارث بالخيار، بين أن يفديه فيعتق من الثلث، وبين أن يسلمه

(١) في: "وبقي".

(٢) في: "ز" منه اقتص".

(٣) "به" ليست في: ز، ظ.

(٤) "قولان" ليست في: ز.

(٥) في: ظ "لأنه احتج جميع".

(٦) "أعتقه" ليست في: أ.

للبيع، وإن كان^(١) في ثلث المال سعةً، وإذا بيع بطل التدبير.

واعلم أن الخلاف في أن إعتاق الجاني هل ينفذ؟ قد سبق في أول "البيع" وبيننا أن الأصح: أنه إن كان موسراً ينفذ، وإن كان معسراً لا ينفذ.

ويشبهه أن يقال: الميت معسر على مر في سراية العتق.

والطريق الثاني: عن صاحب "التقريب" رحمه الله: أنه إذا اتسع الثلث، وفي بقيمة الرقبة والفداء، وجب على الورثة تحصيل العتق، ولا يخرج على ذلك الخلاف.

ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلاً ومات السيد ففداه الوارث من ماله ففي ولاء ذلك الثلث وجهان حكاهما الصيدلاني عن ابن سريج رحمه الله أنه للوارث.

وقال القفال رحمه الله: وفيه وجه آخر عندي أن ولاء جميعه للمورث بناء على أن إجازة الوارث^(٢) تنفيذ أو ابتداء عطية، وهذا الفداء من الوارث كالإجازة لأنه متمم^(٣) قصد المورث وشبهاً بالوجهين في عبد مرهون جنى فقده المرتهن بشرط أن يكون العبد رهناً عنده بأصل الدين وبالفداء، لأنه لما أشرف على الزوال للبيع في الجناية جعل استبقاؤه كابتداء عقد منه.

ولو جنت المدبرة ولها ولد صغير، وقلنا بسراية التدبير إليه على ما سيأتي الخلاف فيه، فلو بعنا الولد معها أبطلنا التدبير فيه، ولو لم نبعه معها، فرقنا بين الأم والولد، ففيه وجهان.

أحدهما نبيعه حذاراً من التفريق^(٤).

والثاني: يحتمل التفريق للضرورة، وهو كالخلاف فيما إذا رهن الجارية دون ولدها، واحتيج إلى بيع الجارية في الدين، هل يباع الولد معها؟ وقوله في الكتاب "إذا

(١) في: ز "كانت".

(٢) في: ظ "الورثة".

(٣) في: أ "متهم" وهو خطأ.

(٤) في: ب "الفرق".

جنى المدبر" يجوز أن يعلم بالحاء، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله يُجبروا السيد على أن يفديه كما في أم الولد.

وقوله "فللورثة أن لا يفدوه على قول" أي من التركة، وهو إشارة إلى الطريقة الأولى.

وقوله: وقيل يجب الفداء أراد به طريق صاحب "التقريب".

(قال [الغزالي]: الحكم الثاني: السراية: وهل يسري التدبير إلى ولد المدبرة من زناً أو نكاح؟ فيه قولان وتعليق العتق بالدخول هل يسري إلى الولد؟ فيه^(١) أيضاً قولان، فإن قلنا: يسري فقليل: معناه أن الولد يعتق بدخول الأم^(٢)، وقيل بل^(٣) بدخول نفسه، ثم إذا سرى التدبير، صار كما لو دبرهما، فلا يكون الرجوع عن أحدهما رجوعاً عن الآخر، ويقرّع بينهما إذا ضاق الثلث، أما ولد المدبر فيتبع الأم دون الأب).

[فصل: في وطء المدبرة وولدها]

[قال الرافعي]: يجوز وطء المدبرة والمعلق عتقها بالصفة لكامل الملك، ونفاذ التصرف فيهما.

روى^(٤) أن ابن عمر^(٥) رضي الله عنهما دبر جاريتين له، وكان يطأهما^(٦)

وأيضاً فإن المستولدة يجوز وطئها مع أن حق العتق فيها أكد فالمدبرة أولى ويخالف المكاتبه لأنها صارت أحق بنفسها ألا ترى أنها إذا وطئت يكون المهر لها، وإذا

(١) في: ز "أيضاً فيه" وفي ظ: "قولان أيضاً".

(٢) في: أ "بدخول الأم الدار".

(٣) "بل" ليست في: ز.

(٤) في: ز "وروى".

(٥) في: ز "أن عمر".

(٦) الحديث: أخرجه مالك في الموطأ ٢/٨١٤، من كتاب المدبر، باب مس الرجل وليدته إذا دبرها.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢١٦ "حديث ابن عمر ٠٠٠ مالك في الموطأ عن نافع عنه بهذا والشافعي عنه به".

جنى عليها يكون أرش الجناية لها بخلاف المدبرة، والمعلق عتقها بالصفة والمستولدة، فإن المهر^(١) وأرش الجناية عليهن يكون للسيد.

ولو أولدها السيد صارت مستولدة.

والأظهر: أن التدبير يبطل^(٢).

وفيه وجه آخر قد ذكرناهما من قبل وبذلك الوجه الآخر أجاب إبراهيم المرورودي.

وتظهر فائدة الاختلاف فيما إذا قال كل مدبر لي حر هل تعتق هي؟

وأما إذا أتت المدبرة بولدٍ من نكاح، أو زناً فهل يسري التدبير إليه؟ فيه قولان

أرجحهما: عند الإمام وصاحب "التهذيب"^(٣) لا. وهو اختيار المزني^(٤) رحمهم

الله: لأنه عقد يقبل الرفع فلا يسري إلى الولد كالرهن.

وأظهرهما: على ما ذكر الشيخان أبو حامد والقفال وغيرهما، وبه قال

أبو حنيفة^(٥)، ومالك^(٦) وأحمد^(٧) رحمهم الله نعم. لأنها تعتق بموت سيدها فيتبعها ولدها

كالمستولدة، ولأن ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق. وإذا نذر هدياً أو أضحية يكون

للولد حكم الأم فكذلك ههنا^(٨).

ثم قيل القولان مبنيان على أن التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة إن قلنا: وصية

(١) "المهر" ليست في: ظ.

(٢) لمزيد من الإيضاح في جواز وطء المدبرة. انظر: مختصر المزني ص ٣٢٣، والحاوي ١٤٦/٢٢، والمهذب ١٢/٢، والوسيط ٤٩٩/٧، والتهذيب ٤١٤/٨، والروضة ٢٠٣/١٢، ونهاية المحتاج ٣٧٧/٨.

(٣) انظر: ٤١٤/٨.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٣ حيث قال: هذا أصح القولين عندي وأشبههما بقول الشافعي "..."

(٥) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥.

(٧) انظر: المغني ٤٢٥/١٤.

(٨) الذي عليه المذهب: هو القول الأول: وهو أن الولد لا يتبعها. قال النووي في الروضة ٢٠٣/١٢

"بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها" انظر: مغني المحتاج ٥١٣/٤.

لم يتبعها الولد، وإن قلنا تعليق تبعها^(١) وهذه طريقة المزني.

والصحيح، وبه قال ابن سريج وأبو إسحق رحمهما الله: أنهما غير مبنيين على أنه وصية أو تعليق، بل القولان جاريان على القولين جميعاً، لأنه نص على قولين في أن ولد المعلق عتقها، هل يتبعها على ما سنذكره؟^(٢). ويقال: إنه مع التفريع على أن التدبير وصية ذكر في ولد المدبرة قولين.

وفي "الشامل" أن بعضهم قال: القولان في أن الولد مخصوصان بما إذا قلنا: إن التدبير تعليق، أما إذا جعلناه وصية فلا يتبعها الولد بلا خلاف كما لو^(٣) أوصى بجارية لإنسان فأتت بولد فهذه طريقة ثالثة.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه يحتمل أن يجري القولان في ولد الموصي بها لإنسان^(٤).

قال الإمام: والأظهر القطع بالمنع والشافعي رضي الله عنه إنما ردد القول في ولد المدبرة على مذهب التشبيه بالمستولدة.

وهذا التشبيه يختص بعقد العتاقة والمعلق عتقها بالصفة إذا أتت بولد، هل يتبعها؟ فيه قولان أيضاً.

ورتب الصيدلاني رحمه الله الخلاف ههنا على الخلاف في ولد المدبرة والمنع ههنا أولى.

وجعله القفال وغيره الأظهر، وقالوا ولد المدبرة إنما يتبعها لمشابتها المستولدة في العتق بموت السيد.

والأظهر: أنه لا فرق في مجيء القولين بين أن يكون التعليق^(٥) بما يحصل لا محالة كطلوع الشمس أو بغيره كقدوم زيد، ودخول الدار.

(١) في: ظ "تبعها ولدها".

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٣، والحاوي ١٤٨/٢٢ و ١٤٩.

(٣) "لو" ليست في: ظ.

(٤) "لإنسان" ليست في ز.

(٥) في: أ "للتعليق".

وقيل بتخصيص^(١) القولين بالتعليق^(٢) بما يوجد لا محاله، لأنه يشبه التدبير، وفي غيره لا يتبعها بلا خلاف.

التفريع: أن جعلنا ولد المدبرة مدبراً فلو ماتت الأم في حياة السيد لم يبطل التدبير، في الولد كما لو دبر عبيدين فمات أحدهما قبل موت السيد، وكما إذا ماتت المستولدة، لا يبطل حق العتق في الولد.

ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما لم يبطل التدبير في الثاني.

ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما فعن ابن الحداد رحمه الله: أنه يقرع بينهما كما لو دبر عبيدين، وضاق الثلث عنهما. وهذا هو الأظهر، والمذكور في الكتاب^(٣).

وفيه وجه: أنه يقسم العتق عليهما لانا لو أقرعنا فرمما تخرج القرعة للولد، وترق^(٤) الأم وهي الأصل في التدبير فيبعد أن يرق، ويعتق الولد.

وإذا قلنا: إن المعلق عتقها بالصفة^(٥) يتبعها ولدها فالمعني به: أن الصفة إذا وجدت في الأم، وعتقت هي بعث الولد أيضاً ولا تعتبر الصفة فيه، فإذا علق عتقها بدخول الدار، فدخلت عتقت، وعتق الولد على هذا القول.

و^(٦) لو دخل الولد بنفسه لم تعتق، هذا هو المشهور^(٧).

وقال الشيخ أبو محمد رحمه الله: قضية^(٨) سراية التعليق أن يتعلق عتقه بدخوله في نفسه، وإلا فهو سراية عتق لا سراية تعليق، فعلى هذا لا يعتق بدخولها، ويعتق بدخوله.

ولو بطل التعليق فيها، بأن ماتت بطل في حق الولد أيضاً.

-
- (١) في: أ "بتخصيص".
(٢) من قوله: "المستولدة في العتق . . . القولين بالتعليق بما" ليست في: ظ.
(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٨٣، وانظر: الروضة ١٢/٢٠٤.
(٤) في: ز، ظ "فترق".
(٥) "بالصفة" ليست في: ز.
(٦) "و" ليست في: أ.
(٧) "وهو الصحيح المعروف في المذهب" ذكره النووي في روضته ١٢/٢٠٤. وانظر: مغني المحتاج ٥١٤/٤.
(٨) "قضية" ليست في: ب.

قال: في "التهذيب" لأنه يتبعها في حق العتق، لا في الصفة بخلاف التدبير، فإنه يتبعها في التدبير فيبقى فيه^(١)، وإن بطل فيها.

وقال ابن الصباغ: الفرق^(٢) بينه، وبين التدبير، أن الشرط دخول الأم الدار، وإذا^(٣) ماتت فات ذلك، والشرط في المدبر موت السيد ولم يفث ذلك في حق الولد إلا أن يكون قد علقه بفعل نفسه، أو غيرها، فيكون كالمديرة، وبطلان التعليق بموت السيد كبطلانه بموتها.

وقضية ما ذكره الشيخ أبو محمد: أن لا يبطل التعليق فيه ببطلانه^(٤) فيها.

ولو قال: لأمته أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلاً، فإنما تعتق^(٥) بعد مضي تلك المدة من يوم الموت، فإن أتت بولد قبل موت السيد، فهل يتبع الأم في حكم الصفة؟ فيه القولان.

وإن أتت به بعد موت السيد، وقبل مضي المدة فقد نص الشافعي رضي الله عنه أنه يتبعها في حكمها.

وفيه طريقان للأصحاب:

أحدهما: أنه على القولين كما قبل الموت، وإنما أجاز على أحد القولين^(٦).

والثاني: القطع بأنه يتبعها، لأن سبب العتق، قد تأكد ههنا إذ ليس للوارث التصرف فيه، وإبطال العتق، فصارت كالمستولدة، وقبل الموت كان السيد بسبيل من البيع والإبطال، وذكر على هذا أن الولد يعتق من رأس المال كما في المستولدة. وأما ولد المدبرة فلا يؤثر فيه تدبير أبيه بل يتبع الأم في الرق والحرية.

(١) "فيبقى فيه" ليست في: ز. "فإنه يتبعها في التدبير" ليست في: ظ.

(٢) في: ز "والفرق".

(٣) في: أ "وإذا".

(٤) في: أ "بطلانها" خطأ.

(٥) "تعتق" ليست في: ز.

(٦) في: أ "على أحد الوجهين".

[قال [الغزالي]: وإذا مات السيد والمدبرة حامل عتق معها حملها، وإن كانت حاملاً عند التدبير ففي السراية إلى الجنين وجهان، ولو تنازعا فقالت: ولدت بعد التدبير فيتبعني، وأنكر السيد، فالقول قوله ولو تنازع الوارث والمدبر في مال في يده، فادعى أنه اكتسب^(١) بعد موت السيد فالقول قوله لأجل اليد^(٢).

ولو قال: ولدت الولد بعد موت السيد^(٣)، فهو حر، فالقول قول الوارث إذ لا يد على الولد).

[فصل: إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد وفيه مسألتان]

[قال الرافي: في هذه البقية مسألتان:

إحدهما: ما ذكرنا في ولد المدبرة مفروض فيما إذا حدث الولد بعد التدبير، وانفصل قبل موت السيد، فأما إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد عتق معها الحمل بلا خلاف، كما لو أعتق جارية حاملاً، فإن لم يحملها الثلث حاملاً عتق منها قدر الثلث.

وكذا المعلق عتقها بالصفة.

ولو كانت حاملاً عند وجود الصفة عتق الحمل معها، ولو كانت الجارية حاملاً عند التدبير، ففيه طريقان^(٤).

أحدهما: أنه يبنى حكمه على أن الحمل هل يعرف؟ وفيه قولان:

إن قلنا: يعرف، وهو الأصح فيكون الولد مدبراً أيضاً، وإن قلنا: لا يعرف ففيه القولان المذكوران في الولد الحادث.

(١) في: أ، ب "اكتسب بعمل". وفي ظ: "اكتسب بعد الموت".

(٢) في: أ "السيد".

(٣) من قوله "فالقول قوله . . . بعد موت السيد" ليست في: ب.

(٤) "طريقان" ليست في: ز .

وأصحهما^(١): القطع بكونه^(٢) مدبراً سواء قلنا: إنَّ الحمل يعرف أو لا يعرف كما يدخل في البيع بلا خلاف.

وقد ذكر أنه ليس ذلك على سبيل السراية، ولكن اللفظ يتناولها، وإنما يعرف كونه موجوداً يوم التدبير، إذا أتت به لما دون ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير، فهو حادث لا محالة^(٣).

وإن أتت به لما دون المدتين فينظر أهما زوج يفترشها أم لا؟ وقد سبق مثله في مواضع.

وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير، وأتت بولد لما دون أربع سنين من وقت الفراق، ففيه قولان.

قال في "التهذيب"^(٤) أصحهما: أنه يجعل موجوداً يوم التدبير، كما يجعل موجوداً في ثبوت النسب من الزوج، وإذا ثبت التدبير في الحمل، ثم انفصل فرجوع السيد عن التدبير^(٥) في أحدهما لا يرفع^(٦) التدبير في حق^(٧) الآخر، كما ذكرنا في حق^(٨) الولد المنفصل.

وإن رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل، وجوزنا الرجوع عن التدبير^(٩) ارتفع التدبير فيه وبقي في الأم. وفي وجه: لا يجوز الرجوع عنه مادام حملاً مع بقاء التدبير في الأم، وإن رجع في تدبير الأم نظر: إن قال: رجعت عن تدبيرها دون تدبير الولد، فلا

(١) انظر: المسألة في الحاوي ١٤٨/٢٢ و ١٤٩، والتهذيب ٤١٥/٨، والروضة ٢٠٥/١٢، ومغني المحتاج ١٣/٤ و ٥١٤.

(٢) في: "بأنه".

(٣) من قوله: "فإن أتت به لأكثر . . . لا محالة" ليست في: ظ.

(٤) انظر: التهذيب ٤١٥/٨.

(٥) في: "في التدبير عن".

(٦) في: "ب" لا يرتفع".

(٧) "حق" ليست في: ز .

(٨) في: "أ" حق الولد".

(٩) في: "ز" التدبير عن الرجوع".

يخفى الحكم، وإن أطلق فوجهان.

أحدهما: أنه يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير.

وأصحهما: المنع. كالرجوع بعد الانفصال، ويخالف التدبير، لأن فيه معنى العتق، وللعنق قوة، وغلبة^(١) لا تُنكر وإذا رجع في تدبيرها دون الولد، ثم أتت بولد لما دون ستة أشهر من وقت الرجوع، فهو مدبر، وإن أتت به لأكثر من ذلك ولها زوج يفترشها لم يكن مدبراً، لأنه لا يعلم حصوله قبل الرجوع عن تدبيرها.

ولو دبر الحمل في البطن وحده جاز، كما لو أعتقه ولا يتعدى إلى الأم.

وإذا مات السيد عتق الحمل دون الأم، فإن باع الأم فقد قيل: إن قصد به الرجوع حصل الرجوع، وصح البيع في الأم والولد، وإن لم يقصد لم يصح البيع في الولد ويصير كأنه استثناء، وإذا لم يصح في الولد لم يصح في الأم على الظاهر، كما لو باع جارية حاملاً بجر، والأصح صحة^(٢) البيع فيهما، وحصول الرجوع قصداً ولم يقصد، كما لو باع مدبرة ونسي التدبير، يصح البيع، ويحصل الرجوع.

وقوله في الكتاب "ففي السراية إلى الجنين وجهان" مقصوده ما قد يتبين، لكن قد يناقش في لفظ السراية، لما قد قيل: إن ذلك على سبيل تناول اللفظ له^(٣) على وجه السراية والتعدي من الشخص إلى الشخص.

فرع: إذا دبر أمته وقلنا: إن ولد المدبرة مدبرٌ وجوزنا الرجوع عن التدبير بالقول فقال: إذا ولدت أو كلما ولدت ولداً^(٤) فقد رجعت عن^(٥) تدبيره، لم يصح الرجوع، [وكان^(٦) إذا^(٧) ولد مدبراً] حتى يرجع بعد الولادة، لأن الرجوع في التدبير، إنما يصح

(١) في: أ "وعليه".

(٢) "صحة" ليست في: ظ.

(٣) في: ز "لفظ له".

(٤) "ولداً" ليست في: ب. والموجود "وله أمته".

(٥) في: ب "في".

(٦) في: ظ "فكان".

(٧) ماين المحصورتين هكذا في جميع النسخ، ويتبادر إلى فهمي أنه غير مستقيم. وبالرجوع للروضة

وجدنا الآتي: "فإذا ولدت، كان مدبراً ٠٠٠" ٢٠٦/١٢.

بعد ثبوت حكم التدبير للولد، وليس له حكم التدبير قبل الولادة، فأشبهه ما إذا قال: إذا دبرتك فقد رجعت عن تدبيرك لا يصح الرجوع.

المسألة الثانية: إذا قلنا ولد المدبرة مدبر فتنزع^(١) السيد والمدبرة في الولد فقال السيد: ولدته^(٢) قبل التدبير، فهو قن، وقالت: بل بعده فيصدق السيد بيمينه، لأن الأصل بقاء ملكه في ولد أمته وعدم التدبير.

ولو جرى هذا الاختلاف مع الوارث بعدما مات السيد، فقال الوارث: ولدته قبل التدبير، وقالت: بل بعده، وعتق بموت السيد فالمصدق الوارث.

قال في "التهذيب" وتسمع دعواها لولدها حسبة حتى^(٣) لو كانت قنة وادعت على السيد أنك دبرت ولدي تسمع.

ولو قالت المدبرة: ولدته بعد موت السيد فهو حر، وقال الوارث قبل التدبير، فالمصدق الوارث أيضاً، والتنازع على هذا التصوير يجري، وإن لم نقل بأن ولد المدبرة يتبع الأم في التدبير.

وعن أبي الحسين بن القطان: تخريج وجه في الصورة الأخيرة: أنه يصدق المدبرة لأنها^(٤) لم تسلم للورثة يداً ولا ملكاً والظاهر الأول، وهو المذكور في الكتاب.

ولو كان في يد المدبر مال فقال: اكتسبته بعد موت السيد، وقال الوارث: بل قبله فهو لي صدق^(٥) المدبر بيمينه لأنه صاحب يد في المال، فترجح^(٦) جانبه باليد، بخلاف ما إذا كان التنازع في الولد، فإنها تزعم حرثته، والحر لا يدخل تحت اليد.

ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله ترجح بينة المدبر لاعتزادها باليد.

(١) "فتنازع" ليست في: ز.

(٢) في: أ "ولدته".

(٣) "حتى" ليست في: أ.

(٤) في: ز "لأنه".

(٥) في: ظ "يصدق".

(٦) في: ب "فرجح".

ولو أقام الوارث بينةً على أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد فقال المدبر كان في يدي لكنه كان لفلان فملكته بعد موت السيد فيصدق المدبر أيضاً. نص عليه، وعلل بأن الينة لم تتعرض إلا لليد، وبأن^(١) البينة تشهد بيد متقدمة، ويد المدبر ثابتة في الحال.

وإذا^(٢) تنازع السيد والمستولدة في ولدها أولدته قبل الاستيلاء أو بعده، أو الوارث والمستولدة، أولدته قبل موت السيد، أو بعده، فهو على ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبرة.

وإذا قلنا: بسراية الكتابة إلى الولد فقالت المكاتب: ولدته بعد الكتابة، وقال^(٣) السيد، بل قبلها فالمصدق السيد أيضاً كذلك^(٤) حكاها الصيدلاني وغيره.

وذكر القاضي ابن كج وجهاً آخر ورجحه: أنه يصدق المكاتب^(٥)، وفرق بأن المكاتب يثبت لها اليد على نفسها وولدها، والمدبرة لا يد لها على نفسها ولا ولدها.

ولو اختلف السيد والمكاتب في المال فالمصدق المكاتب كما ذكرنا في المدبر.

فروع: دبر عبده ثم ملكه أمه فوطئها، وأولدها بني ذلك على أن العبد، هل يملك بالتملك؟ إن قلنا لا يملك، فالولد للسيد، ويثبت نسبه من العبد ولا حد عليه للشبهة، ويحكي هذا عن نصه في "الأم".

وإن قلنا: يملك بالتملك فالجارية للمدبر، والولد لا نحكم له بالحرية، فإنه^(٦)

حصل من رقيقين وبأيهما يلحق؟ فيه وجهان لابن سريح.

أحدهما: أنه يتبع الأم ويكون رقيقاً للسيد.

(١) في: ظ "ولأن".

(٢) في: أ "وإنما".

(٣) في: أ "فقال".

(٤) "كذلك" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "المكاتب".

(٦) في: أ "لأنه".

والثاني: يتبع الأب فيكون مدبراً كما أن الحر إذا أولد أمتة يكون الولد ملحقاً به في الحرية.

جارية بين شريكين دبرها ثم أتت بولد، فادعاه أحدهما، فهو ابنه، ويضمن نصف قيمتها، ونصف قيمته، ونصف عقرها لشريكه، ونسبه^(١) أخذ^(٢) قيمتها يكون رجوعاً في^(٣) التدبير.

وعن القاضي أبي الطيب: أنه قال: عندي^(٤) لا يقوم نصيب الشريك عليه إلا برضاه، لأنه قد ثبت له حق الولاء فيه قول المدبر في حياته، أو بعد موته "رددت التدبير" لغو لا يقدر في التدبير. والله أعلم بالصواب.

(١) في: أ "منه".

(٢) في: ز "وإن أخذاً".

(٣) في: أ "عن".

(٤) في: أ "عندي أنه".

كتاب الكتابة

وفيه بيان

الباب الأول: في أركان الكتابة.

الباب الثاني: في أحكام الكتابة

كتاب الكتابة

قال [الغزالي]: الكتابة وهي عقد ليس بواجب ولكن يستحب إن التمس العبد وكان أميناً، قادراً على الكسب، فإن لم يكن أميناً لم تستحب، وإن لم يقدر على الكسب ففي الاستحباب وجهان).

[قال الراجعي]: ذكر الأئمة رحمهم الله: أن الكتابة مأخوذة من الكتب وهو تعريفها لغة والضم^(١) والجمع، يقال كتبت البغلة إذا ضمنت بين شفريرها بحلقة أو سيرٍ. وكتبت القربة إذا أوكت رأسها^(٢).

ومنه الكتابة لما فيها من ضم بعض الحروف إلى بعض، والكتيبة لانضمام بعضهم إلى بعض.

فسمي هذا العقد كتابة لما ينضم فيه النجم إلى النجم^(٣).

وقيل: سميت كتابة، لأنها توثق بالكتابة من حيث أنها منجمة مؤجلة^(٤) وما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة.

ولذلك قال تعالى ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٥) قالوا: وعقد النكاح خارج عن قياس المعاملات من جهة أنها دائرة بين السيد، وعبده، وأن العوضين

(١) في: ز "الجمع والضم".

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة ١٥٨/٥، والقاموس المحيط ١٢١/١، والمصباح المنير ٥٢٥/٢. وانظر: مغني المحتاج ٥١٦/٤. حيث قال: "وشرعاً: عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر". انظر: نهاية المحتاج ٣٧٩/٨.

(٣) قال في المصباح المنير ٥٩٤/٢ "النجم: الكوكب. والجمع، أنجم ونجوم مثل فلس وأفلس وفلسوس، وكانت العرب توقت بطلوع النجوم، لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء، وكانوا يسمون الوقت الذي يحلُّ فيه الأداة: نجماً. تجوزاً، لأن الأداة لا يعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سمو الوظيفة "نجماً لوقوعها في الأصل في الوقت الذي يطلع فيه النجم. واشتقوا منه فقالوا: نجمت الدين - بالثقل - إذا جعلته نجوماً...".

(٤) في: ظ "مؤجلة منجمة".

(٥) سورة البقرة، بعض من آية ٢٨٢.

للسيد، وأن المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية، فليس له استقلال الأحرار، ولا عجر المماليك.

ولذلك تكون تصرفاته مترددة بين الاستقلال ونقيضه^(١) لكن الحاجة داعية إليها، فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً والعبد لا يتشمر للكسب تشمره إذا علق عتقه بالتحصيل والأداء فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل الجهالة في ربح القراض، وعمل الجعالة للحاجة.

الأدلة الدالة
على مشروعية
الكتابة

والأصل فيه الإجماع وقوله تعالى ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾^(٢).

وما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابة أظله الله يوم لا ظل إلا ظله^(٣).

وأنه قال: المكاتب عبد مابقي عليه درهم^(٤). ولا يجب على السيد أن يكاتب حكم الكتابة عبده بحال، كما لا يجب أن يدبر عبده، وأن يشتري قريبه.

وعن رواية صاحب "التقريب" رحمه الله قول: أن الكتابة واجبة إذا طلبها العبد

(١) في: أ "نقصه". وفي ز "وغريمه نقيضه".

(٢) سورة النور، آية ٣٣.

(٣) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٦/٤: "رواه الحاكم من حديث سهل بن حنيف به بلفظ: من أعان مجاهداً في سبيل الله، أو غارماً في عسرتة، أو مكاتباً في مغبته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله، والبيهقي به.

انظر: الحاكم في مستدركه ٢٣٦/٢. وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

وأخرجه البيهقي ٥٣٩/١٠، من كتاب المكاتب، باب فضل من أعان مكاتباً في رقبته.

(٤) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٦/٤ "٠٠٠" وقد رواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن قانع من طريق أخرى عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، وأعله".

انظر: موطأ مالك ٧٨٧/٢، من كتاب المكاتب، باب القضاء في المكاتب.

ثم قال: "قد ورد مرفوعاً عن عمرو بن عمر شعيب، عن أبيه، عن جده عن النبي ﷺ ورواه أبو داود ٢٠/٤، كتاب العتق، باب في المكاتب. وابن ماجه ٨٤٢/٢، من كتاب العتق، باب المكاتب.

لقوله ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾^(١).

والمذهب الأول^(٢) وإلا^(٣) لبطل أثر الملك، واحتكم الممالك على المالكين. نعم تستحب الإجابة إذا التمسها العبد، إذا كان أميناً قادراً على الكسب، وبها فسر الشافعي^(٤) رضي الله عنه الخير في قوله تعالى ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ واعتبرت القدرة على الكسب ليتمكن من تحصيل ما يؤديه، والأمانة لئلا يضيع ما يحصل^(٥) ويصرفه إلى السيد فيعتق، فإن فقد الشرطان معالم تستحب الكتابة، لأنه لا يقوى رجاء العتق بها وقد يحزم^(٦) بالاستقلال حالاً ويعجز نفسه آخرأً، ولكنها لا تكرر فعساها تفضي إلى العتق. وقال أحمد^(٧) تكره.

وبه قال أبو الحسين ابن القطان رحمهما الله.

وإن فقدت الأمانة: وقدر على الكسب لم تستحب أيضاً، لأنه لا يوثق به.

وفي "الكافي" للرويانى رحمه الله: وجه أنها تستحب، ولكن الاستحباب ههنا دون الاستحباب فيما إذا اجتمع الوصفان. وحكاها القاضي ابن كج رحمه الله أيضاً. فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب "لم تستحب" بالواو.

وإن لم يقدر على الكسب، ولكن كان أميناً ففي الاستحباب وجهان مذكوران في الكتاب.

أحدهما:^(٨) تستحب، لأنه إذا عرفت أمانته أعين بالصدقات ليعتق^(٩).

-
- (١) سورة النور، آية ٣٣.
(٢) المختصر ص ٣٢٣، والحاوي ١٦٢/٢٢، والوسيط ٥٠٧/٧، والتهذيب ٤١٩/٨، والروضة ٢٠٩/١٢، ومغني المحتاج ٥١٦/٤، ونهاية المحتاج ٣٧٩/٨.
(٣) في: أ "إلا".
(٤) انظر: الأم ٣١/٨. وانظر: سنن البيهقي ٥٣٥/١٠.
(٥) قوله: "ما يؤديه والأمانة لئلا يضيع ما يحصله" ليست في: ب، ظ.
(٦) مكرر في ز "يحزم".
(٧) انظر: المقنع ص ٢٠١، والمغني ٤٤٣/١٤.
(٨) انظر: الوجيز ٢٨٤/٢.
(٩) في: أ "فيعتق".

وأظهرهما: المنع لتعزير رجاء العتق بما لا يتوظف، ولا يوثق به.

وإذا طلب السيد الكتابة لم يجبر العبد عليها^(١).

وروى القاضي ابن كج أن عند مالك رحمهما الله يجبر^(٢).

الباب الأول: أركان الكتابة

(قال [الغزالي]: ولها أركان وأحكام: النظر الأول في أركانها: وهي أربعة الأول الصيغة وهي أن يقول: كاتبك على ألف في نجمين فصاعداً إن أديته فأنت حر، فإن لم يصرح بالتعليق، ونوى كفى أو لا يكفي مجرد لفظ الكتابة دون صريح التعليق أو نيته، ولو قال: أنت حر على ألف فقبل^(٣) عتق في الحال، والألف في ذمته.

ولو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر، فأعطى من مال غيره إذ لا مال هل يعتق؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: يعتق، فهل يرجع إلى قيمة الرقبة، لأن الألف ترد على صاحبها^(٤) ويتبعه^(٥) الكسب كما في الكتابة الفاسدة، أو هو تعليق محض؟ فيه وجهان. ولو باع العبد من نفسه صح، وله الولاء وقيل لا ولاء له، لأنه عتق على نفسه).

[الفصل الأول: في الألفاظ التي تحصل بها الكتابة]

[قال الرافعي] عد أركان الكتابة أربعة أحدها: الصيغة: وهي أن يقول العبد: كاتبك على ألف تؤديه إليّ في نجمين أو أكثر، فإذا أدت فأنت حر، فيقول العبد: قبلت ولم يصرح بتعليق الحرية بالأداء ولكن نواه بقوله: كاتبك على كذا صحت الكتابة أيضاً.

(١) في: ب، ز "عليه".

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٦، والتاج والاكلیل ٣٤٤/٦.

(٣) في: ظ "وقيل".

(٤) "لأن الألف ترد على صاحبها" ليست في: أ.

(٥) "يتبعه" ليست في: ب، ظ.

وإن لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم تصح الكتابة، ولم يحصل العتق.
ومن الأصحاب رحمهم الله: من خرَّج من التدبير قولاً: أن لفظ "الكتابة" صريح
مغنٍ عن التصريح بالتعليق وعن نيته.

وقد ذكرناه في "التدبير".

وليعلم قوله في الكتاب "ولا يكفي مجرد لفظ الكتابة دون صريح لفظ التعليق
ونيته" مع الواو بالحاء والألف، لأنه صريح عندهما.

ووراء هذا شيان.

أحدهما: عن أبي إسحق رحمه الله: أنه إن كان الرجل فقيهاً صحت كتابته
بمجرد اللفظ، وإلا فلا بد من التعليق أو نيته، وفي "تعليقة الشيخ أبي حامد رحمه الله"
بناء هذا التفصيل على الفرق بين التدبير، و الكتابة، بأن التدبير مشهور عند الخواص
والعوام، والكتابة لا يعرفها إلا الخواص وقد سبق هذا^(١) في "التدبير".

وذكر أن أبا إسحق رحمه الله قال: هذا لو كان الرجل حديث عهد بالإسلام أو
جاهلاً بالإحكام لا يعرف التدبير، لا ينعقد تدبيره بمجرد لفظ التدبير، حتى تنضم إليه نية
أو زيادة لفظ.

والثاني: حكى الصيدلاني عن بعض الأصحاب إذا ذكر ما تتميز به الكتابة عن
المخارجة كفى مثل أن يقول تعاملني أو أضمن لك أرش الجناية أو تستحق مني الإيتاء أو
من الناس سهم الرقاب كفى ذلك، ولا حاجة إلى تعليق الحرية بالأداء، ويؤيده ما ذكر
الإمام: أن قوله ههنا إذا أديت فأنت حر ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة، وإنما هو
نطق بمضمون العقد على الغالب، والغرض إزالة التردد في لفظ الكتابة، ولذلك قد يحصل
العتق بغير الأداء، ويكتفي بالنية من غير لفظ التعليق.

ولو كان التعليق مقصوداً لبعد حصوله بالنية ولا يكفي قوله: كاتبك بحال، كما
إذا قال: بعثك كذا ولم يذكر العوض ثم في الفصل مسألتان:

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٨١، والروضة ١٢/١٨٦. والقسم المحقق ص ١١٠ وما بعدها.

إحدهما: إذا قال: أنت حر على ألف فقبل العبد وعتق في الحال وثبت الألف في ذمته، وهو كما لو قال لزوجته: أنت طالق على ألف فقبلته.

المسألة الأولى
إذا قال: أنت
حر على ألف
فقبل العبد
ونحو ذلك

ولو قال: إن أعطيتني ألفاً أو إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر فلا يمكنه أن يعطى من مال نفسه فإنه لا يملك شيئاً، فهو كما لو قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق فأنت بألف مغضوب، وقد ذكرنا في "الخلع"^(١) وجهين في وقوع الطلاق.

والأظهر^(٢): أنه لا يقع ففي^(٣) حصول العتق ههنا إذا أعطى من مال غيره مثل ذلك الخلاف، فإن فرغنا على أنه يعتق فعن الشيخ أبي علي رواية وجهين في "شرح التلخيص" في أن سبيل هذه المعاملة سبيل الكتابة الفاسدة، أو هي تعليق محض.

أحدهما: أنها^(٤) كالكتابة الفاسدة حتى يرد السيد ما أخذ ويرجع على العبد بقيمة رقبته وحتى يتبعه الإكساب، والأولاد الحاصلة بعد التعليق.

والثاني: أنه ليس لها حكم الكتابة الفاسدة وعلى هذا فوجهان.

أحدهما: أنه يرجع على العبد بقيمة رقبته كما إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته ألفاً مغضوباً وقلنا: بوقوع الطلاق، فإنه يرجع عليها^(٥). بمهر المثل^(٦).

والثاني: أنه لا رجوع له والذي جرى محض تعليق ويخالف الزوجة، فإنها أهل التزام^(٧) وقت المخاطبة والعبد ليس أهلاً له، قال في "الوسيط"^(٨).

والظاهر أنه لا رجوع للسيد بقيمة، وأنه لا يتبعه الكسب والولد.

(١) انظر: الوجيز ٤٥/٢، والروضة ٤٠٥/٧.

(٢) انظر: الروضة ٢١٠/١٢، ومغني المحتاج ٥١٧/٤.

(٣) في: ظ "في".

(٤) "أنها" ليست في: أ.

(٥) في: أ "عليهما".

(٦) "مهر المثل" ليست في: ب، ظ، ز.

(٧) في: ز "الإلتزام".

(٨) انظر: الوسيط ٥٠٧/٧.

الثانية: إذا قال لعبده بعت منك نفسك بكذا وقال العبد اشترت، أو قال العبد
 يعني نفسي بكذا، فقال: بعت، صح البيع وثبت المال في ذمته وعتق في الحال كما لو
 أعتقه على مال، هذا ظاهر المذهب^(١).
 المسألة الثانية إذا قال لعبد
 بعت منك
 نفسك بكذا
 وقال العبد
 اشترت ونحو
 ذلك

وعن نقل الربيع رحمه الله، أو تخريجه قول: أنه لا يصح البيع، لأن السيد لا يتابع
 عبده، ألا ترى أنه لا يبيع منه مالاً آخر، وأيضاً فإن البيع^(٢) لإثبات الملك وهو لا يملك
 نفسه.

واختلفوا فيه: فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً آخر، منهم أبو حامد القاضي،
 والشيخ، ومنهم من جعله من كيس الربيع، وقطع بالأول، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق،
 وابن أبي هريرة رحمهم الله.

وإذا قلنا بصحة البيع، وحصول العتق، فللسيد الولاء عليه، كما لو أعتقه على
 مال.

وفيه وجه آخر مذكور من قبل^(٣).

ولو أقر السيد بأنه باع منه نفسه، وأنكر العبد، عتق العبد بإقرار السيد، وحلف
 العبد أنه لم يشتر ولا شىء عليه.

ولو قال: بعتك نفسك بهذه العين أو بخمر أو خنزير، فإن صححنا بيعه منه
 وأثبتنا الولاء للسيد فيعتق، وعلى العبد قيمة رقبته، كما لو قال: أعتقتك على خمر أو
 خنزير.

وإن قلنا: لا ولاء عليه فلا يصح، ولا يعتق كما لو باعه من أجنبي بخمر أو
 خنزير.

ولو قال: وهبت منك نفسك^(٤) أو ملكتك نفسك فقبل، عتق.

(١) انظر: المصدر نفسه، والتهذيب ٤٢٠/٨، والروضة ٢١١/١٢، ومغني المحتاج ٥١٦/٤.

(٢) في: أ "عقد البيع".

(٣) انظر: الوجيز ٢٧٩/٢، والروضة ١٧٠/١٢. "وهو على المذهب".

(٤) "نفسك" ليست في: أ.

وعند أبي حنيفة^(١) رحمه الله يعتق بلا قبول.

ولو أوصى له بربقته، فإذا قبل بعد الموت عتق.

واعلم أن الإعتاق على عوض، ويبيع العبد من نفسه يشاركه الكتابة في أن كل واحد منهما يتضمن إعتاقاً بعوض ويفارقانها في الشروط والأحكام، وهما عقدان برأسهما.

[قال [الغزالي]: الركن الثاني العوض وشروطه^(٢) أربعة: الأول أن يكون ديناً إذ لو كان عيناً لكان من ملك غيره إذ لا ملك له.

الثاني: الأجل: فلا تصح الكتابة الحالية، لأنه يعجز عقيب^(٣) العقد إذ لا بد من لحظة في الاكتساب إلا أن يكون نصفه حراً فتصح كتابته بغير أجل على أحد الوجهين.

ولو باع من المفلس بغير أجل بثمن يزيد على قيمة المثل^(٤) فيعجز عنه ولكن الظاهر صحته.

وفيه وجه آخر أنه لا يصح).

[الفصل الثاني: في العوض وشروطه]

[قال الرافعي]: في أحد شروط العوض في الكتابة: أن يكون ديناً ليلتزمه في الذمة ثم يحصله فيؤديه، وأما الأعيان، فإنه لا يملكها حق يُورد العقد عليها.

والثاني: أن يكون مؤجلاً، ووجه اشتراط التأجيل بأمرين

أحدهما: اتباع السلف فإنهم لم^(٥) يعقدوا الكتابة: إلا على عوض مؤجل.

(١) انظر: الهداية ٥٠/٢، وفتح القدير ٢٣٥/٤.

(٢) في: ظ "وشرطه".

(٣) في: أ "تعقيب". وفي: ظ "تعجيز عقب".

(٤) في: ز، ظ "المبيع".

(٥) في: أ "لا".

والثاني: أن^(١) على تقدير الحلول تتوجه المطالبة في الحال وهو عاجر عن الأداء حينئذ فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند المحل.

واعترض على المعنى الثاني: بأنه قد يوصي له بمال لو قبل الكتابة، ويموت الموصى قبل عقد الكتابة.

أو يوهب منه عقيب^(٢) العقد فلا يتحقق العجز.

وأجيب عنه: بأن قبول الوصية، والهبة لا بد وأن يتأخر عن قبول الكتابة فيكون العوض، لازماً قبل القدرة والتمكن، وقد لا يتيسر القبول.

واعترض أيضاً بأنه لو جرى عقد الكتابة على قدر^(٣) من الملح، وهما على مملحة^(٤) فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة، وأجيب عنه بأنه لا يملك الملح لم يأخذه، والأخذ يتأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق.

ولو ملك شقصاً من عبد باقيه حرّاً فكاتب ما يملكه منه حالاً ففيه وجهان.

أظهرهما: المنع اتباعاً لما جرى عليه الأولون.

والثاني: أنه^(٥) يجوز، لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه فلا يتحقق العجز في الحال.

ويصح البيع من المعسر، لأن الحرية مظنة القدرة وإن لم يملك شيئاً آخر فإنه يقدر على أداء الثمن من المبيع^(٦)، فإن زاد الثمن على قيمة المبيع المشهور الصحة أيضاً، لأنه قد يجد زبوناً يشتريه بقدر الثمن.

وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله وجه: أنه لا يصح البيع والحالة هذه.

(١) في: أ "أن يكون".

(٢) في: ز "عقب".

(٣) في: ظ "عقد".

(٤) في: أ "ملحة". وانظر: المصباح المنير في تعريف ذلك ٥٧٨/٢.

(٥) "أنه" ليست في: ظ.

(٦) في: أ "البيع".

وذكر القاضي ابن كج نحواً من هذا على سبيل الاحتمال، فقال: متى اشترى شيئاً في ذمته على أن يؤديه في الحال، ولم يقدر على ذلك فلا يبعد أن يبطل. وعن القاضي الحسين ذكر وجهين، فيما إذا أسلم إلى المكاتب عقيب^(١) عقد الكتابة.

ووجه الجواز يقدر به^(٢) برأس^(٣) المال، والخلاف قريب من الخلاف في البيع من المعسر، والبيع أولى بالصحة، لأن الثمن يحتمل مالا يحتمله المسلم فيه، ألا ترى أنه لا يجوز الاعتياض عنه، وفي الاعتياض عن الثمن خلاف.

وقوله في الكتاب "ولو باع من المفلس" المراد من المفلس ههنا المعسر الذي لا شيء له دون المحجور عليه لحق الغرماء.

واعلم أنه يلزم من اشتراط التأجيل اشتراط الدينية، لأن الأعيان لا تقبل الأجل، فكان^(٤) بسبيل من أن^(٥) يستغني عن ذكر الشرط الأول بذكر الشرط الثاني.

قال [الغزالي]: الثالث: أن ينجم بنجمين فصاعداً اتباعاً للسلف، ويجوز لو كانت على خدمة شهر ودينار بعد العقد بيوم، لأن المنفعة تستحق عقيب^(٦) العقد، وإنما التأخير^(٧) للتوفية، فلا^(٨) يضر الحلول فيه، لاتصال القدرة بالعقد ولو^(٩) كاتب^(١٠) على خدمة شهرين ليكون كل شهر نجماً لم يجز، لأن الكل مستحق عند^(١١) العقد، ولو أضاف استحقاق الشهر الثاني إلى الشهر الأول فوجهان.

-
- (١) في: ز "عقب".
 - (٢) في: أ، ب "بقدرته".
 - (٣) في: ظ "رأس".
 - (٤) في: ز، ظ "وكان".
 - (٥) "أن" ليست في: ظ.
 - (٦) في: ز "عقب".
 - (٧) في: ب "التأخر".
 - (٨) في: ز، ظ "ولا".
 - (٩) في: أ "وإن".
 - (١٠) في: أ "كانت".
 - (١١) في: أ "عقيب".

ولو أعتقه على أن يخدمه شهراً، عتق في الحال وعليه الوفاء، فإن تعذر فيرجع إلى قيمة المنفعة أو قيمة الرقية فعلى قولين كما^(١) في بدل الخلع

[الشرط الثالث: التنجيم بنجمين فصاعداً]

[قال الرافعي]: ومن شروط العوض في الكتابة التنجيم بنجمين فصاعداً.

وقال أبو حنيفة، ومالك^(٢) رحمهما الله تصح الكتابة على نجم واحد.

لنا أنه المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم عملاً وقولاً، ويروي عن عثمان رضي الله عنه: أنه غضب على عبد له فقال لا عاقبتك ولا كاتبك على نجمين^(٣) وفيه إشعار بأنه الغاية من التضيق. وعن علي - كرم الله وجهه - أنه قال: الكتابة على نجمين.

وقال الماسرخسي رأيت أبا إسحق في مجلس النظر قرر ذلك فقال: كانت الصحابة رضي الله عنهم يسارعون إلى القربات والطاعات، فلو جازت الكتابة على نجم واحد لبادروا إليها.

وعن ابن سريج رحمه الله الاحتجاج بما قدمنا أن الكتابة مشتقة من ضم النجوم بعضها إلى بعض، وأقل ما يحصل به الضم نجمان، والمعنى فيه أن الكتابة عقد إرفاق، ومن تمتة الإرفاق التنجيم، ولذلك ضربت الدية على العاقلة مؤجلة منجمة ليتيسر عليهم الأداء، ومن بعضه حر، وبعضه رقيق، هل يشترط في كتابة الرقيق منه التنجيم أو تستثنى هذه الصورة؟.

فيه وجهان كالوجهين في اشتراط التأجيل فيها.

(١) "كما" ليست في: ظ.

(٢) انظر: الهداية ٢٥٣/٣. وانظر: مختصر خليل ص ٢٩٦.

(٣) الأثر: أخرجه البيهقي في سننه ٥٤٠/١٠ حديث ٢١٦٢٣ من كتاب المكاتب - باب مكاتب الرجل عبده أو أمته على نجمين فأكثر بمال صحيح.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٦/٤ "حديث عثمان ،،،، البيهقي من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل قال: كنت مملوكاً لعثمان، فذكره مطولاً، وفيه قصة للزبير معه". وانظر البدر المنير ٤٦٢/٢.

وهل يجوز أن يكتاب على مال كثير إلى نجمين قصيرين أو إلى نجمين طويل^(١) وقصير، مع شرط أداء الأكثر في النجم الأقصر؟ فيه وجهان

أظهرهما: نعم. ليتحقق الإمكان، كما لو أسلم إلى معسر في مال كثير.

والثاني: المنع، لأن ما يندر الإقتدار عليه، يلحق في المعاملات بالمعجور عنه، ألا ترى أنه يبطل السلم فيما يعز وجوده، كما يبطل فيما يستيقن عدمه^(٢) والوجهان ظاهران على طريقة من يقول: يشترط التأجيل في الكتابة لتحصل^(٣) القدرة على الأداء.

قال الإمام رحمه الله ويمكن إجراؤهما^(٤) مع الاعتماد على اتباع الأولين فعلى أحد الوجهين يجوز لحصول صورة التأجيل، والتنجيم.

وعلى الثاني: لا يجوز فإننا وإن اتبعنا فلا ينكر فيهم معنى^(٥) المواساة، وإذا بعد الإمكان بطلت المواساة، وهذا يناظر اختلاف القول في إلحاق المحارم بالاجنبيات في اللبس الناقض للطهارة.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: يجوز أن يجعل عوض الكتابة منفعةً كبناء دار، وخياطة ثوب، وخدمة شهر، كما يجوز أن تجعل المنافع ثمناً وأجرة.

وعن مالك^(٦) رحمه الله منعه، ولا يجوز أن يكتفي بخدمة شهر أو شهرين أو سنة عوضاً وتقدر خدمة^(٧) كل عشرة أيام نجماً أو خدمة كل شهر من السنة نجماً، لأن الجميع نجم واحد والمطالبة ثابتة به^(٨) في الحال إلا أنه يوفي بمضي الزمان.

(١) في: ز "قصير وطويل".

(٢) في: ظ "وجوده وعدمه".

(٣) في: أ "التحصل". وفي ب، ظ "لتحمل".

(٤) في: ظ "إجراهما".

(٥) "معنى" ليست في: ظ.

(٦) انظر: مختصر تحليل ٢٩٦.

(٧) "خدمة" ليست في: أ.

(٨) "به" ليست في: أ.

ولو شرطاً صريحاً أن تكون خدمة شهر نجماً وخدمة الشهر بعده نجماً آخر فوجهين.

أصحهما: وهو المنصوص في "الأم"^(١): المنع، لأن منفعة الشهر الثاني^(٢) متعينة والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز أن يشترط^(٣) تأخيرها.

والثاني: يجوز، واتصال ابتداء الشهر الثاني بانتهاء الأول يخرج عن أن يكون عقداً على المستقبل.

وهذا كالاخلاف في إجارة الدار السنة القابلة، أو هو هو، فإن انقطع مبتدأ المدة الثانية عن منقرض الأولى، كما لو كاتبه على خدمة شهر، وخدمة شهر آخر بعد ذلك الشهر بعشرة أيام، لم يجز بلا خلاف، وينبغي أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا تتأخر عنها.

وهذا كما أن عين المبيع لا تقبل التأجيل، وتأخير التسليم.

ولو كاتبه في رمضان على خدمة شوال لم يجز.

ولو كاتبه على دينار يؤديه في آخر الشهر وعلى خدمة شهر بعد ذلك لم يجز.

وعن أبي حنيفة^(٤) رحمه الله تجويزه.

وأما المنافع الملتزمة في الذمة كخياطة ثوب^(٥) معين، وبناء جدار موصوف ودار موصوفة فيجوز فيها التأجيل.

ولو كاتبه على بناء دارين^(٦) وجعل لكل واحد منهما وقتاً معلوماً صحت الكتابة.

(١) انظر: الأم ٣٢/٨، وانظر: الوسيط ٥١٠/٧، والروضة ٢١٧/١٢.

(٢) "الثاني" ليست في: ظ.

(٣) في: ب "يشترط".

(٤) انظر: الهداية ٢٥٣/٣.

(٥) في: ز "ثوب واحد".

(٦) في: ر "على خدمة شهر من الآن".

إذا تقرر ذلك: فلو قال: كاتبك على خدمة شهر من الآن وعلى دينار بعد انقضاء الشهر بيوم، أو شهر، جاز لحصول التأجيل والتنجيم.

ولو قال^(١) على خدمة شهر ودينار عند انقضاء الشهر، فظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه: أنه يجوز، بل عن نصه في "الأم"^(٢): أنه إذا شرط الدينار بعد الشهر أو معه كان جائزاً.

واختلف الأصحاب فيه على وجهين: وعن ابن سريج: أن فيه قولين

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق رحمه الله: لا يجوز^(٣)، لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة، فيصيران معاً كالنجم الواحد، ويحكي هذا عن اختيار أبي الطيب بن سلمة، والطبري والقاضي أبي حامد رحمهم الله: وهؤلاء حملوا ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه على ما إذا قال^(٤): ودينار، بعد العقد بيوم أو شهر، وغلطوا الربيع رحمه الله في رواية أو معه.

وأظهرهما: وبه قال ابن أبي هريرة واختاره^(٥) الشيخان أبو حامد، والقفال رحمهما الله: الجواز، لأن المنفعة مستحقة في الحال، والمدة لتقديرها والتوفية فيها، والدينار، إنما يستحق المطالبة به عند انقضاء الشهر، وإذا اختلف الاستحقاق حصل التنجيم.

قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالة، لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال بخلاف ما لو كاتب^(٦) على دينارين، أحدهما حال، والآخر مؤجل.

(١) في: أ "قالت".

(٢) انظر: الأم ٣٣/٨.

(٣) في: أ "أنه لا يجوز".

(٤) في: ز "أو دينار".

(٥) "اختاره" ليست في: ظ.

(٦) في: ز، ظ "كانت".

وبهذا يتبين أن الأجل وإن كان يطلق اشتراطه في عوض الكتابة، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر على الشروع في توفيتها في الحال.

ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر مثل أن يقول: ودينار بعد العقد بيوم وهذه الصورة هي المذكورة في الكتاب.

فعن أبي الحسين بن القطان القطع بالمنع.

والظاهر إجراء الوجهين، والظاهر منهما الجواز وهو المذكور في الكتاب^(١).

ويجوز أن يعلم قوله "ويجوز لو كاتب على خدمة شهر ودينار بعد العقد" مع الواو بالميم لما قدمنا من مذهب مالك رضي الله عنه.

ولو قال: على خدمة شهر، من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر فهو كما لو قال وعلى دينار، بعد انقضاء الشهر، وذكر في "التهذيب": أنه لا بد من بيان العمل في الخدمة إذا كاتب عليها^(٢).

وقال ابن الصباغ يكفي إطلاق الخدمة.

نعم لو قال على منفعة شهر فلا يجوز لاختلاف المنافع، فإذا كاتب على الخدمة والدينار، فمرض في الشهر، وفاتت الخدمة انفسخت الكتابة في قدر^(٣) الخدمة، وفي الباقي قيل^(٤): هو كما لو باع عبيد فتلّف أحدهما قبل القبض ففي الباقي طريقان.

أحدهما: القطع ببقاء العقد فيه.

والثاني: أن فيه قولين، وقيل تبطل الكتابة في الباقي بلا خلاف، لأن الكتابة لا

تقف على بعض العبد.

وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب رحمه الله.

(١) قوله: "فعن أبي الحسين ٠٠٠ وهو المذكور في الكتاب" ليست في: ز.

(٢) انظر: التهذيب ٤٢٠/٨ والحاوي ١٦٦/٢٢.

(٣) في: ظ "وزن".

(٤) في: ظ "مثل".

المسألة الثانية: إذا قال لعبده أعتقتك على أن تخدمني أو على أن تخدمني أبداً فقبل العبد عتق^(١) في الحال، ويرجع السيد عليه بقيمته، لأنه لم يعتقه مجاناً.

ولو قال على أن تخدمني شهراً من الآن فقبل عتق، وعليه الوفاء فإن تعذر بمرض، وغيره، فيرجع السيد عليه بأجرة مثل الخدمة وهي قيمة المنفعة أو بقيمة العبد؟ فيه قولان كالقولين في الصداق^(٢) وبَدَل الخلع^(٣) إذا تلتفا قبل القبض.

ولو قال كاتبك على أن تخدمني أبداً فلا عتق.

ولو قال على أن تخدمني شهراً فقبل وخدمه شهراً عتق، ويرجع السيد عليه بقيمته، والعبد على السيد بأجرة مثل الخدمة، لأنها كتابة فاسدة، وإن خدمه أقل من شهر لم يعتق.

(قال [الغزالي]: الرابع إعلام القدر، والأجل والنجم، وليميز محل كل نجم، فلو كاتب على مائة يؤديها في عشر سنين لم يجز حتى يتبين محل كل نجم.

ولو شرط في الكتابة أن يشتري منه شيئاً فسد.

ولو كاتبه وباعه شيئاً على عوض واحد دفعةً واحدةً فسد البيع، وفي الكتابة قولاً تفريق الصفقة.

ولو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقة واحدة، فالنص الصحة، وفي شراء ثلاثة أعبد من ثلاثة مَلاكٍ فالنص^(٤) الفساد، وفي خلع نسوة ونكاحهن دفعة بعوض واحد نص على قولين فليل في الكل قولان، لكن العوض معلوم الجملة غير معلوم التفصيل).

(١) في: "عتق العبد".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٧.

(٣) انظر: الوجيز ٢/٤١.

(٤) في: أ "النص".

[الشرط الرابع: الإعلام في الكتابة]

[قال الرافعي]: فيه ثلاثة مسائل: إحداها: لا بد من إعلام قدر العوض وصفته، وأقدار الآجال، وما يؤدي عند حلول كل أجل، فإن كاتب على شيء من الأثمان، كفى الإطلاق: إن كان في البلد نقدًا واحدًا أو نقود، والغالب منها واحد، وإلا فلا بد من التبيين والتمييز.

وإن كاتبه على عوض وصفه بالصفات المعبرة في السلم^(١).

وعن أبي حنيفة^(٢) وأحمد^(٣): يجوز الإطلاق، ويحمل العبد المطلق على عبد وسط.

ولو كاتب على عين وصفها على أن يؤدي نصفها بعد انقضاء سنة والنصف الآخر بعد انقضاء سنتين، لم يصح، لأنه إذا سلم^(٤) النصف في السنة الأولى تعين النصف الثاني للثانية والمعين لا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يشترط تساوي الآجال، ولا تساوي المقادير المؤداة عند حلول الآجال.

وإذا كاتبه على مائة على أن يؤدي نصفها أو ثلثها عند انقضاء خمس سنين، والباقي عند تمام العشر، أو على أن يؤدي عند تمام كل سنة عشرة جاز.

ولو قال: تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة والبعض عند تمامها لم يجز، وإن قال: تؤديها في عشر سنين لم يجز ووجهه بمعنيين.

أحدهما: أنه كتابة إلى أجل واحد.

والثاني: أن "في" لا تقتضي إلا^(٥) الظرفية ولم يبين أنه يؤديها دفعةً واحدة، أو في دفعات، ولا أنه يؤدي في أولها أو وسطها أو آخرها.

وفيه وجه: أنه يجوز ويوزع المال على عدد السنين.

(١) انظر الوجيز ١/١٥٤-١٥٦.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٥٣.

(٣) انظر: المغني ١٤/٤٥٤.

(٤) في: ز "أسلم".

(٥) "إلا" ليست في: ظ.

ولو قال: في شهر كذا أو في ستة وكذا. فهو مجهول، ويحمل^(١) على أول الشهر، وأول السنة، وفيه وجهان كما ذكرنا في "السلم" مثلهما^(٢)

ولو قال: في وسط السنة فهو مجهول أو يحمل على النصف، لأنه الوسط في الحقيقة.

حكى القاضي الروياني رحمه الله في "الكافي" وجهين، فيه

ولو قال: يؤديها إلى عشر سنين لم يجز، لأنه كتابة إلى أجل واحد.

ولو قال كاتبك على مائة تؤديها إليّ في ثلاثة أشهر قسط كل شهر، عند انقضائه، نقل القاضي ابن كج عن ابن سريج: أنه يجوز.

وعن ابن أبي هريرة رحمهم الله وغيره: المنع إذا^(٣) لم يعلم حصة كل شهر في الحال.

وقوله في الكتاب: "إعلام القدر والأجل والنجم" كأنه يعني بالقدر قدر جملة العوض وبالنجم القدر المؤدي عند كل محل، ويشبه أن يقال: يكفي إعلام المؤدي عند كل محل، ويسهل منه معرفة الجملة إذا أرادها.

والنجم في الأصل الوقت ويقال: كانت^(٤) العرب لا يعرفون الحساب، ويننون أمورهم على طلوع النجوم والمنازل فيقول: أحدهم إذا طلع نجم الثريا أديت من حقك كذا، فسميت الأوقات نجومًا^(٥).

ثم قد يسمى المؤدي في الوقت نجما.

فرعان: الأول لو كاتب عبده على دينار إلى شهر ودينارين إلى شهرين على أنه إذا أدى الدينار الأول عتق ويؤدي الدينارين بعد العتق.

(١) في: ب "أو يحمل".

(٢) من قوله: "أو في سنة كذا . . . مثلهما" ليست في: أ. وانظر: الوجيز ١٥٥/١

(٣) في: ز "إذا".

(٤) في: أ، ب: "كاتب".

(٥) سبق ذلك في ص ١١٤٩.

فعن ابن سريج رحمه الله: أن في صحة الكتابة قولين وهما عند بعضهم القولان في أن الصفقة^(١) إذا جمعت بين عقدين مختلفين هل يحكم بصحتها^(٢).

وعند بعضهم متأصلان ويوجه البطلان بأنه شرط ما يخالف قضية الكتابة، لأن قضيتها أن يعتق بأداء جميع النجوم دون البعض.

والصحة بأنه لو كاتبه مطلقاً وأدى بعض المال ثم أعتقه على أن يؤدي الباقي بعد العتق، جاز فكذلك إذا شرطه في الابتداء كذلك^(٣) نقله ابن الصباغ وغيره رحمهم الله.

الثاني: هل يشترط أن يعين موضع تسليم النجوم؟

ذكر القاضي ابن كج رحمه الله^(٤): أن فيه الخلاف المذكور في "السلم"^(٥) وذكر خلافاً في أنه إذا عين موضعاً، فخرّب ذلك الموضع، يسلمها في ذلك الموضع، أو في أقرب المواضع إليه.

فرع ثالث: إذا كاتب على مال الغير فسدت الكتابة خلافاً لأبي حنيفة^(٦) رحمه الله في الدراهم والدنانير، بناء على أنهما لا يتعينان بالتعيين، والمقصود من الإشارة إليهما المقدار.

ثم قال الصيدلاني رحمه الله: إذا أذن رب المال في أن يعطيه سيده فأعطاه حصل العتق، وإن أدى بغير إذن المالك لا يحصل العتق بخلاف ما إذا^(٧) قال: إن أديت هذا إلى فأنت حرٌّ فإنه إذا أداه يعتق، وإن كان مستحقاً، لأن ذلك محض تعليق، وهذه كتابة تقتضي التمليك، وإذا وجد أذن المالك فقد وجد ما يقتضي الملك لكنه يجب الرد

(١) في: ظ "الصيغة".

(٢) في: ب "بصحتها". وانظر: الوجيز ١/١٤٠ - "أولاهما البطلان".

(٣) في: أ، ز "لذلك".

(٤) في: ظ "ابن كج وغيره".

(٥) انظر: الوجيز ١/١٥٥.

(٦) انظر: الهداية ٣/٢٥٤.

(٧) في: ز "لو".

والرجوع إلى القيمة لفساد الكتابة على ما سنذكر إن شاء الله تعالى في أحكام الكتابة الفاسدة^(١)

المسألة الثانية: إذا شرط^(٢) في الكتابة أن يشتري العبد منه شيئاً أو يشتري هو من العبد فسدت الكتابة لأنه شرط عقداً في^(٣) عقد.

ولو كاتبه وباعه شيئاً على عوض واحد بأن قال: كاتبك وبعث منك هذا الثوب بمائة إلى شهرين تؤدي منها خمسين عند انقضاء الأول، والباقي^(٤) عند انقضاء الثاني فإذا^(٥) أدت فأنت حر، فقال العبد قبلت الكتابة والبيع أو البيع والكتابة أو قال قبلتهما جميعاً ففيه طريقان.

أحدهما: وبه قال صاحب "الإفصاح" رحمه الله إنهما على القولين فيما إذا جمع في صفقة واحدة بين عقدين مختلفي الحكم ففي قول يصحان. وفي آخر يبطلان.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أن البيع باطل لتقدم أحد شقيه على مصير العبد من أهل مبايعة السيد، وإذا بطل البيع ففي صحة الكتابة قولان، لأنه جمع في الصفقة الواحدة بين ما يجوز، وما لا يجوز، كما لو باع عبده وعبد غيره.

فإن قلنا: تصح الكتابة، وهو الأظهر فيصح^(٦) بجميع العوض في أحد القولين وبالقسط في أصحهما فيوزع^(٧) ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب فما يخص العبد يلزمه في النجمين فإذا أداه عتق.

(١) "الفاصلة" ليست في: ز.

(٢) في: أ، ب "شرطاً".

(٣) في: أ "وفي".

(٤) "عند انقضاء الأول والباقي" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "وإذا".

(٦) "فيصح" ليست في: أ.

(٧) في: ز "ويوزع".

وإن قلنا: أنها فاسدة، فعليه أداء جميع المال^(١) لتحصل الصفة فيعتق ثم يتراجعان، ثم قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول آخر: وهو أنه إذا أدى ما يخص قيمته يعتق، ثم يتراجعان وأدى الإمام الطريقتين على نسق آخر^(٢) مع زيادة فقال: يفسد البيع لسبق إيجاب البيع على تمام^(٣) الكتابة.

وخرج بعضهم فيها وجهاً: أنه يصح كما إذا قال: اشتريت عبدك هذا بألفٍ، ورهنت داري بالألف، فقال المخاطب: بعت، وارتهنت، فإن النص صحة الرهن مع تقدم إيجابه على لزوم الدين، إلا أن الرهن من مصالح البيع، فاحتمل مزجه به، وما نحن فيه بخلافه، فإن أفسدنا البيع ففي صحة الكتابة قولاً تفريق الصفقة.

وإن^(٤) صححناه فيتجه تخريجها على القولين في الجمع بين عقدين^(٥) مختلفي الحكم، ولا يجيء هذا في الرهن، والبيع، لأن الرهن تابع للبيع، ولذلك يجوز شرطه في البيع ولا يجوز شرط البيع في الكتابة.

المسألة^(٦) الثالثة: إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقة واحدة فقال كاتبكم على ألف إلى نجمين معينين، فإذا أدبتم فأنتم أحرارٌ فالنص صحة الكتابة.

ولو اشترى ثلاثة أعبد، كل^(٧) واحد منهم لواحد من ملاكهم فالحكاية عن النص أن البيع باطل.

ولو خالغ^(٨) نسوة على عوض واحد أو نكح نسوة على صداق واحد، ففي صحة المسمى قولان نص عليهما. وقد سبق ذكر في الصور وما فيها من طرق

(١) في: ب "أداء الجميع".

(٢) في: ظ "على نسق واحد".

(٣) في: ظ "قيام".

(٤) في: أ "وإن".

(٥) في: ب "عبدين".

(٦) "المسألة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "كل" ليست في: ظ.

(٨) في: ز "ولو خالغوه نسوة بعوض".

الأصحاب رحمهم الله في كتاب "الصدّاق"^(١) وهي مكررة ههنا.

التفريع: إن حكمنا بفساد هذه الكتابة فلو أدوا المال جميعاً عتقوا بحكم التعليق، وإن أدى بعضهم حصته فهل يعتق؟ فيه وجهان أو قولان: المنسوب إلى نصه في "الإملاء" أنه يعتق، ووجه: بأن العتق في الكتابة الفاسدة محمول على المعاوضة ولذلك نقول: بأن السيد والعبد يتزاجعان على ما سيأتي وقضية المعاوضة أن يعتق كل واحد منهم بأداء ما عليه.

وأقيسهما:^(٢) وهو الذي صححه القاضي ابن كنج والقفال وغيرهما رحمهم الله: أنه لا يعتق، لأن الصفة لم تكمل فأشبهه ما إذا قال: إذا دخلتم الدار فأنتم أحرار فدخل بعضهم لا يعتق ثم من عتق رجح^(٣) على السيد بما أدى ويرجح^(٤) السيد عليه بقيمته والاعتبار بقيمة يوم العتق، لأن سلطنة السيد باقية إلى وقت العتق^(٥) لتمكنه^(٦) من فسخ الكتابة الفاسدة^(٧).

وإن قلنا: إنها صحيحة، وهو الأظهر، وبه قال أبو حنيفة ومالك^(٨) فيوزع المال المسمى على العبيد وكيف يوزع؟ فيه قولان:

أصحهما: وقطع به^(٩) قاطعون: أنه يوزع على قيمتهم، فإذا كانت قيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلاثمائة فعلى الأول سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه، والاعتبار بقيمة يوم الكتابة، لأن سلطنة السيد تزول يومئذ.

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٧، والعزیز ٨/٢٦٠.

(٢) في: ز "وأصحهما".

(٣) في: أ، ب "يرجح".

(٤) في: ز "ورجح".

(٥) في: ز: "إلى وقت التعليق".

(٦) في: ظ "فيمكنه".

(٧) "الفاسدة" ليست في: ز.

(٨) انظر: الهداية ٣/٢٥٤، ومختصر خليل ٢٩٦.

(٩) في: ز، ظ "وبه قطع".

والثاني: نقله الصيدلاني والقاضي الحسين، وغيرهما: أنه يوزع على عدد رؤوسهم، وأجري هذا القول في عوض الخلع والصداق وقد ذكرناه هناك.

وذكر الإمام رحمه الله: أنه لو طرده طارد على ضعفه في البيع لم يبعد، وإن قضية الحكم بصحة العقود كلها لارتفاع الجهالة والتزدد.

واختلاف الطرق إنما يجيء إذا حكمنا بالتوزيع على القيم، لأن ما على كل واحد منهم مجهول عند العقد، ثم كل واحد من العبيد يؤدي ماعليه. إما على التفاضل أو على التساوي في النجمين، وإذا أدى ما عليه عتق، ولم يتوقف عتقه على أداء غيره، وإن مات بعضهم، أو عجز، فهو رقيق، وغيره يعتق بأداء ما عليه، ولا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث^(١) قال: فإذا أدبتم فأنتم أحرار، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة، ولذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق، وإذا مات لم تبطل الكتابة بخلاف التعليقات.

وعن أبي حنيفة ومالك^(٢) رحمهما الله: أنه لا يعتق بعضهم بأداء ماعليه وإنما يعتقون معاً إذا أدوا جميع المال.

(١) "حيث" ليست في: أ.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٥٤، ومختصر خليل ص ٢٩٦.

[الفصل الثالث: السيد الذي تصح كتابته]

(قال [الغزالي]: الركن الثالث: السيد، وشرطه أن يكون مكلفاً أهلاً للتبرع فلا تصح كتابة القيم لعبد الطفل، ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث، ولو كاتب^(١) في الصحة ووضع النجوم في المرض أعتبرنا خروج الأقل من الثلث، فإن كانت قيمة الرقبة أقل^(٢) فليس لهم إلا ذلك ولو^(٣) عجز نفسه، فإن^(٤) كانت^(٥) النجوم أقل، فليس لهم إلا ذلك، وكذا لو أوصى بإعتاقه أو وضع النجوم عنه، ولو أقر في المرض بقبض نجوم كتابته في الصحة قبل).

[قال الرافعي]: يعتبر في السيد لتصح كتابته شيئان

أحدهما: التكليف، فلا تصح كتابة الصبي والمجنون بإذن الولي ودون إذنه، وكذا إعتاقهما على مال^(٦).

وقال أبو حنيفة^(٧) رحمه الله: يجوز كتابة المميز^(٨) بإذن الولي.

والثاني: أن الكتابة تبرع واحتجوا له بوجهين.

أحدهما: أن المكاتب وكسبه للسيد فمقابلة أحدهما بالآخر يزول عن أحدهما بلا عوض، واعترض عليه بأنه قد يكاتبه على أضعاف قيمته فييدي الجدد في الاكتساب لتوقع الحرية، ويعان من الصدقات، ولولا الكتابة لكان الأمر بخلافه.

وأجيب عنه: بأنه قد يتلف أو يتلف ما يكتسبه وما يأخذه من الصدقات. ويعود إلى الرق فلا يحصل للسيد إلا الرقبة، وتفوت أكساب مدة الكتابة عليه.

(١) في: ظ "كان".

(٢) "أقل" ليست في: ز.

(٣) في: أ "ولو".

(٤) في: أ "وإن".

(٥) في: أ، ب، ظ "كان".

(٦) انظر: الوسيط ٥١١/٧، والتهذيب ٤١٩/٨. والروضة ٢١٧/١٢.

(٧) انظر: الهداية ٢٥٣.

(٨) في: ز "الصبي والمميز".

والثاني: أن المكاتب إذا عتق كان ولاؤه للسيد كالمعتق مجاناً ولو كان ما يأخذه عوضاً محققاً لما كان الولاء له كما لو أعتقه على عوض بدله غيره، ويتعلق بكون الكتابة تبرعاً أنه لا يجوز لولي الصبي والمجنون أباً كان أو غيره أن يكتب عبدهما، لأنه ليس له التبرع في مالهما، وكذلك لا يعتق عبدهما على مال خلافاً لأبي حنيفة^(١) ومالك^(٢) في الكتابة^(٣).

ولأحمد رحمه الله^(٤) فيها وفي العتق على مال.

ولو أدى العبد إلى الولي ما كتبه عليه لم يعتق لبطلان التعليق.

وكذا لا تصح كتابة السفية المحجور عليه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه في حال الحجر، ولا بعد ارتفاعه.

وعن الفوراني رحمه الله حكاية خلاف فيما إذا سلم المال إليه في حال الحجر ثم رفع الحجر أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟

وإذا كاتب في مرض الموت اعتبرت قيمة العبد من الثلث سواء كتبه بمثل قيمته أو بما فوقها أو بما دونها وقد سبق ذكر هذا في موضع "الوصايا" مع خلاف أبي حنيفة رحمه الله فيه، فإن كان يملك عند الموت مثلي قيمته صحت الكتابة لخروجه من الثلث، وإن لم يملك شيئاً سواه، وأدى النجوم في حياة^(٥) السيد، فإن كتبه على مثلي قيمته عتق كله، لأنه يبقى للورثة مثلاً، وإن كتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه، لأنه إذا أخذ مائة وقيمتها مائة فالجملة مائتان فينفذ التبرع في ثلث المائتين، وهو ثلثا المائة ويخالف ما إذا باع نسيئة^(٦) في مرض الموت بثمن المثل، وأخذ الثمن حيث يصح البيع في الجميع، لأنه لو لم

(١) انظر: الهداية ٢٥٣/٣.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧.

(٣) "في الكتابة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) انظر: المغني ٤٥٤/١٤.

(٥) في: ز "حق".

(٦) . . . والنسيئة: لغة: التأخير. ذكره في المصباح ٦٠٤/٢ وشرعاً: "وهو أن يشتري الرجل شيئاً

بثمن مؤجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به فيقول: به مني إلى أجل بزيادة شيء، فيبيعه منه غير مقبوض" النظم المستعذب ٢٤٣/١.

يبيع لم يحصل^(١) له الثمن، وههنا لو لم يكاتب^(٢) لحصلت^(٣) له أكسابه، ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحت الكتابة في نصفه، وإن لم يؤد النجوم حتى مات السيد، نظر إن لم يجز الورثة على ما زاد على الثلث، فثلثه مكاتب، فإذا أدى حصته من النجوم عتق.

وهل يزداد في الكتابة بقدر نصف ما أدى، وهو سدس العبد^(٤) إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان عن ابن سريج رحمه الله.

أظهرهما: وينسب إلى النص: لا. لأن الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا يعود. والثاني: نعم. كما لو ظهر للميت دفين أو نصب شبكة في الحياة، فيعقل بها صيداً بعد الموت، فإنه يزداد في الكتابة.

والوجهان كالوجهين المذكورين في كتاب "الوصايا" فيما إذا باع نسيئة ورد الورثة مازاد على الثلث، وأجاز المشتري، هل يزيد على ما يصح البيع فيه بأداء ثلث الثمن؟.

فإن قلنا: يزداد في الكتابة، وكان^(٥) الأداء بعد حلول النجم، فهل عليه حصة السدس من النجم في الحال أو يضرب له مثل المدة التي ضربها الميت أولاً؟ فيه وجهان: هكذا عبر^(٦) الصيدلاني وغيره رحمهم الله عن الوجه الثاني.

وقال في "التهذيب" هل يمهل سدس الأجل المضروب؟ والوجهان مبنيان^(٧) على أن السيد إذا حبس المكاتب مدة هل يلزمه أن يمهل من وقت حلول الأجل مثل تلك المدة؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى الكلام فيه.

-
- (١) في: ظ "يتحصل".
 (٢) في: أ "يكاتبه".
 (٣) في: ب "فحصلت".
 (٤) في: أ "العبيد".
 (٥) في: ز "فكان".
 (٦) "عبر" ليست في: أ، ب، وفي: ظ "عن".
 (٧) "هكذا عبر . . . والوجهان مبنيان" ليست في: ب.

وإذا زيدت الكتابة بقدر نصف الثلث، فإذا أدى نجومه، فيزاد نصف السدس، وهكذا يزداد نصف ما يؤدي مرة يعد^(١) أخرى إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف.

وإن^(٢) قلنا: لا يزداد في الكتابة فالباقى^(٣) قن، ولا يخرج على الخلاف فيما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد، فإن ذلك ابتداء كتابة، وههنا وردت^(٤) الكتابة على الجميع ثم دعت الحاجة إلى الإبطال في البعض.

وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه يخرج صحة الكتابة في الثلث على الخلاف في كتابة أحد الشريكين نصيبه.

وإذا^(٥) أجاز الورثة الكتابة في جميعه صحت الكتابة في جميعه، وإذا عتق بأداء النجوم فولاء الجميع للمورث إن جعلنا إجازتهم تنفيذاً، وإن جعلناها ابتداء عطية فولاء الثلث للمورث، وولاء الثلثين لهم على قدر موارثهم، وإن أجازوا في بعض الثلثين، فإن جعلنا إجازتهم تنفيذاً صحت الإجارة فيما أجازوا، وحكم الباقي على ما بينا.

وإن جعلناه ابتداء عطية فهو على الخلاف في تبعض الكتابة، ويتبين بما ذكرنا^(٦) أن قوله في الكتاب: "ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث" ليس المراد منه أنها لا تصح أصلاً، ولكن المراد، أنها لا تصح في جميع العبد.

ولو كان له عبدان متساويا القيمة لا مال له سواهما فكاتب في مرض موته أحدهما، وباع الآخر نسيئة، نظر: إن حصلت النجوم والثلث في حياته فالكتابة والبيع صححان وإن لم يحصل^(٧) حتى مات السيد، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث صحت الكتابة في ثلث هذا، والبيع في ثلث هذا، فإذا حصلت نجوم الثلث أو ثمن الثلث، فهل

(١) "يعد" ليست في أ. وفي: ز "مرة بعد مرة أخرى".

(٢) في: أ "فإن".

(٣) في: أ "والباقي".

(٤) في: ب "وزادت".

(٥) في: ز "وإن جازت".

(٦) في: ب، ظ "بما ذكرناه".

(٧) في: ز "يحصل".

يزاد في الكتابة والبيع؟ فيه وجهان^(١).

إن^(٢) قلنا: نعم فيزاد فيهما جميعاً ونصحح الكتابة في نصف السدس والبيع كذلك، وإن حصلت نجوم الثلث، وثمن الثلث معاً صحح كل واحد منهما في السدس.

ثم في الفصل مسألتان: إحداهما

لو كاتب في الصحة ثم أبرأه عن النجوم في المرض أو قال: وضعت عنه النجوم أو أعتقته، فإن خرج من الثلث عتق كله وسقطت عنه النجوم، وإلا فإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العجز عتق ثلثه، ورق ثلثاه وأن اختار بقاء الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة فأظهر الوجهين: أنه يعتق ثلثه وتبقى الكتابة في الثلثين.

والثاني: وبه قال أبو أعلى بن أبي هريرة والطبري رحمهما الله: أنه لا يعتق ثلثه ما لم يُسلم الثلثان للورثة، إما بأداء نجوم الثلثين أو بالعجز، وإن كان بين النجم والقيمة تفاوت فيعتبر خروج الأقل منهما من الثلث.

وقد ذكرنا جميع ذلك ووجوهه وطرق الحساب في "الوصايا"^(٣).

واعلم أنه ينظر في الخروج من الثلث إذا أعتقه في المرض أو أبرأه عن النجوم في قيمة العبد، وفي النجوم، فإن خرج كل واحد منهما من الثلث نفذ عتقه، ولا إشكال، وإن تفاوتتا وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر اعتبر الأقل، فإن كان له سوى المكاتب مائتان، وكانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة فتخرج النجوم من الثلث فنعتبرها، ونحكم بنفوذ العتق.

[ولو كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فتخرج القيمة من الثلث فنعتبرها، ونحكم بنفوذ العتق^(٤)].

وإنما كان كذلك، لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما، فإن كانت

(١) في: ظ "جهان".

(٢) في: ز "فإن".

(٣) انظر: الوجيز ٢٧٣/١، والعزیز ٥٨/٧.

(٤) من قوله "ولو كانت القيمة... ونحكم بنفوذ العتق" ليست في ب.

النجوم أقل فالكتابة لازمة من جهته وقد ضعف ملكه في المكاتب، وليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً.

وإن كانت القيمة أقل فهي التي تخرج عن ملكه وللعبد إسقاط النجوم، بأن يعجز نفسه.

وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث فإن^(١) كان يملك سوى المكاتب خمسين فيضم أقلهما إلى الخمسين وينفذ العتق في ثلثهما من العبد، فإذا كانت القيمة مائة وخمسين، والنجوم مائة ضمنا النجوم إلى الخمسين، ونفذنا^(٢) العتق في ثلثهما، وهو نصف العبد، وتبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإن^(٣) أداه إلى الورثة عتق، وإن عجز فلهم رده إلى الرق، وإن كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم كما صورنا، فيعتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة، وإن كانت القيمة مائة، والنجوم مائة وخمسين، فكذلك يعتق ثلثاه وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة وهو خمسون.

قال ابن الصباغ رحمه الله: وعندي أنه إذا أدى الخمسين فقد زاد مال السيد لأنه ثبت هذا المال بعقد السيد، وورث منه، فينبغي أن يزيد مايعتقه منه.

ولو أوصى السيد بإعتاق مكاتبه، أو بإبرائه، أو وضع النجوم عنه، فينظر: أيخرج من الثلث أو لا يخرج؟ ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه بنفسه، إلا أن ههنا نحتاج إلى إنشاء إعتاق، أو إبراء بعد موت السيد.

الثانية: إذا كاتب في صحته وقبض النجوم في مرض الموت أو قبضها وارثه بعد الموت صح القبض، وكانت الكتابة من رأس المال كما لو باع بمحاباة في الصحة وقبض الثمن في المرض.

ولو أقر في المرض بأنه قبض النجوم في الصحة أو في المرض قبل إقراره، وكان

(١) في: ز "فإن". وفي: ظ "بل".

(٢) في أ "ونفذ".

(٣) في أ "فإذا".

الإعتبار من رأس المال، لأنه أقر بما يقدر على إنشائه، ولأن الإقرار لغير الوارث لا فرق فيه بين الصحة والمرض.

وقوله في الكتاب "بقبض"^(١) نجوم مكاتبه في الصحة" لا ينبغي أن يعلق قوله "في الصحة" بالقبض، فلا^(٢) فرق بين أن يكون القبض المقر به في الصحة أو في المرض، ولكن ليعلق بقوله "ومكاتبه"^(٣)، فإن الكتابة ينبغي أن تقع في الصحة ليكون الاعتبار من رأس المال.

قال "الصيدلاني" رحمه الله: فأما إذا كانت الكتابة في المرض فأصل الكتابة من الثلث فلا يفيد الكلام في أن الإقرار كيف يقبل^(٤) بل يقبل فيما صححنا فيه الكتابة والله أعلم.

(قال الغزالي: وأما المرتد فتبنى كتابته على أقوال الملك، والكافر تصح كتابته إلا أن يكون العبد قد أسلم وخوطب ببيعه فكاتب ففيه وجهان.

ولو كاتب ثم أسلم العبد، ففي الانقطاع وجهان مرتبان وأولى بأن تدوم الكتابة، والحربي تصح كتابته، ولكن لو قهره السيد عاد ملكه قبل^(٥) العتق وبعده).

[فصل: في كتابة المرتد]

[قال الرافي]: لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد، بل تصح كتابة الكافر في الجملة كما يصح إعتاقه، ثم فيه مسائل:

إحداها: ذكرنا في "التدبير"^(٦) أن تدبير المرتد عبده يبنى على أقوال المالك في المرتد.

ولو كاتب المرتد عبده ففيه طريقتان:

- (١) في: ب "فقبض".
- (٢) في: أ "ولا".
- (٣) في: ز "من كاتبه".
- (٤) في: أ "كيف بل يقبل". وفي ب، ظ "وكيف يقبل".
- (٥) في: ز "بعد".
- (٦) انظر: الوجيز ٢/٢٨٢، والعريز ١٣/٤١٦ و ٤١٧.

أحدهما: وبه قال ابن القطان: وابن الوكيل^(١) ورجحه أبو إسحق، ويحكى عن اختيار الشيخ أبي حامد رحمهم الله: أن الكتابة على الأقوال أيضاً.

فإن قلنا: بزوال ملك المرتد، فهي باطلة، وإن قلنا ببقائه فصحيحه.

وإن قلنا: بالتوقف فهي موقوفة أيضاً^(٢)

والثاني: وبه قال القاضي أبو حامد رحمه الله: أنه ليس في الكتابة إلا القولان الأولان، ولا يجبيء فيها التوقف، لأن الكتابة عقد معاوضة/ والعقود لا توقف على أصل الشافعي رضي الله عنه بخلاف التدبير، فإنه تعليق عتق، والتعليق تقبل الإغرار.

ومن نصر الأول قال الشافعي رضي الله عنه لا يصحح^(٣) العقد للمالك موقوفاً

على إجازته ورضاه.

فأما انعقاد العقد موقوفاً على ما سيظهر وينكشف، فإنه يجوز، ألا ترى أن

تصرف المريض بالهبة والبيع بالمحاباة ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة.

وأيضاً فإن تصرف المفلس ينعقد موقوفاً على أحد القولين، وقد يؤدي غرض

القولين^(٤) بعبارة أقصر من هذه فيقال: إن قلنا: بزوال ملك المرتد لم تصح الكتابة، وإن

قلنا ببقائه، صحت.

وإن قلنا بالوقف فعلى الجديد، والقديم في أن العقود هل توقف؟ ثم ما موضع

الخلافاً على اختلاف الطريقتين^(٥)؟ فيه طرق.

(١) هو: عمر بن عبد الله بن موسى، أبو حفص المشهور بابن الوكيل من أصحاب الوجوه المتقدمين، فقيه حليل الرتبة، من كبار المحدثين والرواة وأعيان النقلة. من أصحاب أبي العباس بن سريج نقل عنه الرافي في مواضع عدة.

توفي رحمه الله سنة عشر وثلاثمائة.

انظر ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٥، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٩٧ و ٩٨.

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٩، والحاوي ٢٢/٣٠٤ و ٣٠٥، والوسيط ٧/٥١٢، والتهذيب ٨/٤٦٥، والروضة ١٢/٢٢١.

(٣) في: ظ "تصح".

(٤) في: أ "الطريقتين". وفي: ب، ظ "الطريقتين".

(٥) في: أ "الطريقتين".

أشبهها: وهو الذي أورده الروياني وغيره: أن موضع الخلاف ما إذا لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا: لا يحصل الحجر بنفس الردة، فأما^(١) إذا كان في حال الحجر فلا تصح الكتابة بحال.

والثاني: في كلام القاضي ابن كج رحمه الله: أنا إذا قلنا يصير محجوراً بنفس الردة ولم يحجر عليه الحاكم فتصح كتابته^(٢) بلا خلاف.

والثالث: ويحكى^(٣) ابن سلمة وابن القطان طرد الخلاف في الحالتين، ويخرج من هذه الاختلافات في كتابة المرتد وجوه أو أقوال خمسة.

أحدها: أنها موقوفة.

والثاني: صحتها.

والثالث: صحتها قبل الحجر خاصة.

والرابع: بطلانها.

والخامس: بطلانها بعد الحجر خاصة. والأشبه بالترجيح على ما أورده صاحب

"التهديب" ههنا. وفي باب الردة الوجه الرابع.

وعن القاضي أبي حامد أن الأظهر الثاني، وهو اختيار المزني^(٤) رحمهما الله.

التفريع: إذا لم نحكم بحصول الحجر بالردة، ولم يحجر الحاكم عليه، وصححنا الكتابة، فلو دفع المكاتب النجم إليه عتق وكان له ولاؤه وتكون النجوم ملكه، لأننا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القول، وإن أفسدنا الكتابة لم يصح الأداء، لأنه ملك للمرتد، ولا يحصل العتق. وإن قلنا: هي موقوفة فالأداء أيضاً موقوف، فإن هلك على الردة بان بطلانها، وكان العبد قناً.

(١) من قوله: "لم يحجر الحاكم . . . بنفس الردة فأما" ليست في ب.

(٢) في: ز "كتابة".

(٣) في: أ "عن أبي الطيب، وابن سلمة".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩، والروضة ٢٢١/١٢.

وإن صار السيد محجوراً عليه بنفس الردة، أو بحجر الحاكم، فإن أفسدنا الكتابة فعلى ما ذكرنا فيما إذا لم يكن محجوراً عليه، وإن صححناها^(١) أو قلنا بالتوقف، فلا يجوز دفع النجوم إليه، لأن المحجور عليه لا يصح قبضه، بل ينبغي أن يدفعها إلى الحاكم، فإن دفعها إلى السيد لم^(٢) يعتق ويستردها ويدفعها إلى الحاكم، فإن تلفت^(٣) وتعدر الاسترداد، فإن كان معه ما يفي بالنجوم، ودفعه إلى الحاكم فذاك، وإلا فله تعجيزه، ثم إن هلك السيد على الردة بعدما عجزه فهو رقيق، وإن أسلم فهل تلغي التعجيز؟ فيه قولان، أو وجهان.

أحدهما: لا كما لو كان للمحجور عليه بالسفه دين على غيره فأخذه وتلف عنده، ثم زال الحجر، لا يحسب المأخوذ عليه ولا ينقلب قبضه صحيحاً بزوال الحجر. وأصحهما: وهو المنصوص في "المختصر"^(٤) نعم، لأن المنع من التسليم إليه^(٥) إنما كان لحق المسلمين، فإذا أسلم فقد سقط حق المسلمين، وصار الحق له فيعتد^(٦) قبضه، وعلى هذا فيعتق لو كان قد دفع إليه جميع النجوم.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً أنه لا يعتق ولا ينقلب القبض الممنوع منه صحيحاً، ولكن يبقى مكاتباً فيستأنف الأداء ويمهل مدة^(٧) الردة .

والمشهور الأول^(٨).

ولو كاتب المسلم عبداً ثم ارتد لم تبطل كتابته، كما لا يبطل بيعه ورهنه بالردة ولكن لا يجوز دفع النجوم إليه، إن قلنا: إن ملكه زائل إذا صار محجوراً عليه، فإن دفعها إليه فعلى ما ذكرنا، وتجوز كتابة العبد المرتد كما يجوز بيعه وتدييره، وإعتاقه، ثم إن أدى

(١) في: ز "صححنا".

(٢) مكرر: "لم" ليست في ب

(٣) قوله "فإن دفعها ٠٠٠ إلى الحاكم" ليست في: ب.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩.

(٥) في: ز "إليهما".

(٦) في: ظ "معتد".

(٧) في: أ "هذه" وليست في: ب.

(٨) انظر: المختصر ص ٣٢٩، والحاوي ٣٠٦/٢٢، والوسيط ٥١٢/٧، والروضة ٢٢١/١٢.

النجوم في رده من أكسابه، أو تبرع بالأداء عنه متبرع عتق، ثم يجري عليه حكم المرتدين.

وإن لم يؤديها، وعاد إلى الإسلام بقي مكاتباً كما كان، وإن امتنع قتل، وكان ما في يده لسيدته وارتفعت الكتابة بقتله.

ولو ارتد المكاتب لم تبطل الكتابة، فإن هلك على الردة ارتفعت الكتابة وكان ما في يده لسيدته.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يؤدي النجوم منه وما بقي فهو لوارثه سواء اكتسبه في حال الردة أو الإسلام: حكاه في "التهذيب"^(١).

فرعان: عن نصه في "الأم"^(٢) رضي الله عنه: أنه قال لا أجزى كتابة السيد المرتد والعبد المرتد إلا على ما أجزى عليه كتابة المسلمين بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان ما لم يتحاكما إلينا.

وأنه لو ألقى السيد بعدما ارتد بدار الحرب، ووقف الحاكم ماله تتأدى^(٣) كتابة مكاتبه، فإن عجز رده إلى الرق، وإذا عجزه ثم جاء سيده فالتعجيز ماض، ويكون هو رقيقاً له، فإن أسلم السيد ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما مرّ.

المسألة الثانية: تصح كتابة الذمي كتابياً كان أو مجوسياً، لأنه مالك، والكتابة عقد معاوضة، وفيها تعليق عتق نصفه وهما صحيحان منه، وكذا كتابة المستأمن^(٤) صحيحة وهذا إذا جرت كتابتهم على شرائط شرعنا.

فأما إذا كاتب الذمي^(٥) عبده على خمر أو خنزير ثم أسلما أو ترفعا إلينا فينظر

(١) انظر: التهذيب ٤٦٦/٨.

(٢) مكرر: انظر: الأم ٣٩/٨.

(٣) في: أ "بأخذ تتأدى". وفي: ب "تتأدى بأخذ".

(٤) مكرر: وهو: من دخل دار الإسلام بعقد أمان أو ذمة حله "انظر: العزيز ٤٧٥/١١ والمطلع على

أبواب المقنع ص ٣٢١.

(٥) في: ز "السيد". "والذمي" هو الذي يقر على كفره بشرط دفع الجزية والتزام أحكام الملة انظر:

العزيز ٥٣٥/١١ والمطلع على أبواب المقنع ص ٤٢١.

إن كان ذلك بعد قبض العوض المسمى والعتق^(١) حاصل ولا رجوع للسيد^(٢) على العبد ولا يفسخ العقد، ولا القبض الحاصل في الشرك، وإن أسلما أو ترافعا قبل القبض حكمنا بفسادها وإبطالها، وإن وجد القبض بعد ذلك لم يحصل العتق، لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة بعد الفسخ والإبطال، وإن قبض بعد الإسلام ثم ترافعا حصل العتق لوجود الصفة، ويرجع السيد على المكاتب بقيمته، ولا يرجع المكاتب للخمر والخنزير بشيء، نعم لو كان المسمى مما له قيمة فله الرجوع أيضاً/ وإن قبض بعض المسمى في الشرك ثم أسلما ٦٦٤/ز أو ترافعا إلينا فنحكم بإعلان الكتابة أيضاً. فإن اتفق قبض الباقي بعد الإسلام، وقبل إبطالها، حصل العتق ويرجع السيد بجميع قيمته عليه ولا توزع^(٣) القيمة على المقبوض قبل الإسلام والمقبوض بعده، لأن العتق يتعلق بالنجم الأخير.

وأنه وجد في الإسلام ولا يثبت للنجوم حقيقة العوضية إلا إذا تمت، ألا ترى أنه إذا فرض عجز لم يكن المقبوض من قبل عوضاً بل كسب رقيق، وإذا كان كذلك لم تكن قابلة للتقسيم الجاري في الأعواض.

وقوله في الكتاب "والكافر"^(٤) تصح كتابته إلا أن يكون العبد^(٥) قد أسلم وخطب ببيعه فكاتب^(٦) ففيه وجهان" ليس الاستثناء فيه بحسن الموقع^(٧)، لأن كتابة الكافر قد تصح وقد تفسد ككتابة المسلم، وليس الفساد مخصوصاً بهذه الصورة المستثناة. والذي يقصده القائل بقوله "إن الكافر لا تصح كتابته" أنها تصح منه في الجملة، وإن الكفر لا يمنع صحتها، وهذا لا يحتاج إلى الاستثناء.

وأما الصورة المذكورة: فإذا أسلم عبد لذمي^(٨) أو اشتراه، وقلنا بصحة الشراء،

(١) في: ز "فالعتق".

(٢) في: ز "للذمي".

(٣) في: أ "لا يوزع".

(٤) "الكافر" ليست في: ز.

(٥) في: ز "العبد رقيقاً".

(٦) في: ظ "فكاتب نفسه".

(٧) في: ظ "بحسن الموقع فيه".

(٨) في: أ "الذمي".

وأمرناه^(١) بإزالة الملك عنه فكاتبه، ففي صحة كتابته قولان:

أحدهما: المنع، لأنه مأمور بإزالة الملك، والكتابة لا تزيل الملك فصار كما لو دبره، أو علق عتقه بصفة.

وأقواهما: (٢) وبه قال أبو حنيفة^(٣) واختاره المزني^(٤) رحمهم الله: أنها صحيحة، لأن المقصود قطع استيلائه عنه ودفع الذل، وإذا كاتبه خرج عن تصرفه، وفيه نظر للعبد لتوقع العتق، وإن عجز، أمر بإزالة الملك عنه، وعلى الأول يأمر بإزالته^(٥) في الحال، فإذا^(٦) أدى النجوم قبل أن يتفق إزالة الملك عتق بحكم الكتابة الفاسدة.

ويقال^(٧) بإيراد آخر: وقد قدمناه في البيع هل يكتفى منه بالكتابة؟ فيه وجهان^(٨).

إن قلنا: نعم فهي صحيحة، وإلا ففي صحتها خلاف.

ولو كاتب الذمي عبده فأسلم^(٩) المكاتب، فهل ترتفع الكتابة؟ فيه وجهان مرتبان على الخلاف في أنه إذا أسلم عبده فكاتبه هل تصح^(١٠) أو يكتفى منه بالكتابة؟ إن قلنا: نعم. فإذا طرأ الإسلام^(١١) على الكتابة لم يؤثر فيها، وإن قلنا: لا. ففي ارتفاعها وجهان، والفرق قوة الدوام ووجه المنع أيضاً بأن الكتابة وقعت صحيحة، ولا يمكن أن يؤمر بإزالة الملك، فإن بيع المكاتب^(١٢) لا يجوز، فإن عجز فحينئذ يؤمر.

(١) في: أ "وأمرنا".

(٢) في: ز "وأقربهما".

(٣) انظر: الهداية ١٥٦/٣.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩.

(٥) في: أ "بزالته عنه".

(٦) في: ز، ب "فإن".

(٧) في: أ "ويقال".

(٨) "وجهان" ليست في: ظ.

(٩) في: ظ "ثم أسلم".

(١٠) في: ب، ظ "وهل يكتفى".

(١١) من "إن قلنا نعم . . . فإذا طرأ الإسلام" ليست في: ز.

(١٢) في: ز "الملك عنه، فإن بيع المكاتب لا يجوز بيعه".

واعلم أن هذه الصورة مكررة قد^(١) ذكرها مرة في "التدبير" مضمومة إلى ما شابهها وهي^(٢) ما إذا دبر الكافر عبده ثم أسلم مدبره فقال: "المكاتب كالمستولدة"^(٣).
وقيل كالمدبر.

وقوله في الكتاب^(٤) "ههنا فيه وجهان مرتبان" يؤدي معنى الطريقتين إلا أن الخلاف هناك عند من أثبتته أخذ من الخلاف في صورة التدبير، وههنا من الخلاف في صحة الكتابة، إذا تقدم الإسلام عليها.

المسألة الثالثة^(٥): كما تصح كتابة الذمي تصح كتابة الحربي لأنه مالك. وعن مالك^(٦) وأبي حنيفة رحمهما الله خلافة ثم لو قهره السيد بعد ما كاتبه ارتفعت الكتابة وصار قناً.

ولو قهر المكاتب^(٧) سيده صار حراً وصار السيد عبداً^(٨)، لأن الدار دار قهر. ولذلك^(٩) لو قهر حر حراً هناك ملكه^(١٠) بخلاف ما لو دخل السيد والمكاتب دار الإسلام بأمان، ثم قهر أحدهما الآخر لا يملكه، لأن الدار دار حق، وإنصاف، وإن خرج المكاتب إلينا مسلماً هارباً من سيده بطلت الكتابة وصار حراً، لأنه قهره على نفسه فيزول ملكه عنه^(١١).

وإن خرج إلينا غير مسلم نظره: إن خرج بإذنه وبأماننا^(١٢) للتجارة وغيرها

(١) في: ب "فقد" وفي ز: "وقد".

(٢) في: أ، ب "وهو".

(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٨٢.

(٤) في الكتاب "ليست في: ز، ظ.

(٥) في: ز "الثانية".

(٦) في: ز "وعن مالك وأحمد وأبي حنيفة" انظر: الهداية ٣/٢٥٦، ومختصر خليل ٢٩٧.

(٧) في: ز "السيد سيده".

(٨) في: ز "السيد سيده".

(٩) في: ظ "وكذا".

(١٠) "ملكه" ليست في: ظ.

(١١) في: أ، ب "عنها".

(١٢) في: ظ "بأمانة".

استمرت الكتابة، كما لو خرج السيد إلينا بأمان. وإن خرج هارباً منه بطلت^(١) وصار حراً ثم لا يمكن من الإقامة إلا بالجزية^(٢)، فإن لم يقبل أو لم يكن ممن تقبل منه الجزية ألحق بمأمته.

وإن جاءنا السيد مسلماً لم نتعرض لمكاتبه هناك، وإن دخل بأمان مع المكاتب، ولم يقهر أحدهما الآخر، وأراد العود إلى دار الحرب، أو كاتبه بعدما دخلا وأراد العود، فلم يساعده المكاتب، لم يكن له أن يحمل قهراً، كما لا يسافر المسلم بمكاتبه، وقد مرّ لهذا ذكر في التدبير، ولكن يوكل من يقبض النجوم عنه، فإن أراد أن يقيم طولب بالجزية، ثم إن عتق المكاتب طولب بالجزية أيضاً، أو رد إلى المأمّن، وإن عجز نفسه عاد قناً للسيد.

قال ابن الصباغ رحمه الله: ويبقى الأمان فيه، وإن انتقض في نفس السيد بعوده، لأن المال ينفرد بالأمان، ولذلك لو بعث الحربي ماله إلى بلد الإسلام بأمان يثبت الأمان للمال دون صاحبه. وقد^(٣) يجيء في هذا الخلاف الذي سبق في "السير" فيما إذا رجع المستأمن وخلف عندنا مالاً.

ولو مات السيد في دار الإسلام أو بعد العود إلى دار الحرب، ففي مال الكتابة قولان.

أظهرهما: وهو اختيار^(٤) المزني أنه يبقى الأمان فيه فيبعث إلى ورثته، لأنه لا خلاف في أنهم ورثوه، ومن ورث مالاً ورثه بحقوقه، كالرهن والضمان.

والثاني: يبطل الأمان فيه ويكون قناً لأنه مال كافر لا أمان له، وإن سبي السيد بعدما رجع إلى دار الحرب، نظر: إن منّ عليه أو قودي أخذ النجوم، وهو^(٥) بما جرى في

(١) في: ز "وبطلت الكتابة".

(٢) "الجزية" مأخوذة من الجزاء. وشرعاً: اسم للمال المأخوذ من الكفار. انظر: العزيز ٤٩١/١١.

(٣) "وقد" ليست في: ظ.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩.

(٥) في: ز "وهما". وفي ب: "وهو مما".

أمان ما دام في دار الإسلام، فإن رجع انتقض الأمان فيه، وفي المال إن تركه عندنا ما سبق.

وإن استرق زال ملكه، وفي مال الكتابة طريقان.

أحدهما: أن فيه قولين كما في صورة الموت.

والثاني: القطع بأنه لا يبطل الأمان فيه، لأنه ينتظر عتقه وصورته أهلاً للملك بخلاف الميت، وإن شئت قلت: إن قلنا: يبقى الأمان فيه ولا يصير قناً في صورة الموت، فهذا هنا أولى ويوقف، فإن^(١) عتق فهو له، وإن مات رقيقاً فهو فيء وفيه قول: إنه يصرف إلى ورثته. وإن قلنا: هناك يصير فيئاً^(٢) فهنا قولان.

اختيار أبي إسحق رحمه الله: أنه لا يكون فيئاً ويوقف لأنه يرجى عود المالكية وأما ولاء هذا المكاتب، فإن عتق قبل أن يسترق السيد فطريقان.

أحدهما: أن الولاء كالمال: فإن جعلناه فيئاً فالولاء لأهل الفيء، وأن توقفنا فكذلك نتوقف في الولاء.

وأظهرهما: أنه سقط ولاؤه لأن الولاء لا يورث ولا ينتقل من الشخص إلى الشخص، وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب، فإن جعلناه ما في ذمته فيئاً فإذا عتق يدفعه إلى الحاكم، ففي الولاء الوجهان

كذلك ذكره صاحب "الشامل" وغيره رحمهم الله.

وإن قلنا: إنه موقوف فإن عتق السيد دفع المكاتب المال إليه، وكان له الولاء، وإن مات رقيقاً وصار المال فيئاً ففي الولاء الوجهان.

ولو قال المكاتب في مدة التوقف انصبوا من يقبض المال لأعتق أجيب إليه، فإذا عتق، فليكن في الولاء الخلاف. وقد قيل: يبنى ذلك على أن مكاتب المكاتب إذا عتق تفرعاً على أنه تصح كتابته يكون ولاؤه للسيد المكاتب، أو يوقف على عتق المكاتب وفيه قولان.

(١) في: أ، ب "إن".

(٢) من "أولى ويوقف... يصير قناً" ليست في: ظ.

إن قلنا: بالأول فالولاء ههنا لأهل الفيء.

وإن قلنا: بالثاني فيوقف. قال الروياني في "جمع الجوامع" والصحيح عند الأصحاب في المسألة أنه يوقف المال وكذا الولاء، فإن عتق فله المال والولاء وإن مات رقيقاً فالمال لأهل الفيء ويسقط الولاء.

وقوله في الكتاب "والكافر تصح كتابته" ليحمل على الذمي، وإن أمكن إجراؤه على إطلاقه على ما تبين، لأنه قال بعده "الحربي تصح كتابته".

ولو أجرى ذلك على إطلاقه كان الأحسن أن يقول والحربي، وإن صحت كتابته لكن لو قهره السيد إلى آخره.

فروع: كاتب مسلم عبداً كافراً في دار الإسلام أو في دار الحرب صحت الكتابة، فإن عتق لم يمكن من الإقامة في دار الإسلام إلا بالجزية^(١)، فإن وقع في الأسر حين كان في دار الحرب لم تبطل الكتابة، لأنه في أمان السيد، وهذا^(٢) كما أنه لا يسترق معتقه، وإن التحق بدار الحرب. وإن^(٣) استولى الكفار على مكاتب مسلم لم تبطل الكتابة، وكذا لا يبطل التدبير، والاستيلاء إذا استولوا على مدبره أو مستولده. وإذا استنقذ المسلمون مكاتبه فهل تحسب^(٤) مدة الأسر من أجل^(٥) مال الكتابة فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين فيما إذا حبس السيد مكاتبه مدة.

وأظهرهما: القطع بالاحتساب بخلاف تلك الصورة، فإن المنافع فاتت عليه بتقصير وتعد من السيد، وههنا بخلافه ويبنى على هذا الخلاف، أنه هل للسيد الفسخ، والتعجيز، وهو في الأستر؟ فإن قلنا: باحتساب المدة عليه^(٦)، فله ذلك، ثم يفسخ بنفسه،

(١) في: ز "بجزية".

(٢) في: أ "وهو".

(٣) في: ب "وإذا".

(٤) في: أ "يحتسب".

(٥) في ب "أصل".

(٦) "عليه" ليست في: ز.

كما لو كان المكاتب حاضراً، ويرفع الأمر إلى الحاكم ليتفحص، هل له مال يفيء بالكتابة؟ فيه وجهان.

أظهرهما: الأول، ثم إذا فسخت الكتابة، وأقام البينة بعد الخلاص على أنه كان له من المال ما يفيء بالكتابة بطل الفسخ وأدى المال وعتق.

(قال [الغزالي]: الركن الرابع العبد وله شرطان الأول أن يكون مكلفاً، فلا تصح كتابة الصغير، وإن كان مميزاً).

[الفصل الرابع: ما يشترط لصحة الكتابة]

[قال الرافي]: يشترط لصحة الكتابة أن يكون العبد مكلفاً ليشغل بالكسب ويوثق بصرف ما يكتسبه إلى السيد، فلا تصح كتابة الصبي مميزاً كان أو غير مميز ولا كتابة المجنون وعند أبي حنيفة وأحمد^(١) رحمهما الله: تصح كتابة الصبي المميز، بناءً على أنه يجوز تصرفه بإذن الولي وإيجاب السيد إذن له في القبول.

واحتج الأصحاب رحمهم الله: بأنه غير مكلف فلا تصح كتابته كالمجنون. وفي جمع الجوامع للرويانى: أنه لو كاتب عبده الصغير الذي لا يميز والمجنون، وقبل السيد عنه يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله. واستؤنس لاعتبار^(٢) التكليف بقوله تعالى: ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم﴾^(٣) وإنما يتحقق الابتغاء من العاقل البالغ.

ولو كاتب العبد لنفسه، ولأولاده الصغار، لم تصح الكتابة للأولاد، وفي صحتها لنفسه قولاً تفريق الصفقة.

وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنها^(٤) تصح في حق الجميع، وذكر أن أبا حنيفة رحمه الله ساعد على أنه لو كان الأب حراً لم تصح كتابته لأولاده الصغار وأن مالكا^(٥) رحمه الله قال: بصحتها.

(١) انظر: الهداية ١٥٣، والمغني ٤٤٤/١٤.

(٢) في: ظ "لاعتداد"

(٣) سورة النور، آية ٣٣.

(٤) في: أ "إنما".

(٥) انظر: مختصر خليل ٢٩٧.

إذا عرف أنه ليس للسيد أن يكاتب عبده الصغير، والمجنون، فلو أنه فعل وقال في كتابته إذا أديت كذا فأنت حر، فوجدت الصفة حصل العتق.

قال الإمام قدس الله روحه وفي النفس من هذا شيء، لأنه أداء من حيث الصورة، ولا يتصور منهما التملك، وقد ذكرنا أن قول الرجل لأمراته إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق يقتضي إمكان التملك.

ولك أن تؤيد ما ذكره باحتمال قدمناه فيما إذا علق الطلاق بدخول الطفل فوجد منه صورة الدخول، أنه لا يحنث.

والمذهب حصول العتق.

ثم حكى القاضي ابن كج رحمه الله في كيفية حصوله اختلافاً عن الأصحاب، منهم من قال يحصل العتق حصوله في الكتابات^(١) الفاسدة، لأنه لم يرض بعتقه إلا بالعرض، فعلى هذا يرجع السيد عليه بقيمته^(٢).

وظاهر المذهب أنه يحصل بمجرد حصول الصفة المعلق عليها، وأنه ليس لما جرى حكم الكتابات الفاسدة في التراجع وغيره، فلا يرجع السيد عليه بقيمته، ولا يجب عليه رد ما أخذه.

أما أنه لا يرجع بالقيمة فلأن قبول الصبي، والمجنون والتزامهما المال باطلاق والعقد معهما ليس بعقد فلذلك^(٣) لو اشترى الصبي أو المجنون شيئاً، وهلك عنده، لا يضمنه ولو اشترى العاقل البالغ شيئاً فاسداً فهلك عنده يضمنه.

وأما أنه لا يرد ما أخذ فلأنه كسب عبده. وهذا الخلاف الذي حكاها ابن كج رحمه الله نقلوه فيما إذا كاتب عبده المجنون، وأخذ المال المسمى.

روى المزني في "المختصر"^(٤) أنه يعتق العبد ولا تراجع. ورواية الربيع: أنه يثبت

(١) في: أ "الكتابة".

(٢) في ب "بالقيمة" قال النووي .. الأصح أنها لاتصح "الروضة ٢٢٧/١٢.

(٣) في: ب، ز "ولذلك". وفي: ظ "وكذلك".

(٤) انظر: المختصر، ص ٣٢٩.

التراجع، فعن ابن سريج وابن خيران: أن الحكم ما رواه الربيع على ما هو دأب الكتابة الفاسدة، وإن المزني أخطأ في النقل وربما حمل ما رواه على ما إذا كاتب عبده كتابة صحيحة، ثم جُنَّ العبد، فأخذ المال، وهو مجنون، يصح القبض ولا تراجع.

والأصح: وبه قال أبو إسحاق والأكثر من رحمهم الله أنه: لا تراجع، كما رواه المزني، لأن المجنون ليس من أهل العقد فيبطل معنى المعاوضة ويبقى مجرد التعليق. ونقل الربيع وقع خطأ، وربما حمل على ما إذا كاتب عبده العاقل كتابة فاسدة، ثم جن فآدى.

وعن رواية القاضي أبي حامد أن في المسألة قولين.

وفي طريقة الصيدلاني: الامتناع من إجراء الخلاف في الصبي وفرق بأن الجنون عارض فهو كعارض^(١) شرط فاسد في الكتابة بخلاف الصبي.

وأجرى صاحب "التهذيب"^(٢) رحمه الله في الصبي ما قيل في الجنون كما قدمناه عن ابن كعب، ثم من أثبت التراجع، جعل ما فضل من الكسب للعبد ومن لم يثبتته جعله للسيد، وهو الأصح.

"فروع: تدخل في الفصل" لا يجوز كتابة العبد المرهون، لأن الرهن يحوج إلى البيع والكتابة تمنع منه، ولا كتابة العبد المستأجر، لأنه في تصرف الغير فلا يتفرغ للاكتساب لنفسه. وفي كتاب القاضي ابن كعب: أنه يجوز كتابة المعلق عتقه بصفة، وكتابة المدبر، فإن سبق موت السيد، عتق بالتدبير، وإن سبق أداء النجوم عتق بالكتابة.

وأنه يجوز كتابة المستولدة، فإن مات السيد قبل أداء النجوم عتقت من رأس المال، وأن أبا الحسين^(٣) خرَّج وجهاً: أنه لا يجوز كتابتها.

وهذا ما نقله الروياني في "التجربة" عن إشارة النص في "الأم" ووجهه بأن الكتابة

اعتياض عن الرقبة ورجحه مرجحون.

(١) في: ز "كعروض".

(٢) انظر: التهذيب ٤١٩/٨.

(٣) لعله ينصرف إلى أبي الحسين بن القطان.

والأظهر: الأول وسيأتي إن شاء الله تعالى، التفريع عليه.

وأنه لو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا^(١) في نجمين، فإذا أداهما عتق العبد، ففي صحتها وجهان.
أحدهما: الصحة، كخلع الأجنبي.

والثاني: المنع لأنها تخالف موضوع الباب، فإن صححناها فهل يجوز أن تكون حالة؟ فيه وجهان، وإن لم تصححها، فإذا أدى عتق العبد بوجود الصفة، ويرجع المؤدى على السيد بما أدى، والسيد عليه بقيمة العبد.

(قال [الغزالي] الشرط الثاني أن يكتب كله فلو كاتب نصف عبده فالمذهب أنه لا يصح، ولو كاتب من نصفه حر، جاز لحصول الاستقلال، ولو كاتب أحد الشريكين بغير إذن شريكه فالمذهب أنه باطل.
ولو كان بالإذن فقولان.

والأظهر: أنه لا تصرف الصدقة إلى من نصفه رقيق، ولو كاتباً^(٢) على مال واحد جاز وانفسخت النجوم، على قدر ملكهما، فإن شرطاً تفاوتاً في القسمة، فقد انفردت كل صفقة وهي^(٣) ياذن الشريك فيخرج على القولين

[الشرط الثاني في صحة الكتابة: أن يكتب كل العبد]

[قال الرافعي]: ولك أن تقول: إيراد الكتابة على كل العبد ليس صفة في العبد حتى يقال للعبد شرطان، ولعل جعله شرطاً في نفس الكتابة أحسن من جعله شرطاً للعبد.

والفقه: أنه إذا كاتب بعض عبده^(٤)، فإما أن يكون باقيه حراً فتصح الكتابة،

(١) في: ز "أن يؤدي المال كذا عن العبد".

(٢) في: ب "كاتبه".

(٣) في: أ "وهو".

(٤) في: ب، ز "بعض عبدي".

لأنها استغرقت الرقيق منه فتفديده^(١) الاستقلال، فإن^(٢) كاتب جميعه والصورة هذه بطلت في بعضه^(٣) الحر وفي الرقيق قولاً التفريق.

وكذا لو كان يعتقد الرق في جميعه، فبان بعضه حرّاً، فإن قلنا يفسد فلا يعتق حتى يؤدي جميع المسمى لتحقق الصفة، فإذا عتق استرد من السيد ما أدى وللسيد عليه قسط القدر الذي كاتبه من القيمة.

وإن قلنا: يصح، فيستحق جميع المسمى، أو قسط الرقيق من القيمة؟ فيه قولان كما في البيع إذا أجاز المشتري البيع في المملوك.

وإما أن يكون باقيه، أو بعض الباقي رقيقاً، والقدر الرقيق، إما أن يكون له أو لغيره.

"الحالة الأولى" إذا كان له فقد نص أن الكتابة لا تصح، لأن المكاتب^(٤) يحتاج إلى التردد حضراً وسفراً لاكتساب النجوم، ولا يستقل بذلك، إذا كان بعضه رقيقاً فلا يحصل مقصود الكتابة، وأيضاً فلا يمكن صرف متهم المكاتبين^(٥) إليه، لأنه يصير بعضه ملكاً للمالك الباقي، فإنه من أكسابه، بخلاف ما إذا كان باقيه حرّاً، فإنه يمكن وضع الصدقة فيه، وفي هذا شيء سنذكره إن شاء الله تعالى.

وعن ابن سريج رحمه الله تخريج قول آخر أخذاً مما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر، فإنه إذا كاتب بعض ما يملكه فقد كاتب البعض بإذن مالك الباقي.

ونحا أبوالحسين ابن القطان رحمه الله 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.

(١) في: ب "فتفديده".

(٢) في: أ "وإن".

(٣) في ب "نصفه".

(٤) في: أ "المكاتب".

(٥) في: ب "الكتابين".

وإن^(١) صححنا كتابة البعض، فإن كان بين السيد وبينه مهياة، فاكسب النجوم في نوبته، وأدها، فيعتق القدر الذي كاتبه ويسري إلى الباقي. فإن لم يكن بينهما^(٢) مهياة، فما يكتسبه يكون بينهما، فإن وفر قسط السيد، وما بقي بالنجوم من قسطه، عتق، وإن لم يؤفر إلا قدر النجوم، ففي العتق خلاف سنذكر نظيره.

وإن لم نصححها فهي كتابة فاسدة، فإن أدى المال قبل أن يفسحها السيد عتق، والسراية كما ذكرنا ثم يرجع المكاتب على السيد^(٣) بما أدى، ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة ولا يرجع بقسط ما سرى العتق إليه، لأنه لم يعتق بحكم الكتابة^(٤).

الحالة الثانية: إذا كان الباقي لغيره فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه نظر: إما أن يكاتب بإذن الآخر أو دون إذنه، إن كاتب بإذنه ففيه قولان:

أصحهما: وهو المنصوص في "الأم"^(٥) واختاره المزني^(٦) وبه قال مالك^(٧) رحمهما الله: أنه لا تصح الكتابة، لأن الشريك الآخر يمنع من التردد والمسافرة ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين والباقي قاله في "الإملاء" على مسائل محمد بن الحسن^(٨): أنها تصح، لأنه مستقل في البعض المكاتب عليه، وإذا جاز أفراد البعض بالإعتاق، جاز أفراد بالعتق المفضي إلى العتق.

-
- (١) في: ز "فإن".
 - (٢) "يكن" ليست في: أ.
 - (٣) "على السيد" ليست في: ز.
 - (٤) انظر: الأم ٤١/٨ والوسيط ٥١٣/٧ والتهذيب ٤٣٧/٨ والروضة ٢٢٧/١٢.
 - (٥) انظر: الأم ٤١/٨.
 - (٦) انظر: المختصر ص ٣٢٥.
 - (٧) مختصر خليل ص ٢٩٧.
 - (٨) هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني - الحنفي أبو عبد الله صاحب أبي حنيفة إمام في الفقه والأصول، وغيرهما وهو الذي نشر مذهب أبي حنيفة. ولد بواسط ونشأ بالكوفة، ثم انتقل إلى بغداد، ولي للرشد القضاء ثم عزله، له كتب عديدة. توفي سنة تسع وثمانين ومائة رحمه الله بالري. انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ١٧٢/٢، وشذرات الذهب ٣٢١/١.

وبهذا القول قال أبو حنيفة^(١) رحمه الله: وقال إذا أعتق نصيبه بأداء النجوم يستسعى في الباقي.

وعن أبي سلمة القطع بالقول الأول.

فيحوز أن يعلم قوله في الكتاب "فقولان"^(٢) بالواو^(٣) لذلك.

وإن كاتب بغير إذن الآخر فظاهر المذهب فساد الكتابة لعدم الاستقلال، ولأن نصيب الشريك ينتقص فيتضرر به.

وربما خرج القولان في حالة إذن الشريك على هذين المعنيين: إن قلنا بالأول لم يصح، وإن قلنا بالثاني فقد أسقط حقه ورضي بالضرر الذي يلحقه.

وعن أبي علي الطبري رحمه الله: وجه آخر أنها تصح.

وإن كاتب بغير الإذن كما ينفرد أحد الشريكين بالإعتاق والتعليق والتدبير.

قال الإمام رحمه الله: ذهب طائفة إلى تخريج القولين في هذه الصورة وهو منقذح، لأن إذن الشريك لا يفيد الاستقلال، فلا يبقى إلا تحيل تضرر^(٤) الشريك، وهذا لا حاصل له مع نفوذ العتق من^(٥) الشريك.

التفريع: إن أفسدنا كتابة أحد الشريكين فللسيد فسخها، وإبطاها كسائر الكتابات الفاسدة، فإن لم يفعل ودفع العبد بعض كسبه إلى الذي لم يكاتبه وبعضه إلى المكاتب بحسب الملك حتى أدى مال الكتابة عتق، ويقوم نصيب الشريك على المكاتب بشرط اليسار ويرجع العبد عليه بما دفع، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كاتب من القيمة^(٦)، وإن دفع جميع ما اكتسبه إلى المكاتب حتى تم قدر النجوم، ففيه وجهان:

-
- (١) انظر: الهداية ٢٦٦/٣ و ٢٦٧.
 (٢) في: ب "قولان".
 (٣) "بالواو" ليست في: أ، ظ.
 (٤) في: ظ "إلا يحيل لضرر".
 (٥) مكرر في ب "مع".
 (٦) في: أ "القسمة".

أحدهما: أنه يعتق، لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلق^(١) بحصول الصفة وقد حصلت.

وأصحهما: المنع، لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما يملكه ليتتفع بالمدفوع إليه. وفي طريقة الصيدلاني: نقلهما قولين ونسبة الأول إلى ما أطلقه في كتاب ابن أبي ليلى.

والثاني: إلى رواية الربيع.

وأجرى الخلاف فيما إذا قال: إن أعطيتني عبداً فأنت حر، فأعطاه عبداً مستحقاً هل يحصل العتق؟ فإن قلنا: لا يعتق، فاللذي لم يكتب أن يأخذ نصيبه كما^(٢) أخذه المكاتب، فإنه ملكه، ثم إن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب^(٣)، عتق، وإلا فلا. وإن قلنا: يعتق فيأخذ نصيبه أيضاً، والتراجع بين المكاتب والعبد وسراية العتق على ماتقدم.

وإن صححنا كتابة أحد الشريكين فدفعت العبد من كسبه حصته إلى المكاتب، أو جرت بينه وبين الذي لم يكتب مهياًة، فدفعت ما اكتسبه في نوبته إلى المكاتب حتى تمت النجوم، عتق، وقوم عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً، وكذا لو أبرأه عن النجوم، أو أعتقه، وإن دفع إليه كل ما اكتسبه حتى تم قدر النجوم، ففي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أن بعض الأصحاب رحمهم الله: جعل حصول العتق على وجهين، أو قولين كما ذكرنا تفريراً على قول الفساد.

والظاهر: القطع بالمنع، وفرق: بأن الكتابة إذا^(٤) صحت، غلب فيها معنى المعاوضة، وفي المعاوضات تسليم غير المملوك كعدمه، وإذا فسدت الكتابة فيغلب حكم الصفة، فلذلك^(٥) جاء الخلاف.

(١) في: أ "تعلق".

(٢) في: أ، ز "مما". وفي: ظ "فما".

(٣) في: ز "في العتق عتق".

(٤) "إذا" ليست في: أ.

(٥) في: ب، ز "ولذلك".

فروع: أوردتها القاضي ابن كج رحمه الله: أحدها إذا أذن لشريكه في كتابة نصيبه فله أن يرجع عن الإذن، فإن لم يعلم الشريك برجوعه حتى كاتب، فعلى الخلاف في تصرف الوكيل بعد العزل، وقبل العلم به.

الثاني: كاتب نصيبه بإذن شريكه وجوزناه فأراد الشريك الآخر كتابة نصيبه هل يحتاج إلى إذن الأول؟ فيه وجهان.

الثالث: كاتب أحدهما نصيبه وقال للآخر: (١) كاتبته (٢) بإذنتك، وأنكر، فإن قال مع ذلك: وقد أدى المال عتق بإقراره، وقوم عليه نصيب الشريك، إن كان موسراً، وإن لم يقر بالأداء فالقول قول المنكر مع يمينه، فإن حلف بطلت الكتابة، وإن نكل حلف الذي كاتب، فإن نكل ردت اليمين على المكاتب.

هكذا ذكر ابن القطان رحمه الله وقال: عندي ينبغي أن يكون هذا التداعي بين الشريك والمكاتب، فإذا ادعى المكاتب الإذن، وأنكر الشريك، صدقه، وإن نكل حلف المكاتب، وثبتت الكتابة. هذا إذا انفرد أحد الشريكين بالكتابة.

أما إذا كاتبوا العبد المشترك معاً أو وكلا رجلاً فكاتب جميعه (٣)، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه صحت الكتابة، إن اتفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً وجعلنا حصة كل واحد (٤) من النجوم (٥) بحسب اشتراكهم في العبد، أو أطلقا فإنها كذلك تنقسم، وإن اختلفت النجوم في الجنس، أو في قدر الأجل أو العدد أو شرطاً تفاوتاً في النجوم مع التساوي في الملك، أو بالعكس ففيه طريقتان:

أظهرهما: وهو الذي أورده في الكتاب، وبه قال القفال: إن صحة كتابتهما على القولين فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر.

(١) في: أ "الآخر".

(٢) في: أ "كاتبته".

(٣) في: ز "شريكه".

(٤) في: ز "واحد". وهو خطأ.

(٥) "جنساً وأجلاً وعدداً وجعلنا حصة كل واحد من النجوم" ليست في: ب.

والثاني: القطع بالمنع، وبه قال القاضي أبو الطيب، لأننا لو جوزنا ذلك لزم أن ينتفع أحدهما بمال الآخر، لأنه إذا استوى المكان ودفع إلى أحدهما مائة وإلي الآخر مائتين فقد ترتفع الكتابة بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثاني بخمسين، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق.

ولا يشترط استواء الشريكين في ملك العبد الذي يكتبانه.

وفي "الكافي" للرويانى فيه وجه ضعيف. / وليعلم قوله^(١) في الكتاب "فيما إذا ٦٦٨/ز كاتب أحد الشريكين بغير إذن الآخر فالمذهب أنه باطل" بالألف لأن أحمد رحمه الله يصحح^(٢) هذه الكتابة.

وفي "شرح" الموفق بن طاهر^(٣) عن أبي حنيفة مثله.

وكذلك حكى عنه فيما إذا كاتب بعض عبده والله أعلم.

مسألة صرف
الصدقة إلى من
بعضه رقيق

بعضه^(٤) رقيق لما ذكرنا أن ما يأخذه ينقسم على القدر الرقيق وغيره.

قال الإمام رحمه الله: ورأيت لبعض الأصحاب ما يدل على تجزيره، وقد يمنع هذا القائل الانقسام، ويقول: تختص الصدقة بالقدر المكاتب، لأنه لا يجوز أن تكون الصدقة كسب رقيق.

وفي "الكافي" للقاضي الرويانى عن بعضهم: إطلاق قولين وفي المسألة تفصيل حسن^(٥) وإلى ترجيحه يميل إيراده، وهو أنه إن لم يكن بينهما مهايأة، فلا يجوز أن يأخذ من سهم الصدقات، وإن كان^(٦) بينهما مهايأة، فله أخذه في يوم نفسه خاصة.

(١) في: ز "في الكتاب قوله".

(٢) في: أ "يصح".

(٣) الموفق بن طاهر سبقت ترجمته ص ٨٥.

(٤) في: ز "نصفه".

(٥) و.. تفصيل حسن "ليست في أ".

(٦) في: أ "كانت".

(قال [الغزالي]: فرع: لو كاتبه ثم عجز أحدهما وأراد الثاني إبقاء الكتابة في نصيبه بالإنظار^(١)، فقولان وأولى بالجواز لقوة الدوام، ولو كاتب واحد عبداً ثم خلف ابنين وعجزه أحدهما، وأنظره الآخر فهذا أولى).

[فصل: إذا اجتمع الشريكان على كتابة العبد ثم عجز فعجزه أحدهما]

[قال الرافعي]: إذا اجتمع الشريكان على كتابة العبد ثم عجز فعجزه أحدهما، وفسخ الكتابة، وأراد الآخر إنظاره، وإبقاء الكتابة فأظهر الطريقتين^(٢): أنه كابتداء الكتابة، فلا يجوز إبقاؤها من غير إذن الشريك، وفي إبقائها بإذنه قولان، وهل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذناً في إبقائها؟ يخرج مما أورده الإمام فيه وجهان. أحدهما: نعم، لأنهما إذا توافقا على الكتابة فقد رضيا بأحكامها ومن أحكامها جواز الإنظار، عند العجز.

وأشبههما: المنع.

وجعل الإرفاق ناقضاً لما جرى به الإذن، والتوافق^(٣) عليه.

ومنهم من قطع بجواز الإبقاء بالإذن، وقال يحتمل التبعض في الإنتهاء، وإن لم يحتمل في الابتداء، لأن الدوام أقوى من الابتداء^(٤).

وقوله في الكتاب "فقولان وأولى بالجواز لقوة الدوام" ينه على^(٥) الطريقتين.

ولو كاتب إنسان عبده، ومات عن ابنين، وعجز المكاتب فأرفة أحدهما، وأراد الثاني إنظاره فيجري فيه الطريقتان، لأن الكتابة بعد الموت بين الوارثين ككتابة تصدر من الشريكين، ولذلك يعتق نصيب أحد الابنين بإبرائه عن حصته من النجوم، وهذه الصورة

(١) في: ظ : بالإيطاء.

(٢) في: أ "القولين".

(٣) في: ب "الموافق".

(٤) "وفيه طريقة ثالثة: وهي القطع بالمنع، لأن ذلك يؤدي إلى أن يبقى نصف العبد مكاتباً بغير رضى

الشريك، والنص إبطال ذلك ابتداءً، فكذا في الدوام، حكاه الإمام والغزالي في البسيط، ووقع في

الوسيط فيه خلل. قاله في الخادم" ورد بهامش العزيز ٤٧٦/١٣.

(٥) "على" ليست في: أ، ز.

أولى بأن لا تتبعض فيها الكتابة، لأنها صدرت من واحد في الابتداء، وهناك صدرت من شخصين والصفقة تتعدد بتعدد العاقد.

(قال [الغزالي]: هذا بيان مايصح من الكتابة ومالا يصح فينقسم إلى باطل، وفساد فالباطل^(١) هو الذي أختل أحد أركانه بأن صدر^(٢) الإيجاب والقبول^(٣) من غير مكلف، أو غير مالك أو مكره^(٤) أو عدم قصد مالية العوض، كما لو كاتب على دم أو حشرات أو اختلت الصيغة، بأن فقد لفظ العقد).

[فصل: حال الكتابة التي تصح والتي لا تصح]

[قال الرافي]: لما تكلم في الأركان بشروطها التي هي مناط الصحة^(٥) أراد أن يبين حال الكتابة التي لا تصح، وتنقسم إلى باطلة وفسادة.

أما الباطلة، فهي التي اختل بعض أركانها: بأن كان السيد صيباً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة أو كان العبد كذلك، أو كاتب ولي الصبي والمجنون بعدهما أو لم يجز ذكر عوض، أو ذكر ما لا يقصد: ولا مالية له كالدم والحشرات، أو اختلت^(٦) الصيغة، بأن فقد الإيجاب أو القبول، أو لم يوافق أحدهما الآخر.

وأما الفاسدة: فهي التي امتنعت صحتها بشرط فاسد أو لفوات شرط في العوض، بأن كان خمرأً أو خنزيراً أو مجهولاً أو لم يؤجله أو لم ينجمه، أو كاتب بعض العبد. وضبطها الإمام رحمه الله فقال: إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولاً ممن تصح عبارته، وظهر اشتغالها على قصد المالية، لكنها لم تستجمع شرائط الصحة فهي الكتابة الفاسدة.

-
- (١) في: أ "الباطل".
 (٢) في: أ "صدرت".
 (٣) "القبول" ليست في: ز.
 (٤) في: ز "أو من مكره".
 (٥) في: أ "للصحة".
 (٦) في: ب "اختلفت".

إذا عرفت ذلك: فالكتابة الباطلة لاغية، إلا أنه إذا صرح بالتعليق وهو ممن يصح تعليقه فيثبت مقتضى التعليق.

وأما الفاسدة: فإنها تشارك الصحيحة في بعض الأحكام على ما سنذكر على الأثر، وإنما كان كذلك على خلاف البيع وسائر العقود، حيث لا يفرق فيها بين الباطل والفاسد، لأن العتق هو المقصود من الكتابة، ولتوقع العتق صححناها، وإلا فهي على خلاف القياس على ما مر.

وتعليق العتق لا يفسد، وإن فسدت^(١) الكتابة فانتظار العتق الذي هو المقصود أحوج إلى أن يثبت في الفاسدة بعض أحكام الصحيحة، وهكذا وجه الإمام. لكن قضية هذا أن تكون الكتابة الباطلة إذا صح التعليق فيها كالكتابة التي سمينها فاسدة.

وقوله في الكتاب "أو غير مالك أو بغير إذن المالك"^(٢) وقوله "أو مكره" يبين اشتراط الاختيار في السيد والعبد جميعاً، وإن لم يذكره في الركنين، وقد يهمل مثل هذا لوضوحه.

وقوله "أو عدم قصد مالية العوض كما لو كاتب على دم وحشرات" في قولهم^(٣) "إن الدم لا يقصد" توقف أبعديناه في "الخلع".

وعد الصيدلاني الكتابة على الميتة والدم من صورة الكتابة الفاسدة كالكتابة على الخمر والخنزير والله أعلم.

(قال [الغزالي]: ثم الفاسد يساوي الصحيح في ثلاثة أمور:

أحدها: أنه يحصل العتق بالأداء، ولكن بحكم التعليق، فلا يحصل بالإبراء والاعتياض.

(١) في: أ "صدرت".

(٢) "أو بغير إذن المالك" ليست في: أ.

(٣) في: ب "قوله".

الثاني: أنه يستقل بالكسب ويستتبع عند العتق ما فضل من كسبه، وكذا ولده من جاريته، أما ولد المكاتبه ففي سراية الكتابة الفاسدة إليه قولان، كما في سراية التعليق.

الثالث: أنه يستقل حتى يعامل السيد وتسقط عنه نفقته.

والصحيح أنه لا يسافر، وفي صرف^(١) الزكاة إليه وجهان).

[فصل: في تعليق العتق بالصفة]

[قال الرافعي] قال الأصحاب تعليق العتق بالصفة على ثلاثة أقسام:

أحدها: التعليق الخالي عن المعاوضة كقوله: "إن دخلت الدار، أو إن^(٢) كلمت فلاناً فأنت حر" ومن هذا القبيل قوله "إن أديت إليّ كذا فأنت حر"، فإن المال ليس المذكوراً على سبيل الأعواض فهذا لازم من الجانبين فليس للعبد ولا للسيد ولا لهما رفعه بالقول، ويبطل بموت السيد، وإذا وجدت الصفة في حياته عتق، وكسب العبد قبل وجود الصفة للسيد.

ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال، لم يعتق، ولا تراجع بين السيد وبينه.

والثاني: التعليق في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة، وهو الكتابة الصحيحة وستاتي أحكامها إن شاء الله تعالى.

والثالث: التعليق في عقد فيه معنى المعاوضة، ويغلب فيه معنى التعليق، وهو الكتابة الفاسدة وهي كالصحيحة في أحكام^(٣).

أحدها: أنه إذا أدى العبد المسمى عتق بموجب التعليق، ولا يعتق بإبراء السيد ولا بأداء الغير عنه متبرعاً، لأن الصفة المعلق عليها لا يحصل بهما^(٤) بخلاف الكتابة

(١) في: أ "مصرف".

(٢) "إن" ليست في: ب، ز، ظ.

(٣) في: أ "الأحكام".

(٤) في: ز "بها".

الصحيحة.

وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة^(١) رضي الله عنهما: أنه يعتق بهما.

ولو اعتاض عن المسمى لم يعتق أيضاً.

وقوله في الكتاب "فلا يحصل بالابراء والاعتياض" رتبته على أن العتق يحصل بموجب التعليق لا بحكم المعاوضة، وإلا فهو مما يفارق فيه الكتابة الفاسدة الكتابة الصحيحة وذكره هناك أحسن.

وقوله "والاعتياض" قد يفهم من السياق المذكور تجويز الاعتياض في الكتابة الصحيحة، وحصول العتق به لكن فيه خلاف سيأتي من بعد إن شاء الله.

والثاني: أنه يستقل بالاكساب^(٢) ليزدد وينصرف، فيؤدي المسمى ويُعتق، وإذا أدى فما فضل من الكسب فهو له، وإنما كان كذلك، لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بأداء المسمى، والأداء يكون من الكسب فيكون بمنزلة الصحيحة في الكسب.

وولد المكاتب من جاريته بمثابة أكسابه لكن لا يبيعه، فإنه مكاتب^(٣) عليه على ما سنذكر من بعد إن شاء الله تعالى.

فإذا عتق تبعه وعتق عليه.

والمكاتبه كتابة فاسدة هل يتبعها ولدها؟ فيه طريقان:

أظهرهما: على ما ذكره الإمام وغيره رحمهم الله: نعم كالاكساب.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب، وحكاه الشيخ أبو علي عن أبي زيد: أن فيه قولين، لأن العتق إنما يحصل في الكتابة الفاسدة من جهة التعليق وقد ذكرنا في "التدبير" قولين في ولد المعلق عتقها.

(١) انظر: الهداية ٢/٢٥٧.

(٢) في: ز "بالاكساب".

(٣) في: أ "يتكاتب".

هذا ما أورده وسنذكر في ولد المكاتب كتابه صحيحة قولين في أنه هل يتبعها
فيمكن أن يقال الطريقان مفرعان^(١) على قولنا: إنه يتبعها^(٢) هناك.

والثالث: أورد الإمام وصاحب الكتاب رحمهما الله: أنه إذا استقل سقطت نفقته
عن السيد، وإن له معاملة السيد كالمكاتب كتابه صحيحة، والذي ذكره صاحب
"التهذيب" أنه لا يجوز معاملته مع السيد، وأنه لا^(٣) ينفذ تصرفه فيما في يده كما في المعلق
عتقه بصفة، ولعل هذا أقوى.

واختلفوا في صورتين: إحداهما: هل للمكاتب كتابه فاسدة أن يسافر دون إذن
السيد؟ يبنى ذلك على أن المكاتب كتابه صحيحة هل يسافر بغير إذنه؟ وقد نص في باب
كتابة بعض العبد في "المختصر"^(٤) أنه يسافر.

وعن "الإملاء" منعه.

وفيها طريقان للأصحاب.

أحدهما: أن فيه قولين: أحدهما المنع وبه قال مالك^(٥) رضي الله عنه لما فيه من
المخاطرة بالمال، ولهذا لم يكن للشريك أن يسافر بغير إذن شريكه^(٦).

وأصحهما: الجواز وبه قال أبو حنيفة وأحمد^(٧) رضي الله عنهما، لأنه قد يستعين
بالسفر على الاكتساب، ولأن المكاتب في يد نفسه والسيد يستحق عليه ديناً مؤجلاً
والدين المؤجل لا يمنع السفر^(٨).

(١) في: ب "مفرعان".

(٢) في: أ "أنه".

(٣) في: أ "ولأنه".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٥.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٨.

(٦) "شريكه" ليست في: أ.

(٧) انظر: الهداية ٢/٣٥٧، والمغني ١٤/٤٧٥.

(٨) انظر: الوسيط ٧/٥١٣، والتهذيب ٨/٤٣٧، والروضة ١٢/٢٣٥.

والثاني: حملهما على حالين، حيث^(١) جوز أراد السفر^(٢) القصير^(٣). وحيث منع أراد الطويل.

وقيل: حيث جوز، أراد ما إذا لم يحل النجم، وحيث منع أراد ما إذا حل.

فإن قلنا: يسافر بغير إذن، ففي المكاتب كتابة فاسدة وجهان:

أحدهما: أن له ذلك أيضاً لاستقلاله بالكسب.

وأظهرهما: المنع، لأن تمكينه من الخروج عن ضبط السيد، ونظره من غير عقد

لازم بعيد^(٤).

والثانية: يجب على السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة، وهل يصرف إليه سهم

الرقاب؟

فيه وجهان عن حكاية القاضي الحسين رحمه الله.

أحدهما: نعم، لأنها من الاكساب التي يتوصل بها إلى العتق، وهو مستقل

بالاكتساب^(٥).

وأصحهما: وهو المحكي عن النص، لا لأن هذه الكتابة غير لازمة والقبض فيها

غير موثوق به.

وعلى هذا فالمسألة مما يفارق فيها الكتابة الفاسدة الصحيحة، وكذا المسافرة إذا

منعناها في الفاسدة وجوزناها في الصحيحة.

(قال [الغزالي]) ويفارقه في أمرين.

أحدهما: أنه إذا أخذ ما علق به الأداء رده ورجع إلى قيمة الرقبة لفساد

العوض.

(١) في: ز فحيث".

(٢) في: ظ "للسفر".

(٣) في: ظ "القصير".

(٤) في: ب "بعد".

(٥) في: ز "بالاكتساب".

والثاني: أنها لا تلزم من جانب السيد، فله فسخها، ومهما فسخ أو قضى القاضي بردها لم يعتق بحكم التعليق، وإن أدى لأنه^(١) كان تعليقاً في ضمن معاوضة. ولو أعتقه عن كفارته صح وبرئت ذمته وكان فاسخاً للكتابة حتى لا يتبعه الكسب بخلاف الكتابة الصحيحة، فإنها تمنع الإجراء عن الكفارة. ولو مات السيد فأدى إلى الوارث، لم يعتق، لأنه ليس القائل له: إن أديت^(٢) فأنت حر).

[فصل: الفاسد يفارق الصحيح في أمرين: وفيه مسائل]

[قال الراعي]: حق لفظ الكتابة تأنيث الكتابة والتذكير^(٣) ههنا.

وفي قوله "من قبل ثم الفاسد يساوي الصحيح" مردود إلى العقد أو نحوه.

وفقه^(٤) الفصل مسائل إحداها: إذا أدى العبد المسمى في الكتابة الفاسدة وحصل العتق فيرجع على السيد بما أدى، لأنه لم يملكه، ويرجع السيد عليه بقيمة رقبته، لأن فيها معنى المعاوضة، وقد تلف المعقود عليه بالعتق، فهو كما لو تلف المبيع بيعاً فاسداً في يد المشتري، يرجع على البائع بما أدى، ويرجع البائع عليه بالقيمة، وكذا لو خالغ على عوض فاسد، إلا أن الخلع لا مستدرك له، والكتابة تقبل الرفع، وإن كانت صحيحة، والاعتبار بقيمة يوم العتق، فإنه يوم التلف.

وعن رواية ابن خيران رحمه الله قول: أنه يعتبر قيمة يوم العقد، كما في الكتابة الصحيحة، فإننا إذا احتجنا إلى قسمة العوض على العبيد^(٥) يراعي قيمتهم يوم العقد.

والظاهر المشهور الأول.

وإنما اعتبرنا قيمة يوم العقد في الكتابة الصحيحة، لأنه وقت الحيلولة، وههنا

(١) في أ "فإنه".

(٢) في أ "الى".

(٣) في: أ "التذكر".

(٤) "وفقه" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب. وفي. والله أعلم.

(٥) في: ب "العبد".

تحصل الحيلولة بالعتق، وإذا هلك المسمى في يد السيد رجع العتيق بمثله أو قيمته^(١)، فإن كان الواجب على السيد من جنس القيمة، بأن كان غالب نقد البلد فهو على أقوال التقاص^(٢)، وسيأتي ذكرها في الكتاب إن شاء الله تعالى.

فإذا حصل التقاص وفضل^(٣) لأحدهما شيء رجع بالفاضل وما ذكرنا^(٤) من التراجع فيما إذا كان المسمى مما له قيمة، فإن كان خمراً أو خنزيراً فلا يرجع العتيق على السيد بشيء وهو يرجع على العتيق بقيمة رقبته.

الثانية: للسيد فسخ الكتابة الفاسدة، لأن المسمى فيها لا يسلم للسيد، فإن للعبد استرداده، بخلاف الكتابة الصحيحة^(٥) ثم إن شاء فسخ بنفسه، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم حتى يحكم بإبطالها أو بفسخها.

قال القاضي الروياني رحمه الله: وهو كما لو وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يفسخ البيع بنفسه، وله أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يفسخه، ولا يطلها الحاكم من غير طلب السيد، ذكره في "التهذيب".

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "فله فسخها" بالواو، لأن القاضي ابن كج ذكر أن ابن القطان رحمه الله حكى عن ابن سلمة رحمه الله وجهاً آخر أنه لا سبيل إلى إبطال الكتابة الفاسدة بالقول، لأن العتق فيها يحصل بحكم التعليق، والتعليق^(٦) لا يجوز إبطاله.

والظاهر الأول.

-
- (١) في: أ "وقيمته".
 (٢) "التقاص" قال في المصباح ٥٠٥/٢ "وقاصصته" مقاصة وقصاصا من باب قاتل: إذا كان لك عليه دين مثل ماله عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال "القصاص".
 (٣) في: أ، ز "وحصل".
 (٤) في: ز "ذكر".
 (٥) من قوله: "فإن احتجنا إلى قسمة العوض ٠٠٠ بخلاف الكتابة الصحيحة" ليست في: ظ.
 (٦) "التعليق" ليست في: ظ.

وإذا فسخها أو حكم الحاكم بإبطالها ثم أدى المسمى لم يعتق ووجه بأنه، وإن كان تعليقاً فهو تعليق في ضمن معاوضة، وإنما عقد طالباً^(١) للعرض فكأنه^(٢) قال: إن أدت كذا في ضمن معاوضة فأنت حر فإذا ارتفعت المعاوضة ارتفع التعليق الذي يضمنه، وأنه قال إن أدت فأنت حر ما لم أرجع، فالعتق^(٣) يتعلق بالأداء وعدم الرجوع، وقد بطلت إحدى الصفتين.

وليشهد السيد على الفسخ، فإن وجد أداء المسمى، واختلفا فقال: العبد أدته قبل أن فسخت، وقال السيد، بل بعده فالمصدق العبد، لأن الأصل عدم الفسخ وعلى السيد البينة.

الثالثة^(٤): إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة عتق، لا عن جهة الكتابة وكان إعتاقه فسحاً للكتابة، وليكن الحكم كذلك لو باعه أو وهبه، وعلى هذا فلو أعتقه عن كفارته فيجزيه وقد سبق ذكر هذا مرة في "الكفارات"^(٥) وحكاه الشيخ أبو علي رحمه الله عن نص الشافعي رضي الله عنه، ثم قال: إذا عتق لا عن جهة الكتابة لم يتبعه الكسب والولد بخلاف الكتابة الصحيحة، لأن المكاتب هناك استحق العتق على السيد بعقد لازم، واستحق استتباع الأكساب، والأولاد فليس للسيد إبطاله، وههنا^(٦) لا استحقاق^(٧) على السيد، فجعل فسحاً للكتابة.

قال: وعرضت هذا على الشيخ القفال رحمه الله فاستحسنه وأقرني عليه، ولم ير غيره.

وهذا ظاهر المذهب، والمذكور في يالكتاب.

-
- (١) في: ز "طلباً".
 - (٢) في: ب، ز "وكأنه".
 - (٣) في: ز "فالتعليق".
 - (٤) في: ب "الثالث".
 - (٥) انظر: الوجيز ٢/٢٢٥، والعزیز ١٢/٢٧٩ و ٢٨١.
 - (٦) في: ز "الإستحقاق ههنا".
 - (٧) في أ "الاستحقاق".

وليعلم مع ذلك قوله في الكتاب "وبرئت ذمته" وقوله "وكان فاسخاً للكتابة" وقوله حتى لا يتبعه الكسب" كلها بالواو، لأننا ذكرنا في "الكفارة" أن الإمام رحمه الله قال: إجزاؤه عن الكفارة مرتب على أنه إذا أعتقه السيد، هل يستتبع عتقه الأكساب والأولاد؟ وفيه خلاف محال على هذا الباب، فإن لم يستتبع كان إعتاقه فسخاً وإجزاء عن الكفارة، وإلا ففي الإجزاء وجهان.

وقوله: "فإنها تمنع الإجزاء عن الكفارة" يجوز أن يعلم بالحاء والألف لما ذكرنا في "الكفارات" (١).

الرابعة: تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد، فلا يحصل العتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت.

وعن أبي حنيفة (٢)، وأحمد (٣) رحمهما الله: أنه يحصل كما في الكتابة الصحيحة.

لنا: أنها (٤) جائزة من الجانبين فتبطل بالموت كالوكالة.

وأيضاً فإننا قد ذكرنا أن العتق فيها يحصل بحكم التعليق فتبطل بالموت كسائر التعليقات.

نعم لو قال: إن أدبت إلى ورثتي كذا بعد موتي فأنت حر "عتق بالأداء إليهم، كما لو قال: "إن دخلت الدار بعد موتي". ولا يخفى أن الكتابة الفاسدة مفارقة للصحيحة في المسائل الأربع جميعاً، وقد ناقش لذلك في قوله في الكتاب "وفارقه في أمرين" فإنه يفهم الحصر، وليس بين المسائل الثلاث الأخيرة ربط حتى تجعل أمراً والتراجع المذكور أولاً أمراً (٥).

وأيضاً فلا يجب الإيتاء في الكتابة الفاسدة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

-
- (١) انظر: الوجيز ٢/٢٢٥، والعزیز ١٢/٢٨٠، وانظر الروضة ١٢/١٣٥.
- (٢) انظر: الهداية ٣/٢٥٥.
- (٣) انظر: المغني ١٤/٥٧٥ و ٥٧٦.
- (٤) انظر: الوسيط ٧/٥١٦ و ٥١٧، والتهذيب ٨/٤٢٩، والروضة ١٢/٢٣٥، ومغني المحتاج ٤/٢٣٣.
- (٥) في ب " وإفراد الرابع المذكور أولاً أفراد".

وإذا كاتب جاريته كتابة فاسدة، وعجزت عن الأداء. فأرقها أو فسخ الكتابة لم يجب الاستبراء بخلاف ما في الكتابة الصحيحة.

ولو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة فهل يعتق كما في الكتابة^(١) الصحيحة، أو لا يعتق، لأن الصفة لم توجد على وجهها؟ فيه وجهان^(٢):

هذا تمام الكلام في أركان الكتابة بتوابعه.

(١) "الكتابة" ليست في: ب، ظ، ز.

(٢) انظر: الروضة ٢٣٥/١٢ حيث قال فيها: "قلت: أصحابها الثاني" والله أعلم.

الباب الثاني
في أحكام الكتابة
وفيه خمسة فصول

[الباب الثاني: أحكام الكتابة]

وفيه خمسة فصول:

(قال الغزالي: النظر الثاني في أحكامها: وهي خمسة:

الأول: ما يحصل به العتق وفيه مسائل: (١) الأولى أنه يحصل في الصحيحة بأداء النجوم وبالإبراء وبالاعتياض، ولا (٢) يحصل بجزء من النجوم جزءً من الحرية حتى يودي الكل، ولو كاتب عشرين دفعة واحدة عتق أحدهما بأداء نصيبه قبل أداء الثاني، ولو كاتباً عبداً لم يعتق نصيب أحدهما ما لم يؤد جميع النجوم إليهما، إلا أن يكاتب واحداً ويخلف ابنين فيعتق نصيب أحد الابنين بأداء نصيبه).

[الفصل الأول: ما يحصل به العتق. وفيه ست مسائل]

[قال الرافعي] قوله "في أحكامها" يرجع إلى الكتابة المستجمعة للأركان بشرائطها، وهي الصحيحة، هذا هو المعهود في ترتيب صاحب الكتاب في (٣) المقدمة (٤) وحينئذ فقوله "في الصحيحة" حيث قال "يحصل في الصحيحة بأداء النجوم مستغنى عنه". واعلم أنه جعل أحكام الكتابة الصحيحة خمسة أنواع، وأدرج فيها ما يحتاج إلى معرفته في هذا النظر.

أحدها: أن العتق بم يحصل، ولا شك في حصوله بأداء النجوم بتمامها، وكذا المسألة الأولى بم يحصل العتق بالإبراء عنها على قضية الإبراء عن الثمن والأجرة.

وأما قوله "بالاعتياض" فهذا قد أرسله إرسالاً والمفهوم منه أنه (٥) إذا أخذ عن

(١) في: ظ "ست: أحدها".

(٢) في: أ "فلا".

(٣) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: ز "الأبواب المتقدمة".

(٥) "أنه" ليست في: أ، ظ.

النجوم عوضاً حصل العتق لبراءة الذمة عن النجوم، لكن في جواز الاستبدال عن النجوم. خلاف^(١) قد صرح به من بعد، وإنما يستمر ما أطلقه هنا على تجويز الاستبدال، وقد أجرى مثل هذا في خلال أحكام الكتابة الفاسدة.

وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم، أو عليها فيحصل العتق بجريان الحوالة أيضاً، ولا يحصل بأداء بعض النجوم، أو بالإبراء عن بعضها عتق بعض العبد، بل يتوقف على أداء الكل أو الإبراء^(٢) عن الكل.

لما روي عن عمرو بن شعيب^(٣) عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال "المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم من كتابته"^(٤).

ولو كاتب عبيدين أو عبيداً دفعة واحدة، فقد ذكرنا خلافاً في صحة هذه الكتابة،

(١) في: أ "وقد".

(٢) في: أ "والإبراء".

(٣) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص أبوإبراهيم، تابعي صدوق ثقة، حسن الحديث.

توفي سنة ثمان عشرة بعد المائة.

انظر ترجمته في: تقريب التهذيب ٧٢/٢، وشذرات الذهب ١٥٥/١

(٤) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التخليص ٢١٦/٤ "حديث عمرو بن شعيب عن أبيه جده المكاتب قن ما بقي عليه من كتابته درهم" أوداود والنسائي والحاكم من طرق، رواه النسائي وابن حبان من وجه آخر من حديث عطاء عن عبد الله بن عمرو بن العاص من حديث طويل، ولفظه: ومن كان مكاتباً على مائة درهم فقضاها إلا أوقية، فهو عبد.

قال النسائي هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ وقال ابن حزم: عطاء هذا هو الخرساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمرو وقال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحداً روى هذا إلا عمرو بن شعيب ولم أر من رضيت من أهل العلم يشبهه وعلى ذا فتيا المفتين" ١-هـ.

انظر: ابوداود ٢٠/٤ حديث رقم (٣٩٢٧، ٢٦) من كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت.

والنسائي في الكبرى- في العتق كما في تحفة الأشراف ٣١٩/٦ والترمذي ٣٦٦/٢- من البيوع- باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي.

وقال: "حسن غريب. وابن ماجه ٨٤٢/٢- العتق - باب المكاتب، والحاكم ٢٣٧/٢- وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي على تصحيحه. انظر: تحفة المحتاج

وإذا صححناها، وهو الأظهر، فقد بينا أنه إذا أدى بعضهم حصته عتق، وإن لم يؤد الآخر، وحكىنا خلاف أبي حنيفة^(١) ومالك^(٢) رحمهما الله فيه.

فليعلم قوله في الكتاب "عتق أحدهما" بالحاء والميم، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً، لأن عتق أحدهما^(٣) بأداء نصيبه إنما يستمر على قولنا بصحة الكتاب، فأما إذا حكمنا بفسادها فقد مر هناك أن الأقيس أنه لا يعتق بعضهم بأداء حصته خاصة.

ولو كاتب اثنان عبداً^(٤) مشتركاً بينهما معاً فينبغي أن يسوي بينهما في الأداء، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم على ما سيأتي.

ولو كاتب إنسان عبداً ومات، وخلف ابنين فأدى نصيب أحد الابنين بغير إذن الآخر، لم يعتق^(٥) نصيبه، وإن أداه بالإذن ففي عتق نصيبه خلاف نشرحه من بعد إن شاء الله تعالى.

والذي أطلقه ههنا جواباً على أحد القولين، وليعلم بالواو لما سيأتي.

وقوله: "إلا أن يكاتب واحد ويخلف ابنين" لا يخفى أنه ليس باستثناء محقق، ولما ذكر أن العتق لا يتبع بعض النجوم أداء أو إبراء.

أشار بذكر هذه الصورة إلى أن ذلك فيما إذا اتحد المكاتب والمالك، فأما إذا تعدد المكاتب فقد يتبع بعض، وكذلك إذا تعدد^(٦) المالك كما في مسألة الوارثين على رأي.

واعلم أن المسائل والصور المتعلقة بقاعدة واحدة كثيراً ما وقعت متبددة في الكتاب في هذا الباب، وتولد من ذلك بعض التطويل والتكرار.

ولو وقعت مجموعة لكاتب أقرب إلى الفهم، والاختصار، وكتابة الشريكين العبد

(١) انظر: الهداية ٢٦٥/٣.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧، وانظر المسألة في الوسيط ٥١٨/٧، والتهذيب ٤٢٩/٨، والروضة

٢٣٦/١٢.

(٣) في: أ "أحدها".

(٤) في: أ "عبيداً اثنان".

(٥) في: ز "يطلق".

(٦) "المكاتب والمالك . . . إذا تعدد" ليست في: ز.

المشترك من هذا القبيل^(١) فتأمل صورها.

قال [الغزالي] الثانية: إذا جن السيد وقبض النجوم لم يعتق حتى يسلم إلى القيم، ولو تلف في يد السيد فلا ضمان للتقصير بالتسليم إليه، ولو جن قبض منه السيد عتق، لأن فعله ليس بشرط، أما الكتابة الفاسدة، فتفسخ بجنونها على وجه، لجوازها ولا تنفسخ على وجه، لأن مصيرها إلى اللزوم، وتفسخ على وجه بجنون المالك دون العبد، لأن الصحيحة أيضاً جائزة في حق العبد).

[المسألة الثانية: انفساخ الكتابة بجنون السيد والعبد ونحو ذلك]

[قال الرافي]: ولا تنفسخ الكتابة بجنون السيد ولا بجنون العبد ولا باغمائهما، لأن الكتابة لازمة من أحد الطرفين فأشبهت الرهن، وإنما تنفسخ بالجنون، العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة، ثم إذا جن السيد فعلى المكاتب تسليم المال إلى قيمه، فإن سلم إليه لم يعتق، لأن قبضه فاسد.

ولو تلف في يده فلا ضمان لتقصيره بالتسليم إليه، ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه في الكتابة فللقيم تعجيزه.

ولو حجر عليه بالسفه، فهو كالمجنون^(٢)، وإذا أدى المكاتب إليه في حال الحجر، وعجزه الولي، ثم رفع الحجر عنه لم يبلغ التعجيز.

ومنهم من أثبت فيه قولين كما سبق في المرتد إذا أخذ النجوم، وعجز الحاكم المكاتب ثم أسلم المرتد.

والظاهر الأول، وفرق بينهما بأن حجر السفية أقوى ألا ترى أن تصرفه لا ينفذ وتصرف المرتد ينفذ في قول، وبأن الحجر على السفية لحفظ ماله، فلو حُسِبَ عليه ما أخذه وأتلفه في حال الحجر، لم يحصل حفظ المال والحجر على المرتد لرعاية حق المسلمين، فإذا عاد إلى الإسلام، فلا حق لهم في ماله ولا يضرهم احتساب ما أخذه عليه.

(١) "القبيل" ليست في: ز.

(٢) في: ب، ظ "كالوجهين. وفي: ز "كما لوجن".

وإذا جن العبد، فأدى في جنونه، أو أخذه السيد من غير أداء منه يعتق.
 ووجه ذلك بأن قبض النجوم مستحق، ولو أخذها المولى من غير إقباض من
 المكاتب وقع موقعه، وإذا كان الأمر بهذه المثابة فبالأخذ تبرأ ذمته، وإذا بريء عتق.
 هذا هو المشهور المذكور في الكتاب^(١).

وقال الإمام: رحمه الله إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض
 ما يصادف، فله ذلك وإن أمكنه مراجعة من ينصبه القاضي ناظراً للمكاتب، فلا وجه
 لاستبداده بالقبض عندنا.

ولو استبد لم يصح، وإذا لم يصح، فلو أقبض المجنون لم يكن لإقباضه حكم.
 وفي خلال كلام الإمام رحمه الله: إثبات قول أو وجه، في أن الكتابة تنفسخ
 بجنون المكاتب، وقد تعرض له صاحب الكتاب من بعد^(٢)، فإن ثبت ذلك رخص في
 إعلام قوله ههنا "عتق" بالواو.

وهذا في الكتابة الصحيحة.

وأما^(٣) الفاسدة، فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما؟ فيه ثلاثة أوجه.

أحدها: نعم لجوازها من الطرفين كالشركة والوكالة.

والثاني: لا، لأن المذهب فيها التعليق، والتعليق لا يبطل بالجنون، ويحكى هذا عن
 الشيخ أبي حامد رحمه الله، وهو الأصح عند الإمام قدس الله روحه. ووجهه: بأنها وإن
 كانت جائزة فمصيورها إلى اللزوم كالبيع في زمان الخيار.

وأصحها: عند الأكثرين رحمهم الله وهو ظاهر النص: أنها تبطل بجنون السيد
 وإغمائه، وبالبحر عليه، ولا تبطل بجنون العبد وإغمائه^(٤). والفرق أن الحظ في الكتابة
 للعبد لا للسيد لما سبق أنها تبرع فيؤثر اختلال عقل السيد، ولا يؤثر اختلال عقل العبد.

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٨٦، والوسيط ٧/٥١٨، والروضة ١٢/٢٣٦.

(٢) "من بعد" ليست في: ز.

(٣) في: ب، ظ "أما".

(٤) من "وبالبحر عليه... وإغمائه" ليست في: ز.

وأيضاً فإن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة، ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة، وإنما يعجز نفسه، ثم السيد يفسخ إن شاء، وإذا لم يملك الفسخ لم يؤثر جنونه، وأيضاً فإن الكتابة الصحيحة أيضاً جائزة في حق العبد، وجوازها لا يقتضي بطلانها بجنونه فكذلك الكتابة الفاسدة، فإن قلنا: إنها لا تبطل، فلو أفاق وأدى المسمى عتق، وثبت التراجع، ويمثله أجابوا فيما إذا أخذ السيد في جنونه، وقالوا: ينصب الحاكم من يرجع له. وينبغي أن يقال لا يعتق ههنا بأخذ السيد، وإن قلنا: في الكتابة الصحيحة: إنه يعتق، لأن المذهب ههنا التعليق، والصفة المعلق عليها الأداء من العبد، ولم يوجد، وإذا قلنا: إنها تبطل، فلو أدى المسمى ففي حصول العتق وجهان:

أظهرهما: أنه لا يحصل، لأن العتق بالتعليق في الكتابة الفاسدة يتبع الكتابة، فإذا ارتفعت ارتفع التعليق، كما لو فسخها السيد.

والثاني: يحصل لوجود الصفة المعلق عليها ويخالف ما لو فسخ السيد، فإن فسخه^(١) رفع للتعليق^(٢) من جهته.

وعلى هذا قال الإمام رحمه الله: الوجه القطع بأنه لا تراجع، لأن التراجع قضية الكتابة الفاسدة، وقد زالت وبقي التعليق المحض.

ومن أصحابنا من أثبت الرجوع على العبد بالقيمة قال: ومساقه أن يتبعه الكسب، وهذا كالندم على الحكم بارتفاع الكتابة.

(قال[الغزالي]: الثالثة إذا كاتب عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه، عتق وسرى في الحال على قول، وفي قول آخر لا يسرى إلى أن يرق نصيب الثاني بالعجز، فإن قلنا: يسرى في الحال فتفسخ الكتابة في محل السراية أو ينتقل مكاتباً ويعتق حتى يكون الولاء للشريك لا لمن سرى عليه، فيه وجهان، وقيل: إن كونه مكاتباً يمنع السراية، ثم إبراء أحدهما يجري مجرى إعتاقه في السراية، وكذا قبض نصيب نفسه برضا صاحبه إن قضينا بأنه يوجب العتق، فيسرى، ولا نقول: هو مجبر على القبول، لأنه

(١) في: أ "فسخ".

(٢) في أ "التعليق".

اختار أصل^(١) العقد نعم، أحد الابنين إذا قبض نصيبه عتق، ولم يسر لأنه مقهور في القبض، ولم يصدر العقد منه^(٢).

[المسألة الثالثة: إذا كاتباً عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه]

[قال الرافي]: إذا كاتب الشريكان العبد المشترك معاً ثم أعتق^(٣) أحدهما نصيبه عتق، وهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسراً؟ عن حكاية صاحب "التقريب" رحمه الله: وجه أو قول مخرج: أنه لا يسري وقد ذكرناه بتوجيهه في كتاب "العتق" وهذا ما ذكره آخراً في الكتاب^(٤) فقال^(٥): وقيل: إن كونه مكاتباً يمنع السراية. والمذهب المشهور ثبوت أصل السراية، وفي وقتها قولان:

أحدهما: أنها تثبت في الحال، لأنه قد عتق بعضه والمقصود من شرع السراية أن لا تتبع الحرية.

وأظهرهما: أنها لا تثبت في الحال، لأنه قد انعقد سبب الحرية للنصيب الآخر وقد يؤدي ويعتق، ولأن العقد يتضرر به من حيث أنه ينقطع عنه الولد والكسب.

وعن أبي الطيب بن سلمة رحمه الله القطع بالقول الثاني.

فإن قلنا: بالسراية في الحال فتنفسخ الكتابة في نصيب الشريك أو يسري العتق إليه مع بقاء الكتابة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: ولم يورد أكثرهم غيره أنها تنفسخ، لأن الإعتاق أقوى من الكتابة، فعلى هذا يعتق كله على الشريك المعتق، ويكون الولاء له.

والثاني: يسري العتق مع بقاء الكتابة لثلاث تبعض الحرية، ولا يبطل حق الآخر، وعلى هذا فولاء النصف الآخر للشريك لا للذي أعتق نصيبه.

(١) "أصل" ليست في: أ.

(٢) في: أ "العتق" و "منه" ليست في: أ، ز.

(٣) في: أ "عتق".

(٤) "الكتاب" ليست في: ز.

(٥) "فقال" ليست في: أ.

وإن قلنا: لا تثبت السراية في الحال، فإن أدى نصيب الآخر من النجوم عتق عن الكتابة، وكان^(١) الولاء بينهما، وإن عجز وعاد إلى الرق تثبت السراية حينئذ، ويكون الولاء كله للشريك المعتق، ويجيء الخلاف في أنها تثبت بنفس العجز أو بأداء القيمة أو يتبين بأداء القيمة حصول العتق من وقت العجز، ويجري هذا الخلاف على قولنا بثبوت السراية في الحال أيضاً.

وإن مات قبل الأداء والعجز فقد مات بعضه حراً وبعضه رقيقاً. وهل يورث عنه؟ فيه الخلاف المذكور في "الفرائض".

ولو أبرأ أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم فهو كما لو أعتقه، والقول في السراية، وفي وقتها كما ذكرنا فيما^(٢) لو أعتق أحدهما نصيبه، ولو قبض أحدهما نصيبه من النجوم برضا صاحبه، فهل يعتق نصيبه؟ فيه خلاف نأتي بشرحه إن شاء الله تعالى في المسألة الخامسة من الحكم الثاني، فإن قلنا يعتق فهو كالإعتاق^(٣) في السراية ووقتها.

قال الإمام رحمه الله: ولا نقول: إنه مجبر على القبض فلا يسري، لأنه مختار في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجباره على القبض، فهو كما لو قال أحد الشريكين إذا طلعت الشمس فنصبي منك حر، فإذا طلعت عتق نصيبه وسرى، لأنه مختار في التعليق. نعم إذا كاتب عبداً، ومات عن ابنين فقبض أحدهما نصيبه، وقلنا: إنه يعتق نصيبه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى فلا يسري، لأنه مجبر على القبض وابتداء الكتابة لم يصدر منه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب^(٤) "عتق" بالواو وكذا قوله "ولم يسر" لما سنذكر من بعد إن شاء الله تعالى.

(قال [الغزالي]: فرع لو ادعى العبد على الشريكين أنه وفاهما النجوم فصدق أحدهما عتق نصيب المصدق ويجري الخلاف في السراية عليه، لأنه مختار في التصديق).

(١) في: أ "وقال".

(٢) "فيما" ليست في أ.

(٣) في أ "بالإعتاق".

(٤) "في الكتاب" ليست في: ب، ز، ظ.

[قال الرافي] إذا قال العبد للمالكه وقد كاتباه قد وفيت عليكما النجوم فأنكرا
 فرع إذا قال العبد للمالكه وقد كاتباه هد
 فهدق بيمينه، وهل يسري العتق من نصيب المصدق إلى نصيب المكذب؟ فيه اختلاف^(١) وفيت عليكما
 النجوم فأنكر سيظهر في الفصل، والظاهر المنع.

والاختلاف في غير النجم الأخير، كالاختلاف فيه، إلا أن العتق لا يحصل بما
 سوى^(٢) النجم الأخير.

ولو قال المكاتب لأحدهما دفعت إليك جميع النجوم، لتأخذ نصيبك وتدفع
 نصيب الآخر إليه فقال: دفعت نصيبي، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك، وأنكر الآخر
 القبض، عتق نصيب المقر وصدق في أنه لم يقبض نصيب الآخر باليمين، وصدق الآخر
 في أنه لم يقبض نصيبه فلا حاجة إلى اليمين، لأن المكاتب لا يدعي عليه شيئاً ثم يتخير
 المنكر بين أن يأخذ حصته^(٣) من النجوم، من العبد، وبين أن يأخذ من المقر نصف ما
 أخذ، لأن كسب المكاتب متعلق حقهما بالشركة، ويأخذ الباقي من العبد، ولا تقبل
 شهادة المقر عليه، لأنه متهم بدفع الشركة عن نفسه، ولأن المكاتب لا يدعي عليه شيئاً.
 وإذا عجز المكاتب عما طالبه المنكر به فله تعجيزه، وإرقاق نصيبه، ثم عن نصه
 في "الإملاء" أنه يقوم ما أرقه على المقر.

وروي أن ابن سلمة وابن خيران رحمهما الله: نقلاه إلى الصورة السابقة وجعلوا
 التقويم عند العجز في الصورتين على قولين.

ووجه المنع: بأن المقر لم ينشئ إعتاقاً، وإنما استوفى ما ثبت له بحكم الكتابة فصار
 كما لو استوفى أحد ابني المكاتب حصته من النجوم لا يقوّم عليه نصيب أخيه.
 والثاني: بأن العتق مضاف إليه، ألا ترى أنه ثبت له الولاء وفي مسألة الابنين
 الولاء للمورث.

(١) في: أ "خلاف".

(٢) في: أ "سرى".

(٣) في: ز "من العبد حصته".

وامتنع الأكثرون رحمهم الله من نقله إلى تلك الصورة، وفرقوا بأن العبد هناك يقول: أنا حر كامل الحال، فلا يستحق التقويم وههنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق.

وفي كتاب الصيدلاني رحمه الله طريقة قاطعة بالتقويم في صورتين.

واعلم أن ما ذكرناه من أنه: هل يقوم مارق عند الحجز، يشبه أن يكون تفريراً على أن السراية تثبت عند العجز، وأنا إذا أثبتنا السراية ههنا فيجيء القول الآخر في أنها تثبت في الحال.

وقد أطلق الإمام والمصنف رحمهما الله في مسألة الكتاب قولين في أنه إذا عُتِقَ^(١) نصيب المصدق، هل يسري العتق إلى نصيب المكذب؟ أحدهما نعم، لأنه عتق نصيبه.

والثاني: لا، لأنه يقول: عتق النصيبان معاً، فلا معنى لإلزامه السراية وتمام التفرير على هذا الإيراد أن يقال: إن قلنا: لا سراية، فذاك، وإن أثبتناها فتثبت في الحال، أو عند العجز؟ فيه القولان:

وقوله في الكتاب "ويجري الخلاف في السراية عليه، لأنه مختار، في التصديق" محمول على القولين اللذين أطلقهما الإمام رحمه الله على ما بينه في "الوسيط"^(٢) لكن ذكر الخلاف بالألف واللام ليس بحسن الموقع، لأن الخلاف في أنه هل يسري^(٣)؟ لم يجر ذكر حتى يعرف بالألف واللام، ورده إلى ما ذكر من قبل أن الكتابة هل تمنع السراية؟ بعيداً، وكان^(٤) الأولى أن يقول. وفي السراية عليه خلاف.

وقوله "لأنه مختار في التصديق" توجيه السراية كأنه يقول: هو بالتصديق مختار للعتق فأشبهه ما إذا أعتق أو أبرأ عن النجوم.

(١) في: أ "أعتق".

(٢) انظر: الوسيط ٥١٩/٧.

(٣) في: ز "لم يسر".

(٤) "هل تمنع السراية بعيد" غير واضحة في: ز.

ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت النجوم إليك لتأخذ نصيبك وتدفع نصيب الآخر إليه كما صورنا- فقال في الجواب: قد فعلت ما أمرت به، وأنت عتيق وأنكر الآخر القبض^(١)، عتق نصيب المقر وصدق المنكر بيمينه، فإذا حلف بقي نصيبه مكاتباً وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب، وبين أخذه من المقر لإقراره بأخذها^(٢) ومن أيهما أخذ عتق نصيبه، ثم إن أخذها من المكاتب فله الرجوع على المقر، لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك، فإنه كان ينبغي أن يشهد عليه.

وإن أخذها من المقر، فلا رجوع له على المكاتب لاعترافه بأنه مظلوم، وإذا^(٣) اختار الرجوع على المكاتب فلم يأخذ حصته من المقر ولم^(٤) يدفعها إلى المنكر، وعجز نفسه، فنصفه حر، ونصفه رقيق فيقوم على المقر، فيأخذ المنكر منه قيمة النصف، ويأخذ أيضاً ما أقر بقبضه له، فإنه كسب النصف الذي كان ملكه والله أعلم.

قال [الغزالي]: الرابعة: أحد^(٥) الابنين الوارثين إذا أعتق^(٦) نصيبه نفذ، وسرى على قول، إما في الحال، وإما عند العجز، وإن^(٧) قلنا: لا يسري، ورق^(٨) النصيب الآخر، فهل يتبين انفساخ الكتابة في النصف الذي عتق حتى يكون الولاء للمعتق خاصة، أو نقول: لم تنفسخ، والولاء في ذلك النصف مشترك^(٩) بينهما؟، فيه وجهان).

[المسألة الرابعة: إذا كاتب السيد عبداً ومات عن ابنين]

[قال الرافي]: إذا كاتب عبداً ومات عن ابنين، فهما قائمان مقامه^(١٠) في أنهما

(١) "القبض" ليست في: ب.

(٢) في: أ "بأخذهما".

(٣) في: ز "فإذا".

(٤) في: ب، ظ "فلم".

(٥) "أحد" ليست في: ظ و "الرابعة" ليست في: ز.

(٦) في: أ "عتق". وفي: ظ "عتق أحدهما".

(٧) في: أ "فإن".

(٨) في: ب، ظ "ورق النصف".

(٩) في: أ "المشترك".

(١٠) في: ظ "مقامها".

إذا^(١) أعتقاه أو أبرأه عن النجوم عتق، وكذا لو استوفياها، ولو أعتقه أحدهما، أو أعتق نصيبه، عتق نصيبه، وكذا لو أبرأه أحدهما عن نصيبه من النجوم.

وعند أبي حنيفة^(٢) والمزني^(٣) رحمهما الله: لا يعتق نصيبه بالإبراء حتى يرثه الآخر. ويستوفي نصيبه، كما لو كان الأب حياً، فأبرأه عن بعض النجوم.

وأجاب الأصحاب بأن هناك لم يرثه عن جميع ماله عليه^(٤) وأحد الابنين إذا أبرأه عن نصيبه من النجوم، فقد أبرأه عن جميع ماله لالشريكين عن نصيبه من النجوم. وربما طرد خلاف أبي حنيفة رحمه الله في إعتاق إحداهما نصيبه .

والذي ذكرنا أنه إذا أعتق نصيبه أو أبرأه عن نصيبه من النجوم يعتق نصيبه.

ز/٦٧٨

هذا^(٥) هو المشهور الذي/ أطلقه عامة الأصحاب^(٦) رحمهم الله.

وقال صاحب "التهذيب" قضية سياق "المختصر"^(٧) حصول قولين في عتق نصيبه.

أحدهما: العتق.

وأصحهما: المنع، بل يوقف، فإن^(٨) أدى نصيب الآخر عتق كله والولاء للأب، وإن عجز فإن كان قد أعتق^(٩) نصيبه، عتق الآن نصيبه، ثم إن كان معسراً فله ولاء ما عتق والباقي قن للآخر^(١٠).

وإن كان موسراً قوم عليه الباقي وبطلت كتابة الأب، وكان ولاء الكل له.

(١) "إذا" ليست في أ.

(٢) انظر: الهداية ٢٦٦/٣.

(٣) انظر: المختصر ص ٣٢٥، وانظر: الوسيط ٥١٩/٧، والروضة ٢٤١/١٢.

(٤) "عليه" ليست في: أ.

(٥) "هذا" ليست في: ب، ز، ظ.

(٦) انظر: الوسيط ٥١٩/٧، والتهذيب ٤٣٤/٨، والروضة ٢٤١/١٢، ومغني المحتاج ٥٣٧/٤.

(٧) انظر: التهذيب ٤٣٥/٨، والمختصر ص ٣٢٥.

(٨) في: ظ "وإن".

(٩) في: أ "عتق".

(١٠) في: أ "قن الآخر" و "للاخر" ليست في: ز.

وإن أبرأه عن نصيبه من النجوم فلا يعتق شيء منه بالعجز، لأن الكتابة تبطل بالعجز^(١) والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء.

ويجوز أن يعلم لما تبين قوله في الكتاب "نفذ" بالحاء والواو.

وإذ أجرينا على المشهور وقلنا: يعتق نصيبه، فإن كان الذي أعتق نصيبه، أو أبرأ معسراً بقيت الكتابة في نصيب الآخر، فإن عجز عاد قناً، وإن أدى وعتق فولأؤه للأب.

وأما ولاء نصيب الأول، فقد حكى القاضي ابن كج رحمه الله فيه وجهين^(٢) في صورة الإعتاق.

أحدهما: أن الجواب كذلك، وهو الأصح.

والثاني: عن أبي الطيب ابن سلمة رحمه الله: أنه لابن لقوله ﷺ "إنما الولاء لمن أعتق"^(٣)، ولأنه عتق بأعتاقه، لأن الأداء على موجب الكتابة.

وطريقين في صورة الإبراء.

أحدهما: القطع بأنه للأب.

وأظهرهما: طرد الوجهين.

وإن كان موسراً فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك؟ إذا قلنا: بالأصح، وهو أن الكتابة لا تمنع السراية، فيه قولان.

أحدهما: نعم، ويحكى عن اختيار الشيخ أبي حامد رحمه الله كما لو كاتب الشريكان العبد ثم أعتقه أحدهما.

وأصحهما: ونقله المزني رحمه الله في "الجامع الكبير" ونصره في "المختصر"^(٤)، لا، لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بكاملها والميت لا يقوم عليه، كان الابن

(١) قوله: "لأن الكتابة تبطل" ليست في: ظ.

(٢) "من قوله" "وأما ولاء ٠٠٠ فيه وجهين" ليست في: ظ.

(٣) تقدم الحديث ص ٦٣-١.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٥، وانظر: الوسيط ٥٢٠/٧، والتهديب ٤٣٦/٨، والروضة

٢٤٢/١٢. والجامع الكبير كتاب في الفقه، للإمام الشافعي - رحمه الله - انظر: طبقات ابن

هداية - الله ص ٢٤٥.

يعتق عنه على سبيل النيابة، وبنى القولان على أن المكاتب هل يورث؟ إن قلنا نعم سرى، وإن قلنا لا فالعتق بحكم كتابة الأب فلا سراية.

وعن القاضي الحسين رحمه الله بناء هذا الخلاف على أن الدين هل يمنع حصول ملك الورثة في أعيان التركة؟ لأن المكاتب مستحق الصرف إلى العتق كما أن أعيان التركة مستحقة^(١) الصرف إلى الدين.

التفريع: إن قلنا: بالسراية فتثبت السراية في الحال: وعند العجز، فيه قولان كما ذكرنا في الشريكين إذا أعتق أحدهما.

والأظهر: الثاني: وهو اختيار أبي إسحق رحمه الله.

وقوله في الكتاب "إما في الحال أو عند العجز" إشارة إلى هذين القولين، ويجوز أن يعلما بالواو، لأنه حكى ههنا طريقتان^(٢) أخریان. إحداهما: القطع بثبوت السراية في الحال.

والثانية: القطع بتأخرها إلى العجز، لأن أحد الوارثين ليس بمعتق حقيقة، وأحد الشريكين معتق حقيقة^(٣). وإن قلنا: بالسراية في الحال فقد حكى الإمام رحمه الله وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه كما حكاها في صورة الشريكين، والذي أورده معظمهم رحمهم الله الانفساخ فيه، وإثبات ولاية المعتق، وفي ولاء النصف وجهان

أحدهما: أنه للمعتق خاصة، لأن نصيب الآخر بقي رقيقاً

وأصحهما: أنه لهما لأنه عتق بحكم كتابة الأب، ويثبت له الولاء فينتقل إليهما بالعصوبة.

وإذا قلنا: لا تنفسخ الكتابة فيما سرى إليه فيكون ولاء الجميع للأب، وأن قلنا: بأن السراية تثبت عند العجز فإن أدى نصيب الابن الآخر عتق كله وولاؤه للأب.

(١) في: ب "مستحق".

(٢) في: أ "طريقتان".

(٣) "حقيقة" ليست في أ.

وإن عجز فطريقان

أحدهما: أن الكتابة تبطل ويكون ولاء الجميع له.

وأشبههما: أن ولاء ما سرى العتق إليه، وقوم عليه له.

وفي ولاء النصف الأول الوجهان، ومنهم من خصص الوجهين بصورة الإعتاق، وقطع في صورة الإبراء، بأن ولاء النصف الأول للأب ينتقل إليهما.

أما إذا قلنا: إنه لا سراية فنصيب الآخر مكاتب، كما كان، فإن عتق^(١) بأداء أو إعتاق^(٢) أو إبراء فولاء الكل للأب، وإن عجز بقي نصفه^(٣) رقيقاً.

وفي ولاء النصف الأول أهو^(٤) للأول أو بينهما؟ فيه ما سبق من الوجهين، ورتبهما الإمام رحمهما الله على أن الكتاب إذا انفسخت في نصيب الثاني بالعجز، فهل تنفسخ في نصيب الأول، لأن الكتابة لا تقبل التبويض؟ فيه وجهان.

الأصح^(٥) المنع، ويحتمل التبويض لانقسام المكاتب بين الوارثين.

فإن^(٦) قلنا تنفسخ فولاء النصف الأول للمعتق.

وإن قلنا لا تنفسخ فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك، لأنه يبعد أن يستوفي أحد الابنين حقه من الرقبة رقاً، ويشارك الآخر في الولاء.

وأصحهما: أن الولاء للأب ويتلقياناه بالعصوبة، ويخرج ذلك على^(٧) أن من بعضه

حرٌّ وبعضه رقيق يورث.

(١) في: أ "أعتق".

(٢) في: أ "وإعتاق".

(٣) في: ظ "ففي نصيبه".

(٤) في: ظ "هو".

(٥) في: ب "أصحهما".

(٦) في: أ "إن". وفي: ب "وإن".

(٧) في: ز "على ذلك".

ولو قبض أحد الابنين^(١) نصيبه من النجوم، فهذا على ما سيأتي إن شاء الله تعالى^(٢) في الشريكين، إذا كاتباً، إن كان بغير إذن، فهو فاسد، لا يحصل به العتق، وإن كان بإذن الآخر، فقولان، فإن صححناه فقد قال الإمام: لا سراية بلا خلاف لأنه يجبر على القبض، ولا سراية حيث حصل العتق بلا اختيار.

ألا ترى أنه إذا ورث بعض من يعتق عليه عتق ذلك البعض، ولم يسر وهذا ما ذكره صاحب الكتاب في آخر المسألة الثالثة فقال "نعم أحد الابنين إذا قبض نصيبه عتق، ولم يسر".

وفي "التهذيب" أنا إذا جوزنا القبض بإذن الآخر فالقول في عتق نصيبه، وفي السراية على ما ذكرنا فيما إذا أعتق نصيبه، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم بلا فرق، ولمن ذهب إليه أن يمنع كونه مجبراً على القبض ويقول^(٣): هو بسبيل من الإعتاق والإبراء.

وبتقدير أن لا يعتق ولا يبرأ، فيشبه إن يقال: إنه^(٤) لا يجبر على الانفراد بالقبض،

وإن جوزناه، لأنه لو عجز عن أداء نصيب الثاني لشاطره الثاني فيما أخذ فله أن/يمتنع ٦٧٥/ز عن قبض ما عسى الثاني يزاحمه فيه. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: فرع لو خلف ابنين وعبداً فادعى العبد كتابة المورث له^(٥))

فصدقه أحدهما وكذب الآخر، وحلف فنصيب المصدق مكاتب، فإن^(٦) أعتقه سرى إلى الباقي ولم يخرج على الخلاف لأنه رقيق بقول الشريك، وإن أبرأ لم يسر، لأن الشريك يقول: إبرأؤه^(٧) لاغ إذ لا كتابة^(٨) وإن عتق بأداء النجوم لم يسر، لأنه مقهور على العتق).

(١) في: ظ "الشريكين".

(٢) من قوله "الابنين نصيبه . . . إن شاء الله تعالى" ليست في: ظ.

(٣) في: أ "قل" وهو خطأ.

(٤) "إنه" ليست في: ب.

(٥) "له" ليست في: أ.

(٦) في: أ "وإن".

(٧) في: ب "الإبراء".

(٨) في: أ "إذا الكتابة".

(٩) في: أ "وإذا".

[قال الرافعي]: خلف ابنين وعبداً فادعى العبد أن أباهما كاتبه، فإن كذباهما فهما المصدقان باليمين، ويكون حلفهما على نفي العلم بكتابة الأب، فإن حلفا فذاك، وإن نكلا وحلف العبد اليمين المردودة تثبت الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر نكلا وحلف العبد اليمين المردودة تثبت الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر ثبت الرق في نصيب الحالف وترد اليمين في نصيب الناكل، وإذا أراد^(١) إقامة البينة احتاج إلى إقامة عدلين، لأن مقصود الكتابة العتق دون المال.

وإن صدقاه أو قامت البينة فالحكم كما^(٢) مرَّ في الفصل السابق^(٣).

وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب مصدق بيمينه^(٤).

وأما نصيب المصدق ففي كتاب القاضي ابن كج أن بعضهم خرج قولاً: أنه لا تثبت الكتابة فيه لأن الكتابة لا تتبعض، فالصحيح المشهور ثبوتها، وهذا التبعض لضرورة أدت إليه بخلاف التبعض في الابتداء، وأطلقوا القول بقبول شهادة المصدق على المكذب.

وقال الإمام رحمه الله: إنه يثبت بشهادته لنفسه حقوقاً في الكتابة إذ النجوم موروثه فقبول شهادته^(٥) يعقد عوضه للشاهد^(٦) محال، فإن فرضت شهادته بعد الإبراء عن النجوم، فله أغراض في السراية، فإن نفينا السراية اتجه القبول، وإذا وقع الحكم بان^(٧) نصيب المصدق مكاتب، ونصيب الآخر قن فنصف الكسب له يصرفه إلى جهة النجوم، ونصفه للمكذب^(٨).

(١) في: ز "أراد العبد".

(٢) "كما" ليست في: ز، ظ.

(٣) انظر: ص ١٣٢٠، والوجيز ٢/٢٨٧.

(٤) انظر: الوسيط ٧/٥٢٠، والتهذيب ٨/٤٣٥، والروضة ١٢/٢٤١.

(٥) في: ظ "الشهادة".

(٦) في: ظ "للمشاهد".

(٧) في: أ "فإن".

(٨) في: أ "المكذب".

وإن اتفقا على مهايأة ليكتسب يوماً لنفسه، ويوماً للمكذب أو يخدمه، جاز، ولا إجبار عليهما^(١) على الأظهر خلافاً^(٢) لأبي حنيفة رحمه الله ولا تقدير للنوبتين في المهايأة^(٣).

وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله أنه تجوز المهايأة يومين يمين وثلاثة ثلاثة، فإن زادت كسنة وسنة، ففي الجواز وجهان.

وإذا أدى النجوم وفضل شيء مما اكتسب لنفسه فهو له.

ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه عتق.

وهل يسري؟ فيه طريقان

قال أكثرهم: في السراية قولان كما لو صدقاه معاً إلا أنا إذا قلنا: بالسراية فهانها تثبت السراية في الحال ولا يجيء القول الآخر لأن صاحبه منكر للكتابه فلا يمكن التوقف إلى العجز.

وقال بعضهم وهو المذكور في الكتاب^(٤) تثبت السراية بلا خلاف في الحال^(٥)، لأن منكر الكتابة يقول: إنه رقيق لهما، فإذا أعتق صاحبه نصيبه تثبت السراية بقوله، فإن قلنا: لا سراية فولاء ماعتق يكون بينهما أو ينفرد به المصدق؟ فيه وجهان:

وجه الأول: أنه عتق بحكم كتابة الأب.

ووجه الثاني: وهو الأشبه أن المنكر أبطل حقه بالإنكار، فيسلم^(٦) للمصدق النصف، كما لو ادعى وارثان ديناً وأقاما شاهداً وحلف أحدهما معه، ولم يحلف الآخر يأخذ الحالف نصفه، ويسلم له.

(١) في: ب، ز، ظ. "عليها".

(٢) انظر: التهذيب ٤٣٦/٨، والروضة ٢٤٢/١٢.

(٣) انظر: الهداية ٢٦٦/٣.

(٤) انظر: الوجيز ٢٨٧/٢.

(٥) من قوله: "ولا يجيء القول الآخر... في الحال" ليست في: ب.

(٦) في: أ "ويسلم".

فإذا جعلناه بينهما، فلو مات هذا العبد ونصفه رقيق، وقلنا: إن مثله يورث، فتوقف حصته المنكر.

وإن قلنا: بالسراية فولاء النصف الذي سرى العتق إليه للمعتق، وفي ولاء النصف الأول الوجهان.

ولو أبرأه المصدق عن نصيبه من النجوم، فالظاهر أنه لا سراية، لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق^(١) نصيبه ويعد الإبراء لغواً.

قال الإمام: ويجيء مع هذا الخلاف في السراية، لأن قول المصدق مقبول في نصيبه، فإذا أتى بما يقتضي العتق، فالسراية بعده قهرية لا ترتبط^(٢) بالرضا، وإن أدى نصيب المصدق من النجوم فلا سراية.

قال الإمام، وصاحب الكتاب رحمهما الله: لأنه مجبر على القبول لا محيص له عنه.

وقال غيرهما، لأنه عتق بحكم كتابة الأب، ولا سراية على الميت، فصار كما لو أقر أحد الابنين بأن أباهما أعتق هذا العبد، وأنكر الآخر يعتق نصيب المقر، ولا يسري، وولاء ما عتق بالأداء بينهما، أو للمصدق خاصة فيه الوجهان.

ولو عجزه المصدق عاد^(٣) قناً والكسب الذي في يده يكون للمصدق، لأن المكذب قد أخذ حصته فلو اختلفا في شيء من أكسابه، فقال المصدق: اكتسبته بعد الكتابة، وقد أخذت نصيبك، فهو لي، وقال المكذب: بل قبلها وكان للأب فهو بيننا، فالمصدق المصدق، لأن الأصل أنه لم يكتسب قبل الكتابة.

(قال [الغزالي]: الخامسة: إذا قبض النجوم فوجدتها ناقصة فله ردها، ورد العتق إذ تبين أنه لم يحصل أو حصل حصولاً غير مستقر بحسب العوض، فإن^(٤) رضي

(١) في: أ "عتق".

(٢) في: أ "لا تربط".

(٣) في: ز "صار".

(٤) في: ب، ز "إن".

استمر العتق، ولكن من حين الرضاء أو من حين القبض؟ فيه وجهان.
ولو اطلع على النقصان بعد تلف النجوم جاز له رد العتق إلى أن يسلم
الأرش، فإن عجز كان له الإرقاق، والفسخ كالعجز ببعض النجوم).

[المسألة الخامسة: إذا قبض النجوم وجدها ناقصة]

[قال الرافي] نذكر في ابتداء المسألة أصليين.

أحدهما: أن العوض في الكتابة لا يكون إلا ديناً في الذمة ويجوز أن يكون نقداً،
وأن يكون عوضاً موصوفاً.

والثاني: مستحق الدين في ذمة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة،
فله رده وطلب ما استحقه ولا يرتفع العقد، ثم إن كان المقبوض من غير جنس حقه لم
يملكه إلا أن يعتاض حيث يجوز الاعتياض.

وإن اطلع على عيب به، فينظر إن رضي به فهل نقول: ملكه بالرضا، أو نقول
ملكه بالقبض، وتأكد الملك بالرضا؟ فيه قولان.

وإن ^(١) رده فهل نقول ملكه بالقبض ثم انتقض الملك بالرد أو نقول: إذا رد تبين
أنه لم يملكه؟ فيه قولان. ويبنى على هذا الخلاف مسائل لعلها قد سبقت.

منها: أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمة وجرى ^(٢) التقايض وتفرقا
ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً ^(٣) ورده، فإن قلنا: إنه ملك بالقبض صح العقد.

وإن قلنا: تبين بأنه لم يملك فالعقد فاسدٌ لأنهما تفرقا قبل التقايض.

ومنها مسألة إذا أسلم في جارية وقبض جارية، فوجد بها عيباً، وردها فهل على

المسلم ^(٤) إليه استبراء هذه الجارية؟ يبنى على هذا الخلاف.

(١) في: أ "إن".

(٢) في: ب "ثم جرى".

(٣) في: أ "عينا".

(٤) في: ز "للمسلم".

ومنها: قال الإمام الموصوف المقبوض إذا وجد معيباً، فإن قلنا: إنه يملكه بالرضا فلا شك أن الرد ليس على الفور والملك موقوف على الرضا.

وإن قلنا: يحصل الملك عند القبض فيحوز أن يقال: الرد على الفور، كما في شراء الأعيان.

والأوجه: المنع، لأنه ليس معقوداً عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد، إبقاءً للعقد.

إذا عرف ذلك، فإذا^(١) وجد السيد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً فله الخيار بين أن يرضى به وبين أن يرده، وبطالب ببدله، ولا فرق بين العيب اليسير والفاحش خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في اليسير^(٢)، فإن كان العيب في النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، فإما أن يرضى^(٣) به أو يريد الرد، فإن رضي به فالعتق نافذ لا محالة، ويجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق، ولكن يحصل العتق عند الرضا، أو نقول^(٤): حصل من وقت القبض.

فيه وجهان ويشبه أن يرجح الثاني، وبه قال: أبو إسحق وصاحب "التقريب" وغيرهما.

وإن أراد الرد والاستبدال، فإن قلنا: يتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض، فالعتق غير حاصل، فإن أدى على الصفة المستحقة بعد ذلك فحينئذ يحصل العتق.

وإن قلنا: يحصل الملك في المقبوض وبالرد يرتفع، فوجهان.

أحدهما^(٥): أن العتق كان حاصلًا، إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا رد العوض ارتد.

(١) في: ب "فلو".

(٢) انظر: الهداية ٢٠٦/٢.

(٣) في: أ "رضي".

(٤) في: أ "يقول".

(٥) انظر: الوسيط ٥٢١/٧، والروضة ٢٤٦/١٢.

وأصحهما: أنه يتبين أن العتق لم يحصل إذ ليس العتق من التصرفات التي يتطرق النقص^(١) إليها، فلو حصل لما ارتفع، ولا يثبت العتق بصفة اللزوم بإتفاق الأصحاب.

وعن أحمد رحمه الله^(٢): أنه يثبت ولا يبطل العتق برد العوض.

واحتج الأصحاب رحمهم الله: بأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي، فوجب أن يفسخ بالعيب كالبيع.

ولو تلف عند السيد ما قبضه، ثم عرف أنه كان عيباً فقد قدم الإمام عليه: أنه إن اتفق ذلك في عين^(٣) فإن رضي فالذي يدل عليه فحوى كلام الأئمة رحمهم الله: أن الرضا كافٍ، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء.

ووجهه: أن الأرش كالعوض، عن حق الرد، والرد يكفي في سقوطه الرضا فكذا الأرش، فإن طلبه تقرر، ولم يسقط إلا بالإسقاط.

وأما النجوم، فإن رضي فالعتق نافذ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضا، ويستند إلى القبض.

وإن طلب الأرش فتبين أن العتق لم يحصل، فإذا أدى الأرش حصل حينئذ، وإن عجز فللسيد إرقاقه كما لو عجز ببعض النجوم، ويجيء الوجه الآخر، وهو: أنه يرتفع العقد بعد حصوله، ويوافق لفظ صاحب^(٤) "الشامل" حيث قال: ويعود حكم الرق في العبد حتى يؤديه، والأول هو المذكور في "الوسيط"^(٥). وقوله في الكتاب "ههنا جاز له رد العتق إلى أن يسلم الأرش" محمول عليه وتأويله أن له أن يتوسل إلى الحكم بانتفائه أصلاً أو ما أشبه ذلك وما الأرش؟ فيه وجهان.

أحدهما: ما ينتقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم على ما هو قياس المعاوضات.

(١) في: أ "النقض".

(٢) انظر: المغني ١٤/٥١٤.

(٣) في: ز "في عين اشتراها".

(٤) "صاحب" ليست في: أ.

(٥) انظر: الوسيط ٧/٥٢١.

وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي رحمه الله.

والثاني: ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب.

ووجه بأن المقبوض عن الملتزم في الذمة ليس ركناً في العقد، ولذلك لا يرتد العقد برده، فلا يسترد في مقابلة نقصانه جزءاً من المعوض كما لا يسترد المعوض إذا كان باقياً فيرد بالعيب.

وهذا ما نقل القاضي الروياني رحمه الله رجحانه وأجرى الوجهان في كل عقد، ورد على موصوف في الذمة.

قال الإمام: وأمثلة منهما أن يقال: يُغرم السيد ما قبض ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة.

وقوله في الكتاب "فوجدتها ناقصة" يريد به النقصان بالعيب.

فأما إذا ظهر نقصان في الكيل والوزن، فالعتق غير حاصل بلا خلاف، سواء بقي المقبوض في يد السيد، أو تلف، فإن رضي بالناقص، فيعتق حينئذ بالإبراء عن الباقي.

وقوله "ورد العتق" يريد رفع الحكم بالعتق، أو غيره كما ينتظم على قولنا: إنه ما حصل العتق، وعلى قولنا: إنه حصل، ثم ^(١) ارتفع ألا تراه ^(٢) قال: أنه ^(٣) إذا تبين أنه لم يحصل أو حصل حصولاً غير مستقر ^(٤) بحسب العوض، أي حصل غير لازم موقوفاً حاله على تبين حال العوض سلامةً وتعيماً.

(قال [الغزالي]: السادسة: إذا خرجت ^(٥) النجوم مستحقة ^(٦) تبين أن لا عتق، فلو قال له عند القبض: اذهب فأنت حرٌّ أو عتقت ^(٧). فالصحيح أنه لا يؤخذ به كما

(١) "ثم" ليست في: أ.

(٢) في: ز "ألا ترى".

(٣) "أنه" ليست في: أ.ب.

(٤) في: ز "مستيقن".

(٥) في: أ، ب، ظ "خرج".

(٦) في: أ، ظ "مستحقاً".

(٧) في: أ "أعتقت" وليست في: ز.

أن للمشتري الرجوع بالثمن على الصحيح إذا خرج المبيع مستحقاً، وإن كان قد ادعى الملك للبائع، لأن قوله كان بناء على الظاهر، ويلزم على هذا أن من أقر بالطلاق، ثم قال: كنت أطلقت لفظة ظنتها طلاقاً، ثم راجعت المفتي فأخبرني بأنه لا ينفذ أنه يقبل^(١)، وقد قيل به، وكذا في العتق.

[المسألة السادسة: إذا خرجت النجوم مستحقة]

[قال الرافعي]: إذا خرج بعض النجوم أو جميعها^(٢) مستحقاً تبين أنه^(٣) لا عتق بموت، لأن الأداء لم يصح.

وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب بان أنه مات رقيقاً، وأن ما تركه للسيد دون الورثة.

ولو قال السيد عند الأخذ: اذهب فأنت حر أو فقد عتقت، ثم تبين الاستحقاق ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يحكم بالحرية مؤاخذاً له بإقراره.

وأصحهما: وقد نص عليه^(٤) أنه لا يؤاخذ به، ويحمل قوله على ظاهر الحال وهو صحة الأداء.

والوجهان كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مستحقاً، وكان قد قال في مخاصمة المدعي: إنه كان ملكاً لفلان إلى أن ابتعته منه، أنه^(٥): هل يرجع بالثمن على بائعه؟ واقتصر صاحب "التهذيب" على إيراد الوجه الأصح في المسألتين ثم قال "ولو اختلفا فقال المكاتب أعتقتني بقولك: أنت حر، وقال السيد أردت أنك حر بما أديت، وبان أنه لم يصح الأداء فالقول قول السيد مع يمينه^(٦).

(١) في: ز "يقبله".

(٢) في: أ "جميعه".

(٣) في: ز، ظ "أن".

(٤) انظر: الأم ٧٧/٨. وانظر: الوسيط ٥٢١/٧، والروضة ٢٤٧/١٢.

(٥) في: أ "وأنه".

(٦) انظر: التهذيب ٤٣٠/٨.

وهذا السياق يدل على أن مطلق كلام السيد محمول على أنه حرٌّ بما أدى، وإن لم يخبر عن إرادته.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أن قياس تصديق السيد في المسألة: أنه لو قيل لرجل طلقت امرأتك؟ فقال: نعم طلقتها ثم قال: إنما قلت ذلك على ظن أن اللفظ الذي جرى بيننا طلاق ثم راجعت المفتيين فقالوا: لا يقع بها شيء وقالت المرأة: بل أردت إنشاء الطلاق أو الإقرار بطلاق آخر أنه يقبل قوله مع يمينه.

وكذا الحكم في مثله في العتق، وهذا^(١) قد ذكره غيره، ونقله القاضي الروياني ولم يعترض عليه.

لكن قال الإمام: هذا عندي وهمٌ وغلطٌ فإن الإقرار جرى بصريح الطلاق، فقبول قوله بناء على ما يدعيه.

ويتعارض فيه صدقةٌ وكذبه محالٌ.

ولو فتح هذا الباب لما استقر إقرار المقر به، وليس ذلك كإطلاق لفظ الحرية على أثر قبض النجوم، فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض.

وفي مسألة الطلاق لم توجد الإشارة إلى واقعة ولفظه، وإنما وجد سؤال مطلق، وجواب مطلق.

واعلم أن في كلام الإمام إشعاراً^(٢) بأن قوله: أنت حرٌّ إنما يقبل تنزيهه على الحرية بموجب القبض إذا رتبته على القبض، كما صور في الكتاب فقال: فلو^(٣) قال: له عند القبض: إذهب فأنت حر.

وإن في مسألة الطلاق لو وجدت قرينة عند الإقرار، بأن كانا يتخاصمان في لفظه "أطلقها" فقال ذلك ثم أبدى التأويل المذكور، يقبل أيضاً، فإن في الصورتين لو انفصل قوله عن القرائن، لم يقبل التأويل.

(١) في: أ "وهذا مذكور قد ذكره".

(٢) في: أ "إشارتان".

(٣) في: أ "ولو".

وهذا تفصيل^(١) قويم لا بأس بالأخذ به.

لكن قال في "الوسيط"^(٢) لافرق بين أن يكون قوله^(٣) أنت حر جواباً عن سؤالٍ حرّيته أو ابتداءً، وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم، أو غير متصل، لشمول العذر، ومال لذلك^(٤) إلى قبول التأويل في الإقرار بالطلاق وغيره.

(١) في: ب "التفصيل".

(٢) انظر: الوسيط ٥٢٢/٧.

(٣) "أن يكون قوله" ليست في: أ، ب.

(٤) "ومال لذلك" هكذا في جميع النسخ، وكذلك في الروضة ٢٤٨/١٢.

[الحكم الثاني: حكم الأداء]

(قال [الغزالي] الحكم الثاني: حكم الأداء وفيه سبع مسائل.

الأولى: أنه يجب الإيتاء بحظ شيء من النجوم، أو بذل شيء من النجوم، ولا يجب في الكتابة الفاسدة على الأظهر، ولا يجب في الإعتاق وبعوض، ولا في بيع العبد من نفسه ولا في الإعتاق مجاناً وفي وجوب تقديمه على وقت العتق وجهان، ويكفي أقل ما يمول، وقيل: بل ما يليق بالحال إلا أن يموت^(١) قبل الإيتاء فتكون الزيادة في التركة كوصية يُضارب به^(٢) الوصايا لا كدين، ولو بقي من النجوم قدر^(٣) لا يقبل في الإيتاء أقل منه إذا قلنا يجب أكثر مما^(٤) يتمول فليس للسيد تعجيزه، ولا يحصل التقاص، لأن الإيتاء يجوز من غير مال الكتابة، ولكن ينبغي أن يكون من جنسه فلو عدل إلى غير جنسه، ففيه وجه: أنه لا يجوز تعبداً كما في الزكاة).

[الفصل الثاني: حكم إيتاء المكاتب]

[قال الرافعي]: يجب على السيد إيتاء المكاتب، لقوله تعالى ﴿وآتوهم من مال

الله الذي آتاكم﴾^(٥).

وذهب أبو حنيفة^(٦) ومالك^(٧) إلى أن الإيتاء مستحب وليس بواجب^(٨).

واختاره القاضي الروياني رحمه الله في "الحلية" والإيتاء بأن يحط عنه شيئاً من

النجوم أو يبذل شيئاً ويأخذ النجوم.

(١) في: أ، ب "إلا أن يكون قدمات".

(٢) مكرر: في أ "به" وفي ب "مع" وهو خطأ.

(٣) في: أ "إلا".

(٤) في: أ "ما".

(٥) سورة النور آية ٣٣.

(٦) انظر: الهداية ٢٥٣/٣.

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٦.

(٨) انظر: الحاوي ١٦٣/٢٢، والمهذب ١٨/٢، والوسيط ٥٢٢/٧، الروضة ٢٤٩/١٢، ومغني المحتاج

أما الثاني: فظاهر فإن البذل إيتاء، وهو المأمور به في الآية.
وأما الحط فقد روي ذلك عن الصحابة رضي الله عنهم قولاً وفعلاً منهم: علي
وابن عمر رضي الله عنهم.
وحكى خلافٌ عن الأصحاب رحمهم الله: في أن الأصل في الإيتاء البذل والحطُّ
بدلٌ عنه أو الأمر بالعكس.
وجه الأول: أن ظاهر الآية يشعر به.
وجه الثاني: أن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحط محققة، وفي البذل
موهومة، فإنه قد ينفق المال في جهة أخرى.
وهذا أظهر، ويحكى عن نصه رضي الله عنه في "الأم"^(١) ولذلك يقول الحط أولى
من البذل.

[المسألة الأولى: محل الإيتاء]

ثم في الإيتاء مسائل:
إحداها: في محل الإيتاء^(٢) وهو الكتابة الصحيحة.
وفي وجوبه في الفاسدة وجهان
أظهرهما: المنع وبناهما بعضهم على أن الأصل الحط أو البذل، إن قلنا بالأول، لم
يجب، فإن النجوم غير ثابتة فيها حتى يجب الحط.
وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت البذل، وهو البذل.
وإن قلنا: الأصل البذل، فلا يمنع إيجاب شيء على السيد تشبيهاً للكتابة الفاسدة
بالصحيحة، كما شابهتها في حصول العتق وغيره.
وإذا أوجبنا فيها الإيتاء فمن قضاياها استحقاق السيد قيمة الرقية فلو حط شيئاً
منها عن جهة الإيتاء كفى.

(١) انظر: الأم ٣٣/٨.

(٢) انظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢، ونهاية المحتاج ٣٨٦/٨.

ومن أعتق عبده على عوض أو باعه من نفسه فلا إيتاء عليه في ظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب.

وعن رواية الشيخ أبي محمد وجه: أنه يجب الإيتاء في كل عقد عتاقه على عوض، ولا خلاف في أنه لا يجب في الاعتاق بغير عوض.

[المسألة الثانية: في وقت الإيتاء، ومتى يجب؟]

والثانية: في وقته: ومتى يجب؟ فيه وجهان:

أحدهما: بعد العتق ليكون بلغه له كما تجب المتعة بعد الطلاق.

وأصحهما^(١): وبه قال أبو إسحاق رحمه الله: أنه يجب قبل العتق ليستعين به على تحصيل العتق كما يدفع إليه منهم الرقاب قبل العتق، وعلى هذا فإنما يتعين في النجم الأخير.

وأما^(٢) وقت الجواز: فمن أول عقد الكتابة، ويجوز بعد الأداء، وحصول العتق أيضاً ولكن سبيله سبيل القضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق.

وفي طريقة الصيدلاني رحمه الله: نقل وجه: أنه لا يجوز الإيتاء مما قبل النجم الأخير، بل يجب أن يحط منه ليرتب^(٣) عليه العتق أو يؤتیه بعد العتق ليحصل التملك الكامل، وقد يشعر قوله في الكتاب "وفي وجوب تقديمه على وقت العتق" وجهان. فإن إذا لم نوجب التقديم يجوز التقديم والتأخير جميعاً.

ومنهم من يشعر بإيراده بوجوب التأخير كما قدمنا.

[المسألة الثالثة: في قدر الإيتاء]

والثالثة: في قدره، وفيه وجهان.

أصحهما: وهو في المنصوص في "الأم"^(٤) أنه لا يقدر، بل يكفي ما يتمول ويقع

(١) انظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢.

(٢) في: أ "ما".

(٣) في: ب "ليرتب".

(٤) انظر: الأم ٣٣/٨، وانظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢.

عليه الاسم، لأنه لم يرد فيه تقدير.

وقوله "من مال الله" يتناول القليل، والكثير.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحق رحمه الله: أنه 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، واكتسابه.

وعن رواية ابن القطان رحمه الله وجه: أنه يعتبر حال السيد في اليسار،

والإعسار.

وعن الإصطخري: أنه يحتمل أن يقدر بربع العشر، والمستحب قدر الربع، روى

ذلك عن علي رضي الله عنه.

وفي وجه ضعيف الثلث، فإن لم تسمح نفسه بذلك، فالسبع محبوب، لما روى أن

ابن عمر رضي الله عنهما كاتب عبداً له بخمسة وثلاثين ألف درهم، وحط عنه خمسة

آلاف^(١) وخمسة سبع خمسة وثلاثين.

قال في "الوسيط"^(٢) وكان السبع إلى العشر لائق.

[المسألة الرابعة: في جنس الإيتاء]

والرابعة في جنسه والإيتاء بالخط لا يكون إلا من عين مال الكتابة، وأما البذل،

فإن كان المبذول من^(٣) جنس مال الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير، ولا يلزم المكاتب

قبوله لقوله تعالى ﴿وآتواهم من مال الله الذي آتاكم﴾ يريد مال الكتابة.

قال الإمام: ووجدت في كلام بعض الأئمة ما يدل على أن غير الجنس مجزي.

(١) الأثر: رواه مالك في الموطأ ٧٨٨/٢، من كتاب المكاتب، باب القضاء في المكاتب.

وأخرجه البيهقي ٥٥٥/١٠، من كتاب المكاتب، باب ماجاء في تفسير قوله عز وجل "وآتواهم

من مال الله الذي آتاكم" وانظر: التلخيص الحبير ٢١٦/٤.

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) في: ج "لا من".

وقوله في الكتابة "ففيه وجه: أنه لا يجوز تعبداً كما في الزكاة" يشير إلى ترجيح

الجواز.

وقد صرح به في "الوسيط".

والظاهر الذي أورده الأكثرون: المنع.

والمقصود من الجواز، وعدمه، أنه هل يجبر المكاتب على قبوله أولاً يجبر؟ فأما إذا رضي المكاتب بغير الجنس فيجوز لا محالة نص عليه، فإن الكتابة من قبيل المعاملات، فلا يُنحى بها نحو العبادات على أن الإمام قال: إذا منعنا نقل الصدقة وانحصر المستحقون فقد نقول: إن لهم أن يعتاضوا عروضاً عن حقوقهم، ولو كان المبذول من غير مال الكتابة، ولكن من جنسه فهل عليه القبول؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا. لظاهر الآية والأظهر^(١): هو المذكور في الكتاب، نعم كما في

الزكاة، ولأن المقصود الإعانة وهي حاصلة.

وفي الفصل وراء ما أورده فرعان:

أحدهما: إذا مات السيد بعد أخذ النجوم، وقبل الإيتاء فعلى الورثة الإيتاء، فإن كانوا صغاراً تولاه الذي يلي أمرهم، ثم لا يخلو، إما أن يكون^(٢) مال الكتابة أو بعضه باقياً بحاله، أو لم يكن، إن^(٣) كان باقياً فيؤخذ القدر الواجب منه، ولا يزاحم المكاتب فيه أرباب الديون، ولا أرباب الوصايا، لأن حقه في عينه، أو هو^(٤) كالمرهون بحقه، هكذا ذكره القفال، وحكاه القاضي ابن كج عن نصه رضي الله عنه في "المبسوط" وإن لم يكن باقياً فعن أبي اسحق وغيره وجه: أن واجب الإيتاء لكونه غير مقدر ضعيف، فيؤخر عن الديون^(٥)، ويجعل في مرتبة "الوصايا".

(١) انظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢.

(٢) في: أ، ب، ز "كان". وهو خطأ لا يستقيم به المعنى.

(٣) في: ز "لم يكن باقياً".

(٤) "هو" ليست في: أ.

(٥) في: ب "الدين".

وذكر وجه آخر: أن على قولنا: إن القاضي يقدره باجتهاده، فقدرة بأقل ما يتمول منه في مرتبة الديون، والزيادة عليه في مرتبة الوصايا لضعفه، وهذا ما أورده في الكتاب مستثنى عن قولنا: إن الواجب ما يقدره القاضي، ويليق بالحال فقال "إلا أن يموت قبل الإيتاء" إلى آخره.

وكأن من قال به يقول: الزيادة على أقل ما يتمول لا يليق بحال الميت، لأنه معسر.

وظاهر المذهب: أن ما نحكم بوجوبه على اختلاف الوجهين كسائر الديون يقدم على الوصايا، فإن أوصى بزيادة على الواجب فتلك الزيادة من الوصايا. واعلم أن الحكاية عن نص الشافعي رضي الله عنه في "المختصر" أن المكاتب يحاص بالذي له أهل الديون والوصايا.

واعترض المزني وقال "يلزمه أن يقدمه على الوصايا"^(١)

وكيف يحاص الفريقين والديون مقدمة على الوصايا، فإن حاص أهل الديون، يقدم على الوصايا وإن حاص على أهل الوصايا تقدمت الديون عليه. واختلف الأصحاب في الجواب على وجوه.

أحدها: أن الكاتب غلط وإنما قال الشافعي رضي الله عنه يحاص أهل الديون دون الوصايا^(٢).

والثاني: عن ابن سريج رحمه الله: تنزيل النص على ما إذا أوصى أن يكون الإيتاء والديون من الثلث، وكان الثلث يحتملها، والوصايا أيضاً فيتحصون جميعاً في الثلث.

والثالث: تنزيله على ما إذا قدر القاضي شيئاً باجتهاده فيحاص أرباب الديون بأقل ما يتمول منه، وأرباب الوصايا بالزيادة، وهو الوجه الذي قدمناه.

(١) انظر: المختصر ص ٣٢٤. "وتحص الغرماء اقتسموا المال بينهم حصصاً ذكره في المصباح المنير ١٣٩/١.

(٢) في: ز "دون أهل الوصايا".

والرابع: تنزيله على ما إذا أوصى السيد بزيادة على القدر الواجب فيحاص أرباب الديون بالواجب، وأرباب الوصايا بالزيادة.

وبهذا قال ابن خيران، وشبه ذلك بما إذا أوصى بأن يحج عنه بالحجة الواجبة^(١) من بلدة فقدر أجرة الحج من الميقات من رأس المال، والزيادة تعتبر من الثلث.

الفرع الثاني: إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء، فلا يسقط، ولا يحصل التقاص، لأننا وإن جعلنا الحط أصلاً فللسيد أن يؤتبه بدلاً عنه، ولا يجوز للسيد تعجيزه، فإن عليه مثله، ولكن يرفعه المكاتب إلى الحاكم حتى يرى^(٢) رأيه، ويفصل الأمر بينهما.

وإن جعلنا الإيتاء أصلاً، فعن القاضي الحسين، رحمه الله أن له تعجيزه بالباقي إذا لم يجده، وإذا عجزه سقط الإيتاء وارتفع العقد من أصله.

قال الإمام: وهذا عندي غير صحيح وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره ولا يفوت العتق.

وليعلم ما ذكرنا قوله في الكتاب "فليس للسيد تعجيزه" بالواو.

فرع: إذا قلنا يجتهد القاضي في القدر.

فقد قال الإمام: ما يستيقن أنه لا وقع له بالإضافة إلى مال الكتابة فهو غير كاف، وما يستيقن أن له وقعاً فهو كاف. وإذا تردد فقدر^(٣) التردد^(٤) يتعارض فيه أصلان.

أحدهما: براءة ذمة السيد.

والثاني: بقاء الأمر بالإيتاء، ويلتحق بأطراف تقابل الأصلين^(٥). والله أعلم.

(١) في: أ "الحجة" وفي: ز "والحجة واجبة".

(٢) في: ز "ليرى".

(٣) في: ب "فقد".

(٤) في: ظ "المتردد".

(٥) في: ظ "المتردد".

(قال [الغزالي] الثانية: لو عجل النجوم قبل المحل أجبر على القبول، كما لو عجل ديننا به رهن، وفي سائر الديون وجهان.

وإن كان على السيد ضرر أو كان^(١) وقت غارة لم يجبر، فإن كان العقد أنشئ^(٢) في وقت الغارة فوجهان، ولو كان غائباً قبض القاضي عنه، ولو قال لا اخذ فإنه حر أم أجبر على القبول والقول قول المكاتب، ولكن هل ينتزع من يده بعد القبول لأجل إقراره؟ فيه وجهان.

أحدهما: أنه ينتزع ويحفظ في بيت المال أو يسلم إلى مالكة إن أقر لمالك معين، وإن قلنا لا ينتزع، فالصحيح أنه يقبل رجوعه وينفذ تصرفه إذا كذب نفسه.

ولو قال السيد: إن عجلت بعض النجوم فقد أبرأتك عن الباقي، لم يصح الإبراء، ولو عجل البعض بشرط الإبراء لم يصح الأداء، فإن وفى السيد وأبرأ فهل ينقلب القبض صحيحاً بالرضى السابق^(٣) المعلق على الأداء؟ فيه قولان: ولو أنشأ رضى جديداً فلا شك أنه ينقلب صحيحاً من حينه، لأن دوام القبض كابتدائه).

[المسألة الثانية: تعجيل النجوم قبل حلولها]

[قال الرافعي]: في المسألة قواعد يتلوها فروع^(٤) إحدى القواعد: إذا عجل وفيها ثلاثة قواعد: الأولى: تعجيل النجوم قبل حلولها للمكاتب غرضاً ظاهراً فيه، وهو تنجيز العتق، أو تقريبه، 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^(٥).

(١) في: "في وقت".

(٢) في أ "نشئ".

(٣) "السابق" ليست في ز.

(٤) في: أ، ب "فرع".

(٥) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٧/٤ "روى عن عمر: إجبار السيد فيما إذا عجل المكاتب النجوم قبل المحل.

الدارقطني من طريق سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال: "اشتري امرأة من بني ليث، فذكر قصته مع عمر في إلزامها بأخذ مال الكتابة منه معجلاً".

وإن لحق السيد ضرر، بأن كان لا يبقى بحاله إلى وقت الحلول كالطعام الرطب، أو كان تلزمه مؤنة كعلف الحيوان وما يحتاج إليه للحفظ، أو كان في أيام فتنة، أو غارة فلا يجبر على القبول.

نعم، لو أنشئ العقد في وقت الفتنة والغارة ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر لاستواء الحاليتين^(١) كما استويا في الأمن.

وأصحهما المنع، لأنها قد تزول عند المحل.

ولو أتى بالنجوم في غير بلد العقد، فإن كان في النقل مؤنة أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفاً لم يجبر على القبول، وإلا فيحبر، وقوله في الكتاب "وفي سائر الديون المؤجلة وجهان" لا يمكن حمله على ما سوى النجوم مطلقاً، وكيف وقد ذكر أنه لو عجل ديناً به رهن يجبر على القبول، كفك الرهن، وقد سبق ذلك في باب "السلم" وبيننا هناك^(٢) أنه إذا لم يكن للمعجل غرض سوى براءة الذمة، ففي إجبار المستحق على القبول قولان :

أظهرهما^(٣): الإجبار فليحمل قوله "وفي سائر الديون المؤجلة على ذلك" أي

وانظر: الدارقطني ١٢٢/٤، من كتاب المكاتب.

ثم أورد الآتي: "قوله: اشترتني امرأة" الحديث في إسناده عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله بن عامر الليثي وهو ضعيف، واختلط بآخره، كذا في التقريب، وقال البخاري: هو منكر الحديث، وكان مالك يرضاه كذا في الخلاصة وأخرج البخاري تعليقاً ولفظه. قال روح عن ابن حريج، قلت لعطاء: "أوجب عليّ إذا علمت له مالاً أن أكاتبه؟ قال ما أراه إلا واجباً، وقاله عمرو بن دينار، فقلت لعطاء، أتوتره عن أحد؟ قال: لا، ثم أخبرني أن موسى بن أنس أن ابن سيرين سأل أنساً المكاتب، وكان كثير المال، فأبى فانطلق إلى عمر رضي الله عنه فقال: كاتبه، فأبى فضربه بالدرّة ويتلو عمر "فكاتبوهم إن علمت فيهم خيراً" فكاتبه.

قال الحافظ: هذا الأثر وصله إسماعيل القاضي في أحكام القرآن، قال: حدثنا علي بن المديني، حدثنا روح بن عبادة بهذا، وكذلك أخرجه عبد العزيز والشافعي من وجهين آخرين، وعن ابن حريج. انتهى" ذكره في التعليق المغني على الدارقطني ١٢٢/٤.

(١) في: أ "الحالين".

(٢) "وبينا هناك" ليست في: ز. وانظر: الوجيز ١٥٧/١، ١٥٨.

(٣) "أظهرهما" ليست في: أ.

الديون التي لا يتعلق بتعجيلها غرضُ عتق وفك رهن وغيرهما.

الثانية: إذا أتى المكاتب^(١) بالنجم في محله والسيد غائب فيقبض القاضي^(٢) عنه، القاعدة الثانية: وكذا يقبض عنه إذا امتنع وهو حاضر ويعتق العبد. ولو أتى بالنجم قبل المحل والسيد غائب فكذلك يقبض عنه إذا عرف أنه لا ضرر والسيد غائب على السيد في أخذه.

قال الصيدلاني رحمه الله: ويمثله لو كان الغائب دين على آخر فأتى به الحاكم هل يقبضه للغائب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع، لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب أن يترك في ذمة المولى فإنه خير من أن يصير أمانة في يد الحاكم.

الثالثة: إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد: هذا حرام أو مغصوب، نظر إن أقام على ما يقوله بينة، لم يجز على قبوله، وتسمع منه هذه البينة، لأن له في إقامتها غرضاً ظاهراً وهو الامتناع عن الحرام، هكذا أطلق كثيرون. وقال الصيدلاني: إنما يقيم البينة إذا عيّن له مالاً أما إذا لم يعين فلا تتصور البينة للمجهول، ولا معنى لقولهم: إنه مغصوب.

وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مقصود هذه البينة الامتناع عن الحرام لم يبعد قبولها على الإطلاق، وإن لم تكن بينة فالقول قول المكاتب: إنه له منع يمينه لظاهر اليد، فإن نكل حلف السيد، وكان كما لو أقام البينة.

وعن أبي هريرة^{عليه السلام} رحمه الله: وجه حكاة القاضي ابن كج: أن المكاتب لا يحتاج إلى البينة والمشهور الأول. ولا يثبت ببينة السيد حق المالك الذي عينه، ولا يسقط بحلف المكاتب حقه.

ثم إذا حلف العبد فظاهر المذهب أنه يجزى السيد على قبوله أو أبرائه عن ذلك القدر، فإن امتنع منهما أخذ الحاكم النجوم، وعتق العبد.

(١) "المكاتب" ليست في: ب، ظ، ز.

(٢) "القاضي" ليست في: ب، ظ.

وقد نص الشافعي رضي الله عنه فيما إذا اشترى نخيلاً وأفلس، ورجع البائع في النخيل^(١) وعليها ثمرة، فقال المشتري: حدثت في ملكي، وقال البائع: بل كانت على النخيل^(٢) يوم البيع وصدق بعض الغرماء المشتري دون بعض: أنه يصدق المشتري. وأنه إذا حلف تدفع الثمرة^(٣) إلى من صدقه دون من كذبه.

فحكى الشيخ أبو حامد أن من الأصحاب/ من قال: قضية قوله: "لا تدفع الثمرة ٦٨٠/ز إلى المكذب" أن لا يجبر السيد على القبول ههنا، وأن فيهما قولين، بالنقل والتخريج، والأكثر امتنعوا منه.

وقالوا في الفرق: إذا دفعت الثمرة إلى من صدقه برئت ذمته عن الدين بقدرها، ولم يتضرر.

وههنا لو لم يجبر السيد على الأخذ تضرر ببقاء الرق.

ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب "أجبر على القبول" بالواو، واللفظة تحتاج إلى ضمنية والمعنى^(٤) أجبر على القبول، والإبراء عن ذلك القدر، أو أجبر على القبول إن لم يبرئ عنه.

ثم إذا أخذه السيد، نظر إن عيّن له مالكاً أمن بتسليمه إليه مؤاخذه له بإقراره، وإن لم يقبل قوله^(٥) على المكاتب وأن لم يعين مالكاً واقتصر على قوله "إنه حرام" أو مغصوب أو مسروق فوجهان.

أحدهما: أنه ينتزعه^(٦) الحاكم، ويحفظه في بيت المال إلى أن يظهر مالكه.

وأظهرهما: المنع، فإنه لم يقر لمعين.

(١) في: ز "النخل".

(٢) في: ز "النخل". وانظر: الأم ٦١/٨، ٦٢.

(٣) في: ز "التمن".

(٤) "و" ليست في: أ، ب.

(٥) في: ز "إقراره".

(٦) في: أ "ينزعه".

وذكر الروياني وغيره على هذا أنه يقال له: امسكه إلى أن يتبين صاحبه ويمنع من التصرف فيه.

ولو كذب نفسه وقال: هو للمكاتب، كما ادعاه. قال الإمام المذهب: أنه يقبل وينفذ تصرفه بحسبه.

ويجوز أن يوجه الآخر بأنه أقر بأنه حرام عليه، فلا يتمكن من الرجوع عنه.

قال: وإن قلنا: إن الحاكم يزيل يده، فالظاهر أنه لو كذب نفسه لا يقبل.

وقوله في الكتاب "فيه وجهان" أحدهما: أنه ينتزع ويحفظ في بيت المال أو يسلم إلى مالكة إن أقر للمالك معين يشعر بإثبات الخلاف في الانتزاع مع الإقرار لمعين يسلم إليه، ولا خلاف في أنه يؤمر بالتسليم إليه، لكن يجوز فرض الخلاف في أنا^(١) هل نتزعه لنسلمه إليه إذا كان غائباً مثلاً. هذه هي القواعد.

وأما الفروع^(٢): فلو جاء المكاتب بالنجم عند المحل وشرط على السيد أن يبرئه فالشرط لغوٌ وللسيد أخذه ولا يلزمه الإبراء عن الباقي.

ولو عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبرأه لم يصح القبض، ولا الإبراء خلافاً لأبي حنيفة^(٣) وأحمد^(٤) رضي الله عنهما.

ولو قال السيد: أبرأتك عن كذا بشرط أن تعجل لي الباقي أو إذا عجلت كذا فقد أبرأتك عن الباقي فعجل لم يصح القبض ولا الإبراء أيضاً، وإذا لم يصحاً لم يحصل العتق، وعلى السيد رد المأخوذ، هذا ظاهر المذهب^(٥).

وأشار المزني^(٦) إلى تردد قول في صحة القبض والإبراء، ولم يسلم له جمهور الأصحاب: اختلاف القول في المسألة، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجز، شرط وابتدائه،

(١) في: أ "أنها".

(٢) في: أ، ب "الفرع".

(٣) انظر: الهداية ٢٥٣/٣.

(٤) انظر: المغني ٤٥٢/١٤.

(٥) قال النووي في الروضة ٢٥٣/١٢ "هذا هو المذهب"

(٦) المختصر ص ٣٢٥.

ورد صاحب الكتاب في "الوسيط"^(١) تردد القول إلى أنه إذا عجل بشرط الإبراء، ووفى السيد فأبرأ هل ينقلب القبض صحيحاً؟ ففي قول ينقلب صحيحاً، لأنه رضى بالأداء بشرط الإبراء، فإذا حصل الشرط كان القبض مرضياً به وعلى هذا جرى في الكتاب.

ولو أنشأ رضىً جديداً فقبضه عما عليه يحكم بصحته كما لو إذن للمشتري في أن يقبض ما في يده عن جهة الشراء أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "لم يصح الإبراء" مع الحاء والألف بالواو، لما أشار إليه المزني رحمه الله.

وأيضاً ففي تعليق الإبراء مطلقاً خلاف مذكور في "الضمان"^(٢).

ولو أخذ السيد ما عجله المكاتب وأبرأه عن الباقي من غير شرط أو عجز العبد نفسه فأخذ السيد ما معه وأبرأه عن الباقي أو أعتقه جاز.

وذكر الشافعي رضي الله عنه مشيراً إلى حيلة تفيد حرية المكاتب بما عجله: أنه إن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز، وليرض السيد بأن يأخذ ما معه ويعتقه لكن في هذا مخاطرة على العبد، فإنه لا يؤمن أن لا يفي السيد بما وعد ويرقه ويأخذ ما في يده من الأكساب، فالطريق على ما حكى عن صاحب "الإفصاح" والأئمة: أن يقول: إذا عجزت نفسك وأديت إلي كذا فأنت حرٌّ فإذا وجدت الصفتان يعتق ويكون العتق عن^(٣) الكتابة.

قال في "التهذيب" لأنه لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه، وإنما ترتفع إذا فسحها بعد التعجيز، وإذا عتق عن الكتابة، كانت الأكساب^(٤) له ثم يتراجعان، فيرجع العبد على السيد بما أخذه، ويرجع السيد على العبد بقيمته، لأنه أعتقه على عوض التعجيز، والمال المذكور والتعجيز لا يصلح عوضاً فكأنه أعتق على عوض فاسد.

(١) انظر: الوسيط ٥٢٦/٧.

(٢) انظر: الوجيز ١٥٨/١.

(٣) في: أ "على".

(٤) في: ز "الأكساب كانت الكتابة".

وقال في "الشامل" لو لم يعلق هكذا ولكن قال: إن أعطيتني كذا فأنت حرٌّ فأعطاه عتق، ولكنه عوض فاسد، لأن المكاتب لا تصح المعاوضة عليه، فيعتق بالصفة، ويجب عليه تمام قيمته.

واعلم أن الإمام رحمه الله أظن في إيراد الإشكالات في هذا الفصل وفيما أوردناه^(١) ما يحصل به الانفصال عن أكثرها.

فرع: لو عجل المكاتب النجم على أن يعتقه ويرثه عن الباقي ففعل السيد ذلك، عتق المكاتب، ورجع السيد عليه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما أداه، لأنه أعتقه بعوض فاسدٍ حكاها القاضي عن النص^(٢).

(قال [الغزالي] الثالثة: لتعذر النجوم خمسة أسباب: الأول: إذا أفلس بجميعها، أو ببعضها^(٣) فله فسخ الكتابة، ويسلم له ما أخذ إلا ما كان من الصدقات، فيجب ردها على مالكها، وليس هذا الفسخ على الفور بل له التأخير، ولا يلزمه الإنظار، إلا بقدر ما يخرج المال من المخزن^(٤)).

فإن كان ماله غائباً فله الفسخ، وإن كان له عروضٌ لا يشتري إلا في زمان فله الفسخ على الأظهر).

[المسألة الثالثة: تعذر تحصيل النجوم عند محلها]

[قال الرافعي]: مقصود المسألة الكلام فيما إذا تعذر تحصيل النجوم عند محلها وله أسباب: منها:

السبب الأول
الإفلاس
بجميعها أو
ببعضها

الإفلاس^(٥) فإذا حلَّ نجم على المكاتب، وهو عاجزٌ عن أدائه أو أداء بعضه فللسيد

(١) "ما" ليست في: أ، ب.

(٢) مراده بالقاضي: هو القاضي الحسين.

والنص موجود في الأم، وعبارته: "وإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقاً، فأحدثه له فالمكاتب حرٌّ، ويرجع عليه سيده بالقيمة لأنه أعتقه ببيع فاسد كما قلت في أصل الكتابة الفاسدة" انظر: هامش العزيز ٥١٠/١٣.

(٣) في: ز في أ، "بجميعه وبيعته" وفي ب "بجميع النجوم أو بعضه" وفي ط "بجميعه أو بعضه".

(٤) في: ظ "الحرز".

(٥) انظر: الوسيط ٥٢٦/٧، والتهذيب ٤٨١/٨، والروضة ٢٥٤/١٢.

فسخ الكتابة، فإن شاء فسخ بنفسه، لأنه فسخٌ مجمعٌ عليه كفسخ النكاح بالعتق، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ.

وفي "تعليق الشيخ أبي حامد" رحمه الله: أنه إذا ثبت عجزه بإقراره أو بالبينة فللسيد فسخ الكتابة، ولا ينبغي أن يشترط إقراره بالعجز، ولا قيام البينة عليه، لأننا سنذكر أنه إذا امتنع عن الأداء، ثبت حق الفسخ للسيد، وإذا لم يؤد فهو ممتنعٌ إن لم يكن عاجزاً وإذا رفع الأمر إلى الحاكم فلا بد من ثبوت الكتابة وحلول النجم عنده ومهما فسخت الكتابة سلم للسيد ما أخذه، لأنه كسبٌ عبده، نعم ما أخذه من الصدقات فيسترد مؤديه.

وهذا قد سبق ذكره في "قسم الصدقات" (١).

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "فيجب ردها" لخلاف بيناه هناك، وليس هذا الفسخ على الفور، بل له تأخيرُهُ إلى أن يشاء، كالفسخ بالإعسار (٢).

وإذا استنظره المكاتب، فيستحب له أن ينظره، ثم لا يُلزمُ الإمهال، بل له الرجوع إلى الفسخ مهما بدا له، خلافاً لأبي حنيفة (٣).

وإذا طالبه بالمال، فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرج المال (٤) من الصندوق والدكان والمخزن، ويزن (٥)، وإن كان ماله غائباً، فقد أطلق الإمام، وصاحب الكتاب للسيد الفسخ، وليحمل على تفصيل، ذكره ابن الصباغ، وصاحب "التهذيب" وغيرهما.

(١) انظر: الوجيز ٢٩٤/١، والعزیز ٤٠١/٧ و ٤٠٢.

(٢) ورد بهامش العزیز ٥١١/١٣ "قال ابن أبي الدم (ت ٦٤٢هـ): هكذا قطع به الإمام ولا يبعد تخريج وجه فيه أنه على الفور من الخلاف في رجوع البائع إلى عين متاعه إذا أفلس المشتري، ويؤيده أن العراقيين ألحقوا إثبات الفسخ للسيد بفسخ البيع بالرد بالعيب وبالرجوع إلى عين السلعة في حق المفلس" أ. هـ.

(٣) الهداية ٢٦٧/٣.

(٤) في أ، ب "من المال"

(٥) "قال ابن أبي الدم: هكذا صرح الإمام وهو خلاف ما ذكره الأصحاب، فإنهم اتفقوا على أنه يمهل ثلاثة أيام" ذكره بهامش العزیز ٥١١/١٣.

وهو أنه إن^(١) كان على مسافة القصر، لم يلزمه التأخير إلى أن يحضره، وإن كان له دين على إنسان، فإن كان حالاً، ومن عليه مليء، وجب التأخير إلى استيفائه، كما لو كانت له وديعة عند غيره، فإن كان مؤجلاً، أو على معسرٍ، فلا يجب التأخير.

وإن كان الدين على السيد وهو من جنس النجوم ففيه الخلاف في التقاص، وإن كان من غير جنسه أداه ليصرفه المكاتب إلى جنس النجوم.

ولو^(٢) حل النجم وهو نقدٌ وللمكاتب عروض، فإن تأتي بيعها على الفور، فلا يفسخ السيد وتباع، وإن احتاج البيع إلى مدة لكساد وغيره ففضية ما أطلقه الصيدلاني: أنه لا يفسخ أيضاً.

ورأى الإمام جواز الفسخ، ونزله منزلة غيبة المال، وهذا أظهر، وضبط في "التهذيب"^(٣) مدة التأخير للبيع بثلاثة أيام وقال: لا يلزم أكثر من ذلك والله أعلم.

قال [الغزالي]: الثاني إذا غاب بغير إذن السيد فله الفسخ من غير حاجة إلى الرفع إلى القاضي، وإن كان ياذنه بعد الحبل، فليس له الفسخ حتى يخبره أنه ندم على الإنطار، فإن قصر في الإياب فله الفسخ).

[قال الرافعي] السبب إذا حل النجم والمكاتب غائب، أو غاب بعد الحلول بغير إذن السيد، فللسيد فسخ الكتابة إن شاء بنفسه وإن شاء بالحاكم، لأن المكاتب كان ينبغي أن يحضر أو يبعث المال إليه عند الحبل، ولا يجب على السيد تأخير الفسخ بكون الطريق مخوفاً أو المكاتب مريضاً.

السبب الثاني
إذا حل النجم
والمكاتب
غائب

وفيه وجهٌ وينسب إلى أبي إسحق: أنه لا يفسخ بنفسه عند العقد، بل لا بد من الرفع إلى القاضي، فإنه نائب الغيب، وقد سبق ذكر هذين الوجهين فيما إذا أسر المكاتب.

والظاهر^(٤) الأول: وإلي الوجه المذكور أشار بقوله في الكتاب "من غير حاجة إلى

(١) في: ز، ظ "إذا".

(٢) في: ز "فلو".

(٣) انظر: التهذيب ٤٨١/٨، وانظر: الوسيط ٥٣٦/٧، والروضة ٢٥٤/١٢.

(٤) انظر: الوسيط ٥٢٦/٧، والروضة ٢٥٤/١٢.

الرفع"^(١) فإن فسخ بنفسه فليشهد عليه لئلا يكذبه المكاتب.

وإن رفع الأمر إلى الحاكم، فلا بد وأن يثبت عنده حلول النجم ويعذر التحصيل، ويحلفه الحاكم مع ذلك، لأنه قضاء على الغائب.

قال الصيدلاني: يحلفه أنه ما قبض النجوم منه، ولا من وكيله ولا أبرأه، ولا أحوال به، ولا يعلم له مالا حاضراً.

وذكر الحوالة يتفرع على جواز الحوالة بالنجوم.

ولو كان مال المكاتب الغائب حاضراً لم يرد الحاكم النجوم منه، ويمكن السيد من الفسخ، لأنه ربما عجز نفسه، لو^(٢) كان حاضراً ولم يؤد المال.

ولو انظر المكاتب بعد حلول النجم، وأذن له في السفر ثم بدأ له في الإنظار لم يكن له الفسخ في الحال، لأن المكاتب غير مقصر ههنا، وربما اكتسب في السفر ما يفني بالواجب^(٣) ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم ويقيم البينة على الحلول والغيبة ويحلف مع ذلك، ويذكر أنه رجع عن الإنظار فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب ليعرفه الحال، فإن أظهر العجز، كتب به إلى حاكم بلد السيد ليفسخ إن شاء، وإن قال: أودي^(٤) الواجب فإن كان للسيد وكيل هناك أمره^(٥) بالتسليم، فإن أبي ثبت حق الفسخ للسيد، وللوكيل الفسخ أيضاً إن كان وكيلاً به.

وحكى القاضي ابن كج رحمه الله قولاً آخر: أنه لا يثبت حق الفسخ بالامتناع من التسليم إلى الوكيل لاحتمال العزل، وإن لم يكن هناك وكيل أمره الحاكم بإصاله^(٦) إليه، إما بنفسه أو بغيره، ويلزمه ذلك في أول رفقة تخرج، وفي الحال إن كان لا يحتاج إلى

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٨٩.

(٢) في: أ "ولو".

(٣) في: ز "يقدر الواجب".

(٤) في: ز "لا أودي".

(٥) في: أ، ب، ط "أمر".

(٦) في: أ "ما تصاله".

رفقة في ذلك الطريق، وعلى السيد الصبر إلى أن تمضي مدة إمكان الوصول، فإن مضت المدة، ولم يوصله مقصراً فللسيد الفسخ.

ويخرج مما ذكرنا أنه لا يعتبر مضى إمكان السير إلى السيد إن كان له وكيل هناك، وأنه يعتبر مضياً إن لم يكن وكيل، وكذلك نقله الربيع.

وعن رواية المزني: أنه لا يفسخ حتى تمضي مدة إمكان المسير سواء كان هناك وكيل أو لم يكن، وعد ذلك سهواً منه.

وقوله في الكتاب "فليس له الفسخ حتى يخبره أنه ندم على الإنظار" ليس في ظاهره تعرض للرفع إلى الحاكم، ولكتاب الحاكم، لكن^(١) الذي ذكره الشافعي رضي الله عنه، والأصحاب رحمهم الله: أنه لا بد منه فليحمل^(٢) عليه.

نعم القاضي ابن كج: لو لم يكن في بلد السيد حاكم فكتب السيد إلى العبد، وأعلم^(٣) الحال، وأمره بالتسليم إلى رجل عينه فامتنع فعندي: أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع له العلم به.

وذكر أبو الحسين فيه وجهين.

وحكى وجهين فيما لو سلم^(٤) المكاتب إلى وكيل السيد وبان أن السيد عزله هل يبرأ المكاتب؟ قال: وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم إن فلاناً وكيله ولم يأمره بالتسليم إليه، فإن أمره بالتسليم إليه فيبرأ بلا خلاف.

[قال الغزالي]: الثالث: أن يمتنع مع القدرة^(٥) فله الفسخ إذ الكتابة جائزة من جانب العبد، وله أن يعجز نفسه، وأن يفسخ مهما شاء.

[قال الرافعي]: إذا امتنع العبد من أداء النجوم مع القدرة لم يجبر عليه، لأن

السبب الثالث
الامتناع من
أداء النجوم
مع القدرة

(١) في أ، ب "ولكنه".

(٢) في: ب "بل لا بد" في أ، "فلا بد من الحمل" وفي ب "بلى لا..".

(٣) في: ز "وأعلمه".

(٤) في: ز، ظ "أسلم".

(٥) "مع" ليست في: أ.

الكتابة^(١) جائزة من جهة^(٢) العبد، فله تعجيز نفسه إذا شاء.

قال الأصحاب: وإنما كانت الكتابة جائزة من جانب العبد بخلاف جانب السيد^(٣)، لأن الحظ في الكتابة للعبد فلا يتمكن السيد من إسقاط ما أثبتته من الحظ والحق، وصاحب الحظ بالخيار في حقه.

وهذا كما أن الرهن جائز من جهة^(٤) المرتهن، لازم من جهة الراهن، وأيضاً فالكتابة تتضمن تعليق العتق بصفة في العبد، والتعليق يلزم من جهة المعلق، والعبد لا يلزمه الإتيان بالصفة المعلق عليها.

وإذا أعجز نفسه فالسيد بالخيار، بين أن يفسخ، أو يصبر، فإذا اختار الفسخ، فله الفسخ بنفسه، ولا يحتاج إلى الرفع إلى القاضي وهل للمكاتب الفسخ؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، إذ لا ضرر عليه في بقاء الكتابة.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: نعم. كما أن للمرتهن أن يفسخ الرهن أيضاً.

قال الإمام: تجوز الامتناع عن أداء النجوم مع أنه لا يملك الفسخ بعيد.

وقال أبو حنيفة^(٥) ومالك^(٦) رحمهما الله: إذا كان في يده وفاء بالنجوم، لم يجز له تعجيز نفسه، بل يجبر على الأداء.

(قال [الغزالي]: الرابع إذا جن العبد، وقلنا لا يفسخ فله الفسخ، إلا أن يكون له مال فللقاضي أن يؤدي عنه ليعتق إن رأى المصلحة له في الحرية، وللسيد أيضاً أن يستقل بأخذ النجوم إذ تمكينه من هذا أولى من منعه، حتى يفسخ، ويأخذ المال مجاناً).

(١) في: ز "المكاتب".

(٢) في: ز "قبل".

(٣) من قوله: "لأن الكتابة جائزة ٠٠٠ السيد" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ز "قبل".

(٥) انظر: الهداية ٢٥٥/٣.

(٦) انظر: مختصر خليل ٢٩٧.

[قال الرافعي]: قد مر أن الكتابة لا تنسخ بجنون العبد، فإن حاول السيد الفسخ، السبب الرابع
فلا بد وأن يأتي الحاكم فيثبت عنده الكتابة وحلول النجم وييدي المطالبة به، ويحلفه إذا جن العبد
الحاكم على بقاء الاستحقاق ثم يبيح، فإن وجد للمكاتب مالا أداه عن الواجب عليه قبل أن يؤدي
ليعتق، ويخالف ما إذا كان المكاتب غائباً وله مال حاضرٌ حيث قلنا: لا يؤديه عنه، وفرق
بينهما بأن الغائب من أهل النظر لنفسه.

ولو كان حاضراً فرما امتنع وعجز نفسه، وربما فسخ الكتابة في غيبته.

والجنون ليس من أهل النظر فينوب عنه الحاكم.

ثم عامة الأصحاب أطلقوا القول بأن الحاكم يؤدي عنه.

وذكر صاحب الكتاب رحمه الله ههنا وفي "الوسيط"^(١) أنه يؤديه إن رأى
المصلحة^(٢) في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق فلا يؤديه، وهذا جيد لكنه قليل النفع،
مع قولنا: إن السيد إذا وجد له مالا يستقل بأخذه إلا أن يقال^(٣) إن الحاكم يمنعه من
الأخذ، والحالة هذه.

وإن لم يجد الحاكم له مالا فيمكن السيد من الفسخ، فإذا افسخ عاد المكاتب قناً
له^(٤)، وعليه نفقته.

ثم إذا ظهر له مال أو أفاق فأتى بمال كان قد حصله قبل الفسخ دفع إلى السيد
وحكم بعنقه، ونقض التعجيز هكذا أطلقوه.

وأحسن الإمام رحمه الله فقال: إن ظهر المال في يد السيد رد التعجيز وإلا فهو
ماضٍ^(٥)، لأنه فسخ حين تعذر عليه الوصول إلى حقه، فأشبه ما لو كان ماله غائباً فحضر
بعد الفسخ.

(١) انظر: الوسيط ٥٢٧/٧.

(٢) في: أ، "مصلحته".

(٣) من "إن السيد ٠٠٠ إلا أن يقال" ليست في: ب، ظ.

(٤) "له" ليست في: ز.

(٥) في: ب "ناقد".

وإذا حكمنا ببطلان التعجيز وكان السيد جاهلاً بحال المال فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه، لأنه لا يتبرع^(١) به، وإنما أنفق على أنه عبده.

ولو أقام المكاتب بعدما أفاق بينةً على أنه كان قد أدى النجوم، حكم بعثقه ولا رجوع للسيد عليه^(٢)، لأنه لبس وانفق على علم بحريته فيجعل متبرعاً فلو قال: نسيت الأداء، فهل يقبل ليرجع؟ فيه وجهان:

وإن وجد السيد للمكاتب^(٣) في جنونه مالاً فقد تقدم أن له أن يستقل بأخذه وحكيماً عن الإمام تفصيلاً فيه.

وقوله في الكتاب "إذ تمكنه من هذا أولى من منعه حتى يفسخ، ويأخذ المال مجاناً ليس المقصود منه ما لو منعناه من الاستقلال بالأخذ فيفسخ ويأخذ المال من جهة أنه كسب عبده فإنه لا يفسخ إذا كان هناك مال، ولكن يراجع الحاكم ليسلمه إليه، ولكنه أراد أنه لو لم يرض المكاتب إذا أفاق بالعتق والأداء، فإن السيد يفسخ، ويأخذ المال من جهة أنه كسب عبده ثم الإعتاق بيده لا مدفع له وإذا كان كذلك فتمكنه من الأخذ، وعتقه من جهة الكتابة أولى فقد يفضل شيء من إكسابه ويسلم له.

وعبارة "الوسيط"^(٤) تفهم ذلك.

السبب الخامس إذا مات المكاتب قبل أن يؤدي النجوم

(قال [الغزالي]: الخامس: الموت وتنفسخ^(٥) الكتابة بموت العبد، وإن خلف وفاء لتعذر العتق).

[قال الرافي]: إذا مات المكاتب قبل أن يؤدي تمام النجوم، انفسخت الكتابة، ومات رقيقاً حتى لا يورث، وتكون أكسابه للسيد، وتجهيزه عليه، لأن مورد العقد الرقبة والمقصود مرتقب فيها فإذا فاتت كان فواتها كتلف المبيع قبل القبض، ولا فرق بين أن

(١) في: ز "لم يتبرع".

(٢) من "لا يتبرع به ٠٠٠ ولا رجوع للسيد عليه" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: أ "المكاتب".

(٤) انظر: الوسيط ٥٢٧/٧.

(٥) في: أ "ويفسخ".

يخلف، وفاءً بالنجوم أو لا يخلف، ولا بين أن يكون الباقي من النجوم قليلاً أو كثيراً وسواء حطَّ شيئاً أو لم يحط.

وإن كان الإيتاء واجباً، قال في "الشامل" لأن الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط به شيء معلوم.

وعن نصه في "الأم" رضي الله عنه: أنه لو أحضر المكاتب المال ليدفعه إلى السيد، أو دفع المال إلى رسوله، ليوصله إليه، فمات قبل أن يقبضه السيد، مات رقيقاً أيضاً.

وأنه لو وكل المكاتب بدفع النجم الأخير إلى السيد، ومات المكاتب، فقال أولاده الأحرار: إن الوكيل دفعه قبل موته، وإنه^(١) مات حراً وكذبهم السيد، فهو المصدق، فإن أقاموا بينة على الدفع يوم الاثنين، وكان قد مات يوم الاثنين^(٢) لم ينفعهم إلا أن يقول الشهود: إنه دفع قبل موته، أو يقولوا^(٣) لو دفع قبل طلوع الشمس، ويكون السيد مقراً بأنه مات بعد الطلوع.

وأنه لو شهد وكيل المكاتب بقبض السيد^(٤) قبل موت المكاتب، لم تقبل شهادته. ولو شهد وكيل السيد بقبضه تقبل شهادته، ووجه ذلك بأن وكيل المكاتب يشهد لموكله فهو متهم، ووكيل السيد يشهد على موكله، فهو غير متهم.

وليعلم قوله في الكتاب "وإن حلف وفاء" بالحاء والميم، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا مات وخلف وفاء، مات حراً، وإن لم يخلف وفاء، له ولد يستسعي الولد حتى يؤدي النجوم^(٥).

وإن لم يكن له ولد أيضاً، مات رقيقاً.

وعن مالك^(٦): إن خلف وفاءً مات حراً، وإلا فإن لم يخلف ولداً أو خلف ولداً

(١) في: ب "وإن".

(٢) في: ز "يوم الخميس".

(٣) في: أ "ويقولوا".

(٤) في: ز "النجوم".

(٥) انظر: الهداية ٢٦٦/٣.

(٦) انظر: مختصر تحليل ص ٢٩٧.

حرراً أو مملوكاً ولد قبل عقد الكتابة انفسخت الكتابة، وإن خُلف ولداً مملوكاً وُلد بعد عقد الكتابة كُلف أن يؤدي المال الذي كان على أبيه فيعتق ويتبعه الولد في الحرية.

ويحكى عن مذهبهما غير^(١) هذا التفصيل.

[فصل: وفيه فروع تتعلق بالفسخ والإنفاخ]

فروع تتعلق بالفسخ والإنفاخ: يحصل الفسخ بقول السيد: فسخت الكتابة ونقضتها، ورفعها وأبطلتها، وعجزت العبد. ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة، ثم أحضر المكاتب المال لم يكن للسيد الامتناع من قبضه.

وعن نصه في "الأم" رضي الله عنه: أنه لو قال بعد التعجيز: قد قررتك على الكتابة، لم يكن عليها حتى يجدد له كتابته. وقد مر في "القراض"^(٢) ما يقتضي إثبات خلاف فيه.

ولو تطوع رجل بأداء مال الكتابة، فهل يجبر السيد على القبول أو يمكن من الفسخ؟ حكى القاضي ابن كج رحمه الله: فيه وجهين:

والذي أورده الإمام رحمه الله: منهما أنه لا يجبر، ولو قبل ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بغير إذنه وجهان عن رواية صاحب "التقريب" القياس القبول.

وإذا مات المكاتب رقيقاً أو فسخ السيد الكتابة لعجزه، رُقَّ كلُّ من ي كاتب عليه من والد، وولد، وصاروا جميعاً للسيد، وما في يده من المال للسيد، على ما مر إن لم يكن عليه دين، وإن كان فسيأتي.

(قال [الغزالي]: فرع لو كان استسخر المكاتب شهراً، وغرم الأجرة فيلزمه إنظار شهر بعد الخل فعساه يكتسب مالاً، وقيل: له تعجيزه من غير إنظار. [قال الرافعي] إذا قهر السيد المكاتب، واستسخره في بعض أعماله مدة فعليه أجرة مثله ثم إذا جاء الخل فعليه إمهاله مثل تلك المدة أو له التعجيز والفسخ؟ فيه قولان:

(١) في: ظ "عند".

(٢) في: ب، ظ "الفرائض".

أحدهما: ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه: أن على السيد أن يمهله مثل تلك المدة، لأن حق السيد أن يمكنه من الاكتساب، فإذا لم يفعل لم يكن له أن يعتد عليه بتلك المدة وقد [يتفق له فتوح]^(١) في مدة القهر والحبس، وإن قصرت.

وأصحهما: أنه لا يلزمه الإمهال^(٢) كما إذا حبس مستحق الدين المؤجل^(٣) مدة الأجل لا يلزمه القضاء بعد الخل وما فوت عليه من المنافع صار، مجبوراً بالأجرة.

ولو حبسه غير السيد فقد حكى الإمام عن العراقيين إجراء الخلاف فيه.

وفيه طريقان ذكرناهما فيما إذا أيسر الكفار المكاتب مدة ثم استنقذ.

وقوله في الكتاب "وقيل له تعجيزه من غير إنطار" لفظة "قيل" في وجوه الأصحاب أكثر استعمالاً والمسألة مشهورة بالقولين على ما بينا فليحمل اللفظ عليه).

[قال الغزالي] الرابعة في ازدحام الديون، وله صور الأولى إذا لم يكن عليه دين إلا للسيد، وكان له^(٤) دين معاملة مع النجوم، فله أن يأخذ ما في يده بالدين، ويعجزه إذا لم يملك إلا ما يفي بأحدهما، وإن أراد تعجيزه قبل إخلاء يده عن المال يأخذه بالدين ففيه، وجهان)

[المسألة الرابعة: ازدحام الديون على المكاتب]

[قال الرافعي]: مقصود المسألة القول فيما إذا انضمت إلى النجوم ديون على الصورة الأولى

المكاتب، إما للسيد وحده أو لغيره، أو لهما وأنها كيف تؤدي في حال بقاء الكتابة وبعد الديون للسيد ارتفاعها؟ ومقصود الصورة الأولى فيما إذا كانت الديون للسيد وحده، وكانت الكتابة باقية فإذا كان للسيد مع النجوم دين معاملة على المكاتب أو أرش جنابة عليه أو على

(١) [يتفق له فتوح] هكذا في جميع النسخ.

(٢) انظر: الروضة ٢٥٩/١٢ حيث قال: فالمذهب أنه لا إمهال، وأجراه العراقيون على القولين".

(٣) في: ز "المؤجل المدينون".

(٤) في: ب "له عليه".

ماله، فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر وتأخير^(١) النجوم، فذاك وإن تراضياً على تقديم^(٢) النجوم عتق، ثم الظاهر^(٣) أن الدين الآخر لا يسقط، فللسيد مطالبته به.

ولو كان ما في يده وافيًا بالنجوم ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضا السيد فالحكم ما بينا، وللسيد أن يمنعه من تقديم النجوم، لأنه لا يجد مرجعاً للدين الآخر، إذا تقدمت النجوم وعتق فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر ثم يعجزه.

وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه قادر على أداء النجوم فما لم يخل يده عنها لا يحصل العجز، وينسب هذا إلى اختيار الصيدلاني.

وأوجهها: عند الإمام وغيره رحمهم الله: نعم، لأنه يتمكن من مطالبته بالدينين معاً، وأخذ ما في يده عنهما وحينئذ فيعجز عن قسط من النجوم.

ولو دفع المكاتب ما في يده إلى السيد، ولم يتعرضا للجهة ثم قال المكاتب قصدت النجوم، وأنكر السيد، فعن القفال رحمه الله: أن المصدق المكاتب كما لو كان على الرجل دينان، وكان قدرهن بأحدهما فأدى فقال: أردت ذلك الدين.

وقال الصيدلاني: ينبغي أن يصدق السيد، لأن الاختيار ههنا إلى السيد بخلاف سائر الديون.

ولو قال المكاتب قصدت النجوم، وسلم له السيد قصده، ولكن قال قصدت الدين الآخر فعلى ما ذكره القفال رحمه الله: يحكم بقول المكاتب وعلى ما ذكره الصيدلاني: بقول السيد. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الصورة الثانية: أن يكون للأجانب عليه دين معاملة وأرش

جناية فقولان.

(١) في: ز "وتقديم".

(٢) في: ز "وتأخير".

(٣) في: أ "ظاهر".

النص: أنه يوزع ما في يده عليهم إذا ضاق عن جميعهم.

والثاني: أنه يقدم دين المعاملة، لأن الأرش له متعلق بالرقبة ثم الأرش يقدم على النجوم كما يقدم على حق المالك هذا إن كان قد حجر عليه بالتماس الغرماء فأما قبل الحجر، فله أن يقدم من أراد منهم.

الصورة الثالثة: أن يعجز نفسه وعليه أرش ودين معاملة، فقد سقطت^(١) النجوم وما في يده يوزع على الدينين بالسوية.

وقيل: يقدم دين المعاملة ليرجع الأرش إلى الرقبة.

وقيل: يؤخر دين المعاملة، لأن صاحبه رضي^(٢) بدمته ثم لمستحق^(٣) الأرش تعجيز^(٤) المكاتب حتى يبيع^(٥) رقبته، فلو أراد السيد فداءه لتبقى الكتابة، فالصحيح^(٦) أنه لا يجب قبوله، وأما صاحب الدين، فليس له التعجيز إذ لا يتعلق حقه بالرقبة.

ولو كان للسيد دين معاملة فلا يضارب الغرماء بالنجم ويضارب بدين المعاملة).

[قال الرافعي]: إذا اجتمع على المكاتب النجوم وديون المعاملات كالأثمان إذا اجتمع على المقروض وأروش الجنايات إما للسيد أو لغيره أو لهما فهو كالحجر في الحجر عليه، وقسمة المكاتب النجوم وديون المعاملات ماله بين أرباب الديون.

وهل تحل بالحجر عليه الديون المؤجلة؟ فيه طريقان.

أظهرهما: أن فيه قولين كما ذكرنا في الحر إذا أفلس.

(١) في: أ، ب، ظ "سقط".

(٢) "رضي" ليست في ز.

(٣) في: ب، ظ "المستحق".

(٤) في: ز، أ، ب، ط "تعجز".

(٥) في: أ "يتبع".

(٦) في: ب "والصحيح".

والثاني: القطع بالحلول، لأن ههنا يجتمع الحجر والرق، وللرق أثر ظاهرٌ في إبطال الأجل ألا ترى أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا استرق الحربي وعليه دين مؤجل يحل الأجل، فإن حلت فيقسم المال على الجميع، وإلا فعلى الديون الحالة.

إذا عُرِفَ ذلك: فإن كان ما في يد المكاتب وافيًا بما عليه من الديون، وفيت جميعاً، وإلا فإن لم يُحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء أو غيره، فله تقديم ما شاء من النجوم، وغيرها كالحجر المعسر يقدم ما شاء من الديون.

وله تعجيل النجوم قبل المحل ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة لغير السيد، بغير إذنه، وفي جوازه بالإذن الخلاف في تبرعات المكاتب بإذن السيد، وفي معناه ما إذا عجل سائر الديون للسيد.

ومنهم من أجرى الخلاف في تعجيل النجوم، وكذلك أورده القاضي الروياني رحمه الله وقال: وهو بمنزلة الهبة بإذنه، وفيه قولان، إلا أنه لا يؤدي مال الكتابة من العبد الجناني، لأن الأرش متعلق برقبته، وهو مرتهن به.

وإذا قدم النجوم عتق ويبقى دين الأجنبي عليه. قال في "الشامل" ولا يجيء فيه الخلاف في إعتاق العبد الجناني، لأن العتق يحصل بالصفة السابقة على الجناية، فهو كما لو عتق عتق عبده بصفة ثم جنى فإن الجناية لا تمنع حصول العتق. بمقتضى التعليق السابق بلا خلاف، والأولى أن يقدم دين المعاملة، فإن فضل شيء جعله في الأروش، فإن فضل شيء جعله في النجوم، سيظهر وجه هذا الترتيب.

وإن حجر الحاكم عليه تولى قسمة ما في يده، وفي كيفية القسمة وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه في "المختصر"^(١)، أنه يقسمه على أقدار الديون، ولا يقدم بعضها على بعض، لأن جميع الديون متعلقة بما في يده ألا ترى أن ما انفرد منها يتعلق به.

(١) انظر: المختصر ص ٣٣٠. وانظر: الوسيط ٥٢٨/٧، والروضة ٢٥٦/١٢.

وهذا ما أورده في "التهذيب" ويحكى عن أبي إسحق واختيار صاحب "التقريب".

وأصحهما: وبه قال ابن أبي هريرة والقفال: وهو الذي أورده القاضي ابن كج أنه يقدم دين المعاملة، لأنه يتعلق بما في يده لا غير، ولأرش الجناية مُتعلق آخر وهو الرقبة. وكذلك حق السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقية، ويسوى بين الأثمان، والقروض ثم يقدم أرش الجناية على النجوم، لأن الأرش مستقر، والنجوم عرضة للسقوط، إذا شاء المكاتب، ولأن حق المحني عليه يقدم على حق المالك في القن. فكذلك في المكاتب.

وعن القاضي أبي الطيب: أنه لا يختلف الأصحاب في أن ذلك مذهب الشافعي رضي الله عنه، وحملوا ما في "المختصر" على ما إذا رضوا جميعاً بالتسوية.

وقوله في الكتاب "إذا ضاق عن جميعهم" يشير إلى أن موضع الخلاف ما إذا لم يف ما في يده بالديون جميعاً، فإن وفي فيؤدي الكل.

وقوله: "هذا إذا كان قد حجر عليه بالتماس الغرماء" يعني المستحقين للديون سوى السيد، فإنه صور فيما إذا كانت الديون للأجانب.

وقد ذكر في "الشامل" أنه لا يحجر عليه بالتماس السيد للنجوم، لأنها غير مستقرة، والعبد متمكن من إسقاطها.

ثم في الفصل صور:

إحداها: إذا عجز المكاتب نفسه سقطت النجوم، وفي دين المعاملة للسيد وجهان. الصورة الأولى إذا عجز المكاتب نفسه عن الديون والنجوم الذي ذكره الإمام: منهما أنه يسقط أيضاً ويصرف ما في يده إلى ديون الأجانب من المعاملات والأروش، فإن لم يف بالنوعين فيه ثلاثة أوجه.

إرجحها: عند الشيخ أبي محمد وصاحب الكتاب وغيرهما: أنه يسوى بينهما.

والثاني: تقديم^(١) دين المعاملان، لأن للأرش متعلقاً آخر، وهو الرقبة، وقضية ما قدمنا ترجيح هذا الوجه وقد وفي الإمام بهذه القضية.

(١) في: أ، ظ "يقدم".

والثالث: عن صاحب "التقريب" تقديم دين الأروش، لأنه يثبت من غير رضا أربابها، وفي ديون المعاملة قد رضي أربابها بذمته.

قال الإمام: وهذا المعنى يقتضي طرد الوجه الثالث قبل التعجيز وما يبقى من دين المعاملة يتبع به العتق وما يبقى من الأرش يتعلق بالرقبة^(١) فيباع فيه.

ولو مات المكاتب قبل أن يقسم/ما في يده انفسخت الكتابة، وسقطت النجوم. ٦٨٥/ز

وذكر جماعة منهم صاحب "الشامل" ويحكى عن ابن سريج رحمهم الله: أن أروش الجنائيات تسقط أيضاً، لأنها تتعلق بالرقبة، وقد تلفت، وتعلق بما في يده أيضاً بحكم الكتابة، فإذا انفسخت الكتابة بطل ذلك التعليق أيضاً فعلى هذا يتعين صرف ما خلفه إلى ديون المعاملات وأبقى مبقون الأروش وتعلقها بالمال.

وعلى ذلك جرى الصيدلاني، والإمام وصاحب "التهذيب" وعلى هذا، فإن سويناً في صورة التعجيز فهنا أولى.

وعلى الوجه المنقول عن صاحب "التقريب" تقديم الأرش.

وإن قلنا: هناك يقدم دين المعاملة فهنا وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك استصحاباً لما كان في حال الحياة.

وأظهرهما: التسوية، لأن الدينين متعلقان بما خلفه، وتأخير الأرش في الحياة كان

لتوقع توفيره من الرقبة، وقد بطل ذلك التوقع.

الثانية: إذا لم يكن في يد المكاتب مال أو قسم الموجود، إما على الديون جميعاً بالصورة الثانية إذا لم يكن في يد المكاتب مال ونحو ذلك بالسوية أو على التقديم، والترتيب وبقية النجوم، أو بعضها فللسيد تعجيزه ورده إلى الرق، وإن بقيت الأروش أو بعضها فلمستحق الأرش الباقي تعجيزه أيضاً لتباع رقبته في حقه، ولا يعجزه بنفسه، لأنه لم يعقد حتى يفسخ، ولكن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يعجزه.

صرح الأصحاب بهذا.

(١) في: أ "به الرقبة".

وقال الإمام: ظاهر كلامهم أنه يعجزه بنفسه، والوجه الرفع إلى القاضي فلو أراد السيد أن يفديه، وتبقى الكتابة، فهل يمتنع على مستحق الأرش التعجيز؟ وهل يجب عليه قبول الفداء؟

قال الإمام: فيه احتمال متلقى من قول الأصحاب: يجوز أن يقال: لا، لأن السيد إنما يفدي إذا تعلق الأرش^(١) بالرقبة، وهذا لا يتحقق ما دامت الكتابة باقية، وليست الكتابة كالاستيلاء حتى يجعل السيد مانعاً بها^(٢) كما يجعل مانعاً بالاستيلاء.

ويجوز أن يقال: نعم، لأنه رقيق السيد، وله غرض في إتمام العتاقة، وفي استيفائه لنفسه إن لم يتم فيمكن من الفداء.

والأول: أصح عند الإمام وتابعه صاحب الكتاب.

والثاني: هو الذي يوجد لسائر الأئمة.

وأما صاحب دين المعاملة فليس له التعجيز، لأن حقه لا يتعلق بالرقبة على ما سنذكر^(٣) إن شاء الله تعالى.

ولو أمهله السيد ومستحقوا الأروش ثم بدا لبعضهم، فأراد التعجيز فله ذلك خلافاً لأبي حنيفة^(٤) ومالك^(٥) رحمهما الله.

وإذا تحقق التعجيز سقطت النجوم ويباع في أروش الجناية، إلا أن يفديه السيد، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة ولا يباع فيه خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله حيث قال: بتعلقه^(٦) بالرقبة كما قال تتعلق ديون المعاملة برقية العبد المأذون.

وعن رواية صاحب "التقريب" وجه مثله.

(١) "إذا تعلق الأرش بالرقبة" ليست في: أ.

(٢) في: ب "ها".

(٣) في: ز "سنذكره".

(٤) انظر: الهداية ٢٦٦/٣.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧.

(٦) في: ب "متعلقه".

فيجوز^(١) أن يعلم لذلك قوله في الكتاب "إذا لا يتعلق حقه بالرقبة" بالحاء والواو.
وقضية الوجه المذكور أن يمكن صاحب دين المعاملة من التعجيز، وأن يسوي بين
دين المعاملة، والأرش في الحياة.

الثالثة: عرفت أن الأظهر أن ديون الأجنب مقدمة على النجوم، فلا يضارب
السيد معهم بالنجوم^(٢) إذا لم يف ما في يد المكاتب بالجميع^(٣)، وهل يضارب بماله من السيد بماله من
ديون المعاملة؟ فيه وجهان:

أشبههما: وهو المذكور في الكتاب: نعم، لأنه إذا سقط لم يكن له بدل كديون
الغرماء بخلاف النجم، فإنه إذا سقط عاد السيد إلى الرقبة.

والثاني: لا، لأن ديون السيد ضعيفة، فإنها عرضة السقوط^(٤) بالتعجيز.

هكذا وجه الإمام وذكر في غير هذا الموضع أن ما كان للسيد من دين معاملة
يسقط بالتعجيز نقل صاحب "التهذيب" فيه: وجهين.

فإن^(٥) لم يسقط فيحاض السيد^(٦) الغرماء فيما كان في يده، وأما ما للسيد من
أرش جناية على المكاتب ففي كتاب القاضي ابن كج أن السيد والأجنبي يستويان فيه،
في دوام الكتابة.

وأما بعد التعجيز فيباع في أرش الجناية على الأجنبي ويسقط ما كان للسيد، لأنه
صار ملكاً له ولا يثبت للسيد على عبده أرش جناية، ويجوز أن يفرض فيه خلاف.

وقوله في الكتاب "فلا يضارب الغرماء بالنجم" يجوز أن يعلم الواو لما تقدم أن
على قول أو وجه يوزع ما في يده على النجوم وغيرها.

-
- (١) في: ز "فيمكن".
(٢) في: ز "في النجوم".
(٣) "بالجميع" ليست في: ز.
(٤) في: ز "للسقوط".
(٥) في: ب "فإذا".
(٦) في: ز "الغرماء السيد".

(قال [الغزالي]) الخامسة: إذا كاتباً عبداً فليس لأحدهما أن ينفرد بقبض نصيب نفسه، لأن كل ما في يد العبد كالمشترك بينهما ولو سلم إلى أحدهما جميع النجوم لم يعتق منه شيء وقيل يعتق نصيب القابض، ولو رضي أحدهما بتقديم^(١) الآخر بنصيبه فقبض فهل^(٢) يعتق نصيبه؟ فيه وجهان).

[المسألة الخامسة: عبد بين اثنين بالسوية وكاتباه معاً]

[قال الرافي:] وإذا كان بين اثنين عبد بالسوية، فكاتباه معاً لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في قدر المدفوع، ولا أن يقدم أحدهما على الآخر، لأن أكسابه مشتركة بينهما، فإن دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر لم يعتق منه شيء، لأن نصف المأخوذ لشريكه، ويجيء فيه وجه ضعيف، قد سبق. وإن دفع إليه تمام النجوم فكذلك.

وحكى الإمام وجهاً أنه يعتق نصيب القابض لأنه لا يلزمه رفع اليد إلا عن نصف المقبوض فليستقر ملكه في نصف المقبوض ولا خلاف أن للشريك الآخر أخذ حصته مما قبض، ولا في أنه إذا قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر عتق العبد.

وإن دفع إلى أحدهما حصته من مال الكتابة بإذن الآخر ورضاه بتقديمه، ففي القبض قولان، وقال صاحب الكتاب: وجهان.

أصحهما: على ما قاله الروياني في "الحلية": وهو اختيار المزني أنه لا يصح، لأن حقه في ذمة المكاتب، وما في يده ملكه، فلا أثر للإذن فيه، ولأنه لو جاء بالمال ليعطيها فرضي أحدهما بأن يزن للآخر أولاً ففعل وأقبضه لم يعتق حتى يزن للآخر.

ولو هلك الباقي قبل أن يدفعه إلى الثاني كان المدفوع إلى الأول بينهما، فكذلك

ههنا.

والثاني: يصح، لأن الحق لا يعدوهم وقد اتفقوا عليه.

(١) في: ز "بتقدم".

(٢) في: ز، ظ "هل".

ويروى عن أبي حنيفة^(١) رحمه الله مثل القولين.

وفي طريقة الصيدلاني: أن من الأصحاب من بنى القولين على أنه هل يجوز أن يكتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر؟ إن جوزناه صح القبض وإلا فلا. وذكر غيره أنهما مبنيان على أن المكاتب هل تنقذ تبرعاته بإذن السيد، لأن هذا التقديم تبرع؟.

وتعرض الشيخ أبو محمد رحمه الله في "السلسلة"^(٢) للباين جميعاً، فإن قلنا لا يصح القبض لم يعتق نصيب القابض، وللآذن طلب حصته من المقبوض. ثم إن أدى العبد الباقي عتق عليهما، وإلا فلهما التعجيز.

فإن قلنا: يصح القبض استند القابض بما قبضه، وعتق نصيبه، ثم إن كان معسراً لم يعتق نصيب الآخر عليه، ولكن إن كان في يد المكاتب ما يفي بنصيب الآخر وأداه عتق نصيبه أيضاً، وإلا فلا آخر تعجيزه.

وإن كان الذي قبض حصته موسراً قوم عليه نصيب الشريك، ومتى يقوم في الحال أو عند العجز عن نصيب الشريك؟ فيه القولان المذكوران من قبل فيما إذا عتق أحدهما نصيبه.

فإن قلنا: بالتقويم في الحال فجميع ما في يد العبد يكون للشريك الآذن لحصوله في حال يفارقه واستيفاء الأول نصيبه، وإن قلنا: بالتقويم عند العجز فيما اكتسبه إلى أن يعتق نصفه يكون للشريك الآذن، وما اكتسبه بعد ذلك بين المكاتب والشريك الآذن، لأنه اكتسبه^(٣) بنصفه الحر، ونصفه المكاتب.

وإن مات قبل الأداء والتعجيز فعلى ما سبق هناك.

هذا ما يوجد لأكثر الناقلين رحمهم الله.

(١) انظر: الهداية ٢٦٦/٣.

(٢) في: ب، ظ "الباين في السلسلة".

(٣) "اكتسبه" ليست في: أ.

وسلك الإمام طريقة أخرى فقال: إن كان في يده وفاء بنصيب الشريك الآذن فالذي رأيته للأصحاب القطع بأنه لا سراية: قال في "الوسيط" ولا نقول بعتق نصيبه بل يؤدي نصيب الآذن فإن^(١) أدى عتق عليهما، وإن عجز عن أداء نصيب الآذن فقد حكى عن ابن سريج رحمه الله: أنه لا يشارك القابض فيما قبض، لأنه لما قدمه فقد رضي ببقاء حقه في ذمة المكاتب، فعلى هذا يعتق نصيب القابض، وفي السراية ما ذكره الأكثرون، وعن غيره رحمهم الله: أن الآذن يشارك القابض، لأن ما قبضه كسب عبدهما، وإنما تبرع الآذن بالتقديم لا بالتملك، فلا يخلص له المقبوض، فعلى هذا لهما تعجيزه، وإرقاقه والله أعلم.

(قال [الغزالي]: فرع لو ادعى أنه وفاهما النجوم فصدق أحدهما وكذب الآخر، وحلف فله أن يشارك المصدق فيما أقر بقبضه، وله أن يطالب المكاتب إن شاء بتمام نصيبه ثم لا يرجع المصدق على المكاتب فيما أخذ منه ولا المكاتب على المصدق).

فرع: لو ادعى أنه وفاهما النجوم فصدق أحدهما وكذب الآخر

[قال الرافعي]: قد مر أن الشريكين إذا كاتبا عبدهما المشترك فادعى أنه وفاهما النجوم فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر^(٢)، لأن المكذب مصدق بيمينه، فإذا حلف بقيت الكتابة في نصيبه، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدق فيما أقر بقبضه فيأخذ نصيبه، ويطالب العبد بالباقي، وبين أن يطالب المكاتب بتمام نصيبه، لأن كسبه متعلق حقهما بالشركة فله أن يشارك المصدق فيما أخذ.

وذكر القاضي ابن كج: أن هذا التخيير مبني عند بعض الأصحاب على أنه لا يجوز أن ينفرد أحد الشريكين بكتابة نصيبه.

فأما إذا جوزناه، فلا يأخذ من الشريك شيئاً، وإنما يطالب المكاتب بجميع حصته، وهذا يرخص في إعلام قوله في الكتاب "فله أن يشارك المصدق" بالواو.

(١) في: ب "فإذا".

(٢) في: ب، ز، ظ "الآخران".

والظاهر ثبوت الخلاف على القولين، لأننا وإن جوزنا انفراد أحدهما بالكتابة، فإذا كاتبها معاً فليس لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من كسبه.

قال ابن الصباغ: وإنكاره قبض الشريك يمنعه من الرجوع عليه، لأنه أقر بالقبض، وربما قبض وهو لا يعلم ثم إذا أخذ المكذب حصته منهما أو من العبد وحده عتق باقيه ولا يرجع المصدق إن أخذ المكذب حصته منهما أو من العبد وحده عتق باقيه ولا يرجع المصدق إن أخذ منهما بشيء على العبد لاعترافه بأنه مظلوم ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه، وكذلك لا يرجع العبد على المصدق بما يأخذ منه ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب، لأنه متهم بدفع مشاركته فيما أخذ.

(قال [الغزالي]: السادسة: لو كاتب عبدين بشرط أن يتكفل أحدهما بنصيب الآخر فسد العقد.

ولو تكفل بغير شرط لم يصح، لأن النجوم ليست بلازمة فكيف يضمن فلو تبرع أحدهما بتسليم نجوم الباقي وقلنا: لا يجوز التبرع مع الإذن فللمؤدي أن يسترد قبل أن يعتق والنص أنه لا يسترد بعد العتق.

ونص أنه لو عفى عن أرش جنابة تثبت له على السيد، وقلنا لا يصح له طلبه بعد العتق ففيل في المسألتين^(١) قولان مبنيان على أن تبرع المفلس، إذا لم ينفذ لأجل الدين فلو سقط الدين بالإبراء فهل ينفذ الآن؟ فيه قولان).

[المسألة السادسة: إذا كاتب عبدين فصاعداً وشرط أن يتكفل أحدهما بنصيب الآخر]

[قال الرافعي]: إذا كاتب عبدين فصاعداً وشرط أن يتكفل بعضهم عن بعض بالنجوم فسدت الكتابة، لأنه شرط فاسد، فإن مال الكتابة غير لازم وضمانه غير صحيح.

ولو ضمن بعضهم عن بعض بغير شرط لم يصح.

(١) في: ز "المسألة قولان بالنقل، والتخريج".

وحكى القاضي ابن كج رحمه الله قولاً آخر أن الكتابة لا تفسد بالشرط المذكور، ونسبه الإمام رحمه الله إلى القديم.

ووجهه بأن هذا الضمان من مصلحة العقد، فإن السيد قد يريد ارتباط بعضهم ببعض ليتعاونوا على الاكتساب فلا يفسد العقد باشتراطه، ويصح ضمان بعضهم عن بعض في هذه الصورة للحاجة والمصلحة كضمان الدرك.

والظاهر الأول.

وكذلك لو كاتب عبده بشرط أن يضمن عنه فلان، لم تصح الكتابة وليعلم للقول الذي تعلمناه قوله في الكتاب "فسد العقد" بالواو.

ويجوز أن يعلم بالحاء والميم أيضاً، لأن عن أبي حنيفة ومالك^(١) رحمهما الله: أنه إذا كاتب عبدين فصاعداً فكل واحد منهم ضامن عن الآخر، وإن لم يوجد تصريح بالضمان وعلى كل واحد أداء الجميع إذا طلبه السيد فإذا أدى عتقوا ورجع على^(٢) أصحابه بمحصهم، وعن مالك رحمه الله: أنه إذا امتنع بعضهم عن الاكتساب كان للآخرين إخباره، وأنه لو أعتق السيد أحدهم وهو غير كسوب لم ينفذ عتقه، لأن فيه إضراراً بالآخرين.

وإذا ثبت التضامن^(٣) من غير شرط فعند الاشتراط أولى.

واحتج الأصحاب: بأن الكتابة عقد معاوضة، فإذا كان في أحد طرفيها أكثر من واحد لم يلزمه^(٤) عند الإطلاق جميع المال كالبيع وغيره.

ولو أدى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان، أو كاتب عبدين في عقدين^(٥) "فأدى أحدهما عن الآخر. نظر: إن أدى بعدما عتق" جاز، فإن أداء الدين عن

(١) انظر الهداية ٢٦٣/٣ ومختصر خليل ص ٢٩٧.

(٢) في: أ "عن".

(٣) في: أ "الضمان".

(٤) في: ز "يلزم".

(٥) ليست في ز، ظ.

الغير^(١) جائز، ثم إن أدى بإذنه رجوع عليه وإلا فلا.

وإن أدى قبل العتق فهو تبرع وتبرع المكاتب بغير إذن سيده غير جائز وبإذنه فيه قولان، يأتيان من بعد إن شاء الله تعالى.

فإن لم يعلم السيد بأنه يؤدي عن غيره بأن ظن أنه كسب المؤدى عنه، وأنه يؤديه^(٢) بإذنه فهو تبرع بغير إذن السيد، وإن علم الحال فوجهان.

أظهرهما: أنه تبرع بالإذن وأخذه عن علم بالحال قائم مقام صريح الإذن.

والثاني: وهو اختيار صاحب "التهذيب": أنه لا يجعل ذلك إذناً بل لا بد من التصريح بالإذن، فإن صححنا الأداء لم يرجع المؤدى على السيد، ويرجع على المؤدى عنه إن أدى بإذنه، ولا يرجع إن أدى بغير إذنه.

وإذا ثبت له الرجوع عليه، فإن كان قد عتق فذاك، وإلا فيأخذه مما في يده ويقدم على النجوم، لأنه لا بدل له، ولحق السيد بدلٌ عن التعذر^(٣)، وهو رقبة العبد، ولأن دين الراجع لازم لا يمكن إسقاطه، والنجوم يمكن إسقاطها بأن يعجز المكاتب نفسه، وإن لم يصح الأداء، فلا رجوع للمؤدى على المؤدى عنه، ولكنه يسترد من السيد ما دفعه إليه ما لم يعتق والسيد يطالب المؤدى عنه بما عليه، فإن حل نجم على المؤدى وقع في التقاص، وإن لم يسترد من السيد حتى أدى النجوم وعتق، فالنص أنه لا يسترد حينئذٍ ونص فيما إذا جنى السيد على مكاتبه فعفا عن الأرش الثابت له على السيد، وأبطلنا العفو بناء على رد تبرعاته ثم عتق أن له أخذ الأرش، فقال أكثر الأصحاب رحمهم الله: في صورتين قولان، وأطلق مطلقون في المسألة وجهين من غير تعرض^(٤) للنصين.

أحدهما: أنه لا يأخذ شيئاً لأن المانع من صحة تبرعه الرق وخوف فوات العتق،

وقد ارتفع هذا المانع.

(١) في: ب "الغرماء".

(٢) في: أ "يؤدي".

(٣) في: ب "العذر".

(٤) في: أ "تعريض".

والثاني: يأخذ^(١)، لأن أداءه وعفوه لم يصح حينئذ فلا ينقلب صحيحاً بزوال الرق، وبنى الخلاف على القولين في تصرفات المفلس، أهي باطلة أو موقوفة؟ إن أبطلناها فالأداء والعفو باطلان.

وإن قلنا: هي موقوفة فالأداء والعفو موقوفان، فإذا عتق بان صحتها^(٢).

ولو كاتب رجلان كل واحد منهما عبده ثم أدى أحدهما عن الآخر بغير إذن السيد، لم يصح أداءه، وإن أدى بإذن السيد ففيه قولان.

وعن القفال: أنه إن انضم إذن المؤدى عنه إلى إذن سيده يصح بلا خلاف، لأنه يكون إقراضاً، والإقراض^(٣) بإذن السيد جائز بلا خلاف، فإن لم يصح^(٤) أداءه فله الاسترداد، وإن عتق قبل الاسترداد، ففيه الخلاف.

(قال [الغزالي]: فرع لو كانا متفاوتي القيمة فقال الخسيس: إدينا النجوم على الرؤوس، وقال الآخر: بل على قدر النجوم، وكانا قد جاءا به معاً، فالصحيح: أن القول قول من يدعي الاستواء، لأنه في أيديهما).

فرع:
المكاتبون دفعة
واحدة إذا
اختلفوا فيما
دفعوه إلى
السيد

[قال الرافعي]: المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعوه إلى السيد، فقال من قلت قيمته: أدينا النجوم على عدد الرؤوس، وقال من كثرت قيمته بل على أقدار القيم فقد نص في "المختصر"^(٥) على أن القول قول من قلت قيمته.

وعن نصه رضي الله عنه في موضع آخر: أن القول قول من كثرت قيمته وفيهما طريقان للأصحاب رحمهم الله.

أظهرهما: أن فيه قولين.

-
- (١) في: ز "يأخذه".
(٢) في: أ "صحتها". وانظر الوجيز ١/١٧٠.
(٣) "الإقراض" ليست في: أ.
(٤) في: أ "يصح".
(٥) انظر: المختصر ص ٣٢٤.

أصحهما: أن القول قول من قلت قيمته، لأن ما وزنوه^(١) وسلموه كان في أيديهم وصاحب اليد يصدق في^(٢) أن ما في^(٣) يده ملكه.

والثاني: أن القول قول من كثرت قيمته، لأن الظاهر من حال من عليه دين أن لا يزيد على أداء ما عليه.

والثاني: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال القول قول من قلت قيمته، أراد ما إذا أدوا بعض المال، وكان المؤدي، بحيث لو وزع على عدد رؤوسهم لم يخصّ واحداً منهم أكثر مما عليه.

وحيث قال: القول قول من كثرت قيمته، أو أراد ما إذا أدوا الجميع، والذي قلت قيمته يدعي أنه أدى أكثر مما عليه، وإن ذلك وديعة، له عند السيد، أو قرض على كثير القيمة، فيطالب بالبينة.

وربما قيل: إن كان الخلاف فيما سوى النجم الأخير فيصدق من قلت قيمته، لأنه قد يؤدّي زيادةً ليحتسب بها عن النجم الأخير.

وإن كان في النجم الأخير، وأراد استرداد شيء فيحتاج إلى البينة، وقطع القاضي ابن كج فيما إذا كان الخلاف فيما سوى النجم الأخير بتصديق القليل القيمة، وأثبت قولين فيما إذا كان الخلاف في النجم الأخير^(٤).

وأجرى القاضي الروياني الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئاً على التفاوت، وأديا الثمن، واختلفا في أنهما أديا على التفاوت أو التساوي.

وقوله في الكتاب: "وقال الآخر: بل على قدر النجوم" يعني نجوم كل واحد منهما، وهو راجع إلى العبارة التي سبقت، وهي أقدار القيم، لأن المسمى موزّع على قدر القيم على الصحيح كما تقدم.

(١) في: ب "ما وروه".

(٢) في: ليست في: أ، ب.

(٣) "في" ليست في: أ. وانظر: الروضة ١٢/٢٦٦.

(٤) من قوله "بتصديق القليل ٠٠٠ في النجم الأخير" ليست في: ظ.

(قال [الغزالي]:^(١) السابعة في النزاع: وله صور، إحداها^(٢) أن يختلف السيد والعبد في أصل الكتابة أو أصل الأداء فالقول قول السيد، وثبت دعوى العبد بشاهدٍ وامرأتين في الأداء [هل]^(٣) تثبت^(٤) دعوى الكتابة ودعوى النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، فيه وجهان).

المسألة السابعة
في النزاع بين
العبد والسيد
وله أربع صور

[قال الرافي]: إذا ادعى العبد على السيد: أنك كاتبتي فأنكر فهو المصدق يمينه، وكذا لو ادعى على وارثه بعد موته أن مورثك كاتبتي، فأنكر، ويحلف الوارث على نفي العلم.

ولو قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون، أو محجور [على]^(٥) وقال العبد بل كنت في حال الكمال، فإن عُرف للسيد جنون أو حجرٌ فهو المصدق، وإلا فالمصدق العبد.

الصورة الأولى
اختلاف العبد
والسيد في
أصل الكتابة
أو أصل الأداء

ولو قال السيد: كاتبتك، وأنكر العبد ففسي كتاب القاضي ابن كحج: أنه إن لم يعترف بأداء المال فيعود إلى الرق ويجعل إنكاره تعجيزاً لنفسه.

وإن قال السيد وأدیت المال: وعتقت، فهو حر بإقرار السيد.

فإن قال العبد: الذي دفعته إليك لم يكن لي إنما هو وديعةٌ زيد، وادعاه زيد صدق.

ولو اختلفا في أداء المال، فالمصدق السيد، فإن أراد المكاتب أن يقيم بينة على الأداء، أمهل ثلاثة أيام، وذكر وجهان في أن هذا الإمهال واجب أو مستحب؟. ولا تثبت دعوى الكتابة بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، لأن مقصودها في الحال ملك^(٦)

(١) في ظ "المسألة السابعة".

(٢) مكرر: في: ب، ظ "الأولى".

(٣) "ولا تثبت" هكذا في جميع النسخ. والذي أثبتناه [وهل تثبت] هو الذي ورد في الوجيز ٢٩١/٢ وهو الصحيح لاستقامة المعنى. والله أعلم وانظر العزيز ٥٢٩/١٣.

(٤) ورد في: ظ "في الأداء، ونص أنه لو عفى عنه أرش ثبت له على السيد، وقلنا: لا يصح فله طلبه بعد العتق".

(٥) "أو محجور عليه" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصحيح "محجورٌ علي" كما هو ثابت في الروضة ٢٦٧/١٢ حتى يستقيم المعنى. والعزيز ٥٢٩/١٣. المطبوع.

(٦) "ملك" ليست في: ز.

اليد والتصرف، وفي المال العتق، فلا بد من ذكرين^(١) عدلين، ويشترط التعرض^(٢) للتنجيم، ولمقدار كل نجم وميقاته في الشهادة.

وتثبت دعوى الأداء بشاهد ويمين وبرجل وامرأتين، لأن مقصودها المال، هذا في غير النجم الأخير.

وفي النجم الأخير الذي يتعلق به العتق وجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك، لأن المقصود المال إلا أنه يتضمن العتق، وشبه ذلك بما إذا ادعى على رجل أنه باع منه أباه، وعتق عليه، وأقام شاهداً وامرأتين يثبت البيع ويتبعه العتق، وقد مرت المسألة مرة في "الشهادات".

فرع: حكى القاضي الروياني في "الكافي" أنا إذا أمهلناه ثلاثة أيام ليأتي بالبينة على الأداء، فأحضر شاهداً بعد الثلاثة واستنظر ليأتي بالشاهد، ينظر ثلاثة أخرى.

الصورة الثانية
إذا اختلفا في
قدر النجوم أو
الأجل، أو
جنس النجوم.

(قال [الغزالي]: الثانية إذا تنازعا في قدر النجوم، أو الأجل أو جنس النجوم تحالفاً، وتفاخراً، وإن كان العتق قد حصل بالإتفاق ففائدة الفسخ الرجوع إلى قيمة الرقبة).

[قال الرافي]: إذا اختلفا في قدر النجوم، أو عددها أو جنسها أو صفتها، أو في قدر الأجل ولا بينة لواحد منهما تحالفاً، لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما، أو في كفيته فيتحالفاً، كما في البيع وغيره.

وعن أبي حنيفة^(٣) رحمه الله: أن القول: قول المكاتب.

وعن أحمد رحمه الله: ثلاثة روايات:

إحداها كقولنا.

والثانية: كقول أبي حنيفة.

(١) في: "ذكر".

(٢) في: ز "التعريض".

(٣) انظر: الهداية ١١٦/٣ عدم التحالف عند أبي حنيفة فقط أما الصحاحيان - محمد وأبو يوسف قالوا:

يتحالفاً، وتفسخ الكتابة". وانظر: والمغنة ٥٥٢/١٤.

والثالثة: أن القول قول السيد، ثم القول فيمن يبدأه عند التحالف، وفي كيفية اليمين، على ما مر في "البيع"^(١) وإذا تحالفاً نُظِرَ إن لم يحصل العتق باتفاقهما، بأن لم يقبض السيد شيئاً أو لم يقبض جميع ما يدعيه، أو كان الاختلاف في الجنس، وقد قبض الجنس الذي يدعيه^(٢) العبد دون ما يدعيه^(٣) فتنسخ الكتابة أو يفسخها الحاكم، إن لم يتراضيا على شيء فيه ما سبق في "البيع". والظاهر^(٤) الثاني.

وإن حصل العتق باتفاقهما بأن قبض السيد ما يدعيه بتمامه وزعم العبد أن الزيادة على القدر الذي يعترف به، أودعها عنده^(٥) فلا مرد له، ولكن^(٦) يتراجعان، فيرجع السيد على المكاتب بقيمته، والمكاتب بما أدى، وقد يقع في التقاص.

ولو قال السيد: كاتبك على نجم واحد، وقال العبد بل على نجمين قال في "التهديب" القول قول السيد مع يمينه، لأنه يُدعي فساد العقد^(٧).

ولو أقام العبد بينة على أنه كاتبه في رمضان سنة كذا على ألف، وأقام السيد بينة على أنه كاتبه في شوال تلك^(٨) السنة على ألفين، فإن اتفقا على أن الكتابة كانت واحدة، فكل واحدة^(٩) منهما مكذبة للأخرى فتسقط البيتان، ويتحالفان، وإن لم يتفقا على الاتحاد، فالبينة المتأخرة أولى، لأنه ربما كاتب في رمضان، ثم ارتفعت تلك الكتابة وأحدث^(١٠) كتابة أخرى. والله أعلم.

(١) انظر: الوجيز ٣٤/١ و ٣٥.

(٢) من قوله: "أو كان الاختلاف . . . الذي يدعيه" ليست في: ظ.

(٣) في: ز "ما يدعيه السيد".

(٤) "الظاهر" ليست في: أ.

(٥) في: أ، ب "عبد".

(٦) "لكن" ليست في: ز.

(٧) في: ز "العين". قال النووي في الروضة ٢٦٨/١٢ "... ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو

اختلف المتبايعان في مفسد للبيع".

(٨) في: أ "ذلك".

(٩) في: أ "واحد".

(١٠) في: أ "فأحدثت". وفي: ب "فأحدث".

الصورة الثالثة
النزاع في ولد
المكاتب من
زوجته المعتقة
إذا مات أبوه

[قال [الغزالي]: الثالثة: لو مات مكاتبه وله ولد من معتقة فقال إنه أدى النجوم^(١) وعتق قبل الموت وجر إلى ولاء ولده فالقول قول موالي الأم، لأن الأصل بقاء الولاء لهم).

[قال الرافعي]: ولد المكاتب من زوجته المعتقه حر، وولاؤه لمواليها فإن عتق المكاتب انجر الولاء إلى مواليه على ما سبق في جر الولاء.

فلو^(٢) مات المكاتب واختلف مولاه وموالي أم أولاده، فقال مولاه عتق بأداء^(٣) النجوم ثم مات وجر إلى ولاء أولاده، وأنكر مواليها فهم المصدقون باليمين وعليه البينة. وهل يكفي شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين؟ فيه خلاف^(٤) في أن النجم الأخير هل يثبت بذلك ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار لإقرار السيد بأنه مات حراً؟ ولو أقر السيد في حياة المكاتب بأنه أدى النجوم^(٥) عتق وجر إليه ولاء ولده.

[قال [الغزالي]: الرابعة كاتب عبيدين، وأقر بأنه قبض نجوم أحدهما ونكل عن دعوى^(٦) الثاني حتى حلف الثاني، عتق العبدان جميعاً وإن مات قبل البيان حلف الوارث على نفي العلم بما عناه^(٧) المورث، ثم بعد ذلك يقرع^(٨) بينهما على قول، ولا يقرع على قول لأنه استبهاً في دين).

الصورة الرابعة
إذا كاتب
عبيدين في
صفقتين أو
صفقة واحدة
وأقر أنه قبض
النجوم

[قال الرافعي]: إذا كاتب عبيدين في صفقتين أو في صفقة واحدة وجوزناها، ثم أقر بأنه استوفى نجوم أحدهما، أو أنه أبرأ أحدهما عما عليه، فيؤمر بالبيان، فإن قال: نسيت، أمر بالتذكر، ولا يقرع بينهما مادام حياً، لأن الإنسان قد يتذكر ما نسي ويتبين له ما أشبهه عليه، وذلك أقرب إلى الحق من القرعة، وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه

(١) "إنه أدى النجوم" ليست في: أ.

(٢) في: ز، ط "ولو".

(٣) "بأداء" ليست في: ز.

(٤) في: ز "الخلاف".

(٥) في: ز "النجم".

(٦) في: أ "عن يمين دعوى".

(٧) في: أ، ب "عماه".

(٨) في: أ "ذلك المدعي يقرع".

الله وجه أنه يقرع بينهما، وإن كان حياً كما سنذكر أنه يقرع بعد موته والصحيح الأول.

وإذا بين أحدهما، فإن صدقه الآخر فذاك، وإن كذبه، وقال استوفيت مني أو أبرأتني فله تحليف السيد، فإن حلف بقي على الكتابة إلى أداء النجوم، وإن نكل حلف المكذب، وعتق أيضاً.

قال الروياني في "الكافي" وإن لم يتذكر حلف لهما إذا ادعياه، وإذا حلف فيه وجهان.

أحدهما: أنهما يقيان على الكتابة ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء النجوم.

والثاني: أن الدعوى تتحول^(١) إلى المكاتبين، فإن حلفا على الأداء أو نكلا بقيا على الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر حكم يعتق الحالف، وبقي الناكل على الكتابة.

ولو أنه لما بين أحدهما قال^(٢) الآخر: عينتني بالإقرار الذي أبهمته، ولم يقل: استوفيت أو أبرأت فقد قال الإمام الأصح أن دعواه مردودة على هذا الوجه، لأنه ليس يدعي حقاً ثابتاً، وإنما يدعي إخباراً قد يكون صدقاً وقد يكون كذباً. وقد سبق نظير هذا في "الدعاوي".

وإن مات قبل البيان فما الحكم؟ ساق الإمام وصاحب الكتاب طريقة والأكثر رحمهم الله طريقة أخرى وبين الطريقتين بعض الاتفاق، وبعض الاختلاف.

أما طريقتهما فهي أن لكل واحد من المكاتبين أن يدعي على الوارث توفية النجوم إلى المورث، أو إبرأه وأن يحلفه على نفي العلم فإذا حلف فهل يقرع بينهما؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، لأنه استبهم دين، فهو كما لو قال استوفيت كذا من أحد غريمي ومات قبل البيان، ولم يبين الوارث لا يقرع بينهما.

(١) في: ظ "تتحمل".

(٢) في: ز "وقال".

وأشهرهما، وأصحهما^(١) على ما ذكر الإمام رحمه الله: أنه يقرع لحق العتق الذي يتضمنه الاستيفاء فهو كما لو أبهم العتق بين عبيدين ثم أنه مع ترجيحه هذا القول ذكر إشكالاً عليه أن المستوفى منه حرّ على التعيين، ومن أعتق أحد العبيدين بعينه ثم أشكل الحال فلا إقراع، وإنما الإقراع فيما إذا أعتق المريض عبداً واقتضى الشرع قصر العتق على بعضهم، وفيما إذا أعتق أحد العبيدين، أو العبيد ولم يُعَيَّن^(٢) واحداً بلفظه ولا بقلبه، وانفصل عن الإشكال بتخريجه على قولين سبق ذكرهما فيما إذا أعتق المريض عبداً بعد عبد فاستبهم^(٣) المتقدم منهما، وهما كالقولين في نظير المسألة من^(٤) الجمعيتين، والنكاحين، وأجريا حيث علم التعيين، وليس عن الوصول إلى دركه فالإقراع ههنا تفرع على أحد القولين.

ولك أن تمنع قوله: أنه^(٥) لا إقراع فيما إذا أعتق عبداً بعينه، وأشكل الحال فيقول^(٦) قد سبق في "العتق" أنه إذا عتق أحد عبديه وأراد معيناً، ومات قبل البيان ولم يكن له وارث، أو قال الوارث لا أعلم فالظاهر: أنه يقرع.

فإن قلنا: يقرع فمن خرجت له القرعة فهو حر وعلى الآخر أداء النجوم، وإن قلنا: لا يقرع قال الإمام: الذي يقتضيه القياس التوقف إلى اصطلاح^(٧) أو بيان، أو قيام بيعة وينقذ، أن يقال: للوارث أن يعجزهما فإنهما ممتنعان عن الأداء وأحدهما مكاتب فينفذ^(٨) التعجيز فيه^(٩) وحينئذ فأحدهما حر، والآخر رقيق فيقرع.

وأما طريقة الأكثرين فقد قالوا: إذا مات قبل البيان ففيه قولان:

-
- (١) انظر: الروضة ٢٦٩/١٢.
 - (٢) في: أ "يعتق واحداً بعينه".
 - (٣) في: ب، ظ "فاستبهم".
 - (٤) في: ب "في".
 - (٥) في: أ "لأنه".
 - (٦) في: أ "ويقول".
 - (٧) في: أ، ظ "الاصطلاح".
 - (٨) في: ز "فيفيد".
 - (٩) قوله: "فينفذ التعجيز فيه" ليست في: ظ.

أحدهما: أن الوارث لا يقوم مقامه في البيان بل يقرع فمن خرجت له القرعة فهو حر وعلى الآخر أداء النجوم وله تحليف الوارث على نفي العلم.

والثاني: أن الوارث يقوم مقامه، ولا قرعة، وإذا تبين، فالحكم كما سبق في بيان المورث^(١)، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم^(٢) وهذا أشبه بالترجيح على قياس ماتقدم فيما إذا أعتق أحد عبديه، وأراد معيناً ومات قبل البيان، فإن قال الوارث لا أعلم من أدى منهما فلكل واحد تحليفه على أنه لا يعلم أنه أدى، فإذا حلف لهما فوجهان.

أحدهما: أنه يستوفي من كل واحد ما عليه، كما إذا أقر بأن أحد غريميه بريء مما كان عليه، ومات قبل البيان، وحلف الوارث لكل واحد منهما، فإنه^(٣) يستوفي الدينين جميعاً.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: توقف العتق على أن يؤدي كل واحد جميع ما عليه.

قال: وعندي إن استوى المالان، فقلا نؤدي ما على أحدهما.

أو اختلفا فقلا^(٤) نؤدي الأكثر ليعتق، كان لهما ذلك، لأنهما بأدائه قد أديا جميع ما عليهما.

الوجه الثاني: وبه قال القاضي أبو الطيب: أنه إذا قال الوارث لا أعلم يقرع بينهما.

وقال الروياني: وهذا أصح ولو أقر باستيفاء بعض نجوم أحدهما ولم يتبين فلا قرعة، لأن العتق لا يحصل به، بل يوقف الأمر.

ولو ادعى أحد المكاتبين على الورثة الأداء أو الإبراء فأنكر حصل بإنكاره الإقرار للآخر قاله الصيدلاني^(٥).

(١) في: ب "الوارث".

(٢) من قوله "والثاني: أن الوارث . . . على نفي العلم" ليست في: أ.

(٣) في: أ "أنه".

(٤) في: أ "وقالا".

(٥) قال النووي في روضته ٢٧٠/١٢ "هذا الذي قاله الصيدلاني فيما إذا قال: لا أعلم ونحوه، فليس مقراً للآخر بلاشك".

وقوله في الكتاب: "ونكل عن دعوى^(١) الثاني" في بعض النسخ "عن يمين الثاني" وهو الأولى والأول مؤول.

وقوله: "حتى حلف الثاني" في بعض النسخ "حتى حلف المدعي" وهما صحيحان.

وقوله: "بما عماه^(٢) المورث^(٣) في بعضها" بما عناه المورث" وهما صحيحان^(٤) أيضاً

فروع^(٥): عن "التهذيب"^(٦): ولو قال السيد استوفيته، أو قال العبد أليس قد وفيتك فقال: نعم ثم قال المكاتب، وفيت الجميع^(٧).

وقال السيد: البعض، فالمصدق السيد، واللفظ يحتملها جميعاً.

ولو وضع عن^(٨) المكاتب شيئاً من النجوم، واختلفا فقال السيد وضعت من^(٩) النجم الأول.

وقال المكاتب: من الآخر أو قال وضعت بعض النجوم. وقال المكاتب بل جميعها، فالمصدق يمينه السيد^(١٠)، وإذا^(١١) كاتبه السيد على ألف درهم فوضع عنه عشرة دنانير، لم يصح.

فإن قال: أردت قيمة عشرة دنانير من الدراهم صح.

-
- (١) في: أ "دعى".
 (٢) في: ز "بما عناه".
 (٣) في: أ "الموت".
 (٤) من قوله "وقوله بما عماه المورث . . . وهما صحيحان" ليست في: ظ.
 (٥) في: أ "فرع".
 (٦) انظر: التهذيب ٤٣٢/٨ و ٤٣٣.
 (٧) في: ب "النجوم".
 (٨) في أ "على" وفي ب "من".
 (٩) في: ب "مني".
 (١٠) من قوله "ولو وضع عن المكاتب... فالمصدق يمينه السيد" ليست في ط.
 (١١) في أ "فإذا".

فلو اختلفا فقال المكاتب: أردت المعنى الثاني، وأنكر السيد، فهو المصدق، لأنه
أعرف بنيته.

ولو وضع عنه من الدراهم ما يقابل عشرة دنانير، وهو مجهول عندهما، ففي
صحته وجهان، بناء على الخلاف فيما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، وأجاز الوارث،
وهو جاهل بالزيادة.

ففي وجه: لا تصح.

وفي وجه: تصح ويحمل على أقل ما يتيقن.

[الحكم الثالث: في تصرفات السيد في المكاتب، وتصرفات المكاتب وما يتعلق بذلك]

(قال [الغزالي]: الحكم الثالث: حكم التصرفات. إما من السيد أو من^(١))

العبد.

أما من السيد^(٢)، فلا يصح بيعه رقبة المكاتب على الجديد؟ وفي القديم يبيعه، ويبقى مكاتباً، أو لا يبيع النجوم، لأنه يبيع دين غير لازم.

وفي الاستبدال عنها وجهان، فلو قبض مشتري^(٣) النجوم، فهل يعتق؟ فيه^(٤)

وجهان.

فإن قلنا: يعتق وكان^(٥) المشتري وكيله فيرد عليه).

[الفصل الأول: في تصرفات المكاتب. وفيه خمس مسائل]

[قال الرافي]: الغرض الآن الكلام في تصرفات السيد في المكاتب، وما يتعلق به،

وفي تصرفات المكاتب.

أما القسم الأول: ففي الفصل منه مسألتان .

إحدهما: في بيع السيد رقبة المكاتب قولان:

الجديد منعه^(٦)، وبه قال أبو حنيفة^(٧) ومالك^(٨) رحمهما الله: لأن الكتابة عقد يمنع

من استحقاق الكسب، وأرش الجناية، فيمنع البيع، كما لو باع عبداً من إنسان لا يجوز

المسألة الأولى
في بيع السيد
رقبة المكاتب

(١) "من" ليست في: أ، ب.

(٢) "أما من السيد" ليست في: ب.

(٣) في: أ "المشتري".

(٤) في: أ "عنه".

(٥) في: أ "فكان".

(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٩٢، والوسيط ٧/٥٣٢، والتهذيب ٨/٤٥٦ والروضة ١٢/٢٧١. ومغنى

المحتاج ٤/٥٢٧.

(٧) انظر: ٣/٢٥٤.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧، وانظر: الموطأ ٢/٧٩٧.

له يبيعه، ولأن البيع إما أن يرفع للكتابة، وهو باطل، لأن الكتابة لازمة من جهة السيد أو لا يرفع فيبقى مستحق العتاقة فوجب أن لا يصح بيعه كالمستولدة.

والقديم الجواز، وبه قال أحمد^(١) رضي الله عنه كبيع المعلق عتقه بصفة، ويحتج له بحديث "بريرة رحمها الله فإنها استعانت بعائشة رضي الله عنها في كتابتها فقالت: إن باعوك صبيت لهم ثمك صباً فراجعتم فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم" الحديث^(٢).

ومن قال بالجديد، قال: إنها عجزت نفسها ثم اشترتها عائشة رضي الله عنها. وفي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أن من الأصحاب من قطع بالمنع، وأنكر القول الآخر. فليعلم لذلك قوله في الكتاب: "وفي القديم" بالواو.

وقوله: "يبيعه"^(٣) بالحاء والميم.

وقوله "ولا يصح" بالألف.

وهبة المكاتب كبيعه، فإن قلنا بالجديد، فلو دفع النجوم إلى المشتري بعد البيع، فهل يعتق؟ فيه الخلاف الذي نذكره فيما لو دفع النجوم إلى مشتري النجوم في المسألة الثانية.

فإذا استخدمه المشتري^(٤) مدة لزمته أجره المثل للمكاتب.

وهل على السيد أن يمهله المدة التي كانت في يد المشتري؟ فيه قولان، كما في استخدام السيد، وحبسه إياه^(٥).

وإن قلنا: بالقديم، فهل ترتفع الكتابة؟ نقل في "التهذيب" وجهاً أنها^(٦) ترتفع.

(١) انظر: المنع ص ٢٠٣، والمغني ١٤/٥٣٥.

(٢) الحديث متفق عليه من حديث عائشة وقد سبق في ص ١٦٢.

(٣) في: أ "يبيعه".

(٤) "المشتري" ليست في: ز.

(٥) "إياه" ليست في: ب.

(٦) في: أ، ب، ظ "أنه".

والظاهر أنها لا ترتفع.

وينتقل إلى المشتري مكاتباً. وعلى هذا فوجهان.

أحدهما: أنه إذا عتق^(١) بأداء النجوم إلى المشتري كان الولاء للبائع، ويكون انتقاله بالشراء كانتقاله بالإرث إلى الوارث.

وأظهرهما: أنه يكون الولاء للمشتري إذا عتق بالأداء إليه بخلاف الوارث، فإنه ينوب عن المورث^(٢) ويحلفه.

ولو كاتب كتابة فاسدة، ثم باع المكاتب فسندكر حكمه من بعد إن شاء الله تعالى.

ولو قال: أجنبي لسيد المكاتب: أعتق مكاتبك على كذا أو أعتقه عني على كذا، أو مجاناً فهو كما لو قال أعتق مستولدتك وقد مر في "الكفارات".

ولا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب، ولا إعتاق عبيده ولا تزويج إماءه.

المسألة الثانية
ليس للسيد
بيع نجوم
الكتابة على
المكاتب

الثانية: ليس للسيد بيع نجوم الكتابة على المكاتب، لأنه يبيع ما لم يقبض، ولأنه يبيع الدين من غير من عليه الدين^(٣)، ولأن النجوم غير مستقرة، وإذا لم يصح بيع المبيع قبل القبض فبيع مالا يلزم الملك فيه أولى.

هذا هو المذهب المنصوص^(٤).

وعن مالك^(٥) رحمه الله: أنه يصح بيعها.

وحكى مثله قول أو وجه آخر.

واختلف في كفيته، فذكر ابن كج: أنه جوزة في القديم.

(١) في: أ "أعتق".

(٢) في: أ "الوارث".

(٣) "الدين" ليست في: أ.

(٤) انظر: الوسيط ٥٣٢/٧، والروضة ٢٧٢/١٢. ومغنى المحتاج ٥٢٧/٤.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧، والموطأ ٧٩٧/٢.

وأن "الزعفراني"^(١) حكى أنه رجع عنه في الجديد في مسائل عددها^(٢).
ومنهم من أخذه من قولين محكيان عن تخرّيج ابن سريج: في بيع سائر الديون.
واعترض عليه بأن ذاك في الديون المستقرة، والنجوم بخلافها.
ومنهم من أخذه من تجويزه بيع المكاتب في القديم.
وقد يُوجَّهُ بأنه على ذلك القول ينتقل مكاتباً، والحاصل للسيد النجوم، وكأنه^(٣)
اشترى النجوم.
وهل يجوز الاستبدال عنها؟ يرتب ذلك على جواز بيع النجوم، فإن جواز بيعها
جوز الاستبدال عنها، وإلا ففي الاستبدال وجهان.
قال الإمام: وسبب الترتيب أن المبيع مقصود بالتملك، وما يستبدل عنه، فالمقصود
عوضه وسقوط المستبدل عنه، ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللازمة بلا خلاف،
واختلف القول في بيعها.
والأظهر: منع الاستبدال أيضاً، وهو المذكور في "التهذيب".
وإذا قلنا بظاهر المذهب، وهو أنه لا يجوز بيع النجوم، فلو باع لم يجز للمكاتب
تسليمها إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها ويحصل العتق بدفعها إلى السيد البائع.
وهل يحصل بتسليمها إلى المشتري؟
قال في "المختصر"^(٤) يحصل.

-
- (١) هو الحسن بن محمد بن الحسين، أبو علي، المشهور "بالزعفراني" منسوب إلى "زعفرانة" قرية قرب بغداد كان إماماً في اللغة والحديث وأحد رواة الأقوال القديمة عن الإمام الشافعي رضي الله عنه. توفي رحمه الله سنة تسع وأربعين ومائتين وقيل: سنة ستين ومائتين.
انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ١٠/١٦٠، وطبقات الشافعية للأسنوي ١/٢٧٠، وتهذيب التهذيب ٤٤٠/١١.
- (٢) في أ، ب، ظ "عدها".
- (٣) في: أ "فكأنه".
- (٤) انظر: المختصر ص ٣٢٨.

وعن "الأم"^(١) منعه وفيهما طريقان.

أظهرهما عند الأكثرين وبه قال ابن سريج: أن فيه قولين.

أحدهما: يحصل، لأن السيد سلطه على القبض فهو كما لو وكل بالقبض وكيلاً.

وأصحهما:^(٢) المنع، لأنه يقبض لنفسه حتى لو تلف في يده يضمنه بخلاف

الوكيل فإنه يقبض للموكل.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: أنهما محمولان على حالين، فإن قال بعد البيع

خذاً منه، أو قال للمكاتب ادفعها إليه صار وكيلاً وحصل العتق بقبضه.

وإن اقتصر^(٣) على البيع فلا، فإنه فاسد، فلا عيرة بما يتضمنه.

ويقال: إن أبا إسحق عرض هذا الفرق على ابن سريج فلم يعبأ به، وقال: إنه

وإن صرح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة، لا أنه ينييه.

فإن قلنا: يعتق فما أخذه المشتري يدفعه إلى السيد، لأننا جعلناه كالوكيل له.

وإن قلنا: لا يعتق فالسيد يطالب المكاتب، والمكاتب يسترد ما دفع إلى^(٤)

المشتري.

وأطلق صاحب الكتاب في قبض مشتري النجوم وجهين في أنه هل يعتق؟

والمشهور من الخلاف فيه القولان على ما بينا. والله أعلم.

المسألة الثالثة
للسيد معاملة
المكاتب بالبيع
والشراء
والأخذ
بالشفعة

(قال [الغزالي]: وله معاملة العبد بالبيع والشراء وأخذ الشفعة منه، وكذلك

يأخذ العبد منه، فإذا ثبت له على السيد دين مثل النجوم قدراً وجنساً وقلنا: يتبع

التقاص فيعتق لكن في تقاص الدينين المتساويين أربعة أقوال.

أحدها: أنه لا يحصل، وإن رضياه.

(١) انظر: الأم ٦٥/٨.

(٢) انظر: الوسيط ٥٣٢/٧ التهذيب ٤٥٩/٨، والروضة ٢٧٢/١٢. ومغنى المحتاج ٥٢٧/٤.

(٣) "اقتصر" ليست في: أ.

(٤) "إلى" ليست في: أ.

والثاني: أنه يحصل إن رضي أحدهما.

والثالث: أنه لا يحصل إلا برضاها.

والرابع: أن التقاص يقع بنفسه، دون الرضا، فإن أجرينا التقاص في النقدين

ففي ذوات الأمثال وجهان وفي العروض وجهان مرتبان).

[قال الرافي]: السيد في المعاملة مع المكاتب كالأجنبي مع الأجنبي^(١) فيبيع منه ويشترى، فإذا باع السيد شقصاً [من ربع]^(٢) والمكاتب شريك فيه فله الأخذ بالشفعة، وإن باع المكاتب فللسيد الأخذ بالشفعة، وإنما كان كذلك، لأن الغرض من الكتابة تحصل العتق والعتق يحصل بأداء المال فينبغي أن يمكن من التصرف الذي يستعين به على العتق.

وعن أبي إسحق رحمه الله توجيهه بأن المكاتب هو المالك لما في يده دون السيد، إلا أنه يمنع من تفويت المال كيلا يعجز فيفوت العتق، فلو^(٣) ثبت للمكاتب دين على سيده عن معاملة، وكان للسيد عليه النجوم، أو دين معاملة ففي التقاص، تفصيل، واختلاف لا يختص بالسيد والمكاتب.

وجملة^(٤) القول فيه: أنه إذا ثبت لشخص على آخر دين، وللآخر دين على الأول، إما عن جهة واحدة، أو عن جهتين كسلم وقرض أو قرض وثن، فإما أن يكون الدينان نقدين، أو لا يكونا كذلك، فإن كانا نقدين، فينظر: أهما من جنس واحدٍ أو من جنسين، إن كانا من جنسٍ واحدٍ، واتفقا في الحلول، وفي سائر الصفات، ففيه أربعة أقوال^(٥).

(١) مع الأجنبي "ليست في: ز.

(٢) "ربع" بالباء. هكذا في جميع النسخ. وفي العزيز المطبوع ٥٣٧/١٣ "ربع" بالياء. ولعله هو الصواب. والله أعلم.

(٣) في: ز "ولو".

(٤) في: أ "وحملا".

(٥) في: أ "أحوال".

أحدها: ويحكى عن نصه رضي الله عنه في "الصرف"^(١) أنهما لا يتقاصان، وإن رضيا به، لأنه إبدال دين بدين، وبيع الدين بالدين منهي عنه، فلا بد، وأن يأخذ أحدهما ما على الآخر ثم إن شاء دفعه إليه بما عليه ليخرج عن صورة بيع الدين بالدين.
والثاني: أنه إذا رضي أحدهما بالمقاصة كفى وسقط الدينان، لأن من عليه الدين يؤديه من حيث يشاء.

وإذا رضي أحدهما فقد أدى ما عليه بماله في ذمة الآخر.
ويخالف ما إذا أراد أن يقضيه بدين على الغير، فإنه قد لا يرضى المستحق بذمة ذلك الغير.
وأيضاً، فإن أحد الشريكين إذا دعا إلى فصل الأمر بالقسمة يجبر الآخر عليه، فكذلك ههنا.

والثالث: أنه لا بد من رضاهما، وإلا فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما عليه، لأن المقاصة كالحوالة في إبدال ذمة بذمة، وفي الحوالة لا بد من رضا المحيل والمحتال.
والرابع: أن التقاص يحصل بنفس ثبوت الدينين، ولا حاجة إلى الرضا، لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عناد^(٢) لا فائدة فيه.
ولذلك نقول^(٣) لو كان له على وارثه دين فمات يسقط ولا يؤمر بتسليمه، وأشار في "الوسيط"^(٤) إلى ترجيح هذا القول الأخير.
وفي "تعليق الشيخ أبي حامد": أنه المنصوص.

(١) الصرف "لغة" فضل الدرهم في الجودة على الدرهم - ذكره في المصباح المنير ١/٣٣٨.
وشرعاً: بيع الأثمان بعضها ببعض. ذكره في التعريفات للجرجاني ص ١٣٢ وقال في المطلع على أبواب المقنع ص ٢٣٩ "والصرف: بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب، وفي تسميته صرفاً قولان: أحدهما: لصرفه عن مقتضى البياعات، من عدم جواز التفرق قبل القبض، والبيع نساء. والثاني: من صريفهما. وهو: تصويتهما في الميزان، فإن يبيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة سمي مراطلة".

(٢) في: ب "عناء".

(٣) "نقول" ليست في: ز.

(٤) انظر: الوسيط ٧/٥٣٢.

وذكر أبو الفرج الزاز: أنه المشهور، وأن الأصح حصول التقاص بتراضيهما. وإن اختلفا في الصفات كالصحة والتكسير والحلول والتأجيل أو مقدار الأجل فلا يصير أحدهما قصاصاً بالآخر، لاختلاف الأغراض، ولصاحب الحال أن يستوفيه، وينتفع به إلى أن يحل ما عليه.

ولو تراضياً على جعل الحال قصاصاً بالمؤجل^(١) لم يجوز كما في الحوالة.

وحكى أبو الفرج فيهما وجهاً آخر.

ولو كانا مؤجلين بأجل واحد، فقد قيل: هما كما لو كانا حالين: وهذا أوجه عند الإمام^(٢) لكنه تردد في مجيء القول الرابع.

وقال في "التهذيب" الصحيح أنهما كالمؤجلين بأجلين مختلفين.

وإن كانا من جنسين بأن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير، فلا مقاصة.

والطريق أن يأخذ أحدهما ما^(٣) على الآخر، ثم إن شاء جعل المقبوض عوضاً عما على الآخر.

قال الروياني: لأن دفع العوض عن الدراهم، والدنانير في الذمة يجوز، ولا حاجة إلى قبض الحقين معاً. وإن لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا من جنس واحد.

فعن صاحب "التقريب": أن التقاص على الاختلاف المذكور إذا أجريناه في النقدين، ففي ذوات الأمثال وجهان، لأن ما سوى النقدين يظهر فيه التفاوت، وأنا إذا

(١) "قصاصاً بالمؤجل" ليست في: أ.

(٢) و"بهماش العزيز ٥٣٩/١٣ القول الآتي" ما حكاه عن الإمام ليس كذلك، ولم يرجح الإمام في ذلك شيئاً، وعبارته في النهاية ولو فرضنا دينيس مؤجلين... فهذا فيه احتمال عندي. والوجه إجراء ثلاثة أقوال: فأما القول بالتساقط من غير رضي فلست أرى له وجهاً وانظر: نهاية المطلب الجزء ٢٥، ٢٦، ٢٧ من مجلد ٢ لوجه ٣١٤/أ.

(٣) في: أ "بما".

أجريناه في ذوات الأمثال ففي العرضين^(١) الموصوفين في الذمة وجهان بالترتيب، لأن التفاوت فيها^(٢) أكثر.

والذي أورده العراقيون، وغيرهم من الأصحاب: أن التقاص لا يجري في غير الأئمان، من العروض وغيرها.

وفرق الشيخ أبو حامد: بأن العقد على الأئمان ليس عقد مغابنة ومراجحة، لقلّة الاختلاف فيها، فالتقاص فيها قريب، بخلاف سائر الأموال.

وإن كانا من جنسين، فلا مقاصة.

وإن تراضيا، بل إن كانا عرضين فينبغي أن يقبض كل واحدٍ منهما ما على الآخر، فإن قبض أحدهما لم يجوز رده عوضاً عن المستحق المردود^(٣) عليه، لأنه بيع عَرَضٍ قبل القبض، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرض، أو إتلاف لا بعقد.

وإن كان أحدهما نقداً والآخر عرضاً، فإن قبض مستحق العرض ورده عوضاً عن النقد^(٤) المستحق عليه، جاز.

وإن قبض مستحق النقد ورده عوضاً عن العرض المستحق عليه لم يجوز، إلا أن يكون العرض مستحقاً بالقرض أو الإتلاف.

هكذا فصل ابن الصباغ والرويانى وغيرهما^(٥).

إذا عرف ذلك فإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب وبرئت ذمة المكاتب عن النجوم عتق، كما لو أدى^(٦).

(١) في: "العروض".

(٢) في: ز "فيهما".

(٣) في: أ "المردودة" وفي: ز "للمردود".

(٤) في: ز "العوض".

(٥) في: أ "وغيره".

(٦) قال النووي في الروضة ٢٧٤/١٢ "فإذا قلنا: لا يتقاضان. ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه حبس

حتى يسلم، ذكره صاحب "الشامل" وغيره" والله أعلم

المسألة الرابعة
لو أوصى
المكاتب.

(قال [الغزالي]: ولو أوصى برقبة المكاتب لم يجوز إلا أن يضيف إلى حالة العجز فيصح على أحد الوجهين، فإن^(١) أوصى بالنجوم جاز من الثلث، وللوارث تعجيزه، وإن أنظر الموصى له، وإن أوصى برقبته^(٢) فللموصى له تعجيزه عند العجز، وإن أنظر الوارث.

ولو قال: ضعوا عن المكاتب ما شاء فشاء الكل، لم يوضع الكل على الأصح بل يبقى شيء كما لو قال: ضعوا عن كتابته ما شاء).

[قال الرافي]: في الفصل مسألتان:

إحدهما في الوصية بالمكاتب والنجوم: أما الوصية بالمكاتب، وهي جائزة على القديم الذي يجوز فيه البيع.

وعلى الجديد وهو المذكور في الكتاب وهي^(٣) باطلة، لأنه ممنوع من التصرف في رقبته ومنفعته فأشبهه ما إذا أوصى بعبد الغير، فإن قال: إن عجز مكاتي هذا، وعاد إلى الرق فقد أوصيت به لفلان، فقد حكى الإمام وجهاً أنها^(٤) لا تصح أيضاً اعتباراً بحال التعليق، وقياساً على ما لو قال: إن ملكت عبد فلان، فهو حر^(٥).

والأصح: ^(٦) وهو الذي أورده الجمهور: أنها صحيحة كما لو أوصى بثمرة نخلته، وحمل جاريته، وكما لو قال: إن ملكت عبد فلان، فقد أوصيت به.

والإمام طرد الخلاف في هذه الصورة، وجعلها أولى بالمنع، لأن له تعلقاً بالمكاتب في الحال.

وإذا قلنا: بالأصح فلو عجز فأراد الوارث إنظاره، فللموصى له تعجيزه ليأخذه وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم كما ذكرنا في المجني عليه، وأما الوصية بالنجوم على

(١) في: ز "إن" وفي: ب، ظ "ولو".

(٢) في: ب، ظ "برقبة".

(٣) "هي" ليست في: أ.

(٤) في: أ "أنه".

(٥) انظر: النهاية ٢٥، ٢٦، ٢٧ مجلد ٢- لوحة ٣١٨/ب، والتهذيب ٤٥٩/٨.

(٦) انظر: الوسيط ٥٣٣/٧ والروضة ٢٧٤/١٢.

المكاتب، فهي صحيحة، وإن لم تكن مستقرة كما تصح الوصية بالحمل، وإن لم يكن مملوكاً في الحال، فإن أداها فهي للموصى له، وولاء^(١) المكاتب للسيد، وإن عجز فللوارث تعجيزه، وفسخ الكتابة، وإن أنظره الموصى له.

وهل للموصى له إبراءه عن النجوم؟

أبدى القاضي ابن كج فيه احتمالين: ويرويان عن القاضي الحسين: أحدهما نعم لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء.

والثاني: لا، لأنه ملكه استيفاء النجوم، ولم يملكه تفويت الرقبة على الورثة.

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر بالنجوم، صحت الوصيتان، ثم إن أدى المال بطلت الوصية الأولى، وإن رق بطلت الثانية.

ولو أوصى لإنسان بما يعجله مكاتبه فلم يعجل شيئاً وأدى النجوم في محلها بطلت الوصية، ولا يجبر على التعجيل لتنفيذ الوصية، هذا في الكتابة الصحيحة.

أما إذا كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى برقبته، فإن كان عالماً بفساد الكتابة صحت الوصية.

قال الصيدلاني وغيره: وتتضمن الوصية فسخ الكتابة.

وإن كان يظن صحتها ففي الوصية قولان:

أحدهما: لا تصح، لأنه أوصى، وعنده أن ما يأتي به لغو.

والثاني: أنها صحيحة اعتباراً بحقيقة الحال.

وهذا أشبه عند المزني وغيره ومنهم من طرد القولين فيما إذا كان عالماً بفساد الكتابة الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق وغيره بخلاف ما إذا باع^(٢) يعباً فاسداً ثم أوصى بالبيع، وهو عالم بفساد البيع تصح الوصية قولاً واحداً، لأن البيع الفاسد، ليس^(٣)

(١) في: أ "ولاء".

(٢) في: ز "باع عبداً يعباً".

(٣) "ليس" ليست في: ظ.

كالصحيح.

وأما إذا أوصى بالبيع جاهلاً بفساد البيع فهو على القولين في الوصية.
ولو باع المكاتب كتابة فاسدة أو المبيع بيعاً فاسداً أو وهب أو رهن، وهو جاهل
بالفساد فطريقان.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بالفساد بخلاف الوصية لأنها تحمل من الحظر مالا يحتمله البيع،
والرهن، والخلاف في هذه الصورة كالخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حيُّ فبان
أنه ميت.

وفي معناها إذا وكل وكيلاً بشراء عبدٍ ثم باعه، وهو لا يدري أن الوكيل قد
اشتراه أو باع مال يتيم وهو لا يدري أن أباه جعله^(١) وصياً له فبان أنه جعله وصياً^(٢).

المسألة الثانية: الوصية بوضع النجوم عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث .

فلو قال: ضعوا عنه ما عليه من النجوم أو كتابته فقضيته وضع الكل.

ولو^(٣) قال: نجماً من نجومه فالاختيار للوارث يضع ما شاء من القليل والكثير،
والأول والآخر.

وكذا لو قال ضعوا عنه ما قل: أو أكثر أو ما خف أو ثقل^(٤) فالقلة والكثرة
والخفة والثقل أمور إضافية.

ولو قال ضعوا عنه ما شاء من نجوم الكتابة فشاء وضع الكل لا يوضع الكل، بل
يبقى أقل ما يتمول، لأن من للتبعيض، ولو اقتصر على قوله: ضعوا عنه ما شاء نقل
المزني: أنه يبقى شيء، ولا يوضع الكل، وإن شاء لأن المعنى ضعوا من كتابته ما شاء
وإلا لقال: ضعوا عنه النجوم.

(١) في: أ "قد جعله".

(٢) في: ز "وصياً له".

(٣) في: ظ، ب "فلو".

(٤) في: أ "أو ثقل".

وإذا كان هذا مضمراً كان كالصورة السابقة.

ومنهم من قال^(١): يجوز وضع الكل إذا شاء. كما لو قال: ضعوا عنه ما عليه إن شاء فحصل وجهان.

والأظهر: على ما ذكره^(٢) في الكتاب الأول.

ولو قال ضعوا عنه أكثر ما عليه، أو أكثر ما بقي عليه، يوضع عنه نصف ما عليه وزيادة وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث.

وذكر الصيدلاني: أنه إذا كانت الزيادة فوق الأقل^(٣) المجزيء فما زاد على ما يجري ابتداء عطية من قبل الوارث، لأن اللفظ يتناول القليل والكثير.

قال الإمام: وهذا مأخوذ عليه، بل هو تفصيل منهم.

ألا ترى أنهم لو اقتصروا على الأقل المجزيء لم يجز أن يقال: إنهم نقصوا من الوصية.

ولو قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه^(٤) أو أكثر ما بقي عليه، ومثل نصفه، فيوضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه، وزيادة شيء.

ولو قال: أكثر مما عليه أو ما عليه وأكثر وضع عنه الكل ولغا ذكر الزيادة.

ولو كانت عليه نجوم مختلفة المقادير، والآجال، فقال: ضعوا عنه أكثر النجوم أو أكبرها روعي القدر، فإن قال: أطولها أو أقصرها روعيت المدة.

وإن قال: ضعوا عنه أوسط النجوم، فهذا يحتمل^(٥) الأوسط في القدر، وفي الأجل وفي العدد، فإن اختلفت النجوم فيها جميعاً فللورثة تعيين ما شاءوا، فإن زعم المكاتب أنه أراد غيره حلفهم على نفي العلم، فإذا تساوت النجوم في القدر، والأجل حملت الوصية

(١) قال "ليست في: ز.

(٢) في: أ، ب، ظ "ذكر".

(٣) في: أ "ثلث أقل".

(٤) من "أكثر ما عليه ٠٠٠ زيادة شيء" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "محتمل" وانظر التهذيب ٤٦٠/٨.

على العدد، وإذا كان العدد وترّاً كالثلاثة والخمسة، فالأوسط، واحد، وإن كان شفعاً فالأوسط اثنان، كالثاني والثالث من الأربعة فيعين الوارث أحدهما هكذا أطلق ابن الصباغ وغيره.

ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما فيوضعان، وهذا قضية ما في "التهذيب"^(١).

فرع: إذا أوصى بكتابة عبد بعد موته، فلم يرغب العبد في الكتابة تعذر تنفيذ الوصية بخلاف ما إذا أوصى بإعتاق عبد لا يحتاج فيه إلى رضاه، ولا يكاتب بدله آخر، كما لو أوصى بمال لزيد فلم يقبل^(٢)، لا يصرف إلى غيره، وإن رغب، فإن خرج كله من الثلث كوتب ثم إن عين مال الكتابة كوتب على ما عيّنه وإلا فعلى ما جرت به العادة، والعادة أن يكاتب العبد على ما فوق قيمته، وإن لم يخرج كله من الثلث، ولم يجز الوارث، فقد قيل كتابة القدر الذي يخرج من الثلث على الخلاف في كتابة بعض العبد. والصحيح: أنه يكاتب ذلك القدر ويصح قولاً واحداً ولا يبالي بالتبعيض^(٣) إذا أدت الوصية إليه.

وإن^(٤) كوتب بعضه، وأدى النجوم، وعتق وولأؤه للموصي، والباقي رقيق.

وإن أجاز الوارث كتابة كله، وعتق بأداء النجوم، وعتق وولأؤه للموصي، والباقي رقيق.

وإن أجاز الوارث كتابة كُله، وعتق بأداء النجوم، فولاء الكل للموصي إن جعلنا إجازة الورثة تنفيذاً، وإلا فولاء ما يزيد على القدر الخارج من الثلث لهم.

ولو قال كاتبوا أحد عبيدي، لم تكاتب أمته، ولا مشكل.

وهل يكاتب الحثي^(٥) الذي ظهرت ذكورته؟ فيه طريقتان.

(١) في: ب، ظ "الكتاب".

(٢) في: ز "يرغب فيه".

(٣) في: ظ "الوصية".

(٤) في: أ "وإذا". وفي: ز "ولو".

(٥) في: ب "الجنين".

أظهرهما: نعم.

والثاني: أن فيه قولين لبعده عن الفهم، والإطلاق.

ولو قال كاتبوا أحد إمامي لا يكاتب عبد ولا مشكل، فإن ظهرت أنوثته فعلى الخلاف.

ولو قال أحد رقيقي جاز العبد، والأمة.

وهل يجوز المشكل؟

قال المزني: نعم.

وعن رواية الربيع: المنع، فقليل فيه قولان، أو وجهان، والصحيح الأول.

هذا تمام القول في تصرفات السيد.

[الفصل الثاني: في تصرفات المكاتب وفيه صور:]

(قال [الغزالي]: أما تصرفات المكاتب فهو فيها كالحر إلا ما فيه تبرع أو خطر: فلا ينفذ عتقه وهبته وشرائه قريبه بالخاباة ويبيعه بالغبن، ولا يبيع بالنسيئة، ولا يرفع اليد عن المبيع قبل قبض الثمن ولا يكاتب، ولا يتزوج من عبده، ولا يتسرى^(١) خوفاً من طلق الجارية ولا يتهب من يعتق عليه إذا لم يكن كسوباً خوفاً من النفقة والمكاتب^(٢) لا تتزوج ولا تكفر إلا بالصيام).

[قال الرافعي] القسم الثاني^(٣) الكلام في تصرفات^(٤) المكاتب وهو كالحر، في معظم التصرفات فيبيع ويشترى ويؤجر ويستأجر ويأخذ بالشفعة، ويقبل الهبة^(٥) والصدقة ويصطاد، ويحطب ويؤدب عبيده إصلاحاً للمال كما يفصلهم ويحسبهم. وفي إقامة الحد عليه خلاف مذكور في الحدود.

وإذا آجر نفسه أو عبيده أو أمواله فعجزه السيد في المدة انفسخ العقد.

وفي كتاب القاضي ابن كج: وجه: أنه لا يجوز أن تزيد مدة الإجارة على أجل^(٦) النجوم، لأنه قد يرق وتكون المنافع فيما زاد للسيد، ولا تصح منه التصرفات التي فيها تبرع أو خطر، لأن المقصود تحصيل المعتق فيحتاج له، ولأن^(٧) حق السيد غير منقطع عما في يده، فإنه قد يعجز، فيعود إلى الرق هذا هو القول الجملي، وفي التفصيل صور .

الصورة الأولى
إعتاق وإبراء
المكاتب
لا يصح ونحو
ذلك

إحداهما: لا يصح إعتاقه ولا إبرائه عن الديون، ولا هبته لا مجاناً ولا بشرط الثواب.

وإن صححنا الهبة بشرط الثواب، لأن في قدر الثواب اختلافاً بين العلماء، فقد

(١) في: أ "يشترى".

(٢) في: ب، ز، ظ "والمكاتبه".

(٣) "القسم الثاني" ليست في: ز.

(٤) انظر: الوسيط ٥٣٣/٧، والروضة ٢٧٨/١٢.

(٥) في: ز "الهدية".

(٦) في: ز "عدد النجوم".

(٧) في: ز "لأن".

يحكم الحاكم بشيء قليل، ولأن الثواب، إنما يُستحقُّ بإقباض الموهوب، وفيه خطر وسندكر أنه لا يسلم مبيعاً قبل قبض الثمن على الظاهر.

فإن كان الثواب معلوماً وكان فيه غبطةً فقد قال الإمام: إن قلنا هذه الهبة بيع، ولا يشترط في ثبوت الملك فيها إقباضٌ فهي مجردة على قياس البيوع^(١).

وإن شرطنا الإقباض فمن يشترطه^(٢) لا يوجب، فلا يمتنع أن يصحح الهبة، ويمنع من الابتداء بالإقباض حتى يسبق قبض العوض بخلاف البيع نسيئة، فإنه يوجب تسليم المبيع قبل قبض الثمن.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يحل له التبسط في الملابس والمآكل، ولا يكلف فيها التقتير المفرط أيضاً.

وليس له أن يدفع المال إلى غيره قراضاً، فإنه قد يخون، أو يموت فيضيع، وله أن يأخذه قراضاً، لأنه نوع تكسب، وكذلك^(٣) ليس له أن يقرض وله أن يستقرض، وليس له تعجيل الديون المؤجلة لما فيه من تقويت الانتفاع بالمال من غير ضرورة.

الصورة الثانية: لا يشتري أحداً من أصوله وفروعه، لتضمنه العتق وفوات المال خلافاً لأبي حنيفة^(٤)، وأحمد^(٥) رحمهما الله.

ولو وهب منه قريب أو أوصى له به، فإن لم يقدر على الكسب لصغر^(٦) أو زمانة وعجز، وكان يلزمه نفقته، لم يجوز له قبوله.

وقيل: يجوز له قبول^(٧) الزمن فقد يكتسب^(٨) من غير عمل.

الصورة الثانية
ليس للمكاتب
شراء أحد من
أصوله وفروعه

(١) في: ظ "التبرع".

(٢) في: ب، ظ، ز "يشترطه".

(٣) في: ب "ولذلك".

(٤) انظر: الهداية ٢٥٧/٣.

(٥) انظر: المغني ٥٤٤/١٤.

(٦) في: ب "لهرمه".

(٧) "له قبول" ليست في: أ.

(٨) في: أ "يكسب".

وهذا ما اختاره الصيمري فيما نقل القاضي الروياني في "الكافي" رحمهما الله: وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه، جاز قبوله، بل يستحب، لأنه لا ضرر عليه في القبول، ثم لا يعتق عليه، لأن ملكه ضعيفٌ ولكن يتكاتب عليه، فيعتق بعتقه ويرق برقه، وليس له بيعه.

وحكى الشيخ أبو علي في "شرح الفروع" وجهاً بديعاً وبعيداً عن ابن أبي هريرة أن له بيعه، ثم قال: وهذا فاسد، ولا يجوز لأحد أن يملك/أباه فيبيعه وتكون نفقته في كسبه، وما يفضل^(١) يكون للمكاتب يستعين به في أداء النجوم، فإن مرض، أو عجز أنفق المكاتب عليه، لأنه من صلاح ملكه، وليس هذا كالاتفاق على أقاربه الأحرار حيث يمنع منه، لأن ذلك مبني على المواساة.

وإن جنى القريب على إنسان يبيع في الجناية وليس للمكاتب أن يفديه بخلاف ما إذا جنى عبده، يجوز له أن يفديه، لأن الرقبة تبقى له فيصرفها إلى النجوم.

الصورة الثالثة
ليس للمكاتب
الشرء بالمحاباة
ولا البيع
بالغبين وكل ما
فيه تفويت
للمال

الثالثة^(٢): ليس له الشراء بالمحاباة ولا البيع بالعين لما فيه من التبرع، وتفويت المال. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن له أن يبيع بما عزوهان كما ذكر في الوكيل ولا يبيع^(٣) بالنسيئة، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرع، وأيضاً ففيه خطرٌ وسواء باع بمثل قيمته أو أكثر، ولا فرق بين أن يستوثق بالرهن والكيل أو لا يستوثق وكذا لا يقرض، وإن استوثق لأن الكفيل قد يفسد والرهن قد يتلف، ويحكم الحاكم المرفوع إليه بسقوط الدين.

ويجوز أن يبيع ما يساوي مائة نقداً ومائة نسيئة، ولو اشترى نسيئة بثمن النقد يجوز ولا يرهن به، فإنه^(٤) قد يتلف، وإن اشتراه بثمن النسيئة لم يجز لما فيه من التبرع.

كذلك ذكره في "التهذيب".

-
- (١) مكرر: في أ "فضل".
(٢) "الثالثة" ليست في: ب، ظ.
(٣) في: ز "المبيع". وانظ: الهدايه ٢٥٧/٣.
(٤) في: ظ "لأنه".

وفي "جمع الجوامع" للرويانى: أنه يجوز إذ لا غبن^(١) فيه، وفرقوا بين المكاتب، وبين الولي، حيث يبيع مال الطفل نسيئة، ويرهن، ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة وبأن^(٢) المرعي هناك مصلحة الطفل، والولي منصوب لينظر له وههنا المطلوب العتق، والمرعي مصلحة السيد^(٣)، والمكاتب غير منصوب لينظر له وقد ذكرنا^(٤) في كتاب "الرهن" أن^(٥) بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة وفي الرهن، والإرتهان، فيجوز أن يعلم لذلك قوله ههنا: "ولا يبيع بالنسيئة" بالواو.

وأحق صاحب الكتاب هناك المكاتب بالولي في جواز الرهن، لكن الذي أطبق عليه عامة الأصحاب: وأورده ههنا المنع، ويشبه أن يتوسط فيقال^(٦): إن دعت ضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب فله ذلك حفظاً للمال^(٧) وإن كان يرى فيه مصلحة لم يكن منه، لأنه ليس ناظر للسيد، حتى يتحمل الخطر لمصلحة^(٨) يراها بخلاف الولي. والله أعلم.

وإذا باع أو اشترى لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر، وكذلك ليس له السلم، لأن مقتضاه تسليم رأس المال في المجلس، وانتظار المسلم فيه سيما إذا كان السلم مؤجلاً.

وفيه وجه: أنه يجوز^(٩) التسليم ليتسلم في الحال، أو في المجلس، ويحتمل هذا القدر، وهذا ما أورده الصيدلاني.

وعلى هذا فيجوز له السلم في الحال.

-
- (١) في: أ "عتق".
 (٢) في: أ "بأن".
 (٣) في: أ "السبه".
 (٤) في: أ "ذكر".
 (٥) "أن" ليست في: أ.
 (٦) في: أ "فقال".
 (٧) في: أ "بمصلحة".
 (٨) في: أ "بمصلحة".
 (٩) "أنه يجوز" ليست في: ب، ظ.

وأطلق الإمام وجهاً: في السلم بشرط الغبطة أنه يجوز.

الصورة الرابعة
ليس للمكاتب
أن يكتب
عبد

الرابعة: لا يكتب المكاتب عبده كما لا يعتقه خلافاً لأبي حنيفة^(١) رحمه الله. ولو أدى مكاتبه إليه المال لم يعتق، لأن تعليقه غير صحيح.

الصورة
الخامسة: لا
يتزوج ولا
يزوج.

الخامسة: لا يتزوج المكاتب ولا يزوج من عبده^(٢) لما فيه من المؤن ولا ينكح المكاتبه أيضاً، لأنه تنتقص قيمتها، وأيضاً فلخطر الطلق وله شراء الجوازي للتجارة، لكن لا يجوز له التسري خوفاً من هلاك الجارية في الطلق.

قال الإمام: وهو بمثابة منع الراهن من وطء الجارية المرهونة.

وكان شيخني: لا يبعد إجراء الوجهين في وطء الجارية التي يؤمن جها ههنا، وهو غير مرضي، لأن المكاتب عبد والوطء يضعفه، ولا ضبط يجعل مرجوعاً فيما يجوز، ويمنع منه، فالوجه حسم الباب، وللنوع من الوطاء معنى آخر وهو ضعف الملك، وعلى ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

الصورة
السادسة: إذا
لزم المكاتب
كفارة قتل أو
ظهار ونحو
ذلك كفر
بالصوم

السادسة: إذا لزم المكاتب كفارة قتل^(٣) أو ظهار^(٤) أو عيّن، فيكفر بالصوم، دون المال، لأن ملكه ليس بتمام، وهو مستحق الصرف إلى جهة أخرى.

واعلم أن الصور جميعاً^(٥) مفروضة فيما إذا لم يأذن له السيد.

فأما إذا أذن السيد في التصرفات المذكورة فسنذكر حكمه إن شاء الله تعالى في الفصل التالي لهذا الفصل.

"فرع عن القفال": أن وصية المكاتب غير صحيحة سواء أوصى بعين من أعيان ماله أو بثلت ماله، لأن ملكه غير تام على ما في يده^(٦).

(١) انظر: الهداية ٢٥٨/٣ حيث قال "والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر، لأن ماله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال".

(٢) في: أ "عيده".

(٣) في: أ "قبل".

(٤) في: ظ "الظهار".

(٥) في: أ "جميعها".

(٦) انظر التهذيب ٤٥٩/٨.

وعن أبي حنيفة^(١) رحمه الله: أنها تصح إن أضاف إلى الموت والحرية وإلا لم تصح.

(قال [الغزالي]: وكل ذلك إن جرى بإذن السيد ففي النفوذ قولان، إلا العتق، ففيه طريقان.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بالمنع لإشكال الولاء، فإن نفذنا ففي الولاء قولان.

أحدهما: أنه للسيد.

والثاني: أنه موقوف حتى يعتق المكاتب يوماً، فيكون له، فإن مات رقيقاً استقر على السيد.

ولو مات العتق في مدة التوقف فميراثه للسيد في قول، ولبيت المال في قول، وكتابة^(٢) عبده كإعتاقه في النفوذ، وفي الولاء).

في تبرعات
المكاتب
وتصرفاته
الخطرة

[قال الرافي]: تبرعات المكاتب وتصرفاته المخطرة كالهبة والإبراء والإقراض والقراض، والإنفاق على الأقارب والبيع بالمحاباة والنسيئة، وتعجيل الدين المؤجل، ونحوها، إن جرت بإذن السيد فمنقول المزني^(٣) والمنصوص في "الأم": أنها تصح.

وعن الربيع فيه قول آخر، ونص على أن الكتابة إذا^(٤) اختلعت بإذن السيد على ما لم يجز، والخلع كالهبة، في أنه بذل مالٍ من غير عوض مالي.

واختلف الأصحاب على طريقين: قال أكثرهم: منهم ابن سريج، وابن خيران، وأبو إسحق في جميع هذه التصرفات قولان.

إما لما رواه الربيع، وإما للنصين في الهبة والتصرف فيهما بالنقل والتخريج.

(١) انظر: الهداية ٢٥٨/٣، وفتح القدير ١١٣/٨.

(٢) انظر: الأم ٦٤/٨، وانظر: الوسيط ٥٣٣/٧.

(٣) انظر: المختصر ٣٢٧.

(٤) في: ظ "إن".

ومنهم من نقل المنع عن نصه في "الإملاء" أحدهما أنها غير صحيحة، لأن ملك المكاتب ناقص^(١)، والسيد غير مالك لما في يديه فلا أثر لإجازته، كما لو وهب المريض جميع ماله، وأجاز الوارث، وأيضا فإنه يفوت غرض العتق.

وأصحهما الصحة، لأن الحق لا يعد وهما، فإذا توافقا عليه صح، كما لو وهب أحد الشريكين بإذن الآخر.

والثاني: تقرير النصين، والقطع بصحة هذه التصرفات، وببطلان الخلع، وقد ذكرنا الطريقتين في "الخلع"^(٢) في كتابه.

وعن أبي الطيب بن سلمة طريقة قاطعة بصحة الخلع أيضاً.

وإن وهب من السيد أو من^(٣) ابنه الصغير فقبل، أو أقرضه، أو باع منه^(٤) نسيئة أو بالمحاباة أو عجل ديناً مؤجلاً له^(٥) غير النجوم فطريقتان.

أظهرهما: أنه على القولين فيما إذا وهب من غيره بإذنه.

والثاني: واختاره الشيخ أبو محمد: القطع بالصحة، لأن للمكاتب أن يعجز نفسه، فيجعل جميع ما في يده للسيد، وإذا تمكن من جعل الجميع للسيد بالتعجيز، لم يبعد أن يجعل بعضه له^(٦) بالهبة.

ولو وهب بإذن السيد فرجع^(٧) السيد على الإذن قبل إقباض الموهوب لم يكن له إقباضه.

ولو اشترى قريبه، بإذن السيد ففي صحته القولان، فإن صححناه يكاتب عليه.

(١) في: ز "غير ناقص".

(٢) في: ظ "في الكلام".

(٣) "من" ليست في: ز.

(٤) في: ز "أو باعه نسيئة".

(٥) في ب: "عن".

(٦) "له" ليست في: ا.

(٧) في: ب، ظ "فيرجع". وفي ز "ورجع".

وعن أبي إسحق المروزي طريقةً قاطعةً بالصحة، لأنه قد يستفيد من أكسابه وفيه صلة الرحم.

وإعتاق: المكاتب بإذن السيد مرتب على سائر التبرعات، إذا جرت بإذنه إن لم يصححها، فالعتق أولى، وإن صححناها^(١) ففيهما قولان.

أصحهما: المنع أيضاً لأنهما يعقبان الولاء^(٢) والمكاتب ليس أهلاً لثبوت الولاء له^(٣) كالقن.

ويحصل من هذا الترتيب طريقان، كما ذكر في الكتاب.

أظهرهما: أن فيه قولين وقد نص عليهما في "المختصر"

والثاني: القطع بالمنع.

ولو أعتق عن سيده أو عن غيره بإذنه فهو كسائر التبرعات بالإذن، ولا تجيء فيه الطريقة القاطعة، لأن المعتق عنه من أهل الولاء، فإن قلنا: بنفوذ العتق، فلمن يكون ولاء العتق؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه للسيد وبه قال: أبو حنيفة^(٤) رحمه الله، لأن المكاتب ليس أهلاً للولاء، وتوقيف الولاء بعيداً.

وولاء المكاتب إذا عتق للسيد، فلا يبعد أن يكون ولاء معتقه له أيضاً.

وأظهرهما: أنه يوقف، لأن الولاء لمن أعتق والسيد لم يعتق، فإن عتق المكاتب كان الولاء له، وإن مات رقيقاً: كان الولاء للسيد، وإن عجز ورقاً حكى الإمام: أنه يبقى التوقف لأنه يرتقب عتقه^(٥) من وجه آخر، لأنه إذا رقّ تبين أن تصرفه على حكم استقلال الكتابة قد انقطع، فالعتق من وجه آخر لا يتعلق بما سبق، والذي اعترض به هو

(١) في: "ظ" وإن صححنا ففيها طريقان".

(٢) في: ب، ظ "ولاء".

(٣) "له" ليست في: ز.

(٤) انظر: الهداية ٢٥٨/٣.

(٥) من قوله "من وجوه... ولا يرتقب عتقه" ليست في: ز.

الذي يوجد لعامة الأصحاب لا غير.

فإن جعلنا الولاء للسيد، فلو عتق المكاتب بعد ذلك ففي انجرار الولاء إليه وجهان، عن رواية أبي علي الطبري وصاحب "التقريب".

أظهرهما: المنع، وكأن السيد هو الذي أعتقه.

والثاني: حكاه الموفق بن طاهر عن تخرنج ابن سريج: أنه ينجر، لأنه الذي باشر العتق.

وإن قلنا: بالتوقف، فلو مات المعتق قبل عتق المكاتب، وعوده إلى الرق ففي الميراث قولان عن رواية الشيخ أبي حامد.

أظهرهما: أن الميراث موقوف أيضاً.

والثاني: أنه للسيد، ولا يوقف الميراث، وإن وقف الولاء، لأن الولاء قد يثبت لشخص ثم ينتقل إلى غيره فلا يعد فيه التوقف، بخلاف الميراث.

ومنهم من نقل بدل الثاني: أنه يصرف إلى بيت المال، كما إذا كاتب الذمي عبداً، ولحق بدار الحرب، فاسترق وعتق مكاتبه ومات يصرف ماله إلى بيت المال.

وهذا والثاني ما أورده في الكتاب وأهمل الأول الذي هو الأظهر.

وقوله: "حتى يعتق المكاتب يوماً" إلى آخره اتباع لما نقله الإمام.

ويجوز أن يعلم قوله "يوماً" بالواو إشارة إلى ماهو الأظهر، وهو أنه لا يوقف حتى يعتق يوماً من الدهر، أو يموت رقيقاً بل، يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة أو يظهر رقه بالعجز أو الموت.

ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد، قال الإمام: يحتمل أن يلحق بهبته ويحتمل

أن يلحق بتنجز العتق.

وهذا الثاني هو الذي أورده الأصحاب ونص رضي الله عنه عليه في المختصر فيعود الطريقتان في صحة الكتابة، والقولان في الولاء تفرعاً على الصحة إذا عتق المكاتب الثاني قبل أن يعتق الأول، وإن عتق^(١) الأول ثم الثاني، فولاء الثاني للأول.

وفي نكاح المكاتب بإذن سيده طريقتان.

أحدهما: أن في صحته القولين في تبرعاته بالإذن، لأنه يلزمه المهر والنفقة، وفيه بذل مال لا في مقابلة مال.

وهذا ما رجحه الإمام ويوافقه مطلق لفظ الكتاب، فإنه قال: "وكل ذلك إن جرى^(٢) بإذن السيد، ففي نفوذه قولان". ومن جملة ذلك التزوج^(٣).

وأظهرهما عند الأكثرين: القطع بالصحة، لأن المكاتب أحسن حالاً من العبد القن، والعبد القن ينكح بالإذن فالمكاتب أولى.

والمعنى فيه أن النكاح يحتاج إليه للتحصين، وسائر المصالح المتعلقة به والهبة، وما في معناها لا تلتحق^(٤) به.

وتزويج المكاتب صحيح على الأظهر ولا بد من إذنها.

وعن القفال: أنها لا تزوج أصلاً، لأن ملك السيد فيها ناقص وهي أيضاً ناقصة فلا يصح أذنها، وقد ذكرنا ذلك في النكاح.

وإذا أذن السيد للمكاتب في وطء الجارية وتسريها فقد بني ذلك على أن العبد هل يملك بالتملك؟ إن قلنا: لا لم يحل له الوطء والتسري، وهو الأصح.

وإن قلنا: نعم قيل: يحل، وقيل: يبنى على الخلاف في تبرعاته بالإذن.

وعن ابن أبي هريرة طريقة قاطعة بالمنع لضعف الملك.

(١) في: أ "أعتق".

(٢) في: أ "أجرى".

(٣) في: ب "الزوج".

(٤) في: ظ "تلتحق".

وإن أذن السيد للمكاتب في التكفير بالإطعام، أو بالكسوة^(١) ففيه قولان بينان تارة على أن العبد هل يملك بالتملك؟.

ومنهم من بناهما على أنه هل يتبرع بإذن السيد؟ فإن أذن في الإعتاق وصححنا إعتاقه بالإذن، وتوقفنا في الولاء فيتوقف في الأجزاء أيضاً، فإن عجز بان أنه لم يجزه، وعليه أن يكفر بالصوم .

ز/٦٩٦

والظاهر أنه /لا يجوز تكفيره بالإعتاق.

وعن القفال: أنه إذا أعتق بإذن السيد وجعلنا الولاء للسيد فينبغي أن يجزيء عن كفارته إذا نوى.

قال [الغزالي]: ولو اشترى المكاتب من يعتق على سيده صح، فإن عجز رجوع إلى السيد، وعتق عليه والقن لو قبل من يعتق على سيده وقلنا ينفذ قبله بغير إذنه لم ينفذ ههنا إن خيف وجوب النفقة في الحال، وإن لم^(٢) يخف بأن كان كسوباً نفذ، ولم يكن للسيد رده، وهل له رد غيره ممن يقبله عبده^(٣)؟ فيه وجهان^(٤)، فإن قلنا: له^(٥) رده فيندفع^(٦) الملك من الأصل وينقطع من حينه فيه وجهان).

[قال الرافعي]: إذا اشترى المكاتب من يعتق على سيده، كأبيه^(٧) وابنه، أو اتهمه أو أوصى له به فقبل، صح، وكان الملك فيه للمكاتب، وإن^(٨) رق المكاتب صار القريب للسيد، وعتق عليه.

ولم يقولوا: إنه يمنع من صرف المال إلى عوض^(٩) من عساه، يعتق على السيد،

(١) في: ز "أو الكسوة".

(٢) "لم" ليست في: أ.

(٣) "عبده" ليست في: ب، ظ.

(٤) ورد في: أ "فإن رجوع إلى السيد وعتق عليه، ولو قبل من يعتق على سيده".

(٥) "قلنا: له" ليست في: أ.

(٦) في: ب، ظ "فيدفع".

(٧) في: أ "كاتبه".

(٨) في: ب "فإن".

(٩) في: ب، ز "غرض".

مسألة اشترى
المكاتب من
يعتق على
سيده أو
أوصى له فقبل

ولا نظروا إلى لزوم النفقة إذا عتق عليه، وإنما اعتبروا الحال.

ولو اشترى بعض من يعتق على السيد، أو اتهبه أو قبل الوصية به صح أيضاً. وإذا رُقَّ^(١) عتق ذلك الشقص على السيد. وهل يسري إلى الباقي إذا كان السيد موسراً؟ ينظر: إن عجز المكاتب نفسه من غير اختيار السيد فلا يسري كما لو ورث بعض قريبه، وإن عجزه السيد فوجهان^(٢).

أحدهما: يسري، لأنه ملك باختيار التعجيز، فصار كما لو ملك بالشراء.

والثاني: المنع، لأن قصده فسخ الكتابة ودخوله في ملكه ضمني قهري.

ولو أتهب العبد القنُّ من يعتق على سيده بغير إذنه، فيبنى على أن اتهاهه بغير إذن السيد، هل ينفذ؟ وفيه خلاف قد سبق. إن قلنا لا، فلا كلام، وإن قلنا: نعم. وهو الأظهر: فإن خيف وجوب النفقة في الحال بأن اتهب أباه الزمن والسيد موسراً، لم ينفذ قبوله، لأن فيه إضراراً بالسيد، وإن لم تجب النفقة في الحال، لكون القريب كسوباً أو لكون السيد فقيراً نفذ القبول، وعتق الموهوب على السيد.

ولو اتهب بعض من يعتق على السيد بغير إذنه، وصححنا اتهاهه بغير إذن السيد ولم يتعلق به لزوم النفقة، ففي صحة القبول قولان.

أحدهما: لا يصح، لأنه يعتق عليه ذلك البعض، ويسري، وفي التقويم على السيد إضرار به.

وأظهرهما: أنه يصح، ولا يسري لحصول الملك بغير اختياره، كما لو ورث.

قال الشيخ أبو علي: وخرج ابن سريج على هذين القولين، ما إذا اشترى المريض أباه بألفٍ وهو لا يملك غير الألف، وعليه دينٌ مستغرق، ففي قول: لا يصح الشراء، لأنه

(١) في أ "وإذا عتق رق".

(٢) قال الشيخ البلقيني: لم يصحح المصنف هنا شيئاً ولكنه صحح في الشرط الثاني من شروط

السراية أنه لا يسري، والأصح عندي أنه يسري، لأن فسخ الكتابة صدر باختياره، ويترتب على ذلك أنه مختار، لكن يعود إليه ما في يد المكاتب ومن جملة ذلك الشقص المذكور، فيعتق ذلك الشقص على السيد، ويسري ما صححه هو مقتضى نص الشافعي في "الأم" ومختصر المزني

انظر: هامش العزيز ١٣/٥٥٢.

لو صح لعنق وتلف حق الغرماء.

والثاني: يصح^(١) ولا يعتق، ويبيع في ديونهم.

وفي "الوسيط"^(٢) وجه آخر: أنه يصح، ويعتق ويسري ويجعل اختيار، العبد كاختياره كما جعل قبوله كقبوله.

ولم أجد هذا في "النهاية" ثم ذكر ههنا فرعاً في اتهام العبد بغير إذن السيد لا يختص بما نحن فيه، وهو أنا إذا صححناه يدخل الموهوب في ملك السيد، قهراً كما يدخل ما احتطبه، واصطاده.

وهل للسيد الرد بعد قبول العبد؟. فيه وجهان ذكرهما صاحب "التلخيص"^(٣).

أحدهما: نعم، لأن تملك العاقل البالغ قهراً بعيداً.

وأقيسهما^(٤): المنع، كما في الملك الحاصل بالاحتطاب. فإن قلنا بالأول، فينقطع ملكه عن وقت الردّ أو يتبين أنه لم يدخل في ملكه.

وذكر صاحب "التلخيص" فيه وجهين أيضاً، ويظهر أثرهما فيما إذا كان الموهوب عبداً ووقع هلال شوال بين قبول العبد، وردّ السيد في زكاة الفطر.

وقوله في الكتاب "ولم يكن للسيد رده" يعني أن القريب يعتق إذا نفذ القبول ولم يكن للسيد رد الهبة، ولا دفع العتق.

وهذا لا ذكر له في "الوسيط" ولا غيره.

ولك أن تخرجه على الوجهين الآخرين عن صاحب "التلخيص".

وقوله "وهل له رد غيره ممن يقبله عبده".

(١) في: أ، ب "لا يصح" وهو خطأ.

(٢) انظر: الوسيط ٥٣٥/٧.

(٣) انظر: التلخيص ص ٦٦٧.

(٤) انظر: الروضة ٢٨٣/١٢.

ولو^(١) قال "مما"^(٢) يقبله عبده" لكان أحسن.

فرعان: لابن الحداد: أحدهما: إذا وهب من المكاتب بعض ابنه أو أيه فقبله وصححنا القبول على مامر التفصيل فيه، فإذا عتق المكاتب عتق عليه ذلك الشقص.

قال ابن الحداد: ويقوم عليه الباقي إن كان موسراً.

وعن القفال: أنه لا يقوم، لأنه لم يسر في الابتداء، فلا يسري بعده كمعسر، أعتق شقصاً له في عبده ثم أيسر^(٣).

قال الشيخ أبو علي: والأصح الأول، وذلك الشقص أيضاً لم يعتق في الابتداء، وإنما عتق عند عتق المكاتب، فليست السراية متأخرة عن العتق.

والثاني: اشترى المكاتب ابن سيده ثم باعه بأبي^(٤) السيد يصح ويصير الأب ملكاً فإن^(٥) رق المكاتب صار الأب ملكاً للسيد، وعتق عليه^(٦)، فإن وجد به عيباً بعد ذلك، فلا سبيل إلى الرد، ولكن له الأرش، والأرش جزء من الثمن، فإن نقص العيب عُشرَ قيمة الأب فيرجع إلى عشر الابن^(٧) الذي هو الثمن، وإذا ملك عشر الابن^(٨)، عتق عليه، وهل يقوم^(٩) عليه الباقي؟

قال الشيخ أبو علي: إن عجز المكاتب نفسه بلا اختيار السيد لا يقوم عليه الباقي، وإن عجزه بنفسه، ففيه وجهان قد سبق نظيرهما.

قال: والأظهر المنع.

-
- (١) في: ظ "فلو".
 (٢) في: ظ "فما".
 (٣) في: ب "لم يسر".
 (٤) في: ظ "باب".
 (٥) في: ز "ملكاً له".
 (٦) "عليه" ليست في: ز.
 (٧) في: ز "عشر الابن".
 (٨) في: ز "عشر الابن".
 (٩) في: أ "يقول" وهو خطأ.

وزاد الإمام فقال القسط من الابن الذي هو الأرش ينقلب إليه قهراً، أم لا يرجع إلا باختياره؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: بالأول ففي تقويم الباقي عليه الوجهان.

وإن قلنا: بالثاني فالظاهر السراية.

مسألة: إذا
استولد
المكاتب
جاريته

(قال [الغزالي] ولو استولد المكاتب جاريته فولده مكاتب عليه أي يعتق عليه بعته ويرق برقه وهل تصير الأم مستولده إذا عتق فيه قولان).

[قال الرافعي]: عرفت أن المكاتب لا يطأ جاريته بغير إذن سيده، وكذا بإذنه على الأظهر، فلو خالف ووطيء فلا حدَّ عليه للشبهة، ولا مهر، لأن مهر جاريته لو ثبت لثبت له، فإن أولدها، فالولد نسيبٌ لشبهة الملك.

ثم لا يخلو إما أن يأتي بالولد، وهو مكاتب بعد، فيكون ملكاً له، لأنه ولد جاريته، لكن لا يملك بيعه، لأنه ولده ولا يعتق عليه، لأن ملكه ليس بتمام، بل يتوقف عتقه على عتقه، إن عتق عتق، وإلا رق وصار للسيد، وهذا معنى قولهم "إن ولده يتكاتب عليه".

وهل تصير الجارية مستولدة له؟

منهم من يقول: لا تصير مستولدة في الحال، فإن عتق ففيه قولان:

ومنهم من يطلق القولين في ثبوت حرمة الاستيلاء في الحال.

أحدهما: الثبوت، ويحكى هذا عن أبي حنيفة^(١)، وأحمد^(٢) رحمهما الله واختيار

المزني^(٣)، لأنه ثبت للولد حق الحرية، حيث يكاتب عليه، وامتنع بيعه، فيثبت لها حرمة^(٤)

الاستيلاء.

(١) انظر: الهداية ٣/٢٦٠.

(٢) انظر: المقنع ص ٢٠٢.

(٣) انظر: المختصر ص ٣٢٦.

(٤) في: أ "حرية".

وأصحهما: المنع، لأنها علقت بمملوك، فأشبهت الأمة الموطوءة بالنكاح وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الملك، وإنما يثبت لصيرورته ملكاً لأبيه كما لو ملك ولده بهبة وغيرها^(١).

فإن قلنا: تثبت حرمة الاستيلاء في الحال، فإن عتق المكاتب استقر الاستيلاء، وإن عجز رقت مع الولد للسيد^(٢)، فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة له، لأن بالعجز يتبين أنها علقت برقيق، وأنه لا استيلاء فإن^(٣) عجز ثم عتق، وملكها لم تصر مستولدة له، وإن عتق بأداء النجوم فكذلك على ظاهر المذهب.

وعن أبي إسحق^(٤) تخريج قول مما إذا أولد الراهن الجارية المرهونة، وقلنا لا تصير مستولدة له، فيبعت، ثم ملكها حيث نقول بثبوت الاستيلاء على رأي، لكن العلق هناك يجر، وههنا بمملوك، هذا إذا أتت بالولد وهو مكاتب.

أما إذا أتت به بعد العتق، فإن كان لما دون ستة أشهر من وقت العتق، فكذلك الجواب، لأن العلق وقع في الرق.

وإن كان لسته أشهر فصاعداً من يؤمئذ فقد أطلق الشافعي رضي الله عنه: أنها تصير مستولدة له.

واختلف الأصحاب فقال قائلون: هذا إذا وطئ بعد الحرية، وولد لسته أشهر، فصاعداً من يوم الوطء لظهور العلق بعد الحرية، والولد والحالة هذه حر لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلق في الرق تغليباً للحرية.

فأما إذا لم يطأها بعد الحرية فيكون الاستيلاء على الخلاف.

وقال آخرون: يثبت الاستيلاء، وطئ بعد الحرية، أو لم يطأ، لأنها كانت^(٥)

(١) انظر: الوسيط ٥٣٦/٧، والتهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٥/١٢، ومغني المحتاج ٥٢٥/٤.

(٢) "للسيد" ليست في: ز.

(٣) في: أ، ب، ظ "وإن قلنا لا يثبت".

(٤) في: ظ "عن ابن سريج".

(٥) في: أ "لو كانت".

فراشاً قبل الحرية، وذلك الفراش مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعد الحرية قائم فيكتفي به لثبوت الاستيلاء.

والأول: أصح على ما ذكره صاحب "التهذيب"^(١).

(١) انظر: التهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٥/١٢.

[في الحكم الرابع: حكم ولد المكاتبه إذا كان من نكاح أو زناً]

(قال [الغزالي]: الحكم الرابع: حكم الولد: وفي سرية الكتابة من المكاتبه إلى ولدها الذي تلد بعد الكتابة من زنا أو نكاح قولان، كما في سرية التدبير، إلا أن هذا يعتق بعثق الأم، وولد المدبرة لا يعتق بعثقها بل بموت السيد، وهذا^(١) يعتق بعثق الأم في دوام الكتابة فإن قلنا: يسري فحق الملك فيه للسيد في قول، وكأنه مكاتبه حتى يصرف إليه بدله إذا قتل^(٢) وينفذ إعتاقه، ويصرف إليه كسبه مهما رق، وتلزمه^(٣) نفقته إن لم يكن له كسب، وفي قول هو من كسب المكاتبه فيكون كسائر عبيدها، وأما ولد المكاتب من جاريته فهو كسب له قولاً واحداً لا ينفذ فيه إعتاق السيد، لكن لو جنى لم يكن له أن يفديه، لأن فداه كشرائه، فإنه^(٤) لا ينفذ تصرفه في ولده بل يكاتب عليه).

[قال الرافعي]: كتابة الأمة صحيحة ككتابة العبد، وإذا كاتب أمة لها ولد، فلا يخفى بقاء الولد على ملك السيد، فإن شرطاً أن يكون الولد معها في عقد الكتابة، فالكتابة فاسدة، لكن إذا أدت عتق الولد أيضاً بموجب التعليق.

وإن كان في يدها مال وشرطاً أن يكون المال لها، فقد حكى القاضي ابن كحج: أن الشافعي^(٥) رضي الله عنه نص على فساد الكتابة، وفرق بين الولد والمال على أحد القولين فإن المال من جنس كسبها الذي يكون لها بالكتابة فجاز أن يصير لها بالشرط، ولك أن تقول: هذه صورة كتابة الرقيق، والبيع منه بعوض واحد وقد سبق القول فيه.

وإن كانت حاملاً عن الكتابة وتيقن ذلك بأن ينفصل لما دون ستة أشهر من يوم الولادة، فقد ذكرنا أنها إذا قلنا: إن الحمل لا يعرف، فهو كالولد الحادث بعد الكتابة وسنذكر حكمه على الأثر إن شاء الله تعالى.

(١) في: ز، ظ "وهل".

(٢) في: ز "يعتق".

(٣) في: أ "فيلزمه".

(٤) في: ز "فلا ينفذ".

(٥) انظر: الأم ٥٨/٨، والوسيط ٥٣٧/٧، والتهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٥/١٢.

وإن قلنا يعرف، فحكاية القاضي ابن كج: أن عقد^(١) الكتابة يصير كأنه^(٢) توجه^(٣) نحوها ونحوه، فإذا عتقت عتق الولد، ونقل صاحب "التهذيب": أنه لا تثبت الكتابة للولد. لأن الصغير لا يكاتب بخلاف مثله من التدبير، فالصغير يدبر.

ثم قال: من عنده وجب أن يثبت حكم الكتابة له، لا على سبيل السراية، بل على وجه الاستتباع كما يتبع الحمل الجارية في البيع، وإن كان لا يقبل البيع وحده. وهذا ما نقله ابن كج: وإن حدث الولد بعد الكتابة فهذا الولد إما أن يكون من السيد، أو من غيره، إن كان من السيد فالحكم ما سيأتي إن شاء الله تعالى في الفرع المذكور عقيب^(٤) هذا الفصل.

وإن كان من غيره، إما من زنا أو نكاح، ففيه قولان:

أحبهما إلى الشافعي رضي الله عنه وهو المنصوص^(٥) في "المختصر"^(٦) أنه يثبت له حكم الكتابة حتى يعتق بعق الأم إما بالأداء أو بالإبراء أو بالإعتاق، لأن سبب الحرية كحقيقتها في استتباع الأولاد، ألا ترى أن أولاد المستولدة يتبعونها، ولأن الولد كسبها فيتوقف أمره على رقبها وحريتها كسائر أكسابها.

والثاني: لا يثبت، لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ، فلا يثبت حكمه في الولد، كما أن ولد المرهونة لا يكون مرهوناً، ويحكى هذا عن نصه رضي الله عنه في بعض "أماليه" وعن أبي إسحاق: أنه قطع بالقول الأول، وقال: إذا اختاره الشافعي رضي الله عنه وجب أن يكون القول الآخر ساقطاً.

وقوله في الكتاب: "ففي سراية الكتابة إليه قولان" ليس المقصود نصب الخلاف في أنه هل يصير الولد مكاتباً فقد نص الأصحاب: على أنه لا يدخل في الكتابة، ولا

(١) في: ب "عند".

(٢) في: أ "كاتبه".

(٣) في: ب، ظ "توجه".

(٤) في: ز "عقب".

(٥) انظر: الأم ٥٨/٨.

(٦) انظر: المختصر ص ٣٢٤.

يطالب بشيء من النجوم، وكيف ولم يوجد منه قبول ولا جرى معه عقد، قالوا: ويخالف التدبير، حيث يسري على أحد القولين، لأن التدبير يتعلق بقول السيد ولا يعتبر فيه، رضا العبد، ولذلك إذا عجزت المكاتبة أو ماتت بطلت الكتابة، وكان الولد رقيقاً للسيد، بلا خلاف.

وفي التدبير إذا ماتت المدبرة قبل السيد يبقى التدبير في الولد على أحد القولين، فإذا في اللفظ توسع والمقصود أنه هل يتبعها في العتق بعتقها والرق برقها أم لا؟ ويوضحه ما ذكر في الكتاب أن ولد المدبرة لا يعتق بعتق الأم بل يعتق بما تعتق به الأم وهو موت السيد بسراية^(١) التدبير، وولد المكاتبة يعتق بعتق الأم بالتبعية من غير أداء منه ولا إبراء، ولا إعتاق.

وقوله: "تعتق الأم في دوام الكتابة" يشير إلى أنه إنما يعتق بعتق الأم، إذا اعتقت عن جهة^(٢) الكتابة حتى لو فسخت الكتابة، ثم عتقت الأم لا يعتق الولد. وفي لفظ^(٣) الكتاب زيادة فإنه قال: "لا أن هذا يعتق بعتق الأم"، ثم قال آخر "أو هذا يعتق بعتق الأم في دوام الكتابة.

والثاني: مغن عن الأول.

التفريع: إن قلنا لا يثبت للولد حكم الكتابة فهو قن للسيد، له بيعه وإعتاقه عن الكفارة والوطء إن كان الولد جاريةً ولا يعتق بعتق الأم.

وإن قلنا: يثبت فحكم الملك فيه لمن هو؟ فيه قولان:

أشبههما عند الشافعي رضي الله عنه: أنه للسيد، كما أن حق الملك في الأم له، وكما أن حق الملك في ولد أم الولد للسيد^(٤)، والثاني وهو اختيار المزني^(٥) رحمه الله: إنه

(١) في: ز "سراية".

(٢) في: أ "من".

(٣) "لفظ" ليست في: أ.

(٤) انظر: الأم ٥٨/٨.

(٥) انظر: المختصر ٣٢٤.

للمكاتبة، لأنه يتكاتب عليها فيكون حق الملك فيه لها كما أن حق الملك في المكاتب للسيد، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعقتها، ويتفرع على^(١) القولين صور:

منها: إذا قتل الولد فعلى القول الأول تكون القيمة للسيد، كقيمة الأم لو قتلت.

وعلى الثاني: تكون^(٢) للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم.

وحكى الصيدلاني وجهاً: أنها تكون للسيد، أيضاً، لأن القتل^(٣) يقطع أثر

الكتابة، فيموت رقيقاً له^(٤).

والأول أظهر:

ومنها: كسب الولد وأرش الجناية عليه فيما دون النفس، ومهر الوطاء بالشبهة إذا

ولدت المكاتبة جارية ما حكمها؟ إن قلنا: بالقول الأول فقد قيل: إنها تصرف إلى السيد

بلا توقف، كما تصرف إليه القيمة إذا قبل على هذا القول.

والصحيح: أنها توقف فإن عتقت المكاتبة وعتق الولد، فهي له، وإلا فللسيد،

كما أن كسب الأم إن عتقت يكون لها، وإلا فللسيد.

وأيضاً فإننا وإن جعلنا حق الملك فيه للسيد، فليس له التصرف فيه بالبيع وغيره،

بل يتوقف إلى أن يتبين أمره في الحرية فليكن كسبه لنفسه^(٥).

ثم إن أرقن الأم نفسها مع القدرة على أداء النجوم، فقال الولد أودي بنجوم أمي

من كسبي لتعتق فأعتق.

قال في "النهاية": لا يمكن منه لأنه بائع لا اختيار له في العتق^(٦).

(١) "على" ليست في: أ.

(٢) في: أ "يكون".

(٣) في: أ "القطع".

(٤) "له" ليست في: ز.

(٥) في: ب "كنفسه".

(٦) انظر: النهاية ٢٥، ٢٦، ٢٧ مجلد ٢ - لوحة ٣٠٤/ب.

وإن عجزت فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف، وتستعين به في أداء النجوم، فهل يجاب؟ فيه قولان.

أحدهما: نعم، لأنها إذا رقت رق الولد وأخذ السيد كسبه، وإذا عتقت عتق، وقد يفضل شيء من الكسب فقي إيجابتها حط للولد.

وأصحهما على ما ذكر الإمام: المنع، لأنه لا حق لها في كسبه على هذا القول، فإن^(١) مات الولد في دوام التوقف، ارتفع الوقف وصرف الموقوف إلى السيد على هذا القول.

وإن قلنا: بأن حق الملك فيه للأُم فالكسب والأرش والمهر لها تستعين بها^(٢) في أداء النجوم، ويصرف ما يحصل إليها يوماً بيوم بلا توقف.

ومنها: تفقه الولد على السيد، إن قلنا: يصرف الكسب، إليه في الحال، وإن قلنا: يوقف فينق عليه من كسبه، ويعالج جرحه، ويكفي مؤنة فما^(٣) فضل فهو للذي يوقف.

فإن لم يكن له كسب، أو لم يف بالنفقة ففيه وجهان:

أصحهما: أنه على السيد، لأن حق الملك له.

والثاني: ينق عليه من بيت المال، لأن تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به، وإن قلنا: إنه يصرف الكسب إلى الأُم فالنفقة عليها^(٤).

ومنها: لو أعتق السيد الولد، فإن قلنا: حق الملك له، وقلنا: إن الكسب يصرف إليه في الحال أو قلنا يوقف، ومنعناها من أخذه لأداء النجوم، فينفذ إعتاقه.

فإن^(٥) جوزنا لها الاستعانة بالموقوف فوجهان.

أظهرهما: أنه لا ينفذ لئلا يقطع حقها من كسبه.

(١) في: أ "وإن".

(٢) في: ب "بهما".

(٣) في: ز "وما".

(٤) في: ز "في الحال" خطأ.

(٥) في: ز "وإن".

وإن قلنا: إن حق الملك في الولد للأم لم ينفذ إعتاقه.

وقوله في الكتاب "وينفذ إعتاقه" يجوز أن يعلم بالواو، لما ذكرنا من الوجهين في نفوذ العتق إذا جوزنا لها الاستعانة بالكسب الموقوف، مع التفريع على أن حق الملك فيه للسيد.

وقوله "ويصرف كسبه إليه مهما رق" وهذا لا يختص بقولنا: إن الملك فيه للسيد، بل إذا رق برك الأم فكسبه مصروف إلى السيد سواء قلنا: إن حق الملك فيه للسيد، أو للأم.

وقوله: "وأما ولد المكاتب، من جاريته" إلى آخره "فاعلم: أنه لما ذكر القولين في ولد المكاتبه أراد أن يبين أن ولد المكاتب من جاريته يفارق حكمه حكم ولد المكاتبه، فحق الملك فيه للمكاتب بلا خلاف حتى يصرف كسبه إلى المكاتب بلا خلاف، ولا^(١) ينفذ إعتاق السيد فيه، ونفقته على المكاتب وإنما كان كذلك، لأن هذا الولد ولدته^(٢) أمته وهي ملك له، وإذا ولدت أمة المكاتب من زنا أو نكاح^(٣) فهم عبيده، نازلون منزلة سائر أكسابه، وهذا بمثابةهم، إلا أنه لا يتبعه، ويتكاتب عليه بسبب القرابة فيعتق بعتقه، ويرق برقه.

وإذا عتق المكاتب وتبعه هذا الولد وفي يده كسب فالكسب للمكاتب لا للولد. ولو كان للولد توقف، ولو جنى هذا الولد جناية وتعلق الأرش برقبته، فقد حكى الإمام عن العراقيين: أنه إن كان له كسب، فله أن يفديه من كسبه، وإن لم يكن له كسب وأراد بيعه، فله أن يبيع كله.

وإن زاد على قدر الأرش يصرف قدر الأرش إلى المجني عليه، ويأخذ الباقي.

ثم غلط من صار إليه وقال: الصحيح أنه لا يفدي ولده، وإن كان يفديه من كسبه، لأن كسب الولد كسائر أموال المكاتب، والفداء كالشراء، فليس له صرف المال

(١) في: أ "وإلا" وهو خطأ.

(٢) في: ز "ولد".

(٣) في: ز "أو نكاح أولاداً".

الذي يملك التصرف فيه إلى عوض ولده الذي يملك التصرف فيه، فإنه بمثابة التبرع.
قال: والصحيح أنه إذا باع لا يبيع منه إلا قدر الأرش كما أن العبد المرهون إذا
جنى يباع منه بقدر الجناية، ولا يزداد.

وليعلم لما بينا قوله في الكتاب "لم يكن له أن يفديه" بالواو.

وقوله: "فإنه لا ينفذ تصرفه في ولده" هذا توجيه إلحاق^(١) الفداء بالشراء. المعنى:
أنه لا ينفذ تصرفه في الولد إذا فداه، بل يتكاتب عليه كما لا ينفذ إذا اشتراه، وكما لا
يصرف المال الذي يملك التصرف فيه بالبيع ونحوه إلى شراء الولد، لا يصرفه إلى فدائه.

وفي بعض النسخ "ولا ينفذ تصرفه في ولده" وهو صحيح أيضاً. المعنى: أن ولده
من جاريتته كسائر عبيده، وأكسابه، إلا أنه إذا جنى لم يكن له فداؤه^(٢) وإلا أنه لا ينفذ
تصرفه فيه بالبيع ونحوه بل يتكاتب عليه.

وولد المكاتبه من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريتته، وأولاد بنت
المكاتبه كأولادها.

فرعان: أحدهما: إذا اختلف السيد والمكاتبه، في ولدها فقال السيد: ولدته قبل
الكتابة فهو رقيق لي.

وقالت: بعد الكتابة^(٣) وقد يكاتب^(٤) تفرعاً على القول الأظهر، وكان كل واحد
من الأمرين محتملاً، فإن أقام أحدهما بينه قضى بها.

قال في: "التهذيب" وإذا أقام السيد أربع نسوة على ما يقول، قبلت شهادتهن،
لأنها شهادة على الولادة والملك يثبت ضمناً.

وإن أقام كل واحد بينة على ما يقوله فالصورة من صور التعارض^(٥)، وإن لم

(١) في: أ "المخلق". خطأ.

(٢) من "إلا أنه إذا جنى لم يكن له فداؤه" ليست في: ب، ظ.

(٣) "بل" ليست في: أ.

(٤) في: ز "يتكاتب".

(٥) في: ب "التقاص".

تكن بينة فيصدق^(١) السيد يمينه لأنه اختلاف في وقت الكتابة، فيصدق فيه السيد، كالاختلاف في أصل الكتابة.

ولأن الأصل جواز التصرف فيما يحدث من^(٢) ملكه وهي تدعي حدوث مانع منه.

والثاني: زوج أمته من عبده ثم كاتب العبد ثم باع منه زوجته، وأتت بولد واختلف السيد، والمكاتب.

فقال السيد: ولدت قبل الكتابة فهو قن لي.

وقال المكاتب: بل بعد الكتابة والشراء وقد تكاتب^(٣) علي^(٤) فيصدق المكاتب يمينه بخلاف ما ذكرنا في الفرع السابق، لأن المكاتب ههنا^(٥) يدعي ملك الولد، لما مر أن ولد أمته ملكه، ويده مقررة^(٦) على هذا الولد، واليد تدل على الملك فصار كما لو كان في يده مال، وادعاه السيد، والمكاتب هناك لا تدعي الملك، ولا تقر يدها^(٧) على الولد، وإنما تدعي توقف أمره وثبوت حكم الكتابة فيه، ولا دلالة لليد على ما يدعيه.

آخر: حكى الصيدلاني: أن الشافعي^(٨) رضي الله عنه قال: لو أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة، والآخر بعدها، فهما للسيد لأنهما حمل واحد وكذا لو أتت بأحدهما من يوم ملك الأم لأقل من ستة أشهر، وبالأخر لأكثر فهما للسيد.

وإنَّ الشيخَ أبا زيد: أفتى بذلك.

-
- (١) في: ز فالصدق.
 (٢) في: أ "في".
 (٣) في: ظ "وقد يكاتب".
 (٤) "على" ليست في: ظ.
 (٥) في: ب، ظ "هناك".
 (٦) في: ز "مقرره".
 (٧) في: ظ "ولدها". خطأ.
 (٨) انظر: الأم ٥٧/٨. حيث قال رضي الله عنه "ولو أقام السيد البينة على ولدين ولدا للمكاتبه في بطن أحدهما ولد قبل الكتابة، والآخر بعدها كانا مملوكين للسيد لأنه إذا رق له أحدهما رق الآخر، لأن حكم الولدين في البطن حكم واحد".

والصحيح: أن كلام الشافعي^(١) رضي الله عنه مؤول، وإن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان حتى لو وضعت ولداً، وفي بطنها آخر فبيعت، فالولد الثاني مبيع، معها، وإن كان الأول للبائع.

وهذا ما أورده صاحب التهذيب^(٢).

مسألة إذا
وطء السيد
مكاتبته

[قال الغزالي]: فرع إذا وطئ السيد مكاتبته فقد تعدى، ولكن لا حد، ويجب المهر، وقيمة الولد إن قلنا: إن ولدها كسبها، فإن ولدت بعد العجز والرق أو بعد العتق^(٣) فلا شيء لها، ثم هي مستولدة ومكاتبته فإن أدت النجوم عتقت، وإلا عتقت بموت السيد).

[قال الرافعي]: السيد ممنوع من وطء مكاتبته لاختلال ملكه فيها، ولو شرط في الكتابة أن يطأها، فسد العقد خلافاً لمالك رحمه الله: حيث قال "يصح العقد ويلغوا الشرط"^(٤).

ولأحمد^(٥) رحمه الله حيث قال "بصحتها"^(٦).

ثم إن خالف ما ذكرناه ووطئ مكاتبته فلا حد عليه سواء كان عالماً بالتحريم، أو جاهلاً، لأن له فيها ملكاً وإن كان ضعيفاً، ألا ترى أنه ينفذ إعتاقه فيها، ويجيء قول قديم في وجوب الحد ذكرناه في باب^(٧) "حد الزنا"^(٨) وقد أشار إليه أبو الفرج السرخسي ههنا فيجوز أن يعلم قوله "ولكن لا حد" بالواو، ويعزر إن كان عالماً بالتحريم، وكذلك المكاتبته وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: حكاية وجه أنه لا يعزر، وإن كان عالماً للشبهة في المحل، وحق هذا أن يطرد في نظائره.

(١) الوسيط: ٥٣٧/٧، التهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٦/١٢.

(٢) انظر: ٤٤٣/٨.

(٣) "أو بعد العتق" ليست في: أ.

(٤) انظر: مختصر خليل، ص ٢٩٨.

(٥) انظر: المقنع ص ٢٠٢.

(٦) في: ب، ظ "بصحتها".

(٧) في: ب "كتاب".

(٨) انظر: الوجيز ١٧٠/٢، والعزير ١٤٦/١١.

ويجب المهر في صورتى العلم والجهل، إن كانت هي مكرهةً، وإن طاوعته، ففي وجه لا يجب المهر لأنها أهدرت نفسها بلا عوض وعن "المنهاج" ترجيح هذا الوجه. والصحيح، وهو المنصوص في "الأم" أنه يجب مع الطوعية لأن المسقط للحد شبهة الملك، وهي تقتضي وجوب المهر مع الطوعية، كشبهة الملك^(١). وعن مالك^(٢): أنه لا حد بحال.

لنا أن منافع بعضها لها ألا ترى أنه لو وطئها غيره بشبهة كان المهر لها، وإذا وجب المهر، فلها أخذه في الحال، فإن حلَّ عليها نجم وهما من جنس واحد فعلى الخلاف في التقاص.

وإن عجزت قبل أخذه سقط، وإن عتقت بأداء النجوم، فلها المطالبة به. ولو أن السيد أولدها فالولد حر، لأنها عقلت به في ملكه وتصير هي مستولدة له.

وهل عليه قيمة الولد؟

إن قلنا: إن ولد المكاتبه قنَّ للسيد، أو قلنا: يتكاتب لكن حق الملك فيه للسيد، فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبه.

وإن قلنا: الحق لها فعليه القيمة وتستعين المكاتبه بها فإن عجزت قبل الأخذ سقطت وإن عتقت أخذتها، وإن^(٣) ولدت بعدما عجزت، ورقت فلا شيء لها، وكذا لو ولدت بعدما عتقت، لأنه حين تعذر تقويمه^(٤) ليس بكسب مكاتبه.

وقوله في الكتاب: "أو بعد العتق" في بعض النسخ أو "بعد الموت" أي بعد موت السيد، فإنها تعتق بموته من جهة أنها مستولدة ثم لا ترتفع الكتابة بإيلادها، بل هي

(١) انظر: الأم ٥٩/٨، والوسيط ٥٣٨/٧، والروضة ٢٩١/١٢، ومغني المحتاج ٥٢٥/٤.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٨.

(٣) في: ز "ولكن".

(٤) في: أ، ب "تقومه".

مستولدة ومكاتبة فإن عجزت ثم مات السيد عتقت عن الاستيلاء والأولاد الحادثون بعد الاستيلاء من النكاح^(١) أو الزنا يتبعونها، والحاصلون قبل الاستيلاء أرقاء للسيد.

وإن مات السيد قبل عجزها عتقت.

قال: في "التهذيب" ويتبعها أكسابها، وتعتق عن الكتابة أو الاستيلاء فيه وجهان.

أصحهما: عن الكتابة كما لو أعتق السيد المكاتب أو أبرأه عن النجوم وعلى هذا فالأولاد الحادثون بعد الكتابة، وقبل الاستيلاء، هل يتبعونها؟ فيه الخلاف السابق.

والثاني: أنها تعتق عن الاستيلاء، لأنه أكد.

وأجرى هذا الخلاف فيما إذا علّق عتق المكاتب بصفة ووجدت الصفة قبل أداء النجوم وفيما إذا تقدم الاستيلاء على الكتابة. قال في: "التهذيب" وإذا استولد ثم كاتب وأدت النجوم فالأكساب الحاصلة بعد الكتابة تتبعها والحاصلة قبل الكتابة للسيد، والأولاد الحاصلون بعد الاستيلاء يتبعونها، وهذا مبني على أن كتابة المستولدة جائزة وفيه خلاف قد^(٢) تقدم.

فرعان: أحدهما: ليس للسيد وطء أمة مكاتبه أو مكاتبته، فإن وطئها فلا حد عليه للشبهة، فإنه يملك سيدها ويلزمه المهر للمكاتب، أو المكاتبه فإن أكسابها لسيدها، والمهر من أكسابها، وإن أولدها فالولد حر نسيب وتصير الأمة مستولدة له.

قال في "الشامل" ويجب عليه قيمتها لسيدها لأنها ملكه، ولا يجب عليه قيمة الولد لأنها وضعت في ملكه ويجيء فيه الخلاف الذي سبق.

والثاني: للسيد وطء بنت المكاتبه إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتبه، وإن أثبتناه فليس له وطئها ولكن لاحد عليه والمهر مبني على الخلاف السابق في الكسب إن قلنا: إنه يصرف إلى السيد في الحال فلا مهر عليه.

وإن قلنا: إنه للأمر فكذلك المهر، وإن قلنا بالتوقف فينفق منه عليها ويوقف الباقي، فإن عتقت بعق الأم فهو لها، وإن عجزت فهو للسيد.

(١) في: ب "النكاح".

(٢) "قد" ليست في: ز.

وإن أولدها صارت مستولدة له والولد حر نسيب، ولا يجب عليه قيمة المستولدة
لأمها، لأن الأم لا تملكها، وإنما يثبت^(١) لها حق العتق بعتق الأم، وقد تأكد ذلك
بالاستيلاء.

هكذا ذكره ابن الصباغ رحمه الله، وقد سبق في مثلها^(٢) قولان، في أنه: هل تجب
القيمة للأم؟ فينبغي أن يكون ههنا كذلك.

قال: في "التهذيب" ويقتضى حكم الكتابة فيها حتى تعتق بعتق الأم ويكون
الكسب لها إذا جعلنا الحق فيها^(٣) للأم.

فإن مات السيد عتقت البنت بموته، وتؤخذ القيمة من تركته للأم إذا جعلنا الحق
لها، كما في القتل، وقيمة الولد على ما ذكرنا في ولد المكاتب.

[مسألة في الأمة المشتركة بين اثنين يطوئها أحدهما]

[قال الرافعي] وتعلق بالفصل مسألة طويلة الذيل أورد لها في "المختصر"^(٤) باباً
صالحاً، وهي: القول في الأمة المشتركة، إذا كاتبها مالكاها معاً ثم وطئها أحدهما،
وحكم الحدود، والتعزير، ولزوم المهر على الواطيء كما ذكرنا في المالك الواحد.

ثم إن لم يحل عليها نجم فلها أخذ المهر في الحال، وإن حلَّ فإن كان معها مثل
المهر فيدفعه إلى الذي لم يطأ، وفي المهر، ونصيب الواطيء من النجم الذي حل
الخلاف^(٥) في التقاص.

وإن لم يكن معها شيء آخر فنصف النجم للواطيء مع المهر على الخلاف في
التقاص والنصف الآخر يدفع إلى الذي لم يطأ.

(١) في: أ "وإنه ثبت".

(٢) في: أ "قتلها".

(٣) في: ب "حق العين".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٦، وانظر: الحاوي ٢٢/٢٥٠، والوسيط ٧/٥٣٨، والتهذيب ٨/٤٤٩،

والروضة ١٢/٢٩٢.

(٥) في: أ "خلاف".

وإن عتقت المكاتبه قبل أخذ المهر، وصيرورته قصاصاً أخذته، وإن عجزت بعد أخذه فإن بقي فهو للسيد، وإن تلف فقد تلف من ملكهما.

وإن عجزت قبل أخذه فإن كان في يدها بقدر المهر مال أخذه الذي لم يطأ^(١) وبرئت ذمة الواطيء، وإن لم يكن معها شيء فللذي لم يطأ أن يأخذ نصف المهر، من الواطيء، لأنه وطيء جارياً مشتركة بينهما.

فإن أحبلها نظر إن ادعى الاستبراء وحلف عليه، وأتت بولد لسته أشهر فصاعداً من وقت الاستبراء، لم يلحقه، وهو كولد المكاتبه من الزوج، أو الزنا وقد^(٢) مر حكمه.

وإن لم يدع الاستبراء أو أتت بالولد لما دون ستة أشهر فالولد ملحق به ويثبت الاستيلاء في نصيبه من الأمة مع بقاء الكتابة فيه ثم هو إما معسر أو موسر.

إن كان معسراً فلا يسري الاستيلاء إلى نصيب الشريك، وليس فيه إلا الكتابة، فإن أدت النجوم إليهما عتقت بالكتابة، وبطل حكم الاستيلاء، وإن عجزت وفسخا الكتابة فنصفها قن^٣، والنصف الآخر على حكم الاستيلاء.

وإن مات الواطيء قبل الأداء والفسخ، عتق نصفها، وبقيت الكتابة في النصف الآخر وإن مات بعد الفسخ عتق النصف والباقي قن^٤ وفي الولد وجهان.

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: أنه ينعقد كله حراً لشبهة الملك، ولأن الرق لا يتبعص ابتداءً.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق نصفه حر ونصفه رقيق، لأن أحد نصفي الجارية ليس له ولو لم تكن كلها له لكان الولد رقيقاً، فإذا لم يكن نصفها له كان بعضه رقيقاً.

وفي "التهذيب" أن هذا أصح وقد سبق للصورة^(٣) نظائر.

فإن قلنا: إنه^(٤) ينعقد كله حراً، وفرعنا على أن ولد المكاتبه قن للسيد، فعلى

(١) في: ب "يطأها".

(٢) انظر: ص ١٣١٨.

(٣) "للصورة نظائر" ليست في: ز.

(٤) "إنه" ليست في: أ.

الواطيء نصف قيمة الولد للشريك الآخر ويسقط قسطه منها.

وإن قلنا يثبت فيه حكم الكتابة وجعلنا الحق فيه للسيد، فكذلك الجواب، وإن جعلنا الحق للمكاتبه فعليه جميع قيمة^(١) الولد لها^(٢) تستعين بها في أداء النجوم.

فإن عتقت قبل أخذها أخذتها، وإن عجزت قبل الأخذ أخذ الشريك الآخر نصفها وسقط النصف، وإن قلنا ينعقد نصفه حراً ونصفه رقيقاً، فإن جعلنا ولد المكاتبه قناً للسيد، فالنصف الرقيق للشريك، ولا يجب شيء من قيمة الولد على الواطيء.

وإن أثبتنا حكم الكتابة في ولد المكاتبه فالنصف الرقيق يتكاتب عليها إن عتقت عتق وإلا رق للشريك الآخر.

وقيمة النصف الحر هل تجب على الواطيء؟ يبنى على أن الحق في ولد المكاتبه للسيد أو لها؟.

إن قلنا: بالأول: لم يجب، وإلا وجبت^(٣)، ثم إن عتقت عتق الولد وسلم لها نصف القيمة فتأخذها إن لم تكن أخذت.

وإن عجزت سقط عنه، فإن^(٤) كان قد دفع استرده إن كان باقياً، وإن كان موسراً سرى الاستيلاء إلى نصيب الشريك، وإن كان الولد كله حراً ومتى يسري؟ فيه طريقان^(٥).

قال الأكثرون: فيه قولان كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من المكاتبه ففي أحد القولين يسري في الحال.

وفي الثاني: عند العجز وعن أبي علي بن أبي هريرة وغيره: القطع بأنه يسري عند العجز، والفرق أن السراية في الحال تتضمن نقل الملك في المكاتبه وفسخ الكتابة، وإنما احتملنا ذلك لحصول العتق الناجز والاستيلاء لا يُنجز العتق فلا يحتمل رفع الكتابة

(١) في: أ "قيمة جميع".

(٢) "لها" ليست في: ز.

(٣) في: ب "وجب".

(٤) في: ز "وإن".

(٥) "طريقان" ليست في: ز.

به ومن نصر الأول قال كما إن الإعتاق الناجز أقوى من الكتابة فالاستيلاء^(١) أقوى وأثبت منها فجاز أن يرفع به، فإن قلنا بالسراية في الحال فتنسخ الكتابة في نصيب الشريك ويبقى في نصيب الواطيء ويثبت الاستيلاء في جميع الجارية فعلى الواطيء للشريك نصف مهرها ونصف قيمتها، وأما نصف قيمة الولد فقد قال الإمام رحمه الله: كما لو استولد أحد الشريكين الجارية القنة وانعقد الولد حراً ففي وجوب قيمته قولان بناء على أن العلق على الحرية وانتقال الملك هل يفترقان أم لا؟.

وفي "التهذيب" أنا إن قلنا: إن السراية تحصل بنفس العلق فلا يجب، وإن قلنا: تحصل بأداء القيمة فيجب لتقدم العلق على الملك وعلى الواطيء أيضاً نصف المهر للمكاتبة لبقاء الكتابة في نصيبه.

وهل يجب نصف قيمة الولد لها؟

يبني على أن الملك في ولد المكاتبة لمن هو؟

ولو أدت نصيب الواطيء من مال الكتابة عتق نصيبه وسرى إلى الباقي.

وإن عجزت وفسخ الكتابة بقيت مستولدة محصنة.

فإن^(٢) قلنا بالسراية عند العجز، فإن أدت النجوم عتقت عن الكتابة وولائها بينهما ويطل حكم الاستيلاء، ولها المهر على الواطيء تأخذه إن لم تكن^(٣) أخذته ويجب نصف قيمة الولد للشريك.

إن قلنا ولد المكاتبة قن للسيد. أو قلنا: يثبت فيه حكم الكتابة وحق الملك فيه للسيد.

وإن قلنا: الحق فيه للمكاتبة فتحجب جميع القيمة لها.

وإن لم تؤد النجوم، وعجزت فعلى الواطيء للشريك نصف مهرها ونصف قيمتها ونصف قيمة الولد.

(١) من قوله: "لا ينجر العتق . . . فالاستيلاء". ليست في ظ.

(٢) في: ز "وإن".

(٣) "تكن أخذته" ليست في: ز.

هذا تمام الكلام فيما إذا وطىء أحد الشريكين.

وإن^(١) وطفاهما جميعاً نظراً: إن لم يحصل علوق فحكم الحد والتعزير كما سبق ويجب على كل واحد^(٢) منهما مهر كامل، وإذا عجزت ورقت بعد قبض المهرين لم يطالب أحدهما الآخر بشيء ويقسمان المهرين إن كانا باقيين وإن عجزت قبل قبضهما سقط عن كل واحدة منهما نصف ما لزمه ويجيء في النصف الآخر التقاص وقد يكون أحد المهرين أكثر من الآخر إما لكونها بكرة عند وطىء أحدهما ثيباً عند وطىء الآخر أو لاختلاف حالها في الصحة والمرض وغيرهما من الأحوال فيأخذ مستحق الفضل الفضل.

وإن أفضاهما أحدهما فعليه نصف القيمة للشريك، وإن افتضها فعليه نصف أرش الاقتضاض مع المهر.

وإن ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه الذي أفضى أو اقتض حلف كل واحد منهما للآخر، فإن حلفا فذاك.

وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف، وإن حصل علوق فينظر إن أتت بولد واحد أو أتت بولد من كل واحد منهما.

الحالة الأولى: إذا أتت بولد واحد فينظر: إن ادعى الاستبراء وحلفا عليه لم يلحق بواحد منهما وهو كولد تأتي به المكاتبه من زوج، أو زنا.

وإن لم يدعى الاستبراء فإما أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما، وإما أن يمكن أن يكون من الأول دون الثاني.

وإما أن يكون بالعكس، وإما أن يمكن أن يكون من كل واحد منهما.

فهذه أربعة أقسام:

الأول: إذا لم يمكن أن يكون من واحد منهما بأن ولدته لأكثر من أربع سنين

(١) في: ز "فإن".

(٢) في: أ "واكل".

من وطيء الأول ولما دون ستة أشهر من وطيء الثاني أو لأكثر من أربع سنين من وطيء آخرهما وطئاً فهو كما لو ادعى الاستبراء.

وحكم المهر في الحالتين كما إذا لم يكن علوق.

والثاني: إذا أمكن أن يكون من الأول دون الثاني، بأن ولدته لما بين أقل مدة الحمل، وأكثرها من وطيء الأول، ولما دون أقل مدة الحمل من وطيء الثاني، فالولد ملحق بالأول، ويثبت الاستيلاد في نصيبه.

ثم هو: إما معسرٌ فلا سراية وتبقى الكتابة في جميعها.

فإن^(١) أدت النجوم وعتقت فلها على كل واحد منهما كمال المهر، وإن رقت فنصفها قنٌ للثاني، ونصيب الأول يبقى على حكم الاستيلاد، ولكل واحد منهما على الآخر نصف المهر، وهو من صور التقاص والخلاف فيه.

وأما الولد فكله حرٌ أو يتبع فيه الرق والحرية؟ فيه الخلاف الذي سبق^(٢).

وإما موسر فالولد حر كله^(٣) ويسري الاستيلاد من نصيبه إلى نصيب شريكه ويعود الخلاف في أنه يسري في الحال أو عند العجز؟

فإن قلنا: يسري في الحال انفسخت الكتابة في نصيب الثاني وتبقى في نصيب الأول.

وإن قلنا: عند العجز فإذا عجزت ورقت، ارتفعت الكتابة وهي مستولدة له^(٤) على القولين.

والحكم فيما إذا أدت النجوم وعتقت على ما سبق، فيما إذا وطئها أحدهما وأولدها.

(١) في: ب "وإن".

(٢) من قوله: "وأما الولد فكله . . . الذي سبق" ليست في: ب.

(٣) في: ز "كله حر".

(٤) "له" ليست في: ز.

وكذا الحكم لو عتقت بالموت، وما ذكرنا أنه يجب للشريك الآخر على الذي أولدها من المهر، وقيمة الجارية، وقيمة الولد تجب ههنا للثاني على الأول.

ووطء الثاني إن كان بعدما حكمنا بمصير^(١) جميعها، أم ولد للأول يوجب جميع المهر، فإن بقيت الكتابة في نصيب الأول فهو بينه وبين المكاتب، وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً، فجميعه له، وإن كان قبل الحكم عصير^(٢) جميعها أم ولد له لم يلزمه إلا نصف المهر، لأن السراية إذا حصلت أخيراً انفسخت الكتابة وعاد نصفه رقيقاً فتكون الأكساب له، والمهر من الأكساب، ثم ذلك النصف للمكاتب، إن بقيت الكتابة في نصيب الأول، وإلا فهو للأول.

هكذا ضبط القول فيما يجب على الثاني جماعةً منهم صاحب "الشامل".

واعلم أن وطاء الثاني إذا وقع بعد الحكم بمصير جميعها أم ولد للأول، فقد وقع بعد ارتفاع شبهة الملك، وانقطاع علقته عنها وحينئذ فيكون زناً، والذي أطلق من وجوب جميع المهر، مصوراً فيما إذا فرضت شبهة أخرى.

وأطلق في "المختصر"^(٣) قولين في أنه يجب على الثاني بوطئه جميع المهر، أو نصفه، وبني ذلك على أن السراية تتعجل أو تتوقف على أداء القيمة؟.

إن قلنا: تتعجل، فعليه جميع المهر، لأنه وطئها والمالك خالص للأول.

وإن قلنا: تتوقف على أداء القيمة فعليه النصف، لأن الجارية مشتركة بعد.

وعن أبي إسحق أن الصحيح وجوب الجميع، وأنه اختيار الشافعي والمزني رضي الله عنهما^(٤).

والقسم الثالث: إذا أمكن أن يكون من الثاني دون الأول، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطئ الأول، ولما بين أربع سنين وستة أشهر من وطئ الثاني، فالولد

(١) في: أ "مصير".

(٢) في: ب "مصير" وفي: أ "يصير".

(٣) انظر: المختصر ص ٣٢٦.

(٤) انظر: الأم ٦٠/٨. وانظر: المختصر ص ٣٢٦، والحاوي ٢٥٣/٢٢، والروضة ٢٩٤/١٢.

ملحق بالثاني ويثبت الاستيلاء في نصيبه ولا سراية إن كان معسراً وفي تبعض الحرية في الولد الخلاف السابق.

وإن كان موسراً سرى الاستيلاء، إما في الحال، أو عند العجز على ما سبق. ويجب على الثاني في هذا القسم ما ذكرنا أنه يجب على الأول في القسم الثاني. وأما الأول: ففي "التهذيب" أنه إن كان الثاني معسراً فعلى الأول كمال المهر، للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم.

وإن كان موسراً، فإن قلنا: السراية تحصل بعد العجز، فكذلك الجواب، وإن قلنا: تحصل في الحال فتتفسخ الكتابة في نصيب الأول، ولا^(١) يجب إلا نصف المهر لها تستعين به في أداء نصيب الشريك من النجوم.

وأطلق العراقيون والروائيون وغيرهم: أنه لا يجب على الأول عند يسار^(٢) الثاني إلا نصف المهر.

والقسم الرابع: إذا أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما، بأن ولدته لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطء كل واحد منهما وادعى الولد أو ادعاه أحدهما فيعرض على القائف فمن ألحقه به منهما كان الحكم كما لو تعين اللقوق به، وإن تعذرت الاستفادة من القائف فيعتمد انتسابه بعد البلوغ، ويكون الحكم على ما بيناه.

قال الإمام: ولو فرض ذلك في الأمة القنّة، وعرض الولد على القائف فألحقه بأحدهما يلحقه^(٣) الولد ويثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا يسري إن كان معسراً لكن يثبت الاستيلاء في نصيب الآخر أيضاً بإقراره أنها مستولدة.

وإن كان موسراً سرى ولا يلزمه للشريك قيمة نصيبه، لأنه يدعي أن الجارية مستولدة فيؤاخذ بموجب إقراره.

(١) "لا" ليست في: أ.

(٢) في: أ "تساوي".

(٣) في: ز "فيلحقه". وفي: أ "فلحقه".

وإذا لم نجد القائف والمتداعيان موسران فيحكم بأن الجارية مستولدة بينهما، نصفها لهذا، ونصفها لهذا إذ ليس أحدهما بأولى بالسراية من الآخر^(١).

ولو أقرأ بالوطء وسكتنا عن دعوى الولد فألحقه القائف بأحدهما ثبت الاستيلاء في نصيبه، وسرى. وعليه أن يغرم للشريك، لأنه لم يوجد ههنا إقرار ينافي الغرم.

ولو لم يوجد قائف، واعتمدنا انتسابه بعد البلوغ فهل يثبت الغرم والصورة هذه؟ فيه ترددٌ مفهومٌ من كلام الأصحاب رحمهم الله.

الحالة الثانية: إذا أتت بولدين وعرفا حالهما واتفقا على أن هذا من هذا وهذا من هذا، وفيها مسألتان:

إحداهما: إذا اتفقا على السابق منهما فينظر إن كانا موسرين، أو كان الأول موسراً فتصير الجارية مستولدة للأول، وعليه للثاني نصف مهرها، ونصف قيمتها، وفي وجوب نصف قيمة الولد خلاف.

قال في "التهذيب": إن قلنا تحصل السراية بنفس العلوق فلا يجب، وإن قلنا تتوقف على العجز أو قلنا لا تحصل إلا بأداء نصف قيمة الولد فيجب.

وأما الثاني: فإن وطئها بعدما صار جميعها مستولدة للأول، وهو عالم بالحال فعليه الحد وولده رقيقٌ للأول، وإن كان جاهلاً فالولد حر وعليه تمام المهر، وتمام قيمة الولد يوم الوضع، ويكون جميعها للأول، إن ارتفعت الكتابة في نصيبه أيضاً، وإن بقيت فنصف المهر له ونصفه للمكاتبة، ونصف قيمة الولد له^(٢)، ونصفها على الخلاف في ولد المكاتبة.

وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولدة للأول فلا يلزمه إلا نصف المهر، لأن نصفها له بعد، وفي تبعيض^(٣) حرية الولد ما سبق، فإن لم يتبعض فعليه نصف قيمة الولد، ولا يثبت الاستيلاء في نصيب الثاني، وإن بقي نصيبه له، لأن الأول استحق

(١) في: ب "للآخر".

(٢) "له" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: ب "تبعيض".

السراية، فلا يجوز إبطال حقه عليه.

وعن القفال: أن فيه وجهين كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر.

وقلنا: إن السراية تتوقف على أداء القيمة فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها.

وإن كانا معسرين، أو كان الأول معسراً ثبت الاستيلاء في نصيب الأول، ولم يسر. فإذا أحبلها الثاني ثبت في نصيبه أيضاً، وعلى كل واحد منهما تمام المهر للمكاتبة، فإن عجزت^(١) قبل الأخذ فعلى كل واحد منهما^(٢) نصف المهر للشريك الآخر، ومن مات منهما عتق نصيبه بحكم الاستيلاء. وذكر في "التهذيب" أن في تبعيض^(٣) الحرية في ولد واحد منهما الخلاف السابق، وأنا إذا لم نحكم بالحرية في نصفه فهو قن^٤ للآخر أو يتكاتب؟ فيه الخلاف، وأنه لا يجب على واحد منهما شيء من قيمة الولد.

وفي "أمالي" أبي الفرج السرخسي: أنا إذا قلنا بالتبعيض فالجواب كذلك.

أما إذا قلنا بحرية^(٤) الجميع فعلى كل واحد منهما للآخر نصف قيمة ولده.

ولم يجز العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعيض^(٥) الحرية في ولد كل واحد منهما إذا كان الأول معسراً والثاني موسراً، وحكموا بأن ولد الموسر حر كله، والخلاف مخصوص بالمعسر.

المسألة الثانية: إذا اختلفا في السابق فقال كل واحد منهما أنا أولدتها أولاً ولدي هذا.

وكان كل واحد من القولين محتملاً فهما إما موسران أو معسران، أو أحدهما موسر دون الآخر، والاعتبار في اليسار والاعسار^(٦)، بحالة الإحبال.

(١) في: أ "عجز".

(٢) من قوله "تمام المهر . . . واحد منهما" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: أ "تبعُّض".

(٤) في: أ "بالحرية".

(٥) في: أ "تبعض".

(٦) في: أ "الاعتبار".

الحالة الأولى: إذا كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي على الآخر جميع المهر، وجميع قيمة ولده، لأنه يقول وطقتها وهي مستولديتي أو يدعي نصفها^(١) على ما فصلنا في المسألة السابقة وكل واحد يقر للآخر بنصف المهر ونصف قيمة الجارية، فإنه يقول: أولدتها وهي مشتركة فصارت مستولدة لي ويقر أيضاً بنصف قيمة الولد على اختلاف فيه، وما يقر به كل واحد للآخر من نصف قيمة الجارية يكذبه الآخر فيه، ومن أقر بحقٍ لغيره فكذبه سقط إقراره به، فتبقى دعوى كل واحد منهما على الآخر، في المهر، وقيمة الولد، فإن اقتضى الحال التسوية بينهما لم يعظم أثر الاختلاف^(٢)، وجاء الكلام في التقاص.

وإن تفاوتتا حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر، وفي "التهذيب" وجه أنهما يتحالفان على النفي والإثبات، وإذا^(٣) حلفا، فلا شيء لواحد منهما على الآخر، وهي مستولدة أحدهما لا على التعيين ونفقتها عليهما، فإذا ماتا فهي حرة، والولاء موقوف بينهما، وإن مات أحدهما فالأظهر: أنه لا يعتق منها شيء لجواز أنها مستولدة الآخر.

وعن أبي علي بن أبي هريرة والطبري: أنه يعتق نصفها بموت أحدهما، واختاره القاضيان أبو الطيب والرويان.

وحكى ذلك عن نصه^(٤) رضي الله عنه في "الأم"^(٥) ووجه بأنه كان يملك نصفها وقد أولدها وشككنا في أن إحيال شريكه هل يسري إلى نصيبه فيعتق نصيبه بالظاهر.

الثانية: إذا كانا معسرين فلا ثمرة للاختلاف والحكم كما لو عرف السابق وهما معسران وإذا مات أحدهما عتق نصيبه وولأؤه لعصباته، وإن ماتا فالولاء للعصبتين

(١) في: أ "نصفهما".

(٢) في: ز "الخلاف".

(٣) في: ز "فإذا".

(٤) في: أ "وذكر" وهو خطأ.

(٥) انظر: الأم ٦٠/٨.

بالسوية، وروى الربيع رحمه الله في "الأم" أن الولاء يوقف، وإن كانا معسرين وذكر عامة الأصحاب رحمهم الله أن هذا سهو وغلط إما من الربيع أو من غيره وقيل أراد حالة الموت فلا فرق حينئذ بين أن يكونا موسرين أو معسرين، لما ذكرنا أن الاعتبار في اليسار والاعتبار بحالة الإحبال.

الحالة الثالثة: إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر^(١) عليه^(٢) ويثبت الاستيلاء للموسر في نصيبه لا ينازعه المعسر فيه ويتنازعان في نصيب المعسر فنصف نفقتهما على الموسر، والنصف بينهما ثم إن مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولاؤه لورثته فإذا مات المعسر بعده^(٣) عتق نصيب^(٤) الآخر وولاؤه موقوف بينهما، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منه شيء فإذا مات المعسر بعده عتق كلها، وولاء نصفها لورثته، وولاء النصف الآخر موقوف.

قال الصيدلاني: هذا إذا قلنا لا تتوقف سراية الاستيلاء على أداء القيمة، فإن قلنا تتوقف على أداء القيمة فهنا لا أداء فتكون الجارية مستولدتها، ويكون الولاء بينهما، ولا توقف.

ولو كان الاختلاف على عكسه فقال كل واحد منهما للآخر، أنت وطئت أولاً فسرى إلى نصيبى وهما موسران.

قال في "التهذيب" يتحالفان ثم نفقتهما عليهما، وإذا مات أحدهما لم يعتق نصيبه لاحتمال أن الآخر سبقه بالاستيلاء ويعتق نصيب الحي، لأنه أقر بأن الميت أولاد أولاً وسرى إلى نصيبه^(٥) وعتق بموته، وولاء ذلك النصف موقوف.

وإذا مات الآخر عتق كلها وولاء الكل موقوف، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فقال المعسر سرى إيلادك إلى نصيبى وقال الموسر: أنت أحبلت أولاً ولم

(١) "الآخر" ليست في: ظ.

(٢) "عليه" ليست في: ز.

(٣) "بعده" ليست في: ز.

(٤) في: أ "النصف".

(٥) في: أ، ب "نصبي".

يسر إلى نصيب فيتحالفان، ثم النفقة عليهما، فإن مات الموسر أولاً عتق كلها.
أما نصيب الموسر فبموته، وولاؤه لعصبته، وأما نصيب المعسر، فبإقراره وولاء
نصيبه موقوف. وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء لاحتمال أن الموسر سبقه
بالإحبال، فإذا مات الموسر بعده عتق كلها وولاء نصيب الموسر له وولاء نصيب المعسر
موقوف.

[الفصل الخامس: في حكم الجناية]

قال [الغزالي]: الحكم الخامس: حكم الجناية فإذا جنى على أجنبي أو على سيده يلزمه الأرش، فإن زاد الأرش على رقبته ففي وجوب الزيادة قولان، لأنه يقدر على أن يعجز نفسه فلا يبقى متعلق سوى الرقبة، ولو جنى عبداً من عبيد المكاتب، فليس له فداؤه بأكثر من قيمته، ولو أعتق السيد مكاتبه بعد الجناية يلزمه الفداء كما لو قتله، ولو جنى على السيد فأعتقه فالصحيح أنه يطالبه بالأرش بعد العتق، ولو جنى ابن المكاتب فلا يفديه، ولو جنى ابنه على عبده فهل يبيعه؟ فيه^(١) وجهان

ولو استحق المكاتب قصاصاً على عبده أو عبد غيره جاز له الاستيفاء، وقيل: يجب أخذ الأرش، إن لم يرض السيد بالقصاص، ولو جنى على سيده أو على عبده فللسيد الاقتصاص ولو قتل المكاتب، انفسخت الكتابة، وللسيد القيمة

[قال الرافعي]: فيه صور نذكرها مع ما يتعلق بها ولا نراعي ترتيب الكتاب

في الفصل
أربع صور
الصورة الأولى
إذا جنى
المكاتب على
سيده أو على
أجنبي

إحداها: إذا جنى المكاتب على أجنبي بما يوجب القصاص في النفس والطرف^(٢) فلمستحقه استيفاءه، فإن عفى على مال أو كانت الجناية موجبة للمال فينظر: إن كان في يده مال، وكان الواجب مثل قيمته، أو أقل طوالب به مما في يده، وإن كان أكثر ففيه قولان، عن رواية صاحب "التقريب" وغيره.

أحدهما: أنه يطالب بتمام الأرش، لأنه كالحر في المطالبة مادامت الكتابة باقية. وأصحهما: أنه لا يطالب إلا بقدر قيمته لأنه يملك تعجيز نفسه وإذا عجز نفسه فلا متعلق، ولا مرجوع إليه سوى الرقبة.

ويعبر عن الغرض^(٣) على هذا القول بأنه يطالب بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية.

(١) "فيه" ليست في: أ.

(٢) انظر: الأم ٦٧/٨ والمختصر ص ٣٢٩ والحاوي ٣٠٧/٢٢ والتهذيب ٤٦٦/٨ والوسيط ٥٣٩/٧ والروضة ٣٠١/١٢ ومعني المحتاج ٥٣٠/٤.

(٣) "الغرض" ليست في: ظ.

ويعبر عن القولين أيضاً بأن يقال: إن للمكاتب أن يفدي نفسه في الجناية، وبكم يفديها؟ فيه^(١) قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من أرش^(٢) الجناية والقيمة.

والثاني: بأرش الجناية بالغاً ما بلغ، لأنه لو عجز نفسه، ربما اشترى بذلك القدر، فإن قلنا يفدي نفسه بأقل الأمرين فله ذلك، وإن لم يرض السيد وإن قلنا بالأرش وزاد الأرش على القيمة^(٣) لم يستقل به، فإن أذن السيد فهو على القولين في تبرعته بالأذن.

وإن لم يكن في يده مالٌ وطلب مستحق الأرش تعجيزه عجزه الحاكم ثم يباع كله في الجناية إن استغرق الأرش قيمته، وإلا فيباع بقدر الأرش وتبقى الكتابة في الباقي فإذا أدى حصته من النجوم عتق ذلك القدر.

ولو أراد السيد أن يفديه من ماله ويستديم الكتابة فله ذلك، وعلى مستحق الأرش قبوله هذا هو الظاهر وفيه شيء قد سبق وبما يفديه؟.

الجديد: أنه يفديه بالأقل من قيمته وأرش الجناية.

والقديم: أنه يفديه بالأرش، وله أن يرجع عن اختيار الفداء ويسلمه للبيع، إلا إذا مات العبد بعد اختيار الفداء أو باعه بإذن المجني عليه بشرط الفداء فيلزمه الفداء.

قال الروياني: وإنما شرط إذن المجني عليه في البيع، لأن قوله اختزت الفداء لا يسقط حقه من رقبة العبد ما لم يؤد المال، ولو أبرأه السيد عن النجوم، أو أعتقه فعليه أن يفديه، لأنه فوت بالإعتاق متعلق حق المجني عليه فهو كما لو قتله، وهذا بناء على نفوذ الإعتاق، وهو المشهور^(٤).

وأشار القاضي ابن كج إلى أن فيه خلافاً كإعتاق العبد القن إذا جنى.

(١) في: أ "ففيه".

(٢) في: ز "من قيمته وأرش الجناية".

(٣) في: ز "قيمه".

(٤) انظر: الروضة ٣٠٢/١٢ ومغنى المحتاج ٥٣٠/٤.

ويمكن أن يفرق بأن المكاتب قد صار مستحق العتق بالكتابة قبل الجناية، وإذا أعتقه وقع العتق عن الجهة المستحقة والقن بخلافه.

وبما يفديه السيد؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على القولين الجديد والقديم.

والثاني: القطع بأنه يفديه بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة، فإن الفرق باق هناك ولو بيع وربما رغب فيه راغبٌ بأكثر من قيمته، وبعد العتق فات هذا التوقع.

وكما يلزم السيد فداء المكاتب الجاني بإعتاقه يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه^(١) إذا تكتابا عليه وجنياً، لأنهما لا يعتقان بإعتاقه.

ولو عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجناية، ولا يلزم السيد فداؤه وإن^(٢) كان هو القابض للنجوم، لأنه مجر على قبولها، فالحوالة على المكاتب أولى، وفيما يلزمه الطريقتان.

ولو جنى المكاتب جنائيات^(٣) وأعتقه السيد، أو أبرأه عن النجوم، فعليه أن يفديه، وإن أدى النجوم وعتق فضمان الجناية على المكاتب، وما الذي يلزمهما إن كانت الجنائيات معاً بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة أو هدم عليهم جداراً فعلى القولين المذكورين في الجناية الواحدة فعلى^(٤) الجديد: يلزم الأقل من أرش الجنائيات كلها ومن قيمته.

وفي القديم: يلزم الأروش بالغة ما بلغت، وإن كانت الجنائيات متفرقة فالقديم بحاله، وفي الجديد قولان:

أصحهما: وهو اختيار المزمي أن الحكم كذلك يلزم الأقل من أروش الجنائيات ومن القيمة، لأن الجنائيات جميعاً تعلقت بالرقبة، فإذا أتلّفها بالعتق لم يضمن إلا ما أتلّف،

(١) في: أ "وابنه".

(٢) في: ز "ولو".

(٣) في: أ "جنائيات".

(٤) في: ز "في".

ولأن المنع من البيع حصل بالإعتاق، والإعتاق شيء واحد فلم يوجد^(١) إلا منع واحد. والثاني: يجب لكل جناية أقل الأمرين من أرشها ومن القيمة، لأن البيع كان ممكناً عقيب^(٢) كل جناية وبالإعتاق فوت ذلك فكأنه أحدث لكل جناية منعاً. والقولان كالقولين في جنایات أم الولد، ولو أراد المكاتب أن يفدي نفسه مما في يده عن الجنایات، ففيه طريقان.

أحدهما: أن فيما يفدي نفسه به^(٣) القولين المنقولين عن الجديد، لأن البيع ممتنع ما بقيت الكتابة فتنزول إدامة^(٤) الكتابة منزلة العتق بأداء النجوم.

والثاني: القطع بأنه يفدي بالأقل من أرش كل جناية ومن القيمة. وفرق بأن العتق يفوت محل الأرش، ويطل إمكان البيع وههنا الرقبة باقية وإمكان البيع مستمر.

والذي أورده في "التهذيب": أنه يؤخذ مما في يده الأقل من أرش الجنایات كلها ومن قيمته ويشبه أن يكون هو الأظهر.

ولو لم يكن في يده مال وسأل المستحقون تعجيزه عجزه الحاكم ويبيع ويقسم الثمن على أقدار الأروش، وإن أبرأ بعضهم قسم على الباقين.

وإذا اختار السيد فداءه بعد التعجيز لم يبيع وفيما يفديه^(٥) القولان .

الثانية: إذا جنى المكاتب على طرف سيده فله القصاص وكذا لو جنى على عبد السيد، وإن قتل السيد فللورثة القصاص فإن عفا المستحق على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال، تعلق الواجب بما في يده، لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي^(٦) فكذلك في الجناية.

الصورة الثانية
إذا جنى
المكاتب على
طرف سيده

(١) في: ز "يوجد منه".

(٢) في: ز "عقب".

(٣) "به" ليست في: ز.

(٤) في: أ "إدامته".

(٥) في ز "يفديه به".

(٦) "مع الأجنبي" ليست في: أ.

وما الذي يلزم المكاتب، أيلزمه الأرش بالغاً ما بلغ أو الأقل؟ فيه القولان المذكوران في الجناية على الأجنبي.

فإن قلنا: يلزم الأرش بالغاً ما بلغ وكان^(١) أكثر من قيمته فعن الشيخ أبي حامد: أن له أن يفدي نفسه به.

وعن القاضي أبي الطيب: أن فيه الخلاف في هبته من سيده.

قال ابن الصباغ: وهذا يقتضي أن يقال: للسيد أن يمتنع من القبول، لأنه لا يلزمه قبول الهبة.

وعندي أنه يلزمه القبول إذا أمكنه أداءه، وأداء مال الكتابة، ولا يجوز له الامتناع، وإن لم يكن في يده شيء أو كان لا يفني بالأرش فهل للسيد تعجيزه بسبب الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه إذا عجزه سقط الأرش إذ لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإن الأرش يتعلق برقيقته، وينسب هذا إلى القفال.

وأصحهما: على ما ذكر في "التهذيب"^(٢) نعم وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وغيره ويستفيد به رده إلى الرق المحض.

وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم ورق، فهل تسقط الأروش أو تكون في ذمته إلى أن يعتق؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين فملكه هل يسقط؟ وجناية المكاتب على طرف ابن سيده كجناية على الأجنبي وجنایته على نفسه تثبت القصاص للسيد، فإن عفا وكان القتل خطأ فهو كما لو جنى على السيد، ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنایته عليه أو أبرأه عن النجوم، فإن لم يكن في يده شيء سقط الأرش، لأنه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلق الأرش باختياره، ولا مال غيرها.

(١) في: ز "فكان".

(٢) التهذيب ٤٥٠/٨. وانظر: الروضة ٢٩٥/١٢.

قال الإمام: وفيه احتمالٌ أخذاً^(١) من استقلال المكاتب وثبوت حقوق السيد في ذمته، وإن كان في يده مال ففي تعلق الأرش بما في يده وجهان:
أحدهما: المنع، لأن الأرش كان متعلقاً بالرقبة وقد تلفت.
وأظهرهما: التعلق والتوجيه المذكور ممنوعٌ بل الأرش متعلق بالرقبة وبما في يده.
وذكر في "التهذيب" أنه يطالب بالأرش من غير تفصيل، وفرق بين أن يكون في يده شيء أو لا يكون، ويقرب منه قوله في الكتاب "فالصحيح أنه يطالبه بالأرش بعد العتق" ولا يثبت ما قدمناه.

ولو أدى النجوم فعتق فالأجوبة متفقة^(٢) على أن الواجب لا يسقط كما لا يسقط فيما إذا جنى على أجنبي، وأدى النجوم وعُتق.

ثم ظاهر ما رددوه في هذا الموضع أنه يجب الأرش بالغاً ما بلغ، وقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه فذكر فيما لو قطع المكاتب يد سيده قطعاً يوجب المال، أو عاد بالعفو إلى المال^(٣).

وقلنا لا بد من الصبر إلى الاندمال، واندمل بعدما أدى المال وعتق أن عليه أرش اليد بتمامه، وهو نصف الدية.

وفرّق بين ما نحن فيه وبين ما إذا جنى على أجنبي ثم أدى النجوم، وعتق حيث ذكرنا خلافاً فيما يجب عليه بأن^(٤) الواجب في الجناية على السيد لا يتعلق برقبة^(٥) المكاتب، وإنما هو في ذمته فيجب بكماله، كما لو جنى حرّاً على حرٍّ وأرش الجناية على الأجنبي يتعلق بالرقبة، فجاز أن لا يزداد عليها.

(١) في: أ "آخر".

(٢) "متفقة" ليست في: ز.

(٣) انظر الأم ٦٧/٨.

(٤) في: أ "أن".

(٥) في: ب "بذمة".

ومنهم من طرد القول الآخر وهو وجوب أقل الأمرين وقال العتق لا يغير ما تقدم وجوبه.

الصورة الثالثة
عبد المكاتب
إذا جنى على
أجنبي أو على
سيده أو على
سيد وسيدة

الثالثة: عبد المكاتب إذا جنى فإما أن يجني على أجنبي أو على سيده وهو المكاتب أو على سيد سيده^(١).

الحالة الأولى: إذا جنى على أجنبي فله القصاص، فإن عفا المستحق على المال أو كانت الجناية موجبة للمال، تعلق برقبته تباع فيه، إلا أن يفديه المكاتب، وبم يفديه بالأرش بكماله، أو يفديه بالأقل منه ومن قيمته؟ فيه قولان:

فإن قلنا: بالأول فإن كان الأرش قدر قيمته، أو أقل فللمكاتب الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقل به.

وفي جوازه بإذن السيد الخلاف في تبرعاته بالإذن.

ومنهم من قطع بأنه يفديه بالأقل.

ثم ظاهر لفظ "المختصر" أنه يعتبر قيمة العبد يوم الجناية، لأنه يوم تعلق الأرش بالرقبة.

وعن ابن خيران: أنه يجيء قول آخر أنه^(٢) يعتبر قيمة يوم الاندمال، بناء على أنه وقت المطالبة بالمال.

وحكى عن القفال: أنه ينبغي أن يعتبر قيمة يوم الفداء، لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه، ويستديم الملك فيه يومئذ.

وذكر القاضي ابن كج: أن المذهب اعتبار، أقل القيمتين من قيمة يوم الجناية وقيمة يوم الفداء احتياطاً للمكاتب، وإبقاءً للمال عليه.

ونسب هذا إلى نصه رضي الله عنه في "الأم" قال وعندني أن الحكم في جناية المكاتب نفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك، هذا في عبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه فأما

(١) "أو على سيد سيده" ليست في: ز.

(٢) "قيمة العبد . . . قول آخر أنه" ليست في: ب، ظ.

من يتكاتب عليه كولد المكاتبه من أمته، وكما لو وهب منه ولده أو والده حيث يجوز^(١) له القبول فليس له أن يفديه به، وأنه استبعد ذلك وقال كسبه كسائر أموال المكاتب، وأنه حكى عنهم أن له أن يبيع كله، وإن زاد على الأرش.

ولا يوجد هذا في كتبهم على هذا الإطلاق لكن قالوا يباع منه بقدر الأرش، فإن لم يتيسر بيع كله، وأدى من ثمنه الأرش والفاضل للسيد، وهذا ليس ببيع، وكذلك القول في المرهون إذا زاد على قدر الدين.

ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض، أو جنى عبد غيره على عبده^(٢) فله أن يقتص^(٣) لأنه من مصالح الملك ولا يحتاج فيه إلى إذن السيد.

وفيه قول: أنه لا يقتص إلا بإذن السيد، وعليه تحصيل الأرش من عبد الأجنبي وينسب هذا إلى تخريج الربيع، وهذا قول في الكتاب: "وقيل: والظاهر الأول، إلا أن يكون القاتل والد المقتول.

ولو كان في عبيده أبوه فقتل عبداً له فكذلك لا يقتص منه.

ولو كان فيهم ابنه، فقتل عبداً له أن يقتص منه.

وهل له أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنيا على عبد آخر له جناية موجبها المال؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، لأنه لا يثبت له على عبده مال والأصل منع بيع الوالد والولد.

والثاني: نعم لأنه يستفيد به حصول أرش الجناية، ويخالف عبد أبيه^(٤)، وابنه من عبيده، فإن تعلق الأرش به لا يفيد شيئاً فإنه كان يملك بيعه قبل الجناية.

والأول: اصح عند الإمام، والشيخ أبي حامد، وحكاه الطبري عن نصه في

"الأم".

(١) في: ب "يعوز".

(٢) في: ب "عبد له".

(٣) في: ز "يقتص منه".

(٤) في: أ "غير".

وبالثاني أجاب في "التهذيب"^(١)

وعند أبي حنيفة^(٢) رحمه الله لا يجب القصاص إذا قتل بعض عبيد المكاتب بعضاً وكذا إذا قتل بعض عبيد الحر بعضاً.

الحالة الثانية: إذا جنى على سيده فله القصاص ولا يحتاج إلى إذن السيد على ما ذكرنا، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا على مال لم يجب إذ لا يثبت للسيد على ما ذكرنا فإن كانت الجناية خطأً أو عفا على مال لم يجب إذ لا يثبت للسيد على عبده مال.

والثالثة: إذا جنى على سيد سيده فهو كما لو جنى على أجنبي فيباع في الأرض إلا أن يفديه^(٣) المكاتب.

واعلم أن الصورتين الأوليين من صور الفصل في جناية المكاتب، والثالثة في جناية عبده، وقد فرغنا منها.

الصورة^(٤) الرابعة: في الجناية على المكاتب وهي إما أن يفرض على طرفه أو نفسه.

إن كانت على طرفه فله القصاص إن كانت بحيث توجب القصاص، وليس للسيد منعه كالمريض يقتص^(٥)، ولا يعترض عليه الورثة^(٦) والمفلس يقتص^(٧) ولا يعترض عليه الغرماء.

وفيه القول المحكي عن تخريج الربيع، ووجه بأنه قد يعجز نفسه، فيعود إلى السيد مقطوع اليد بلا جابر، وإذا قلنا بالظاهر، فإن اقتص فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال،

(١) انظر: ٤٥٠/٨.

(٢) انظر: الهداية/١٦٦.

(٣) في: أ "يفيده".

(٤) "الصورة" ليست في ز، أ.

(٥) من قوله "والثالثة في جناية عبده... على المكاتب" ليست في ب.

(٦) "يقتص ولا يعترض عليه الورثة" ليست في: ب، ظ.

(٧) في: أ "يقتص"

لكن لو كان المال دون أرش الجنابة ، فقدّر المحاباة حكمه حكم الجميع إذا عفا مجاناً، وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، أو قلنا موجب القصاص، ولكن مطلق العفو يوجب المال، ثبت الأرش.

وإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال، لم يجب شيء، وإن عفا مجاناً سقط القصاص.

ثم إن قلنا: موجب العفو أحد الأمرين لم يسقط المال إن عفا بغير إذن السيد، وإن عفا بإذنه ففيه الخلاف في تبرعاته بالإذن.

وإن قلنا^(١): موجب العمد القصاص لم يجب شيء إن قلنا مطلق العفو لا يوجب المال، وإن قلنا: يوجب فوجهان.

أحدهما: يجب المال إن كان العفو بغير إذن السيد، وإن كان بإذنه فعلى قولين، كما لو عفا عن المال في الجنابة الموجبة للمال.

والثاني: لا يجب وإن كان العفو بغير إذنه، لأن الجنابة على هذا القول غير موجبة للمال، وإنما يثبت المال بالعفو المطلق، وإذا عفا مجاناً فقد امتنع من الاكتساب بالعفو المطلق.

والمكاتب إذا امتنع من الاكتساب لا يجبر عليه.

وإن كانت الجنابة موجبة للمال فلا يصح عفو عنه بغير إذن السيد، وإن عفا بإذنه ففيه القولان في التبرعات بالإذن وحيث ثبت المال بالجنابة على طرفه فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم، لأنه يتعلق بعضو من أعضائه فهو كالمهر تستحقه المكاتب، ولأن كسبه له وهو عوض ما تعطل من كسبه بقطع ذلك العضو هكذا وجهه.

وهل يستحق أخذه في الحال، أم يتوقف على الاندمال؟ فيه قولان كما في الجنابة على الحر.

(١) من "قلنا: موجب . . . بالإذن إن" ليست في: أ.

ومنهم من قطع بجواز الأخذ في الحال ههنا سعياً في تحصيل العتق، فإن قلنا: يتوقف الأخذ على الاندمال، وقد قطعت يده فينظر: إن سرت الجناية إلى النفس انفسخت الكتابة على ما سذكر في الجناية على النفس، وعلى الجاني الكفارة. وإذا كان أجنبياً فعليه القيمة للسيد.

وإن اندملت، فإن كان الجاني أجنبياً أخذ المكاتب نصف قيمته، ويستعين به على أداء النجوم، وإن كان الجاني السيد فيستحق المكاتب عليه نصف القيمة، وهو يستحق النجوم على المكاتب، فإن حل^(١) نجم واتحد الواجبان جنساً وصفةً، ففيه الخلاف في التقاص، ويأخذ من له الفضل الفضل، وإن اختلفا أخذ كل واحد منهما حقه.

وإن قلنا: له أخذ الأرش في الحال ففي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أنه إن كان الأرش مثل دية حر، أو أقل فله أخذ جميعه، وإلا فلا يأخذ أكثر من قدر الدية، لأن الجناية قد تسري إلى نفسه ويعود الواجب إلى الدية لعتقه.

وإذا أخذ ماله أخذه ثم اندملت الجراحة فقد استقر الأرش وليأخذ الباقي إن لم يأخذ كله.

وإن سرت إلى النفس، نظر: إن سرت قبل أن يعتق، انفسخت الكتابة، فإن كان الجاني أجنبياً فللسيد مطالبته بتمام القيمة، وإن كان الجاني السيد سقط عنه الضمان وأخذ كسبه.

وإن كانت السراية بعدما عتق بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبياً فعليه تمام الدية، لأن الاعتبار^(٢) في الضمان بحالة الاستقرار، ويكون ذلك لمن يرثه من أقاربه، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء.

وإن كان الجاني السيد، فعليه تمام الدية أيضاً بخلاف ما لو جرح عبده القن، ثم أعتقه، ومات بالسراية حيث لا ضمان، لأن ابتداء الجناية غير مضمون هناك، وههنا ابتداء الجناية مضمون.

(١) في: أ "حمل".

(٢) في: ز الاعتاق.

ولو حصل العتق بالتقاص، فالحكم كما لو حصل بالأداء، ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاً فإن الواجب في الابتداء نصف القيمة، والتقاص حينئذ يحصل.

ثم إذا سرت الجناية بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل.

وإذا عفا المكاتب عن المال، ولم نصحح عفوه على ما فصلنا ثم عتق قبل أخذ المال، فهل له أخذه؟ فيه قولان

أصحهما: وهو المنصوص: نعم وذلك العفو كان لاغياً، وربما بُني القولان على أن تصرفات المفلس باطلة أو موقوفة منتظرة.

ولو جنى على طرف المكاتب عبده فله القصاص، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا فلا يثبت له على عبده مال.

وهل له أن يبيع منه بقدر الأرش؟ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا جنى ابن المكاتب الذي يكاتب عليه على عبد له آخر.

هذا تمام القول في الجناية على طرف المكاتب.

وإن^(١) كانت الجناية على نفسه فتتفسخ الكتابة ويموت رقيقاً.

ثم إن قتله السيد فليس عليه إلا الكفارة، وإن قتله أجنبي فللسيد القصاص، أو القيمة وله أخذ أكسابه أيضاً وأخذ ذلك بحكم الملك لا بطريق الإرث.

وفي طريقة الصيدلاني: أن عند أبي حنيفة^(٢) رحمه الله: إذا كان الأرش وافياً بالنجوم وزائداً عليها حكم بأنه مات حراً، وأخذ من مال السيد^(٣) باقي قيمته. والله أعلم.

وقد انتهى الكلام فيما يتعلق بالفصل وعليك أن تتأمل صور الكتاب وتنزل كل شيء منها منزلته.

(١) في: ز "يحصل حينئذ".

(٢) انظر: الهداية ٢٦٨/٣.

(٣) في: ب "سيده".

[فصل وفيه فروع منثورة نختم بها الكتاب:]

[قال الرافي] فروع منثورة نختم به الكتاب: عن "الأم"^(١) أنه إذا جنى السيد على طرف المكاتب وكان الأرش مثل النجوم، وحكمنا بالتقاص، وحصول العتق، ثم عاد السيد وجنى عليه جناية أخرى توجب القصاص، فهي جناية على حر، فإن قال: لم أعلم بأنه يحصل التقاص والعتق، لم يقبل منه كما لو قتل من كان عبداً فعتق، وقال: لم أعلم أنه عتق.

قال الربيع: وفيه قول آخر أنه تؤخذ منه دية حرٍ ولا قصاص للشبهة.

وإذا قال المكاتب^(٢): إن عجزت عن النجوم بعد وفاتي، فأنت حر صحت التعليق، ثم إن قال المكاتب قبل الحلول عجزت لم يعتبر قوله.

وإن كان بعد الحلول ووجد في يده ما يفي بالواجب فلا عجز أيضاً، وإن لم يوجد صدق بيمينه.

عن "الأم" أنه إذا أعتق المكاتب واختلف هو ومن جنى عليه فقال المكاتب كنت حراً عند الجناية وقال الجاني: بل مكاتباً فيصدق^(٣) الجاني مع يمينه، فإن شهد السيد للمكاتب قبلت شهادته، ويأتي بشاهد آخر.

ويقبل إقرار المكاتب بديون المعاملات وبالبيع وما يقدر على إنشائه، وفي كتاب القاضي ابن كج: أنه إن قال: بعث هذه السلعة، وهذا ثمنها يقبل إقراره.

وإن قال: بعثها وتلف الثمن في يدي ففي القبول قولان.

وإن أقر بدين جنائية، فهل يقبل على السيد فيه قولان.

قال في "التهذيب".

أصحهما: أنه يقبل ويؤدى ما في يده كدين المعاملة لكن لو كان ما أقر به أكثر

(١) انظر: الأم ٦٧/٨.

(٢) في: ب "المكاتب".

(٣) في: أ "فيصد".

من قيمته لا يلزم إلا قدر قيمته، بخلاف دين المعاملة^(١)، فإن لم يكن في يده شيء يبيع في دين الجناية.

والثاني: وهو الذي أورده جماعة: أنه لا يقبل في حق السيد، فإنه لم يسلطه عليه بعقد الكتابة، فإن قلنا يقبل إقراره، فعجز قبل أن يؤخذ دين الجناية، فقولان.

أحدهما: يباع فيه، لأنه أقر في وقت كان إقراره مقبولاً.

والثاني: لا يباع ويكون في ذمته إلى أن يعتق، لأن بالعجز صارت رقبته للسيد فصار كما لو أقر بعد العجز، ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجناية، لكن لو عجز أخذ السيد بإقراره.

ولو قال كان قد جنى قبل الكتابة لم يقبل على المكاتب أيضاً لخروجه عن يده بالكتابة كما لو خرج عن يده بالبيع.

إذا مات سيد المكاتب فقد عرفت أن الكتابة لا ترتفع، ويحصل العتق بالأداء إلى الوارث، فإن كان له وارثان، لم يعتق إلا بأداء أحدهما.

وإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً لم يعتق إلا بالدفع إلى الأب أو الجد، أو الوصي أو القيم^(٢)، فإن كان قد أوصى إلى اثنين، لم يعتق إلا بالدفع إليهما إلا إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال.

وإذا كان على الميت دين، أو أوصى بوصايا فإن كان الوارث وصياً في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا عتق بالدفع إليه، وإلا قد أوصى إلى غيره فيجمع بينه وبين الورثة، ويدفعها إليهم.

فإن لم يوص إلى أحدٍ قام القاضي مقام الوصي، ولو دفع إلى الغريم لم يعتق، وإن دفع إلى الوارث، فإن قضى الدين والوصايا عتق، وإلا وجب الضمان على المكاتب، ولم يعتق.

(١) "بخلاف دين المعاملة" ليست في: ز.

(٢) في: ز "الموالي".

هكذا ذكر صاحب "التهذيب"^(١).

وعن القاضي الطبري: أنه إذا كان الدين مستغرقاً للتركة بريء المكاتب بالدفع إلى الغريم^(٢).

وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسان فيعتق بالدفع إليه.

وإن أوصى^(٣) بها للفقراء^(٤) أو المساكين، فيدفعها إلى من أوصى إليه بتفريقها^(٥) أو إلى الحاكم.

وإن أوصى بقضاء الدين منها تعين صرفها^(٦) إليه، فهو كما لو أوصى بها لإنسان.

إذا مات السيد، والمكاتب، ممن يعتق على الوارث عُتِقَ عليه خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله^(٧).

ولو نكح الابن مكاتبه أبيه ثم مات الأب، والابن وارث، انفسخ النكاح لأنه ملك زوجته.

وكذا لو مات السيد، وبنته تحت مكاتبه فورثت زوجها خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

وسلم أنه لو مات، وله بنت ومكاتب، لا يجوز للمكاتب أن ينكحها، وذلك يدل على أنها تملكه.

ولو اشترى المكاتب زوجته الأمة من السيد، أو غيره، أو اشترت المكاتبه زوجها ينفسخ النكاح، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

(١) انظر: التهذيب ٤٥١/٨.

(٢) انظر: الوسيط ٥٤٠، والتهذيب ٤٥١/٨، والروضة ٢٩٨/١٢.

(٣) "أوصى" ليست في: أ.

(٤) في: ز "إلى الفقراء".

(٥) في: أ "بتفريقها".

(٦) في: ز "بصر".

(٧) انظر: الهداية ٢٧٠/٣.

كتاب عتيق أمهات الأولاد

كتاب عتق أمهات الأولاد

(قال [الغزالي]: من استولد جاريته فأنت بولد ظهر عليه حلقة الآدمي إما حياً أو ميتاً عتقت عليه إذا مات، ولا يجوز بيعها قبل الموت على الجديد، وكذا لا يبيع ولدها من زنا أو نكاح إذا حصل بعد الاستيلاء. ويعتقون أيضاً بموته، وله إجارتها واستخدامها ووطؤها وله تزويجها بغير رضاها، وقيل: لا يجوز إلا برضاها وقيل: لا يجوز برضاها أيضاً^(١)) إلا بمراجعة القاضي وله أرش الجناية عليها وعلى أولادها ومن غصبها فتلفت في يده ضمن لأنها كالرقبة، إلا في البيع، ولو شهد رجلان على إقراره بالاستيلاء، وحكم به فرجعا غرماً بعد موته للورثة عند عتقها ولم يغرماً في الحال لأنهما ما أزالا إلا سلطنة البيع، ولا قيمة له^(٢)).

[فصل في أحكام المستولدة]

قال الرافعي: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال "إما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه"^(٣).
وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "إذا أولد الرجل أمته ومات عنها فهي حرة"^(٤).

-
- (١) "أيضاً" ليست في: ز.
(٢) "ولا قيمة له" ليست في: ز.
(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده ٤/٤٨٤. الموسوعة الحديثية، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٤هـ برقم ٢٧٥٩.
وأخرجه ابن ماجه ٢/١٢٩، رقم (٢٥١٥)، والدارقطني ٤/١٣٢، الحاكم ٢/١٩، البيهقي ١٠/٥٧٤.
قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢١٧ "وله طرق، وفي إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جداً، وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً "أم الولد حرة، وإن كان سقطاً وإسناده أيضاً ضعيف. والصحيح أنه من قول ابن عمر".
وقال الألباني: "ضعيف". انظر: إرواء الغليل ٦/١٨٥ - ١٨٦.
(٤) حديث ابن عمر: رواه الدارقطني ٤/١٣٥، والبيهقي ١٠/٥٧٤.
قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢١٧ "٠٠" والدارقطني والبيهقي مرفوعاً موقوفاً. قال الدارقطني: الصحيح وقفه عن ابن عمر عن عمر، وكذا قال البيهقي، وعبد الحق، وكذا رواه مالك في الموطأ على عمر.
وقال صاحب الإمام: المعروف فيه الوقف، والذي رفعه ثقة. قيل: ولا يصح مسنداً".

ولد الرجل من أمته ينعقد حراً وتصير الأمة بالولادة مستولدة^(١) تعتق إذا مات السيد، ويكون عتقها مقدماً على حقوق الغرماء فضلاً عن الوصايا، وحقوق الورثة. وينزل الاستيلاء منزلة الاستهلاك^(٢)، حتى أن استيلاء المريض مرض الموت كاستيلاء الصحيح في النفوذ من رأس المال كإنفاق المال في اللذات^(٣) والشهوات.

وكما يثبت الاستيلاء بانفصال الولد الكامل يثبت بإلقاء المضغة التي ظهرت فيها حلقة الآدميين، أو ظهر فيها التخطيط لكل أحد، أو للقوابل^(٤)، وأهل الخبرة من النساء. وإن لم يظهر وقلن إن ما ألقته أصل الآدمي، ولو بقي لتصور فالأصح أنه لا يثبت به الاستيلاء، وقد ذكرنا ما فيه من الطرق في "كتاب العدة"^(٥) وغيره.

ثم الكلام في صور تتعلق بأحكام المستولدة.

الصورة الأولى
لا يجوز بيع
المستولدة
ونحو ذلك

منها: لا يجوز بيع المستولدة ولا رهنها ولا هبتها ولا الوصية بها لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما "أن النبي ﷺ قال "أم الولد لا تباع وتعتق بموت سيدها"^(٦).

ويقال: إن الصحابة رضي الله عنهم اتفقت عليه في عهد عمر وعثمان رضي الله عنهما.

ومشهور عن علي كرم الله وجهه أنه قال: "اجتمع رأي ورأي عمر على أن أمهات الأولاد لا يبعن" ويروى على عتق أمهات الأولاد ثم رأيت بعد ذلك أن أقضي ببيعهن.

فقال عبيدة السلماني^(٧) رأيك مع رأي عمر، أحبُّ إلينا من رأيك

(١) انظر: المختصر ص ٣٣٢، والحاوي ٢٥٦/٢٢ و ٢٥٧، والوسيط ٥٤٣/٧، والتهذيب ٤٨٥/٨، والروضة ٣١٠/١٢، ومغني المحتاج ٥٣٨/٤.

(٢) في: ز "الإهلال".

(٣) في: ب "الكفارات".

(٤) في: أ "القوابل".

(٥) انظر: فتح العزيز ٤٤٦/٩ و ٤٤٧.

(٦) الحديث أخرجه الدارقطني ١٣٥/٤. بمعناه وقد سبق إسناده ص ١٢٥٣.

(٧) هو: عبيدة "بفتح العين" بن عمرو السلماني - بسكون اللام، ويقال: بفتحها - المرادي - أبو عمرو الكوفي - تابعي كبير، مخضرم، ثقة والصحيح أنه مات قبل سنة سبعين وقيل مات سنة

وحدك^(١) فيقال: أنه رجع عن ذلك.

وعن الشافعي رضي الله عنه [يميل]^(٢) القول في بيعهن في مواضع واختلف فيه الأصحاب فذهب معظمهم إلى أنه ليس للشافعي رضي الله عنه فيه اختلاف قول وأشار بيميل^(٣) القول إلى ما روى عن تجويزه عن علي وابن الزبير رضي الله عنهما.

ومنهم من قال: إنه جوزه في القديم^(٤) وقد يوجه^(٥) ذلك بما روي عن جابر قال: "كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد النبي ﷺ لا نرى بذلك بأساً"^(٦).

وعلى هذه الطريقة جرى في الكتاب فقال: "ولا يجوز بيعها قبل الموت على

الجديد.

= اثنين وسبعين أو بعده.

انظر: تقريب التهذيب ٥٤٧/١.

(١) أخرجه البيهقي ٥٧٥/١٠، من كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الرجل يطاء أمته بالملك فتلد له. وقال الحافظ في التلخيص ٢١٩/٤ "قلت: أخرجه عبد الرزاق بإسناد صحيح". انظر: عبد الرزاق في مصنفه ٢٩١/٧ برقم (١٣٢٢٤).

(٢) في: أ، ب، ز "تمثيل" وفي: ظ "بتمثيل". ولعل الصواب "يميل" وهو كما في الروضة ٣١٠/١٢. والله أعلم.

(٣) في: ب، ز، ظ "بتمثيل" كما سبق.

(٤) انظر: ذلك الحاوي ٣٥٦/٢٢ و ٣٥٧، والوسيط ٥٤٣/٧، والتهذيب ٤٨٦/٨، والروضة ٣١٠/١٢، ومغني المحتاج ٥٣٨/٤.

(٥) في: ز "حتحا".

(٦) حديث جابر: أخرجه أبوداود ٢٧/٤، من كتاب العتق، باب في عتق أمهات الأولاد.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٨/٤ "حديث جابر: . . . أحمد والشافعي والنسائي، وابن ماجه، والبيهقي، من حديث أبي الزبير: أنه سمع جابراً يقول: كنا نبيع سراريننا، أمهات الأولاد، والنبي ﷺ . . . لا نرى بذلك بأساً" ورواه أبوداود وابن حبان والحاكم من حديث جابر أيضاً، وزاد "وفي زمن أبي بكر" وفيه فلما كان عمر نهاننا فاتتهينا".
رواه الحاكم من حديث أبي سعيد، وإسناده ضعيف.

قال البيهقي: ليس في شيء من الطرق أنه اطلع على ذلك، وأقرهم عليه ﷺ. قلت: نعم: قد روى ابن أبي شيبة في مصنفه من طريق أبي سلمة عن جابر ما يدل على ذلك.

وقال الخطابي: يحتمل أن يكون بيع الأمهات كان مباحاً، ثم نهى عنه النبي ﷺ في آخر حياته، ولم يشتهر ذلك النهي، فلما بلغ عمر نهاهم.

ويجوز إعلام قوله "على الجديد" بالواو للطريقة الأولى، بما حكى الإمام في التفریع على القديم: وجهين.

فمن صاحب "التقريب" والشيخ أبي علي: أنها اشتملت على ولده ونقضته^(١) وهي رقيقة، كما كانت، ولا تعتق بموت السيد.

وعن الشيخ أبي محمد والصيدلاني: أنها تعتق بالموت، وإن جوزنا بيعها في الحياة كالمدير.

وقال: ويجوز أن يقال^(٢) هو: لا يعتق من رأس المال، ويجوز أن يجعلوا عتقها كعتق المدير.

والوجه الأول: يرخص في إعلام قوله في الكتاب: "عتقت عليه إذا مات" بالواو. وإذا قلنا: بالصحيح، فلو قضى قاضٍ بجواز بيعها فحكاية الروياني عن^(٣) الأصحاب: أنه ينقض قضاؤه، وما كان فيه من خلاف فقد انقطع، وصار مهجوراً.

وبهذا أجاب الداركي.

ونقل الإمام^(٤) فيه اختلافاً للأصحاب وذكر أن الشيخ أبا علي^(٥) بناه على أن مخالفة علي كرم الله وجهه كانت قبل^(٦) انقراض العصر، وللأصوليين خلاف في أنه هل يشترط لحصول الإجماع انقراض العصر؟^(٧)

(١) "ونقضته" هكذا في جميع النسخ.

(٢) في: أ "يقول".

(٣) في: ب "عند".

(٤) انظر: نهاية المطلب ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٣٢٧/أ.

(٥) في: أ "وذكر الشيخ أبو علي".

(٦) في: أ "لانقراض".

(٧) ذهب أكثر أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وغيرهم إلى أنه ليس بشرط.

وذهب أحمد وغيره إلى اعتباره شرطاً.

ومن الناس من فصل. وقال: إن كان قد اتفقوا بأقوالهم أو أفعالهم أو بهما؛ لا يكون انقراض العصر شرطاً.

فإن قلنا: لا يشترط، نقض القضاء بجواز البيع.

وإن قلنا: يشترط لم ينقض.

ويجوز أن يبنى الخلاف على ما ذكر الصيدلاني أن لأصحابنا وجهين، في أنه إذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في مسألة، ثم أجمع التابعون على أحد القولين هل يرتفع^(١) به الخلاف الأول^(٢) وبيع المستولدة/ وإن اختلف فيه الصدر الأول فقد أجمع أهل العصر الثاني على منعه رضي الله عنهم أجمعين.

الصورة الثانية
حكم أولاد
المستولدة من
السيد الحرة

ومنها أولاد المستولدة من السيد، لا تخفى حریتهم، والذين حدثوا من النكاح أو الزنا^(٣) حكمهم حكم الأم، لأن الولد يتبع الأم في الحرية، فكذلك في حق الحرية، ولا يجيء فيهم الخلاف المذكور في ولد المدبرة، والمكاتب، فإن الاستيلاء أقوى، لأنه لا يرتفع بحال، والتدبير، والكتابة يقبلان الرفع، فليس للسيد بيعهم، ويعتقون بموته، وإن كانت الأم قد ماتت في حياة السيد.

ولو أعتق السيد الأم، لم يعتق الولد، وكذا حكم العكس، كما مر في "التدبير" بخلاف ما إذا أعتق المكاتب، يعتق ولدها لما سبق.

ولو ولدت المستولدة من وطء شبهة، فإن كان الواطيء يعتقد أنها زوجته الأمة، فالولد رقيق للسيد كالأم، وهو كما لو أتت به من نكاح أو زنا، وإن كان يعتقد أنها زوجته الحرة أو أمته، فيعتقد الولد حراً، وعليه قيمته للسيد.

وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاء من النكاح، أو الزنا فليس لهم حكم الأم، وللسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه، ولا يعتقون بموته لحدوثهم قبل أن يثبت للأم حق الحرية.

= وإن كان الإجماع بذهاب واحدٍ من أهل الحلِّ والعقد إلى حكم، وسكت الباقون عن الإنكار مع اشتهاره فيما بينهم، فهو شرط.

وهذا المختار، ذكر ذلك الآمدي في كتابه الأحكام في أصول الأحكام ٢٣١/١.

(١) في: ب "يرفع".

(٢) انظر: المصدر السابق ٢٠٩/١.

(٣) في: أ "والزنا".

الصورة الثالثة
المستولدة فيما
سوى نقل
الملك فيها
كالقنة

ومنها: المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنة فله إجارتها واستخدامها ووطؤها.

وعن مالك رحمه الله: المنع من إجارتها^(١)

واحتج الأصحاب: بأنه يملك استخدامها فيملك إجارتها كالمدبرة، وله أرش الجناية عليها، وعلى أولادها التابعين، لها وقيمتهم إذا قتلوا، ومن غضب مستولدة فتلفت في يده ضمنها كالقنة.

ومسألة الغصب مكررة أو ردها في "الغصب"^(٢) مرة وذكرنا هناك خلاف أبي حنيفة^(٣) رحمه الله فيها.

ولو شهد شاهدان على إقرار السيد بالاستيلاء، وحكم القاضي بشهادتهما ثم رجعا فعن الشيخ أبي علي رحمه الله: أنهما لا يغرمان شيئاً، لأن الملك باق في يد المستولدة، ولم ينويا إلا سلطنة البيع، ولا قيمة لها على تجردها، وليس هذا كإباق العبد من يد الغاصب، فإنه في عهده ضمان يده حتى يعود المغصوب إلى مستحقه.

قال الإمام: وإذا مات السيد وفات الملك، فالذي نراه أن عليهما^(٤) الغرم، للورثة، لأن هذه الشهادة لا تنحط عن الشهادة على تعليق العتق.

ولو شهدا على التعليق، ووجدت الصفة، وحكنا بشهادتهما، ثم رجعا لزمهما الغرم.

ومنها: في تزويج المستولدة ثلاثة أقوال:

أصحها: وبه قال أبو حنيفة^(٥)، واختاره المزني^(٦) أن للسيد الاستقلال به كما في

الصورة الرابعة
في تزويج
المستولدة

(١) انظر: مختصر خليل، ص ٣٠٠.

(٢) انظر: الوجيز ١٠/٢٠٨.

(٣) انظر: العزيز ٥/٤١٢، ٤١٣.

(٤) في: أ "عليها".

(٥) انظر: الهداية ٢/٦٨.

(٦) انظر: المختصر ص ٣٣٢، الوسيط ٧/٥٤٣، والتهذيب ٨/٤٨٦، والروضة ١٢/٣١١ و ٣١٢،

ومغني المحتاج ٤/٥٤٢.

القنة، لأنه يملك إيجارها فيملك تزويجها، ولأنه يحل له^(١) الاستمتاع بها، فيجوز له التزويج كالمدبرة.

والثاني: قال في القديم: لا يزوجه إلا برضاها، لأنه يثبت لها حق حرية لا يملك إبطالها فلا يزوجه إلا برضاها كالمكاتبة.

والثالث: ليس له تزويجها، وإن رضيت، لأن ملك السيد فيها ضعيف، وهي ناقصة في نفسها، فصار كتزويج الأخ والعم الصغيرة. وعلى هذا فهل يزوجه القاضي؟ فيه وجهان.

عن أبي إسحق، والإصطخري: نعم، ولا بد من رضا السيد، لأن المهر له، ومن رضاها، لأن الاستمتاع بها.

وعن ابن أبي هريرة: المنع، فإن الحاكم بدل عن^(٢) السيد، فإذا لم يملك السيد فالحاكم أولى.

ويجري الخلاف في تزويج بنت المستولدة، فإذا جوزنا فلا حاجة إلى الإستهراء بخلاف ما في المستولدة، فإنها كانت فراشاً له.

وابن المستولدة لا يجبره^(٣) السيد على النكاح، وليس له أن ينكح بغير إذن السيد، فإن أذن، ففيه وجهان تخريجاً من الخلاف في تزويج المستولدة، ذكره الروياني في "الكافي"^(٤).

وقد عرفت مما ذكرنا أن قوله في الكتاب: "وقيل: لا يجوز إلا برضاها" وقوله "وقيل: لا يجوز برضاها" أيضاً يجوز إعلامها بالحاء وهما قولان لا وجهان، ويقال: إن الآخر مخرج.

(١) في: ز "لها".

(٢) في: أ "على".

(٣) في: أ "لا يجبر".

(٤) في الكافي "ليست في: ز.

وقوله "إلا بمراجعة القاضي" يوافق المنقول عن أبي إسحق، والإصطخري رحمهما

الله.

الفرع الأول
إذا زنا إنسان
بأمة وأنت
بولد من الزنا
ثم ملكها.
هل تصير أو
ولد

(قال [الغزالي]: فرعان: أحدهما: لو نكح جارية فولدت ولداً رقيقاً ثم اشتراها لم تصر أم ولد له، وإن ولدت منه ولداً حراً في نكاح غرور أو وطاء شبهة ثم اشتراها، فهل تصير مستولدة عليه؟ فيه قولان)

[قال الرافعي]: إذا زنا إنسان بأمة، وأنت بولد من الزنا ثم ملكها لم تصر أم ولد له، ولو ملك ذلك الولد لم يعتق عليه.

وعند أبي حنيفة^(١) رحمه الله: يعتق عليه، لأنه منعقد من مائه.

ولو أولد أمة الغير، بالنكاح، ثم ملكها بشراء أو غيره، لم تصر أم ولد له، أيضاً، لأنها علقت منه برقيق، والاستيلاء إنما يثبت تبعاً لحرية الولد، وإلى ذلك أشار بقوله ﷺ في مارية "أعتقها ولدها"^(٢).

(١) انظر: الهداية ٦٩/٢.

(٢) حديث مارية. قال عنه المحافظ ابن حجر في "التلخيص" ٢١٨/٤ "ابن ماجة من حديث ابن عباس بلفظ: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: "أعتقها ولدها" وفي إسناده حسين بن عبد الله وهو ضعيف جداً".

قال البيهقي: وروي عن ابن عباس من قوله. قال: وله علة، رواه مسروق عن عكرمة عن عمرو عن خصيف عن عكرمة عن ابن عمر عن عمر.

قال: فعاد الحديث إلى عمر. وله طريق آخر رواه البيهقي من حديث ابن لبيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر: أن رسول الله قال: "لأم إبراهيم: أعتقك ولدك" وهو معضل، وقال ابن حزم: صح هذا مسند رواه ثقات عن ابن عباس، ثم ذكره من طريق قاسم بن أصبغ عن محمد بن مصعب عن عبيد الله بن عمر وهو الرقي. عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس، وتعقبه ابن القطان: بأن قوله عن محمد بن مصعب خطأ، وإنما هو عن محمد وهو ابن وضاح، عن مصعب وهو ابن سعيد المصيصي وفيه ضعف" أ.هـ.

انظر: ابن ماجة ٨٤١/٢ رقم ٢٥١٦ ثم قال: "قال في الزوائد: في إسناده الحسين بن عبد الله ابن عبيد الله بن عباس، تركه ابن المديني وغيره، وضعفه أبو حاتم وغيره. وقال البخاري: إنه كان يتهم بالزندقة".

وأخرجه البيهقي ٥٨٠/١٠ و ٥٨١، من كتاب عتق أمهات الأولاد، والدارقطني ١٣١/٤ و ١٣٢، وقال الألباني في الإرواء ١٨٦/٦ "ضعيف".

ولو ملكها وهي حامل منه، فكذلك الحكم.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: تصير أم ولد له في صورتين^(١).

ويروى تخصيص الاستيلاء بما إذا ملكها حاملاً، وولدت عنده^(٢) وبه قال مالك^(٣) والمزني^(٤) رحمهما الله، ولا شك أن الولد يعتق عليه لأنه^(٥) ملكه حملاً كان^(٦) أو بعد^(٧) الانفصال.

قال الصيدلاني: وصورة ملكها حاملاً أن تضع قبل ستة أشهر من يوم ملكها، أو أن لا يطأها بعد الملك، وتلد لما دون أربع سنين فأما إذا وطئها بعد الملك، وولدت لسته أشهر من وقت الوطاء فيحكم بحصول العلق في ملك اليمين، وبثبوت الاستيلاء وحرية الولد، وإن أمكن أن يكون سابقاً عليه.

ولو استولد أمة الغير بالشبهة ثم ملكها نظراً: إن وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة، فالولد رقيق ولا يثبت الاستيلاء^(٨) وإن وطئها على ظن أنها زوجته الحرة أو أمتة المملوكة^(٩) فالولد حر.

وفي ثبوت الاستيلاء قولان.

وكذا لو نكح أمة غر بجزيتها فأولدها، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاء إذا ملكها قولان ويجريان فيما لو اشترى أمة شراءً فاسداً وأولدها على ظن الصحة. أحدهما: أنه يثبت، لأنها علقته منه بجرّ فصار كما لو علقته منه في ملكه.

(١) انظر: الهداية ٦٩/٢.

(٢) في: ز "منه".

(٣) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٣٢.

(٥) "لأنه" ليست في: أ.

(٦) "كان" ليست في: أ.

(٧) في: أ "بعيد".

(٨) من قوله "وإن وطئها على ظن ٠٠٠ ولا يثبت الاستيلاء" ليست في: ز.

(٩) "المملوكة" ليست في: ز.

والثاني: لا يثبت، لأنها علققت منه في غير ملك اليمين، فهو كما علققت منه في^(١) النكاح، أو الزنا، ولأن الاستيلاء لم يثبت في الحال، فلا يثبت من بعد، كما لو أعتق عبد الغير، ثم ملكه، ولأن الكتابة، والتدبير لا يثبتان في ملك الغير حالاً ولا مآلاً فكذلك الاستيلاء.

وهذا أظهر القولين على ما ذكر الإمام والموفق بن طاهر في "شرح مختصر الجويني".

ورأيت في "تعليق الشيخ أبي حامد": أنه القول الجديد، والأول القديم.

التفريع: إن أثبتنا الاستيلاء إذا ملكها، فأولادها الحادثون بعد ذلك من النكاح أو الزنا حكمهم حكم الأم حتى يعتقوا بموت السيد، والحاصلون قبل أن يملكها ليس لهم حكم الأم، وإن حصلوا بعد الاستيلاء، لأنهم حصلوا قبل ثبوت الحق للأم.

ولو ملكها وهي حامل من زوج أو زنا، ففي "فتاوى القاضي الحسين": أنه لا يثبت لذلك الولد حكم الأم بل يكون قنناً للمشتري اعتباراً بحالة العلق.

واعترض عليه بأنه لو اشترى أمة حاملاً يعتق الحمل الذي هو أخ المشتري تبعاً للأم، وإن كان الأخ لا يعتق^(٢) على الأخ، فلذلك جاز أن يقال: إذا كان الولد متصلاً يثبت له حكم الأم.

فأجاب بأن هناك تثبت حقيقة الحرية فيسري إلى الجنين، والاستيلاء حق الحرية، فلا يلزم أن يسري إلى الجنين واستشهد عليه بأن ولد المكاتب من أمته يتبعه، لأنه يثبت له حقيقة الملك فيه.

وولد المكاتب لا يتبعها في قول لأنه لا يثبت لها حقيقة الملك فيه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "لم تصر أم ولد له" مع الحاء بالواو، لأن أبا الفرج الزاز ذكر في "أماليه" أن بعض الأصحاب خرج فيه^(٣) قولاً مثل مذهب أبي حنيفة

(١) من هنا محو من النسخة: ز، أي ما يقرب في نصف لوحة وهي ص ٧١٠.

(٢) في: أ "يعتق".

(٣) في: ظ "منه".

رحمه الله أخذاً مما إذا أولد جاريتيه المرهونة، وقلنا: لا يثبت الاستيلاء، ويبيعت في الدين، ثم ملكها يوماً من الدهر. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثاني: مستولدة استولدها شريكان، ثم قال كل واحدٍ ولدت أولاً مني فهي مستولدتني فقد صارت مستولدةً فإن ماتا عتقت، والولاء موقوف، وإن كانا معشرين فنصف الولاء لكل واحد منهما والله أعلم بالصواب. وإليه المرجع والمآب).

الفرع الثاني
إذا أولد
الشريكين
مكاتبتهما ثم
اختلفا وهما
موسران

[قال الرافي]: ذكرنا الفرع مصوراً فيما إذا أولد الشريكان مكاتبتهما، والقنة في معناها، فإذا أتت الجارية المشتركة من كل واحد من الشريكين بولد ثم اختلفا وهما موسران فقال كل واحد منهما أنا أولدتها ولدي هذا أولاً، وهي مستولدتني، تفرعاً على أن السراية لا تتوقف على أداء القيمة فالجارية مستولدة باتفاقهما لكن ليس أحدهما بالتصديق أولى من الآخر، والقولان محتملان، فإن الفرض^(١) فيما إذا تقارب الولدان في السن فيؤخذان معاً بالاتفاق عليهما^(٢)، وإذا مات أحدهما عتق نصفها مؤاخذه للآخر بإقراره، وإذا ماتا عتق كلها، والولاء موقوف بين عصبتهما.

ولو كانا معشرين فهي مستولدتهما، فإذا^(٣) مات فالولاء بين العصبتين بالسوية.

وفيه ماسبق أن "الربيع" رواه، وأن الأصحاب رحمهم الله غلطوه أو أولوه.

[فصل: وفيه فروع منثورة]

الفرع الأول
استولد المرتد
أمنه

[قال الرافي]: فروع منثورة: إذا استولد^(٤) المرتد أمته صارت مستولدتته إن قلنا ببقاء ملكه، وإن قلنا بزواله لم يثبت الاستيلاء في الحال، فإن أسلم فعلى القولين فيما إذا استولد جارية الغير بالشبهة، ثم ملكها، وإن توقفنا في الملك توقفنا في الاستيلاء أيضاً.

الفرع الثاني
إذا أسلمت
مستولدة
الكافر

إذا أسلمت^(٥) مستولدة الكافر أو استولد جاريتيه بعدما أسلمت، فقد ذكرنا في

(١) "الفرض" ليست في: أ.

(٢) في: أ "عليها".

(٣) في: أ "وإذا".

(٤) في: ظ "استولدت".

(٥) في: ظ "استولدت".

"البيع" أنه لا سبيل إلى بيعها، وأنه لا يجبر على إعتاقها على الأصح، ولكن^(١) يحال بينهما وتجعل عند امرأة ثقة وكسبها له ونفقتها عليه، فإن أسلم رفعت الحيلولة، وإن مات عتقت.

وعن مالك تعتق بإسلامها^(٢).

وقال أبو حنيفة^(٣) رحمه الله: تستسعي بقدر قيمتها فإذا أدت عتقت.

وهل للكافر تزويجها؟ إذا جوزنا تزويج المستولدة؟ فيه وجهان: حكاهما الصيدلاني.

أحدهما: وهو الذي أحاب به الففال لا، لانقطاع الموالاة باختلاف الدين.

والثاني: نعم بناء على أنه تصرف بالملك.

وذكر على الوجه الأول أن القاضي لا يزوجهما أيضاً.

وعن أبي إسحق رحمه الله: أن الحاكم يزوجهما إذا أَرادته، ويكون المهر له.

وكذلك يزوجهما الحاكم إذا اختار السيد تزويجها، وكرهت هي وتصير النفقة

على الزوج.

وعنه أيضاً: أنها أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج، فإذا تزوجت صار الأب أحق

بالولد، إلا أن يكون الولد مميزاً ويخاف أن يفتنه عن دينه فلا يترك عنده^(٤).

في فتاوى القفال رحمه الله: أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحر لا حد عليه،

ويثبت النسب، ولا يثبت الاستيلاد، لأنه ليس من أهل الملك، وأن المكاتب إذا أولد

جارية ابنه الحر فيحتمل أن يبنى ثبوت الاستيلاد على الخلاف في أنه إذا أولد جارية

نفسه، هل يثبت الاستيلاد؟، وإن من وطئ جارية بيت المال^(٥) يحدُّ، وإن أولدها فلا

(١) في: ب "لكن".

(٢) انظر: مختصر خليل، ص ٣٠٠.

(٣) انظر: الهداية ٦٩/٢.

(٤) قال النووي في الروضة ٣١٤/١٢ "الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا حضانة لكافر على

مسلم، كما سبق في الحضانة، ولا حضانة هنا للأب. والله أعلم".

(٥) "بيت المال" ليست في أ

نسب، ولا استيلاد، ولا فرق في ذلك بين الغني والفقير، لأنه لا يجب الإعفاف^(١) من بيت المال.

الفرع الرابع
لو أعتق
مستولده
على مال

وأنه لو أعتق مستولده على مال يجوز، ولو باع نفسها منها، فكذلك على الظاهر، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق على الحقيقة، فقيل: له أليس يثبت الخيار للسيد في بيع العبد من نفسه على وجه؟ وفيه اعتبار حكم المعاوضة. فقال: ذلك وجهٌ بعيدٌ.

الفرع الخامس
إذا أولد
جاريته المحرمة
عليه برضاع
أو مصاهرة أو
نسب

وإذا^(٢) أولد جاريته المحرمة عليه برضاع، أو مصاهرة أو بنسب^(٣)، فعليه الحد في قول، والتعزير على الأظهر.

وعلى القولين: لو أولدها فالولد حرٌ نسيبٌ، وتصير هي مستولدة.

قال الأصحاب: ولا يتصور اجتماع هذه الأحكام مع وجوب الحد، إلا في هذه الصورة على أحد القولين.

واعلم أن الكلام في أحكام المستولدة قد مرَّ متفرقاً^(٤) في الأبواب السالفة، فلذلك كانت مؤنة الباب خفيفةً. نسأل الله تعالى أن يخفف عنا بحسن المعونة^(٥)، كل تعب ومؤنة، وأن يرحم ضعفنا كما علمه، وأن يحشرنا في زمرة من رحمته.

ونختم الكتاب بما بدأنا^(٦) به، وهو حمداً لله ذي الجلال والإكرام، وولي الطول والإنعام.

ونقول: الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله. اللهم صلي على محمد، وعلى آل محمد كما ذكره الذاكرون، وصلي على محمد، وعلى آل محمد كلما غفل عن ذكره الغافلون. "واغفر لنا، ولاخواننا الذين سبقونا بالإيمان، ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم"^(٧).

(١) في: ب "الإعتاق".

(٢) في: ب "إذا".

(٣) في: ظ "أو لنسب".

(٤) في: ب "مقدماً".

(٥) في: ب "بأمانة".

(٦) في: ب "بدأناه".

(٧) الخاتمة هكذا في - أ - و - ب - و - د - و - ظ - ومن قوله "ونقول: الحمد لله الذي... الخ"

ليست في - ز -.

وتيسر الفراغ منه في ذي القعدة الحرام لثلاثة عشر بعد ستمائة عام^(١).

بجرحنا

ثم إن نسخة (ظ) ذكرت^١ ما يلي:

(١)

هذا كله بحكاية خط المصنف - رحمه الله الله وإيانا .
هكذا شاهدته مكتوباً. "وحسبنا الله ونعم الوكيل".

نسخه الفقير إلى رحمة الله العظيم عمر محمد الحسن الشافعي العلوي... الخ.
وفي خاتمة نسخة - أ- "وقع الفراغ من كتابته على يدي أضعف عباد الله تعالى: العبد الفقير:
أحمد بن محمد المسكي غفر الله له، ولمن سعى في نساخته، ولجميع المسلمين، في ثاني صفر حتم
بالخير، والظفر سنة تسع وثلاثين فبضع مائة. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه الطيبين
الطاهرين وسلم".

وفي نسخة - د- "والحمد لله وحده وصلواته على خير خلقه محمد وآله وصحبه، وأزواجه
وذريته من بعد، وسلم تسليماً كثيراً ثم الجزء المبارك بحمد الله وعونه وحسن توفيقه. وبه تم
الكتاب المبارك... العبد الفقير الدليل الحقير المعترف بذنبه وعصيانه، المقر لله سبحانه وتعالى
بفضله وامتنانه: محمد بن عبدالرحيم بن عمر بن إبراهيم بن علي بن محمد بن عبد الطاهر القرشي
الهاشمي الجعفري الشافعي غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين، وجعله خالصاً لوجهه الكريم
ونفع به كاتبه وقارءه ومطالعه... تاريخ الثالث والعشرين شهر جمادي الآخرة سنة ثلاث
وسبعمائة من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلوات والتسليم...".

قال النووي في الروضة ٣١٥/١٢ "قد أحسن الرافي - رضي الله عنه - فيما حققه، ولخصه،
وأثقنه، واستوعبه في هذا الكتاب ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفائس وخفائيه على
المفتين والطلاب.

واعلم أيها الراغب في الخيرات، والحريص على معرفة النفائس المحققات وحل الغوامض
والمشكلات، والتبحر في معرفة المذهب والوقوف على ما تعتمد من المصنفات، وتعتمد إليه عند
نزول الفتاوى الغامضات، وثق به عند تعارض الآراء المضطربات، وتحث على تحصيله من أردت
نصحه من أولي الرغبات، أنه لم يصنف في مذهب الشافعي - رضي الله عنه - ما يحصل لك
مجموع ما ذكرته، أكمل من كتاب الرافي ذي التحقيقات، بل اعتقادي واعتقاد كل مصنف أنه
لم يوجد مثله في الكتب السابقات، ولا المتأخرات، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمات.

وقد يسر الله الكريم، وله الحمد في هذا المختصر مع ذلك جملاً متكاثرات من الزوائد المتممات،
والتوادر المستجدات، وغير ذلك من المحاسن المطلوبات. وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي
ولوالدي ومشايخي وسائر أحبائنا المسلمين والمسلمات وحسبنا الله ونعم الوكيل، لا حول ولا
قوة إلا بالله العلي العظيم.

الفهارس

- ١ - فهرس الآيات القرآنية.
- ٢ - فهرس الأحاديث والآثار.
- ٣ - فهرس الأماكن والمصطلحات التي شرحتها بالهامش.
- ٤ - فهرس الأعلام.
- ٥ - فهرس المراجع.
- ٦ - فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	الآية
		(سورة البقرة)
٢٣٤	١٩٦	﴿حتى يبلغ الهدى محله...﴾
٢٤٥	٢٠٠	﴿... فإذا قضيتم مناسككم...﴾
٥٠٣	٢٨٢	﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾
٥٠٦	٢٨٢	﴿ومن ترضون من الشهداء﴾
٥٠٣	٢٨٣	﴿ولا تكتموا الشهادة﴾
٣١٣	٢٨٠	﴿... فنظرة إلى ميسرة﴾
		(سورة آل عمران)
٨٠	٤١	﴿ءآيتك ألا تكلم الناس﴾
٣٥١	٧٥	﴿من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك﴾
٣٥١	٧٥	﴿ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك﴾
٣٣٤	١٥٩	﴿وشاورهم في الأمر﴾
٢	١٨٧	﴿وإذ أخذ الله ميثاق الذين أتوا الكتاب﴾
		﴿سورة النساء﴾
٤٦٥	٨	﴿وإذا حضر القسمة أولوا القربى﴾
٥٧٤	١٥	﴿... فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾
٥٠٧	٣١	﴿إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه﴾
١٦٨	٣٦	﴿... واليتامى والمساكين...﴾
٢٤٢	٥٨	﴿... وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾
٢٤٢	١٠٥	﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق...﴾
٣٥٠	١٢٤	﴿... ولا يظلمون نقيراً﴾
		﴿... وآيتهم إحداهن قنطاراً... إلى قوله تعالى
٣٥٢	٢١، ٢٠	﴿وكيف تأخذونه وقد أفصى بعضكم إلى بعض..﴾

(١٣٧٣)

٢٤٢	٤٢	﴿... وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾
٢٤٢	٤٩	﴿... وأن احكم بينهم بما أنزل الله...﴾
		(سورة الأنعام)
١	١	﴿الحمد لله الذي خلق السموات والأرض...﴾
		(سورة التوبة)
١٥٢	٧٥	﴿ومنتهم من عاهد الله لئن أتانا من فضله لنصدقن﴾
		(سورة الحجر)
١	٩	﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾
		(سورة الإسراء)
٢٤٥	٤	﴿وقضينا إلى بني إسرائيل...﴾
٣٥٠	٢٣	﴿... ولا تقل لهما أف...﴾
٥٩٠	٣٦	﴿... ولا تقف ما ليس لك به علم﴾
		(سورة مريم)
٨١	٢٦	﴿... فلن أكرم اليوم إنسياً...﴾
٨١	٢٩	﴿فأشارت إليه...﴾
٩٩٣	٩٢	﴿... وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً﴾
		(سورة الأنبياء)
١٠٩٣	٢٦	﴿وقالوا اتخذ الرحمن ولداً سبحانه بل عباد مكرمون﴾
		(سورة الحج)
١٤٩	٢٩	﴿... وليوفوا نذورهم...﴾
٣٤١	٣٠	﴿... فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾
		(سورة النور)
٥٧٤	٤	﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾
٥٦٧	٥	﴿إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا...﴾
٥٧٤	١٣	﴿ولولا جاءوا عليه بأربعة شهداء...﴾

(١٣٧٤)

- ١١٥٠ ٣٣ ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم...﴾
- ١١٣٨ ٣٣ ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم...﴾
(سورة القصص)
- ٢٤٥ ١٥ ﴿... فوكزه موسى﴾
(سورة لقمان)
- ٥١٦ ٦ ﴿ومن الناس من يشتري هو الحديث﴾
(سورة الأحزاب)
- ٩٣٢ ٣٧ ﴿وإذا تقول للذي أنعم الله عليه...﴾
(سورة يس)
- ٥٩١ ٥٧ ﴿وهم ما يدعون﴾
(سورة ص)
- ١١٨ ٤٤ ﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب...﴾
(سورة فصلت)
- ٧٠٦ ٣١ ﴿ولكم فيها ما تدعون﴾
(سورة الشورى)
- ٨٠ ٥١ ﴿وما كان لبشر أن يكلمه الله...﴾
(سورة الزخرف)
- ٥٩١ ٨٦ ﴿... إلا من شهد بالحق﴾
(سورة الدخان)
- ١٠٩٦ ٤٩ ﴿ذق إنك أنت العزيز الكريم﴾
(سورة الحجرات)
- ٥٠٦ ٦ ﴿وإن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا...﴾
(سورة النجم)
- ٥٠٧ ٣٢ ﴿والذين يجتنبون كبائر الإثم...﴾

(١٣٧٥)

	(سورة الصف)	
١٠٢	١٤	﴿... من أنصاري إلى الله...﴾
	(سورة الطلاق)	
٥٠٦	٢	﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾
	(سورة الإنسان)	
١٤٩	٧	﴿يوفون بالندور...﴾
١٣٤	٢٤	﴿فاصبر لحكم ربك ولا تطع...﴾
	(سورة الزلزلة)	
٣٥٠	٨	﴿ومن يعمل مثقال ذرة...﴾
	(سورة البلد)	
٩٣٢	١٣	﴿فك رقبة﴾

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الصفحة	طرف الحديث
٦٢٦	١ - "أن النبي ﷺ قضى بالشاهد واليمين
٥١٧	٢ - "أن جارية كانت تغني بالليل ... "عثمان"
٥٠٣	٣ - "أنه ﷺ سئل عن الشهادة فقال على مثلها فاشهد
٦٢٦	٤ - "أنه ﷺ قضى بالشاهد الواحد مع يمين الطالب
	"إنك شاب عاقل لا نتهمك وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله..."
٣١٩	"أبو بكر"
١٠٦٢	٥ - "الولاء لمن أعتق"
٦٠٣	٦ - "أمر رسول الله ﷺ عامل خيبر ببيع الجمع بالدرهم وشراء الجنيب بها
٥٧٥	٧ - "زنا العين النظر"
٣١٨	٨ - "عرفها سنة ثم احفظ عقاصها ووكاءها..."
٣٣٥	٩ - "كان النبي ﷺ غنياً عن مشاوتهم... "الحسن البصري"
٤٦٥	١٠ - "كان رسول الله ﷺ يقسم الغنائم بين أصحابه
٥٠٦	١١ - "لا تقبل شهادة أهل دين"
٢٠٥	١٢ - "لتمشي ولتركب و تهدي بدنة"
٥٠٤	١٣ - "ليس لك إلا شاهدك أو يمينه"
٥٢٣	١٤ - "واستشهد الشريد شعر أمية بن أبي الصلت"
٢٠٠	١٥ - "أجرك على قدر نصيبك"
٣٥١	١٦ - "أربع لا تجوز في الضحايا..."
٣٢٩	١٧ - "أسق يازبير ثم أرسل الماء لجارك..."
٣٤٦	١٨ - "أصحابي كالنجوم بأيهم اهديتهم..."
١٠١٩	١٩ - "أقرع في قسمة الغنائم بالبعر وأنه أقرع بالنوى..."
٣٥٣	٢٠ - "أقول فيها برأي إن كان صواباً فمن الله... "أبو بكر"

- ٢١- ألم تر أن مجزراً المدلجى نظر إلى أسامة... ٩١٥
- ٢٢- "أما معاوية فصعلوك، لا مال له..." ٥٢٤
- ٢٣- "أمّني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين" ٨٧
- ٢٤- "أن ابن عمر دبر جاريتين له وكان يطأهما..." ١١٣٨
- ٢٥- أن ابن عمر كاتب عبداً له بخمسة وثلاثين ألف درهم ١١٤١
- ٢٦- أن المدبر من الثلث ... "ابن عمر" ١١٢٩
- ٢٧- "أن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الاثنين..." ٣١١
- ٢٨- "أن النبي ﷺ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي..." ٣٧٩
- ٢٩- "أن الولاء لكبير..." ١٠٧٩
- ٣٠- "أن بنتاً حمزة أعتقت جارية فماتت الجارية" ١٠٧٨
- ٣١- "أن خصمين أتيا النبي..." ٨٠٥
- ٣٢- "أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته..." ١٠٢٤-٤٨٧
- ٣٣- أن رجلاً دبر غلاماً ليس له مال غيره ١٠٩٩
- ٣٤- أن رجلاً من حضر موت وآخر من كنده ٧٠٦
- ٣٥- أن رجلين اختصما إلى رسول الله في بعير ٨٠٥
- ٣٦- أن رجلين تداعيا دابة ٨٢٣
- ٣٧- "أن عثمان رضي الله عنه غضب على عبد له فقال: لأعاقبتك ولأكاتبتك على نجمين" ١١٥٩
- ٣٨- أن عمر اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف ... "عمر". ٣٦٦
- ٣٩- أن عمر دعا قائفاً في رجلين ادعيا مولوداً .. "عن عمر" ٩١٥
- ٤٠- "أن ما عزاً زنا فرجه..." ٣٥٢
- ٤١- "أنه ﷺ نهى أن تتخذ المساجد طرقاتاً..." ٢١٥
- ٤٢- أنه أجاز وصية غلام له عشر سنين... "عن عمر" ١١١١
- ٤٣- أنه نقض قضاء شريح... "علي" ٣٥٦
- ٤٤- لقد أوتي هذا مزماراً من مزامير آل داود ٥١٨

- ٤٥ - "أوف بنذرك..." ١٥٠
- ٤٦ - أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه ... "عن عباس" ١٣٥٧
- ٤٧ - "أيما عامل استعملناه..." ٣٢٢
- ٤٨ - إذا أولد الرجل أمته ومات عنها فهي حرة ... "ابن عمر" ١٣٥٧
- ٤٩ - "إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر..." ٢٤٢
- ٥٠ - إذا جلس الحاكم للحكم بعث الله ملكين ٢٤٣
- ٥١ - إذا كان العبد بين اثنين فأغتر^{فأغتر} أحدهما نصيبه وكان له مال ٩٦٥
- ٥٢ - "إذا لم تستحي فاصنع ما تشاء..." ٥٣٢
- ٥٣ - إن أول من فرق اليهود دانيال ٤٠٤
- ٥٤ - إن الله تصدق عليكم فاقبلوا صدقته ١٦٠
- ٥٥ - إن الله تعالى لا يقدر أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه ٢٤٧
- ٥٦ - إن الله حرم على أمي الخمر والميسر والكوبة ٥٢١
- ٥٧ - إن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان ١٢٢
- ٥٨ - إن امرأة أتت النبي فقالت إني نذرت ٥٢١
- ٥٩ - إن كان جامداً فألقوها وما حورها ٣٥٢
- ٦٠ - إن لم يقضى لهم خيارهم ... "عن عائشة" ٢٦١
- ٦١ - "إنا لا نكره على القضاء أحداً..." ٢٥٠
- ٦٢ - "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي..." ٣٦٢
- ٦٣ - إنما النذر ما ابتغي به وجه الله ١٥٤
- ٦٤ - إنما نحكم بالظاهر ٣٦٢
- ٦٥ - إنما نهيتكم من أجل الدافة ٣٥٢
- ٦٦ - إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلي ٢١٤
- ٦٧ - اجتمع رأي ورأي عمر على أن أمهات الأولاد يعين "علي" ١٣٥٨
- ٦٨ - اقتدوا بالذين من بعدي ٣٤٦
- ٦٩ - إن النبي ﷺ كتب في كتابه إلى أهل اليمن ٣٠٨

- ٧٠٦ - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر
- ٥٦٥ - توبة القاذف إكذابه نفسه
- ١٠٩٥ - ثلاث جدهن جد وهزهن جد
- ٥٥٥ - ثم يجيء قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها
- ٣٢٧ - جنبوا مساجدكم صبيانكم
- ٢٠٠ - حج النبي ﷺ راكباً
- ٥١٨ - حرك بالقوم فاندفع يرتحز
- ٤٠٨ - خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف
- ٥٥٥ - خير الشهداء الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها
- ٣١١ - دخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح
- ١١٠٠ - دخلت الجنة فسمعت نعمة من نعيم
- ٣٥٧ - ذلك على ما قضيناه وهذا على ما نقضي "عمر"
- ٩٠ - رفع عن أمي الخطأ والنسيان
- ٥١٨ - زينوا القرآن بأصواتكم
- ٢٤٣ - السابقون إلى ظل الله تعالى يوم القيامة
- ٣٥٢ - سها فسجد
- ٢٢٠ - صلاة في الكعبة تعدل مائة ألف صلاة في المسجد الحرام
- ٢١٤ - صلاة في مسجدي هذا تعدل ألف صلاة في غيره
- ٣٣٨ - عدلت شهادة الزور
- ٨٦ - علمتك مجامع الحمد
- ٣٤٦ - عليكم بسنتي وسنة الخلفاء
- ٥٦٧ - عمر "تب أقبل شهادتك" ... "عن عمر"
- ٥٧٤ - "يارسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً ..."
- ٥١٧ - الغناء ينبت النفاق في القلب
- ١٣٦٤ - في مارية "أعتقها ولدها"

- ٢٥٦ ٩٥-القضاة ثلاثة
- ٥١١ ٩٦-قول علي "ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون" عن علي
- ٥١٧ ٩٧-كان إذا خلا ترنم بالبيت والبيتين ... "عمر"
- ٣٥٦ ٩٨-كان يفاضل بين الأصابع ... "عمر"
- ١٣٥٩ ٩٩-كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد النبي لا نرى بذلك بأساً "عن جابر"
- ١٥٠ ١٠٠-كنت نذرت اعتكاف ليلة في الجاهلية "عمر"
- ٣٩٦ ١٠١-كيف تعرفهما قال بالصلاح والأمانة "عمر"
- ٢٤٤ ١٠٢-كيف تقضي إذا عرض لك قضاء
- ٣٩١ ١٠٣-لأن أعرابياً شهد عند رسول الله برؤية الهلال...
- ٥٤٠ ١٠٤-"لا تجوز شهادة الوالد للولد..."
- ٢٤٩ ١٠٥-"لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها..."
- ٣٧٩ ١٠٦-"لا تساوهم في المجلس..."
- ٢١٣ ١٠٧-"لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد..."
- ٥٧٥ ١٠٨-"لا تقبل شهادة النساء في الحدود..."
- ٥٣٦ ١٠٩-"لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم..."
- ١٥٠ ١١٠-"لا نذر في معصية الله..."
- ١٥٧ ١١١-"لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين..."
- ٣٥٢ ١١٢-"لا يبولن أحدكم في الماء الراكد..."
- ٩٩٣ ١١٣-لا يجزي ولد والده إلا أنه يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه
- ٣٨٧ ١١٤-لا يضيف أحدكم أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه
- ٣٢٩ ١١٥-"لا يقضي القاضي بين اثنين إلا وهو شعبان ريان..."
- ٣٢٨ ١١٦-"لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان..."
- ٣٥٦ ١١٧-لا يمنعك قضاء قضيتهم راجعت فيه نفسك ... "عمر"
- ٥٠٦ ١١٨-لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة
- ١٦٦ ١١٩-لا نذر فيما لا يملك ابن آدم

- ٨١ - لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث
- ٣٣٧ - لعن رسول الله الراشي والمرثي
- ٧٦٧ - لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا البيت "عبد الرحمن بن عوف"
- ٢٥٥ - لن يفلح قوم وليتهم امرأة
- ٢٤٤ - اللهم اهده وثبت لسانه
- ٨٧ - اللهم صلي على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم ...
- ٧٠٦ - لو أعطي الناس بدعواهم لادعى أناس دماء قوم وأموالهم
- ١٢٧ - لو رأيت رجلاً على حد، لم أحده حتى يشهد عندي بذلك شاهدان ...
- ٣٧١ "أبو بكر"
- ٣٦٨ - لو كنت راجماً من غير بينة لرجمتها
- ١٢٩ - ليس على مقهور يمين
- ٥١٩ - ليس منا من لم يتغنّى بالقرآن
- ٥٠٩ - ما منا إلا من عصى أو همَّ بمعصية إلا يحيى
- ١٦٤ - مروه فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه
- ٥٧٤ - مضت السنة من رسول الله والخليفين من بعده... عن الزهري"
- ١٣٤ - المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
- ١١٥٠ - من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً
- ٩٣٢ - من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضوٍ منها عضواً
- ٩٣٢ - من أعتق رقبة مؤمنة كان فداؤه من النار
- ٩٤٢ - من أعتق شركاً له في عبد
- ٢٤٧ - من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين
- ٢٩٠ - من حكم بين اثنين تراضيا به
- ٢٣٤ - من راح في الساعة الخامسة
- ٢٦٣ - من سئل فأفتى بغير علم
- ٤٠٨-٤٠٩ - من كان عليه دين فليأتنا

- ١٤٤ - من لعب بالترد فقد عصى الله ورسوله ٥١٤
- ١٤٥ - من لعب بالتردشير فإنما غمس يده في لحم خنزير ٥١٤
- ١٤٦ - من نذر أن يطيع الله فليطعه ١٤٩
- ١٤٧ - من ولي من أمور الناس ٣٢٧
- ١٤٨ - مولي القوم منهم ١٠٦٤
- ١٤٩ - نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية (عقبة بن عامر) ٢٠٥
- ١٥٠ - هدايا العمال غلول ٣٣٨
- ١٥١ - هل كان فيه وثن من أوثان الجاهلية يعبد ٢٢٦
- ١٥٢ - واغدو يا أنيس إلى امرأة هذا ٤٥٩
- ١٥٣ - وقف لعائشة "سترها حتى تنظر إلى الحبشة" ٥٢٢
- ١٥٤ - الولاء لحمة كلحممة النسب لا يباع ولا يوهب ١٠٦٣
- ١٥٥ - يا أبا بكر لكل قوم عيد وهذا عيدنا ٥١٧
- ١٥٦ - يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة ٢٤٨
- ١٥٧ - يروى أن جبريل عليه السلام علم آدم هذه الكلمات. وقال "قد علمتك مجامع

فهرس الأماكن والمصطلحات التي شرحتها بالهامش

الصفحة	
١١	١ - "طوس"
١١	٢ - "الطبران"
١١	٣ - "بوقان"
١٤	٤ - "جرجان"
١٤	٥ - "طبرستان"
١٤	٦ - "نيسابور"
١٤	٧ - "خراسان"
١٩	٨ - "راذكان"
٢٦	٩ - ديرين
٣١	١٠ - همذان
٣٦	١١ - ريان
٧٨	١٢ - هَلَل
٨٣	١٣ - الإيماش
٩٥	١٤ - الهبة
٩٨	١٥ - الصلح
١٠٠	١٦ - عند، ومع
١٠٢	١٧ - إلى
١٠٢	١٨ - الحين
١٠٢	١٩ - الدهر
١٠٢	٢٠ - الحقب
١١٦	٢١ - الحوالة
١١٦	٢٢ - العثكال

١١٦	٢٣- الشمراخ
١١٧	٢٤- لَكَمَةٌ
١١٧	٢٥- لكَزَه
١٣٥	٢٦- العرصة
١٣٦	٢٧- الضيمران
١٣٦	٢٨- الريحان
١٣٦	٢٩- البنفسج
١٣٦	٣٠- المرزنجوش
١٣٦	٣١- الزعفران
١٣٩	٣٢- كريات
١٤١	٣٣- الخبيص
١٤٢	٣٤- الإِجَاص
١٤٢	٣٥- الودَّك
١٤٢	٣٦- الطياهجة
١٤٥	٣٧- القصار
١٤٦	٣٨- تناهد القوم مناهدة
١٤٧	٣٩- الفانيد
١٤٧	٤٠- اللدِّيس
١٤٧	٤١- القند
١٤٧	٤٢- اللوزينج
١٤٨	٤٣- والجزينج
١٤٨	٤٤- أُرْج
١٤٨	٤٥- اللِّجَاج
١٤٩	٤٦- النذر

١٧٢	٤٧- الدائق
١٧٧	٤٨- الأثانين
١٨٣	٤٩- القوسخ
٢٠٨	٥٠- معصوب
٢١٢	٥١- دار الخيزران
٢١٣	٥٢- مر الظهران
٢٢٤	٥٣- نيسابور
٢٢٦	٥٤- يوانه
٢٢٨	٥٥- جرجان
٢٣٣	٥٦- السخلة
٢٣٣	٥٧- الفصيل
١٣٨	٥٨- الرّجاج
٢٤٩	٥٩- الخامل
٢٦٨	٦٠- الشقص
٣٠٤	٦١- الرشوة
٣٠٩	٦٢- البحرين
٣١٢	٦٣- السجل
٣١٢	٦٤- المحاضر
٣١٨	٦٥- اللقطة
٣١٨ و ٤٤٢	٦٦- الضالة
٣٢٩	٦٧- شراج الحرة
٣٣١	٦٨- الحلية
٣٣١	٦٩- القدّ
٣٣٣	٧٠- الإضبارة

٣٣٣	٧١ - اللدّد
٣٥٣	٧٢ - الكلالة
٣٥٨	٧٣ - القسامة
٣٥٩	٧٤ - العرايا
٣٦٦	٧٥ - حصيناً
٣٧٨	٧٦ - انتهاضة
٣٨٤	٧٧ - المستوفّر
٣٨٤	٧٧ - الرخصة
٣٩٧	٧٨ - التواتر
٤٠٣	٧٩ - الغدوة
٤٠٣	٨٠ - وعشية
٤١١	٨١ - المستخر
٤١٢	٨٢ - طرسوس
٤١٣	٨٣ - المرو
٤١٥	٨٤ - القبالة
٤٢٣	٨٥ - الضميمة
٤٥٩	٨٥ - العسيف
٤٤٠	٨٦ - الشبيات والشباكات
٤٦٢	٨٦ - الحجر
٤٦٥	٨٧ - القسمة
٤٧١	٨٨ - بنادق
٤٧٢	٨٩ - الشفعة
٤٧٩	٩٠ - الرهن
٤٨٤	٩١ - قسمة التعديل
٤٨٦	٩٢ - العضائد
٤٨٦	٩٣ - الخان
٤٨٧	٩٣ - الأقرحة
٤٩٦	٩٤ - تهايوأ

٥١٠	٩٥- الشطرنج
٥١١	٩٦- التشبيب
٥١١	٩٧- النرد
٥١٣	٩٨- القمار
٥١٥	٩٩- الأزام
٥١٥	١٠٠- والأربعة عشر
٥١٦	١٠١- الكعبتين
٥١٧	١٠٢- يوم بعث
٥١٨	١٠٣- الحداء
٥١٩	١٠٤- الحدر
٥١٩	١٠٥- التحزين
٥٢٠	١٠٦- الصّنج
٥٢٠	١٠٧- الطنبور
٥٢٠	١٠٨- الملاهي
٥٢٠	١٠٩- اللّف
٥٢١	١١٠- الكوية
٥٢٢	الموسائد
٥٣٢	١١١- القباء
٥٣٢	١١٢- القلنسوة
٥٣٣	الضنن
٥٧٨	١١٣- الرتق
٥٧٨	١١٤- القرن
٦٠٣	١١٥- خبير
٦٠٣	١١٦- الجمع
٦٠٣	١١٧- الجنيب
٦٢٧	١١٨- الهبة

٦٢٧	١١٩- القراض
٦٢٧	١٢٠- المساقاة
٦٢٧	١٢١- الجناية
٦٢٧	١٢٢- الجائفة
٦٢٧	١٢٣- الرهن
٦٥٧	١٢٤- الشبهة
٦٦٩	١٢٥- حاقة
٦٩١	١٢٦- المتمحضات
٨٩٥	١٢٧- غدوه
٩١٤	١٢٨- القيافة
٩٣٠	١٢٩- السنخلة
٩٣٣	١٣٠- التفليس
١٠٥٥	١٣١- المحاباة
١٠٥٦	١٣٢- الغرة
١٠٦١	١٣٣- الولاء
١٠٦٣	١٣٤- أمشاج
١٠٧٧	١٣٥- العقل
١١٠٠	١٣٦- التدبير
١١٤٩	١٣٧- التنجيم
١١٤٩	١٣٨- الكتابة
١١٧٣	١٣٩- النسيئة
١١٨٢	١٤٠- الذمي
١١٨٢	١٤١- المستأمن
١٢٠٧	١٤٢- التقاص

(١٣٨٩)

١٢٤٣

١٢٨٩

١٢٨٢

١٤٣ - تجاص

١٤٤ - زعفرانة

١٤٥ - الصرف

(١٣٩٠)

فهرس الأعلام

حسب الحروف الأبجدية

الصفحة

(أ)

- | | |
|-----|---|
| ١٩ | ١ - إبراهيم بن المطهر الجرجاني أبو طاهر الشيك ت ٥١٣ |
| ٨٥ | ٢ - إبراهيم بن حمد بن محمد المروزي أبو إسحاق ت ٥٥٣٦هـ |
| ١٠٧ | ٣ - إبراهيم بن أحمد المروزي أبو إسحاق ت ٣٤٠هـ |
| ٢٦٨ | ٤ - إبراهيم بن علي الشيرازي ت ٤٧٦هـ |
| ٢٩٠ | ٥ - إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الإسفرايني ت ٤١٨هـ |
| ١٩ | ٦ - أحمد بن محمد الراذكاني الطوسي |
| ١٩ | ٧ - أحمد بن عبد الله البهوتي أبو نصر ت ٥٤٤هـ |
| ٥٠ | ٨ - أحمد بن حنبل الشيباني ت ٢٤١هـ |
| ٢٥ | ٩ - أحمد بن خلف الأشبيلي |
| ٨٤ | ١٠ - أحمد بن محمد الإسفرايني ت ٤٠٦هـ |
| ٨٨ | ١١ - أحمد بن عمر بن سريج أبو العباس ت ٣٠٦هـ |
| ٩١ | ١٢ - أحمد بن بشر المروزي - القاضي أبو حامد ت ٣٦٢هـ |
| ١٠٤ | ١٣ - أحمد بن محمد المخاملي ت ٤١٥هـ |
| ١٣٣ | ١٤ - أحمد بن محمد القطان أبو الحسن ت ٣٥٩هـ |
| ١٥٤ | ١٥ - أحمد بن يحيى بن زيد "ثعلب" أبو العباس ت ٢٩١هـ |
| ١٥٧ | ١٦ - أحمد بن الحسين البيهقي ت ٤٥٨هـ |
| ١٦٥ | ١٧ - أحمد بن أحمد بن القاص الطبري ت ٣٣٥هـ |
| ٣٩٣ | ١٨ - أحمد بن محمد بن أحمد الطبري ت ٤٥٠هـ |
| ٨٥٦ | ١٩ - أحمد بن الحسين بن سهل الفارسي |
| ٢٨ | ٢٠ - البراء بن عازب |
| ١٩ | ٢١ - إسماعيل بن مسعدة الإسماعيلي ت ٤٧٧هـ |
| ٨٠ | ٢٢ - إسماعيل بن يحيى المزني ت ٢٦٤هـ |

- ٢٦ - إسماعيل بن محمد بن الفضل
 ٢٦ - أسعد بن محمود العجلي ت ٦٠٠هـ
 ١٦٤ - أبو اسرائيل
 ٤٠٨ - أبو الاسيقع الجهني
 ٤١٢ - أبو الحسين بن حفيص الطرسوسي
 ٥٤٩ - أبو الخطاب الأسدي الكوفي
 ٢٠ - أبو المظفر الخوافي ت ٥٥٠هـ
 ٢٠ - أبو صالح المؤذن
 ٥٢٤ - أبو نزار اليميني
 ٢٠ - أبو إبراهيم الضرير
 ٢٠ - أبو الأسعد بن القشيري
 ٢٣٢ - أبو الحسين النسوي
 ٢٠ - أبو الخير جامع السقا اليوسفي
 ٢٥ - أبو الحسن بن بندر
 ٢٠ - أبو الهيثم الكشميهي
 ٥٢٤ - أبو جهم حذيفة بن غانم القرشي
 ٢٠ - أبو عبد الله النعالي
 ٢٠ - أبو علي الروذباري
 ٢٠ - أبو منصور عبد القاهر البغدادي
 ٥٠ - أبو يعقوب اليوبطي
 ٢٠ - أبو عبد الله بن باكويه
 ٥٢٣ - أمية بن أبي الصلت الثقفي
 ٤٥٩ - أنيس بن الضحاك الأسلمي

(ث)

٥٠

٤٦ - أبو ثور

(ج)

١٠٩٦

٤٧ - جعفر بن محمد الباقر بن الحسن العلوي ت ١٤٨هـ

(١٣٩٢)

(ح)

- ٩١٠ ٤٨- حجاج بن ارطاة النخعي
٣٩٩ ٤٩- حرملة بن يحيى بن عبد الله ت ٢٤٤ هـ
٢١٨ ٥٠- الحسن الطبري أبو علي صاحب "الإفصاح"
١٢٨٩ ٥١- الحسن بن محمد بن الحسين الزعفران ت ٢٤٩ هـ
١٥٣ ٥٢- الحسين بن أحمد الأصبخري ت ٣٢٨ هـ
١٣٣ ٥٣- الحسين بن الحسن الحلبي ت ٤٠٦ هـ
٨٢ ٥٤- الحسين بن الحسين بن أبي هريرة ت ٣٤٥ هـ
١١١ ٥٥- الحسين بن القاسم أبو علي الطبري ت ٣٥٠ هـ
٥٢ ٥٦- الحسين بن شعيب المروزي أبو علي السخي ت ٤٢٧ هـ
١٦٥ ٥٧- الحسين بن صالح بن خيران أبو علي (ت ٣٢٠ هـ)
٢٧٥ ٥٨- الحسين بن محمد الطبري الخناطي
٩٢ ٥٩- الحسين بن مسعود البغوي ت ٥١٦ هـ

(د)

- ٤٠٤ ٦٠- دانيال بن حز عليه الصلاة والسلام

(ذ)

- ٣٧٥ ٦١- ذكوان السمان المدني أبو صالح ت ١٨ هـ

(ر)

- ٢٥ ٦٢- الرازي محمد بن عمر الرازي ت ٦٠٦ هـ
٥١٩ ٦٣- الربيع بن سليمان الأزدي الجيزي
٨٤ ٦٤- الربيع بن سليمان المرادي ت ٢٧٠ هـ
٣٧٥ ٦٥- ربيعة بن أبي عبد الرحمن التميمي ت ١٣٦ هـ
٧٠٧ ٦٦- ربيعة بن امرؤ القيس الكندي
٧٦٩ ٦٧- ركانة بن عبد العزيز المطلبي

(ز)

- ١٩ ٦٨- زاهر الشحاتي

(١٣٩٣)

(س)

- ٥١٢ - سعيد بن جبير الأسدي ت ٩٥هـ
٥١٤ - سهل بن الإمام أبي سهل الصعلوكي ت ٤٠٤هـ
٣٧٥ - سهيل بن أبي صالح السمانى المدني

(ش)

- ٣٥٦ - شريح بن الحارث القاضي ت ٧٨هـ
٥٢٣ - الشريد بن سويد الثقفي

(ص)

- ١٩ - صخر الطائري

(ط)

- ٢٠ - طراد بن محمد الزيني

(ع)

- ٢٨٩ - أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد السرخسي الزاز ت ٤٩٤هـ
٢٠ - عبد الخالق بن أحمد
٨٥ - عبد الرحمن الفوراني ت ٤١٦هـ
٨٥ - عبد الرحمن النيسابوري المتولي ت ٤٧٨هـ
٣٦٠ - عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ت ٨٣هـ
٥٥ - عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت ٧٩٥هـ
٢٥٢ - عبد الرحيم بن عبد الكريم القشيري ت ٥١٤هـ
٢٦ - عبد الرحيم بن محمد الموصلي ت ٦٧١هـ
١٠٧ - عبد السيد بن محمد البغدادي ابن الصباغ ت ٤٧٧هـ
٢٦ - عبد العزيز بن أحمد الديري ت ٦٩٧هـ
١٧٣ - عبد العزيز بن عبد الله الداركي ت ٣٧٥هـ
٣٧ - عبد العظيم بن عبد الطوسي المنذري ت ٦٥٦هـ
١٩ - عبد الغافر بن إسماعيل
٥٦ - عبد القادر بن بدران الحنبلي ت ١٣٤٦هـ
١٢٤ - عبد الله بن أحمد القفال أبوبكر ت ٤١٧هـ

- ٥٢١ ٩١- عبد الله بن الزبير القرشي ت ٧٣هـ
- ٥١٨ ٩٢- عبد الله بن رواحة الأنصاري ت ٨هـ
- ٢٩١ ٩٣- عبد الله بن علي الروياني أبوالمكارم "صاحب العدة"
- ٥١٨ ٩٤- عبد الله بن قيس الأشعري ت ٤٢هـ
- ١٦٤ ٩٥- عبد الله بن محمد الأنصاري ت ٣٨٤هـ
- ٥١٦ ٩٦- عبد الله بن مسعود الهذلي ت ٣٢هـ
- ٢١٨ ٩٧- عبد الله بن يوسف الجويني ت ٤٣٨هـ
- ١٠٠ ٩٨- عبد الملك بن عبد الله أبوالمعالي إمام الحرمين ت ٤٧٨هـ
- ٩٤ ٩٩- عبد الواحد بن إسماعيل الروياني ت ٥٠٢هـ
- ٢٦٢ ١٠٠- عبد الواحد بن الحسين - أبو القاسم الصيمري
- ١٣٥٨ ١٠١- عبيدة بن عمرو السلمي المرادي
- ٢٠٤ ١٠٢- عقبة بن عامر الجهني ت ٦٠هـ
- ٣٢٦ ١٠٣- علي حسين بن حربوية أبو عبيدة ت ٣١٩هـ
- ٣٨٨ ١٠٤- علي بن أحمد المرزبان البغدادي ت ٣٦٦هـ
- ١٣٥ ١٠٥- علي بن محمد الماوردي ت ٤٥٠هـ
- ٥١٥ ١٠٦- علي بن محمد بن خيران البغوي
- ٢٠ ١٠٧- علي بن محمد بن علي الكيا الهراسي ت ٥٠٤هـ
- ٢٦٧ ١٠٨- عمر بن عبد الله الهروي
- ١١٧٩ ١٠٩- عمر بن عبد الله بن الوكيل ت ٣١٠هـ
- ٥٦ ١١٠- عمر بن علي بن الملقن ت ٨٠٤هـ
- ٢٦ ١١١- عمر بن محمد الزبيري ت ٨٨٧هـ
- ١٠٠٢ ١١٢- عمران بن حصين الخزازي ت ٥٢هـ
- ٣٢٨ ١١٣- عمرو بن حزم الانصاري
- ٦٢٨ ١١٤- عمرو بن دينار المكي أبو محمد الأثرم ت ١٢٦هـ
- ١٣١٣ ١١٥- عمرو بن شعيب بن محمد - بن عمرو ابن العاص ت ١١٨هـ
- ٢١٢ ١١٦- عمرو بن هشام القرشي أبوجهل

(١٣٩٥)

(ف)

١٩ ١١٧ - الفضل بن محمد الفارمذي ت ٤٧٧هـ

(ق)

١١٣ ١١٨ - القاسم بن محمد بن علي - صاحب التقريب -

١١٢ ١١٩ - القاضي الحسين المروزي ت ٤٦٢هـ

(ك)

٢٥ ١٢٠ - الكمال بن يونس

(م)

٦٠٢ ١٢١ - مالك بن صعصعة بن وهب الانصاري

١٠٣ ١٢٢ - ماهر بن عبد الله الطبري القاضي أبو الطيب ت ٤٥٠هـ

٩١٥ ١٢٣ - مجزز بن الأعور المدلجي

٢٥ ١٢٤ - محمد الأربلي أبو حامد ت ٦٠٨هـ

١٨٧ ١٢٥ - محمد بن أحمد أبوبكر ابن الحداد ت ٣٤٥هـ

٣٤٠ ١٢٦ - محمد بن أحمد الأزهري ت ٣٧٠هـ

١٩ ١٢٧ - محمد بن أحمد المروزي أبوسهل ت ٤٦٥هـ

١٣٠ ١٢٨ - محمد بن أحمد المروزي الشيخ أبو زيد ت ٣٧١هـ

١٣٩ ١٢٩ - محمد بن أحمد الهروي - أبو عاصم العبادي ت ٤٥٨هـ

٢٩٤ ١٣٠ - محمد بن أحمد الهروي القاضي أبوسعيد ت ٤٨٨هـ

٢٦ ١٣١ - محمد بن إبراهيم السهيلي أبو حامد ت ٦١٠هـ

٣٦٦ ١٣٢ - محمد بن إبراهيم بن المنذر ت ٣١٠هـ

١١٩٤ ١٣٣ - محمد بن الحسن الشيباني ت ١٨٩هـ

٦٠٧ ١٣٤ - محمد بن الحسن القزويني أبو حاتم ت ٤٤٠هـ

٥٣٠ ١٣٥ - محمد بن الحسن المصري

٣٥٤ ١٣٦ - محمد بن الطيب الباقلائي أبوبكر الأشعري ت ٤٠٣هـ

١٢٣ ١٣٧ - محمد بن الفضل بن سلمة أبو الطيب ت ٣٠٨هـ

٩٥ ١٣٨ - محمد بن داود الصيدلاني ت ٤٣٠هـ

٢٦٧ ١٣٩ - محمد بن عبد الكريم القزويني والد الرافعي ت ٥٠٨هـ

(١٣٩٦)

- ١٥٤ - محمد بن عبد الله أبوبكر الصيرفي ت ٣٣٠هـ
٣٧٦ - محمد بن عبد الله الأودني ت ٣٨٥هـ
١٠٩٠ - محمد بن عبد الله البصري ابن الليان ت ٤٠٢هـ
٢٠ - محمد بن عبد الله المعروف بالقاضي أبوبكر ابن العربي ت ٥٤٣هـ
٢٧٥ - محمد بن عبد الملك أبو الحسن الكرجي ت ٥٣٠هـ
١٠٧٢ - محمد بن عبد الملك بن خلف السلمي ت ٤٧٠هـ
٧٢٢ - محمد بن عبد الوهاب الثقفي ت ٣٢٨هـ
٩٧٢ - محمد بن علي الماسرجسي
٤٢٢ - محمد بن علي المروزي أبوبكر القفال الشاشي ت ٣٣٦هـ
٢٩٠ - محمد بن محمد أبوظاهر الزيادي ت ٤١٠هـ
١٠٠٢ - محمد بن محمود المروزي أبوبكر
٢٦٨ - محمد بن يحيى النيسابوري ت ٥٤٨هـ
٥٨٠ - الموفق بن طاهر أبومحمد

(ن)

- ١٩ - نصر بن علي الحاكمي أبوالفتح
١٤٥ - نصر بن حات بن بكير الشالوسي
٥٦٦ - نفيح بن الحارث الثقفي أبوبكرة ت ٥١هـ

(هـ)

- ٢٥٢ - هارون الرشيد بن محمد المهدي العباسي ت ١٩٣هـ

(و)

- ١٩ - وجيه الشحاتي
٧٠٧ - وائل بن حجر بن مسروق الحضرمي
١٥٩ - الوزير بن القرات

(ي)

- ٧٩ - يحيى بن العمراني اليماني - صاحب اليماني ت ٥٥٨هـ
٩١ - يوسف بن أحمد القاضي ابن كج ت ٤٠٥هـ
٥٠ - يوسف البويطي ت ٢٣٢هـ

- ٥٠ ١٦٣- يونس بن عبد الأعلى
- (أسماء النساء)
- ٢٠٤ ١٦٤- أم حيان أخت عقبة بن عامر الجهنية
- ٣٥٢ ١٦٥- بريرة مولاة عائشة رضي الله عنهما
- ٢١٢ ١٦٦- الخيزران زوجة المهدي
- ٢٦ ١٦٧- فاطمة الجوزدانية
- ٥٢٤ ١٦٨- فاطمة بنت قيس القرشية
- ٤٠٨ ١٦٩- هند بنت عتبة القرشية

(١٣٩٨)

فهرس المراجع

- ١ - الآثار للإمام محمد الشيباني ت ١٨٩هـ طبة دار القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي - باكستان مع الإثار بمعرفة رواة الآثار لابن حجر العسقلاني ت (٨٥٢هـ).
- ٢ - الأحكام السلطانية - للماوردي - ط ٣ - ١٣٩٣هـ - مكتبة مصطفى الباي - القاهرة.
- ٣ - أحكام القرآن لأبي بكر أحمد الجصاص (٣٧٠هـ) دار الفكر بيروت.
- ٤ - أحكام القرآن لابن العربي (٥٤٣) ت. علي محمد الجاوي - دار المعرفة - بيروت.
- ٥ - أحكام القرآن للإمام الشافعي (٢٠٤) ت. عبد الغني عبد الخالق، مكتبة الخانجي، ط ١، ١٤١٤هـ.
- ٦ - الأحكام في أصول الأحكام - للآمدي (٦٣١) ط ١ - ١٤٠١هـ - دار الفكر.
- ٧ - أدب القاضي للإمام الماوردي (٤٥٠) ت. محي هلال السدحان، مطبعة العاني - بغداد - ١٣٩٢هـ.
- ٨ - أدب القضاء - للإمام أبو العباس ابن القاص (٣٣٥) ت د/ حسين الجبوري، ط ١ - ١٤٠٩هـ - مكتبة الصديق - الطائف.
- ٩ - أدب القضاء للقاضي ابن أبي الدم ت (٦٢٤) ت. محمد عبد القادر عطا.
- ١٠ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري (٩٢٥)، المكتبة الإسلامية.
- ١١ - الأشباه والنظائر - لجلال الدين السيوطي (٩١١) - الطبعة الأخيرة، مكتبة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٢ - أضواء البيان تفسير القرآن بالقرآن، للشنقيطي - عالم الكتب، بيروت.
- ١٣ - الأعلام للزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٥، ١٩٨٠م.
- ١٤ - الأم، للإمام الشافعي، دار المعرفة - بيروت.

- ١٥ - الأموال، لأبي عبيد بن سلام (٢٢٤هـ) ت. محمد هراس. ط ٢ - مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ١٣٨٨هـ.
- ١٦ - الأنساب لعبد الكريم السمعاني (٥٦٢هـ) ت. عبد الله البارودي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ.
- ١٧ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ القونوي الحنفي (٩٧٨هـ) ت. د/ أحمد الكبيسي، دار الوفاء، جدة، ط ٢، ١٤٠٧هـ.
- ١٨ - أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، لابن هشام (٧٦١هـ) ت. محمد محي الدين عبد الحميد، ط ٥، ١٩٦٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٩ - إتحاف السادة المتقين بشرح علوم الدين - للعلامة السيد محمد مرتضي الزبيدي الحنفي ١٢٠٥هـ دار الفكر - بيروت.
- ٢٠ - الإجماع لابن المنذر (٣١٠هـ) ت. د. فؤاد عبد المنعم احمد، ط ١، ١٤٠١هـ من مطبوعات رئاسة المحاكم الدينية بدولة قطر.
- ٢١ - الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان للأمر علي بن بلبان الفارسي (٧٣٩هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ.
- ٢٢ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام - لابن دقيق العيد (٧٠٢) دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢٣ - إحياء علوم الدين - للغزالي ت (٥٠٥هـ) طبعة جديدة - دار الفكر - بيروت.
- ٢٤ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني. اشرف محمد زهير الشاويش. ط ٢ - ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٢٥ - الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر (٣١٨هـ) ت. أبو حماد صغير أحمد حنيف، ط ١، دار طيبة - الرياض.
- ٢٦ - الإشراف على مسائل الخلاف - للقاضي عبد الوهاب البغدادي (٤٢٢هـ) مطبعة إدارة - تونس.
- ٢٧ - الإصابة في تمييز الصحابة - للحافظ ابن حجر (٨٥٢هـ)، دار الفكر.
- ٢٨ - إعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) ت. محمد محي الدين عبد الحميد.

- ٢٩- الإفصاح على مذاهب العلماء الأربعة - لابن هبيرة (٥٦٠هـ) المؤسسة السعدية بالرياض.
- ٣٠- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - للخطيب الشربيني (٩٧٧هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- ٣١- الإقناع للماوردي (٤٥٠هـ) تحقيق / محمد خضر، ط ١، ١٤٠٢هـ، مكتبة دار العروبة.
- ٣٢- الإقناع، لشرف الدين الحجاوي (٩٦٨هـ)، عالم الكتب، دار المعرفة، بيروت.
- ٣٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد للمرداوي (٨٨٥هـ) ت. محمد حامد الفقهي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط ١، ١٣٧٤هـ.
- ٣٤- الاختيار لتعليل المختار - لعبد الله الموصلي الحنفي (٦٨٣) دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ٣٥- الاستيعاب في أسماء الأصحاب للحافظ ابن عبد البر (٤٦٣هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، بهامش الإصابة.
- ٣٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (٩٧٠هـ)، المطبعة العربية - باكستان.
- بحر المذهب، لأبي المحاسن عبد الواحد الروياني ت/٥٠٢هـ مخطوط من دار الكتب المصرية، برقم خصوصي (٢٢) عمومي (٢٧٣٦) شافعي.
- ٣٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، (٥٨٧)، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٧، ١٤٠٥هـ.
- ٣٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشيد المالكي (٥٩٥هـ)، ط ٥، ١٤٠١هـ، دار المعرفة، بيروت.
- ٣٩- البداية والنهاية لابن كثير (٧٧٤هـ) طبعة جديدة منقحة، ١٣٨٨هـ، دار الفكر، بيروت.
- ٤٠- البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير، للإمام ابن الملقن (٨٠٤هـ) ت. جمال محمد السيد، ط ١، ١٤١٤هـ، دار العاصمة، الرياض.

- ٤١ - تاج العروس من جواهر القاموس للعلامة السيد محمد المرتضى الزبيدي (١٢٠٥هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت.
- ٤٢ - التاج والاكلیل لمختصر خليل، محمد المواق (٨٩٧هـ) ط ٢، ١٣٨٩هـ بهامش مواهب الجليل.
- ٤٣ - تاريخ الأدب العربي، بروكلمان، نقله للعربية د/ السيد يعقوب بكر، ط ٢، دار المعارف، القاهرة.
- ٤٤ - تاريخ التراث العربي، فؤاد سزكين، نقله للعربية د. محمود فهمي حجازي، اشرفت على طباعته إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- ٤٥ - تاريخ الفرق الإسلامية ونشأة علم الكلام عند المسلمين، لعلي مصطفى الغزالي، مكتبة محمد صبحي، القاهرة.
- ٤٦ - تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٤٦٣هـ) المكتبة السلفية - المدينة المنورة.
- ٤٧ - تبصرة الحكام في أحوال الأحكام، لعلاء الدين الطرابلسي، ط ٢، ١٣٩٣هـ، مكتبة الحلبي، مصر.
- ٤٨ - تبصير المنتبه بتحرير المشتبه لابن حجر العسقلاني ت. علي محمد البجاوي، المكتبة العلمية، بيروت.
- ٤٩ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي (٧٤٣هـ) الطبعة الأميرية، مصر، ١٣١٤هـ.
- ٥٠ - التحرير في أصول الفقه. الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، للكمال ابن الهمام (٨٦١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥١ - تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى للمباركفوري (١٣٥٣هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٥٢ - تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، لابن الملقن (ت. عبد الله اللحياني، ط ١، ١٤٠٦هـ، دار حراء للنشر والتوزيع.
- ٥٣ - تدريب الراوي في شرح تقريب النووي لجلال الدين السيوطي (٩١١هـ) ت. عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الكتب الحديثية، ١٣٨٥هـ.

- ٥٤ - تذكرة الحفاظ، للحافظ الذهبي (٧٤٨هـ) ط ٢، حيدر آباد الهند.
- ٥٥ - ترتيب مسند الإمام الشافعي، محمد السندي (١٢٥٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٧٠هـ.
- ٥٦ - التعريفات للجرجاني (٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥٧ - التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب آبادي، ط ٢، ١٤٠٣هـ، عالم الكتب، بيروت.
- ٥٨ - تفسير أبي السعود للقاضي أبي السعود العماري (٩٥١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٥٩ - تفسير الشوكاني "فتح القدير" محمد الشوكاني (١٢٥٠هـ)، دار الفكر، ١٤٠١هـ.
- ٦٠ - تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٧٧٤هـ) تصحيح الشيخ خليل الميس، مدير مفتى لبنان، ط ٢، دار القلم، بيروت.
- ٦١ - تفسير القرطبي "الجامع لأحكام القرآن" محمد القرطبي (٦٧١هـ)، تحقيق إبراهيم ومحمد، دار الكتب المصرية.
- ٦٢ - تقريب التهذيب، لابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) ت. عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت.
- ٦٣ - "التلخيص" الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، عني بتصحيحه السيد عبد الله هاشم اليماني، المدينة المنورة، الحجاز، ١٣٨٤هـ.
- ٦٤ - "التلخيص" لابن القاص (٣٣٥هـ) ت. عادل عبد الموجود، علي عوض، مكتبة الباز، الرياض.
- ٦٥ - "التلخيص" للذهبي (٧٤٧هـ) ت. مصطفى عبد القادر عطا، ط ١، ١٤١١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، بذيل المستدرك.
- ٦٦ - "التمهيد في أصول الفقه" لأبي الخطاب الحنبلي (٥١٠هـ)، تحقيق مفيد ومحمد علي، مركز البحث العلمي، مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ.

- ٦٧-التنقيح المشيع في تحرير أحكام المقنع، علاء الدين المرادوي (٨٨٥هـ) أشرف على طبعه عبد الرحمن محمود، من منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض.
- ٦٨-تنوير الأبصار للتمرتاشي (١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت، ١٣٩٩هـ.
- ٦٩-تهذيب الأسماء واللغات، للإمام النووي (٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٧٠-تهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، (٨٥٢هـ)، ط ١، ١٤١٤هـ، دار الفكر.
- ٧١-تهذيب السنن لابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) طبعة السنة المحمدية، مصر، ١٣٦٧هـ، مع مختصر سنن أبي داود ومعالم السنن.
- ٧٢-التهذيب مع شرحه الدر المختار في الفقه الشافعي للحسين البغوي (٥١٦هـ)، تحقيق عادل عبد الموجود، وعلي معوض، ط ١، ١٤١٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٧٣-الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩هـ)، طبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان.
- ٧٤-جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً، للحافظ ابن رجب (٧٩٥هـ)، ط ٥، ١٤٠٠هـ، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة.
- ٧٥-جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر (٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٨هـ.
- ٧٦-الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية للقرشي (٧٧٥هـ)، تحقيق عبد الفتاح الحلو، دار العلوم، الرياض، مصورة عن مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٨هـ.
- ٧٧-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي (١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٧٨-حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لابن القاسم النجدي، (١٣٩٢هـ)، الطبعة ١٤٠٠هـ.
- ٧٩-حاشية رد المختار على الدر المختار: لابن عابدين (١٢٥٢هـ).
- ٨٠-حاشية على شرح الجلال الخلي على منهاج الطالبين، لشهاب الدين القليوبي (١٠٦٩هـ)، دار الفكر، بيروت.

- ٨١- حاشية على شرح الجلال المحلي، لأحمد العميرة (٩٥٧هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٨٢- الحاوي الكبير - للإمام الماوردي (٤٥٠) ت (محمود مطرجي) دار الفكر، بيروت، ط ١٤١٤هـ.
- ٨٣- خلاصة البدر المنير، لابن الملقن (٨٠٤هـ) ت. حمدي السلفي، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤١٠هـ، ط ١.
- ٨٤- الدراية في تخريج أحادي الهداية لابن حجر العسقلاني (٨٥٢)، دار المعرفة، بيروت.
- ٨٥- الدر المختار شرح تنوير، علاء الدين الحصكفي، (١٠٨٨هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٩هـ.
- ٨٦- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة للحافظ ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) تحقيق محمد سلامة جار الله، ط ٢، ١٣٨٥هـ، دار الكتب الجديدة، القاهرة.
- ٨٧- الرسالة للشافعي (٢٠٤هـ)، ت أحمد محمد شاكر.
- ٨٨- الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي، (١٠٥١) ت. محمد عبد الرحمن عوض، ط ٤، ١٤١٢هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٨٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي (٦٧٦هـ) زهير الشاويش، ط ٢، ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٩٠- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، لابن قدامة، (٦٢٠) ط ٤، ١٣٩٧هـ، المكتبة السلفية، القاهرة.
- ٩١- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي. لأبي منصور الأزهر (٣٧٠) تحقيق شهاب الدين أبو عمرو دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ.
- ٩٢- سبل السلام بشرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام للإمام محمد الكحلاني الصنعاني (١١٨٢هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٩٣- سلسلة الأحاديث الصحيحة للألباني، ط ٤، ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.

- ٩٤ - سلسلة الأحاديث الضعيفة، للألباني، ط ٤، ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٩٥ - سنن أبي داود (٢٧٥) تعليق ومراجعة محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.
- ٩٦ - سنن ابن ماجه، للحافظ محمد القزويني (٢٧٥هـ) ت/ محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.
- ٩٧ - سنن الترمذي (الجامع الصحيح) للإمام الترمذي (٢٧٩هـ) ت. عبد الرحمن محمد عثمان - ط ٢، ١٤٠٣هـ، دار الفكر، بيروت.
- ٩٨ - سنن الدارقطني، (٣٧٥هـ) ط ٢، ١٤٠٣هـ، عالم الكتب.
- ٩٩ - السنن الكبرى للبيهقي (٤٥٨هـ)، ت. محمد عبد القادر عطا، ط ١، (١٤١٤هـ)، دار الكتب، بيروت.
- ١٠٠ - سنن النسائي (٣٠٣هـ) (مع شرح السيوطي وحاشية السندي).
- ١٠١ - سير أعلام النبلاء للذهبي، (٧٤٨هـ) ط ١، ١٤٠٥هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق د/بشار عواد معروف، ود. محي هلال السرحان.
- ١٠٢ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد الحنبلي (١٠٨٩هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ١٠٣ - شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، لجلال الدين المحلي (٨٦٤هـ)، دار الفكر، بيروت مع حاشيتي قليوبي وعميرة.
- ١٠٤ - شرح العناية على الهداية للباقرتي (٧٨٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٠٥ - الشرح الكبير على مختصر خليل للدرديري (١٢٠١هـ) طبعة دار الفكر، بيروت، بهامش حاشية الدسوقي.
- ١٠٦ - شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي (٩٧٢هـ) ت/ د. محمد الزحيلي و د. نزيه حماد، طبع ١٤٠٠هـ، دار الفكر، دمشق، بإشراف مركز البحث العلمي، بجامعة أم القرى.

- ١٠٧- شرح الوقاية لصدر الشريعة الحنفي (٧٤٧هـ) تصحيح محمود العطار، المطبعة الأدبية، مصر ١٣١٨هـ بهامش كتاب كشف الحقائق.
- ١٠٨- شرح صحيح مسلم، للنووي (٦٧٦هـ) ط ١، ١٣٤٧هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٠٩- شرح فتح القدير لابن الهمام (٦٨١هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١١٠- شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح، تحقيق محمد محمد تامر، ط ١، ١٤١٧هـ، دار السلام، شارع الأزهر، الغورية.
- ١١١- شرح معاني الآثار للطحاوي (٣٢١هـ) ت محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.
- ١١٢- شرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٠٥١هـ) عالم الكتب، بيروت.
- ١١٣- شرح نخبة الفكر في مصطلحات أهل الأثر، لعلي القاري (١٠١٤هـ) دار الفكر، بيروت، بذيل سبل السلام.
- ١١٤- شفاء الغليل في بيان الشبه والخيال ومسالك التعليل للغزالي (٥٠٥هـ) ت. أحمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٠هـ.
- ١١٥- الصحاح للجوهري، ت. أحمد عبد الغفور عطار، ١٩٥٦م/١٣٧٥هـ.
- ١١٦- صحيح البخاري للإمام البخاري (٢٥٦هـ) طبعة بالأوفست باستنبول، ١٤٠١هـ، دار الفكر.
- ١١٧- صحيح مسلم، للإمام مسلم (٢٦١هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت، متن شرح صحيح مسلم للنووي.
- ١١٨- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع - للسخاوي، مكتبة دار الحياة، بيروت.
- ١١٩- طبقات الحفاظ للسيوطي (٩١١هـ) راجعه لجنة من العلماء، ط ٢، ١٤١٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٢٠- طبقات الحنابلة، للقاضي ابن أبي يعلى (٥٦٠هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- ١٢١- طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٧٧١هـ)، ط ٢، دار المعرفة، بيروت.

- ١٢٢- طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٨٥١هـ) عناية وتعليق. عبد العليم خان، ط ١، ١٤٠٧هـ، عالم الكتب، بيروت.
- ١٢٣- طبقات الشافعية لابن هداية الله الحسيني (١٠١٤هـ) ت. عادل نويهض ط ٢، ١٩٧٩م، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- ١٢٤- طبقات الشافعية، للأسنوي (٧٧٢هـ)، كمال الحوت، ط ١، ١٤٠٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٢٥- طبقات الفقهاء، للشيرازي (٤٧٦هـ) ت د. إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٧٠م.
- ١٢٦- العزيز في شرح الوجيز للرافعي (٦٢٣هـ) ت محمد علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط ١، ١٤١٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٢٧- العناية شرح الهداية، محمد البابرتي (٧٨٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت مع فتح القدير.
- ١٢٨- الغاية القصوى في دراية الفتوى للقاضي البيضاوي، (٦٨٥هـ) ت. على قرة داغي، دار الإصلاح، الدمام.
- ١٢٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، طبعة جديدة، الطبعة التي حقق أصلها عبد العزيز بن باز ورقم كتبها محمد فؤاد عبد الباقي، ط ٢، ١٤١٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٣٠- الفروق للقرافي (٦٨٤هـ) عالم الكتب، بيروت.
- ١٣١- الفقيه والمتفقه، للخطيب البغدادي، (٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٣٢- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للتعالبي (١٣٧٦هـ) تعليق عبد العزيز القارئ، ط ١، ١٣٩٦هـ، المكتبة العلمية بالمدينة المنورة.
- ١٣٣- فهرس أحاديث مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبوهاجر زغلول، ط ١، ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٣٤- فهرس المخطوطات، دار الكتب الظاهرية، فقه شافعي (٢٣٧٥/٠٤٥٦) من مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى.

- ١٣٥- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، للكنوي، (١٣٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- ١٣٦- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً. سعدي أبو حبيب، ط ١، ١٤٠٢هـ، دار الفكر، دمشق.
- ١٣٧- القاموس المحيط، للفيروزآبادي (٨١٧هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.
- ١٣٨- القرآن الكريم.
- ١٣٩- القوانين الفقهية، للجزري المالكي (٧٤١هـ)، دار عباس الباز، مكة المكرمة.
- ١٤٠- الكافي، لابن قدامة (٦٢٠هـ)، تحقيق زهير الشاويش، ط ٣، ١٤٠٢هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ١٤١- لوامع الأنوار وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدررة المضية في عقد الفرقة المرضية للشيخ محمد السفاريني الأثري الحنبلي، ط ٢، ١٤٠٢هـ، منشورات مؤسسة الحافقين، دمشق.
- ١٤٢- كتاب الإيضاح والتبيان في معرفة الكيل والميزان، لنجم الدين بن الرفعة الشافعي (٧١٠هـ)، تحقيق د. محمد الخاروف، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٠٠هـ.
- ١٤٣- كتاب التدوين في أخبار قزوين، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني الشافعي (٦٢٣هـ)، تحقيق عزيز الله العطاري، طبع بالمطبعة العزيزية، شاه علي بنك، حيدر آباد، الهند، سنة ١٤٠٤هـ.
- ١٤٤- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، للحافظ عبد الله بن أبي شيبه الكوفي (٢٣٥هـ) تقديم وضبط كمال الحوت، ط ١، ١٤٠٩هـ، دار التاج، بيروت.
- ١٤٥- كشف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور البهوتي الحنبلي (١٠١٥هـ)، طبعة عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ.
- ١٤٦- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، للعلامة حاجي خليفة كاتب جلي، مصطفى بن عبد الله الحنفي (١٠٦٧هـ)، منشورات مكتبة المثني - بغداد.
- ١٤٧- اللباب في شرح الكتاب، للمحقق عبد الغني الميداني الحنفي (١٢٩٨هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.

- ١٤٨ - لسان العرب، محمد بن منظور المصري (٧١١هـ)، عناية أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤١٦هـ، بيروت.
- ١٤٩ - مؤلفات الإمام الغزالي. ط. عبد الرحمن بدوي، مطبوع بعناية المجلس الأعلى لرعاية الفنون - بالقاهرة، ١٣٨٢هـ.
- ١٥٠ - المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين إبراهيم بن مفلح الحنبلي (٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ.
- ١٥١ - المبسوط، لشمس الأئمة محمد السرخسي الحنفي (٤٩٠ أو ٥٠٠) تصنيف الشيخ خليل الدين الميس، ط ١، ١٤١٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٥٢ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، للفقهاء العلامة عبد الرحمن داماد أفندي الحنفي (١٠٧٨)، دار الطباعة العامرة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٥٣ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين علي الهيثمي الشافعي (٨٠٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٢هـ، الطبعة الثالثة.
- ١٥٤ - مجموع الفتاوى، للشيخ أحمد بن تيمية الحراني الحنبلي (٧٢٨)، بجمع عبد الرحمن النجدي، إدارة المساحة العسكرية، القاهرة، ١٤٠٤هـ، تحت الرئاسة العامة لشئون الحرمين بالرياض.
- ١٥٥ - المجموع شرح المذهب، للنووي (٦٧٦هـ)، وله تكملتان، الأولى لتقي الدين علي السبكي الشافعي (٧٥٦)، من الجزء العاشر إلى الجزء الثاني عشر. والثانية: محمد نجيب المطيعي من الجزء الثالث عشر إلى آخر الجزء العشرين، دار الفكر، بيروت.
- ١٥٦ - مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر الطحاوي (٣٢١)، اختصار الجصاص (٣٧٠) تحقيق د. عبد الله نذير أحمد، ط ١، ١٤١٦هـ، دار البشائر الإسلامية، بيروت.
- ١٥٧ - مختصر الخرقى، لأبي القاسم الخرقى (٣٣٤) مكتبة المعارف، الرياض، ط ١، ١٤٠٨هـ.

- ١٥٨- مختصر الزني، لإسماعيل بن يحيى الزني تلميذ الشافعي، طبع دار المعرفة، بيروت، لبنان، مطبوع مع الأم، ج ٨.
- ١٥٩- مختصر خليل للعلامة خليل بن إسحاق المالكي (٧٦٧ أو ٧٦٩ أو ٧٧٦) الطبعة الأخيرة، ١٤٠١هـ، المكتبة المالكية.
- ١٦٠- مختصر سنن أبي داود، للحافظ عبد العظيم المنذري الشافعي (٦٥٦)، تحقيق محمد حامد الفقي، السنة احمديّة، القاهرة، ١٣٦٧هـ.
- ١٦١- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد القادر بن بدران (١٢٤٦هـ) تحقيق د. عبد التركي، ط ٢، ١٤٠١هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- ١٦٢- المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى أحمد الزرقاء، ط ٩، مطابع الف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٧ - ١٩٦٨م.
- ١٦٣- المدونة الكبرى، للإمام مالك (١٧٩)، رواية سحنون (٢٤٠)، عن عبد الرحمن بن القاسم (١٩١) ط ١، ١٤١٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٦٤- المستدرك في الصحيحين، للحافظ محمد الحاكم النيسابوري (٤٠٥)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط ١، ١٤١١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٦٥- المستصفى في علم الأصول، لأبي حامد محمد الغزالي الشافعي (٥٠٥)، الطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٢٢هـ.
- ١٦٦- المسند، للإمام أحمد بن حنبل (٢٤١)، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة ١٤٠٥هـ، الطبعة الخامسة.
- ١٦٧- مصباح السنة، للإمام الحسين البغوي (٥١٦) تحقيق د. يوسف المرعشلي، ومحمد سمارة وجمال الذهبي، ط ١، ١٤٠٧هـ، دار المعرفة، بيروت.
- ١٦٨- المصنف، للحافظ عبد الرزاق الصنعاني (٢١١)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، من منشورات المجلس العلمي.
- ١٦٩- المطلع على أبواب المقنع، لأبي الفتح اليعلى (٧٧٧)، المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ.

- ١٧٠- معالم السنن، حمد الخطابي الشافعي (٣٨٨)، طبعة السنة الحمديّة، القاهرة، ١٣٦٧، مع مختصر سنن أبي داود.
- ١٧١- معجم البلدان لياقوت الحموي (٦٢٦) دار صادر.
- ١٧٢- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني الشافعي (٩٧٧)، دار الفكر، بيروت.
- ١٧٣- المغني شرح مختصر الخرقي، للعلامة عبد الله بن قدامة الحنبلي (٦٢٠)، تحقيق د. عبد الله التركي، و د. عبد الفتاح الحلو، ط ١، ١٤١٠هـ، هجر للطباعة والنشر، القاهرة.
- ١٧٤- المغني في الضعفاء، للحافظ محمد الذهبي (٧٤٨)، تحقيق د. نور الدين عتر، إدارة التراث الإسلامي، قطر، ١٤٠٧هـ.
- ١٧٥- مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم لطاش كبرى زادة، ط ١، ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٧٦- المقنع، لموفق الدين عبد الله بن قدامة الحنبلي (٦٢٠)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٣٩٩هـ.
- ١٧٧- الملل والنحل، لأبي الفتح الشهرستاني، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، دار الفكر، بيروت.
- ١٧٨- المنتقى شرح الموطأ، لسليمان الباجي المالكي (٤٧٤)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٣٢هـ.
- ١٧٩- منتهى الارادات في الجمع بين المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار الحنبلي، (٩٧٢) تحقيق عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب.
- ١٨٠- منهاج الطالبين مع شرح مغني المحتاج، لخي الدين النووي الشافعي (٦٧٦)، دار الفكر، بيروت.
- ١٨١- المهذب، لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي الشافعي (٤٧٦)، مع المجموع، دار الفكر، بيروت.

- ١٨٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ل محمد الخطاب المالكي (٩٥٤)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، ط ٢.
- ١٨٣- الموسوعة الحديثية، مسند الإمام أحمد بن حنبل (٢٤١) المشرف على إصدار هذه الموسوعة د. عبد الله التركي، شارك في التحقيق عدد من العلماء، ط ١، ١٤١٤هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- ١٨٤- الموطأ، للإمام مالك (١٧٩)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، القاهرة، ١٣٧٠هـ).
- ١٨٥- نزهة الخاطر شرح روضة الناظر، لعبد القادر بن بدران (١٢٤٦)، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة.
- ١٨٦- نصب الراية لأحاديث الهداية، للحافظ عبد الله الزيلعي الحنفي (٧٦٢)، ط ٢، إدارة المجلس العلمي.
- ١٨٧- النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، للإمام بطلال الركبي (٦٣٣) تحقيق د. مصطفى سالم، المكتبة التجارية، مكة، ١٤١١هـ.
- ١٨٨- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ل محمد الرملي الشافعي الصغير (١٠٠٤)، إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٨٩- نهاية المطلب في دراية المذهب، لإمام الحرمين الجويني (٤٧٨هـ)، المكتبة: أحمد الثالث - تركيا رقم المخطوط (١٣٠) نسخة (و) الجزء (٢٥، ٢٦، ٢٧) مجلد ٢.
- ١٩٠- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ل محمد الشوكاني (١٢٥٥)، توزيع دار الفكر، بيروت.
- ١٩١- الهداية شرح بداية المتدى، لشيخ الإسلام برهان الدين على المرعنانى الحنفي (٥٩٣)، المكتبة الإسلامية.
- ١٩٢- هدية العارفين شرح أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل باشا البغدادي، طبعة مكتبة المثني ببغداد، مصورة عن طبعة استانبول، سنة ١٩٥٥م.

(١٤١٣)

١٩٣ - الوجيز بشرح العزيز، لأبي حامد محمد الغزالي الشافعي (٥٠٥)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩هـ.

١٩٤ - الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد الغزالي الشافعي (٥٠٥)، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، ط ١، ١٤١٧هـ، دار السلام، شارع الأزهر.

فهرس الموضوعات بالتفصيل

الصفحة	الموضوع
١.....	المقدمة.....
٣.....	سبب اختيار الموضوع.....
٥.....	خطة العمل.....

القسم الأول وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول: وفيه مطلبان

المطلب الأول: حياة الغزالي وفيه ثمانية مباحث

١٢-١١.....	الأول: اسمه ونسبه ولقبه وكنيته.....
١٣.....	المبحث الثاني: في مولده ونشأته.....
١٤.....	المبحث الثالث: رحلاته والعلوم التي طلبها.....
١٥.....	المبحث الرابع: صفاته وأخلاقه.....
١٧.....
١٨.....	المبحث الخامس: مكاتبه العلمية وثناء العلماء عليه.....
١٩.....	المبحث السادس: أشهر شيوخه وتلاميذه.....
٢١.....	المبحث السابع: في مصنفاته.....
٢٣.....	المبحث الثامن: في وفاته.....

المطلب الثاني: في التعريف بكتاب الوجيز وفيه أربعة مباحث

٢٤.....	المبحث الأول: اسم الكتاب وأصله.....
٢٥-٢٤.....	المبحث الثاني: أهمية الكتاب.....
٢٥.....	المبحث الثالث: شروحه ومختصراته.....
٢٧.....	المبحث الرابع: منهج الغزالي في كتابه الوجيز.....

الفصل الثاني: وفيه مطلبان

٢٨.....	المطلب الأول: معقود لبيان حياة الرافي رحمة الله.....
٢٨.....	المبحث الأول: في اسمه ونسبه وكنيته ولقبه.....

- المبحث الثاني: مولده ونشأته ٢٩
- المبحث الثالث: صفاته وأخلاقه ٢٩
- المبحث الرابع: رحلاته العلمية ٣٠
- المبحث الخامس: مكانته العلمية وثناء العلماء عليه ٣٣-٣١
- المبحث السادس: أشهر شيوخه ٣٦-٣٤
- المبحث السابع: أشهر تلاميذه ٣٧
- المبحث الثامن: مصنفات الإمام الرافعي ٣٩-٣٧
- المبحث التاسع: في وفاته ٣٩

الفصل الثالث: وفيه تسعة مباحث:

- المبحث الأول: اسم الكتاب ونسبته إلى مؤلفه ٤١
- المبحث الثاني: سبب تأليفه ٤٢
- المبحث الثالث: منهجه في الكتاب ٤٤-٤٢
- المبحث الرابع: مصادر الكتاب ٤٤
- المبحث الخامس: أهمية الكتاب العلمية ٤٦-٤٥
- المبحث السادس: شروح ومختصرات وتخريج أحاديثه ٤٩-٤٧
- المبحث السابع: المصطلحات الفقهية في الكتاب ٥٥-٤٩
- المبحث الثامن: تقوم الكتاب ٥٩-٥٥
- المبحث التاسع: نسخ الكتاب ٦١-٥٩
- نماذج من النسخ ٧٦-٦٢

القسم الثاني: النص المحقق

- كتاب الأيمان ٧٧
- النوع الخامس في الكلام ٧٨
- المسألة الأولى: حلف لا يكلمه فقال تنحى عني ونحو ذلك ٨٣-٧٩
- المسألة الثانية: إذا حلف لا يتكلم فردد الشعر أو هلك ونحو ذلك ٨٤
- المسألة الثالثة: إذا حلف يشين على الله تعالى أحسن الشاء ٨٦-٨٥
- المسألة الرابعة: إذا حلف لا يصلي فمات يحنث ٨٨-٨٧

- فصل في تأخير الحنث وتقديمه..... ٨٦
- الصورة الأولى: إذا حلف لياكلن هذا الطعام غداً..... ٩٠
- الصورة الثانية: إذا قال: والله لأقضين حنك، ومات قبل القضاء..... ٩٦-٩٩
- الفصل الثالث: وفيه مسألتان

- المسألة الأولى: إذا قال لأقضين حنك عند رأس الشهر..... ١٠٠
- المسألة الثانية: لو قال لأقضين حنك إلى حين..... ١٠٢
- النوع السابع: في الخصومات..... ١٠٦
- فصل: حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي وله أحوال..... ١٠٦
- الحالة الأولى: إذا حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي فلان..... ١٠٦
- الحالة الثانية: إذا نكّر فقال: إلا رفعته إلى قاض..... ١٠٨
- الحالة الثالثة: إذا قال: إلا رفعته إلى القاضي..... ١٠٨
- فصل: ما إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه..... ١١١
- فصل: في الحلف على الضرب..... ١١٦
- فصل: إذا حصل فعل مع إكراه أو نسيان أو جهل..... ١٢٢
- فصل: فيما لو قال: لا أسلم على زيد فسلم على قوم هو فيهم..... ١٢٦

أصول ماثورة وفروع منثورة

- الفصل الأول: في الأصول الماثورة..... ١٢٩
- المسألة الأولى: في انعقاد يمين الصبي والمجنون والسكران..... ١٢٩
- المسألة الثانية: حلف لا يدخل الدار فقال أردت شهراً..... ١٣٠
- المسألة الثالثة: حلف لا يكلم أحداً ثم قال أردت زيداً..... ١٣١
- المسألة الرابعة: لا يأكل الرؤوس..... ١٣٢
- المسألة الخامسة: إذا قال: والله لا دخلت الدار ولا دخلت الدار..... ١٣٢
- المسألة السادسة: حلف لا يكلم بنيه ولا ابن له ثم وُلد له بنون..... ١٣٣
- المسألة السابعة: حلف لا يدخل داري أحد ولا قميصي أحد..... ١٣٤
- المسألة الثامنة: حلف لا يدخل هذه الدار أميراً..... ١٣٤

الفصل الثاني: في الفروع المنثورة

- المسألة الأولى: حلف لا يدخل هذه وأشار إلى دار فانهدمت..... ١٣٥
- المسألة الثانية: حلف لا يشم الريحان ونحو ذلك..... ١٣٦
- المسألة الثالثة: حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه من غير أن يطلب الحالف..... ١٣٧
- المسألة الرابعة: حلف لا يتسرى..... ١٣٧
- المسألة الخامسة: حلف لا يقرأ القرآن فقرأ جنباً..... ١٣٧
- المسألة السادسة: حلف لا يصلي على هذا المصلى ففرش عليه ثوباً..... ١٣٨
- المسألة السابعة: حلف لا يكلم فلاناً شهراً..... ١٣٨
- المسألة الثامنة: حلف لا يكلم فلاناً فولاه ظهره..... ١٣٨
- المسألة التاسعة: لا يلبس ثوباً من غزها فرقع برقعة..... ١٣٩
- المسألة العاشرة: حلف لا يفعل كذا فجن وفعله حال جنونه..... ١٣٩
- المسألة الحادية عشر: حلف ليضربن امرأته حتى يغشى عليها ونحو ذلك..... ١٤٠
- المسألة الثانية عشر: حلف لا يدخل هذه الخيمة فقلعت وضربت في موضع آخر..... ١٤٠
- المسألة الثالثة عشر: حلف لا يقرأ في هذا المصحف فحلّه ثم قرأ منه..... ١٤٠
- المسألة الرابعة عشر: حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل موضع الزيادة..... ١٤١
- المسألة الخامسة عشر: حلف لا يكتب بهذا القلم، فكسره ثم برأه وكتب به..... ١٤١
- المسألة السادسة عشر: حلف لا يأكل من كسب فلان..... ١٤١
- المسألة السابعة عشر: في معنى الحلواء والشواء والطبخ..... ١٤١
- المسألة الثامنة عشر: حلف لا يأكل المرق..... ١٤٢
- المسألة التاسعة عشر: حلف لا يأكل المطبوخ..... ١٤٢
- المسألة العشرون: في معنى الغداء والعشاء والسحور والضحوة..... ١٤٢
- المسألة الحادية والعشرون: حلف لا يكلم فلاناً فنبهه من النوم، أو دف عليه
- الباب..... ١٤٣
- المسألة الثانية والعشرون: حلف لا يكلم فلاناً في الشتاء أو الصيف أو يوماً
- أو يومين..... ١٤٣
- المسألة الثالثة والعشرون: حلف لا يساكنه بالكوفة ونحو ذلك..... ١٤٤

- المسألة الرابعة والعشرون: حلف ليهدمن هذه الدار فهدم سقوفها ونحو ذلك..... ١٤٥
- المسألة الخامسة والعشرون: حلف لا يرتكب حراماً ولا يظأ امرأته..... ١٤٥
- المسألة السادسة والعشرون: حلف لا يأكل من مال فلان ثم تناهدا..... ١٤٦
- المسألة السابعة والعشرون: حلف لا يزور فلاناً حياً وميتاً فتشيع جنازته..... ١٤٦
- المسألة الثامنة والعشرون: حلف لا يصطاد ما دام الأمير في البلد فخرج الأمير منها فاصطاد..... ١٤٦
- المسألة التاسعة والعشرون: حلف لا يركب فركب ظهر إنسان فعبر به على النهر..... ١٤٧
- المسألة الثلاثون: حلف لا يفتح سراويله على امرأته..... ١٤٧
- المسألة الحادية والثلاثون: حلف لا يدخل داره الصوف، فأدخل كبشاً عليه صوف..... ١٤٧
- المسألة الثانية والثلاثون: حلف لا يفطر أو لا يقعد معه تحت سقف واحد..... ١٤٨
- المسألة الثالثة والثلاثون: في نذر اللجاج..... ١٤٨

كتاب النذور

- فصل في الأدلة الدالة على مشروعية النذر..... ١٤٩
- الباب الأول: في بيان أركان النذور وما يعتبر فيه للصحة**..... ١٥٠
- الركن الأول: المتزيم..... ١٥٠
- الركن الثاني: الصيغة..... ١٥٢
- الركن الثالث: المتزيم وأقسامه ثلاثة..... ١٥٦
- القسم الأول: نذر المعصية..... ١٥٦
- القسم الثاني: نذر الطاعة..... ١٦٣
- القسم الثالث: نذر المباحات..... ١٦٣

الفصل الرابع: في فروع منثورة في النذور

- الفرع الأول: نذر الجهاد في جهة عينها..... ١٦٥
- الفرع الثاني: ما يشترط في نذر القرية المالية..... ١٦٦

- الفرع الثالث: لو قال: إن ملكت عبداً فله عليّ أن أعتقه..... ١٦٦
- الفرع الرابع: لو قال: إن شفى الله مريضى وملكته عبداً فله عليّ أن أعتقه..... ١٦٧
- الفرع الخامس: لو قال إن شفى الله مريضى فله عليّ أن اشترى عبداً واعتقه..... ١٦٧
- الفرع السادس: لو قال البائع للمشتري: إن خرج المبيع مستحقاً فله عليّ أن أهبَ منك ألف دينار..... ١٦٧

أنواع الملتزمات

- الفصل الأول: في الصوم**..... ١٦٩
- إذا نذر أن يصلي مطلقاً ونحو ذلك..... ١٧١
- إذا نذر أن يتصدق بعشرة ونحو ذلك..... ١٧٢
- إذا نذر أن يعتكف..... ١٧٣
- إذا نذر إعتاق رقبة..... ١٧٣
- إذا نذر صوم يوم ولزمه..... ١٧٥
- إذا نذر صوم أيام..... ١٧٦
- إذا نذر صوم شهر..... ١٧٨
- إذا نذر صوم سنة..... ١٧٩
- فصل فيما إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان وفيه صور**..... ١٨٣
- الصورة الأولى: إذا شرع في صوم تطوع أو نذر أن يتمه..... ١٨٣
- الصورة الثانية: لو نذر صوم بعض يوم هل ينقصد نذره..... ١٨٤
- الصورة الثالثة: إذا نذر أن يحج في هذه السنة وهو على مائة فرسخ ولم يبقى إلا يوم..... ١٨٦
- إذا نذر صوم يوم الاثنين أبداً أو يوم يقدم فلان أبداً..... ١٩٢
- إذا نذر صوم الدهر..... ١٩٦
- إذا نذر صوم يوم العيد..... ١٩٩
- في نذر الحج والعمرة..... ٢٠٠
- إذا نذر أن يحج ماشياً..... ٢٠١

لو قال: أحج عامي هذا فتعذر بمرض أو بإحضار ٢٠٦

فروع تتعلق بنذر الحج والعمرة

النوع الثالث: إتيان المساجد ٢١٠

فصل في فروع منثورة ٢٢٢

النوع الرابع: في الضحايا والهدايا ٢٢٤

صورتان:

إذا نذر أن يصوم في بلد ٢٣٧

إذا نذر ستر الكعبة وتطيبها ٢٣٩

فصل في فروع منثورة

كتاب أدب القاضي وفيه أربعة أبواب ٢٤٢

الباب الأول: في التولية والعزل، وفيه فصلان

الفصل الأول: في طريق التولية ٢٤٧

أحوال الناس في القضاء وطلبه ٢٤٩

صفات القاضي ٢٥٥

في الفتوى ٢٦٢

في آداب المستفتى ٢٧١

الفصل الثاني: في العزل وأحواله ٢٩٦

الباب الثاني: في جامع آداب القضاء ٣٠٨

وهي عشرة:

الأدب الأول: في إعلان الولاية ٣٠٨

الأدب الثاني: قدوم القاضي في بلد الحكم ٣١١

الأدب الثالث: في صفة كتاب القاضي والمزكين والمترجمين ٣١٨

الأدب الرابع: في مجلس القضاء ٣٢٥

الأدب الخامس: القضاء في حال الغضب والجوع ٣٢٨

٣٣٤.....	الأدب السادس: مشاوررة القضاء.....
٣٣٦.....	الأدب السابع: في بيع القاضي وشرائه.....
٣٤٠.....	الأدب الثامن: في تعزيز من أساء أدبه في مجلسه.....
٣٤٢.....	الأدب التاسع: لا يقضي لولده ونحو ذلك.....
٢٤٥.....	الأدب العاشر: لا ينقض قضاء نفسه وقضاء غيره.....
٣٤٦.....	في الأصول التي يقضي بها القاضي ويفتي بها المفتي.....
٣٦١.....	قضاء القاضي لا ينفذ إلا في الظاهر.....
٣٦٧.....	في فروع تتعلق بالحبس.....
٣٦٨.....	الفصل الثاني في مستند قضاء القاضي.....
٣٧٢.....	إذا رأى القاضي حجة فيها ذكر حكمه.....
٣٧٨.....	الفصل الثالث في التسوية بين الخصوم.....
٣٨٣.....	فصل في تراحم الخصوم.....
٣٨٦.....	في حكم إجابة القاضي لوليمة العرس.....
٣٨٨.....	في حكم عيادة المريض وحضور الجنائز.....
٣٨٩.....	الفصل الرابع التزكية وكيفيةها، وصفات المزكي.....
٤٠٣.....	في ترتيب القاضي بالشهود.....
٤٠٧.....	في شهادة المسافرين والمجازين من القوافل.....
٤٠٧.....	في شهادة الحسبة.....
٤٠٨.....	الباب الثالث في القضاء على الغائب.....
	الركن الأول: الدعوى وما يشترط لها
	الركن الثاني: المدعي
٤١٥.....	الركن الثالث: في كيفية إناء الحكم إلى القاضي الآخر.....
٤٤٨.....	فصل في مؤنة المحضر.....
٤٥٠.....	الركن الخامس: المحكوم عليه وشروطه.....
٤٥٥.....	القضاء على الغائب في العقوبات.....
	عزل القاضي بعد سماع البينة.....

٤٥٩..... في حضور المرأة المخدرة في مجلس الحكم

٤٦٢..... في تزويج المرأة الخارمة عن ولايته

الباب الرابع: القسمة

٤٦٥..... فصل في شروط القسام

٤٧١..... في كيفية القسمة

٤٨٤..... أنواع القسمة

..... النوع الأول: قسمة التعديل

٥٠١..... مسائل منثورة

كتاب الشهادات. وفيه ستة أبواب

٥٠٣..... الباب الأول: فيما يفيد أهلية الشهادة

٥٠٦..... في صفات الشهادة

٥٠٧..... في أقسام المعاصي

٥١٠..... حكم اللعب بالشطرنج وغيره

٥٢٥..... حكم إنشاء الشعر وإنشاده

٥٣١..... حكم لبس الحرير على الرجال

٥٣٣..... الوصف الثاني المروءة

حكم الحياكة

٥٣٨..... الوصف الثالث المروءة

٥٤٧..... فصل في العداوات الدينية والعصية

٥٤٧..... في شهادة المبتدعة

٥٥١..... الوصف الرابع: التعامل

٥٥١..... الوصف الخامس: التهمة

٥٥٤..... الوصف السادس: الحرص على الشهادة

٥٥٦..... في قبول شهادة الحسبة

٥٦٠..... في قبول شهادة البدوي على القروي والعكس

٥٦١	شهادة الأخرس.....
٥٦٢	فصل في توبة القاذف وسائر أنواع الفسق.....
٥٦٤	فصل في النوع الثاني: التوبة الظاهرة وأنواع المعاصي.....
٥٦٩	فصل: إذا ظهر للقاضي بعد الحكم أنه قضى بشهادة خطأ.....
٥٧٣	الباب الثاني: في العدد المعتبر في الشهادة والذكورة.....
٥٧٤	فصل في مراتب الشهادة: الأولى الشهادة على الزنا.....
٥٧٧	الثانية: الشهادة فيما ليس بمال ونحو ذلك.....
٥٨٠	الثالثة: الشهادة فيما هو ما ونحو ذلك.....
٥٨٢	فصل: فيما لو شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان.....
٥٨٤	فصل: فيما لو ادعى مالا على إنسان وشهد له بذلك شاهدان.....
٥٩٠	الباب الثالث في مستند علم الشاهد
٥٩٤	فصل في كيفية شهادة من لا يُعرف نسبه.....
٥٩٨	فصل في تحمل الشهادة على المرأة المتتعبة.....
٦٠٤	فصل في التسامع.....
٦١٤	فصل في بيان أحكام تحمل الشهادة وأدائها.....
٦٢٠	فصل في حكم تحمل الشهادة وأخذ الأجرة عليها وعلى كتابة الصكوك.....
٦٢٦	الباب الرابع: في الشاهد واليمين
٦٢٧	الفصل الأول: في موضع الشاهد واليمين.....
٦٢٩	الفصل الثاني: في القضاء بالشاهد أو اليمين أو بهما.....
٦٢٩	الفصل الثالث: في كيفية يمين المدعي مع الشاهد.....
٦٣٢	فصل فيما لو ادعى عبداً أنه كان ملكه فأعتقه.....
٦٣٥	فصل فيما إذا حلف الورثة مع شاهد واحد على دين المورث.....
٦٤٤	فصل في ثبوت الوقف بشاهد ويمين.....
	فصل لو ادعى ثلاثة بنين من ورثة ميت أن أباهم أوقف عليهم هذه الدار وأنكر
٦٤٥	الورثة.....
٦٥٢	فصل في دعوى وقف التشريك.....

٦٥٦.....	الباب الخامس: في الشهادة على الشهادة
٦٥٨.....	الفصل الأول: في تحمل الشهادة على الشهادة
٦٦٢.....	الفصل الثاني: في صفات شاهد الأصل
٦٦٥.....	الفصل الثالث: في عدد شهود الفرع
٦٦٩.....	الفصل الرابع: في وقت سماع شهادة الفرع
٦٧١.....	فصل: ليس على شهود الفرع تزكية الأصل

٦٧٣.....	الباب السادس: الرجوع في الشهادة
٦٧٤.....	فصل: في الرجوع قبل القضاء بالشهادة أو بعده
٦٧٦.....	فصل: إذا كان الرجوع فيما يتعذر رده أو لا يتعذر
	فصل: وفيه فرعان
٦٨٦.....	الفرع الأول: شهدا بالطلاق وقضى القاضي ثم رجعا
٦٨٦.....	الفرع الثاني: شهدا على امرأة أنها زوجة فلان بألف وقضى القاضي ثم رجعا
٦٨٨.....	فصل: فيما لو شهد على المال رجل وامرأتان أو عشر نساء
٦٩١.....	فصل: فيما يثبت بشهادة النساء وحدهن أو لا يثبت
٦٩٤.....	فصل: في وجوب العزم على شهود الإحصان
٦٩٨.....	فصل: الرجوع في الأموال

كتاب الدعاوى والبيانات

٧٠٥.....	الركن الأول: ركن الدعوى
	تعريفها، أدلتها
٧٠٧.....	الفصل الأول: المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى
٧١٥.....	الفصل الثاني: معرفة المدعي والمدعى عليه
٧١٩.....	في شروط صحة الدعوى
٧٢٤.....	الفصل الثالث: لو قامت البينة على المدعى عليه فهل له أن يحلف المدعي
٧٢٦.....	الفصل الرابع: من قامت عليه البينة فطلب المهلة
٧٢٩.....	الفصل الخامس: في دعوى النكاح والبيع وسائر العقود

٧٣٣.....الفصل السادس: في دعوى المرأة الزوجية هل تسمع؟

٧٣٦.....الفصل السابع: في دعوى العبد أنه حر الأصل

٧٣٨.....الفصل الثامن: في سماع الدعوى بالدين المؤجل

٧٤٠.....الفصل التاسع: لو سلم ثوباً إلى دلال ليبيعه

الركن الثاني: جواب المدعى عليه.....٧٤٢

٧٤٣.....المسألة الأولى: لو قال لي عليك عشرة

٧٤٥.....المسألة الثانية: لو ادعى مالاً وأسنده إلى جهة

٧٤٩.....المسألة الثالثة: إذا ادعى ملكاً فأنكر الملكية

٧٥٢.....إذا أضاف المدعي المدعى إلى غائب

٧٥٦.....إذا انصرفت الخصومة عن المدعى عليه هل للمدعي تخليفه

٧٥٧.....المسألة الرابعة: إذا خرج المبيع مستحقاً

.....المسألة الخامسة: في جواب دعوى القصاص

٧٦٣.....المسألة السادسة: في طلب الكفيل لإحضار البينة

الركن الثالث في الحلف.....٧٦٤

وفيه أربعة أطراف: نفس الحلف، وما يحلف عليه ومن يحلف، وما يحلف له،

وفائدته، وحكمه.....٧٧٤-٧٦٤

الركن الرابع: النكول.....٧٧٥

الركن الخامس: البينة.....٨٠٣

٨٠٣.....الفصل الأول: تعارض البينتين

٨١٠.....فيما لو ادعى اثنان عيناً وهي في

٨١٩.....الفصل الثاني: أسباب الترجيح

٨٣٠.....الفصل الثالث: الزيادة في البينة

فروع:

٨٣٦.....الأول: إذا شهدت البينة بملكه الأمي

- الثاني: في بينة المدعي هل توجب ثبوت الملك له ٨٤١
- الثالث: إذا ملكا مطلقاً وشهد الشهود به
 مسألة: دار في يد إنسان ادعى ملكيتها آخر ٨٤٤
- مسألة: إذا مات نصراني وله ابنان نصراني ومسلم ٨٧١
- مسألة: مات رجل عن زوجة وأولاد فاختلفوا في الإسلام والحرية ٨٧٤
- مسألة: في اختلاف العبد والوارث في قول السيد: إن قتلت فأنت حر ٨٧٥
- فصل: في خاتمة الطرف الثالث الموت ٨٧٧
- الطرف الرابع: في العتق والوصية وفيه ثلاث مسائل ٨٨٢
- المسألة الأولى: في اختلاف عتق عبيدين كل واحد منهما ثلث مال السيد ٨٨٢
- المسألة الثانية: شهد أجنبيان أنه أعتق غائماً وهو ثلث ٨٨٧
- المسألة الثالثة: إذا شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس ٨٩٢
- خاتمة في مسائل منثورة تصل إلى سبع وخمسين مسألة ٨٩٥-٩١٣

الباب الثاني: في دعوى النسب وإلحاق القائف ٩١٤

- الركن الأول: في المستلحق وما يعتبر فيه ٩١٤
- الركن الثاني: في الملحق وما يعتبر فيه ٩١٨
- الركن الثالث: في وقت عرض الولد على القائف ٩٢١
- فصل في كيفية الاشتراك في الوطاء ٩٢٢
- فصل في استلحاق الصبي والمجهول أو اليانع وغير ذلك ٩٢٤
- فصل في استلحاق مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة ٩٢٥
- فصل في خاتمة الباب وفيه خمس مسائل ٩٢٧
- المسألة الأولى: إذا لم يجد قائفًا وتخير ٩٢٧
- المسألة الثانية: ألحقه القائف بأحدهما ثم رجع ٩٢٨
- المسألة الثالثة: إذا وطئا في وطهر واحد وأتت بولد ٩٢٩
- المسألة الرابعة: في نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف ٩٢٩
- المسألة الخامسة: إذا مات المولود قبل العرض ٩٣٠

- ٩٣٢.....**كتاب العتق**
- ٩٣٣..... فصل: في من يصح عتقه
- ٩٣٥..... فصل: في صيغ العتق
- ٩٣٩..... فصل: في تعليق الطلاق بالصفات
- ٩٤١..... خواص العتق وهي خمسة
- ٩٤١..... الخاصية الأولى: السراية
- ٩٤٣..... فصل في عتق الأمة الحامل
- ٩٥٠..... مسألة: لو ملك نصفين من عبيدين متساوي القيمة
- ٩٥١..... أعتق شريك نصيبه في مرض الموت
- ٩٥٤..... لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته
- ٩٥٥..... لو ملك نصفين من عبيدين فأوصى بإعتاق نصيبه فهي بعد موته
- ٩٥٦..... إذا كان الشريك موسراً ببعض قيمة الباقي دون بعض
- ٩٥٦..... مسألة: لو كان بين ثلاثة عبد فأعتق اثنان وأحدهما موسر دون الآخر
- ٩٥٧..... فصل: من شرط السراية أن يحصل العتق باختياره
- ٩٥٩..... فصل: من شرط الرأية: أن لا يتعلق بمحل السراية حق لازم
- ٩٦١..... فصل: من شرط الرأية: أن يتمكن العتق من نصيبه
- ٩٦٥..... مسألة: في وقت ثبوت السراية إذا حكم بها
- ٩٦٧..... مسألة: عبيدين بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه، وللثالث سدسه
- ٩٦٩..... مسألة: إذا حكم بتأخير السراية فهل تجب القيمة يوم الاعتاق أو الأداء
- ٩٧٤..... مسألة: لو مات المعتق قبل الأداء
- ٩٧٥..... مسألة: إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة
- ٩٧٨..... مسألة: إذا قال أحد الشريكين للآخر إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر
- ٩٨٢..... مسألة: إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وهو موسر
- ٩٩٢-٩٨٨.....**فروع تتعلق بالعتق**
- ٩٩٣..... الخاصية الثانية: عتق القرابة
- ١٠٠١..... الخاصية الثالثة: امتناع العتق بالمرض

- الخاصية الرابعة: القرعة ١٠٠٨
- فصل في كيفية القرعة ١٠١٨
- فصل في كيفية تجزأة العييد ١٠٢٢
- فصل: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد ١٠٣٠
- فصل: إذا أبهم العتق بين جاريتين أو عبيدين ١٠٣٢
- مسألة: إذا قال لأمته أول ولد تلدينه حر فولدت ميتاً ١٠٣٦
- مسألة: إن أعتقت غائماً فسالم حر، ثم أعتق غائماً ١٠٣٧
- مسألة: عبد مشترك بين شخصين فقال أحدهما إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي
حر، وقال الآخر إن لم يكن غراباً فنصيبي حر ١٠٣٧
- مسألة: إذا قال لعبد له أعتقت أحدكما على ألف أو أحدكما حر ١٠٣٨
- مسألة: جارية بين شريكين زوجها من ابن احدهما فأنت بولد ١٠٣٩
- مسألة: من نكح جار غر بحريتها فأنت بولد ١٠٤٠

فصلان

- الفصل الأول: إذا أعتق الوارث عبد التركة والموروث مديون ١٠٤١
- الفصل الثاني: نفوذ العتق من الوارث والمعسر والموسر ١٠٤٣
- الخاصية الخامسة: الولاء ١٠٦١
- فصل في استرسال الولاء على أولاد المعتق وأحفاده ١٠٦٦
- فصل في بيان الترتيب ١٠٧٠
- إذا أعتق أمة حاملاً من معتق فأنت بولد لأقل من ستة أشهر ١٠٧٤
- فصل في أحكام الولاء ١٠٧٧
- فصل وفيه فروع ١٠٨٢
- الفرع الأول: إذا اشترت المرأة أباه فعتق عليها ثم أعتق الأب عبداً ١٠٨٢
- الفرع الثاني: أختان ليس لهما ولاء مباشرة ١٠٨٥
- الفرع الثالث: أختان لا ولاء عليهما اشترتا أمهما فعتقت عليهما ١٠٨٨
- فصل وفيه فروع من الولاء وغيره ١٠٩٢
- الأول: شخصان كل واحدٍ منهما مولى صاحبه ١٠٩٢

- الثاني: أختان لأب وأم أعتقهما إنسان فاشترتا أباهما ١٠٩٢
 الثالث: أعتق أب وابن عبد أو مات الابن عن بنتين ١٠٩٢
 الرابع: اشترت أختان لا ولاء عليهما أباهما ١٠٩٣
 الخامس: نكح عبد حرة أصلية وأخرى معتقة فأنت بولد ١٠٩٤

١٠٩٩..... كتاب التدبير

١١٠٠..... الباب الأول: أركان التدبير

- الركن الأول: صيغ التدبير ١١٠٠
 فصل: في تعليق التدبير بالمشيئة ١١٠٦
 الركن الثاني: من يصح تدبيره ١١١١
 الركن الثالث: أحكام التدبير ١١١٨
 الفصل الأول: إزالة الملك ١١١٨
 الفصل الثاني: الرجوع عن التدبير ١١٢١
 الفصل الثالث: في إنكار التدبير ١١٢٦
 الفصل الرابع: مجاوزة الثلث ١١٢٩
 الفصل الخامس: إذا جنى المدبر أو جنى عليه ١١٣٥
 فصل في وطء المدبرة ١١٣٨
 فصل إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد ١١٤٣

١١٤٩..... كتاب الكتابة

١١٥٢..... الباب الأول: أركان الكتابة

- الفصل الأول: في الألفاظ التي تحصل بها الكتابة ١١٥٢
 الفصل الثاني: في العوض وشروطه ١١٥٦
 الفصل الثالث: السيد الذي تصح كتابته ١١٧٢
 فصل: في كتابة المرتد ١١٧٨
 الفصل الرابع: ما يشترط لصحة الكتابة ١١٨٩
 فصل: إجتماع الشريكان على كتابة العبد ثم عجز ١١٩٩

فصل: في حال الكتابة التي تصح والتي لا تصح..... ١٢٠٠

فصل: في تعليق العتق بالصفة..... ١٢٠٢

فصل: في الفرق بين الصحيح والفاسد..... ١٢٠٦

الباب الثاني: في أحكام الكتابة..... ١٢١١

وفيه خمسة فصول.....

الفصل الأول: ما يحصل به العتق وفيه ست مسائل..... ١٢١٢

الفصل الثاني: حكم الأداء، وفيه سبع مسائل.....

الفصل الثالث: تصرفات السيد في المكاتب..... ١٢٨٦

وفيه خمس مسائل

فصل في تصرفات المكاتب..... ١٣٠١

الفصل الرابع: حكم ولد المكاتبه من نكاح أو زنا..... ١٣١٨

الفصل الخامس: حكم الجنابة..... ١٣٤٢

فصل في فروع منثورة..... ١٣٥٤

كتاب عتق أمهات الأولاد

فصل في أحكام المستولدة..... ١٣٥٧

فصل وفيه فروع منثورة..... ١٣٦٧

الفهارس..... ١٣٧١

فهرس الآيات..... ١٣٧٢ - ١٣٧٥

فهرس الأحاديث..... ١٣٧٦ - ١٣٨٢

فهرس الأماكن والمصطلحات التي شرحتها بالهامش..... ١٣٨٣ - ١٣٨٩

فهرس الأعلام..... ١٣٩٠ - ١٣٩٧

فهرس المصادر والمراجع..... ١٣٩٨ - ١٤١٣

فهرس الموضوعات..... ١٤١٤ - ١٤٣٠