

الباب الخامس: كتاب الأيمان والدعوى

والقضاء والشهادات

وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول: الأيمان

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: الاستثناء في الأيمان وغيرها

قال ابن القاص: والاستثناء جائز في كل ما عقب به الكلام من يمين^(١)، وطلاق، وعتاق، ونذر، ووقف، وإيجاب أضحية، وإقرار، وعقد، وبيع، ونكاح، ورجعة. فلو قال لفلان عليّ عشرة دراهم إن شاء الله، أو قد راجعتك إن شاء الله، أو زوجتك إن شاء الله، لم يكن ذلك واجبا.

وكذلك لو قال: استوفيت ما على مكاتي إن شاء الله.

قال في اليمين والطلاق والعتاق^(٢) واستيفاء ما على المكاتب نصا^(٣)، وقلته في الباقي تخريجا^(٤).

ما خرّجه ابن القاص من جواز الاستثناء في النذر قاله الشافعي نصا^(٥)، فعلى هذا لا يدخل في قول ابن القاص وقلته في الباقي تخريجا.

(١) الأيمان: جمع يمين وهي اليد اليمنى، وسمي اليمين لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه فسمي اليمين حلفا مجازا.

وفي الشرع: تحقيق أمر غير ثابت ماضيا كان أو مستقبلا نفيا أو إثباتا. انظر: المصباح المنير ص ٢٦١، كفاية الأخيار ٤٦٩/٢، زاد المحتاج ٤٤٨/٤.

(٢) انظر: الأم ١٨٧/٥.

(٣) انظر: الأم ٧٤/٨.

(٤) انظر: التلخيص ص ٦٣٢.

(٥) انظر: الأم ١٨٧/٥.

وقبل أن أذكر المسائل التي خرّجها ابن القاص، فإني سأعرض مذاهب الأئمة الأربعة في حكم الاستثناء في اليمين والطلاق والنذر والعق.

ذهب الأئمة الأربعة من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى جواز الاستثناء في اليمين، فإذا قال الرجل والله لأفعل كذا ثم قال إن شاء الله متصلاً بيمينه لم يحث.

والأصل في هذا الباب قوله ﷺ: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى»^(٥).

إذا ثبت هذا؛ فقد خرج ابن القاص صحة الاستثناء في الوقف، وفي إيجاب الأضحية، والإقرار، والعقود، والبيع، والنكاح، والرجعة.

وهذه المسائل المخرجة لم يذكرها على سبيل الحصر، فلو قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم يلزمه شيء، ويدل على ذلك قوله: «والاستثناء جائز في كل ما عقب به الكلام...».

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٥/٣، الهداية ٩٤/٥.

(٢) انظر: المدونة ٣٣/٢، الكافي لابن عبد البر ٤٤٨/١، المعونة ٦٣٦/١.

(٣) انظر: التنبيه ص ١٢٥، الروضة ٤/١١.

(٤) انظر: المغني ٤٨٦/١٣، معونة أولي النهى ٧٠٩/٨.

(٥) رواه أبو داود ٢٢٢/٣، رقم (٣٢٦١) واللفظ له، كتاب الأيمان والنذور/ باب الاستثناء في اليمين، والترمذي ٩١/٤، رقم (١٥٣١) وحسنه، كتاب النذور والأيمان/ باب ما جاء في الاستثناء في اليمين، والنسائي ٣١/٧، رقم (٣٨٣٧)، كتاب الأيمان والنذور/ باب الاستثناء، وابن ماجه ٦٨٠/١، رقم (٢١٠٥)، كتاب الكفارات/ باب الاستثناء في اليمين.

والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل ١٩٨/٨.

وما ذهب إليه ابن القاص هو قول الحنفية^(١) والشافعية^(٢)^(٣).

الأدلة:

استدلوا على صحة الاستثناء في الحلف بالطلاق والعتق بما يلي:

- ١_ قوله ﷺ: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى»^(٤).
- وجه الدلالة: أن الحديث عام، ولم يفرق بين أن يحلف بالله، أو بالطلاق، أو العتق^(٥).
- ٢_ أنه طلاق علق بمشيئة من له مشيئة، فوجب أن لا يقع قبل العلم بها، أصله إذا علقه بمشيئة زيد^(٦).
- ٣_ أنه طلاق علق بصفة صحيحة، فوجب أن لا يقع قبل وجودها، أصله إذا علقه بدخول الدار^(٧).

واستدلوا في الإقرار على أنه إذا قال: له علي كذا إن شاء الله لم يلزمه شيء بما يلي:

- ١_ أن ما علق بمشيئة الله لا يعلم، فهو كما لو قال امرأتي طالق إن شاء الله^(٨).

(١) وقد نص الحنفية على أن الاستثناء يبطل الأمور المتعلقة بالأقوال دون ما يتعلق بالنية، فلو قال عبدي حر إن شاء الله أو امرأتي طالق إن شاء لم يحنث، أما لو نوى الصوم وقال إن شاء الله لا يبطل، كما نص الحنفية على أن الاستثناء يثبت حكمه في صيغ الإخبار دون الأمر والنهي.
انظر: رد المحتار ٤٣٧/١، ٣٦٦/٣.

(٢) انظر: الحاوي ٢٥٨/١٠، الروضة ٩٦/٨.

(٣) وذهب المالكية إلى صحة الاستثناء في اليمين والنذر المبهم. انظر: المدونة ٣٣/٢، المعونة ٦٣٦/١، عقد الجواهر الثمينة ٥٤٧/١٤، تسهيل المسالك ١٠٥٢/١.
والنذر المبهم: هو الذي لم يعين فيه الناذر لنذره مخرجا كقول الله علي نذر. انظر: الفواكه الدواني ٤١٠/٢.

وذهب الحنابلة إلى صحة الاستثناء في اليمين والنذر والظهار وفي كل يمين مكفرة.

انظر: المغني ٤٨٦/١٣، الإنصاف ٢٥/١١.

(٤) تقدم تخريجه حاشية رقم (٥) ص ٣٥٦.

(٥) انظر: الحاوي ٢٥٨/١٠، البيان ١٣٠/١٠.

(٦) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠، البيان ١٣٠/١٠، بدائع الصنائع ١٥٧/٣.

(٧) انظر: الحاوي ٢٥٩/١٠.

(٨) انظر: البيان ٤٢٨/٣-٤٢٩.

- ٢_ أن مشيئة الله رافعة لحكم ما نيظ به، فلم يلزمه شيء^(١).
- ٣_ أن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق، والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، أو لأنه شرط لا يوقف عليه^(٢).

وهذه الأدلة التي ذكرها الحنفية والشافعية مختصة بالاستثناء في الأيمان والندور والعتاق والطلاق والإقرار، أما بقية المسائل المخرجة كالاتثناء في الوقف، وإيجاب الأضحية والعقود، والبيع، والنكاح، والرجعة فلم أقف على أدلتها، ولعلها تدخل في عموم الأدلة المذكورة في مسائل الاستثناء في الأيمان والندور والطلاق والعتاق والإقرار من جهة كونها معلقة بمشيئة الله ولا يمكن معرفة مشيئته، فلم يجب بها شيء.

المبحث الثاني: حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم الحيتان وكان لها سوق تباع منفردة دون الرؤوس

قال ابن القاص: وأما لحم الحيتان فإنه لا يحنث به إذا حلف لا يأكل لحماً وإن كان لها سوق تباع منفردة دون الرؤوس، قلته تحريماً^(٣).

ذهب الحنفية^(٤) والشافعية في الصحيح^(٥)، والحنابلة في وجه^(٦) إلى أن الرجل إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك فإنه لا يحنث^(٧).

(١) انظر: الحاوي ٧/٧٢.

(٢) انظر: الهداية ٨/٣٥٧.

(٣) انظر: التلخيص ص ٦٣٣.

(٤) هذا إذا لم ينو فلو نواه فإنه يحنث عند الحنفية. انظر: الهداية ٥/١٢١، بدائع الصنائع ٣/٥٨، فتح القدير ٥/١٢٢.

(٥) انظر: الحاوي ١٥/٤١٥، التهذيب ٨/١٢٥، البيان ١٠/٥٣٦، فتح العزيز ١٢/٢٩٨، الروضة ١١/٣٩.

(٦) انظر: القواعد لابن رجب ص ٢٦٤، الإنصاف ١١/٩٢.

(٧) وذهب المالكية والحنابلة في المذهب إلى أن من حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك أنه يحنث.

انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٤٥١، عقد الجواهر الثمينة ١/٥٣٤، المغني ١٣/٦٠٢، الإنصاف ١١/٩١.

الأدلة:

١_ أن السمك لا يفهم من إطلاق لفظ اللحم، ولا يستعمل فيه العرف وإن ورد تسميته في القرآن لحما في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾^(١)، ويشبه ذلك بما إذا حلف لا يجلس في ضوء السراج فجلس في ضوء الشمس لا يحنث وإن سميت سراجا في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا سِرَاجًا وَهَّاجًا﴾^{(٢)(٣)}.

٢_ أن تسمية السمك لحما تسمية مجازية، لأن اللحم منشؤه من الدم، ولا دم في السمك لسكونه في الماء^(٤).

إذا ثبت هذا؛ فإن ابن القاص نقل عن نص الشافعي أن الرجل إذا حلف لا يأكل الرؤوس فإنه لا يحنث بأكل رؤوس الحيتان، إلا أن يكون لها سوق تفرد بالبيع، فإنه يحنث بها^(٥)، ثم خرّج ابن القاص قولاً فيما إذا حلف الرجل لا يأكل لحماً فإنه لا يحنث بأكل لحم السمك وإن كان لها سوق تباع منفردة دون الرؤوس^(٦).

المبحث الثالث: نذرت صوم سنة بعينها فحاضت أو نفست

قال ابن القاص: فأما أن يقول: لله عليّ أن أصوم هذه السنة فلا قضاء عليه في يوم فطر وأضحى وأيام التشريق، ويجب في أيام الحيض والنفاس، قلت في أيام الحيض والنفاس تخريجاً^(٧) والباقي كله نصاً^(٨).

اختلف العلماء إذا نذرت المرأة أن تصوم سنة بعينها، فأفطرت في أيام حيضها ونفاسها، هل يلزمها القضاء أو لا على قولين:

(١) سورة النحل آية ١٤.

(٢) سورة النبأ آية ١٣.

(٣) انظر: التهذيب ١٢٥/٨، البيان ٥٣٦/١٠، فتح العزيز ٢٩٨/١٢.

(٤) انظر: الهداية ١٢١/٥.

(٥) انظر: الأم ٧٩/٧.

(٦) انظر: التلخيص ص ٦٣٣.

(٧) انظر: التلخيص ص ٦٤٢.

(٨) انظر: الأم ٧٠/٢٥٩، ٧/٢.

القول الأول: لا يلزمها القضاء، وهو قول المالكية إلا أن تنوي ذلك^(١)، والشافعية في الأظهر^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: يلزمها القضاء، وهو قول الحنفية^(٤)، والشافعية في قول^(٥)، وهذا ما خرّجه ابن القاص^(٦).

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ لا يلزمها القضاء، لأنه مستحق للفطر كأيام العيد^(٧).

٢_ أن الحيض والنفاس يقع مستثنى شرعاً، فلا تلزم بقضائه^(٨).

أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ أن النذر محمول على الشرع، والحائض يلزمها قضاء الصوم بالشرع وهو رمضان، فكذلك النذر^(٩).

٢_ أن أيام الحيض مما يصح فيها صوم غيرها، وإنما أفطرت لمعنى فيها، فوجب عليها قضاؤه، بخلاف أيام العيد فإنه غير قابل للصوم في حق أحد، فلم يدخل في النذر كزمان الليل^(١٠).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١_ قولهم: لا تلزم بقضائه لأنه مستحق للفطر كأيام العيد.

(١) انظر: المدونة ١/١٨٨-١٨٩، الذخيرة ٤/٩٣، حاشية الخرشى ٣/٦٢.

(٢) انظر: التهذيب ٨/١٥٧، البيان ٤/٤٨٨، بحر المذهب ١١/٩٢، الروضة ٣/٣١٠، المجموع شرح المذهب ٨/٤٨٠.

(٣) انظر: المحرر في الفقه ٢/٢٠٠، فتح الملك العزيز ٥/٥٦٨.

(٤) انظر: كتاب الأصل للشيباني ٢/٢٤١، المبسوط للسرخسي ٣/٩٧، البحر الرائق ٢/٥١٦.

(٥) انظر: البيان ٤/٤٨٨، فتح العزيز ١٢/٣٧٠.

(٦) انظر: التلخيص ص ٦٤٢.

(٧) انظر: المذهب ٨/٤٧٧، المعاينة ص ٣٢٦.

(٨) انظر: فتح العزيز ١٢/٣٧٠.

(٩) انظر: بحر المذهب ١١/٩٢-٩٣.

(١٠) انظر: المعاينة ص ٣٢٦، التهذيب ٨/١٥٧، البيان ٤/٤٨٨.

يجاب عنه من وجهين:

الأول: أن الحائض يلزمها قضاء رمضان وإن كان مستحقا للفطر فكذلك النذر.
الثاني: لا يصح القياس على أيام العيد، لأنه لا يصح صومها لأحد لمعنى في العيد فاستثنى من السنة، بخلاف إفطار الحائض أيام نذرها، فإنه إن لم يقبله في حقها ففي غيرها يقبله^(١).

٢- قولهم: إن الحيض والنفاس يقع مستثنى شرعا فلا تلزم بقضائه.
يجاب عنه: أن الحائض يجب عليها أن تفطر في رمضان شرعا، ومع ذلك يلزمها القضاء، فكذلك النذر يجب على الحائض أن تفطر فيه، لأنه مستثنى شرعا لكن يجب قضاؤه.

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١- قولهم: إن النذر محمول على الشرع، والحائض يلزمها قضاء الصوم بالشرع وهو رمضان، فكذلك النذر.

يجاب عنه: أن فرضية صوم رمضان ثبت بالشرع، وكذا قضاؤه، أما النذر فهي التزمته ابتداء فلم يجب عليها قضاؤه.

٢- قولهم: إن أيام الحيض مما يصح فيها صوم غيرها، وإنما أفطرت لمعنى فيها، فوجب عليها قضاؤه.

يجاب عنه: أن أيام الحيض وإن أفطرت فيها لمعنى فيها إلا أنه لا يدخل في نذرها لأنه مستحق للفطر.

الراجع: يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من لزوم قضاء الحائض ما أفطرت بسبب حيضها فيما إذا نذرت صوم سنة بعينها، لأن الشرع إنما منع الحائض من الصيام لمعنى فيها وليس لمعنى في الزمان، فوجب عليها القضاء إذا أفطرت في رمضان أو في نذرها، أما أيام العيد فإن الشرع منع صيامها لمعنى في الزمان فلا تدخل في النذر أصلا فافترقا.

(١) انظر: المعاينة ص ٢٦٤.

الفصل الثاني: في الدعاوى والقضاء

وفيه ستة مباحث

المبحث الأول: ادعاء صاحب النخل خطأ الخارص، أو قال أصابته جائحة أو سرقة. قال ابن القاص: والرابع: لو قال رب النخل: قد أحصيت مكيل ما أخذت وهو كذا، وقد أخطأ الخارص^(١)، أو قال: أصابته جائحة أو سرقة، صدق، فإن اتهم أحلف، فإن نكل حُكم عليه؛ قلته تخريجاً^(٢).

وفيه مطلبان

المطلب الأول: ادعاء صاحب النخل خطأ الخارص

إذا ادعى صاحب النخل خطأ الخارص، وكان ما ادعاه غير محتمل لم تسمع دعواه، كما نص عليه الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤). وإن ادعى خطأ الخارص وكان ما ادعاه محتملاً، قبل قوله بغير يمين، ونص عليه الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)^(٧).

هذا ما لم يكن متهماً، فإن كان متهماً فإنه يحلف كما نص على ذلك الشافعية^(٨). وهذه اليمين هل هي واجبة أو مستحبة؟ وجهان مشهوران عند الشافعية. أصحهما: مستحبة، فلا زكاة عليه.

-
- (١) الخارص هو الذي يحزر تمر النخل. انظر: المصباح المنير ص ٦٤.
 (٢) انظر: التلخيص ص ٦٤٦، أدب القاضي لابن القاص ٢٧٧/١.
 (٣) انظر: الحاوي ٢٢٧/٣، المجموع شرح المذهب ٤٨٦/٦، الروضة ٢٥٤/٢.
 (٤) نظر: المغني ١٧٧/٤، معونة أولي النهى ٦٥٠/٢.
 (٥) انظر: المجموع شرح المذهب ٤٨٦/٦، الروضة ٢٥٤/٢.
 (٦) انظر: المغني ١٧٧/٤، الإنصاف ١٠٣/٣، معونة أولي النهى ٦٥٠/٢.
 (٧) وذهب المالكية إلى أن رب الحائط إذا ادعى حيف الخارص فإنه لا يصدق، ولم يذكروا تفصيلاً في هذه المسألة. انظر: مواهب الجليل ٢٨٩/٢، حاشية الدسوقي ٤٥٤/١.
 (٨) انظر: المجموع شرح المذهب ٤٨٦/٦.

والثاني: واجبة، فإذا حلف فلا زكاة عليه.

وإن نكل هل تؤخذ عليه الزكاة بالنكول، أو بالوجوب السابق؟ وجهان عند الشافعية.
الأول: تؤخذ عليه الزكاة بالوجوب السابق، وهذا قول أكثر الشافعية^(١)، لأن الزكاة وجبت وادعى سقوطها، ولم يثبت المسقط فبقي الوجوب^(٢).

الثاني: تؤخذ منه الزكاة قضاء بالنكول، وهذا ما خرجه ابن القاص^(٣).
وقد قيل إن مقصود ابن القاص هو الحكم عند النكول من غير رد اليمين، ولم يرد أنه يحكم بالنكول^(٤).

المطلب الثاني: ادعاء صاحب النخل هلاك الثمرة المخروصة عليه أو ادعى سرقته

إذا ادعى صاحب النخل هلاك الثمرة فلا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يدعي هلاك الثمرة بسبب ظاهر كالحريق والجراد ونحوهما، فإن عرف وقوع ذلك السبب صدق بلا يمين، وبه قال الشافعية^(٥).

وإن لم يعرف وقوع السبب، فالصحيح عند الشافعية أنه يطالب بالبينّة على وجود أصل السبب لإمكانها، ثم القول قوله في الهلاك به^(٦)، وبه قال الحنابلة^(٧).

الحالة الثانية: أن يدعي هلاك الثمرة بسبب خفي كالسرقة ونحوها

إذا ادعى رب المال هلاك بسبب خفي كالسرقة ونحوها فالقول قوله بيمينه، وهذا قول الشافعية^(٨)، خلافا للحنابلة^(٩).

(١) انظر: الباب ص ٤١٥، المجموع شرح المذهب ٤٨٥/٦-٤٨٦.

(٢) انظر: المجموع شرح المذهب ٤٨٥/٦.

(٣) انظر: التلخيص ص ٦٤٦، أدب القاضي ٢٧٧/١، ونقله عنه الروابي في بحر المذهب ٢١٠/١٢.

(٤) انظر ما تقدم ص ٣٥٤.

(٥) انظر: الحاوي ٢٢٧/٣، المجموع شرح المذهب ٤٨٥/٦، الروضة ٢٥٤/٢.

(٦) انظر: المجموع شرح المذهب ٤٨٥/٦، الروضة ٢٥٤/٢.

(٧) انظر: الإقناع للحجاوي ٤٢٠/١.

(٨) انظر: المجموع شرح المذهب ٤٨٥/٦، الروضة ٢٥٣/٢.

(٩) نص الحنابلة على أن القول قوله من غير يمين وإن اتم في ذلك. انظر: الإنصاف ١٠٣/٣، الإقناع للحجاوي ٤٢٠/١.

والظاهر من كلام ابن القاص أنه يُصدَّق بغير يمين، وبه جزم الماوردي^(١).
 وإذا قلنا القول قوله بيمينه، أو القول قوله من غير يمين، وإذا اتهم حُلف، فهل هذه
 اليمين واجبة أو مستحبة؟ وجهان مشهوران عند الشافعية.
 أصحهما: أنها مستحبة؛ فعلى هذا لا زكاة عليه فيما يدعي هلاكه سواء حلف أم
 لا^(٢).

والثاني: واجبة^(٣).

فإذا قلنا بالوجوب، فحلف سقطت الزكاة، وإن نكل فهل تؤخذ منه بالوجوب
 المتقدم، أو يحكم عليه بالنكول؟ وجهان عند الشافعية.
 الأول: تؤخذ منه الزكاة بالوجوب المتقدم، لأن الزكاة وجبت وادعى سقوطها، ولم
 يثبت المسقط فبقي الوجوب^(٤).

الثاني: يحكم عليه بالنكول، وبه قال ابن القاص^(٥)، وقد تقدم الجواب عنه^(٦).

المبحث الثاني: قضاء من يلعب بالحمام

قال ابن القاص: وقال الكوفي^(٧): لا تجوز شهادة من يلعب بالحمام يطيرها^(٨)، فذلك
 حكمه^(٩) في قياس قولهما^(١٠)، قلته تخريجاً^(١١).

(١) انظر: الحاوي ٢٢٧/٣.

(٢) انظر: الحاوي ٢٢٧/٣، المجموع شرح المذهب ٤٨٥/٦.

(٣) انظر: المصدرين السابقين.

(٤) انظر: المصدرين السابقين.

(٥) انظر: التلخيص ص ٦٤٦، أدب القاضي ٢٧٧/١.

(٦) انظر: ص ٣٥٤.

(٧) أي أبو حنيفة.

(٨) انظر: المبسوط ١٣١/١٦.

(٩) أي قضاؤه.

(١٠) أي قول أبي حنيفة والشافعي.

(١١) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١٠٤/١.

ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى أنه من لا تجوز شهادته لا يجوز قضاؤه.

إذا ثبت هذا فقد خرج ابن القاص من مسألة عدم جواز شهادة من يلعب بالحمام يطيرها عدم جواز قضائه.

وقد ذهب الحنفية^(٥)، والحنابلة^(٦) إلى عدم قبول شهادة من يلعب بالحمام يطيرها، وذهب المالكية إلى عدم قبول شهادة من يدمن اللعب بالحمام^(٧)، والصحيح من مذهب الشافعية كراهة من يلعب بالحمام يطيرها، ولا ترد شهادته بمجرد ذلك ما لم يقترب به ما يوجب رد شهادته^(٨).

وبناء على حكم شهادة من يلعب بالحمام ففي قبول قضائه قولان:
القول الأول: لا يقبل قضاؤه، وهو مقتضى قول الحنفية^(٩)، والمالكية^(١٠)، والحنابلة^(١١).

(١) انظر: المبسوط ١١٠/١٦، الهداية ٢٥٢/٧-٢٥٣، البحر الرائق ٤٣٧/٦.

(٢) انظر: التبصرة لابن فرحون ٢٦/١، مواهب الجليل ٦٥/٨.

(٣) انظر: الحاوي ١٥٨/١٦، الغرر البهية ١٥٩/١٠.

(٤) انظر: المغني ١٤/١٤.

(٥) انظر: المبسوط ١٣١/١٦، الهداية ٤٠٩/٧، بدائع الصنائع ٢٦٩/٦، مجمع الأنهر ٢٧٥/٣.

(٦) انظر: المغني ١٥٦/١٤، الإنصاف ٥٢/١٢.

(٧) انظر: التبصرة لابن فرحون ٢٦٤/١، مواهب الجليل ١٦٥/٨.

(٨) انظر: الروضة ٢٢٧/١١، شرح التنبيه للسيوطي ٩٣٢/٢.

(٩) نص الحنفية أن من لا تقبل شهادته لا يقبل قضاؤه، كما نصوا على رد شهادة من يلعب بالحمام بتطيرها، وبناء عليه لا يقبل قضاء من يلعب بالحمام يطيرها عند الحنفية.

انظر: المبسوط ١٣١/١٦، الهداية ٢٥٢/٧، ٤٠٩.

(١٠) نص المالكية على أن من لا تقبل شهادته لا يقبل قضاؤه، وعلى أن من أدمن اللعب بالحمام ترد شهادته، وبناء عليه لا يقبل قضاء من أدمن اللعب بالحمام عند المالكية.

انظر: التبصرة لابن فرحون ٢٦٤/١، مواهب الجليل ١٦٥/٨، ٦٥.

(١١) نص الحنابلة على أن من لا تقبل شهادته لا يقبل قضاؤه، كما نصوا على أن من يلعب بالحمام يطيرها لا تقبل شهادته، وبناء عليه لا يقبل قضاء من يلعب بالحمام يطيرها عند الحنابلة.

القول الثاني: يقبل قضاؤه ما لم يقترن لعبه بالحمام ما يوجب رد شهادته، وهو مقتضى قول الشافعية^(١).

أدلة أصحاب القول الأول:

أن أمر القضاء في الشرع أعظم من أمر الشهادة، ومن يلعب بالحمام ترد شهادته فكذلك قضاؤه^(٢).

دليل أصحاب القول الثاني:

أن شهادة من يلعب بالحمام مقبولة ما لم يقترن به ما يوجب رد شهادته، فكذلك قضاؤه^(٣).

الراجح: يترجح في نظري والعلم عند الله تعالى اعتبار عرف البلد، فإن كان اللعب بالحمام من خوارم المروءة في عرف الناس في بلد معين فإنه لا يقبل قضاؤه، لأن منصب القضاء أمره خطير، فكان لزاما على القاضي الابتعاد عن كل ما يؤدي إلى الاستخفاف بأمر القضاء، حتى يخضع الناس لأحكام القضاء الشرعي.

المبحث الثالث: قضاء الأخرس

قال ابن القاص: اختلفوا في قضاء الأخرس الذي يعقل الإشارة فقال: أبو العباس بن سريج^(٤) تخريجا على مذهب الشافعي في شهادة الأخرس الذي يعقل الإشارة قولين: أحدهما: أنها جائزة. والآخر: أنها باطلة. فكذلك القضاء، قلته تخريجا^(٥).

انظر: المغني ١٤/١٥٦، ١٤.

(١) نص الشافعية على أن من لا تقبل شهادته لا يقبل قضاؤه، وعلى قبول شهادة من يلعب بالحمام يطيرها ما لم يقترن به ما يوجب رد شهادته، وبناء عليه يقبل قضاء من يلعب بالحمام يطيرها ما لم يقترن به ما يوجب رد شهادته. الحاوي ١٦/١٥٨، الروضة ١١/٢٢٧.

(٢) انظر: الهداية ٧/٤٠٩، ٢٥٢، التبصرة لابن فرحون ١/٢٦٤، ٢٦، المغني ١٤/١٥٦، ١٤.

(٣) انظر: الروضة ١١/٢٢٧.

(٤) انظر قول ابن سريج في الحاوي ١٦/٤٣؛ وقد تقدمت ترجمته في مبحث شيوخ ابن القاص.

(٥) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/١٠٥.

وأصحهما عندي أن لا يجوز قضاؤه وشهادته.
 وقال الكوفي: لا تجوز شهادة الأخرس^(١)، فكذلك القضاء على قياس قوله^(٢).
 ما صححه ابن القاص من أن قضاء الأخرس لا يجوز، هو قول الحنفية^(٣)،
 والشافعية^(٤)، والحنابلة^{(٥)(٦)}.

الأدلة:

١_ أن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته، فلم يجز توليته القضاء^(٧).

٢_ أن القضاء من أعظم الولايات، والأخرس ليس له أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة، فلأن لا يكون له أهلية أعلاها أولى^(٨).

المبحث الرابع: قضاء الخنثى المشكل

قال ابن القاص: واختلفوا في قضاء المرأة، فقال الشافعي جعل الله الرجال قوامين على النساء وحكاما دونهن^(٩).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٦٨/٦، أدب القضاء للسروجي ص ٣٤٥.

(٢) انظر: أدب القاضي لابن القاص ٣٠٦/١، ١٠٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/٧، الدر المختار ٣١/٨.

(٤) الأخرس الذي لا تعقل إشارته لا يجوز قضاؤه، وإن عقلت إشارته لم يجز قضاؤه على الصحيح.

انظر: الروضة ٧٩/١١، أسنى المطالب ١٠٢/٩، الغرر البهية ١٥٩/١٠، النجم الوهاج ١٤٥/١٠.

(٥) انظر: المغني ١٣/١٤، معونة أولي النهى ٣٨/٩، مطالب أولي النهى ٤٦٧/٦.

(٦) عند المالكية تولية المتكلم القضاء ليس شرط صحة فإن كان أخرسا وجب فسخ ولايته ويكون ما مضى

من أحكامه جائزا ما لم يكن جورا. انظر: عقد الجواهر الثمينة ٩٨/٣، التبصرة لابن فرحون ٢٨/١،

مواهب الجليل ٨١/٨.

(٧) انظر: المغني ١٣/١٤، معونة أولي النهى ٣٨/٩، مطالب أولي النهى ٤٦٧/٦.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٣/٧، المغني ١٣/١٤.

(٩) انظر: الأم ١٦٤/١.

وحكى محمد بن الحسن عن أصحابه أن قضاء المرأة جائز إلا في الحدود والقصاص، لأن شهادتها جائزة في غير هذين^(١).

فكذلك على قياس أقاويلهما قضاء الخنثى المشكل إذا كان مشكلاً كقضاء المرأة، قلته تخريجاً^(٢).

ما خرج ابن القاص من كون الخنثى المشكل لا يصح قضاؤه كقضاء المرأة، هو قول المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)^(٦).

الدليل:

أن الخنثى المشكل يحتمل كونه أنثى ويحتمل كونه ذكراً، فلم يجز قضاؤه احتياطاً^(٧).

المبحث الخامس: تغير حال القاضي بموت أو عزل قبل ورود كتابه على خليفته قال ابن القاص: واختلفوا فيه إذا مات أو عزل أو تغير فوراً الكتاب على خليفته، فمذهب الشافعي في ذلك أن يقبله، قلته تخريجاً وكذلك مذهب الكوفي^(٨).
اختلف العلماء في قبول نائب القاضي كتاب القاضي فيما إذا عزل أو مات أو تغير على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يقبل كتابه، وبه قال الحنابلة^(٩)، والشافعية في وجه^(١٠).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٧، فتح القدير ٢٥٣/٧.

(٢) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١٠٤/١-١٠٥.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ١٢٩/٤، بلغة السالك ٦٩/٤.

(٤) انظر: البيان ٢١/١٣، المجموع شرح المذهب ٥٤/٢، أسنى المطالب ١٠٠/٩، الغرر البهية ١٥٩/١٠، النجم الوهاج ١٤٤/١٠.

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة ٨٦/٦.

(٦) وذهب الحنفية إلى أن قضاء الخنثى المشكل جائز إلا في الحدود والقصاص كما هو مذهبهم في قضاء المرأة. انظر: مجمع الأئمة ٢٣٤/٣، تكملة البحر الرائق ٩/٧، الدر المختار ١٤٤/٨.

(٧) انظر: البيان ٢١/١٣، الكافي لابن قدامة ٨٦/٦.

(٨) انظر: أدب القاضي لابن القاص ٣٥٩/٢.

(٩) انظر: المغني ٨٣/١٤، معونة أولي النهى ٢٠٨/٩.

(١٠) انظر: الحاوي ٢٣٣/١٦، الروضة ١١٨١/١١، ١٢٧.

القول الثاني: يقبل كتابه ويعمل به، وهو وجه عند الشافعية^(١)، وهذا ما خرّجه ابن القاص.

القول الثالث: إن استخلف القاضي بإذن الإمام فإن نائبه لا ينزل بانعزاله أو موته وله أن يقبل كتابه، وإن استخلفه بغير إذنه فإنه ينزل بانعزاله أو موته ولا يقبل كتابه، وبهذا قال الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية في الأصح^(٤).

أدلة أصحاب القول الأول:

- ١_ أن خليفة القاضي نائب عنه، فينزل بعزله وموته، كوكلائه^(٥).
- ٢_ أن القاضي يستنيب خليفته في حق نفسه، فانزل بموته وتغير حاله^(٦).

دليل أصحاب القول الثاني:

أن الحاجة تدعو إلى قبول الخليفة كتاب القاضي في حالة عزله أو موته حتى لا تضيع الحقوق^(٧).

أدلة أصحاب القول الثالث:

- ١_ أن خليفة القاضي نائب الإمام حقيقة لا نائب القاضي، فلا ينزل بعزله أو موته، وله أن يقبل كتابه^(٨).
- ٢_ أن القاضي لا ينزل خليفته بعزله أو موته، كما لا ينزل القاضي الأصلي بعزل الإمام أو موته^(٩).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

-
- (١) انظر: الروضة ١١/١٨١، ١٢٧.
 - (٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٦.
 - (٣) انظر: التبصرة لابن فرحون ١/٦٢.
 - (٤) انظر: الروضة ١١/١٨١، ١٢٧.
 - (٥) انظر: المغني ١٤/٨٣، معونة أولي النهى ٩/٢٠٨.
 - (٦) انظر: الحاوي ١٦/٢٣٣.
 - (٧) انظر: الروضة ١١/١٢٧.
 - (٨) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٦، الروضة ١١/١٢٧.
 - (٩) انظر: المغني ١٤/٨٣.

١- قولهم: إن خليفة القاضي نائب عنه فينعزل بعزله وموته كوكلائه.
يجاب عنه: أن وكيل القاضي ينعزل بموت القاضي، لأنه يعمل لحاجته ومصلحته فينعزل بموته، بخلاف خليفة القاضي فإنه إذا ولاه بإذن الإمام فإنه يعمل لمصلحة المسلمين، فلا ينعزل بعزل القاضي المولي له ولا بموته.

٢- قولهم: إن خليفة القاضي ولاه القاضي حاجة نفسه، فينعزل بعزله أو موته.
يجاب عنه: بأن القاضي إذا استناب خليفة بإذن الإمام، فإن النائب يعمل لمصلحة المسلمين وليس لحاجة القاضي، فلا ينعزل بعزله أو موته.

مناقشة دليل أصحاب القول الثاني:

قولهم: إن الحاجة داعية إلى قبول الخليفة كتاب القاضي في حالة عزله أو موته لئلا تضيع الحقوق.

يجاب عنه: بأنه يمكن المحافظة على الحقوق بنصب قاض آخر بدله من قبل الإمام فينظر في تلك الحقوق ويقضي فيها.

مناقشة أدلة أصحاب القول الثالث:

قولهم: إن خليفة القاضي لا ينعزل بعزله أو موته، كما لا ينعزل القاضي الأصلي بعزل الإمام أو موته.

يجاب عنه: بوجود الفرق بينهما؛ وذلك أن الإمام يعقد القضاء والإمارة للمسلمين فلا يبطل ما عقده لغيره، بخلاف خليفة القاضي؛ فإنه نائب للقاضي لحاجته فينعزل بعزله أو موته^(١).

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن القاضي إذا استخلف بإذن الإمام فإن الخليفة يكون قاضيا لمصلحة المسلمين وليس لحاجة القاضي الذي ولاه، فلا ينعزل بعزله أو موته.

الراجع: بعد ذكر الأقوال في مسألة حكم قبول خليفة القاضي كتاب القاضي في حالة عزله أو موته، وعرض أدلة كل قول ومناقشتها، يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب

(١) انظر: الحاوي ٢٣٣/١٦، المعاينة ص ٣٢٨، المغني ٨٣/١٤-٨٤.

القول الثالث من التفصيل، فيقبل خليفة القاضي كتاب القاضي في حالة عزله أو موته إذا ولاه بإذن الإمام، ولا يقبل كتابه إذا استخلفه بغير إذن الإمام لما يلي:

١_ أن القاضي إذا استخلف قاضيا بإذن الإمام، فإن الخليفة يعمل لمصلحة المسلمين، فكأن الإمام هو الذي نصبه، فلا ينعزل بعزل من ولاه أو موته، كما لا ينعزل القاضي الأصلي بعزل الإمام أو موته.

٢_ أن استخلاف القاضي نائباً بغير إذن الإمام يكون لمصلحته الخاصة، فينعزل بعزله أو موته كما ينعزل وكلاؤه.

المبحث السادس: القضاء على الغائب عن المجلس إذا كان حاضرا في البلد

قال ابن القاص: واتفقا أنه لا يجوز القضاء على الغائب عن المجلس إذا كان حاضرا في البلد حيث يمكن للقاضي إحضاره، قاله الكوفي نصا، وقلته على مذهب الشافعي تخريجا^(١).

ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) إلى أنه لا يجوز القضاء على الغائب عن المجلس إذا كان حاضرا في البلد.

الدليل: أن المدعى عليه الغائب عن المجلس، إذا كان حاضرا في البلد يمكن سؤاله، فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم^(٦).

(١) انظر: أدب القاضي لابن القاص ٣٦٣/٢-٣٦٤، التلخيص ص ٦٤٨.

(٢) انظر: تكملة البحر الرائق ١٨/٧، رد المختار ١٠٠/٨.

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة ١٣٣/٣، التبصرة لابن فرحون ١٤٥/١.

(٤) انظر: الحاوي ٢٩٧/١٦، الروضة ١٩٤/١١، شرح التنبيه للسيوطي ٨٩٣/٢.

(٥) انظر: المغني ٩٦/١٤، الإقناع للحجاوي ٤٥٠/٤.

(٦) انظر: الحاوي ٢٩٧/١٦، المغني ٩٦/١٤.

الفصل الثالث: كتاب الشهادات

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول: شهد على رجل بطلاق أو عتاق أو غيره فادعى المحكوم عليه أنه شهد

بزور

قال ابن القاص: ويجب اليمين في كل حق لابن آدم إلا في أربعة مواضع: أحدها: القاضي إذا ادعى رجل بعد العزل أنه حكم عليه ببطل أيام قضائه وادعى عليه قيمة ما أتلّف، فإن أقر القاضي لزمه، وإن أنكر فلا يمين، قاله نصا. وكذلك الشاهد إذا شهد على رجل بطلاق، أو عتاق أو غيره فادعى المحكوم عليه أنه شهد بزور وأراد قيمة ما أتلّف شهادته، فإن أقرّ لزمه وإن أنكر فلا يمين عليه؛ قلته تخريجا على المسألة الأولى^(١).

ما ذهب إليه ابن القاص هو مقتضى قول الحنفية^(٢)، وبه قال الشافعية^(٣)، وابن قدامة من الحنابلة^(٤)^(٥).

(١) انظر: التلخيص ص ٦٤٥.

(٢) انظر: البحر الرائق ٢٠٤/٧.

(٣) انظر: الباب ص ٤١٤، الروضة ٣٨/١٢، الأشباه للسيوطي ص ٥٠٩.

(٤) قاله في كتابه المغني ٤٢/١٢، وخالفه فيها ابن مفلح في النكت والفوائد السنية ٢٢٨/٢ فقال بعد نقله لكلام ابن قدامة: «وظاهر كلامه في المحرر وغيره من الأصحاب أنه يستحلف في هذا ويقضى عليه بالنكول لظاهر الأخبار وكسائر حقوق الآدمي، وإحلافهما ليس سببا لتطرق الدعاوى عليهما، وإن كان فليس هو مانعا من الاستحلاف، كما أنه ليس مانعا من إحضارهما مع أن فيه امتهانا ونحوه وهو سبب في تطرق الدعاوى».

(٥) وذهب المالكية إلى أن المشهود عليه إذا أقام البينة على رجوع الشاهدين وعجزا عن دفع البينة فإنهما يغرمان له ما أتلّف شهادتهما سواء أتى المشهود عليه بلطخ أم لا، كما يمكن من يمين البينة التي ادعى عليها الرجوع فأنكرته فطلب منها اليمين أنها لم ترجع فإن حلفت برئت من الغرامة وإلا حلف المدعي أنها رجعت وأغرمها ما غرمه، فإن نكل فلا شيء له عليهما، ومحل تمكينه من توجه اليمين عليها أن

الأدلة:

١_ أن إحلافهما يطرق عليهما الدعاوى في الشهادة والامتهان، وربما منع ذلك إقامة الشهادة^(١).

٢_ الشاهدان لا يحلفان، لارتفاع منصبهما عن التحليف^(٢).

المبحث الثاني: قبول شاهد وامرأتين في الولادة وعيوب النساء

قال ابن القاص: ولا يقبل شاهد وامرأتان فيما عدا الأموال إلا في ثلاثة مواضع: الرضاع، والولادة، وعيوب النساء من البرص وغيره، وكذلك إذا شهد رجل وامرأتان في القتل قبلتهما أيضاً، وحكمت فيها بالقسامة، قاله في الرضاع والقسامة نصاً^(٣)، وقلت في الباقي تخريجاً^(٤).

هذه المسألة ذكرها الشافعية فيما يقبل فيه شهادة النساء منفردات لأنه مما لا يطلع عليه الرجال غالباً، وقد نص الشافعي على ذلك^(٥).

ثم ذكر الشافعية أن ما لا يطلع عليه الرجال غالباً يقبل فيه شهادة أربع نسوة، أو رجلين، أو رجل وامرأتين^(٦).

وقد ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنابلة^(١٠) إلى قبول شهادة النساء منفردات في الولادة وعيوب النساء، إلا أنهم اختلفوا في اشتراط العدد على ثلاثة أقوال:

يأتي بلطخ. انظر: الشرح الكبير للدردير ٢٠٩/٤، حاشية الخرشى ٩١/٨-٩٢، شرح منح الجليل ٢٩٤/٤.

(١) انظر: المغني ٤٣/١٤.

(٢) انظر: الروضة ٣٨/١٢.

(٣) انظر: الأم ٣٤/٥، ٨٦/٧، ٤٩.

(٤) انظر: التلخيص ص ٦٤٧.

(٥) انظر: الحاوي ١٩/١٧، الروضة ٢٥٤/١١، كفاية الأخيار ٥٣٢/٢، رحمة الأمة ص ٤١٩.

(٦) انظر: التنبيه ص ١٦٢، الروضة ٢٥٣/١١-٢٥٤.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٢٧٧/٦، الهداية ٣٧٢/٧.

(٨) انظر: المعونة ١٥٥١/٣، عقد الجواهر الثمينة ١٥٣/٣-١٥٤.

القول الأول: يكتفى بشهادة امرأة واحدة، وبه قال الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: لا يكتفى بأقل من شهادة امرأتين، وبه قال المالكية^(٥)، ورواية عن الحنابلة^(٦).

القول الثالث: لا يكتفى بأقل من أربع نسوة، وبه قال الشافعية^(٧).

أما إذا شهد رجل واحد على عيوب النساء أو الولادة فإن شهادته تقبل عند الحنفية^(٨)، والحنابلة^(٩).

وذهب المالكية^(١٠)، والشافعية^(١١) إلى اشتراط وجود رجلين.

=

(١) انظر: الباب ص ٤١١، كفاية الأخيار ٥٣٢/٢-٥٣٣.

(٢) انظر: المغني ١٤/١٣٤، الإنصاف ١٢/٨٦، معونة أولي النهى ٩/٤٢٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٧٧، الهداية ٧/٣٧٢.

(٤) المغني ١٤/١٣٤، الإنصاف ١٢/٨٦، معونة أولي النهى ٩/٤٢٥.

(٥) انظر: المعونة ٣/١٥٥٢، عقد الجواهر الثمينة ٣/١٥٤.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة ٦/٢٢٢.

(٧) انظر: الباب ص ٤١١، الحاوي ١٧/٢١، الروضة ١١/٢٥٤.

(٨) وقد قال بعض الحنفية لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأها فاتفق نظري إليها تقبل إذا كان عدلاً، ولو

قال تعمدت النظر لا تقبل، وقال بعضهم تقبل ولو قال تعمدت النظر. انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٧٧،

فتح القدير ٧/٣٧٤.

(٩) انظر: المغني ١٤/١٣٧، معونة أولي النهى ٩/٤٢٥-٤٢٦.

(١٠) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٩٠٧، عقد الجواهر الثمينة ٣/١٥٣-١٥٤.

(١١) انظر: التنبيه ص ١٦٢، الروضة ١١/٢٥٤، المنهاج ص ١٥٣.

إذا ثبت هذا؛ فإن ما خرجه ابن القاص من قبول شهادة رجل وامرأتين في عيوب النساء والولادة هو مقتضى قول الحنفية^(١)، وبه قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو مقتضى قول الحنابلة^(٤).

الدليل:

أن شهادة النساء منفردات في العيوب والولادة تقبل، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال غالباً، فلأن يقبل فيها رجل وامرأتان أولى^(٥).

المبحث الثالث: قبول شهادة الأعمى المترجم فيما يترجم بحضرة القاضي والقاضي يرى المترجم والمترجم عن كلامه ويسمع كلامه

قال ابن القاص: ولا تجوز شهادة الأعمى إلا من دخل في الشهادة وهو بصير ثم عمي، فأما من خلق أعمى فلا تجوز شهادته إلا في مسألتين:

إحدهما: الأنساب إذا شهد عليها جاز، قاله ابن سريج تخريجاً.

والثانية: شهادة الترجمان فيما يترجم بحضرة القاضي، والقاضي يرى المترجم والمترجم عن كلامه ويسمع كلامه، قلته تخريجاً^(٦).

(١) لم يصرح الحنفية بقبول شهادة رجل وامرأتين في عيوب النساء والولادة، وإنما نص الحنفية على قبول شهادة امرأة واحدة، أو شهادة رجل واحد، وهذا يقتضي قبول شهادة رجل وامرأتين من باب أولى.

انظر: بدائع الصنائع ٢٧٧/٦-٢٧٨، فتح القدير ٣٧٢/٧-٣٧٣.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٩٠٧/٢، عقد الجواهر الثمينة ١٥٣/٣-١٥٤.

(٣) انظر: الحاوي ٢٠/١٧، التنبيه ص ١٦٢، الروضة ٢٥٤/١١.

(٤) لم يصرح الحنابلة بقبول شهادة رجل وامرأتين في عيوب النساء والولادة، وإنما نص الحنابلة على قبول شهادة امرأة واحدة، أو شهادة رجل واحد، وهذا يقتضي قبول شهادة رجل وامرأتين من باب أولى.

انظر: الإقناع للحجاوي ٥٢١/٤-٥٢٢، منتهى الإرادات ٣٧٤/٥.

(٥) انظر: كفاية الأخيار ٥٣٣/٢.

(٦) انظر: التلخيص ص ٦٤٧، أدب القاضي لابن القاص ٣٠٤/١.

ما ذهب إليه ابن القاص من قبول شهادة الأعمى في الترجمة هو قول الحنفية^(١)، ومقتضى قول المالكية^(٢)، وبه قال الشافعية^(٣)، وهو مقتضى قول الحنابلة^(٤).

الأدلة:

١_ أن الأعمى يشهد بتفسير الكلام المسموع فقبل منه^(٥).

٢_ أن العلم يحصل بالسمع، فقبلت شهادة الأعمى في الترجمة^(٦).

المبحث الرابع: رجوع شهود الأصل المشهود على شهادتهما وقالا ما أشهدنا شهود الفرع أو سكتا ولم يقولوا شيئاً

قال ابن القاص: وإن قالا ما أشهدناهم على شهادتنا، أو سكتا عن التفسير ولم يقولوا شيئاً، فلا ضمان عليهما ولا على الأربعة، قلته على مذهب الشافعي تخريجاً^(٧).

ما ذهب إليه ابن القاص من عدم وجوب الضمان على شهود الأصل وشهود الفرع فيما إذا قال شهود الأصل ما أشهدناهم على شهادتنا أو سكتا عن التفسير هو قول الحنفية^(٨) والشافعية^(٩) والحنابلة^(١٠).

(١) انظر: فتح القدير ٣٩٧/٧.

(٢) فقد نص المالكية على قبول شهادة الأعمى في الأقوال، وهذا يقتضي قبول شهادة الأعمى في الترجمة لأنهما من قبيل الأقوال. انظر: المعونة ١٥٥٧/٣، عقد الجواهر الثمينة ١٥٥/٣.

(٣) انظر: الباب ص ٤٢٤، الحاوي ٤٣/١٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٥٢.

(٤) نص الحنابلة على قبول شهادة الأعمى في المسموعات إذا تيقن الصوت وهذا يقتضي قبول شهادته في الترجمة. انظر: المغني ١٧٨/١٤-١٧٩، الإقناع للحجاوي ٥١٠/٤.

(٥) انظر: الحاوي ٤٣/١٧.

(٦) انظر: فتح القدير ٣٩٧/٧.

(٧) انظر: أدب القاضي ٤٠٣/٢.

(٨) انظر: المبسوط ٢١/١٧، بدائع الصنائع ٢٨٧/٦، الهداية ٤٩٥/٧.

(٩) انظر: حاشية أبي العباس الرملي على أسنى المطالب ٣٥٦/٩.

(١٠) انظر: الفروع لابن مفلح ٣٨٨/١١، الإقناع للحجاوي ٥٢٨/٤، كشف القناع ٣٣٢٩/٢.

الأدلة:

١_ أن شهود الأصل ينكران سبب الإتلاف، وهو الإشهاد على شهادتهما، فلا ضمان عليهم جميعاً^(١).

٢_ أن شاهدي الفرع لم يثبت كذبهما، وشاهدي الأصل لم يثبت رجوعهما، لأن الرجوع إنما يكون بعد الشهادة فإنكار أصل الشهادة لا يكون رجوعاً فلم يجب الضمان على الجميع^(٢).

المبحث الخامس: مطلق الاسترعاء في الشهادة على الشهادة

قال ابن القاص: واختلفا إذا سمع الشاهدان رجلاً يشهد عند غيرهما ويشهده على شهادته، فمذهب الشافعي أنه يجوز لهما أن يشهدا بها على شهادته قلته تخريجاً^(٣).
ما ذهب إليه ابن القاص من جواز نقل الشهادة على الشهادة وإن لم يسترع^(٤) الشاهد بخصوصه، هو القول المشهور عند المالكية^(٥)، وبه قال الشافعية^(٦)، والصحيح من مذهب الحنابلة^{(٧)(٨)}.

الدليل:

أن شاهد الفرع له نقل شهادة الأصل لحصول الاسترعاء^(٩).

(١) انظر: المبسوط ٢١/١٧.

(٢) انظر: كشف القناع ٣٣٢٩/٢.

(٣) انظر: أدب القاضي ٣١٨/١-٣١٩.

(٤) الاسترعاء هو أن يلتبس الأصل من الفرع رعاية الشهادة وحفظها لأن الشهادة على الشهادة نيابة فاعتبر فيها الإذن. انظر: زاد المحتاج ٦٠٥/٤.

(٥) والقول الثاني للمالكية لا يجوز له نقل شهادة الأصل إلا أن يسترعيه بخصوصه.

انظر: الشرح الكبير للدردير ٢٠٤/٤، بلغة السالك ٣٤٠/٢.

(٦) انظر: الروضة ٢٩٠/١١، مغني المحتاج ٦٠٣/٤.

(٧) والوجه الثاني للحنابلة لا يجوز ذلك إلا أن يسترعيه بخصوصه. انظر: المغني ٢٠٣/١٤، الإنصاف ٩١/١٢، الإقناع للحجاوي ٥٢٥/٤.

(٨) وذهب الحنفية إلى عدم جواز نقل الفرع لشهادة الأصل إذا لم يسترعه بخصوصه.

انظر: بدائع الصنائع ٢٨١/٦، فتح القدير ٤٦٧/٧.

(٩) انظر: المغني ٢٣/١٤.

الباب السادس: التدبير والمكاتب وعتق أمهات الأولاد وتصرفات المملوك وفيه أربعة فصول

الفصل الأول: التدبير

وفيه مبحث واحد

الرجوع في التدبير في المعتق عن دبر غيره
قال ابن القاص: والتدبير^(١) وجهان.
أحدهما: أن يعتق عن دبر غيره، فيقول: إذا مات فلان فأنت حر؛ وهذا لا رجوع فيه
إلا بإخراج عن الملك.
والثاني: أن يعتق عن دبر نفسه، ففيها قولان:
أحدهما: كذلك.
والثاني: متى رجع بالكلام فقد رجع؛ قلته في الأول تخريجا^(٢)، وقاله في الثاني نصا^(٣).

(١) التدبير مأخوذ من الدبر -بضمين- لأن السيد أعتق عبده بعد موته، والموت دبر الحياة.

وشرعا: اسم لتعليق عتق العبد بالموت.

انظر: غنية الفقيه ٦٢٣/٢، تحرير التنبيه ص ٢١٠، المصباح المنير ص ٧٢، كفاية الأخيار ٥٤٧/٢.

(٢) انظر: التلخيص ص ٦٦١.

(٣) إذا أعتق عبده عن دبر نفسه فللشافعي قولان، وصحح الربيع أنه كالوصية يرجع فيه باللسان.

انظر: الأم ٥٩٣/٨-٥٩٤.

إذا قال السيد لعبده إذا مات فلان فأنت حر، فهذا تعليق عتق بصفة، كقوله إذا جاء زيد فأنت حر، أو إذا دخلت الدار فأنت حر ونحو ذلك^(١).

فإذا وجدت الصفة في حياة السيد فإنه يعتق، وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق؛ وقد نص على ذلك الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)^(٥).

إذا ثبت هذا؛ فقد قال ابن القاص: إذا قال السيد لعبده إذا مات فلان فأنت حر؛ أنه لا يصح الرجوع في تدبيره إلا أن يخرج عن ملكه، فإذا أخرجه عن ملكه ببيع ونحوه، ثم رجع إليه بشراء أو هبة، فإن التدبير لا يعود، وهذا القول هو الأظهر عند الشافعية^(٦)^(٧).

الدليل: لا يعود التدبير إذا أخرجه عن ملكه ثم عاد عليه كما لا يعود الحنث^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/١١٢، ٥٨، البحر الرائق ٤/٥٠، الباب ص ٤١٧، بحر المذهب ١٤/٩٠، المغني ١٤/٤١٤، ٤٠١، الإنصاف ٧/٤١٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/١١٣، ٥٨.

(٣) انظر: الروضة ١٢/١٨٧.

(٤) انظر: المغني ١٤/٤١٤.

(٥) وذهب المالكية إلى أن السيد إذا قال لعبده إن مات فلان فأنت حر بعد موتي، إن قاله في الصحة عتق من رأس المال إلى الأجل، وإن مات السيد قبل فلان خدم الورثة إلى موت فلان وعتق من رأس المال، وإن قال ذلك في مرضه عتق من الثلث. انظر: الذخيرة ١١/٢١٤-٢١٥، حاشية الخرشي ٨/٤٠١.

(٦) انظر: الروضة ١٢/١٩٤.

(٧) أما عند الحنفية والحنابلة فإن التدبير يعود. انظر: بدائع الصنائع ٤/٥٨، الإنصاف ٧/٤١٤.

أما عند المالكية فإنه يعتبر مدبرا، والمدبر عندهم لا يجوز إخراجه عن ملكه.

انظر: حاشية الخرشي ٨/٤٠١، ٣٩٥، ٣٩٢.

(٨) انظر: الروضة ١٢/١٩٤.

الفصل الثاني: المكاتب

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: عقد الكتابة إذا كان السيد أعمى

قال ابن القاص: وأما الكتابة فإن كان السيد أعمى لم يجز، وإن كان العبد أعمى فجائز، قلته تخريجا^(١).

ما ذهب إليه ابن القاص من عدم صحة عقد الكتابة إذا كان السيد أعمى خلاف الأصح عند الشافعية، ففي المسألة وجهان عند الشافعية أصحهما الجواز^(٢). وهذا المسألة لم أقف عليها عند الحنفية والمالكية والحنابلة إلا أن هذه المسألة استثنائها الشافعية من مسألة عدم جواز بيع الأعمى وشرائه. وقد نص الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥) على صحة بيع الأعمى، فيكون مقتضى مذهبهم صحة عقد الكتابة فيما إذا كان السيد أعمى.

الأدلة:

١- لا يضر كون السيد أعمى في عقد الكتابة تغليبا للعتق^(٦).

٢- يصح عقد الكتابة إذا كان السيد أعمى قياسا على صحة بيع الأعمى.

المبحث الثاني: عقد الكتابة إذا كان العبد أعمى.

ما ذهب إليه ابن القاص من جواز هذا العقد إذا كان العبد أعمى هو قول الشافعية^(٧). وهو مقتضى مذهب الحنفية^(٨)، والمالكية^(٩)، والحنابلة^(١٠)، لتنصيصهم على صحة شراء الأعمى.

(١) انظر: التلخيص ص ٢٩٤-٢٩٥.

(٢) انظر: المجموع شرح المذهب ٣٠٣/٩، الروضة ٣٧١/٣، مغني المحتاج ٥١٧/٤.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٩١/٢.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٣٤٧/٢.

(٥) انظر: المغني ٣٠٢/٦، الإنصاف ٢٩٧/٤، معونة أولي النهى ٢٧/٣.

(٦) انظر: المجموع شرح المذهب ٣٠٣/٩، مغني المحتاج ٥١٧/٤.

(٧) انظر: الروضة ٣٧١/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٥٢.

(٨) انظر: تحفة الفقهاء ٩١/٢.

(٩) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٣٤٧/٢.

(١٠) انظر: المغني ٣٠٢/٦، الإنصاف ٢٩٧/٤، معونة أولي النهى ٢٧/٣.

الأدلة:

١- للعبد الأعمى أن يقبل الكتابة على نفسه لعلمه بنفسه^(١).

٢- يصح عقد الكتابة إذا كان العبد أعمى، قياساً على صحة شراء الأعمى.

المبحث الثالث: الرد في الكتابة الصحيحة والفسادة

قال ابن القاص: والكتابة الصحيحة يجوز فيها الخط من آخر النجوم، والرد بعد الآخر، والفسادة^(٢) لا يجوز فيها إلا أن يأخذ، ثم يرد؛ قلته في الرد تخريجاً^(٣)، والباقي نصاً^(٤).

في هذه المسألة مطلبان

المطلب الأول: الرد في الكتابة الصحيحة

ما ذهب إليه ابن القاص من أنه في الكتابة الصحيحة يجوز فيها الخط من آخر النجوم، والرد بعد العتق، هو قول الشافعية^(٥)، والحنابلة^{(٦)(٧)}.

الدليل: أما جواز الخط فلا أنه أبلغ في النفع، وأعون على حصول العتق، وأما الرد بعد العتق فلا أن الله تعالى أمر بالإتياء منه^(٨).

المطلب الثاني: الرد في الكتابة الفاسدة

ما ذهب إليه ابن القاص من أن الكتابة الفاسدة لا يجوز فيها إلا الأخذ ثم الرد بعد العتق، هو قول الحنفية^(٩)، والمالكية^(١٠)، والشافعية^{(١١)(١٢)}.

الدليل: أن العوض فاسد فلم يثبت في الذمة، فلا يصح الخط، فإذا دفعه للسيد عتق وكان عليه أن يرد ما قبض، ويرجع السيد على مكاتبه بقيمته يوم العتق^(١٣).

(١) انظر: المجموع شرح المذهب ٣٠٣/٩.

(٢) الكتابة الفاسدة: كأن يكاتبه على عوض محرم كخمر وخنزير. انظر: شرح التنبيه ٥٦٩/٢.

(٣) انظر: التلخيص ص ٦٦٦-٦٦٧.

(٤) انظر: الأم ٣٣، ٣٥، ٣٧، ٣٩/٨.

(٥) انظر: الحاوي ١٨٦/١٨، زاد المحتاج ٦٧٩/٤.

(٦) انظر: المغني ٤٦٠/١٤.

(٧) نص الحنفية والمالكية على استحباب الخط، ولم يذكروا الرد. انظر: الهداية ١٥٧/٩، عقد الجواهر ٣٨٧/٣.

(٨) انظر: المغني ٤٦٠/١٤، زاد المحتاج ٦٩٧/٤.

(٩) انظر: الهداية ١٦٢/٩-١٦٣.

(١٠) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٣٨٦/٣.

(١١) انظر: اللباب ص ٢٦١، الروضة ٢٣٣، ٢٣٥/١٢.

(١٢) وذهب الحنابلة إلى أن السيد لا يرد ما أخذ. انظر: المغني ٥٧٦/١٤، الإنصاف ٤٨٨/٧.

(١٣) انظر: الحاوي ١٦٩/١٨-١٧٠.

الفصل الثالث: أحكام أم الولد

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول: عقد الكتابة مع أم الولد

قال ابن القاص: وأم الولد في جميع أحكامها كالأمة إلا في سبع مسائل: لا يجوز بيعها، وكتابتها، ورهنها، وهبتها، ولا يجوز فيها الوصايا، والمواثيق، وتعتق بموت السيد، قاله في البيع والعتق نصاً^(١)، وقلته في الباقي تخريجاً^(٢).

اختلف العلماء في مكاتبة أم الولد على قولين:

القول الأول: يجوز مكاتبتها، وهو قول الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: لا يجوز كتابتها، وبه قال المالكية^(٦)، والشافعية في وجه^(٧).

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ أن الاستيلاء والكتابة سببان للعتق، فلم يمنع أحدهما الآخر، كتدبير المكاتب واستيلاء المكاتب^(٨).

٢_ أن عتق أم الولد جائز فكذلك كتابتها، لما فيه من تعجيل العتق إليها^(٩).

٣_ أن الاستيلاء لا يزيل ملك السيد عن أم ولده، فجازت مكاتبتها كالمدبرة^(١٠).

(١) انظر: الأم ١٠١/٦.

(٢) انظر: التلخيص ص ٦٧٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٣٦/٤، ١٣٣، الهداية ١٨٩/٩، فتح القدير ٣٥/٥.

(٤) انظر: الباب ص ٤١٩، الروضة ٢٢٦/١٢.

(٥) الإنصاف ٤٤٣/٧، الإقناع للحجاوي ٢٩٢/٣، معونة أولي النهى ٩٠١/٦.

(٦) وذهب بعض المالكية إلى جواز كتابتها إذا كان برضاها.

انظر: المدونة ٥٤/٣، مواهب الجليل ٣٥٩/٦.

(٧) انظر: الروضة ٢٢٦/١٢.

(٨) انظر: معونة أولي النهى ٨٢٢/٦.

(٩) انظر: بدائع الصنائع ١٣٣/٤.

(١٠) انظر: بدائع الصنائع ١٣٦/٤.

أدلة أصحاب القول الثاني:

- ١_ أن كتابة المستولدة اعتياض عن الرقبة، فلم يجوز^(١).
- ٢_ أن كتابة المستولدة معاوضة بينها وبين سيدها، وفيه غرر، فلم يجوز^(٢).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

- ١_ قولهم: الاستيلاد والكتابة سببان للعتق، فلم يمنع أحدهما الآخر. يجب عنه: بأن العتق بسبب الاستيلاد يكون بدون معاوضة، أما الكتابة ففيها معاوضة فكانا متنافيين^(٣).
- وأجيب عنه: بأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتهما على سبيل البدل^(٤).
- ٢_ وأما قياسهم كتابة أم الولد على كتابة المدبرة. يجب عنه: بوجود الفرق بينهما إذا قلنا إن التدبير وصية، فإن كان كذلك ارتفع التدبير وبقيت الكتابة^(٥).

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

- ١_ قولهم: إن كتابة المستولدة فيه اعتياض عن الرقبة، فلم يجوز. يجب عنه: بأن كتابة العبد فيه اعتياض عن الرقبة، وتجوز كتابته.
- ٢_ قولهم: إن كتابة المستولدة معاوضة بينها وبين سيدها، وفيه غرر فلم يجوز. يجب عنه: بأن الكتابة فيها بيان لمقدار النجوم التي تؤديها لتحصل على حريتها كما في كتابة العبد.

الراجح: يترجح في نظري جواز مكاتبه السيد أم ولده لما يلي:

- ١_ أن هذا العقد جائز من قبل أم الولد، ولها حق الفسخ إن رأت المصلحة في ذلك.
- ٢_ أن كتابة أم الولد وإن كان ببدل إلا أن فيه تعجيل تحصيل الحرية.

(١) انظر: فتح العزيز ١٣/٤٧٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٦/٣٥٩.

(٣) انظر: العناية على الهداية ٩/١٨٦.

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: فتح العزيز ١٣/٤٢٣.

المبحث الثاني: رهن أم الولد

قال ابن القاص: وأم الولد في جميع أحكامها كالأمة إلا في سبع مسائل:
لا يجوز بيعها، وكتابتها، ورهنها، وهبتها، ولا يجوز فيها الوصايا، والمواريث، وتعتق بموت السيد، قاله في البيع والعتق نصاً، وقتله في الباقي تخريجاً^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من عدم جواز رهن أم الولد هو قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

الأدلة:

- ١- أن الرهن يوجب زوال ملك العين، فيوجب بطلان حق الحرية الثابتة بالاستيلاء فلم يجز رهنها^(٦).
- ٢- أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه^(٧).
- ٣- أن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من رهن أم الولد لقيام حق الحرية^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٦٧٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٣٠/٤، الهداية ١٥٨/١٠.

(٣) انظر: الذخيرة ٣٧٤/١١، مواهب الجليل ٣٥٥/٦.

(٤) انظر: الباب ص ٤١٨، الحاوي ٣١٢/١٨، الروضة ٣١٠/١٢، المجموع شرح المذهب ٢٤٢/٩.

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة ١٩٢/٣، معونة أولي النهى ٩٠٤/٦.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٣٠/٤.

(٧) انظر: المغني ٤٦٦/٦، معونة أولي النهى ٩٠٤/٦.

(٨) انظر: الهداية ١٥٨/١٠.

المبحث الثالث: هبة أم الولد

قال ابن القاص: وأم الولد في جميع أحكامها كالأمة إلا في سبع مسائل:
لا يجوز بيعها، وكتابتها، ورهنها، وهبتها، ولا يجوز فيها الوصايا، والمواريث، وتعتق بموت السيد، قاله في البيع والعتق نصاً، وقتله في الباقي تخريجاً^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من عدم جواز هبة أم الولد هو قول الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

الأدلة:

١- ما ورد من طريق ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «أبما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا مات فهي حرة»^(٦).
وقد روي مرفوعاً من طريق ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم: «نهي عن بيع أمهات الأولاد وقال: لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما دام حياً فإذا مات فهي حرة»^(٧).
٢- أن الهبة توجب زوال ملك العين، فيوجب بطلان حق الحرية الثابتة بالاستيلاء فلم يجز هبتها^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٦٧٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٣٠/٤، فتح القدير ٣٠/٥.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٩٧٨/٢، المعونة ١٤٨٩/٣، عقد الجواهر الثمينة ٣٩٦/٣.

(٤) انظر: الباب ص ٤١٨، غنية الفقيه ٦٦٩/٢، الروضة ٣١٠/١٢، كفاية الأخيار ٥٥٧/٢.

(٥) المغني ٥٨٥/١٤، الإنصاف ١٣٢/٧، معونة أولي النهى ٩٠٢/٦.

(٦) رواه مالك في الموطأ ٧٧٦/٢، باب عتق أمهات الأولاد، والدارقطني ١٣٤/٤، والبيهقي في سننه

٥٧٤/١٠، كتاب عتق أمهات الأولاد/ باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له.

(٧) رواه الدارقطني ١٣٤/٤ هكذا مرفوعاً، والصحيح أنه موقوف على عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومن صحح

وقفه البيهقي في السنن الكبرى ٥٧٤/١٠-٥٧٥، والألباني في إرواء الغليل ١٨٧/٦-١٨٨.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ١٣٠/٤.

المبحث الرابع: الوصية بأم الولد

قال ابن القاص: وأم الولد في جميع أحكامها كالأمة إلا في سبع مسائل:
لا يجوز بيعها، وكتابتها، ورهنها، وهبتها، ولا يجوز فيها الوصايا، والمواثيق، وتعتق بموت السيد، قاله في البيع والعتق نصاً، وقتله في الباقي تخريجاً^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من عدم جواز الوصية بأم الولد هو قول الحنفية^(٢)، ومقتضى قول المالكية^(٣)، وقول الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

الدليل:

أن الوصية بها يوجب زوال ملك العين، فيوجب بطلان حق الحرية الثابتة بالاستيلاء فلم يجز^(٦).

(١) انظر: التلخيص ص ٦٧٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٣٠/٤.

(٣) قال ابن عبد البر في أم الولد: إلا البيع فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يؤجرها ولا يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه في دين ولا في غيره. انظر: الكافي ٩٧٨/٢.

(٤) انظر: الباب ص ٤١٩، الروضة ٣١٠/١٢، المجموع شرح المذهب ٢٤٢/٩، غنية الفقيه ٦٦٩/٢، كفاية الأخيار ٥٥٧/٢.

(٥) انظر: منتهى الإرادات ٤٥/٤، معونة أولي النهى ٩٠٢/٦.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٣٠/٤.

المبحث الخامس: دخول أم الولد في الميراث

قال ابن القاص: وأم الولد في جميع أحكامها كالأمة إلا في سبع مسائل:
لا يجوز بيعها، وكتابتها، ورهنها، وهبتها، ولا يجوز فيها الوصايا، والمواثيق، وتعتق بموت السيد، قاله في البيع والعتق نصاً، وقلته في الباقي تخريجاً^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من أن أم الولد لا تورث هو قول الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

الأدلة:

- ١- ما ورد من طريق ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «أبما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا مات فهي حرة»^(٦).
- ٢- أن أم الولد تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها فلا تورث^(٧).
- ٣- أن السيد لم يبق له من أم ولده إلا الاستمتاع بالوطء فقط، والوطء لا يورث عنه، ولا يملك بعده^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٦٧٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٣٠، فتح القدير ٥/٣٠.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٩٧٨، المعونة ٣/١٤٩٢.

(٤) انظر: الروضة ١٢/٣١٠، المجموع شرح المذهب ٩/٢٤٢.

(٥) انظر: المغني ١٤/٥٨٥، الإقناع للحجاوي ٣/٢٩٢.

(٦) تقدم تخريجه حاشية (٦) ص ٣٨٥.

(٧) انظر: المغني ١٤/٥٨٥.

(٨) انظر: المعونة ٣/١٤٩٢.

الفصل الرابع: تصرفات المملوك

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول: أداء المملوك نذره بإذن سيده

قال ابن القاص: ولا يجزئ حجه من حجة الإسلام، ولا عمرته من عمرة الإسلام وإن أذن له سيده، قاله نصاً^(١).

ويجزئ من نذره إن أذن له سيده، قلته تخريجاً^(٢).

إذا نذر العبد الحج صح نذره عند الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية في الأصح^(٥)، وهو قول الحنابلة^(٦).

وما خرّجه ابن القاص من أجزاء نذر العبد إذا أذاه بإذن سيده، هو مقتضى قول الحنفية^(٧)، وبه قال المالكية^(٨)، والشافعية في الأصح^(٩)، وهو مقتضى قول الحنابلة^(١٠).

(١) انظر: الأم ١٣٠/٢، ١١٠، ١٦٥/٤.

(٢) انظر: التلخيص ص ٦٧٥-٦٧٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٨٢/٥، فتح القدير ٤٠٣/٢.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ٤١٣/١.

(٥) انظر: الباب ص ٤٢١، المجموع شرح المذهب ٤٩/٧، الروضة ١٧٨/٣.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة ٣٠٩/٢، الإنصاف ٣٩٦/٣.

(٧) نص الحنفية في باب الاعتكاف على صحة نذر المملوك بإذن سيده، وإذا وجد الإذن من السيد فقد زال

المانع. انظر: بدائع الصنائع ١٠٨/٢-١٠٩، فتح القدير ٤٠٣/٢.

(٨) انظر: حاشية الخرشي ٣١٧/٣.

(٩) انظر: المجموع شرح المذهب ٤٩/٧، الروضة ١٧٨/٣، خبايا الزوايا للزركشي ٤٥٧/١، الأشباه

للسيوطي ص ٢٢٦.

(١٠) نص الحنابلة على أن العبد إذا نذر الحج فإنه يلزمه، فإن كان النذر بإذن السيد فليس له تحليله، وهذا

يقتضي أجزاء نذر العبد في حال الرق. انظر: الكافي ٣٠٩/٢، شرح العمدة لابن تيمية ٢٦٨/١،

الإنصاف ٣٩٦/٣، الإقناع للحجاوي ٥٣٨/٤.

الدليل: أن الحرية ليست شرطا في النادر فتجزئه الحجة المنذورة إذا فعلها في حال الرق بإذن السيد^(١).

المبحث الثاني: قبول العبد الوصية بغير إذن سيده

قال ابن القاص: ولا يجوز له التصرف في نكاح، ولا أن يتكفل بمال ولا نفس إلا بإذن سيده، ولا أن يتصرف في مال إلا في ثلاث خصال: قبوله الوصية، وقبضه الهدية، وأخذ الصيد، وهكذا يتملك كل مال مباح، فإن أبي سيده فله إخراجاه عن التملك، وفيه قولان:

أحدهما: أنه رفع الملك من أصله كأن لم يكن.

والثاني: أنه كان مالكا إلى أن أخرجه من ملكه، قلت ذلك كله تخريجا^(٢).

ما ذهب إليه ابن القاص من جواز قبول العبد الوصية بغير إذن سيده، هو قول الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية في الأصح^(٥)، والحنابلة في الصحيح من المذهب^(٦).

الأدلة:

١_ أن الوصية للعبد كسب، فصحت من غير إذن سيده كالاختطاب والاحتشاش والاصطياد^(٧).

٢_ أن قبول العبد الوصية بغير إذن سيده يصح، كما لو خالع زوجته، فإنه يصح بغير إذن سيده ويدخل العوض في ملك سيده قهرا^(٨).

(١) انظر: بحر المذهب ٣٤/٥.

(٢) انظر: التلخيص ص ٦٧٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٧١/٧.

(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٣/٢، ٣٩٩/٥٤٠.

(٥) واستثنى الشافعية فيما إذا كان الموصى به أصلا أو فرعاً للسيد يجب عليه نفقته حال القبول لنحو زمانة أو صغر فلا يصح القبول من العبد. انظر: الحاوي ١٩٢/١٨، غنية الفقيه ٥٨٧/٢، الروضة ١٠١/٦، شرح التنبيه للسيوطي ٥٥١/٢، مغني المحتاج ١٠٢/٢.

(٦) انظر: المغني ٥٢٠/٨، الإنصاف ٢٢٤/٧، الإقناع للحجاوي ١٤٣/٣.

(٧) انظر: الحاوي ١٩٢/٨، المغني ٥٢٠/٨، مغني المحتاج ١٠٢/٢.

(٨) انظر: الروضة ٥٧٥/٣.

٣_ أن قبول العبد الوصية بغير إذن سيده تحصيل مال بغير عوض، فلم يفتقر إلى إذن السيد كقبول الهبة وتحصيل المباح^(١).

المبحث الثالث: قبول العبد الهبة بغير إذن سيده

ما ذهب إليه ابن القاص من صحة قبول العبد الهبة بغير إذن سيده هو قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية في الأصح^(٤)، وهو قول الحنابلة^(٥).

الأدلة:

- ١_ أن القبض من حقوق العقد، والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه^(٦).
- ٢_ أن الأصل في بني آدم الحرية، والرق لعارض، فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم، والحجر لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد، فبقي فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى^(٧).
- ٣_ أن العبد له أن يقبل الهبة بغير إذن سيده، ويدخل في ملكه بغير اختياره، كما يخالغ زوجته بغير إذنه ويدخل عوض الخلع في ملكه بغير اختياره^(٨).

(١) انظر: المغني ٥٢٠/٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٧١/١٢٦، ٧/٦.

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٥٤٠/٢.

(٤) واستثنى الشافعية فيما إذا كان الموهوب أصلاً أو فرعاً للسيد يجب عليه نفقته حال القبول لنحو زمانة أو صغر فلا يصح القبول من العبد. انظر: المعاياة ص ٢٠٧، الروضة ٥٧٥/٣.

(٥) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٧٨، الإنصاف ٢٦٧/١١، ٤/٣، الإقناع للحجاوي ١٠٤/٣.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٢٦/٦.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٢٦/٦.

(٨) انظر: المعاياة ص ٢٠٩.

المبحث الرابع: تملك العبد المباحات كالصيد والاحتطاب والاحتشاش

ما ذهب إليه ابن القاص من صحة تملك العبد المباحات، كأخذ الصيد من غير إذن سيده، هو قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الدليل: أن هذه التصرفات ليس فيها ضرر على السيد، فجاز أن يملكها العبد^(٤).

المبحث الخامس: منع السيد عبده من تملك المباح

قال ابن القاص: وهكذا يملك كل مباح، فإن أبي سيده فله إخراجه عن ملكه، وفيه قولان:

أحدهما: أنه رفع الملك من أصله كأن لم يكن.

والثاني: أنه كان مالكا إلى أن أخرجه من ملكه، قلت ذلك كله تخريجا^(٥).

قال الرافعي: «وهل للسيد الرد بعد قبول العبد؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب التلخيص.

أحدهما: نعم، لأن تمليك العاقل البالغ قهرا بعيد.

وأقيسهما: المنع، كما في الملك الحاصل بالاحتطاب.

فإن قلنا بالأول، فينقطع ملكه من وقت الرد، أو يتبين أنه لم يدخل في ملكه؟ ذكر صاحب التلخيص فيه وجهين أيضا.

ويظهر أثرهما فيما إذا كان الموهوب عبدا، ووقع هلال شوال بين قبول العبد وردّ السيد في زكاة الفطر^(٦).

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣٧/٢، المبسوط ١٥/١٠، ١٨١/٢٠٧، رد المحتار ٤٥٢/٨.

(٢) انظر: الحاوي ١٨/٨.

(٣) انظر: المغني ٣٣٤/٨، المبدع ٣٤/٦.

(٤) انظر: المبسوط ٢٠٧/١٠.

(٥) انظر: التلخيص ص ٦٧٧، ونقله عنه الرافعي في فتح العزيز ٥٥٣/١٣، والسيوطي في الأشباه والنظائر ص ٢٩٢.

(٦) انظر: فتح العزيز ٥٥٣/١٣، الروضة ٢٨٣/١٢.