

روضة الطالبين

الإمام يحيى بن شرف الدين النووي

المجلد الخامس



شركة بناء شريف للأصناف للطباعة والنشر والتوزيع صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة الحضرية

الخندق الغميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥

تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١

بيروت - لبنان

• الكادر التعليمي

الخندق الغميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥

تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١

بيروت - لبنان

• المطبعة الحضرية

بوليفار نزيه البزري - ص.ب: ٢٢١

تلفاكس: ٧٢٠٦٢٤ - ٧٢٩٢٥٩ - ٧٢٩٢٦١ ٧ ٠٠٩٦١

صيدا - لبنان

الطبعة الأولى

٢٠١١م - ١٤٣٢هـ

جميع حقوق هذه الطبعة محفوظة للناشر

حقوق التأليف والاعداد محفوظة لدار ابن الأثير/جامعة الموصل
لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان
مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي نحو، أو
بأي طريقة، سواء كانت الكترونية، أو بالتصوير،
أو التسجيل، أو خلاف ذلك، إلا بموافقة كتابية من
الناشر مقدما.

alassrya@terra.net.lb

E. Mail alassrya@cyberia.net.lb

info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت

www.almaktaba-alassrya.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإمامة و قتال البُغاة

فيه بابان :

الباب الأول: في الإمامة

وفيه فصول :

الفصل الأول: في شروط الإمامة

وهي كونه مكلفاً مسلماً عدلاً، حراً ذكراً عالمياً، مجتهداً شجاعاً، ذا رأي وكفاية، سمياً بصيراً، ناطقاً قرشياً، وفي اشتراط سلامة سائر الأعضاء، كاليد والرجل والأذن خلاف، جزم المتولي بأنه لا يشترط، وجزم الماوردي باشتراط سلامته من نقص يمنع استيفاء الحركة وسرعة النهوض، وهذا أصح.

قلت: قال الماوردي: عشا العين لا يمنع من انعقاد الإمامة، لأنه مرض في زمن الاستراحة، ويرجى زواله، وضعف البصر إن كان يمنع معرفة الأشخاص، منع انعقاد الإمامة واستدامتها، وإلا فلا، وفقد الشم والذوق وقطع الذكر والأنثيين، لا يؤثر قطعاً. والله أعلم.

فإن لم يوجد قرشي مستجمع الشروط، فكناني، فإن لم يوجد، فرجل من ولد إسماعيل عليه السلام، فإن لم يكن فيهم مستجمع الشرائط، ففي «التهذيب» أنه يولى رجل من العجم، وفي «التتمة» أنه يولى جرهمي، وجرهم أصل العرب، فإن لم يوجد جرهمي، فرجل من ولد إسحاق عليه السلام، ولا يشترط كونه هاشمياً، ولا كونه معصوماً، وفي جواز تولية المفضول خلاف مذكور في أدب القضاء، فإن لم تتفق الكلمة إلا عليه، جازت توليته بلا خلاف، لتدفع الفتنة، ولو نشأ من هو أفضل من المفضول، لم يعدل إلى الناشيء بلا خلاف.

الفصل الثاني: في وجوب الإمامة وبيان طرقها

لا بد للأمة من إمام يقيم الدين، وينصر السنة، ويتنصف للمظلومين، ويستوفي الحقوق ويضعها مواضعها.

قلت: تولي الإمامة فرض كفاية، فإن لم يكن من يصلح إلا واحداً، تعين عليه ولزمه طلبها إن لم يتدثوه. والله أعلم.
وتنعقد الإمامة بثلاثة طرق:

أحدها: البيعة، كما بايعت الصحابة أبا بكر رضي الله عنه، وفي العدد الذي تنعقد الإمامة ببيعتهم ستة أوجه: أحدها: أربعون، والثاني: أربعة، والثالث: ثلاثة، والرابع: اثنان، والخامس: واحد، فعلى هذا يشترط كون الواحد مجتهداً. وعلى الأوجه الأربعة يشترط أن يكون في العدد المعتبر مجتهد لينظر في الشروط المعتبرة، ولا يشترط أن يكون الجميع مجتهدين، والسادس وهو الأصح: أن المعتبر بيعة أهل الحل والعقد من العلماء والرؤساء وسائر وجوه الناس الذين يتيسر حضورهم، ولا يشترط اتفاق أهل الحل والعقد في سائر البلاد والأصقاع، بل إذا وصلهم خبر أهل البلاد البعيدة، لزمهم الموافقة والمتابعة، وعلى هذا لا يتعين للاعتبار عدد، بل لا يعتبر العدد، حتى لو تعلق الحل والعقد بواحد مطاع، كفت بيعته لانعقاد الإمامة، ويشترط أن يكون الذين يبايعون بصفة الشهود، وذكر في «البيان» في اشتراط حضور شاهدين البيعة، وجهين:

قلت: الأصح: لا يشترط إن كان العاقدون جمعاً، وإن كان واحداً، اشترط الإشهاد، وقد قال إمام الحرمين في كتابه «الإرشاد»: قال أصحابنا: يشترط حضور الشهود لئلا يدعى عقد سابق، ولأن الإمامة ليست دون النكاح، لكن اختيار الإمام انعقادها بواحد، وذكر الماوردي أنه يشترط في العاقلين: العدالة والعلم والرأي، وهو كما قال. والله أعلم.

ويشترط لانعقاد الإمامة أن يجيب المبايع، فإن امتنع، لم تنعقد إمامته، ولم يجبر عليها.

قلت: إلا أن لا يكون من يصلح إلا واحد، فيجبر بلا خوف. والله أعلم.
الطريق الثاني: استخلاف الإمام من قبل، وعهده إليه، كما عهد أبو بكر إلى عمر رضي الله عنه، وانعقد الإجماع على جوازه، والاستخلاف أن يعقد له في حياته الخلافة بعده، فإن أوصى له بالإمامة، فوجهان حكاهما البغوي، ولو جعل الأمر شورى بين اثنين فصاعداً بعده، كان كالاستخلاف، إلا أن المستخلف غير متعين، فيتشاورون، ويتفقون على أحدهم، كما جعل عمر رضي الله عنه الأمر شورى بين ستة، فاتفقوا على عثمان رضي الله عنه، وذكر الماوردي أنه يشترط في المعهود إليه شروط الإمامة من وقت العهد إليه حتى لو كان صغيراً أو فاسقاً عند العقد، بالغاً عدلاً عند موت العاهد، لم يكن إماماً، إلا أن يبايعه أهل الحل والعقد، وقد يتوقف في هذا.

قلت: لا توقف فيه، فالصواب الجزم بما ذكره الماوردي، والفرق بينه وبين الوصي ظاهر. والله أعلم.

وذكر الماوردي أنه إذا عهد إلى غائب مجهول الحياة، لم يصح، وإن كان معلوم الحياة، صح، فإن مات المستخلف وهو بعد غائب، استقدمه أهل الاختيار، فإن بعدت غيبته وتضرر المسلمون بتأخير النظر في أمورهم، اختار أهل الحل والعقد نائباً له يبايعونه بالنيابة دون الخلافة، فإذا قدم انعزل النائب، وأنه إذا عزل الخليفة نفسه، كان كما لو مات، فتنقل الخلافة إلى ولي العهد، ويجوز أن يفرق بين أن يقول: الخلافة بعد موتي لفلان، أو بعد خلافتي.

قلت: توقف إمام الحرمين في كتابه «الإرشاد» في انعزال الإمام بعزله نفسه. والله أعلم.

وذكر الماوردي أنه يجوز العهد إلى الوالد والولد، وفيه مذهبان آخران: أحدهما: المنع، كالتزكية والحكم لهما، والثاني: يجوز للوالد دون الولد، لشدة الميل إليه، وأن ولي العهد لو أراد أن ينقل ما إليه من العهد إلى غيره، لم يجوز، وأنه لو عهد إلى جماعة مرتبين، فقال الخليفة: بعد موتي فلان، وبعد موته فلان، وبعد موته فلان، جاز، وانتقلت الخلافة إليهم على ما رتب، كما رتب رسول الله ﷺ أمراء جيش مؤتة، وأنه لو مات الأول في حياة الخليفة، فالخليفة للثاني، ولو مات الأول والثاني في حياته، فهي للثالث، وأنه لو مات الخليفة وبقي الثلاثة أحياء، فانتصب الأول للخلافة، ثم إن أراد أن يعهد بها إلى غير الآخرين، فالظاهر من مذهب الشافعي رحمه الله جوازه، لأنها لما انتهت إليه صار أملك بها بخلاف ما إذا مات ولم يعهد إلى أحد، فليس لأهل البيعة أن يبايعوا غير الثاني، ويقدم عهد الأول على اختيارهم وأنه ليس لأهل الشورى أن يعينوا واحداً منهم في حياة الخليفة إلا أن يأذن لهم في ذلك، فإن خافوا انتشار الأمر بعده استأذنوه، فإن أذن، فعلوه، وأنه يجوز للخليفة أن ينص على من يختار خليفة بعده، كما يجوز أن يعهد إلى غيره، ثم لا يصح إلا اختيار من نص على أنه يختار، كما لا يصح إلا تقليد من عهد إليه، وأنه إذا عهد إلى غيره بالخلافة، فالعهد موقوف على قبول المعهود إليه، واختلف في وقت قبوله، فقليل: بعد موت الخليفة، والأصح أن وقته ما بين عهد الخليفة وموته، قال صاحب «التتمة»: وإذا امتنع المعهود إليه من القبول ببيع غيره، وكأنه لا عهد، وكذا إذا جعل الأمر شورى، فترك القوم الاختيار لا يجبرون عليه، وكأنه لم يجعل الأمر إليهم.

قلت: ومما ذكره الماوردي في «الأحكام السلطانية» من هذا، أنه لو جمع

شروط الإمامة اثنان، استحَب لأهل العقد أن يعقدوها لأنسهما، فإن عقدوها للآخر، جاز، فإن كان أحدهما أعلم، والآخر أشجع، روعي في الاختيار ما يوجب حكم الوقت، فإن دعت الحاجة إلى زيادة الشجاعة لظهور البغاة وأهل الفساد، كان الأشجع أحق، وإن دعت إلى زيادة العلم لسكون الفتن، وظهور البدع، كان الأعلم أحق، وأنه لو تنازعا اثنان، فقد قال بعض الفقهاء: يقدح ذلك فيهما فيعدل إلى غيرهما، والذي عليه الجمهور: أنه لا يقدح، لأن طلب الخلافة ليس مكروهاً، ثم هل يقرع بينهما عند التساوي، أم يقدم أهل الاختيار من شاؤوا بلا قرعة؟ فيه خلاف، وأن الخليفة إذا أراد العهد، لزمه أن يجتهد في الأصلح، فإذا ظهر له واحد، جاز أن ينفرد بعقد بيعته من غير حضور غيره، ولا مشاورة أحد، وأن المعهود إليه إذا استعفى، لم يبطل عهده حتى يعفى، فإن وجد غيره، جاز استعفاؤه، وخرج من العهد باجماعهما، وإن لم يوجد غيره، لم يجز إعفاؤه ولا استعفاؤه، ويبقى العقد لازماً. والله أعلم.

فصل: وأما الطريق الثالث: فهو القهر والاستيلاء، فإذا مات الإمام، فتصدى للإمامة من جمع شرائطها من غير استخلاف ولا بيعة، وقهر الناس بشوكته وجنوده، انعقدت خلافته لينتظم شمل المسلمين، فإن لم يكن جامعاً للشرائط بأن كان فاسقاً، أو جاهلاً، فوجهان: أصحهما: انعقادها لما ذكرناه، وإن كان عاصياً بفعله.

فرع: لو تفرد شخص بشروط الإمامة في وقته، لم يصير إماماً بمجرد ذلك، بل لا بد من أحد الطرق.

الفصل الثالث: في أحكام الإمام

وفيه مسائل:

إحداها: تجب طاعة الإمام في أمره ونهيه ما لم يخالف حكم الشرع، سواء كان عادلاً أو جائراً^(١).

المسألة الثانية: لا يجوز نصب إمامين في وقت واحد وإن تباعد إقليمهما، وقال الأستاذ أبو إسحاق: يجوز نصب إمامين في إقليمين، لأنه قد يحتاج إليه، وهذا اختيار الإمام، والصحيح الذي عليه الجمهور هو الأول، فإن عقدت البيعة لرجلين معاً، فالبيعتان باطلتان، وإن ترتبتا فالثانية باطلة، ثم إن جهل الثاني ومبايعوه بيعة الأول، لم

(١) والأحاديث في ذلك كثيرة، منها ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨٣٦) والنسائي في سننه برقم (٤١٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «عليك السمع والطاعة في عسرك ويسرك، ومنشطك ومكرهك، وأثرة عليك».

يعزروا، وإلا فيعزرون، ولو عرف سبق أحدهما ولم يتعين، أو شككنا في معيتهما وتعاقبهما، فليكن كما سبق في الجمعيتين، ولو سبق أحدهما: وتعين، واشتبه، وقف الأمر حتى يظهر، فإن طالت المدة، ولم يكن الانتظار، فقد ذكر الماوردي أنه تبطل البيعتان، وتستأنف بيعة لأحدهما، وفي جواز العدول إلى غيرهما خلاف.

قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

قال الماوردي: ولو ادعى كل واحد أنه الأسبق، لم تسمع دعواه، ولم يحلف الآخر، لأن الحق للمسلمين، ولو قطعاً التنازع، وسلم أحدهما الأمر للآخر، لم تثبت الإمامة له، بل لا بد من بينة بسبقه، قال: ولو أقر أحدهما بسبق صاحبه، خرج منها المقر، ولا تثبت للآخر إلا ببينة، فإن شهد له المقر مع آخر، قبلت شهادته إن كان يدعي اشتباه الأمر قبل الإقرار، وإن كان يدعي التقديم، لم تسمع للتكاذب في قوله.

المسألة الثالثة: إذا ثبتت الإمامة بالقهر والغلبة، فجاء آخر، فقهره، انزل الأول، وصار القاهر الثاني إماماً.

المسألة الرابعة: لا يجوز خلع الإمام بلا سبب، فلو خلعه، لم ينخلع، ولو خلع الإمام نفسه، نظر، إن خلع لعجزه عن القيام بأمر المسلمين لهرم أو مرض ونحوهما، انزل، ثم إن ولى غيره قبل عزل نفسه، انعقدت ولايته، وإلا فيبايع الناس غيره، وإن عزل نفسه بلا عذر، ففيه أوجه: أصحابها: لا ينزل، وبه قطع صاحب «البيان» وغيره، والثاني: ينزل، لأن إلزامه الاستمرار قد يضر به في آخرته ودنياه، والثالث وبه قطع البغوي: إن لم يظهر عذر، فعزل نفسه ولم يول غيره، أو ولى من هو دونه، لم ينزل، وإن ولى مثله، أو أفضل، ففي الانعزال وجهان: وهل للإمام عزل ولي العهد؟ قال المتولي: نعم، والماوردي: لا، لأنه ليس نائباً له بل للمسلمين.

قلت: قول الماوردي أصح، قال الماوردي: فلو عزله الإمام، وعهد إلى ثان، ثم عزل المعهود إليه أولاً نفسه، فعهد الثاني باطل، ولا بد من استئذنه. والله أعلم.

المسألة الخامسة: سبق في باب الأوصياء أن الإمام لا ينزل بالفسق على الصحيح، ولا ينزل بالإغماء لأنه متوقع الزوال، وينزل بالمرض الذي ينسيه العلوم، وبالجنون، قال الماوردي: فلو كان يجن ويفيق، وزمن الإفاقة أكثر، ويمكن فيه من القيام بالأمر، لم ينزل، وينزل بالعمى والصمم والخرس، ولا ينزل بثقل السمع، وتمتمة اللسان، وفي منعهما ابتداء الولاية خلاف، والأصح أن قطع إحدى اليدين أو الرجلين، لا يؤثر في الدوام وبالله التوفيق.

قلت: ومما يتعلق بالباب مسائل:

إحداها: قال الماوردي: لو أسر الإمام، لزم الأمة استنقاذه، وهو على إمامته ما دام مرجو الخلاص بقتال أو فداء، فإن أيس منه، نظر، ان أسره كفار، خرج من الإمامة، وعقدوها لغيره، فإن عهد بالإمامة وهو أسير، نظر إن كان بعد اليأس من خلاصه، لم يصح عهده لأنه عهد بعد انعزاله، وإن عهد قبل اليأس، صح عهده لبقاء ولايته، وتستقر إمامة المعهود إليه باليأس من خلاص العاهد لانعزاله، ولو خلص من أسره، نظر إن خلص بعد اليأس، لم تعد إمامته، بل تستقر لولي عهده، وإن خلص قبل اليأس، فهو على إمامته، وأما إذا أسره بغاة من المسلمين، فإن كان مرجو الخلاص، فهو على إمامته، وإن لم يرج وكانت البغاة لا إمام لهم، فالأسير على إمامته، وعلى أهل الاختيار أن يستنبوا عنه إن لم يقدر هو على الاستنابة، فإن قدر، فهو أحق بالاستنابة، فإن خلع الأسير نفسه، أو مات، لم يصير المستناب إماماً، وإن كان للبغاة الذين أسروه إمام نصبوه، خرج الأسير من الإمامة إن أيس من خلاصه، وعلى أهل الاختيار في دار العدل عقد الإمامة لمن يصلح لها، فإن خلص الأسير، لم يعد إلى الإمامة لخروجه منها.

المسألة الثانية: تجب نصيحة الإمام بحسب القدرة.

المسألة الثالثة: يجوز أن يقال للإمام: الخليفة والإمام وأمير المؤمنين، قال الماوردي: ويقال أيضاً: خليفة رسول الله ﷺ، قال البغوي في «شرح السنة»: ويقال له أمير المؤمنين وإن كان فاسقاً، وقد أوضحت ذلك وما يتعلق به في أواخر كتاب الأذكار. والله أعلم.

الباب الثاني: في قتال البغاة

وفيه أطراف:

الطرف الأول: في صفتهم. الباغي في اصطلاح العلماء: هو المخالف لإمام العدل، الخارج عن طاعته بامتناعه من أداء واجب عليه أو غيره بشرطه الذي سنذكره إن شاء الله تعالى، قال العلماء: ويجب قتال البغاة، ولا يكفرون بالبغي، وإذا رجع الباغي إلى الطاعة قبلت توبته، وترك قتاله، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة، ثم أطلق الأصحاب القول بأن الباغي ليس باسم ذم، وبأن الباغي ليسوا بفسقة، كما أنهم ليسوا بكفرة، لكنهم مخطئون فيما يفعلون ويذهبون إليه من التأويل، ومنهم من يسميهم عصاة، ولا يسميهم فسقة ويقول: ليس كل معصية بفسق، والتشديدات الواردة في الخروج عن طاعة الإمام وفي مخالفته كحديث: «من حمل علينا السلاح

فليس منا»^(١) وحديث: «من فارق الجماعة فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه»^(٢) وحديث «من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فميتته جاهلية»^(٣) كلها محمولة على من خرج عن الطاعة وخالف الإمام بلا عذر ولا تأويل.

فصل: الذين يخالفون الإمام بالخروج عليه وترك الانقياد، والامتناع من أداء الحقوق ينقسمون إلى بغاة وغيرهم، ولكل واحد من الصنفين أحكام خاصة، فنصف البغاة بما يتميزون به، ونذكر في ضمنهم غيرهم من المخالفين. أما البغاة، فتعتبر فيهم خصلتان، إحداهما: أن يكون لهم تأويل يعتقدون بسببه جواز الخروج على الإمام، أو منع الحق المتوجه عليهم، فلو خرج قوم عن الطاعة، ومنعوا الحق بلا تأويل، سواء كان حداً أو قصاصاً أو مالاً لله تعالى أو للآدميين، عناداً أو مكابرة، ولم يتعلقوا بتأويل، فليس لهم أحكام البغاة، وكذا المرتدون، ثم التأويل للبغاة إن كان بطلانه مظهر، فهو معتبر، وإن كان بطلانه مقطوعاً به، فوجهان: أوفقهما لإطلاق الأكثرين: أنه لا يعتبر، كتأويل المرتدين وشبهتهم، والثاني: يعتبر، ويكفي تغليطهم فيه، وقد يغلط الإنسان في القطعيات.

فرع: الخوارج صنف من المبتدعة يعتقدون أن من فعل كبيرة، كفر وخلد في النار، ويطعنون لذلك في الأئمة، ولا يحضرون معهم الجمعات والجماعات، قال الشافعي وجماهير الأصحاب عليهم السلام: لو أظهر قوم رأي الخوارج، وتجنبوا الجماعات، وكفروا بالإمام ومن معه، فإن لم يقاتلوا وكانوا في قبضة الإمام، لم يقتلوا ولم يقاتلوا، ثم إن صرحوا بسب الإمام أو غيره من أهل العدل، عزروا، وإن عرضوا، ففي تعزيزهم وجهان:

قلت: أصحهما: لا يعزرون، قاله الجرجاني، وقطع به صاحب «التنبيه». والله أعلم.

ولو بعث الإمام إليهم والياً فقتلوه، فعليهم القصاص، وهل يتحتم قتل قاتله، كقاطع الطريق، لأنه شهر السلاح أم لا لأنه لم يقصد إخافة الطريق؟ وجهان: قلت: أصحهما: لا يتحتم. والله أعلم.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٨٧٤، ٧٠٧٠) ومسلم في صحيحه برقم (٩٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٢٨٦٣) وأحمد في المسند (٤/١٣٠) وصححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن الترمذي برقم (٢٢٩٨).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨٤٨) والنسائي في سننه برقم (٤١٢٥) وابن ماجه في سننه برقم (٣٩٤٨).

وأطلق البغوي أنهم إن قاتلوا، فهم فسقة وأصحاب بهت، فحكمهم حكم قطاع الطريق، فهذا ترتيب المذهب والمنصوص وما قاله الجمهور، وحكى الإمام في تكفير الخوارج وجهين: قال: فإن لم نكفرهم، فلهم حكم المرتدين، وقيل: حكم البغاة، فإن قلنا: كالمرتدين، لم تنفذ أحكامهم.

الخصلة الثانية: أن يكون لهم شوكة وعدد بحيث يحتاج الإمام في ردهم إلى الطاعة إلى كلفة، ببذل مال، أو إعداد رجال، ونصب قتال، فإن كانوا أفراداً يسهل ضبطهم، فليسوا بغاة، وشرط جماعة من الأصحاب في الشوكة أن ينفردوا ببلدة، أو قرية، أو موضع من الصحراء، وربما قيل: يشترط كونهم في طرف من أطراف ولاية الإمام بحيث لا يحيط بهم أجناده، والأصح الذي قاله المحققون: أنه لا يعتبر ذلك، وإنما يعتبر استعصاؤهم وخروجهم عن قبضة الإمام حتى لو تمكنوا من المقاومة وهم محفوفون بجند الإسلام، حصلت الشوكة، وتتعلق بالشوكة صور ذكرها الإمام:

إحداها: حكى في قوم قليلي العدد تقووا بحصن وجهين: ورأى أن الأولى أن يفصل، فيقال: إن كان الحصن على حافة الطريق، وكانوا يستولون بسببه على ناحية وراء الحصن، فالشوكة حاصلة وحكم البغاة ثابت، لئلا تتعطل أقضية أهل تلك الناحية، وإلا فليسوا بغاة، ولا نبالي بما وقع من التعطل في العدد القليل.

الثانية: قال: لو تحرب من الشجعان عدد يسير يقوون بفضل قوتهم على مصارمة الجموع الكثيرة، حصلت الشوكة بلا خلاف.

الثالثة: قال: يجب القطع بأن الشوكة لا تحصل إذا لم يكن لهم متبوع مطاع، إذ لا قوة لمن لا يجمع كلمتهم مطاع، وهل يشترط أن يكون فيهم إمام منصوب لهم أو منتصب؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: عند الأكثرين: لا يشترط، وبه قال العراقيون والإمام، وفي «المنهاج» للشيخ أبي محمد: أنه يشترط فيهم أن يمتنعوا من حكم الإمام، وأن يظهروا لأنفسهم حكماً، ويشبه أن يقال: هذا طريق مخالفة الإمام، ولا بد فيهم منها، ثم تعتبر الخصلتان فليس فيه مخالفة ما سقناه. وبالله التوفيق.

الطرف الثاني: في حكم البغاة وفيه مسألتان:

إحداها: شهادة البغاة مقبولة بناء على أنهم ليسوا فسقة، ولفظ الشافعي رحمه الله: ولو شهد منهم عدل، قبلت شهادته ما لم يكن يرى الشهادة لموافقته بتصديقه، فأثبت العدالة مع البغي، فإن كان لهم قاض في بلد، قال المعتبرون من الأصحاب: إن كان يستحل دماء أهل العدل، لم ينفذ حكمه، لأنه ليس بعدل، ومن شرط القاضي العدالة، وكذا يقول هؤلاء فيما لو كان الشاهد يستحل دماء أهل العدل وأموالهم، ومنهم من يطلق نفوذ قضاء البغاة لمصلحة الرعية، وإن لم يكن قاضيهم ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم، ونفذ حكمه فيما ينفذ فيه حكم قاضي أهل العدل، فلو

حكم بما يخالف النص أو الإجماع أو القياس الجلي، فهو باطل، حتى لو قضى على رجل من أهل العدل بضمان ما أتلّف في الحرب عليهم، لم ينفذ قضاؤه، وكذا لو حكم بسقوط ضمان ما أتلّفوه هم على أهل العدل في غير القتال، لم ينفذ، ولو حكم بسقوط ضمان ما أتلّفوه في القتال، نفذ حكمه، ولا تجوز مطالبتهم بعد ذلك، لأنه مجتهد فيه، ولا ينفذ قضاء الباغي إذا كان من الخطائية الذين يقضون لموافقتهم بتصديقهم إذا قضى لموافقه، كما ترد شهادته له.

فرع: إذا كتب قاضيهم حيث ينفذ قضاؤه بما حكم به إلى حاكم أهل العدل، جاز قبوله وتنفيذه، ويستحب أن لا يقبل استخفافاً بهم، وإن كتب بما ثبت عنده ولم يحكم به، فهل يحكم قاضينا به؟ فيه قولان، أظهرهما: نعم، وحكى الإمام طرد القولين فيما حكم به، واستعان فيه بالاستيفاء، قال: وكنت أود لو فصل فاصل بين حكم يتعلق بأهل النجدة، وحكم يتعلق بالرعايا.

فرع: لو ورد من قاضي البغاة كتاب على قاضينا، ولم يعلم أنه ممن يستحل دماء أهل العدل أم لا، ففي قبوله والعمل به قولان، حكاها ابن كجب، قال: واختيار الشافعي منهما: المنع.

المسألة الثانية: إذا أقام البغاة الحدود على جناة البلد الذي استولوا عليه، وأخذوا الزكاة من أهله وخراج أرضه، وجزية اليمين فيه، اعتد بما فعلوه، وإذا عاد البلد إلى أهل العدل، لم يطالبوا أهله بشيء من ذلك، وفي الجزية وجه شاذ لبعدها عن المسافة، ولو فرقوا سهم المرتزقة من الفيء على جندهم، ففي وقوعه موقعه وجهان: أحدهما: لا، لثلاثا يكون عوناً لهم، وأصحهما: نعم، لأنهم من جند الإسلام، وإرعاب الكفار حاصل بهم.

فرع: إذا عاد البلد إلى أهل العدل، فادعى من عليه حق أن البغاة استوفوه، ولا يعلم الإمام ذلك ولا بينة، فإن كان زكاة، صدق بيمينه، وهل اليمين واجبة أم مستحبة؟ فيه خلاف سبق في الزكاة، وإن كان جزية، لم يصدق على الصحيح، وكذا إن كان خراجاً على الأصح، لأنه أجرة أو ثمن بخلاف الزكاة، فإنها عبادة ومواساة ومبناها على الرفق، وإن كان حداً فقال المتولي: يصدق إن كان أثره باقياً على بدنه، وإلا فإن ثبت بالإقرار، صدق، لأنه يقبل رجوعه، وإن ثبت بالبينّة، فلا.

فصل: الذين لهم تأويل بلا شوكة، أو شوكة بلا تأويل، ليس لهم حكم البغاة، ولا ينفذ قضاء حاكمهم، ولا يعتد باستيفائهم الحقوق والحدود، وفي أصحاب الشوكة احتمال للإمام لثلاثا يتضرر أهل الناحية التي استولوا عليها، والمعروف للأصحاب ما سبق، والتحكيم فيهم على الخلاف المعروف في غيرهم.

الطرف الثالث: في حكم ضمان المتلف من نفس أو مال بين الفريقين فإذا أُتلف باغ على عادل أو عكسه في غير القتال، ضمن قطعاً على ما تقرر من القصاص والقيمة، وأما في حال القتال، فما يتلفه العادل على الباغي لا يضمه، وما يتلفه الباغي على العادل من نفس أو مال هل يضمه؟ قولان، أظهرهما: لا، فإن كان القتل عمداً، ففي القصاص طريقان، أحدهما: طرد القولين، والثاني: القطع بالمنع لشبهة تأويلهم، فإن أوجبنا القصاص، فالأمر إلى الدية، فهي في مال القاتل، وإن لم نوجبها، فهل يكون له حكم العمد، فتتجمل الدية في مال القاتل، أم حكم نسبه شبه العمد، فتتأجل على العاقلة؟ فيه خلاف، كمن قتل مسلماً على زي الكفار، وأما الكفارة، فتجب حيث أوجبنا قصاصاً أو دية، وإلا فوجهان: أحدهما: المنع طرداً للإهدار، ولأنها أولى بالمسامحة من حق الآدمي.

فرع: القولان فيما أُتلف بسبب القتال، وتولد منه هلاكه، فلو أُتلف في القتال ما ليس من ضرورة القتال، وجب ضمانه قطعاً كالمتلف قبل القتال ذكره الإمام.

فرع: الأموال المأخوذة في القتال يجب ردها بعد انقضاء الحرب إلى أصحابها، يستوي فيه الفريقان، فإن أُتلفت بعد انقضاء الحرب، وجب الضمان.

فرع: لو استولى باغ على أمة أو مستولدة لأهل العدل، فوطئها، ألزمه الحد، فإن أولدها، فالولد رقيق غير نسيب، فإن كانت مكرهة، فهل يجب المهر؟ قيل: فيه القولان في ضمان المال، وقال البغوي: ينبغي أن يجب قطعاً، كما لو أُتلف المأخوذ بعد الانهزام، ولو استولى حربي على أمة مسلمة وأولدها، فالولد رقيق وغير نسيب، ولا حد ولا مهر، لأنه لم يلتزم الأحكام.

فرع: هذا الذي سبق من حكم الإتلاف هو في قتال البغاة، فأما المخالفون للإمام بتأويل بلا شوكة، فيلزمهم ضمان ما أُتلفوه من نفس ومال، وإن كان في حال القتال كقطع الطريق، وأما الذين لهم شوكة بلا تأويل، ففي ضمان ما أُتلفوه في القتال طريقان، أحدهما: يجب قطعاً كعكسه، وأحدهما: طرد القولين كالباغي، لأن سقوط الضمان عن الباغي لقطع الفتنة واجتماع الكلمة، وهذا موجود هنا، ولو ارتدت طائفة لهم شوكة، فأُتلفوا مالاً أو نفساً في القتال، ثم تابوا وأسلموا، ففي ضمانهم القولان كالبغاة، أظهرهما عند بعضهم: لا ضمان، وخالفه البغوي، ولا ينفذ قضاء قاضي المرتدين قطعاً.

الطرف الرابع: في كيفية قتال البغاة:

طريقها طريق دفع الصائل، والمقصود ردهم إلى الطاعة، ودفع شرهم، لا النفي والقتل، فإذا أمكن الأسر، لا يقتل، وإذا أمكن الإثخان، لا يذفف، فإن التحم

القتال، واشتدت الحرب، خرج الأمر عن الضبط، قال الإمام: وقد يتخيل من هذا أنا لا نسير إليهم، ولا نفتاحهم بالقتال، وأنهم إذا ساروا إلينا لا نبدأ بقتالهم، بل نصطف قبالتهم، فإن قصدونا، دفعناهم، قال: وقد رأيت هذا لطائفة من الأصحاب وهو خطأ، بل إذا آذنههم الإمام بالحرب، ولم يرجعوا إلى الطاعة، سار إليهم، ومنعهم من القطر الذي استولوا عليه، فإن انهزموا وكلمتهم واحدة، اتبعناهم إلى أن يتوبوا ويطيعوا، وليس قتال الفريقين كصيال الواحد ودفعه بكيفية قتالهم مسائل:

الأولى: لا يغتالون ولا يُبدؤون بالقتال حتى يُنذروا، فيبعث الإمام إليهم أميناً فطناً ناصحاً، فإذا جاءهم سألهم ما ينقمون؟ فإن ذكروا مظلمة، وعللوا مخالفتهم بها، أزالها، وإن ذكروا شبهة، كشفها لهم، وإن لم يذكروا شيئاً، أو أصروا بعد إزالة العلة، نصحهم ووعظهم، وأمرهم بالعود إلى الطاعة، فإن أصروا، دعاهم إلى المناظرة، فإن لم يجيبوا، أو أجابوا فغلبوا، وأصروا مكابرين، آذنههم بالقتال، فإن استنظروا، بحث الإمام عن حالهم واجتهد، فإن ظهر له أنهم عازمون على الطاعة، وأنهم يستنظرون لكشف الشبهة، أو التأمل والمشاورة، أنظرهم، وإن ظهر له أنهم يقصدون الاجتماع، أو يستلحقون مدداً لهم، لم ينظرهم، وإن سألوا ترك القتال أبداً، لم يجبههم، وحيث لا يجوز الإنظار، فلو بذلوا مالاً، ورهنوا أولادهم والنساء، لم يقبله، لأنهم قد يقوون في المدة، ويظهرون على أهل العدل ويستردون ما بذلوه، وإذا كان بأهل العدل ضعف، أخر القتال، ونص في «الأم» أنه لو كان عندهم أسارى من أهل العدل فسألوا - والحرب قائمة - أن يمسك ليطلقوهم، وأعطوا بذلك رهائن، قبلنا، فإن أطلقوا الأسارى، أطلقنا الرهائن، وإن قتلوهم، لم يجز قتل الرهائن، بل لا بد من إطلاقهم بعد انقضاء الحرب.

الثانية: من أدبر منهم وانهزم، لم يتبع، وكذا من ألقى سلاحه وترك القتال، لم يقاتل، وانهزام الجند بأن يتبدد، وتبطل شوكتهم واتفاقهم، فلو ولوا ظهورهم وهم مجتمعون تحت راية زعيمهم، لم ينكف عنهم، بل يطلبهم حتى يرجعوا إلى الطاعة، ولو بطلت قوة واحد واعتضاده بالجمع لتخلفه عنهم مختاراً، أو غير مختار، لا يقتل ولا يتبع، ومن ولى متحرفاً لقتال، أتبع وقوتل، وإن ولى متحيزاً إلى فئة، فإن كانت قريبة، أتبع، وإلا فلا على الأصح، وربما أطلق وجهان من غير فرق بين قريبة وبعيدة، وأجري الوجهان فيما لو بطلت شوكة الجند في الحال ولم يؤمن اجتماعهم في المال، وموضع الاتفاق أن يؤمن اجتماعهم.

الثالثة: لا يقتل مشخنهم ولا أسيرهم، وجوز أبو حنيفة قتلها صبراً، فلو قتل عادل أسيرهم، ففي وجوب القصاص عليه وجهان لشبهة خلاف أبي حنيفة.

قلت: أصحابهما: لا قصاص. والله أعلم.

ولا يطلق الأسير قبل انقضاء الحرب إلا أن يبايع الإمام، ويرجع إلى الطاعة باختياره، ولو انقضت الحرب وجموعهم باقية، لم يطلق إلا أن يبايع، وإن بذلوا الطاعة، أو تفرقت جموعهم، أطلق، فإن توقع عودهم، ففي الإطلاق الوجهان السابقان، وينبغي أن يعرض على أسراهمبيعة الإمام، هذا في أسير هو أهل للقتال، فأما إذا أسر نساءهم وأطفالهم، فيحبسون إلى انقضاء القتال ثم يطلقون، هذا هو الأصح، وفي وجه لأبي إسحاق: إن رأى الإمام في إطلاقهم قوة أهل البغي، وأن حبسهم يردهم إلى الطاعة، ويدعوهم إلى مراجعة الحق، حبسهم حتى يطيعوا، وفي وجه له حبسهم مطلقاً كسراً لقلوب البغاة، وعلى هذا وقت تخليتهم وقت تخلية الرجال، وأما العبيد والمراهقون، فأطلق جماعة أنهم كالنساء وإن كانوا يقاتلون، وقال الإمام والمتولي: إن كان يجيء منهم قتال، فهم كالرجال في الحبس والإطلاق، وهذا حسن، ولا شك أن العبيد والمراهقين والنساء إذا قاتلوا فهم كالرجال في أنهم يقتلون مقبلين، ويتركون مدبرين، ويجوز أسر كل هؤلاء المذكورين ابتداء.

فرع: إذا ظفرنا بخيلهم وأسلحتهم، لم نردها حتى ينقضي القتال، ونأمن غائلتهم بعودهم إلى الطاعة، أو تفرقهم، ولا يجوز استعمالها في القتال، فلو وقعت ضرورة ولم يجد أحداً ما يدفع عن نفسه إلا سلاحهم، أو ما يركبه وقد وقعت هزيمة إلا خيولهم، جاز الاستعمال والركوب، كما يجوز أكل مال الغير للضرورة، وما ليس من آلات الحرب من أموالهم يرد إليهم عند انقضاء الحرب.

الرابعة: لا يقتلهم بما يعم ويعظم أثره، كالمنجنيق والنار، وإرسال السيول الجارفة، لكن لو قاتلونا بهذه الأوجه، واحتجنا إلى المقابلة بمثلها دفعاً، أو أحاطوا بنا، واضطرونا إلى الرمي بالنار ونحوها، فعلناه للضرورة، وإن تحصنوا ببلدة أو قلعة، ولم يتأت الاستيلاء عليها إلا بهذه الأسباب، فإن كان فيها رعايا لا بغي فيهم، لم يجز قتالهم بهذه الأسباب، وإن لم يكن فيها إلا البغاة المقاتلون، فكذلك في الأصح، لأن ترك بلدة في أيدي طائفة من المسلمين قد يمكن الاحتيال في محاصرتهم والتضييق عليهم أقرب إلى الإصلاح من اصطلام أمم.

الخامسة: لا يجوز أن يُستعان عليهم بكفار، لأنه لا يجوز تسليط كافر على مسلم، ولهذا لا يجوز لمستحق قصاص أن يوكل كافراً باستيفائه، ولا للإمام أن يتخذ جلاداً كافراً لإقامة الحدود على المسلمين، ولا يجوز أن يُستعان بمن يرى قتلهم مدبرين إما لعداوة وإما لاعتقاده، كالحنفي، إلا أن يحتاج إلى الاستعانة بهم، فيجوز بشرطين، أحدهما: أن تكونه فيهم جرأة وحسن إقدام، والثاني: أن يتمكن من منعهم

لو ابتغوا أهل البغي بعد هزيمتهم، ولا بد من اجتماع الشرطين لجواز الاستعانة، كذا حكاه ابن الصباغ والرويانى وغيرهما عن اتفاق الأصحاب ولفظ البغوي يقتضى جوازها بأحدهما.

السادسة: لو استعان البغاة علينا بأهل الحرب، وعقدوا لهم ذمة وأماناً لقاتلوا معهم، لم ينفذ أمانهم علينا، فلنا أن نغنم أموالهم، ونسترقهم، ونقتلهم إذا وقعوا في الأسر، ونقتلهم مدبرين، ونذفف على جريحهم، والصحيح الأول، وهل ينقذ الأمان في حق البغاة؟ وجهان: أحدهما: نعم، فإن قلنا: لا، فقال البغوي: لأهل البغي أن يكروا عليهم بالقتل والاسترقاق، والذي ذكره الإمام على هذا، أنه أمان فاسد، وليس لأهل البغي اغتيالهم، بل يبلغونهم المأمن، فلو قالوا: ظننا أنه يجوز لنا أن نعين بعض المسلمين على بعض، أو ظننا أنهم المحقون، أو ظننا أنهم استعانوا بنا في قتال الكفار، فوجهان: أحدهما: لا اعتبار بظنهم الفاسد، ولنا قتلهم واسترقاقهم، وأصحهما: أنا نبلغهم المأمن، ونقاتلهم مقاتلة البغاة، فلا يتعرض لهم مدبرين، وما أتلفه أهل الحرب على أهل العدل غير مضمون عليهم، وما يتلفون على أهل البغي مضمون إن نفذنا أمانهم لهم، وإلا فلا، ولو استعان البغاة بأهل الذمة في قتالنا، نظر، إن علموا أنه لا يجوز لهم قتالنا ولم يكرهوا، انتقض عهدهم، وحكمهم حكم أهل الحرب، فيقتلون مقبلين ومدبرين، ولو أتلفوا بعد القتال شيئاً، لم يضمنوه، وقيل: في انتقاض عهدهم قولان، وإن قالوا: كنا مكرهين، لم ينتقض على المذهب، ويقاتلون مقاتلة البغاة، وإن قالوا: ظننا أنه يجوز لنا إعانة بعض المسلمين على بعض، أو أنهم يستعينون بنا على كفار، أو أنهم المحقون، لم ينتقض على المذهب، وقيل: قولان، وإن لم يذكروا عذراً، انتقض على المذهب، وقيل: قولان، ثم قيل: القولان إذا لم نشترط عليهم ترك القتال في عقد الذمة، فإن شرط، انتقض قطعاً، وقيل: قولان مطلقاً، وحيث قلنا: ينتقض، فهل يبلغون المأمن أم يجوز قتلهم واسترقاقهم؟ فيه خلاف مذكور في الجزية، فإن قلنا: يبلغون المأمن، فهل لنا قتلهم منهزمين؟ وجهان: وجه الجواز أنه من بقية العقوبة على القتال، ثم الذي ذكره البغوي وغيره، أنه كما ينتقض عهدهم في حق أهل العدل ينتقض في حق أهل البغي، وفي «البيان» أنه ينبغي أن يكون في انتقاضه في حق البغاة الخلاف في المسألة السابقة، وإن قلنا: لا ينتقض، فهم كالبغاة في أنه لا يتبع مدبرهم ولا يذفف على جريحهم، ولو أتلفوا شيئاً على أهل العدل، لزمهم الضمان بخلاف البغاة، فإنهم لا يضمنون في قول، لأننا أسقطنا الضمان عنهم استمالة لقلوبهم إلى الطاعة لئلا

ينفرضهم الضمان، وأهل الذمة في قبضة الإمام، ولو أتلّفوا نفساً، قال الإمام: إن أوجبنا القصاص على البغاة، فأهل الذمة وإلا فوجهان: أحدهما: يجب، كالضمان، والثاني: لا، للشبهة المقتربة بأحوالهم، وإذا قلنا: لا ينتقض الأمان فجاءنا ذمي تائباً، ففي ضمان ما أتلّف طريقان، أحدهما: نعم، والثاني: على قولين، كالبغاة.

فرع: قاتل أهل الذمة أهل البغي، لا ينتقض عهدهم على الصحيح، لأنهم حاربوا من يلزم الإمام محاربتهم.

فرع: استعان البغاة بمن لهم أمان إلى مدة، انتقض أمانهم، فإن قالوا: كنا مكرهين، وأقاموا بينة على الإكراه فهم على العهد، وإلا انتقض أيضاً.

فصل: اقتتل طائفتان باغيتان، فإن قدر الإمام على قهرهما، وهزمهما، لم يعن إحداهما على الأخرى إلا إذا أطاعت، فيعينها على الأخرى، وإن لم يقدر على قهرهما، ضم إلى نفسه أقربهما إلى الحق، واستعان بهم على الأخرى، وإن استويا اجتهد فيهما، ولا يقصد بضم المضمومة إليه معاونتها، بل يقصد دفع الأخرى، فإن اندفع شر الأخرى، لم يقاتل المضمومة إلا بعد أن يدعوها إلى الطاعة، لأنها بالاستعانة صارت في أمانه، ولو أمن عادل باغياً، نفذ أمانة وإن كان عبداً أو امرأة.

فرع: حكم دار البغي حكم دار الإسلام، وإذا جرى فيها ما يوجب الحد، أقامه الإمام.

فرع: يتحرز العادل عن قتال قريبه الباغي ما أمكنه.

فرع: قال المتولي: يلزم الواحد من أهل العدل مصابرة اثنين من البغاة، فلا يولي عنهما إلا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة.

فرع: نص في «المبسوط» أنه إذا غزا أهل العدل والبغاة مشركين، واجتمعوا في دار الشرك، فهم في الغنيمة سواء، والقاتل منهم يستحق السلب، وأما الخمس، فيفرقه الإمام، وأنه لو وادع أهل البغي مشركين، لم يقصدهم أحد من المسلمين، ولو غزا أهل البغي قوماً من المشركين قد وادعهم الإمام، فسبوا منهم، فإذا ظهر الإمام عليهم، رد السبي على المشركين، وأنه لو أمن أهل العدل رجلاً من البغاة، فقتله رجل جاهل بأمانه، وقال: علمته باغياً، وظننت أنه جاءنا لينال غرتنا، حلف وألزم الدية، وإن قتله عامداً، اقتصر منه، وأنه لو قتل عادل عادلاً في القتال وقال: ظننته باغياً، حلف وضمن الدية، وأنه لو سبى الكفار من أهل البغي، وقدرنا على استنقاذهم، وجب الاستنقاذ، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الردّة (١)

هي أفحش أنواع الكفر، وأغلظها حكماً، وفيه بابان:

الباب الأول: في حقيقة الردّة، ومن تصح منه

وفيه طرفان:

الطرف الأول: في حقيقتها، وهي قطع الإسلام، ويحصل ذلك تارة بالقول الذي هو كفر، وتارة بالفعل، والأفعال الموجبة للكفر هي التي تصدر عن تعمد واستهزاء بالدين صريح، كالسجود للصنم أو للشمس، وإلقاء المصحف في القاذورات، والسحر الذي فيه عبادة الشمس ونحوها، قال الإمام: في بعض التعاليق عن شيخي أن الفعل بمجرد لا يكون كفراً، قال: وهذا زلل عظيم من المعلق ذكرته للتنبيه على غلطه، وتحصل الردّة بالقول الذي هو كفر، سواء صدر عن اعتقاد أو عناء أو استهزاء، هذا قول جملي، وأما التفصيل فقال المتولي: من اعتقد قدم العالم، أو حدوث الصانع، أو نفى ما هو ثابت للقديم بالإجماع، ككونه عالماً قادراً، أو أثبت ما هو منفي عنه بالإجماع، كالألوان، أو أثبت له الاتصال والانفصال، كان كافراً، وكذا من جحد جواز بعثة الرسل، أو أنكر نبوة نبي من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم، أو كذبه، أو جحد آية من القرآن مجمعاً عليها، أو زاد في القرآن كلمة واعتقد أنها منه، أو سب نبياً، أو استخف به، أو استحل محرماً بالإجماع كالخمر والزنى واللواط، أو حرم حلالاً بالإجماع، أو نفى وجوب مجمع على وجوبه، كركعة من الصلوات الخمس، أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب بالإجماع، كصلاة سادسة وصوم شوال، أو نسب عائشة رضي الله عنها إلى الفاحشة، أو ادعى النبوة بعد نبينا صلوات الله عليه وآله أو صدق مدعياً لها، أو عظم صنماً بالسجود له، أو التقرب إليه بالذبح باسمه، فكل هذا كفر.

قلت: قوله: إن جاحد المجمع عليه يكفر، ليس على إطلاقه، بل الصواب فيه تفصيل سبق بيانه في باب تارك الصلاة عقب كتاب الجنائز، ومختصره أنه إن جحد

(١) الردّة في اللغة: الرجوع عن الشيء، ومنه الرجوع عن الإسلام.

وفي الاصطلاح: الكفر بعد الإسلام طوعاً بنطق أو اعتقاد، أو شك، أو فعل.

مجمعاً عليه يعلم من دين الاسلام ضرورة، كفر إن كان فيه نص، وكذا إن لم يكن فيه نص في الأصح، وإن لم يعلم من دين الإسلام ضرورة بحيث لا يعرفه كل المسلمين، لم يكفر. والله أعلم.

قال المتولي: ولو قال المسلم: يا كافر بلا تأويل، كفر، لأنه سمي الإسلام كفراً، والعزم على الكفر في المستقبل كفر في الحال، وكذا التردد في أنه يكفر أم لا، فهو كفر في الحال، وكذا التعليق بأمر مستقبل، كقوله: إن هلك مالي أو ولدي تهودت، أو تنصرت، قال: والرضى بالكفر كفر، حتى لو سأله كافر يريد الإسلام أن يلقيه كلمة التوحيد، فلم يفعل، أو أشار عليه بأن لا يسلم، أو على مسلم بأن يرتد، فهو كافر بخلاف ما لو قال لمسلم: سلبه الله الإيمان، أو لكافر: لا رزقه الله الإيمان، فليس بكفر، لأنه ليس رضى بالكفر، لكنه دعا عليه بتشديد الأمر والعقوبة عليه.

قلت: وذكر القاضي حسين في «الفتاوى» وجهاً ضعيفاً، أن من قال لمسلم: سلبه الله الإيمان، كفر. والله أعلم.

ولو أكره مسلماً على الكفر، صار المكروه كافراً، والإكراه على الإسلام، والرضى به، والعزم عليه في المستقبل ليس بإسلام، ومن دخل دار الحرب، وشرب معهم الخمر، وأكل لحم الخنزير، لا يحكم بكفره، وارتكاب كبائر المحرمات ليس بكفر، ولا ينسلب به اسم الإيمان، والفاسق إذا مات ولم يتب لا يخلد في النار.

فرع: في كتب أصحاب أبي حنيفة رحمه الله اعتناء تام بتفصيل الأقوال والأفعال المقتضية للكفر، وأكثرهما مما يقتضي إطلاق أصحابنا الموافقة عليه، فنذكر ما يحضرنا مما في كتبهم.

منها: إذا سخر باسم من أسماء الله تعالى، أو بأمره، أو بوعده أو وعيده، كفر، وكذا لو قال: لو أمرني الله تعالى بكذا لم أفعل، أو لو صارت القبلة في هذه الجهة ما صليت إليها، أو لو أعطاني الجنة ما دخلتها.

قلت: مقتضى مذهبنا والجاري على القواعد أنه لا يكفر في قوله لو أعطاني الجنة ما دخلتها، وهو الصواب. والله أعلم.

ولو قال لغيره: لا تترك الصلاة، فإن الله تعالى يؤاخذك، فقال: لو واخذي الله بها مع ما بي من المرض والشدة، ظلمني، أو قال المظلوم: هذا بتقدير الله تعالى، فقال الظالم: أنا أفعل بغير تقدير الله تعالى، كفر، ولو قال: لو شهد عندي الأنبياء والملائكة بكذا ما صدقتهم، كفر، ولو قيل له: قلم أظفارك، فإنه سنة رسول الله ﷺ، فقال: لا أفعل وإن كان سنة، كفر.

قلت: المختار أنه لا يكفر بهذا إلا أن يقصد استهزاء. والله أعلم.

واختلفوا فيما لو قال: فلان في عيني كاليهودي، والنصراني في عين الله تعالى، أو بين يدي الله تعالى، فمنهم من قال: هو كفر، ومنهم من قال: إن أراد الجارحة، كفر، وإلا فلا، قالوا: ولو قال: إن الله تعالى جلس للإنصاف، كفر، أو قام للإنصاف، فهو كفر، واختلفوا فيما إذا قال الطالب ليمين خصمه، وقد أراد الخصم أن يحلف بالله تعالى: لا أريد الحلف بالله تعالى، إنما أريد الحلف بالطلاق والعقاق، والصحيح أنه لا يكفر، واختلفوا فيمن نادى رجلاً اسمه عبد الله، وأدخل في آخره حرف الكاف الذي يدخل للتصغير بالعجمية، فقليل: يكفر، وقيل: إن تعمد التصغير كفر، وإن كان جاهلاً لا يدري ما يقول، أو لم يكن له قصد، لا يكفر، واختلفوا فيمن قال: رؤيتي إياك كرؤية ملك الموت، وأكثرهم على أنه لا يكفر، قالوا: ولو قرأ القرآن على ضرب الدف أو القضيب، أو قيل له: تعلم الغيب، فقال: نعم، فهو كفر، واختلفوا فيمن خرج لسفر، فصاح العققق، فرجع هل يكفر؟ قلت: الصواب أنه لا يكفر في المسائل الثلاث. والله أعلم.

ولو قال: لو كان فلان نبياً، آمنت به، كفر، وكذا لو قال: إن كان ما قاله الأنبياء صدقاً نجونا، أو قال: لا أدري أكان النبي ﷺ أنسياً أم جنياً، أو قال: إنه جن، أو صغر عضواً من أعضائه على طريق الإهانة، واختلفوا فيما لو قال: كان طويل الظفر، واختلفوا فيمن صلى بغير وضوء متعمداً، أو مع ثوب نجس، أو إلى غير القبلة.

قلت: مذهبننا ومذهبل الجمهور، لا يكفر إن لم يستحله. والله أعلم.

ولو تنازع رجلان، فقال أحدهما: لا حول ولا قوة إلا بالله، فقال الآخر: لا حول لا تغني من جوع، كفر، ولو سمع أذان المؤذن فقال: إنه يكذب، أو قال وهو يتعاطى قدح الخمر، أو يقدم على الزنى: باسم الله تعالى، استخفافاً باسم الله تعالى، كفر، ولو قال: لا أخاف القيامة، كفر، واختلفوا فيما لو وضع متاعه في موضع وقال: سلمته إلى الله تعالى، فقال له رجل: سلمته إلى من لا يتبع السارق إذا سرق، ولو حضر جماعة، وجلس أحدهم على مكان رفيع تشبهاً بالمذكّرين، فسأله المسائل وهم يضحكون، ثم يضربونه بالمخراق، أو تشبه بالمعلمين، فأخذ خشبة، وجلس القوم حوله كالصبيان، وضحكوا واستهزؤوا، وقال: قصعة تريد خير من العلم، كفر.

قلت: الصواب أنه لا يكفر في مسألتى التشبه. والله أعلم.

ولو دام مرضه واشتد فقال: إن شئت توفياني مسلماً، وإن شئت توفياني كافراً،

صار كافراً، وكذا لو ابتلي بمصائب، فقال: أخذت مالي، وأخذت ولدي، وكذا وكذا، وماذا تفعل أيضاً، أو ماذا بقي ولم تفعله، كفر، ولو غضب على ولده أو غلامه، فضربه ضرباً شديداً، فقال رجل: لست بمسلم، فقال: لا، متعمداً كفر، ولو قيل له: يا يهودي، يا مجوسي، فقال: ليك، كفر، قلت: في هذا نظر إذا لم ينو شيئاً. والله أعلم.

ولو أسلم كافر، فأعطاه الناس أموالاً، فقال مسلم: ليتني كنت كافراً فأسلم، فأعطى، قال بعض المشايخ: يكفر.

قلت: في هذا نظر، لأنه جازم بالإسلام في الحال والاستقبال، وثبت في الأحاديث الصحيحة في قصة أسامة رضي الله عنه حين قتل من نطق بالشهادة، فقال له النبي ﷺ: «كيف تصنع بلا إله إلا الله إذا جاءت يوم القيامة؟» قال: حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل يومئذ^(١)، ويمكن الفرق بينهما. والله أعلم.

ولو تمنى أن لا يحرم الله تعالى الخمر، أو لا يحرم المناكحة بين الأخ والأخت، لا يكفر، ولو تمنى أن لا يحرم الله تعالى الظلم أو الزنى، وقتل النفس بغير حق، كفر، والضابط أن ما كان حلالاً في زمان فتمنى حله لا يكفر، ولو شد الزنار على وسطه، كفر، واختلفوا فيمن وضع قلنسوة المجوس على رأسه، والصحيح أنه يكفر، ولو شد على وسطه حبلًا، فستل عنه، فقال: هذا زنار، فالأكثر أن على أنه يكفر، ولو شد على وسطه زناراً، ودخل دار الحرب للتجارة، كفر، وإن دخل لتخليص الأسارى، لم يكفر،

قلت: الصواب أنه لا يكفر في مسألة التمني وما بعدها إذا لم تكن نية. والله أعلم.

ولو قال معلم الصبيان: اليهود خير من المسلمين بكثير، لأنهم يقضون حقوق معلمي صبيانهم، كفر، قالوا: ولو قال: النصرانية خير من المجوسية، كفر، ولو قال: المجوسية شر من النصرانية، لا يكفر.

قلت: الصواب أنه لا يكفر بقوله: النصرانية خير من المجوسية إلا أن يريد أنها دين حق اليوم. والله أعلم.

قالوا: ولو عطس السلطان، فقال له رجل: يرحمك الله، فقال آخر: لا تقل للسلطان هذا، كفر الآخر.

قلت: الصواب أنه لا يكفر بمجرد هذا. والله أعلم.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٩٦).

قالوا: ولو سقى فاسق ولده خمرًا، فشر أقرباؤه الدراهم والسكر، كفروا.
قلت: الصواب أنهم لا يكفرون. والله أعلم.

قالوا: ولو قال كافر لمسلم: اعرض علي الإسلام، فقال: حتى أرى، أو اصبر إلى الغد، أو طلب عرض الإسلام من واعظ، فقال: اجلس إلى آخر المجلس، كفر، وقد حكينا نظيره عن المتولي، قالوا: ولو قال لعدوه: لو كان نبياً لم أؤمن به، أو قال: لم يكن أبو بكر الصديق ﷺ من الصحابة، كفر، قالوا: ولو قيل لرجل: ما الإيمان، فقال: لا أدري، كفر، أو قال لزوجته: أنت أحب إلى من الله تعالى، كفر، وهذه الصور تتبعوا ألفاظ الواقعة في كلام الناس وأجابوا فيها اتفاقاً أو اختلافاً بما ذكر، ومذهبنا يقتضي موافقتهم في بعضها، وفي بعضها يشترط وقوع اللفظ في معرض الاستهزاء.

قلت: قد ذكر القاضي الإمام الحافظ أبو الفضل عياض رحمه الله في آخر كتابه «الشفاء بتعريف حقوق نبينا المصطفى صلوات الله وسلامه عليه» جملة في الألفاظ المكفرة غير ما سبق، نقلها عن الأئمة، أكثرهم مجمع عليه، وصرح بنقل الإجماع فيه. والله أعلم.

فمنها: أن مريضاً شفي ثم قال: لقيت في مرضي هذا ما لو قتلت أبا بكر وعمر ﷺ لم استوجه، فقال بعض العلماء: يكفر ويقتل، لأنه يتضمن النسبة إلى الجور، وقال آخرون: لا يتحتم قتله ويستتاب ويعزر، وأنه لو قال: كان النبي ﷺ أسود، أو توفي قبل أن يلتحي، أو قال: ليس هو بقرشي، فهو كفر، لأن وصفه بغير صفته نفي له وتكذيب به، وأن من ادعى أن النبوة مكتسبة، أو أنه يبلغ بصفاء القلب إلى مرتبتها، أو ادعى أنه يوحى إليه وإن لم يدع النبوة، أو ادعى أنه يدخل الجنة ويأكل من ثمارها، ويعانق الحور، فهو كافر بالإجماع قطعاً، وأن من دافع نص الكتاب أو السنة المقطوع بها المحمول على ظاهره، فهو كافر بالإجماع، وأن من لم يكفر من دان بغير الإسلام كالنصارى، أو شك في تكفيرهم، أو صحح مذهبهم، فهو كافر وإن أظهر مع ذلك الإسلام واعتقده، وكذا يقطع بتكفير كل قائل قولاً يتوصل به إلى تضليل الأمة، أو تكفير الصحابة، وكذا من فعل فعلاً أجمع المسلمون أنه لا يصدر إلا من كافر، وإن كان صاحبه مصرحاً بالإسلام مع فعله، كالسجود للصليب، أو النار والمشي إلى الكنائس مع أهلها بزيهم من الزناير وغيرها، وكذا من أنكر مكة، أو البيت، أو المسجد الحرام، أو صفة الحج، وأنه ليس على هذه الهيئة المعروفة، أو قال: لا أدري أن هذه المسماة بمكة هي مكة أم غيرها، فكل هذا أو شبهه لا شك في تكفير قائله إن كان ممن يظن به علم ذلك، ومن طالت صحبته

المسلمين، فإن كان قريب عهد بإسلام، أو بمخالطة المسلمين، عرفناه ذلك، ولا يعذر بعد التعريف، وكذا من غير شيئاً من القرآن، أو قال: ليس بمعجز، أو قال: ليس في خلق السموات والأرض دلالة على الله تعالى، أو أنكر الجنة أو النار، أو البعث أو الحساب، أو اعترف بذلك، ولكن قال: المراد بالجنة والنار والبعث والنشور، والثواب والعقاب غير معانيها، أو قال: الأئمة أفضل من الأنبياء.

الطرف الثاني: فيمن تصح رده وشرطها التكليف

فلا تصح ردة صبي ولا مجنون، ومن ارتد ثم جن لا يقتل في جنونه، وكذا من أقر بالزنى ثم جن، لا يقام عليه الحد، لأنه قد يرجع عن الإقرار بخلاف ما لو أقر بقصاص، أو حد قذف ثم جن، فإنه يستوفى في جنونه، لأنه لا يسقط برجوعه، وبخلاف ما لو قامت بينة بزناه، ثم جن، قال البغوي: هذا كله على سبيل الاحتياط، فلو قتل في حال الجنون، أو أقيم عليه الحد، فمات لم يجب شيء، وتصح ردة السكران على المذهب كما سبق في طلاقه، فإن صححناها، فارتد في سكره، أو أقر بالردة، وجب القتل، لكن لا يقتل حتى يفيق فيعرض عليه الإسلام، وفي صحة استتابته في السكر وجهان حكاهما البغوي، أحدهما: نعم، لكن يستحب أن تؤخر إلى الإفاقة، والثاني: المنع، وبه قطع ابن الصباغ، لأن الشبهة لا تزول في ذلك الحال، ولو عاد إلى الإسلام في السكر، صح إسلامه، وارتفع حكم الردة، وسبق ذكر طريق أنه يصح تصرف السكران فيما عليه دون ماله، فعلى هذا لا يصح إسلامه وإن صحت رده، وقيل: لا يصح قطعاً، والمذهب الأول، فإن صححنا إسلامه، فقتله رجل، لزمه القصاص والضمان على المشهور، وحكي قول في إهداره، وإن قلنا: لا تصح ردة السكران، فقتل تعلق بقتله القصاص والضمان، وعن ابن القطان: تجب الدية دون القصاص للشبهة، والصحيح الأول، ولو ارتد صاحياً، ثم سكر فأسلم، حكى ابن كج القطع بأنه لا يكون إسلاماً، والقياس جعله على الخلاف.

فصل: المؤمن إذا أكره على أن يتكلم بكلمة الكفر فتكلم بها، لا يحكم برده، فلا تبين زوجته، ولو مات ورثه ورثته المسلمون، وسبق في أول الجنائيات أنه يباح له التكلم بكلمة الكفر بالإكراه، وأن الأصح أنه لا يجب، وأن الأفضل أن يثبت ولا يتكلم بها، وهل تقبل الشهادة على الردة مطلقاً، أم لا تقبل حتى يفصل باختلاف الناس فيما يوجبها؟ فيه قولان، أظهرهما: الأول، وعلى هذا لو شهد عدلان برده فقال: كذبا، أو ما ارتددت، قبلت شهادتهما، ولا يغنيه التكذيب، بل يلزمه أن يأتي بما يصير به الكافر مسلماً، ولا ينفعه ذلك في بينونة زوجته، وكذا الحكم لو شرطنا التفصيل، ففصلاً، وكذبهما، فلو قال: كنت مكرهاً فيما فعلته، نظر إن كانت قرائن

الأحوال تشهد له، بأن كان في أسر الكفار، أو كان محفوفاً بجماعة منهم وهو مستشعر، صدق بيمينه، قال صاحب «البيان» وغيره: وكذا الحكم لو قامت بينة بإقراره بالبيع وغيره وكان مقيداً أو محبوساً، فقال: كنت مكرهاً، وإن لم تشهد القرائن بصدقه، بأن كان في دار الإسلام، لم يقبل قوله، وأجريت عليه أحكام المرتدين، وكذا لو كان في دار الحراب وهو مخلص آمن، ولو لم يقل الشاهدان: ارتد، بل قالوا: تلفظ بكلمة الكفر، فقال: صدقاً، ولكنني كنت مكرهاً، قال الشيخ أبو محمد وتابعوه عليه: يقبل قوله، لأنه ليس فيه تكذيب الشاهد بخلاف ما إذا شهد بالردة، فإن الإكراه ينافي الردة ولا ينافي التلفظ بكلمتها، قال الشيخ: والجزم أن يجدد كلمة الإسلام، فلو قتل قبل التجديد، فهل يكون قتله مضموناً، لأن الردة لم تثبت أم لا، لأن لفظ الردة وجد والأصل الاختيار؟ فيه قولان قال الإمام: والقولان إذا لم يدع الإكراه، أو لم يحلف عليه، فأما إذا ادعاه وحلف عليه، فقد ثبت الإكراه بالحجة، فنقطع بأنه مضمون، وفيما ذكرناه دلالة بينة على أنهما لو شهدا بردة الأسير، ولم يدع إكراهاً، حكم بردته، ويؤيده ما حكى عن القفال، أنه لو ارتد أسير مع الكفار، ثم أحاط بهم المسلمون، فاطلع من الحصن وقال: أنا مسلم وإنما تشبهت بهم خوفاً، قبل قوله وحكم بإسلامه، وإن لم يدع ذلك حتى مات، فالظاهر أنه ارتد طائعاً، وإن مات أسيراً، وعن نص الشافعي رحمه الله أنهما لو شهدا بتلفظ رجل بالكفر وهو محبوس أو مقيد، لم يحكم بكفره، وإن لم يتعرض الشاهدان للإكراه، وفي «التهذيب» أن من دخل دار الحرب وكان يسجد للصنم، ويتكلم بالكفر، ثم قال: كنت مكرهاً، فإن فعله في مكان خال، لم يقبل قوله كما لو فعله في دار الإسلام، وإن فعله بين أيديهم، قبل قوله إن كان أسيراً، وإن كان تاجراً، فلا.

فرع: مات معروف بالإسلام عن ابنين مسلمين، فقال أحدهما: مات مسلماً، وقال الآخر: كفر بعد إسلامه ومات كافراً، فإن بين سببه، فقال: سجد لصنم، أو تكلم بكلام كفر به، فلا إرث له، ويصرف نصيبه إلى بيت المال، وإن أطلق، فثلاثة أقوال، أحدها: يصرف إليه نصيبه ولا أثر لإقراره، لأنه قد يتوهم ما ليس بكفر كافراً، والثاني: يجعل فيئاً، والثالث وهو الأظهر: يستفصل، فإن ذكر ما هو كفر، كان فيئاً، وإن ذكر ما ليس بكفر، صرف إليه، ولو قال: مات كافراً، لأنه كان يشرب الخمر ويأكل الخنزير، فهل يرثه؟ قولان، أظهرهما: نعم.

فرع: تلفظ أسير بكلمة كفر مكرهاً، لا يحكم بكفره، فإن مات هناك، مات مسلماً وورثه ورثته المسلمون، فإن رجع إلى دار الإسلام، عرض عليه الدين لاحتمال أنه كان مختاراً فيما أتى به، وهنا ثلاثة أشياء، أحدها: أطلق الجمهور العرض،

وشرط له ابن كج أن لا يؤم الجماعات ولا يقبل على الطاعات بعد العود إلينا، فإن فعل ذلك فلا عرض. الثاني: سكت الجمهور عن كون هذا العرض مستحباً أم واجباً، وقال ابن كج: مستحب، لأنه لو أكره على الكفر في دار الإسلام لا يعرض الإسلام عليه بعد زوال الإكراه باتفاق الأصحاب. الثالث: إذا امتنع بعد العرض، فالمنقول أنه يحكم بكفره، ويستدل بامتناعه على أنه كان كافراً عند التلفظ، ومقتضى هذا أن الحكم بكفره من يومئذ، قال الإمام: وفي الحكم بكفره احتمال، ولو مات قبل العرض والتلفظ بالإسلام، فالصحيح أنه كما لو مات قبل أن يعود إلينا، وقيل: يموت كافراً وكان من حقه إذا جاء أن يتكلم بكلمة الإسلام.

فرع: ارتد الأسير مختاراً ثم رأيناه يصلي صلاة المسلمين في دار الحرب، فالصحيح المنصوص أنه يحكم بإسلامه بخلاف ما لو صلى في دار الإسلام لا يحكم بإسلامه، لأنها في دار الحرب لا تكون إلا عن اعتقاد، وفي دار الإسلام قد تكون للتقية، وقال الإمام: قال العراقيون: هي إسلام، ثم استبعده وقال: الوجه في قياس المرازقة القطع بأنه ليس إسلاماً، كما لو رأينا الكافر الأصلي يصلي في دار الحرب، وسوى صاحب «البيان» بين الأصلي والمترد، فقال: إذا صلى الكافر الأصلي بدار الحرب، حكم بإسلامه، ولو صلى في دار الإسلام، لم يحكم به.

قلت: هذا المنقول عن صاحب «البيان» هو قول القاضي أبي الطيب، وقد سبقت حكاية الرافعي له في صلاة الجماعة، وشذ المتولي، فحكاها هناك عن نص الشافعي رحمه الله، والصحيح الذي عليه الأصحاب أنه لا يكون إسلاماً من الأصلي بخلاف المترد، لأن علقه الإسلام باقية في المترد، فصلاته عود منه إلى ما كان، ثم سواء في كل ما ذكرنا الصلاة منفرداً وإماماً ومقتدياً، وهذا إذا لم يسمع منه لشهد فيها، فإن سمعناه، فهو مسلم حيث ما كان، وأي كافر كان، وفيه وجه شاذ سبق في باب الأذان. والله أعلم.

الباب الثاني: في حكم الردة

أحكامها كثيرة متفرقة في الأبواب، والمقصود هنا نفسه وولده وماله، أما نفسه، فمهددة، فيجب قتله إن لم يتب، سواء انتقل إلى دين أهل كتاب أم لا، حراً كان أو عبداً، أو امرأة، فإن تاب وعاد إلى الإسلام، قبلت توبته وإسلامه، سواء كان مسلماً أصلياً، فارتد، أو كافراً أسلم ثم ارتد، وسواء كان الكافر الذي ارتد إليه كافراً ظاهراً، أو غيره، ككفر الباطنية، وسواء كان ظاهر الكفر، أو زنديقاً يظهر الإسلام، ويبطن الكفر، وسواء تكررت منه الردة والإسلام، أم لا، فيقبل إسلام الزنديق ومن

تكررت رده وغيره، هذا هو الصحيح المنصوص في «المختصر» وبه قطع العراقيون، والوجه الثاني: لا يقبل إسلام الزنديق، قال الروياني في «الحلية»: والعمل على هذا، والثالث عن القفال الشاشي: أن المتناهين في الخبث، كدعاة الباطنية، لا تقبل توبتهم ورجوعهم إلى الإسلام ويقبل من عوامهم، والرابع عن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني: أنه إن أخذ ليقتل، فتاب، لم تقبل، وإن جاء تائباً ابتداءً، وظهرت أمارات الصدق، قبلت، والخامس عن أبي إسحاق المروزي: لا يقبل إسلام من تكررت رده، وعلى الصحيح إذا تكررت رده، وعزر. ويقتل المرتد بضرب الرقبة دون الإحراق وغيره، ويتولاه الإمام أو من ولاه، فإن قتله غيره، عزز، ويستتاب المرتد قبل قتله، وهل الاستتابة واجبة أم مستحبة؟ قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: واجبة، وعلى التقديرين في قدرها قولان، أحدهما: ثلاثة أيام، وأظهرهما: في الحال، فإن تاب وإلا قتل ولم يمهل، وقيل: لا يجب الإمهال ثلاثاً قطعاً، وإنما الخلاف في استحبابه، ولا خلاف أنه لا يخلو في مدة الإمهال، بل يحبس، ولا خلاف أنه لو قتل قبل الاستتابة، أو قبل مضي مدة الإمهال، لم يجب بقتله شيء، وإن كان القاتل مسيئاً بفعله.

فرع: إذا وجب قتل المرتد إما في الحال، وإما بعد الاستتابة، فقال: عرضت لي شبهة فأزيلوها، لأعود إلى ما كنت عليه، فهل نناظره لإزالتها وجهان: أحدهما: نعم، لأن الحجة مقدمة على السيف، والثاني: لا، لأن الشبه لا تنحصر، فيورد بعضها بإثر بعض فتطول المدة، فحقه أن يسلم، ثم يستكشفها من العلماء، والأول أصح عند الغزالي، وحكى الروياني الثاني عن النص، واستبعد الخلاف، وعن أبي إسحاق أنه لو قال: أنا جائع فأطعموني، ثم ناظروني، أو كان الإمام مشغولاً بما هو أهم منه، أخرناه، ولا يجوز استرقاق المرتد بحال، سواء فيه الرجل والمرأة.

فصل: أما ولد المرتد، فإن كان منفصلاً، أو انعقد قبل الردة، فمسلم، حتى لو ارتدت حامل، لم يحكم بردة الولد، فإن بلغ وأعرب بالكفر، كان مرتداً بنفسه، وإن حدث الولد بعد الردة، فإن كان أحد أبويه مسلماً، فهو مسلم بلا خلاف، وإن كانا مرتدين، فهل هو مسلم، أم مرتد، أم كافر أصلي؟ فيه ثلاثة أقوال، أظهرها: مسلم.

قلت: كذا صححه البغوي، فتابعه الرافعي، والصحيح أنه كافر، وبه قطع جميع العراقيين، نقل القاضي أبو الطيب في كتابه «المجرد» أنه لا خلاف فيه في المذهب، وإنما الخلاف في أنه كافر أصلي أم مرتد، والأظهر: مرتد. والله أعلم.

فإذا قلنا: إنه مسلم، لا يسترق بحال، وإن مات صغيراً ورثته قرابته المسلمون،

ويجزىء عنه عن الكفارة إن كان رقيقاً، وإن بلغ وأعرب بالكفر، فمرتد، وإن قلنا: كافر أصلي، جاز استرقاقه، قال الإمام: ويجوز عقد الجزية معه إذا بلغ وهو كالكافر الأصلي في كل معنى، والذي قطع به البغوي وغيره، وحكاه الروياني عن المجموع أنه لا يجوز عقد جزية له، لأنه ليس كتابياً، وإن قلنا: إنه مرتد، لم يسترق بحال، ولا يقتل حتى يبلغ فيستتاب، فإن أصر، قتل، وأولاده أولاد المرتدين، حكمهم حكم أولاد المرتدين.

قلت: قال البغوي: لو كان أحد الأبوين مرتداً والآخر كافراً أصلياً، فإن قلنا: إذا كانا مرتدين يكون الولد مسلماً، كان هنا مسلماً أيضاً، وإن قلنا: يكون هناك مرتداً أو كافراً أصلياً، كان هنا كافراً أصلياً، يقر بالجزية إن كان الأصلي ممن يقربها، كما لو كان أحد أبويه مجوسياً والآخر وثنياً، وإن كان الأصلي كتابياً، كان الولد كتابياً. والله أعلم.

فرع: الذمي والمستأمن إذا نقض العهد، ولحق بدار الحرب، وترك ولده عندنا، لا يجوز استرقاقه، فإذا بلغ وقبل الجزية فذاك، وإلا فلا يجبر ويلحق بالمأمن، وفي وجه: يسترق ولده بلحوقه بدار الحرب، وفي وجه: إن هلك هناك، أو استرق، استرق ولده.

فصل: وأما ماله، فهل يزول ملكه عنه بنفس الردة؟ فيه أقوال، أحدها: نعم لزوال عصمة الإسلام، وقياساً على النكاح، والثاني: لا، كالزاني المحصن، وأظهرها: موقوف، فإن مات مرتداً، بان زواله بالردة، وإن أسلم، بان أنه لم يزل، لأن بطلان أعماله يتوقف على موته مرتداً، فكذا ملكه، ومنهم من قطع باستمرار ملكه، وجعل الخلاف في أنه هل يصير بالردة محجوراً عليه في التصرف، والخلاف في زوال الملك يجري في ابتداء التملك إذا اصطاد، أو احتطب، فإن قلنا: يزول، قال الإمام: ظاهر القياس أنه يثبت الملك لأهل الفية فيما اصطاد واحتطب، كما يحصل ملك السيد فيما احتطب العبد، قال: وليكن شراؤه واتهابه، ك شراء العبد واتهابه بغير إذن السيد، حتى يجيء الخلاف، والذي ذكره المتولي أنه يبقى على الإباحة كما إذا اصطاد المحرم لا يملكه، ويبقى الصيد على الإباحة، وإن قلنا: يبقى ملك المرتد فيما احتطبه، أو اصطاده ملكه كالحربي، وإن قلنا: موقوف، فموقوف، فإن عاد إلى الإسلام، بان أنه ملكه من يوم الأخذ، وإن مات مرتداً، قال المتولي: حكم بأن المأخوذ باق على الإباحة، وعلى قياس ما ذكره الإمام يبين أنه لأهل الفية، وعلى الأقوال كلها، تقضى من ماله ديونه التي لزمته قبل الردة، لأنها لا تزيد على الموت، وقد تكون نفقة الزوجة من الدين اللازم قبل الردة، ولا تكون نفقة

القريب منه لسقوطها بمضي الزمان، وقال الإصطخري: لا تقضى ديونه على قول زوال الملك، ويجعل المال كالتالف، والمذهب الأول، وأما في مدة الردّة، فينفق عليه من ماله، وتكون نفقته كحاجة الميت إلى الكفن بعد زوال ملكه، ونقل ابن كج عن ابن الوكيل، أنه لا ينفق عليه على قول زوال الملك، بل ينفق عليه مدة الاستتابة من بيت المال، وهذا شاذ ضعيف، وهل تلزمه نفقة زوجاته الموقوف نكاحهن، ونفقة قريبة، وغرامة ما يتلفه من الردّة على قول زوال الملك؟ وجهان: قال ابن سلمة والإصطخري: لا، واختاره المتولي، إذ لا ملك له وأصحهما: عند الجمهور: نعم، كما أن من حفر بئر عدوان، ومات، وحصل بها إتلاف، يؤخذ الضمان من تركته، وإن زال ملكه بالموت.

فرع: إذا قلنا بزوال ملكه، فأسلم، عاد ملكه بلا خلاف، لأن إزالة ملكه عقوبة، فعاد بالتوبة.

فرع: إذا قلنا بزوال ملكه لا يصح تصرفه بيع وشراء وإعتاق ووصية وغيرها، لأنه لا مال له، وفي الشراء ما سبق عن الإمام، وإن قلنا: يبقى ملكه منع من التصرف، نظراً لأهل الفیء، وهل يصير بنفس الردّة محجوراً عليه، أم لا بد من ضرب القاضي؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: الثاني، ومنهم من قطع به، وخص الخلاف بقولنا: ملكه موقوف، ثم على الوجهين، هل هو كحجر السفیه، لأنه أشد من تضييع المال أم كحجر المفلس، لأنه لصيانة حق غيره؟ وجهان: أصحهما: الثاني، فإن قلنا: لا بد من ضرب القاضي، ولم يضرب نفذت تصرفاته، وإن قلنا: يحصل الحجر بلا ضرب أو بالضرب فضرر، فإن جعلناه كحجر السفیه، لم ينفذ تصرفه في الحال في المال، وإذا أقر بدين، لم يقبل إقراره، وإن جعلناه كمفلس، فهل تبطل تصرفاته أم توقف؟ قولان كما في المفلس، وإقراره بالدين وبالعین كما سبق في المفلس، وإن قلنا بالوقف، فكل تصرف يحتمل الوقف، كالعق والتدبير والوصية، موقوف أيضاً، وأما البيع والهبة والكتابة ونحوها، فهي على قولين وقف العقود، فعلى الجديد هي باطلة، وعلى القديم توقف، إن أسلم حكم بصحتها، وإلا فلا، ولا يصح نكاحه ولا إنكاحه، لسقوط ولايته، وحكى البغوي على قولنا: لا يزول ملكه وجهاً أنه يجوز تزويج أمته إذا لم يحجر الحاكم عليه، كسائر تصرفه المالي، قال: وهذا غير قوي، وقطع المتولي وغيره بهذا.

فرع: على الأقوال كلها لا يعتق بالردة مدبر المرتد، ولا أم ولده، فإن مات مرتداً، عتقت المستولدة، وفي المدبر كلام يأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: سواء في جميع ما ذكرناه التحق المرتد بدار الحرب، أم كان في قبضة

الإمام، وعلى الأقوال يوضع مال مرتد عند عدل، وأمته عند امرأة ثقة، لأننا وإن قلنا ببقاء ملكه، فقد تعلق به حق المسلمين، فيحتاط، ويؤجر عقاره ورقيقه وأم ولده ومدبره، ويؤدي مكاتبه النجوم إلى الحاكم، وإذا لحق بدار الحرب ورأى الحاكم الحظ في بيع الحيوان، فعل، وإذا ارتد وعليه دين مؤجل، فإن قلنا بزوال ملكه، حل الدين كما لو مات، وإن قلنا: لا يزول، لم يحل، وإن قلنا بالوقف، فعاد إلى الإسلام، بان أنه لم يحل، وإذا استولد جاريته، نفذ الاستيلاء إن أبقينا ملكه، وإن أزلناه فلا، فإن أسلم، فقولان: كما لو استولد المشتري الجارية المبعة في زمن الخيار، وقلنا: الملك للبائع، فتم البيع.

فصل: إذا ارتد جماعة، وامتنعوا بحصن وغيره، وجب قتالهم، ويقدم على قتال غيرهم، لأن كفرهم أغلظ، ولأنهم أعرف بعورات المسلمين، ويتبع في القتال مدبرهم، ويذفف على جريحهم، ومن ظفرنا به، استتبناه، وهل عليهم ضمان ما أتلّفوه من نفس ومال في القتال؟ فيه خلاف سبق في قتال البغاة، وإذا أتلّف المرتد في غير القتال، فعليه الضمان والقصاص، ويقدم القصاص على قتل الردة، فإن بادر الإمام بقتله عن الردة، أو عفا المستحق، أو مات المرتد، أخذت الدية من ماله، ولو جنى خطأ ومات، أو قتل مرتدًا، أخذت الدية من ماله عاجلاً، ولو وطئت مرتدة بشبهة أو مكرهة، فإن قلنا: الردة لا تزيل الملك، فلها مهر المثل، كما لو وطئت زانية محصنة بشبهة بخلاف ما لو وطئت حربية بشبهة، فلا مهر، لأن مالها غير مضمون، فكذا منفعة بضعها، ومال المرتدة مضمون، وإن قلنا: يزل ملكها، لم يجب، كما لو وطئ ميتة على ظن أنها حية بشبهة، وإن قلنا: الملك موقوف، فالمهر موقوف، ولو أكره مرتد على عمل، فالقول في أجرة مثله كما في المهر، ولو استأجره وسمى أجرة، بني على صحة عقوده، وحكم المسمى إن صححنا عقوده، وأجرة المثل إن لم نصححها حكم المهر، ولو زنى في رده، أو شرب، فهل يكفي قتله، أم يحد ثم يقتل؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

فصل: فيما تحصل به توبة المرتد وفي معناها إسلام الكافر الأصلي

وقد وصف الشافعي رحمته الله توبته فقال: أن يشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وبراً من كل دين خالف الإسلام، وقال في موضع: إذا أتى بالشهادتين، صار مسلماً، وليس هذا باختلاف قول عند جمهور الأصحاب كما ذكرنا في كتاب الظهار، بل يختلف الحال باختلاف الكفار وعقائدهم، قال البغوي: إن كان الكافر وثنياً أو ثنوياً لا يقر بالوحدانية، فإذا قال: لا إله إلا الله، حكم بإسلامه، ثم يجبر

على قبول جميع الأحكام، وإن كان مقراً بالوحدانية، منكرأ نبوة نبينا ﷺ، لم يحكم بإسلامه حتى يقول مع ذلك: محمد رسول الله، فإن كان يقول: الرسالة إلى العرب خاصة، لم يحكم بإسلامه حتى يقول: محمد رسول الله إلى جميع الخلق، أو يبرأ من كل دين خالف الإسلام، وإن كان كفره بجحود فرض أو استباحة محرم، لم يصح إسلامه حتى يأتي بالشهادتين، ويرجع عما اعتقده، ويستحب أن يمتحن كل كافر أسلم بالإيمان بالبعث، ولو قال كافر: أنا ولي محمد، لم يصح إسلامه كذا ولو قال: أنا مثلكم، أو مسلم أو آمنت، أو أسلمت، لم يصح إسلامه، ولو قال: أنا من أمة محمد ﷺ، أو دينكم حق، حكم بإسلامه ولو أقر بركن من أركان الإسلام على خلاف عقيدته، كفرضية إحدى الصلوات، أو أقر بتحريم الخمر والخنزير، حكم بإسلامه، وما يصير به المسلم كافراً إذا جحده، يصير به الكافر مسلماً إذا أقر به، ويجبر على قبول سائر الأحكام، فإن امتنع، قتل كالمرتد، ولو أقر يهودي برسالة عيسى ﷺ، ففي قول يجبر على الإسلام، لأن المسلم لو جحد رسالته، كفر، نقل هذا كله البغوي وهو طريقة، ذكرنا في كتاب الكفارات أن الإمام نسبها إلى المحققين، والذي عليه الجمهور خلافها.

فرع: في «المنهاج» للإمام الحليني أنه لا خلاف أن الإيمان ينعقد بغير القول المعروف، وهو كلمة لا إله إلا الله، حتى لو قال: لا إله غير الله، أو لا إله سوى الله، أو ما عدا الله، أو ما من إله إلا الله، أو لا إله إلا الرحمن، أو لا رحمن إلا الله، أو لا إله إلا الباري، أو لا باري إلا الله، وإن قوله: أحمد أو أبو القاسم رسول الله، كقوله: محمد رسول الله، وأنه لو قال كافر: آمنت بالله، نظر، إن لم يكن على دين قبل ذلك، صار مؤمناً بالله تعالى، وإن كان يشرك بالله تعالى غيره، لم يكن مؤمناً حتى يقول: آمنت بالله وحده وكفرت بما كنت أشرك به، وإن قوله: أسلمت لله، أو أسلمت وجهي لله، كقوله: آمنت بالله، وأنه لو قيل لكافر: أسلم لله، أو آمن بالله، فقال: أسلمت أو آمنت، يحتمل أن يجعل مؤمناً، وأنه لو قال: أؤمن بالله أو أسلم لله، فهو إيمان، كما أن قول القائل: أقسم بالله، يمين، ولا يحمل على الوعد إلا أن يريده، وأنه لو قال: الله ربي، أو الله خالقي، فإن لم يكن له دين قبل ذلك، فهو إيمان، وإن كان يقول بقدم شيء مع الله تعالى، لم يكن مؤمناً حتى يقر بأنه لا قديم إلا الله، وكذا الحكم لو قال: لا خالق إلا الله، وأنه لو قال اليهودي المشبه: لا إله إلا الله، لم يكن إسلاماً حتى يتبرأ من التشبيه ويقر بأنه ليس كمثله شيء، فإن قال مع ذلك: محمد رسول الله، فإن كان يعلم أن محمداً ﷺ، جاء بنفي التشبيه، كان مؤمناً، وإلا فلا بد أن يتبرأ من التشبيه، وطرد هذا التفصيل فيما إذا قال من يزعم

قدم أشياء مع الله: لا إله إلا الله محمد رسول الله، حتى إذا كان يعلم أن محمداً ﷺ جاء ينفي ذلك، كان مؤمناً، وأن الثنوي إذا قال: لا إله إلا الله، لم يكن مؤمناً حتى يتبرأ من القول بقدوم الظلمة والنور أن لا قديم إلا الله كان مؤمناً، وأن الوثني إذا قال: لا إله إلا الله، فإن كان يزعم أن الوثن شريك لله تعالى، صار مؤمناً، وإن كان يرى أن الله تعالى هو الخالق ويعظم الوثن لزعمه أنه يقربه إلى الله تعالى، لم يكن مؤمناً حتى يتبرأ من عبادة الوثن، وأنه لو قال البرهمي وهو الموحد الجاحد للرسول: محمد رسول الله، صار مؤمناً، ولو أقر برسالة نبي قبل محمد ﷺ، لم يكن مؤمناً، ويجيء فيه القول الذي حكاه البغوي في يهودي أقر بنبوة عيسى ﷺ، وإن المعطل إذا قال: محمد رسول الله، فقد قيل يكون مؤمناً لأنه أثبت المرسل وإن الكافر لو قال: لا إله إلا الذي آمن به المسلمون، صار مؤمناً. ولو قال: آمنت بالذي لا إله غيره، أو بمن لا إله غيره، لم يكن مؤمناً، لأنه قد يريد الوثن، وأنه لو قال: آمنت بالله وبمحمد، كان مؤمناً بالله لإثباته الإله، ولا يكون مؤمناً بنبوة محمد ﷺ حتى يقول: بمحمد النبي، أو محمد رسول الله، وأن قوله: آمنت بمحمد النبي، إيمان برسول الله ﷺ، وقوله: آمنت بمحمد الرسول، ليس كذلك، لأن النبي لا يكون إلا الله تعالى، والرسول قد يكون لغيره، وإن الفلسفي إذا قال: أشهد أن الباري سبحانه وتعالى علة الموجودات أو مبدؤها أو سببها، لم يكن ذلك إيماناً حتى يقر أنه مخترع لما سواه ومحدثه بعد أن لم يكن، وإن الكافر إذا قال: لا إله إلا المحيي المميت، فإن لم يكن من الطبائعين، كان مؤمناً، وإن كان منهم، فلا حتى يقول: إلا الله، أو إلا الباري، أو اسماً آخر لا تأويل لهم فيه، وأن الكافر إذا قال: لا إله إلا المالك، أو الرازق، لم يكن مؤمناً، لأنه قد يريد السلطان الذي يملك أمر الجند ويرتب أرزاقهم، ولو قال: لا مالك إلا الله، أو لا رازق إلا الله، كان مؤمناً، وبمثله أجاب فيما لو قال: لا إله إلا الله العزيز، أو العظيم، أو الحكيم، أو الكريم، وبالعكوس، وإنه لو قال: لا إله إلا الله الملك الذي في السماء، أو إلا ملك السماء، كان مؤمناً، قال الله تعالى: ﴿أَمِنْتُمْ مَن فِي السَّمَاءِ﴾ [الملك: ١٦]. ولو قال: لا إله إلا ساكن السماء، لم يكن مؤمناً، وكذا لو قال: لا إله إلا الله ساكن السماء، لأن السكون محال على الله تعالى، وأنه لو قال: آمنت بالله إن شاء، أو إن كان شاء بنا، لم يكن مؤمناً، وأنه لو قال اليهودي: أنا بريء من اليهودية، أو نصراني: أنا بريء من النصرانية، لم يكن مؤمناً، لأنه ضد اليهودية غير منحصر في الإسلام، وكذا لو قال: بريء من كل ملة تخالف الإسلام، فليس مؤمناً، لأنه لا ينفي التعطيل، لأنه مخالف وليس بملة، فإن قال: من كل ما يخالف الإسلام من دين ورأي وهوى، كان مؤمناً، وأنه لو قال:

الإسلام حق، لم يكن مؤمناً، لأنه قد يقر بالحق ولا ينقاد له، وهذا يخالف ما حكينا عن البغوي في قوله: دينكم حق، وأنه لو قال لمعتقد ملة: أسلم، فقال: أسلمت، أو أنا مسلم، لم يكن مقراً بالإسلام، لأنه قد يسمي دينه الذي هو عليه إسلاماً، ولو قال في جوابه: أنا مسلم مثلكم، كان مقراً بالإسلام، ولو قيل لمعطل: أسلم، فقال: أنا مسلم، أو من المسلمين، كان مقراً بالإسلام، لأنه لا دين له يسميه إسلاماً، وقد يتوقف في هذا. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ حَدِّ الزَّانِي (١)

هو من المحرمات الكبائر، وموجب للحد، وفيه بابان:

الباب الأول: فيما يوجب الحد، ومعرفة الحد

وضابط الموجب أن إيلاج قدر الحشفة من الذكر في فرج محرم يشتهي طبعاً لا شبهة فيه سبب لوجوب الحد، فإن كان الزاني محصناً، فحده الرجم ولا يجلد معه، وقال ابن المنذر من أصحابنا: يجلد، ثم يرجم، وإن كان غير محصن، فواجبه الجلد والتغريب، وسواء في هذين الرجل والمرأة، ويشترط في المحصن هنا ثلاث صفات، إحداها: التكليف، فلا حد على صبي ولا مجنون، لكن يؤدبان بما يزجرهما، الثانية: الحرية، فليس الرقيق والمكاتب وأم الولد ومن بعضه رقيق محصنين، الثالثة: الوطء في نكاح صحيح، ويكفي تغيب الحشفة، ولا يشترط كونه ممن ينزل، ويحصل بوطء في الحيض والإحرام، وعدة الشبهة، ولا يحصل بالوطء بملك اليمين، وهل يحصل بالوطء بشبهة أو في نكاح فاسد؟ قولان، المشهور وبه قطع الجمهور: لا، وهل يحصل بوطء زوجة قبل التكليف والحرية؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور، وهو ظاهر النص: لا، فلا يجب الرجم على من وطئ في نكاح صحيح وهو صبي أو مجنون أو رقيق، ثم زنى بعد كماله، وحكي وجه ثالث أنه يحصل بوطء الصبي دون الرقيق، ووجه رابع عكسه، فإن شرطنا وقوعه في حال الكمال، فهل يشترط كون الزاني الآخر كاملاً حينئذ؟ فيه ثلاثة أقوال، أظهرها: لا، فلو كان أحدهما كاملاً دون الآخر، صار الكامل محصناً، لأنه حر مكلف وطئ في نكاح صحيح، والثاني: نعم، فلو كان أحدهما غير كامل، لم يصير الكامل محصناً، والثالث: إن كان نقص الناقص بالرق، صار

(١) الزنى لغة: يطلق على وطء المرأة من غير عقد شرعي وعلى مباشرة المرأة الأجنبية. وشرعاً: وطء الرجل المرأة في القبل من غير الملك وشبهته. أو هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر. والحد هو العقوبة المقدرة في الشرع لفاعل تلك الكبيرة.

الكامل محصناً، وإن كان بصغر أو جنون، فلا، وقال الإمام: هذا الخلاف في صغيرة أو صغير لا يشتهيه الجنس الآخر، فإن كان مراهماً، حصل قطعاً.

فرع: إذا زنى البكر بمحصنة، أو المحصن ببكر، رجم المحصن منهما، وجلد الآخر وغرب.

فرع: الرقيق يجلد خمسين، سواء فيه القن والمكاتب وأم الولد، ومن بعضه حر، وفيمن نصفه حر ونصفه رقيق وجه أنه يحل ثلاثة أرباع حد الحر، ووجه ثالث أنه إن كان بينه وبين سيده مهايأة ووافق نوبة نفسه فعليه حد الحر، وإلا فحد العبد، والصحيح الأول، وهل يغرب العبد نصف سنة أم سنة أم لا يغرب؟ أقوال، أظهرها: الأول.

فصل: في تغريب الحر وفيه مسائل:

إحداها: تغرب المرأة كما يغرب الرجل، لكن هل تغرب وحدها؟ وجهان: أصحهما: لا، هكذا أطلق مطلقون الوجهين، وخصهما الإمام والغزالي بما إذا كان الطريق آمناً، فعلى هذا يشترط محرم أو زوج يسافر معها، وفي النسوة الثقات عند أمن الطريق وجهان: وربما اكتفى بعضهم بواحدة ثقة، وشرط بعضهم أن يكون معها زوج أو محرم، فإن قلنا بالأصح، فتطوع الزوج، أو محرم بالسفر، أو وجدت نسوة ثقات يسافرن فذاك، وإن لم يخرج المحرم ولا الزوج إلا بأجرة، أعطي أجرة، وهل هي في مالها أم في بيت المال؟ وجهان كأجرة الجلال، أصحهما: الأول، وإن امتنع من الخروج بأجرة، لم يجبر على الأصح كما في الحج، فعلى هذا قياس اشتراط المحرم أن يؤخر التغريب حتى يتيسر، وذكر الروياني أنها تغرب، ويحتاط الإمام في ذلك، وإن قلنا بالإجبار وهو محكي عن ابن سريج فاجتمع محرمان أو محرم وزوج فأيهما يقدم؟ لم يتعرض الأصحاب.

قلت: يحتمل وجهين كنظائره، أحدهما: الإقراع، والثاني: يقدم باجتهاده من يراه، وهذا أرجح. والله أعلم.

الثانية: يغرب الزاني إلى مسافة القصر، وقيل: يجوز دونها، وقيل: يكفي التغريب إلى موضع لو خرج المبكر إليه، لم يرجع بيومه، لإطلاق لفظ التغريب، والصحيح الأول، ولو رأى الإمام التغريب إلى فوق مسافة القصر، فعل، وقال المتولي: إن كان على مسافة القصر موضع صالح لم يجز التغريب إلى ما فوقه، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، غرب عمر رضي الله عنه إلى الشام، وعثمان رضي الله عنه إلى مصر، والبدوي يغرب عن حِلَّته وقومه، ولا يمكن من الإقامة بينهم، ولو عين

السلطان جهة لتغريبه، فطلب الزاني جهة غيرها، فهل يجاب أم يتعين ما عينه الإمام؟ وجهان: أحدهما: الثاني، قال البغوي: لا يرسله الإمام إرسالاً بل يغربه إلى بلد معين، وإذا غرب إلى بلد معين، فهل يمنع من الانتقال إلى بلد آخر؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع المتولي واختاره الإمام.

الثالثة: قال البغوي: لا يمكن المغرب من أن يحمل معه أهله وعشيرته، لأنه لا يستوحش حينئذ، وله أن يحمل جارية يتسرى بها، وما يحتاج إليه للنفقة، وقال المتولي: لو خرج معه عشيرته، لم يمنعوا.

الرابعة: الغريب إذا زنى، يغرب من بلد الزنى تنكيلاً، وإبعاداً عن موضع الفاحشة، ولا يغرب إلى بلده ولا إلى بلد بينه وبين بلده دون مسافة القصر، ولو رجع هذا الغريب إلى بلده فهل يمنع؟ وجهان: أحدهما: نعم، ثم هذا في غريب له وطن، فإن لم يكن، بأن هاجر حربي إلى دار الإسلام، ولم يتوطن بلداً، قال المتولي: يتوقف الإمام حتى يتوطن بلداً ثم يغربه، ولو زنى مسافر في طريقه، غرب إلى غير مقصده.

الخامسة: إذا رجع المغرب إلى البلد الذي غرب منه، رد إلى الموضع الذي غرب إليه، وهل تستأنف المدة أم يبنى؟ وجهان: أحدهما: تستأنف، وهما راجعان إلى أنه هل يجوز تفريق سنة التغريب.

السادسة: لا يعتقل في الموضع الذي غرب إليه، لكن يحفظ بالمراقبة والتوكيل به، فإن احتيج إلى الاعتقال خوفاً من رجوعه، اعتقل.

السابعة: لو زنى ثانياً في البلد المغرب فيه، غرب إلى موضع آخر، قال ابن كج: وتدخل بقية مدة الأول، لأن الحدين من جنس فيتداخلان.

الثامنة: لو أراد الحاكم تغريبه، فخرج بنفسه، وغاب سنة، ثم عاد، قال ابن كج: قال بعض الأصحاب: يكفيه ذلك، والصحيح خلافه، لأن المقصود التنكيل، ولا يحصل إلا بتغريب الإمام.

التاسعة: قال ابن كج: مؤنة المغرب بقدر مؤنة الحضر في ماله. وما زاد في بيت المال، وهذا غريب.

قلت: الصواب أن الجميع في ماله. والله أعلم.

العاشرة: يجوز تقديم التغريب على الجلد.

فرع: ذكر الروياني أن الأصح أنه لا يلزم المغرب أن يقيم في بلد الغربة حتى يكون كالحبس له، فلا يكون من الضرب في الأرض، لأنه كالنزهة، ومما يناسب

التغريب النفي في قطع الطريق، وسيأتي إن شاء الله تعالى، وثبت في الحديث نفي المخنثين وهو تعزير.

فرع: ليس من شرط الإحصان الإسلام، فإذا زنى ذمي مكلف حر وطىء في نكاح صحيح، رجم، ولو ارتد محصن، لم يبطل إحصانه، فلو زنى في الردة أو بعد الإسلام، رجم.

فصل: قولنا: إيلاج الفرج في الفرج، يدخل فيه اللواط، وهو من الفواحش الكبائر، فإن لاط بذكر، ففي عقوبة الفاعل قولان، أظهرهما: أن حده حد الزنى، فيرجم إن كان محصناً، ويجلد ويغرب إن لم يكن محصناً، والثاني: يقتل محصناً كان أو غيره، وفي كيفية قتله أوجه: أحدها: بالسيف كالمرتد، والثاني: يرمي من شاهر حتى يموت أخذاً من عذاب قوم لوط عليه السلام.

قلت: أصحهما: بالسيف. والله أعلم.

وأما المفعول به، فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً، فلا حد عليه، ولا مهر، لأن منفعة البضع غير متقومة، وإن كان مكلفاً طائعاً، فإن قلنا: إن الفاعل يقتل، قتل المفعول به بما يقتل الفاعل، وإن قلنا: حده حد الزنى، جلد المفعول به وغرب محصناً كان أو غيره، وإن وطىء امرأة أجنبية في دبرها، فطريقان: أصحهما: أنه كاللواط بذكر، فيجىء في الفاعل القولان، وتكون عقوبة المرأة الجلد والتغريب على الأصح، وقيل: هو زنى في حقها، فترجم المحصنة، وتجلد وتغرب غيرها، ولو لاط بعبده، فهو كاللواط بأجنبي، ولو وطىء زوجته أو أمته في دبرها، فالمذهب أن واجبه التعزير، وقيل: في وجوب الحد قولان، كوطء الأخت المملوكة.

فرع: المفاخذات ومقدمات الوطء، وإتيان المرأة المرأة، لا حد فيها، ولو وجدنا رجلاً وامرأة أجنبيين تحت لحاف، ولم يعرف غير ذلك، لم نحدتهما، ويجب التعزير في هذه الصور، ولو وجدنا بامرأة خلية حبلاً، أو ولدت وأنكرت الزنى، فلا حد.

قلت: ولو لم تنكر، ولم تعترف، بل سكنت فلا حد، وإنما يجب الحد بينة أو اعتراف. والله أعلم.

والاستمناء حرام، وفيه التعزير، ولو مكن امرأته أو جاريته من العبث بذكره، فأنزل، قال القاضي حسين في أول فتاويه: يكره، لأنه في معنى العزل.

فصل: أما قولنا: المشتهى طبعاً، فيحترز عن صورتين، إحداهما: إذا أولج في فرج ميتة، فلا حد في الأصح، الثانية: إتيان البهيمة حرام وفي واجبه أقوال،

أظهرها: التعزير، والثاني: القتل محصناً كان أو غيره، والثالث: حد الزنى، فيفرق بين المحصن وغيره، وقيل: واجبه واجب اللواط، وقيل: التعزير قطعاً، فإن قلنا: يقتل، ففي كفيته الخلاف السابق في اللواط، وفي قتل البهيمة ثلاثة أوجه: أصحها: تقتل المأكولة دون غيرها، وسواء أتاها في دبرها أو قبلها، وقيل: إن أتاها في دبرها، لم تقتلها، وهل يحل أكلها إذا كانت مأكولة فذبحت؟ وجهان: أصحهما: نعم، وقيل: يحل قطعاً، فإن قلنا: لا يحل أكلها، أو كانت غير مأكولة، فهل يجب ضمانها إذا كانت لغير الفاعل؟ وجهان: أصحهما: نعم، فعلى هذا هل الضمان على الفاعل أم في بيت المال، أصحهما: الأول كالوجهين في أجرة الجلاذ، وإن قلنا: يحل أكلها، ففي التفاوت بين قيمتها حية ومذبوحة الوجهان، ولو مكنت امرأة قرداً من نفسها، كان الحكم كما لو أتى الرجل بهيمة، حكاها البغوي وغيره، ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة عدول، وقيل: إن قلنا: الواجب التعزير، كفى عدلان، وهو ضعيف مخالف للنص.

فصل: أما قولنا: لا شبهة فيه، فالشبهة ثلاثة أقسام، في المحل والفاعل والجهة.

أما الشبهة في المحل، فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة، وأمته قبل الاستبراء، وجارية ولده، لا حد فيه، ولو وطئ أمته المحرمة عليه بمحرمة رضاع أو نسب أو مصاهرة، كأخته منهما وبنته وأمه من رضاع، وموطوءة أبيه وابنه، لم يجب الحد على الأظهر، ولو وطئ جارية له فيها شرك، أو أمته المزوجة، أو المعتدة من غيره، أو المجوسية والوثنية، أو أسلمت أمة ذمي فوطئها قبل أن تباع، فلا حد على المذهب، وقيل: فيه القولان، فإن قلنا: لا حد، ثبت النسب والمصاهرة، وإلا فلا، وقيل: يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد بلا خلاف.

وأما الشبهة في الفاعل، فمثل أن يجد امرأة في فراشه، فيطأها ظاناً أنها زوجته أو أمته، فلا حد، وإذا ادعى أنه ظن ذلك، صدق بيمينه، نص عليه، وسواء كان ذلك ليلة الزفاف أو غيرها، ولو ظنّها جارية له فيها شرك، فكانت غيرها، وقلنا: لا يجب الحد بوطء المشتركة، قال الإمام: فيه تردد، يجوز أن يقال: لا حد، لأنه ظن ما يسقط الحد، ويجوز أن يقال: يحد، لأنه علم التحريم، وإنما جهل وجوب الحد، وكان من حقه أن يمتنع.

قلت: هذا الثاني هو الظاهر الجارية على القواعد في نظائره. والله أعلم.

أما الشبهة في الجهة، فقال الأصحاب: كل جهة صححها بعض العلماء،

وأباح الوطء بها، لا حد فيها على المذهب، وإن كان الواطء يعتقد التحريم، وذلك كالوطء في النكاح بلا ولي، كمذهب أبي حنيفة، وبلا شهود كمذهب مالك، ونكاح المتعة، وقيل: يجب في النكاح بلا ولي على ما يعتقد تحريمه دون غيره، وقيل: يجب على من اعتقد الإباحة أيضاً، كما نحد الحنفي على شرب النبيذ، ولو وطئ المرهونة بإذن الراهن، وجب الحد على الصحيح.

فرع: لو تزوج بنته أو غيرها من محارمه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو من طلقها ثلاثاً، أو من لاعنها، أو نكح من تحته أربع خامسة، أو نكح أختاً على أخت، أو معتدة أو مرتدة، أو نكح ذات زوج، أو نكح كافر مسلمة ووطئ عالماً بالحال، وجب الحد، لأنه وطئ صادم محلاً لا ملك له فيه ولا شبهة ملك، وهو مقطوع بتحريمه، فتعلق به الحد، وحكى ابن كج فيمن نكح أخته من رضاع، ووطئ وادعى جهل التحريم، قولين في تصديقه، ولا خلاف أنه لا يقتل في الأخت من النسب، ولو نكح وثنية أو مجوسية، قال البغوي: وجب الحد، وقال الروياني في «جمع الجوامع»: لا حد في المجوسية للخلاف، ولو ادعى الجهل بكونها معتدة، أو مزوجة، حلف إن كان ما يدعيه ممكناً، ولا حد، نص عليه، وعن القاضي أبي حامد أنه نقل أن اليمين مستحبة، ولو قالت المرأة: علمت أنني معتدة أو مزوجة، حدث، وإن لم يحد الواطء، ولو استأجر امرأة، فزنى بها، لزمهما الحد، ولو أباحت له الوطء لزمهما الحد، ولو أباح وطئ جاريته لغيره، فعلى ما ذكرنا في الرهن، ولو زنت خرساء بناطق، أو عكسه، أو زنى بامرأة له عليها قصاص، لزمهما الحد، ويقبل إقرار الأخرس، ولو زنى مكلف بمجنونة، أو مراهقة، أو نائمة، حد، ولو مكنت مكلفة مجنوناً أو مراهقاً، أو استدخلت ذكر نائم، لزمها الحد، ولو قال: زنت بها، فأنكرت، لزمه حد الزنى وحد القذف، ولو زنى في دار الحرب، وجب عليه الحد، والمشهور أن للإمام أن يقيمه هناك إن لم يخف فتنة، وفي قول: لا يقيمه هناك.

فصل: يشترط لوجوب الحد كون الفاعل مختاراً مكلفاً، فلو أكره رجل على الزنى، فزنى لم يجب الحد على الأصح، ولا حد على صبي ولا مجنون، ومن جهل تحريم الزنى لقرب عهد بالإسلام، أو لأنه نشأ ببادية بعيدة عن المسلمين، لا حد عليه، ومن نشأ بين المسلمين وقال: لم أعلم التحريم، لم يقبل قوله، ولو علم التحريم، ولم يعلم تعلق الحد به، فقد جعله الإمام على التردد الذي ذكره فيمن وطئ من يظنها مشتركة فكانت غيرها.

قلت: الصحيح الجزم بوجوب الحد، وهو المعروف في المذهب، والجاري على القواعد. والله أعلم.

فصل: يشترط للحد ثبوت الزنى عند القاضي ببينة أو إقراره، ويستحب لمن ارتكب كبيرة توجب الحد لله تعالى أن يستر على نفسه، وهل يستحب للشهود ترك الشهادة في حدود الله تعالى؟ وجهان: أحدهما: لا، لئلا تتعطل.

قلت: الأصح أن الشاهد إن رأى المصلحة في الشهادة، شهد، وإن رآها في الستر، ستر. والله أعلم.

وإذا ثبت الحد، لم يجز العفو عنه ولا الشفاعة فيه، وإذا أقر على نفيه بزنى، ثم رجع عنه سقط الحد، وهل يستحب له الرجوع؟ وجهان: أحدهما: نعم، كالستر ابتداءً، والثاني: لا، لأن الهتك قد حصل.

قلت: مقتضى الحديث الصحيح في قصة ماعز رضي الله عنه^(١) أنه يستحب فهو الراجح. والله أعلم.

ولو قال: زنت بفلانة، فهو مقر بالزنى قاذف لها، فإن أنكرت، أو قالت: كان تزوجني، لزمه حد زنى وحد القذف، فإن رجع، سقط حد الزنى وحده، ولو قال: زنت بها مكرهة، لم يجب حد القذف، ويجب مع حد الزنى المهر، ولا يسقط المهر بالرجوع، ولو رجع بعد ما أقيم بعض الحد، ترك الباقي، ولو قتله شخص بعد الرجوع، ففي وجوب القصاص وجهان نقلهما ابن كج، وقال: الأصح لا يجب، وبه قال أبو إسحاق لاختلاف العلماء في سقوط الحد بالرجوع، ولو رجع بعد ما جلد بعض الحد، فأتى الإمام الحد، فمات منه، والإمام يعتقد سقوط الحد بالرجوع، فنقل ابن القطان في وجوب القصاص قولين، فإن قلنا: لا يجب، فهل يجب نصف الدية، أم يوزع على السياط؟ قولان، وقال ابن كج: عندي لا قصاص، والرجوع كقوله: كذبت، أو رجعت عما أقررت به، أو ما زنت، أو كنت فاخذت، أو لمست فظننته زنى، ولو شهدوا على إقراره بالزنى، فقال: ما أقررت، أو قال بعد حكم الحاكم بإقراره: ما أقررت فالصحيح أنه لا يلتفت إلى قوله، لأنه تكذيب للشهود والقاضي، وعن أبي إسحاق والقاضي أبي الطيب: يقبل، لأنه غير معترف في الحال، وإن قال: لا تقيموا علي الحد، أو هرب، أو امتنع من الإستسلام، فهل هو رجوع؟ وجهان: أحدهما: لا، لكن يخلو في الحال ولا يتبع، فإن رجع فذاك، وإلا أقيم عليه الحد، ولو أتبع الهارب، فرجم، فلا ضمان، لأن النبي ﷺ لم يوجب عليهم في قضية ما عز رضي الله عنه شيئاً، والرجوع عن الإقرار بشرب الخمر، كالرجوع عن

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٩٥) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٣٣).

الإقرار بالزنى، وفي الرجوع عن الإقرار بالسرقة وقطع الطريق خلاف يأتي في السرقة إن شاء الله تعالى.

فرع: لو تاب من ثبت زناه، فهل يسقط الحد عنه بالتوبة؟ قولان، أظهرهما وهو الجديد: لا يسقط، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى إسقاط الحدود والزواج، ثم قيل: القولان فيمن تاب قبل الرفع إلى القاضي، فأما بعده، فلا يسقط قطعاً، وقيل: هما في الحالين.

فرع: إذا ثبت زناه ببينة، لم يسقط الحد برجوع ولا بالتماس تركا لحد، ولا بالهرب ولا غيرها، هذا هو المذهب، وفيه خلاف حكاه الإمام، ولو أقر بالزنى، ثم شهد عليه أربعة بالزنى، ثم رجع عن الإقرار، هل يحد؟ وجهان: قال ابن القطان: نعم، وأبو إسحاق: لا، إذ لا أثر للبينة مع الإقرار وقد بطل الإقرار.

فرع: الكلام في عدد الشهود لزنى ورجوع بعضهم أو كلهم مذكور في كتاب الشهادات، وهناك يذكر إن شاء الله تعالى كيفية الشهادة وأنه يشترط تفسير الزنى بخلاف القذف، فإنه لو قال: زنيته، كان قاذفاً لحصول العار، وهل يشترط في الإقرار بالزنى التفسير كالشهادة أم لا كالقذف؟ وجهان:

قلت: الاشتراط أقوى. ويستأنس فيه بقصة ماعز رضي الله عنه. والله أعلم.

وسواء شهدوا بالزنى في مجلس، أو مجالس متفرقة، ولو شهدوا ثم غابوا، أو ماتوا، فللحاكم أن يحكم بشهادتهم ويقيم الحد. وتقبل الشهادة بالزنى بعد تطاول الزمن، ولو شهد أربعة على امرأة بالزنى، وشهد أربع نسوة أنها عذراء، فلا حد للشبهة، ولو قذفها قاذف، لم يلزمه حد القذف لوجود الشهادة، واحتمال عود البكارة، وكذا لا يجب حد القذف على الشهود، ولو أقامت هي أربعة على أنه أكرهها على الزنى وطلبت المهر، وشهد أربع نسوة أنها عذراء، فلا حد عليه للشبهة، وعليه المهر، لأنه يثبت مع الشبهة، ولا يجب عليها حد القذف لشهادة الشهود، ولو شهد اثنان أنه وطئها بشبهة، وأربع نسوة أنها عذراء، فلا حد عليه للشبهة ويجب المهر، ولو شهد أربعة عليها بالزنى، وشهد أربع نسوة أنها رتقاء، فليس عليها حد الزنى، ولا عليهم حد القذف لأنهم رموا من لا يمكنه الجماع، ولو شهد أربعة بالزنى وعين كل واحد منهم زاوية من زوايا بيت، فلا حد على المشهود عليه، وفي وجوب حد القذف على الشهود خلاف يأتي إن شاء الله تعالى لأنه لم يتم عددهم في زنية. ولو شهد اثنان أن فلاناً أكره فلانة على الزنى، لم يثبت الزنى، وهل يثبت المهر؟ يبني على أنه إذا شهد بالزنى أقل من أربعة هل عليهم حد القذف، إن قلنا: لا، وجب المهر، وإلا فلا، ولو شهد اثنان أنه زنى بها مكرهة، وآخر أنه زنى بها طائعة،

لم يجب عليها حد الزنى، وهل يجب على الرجل؟ يبني على أن شاهدي الطوعية هل عليهما حد القذف للمرأة، قولان، إن قلنا: نعم، وهو الأظهر، فلا، لأن الشاهدين فاسقان، وإن قلنا: لا، وجب على الأصح، لاتفاقهم على زناه، وكذلك يجب عليه المهر، ولا خلاف أنه لا يجب حد القذف على شاهدي الإكراه، ولا يجب حد القذف للرجل.

الباب الثاني: في استيفاء الحد

فيه طرفان:

الطرف الأول: في كفيته، وفيه مسائل:

أحداها: إقامة الحدود على الأحرار إلى الإمام، أو من فوض إليه الإمام، وإذا أمر باستيفائه، جاز للمفوض إليه، ولا يجب حضور الإمام، سواء ثبت بالبينة أو الإقرار، ولا حضور الشهود إذا ثبت بالبينة، لكن يستحب حضورهم وابتدأؤهم بالرجم، ويستحب أن يستوفي بحضرة جماعة أقلهم أربعة.

الثانية: لا يقتل المحصن بالسيف، لأن المقصود التمثيل به وتنكيله بالرجم فيرجم، وليس لما يرجم به تقدير، لا جنساً ولا عدداً، فقد تصيب الأحجار مقاتله، فيموت سريعاً، وقد تبطئ موته، ولا يرمى بصخرة تذفف، ولا يطول تعذيبه بالحصيات الخفيفة، بل يحيط الناس به فيرمونه من الجوانب بحجارة معتدلة ومدر ونحوها حتى يموت، فإن كان رجلاً لم يحفر له عند الرجم سواء ثبت زناه بالبينة أم بالإقرار، وفي المرأة أوجه: أحدها: يستحب أن يحفر لها إلى صدرها ليكون أستر لها، والثاني: لا يستحب، بل هو إلى خيرة الإمام، وأصحها: إن ثبت زناها بالبينة يستحب أن يحفر، وإن ثبت بالإقرار، فلا ليمنها الهرب إن رجعت.

الثالثة: الصحيح الذي قطع به الجمهور أن الرجم لا يؤخر للمرض، لأن نفسه مستوفاة، فلا فرق بينه وبين الصحيح، وقيل: إن ثبت بالإقرار، أخر حتى يبرأ، لأنه ربما رجع في أثناء الرمي فيعين ذلك على قتله، ومثل هذا الخلاف يعود في أنه هل يرجم في شدة الحر والبرد؟ وإن كان الواجب الجلد، فإن كان المرض مما يرجى زواله، أخر حتى يبرأ، وكذا المحدود والمقطوع في حد وغيره لا يقام عليه حد آخر حتى يبرأ، وفي وجه: لا يؤخر، بل يضرب في المرض بحسب ما يحتمله من ضرب بعثكال وغيره، ولو ضرب كما يحتمله، ثم برأ هل يقام عليه حد الأصحاء؟ وجهان حكاهما ابن كج، وليكونا مبنيين على أنه هل تؤخر إقامة الجلد أم تستوفي بحسب الإمكان؟ إن قلنا بالأول، فالذي جرى ليس بحد، فلا يسقط كما لو جلد المحصن لا يسقط الرجم، وإن قلنا بالثاني، لم يعد الحد، وإن كان المرض مما لا يرجى زواله،

كالسسل والزمانة، أو كان مخدجاً وهو الضعيف الخلقة الذي لا يحتمل السياط، لم يؤخر إذ لا غاية تنتظر، ولا يضرب بالسياط، بل يضرب بعثكال عليه مئة شمراخ، وهو الغصن ذو الفروع الخفيفة، ولا يتعين العثكال، بل له الضرب بالنعال وأطراف الثياب، كذا حكاه ابن الصباغ والرويانى وغيرهما، فلو كان على الغصن مئة فرع، ضرب به دفعة واحدة، وإن كان عليه خمسون، ضرب به مرتين، وعلى هذا القياس، ولا يكفي الوضع عليه، بل لا بد مما يسمى ضرباً، وينبغي أن تمسه الشماريخ، أو ينكس بعضها على بعض لثقل الغصن، ويناله الألم، فإن لم تمسه، ولا انكس بعضها على بعض، أو شك فيه، ولم يسقط الحد، وفي «النهاية» وجه ضعيف أنه لا يشترط الإيلام، ولا تفرق السياط على الأيام وإن احتمل التفريق، بل يقام عليه الممكن ويخلى سبيله، ولو كان لا يحتمل السياط المعتبرة في جلد الزنى، وأمكن ضربه بقضبان وسياط خفيفة فقد تردد فيه الإمام وقال: ظهر كلام الأصحاب أنه يضرب بالشماريخ، والذي أراه أنه يضرب بالأسواط، لأنه أقرب إلى صورة الحد، ولو برأ قبل أن يضرب بالشماريخ، أقيم عليه حد الأصحاء، وإن برأ بعد، لم يعد عليه، وفي إقامة الضرب بالشماريخ مقام الضربات والجلد بالسياط مزيد كلام نذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى.

فرع: يؤخر قطع السرقة إلى البرء، ولو سرق من لا يرجى زوال مرضه، قطع على الصحيح، لئلا يفوت الحد، ولو وجب حد القذف على مريض، قال ابن كج: يقال للمستحق: اصبر إلى البرء، أو اقتصر على الضرب بالعثكال، وفي «التهذيب» أنه يجلد بالسياط، سواء يرجى زوال مرضه أم لا، لأن حقوق الآدمي مبنية على الضيق، وجلد الشرب كجلد الزنى.

فرع: الرابعة: لا يقام الجلد في حر ولا برد شديدين، بل يؤخر إلى اعتدال الوقت، وكذا القطع في السرقة بخلاف القصاص وحد القذف، وأما الرجم، فإن ثبت بالبينة، لم يؤخر، لأنه مقتول، وكذا إن ثبت بالإقرار على الصحيح.

فرع: لو جلد الإمام في مرض أو شدة حر، أو برد، فهلك المجلود بالسراية، فالنص أنه لا يضمن، ونص أنه لو ختن أكلف في شدة حر أو برد، فهلك، ضمن، ف قيل في وجوب الضمان فيهما: قولان، وقيل: بظاهر النصين وهو الأصح، لأن الجلد ثبت بالنص، والختان بالاجتهاد، فإن أوجبنا الضمان، فهل يضمن جميعه أم نصفه؟ وجهان: وهل الضمان على عاقلة الإمام أم في بيت المال؟ قولان سبقا، قال الإمام: إن لم نوجب الضمان فالتأخير مستحب قطعاً، وإن أوجبناه فوجهان: أحدهما: أن التأخير واجب، وضمنناه لتركه الواجب، والثاني: يجوز التعجيل ولكن

بشروط سلامة العاقبة كما في التعزير، وفي عبارة الغزالي ما يشعر بأن الراجح استحباب التأخير، وفي «المهذب» وغيره الجزم بأنه لا يجوز التعجيل في شدة الحر والبرد، ويجوز أن يقال بوجوب التأخير مع الاختلاف في وجوب الضمان، كما يجب على آحاد الناس تفويض رجم الزاني المحصن إلى الإمام مع الاختلاف في ضمانه لو بادر بقتله.

قلت: المذهب وجوب التأخير مطلقاً. والله أعلم.

ولو عجل جلد المريض قبل برئه، فهلك، ففي ضمانه الخلاف في الجلد في الحر والبرد بلا فرق.

الطرف الثاني: في بيان مستوفيه.

فإن كان المحدود حرّاً، فالمستوفي الإمام، أو من فوض إليه كما سبق، هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب، وحكي عن القفال رواية قول: إنه يجوز للأحاد استيفاءه حسبة، كالأمر بالمعروف، وليس بشيء. وإن كان مملوكاً، فليسبده إقامة الحد عليه، وله تفويضه إلى غيره، ولا يحتاج إلى إذن الإمام فيه، وسواء العبد والأمة، وخرج ابن القاص قولاً في العبد كأنه ألحقه بالاجبار على النكاح ولم يوافق عليه، بل قطع الأصحاب بأن له إقامته عليهما، ويجوز للإمام أيضاً إقامته على الرقيق، ومن بدر إليه منهما وقع الموقع، وهل الأولى للسيد أن يقيمه بنفسه ليكون أستر، أم الأولى تفويضه إلى الإمام، ليخرج من خلاف أبي حنيفة في إلحاقه بالحر؟ وجهان نقلهما الشيخ أبو خلف الطبري.

قلت: أصحهما: الأول لثبوت الحديث فيه، ولا يراعى الخروج من خلاف يخالف السنة. والله أعلم.

ولو تنازع في إقامته الإمام والسيد، فأيهما أولى؟ فيه احتمالات للإمام أظهرها: الإمام لعموم ولايته، والثاني: السيد لغرض إصلاح ملكه، والثالث: إن كان جلدّاً فالسيد، وإن كان قتلاً أو قطعاً، فالإمام، لأن أعمال السلاح بصاحب الأمر أليق، والعبد المشترك يقيم حده ملاكته، وتوزع السياط على قدر الملك، فإن حصل كسر، فوض المنكسر إلى أحدهم، وهل يغربه السيد إن قلنا بتغريب العبد؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأنه بعض الحد، والمدير وأم الولد والمعلق عتقه، كالقن والمكاتب، كالحر على الصحيح، وعن ابن القطان، كالقن، ومن بعضه حر لا يحده إلا الإمام، وهل إقامة السيد الحد بالولاية على ملكه، كولاية التزويج، أم تأديباً وإصلاحاً، كمعالجته بالفصد والحجامة؟ وجهان:

فرع: فيما يقيمه السيد على رقيقه من العقوبات، أما التعزير، فله ذلك في حقوق الله تعالى، كما يؤدبه لحق نفسه، وفيه وجه ضعيف، لأن التعزير غير مضبوط،

فيفتقر إلى اجتهاده، وأما الحدود، فله الجلد في الزنى والقذف والشرب، وفي الشرب وجه، لأن للسيد في بضع أمته وعبدته حقاً، فإنه لا يتزوج إلا بإذنه بخلاف الشرب، وقياس هذا الفرق مجيء الوجه في جلد القذف، وهل له قطعه في السرقة والمحاربة، وقتله في الردة؟ وجهان: الأصح المنصوص: نعم، لإطلاق الخبر، ومنهم من جزم بجواز القطع، وأجرى ابن الصباغ وجماعة هذا الخلاف في القطع والقتل قصاصاً، وفي «التهذيب» أن الأصح أن القطع والقتل إلى الإمام.

فرع: في أحوال السيد إن جمع شروط الولاية أقام الحد، وإن كان السيد امرأة، فهل تقيمه هي أم السلطان أم وليها؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وللناسق والمكاتب والكافر إقامته على رقيقهم على الأصح بناء على أن سبيله سبيل الإصلاح، وفي كتاب ابن كج أن السيد لا يحد عبيد مكاتبه على المذهب، وإن قلنا: يحدهم المكاتب إذ لا تصرف له فيهم، وفيه أنه ليس لكافر أن يحد عبده المسلم بحال، وهل يقيم الأب والجد والوصي والقيم الحد على رقيق الطفل؟ وجهان: وقيل: لا يجوز لغير الأب والجد وفيهما الوجهان، ويشبه أن يقال: إن قلنا: الحد إصلاح، فلهم إقامته، وإن قلنا: ولاية، ففيه الخلاف، وهل يجوز كون السيد جاهلاً؟ وجهان بناء على أنه إصلاح أم ولاية؟ ويشترط كونه عالمًا بقدر الحد وكيفيته.

فرع: العقوبة التي يقيمها السيد على عبده، يقيمها إذا أقر العبد عنده بموجها، فلو شاهده السيد، فله إقامتها على الأصح، وله سماع البينة بذلك على الأصح، لأنه يملك إقامة هذا الحد، فيسمع بينته كالإمام، وعلى هذا ينظر تزكية الشهود، ويشترط كونه عالمًا بصفاتهم، وأحكام الحدود، وقيل: ليس له سماعها، وإنما يحده بعد ثبوته عند الإمام.

فرع: قذف رقيق زوجته الرقيقة، هل يلاعن بينهما السيد كما يقيم الحد؟ وجهان: ولو قذف العبد سيده، فله إقامة الحد عليه، ولو قذف السيد عبده، فله رفع الأمر إلى القاضي ليعزره، ولو زنى ذمي، ثم نقض العهد واسترق، لم يسقط عنه الحد، ويقيمه الإمام لا السيد، لأنه لم يكن مملوكاً يومئذ، ولو زنى عبد، فباعه سيده، فإقامة الحد إلى المشتري اعتباراً بحال الاستيفاء.

فرع: من قتل حداً بالرجم وغيره، غسل وكفن، وصلي عليه، ودفن في مقابر المسلمين.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ حَدِّ الْقَذْفِ (١)

القذف من الكبائر، ويتعلق به الحد بالنص والإجماع، ويشترط لجوب الحد على القاذف كونه مكلفاً مختاراً، فلا حد على صبي ومجنون ومكره، ويعزر الصبي والمجنون الذي له نوع تمييز، وسواء في هذا المسلم والذمي والمعاهد، فإن كان القاذف حراً، فحده ثمانون جلدة، وإن كان رقيقاً، أو مكاتباً، أو مدبراً، أو أم ولد، أو بعضه حر فأربعون جلدة، ويشترط كون المقذوف محصناً، وقد سبق في كتاب اللعان بيان ما يحصل به إحصانه، ولا يحد الأب والجد بقذف الولد وولد الولد، وقال ابن المنذر: يحد.

قلت: الأم والجندات كالأب. والله أعلم.

ومن ورث من أمه حد قذف على أبيه، سقط، ومن قذف شخصاً بزنييتين، فالمذهب أن عليه حداً واحداً وقد سبق إيضاحه في اللعان، ولو قال لرجل: يا زانية، أو لامرأة: يا زاني، فقد سبق في اللعان أنه قذف، وكذا لو خاطب خنثى بأحد اللفظتين، ولو قال له: زنى فرجك وذكرك، فقذف صريح، ولو قال: زنى فرجك، أو قال: زنى ذكرك، قال صاحب «البيان»: الذي يقتضيه المذهب أن فيه وجهين: أحدهما: قذف صريح، والثاني: كناية، كما لو أضاف الزنى إلى يد رجل أو امرأة، وصرائح القذف وكناياته سبقت في اللعان.

فصل: قال الأصحاب: حد القذف وإن كان حق آدمي، ففيه مشابهة حدود الله تعالى في مسائل:

إحداها: لو قال له: اقذفني، فقذفه، ففي وجوب الحد وجهان الأصح: لا، وقول الأكثرين: لا يجب.

الثانية: لو استوفى المقذوف حد القذف، لم يقع الموقع، كحد الزنى لو

(١) القذف لغة: الرمي، ومنه القذف بالحجارة وغيرها ثم استعمل في الرمي بالمكارة كالزنى واللواط ونحوهما، لعلاقة المشابهة بينهما وهي الأذى.

وشرعاً: الرمي بزنى أو لواط أو شهادة بأحدهما ولم تكمل البينة أو نفي نسب موجب للحد فيهما.

استوفاه أحد الرعية، وفي وجه ضعيف: يقع الموقع كما لو استقل المقتص بقتل الجاني.

الثالثة: ينشطر بالرق كما سبق، وحقوق الآدمي لا تختلف، قالوا: لكن المغلب فيه حق الآدمي لمسائل منها: أنه لا يستوفى إلا بطلبه بالاتفاق، ويسقط بعفوه، ويورث عنه، ولو عفا عن الحد على مال، ففي صحته وجهان: قلت: الصحيح أنه لا يستحق المال. والله أعلم.

فرع: من التعريض في القذف أن يقول: ما أنا بابن اسكاف ولا خباز، ولو قال: يا قواد، فليس صريحاً في قذف زوجة المخاطب، لكنه كناية، ولو قال: يا مؤاجر، فليس بصريح في قذف المخاطب على الصحيح الذي قاله الجمهور، وقال ابن ابراهيم المروذي عن شيخه التيمي: هو صريح في قذفه بالتمكين من نفسه، لا اعتياد الناس القذف به، وقيل: هو صريح من العامي فقط، ولو رماه بحجر، فقال: من رماني فأمه زانية، فإن كان يعرف الرامي، فقاذف، وإلا فلا.

فصل: الرمي بالزنى لا في معرض الشهادة يوجب حد القذف، فأما في معرض الشهادة، فينظر إن تم العدد وثبتوا، أقيم حد الزنى على المرمي، ولا شيء عليهم، وإن لم يتم العدد، بأن شهد اثنان أو ثلاثة، فهل يلزمهم حد القذف؟ قولان، أظهرهما: نعم، وهو نصه قديماً وجديداً، لأن عمر رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا، ولثلاثا تتخذ صورة الشهادة ذريعة إلى الوقعة في أعراض الناس، ولو شهد على زنى امرأة زوجها مع ثلاثة، فالزوج قاذف، لأن شهادته عليها بالزنى لا تقبل، وفي الثلاثة القولان، ولو شهد أربع نسوة أو ذميون، أو عبيد، أو فيهم امرأة، أو عبد، أو ذمي، فالمذهب أنهم قذفة، فيحدون، لأنهم ليسوا من أهل الشهادة، فلم يقصدوا إلا العار، وقيل: فيهم القولان، وصور الإمام المسألة فيما إذا كانوا في ظاهر الحال بصفة الشهود، ثم بانوا عبيداً أو كفاراً، ومراده أن القاضي إذا علم حالهم لا يصغي إليهم فيكون قولهم قذفاً محضاً لا في معرض شهادة، ولو شهد أربعة فاسق، أو فيهم فاسق، نظر إن كان فسقهم مقطوعاً به، كالزنى والشرب، فقيل: فيهم القولان، وقيل: لا يحدون قطعاً وهو الأصح عند القاضي أبي حامد لأن نقص العدد متيقن، وفسقهم إنما يعرف بالظن، والحد يسقط بالشبهة، وإن كان فسقهم مجتهداً فيه، كشرب النبيذ، لم يحدوا قطعاً، وفي معنى الفسق المجتهد فيه، ما إذا كان فيهم عدو للمشهد عليه، لأن رد الشهادة بالعداوة مجتهد فيه، ولو حددنا العبيد الذين شهدوا، فعتقوا وأعادوا الشهادة، قبلت، ولو لم يتم العدد، فحددنا من شهد، ثم عاد من يتم به العدد فشهدوا، لم تقبل شهادتهم، كالفاسق ترد شهادته ثم يتوب ويعيدها، لا

تقبل، وهذا الخلاف المذكور هو فيمن شهد في مجلس القاضي، أما من شهد في غير مجلسه، فقاذف بلا خلاف، وإن كان بلفظ الشهادة.

فرع: لو شهد أربعة بالشروط المعتبرة، ثم رجعوا، لزمهم حد القذف لأنهم ألحقوا به العار سواء تعمدوا أو أخطؤوا، لأنهم فرطوا في ترك التثبت، وقيل: في حدهم القولان، لأنهم شهود، والمذهب الأول، ولو رجع بعضهم، فعلى الراجح الحد على المذهب، وقيل: بالقولين، وأما من أصر على الشهادة، فلا حد عليه، وقيل: بالقولين، والمذهب الأول، وسواء الرجوع بعد حكم القاضي بالشهادة وقبله، ولو شهد أكثر من أربعة، فرجع بعضهم، إن بقي أربعة فلا حد على الراجعين، وإلا فعلى الراجعين الحد.

فرع: شهد واحد على إقراره بالزنى، ولم يتم العدد، فطريقان، أحدهما: في وجوب حد القذف عليه القولان، والمذهب: القطع بأن لا حد، لأنه لا حد على من قال لغيره: أقررت بأنك زنت، وإن ذكره في معرض القذف والتعير.

فرع: تقاذف شخصان، لا يتقاصان، لأن التقاص إنما يكون عند اتفاق الجنس والصفة، وقد سبق معظم مسائل الكتاب في كتاب اللعان. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب السرقة (١)

هي موجبة للقطع بالنص والإجماع، وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: فيما يوجب القطع

وهو السرقة ولها ثلاثة أركان:

أحدها: المسروق، وله ستة شروط:

أحدها: أن يكون نصاباً، وهو ربع دينار من الذهب الخالص، فلا قطع فيما دونه، ويقطع بربع دينار قراضة بلا خلاف، ولو سرق ديناراً مغشوشاً، فإن بلغ خالصه ربعاً، قطع، وإلا فلا، ولو سرق دراهم أو غيرها، قوم بالذهب، وحكي أن ابن بنت الشافعي رحمهما الله اختار مذهب داود، وهو أنه يجب القطع بسرقة القليل، ولا يعتبر نصاب.

قلت: هذا غلط مخالف للأحاديث الصحيحة الصريحة في اعتبار ربع دينار. والله أعلم.

والاعتبار بالذهب المضروب، فبه يقع التقويم، حتى لو سرق شيئاً يساوي ربع مثقال من غير المضروب، كالسبيكة وحلي لا تبلغ ربعاً مضروباً بالقيمة، فلا قطع على الأصح، وبه قال الإصطخري وأبو علي ابن أبي هريرة والطبري، وصححه الإمام وغيره، وجزم به العبادي، ولو سرق خاتماً وزنه دون ربع، وقيمه بالصنعة تبلغ ربعاً، فلا قطع على الصحيح، والخلاف في المسألتين راجع إلى أن الاعتبار بالوزن أو بالقيمة، وأما التبر الذي إذا خلص نقص، فلا قطع في سرقة ربع منه، بل يشترط أن يخلص منه ربع، ولو سرق فلوساً ظننها دنانير، قطع إن بلغت قيمتها نصاباً، وإلا فلا، ولو سرق دنانير ظننها فلوساً لا تبلغ قيمتها نصاباً، قطع، ولو سرق ثوباً خسيساً وفي جيبه ربع دينار، أو ما تبلغ قيمته نصاباً ولم يعلم بالحال، وجب القطع على الأصح، لأنه أخرج نصاباً من حرزه بقصد السرقة.

فرع: لو أخرج نصاباً من حرز دفعيتين فصاعداً، نظر إن تخلل اطلاع المالك

(١) السرقة لغة الأخذ خفية، وشرعاً: أخذ مال الغير خفية ظلماً من حرز مثله بشروط معينة.

وإعادته الحرز بإصلاح النقب أو إغلاق الباب، فالإخراج الثاني سرقة أخرى، فإن كان المخرج في كل دفعة دون النصاب، لم يجب القطع، وإن لم يتخلل الاطلاع والإعادة، ففيه أوجه: أصحها: يجب القطع، والثاني: لا، والثالث: إن عاد وسرق ثانياً بعد ما اشتهر خراب الحرز، وعلم به الناس أو المالك، فلا قطع، وإن عاد قبله، قطع، والرابع: إن عاد تلك الليلة، قطع، وإن عاد في ليلة أخرى، فلا، والخامس: إن لم يطل الفصل بين الإخراجين، قطع، وإن طال، فلا، والسادس: إن كان يخرج شيئاً فشيئاً، ويضعه خارج البيت أو خارج الباب، حتى تم نصاباً ولم يفارق الحرز، قطع، وإن ذهب بالمسروق أولاً إلى بيته ونحوه مسرعاً وعاد ولو مع قرب الفصل، فلا قطع.

فرع: انثيال الحنطة ونحوها عند فتح أسفل وعائه أو نحوه، هل هو كإخراجه باليد؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه خرج بسبب لا مباشرة، والسبب ضعيف فلا يقطع به، وأصحهما: نعم، لأنه بفعله هتك الحرز، فعلى هذا لو أخرج بيده أو انثال دفعة ما يساوي نصاباً، قطع، وإن أخرجه شيئاً فشيئاً على التواصل، أو انثال كذلك، قطع على المذهب، وقيل: وجهان: ولو طرَّ جبيه أو كمه، فسقطت الدراهم شيئاً فشيئاً فكان انثيال الحبوب، ولو أخذ طرف منديل أو جذع، وأخرجه من الحرز جرأً، قطع، لأنه شيء واحد، ولو أخرج نصفه وترك النصف الآخر في الحرز لخوف أو غيره، فلا قطع وإن كان حصة المخرج أكثر من نصاب، لأنه مال واحد، ولم يتم إخراجه.

فرع: لو جمع من البذر المبثوث في الأرض ما بلغ نصاباً، فإن لم تكن الأرض محرزة، فلا قطع، وإن كانت فوجهان: أصحهما: يقطع، لأن الأرض تعد بقعة واحدة، والبذر المرفق فيها كأمتعة في زوايا بيت، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان إحراز الأرض.

فرع: لو أخرج اثنان من حرز نصاباً أو أكثر ولم يبلغ نصابين، فلا قطع عليهما وإن أخرجا ما يبلغ نصابين، قطعاً جميعاً، وإن انفرد كل واحد بإخراج، قطع من بلغ ما أخرجه نصاباً دون من لم يبلغ ما أخرجه نصاباً.

فرع: قال الإمام: إذا كان المسروق عرضاً تبلغ قيمته بالاجتهاد ربع دينار فقد يوجد للأصحاب أنه يجب الحد، والذي أرى الجزم به أنه لا يجب ما لم يقطع المقومون ببلوغها نصاباً، وللمقومين قطع واجتهاد، والقطع من جماعة لا يزلون معتبر، ومن جماعة لا يبعد الزلل منهم فيه احتمالان، أحدهما: يكفي، كما تقبل الشهادة مع احتمال الغلط، والثاني: المنع، لأن الشهادة تستند إلى معاينة، وقال الروياني في «جمع الجوامع»: لو شهد عدلان بسرقة، فقوم أحدهما المسروق نصاباً،

والآخر دونه، فلا قطع، وأما المالك فإن رضي بأقل القيمتين فذاك وله أن يحلف مع الذي شهد بالأكثر ويأخذه، ولو شهدا بأنه نصاب، وقومه آخرا بدونه، فلا قطع، ويؤخذ في الغرم بالأقل، وقال أبو حنيفة بالأكثر.

فرع: القيمة تختلف بالبلاد والأزمان، فيعتبر في كل مكان وزمان قيمة ذلك المكان والزمان.

فرع: ادعى السارق نقص قيمة المسروق عن النصاب، لم يقطع، فإن قامت بينة بأن قيمته نصاب، قطع.

فرع: نقصت قيمة المسروق في الحرز عن نصاب، بأن أكل بعضه، أو أحرقه، وأخرج دون نصاب، فلا قطع، وإن نقص بعد الإخراج، قطع، ولو شق الثوب في الحرز، أو ذبح الشاة في الحرز، ثم أخرجه، فعليه ضمان النقص، وإن كان المخرج نصاباً، قطع، وإلا فلا.

فرع: سواء كان النصاب المسروق لواحد أو لجماعة، فيجب القطع إذا اتحد الحرز.

الشرط الثاني: أن يكون مملوكاً لغير السارق، فلا قطع على من سرق مال نفسه من يد غيره، كيد المرتهن والمستأجر والمستعير والمودع وعامل القراض والوكيل والشريك، فلو أخذ مع ماله نصاباً آخر، لزمه القطع، ولو سرق ما اشتراه من يد البائع في زمن الخيار أو بعده، فلا قطع، وإن سرق معه مالاً آخر، فإن كان قبل أداء الثمن، قطع، وإن كان بعده، فلا قطع على الأصح، كمن سرق من دار اشتراها، ولو وهب له شيء، فسرقه بعد القبول وقبل القبض، فالصحيح أنه لا قطع، بخلاف ما لو أوصى له بشيء فسرقه قبل موت الموصي، فإنه يقطع، وإن سرق بعد موت الموصي وقبل القبول، بني على أن الملك في الوصية بماذا يحصل؟ إن قلنا: بالموت، لم يقطع، وإلا قطع، ولو أوصى بمال للفقراء، فسرقه فقير بعد موته، لم يقطع، كسرقة المال المشترك وإن سرقه غني، قطع.

فرع: لو طرأ الملك في المسروق قبل إخراجه من الحرز، بأن ورثه السارق، أو اشتراه، أو اتهبه وهو في الحرز، فلا قطع، وإن طرأ الملك بعد إخراجه من الحرز، لم يسقط القطع، لكن لو وقع ذلك قبل الرفع إلى القاضي لم يمكن استيفاء القطع بناء على أن استيفاء القطع يتوقف على دعوى المسروق منه ومطالبته بالمال كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ادعى السارق أن ما أخذه على صورة السرقة ملكه، فقال: كان قد

غضبه مني، أو من مورثي، أو كان وديعة لي عنده، أو عارية، أو كنت اشتريته منه، أو وهبه لي وأذن لي في قبضه، أو أذن لي في أخذه، لم يقبل قوله في المال، بل يصدق المأخوذ منه بيمينه في نفي الغضب والبيع والهبة، وبلا يمين في قوله: أذن لي في أخذ ماله، ويسقط القطع بدعوى الملك على الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور، وفيه وجه أو قول مخرج، ويجري الخلاف فيما لو ادعى أن المسروق منه عبده، وهو مجهول النسب، أو أن الحرز ملكه غضبه منه المسروق منه، وفيما إذا شهد عليه بزني، فادعى أن المرأة زوجته، أو كانت أمة، فقال: باعنيها مالكها، ورأى الإمام الأصح في حد الزنى أنه لا يسقط بهذه الدعوى بناء على المذهب فيما إذا قامت بينة أنه زنى بأمة فلان الغائب أنه يحد، ولا ينتظر حضور الغائب بخلاف مثله في السرقة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يجري فيمن قطع يد إنسان وادعى أنه أذن له في قطعها، بل يقتص منه بلا خلاف، لأن القطع حق آدمي، فهو كالمال، ولو أقر المسروق منه أن المال كان ملك السارق، فلا قطع بلا خلاف، وإذا قلنا: بالمنصوص، فسرق شخصان، وادعيا أن المسروق ملكهما، لم يقطعا، وإن ادعاه أحدهما لنفسه أولهما وأنكره الآخر، واعترف بالسرقة، فلا قطع على المدعي، وفي المنكر وجهان: أحدهما: يقطع، ولو قال أحدهما: هذا ملك شريكي وأخذت معه بإذنه، وأنكر الشريك، فالذي نقله الأصحاب أنه كالصورة المتقدمة، لا قطع على من يدعي ملك الشريك، وفي الآخر الوجهان، وقال البغوي: ينبغي أن يقال: يقطع المنكر، وفي المدعى الوجهان، ولو سرق عبد وادعى أن المسروق ملك سيده، فإن صدقه السيد، فلا قطع، وكذا إن كذبه على الأصح.

فرع: قال الإمام: يجري الخلاف في دعوى الملك إذا ظهرت صورة السرقة، فإن سرق من حرز هو بما فيه في يد رجل، ولم تقم بينة مفصلة، فقال السارق: هو ملكي، فعلى قولنا بسقوط القطع ببقاء النزاع بينهما في المال، فيصدق المأخوذ منه بيمينه، وإن قلنا: لا يسقط القطع بالدعوى، فإن حلف المسروق منه، ثبت القطع مع المال، ويجيء الخلاف في أن القطع يثبت باليمين المردودة، والأصح ثبوته كما سنذكره إن شاء الله تعالى، ويجري أيضاً فيما لو قامت بينة مفصلة يثبت مثلها في السرقة، فقال السارق: كان أباحه، أو وهبه، أو باعه لي، واعتمد الشهود ظاهر الحال، أما إذا قال: لم يزل ملكي وكان غضبي، أو قال: ما سرت أصلاً، فهذا يناقض قول الشهود ويكذبهم، فهل يسقط به الحد تفريعاً على أن الدعوى التي لا تكذبهم مسقط؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، قال ابن كج: موضع الخلاف في أن القطع يسقط بدعوى السارق الملك ما إذا حلف المسروق منه على نفي الملك الذي

يدعيه، أما لو نكل حلف وحلف السارق، فيستحق المال، ويسقط عنه القطع بلا خلاف، ولو نكل السارق أيضاً، فيشبهه أن يجيء فيه الخلاف.

الشرط الثالث: أن يكون محترماً، فلو سرق خمراً، أو كلباً، أو جلد ميتة غير مدبوغ، فلا قطع، سواء سرقه مسلم أم ذمي، لأنه ليس بمال، فلو كان الإناء الذي فيه الخمر يساوي نصاباً، قطع على الأصح المنصوص، وإن كان فيه بول، فالمذهب وجوب القطع، وطرده صاحب «البيان» فيه الوجهين، وطردهما فيما يستهان به، كقشور الرمان، وهو بعيد، بل الصواب القطع بالوجوب، ولو سرق آلات الملاهي، كالطنبور والمزمار، أو صنماً، فإن كان لا يبلغ بعد الكسر والتغيير نصاباً، فلا قطع، وإن بلغه، قطع على الأصح عند الأكثرين منهم العراقيون والرويان، لأنه سرق نصاباً من حرز، واختار الإمام وأبو الفرج الزاز أنه لا قطع من الملاهي فأشبهه الخمر، ولأنه غير محرز، لأن كل أحد مأمور بإفساد آلات الملاهي، ويجوز الهجوم على الدور لكسرها وإبطالها، ولأنه لا يجوز إمساكها، فهي كالمغصوب يسرق من حرز الغاصب، ثم الوجهان فيما إذا قصد السرقة، أما إذا قصد بإخراجها أن يشهد تغييرها وإفسادها، فلا قطع بلا خلاف، ولو كسر ما أخذه في الحرز، ثم أخرجه وهو يبلغ نصاباً، قطع على المذهب، ولو سرق آنية ذهب أو فضة، ففي «المهذب» و«التهذيب» إنه يقطع لأنها تتخذ للزينة، والوجه ما قاله صاحب «البيان» أنه يبنى على اتخاذها، إن جوزناه قطع، وإلا فلا، كالملاهي، وكذا ذكره الإمام، لكنه رأى نفي القطع بعيداً.

الشرط الرابع: أن يكون الملك تاماً قوياً وفيه مسائل:

إحداها: إذا سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالهما المشترك، فهل يقطع؟ قولان، أظهرهما: لا، لأن له في كل قدر جزءاً وإن قل، فيصير شبهة، كوطء المشتركة، فعلى هذا لو سرق ألف دينار له منه قدر دينار شائعاً، لم يقطع، والثاني: نعم، إذ لا حق له في نصيب الشريك، فعلى هذا ثلاثة أوجه: قال الأكثرون: إن كان المال بينهما بالسوية، فسرق نصف دينار فصاعداً، فقد سرق من الشريك نصاباً، وإن كان ثلثاه للسارق، فإذا سرق ثلاثة أرباع فقد سرق منه نصاباً، والثاني: إنما يجعل سارقاً لنصاب من الشريك إذا زاد المأخوذ على قدر حقه بنصاب، فلو كان بينهما مناصفة، فسرق نصف المال وزيادة ربع دينار، أو كان ثلثاه للسارق، فسرة ثلثيه وزيادة لا تبلغ ربع دينار، فلا قطع، والثالث: إن كان المشترك مما يجبر على قسمته، كالحبوب وسائر المثليات، فلا قطع حتى يزيد المأخوذ على قدر حصته بنصاب، وإن كان مما لا يجبر فيه، كالثياب، فإذا سرق نصف دينار إن اشتركا بالسوية أو ثلاثة أرباع دينار إن كان الثلثان للسارق، قطع.

الثانية: إذا سرق من مال بيت المال، نظر إن سرق مما أفرز لطائفة مخصوصين وليس السارق منهم، قطع، قال الإمام: وكذا الفيء المعد للمرتزقة تفريراً على أنه ملكهم، وإن سرق من غيره، فأوجه: أحدها وهو مقتضى إطلاق العراقيين: لا قطع، سواء كان غنياً أو فقيراً، وسواء سرق من الصدقات، أو مال المصالح، والثاني: يقطع، وأصحها: التفصيل، فإن كان السارق صاحب حق في المسروق، بأن سرق فقير من الصدقات، أو مال المصالح، فلا قطع، وإن لم يكن صاحب حق فيه، كالغني، فإن سرق من الصدقات، قطع، وإن سرق من المصالح، فلا قطع على الأصح، لأنه قد يصرف ذلك إلى عمارة المساجد والرباطات والقناطر فينتفع بها الغني والفقير، أما إذا سرق ذمي مال المصالح، فالصحيح أنه يقطع، لأنه مخصوص بالمسلمين، ولا ينظر إلى إنفاق الإمام عليهم عند الحاجة، لأنه إنما ينفق للضرورة، وبشرط الضمان، ولا ينظر إلى انتفاعه بالقناطر والرباطات، لأنه إنما ينتفع تبعاً، وفي وجه: لا قطع، واختاره البغوي وقال: ينبغي أن لا يكون إنفاق الإمام عليه بشرط الضمان، قال: وهذا في مال المصالح، أما لو سرق من مال من مات ولم يخلف وارثاً فعليه القطع، لأن إرث للمسلمين خاصة، ولو كفن مسلم من بيت المال، فسرق نباش كفنه، قطع إذا لم يبق لغير الميت فيه حق، كما لو كساه حياً.

الثالثة: إذا سرق ستر الكعبة وهو محرز بالخياطة عليه، فالمذهب وجوب القطع وبه قطع الجمهور ونقل ابن كج فيه قولين، والمعروف الأول، وألحقوا باب المسجد وجذعه وتأزيه وسواريه، فأوجبوا القطع بسرقتها، قالوا: ولا قطع بسرقة ما يفرش في المسجد من حصير وغيره، ولا في القناديل المسرجة، لأنها معدة لانتفاع الناس، والقناديل التي لا تسرج، ولا يقصد منها إلا الزينة كالأبواب، هذه طريقة الجمهور، ورأى الإمام تخريج وجه في الأبواب والسقوف، لأنها من أجزاء المسجد، والمسجد مشترك وذكر في الحصر والقناديل ونحوها ثلاثة أوجه: ثالثها: الفرق بين ما يقصد به الاستضاءة أو الزينة، وكل هذا في المسلم، أما الذمي إذا سرق الباب أو الحصر أو غيرهما، فيقطع بلا خلاف، وذكر الفوراني في سرقة بكرة اليد المسبلة أنه يقطع، وكذا حكاه البغوي قال: والوجه عندي أنها كحصير المسجد، لأنها لمنفعة الناس.

الرابعة: لو سرق مالاً موقوفاً، أو مستولدة وهي نائمة، أو مجنونة، وجب القطع على الأصح بخلاف المكاتب، لأنه في يد نفسه، وكذا من بعضه حر، ولو سرق من غلة الأرض الموقوفة أو ثمرة شجرة موقوفة، قطع بلا خلاف، فلو كان للسارق استحقاق، أو شبهة استحقاق، بأن وقف على جماعة، فسرقه أحدهم، أو

سرق أبو بعض الموقوف عليهم، أو ابنه، أو وقف على الفقراء، فسرق فقير، فلا قطع بلا خلاف.

فرع: الصحيح وجوب الحد على من زنى بجارية بيت المال، وإن لم يجب القطع بسرقة مال.

الشرط الخامس: أن لا يكون فيه شبهة استحقاق للشارق وفيه مسائل:

أحداها: سرق مستحق الدين مال المدين، نص أنه لا قطع، فقليل بإطلاقه، والأصح: التفصيل، فإن أخذه لا بقصد استيفاء الحق، أو بقصده، والمدين غير جاحد ولا مماطل، قطع، وإن قصده وهو جاحد أو مماطل، فلا قطع، ولا فرق بين أن يأخذ من جنس حقه، أو من غيره، وقيل: يختص بمن أخذ جنس حقه، والصحيح الأول، ولو أخذ زيادة على قدر حقه، فلا قطع على الصحيح، لأنه إذا تمكن من الدخول والأخذ، لم يبق المال محرراً عنه، وقيل: إن بلغت الزيادة نصاباً وهي مستقلة، قطع.

الثانية: من يستحق النفقة بالبعضية على المسروق منه، لا يقطع بسرقة ماله، ويقطع بسرقة مال الأخ وسائر الأقارب، ولو سرق أحد الزوجين مال الآخر، إن لم يكن محرراً عنه، فلا قطع، وإلا فثلاثة أقوال، أظهرها: يقطع، والثاني: لا، والثالث: يقطع الزوج دون الزوجة، وقيل: يقطعان بلا خلاف، قال الأصحاب: ومن لا يقطع بسرقة مال شخص، لا يقطع عبده بسرقة مال ذلك الشخص، فلا يقطع العبد بسرقة مال أبي سيده وابنه، وفي قطع عبد أحد الزوجين بسرقة مال الآخر الخلاف، وفي وجه يقطع العبد وإن لم يقطع سيده، ورجحه الإمام، والصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور هو الأول، لأن يد العبد كيد السيد، ولو سرق مكاتب أحد الزوجين مال الآخر وقلنا: لا قطع على العبد فوجهان: كما لو سرق المكاتب مال سيده، ففيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى، وعن القاضي حسين أنا إذا لم نقطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر، ينبغي أن لا يقطع ولد أحدهما بسرقة مال الآخر، وغلط القاضي في ذلك، ولو كان لرجل زوجتان، سرقت إحداهما مال الأخرى، أو سرق مال زوجة أبيه، أو ابنه، فالمذهب وجوب الحد، ولا يقطع العبد بسرقة مال سيده بخلاف ما لو زنى بجاريته، والمذهب وأم الولد ومن بعضه حر في كل ذلك كالقن، وكذا المكاتب في الأصح، ولا خلاف أن السيد لا يقطع بما في يد مملوكه وإن قدرنا له ملكاً، ولو سرق ممن بعضه مملوكه ما ملكه ببعضه الحر، قال القفال: لا يقطع، وقال الشيخ أبو علي: يقطع.

الثالثة: لو أخذ المال على صورة السرقة على ظن أن المأخوذ ملكه، أو ملك أبيه، أو ابنه أن الحرز ملكه، فلا قطع على الأصح للشبهة.

فرع: في صور يتوهم أنها شبهة، وليست مؤثرة، فلا أثر لكون المسروق مباح الأصل، كالحطب والحشيش والصيد ومال المعدن، ولا لكونه معرضاً للفساد، كالرطب والتين والرياحين والشواء والهريسة والجمد والشمع المشتعل، ولو سرق عيناً فقطع، ثم سرقها من المالك الأول أو غيره، قطع ثانياً، ولا يشترط كون المسروق في يد المالك، بل السرقة من يد المودع والمرتهن والوكيل وعامل القراض والمستعير والمستأجر، يوجب القطع، والخصم فيها المالك، وإذا قلنا: الماء لا يملك، فلا قطع بسرقة، وإن قلنا: يملك، قطع في الأصح، ووجه المنع أنه تافه، ويجري الوجهان في سرقة التراب، لأنه لا تقصد سرقة لكثرتة، ويجب القطع بسرقة المصحف وكتب التفسير والحديث والفقه، وكذا الشعر الذي يحل الانتفاع به، وما لا يحل الانتفاع به لا قطع فيه إلا أن يبلغ الجلد والقرطاس نصاباً، ويجب القطع بسرقة قرون الحيوان.

الشرط السادس: كونه محرزاً، فلا قطع في سرقة ما ليس بمحرز، ويختلف الحرز باختلاف الأحوال والأموال، والتعويل في صيانة المال وإحرازه على شيئين، أحدهما: الملاحظة والمراقبة، والثاني: حصانة الموضع ووثاقته، فإن لم يكن للموضع حصانة، كالموضوع في صحراء، أو مسجد، أو شارع، اشترط مداومة اللحاظ، وإن كان له حصانة، وانضم إليها اللحاظ المعتاد، كفى، ولم تشترط مداومته، ويحكم في ذلك العرف، وتفضيله بمسائل:

أحداها: الاصطبل حرز الدواب مع نفاستها وكثرة قيمتها، وليس حرزاً للثياب والنقود، والصفة في الدار وعرضتها حرزان للأواني وثياب البذلة دون الحلبي والنقود، لأن العادة فيها الإحراز في المخازن، وكذا الثياب النفيسة تحرز في الدور، وفي بيوت الحانات وفي الأسواق المنiece، والمتبن حرز للتبين دون الأواني والفرش. واعلم أن ما كان حرزاً لنوع كان حرزاً لما دونه، وإن لم يكن حرزاً لما فوقه.

المسألة الثانية: إذا نام في صحراء، أو مسجد، أو شارع على ثوبه، أو توسد عييته أو متاعه، أو اتكأ عليه، فسرقت الثوب من تحته، أو العيبة، أو أخذ المندبل من رأسه، أو المداس من رجله، أو الخاتم من أصبعه، وجب القطع، لأنه محرز به، ولو زال رأسه عما توسده، أو انقلب في النوم عن الثوب وخلاه، فلا قطع بسرقة، ولو رفع السارق النائم عن الثوب أولاً، ثم أخذه، فلا قطع، ولو وضع متاعه أو ثوبه بقربه في الصحراء أو المسجد، فإن نام أو ولاه ظهره، أو ذهل عنه بشاغل، لم يكن

محرزاً، وإن كان متيقظاً يلاحظه فتغفله السارق، وأخذ المال، قطع على الصحيح، وهل يشترط أن لا يكون في الموضع زحمة الطارقين؟ وجهان: أحدهما: لا، وتكفي الملاحظة، لكن لا بد بسبب الزحمة من مزيد مراقبة وتحفظ، وأصحهما: نعم، وتخرجه الزحمة عن كونه محرزاً، وأجري الوجهان في الخباز والبزاز وغيرهما إذا كثرت الزحمة على حانوته، قال الإمام: ولو وضع المتاع في شارع، ولاحظه جمع، صار عدد اللاحظين في معارضة عدد الطارقين، كلاحظ في الصحراء في معارضة طارق، ويشترط كون الملاحظ بحيث يقدر على المنع لو اطلع على سارق إما بنفسه، وإما بالاستغاثة، فإن كان ضعيفاً لا يبالي به السارق، والموضع بعيد عن الغوث، فليس بحرز، بل الشخص شائع مع ماله، وينبغي أن لا يفرق بين كون الصحراء مواتاً أو غيره.

واعلم أن الركن الأول في كونه محرزاً الملاحظة، فلا تكفي حصانة الموضع على أصل الملاحظة، حتى إن الدار المنفردة في طرف البلد لا تكون حرزاً وإن تناهت في الحصانة، وكذا القلعة المحكمة، لأنه إذا لم يكن الموضع على أصل الملاحظة، حتى إن الدار المنفردة في طرف البلد لا تكون خطر، لكن لا يحتاج مع الحصانة إلى دوام الملاحظة بخلاف ما ذكرنا في الصحراء.

فرع: لو أدخل يده في جيب إنسان أو كمه، وأخذ المال، أو طر جيبه أو كمه، وأخذ المال، قطع، لأنه محرز به، وساء ربطه من داخل الكم، أم من خارجه أم لم يربطه، وإن أخذه من رأس منديل على رأس، قال البغوي: إن كان قد شده عليه، قطع، وإلا فلا.

المسألة الثالثة: الدار إن كانت منفصلة عن العمارات، بأن كانت في بادية، أو في الطرق الخراب من البلد، أو في بستان، فليست بحرز إن لم فيها أحد، سواء كان الباب مفتوحاً أو مغلقاً، فإن كان فيها صاحبها، أو حافظ آخر، نظر إن كان نائماً والباب مفتوح، فليست حرزاً، وإن كان مغلقاً فوجهان: الذي أجاب به الشيخ أبو حامد ومن تابعه: أنه محرز، والذي يقتضيه إطلاق الإمام والبغوي خلافه. قلت: الذي قاله أبو حامد أقوى، وجزم الرافعي في «المحرر» بأنه غير محرز. والله أعلم.

وإن كان من فيها متيقظاً، فالأمتعة فيها محرزة، سواء كان الباب مفتوحاً أو مغلقاً، لكن لو كان ممن لا يبالي به وهو بعيد عن الغوث، فالحكم على ما ذكرناه في الملحوظ بعين الضعيف في الصحراء، وإن كانت الدار متصلة بدور أهله، نظر إن كان الباب مغلقاً وفيها صاحبها، أو حافظ آخر، فهي حرز لما فيها ليلاً ونهاراً متيقظاً

كان الحافظ أو نائماً، وإن كان الباب مفتوحاً، فإن كان من فيها نائماً لم يكن حرزاً ليلاً قطعاً، ولا نهراً في الأصح، وقيل: حرز نهراً في زمن الأمن من النهب وغيره، وإن كان من فيها متيقظاً لكنه لا يتم الملاحظة بل يتردد في الدار، فتغفله إنسان فسرقة، لم يقطع على الأصح المنصوص للتقصير بإهمال المراقبة من فتح الباب، ولو كان يبالغ في الملاحظة بحيث يحصل الإحراز المراقبة مع فتح الباب، ولو كان يبالغ فيها لملاحظة بحيث يحصل الإحراز بمثله في الصحراء، فانتهاز السارق فرصة، قطع بلا خلاف، ولو فتح صاحب الدار بابها، وأذن للناس في الدخول كشراء متاعه، كما يفعل من يخبز في داره فوجهان: لأن الزحمة تشغل، فأما إذا لم يكن فيها أحد، فالمذهب وبه قطع البغوي: أنه إن كان الباب مغلقاً، فهو حرز بالنهار في وقت الأمن، وليس حرزاً في وقت الخوف ولا في الليل، وإن كان مفتوحاً، لم يكن حرزاً أصلاً، ومن جعل الدار المنفصلة عن العمارات حرزاً عند إغلاق الباب فأولى أن يجعل المتصلة بها عند الإغلاق حرزاً، وإذا ادعى السارق أن صاحب الدار نام، أو ضيع ما فيها وأعرض عن اللحاظ، فقال الغزالي: يسقط القطع بمجرد دعواه، كما في دعوى الملك، ويجيء فيه الوجه المذكور هناك.

واعلم أن الأمر في كل هذا مبني على العادة الغالبة في الإحراز. وعلى هذا الأصل، قال الأصحاب: النقد والجوهر والثياب لا تكون محرزة إلا بإغلاق الباب عليها، وأمتعة العطارين والبقالين والصيدلة إذا تركها على باب الحانوت ونام فيها، أو غاب عنه، فإن ضم بعضها إلى بعض وربطها بحبل، أو علق عليها شبكة، أو وضع لوحين على باب الحانوت مخالفين، كفى ذلك إحرازاً في النهار، لأن الجيران والمارة ينظرونها، وإن تركها مفرقة ولم يفعل شيئاً مما ذكرناه، لم تكن محرزة، وأما بالليل، فلا تكون محرزة إلا بحارس. قال الروياني: والبقل والفجل قد يضم بعضه إلى بعض، وي طرح عليه حصير، ويترك على باب الحانوت وهناك حارس ينام ساعة، ويدور ساعة، فيكون محرزاً، وقد يزين العامي حانوته أيام العيد بالأمتعة النفيسة، ويشق عليه رفعها ليلاً، فيتركها، ويلقي عليها نطعاً، وينصب حارساً، فتكون محرزة بخلاف سائر الأيام، لأن أهل السوق يعتادون ذلك، فيقوى بعضهم ببعض، والثياب على باب حانوت القصار والصباغ، كأمتعة العطارين، هذا فيما ينقل في العادة إلى داخل بناء ويغلق عليه باب، فأما الأمتعة الثقيلة التي يشق نقلها، كالحطب، فهي محرزة بأن يشد بعضها إلى بعض، وكذلك الخزف والقدر تحرز بالشرائح التي تنصب على وجه الحانوت، وإن تركت متفرقة لم تكن محرزة، وفي وجه لا يكفي الشد، بل يشترط أن يكون عليها باب مغلق، أو يكون على سطح محوط، والأول

أصح حيث جرت العادة به، وكذا الطعام في الغرائر في موضع البيع محرراً إذا شد بعضها إلى بعض بحيث لا يمكن أخذ شيء منه إلا بحل الرباط، أو فتق بعض الغرائر، نص عليه الشافعي رحمه الله، والحطب والقصيل على السطح المحوط محرزان، والأجذاع الثقالة على أبواب المساكن محرزة، وقال البغوي: متاع البقال في الحانوت في الليل محرز في وقت الأمن إذا كان الباب مغلقاً، وفي غير وقت الأمن لا بد من حارس، ومتاع البياع والبزار، لا يكون محرراً إلا بالحارس، وأن الكدس في الصحراء والبذر المستتر بالتراب، والزرع والقطن، قصيلاً كانا، أو اشتد الحرب وخرج الجوزق ليست محرزة إلا بحارص، وفي «جمع الجوامع» للرويان أن الزرع في المزارع محرز وإن لم يكن حارس، وفي تعليقه الشيخ إبراهيم المروذي أن الزرع إذا كان قصيلاً لا يحتاج إلى حارس لأنه يحفظ مثله في العادة، وهذا يجري في البذر المستتر، ولو كانت هذه الأشياء في محوط فهي كالثمار في البساتين، والثمار على الأشجار إن كانت في بركة لا تكون محرزة إلا بحارس، وفي الكرم والبساتين المحوطة كذلك إن كانت بعيدة عن الطرق والمساكن، وإن كانت متصلة بها، والجيران يراقبونها في العادة، فهي محرزة، وإلا فيحتاج إلى حارس. والأشجار في أفنية الدور محرزة. وفي البرية تحتاج إلى حارس، والحنطة في مطامير المفازة، والتبن في المتبن، والثلج في الثلجة، والجمد في المجمدة في الصحراء غير محرزة إلا بحارس، وباب الدار والhanوت والمغلاق والحلقة على الباب محرزة بالتركيب والتسمير، وكذا لآجر إذا سرق من صحن الدار، أو استخرجه من الجدار داخلاً أو خارجاً، ليلاً أو نهاراً، وجب القطع. والشرط في كونها محرزة أن تكون الدار بحيث تحرز ما فيها، ولو كان باب الدار مفتوحاً، فدخل داخل، وقلع باب بيت وأخرجه، فعن أبي إسحاق أنه لا قطع، كما لو أخذ متاعاً منها، وقال الأكثرون: يقطع. والباب محرز بالتركيب كباب الدار، والقفل على الباب محرز كالباب والحلقة، وقال ابن سلمة: ليس بمحرز، لأنه للإحراز به لا لإحرازه، والأول أصح.

المسألة الرابعة: الخيام يربطها وتنضيد الأمتعة فيها له تأثير في الاستغناء عن دوام اللحاظ المعتبر في الأمتعة الموضوعة في الصحراء، لكنها ليست كاللحام في الحصانة، لأنها في نفسها قابلة للسرقة، فإذا ضرب في صحراء خيمة، وآوى إليها متاعاً، فسرق منها، أو سرقته هي، نظر إن لم يشد أطنابها، ولم يرسل أذيالها، فهي وما فيها كالمتاع الموضوع في الصحراء، وإن شدها بالأوتاد وأرسل أذيالها، فإن لم يكن صاحبها فيها، فلا قطع، وقيل: الخيمة محرزة دون ما فيها، والصحيح الأول، وإن كان صاحبها في نفسها مستيقظاً، أو نائماً، أو نام بقربها، وجبا لقطع بسرقتها أو

سرقة ما فيها لحصول الإحراز في العادة، قال الأئمة: والشرط أن يكون هناك من يتقوى به، فأما إذا كان في مفازة بعيدة عن الغوث وهو ممن لا يبالي به، فليس بحرز، ولو ضرب خيمة بين العمارة، فهو كالمتاع الموضوع بين يديه في السوق، وهل يشترط إسبال باب الخيمة ذا كان من فيها نائماً؟ وجهان: أصحهما: لا، ولو شدها بالأوتاد ولم يرسل أذيالها وكان يمكن دخولها من كل وجه، فهي محرزة وما فيها ليس بمحرز، هكذا ذكره، وقد يفهم منه أن الأمتعة والأحمال إذا شد بعضها ببعض تكون محرزة بعض الإحراز، وإن لم يكن هناك خيمة، ولو أن السارق يجيء النائم في الخيمة، ثم سرق، فلا قطع، لأنها لم تكن حرزاً حين سرق.

المسألة الخامسة: المواشي في الأبنية المغلقة الأبواب محرزة إن اتصلت بالعمارة، سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن، للعادة، وإن كانت في برية، لم تكن محرزة إلا إذا كان صاحبها فيها مستيقظاً، أو نائماً، فإن كلب الباب مفتوحاً، اشترط كونه مستيقظاً، وكفي أن يكون المراح من حطب أو حشيش، وأما في غير الأبنية فلها أحوال:

أحدها: أن تكون الإبل ترعى في صحراء، فهي محرزة إذا كان معها حافظ يراها جميعاً، ويبلغها صوته، فإن لم ير بعضها، لكونه في وهدة أو خلف جبل أو حائط، فذلك البعض غير محرز، ولو نام، أو تشاغل لم تكن محرزة، ولو لم يبلغ صوته بعضها ففي «المهذب» وغيره أن ذلك البعض غير محرز، وسكت آخرون عن اعتبار بلوغ الصوت اكتفاء بالنظر، لأنه إذا قصد ما يراه أمكنه العدو إليه، وحكم الخيل والبغال والحمير وهي ترعى حكم الإبل. وكذا الغنم إذا كان الراعي على نشز من الأرض يراها جميعاً فهي محرزة إذا بلغها صوته، وإن كانت متفرقة.

الثاني: أن تكون سائرة، أما الإبل فإن كانت مقطورة يسوقها سائق، فمحرزة إن انتهى نظره إليها، وإن كان يقودها اشترط أن ينظر إليها كان ساعة، وينتهي نظره إليها إذا التفت، فإن كان لا يرى البعض لحائل جبل أو بناء، فذلك البعض غير محرز، وحكى ابن كج وجهاً أنه لا يشترط انتهاء النظر إلى آخرها، وليجيء هذا في سوقها. ولو ركب الحافظ أولها فهو كقائدها، ول ركب غير الأول، فهو لما بين يديه كسائق، ولما خلفه كقائد، وحيث يشترط انتهاء نظره إليها ففي اشتراط بلوغ الصوت ما سبق، وقد يستغنى بنظر المارة عن نظره إذا كان يسيرها في سوق مثلاً، أما إذا لم تكن مقطورة، بأن كانت تساق أو تقاد، فمنهم من أطلق أنها غير محرزة، لأنها لا تسير هكذا غالباً، وبهذا قطع البغوي وقال صاحب الإفصاح: المقطورة وهذه سواء، وبهذا أخذ الروياني، المعتمد أن تقرب منه. ويقع نظره عليها، ولا تعتبر صورة القطر، فإن

اعتبرناه، فيشترط أن لا يزيد القطار الواحد على تسعة للعادة الغالبة، فإن زاد فهي كغير المقطورة. ومنهم من أطلق ذكر القطر ولم يقيّد بعدد، والأصح توسط ذكره أبو الفرج السرخسي فقال: في الصحراء لا يتقيّد بعدد، وفي العمران يعتبر ما جرت العادة بأن يجعل قطاراً، وهو ما بين سبعة إلى عشرة، فإن زاد، لم تكن الزيادة محرزة، والخيل والبغال والحمير والغنم السائرة، كالإبل السائرة إذا لم تكن مقطورة، ولم يشترطوا القطر فيها، لكنه معتاد في البغال، ويختلف عدد الغنم المحرزة بالواحد بالبلد والصحراء.

الثالث: أن تكون الإبل مناخة، فإن لم يكن معها أحد، فليست محرزة، وإن كان معها صاحبها، فإن كانت معقولة، لم يضر نومه ولا اشتغاله عنها، لأن في حل المعقولة ما يوقظ النائم والمشتغل، وإن لم تكن معقولة اشترط أن ينظر إليها ويلاحظها.

فرع: الطعام على دابة محرزة محرز، فيقطع سارقه سواء سرقه من الوعاء، أو مع الوعاء، أو مع الدابة، ولو ساق بقرة وتبعها عجلها، فإنما يكون العجل محرزاً إذا قرب منه بحيث يراه إذا التفت، وأن يلتفت كل ساعة كما سبق في قائد القطار، وعن المسعودي أن الغنم المرسلة في سكة تشرع إليها أبواب الدور لا تكون محرزة حتى تأوي إلى موضع، وليكن هذا فيما إذا كثرت، وتعدرت الملاحظة، ومن دخل مراحاً، وحلب الغنم، أو جز صوفها وأخرج منه نصاباً، قطع.

المسألة السادسة: إذا نبش قبراً وسرق منه الكفن، فالمذهب وجوب القطع في الجملة، وبه قطع الجمهور، وحكى ابن خيران وابن الوكيل قولاً آخر أنه لا قطع فيه بحال، لأنه موضوع للبلى لا للإحراز، ويتفرع على المذهب صور:

إحداها: إن كان القبر في بيت محرز، قطع بسرقة الكفن منه، وكذا لو كانت المقبرة محفوفة بالعمارة ينذر تخلف الطارقين عنها في زمن يتأتى فيه النبش، أو كان عليها حراس مرتبون، ولو كان القبر في مفازة وبقعة ضائعة، فوجهان: أحدهما: ليس بحرز، وبه قطع صاحب «المهذب» والغزالي وعزاه إلى جماهير الأصحاب، لأن السارق يأخذ من غير خطر، والثاني واختاره القفال واقاضي، ورجحه العبادي: القبر حرز للكفن حيث كان، لأن النفوس تهاب الموتى، ولو كان القبر في بيت محرز فسرقة الكفن حافظ البيت، فعلى الوجه الأول لا قطع، وعلى الثاني: يجب، ولو كان القبر في مقابر البلاد الواقعة على طرف العمارة، فإن كان لها حارس، وجب القطع، وإلا فوجهان: أحدهما: يجب أيضاً، لأنه حرز في العادة.

الثانية: لو وضع في القبر شيء سوى الكفن، قال الإمام: إن كان القبر في

بيت، تعلق القطع بسرقة، وإن كان في المقابر فوجهان: أصحابهما: وبه قطع الجمهور: لا قطع للعادة، بخلاف الكفن، لأن الشرع قطع فيه النباش، وجعله محرراً لضرورة التكفين والدفن، وخص الإمام الوجه الآخر بما إذا كان من جنس الكفن، كثوب وضع فيه، وكما لو كفن في زيادة على خمسة أثواب، ففي الزيادة على الخمسة التي تلي الميت الوجهان، وليس الوجه مختصاً فقد حكاه الروياني فيما لو وضع في القبر مضربة، أو وسادة للميت، وعن بعضهم أنه أجراه فيما لو وضع معه دراهم أو دنانير، بل في «الرقم» للعبادي أن القفال أوجب القطع فيما لو دفن معه مال في بركة، والتابوت الذي يدفن فيه كالأكفان الزائدة والزيادة على ما استحسب تطيب الميت به، كسائر الأموال، وعن الماسرجسي أنه يقطع بالقدر المستحب كالكفن.

الثالثة: إذا كفن من تركته، فلمن الكفن؟ فيه أوجه: أصحابها: للورثة، لكن يقدم الميت فيه كقضاء دينه وإن كان الملك للورثة، وعلى هذا لو سرقه بعض الورثة، أو ولد بعضهم، فلا قطع، والثاني: يبقى على ملك الميت لحاجته إليه وإن كان لا يثبت له الملك ابتداءً، كما يبقى الدين عليه وإن لم يثبت عليه ابتداءً، والثالث: أن الملك فيه لله عز وجل، فإن قلنا: الملك فيه للوارث، فهو الخصم في السرقة، وإن قلنا: للميت، فهل الخصم الوارث أم الحاكم؟ وجهان: وإن قلنا: لله عز وجل، فالخصم الحاكم، هذا ما ذكره الأصحاب، وقال الإمام: إن كان من يقول: الملك لله تعالى أو للميت، يقول: يتعين رده بعد ما أخذه النباش إلى الميت، ولا يجوز للوارث إبداله، فالتفريع والخلاف في أن الخصم من هو صحيح، لكن هذا قول عري عن التحصيل، والوجه عندي أن للوارث إبداله بعد انفصاله عن الميت، وحينئذ يجب الجزم بأن الخصم لا غير، ولول أكل الميت سبع، أو ذهب به سيل، وبقي الكفن، فإن قلنا: إنه ملك الورثة، اقتسموه، وإن قلنا: ملك الميت، فالأصح أنه يجعل في بيت المال لمصالح المسلمين، والثاني: أنه للورثة، وإن قلنا: لله تعالى، جعل في بيت المال قطعاً، هذا كله إذا كفن من تركته، فإن كفنه أجنبي، أو كفن من بيت المال، فلمن الملك فيه؟ فيه طريقتان: أحدهما: على الأوجه، والثاني: يبقى للأجنبي، أو على حكم بيت المال، ويكون كالعارية.

قلت: هذا أصح. والله أعلم.

والقول في أن الخصم في السرقة من هو، وفي أنه لو أكله سبع إلى من يرد الكفن؟ مبني على الخلاف في الملك.

فرع: كفن سيد عبده، فهل الكفن ملك السيد أم لا يملكه أحد؟ وجهان:

أصحهما: الأول، ولو سرق الكفن وضاع، كفن ثانياً من التركة، فإن لم يكن، فهو كمن مات ولا تركة له.

قلت: هكذا جزم صاحب «التتمة» بأنه يجب تكفينه ثانياً من التركة، وقال صاحب «الحاوي»: إذا كفن من ماله وقسمت التركة، ثم سرق الكفن، استحَب للورثة تكفينه ثانياً، ولا يلزمهم ذلك، وهذا قوي. والله أعلم.

وإنما يقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر، أما إذا أخرجه من اللحد إلى فضاء القبر، وتركه هناك لخوف أو غيره، فلا يقطع، هكذا نص عليه الشافعي رحمه الله، ويجوز أن يخرج على الخلاف في الإخراج من بيت إلى صحن الدار.

فصل: إذا كان الحرز ملكاً للشارق، نظر إن كان في يد المسروق منه بإجارة، فسرق منه المؤجر، قطع، لأن المنافع مستحقة للمستأجر، وفي هذا الاستدلال إعلام بأن التصوير فيمن استحق بالإجارة إيواء المتاع دون من استأجر أرضاً للزراعة فأوى إليها ماشية، وإن كان الحرز في يده بإعارة وسرق المعير منه مال المستعير، قطع على الأصح المنصوص، وقيل: لا، وقيل: إن دخل الحرز بنية الرجوع عن العادة فلا قطع، وإن دخل بنية السرقة قطع، ولو أعار عبداً لحفظ مال، أو رغي غنم، ثم سرق مما يحفظه عبده، ففيل: يقطع قطعاً، وقيل: فيه الأوجه، ولو أعار قميصاً، فلبسه المستعير، وطرَّ المعير جيبه، وأخذ ما فيه، قطع ولو كان الحرز في يده بغصب، فسرق مالك الحرز منه، فلا قطع، لأن دخوله جائز فليس محرراً عنه، وإن سرق منه أجنبي، لم يقطع على الأصح، ولو اشترى الحرز، وسرق منه قبل القبض مال البائع، فإن لم يكن أدى الثمن، قطع، وإلا فلا على الأصح، ولو غصب مالاً. أو سرقه وضعه في حرزه، فجاء مالك المال، وسرق من ذلك الحرز مالاً للغاصب، فلا قطع على الأصح، لأن له دخول الحرز وهتكه لأخذ ماله، وخصص جماعة الوجهين بما إذا كان مال الغاصب متميزاً لا عن ماله، سواء أخذه وحده أم مع مال نفسه، فأما إذا كان مخلوطاً به بحيث لا يتميز أحدهما، فلا قطع قطعاً، وهذا تفريع على أن المال المشترك لا يقطع به الشريك، ولو سرق أجنبي المال المغصوب أو المسروق، لم يقطع على الأصح.

فصل: سرق طعاماً في عام القحط والمجاعة، فإن كان يوجد عزيزاً بثمان غال، قطع، وإن كان لا يوجد ولا يقدر عليه، فلا قطع، وعلى هذا يحمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه: لا قطع في عام المجاعة.

الركن الثاني: نفس السرقة، وهي أخذ المال على وجه الخفية، فلا قطع على

من أخذ عياناً، كالمختلس والمنتهب، فالمختلس: هو من يعتمد الهرب، والمنتهب: الذي يعتمد القوة والغلبة، ولا يقطع المودع إذا جحد، وفيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في إبطال الحرز، وقد يكون بالنقب وفتح الباب، وقد يكون بتغييبه عن نظر الملاحظ، وفيه صور:

الصورة الأولى: إذا نقب، ثم عاد وأخرج نصاباً في ليلة أخرى، فإن علم صاحب الحرز بالنقب، أو كان ظاهراً يراه الطارقون، وبقي كذلك، فلا قطع، لانتهاك الحرز، وإلا فيقطع على الأصح، وبه قال ابن سريج وغيره، كما لو نقب وأخرج المال آخر، ولو نقب واحد، ودخل آخر الحرز وأخرج المال في الحال، أو بعده لم يقطع واحد منهما، ويضمن الأول الجدار، والثاني ما أخذه، وقيل: في وجوب القطع على الثاني قولان، والمذهب الأول، فلو كان في الدار حافظ قريب من النقب، وهو يلاحظ المتاع فهو محرز به، فيقطع الآخذ، وإن كان الحافظ نائماً، لم يقطع في الأصح كما سبق فيمن نام في الدار وبابها مفتوح.

الصورة الثانية: تعاون شريكان على النقب، وأخرجوا نصابين، بأن أخرج كل واحد نصاباً، أو حملاً متاعاً يساوي نصابين، لزمهما القطع، وإن تعاونوا على النقب، وانفرد أحدهما بالإخراج، فالقطع على المخرج خاصة، وحكى الإمام في المخرج وجهاً شاذاً جداً، ولو نقب واحد، ودخل مع آخر، وأخرجوا المال، قطع الجامع بين النقب والإخراج دون الآخر، ولو اشتركا في النقب ولم يخرجوا إلا نصاباً، فقد سبق أنه لا قطع على واحد منهما، ولو أخرج أحدهما بعد الاشتراك في النقب ثلثاً، والآخر سدساً، قطع صاحب الثلث دون الآخر، وفيما يحصل به الاشتراك في النقب وجهان: أحدهما: لا يحصل بأخذ آلة واحدة ويستعملها معاً، وكما لا يحصل الاشتراك في قطع اليد إلا بأن يمرأ حديدة واحدة، وأصحهما: تحصل الشركة وإن أخذ هذا لبنات وهذا لبنات.

الصورة الثالثة: الشريكان في النقب، إذا دخل أحدهما ووضع المتاع قريباً من النقب، أو دخل أحد السارقين ووضعته قريباً من باب الحرز، وأدخل الآخر يده وأخذه، فالقطع على الثاني المخرج دون الأول، وكذا لو وقف أحدهما على طرف السطح، ونزل الآخر وجمع الثياب وربطها بحبل، فرفعها الواقف، فالقطع عليه لا على الأول، وعليهما الضمان. ولو وضع الداخل المتاع خارج الحرز أو الباب، وأخذه الآخر، فالقطع على المخرج دون الآخذ، ولو وضع المتاع على وسط النقب، فأخذه الآخر وأخرجه وهو يساوي نصابين فقولان: أحدهما: يقطعان. وأظهرهما: لا قطع على واحد منهما، ولو ناول الداخل الخارج في فم النقب، قال الروياني: لا

يقطع واحد منهما، ذكره بعد حكايته القولين المذكورين، ويشبه أن يكون هذا تفريراً على الأظهر. وإلا فلا فرق، ولو نقب اثنان ودخلا، وأخذ أحدهما المال وشده على وسط الآخر، فخرج به الآخر. فالحق على هذا الآخر دون الأول، ولو أن الآخر أخذ المال فأخرجه والمتاع في يده، قطع المحمول. وفي الحامل وجهان: أحدهما: لا يقطع، لأنه ليس بحامل للمال، ولهذا لو حلف لا يحمل طبقاً، فحمل رجلاً حاملاً طبقاً، لا يحنث، ولو نقب زمن وأعمى، وأدخل الأعمى الزمن فأخذ المال، وحمله الأعمى وأخرجه. قطع الزمن، وفي الأعمى الوجهان، قال صاحب «البيان»: ولو أن الأعمى حمل الزمن وأدخله، فدل الزمن الأعمى على المال، وأخذه، وخرج به، قطع الأعمى، ولا يقطع الزمن على الأصح، ولو نقب واحد ودخل، فوضع المتاع على وسط النقب، فأخذه آخر، أو دخل غير الناقب ووضعه في الوسط، فأخذه الناقب، فلا قطع على واحد منهما.

فرع: لا فرق في هتك الحرز بين النقب، وكسر الباب. وقلعه، وفتح المغلاق والقفل، وتسور الحائط، فيجب القطع بأخذ المال في جميع هذه الأحوال. الطرف الثاني: في وجوه النقل وفيه مسائل:

إحداها: رمى المال إلى خارج الحرز من النقب أو الباب، أو من فوق الجدار، لزمه القطع، سواء أخذه بعد الرمي، أو تركه فضاع أو أخذه غيره، وقيل: إن لم يأخذه، فلا قطع، فعلى هذا لو أخذه معينه، ففيه تردد للإمام، والصحيح الأول، ولو أدخل يده في النقب، أو أدخل فيه محجناً، وأخرج المتاع، قطع، ولو أرسل محجناً أو حبلاً في رأسه كلاب من السطح، وأخرج به ثوباً، أو إيناء ونحوه، قطع.

الثانية: لو أتلف المال في الحرز بأكل أو إحراق، فلا قطع. ولو ابتلع في الحرز جوهرة أو ديناراً فثلاثة أوجه: أحدها: أنها إن خرجت منه بعد ذلك، قطع. وإلا فلا، والثاني: لا يقطع مطلقاً، والثالث: يقطع، ونقل الغزالي وجهاً رابعاً أنه إن أخذها بعد الانفصال عنه، قطع، وإلا فلا، ولم أره لغيره، ولو أخذ الطيب، فتطيب به في الحرز، ثم خرج، فإن لم يمكن أن يجمع منه ما يبلغ نصاباً، فلا قطع، وكذا إن أمكن على الأصح، لأن استعماله يعد إهلاكاً، كأكل الطعام.

الثالثة: لو كان في الحرز ماء جارٍ، فوضع المتاع عليه حتى خرج، قطع على الصحيح، وإن كان الماء راكداً، وحركه حتى خرج به، فهو كالجارى، وإن حركه غيره، فخرج، فالحق على المحرك، وإن زاد الماء بانفجار أو مجيء سيل، فخرج به، لم يقطع على الأصح، ولو كان في بستان أترج والماء يدخل من أحد طرفيه،

ويخرج من الآخر، فجمع ناراً وقوداً ووضع على الماء حتى دخل وعلا الدخان، فأسقط الأترج في الماء. وخرج من الطرف الآخر، فأخذه أو رمى الأشجار بحجارة من خارج البستان حتى تناثرت الثمار في الماء وخرجت من الجانب الآخر، لم يقطع على الصحيح، ولو كانت الريح تهب، فعرض المتاع حتى خرجت به، أو وضعه على طرف النقب، فطارت به الريح، قطع، ولا أثر لمعاونة الريح، كما أنها لا تمنع وجوب القصاص وحل الصيد والحالة هذه، ولو كانت الريح راكدة، فوضعه على طرف النقب، فهبت وأخرجته، فلا قطع على الأصح.

الرابعة: لو وضع متاعاً في حرز على ظهر دابة، وسيرها بسوق أو قود حتى خرجت، أو عقد اللؤلؤة على جناح طائر وطيئه، قطع على المذهب، وبه قطع الأصحاب، وفي «البيان» وجه، ولو كانت الدابة في السير، فوضع المتاع عليها فخرجت به، فلا قطع، فهو كما لو سيرها، ولو لم تكن سائرة ولا سيرها، بل كانت واقفة، فوضع المتاع عليها، فسارت وخرجت به، فلا قطع على الأصح، لأن لها اختياراً في السير، وقيل: لا قطع بلا خلاف، وقيل: إن سارت في الحال، قطع. وإلا فوجهان: وقيل: إن وقفت، ثم سارت، فلا قطع، وإن سارت في الحال فوجهان: ولو أخرج شاة، فتبعها أخرى أو سخلتها، ولم تكن الأولى نصاباً، ففيه هذا الخلاف، والمذهب أنه لا قطع في الصورتين، وفي دخول السخلة في ضمانه وجهان: ولو نقب الحرز، ثم أمر صبياً لا يميز بإخراج المال، فأخرجه، فقال الجمهور: يجب القطع على الأمر قطعاً، وقيل: على الخلاف في خروج البهيمة التي كانت واقفة، وإن كان مميزاً وله اختيار صحيح ورؤية، فلا قطع، لأنه ليس آلة له، والعبد الأعجمي كالصبي الذي لا يميز.

الخامسة: لو سرق عبداً صغيراً لا يميز، قطع إن كان محرزاً، وإنما يكون محرزاً إذا كان في دار السيد، أو بفناء داره، فإن بعد عنها، ودخل سكة أخرى، فليس بمحرز، وسواء في المحرز بفناء الدار كان وحده، أو كان يلعب مع الصبيان، لأنه لا يعد مضيعة، وسواء حمله نائماً أو مستيقظاً، أو دعاه فتبعه، لأنه كالبهيمة يساق أو يقاد، ويجيء فيه الخلاف في تسيير البهيمة والمجنون والأعجمي الذي لا يميز كصغير لا يميز، وإن كان الصغير مميزاً، فسرقه نائماً أو سكراناً أو مضبوطاً، فعلى ما ذكرناه في غير المميز، ولو دعاه وخدعه فتبعه باختياره، فليس بسرقة، بل هو خيانة، ولو أكرهه بالسيف حتى خرج من الحرز، قطع على الأصح، ولو حمل عبداً قوياً قادراً على الامتناع، فلم يمتنع، فلا قطع، ولو حمله نائماً أو سكراناً، قال الإمام: الوجه عندي الجزم بثبوت يده عليه حتى لو تلف قبل التيقظ، ضمنه، لأن

المنقول لا يتوقف ثبوت اليد عليه على الاستيلاء والتمكن من المقاومة عند طلب الاسترداد، قال: وفي تحقيق السرقة نظر، لأن مثل هذا العبد محرز بيده وقوته، هكذا ذكر المسألة الإمام الغزالي في «الوسيط» على التردد، وأطلق في «الوجيز» أنه لا قطع، قال الإمام: ولو جلس حيث لا مستغاث يصاح به، وهو يلاحظ متاعه، فتغفله ضعيف، وأخذ المال، ولو شعر به صاحب المال لطرده، فهل نقول: لا قطع، كما لو أخذه قوي لا يبالي بصاحب المال، أم نقول: يختلف الحكم بحسب اختلاف الآخذين؟ الظاهر عندنا أنه يختلف.

السادسة: الحر لا يضمن باليد، فلا قطع بسرقة وإن كان طفلاً، لأنه ليس بمال، فلو كان مع الصبي مال، أو في عنقه قلادة تبلغ نصاباً، فلا قطع أيضاً على الأصح، لأنه في يد الصبي ومحرز به فلم يخرج من حرزه، هكذا أطلق الجمهور الوجهين: وصورهما الإمام فيما لو كان الصبي نائماً أو مربوطاً عند الحمل، قال: ويجريان في أن من حمله على غير صورة السرقة هل تدخل الثياب التي عليه في ضمانه؟ ولو حمل حراً مستقلاً وأخرجه من الحرز وعليه ثيابه، أو معه مال آخر، قال الإمام: تقدم عليه مسألة وهي أنه لو نام على بعير عليه أمتعة، فجاء سارق فأخذ بزمامه، وأخرجه عن القافلة، وجعله في مضیعة، وفيه أربعة أوجه: أحدها: يجب القطع، لأنه أخرج نصاباً من الحرز والمأمن إلى المضیعة، والثاني: لا قطع، لأن البعير وما عليه محرز بالراكب ولم يخرج من يده، والثالث: إن كان الراكب قوياً لا يقاومه السارق لو انتبه فلا قطع، وإن كان ضعيفاً لا يبالي به السارق، قطع ولا أثر ليد الضعيف، والرابع وهو الأصح، ولم يذكر كثيرون سواه: إن كان الراكب حراً، فلا قطع، لأن المتاع والبعير في يده، وإن كان عبداً، قطع، لأن العبد في نفسه مسروق يتعلق به القطع، ثم بنى الإمام على هذا الخلاف خلافاً حكاه في أن المستقبل إذا حمله حامل، هل يدخل ما عليهم الثياب تحت يد الحامل؟ قال: والقول بدخولها بعيد، وهو في الحر القوي أبعد منه في الضعيف، قال: وحيث لا تثبت يد الحامل على الثياب فلا سرقة، وحيث أثبتنا يده، والمحمول قوي، ففي السرقة وجهان: والمذهب: أنه لا تثبت السرقة، وأن ما مع الحر لا يدخل في يد الحامل، لأن يد المحمول ثابتة على ما معه، ولهذا نقول: ما يوجد مع اللقيط يحكم بأنه في يده.

فرع: لو سرق حلياً من عنق صبي، أو سرق ثيابه، قطع، وفي الموضع الذي يكون العبد الصغير محرزاً، ولو سرق قلادة من عنق كلب، أو سرقها مع الكلب، قطع، وحزر الكلب كحزر الدواب.

الطرف الثالث: في المحل المنقول إليه

فلا قطع بنقل المتاع من بعض زوايا الحرز إلى بعضها، ولو نقل من بيت إلى صحن الدار، نظر إن كان باب البيت مغلقاً وباب الدار مفتوحاً، قطع، لأنه أخرجه من حرزه، وجعله في محل الضياع، وإن كان باب البيت مفتوحاً وباب الدار مغلقاً، فلا قطع، وإن كان البابان مغلقين، فلا قطع على الأصح المنصوص، وقيل: يقطع، وقيل: إن كان الصحن حرزاً، لم يقطع، وإلا فيقطع، وإن كان باب البيت والدار مفتوحين فالمال ضائع إذا لم يكن محرزاً باللحاظ، فلا قطع، وهذه الصور الأربع ظاهرة التصوير إذا لم يوجد من السارق تصرف في باب الدار، بأن تسور الجدار ودخل، أما إذا فتح باب الدار المغلق، ثم أخرج المتاع من البيت إلى الصحن، فالحرز الذي يهتكه السارق في حكم الحرز الدائم بالنسبة إليه، فيكون كما لو نقل إلى الصحن وباب الدار مغلق، هذا ما رآه الإمام أصح، فإن أغلق الباب بعد فتحه، فهو أظهر، وجميع ما ذكرنا في دار هي وبيوتها لواحد، فلو سكنها جماعة، وانفرد كل واحد بحجرة أو بيت وفي معناها الخانات والمدارس والرباطات، فهو في حق من لا يسكن الخان كدار يختص بها واحد، حتى إذا سرق من حجرها أو صحنها ما يحرزه الصحن، وأخرج من الخان قطع، وإن أخرج من البيوت والحجر إلى صحن الخان فوجهان: أحدهما: يقطع بكل حال، لأن الصحن ليس حرزاً لصاحب البيت بل هو مشترك بين السكان، كالسكة المشتركة بين أهلها، وبهذا قطع صاحب «المهذب» وجماعة، والثاني وبه قطع الغزالي والبعوي وغيرهما: أنه كالإخراج من بيوت الدار إلى صحنها، فيفرق بين أن يكون باب الخان مفتوحاً أو مغلقاً، ويقرب من هذا ما حكى عن الشيخ أبي محمد أنه إن كان نهاراً، قطع، وإن كان ليلاً، فلا، لأن الباب يكون مغلقاً، وأما إذا سرق أحد السكان، فإن سرق من العرصه، فلا قطع، لأنها مشتركة وما فيها غير محرز عنهم، قال الإمام: هذا إذا كان فتح الباب هيناً على من يخرج منها، بأن كان موثقاً بسلاسل ونحوها، أما إذا كان موثقاً بالمغاليق وله مفتاح بيد حارس وكان يحتاج مخرج المتابع إلى معاناة وما يحتاج إليه من يحاول الدخول من خارج، ففيه تردد، وإن أخرجه من بعض البيوت إلى الصحن، وكان باب البيت مغلقاً، والصحن في حق السكان كسكة منسدة بالإضافة إلى الدور، ولا فرق بين أن يكون باب الخان مفتوحاً أو مغلقاً، كما لو كان على السكة باب لا فرق بين أن يكون مغلقاً أو مفتوحاً.

فرع: سرق الضيف مال المضيف من موضع محرز عنه، قطع، وإن سرقه من غير محرز عنه، لم يقطع، ولو سرق جار من طرف حانوت جاره حيث يحرز بلحاظ الجيران، فلا قطع، لأنه محرز به لاعنه.

فرع: دخل رجل الحمام مغتسلاً، فسرق، لم يقطع، فإن دخل سارقاً وهناك حافظ الحمامي أو غيره، قطع، فإن كان نائماً أو معرضاً، أو لم يكن أحد، فلا قطع، قال البغوي وغيره: إنما يقطع بسرقة ثوب من دخل الحمام إذا استحفظ الحمامي فحفظه، فإن لم يستحفظه، فلا ضمان على الحمامي بترك الحفظ، ولا قطع على السارق، وإن استحفظه، فلم يحفظ، ضمن ولا قطع على السارق.

فرع: أذن صاحب الدكان الناس في دخوله للشراء، فمن دخل مشترياً وسرق، لم يقطع، ومن دخل سارقاً، قطع، وإن لم يأذن في دخوله، قطع كل داخل.

الركن الثالث: السارق، وشرطه التكليف والاختيار والالتزام، فلا قطع على صبي ومجنون ومكره وحربي، وفي السكران الخلاف السابق في الطلاق وغيره، ويقطع المسلم والذمي بسرقة مال المسلم والذمي، وكذا يحد الذمي إذا زنى، ثم في «التهذيب» وغيره أنا إذا ألزمت حاكمها الحكم بينهم أقام عليه الحد وقطعه، وإن لم يرض وإن لم يلزمه الحكم، لم يحده ولم يقطعه إلا برضاه، سواء سرق من مسلم أو ذمي، وإن كان يجب الحكم بين المسلم والذمي بلا خلاف، لأن القطع حق الله تعالى، لاحق المسروق منه، وأشار الإمام إلى الجزم بأنه يقطع إذا سرق مال مسلم ولا يتوقف على رضاه، وذكر أنه إذا سرق مال ذمي، لم يقطع حتى يترافعوا إلينا، ويجيء القولان في إجبار الممتنع إذا جاءنا الخصم، قال: ولو زنى بمسلمة، ففي كلام بعض الأصحاب أن الحد على القولين، قال الإمام: وهذا غلط، والصواب الجزم بإقامة الحد قهراً، وإن كان ذلك لله تعالى، لأننا لو فوضنا الأمر إلى رضاه، لجر ذلك فضيحة عظيمة، وغايتنا أن نحكم بنقض العهد، وإذا طلب تجديده، وجب التجديد، وكيف قدر الخلاف، فالمذهب أنه لا يشترط رضاه على الإطلاق، كما سبق في بابي الزنى والنكاح، وأما المعاهد ومن دخل بأمان، ففيه أقوال، أظهرها عند الأصحاب، وهو نصه في أكثر كتبه: لا يقطع، لأنه لم يلتزم، فأشبهه الحربي، والثاني: يقطع كالذمي، وكحد القذف والقصاص، والثالث وهو حسن: إن شرط عليه في العهد قطعه إن سرق، قطع، وإلا فلا، ومنهم من اكتفى على هذا القول بأن يشرط عليه أن لا يسرق، ومنهم من قطع بالتفصيل، ومنهم من قطع بنفي القطع، ولا خلاف أنه يسترد المسروق أو بدله إن تلف، ولو سرق مسلم مال معاهد، قال الإمام: التفصيل فيه كالتفصيل في معاهد سرق مال مسلم، ولو زنى معاهد بمسلمة فطريقان، أحدهما: أن في حد الزنى الخلاف، كالقطع، والثاني: الجزم بأن لا حد، لأنه محض حق لله تعالى لا يتعلق بخصومة آدمي وطلبه، وهذا موافق لنقل العراقيين

والبغوي، وفي انتقاض عهد المعاهد بالسرقة أوجه: ثالثها: إن شرط أن لا يسرق، انتقض، وإلا فلا.

فرع: سواء في وجوب القطع الرجل والمرأة والعبد الآبق وغيره.

الباب الثاني: فيما تثبت به السرقة

تثبت بثلاث حجج، إحداها: اليمين المردودة، فإذا ادعى عليه سرقة توجب القطع، فأنكر وحلف، فلا شيء عليه، وإن نكل، ردت اليمين على المدعي، فإذا حلف، وجب المال والقطع، هكذا نقله الإمام عن الأصحاب، وكذا ذكره الغزالي وإبراهيم المروذي، لأن اليمين المردودة كالإقرار وكالبينة، وكلاهما يوجب القطع، والذي ذكره صاحب «الشامل» و«البيان» وغيرهما أنه لا يثبت بها القطع، لأنه حق لله تعالى، فأشبهه ما لو قال: أكره أمتي على الزنى، فحلف المدعي بعد نكول المدعى عليه، يثبت المهر دون حد الزنى.

قلت: صحح الرافعي في «المحرر» الأول. والله أعلم.

الحجة الثانية: الإقرار، فإذا أقر بسرقة توجب القطع، أجري عليه حكمها، ولا يشترط تكرير الإقرار، فلو أقر ثم رجع، فالمذهب أنه لا يقبل في المال، وأنه يقبل في سقوط القطع، فلو رجع بعد قطع بعض اليد، سقط الباقي، فإن كان يرجى برؤه، فذاك وإلا فللمقطوع قطع الباقي لئلا يتأذى به، ولا يلزم الإمام ذلك. ولو أقر اثنان بسرقة نصابين، ثم رجع أحدهما، سقط القطع دون الآخر، والرجوع عن الإقرار بقطع الطريق، كالرجوع عن الإقرار بالسرقة، ولو أقر بإكراه أمة على الزنى، ثم رجع، فالمذهب سقوط الحد دون المهر.

فرع: إذا أقر ابتداء من غير تقدم دعوى بأنه سرق من زيد الغائب سرقة توجب القطع، فهل يقطع في الحال، أم ينتظر حضور زيد ومطالبتة؟ وجهان: أحدهما: الثاني، لأنه ربما حضر، وأقر أنه كان أباحه المال، فيسقط الحد وإن كذبه السارق، والحد يسقط بالشبهة، فتأخيره أولى، ولو أقر بإكراه جارية غائب على الزنى فوجهان: أحدهما: يحد للزنى ولا يؤخر، لأنه لا يتوقف على طلبه، ولو حضر وقال: كنت أبحتها له، لم يسقط الحد، وقال ابن سريج: يؤخر لاحتمال أنه يقر بأنه وقف عليه تلك الجارية، قال الإمام: وعلى الأول لو قال المالك: كنت بعثتها، أو وهبتها، وأنكر المقر، ينبغي أن لا يسقط الحد، وعلى قياسه ينبغي أن لا يسقط الحد إذا أقر بوقف الجارية، وكذبه المقر.

قلت: ليس الوقف كالبيع، فإنه يصح بلا قبول على المختار. والله علم.

وإذا قلنا: لا يقطع حتى يحضر الغائب، فهل يحبس؟ فيه أوجه: أحدها: نعم، كمن أقر بقصاص لغائب أو صبي، والثاني: إن قصرت المسافة وتوقع قدومه على قرب، حبس، وإلا فلا، والثالث: إن كانت العين تالفة، حبس للغرم، وإن كانت باقية، أخذت منه، ثم يفرق بين طول المسافة وقصرها، ولو أقر بغصب مال غائب، لم يحبس، لأن الحاكم لا مطالبة له بمال الغائب.

فرع: لو أقر عبد بسرقة موجبة للقطع، قطع، وفي قبوله في المال أقوال، أظهرها: لا يقبل، والثاني: يقبل، والثالث: إن كان المال في يده، قبل، وإن تلف، فلا، والرابع: عكسه، هذا إذا كان المال في يده، أما إذا كان في يد السيد، أو أجنبي، فلا يقبل إقراره فيه بلا خلاف، ولو أقر بسرقة دون النصاب، لم يقبل بلا خلاف إلا أن يصدقه سيده.

فرع: متى رفع إلى مجلس القضاء، واتهم بما يوجب عقوبة الله تعالى، فللقاضي أن يعرض له بالإنكار، ويحمله عليه، فلو أقر بذلك ابتداء، أو بعد الدعوى، فهل يعرض له بالرجوع؟ فيه أوجه: الصحيح الذي قطع به عامة الأصحاب: نعم، للحديث الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لما عزر ﷺ بعد إقراره بالزنى: «لعلك قبلت»^(١) والثاني: لا، ونقله الإمام عن الجمهور، وليس كما قال، والثالث: إن لم يكن عالماً بجواز الرجوع، عرض له، وإلا فلا، فعلى الأول هل يستحب للقاضي التعريض؟ وجهان: أحدهما: نعم، للحديث، وأصحهما: لا، لأن النبي ﷺ ترك التعريض في أكثر الأوقات. والتعريض في الزنى: لعلك فاخذت، أو لمست، أو قبلت. وفي شرب الخمر: لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكر. وفي السرقة: لعلك غصبت، أو أخذت بإذن المالك، أو من غير حرز ونحوها، ولا يحمله القاضي على الرجوع تصريحاً بأن يقول: ارجع عن الإقرار، أو اجحده، وإذا ثبت الحد بالبينة لا يحمله على الإنكار، وأما حقوق الأدمي، فلا يعرض له بالرجوع عن الإقرار بها، حتى لا يعرض في السرقة بما يسقط الغرم، إنما يسعى في دفع القطع، وهل للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في حدود الله تعالى؟ وجهان:

قلت: أصحهما: نعم إن رأى المصلحة في الستر، وإلا فلا. والله أعلم.

فرع: قال الإمام: في الحديث «من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله»: هذا دليل على أنه لا يجب على من قارف موجب حد إظهاره للإمام، قال: وكان شيخي يقطع به، وفيه احتمال إذا قلنا: الحد لا يسقط بالتوبة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٨٢٤) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٢٧).

قلت: الصواب: الجزم بأنه لا يجب الإظهار لقصة ماعز، وإنما لا يسقط الحد بالتوبة على قول في ظاهر الحكم، وأما فيما بينه وبين الله تعالى، فالتوبة تسقط أثر المعصية. والله أعلم.

الحجة الثالثة: الشهادة، فيثبت القطع بشهادة رجلين، ولا يثبت برجل وامرأتين، فلو شهد رجل وامرأتان بالسرقة، أو شاهد وحلف المدعي معه، ثبت المال ولا يثبت القطع، كما لو علق الطلاق أو العتق على غصب أو سرقة، فشهد رجل وامرأتان على الغصب أو السرقة، ثبت المال دون الطلاق والعتق، وقيل: في ثبوت المال في السرقة قولان، والمذهب الأول، ولا تقبل في السرقة شهادة مطلقة لاختلاف المذاهب فيها، فيشترط بيان السارق بالإشارة إليه إن كان حاضراً، أو ذكر اسمه ونسبه بحيث يتميز إن كان غائباً، ويكفي عند حضوره أن يقول: سرق هذا، وحكى ابن كج وجهاً أنه يشترط أن يقول: هذا بعينه، وليس بشيء، ويشترط أن يبين المسروق والمسروق منه، وكون السرقة من حرز بتعيين الحرز أو صفته، وعن القاضي أبي الطيب وغيره، أن الشاهد يقول أيضاً، ولا أعلم له فيه شبهة، قال صاحب «الشامل»: وليكن هذا تأكيداً، لأن الأصل عدم الشبهة، ويشترط أن تتفق شهادة الشاهدين، فلو شهد أحدهما أنه سرق بكرة، والآخر أنه سرق عشية، أو أحدهما بسرقة كبش أبيض، والآخر بكبش أسود، فهما شهادتان على سرقتين مختلفتين، فلا قطع، وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما، فيغرمه، ولو شهد اثنان أنه سرق كذا غدوة، وشهد آخران أنه سرق عشية، فالبينتان متعارضتان، فلا يحكم بواحدة منهما، وفي الصورة الأولى لا يقال: متعارضتان، لأن الحجة لم تتم، فلو لم تتوارد الشهادتان على معين، بل قال بعضهم: سرق كبشاً غداة، وقال بعضهم: سرق كبشاً عشية، فإن كان الذي شهد واحداً وواحداً، فلا قطع، وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما، ويأخذ الغرم، أو معهما ويأخذ غرم ما شهدا به جميعاً، وإن شهد اثنان واثنان، وجب القطع، وغرم ما شهد به هذان وهذان، لكمال الحجتين، ولو شهد واحد بسرقة كبش، وآخر بسرقة كبشين، ثبت الواحد وتعلق به القطع إن بلغ نصاباً، ولو شهد واحد بسرقة ثوب قيمته ربع دينار، وشهد آخر بسرقة ذلك الثوب، وقومه بثمان دينار، لم يقطع ويغرم ثمن دينار، وللمشهود له أن يحلف مع شاهد الربع ويستحقه، ولو شهد اثنان بسرقة وقالوا: قيمته ربع، وشهد آخران بسرقة وقالوا: قيمته ثمن، لم يقطع، وللمشهود له الثمن، ولو شهد أحدهما بسرقة ثوب أبيض قيمته ربع، والآخر بسرقة ثوب أسود قيمته ثمن، فلا قطع، ولا يثبت بهما شيء لاختلافهما، وله أن يحلف مع أحدهما، وإن شهد اثنان واثنان تمت الشهادتان، فيقطع ويغرم الربع والثمن معاً.

فرع: كما يشترط التفصيل في الشهادة بالسرقة يشترط في الإقرار بها، فلا قطع على من أقر بالسرقة مطلقاً، لأنه قد يظن غير السرقة سرقة، واسم السرقة يقع على ما يقطع به وعلى غيره، وفي الشهادة على الزنى يشترط التفصيل، وكذا في الإقرار به على الأصح.

فرع: الشهادة بالسرقة إن ترتبت على دعوى المسروق منه أو وكيله، فذاك، وإن شهد الشهود على سبيل الحسبة، فهل تقبل شهادتهم؟ وجهان: أحدهما: نعم، فعلى هذا إن كان المسروق منه غائباً، فالنص أنه لا يقطع حتى يحضر الغائب، ونص فيما لو شهد أربعة بالزنى بجارية غائب أنه يحد، ولا ينتظر حضور الغائب، فقليل: قولان فيهما، وقيل: ينتظر المالك في الصورتين، وغلطوا ناقل نص الزنى أو تأولوه، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن حد الزنى لا يسقط بإباحة الوطء، وحد السرقة يسقط بإباحة المال، فربما كان الغائب أباحه فانتظر اعترافه، ولأن القطع متعلق حق الآدمي، فإنه شرع حفظاً لماله، فاشتراط حضوره، فإن قلنا: لا يقطع ولا يحد في الحال، فهل يحبس؟ فيه الخلاف السابق فيمن أقر بسرقة مال غائب، أو بالزنى بجارية غائب، وأشار الإمام إلى أن الظاهر عند الأصحاب أنه يحبس لما يتعلق به من حق الله تعالى، وإذا لم يقطع حتى حضر المالك، فإن لم يطلب المال، أو اعترف بما يسقط القطع، فلا قطع، وإن طلب ولم تظهر شبهة، فإن قلنا: شهادة الحسبة مقبولة، قطع، وهل تجب إعادة الشهادة لثبوت المال؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال، والثاني: لا، ويثبت الغرم تبعاً، وإن قلنا: غير مقبولة، فلا بد من إعادة البيعة للمال، والأصح أنها لا تعاد للقطع.

فرع: سرق مال صبي أو مجنون، قال ابن كج: إن انتظرنا حضور الغائب واعتبرنا طلبه، انتظر بلوغه وإفاقته، وإلا قطعناه في الحال.

فرع: إذا قلنا: يسقط الحد بدعوى الملك، فهل يستفصله القاضي سعيّاً في سقوط الحد؟ فيه تردد للإمام.

قلت: الأصح لا يستفصله، لأنه إغراء له بادعاء الباطل. والله أعلم.

الباب الثالث: في الواجب على السارق

وهو شيئان:

أحدهما: رد المال إن كان باقياً، وضمّانه إن تلف، سواء في ذلك الغني والفقير.

الثاني: القطع، فتقطع من السارق والسارقة يده اليمنى، فإن سرق ثانياً، قطعت

رجله اليسرى، فإن سرق ثالثاً، قطعت يده اليسرى، فإن سرق رابعاً، قطعت رجله اليمنى، فإن سرق بعد ذلك، عزّر، ونقل الإمام عن القديم قولاً، أنه يقتل للحديث، والمشهور التعزير، والحديث منسوخ أو مؤوّل على أنه قتله لاستحلاله، أو لسبب آخر، وتقطع اليد من الكوع، والرجل من المفصل بين الساق والقدم، ويمد العضو مدّاً عنيفاً حتى ينخلع، ثم يقطع بحديدة ماضية، ويمكن المقطوع جالساً ويضبط لثلاً يتحرك، ويحسم موضع القطع بأن يغمس في زيت أو دهن مغلي، لتتسد أفواه العروق وينقطع الدم، وهل هذا حق لله تعالى وتتمّة للحد، أم هو حق للمقطوع ونظر له؟ وجهان: أحدهما: الثاني، فعلى الأول يتركه الإمام، ويكون ثمن الدهن ومؤنة الحسم على الخلاف في مؤنة الجلاد، وإن قلنا بالأصح، فالمؤنة على المقطوع، ولو تركه السلطان، فلا شيء عليه، وحينئذ يستحب للسارق أن يحسم ولا يجب، لأن في الحسم ألماً شديداً وقد يهلك الضعيف، والمداواة بمثل هذا لا تجب بحال، وقيل: للإمام إجباره والصحيح الأول، ويستحب للإمام أن يأمر بالحسم عقب القطع، ولا يفعله إلا بإذن السارق إلا على قول من أجبره، والسنة أن تعلق اليد المقطوعة في عنقه، ثم الذي يوجد في كتب الجمهور أنها تعلق ساعة، وأطلقوا ولم يفوضوه إلى رأي الإمام، وحكى الإمام وجهاً أنها لا تعلق، ووجهاً تعلق ثلاثاً ووجهاً الأمر فيه إلى رأي الإمام، وهذه الأوجه غريبة ضعيفة.

فرع: لو كان على يمينه أصبع زائدة، فوجهان: أحدهما: لا تقطع، بل تقطع رجله اليسرى، وأحدهما: تقطع ولا يبالي بالزيادة، لأن المراد التنكيل بخلاف القصاص، فإن مقصوده المساواة، ولو كانت اليمين شلاء، فإن قال أهل الخبرة: إن قطعت لا ينقطع الدم، لم تقطع، ويكون كمن لا يمين له، وإن قالوا: ينقطع، قطعت واكتفي بها، ولو كانت ناقصة أربع أصابع، اكتفينا بها لحصول الإيلام والتنكيل، وإن لم يبق إلا الكف، أو بعض الكف بلا أصابع، ففي الاكتفاء بذلك وجهان: أو قولان، أحدهما: الاكتفاء لما ذكرنا، وطرد القاضي أبو حامد الوجهين فيما لو كانت يمينه بلا إبهام.

فرع: من لا يمين له، تقطع رجله اليسرى كما ذكرنا، ولو سرق ويمينه سليمة، فسقطت بأفة أو جناية، سقط عنه القطع، وقيل: يعدل إلى الرجل، كما لو فات محل القصاص يعدل إلى بدله، وهو الدية، والصحيح الأول، لأن القطع تعلق بها، ولو سرق مراراً ولم يقطع، اكتفي بقطع يمينه عن الجميع، كمن زنى، أو شرب مرات يلزمه حد واحد.

فرع: بدر أجنبي، فقطع يمين السارق بغير إذن الإمام، لا قصاص عليه،

لأنها مستحقة القطع، فلو سرى إلى النفس، فلا ضمان، لأنها متولدة من مستحق، لكن يعزر المبادر لافتئاته على الإمام، هكذا أطلقوه، ويشبه أن يجعل وجوب القصاص على الخلاف في قتل الزاني المحصن ولو قطع يساره جان، أو قطعها الجلاد عمداً، وجب القصاص على القاطع، ولا يسقط عن السارق قطع اليمين، فلو قال القاطع: لم أعلم أنها يساره، حلف ولزمته الدية، ولو قال الجلاد للسارق: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها، فطريقان، قال القاضي أبو الطيب وآخرون: إن قال المخرج: ظننتها اليمين، أو أن اليسار تجزىء، سقط بها القطع على الأظهر، فإن قلنا: لا يسقط، فقال القاطع: علمت أنها اليسار، وأنها لا تجزىء، لزمه القصاص، وإن قال: ظننتها اليمين، أو أنها تجزىء، لزمه الدية، وقال الشيخ أبو حامد: يراجع القاطع أولاً، فإن قال: علمتها اليسار وأنها لا تجزىء، لزمه القصاص وبقي القطع واجباً في اليمين، وإن قال: ظننتها اليمين، أو أن اليسار تجزىء، لزمه الدية، وفي سقوط قطع اليمين القولان، وكلام الإمام وغيره يوافق هذا الطريق، إلا أن القصاص إنما يلزم القاطع، وإن علم الحال إذا لم يوجد من المخرج قصد بذل وإباحة، ولو سقطت يسار السارق بأفة بعد وجوب قطع اليمين، فقال أبو اسحاق: يسقط قطع اليمين في قول كما في مسألة غلط الجلاد، وغلطه الأصحاب وقالوا: لا يسقط.

فرع: لو كان لمعصمه كفان نقل الإمام عن الأصحاب أنهما تقطعان، ولا يبالى بالزيادة، كالأصبع الزائدة، واختار هو أن يفصل، فإن تميزت الأصلية، وأمكن الاقتصار على قطعها، لم تقطع الزائدة، وإلا فتقطع، فلو أشكل الحال، قال الإمام: فالذي رأيته للأصحاب أنهما يقطعان، ويوافقه ما في فتاوى القفال أن الكفين الباطشتين تقطعان جميعاً، لأنهما في حكم يد، ولهذا لا تجب فيهما ديتان، لكن في «التهذيب» أنه تقطع في السرقة إحداهما، فإن سرق ثانياً، قطعت الأخرى، ولا تقطعان بسرقة واحدة بخلاف الأصبع الزائدة، لأنه لا يقع عليها اسم يد وهذا أحسن، قال: ولو كان يبطش بأحدهما، قطعت الباطشة دون الأخرى، وإن سرق ثانياً، قطعت رجله، فلو صارت الأخرى باطشة، فسرق ثانياً، قطعت هي لا الرجل، فإن سرق ثالثاً، قطعت الرجل.

قلت: الصحيح المنصوص أنه لا يقطع إلا إحداهما كما ذكره في «التهذيب»، وقد جزم به جماعة، منهم القاضي أبو الطيب وصاحب «البحر» والشيخ نصر المقدسي وغيرهم، ونقله القاضي والمقدسي عن نص الشافعي رحمه الله، وقد أوضحته في صفة الوضوء من شرح المذهب. والله أعلم.

فصل: في مسائل منتورة

في فتاوى القفال، إذا كان ثوبه بين يديه في المسجد، فقال لرجل: احفظ ثوبي، فقال: نعم أحفظه، فرقد صاحب الثوب، وذهب الرجل، وترك الثوب، فسرقة، لزمه الضمان، ولو سرقه المستحفظ فلا قطع عليه، ولو أغلق باب داره أو حانوته، وقال للحارس: انظر إليه أو احفظه، فأهمله الحارس، فسرقة ما فيه، لم يضمن، لأنه محرز في نفسه، ولم يدخل تحت يده، ولو سرقه الحارس، قطع، وفي فتاوى الغزالي: إذا تغفل السارق الحمامي وسرق الثياب، اعتبر في وجوب القطع أن يخرجها من الحمام، وأن الموضوع في الصحراء لا يكفي لوجوب القطع أخذه، ولا النقل بخطوة ونحوها، بل ضبط مثل ذلك أن يقال: إحراز مثله بالمعاينة، فإذا غيبه عن عينه بحيث لو تنبه له لم يره، بأن دفنه في تراب، أو واره تحت ثوبه، أو حال بينهما جدار، فقد أخرجه من حرزه، وأنه لو علم قرداً النزول إلى الدار، وإخراج المتاع، فنقب، وأرسل القرد وأخرج المتاع، ينبغي أن لا يقطع، لأن للحيوان اختياراً بخلاف الأخذ بالمحجن، وفي فتاوى البغوي: لو وضع ميت على وجه الأرض ونضدت الحجارة عليه، كان ذلك كالدفن، حتى يجب القطع بسرقة الكفن لا سيما إذا كان لا يمكنهم الحفر.

قلت: ينبغي أن لا يقطع إلا إن تعذر الحفر، لأنه ليس بدفن. والله أعلم. وأنهم لو كانوا في بحر، فطرح الميت في الماء، فأخذ رجل كفنه، لم يقطع، لأنه ظاهر، فهو كما لو وضع الميت على شفير القبر، فأخذ، ولو غيبه الماء، فغاص سارق، وأخذ الكفن، لم يقطع أيضاً، لأن طرحة لا يعد إحرازاً، وقد يتوقف في هذا وبالله التوفيق.

باب: قطاع الطرق

فيه أطراف:

الطرف الأول: في صفتهم، وتعتبر فيهم الشوكة، والبعد عن الغوث، وأن يكونوا مسلمين مكلفين، فالكفار ليس لهم حكم القطاع وإن أخافوا السبيل، وقيل: والمراهقون لا عقوبة عليهم، ويضمنون المال والنفس، كما لو أتلفوا في غير هذا الحال، وأما الشوكة، فقطاع الطريق طائفة يترصدون في المكامن للرفقة، فإذا رأوهم، برزوا قاصدين الأموال معتمدين في ذلك على قوة وقدرة يتغلبون بها، وفيهم شرعت العقوبات الغليظة التي سنصفها إن شاء الله تعالى، وأما الذين لا يعتمدون قوة، ولكن ينتهزون ويختلسون، ويولون معتمدين على ركض الخيل، أو العدو على

الأقدام، كما يتعرض الواحد والنفر اليسير لأخذ القافلة فيسلبون شيئاً، فليسوا بقطاع، وحكمهم في الضمان والقصاص حكم غيرهم، ولو خرج واحد أو شرذمة يسيرة، فقصدهم جماعة يغلبونهم بقوتهم، فهم قطاع وإن لم يكثروا عددهم، لاعتمادهم على الشوكة والنجدة بالإضافة إلى الواحد والشرذمة، كذا نقله الإمام عن طرق الأصحاب، ويقرب منه ما ذكره ابن كج أنه لو أقام خمسة أو عشرة في كهف، أو شاهق جبل، فإن مر بهم قوم لهم شوكة وعدة، لم يتعرضوا لهم، وإن مر قوم قليلو العدد، قصدوهم بالقتل وأخذ المال، فحكمهم حكم قطاع الطريق في حق الطائفة اليسيرة، وإن تعرضوا للأقوياء وأخذوا شيئاً، فهم مختلسون، ورأى الإمام أن يفصل القول في الرفقة اليسيرة والواحد، فيقال: إن كان خروجهم في مثل ذلك الطريق يعد تضييعاً وتغريراً بالنفس والمال، فالمعرضون لهم ليسوا بقطاع، وينزل خروجهم في هذه الحالة كترك المال في موضع لا يعد حرزاً، وأقام الإمام ما رآه وجهاً، ولو كانت الرفقة يتأتى منهم دفع القاصدين ومقاومتهم، فاستسلموا حتى قتلوا وأخذت أموالهم، فالقاصدون لهم ليسوا بقطاع، لأن ما فعلوه لم يصدر عن شوكتهم، بل الرفقة ضيعوا، هكذا أطلقه الأصحاب، ويجوز أن يقال: ليست الشوكة مجرد العدد والعدة، بل تحتاج مع ذلك إلى اتفاق كلمة ومتبوع مطاع وعزيمة على القتال، والقاصدون للرفقة هكذا يكونون في الغالب، والرفقة لا تجتمع كلمتهم، ولا يضبطهم مطاع، ولا عزم لهم على القتال، وخلوهم عن هذه الأمور يوقعهم في التخاذل لا عن قصد منهم، فينبغي أن لا يجعلوا مضيعين، ولا يخرج قاصدوهم عن كونهم قطاعاً، ولو أن الرفقة قاتلوهم، ونالت كل طائفة من الأخرى، فهل هم قطاع؟ فيه احتمالان للإمام، أحدهما: نعم، وبه جزم الغزالي، وأما البعد عن الغوث، فإنما اشترط ليمكنهم الاستيلاء والقهر مجاهرة وذلك إنما يتحقق غالباً في المواضع البعيدة عن العمارة، ولو خرج جماعة في المصر، فحاربوا، أو أغار عسكر على بلدة أو قرية، أو خرج أهل أحد طرفي البلد على الطرف الآخر وكان لا يلحق المقصودين غوث لو استغاثوا، فهم قطاع طريق، وإن كان يلحقهم غوث، فهم منتهبون ليسوا قطاعاً، وامتناع لحاق الغوث لضعف السلطان أو لبعده وبعد أعوانه، وقد يغلب أهل الفساد في مثل هذه الحالة، فلا يقاومهم أهل العفة، وتتعدى عليهم الاستغاثة، ولو دخل جماعة بالليل داراً وكابروا، ومنعوا أصحاب الدار من الاستغاثة مع قوة السلطان وحضوره، فالأصح أنهم قطاع، وبه قطع القفال والبغوي، والثاني: أنهم سراق، والثالث: مختلسون.

فرع: لا يشترط في قطاع الطريق الذكورة، بل لو اجتمع نسوة لهن شوكة

وقوة، فهن قاطعات طريق، ولا يشترط أيضاً شهر السلاح، بل الخارجون بالعصي والحجارة قطاع، وذكر الإمام أنه يكفي القهر وأخذ المال باللكز، والضرب بجمع الكف، وفي «التهذيب» نحوه، وكلام جماعة يقتضي أنه لا بد من آلة، ولا يشترط العدد، بل الواحد إذا كان له فضل قوة يغلب بها الجماعة، وتعرض للنفوس والأموال مجاهراً، فهو قاطع طريق.

الطرف الثاني: في عقوبتهم:

فإذا علم الإمام من رجل، أو من جماعة أنهم يترصدون للرفقة، ويخيفون السبيل، ولم يأخذوا بعد مالاً، ولا قتلوا نفساً، طلبهم، وعزّروهم بالحبس وغيره، قال ابن سريج: والحبس في هذه الحال في غير موضعهم أولى، لأنه أحوط وأبلغ في الزجر والإيحاش، وإن أخذ قاطع من المال قدر نصاب السرقة، قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى، فإن عاد مرة أخرى، قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى، وإنما يقطع من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة، وسواء كان النصاب لواحد أو لجماعة الرفقة كما سبق في السرقة، وإن كان المأخوذ دون نصاب، فلا قطع، وقال ابن خيران: فيه قولان، كالقولين في قتل قاطع الطريق، هل تعتبر فيه الكفاءة، لأنه فارق السرقة في اشتراط الحرز فكذا في النصاب، والمذهب الأول، لقوله ﷺ: «القطع في ربع دينار فصاعداً»^(١) وما ادعاه في الحرز ممنوع، بل الذي قاله الأصحاب: أنه لو كان المال ضائعاً تسير به الدواب بلا حافظ، فلا قطع، ولو كانت الجمال مقطورة ولم تتعهد كما شرطنا فيها، لم يجب القطع، وإن قتل قاطع الطريق، قتل، وهو قتل متحتم ليس سبيله، سبيل القصاص، وإن جمع بين القتل وأخذ المال، قتل وصلب، ويعتبر في المال كونه نصاباً، ويجيء فيه خلاف ابن خيران، هذا هو المذهب، وخرج ابن سلمة قولاً: أنه تقطع يده ورجله ويقتل ويصلب، وحكى صاحب «التقريب» قولاً: أنه إن قتل وأخذ نصاباً، قطع وقتل، ولم يصلب، وإن قتل وأخذ دون نصاب، لم يقطع بل يقتل ويصلب، وفي كيفية القتل والصلب إذا اجتمعا قولان، أظهرهما: يقتل ثم يصلب، وعلى هذا كم يترك مصلوباً؟ وجهان: أحدهما: وهو نصه: ثلاثاً، فإذا مضى الثلاث، وسال صليبه، وهو الودك، أنزل، وإلا فوجهان: أحدهما: لا ينزل بل يترك حتى يسيل صليبه، وأصحهما: ينزل، ويكفي ما حصل من النكال، ولو خيف التغير قبل الثلاث هل ينزل؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قال الماسرجسي وغيره، والوجه الثاني من الأصل يترك مصلوباً حتى يسيل صديده ويتهراً ولا ينزل بحال،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٨٩، ٦٧٩٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٨٤).

والوجهان متفقان على أن يصلب على خشبة ونحوها، وهو الصحيح، وعن ابن أبي هريرة أنه يطرح على الأرض حتى يسيل صديده، قال الإمام وذكر الصيدلاني: أنه يترك حتى يتساقط، وفي القلب منه شيء، فإني لم أره لغيره، وإذا قلنا: ينتظر سيلان الصليب، لم نبال نتنه، ولفظ البغوي في حكاية وجه ابن أبي هريرة أنه يترك حتى يسيل صديده إلا أن يتأذى به الأحياء، وما ذكره الإمام أقرب إلى سياق ذلك الوجه.

والقول الثاني في كيفية القتل: أنه يصلب حياً، ثم يقتل، وعلى هذا كيف يقتل، أترك بلا طعام وشراب حتى يموت، أم يجرح حتى يموت، أم يترك مصلوباً ثلاثاً، ثم ينزل ويقتل، فيه أوجه: ويعرف بهذا أن الصلب على هذا القول يراد به صلب لا يموت منه، وتقدم في كتاب الجنائز حكم الصلاة عليه، وأن الخلاف السابق في إنزاله عن الخشبة بعد ثلاث وتركه جار تفريعاً على القول الثاني، أما إذا لم يأخذ مالا ولا قتل، ولكن كثر جمع الفاطعين، وكان ردءاً لهم، وأرغب الرفقة عليه، كما لا حد في مقدمات الزنى، ولو أخذ بعضهم أقل من نصاب، فكذلك الحكم إذا شرطنا النصاب، ولا يكمل نصابه بما أخذه غيره، وفيما يعاقب به الردء وجهان: أحدهما: يعزره الإمام باجتهاده بالحبس أو التغريب أو سائر وجوه التأديب، كسائر المعاصي، والثاني: يغربه بنفيه إلى حيث يرى، وليختر جهة يحف بها أهل النجدة من أصحاب الإمام، وإذا عين صوباً، منعه العدول إلى غيره، وعلى هذا هل يعزر في البلد المنفي إليه بضرب وحبس وغيرهما، أم يكفي النفي؟ وجهان:

قلت: الأصح: أنه إلى رأي الإمام وما اقتضته المصلحة. والله أعلم.

فرع: من اجتمع عليه قتل وصلب، فمات، فهل يجب صلبه؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن القتل والصلب مشروعان، تعذر أحدهما فوجب الآخر، والثاني: لا، وبه قال الشيخ أبو حامد، وينسب إلى النص، لأنه تابع للقتل، فسقط بسقوط المتبوع.

الطرف الثالث: في حكم هذه العقوبة وهو أمران:

الأول: السقوط بالتوبة، وقد سبق أن قاطع الطريق إذا هرب، يطلب ويقام ما يستوجبه من حد أو تعزير، فلو تاب قبل القدرة عليه، سقط ما يختص بقطع الطريق من العقوبات على المذهب، وقيل: قولان، وإن تاب بعد القدرة، لم يسقط على المذهب، وقيل: قولان، وهل تؤثر التوبة في إسقاط حد الزنى والسرقة والشرب في حق غير قاطع الطريق، وفي حقه قبل القدرة وبعدها؟ فيه قولان سبقا، الأظهر: لا يسقط، صححه الإمام والبغوي وغيرهما، وهو منسوب إلى الجديد لإطلاق آية الزنى، وقياساً على الكفارة، ورجح جماعة من العراقيين السقوط.

قلت: رجح الرافعي في «المحرر» منع السقوط، وهو أقوى. والله أعلم.

ثم ما يسقط بالتوبة في حق قاطع الطريق قبل القدرة يسقط بنفس التوبة، وأما توبته بعد القدرة، وتوبة الزاني والسارق فوجهان: أحدهما: كذلك، ويكون إظهار التوبة كإظهار الإسلام تحت السيف، والثاني: يشترط مع التوبة إصلاح العمل ليظهر صدقه فيها، ونسب الإمام هذا الوجه إلى القاضي حسين، والأول إلى سائر الأصحاب، والذي ذكره جماعة من العراقيين والبغوي والرويانى هو ما نسبته إلى القاضي، واحتجوا بظاهر القرآن، قال الله تعالى في قطاع الطريق: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] لم يذكر غير التوبة، وقال في الزنى: ﴿فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾ [النساء: ١٦] وفي السرقة: ﴿فَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ﴾ [المائدة: ٣٦] قال الإمام: معرفة إصلاح العمل بأن يمتحن سراً وعلناً، فإن بدا الإصلاح، أسقطنا الحد عنه، وإلا حكمنا بأنه لم يسقط، قال الإمام: وهذا مشكل، لأنه لا سبيل إلى حقيقته، وإن خلى، فكيف يعرف صلاحه، ويشبه أن يقال تفريعاً على هذا: إذا أظهر التوبة، امتنعنا من إقامة الحد، فإن لم يظهر ما يخالف الإصلاح، فذاك، وإن ظهر، أقمنا عليه الحد، وقد ذكرنا في باب حد الزنى في موضع القولين في سقوط الحد بالتوبة طريقين، أحدهما: تخصيصهما بمن تاب قبل الرفع إلى القاضي، فإن تاب بعد الرفع، لم يسقط قطعاً، والثاني: طردهما في الحالين، وقد يرجع هذا الخلاف إلى أن التوبة بمجرد تسقط الحد، أم يعتبر الإصلاح، إن اعتبرناه اشترط مضي زمن يظهر به الصدق، فلا تكفي التوبة بعد الرفع.

فرع: إذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة، فإن كان قد قتل، سقط عنه انحتم القتل، فللولي أن يقتصر، وله العفو هذا هو المذهب، وفيه وجه شاذ يسقط القصاص، فلا يبقى عليه شيء أصلاً، وحكي وجه أنه يسقط بالتوبة القصاص وحد القذف، لأنهما يسقطان بالشبهة، كحدود الله تعالى، ونقله ابن القطان في القذف قولاً قديماً، وليس بشيء، وإن كان قد قتل وأخذ المال، سقط الصلب، وانحتم القتل، وبقي القصاص، وضمان المال، وفي القصاص ما ذكرنا، وإن كان قد أخذ المال، سقط قطع الرجل، وكذا قطع اليد على المذهب.

الأمر الثاني في حكم قتله، فإذا قتل قاطع الطريق خطأ، بأن رمى شخصاً فأصاب غيره، أو شبه عمد، لم يلزمه القتل، وتكون الدية على عاقلته، وإن قتل عمداً، فقد سبق أنه يتحتم قتله، واختلفوا في حكم قتله، فقالت طائفة وهو الأصح: هذا قتل فيه معنى القصاص ومعنى الحدود، لأنه في مقابلة قتل ولكن لا يصح العفو عنه ويتعلق استيفاءه بالسلطان، وما المذهب من المعنيين؟ فيه قولان، وقال آخرون:

هل يتمحض حقاً لله تعالى أم فيه أيضاً حق آدمي؟ قولان، أظهرهما: الثاني، ويقال على هذا القول: أصل القتل في مقابلة القتل، والتحتّم حق لله تعالى، ويتفرع على هذا الخلاف صور.

منها: لو قتل قاطع الطريق من لا يكافئه، كابنه وعبد وذمي، فإن لم يراع معنى القصاص وحقّ آدمي، قتلناه حداً ولم نبال بعدم الكفاءة، وإن راعيناه، لم نقتله به وأوجبنا الدية أو القيمة، ولو قتل عبد نفسه، فقال ابن أبي هريرة والقاضي حسين: هو على الخلاف، وقال أبو إسحاق: لا يقتل قطعاً، كما لا يقطع إذا أخذ مال نفسه، واختاره الصيدلاني.

ومنها: لو مات، فإن راعينا القصاص أخذنا الدية من تركته، وإلا فلا شيء فيها.

ومنها: لو قتل في قطع الطريق جماعة، فإن راعينا القصاص، قتل بواحد وللباقيين الديات، فإن قتلهم مرتباً، قتل بالأول، ولو عفا ولي الأول، لم يسقط ذكره البغوي، وإن لم نراع القصاص، قتل بهم، ولا دية.

ومنها: لو عفا الولي على مال إن راعينا القصاص، سقط القصاص ووجب المال، وقتل حداً كمرتد وجب عليه قصاص، وعفي عنه، وإن لم نراعه، فالعفو لغو. ومنها: لو تاب قبل القدرة، لم يسقط القصاص إن راعينا معناه ويسقط الحد، وإلا فلا شيء عليه.

ومنها: لو قتل بمثقل، أو بقطع عضو، فإن راعينا القصاص، قتلناه بمثل ما قتل، وإلا فيقتل بالسيف، كالمترد.

ومنها: لو قتله شخص بغير إذن الإمام إن راعينا القصاص، لزمه الدية لورثته ولا قصاص، لأن قتله متحتّم، ويجيء فيه وجه، وإن لم نراعه، فليس عليه إلا التعزير لافتئاته على الإمام.

فرع: إذا جرح قاطع الطريق جرحاً سارياً، فهو قاتل، وقد سبق حكمه، وإن جرح جرحاً واقفاً، نظر إن كان مما لا قصاص فيه كالجائفة، فواجهه المال ولا قتل، وإن كان مما فيه قصاص، كقطع يد ورجل، قوبلت بمثله، وهل يتحتّم القصاص في الجراحة؟ فيه أقوال، أظهرها: لا، كما لا كفارة، والثاني: نعم، والثالث: يتحتّم في اليدين والرجلين دون الأنف والأذن والعين وغيرها، قال ابن الصباغ: لو قطع يد رجل ثم قتله، فإن قلنا: الجراحة لا تتحتّم، فهو كما لو قطعه في غير المحاربة ثم قتله فيها، وسيأتي إن شاء الله تعالى. وإن قلنا: يتحتّم، قطع ثم قتل. ولو قطع في

المحاربة وأخذ المال، نظر إن قطع يمينه، فإن قلنا: لا يتحتم وعفا، أخذ دية اليد، وقطعنا يمين المحارب ورجله اليسرى حداً، وإن لم يعف، أو قلنا: يتحتم، قطعت يمينه بالقصاص وقطعت رجله حداً، كما لو قطع الطريق ولا يمين له، وإن قطع يساره، فإن قلنا: لا يتحتم وعفا، أخذ الدية، وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى، وإن لم يعف، أو قلنا: بالتحتم، قطعت يساره، وتؤخر قطع اليمين والرجل اليسرى حتى تندمل اليسار، ولا يوالى بين عقوبتين.

فصل: يوالى على قاطع الطريق بين قطع يده ورجله، لأن قطعهما عقوبة واحدة، كالجلدات في الحد الواحد، وإن كان مقطوع اليمين، قطعت رجله اليسرى ولا تجعل اليد اليسرى بدلاً عن اليمنى، فإن كان مفقود اليد اليمنى والرجل اليسرى، قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى، ولو قطع يسار إنسان وسرق، قطعت يساره قصاصاً وأمهل إلى الاندمال ثم تقطع يمينه عن السرقة ولا يوالى، لأنهما عقوبتان مختلفتان، وقدم القصاص، لأن العقوبة التي هي حق آدمي أكد من التي هي حق الله تعالى، لأنها تسقط بما لا تسقط به عقوبة الآدمي بخلاف الحقوق المالية، فإن فيها ثلاثة أقوال في أنه يقدم حق الله تعالى أم الآدمي، أم يستويان لاستوائهما في التأكد وعدم السقوط بالشبهة، ولو وجب قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى بقطع الطريق، وقطع اليد اليسرى بقصاص، قدم قطع اليسرى قصاصاً، ثم يمهل إلى الاندمال، ثم يقطع العضوان لقطع الطريق، ولو استحقت يمينه بقصاص وقطع للطريق، فإن عفا مستحق القصاص، قطعت يمينه مع رجله اليسرى حداً، وإلا فيقدم القصاص، وتقطع الرجل اليسرى عن الحد، وتقطع عقيب القصاص، وقيل: يمهل بها إلى الاندمال، والأول أصح، ولو استحقت يده اليمنى ورجله اليسرى بقصاص وقطع طريق، نظر إن عفا مستحق القصاص، قطع العضوان عن الحد، وإن اقتصر فيهما، سقط الحد لفوات محله الذي تعلق به، ولو قطع العضوين في قطع الطريق وأخذ المال، فإن قلنا: الجراحة في قطع الطريق لا تتحتم، فهو كما لو قطع العضوين في غير المحاربة وقطع أيضاً الطريق، وإن قلنا: تتحتم، قطعناهما قصاصاً، وسقط الحد، كذا ذكره الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما، وسووا بين قطع العضوين قبل أخذ المال وبعده، قال صاحب «المهذب»: إن قلنا بالتحتم، فإن تقدم أخذ المال، واقتصر في العضوين، سقط الحد، وإن تقدم قطع العضوين، ثم أخذ المال، لم يسقط بالقصاص حد قطع الطريق، بل تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى.

فصل: اجتمع عليه عقوبات آدميين، كحد كذف وقصاص عضو وقصاص نفس، فإن حضر المستحقون وطلبوا حقوقهم جميعاً، جلد، ثم قطع، ثم قتل، وبيادر

بالقتل بعد القطع، ولا يبادر بالقطع بعد الجلد إن كان مستحق القتل غائباً، لأنه قد يهلك بالموالاة فيفوت قصاصه، وإن كان حاضراً وقال: عجلوا القطع وأنا أبادر بالقتل بعد القطع، فوجهان: أحدهما: يبادر، لأن التأخير كان حقه وقد رضي بالتقديم. وأصحهما: المنع خوفاً من هلاكه بالموالاة، ورأى الإمام تخصيص الوجهين بمن خيف موته بالموالاة بحيث يتعذر قصاص النفس لانتهاؤه إلى حركة المذبوح، ورأى الجزم بالمبادرة إذا أمكن استيفاء القصاص بعد القطع، أما إذا لم يجتمعوا على الطلب، فإن آخر مستحق النفس حقه، جلد، فإذا برأ، قطع، وإن آخر مستحق الطرف حقه، جلد، ويتعذر القتل لحق مستحق الطرف، وعلى مستحق النفس الصبر حتى يستوفي مستحق الطرف حقه، قال الغزالي: ولو مكن مستحق النفس من القتل، وقيل لمستحق الطرف: بادر وإلا ضاع حقك لفوات محله، لم يكن بعيداً، ولو بادر مستحق النفس فقتله، كان مستوفياً حقه، ورجع مستحق الطرف إلى الدية، ولو آخر مستحق الجلد حقه، فقياس ما سبق أن يصبر الآخرون، وإذا اجتمع عليه حدود قذف لجماعة، حد لكل واحد حداً، ولا يوالى بل يمهل بعد كل حد حتى يبرأ، هكذا ذكره البغوي وغيره، لكنه سبق في القصاص أنه يوالى بين قطع الأطراف قصاصاً، وقياسه أن يوالى بين الحدود، وذكروا تفرعاً على الأول الوجهين فيما لو وجب على عبد حدان لقذف شخصين، هل يوالى؟ أصحهما: عند البغوي: لا، لأنهما حدان، والثاني: نعم، لأنهما كحد حر، قال الروياني: هذا أقرب إلى المذهب، وأما ترتيب حدود القذف فينبغي أن يقال: إن قذفهم مرتباً، حد للأول فالأول، وإن قذفهم بكلمة وقتلنا بالأظهر: إنه يتعدد الحد، أقرع.

فرع: اجتمع عليه حدود الله تعالى، بأن شرب وزنى وهو بكر، وسرق، ولزمه قتل برودة، قدم الأخف فالأخف، وتجب رعاية هذا الترتيب والإمهال سعيًا في إقامة الجميع، وأخفها حد الشرب، ثم يمهل حتى يبرأ، ثم يجلد للزنى، ويمهل، ثم يقطع، فإذا لم يبق إلا القتل، قتل ولم يمهل، وحكى أبو بكر الطوسي وجهاً: أنه إذا كان فيها قتل يوالى بلا إمهال، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، ولو اجتمع معها أخذ مال في محاربة، قطعت يده ورجله بعد جلد الزنى، وهل يوالى بين قطع اليد والرجل أم يؤخر قطع الرجل حتى تندمل اليد؟ وجهان: أحدهما: يؤخر لأن اليد مقطوعة عن السرقة، والرجل عن المحاربة ولا يوالى بين حدين، وأصحهما: وهو المنصوص: يوالى، لأن اليد تقع عن المحاربة والسرقة، فصار كما لو انفردت المحاربة، ولو اجتمعت عقوبات الله تعالى ولآدمي، بأن انضم إلى هذه العقوبات حد قذف، قدم حد القذف على حد الزنى، نص عليه، واختلفوا لم قدم؟ فقال أبو

إسحاق وجماعة: لأنه حق آدمي، وقال ابن أبي هريرة: لأنه أخف، والأول أصح عند الأصحاب، وفيما يقدم من حد الشرب والقذف وجهان بناء على المعنيين، ويجريان في حد الزنى وقصاص الطرف والإمهال بعد كل عقوبة إلى الاندمال على ما ذكرنا، ولو كان الواجب بدل قتل الردة قتل قصاص، فالقول في الترتيب والإمهال كذلك، ولو اجتمع الرجم للزنى وقتل قصاص، فهل يقتل رجماً بإذن الولي ليتأدى الحقان، أم يسلم إلى الولي ليقتله قصاصاً؟ وجهان: أحدهما: الثاني. ولو كان الواجب قتل محاربة، فهل يجب التفريق بين الحدود المقامة قبل القتل؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه متحتم القتل، فلا معنى للإمهال بخلاف قتل الردة والقصاص، فإنه يتوقع الإسلام والعفو، وأصحهما: نعم، لأنه قد يموت بالموالاة، فتفوت سائر الحدود، ولو اجتمع قتل محاربة مع قصاص في غير محاربة، نظر إن سبق قتل المحاربة، قتل حداً، ويعدل صاحب القصاص إلى الدية، وإن سبق قتل القصاص، خير الولي فيه، فإن عفا، قتل وصلب للمحاربة، وإن اقتصر، عدل لقتل المحاربة إلى الدية، وهل يصلب؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا مات المحارب قبل قتله، ولو سرق ثم قتل في المحاربة، فهل يقطع للسرقة ويقتل للمحاربة، أم يقتصر على القتل والصلب، ويندرج حد السرقة في حد المحاربة؟ وجهان.

فرع: من زنى مراراً وهو بكر، حد لها حداً واحداً، وكذا لو سرق، أو شرب مراراً، وهل يقال: تجب حدود ثم تعود إلى حد واحدة أم لا يجب إلا حد، وتجعل الزنيات كالحركات في زنية واحدة؟ ذكروا فيه احتمالين، ولو زنى أو شرب فأقيم عليه الحد، ثم زنى أو شرب، أقيم عليه حد آخر، فإن لم يبرأ من الأول، أمهل حتى يبرأ، ولو أقيم عليه بعض الحد فارتكب الجريمة ثانياً، دخل الباقي في الحد الثاني، وإذا زنى فجلد، ثم زنى قبل التغريب جلد ثانياً وكفاه تغريب واحد، ولو جلد خمسين، فزنى ثانياً، جلد مئة وغرب ودخل في المائة والخمسون الباقية، ولو زنى وهو بكر، ثم زنى قبل أن يحد وقد أحصن، فهل يكتفى بالرجم ويدخل فيه الجلد أم يجمع بينهما؟ وجهان: أحدهما: عند الإمام والغزالي: الأول، وأصحهما: عند البغوي وغيره: الثاني، لاختلاف العقوبتين، وعلى هذا فهل يجلد مئة ويغرب عاماً ثم يرجم، أم يجلد ويرجم، ويدخل التغريب في الرجم؟ وجهان: أحدهما: الثاني. ولو زنى عبد، فعتق قبل الحد، وزنى ثانياً، فإن كان بكراً، جلد مئة وغرب عاماً، وإن كان محصناً، جلد خمسين، ثم رجم، هكذا أطلقه البغوي، ويشبه أن يكون على الخلاف فيمن زنى وهو بكر، ثم زنى وهو محصن. ولو زنى ذمي محصن، ثم نقض العهد واسترق، فزنى ثانياً، ففي دخول الجلد في الرجم الوجهان، قال البغوي:

الأصح: المنع، فيجلد خمسين ثم يرجم، وإن قلنا: بتغريب العبد، ففي اندراج التغريب في الرجم الوجهان.

فصل: لا يثبت قطع الطريق إلا بشهادة رجلين ويشترط في الشهادة التفصيل وتعيين قاطع الطريق ومن قتله أو أخذ ماله، وتقاس صورته بما سبق في الشهادة على السرقة، ولو شهد اثنان من الرفقة، نظر إن لم يتعرضا لقصد المشهود عليه نفساً ومالاً، قبلت شهادتهما، وليس على القاضي أن يبحث عنهما هل هما من الرفقة أم لا، فإن بحث، فلهما أن لا يجيبا، وإن لم يثبتا على الشهادة وإن قالوا: قطع هذا وهؤلاء علينا الطريق، فأخذوا مالنا ومال رفقتنا، لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما ولا في حق غيرهما، وقيل: في حق غيرهما قولان، والمذهب الأول، لأنهما صاروا عدوين، قال الماسرجسي وغيره: لو شهد رجلان بوصية لهما فيها نصيب أو إشراف، لم تقبل في شيء، وإن قالوا: نشهد بها سوى ما يتعلق بنا من المال والإشراف، قبلت شهادتهما.

فصل: يحسم موضع القطع من قاطع الطريق كما سبق في السارق، ويجوز أن تحسم اليد، ثم تقطع الرجل، وأن تقطعا جميعاً، ثم تحسما، قال العبادي في «الرقم»: إن قلنا: إن قتل قاطع الطريق يراعى فيه معنى القصاص، لزمه الكفارة، وإن قلنا: حد محض، فلا كفارة.

باب: حد شارب الخمر^(١)

شرب الخمر من كبائر المحرمات، قال الأصحاب: عصير العنب إذا اشتد وقذف بالزبد حرام بالإجماع، وسواء قليله وكثيره^(٢)، ويفسق شاربه ويلزمه الحد، ومن استحلّه كفر، وعصير الرطب النّيء، كعصير العنب النّيء، كذا ذكره البغوي

(١) الخمر لغة: كل ما خامر العقل أي غطاه من أي مادة كان.

وشرعاً: كل ما أسكر سواء كان عصيراً أو نقيعاً من العنب أو غيره أو مطبوخاً أو غير مطبوخ.

والسُّكر: هو اختلاط العقل.

والمُسكر: هو الشراب الذي جعل صاحبه سكران، والسكران: خلاف الصّاحي.

(٢) كما أخرج أبو داود في سننه برقم (٣٦٨١) والترمذي في سننه (٣٤٢/١) وابن ماجه في سننه برقم (٣٣٩٣) وأحمد في المسند (٣/٣٤٣) من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ما أسكر كثيره فقليله حرام».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٤١٩/٢).

وطائفة، وحكاه الروياني عن بعضهم واستغربه، واختار كونه كسائر الأشربة، أما سائر الأشربة المسكرة، فهي في التحريم ووجوب الحد عندنا كعصير العنب، لكن لا يكفر مستحلها، لاختلاف العلماء فيها، وذكر الأصحاب خلافاً في أن اسم الخمر هل يتناولها؟ والأكثر على المنع، وكل شراب حكمنا بتحريمه، فهو نجس، وبيعه باطل، وما لا يسكر من الأنبذة لا يحرم، لكن يكره شرب المنصف والخليطين للحديث الناهي عنهما، والمنصف: ما عمل من تمر ورطب، وشراب الخليطين ما عمل من بسر ورطب، وقيل: ما عمل من تمر وزبيب، وسبب النهي أن الإسكار يسرع إليه بسبب الخلط قبل أن يتغير طعمه، فيظن الشارب أنه ليس بمسكر ويكون مسكراً، وهذا كالنهي عن الانتباز في الأوعية التي كانوا ينبذون فيها، كالدباء وهو القرع، والحنتم وهو جرار خضر، والنقير وهو جذع ينقر ويتخذ منه إناء، والمزفت وهو المطلي بالزفت وهو القار، ويقال له: المقير، لأن هذه الأوعية يشتد فيها ولا يعلم به بخلاف الأسقية من الأدم.

قلت: والنهي عن هذه الأوعية منسوخ، ثبت نسخه من كلام رسول الله ﷺ في صحيح مسلم. والله أعلم.
وفي الباب طرفان:

الطرف الأول: في الشراب الموجب للحد، فكل ملتزم لتحريم المشروب شرب ما يسكر جنسه مختاراً بلا ضرورة ولا عذر، لزمه الحد، فهذه خمسة قيود:

الأول: الملتزم، فلا حد على صبي ومجنون وحربي، والمذهب أن الذمي لا يحد بالخمر، وأن الحنفي يحد بشرب النبيذ وإن كان لا يعتقد تحريمه، ويأتي في الشهادة إن شرب الحنفي النبيذ هل يفسق به وترد شهادته؟ إن شاء الله تعالى.

الثاني: قولنا: شرب ما يسكر جنسه يخرج بلفظ الشرب ما لو احتقن، أو استعط بالخمر، فلا حد، لأن الحد للزجر، ولا حاجة فيه إلى الزجر، وقيل: يحد، وقيل: يحد في السعوط دون الحقنة، والأول أصح، ويتعلق بكون المشروب مسكراً في جنسه صور:

منها: أنه يدخل فيه النبيذ ودودي الخمر والثخين منها إذا أكله بخبز، أو ثرد فيها وأكل الشريد، أو طبخ بها، وأكل المرق، فيحد بكل ذلك، ولا يحد بأكل اللحم المطبوخ بها، ولا بأكل خبز أو معجون عجن بها على الصحيح فيهما، وعلى هذا قال الإمام: من شرب كوز ماء فيه قطرات خمر والماء غالب، لم يحد لاستهلاك الخمر.
الثالث: كون الشارب مختاراً، فلا حد على من أوجر قهراً، والمذهب أنه لا يحد من أكره حتى شرب، وذكر ابن كج فيه وجهين.

الرابع: أن لا يكون مضطراً، فلو غص بلقمة، ولم يجد ما يسيغها غير الخمر، وجب عليه إساغتها بالخمر ولا حد، وحكى إبراهيم المروذي في تحريم الإساغة وجهين لعموم النهي، والمذهب الأول، وأما شربها للتداوي والعطش والجوع إذا لم يجد غيرها ففيه أوجه: أصحها: والمنصوص وقول الأكثرين: لا يجوز لعموم النهي، ولأن بعضها يدعو إلى بعض. والثاني: يجوز كما يجوز شرب البول والدم لذلك وكما يتداوى بالنجاسات، كلحم الحية والسرطان والمعجون فيه خمر. والثالث: يجوز للتداوي دون العطش والجوع، ورجحه الروياني. والرابع: عكسه، لأن دفع العطش موثوق به في الحال، وهذا هو الصحيح عند الإمام، ونقل اتفاق الأصحاب على تحريم التداوي، قال: وبلغنا عن آحاد من المتأخرين نسب بجوازه من غير تدوين في كتاب. والخامس: يجوز للعطش دون الجوع لأنها تحرق كبد الجائع ثم الخلاف في التداوي مخصوص بالقليل الذي لا يسكر، ويشترط خبر طبيب مسلم، أو معرفة المتداوي إن عرف، ويشترط أن لا يجد ما يقوم مقامها، ويعتبر هذان الشرطان في تناول سائر الأعيان النجسة، ولو قال الطبيب: يتعجل بها الشفاء، فالأصح أنه كرجاء الشفاء، ثم قال القاضي حسين والغزالي: لا حد على المتداوي وإن حكمنا بالتحريم لشبهة الخلاف، وقال الإمام: أطلق الأئمة المعتبرون أقوالهم في طرقهم أن التداوي حرام موجب للحد، وإذا جوزنا الشرب للعطش، لزمه الشرب، كتناول الميتة للمضطر ولا حد، وإذا لم نجوزه، ففي الحد الخلاف كالتداوي.

الخامس: أن لا يكون له عذر في الشرب، فلو شرب قريب عهد بالإسلام وادعى جهل التحريم، لم يحد، فلو قال: علمت التحريم وجهلت الحد، وجب الحد، ولو شرب خمراً وهو يظن أنه يشرب غير مسكر في جنسه، فلا حد وإن سكر منه لم يلزمه قضاء الصلوات، كالمغمى عليه، وإن علم أنه من جنس المسكر، وظن أن ذلك القدر لا يسكر، حد، ولزمه قضاء الصلوات الفائتة في السكر.

فرع: إنما يجب الحد إذا ثبت الشرب بإقراره أو شهادة رجلين، وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه يجب أيضاً إذا علمنا شربه المسكر، بأن رأيناه شرب من شراب إناء شرب منه غيره فسكر، وليكن هذا مبنياً على أن القاضي يقضي بعلمه، ولا تعويل على النكهة وظهور الرائحة منها، ولا على مشاهدة سكره وتقيئه الخمر، لاحتمال غلط أو إكراه، ثم صيغة المقر والشاهد إن كانت مفصلة بأن قال: شربت الخمر، أو شربت ما شرب منه غيري، فسكر منه، وأنا به عالم مختار، وفصل الشاهد كذلك، فذاك، وإن قال: شربت الخمر، أو ما شربه غيري فشرب منه فسكر منه، واقتصر عليه، أو شهد اثنان أنه شرب الخمر من غير تعرض للعلم والاختيار، فوجهان:

أحدهما: لا حد، لاحتمال الجهل والإكراه، كما لا بد من التفصيل في الزنى، وبهذا قال القاضي أبو حامد واختاره الإمام، وأصحهما: وأشهرهما وظاهر النص وبه قطع بعضهم: يجب الحد، لأن إضافة الشرب إليه حاصلة، والأصل عدم الإكراه، والظاهر من حال الأكل والشارب العلم بما يشربه، وصار كالإقرار بالبيع والطلاق وغيرهما، والشهادة عليها لا يشترط فيها تعرض للاختيار والعلم بخلاف الزنى فإنه يطلق على مقدماته، وفي الحديث: «العينان تزنيان»^(١).

فروع: ما يزيل العقل من غير الأشربة، كالبنج، حرام لكن لا حد في تناوله، ولو احتيج في قطع اليد المتأكلة إلى زوال عقله هل يجوز ذلك؟ يخرج على الخلاف في التداوي بالخمير.

قلت: الأصح: الجواز، وقد سبق في مسائل طلاق السكران ومن زال عقله ما يقتضي الجزم به، ولو احتاج إلى دواء يزيل العقل لغرض صحيح جاز تناوله قطعاً كما سبق هناك. والله أعلم.

النّد المعجون بالخمير نجس، قال ابن الصباغ: ولا يجوز بيعه، وكان ينبغي أن يجوز، كالثوب النجس، لإمكان تطهيره بنقه في الماء، ومن يتبخر به هل يتنجس؟ فيه وجهان: كدخان النجاسة.

الطرف الثاني: في الحد الواجب في الشرب

وهو أربعون جلدة على الحر، وعشرون على الرقيق، واختار ابن المنذر أنه ثمانون، وهل يجوز أن يضرب بالأيدي والنعال وأطراف الثياب والسوط، أم يتعين ما عدا السوط، أم يتعين السوط؟ فيه ثلاثة أوجه: الصحيح الأول، وهو جواز الجميع، ولو رأى الإمام أن يبلغ به ثمانين أو ما بينها وبين الأربعين، جاز على الأصح، فعلى هذا هل الزيادة تعزير أم حد؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: تعزير، لأنها لو كانت حداً لم يجز تركها، وتركها جائز، فعلى هذا هو تعزيرات على أنواع من هذيان يصدر منه ونحوه، والثاني: أن الزيادة حد، لأن التعزير لا يكون إلا على جناية مخففة، ثم كان ينبغي أن لا ينحصر في ثمانين وتجوز الزيادة عليها وهي غير جائزة بالاتفاق، وعلى هذا حد الشرب مخصوص بأن يتحتم بعضه، ويتعلق بعضه باجتهاد الإمام.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٢٤٣، ٦٦١٢) ومسلم في صحيحه برقم (٢٦٥٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنى مدرك ذلك لا محالة، فالعينان زناهما النظر، والأذنان زناهما الاستماع، واللسان زناه الكلام، واليد زناها البطش، والرجل زناه الخطأ، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق ذلك الفرج ويكذبه».

فصل: في كيفية الجلد في الزنى والقذف والشرب

وهو بسوط معتدل الحجم بين القضيب والعصا، وبه تعتبر الخشبات، ولا يكون رطباً ولا شديد اليبوسة، خفيفاً لا يؤلم، ويضرب ضرباً بين ضربين، فلا يرفع الضارب يده فوق رأسه بحيث يبدو بياض إبطه، لأنه يشتد ألمه، ولا يضع السوط عليه وضعاً، فإنه لا يؤلم، ولكن يرفع ذراعه ليكسب السوط ثقلاً، فإن كان المجلود رقيق الجلد يدمى بالضرب الخفيف، لم يبال به ويفرق السياط على الأعضاء، ويتقي الوجه والمقاتل، كثرة النحر والفرج ونحوهما، وهل يجتنب الرأس؟ وجهان: أحدهما: عند الجمهور: لا، لأنه مستور بالشعر بخلاف الوجه، ولا تُشد يده بل تترك يداه ليتقي بهما، ولا يلقي على وجهه، ولا يمد، ولا يجرد عن الثياب بل يترك عليه قميص أو قميصان، ولا يترك عليه ما يمنع الألم من جبة محشوة وفروة، ويجلد الرجل قائماً، والمرأة جالسة وتلف، أو تربط عليها ثيابها، ويتولى لف ثيابها امرأة، وأما الضرب، فليس من شأن النساء، فيتولاه رجل، ويوالي بين الضربات، ولا يجوز أن يفرق، فيضرب في كل يوم سوطاً أو سوطين، لأنه لا يحصل به إيلام وتنكيل وزجر، ولو جلد في الزنى في يوم خمسين متوالية، وفي يوم يليه خمسين كذلك، أجزاء، قال الإمام في ضبط التفريق: إن كان بحيث لا يحصل من كل دفعة ألم له وقع، كسوط أو سوطين في كل يوم، لم يجز، وإن كان يؤلم ويؤثر بماله وقع، فإن لم يتخلل زمن يزول فيه الألم الأول، كفى وإن تخلل، لم يكف على الأصح.

فرع: لا يقام حد الشرب في السكر، بل يؤخر حتى يضيق.

فرع: لا تقام الحدود في المسجد ولا التعزير، فإن فعل، وقع الموقع، كالصلاة في أرض معصوبة.

باب: التعزير^(١)

هو مشروع في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، سواء كانت من مقدمات ما فيه حد، كمباشرة أجنبية بغير الوطء، وسرقة ما لا قطع فيه، والسب والإيذاء بغير قذف، أو لم يكن، كشهادة الزور والضرب بغير حق، والتزوير، وسائر المعاصي، وسواء تعلقت المعصية بحق الله تعالى أم بحق آدمي، ثم جنس التعزير من الحبس أو الضرب جلداً أو صفعاً إلى رأي الإمام، فيجتهد ويعمل ما يراه من الجمع بينهما والاقتصار على أحدهما، وله الاقتصار على التوبيخ باللسان على تفصيل يأتي إن شاء

(١) التعزير لغة: المنع والرد، واصطلاحاً: التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة.

الله تعالى . قال الإمام: قال الأصحاب: عليه أن يراعي الترتيب والتدرج، كما يراعيه دافع الصائل، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها مؤثراً كافياً، وأما قدر التعزير، فإن كان من غير جنس الحد، كالحبس، تعلق باجتهاد الإمام، وإن رأى الجلد فيجب أن ينقص عن الحد، وفي ضبطه أوجه: أحدها: أنه يفرق بين المعاصي وتقاس كل معصية بما يناسبها من الجنابة الموجبة للحد، فيعزر في الوطء المحرم الذي لا يوجب حداً، وفي مقدمات الزنى دون حد الزنى، وفي الإيذاء والسب بغير قذف دون حد القذف، وفي إدارة كأس الماء على الشرب تشبيهاً بشاربي الخمر دون حد الخمر، وفي مقدمات السرقة دون حد الزنى، وعلى هذا فتعزير الحر يعتبر بحدّه، والعبد بحدّه، والوجه الثاني: أن جميع المعاصي سواء ولا يزداد تعزير على عشر جلدات للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد»^(١) والثالث وهو الأصح عند الجمهور وظاهر النص: أنه تجوز الزيادة على عشرة بحيث ينقص عن أدنى حدود المعزر، فلا يزداد تعزير حر على تسع وثلاثين جلدة، ولا العبد على تسع عشرة، والحديث قال بعضهم: إنه منسوخ، واستدل بعمل الصحابة رضي الله عنهم بخلافه من غير إنكار، والرابع: يعتبر أدنى الحدود على الإطلاق، فلا يزداد حر ولا عبد على تسع عشرة، والخامس حكاه بغوي: الاعتبار بحد الحر، فيبلغ بالحر والعبد تسعاً وثلاثين.

فصل: من الأصحاب من يخص لفظ التعزير بضرب الإمام أو نائبه للتأديب في غير حد، ويسمى ضرب الزوج زوجته، والمعلم الصبي، والأب ولده تأديباً لا تعزيراً، ومنهم من يطلق التعزير على النوعين وهو الأشهر، فعلى هذا مستوفي التعزير الإمام والزوج والأب والمعلم والسيد، أما الإمام فيتولى بالولاية العامة إقامة العقوبات حداً وتعزيراً، والأب يؤدب الصغير تعليماً وزجراً عن سيئ الأخلاق، وكذا يؤدب المعتوه بما يضبطه، ويشبه أن تكون الأم في زمن الصبي في كفالته كذلك كما ذكرنا في تعليم أحكام الطهارة والصلاة والأمر بها والضرب عليها أن الأمهات كالأباء، والمعلم يؤدب الصبي بإذن الولي ونياية عنه، والزوج يعزر زوجته في النشوز وما يتعلق به، ولا يعزرها فيما يتعلق بحق الله تعالى، والسيد يعزر في حق نفسه وكذا في حق الله تعالى على الأصح، وإذا أفضى تعزير إلى هلاك، وجب الضمان على عاقلة المعزر، ويكون قتله شبه عمد، فإن كان الإسراف في الضرب ظاهراً وضربه بما

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٦٨٤٨، ٦٨٤٩، ٦٨٥٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٠٨).

يقصد به القتل غالباً، فهو عمد محض، وحكى الإمام عن المحققين تفرعاً على هذه القاعدة أن المعزر إذا علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح، لم يكن له الضرب المبرح ولا غيره، أما المبرح، فلأنه مهلك، وليس له الإهلاك، وأما غيره، فلا فائدة فيه.

فصل: الجنائية المتعلقة بحق الله تعالى خاصة، يجتهد الإمام في تعزيرها بما يراه من ضرب أو حبس، أو اقتصار على التوبيخ بالكلام، وإن رأى المصلحة في العفو، فله ذلك، وإن تعلقت الجنائية بحق آدمي فهل يجب التعزير إذا طلب؟ وجهان: أحدهما: يجب، وهو مقتضى كلام صاحب «المهذب» كالقصاص، والثاني: لا يجب، كالتعزير لحق الله تعالى، وهذا هو الذي أطلقه الشيخ أبو حامد وغيره، ومقتضى كلام البغوي ترجيحه، وقال الإمام: قدر التعزير وما به التعزير إلى رأي الإمام، ولا تكاد تظهر جنايته عند الإمام إلا ويوبخه، ويغلظ له القول، فيؤول الخلاف إلى أنه هل يجوز الاقتصار على التوبيخ؟ ولو عفا مستحق العقوبة عن القصاص أو الحد أو التعزير، فهل للإمام التعزير؟ فيه أوجه: أحدها: لا، لأنه أسقطها، والثاني: نعم، لأن فيه حقاً لله تعالى ويحتاج إلى زجره وزجر غيره عن مثل ذلك، وأصحها: إن عفا عن الحد، فلا تعزير، وإن عفا عن تعزير، عزز، لأن الحد مقدر لا نظر للإمام فيه، فإذا سقط، لم يعدل إلى غيره، والتعزير يتعلق أصله بنظره، فلم يؤثر فيه إسقاط غيره وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب ضمان إتلاف الإمام وحكم الصيال وإتلاف البهائم

فيه ثلاثة أبواب :

الباب الأول: في ضمان يلزم الولاة بتصرفاتهم

وفيه طرفان :

الطرف الأول: في موجب الضمان، والثاني: في محله .

أما الأول فما يفضي إلى الهلاك من التصرفات المتعلقة بالولاة أنواع :

أحدها : التعزير، فإذا مات منه المعزر، وجب ضمانه، لأنه تبين بالهلاك أنه جاوز الحد المشروع، وحكي وجه أنه لا ضمان إذا عزر لحق الآدمي بناء على أنه واجب إذا طلب المستحق فصار كالحد، والصحيح الأول، ويجب الضمان أيضاً في تعزير الزوج والمعلم إذا أفضى إلى الهلاك، سواء ضربه المعلم بإذن أبيه، أو دون إذنه، لكن لو كان مملوكاً، فضربه بإذن سيده، قال البغوي: لا ضمان، لأنه لو أذن في قتله، فقتله، لم يضمنه، ثم الضمان الواجب الدية على عاقلة الزوج والمعلم، وفي حق الإمام هل هو على عاقلته أم في بيت المال؟ فيه خلاف سبق ويعود أيضاً إن شاء الله تعالى، لكن لو أسرف المعرز، وظهر منه قصد القتل، تعلق به القصاص والدية المغلظة في ماله .

الثاني: الحد، والحدود في غير الشرب مقدرة بالنص، فمن مات منها، فالحق قتله، فلا ضمان، لكن لو أقيم الحد في حر أو برد مفترطين، ففي الضمان خلاف سبق والمذهب أنه لا ضمان أيضاً، وأما حد الشرب، فإن ضرب بالنعال وأطراف الثياب فمات منها، ففي وجوب الضمان وجهان بناء على أنه هل يجوز أن يحد هكذا؟ إن قلنا: نعم، وهو الصحيح فلا ضمان، كسائر الحدود، وإلا فيجب لأنه عدل عن الجنس الواجب، ولو ضرب أربعون جلدة، فمات، ففي الضمان قولان، ويقال: وجهان: أحدهما: يضمن، لأن تقديره بأربعين كان بالاجتهاد، والمشهور: لا ضمان، كسائر الحدود، لأن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على أن الشارب يضرب

أربعين، وفي الصحيح أن رسول الله ﷺ جلد في الخمر أربعين^(١)، فإن قلنا بالضمان، فهل يجب كل الضمان أم نصفه، أم يوزع على التفاوت بين ألم الشيطان، والضرب بالنعال، وأطراف الثياب؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وإن ضربه أحداً وأربعين، فهل يجب كل الضمان أم نصفه أم جزء من أحد وأربعين جزءاً؟ فيه أقوال، أظهرها: الثالث، وإن ضرب اثنين وأربعين وقلنا بالثالث، وجب جزءان من اثنين وأربعين، وعلى هذا القياس، حتى إذا ضرب ثمانين استوى القول الثاني والثالث، ووجب النصف، ولو جلد في القذف أحداً وثمانين، فمات، فهل يجب نصف الدية، أم جزء من أحد وثمانين جزءاً منها؟ فيه القولان، ثم إن كانت الزيادة من الجلاذ ولم يأمره الإمام إلا بالثمانين، فالضمان على اختلاف القولين على الجلاذ، وإن أمر الإمام بذلك، فالضمان متعلق بالإمام، وكذا لو قال الإمام: اضرب وأنا أعد، فغلط في العد، فزاد على الثمانين، ولو أمر الإمام بثمانيتين في الشرب، فزاد الجلاذ جلدة واحدة، ومات المجلود فأربعة أوجه: أصحها: توزع الدية أحد وثمانون جزءاً، يسقط منها أربعون ويجب أربعون على الإمام، وجزء على الجلاذ، والثاني: يسقط ثلث الدية، ويجب على الإمام ثلث، وعلى الجلاذ ثلث، والثالث: يسقط نصفها، ويجب على الإمام ربع، وعلى الجلاذ ربع، والرابع: يسقط نصفها، ويوزع نصفها على أحد وأربعين جزءاً: أربعون على الإمام، وجزء على الجلاذ.

الثالث: الاستصلاح بقطع سلعة وبالختان وفيه مسائل:

إحداها: في حكم قطع السلعة من العاقل المستقل بأمر نفسه، والسلعة بكسر السين وهي غدة تخرج بين اللحم والجلدة نحو الحمصة إلى الجوزة فما فوقها، وقد يخاف منها، وقد لا يخاف، لكن تشين، فإن لم يكن في قطعها خطر، وأراد المستقل قطعها لإزالة الشين، فله قطعها بنفسه، ولغيره بإذنه، وإن كان في قطعها خطر، نظر إن لم يكن في بقائها خطر، لم يجز القطع لإزالة الشين، فإن كان في بقائها خوف أيضاً، نظر إن كان الخطر في القطع أكثر، لم يجز القطع، وإن كان في الإبقاء أكثر، جاز القطع على الصحيح، وقيل: لا، لأنه فتح باب الروح بخلاف الإبقاء، وإن تساوى الخطر، جاز القطع على الأصح، إذ لا معنى للمنع مما لا خطر فيه، وأما من عظمت آلامه ولم يطقها، فأراد أن يريح نفسه بمهلك مذفف، فيحرم ذلك، فلو وقع في نار علم أنه لا ينجو منها، وأمكنه أن يلقي نفسه في بحر، ورأى ذلك أهون عليه من الصبر على لفحات النار، فله ذلك على الأصح، وهو قول الشيخ أبي محمد، ولو

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٠٧).

تأكل بعض الأعضاء، فهو كسلعة يخاف منها، ولو قطع السلعة، أو العضو المتأكل من المستقل قاطع بغير إذنه، فمات، لزمه القصاص، سواء فيه الإمام وغيره، لأنه متعدد.

الثانية: المولى عليه لصغر أو جنون، يجوز لوليه الخاص وهو الأب والجد أن يقطع من السلعة واليد المتأكلة، وإن كان فيه خوف وخطر إذا كان الخطر في الترك أكثر، وليس للسلطان ذلك، لأن القطع يحتاج إلى نظر دقيق، وفراغ تام، وشفقة كاملة، كما أن للأب والجد تزويج البكر الصغيرة دون السلطان، قال الإمام: وقد ذكرنا عند استواء الطرفين في الخوف خلافاً في أن المستقل هل له القطع من نفسه، والأصح والحالة هذه أنه لا يقطع من طفله، وأما ما لا خطر فيه ولا خوف غالباً، كالفصد والحجامة وقطع سلعة بلا خطر، فيجوز فعله للولي الخاص، وكذا للسلطان، وفي «التهذيب» وجه أن القطع المخاطر لا يجوز للولي الخاص، وفي «جمع الجوامع» للرويان وجه أنه لا يجوز للسلطان الفصد والحجامة، والصحيح ما سبق، وليس للأجنبي المعالجة ولا القطع المخاطر بحال، ولو فعل، فسرى ومات به، تعلق بفعله القصاص والضمان، وأما السلطان إذا فعل بالصبي ما منعه، فسرى إلى نفسه، فعليه الدية مغلظة في ماله، لتعديده، وقيل: في كونه في بيت المال، أو على عاقلته القولان، كما لو أخطأ، لأنه قصد الإصلاح، والمذهب الأول، وفي وجوب القصاص قولان، أظهرهما: لا يجب، لأنه قصد الإصلاح، واستبعد الأئمة وجوب القصاص، وقال صاحب «الافصاح»: القولان إذا كان للصبي أب أو جد، فإن لم يكونا فلا قود بلا خلاف، لأنه لا بد له ممن يقوم بشأنه، وهذا راجع إلى أن للسلطان قطع السلعة، ولو قطع الأب والجد السلعة حيث لا يجوز، فمات، فلا قصاص للبعضية، وتجب الدية في ماله، وقيل: لا ضمان على الأب أصلاً، لأن ولايته أتم وإنما يقطعها للشفقة، وأما ما يجوز للأب والسلطان من فصد الصغير وحجامة وقطع سلعته للأب إذا أفضى إلى تلف، فلا ضمان فيه على الأصح، وبه قال الجماهير، لئلا يمتنع من ذلك، فيتضرر الصغير بخلاف التعزير.

الثالثة: الختان واجب في حق الرجال والنساء، وقيل: سنة، وقيل: واجب في الرجل، سنة في المرأة، والصحيح المعروف هو الأول، وختان الرجل: قطع الجلد التي تغطي الحشفة حتى تنكشف جميع الحشفة، ويقال لتلك الجلد: القلفة، قال الإمام: فلو بقي مقدار ينسبط على سطح الحشفة، وجب قطعه، حتى لا يبقى جلد متجاف، هذا هو الصحيح المعروف للأصحاب، وقال ابن كج: عندي يكفي قطع شيء من الحشفة وإن قل بشرط أن يستوعب القطع تدوير رأسها، وأما من المرأة،

فتقطع من اللحمة التي في أعلى الفرج فوق مخرج البول، وتشبه تلك اللحمة عرف الديك، فإذا قطعت، بقي أصلها كالنواة، ويكفي أن يقطع ما يقع عليه الاسم، قال الأصحاب: وإنما يجب الختان بعد البلوغ، ويستحب أن يختن في السابع من ولادته إلا أن يكون ضعيفاً لا يحتمله فيؤخر حتى يحتمله، قال الإمام: ولو كان الرجل ضعيف الخلقة بحيث لو ختن خيف عليه، لم يجز أن يختن، بل ينتظر حتى يصير بحيث يغلب على الظن سلامته، وفي وجهه في تعليق القاضي حسين، وهو مقتضى كلام البغوي: لا يجوز ختان الصغير حتى يبلغ عشر سنين.

قلت: ولنا وجه في «البيان» وغيره أنه يجب على الولي ختان الصغير قبل بلوغه، لأنه أرفق، فعليه النظر له، والصحيح أنه لا يجب حتى يبلغ، وهل يحسب يوم الولادة من السبعة المستحبة؟ وجهان في «المستظهر» أصحهما: لا، وحكاه عن الأكثرين، وأما الخنثى، فلا يختن في صغره، فإذا بلغ فوجهان: أحدهما: يجب ختان فرجه ليتوصل إلى المستحق، وبهذا قطع في «البيان» وأصحهما: لا يجوز ختانه، لأن الجرح لا يجوز بالشك، وبه قطع البغوي، فعلى الأول: إن أحسن الختان، ختن نفسه، وإلا اشترى جارية تختنه، فإن لم يمكن تولاه الرجال والنساء للضرورة، كالتطبيب، ولو كان لرجل ذكران، إن كانا عاملين، ختنا، وإن كان أحدهما، ختن وحده، وهل يعرف العمل بالجماع أو البول؟ وجهان: والله أعلم.

فرع: مؤنة الختان في مال المختون، وفي وجهه: يجب على الوالد إذا ختن صغيراً.

فرع: إذا بلغ غير مختون، أمره به الإمام، فإن امتنع، أجبره، فإن ختن الممتنع، فمات، فلا ضمان، لأنه مات من واجب، لكن لو وقع ختانه في حر أو برد شديدين، ففي الضمان خلاف سبق في الزنى، والمذهب وجوبه، وأجرى الإمام هذا الخلاف فيما لو ختنه الأب في حر أو برد شديدين، وجعل الأب أولى بنفي الضمان، لأن الأب هو الذي يتولى الختان غالباً، فهو في حقه كالحد في حق الإمام، ومن ختن صبياً في سن لا يحتمله، فمات منه، لزمه القصاص، سواء الولي وغيره، لكن لا قصاص على الأب والجد للبعضية، وعليهما الدية، وإن كان في سن يحتمله، فمات، نظر إن ختنه أبوه أو جده، أو الإمام إذا لم يكن له ولي غيره، فلا ضمان على الأصح، وإن ختنه أجنبي، فقال البغوي: يحتمل أن يبنى على ختن الإمام في الحر الشديد، إن ضمنه، ضمن هنا، وإلا فلا، وقال السرخسي: يبنى على أن الجرح اليسير هل فيه قصاص؟ وفيه وجهان: إن قلنا: نعم، فهو عمد، وإلا فشه عمد، وإذا أوجبنا الضمان في الختان في حر شديد، فالواجب نصف الضمان على الأصح، وقيل: كله.

الطرف الثاني: في محل ضمان إتلاف الإمام

فما تعدى به من التصرفات، وقصر فيه، أو أخطأ لا يتعلق بالحكم، بأن رمى صيداً، فقتل إنساناً، حكمه فيه حكم سائر الناس، فيجب في ماله، أو على عاقلته، وأما الضمان الواجب بخطئه في الأحكام وإقامة الحدود، فهل هو على عاقلته، أم في بيت المال؟ قولان، أظهرهما: على عاقلته وقد سبقا في باب العاقلة، فإن قلنا: على العاقلة، فالكفارة في ماله، وإن قلنا: على بيت المال، فهل الكفارة في بيت المال أم في ماله؟ وجهان: فلو ضرب الإمام في الخمر ثمانين، ومات المجلود، ففي محل الضمان القولان ولو جلد حاملاً جداً، فألقت جنيماً ميتاً، ففي محل الغرة القولان، إن جهل حملها، فإن علمه، فقليل: بالقولين، والمذهب أنها على عاقلته، لأنه عدل عن الصواب عمداً، ولو انفصل حياً ومات، وجب كل الدية ومحلها على ما ذكرنا، ولو ماتت الحامل، فقد أطلق في «المختصر» أنه لا يضمنها، قال الشيخ أبو حامد وغيره: إن ماتت من الجلد وحده، بأن ماتت قبل الإجهاض، فلا ضمان وهو موضع النص، وذكر ابن الصباغ أن فيه والحالة هذه الخلاف فيما لو حده في حر مفروط، فمات، وإن ماتت من الإجهاض وحده، بأن أجهضت، ثم ماتت، وأحيل الموت على الإجهاض، وجب كمال ديتها، وإن قيل: ماتت بالحد والإجهاض جميعاً، وجب نصف ديتها.

فرع: سنذكر في الشهادات إن شاء الله تعالى أن القاضي إذا حكم بشهادة اثنين، ثم بانا عبيدين أو ذميين، نقض الحكم، وإن بانا فاسقين، نقضه على الأظهر، فلو أقام الحد بشهادة اثنين، ثم بانا ذميين أو عبيدين أو امرأتين أو مراهقين أو فاسقين، ومات المحدود، فقد بان بطلان الحكم، فينظر إن قصر في البحث عن حالهما، فالضمان عليه لا يتعلق ببيت المال ولا بالعاقلة أيضاً إن تعمد، قال الإمام: وإنما يتردد في وجوب القصاص، والراجح الوجوب، لأن الهجوم على القتل ممنوع منه بالإجماع، ويحتمل أن لا يجب بإسناده القتل إلى صورة البيعة، وإن لم يقصر في البحث، بل بذل وسعه، جرى القولان في أن الضمان على عاقلته أم في بيت المال ثم إذا ضمننت العاقلة أو بيت المال، فهل يثبت الرجوع على الشاهدين؟ فيه أوجه: أحدها: نعم، لأنهما غرا القاضي، وأصحهما: لا، لأنهما يزعمان أنهما صادقان، ولم يوجد منهما تعد، وقد ينسب القاضي إلى تقصير في البحث، والثالث: يثبت الرجوع للعاقلة دون بيت المال، فإن أثبتنا الرجوع، طوبى الذميان في الحال، وفي العبيدين يتعلق بذمتهم على الأصح، وقيل: بالرقبة، وأما المراهقان، فإن قلنا: يتعلق برقبة العبيدين نزلنا ما وجد منهما منزلة الإتلاف، وإلا فقول الصبي لا يصلح للالتزام، فلا رجوع، وإن بانا فاسقين، فإن قلنا: لا ينقض الحكم، فلا أثر له، وإن قلنا:

ينقض، ففي الرجوع عليهما أوجه: أحدها: نعم كالعبدین، والثاني: لا، لأن العبد مأمور بإظهار حاله بخلاف الفاسق، وأصحها: إن كان مجاهرًا بالفسق، ثبت الرجوع، لأن عليه أن يمتنع من الشهادة، ولأن قبول شهادته مع مجاهرته يشعر بتعزيره، وإن كان مكاتمًا، فلا.

فرع: قتل الجلاذ وضربه بأمر الإمام كمباشرة الإمام إذا لم يعلم ظلمه وخطأه، ويتعلق الضمان والقصاص بالإمام دون الجلاذ، لأنه آله، ولو ضمنه لم يتول الجلاذ أحد، وإن علم أن الإمام ظالم أو مخطيء، ولم يكرهه الإمام عليه فالقصاص والضمان على الجلاذ دون الإمام، لأنه إذا علم الحال لزمه الإمتناع ويحجى على قولنا: أمر الإمام إكراهه، أن يكون هذا كما لو أكرهه، وإن أكرهه، فالضمان عليهما، وإن اقتضى الحال القصاص، وجب على الإمام، وفي الجلاذ قولان، ولو أمره بضربه وقال: أنا ظالم في ضربه، فضربه الجلاذ ومات، قال البغوي: إن قلنا: أمر السلطان ليس بإكراهه، فالضمان على الجلاذ، وإن قلنا: إكراهه، فإن قلنا: لا ضمان على المكره، فالضمان على الإمام، ولو قال: افعل إن شئت، فليس بإكراهه قطعاً، ولو قال: اضرب ما شئت، أو ما أحببت، لم تكن له الزيادة على الحد، فإن زاد، ضمن، ولو أمره بقتل في محل الاجتهاد، كقتل مسلم بدمي، وحر بعبد، والإمام والجلاذ يعتقدان أنه غير جائز، فقتله، قال البغوي: القود عليهما إن جعلنا أمر السلطان إكراهاً، وأوجبنا القود على المكره والمكره جميعاً، ولو اعتقد الجلاذ منعه، والإمام جوازه، أو ظن أن الإمام اختار ذلك المذهب، ففي وجوب القصاص والضمان على الجلاذ وجهان: أحدهما: عند الأصحاب: الوجوب، وبه قطع ابن الصباغ والبغوي وغيرهما، لأن واجبه الامتناع، فإن أكرهه فحكمه معروف، والثاني: لا اعتبار باعتقاد الإمام ولو كان الإمام لا يعتقد جواز قتل حر بعبد، فأمره به تاركاً للبحث، وكان الجلاذ يعتقد جوازه، فقتله عملاً باعتقاده، فقد بني على الوجهين قتله، فإن اعتبرنا اعتقاد الإمام، وجب القصاص، وإن اعتبرنا اعتقاد الجلاذ، فلا، قال الإمام: وهذا ضعيف هنا، لأن الجلاذ مختار عالم بحال والإمام لم يفوض إليه، النظر والاجتهاد بل القتل فقط، فالجلاذ كالمستقل.

فصل: لا ضمان على الحجام إذا حجم أو فصد بإذن من يعتبر إذنه، فأفضى إلى تلف، وكذا لو قطع سلعة بالأذن للمعنى الذي ذكرناه في الجلاذ بخلاف من قطع يداً صحيحة بإذن صاحبها، فمات منه، حيث توجب الدية على قول، لأن الإذن هناك لا يبيح القتل، وهنا الفعل جائز لغرض صحيح، وأما إذا قطع بالإذن، ووقف القطع فلم يسر، فلا ضمان بلا خلاف. وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في الصيال

هو متضمن لمعرفة الصائل وهو المدفوع، والمصول عليه وهو المدفوع عنه، وكيفية الدفع وحكمه. أما الصائل، فكل قاصد من مسلم وذمي وعبد وحر وصبي ومجنون وبهيمة، يجوز دفعه فإن أبي الدفع على نفسه، فلا ضمان بقصاص ولا دية لا وكفارة ولا قيمة ولو سقطت جرة من علو، وإستوت على رأس إنسان وخاف منها ولم يمكنه دفعها إلا بإتلافها ففي الضمان وجهان: أصحابهما: بجب لأنه قصد لها بخلاف الآدمي والبهيمة، ولو حالت بهيمة بين جائع وطعامه في بيت، ولم يصله إلا بقتلها، ففي الضمان الوجهان، ويمكن أن يجعل الأصح هنا نفي الضمان كما ذكرنا فيما لو عم الجراد المسالك فوطئه المحرم.

أما المصول عليه، فيجوز الدفع عن النفس والطرف ومنفعته، والبضع ومقدماته، وعن المال وإن قل إذا كانت المذكورات معصومة، ويجوز لغير المصول عليه الدفع، وله دفع مسلم صال على ذمي، وأب صال على ابنه، وسيد صال على عبده، لأنهم معصومون مظلومون، وحكى الإمام قولاً قديماً أنه لا يجوز الدفع عن المال إذا لم يحصل الدفع إلا بقتل، أو قطع طرف، والمشهور الأول، وبه قطع الجماهير، وفي الحديث الصحيح: «من قتل دون ماله فهو شهيد»^(١) فله الدفع في كل هذه الصور، وإن أتى الدفع على الصائل، فلا ضمان فيه، ولو وجده ينال من جاريته ما دون الفرج، فله دفعه، وإن أتى على نفسه وللأجنبي دفعه كذلك حسبة، ويجوز أن يكون المدفوع عنه ملك القاصد، فمن رأى إنساناً يتلف مال نفسه، بأن يحرق كدسه، ويغرق متاعه، جاز له دفعه، وإن كان حيواناً بأن رآه يشدخ رأس حماره، وجب على الأجنبي دفعه على الأصح وبه قطع البغوي، لحرمة الحيوان، أما كيفية الدفع، فيجب على المصول عليه رعاية التدريج والدفع بالأهون فالأهون، فإن أمكنه الدفع بالكلام، أو الصياح، أو الاستغاثة بالناس، لم يكن له الضرب، وكذا لو اندفع شره، بأن وقع في ماء أو نار، أو انكسرت رجله، لم يضربه، وكذا لو حال بينهما جدار أو خندق أو نهر عظيم، فإن حال نهر صغير وغلب على ظنه أنه إن عبر النهر عليه، قال ابن الصباغ: فله رميه ومنعه العبور، أما إذا لم يندفع الصائل إلا بالضرب، فله الضرب، ويراعى فيه الترتيب، فإن أمكن باليد، لم يضربه بسوط، وإن أمكن بسوط، لم يجرز بالعصا، ولو أمكن بقطع عضو، لم يجرز إهلاكه، وإذا أمكن بدرجة، فدفعه بما فوقها، ضمن، وكذا لو هرب فقتلته وضربه، ضمن، ولو ضربه ضربة، فولى هارباً أو

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٨٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٤١).

سقط، وبطل صياله فضربه أخرى، فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره، فإن مات منهما، لم يجب قصاص النفس، ويجب نصف الدية، لأنه هلك من مضمون وغيره، ولو عاد بعد الجرحين، فصال، فضربه ثالثة فمات منها، لزمه ثلث الدية، ومتى غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده، فله دفعه بما يمكنه، وإن لم يضره المقبل، ولو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا، ولم يجد الموصول عليه إلا سيفاً أو سكيناً، فالصحيح أن له الضرب به، لأنه لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب سوط، والمعتبر في حق كل شخص حاجته، ولذلك نقول: الحاذق الذي يحسن الدفع بأطراف السيف من غير جرح يضمن إن جرح، ومن لا يحسن، لا يضمن بالجرح، ولو قدر الموصول عليه على الهرب، أو التحصن بموضع حصين، أو على الالتجاء إلى فئة هل يلزمه ذلك، أم له أن يثبت ويقاقل؟ فيه اختلاف نص، وللاصحاب طريقان، أصحهما: على قولين، أظهرهما: يجب الهرب، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون، والطريق الثاني: حمل نص الهرب على من يتيقن النجاة بالهرب، والآخر على من لم يتيقن.

فرع: عض شخص يده، أو عضواً آخر، فليخلصه بأيسر الممكن، فإن أمكن رفع لحييه، وتخليص ما عضه، فعل، وإلا ضرب شدقه ليدعه، فإن لم يمكنه وسل يده، فسقطت أسنانه، فلا ضمان، وسواء كان العاض ظالماً أو مظلوماً، لأن العض لا يجوز بحال، ومتى أمكنه التخلص بضرب فمه، لا يجوز العدول إلى غيره، فإن لم يمكنه إلا بعضو آخر، بأن يعرج بطنه، أو يفقأ عينه، أو يعصر خصيه، فله ذلك على الصحيح، وقيل: ليس له قصد عضو آخر.

فصل: أما حكم الدفع، فقد ذكرنا أنه جائز، وهل يجب أم يجوز الاستسلام وترك الدفع، ينظر إن قصد أخذ المال، أو إتلافه ولم يكن ذا روح، لم يجب الدفع، لأن إباحة المال جائزة، وإن قصد أهله، وجب عليه الدفع بما أمكنه، لأنه لا مجال فيه، وشرط البغوي للوجوب أن لا يخاف على نفسه، وإن قصد نفسه، نظر إن كان كافراً، وجب الدفع، وأشار الروياني إلى أنه لا يجب، بل يستحب وهو غلط، والصواب الأول، وبه قطع الأصحاب، وإن كان بهيمة، وجب، وإن كان مسلماً فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: لا يجب الدفع، بل له الاستسلام، والثاني: يجب، وعن القاضي حسين أنه إن أمكنه دفعه بغير قتله، وجب، وإلا فلا، والقائلون بجواز الاستسلام، منهم من يزيد ويصفه بالاستحباب، وهو ظاهر الأحاديث، وإن كان الصائل مجنوناً، أو مراهقاً، فقيل: لا يجوز الاستسلام قطعاً، لأنهما لا إثم عليهما، كالبهيمة، والمذهب طرد القولين لحرمة الآدمي، ورضى بالشهادة. وهل

يجب الدفع عن الغير؟ فيه ثلاث طرق، أصحها: أنه كالدفع عن نفسه، فيجب حيث يجب، ولا يجب حيث لا يجب، والثاني: القطع بالوجوب، لأن له الإيثار بحق نفسه دون غيره، والثالث ونسبه الإمام إلى معظم الأصوليين: القطع بالمنع، لأن شهر السلاح يحرك الفتن، وليس ذلك من شأن آحاد الناس، وإنما هو وظيفة الإمام، وعلى هذا هل يحرم أم يجوز؟ فيه خلاف عنهم، فإن أوجبنا، فذلك إذا لم يخف على نفسه، ثم قال الإمام: الخلاف في أن آحاد الناس هل لهم شهر السلاح حسبة لا يختص بالصيال، بل من أقدم على محرم، من شرب خمر أو غيره، هل لآحاد الناس منعه بما يجرح ويأتي على النفس؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم نهياً عن المنكر، ومنعاً من المعصية، والثاني: لا، خوفاً من الفتن، ونسب الثاني إلى الأصوليين، والأول إلى الفقهاء، وهو الموجود للأصحاب في كتب المذهب، حتى قال الفوراني والبعوي والرويان وغيرهم: من علم خمراً في بيت رجل، أو طنبوراً، وعلم شربه، أو ضربه، فله أن يهجم على صاحب البيت، ويريق الخمر، ويفصل الطنبور، ويمنع أهل الدار الشرب والضرب، فإن لم ينتهوا، فله قتالهم وإن أتى القتال عليهم، وهو مثاب على ذلك، وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروذي أن من رآه مكباً على معصية من زنى أو شرب خمر، أو رآه يشد شاة أو عبداً، فله دفعه، وإن أتى الدفع عليه، فلا ضمان.

فصل: إذا وجد رجلاً يزني بامرأته أو غيرها، لزمه منعه ودفعه، فإن هلك في الدفع، فلا شيء عليه، وإن اندفع بضرب غيره ثم قتله، لزمه القصاص إن لم يكن الزاني محصناً، فإن كان، فلا قصاص على الصحيح، وقد سبق في الجنائيات، وإذا قال: قتلته لذلك، وأنكر وليه، فعلى القاتل البينة، وينظر إن ادعى أنه قصد امرأته، فدفعه فأتى الدفع على نفسه، ثبت ذلك بشاهدين، وإن ادعى أنه زنى بها وهو محصن، لم يثبت الزنى إلا بأربعة، فإن لم يكن بينة، حلف ولي القتل على نفي العلم بما يقوله، ومكن من القصاص، ولو كان للقتل وارثان، فحلف أحدهما، ونكل الآخر، حلف القاتل للآخر، وعليه نصف الدية للحالف، وإن كان أحدهما بالغاً، والآخر صغيراً، وحلف البائع لم يقبض حتى يبلغ الصغير، فيحلف، أو يموت، فيحلف وارثه، وإن أخذ البالغ نصف الدية حكى الرويان أنه يؤخذ للصغير أيضاً، فإذا بلغ، حلف، فإن نكل وحلف القاتل، رد عليه ما أخذ، ولو أقر الورثة أن مورثهم كان معها تحت ثوب يتحرك تحرك المجامع وأنزل، ولم يقرؤا بما يوجب الحد، لم يسقط القصاص، وإن أقرؤا بما يوجبها وقالوا: كان بكراً، فالقول قولهم، وعلى القاتل البينة بالحصان، ولو أخرج سارق المتاع من حرزه، ثم ألقاه وهرب، لم يكن له أن يتبعه فيضربه، فإن تبعه، فقطع يده التي وجب قطعها بالسرقة، فلا

قصاص، لأنها مستحقة الإزالة، وكذا في قطع الطريق إذا قطع ما وجب قطعه منه لا قصاص، لكن يعزر لافتئاته، ويجيء في وجوب القصاص الخلاف السابق في الزاني المحصن، ولو وجب الجلد على زان، فجلبه واحد من الناس، لم يقع حداً إلا بإذن الإمام بخلاف القطع، وفي تعليق إبراهيم المروزي وجهان فيمن جلد رجلاً ثمانين، وقال: كان قذفني، وأقام بينة به، هل يحسب ذلك عن الحد؟ وبني على الوجهين أنه إن عاش هل يعاد الحد، وإن مات هل يجب القصاص على الضارب؟.

فصل: إذا نظر إلى حرمة إنسان في داره من كوة، أو ثقب، أو شق باب، فنهاه صاحب الدار، فلم ينته، فرماه بحصاة ونحوها، فأصاب عينه فأعماه، أو أصاب قريباً من عينه فجرحه، فلا ضمان، وإن سرى إلى النفس لم يضمن، قال الشافعي رحمه الله: ولو ثبت المطلع، ولم يندفع بعد رميه بالشيء الخفيف، استغاث عليه صاحب الدار، فإن لم يكن في موضع غوث، قال: أحببت أن ينشده بالله تعالى، فإن لم يندفع، فله ضربه بالسلاح ويناله بما يردعه، فإن أتى على نفسه، فلا ضمان، ولو لم ينل منه صاحب الدار، عاقبه السلطان، وسواء كان وقوف الناظر في الشارع أو في سكة منسدة الأسفل، أو في ملك نفسه، إذ ليس للواقف في ملكه مد النظر إلى حرم الناس، وعن القاضي حسين وجه ضعيف أنه ليس له قصد عينه إذا وقف في الشارع، أو ملك نفسه، وإنما يقصده إذا وقف في ملك المنظور إليه وليس بشيء، ثم إنما يرمي عينه إذا قصد النظر والتطلع، أما إذا كان مخطئاً، أو وقع بصره اتفاقاً، وعلم صاحب الدار الحال، فلا يرميه، فلو رماه، وقال الناظر: لم أكن قاصداً، أو لم أطلع على شيء، فلا شيء على الرامي، لأن الاطلاع حاصل، وقصده أمر باطن لا يطلع عليه، وهذا ذهاب إلى جواز الرمي من غير تحقق قصده، وفي كلام الإمام ما يدل على أنه لا يرمي حتى يتبين الحال، وهو حسن.

فرع: هل يجوز رميه قبل إنذاره؟ وجهان: أحدهما يحكى عن الشيخ أبي حامد والقاضي حسين: لا، بل ينذره ويزجره ويأمره بالانصراف، فإن أصر، رماه، جرياً على قياس الدفع بالأهون، ولأنه قد يكون له عذر، وأصحهما: وبه قال الماسرجسي، والقاضي أبو الطيب، وجزم به الغزالي: يجوز رميه قبل الإنذار، واستدل صاحب «التقريب» بجواز الرمي هنا قبل الإنذار على أنه لا يجب تقديم الكلام في دفع كل صائل، وأنه يجوز للموصول عليه الابتداء بالفعل، قال الإمام: مجال التردد في كلامه هو موعظة قد تفيد وقد لا تفيد، فأما ما يوثق بكونه دافعاً من تخويف وزعقة مزعجة، فيجب قطعاً، وهذا أحسن، وينبغي أن يقال: ما لا يوثق بكونه دافعاً، ويخاف من الابتداء به مبادرة الصائل لا يجب الابتداء به قطعاً.

فرع: ليكن الرمي بشيء خفيف تقصد العين بمثله، كبندقة وحصى خفيفة، أما إذا رشقه بنشاب، أو رماه بحجر ثقيل، فيتعلق به القصاص والدية، لكن لو لم يمكن قصد عينه، أو لم ينزجر، فيستغيث عليه ويدفعه بما أمكنه كما سبق، ولا يقصد رمي غير العين إذا أمكنه إصابتها، فإن لم يمكن، فرمى عضواً آخر، ففي «التهذيب» حكاية وجهين فيه، ونقل أنه لو أصاب موضعاً بعيداً عن عينه بلا قصد، فلا يضمن على الأصح، والأشبه ما ذكره الروياني أنه إن رماه، فأصاب غير العين، فإن كان بعيداً لا يخطيء من العين إليه، ضمن، وإن كان قريباً يخطيء إليه، لم يضمن.

فرع: لو كان للناظر محرم في الدار، أو زوجة، أو متاع، لم يجز قصد عينه، لأن له في النظر شبهة، وقيل: لا يكفي أن يكون له في الدار محرم، بل لا يمنع قصد عينه إلا إذا لم يكن في الدار إلا محارمه، والصحيح الأول، ولو كان الناظر محرماً لحرم صاحب الدار، فلا يرمى إلا أن تكون متجردة، إذا ليس للمحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة.

فرع: لو لم يكن في الدار حرم، بل كان فيها المالك وحده، فإن كان مكشوف العورة، فله الرمي ولا ضمان، وإلا فوجهان: أحدهما: لا يجوز رميه، والثاني: يجوز، لأن من الأحوال ما يكره الاطلاع عليه، ولو كان الحرم في الدار مستترات بالثياب، أو في بيت، أو منعطف لا يمتد النظر إليهن، فهل يجوز قصد عينه؟ وجهان: أحدهما: نعم، لعموم الأحاديث، ولأنه يريد سترهن عن الأعين وإن كن مستورات بثياب، ولأن الحرم في الدار لا يدرى متى يسترن وينكشفن، فيحسم باب النظر.

فرع: لو كان باب الدار مفتوحاً، فنظر منه، أو من كوة واسعة، أو ثلمة في الجدار، فإن كان مجتازاً، لم يجز رميه، وإن وقف ونظر متعمداً، لم يجز رميه أيضاً في الأصح، لتفريط صاحب الدار، ولو نظر من سطح نفسه، أو نظر المؤذن من المنارة، جاز رميه في الأصح، إذ لا تفريط من صاحب الدار، ولو وضع الأعمى عينه على شق الباب، فرماه، ضمن، سواء علم عماء، أم لا، ولو نظرت المرأة أو المراهق، جاز رميهما على الأصح، ولو قعد في طريق مكشوف العورة، فنظر إليه ناظر، لم يجز له رميه، لأنه الهاتك حرمة، قال ابن المرزبان: لو دخل مسجداً، وكشف عورته، وأغلق الباب أو لم يغلقه، فنظر إليه إنسان، لم يكن له رميه، لأن الموضع لا يختص به، ولو كانت الدار ملكاً للناظر، قال السرخسي: إن كان من فيها غاصباً، لم يكن له الرمي، وإن كان مستأجراً، فله ذلك، وفي المستعير وجهان:

فرع: لو انصرف الناظر قبل الرمي إليه، لم يجز أن يتبعه ويرميه، كالأصائل إذا أدبر.

فرع: لو دخل دار رجل بغير إذنه، فله أمره بالخروج ودفعه، كما يدفعه عن سائر أمواله، والأصح أنه لا يدفعه قبل الإنذار، كسائر أنواع الدفع، وبه قال الماسرجسي، ثم هل يتعين قصد رجله لكون الدخول بها كما يتعين قصد العين في النظر، أم لا يتعين، لأنه دخل بجميع البدن؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وهل يجوز قصد العين؟ وجهان: قال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة والطبري: يجوز، لأنه بأول الهجوم متطلع، ومنهم من منعه، والأصح: أن له دفعه بما يتيسر، ولا يتعين قصد عضو بعينه، ولا يمتنع قصد عضو. ودخول الخيمة في الصحراء، كالدار في البنيان، ولو أخذ المتاع وخرج، فله أن يتبعه ويقاومه إلى أن يطرح متاعه، ولو قتله وقال: قتلته، لأنه كابر ولم يخرج، وأنكر الولي فهو المصدق، وعلى القاتل البينة، وإن قال: قتلته، لأنه قصدني، فكذلك، وقد ذكر أنه يحتاج إلى بينة بأنه دخل داره مقبلاً شاهراً سلاحه، ولا تكفي بينة بأنه دخل داره بسلاح من غير شهر.

فرع: لو وضع أذنه على شق الباب، أو وقف على الباب يتسمع، لم يجز رمي أذنه، إذ ليس السمع كالبصر في الاطلاع على العورات، وقال الإمام: وفي بعض التعاليق عن شيخي وجه، ولا أثق بالمعلق.

فصل: في مسائل من الصيال

قال ابن كج: لو صال عليه فحل، وأمكنه الهرب، فلم يهرب وقتله دفعاً، هل يلزمه الضمان؟ يبنى على أنه هل يجب الهرب إذا صال عليه إنسان، إن قلنا: نعم، ضمن، وإلا فلا، وأبدى تردداً في حل أكل لحم البهيمة التي تلفت بالدفع، قال إبراهيم المروذي: إن لم يصب المذبح، لم تحل، وإن أصابه، فوجهان: لأنه لم يقصد الذبح والأكل، ولو صال العبد المبيع على البائع، أو أجنبى قبل القبض، فقتله دفعاً، انفسخ العقد، ولو صال على المشتري فقتله، ففي مصيره قابضاً وجهان: ولو صال العبد المغصوب أو المستعار على مالكة، فقتله دفعاً، لم يبرأ الغاصب والمستعير على الأصح، وفي «البيان» أنه لو قطع يد الصائل دفعاً، فلما ولى تبعه فقتله، لزمه القصاص في النفس، ثم حكى عن بعض الأصحاب أن لورثة المصول عليه أن يرجعوا في تركة الصائل بنصف الدية، قال: والذي يقتضيه المذهب، أنهم لا يرجعون بشيء، لأن النفس لا تنقص بنقص اليد.

الباب الثالث: في ضمان ما تتلفه البهائم

إذا اتلفت البهيمة، فإما أن لا يكون معها أحد من مالك وغيره، وإما أن يكون. الحال الأول: أن لا يكون أحد، وأتلفت زرعاً أو غيره، نظر إن أتلفته بالنهار،

فلا ضمان على صاحبها، وإن أتلفته بالليل، لزم صاحبها الضمان، للحديث الصحيح في ذلك^(١)، ولأن العادة أن أصحاب الزروع والبساتين يحفظونها نهاراً، ولا بد من إرسال المواشي للرعي، ثم العادة أنها لا تترك منتشرة ليلاً، فإذا تركها ليلاً، فقد قصر، فضمن، ولو جرت العادة في ناحية بالعكس، فكانوا يرسلون المواشي ليلاً للرعي، ويحفظونها نهاراً، وكانوا يحفظون الزرع ليلاً، فوجهان: أحدهما: ينعكس الحكم، فيضمن ما أتلفته بالنهار دون الليل اتباعاً لمعنى الخبر والعادة، والثاني: لا تأثير للعادة ويتعلق به فروع:

الأول: المزارع في الصحراء والبساتين التي لا جدار لها، حكمها ما ذكرنا، أما إذا كان الزرع في محوط، وكان للبساتين باب يغلق، فتركه مفتوحاً فوجهان: أحدهما: الحكم كذلك لإطلاق الحديث ولأن العادة حفظ البهائم وربطها ليلاً، فأرسلها تقصير، وأحدهما: لا ضمان وإن أتلفت بالليل، لأن التقصير من صاحب الزرع بفتح الباب.

الثاني: إنما يعتاد إرسال المواشي إذا كان هناك مراعى بعيدة عن المزارع، وحينئذ إن فرض انتشارها إلى أطراف المزارع، لم يعد تقصيراً، فأما إذا كانت المراعي متوسطة للمزارع، أو كانت البهائم ترعى في حريم السواقي، فلا يعتاد إرسالها بلا راع، فإن أرسلها، فمقصر ضامن لما أفسدته وإن كان نهاراً، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور.

الثالث: لو ربط بهيمته، وأغلق بابه، واحتاط على العادة، ففتح الباب لص، أو انهدم الجدار، فخرجت ليلاً، فلا ضمان، إذ لا تقصير، ولو قصر صاحب البهيمة، وحضر صاحب الزرع، فإن قدر على تنفيرها، فليفعل، فإن تهاون فهو المقصر المضيق لزرعه، فلا ضمان على الصحيح، وينبغي أن لا يبالغ التنفير والإبعاد، بل يقتصر على قدر الحاجة، فإن زاد، فضاعت، قال إبراهيم المروذي: لزمه الضمان وتصير داخله في ضمانه بالتباعد فوق قدر الحاجة، ولو أخرجها من زرع وأدخلها في زرع غيره، فأفسدته، لزمه الضمان.

فإن كانت محفوفة بمزارع الناس، ولم يمكن إخراجها إلا بإدخالها مزرعة غيره، لم يجز أن يقي مال نفسه بمال غيره، بل يصبر ويغرم صاحبها.

(١) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٦٩) من حديث محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل، فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل.

والحديث صححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٣٩٠/٢).

الرابع: إذا أرسل دابة في البلد، فأتلقت شيئاً، ضمن على الأصح، وجميع ما ذكرنا فيما إذا تعلق إرسال الدابة وضبطها باختياره، فإن انفلقت، لم يضمن ما أتلفته بحال، ولو ربط دابته في موات، أو ملك نفسه، وغاب عنها، لم يضمن ما تتلفه، وإن ربطها في الطريق على باب داره، أو في موضع آخر، لزمه الضمان، سواء كان الطريق ضيقاً أو واسعاً، لأن الارتفاق في الطريق إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة، كإشراع الجناح، وقيل: إن كان واسعاً، فلا ضمان، والصحيح المنصوص هو الأول، ولم يتعرضوا للفرق بين ربطه بإذن الإمام ودون إذنه.

فرع: إذا أرسل الحمام، أو غيرها من الطير، فكسرت شيئاً، أو التقتت حباً، فلا ضمان، لأن العادة إرسالها، ذكره ابن الصباغ.

الحال الثاني: إذا كان مع البهيمة شخص، ضمن ما أتلفته من نفس ومال، سواء أتلقت ليلاً أو نهاراً، وسواء كان سائقها أو راكبها أو قائدها، وسواء أتلقت بيدها أو رجلها أو عضها أو ذنبها، لأنها تحت يده وعليه تعهدا وحفظها، وسواء كان الذي مع البهيمة مالكة أو أجيره، أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً، لشمول اليد، وسواء البهيمة الواحدة والعدد، كالإبل المقطورة، وحكى ابن كج وجهاً أنه إن كانت الماشية مما تساق، كالغنم، فساقها، لم يضمن، وإن كانت مما يقاد، فساقها، ضمن، والصحيح أنه يضمن في الحالين وبه قطع الجماهير، ولو كان معها قائد وسائق، فالضمان عليهما نصفين، وفي الراكب مع السائق أو القائد وجهان: أحدهما: عليهما نصفين، والثاني: يخص الراكب بالضمان لقوة يده وتصرفه، ولو اجتمع راكب وسائق وقائد، فهل يختص الراكب بالضمان أم يجب عليهم أثلاثاً؟ وجهان: ولو كان يسير دابة، فنحسها إنسان، فرمحت وأتلقت شيئاً، فالضمان على الناحس على الصحيح، وقيل: عليهما، ولو انفلقت الدابة من يد صاحبها وأتلقت شيئاً، فلا ضمان عليه من يده، فلو أمسك على اللجام، وركبت رأسها فهل يضمن ما تتلفه؟ قولان، وعن صاحب «التلخيص» طرد الخلاف، وإن لم يكن معها الراكب، كما إذا غلبت السفيتان الملاحين، قال الإمام: والدابة النزقة التي لا تنضبط بالكبح، والترديد في معاطف اللجام، لا تتركب في الأسواق، ومن ركبها، فهو مقصر ضامن لما تتلفه.

وإذا راثت الدابة، أو بالت في سيرها في الطريق، فزلق به إنسان، وتلفت نفس أو مال، أو فسد شيء من رشاش الوحل بمرشها وقت الوحول والأنداء، أو مما يثور من الغبار، وقد يضر ذلك بثياب البزازين والفواكه، فلا ضمان في كل ذلك، لأن الطريق لا يخلو عنه، والمنع من الطرق لا سبيل إليه، لكن ينبغي أن يحترز مما

لا يعتاد، كالركض المفرط في الوحل، والإجراء في مجتمع الوحول، فإن خالف، ضمن ما يحدث منه، وكذا لو ساق الإبل في الأسواق غير مقطورة، لأنه لا يمكن ضبطها حينئذ، وإذا بالت الدابة، أو راثت في الطريق وقد وقفها فيه، فأفضى المرور في موضع البول إلى تلف، فعلى الخلاف السابق فيما لو أتلقت الدابة الموقوفة هناك شيئاً، والمذهب: أنه لا ضمان وقيل: يفرق بين طريق واسع وضيق، وعن ابن الوكيل وجه أنه يجوز أن تقف الدابة في الطريق مطلقاً، كما يجوز أن يجريها، فإذا بالت أو راثت في وقوفها، وتلف به إنسان، فلا ضمان، ولو كان يركض دابته، فأصاب شيء من موضع السنابك عين إنسان، وأبطل ضوءها، فإن كان الموضع موضع ركض، فلا ضمان، وإلا فيضمن، ولو كان يسوق دابة عليها حطب، أو حملة على ظهره، أو على عجلة، فاحتك ببناء وأسقطه، لزمه ضمانه، وإن دخل السوق به، وتلف منه مال أو نفس، ففي «التهذيب» وغيره أنه إن كان ذلك وقت الزحام، ضمن، وإن لم يكن زحام، وتمزق ثوبه بخشبة تعلقت به مثلاً، فإن كان صاحب الثوب مستقبلاً للدابة، فلا ضمان، لأن التقصير منه إلا أن يكون أعمى، فعلى صاحب الدابة اعلامه، وإن كان يمشي قدام الدابة، لزم صاحبها الضمان إذا لم يعلمه، لأنه مقصر في العادة، وإن كان من صاحب الثوب جذبه أيضاً بأن تعلقت الخشبة بثوبه فجذبه وجذبتها الدابة، فعلى صاحبها نصف الضمان، ولو كان يمشي، فوقع مقدم مداسه على مؤخر مداس غيره وتمزق، لزمه نصف الضمان، لأنه تمزق بفعله وفعل صاحبه، هكذا ذكره إبراهيم المروذي، وينبغي أن يقال: إن تمزق مؤخر مداس السابق، فالضمان على اللاحق، وإن تمزق مقدم مداس اللاحق، فلا ضمان على السابق، وجميع ما ذكرنا في وجوب الضمان على صاحب الدابة هو فيما إذا لم يوجد من صاحب المال تقصير، فإن وجد بأن عرضه للدابة، أو وضعه في الطريق، فلا ضمان على صاحب الدابة.

فرع: إذا كانت له هرة تأخذ الطيور، وتقلب القدور، فأتلقت شيئاً فهل على صاحبها ضمان؟ وجهان: أحدهما: نعم، سواء أتلقت ليلاً أو نهاراً، لأن مثل هذه الهرة ينبغي أن تربط ويكف شرها، وكذا الحكم في كل حيوان تولع بالتعدي، والثاني: لا ضمان، سواء أتلقت ليلاً أو نهاراً، لأن العادة لا تربط، أما إذا لم يعهد منها ذلك فوجهان: أحدهما: لا ضمان، لأن العادة حفظ الطعام عنها لا ربطها، والثاني: يفرق بين الليل والنهار كما سبق في البهيمة، وأطلق الإمام في ضمان ما تتلفه الهرة أربعة أوجه: أحدها: يضمن، والثاني: لا، والثالث: يضمن ليلاً لا نهاراً، كالبهيمة، والرابع: عكسه، لأن الأشياء تحفظ عنها ليلاً، وإذا أخذت الهرة

حمامة وهي حية، جاز فتل أذننها وضرب فمها لترسلها، وإذا قصدت الحمام، فأهلكت في الدفع، فلا ضمان، فلو صارت ضارية مفسدة فهل يجوز قتلها في حال سكونها؟ وجهان: أصحهما: وبه قال القفال: لا يجوز، لأن ضراوتها عارضة والتحرز عنها سهل، وقال القاضي حسين: تلتحق بالفواسق الخمس، فيجوز قتلها، ولا يختص بحال ظهور الشر، قال الإمام: وقد انتظم لي كلام الأصحاب أن الفواسق مقتولات لا يعصمها الاقتناء، ولا يجري الملك عليها، ولا أثر لليد والاختصاص فيها.

فرع: لو كان في داره كلب عقور، أو دابة رموح، فدخلها إنسان، فرمحته، أو عضه الكلب، فلا ضمان إن دخل بغير إذن صاحب الدار، أو بإذنه وأعلمه بحال الكلب والدابة، وإن لم يعلمه فقولان: كما لو وضع بين يديه طعاماً مسموماً، ومنهم من خص الخلاف بمن كان أعمى، أو في ظلمة، وقطع بنفي الضمان إذا كان بصيراً يرى.

فرع: لو ابتلعت البهيمة في مرورها جوهرة، ضمنها صاحبها إن كان معها، أو وجد منه تقصير، بأن طرح لؤلؤة غيره بين يدي دجاجة، وإلا فوجهان: أحدهما: يفرق بين الليل والنهار، كالزعر، والثاني: يضمن ليلاً ونهاراً، وإذا أوجبنا الضمان، فطلب صاحب الجوهرة ذبحها ورد الجوهرة، فقد سبق بيانه في الغصب.

فصل: في مسائل منثورة من الباب وربما سبق بعضها فأعدناه، أو صح

في فتاوى البغوي أن الراعي كالمالك يضمن ما أتلفته الدابة في يده، ولو كان عنده دابة وديعة، فأرسلها فأتلفت، لزمه الضمان ليلاً كان أو نهاراً، لأن عليه حفظها ليلاً ونهاراً، وفي هذا توقف، ويشبه أن يقال: عليه حفظها بحسب ما يحفظ الملاك، وأنه لو استأجر رجلاً لحفظ دوابه، فأتلفت زرعاً ليلاً أو نهاراً، فعلى الأجير الضمان، لأن عليه حفظها في الوقتين، وذكر أنه رأى المسألة كذلك في طريقة العراق.

قلت: ينبغي أن لا يضمن الأجير والمودع إذا أتلفت ليلاً كان أو نهاراً، لأن على صاحب الزرع حفظه نهاراً، وتفريط الأجير إنما يؤثر في أن مالك الدابة يضمنه. والله أعلم.

وأنه لو دخلت دابة ملك رجل فأخرجها، ضمن، كما لو هبت الريح بثوب في حجره، فألقاه، ضمن، بل عليه ردها إلى المالك، فإن لم يجده سلمها إلى الحاكم إلا أن تكون مسببة من جهة المالك، كالإبل والبقر، وعلى هذا فالذي سبق أنه

يخرجها من زرعه إلا إذا كان زرعه محفوفاً بزرع الغير يحمل على ما إذا كانت مسببة من جهة المالك، وأنها لو دخلت بهيمة أرضه، فتلّف زرع، دفعها كما يدفعها لو صالت، فإن نحاها عن الزرع، واندفع ضررها، لم يجز إخراجها عن الملك، لأن شغلها المكان وإن كان فيه ضرر بحيث لا يبيح إضاعة مال غيره، ولو أن مالكها أدخلها في ملك صاحب الأرض بغير إذنه، فأخرجها بعد غيبة مالكها، أو وضع إنسان متاعه في المفازة على دابة شخص بغير إذنه، وغاب، ألقاه صاحب الدابة، فيحتمل وجهين في الضمان وعدمه، وأنه لو كان يقطع شجرة في ملكه، فسقطت على رجل أحد النظارة، فانكسرت، فإن عرف القاطع أنها إذا سقطت تصيب الناظر، ولم يعرف الناظر ذلك، ولا أعلمه القاطع، ضمن القاطع، سواء دخل ملكه بإذنه أو بغير إذنه، وإن عرف الناظر ذلك، أو عرفاه جميعاً، أو جهلاً، فلا ضمان، وأنه لو دخلت بقرة ملكه، فأخرجها من ثلمة، فهلك، ضمن إن لم تكن الثلمة بحيث تخرج البقرة منها بسهولة، وأنه لو دخلت دابة ملكه، فرمحت صاحب الملك، فمات، فحكم الضمان كما لو أتلّفت زرع، يفرق بين الليل والنهار، وإذا أوجبنا الضمان، فالدية على العاقلة، كحفر البئر، وأنه لو ركب صبي أو بالغ دابة رجل دون إذنه، فغلبته الدابة وأتلّفت شيئاً، فعلى الراكب الضمان بخلاف ما لو ركب المالك، فغلبته، حيث لا يضمن في قول، لأنه غير متعد، وأنه إذا أهاجت الرياح وأظلم النهار، فتفرقت غنم الراعي ووقعت في زرع، فأفسدته، فالراعي مغلوب، وفي وجوب الضمان عليه قولان، أظهرهما: لا ضمان، وكذا الحكم لو ند بعير من صاحبه، فأتلّف شيئاً، ولو نام وتفرقت الأغنام وأتلّفت، ضمن لتقصيره، وأن الرجل لو كان على دابة، فسقطت ميتة وأهلكت شيئاً، أو مات الراكب وسقط على شيء، لم يضمن، وكذا لو انتفخ ميت، وتكسر بسبب انتفاخه قارورة، بخلاف الطفل يسقط على قارورة، يضمن، لأن للطفل فعلاً بخلاف الميت، وأنه لو استقبل دابة فردها، فأتلّفت في انصرافها شيئاً، ضمنه الراد، ولو نخسها، فأسقطت الراكب، أو رمحت منه إنساناً، فأتلّفته، فعلى الناخس الضمان، فإن نخس بإذن الراكب، تعلق الضمان بالراكب، ولو حل قيلاً عن دابة، فخرجت وأتلّفت شيئاً، لا يضمن، كما لو أبطل الحرز فأخذ المال، وأنه لو سقطت دابة في وهدة، فنفر من سقطها بعير وهلك، لا يجب ضمانه على صاحب الدابة، وأنه إذا ابتاع بهيمة بضمن في ذمته، فأتلّفت على المشتري مالاً، ضمنه البائع، لأنها في يده، كما لو أتلّفت المستعارة شيئاً على المعير، يضمنه المستعير، وأنه لو ألقى نخاعته في الحمام، فزلق بها حر أو عبد وانكسر، لزمه الضمان إن ألقاها على الممر وبالله التوفيق.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب السير

هي جمع سيرة، وهي الطريقة، والمقصود: الكلام في الجهاد وأحكامه وفيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في وجوب الجهاد، وبيان فروض الكفايات

وفيه أطراف:

الطرف الأول: في مختصر يتعلق بابتداء الأمر بالجهاد وغيره، قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله: لما بعث رسول الله ﷺ أمر بالتبليغ والإنذار بلا قتال، واتبعه قوم بعد قوم، وفرضت الصلاة بمكة، ثم فرض الصوم بعد الهجرة بسنتين، واختلفوا في أن الزكاة فرضت بعد الصوم أم قبله، ثم فرض الحج سنة ست، وقيل: سنة خمس، وكان القتال ممنوعاً منه في أول الإسلام وأمروا بالصبر على أذى الكفار، فلما هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة، وجبت الهجرة على من قدر، فلما فتحت مكة، ارتفعت الهجرة منها إلى المدينة، ونفي وجوب الهجرة من دار الحرب على ما سنذكره إن شاء الله تعالى، ثم أذن الله سبحانه وتعالى في القتال للمسلمين إذا ابتدأهم الكفار بقتال، ثم أباح القتال ابتداء، لكن في غير الأشهر الحرم، ثم أمر به من غير تقييد بشرط ولا زمان، ولم يعبد رسول الله ﷺ صنماً قط قال صاحب «البيان»: كان متمسكاً قبل النبوة بدين إبراهيم ﷺ.

قلت: تعرض الرافعي رحمه الله لهذه النبذ، ولم يذكر فيها ما يليق به ولا بهذا الكتاب، وأنا أشير إلى أصول مقاصدها بألفاظ وجيزة إن شاء الله تعالى، اتفقوا أن النبي ﷺ لم يعبد صنماً قط، والأنبياء قبل النبوة معصومون من الكفر، واختلفوا في العصمة من المعاصي، وأما بعد النبوة فمعصومون من الكفر، ومن كل ما يخل بالتبليغ، وما يزري بالمروءة، ومن الكبائر، واختلفوا في الصغائر فجوزها الأكثرون، ومنعها المحققون وقطعوا بالعصمة منها، وتأولوا الظواهر الواردة فيها، واختلفوا في أن نبينا ﷺ هل كان قبل النبوة يتعبد على دين نوح وإبراهيم أم موسى أم عيسى، أم يتعبد لا ملتزماً دين واحد من المذكورين، والمختار أنه لا يجزم في ذلك بشيء، إذ ليس فيه دلالة على عقل ولا ثبت فيه نص ولا إجماع.

واختلف أصحابنا في شرع من قبلنا، هل هو شرع لنا إذا لم يرد شرعنا بنسخ ذلك الحكم؟ والأصح أنه ليس بشرع لنا، وقيل: بلى، وقيل: شرع إبراهيم فقط، وبعث رسول الله ﷺ وله أربعون سنة، وقيل: أربعون ويوم، فأقام في مكة بعد النبوة ثلاث عشرة سنة، وقيل: عشراً، وقيل: خمس عشرة، والصحيح الأول، ثم هاجر إلى المدينة، فأقام بها عشراً بالإجماع، ودخلها رسول الله ﷺ ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول، وتوفي ﷺ ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول سنة إحدى عشرة من الهجرة ومنها ابتداء التاريخ، ودفن ليلة الأربعاء، وقيل: ليلة الثلاثاء، ومدة مرضه ﷺ الذي توفي فيه اثنا عشر يوماً، وقيل: أربعة عشر، وغسله علي والعباس والفضل وقثم وأسامة وشقران رضي الله عنهم، وكفن في ثلاثة أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة، وصلى عليه المسلمون أفراداً، بلا إمام، ودخل قبره علي والعباس والفضل وقثم وشقران، ودفن في اللحد وجعل فيه تسع لبنات، ودفن في الموضع الذي توفي فيه، وهو حجرة عائشة، ثم دفن عنده أبو بكر، ثم عمر رضي الله عنهما، ولم يحجج ﷺ بعد الهجرة إلا حجة الوداع سنة عشر، وسميت حجة الوداع لأنه ودع الناس فيها ﷺ، واعتمر ﷺ أربع عمر، واختلفوا هل فرض الحج سنة ست أو خمس أو تسع، وأول ما وجب الإنذار والدعاء إلى التوحيد، ثم فرض الله تعالى من قيام الليل ما ذكره في أول سورة المزمل، ثم نسخه بما في أواخرها، ثم نسخه بإيجاب الصلوات الخمس ليلة الإسراء بمكة بعد النبوة بعشر سنين وثلاثة أشهر ليلة سبع وعشرين من رجب، وكان ﷺ مأموراً بالصلاة إلى بيت المقدس مدة مقامه بمكة وبعد الهجرة ستة عشر شهراً أو سبعة عشر، ثم أمره الله تعالى باستقبال الكعبة.

ذكر بعض الأمور المشهورة بعد الهجرة على ترتيب السنين:

السنة الأولى: فيها بنى ﷺ مسجده ومساكنه، وأخى بين المهاجرين والأنصار، وشرع الأذان وأسلم عبد الله بن سلام.

السنة الثانية: فيها حولت القبلة إلى الكعبة، قال محمد بن حبيب الهاشمي: حولت في الظهر يوم الثلاثاء نصف شعبان، كان ﷺ في أصحابه، فحانت صلاة الظهر في منازل بني سلمة، فصلى بهم ركعتين من الظهر في مسجد القبلتين إلى القدس، ثم أمر في الصلاة باستقبال الكعبة وهو راکع في الركعة الثانية، فاستدار واستدارت الصفوف خلفه ﷺ، فأتم الصلاة، فسمي مسجد القبلتين، وفي شعبان منها فرض صوم رمضان، وفيها فرضت صدقة الفطر، وفيها كانت غزوة بدر في رمضان، وفي شوال منها تزوج عائشة، وفيها تزوج علي فاطمة.

السنة الثالثة: فيها غزوات وأربع سرايا، منها غزوة أحد يوم السبت السابع من شوال، ثم غزوة بدر الصغرى في هلال ذي القعدة، وفيها غزوة بني النضير، وحرمت الخمر بعد غزوة أحد، وتزوج حفصة، وتزوج عثمان أم كلثوم، وولد الحسن بن علي.

السنة الرابعة: فيها غزوة الخندق وذكرها جماعة في الخامسة، والصحيح أنها في الرابعة، ويقال لها: الأحزاب أيضاً، وكان حصار الأحزاب المدينة خمسة عشر يوماً ثم هزمهم الله تعالى، وفيها قصرت الصلاة ونزل التيمم، وتزوج أم سلمة. السنة الخامسة: فيها غزوة ذات الرقاع في أول المحرم وبها صلى صلاة الخوف، وهي أول صلوات الخوف، ثم غزوة دومة الجندل، وغزوة بني قريظة. السنة السادسة: غزوة الحديبية وبيعة الرضوان، وغزوة بني المصطلق، وكسفت الشمس، ونزل الظهار.

السنة السابعة: فيها غزوة خيبر، وتزوج أم حبيبة وميمونة وصفية، وجاءته مارية وبغلته دلدل، وقدم جعفر وأصحابه من الحبشة، وأسلم أبو هريرة، وعمره القضاء. السنة الثامنة: فيها غزوة مؤتة، وذات السلاسل، وفتح مكة في رمضان، وولد إبراهيم، وتوفيت زينب، وغزوة حنين والطائف، وفيها غلاء السعر، فقالوا: سعر لنا.

السنة التاسعة: فيها غزا تبوك، وحج أبو بكر رضي الله عنه بالناس، وتوفيت أم كلثوم والنجاشي، وتتابع الوفود، ودخل الناس في دين الله أفواجا. السنة العاشرة: فيها حجة الوداع، و وفاة إبراهيم، وإسلام جرير، ونزل ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ وغزواته ﷺ بنفسه خمسة وعشرون غزوة، وقيل: سبع وعشرون، وسراياه ست وخمسون، وقيل غير ذلك. والله أعلم.

الطرف الثاني: في وجوب الجهاد

قد يكون فرض كفاية، وقد يتعين كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهل كان فرض كفاية في عهد رسول الله ﷺ، أم فرض عين؟ فيه وجهان: أحدهما: فرض كفاية لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ﴾ [النساء: ٩٥] الآية وأما اليوم فهو ضربان: أحدهما: أن يكون الكفار مستقرين في بلدانهم، فهو فرض كفاية، فإن امتنع الجميع منه، أثموا، وهل يعمهم الإثم، أم يختص بالذين يدنوا إليه؟ وجهان: قلت: الأصح أنه يأثم كل من لا عذر له كما سيأتي بيان الأعذار إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

وإن قام من فيه كفاية، سقط عن الباقي. وتحصل الكفاية بشيئين:

أحدهما: أن يشحن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بإزائهم من الكفار، وينبغي أن يحتاط بإحكام الحصون وحفر الخنادق ونحوهما، ويرتب في كل ناحية أميراً كافياً يقلده الجهاد وأمور المسلمين.

الثاني: أن يدخل الإمام دار الكفر غازياً بنفسه، أو بجيش يؤمر عليهم من يصلح لذلك، وأقله مرة واحدة في كل سنة، فإن زاد فهو أفضل، ويستحب أن يبدأ بقتال من يلي دار الإسلام من الكفار، فإن كان الخوف من الأبعدين أكثر، بدأ بهم، ولا يجوز إخلاء سنة عن جهاد إلا لضرورة، بأن يكون في المسلمين ضعف وفي العدو كثرة، ويخاف من ابتدائهم الاستئصال، أو لعذر بأن يعز الزاد وعلف الدواب في الطريق، فيؤخر إلى زوال ذلك، أو ينتظر لحاق مدد، أو يتوقع إسلام قوم، فيستميلهم بترك القتال، هذا ما نص عليه الشافعي، وجرى عليه الأصحاب رحمهم الله، وقال الإمام: المختار عندي في هذا مسلك الأصوليين، فإنهم قالوا: الجهاد دعوة قهرية، فيجب إقامته بحسب الإمكان حتى لا يبقى إلا مسلم أو مسالم، ولا يختص بمرة في السنة، ولا يعطل إذا أمكنت الزيادة، وما ذكره الفقهاء حملوه على العادة الغالبة، وهي أن الأموال والعدد لا تتأني لتجهيز الجنود في السنة أكثر من مرة، ثم إن تمكن الإمام من بث الأجناد للجهاد في جميع الأطراف، فعل، وإلا فيبدأ بالأهم فالأهم، وينبغي له أن يرعى النصفة بالمناوبة بين الأجناد في الإغزاء، ويسقط الوجوب في هذا الضرب بأعذار.

منها: الصغر والجنون والأنوثة، ولإمام أن يأذن للمراهقين والنساء في الخروج، وأن يستصحبهم لسقي الماء ومداواة المرضى ومعالجة الجرحى، ولا يأذن للمجانين بحال، ولا جهاد على الخنثى.

ومنها: المرض، فلا جهاد على من به مرض يمنعه من القتال والركوب على دابة، ولا على من لا يمكنه القتال إلا بمشقة شديدة، ولا اعتبار بالصداع ووجع الضرس والحمى الخفيفة ونحوها.

ومنها: العرج، فلا جهاد على من به عرج بين وإن قدر على الركوب ووجد دواب، وقيل: يلزمه الجهاد راكباً، والصحيح الأول، وسواء العرج في رجل أو رجلية، ولا اعتبار بعرج يسير لا يمنع المشي، ولا جهاد على أشل اليد، ولا من فقد معظم أصابعه بخلاف فاقد الأقل.

ومنها: العمى، فلا جهاد على أعمى، ويجب على الأعور والأعشى وعلى ضعيف البصر إن كان يدرك الشخص، ويمكنه أن يتقي السلاح.

ومنها: الفقر، فلا جهاد على من عجز عن سلاح وأسباب القتال، ويشترط أن

يجد نفقة طريقه ذهاباً ورجوعاً، فإن لم يكن له أهل ولا عشيرة، ففي اشتراط نفقة الرجوع وجهان سبقا في الحج، فإن كان القتال على باب البلد، أو حواليه، سقط اشتراط نفقة الطريق، ويشترط وجدان راحلة إن كان سفره مسافة القصر، ويشترط كون جميع ذلك فاضلاً عن نفقة من يلزمه نفقته، وسائر ما ذكرناه في الحج، وكل عذر يمنع وجوب الحج، يمنع وجوب الجهاد إلا أمن الطريق، فإنه شرط هناك ولا يشترط هنا، لأن مبنى الغزو على ركوب المخاوف، هذا إن كان الخوف من طلائع الكفار، وكذا لو كان من متلصصي المسلمين على الصحيح، ولو بذل للفاقد ما يحتاج إليه، لم يلزمه قبوله، إلا أن يبذله الإمام، فيلزمه أن يقبل ويجاهد، لأن ما يعطيه الإمام حقه، ولا يلزم الذمي الجهاد، والحاصل أن الجهاد لا يجب إلا على مسلم بالغ عاقل ذكر حر مستطيع، ولا جهاد على رقيق وإن أمره سيده، إذ ليس القتال من الاستخدام المستحق للسيد، ولا يلزمه الذب عن سيده عند خوفه على روحه إذا لم نوجب الدفع عن الغير، بل السيد في ذلك كالأجنبي، وللسيد استصحابه في سفر الجهاد وغيره لخدمته ويسوس دوابه، والمدير والمكاتب ومن بعضه حر لا جهاد عليهم.

فرع: مما يمنع وجوب الجهاد الدّين، فمن عليه دين حال لمسلم أو ذمي ليس له أن يخرج في سفر جهاد أو غيره إلا بإذنه، وله أن يمنعه السفر لتوجه المطالبة به، والحبس إن امتنع، وإن كان معسراً، فليس له منعه على الصحيح، إذ لا مطالبة في الحال، ولو استناب الموسر من يقضي دينه من مال حاضر، فله الخروج، وإن أمره بالقضاء من مال غائب، فلا، ومتى أذن صاحب الدين، فله الخروج، ويلتحق بأصحاب فرض الكفاية، وفيه احتمال للإمام، وإن كان الدين مؤجلاً، فله أن يخرج في سفر لا يغلب فيه الخطر على ما سبق في التفليس، وهل لصاحب الدين منعه من سفر الجهاد؟ فيه خمسة أوجه: أصحابها: لا، والثاني: نعم، إلا أن يقيم كفيلاً بالدين، والثالث: له المنع إن لم يخلف وفاء، والرابع: له المنع إن لم يكن من المرتزقة، والخامس: له ذلك إن كان الدين يحل قبل رجوعه، وركوب البحر كسفر الجهاد على الأصح.

فرع: من أحد أبويه حي، يحرم عليه الجهاد إلا بإذنه، أو بإذنهما إن كانا حيين مسلمين، ولا يحتاج إلى إذن كافر، والأجداد والجندات كالوالدين، وقيل: لا يشترط إذن الجد مع وجود الأب، ولا الجدة مع وجود الأم، والأول أصح، وليس للوالد منع الولد من حجة الإسلام على الصحيح، وله المنع من حج التطوع، وأما سفره لطلب العلم، فإن كان لطلب ما هو متعين، فله الخروج بغير إذنهما، وليس لهما

المنع، وإن كان لطلب ما هو فرض كفاية، بأن خرج لطلب درجة الفتوى وفي الناحية مستقل بالفتوى، فليس لهما المنع على الأصح، فإن لم يكن هناك مستقل، ولكن خرج جماعة، فليس لهما على المذهب، لأنه لم يوجد في الحال من يقوم بالمقصود، والخارجون، فلا يظفرون بالمقصود، وإن لم يخرج معه أحد، لم يحتج إلى إذن، ولا منع لهما قطعاً، لأنه يدفع الإثم عن نفسه، كالفرض المتعين عليه، وقيد بعضهم هذه الصورة بما إذا لم يمكنه التعلم في بلده، ويجوز أن لا يشترط ذلك، بل يكفي أن يتوقع في السفر زيادة فراغ أو إرشاد أستاذ أو غيرهما، كما لم يقيد الحكم في سفر التجارة بمن لم يتمكن منها ببلده، بل اكتفي بتوقع زيادة ربح، أو رواج، وأما سفر التجارة وغيره، فإن كان قصيراً، فلا منع منه بحال، وإن كان طويلاً، نظر إن كان فيه خوف ظاهر، كركوب بحر أو بادية خطيرة، وجب الاستئذان على الصحيح، ولهما المنع، وإن كان الأمن غالباً، فالأصح أنه لا منع ولا يلزمه الاستئذان، والولد الكافر في هذه الأسفار كالمسلم، بخلاف سفر الجهاد، فإنه متهم فيه، والرقيق كالحر على الصحيح لشمول معنى البر والشفقة.

فرع: من خرج للجهاد بإذن صاحب الدين أو الوالدين، ثم رجعوا عن الإذن، أو كان الأبوان كافرين، فخرج ثم أسلما، ولم يأذنا، وعلم المجاهد الحال، فإن لم يشرع في القتال، ولم يحضر الواقعة لزمه الانصراف إلا أن يخاف على نفسه أو ماله أو يخاف انكسار قلوب المسلمين، فلا يلزمه، فإن لم يمكنه الانصراف للخوف، وأمكنه أن يقيم في قرية في الطريق حتى يرجع الجيش، لزمه أن يقيم، وأوهم في «الوسيط» خلافاً في وجوب الإقامة هناك، وحكى ابن كج قولاً: أنه لا يلزمه الانصراف، والمشهور الأول، وإن علم بعد الشروع في القتال، فأربعة أوجه: أصحها: تجب المصابرة، ويحرم الانصراف، والثاني: يجب الانصراف، والثالث: يتخير بين الانصراف والمصابرة، والرابع: يجب الانصراف إن رجع صاحب الدين دون الأبوين إن رجع، لعظم شأن الدين ومن شرط عليه الاستئذان، فخرج بلا إذن، لزمه الانصراف ما لم يشرع في القتال، لأن سفره سفر معصية إلا أن يخاف على نفسه أو ماله، فإن شرع في القتال، فوجهان مرتبان، وهذه الصورة أولى بوجوب الانصراف، لأن أول الخروج معصية، ولو خرج عبد بغير إذن سيده، لزمه الانصراف ما لم يحضر الواقعة، فإن حضر، فلا، قال الروياني: يستحب الرجوع.

فرع: لو مرض من خرج للجهاد أو عرج، أو فني زاده، أو هلك دابته، فله أن ينصرف ما لم يحضر الواقعة، وكذا الحكم لو كان العذر حاصلاً وقت الخروج، فإن حضر الواقعة، فهل يلزمه الثبات أم له الرجوع؟ وجهان: أصحهما: الثاني، قال

الإمام: والوجهان إذا لم يورث انصرافه فشلاً في الجند، فإن أورثه، حرم الرجوع قطعاً، وفي «التهذيب» في صورة موت الدابة يلزمه القتال راجلاً إن أمكنه ذلك، وإلا فلا، وقيل: إذا انقطع عنه سلاحه، أو انكسر، لزمه القتال بالحجارة إن أمكنه.

فرع: حيث جوزنا الانصراف لرجوع الأبوين أو صاحب الدين عن الإذن، أو لحدوث المرض ونحوه، فليس للسلطان حبسه، قال الشافعي رحمه الله: إلا أن يتفق ذلك لجماعة، ويخشى من انصرافهم خلل في المسلمين، ولو انصرف لذهاب نفقة، أو هلاك دابة، ثم قدر على النفقة والدابة في بلاد الكفار، لزمه الرجوع للجهاد، وإن كان فارق بلاد الكفر، لم يلزمه الرجوع، وعن نصه أن من خرج للجهاد، وبه عذر مرض وغيره، ثم زال عذره، وصار من أهل فرض الجهاد، لم يكن له الرجوع عن الغزو، وكذا لو حدث العذر، وزال قبل أن ينصرف.

فرع: من شرع في قتال ولا عذر له، لزمه المصابرة، وعبر الأصحاب عن هذا بأن الجهاد يصير متعيناً على من هو من أهل فرض الكفاية بالشروع، ولو اشتغل شخص بالتعلم، وأنس الرشد فيه من نفسه، هل يحرم عليه قطعه؟ وجهان: أحدهما: نعم، فيلزمه الاتمام، قاله القاضي حسين، وأصحهما: لا، لأن الشروع لا يغير حكم المشروع فيه بخلاف بالجهاد، فإن رجوعه يؤدي إلى التخاذل، وهل يجب إتمام صلاة الجنابة إذا شرع فيها؟ وجهان: قال القفال: لا، وقال الجمهور: نعم، وهو الأصح، قال الغزالي: الأصح أن العلم وسائر فروض الكفاية تتعين بالشروع.

الضرب الثاني: الجهاد الذي هو فرض عين، فإذا وطئ الكفار بلدة للمسلمين، أو أطلوا عليها، ونزلوا بابها قاصدين، ولم يدخلوها، صار الجهاد فرض عين على التفصيل الذي نبينه إن شاء الله تعالى، وعن ابن أبي هريرة وغيره أنه يبقى فرض كفاية، والصحيح الأول، فيتعين على أهل تلك البلدة الدفع بما أمكنهم، وللدفع مرتبتان:

إحدهما: أن يحتمل الحال اجتماعهم وتأهبهم واستعدادهم للحرب، فعلى كل واحد من الأغنياء والفقراء التأهب بما يقدر عليه، وإذا لم يمكنهم المقاومة إلا بموافقة العبيد، وجب على العبيد الموافقة، فينحل الحجر عن العبيد حتى لا يراجعوا السادات، وإن أمكنهم المقاومة من غير موافقة العبيد، فوجهان: أحدهما: أن الحكم كذلك، لتقوى القلوب، وتعظم الشوكة، وتشتد النكاية، والثاني: لا ينحل الحجر عنهم للاستغناء عنهم، والنسوة إن لم تكن فيهن قوة دفاع لا يحضرن، وإن كان فعلى ما ذكرنا في العبيد، ويجوز أن لا يحوج المزوجة إلى إذن الزوج، كما لا

يحوج إلى إذن السيد، ولا يجب في هذا النوع استئذان الوالدين وصاحب الدين.

المرتبة الثانية: أن يتغشاهم الكفار، ولا يتمكنوا من اجتماع وتأهب، فمن وقف عليه كافر، أو كفار، وعلم أنه يقتل إن أخذ، فعليه أن يتحرك، ويدفع عن نفسه بما أمكن، يستوي فيه الحر والعبد، والمرأة والأعمى، والأعرج، والمريض، ولا تكليف على الصبيان والمجانين، وإن كان يجوز أن يقتل ويؤسر، ولو امتنع لقتل، جاز أن يستسلم، فإن المكاوحة والحالة هذه استعجال القتل، والأسر يحتمل الخلاص، ولو علمت المرأة أنها لو استسلمت امتدت الأيدي إليها، لزمها الدفع وإن كانت تقتل، لأن من أكره على الزنى لا تحل له المطاوعة لدفع القتل، فإن كانت لا تقصد بالفاحشة في الحال وإنما يظن ذلك بعد السبي، فيحتمل أن يجوز لها الاستسلام في الحال، ثم تدفع حينئذ، ولو كان في أهل البقعة كثرة، خرج بعضهم وفيهم كفاية، ففي تحتم المساعدة على الآخرين وجهان: أحدهما: الوجوب، لأن الواقعة عظيمة، وأما غير أهل تلك الناحية، فمن كان منهم على دون مسافة القصر، فهو كبعضهم، حتى إذا لم يكن في أهل البلدة كفاية، وجب على هؤلاء أن يطيروا إليهم، وإن كان فيهم كفاية، ففي وجوب المساعدة عليهم الوجهان، ومن كان على مسافة القصر، إن لم يكن في أهل البلدة والذين يلونهم كفاية، وجب عليهم أن يطيروا إليهم، فإن طار إليهم من تحصل به الكفاية، سقط الحرج عن الباقي، وهذا معنى قول البغوي: إذا دخل الكفار دار الإسلام، فالجهد فرض عين على من قرب، وفرض كفاية في حق من بعد، وعلى هذا فحكم أهل الأعذار على ما ذكرناه في الضرب الأول وفيه وجه، أنه يجب على جميعهم المساعدة والمساعدة وليكن هذا في الأقربين ممن هو على مسافة القصر، وإن كان في أهل البلدة والذين يلونهم كفاية، فالأصح أنه لا يجب على الذين فوق مسافة القصر المساعدة، لأنه يؤدي إلى إيجاب على جميع الأمة، وفي ذلك حرج من غير حاجة، والثاني: يجب على الأقربين فالأقربين بلا ضبط حتى يصل الخبر بأنهم قد دفعوا وأخرجوا، وليس لأهل البلدة، ثم الأقربين فالأقربين إذا قدروا على القتال أن يلبثوا إلى لحوق الآخرين، ولا يشترط وجود المركوب فيمن دون مسافة القصر، وفيمن على مسافة القصر فما فوقها وجهان: أحدهما: الاشتراط، كالحج، والثاني: لا، لشدة الخطب، ويشترط فيمن فوق مسافة القصر ودونها وجود الزاد على الأصح، إذ لا استقلال بغير زاد، ولا معنى لإلزامهم الخروج مع العلم بأنهم سيهلكون، ولو نزل الكفار على خراب، أو جبل في دار الإسلام بعيد عن الأوطان والبلدان، ففي نزوله منزلة دخول البلدة وجهان أطلقهما الغزالي، والذي نقله الإمام عن الأصحاب أنه ينزل منزلته، لأنه من

دار الإسلام، واختار هو المنع، لأن الدار تشرف بسكن المسلمين، فإذا لم يكن مسكناً لأحد، فتكليف المسلمين التهاوي على المتالف بعيد.

قلت: هذا الذي اختاره الإمام ليس بشيء، وكيف يجوز تمكين الكفار من الاستيلاء على دار الإسلام مع إمكان الدفع. والله أعلم.

فرع: لو أسروا مسلماً، أو مسلمين، فهل هو كدخول دار الإسلام؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن إزعاج الجنود لواحد بعيد، وأصحهما: نعم، لأن حرمة أعظم من حرمة الدار، فعلى هذا لا بد من رعاية النظر، فإن كانوا على قرب دار الإسلام، وتوقعنا استخلاص من أسروه لو طرنا إليهم، فعلنا، وإن توغلوا في بلاد الكفر ولا يمكن التسارع إليهم، وقد لا يتأتى خرقها بالجنود، اضطررنا إلى الانتظار، كما لو دخل منهم ملك عظيم الشوكة طرف بلاد الإسلام، لا يتسارع إليه آحاد الطوائف.

الطرف الثالث: في بيان فروض الكفاية:

هي كثيرة مفرقة في أبوابها، كغسل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، وكذا صلاة الجماعة والأذان والعيد إذا قلنا: إنهن فرض كفاية، وكذا التقاط المنبوذ وغير ذلك، وفروض الكفاية أمور كلية تتعلق بها مصالح دينية أو دنيوية لا ينتظم الأمر إلا بحصولها، فيطلب الشارع تحصيلها، ولا يطلب تكليف واحد فواحد بها، بخلاف فرض العين، فإن كل واحد مكلف بتحصيله، وفروض الكفاية أقسام، منها ما يتعلق بأصل الدين، وهو إقامة الحجة العلمية، ومعناها أنه كما تجب إقامة الحجة القهرية بالسيف، يجب أن يكون في المسلمين من يقيم البراهين، ويظهر الحجج، ويدفع الشبهات، ويحل المشكلات، ومنها ما يتعلق بالفروع، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والمراد منه: الأمر بواجبات الشرع، والنهي عن محرماته، فهو فرض كفاية، فإن نصب لذلك رجل، تعين عليه بحكم الولاية، وهو المحتسب، ولقد أحسن أقصى القضاة الماوردي ترتيب الأمر بالمعروف وتقسيمه، فجعله ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يتعلق بحقوق الله تعالى، وهو نوعان، أحدهما: يؤمر به الجميع دون الأفراد، كإقامة الجمعة حيث تجتمع شروطها، فإن كانوا عدداً يرون انعقاد الجمعة بهم، والمحتسب لا يراه، فلا يأمرهم بما لا يجوزه، ولا ينهاهم عما يروونه فرضاً عليهم، ويأمرهم بصلاة العيد، وهل هو واجب أم مستحب؟ وجهان:

قلت: الصحيح وجوب الأمر، وإن قلنا: صلاة العيد سنة، لأن الأمر بالمعروف هو الأمر بالطاعة، لا سيما ما كان شعاراً ظاهراً. والله أعلم.

النوع الثاني: يؤمر به الآحاد، مثل إن أخر بعض الناس الصلاة عن وقتها، فإن

قال: نسيتها، حثه على المراقبة، ولا يعترض على من أخرها والوقت باق لاختلاف العلماء في فضل التأخير.

الضرب الثاني: ما يتعلق بحق آدمي، وينقسم إلى عام، كالبلد إذا تعطل شربه، أو انهدم سوره، أو طرقه أبناء السبيل المحتاجون وتركوا معونتهم، فإن كان في بيت المال مال، لم يؤمر الناس بذلك، وإن لم يكن، أمر أهل المكنة برعايتها. وإلى خاص، كمطل المدين الموسر، فالمحتسب يأمره بالخروج عنه إذا استعداه صاحب الدين، وليس له الضرب والحبس.

الثالث: الحقوق المشتركة، كأمر الأولياء بإنكاح الأكفاء، وإلزام النساء أحكام العدد، وأخذ السادة بحقوق الأرقاء، وأصحاب البهائم بتعهداتها، وأن لا يستعملوها فيما لا تطبيق، وذكر في المنكرات أن من يغير هيئة عبادة، كجهره في صلاة سرية وعكسه، وزيادة في الأذان، يمنعه وينكر عليه، ومن تصدى للتدريس، أو الوعظ وليس هو من أهله، ولا يؤمن اغترار الناس به في تأويل أو تحريف، أنكر عليه المحتسب، وشهر أمره لئلا يغتر به، وإذا رأى رجلاً واقفاً مع امرأة في شارع يطرقه الناس، لم ينكر عليه، وإن كان في طريق خال، فهو موضع ريبة، فينكر ويقول: وإن كانت محرماً لك، فصنها عن مواقف الريب، ولا ينكر في حقوق الآدميين، كتعديده في جدار جاره إلا باستعداد صاحب الحق، وينكر على من يطيل الصلاة من أئمة المساجد المطروقة، وعلى القضاة إذا حجبا الخصوم، وقصروا في النظر والخصومات، والسوقي الذي يختص بمعاملة النساء تختبر أمانته، فإن ظهرت منه خيانة، منع من معاملتهن، وهذا باب لا تنتهي صورته.

قلت: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية بإجماع الأمة، وهو من أعظم قواعد الإسلام، ولا يسقط عن المكلف لكونه يظن أنه لا يفيد، أو يعلم بالعادة أنه لا يؤثر كلامه، بل يجب عليه الأمر والنهي، فإن الذكرى تنفع المؤمنين، وليس الواجب عليه أن يقبل منه، بل واجبه أن يقول كما قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا أَلْبَاقُ﴾ [المائدة: ٩٩] قالوا: ومن أمثلته: أن يرى مكشوف بعض عورته في حمام ونحو ذلك، ولا يشترط في الأمر والنهي كونه ممثلاً ما يأمر به، مجتنباً ما ينهى عنه، بل عليه الأمر والنهي في حق نفسه، وفي حق غيره، فإن أخل بأحدهما، لم يجز الإخلال بالآخر، ولا يختص الأمر والنهي بأصحاب الولايات والمراتب، بل ذلك ثابت لآحاد المسلمين وواجب عليهم، قال إمام الحرمين: والدليل عليه إجماع المسلمين، فإن غير الولاية في الصدر الأول كانوا يأمرؤن الولاية وينهونهم مع تقرير المسلمين إياهم وترك توبيخهم على التشاغل بذلك بغير ولاية، ويدل عليه قول

النبي ﷺ في صحيح مسلم: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه»^(١) قال أصحابنا: وإنما يأمر وينهى من كان عالماً بما يأمر به وينهى عنه، وذلك يختلف بحسب الأشياء، فإن كان من الواجبات الظاهرة، والمحرمات المشهورة، كالصلاة والصيام والزنى والخمر ونحوها، فكل المسلمين علماء بها، وإن كان من دقائق الأقوال والأفعال، ومما يتعلق بالاجتهاد، لم يكن للعوام الابتداء بإنكاره، بل ذلك للعلماء، ويلتحق بهم من أعلمه العلماء بأن ذلك مجمع عليه، ثم العلماء إنما ينكرون ما أجمع على إنكاره، أما المختلف فيه فلا إنكار فيه، لأن كل مجتهد مصيب، أو المصيب واحد ولا نعلمه، ولا إثم على المخطيء، لكن إن ندبه على جهة النصيحة إلى الخروج من الخلاف، فهو حسن محبوب، ويكون برفق، لأن العلماء متفقون على استحباب الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة ثابتة، أو وقوع في خلاف آخر، وذكر الماوردي خلافاً في أن من قلده السلطان الحسبة، هل له حمل الناس على مذهبه فيما اختلف العلماء فيه إذا كان المحتسب مجتهداً أم ليس له تغيير ما كان على مذهب غيره؟ والأصح أنه ليس له تغييره لما ذكرناه، ولم يزل الخلاف بين الصحابة والتابعين في الفروع، ولا ينكر أحد على غيره مجتهداً فيه، وإنما ينكرون ما خالف نصاً، أو إجماعاً، أو قياساً جلياً.

وأما صفة النهي عن المنكر ومراتبه، فضابطه قوله ﷺ: «فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه» فعليه أن يغير بكل وجه أمكنه، ولا يكفي الوعظ لمن أمكنه إزالته باليد، ولا تكفي كراهة القلب لمن قدر على النهي باللسان، وقد سبق في كتاب الغصب صفة كسر الملاهي وجملة متعلقة بالمنكرات، وينبغي أن يرفق في التغيير بالجاهل وبالظالم الذي يخاف شره، فإن ذلك أدعى إلى قبول قوله، وإزالة المنكر، وإن قدر على من يستعين به ولم يمكنه الاستقلال، استعان ما لم يؤد ذلك إلى إظهار سلاح وحرب، فإن عجز، رفع ذلك إلى صاحب الشوكة، وقد تقدم هذا في كتاب الصيال، فإن عجز عن كل ذلك، فعليه أن يكرهه بقلبه، قال أصحابنا وغيرهم: وليس للأمر والناهي البحث والتنقيب والتجسس واقتحام الدور بالظنون، بل إن رأى شيئاً غيره، قال الماوردي: فإن غلب على ظن المحتسب أو غيره استسرار قوم بالمنكر بأمانة وآثار ظهرت، فذلك ضربان، أحدهما: أن يكون فيه انتهاك حرمة يفوت تداركها، بأن يخبره من يثق بصدقه أن رجلاً خلا برجل ليقنته، أو بامرأة ليزني بها،

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٤٩) وأبو داود في سننه برقم (١١٤٠) والترمذي في سننه برقم (٢١٧٢) والنسائي في سننه برقم (٥٠٢٣) وابن ماجه في سننه برقم (١٢٧٥).

فيجوز التجسس والإقدام على الكشف والإنكار، والثاني: ما قصر عن هذه الرتبة، فلا يجوز فيه الكشف والتجسس.

واعلم أنه لا يسقط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا بأن يخاف منه على نفسه أو ماله، أو يخاف على غيره مفسدة أعظم من مفسدة المنكر الواقع. والله أعلم.

فصل: ومن فروض الكفاية إحياء الكعبة بالحج في كل سنة، هكذا أطلقوه، وينبغي أن تكون العمرة كالحج، بل الاعتكاف والصلاة في المسجد الحرام، فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك.

قلت: لا يحصل مقصود الحج بما ذكر فإنه مشتمل على الوقوف والرمي والمبيت بمزدلفة ومنى، وإحياء تلك البقاع بالطاعات وغير ذلك. والله أعلم.

ومنها: ما يتعلق بمصالح المعاش وانتظام أمور الناس، كدفع الضرر عن المسلمين، وإزالة فاقتهم، كستر العورة، وإطعام الجائعين، وإغاثة المستغيثين في النائبات، فكل ذلك فرض كفاية في حق أصحاب الثروة والقدرة إذا لم تف الصدقات الواجبة بسد حاجاتهم، ولم يكن في بيت المال ما يصرف إليها، فلو انسدت الضرورة، فهل يكفي ذلك أم تجب الزيادة إلى تمام الكفاية التي يقوم بها من تلزمه النفقة؟ حكى الإمام فيه وجهين:

قلت: قال الإمام في كتابه «الغياثي»: يجب على الموسر المواساة بما زاد على كفاية سنة.

وأما الحرف والصناعات وما به قوام المعاش، كالبيع والشراء والحراثة، وما لا بد منه حتى الحجامة والكنس، فالنفوس مجبولة على القيام بها، فلا تحتاج إلى حث عليها وترغيب فيها، لكن لو امتنع الخلق منها، أثموا وكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم، فهي إذن من فروض الكفاية.

فصل: ومن فروض الكفاية ما يتعلق بالدين، وبصلاح المعيشة، كتحمل الشهادة وأدائها، وإعانة القضاة على استيفاء الحقوق ونحو ذلك، وكتجهيز الموتى غسلًا وتكفينًا وصلاة ودفنًا ونحو ذلك.

فصل: من العلوم ما يتعين طلبه وتعلمه، ومنها فرض كفاية.

فمن المتعين: ما يحتاج إليه لإقامة مفروضات الدين، كالوضوء والصلاة والصيام وغيرها، فإن من لا يعلم أركان الصلاة وشروطها لا يمكنه إقامتها، وإنما يتعين تعلم الأحكام الظاهرة دون الدقائق والمسائل التي لا تعم بها بلوى، وإن كان له مال زكوي، لزمه تعلم ظواهر أحكام الزكاة، قال الروياني: هذا إذا لم يكن له ساع يكفيه الأمر.

قلت: الراجح أنه لا يسقط عنه التعلم بالساعي، إذ قد يجب عليه ما لا يعلمه الساعي.

ومن يبيع ويشترى ويتجر يتعين عليه معرفة أحكام التجارات، وكذا ما يحتاج إليه صاحب كل حرفة يتعين عليه تعلمه، والمراد الأحكام الظاهرة الغالبة دون الفروع النادرة والمسائل الدقيقة. وأما فرض الكفاية، فالقيام بعلوم الشرع فرض كفاية، ويدخل في ذلك: التفسير والحديث على ما سبق في الوصية، ومنها: أن ينتهي في معرفة الأحكام إلى حيث يصلح للفتوى والقضاء كما سنذكره في أدب القاضي إن شاء الله تعالى، وهناك يتبين أن المجتهد في الشرع مطلقاً يفتي، وأن المتبحر في مذهب بعض الأئمة المجتهدين يفتي أيضاً على الصحيح، ولا يكفي أن يكون في الاقليم مفت واحد، لعسر مراجعته، واعتبر الأصحاب فيه مسافة القصر، وكأن المراد أن لا يزيد ما بين كل مفتين على مسافة القصر، وأما العلوم العقلية، فمنها ما هو فرض كفاية، كالطب والحساب المحتاج إليه، وقسمة الوصايا والموارث، قال الغزالي: ولا يستبعد عد الطب والحساب من فروض الكفاية، فإن الحرف والصناعات التي لا بد للناس منها في معاشهم، كالفلاحة فرض كفاية، فالطب والحساب أولى، وأما أصول العقائد، فالاعتقاد المستقيم مع التصميم على ما ورد به القرآن والسنة فرض عين، وأما العلم المسمى علم الكلام، فليس بفرض عين، ولم يكن الصحابة عليهم السلام يشتغلون به، قال الإمام: ولو بقي الناس على ما كانوا عليه في صفوة الإسلام لما أوجبنا التشاغل به، وربما نهينا عنه، فأما اليوم وقد ثارت البدع، فلا سبيل إلى تركها تلتطم، ولا بد من إعداد ما يدعى به إلى المسلك الحق، وتزال به الشبه، فصار الاشتغال بأدلة العقول فرض كفاية، فأما من استراب في أصل من أصول الاعتقاد، فيلزمه السعي في إزاحته حتى تستقيم عقيدته.

قلت: ولا يتعين تعلم كيفية الوضوء والصلاة وشبههما إلا بعد وجوب ذلك، فإن كان بحيث لو صبر إلى دخول الوقت لم يتمكن من إتمام تعلمها مع الفعل في الوقت، فهل يلزمه التعلم قبل الوقت؟ تردد فيه الغزالي، والأصح: ما جزم به غيره أنه يلزمه، كما يلزم السعي إلى الجمعة قبل الوقت لمن بعد منزله، وإذا كان ما تعلق به الوجوب على الفور، كان تعلم كيفيته على الفور، وإن كان على التراخي، كالحج، فتعلم الكيفية على التراخي، وأما علم القلب، كالحسد والعجب والرياء وشبهها، فقد قال الغزالي: معرفة حدودها وأسبابها وطبها وعلاجها فرض عين وقال غيره: فيه تفصيل، ضمن رزق قلباً سليماً من هذه الأمراض المحرمة كفاه ذلك، ومن لم يسلم وتمكن من تطهير قلبه بغير تعلم العلم المذكور، وجب تطهره، وإن لم يتمكن إلا بتعلم، وحب، وقد سبق في كتاب الصلاة وجوب تعليم الصغار على

أوليائهم، ومن فرض الكفاية، معرفة أصول الفقه والفقه، والنحو واللغة والتصريف، وأسماء الرواة، والجرح والتعديل، واختلاف العلماء واتفاقهم، وقد يكون من العلم مستحب، كالتبحر في أصول الأدلة بالزيادة على القدر الذي يحصل به فرض الكفاية، وكتعلم العامي نوافل العبادات لغرض العمل، لا لما يقوم به المجتهدون من تمييز الفرض من النفل، فإن ذلك فرض كفاية في حقهم، قال صاحب «الحاوي»: وإنما يتوجه فرض الكفاية في العلم على من جمع أربعة شروط وهي: أن يكون مكلفاً، وممن يتقصد القضاء، لا عبداً ولا امرأة، وأن لا يكون بليداً، وأن يقدر على الانقطاع إليه بأن تكون له كفاية، ويدخل الفاسق في الفرض ولا يسقط به، لأنه لا تقبل فتواه للمستفتين، وفي دخول المرأة والعبد وجهان: لأنهما أهل للفتوى دون القضاء.

واعلم أن تعليم الطالبين، وإفتاء المستفتين فرض كفاية، فإن لم يكن من يصلح إلا واحداً وكان هناك جماعة، ولا يحصل الغرض إلا بكلهم، تعين عليهم، وإذا كان هناك غير المفتي، هل يأثم بالرد؟ وجهان: أحدهما: لا، وينبغي أن يكون المعلم كذلك، ويستحب الفرق بالمعلم والمستفتي، فهذه أنواع العلوم الشرعية، ووراءها أشياء تسمى علوماً، منها: محرم ومكروه ومباح، فالمحرم، كالفلسفة والشعبذة والتنجيم والرمل وعلوم الطبائعين، وكذا السحر على الصحيح، فكل ذلك محرم، وتتفاوت دركات تحريمه. والمكروه: كأشعار المولدين المشتملة على الغزل والبطالة. والمباح: كأشعار المولدين التي ليس فيها سخف، ولا شيء مما يكره، ولا ينشط إلى الشر أو يشبط عن الخير ولا يحث عليه، أو يستعان به عليه. والله أعلم.

فرع: إذا تعطل فرض كفاية، أثم كل من علم به، وقدر على القيام به، وكذا من لم يعلم، وكان قريباً من الموضع يليق به البحث والمراقبة، قال الإمام: ويختلف هذا بكبر البلد وصغره، وقد يبلغ التعطل مبلغاً ينتهي خبره إلى سائر البلاد، فيجب عليهم السعي في التدارك، وفي الصورة دليل على أنه لا يجوز الإعراض والإهمال، ويجب البحث والمراقبة على ما يليق الحال.

فرع: إذا قام بالفرض جمع لو قام به بعضهم يسقط الحرج عن الباقي، كانوا كلهم مؤدين للفرض، ولا مزية للبعض على البعض، وإذا صلى على الجنابة جمع، ثم آخرون، كانت صلاة الآخرين فرض كفاية كالأولين.

قلت: للقائم بفرض الكفاية مزية على القائم بفرض العين من حيث إنه أسقط الحرج عن نفسه وعن المسلمين، وقد قال إمام الحرمين في كتابه «الغياثي»: الذي أراه أن القيام بفرض الكفاية أفضل من فرض العين، لأنه لو ترك المتعين، اختص هو بالإثم، ولو فعله، اختص بسقوط الفرض، وفرض الكفاية لو تركه، أثم الجميع،

وفرض الكفاية لو فعله، سقط الحرج عن الجميع، وفاعله ساع في صيانة الأمة عن المأثم، ولا يشك في رجحان من حل محل المسلمين أجمعين في القيام بمهم من مهمات الدين. والله أعلم.

فصل: في السلام

فيه مسائل:

الأولى: ابتداء السلام سنة مؤكدة، فإن سلم على واحد، وجب عليه الرد، وإن سلم على جماعة، فالرد في حقهم فرض كفاية، فإن رد أحدهم، سقط الحرج عن الباقيين^(١)، وإن رد الجميع، كانوا مؤدين للفرض، سواء ردوا معاً أو متعاقبين، فإن امتنعوا كلهم، أثموا، ولو رد غير من سلم عليه، لم يسقط الفرض عمن سلم عليه، ويكون ابتداء السلام أيضاً سنة على الكفاية، فإذا لقي جماعة آخرين، فسلم أحد هؤلاء على هؤلاء، كفى ذلك في إقامة أصل السنة.

الثانية: لا بد من ابتداء السلام ورده من رفع الصوت بقدر ما يحصل به الإسماع، ويجب أن يكون الرد متصلاً بالسلام الاتصال المشروط بين الإيجاب والقبول في العقود، قال المتولي: لو ناداه من وراء حائط أو ستر، وقال: السلام عليك يا فلان، أو كتب كتاباً وسلم عليه فيه، أو أرسل رسولاً فقال: سلم على فلان، فبلغه الكتاب والرسالة، لزمه الرد، ولو سلم على أصم، أتى باللفظ لقدرته عليه، ويشير باليد ليحصل الإفهام، فإن لم يضم الإشارة إلى اللفظ، لم يستحق الجواب، وكذا في جواب سلام الأصم، يجب الجمع بين اللفظ والإشارة، وسلام الأخرس بالإشارة معتد به، وكذا رده.

الثالثة: صيغته، السلام عليكم، أو سلام عليكم، قال الإمام: وكذا لو قال: عليكم السلام، وقال المتولي: عليكم السلام ليس بتسليم.

قلت: الصحيح أنه تسليم يجب فيه الرد، كما قال الإمام، وممن قال أيضاً: إنه تسليم أبو الحسن الواحدي من أصحابنا، ولكن يكره الابتداء به، نص على كراهته الغزالي في «الإحياء» ويدل عليه الحديث الصحيح في سنن أبي داود والترمذي عن أبي جري بضم الجيم تصغير جرو رضي الله عنه، قال: قلت: عليك السلام يا رسول الله،

(١) كما أخرج أبو داود في سننه برقم (٥٢١٠) من حديث علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «يجزئ عن الجماعة إذا مروا أن يسلم أحدهم، ويجزئ عن الجلوس أن يرد أحدهم». والحديث حسنه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (٧٧٨).

قال: لا تقل: «عليك السلام، فإن عليك السلام تحية الموتى»^(١). والله أعلم.
ويستحب مراعاة صيغة الجمع، وإن كان المسلم عليه واحداً خطاباً له ولملائكته، ولو قال: السلام عليك وترك صيغة الجمع، حصل أصل السنة، وصيغة الجواب، وعليكم السلام، أو عليك السلام للواحد، فلو ترك حرف العطف فقال: عليكم السلام، قال الإمام: يكفي ذلك، ويكون جواباً، والأفضل أن يدخل الواو، وقال المتولي: ليس بجواب.

قلت: الصحيح المنصوص وقول الأكثرين أنه جواب. والله أعلم.
ولو قال المجيب: وعليكم، قال الإمام: الرأي عندنا أنه لا يكون جواباً، فإنه ليس فيه تعرض للسلام، ومنهم من جعله جواباً للعطف. ولو قال: عليكم بغير واو، فليس بجواب قطعاً، وكمال السلام أن يقول: السلام عليكم ورحمة الله، وكمال الرد: وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته.

قلت: قد قال الماوردي وغيره: إن الأفضل في الابتداء: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وفيه حديث حسن، ولو قال المجيب: السلام عليكم، أو سلام عليكم، كان جواباً، والألف واللام أفضل. والله أعلم.

ولو تلاقى رجلان فسلم كل واحد على صاحبه، وجب على كل واحد منهما جواب الآخر، ولا يحصل الجواب بالسلام، وإن ترتب السلامان، قاله المتولي.

قلت: قد قاله أيضاً شيخه القاضي حسين، لكن أنكره الشاشي فقال: هذا يصلح للجواب، فإن كان أحدهما بعد الآخر كان جواباً، وإن كانا دفعة، لم يكن جواباً، هذا كلام الشاشي، وتفصيله حسن وينبغي أن يجزم به. والله أعلم.

الرابعة: لو سلم عليه جماعة، فقال: وعليكم السلام، وقصد الرد عليهم جميعاً، جاز، وسقط الفرض في حق الجميع، كما لو صلى على جنائز صلاة واحدة.

الخامسة: السنة أن يسلم الراكب على الماشي، والماشي على الجالس، والطائفة القليلة على الكثيرة، ولا يكره ابتداء الماشي والجالس.

قلت: وكذا لا يكره ابتداء الكثيرين بالسلام على القليل، وإن كان خلاف السنة، والسنة أن يسلم الصغير على الكبير، ثم هذا الأدب فيما إذا تلاقيا، أو تلاقوا

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥٢٠٩) وصححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٢٧٨/٣).

في الطريق، فأما إذا ورد على قاعد، أو قعود، فإن الوارد يبدأ، سواء كان صغيراً أو كبيراً، قليلاً أو كثيراً. والله أعلم.

السادسة: يكره أن يخص طائفة من الجمع بالسلام.

السابعة: لا يلزم الصبي جواب السلام، لأنه ليس مكلفاً، ولو سلم على جماعة فيهم صبي، لم يسقط الفرض عنهم بجوابه.

قلت: هذا هو الأصح وبه قطع القاضي والمتولي، وقال الشاشي: يسقط، كما يصح أذانه للرجال ويتأدى به الشعار، وهذا كالخلاف في سقوط الفرض بصلاته على الميت. والله أعلم.

ولو سلم صبي على بالغ، ففي وجوب الرد عليه وجهان بناء على صحة إسلامه.

قلت: كذا ذكره القاضي والمتولي، والصحيح وجوب الرد، قال الشاشي: هذا البناء فاسد، وهو كما قال، واعلم أن السلام على الصبيان سنة. والله أعلم.

الثامنة: سلام النساء على النساء، كسلام الرجال على الرجال، ولو سلم رجل على امرأة أو عكسه، فإن كان بينهما زوجية أو محرمية، جاز ووجب الرد، وإلا فلا يجب إلا أن تكون عجوزاً خارجة عن مظنة الفتنة.

قلت: وجاريته كزوجته، وقوله: جاز، ناقص، والصواب أنه سنة كسلام الرجل على الرجل، قاله أصحابنا، قال المتولي: ولو سلم على شابة، لم يجز لها الرد، ولو سلمت، كره له الرد عليها، ولو كان النساء جمعاً، فسلم عليهن الرجل، جاز، للحديث الصحيح في ذلك. والله أعلم.

التاسعة: في السلام بالعجمية ثلاثة أوجه: ثالثها: إن قدر على العربية، لم يجزئه.

قلت: الصواب صحة سلامه بالعجمية إن كان المخاطب يفهمها، سواء قدر على العربية أم لا، ويجب الرد، لأنه يسمى: تحية وسلاماً. والله أعلم. ومن لا يستقيم نطقه بالسلام، يسلم كيف أمكنه.

العاشرة: في استحباب السلام على الفساق، ووجوب الرد على المجنون والسكران إذا سلما، وجهان: ولا يجوز ابتداء أهل الذمة بالسلام، فلو سلم على من لم يعرفه، فبان ذمياً، استحباب أن يسترد سلامه، بأن يقول: استرجعت سلامي، تحقيراً له، وله أن يحيي الذمي بغير السلام، بأن يقول: هداك الله، أو أنعم الله صباحك، ولو سلم عليه ذمي، لم يزد في الرد على قوله: وعليك.

قلت: ما ذكره من استحباب استرداد السلام من الذمي، ذكره المتولي، ونقله

عن ابن عمر رضي الله عنهما، وقوله: أن يحيي الذمي بغير السلام، ذكره المتولي، وهذا إذا احتاج إليه لعذر، فأما من غير حاجة، فالاختيار أن لا يتدنه بشيء من الإكرام أصلاً، فإن ذلك بسط له وإيناس وملاطفة وإظهار ود، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢] وأما المبتدع، فالمختار أنه لا يبدأ بسلام إلا لعذر، أو خوفاً من مفسدة، ولو مر على جماعة فيهم مسلمون، أو مسلم وكفار، فالسنة أن يسلم ويقصد المسلمين أو المسلم، ولو كتب كتاباً إلى مشرك، وكتب فيه سلاماً، فالسنة أن يكتب كما كتب رسول الله ﷺ إلى هرقل: «سلام على من اتبع الهدى»^(١). والله أعلم.

الحادية عشرة: قال المتولي: ما يعتاده الناس من السلام عند القيام ومفارقة القوم دعاء وليس بتحية، فيستحب الجواب عنه، ولا يجب.

قلت: هذا الذي قاله المتولي قاله شيخه القاضي حسين، وقد أنكره الشاشي، فقال: هذا فاسد لأن السلام سنة عند الانصراف، كما هو سنة عند القدوم، واستدل بالحديث الصحيح في سنن أبي داود والترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «إذا انتهى أحدكم إلى المجلس فليسلم، فإذا أراد أن يقوم فليسلم، فليست الأولى بأحق من الآخرة»^(٢) قال الترمذي: حديث حسن. والله أعلم.

الثانية عشرة: قال المتولي: يستحب لمن دخل دار نفسه أن يسلم على أهله، ولمن دخل مسجداً أو بيتاً ليس فيه أحد أن يقول: السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين.

قلت: يستحب أن يسمي الله تعالى قبل دخوله، ويدعو، ثم يسلم. والله أعلم.

الثالثة عشرة: من سلم في حال لا يستحب فيها السلام، لم يستحق جواباً، فمن تلك الأحوال، أنه لا يسلم على من يقضي حاجته، ولا على من في الحمام، قال الشيخ أبو محمد والمتولي: لا يسلم على مشغل بالأكل، ورأى الإمام حمل ذلك على ما إذا كانت اللقمة في فمه وكان يمضي زمان في المضغ والابتلاع، ويعسر الجواب في الحال، أما إذا سلم بعد الابتلاع وقبل وضع لقمة أخرى، فلا يتوجه المنع، وأما المصلي، فأطلق الغزالي أنه لا يسلم عليه حتى يفرغ، ويجوز أن يجب في الصلاة بالإشارة، نص عليه في القديم، وقيل: يجب، وقيل: يجب الرد باللفظ

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٧٣).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥٢٠٨) والترمذي في سننه برقم (٢٨٤٩) وحسنه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٥٧٨/٣).

بعد الفراغ، والصحيح أنه لا يجب الرد مطلقاً، فإن قال في الصلاة: عليكم السلام، بطلت، وإن قال: عليهم السلام، لم تبطل وقد سبق هذا في كتاب الصلاة، ولا منع من السلام على من هو في مساومة أو معاملة.

قلت: ومن الأحوال التي لا يسلم فيها حالة الأذان والإقامة والخطبة على خلاف وتفصيل سبق فيها، وأما المشتغل بقراءة القرآن، فقال أبو الحسن الواحدي المفسر من أصحابنا: الأولى ترك السلام عليه، قال: فإن سلم، كفاه الرد بالإشارة، وإن رد باللفظ، استأنف الاستعاذة، ثم يقرأ، وفيما قاله نظر، والظاهر أنه يسلم عليه ويجب الرد باللفظ، وأما الملبى في الإحرام فيكره السلام عليه، فإن سلم، رد عليه لفظاً، نص عليه، وقد سبق في الحج، ولو سلم في هذه المواضع التي لا يستحق فيها جواباً، هل يشرع الرد؟ فيه تفصيل، أما المشتغل بالبول والجماع ونحوهما، فيكره له الرد كما سبق في باب الاستطابة، وأما الأكل ومن في الحمام، فيستحب له الرد، وأما المصلي، فيسن له الرد إشارة كما سبق. والله أعلم.

الرابعة عشرة: التحية بالطلبقة وهي: أطال الله بقاءك، وحنى الظهر، وتقيل اليد لا أصل له في الشرع، لكن لا يمنع الذمي من تعظيم المسلم بها، ولا يكره تقبيل اليد لزهد وعلم وكبر سن، وتسن المصافحة، ويكره للدخول أن يطمع في قيام القوم، ويستحب لهم أن يكرموه، ويسن تشميت العاطس وهو سنة على الكفاية كما سبق في ابتداء السلام، وإنما يسن إذا قال العاطس: الحمد لله، والشميت أن يقول: يرحمك الله، أو يرحمك ربك، ويكرر التشميت إذا تكرر العطاس إلا أن يعلم أنه مزكوم، فيدعو له بالشفاء، ويسن للعاطس أن يجيب المشمت، فيقول: يهديكم الله، أو يغفر الله لكم، ولا يجب ذلك، وتسن عيادة المريض وزيارة القادم ومعانقته.

قلت: قد اختصر الإمام الرافعي الكلام في السلام وما يتعلق به، وقد جمعت فيه في كتاب «الأذكار» جملاً نفيسة موضحة بدلائلها من الأحاديث الصحيحة مع آيات من القرآن العزيز، وضمنت إليها مهمات متعلقة بما لا يستغني راجب في الخير عن معرفة مثلها، وقد خللت بعضها فيما سبق، وأنا أرمز إلى جملة من الباقي إن شاء الله تعالى، فمن ذلك، السنة أن يرفع صوته بالسلام رفعاً يسمعه المسلم عليهم سماعاً محققاً، ولا يزيد رفعه على ذلك، وإذا شك في سماعهم، زاد في الرفع واستظهر، وإن سلم على أيقاظ عندهم نيام، خفض صوته بحيث يسمع الأيقاظ ولا يوقظ النيام، ثبت ذلك في صحيح مسلم عن فعل رسول الله ﷺ، والإشارة باليد ونحوها بلا لفظ خلاف الأولى، فإن جمع بين الإشارة واللفظ، فحسن وعليه يحمل حديث

الترمذي وهو حديث حسن أن النبي ﷺ ألقى بيده بالتسليم، ويستحب أن يرسل سلامه إلى من غاب عنه، ويلزم الرسول أن يبلغه، فإنه أمانة ويجب أداء الأمانة، وقد سبق أنه يلزم المرسل إليه رد السلام على الفور، ويستحب أن يرد على المبلغ أيضاً، فيقول: وعليه وعليك السلام ورحمه الله وبركاته، ولو سلم على إنسان، ثم لقيه على قرب، فالسنة أن يسلم عليه ثانياً وثالثاً وأكثر، والسنة أن يبدأ بالسلام قبل كل كلام، والأحاديث الصحيحة وعمل الأمة على وفق ذلك مشهور، وأما حديث السلام قبل الكلام^(١) فضعيف، ويستحب لكل واحد من المتلاقين أن يحرص على الابتداء بالسلام للحديث الحسن «أولى الناس بالله تعالى من بدأهم بالسلام»^(٢).

ولو مشى في سوق، أو شارع يطرق كثيراً، ونحوه مما يكثر فيه المتلاقون، قال صاحب «الحاوي»: إنما يسلم هنا على بعض الناس دون بعض، لأنه لو سلم على الجميع، تعطل عن كل مهم، وخرج به عن العرف، قال: ولو دخل على جماعة قليلة يعمهم سلام، اقتصر على سلام واحد عليهم، وما زاد من تخصيص بعضهم، فهو أدب، ويكفي أن يرد أحدهم، فإن زادوا، فأفضل، فإن كانوا جميعاً لا ينتشر فيهم سلام واحد، كالجامع والمجلس الحفل، فسنة السلام أن يبدأ به إذا شاهدتهم، ويكون مؤدياً سنة السلام في حق من سمعه، ويدخل في فرض الكفاية في الرد كل من سمعه، فإن جلس فيهم، سقط عنه سنة السلام في حق من لم يسمع، وإن أراد الجلوس فيمن بعدهم ممن لم يسمعه فوجهان: أحدهما: أن سنة السلام حصلت بالسلام على أولهم، لأنه جمع واحد، فإن أعاد السلام عليهم، كان أدباً، والثاني: أنها باقية لم تحصل، قال: فعلى الأول يسقط فرض الرد عن الأولين برد واحد من الآخرين، وعلى الثاني لا يسقط، ولعل الثاني أصح، ولا يترك السلام لكونه يغلب على ظنه أن المسلم عليه لا يرد.

قال المتولي: وأما التحية عند خروجه من الحمام بقول: طاب حمامك ونحوه، فلا أصل له، وهو كما قال، فلم يصح في هذا شيء، لكن لو قال لصاحبه حفظاً لوده: أدام الله لك هذا النعيم، ونحو ذلك من الدعاء، فلا بأس به إن شاء الله تعالى، وإذا ابتدأ المار فقال: صبحك الله بخير، أو بالسعادة، أو قواك الله، أو لا أوحش

(١) يشير إلى ما أخرجه الترمذي في سننه برقم (٢٦٩٩) من حديث جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «السلام قبل الكلام».

والحديث حسنه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن الترمذي برقم (٢١٧٠).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥١٩٧) والترمذي في سننه برقم (٢٦٩٤) وأحمد في المسند (٢٥٤/٥) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٢٧٥/٣).

الله منك، أو نحو ذلك من ألفاظ أهل العرف، لم يستحق جواباً، لكن لو دعا له قبالة كان حسناً إلا أن يريد تأديبه وتأديب غيره لتخلفه وإهماله السلام.

وإذا قصد باب إنسان وهو مغلق، فالسنة أن يسلم، ثم يستأذن فيقول: السلام عليكم، أَدْخَلَ، فإن لم يجبه أحد، أعاد ذلك ثانياً وثالثاً، فإن لم يجبه أحد، انصرف، وذكر صاحب «الحاوي» خلافاً في تقديم السلام على الاستئذان وعكسه، واختار مذهباً ثالثاً، فقال: إن وقعت عين المستأذن على صاحب البيت قبل دخوله، قدم السلام، وإن لم تقع عليه عينه، قدم الاستئذان، والصحيح المختار تقديم السلام، فقد صحت فيه أحاديث صريحة، وإذا استأذن بدق الباب ونحوه، فقل: من أنت، فليقل: فلان ابن فلان، أو فلان الفلاني، أو المعروف بكذا وما أشبهه بحيث يحصل تعريف تام، ويكره أن يقتصر على قوله: أنا^(١)، أو الخادم، أو المحب، أو نحو ذلك مما لا يعرف به، والحديث الصحيح في ذلك مشهور، ولا بأس أن يصف نفسه بما يعرف به وإن تضمن تبيحاً له إذا لم يعرفه المخاطب إلا به، بأن يكتفي بنفسه، أو يقول: القاضي فلان، أو الشيخ فلان أو نحوه.

وأما قول الرافعي: إذا قال: أطال الله بقاءك إلى آخره، فيحتاج فيه إلى تتمات، فأما أطال الله بقاءك، فقد نص جماعة من السلف على كراهته، وأما حني الظهر فمكروه للحديث الصحيح في النهي عنه^(٢)، ولا يغتر بكثرة من يفعله ممن ينسب إلى علم وصلاح.

وأما القيام، فالذي نختاره أنه مستحب لمن فيه فضيلة ظاهرة من علم أو صلاح أو ولادة أو ولاية مصحوبة بصيانة، ويكون على جهة البر والإكرام لا للرياء والإعظام، وعلى هذا استمر عمل الجمهور من السلف والخلف، وقد جمعت جزءاً في ذلك ضمنته أحاديث صحيحة وآثاراً وأفعال السلف وأقوالهم الدالة لما ذكرته، وأجبت عما خالفها، وأما الداخل فيحرم عليه أن يحب قيامهم له، ففي الحديث

(١) لما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٢٥٠) ومسلم في صحيحه برقم (٢١٥٥) وأبو داود في سننه برقم (٥١٨٧) والترمذي في سننه برقم (٢٧١١) وابن ماجه في سننه برقم (٣٧٠٩) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: أتيت النبي ﷺ فدعوت فقال النبي ﷺ: «من هذا؟» قلت: أنا، قال: فخرج وهو يقول: «أنا، أنا!!» كأنه كره ذلك.

(٢) يشير إلى ما أخرجه الترمذي في سننه برقم (٢٧٢٨) وابن ماجه في سننه برقم (٣٧٠٢) وأحمد في المسند (١٩٨/٣) من حديث أنس رضي الله عنه قال: قال رجل: يا رسول الله الرجل منا يلقي أخاه أو صديقه أينحني له؟ قال: «لا» قال: أفيلتزمه ويقبله؟ قال: «لا» قال: «أفأخذ بيده ويصافحه؟» قال: «نعم».

والحديث حسنه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن ابن ماجه برقم (٢٩٨٧).

الحسن: «من أحب أن يمثل له الناس قياماً، فليتبوأ مقعده من النار»^(١) وهذا ظاهر في التحريم، وقد روي بالفاظ أوضحتها مع معناه وما يتعلق به في جزء الترخيص في القيام، وأما قوله: لا يمنع الذمي من تعظيم المسلم بها، فلا نوافق عليه.

وأما تقبيل اليد، فإن كان لزهد صاحب اليد وصلاحه، أو علمه أو شرفه وصيانيته ونحوه من الأمور الدينية، فمستحب، وإن كان لدنياه وثروته وشوخته ووجاهته ونحو ذلك، فمكروه شديد الكراهة، وقال المتولي: لا يجوز، وظاهره التحريم، وأما تقبيله خد ولده الصغير وبنته الصغيرة وسائر أطرافه على وجه الشفقة والرحمة واللطف ومحبة القرابة، فسنة، والأحاديث الصحيحة فيه كثيرة مشهورة^(٢)، وكذا قبله ولد صديقه وغيره من الأطفال الذين لا يشتهدون على هذا الوجه، وأما التقبيل بشهوة فحرام بالإتفاق، وسواء في ذلك الوالد وغيره، بل النظر إليه بالشهوة حرام على الأجنبي والقريب بالاتفاق، ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح للتبرك.

وسن تقبيل وجه صاحبه إذا قدم من سفر ونحوه، ومعانقته للحديث الصحيح فيهما، وأما المعانقة وتقبيل الوجه لغير القادم من سفر ونحوه، فمكروهان، صرح به البغوي وغيره للحديث الصحيح في النهي عنهما، وأما المصافحة، فسنة عند التلاقي، سواء فيه الحاضر والقادم من سفر، والأحاديث الصحيحة فيها كثيرة جداً، وأما ما اعتاده الناس من المصافحة بعد صلاتي الصبح والعصر، فلا أصل لتخصيصه، لكن لا بأس به، فإنه من جملة المصافحة، وقد حث الشرع على المصافحة، وجعله الشيخ الإمام أبو محمد ابن عبد السلام من البدع المباحة، ويستحب مع المصافحة البشاشة بالوجه والدعاء بالمغفرة وغيرها.

ويسن زيارة الصالحين والإخوان والجيران والأصدقاء والأقارب وإكرامهم وبرهم وصلاتهم، وضبط ذلك يختلف باختلاف أحوالهم ومراتبهم وفراغهم، وينبغي أن تكون زيارته على وجه يرتضونه وفي وقت لا يكرهونه، ويستحب أن يطلب من أخيه الصالح أن يزوره، وأن يكثر زيارته إذا لم يشق.

وأما العاطس، فيسن له أن يقول: الحمد لله، وإن كان في صلاة قاله وأسمع

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥٢٢٩) والترمذي في سننه برقم (٢٧٥٥) وأحمد في المسند (١٠٠/٤) وصححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٢٨٣/٣).

(٢) ومنها ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٩٩٧) ومسلم في صحيحه برقم (٢٣١٨) وأبو داود في سننه برقم (٥٢١٨) والترمذي في سننه برقم (١٩١١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن الأقرع بن حابس أبصر النبي ﷺ يقبل الحسن، فقال: إن لي عشرة من الولد ما قبلت واحداً منهم، فقال رسول الله ﷺ: «إنه من لا يرحم لا يرحم».

نفسه، ولو قال: الحمد لله على كل حال، كان أفضل، ففيه حديث صحيح، ويسن بمن جاءه العطاس، أن يضع يده أو ثوبه ونحوه على وجهه، ويخفض صوته وتشميته إلى ثلاث مرات، فإن زاد، دعا له بالشفاء، ولا يشمته حتى يسمع تحميده، وأقل التشميت وجوابه أن يسمعه، ولو قال لفظاً آخر غير الحمد لله، لم يشمت، ففي صحيح مسلم أن النبي ﷺ قال: «إذا عطس أحدكم فحمد الله تعالى، فشمته، فإن لم يحمد الله تعالى، فلا تشمته»^(١) وهذا الحديث مما ينبغي حفظه وإشاعته، فإن كثيراً من الناس يتساهلون فيه، وإذا لم يحمد الله تعالى، يستحب لمن عنده أن يذكره الحمد، ولو سمع حمده بعض القوم، يشمته السامعون فقط، ولو عطس يهودي، فليقل: يهديكم الله، ولا يقل: يرحمكم الله، ففيه حديث صحيح، ولو ثأب، فالسنة أن يرده ما استطاع، وأن يضع يده على فمه، ثبت ذلك في صحيح مسلم، وسواء كان في صلاة أو غيرها، ويستحب إجابة من ناداه، بلبيك، وأن يقول لمن ورد عليه: مرحباً، وأن يقول لمن أحسن إليه: جزاك الله خيراً، أو حفظك الله ونحوهما، ويسن لمن أحب أخاً له في الله تعالى أن يخبره أنه يحبه، وهذا الباب واسع جداً، وفيما ذكرته مقنع، وقد أوضحت جميع ذلك بدلائله الصحيحة المتظاهرة في كتاب «الأذكار» وفيه ما لا يستغنى عن مثله من أشباهه، وإنما بسطت هذا الفصل على خلاف العادة، لأنه أحكام وسنن تدعو الحاجة إليها، ويكثر العمل بها، فهي أولى من نواذر المسائل التي لا تقع في العادة، وأسأل الله الكريم التوفيق للخيرات. والله أعلم.

الباب الثاني: في كيفية الجهاد وما يتعلق به

فيه أطراف:

الأول: في قتال الكفار، وفيه مسائل: إحداها: يكره الغزو بغير إذن الإمام أو الأمير المنصوب من جهته، ولا يحرم، وإذا بعث سرية، أمر عليهم أميراً، ويأمرهم بطاعته، ويوصيه بهم، ويسن أن يأخذ البيعة عليهم أن لا يفروا، وأن يبعث الطلائع، ويتجسس أخبار الكفار، ويستحب خروجهم يوم الخميس أول النهار، وأن يعقد الرايات، ويجعل كل فريق تحت راية، ويجعل لكل طائفة شعاراً حتى لا يقتل بعضهم بعضاً بيئاً، وأن يدخل دار الحرب بتعيينه الحرب، لأنه أحوط وأهيأ، وأن يستنصر بالضعفاء، وأن يدعو عند التقاء الصنفين، وأن يكبر من غير إسراف في رفع الصوت، وأن يحرض الناس على القتال وعلى الصبر والثبات.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٩٩٢).

الثانية: لا يقاتل من لم تبلغه الدعوة حتى يدعوه إلى الإسلام، وأما من بلغتهم الدعوة، فيستحب أن يعرض عليهم الإسلام، ويدعوهم إليه، ويجوز بياتهم بغير دعاء، ثم الذين لا يقرون بالجزية، يقاتلون، وتسبى نساؤهم، وتغنم أموالهم حتى يسلموا، والذين تقبل منهم الجزية يقاتلون حتى يسلموا، أو يبذلوا الجزية.

الثالثة: تجوز الاستعانة بأهل الذمة وبالمشركين في الغزو، ويشترط أن يعرف الإمام حسن رأيهم في المسلمين، ويأمن خيانتهم، وشرط الإمام والبغوي وآخرون شرطاً ثالثاً، وهو أن يكثر المسلمون بحيث لو خان المستعان بهم، وانضموا إلى الذين يغزوهم، لأمكننا مقاومتهم جميعاً، وفي كتب العراقيين وجماعة أنه يشترط أن يكون في المسلمين قلة، وتمس الحاجة إلى الاستعانة، وهذان الشرطان كالمتنافيين، لأنهم إذا قلوا حتى احتاجوا لمقاومة فرقة إلى الاستعانة بالأخرى، فكيف يقاومونها؟

قلت: لا منافاة، فالمراد أن يكون المستعان بهم فرقة لا يكثر العدو بهم كثرة ظاهرة، وشرط صاحب «الحاوي» أن يخالفوا معتقد العدو، كاليهود مع النصارى، قال: وإذا خرجوا بشروطه، اجتهد الأمير فيهم، فإن رأى المصلحة في تميزهم ليعلم نكائيتهم، أفردهم في جانب الجيش بحيث يراه أصلح، وإن رآها في اختلاطهم بالجيش لثلا تقوى شوكتهم، فرقهم بين المسلمين. والله أعلم.

ثم إن حضر الذمي بإذن الإمام، استحق الرضخ، إلا أن يكون استأجره، فلا يستحق غير الأجرة، وإن نهاء عن الحضور، فحضر، فلا شيء له، وللإمام تعزيه إذا رآه، وإن لم ينهه، ولم يأذن له، لم يرضخ له على الأصح.

الرابعة: يجوز الاستعانة بالعبد إذا أذن سيده، وأن يستصحب المراهقين إذا كان فيهم جلادة وغناء في القتال، وكذا لمصلحة سقي الماء، ومداواة الجرحى، ويستصحب النساء لمثل ذلك كما سبق، وفي جواز إحضار نساء أهل الذمة وصبيانهم قولان، أحدهما: نعم، كالمسلمين، والثاني: لا، إذا كان لا قتال فيهم ولا رأي ولا يتبرك بحضورهم.

الخامسة: يمنع المخذل من الخروج في الجيش، فإن خرج، رده، فلو قاتل، لم يستحق شيئاً، ولو قتل كافراً، لم يستحق سلبه، والمخذل من يخوف الناس، بأن يقول: عدونا كثير، وخيولنا ضعيفة، ولا طاقة لنا بهم، ونحو ذلك، وفي معناه المرجف والخائن، فالمرجف: من يكثر الأراجيف، بأن يقول: قتلت سرية كذا، أو لحقهم مدد للعدو من جهة كذا، أو لهم كمين في موضع كذا، والخائن: من يتجسس لهم، ويطلعهم على العورات بالمكاتبة والمراسلة، وحكى الروياني وجهاً، أنه يسهم

للمخذل إذا لم ينهه الإمام، ووجهاً أنه يرضخ له، والصحيح الذي قطع به الأصحاب، لا سهم ولا رضى مطلقاً.

السادسة: لا يجوز أن يستأجر الإمام ولا أحد الرعية مسلماً للجهاد، لأنه إن لم يكن متعيناً عليه، فمتى حضر الصف، تعين، ولا يجوز أخذ أجره عن فرض العين، وعن الصيدلاني أنه يجوز للإمام أن يستأجره، ويعطيه أجره من سهم المصالح، والصحيح الأول، لكن الإمام يرغب في الجهاد ببذل الأهبة والسلاح من بيت المال، أو من مال نفسه، فينال ثواب الإعانة، ويقع الجهاد عن المباشر، وكذا إذا بذل أهبته واحد من الرعية من ماله، قال الأصحاب: وما يدفع إلى المرتزقة من الفيء، وإلى المطوعة من الصدقات حقوقهم المرتبة، وليس أجره، وجهادهم واقع عنهم، ولو أكره الإمام جماعة على الخروج والجهاد، لم يستحقوا أجره لما ذكرنا من وقوع الجهاد عنهم، وامتناع استئجارهم، هكذا أطلقوه، وقال البغوي: إن تعين عليهم الجهاد، فالحكم كذلك، وإلا فلهم الأجرة من حين أخرجهم إلى أن حضروا الوقعة، وأطلق مطلقون أنه لو عين الإمام رجلاً، وألزمه بغسل الميت ودفعه، لم يكن له أجره، واستدرك الإمام فقال: هذا إذا لم يكن للميت تركه، ولا في بيت المال اتساع، فإن كان له تركه، فمؤنة تجهيزه في تركته، وإلا ففي بيت المال إن اتسع، فيستحق المكروه الأجرة، والتفصيلان حسنان، فليحمل عليهما الإطلاقان. وهل يجوز للإمام استئجار عبيد المسلمين؟ قال الإمام: إن جوزنا استئجار الحر، فكذا العبد، وإلا فوجهان بناء على أنه لو وطىء الكفار دار المسلمين هل يتعين على العبيد الجهاد؟ إن قلنا: نعم، فهم من أهل فرض الجهاد، فإذا وافوا الصف، وقع الجهاد عنهم، فيكون استئجارهم كالأحرار، وإلا فيجوز استئجارهم، وإن أخرج الإمام العبيد قهراً، لزمتم أجرتهم من يوم الإخراج إلى أن يعود كل عبد إلى يد سيده، هكذا أطلقه البغوي وغيره، وينبغي أن يبنى ذلك على الوجهين إن قلنا: إنهم من أهل فرض الجهاد، فكالأحرار، أما الذمي فللإمام أن يستعمله للجهاد بمال يبذله له، وهل طريقه الإجارة أم الجعالة؟ وجهان: أحدهما: الجعالة، لجهالة العمل، وأصحبهما: الإجارة، وتحتمل جهالة العمل، لأن المقصود القتال، ولو كان جعالة لجاز للذمي الانصراف متى شاء، وهو بعيد، وعلى هذا وجهان: أحدهما: لا يجوز أن يبلغ بالأجرة سهم راجل، وكان حاصل هذا الوجه الحكم بالانفساخ والرد إلى أجره المثل إن بان زيادة الأجرة على سهم، وإلا ففي الابتداء لا يعلم سهم الراجل من الغنيمة، والصحيح أنه لا حجر في قدر الأجرة، كسائر الإجازات، وهل لأحد المسلمين استئجار الذمي للجهاد؟ وجهان: أصحبهما: المنع، لأن الأحاد لا يتولون المصالح العامة، وقد يكون في حضوره مفسدة يعلمها الإمام دون الأحاد.

فرع: لو أخرج الإمام أهل الذمة، استحَب أن يسمي لهم أجرة، فإن ذكر شيئاً مجهولاً، بأن قال: نرضيكم، أو نعطيكم ما تستعينون به، وجبت أجرة المثل، وإن أخرجهم وحملهم على الجهاد كرهاً، وجبت أجرة المثل، وإن خرجوا راضين، ولم يسم لهم شيئاً، فهذا موضع الرضخ، وفي محله أقوال سبقت في قسم الغنيمة، وأما الأجرة الواجبة، مسماة كانت أو أجرة المثل، فهل تؤدي من خمس الخمس سهم المصالح من هذه الغنيمة أو غيرها، أم من أصل الغنيمة، أم من أربعة أخماسها؟ أوجه: أصحها: الأول، وهو نصه في «المختصر» وقطع به جماعة.

فرع: لو أخرجهم قهراً، ثم خلى سبيلهم قبل وقوفهم في الصف، أو هربوا ولم يقفوا، لم يجب لهم إلا أجرة الذهاب، وإن تعطلت منافعهم في الرجوع، لأنهم يتصرفون حينئذ كيف شاؤوا، ولو وقف المقهورون ولم يقاتلوا، فهل لهم أجرة مدة الوقوف؟ وجهان: أصحهما: لا، فعلى هذا إن لم يكن عليهم حبس وقهر، فلا شيء لهم، وإلا ففيه الخلاف في أن منفعة الحر هل تضمن بالحبس والتعطيل دون الاستيفاء؟ ولو استأجر الذمي فلم يقاتل، ففي استحقاقه الوجهان.

السابعة: فيمن يمتنع قتله من الكفار في الحرب، فيكره للغازي قتل قريبه، فإن كان القريب محرماً ازدادت الكراهة، فإن سمع أباً، أو قريباً آخر يذكر الله تعالى، أو رسوله ﷺ بسوء، لم يكره قتله، ويحرم قتل نساء الكفار وصبيانهم والمجانين والخنثى، فإن قاتلوا، جاز قتلهم، ولو أسر منهم مراهق، وشككنا في بلوغه، كشفت عانته، فإن كان أنبت، حكم ببلوغه، وإلا فهو صبي، وقد سبق في كتاب الحجر قولان في أن الإنبات بلوغ أم دليل بلوغ، فإن قال المأثور: استعجلت الشعر بالدواء، فإن قلنا: هو بلوغ، لم يقبل قوله، بل يحكم ببلوغه، وإن قلنا: دليل البلوغ وهو الأظهر، فيصدق بيمينه، ويحكم بالصغر، هكذا نص عليه وبه أخذ الأصحاب وذكروا فيه إشكالين، أحدهما: أن اليمين تعمل في النفي وهذه لإثبات الاستعجال، وأجيب بأننا فعلناه لحقن الدم، وقد يخالف القياس لذلك، ولهذا قبلنا جزية المجوس دون نكاحهم، والثاني: كيف يحلف من يدعي الصبي، فقال بعض الأصحاب: اليمين احتياط أو استظهار لا واجبة، وقال الجمهور: لا بد منها، لأن الدليل الظاهر موجود، فلا يترك بمجرد قوله، وقد سبق في الحجر أن المعتبر الشعر الخشن دون اللين، وأن في إلحاق شعر الإبط والوجه الخشن بالعانة وجهين: ونبات الشارب كاللحية، ولا أثر لاختضاره.

الثامنة: في جواز قتل الراهب، شيخاً كان أو شاباً، والأجير والمحترف المشغول بحرفته، والشيخ الضعيف والأعمى والزمن، ومقطوع اليد والرجل قولان،

أظهرهما: الجواز. وقيل: يقتل الأجير والمحترف قطعاً، فإن كان فيهم من له رأي يستعين الكفار برأيه وتدير الحرب، قتل قطعاً، ثم الذي يفهم من كلام الأصحاب أنه لا فرق بين أن يحضر ذو الرأي في صف القتال، أو لا يحضر في أنه يجوز قتله، ولا بين أن يقدر على الأخرق منهم في صف القتال، أو يدخل بعض بلادهم، فيجده هناك في أن في قتله القولين، وفي السوق طريقان، المذهب: القطع بقتلهم، والثاني: على القولين، فإن جازنا قتل هؤلاء، جاز استرقاقهم، وسبي نسائهم وصبيانهم، واغتنام أموالهم، وإلا فالمذهب أنهم يرقون بنفس الأسر كالنساء، وقيل: قولان، كأسير إذا أسلم قبل الاسترقاق، ففي قول: يتقين رقه، وفي قول: للإمام أن يرقه وأن يمن عليه، أو يفاديه، وقيل: لا يجوز استرقاقهم، بل يتركون ولا يتعرض لهم، ويجوز سبي نسائهم وصبيانهم على الأصح، وقيل: لا يجوز، وقيل: يجوز سبي نسائهم دون صبيانهم، لأنهم أبعاضهم، وأجرى بعضهم الخلاف في اغتنام الأموال، قال الإمام: من منع اغتنام أموال السوق، فقد قرب من خرق الإجماع، ولو ترهبت امرأة، ففي جواز سبيها وجهان بناء على قتل الراهب.

فرع: لا يجوز قتل رسول الكفار.

التاسعة: يجوز للإمام محاصرة الكفار في بلادهم، والحصون والقلاع، وتشديد الأمر عليهم بالمنع من الدخول والخروج، وإن كان فيهم النساء والصبيان، واحتمل أن يصيبهم، ويجوز التحريق بإضرار النار ورمي النفط إليهم، والتغريق بإرسال الماء، ويبيتهم وهم غافلون، ولو تترسوا بالنساء والصبيان، نظر إن دعت ضرورة إلى الرمي والضرب، بأن كان ذلك في حال التحام القتال ولو تركوا لغلوا المسلمين، جاز الرمي والضرب، وإن لم تكن ضرورة، بأن كانوا يدفعون بهم عن أنفسهم واحتمل الحال تركهم، فطريقان: أحدهما: على قولين: أحدهما: يجوز رميهم، كما يجوز نصب المنجنيق على القلعة وإن كان يصيبهم، ولثلا يتخذوا ذلك ذريعة إلى تعطيل الجهاد، والثاني: المنع، وهذا أصح عند القفال، ومال إلى ترجيح الأول مائلون.

والطريق الثاني: القطع بالجواز ورد المنع إلى الكراهة، وقيل: في الكراهة على هذا قولان، ولو تترسوا بهم في القلعة، فقليل: هذه الصورة أولى بالجواز، لثلا يتخذ ذلك حيلة إلى استبقاء القلاع لهم، وفي ذلك فساد عظيم، وقيل: قولان، وإن عجزنا عن القلعة إلا به.

قلت: الراجح في الصورتين، الجواز. والله أعلم.

ولو كان في البلدة أو القلعة مسلم، أو أسير، أو تاجر، أو مستأمن، أو طائفة من هؤلاء، فهل يجوز قصد أهلها بالنار والمنجنيق وما في معناهما؟ فيه طرق،

المذهب: أنه إن لم يكن ضرورة، كره ولا يحرم على الأظهر لثلا يعطلوا الجهاد بحبس مسلم فيهم، وإن كانت ضرورة، كخوف ضررهم، أو لم يحصل فتح القلعة إلا به، جاز قطعاً، والطريق الثاني: لا اعتبار بالضرورة، بل إن كان ما يرمى به يهلك المسلم، لم يجز، وإلا فقولان: والثالث وبه أجاب صاحب «الشامل»: إن كان عدد المسلمين الذين فيهم مثل المشركين، لم يجز رميهم، وإن كان أقل، جاز، لأن الغالب أنه لا يصيب المسلمين، والمذهب: الجواز، وإن علم أنه يصيب مسلماً وهو نصه في «المختصر» لأن حرمة من معنا أعظم حرمة ممن في أيديهم، فإن هلك منهم هالك، فقد رزق الشهادة، قاله أبو إسحاق، ولو رمى بشيء منها إلى القلعة، أو البلدة، فقتل مسلماً، فإن لم يعلم أن فيها مسلماً، لم يجب إلا الكفارة، وإن علم، وجبت الدية والكفارة، حكاه الروياني.

فرع: لو تترس الكفار بمسلمين من الأسارى وغيرهم، نظر إن لم تدع ضرورة إلى رميهم واحتمل الحال الإعراض عنهم، لم يجز رميهم، فإن رمى رام، فقتل مسلماً قال البغوي: هو كما لو قتل مسلماً في دار الحرب، إن علمه مسلماً لزمه القصاص، وإن ظنه كافراً فلا قصاص وتجب الكفارة، وفي الدية قولان، وإن دعت ضرورة إلى رميهم، بأن تترسوا بهم في حال التحام القتال وكانوا بحيث لو كفنا عنهم ظفروا بنا، وكثرت نكايتهم فوجهان: أحدهما: لا يجوز الرمي إذا لم يمكن ضرب الكفار إلا بضرب مسلم، لأن غايته أن نخاف على أنفسنا، ودم المسلم لا يباح بالخوف بدليل صورة الإكراه، والثاني وهو الصحيح المنصوص، وبه قطع العراقيون: جواز الرمي على قصد قتال المشركين، ويتوقى المسلمين بحسب الإمكان، لأن مفسدة الإعراض أكثر من مفسدة الإقدام، ولا يبعد احتمال طائفة للدفع عن بيضة الإسلام ومراعاة للأموال الكليات، فإن جوزنا الرمي، فرمى وقتل مسلماً، فلا قصاص، فتجب الكفارة، وفي الدية طرق، أصحها: وظاهر النص، وبه قال المزني وابن سلمة: إن علم أن المرمي مسلم، وجبت، وإلا فلا، والثاني قاله أبو إسحاق: إن قصده بعينه، وجبت، سواء علمه مسلماً أم لا، وإلا فلا، والثالث: قولان مطلقاً، والرابع قاله ابن الوكيل: إن علم أن هناك مسلماً، وجبت، وإلا فقولان: وإن لم نجوز الرمي، فرمى وقتل، ففي وجوب القصاص طريقان، أحدهما قولان، كالمكره، والثاني: يجب قطعاً، كالمضطر إذا قتل رجلاً ليأكله، بخلاف المكره، فإنه ملجأ، ولأن هناك من يحال عليه وهو المكره.

ولو تترس الكفار بذي أو مستأمن أو عبد، فالحكم في جواز الرمي والدية والكفارة كما ذكرنا، لكن حيث تجب دية، يجب في العبد قيمته، وفي «التهذيب» أنه

لو تترس كافر بترس مسلم، أو ركب فرسه، فرماه مسلم فأتلفه، فإن كان في غير التحام، أو في التحام وأمكنه أن يتوقى الترس والفرس، ضمن، وإن لم يمكنه في الالتحام الدفع إلا بإصابته، فإن جعلناه كالمكره، لم يضمن، لأن المكره في المال يكون طريقاً في الضمان، وهنا لا ضمان على الحربي حتى يجعل المسلم طريقاً، وإن جعلناه مختاراً، لزمه الضمان.

العاشرة: في حكم الهزيمة، إذا التقى الصفان، قد أطلق الغزالي أنه إن كان في انهزامه كسر المسلمين، لم يجز الانهزام بحال، وإلا ففيه التفصيل الآتي إن شاء الله تعالى، ولم يتعرض الجمهور لذلك بل قالوا: إذا التقى الصفان، فله حالان، أحدهما: أن لا يزيد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين بل كانوا مثلي المسلمين أو أقل، فتحرم الهزيمة والانصراف إلا متحرفاً لقتال، أو متحيزاً إلى فئة، فالتحرف: من ينصرف ليكمن في موضع، ويهجم، أو يكون في مضيق، فينصرف ليتبعه العدو إلى متسع سهل للقتال، أو يرى المصلحة في التحول إلى مضيق، أو يتحول من مقابلة الشمس والريح إلى موضع يسهل عليه القتال. والمتحيز إلى فئة: من ينصرف على قصد أن يذهب إلى طائفة يستنجد بها في القتال، وسواء كانت تلك الطائفة قليلة أو كثيرة، قريبة أو بعيدة، وقيل: يشترط قربها، والصحيح الأول، وعلى هذا هل يلزمه تحقيق عزمه بالقتال مع الفئة المتحيز إليها؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن العزم مرخص، فلا حرج عليه بعد ذلك، والجهاد لا يجب قضاؤه، وفي كلام الإمام، أن التحيز إنما يجوز إذا استشعر المتحيز عجزاً محوفاً إلى الاستنجد لضعف المسلمين، ولعل ما حكيناه عن الغزالي أخذه من هذا، ولم يشترط الأصحاب ما ذكراه وكأنهم رأوا ترك القتال والانهزام في الحال مجبوراً بعزمه، وكل واحد من التحرف والتحيز يتضمن العزم على العود إلى القتال، والرخصة منوطة بعزمه، ولا يمكن مخادعة الله تعالى في العزم، هذا الذي ذكرناه من تحريم الهزيمة إلا لمتحرف أو متحيز هو في حال القدرة، أما من عجز بمرض ونحوه، أو لم يبق معه سلاح، فله الانصراف بكل حال، ويستحب أن يولي متحرفاً أو متحيزاً، فإن أمكنه الرمي بالأحجار، فهل تقوم مقام السلاح؟ وجهان: قلت: أحدهما: تقوم. والله أعلم.

ولو مات فرسه وهو لا يقدر على القتال راجلاً، فله الانصراف، ومن غلب على ظنه أنه إن ثبت قتل، هل له الانصراف؟ وجهان: الصحيح: المنع، ثم المتحيز إلى فئة بعيدة لا يشارك الجيش فيما يغنمونه بعد مفارقتهم، ولا يبطل حقه مما غنموه قبل مفارقتهم، هكذا نص عليه، وبمثله أجاب في المتحرف، ومنهم من أطلق بأن

المتحرف يشارك، ولعله فيمن لم يبعد، ولم يغب، والنص فيما إذا تحرف، ثم انقطع عن القوم قبل أن يغنموا، وهل يشارك المتحيز إلى فئة قريبة فيما غنموه بعد مفارقتهم؟ وجهان: أحدهما: نعم، لبقاء نصرته والاستنجاد به، فهو كالسرية القريبة تشارك الجيش فيما غنمه.

الحالة الثانية: إذا زاد عدد الكفار على مثلي المسلمين، جاز الانهزام، وهل يجوز انهزام مئة من أبطالنا من مائتين، وواحد من ضعفاء الكفار؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنهم يقاومونهم لو ثبتوا، وإنما يراعى العدد عند تقارب الأوصاف، والثاني: نعم، لأن اعتبار الأوصاف يعسر، فتعلق الحكم بالعدد، ويجري الوجهان في عكسه، وهو فرار مئة من ضعفائنا من مئة وتسعة وتسعين من ضعفائهم، فإن اعتبرنا العدد، لم يجز، وإن اعتبرنا المعنى، جاز، وإذا جاز الفرار، نظر إن غلب على ظنهم أنهم إن ثبتوا ظفروا، استحب الثبات، وإن غلب على ظنهم الهلاك، ففي وجوب الفرار وجهان: وقال الإمام: إن كان في الثبات الهلاك المحض من غير نكاية، وجب الفرار قطعاً، وإن كان فيه نكاية فوجهان:

قلت: هذا الذي قاله الإمام هو الحق، وأصح الوجهين، أنه لا يجب، لكن يستحب. والله أعلم.

فرع: لقي مسلم مشركين، إن طلباه، فله الفرار، وإن طلبهما ولم يطلباه، فهل له أن يولي بعد ذلك؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن فرض الجهاد والثبات إنما هو في الجماعة، ولو ولّى النساء، لم يأثم، فلسن من أهل فرض الجهاد، نص عليه، كما لا إثم على صبي ومغلوب على عقله إذا وليا، ويأثم السكران، ولو قصد الكفار بلدًا، فتحصن أهله إلى أن يجدوا قوة ومددًا، لم يأثموا، إنما الإثم على من ولي بعد اللقاء.

قلت: قال صاحب «الحاوي» و«البحر»: تجوز الهزيمة من أكثر من المثلين، وإن كان المسلمون فرساناً والكفار رجالاً، وتحرم الهزيمة من المثلين وإن كان المسلمون رجالاً والكفار فرساناً، وهذا الذي قالاه فيه نظر، ويمكن تخريجه على الوجهين السابقين في أن الاعتبار بالمعنى أم بالعدد. والله أعلم.

فصل: المبارزة جائزة، ولو خرج كافر وطلبها، استحب الخروج إليه، وابتداء المبارزة، لا مستحب ولا مكروه، وقال ابن أبي هريرة: تكره، وأطلق ابن كج استحبابها، والصحيح الأول، وإنما تحسن المبارزة ممن جرب نفسه وعرف قوته وجراته، فأما الضعيف الذي لا يثق بنفسه، فتكره له المبارزة ابتداءً وإجابة، نص عليه، وفيه وجه: أنه يحرم، والصحيح الأول، ويستحب أن لا يبارز إلا بإذن الأمير، فلو بارز بغير إذنه، جاز على الصحيح، وبه قطع الجمهور، لأن التغرير بالنفس في

الجهاد جائز، والثاني: يحرم، لأن للإمام نظراً في تعيين الأبطال.

فصل: نقل رؤوس الكفار إلى بلاد الإسلام، فيه وجهان: أحدهما: لا يكره للإرعاب، والثاني وهو الصحيح، وبه قطع العراقيون والرويان: يكره، ولم يتعرض الجمهور للفرق بين كافر فيه نكاية وغيره، وقال صاحب «الحاوي»: لا يكره، إن كان فيه نكاية، بل يستحب.

الطرف الثاني: في سبي الكفار واسترقاقهم، وفيه مسائل:

إحداها: نساء الكفار وصبيانهم إذا وقعوا في الأسر، رقوا، وكان حكمهم حكم سائر أموال الغنيمة، فالخمس لأهل الخمس، والباقي للغانمين، والعبيد إذا وقعوا في الأسر، كانوا كسائر أموال الغنيمة، لا يتخير الإمام فيهم، لأن عبد الحربي مال له، واحتج له الشيخ أبو علي بأن عبد الحربي لو أسلم في دار الحرب، ولم يخرج، ولا قهر سيده، لا يزول ملك الحربي عنه، وإذا سباه المسلمون، كان عبداً مسلماً، ولا يجوز المن عليه، ويسترق، ولولا أنه مال يخلو سبيله، كالحر، ولما جاز استرقاقه، هكذا ذكره ابن الحداد، وصرح بأنه ليس للإمام قتل العبيد، ولا المن عليهم، وتابعه الأصحاب على هذا، وفي «المهذب» أنه لو رأى الإمام قتله لشبه وقوته، قتله وضمن قيمته للغانمين، وأما الرجال الأحرار الكاملون إذا أسروا، فالإمام مخير بين أن يقتلهم صبراً بضرب الرقبة، لا بتحريق وتغريق، ولا يمثل بهم، أو يمن عليهم بتخلى سبيلهم، أو يفاديهم بالرجال، أو بالمال، أو يسترقهم، ويكون مال الفداء ورقابهم إذا استرقوا، كسائر أموال الغنيمة، وليس هذا التخيير للتشهي، بل يلزم الإمام أن يجتهد ويفعل من هذه الأمور الأربعة ما هو الحظ للمسلمين، فإن لم يظهر له وجه الصواب في الحال وتردد، حبسهم حتى يظهر، وسواء في الاسترقاق كان الأسير كتابياً أو وثنيّاً، وقال الإصطخري: يحرم استرقاق الوثني، لأنه لا يقر بالجزية، والصحيح الأول، وسواء كان الكافر من العرب، أو غيرهم على الجديد المشهور، وفي القديم لا يجوز استرقاق العرب، وهل يجوز استرقاق بعض شخص؟ وجهان: أحدهما: نعم، قال البغوي: فإن منعناه، فضرب الرق على بعضه، رق كله، وكان يجوز أن يقال: لا يرق شيء، وإذا اختار الفداء، جاز بالمال سلاحاً كان أو غيره، ويجوز بأسارى المسلمين، فيرد مشركاً بمسلم، أو مسلمين، أو مشركين بمسلم، ويجوز أن يفديهم بأسلحتنا التي في أيديهم، ولا يجوز أن يرد أسلحتهم التي في أيدينا بمال يبذلونه، كما لا يجوز أن يبيعهم السلاح، وفي جواز ردها بأسارى المسلمين وجهان.

فرع: لو قتل مسلم أو ذمي الأسير قبل أن يرى الإمام رأيه فيه، عزز ولا قصاص ولا دية، لأنه لا أمان له وهو حر إلى أن يسترق، ولذلك يجوز أن يخلو

سبيله، والأموال لا ترد إليهم بعد الاغتنام، ولو وقع في الأسر صبي أو امرأة، فقليل: وجبت القيمة، لأنه صار مالاً بنفس الأسر، ثم إن سبي الصبي وحده، فهو محكوم بإسلامه تبعاً للسابي، ففيه قيمة عبد مسلم، وإن كان قاتله عبداً، لزمه القصاص.

فرع: لو أسر بالغ له زوجة، لم يفسخ عقد نكاحه بالأسر، فإن فاداه الإمام، أو من عليه، استمرت الزوجية، وإن استرقه، ارتفع النكاح حينئذ، وإن أسر صبي له زوجة، انفسخ النكاح بنفس أسره.

فرع: لو أسر كافر ومعه زوجته وصبيان، يخير الإمام فيه دونهم.

المسألة الثانية: إذا أسلم الأسير وهو رجل حر مكلف قبل أن يختار الإمام فيه شيئاً، عصم دمه، وهل يصير رقيقاً بنفس الإسلام؟ فيه طريقتان، أحدهما: على قولين، أحدهما: نعم، لأنه أسير محرم القتل فأشبهه الصبي، وأظهرهما: لا يرق، بل للإمام أن يسترقه، أو يمن، أو يفادي، والطريق الثاني: القطع بالتخير، لأنه كان ثابتاً، فلا يزول، فإن اختار الفداء، فشرطه أن يكون له فيهم عز أو عشيرة يسلم بها ديتة ونفسه، وسواء قلنا: يرق، أو يجوز إرقاقه، فأرقه، كان غنيمة، وكذا لو فاداه بمال، كان غنيمة، ولو أسلم قبل أسره والظفر به، عصم دمه وماله، سواء أسلم وهو محصور وقد قرب الفتح، أو أسلم في حال أمنه، وسواء أسلم في دار الحرب، أو الإسلام، ويعصم أيضاً أولاده الصغار عن السبي، ويحكم بإسلامهم تبعاً له، والحمل كالمنفصل، فلا يسترق تبعاً لأمه، وهل يعصم إسلام الجد ولد ابنه الصغير؟ فيه أوجه: أحدها: نعم، والثاني: لا، والثالث: إن كان الابن ميتاً، عصم، وإلا فلا، والمجنون من أولاده، كالصغير، فلو كان بلغ عاقلاً، ثم جن، عصمه أيضاً على الصحيح.

ولو أسلمت المرأة قبل الظفر بها، عصمت نفسها ومالها وأولادها الصغار، وحكى الفوراني في الأولاد قولاً، وهو شاذ مردود، وأما الأولاد البالغون العقلاء، فلا يعصمهم إسلام الأب لاستقلالهم بالإسلام، وهل يعصم إسلامه قبل الأسر زوجته عن الاسترقاق؟ نص أنه يجوز استرقاقها، ونص أن المسلم لو أعتق كافراً، فالتحق بدار الحرب، لا يجوز استرقاقه، فقل: فيهما قولان، أحدهما: لا تسترق زوجته ولا عتيقه لثلا يبطل حقه، كما لا يغنم ماله، والثاني: يسترقان لاستقلالهما، والمذهب تقرير النصين، لأن الولاء لا يرتفع وإن تراضيا بخلاف النكاح، ويجري الخلاف في استرقاق حربية نكحها مسلم وهو في دار الحرب، فإن قلنا: لا يعصمها وكانت حاملاً عند إسلامه، ففي جواز استرقاقها وجهان: أحدهما: المنع، لأن الحمل محكوم بإسلامه، فلا تملك دونه كما لا تباع دونه، وأحدهما: نعم، لأنها حربية، فأشبهت غيرها، وإذا استرقت، فإن كان قبل الدخول، انقطع النكاح في

الحال، لأنه زال ملكها عن نفسها، فملك الزوج أولى، ولأنها صارت أمة كافرة، ولا يجوز إمساك أمة كافرة للنكاح، وقيل: يستمر النكاح وإن استرقت، حكاها صاحب «التقريب» والصحيح الأول، وإن كان بعد الدخول فوجهان: أحدهما: انقطاع النكاح، والثاني: يتوقف مدة العدة، فإن أعتقت، وأسلمت قبل انقضاء العدة، استمر النكاح، وكذا لو أعتقت ولم تسلم، لأن إمساك الحرة الكتابية للنكاح جائز، فلو أسلمت ولم تعتق، فإن كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة، فله إمساكها، وإلا ففي جواز إمساكها وجهان: ولو أسلم بعد ما استرقت زوجته الحامل، حكم بإسلام الحمل، ولم يبطل رقه، ولو أسلمت حامل تحت حربي، لم تسترق هي ولا ولدها، لأنهما مسلمان.

فرع: لو استأجر مسلم دار حربي في دار الحرب، ثم غنمها المسلمون، أو استأجر حربياً رقيقاً، أو حراً، فاسترق، لم تنقطع الإجارة، بل يبقى للمستأجر استحقاق المنفعة، لأن منافع الأموال مملوكة ملكاً تاماً مضمونة، كأعيان الأموال بخلاف منفعة البضع، فإنها تستباح، ولا تملك ملكاً تاماً، ولهذا لا تضمن باليد، وقيل: في انقطاع الإجارة خلاف كانقطاع النكاح.

فرع: يجوز سبي منكوحة الذمي إذا كانت حربية، وينقطع به نكاحه، وأما سبي عتيقه واسترقاقه فيبني على استرقاق عتيق المسلم، إن جوزناه، فهنا أولى، وإلا فوجهان: أحدهما: يجوز، لأن الذمي لو التحق بدار الحرب، استرق، فعتيقه أولى، ولو أعتق ذمي عبداً، ثم نقض السيد العهد وصار حربياً، فالصحيح أن ولاءه على عتيقه لا يبطل، حتى لو عتق كان ولاؤه باقياً عليه، ولمعتقه أيضاً الولاء على عتيقه، ولو ملك عتيقه، فأعتقه، كان لكل واحد منهما الولاء على الآخر، وفي وجه يبطل باسترقاقه ولاؤه على عتيقه، كما يبطل ملكه على عبده.

فرع: إذا سبي الزوجان معاً، أو سبي أحدهما، انفسخ النكاح، صغيرين كانا أو كبيرين، واسترق الزوج، وسواء كان قبل الدخول أو بعده، لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ ولقوله ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع»^(١) ولم يفرق، ولأن الرق يزيل ملكها عن نفسها، فعصمة النكاح أولى بالزوال، وإن كان الزوجان رقيقين، فغنما، أو أحدهما، ففي انقطاع النكاح وجهان: سواء أسلما أم لا، أحدهما: لا ينقطع إذا لم يحدث رق، وإنما انتقل من شخص إلى

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٥٧) وأحمد في المسند (٦٢/٣) والدارمي في سننه (١٧٠/٢) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٦٠٠/١).

شخص، فأشبهه البيع وغيره، والثاني: ينقطع، لحدوث السبي، ولهذا لو سبيت مستولدة، صارت قنة، ومنهم من قطع بالأول.

المسألة الثالثة: لو كان لمسلم على حربي دين، فاسترق، لم يسقط الدين، فلو كان الدين للسابي، ففي سقوطه الوجهان فيمن كان له دين على عبد غيره فملكه، وإذا لم يسقط، قضى من الغنيمة بعد استرقاقه ويقدم الدين على الغنيمة، كما يقدم على الوصية، وإن زال ملكه بالرق، كما أن الدين على المرتد يقضى من ماله، وإن أزلنا ملكه، ولأن الرق كالموت والحجر، وكلاهما يعلق الدين بالمال، فإن غنم المال قبل استرقاقه، ملكه الغانمون، ولم يقض منه الدين، كما لو انتقل ملكه بوجه آخر، وإن غنم مع استرقاقه، فوجهان: أحدهما: يقدم الدين، كما يقدم في التركة، وأصحهما: تقدم الغنيمة، لتعلقها بالعين، كما يقدم حق المجني عليه على حق المرتتهن، وليس من المعية أن يقع الاغتنام مع الأسر، لأن المال يملك بنفس الأخذ، والرق لا يحصل بنفس الأسر في الرجال الكاملين، ولكن يظهر ذلك في النسوة، وفيما إذا وقع الاغتنام مع إرقاق الإمام بعد الأسر، وإذا لم يوجد مال يقضي منه الدين، فهو في ذمته إلى أن يعتق، وهل يحل الدين المؤجل بالرق؟ وجهان مرتبان على الخلاف في الحلول بالإفلاس، وأولى بالحلول، لأنه يشبه الموت من حيث إنه يزيل الملك، ويقطع النكاح، هذا إن كان الدين لمسلم، فإن كان لذي، فمثله أجاب الإمام، وقال: دين الذمي محترم، كعين ماله، وذكر البغوي فيه وجهين: وإن كان الحربي، واسترق المدين، فالمحكي عن القاضي حسين وهو الظاهر: سقوط الدين وفيه احتمال للإمام، هذا إذا استرق من عليه الدين، أما إذا استرق من له الدين، فلا تبرأ ذمة المدين، بل هو كودائع الحربي المسيبي، هذا لفظه في «الوسيط» ولم ينص والحالة هذه على حال من عليه الدين، وذكر الإمام هذا الجواب فيما إذا استقرض مسلم من حربي، أو اشترى منه شيئاً والتزم الثمن ثم استرق المستحق، قال: لا يسقط، وفي «التهذيب» أنه لو كان لحربي على حربي دين، واسترق من أحدهما، سقط لزوال ملكه، قال: ولو قهر المدين رب الدين، سقط، لأن الدار دار حرب، حتى إذا قهر العبد سيده يصير حراً ويصير السيد عبداً له، ولو قهرت امرأة زوجها، ملكته، وانفسخ النكاح، وقد يفهم من هذه الجملة أنه إن كان دين المسترق على مسلم، طولب به، كما يطالب بودائع، لأنه ملتزم، وإن كان على حربي، سقط، لأن المستحق زال ملكه، والحربي غير ملتزم حتى يطالب، ولو اقترض من حربي، أو التزم بالشراء ثمناً، ثم أسلما، أو قبلا الجزية، أو الأمان، فلاستحقاق مستمر، وكذا يبقى مهر الزوجة إذا أسلما إن لم يكن خمرأً ونحوه، ولو سبق المستقرض إلى الإسلام أو الأمان، فالنص أن الدين يستمر، كما لو أسلما، ونص أنه لو ماتت زوجة

حربي، فجاءنا مسلماً، أو مستأمناً، فجاء ورثتها يطلبون مهرها، لم يكن لهم شيء، وللأصحاب طريقان، أحدهما: فيهما قولان، أظهرهما: يبقى الاستحقاق، وعلى هذا تبتنى قواعد نكاح المشركات، والثاني: المنع، لأنه يبعد أن يمكن الحربي من مطالبة مسلم أو ذمي، والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وحمل النص الثاني على من أصدقها خمراً، وقبضته في الكفر، ولو أتلّف حربي مالاً على حربي، أو غصبه، ثم أسلما، أو أسلم المتلف، فوجهان: أحدهما: لا يطالبه بالضمان، لأنه لم يلتزم شيئاً، والإسلام يجب ما قبله، والإتلاف ليس عقداً يستدام، ولأن الحربي لو قهر حربياً على ماله ملكه، والإتلاف نوع من القهر، ولأن إتلاف مال الحربي لا يزيد على إتلاف مال المسلم، وهو لا يوجب الضمان على الحربي، والثاني: يطالب، لأنه لازم عندهم، فكأنهم تراضوا عليه، ويزيد على هذا ما نقل عن القاضي حسين أن الحربي لو جنى على مسلم، فاسترق، فأرّش الجناية في ذمته، قال الإمام: هذا إخلال من ناقل، أو هفوة من القاضي.

المسألة الرابعة: إذا سببت امرأة وولدها الصغير، لم يفرق بينهما في القسمة، بل يقومهما، فإن وافقت قيمتهما نصيب أحد الغانمين، جعلهما له، وإلاّ اشترك فيهما اثنان، أو باعهما، وجعل ثمنهما في المغنم، فإن فرق بينهما في القسمة، ففي صحتها قولان كما سبق في البيع، فإن صححنا، فعن صاحب «الحاوي» أن المتبايعين لا يقران على التفريق، بل يقال لهما: إن تراضيتما ببيع الآخر ليجتمعا في الملك، فذاك، وإلاّ فسخنا البيع، وقال ابن كج: يقال للبائع: يتطوع بتسليم الآخر، أو يفسخ البيع، فإن تطوع، فامتنع المشتري من القبول، فسخ البيع، ولو رضيت الأم بالتفريق، لم يرتفع التحريم على الصحيح رعاية لحق الولد، وأم الأم عند عدم الأم كالأم، فلو كان له أم وجدة، فبيع مع الأم، فلا تحريم، وإن بيع مع الجدة، وقطع عن الأم، حرم على الأظهر، والأب كالأم على الأظهر أو الأصح، وفي الأجداد والجَدات من جهة الأب أوجه: ثالثها: يجوز التفريق بينه وبين الأجداد دون الجدات، لأنهن أصلح للتربية، ولا يحرم التفريق بينه وبين سائر المحارم، كالأخ والعم وغيرهما، على المذهب، وقيل: هم كالأب، ولو كان له أبوان، حرم التفريق بينه وبين الأب، ويجوز التفريق للضرورة، مثل أن تكون الأم حرة، فيجوز بيع الولد، ولو كانت الأم لواحد والولد لآخر، فلكل منهما بيع ملكه منفرداً، وقد سبق في كتاب البيع أن التحريم هل ينتهي لسن التمييز أم يبقى إلى البلوغ؟ قولان، أظهرهما: الأول.

الطرف الثالث: في إتلاف أموالهم:

إن احتاج المسلمون إلى إتلاف أموال الكفار، كتخريب بناء، وقطع شجر،

ليكفوا عن القتال أو ليظفروا بهم، فلهم ذلك، وإن لم يحتاجوا، نظر إن لم يغلب على ظنهم حصول ذلك المال للمسلمين، جاز إتلافه مغايظة لهم وتشديداً عليهم، وإن غلب على الظن حصوله، كره الإتلاف، ولا يحرم على الأصح، هذا إذا دخل الإمام دارهم مغيراً ولم يمكنه الاستقرار فيها، فأما إذا فتحها قهراً، فيحرم التخريب والقطع، لأنها صارت غنيمة، وكذا لو فتحها صلحاً على أن تكون لنا، أو لهم، ولو غنمنا أموالهم وانصرفنا، وخفنا الاسترداد، فإن كانت غير حيوان، جاز إتلافها، لئلا يأخذوها فيتقوا بها، وأما الحيوان، فإن قاتلونا عليه واحتجنا في القتال إلى عقره لدفعهم أو للظفر بهم، جاز، وإن غنمنا خيلهم وماشيتهم، ولحقونا وخفنا الاسترداد، أو ضعف بعضها، وتعذر سوقها، لم يجوز عقرها وإتلافها، لكن تذبح للأكل، وإن خفنا أنهم يأخذون الخيل، ويقاتلوننا عليها، ويشد الأمر، جاز إتلافها، ولو لحقونا ومعنا نساؤهم وصبيانهم، وخفنا استردادهم، لم يجوز قتلهم قطعاً.

فرع: لو ظفروا بكتب لهم مما يحل الانتفاع به، كطب وشعر ولغة وحساب وتواريخ، فلها حكم سائر الأموال، فتباع أو تقسم، وما حرم الانتفاع به، ككتب الكفر والهجو والفحش المحض، لم يترك بحاله بل إن كان في رق أو كاغد ثخين وأمكن غسله، غسل، ثم هو كسائر الأموال، فإن لم يمكن، أبطلت منفعته بتمزيق، ثم الممزق كسائر الأموال، وعن القاضي أبي الطيب أنها تمزق أو تحرق، وضعفوا الإحراق لما فيه من التضييع، لأن للمزق قيمة وإن قلت، وكتب التوراة والانجيل مما يحرم الانتفاع به، لأنهم بدلوا وغيروا، وإنما نقرها في أيديهم كما نقر الخمر.

فرع: إذا دخلنا دارهم غزاة، قتلنا الخنازير، وأرقنا الخمر، وتحمل ظروفها إلا أن لا تزيد قيمتها على مؤنة حملها، فتتلفها، وإن وقع كلب ينتفع به للاصطياد أو للماشية والزرع، فحكى الإمام عن العراقيين أن للإمام أن يسلمه إلى واحد من المسلمين، لعلمه بحاجته إليه، ولا يحسب عليه، واعترض بأن الكلب منتفع به، فليكن حق اليد فيه لجميعهم، كما أن من مات وله كلب لا يستبد به بعض الورثة، والموجود في كتب العراقيين أنه إن أراه بعض الغانمين، أو أهل الخمس ولم يناعه غيره، سلم إليه، وإن تنازعوا، فإن وجدنا كلاباً وامكنت القسمة عدداً، قسم، وإلا أقرع بينهم، وهذا هو المذهب وقد سبق في الوصية أنه تعتبر قيمتها عند من يرى لها قيمة، وتعتبر منافعتها فيمكن أن يقال به هنا.

الطرف الرابع: في الاغتنام:

قد سبق في كتاب قسم الغنيمة أن الغنيمة: المال المأخوذ من الكفار بالقهر وإيجاف خيل وركاب، والفيء: ما حصل منهم بلا قتال، وإذا دخل واحد أو شرذمة

دار الحرب مستخفين، وأخذوا مالا على صورة السرقة، فوجهان: أحدهما وبه قطع الغزالي، وادعى الإمام أنه المذهب المعروف: أنه ملك من أخذه خاصة، والأصح الموافق لكلام الجمهور: أنه غنيمة مخمسة، وقد قال الأصحاب: لو غزت طائفة بغير إذن الإمام متلصصين وأخذت مالا، فهو غنيمة مخمسة، وفي «التهذيب» أن الواحد إذا دخل دار الحرب، وأخذ مال حربي بقتال، أخذ منه الخمس، والباقي له، وإن أخذه على جهة السوم، ثم جحده، أو هرب، فهو له، ولا يخمس، وهذه الصورة قريبة من السرقة، والمأخوذ على صورة اختلاس كالمأخوذ على صورة السرقة، وقال صاحب «الحاوي»: هو غنيمة، وعن أبي إسحاق أنه فيء، لأنه بغير إيجاف خيل، وليكن الوجه القائل باختصاص السارق والمختلس مخصوصاً بما إذا دخل واحد أو نفر يسير دار الحرب، وأخذوا، فأما إذا أخذ بعض الجيش بسرقة أو اختلاس، فيشبه أن يكون غلواً، ويدل عليه أن الروياني نقل أن ما يهديه الكافر إلى الإمام، أو إلى واحد من المسلمين والحرب قائمة، لا يملكه المهدي إليه بكل حال، وإذا لم يختص المهدي إليه بالهدية، فأولى أن لا يختص سارق بمسروق.

فرع: المال الضائع الذي يؤخذ في دارهم على هيئة اللقيطة، إن كان مما يعلم أنه للكفار، فالصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور: أنه غنيمة، لا يختص به الآخذ، وقال الإمام والغزالي: هو لمن أخذه بناء على أن المسروق لمن أخذه، فإن أمكن كونه للمسلمين، بأن كان هناك مسلمون، أو أمكن أن يكون ضالة بعض الجيش، وجب تعريفه، ثم بعده يعود خلاف الجمهور والإمام في أنه غنيمة أم لآخذ؟ وأما صفة التعريف، فقال الشيخ أبو حامد: يعرفه يوماً أو يومين، ويقرب منه قول الإمام: يكفي بلوغ التعريف إلى الأجناد إذا لم يكن هناك مسلم سواهم، ولا ينظر إلى احتمال مرور التجار، وفي «المهذب» و«التهذيب» يعرفه سنة، ولفظ «التهذيب»: أنه لو وجد ضالة في دار الحرب لحربي، فهي غنيمة، فالخمس لأهله، والباقي له ولمن معه، ولو وجد ضالة لحربي في دار الإسلام، لم يختص هو بها، بل تكون فيئاً، وكذا لو دخل صبي، أو امرأة منهم بلادنا، فأخذه رجل، يكون فيئاً، وإن دخل منهم رجل، فأخذه مسلم، كان غنيمة، لأن لأخذه مؤنة، ولالإمام الخيار فيه، فإن استرقه، كان الخمس لأهله، والباقي لمن أخذه بخلاف الضالة، لأنها مال للكفار حصل في أيدينا بلا قتال.

فرع: المباحات التي لم يملكها أحد، كالحطب والحشيش والحجر والصيد البري والبحري، من أخذها، ملكها كدار الإسلام، قال الشافعي رحمته الله في «المختصر»: إلا أن يكون مصنوعاً أو صيداً مقرطاً أو موسوماً، فلا يكون لمن أخذه،

يعني إلا أن يكون حجراً مصنوعاً بنقر أو نقش، أو منحوتاً، والمقرط: في أذنه قرط، ويروى مقرطق، وهو الذي جز صوفه، وجعل على هيئة القرطق، فهذه الأحوال آثار للملك والدار للكفار، فالظاهر أنها كانت لهم، فتكون غنيمة، فإن أمكن كونها لمسلم، فهي كسائر الضوال يجب تعريفها كما سبق.

فصل: للغنيمة أحكام:

أحدها: يجوز التبسط بتناول أطعمتها، وبعلف الدواب قبل القسمة بلا عوض، فيحتاج إلى بيان جنس المأخوذ، والمنفعة المعتبرة، والأخذ ومكان الأخذ، أما جنسه، فهو القوت وما يصلح به القوت، واللحم والشحم وكل طعام يعتاد أكله على العموم، ولعلف الدواب التبني والشعير وما في معناهما، وذكر الإمام فيما ليس بقوت، ولكن يؤكل غالباً، كالفواكه، وجهين. وقطع الجمهور بجواز التبسط في الجميع، وأما الفانيد والسكر والأدوية التي تندرج الحاجة إليها، ففيها أوجه: الصحيح وبه قال الجمهور: لا تباح لندور الحاجة، فإن احتاج إليها مريض منهم، أخذ قدر حاجته بقيمته، وينبغي أن يقال: يراجع أمير الجيش فيه، والثاني: تباح للحاجة بلا عوض، والثالث: أن ما لا يؤكل إلا تداوياً، يحسب عليه، وما يكون للتداوي وغيره، لا يحسب عليه، وأما المنفعة المعتبرة، فمنفعة الأكل والشرب والعلف، وفي جواز أخذ الشحم والدهن لتوقيح الدواب، وهو مسحها بالمذاب، وهو المغلي ولجربها وجهان: أحدهما: الجواز، كعلفها، والأصح المنصوص: المنع، كالمداواة، وعلى الأول ينبغي أن يجوز الأدهان بها، ولا يجوز إطعام البزاة والصقور منها بخلاف الدواب المحتاج إليها للركوب والحمل.

ولا يجوز أخذ سائر الأموال ولا الانتفاع بها، كلبس ثوب وركوب دابة، فلو خالف، لزمته الأجرة، كما تلزمه القيمة إذا أتلّف بعض الأعيان، فإن احتاج لبرد وغيره، قال الروياني: يستأذن الإمام ويحسب عليه، ويجوز أن يأذن في لبسه بالأجرة مدة الحاجة، ثم يرده إلى المغنم، ولا يجوز استعمال السلاح إلا أن يضطر إليه في القتال، فإذا انقضت الحرب، رده إلى المغنم، ويجوز ذبح الحيوان المأكل للحمة، كتناول الأطعمة، وقيل: لا يجوز، لندور الحاجة إليه، والصحيح الأول، ثم قال الجماهير: لا فرق بين الغنم وسائر الحيوانات المأكولة، وأشار الإمام إلى تخصيص الذبح بالغنم، وصرح به الغزالي، والصواب الأول. ثم ما يذبح يجب رد جلده إلى المغنم، إلا ما يؤكل مع اللحم، ويحرم على الذابح أن يتخذ من جلده سقاء أو حذاء أو شراكاً، فإن فعل، وجب رد المصنوع كذلك ولا شيء له في الصنعة، بل إن نقص، لزمه الأرش، وإن استعمله، لزمه الأجرة ومتى ذبح ما يجوز ذبحه، هل تلزمه

قيمته لندور الحاجة؟ وجهان: الصحيح: المنع، كالأطعمة، ودعوى الندور ممنوعة. أما الأخذ وقدر المأخوذ، فيجوز أخذ العلف والطعام لمن يحتاج إليه، فلو كان معه ما يغنيه عنهما، هل له الأخذ؟ وجهان: أحدهما: لا، لاستغنائه، وأصحهما: نعم، لإطلاق الأحاديث، وكل من أخذ، فليأخذ كفايته، ولا بأس باختلاف قدر ما يأخذون بحسب الحاجة، قال البغوي: ولهم التزود لقطع مسافة بين أيديهم، ولو أكل فوق حاجته، لزمه قيمته، نص عليه، ولو كان معه دابتان فأكثر، فله أخذ علفهن، وفي وجه لا يأخذ إلا علف واحدة، كما لا يسهم إلا لفرس، والصحيح الأول، ولو أخذ غانم فوق حاجته، وضيع به غانماً أو غانمين، جاز، وليس فيه إلا أنه تولى إصلاح الطعام لهم وليس له أن يضيف به غير الغانمين، فإن فعل، لزم الأكل الضمان، ويكون المضيف كمن قدم طعاماً مغصوباً إلى ضيف فأكله، فينظر أعلم الحال أم جهله، والحكم ما سبق في كتاب الغصب، ولو أتلف بعض الغانمين من طعام الغنيمة شيئاً، كان كتلافه مائلاً آخر، فيلزمه رد القيمة إلى المغنم، لأنه لم يستعمله في الوجه المسوغ شرعاً، وما يأخذه لا يملكه بالأخذ، لكن أبيح له الأخذ، كالضيف، ذكره الإمام.

ولو لحق الجيش مدد بعد انقضاء القتال وحياسة المال، هل لهم التبسط في الأطعمة؟ وجهان: أحدهما: المنع، وبه قطع البغوي، ووجه الجواز مظنة الحاجة وعزة الطعام هناك، ومن دخل من الغانمين دار الإسلام وقد فضل مما أخذه شيء، ففي وجوب رده إلى المغنم ثلاثة أقوال: أظهرها: يجب، لزوال الحاجة والمأخوذ متعلق حق الجميع، والثاني: لا، لإباحة الأخذ، والثالث: إن كان قليلاً لا يبالي به، ككسر الخبز وبقية التبن في المخالي، لم يرد، وإلا فيرد، ومتى وجب الرد، فإن لم تقسم الغنيمة، رده إلى المغنم، وإن قسمت، رده إلى الإمام، فإن أمكن قسمته كما قسمت الغنيمة، فعل، وإن لم يكن لنزارة ذلك القدر ولتفرق الغانمين، قال الصيدلاني: يجعل في سهم المصالح، أما مكان الأخذ والتبسط، فهو دار الحرب، فإذا انتهوا إلى عمران دار الإسلام، وتمكنوا من الشراء، أمسكوا، ولو خرجوا عن دار الحرب، ولم ينتهوا إلى عمران دار الإسلام فوجهان: أحدهما: جواز التبسط، لبقاء الحاجة، والثاني: المنع، لأن مظنة الحاجة دار الحرب فنياط الحكم به وعكسه، ولو وجدوا سوقاً في دار الحرب: وتمكنوا من الشراء، فقد طرد الغزالي فيه الوجهين لانعكاس الدليلين، وقطع الإمام بالجواز وقال: لم أر أحداً منع التبسط بهذا السبب، ونزلوا دار الحرب في إباحة الطعام منزلة السفر في الرخص، فإنها وإن ثبتت لمشقة السفر، فالمرفه الذي لا كلفة عليه يشارك فيها، وذكر أنه لو كان لجماعة من

الكفار معنا مهادنة، وكانوا لا يمتنعون من مبايعة من يطرقهم من المسلمين، فالظاهر وجوب الكف عن أطعمة المغنم في دارهم، لأنها وإن لم تكن مضافة إلى دار الإسلام، فهي في قبضة الإمام بمثابة دار الإسلام فيما نحن فيه للتمكن من الشراء منهم.

فرع: ليس للغانم أن يقرض ما أخذه من الطعام والعلف لغير الغانمين ولا أن يبيعه، فإن فعل، لزم الأخذ رده إلى المغنم، فلو أقرضه غانماً آخر فوجهان: الصحيح عند الجمهور وهو المنصوص: أن للمقرض مطالبة المقرض بعينه أو بمثله من المغنم، لا من خالص ماله، لأنه إذا أخذه صار أحق به، ولم تزل يده عنه إلا ببدل. والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد، ورجحه الإمام: أنه لا مطالبة، ولا يلزمه الرد، لأن الأخذ من جملة المستحقين، وإذا حصل في يده، فكأنه أخذه بنفسه، والوجهان متفقان أنه ليس قرضاً محققاً، لأن الأخذ لا يملك المأخوذ حتى يملكه لغيره، فعلى الأول: لو رد عليه من خالص ملكه، لم يأخذه المقرض، لأن غير المملوك لا يقابل بالمملوك حتى إذا لم يكن في المغنم طعام آخر، سقطت المطالبة، وإذا رد من المغنم، الأول أحق به لحصوله في يده، وعلى هذا إذا دخلوا دار الإسلام، انقطعت حقوق الغانمين عن أطعمة المغنم، فيرد المستقرض على الإمام، وإذا دخلوا دار الإسلام وقد بقي عين المستقرض في يد المقرض، بني على أن الباقي من طعام المغنم هل يجب رده إلى المغنم؟ إن قلنا: نعم، رده إلى المغنم، وإلا، فإن جعلنا للقرض اعتباراً، رده إلى المقرض، وإلا لم يلزمه شيء.

فرع: لو باع غانم ما أخذه لغانم آخر، فهذا إبدال مباح بمباح، وهو كإبدال الضيفان لقمة بلقمة، وكل واحد منهما أولى بما صار إليه، ولو تبايعا صاعاً بصاعين، لم يكن ذلك ربا، لأنه ليس بمعاوضة محققة.

فرع: مقتضى ما تكرر أن المأخوذ مباح للغانم غير مملوك أنه لا يجوز له أن يأكل طعام نفسه، ويصرف المأخوذ إلى حاجة أخرى بدلاً عن طعامه، كما لا يتصرف الضيف فيما قدم إليه إلا بالأكل.

فرع: قال الإمام: لو قل الطعام، واستشعر الأمير الازدحام والتنازع فيه، جعله تحت يده، وقسمه على المحتاجين على قدر حاجاتهم، وله أن يمنع من معه كفايته مزاحمة المحتاجين.

الحكم الثاني: سقوط حق الغانمين بالإعراض وفيه مسائل:

إحداها: يسقط حق الغانم بالإعراض عن الغنيمة، وتركها قبل القسمة، لأن المقصود الأعظم من الجهاد إعلاء الدين، والذب عن الملة، والغنيمة تابعة، فمن

أعرض عنها، فقد محض عمله للمقصود الأعظم، ولو قال أحدهم: وهبت نصيبي للغانمين، فإن أراد الإسقاط، سقط حقه، وإن أراد التملك، فوجهان: أصحابهما: عند صاحب «الشامل»: الصحة، وبه قال أبو إسحاق، وأقواهما: المنع وبه قال ابن أبي هريرة، وأما بعد القسمة فيستقر الملك، ولا يسقط بالإعراض، كسائر الأملاك، ولو أفرز الخمس، ولم يقسم الأخماس الأربعة فوجهان: ويقال: قولان، الأصح المنصوص: يصح الإعراض، لأنه لم يتعين حقه، والثاني خرجه ابن سريج: لا يصح، لأن حقهم تميز عن الجهات العامة، فصار كمال مشترك، ولو قال: اخترت الغنيمة، هل يمنع ذلك من صحة الإعراض وجهان: أشبههما: نعم، ولو أعرض جميع الغانمين فوجهان: أصحابهما: يصح إعراضهم، فيصرف الجميع إلى مصرف الخمس، لأن المعنى المصحح للإعراض يشمل للواحد والجمع، وأما أصحاب الخمس غير ذوي القربى جهات عامة لا يتصور فيها إعراض، وفي صحة إعراض ذوي القربى وجهان: أحدهما: نعم، كالغانم، وأصحابهما: لا، لأنهم يستحقونه بلا عمل، فأشبه الإرث، ولو كان من الغانمين محجور عليه بفلس، صح إعراضه، لأن اختيار التملك كالاكتساب، فلا يلزمه، ولأن الإعراض يمحض جهاده للآخرة، فلا يمنع منه، ولو أعرض محجور عليه بسفه، قال الإمام: ففي صحة إعراضه تردد، ولعل الظاهر: المنع، فلو فك حجره قبل القسمة، صح إعراضه، ولا يصح إعراض صبي عن الرضخ، ولا إعراض وليه، فإن بلغ قبل القسمة، صح إعراضه، ولا يصح إعراض العبد عن رضخه، ويصح إعراض سيده، لأنه حقه، ولا يصح إعراض مستحق السلب عنه على الأصح، لأنه متعين كالوارث، وكنصبيه بعد القسمة.

فرع: من أعرض من الغانمين، قدر كأنه لم يحضر، وضم نصيبه إلى المغنم، وقيل: يضم إلى الخمس خاصة، والصحيح الأول، ولو مات غانم ولم يعرض، انتقل حقه إلى ورثته، فإن شاؤوا طلبوا، أو أعرضوا.

المسألة الثانية: في وقت ملك الغانمين الغنيمة ثلاثة أوجه: أصحابها: لا يملكون إلا بالقسمة، لكن لهم أن يملكوا بين الحياة والقسمة، لأنهم لو ملكوا لم يصح إعراضهم، كمن احتطب، ولأن للإمام أن يخص كل طائفة بنوع من المال، ولو ملكوا، لم يصح إبطال حقهم عن نوع بغير رضاهم، والثاني: يملكون بالحياة والاستيلاء التام، لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من المال سبب للملك، ولأن ملك الكفار زال بالاستيلاء، ولو لم يملكوا، لزال الملك إلى غير مالك، لكنه ملك ضعيف يسقط بالإعراض، والثالث: موقوف، فإن سلمت الغنيمة حتى قسموها، بان أنهم ملكوا بالاستيلاء، وإلا فإن تلفت، أو أعرضوا، تبينا عدم الملك، فعلى هذا

قال الإمام: لا نقول بان بالقسمة أن حصة كل واحد بعينها، صارت ملكه بالاستيلاء، بل نقول: إذا اقتسموا، بان أنهم ملكوا الغنيمة ملكاً مشاعاً، ثم بالقسمة تميزت الحصص، وقيل: يتعين بالقسمة أن كل واحد ملك حصته على التعين، وهو ضعيف. واعلم أن في كلام الأصحاب تصريحاً بأن الغانمين وإن لم يملكوا الغنيمة، فمن قال منهم: اخترت ملك نصيبي، ملكه، وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة، فإذا الاعتبار باختيار التملك لا بالقسمة، وإنما تعتبر القسمة لتضمنها اختيار التملك.

فرع: ذكروا هنا وفي كتاب الزكاة أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم، فيخص بعضهم ببعض الأنواع وبيعض الأعيان، وحينئذ فقولنا: تملك بالقسمة، معناه في غالب الأمر، وهو إذا رضي الغانم بالقسمة، أو قبل ما عينه له الإمام، فأما إذا رد، فينبغي أن يصح رده، وذكر البغوي فيه خلافاً، فقال: إذا أفرز الإمام الخمس، وأفرز نصيب كل واحد منهم، أو أفرز لكل طائفة شيئاً معلوماً، فلا يملكونه قبل اختيار التملك على الأصح، حتى لو ترك بعضهم حقه، صرف إلى الباقي.

فرع: لو سرق بعض الغانمين من الغنيمة قبل إفراز الخمس، لم يقطع، حرّاً كان أو عبداً، لأن له حقاً في خمس الخمس وفي الأخماس الأربعة، وإن سرق بعد إفراز الخمس، نظر إن سرق منه، فلا قطع، وإن سرق من الأخماس قدر نصيبه أو أكثر ولم تبلغ الزيادة نصاباً، فلا قطع، وكذا إن بلغته على الأصح، لأن حقه متعلق بجميع الغنيمة لجواز إعراض الباقي، فيكون الجميع له، وعلى كل حال يسترد المسروق، وإن تلف، فبدله، ويجعل في المغنم، ولو غل من الغنيمة بعض الغانمين، عزر، وإن سرق غير الغانمين، نظر إن كان له في الغانمين ولد أو والد أو عبد، فهو كسرقة الغانم، وإلا فإن سرق قبل إفراز الخمس، فهو كسرقة مال بيت المال، لأن فيه مالاً لبيت المال، وإن سرق بعد إفراز الخمس، فإن سرق من الأخماس الأربعة، قطع، وإن سرق من الخمس قبل إخراج خمس، أو سرق من خمس المصالح بعد إفرازه، فهو سرقة مال بيت المال، وإن سرق من أربعة أخماسه، لم يقطع إن كان من أهل استحقاقها، وإلا فيقطع على الأصح، ووجه المنع أنه يجوز أن يصير منهم.

فرع: لو وطئ أحد الغانمين جارية من الغنيمة قبل القسمة، فلا حد عليه، وفي قول قديم، يحد، والمشهور الأول، لأن له شبهة، لكن يعزر إن كان عالماً، وإن كان جاهلاً لقرب عهده بالإسلام نهى عنه، ويعرف حكمه، وإذا لم يجب الحد، وجب المهر، ثم ينظر إن كان الغانمون محصورين يتيسر ضبطهم، ففي قدره وجهان: أحدهما: كل المهر، والصحيح المنصوص: أنه يغرم منه حصة الخمس وحصة غيره من الغانمين وتسقط حصته، وفي قول: إن وقعت الجارية في حصة الواطيء، فلا

شيء عليه، وخرج الإمام وجهاً أنها إن وقعت في حصة غيره، وجب له المهر، والمذهب ما سبق عن المنصوص، وإن كان الغانمون غير محصورين، ومعناه أن يعسر ضبطهم لكثرتهم، نظر إن أفرز الإمام الخمس، وعين لكل طائفة شيئاً، وكانت الجارية معينة لمخصوصين، فإن وطئ بعضهم بعد اختيارهم تملكها، فهذا وطء جارية مشتركة، فيغرم من المهر قسط شركائه، وإن وطئ قبل اختيارهم التملك، فقيل: هو كما بعد الاختيار، والمذهب أنه كما لو كانوا محصورين في الأصل، إلا أنه لا يخمس المهر هنا، بل يوزع عليهم، فيسقط قسط الواطئ، ويلزمه قسط الباقين، وإن لم يفرز الإمام، ولا عين شيئاً، غرم الواطئ كل المهر، وضم إلى المغنم، وقسم بين الجميع، فيعود إلى الواطئ حصته، ولا يكلف الإمام أن يضبطهم ويعرف حصته لما فيه من المشقة بخلاف ما لو كانوا محصورين وسهل الضبط، قال الإمام: وليكن هذا الذي ذكره الأصحاب مخصوصاً بما إذا طابت نفس الواطئ بغرم الجميع، فإن قال: أسقطوا حصتي، فلا بد من إجابته.

قلت: ظاهر كلام الأصحاب خلاف قول الإمام، ويحتمل أخذ هذا القدر منه وإن كان يستحقه للمصلحة العامة والمشقة الظاهرة، ولئلا يقدم بعض المستحقين في الإعطاء على بعض. والله أعلم.

أما إذا أحبلها، فحكم الحد والمهر ما ذكرنا، ويزيد أمور:

منها: الاستيلاء، فإن كان موسراً، ففي نفوذه في نصيبه طريقتان، المذهب أنه لا ينفذ، وبه قطع العراقيون وكثير من غيرهم، فعلى هذا إن ملك الجارية بسهمه، أو بسبب آخر في وقت، ففي نفوذ الاستيلاء قولان يطردان في نظائره، الأظهر: النفوذ، وبه قطع البغوي، وقال صاحب «الحاوي»: إن كانوا محصورين، ولم يغنموا غير تلك الجارية، نفذ الاستيلاء في حصته قطعاً بخلاف ما إذا كان في الغنيمة غيرها، فإنه يحتمل أن يجعل الإمام الجارية لغيره، وإذا ثبت استيلاء نصيبه، سرى ليساره إلى الباقي، وهل تحصل السراية بنفس العلوق، أم بأداء قيمة نصيب الشريك؟ قولان موضعهما كتاب العتق، قال الإمام والغزالي: ويحصل اليسار بخصته من المغنم لغيرها، فإن لم تف حصته من غير تلك الجارية بالقيمة، سرى بقدر الحصة، وكان يمكن أن يخرج ذلك على أن الملك في الغنيمة هل يحصل قبل القسمة؟ إن قلنا: لا، لم يكن موسراً يدل عليه أن الإمام ذكر أن الحكم بغناه موقوف على أن لا يعرض ويستقر ملكه، فإن أعرض، تبينا أنه لم يكن غنياً، ولا تقول: حق السراية يلزمه أن يتملك، لأن التملك كابتداء كسب، ومتى حكمنا بالاستيلاء في الحال، أو بعد وقوعه في حصته، لزمه القيمة، ثم هو في سقوط حصته، وأخذ الجميع بحسب

انحصار القوم، وعدم انحصارهم على ما ذكرنا في المهر، وإن لم نحكم بالاستيلاء، فإن تأخرت القسمة حتى وضعت، جعلت في المغنم ودخلت في القسمة، فإن دخلها نقص بالولادة، لزمه الأرش، وأما قبل الوضع، فهي حامل بحر، وبيع الحامل بحر لا يصح على الأصح كما سبق في البيع، وإذا جعلنا القسمة بيعاً، لم يمكن إدخالها في القسمة، فهل تقوم عليه، وتؤخذ منه قيمتها، وتجعل في المغنم، لأنه بالإحبال حال بين الغانمين وبينها بيعاً وقسمة، أم تسلم إليه حصته إن احتملتها، أم يجوز إدخالها في القسمة للضرورة؟ فيه خلاف، أما إذا كان معسراً، فإن كانوا محصورين، أو غير محصورين، وأفرز الإمام الجارية لطائفة، ففي ثبوت الاستيلاء في حصته الخلاف المذكور في حصة الموسر، فإن أثبتناه، فلا سراية، وإن كانوا غير محصورين ولم يفرزها، فلا استيلاء في الحال، فإن وقعت في حصته، ثبت الاستيلاء حينئذ، وإن حصل له بعضها، ثبت في ذلك البعض.

ومنها: الولد، وهو حر نسيب، وهل تلزمه قيمته؟ يبنى على أن الجارية هل تقوم عليه؟ إن قلنا: نعم، فلا، لأنها ملكه حين الولادة، وإن قلنا: لا، فنعم، لأنه منع رقه بوطئه، ثم حكم قيمة الولد حكم المهر، هذا إذا كان موسراً وثبت الاستيلاء في كلها، فإن كان معسراً وثبت في حصته ولم يسر، فهل ينقذ الولد حرّاً كله أم قدر حصته حر والباقي رقيق؟ قولان أو وجهان: أحدهما: كله حر، لأن الشبهة تعم الجارية، وحرية الولد تثبت بالشبهة وإن لم يثبت الاستيلاء، ولهذا لو وطئ جارية غيره وهو يظنها أُمته أو زوجته الحرة، انعقد الولد حرّاً وإن لم يثبت الاستيلاء، ووجه الثاني أنه تبع للاستيلاء وهو متبعض بخلاف الشبهة فإنها ناشئة من ظن لا يتبعض، فعلى هذا لو ملك باقي الجارية بعد ذلك بقي الرق فيه، لأنها علقت في غير ملكه برقيق، وإن قلنا: جميعه حر، ففي ثبوت الاستيلاء في باقيها إذا ملكه قولان، لأنه أولدها حرّاً في غير ملك، وهذا الخلاف في تبعيض حرية الولد يجري فيما إذا أولد أحد الشريكين المشتركة وهو معسر، فإن قلنا: جميعه حر، لزم المستولد قيمة حصة الشركاء من الولد، وهذا هو الأصح، وكذا قاله القاضي أبو الطيب والرويانى وغيرهما، وسواء في ترجيح حرية جميعه استيلاء أحد الغانمين واستيلاء أحد الشريكين، وسئل القاضي حسين عن أولد امرأة، نصفها حر، ونصفها رقيق بنكاح أو زنى، كيف حال الولد؟ فقال: يمكن تخريجه على الوجهين في ولد المشتركة من الشريك المعسر، ثم استقر جوابه على أنه كالأم حرية ورقاً، قال الإمام: وهذا هو الوجه، لأنه لا سبب لحرية إلا حرية الأم فيتقدر بها، ثم ما ذكرناه من ثبوت الاستيلاء في حصة المعسر، والخلاف في حال الولد موضعه ما إذا انحصر

المستحقون، فإن لم ينحصروا، فقال البغوي: إن قلنا عند الانحصار: كل الولد حر، أخذ منه قيمته، وجعلت في المغنم، وقسم على الجميع، وإن قلنا: الحر بعضه، كان كله هنا رقيقاً، ثم الإمام يجتهد حتى تقع الأم والولد في حصة الواطيء، فإن وقعا فيها، فهي أم ولد والولد حر، وإن وقع البعض، ثبت الاستيلاء بقدره، وعق من الولد بقدر ما يملك، هذا كلام البغوي، ولك أن تقول: قد سبق أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم، ولا يشترط رضى الغانمين ولا الإقراع، وحينئذ فلا حاجة إلى سعي واجتهاد، بل ينبغي أن يقال: يوقعهما في حصته، أو يوقع بعضهما. وقوله: وعق من الولد بقدر ما ملك ينبغي أن يجيء فيه الخلاف في أن الولد يعتق كله أو بالحصّة، فلعله فرعه على وجه التبعض أو أراد أن قدر الحصّة يعتق قطعاً وفي الباقي الخلاف.

وجميع ما ذكرنا إذا كان الاستيلاء قبل القسمة واختيار التملك، وسواء كان قبل إفراز الخمس أم بعده، وقبل القسمة بين الغانمين إذا كانت الجارية من الأحماس الأربعة، فلو كان بعد القسمة وبعد اختيار التملك، فهو كوطء جاريته أو جارية غيره أو مشتركة، ولا يخفى حكمه، ولو كان بعد القسمة وقبل اختيار التملك، فهو كما قبل القسمة، وفيه وجه أنهم إن كانوا محصورين، أو أفرزت الجارية لطائفة محصورين، فهو كما بعد القسمة واختيار التملك، وقد سبق نظيره، ولو وطئ أحدهم بعد إفراز الخمس جارية من الخمس، فكوّطء الأجنبي، ولو وطئ أجنبي جارية من الخمس، أو قبل إفراز الخمس، ففي وجوب الحد وجهان: أحدهما: يجب، كوطء جارية بيت المال بخلاف ما لو سرق مال بيت المال، لأنه يستحق فيه النفقة دون الإعفاف، والثاني: لا، لأنه لمصالح المسلمين، وإن وطئ الأجنبي جارية من الأحماس الأربعة، حد إلا أن يكون له في الغانمين ولد.

المسألة الثالثة: إذا أسر من يعتق على بعض الغانمين، ورق بنفس الأسر أو بإرقاقه، فالنص أنه لا يعتق قبل القسمة، واختيار التملك، ونص فيما لو استولد بعض الغانمين جارية من المغنم أنه يثبت الاستيلاء كما سبق، فقليل: فيهما قولان بناء على أن الغنيمة تملك بالحيازة أم لا؟ إن قلنا: نعم، نفذ، أو غرم القيمة وجعلت في المغنم، وإلا فلا، وقيل: بتقرير النصين، لقوة الاستيلاء، ولهذا ينفذ استيلاء المجنون واستيلاء جارية ابنه دون الإعتاق، وسواء ثبت الخلاف أم لا، فالمذهب منع العتق في الحال، فإن وقع في نصيبه، واختار تملكه، أو وقع بعضه واختاره، عتق عليه ونظر إلى يساره وإعساره في تقويم الباقي، وقال صاحب «الحاوي»: إن انحصروا، أو لم يكن في الغنيمة غير قريبه، ملك حصته، وإن لم يختر التملك،

وعلى هذا لا يقوم عليه الباقي، لأنه دخل في ملكه بغير اختياره، ولو أعتق بعض الغانمين عبداً منها، ففي ثبوت العتق في الحال ما ذكرنا من عتق القريب، كذا نقله البغوي وغيره، وقال صاحب «الحاوي»: لا يعتق بحال بخلاف عتق القريب، فإنه يثبت بلا اختيار وهو أقوى مما يثبت باختيار، ولهذا يعتق على المحجور عليه قريبه إذا ملكه، ولو أعتق، لم ينفذ.

فرع: لو كان الغانمون طائفة يسيرة، ووقع في الغنيمة من يعتق عليهم جميعاً، لم يتوقف العتق إلا على اختيارهم التملك، ويجيء وجه أنه لا حاجة إلى الاختيار، وإذا اختاروا جميعاً، لم يفرض فيه تقديم بعض على بعض.

فرع: دخل مسلم دار الحرب منفرداً، وأسر أباه، أو ابنه البالغ، لم يعتق منه شيء في الحال، لأنه لا يصير رقيقاً بنفس الأسر، فإن اختار الإمام قتله أو المن أو الفداء، فذاك، وإن اختار تملكه، نظر إن لم يختار الأسر التملك، لم يعتق على الصحيح، وإن اختار، صار له أربعة أخماسه، فيعتق عليه، ويقوم الخمس لأهل الخمس إن كان موسراً، ولو أسر أمه، أو بنته البالغة، رقت بنفس الأسر، فإذا اختار الأسر التملك، كان الحكم ما ذكرنا، وألحق ابن الحداد الابن الصغير بالأم، وهو هفوة عند الأصحاب، لأن المسلم يتبعه ولده الصغير في الإسلام، فلا يتصور منه سببه، ولو أسر أباه في القتال، زاد النظر في أن الأسير إذا رق هل يكون من السلب؟ وفيه خلاف سبق في الغنائم.

الحكم الثالث: في حكم الأرض:

أرض الكفار وعقارهم تملك بالاستيلاء، كما تملك المنقولات، وأما مكة ففتحت صلحاً، هذا مذهب الشافعي والأصحاب رحمهم الله، وقال صاحب «الحاوي»: عندي أن أسفلها دخل خالد بن الوليد رضي الله عنه، وأعلىها فتح صلحاً، والصحيح الأول، فدورها وعراضها المحيطة مملوكة، كسائر البلاد، فيصح بيعها ولم يزل الناس يتبايعونها، وأما سواد العراق، فقال أبو إسحاق: فتح صلحاً، والصحيح المنصوص أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فتحه عنوة، وقسمه بين الغانمين، ثم استطاب قلوبهم واسترده، واختلف الأصحاب فيما فعله بأرضه على وجهين: الصحيح الذي قاله الأكثرون، ونص عليه في كتاب الرهن، وفي سير الواقدي: أنه وقفها على المسلمين وآجره لأهله، والخراج المضروب عليه أجرة منجمة تؤدي كل سنة، والثاني وبه قال ابن سريج: أنه باعه لهم والخراج ثمن منجم، فعلى هذا يجوز رهنه وهبته وبيعه، وعلى الصحيح: لا يجوز ذلك، ويجوز لأهله إجارته بالاتفاق مدة معلومة،

ولا تجوز إجارتة مؤبداً على الأصح بخلاف إجارة عمر رضي الله عنه، فإنها احتملت لمصلحة كلية، ولا يجوز لغير سكانه أن يزعج ساكناً ويقول: أنا استغلته وأعطيتي الخراج، لأنه ملك بالإرث المنفعة أو الرقبة، هذا حكم الأرض التي تزرع وتغرس، فأما ما في حد السواد من المساكن والدور، فالمذهب جواز بيعها، لأن أحداً لم يمنع شراءها، وهل يجوز لمن في يده الأرض تناول ثمر أشجارها؟ إن قلنا: الأرض مبيعة، فكذا الشجر والثمر، وإن قلنا: مستأجرة، فوجهان: أحدهما: يجوز له تناولها للحاجة، ويحتمل ذلك كما يحتمل التأييد، وأصحهما: المنع، بل الإمام يصرفها وأثمانها إلى مصالح المسلمين.

وأما حد السواد، فأطلق جماعة أنه من عبادان إلى حديثة الموصل طولاً، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضاً، وهو بالفراسخ مئة وستون فرسخاً طولاً، وثمانون عرضاً، وفي هذا الإطلاق تساهل لما قد علم أن أرض البصرة كانت سبخة أحيائها عثمان بن أبي العاصي وعتبة بن غزوان رضي الله عنه بعد فتح العراق، وهي داخله في هذا الحد ولا بد من استثنائها، وقد أطلق البغوي أن البصرة لا تدخل في حكم السواد وإن كانت داخله في حده، وقال صاحب «الحاوي»: حضرت الشيخ أبا حامد وهو يدرس في تحديد السواد فأدخل فيه البصرة ثم أقبل علي وقال: هكذا تقول؟ قلت: لا إنما كانت مواتاً أحيائها المسلمون، فأقبل على أصحابه وقال: علقوا ما يقول، فإن أهل البصرة أعرف بها، ولكن في إطلاق استثناء البصرة تساهل أيضاً، والصحيح ما أورده صاحب «المهذب» وغيره أن البصرة ليس لها حكم السواد إلا في موضع من شرقي دجلتها يسمى: الفرات، وموضع من غربي دجلتها يسمى: نهر الصراة.

فرع: ما يؤخذ من خراج هذه الأرض يصرفه الإمام في مصالح المسلمين الأهم فالأهم، ويجوز صرفه إلى الفقراء والأغنياء من أهل الفيء وغيرهم، وقدر الخراج في كل سنة على كل جريب شعير درهمان، وجريب الحنطة أربعة دراهم، وجريب الشجر وقصب السكر ستة، والنخل ثمانية، والكرم عشرة، وقيل: النخل عشرة، والزيتون اثنا عشر درهماً.

فرع: لو رأى الإمام اليوم أن يقف أرض الغنيمة كما فعل عمر رضي الله عنه، جاز إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنها بعوض أو بغير عوض، فإن امتنع بعضهم، فهو أحق بماله، وكذا المنقولات والصبيان والنساء لا يجوز رد شيء منها إلى الكفار إلا بطيب أنفس الغانمين، لأنهم ملكوها، قال الإمام: وليس للإمام أن يأخذ الأرض قهراً وإن كان يعلم أنهم يتوانون بسببها في الجهاد، ولكن يقهرهم على الخروج إلى الجهاد بحسب الحاجة.

الباب الثالث: في ترك القتال والقتل بالأمان

قد تقتضي المصلحة الأمان لاستمالتة إلى الإسلام، أو إراحة الجيش، أو ترتيب أمرهم، أو للحاجة إلى دخول الكفار، أو لمكيدة وغيرها، وينقسم إلى عام وهو ما تعلق بأهل اقليم أو بلد، وهو عقد الهدنة، ويختص بالإمام وولاته، وسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى، وإلى خاص وهو ما تعلق بأحد، ويصح من الولاة والآحاد، والباب معقود لهذا وفيه مسائل:

إحداها: إنما يجوز لآحاد المسلمين أمان كافر، أو كفار محصورين، كعشرة ومائة، ولا يجوز أمان ناحية وبلدة، وفي «البيان» أنه يجوز أن يؤمن واحد أهل قلعة، ولا شك أن القرية الصغيرة في معناها، وعن الماسرجسي أنه لا يجوز أمان واحد لأهل قرية وإن قل عدد من فيها، والأول أصح، وضابطه أن لا ينسد به باب الجهاد في تلك الناحية، فإذا تأتى الجهاد بغير تعرض لمن أمن، نفذ الأمان، لأن الجهاد شعار الدين والدعوة القهرية، وهو من أعظم مكاسب المسلمين، ولا يجوز أن يظهر بأمان الآحاد انسداد أو نقصان يحس، قال الإمام: ولو أمن مئة ألف من الكفار، فكل واحد لم يؤمن إلا واحداً، لكن إذا ظهر انسداد أو نقصان، فأمان الجميع مردود، ولك أن تقول: إن أمنوهم معاً فرد الجميع ظاهر، وإن أمنوهم متعاقبين، فينبغي أن يصح أمان الأول فالأول إلى ظهور الخلل، على أن الروياني ذكر أنه لو أمن كل واحد واحداً، جاز، وإن كثروا حتى زادوا على عدد أهل البلدة. قلت: المختار أنه يصح أمان المتعاقبين إلى أن يظهر الخلل، وهو مراد الإمام. والله أعلم.

وسواء كان الكافر المؤمن في دار الحرب، أو في حال القتال أو الهزيمة، أو عند مضيق، بل يصح الأمان ما دام الكافر ممتنعاً، فأما بعد الأسر، فلا يجوز للآحاد أمانه ولا المن عليه، ولو قال واحد من المسلمين: كنت أمنتته قبل هذا، لم يقبل بخلاف ما لو أقر بأمان من يجوز أمانه في الحال، فإنه يصح، ولو قال جماعة: كنا أمناه، لم يقبل أيضاً لأنهم يشهدون على فعلهم، ولو قال واحد: كنت أمنتته، وشهد به اثنان، قبلت شهادتهما.

فرع: في جواز عقد المرأة استقلالاً وجهان.

الثانية: يصح الأمان من كل مسلم مكلف مختار، فيصح أمان العبد المسلم وإن كان سيده كافراً، والمرأة والخنثى، والفقير والمفلس، والمحجور عليه بسفه، والمريض والشيخ الهرم، والفاسق وفي الفاسق وجه ضعيف، ولا يصح أمان كافر وصبي ومجنون ومكره، وفي الصبي المميز وجه كتديريه.

الثالثة: ينعقد الأمان بكل لفظ يفيد الغرض، صريح أو كناية، فالصريح: أجرتك، أو أنت مجار، أو أمنتك، أو أنت آمن، أو في أمانني، أو لا بأس عليك، أو لا خوف عليك، أو لا تخف، أو لا تفزع، أو قال بالعجمية: مترس، وقال صاحب «الحاوي»: لا تخف، لا تفزع. كناية. والكناية، كقوله: أنت على ما تحب، أو كن كيف شئت، وتنعقد بالكتابة والرسالة، سواء كان الرسول مسلماً أو كافراً، وبالإشارة المفهمة من قادر على العبارة. وبناء الباب على التوسعة. فأما الكافر المؤمن فلا بد من علمه وبلوغ خبر الأمان إليه، فإن لم يبلغه، فلا أمان، فلو بدر مسلم فقتله، جاز وإذا خاطبه بالأمان، أو بلغه الخبر، فردّه، بطل، وإن قبل، أو كان قد استجار من قبل، تم الأمان، ولا يشترط قبوله لفظاً، بل تكفي الإشارة والأمانة المشعرة بالقبول، فإن كان في القتال، فينبغي أن يترك القتال، فلو سكت، فلم يقبل ولم يرد، قال الإمام: فيه تردد، والظاهر: اشتراط قبوله، وبه قطع الغزالي، واكتفى البغوي بالسكوت، ولو قال الكافر: قبلت أمانك، ولست أؤمنك فخذ حذرک، قال الإمام: هو رد للأمان، لأن الأمان لا يثبت في أحد الطرفين دون الآخر، ويصح تعليق الأمان بالأعذار، ولو أشار مسلم إلى كافر في القتال، فأنحاز إلى صف المسلمين، وتفاهما الأمان، فهو أمان، وإن قال الكافر: ظننت أنه يؤمني، وقال المسلم: لم أردّه، فالقول قول المسلم ولا أمان، ولكن لا يغتال، بل يلحق بمأمنه، وكذا لو دخل بأمان صبي أو مجنون أو مكره، وقال: ظننت صحته، أو ظننته بالغاً، أو عاقلاً، أو مختاراً، ولو قال: علمت أنه لم يرد الأمان، فقد دخل بلا أمان، وكذا لو قال: علمت أنه كان صبيّاً وأنه لا أمان للصبي، ولو مات المسلم المشير قبل البيان، فلا أمان ولا اغتيال.

فرع: ما ذكرناه من اعتبار صيغة الأمان هو فيما إذا دخل الكافر بلادنا بلا سبب، فلو دخل رسولاً، فقد سبق أن الرسول لا يتعرض له، ولو دخل ليسمع الذكر، وينقاد للحق إذا ظهر له، فكذلك، وقصد التجارة لا يفيد الأمان، ولكن لو رأى الإمام مصلحة في دخول التجار، فقال: من دخل تاجراً، فهو آمن، جاز، ومثل هذا الأمان لا يصح من الآحاد، ولو قال: ظننت أن قصد التجارة يفيد الأمان، فلا أثر لظنه ويغتال إذ لا مستند له، ولو سمع مسلماً يقول: من دخل تاجراً، فهو آمن، فدخل وقال: ظننت صحته، فالأصح أنه لا يغتال.

الرابعة: شرط الأمان أن لا يزيد على أربعة أشهر، وفي قول: يجوز ما لم يبلغ سنة، فلو زاد على الجائر، بطل الزائد، ولا يبطل في الباقي على الأصح تخريجاً من تفريق الصنفقة، قال الروياني: وإذا أطلق حمل على أربعة أشهر، ويبلغ بعدها

المؤمن، ويشترط أن لا يتضرر به المسلمون، فلو أمن جاسوساً، أو طليعة لم ينعقد الأمان، قال الإمام: وينبغي أن لا يستحق تبليغ المؤمن، لأن دخول مثله خيانة، فحقه أن يغتال، ولو أمن أحاداً على مدارج الغزاة، وعسر بسببه مسير العسكر واحتاجوا إلى نقل الزاد، فهو مردود للضرر، ولا يشترط لانعقاد الأمان ظهور المصلحة، بل يكفي عدم المضرة.

الخامسة: إذا انعقد الأمان، صار المؤمن معصوماً عن القتل والسبي، فلو قتل، قال الإمام: الوجه عندنا أنه يضمن بما يضمن به الذمي، وهو لازم من جهة المسلمين، فليس للإمام نبذه، فإن استشعر منه خيانة، نبذه، لأن المهادنة تنبذ بذلك، فأمان الآحاد أولى وهو جائز من جهة الكافر ينبذه متى شاء، ولا يتعدى الأمان إلى ما خلفه بدار الحرب من أهل ومال، وأما ما معه منهما، فإن تعرض له، اتبع الشرط، وإلا فلا أمان فيه على الأصح، لقصور اللفظ.

السادسة: الأسير في أيدي الكفار إذا أمن بعضهم مكرهاً، لم يصح، وإن أمنه مختاراً، لم يصح أيضاً على الأصح، لأنه مقهور في أيديهم، وقال الإمام: إن أمن من هو في أسره، لم يصح، لأنه كالمكره معه، وإن أمن غيره، ففيه الوجهان، فإن أبطلنا، فهل يصح ويلزم في حق الآمن؟ وجهان: أصحهما: المنع.

فرع: المسلم إن كان ضعيفاً في دار الكفر لا يقدر على إظهار الدين، حرم عليه الإقامة هناك، وتجب عليه الهجرة إلى دار الإسلام، فإن لم يقدر على الهجرة، فهو معذور إلى أن يقدر، فإن فتح البلد قبل أن يهاجر، سقط عنه الهجرة، وإن كان يقدر على إظهار الدين، لكونه مطاعاً في قومه، أو لأن له هناك عشيرة يحمونه، ولم يخف فتنة في دينه، لم تجب الهجرة، لكن تستحب، لثلاث سوادهم، أو يميل إليهم، أو يكيدوا له، وقيل: تجب الهجرة، حكاية الإمام، والصحيح الأول.

قلت: قال صاحب «الحاوي»: فإن كان يرجو ظهور الإسلام هناك بمقامه، فالأفضل أن يقيم، قال: وإن قدر على الامتناع في دار الحرب والاعتزال، وجب عليه المقام بها، لأن موضعه دار إسلام، فلو هاجر، لصار دار حرب، فيحرم ذلك، ثم إن قدر على قتال الكفار ودعائهم إلى الإسلام، لزمه، وإلا فلا. والله أعلم.

فرع: الأسير المقهور متى قدر على الهرب، لزمه، ولو أطلقوا أسيراً بلا شرط، فله أن يغتالهم قتلاً وسبياً وأخذاً للمال، وإن أطلقوه على أنه في أمان منهم وهم في أمان منه، حرم عليه اغتيالهم، وإن أطلقوه على أنه في أمان منهم، ولم يستأمنوه، فالصحيح المنصوص أن الحكم كذلك، وعن ابن أبي هريرة: أن له اغتيالهم، ولو تبعه قوم بعد خروجه، فله قصدهم وقتلهم في الدفع بكل حال، ولو

أطلقوه وشرطوا عليه أن لا يخرج من دارهم، لزمه الخروج وحرّم الوفاء بالشرط، فإن حلفوه أن لا يخرج، فإن حلف مكرهاً، خرج ولا كفارة، لأنه لم تنعقد يمينه، ولا طلاق عليه إن حلفوه بالطلاق، وإن حلف ابتداء بلا تحليف ليتوثقوا به ولا يتهمّوه بالخروج، نظر إن حلف بعدما أطلقوه، لزمه الكفارة بالخروج، وإن حلف وهو محبوس أن لا يخرج إذا أطلق، فالأصح أنه ليس يمين إكراه، قال البغوي: ولو قالوا: لا نطلقك حتى تحلف أن لا تخرج، فحلف، فأطلقوه، لم يلزمه كفارة بالخروج، ولو حلفوه بالطلاق، لم يقع، كما لو أخذ اللصوص رجلاً وقالوا: لا نتركك حتى تحلف أنك لا تخبر بمكاننا، فحلف، ثم أخبر بمكانهم، لا يلزمه الكفارة، لأنه يمين إكراه، وليكن هذا تفريراً على أن التخويف بالحبس إكراه.

قلت: ليس هو كالتخويف بالحبس، فإنه يلزمه هنا الهجرة والتوصل إليها بما أمكنه. والله أعلم.

وعلى الأحوال لا يغتالهم، لأنهم آمنوه، ولو كان عندهم عين مال لمسلم، فأخذها عند خروجه ليردها على مالكها، جاز، فإن شرطوا الأمان في ذلك المال، فهل يصير مضموناً عليه؟ فيه طريقتان، أحدهما: أنه على القولين فيما إذا أخذ المغصوب من الغاصب ليرده على مالكه، وعن القفال: القطع بالمنع، لأنه لم يكن مضموناً على الحربي بخلاف المغصوب. ولو شرطوا عليه أن يعود إليهم بعد الخروج إلى دار الإسلام، حرم عليه العود، ولو شرطوا أن يعود، أو يبعث إليهم مالاً فداء، فالعود حرام وأما المال، فإن شارطهم عليه مكرهاً، فهو لغو، وإن صالحهم مختاراً، لم يجب بعثه، لأنه التزام بغير حق، لكن يستحب، وفي قول: يجب، لئلا يمتنعوا من إطلاق الأسارى، وفي قول قديم: يجب بعث المال، أو العود إليهم، والمشهور الأول، وبه قطع الجمهور، قال صاحب «البيان»: والذي يقتضي المذهب أن المبعوث إليهم استحباباً أو وجوباً لا يملكونه، لأنه مأخوذ بغير حق، ولو اشترى منهم الأسير شيئاً ليعث إليهم ثمنه، أو اقترض، فإن كان مختاراً، لزمه الوفاء، وإن كان مكرهاً، فثلاث طرق، المذهب والمنصوص: أن العقد باطل، ويجب رد العين، كما لو أكره مسلم مسلماً على الشراء، والثاني: الصحة ويلزم الثمن، لأن المعاملة مع الكفار يتساهل فيها، والثالث: قولان، الجديد: البطلان، والقديم: أنه مخير بين رد العين ورد الثمن، ولو لم يجز لفظ بيع، بل قالوا: خذ هذا، وابتع كذا من المال، فقال: نعم، هو كالشراء مكرهاً، ولو أعطوه شيئاً ليبيعه في دار الإسلام، ويبعث إليهم ثمنه، فهو وكيل يجب عليه ما على الوكيل.

السابعة: إذا بارز مسلم كافراً بإذن الإمام، أو بغير إذنه وقلنا بالأصح: إنه

يجوز، وشرط المتبارزان أن لا يعين المسلمون المسلم، ولا الكفار الكافر إلى انقضاء القتال وجب الوفاء بالشرط، ولم يجز لمن في الصف الإعانة، ثم إن هرب أحدهما، أو قتل المسلم، جاز للمسلمين قصد الكافر، لأن الأمان كان إلى انقضاء القتال وقد انقضى، فإن شرط الأمان إلى العود إلى الصف، وفي به، فإن ولي المسلم عنه، فتبعه ليقته، أو ترك قتال المسلم وقصد الصف، فلهم قتله لنقضه الأمان، ولو أثنى، جاز قتله أيضاً لانقطاع القتال، وإذا قصد قتل المشخن، منع، وقيل: فإن شرط له التمكين منه، فهو شرط باطل، لما فيه من الضرر، وهل يفسد به أصل الأمان؟ وجهان: ولو خرج المشركون لإعانة المشرك، خرج المسلمون لإعانة المسلم، فإن كان الكافر استنجدهم، جاز قتله معهم، وكذا لو خرجوا بغير استنجاه فلم يمنعهم، وإن خرجوا بغير إذنه، ومنعهم، فلم يمتنعوا، جاز قتلهم ولم يجز التعرض له، هذا كله إذا شرط الأمان، فإن لم يشرط، ولكن اطردت عادة المتبارزين بالأمان، فهو كالمشروط على الأصح، فإن لم يشرط، ولم تجر عادة، فللمسلمين قتله.

فرع: لو أثنى المسلم الكافر، فهل يجوز قتله أم يترك؟ وجهان: نقلهما ابن كج، وينبغي أن يقال: إن شرط الأمان إلى انقضاء القتال، جاز قتله، وإن شرط أن لا يتعرض للمثنى، وجب الوفاء بالشرط.

الثامنة: مسألة العليج، وهو الكافر الغليظ الشديد، سمي به لأنه يدفع بقوته عن نفسه، ومنه سمي العلاج لدفعه الداء وصورتها أن يقول كافر للإمام: أدلك على قلعة كذا على أن تعطيني منها جارية كذا، فيعاقده الإمام، فيجوز وهي جعالة بجعل مجهول غير مملوك احتملت للحاجة، ولو قال الإمام ابتداء: إن دللتني على هذه القلعة، فلك منها جارية كذا، فكذلك الحكم، وسواء كانت المعينة حرة أم أمة لأن الحرية ترق بالأسر، ولو شرط العليج أو الإمام جارية مبهمة، جاز على الصحيح، ويشترط كون الجعل مما يدل عليه العليج، فلو قال: أعطيك جارية مما عندي، أو ثلث مالي، لم يصح كونه مجهولاً كسائر الجعالات، ولو قال مسلم: أدلك على أن تعطيني منها جارية كذا، أو ثلث ما فيها، فوجهان: أحدهما: عند الإمام: لا يجوز، لأن فيه أنواع غرر، فلا تحتل مع المسلم الملتزم للأحكام بخلاف الكافر، فإن الحاجة تدعو إليه، لأنه أعرف بقلاعهم وطرقهم غالباً، والثاني: يجوز، وبه قال العراقيون للحاجة، فقد يكون المسلم أعرف وهو أنصح، ولأن العقد متعلق بالكفار، قال الإمام: والوجهان مفرعان على تجويز استئجار المسلم للجهاد، وإلا فلا تصح هذه المعاملة مع مسلم، ولا يستحق أجرة المثل، ثم إذا فتحنا القلعة بدلالة العليج، وظفرنا بالجارية، سلمناها إليه، ولا حق فيها لغيره، وإن دلنا، وفتحناها بغير دلالته،

لم يستحقها على الأصح، وإن لم نفتحها، فإن علق الشرط بالفتح، فلا شيء له، وإلا فأوجه: أصحها: لا يستحق شيئاً، والثاني: يستحق أجره المثل، والثالث: يرضخ له، والرابع: إن كان القتال ممكناً والفتح متوقعاً قريباً، استحق، وإن لم يتوقع إلا باحتمال نادر، فلا، أما إذا قاتلنا، فلم نظفر، فلا شيء له على المذهب، ولو تركناها، ثم عدنا، ففتحناها بدلالته، فله الجارية على الصحيح، وإن فتحناها بطريق آخر، فلا شيء له على الصحيح، ولو فتحها طائفة أخرى بالطريق الذي دلنا عليه، فلا شيء له عليهم، لأنه لم يجز معهم شرط.

فرع: إذا لم يكن في القلعة تلك الجارية، فلا شيء له، وكذا لو كانت وماتت قبل الشرط، وإن ماتت بعد الشرط، فالمذهب أنها إن ماتت بعد الظفر، وجب بدلها، لأنها حصلت في يد الإمام، فتلفت من ضمانه، وإن ماتت قبل الظفر، فلا شيء له، وقيل: قولان في الحاليين، فإن قلنا: يجب البذل، فما البذل؟ بناء الإمام على مقدمة في جعل الجعالة، فقال: إذا جعل الجعل عيناً، كثوب وعبد، وتمم العامل العمل والعين تالفة، فإن تلفت قبل إنشاء العمل، نظر إن علم العامل تلفها، فلا شيء له، لأن المعاقدة كانت مقصورة على تلك العين، فإذا عمل عالماً بتلفها، كان كالمتبرع، وإن جهل، فله أجره المثل لعدم التبرع، وإن تلفت بعد العمل، نظر إن لم يطالبه العامل بتسليمها، فهل يرجع بقيمة العين أو أجره المثل؟ قولان بناء على أن الجعل المعين مضمون ضمان العقد، أم ضمان اليد؟ وفيه قولان، كالصداق، قال الإمام: ولا يبعد عندي القطع بأن الجعل يضمن ضمان العقد، لأنه ركن في الجعالة وليس الصداق ركناً في النكاح، وإن تلف بعد المطالبة وامتناع الجاعل من التسليم، فإن قلنا بضمان اليد، فالحكم كما سبق، وإن قلنا: ضمان العقد، فقال القاضي حسين: التلف بعد الامتناع كإتلاف الجاعل، فيكون في قول: كتلفه بأفة فيفسخ العقد ويرجع العامل بأجره المثل، وفي قول: كإتلاف الأجنبي، فيتخير العامل بين الفسخ والإجارة إذا عرفت المقدمة، فبذل الجارية حيث حكمنا به هو أجره المثل إن قلنا بضمان العقد، وقيمتها إن قلنا بضمان اليد، هكذا قاله الإمام، ولكن الأظهر من قولي الصداق وجوب مهر المثل، والموجود لجمهور الأصحاب هنا قيمة الجارية، ثم محل الخلاف إذا كانت جارية معينة، فإن كانت مبهمه ومات كل من فيها من الجواري، وأوجبنا البذل، فيجوز أن يقال: يرجع بأجره المثل قطعاً، لتعذر تقويم المجهول، ويجوز أن يقال: تسلم إليه قيمة من تسلم إليه قبل الموت، ثم البذل الواجب هل يجب في مال المصالح أم في أصل الغنيمة؟ فيه الخلاف المذكور في الرضخ.

فرع: إذا شرط جارية مبهمه ولم يوجد إلا جارية، سلمت إليه، وإن وجد جوار، فللإمام التعيين، ويجبر العليج على القبول، لأن المشروط جارية وهذه جارية، كما أن للمسلم إليه أن يعين ما شاء بالصفة المشروطة، ويجبر المستحق على القبول، ولو شرط جارية معينة، فلم يجد فيها شيئاً سوى تلك الجارية، فهل تسلم إليه؟ وجهان: أحدهما: نعم، وفاء بالشرط، والثاني: لا، لأن سعيها حينئذ يكون للعليج خاصة، والخلاف فيما إذا لم يمكن أن يملك القلعة، ويديم اليد عليها، لكونها محفوفة ببلاد الكفر، فإن أمكن، وجب الوفاء قطعاً.

فرع: لو وجدنا الجارية مسلمة، نظر إن أسلمت قبل الظفر وهي حرة، لم يجز استرقاقها، وعن ابن سريج أن فيه قولاً: أنها تسلم إلى العليج، لأنه استحقها قبل الإسلام، والمذهب الأول، وإن أسلمت بعد الظفر، فإن كان الدليل مسلماً، وصححنا هذه المعاقدة معه، أو كافراً وأسلم، سلمت إليه، وإلا فيبني على شراء الكافر عبداً مسلماً، إن جوزناه، سلمناها إليه، ثم يؤمر بإزالة الملك، وإن لم نجوزه، لم تسلم إليه، وإذا لم تسلم إليه بعد الإسلام، ففي وجوب بدلها طريقان، أحدهما: طرد الخلاف في الموت، لاشتراكهما في تعذر التسليم، والثاني: القطع بالوجوب، والمذهب وجوب البديل، وإن ثبت الخلاف وهو فيما إذا أسلمت بعد الظفر أظهر منه فيما إذا أسلمت قبله، لأنها إذا أسلمت بعده تكون مملوكة.

فرع: جميع ما ذكرناه فيما إذا فتحت عنوة، فإن فتحت صلحاً، نظر إن كانت الجارية المشروطة خارجة عن الأمان، بأن كان الصلح على أمان صاحب القلعة وأهله ولم تكن الجارية من أهله، سلمت إلى العليج، وإن كانت داخلة في الأمان، أعلمنا صاحب القلعة بشرطنا مع العليج وقلنا له: إن رضيت بتسليمها إليه، غرمنا لك قيمتها وأمضينا الصلح، وتكون القيمة من بيت المال، قاله البغوي، وفي «الشامل»: أنها على الخلاف في الرضخ، وإن لم يرض، راجعنا العليج، فإن رضي بقيمتها أو بجارية أخرى، فذاك، وإلا قلنا لصاحب القلعة: إن لم تسلمها، فسخنا الصلح، ونبذنا عهدك، فإن امتنع، رددناه إلى القلعة، واستأنفنا القتال، هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور، وعن أبي إسحاق أن الصلح في الجارية فاسد، لأنها مستحقة.

فرع: لو كان الإمام نازلاً بجانب قلعة وهو لا يعرفها فقال: من دلني على قلعة كذا، فله منها جارية، فقال له عليج: هي هذه التي أنت عندها، قال ابن كج: المذهب أنه يستحق تلك الجارية إذا فتحت، كما لو قال: من جاءني بعبدي الأبق، فله كذا، فجاء به إنسان من البلد.

المسألة التاسعة: إذا دخل كافر دار الإسلام بأمان أو ذمة، كان ما معه من

المال والأولاد في أمان، فإن شرط الأمان في المال والأهل، فهو تأكيد ولا أمان لما خلفه بدار الحرب، فيجوز اغتنام ماله وسبي أولاده هناك، وعن صاحب «الحاوي» أنه إن قال: لك الأمان، ثبت الأمان في ذريته وماله، وإن قال: لك الأمان في نفسك، لم يثبت في الذرية والمال، وأطلق الجمهور قالوا: وقد يفترق المالك والمملوك في الأمان، ولهذا لو دخل مسلم دار الحرب بأمان، فبعث معه حربي مالا لشراء متاع، كان ماله في أمان حتى يرده، وإن لم يكن المالك في أمان، وكذا لو بعثه مع ذمي دخل دار الحرب بأمان، وفي قول: لا يكون مع الذمي في أمان، لأن أمان الذمي باطل، والمشهور الأول، لأن الحربي اعتقد صحته، فوجب رده إليه، ولو دخل حربي دارنا بأمان أو ذمة أو لرسالة فنقض العهد ولحق بدار الحرب، ومن أسباب النقض أن يعود ليتوطن هناك، فلا يسبى أولاده عندنا، وإن مات فأبلغوا، فإذا بلغوا وقبلوا الجزية، تركوا، وإلا بلغوا المأمن، وما خلفه عندنا من وديعة ودين من قرض أو غيره، فهو في أمان لا يتعرض له ما دام حياً، هذا هو الصحيح، وفيه وجه أنه ينتقض الأمان في ماله لانتقاضه في نفسه، لأنه يثبت في المال تبعاً، ووجه ثالث: أنه إذا لم يتعرض للأمان في ماله، حصل الأمان فيه تبعاً، فينتقض فيه تبعاً، وإن ذكره في الأمان لم ينتقض، قال الإمام: فإذا قلنا بالصحيح، فللكافر أن يدخل دار الإسلام من غير تجديد أمان لتحصيل ذلك المال، والدخول له يؤمنه، كالدخول لرسالة وسماع كلام الله تعالى، ولكن ينبغي أن يعجل في تحصيل غرضه، ولا يعرج على غيره، وكذا لا يكرر العود لأخذ قطعة من المال في كل مرة، فإن خالف، تعرض للقتل والأسر، وهذا الذي ذكره الإمام محكي عن ابن الحداد، وقال غيره: ليس له الدخول، وثبوت الأمان في المال لا يوجب ثبوته في النفس، وإن قلنا: لا يبقى الأمان في ماله كان فيئاً، قال الإمام: والخلاف في ماله المخلف بعد التحاقه بدار الحرب فأما إذا فارق المال ولم يلتحق بعد بدار الحرب، فالوجه الجزم ببقاء الأمان، ويحتمل طرد الخلاف، وإذا نبذ المستأمن العهد، وجب تبليغه المأمن، ولا يتعرض لما معه بلا خلاف، هذا حكم ما تركه في حياته، فلو مات هناك أو قتل وقلنا بالصحيح، وهو بقاء الأمان فيه في حياته، فقولنا: أحدهما: يكون فيئاً، وأظهرهما: أنه لو ارثه، فإن لم يكن وارث، فهو فيئ قطعاً، ولو مات عندنا، فقل بطرد القولين، والمذهب: القطع برده إلى وارثه، لأنه مات والأمان باق في نفسه، فكذا في ماله، وهناك انتقض في نفسه، فكذا في ماله، فإن كان وارثه حربياً، فعلى الخلاف في أن الذمي والحربي هل يتوارثان؟ ولو خرج المستأمن إلى دار الحرب غير ناقض للعهد بل لرسالة أو تجارة ومات هناك، فهو كموته في دار

الإسلام، ولو التحق بدار الحرب ناقضاً للعهد، فسبي واسترق، بني على ما إذا مات، فإن قلنا: إذا مات يكون لوارثه، وقف، فإن عتق، فهو له، وإن مات رقيقاً فقولان: أحدهما: يصرف إلى وارثه كما لو مات حراً، وأظهرهما: يكون فيئاً، لأن الرقيق لا يورث، وإن قلنا: إذا مات يكون فيئاً، فهنا قولان، أحدهما: هذا، والثاني وبه قطع ابن الصباغ: يوقف لاحتمال أن يعتق ويعود بخلاف الموت، فإن عتق، سلم إليه، وإلا فهو فيء على الأصح، وقيل: للسيد، قال الإمام: وإذا صرفناه إلى الورثة، احتمل أن يصرف إليهم إرثاً، ولا يلزم الكفار، تفضيل شرعنا في منع التوريث من رقيق، ويحتمل أن لا يصرف إليهم إرثاً، بل لأنهم أخص به، وإذا قلنا بالتوريث، فهل يرثون إذا مات أم يستند استحقاق الورثة إلى ما قبل جريان الرق؟ فيه احتمالان للإمام، وإذا قلنا: الصرف إلى الورثة، فلهم دخول الإسلام لطلب ذلك المال بغير أمان، ويجيء فيه الوجه السابق في صاحب المال.

فرع: دخل مسلم دار الحرب بأمان، فاقترض منهم شيئاً، أو سرق وعاد إلى دار الإسلام، لزمه رده، لأنه ليس له التعرض لهم إذا دخل بأمان.

العاشرة: إذا حاصرنا قلعة أو بلدة، فنزلوا على حكم الإمام، جاز، وكذا لو نزلوا على حكم غيره، وشرطه كونه مسلماً ذكراً حراً مكلفاً عدلاً، لأنه ولاية حكم، كالقضاء، لكن يجوز أن يكون أعمى، لأن المقصود هنا الرأي، فهو كالشهادة بالاستفاضة تصح من الأعمى، وأطلقوا أنه يشترط كونه عالماً، وربما قالوا: فقيهاً، وربما قالوا: مجتهداً، قال الإمام: ولا أظنهم شرطوا أوصاف الاجتهاد المعتبرة في المفتي، ولعلمهم أرادوا التهدي إلى طلب الصلاح وما فيه النظر للمسلمين، ويكره أن يكون الحكم حسن الرأي في الكفار، ويجوز أن ينزلوا على حكم اثنين، أو على حكم من يختاره الإمام، أو من يتفقون عليه مع الإمام، ولا يجوز على حكم من يختارونه إلا إذا شرطوا الأوصاف المشروطة، ولو استنزلهم على أن يحكم فيهم بكتاب الله تعالى، كره ذلك، لأن هذا الحكم ليس منصوصاً في كتاب الله تعالى فيحصل منه اختلاف، هكذا ذكره الروياني، قال البغوي: ولو استنزلهم على أن ما يقضي الله تعالى فيهم ينفذه، لم يجز، لأنهم لا يعرفون الحكم فيهم وإذا نزلوا على حكم اثنين، فليتفقا على الحكم، فإن اختلفا، لم ينفذ إلا أن تتفق الطائفتان على حكم، ولو مات أحد الحكمين، أو نزلوا على حكم واحد، فمات قبل الحكم، أو نزلوا على حكم من لا يجوز حكمه، ردوا إلى القلعة إلى أن يرضوا بحكم حاكم في الحال، ولا يجوز للحاكم أن يحكم إلا بما فيه الحظ للمسلمين من القتل والاسترقاق

والمن والفداء، وحكى الروياني وجهاً، أنه لا يجوز الحكم بالمن على جميعهم، واستغربه، ولو حكم بما يخالف الشرع، كقتل النساء والصبيان، لم ينفذ، ولو حكم بقتل المقاتلة وسبي الذرية وأخذ الأموال، جاز. وتكون الأموال غنيمة، لأنها مأخوذة بالقهر، وإن حكم باسترقاق من أسلم منهم، وقتل من أقام منهم على الكفر، أو باسترقاق من أسلم، ومن أقام على الكفر، جاز، وينفذ حكم الحاكم على الإمام، فلا يجوز أن يزيد على حكمه في التشديد، ويجوز أن ينقص منه ويسامح، فإذا حكم بغير القتل، فليس له القتل، وإن حكم بالقتل، فله المن، وليس له الاسترقاق على الأصح، لأنه ذل مؤيد، وإن حكم بالاسترقاق، فليس له المن إلا برضى الغانمين، لأنه صار مالاً لهم، وإن حكم بقبول الجزية، فهل يجبرون عليه؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأنه حكمه وقد التزموه، فإن قلنا: لا يجبرون، بلغوا المأمن، وإن قلنا: يجبرون، فامتنعوا، فهم كأهل الذمة إذا امتنعوا من بذل الجزية بعد قبولها، وسيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى، وطرد الوجهان فيما لو حكم بالمفاداة، ومن أسلم منهم قبل الحكم، حقن دمه وماله، ولم يجز استرقاقه بخلاف الأسير فإنه في قبضة الإمام، ومن أسلم بعد الحكم بالقتل، امتنع قتله، فإن كان قد حكم بقتل الرجال وسبي النساء والذرية، لم يندفع بإسلام الرجال إلا قتلهم، وهل يجوز استرقاق المحكوم بقتله إذا أسلم؟ نقل الروياني وغيره أنه لا يجوز، لأنهم لم ينزلوا على هذا الشرط فيطلقهم، ولا يفاديهم بمال، ويجيء على تجويز استرقاقه لو لم يسلم أنه يجوز استرقاقه بعد الإسلام أيضاً، ولو حكم بالإرقاق، فأسلم المحكوم عليه قبل الإرقاق جاز إرقاقه، على الأصح.

فرع: حاصرنا قلعة، فصالح زعيمها على أمان مئة شخص منهم، صح للحاجة، ويعين الزعيم مئة، فإن عد مئة وأغفل نفسه، جاز قتله.

فصل: في مسائل مثورة تتعلق بكتاب السير

إذا أسلم كافر وقد لزمه كفارة يمين أوظهار أو قتل، ففي سقوطها عنه وجهان: نقلهما الشيخ أبو علي، أصحهما: المنع، كالدين، والثاني: نعم، لأن الإسلام يجب ما قبله، قال الإمام: هذا ضعيف هادم للقواعد.

قلت: ولو وجب على ذمي حد زنى فأسلم، نقل ابن المنذر في «الاشراف» عن نص الشافعي رحمه الله أنه يسقط عنه الحد، وحكاه عن مالك أيضاً، ورواية عن أبي حنيفة، وقال أبو ثور: لا يسقط. والله أعلم.

ولو استولى الكفار على أموال المسلمين، لم يملكوها سواء أحرزوها بدار الحرب أم لا، وسواء العقار وغيره، وإذا أسلموا والمال في أيديهم، لزمهم رده إلى أصحابه، وإن غنمه طائفة من المسلمين، لزمهم رده إلى صاحبه، فإن ظهر الحال بعد القسمة، رده من وقع في سهمه، ويعوضه الإمام من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، أعاد القسمة، ونص أنه لو أحرز مشرك جارية مسلم وأولدها، ثم ظفر المسلمون بهم، فالجارية والولد للمسلم، فإن أسلم الواطيء، أخذ مالها منه المهر وقيمة الولد، قال ابن سريج: هذا محمول على ما إذا وطىء وأولد بعد إسلامه، فيلزمه المهر، والولد حر للشبهة، ولو أسرت مسلمة، فنكحها حربي، أو أصابها بلا نكاح، فأولدها، ثم ظفرنا بهم، لم يسترق أولادها، لأنهم مسلمون بإسلامها، ويلحقون النكاح للشبهة، ونص أن جارية المسلم لو استولى عليها كفار، ثم عادت إلى مالكتها، فلا استبراء عليه، لأن ملكه لم يزل، لكن يستحب، ولو أسرنا قومًا، فقالوا: نحن مسلمون أو أهل ذمة، صدقوا بأيمانهم إن وجدوا في دار الإسلام، وإن وجدوا في دار الحرب، لم يصدقوا، ولو دخل حربي دارنا بأمان، فاشترى عبداً مسلماً، وخرج به إلى دار الحرب، فظفر به المسلمون، فإن قلنا: يصح الشراء، فهو غنيمة، وإلا فهو لبائعه، ويلزمه رد الثمن على المستأمن.

فرع: نص في حرمة، أنه لو أهدى مشرك إلى الأمير، أو إلى الإمام هدية والحرب قائمة، فهي غنيمة بخلاف ما لو أهدى قبل أن يرتحلوا عن دار الإسلام، فإنه للمهدي إليه.

فرع: فداء الأمير الأسير مستحب، فلو قال مسلم لكافر: أطلق أسيرك ولك علي ألف، فأطلقه، لزمه الألف، ومتى فدى أسيراً بمال بغير سؤال الأسير، لم يرجع عليه به، ولو قال الأسير: افدني بكذا على أن ترجع علي، ففعل، رجع عليه، وكذا لو لم يشترط الرجوع على الأصح، ولو قال الأسير للكافر: أطلقني على كذا، ففعل، أو قال له كافر: افتد نفسك بكذا، ففعل، لزمه ما التزم، والمال الذي فدى الأسير به إذا استولى عليه المسلمون، هل يكون غنيمة أم يرد إلى الفادي؟ وجهان: قلت: قد سبق عن صاحب «البيان» أن مقتضى المذهب أنه يرد وهو أصح. والله أعلم.

فرع: دخل مسلم دار الحرب، فوجد مسلمة أسروها، لزمه إخراجها إن أمكنه.

فرع: سبق أنه إذا اقتصر في الأمان على قوله: أمنتك، هل يتعدى إلى ما معه من أهل ومال؟ وجهان: وإن تعرض له، تعدى قطعاً، وفي «البحر» تفصيل حسن،

حكاه أو بعضه عن «الحاوي» وهو أنه إن أطلق الأمان، دخل فيه ما يلبسه من ثياب، وما يستعمله في حرفته من آلات، وما ينفقه في مدة الأمان للعرف الجاري بذلك، ومركوبه إن كان لا يستغني عنه، ولا يدخل غير ذلك، وإن بذل له الأمان على نفسه وماله، فالمال أيضاً في أمان إن كان حاضراً، سواء أئمنه الإمام أو غيره، وإن كان غائباً، لم يصح الأمان فيه إلا من الإمام أو نائبه بالولاية العامة، وكذلك الذراري يفرق فيهم بين الحاضرين والغائبين، قال: ولو قال: أئمنتك في جميع بلاد الإسلام، كان آمناً في جميعها، سواء أئمنه الإمام أو غيره، وإن قال: أئمنتك في بلد كذا، كان آمناً فيه، وفي الطريق إليه من دار الحرب لا غير، وإن أطلق، نظر إن أئمنه الإمام، كان آمناً في جميع بلاد الإسلام، وإن أئمنه والي الإقليم، كان آمناً في محل ولايته، وإن أئمنه أحد الرعية، اختص الأمان بالموضع الذي يسكنه المؤمن، بلدة كانت أو قرية، وبالطريق إليه من دار الحرب، وإنما يكون آمناً في الطريق إذا اجتاز بقدر الحاجة، قال: وإذا كان الأمان مقدراً بمدة، فإن كان مخصوصاً ببلد، فله استيفاء المدة بالإقامة فيه، وله الأمان بعدها إلى أن يرجع إلى مأمنه، وإن كان عاماً في جميع البلاد، انقضى أمانه بمضي تلك المدة، ولا أمان له بعدها للعود، لأن ما يتصل من بلاد الإسلام بدار الحرب من محل أمانه، فلا يحتاج إلى مدة الانتقال من موضع الأمان وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب عقد الجزية والهدنة^(١)

فيه بابان:

الباب الأول: في الجزية

وفيه طرفان:

الطرف الأول: في أركانها وهي خمسة:

الركن الأول: نفس العقد، وكيفية أن يقول الإمام أو نائبه: أقررتكم، أو أذنت لكم في الإقامة في دار الإسلام على أن تبذلوا كذا، وتنقادوا لأحكام الإسلام. وهل يشترط التعرض لقدر الجزية؟ وجهان: أحدهما: لا، ويجب الأقل، وأصحهما: نعم، كالثمن والأجرة. وهل يشترط التعرض لكفهم اللسان عن الله تعالى ورسوله ﷺ ودينه؟ وجهان: أحصحهما: لا، لأنه داخل في الانقياد، ويشترط من الذمي لفظ، كقبلت، أو رضيت بذلك، ولو قال الذمي: قررتكم بكذا، فأجابه الإمام، تم العقد، ولا يصح عقد الذمة مؤقتاً على المذهب، لأنه خلاف مقتضاه، ومن صحح، قاسه على الهدنة، ولو قال: أقركم ما شئتم، أو أقركم ما أقركم الله، أو إلى أن يشاء الله، لم يصح على المذهب، وقيل: على الخلاف في المؤقت بمعلوم وعكسه، وجعل هذا أولى بالصحة، وهو خلاف ما قاله الأصحاب. ولو قال: أقركم ما شئتم، جاز، لأن لهم نبد العقد متى شاؤوا، فليس فيه إلا التصريح بمقتضاه، قال الأصحاب: ولو قال في الهدنة: هادنتكم ما شئتم، لم يصح، لأنه يجعل الكفار محكمين على المسلمين.

فرع: إذا طلبت طائفة تقر بالجزية عقد الذمة، وجبت إجابتهم، وفي «البيان» وغيره وجه: أنها لا تجب إلا إذا رأى الإمام فيها مصلحة كما في الهدنة، وهذا شاذ متروك، فلو خاف غائلتهم، وأن ذلك مكيدة منهم، لم يجبه.

فرع: إذا عقدت الذمة مع إخلال بشرط، لم يلزم الوفاء، ولم تجب الجزية المسماة، لكن لا يغتالون، بل يبلغون المأمن، ولو بقي بعضهم على ذلك العقد عندنا

(١) الهدنة لغة: السكون، وشرعاً: عقد الإمام أو نائبه لأهل الحرب على ترك القتال مدة معلومة بقدر الحاجة وإن طالت، وتسمى مهادنة وموادعة، ومعاهدة.

سنة أو أكثر، وجب عليه لكل سنة دينار، ولو دخل حربي دارنا وبقي مدة، فاطلعنا عليه فوجهان: الصحيح الذي حكاه الإمام عن الأصحاب: أنا لا نأخذ منه شيئاً لما مضى بخلاف من سكن داراً غصباً، لأن عماد الجزية القبول، وهذا حربي لم يلتزم شيئاً، وخرج ابن القطان وجهاً آخر: أنه تؤخذ منه جزية ما مضى، وعلى الوجهين: لنا قتله واسترقاقه، وأخذ ماله، ويكون فيئاً، ولو رأى الإمام أن يمن عليه، ويترك أمواله وذريته له، جاز بخلاف سبايا الحرب وأموالها، لأن الغانمين ملكوها، فاشتراط استرضائهم، فإن كان الكافر كتابياً، وطلب عقد الذمة بالجزية، فهل يجيبه ونعصمه؟ تقدم على هذا حكم الأسير إذا كان كتابياً، وطلب عقد الذمة بعد الأسر، وفي تحريم قتله حينئذ قولان، أظهرهما: التحريم، لأن بذل الجزية يقتضي حقن الدم، كما لو بذلها قبل الأسر، فعلى هذا في استرقاقه وجهان: أحدهما: يحرم أيضاً، ويجب تقريره بالجزية كما قبل الأسر، وأصحهما: لا يحرم، لأن الإسلام أعظم من قبول الجزية، والإسلام بعد الأسر لا يمنع الاسترقاق، وماله مغنوم سواء قلنا: يحرم، أم لا. إذا عرفت هذا فبدل الداخل الذي أطلقنا عليه الجزية وجب قبولها على المذهب، وقيل: وجهان: كالأسير.

فرع: اطلعنا على كافر في دارنا، فقال: دخلت لسماع كلام الله تعالى، أو لرسالة، صدق ولا يتعرض له، سواء كان معه كتاب أم لا، وفيما إذا لم يكن معه احتمال للإمام، ثم نقل ابن كج عن النص أنه مدعي الرسالة إن اتهم، حلف، وفي «البحر» أنه لا يلزم تحليفه، ويمكن الجمع بين الكلامين، ولو قال: دخلت بأمان مسلم، فهل يطالب ببينة لإمكانها غالباً أم يصدق بلا بينة كدعوى الرسالة، لأن الظاهر أنه لا يدخل بغير أمان؟ فيه وجهان: أحدهما: الثاني، قال الروياني: وما اشتهر أن الرسول آمن هو في رسالة فيها مصلحة للمسلمين من هدنة وغيرها، فإن كان رسولاً في وعيد وتهديد، فلا أمان له، ويتخير الإمام فيه بين الخصال الأربع كأسير. قلت: ليس ما ادعاه الروياني بمقبول، والصواب أنه لا فرق، وهو آمن مطلقاً. والله أعلم.

الركن الثاني: العاقد، ولا يصح عقد الذمة إلا من الإمام، أو من فوضه إليه، وفي كتاب ابن كج وجه: أنه يصح عقدها من آحاد الرعية، كالأمان، وهذا شاذ متروك، لكن لو عقدها أحد الرعية، لم يغتال المعقود له، بل يلحقه بمأمنه، فإن أقام سنة فأكثر، فهل يلزمه لكل سنة دينار؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما لو فسد عقد الإمام، وأصحهما: لا، لأنه لغو.

الركن الثالث: المعقود، له خمسة شروط:

أحدها: العقل، فلا جزية على مجنون، لأنها لحقن الدم، وهو محقون، وفي «البيان» وجه: أن عليه الجزية، كالمريض والهرم، وليس بشيء، فإن كان يجن ويفيق، نظر إن قل زمن جنونه، كساعة من شهر، أخذت منه الجزية، وإن كثر بأن يقطع يوماً ويوماً، أو يومين، فأوجه: أصحها: تلفق أيام الإفاقة، فإذا تمت سنة، أخذت الجزية، والثاني: لا شيء عليه، كمن بعضه رقيق، والثالث: حكمه كالعاقل وما يطرأ ويزول كالإغماء، والرابع: يحكم بموجب الأغلب، فإن استوى الزمان وجبت الجزية، والخامس: إن كان في آخر السنة عاقلاً، أخذت الجزية وإلا فلا، أما إذا كان مفيقاً، ثم جن بعد انتصاف السنة، فهو كموته في أثناء السنة، وإن كان مجنوناً فأفاق في أثناء السنة افتتح سنة، وسنذكرهما إن شاء الله تعالى. ولو وقع في الأسر من يجن ويفيق، قال الإمام: إن غلبنا حكم المجنون، رق ولا يقتل، وإن غلبنا حكم الإفاقة، لم يرق بالأسر، والظاهر الحقن، ويتجه أن تعتبر حالة الأسر، وهذا هو الأصح عند الغزالي.

الشرط الثاني: البلوغ، فلا جزية على صبي، وإذا بلغ ولد ذمي، فهو في أمان، فلا يغتال، بل يقال له: لا نترك في دار الإسلام إلا بجزية، فإن لم يبذل الجزية، ألحقناه بمأمنه، وإن اختار بذلها، فهل يحتاج إلى استئذان عقد، أم يكفي عقد أبيه؟ وجهان: أصحهما: عند العراقيين وغيرهم: الأول، فإن اكتفينا بعقد أبيه، لزمه مثل جزية أبيه، فإن كانت أكثر من دينار وقال: لا أبذل الزيادة، فطريقان، أحدهما: هو كذمي عقد بأكثر من دينار، ثم امتنع من بذل الزيادة، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، والثاني: القطع بالقبول، لأنه لم يعقد بنفسه حتى يجعل بالامتناع ناقضاً للعهد، وإن قلنا: يستأنف معه عقد، رفق به الإمام ليلتزم ما التزم أبوه، فإن امتنع من الزيادة، عقد له بالدينار، وسواء اكتفينا بعقد أبيه، أم احتجنا إلى الاستئذان، فلا فرق بين أن يكون الأب قد قال: التزمت هذا عن نفسي وفي حق ابني إذا بلغ، وبين أن لا يتعرض للابن، ولو بلغ الابن سفيهاً وبذل جزية أبيه وهي فوق دينار، فهل تؤخذ منه؟ وجهان حكاهما البغوي، وليكونا بناء على أنه يكتفي بعقد أبيه أم يستأنف؟ إن اكتفينا، أخذنا، وإلا فهو كسفيه جاء يطلب عقد الذمة، ولا شك أنه يجاب ولا يشترط إذن وليه، لأن فيه مصلحة حقن الدم، لكن لو التزم أكثر من دينار، قال القاضي حسين: تلزمه الزيادة وإن لم يأذن الولي بناء على أن العهد لا يدخل تحت الولاية، حكاه الإمام عنه، ولم يرتضه، وقال: الحقن ممكن بدينار، فينبغي أن يمتنع من بذل الزيادة، وذكر الروياني نحوه، وفي «التهذيب» الجزم بأنه لا تؤخذ الزيادة وإن أذن الولي، وقال الغزالي: يصح عقد السفيه بالزيادة لحقن الدم تشبيهاً بما

إذا كان على السفية قصاص، وصالح المستحق على أكثر من قدر الدية، لم يكن للولي منعه، وزاد فقال: للولي أن يعقد له بالزيادة، وليس للسفية المنع، كما يشترى له الطعام بثمن غال صيانة لروحه، وفرق الإمام بين هاتين المسألتين والجزية وقال: صيانة الروح لا تحصل في المسألتين إلا بالزيادة، وهنا بخلافه، والمذهب أنه لا يصح عقد السفية والولي بالزيادة، وإذا اختار السفية الالتحاق، واختار الولي عقد الذمة، فالمتع اختيار السفية، ذكره الروياني وصاحب «البيان».

الشرط الثالث: الحرية، فلا جزية على عبد ولا على سيده بسببه، ومن بعضه رقيق كالعبد، وقيل: يجب من الجزية بقسط حريته، والصحيح الأول، لأنه غير مقتول بالكفر، كمن تمحض رقه، وإذا أعتق العبد، فإن كان من أولاد من لا يقر بالجزية، فليسلم، وإلا فليبلغ المأمّن، وإن كان ممن يقر، فليسلم أو ليبدل الجزية، وإلا فليبلغ المأمّن، سواء أعتقه مسلم أو ذمي، فإن أعتقه ذمي، فهل تؤخذ منه جزية سيده أم جزية عصبته، لأنهم أخص به، أم يستأنف له عقد؟ فيه أوجه:

قلت: الأصح: الاستئناف. والله أعلم.

الشرط الرابع: الذكورة، فلا جزية على امرأة وخنثى، فإن بانت ذكورته، فهل تؤخذ منه جزية السنين الماضية؟ وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون الأصح الأخذ. والله أعلم.

ولو جاءتنا امرأة حربية، فطلبت عقد الذمة بجزية، أو بعثت بذلك من دار الحرب، أعلمها الإمام أنه لا جزية عليها، فإن رغبت مع ذلك في البذل، فهذه هبة لا تلزم إلا بالقبض، وإن طلبت الذمة بلا جزية، أجابها الإمام، وشرط عليها التزام الأحكام. ولو حاصرنا قلعة، فأرادوا الصلح على أن يؤدوا الجزية عن النساء دون الرجال، لم يجابوا، فإن صولحوا عليه، فالصلح باطل، وإن لم يكن فيها إلا النساء فطلبن عقد الذمة بالجزية، فقولان نص عليهما في «الأم» أحدهما: يعقد لهن، لأنهن يحتجن إلى صيانة أنفسهن عن الرق، كما يحتاج الرجال للصيانة عن القتل، فعلى هذا يشترط عليهن أن تجرى عليهن أحكام الإسلام، ولا يسترققن، ولا يؤخذ منهن شيء، وإن أخذ الإمام مالاً، رده، لأنهن دفعنه على اعتقاد أنه واجب، فإن دفعنه على علم، فهو هبة، والحكم على هذا القول كما ذكرنا في حربية بعثت من دار الحرب تطلب الذمة، والقول الثاني: لا تعقد لهن، ويتوصل الإمام إلى الفتح بما أمكنه، وإن عقد لم يتعرض لهن حتى يرجعن إلى القلعة، فإذا فتحها، سباهن، لأن الجزية تؤخذ لقطع الحرب، ولا حرب في النساء والصبيان، ولأنهن قد قربن من مصيرهن غنيمة، فلا يعرض عنهن بعد تحمل التعب والمؤنة، والقولان متفقان على

أنه لا يقبل منهن جزية، ولا يوجد أحد إلزام، هذا ما نقله الأصحاب في جميع طرقهم، وشذ عنهم الإمام فنقل في الخلاف وجهين وجعلهما في أنه هل يلزم قبول الجزية وترك إرقاقهن؟ وضعف وجه اللزوم، وذكر الروياني الطريقة المشهورة، ثم حكى ما ذكره الإمام عن بعض الخراسانيين، ولعله أراد به الإمام، ثم قال: وهو غلط، ولو كان في القلعة رجل واحد، فبذل الجزية، جاز، وصارت النساء تبعاً له في العصمة، هكذا أطلقه مطلقون، وخصه الإمام والغزالي بما إذا كن من أهله، وهذا أحسن.

فرع: عقد الذمة يفيد الأمان للكافر نفساً ومالاً وعبيده من أمواله، قال الإمام: وليس له أن يستتبع من النساء والصبيان والمجانين من شاء، لأنه يخرج عن الضبط، ولكن لا بد من تعلق واتصال، فيستتبع من نسوة الأقارب وصبيانهم ومجانينهم من شاء، بأن يدرجهم في العقد شرطاً، وسواء المحارم وغيرهم، فإن أطلق، لم يتبعوه، ومن له مصاهرة من النساء والصبيان والمجانين لهم حكم الأقارب على الأصح، وقيل: كالأجانب، وفي دخول الأولاد الصغار في العقد عند الإطلاق وجهان: أصحهما: الدخول اعتماداً على القرينة، والزوجات كأولاد الصغار، وقيل: كنساء القرابة.

فرع: إذا بلغ الصبي، أو أفاق المجنون، أو عتق العبد، زالت التبعية، ولزمتهم الجزية وابتداء الحول من حين حدثت هذه الأحوال، فإن اتفق ذلك في نصف حول أهلهم الذميين مثلاً، فإذا تم حول أهلهم، ورغب هؤلاء في أن يؤدوا نصف الجزية، فذاك، وإلا فإن شاء الإمام أخذ جزيتهم عند تمام حولهم، وإن شاء آخر حتى يتم حول ثان لأهلهم، فيأخذ منهم جزية سنة ونصف لئلا تختلف الأحوال.

فرع: لو دخلت حربية دارنا بغير تبعية ولا أمان ولا طلب أمان، جاز استرقاقها، وكذا الحكم في الصبي، كما يجوز قتل الكافر إذا دخل، كذلك قال الإمام، وكل حكم بجزية في القتال بجزية فيمن يظفر به من غير ذمة ولا أمان.

فرع: عن نصه إذا صالحنا قوم على أن يؤدوا الجزية عن صبيانهم ومجانينهم ونسائهم سوى ما يؤدون عن أنفسهم، فإن شرطوا أن يؤدوا من مال أنفسهم، جاز، وكأنهم قبلوا جزية كثيرة، وإن شرطوه من مال الصبيان والمجانين، لم يجز أخذه.

الشرط الخامس: كونه كتابياً، فالكفار ثلاثة أصناف:

أحدها: أهل كتاب، ومنهم: اليهود والنصارى، فيقرون بالجزية، فلو زعم قوم أنهم متمسكون بصحف إبراهيم وزبور داود صلى الله عليهما وسلم، فهل يقرون بالجزية؟ وجهان: أصحهما: نعم، ومنهم من قطع به، ولا تحل مناكحتهم وذبيحتهم

على المذهب عملاً بالاحتياط في المواضع الثلاثة، وقيل بطرد الخلاف في حل الذبيحة والمناكحة إلحافاً لكتبهم بكتاب اليهود، وحكي ذلك عن القاضي أبي الطيب وغيره، وإذا ألحقناهم باليهود، فإن تحققنا صدقهم، أو أسلم اثنان منهم، وشهدوا بذلك، فذاك، وعن صاحب «الحاوي» أن المعتبر قول جماعة تحصل الاستفاضة بقولهم، وإن شكنا في أمرهم، كالمجوس.

الصنف الثاني: المجوس، فيقرون بالجزية، وهل كان لهم كتاب أم شبهة كتاب؟ قولان سبقا في النكاح، أظهرهما: الأول وقطع به بعضهم.

الصنف الثالث: من ليس له ولا شبهة، كعبدة الأوثان والملائكة والشمس، ومن في معناهم، فلا يقرون بالجزية، سواء فيهم العربي والعجمي.

فرع: اليهود والنصارى يقرون بالجزية، مهما دخل آبائهم في اليهود أو التنصر قبل تبدل ذلك الدين، ولا فرق بين أولاد المبدلين وغيرهم، ولو دخل وثني في يهودية أو نصرانية بعد مبعث نبينا ﷺ، لم يقروا، هم ولا أولادهم، لأنهم تمسكوا بدين باطل، وقال المزني: يقرون، واليهود بعد بعثة عيسى ﷺ كالتهود والتنصر بعد بعثة نبينا ﷺ على الأصح، وقد ذكرناه في النكاح، وإن دخلوا فيه بعد التبديل وقبل النسخ، فطريقان، أحدهما: إن تمسك بما لم يحرف، قرر، وإن تمسك بمحرف، لم يقرر هو ولا أولاده، وهل في الأولاد قولان، وبهذا الطريق قال العراقيون والبغوي وآخرون، والثاني: يقرون بلا تفصيل ولا خلاف، وهذا الطريق يدير الحكم على الدخول قبل النسخ وبعده، وهو اختيار ابن كج، والقاضي أبي الطيب، والإمام، والرويانى، قال القاضي أبو الطيب: لا أحفظ الشرط المذكور للشافعي، إنما فرق في كتبه بين ما قبل نزول القرآن وما بعده، وهذا أصح، قال الإمام: لأنهم وإن بدلوا فمعلوم أنه بقي فيه ما لم يبدل، فلا تنحط عن شبهة كتاب المجوس، أو تغليباً لحقن الدم، ولو لم نعرف أدخلوا قبل النسخ أو بعده، أو قبل التبديل أو بعده، قررناهم بالجزية كالمجوس.

فرع: المذهب أن السامرة والصابئين إن خالفوا اليهود والنصارى في أصول دينهم فليسوا منهم، وإلا فمنهم، وهكذا نص عليه، وعليه يحمل النصان الآخران، وقيل: قولان مطلقاً، وقيل: تؤخذ منهم الجزية قطعاً، وهذا فيما إذا لم يكفرهم اليهود والنصارى، فإن كفروهم، لم يقروا قطعاً، فإن أشكل أمرهم، ففي تقريرهم احتمالان ذكرهما الإمام، الأصح: الجواز.

فرع: لو أحاط الإمام بقوم، فزعموا أنهم أهل كتاب، أو أن آباءهم تمسكوا

بذلك الدين قبل التبديل، قررهم بالجزية، لأنه لا يعرف الأمر إلا من جهتهم، قال ابن الصباغ: ويشترط عليهم إن بان خلاف قولهم، نبذ عهدهم وقتلهم، وإن ادعاه بعضهم دون بعض، عامل كل طائفة بمقتضى قولها، ولا يقبل قول بعضهم على بعض، فلو أسلم منهم اثنان، وظهرت عدالتهما، وشهدا بخلاف دعواهم، نبذ عهدهم، هذا لفظ جماعة وقال الإمام: يتبين أنه لا ذمة لهم، وهل يغتالهم لتلبسهم علينا أم يلحقهم بالمؤمن؟ فيه تردد، والظاهر: اغتيالهم لتدليسهم، وكذا لو أسلم من السامرة أو الصابئين اثنان، فشهدا بكفرهم.

فرع: من أحد أبويه كتابي والآخر وثني، فيه طرق، والمذهب: تقريره، سواء كان الكتابي الأب أو الأم، وقيل: قولان، وقيل: لا يقرر، وقيل: يلحق بالأب، وقيل: بالأم.

فرع: توثن نصراني وله أولاد صغار، فإن كانت أمهم نصرانية، استمر لهم حكم التنصر، فتقبل منهم الجزية بعد بلوغهم، وإن كانت وثنية، ففي تقريرهم بالجزية قولان، أظهرهما: نعم، لأنه ثبت لهم علاقة التنصر فلا تزول، وحقيقة القولين ترجع إلى أن توثنه هل يستتبع أولاده؟ فإن أتبعناهم، لم يغتالوا، لأنهم كانوا في أمان، ولم تؤخذ منهم جزية، وأما أبوهم، فيبني حكمه على ما سبق في كتاب النكاح أنه هل يقنع منه بالعود إلى دينه أم لا يقنع إلا بالإسلام، فإن أباهما، فيقتل أم يلحق بالمؤمن؟ قولان الأظهر: الثاني.

فرع: الولد المنعقد من مرتدين، هل هو مسلم، أم مرتد، أم كافر أصلي؟ فيه أقوال سبقت في الردة، فإن قلنا: مسلم، فبلغ وصرح بالكفر، فمرتد، وإن قلنا: أصلي، فالصحيح أنه لا يقر بجزية.

فرع: يهود خيبر كغيرهم في ضرب الجزية عليهم، وسئل ابن سريج رحمه الله عما يدعونه أن علياً عليه السلام كتب لهم كتاباً بإسقاطها، فقال: لم ينقل ذلك أحد من المسلمين، وفي «البحر» أن ابن أبي هريرة أسقط الجزية عنهم، لأن النبي صلى الله عليه وآله ساقاهم، وجعلهم بذلك خولاً، قال: وهذا شيء تفرد به، والمساقاة معاملة لا تقتضي إسقاط الجزية.

فصل: الزمن والشيخ الفاني، والأجير والراهب والأعمى تضرب عليهم الجزية كغيرهم على المذهب والمنصوص، لأن الجزية كأجرة الدار، وقيل: إن قلنا: لا يقتلون، فلا جزية، كالنساء، وأما الفقير العاجز عن الكسب، فالمشهور المنصوص في عامة كتبه، أن عليه جزية، وفي قول: موسر، أخذناها منه، وإلا فهي في ذمته حتى يوسر، وكذا حكم الحول الثاني وما بعده، وفي وجه: لا يمهل ولا يقر

في دارنا، بل يقال: إما أن تحصل الجزية بما أمكنك، وإما أن نبلغك المأمّن، لأنه قادر على رفع الجزية بالإسلام، وإذا قلنا: لا يجب، عقدنا له الذمة على شرط إجراء الأحكام عليه، وبذل الجزية عند القدرة، فإذا أيسر، فهو أول حوله، هكذا قاله الأصحاب، وأشار الإمام إلى أن ابتداء الحول من وقت العقد.

فرع: الجاسوس الذي يخاف شره، لا يقر بالجزية.

الركن الرابع: المكان القابل للتقرير ببلاد الإسلام حجاز وغيره، فالحجاز مكة والمدينة واليمامة ومخاليقها أي: قراها، قال الإمام: قال الأصحاب: الطائف ووج، وهو وادٍ بالطائف، وما يضاف إليهما منسوبة إلى مكة معدودة من أعمالها، وخير من مخاليق المدينة. ثم الحجاز ضربان: حرم مكة وغيره، أما غيره، فيمنع الكفار من الإقامة به، وفي منعهم من الإقامة في الطرق الممتدة في بلاد الحجاز وجهان حكاهما الإمام، الصحيح وهو مقتضى إطلاق الجمهور: نعم، لأنها من الحجاز، والثاني: لا، لأنها ليست مجتمع الناس، ولا موضع إقامة، ولا يمتنعون من ركوب بحر الحجاز، لأنه ليس موضع إقامة، ويمنعون من الإقامة في سواحلها في الجزائر المسكونة في «البحر» ومتى دخل كافر الحجاز بغير إذن الإمام، أخرجته وعزّره إن علم أنه ممنوع من دخوله، وإن استأذن في دخوله، أذن له إن كان في دخوله مصلحة للمسلمين، كرسالة أو عقد هدنة أو ذمة، أو حمل متاع يحتاج إليه المسلمون، وإن كان دخوله لتجارة ليس فيها كثير حاجة للمسلمين، لم يأذن له إلا بشرط أن يأخذ من تجارته شيئاً، هكذا أطلقه جماعة، وحكوه عن النص، وفي «التهذيب» أنه يشترط عليه شيئاً، وهو إلى رأي الإمام، ولعله أراد أن قدر المشروط إلى رأي الإمام، لا أصل الشرط فلا يخالف ما أطلقه غيره.

قلت: هذا الاحتمال هو مراده من غير ترديد، وهو مقتضى عبارته. والله أعلم.

ولا يمكن من دخل بالإذن أن يقيم أكثر من ثلاثة أيام، ويشترط عليه ذلك عند الدخول، ولا يحسب من الثلاثة يوم الدخول والخروج، ولو كان له ديون، حصلت بمعاملاته بعد الدخول، أو من وجه آخر ولم يمكن قبضها في الحال، أمر أن يوكل مسلماً بقبضها، وأخرج هو، ولو كان ينتقل من قرية إلى أخرى ويقيم في كل واحدة ثلاثة أيام، لم يمنع وأما حرم مكة زاده الله شرفاً، فيمنع الكافر من دخوله، ولو كان مجتازاً، فإن جاء برسالة والإمام في الحرم، بعث إليه من يسمعه، ثم يخبر الإمام، أو خرج إليه الإمام ويتعين عليه ذلك إذا قال الكافر: لا أؤدي الرسالة إلا مشافهة، وإن جاء كافر لينظره ليسلم، خرج إليه من ينظره، وإن حمل ميرة، خرج إليه الراغبون في الشراء، وإن كان لذي مال في الحرم، أو دين، وكل مسلماً ليقبضه ويسلمه إليه،

وإن بذل الكافر على الدخول مالا، لم يجبه إليه، فإن فعل، فالصلح فاسد، فإن دخل، أخرج وثبت العوض المسمى بخلاف الإجارة الفاسدة، فإنه إنما تثبت فيها أجره المثل، لأنه هنا استوفى المعوض وليس لمثله أجره، وإن دخل ولم ينته إلى الموضع المشروط، وجبت الحصّة من المسمى، ولو دخل كافر بغير إذن الإمام، أخرج وعزر إن كان علم، فلو مات فيه، لم يدفن فيه، فإن دفن، نبش وأخرج، فإن تقطع، ترك، وفي «البحر» وجه أنه تجمع عظامه إن أمكن وتخرج، وبهذا قطع الإمام، وبالأول قال الجمهور، ولو مرض فيه، لم يمرض فيه، بل ينقل وإن خيف من النقل موته، ولو مرض كافر في الحجاز خارج الحرم، قال: إن أمكن نقله بلا مشقة عظيمة عليه، كلف الانتقال، فإن خيف عليه الموت، ترك حتى يبرأ، وإن لم يخف الموت، ولكن تناله مشقة عظيمة، فالأصح تكليفه الانتقال، وجواب جمهور الأصحاب أنه لا ينقل مطلقاً، فلو مات في الحجاز وتعذر نقله، دفن فيه، ولفظ الإمام أنا نواريه مواراة الجيف، وإن كان في طرف الحجاز، نقل لسهولته، وأطلق أكثرهم أنه يدفن فيه، وقالوا: إذا جاز تركه في الحجاز للمرض، فللموت أولى، وذكر البغوي تفصيلاً جيداً وهو أنه إن أمكن نقله قبل أن يتغير، نقل ولم يدفن فيه، وإن خيف عليه التغير، دفن للضرورة، وإذا دفن حيث لا يؤذن فيه، هل ينبش ويخرج عند التمكن؟ وجهان حكاهما الإمام، والصحيح: المنع، وبه قطع الجمهور، فعلى هذا قال الإمام: لا يبعد أن لا يرفع نعش قبره، وأما حرم المدينة فلا يلحق بحرم مكة فيما ذكرنا، لكن استحسن الروياني أن يخرج منه إذا لم يتعذر الإخراج ويدفن خارجه، أما غير الحجاز، فيجوز تقرير الكفار فيه بالجزية ولكل كافر دخوله بالأمان، وإذا استأذن كافر في الدخول، لم يؤذن له إلا لحاجة، لأنه لا يؤمن أن يجس، أو يطلع على عورة، ويتولد من اطلاعه فساد، أو يفتك بمسلم، ويؤذن له إذا كان في دخوله مصلحة للمسلمين، كرسالة وعقد ذمة أو هدنة، وإن كان يدخل لتجارة، فلا إمام أن يأذن له إذا رأى ذلك، ويأخذ من تجارته شيئاً كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإذا دخل لبعض هذه الأغراض فليكن مكثه بقدر الحاجة، وليس لكافر أن يدخل مساجد هذه البلاد بغير إذن، ولا يؤذن له في دخولها لأكل ولا نوم، لكن يؤذن لسماع القرآن أو الحديث والعلم، قال الروياني: وكذا لحاجته إلى مسلم، أو حاجة مسلم إليه، وإذا دخل بلا إذن إن كان جاهلاً فمعذور ويعرف، وإن كان عالماً، عزز، وقيل: لا يعزر إلا أن يشترط عليه أن لا يدخل بلا إذن، وجلوس القاضي في المسجد إذن للكافر في الدخول، وإذا كان له خصومة. وهل يفرق بين كونه جنياً وغيره؟

وجهان سبقا في كتاب الصلاة، والصحيح الأشهر أنه يكفي إذن أحاد المسلمين في دخول كل المساجد، وقال الروياني: لا يكفي في الجامع إلا إذن السلطان، وفي مساجد القبائل والمحال وجهان: أحدهما: يشترط إذن من له أهلية الجهاد، وأصحهما: يكفي إذن من يصح أمانه، وإذا قدم وفد من الكفار، فالأولى أن ينزلهم الإمام في دار مهياة لذلك، أو في فضول مساكن المسلمين، فإن لم يتيسر، فله انزالهم في المسجد، ويجوز تعليمهم القرآن إذا رجي إسلامهم، ولا يجوز إذا خيف استخفافهم، وكذا القول في تعليم أحاديث النبي ﷺ والفقه والكلام، ولا يمنعون من الشعر والنحو، قال الروياني: ومنعه بعض الفقهاء، لئلا يتطاولوا به على مسلم لا يحسنه.

قلت: قال أصحابنا: لا يمنع الكافر من سماع القرآن، ويمنع من مس المصحف، ولا يجوز تعليمه القرآن إن لم يرج إسلامه ويمنعه التعليم على الأصح، وإن رجي، جاز تعليمه على الأصح. والله أعلم.

فرع: من دخل منهم لتجارة أو رسالة لم يمكن من إظهار خمر ولا خنزير، ولا يأذن له الإمام في حملها إلى دار الإسلام.

الركن الخامس: المال المعقود عليه، وفيه مسائل:

إحداها: أقل الجزية دينار لكل سنة، هذا هو المنصوص الموجود في كتب الأصحاب، وذكر الإمام أن الأقل دينار، أو اثنا عشر درهماً نقرة خالصة مسكوكة، يتخير الإمام بينهما، ولا يلزم الإمام أن يخيرهم بأقل الجزية، بل يستحب أن يماكس حتى يأخذ من الغني أربعة دنانير، ومن المتوسط دينارين، وقال الإمام: موضع المماكسة ما إذا لم يعلم الكافر جواز الاقتصار على دينار، فإن علم، تطلب الزيادة استمache، فإن امتنعوا من بذل ما زاد على دينار، وجب تقريرهم بالدينار سواء فيه الغني والفقير، ولو عقد بأكثر من دينار، ثم علم أن الزيادة غير لازمة، لزمه ما التزم، كمن اشترى شيئاً أكثر من ثمن مثله، فإن امتنع من الزيادة، فوجهان: أحدهما: يقنع بالدينار، وأصحهما: أنه ناقض للعهد بذلك، كما لو امتنع من أداء أصل الجزية، وحيث هل يبلغ المأمّن أم يقتل؟ قولان سنذكرهما إن شاء الله تعالى، فإن بلغ المأمّن وعاد، فطلب العقد بدينار، أجبناه، هكذا ذكره البغوي، وأطلق الإمام أنه إذا قبل الزيادة، ثم نبذ العهد إلينا لا يغتال، وإذا طلب تجديد عقد بالدينار، لزم إجابته، ثم إن كان النبذ بعد مضي سنة، لزمه ما التزم، وإن كان في أثنائها، لزمه بقسطه تفريعاً على المذهب فيما إذا مات الذمي في أثناء السنة.

فرع: نص أنه لو شرط على قوم أن على فقيرهم ديناراً، ومتوسطهم دينارين،

وغنيهم أربعة، جاز، والاعتبار في هذه الأحوال بوقت الأخذ لا بوقت العقد، ولا بما يطرأ، وإن قال بعضهم: أنا متوسط أو فقير، قبل قوله إلا أن تقوم بينة بخلافه.

المسألة الثانية: لو مات الذمي، أو أسلم بعد مضي السنة، لم تسقط الجزية كسائر الديون، فتؤخذ من تركته ومنه إذا أسلم، ولو مضت سنون ولم يؤد الجزية، أخذت منه ولم تتداخل كالديون، ولو مات أو أسلم في أثناء السنة، فهل يجب قسط ما مضى كالأجرة أم لا يجب شيء كالزكاة؟ قولان أظهرهما: الأول، وقيل: تجب قطعاً، وقيل: عكسه، وقيل: لا تجب في الموت، وفي الإسلام القولان، فإن أوجبنا، فهل للإمام أن يطالب في أثناء السنة بقسط ما مضى؟ وجهان أصحهما: لا، ويقرب منه ما ذكره البغوي هل للإمام أن يشترط تعجيلها؟ وجهان: وجه الجواز إلحاقها بالأجرة، ومتى مات وعليه جزية، أخذت من تركته مقدمة على الوصية، كسائر الديون، فتؤخذ من تركته، ومنه إذا أسلم، فلو كان معها دين آدمي، فالمذهب والمنصوص أنه يسوى بينها وبينه، وقيل: فيه الأقوال الثلاثة في اجتماع دين الله تعالى ودين الآدمي هل يقدم ذا أم ذاك أم يستوي، وفي «الوسيط» طريقة حازمة بتقديم الجزية، وهو غلط.

المسألة الثالثة: يستحب للإمام إذا أمكنه أن يشترط على أهل الذمة إذا صولحوا في بلدانهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين، وشرط الضيافة يكون لجميع الطارقين، ولا يختص بأهل الفئ، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: في اختصاصهم وجهان: وهل الضيافة زيادة مقصودة في نفسها أم محسوبة من الجزية وجهان أصحهما: وأشهرهما: أنها زيادة وراء أقل الجزية، فعلى هذا إن قبلوها، لزم الوفاء، وجرت مجرى الزيادة على دينار، وإن قلنا: إنها من الجزية فعلمنا في آخر السنة أن ما ضيفوا به لا ينقص عن دينار فذاك، وإن نقص، لزمهم تكميمه، وإذا شرطنا الضيافة، ثم رأى الإمام نقلها إلى الدنانير، فليس له ذلك على الأصح إلا برضاهم، فإن ردت إلى الدنانير، فهل يبقى للمصالح العامة، أم يختص بأهل الفئ؟ وجهان: أصحهما: الاختصاص، كالدنانير المضروبة، وتشترط الضيافة على الغني والمتوسط، وفي الفقير أوجه: أصحها: لا تشترط عليه، والثاني: بلى، والثالث: تشترط على المعتمل دون غيره ويتعرض الإمام عند اشتراط الضيافة لأمر منها: أن يبين عدد أيام الضيافة في الحول، كمائة يوم أو أقل أو أكثر، وفي «البحر» أنه لو لم يذكر عدد الأيام في الحول وشرط ثلاثة أيام مثلاً عند قدوم كل قوم، فوجهان: إن جعلناها جزية، لم يجز، وإلا فيجوز.

ومنها: بيان عدد الضيفان من الفرسان والرجالة، وعن «الحاوي» أن التعرض

لعدد الضيفان إنما يشترط إذا جعلنا الضيافة من الجزية، فإن جعلناها وراءها، جاز أن لا يبين العدد، ثم إن تساوا في الجزية، تساوا في الضيافة، وإن تفاوتوا، فإت بينهم، فيجعل على الغني ضيافة عشرين مثلاً، وعلى المتوسط عشرة، والفقير إن قلنا باشتراكها عليه خمسة، وفي وجه يسوي بينهم في الضيافة، وإن تفاوتوا في الجزية، ولو شرط عدد الضيفان على جميعهم، وقال: تضيفون في كل سنة ألف مسلم، قال الروياني: يكفي ذلك، ثم هم يوزعونها أو يتحمل بعضهم عن بعض.

ومنها: بيان ذلك الطعام والادام وجنسهما، فيقول: لكل واحد كذا من الخبز، وكذا من السمن أو الزيت، ويتعرض لعلف الدواب من التبن أو الحشيش أو القوت، ولا يحتاج إلى ذكر قدر العلف، وإن ذكر الشعير، بين قدره، وإطلاق العلف لا يقتضي الشعير، نص عليه.

ومنها: منزل الضيفان من فضول منازلهم أو كنائسهم، أو بيوت الفقراء الذين لا يضيفون، وليكن الموضع بحيث يدفع الحر والبرد، ولا يخرجون أهل المنازل منها.

ومنها: أن يبين مدة مقام الضيف، ولا يزيد على ثلاثة أيام، وقال ابن كج: يشترط على المتوسط ثلاثة أيام، والغني ستة، قال الإمام: وإذا حصل التوافق على الزيادة، فلا منع، ولا يفرق بين الطبقات في جنس الطعام.

فرع: لو أراد الضيف أن يأخذ منهم ثمن الطعام، لم يلزمهم، ولو أراد أن يأخذ الطعام ويذهب به ولا يأكله، فله ذلك بخلاف طعام الوليمة، لأن هذه معاوضة، وتلك مكرمة، ولا يطالبهم بطعام الأيام الثلاثة في اليوم الأول ولو لم يأتوا بطعام اليوم، فهل للضيف المطالبة من الغد، إن جعلنا الضيافة محسوبة من الدينار، فله ذلك، وإلا فلا. ولا تلزمهم أجره الطبيب والحمام وثمر الدواء، ولو تنازعوا في إنزال الضيف، فالخيار له، ولو تراحم الضيفان على ذمي، فالخيار له، ولو قل عددهم، وكثر الضيفان، فالسابق أحق، فإن تساوا، أقرع، وليكن للضيفان عريف يرتب أمرهم.

فصل: تؤخذ الجزية على سبيل الصغار والإهانة، بأن يكون الذمي قائماً، والمسلم الذي يأخذها جالساً، ويأمره بأن يخرج يده من جيبه، ويحني ظهره ويطأ رأسه، ويصب ما معه في كفة الميزان، ويأخذ المستوفي بلحيته ويضرب في لَهْزَمَتِهِ: وهي مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن من اللحي، وهذا معنى الصغار عند بعضهم، وهل هذه الهيئة واجبة أم مستحبة؟ وجهان: أحدهما: مستحبة، وبني عليهما أنه هل يجوز أن يوكل الذمي مسلماً بأداء الجزية، وأن يضمناها مسلم عن

ذمي، وأن يحيل ذمي بها على مسلم، فإن أوجبنا إقامة الصغار عند أداء الجزية، لم يجز، وإن قلنا: المقصود تحصيل ذلك المال، ويحصل الصغار بالتزامه المال والأحكام كرهاً، جاز، والضمان أولى بالصحة، لأنه لا يمنع مطالبة الذمي وإقامة الصغار عليه، ولو وكل ذمي ذمياً بالأداء، قال الإمام: الوجه طرد الخلاف، ولو وكل مسلماً في عقد الذمة له، جاز، لأن الصغار يرعى عند الأداء دون العقد.

قلت: هذه الهيئة المذكورة أولاً، لا نعلم لها على هذا الوجه أصلاً معتمداً، وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين، وقال جمهور الأصحاب: تؤخذ الجزية برفق، كأخذ الديون، فالصواب الجزم بأن هذه الهيئة باطلة مردودة على من اخترعها، ولم ينقل أن النبي ﷺ، ولا أحد من الخلفاء الراشدين فعل شيئاً منها مع أخذهم الجزية، وقد قال الرافعي رحمه الله في أول كتاب الجزية: الأصح عند الأصحاب: تفسير الصغار بالتزام أحكام الإسلام وجريانها عليهم، وقالوا: أشد الصغار على المرء أن يحكم عليه بما لا يعتقد ويضطر إلى احتماله. والله أعلم.

فصل: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه طلب الجزية من نصارى العرب وهم: تنوخ وبهراء وبنو تغلب، وهم قبائل من العرب تنصروا لا يعلم متى تنصروا، وهم مقرون بالجزية، فقالوا: نحن عرب لا نؤدي ما يؤدي العجم، فخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض، يعنون الزكاة، فقال عمر رضي الله عنه: هذا فرض المسلمين، فقالوا: زد ما شئت بهذا الاسم لا باسم الجزية، فراضاهم على أن تضعف عليهم الزكاة، قال الأصحاب: ولم يخالف عمر أحد من الصحابة رضي الله عنهم، فصار كالإجماع، وعقد الذمة لهم مؤبداً، فليس لأحد نقض ما فعله، قالوا: وفيه إشكال من وجهين: أحدهما: أنه ربما كان فيهم من يقل ماله الزكوي، فيكون المأخوذ منه أقل من دينار، وربما قلت أموالهم الزكوية، فينقص المأخوذ عن دينار لكل رأس، الثاني: أنه وإن وفى المأخوذ بدينار لكل رأس، فربما كان فيهم من لا يملك مالاً زكواً فيكون قد قرر بلا جزية، ولا يجوز ذلك، وإن بذل غيره أكثر من دينار، كما لو قال واحد: خذوا مني عشرة دنائير على أن لا جزية على تسعة معي، ولم ينقل أنه رضي الله عنه سأل عن هذه الأمور، وأجيب عن الأول بأن فعله رضي الله عنه محمول على أن المأخوذ لا ينقص عن دينار لكل رأس، أو أنه شرط عليهم الإتمام إن نقص، وقيل: احتل ذلك، لأنه إن نقص في وقت فربما زاد في وقت فتجبر الزيادة النقص، وعن الثاني، بأن المأخوذ من أصحاب أموال الزكوية مأخوذ عنهم وعن الآخرين، ولبعضهم أن يلتزم عن نفسه وعن غيره، وغرضنا تحصيل دينار عن كل رأس، هذا ما ذكره ابن أبي هريرة والأكثر، وقال أبو إسحاق: لا يجوز، لأن فيه تقرير بعضهم بلا مال، وأجري الوجهان فيما لو

التزم واحد عشر دنانير عنه وعن تسعة، إذا تقرر هذا، فلو طلب قوم من أهل الكتاب أن يؤدوا الجزية باسم الصدقة، ولا يؤدوها باسم الجزية، فللإمام إجابتهم إذا رأى ذلك، ويسقط عنهم الإهانة واسم الجزية، ويأخذ ضعف الصدقة، وسواء في هذا العرب والعجم، وقيل: يختص الجواز بالعرب لشرفهم، والصحيح الأول، ويشترط عليهم بمال الزكاة وقدرها، ويكفي أن يقول الإمام: جعلت عليكم ضعف الصدقة، أو صالحتكم على ضعف الصدقة، والمأخوذ جزية تصرف مصرف الفيء، ولا يؤخذ شيء من أموال الصبيان والمجانين والنسوة وينظر في الحاصل هل يفي دينار عن كل رأس؟ فإن لم يف، زاد إلى ثلاثة أضعاف فأكثر، وهل يدخل الفقير في التوزيع؟ فيه الخلاف السابق في أنه تؤخذ منه جزية أم لا، ولو كثروا وعسر عددهم لمعرفة الوفاء بالدينار، فهل يجوز الأخذ بغلبة الظن؟ وجهان: أحدهما: لا، بل يشترط تحقق أخذ دينار عن كل رأس، ويجوز الاقتصار على قدر الصدقة وعلى نصفها إذا حصل الوفاء بالدينار، واستحب جماعة زيادة شيء على قدر الصدقة لإسقاط اسم الجزية، ولم يستبعد الإمام المنع لما فيه من تشبيههم بالمسلمين في المأخوذ، وحط الصغار بلا غرض مالي، وإذا شرط ضعف الصدقة، وزاد على دينار، ثم سألوا إسقاط الزيادة وإعادة اسم الجزية، اجبوا على الصحيح.

فرع: يأخذ من خمس من الإبل شاتين، ومن عشر أربعاً، ومن خمس وعشرين بنتي مخاض، ومن أربعين شاة شاتين، ومن ثلاثين بقرة تبيعيتين، ومن عشرين ديناراً ديناراً، ومن مائتي درهم عشرة دراهم، ومما سقت السماء الخمس، ومما سقي بالنواضح العشر، ومن الركاز خمسين، وعلى هذا القياس، ومن مائتي بعير ثمان حقاك أو عشر بنات لبون، ولا يفرق فيؤخذ أربع حقاك وخمس بنات لبون، كما لا يفرق في الصدقة، ومن ستين بقرة أربعة أتبعه لا ثلاث مسنات، ومن ست وأربعين بعيراً حقتين فإن لم يجدهما فبنتي لبون مع الجيران، ومن ست وثلاثين بنتي لبون، فإن لم يجد فبنتي مخاض مع الجيران، وفي تضعيف الجبران وجهان: أحدهما: تضعف، فيؤخذ مع كل بنت مخاض شاتان، أو عشرون درهماً، فإن لم نجد في مال صاحب الست والثلاثين بنت لبون وعندة حقاك، أخذنا حقتين ورددنا جبرانين ولا يضعف الجبران هنا قطعاً، ويخرج الإمام الجبران من الفيء كما يصرفه إذا أخذه إلى الفيء، وهل يؤخذ من بعض النصاب قسطه من واجب النصاب، كشاة من عشرين ونصف شاة من عشر؟ فيه قولان، أظهرهما: لا، والثاني: نعم، رواه البويطي، فعلى هذا يؤخذ من مئة شاة ونصف شاة ثلاث شياه، ومن سبعة أبعرة ونصف ثلاث شياه، ومن خمس وثلاثين بقرة تبيع ومسنة، وأجرى الخلاف في الأوقاص، هل يحط عنهم

أم يجب قسط المأخوذ في حقهم، وقيل: إن أدى الأخذ من الوقص إلى التشقيص مع التضعيف لم يؤخذ، وإلا فيؤخذ.

فرع: إذا ضرب الجزية على ما يحصل من أرضهم من ثمر وزرع باسم الصدقة، فباع أرضهم، صح بيعه، فإن بقي مع البائع ما بقي الحاصل منه بالمشروط عليه، فذاك، وإلا انقلبت الجزية إلى رقة البائع، وأما المشتري، فإن كان مسلماً، فلا شيء عليه فيما اشتراه، وإن كان ذمياً، فإن كانت الجزية على رقبته، ف كذلك، وإن كانت على حاصل أرضه، زاد الواجب بما اشتراه.

فصل: إذا استأذن حربي في دخول دار الإسلام، أذن له الإمام إن كان يدخل لرسالة، أو حمل ميرة، أو متاع تشتد حاجة المسلمين إليه، قال الإمام: ولا يجوز توظيف مال على رسول، ولا على مستجير لسماع كلام الله تعالى، لأن لهما الدخول بلا إذن، وإن كان يدخل لتجارة لا تشتد الحاجة إليها، جاز للإمام أن يأذن له ويشترط عليه عشر ما معه من مال التجارة، ولو دخل غير تاجر بأمان مسلم، لم يطالب بشيء، وقيل: إن دخل الحجاز، وجب دينار، لعظم حرمة، ولو رأى الإمام أن يزيد المشروط على العشر، جاز على الأصح، ويجتهد فيه كما في زيادة الجزية على دينار، ولو رأى أن يحط الضريبة عن العشر، ويردها إلى نصف العشر فما دونه، فله ذلك، وله أن يشترط في نوع من تجارتهم نصف العشر، وفي غيره العشر، ولو رأى أن يأذن لهم بغير شيء، جاز على الأصح، وبه قطع الجمهور، لأن الحاجة تدعو إليه لاتساع المكاسب وغيره، ثم إن كان المشروط أن يأخذ من تجارته، لم يأخذ حتى يبيع، وأما الذمي، فله أن يتجر فيما سوى الحجاز من بلاد الإسلام، ولا يؤخذ من تجارته شيء، قال في «البيان»: إلا أن يشترط عليه مع الجزية شيء من تجارته، فلو أراد أن يدخل الحجاز، ويتجر فيه، فقد ذكر الغزالي في «الوجيز» خلافاً في أنه هل يؤخذ منه شيء؟ ولا وجود لهذا الخلاف في شيء من كتب الأصحاب، ولم يذكره الإمام والغزالي في «الوسيط» بل الذي نقله الأصحاب أن الذمي في الحجاز كالحربي في سائر بلاد الإسلام، وما يؤخذ من الذمي لا يؤخذ في كل سنة إلا مرة، كالجزية، وكذا الحربي إذا أخذت منه الضريبة مرة لا تؤخذ ثانياً حتى يمضي إذا كان يطوف في بلاد الإسلام بأجر أو يكتب له وللذمي براءة حتى لا يطالب في بلد آخر قبل الحول، فإن رجع إلى دار الحرب، ثم عاد في الحول، فهل تؤخذ كل مرة أم لا تؤخذ إلا مرة؟ وجهان: أحدهما: الثاني وهو ظاهر نصه، والإمام بالخيار فيما يضربه بين استيفائه دفعة أو دفعات، ثم ما ذكرنا من أخذ المال من تجارة الحربي أو الذمي هو فيما إذا شرط الإمام عليه، فأما إذا أذن لحربي في

دار الإسلام، أو لزمي في دخول الحجاز بلا شرط، فوجهان: أحدهما: تؤخذ، حملاً للمطلق على المعهود، وأصحهما: المنع، لأنهم لم يلتزموا.

فرع: المرأة التابعة للزوج أو القريب في عقد الذمة إذا ترددت متجرة في الحجاز، أو في غير الحجاز، حكمها حكم الذمي.

فصل: إذا صالحنا طائفة من الكفار على أن تكون أرضهم لهم، ويؤدوا خراجاً عن كل جريب في كل سنة كذا، جاز ويستمر ملكهم ويكون المأخوذ جزية تصرف مصرف الفيء، والتوكيل بإعطائه كالتوكيل بإعطاء الجزية، ويشترط أن يبلغ قدرًا يخص كل واحد من أهل الجزية منه ديناراً إذا وزع على رؤوسهم، ويلزمهم ذلك زرعوا أم لا، ولا يؤخذ من أرض صبي ولا مجنون ولا امرأة، ولهم بيع تلك الأرض وهبتها وإجارتها، وإذا أجز بعضهم بعضها لمسلم بقي الخراج على المكري، ويلزم المستأجر الأجرة، وإن باع لمسلم، انتقل الواجب إلى رقبة البائع ولا خراج على المشتري، ولو أسلموا بعد الصلح، سقط الخراج، ويلزمهم أن يؤدوا عن الموات الذي يمنعونا منه دون ما لا يمنعون منه، ولو أحيوا منه شيئاً بعد الصلح، لم يلزمهم شيء لما أحيوا إلا إذا شرط عليهم أن يؤدوا عما يحيون، ولو صالحناهم على أن الأرض لنا ويسكنونها ويؤدون عن كل جريب، فهو عقد إجازة، والمأخوذ أجرة، فتجب معها الجزية ولا يشترط أن تبلغ ديناراً عن كل رأس، وتؤخذ من أرض النساء والصبيان والمجانين، ويجوز توكيل المسلم في أدائها، وليس لهم بيع تلك الأرض ولا هبتها، ولهم إجارتها.

الطرف الثاني: في أحكام عقد الذمة:

فإذا صح عقدها، لزمنا شيء، ولزمهم شيء، أما ما يلزمنا فأمران:

أحدهما: الكف عنهم، بأن لا يتعرض لهم نفساً ومالاً، ويضمنهما المتلف، ولا يتعرض لكنائسهم على تفصيل سنذكره إن شاء الله تعالى، ولا تتلف خمرهم وخنازيرهم إلا إذا أظهروها، فمن أراق أو قتل من غير إظهار، عصي، ولكن لا ضمان، ولو باع ذمي لمسلم خمرًا، أريق على المسلم ولا ثمن للذمي، وإن غصبها من ذمي، وجب ردها على الصحيح، وعليه مؤنة الرد، قال البغوي: ولو كان لمسلم على ذمي دين، فقصاه، وجب القبول إذا لم يعلم أن المؤدى ثمن محرم، فإن علم، بأن باع الخمر بين يديه وأخذ ثمنها، فهل يجبر على قبوله؟ وجهان: أحدهما: لا يجبر، وهو المنصوص، بل لا يجوز القبول، ولو كان للذمي على ذمي دين، ورهن به خمرًا، لم يتعرض لهما، كما لو باعه الخمر، فإن وضعها عند مسلم، لم يكن له إمساكها، ولو كان لمسلم على ذمي دين، فرهن به خمرًا، لم يجز.

الأمر الثاني: يلزم الإمام دفع من قصدهم من أهل الحرب إن كانوا في دار الإسلام، فإن كانوا مستوطنين دار الحرب وبذلوا الجزية، لم يجب الذب عنهم، وإن كانوا منفردين ببلدة في جوار الدار، وجب الذب على الأصح، هذا إذا جرى العقد مطلقاً، فإن جرى بشرط أن يذب أهل الحرب، وجب الوفاء بالملتزم وفيه احتمال للإمام، وإن جرى بشرط أن لا يذب عنهم، فإن كانوا مع المسلمين، أو في موضع إذا قصدهم أهل الحرب كان مرورهم على المسلمين، فسد الشرط، وكذا العقد على الصحيح، وإن كانوا منفردين ولا يمر أهل الحرب بهم، صح الشرط، وحكى الإمام وجهاً أن شرط ترك الذب فاسد مطلقاً، والصحيح الأول، وهل يكره؟ فيه نضار حملوهما على حالين، فإن طلب الإمام الشرط، كره، لأن فيه إظهار ضعف المسلمين، وإن طلب أهل الذمة، فلا، ويجب دفع المسلمين وأهل الذمة عنهم، كما يجب دفع أهل الحرب، فإن لم يدفع عنهم حتى مضى حول، لم تجب جزيته، كما لا تجب الأجرة إذا لم يوجد التمكن من الانتفاع، ولو أغار أهل الحرب على أهل الذمة، وأخذوا أموالهم، ثم ظفر الإمام بهم، فاسترجعها، لزمه ردها على أهل الذمة، فإن أتلّفوا، فلا ضمان عليهم، كما لو أتلّفوا مال المسلمين، ومن أغار من بيننا وبينه هدنة وأتلّف أموال أهل الذمة، ضمن، فإن نقضوا العهد وامتنعوا، ثم أغاروا وأتلّفوا لهم مالاً أو نفساً، ففي الضمان قولان، كأهل البغي.

فصل: وأما ما يلزمهم: فخمسة أمور:

الأمر الأول: في الكنائس والبيع، فالبلاذ التي في حكم المسلمين قسمان: أحدهما: ما أحدثه المسلمون، كبغداد والكوفة والبصرة، فلا يمكن أهل الذمة من إحداث بيعة وكنيسة وصومعة راهب فيها، ولو صالحهم على التمكن من إحداثها، فالعقد باطل، والذي يوجد في هذه البلاذ من البيع والكنائس وبيوت النار لا ينقض لاحتمال أنها كانت في قرية أو برية فاتصل بها عمارة المسلمين، فإن عرف إحداث شيء بعد بناء المسلمين، نقض.

الثاني: بلاد لم يحدثوها ودخلت تحت أيديهم، فإن أسلم أهلها، كالمدينة واليمن، فحكمها كالقسم الأول، وإلاّ فإما أن تفتح عنوة أو صلحاً، الضرب الأول: ما فتح عنوة، فإن لم يكن فيها كنيسة، أو كانت وانهدمت، أو هدمها المسلمون وقت الفتح أو بعده، فلا يجوز لهم بناؤها، وهل يجوز تقريرهم على الكنيسة القائمة؟ وجهان: أصحهما: لا، وبه قطع جماعة، الثاني: ما فتح صلحاً وهو نوعان، أحدهما: فتح على أن رقبة الأرض للمسلمين، وهم يسكنونها بخراج، فإن شرطوا إبقاء البيع والكنائس، جاز، وكأنهم صالحوا على أن الكنائس لهم وما سواها لنا،

وإن صالحوا على إحداثها أيضاً، جاز، ذكره الروياني وغيره، وإن أطلقوا، لم تبق الكنائس على الأصح، الثاني: ما فتح على أن البلد لهم يؤدون خراجهم، فيقرون على الكنائس ولا يمنعون من إحداثها فيه على الأصح، لأن الملك والدار لهم، ويمكنون فيها من إظهار الخمر والخنزير والصليب، وإظهار ما لهم من الأعياد، وضرب الناقوس، والجهر بالتوراة والانجيل، ولا شك في أنهم لا يمنعون من إيواء الجاسوس، وتبليغ الأخبار، وما يتضرر به المسلمون في ديارهم، وحيث قلنا: لا يجوز الإحداث، وجوزنا إبقاء الكنيسة، فلا منع من عمارتها إذا استرمت، وهل يجب إخفاء العمارة؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن إظهارها زينة تشبه الاستحداث، وأصحهما: لا، فيجوز تطيينها من داخل وخارج، ويجوز إعادة الجدار الساقط، وعلى الأول يمنعون من تطيين خارجها، وإذا أشرف الجدار على الخراب، فلا وجه إلا أن يبنوا جداراً داخل الكنيسة، وقد تمس الحاجة إلى جدار ثالث ورابع، فينتهي الأمر إلى أنه لا يبقى من الكنيسة شيء، ويمكن أن يكتفي من يوجب الإخفاء بإسبال ستر تقع العمارة وراءه، أو بإيقاعها في الليل، وإذا انهدمت الكنيسة المبقاة، فلهم إعادتها على الأصح، ومنعها الإصطخري وابن أبي هريرة، فإن جوزنا، فليس لهم توسيع خطتها على الصحيح، ويمنعون من ضرب الناقوس في الكنيسة، كما يمنعون من إظهار الخمر، وقيل: لا يمنعون تبعاً للكنيسة، وهذا الخلاف في كنيسة بلد صالحناهم على أن أرضه لنا، فإن صالحناهم على أن الأرض لهم، فلا منع قطعاً كما سبق، قال الإمام: وأما ناقوس المجوس، فلست أرى فيه ما يوجب المنع، وإنما هو محوط وبيوت يجمع فيها المجوس جيفهم، وليس كالبيع والكنائس، فإنها تتعلق بالشعار.

الأمر الثاني: في البناء، فيمنعون من إطالته ورفعته على بناء جيرانهم من المسلمين، فإن فعلوا، هدم، هذا هو المذهب، وحكى ابن كج قولاً آخر: أن لهم الرفع، فعلى المذهب الاعتبار ببناء جاره على الصحيح، وفي وجه: لا يطيل على بناء أحد من المسلمين في ذلك المصير، وسواء كان بناء الجار معتدلاً أو في غاية القصر، وللإمام احتمال فيما هو في غاية القصر، ثم المنع لحق الدين لا لمحض حق الجار، فيمنع ولو رضي الجار، وهذا المنع واجب، وقيل: مستحب، ويمنعون من المساواة على الأصح، ولو كان أهل الذمة في موضع منفرد، كطرف من البلد منقطع عن العمارة، فلا منع من رفع البناء على الصحيح، ولو ملك ذمي داراً رفيعة البناء، لم يكلف هدمها، فإن انهدمت، فأعادها، منع من الرفع، وفي المساواة الوجهان، ولو فتحت بلدة صلحاً على أنها للمسلمين، لم تهدم أبنيتهم الرفيعة فيها ويمنعون من الإحداث، ذكره البغوي.

الأمر الثالث: يمنعون من ركوب الخيل على الصحيح، لأن فيه عزاً، وحكى ابن كج أن لا منع، كما لا منع من ثياب نفيسة، واستثنى الشيخ أبو محمد البراذين، وفي البغال وجهان: أحدهما: المنع، وبه قال الفوراني والإمام والغزالي، وأصحهما: لا منع، وبه قطع كثيرون، ولا منع من الحمر وإن كانت رفيعة القيمة، وإذا ركبوا، لم يركبوا السروج بل الأكف، ويركبون عرضاً، وهو أن يجعل الراكب رجله من جانب واحد، وعن الشيخ أبي حامد أن لهم الركوب على استواء، ويحسن أن يتوسط، فيفرق بين أن يركب إلى مسافة قريبة في البلد أو إلى مسافة بعيدة فيمنع في الحضر، ويكون ركابهم من خشب لا حديد، وجوز ابن أبي هريرة الحديد، ويمنعون من تقلد السيوف وحمل السلاح، ومن لجم الذهب والفضة، وذكر ابن كج أن هذا كله في الذكور البالغين، فأما النساء والصغار، فلا يلزمون الصغار، كما لا جزية عليهم.

فرع: لا يترك لذمي صدر الطريق، بل يلجأ إلى أضيقة إذا كان المسلمون يطرقون، فإن خلت الطرق عن الزحمة، فلا حرج، وليكن الضيق بحيث لا يقع في وهدة، ولا يصدمه جدار، ولا يوقر، ولا يصدر في مجلس إذا كان فيه مسلمون، ولا يجوز لمسلم أن يوادهم، ولا أن يبدأ من لقيه منهم بسلام، وإن بدأ الذمي به، فلا يجيبه، ذكره البغوي.

قلت: هذا الذي ذكره البغوي هو وجه حكاة الماوردي، والصحيح بل الصواب: أن يجاب بما ثبت في الأحاديث الصحيحة، وعليكم، وفي هذه المسألة كلام كثير وتفصيل أوضحته في كتاب السلام من كتاب: «الأذكار». والله أعلم.

الأمر الرابع: يؤخذ أهل الذمة في دار الإسلام بالتميز في اللباس، بأن يلبسوا الغيار، وهو أن يخيטوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونه لونها، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل، هكذا أطلق، ويشبه أن يقال: لا يختص بالكتف، والشرط الخياطة في موضع لا يعتاد، وإلقاء منديل ونحوه، كالخياطة، ثم الأولى باليهود العسلي، وهو الأصفر، وبالنصارى الأزرق أو الأكهب، ويقال له: الرمادي، وبالمجوس الأسود أو الأحمر، ويؤخذون أيضاً بشد الزنار، وهو خيط غليظ على أوساطهم خارج الثياب، وليس لهم إبداله بمنطقة ومنديل ونحوهما، وإن لبسوا قلانس، ميزت عن قلانس المسلمين بذؤابة، أو علم في رأسها، وإذا دخلوا حماماً فيه مسلمون، أو تجردوا عن الثياب، فليكن عليهم جلاجل، أو في أعناقهم خواتيم حديد، أو رصاص لا ذهب وفضة، هكذا ذكره الجمهور، وقال في «المهذب»: يجعل في عنقه خاتم ليميز في الحمام وفي الأحوال التي يتجرد فيها، وبين العبارتين

تفاوت ظاهر، وإذا كان لهم شعر، أمروا بجز النواصي، ومنعوا من إرسال الضفائر، والجمع بين الغيار والزنار تأكيد ومبالغة في شهرهم، ويجوز أن يقتصر الإمام على اشتراط أحدهما، وهل تؤخذ النساء بالغيار، وشد الزنار، والتميز في الحمام؟ وجهان: أحدهما: نعم، والثاني: لا، لندور خروجهن، فلا حاجة إلى التميز، فعلى الأصح قال الشيخ أبو حامد: يجعل الزنار فوق الإزار، وفي «التهذيب»: وغيره تحته لثلا يصف بدنهما، وأشار بعضهم إلى اشتراط ظهور شيء منه.

قلت: هذا لا بد منه، وإلا فلا يحصل كبير فائدة. والله أعلم.

والتميز في الحمام يبنى على أنه هل يجوز لهن دخوله مع المسلمات؟ قال البغوي: والأصح منعه، وقد يفهم من هذا السياق أن للمسلمات دخوله بلا حجر، لكن نقل الروياني وغيره عن ابن أبي هريرة أنه قال: لا يجوز لهن دخوله إلا للضرورة.

قلت: الأصح الأشهر أنه لا يحرم عليهن، لكن يكره إن لم يكن عذر، وبهذا قطع الإمام أبو بكر السمعاني المروزي من أصحابنا، وقد أوضحت مسائل الحمام وما يتعلق به في آخر صفة الغسل من شرح «المهذب». والله أعلم.

وإذا خرجت ذمية بخف، فليكن أحد خفيها أسود والآخر أبيض أو أحمر، ولا يشترط التميز بكل هذه الوجوه، بل يكفي بعضها.

فرع: للذمي أن يتعمم ويتطلس على الصحيح. ويلبس الديباج على الأصح، كرفيع القطن والكتان، وذكر الغزالي وجهين في أن أصل الغيار واجب أم مستحب؟ والذي يوافق كلام الجمهور وإطلاقهم الوجوب.

الأمر الخامس: الانقياد للحكم، فيلزم أهل الذمة الانقياد لحكمنا، هكذا إطلاقه الأصحاب، وحكى الإمام عن العراقيين أن المراد أنهم إذا فعلوا ما يعتقدون تحريمه، يجري عليهم حكم الله تعالى فيه، ولا يعتبر رضاهم، وذلك كالزنى والسرقة، فإنهما محرمان عندهم كشرعنا، وقد بينا حكمهما في البابين، وذكرنا الفرق بين أن يزني بمسلمة، ويسرق مال مسلم، أو يزني بذمية، ويسرق مال ذمي، وأما ما يعتقدون حله، فقد سبق أن حد الشرب لا يقام على ذمي على الأصح وإن رضي بحكمنا، ولو نكح مجوسي محرماً له، لم يتعرض له، فإن رفعوا إلينا ورضوا بحكمنا، حكمنا، وهل يجب الحكم؟ فيه القولان المعروفان، ويلزمهم كف اللسان، والامتناع من إظهار المنكرات، كإسماع المسلمين شركهم، وقولهم ثالث ثلاثة، واعتقادهم في المسيح وعزير صلى الله عليهما وسلم، وإظهار الخمر والخنزير والناقوس وأعيادهم وقراءتهم التوراة والإنجيل، وإحداثهم الكنائس في بلادنا، وإطالتهم البناء، وتركهم

مخالفة لما شرط، فإن أظهروا شيئاً من هذه، منعوا وعزروا ولكن لا ينتقض به عهدهم، سواء شرط الامتناع منها في العقد أم لا، فإن شرط عليهم الانتقاض بهذه الأسباب، فقال الإمام: يبنى ذلك على الخلاف في صحة عقد الذمة مؤقتاً، إن صححناه، صح العقد، فينتقض إذا أظهروا، وإن لم نصححه، فسد العقد من أصله، والحكاية عن الأصحاب أنه لا ينتقض، بل يفسد الشرط، ويتأبد العقد، ويحمل ما جرى على تخويفهم، وينتقض، بل يفسد الشرط، ويتأبد العقد، ويحمل ما جرى على تخويفهم، وينتقض عهدهم بقتالهم المسلمين، سواء شرط عليهم الامتناع منه أم لا، هذا إذا لم تكن شبهة، فلو أعانوا البغاة، وادعوا أنهم لم يعرفوا الحال، فقد سبق بيانه في قتال البغاة، ولو منعوا الجزية، أو امتنعوا من إجراء أحكام الإسلام عليهم، انتقض عهدهم، هكذا قاله الأصحاب، قال الإمام: هذا إذا منع مع القدرة، فأما العاجز إذا استمهل فلا ينتقض عهده، قال: ولا يبعد أن يقال: تؤخذ الجزية من الموسر الممتنع قهراً، ولا يجعل الامتناع ناقضاً كسائر الديوان، ويخصص ما قاله الأصحاب بالمغلب المقاتل، قال: وأما الامتناع من إجراء الأحكام، فإن امتنع هارباً، فلا أراه ناقضاً، وإن امتنع راكباً إلى قوة وعدة، فنيغي أن يدعى إلى الانقياد، فإن نصب القتال، انتقض عهده بالقتال، ثم أسد الإمام ما ذكره من الاحتمال إلى ما تقدمه، فحكى عن القاضي حسين حصر الانتقاض في القتال، ونقل ابن كج قولين في امتناعهم من إجراء الأحكام، وعن «الحاوي» أن الامتناع من البذل نقض العهد من الواحد والجماعة، والامتناع من الأداء مع الاستمرار على الالتزام نقض من الجماعة دون الواحد، لأنه يسهل إجباره عليه، ولو زنى ذمي بمسلمة، أو أصابها باسم نكاح، أو تطلع على عورة المسلمين ونقلها إلى دار الحرب، أو فتن مسلماً عن دينه، ودعاه إلى دينهم، ففي انتقاض عهده طرق، أصحابها: أنه إن لم يجر ذكرها في العقد، لم ينتقض، وإلا فوجهان: ويقال: قولان، أصحابهما: لا ينتقض قطعاً، والثالث: إن شرط، انتقض، وإلا فوجهان: وهل المعتبر في الشرط الامتناع من هذه الأفعال، أم انتقاض العهد إذا ارتكبتها؟ صرح الإمام والغزالي بالثاني، وكثيرون بالأول، ولا يبعد أن يتوسط فيقال: إن شرط الانتقاض، فالأصح الانتقاض، وإلا، فالأصح خلافه، وألحق بالخصال الثلاث إيواء عيون الكفار، وأما قطع الطريق والقتل الموجب للقصاص، فالمذهب أنهما كالزنى بمسلمة، وقيل: كالقتال، ولا يلحق بالمنابذة التوثب على رفقة، أو شخص معين، وليجر الطريقان فيما لو قذف مسلماً، وسواء قلنا: ينتقض العهد، أو ينتقض، فقد قال البغوي: يقام عليهم موجب ما فعلوه من حد أو تعزير، ثم يجري على مقتضى الانتقاض كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وإذا

قتل الذمي لقتله مسلماً، أو لزنى وهو محصن، فهل يصير ماله فيئاً تفرعاً على الحكم بالانتقاض؟ وجهان:

قلت: أصحهما [...] ^(١).

وأما ذكر رسول الله ﷺ بالسوء إذا جهروا به، وطعنهم في الإسلام ونفيهم القرآن، فالمذهب أنه كالزني بمسلمة ونحوه، وقيل: ينتقض قطعاً، كالقتال، وفي محل الخلاف طريقان، أحدهما: أنه فيما إذا ذكر الذمي سواء يعتقده ويتدين به، كتكذيب ونحوه، فأما ما لا يعتقده، ولا يتدين به، بأن طعن في نسب رسول الله ﷺ، أو نسبه إلى الزنى، فليتحقق بالقتال، وينتقض العهد به قطعاً سواء شرط عليه الكف عنه أم لا، وأصحهما: أن الخلاف فيما إذا ذكر ما لا يتدين به، فأما ما يتدين به، فلا ينتقض بإظهاره قطعاً، ومن هذا نفيهم القرآن.

واعلم أن ذكرهم الله تعالى كذكرهم رسول الله ﷺ بطريق الأولى، فيجري فيه الخلاف، صرح به الروياني وغيره، ولكنهم جعلوا إظهار الشرك، وقولهم: ثالث ثلاثة، ومعتقدهم في المسيح وعزير، كإظهارهم الخمر، فلا ينتقض قطعاً، مع أن جميع هذا يتضمن ذكر الله تعالى بالسوء، ولا يستقيم هذا إلا على الطريق الثاني، وهو أن السوء الذي يتدين به لا ينقض قطعاً، ونقل صاحب «الشامل» وغيره عن أبي بكر الفارسي أنه قال: من شتم منهم النبي ﷺ، قتل حداً، لأن النبي ﷺ قتل ابن خطل والقينتين، وزيفوه وقالوا: إنهم كانوا مشركين لا أمان لهم.

فرع: حيث حكمنا بانتقاض العهد، هل يبلغهم المأمن؟ قولان، أحدهما: نعم، كمن دخل بأمان صبي، وأظهرهما: لا، بل يتخير الإمام بين قتله واسترقاقه، والامن والفداء، لأنه كافر لا أمان له، والقولان في الانتقاض بغير قتال، فأما إذا نصبوا القتال، وصار حرباً لنا في دارنا، فلا بد من دفعهم، والسعي في استئصالهم. ولو أسلم من انتقض عهده قبل أن يختار الإمام شيئاً، قال الأصحاب: لا يجوز استرقاقه بخلاف الأسير، لأنه لم يحصل في يد الإمام بالقهر، فخف أمره، وهل يبطل أمان النساء والصبيان تبعاً كما يثبت تبعاً؟ وجهان: أصحهما: لا، إذا لم توجد منهم خيانة نافضة، فعلى هذا لا يجوز سبيهم، ويجوز تقريرهم في دارنا، فإن طلبوا الرجوع إلى دار الحرب، أجيب النساء دون الصبيان، إذ لا حكم لقولهم قبل البلوغ، فإن كان الطالب ممن يستحق الحضانة، أجيب إليه، وإلا فلا، ولو نبذ ذمي إلينا

(١) بياض بالأصل.

العهد، واختار اللحق بدار الحرب، بلغناه المأمن على المذهب، وأجرى القاضي حسين فيه القولين، لأنه كافر لا أمان له.

فرع: المسلم إذا ذكر الله تعالى بما يقتضي الكفر، أو كذب رسول الله ﷺ، فهو مرتد، فيدعى إلى الإسلام، فإن عاد وتاب، قبلت توبته، ولو كذب على رسول الله ﷺ عمداً، فعن الشيخ أبي محمد أنه يكفر ويراق دمه، قال الإمام: وهذه زلة، ولم أر ما قاله لأحد من الأصحاب، والصواب أنه يعزر، ولا يكفر، ولا يقتل، وما روي أن رجلاً أتى قوماً وزعم أنه رسول رسول الله ﷺ، فأكرموه، فأمر رسول الله ﷺ بقتله، محمول على أن الرجل كان كافراً، ومن قذف النبي ﷺ وصرح بنسبته إلى الزنى، فهو كافر باتفاق الأصحاب، فإن عاد إلى الإسلام فثلاثة أوجه: أحدها: قاله الأستاذ أبو إسحاق: لا شيء عليه، لأنه مرتد أسلم، والثاني قاله أبو بكر الفارسي: يقتل حداً، لأنه حد قذف، فلا يسقط بالتوبة، والثالث قاله الصيدلاني: يجلد ثمانين جلدة، ثم في كلام الإمام والغزالي أنا إذا قلنا: ثبت حد القذف، فعفا أحد بني أعمامه، فينبغي أن يسقط، أو يقول: هم لا ينحصرون، فهو كقذف ميت ليس له ورثة خاصون، ولا يبعد تخريج وجوب الحد على القولين في وجوب القصاص بقتل مثل هذا الشخص، وقد يقال: كل واحد من بني الأعمام غير وارث، بل الإرث للأقرب، ولا يكاد يعرف الأقرب ممن في الدنيا، ويقع النظر في أن عفو بعض الورثة هل يؤثر؟ ووراءه نظر آخر، وهو أن حد قذفه هل يورث؟ فيجوز أن يقال: لا يورث، كما لا يورث المال، أما إذا لم يقذف صريحاً، لكن عرض، فقال الإمام: الذي أراه أنه كالسب الصريح في اقتضاء الكفر لما فيه من الاستهانة. قلت: هذا الذي قاله الإمام متعين، وقد قاله آخرون، ولا نعلم فيه خلافاً. والله أعلم.

ولو قذف نبياً غير نبينا ﷺ، فهو كقذف نبينا ﷺ.

فصل: في مسائل تتعلق بالباب

يؤخذ على أهل الذمة أن يخفوا دفن موتاهم، ولا يخرجوا جنازهم ظاهراً، ولا يظهروا على موتاهم لطماً ولا نوحاً، ولا يسقوا المسلمين خمرأ، ولا يطعموهم خنزيراً، وإذا شرط ذلك عليهم فعرض بعضهم خمرأ على مسلم، فشربها اختياراً، حد المسلم وعزر الذمي، وكذا لو ابتدأ المسلم بطلبها فأجابه، لكن تعزيره هنا أخف، وأن لا يعلوا أصواتهم على المسلمين، وأن يعينوهم إذا استعانوا بهم فيما لا يتضررون به، وأن لا يستذلوا المسلمين في مهن الأعمال بأجرة ولا بتبرع، حكى أكثر

هذا عن «الحاوي» أنهم لو انفردوا بقرية، هل يمنعون ركوب الخيل؟ وجهان: أحدهما: لا، كإظهار الخمر، والثاني: نعم، خوفاً من أن يتقوا به على المسلمين، ولو بنى ذمي في دار الإسلام بناء لأبناء السبيل، مكن إن جعله للمسلمين وأهل الذمة، فإن خص أهل الذمة، فوجهان: ويكتب الإمام بعد عقد الذمة أسماءهم وأديانهم وحالهم، فيتعرض لسنه أهو شيخ أم شاب، ولكونه من سمرة وشقرة وغيرهما، ويصف وجهه ولحيته وجبهته وحاجبيه وعينه وشفتيه وأنفه وأسنانه، وآثار وجهه إن كان فيه آثار، ويجعل على كل طائفة عريفاً يضبطهم لمعرفة من أسلم منهم، ومن مات، ومن بلغ، ومن قدم عليهم، وليحضرهم لأداء الجزية، والشكوى إليه ممن يتعدى عليهم من المسلمين، ومن يتعدى منهم، ويجوز أن يكون العريف للعرض الثاني ذمياً، ولا يجوز للعرض الأول إلا مسلم وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في عقد الذمة

ويقال لها: المودعة، والمعاهدة، وهي جائزة بنصوص الكتاب والسنة والإجماع، فيه طرفان:

الطرف الأول: في شروطها وهي أربعة:

الأول: أن يتولاه الإمام أو نائبه فيه، هذا في مهادة الكفار مطلقاً، أو أهل إقليم، كالهند والروم، ويجوز لوالي الإقليم المهادة مع أهل قرية أو بلدة في إقليمه للمصلحة، وكأنه مأذون فيه بتفويض مصلحة الإقليم إليه. ولو عقد الهدنة واحد من الرعية، فدخل قوم ممن هادنهم دار الإسلام، لم يقروا، لكن يلحقون بمأمنهم، لأنهم دخلوا على اعتقاد أمانه.

الثاني: أن يكون للمسلمين إليه حاجة وفيه مصلحة، بأن يكون في المسلمين ضعف لقلّة عدد أو مال، أو بعد العدو، أو يطمع في إسلامهم لمخالطتهم المسلمين، أو في قبولهم الجزية، أو في أن يعينوه على قتال غيرهم، وإذا طلب الكفار الهدنة، فإن كان فيها ضرر على المسلمين فلا يخفى أنهم لا يجابون، وإلا فوجهان: أحدهما: تجب إجابتهم، والصحيح: لا تجب، بل يجتهد الإمام ويفعل الأصلح، قال الإمام: وما يتعلق باجتهاد الإمام لا يعد واجباً، وإن كان يتعين عليه رعاية الأصح.

الثالث: أن يخلو عن الشروط الفاسدة، فإن عقدها على أن لا ينتزع أسرى المسلمين منهم، أو يرد إليهم المسلم الذي أسروه، وأفلت منهم، أو شرط ترك مال مسلم في أيديهم، فهذه شروط فاسدة، وكذا لو شرط أن يعقد لهم الذمة على أقل من

دينار، أو على أن يقيموا بالحجاز، أو يدخلوا الحرم، أو يظهروا الخمر في دارنا، أو شرط أن يرد عليهم إذا جئن مسلمات، وكذا لو عقد بشرط التزام مال، فإن دعت ضرورة إلى بذل مال، بأن كانوا يعذبون الأسرى في أيديهم ففديناهم، أو أحاطوا بنا وخفنا الاصطدام، فيجوز بذل المال، ودفع أعظم الضررين بأخفهما، وفي وجوب بذل المال عند الضرورة وجهان بناء على وجوب دفع الصائل.

قلت: ليس هذا البناء بصحيح، فقد سبق أن الصائل إذا كان كافراً، وجب دفعه قطعاً، ثم الخلاف هناك في وجوب الدفع بالقتال، وهنا بالمال، والأصح وجوب البذل هنا للضرورة. والله أعلم.

ولا يملك الكفار ما يأخذونه، لأنه مأخوذ بغير حق، قاله في «المهذب» وإذا جرى في المهادنة شرط فاسد، فسد به العقد على الصحيح، وبه قطع ابن الصباغ وغيره.

الرابع: أن يقتصر على المدة المشروعة، ثم لا يخلو إما أن يكون بالمسلمين ضعف، أو يكون، فإن لم يكن ورأى الإمام المصلحة في الهدنة، هادن أربعة أشهر فأقل، ولا يجوز أكثر من سنة قطعاً، ولا سنة على المذهب ولا ما بينهما وبين أربعة أشهر على الأظهر، وإن كان بالمسلمين ضعف، جازت الزيادة إلى عشر سنين بحسب الحاجة، ولا تجوز زيادة على العشر، لكن إن انقضت المدة والحاجة باقية، استؤنف العقد، وقيل: تجوز الزيادة على عشر بحسب الحاجة، وقيل: لا يجوز أكثر من سنة، وقيل: لا يجوز أكثر من أربعة أشهر، وهذه أوجه شاذة مردودة، فإذا قلنا: لا تجوز الزيادة على عشر، فهادن مطلقاً، فالعقد فاسد، وقيل: ينزل عند ضعف المسلمين على عشر، وعند القوة قولان، أحدهما: ينزل على سنة، والثاني: على أربعة أشهر، ويجوز أن لا يوقف الإمام الهدنة، ويشترط انقضاءها متى شاء، لأن النبي ﷺ هادن يهود خيبر وقال: «أقركم الله» لكن لو اقتصر الإمام على هذه اللفظة، أو قال: هادنتكم إلى أن يشاء الله. فسد العقد، لأن النبي ﷺ يعلم ما عند الله بالوحي بخلاف غيره، ولو قال: هادنتكم ما شاء فلان، وهو مسلم عدل ذو رأي، فإذا نقضها، انتقضت، ولو قال: ما شاء فلان منكم، لم يجز، لأن الكافر لا يحكم على المسلمين.

فرع: إذا زاد قدر مدة الهدنة على الجائز، بأن زاد عند الضعف على عشر سنين، أو احتاج إلى أربع مثلاً، فزاد، بطل العقد في الزائد، وفي الباقي قولاً تفريق الصفة، وقيل: يصح فيه قطعاً لعدم العوض ولأنه يتسامح في معاقدة الكفار.

فرع: إذا طلب الكافر الأمان ليسمع كلام الله تعالى، وجبت إجابته قطعاً كما سبق، قال الإمام: وهل يمهل لذلك أربعة أشهر أم يقال: إذا لم يفصل الأمر

بمجالس يحصل فيها البيان التام يقال له: الحق بمأمنك؟ فيه تردد أخذته من فحوى كلام الأصحاب، والأصح: المنع.
الطرف الثاني: في أحكامها:

فمتى فسد العقد لزيادة المدة، أو لالتزام مال أو غيرهما، لا يمضى بل يجب نقضه، لكن لا يجوز اغتيالهم، بل يجب إنذارهم وإعلامهم، وإذا وقع صحيحاً، وجب الوفاء بالكف عنهم إلى انقضاء المدة، أو صدور خيانة منهم تقتضي الانتقاض، وإذا مات الإمام الذي عقدها، أو عزل، وجب على الإمام الذي بعده امضاؤه، فإن رآه فاسداً، قال الروياني: إن كان فساد من طريق الاجتهاد، لم يفسخ، وإن كان بنص أو اجماع، ففسخه، وينبغي للإمام إذا هادن أن يكتب عقد الهدنة ويشهد عليه ليعمل به من بعده، ولا بأس أن يقول فيه: لكم ذمة الله تعالى وذمة رسوله ﷺ وذمتي، ومتى صرحوا بنقض العقد، أو قاتلوا المسلمين، أو آووا عيناً عليهم، أو كاتبوا أهل الحرب، أو قتلوا مسلماً، أو أخذوا مالاً، أو سبوا رسول الله ﷺ، انتقض عهدهم، ولا يفتقر إلى أن يحكم الحاكم بنقضه، قال الإمام: والمضرات التي اختلف في انتقاض عقد الذمة بها تنقض الهدنة بلا خلاف، لأن الهدنة ضعيفة غير متأكدة ببذل الجزية، وإذا انتقض عهدهم، جاز قصد بلدهم وتبئيتهم والإغارة عليهم إن علموا أن ما فعلوه ناقض، وكذا إن لم يعلموا على الأصح، وقيل: لا يقاتلون إلا بعد إنذارهم، وينبغي أن يقال: إذا لم يعلموا أنه خيانة لا ينتقض العهد إلا إذا كان المفعول مما لا يشك في مضادته للهدنة، كالقتال، ثم ما ذكرنا من قصدهم والإغارة عليهم هو إذا كانوا في بلادهم، فأما من دخل دارنا بأمان أو مهادنة، فلا يغتال وإن انتقض عهده، بل يبلغ المأمن، هذا إذا نقض جميعهم العهد، فإن نقض بعضهم، نظر إن لم ينكر الآخرون على الناقضين بقول ولا فعل، بل ساكنوهم وسكتوا، انتقض عهدهم أيضاً. وإن أنكروا بقول أو فعل، بأن اعتزلوهم أو بعثوا إلى الإمام بأنا مقيمون على العهد، لم ينتقض، هكذا أطلقه جماهير الأصحاب، ووراءه شيان غريبان، أحدهما: قال الإمام: لو بدت خيانة بعضهم وسكت الآخرون، كان للإمام أن ينبذ إليهم، والثاني في كتاب ابن كج: أنه لو نقض السوقة العهد ولم يعلم الرئيس والأشراف بذلك ففي انتقاض العهد في حق السوقة وجهان: وجه المنع: أنه لا اعتبار بعقدهم فكذا بنقضهم، وأنه لو نقض الرئيس وامتنع الأتباع وأنكروا، ففي الانتقاض في حقهم قولان، وجه النقض: أنه لم يبق العقد في حق المتبوع، فكذا التابع، والصحيح ما سبق، وإذا انتقض في حق بعضهم، فإن تميزوا، فذاك، وإلا فلا يبيتهم الإمام، ولا يغار عليهم إلا بعد الإنذار، ويبعث إلى الذين لم ينقضوا ليميزوا أو يسلموهم، فإن لم يفعلوا مع القدرة صاروا ناقضين أيضاً، ومن أخذ منهم واعترف

بأنه من الناقضين، أو قامت عليه بينة، لم يخف حكمه، وإلا فيصدق بيمينه أنه لم ينقض، وأما عقد الذمة فنقضه من البعض ليس نقضاً من الباقي بحال.

فرع: إذا استشعر الإمام ممن هادنه خيانة وظهرت أمانة تدل على خيانتهم، فقال الشيخ أبو حامد: ينتقض عهدهم، والصحيح المنصوص: أنه لا ينتقض، بل للإمام أن ينبذ إليهم عهدهم، وحكي قول: أنه لا ينبذه كما لا ينبذ عقد الذمة بالتهمة، وحكي وجه في نبذ الذمة بالتهمة، والمذهب الفرق، وإذا نبذه فلا بد من إنذارهم وإبلاغهم المأمن، لكن من عليه حق آدمي من مال أو حد قذف أو قصاص، يستوفى منه أولاً، والمعتبر في إبلاغ الكافر المأمن أن يمنعه من المسلمين ومن أهل عهدهم، ويلحقه بدار الحرب، واكتفى ابن كج بإلحاقه بأول بلاد الكفر وقال: لا يلزم إلحاقه ببلده الذي يسكنه فوق ذلك إلا أن يكون بين أول بلاد الكفر وبلده الذي يسكنه بلد للمسلمين يحتاج إلى المرور عليه، وفي «البحر» أنه لو كان له مأمنان، لزم الإمام إلحاقه بمسكنه منهما، ولو كان يسكن بلدين، فالأختار للإمام، وفي هذا ما ينازع في الاكتفاء بأول بلاد الكفر، ولو لم تظهر أمانة يخاف بسببها منهم نبذ العهد، ولا اعتبار الوهم المحض، حكي ذلك عن نصه في «الأم».

فرع: إذا هادن الإمام مدة لضعف وخوف اقتضاها، ثم زال الخوف وقوي المسلمون، وجب الوفاء بما جرى.

فرع: قال في «الحاوي»: يجب على الذين هادنهم الإمام الكف عن قبيح القول والعمل في حق المسلمين، وبذل الجميل منهما، فلو كانوا يكرمون المسلمين، فصاروا يهينونهم، أو يضيفون النزيل ويصلونهم، فصاروا يقطعونهم، أو يعظمون كتاب الإمام، فصاروا يستخفون به، أو نقصوا عما كانوا يخاطبون به، سألهم الإمام عن سبب فعلهم، فإن اعتذروا بما يجوز قبول مثله، قبله، وإن لم يذكروا عذراً، أمرهم بالرجوع إلى عادتهم، فإن امتنعوا، أعلمهم بنقض الهدنة ونقضها.

فصل: إذا شرط رد المرأة إذا جاءتنا منهم مسلمة، لم يجز بحال، وشرط رد الرجل إذا هاجر مسلماً جائز في الجملة، والفرق أنه لا يؤمن أن يصيبها زوجها الكافر، أو أن تزوج كافراً، ولأنها عاجزة عن الهرب وأقرب إلى الافتتان، فإذا عقد الإمام هدنة، فإذا أن يشترط أن لا يرد من جاء مسلماً، أو يطلق، أو يشترط الرد، فإن شرط أن لا يرد، فلا رد ولا غرم، وكذا لو خص النساء، يمنع الرد، وإن أطلق فهل يغرم الإمام مهر من جاءت مسلمة؟ قولان، أظهرهما: لا، وقيل: إن كان قبل الدخول وجب الغرم قطعاً، قال ابن الصباغ: هذا سهو من قائله، وإن شرط الرد، نظر إن أطلق فقال: بشرط أن نرد من جاءنا منهم، ففي وجوب الغرم القولان، وقد

يقال: إن أوجينا عند الإطلاق، فهنا أولى، وإلاّ فقولان: ولو صرح بشرط رد النساء، فهو فاسد، وفي فساد العقد به ما سبق، فإن لم يفسده، ففي الغرم الخلاف السابق بالترتيب، ويتفرع على وجوب الغرم مسائل:

منها: المغروم، وهو المبدول من صداقها، وقال الماوردي: عندي أنه هو الأقل من مهر المثل والمبدول، والصحيح الأول، وبه قال الجمهور، ولو لم يدفع إليها شيئاً، فلا شيء له، ولو لم يدفع إلاّ بعضه، لم يستحق إلاّ ذلك القدر، ولو كان أعطاه أكثر من المسمى، لم يستحق الزيادة، كما لا يستحق ما أطعمها وكساها وأنفق في العرس، لأنه متبرع به، ولأنه ليس بدل البضع الذي حلنا بينه وبينه.

ومنها: لا يثبت الغرم بمجرد قوله: أعطيتها صداقها، بل ينظر إن أنكرت النكاح، فهي المصدقة وعليه البينة، وإن صدقته وأنكرت القبض، ففي «الشامل» وغيره: أنها تصدق باليمين، وعليه البينة، وقال الروياني: لا يمين عليها، لأن الصداق على غيرها، وقال الشيخ أبو حامد: يفحص الإمام عن مهر مثلها، فقد يعرفه من تجار المسلمين الذين دخلوا دار الحرب، ومن الأسارى، ثم يحلف الرجل أنه أصدقها ذلك القدر وسلمه، ولو ادعى الدفع وصدقته، فقد نقل الإمام عن العراقيين أن إقرارها كالبينة، وقالوا: تعسر إقامة البينة على ما يجري بين الكفار، ورأى الإمام أن يعتمد قولها ولا يجعله حجة علينا.

ومنها: محل الغرم سهم المصالح، وحكى ابن كج وجهاً أنه إن كان للمرأة مال، أخذ منها، والصحيح الأول، فإن هاجرت إلى بلد فيه الإمام، غرم المهر، وإن هاجرت إلى بلد فيه نائبه، فكذلك، وهل المعتبر نائبه في عقد الهدنة، أم في بيت المال؟ وجهان: وإن هاجرت إلى بلد ليس فيه الإمام ولا نائبه، فعلى أهل البلد منعها حسبة ولا يغرمون المهر، قال ابن كج: وليس على الإمام والحالة هذه رد المهر، كما لو جاء رجل إلى غير بلد الإمام لا يلزمه أن يخلي بينه وبين من يطلبه، والأحسن ما حكاه البغوي وغيره: أنه إن قال عند المهادنة: من جاءني منكم مسلماً رددته، لم يلزمه شيء، لأنها ما جاءت، وإن قال: من جاء المسلمين، أو من جاءنا، وجب.

ومنها: لو وهبته الصداق، أو أبرأته فعلى الخلاف في التشطر.

ومنها: إذا جاءت مسلمة، ثم أسلم الزوج، نظر إن أسلم قبل انقضاء عدتها، فالنكاح مستمر، وليس لها طلب المهر، وإن أخذه قبل الإسلام، لزمه رده إذا زالت الحيلولة، وإن لم يسلم حتى انقضت عدتها، نظر إن أخذ المهر قبل الإسلام، لم يسترجع منه، وصار بالقبض كالمستهلك في الشرك، وإن لم يأخذه، فإن طالبت به قبل إسلامه، استقر له المهر لحصول الحيلولة بإسلامها، ومنعنا إياها منه، وعن أبي

إسحاق أنه لا مهر له، والصحيح الأول، وإن لم يطالب بها قبل إسلامه، فلا شيء له، لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين، ولا مطالبة بالمهر بعد البينونة، فلو كانت الصورة بحالها، ولم يكن أعطاها المهر، فلما أسلم بعد انقضاء العدة أخذت المهر بسبب المسيس، فهل تغرم له ذلك؟ فيه احتمالان للإمام، وجعلهما الغزالي وجهين: أرجحهما: المنع، هذا إذا كان إسلامها بعد الدخول، فإن جاءت مسلمة قبل الدخول وأسلم الزوج بعدها، لم يكن له طلب المهر، لأنه أسلم بعد البينونة.

ومنها: لو جاء في طلبها غير زوجها، كأبيها وعشيرتها، لم يغرم شيئاً، لأن المعتبر طلب من كان له ملك البضع، أو طلب وكيله ورسوله، ولو جاءنا الزوج ولم يطلبها، لم يغرم أيضاً، وينبغي أن يكون الطلب في العدة، فأما إذا بانت بانقضاء العدة، فلا أثر للطلب.

ومنها: إذا دخلت كافرة، رددناها سواء طلبها زوجها أو محارمها، فإن أسلمت بعد دخولها، فهو كما لو جاءت مسلمة في أنا لا نردها وفي غرم المهر، وقيل: في الغرم وجهان: ولو ارتدت بعد الإسلام، وجاء الزوج يطلبها، نظر إن طلبها بعد قتلها، لم نغرم شيئاً لحصول الحيلولة بالقتل، وإن طلبها قبل القتل، لم نردها لوجوب قتلها، وفي الغرم وجهان: أصحهما: يجب لحصول الحيلولة بالإسلام.

ومنها: لو جاءتنا مسلمة، فجنّت، أو جاءتنا مجنونة ثم أفاقت وأسلمت، فحكمها في الرد والغرم حكم العواقل، وإن جاءت مجنونة تصف الإسلام أو لا تصفه، وأخبر عنها أنها وصفتها ولم نعلم، أو وصفته قبل الجنون أم فيه، أو لم نخبر عنها بشيء، لم ترد لاحتمال الإسلام قبل الجنون، ولا غرم لاحتمال أنها لم تسلم حينئذ، فلا نغرم بالشك، فإن أفاقت وأقرت بالإسلام، غرمنا، وإلا رددناها ولا غرم، ولو علمنا أنها لم تزل مجنونة، فينبغي أن ترد.

ومنها: إذا جاءت صبية مميزة وهي تصف الإسلام لا نردها، لأننا وإن لم نصحح إسلامها فتوقعه، فيحتاط لحرمة الكلمة، وقيل: ترد، والصحيح الأول، ولا غرم في الحال على الأصح، وقيل: الأظهر كالمجنونة، فإن بلغت ووصفت الكفر، رددناها، وإن وصفت الإسلام غرمنا.

ومنها: لو جاءت رقيقة منهم مسلمة، فلا ترد على سيدها ولا زوجها، ويحكم بعقدها إن فارقتهم ثم أسلمت، لأنها إذا جاءت مراغمة لهم، ملكت نفسها بالقهر فتعتق، كعبد قهر سيده الحربي، فإنه يصير حراً، وهل يغرم لسيدها قيمتها من سهم المصالح إذا جاء يطلبها؟ فيه طريقان، المذهب: أنه على القولين، والثاني: لا غرم

قطعاً، لأن الحيلولة حصلت بالعتق والقهر قبل الإسلام، ومن قال بالمذهب، قال: المانع هو الإسلام، فإنها لو كانت حرة كافرة لم يمنع زوجها، ولو أسلمت، ثم فارقتهم، وهاجرت مسلمة، فقال البغوي: لا تصير حرة، لأنهم في أماننا، وأموالهم محرمة علينا، فلا يزول الملك عنها بالهجرة بخلاف ما إذا هاجرت، ثم أسلمت، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، فملكك نفسها بالقهر، ولم يتعرض جماعة لهذا التفصيل، وأطلقوا الحكم بالعتق، ويجوز أن يؤخذ به، لأن الهدنة جرت معنا لا معها، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الرجل إذا جاءنا مسلماً ورددناه، أن له التعرض لهم، ثم قال الشيخ أبو إسحاق: لا ترد إلى سيدها لإسلامها وشركه، ولكن نغرم له قيمتها، كما لو غصب منهم مال وتلف، واعترض صاحب «البيان» وقال: الذي يقتضيه المذهب أنا لا نغرم القيمة ويأمره بإزالة الملك عنها، كأمة كافر أسلمت، ونعود إلى هذا الكلام والتفصيل إن شاء الله تعالى، وإذا كانت الأمة مزوجة، ففي غرم المهر القولان، فإن قلنا بغرامة المهر والقيمة، نظر إن حضر الزوج والسيد معاً، أخذ كل واحد حقه، وإن جاء أحدهما فقط فثلاثة أوجه: أحدهما: نغرم حق الطالب، والثاني: لا نغرم شيئاً، لأن حق الرد مشترك ولم يتم الطلب، والثالث: نغرم للسيد إن انفرد بالطلب، ولا نغرم للزوج لأن حق الرد في المزوجة للسيد أكد، ألا ترى أنه يسافر بها بخلاف الزوج، فإن كان زوج الأمة عبداً، فلها خيار الفسخ إذا عتقت، فإن فسخت النكاح، لم نغرم المهر لأن الحيلولة حصلت بالفسخ، وإن لم تفسخ وأوجبنا غرم المهر، فلا بد من حضور الزوج والسيد جميعاً، وطلب الزوج المرأة والسيد المهر، فإن انفرد أحدهما، لم نغرم لأن البضع غير مملوك للسيد، والمهر غير مملوك للعبد.

ومنها: إنما نغرم إذا طلبها الزوج فمنعناها بسبب الإسلام، أما إذا مات قبل الطلب، فلا غرم، وكذا لو مات الزوج قبل أن يطلبها منا وإن كان قد دخل دار الإسلام، ولو مات أحدهما بعد الطلب والمنع، لم يسقط الغرم، فإن كان هو الميت، صرف المهر إلى ورثته، وإن قتلت قبل الطلب، فلا غرم، كما لو ماتت، وإن قتلت بعده، ثبت الغرم، ثم نقل الإمام أنه يكون على القاتل، لأنه المانع بالقتل، ورأى أن يفصل فيقال: إن قتلها على الاتصال بالطلب، فالحكم ما ذكره، وإن تأخر القتل، فقد استقر الغرم علينا بالمنع، فلا أثر للقتل بعده، وفي الحالتين لا حق للزوج فيما على القاتل من قصاص ودية، لأنه لا يرثها، ولو جرحها شخص قبل الطلب، ثم طلبها الزوج وقد انتهت إلى حركة المذبوحين، فهو كالطلب بعد الموت، وإن بقيت فيها حياة مستقرة، فهل الغرم على الجارح، أم في بيت المال لأن المنع في الحياة؟

وجهان: أصحهما: الثاني، ولا يسقط الغرم، بأن يطلقها بعد طلبها، وأما قبله، فإن خالعتها، أو طلقها طلاقاً بائناً، فلا غرم، لأنه ترك باختياره، قال الروياني: وكذا لو ملكها أن تطلق نفسها على الفور، وقد يلائم هذه القاعدة أن يقال: يشترط كون الطلب على الفور، وإن طلقها رجعيّاً، أو طلقها، فأسلمت وهي في عدة الرجعية، ثم جاء الزوج يطلبها، فالصحيح المنصوص أنا إنما نغرم له إذا راجعها لظهور قصد الإمساك بالرجعة، وإن كانت رجعة الكافر المسلمة لا تصح، قال الإمام: وخرج المحققون قولاً أنه يستحق المهر بمجرد الطلب بلا رجعة، لأنها فاسدة، فلا معنى لاشتراطها.

فرع: جميع ما ذكرناه هو في رد النساء الحرائر، أما الإماء والصبيان والمجانين، فلا يردون لضعفهم، ولا يجوز الصلح بشرط ردهم، ولا غرم في ترك ردهم، كما في غير ذوات الأزواج، فإذا بلغ الصبي، وأفاق المجنون، فإن وصفا الإسلام، فذاك، وإن وصفا كفوّاً لا يقر أهله عليه، فإذا أن يسلم، وإما أن يردا إلى مأمنهما، وإن وصفا كفوّاً يقر أهله، فإذا أن يسلم وإما أن يقبلا الجزية، وإما أن يردا إلى مأمنهما. وأما الذكور البالغون العقلاء، فنقل الإمام في رد العبد وجهين: الصحيح الذي ذكره الجمهور: لا يرد، لأنه جاء مسلماً مراغماً لهم، والظاهر أنهم يسترقونه ويهينونه ولا عشيرة له تحميه، والثاني: يرد، والمنع في النساء لخوف الفاحشة، وهل يعتق العبد الذي جاء مسلماً؟ قال في «الحاوي»: إن غلبهم على نفسه ثم أسلم وهاجر، عتق، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، وإن أسلم، ثم غلبهم على نفسه وجاءنا، نظر إن فعل ذلك قبل أن هادناهم، فكذلك، لأنه غلب في حال الإباحة، وإن فعله بعد الهدنة، لم يعتق، لأن أموالهم محرمة حينئذ لا يملكها بالقهر، ثم لا يرد إلى السيد، وإن لم يعتق، ولا يمكن من استرقاقه، فإن أعتقه وإلاً باعه الإمام لمسلم، أو دفع قيمته من بيت المال، وأعتقه عن المسلمين كافة، وولأؤه لهم. وأما الحر، فإن لم تكن له عشيرة وغلب على الظن أنه يذل ويهان، ففي رده طريقان، الصحيح طرد الوجهين في رد العبد، والثاني: يرد قطعاً لأن الحرية في الجملة مظنة القدرة، فإن قلنا: يرد، قال الإمام: لا يبعد أن يقال: على الإمام أن يشترط عليهم أن لا يهينوا المسلم المردود، فإن أهانوه كانوا ناقضين للعهد، وإن كان للحر عشيرة وطلبته، رد كما رد النبي ﷺ أبا جندل رضي الله عنه على سهيل بن عمرو^(١)،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٣١٨١، ٣١٨٢، ٤١٨٩، ٤٨٤٤، ٧٣٠٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٨٥).

لأن الظاهر أنهم يحمونهم، وأما كون عشيرته تؤذيه بالتقييد ونحوه، فلا اعتبار به، فإنهم يفعلونه تأديباً في زعمهم، وإن طلبه عين عشيرته، لم يرد إلا إذا كان الطالب ممن يقدر المطلوب على قهره والإفلات منه، وعلى هذا حمل رد النبي ﷺ أبا بصير ^(١)، وإن لم يطلبه أحد، فلا رد كما لا غرم إذا لم يطلب أحد المرأة، قال الأصحاب: ومعنى الرد أنه لا منع من الرجوع، ويخلى بينه وبين من يطلبه، لا أنه يجبر على الرجوع، وهذا معنى رد النبي ﷺ أبا جندل وأبا بصير ^(٢) ولا يبعد تسمية التخلية رداً كما في رد الوديعة، ولو شرط الإمام في الهدنة أن يبعث إليهم من جاء مسلماً، فمن الأصحاب من قال: يجب الوفاء بشرطه، ومقتضى هذا أن لا يعتبر الطلب، ونقل الروياني عن النص أنه يفسد العقد بهذا الشرط، وذكر أنهم لو طلبوا من جاء منهم وهو مقيم على كفره، مكناهم منه، وأنهم لو كانوا شرطوا أن يقوم برده عليهم، وفينا بالشرط، ولا يجب على المطلوب أن يرجع إليهم، ولذلك لم ينكر النبي ﷺ على أبي بصير ^(٣) امتناعه، فإن اختار الإقامة في دار الإسلام، لم يمنع، ويقول الإمام للطالب: لا أمتنعك منه إن قدرت عليه، ولا أعينك إن لم تقدر، وعن النص أنه يستحب أن يقول للمطلوب سراً: لا ترجع، وإن رجعت فاهرب إذا قدرت، وللمطلوب أن يقتل الطالب، ولنا أن نرشده إلى قتله تعريضاً لا تصريحاً، لأن الإمام إنما التزم بالهدنة أن يمتنع عنهم، ويمنع الذين يعادونهم وهم المسلمون يومئذ، فأما من أسلم بعد، فلم يشترط على نفسه، ولا تناوله شرط الإمام، لأنه ليس في قبضته، وفيه احتمال للإمام أنه ليس له التعرض لمن عصم الإمام دمه وماله، ولهذا من جاءنا مسلماً ولم يطلب، يلزمه بعقد الهدنة ما لزمنا.

فرع: عن «البحر»: كافر تحته عشر نسوة أسلمن، وهاجرن، وجاء يطلبهن، يؤمر باختيار أربع، ويعطى مهورهن على قول غرامة المهر، والمستولدة إذا جاءت مسلمة كالأمة والمكاتبة إن اقتضى الحال عتقها كذلك وتبطل الكتابة وإلا فهي على كتابتها، فإن أدت، عتقت وللسيد الولاء، وإن عجزت ورقت حسب ما أخذ من مال الكتابة بعد إسلامها من ضمانها ولا يحسب منه ما أخذ قبل الإسلام، فإن بلغ المحسوب عليه قدر القيمة، فقد استوفى حقه وعتقت، وولاؤها للمسلمين، وهل يرد عليها من بيت المال؟ قولان بناء على أنا هل نغرم للسيد قيمة الأمة، وإن كان المؤدى أكثر من القيمة، لم يسترجع الفاضل من سيدها، وإن كان أقل، فللسيد تمام القيمة، ويكون ذلك من بيت المال.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٧٣١ - ٢٧٣٢).

فصل: إذا عقد الهدنة بشرط أن يردوا من جاءهم منا مرتدًا، ويسلموه إلينا، لزمهم الوفاء، فإن امتنعوا، كانوا ناقضين للعهد، فإن عقدت بشرط أن لا يردوا من جاءهم، ففي جوازه قولان، أظهرهما وأشهرهما: الجواز، والثاني: المنع، بل لا بد من استرداده لإقامة حكم المرتدين عليه، وقال الماوردي: الصحيح عندي صحة الشرط في الرجال دون النساء، لأن الأبضاع يحتاط لها، ويحرم على الكافر من المرتدة ما يحرم من المسلمة، وربما حاول تنزيل القولين على الصنفين، فإن أبطلنا الشرط وأوجبنا الرد، فالذي عليهم التمكين والتخية دون التسليم، وكذا الحكم لو جرت المهادنة مطلقاً من غير تعرض لرد المرتد، وحيث لا يلزمهم التمكين والتسليم، يلزمهم مهر من ارتد من نساء المسلمين، وقيمة من ارتد من رقيقهم، ولا يلزمهم غرم من ارتد من الرجال الأحرار، ولو عاد المرتدون إلينا، لم نرد المهور، ونرد القيم، لأن الرقيق بدفع القيمة يصير ملكاً لهم، والنساء لا يصرن زوجات، وحيث يجب التمكين دون التسليم تمكنوا، فلا غرم عليهم، سواء وصلنا إلى المطلوبين أم لا، وحيث يجب التسليم يطالبهم به عند الإمكان، فإن فات التسليم بالموت، لزمهم الغرم، وإن هربوا، نظر إن هربوا قبل القدرة على التسليم، فلا غرم، وبعدها يجب الغرم، وإذا قلنا: لا تسترد المرتدة، غرم الإمام لزوجها ما أنفق من صداقها، لأننا بعقد الهدنة حلنا بينه وبينها، ولولاه، لقاتلناهم حتى يردوها، وإن قلنا: تسترد، فتعذر ذلك فقال الغزالي: نغرم له أيضاً، ويشبه أن يكون الغرم لزوج المرتدة مفرعاً على الغرم لزوج المسلمة المهاجرة، ولم أره مصرحاً به، وقد يشعر كلام الغزالي بخلافه، ثم لو جاءتهم امرأة منا مرتدة، وهاجرت إلينا امرأة منهم مسلمة، وطلبها زوجها، فلا نغرم له المهر، بل نقول: هذه بهذه، ويجعل المهرين قصاصاً، ويدفع الإمام المهر إلى زوج المرتدة، ويكتب إلى زعيمهم ليدفع مهرها إلى زوج المهاجرة، هذا إن تساوى القدران، فإن كان مهر المهاجرة أكثر، صرفنا مقدار مهر المرتدة منه إلى زوجها والباقي إلى المهاجرة، وإن كان مهر المرتدة أكثر، صرفنا مقدار مهر المهاجرة إلى زوجها، والباقي إلى زوج المرتدة، وبهذه المقاصة فسر مفسرون قوله تعالى: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَاقِبْتُمْ فَاتَّوُاْ الَّذِيْنَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِّثْلَ مَا أَنْفَقُواْ﴾ [الممتحنة: ١١].

فصل: على الإمام منع من يقصد أهل الهدنة من المسلمين والذميين، وليس عليه منع الحربيين، ولا منع بعضهم من بعض لأن الهدنة لمجرد الكف لا للحفظ بخلاف الذمة. ولو أتلف مسلم أو ذمي على مهادن نفساً أو مالا، ضمنه، وإن قذفه عزز، وعليهم بإتلاف مال المسلم الضمان، وبقتله القصاص، وبالقذف الحد. ولو

أغار أهل الحرب عليهم، ثم ظفر الإمام بأهل الحرب، فاستنقذ منهم أموال أهل الهدنة، لزمه ردها إليهم، وفي إقامة حد السرقة، والزنى على المعاهد، وانتقاض عهده بالسرقة خلاف سبق في آخر الباب الأول من كتاب السرقة، وبالله التوفيق. كتاب الصيد والذبائح والضحايا والعقيقة والأطعمة. هذه الكتب تقدمت في آخر العبادات.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب السِّبْقِ وَالرَّمِي

وهو المناضلة، المسابقة والمناضلة جائزتان بل سنتان إذا قصد بهما التأهب للجهاد.

قلت: يكره لمن علم الرمي تركه كراهة شديدة، ففي صحيح مسلم عن عقبة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من علم الرمي ثم تركه فليس منا أو قد عصي»^(١). والله أعلم.

ويجوز شرط المال في المسابقة والمناضلة، وفي الكتاب بابان، باب في السبق، وباب في الرمي، وقد تدخل مسائل أحدهما في الآخر لتقاربهما.

الباب الأول: في السبق

وفيه طرفان:

الطرف الأول: في شروطه، وهي عشرة:

الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه عدة للقتال، لأن المقصود منه التأهب للقتال، ولهذا قال الصيمري: لا يجوز السبق والرمي من النساء، لأنهن لسن أهلاً للحرب، ثم الأصل في السبق الخيل والإبل، لأنها التي يقاتل عليها غالباً، وتصلح للكر والفر بصفة الكمال، وتجوز المسابقة على الفيل والبغل والحمار على المذهب، وقيل: بالمنع فيها، وقيل: بالمنع في البغل والحمار، وقيل: في الجميع خلاف. وأما المناضلة فتجوز على السهام العربية والعجمية وهي النشاب، وعلى جميع أنواع القسي، حتى تجوز على الرمي بالمسلات والإبر، وفي المزاريق والرانات ورمي الحجارة باليد وبالمقلاع والمنجنيق طريقتان، أحدهما: الجواز، والثاني: وجهان: أحدهما: الجواز، ولا تجوز المسابقة بإشالة الحجر باليد على المذهب وبه قطع الأكثرون، وقيل: وجهان: وأما مرأمة الأحجار، وهي أن يرمي كل واحد الحجر إلى صاحبه، فباطلة، وأما المسابقة على التردد بالسيوف والرماح، فقيل بمنعها، لأنها لا تفارق صاحبها، وإلا يصح الجواز، لأنها من أعظم عدد القتال، واستعمالها

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٩١٩).

يحتاج إلى تعلم وتحذق، والمسابقة على الحمام وغيره من الطيور، وعلى الأقدام والسباحة في الماء والطيارات والزوارق والصراع، فجائزة بلا عوض، والأصح منها بالعوض، فإن جوزنا الصراع، ففي المشابكة باليد وجهان: ولا تجوز على مناطقة الشياه، ومهارشة الديكة لا بعوض ولا بغيره.

فرع: لا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينتفع به في الحرب، كاللعب بالشطرنج والخاتم والصولجان، ورمي البندق والجلاهق، والوقوف على رجل واحدة، ومعرفة ما في اليد من شفع ووتر، وسائر أنواع اللعب، وأما المقل في الماء فقال الشيخ المروزي: إن جرت العادة بالاستعانة به في الحرب، فهو كالسباحة، وإلا فلا تجوز المسابقة عليه.

قلت: لا تجوز المسابقة على البقر على المذهب، وقيل: وجهان: حكاه الدارمي قال: والذي تجوز المسابقة عليه من الخيل. قيل: ما يسهم له وهو الجذع أو الشني، وقيل: وإن كان صغيراً قال: ولا تجوز على الكلب. والله أعلم.

الشرط الثاني: الإعلام، فيشترط إعلام الموقوف الذي يبدآن بالجري منه، والغاية التي يجريان إليها، ويشترط تساوي المتسابقين فيهما، ولو لم يعينا غاية وشرطاً المال لأسبقيهما حيث سبق، لم يجز، ولو عينا غاية وشرطاً أن السبق إن اتفق في وسط الميدان لأحدهما كان فائزاً، لم يجز على الأصح لأننا لو اعتبرنا السبق في خلال الميدان لا اعتبرناه بلا غاية معينة، ولو عينا غاية وقالوا: إن اتفق السبق عندها فذاك، وإلا عدينا إلى غاية أخرى اتفقا عليها، جاز على الأصح لحصول الإعلام وكون كل واحدة من الغائتين معلومة.

فرع: يشترط كون المال معلوم الجنس والقدر.

الشرط الثالث: أن يشترط للسابق كل المال أو أكثره، فإذا تسابق اثنان، وبذل المال غيرهما، فإن شرطه للسابق منهما، فذاك، وإن شرطه للثاني، أو شرط له مثل الأول، لم يجز، وإن شرط للثاني أقل مما شرط جاز على الأصح، وإن تسابق ثلاثة، وشرط بأذن المال المال للأول، جاز، وإن شرطه للثاني، أو شرط له أكثر من الأول، لم يجز على الأصح، وقيل: يجوز، لأن ضبط الفرس في شدة عدوة ليقف في مقام الثاني يحتاج إلى حذق ومعرفة، وإن شرط له مثل ما شرط للأول، جاز على الأصح، لأن كل واحد يجتهد هنا أن يكون أولاً وثانياً، وإن شرط له دون ما شرط للأول، جاز على الصحيح، ويخرج من هذا الاختلاف في الثلاثة أربعة أوجه: أحدها: يجوز أن يشترط الجميع للثاني، والثاني: لا يجوز شرط شيء له، والثالث: يجوز له شرط بشرط تفضيل السابق، والأصح: يجوز أن يشترط له بحيث لا يفضل

على السابق، وأما الفسكِل بكسر الفاء والكاف وإسكان السين المهملة بينهما وهو الأخير، فلا يجوز أن يساوى بمن قبله، ويجوز أن يشترط له دون ما شرط لمن قبله على الأصح كما سبق في الاثنين، ويقاس بها ما إذا تسابق أكثر من ثلاثة حتى لو كانوا عشرة، وشرط لكل واحدة سوى الفسكل مثل المشروط لمن قبله، جاز على الأصح، والأحب أن يكون المشروط لكل واحد دون المشروط لمن قبله، وفي شرط شيء للفسكل الوجهان، ولو أهمل بعضهم، بأن شرط للأول عشرة، وللثالث تسعة، وللرابع ثمانية، فهل يجوز؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن الرابع والثالث يفضلان من قبلهما، والثاني: نعم، ويقام الثالث مقام الثاني، والرابع مقام الثالث، وكأن الثاني لم يكن، وإذا بطل المشروط في حق بعضهم، ففي بطلانه في حق من بعده وجهان: وهذان الوجهان مع الوجهين في الإهمال مبنيان على أن من بطل السبق في حقه هل يستحق على البازل أجرة المثل؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: لا، بطل العقد في حق من بعده لثلا يفضل من سبقه، وإن قلنا: نعم، لم يبطل في حق من بعده ولا يضر كون المشروط له زائداً على أجرة المثل، لأن الممتنع أن يفضل المسبوق السابق فيما يستحقانه بالعقد، وأجرة المثل غير مستحقة بالعقد.

واعلم أن الصور المذكورة وضعوها فيما لو كان باذل المال غير المتسابقين، ويمكن فرضها أو فرض، بعضها فيما لو بذله أحدهما، بأن يتسابق اثنان، ويبذل أحدهما مالاً على أنه إن سبق دفع إلى الآخر منه كذا، وإن سبقه الآخر أمسك لنفسه منه كذا.

فرع: قال: من سبق فله كذا فجاء المتسابقون معاً فلا شيء لهم، ولو جاء اثنان فصاعداً معاً، وتأخر الباقيون فالمشروط للأولين بالسوية، ولو قال: من سبق، فله دينار، ومن جاء ثانياً، فله نصف دينار، فسبق واحد، ثم جاء ثلاثة معاً، ثم الباقيون، فللسابق دينار، وللثلاثة نصف، وإن سبق واحد، ثم جاء الباقيون، فله دينار، ولهم نصف، وإن جاء الجميع معاً، فلا شيء لهم، ولو قال: كل من سبق، فله دينار، فسبق ثلاثة، قال الداركي: لكل واحد منهم دينار.

الشرط الرابع: أن يكون فيهم محلل، ومال المسابقة قد يخرج المتسابقين، أو أحدهما أو غيرهما.

الحالة الأولى: أن يخرج غيرهما، فيجوز للإمام أن يخرج المال من خاص نفسه ومن بيت المال، لما فيه من التحريض على تعلم الفروسية، وإعداد أسباب القتال، ويجوز للواحد من الرعية إخراجه من مال نفسه، لأنه بذل مال في طاعة، ويثاب عليه إذا نوى، وسواء تسابق اثنان أو أكثر، ومن سبق، أخذ المال.

الحالة الثانية: أن يخرج أحدهما، ويشترطه إن سبق أحرزه ولا شيء له على الآخر، وإن سبق الآخر، أخذه، فيجوز، ولو تسابق أكثر من اثنين، وأخرجه اثنان فصاعداً، وشرطوا أن من سبق من المخرجين لم يحرز إلا ما أخرجه، ومن سبق من غيرهم، أخذ ما أخرجه المخرجون، جاز أيضاً.

الحالة الثالثة: أن يخرج المتسابقان، فيقول كل واحد: إن سبقتك، فلي عليك كذا، وإن سبقتني، فلك علي كذا، فهذا لا يجوز، لأنه صورة قمار إلا أن يدخل بينهما محلاً وهو ثالث يشاركهما في المسابقة على أنه إن سبق أخذ ما شرطه، وإن سبق، فلا شيء عليه، فيجوز لأنه يخرج عن صورة القمار، ثم إن شرطاً أن يختص المحلل بالاستحقاق، وإن سبق أحدهما كل واحد منهما لا يأخذ إلا ما أخرج، فهذا جائز بالاتفاق، وإن شرط أن المحلل يأخذ السبقين وإن سبق أحدهما أحدهما، جاز على الصحيح المنصوص، ومنعه ابن خيران، فإذا قلنا بالمنصوص وكان المتسابقون مئة مثلاً، وليس فيهم إلا محلل واحد، وشرط أن يأخذ جميع ما أخرجه إن سبق ولا يغرم إن سبق، وكل واحد من المتسابقين إن سبق، غنم، وإن سبق، غرم، صح العقد والشرط، قال الإمام: وهنا أصل آخر وهو أنهما إذا أطلقا شرط المال للسابق، فهل اللفظ للسابق المطلق، أم يتناول من سبق غيره وإن كان مسبقاً لغيره؟ فيه وجهان: الصحيح: الأول، ويترتب على الأصلين الحكم في صور مجيء المتسابقين، فإذا تسابق اثنان ومحلل، نظر إن جاء المحلل ثم أحدهما ثم الفسكل، فللمحلل ما أخرجه الآتي بعده بلا خلاف، وفيما أخرجه الفسكل ثلاثة أوجه: أصحها: أنه للمحلل أيضاً لأنه السابق المطلق، والثاني: أنه له وللآتي بعده، لأنهما سبقا الفسكل، والثالث: هو للآتي بعده وحده، ولو سبق المحلل ثم جاء معاً، فله السبقان بلا خلاف، ولو سبق المحلل مع أحدهما، فالذي سبق مع المحلل يحرز ما أخرجه وأما ما أخرجه الآخر، فهو له، وللمحلل على الصحيح المنصوص، وعند ابن خيران للمحلل خاصة، ولو سبق أحدهما، ثم جاء الثاني مع المحلل، أو جاء الثاني، ثم المحلل، أحرز السابق ما أخرجه وله أيضاً ما أخرجه الآخر على المنصوص، وعند ابن خيران لا يأخذه، ولا شيء للمحلل على المذهبين، ولو سبق أحدهما، ثم جاء المحلل، ثم الآخر، أحرز السابق ما أخرجه الآخر، فإن قلنا بالمنصوص، ففيه أوجه: أصحها: أنه للسابق أيضاً، والثاني: أنه له وللمحلل معاً، لأنهما سبقا الآخر، والثالث: أنه للمحلل وليس بشيء، وإن قلنا بقول ابن خيران، فهل هو للمحلل، أم يحزره مخرجه، ولا يستحقه المحلل ولا السابق؟ وجهان: ولو سبقا معاً، ثم جاء المحلل، أو جاء الثلاثة معاً، لم يأخذ واحد منهم من غيره شيئاً،

ويجوز أن يدخل بينهما محللين وأكثر، فإذا تسابق اثنان ومحللان، فسبق أحد المحللين، ثم جاء أحد المتسابقين، ثم المحلل الثاني، ثم المتسابق الثاني، فما أخرجه المتسابق الأول، فللمحلل الأول، وأما ما أخرجه الآخر، فإن قلنا بالمنصوص، فهو للمحلل الأول أيضاً على الصحيح، لأنه السابق المطلق، وقيل: هو للمحللين والمتسابق الأول، لأنهم جميعاً سبقوا الثاني، وقياس الوجه الضعيف أنه للمحلل الثاني، وإن قلنا بقول ابن خيران، فهو للمحلل الأول، وقيل: للمحللين، ولو جاء أولاً أحد المتسابقين، ثم أحد المحللين ثم المحلل الثاني، أحرز الأول ما أخرجه، وأما ما أخرجه الآخر، فإن قلنا بالمنصوص، فهو للمتسابق الأول على الصحيح، وقيل: له وللمحلل الأول، وعلى الوجه الضعيف: هو للمحلل الأول، وعلى قول ابن خيران: هو للمحلل الأول لا غير.

الشرط الخامس: أن يكون سبق كل واحد منهما ممكناً، فإن كان فرس أحدهما، أو فرس المحلل ضعيفاً يقطع بتخلفه، أو فارهاً يقطع بتقدمه، لم يجز، هكذا أطلق عامة الأصحاب، وقال الإمام: إن أخرج أحدهما المال على أنه إن فاز، أحرز ما أخرجه، وإلا فهو لصاحبه، وكان صاحبه بحيث يقطع بأنه لا يسبق، فهذه مسابقة بلا مال، وإن كان يقطع بأنه يسبق، ففي صحة هذه المعاملة وجهان: أحدهما: الصحة، وحاصلها إخراج مال لمن يقطع بأنه يسبقه، فأشبه ما لو قال لرجل: أرم كذا، فإن أصبت منه كذا، فلك هذا المال، وإن أخرج كل واحد منهما مالا، وأدخل محلاً يعلم تخلفه قطعاً، فلا فائدة في إدخاله، ويبقى العقد على صورة القمار، فيبطل، وإن تيقن سبقه، ففيه الوجهان، وإن أخرج المال ولا محلل وأحدهما بحيث يقطع بسبقه، فالذي يسبق كالمحلل، لأنه لا يستحق عليه شيء، وشرط المال من جهته لغو، وهذا التفصيل الذي ذكره الإمام حسن، ولو كان سبق أحدهما ممكناً على الندور، ففي الاكتفاء به للصحة وجهان: أحدهما: وأقربهما إلى كلام الأصحاب: المنع، ولا اعتبار بالاحتمال النادر، ويتعلق بما نحن فيه اختلاف المركوبين جنساً ونوعاً، أما النوع فلا يضر، فتجوز المسابقة بين فرس عربي وعجمي، وعربي وتركبي، وقال أبو إسحاق: إذا تباعد نوعان، كالعتيق والهجين من الخيل، والنجيب والبختي من الإبل، لم يجز، وينبغي أن يرجح هذا وإن كان الأول أشهر، لأنه إذا تحقق التخلف فأى فرق بين أن يكون لضعف، أو لرداءة نوع.

قلت: قول الأكثرين تجوز بين العتيق والهجين، والنجيب والبختي، محمول على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب كما ذكرناه، فقول أبي إسحاق ضعيف إن لم يرد به هذا فإن أراد، ارتفع الخلاف. والله أعلم.

وأما إذا اختلف الجنس، فإن كان كبعير وفرس، أو فرس وحمار فالأصح: المنع، وإن كان بغلاً وحماراً وجوزنا المسابقة عليهما، فالأصح: الصحة، وبه أجاب ابن الصباغ.

الشرط السادس: تعيين المركوبين، فإن أحضرت الأفراس، وعقد على عينها، فذاك، وإن وصفت وعقد على الوصف، فهل تصح؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قال العراقيون، قال الإمام: هو الأوجه، كما قام الوصف في السلم والزنى مقام الإحضار، ونقل الإمام عن العراقيين أنه إذا جرت المسابقة مطلقة، كان كجريان المناضلة مطلقة، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها على ماذا تحمل، وإذا تعلق العقد بعين فرس، لم يجز إبداله، فإن هلك، انفسخ العقد، وإذا عقد على الوصف، ثم أحضر فرس، فينبغي إن لا يفسخ العقد بهلاكه.

الشرط السابع: أن يسبقا على الدابتين، فلو شرطاً إرسالهما ليجرياً بأنفسهما، فالعقد باطل، لأنها تنفر، ولا تقصد الغاية بخلاف الطيور إذا جوزنا المسابقة عليها، لأن لها هداية إلى الغاية.

الشرط الثامن: أن تكون المسافة بحيث يمكن للفرسين قطعها ولا ينقطعان، فإن كانت بحيث لا يصلان غايتها إلا بانقطاع وتعب، فالعقد باطل.

الشرط التاسع: أن يكون المال المشروط معلوماً، ويجوز أن يكون عيناً ودينياً، وبعضه عيناً وبعضه ديناً، وحالاً ومؤجلاً، فلو شرطاً مالاً مجهولاً بأن قال: أعطيك ما شئت أو شئت، أو شرط ديناراً أو ثوباً ولم يصف الثوب، أو ديناراً إلا ثوباً، فالعقد باطل، وكذا لو شرطاً ديناراً إلا درهماً إلا أن يريد قدر الدرهم وعرفاً قيمة الدينار بالدرهم، ولو قال: إن سبقتني، فلك هذه العشرة وترد ثوباً، فالعقد باطل، لأنه شرط عوض عن السابق، وهو خلاف مقتضاه، ولو تسابقا على عوض كان في الذمة، فوجهان بناء على جواز الاعتياض عنه، ولو أخرج المال غيرهما، جاز أن يشترط لأحدهما أكثر من الآخر، وإن أخرجاه جاز أن يخرج أحدهما أكثر، وقال الصيمري والماوردي: إذا أخرجاه وجب التساوي جنساً ونوعاً وقدرًا.

الشرط العاشر: اجتناب الشروط المفسدة، فلو قال: إن سبقتني، فلك هذا الدينار ولا أرمي بعد هذا أو لا أناضلك إلى شهر، بطل العقد، نص عليه. ولو شرط على السابق أن يطعم السبق أصحابه، بطل العقد على الصحيح، وقال أبو إسحاق: يصح، وقبوله الإطعام وعد إن شاء وفي به، وإن شاء لم يف.

قلت: وفي «التنبيه» وجهان آخران، أحدهما: يفسد المسمى، ويجب عوض المثل، والثاني: يصح العقد ولا عوض. والله أعلم.

فصل: الأشياء التي ذكر الأصحاب اعتبار السبق بها ثلاثة: أحدها: الكتد بفتح التاء وكسرهما، والفتح أشهر، وهو مجمع الكفين بين أصل العنق والظهر. الثاني: الأقدام وهي القوائم. الثالث: الهادي وهو العنق، ونقل الإمام اختلاف وجه أو قول في أن الاعتبار بالهادي، أم بموضع الأقدام والكتد، ورأى الثاني أقيس، والذي يوجد لعامة الأصحاب في كتبهم أن الاعتبار في الإبل بالكتد، وفي الخيل بالهادي، لأن الإبل ترفع أعناقها في العدو، فلا يمكن اعتباره، والخيـل تمدها، قالوا: فإذا استوى الفرسان في خلقة العنق طولاً وقصراً، فالذي تقدم بالعنق، أو بعضه هو السابق، وإن اختلفا فإن تقدم أقصرهما عنقاً، فهو السابق، وإن تقدم الآخر، نظر إن تقدم بقدر زيادة الخلقة فما دونها، فليس بسابق، وإن تقدم الآخر، نظر إن تقدم بقدر زيادة الخلقة فما دونها، فليس بسابق، وإن تقدم بأكثر، فسابق، وحكى أوجه آخر ضعيفة، أحدها: أن عند اختلاف خلقة العنق يعتبر في الخيل الكتد، حكى عن أبي إسحاق ورجحه الروياني، والثاني: أن عند اختلاف الخلقة إذا سبق أطولهما عنقاً ببعض عنقه، وكتدهما سواء، كان سابقاً. والثالث: أنه إن كان في جنس الخيل ما يرفع الرأس عند العدو، اعتبر فيه الكتد كما في الإبل. والرابع: أن التقدم بأيهما حصل، حصل السبق، وعلى هذا لو تقدم أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر فلا سبق. والخامس: حكاه ابن القطان: لا يعتبر هذا ولا ذاك، بل يعتبر عرف الناس وما يعدونه سبقاً. والسادس: المعتبر تقدم الأذن. والسابع: المعتبر ما شرطاه من الكتد أو الهادي.

قلت: هذا السابع ضعيف، لأن المسألة فيما إذا أطلقا. والله أعلم.

فهذا هو الكلام في الهادي والكتد، أما الكتد مع القدم، فقد قرن بينهم قارنون، وأقام أحدهما مقام الآخر آخرون، وأشار الفريقان إلى أنه لا فرق في الاعتبار بهما ولا خلاف، لأنهما قريبان من التحاذي، لكن بينهما مع التفاوت تفاوت، ولا يبعد أن يجعل اعتبار القدم وراء اعتبار الكتد والهادي، وقال صاحب «الحاوي»: لو اعتبر السبق بالقدم، فأيهما تقدمت يدها، فهو السابق، لأن السعي بهما والجري عليهما، لكن الشافعي رحمه الله اعتبر الهادي والكتد، وأما قول الغزالي: الاعتماد على القدم، فخلافاً للجمهور، ثم قال الشيخ أبو محمد: الخلاف في أن السبق بماذا يعتبر؟ مخصوص بآخر الميدان، فأما في أوله، فيعتبر التساوي في الأقدام قطعاً.

فروع: تتعلق بالسبق

لو سبق أحدهما في وسط الميدان، والآخر في آخره، فالسابق الثاني. ولو عثر أحد الفرسين، أو ساخت قوائمه في الأرض فتقدم الآخر، لم يكن سابقاً، وكذا لو وقف بعد ما جرى لمرض ونحوه، فإن وقف بلا علة، فهو مسبوق، ولو وقف قبل أن يجري، فليس بمسبوق، سواء وقف لمرض أو لغيره، ولو تسابقا على أن من سبق منهما بأقدام معلومة على موضع كذا فله السبق جاز على الصحيح، والغاية في الحقيقة نهاية الأقدام من ذلك الموضع لكنه شرط في الاستحقاق تخلف الآخر عنها بالقدر المذكور.

فرع: ليَجريا في وقت واحد، ويستحب أن تكون في الغاية قصبة مغروزة ليقطعها السابق، فيظهر لكل أحد مقدمه.

الطرف الثاني: في أحكامه:

وفيه قاعدتان:

إحدهما: هل عقد المسابقة لازم كالإجارة أم جائز كالجعالة؟ قولان، أظهرهما: الأول، ثم قيل: القولان فيما إذا أخرجا العوض جميعاً، أما إذا أخرجاه أحدهما أو غيرهما، فجائز قطعاً، والمذهب: طرد القولين في الحالين، قال الشيخ أبو محمد والأئمة: القولان فيمن التزم المال، فأما من لم يلتزم شيئاً، فجائز في حقه قطعاً، وقد يكون العقد جائزاً من جانب لازماً من جانب، كالرهن والكتابة، وقيل: بطردهما فيمن لم يلتزم لأنه قد يقصد بمعاقدته تعلم الفروسية والرمي فيكون كالأجير، والمذهب يخصهما بالملتزم، فإن قلنا: بالجواز فلكل واحد ترك العمل قبل الشروع فيه، وكذا بعده إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر، وكذا إن كان على الأصح، لأنه عقد جائز، وعلى هذا القول تجوز الزيادة والنقص في العمل، وفي المال بالتراضي، وإذا بذل أحدهما المال لا يشترط من صاحبه القبول على الصحيح، قال الإمام: وأجرى الأصحاب هذين الوجهين في الجعالة المتعلقة بمعين، بأن يقول: إن أردت عبدي فلك كذا، وفي ضمان السبق قبل تمام العمل والرهن به الخلاف السابق في ضمان الجعل والرهن به قبل تمام العلم، وقيل: إن لم يصح الضمان، لم يصح الرهن وإلا فوجهان: لأن الضمان أوسع باباً، ولذلك يجوز ضمان الدرك دون الرهن به، وأما إذا قلنا باللزوم، فليس لأحدهما فسخ العقد دون الآخر، فإن ظهر بالعوض المعين عيب، ثبت حق الفسخ، وليس لأحدهما أن يترك العمل إن كان مفضولاً أو فاضلاً وأمكن أن يدركه صاحبه ويسبقه، وإلا فله الترك، لأنه ترك حق نفسه، ولا يجوز لهما الزيادة في العمل والمال ولا النقص منه إلا أن يفسخا العقد الأول،

ويستأنفا عقداً، وإذا سبق أحدهما اشترط قبول الآخر بالقول، ولا يكلف المسبق البداية بتسليم المال على المذهب بخلاف الأجرة، لأن في المسابقة خطراً، فيبدأ بالعمل، ويجوز ضمان السبق والرهن به على هذا القول على المذهب، وقال القفال: قولان كضمان ما لم يجب، وجرى سبب وجوبه، فأما بعد الفراغ من العمل فيجوز ضمان السبق والرهن به على القولين، وإن كان السبق عيناً، لزم المسبق تسليمها، فإن امتنع، أجبره الحاكم وحبسه عليه، ولو تلفت في يده بعد الفراغ من العمل، لزمه الضمان كالمبيع إذا تلف في يده قبل التسليم، ولو تلفت في يده قبل العمل، انفسخ العقد، ولو غاب لمرض ونحوه، فلم ينفسخ العقد، بل ينتظر زواله.

فرع: اشترى ثوباً وعقد المسابقة بعشرة، إن قلنا: المسابقة لازمة، فهو جمع بيع وإجارة في صفقة وفي صحته قولان، وإن قلنا: جائزة، لم يصح قطعاً لأنه جمع بين جعالة لا تلزم، وبيع يلزم في صفقة، وذلك ممتنع.

القاعدة الثانية: إذا فسدت المسابقة، وركض المتسابقان، وسبق من لو صحت، استحق السبق، فالمذهب أنه يستحق أجرة المثل، وبه قطع الأكثرون كالإجارة والقراض الفاسدين، وقيل: لا يستحق شيئاً، لأنه لم يعمل لغيره شيئاً، وفائدة عمله تعود إليه بخلاف الإجارة والجعالة الفاسدتين، وقيل: إن كان الفساد لخلل في العوض وأمكن تقويمه بأن كان مغصوباً، وجبت قيمته، وإذا قلنا بالمذهب، ففي كيفية اعتبار أجرة المثل وجهان: قال ابن سلمة: هي أجرة مثل الزمن الذي اشتغل بالرمي فيه، وأصحهما: قول أبي إسحاق: يجب ما يتسابق بمثله في مثل تلك المسابقة غالباً.

الباب الثاني: في الرمي

فيه طرفان:

الطرف الأول: في شروطه، وهي ستة:

أحدها: المحلل، فمال المناضلة على نحو ما ذكرنا في المسابقة، وهو أن يخرج غير المتناضلين، أو أحدهما أو كلاهما، وصورة القسم الأول أن يقول الإمام أو أجنبي: ارميا عشرة، فمن أصاب منها كذا، فله كذا، وصورة القسم الثاني أن يقول أحدهما: نرمي كذا، فإن أصبت أنت منها كذا، فلك علي كذا، وإن أصبتها أنا، فلا شيء لأحدنا على صاحبه، وصورة الثالث: أن يشرط كل واحد المال على صاحبه إن أصاب، وهذا الثالث لا يجوز إلا بمحلل معهما كما سبق.

وكما تجوز المناضلة بين اثنين تجوز بين حزينين كما سيأتي إن شاء الله تعالى،

وحيثُئذ، فكل حزب كشخص، فإن أخرج المال أحد الحزبين أو أجنبي، جاز، وإن أخرجاه اشترط محلل، إما واحد وإما حزب، ولو أخرجهم الحزبان، وشرطوا لواحد من أحد الحزبين إن كان الفوز لحزبه، شاركهم في أخذ المال، وإن كان للحزب الآخر، فلا شيء على ذلك الواحد إنما يغرم أصحابه، أو اشتمل كل حزب على محلل على هذه الصورة، فثلاثة أوجه: أصحابها: لا يجوز، لأن المحلل من إذا فاز، استبد بالمال، وهذا يشارك أصحابه، والثاني: الصحة، والثالث: يصح في الصورة الثانية دون الأولى، ولو شرط كل حزب كل المال لمحللهم، بطل قطعاً، لأنه يكون فائزاً لغيره.

الشرط الثاني: اتحاد الجنس، فإن اختلف، كالسهم مع المزاريق، لم يصح على الأصح، ولو اختلفت أنواع القسي والسهم، جاز قطعاً، كقسي عربية مع فارسية، ودورانية، وتنسب إلى دوران قبيلة من بني أسد، مع هندية، وكالنبل، وهو ما يرمى به عن القوس العربية، مع النشاب، وهو ما يرمى به عن الفارسية، ومن أنواع القسي: الحساب، وهي قوس تجمع سهامها الصغار في قسبة، ويرمى بها، فتتفرق على الناس، ويعظم أثرها ونكايتها، وحكى صاحب «التقريب» وجهاً أنه لا تجوز المناضلة بالنبل مع النشاب، كالخيل والبغال، والصحيح الأول، لأننا قدمنا أن اختلاف أنواع الإبل والخيل لا يضر، فهذا أولى، ثم إن عينا في عقد المناضلة نوعاً من الطرفين أو أحدهما، وفيها به ولا يجوز العدول عن المعين إلى ما هو أجود منه، بأن عينا القوس العربية، فلا يجوز العدول إلى الفارسية، ولو عدل إلى ما دونه، لم يجز أيضاً على الأصح إلا برضى صاحبه، لأنه ربما كان استعماله لأحدهما أكثر، ورميه به أجود، ولو عينا سهماً أو قوساً، لم يتعين، وجاز إبداله بمثله من ذلك النوع، سواء حدث فيه خلل يمنع استعماله أم لا بخلاف الفرس، فلو شرط أن لا يبدل، فسد الشرط على الأصح، لأن الرمي قد تعرض له أحوال خفية تحوجه إلى الإبدال، وفي منعه من الإبدال تضيق لا فائدة فيه، وقيل: يصح الشرط، فإن أفسدنا الشرط، فسد العقد على الأصح، ويجري الوجهان في كل ما لو طرح من أصله، لاستقل العقد بإطلاقه، فأما ما لا يستقل العقد بإطلاقه لو طرح، كإهمال ذكر الغاية في المسابقة، وصفة الإصابة في المناضلة، فإذا فسد، فسد العقد بلا خلاف، فإن صححنا هذا الشرط، لزم الوفاء به ما لم ينكسر المعين، ويتعذر استعماله، فإن انكسر جاز الإبدال للضرورة، فإن شرط أن لا يبدل وإن انكسر، فسد العقد قطعاً، ولو أطلقنا المناضلة ولم يتعرض لنوع، فثلاثة أوجه: الصحيح وقول الأكثرين: الصحة، لأن الاعتماد على الرامي، والثاني: المنع، لاختلاف الأغراض وتفاوت الحذق في

استعمالها، والثالث: إن غلب نوع في الموضع الذي يترامون فيه، صح ونزل عليه، وإلا فباطل، فإن قلنا: يصح، فتراضيا على نوع، فذاك، وإن تراضيا على نوع من جانب، ونوع آخر من الجانب الآخر، جاز أيضاً على الأصح كما في الابتداء، ولو اختار أحدهما نوعاً، وقال الآخر: بل يرمي بنوع آخر، وأصراً على المنازعة، فسخ العقد على الأصح، وقيل: يفسخ.

فرع: قال الإمام: اختلاف السهام وإن اتحد نوع القوس كاختلاف نوع الفرس، وببانه أن الرمي بنبال الحسبان التي يقال لها: الناول إنما يكون بالقوس الفارسية، لكنها مع الآلة المتصلة بها كنوع آخر من القوس، وكذا القوس الجرخ مع قوس اليد، والجرخ والناول مختلفان.

الشرط الثالث: أن تكون الإصابة المشروطة ممكنة لا ممتنعة ولا متيقنة، فإن شرط ما يتوقع إصابته، صح، وإن شرط ما هو ممتنع في العادة، بطل العقد، والامتناع قد يكون لشدة صغر الغرض أو بعد المسافة أو كثرة الإصابة المشروطة، كإصابة مئة أو عشرة متوالية، وفي العشرة وجه ضعيف، وإن شرط ما هو متيقن في العادة، كإصابة الحاذق واحداً من مئة، ففي صحة العقد وجهان: وجه المنع، أن هذا العقد ينبغي أن يكون فيه خطر ليتأقن الرامي في الإصابة.

قلت: أصحهما [...] ^(١).

ولو شرط ما يمكن حصوله نادراً، فوجهان: ويقال: قولان، أحدهما: الصحة، للإمكان وحصول الحذق، وأصحهما: الفساد، لبعد حصول المقصود، ويجري الخلاف في كل صورة تندر فيها الإصابة المشروطة، فمنها: التناضل إلى مسافة تندر فيها الإصابة، والتناضل في الليلة المظلمة وإن كان الغرض قد يترأى لهما، ويقرب من هذا ما ذكره الأصحاب أن المتناضلين ينبغي أن يتقاربا في الحذق بحيث يحتمل أن يكون كل واحد فاضلاً ومفضولاً، فإن تفاوتوا وكان أحدهما مصيباً في أكثر رميه، والآخر يخطئ في أكثره، فوجهان: ويتعلق بهذا الشرط أن المحلل بين المتناضلين ينبغي أن يكون بحيث يمكن فوزه وقصوره، فإن علم قصوره، فوجوده كعدمه، وإن علم فوزه فعلى الوجهين في إصابة واحد من مئة.

الشرط الرابع: الإعلام، فيشترط في المناضلة العلم بأمور لاختلاف الغرض باختلافها، منها: المال المشروط على ما ذكرنا في المسابقة، ومنها: عدد الإصابة، كخمسة من عشرين، وليبيننا صفة الإصابة من القرع، وهو الإصابة المجردة،

(١) بياض بالأصل.

والخرق، وهو أن يثقب الغرض، ولا يثبت فيه، والخسق وهو أن يثبت فيه، والخرم وهو أن يصيب طرف الغرض فيخرمه، والمرق وهو أن يثقبه، ويخرج من الجانب الآخر، ثم كتب كثير من الأصحاب منهم العراقيون مصرحة بأنه لا بد من ذكر ما يريدان من هذه الصفات سوى الخرم والمرق، فإنهم لم يشربوا التعرض لهما، والأصح ما ذكره البغوي: أنه لا يشترط التعرض لشيء منها، كالخرم والمرق، وكإصابة أعلى الشن وأسفله، قال: وإذا أطلقا العقد حمل على القرع، لأنه المتعارف، وأحسن من هذه العبارة أن يقال: حقيقة اللفظ ما يشترك فيه جميع ذلك، ومنها: إعلام المسافة التي يرميان فيها، وفي وجوبه قولان حكاهما الإمام، أحدهما: نعم، لاختلاف الغرض بها، والثاني: لا، وينزل على العادة الغالبة للرماة هناك إن كانت، فإن لم تكن عادة وجب قطعاً، وعلى هذا يحمل ما أطلقه الأكثر من اشتراط الإعلام، وليرجح من القولين: التنزيل على العادة الغالبة، لأن الشرط العلم بها، وذلك تارة يكون بالإعلام، وتارة بقرينة الحال، كنظائره، وبهذا قطع ابن كج.

وفي «المهذب» و«التهذيب» أنه إذا كان هناك غرض معلوم المدى، حمل مطلق العقد عليه، ولو ذكرنا غاية لا تبلغها السهام، بطل العقد، وإن كانت الإصابة فيها نادرة، ففيه الوجهان، أو القولان في الشروط النادرة، وقدر الأصحاب المسافة التي يقرب توقع الإصابة فيها بمائتين وخمسين ذراعاً، وما تتعذر فيه بما فوق ثلاثمائة وخمسين، وما تندر فيه بما بينهما، وفي وجه لا تجوز الزيادة على مائتين، وهو شاذ، ولو تناضلا على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً، ولم يقصدا غرضاً، صح العقد على الأصح، لأن الإبعاد مقصود أيضاً في مقاتلة القلاع ونحوها، وحصول الإرعاب، وامتحان شدة الساعد، قال الإمام: والذي أراه على هذا أنه يشترط استواء القوسين في الشدة، وتراعى خفة السهم ورزاقته، لأنهما تؤثران في القرب والبعد تأثيراً عظيماً.

ومنها: إعلام قدر الغرض طولاً وعرضاً، والكلام فيه على ما ذكرنا في المسافة.

ومنها: ارتفاعه عن الأرض وانخفاضه، وهل يشترط بيانه أم لا يشترط؟ ويحمل على الوسط فيه مثل الخلاف السابق. واعلم أن الهدف هو التراب الذي يجتمع، أو الحائط الذي يبنى لينصب فيه الغرض، والغرض قد يكون من خشب أو قرطاس أو جلد، أو شن وهو الجلد البالي، وقيل: كل ما نصب في الهدف، فهو قرطاس، سواء كان من كاغد أو غيره، وما تعلق في الهواء، فهو الغرض والرقعة، عظم ونحوه، يجعل في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالقمر قبل استكمال

يقال لها: الدارة، وفي وسطها نقش يقال له: الخاتم، وينبغي أن يبين موضع الإصابة أهو الهدف، أم الغرض المنصوب فيه، أم الدارة في الشن، أم الخاتم في الدارة؟ وقد يقال له: الحلقة والرقعة، وفي الصحة مع اشتراط إصابته الخلاف في الشروط النادرة، وقد يجعل العرب بدل الهدف ترساً ويعلق فيه الشن.

ومنها: عدد الأرشاق وهو جمع رشق بالكسر، وهي النوبة من الرمي تجري بين المترايين، سهماً سهماً أو خمسة خمسة، أو ما يتفقان عليه، ويجوز أن يتفقا على أن يرمي أحدهما جميع العدد، ثم الآخر كذلك، والإطلاق محمول على سهم سهم، والمحاطة أن يشترط طرح ما يشتركان فيه من الإصابات، ويفضل لأحدهما إصابات معلومة، فإذا شرطاً عشرين رشقاً وفضل خمس إصابات، فرميا عشرين، وأصاب أحدهما عشرة والآخر خمسة، فالأول ناضل، وإن أصاب كل واحد خمسة أو غيرها ولم يفضل لأحدهما خمسة، فلا ناضل، والمبادرة أن يشترط الاستحقاق لمن بدر إلى إصابة خمسة من عشرين مثلاً مع استوائهما في العدد المرمي به، فإذا رميا عشرين وأصاب أحدهما خمسة، والآخر أربعة فالأول ناضل، فلو رمى أحدهما عشرين وأصاب خمسة ورمى الآخر تسعة عشر، وأصاب أربعة، فالأول ليس بناضل الآن، فيرمي الآخر سهمه، فإن أصاب، فقد استويا، وإلا فالأول ناضل، وقولنا: مع استوائهما في العدد المرمي به احتراز من هذه الصورة، فإن الأول بدر، لكن لم يستويا بعد، وهل يشترط التعرض في العقد للمحاطة والمبادرة؟ وجهان: أحدهما: نعم، ويفسد العقد إن تركاه لتفاوت الأغراض، وأصحهما: لا، فإن أطلقا، حمل على المبادرة، لأنها الغالب من المناضلة، وهل يشترط ذكر الأرشاق وبيان عددها في العقد؟ فيه طريقتان، المذهب وبه قطع عامة الأصحاب: يشترط ذلك في المحاطة والمبادرة، ليكون للعمل ضبط، والأرشاق في المناضلة كالמידان في المسابقة. والثاني: فيه ثلاثة أوجه ذكرها الإمام، وجعلها الغزالي أقوالاً، أحدها: هذا، والثاني: لا يشترط، لأن الرمي لا يجري على نسق واحد، وقد لا يستوفي الأرشاق لحصول الفوز في خلالها كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وليكن التعويل على الإصابات، والثالث: يشترط في المحاطة لينفصل الأمر، ويبين نهاية العقد، ولا يشترط في المبادرة لتعلق الاستحقاق بالبدار إلى العدد المشروط.

فرع: تناضلا على رمية واحدة، وشرطا المال للمصيب فيها، صح على الأصح، وقيل: لا، فقد يتفق في المرة الواحدة إصابة الأخرى دون الحاذق، فلا يظهر الحذق إلا برميات، ولو رمى أحد المتناضلين أكثر من النوبة المستحقة له، إما باتفاقهما وإما بغيره، لم تحسب الزيادة له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ، ولو عقدا على عدد كثير على أن يرميا كل يوم بكرة كذا وعشية كذا، جاز، ولا يتفرقان كل يوم

حتى يستوفيا المشروط فيه إلا لعذر، كمرض وريح عاصفة ونحوه، ثم يرميان على ما مضى في ذلك اليوم أو بعده، ويجوز أن يشترطا الرمي جميع النهار، وحينئذ يفيان به ولا يدعان إلا في وقت الطهارة والصلاة والأكل ونحوها، وتقع هذه الأحوال مستثناة، كما في الإجارة، ولو أطلقا ولم يبينا وظيفة كل يوم، فكذلك الحكم، ولا يتركان الرمي إلا بالتراضي أو لعارض، كمرض وريح ومطر ونحوها، والحر ليس بعذر، وكذا الريح الخفيفة، وإذا غربت الشمس قبل فراغ وظيفة اليوم، لم يرميا بالليل للعادة إلا أن يشترط له وحينئذ يحتاجان إلى مشمعة ونحوها، وقد يكفي ضوء القمر كذا قاله الأصحاب.

ومنها: أنه يشترط رميهما مرتباً، لأنهما لو رميا معاً، اشتبه المصيب بالمخطيء، فإن ذكرا في العقد من يبدأ بالرمي، اتبع الشرط، وإن أطلقا، فقولان: أظهرهما: بطلان العقد، والثاني: صحته، وكيف يمضي؟ وجهان: ويقال: قولان، أحدهما: ينزل على عادة الرماة وهي تفويض الأمر إلى المسبق بكسر الباء وهو مخرج السبق، فإن أخرجه أحدهما، فهو أولى، وإن أخرجه غيرهما، قدم من شاء، وإن أخرجاه، أقرع، والثاني: يقرع بكل حال، وقال القفال: القولان في الأصل مبنيان على أنا نتبع القياس أم عادة الرماة؟ ويجري مثل هذين القولين في صور من السبق والرمي، وهما متعلقان بالخلاف في أن سبيل هذا العقد سبيل الإجارة أم الجعالة، إن قلنا بالأول، اتبعنا القياس، وإن قلنا بالثاني، اتبعنا العادات، وقيل: في المسألة طريقان آخران، أحدهما: القطع بالفساد، والثاني: بالقرعة، ثم إذا شرط تقديم واحد، أو اعتمدنا القرعة فخرجت لواحد، فهل يقدم في كل رشق، أم في الرشق الأول فقط؟ حكى الإمام فيه وجهين قال: ولو صرحوا بتقديم من قدموه في كل رشق، أو أخرجا القرعة للتقديم في كل رشق، اتبع الشرط وما أخرجه القرعة، ولك أن تقول: إذا ابتدأ المقدم في النوبة الأولى، فينبغي أن يتبدى الثاني في الثانية بلا قرعة، ثم يتبدى الأولى في الثالثة، ثم الثاني وهذا لأمرين، أحدهما: أنهم نقلوا عن نصه في «الأم» أنه لو شرط كون الابتداء لأحدهما أبداً، لم يجز، لأن المناضلة مبنية على التساوي، والثاني: أنه يستحب كون الرمي بين غرضين متقابلين يرمي المتناضلان، أو الجريان من عند أحدهما إلى الآخر، ثم يأتيان الثاني، ويلتقطان السهام، ويرميان إلى الأول، ثم نص الشافعي والأصحاب رحمهم الله أنه إذا بدأ أحدهما بالشرط، أو بالقرعة، أو بإخراج المال، ثم انتهى إلى الغرض الثاني، بدأ الثاني في النوبة الثانية، وإن كان الغرض واحداً وحينئذ فيتصل رمية في النوبة الثانية برمية في النوبة الأولى.

فرع: إذا قلنا: يقرع للابتداء، هل يدخل المحلل في القرعة إذا أخرجنا المال؟ وجهان: وإذا ثبت الابتداء لواحد، فرمى الآخر قبله، لم يحسب له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ، ويرمي ثانياً عند انتهاء النوبة إليه.

الشرط الخامس: تعيين الرماة، فلا يصح العقد إلا على راميين معينين، أو رماة معينين، وتجاوز المناضلة بين حزبين فصاعداً، ويكون كل حزب في الخطأ والإصابة كالشخص الواحد، ومنع ابن أبي هريرة جواز الحزبين لثلاثاً يأخذ بعضهم برمي بعض، والصحيح الجواز، وليكن لكل حزب زعيم معين أصحابه، فإذا تراضيا، توكل عنهم في العقد، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحداً، كما لا يجوز أن يتوكل واحد في طرفي البيع، ولا يجوز أن يعقداً قبل تعيين الأعوان، وطريق التعيين الاختيار بالتراضي، فيختار زعيم واحداً ثم الزعيم الآخر في مقابلته واحداً، ثم الأول واحداً، ثم الثاني واحداً وهكذا حتى يستوعبوا، ولا يجوز أن يختار واحد جميع الحزب أولاً لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق، ولا يجوز أن يعينا الأعوان بالقرعة لأنها قد تجمع الحذاق في جانب، فيفوق مقصود المناضلة، ولهذا لو قال أحد الزعيمين: أنا أختار الحذاق، وأعطي السبق أو الخرق، وأخذ السبق، لا يجوز، ولأن القرعة لا مدخل لها في العقود، ولهذا لا تجوز المناضلة على تعيين من خرجت القرعة عليهم، وقال الإمام: لا بأس به، لأن القرعة بعد تعديل الحصص والأقسام معهودة، والذي قطع به صاحب «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: المنع، ونص في «الأم» أنهما لو تناضلا على أن يختار كل واحد ثلاثة ولم يسمهم، لم يجز، وأنه يشترط كل واحد من يرمي معه بأن يكون حاضراً أو غائباً يعرفه، واحتج القاضي أبو الطيب بظاهره أنه تكفي معرفة الزعيمين، ولا يعتبر أن يعرف الأصحاب بعضهم بعضاً، وابتداء أحد الحزبين بالرمي كابتداء أحد الشخصين ولا يجوز أن يشترط أنه يتقدم من هذا الحزب فلان ويقابله من الحزب الآخر فلان ثم فلان، لأن تدبير كل حزب إلى زعيمهم، وليس للآخر مشاركته فيه.

فروع ثلاثة

أحدها: حضرهم غريب، فاختره أحد الزعيمين، وظنه يجيد الرمي، فبان خلافه، نظر إن لم يحسن الرمي أصلاً، بطل العقد فيه، وسقط من الحزب الآخر واحد بإزائه، وهل يبطل العقد في الباقي؟ فيه قولان تفريق الصفقة، وقيل: يبطل قطعاً، فإن قلنا: لا يبطل، فللحزبين خيار الفسخ للتبعض، فإن أجازوا، وتنازعوا في تعيين من يجعل في مقابلته، فسخ العقد لتعذر إمضائه، وإن بان أنه ضعيف الرمي

أو قليل الإصابة، فلا فسخ لأصحابه، ولو بان فوق ما ظنوه، فلا فسخ للحزب الآخر هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون فيه الخلاف السابق في أنه هل يشترط كون المتناضلين متدانيين وقد يستدل بإطلاقهم على أن الأصح: أنه لا بأس بهذا التفاوت، وذكر الشيخ أبو محمد أن من فوائد المسألة أن المجهول الذي لم يختبر يجوز إدخاله في رجال المناضلة، قال: وكان لا يبعد منعه للجهاالة العظيمة، لكن نص الشافعي رحمه الله على جوازه، فلو تناضل غريبان لا يعرف واحد منهما صاحبه، حكم بصحة العقد، فإن بان أنهما أو أحدهما لا يحسن الرمي، بطل العقد، وإن بان أن أحدهما أخرج لا يقاوم الآخر، ففي تبين بطلان العقد الوجهان السابقان فيما لو عاقد فاضل أخرق.

الفرع الثاني: يشترط استواء الحزبين في عدد الأرشاق والإصابات، وأما عدد الحزبين والأحزاب فوجهان: أحدهما وبه قطع الإمام والغزالي: لا يشترط بل يجوز أن يكون أحد الحزبين ثلاثة والثاني أربعة، والأرشاق مئة على كل حزب، وأن يرامي رجل رجلين أو ثلاثة، فيرمي هو ثلاثة وكل واحد منهم واحداً، والثاني وبه قطع صاحباً «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: يشترط، لأن به يحصل الحذف، فعلى هذا يشترط كون عدد الأرشاق تنقسم صحيحاً على الأحزاب، فإن كانوا ثلاثة أحزاب، فليكن للأرشاق ثلث صحيح، وإن كانوا أربعة، فربيع صحيح.

الفرع الثالث: من التزم السبق من الزعيمين، لزمه، ولا يلزم أصحابه إلا أن يلتزموا معه، أو يأذنوا له أن يلتزم عنهم، وحينئذ يوزع على عدد الرؤوس، وإذا فضل أحد الحزبين فهل يوزع المال على عدد رؤوسهم أم على عدد الإصابات؟ وجهان: الصحيح: الأول، ومنهم من قطع به، فإن قلنا بالإصابات، فمن لم يصب، لا شيء له، هذا إذا أطلقوا العقد، فإن شرطوا أن يقتسموا على الإصابة، فالشرط متبع وفيه احتمال للإمام.

الشرط السادس: تعيين الموقف، وتساوي المتناضلين فيه، فلو شرط كون موقف أحدهما أقرب، لم يجز، ولو قدم أحدهما أحد قدميه عند الرمي، فلا بأس، وإذا وقف الرماة صفّاً، فالواقف في الوسط أقرب إلى الغرض، لكن هذا التفاوت محتمل بالاتفاق، ولم يشترط أحد تناوب الرماة على الموقف للمشقة في الانتقال، وقد نص في «الأم» أن عادة الرماة أن الرامي الثاني قد يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث، قال الأصحاب: إن لم تطرد هذه العادة، بل كانوا يفعلونها تارة دون تارة لم تعتبر وإلا فوجهان: فإن اعتبرت ولم تختلف العادة في عدد الأقدام روعي ذلك، وإن اختلفت، اعتبر الأقل.

فرع: تنافسوا في الوقوف في وسط الصف، قال الإمام والغزالي: هو كالتنافس في الابتداء، والذي قطع به الجمهور: أن الاختيار لمن له الابتداء، فمن استحق الابتداء بشرط أو غيره يختار المكان، فيقف في مقابلته، أو متيامناً، أو متياسراً كيف شاء، وليحمل ما ذكره الإمام عليه، وإذا وقف، وقف الآخر بجانبه يميناً أو شمالاً، فإن لم يرض إلا بأن يقف عند الرمي في موقف الأول، فهل له أن يزيله عن موقفه؟ وجهان: ولو رميا بين غرضين، فانتها إلى الغرض الثاني، فالثاني كالأول يقف حيث شاء، فإن كانوا ثلاثة، قال أبو إسحاق: يقرع بين الآخرين عند الغرض الثاني، فمن خرجت له القرعة، وقف حيث شاء، ثم إذا عادوا إلى الغرض الأول بدأ الثالث بلا قرعة، ويقف حيث شاء، وحكي قول آخر: أنهما حيث تنازعا في الموقف يحملان على عادة الرماة إن كان لهما في ذلك عادة مستمرة.

فرع: لو رضوا بعد العقد بتقدم واحد، نظر إن تقدم بقدر يسير، جاز، وإن كان أكثر، فلا، ولو تأخر واحد برضى الآخرين، لم يجز على الأصح، ولو اتفقوا على تقدم الجميع أو تأخيرهم، أو تعيين عدد الأرشاق بالزيادة والنقص، بني على أن المسابقة والمناضلة جائزتان، أم لازمتان.

فرع: لو قال أحدهما: ينصب الغرض بحيث يستقبل الشمس، وقال الآخر: بل يستدبرها، أجيب الثاني، لأنه أصلح للرمي. الطرف الثاني: في أحكام المناضلة: وفيه فصلان:

أحدهما: فيما يتعلق به استحقاق المال وفيه مسائل:

إحداها: إذا شرط في العقد الإصابة أو القرع لم يشترط التأثير بالخدش والخرق ولا يضر، فيحسب ما أصاب وارتد بلا تأثير، وما أثر بخسق وغيره، ولو كان الشن بالياً، فأصاب موضع الخرق منه حسب، ذكره البغوي، وقد يجيء فيه وجه، لأنه لم يصب الغرض. ثم يحتاج إلى معرفة ما يصاب وما يصيب به، أما الأول فإن ذكر إصابة الغرض، حسب ما أصاب الجلد والجريد وهو الدائر على الشن، والعروة وهي السير أو الخيط المشدود به الشن على الجريد، فكل ذلك الفرض وفيما يعلق به الغرض قولان، أظهرهما وأشهرهما: أنه ليس من الغرض، فإن ذكر إصابة الشن، لم تحسب إصابة الجريد والعروة، وإن ذكرا إصابة الخاصرة وهي يمين الغرض أو يساره، لم تحسب إصابة غيرهما، وأما ما يصيب من السهم، فالاعتبار بالنصل، فلا تحسب الإصابة بفوق السهم وعرضه، لأنها تدل على سوء الرمي، وتحسب هذه الرمية عليه من العدد، وقيل: إذا أصاب بالفوق لا تحسب عليه

وهو شاذ، وإن كان الاستحقاق معلقاً بإصابة مقيدة كالخسق وغيره، فالحكم فيما يصاب ويصاب به كما ذكرنا لا يختلف، ولو اصطدم السهم بجدار أو شجرة ونحو ذلك، ثم أصاب الغرض، أو اصطدم بالأرض، ثم ازدلف وأصاب الغرض، حسب له على الأصح عند العراقيين والأكثرين، وقيل: لا يحسب، وقال أبو إسحاق: إن أعانته الصدمة وزادته حدة، لم يحسب، وإلا فيحسب، وإن ازدلف ولم يصب الغرض، حسب عليه على الأصح.

المسألة الثانية: إذا شرط الخسق، فأصاب السهم الغرض وثقبه، وتعلق النصل به وثبت، فهو خسق، ولا يضر سقوطه بعد ما ثبت كما لو نزع غيرَه، وإن خدشه، ولم يثقبه فليس بخاسق وإن ثقبه ولم يثبت فقولان: ويقال: وجهان: اظهرهما: ليس بخاسق لما سبق في تفسير الخسق، ولو ثقب ومرق فهو خاسق على المذهب والمنصوص، وقيل: قولان، ولو أصاب السهم طرف الغرض فخرمه، وثبت هناك، فهل يحسب خاسقاً؟ قولان، أظهرهما: نعم، وفي موضع القولين طرق، أصحها: أنهما فيما إذا كان بعض جرم النصل خارجاً، فإن كان كله داخلياً، فهو خاسق قطعاً، والثاني: أنه إن كان بعضه خارجاً، فليس بخاسق قطعاً، وإنما القولان: إذا بقيت طفية أو جليدة تحيط بالنصل، والطفية الواحدة من الخوص، والثالث: أنه إن أبان من الطرف قطعة لو لم يبنها، لكان الغرض محيطاً بالنصل، فهو خاسق قطعاً، والقولان فيما إذا خرم الطرف لا على هذا الوجه، والرابع: أنه إن خرم الطرف، فليس بخاسق قطعاً، وإنما القولان: إذا خرم شيئاً من الوسط، وثبت مكانه، وهذا أضعفها، وقال القفال: إن كان بين النصل والطرف، لكنه تشقق، فالخرم ليبوسة الشن ونحوها، فهو خاسق، ولو فرض ما ذكرنا من إصابة الطرف، والمشروط القرع أو الإصابة دون الخسق فطريقان، أحدهما: طرد القولين، ولو وقع السهم في ثقبه قديمة وثبت، فهل يحسب خاسقاً؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن النصل صادف الثقب فلم يخسق، وأصحهما: نعم، لأن السهم في قوته ما يخرق لو أصاب موضعاً صحيحاً، ومقتضى هذا أن لا يجعل خاسقاً إذا لم تعرف قوة السهم، ويوضحه أن الشافعي رحمه الله قال: لو أصاب موضع خرق في الغرض، وثبت في الهدف كان خاسقاً، فقال الأصحاب: أراد إذا كان الهدف في قوة الغرض أو أصلب منه، بأن كان من خشب أو آجر أو طين يابس، فإن لم يكن بل كان تراباً، أو طيناً ليناً، لم يحسب له ولا عليه، لأنه لا يدري هل كان يثبت لو أصاب موضعاً صحيحاً أم لا؟ وفي «الحاوي» وجه أنه لا يحسب خاسقاً وإن كان الهدف في قوة الغرض، أما إذا خدش النصل موضع الإصابة، وخرق بحيث يثبت فيه مثل هذا السهم، لكنه رجع

لغلظ لقيه من حصاة أو نواة، فيحسب خاسفاً على الأظهر، وبه قطع البغوي، وفي قول: لا يحسب له ولا عليه، ولو اختلفا فقال الرامي: خسق، لكن لم يثبت لغلظ لقيه، وأنكر الآخر، فإن كان فيه خروق ولم يعلم موضع الإصابة، فالقول قول الآخر، لأن الأصل عدم الخسق والخدش، وكذا الحكم لو عين الرامي موضعاً وقال: هذا الخرق حصل بسهمي، وأنكر صاحبه، ثم إن فتش الغرض، فلم يوجد فيه حصاة ولا ما في معناها، لم يحلف، وإن وجد فيه مانع، حلف، وإذا حلف، لم يحسب للرامي، وهل يحسب عليه؟ وجهان: أحدهما: لا، وإن علم موضع الإصابة ولم يكن هناك مانع، أو كان ولم يؤثر السهم فيه بخدش وخرق، صدق بلا يمين، وحسبت الرمية على الرامي، وإن قلنا: الخرق بلا ثبوت خسق، حسب خاسفاً بلا يمين، وإلا فلا يحسب له، ولا يحسب عليه أيضاً على الأصح، ولو مرق سهم، وثبت في الهدف وعلى النصل قطعة من الغرض، فقال الرامي: هذه القطعة أبانها سهمي لقوته وذهب بها، فقال الآخر: بل كانت القطعة مبانة قبله، فتعلقت بالسهم، فالقول قول الآخر، نص عليه في «الأم» لأن الأصل عدم الخسق، قال الشيخ أبو حامد: هذا إذا لم نجعل الثبوت في الهدف كالثبوت في الغرض، فإن جعلناه، فلا معنى لهذا الاختلاف.

المسألة الثالثة: إذا تناضلا مبادرة، وشرطا المال لمن سبق إلى إصابة عشرة من مئة مثلاً، فسبق أحدهما إلى الإصابة المشروطة قبل كمال عدد الأرشاق، بأن رمى كل واحد منهما خمسين، وأصاب أحدهما منها عشرة والآخر دونها، فالأول ناضل وقد استحق المال، وهل يلزمه إتمام العمل؟ فيه طريقتان، المذهب وبه قطع الجمهور: لا يلزم، لأنه تم العمل الذي تعلق به الاستحقاق، فلا يلزمه عمل آخر، والثاني: فيه وجهان حكاهما الإمام والغزالي، ثانيهما: يلزمه ليتنفع صاحبه بمشاهدة رميه ويتعلم منه، ولو تناضلا محاطة وشرطا المال لمن خلص له عشرة من مئة، فرمى كل واحد خمسين، وأصاب أحدهما في خمسة عشر، والآخر في خمسة، فقد خلص للأول عشرة هل يستحق بها المال، أم يتوقف الاستحقاق على استكمال الأرشاق؟ وجهان: أحدهما: يستحق بها كالمبادرة، والثاني وهو الصحيح: لا يستحق، لأن الاستحقاق منوط بخلوص عشرة من مئة، وقد يصيب الآخر فيما بقي ما يمنع خلوص عشرة للأول بخلاف المبادرة، فإن الإصابة بعدها لا ترفع ابتدار الأول إلى ذلك العدد، فإن قلنا بهذا، وجب إتمام الأرشاق، وإن قلنا بالأول وأنه لا حظ بعد خلوص العدد المشروط، فهل للأخر أن يكلفه إتمام العمل؟ فيه الطريقتان في المبادرة، ويجري الخلاف في كل صورة يتوقع الآخر منع الأول من خلوص

المشروط أو نصله، كما إذا شرطاً خلوص خمسة من عشرين، فرمى كل واحد خمسة عشر، وأصاب أحدهما عشرة والآخر ثلاثة، لأنهما إذا استكملتا الأرشاق، فقد يصيب الآخر في الخمسة الباقية، ولا يصيب الأول في شيء منها، فلا يخلص له عشرة، فلو كانت الصورة بحالها، وأصاب الأول في عشرة من خمسة عشر، ولم يصب الآخر في شيء منها، فلا يرجو الآخر منع الأول من الخلوص، فيثبت له استحقاق المال في الحال قطعاً، قال البغوي وغيره: ولا يلزمه إتمام الأرشاق، ولا يشك أنه يجيء فيه الخلاف المذكور في المبادرة، ولو رمى أحدهما والشرط المبادرة في المثال المذكور خمسين، وأصاب عشرة، ورمى الآخر تسعة وأربعين، وأصاب تسعة، فالأول ليس بناضل، بل يرمي الآخر سهماً آخر فإن أصاب، فقد تساوى وإلا فقد ثبت الاستحقاق للأول، ولو أصاب الأول من خمسين عشرة، والآخر من تسعة وأربعين ثمانية، فالأول ناضل لأن الآخر وإن أصاب في رميته الباقية لا يساوي الأول، ويظهر بالصورتين أن الاستحقاق لا يحصل بمجرد المبادرة إلى العدد المذكور بل يشترط مع الابتدار مساواتهما في عدد الأرشاق، أو عجز الثاني من المساواة في الإصابة، وإن ساواه في عدد الأرشاق، ولو خلص لأحدهما في المحاطة عشرة من خمسين، ورمى الآخر تسعة وأربعين ولم يصب في شيء منها فله أن يرمي سهماً آخر فلعله يصيب فيه، فيمنع خلوص عشر إصابات للأول.

فرع: إذا قال رجل لرام: ارم خمسة عني، وخمسة عن نفسك، فإن أصبت في خمستك، أو كان الصواب فيها أكثر، فلك كذا، أو قال: ارم عشرة، واحدة عنك وواحدة عني، فإن كانت إصابتك فيما رميت عنك أكثر، فلك كذا، لم يجز، نص عليه في «الأم» لأن المناضلة عقد، فلا يكون إلا بين نفسين كالبيع وغيره، ولأنه قد يجتهد في حق نفسه دون صاحبه ولو قال: ارم عشرة فإن كان صوابك منها أكثر، فلك كذا، فظاهر ما نقله المزني: أنه لا يجوز، وأشار في تعليقه بأنه يناضل نفسه، فوافقه طائفة من الأصحاب، وخالفه الجمهور وقالوا: هو جائز، وحكوه عن نصه في «الأم»، وعللوه بأنه بذل المال على عوض معلوم، وله فيه غرض ظاهر، وهو تحريضه على الرمي ومشاهدة رميه، قالوا: وليس هو بنضال، بل هو جعالة، ثم من هؤلاء من غلط المزني في الحكم والتعليل، ومنهم من تأوله على ما لو قال: ارم كذا، فإن كان صوابك أكثر، فقد نضلتني، فهذا لا يجوز، لأن النضال إنما يكون بين اثنين، فإن قلنا بالجواز، فرمى ستة وأصابها كلها، فقد ثبت استحقاقه، وللشارط أن يكلفه استكمال العشرة على المذهب، لأنه علق الاستحقاق بعشرة إصابتها أكثر، ولو قال لمترايين: ارميا عشرة، فمن أصاب منكما خمسة، فله كذا، جاز، ولو قال

رجل لآخر: نرمي عشرة، فإن أصبت في خمستك، فلك كذا، وإن أصبت أنا، فلا شيء لي عليك، جاز أيضاً، وإن قال: وإن أصبت في خمستي، فلي عليك كذا، لم يجز إلا بمحلل، ولو قال: أرم سهماً، فإن أصبت، فلك كذا، وإن أخطأت، فعليك كذا، فهو قمار.

فرع: لو كانوا يتناضلون، فمر بهم رجل، فقال لمن انتهت النوبة إليه وهو يريد الرمي: ارم، فإن أصبت بهذا السهم، فلك دينار، نص الشافعي رحمه الله أنه إذا أصاب، استحق الدينار، وتكون تلك الإصابة محسوبة من معاملته التي هو فيها، قال الأصحاب: قياساً على هذا، لو كان يناضل رجلاً والمشروط عشر قرعات، فشرط أن يناضل بها ثانياً ثم ثالثاً إلى غير ضبط، وإذا فاز بها، كان ناضلاً لهم جميعاً، جاز، قال الإمام: هذا دليل على انقطاع هذه المعاملة عن مضاهاة الإجارة، لأنها لو كانت مثلها لما استحق بعمل واحد مالين عن جهتين، وسبب استحقاق المال فيها الشرط لا رجوع العمل إلى الشارط.

المسألة الرابعة: اختلفوا في تفسير الحابي، فقليل: هو السهم الذي يقع بين يدي الغرض، ثم يزحف إليه فيصيبه من قولهم: حبا الصبي، وهو كالمزدلف إلا أن الحابي أضعف حركة منه، وقيل: هو الذي يصيب الهدف حوالي الغرض، وقيل: هو القريب من الهدف، كأن صاحبه يحابي، ولا يريد إصابة الهدف، ويروى هذا التفسير عن الربيع، ولم يجعل كثير من الأصحاب الحوابي صفة السهام، لكن قالوا: الرمي ثلاثة: المبادرة والمحاطة والحوابي، وهو أن يرمي على أن يسقط الأقرب والأسد الأبعد، إذا ثبت هذا، فلو شرطوا احتساب القريب من الغرض، نظر إن ذكروا حد القرب من ذراع أو أقل أو أكثر، جاز وصار الحد المضبوط كالغرض، وصار الشن في وسطه كالدارة، وإن لم يذكروا حد القرب، فإن كان هناك للرماة عادة مطردة، حمل العقد عليها، كما تحمل الدراهم المطلقة على النقد الغالب، وإن لم تكن عادة مطردة فوجهان: أحدهما: بطلان العقد للجهالة، والثاني: الصحة، فعلى هذا وجهان: أحدهما: يحمل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان، والثاني: يحمل على إسقاط البعيد أو الأقرب للأبعد، أما إذا قال: يرمي عشرين رشقاً على أن يسقط الأقرب الأبعد، فمن فضل له خمسة، فهو ناضل، فهو صحيح والشرط متبع، وعن «الحاوي» ما يشير إلى خلافه، والمذهب الأول، لأنه ضرب من الرمي معتاد للرماة، وهو ضرب من المحاطة، وحينئذ فإن تساوت السهام في القرب والبعد، فلا ناضل ولا منضول، وكذا لو تساوى سهمان في القرب، أحدهما لهذا والآخر للآخر، وكان باقي السهام أبعد، ومهما كان بين سهم أحدهما وبين الغرض قدر شبر، وبين سهم

الآخر والغرض دون شبر، أسقط الثاني الأول، فإن رمى الأول بعد ذلك، فوقع أقرب، أسقط ما رماه الثاني، ولو وقع سهم أحدهما قريباً من الغرض، ورمى الآخر خمسة، فوقعت أبعد من ذلك السهم، ثم عاد الأول، فرمى سهماً، فوقع أبعد من خمسة، سقط هذا السهم بالخمسة، وسقطت الخمسة بالأول، ولو رمى أحدهما خمسة، فوقعت قريبة من الغرض وبعضها أقرب من بعض، ثم رمى الثاني خمسة، فوقعت أبعد من خمسة الأول، سقطت خمسة الثاني بخمسة الأول، ولا يسقط من خمسة الأول شيء وإن تفاوتت في القرب، لأن قريب كل واحد يسقط بعيد الآخر، ولا يسقط بعد نفسه، هذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع الجمهور، وقيل: يسقط بعيد نفسه، كما يسقط بعيد غيره، ولو وقع سهم أحدهما بقرب الغرض، وأصاب سهم الآخر الغرض، فالمنقول أن الثاني يسقط الأول كما يسقط الأقرب الأبعد، ولك أن تقول: وإن كان الشرط أن الأسد أو الأصوب يسقط غيره، وأن الأقرب يسقط الأبعد على معنى الأقرب إلى الصواب، فهذا صحيح، وإن كان الشرط الأول أن الأقرب إلى الغرض يسقط الأبعد عنه، فينبغي أن يتساويا، ولو أصاب أحدهما الرقعة في وسط الغرض، والآخر الغرض خارج الرقعة، أو أصابا خارج الرقعة وأحدهما أقرب إليها، فقد حكى الشافعي رحمه الله عن بعض الرماة أن الذي أصاب الرقعة، أو كان أقرب إليها يسقط الآخر، قال: والقياس عندي أنهما سواء، وإنما يسقط القريب البعيد إذا كانا خارجين عن الشن، وفي هذا تأكيد لما استدركناه، وعد صاحب «الحاوي» المذهبين وجهين: ونقل الشافعي رحمه الله عن بعض الرماة أنه قال: القريب الذي يسقط البعيد هو الساقط، وهو السهم الذي يقع بين يدي الغرض، والعاصد، وهو الذي يقع في اليمين أو اليسار دون الخارج، وهو الذي يتجاوزه ويقع فوقه، قال الشافعي: والقياس أنه لا فرق لوقوع اسم القريب من الغرض، فالاعتبار بموضع ثبوت السهم واستقراره لا بحالة المرور، حتى لو قرب مروره من الغرض، ووقع بعيداً منه، لم يحتسب به إلا إذا شرط اعتبار حالة المرور، ولو شرطاً أن ما أصاب القرطاس أسقط ما وقع حواليه، فقد حكى الإمام والغزالي في صحته قولين حكياهما عن نقل العراقيين، ووجه المنع بأنه تعسر إصابة الوسط، وقد يصيبه الأخرق اتفاقاً، وهذا النقل لا يكاد يوجد في كتب الأصحاب، والمفهوم من كلامهم القطع باتباع الشرط.

المسألة الخامسة: النكبات: هي التي تطراً عند الرمي وتهوشه، وذلك يعم شرط القرع والخسق وغيرهما، والأصل أن السهم متى وقع مباعداً تباعداً مفراطاً إما مقصراً عن الغرض، وإما مجاوزاً له، نظر إن كان ذلك لسوء الرمي، حسب على

الرامي، ولا يرد إليه السهم ليرمي به، وإن كان لنكبة عرضت، أو خلل في آلة الرمي بغير تقصير من الرامي، فذلك السهم غير محسوب عليه، ويوضح هذا الأصل بصور:

إحداها: إذا عرض في مرور السهم إنسان أو بهيمة فمنع السهم، أو القوس إن كان لتقصيره وسوء رميه حسب عليه، وإن الرمية عليه، فيعيدها، لأنه معذور، ولو انقطع الوتر، أو انكسر السهم، أو القوس إن كان تقصيره وسوء رميه حسب عليه، وإن كان لضعف الآلة وغيره لا لتقصيره وإساءته، لم تحسب، كما لو حدث في يده علة أو ربح، وقيل: إن وقع السهم عند هذه العوارض قريباً من الغرض، حسب عليه، حكاه الإمام عن أبي إسحاق، وقيل: إن وقع السهم مجاوزاً للغرض، حسب عليه، لأن المجاوزة تدل على أن العارض لم يؤثر، وإنما هو لإساءته، والأول هو الصحيح المنصوص، لأن الخلل يؤثر تارة في التقصير، وتارة في الإسراف، فإن قلنا: تحسب عليه، فلو أصاب حسب له، وإن قلنا بالمنصوص: إنه لا يحسب عليه، فأصاب، حسب له على الأصح، لأن الإصابة مع النكبة تدل على جودة الرمي، ثم في كتاب ابن كج أن الانقطاع والانكسار إنما يؤثر حدوثهما قبل خروجه من القوس، وأما بعده، فلا أثر له، وصور البغوي انكسار السهم فيها إذا كان بعد خروجه من القوس، وجعله عذراً، ولو انكسر السهم نصفين بلا تقصير، وأصاب أحد نصفيه الغرض إصابة شديدة، فثلاثة أوجه: أحدها: لا تحسب، والثاني: تحسب الإصابة بالنصف الأعلى، وهو الذي فيه الفوق دون الذي فيه النصل، والثالث وهو الصحيح، وبه قطع العراقيون والأكثر وهو المنصوص: تحسب الإصابة بالنصف الذي فيه النصل دون الأعلى، ولو أصاب بالنصفين، لم تحسب إصابتين، وكذا لو رمى سهمين دفعة واحدة، ذكره ابن كج، ولو حاد السهم عن سنن الهدف، وخرج عن السماطين، حسب عليه لسوء رميه، ولو رمى إلى غير الجهة التي فيها الهدف، فهذا اشتغال بغير النضال الذي تعاقد عليه، فلا يحسب عليه.

الثانية: كان في الغرض سهم، فأصاب سهمه فوق ذلك السهم، نظر إن كان ذلك السهم تعلق به، وبعضه خارج، لم يحسب له، لأنه لا يدري هل كان يبلغ الغرض لولا هذا السهم، ولا يحسب عليه أيضاً، لأنه عرض دون الغرض عارض، فإن شقه، وأصاب الغرض، حسب، وقد يجيء فيه الخلاف السابق في البهيمة، فإن كان ذلك السهم قد غرق فيه، حسب إصابة، وإن كان الشرط الخسق، لم يحسب له ولا عليه، لأنه لا يدري هل كان بخسق أم لا؟ وينبغي أن ينظر إلى ثبوته فيه، وتقاس صلابة ذلك السهم بصلابة الغرض كما سبق نظيره، ولو أغرق الرامي، وبالع في المد حتى دخل النصل مقبض القوس، ووقع السهم عنده، فالنص إلحاقه بانكسار القوس

وانقطاع الوتر ونحوهما، لأن سوء الرمي أن يصيب غير ما قصده، ولم يوجد هذا هنا، وعن صاحب «الحاوي» أنه يحسب عليه، وقال ابن القطان: إن بلغ مدى الغرض، حسب عليه وإلا فلا.

الثالثة: الريح اللينة لا تؤثر حتى لو رمى زائلاً عن المسامطة، فردته الريح اللينة، أو رمياً ضعيفاً، فقوته، فأصاب، حسب له وإن صرفته عن السميت بعض الصرف، فأخطأ، حسب عليه، لأن الجو لا يخلو عن الريح اللينة غالباً، ويضعف تأثيرها في السهم مع سرعة مروره، وقيل: يمنع الاحتساب له وعليه، وقيل: يمنع الاحتساب عليه، والصحيح الأول، ولو كانت الريح عاصفة، واقتربت بابتداء الرمي، فوجهان: أحدهما وهو ظاهر النص، وبه أجاب الإمام والغزالي: لا يؤثر لأن ابتداء الرمي والريح عاصفة تقصير، ولأن للرملة حذقاً في الرمي وقت هبوب الريح ليصيبوا، فإذا أخطأ، فقد ترك ذلك، وظهر سوء رمية، وأصحهما: وهو قول ابن سلمة، وبه قطع العراقيون وغيرهم: لا يحسب له إن أصاب لقوة تأثيرها، ولهذا يجوز لكل واحد ترك الرمي إلى أن تركد بخلاف اللينة، ولو هجم هبوب العاصفة بعد خروج السهم من القوس، فمقتضى الترتيب أن يقال: إن قلنا: اقترانها مؤثر، فهبوبها أولى، وإلا فوجهان: أحدهما: أنها كالكبات العارضة، والثاني: المنع، لأن الجو لا يخلو عن الريح، ولو فتح هذا الباب، لتعلق به المخطئون، وطال النزاع، والمذهب: أنه إن أخطأ في الهجوم لا يحسب عليه، وإن أصاب، فهل يحسب له؟ فيه الخلاف في السهم المزدلف، وقال الشيخ أبو إسحاق: عندي أنه لا يحسب له قطعاً، لأننا لا نعلم أنه أصاب برمية، ولو هبت ريح نقلت الغرض إلى موضع آخر، فأصاب السهم الموضع المنتقل عنه، حسب له، إن كان الشرط الإصابة على الصحيح، وإن كان الخسق، نسبت صلابة الموضع بصلابة الغرض، ولو أصاب الغرض في الموضع المنتقل إليه، حسب عليه، لا له، ولو أزال الريح الغرض حتى استقل السهم، فأصابه السهم، قال ابن كج: لا يحسب له.

الفصل الثاني: في حكم المناضلة جوازاً ولزوماً

وفي كونها لازمة أو جائزة قولان كما سبق في المسابقة، فإن قلنا: تلزم، انفسخت بموت أحدهما، كالأجير المعين، ولو مرض أحدهما، أو أصابه رمد ونحوه، لم ينفسخ العقد، بل يؤخر الرمي، وفي المسابقة يحصل الانفساخ بموت الفرس، لأن التعويل عليه، ولا يحصل بموت الفارس، بل يقوم الوارث مقامه، وقيل: فيه احتمال، لأن للفارس أثراً ظاهراً، وإلزام الوارث على المسابقة كالمستبعد، ولا يجوز لها إلحاق زيادة في عدد الأرشاق ولا عدد الإصابات،

وطريقهما إن أرادا ذلك أن يفسخا العقد، ويستأنفا عقداً، وليس للمناضل أن يترك النضال ويجلس، بل يلزم به كمن استؤجر لخيطة ونحوها، ويحبس على ذلك ويعزر، هذا إذا كان مفضولاً أو كان له الفضل، ولكن توقع صاحبه أن يدركه، فيساويه أو يفضله، أما إذا لم يتوقع الإدراك بأن شرطاً إصابة خمسة من عشرين، فأصاب أحدهما خمسة، والآخر واحداً ولم يبق لكل واحد إلا رمتان، فلصاحب الخمسة أن يجلس: ويترك الباقي، هذا تفريع قول اللزوم، أما إذا قلنا بالجواز فتفرع عليه مسألتان:

إحداهما: تجوز الزيادة في عدد الأرشاق والإصابات، وفي المال بالتراضي، وفي الجميع وجه ليس بشيء، وهل يستبد أحدهما بالزيادة؟ ثلاثة أوجه: أصحها: نعم، لجواز العقد، فإن لم يرض صاحبه فليفسخ، والثاني: لا، إذ لا بد في العقد من القبول، والثالث: يجوز الإلحاق للفاضل والمساوي دون المفضول لئلا يتخذ المفضول ذلك ذريعة إلى إبطال النضال، ومتى يصير مفضولاً؟ وجهان: أحدهما: متى زاد صاحبه بإصابة واحدة، وأصحهما: لا تكفي إصابة وإصابتان، بل لا يصير مفضولاً إلا إذا قرب صاحبه من الفوز. واعلم أن الوجه المذكور في أنه لا يجوز إلحاق الزيادة والنقص بالتراضي، والوجه الآخر في أنه ليس لأحدهما الاستبداد يطردان في المسابقة وإن لم يذكرهما هناك، وفي الجعالة إذا زاد الجاعل في العمل كان متهماً كالمفضول، ففي زيادته الخلاف، فإن لم تلحق الزيادة بها، فذاك، وإن ألحقناها وقد عمل العامل بعض العمل ولم يرض بالزيادة، فسخ العقد، قال الإمام: والوجه أن تثبت له أجره المثل، لأن الترك بسبب الزيادة بخلاف ما إذا ترك في أثناء العمل بلا عذر، فإنه لا يستحق شيئاً.

المسألة الثانية: يجوز لكل منهما على هذا القول تأخير الرمي والإعراض عنه من غير فسخ، وكذا الفسخ إذا لم يكن المعرض مفضولاً متهماً، فإن كان، فهل له أن يجلس ويترك النضال؟ وجهان كما ذكرنا في المسابقة، قال الإمام: وفي جواز فسخه الخلاف المذكور في الزيادة، ويفضي الأمر إذا فرقنا بين المفضول وغيره إلى أن الحكم بأن العقد جائز مطلقاً مقصور على ما إذا لم يصير أحدهما مفضولاً، فإن صار، لزم في حقه، وبقي الجواز في حق الآخر، وهذا الخلاف في نفوذ فسخ المفضول طرد في فسخ الجاعل الجعالة بعدما عمل العامل بعض العمل، وكانت حصته عمله من المسمى تزيد على أجره المثل، ولو شرطاً في العقد أن لكل واحد أن يجلس ويترك الرمي إن شاء، فسد العقد إن قلنا بلزومه، وكذا إن قلنا بجوازه وقلنا: ليس للمفضول الترك، وإن قلنا: له ذلك لم يضر شرطه، لأنه مقتضى العقد. ولو شرطاً أن المسبق إن جلس كان عليه السبق، فهو فاسد على القولين، لأن السبق إنما

يُشرع في العمل، ولو تناضلا، ففضل أحدهما الآخر بإصابات، فقال المفضول: حط فضلك، ولك علي كذا، لم يجز على القولين، سواء جوزنا إلحاق الزيادة أم لا، لأن حط الفضل لا يقابل بمال.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بالمناضلة والمسابقة

لو كان أحد الراميين إذا أصاب، أطال الكلام بالتبجح والافتخار وأضجر صاحبه، أو عنفه إذا أخطأ، منع منه، ولو كلم أحدهما رجل، قيل له: أجب جواباً وسطاً، ولا تطول، ولا تحبس القوم، ولو تعلل بعدما رمى صاحبه بمسح القوس والوتر، وأخذ النبل بعد النبل والنظر فيه، قيل له: ارم، لا مستعجلاً ولا متباطئاً، ولو شرطاً أن تحسب لأحدهما الإصابة الواحدة الاصابتين، أو يحط من إصاباته شيء، أو أنه إن أخطأ رد عليه سهم أو سهمان ليعيد رميهما، أو أن يكون في يد أحدهما من النبل أكثر مما في يد الآخر، لم يجز، لأن هذه المعاملة مبينة على التساوي، ولا يجوز أن يشترط خاسق أحدهما خاسقين، ولو كان الشرط الحوابي، فشرطاً أن يحسب الخاسق حابيين، جاز، نص عليه في «الأم» لأن الخاسق يختص بالإصابة والثبوت فجاز أن تجعل تلك الزيادة مقام حاب، وقيل: فيهما جميعاً قولان، ولو تناضلا، فرميا بعض الأرشاق ثم ملا، فقال أحدهما للآخر: ارم، فإن أصبت فقد نزلتني، أو قال: أرمي أنا فإن أصبت هذه الواحدة فقد نضلتك، لم يجز لأن الناضل من ساوى صاحبه في عدد الأرشاق وفضله في الإصابة، ولو تناضلا، أو تسابقا، وأخرج السبق أحدهما، فقال أجنبي: شاركني فيه، فإن غنمت أخذت معك ما أخرجته، وإن غرمت، غرمت معك، لم يجز، وكذا لو أخرجاه، وبينهما محلل، فقال أجنبي: ذلك لأحدهما. ولو عقد المناضلة في الصحة، ودفع المال في مرض الموت، فهو من رأس المال إن جعلناها إجارة، وإن قلنا: جعله، فوجهان: ولو ابتدأ العقد في المرض، فيحتمل أن يحسب من الثلث، ويحتمل أن يبنى على القولين ذكره في «البحر».

قلت: الأصح أو الصواب القطع بأنه من رأس المال في الصورتين، سواء قلنا إجارة أو جعله، لأنه ليس بتبرع ولا محاباة فيه، فإذا كان ما يصرفه في ملاذ شهواته من طعام وشراب ونكاح وغيره مما لا ضرورة له إليه، ولا ندبه الشرع إليه محسوباً من رأس المال، فالمسابقة التي ندب الشرع إليها، ويحتاج إلى تعلمها أولى، لكن هذا فيما إذا سابق بعوض المثل في العادة، فإن زاد، فالزيادة تبرع من الثلث. والله أعلم.

وفي «البحر» أن الولي ليس له صرف مال الصبي في المسابقة والمناضلة ليتعلم، وأن السبق الذي يلتزمه المتناضلان يجوز أن يكون عندهما، ويجوز وضعه عند عدل يثقان به وهو أحوط وأبعد عن النزاع، وأنهما لو تنازعا فقال أحدهما: يترك السبق عندنا، وقال الآخر: بل عند عدل، فإن كان ديناً، أجيب الأول، وإن كان عيناً، فالثاني، وأنه لو قال أحدهما: نضعه عند زيد، وقال الآخر: عند عمرو، اختار الحاكم أميناً، وهل يتعين أحد الأمينين المتنازع فيهما أم له أن يختار غيرهما؟ وجهان وأنه لا أجر للأمين إلا إذا اطرد العرف بأجرة له فوجهان: وفيه: أن المحلل ينبغي أن يجري فرسه بين فرسي المتسابقين، فإن لم يتوسطهما، وأجرى بجانب أحدهما، جاز إن تراضيا به، وأنه لو رضي أحدهما بعدوله عن الوسط، ولم يرض الآخر، لزمه التوسط، وأنهما لو رضيا بترك توسطه وقال أحدهما: يكون عن اليمين، وقال الآخر: عن اليسار، لزم التوسط، وأنه لو تنازع المتسابقان في اليمين واليسار، أقرع، قال الشافعي رحمه الله في «المختصر»: لا بأس أن يصلي متنكباً للقوس والقرن إلا أن يتحركا عليه حركة تشغله، فأكرهه ويجزئه، والتنكب: التقليد، والقرن بفتح القاف والراء: هو الجعبة المشقوقة، ولا بد من طهارة ذلك، ولا يجلب على الفرس في السباق، وهو أن يصيح به القوم ليزيد عدوه، ولكن يركضان بتحريك اللجام والاستحثاث بالسوط، وإذا وقف المتناضلان في الموقف، فهل يحتاج من يرمي إلى استئذان صاحبه؟ قال ابن كج: عادة الرماة الاستئذان، حتى إن من رمى بلا استئذان لا يحسب ما رماه، أصاب أم أخطأ، ويجب اتباع عرفهم فيه، وقال ابن القطان: يحسب، ولا حاجة إلى الاستئذان. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأيمان (١)

فيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في نفس اليمين

وللأئمة عبارات في حقيقة اليمين، أجودها وأصوبها عن الانتقال والاعتراض عبارة البغوي، قال: اليمين تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته. ويتعلق بالضبط مسائل:

إحداها: تنعقد اليمين على المستقبل والماضي، فإن حلف على ماض كاذباً وهو عالم، فهو اليمين الغموس، سميت غموساً، لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار، وهي من الكبائر، وتتعلق بها الكفارة. فإن كان جاهلاً، ففي وجوب الكفارة القولان: فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً.

الثانية: من سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد، كقوله في حالة غضب أو لجاج أو عجلة أو صلة كلام: لا والله، وبلى والله، لا تنعقد يمينه، ولا يتعلق به كفارة^(٢). ولو كان يحلف على شيء، فسبق لسانه إلى غيره، فكذلك. وهذا كله يسمى: لغو اليمين. وإذا حلف وقال: لم أقصد اليمين صدق، وفي الطلاق والعتاق والإيلاء لا يصدق في الظاهر، لتعلق حق الغير به. قال الإمام في الفرق: جرت العادة بإجراء ألفاظ اليمين بلا قصد بخلاف الطلاق والعتاق، فدعواه فيها تخالف الظاهر، فلا يقبل. قال: فلو اقترن باليمين ما يدل على القصد، لم يقبل قوله على خلاف الظاهر.

(١) الأيمان لغة: جمع يمين وهو الحلف أو القسم، وسمي الحلف يميناً لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم بيمينه على يمين صاحبه.

وشرعاً: توكيد الشيء المحلوف عليه بذكر اسم الله أو صفة من صفاته.

(٢) كما قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، وأخرج البخاري في صحيحه برقم (٦٦٦٣) عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنها قالت في هذه الآية: أنزلت في قوله: لا والله، وبلى والله.

الثالثة: إذا قال غيره: أسألك بالله، أو أقسم عليك بالله، أو أقسمت عليك بالله: لتفعلن كذا، فإن قصد به الشفاعة، أو قصد عقد اليمين للمخاطب، فليس بيمين في حق واحد منهما، وإن قصد عقد اليمين لنفسه، كان يميناً على الصحيح، كأنه قال: أسألك ثم حلف. وقال ابن أبي هريرة: ليس بيمين وهو ضعيف. ويستحب للمخاطب إبراره، فإن لم يفعل وحنث الحالف، لزمه الكفارة، وإن أطلق ولم يقصد شيئاً يحمل على الشفاعة.

قلت: يسن إبرار المقسم، كما ذكر للحديث الصحيح فيه^(١)، وهذا إذا لم يكن في الإبرار مفسدة، بأن تضمن ارتكاب محرم، أو مكروه. ويكره السؤال بوجه الله^(٢)، وردّ من سأل به، للحديث المعروف فيهما. والله أعلم.

الرابع: يجوز تعقيب اليمين بالاستثناء وهو قوله: إن شاء الله تعالى، فإن عقب، لم يحنث بالفعل المحلوف عليه ولا كفارة، وهل نقول: انعقدت اليمين؟ وجهان أحدهما: نعم، لكن المشيئة مجهولة فلا يحنث نقله الروياني، والثاني: لا، نقله البغوي. ويشترط أن يتلفظ بالاستثناء، وأن يقصد لفظه، ويصله باليمين، فلا يسكت بينهما إلا سكتة لطيفة لتذكر أو وعي أو تنفس كما ذكرنا في الطلاق، وأن يقصد الاستثناء من أول اليمين، فلو قصده، في خلال اليمين، فوجهان سبقا في الطلاق، وممن صححه الداركي والقاضيان أبو الطيب والروياني، وممن منعه ابن القطان وابن المرزبان وابن كج. ولو قال: إن شاء الله، والله: لأفعلن كذا، أو: لا أفعل كذا، صح الاستثناء، وكذا لو قدم الاستثناء، في الطلاق والعتاق، وكذا لو قال: لفلان علي إلا عشرة دراهم مئة درهم وفي هذه الصورة وجه ضعيف، وقال القاضي أبو الطيب: لو قال: إن شاء الله أنت طالق وعبدي حر، أو قال: إن شاء الله أنت طالق وعبدي حر، لم تطلق ولم يعتق، لأن حرف العطف قد يحذف مع إرادة العطف. ومن هذا القبيل قولنا: التحيات المباركات الصلوات، وليكن هذا فيما إذا

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٢٣٩) ومسلم في صحيحه برقم (٢٠٦٦) من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه قال: أمرنا رسول الله ﷺ بسبع ونهانا عن سبع، أمرنا بعبادة المريض، واتباع الجنائز، وتشميت العاطس، وإبرار القسم أو المقسم، ونصر المظلوم، وإجابة الداعي، وإفشاء السلام، ونهانا عن خواتيم أو عن تختم بالذهب وعن الشرب بالفضة، وعن المياثر، وعن القسي، وعن لبس الحرير والاستبرق والديباج.

(٢) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٦٧١) من حديث جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يسأل بوجه الله إلا الجنة».

والحديث ضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ١٣١ - ١٣٢).

نوى صرف الاستثناء إليها جميعاً، فإن أطلق فيشبهه أن يجيء خلاف في أنه يختص بالجملة الأولى أم يعمهما؟ ولو قال: أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله فيجبي الخلاف في أنه يختص بالجملة الثانية أم يعمهما؟

قلت: الصحيح التعميم في الصورتين. والله أعلم.

ولو قال: عبدي حر إن شاء الله، أو امرأتي طالق، ونوى صرف الاستثناء إليهما، صح ذكره ابن كج. وكما يجوز أن يقدم الاستثناء ويؤخره، يجوز أن يوسطه. ولو قال: والله لأفعلن كذا إن لم يشأ الله أو إلا أن يشاء الله، ففيه خلاف كما سبق في نظيره في الطلاق، والأصح عند ابن كج في قوله: إلا أن يشاء الله أنه لا يحث. وقال إبراهيم المروزي إن قال: والله لأفعلن إلا أن يشاء الله ولم يفعل، حث، وإن قال: والله لأفعلن كذا إلا أن يشاء الله، فلم يفعل، لم يحث، وإن فعل حث.

فرع: قال: والله لأدخلن هذه الدار اليوم إلا أن يشاء زيد، وقصد إلا أن يشاء أن لا أدخلها، فقد عقد اليمين على الدخول، فإن دخلها في ذلك اليوم أو لم يدخل وشاء زيد أن لا يدخل، لم يحث، وإن شاء أن يدخل فلم يدخل، حث، وكذا لو لم يعرف مشيئة بأن جن، أو أغمي عليه حتى مضى اليوم، حث هكذا نقله المزني عن النص، ولو قال: والله لا أدخل إلا أن يشاء زيد الدخول، فإن لم يدخل، لم يحث، وإن دخل وقد شاء زيد دخوله قبل ذلك، لم يحث أيضاً، وإن كان شاء أن لا يدخل، حث، ولا تغني مشيئة الدخول بعد ذلك، وإن لم يعرف مشيئته، فرواية الربيع عن الشافعي أنه لا يحث، والروايتان مختلفتان والصورتان متشابهتان، وللأصحاب فيهما طريقان، أحدهما: القطع بالحث، وحمل رواية الربيع على ما إذا لم يحصل اليأس من مشيئة، أو أنه رجع عنه ولم يعلم الربيع رجوعه. والثاني فيهما قولان: أظهرهما: يحث، لأن المانع من حثه المشيئة وقد جعلناها، والثاني: لا، للشك. ولو قال: والله لأدخلن إن شاء فلان، إن دخل، فاليمين معلقة بالمشيئة، فلا ينعقد قبلها ولا حكم للدخول قبلها، فإن شاء انعقدت، فإن دخل بعده، بر، وإلا حث. وينظر هل قيد الدخول بزمان أو أطلق؟ وعند الإطلاق عمره وقت الدخول، فإن مات قبله، حكمنا بالحث قبل الموت، وإن شاء فلان أن لا يدخل أو لم يشأ شيئاً، أو لم تعرف مشيئته، فلا حث لأن اليمين لم تنعقد، وكذا لو قال: والله لا أدخل إن شاء فلان أن لا أدخل، فلا تنعقد يمينه حتى يشاء فلان أن لا يدخل.

الخامسة: الحلف بالمخلوق مكروه كالنبي والكعبة وجبريل والصحابة والآل. قال الشافعي رحمه الله: أخشى أن يكون الحلف بغير الله تعالى معصية. قال الأصحاب: أي حراماً وإثمًا، فأشار إلى تردد فيه، قال الإمام: والمذهب القطع بأنه

ليس بحرام، بل مكروه. ثم من حلف بمخلوق لم تنعقد يمينه ولا كفارة في حنثه. قال الأصحاب: فلو اعتقد الحالف في المحلوف به من التعظيم ما يعتقده في الله تعالى كفر، وعلى هذا يحمل ما روي أن النبي ﷺ قال: «من حلف بغير الله تعالى فقد كفر»^(١)، ولو سبق لسانه إليه بلا قصد لم يوصف بكراهة، بل هو لغو يمين وعلى هذا يحمل ما ثبت في «الصحيحين» أن النبي ﷺ قال: «أفلح وأبيه إن صدق».

السادسة: إذا قال إن فعلت كذا، فأنا يهودي، أو نصراني، أو بريء من الله تعالى، أو من رسول الله ﷺ، أو من الإسلام، أو من الكعبة، أو مستحل الخمر أو الميتة، لم يكن يميناً ولا كفارة في الحنث به، ثم إن قصد بذلك تبعيد نفسه عنه لم يكفر، وإن قصد به الرضا بذلك وما في معناه إذا فعله، فهو كافر في الحال.

قلت: قال الأصحاب: وإذا لم يكفر في الصورة الأولى، فليقل: لا إله إلا الله محمد رسول الله ويستغفر الله، ويستدل بما ثبت في الصحيحين أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف فقال في حلفه: باللات والعزى، فليقل: لا إله إلا الله»^(٢). ويستحب أيضاً لكل من تكلم بقبح أن يستغفر الله. وتجب التوبة من كل كلام قبيح محرم، وستأتي صفة التوبة إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات. وقد ذكرت في آخر كتاب الأذكار جملاً كثيرة من حكم الألفاظ القبيحة، واختلاف أحوالها وطرق الخروج منها. والله أعلم.

السابعة: قال أهل اللسان: حروف القسم ثلاثة الباء والواو والتاء المثناة فوق، قالوا: والأصل الباء وهي من صلة الحلف، كأن القائل يقول: حلفت بالله، أو أقسمت بالله، أو آليت بالله، ثم لما كثر الاستعمال وفهم المقصود، حذف الفعل، ويلى الباء الواو، لأن الباء تدخل على المضمر تقول: بك وبه لأفعلن، كما تدخل في المظهر، والواو تختص بالمظهر فتأخرت، والتاء بعد الواو، لأنها لا تدخل إلا

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٥٣٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٢٥١) وابن حبان في صحيحه برقم (١١٧٧) وأحمد في المسند (٣٤/٢، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٢٥) والبيهقي في سننه (٢٩/١٠) والطيالسي في مسنده برقم (١٨٩٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من حلف بغير الله فقد كفر أو أشرك».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (٢٥٦١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٤٨٦٠، ٦١٠٧، ٦٣٠١، ٦٦٥٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٤٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٢٤٧) والترمذي في سننه برقم (١٥٤٥) والنسائي في سننه برقم (٣٧٨٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠٩٦) وأحمد في المسند (٢/٣٠٩) والبيهقي في سننه (٣٠/١٠).

على «الله»، فإذا قال بالله - بالباء الموحدة - لأفعلن، فإن نوى اليمين، أو أطلق، فهي يمين لاشتهار الصيغة بالحلف لغة وشرعاً.

وحكى ابن كج خلافاً فيما إذا أطلق، والمذهب أنه يمين، وبه قطع الأصحاب، وإن نوى غير ذلك اليمين بأن قال: أردت بالله وثقت، أو اعتصمت بالله أو أستعين أو أؤمن بالله ثم ابتدأت لأفعلن، فالمذهب وبه قطع العراقيون والبغوي والرويانى وغيرهم: أنه ليس بيمين، واستبعد الإمام هذا وجعله زللاً أو خللاً من ناسخ. ونقل أنه لو نوى غير اليمين وادعى التورية لم يقبل فيما تعلق بحق آدمي، وهل يدين باطناً؟ قيل: وجهان: وقال القاضي حسين: لا يدين قطعاً، لأن الكفارة تتعلق باللفظ المحرّم الذي أظهر ما يخالفه، وأما قوله: والله، فالمذهب أنه كقوله: بالله على ما ذكرنا، وأشار بعضهم إلى القطع بأنه يمين بكل حال، ووجه المذهب أنه قد يريد به القائل والله المستعان ثم يبتدىء لأفعلن، وليس في ذلك إلا لحن في الإعراب وسيأتي نظائره إن شاء الله تعالى. وأما إذا قال: تالله لأفعلن بالمشناة فوق، فالمنصوص هنا وفي الإيلاء أنه يمين، وعن نصه في القسم أنه ليس بيمين، ولأصحاب فيه طرق، أحدها: العمل بظاهر النص. والثاني: فيهما قولان، والثالث وهو المذهب وبه قال ابن سلمة وأبو إسحاق وابن الوكيل: القطع بأنه يمين. قالوا: ورواية النص في القسم مصحفة إنما هي بالياء المشناة تحت، لأن الشافعي رحمه الله علل، فقال: لأنه دعاء وهذا إنما يليق بالمشناة تحت. ثم قيل: أراد إذا قال: يا الله على النداء أو قيل: أراد يا الله بفتح اللام على الاستغاثة، وهذا أشبه وأقرب إلى التصحيح، وقيل: ليست مصحفه، بل هي محمولة على ما إذا قال له القاضي: قل: بالله، فقال: تالله، فلا يحسب ذلك، لأن اليمين يكون على وفق التحليف، وكذا لو قال: قل: بالله فقال: بالرحمن، لا تحسب يمينه. وعكسه لو قال: قل: تالله بالمشناة فوق، فقال: بالله الموحدة، قال القفال: يكون يميناً، لأنه أبلغ وأكثر استعمالاً، ولو قال: قل: بالله، فقال: والله، قال الإمام: فيه تردد، لأن الباء والواو لا تكادان تتفاوتان، ولا يمتنع المنع للمخالفة. وهذا المعنى يجيء في مسألة القفال، وهذا الخلاف إذا قال: تالله ولم يقصد اليمين ولا غيرها، فإن نوى غير اليمين، فليس بيمين بلا خلاف، صرح به العراقيون والرويانى وغيرهم.

قلت: قال الدارمي: لو قال: يا الله بالمشناة تحت، أو فالله بالفاء، أو أالله بالاستفهام ونوى اليمين، فيمين، وإلا فلا. والله أعلم.

فرع: لو قال: والله لأفعلن برفع الهاء أو نصبها، كان يميناً، واللحن لا يمنع الانعقاد، وقال القفال: في الرفع لا يكون يميناً إلا بالنية.

فرع: لو حذف حرف القسم، فقال: الله لأفعلن كذا بجر الهاء أو نصبها أو رفعها ونوى اليمين، فهو يمين، وإن لم ينو، فليس بيمين في الرفع على المذهب، ولا في النصب على الصحيح، ولا في الجر على الأصح، لأن الرفع يحتمل الابتداء فيبعد الحنث، ويقرب في الجر الاستعارة بالصلة الجارة ويليه النصب بنزع الجار.

فرع: لو قال: بالله فشد اللام كما كانت وحذف الألف بعدها، فهو غير ذاك لاسم الله تعالى ولا حالف، لأن البلة هي الرطوبة، فلو نوى بذلك اليمين، فقال الشيخ أبو محمد والإمام والغزالي: هو يمين ويحمل حذف الألف على اللحن، لأن الكلمة تجري كذلك على السنة العوام أو الخواص.

قلت: ينبغي أن لا يكون يميناً، لأن اليمين لا يكون إلا باسم الله تعالى أو صفته، ولا يسلم أن هذا لحن، لأن اللحن مخالفة صواب الإعراب، بل هذه كلمة أخرى. والله أعلم.

الثامنة: في ضبط ما يحلف به، وفيه طريقان، إحداهما وهي أقصرهما: أن اليمين إنما ينعقد إذا حلف بما مفهومه ذات الباري سبحانه وتعالى، أو صفة من صفاته، والثانية وهي أقرب إلى سياق «المختصر»: أنها لا تنعقد إلا إذا حلف بالله، أو باسم من أسمائه، أو صفة من صفاته، وأراد بالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالى ولا يحتمل غيره من غير أن يأتي باسم مفرد، أو مضاف من أسمائه الحسنی، وذلك كقوله: والذي أعبد، أو أسجد له، أو أصلي له، والذي فلق الحبة، أو نفسي بيده، أو مقلب القلوب فتنعقد يمينه، سواء أطلق أو نوى الله سبحانه وتعالى أو غيره، وإذا قال: قصدت غيره، لم يقبل ظاهراً قطعاً، وكذا لا يقبل أيضاً فيما بينه وبين الله على الصحيح المعروف في المذهب، وحكي فيه وجه ضعيف. وأما القسم الثاني وهو الحلف بالأسماء، فالأسماء ثلاثة أنواع:

أحدها: ما يختص بالله تعالى ولا يطلق في حق غيره، كالله والإله، والرحمن ورب العالمين، ومالك يوم الدين، وخالق الخلق، والحي الذي لا يموت، والأول الذي ليس قبله شيء، والواحد الذي ليس كمثله شيء، فحكم الحلف به حكم القسم الأول، وفي كتاب ابن كج: إنه ليس في الأسماء صريح في الحلف إلا الله، وهذا غريب ضعيف.

النوع الثاني: ما يطلق في حق الله وفي حق غير الله تعالى، لكن الغالب استعماله في حق الله تعالى وأنه يقيد في حق غيره بضرب تقييد، كالجبّار والحق والرب والمتكبر والقادر والقاهر، فإن حلف باسم منها ونوى الله تعالى أو أطلق

فيمين، وإن نوى غير الله فليس يمين والخالق والرازق والرحيم من هذا النوع على الصحيح، وبه قطع الجمهور، وقيل: من الأول.

النوع الثالث: ما يطلق في حق الله تعالى وفي حق غيره ولا يغلب استعماله في أحد الطرفين كالحي والموجود والمؤمن والكريم والغني وشبهها، فإن نوى به غير الله تعالى، أو أطلق فليس يمين، وإن نوى الله تعالى، فوجهان: أحدهما يمين، وبه قطع صاحب «المهذب» و«التهذيب»، وفي شرح الموفق بن طاهر أن صاحب «التقريب» وأبا يعقوب قطعاً به، ونقلاه عن شيوخ الأصحاب، والثاني وهو الأصح وبه أجاب الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وسائر العراقيين والإمام والغزالي: لا يكون يميناً، لأن اليمين إنما تنعقد باسم معظم، والأسماء التي تطلق في حق الخالق والمخلوق إطلاقاً واحداً ليس لها حرمة ولا عظمة.

قلت: الأصح أنه يمين، وبه قطع الرافعي في «المحرر» وصاحب «التنبيه» والجرجاني وغيرهما من العراقيين لأنه اسم يطلق على الله وقد نواه، وقولهم: ليس له حرمة مردود. والله أعلم.

والسميع والبصير والعليم والحكيم من هذا النوع، لا من الثاني على الأصح، فقد عد البغوي العالم من هذا النوع. واعلم أن ابن كج نقل وجهاً أن الحلف بأي اسم كان من الأسماء التسعة والتسعين المذكورة في الحديث صريح، ولا فرق بين بعضها وبعض، وهذا غريب. وأما القسم الثالث: فالحلف بالصفات. فمتكلم في صور:

منها: إذا قال: وحق الله لأفعلن كذا، فإن نوى به اليمين، فيمين، وإن نوى غيرها من العبادات وغيرها، فليس يمين، وإن أطلق فوجهان: أحدهما: ليس يمين، حكي عن المزني وأبي إسحاق، واختاره الإمام والغزالي، والصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور أنه يمين، لأنه غلب استعماله في اليمين، فتصير هذه القرينة صارفة للفظ إلى معنى استحقاق الألوهية والعظمة وقال المتولي: ولو قال وحق الله بالرفع ونوى اليمين فيمين، وإن أطلق، فلا، وإن قاله بالنصب وأطلق فوجهان: والذي أجاب به البغوي المنع في النصب أيضاً.

ومنها: قوله وحرمة الله، وهو كقوله: وحق الله، وقيل: هو كقوله وعظمة الله، كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

ومنها: قوله وقدرة الله، وعلم الله، ومشية الله، وسمع الله، وبصر الله فهذه صفات قديمة، فإن نوى بها اليمين، أو أطلق انعقدت يمينه، وإن أراد بالعلم المعلوم، وبالقدرة المقدور قبل قوله، ولم يكن يميناً، لأن اللفظ محتمل له، ولهذا

يقال في الدعاء: اغفر علمك فينا، أي: معلومك، ويقال: انظر إلى قدرة الله أي مقدوره، فيكون كقوله: ومعلوم الله، ومقدوره، وخلق الله، وذلك ليس بيمين، وبمثله أجاب الإمام في: إحياء الله تعالى، وإن قال: وعظمة الله وكبرياء الله وعزته وجلاله وبقائه، فالحكم كما في العلم والقدرة، ولم يفرقوا بين الصفات المعنوية الزائدة على الذات وغيرها، هذا هو المذهب الذي قطع به الجمهور في هذه الصفات، وحكى الإمام وجهان: أن الحلف بهذه الصفات كالحلف بالله، حتى لو قال: أردت غير اليمين، لا يقبل ظاهراً. ووجهاً أنه إن أراد غير اليمين، يقبل في العلم والقدرة، للاحتمال المذكور، ولا يقبل في العظمة والجلال والكبرياء إذ لا يتخيل فيها مثل ذاك الاحتمال، وضعف هذا، وقال: قد يقال عاينت عظمة الله وكبرياءه، ويريد مثل ذلك، ومنها لو قال: وكلام الله، انعقدت يمينه، قال البغوي: وكذا لو قال: وكتاب الله وقرآن الله، قال إبراهيم المروزي: وكذا لو قال: والقرآن أو والمثبت في المصحف، قال المتولي: وإن حلف بالمصحف نظر، إن قال: وحرمة ما هو مكتوب فيه، فهو يمين، وكذا لو قال: وحرمة هذا المصحف، لأن احترامه لما هو مكتوب فيه، وإذا أراد الورق والجلد لم يكن يميناً.

قلت: لم يتعرض لما إذا قال: والمصحف، وأطلق، وهو يمين، صرح به بعض الأصحاب، وبه أفتى الإمام أبو القاسم الدولعي خطيب دمشق، من متأخري أصحابنا، قال: لأنه إنما يقصد به الحلف بالقرآن المكتوب ومذهب أصحابنا وغيرهم من أهل السنة أن القرآن مكتوب في المصاحف محفوظة في الصدور، ولا يقصد الحالف نفس الورق والمداد، ويؤيده أن الشافعي رحمته الله، استحسّن التحليف بالمصحف، واتفق الأصحاب عليه، ولو لم ينعقد اليمين به عند الإطلاق لم يحلف به. والله أعلم.

ولو قال: والقرآن، وأراد غير اليمين لم يكن يميناً، فقد يراد بالقرآن الخطبة والصلاة.

التاسعة: إذا قال: أقسم بالله، أو أقسمت بالله، أو أحلف بالله، أو حلفت بالله فله أحوال:

أحدها: أن يقول أردت بالأول الوعد بالحلف، وبالثاني الإخبار عن ماض، فيقبل باطناً، وأما في الظاهر، فإن علم له يمين ماضية قبل قوله في إرادتها بأقسمت وحلفت بلا خلاف، وإلا فالنص أنه يقبل أيضاً قوله في إرادة الوعد والإخبار، وقال في الإيلاء: إذا قال: أقسمت بالله لا وطئتكم، ثم قال: أردت يميناً ماضية لم يقبل، وللأصحاب فيها ثلاثة طرق، المذهب في أن في الإيلاء وسائر الأيمان قولين

أظهرهما: القبول، لظهور الاحتمال، والثاني: المنع، لظهوره في الإنشاء، والطريق الثاني: القطع بالمنع، وحمل ما ذكره هنا على القبول باطناً، والثالث: تقرير النصين، والفرق أن الإيلاء متعلق حق المرأة، وحق الآدمي مبني على المضايقة، وسائر الأيمان واجبها الكفارة، وهي حق الله تعالى.

الحال الثاني: أن يقول: أردت اليمين، فيكون يميناً قطعاً.

الحال الثالث: أن يطلق، فالمذهب عند الجمهور أنه يمين، وخالفهم الإمام في الترجيح، وقيل: وجهان: وقيل: قولان، وقيل: أقسم صريح، بخلاف أقسمت، وهو ضعيف.

قلت: لو قال: آليت أو أولي، فهو كحلف أو أحلف، ذكره الدارمي، وهو ظاهر. والله أعلم.

العاشرة: إذا قال أشهد بالله أو شهدت بالله، فإن نوى اليمين، فيمين. وإن أراد غير اليمين، فليس بيمين. وإن أطلق: فالمذهب أنه ليس بيمين، لتردد الصيغة، وعدم اطراد عرف شرعي أو لغوي، ونقل الإمام هذا عن العراقيين، وبه قال ابن سلمة.

فرع: لو قال: أعزم بالله، أو عزمت بالله، لأفعلن، فإن نوى غير اليمين، أو أطلق، فليس بيمين، وإن نوى اليمين فيمين.

فرع: لو قال: أقسم أو أقسمت، أو أحلف أو حلف، أو أشهد أو شهدت، أو أعزم أو عزمت لأفعلن كذا، ولم يقل: بالله، لم يكن يميناً، وإن نوى اليمين، لأنه لم يحلف باسم الله تعالى ولا بصفته.

فرع: لو قال الملاعن في لعانه: أشهد بالله وكان كاذباً هل يلزمه الكفارة؟ وجهان أصحهما: نعم، والخلاف شبيه بالخلاف في وجوب الكفارة على المؤلي إذا وطىء، قال الإمام: والصورة مفروضة فيما إذا زعم أنه قصد اليمين أو أطلق، وجعلنا مطلقه يميناً، قال: ويمكن أن يجيء الخلاف وإن قصد غير اليمين، لأن ألفاظ اللعان معروضة عليه في مجلس الحكم، ولا أثر للتورية في مجلس الحكم.

الحادية عشرة: إذا قال: وايم الله، أو وايمن الله لأفعلن كذا، فإن نوى اليمين فيمين، وإن أطلق فليس بيمين، على الأصح، لأنه وإن كان مشهوراً في اللغة فلا يعرفه إلا خواص الناس، قال الأصحاب: ولو قال: لاها الله ولم ينو اليمين فليس بيمين، وإن كان مستعملاً في اللغة، لعدم اشتهاؤه.

قلت: وقوله: وايم الله بكسر الميم وضمها والضم أشهر، ولاها الله بالمد والقصر، وإن نوى به اليمين كان يميناً قطعاً. والله أعلم.

الثانية عشرة: إذا قال: لعمر الله لأفعلن، إن نوى فيمين، وإن أطلق فلا، على الأصح.

الثالثة عشرة: إذا قال: علي عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالاته لأفعلن كذا، فإن نوى اليمين فيمين، والمراد من عهد الله استحقاقه لإيجاب ما أوجبه علينا، أو تعبدنا به، وإن أراد غير اليمين، كالعبادات، فليس بيمين، وإن أطلق فوجهان: قال أبو إسحاق: يمين للعادة الغالبة، والأصح المنع، لتردد اللفظ، وقد فسرت الأمانة في قول الله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ﴾ [الأحزاب: ٧٢] بالعبادة، وإذا أراد اليمين بهذه الألفاظ، انعقدت يمين واحدة، والجمع بين الألفاظ تأكيد، كقوله: والله الرحمن الرحيم لا يتعلق بالحنث فيها إلا كفارة واحدة، ولك أن تقول: إن قصد بكل لفظ يميناً، فليكن، كما لو حلف على الفعل الواحد مراراً.

قلت: هذا الذي استدركه الرافعي رحمه الله صحيح موافق للنقل، قال الدارمي: قال ابن القطان: إذا نوى التكرار، ففي تكرار الكفارة القولان فيمن حلف على الفعل الواحد مراراً، وطرده في قوله: والله الرحمن الرحيم. والله أعلم. أما إذا قال: وعهد الله، وميثاق الله، وأمانة الله، فقال المتولي: إن نوى اليمين فيمين، وإن أطلق فلا.

قلت: قد ذكر الرافعي نذر اللجاج والغضب في هذا الموضع، وقد قدمته في كتاب النذور.

الباب الثاني: في كفارة اليمين

فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في سبب الكفارة، وهي واجبة على من حنث، وفي سبب وجوبها وجهان: الصحيح عند الجمهور أنه اليمين والحنث جميعاً، والثاني أنه اليمين فقط، ولكن الحنث شرط.

فصل: يجوز التكفير قبل الحنث إن كفر بغير الصوم ولم يكن الحنث معصية، ويستحب أن يؤخر التكفير عن الحنث، ليخرج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه، وإن كفر بالصوم فالصحيح المشهور أنه لا يجوز تقديمه على الحنث، وفيه وجه. وقول قديم أنه يجوز، وإن كان الحنث بمعصية بأن حلف لا يزني فهل يجزئه التكفير قبله؟ وجهان: أحدهما: عند الأكثرين نعم. ولو قال: أعتقت هذا العبد عن كفارة يميني إذا حنثت، عتق العبد عن الكفارة إذا حنث بخلاف ما لو قال: أعتقته عن الكفارة إذا حلفت، فإنه لا يجزئه عن الكفارة، لأنه قدم التعليق على اليمين، وفي الصورة

السابقة قدمه على الحنث فقط، ولو قال: إذا حنثت في يميني غداً، فهو حر عن كفارتي، فإن حنث غداً، عتق عن الكفارة، وإلا لم يعتق، لأن المعلق عليه لم يوجد، ولو قال: أعتقته عن كفارة يميني إن حنثت، ثم بان أنه حنث، عتق عن الكفارة، وإلا لم يعتق، ولو قال: أعتقته عن كفارة يميني إن حلفت وحنثت، فبان حالفاً قال البغوي: ينبغي ألا يجزئه، لأنه شك في اليمين، وفي الصورة السابقة الشك في الحنث، والتكفير قبل الحنث جائز، وعلى قياسه لو قال: هو حر عن ظاهري إن ظهرت، فبان أنه ظاهر، ينبغي أن لا يجوز.

فرع: أعتق عبداً عن الكفارة قبل الحنث، ثم ارتد العبد، أو مات قبل الحنث، لم يجزئه عن الكفارة، كما لو عجل الزكاة، ثم ارتد المدفوع إليه قبل تمام الحول، وتغير الحال في التكفير قبل الحنث كهو في تعجيل الزكاة، قال البغوي: ويحتمل أن يجزئه إذا ارتد أو مات، كما لو ماتت الشاة المعجلة قبل الحول.

فرع: يجوز تقديم كفارة القتل على الزهوق بعد حصول الجرح، وتقديم جزاء الصيد على الزهوق بعد جرح الصيد، هذا هو المذهب، وقيل: فيهما الخلاف، في تقديم الكفارة على الحنث المحرم، لأن سراية فعله كفعله، وهو حرام، وهذا ليس بشيء، قال الإمام: وقياسه أن يقال: لو حلف لا يقتل زيداً فجرحه وكفر عن اليمين قبل حصول الزهوق، ففي الإجزاء الوجهان. قال: وهو بعيد، ثم هذا في التكفير بالإعتاق، وأما الصوم فلا يقدم على الصحيح كما سبق، ولا يجوز تقديم كفارة القتل على الجرح بحال لا في الآدمي ولا في الصيد، وفيه احتمال لابن سلمة، تنزيلاً للعصمة منزلة أحد السببين، وحكى ابن كج وجهاً في جواز التقديم على جرح الصيد، ووجهاً أنه إن كان يقتله مختاراً بلا ضرورة لم يجز، وإن اضطر الصيد إليه جاز، والمذهب الأول.

فرع: التكفير عن الظهار بالمال بعد الظهار وقبل العود جائز على المذهب، وقيل: فيه الخلاف في الحنث المحرم وليس بشيء؛ لأن العود ليس بحرام، ويتصور التكفير بين الظهار والعود، فيما إذا ظاهر من رجعية، ثم كفر، ثم راجعها، وفيما إذا ظاهر ثم طلق رجعيّاً، ثم كفر ثم راجع أو طلق بائناً وكفر ثم نكحها، وقلنا: يعود الحنث فيما إذا ظاهر مؤقتاً وصححنا، وكفر وصار عائداً بالوطء، وفيما إذا ظاهر وارتدت الزوجة عقبه، فكفر ثم أسلمت ثم صار عائداً، وأما إذا ظاهر وأعتق على الاتصال عن ظهاره، فهذا ليس بتكفير قبل العود، بل هو تكفير مع العود، لأن اشتغاله بالإعتاق عود والحكم بالإجزاء أيضاً.

فرع: لا يجوز تقديم كفارة الجماع في شهر رمضان، ولا في الحج والعمرة

على الجماع، وقيل: يجوز لكفارة اليمين، والصحيح الأول، لأن هذه الكفارة لا تنسب إلى الصوم والإحرام بل إلى الجماع، وتلك تنسب إلى اليمين، وكذا لا يجوز تقديم فدية الحلق والتطيب واللبس عليها، فإن وجد سبب يجوز فعلها، بأن احتاج إلى الحلق أو التطيب لمرض أو اللبس لبرد جاز التقديم على الأصح.

فرع: يجوز تعجيل المنذور إذا كان مالياً، بأن قال: إن شفى الله مريضى، أو رد غائبى، فله علي أن أعتق أو أتصدق بكذا، فيجوز تقديم الإعتاق والتصدق على الشفاء ورجوع الغائب، وفي فتاوى القفال ما ينازع فيه.

فرع: الحامل والمرضع إذا شرعنا في الصوم ثم أرادت الإططار، فأخرجتا الفدية قبل الإفطار جاز على الأصح، وعلى هذا ففي جواز تعجيل الفدية لسائر الأيام وجهان: كتعجيل زكاة عامين.

فصل: تكره اليمين إلا إذا كانت في طاعة كالبيعة على الجهاد، ويستثنى أيضاً الأيمان الواقعة في دعاوى، إذا كانت صادقة، فإنها لا تكره.

قلت: وكذا لا يكره إذا دعت إليه حاجة كتوكيد كلام أو تعظيم أمره، كقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح: «فوالله لا يمل الله حتى تملوا»^(١) وفي الحديث الآخر: «والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيراً»^(٢) وأشباهه في الصحيح كثيرة مشهورة. والله أعلم.

ثم إن حلف على فعل واجب، أو ترك حرام، فيمينه طاعة، والإقامة عليها واجبة، والحنث معصية، وتجب به الكفارة، وإن حلف على ترك واجب، أو فعل حرام، فيمينه معصية، ويجب عليه أن يحنث ويكفر^(٣)، وإن حلف على فعل نفل كصلاة تطوع، وصدقة تطوع، فالإقامة على ذلك طاعة، والمخالفة مكروهة، وإن حلف على ترك نفل، فاليمين مكروهة والإقامة عليها مكروهة، والسنة أن يحنث، وعد الشيخ أبو حامد وجماعة من هذا القبيل، ما إذا حلف لا يأكل طيباً، ولا يلبس ناعماً، وقالوا: اليمين عليه مكروهة، لقول الله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٣٢] واختار القاضي أبو الطيب أنها يمين طاعة،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٣) ومسلم في صحيحه برقم (٧٨٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٤٦٢١، ٦٤٨٦، ٧٢٩٥) ومسلم في صحيحه برقم (٢٣٥٩).

(٣) يشير إلى ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٥٠) والترمذي في سننه برقم (١٥٣٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأتها، وليكفر عن يمينه». وفي لفظ: «... فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه».

لما عرف من اختيار السلف خشونة العيش، وقال ابن الصباغ: يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس، وقصودهم وفراغهم للعبادة، وإشغالهم بالضيق والسعة، وهذا أصوب، وإن حلف على مباح، لا يتعلق به مثل هذا الغرض، كدخول دار، وأكل طعام، ولبس ثوب، وتركها، فله أن يقيم على اليمين، وله أن يحنث، وهل الأفضل الوفاء باليمين؟ أم الحنث؟ أم يتخير بينهما ولا ترجيح كما كان قبل اليمين؟ فيه أوجه: أصحابها: الأول، وبه قال أبو علي الطبري، واختاره الصيدلاني، وابن الصباغ، والغزالي وغيرهم، لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْفُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النمل: ٩١] ولما فيه من تعظيم اسم الله تعالى، وقد حصل مما ذكرناه أن اليمين لا تغير حال المحلوف عليه عما كان، وجوباً وتحريماً وندباً وكرهاً وإباحة.

الطرف الثاني: في كيفية كفارة اليمين، وهي مختصة باشتمالها على تخيير في الابتداء، وترتيب في الانتهاء، فيتخير الحالف بين أن يطعم عشرة مساكين، أو يكسوهم، أو يعتق رقبة، فإن اختار الإطعام، أطعم كل واحد مداً، والقول في جنس الطعام، وكيفية إخراجها، ومن يصرف إليه، وامتناع إخراج القيمة، وصرف الأمداد العشرة إلى بعض، وسائر المسائل على ما سبق في الكفارات، وإن اختار الكسوة، كساهم على ما سنذكره إن شاء الله تعالى، وإن اختار الإعتاق، فلتكن الرقبة بالصفات المذكورة في الكفارات. ولو أطعم بعض العشرة، وكسا بعضهم، لم يُجْزِئُهُ، كما لا يجوز أن يعتق نصف رقبة، ويطعم أو يكسو خمسة، ولو أطعم عشرة، وكسا عشرة، وأعتق رقبة، أو أطعم ثلاثين مسكيناً، أو كساهم عن ثلاث كفارات ولم يعين، أجزأه عنهن، فإن عجز عن الخصال الثلاث صام ثلاثة أيام، والقول فيما يحصل به العجز ذكرناه في الكفارات، ومن له أن يأخذ سهم الفقراء أو المساكين من الزكوات، أو الكفارات، له أن يكفر بالصوم، لأنه فقير في الأخذ، فكذا في الإعطاء، وقد يملك نصاباً، ولا يفي دخله بخرجه، فيلزمه الزكاة وله أخذها والفرق بين البابين أنا لو أسقطنا الزكاة خلا النصاب عنها بلا بدل، وللتكفير بالمال بدل، وهو الصوم. وهل يجب التتابع في صوم الثلاثة؟ قولان: أظهرهما: عند الأكثرين لا، قال الإمام: وهو الجديد، فإن أوجبناه، فالفطر في اليوم الثاني أو الثالث بعذر المرض أو السفر على الخلاف في كفارة الظهر، والحیض هنا يقطع التتابع، لإمكان الاحتراز عنه بخلاف الشهرين، وقيل: لا يقطعه كالشهرين، وقيل قولان: كالمرض، والمذهب الأول، فإن كانت لم تحض قط، فشرعت في الصوم، فابتدأها الحيض، فهو كالمرض.

فرع: تجب في الكسوة التملك، والواجب ثوب قميص، أو سراويل، أو عمامة، أو جبة، أو قباء، أو مقنعة، أو إزار، أو رداء، أو طيلسان، لأن الاسم يقع

على كل هذا، وحكي قول: أنه يشترط ساتر العورة، بحيث تصح الصلاة فيه، فتختلف الحال بذكورة الآخذ وأنوثته، فيجزىء الإزار إن أعطاه لرجل، ولا يجزىء إن أعطاه لامرأة، والمشهور الأول.

قلت: ويجزىء المنديل، صرح به أصحابنا، والمراد به هذا المعروف الذي يحمل في اليد، وقد صرح الدارمي بأن كل واحد من المنديل والعمامة يجزىء. والله أعلم.

وأما الثوب الصغير الذي يكفي لرضيع وصغير دون كبير، فإن أخذه الولي لصغير، جاز، لأن صرف طعام الكفارة وكسوتها للصغار جائز كما في الزكاة، ويتولى الولي الآخذ، وإن أخذه كبير لنفسه، جاز على الأصح، وبه قال القاضي حسين، لأنه لا يشترط أن يلبس الآخذ ما يأخذه، ولهذا يجوز أن يعطي الرجل كسوة المرأة، وعكسه، ولا يشترط المخيط، بل يجوز دفع الكرباس، ويستحب أن يكون جديداً، خاماً كان أو مقصوراً، فإن كان ملبوساً، نظر: إن تخرق أو ذهبت قوته لمقاربة الانمحاق، لم يجزئه، كالطعام المعيب، وإن لم ينته إلى ذلك الحد أجزأه، كالطعام العتيق، لا يجزىء المرقع إن رقع للتخرق والبلى، إن خيط في الابتداء مرقعاً لزينة وغيرها أجزأه، ولو كساه ثوباً لطيفاً، مهلهل النسج، غير بال في جنسه، لكن مثله إذا لبس لا يدوم، إلا بقدر ما يدوم الثوب البالي، قال الإمام: يظهر أنه لا يجزىء لضعف النفع فيه، وأما الجنس فيجزىء المتخذ من صوف وشعر وقطن وكتان وقز وبريسم، سواء كان المدفوع إليه رجلاً لا يحل له لبسه، أو امرأة، وفي الرجل وجه تضعيف، وسواء في كل جنس، الجيد والردى والمتوسط، وللقاضي حسين احتمال في اشتراط الكسوة الغالبة في البلد، كالطعام، وفي الدرع والمكعب وهو المداس والنعل والجوارب والخف والقلنسوة والتبان وهو سراويل قصيرة لا تبلغ الركبة، فوجهان: أحدهما: المنع لعدم اسم الكسوة، والثاني: الإجزاء، لإطلاق اسم اللبس، ومنهم من قطع بالمنع في الخف والنعل والجوارب، ولا تجزىء المنطقة والخاتم قطعاً، وكذا التكة على المذهب، وفي «جمع الجوامع» للرويانى: طرد الخلاف فيها، قال الصيدلانى: ويجزىء قميص البلد في بلد جرت عادة غالب الناس أو نادرهم بلبسه.

قلت: قال الدارمي: فإن دفع ما لا يعتاد لبسه كجلود ونحوها، لم يجزئه. والله أعلم.

الطرف الثالث: فيمن تلزمه الكفارة، وهو كل مكلف حنث في يمينه، سواء فيه الحر والعبد، والمسلم والكافر، فإن مات قبل إخراجها، أخرجت من تركته.

فصل: العبد يكفر عن اليمين وغيرها بالصوم، لأنه لا يملك على الأظهر،

وإن قلنا يملك بتمليك سيده، فإن أطلق التملك، لم يملك إخراج الكفارة بغير إذن سيده، وإن ملكه الطعام أو الكسوة ليخرجه في الكفارة، أو ملكه مطلقاً ثم أذن له في ذلك، كفر بالإطعام أو الكسوة. وقد ذكرنا ذلك في الكفارات، وذكرنا أنه لو ملكه عبداً ليعتقه عن الكفارة لم يقع عن الكفارة على المذهب، وبناء الإمام على أنه لو ملكه عبداً، وأذن في إعتاقه متبرعاً، فلمن الولاء فيه؟ أقوال: أحدها: للسيد، لقصور العبد عن استحقاق حقوق الولاء من الإرث والولاية. والثاني، يوقف. فإن عتق العبد، بان أن الولاء له، وإن مات رقيقاً، فلسيده. والثالث: للعبد، فعلى هذا، إن أذن له في الإعتاق عن الكفارة، وقع عنها، وثبت له الولاء، وإن قلنا الولاء للسيد، وقع العتق له على الأصح، وكأن الملك انقلب إليه، وفي وجه وقول: يقع عن العبد، ويجزئه عن الكفارة، ويختص التعذر بالولاء، وإن قلنا بالتوقف في الولاء، فوجهان: قال القفال: تجزئ عن الكفارة، وقال الصيدلاني، والقاضي حسين: يتوقف في الوقوع عن الكفارة، تبعاً للولاء، فإذا قلنا في هذه التفاريع، يقع العتق عن الكفارة فأذن السيد في الإعتاق في كفارة مرتبة، فهل له أن يكفر بالصوم لضعف ملكه؟ فيه احتمالان للإمام، لأنه لا يعد موسراً، ولهذا ينفق على زوجته نفقة المعسر، وإن ملكه السيد أموالاً عظيمة. ولو أعتق المكاتب عن كفارته بإذن سيده، وصححنا تبرعاته بإذن سيده، قال الصيدلاني: الذي ذكره الأصحاب أنه تبرأ ذمته عن الكفارة، وعندني أن الأمر موقوف، فقد يعجز، فيرق، فيكون الولاء موقوفاً، فيجب التوقف في الكفارة، ولو كفر السيد عن العبد بإطعام، أو كسوة، أو إعتاق بإذنه، فهو على الخلاف في أنه يملك بالتمليك بتفريعه، وإذا كفر بالصوم، فهل يستقبل به؟ أم يحتاج إلى إذن السيد؟ فيه خلاف وتفصيل، سبق في الكفارات. وحيث يحتاج، فللسيد منع الأمة من الصوم، لأنه يفوت الاستمتاع، والكفارة على التراخي، وله منع العبد عن الصوم إن كان يضعف به عن الخدمة، أو يناله ضرر، وإلا فلا منع على الأصح، وعلى هذا لا يمنعه من صوم التطوع، وصلاة التطوع، في مثل هذه الحالة في غير زمان الخدمة، كما لا يمنعه من الذكر، وقراءة القرآن، في تردداته، وحيث احتاج إلى الإذن، فصام بلا إذن، أجزأه، كما لو صلى الجمعة بلا إذن. ولو مات العبد، وعليه كفارة يمين، فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام، وإن قلنا: لا يملك بالتمليك، لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه، والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك، ولأنه ليس للميت ملك محقق، ولأن الرق لا يبقى بعد الموت، فهو والحر سواء، هذا ما قطع به الأصحاب، وفيه احتمال للإمام، فعلى الأول: لو أعتق عنه، لم يجزئه، على الأصح، لما ذكرنا من اشكال الولاء.

فصل: في الحر يموت وعليه كفارة، فتخرج من تركته، سواء أوصى بها أم لا، وسبيلها سبيل الديون، وذكرنا في كتاب الوصية وجهاً: أنه إن أوصى بها، حسبت من الثلث، ووجهاً: أنها من الثلث، وإن لم يوص، والصحيح الأول، وإذا وفّت التركة بحقوق الله تعالى وحقوق الآدمي، قضيت جميعاً، وإن لم تف، وتعلق بعضها بالعين، وبعضها بالذمة، قدم المتعلق بالعين، سواء اجتمع النوعان، أو انفرد أحدهما، وإن اجتمعا، وتعلق الجميع بالعين أو الذمة، فهل يقدم حق الله تعالى؟ أم الآدمي؟ أم يستويان؟ فيه ثلاثة أقوال، سبقت في مواضع، أظهرها الأول، ولا تجري هذه الأقوال في المحجور عليه بفلس، إذا اجتمع النوعان، بل تقدم حقوق الآدمي، وتؤخر حقوق الله تعالى، ما دام حياً، وإن كانت الكفارة مرتبة أعتق عنه الوارث، وكذا لو أوصى الوصي ويكون الولاء للميت، فإن تعذر الإعتاق، أطعم من التركة، وإن كانت كفارة تنجيز، جاز الإطعام والكسوة من التركة، وكذا الإعتاق على الأصح، والواجب من الخصال أقلها قيمة، فإن لم تكن تركة فتبرع أجنبي بالإطعام أو الكسوة عنه من مال نفسه، جاز على الأصح، فإن تبرع بهما الوارث، جاز على الصحيح، وقيل: لا، لبعد العبادات عن النيابة، وإن تبرع الأجنبي بالإعتاق في كفارة التنجيز، لم يصح على المذهب، لعلتين، إحداهما: سهولة التكفير بغير اعتاق، ولا يعتق لما فيه من عسر إثبات الولاء، والثانية: فيه إضرار بأقارب الميت، لأنهم يؤاخذون بجناية عتيقه، فإن كان المعتق وارثاً، جاز على العلة الثانية دون الأولى، وفي الكفارة المرتبة للوارث أن يتبرع بالإعتاق، وكذا للأجنبي على الأصح، بناء على العلة الأولى، وفي صوم الولي والأجنبي خلاف، سبق في الصيام، وإذا أوصى بأن يعتق عنه في كفارة التنجيز وزادت قيمة العبد على قيمة الطعام والكسوة، فثلاثة أوجه أضعفها: يتعين الإعتاق، وتحسب قيمة العبد من رأس المال، والثاني: تحسب قيمة العبد من الثلث، لأن براءة الذمة تحصل بلزومها، فعلى هذا إن وفي الثلث بقيمة عبد مجزىء، أعتق عنه، وإلا بطلت الوصية، وعدل إلى الإطعام والكسوة، وهذا الوجه أصح، وهو ظاهر النص. والثالث: تحسب قيمة أقلها قيمة من رأس المال، والزيادة إلى تمام قيمة العبد من الثلث، فإن وفي ثلث الباقي مضموماً إلى الأقل المحسوب من رأس المال بقيمة عبد، أعتق عنه، وإلا بطلت الوصية، وعدل إلى الإطعام والكسوة.

فرع: من بعضه حر وبعضه رقيق، إن كان معسراً، كفر بالصوم، وإن كان موسراً فوجهان: وإن شئت قلت: قولان، منصوب ومخرج، الصحيح المنصوص لا يكفر بالصوم، بل يطعم ويكسو، والمذهب: أنه لا يكفر بالإعتاق لتضمنه الولاية

والإرث، وليس هو من أهلها، وقيل: في تكفيره بالعنق قولان، كإعتاق المكاتب بأذن سيده عن كفارته، وهو ضعيف، وخرج المزني أنه يكفر بالصوم، وصوبه ابن سريج، وبالله التوفيق.

الباب الثالث: فيما يقع به الحنث

الأصل الموجوع إليه في البر والحنث، اتباع مقتضى اللفظ الذي تعلقت به اليمين، وقد يتطرق إليه التقييد والتخصيص، بنية تقترب به، أو باصطلاح خاص، أو قرينة، والصور التي تدخل في الباب لا تتناهى، لكن تكلم الشافعي والأصحاب رحمهم الله في أنواع تغلب ويكثر استعمالها، ويقاس عليها غيرها، وفيه أنواع: النوع الأول: الدخول والمساكنة، وفيه مسائل:

إحداها: لو حلف لا يدخل الدار، حنث بالحصول في عرصة الدار، وأبنيتها من البيوت والغرف وغيرها، فإن صعد سطحها، بأن تسور جدارها، أو جاء من دار الجار لم يحنث، إن كان السطح غير محوط، ولا عليه سترة، فإن كان فوجهان: الأصح وظاهر النص: لا يحنث أيضاً، كما لو حصل على الجدار، والثاني: إن كان التحويط من الجوانب الأربعة، حنث، وإن كان من جانب، فلا، وإن كان من الجانبين، أو ثلاثة، فوجهان مرتبان. هذا إذا لم يكن السطح مسقفًا، فإن كان مسقفًا كله أو بعضه حنث قطعاً إذا كان يصعد إليه من الدار، لأنه من أبنية الدار، ولو حلف ليخرجن من الدار، فهل يبر بصعود السطح، وجهان: أحدهما: لا، وبه قال الشيخ أبو محمد، لأنه لا يعد خارجاً حتى يفارق السطح، وأصحهما: نعم، وبه قال القاضي حسين، لأنه يصح أن يقال: ليس هو في الدار، وإذا لم يكن فيها كان خارجاً ويؤيده: أن ابن الصباغ حكى عن الأصحاب، أنه: لو حلف لا يخرج من الدار، فصعد سطحها، حنث، ولا يخفى أنه ينظر في الخروج أيضاً إلى كون السطح محوطاً أو غيره، ولو حلف لا يدخل، فدخل الطاق المضروب خارج الباب لم يحنث، على الأصح، لأنه لا يقال: دخل الدار، والثاني: يحنث، لأنه من الدار، ولهذا يدخل في بيعها، فلو دخل الدهليز خلف الباب، أو بين البابين حنث، لأنه من الدار، وحكى الفوراني نصاً أن داخل الدهليز لا يحنث، وحملوه على الطاق خارج الباب، وأشار الإمام إلى إثباته قولاً في الدهليز، وقال: لا يبعد أن يقال: دخل الدهليز ولم يدخل الدار، وجعل المتولي الدرب المختص بالدار أمام البيت، إذا كان داخلاً في حد الدار، ولم يكن في أولها باب كالطاق، قال: فإن كان عليه باب، فهو من الدار مسقفًا كان أو غيره.

فرع: حلف لا يدخل الدار، وهو فيها، لا يحنث بالمكث، وحكي قول، ووجه أنه يحنث، والمشهور الأول، وعليه نص في حرمة، ولو حلف لا يخرج وهو خارج، لا يحنث بترك الدخول، وكذا لو حلف لا يتزوج وهو متزوج، أو لا يتطهر وهو متطهر، أو لا يتوضأ وهو متوضئ، فاستدام النكاح والطهارة والوضوء لا يحنث. ولو حلف لا يلبس وهو لابس، فلم ينزع، أو لا يركب وهو راكب فلم ينزل، حنث بالاستدامة، لأنه يسمى لبساً وركوباً، ولهذا يصلح أن يقال: لبست شهراً وركبت ليلة، ولا يصح أن يقال: دخلت شهراً أو تزوجت شهراً، وإنما يقال: سكنت أو أقمت شهراً ولو حنث باستدامة اللبس ثم حلف لا يلبس، فاستدام، لزمه كفارة أخرى، لأن اليمين الأولى انحلت بالاستدامة الأولى، وهذه يمين أخرى، وقد حنث فيها، واستدامة القيام والقعود واستقبال القبلة قيام وقعود واستقبال، وهل استدامة التطيب بطيب؟ وجهان: أصحهما: لا. ولهذا لو تطيب، ثم أحرم، واستدام، لا يلزمه الفدية، وذكر الوجهان: فيما لو حلف أن لا يطأ، وهو في خلال الوطء، فلم ينزع، أو أن لا يصوم أو لا يصلي وهو شارع فيهما، فلم يترك، ويتصور ذلك في الصلاة إذا حلف ناسياً في الصلاة، فإن اليمين تنعقد، وإن حلف لا يغصب، لم يحنث باستدامة المغصوب في يده، ولو حلف لا يسافر وهو في السفر، فوقف، أو أخذ في العود في الحال، لم يحنث في العود، وكأن الصورة فيمن حلف على الامتناع عن ذلك السفر، وإلا فهو مسافر أيضاً.

فرع: إذا حلف لا يدخل الدار، حنث بالحصول فيها، سواء دخلها من الباب أو من ثقب في الجدار، أو كان في الدار نهر خارج فطرح نفسه في الماء فحملة، أو سبح، أو ركب سفينة فدخلت السفينة الدار ونزل من السطح. وفي صورة السطح وجه ضعيف، وسواء دخلها راكباً أو ماشياً. ولو أدخل في الدار يده أو رأسه أو إحدى رجليه، لم يحنث، وكذا لو مد رجله فأدخلهما الدار وهو قاعد خارجها، لم يحنث، وإنما يحنث إذا وضعهما في الدار واعتمد عليهما، أو حصل في الدار متعلقاً بشيء. ولو حلف: لا يخرج، فأخرج يده أو رجله، أو رجله وهو قاعد فيها، لم يحنث. ولو كان في الدار شجرة منشرة الأغصان، فتعلق ببعضها، فإن حصل في محاذاة البنيان بحيث صارت محيطة به عالية عليه، حنث. وإن حصل في محاذاة سترة السطح، ففيه الوجهان. وإن كان أعلى من ذلك، لم يحنث.

المسألة الثانية: حلف لا يدخل أو لا يسكن بيتاً، فاسم البيت يقع على المبنى من طين أو آجر ومدر وحجر، وعلى المتخذ من خشب وصوف ووبر وشعر وجلد وأنواع الخيام، فإن نوى نوعاً منها، حمل عليه، وإن أطلق، حمل على أي بيت كان

منها، إن كان الحالف بدوياً، وإن كان قروياً فثلاثة أوجه: الأصح وظاهر النص: يحنث أيضاً. والثاني: لا. والثالث: إن كانت قريته من البادية، حنث، وإلا فلا، ولا يحنث بدخول البيع، والكنائس، وبيوت الحمام، والغار في الجبل، والكعبة، والمساجد، على المذهب لأنها ليست للإيواء والسكن، ولا يقع عليها اسم البيت إلا بتقييد، وخرج ابن سريج الجميع على قولين، وحكى المتولي في الكعبة والمساجد وجهاً.

ولو دخل دهليز دار، أو صحنها، أو صفتها، لم يحنث على الصحيح. وعن القاضي أبي الطيب الميل إلى الحنث، لأن جميع الدار بيت بمعنى الإيواء. قلت: ولا يحنث بدخول بيت الرحى على الصحيح، ذكره الغزالي وغيره. والله أعلم.

المسألة الثالثة: حلف لا يسكن هذه الدار، ولا يقيم فيها، وهو عند الحلف فيها، فمكث ساعة بلا عذر، حنث، وإذا مكث، فسواء أخرج أهله ومتاعه أم لا، لأنه حلف على سكنى نفسه، لا أهله ومتاعه. فلو خرج وترك فيها أهله ومتاعه، لم يحنث. ولو حلف: لا يسكن داراً، فانتقل إليها بنفسه، دون أهله وماله، حنث. ولو مكث لعذر، بأن أغلق عليه الباب، أو منع من الخروج، أو خاف على نفسه أو ماله لو خرج، أو كان مريضاً، أو زمناً لا يقدر على الخروج، ولم يجد من يخرج، لم يحنث. وإن مرض، وعجز بعد الحلف، ففي الحنث الخلاف في حنث المكره. وقد تخرج سائر الصور على ذلك الخلاف. فإن وجد المريض من يخرج، فينبغي أن يأمره بإخراجه، فإن لم يفعل، حنث. وإن مكث الحالف مشتغلاً بأسباب الخروج، بأن انتهض لجمع المتاع، ويأمر أهله بالخروج، ويلبس ثوب الخروج، لم يحنث على الأصح، لأنه لا يعد ساكناً، كما لو خرج في الحال ثم عاد لنقل متاع، أو زيارة أو عيادة أو عمارة، فإن الأصحاب قالوا: لا يحنث، لأنه فارقها، وبمجرد العود لا يصير ساكناً. ولو احتاج إلى أن يبيت فيها ليلة لحفظ متاع، ففيه احتمالان لابن كج. والأصح عنده أنه لا يحنث. ولو خرج في الحال ثم اجتاز بها، بأن دخل من باب، وخرج من آخر، فقال القاضي حسين: الصحيح أنه لا يحنث، وإن تردد فيها ساعة بلا غرض، حنث. وينبغي أن لا يحنث بالتردد، لأنها لا تصير به مسكناً قال البغوي: ولو عاد مريضاً ماراً في خروجه، لم يحنث، وإن قعد عنده حنث، ولو خرج في الحال ثم دخل، أو كان خارجاً حين حلف، ثم دخل لا يحنث بالدخول ما لم يمكن، فإن مكث حنث، إلا أن يشتغل بحمل متاع كما في الابتداء.

المسألة الرابعة: في الحلف على المساكنة. قال الشافعي رحمه الله: المساكنة:

أن يكونا في بيت أو بيتين حجرتهما واحدة، ومدخلهما واحد. قال الشيخ أبو حامد: أراد بالحجرة: الصحن، فإن أقام كل واحد في دار، فلا مساكنة، سواء كانت الداران كبيرتين، أو صغيرتين، أو إحداهما كبيرة والأخرى صغيرة، كحجرة لطيفة بجانب دار، وسواء كانتا في درب نافذ أو غير نافذ. فإن سكنا في بيتين من خان كبير أو صغير، أو من دار كبيرة، فثلاثة أوجه: الأصح: لا مساكنة، سواء كان البيتان متلاصقين أو متفرقين. والثاني: بلى. والثالث: تثبت المساكنة في الدار دون الخان، لأنها تعد مسكناً لواحد، والخان يبني لسكنى جماعة، ويشبه أن لا يشترط في الخان أن يكون على البيت باب وغلق، كالدرج في الدرب، ويشترط في الدار الكبيرة أن يكون على كل بيت منها باب وغلق، فإن لم يكونا، أو سكنا في صفتين منها، أو في بيت وصفة، فهما متساكنان في العادة. ولو أقاما في بيتين من دار صغيرة، فهما متساكنان وإن كان لكل واحد باب وغلق، لمقاربتهمما وكونهما في الأصل مسكناً واحداً بخلاف الخان الصغير، هكذا فصل الأكثرون، ومنهم من أطلق وجهين في بيتي الدار، ولم يفرق بين الصغيرة والكبيرة، ورأى الأصح حصول المساكنة. وعلى هذا لو كان أحدهما في الدار، والآخر في حجرة منفردة المرافق وبابها في الدار، فلا مساكنة على الأصح، وبه قطع البغوي في حجرتين منفردتي المرافق في دار. والمرفق المستحم والمطبخ، والمرقى وغيرها، ولم يذكروا في الحجرة في الخان خلافاً وإن كان المرقى في الخان.

إذا تقرر هذا فقال: والله لا أساكن زيداً، فإذا أن يقيد المساكنة ببعض المواضع لفظاً، بأن يقول: في هذا البيت، أو هذه الدار، وإما أن لا يقيد.

الحالة الأولى: أن يقيد، فيحث بتساكنهما في ذلك الموضع، فإن كانا فيه عند الحلف، ففارق أحدهما الآخر، لم يحث، وإن مكثا فيه بلا عذر، حث. فإن بني بينهما حائل من طين أو غيره، ولكل واحد من الجانبين مدخل، أو أحدثا مدخلاً، فوجهان: أحدهما: لا يحث لاشتغاله برفع المساكنة، ورجحه البغوي. وأصحهما: عند الجمهور: يحث لحصول المساكنة إلى تمام البناء بغير ضرورة. فإن خرج أحدهما في الحال فبني الجدار، ثم عاد، لم يحث الحالف. ولا يخفى أنه لا بأس بالحالة هذه بالمساكنة في موضع آخر.

الحالة الثانية: أن لا يقيد لفظاً، فينظر، إن نوى موضعاً معيناً من بيت أو دار أو درب أو محلة أو بلد، فالمذهب، والذي قطع به الجمهور أن اليمين محمولة على ما نوى. وقيل: إن كانا يسكنان بيتاً من دار متحدة المرافق، ونوى أن لا يساكنه، حملت اليمين عليه، وإن لم يكن كذلك، ولا جرى ذكر تلك المساكنة، كقول

صاحبه: ساكني في هذا البيت، لم يقبل قوله، وتحمل اليمين على الدار وفي البلد وجه أن اللفظ لا ينزل عليه، لأنه لا يسمى مساكنة. وقيل: يجيء هذا الوجه في المحلة. وإن لم ينو موضعاً، وأطلق المساكنة، حيث بالمساكنة في أي موضع كان، وحكى المتولي قولاً أنه إذا أطلق وكل واحد منهما في دار وحجرة منفردة، حملت اليمين على الاجتماع الحاصل، فإن كانا في درب، فلا بد من مفارقة أحدهما الدرب، وإن كانا في محلة فلا بد من مفارقة أحدهما المحلة، والمشهور الأول، فعلى هذا لو كانا عند الحلف في بيتين من خان، فلا مساكنة، ولا حاجة إلى مفارقة أحدهما الآخر، وعلى القول الشاذ يشترط مفارقتها. وإن كانا في بيت من الخان، فهل يكفي مفارقة أحدهما ذلك البيت، أم يشترط مفارقتها الخان؟ فيه هذا الخلاف. ثم سواء نوى موضعاً معيناً أو أطلق، فالقول في أن استدامة المساكنة مساكنة، وفي الحائل المبني بينهما على ما سبق في الحالة الأولى. والاعتبار بالانتقال بالبدن، دون الأهل والمال كما سبق.

النوع الثاني: ألفاظ الأكل والشرب، وفيه مسائل:

الأولى: حلف، فقال: لا أشرب من ماء هذه الإداوة أو الجرة، حنث بما شرب من مائها من قليل أو كثير. ولو قال: لأشربن من مائها، بر بما شرب وإن قل. وإن قال: لا أشرب من ماء هذا النهر، أو لأشربن منه، فالحكم كالإداوة. ولو قال: لا أشرب من ماء هذه الإداوة أو الحب أو المصنع أو غيرها مما يمكن شرب جميعه ولو في مدة طويلة، لم يحنث إلا بشرب جميعه. ومتى بقي شيء منه، لم يحنث. قال في شرح مختصر الجويني: سوى البلل الذي يبقى في العادة. ولو قال: لأشربن ماء هذه الإداوة أو الحب، لم يبر إلا بشرب الجميع. ولو قال: لا أشرب ماء هذا النهر أو البحر أو البئر العظيمة، فهل يحنث بشرب بعضه؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قال ابن سريج، وابن أبي هريرة وأصحهما: لا، وبه قال أبو إسحاق، وعامة الأصحاب، وصححه الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب والرويانى كمسألة الإداوة. قال القاضي: وينبغي أن يقال: لا تنعقد يمينه كما لو حلف: لا يصعد السماء، لأن الحنث فيه غير متصور. ولو حلف ليشربن ماء هذا النهر أو البحر، فوجهان: أحدهما: يبر بشرب بعضه وإن قل، وأصحهما: لا يبر ببعضه، وعلى هذا هل يلزمه الكفارة في الحال أم قبيل الموت؟ وجهان: أحدهما: الأول، لأن العجز متحقق في الحال، وإنما يحسن الانتظار فيما يتوقع حصوله. وقيل: لا تنعقد اليمين أصلاً، لأن البر غير متصور، ولو حلف: ليصعدن السماء، ففي انعقاد يمينه وجهان: الأصح: الانعقاد، وعلى هذا فيحكم بالحنث في الحال، أم قبل الموت؟ فيه

الوجهان. ولو قال: لأصعدن السماء غداً، وفرعنا على انعقاد اليمين، فهل يحنث وتجب الكفارة في الحال، أم بعد مجيء الغد؟ فيه الوجهان. ويشبه أن يرجح هنا الثاني. وعلى هذا، فهل يحنث قبيل غروب الشمس من الغد، أم قبل ذلك؟ فيه خلاف سيأتي في نظيره إن شاء الله تعالى. ولو حلف: لا يصعد السماء، فهل ينعقد يمينه؟ وجهان: أحدهما: نعم، وإن لم يتصور الحنث، كما لو حلف أنه فعل كذا أمس، وهو صادق، وأصحهما: لا، بخلاف صورة الاستشهاد، لأن الحلف هناك محتمل الكذب.

فرع: قال: لأشربن ماء هذه الإداوة، ولا ماء فيها، أو لأقتلن فلاناً وهو ميت، فأربعة أوجه: أصحها: أنه يحنث وتجب الكفارة في الحال، والثاني: قبيل الموت، والثالث: لا تنعقد اليمين، والرابع: يحنث في القتل دون الشرب. ولو قال: لأقتلن فلاناً وهو يظنه حياً وكان ميتاً، ففي الكفارة خلاف بناء على يمين الناسي.

فرع: قال القاضي أبو الطيب: قال الأصحاب: لو قال: والله لا أكل خبز الكوفة، أو خبز بغداد، لم يحنث بأكل بعضه، إلا أن ينوي غير ذلك.

فرع: قال: لأشربن ماء هذه الإداوة، فانصب قبل أن يشرب، أو مات الحالف، نظر، إن كان بعد الإمكان، حنث. وإن كان قبله، فقولان كالمكره. ولو قال: لأشربن منه، فصبه في حوض، ثم شرب منه من موضع يعلم أنه وصل إليه، بر، وإن حلف: لا يشرب منه، فصبه في حوض وشرب منه، حنث. وكذا لو حلف: لا يشرب من لبن هذه البقرة، فخلط بلبن غيرها، بخلاف ما لو حلف: لا يأكل هذه التمرة، فخلطها بصبرة، لا يحنث إلا بأكل جميع الصبرة، والفرق ظاهر.

فرع: حلف: لا يشرب ماء فراتاً أو من ماء فرات، حمل على الماء العذب من أي موضع كان. وإن قال: من ماء الفرات، حمل على النهر المعروف. ولو قال: لا أشرب ماء الفرات، أو لا أشرب من ماء الفرات، فسواء أخذ الماء بيده، أو في إناء فشرب أو كرع فيه، حنث. ولو قال: لا أشرب من ماء نهر كذا، فشرب من ساقية تخرج منه، أو من بئر محفورة بقرب النهر، يعلم أن ماءها منه، حنث. ولو قال: لا أشرب من نهر كذا، ولم يذكر الماء، فشرب من ساقية تخرج منه، حنث على الأصح، كما لو أخذ الماء في إناء. ولو حلف: لا يشرب من هذه الجرة أو غيرها مما يعتاد الشرب منه، فجعل ماءه في كوز وشربه، لم يحنث.

المسألة الثانية: قال: لا أكل هذين الرغيفين، أو لا ألبس هذين الثوبين، لم يحنث إلا بأكلهما أو لبسهما سواء لبسهما معاً، أو لبس أحدهما ونزعه، ثم لبس

الآخر. وكذا لو قال: لا أكلتهما أو لا لبستهما، لم يبر إلا بأكلهما ولبسهما. ولو قال: لا أكلم زيداً وعمراً، ولا أكل اللحم والعنب، لم يحنث إلا إذا أكلهما، أو كلمهما، إلا إذا نوى غير ذلك، لأن الواو العاطفة تجعلهما كشيء واحد، فكأنه قال: لا أكلهما، ولو قال: لا أكلم زيداً ولا عمراً، ولا أكل اللحم ولا العنب، حنث بكل واحد منهما، وهما يمينان لا تنحل إحداهما بالحنث في الأخرى. فلو قال: لا أكلم أحدهما، أو قال: واحداً منهما، ولم يقصد واحداً منهما بعينه، فيحنث إذا كلم أحدهما، وتنحل اليمين، ولا يحنث بكلام الآخر. قال المتولي: وكذا في الإثبات إذا قال: لألبس هذا الثوب وهذا الثوب، فهما يمينان، لوجود حرف العطف، ولكل واحد حكمها، وفي هذا توقف. ولو أوجب حرف العطف كونهما يمينين، لا كما لو قال: لا ألبسهما، لأوجب في قوله: لا أكلم زيداً وعمراً ولا أكل اللحم والعنب كونهما يمينين، لا كما لو قال: لا أكلم هذين ولا أكل هذين.

فرع: قال: لا أكل هذا الرغيف، لم يحنث بأكل بعضه. ولو قال: لأكله، لم يبر إلا بأكل جميعه. فلو بقي في الصورة الأولى ما يمكن التقاطه وأكله، لم يحنث، كما لو قال: لا أكل ما على هذا الطبق من التمر، فأكل ما عليه إلا تمرة، لا يحنث وإن جرت العادة بترك بعض الطعام للاحتشام من استيفائه أو لغير ذلك. وكذا لو قال: لأكلن هذه الرمانة، فترك حبة، لم يبر، وإن قال: لا أكلها، فترك حبة، لم يحنث.

المسألة الثالثة: إذا حلف: لا يأكل الرأس أو الرؤوس، أو لا يشتريها، حمل على التي تميز عن الأبدان وتباع مفردة، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم. وفي رؤوس الإبل وجه شاذ عن ابن سريج، فطرده ابن أبي هريرة في البقر والغنم. وقيل: إن كان في بلد لا تباع فيه إلا رؤوس الغنم، لم يحنث إلا بغيرها، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، فإن أكل رأس طير، أو حوت، أو ظبي، أو صيد آخر، لم يحنث على المشهور. فإن كانت رؤوس الصيد والحيتان تباع مفردة في بلد، حنث بأكلها هناك. وهل يحنث بأكلها في غير ذلك البلد؟ وجهان رجع الشيخ أبو حامد والرويانى المنع، والأقوى الحنث، وهو أقرب إلى ظاهر النص. وهل يعتبر نفس البلد الذي يثبت فيه العرف، أم كون الحالف من أهله؟ وجهان: هذا كله عند الإطلاق. وقال المتولي: فإن قصد أن لا يأكل ما يسمى رأساً، حنث برأس السمك والطيور. وإن قصد نوعاً خاصاً، لم يحنث بغيره.

فرع: حلف: لا يأكل البيض، حمل على ما يزايل بايضه وهو حي، لأنه المفهوم، فلا يحنث ببيض السمك والجراد، ويحنث ببيض الدجاج، والنعام،

والأوز، والعصافير، وقيل: لا يحنت إلا بيض الدجاج، وقيل: بالدجاج والأوز. وقال الإمام: الطريقة المرضية أنه لا يحنت إلا بما يفرد بالأكل في العادة، دون بيض العصافير والحمام ونحوها، والمذهب الأول. ولا يحنت بأكل خصية الشاة، لأنها لا تفهم عند الإطلاق. وإن خرجت البيضة وهي منعقدة من الدجاجة، فأكلها، حنت، وإن أخرجت بعد موتها، فأكلها، فوجهان:

قلت: الأصح الحنت. والله أعلم.

المسألة الرابعة: حلف لا يأكل الخبز، حنت بأي خبز كان، سواء فيه خبز البر، والشعير، والذرة، والباقلاء، والأرز، والحمص، لأن الجميع خبز، ولا يضر كونه غير معهود بلده، كما لو حلف: لا يلبس ثوباً، حنت بأي ثوب كان وإن لم يكن معهود بلده وذكر السرخسي وجهاً أنه لا يحنت بخبز الأرز إلا في طبرستان، وبه قطع الغزالي، ونسبه إلى الصيدلاني، وهي نسبة باطلة، وغلط في النقل، بل الصواب الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق أنه يحنت به كل أحد، وقد صرح بذلك الصيدلاني أيضاً. قال المتولي: ويحنت بخبز البلوط أيضاً، ويحنت بأكل الأقراص والرغفان وخبز الملة والمشحم وغيره، وسواء أكله على هيئته أو جعله ثريداً. لكن لو صار في المرققة كالحسو، فتحساه، لم يحنت، وسواء ابتلعه بعد مضغ، أو ابتلعه على هيئته، فيحنت في الحالين، وإن مضغه ولم يبتلعه، لم يحنت، سواء أدرك طعمه أم لا. ولو أكل جوزنيقاً، فوجهان حكاهما البغوي، أحدهما: يحنت، لأنه لو نزع منه الحشو صار خبزاً، والأصح: المنع.

قلت: والرقاق والبقسماط والبسيصة [...] (١) والله أعلم.

المسألة الخامسة: حلف: لا يأكل اللحم أو لا يشتريه، لم يحنت بشحم البطن وشحم العين. والأصح: أنه لا يحنت بشحم الظهر والجنب، وهو الأبيض الذي لا يخالطه الأحمر، لأنه لحم سمين، ولهذا يحمر عند الهزال. ولو حلف: لا يأكل الشحم، حنت بشحم البطن، ولا يحنت باللحم قطعاً، ولا بشحم الظهر على الأصح. وعن الشيخ أبي زيد وجه ثالث: أنه إن كان الحالف عربياً، فشحم الظهر شحم في حقه، لأنهم يعدونه شحمًا، وإن كان عجمياً، فهو لحم في حقه. وفي شحم العين وجهان: ويدخل في اليمين على اللحم لحم النعم، والوحش، والطير المأكول كله. وفيما لا يؤكل كالهيئة، والخنزير، والذئب، والحمار، وغيرها وجهان: رجح الشيخ أبو حامد والرويان المنع، والقفال وغيره الحنت.

(١) بياض بالأصل.

قلت: المنع أقوى. والله أعلم.

ولا يحنث بأكل السمك على الصحيح. والصحيح أن الألية ليست بلحم ولا شحم. وقيل: لحم. وقيل: شحم، والسنام كالألية. ولو حلف على الألية، لم يحنث بالسنام، وكذا العكس. ولو حلف على الدسم، تناول شحم الظهر والبطن والألية والسنام والأدهان كلها، والمذهب أنه لا يدخل في اللحم الأمعاء والطحال والكروش والكبد والرئة، ولا يدخل المخ قطعاً وقد يجيء فيه الخلاف، ولا يدخل القلب على الأصح، ويحنث بأكل لحم الرأس والخد واللسان والأكارع على المذهب، وقيل: وجهان:

فرع: حلف: لا يأكل لحم بقر، حنث بلحم الجاموس وبالبقر الأهلي والوحشي. وقيل: في الوحشي وجهان وهو ضعيف. ولو حلف لا يركب الحمار، فركب حمار الوحش، فوجهان بناء على أن الحمارين جنس في الربا أم جنسان وقد سبق في الربا وجهان في أن الجراد هل هو من جنس اللحوم ويمكن أن يخرج عليهما الحنث بأكله في يمين اللحم.

قلت: الصواب الجزم بعدم الحنث، لعدم اطلاق الاسم لغة وعرفاً. والله أعلم.

فرع: حلف: لا يأكل ميتة، لم يحنث بالمذكاة وإن حلها الموت للعرف. وهل يحنث بأكل السمك؟ وجهان: أحدهما: نعم، للحديث: «أحلت لنا ميتتان» وأصحهما: لا، للعرف، كما لو حلف: لا يأكل دماً، لا يحنث بالكبد والطحال.

المسألة السادسة: حلف: لا يأكل الزبد، لا يحنث بأكل السمن. ولو حلف: لا يأكل السمن، لا يحنث بالزبد على الأصح، لاختلاف الاسم والصفة. ولو حلف على الزبد والسمن، لا يحنث باللبن، ويدخل في اللبن لبن الأنعام والصيد والحليب والرائب والماست والشيراز والمخيض، وتوقف بعضهم في الشيراز. قال القاضي أبو الطيب: لا معنى لتوقفه، وفي المخيض وجه ضعيف، فإن أكل الزبد، فثلاثة أوجه: أصحها: وبه قطع ابن الصباغ: إن كان اللبن ظاهراً فيه، حنث، وإن كان مستهلكاً فلا. ولا يحنث بالسمن والجبن والمصل والأقط. وقال أبو علي ابن أبي هريرة، والطبري: يحنث بكل ما يستخرج من اللبن، والصحيح الأول.

فرع: حلف: لا يأكل السمن، لا يحنث بالأدهان، ولو حلف على الدهن: لم يحنث بالسمن على الأصح.

المسألة السابعة: حلف: لا يأكل الجوز، قال الغزالي: يحنث بالجوز الهندي، قال: ولو حلف لا يأكل التمر، لم يحنث بالهندي، لأن الجوز الهندي قريب من

الجوز المعروف طبعاً وطعماً، بخلاف التمر الهندي. وقطع البغوي بأنه لا يحنث بالهندي في الصورتين، وكذا لو حلف: لا يأكل البطيخ لا يحنث بالهندي. ولو حلف: لا يأكل الخيار، لا يحنث بهذا الذي يقال له: خيار شنبر.

المسألة الثامنة: كما أن الأعيان أجناس مختلفة الأسماء والصفات، كذلك الأفعال أجناس مختلفة، ولا يتناول بعضها بعضاً، فالشرب ليس بأكل، وكذا العكس، فإذا حلف: لا يأكل، فشرب ماء أو غيره، أو حلف: لا يشرب، فأكل طعاماً، لا يحنث. واللبن والخل وباقي المائعات إذا حلف لا يأكلها، فأكلها بخبز، حنث، أو شربها لم يحنث. وإن حلف: لا يشربها، فالحكم بالعكس. ولو حلف: لا يأكل سويقاً، فاستفه، أو تناوله بملقعة أو بأصبع مبلولة، حنث. ولو مائه في الماء وشربه، لم يحنث. ولو حلف: لا يشرب السويق، فالحكم بالعكس. ولو كان السويق خائراً، بحيث يؤخذ بالملاعق، فتحساه، ففيه خلاف، والأصح أنه ليس بشرب. ولو قال: لا أأطعم أو لا أتناول، دخل في اليمين الأكل والشرب جميعاً.

فرع: حلف: لا يأكل السكر، حنث بنفس السكر، دون ما يتخذ منه، إلا إذا نوى. وكذا الحكم في التمر والعسل. ثم إن ابتلع السكر بلا مضغ، فقد أكله، كما لو أكل الخبز على هيئته، وإن مضغه وازدرد ممضوغاً، حنث أيضاً، وإن وضعه في فمه فذاب ونزل، لم يحنث على الأصح، وبه قطع المتولي والبغوي، كما أنه لا يسمى أكلاً للسكر.

فرع: حلف: لا يأكل العنب والرمان، لم يحنث بأكل عصيرهما وشربه. ولو امتصهما، ورمى الثفل، لم يحنث أيضاً، لأنه ليس أكلاً.

حلف: لا يأكل السمن، فأكله وهو جامد وحده، حنث، وإن شربه ذائباً، لم يحنث على الصحيح، وإن أكله بخبز وهو جامد أو ذائب، حنث على الصحيح، وخالف فيه الإصطخري. وإن جعله في عصيدة أو سويق، فالنص أنه يحنث. ونص أنه لو حلف: لا يأكل خللاً، فأكله سكباجاً، لا يحنث، فقال الجمهور: ليس ذلك باختلاف، بل إن كان السمن ظاهراً في العصيدة والسويق يرى جرمه، حنث وهذا مراده بنص السمن، وكذا حكم الخل إذا كان ظاهراً بلونه، وطعمه، بأن أكل مرقة وهي حامضة وإن كان السمن أو الخل مستهلكاً، لم يحنث. وهذا مراده بنص الخل. وصوروا ذلك فيما إذا أكل لحم السكباج أو ما فيه من سلق وغيره، ومنهم من أطلق وجهين أو قولين فيهما.

فرع: حلف: لا يأكل أو لا يشرب، لا يحنث بمجرد الذوق، ولو حلف: لا يذوق، فأكل أو شرب، حنث على الصحيح، لتضمنهما الذوق. وإن أدرك طعم

الشيء بالمضغ والإمساك في الفم، ثم مجه ولم ينزل إلى حلقه، فوجهان: أحدهما: لا يحنث، كما لا يفطر. وأصحهما: يحنث، لأن الذوق إدراك الطعم. ولو حلف: لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق، فأوجر في حلقه حتى صار في جوفه، لم يحنث. ولو قال: لا أطعم كذا فأوجره، حنث، لأن معناه: لا جعلته لي طعاماً.

المسألة التاسعة: حلف لا يأكل الفاكهة، حنث بأكل العنب، والرمان، والرطب، والتفاح، والسفرجل، والكمثرى، والمشمش، والخوخ، والإجاص، والأترج، والنارنج، والليمون، والنبق، والموز، والتين، ولا يحنث بالقثاء والخيار والبادنجان والجزر، ويحنث بالبطيخ على الأصح، وبه قال ابن سريج، لأن له نضجاً وإدراكاً، ويدخل في اسم الفاكهة الرطب واليابس، كالتمر والزبيب والتين اليابس، ومفلق الخوخ والمشمش، وهل يحنث بلب الفستق والبندق وغيرهما؟ وجهان أصحهما: نعم، لأنه يعد من يابس الفاكهة، كذا قاله الجمهور، وقالوا: لو حلف لا يأكل الثمار، حنث بالرطب دون اليابسات. وقال المتولي: لا يحنث باليابس في يمين الفاكهة أيضاً. والصحيح: الأول.

المسألة العاشرة: حلف: لا يأكل البيض، ثم حلف: ليأكلن ما في كم زيد، فإذا هو بيض، فجعله في الناطف وأكله كله، لا يحنث في واحدة من اليمينين، ولا بد من أكل جميعه.

فرع: يتعلق بهذا النوع: الرطب ليس بتمر، والعنب ليس بزبيب، وعصير العنب ليس بعنب، وعصير التمر ودبسه ليس بتمر، والسمسّم ليس بشيرج، وكذا العكوس. والرطب ليس ببسر ولا بلح. ولو حلف: لا يأكل الرطب، فأكل المنصف، نظر، إن أكل النصف الذي أرطب، حنث قطعاً، وإن أكل الجميع، حنث على الصحيح، وخالف فيه الإصطخري، وأبو علي الطبري. وإن أكل النصف الذي لم يرطب، لم يحنث، ولو حلف: لا يأكل البسر، فأكل المنصف، ففيه هذا التفصيل، والحكم بالعكس. ولو حلف: لا يأكل بسرة ولا رطبة، فأكل منصفاً، لم يحنث. ولو حلف: لا يأكل طعاماً، تناول اللفظ القوت والإدام والفاكهة والحلواء. وفي الدواء وجهان: ولو حلف: لا يأكل قوتاً، حنث بأكل ما يقتات من الحبوب، ويحنث بالتمر والزبيب واللحم إن كان ممن يقتاتها، وإلا فوجهان: ولو حلف: لا يأكل إداماً، حنث بكل ما يؤتدم به، سواء كان مما يصطبغ به، كالخل والدبس والشيرج والزيت والسمن والمربى، أو لا يصطبغ به كاللحم والجبن والبقل والبصل والفجل والثمار، وكذا التمر والملح على الصحيح فيهما. واسم الماء يتناول العذب والملح، ومياه الابار والأنهار، وكذا ماء البحر، وفيه احتمال للشيخ أبي حامد. فلو

حلف: لا يشرب الماء، لم يحنث بأكل الجمد والثلج، ويحنث بشرب مائهما. ولو حلف: لا يأكل الجمد والثلج، لم يحنث بشرب مائهما. والثلج ليس بجمد، وكذا العكس. ولو حلف: لا يأكل مما طبخه زيد، فالاعتبار فيه بالإيقاد إلى الإدراك، أو وضع القدر في التنور بعد سجره، فإن أوقد زيد تحته حتى أدرك، أو وضعها في التنور فأكل منه، حنث، سواء وجد نصب القدر وتقطيع اللحم، وصب الماء عليه، وجمع التوابل، وسجر التنور منه، أو من غيره. ولو أوقد، أو وضع في التنور مع غيره، لم يحنث، لأنه لم ينفرد بالطبخ، وكذا لو أوقد هذا ساعة، وهذا ساعة. قال الإمام: ولو جلس الحاذق بالطبخ قريباً، واستخدم صبيّاً في الإيقاد، وقلل أو كثر، ففيه تردد، إذ يضاف الطبخ هنا إلى الأستاذ. ولو قال: لا آكل ما خبزه فلان، فالاعتبار بالصاقه إلى التنور، لا بالعجن وسجر التنور وتقطيع الرغفان وبسطها.

قلت: ولو حلف: لا يأكل ثريداً، لم يحنث بخبز غير مشرود في مرق. والله أعلم.

النوع الثالث: في العقود وفيه مسائل:

إحداها: حلف: لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، أو من طعام اشتراه زيد، أو لا يلبس ثوباً اشتراه زيد، لم يحنث بما ملكه بآرث أو هبة أو وصية، أو رجع إليه برد يعيب أو بإقالة وإن جعلنا الإقالة بيعاً، لأنه لا يسمى بيعاً عند الإطلاق، وكذا لا يحنث بما خلص له بالقسمة وإن جعلناها بيعاً. ويحنث بما ملكه بالتولية والإشراك والسلم، لأنها بيع، ولا يحنث بما ملكه بالصلح على الصحيح، وبه قطع الصيدلاني والبلغوي والمتولي والروباني وغيرهم. ولو قال: لا أدخل داراً اشتراها زيد، لم يحنث بدار ملك بعضها بالشفعة. ولا يحنث بما اشتراه لزيد وكيله، ويحنث بما اشتراه زيد لغيره بوكالة أو ولاية. ولو اشتراه زيد ثم باعه، فأكله، حنث، لأنه موصوف بأن زيداً اشتراه. وكذا لو باع بعضه وأكل من ذلك البعض. ولو أكل طعاماً اشتراه زيد وعمره، لم يحنث على الصحيح. وقيل: يحنث، لأنه ما من جزء إلا وقد ورد عليه شراء زيد، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب. وقيل: إن أكل النصف فما دونه، لم يحنث، وإن أكل أكثر منه، حنث، لأننا نتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد، ثم لم يفرق الجمهور بين قوله: لا آكل من طعام اشتراه زيد، وقوله: طعاماً اشتراه زيد. وخص البلغوي الأوجه بما إذا قال: من طعام اشتراه زيد، وقطع بعدم الحنث فيما إذا قال: طعاماً اشتراه زيد، قال: إلا أن يريد أن لا يأكل طعامه أو من طعامه، فيحنث بالمشترك. ولو اشترى زيد طعاماً، وعمره طعاماً، وخلطاً، فأكل الحالف من المختلط، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا يحنث وإن أكل الجميع، وبه قال ابن أبي هريرة، لأنه لا يمكن الإشارة إلى شيء منه بأنه اشتراه زيد.

والثاني: وهو قول الإصطخري، واختاره القاضي أبو الطيب: إن أكل أكثر من النصف، حنث، وإلا، فلا، وهو عند استواء القدرين.

والثالث: وهو الأصح، وبه قال أبو إسحاق: أنه إن أكل قليلاً يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو، كعشر حبات من الحنطة، وعشرين حبة، لم يحنث، وإن أكل قدراً صالحاً، كالکف والكفين، حنث، لأننا نتحقق أن فيه مما اشتراه زيد.

فرع: قال: لا أسكن داراً لزيد، فسكن داراً له فيها حصة قليلة، أو كثيرة، لا يحنث. نص عليه في «الأم».

فرع: في تعلية إبراهيم المروذي: أنه لو حلف: لا يأكل طعام زيد، فأكل مشتركاً بينه وبين غيره، حنث، وقد سبق عن البغوي ما يوافقه، قال: ولو حلف لا يلبس ثوب زيد، أو لا يركب دابته، فلبس أو ركب مشتركاً، لم يحنث.

المسألة الثانية: حلف لا يشتري أو لا يبيع، فوكل من باع واشترى له، أو لا يضرب عبده، فأمر من ضربه، أو حلف الأمير أو القاضي: لا يضرب، فأمر الجلال فضرب، لم يحنث، وذكر الربيع أن الحالف إن كان ممن لا يتولى البيع والشراء، أو الضرب بنفسه كالسلطان، أو كان الفعل المحلوف عليه لا يعتاد الحالف فعله، أو لا يجيء منه، كالبناء والتطين، حنث إذا أمر به. فمنهم من جعل هذا قولاً آخر، وأثبت قولين، والمذهب القطع بأنه لا يحنث، والامتناع من جعله قولاً، ولو حلف: لا يزوج، أو لا يطلق، أو لا يعتق، فوكل وعقد الوكيل، فكالتمكيل في البيع. ولو فوض الطلاق إلى زوجته، فطلقت نفسها، لم يحنث على المذهب. وحكي قول أنه يحنث هنا وإن لم يحنث في التمكيل، لأنه فوضه إلى من لا يملكه، وكأنه هو المطلق. فلو قال: إن فعلت كذا، أو إن شئت، فأنت طالق، ففعلت، أو شاءت، حنث، لأن الموجود منها مجرد صفة، وهو المطلق. ولو حلف: لا يتزوج، أو لا ينكح، فوكل من قبل له نكاح امرأة، فهل يحنث؟ وجهان حكاهما المتولي. أحدهما: لا، كالبيع، وبه قطع الصيدلاني، والغزالي. والثاني: نعم، لأن الوكيل هنا سفير محض، ولهذا يجب تسمية الموكل، وبه قطع البغوي. ولو قبل لغيره نكاحاً، فمقتضى الوجه الأول الحنث، ومقتضى الثاني المنع. ولو حلف: لا يبيع ولا يشتري، فتوكل لغيره فيهما، حنث على الأصح، وهو الذي أطلقه جماعة، وقيل: لا يحنث، وقيل: إن صرح بالإضافة إلى الموكل، لم يحنث، وإن نواه ولم يصرح، حنث. ولو قال: لا أكلم عبداً اشتراه زيد، لم يحنث بتكليم عبد اشتراه

وكيله. ولو قال: لا أكلم امرأة تزوجها زيد، فكلّم من تزوجها لزيد وكيله، ففيه الوجهان، فيما لو حلف: لا يتزوج، فتزوج وكيله له. ولو حلف: لا يكلم زوجة زيد، حث بتكليم من تزوجها بنفسه أو بوكيله بلا خلاف.

واعلم أن كل هذه الصور فيمن أطلق ولم ينو، فأما إن نوى أن لا يفعل ولا يفعل بإذنه، أو لا يفعل ولا يأمر به، فيحنت إذا أمر به ففعل، هكذا أطلقوه مع قولهم: إن اللفظ حقيقة لفعل نفسه، واستعماله في المعنى الآخر مجاز. وفي هذا استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعاً، وهو بعيد عند أهل الأصول، والأولى أن يؤخذ معنى مشترك بين الحقيقة والمجاز جميعاً، فيقال: إذا نوى أن لا يسعى في تحقيق ذلك الفعل، حث بمباشرته، وبالأمر به، لشمول المعنى وإرادة هذا المعنى إرادة المجاز فقط.

قلت: هذا الذي ذكره الرافعي حسن، والأول صحيح على مذهب الشافعي، وجمهور أصحابنا المتقدمين في جواز إرادة الحقيقة والمجاز بلفظ واحد. والله أعلم.

فرع: حلف: لا يحلق رأسه، فأمر غيره، فحلقه، فقبل: يحنت للعرف. وقيل: فيه الخلاف، كالبيع. ولو حلف: لا يبيع من زيد، فباع من وكيله، أو وكل من باع من زيد، لم يحنت. ولو حلف: لا يبيع لزيد مالاً، فباع ماله بإذنه أو بإذن الحاكم بحجر، أو امتناع الحاكم، حث. وإن باع بغير إذن، لم يحنت، لفساد البيع. فلو وكل زيد وكيلاً في بيع ماله، وأذن له في التوكيل، فوكل الوكيل الحالف وهو لا يعلم، نص في «الأم» أنه لا يحنت، وهو تفريع على أحد القولين في حث الناسي. وقال المتولي: إن كان أذن لوكيله أن يوكل عنه، حث، لأنه باع لزيد يعني إذا علم، أو قلنا: يحنت الناسي، وإن كان أذن له في التوكيل عن نفسه، فباع، لم يحنت، لأنه لم يبيع لزيد، بل لوكيله وإن أطلق الإذن في التوكيل، فعلى الخلاف في أن من يوكله وكيل الموكل، أم وكيل الوكيل؟ ولو قال: لا يبيع لي زيد مالاً، فوكل الحالف رجلاً في البيع، وأذن له في التوكيل، فوكل الوكيل زيداً، فباع، حث الحالف، سواء علم زيد أم لم يعلم، لأن اليمين منعقدة على نفي فعل زيد، وقد فعله زيد باختياره.

المسألة الثالثة: حلف لا يبيع، فباع بيعاً فاسداً، أو لا يهب، فوهب هبة فاسدة، لم يحنت، وتنزل ألفاظ العقود على الصحيح. هذا إذا أطلق اليمين، فإن أضاف العقد إلى مالاً يقبله، بأن حلف: لا يبيع الخمر، أو المستولدة، أو مال زوجته، أو غيرها بغير إذن، ثم أتى بصورة البيع، فإن مقصوده أن لا يتلفظ بلفظ العقد مضافاً إلى ما ذكره، حث، وإن أطلق، لم يحنت، لأن البيع هو السبب المملك، وذلك لا يتصور في الخمر، أو المستولدة، أو مال زوجته، أو غيرها بغير إذن، ثم أتى بصورة يحنت

بصورة البيع، وهو وجه لغيره حكاه صاحب «التقريب» والصحيح الأول، وسيأتي خلاف إن شاء الله تعالى في أنه هل يتعين حمل لفظ العبادات كصوم وصلاة على الصحيح؟ ولا خلاف أنه لو حلف أن لا يحج، يحنث بالفساد، لأنه منعقد يجب الماضي فيه كالصحيح. ولو حلف: لا يبيع بيعاً فاسداً، لم يحنث بالبيع الفاسد، ذكره الصيدلاني والرويانى. وقال الإمام: الوجه عندنا أنه يحنث.

المسألة الرابعة: إذا حلف لا يهب، حنث بكل تمليك في الحياة خال عن العوض، كالهبة والصدقة والرقيى والعمرى، لأنها أنواع خاصة من الهبة، وقيل: لا يحنث بما سوى الهبة. وقيل: يحنث بالرقيى والعمرى دون الصدقة، حكاه المتولي، ووجهه بأن الهبة والصدقة تختلفان اسماً ومقصوداً وحكماً. أما الاسم، فلأن من تصدق على فقير لا يقال: وهب له، وأما المقصود، فلأن الصدقة للتقرب إلى الله تعالى، والهبة لاكتساب المودة. وأما الحكم، فلأن النبي ﷺ كان لا يأكل الصدقة، ويأكل الهبة والهدية. هذا في صدقة التطوع، أما إذا أدى الزكاة، أو صدقة الفطر، فلا يحنث، كما لو أدى ديناً. وعن القفال ترديد جواب فيه، والمذهب الأول. ولا يحنث بالإعارة، إذ لا تمليك فيها، ولا بالوصية، لأنها تمليك بعد الموت، والميت لا يحنث ولا بالضيافة. وقال ابن القطان: يحنث بالوصية. وفي الضيافة وجه حكاه المتولي بناء على أن الضيف يملك ما يأكله، والصحيح الأول في المسألتين. ولا يحنث بالوقف عليه إن قلنا: الملك فيه للواقف، أو لله تعالى، وهو المذهب، وإن قلنا للموقوف عليه، حنث. وقيل: فيه خلاف. ولو قال الحالف لرجل: وهبتك كذا فلم يقبل لم يحنث على الصحيح، لأن العقد لم يتم قال ابن سريج: يحنث، لأنه يقال: وهبه كذا، فلم يقبل، وخرج على هذا الخلاف فيما إذا أعمره أو أرقبه، ولم نصح العقدتين. ولو تم الإيجاب والقبول في الهبة، لكن لم تقبض، فوجهان: أحدهما: عند المتولي: يحنث لأن الهبة حصلت، والمتخلف الملك. وعند البغوي: لا يحنث، لأن مقصود الهبة لم يحصل.

قلت: الأصح لا يحنث، وصححه آخرون غير البغوي، منهم الرافعي في «المحرر». والله أعلم.

فرع: حلف: لا يتصدق، فتصدق فرضاً أو نفلاً، يحنث، لشمول الاسم، وسواء تصدق على فقير أو غني. وقال المتولي: لو دفع إلى ذمي لا يحنث، لأنه لا قرية فيه، وهذا ممنوع، ويحنث بالإعتاق دون الإعارة والضيافة، وفي الهبة وجهان: أحدهما: يحنث بها كعكسه. وأحدهما: لا. والصدقة والهبة تتداخلان تدخل العموم والخصوص، فكل صدقة هبة، ولا ينعكس. ولو وقف، فقد أطلق المتولي أنه

يحنث، وقال غيره: يبني على الأقوال في ملك الوقف لمن هو؟ إن قلنا: للواقف، لم يحنث. وإن قلنا: لله تعالى، حنث، وإن قلنا: للموقوف عليه، فوجهان: كالهبة.

فرع: حلف: لا يبر فلاناً، دخل في اليمين جميع التبرعات من الهبة والهدية والإعارة والضيافة والوقف وصدقة التطوع، فيحنث بأياها وجد. ولو كان المحلوف عليه عبده، فأعتقه، حنث، وكذا لو كان عليه دين، فأبرأه، ولا يحنث بأن يدفع إليه الزكاة. ولو حلف: لا يعتق عبداً فكاتبه، وعتق بالأداء، لم يحنث، ذكره ابن القطان. ولو حلف: لا يضمن لفلان مالا، فكفل بدن مديونه، لم يحنث.

المسألة الخامسة: حلف: لا مال له، حنث بكل مال حتى ثياب بدنه، وداره التي يسكن فيها، وعبده الذي يخدمه، ولا يختص بنوع من المال إلا أن ينويه، ولو كان له دين حال على مليء مقر، حنث، كالوديعة. قال المتولي: وخرج فيه وجه من قوله القديم: لا زكاة في الدين، والمذهب الأول، وإن كان مؤجلاً أو على معسر، أو جاحد، حنث على الأصح، لأنه ثابت في الذمة يصح الإبراء منه. وقيل: في الجاحد وجه ثالث: إن كان له بينة، حنث قطعاً، وإلا، فلا. ولو كان له عبد أبق، أو مال ضالة، أو مغصوب، أو مسروق، وانقطع خبرها، ففي الحنث وجهان: لتعارض أصل بقائها، وعدم الحنث. ولو كان الغاصب حاضراً، والمالك قادر على الانتزاع منه، أو على بيعه ممن يقدر على انتزاعه، حنث قطعاً، ذكره المتولي. ولو كان له مدبر أو معلق عتقه بصفة أو مال أو وصى به، حنث، لأنها باقية على ملكه، ولا يحنث بالمكاتب على الأصح. ويقال: الأظهر، وقيل: قطعاً، ويحنث بأم الولد على الأصح، لأن رقبته لها، وله منافعها، وأرش الجناية عليها. ولو كان يملك منفعة بوصية أو إجارة، لم يحنث على الصحيح، ولا يحنث بالموقوف إن قلنا: الملك فيه لله تعالى أو للواقف، وإن قلنا: له، فكالمستولدة. ولو كان قد جنى عليه خطأ أو عمدًا، أو عفا على مال، حنث، وإن كانت الجناية عمدًا، ولم يقتص ولم يعف، قال في «البيان» يحتمل أن يبني على أن موجب العمد ماذا؟ إن قلنا: القود، لم يحنث، وإن قلنا: القود أو المال، حنث، وقد يتوقف في هذا.

قلت: الصواب الجزم بأن لا حنث. والله أعلم.

وكون المال مرهوناً لا يمنع الحنث، وكذا عدم استقرار الملك. وقال ابن القطان: لا يحنث بالأجرة المقبوضة إذا لم تنقض المدة، وغلظه ابن كج.

فرع: حلف لا ملك له، حنث بالآبق والمغصوب، وإن كان له زوجة، قال المتولي: يبني على أن النكاح هل هو عقد تمليك، أو عقد حل؟ فإن قلنا: تمليك، حنث.

قلت: المختار أنه لا حنث إذا لم تكن نية، لأنه لا يفهم منه الزوجة، وينبغي أن لا يحنث بالكلب والسرجين وغيرهما من النجاسات، ولا بالزيت النجس إذا لم نجز بيعه. ولو حلف: لا رقيق له، أو لا عبد له، أو لا أمة له، وله مكاتب، لم يحنث على المنصوص، وهو المذهب، ويحنث بمدير قطعاً. والله أعلم.

النوع الرابع في الإضافات والصفات، وفيه مسائل:

إحداها: حلف لا يدخل دار زيد أو بيته، أو لا يلبس ثوبه، أو لا يركب دابته، قال الأصحاب: مطلق الإضافة إلى من يملك مقتضى ثبوت الملك، ولهذا لو قال: هذه الدار لزيد، كان إقراراً بملكه. فلو قال: أردت أنها مسكنه، لا يقبل، وقد تضاف الدار والبيت إلى الإنسان بجهة أنها مسكنه، لكنه مجاز، ولهذا يصح نفي الإضافة مع إثبات السكنى، فيقال: هذه الدار ليست ملك زيد، لكنها مسكنه. إذا عرف هذا فلا يحنث الحالف بدخول دار يسكنها زيد بإجارة أو إعارة أو غصب، إلا أن يقول: أردت المسكن، ويحنث بدخول دار يملكها وإن لم يسكنها، إلا أن يقول: أردت مسكنه. ولو حلف: لا يدخل مسكن فلان، حنث بدخول مسكنه المملوك والمستأجر. وفي المغصوب وجهان: لأنه لا يملك سكناه.

قلت: أصحهما: الحنث. والله أعلم.

وفي دخول داره التي لا يسكنها أوجه: أصحهما: لا يحنث، والثالث: إن كان سكنه ولو يوماً، حنث، وإلا، فلا، ولو أراد مسكنه المملوك، لم يحنث بغيره بحال. **فرع:** حلف: لا يدخل دار زيد، وقد وقف زيد على غيره داراً، قال المتولي: إن قلنا: الوقف ملك للواقف، حنث بدخولها، وإلا فلا. وإن دخل داراً موقوفة على زيد، فإن قلنا: الوقف ملك للموقوف عليه، حنث، وإلا، فلا. ولو دخل داراً لمكاتب زيد، لم يحنث.

فرع: حلف: لا يدخل دار المكاتب، حنث بدخولها على الصحيح، لأنه مالك نافذ التصرف.

المسألة الثانية: حلف: لا يدخل دار زيد، فباعها زيد، ثم دخلها، لم يحنث، لأنه لم يدخل دار زيد، وكذا لو قال: لا أكلم عبد فلان أو أجيره أو زوجته، فكلّم بعد زوال ملكه عن العبد وانقطاع الإجارة والنكاح، أو قال: لا أكلم سيد هذا العبد، أو زوج هذه المرأة، فكلّم بعد زوال الملك والنكاح، لم يحنث. فلو اشترى زيد بعد ما باعها داراً أخرى، قال الصيدلاني: إن قال: أردت الأولى بعينها، لم يحنث بدخول الثانية، وإن قال: أردت أي دار تكون في ملكه، حنث بالثانية دون الأولى، وإن قال: أردت أي دار جرى عليها ملكه، حنث بأيتها دخل. هذا كله إذا قال: دار

زيد ولم يعين، فأما إذا قال: لا أدخل دار زيد هذه، فباعها زيد، ثم دخلها، فيحنت على الصحيح، لأنه عقد اليمين على عين تلك الدار، ووصفها بإضافة قد تزول، فغلب التعيين كما لو قال: لا أكلم زوجة زيد هذه، أو عبده هذا، فكلمهما بعد الطلاق والعق، يحنت. ولو قال: لا أكل لحم هذه البقرة، وأشار إلى شاة، فإنه يحنت بأكل لحمها، فلا يجيء فيها الخلاف فيما لو قال: بعتك هذه البقرة وهي شاة، لأن العقود يراعى فيها شروط وتعبدات لا يعتبر مثلها في الأيمان. ولو حلف: لا يكلم زيداً هذا، فبدل اسمه، واشتهر بالاسم المبدل، ثم كلمه، حنت اعتباراً بالتعيين.

المسألة الثالثة: حلف: لا يدخل هذه الدار من هذا الباب، فدخلها من موضع آخر عتيق أو محدث، وذلك الباب بحاله، لم يحنت، فلو قلع الباب، وحول إلى منفذ آخر من تلك الدار، فثلاثة أوجه: أصحها: تحمل اليمين على المنفذ الأول، لأنه المحتاج إليه في الدخول، فإن دخل منه، حنت، وإن دخل من المنفذ المحول إليه، لم يحنت. والثاني: يحمل على الباب المتخذ من الخشب ونحوه، لأن اللفظ له حقيقة، فيحنت بدخول المنفذ المحول إليه دون الأول. والثالث: يحمل عليهما لأن الإشارة وقعت إليهما، فلا يحنت بدخول منفذ آخر، وإن نصب عليه ذلك الباب، ولا بدخول المنفذ الأول، هذا إذا أطلق. فإن قال: أردت بعض هذه المحامل، حمل عليه، وارتفع الخلاف، ولو قلع الباب، ولم يحول إلى موضع آخر، حنت بدخول ذلك المنفذ على الأصح ويعبر عن الخلاف بأن الاعتبار بالمنفذ، أم بالباب المنصوب عليه؟ قال المتولي: بناء عليه لو قال: لا أدخل هذا الباب، وقلنا: تعقد اليمين على الباب المنصوب. فنقل إلى دار أخرى، فدخلها منه، حنت، والمذهب أنه لا يحنت إلا أن يريد: لا أدخل منه حيث نصب. ولو قال: لا أدخل باب هذه الدار، ولا أدخل هذه الدار من بابها، ففتح باب جديد، فدخلها منه، حنت على الأصح. ولو قال: لا أدخلها من بابها، فتسلق ونزل من السطح، لم يحنت.

المسألة الرابعة: حلف: لا يركب دابة عبد زيد، ولا يدخل داره، لا يحنت بالدابة والدار المجعولين باسم العبد، إلا أن يريد: فإن ملكه السيد دابة أو داراً، بني على أنه هل يملك؟ إن قلنا: نعم، حنت، وإلا، فلا. هذا هو الصحيح، وقول الجمهور. وقال ابن كج: لا يحنت وإن قلنا: يملك لأن ملكه ناقص، والسيد متمكن من إزالته، فكأنه بينه وبينه، وصار كمن حلف لا يركب دابة زيد وركب مشتركة بينه وبين غيره. ولو حلف: لا يركب دابة زيد، فركب دابة ملكها زيد لعبده، إن قلنا: لم يملك، لم يحنت، وإلا فيحنت. ولو حلف: لا يركب دابة العبد، فعتق وركب دابة

يملكها، فقطع الغزالي بالحنث، وابن كج بالمنع إذا لم يكن له بيعة، لأنه إنما يركب دابة حر. وينبغي أن يقال: إن قال: لا أركب دابة هذا، حنث، وإن قال: دابة عبد، فلا، وإن قال: دابة هذا العبد، فليكن على خلاف يأتي إن شاء الله فيما لو حلف لا يكلم هذا العبد، فعنق، ثم كلمه. ولو قال: لا أركب سرج هذه الدابة، فركب السرج المعروف بها، حنث وإن كان على دابة أخرى، ويقرب من هذا ما إذا حلف على دار أو خان منسوب، فيحمل على التعريف، كخان أبي يعلى عندنا، وكدار العقيلي بدمشق.

المسألة الخامسة: حلف: لا ألبس ثوباً من به فلان علي، أو ما من به علي، فلبس ثوباً وهبه له، أو أوصى له به، حنث. ولو لبس ما باعه إياه بمحابة، لم يحنث، لأن المنة في نقص الثمن لا بالثوب. وكذا لو باعه ثوباً، ثم أبرأه من ثمنه، فلبسه، أو أبدل الموهوب، أو الموصى به بغيره، أو باعه واشترى بثمنه ثوباً فلبسه، لم يحنث، لأن الأيمان تبني على الألفاظ، لا على القصود التي لا يحتملها اللفظ، ولهذا لو من عليه رجل، فحلف: لا يشرب له ماء من عطش، فشربه من غير عطش، أو أكل له طعاماً، أو لبس له ثوباً، لا يحنث، لأن اللفظ لا يحتمله، وإن كان يقصد في مثل هذا الوضع الامتناع من جميع هذا.

المسألة السادسة: حلف: لا يلبس من غزل فلانة، أو ثوباً من غزلها، فلبس ثوباً خيط بغزلها، لم يحنث. وإن لبس ثوباً سداه من غزلها، واللحمة من غيره، فإن كان قال: لا ألبس ثوباً من غزلها، لم يحنث. وإن قال: لا ألبس من غزلها، حنث، بخلاف الخيط، فإنه لا يوصف بأنه ملبوس.

فرع: يراعى مقتضى اللفظ في هاتين المسألتين ونظائرها في تناول الماضي والمستقبل أو أحدهما، فإذا قال: لا ألبس ما من به علي، فإنما يحنث بلبس ما تقدمت المنة به بالهبة وغيرها، ولا يحنث بما يمن به فيما بعد. وإذا قال: لا ألبس ما غزله فلانة، فإنما يحنث بما غزله من قبل دون ما تغزله فيما بعد. ولو قال: لا ألبس ما يمن به، أو ما تغزله، حنث بما تحدث المنة به وغزله دون ما سبق. ولو قال: لا ألبس من غزلها، دخل فيه الماضي والمستقبل.

المسألة السابعة: حلف: لا يلبس ثوباً، حنث بلبس القميص والرداء وال سراويل والجبّة والقباء ونحوها، وسواء المخيط وغيره، والقطن والكتان والصوف والإبريسم، وسواء لبسه على الهيئة المعتادة أو بخلافها، بأن ارتدى أو اتزر بالقميص، أو تعمم بالسراويل، ولا يحنث بلبس الجلود وما يتخذ منها، ولا بلبس الحلّي والقلنسوة، ولا بوضع الثوب على الرأس، ولا بأن يفرشه ويرقد عليه. ولو

تدثر به، لم يحنث على الأصح، لأنه لا يسمى لبساً، ولو قال: لا ألبس حلياً، حنث بالسوار والخلخال والطوق والدملج، وخاتم الذهب والفضة، ولا يحنث بالمتخذ من شبه أو حديد، ويحنث بمخنقة اللؤلؤ والجواهر وإن لم يكن فيها ذهب، ولا يحنث بتقلد السيف المحلى. وفي المنطقة المحلاة وجهان: أحدهما: أنها من حلي الرجل، ويحنث بلبس الخرز والسبيح إن كان الحالف من قوم يعتادون التحلي بهما، كأهل السواد. وفي غيرهم وجهان: كما لو حلف غير البدوي: لا يدخل بيتاً، فدخل بيت شعر. ولو حلف: لا يلبس شيئاً، حنث بلبس الثياب والحلي والقلنسوة والجلود، وفي الدرع والخف والنعل والجوشن وجهان: أحدهما: يحنث، وقد يطرد الخلاف في الحلي والقلنسوة. ولو قال: لا ألبس قميصاً، فارتدى أو اتزر بقميص، حنث على الأصح، ولو فتقه وقطعه وارتدى، أو اتزر به، لم يحنث، لفوات اسم القميص. ولو قال: لا ألبس هذا القميص، فارتدى به أو اتزر، أو قال: لا ألبس هذا الرداء، فاتزر به، أو تعمم، حنث على الصحيح، لتعلق اليمين بعين القميص. ولو قال: لا ألبس هذا الثوب، وكان المحلوف عليه قميصاً أو رداءً، ففتقه واتخذ منه نوعاً آخر، بأن جعل القميص رداءً، أو الرداء جبة أو تككاً، أو الخف نعلًا، ثم لبس المتخذ، حنث على الأصح، إلا أن ينوي لا يلبسه ما دام على تلك الهيئة. فلو لم يذكر الثوب، بل قال: لا ألبس هذا القميص، أو هذا الرداء، ففتقه، واتخذ منه نوعاً آخر ولبسه، ففيه الوجهان، لكن الأصح هنا: لا يحنث، كما سيأتي في نظائره إن شاء الله تعالى. فإن قلنا: لا يحنث، فأعاد الهيئة الأولى، ففي الحنث الوجهان في الدار تعاد بعد الانهدام بذلك النقص. ولو كان قال في يمينه: لا ألبس هذا القميص، أو الثوب قميصاً، أو هذا الثوب أو الرداء رداءً، فإن تقمص بالقميص، أو ارتدى بالرداء، حنث، وإن اتزر بالقميص أو تعمم بالرداء، لم يحنث. وكذا لو اتخذ من القميص غير قميص، ومن الرداء غير رداء، ثم لبسهما، ولو قال: لا ألبسه وهو قميص، فارتدى به، أو تعمم أو اتزر، حنث، لأنه لبس وهو قميص، وإن اتخذ منه غير القميص ولبسه، لم يحنث.

فرع: الوجهان فيمن قال: لا ألبس هذا القميص، فاتخذ منه غيره ولبسه، يجريان في صور.

منها: لو أشار إلى صبرة حنطة، وقال: لا آكل هذه، حنث بأكلها على هيئتها، وبأكلها بعد الطحن والعجن والخبز والطبخ. ولو قال: لا آكل حنطة، لم يحنث بالخبز والعجين والدقيق والسويق، ويحنث بأكل الحنطة نيئة ومقلية ومطبوخة ومبلولة. ولو قال: لا آكل هذه الحنطة، حنث بأكلها نيئة فقط، ومطبوخة، وهل

يحنث بأكل دقيقتها وسويقها وعجينها وخبزها؟ وجهان: أصحهما: لا، وبه قطع بعضهم، لزوال اسم الحنطة، فصار كما لو زرعها وأكل حشيشها. أو قال: لا أكل هذا البيض، فصار فرخاً فأكله، فلو قال: لا أكل من هذه الحنطة، فكذلك الحكم، إلا أن هنا يحنث بأكل بعضها. وحكي وجه أنه إذا قال: من هذه الحنطة، حنث بأكل كل ما يتخذ منها. ولو قال: لا أكل هذا الدقيق، فأكل عجينه أو خبزه، أو هذا العجين، فأكل خبزه، فعلى الخلاف.

ومنها: لو قال: لا أكل هذا الحيوان، فذبحه وأكله، حنث، لأن الحيوان هكذا يؤكل، وهو كما لو حلف: لا يلبس هذا الغزل، فلبس ثوباً نسج منه، حنث. ولو قال: لا أكل لحم هذه السخلة أو الخروف، فصار كبشاً فذبحه وأكله، فمن قال في مسألة الحنطة: يحنث، قال هنا: يحنث، ومن قال هناك: لا يحنث، قال هنا: وجهان: أصحهما: لا يحنث، ويجري الوجهان فيما لو قال: لا أكلم هذا الصبي، فكلمه بعد مصيره شاباً، أو هذا الشاب فكلمه بعد مصيره شيخاً. ومنها: لو قال: لا أكلم هذا وأشار إلى عبد فعتق، ثم كلمه، حنث، ولو قال: لا أكلم هذا العبد، فعتق، فهو كمسألة السخلة.

ومنها: لو قال: لا أكل هذا الرطب، فصار تمرّاً، أو هذا البسر فصار رطباً، أو العنب فصار زبيباً، أو لا أشرب هذا العصير، فصار خمرّاً، أو هذا الخمر فصار خلا، أو لا أكل هذا التمر، فاتخذ منه عصيدة، ثم أكل أو شرب، ففيه هذا الخلاف، وذكر الصيدلاني أن الشافعي رحمه الله نص على عدم الحنث في مسألة الحنطة والتمر، وعلى الحنث في الصبي والسخلة. فقليل: قولان: وقيل: بتقرير النصين. والفرق من وجهين: أحدهما: أن مسألة الحنطة والتمر تبدل الاسم، وفي السخلة والصبي تبدل الصفة، وتبدل الصفة لا يسقط الحنث، والثاني: أن التبدل في الأول بمعالجة، بخلاف الثاني.

فرع: حلف: لا يلبس الخاتم، فجعله في غير الخنصر من أصابعه، فعن المزني في «الجامع» أنه لا يحنث، وتابعه البغوي، وقاسه على ما لو حلف: لا يلبس القلنسوة، فجعلها في رجله، والذي حكاه الروياني عن الأصحاب أنه يحنث.

الثامنة: حلف: لا يخرج فلان إلا بإذنه، فأذن بحيث لم يسمح المأذون له، ولم يعلم وخرج، فطريقان: المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور: لا يحنث، لأن الإذن والرضى قد حصل. وقيل: وجهان: وقيل: قولان منصوص ومخرج: أنه يحنث، وهو مخرج من مسألة عزل الوكيل. وعلى هذا الخلاف ما لو قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني، فأنت طالق، فأذن وخرجت وهي جاهلة بالإذن،

فينبغي أن يشهد على الإذن ليثبتته عند التنازع. فإن لم تكن بينة، فهي المصدقة بيمينها في إنكار الإذن. وفي كتاب ابن كج أن الزوج هو المصدق، كما لو أنكر أصل التعليق. ثم قال الشافعي رحمه الله: الورع أن يحنث نفسه، وليس معناه أن يعدها مطلقة من غير أن يطلقها، لأننا حكمنا بأنها زوجته، فكيف تنكح غيره؟ بل إن كان علق الطلاق الثلاث، فالورع أن يطلقها ثلاثاً، وإن كان المعلق طلاق رجعية، وأراد إمساكها، راجعها، وإلا، طلقها لتحل للأزواج، فإن راجعها، ثم طلقها طلقتين، فالورع أن لا ينكحها إلا بعد زوج، وإذا نكحها بعد زوج، كانت عنده بطلقة، فإن طلقها، لم تحل إلا بزواج، لأنه لم يقع عليها بالخروج شيء، وقد طلقها بعده ثلاثاً، والزواج الثاني قبل استيفاء الثلاث لا أثر له.

فرع: حلف: لا يخرج فلان بغير إذنه، أو إلا بإذنه، فخرج بغير إذنه، حنث، وإن خرج بإذنه، لم يحنث. وعلى التقديرين تنحل اليمين حتى لو خرج بعد ذلك بإذن أو بغير إذن، لم يحنث. وكذا لو قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني أو إلا بإذني فأنت طالق، إن خرجت بغير إذنه، طلقت، وإن خرجت بالإذن، لم تطلق، وتنحل اليمين على التقديرين. وكذا الحكم لو قال: إن خرجت حتى آذن لك، أو إلى أن آذن لك أو إلا أن آذن لك، فأنت طالق. وحكي قول أو وجه وهو اختيار المزني والقفال، أنه لا تنحل اليمين بخروجها بالإذن، كما لو قال: إن خرجت لابسة للحريز، فأنت طالق، فخرجت غير لابسة، لا تنحل اليمين، حتى لو خرجت بعده لابسة، طلقت، والمذهب الأول، وهو المنصوص، لأن اليمين تعلقت بخرجة واحدة، وهي الأولى. قال البغوي: ومقتضى هذا أنه لو قال: إن خرجت غير لابسة للحريز أو لابسة، فأنت طالق، فخرجت لابسة تنحل اليمين، وهذا يخالف قول الغزالي: لو قال: إن خرجت بلا خف، فأنت طالق، فخرجت بخف، لا تنحل اليمين، وفرق بينه وبين مسألة الإذن بفرق ضعيف، فالوجه التسوية بين الصورتين، كما ذكره البغوي. ولو قال: كلما خرجت، أو كل وقت خرجت بغير إذني، فأنت طالق، فخرجت مرة بالإذن، لم تنحل اليمين، لأنها صيغة تكرار. فلو قال: أذنت لك في الخروج كلما أردت، أغناه ذلك عن تجديد الإذن لكل خرجة. ولو قال: متى خرجت، أو متى ما، أو مهما، أو أي وقت، أو أي حين، فالحكم كما لو قال: إن خرجت، لأن هذه الصيغ لا تقتضي التكرار. وفي «الرقم» للعبادي: إلحاق متى ما، ومهما بـ «كلما» وهو خلاف نصه في «الأم». ولو قال: إن خرجت أبداً إلا بإذني، فأنت طالق، لم يلزم التكرار أيضاً، بل معناه في أي وقت خرجت، قريب أم بعيد. وإذا علق الطلاق كما صورنا، ثم آذن لها في الخروج، ثم رجع عن الإذن، وخرجت

بعده، نص في «الأم» أنها لا تطلق، لأن الإذن قد وجد، فزال حكم اليمين، والمنع بعده لا يفيد. ورأى أبو بكر الفارسي والمحققون تنزيل النص على ما إذا قال في التعليق: حتى آذن لك، لأنه جعل إذنه غاية اليمين، وقد حصل الإذن، فأما إذا قال: بغير إذني أو إلا بإذني، فإذا رجع، ثم خرجت، فهذا خروج بغير إذن، وهو أول ما وجد بعد اليمين، فيقع الطلاق. ومنهم من قال: قوله: إلا بإذني محتمل أيضاً للغاية، فيحمل عليها. ولو قال: إن خرجت بغير إذني لغير عيادة، فأنت طالق، فخرجت لعيادة، ثم عرضت حاجة فاشتغلت بها، لم تطلق. وإن خرجت لعيادة وغيرها. فالمذكور في «الشامل» منسوباً إلى نصه في «الأم» أنه لا يحنث، وذكر البغوي أنه الأصح. ويشبه أن يقال: إن كان المقصود بقوله لغير عيادة ما هو بمعزل عنها، لم يحنث، وهذا هو السابق إلى الفهم منه، وإن كان المقصود ما يغيّره في الحقيقة، فمجموع العيادة والحاجة الأخرى يغيّر مجرد العيادة.

قلت: الصواب الجزم بأنه لا يحنث. والله أعلم.

وإن قال: إن خرجت إلا لعيادة، فينبغي أن يحنث، لأنه يصدق أن يقال: لم تخرج للعيادة بل لها ولغيرها.

النوع الخامس: في الكلام وفيه مسائل:

إحداها: إذا قال: والله لا أكلمك فتنح عني، أو قم أو أخرج، أو شتمه، أو زجره، حنث، سواء عقب هذا لليمين متصلاً أم فصله، لأنه كلمه. وقيل: لا يحنث إذا وصله، لأن المقصود به تأكيد اليمين، والصحيح الأول. ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولاً، فقولان: الجديد: لا يحنث، ومنهم من قطع به، وقيل: القديم إنما هو إذا نوى بيمينه المكاتبة. وقيل: القولان في الغائب، فإن كان معه في المجلس، لم يحنث قطعاً، والمذهب طردهما في كل الأحوال. ويجريان في الإشارة بالرأس والعين، ولا فرق على الجديد بين إشارة الأخرس والناطق، وإنما أقيمت إشارة الأخرس في المعاملات مقام النطق للضرورة.

فرع: هجران المسلم فوق ثلاثة أيام، فلو كاتبه أو راسله، فهل يزول الإثم؟ نظر إن كانت مواصليتهما قبل الهجران بالمكاتبة أو المراسلة، ارتفع الإثم، وإلا فإن تعذر الكلام لغيبة أحدهما، فكذلك، وإلا، فوجهان بناء على القولين الجديد والقديم، حتى لو حلف أن يهاجره، فهل يحنث بالمكاتبة والمراسلة؟ فيه هذا الخلاف. وأطلق ابن أبي هريرة أنه يرتفع الإثم بالمكاتبة والمراسلة، ثم لا يخفى أن المكاتبة إنما ترفع الإثم إذا خلت عن الإيذاء والإيحاء، وإلا، فهو كما لو كلمه

بالشتم والإيذاء، فإنه لا تزول به المهاجرة، بل هو زيادة وحشة، وتأکید للمهاجرة، ولا يحنث بمثل هذه المكاتبة إذا حلف على المهاجرة.

قلت: تحريم المهاجرة فوق ثلاثة أيام إنما هو فيما إذا كانت المهاجرة لحظوظ النفوس وتعنتات أهل الدنيا، فأما إذا كان المهجور مبتدعاً أو مجاهرًا بالظلم والفسوق، فلا تحرم مهاجرته أبداً، وكذا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية، فلا تحريم، وعلى هذا يحمل ما جرى للسلف من هذا النوع، والأصح أنه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة، قال صاحب «البيان»: وينبغي أن تكون الإشارة والرمز كالمكاتبة كما قلنا في الحنث. والله أعلم.

فرع: حلف: لا يكلمه، ثم سلم عليه، حنث، لأن السلام كلام، وأن يسلم على قوم هو فيهم، فإن قصده بالسلام، حنث. قال في «البيان» ويجيء أن لا يحنث على قول من قال: إذا حلف لا يأكل السمن، فأكله مع غيره، لا يحنث وإن استثنى لفظاً، لم يحنث، وإن استثناه بالنية، لم يحنث أيضاً على المذهب. وإن أطلق، حنث على الأظهر. ولو سلم من صلاته، والمحلوف عليه من المأمومين، ففيه هذا التفصيل. ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه، فسبح لسهوه، أو فتح عليه القراءة، لم يحنث، ولو قرأ آية، فهم المحلوف عليه منها مقصوده، فإن قصد القراءة، لم يحنث، وإلا، فيحنث.

المسألة الثانية: حلف: لا يتكلم، حنث بترديد الشعر مع نفسه، لأن الشعر كلام، ولا يحنث بالتسبيح والتهليل والتكبير والدعاء على الصحيح، لأن اسم الكلام عند الإطلاق ينصرف إلى كلام الآدميين في محاوراتهم. وقيل: يحنث، لأنه يباح للجنب، فهو كسائر الكلام، ولا يحنث بقراءة القرآن.

قلت: قال القفال في شرح «التلخيص»: لو قرأ التوراة الموجودة اليوم، لم يحنث، لأننا نشك أن الذي قرأه مبدل أم لا. والله أعلم.

المسألة الثالثة: حلف: ليشين على الله أحسن الثناء، فطريق البر أن يقول: «لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك» زاد إبراهيم المروزي في آخره: «فلك الحمد حتى ترضى» فصور المتولي المسألة فيما لو قال: لأثنين على الله تعالى بأجل الثناء، أو أعظمه، وزاد في أول الذكر «سبحانك» ولو قال: لأحمدن الله بمجامع الحمد، وقال المتولي: بأجل التحاميد، فطريق البر أن يقول: «الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده» ولو قال: لأصلين على النبي ﷺ أفضل الصلاة عليه، فطريق البر أن يقول: اللهم صل على الله محمد وعلى آل محمد كلما ذكره الذاكرون وكلما سها عن ذكره الغافلون. ذكره إبراهيم المروزي.

قلت: أما الصورتان الأوليان، فذكرهما جماعة من متأخري الخراسانيين، وليس لهما دليل يعتمد. ومعنى «يوافي نعمه» أي: يلاقيها، فتحصل معه، «ويكافئ مزيده» بهمزة في آخره، أي: يساوي مزيد نعمه ومعناه: يقوم لشكر ما زاد من النعم والإحسان. وأما مسألة الصلاة على النبي ﷺ، فقد ذكرها عن إبراهيم المروزي وحده، وقد يستأنس لذلك بأن الشافعي رحمه الله كان يستعمل هذه العبارة، ولعله أول من استعملها، ولكن الصواب والذي ينبغي أن يجزم به أن أفضل ما يقال عقيب التشهد في الصلاة: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، كما صليت على إبراهيم إلى آخره، فقد ثبت في الصحيح أنهم قالوا: يا رسول الله: كيف نصلي عليك، فقال: «قولوا: اللهم صل على محمد» إلى آخره. والله أعلم.

فصل: حلف: لا يصلي، فهل يحنث بالتحريم بالصلاة أم لا يحنث حتى يركع؟ أم حتى يفرغ من الصلاة؟ فيه أوجه: أصحها: الأول. ولو أفسدها بعد الشروع، حنث على الأول، ولا يحنث على الثالث، ولا على الثاني إن لم يكن ركع، ولا يجيء الثاني إذا صلى على جنازة. ولو أحرم مع إخلاله ببعض الشروط، لم يحنث، لأنه لم يصل لعدم انعقادها. ولو حلف: ما صليت وقد أتى بصورة صلاة فاسدة، لم يحنث ولو لم يجد ماء ولا تراباً، وصلى، حنث، لأنها صلاة إلا أن يريد الصلاة المجزئة. ولو قال: لا أصلي صلاة، لا يحنث حتى يفرغ.

قلت: وينبغي أن لا يحنث بسجود الشكر والتلاوة والطواف، ويحنث بالصلاة بالإيماء، حيث يحكم بصحتها. والله أعلم.

ولو حلف: لا يصوم، فهل يحنث بأن يصبح صائماً، أو بأن ينوي صوم التطوع قبل الزوال، أم لا يحنث حتى يتم؟ فيه الخلاف. وإذا قلنا: لا يحنث إلا بالفراغ، فهل نتبين استناد الحنث إلى الأول فيه وجهان:

قلت: وينبغي أن يكون في الحجج الخلاف في أنه يحنث بمجرد الإحرام، أم بعد الفراغ. وعلى قياس الثاني في اشتراط الركوع لكونه معظم الركعة يجيء وجه ثالث باشتراط الوقوف بعرفات، وأما الاعتكاف فيحنث بمجرد نيته، ويحتمل أن يجيء خلاف في اشتراط ساعة، بناء على أنه لا يصح اعتكاف لحظة. ولو حلف: لا يقرأ، حنث بما قرأ ولو بعض آية. والله أعلم.

النوع السادس: في تأخير الحنث وتقديمه وفيه مسائل:

إحداها: حلف: ليأكلن هذا الطعام غداً، فلا يخفى البر إن أكل غداً، والحنث إن أخره عن الغد مع الإمكان. فلو تلف الطعام قبل الغد بنفسه، أو بإتلاف أجنبي، فقد فات البر بغير اختياره، فيخرج حنثه على قولي المكروه، والأظهر أنه لا يحنث.

ويقال: إنه المنصوص، فإن قلنا: يحنث، فهل يحنث في الحال الحصول اليأس، أم بعد مجيء الغد؟ فيه قولان أو وجهان: فقطع ابن كج بالثاني. قال المتولي: وفائدة الخلاف أنه لو كان معسراً يكفر بالصوم، جاز أن ينوي صوم الغد عن كفارته إن قلنا: يحنث قبل الغد.

قلت: ومن فوائده لو مات الحالف قبل مجيء الغد أو أعسر، وقلنا: يعتبر في الكفارة حال الوجوب. والله أعلم.

فإن قلنا: لا يحنث قبل مجيء الغد، فهل يحنث إذا مضى من الغد زمن إمكان الأكل أم قبيل غروب الشمس؟ وجهان: قال البغوي: أصحهما: الأول. ولو مات الحالف قبل مجيء الغد، فقليل: هو كتلف الطعام، فيكون على الخلاف، والمذهب القطع بأن لا حنث، وهو الذي يقتضي كلام ابن كج والبغوي وغيرهما، لأنه لم يبلغ زمن البر والحنث. ولو مات بعد مجيء الغد وقبل إمكان الأكل، فهو كتلف الطعام بعد مجيء الغد على ما سنذكره إن شاء الله تعالى من التفصيل، وقطع المتولي بأن لا حنث.

أما إذا تلف الطعام أو بعضه بعد مجيء الغد، فينظر، إن كان قبل التمكن من الأكل، فهو كتلف الطعام قبل الغد، وفيه الخلاف. وإن تلف بعد التمكن، أو مات الحالف بعد التمكن، فالمذهب الحنث، لأنه تمكن من البر، فصار كما لو قال: لآكلن هذا الطعام، وتمكن من أكله ولم يأكله حتى تلف، فإنه يحنث قطعاً. فعلى هذا هل يحنث في الحال، أم قبل غروب الشمس؟ فيه الوجهان. ولو أتلّف الحالف الطعام قبل الغد بأكله أو بغيره، أو أتلّف بعضه، حنث، وهل يحنث في الحال، أم بعد مجيء الغد؟ فيه الخلاف، كما لو تلف. ولو قال: لآكلن هذا الطعام قبل غد، فتلف قبل الغد وبعد التمكن، حنث. وهل يكون حنثه في الحال، أم إذا جاء أول الغد؟ وجهان حكاهما الصيدلاني. ولو قال: لآكلنه اليوم، فيقاس بما ذكرناه في الغد.

المسألة الثانية: قال: والله لأقضين حقك، ومات قبل القضاء، نظر، إن تمكن من القضاء فلم يفعل، حنث. وإن مات قبل التمكن، فعلى قولي الإكراه، كذا نقله البغوي والمروزي وغيرهما، وقطع المتولي بأنه لا يحنث. ولو قال: لأقضين حقك غداً، ومات قبل مجيء الغد أو بعد مجيئه وقبل التمكن، فمن أثبت القولين إذا لم يقيد بالغد، أثبتهما هنا، ومن قطع بالمنع، قطع بالمنع هنا أيضاً. ولو مات بعد التمكن جاء الطريقان المذكوران في مسألة الطعام وموت صاحب الحق: لا يقتضي الحنث، لا عند الإطلاق، ولا عند التقييد بالغد، لإمكان القضاء بالدفع إلى الورثة. ولو قال: لأقضينك حقك غداً، فهو كقوله: لآكلن هذا الطعام غداً، فطريق البر والحنث ظاهر،

وموت صاحب الحق هنا كتلف الطعام . فإن مات قبل مجيء الغد أو بعده وقبل التمكن من القضاء ، فعلى قولي الإكراه ، وإن مات بعد التمكن ، ففيه الطريقتان السابقتان . فإن حنثناه ، فهل يحث في الحال ، أم بعد مجيء الغد؟ فيه القولان . وموت الحالف والحالة هذه قبل مجيء الغد وبعده على ما ذكرنا في مسألة الطعام . فإن حنثناه ، فلا يستبعد كون وقت الحنث دخل وهو ميت ، لأن السبب هو اليمين ، وكانت في الحياة ، وهو كما لو حفر بئراً متعدياً ، فتلف بها إنسان بعد موته ، يجب الضمان والكفارة في ماله . وإن قضاؤه قبل مجيء الغد ، فقد فوت البر ، فيحنث إلا أن يريد أنه لا يؤخر القضاء عن الغد ، وهو كإتلاف الطعام قبل الغد ولو أبرأه صاحب الحق في هذه الصور . فإن قلنا : الإبراء يحتاج إلى القبول ، فقبل ، حنث لتفويته البر باختياره ، إلا أن يريد باليمين : لا يمضي الغد ، وحقه باق عليه . وإن لم يقبل ، لم يحث ، لبقاء الحق عليه وإمكان قضائه . وإن قلنا : لا يحتاج الإبراء إلى قبول ، سقط الدين . وفي الحنث قولاً الإكراه ، لفوات البر بغير اختياره . والهبة في العين والصلح عن الدين ، كالإبراء إذا قلنا : إنه يحتاج إلى القبول . ولو قال : لأقضيئك حقك غداً إلا أن تشاء أن أؤخره ، فإن قضاؤه غداً ، بر ، سواء شاء صاحب الحق أم لا . وإن لم يقضه في الغد ، فإن شاء صاحبه تأخيره قبل مضي الغد ، لم يحث ، وإن لم يشأ ، حنث . وكذا لو قال : إلا أن يشاء زيد أن أؤخره ، إلا أنه إذا مات صاحب الحق قبل مجيء الغد ، فالحنث على قولي الإكراه ، وإن مات بعده وبعد التمكن ، ففيه الطريقتان : وإن مات زيد قبل الغد أو في أثناءه ولم يعلم مشيئته ، لم يحث في الحال ، لإمكان القضاء بعد موته ، فإذا غربت الشمس ولم يقض ، حنث حينئذ . ولو قال : لأقضيئك حقك إلى الغد إلا أن تشاء تأخيره ، فينبغي أن يقدم القضاء على طلوع الفجر من الغد ، فإن لم يفعل ولم يشأ صاحب الحق تأخيره ، حنث .

فرع: حلف : ليطلقن زوجته غداً ، فطلقها اليوم ، نظر إن لم يستوف الثلاث ، فالبر ممكن ، وإن استوفاه ، فقد فوت البر ، فيحنث ، وكذا لو كان عليه صلاة عن نذر ، فحلف ليصلينها غداً ، فصلاها اليوم ، حنث .

المسألة الثالثة : قال : لأقضيئك حقك 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 ، ولفظتا «عند» و«مع» تقتضيان المقارنة . فإن قضاؤه قبل ذلك أو بعده ، حنث ، فينبغي أن يعد المال ويطرصد ذلك الوقت فيقضي فيه ، وحكى الإمام والغزالي وجهاً أن له فسخه في الليلة الأولى ويومها ، لأن اسم رأس الهلال والشهر يقع عليهما والصحيح الأول . وإذا أخذ في الكيل أو الوزن عند رؤية الهلال ، وتأخر

الفراغ لكثرة المال، لم يحنث، وبمثله أجيب فيما لو ابتدأ حينئذ بأسباب القضاء ومقدماته، كحمل الميزان. ولو أخر القضاء عن الليلة الأولى للشك في الهلال، فبان كونها من الشهر، ففي الحنث قولاً حنث الناسي والجاهل. ولو قال: لأقضي حنثك أول الشهر، فهو كقوله: عند رأس الشهر. ولو قال: أول اليوم، فينبغي أن يشتغل بالقضاء عند طلوع الفجر. ولو قال: لأقضي حنثك إلى رأس الشهر، أو إلى رمضان، فالأصح أنه يشترط تقديم القضاء على رأس الشهر، وعلى رمضان. وقيل: هو كقوله عند رأس الشهر.

فرع: لو قال: لأقضي حنثك إلى حين، لم يختص ذلك بزمان مقدر، بل يقع على القليل والكثير، كما سبق في كتاب الطلاق، فيكون كقوله: لأقضي حنثك، فمتى قضاء، بر، وإنما يحنث إذا مات قبل القضاء مع التمكن. ولو قال: إلى زمان أو دهر أو حقب، أو أحقاب، فكذلك، وجميع العمر مهلة له. ولو قال: لا أكلمك حيناً أو دهرًا أو زماناً أو حقبًا، بر بأدنى زمان، ولو قال: أنت طالق بعد حين، طلقت إذا مضى لحظة. والفرق أن قوله: طالق بعد حين تعليق، فيتعلق بأول ما يسمى حيناً. وقوله: لأقضي حنثك، وعد، والوعد لا يختص بأول ما يقع عليه الاسم. ولو قال: لأقضي حنثك إلى مدة قريبة أو بعيدة، لم يتقدر أيضاً، وهو كالحين. فلو قال: إلى أيام، فوجهان: قال القاضي أبو الطيب والصيدلاني والبخاري وغيرهم: يحمل على ثلاثة أيام إذا لم يكن نية. وقال آخرون، منهم المحاملي: هو كالحين، لأنه يقع على القليل والكثير. يقال: أيام العدل، وأيام الفتنة، فلا يتقدر.

قلت: الأول أصح، لأنه المفهوم عند الإطلاق. وأما أيام الفتنة ونحوه، فتخرج بالقرينة. والله أعلم.

النوع السابع في الخصومات ونحوها فيه مسائل:

إحداها: حلف لا يرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي، فله أحوال:

إحداها: أن يعين القاضي فيقول: إلى القاضي فلان، فإذا رأى منكراً، لا يلزمه المبادرة بالدفع إليه، بل له مهلة مدة عمره وعمر القاضي، فمتى رفعه إليه، بر، ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر، بل يكفي أن يحضر وحده عند القاضي، ويخبره أو يكتب إليه بذلك، أو يرسل رسولاً بذلك فيخبره، أو يكتب به كتاباً إليه، فإن لم يرفعه إليه حتى مات أحدهما بعد التمكن، حنث، فإن لم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس، أو جاء إلى باب القاضي فحجب، ففيه قولاً حنث المكره. ولو بادر بالرفع، فمات القاضي قبل وصوله إليه فطريقان: قال الشيخ أبو حامد: فيه القولان، وقال أبو إسحاق والقاضي أبو الطيب: لا يحنث قطعاً وهو المذهب لأنه لم

يتمكن. ولو مات الحالف في صورة المبادرة قبل وصوله إلى القاضي، قال المتولي: لا كفارة بلا خلاف. فلو عزل ذلك القاضي، فإن كان نيته أن يرفع إليه وهو قاض، أو تلفظ به لم يبر بالرفع إليه وهو معزول، ولا يحث. وإن كان تمكن، لأنه ربما ولي ثانياً، واليمين على التراخي. فإن مات أحدهما قبل أن يولى، تبينا الحث، وإن نوى غير ذلك القاضي، وذكر القضاء تعريفاً له، بر بالرفع إليه وهو معزول. وإن أطلق، فهل يبر بالرفع إليه وهو معزول؟ وجهان: أصحهما: نعم، كما لو قال: لا أدخل دار زيد هذه فباعها، فإنه يحث به تغليبا للعين، فلا يحث هنا تغليبا للعين.

الحال الثانية: أن يقول: إلا رفعته إلى قاض، فيبر بالرفع إلى أي قاض كان في ذلك البلد وغيره.

الحال الثالثة: يقول: إلا رفعته إلى القاضي، ولا يعين أحداً بلفظه ولا بنيته، فهل يختص بقاضي البلد؟ وجهان أحدهما: لا، بل يبر بالرفع إلى أي قاض كان، والصحيح اختصاصه بقاضي البلد، حملاً له على المعهود. وهل يتعين قاضي البلد في الحال، لأنه المعهود، أم يقوم مقامه من ينصب بعده؟ وجهان ويقال: قولان أصحهما: الثاني، حتى لو عزل الأول وولي غيره يبر بالرفع إلى الثاني دون الأول. فإذا قلنا: يتعين قاضي البلد في الحال، فالحكم كما ذكرنا في الحالة الأولى، وعلى هذا الوجه، هل الاعتبار بحال اليمين، أم بحال رؤية المنكر؟ وجهان أصحهما: الأول. ولو كان في البلد قاضيان، وجوزناه، فيرفع إلى من شاء منهما. ولو رأى المنكر بين يدي القاضي المرفوع إليه، قال في «الوسيط»: لا معنى للرفع إليه وهو يشاهده. وقال المتولي: إنما يحصل البر بأن يخبره به. ولو رأى المنكر بعد اطلاع القاضي عليه، فوجهان: أحدهما: أنه فات البر بغير اختياره، فيكون على القولين، وأصحهما: وبه أجاب البغوي: أنه يبر بالإخبار وصورة الرفع في الأحوال الثلاث. ولو لم ير الحالف منكراً حتى مات، فلا شيء عليه، وفي حال تعيين القاضي. ولو لم ير منكراً حتى مات القاضي، فكذلك لا شيء عليه. ولو رآه بعد عزله، فإن نوى الرفع إليه في حال القضاء، فلا شيء عليه. وإن قصد عينه، فليخبره. ولو حلف: لا يرفع منكراً إلى القاضي فلان، حث بالرفع إليه وهو قاض. فلو رفع بعد العزل، عاد التفصيل المذكور. وإن قال: إلى القاضي، فهل يحمل على قاضي البلد حينئذ، أم يحث بالرفع إلى من ينصب بعد عزله؟ فيه الخلاف السابق.

المسألة الثانية: حلف: لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه، ففي المسألة نظران، أحدهما: في حقيقة المفارقة، والقول فيها على ما سبق في افتراق المتبايعين عن المجلس، والرجوع إلى العادة. فإن فارقه الحالف قبل الاستيفاء مختاراً، حث،

وإن كان ناسياً أو مكرهاً، فعلى القولين في الناسي والمكره. ولو فارقه الغريم وفر منه، ففيل قولان كالمكره، والمذهب القطع بأنه لا يحنث سواء تمكن من التعلق به ومنعه أو من متابعتة أم لا، بل لو كانت مفارقتة بإذن الحالف، لم يحنث، لأنه حلف على فعل نفسه، فلا يحنث بفعل الغريم. وقال ابن كج: يحنث إن أذن له. وقال الصيدلاني: يحنث إن أمكنه منعه فلم يفعل. وقال القاضي حسين: يحنث إن أمكنه متابعتة، لأنه بالمقام مفارق، والصحيح الأول: ولو كانا يتماشيان، فمشى الغريم، ووقف الحالف، فذكر الغزالي أنه لا يحنث، لأن المفارقة حصلت بحركة الغرم، لا بسكون الحالف، والصحيح الذي أجاب به القاضي حسين وصاحبه المتولي والبغوي أنه إذا مضى أحدهما في مشيه ووقف الآخر، حنث الحالف، لأنه إن وقف الغريم، فقد فارقه الحالف بمشيه، وإن وقف الحالف فقد فارقه بالوقوف لأن الحادث هو الوقوف، فنسب المفارقة إليه بخلاف ما إذا كانا ساكنين، فابتدأ الغريم بالمشي، لأن الحادث هناك المشي، وحيث قلنا: لا حنث بمفارقة الغريم. فلو فارق الحالف مكانه بعد ذلك، لم يحنث. أما إذا قال: لا تفارقني حتى أستوفي منك حقي أو حتى توفي حقي، فاليمين منعقدة على فعل الغريم. فإن فارقه الغريم مختاراً، حنث الحالف، سواء كانت مفارقتة بإذنه أم دون إذنه. وقيل: إن فر منه، ففي حنثه القولان في المكره، والمذهب الأول، لأن اليمين على فعله، وهو مختار في الفرار. فإن فارقه ناسياً أو مكرهاً، خرج الحنث على القولين. ونقل البغوي طريقاً قاطعاً بالحنث، وأن الاختيار إنما يعتبر في فعل الحالف، والمذهب الأول. ولو فر الحالف من الغريم، لم يحنث، ويجيء وجه أنه إن أمكن الغريم متابعتة فلم يفعل، حنث. ولو قال: لا افتترقت أنا وأنت حتى أستوفي، أو لا تفرق لا أنا ولا أنت حتى أستوفي، فاليمين على فعل كل منهما، فأيهما فارق الآخر مختاراً، حنث الحالف. فإن فارق ناسياً أو مكرهاً، ففيه الخلاف. ولو قال: لا افترقنا حتى أستوفي، أو لا نفترق، فوجهان: أحدهما: لا يحنث حتى يفارق كل واحد منهما الآخر. وأصحهما: يحنث بمفارقة أحدهما الآخر، لأنه يقال: افترقا.

فرع: النظر الثاني في استيفاء الحق، فإذا قال: لا أفارقك حتى أستوفي حقي منك، ثم أبرأه وفارقه، حنث، لأنه فوت البر باختياره، وهل يحكم بالحنث بنفس الإبراء، أم بعد المفارقة؟ يجيء فيه الخلاف السابق في نظائره. ولو أفلس الغريم، فمنعه الحاكم من ملازمته ففارقه، ففيه قولان حنث المكره. وإن فارقه باختياره، حنث. وإن كان تركه واجباً كما لو قال: لا أصلي الفرض، حنث. ولو أحاله الغريم على رجل، أو أحال هو على الغريم غريماً له عليه دين، ثم فارقه، فطريقان:

أحدهما: البناء على أن الحوالة استيفاء أم اعتياض؟ إن قلنا: استيفاء، لم يحنث، والمذهب القطع بالحنث بكل حال، لأنه ليس استيفاء حقيقة وحيث جعلناها استيفاء، فمعناه: أنها كالأستيفاء في الحكم، لكن لو نوى أنه لا يفارقه وعليه حق، لم يحنث. ولو أخذ عوضاً عن حقه، وفارقه، حنث إلا أن ينوي ما ذكرنا، وسواء كانت قيمة العوض مثل حقه، أو أقل أو أكثر، لأنه لم يستوف حقه، وإنما استوفى بدله. وإن استوفى حقه من وكيل الغريم، أو من أجنبي تبرع به، وفارقه، حنث إن كان قال: حتى أستوفي حقي منك، ولا يحنث إن اقتصر على قوله: حتى أستوفي حقي. ولو استوفى ثم فارقه، ثم وجد ما استوفاه ناقصاً، لم يحنث إن كان من جنس حقه، فإن لم يكن من جنسه، بأن كان حقه الدراهم، فخرج المأخوذ نحاساً أو مغشوشاً، فإن كان عالماً بالحال، حنث، وإلا، فعلى قولي الناسي والجاهل.

فرع: حلف الغريم: ليقضين حقه قبل أن يفارقه، أو لا يفارقه حتى يقضي حقه، فالقول في مفارقتة مختاراً أو مكرهاً وفي الحوالة والمصالحة وغيرها على قياس ما سبق. ولو حلف: لا يعطيه حقه، فأعطاه مكرهاً أو ناسياً، فهو على الخلاف. ولو قال: لا يأخذ ولا يستوفي، فأخذ، حنث، سواء كان المعطي مكرهاً أو مختاراً. فلو كان الآخذ مكرهاً، ففيه الخلاف.

المسألة الثالثة: حلف على الضرب، تعلقت اليمين بما يسمى ضرباً، ولا يكفي وضع اليد والسوط ورفعهما، ولا العض والقرص ونتف الشعر. وفي الوكز واللكز واللطم وجهان: أحدهما: أنه ضرب، ولا يشترط الإيلاء، ولهذا يقال: ضربه ولم يؤلمه، بخلاف الحد والتعزير، فإنه يعتبر فيهما الإيلاء، لأن المقصود بهما الزجر، ولا يحصل إلا بإيلاء، واليمين تتعلق بالاسم. وحكي وجه ضعيف أنه يشترط الإيلاء، وقد سبق في كتاب الطلاق.

قلت: ولو ضرب ميتاً، لم يحنث، ولو ضرب مغمى عليه أو مجنوناً أو سكران، حنث، لأنه محل للضرب بخلاف الميت ذكره المتولي. والله أعلم.

فرع: حلف: ليعزبن عبده مئة خشبة، أو ليجلدنه مئة سوط، فإن شد مئة سوط وضربه بها، فقد وفى بموجب اللفظ، وإن ضربه بعشكال عليه مئة شمراخ ضربة واحدة، حصل البر إن تحقق أن الجميع أصاب بدنه. وفي المراد بإصابة الجميع وجهان: أحدهما: أنه لا يشترط أن يلاقي جميع القضبان بدنه أو ملبوسه، بل يكفي أن ينكبس بعضها على بعض، بحيث يناله ثقل الجميع، ولا يضر كون البعض حائلاً بين بدنه وبين البعض، كالثياب وغيرها، مما لا يمنع تأثر البشرة بالضرب. والثاني: لا يكفي الانكباس، بل يشترط ملاقة الجميع بدنه أو ملبوسه، وإن تيقن أنه لم يصبه

الجميع، لم يبر. وإن شك في ذلك، فالنص أنه لا يحنث. ونص أنه لو حلف: ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد، فلم يدخل، ومات زيد ولم يعلم هل شاء أم لا: أنه يحنث، فقليل بتقرير النصين، والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس، وفي مسألة المشيئة لا أمانة لها، والأصل عدمها. وقيل: فيهما قولان. والمذهب: أنه لا يحنث هنا، ويحنث في مسألة المشيئة.

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.

ولو حلف: ليضربنه مئة مرة فضربه مرة بالعثكال أو بالمائة المشدودة، لم يبر، لأنه لم يضربه إلا مرة. ولو حلف: ليضربنه مئة ضربة، لم يبر أيضاً على الأصح. ولو حلف: ليضربنه بالسوط، لم يبر بالعصا والشماريخ، لأنه ليس بسوط. ولو قال: مئة سوط، فالصحيح أنه لا يبر بعثكال عليه مئة شمراخ، وإنما يبر بأن يجمع مئة سوط ويشدها ويضربه بها دفعة، أو خمسين ويضربه دفعتين، أو سوطين ويضربه بهما خمسين مرة، بشرط أن يعلم إصابة الجميع على ما سبق وقيل: يبر بالعثكال، كما في لفظ الخشبة.

فصل: في حنث الناسي والجاهل والمكره. فإذا وجد القول أو الفعل المحلوف عليه على وجه الإكراه أو النسيان أو الجهل، سواء كان الحلف بالله تعالى أو بالطلاق، فهل يحنث؟ قولان، أظهرهما: لا يحنث. وممن صححه أبو حامد القاضي والشيخ وابن كج والرويانى وغيرهم. وقال ابن سلمة: لا حنث قطعاً. وقيل: الناسي أولى بالحنث من المكره. وقيل: عكسه. وقيل: الجاهل أولى بالحنث من الناسي. وقال القفال: يحنث في الطلاق دون اليمين، وهو ضعيف، فالمذهب ما سبق. فإذا قلنا: لا حنث، لم تنحل اليمين على الأصح. ولو حلف: لا يدخل الدار طائعاً ولا مكرهاً ولا ناسياً، حنث مع الإكراه والنسيان. ولو حلف: لا يدخل فانقلب في نومه وحصل في الدار، لم يحنث، ولو حمل قهراً وأدخل، فقليل: قولان كالمكره، والمذهب القطع بأنه لا يحنث، لأن اليمين على دخوله، ولم يدخل، وإنما أدخل، ولهذا لا تنحل اليمين والحالة هذه بلا خلاف. ولو حمل بغير إذنه، لكن قدر على الامتناع، فلم يمتنع، لم يحنث على الصحيح، لأنه لم يدخل بل أدخل. ولو حمل بأمره. حنث كما لو ركب دابة ودخل. واعلم أنه لا فرق في أصل المسألة بين

أن يعلق على فعله أو فعل غيره، فإذا وجد بالإكراه أو النسيان، ففيه الخلاف، هذا هو المذهب، وفيه شيء سبق في مسألة الحلف على مفارقة الغريم.

ومن صور الفعل جاهلاً أن يدخل داراً لا يعرف أنها المحلوف عليها، أو حلف: لا يسلم على زيد، فسلم عليه في ظلمة ولا يعلم أنه زيد.

فصل: حلف: لا يسلم على زيد، فسلم على قوم هو فيهم، ولم يعلم أنه فيهم، ففي الحنث قولاً حنث الناسي والجاهل، وإن علم أنه فيهم ونوى السلام عليه معهم، حنث، وفيه ما حكينا عن البيان فيما لو حلف لا يكلمه، فسلم على قوم هو فيهم وقصده، فأما إذا استثناه بلفظه فقال: السلام عليكم إلا على زيد، فلا يحنث. وإن استثناه بنيته، لم يحنث أيضاً على المذهب. وإن أطلق، حنث على الأظهر. ولو حلف: لا يدخل على زيد، فدخل على قوم هو فيهم فاستثناه بقلبه، وقصد الدخول على غيره، حنث على المذهب. والفرق بينه وبين السلام، 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، ولم يعلم أنه فيه، ففي حنثه قولاً الجاهل والناسي. ولو كان في جماعة ولم يعلم به فأولى بعدم الحنث، وإن دخل لشغل، ولم يعلم أنه في البيت، فأولى بعدم الحنث لانضمام قصد الشغل إلى الجهل. قال الإمام: نص الشافعي رحمه الله في هذه الصورة أنه لا يحنث، وخرج الربيع قولاً، وجعله كالناسي. ولو علم أنه في البيت، وقصد الدخول لشغل، فقليل: يحنث قطعاً. وقيل: هو كما لو دخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه. ولو كان الحالف في بيت، فدخل عليه زيد، فإن خرج الحالف في الحال، لم يحنث، وإلا، فقليل: لا يحنث، وقيل: فيه خلاف بناء على أن استدامة الدخول هل هي دخول؟ وأجاب ابن الصباغ عن هذا بأن الاستدامة إن جعلت دخولاً كانا كالداخلين معاً، فلا يكون أحدهما داخلياً على الآخر.

قلت: الذي قاله ابن الصباغ حسن، والمذهب أنه لا يحنث. قال القاضي أبو الطيب: ونص عليه في «الأم». والله أعلم.

فصل: في أصول تتعلق بالكتاب لا تنعقد يمين صبي، ولا مجنون ولا مكره وفي السكران الخلاف في طلاقه، وتنعقد يمين الكافر. ومن حلف: لا يدخل الدار، ثم قال: أردت شهراً أو يوماً. فإن كانت اليمين بطلاق أو عتاق، لم تقبل في الحكم، ويدين، ويلحق بهما الإيلاء، لتعلق حق آدمي به. وإن كانت بالله تعالى، ولم يتعلق بها حق آدمي، قبل قوله ظاهراً وباطناً، لأنه أمين في حقوق الله تعالى. ولو

حلف: لا يكلم أحداً، ثم قال: أردت زيداً، أو من سوى زيد، أو لا يأكل طعاماً، ونوى طعاماً بعينه، تخصصت اليمين بما نوى، فلا يحنث بغيره.

فرع: قال الشيخ أبو زيد رحمه الله: لا أدري على ماذا بنى الشافعي رحمه الله مسائل الأيمان، إن اتبع اللغة، فمن حلف لا يأكل الرؤوس ينبغي أن يحنث برؤوس الطير والسمك، وإن اتبع العرف، فأهل القرى لا يعدون الخيام بيوتاً. وقد قال الشافعي: لا فرق بين القروي والبدوي. واعلم أن الشافعي تتبع مقتضى اللغة تارة، وذلك عند ظهورها وشمولها، وهو الأصل، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد.

فرع: اللفظ الخاص في اليمين لا يعمم بالسبب والنية والعام، وقد يتخصص. مثال الأول، إذا من عليه رجل بما نال منه فقال: والله لا أشرب لك ماء من عطش، انعقدت اليمين على الماء من عطش خاصة. فلا يحنث بطعامه وثيابه، وإن نوى أنه لا ينتفع بشيء منه، وإن كانت المنازعة بينهما تقتضي ما نواه. وإنما تؤثر النية إذا احتمل اللفظ ما نوى بجهة يتجاوز بها، وعند مالك رحمه الله يحنث بكل ما ينتفع به من ماله. قال الشيخ أبو حامد: وسبب الخلاف أن الاعتبار عندنا باللفظ، ويراعى 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: والله لا أكلم أحداً ونوى زيداً. وتارة بعرف الاستعمال، كما في قوله: لا آكل الرؤوس، وتارة بعرف الشرع كما يحمل قوله: لا أصلي على الصلاة الشرعية.

فرع: يعتبر اللفظ بحقيقته، وقد يصرف إلى المجاز بالنية، كما لو قال: لا أدخل دار زيد، وقال: أردت ما يسكنه دون ما يملكه، فيقبل في اليمين بالله تعالى، ولا يقبل في الحكم إذا حلف بطلاق وعتاق ذكره ابن الصباغ وغيره، وتارة لكون المجاز متعارفاً وكون الحقيقة بعيدة، ومثله القاضي حسين بما إذا حلف: لا يأكل من هذه الشجرة، تحمل اليمين على الأكل من ثمرها دون الورق والأغصان، وإن كانت الحقيقة متعارفة، مثل أن يقول: لا آكل من هذه الشاة، يحمل على لحمها، فلا يحنث بلبنها ولحم ولدها.

فرع: قال ابن كج: لو قال: والله لا دخلت الدار، والله لا دخلت الدار ونوى التأكيد، فهو يمين واحدة، وإن نوى بالثاني يميناً أخرى، أو أطلق، فهل يلزمه بالحنث كفارة أم كفارتان؟ وجهان:

قلت: الأصح كفارة. والله أعلم.

وإن قال: والله لا دخلت الدار، لا دخلت الدار، لا دخلت الدار، فإن نوى التأكيد، فيمين واحدة، وكذا إن أطلق، أو نوى الاستئناف على المذهب.

فرع: قال الحليمي: اليمين المعقودة على المملوك المضاف يعتمد المالك دون المملوك، والمعقودة على غير المملوك المضاف يعتمد المضاف دون المضاف إليه، فإذا حلف لا يكلم عبید فلان ولا عبد له، ثم ملك عبیداً وكلمهم، حنث. ولو حلف لا يكلم، بنیه ولا ابن له، ثم ولد له بنون فكلمهم، لم يحنث، لأنهم لم يكونوا موجودين وقت اليمين.

فرع: حلف: لا يكلم الناس، ذكر ابن الصباغ وغيره، أنه يحنث إذا كلم واحداً، كما إذا قال: لا آكل الخبز يحنث بما أكل منه. ولو حلف: لا يكلم ناساً حمل على ثلاثة.

فرع: في كتب أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة لمغايرتهما، فإذا قال: لا يدخل داري أحد، أو لا يلبس ثوبي أحد، دخل في اليمين غير الحالف، ولم يدخل الحالف، لأنه صار معروفاً بإضافة الدار أو القميص إليه، قالوا: لو عرف نفسه بإضافة الفعل بأن قال: لا ألبس هذا القميص أحداً، أو عرف غيره بالإضافة إليه فقال: لا يدخل دار فلان أحد، أو لا يلبس قميصه أحد، لم يدخل المضاف إليه، لأنه صار معروفاً. وكذا لو قال: لا يقطع هذه اليد أحد، وأشار إلى يده، لم يدخل هو، وقد يتوقف في هذه الصورة الأخيرة، والسابق إلى الفهم في غيرها ما ذكره، ويجوز أن تخرج الصورة الأولى على الخلاف في أن المخاطب هل يندرج تحت الخطاب.

قلت: الوجه الجزم بكل ما ذكره. والله أعلم.

وفي كتبهم أن كلمة «أو» إذا دخلت بين نفيين، اقتضت انتفاءهما كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَطْعَمْنَهُمْ إِيَّامًا أَوْ كُفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤]، وإذا دخلت بين إثباتين، اقتضت ثبوت أحدهما، فإذا قال: لا أدخل هذه الدار أو هذه، فأيتهما دخلها، حنث، وإن قال: لأدخلن هذه الدار اليوم أو هذه، بر بدخول إحداهما. ويشبه أن يقال: إذا دخلت بين نفيين، كفى للبر أن لا يدخل واحدة منهما، ولا يضر دخول الأخرى، كما أنها إذا دخلت بين إثباتين، كفى للبر أن يدخل إحداهما، ولا يضر أن لا يدخل الأخرى. ولو قال: لا أدخل هذه الدار أبداً، ولأدخلن الدار الأخرى اليوم، فإن دخل الأخرى اليوم، بر، وإن لم يدخلها اليوم، ولم يدخل الأخرى، بر أيضاً. وفي «الإقناع» للماوردي أنه لو قال: إن أكلت خبزاً أو لحماً يرجع إلى مراده منهما، فيتعلق اليمين به.

فصل: في مسائل مثورة. حلف: لا يدخل هذه وأشار إلى دار، فانهدمت، حنث بدخوله عرصتها. ولو قال: لا أدخل هذه الدار فانهدمت، نظر إن بقيت أصول

الحيطان والرسوم، حنث، وإن صارت فضاء، فدخلها، لم يحنث على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وجعله الإمام على الوجهين فيمن قال: لا آكل هذه الحنطة، فأكل دقيقها. وكذا لو حلف: لا يدخل داراً أو بيتاً، فدخل عرصة كانت داراً أو بيتاً. 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: قلت: أصحهما: الحنث. والله أعلم.

ولو حلف: لا يشم الرياحان، حنث بشم الضيمران دون الورد والبنفسج والياسمين والنرجس والمرزنجوش والزعفران، ويمكن أن يقال: هذا فيما إذا ذكر الرياحان معروفاً، فأما إذا نكره، فقال: لا أشم ريحاناً، فيحنث بها كلها. قلت: الظاهر من حيث الدليل، ومن مقتضى كلام الأصحاب أنه لا فرق، ولا يحنث مطلقاً بما بعد الضيمران. والله أعلم.

ولو حلف: لا يشم مشموماً، حنث بشم جميع ذلك، ولا يحنث بشم المسك والكافور والعود والصندل. ولو حلف: لا يشم الورد والبنفسج، فشملهما بعد الجفاف، فوجهان ولا يحنث بشم دهنهما. ولو حلف: لا يستخدم زيداً، فخدمه من غير أن يطلب الحالف ذلك، لم يحنث، سواء فيه عبده وغيره. ولو حلف: لا يتسرى بثلاثة أوجه: الأصح المنصوص: أن التسري إنما يحصل بثلاثة أشياء: ستر الجارية عن أعين الناس والوطء والإنزال، والثاني: يكفي الستر والوطء، والثالث: يكفي الوطء. ولو حلف: لا يقرأ القرآن، فقرأ جنباً، حنث. وإن حلف: ليقرأ، فقرأه جنباً، بر، بخلاف ما لو نذر أن يقرأ فقرأ جنباً، لا يجزئه، لأن المقصود من النذر التقرب، والمعصية لا يتقرب بها. ولو حلف: ليقرأ جنباً، بر بالقراءة جنباً، وإن عصى ولو نذر أن يقرأ جنباً، لغا نذره.

فرع: في فتاوى القفال أنه لو قال: لا أصلي على هذا المصلى، ففرش فوقه ثوباً وصلى عليه، فإن نوى أنه لا يباشره بقدميه وجهته وثيابه، لم يحنث، وإلا فيحنث، كما لو قال: لا أصلي في هذا المسجد، فصلى على حصير فيه، وإن علق به الطلاق، ثم قال: أردت أني لا أباشره، دين، ولم يقبل في الحكم، وأنه لو حلف: لا يكلم زيداً شهراً، فولاه ظهره، ثم قال: يا زيد إفعل كذا، حنث، ولو أقبل على الجدار، وقال: يا جدار إفعل كذا، لم يحنث وإن كان غرضه إفهام زيد. وكذا لو أقبل على الجدار وتكلم ولم يقل: يا زيد ولا يا جدار، لم يحنث، وأنه لو حلف: لا يلبس ثوباً من غزلها، فرقع ثوبه برقعة كرباس من غزلها، حنث، وقال أبو عاصم العبادي: لا يحنث وتلك الرقعة تبع.

قلت: قول أبي عاصم هو الصحيح، لأنه لا يسمى لابساً ثوباً من غزلها. والله أعلم.

ولو تعمم بعمامة، نسجت من غزلها، حنث إن حلف بالعربية، وإن حلف بالفارسية، فلا، وإن التحف بلحاف من غزلها، لم يحنث.

قلت: يجيء فيه الخلاف السابق في التذر. والله أعلم. وأنه لو حلف: لا يفعل كذا، ففعله في حال جنونه، ففي الحنث قولان.

فرع: في «المبتدأ» في الفقه للقاضي الروياني أنه لو قال: لا أدخل حانوت فلان، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه وهو ملك غيره، لم يحنث، نص عليه الشافعي رحمه الله، قال: والفتوى أنه يحنث، لأنه لا يراد به إلا الذي يسكنه ويعمل فيه. ولو قيل له: كلم زيدا اليوم، فقال: والله لا كلمته، انعقدت اليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم، فإن كان ذلك في طلاق وقال: أردت اليوم، لم يقبل في الحكم. قلت: الصواب قبوله في الحكم كما سبق في نظائره في كتاب الطلاق. والله أعلم.

فرع: في كتب أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله أنه لو قال: وسلطان الله فهو يمين إن أراد القدرة، وإن أراد المقدور، فلا، وبه نقول نحن. وأنه لو قال: ورحمة الله وغضبه، فليس بيمين، ويشبه أن يقال: إن أراد إرادة النعمة والعقوبة فيمين، وإن أراد الفعل، فلا. وأنه لو حلف: ليضربن زوجته حتى يغشى عليها أو تبول، حمل على الحقيقة. ولو قال: حتى أقتلها أو ترفع ميتة، حمل على أشد الضرب، ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضاً. وأنه لو حلف: لا يدخل هذه الخيمة، فقلعت ونصبت في موضع آخر، فدخلها، حنث، ولو حلف: لا يجلس على هذه الأسطوانة أو الحائط، فأعيد بناؤهما بعد النقض، فجلس على المعاد، لم يحنث، وكذا لو حلف على مقص أو سيف أو سكين فكسر وأعيدت الصنعة، لم يحنث. وإن نزع مسمار المقص ونصاب السكين، وأعيد مسمار آخر، منصاف آخر، حنث. ولو حلف: لا يقرأ في المصحف فجعل بين يديه، وقلبت أوراقه، فقرأ فيه، حنث، ولو حلف: لا يدخل هذا المسجد، فزيد فيه، فدخل الزيادة، حنث، ولو حلف: لا يكتب بهذا القلم، فكسره، ثم براه وكتب به، لم يحنث وبجميع هذه الأجوبة نقول إلا في مسألة القلم.

قلت: في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد، نظر، 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 مبري فكسره، ثم براه وكتب به، لم يحنث، وإن كانت الأنوبة واحدة، لأن القلم اسم للمبري دون القصبة، وإنما تسمى القصبة قبل البري قلماً مجازاً، لأنها ستصير قلماً، قال: وكذا إذا قال: لا أقطع بهذا السكين، فأبطل حدها، وجعله في ظهرها، وقطع بها، لم يحنث. قال: ولو حلف: لا يستند إلى هذا الحائط، فهدم، ثم بني واستند، إن بني بتلك الآلة، حنث، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها، لم يحنث. والله أعلم.

وأنه لو حلف: لا يأكل من كسب زيد، فكسبه ما يملكه من المباحات، العقود دون ما يرثه. ولو كسب شيئاً ومات، فورثه الحالف وأكله، حنث، ولو انتقل إلى غيره بشراء أو وصية، لم يحنث. ولك أن لا تفرق، ويشترط لكسبه أن يكون باقياً في ملكه. وأن الحلواء كل حلو ليس من جنسه حامض، كالخبيص والعسل والسكر دون العنب والإجاص والرمان، والأشبه أن يشترط في إطلاق الحلو أن يكون معمولاً، وأن يخرج منه العسل والسكر فالحلواء غير الحلو.

قلت: هذا الذي اختاره الرافعي رحمه الله هو الصواب، وفي الحديث الصحيح: كان يحب الحلواء والعسل^(١). والله أعلم.

قال العبادي من أصحابنا في «الرقم»: لو حلف على الحلواء، دخل فيه المتخذ من الفانيذ والسكر والعسل والدبس والقند، وفي اللوزينج والجوزينج وجهان: وأن الشواء يقع على اللحم خاصة دون السمك المشوي، وأن الطبخ يقع على اللحم يجعل في الماء يطبخ، وعلى مرققتها وعن بعضهم أنه يقع على الشحم، ولو طبخ عدس أو أرز بودك فهو طبخ، وإن طبخ بزيت أو سمن، فليس بطبخ.

قلت: الصواب أن الكل طبخ. والله أعلم.

وذكر العبادي في «الرقم» أنه لو حلف: لا يأكل المرق، فهو ما يطبخ باللحم أي لحم كان، وفيما يطبخ بالكرش والبطون والشحم وجهان: وإذا حلف: لا يأكل المطبوخ، حنث بما طبخ بالنار أو أغلي، ولا يحنث بالمشوي. والطباخة مشوية، ويحتمل غيره، وذكروا أن الغداء: من طلوع الفجر إلى الزوال، والعشاء: من الزوال إلى نصف الليل، والسحور: ما بين نصف الليل وطلوع الفجر. ومقدار الغداء والعشاء أن يأكل أكثر من نصف شعبه. ولو حلف: ليأتيه غدوة، فهي ما بين طلوع

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٤٣١) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٧٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٧١٥) والترمذي في سننه برقم (١٨٣١) وابن ماجه في سننه برقم (٣٣٢٣).

الفجر إلى نصف النهار، والضحوة بعد طلوع الشمس من حين تزول كراهة الصلاة إلى نصف النهار، والصباح 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 يكلمه، فنبهه من النوم، حنث، وإن لم ينتبه وهذا غير مقبول. ولو دق المحلوف عليه الباب، فقال: من هذا؟ حنث، وينبغي أن يفرق بين علمه به وجهله، وأنه لو قال: لا أكلمه اليوم ولا غداً، لم تدخل الليلة المتخللة في اليمين، ولو قال: لا أكلمه اليوم وغداً، دخلت، والصواب التسوية.

قلت: يعني في عدم الدخول وهذا إذا لم ينو مواصلة الهجران. والله أعلم. ولو قال: لا أكلمه يوماً ولا يومين، فاليمين على يومين، فلو كلمه في الثالث، لم يحنث، وهكذا ذكره أبو الحسن العبادي من أصحابنا. ولو قال: يوماً ويومين، فاليمين على ثلاثة، وأنه لو حلف: ليهدم هذه الدار، فهدم سقوفها، بر، ويجوز أن يقال: يشترط أن لا يبقى ما يسمى داراً. ولو حلف: ليهدم هذا الحائط اليوم، أو لينقضه، اشترط هدمه، حتى لا يبقى منه ما يسمى حائطاً. ولو حلف: ليكسرنه، لم يشترط ما يزيل اسم الحائط.

فرع: حلف: لا يزوره حياً ولا ميتاً، فشييع جنازته، لم يحنث. وفي فتاوى الغزالي أنه لو حلف: لا يدخل داره صوفاً، فأدخل داره كبشاً عليه صوف، أو لا يدخلها بيضاً، فأدخلها دجاجة، فباضت في الحال، لم يحنث. وأنه لو حلف: لا يقعد معه تحت سقف، فقعدا تحت أزج حنث، وأنه لو حلف: لا يفطر، فمطلق هذا ينصرف إلى الأكل والجماع ونحوهما، ولا يحنث بالردة والجنون والحيض ودخول الليل. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْقَضَاءِ (١)

فيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في التولية والعزل

وفيه طرفان:

الطرف الأول: في التولية، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع، فإن قام به من يصلح، سقط الفرض عن الباقيين، وإن امتنع الجميع، أثموا، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء، وقيل: لا يجبر، والصحيح: الأول، ثم من لا يصلح للقضاء تحرم توليته، ويحرم عليه التولي والطلب، وأما من يصلح، فله حالان:

أحدهما: أن يتعين للقضاء، فيجب عليه القبول، ويلزمه أن يطلبه ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملاً، ولا يعذر بأن يخاف ميل نفسه وخيانتها، بل يلزمه أن يقبل ويحترز، فإن امتنع، عصا، وهل يجبر؟ وجهان الصحيح نعم، وبه قال الأكثرون، كما يجبر على القيام بسائر فروض الكفاية عند التعيين، فإن قيل: امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلق بالمصالح العامة، ويشبه أن تكون كبيرة، فيفسق به، ويخرج عن الأهلية، فكيف يولى ويجبر، فالجواب أنه يمكن أن يقال: إنه يؤمر بالتوبة أولاً، فإذا تاب، ولى.

قلت: وينبغي أن يقال: لا يفسق، لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً، وهذا ليس بعاص قطعاً، وإن كان مخطئاً. والله أعلم.

الحال الثاني: أن يكون هناك غيره ممن يصلح، فذلك الغير إما أن يكون أصلاً، وأولى منه، وإما مثله، وإما دونه فإن كان أصلاً منه، بني على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل، وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء، والأصح الإنعقاد، لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة. وفي القضاء خلاف

(١) القضاء في اللغة: الحكم والفصل، وفي الاصطلاح: تبين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات وقطع المنازعات.

مرتب، وأولى بالإنعقاد، فإن لم نجوز للمفضول القضاء حرمت توليته، وحرم عليه الطلب والقبول، وإن جوزناه، جاز القبول. وأما الطلب، فمكروه، وقيل: حرام، وإن كان الأصلح لا يتولى، فهو كالمعدوم، وأما إذا كان هناك مثله، فله القبول، ولا يلزمه على الأصح، فربما قام به غيره وأما الطلب، فإن كان حامل الذكر، ولو تولى، اشتهر وانتفع الناس بعلمه، استحب له الطلب على الصحيح، وقال القفال: لا يستحب. وإن كان مشهوراً ينتفع الناس بعلمه، فإن لم يكن له كفاية ولو ولي، حصلت كفايته من بيت المال، قال الأكثرون: يستحب، وقيل: لا يستحب ولا يكره، وإن كان له كفاية، فالصحيح أن الطلب مكروه، وقيل: الأولى تركه، ثم كما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول، ولو ولي بلا طلب، وعلى هذا حمل امتناع السلف. وإن كان هناك من هو دونه، فإن لم نجوز تولية المفضول، فقد تعين عليه، وإن جوزناها، استحب له القبول. وفي الوجوب الوجهان، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه، وهكذا حيث استحبننا الطلب والتولي أو أبحناهما، فذلك عند الوثوق، وغلبة الظن بقوة النفس، وأما عند الخوف، فيحترز.

فرع: التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا لم يكن هناك قاض متول فإن كان، نظر، إن كان غير مستحق لجور أو جهل، فهو كما لو لم يكن، وإن كان مستحقاً والطالب يروم عزله، فالطلب حرام، والطالب مجروح، ذكره الماوردي.

قلت: وسواء كان فاضلاً أو مفضولاً إذا صححنا تولية المفضول. والله أعلم.

فرع: ما ذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل، فلو بذل مالا ليتولى، فقد أطلق ابن القاص وآخرين أنه حرام وقضاؤه مردود، والصحيح تفصيل ذكره الروياني وهو أنه إن تعين عليه القضاء أو كان ممن يستحب له، فله بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ، وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال، وإن لم يتعين ولم يكن مستحباً، جاز له بذل المال ليتولى، ويجوز له البذل بعد التولية لئلا يعزل، والآخذ ظالم بالأخذ، وأما بذل المال لعزل قاض، فإن لم يكن بصفة القضاة، فمستحب لما فيه من تخليص الناس منه، ولكن أخذه حرام على الآخذ، وإن كان بصفتهم فحرام. فإن فعل، وعزل الأول، وولي البازل، قال ابن القاص: توليته باطلة، والمعزول على قضائه، لأن العزل بالرشوة حرام، وتولية المرشي والراشي حرام، وليكن هذا عند تمهد الأصول الشرعية، فأما عند الضرورات، وظهور الفتن، فلا بد من تنفيذ العزل والتولية جميعاً، كتولية البغاة.

فرع: طرق الأصحاب متفقة على أن النظر في تعيين الشخص للقضاء وعدم تعيينه إلى البلد والناحية لا غير، ومقتضاه أنه لا يجب على من يصلح للقضاء طلب

القضاء ببلدة أخرى ليس بها صالح، ولا قبوله إذا ولي ويجوز أن يفرق بينه وبين القيام بسائر فروض الكفاية المحوجة إلى السفر، كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما، فإن تلك يمكن القيام بها، والعود إلى الوطن، وعمل القضاء لا غاية له.

المسألة الثانية: في صفات القاضي والمفتي وفيها فصلان:

الفصل الأول: في صفات القاضي وله ثمانية شروط:

أحدها: الحرية.

والشرط الثاني: الذكورة.

والشرط الثالث: الاجتهاد، فلا يجوز تولية جاهل بالأحكام الشرعية وطرقها المحتاج إلى تقليد غيره فيها، وإنما يحصل أهلية الاجتهاد لمن علم أموراً: أحدها: كتاب الله تعالى، ولا يشترط العلم بجميعه، بل مما يتعلق بالأحكام، ولا يشترط حفظه عن ظهر القلب، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه. الثاني: سنة رسول الله ﷺ لا جميعها، بل ما يتعلق منها بالأحكام، ويشترط أن يعرف منها العام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمبين، والناسخ والمنسوخ، ومن السنة المتواتر والآحاد، والمرسل والمتصل، وحال الرواة جرحاً وتعديلاً. الثالث: أقاويل علماء الصحابة ومن بعدهم ﷺ إجماعاً واختلافاً. الرابع: القياس فيعرف جليته وخفيه، وتميز الصحيح من الفاسد. الخامس: لسان العرب لغة وإعراباً، لأن الشرع ورد بالعربية وبهذه الجهة يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه وتقييده، وإجماله وبيانه. قال أصحابنا: ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، وزاد الغزالي تخفيفات ذكرها في أصول الفقه منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب، فيراجعه إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب.

قلت: لا يصح التمثيل بسنن أبي داود فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث 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 ما في كتابي الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرت وشهرته غنية عن التصريح بها. والله أعلم.

ومنها: أنه لا يشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع، بأن يعلم أنه وافق

بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفي في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل.

قلت: 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 والضبط. وقوله: أجمع السلف على قبوله يعني على العمل به، ولا يكفي عملهم على وفقه، فقد يعملون على وفقه بغيره. والله أعلم.

ومنها: أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون للعالم منصب الاجتهاد في باب دون باب، وعد الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الاعتقاد. قال الغزالي: وعندي أنه يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها.

الشرط الرابع: البصر، فلا يصح تولية أعمى وفي «جمع الجوامع» للرويانى وجه أنه يجوز، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور، لأنه لا يعرف الخصوم والشهود.

الشرط الخامس: التكليف، فلا يصح تولية الصبي.

الشرط السادس: العدالة فلا يصح تولية فاسق ولا كافر ولو على الكفار، قال الماوردي: وما جرت به عادة الولادة من نصب حاكم بين أهل الذمة، فهو تقليد رئاسة وزعامة لا تقليد حكم وقضاء، ولا يلزمهم حكمه بإلزامه بل بالتزامهم.

الشرط السابع: أن يكون ناطقاً سميعاً، فلا يجوز تقليد أخرس لا تعقل إشارته، وكذا إن عقلت على الصحيح، ولا أصم لا يسمع أصلاً، فإن كان يسمع إذا صبح به، جاز تقليده.

الشرط الثامن: الكفاية، فلا يصح قضاء مغفل اختل رأيه ونظره بكبر أو مرض ونحوهما. ولا يشترط أن يحسن الكتابة على الأصح. ويستحب أن يكون وافر العقل حليماً متثبتاً ذا فطنة وتيقظ، كامل الحواس والأعضاء، عالماً بلغة الذين يقضي بينهم، بريئاً من الشحناء والطمع، صدوق اللهجة، ذا رأي ووفاء، وسكينة ووقار، وأن لا يكون جباراً يهابه الخصوم، فلا يتمكنون من استيفاء الحجة، ولا ضعيفاً

يستخفون به، ويطمعون فيه، وأن يكون قرشياً، ورعاية العلم والتقى أولى من رعاية النسب.

فرع: إن عرف الإمام أهليته ولأه، وإلا فيبحث عن حاله، فلو ولى من لم تجتمع فيه الشروط مع العلم بحاله، أثم المولي والمتولي ولم ينفذ قضاؤه، وإن أصاب، هذا هو الأصل في الباب. قال في «الوسيط»: لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولأه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً أو فاسقاً لئلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده أنا تنفيذ قضاء قاضي البغاة لمثل هذه الضرورة، وهذا حسن، لكن في بعض الشروح أن قاضي البغاة إذا كان منهم، وبغيهم لا يوجب فسقاً كبغي أصحاب معاوية رضي الله عنه، جاز قضاؤه، وإن أوجب الفسق، كبغي أهل النهروان، لم يجز.

قلت: هذا المنقول عن بعض الشروح مشهور، قد ذكره صاحب «المهذب» وغيره، ففي «المهذب» أن قاضي البغاة إن كان من يستبيح دم أهل العدل ومالهم، لم ينفذ حكمه، لأن شرطه العدالة والاجتهاد، وهذا ليس بعدل 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.

وذكر أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ، أجابه إليه، ونفذ قضاؤه، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه زياد، فقالت: إن لم يقض لهم خياركم قضى شراركم.

فرع: من لا تقبل شهادته من أهل البدع، لا يصح تقليده القضاء قال الماوردي: وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع، أو لا يقول بأخبار الآحاد، وكذا حكم نفاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً، بل يتبعون النصوص، فإن لم يجدوا، أخذوا بقول سلفهم، كالشيعة، فإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام، ويبنون الأحكام على عموم النصوص وإشاراتهما، جاز تقليدهم على الأصح.

الفصل الثاني في المفتي: ومتى لم يكن في الموضوع إلا واحد يصلح للفتوى، تعين عليه أن يفتي، وإن كان هناك غيره، فهو من فروض الكفايات، ومع هذا فلا يحل التسارع إليه، فقد كانت الصحابة رضي الله عنهم مع مشاهدتهم الوحي يحيل بعضهم على بعض في الفتوى، ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن. ثم نتكلم في ثلاث جمل إحداها في المفتي، فيشترط إسلامه وبلوغه وعدالته، فالفاسق لا تقبل فتواه، ويلزمه أن يعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط في المفتي أيضاً التيقظ، وقوة

الضبط، فلا يقبل ممن تغلب عليه الغفلة والسهو، ويشترط فيه أهلية الاجتهاد، فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها لم يكن له أن يفتي بها، ولا لغيره أن يقلده، ويأخذ بقوله فيها، وقيل: يجوز، وقيل: إن كان نقلياً، جاز، وإن كان قياسياً، فلا، والصحيح الأول. والعالم الذي لم يبلغ غاية الاجتهاد كالعامي في أنه لا يجوز تقليده على الصحيح. وموت المجتهد هل يخرج عن أن يقلد ويؤخذ بقوله؟ وجهان الصحيح: أنه لا يخرج، بل يجوز تقليده كما يعمل بشهادة الشاهد بعد موته، ولأنه لو بطل قوله بموته، لبطل الإجماع بموت المجمعين، ولصارت المسألة اجتهادية، ولأن الناس اليوم كالمجمعين على أنه لا مجتهد اليوم، فلو منعنا تقليد الماضين، لتركنا الناس خياراً، وبنوا على هذين الوجهين أن من عرف مذهب مجتهد، وتبحر فيه، لكن لم يبلغ رتبة الاجتهاد، هل له أن يفتي ويأخذ بقول ذلك المجتهد؟ فعلى الصحيح يجوز هكذا صوروا الفرع، ولك أن تقول: إذا كان المأخذ ما ذكرنا، فسواء المتبحر وغيره، بل العامي إذا عرف حكم تلك المسألة عند ذلك المجتهد فأخبر به، وأخذ غيره به تقليداً للميت وجب أن يجوز على الصحيح.

قلت: هذا الاعتراض ضعيف أو باطل، لأنه إذا لم يكن متبحراً ربما ظن ما ليس 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 رحمته الله، فهذا حسن محتمل. والله أعلم.

وإذا جوزنا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت، فإن علم من حاله أنه يفتي على مذهب إمام معين، كفى إطلاق الجواب، وإلا فلا بد من إضافته إلى صاحب المذهب.

فرع: ليس لمجتهد أن يقلد مجتهداً لا يعمل به، ولا ليفتي به، ولا إذا كان قاضياً ليقضي به، سواء خاف الفوت لضيق وقت أم لا. وقال ابن سريج: له التقليد إذا ضاق الوقت ليعمل به، لا ليفتي، وقياسه أن لا يجوز للقضاء وأولى. وفي «الشامل» و«التهذيب» طرد قول ابن سريج في القضاء وصورة الضيق فيه: أن يتحاكم مسافران والقافلة تترحل، ومن قال به، فقياسه طرده في الفتوى.

فرع: هل يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى، أو سئل عنها مرة أخرى، أم يعتمد اجتهاده الأول؟ وجهان كما سبق في القبلية.

قلت: أصحابهما: لزوم التجديد، وهذا إذا لم يكن ذاكراً لدليل الأولى، ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه، فإن كان ذاكراً، لم يلزمه قطعاً، وإن تجدد ما يوجب الرجوع، لزمه قطعاً. والله أعلم.

فرع: المنسوب إلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك ثلاثة أصناف: أحدها: العوام وتقليدهم الشافعي مثلاً مفرع على تقليد الميت وقد سبق.

والصنف الثاني: البالغون لرتبة الاجتهاد، وقد ذكرنا أن المجتهد لا يقلد مجتهداً وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي، لأنهم جروا على طريقته في الاجتهاد، واستعمال الأدلة، وترتيب بعضها على بعض، ووافق اجتهادهم اجتهاده وإذا خالف أحياناً لم يبالوا بالمخالفة.

والصنف الثالث: المتوسطون وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد في أصول الشرع. لكنهم وقفوا على أصول الإمام في الأبواب وتمكنوا من قياس ما لم يجدوه منصوباً له على ما نص عليه، وهؤلاء مقلدون له تفرعاً على تقليد الميت، وهكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً له، والمعروف للأصحاب أنه لا يقلدهم في أنفسهم، لأنهم مقلدون، وقد نجد ما يخالف هذا فإن أبا الفتح الهروي وهو من أصحاب الإمام يقول في الأصول: مذهب عامة أصحابنا أن العامي لا مذهب له، فإن وجد مجتهداً قلده. وإن لم يجده، ووجد متبحراً في مذهب، فإنه يفتيه على مذهب نفسه، وإن كان العامي لا يعتقد مذهبه. وهذا تصريح بأنه يقلد المتبحر في نفسه. وإذا اختلف متبحران في مذهب لاختلافهما في قياس أصل مذهب إمامهما، ومن هذا يتولد وجوه الأصحاب، فنقول: أيهما يأخذ العامي؟ فيه ما سنذكره في اختلاف المجتهدين إن شاء الله تعالى، وإذا نص صاحب المذهب على الحكم والعلة، ألحق بتلك العلة غير المنصوص بالمنصوص، وإن اقتصر على الحكم، فهل يستنبط المتبحر العلة ويعدي الحكم بها، قال محمد بن يحيى: لا، والأشبه بفعل الأصحاب جوازه، لأنهم ينقلون الحكم، ثم يختلفون في علته، وكل منهم يطرد الحكم في فروع علته.

فرع: ذكر الشيخ أبو إسحاق أنه إذا نص الإمام في واقعة على حكم، وفي أخرى شبهها على خلافه لا يجوز نقل قوله من إحداها إلى الأخرى وتخريجهما على قولين، وأن ما يقتضيه قوله لا يجعل قولاً له إلا إذا لم يحتمل، كقوله: ثبتت الشفعة في الشقص من الدار، فيقال: قوله: في الحانوت كذلك والمعروف في المذهب

خلاف ما قاله، لكن الأولى أن يقال: إنه قياس أصله أو قياس قوله، ولا يقال: هو قوله.

فرع: للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ متأول عنده زجراً وتهديداً في مواضع الحاجة.

قلت: 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 عنه أنه سئل عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول، فرأيت في عينيه إرادة القتل فمنعته، أما الثاني، فجاء مسكيناً قد قتل، فلم أقنطه، قال الصيمري: وكذا إن سأله، فقال: إن قتل عبيدي، فهل علي قصاص، فواسع أن يقال: إن قتلته قتلناك، فعن النبي ﷺ: «من قتل عبده قتلناه»^(١) ولأن القتل له معانٍ وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة. والله أعلم.

الجملة الثانية في المستفتي، فيلزمه سؤال المفتي عند حدوث مسألته، وإنما يسأل من عرف علمه وعدالته، فإن لم يعرف العلم، بحث عنه بسؤال الناس، وإن لم يعرف العدالة، فقد ذكر الغزالي فيه احتمالين أحدهما: أن الحكم كذلك، وأشبههما الاكتفاء، لأن الغالب من حال العلماء العدالة، بخلاف البحث عن العلم، فليس الغالب من الناس العلم، ثم ذكر احتمالين في أنه إذا وجب البحث، يفتقر إلى عدد التواتر، أم يكفي إخبار عدل أو عدلين؟ أصحابهما: الثاني.

قلت: الاحتمالان فيما إذا لم تعرف العدالة، هما فيمن كان مستوراً وهو الذي ظاهره العدالة ولم يخبر باطنه وهما وجهان ذكرهما غيره، أصحابهما: الاكتفاء، لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير القضاة، فيعسر على العوام تكليفهم بها، وهذا الخلاف كالخلاف في صحة النكاح بحضور المستورين. أما الاحتمالان في اشتراط عدد التواتر، والاكتفاء بعدل، فهما محتملان، ولكن المنقول خلافهما، فالذي قاله الاصحاب أنه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته، وقيل: لا يكفي الاستفاضة، ولا التواتر، بل إنما يعتمد قوله: أنا أهل للفتوى، لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها، فقد يكون أصلها التلبس، 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

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٥١٥) والترمذي في سننه برقم (١٤١٤) والنسائي في سننه (٢٠/٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٦٦٤) وأحمد في المسند (١٠/٥) وضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٣٧٤).

إسحاق وغيره: نقبل في أهليته خبر عدل واحد، وهذا محمول على من عنده معرفة يميز بها الملبس من غيره، ولا يعتمد في ذلك خبر آحاد العامة لكثرة ما يتطرق إليهم من التلبيس في ذلك. والله أعلم.

فرع: إذا وجد مفتيين فأكثر هل يلزمه أن يجتهد، فيسأل أعلمهم؟ وجهان: قال ابن سريج: نعم، واختاره ابن كج والقفال، لأنه يسهل عليه، وأصحهما: عند الجمهور أنه يتخير، فيسأل من شاء، لأن الأولين كانوا يسألون علماء الصحابة عليهم السلام مع تفاوتهم في العلم والفضل، ويعملون بقول من سألوه من غير إنكار، قال الغزالي: فإن اعتقد أن أحدهم أعلم، لم يجز أن يقلد غيره، وإن كان لا يلزمه البحث عن الأعم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بزيادة علم.

قلت: هذا الذي قاله الغزالي قد قاله غيره أيضاً وهو وإن كان ظاهراً، ففيه نظر لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة عليهم السلام مع وجود أفاضلهم الذين فضلهم متواتر وقد يمنع هذا وعلى الجملة المختار ما ذكره الغزالي. فعلى هذا يلزمه تقليد أوسع العالمين، وأعلم الورعين، فإن تعارضا قدم الأعم على الأصح. والله أعلم.

فرع: وإذا استفتى وأجيب، فحدث له تلك الحادثة ثانياً، فإن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً، وكذا لو كان المقلد ميتاً وجوزنا، وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس أو شك والمقلد حي، فوجهان: أحدهما: لا يحتاج إلى السؤال ثانياً، لأن الظاهر استمراره على جوابه، وأصحهما: يلزمه السؤال ثانياً.

فرع: لو اختلف عليه جواب مفتيين، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعم، اعتمده، وإلا فأوجه: أصحها: يتخير، ويأخذ بقول أيهما شاء، والثاني: يأخذ بأغلظ الجوابين، والثالث: بأخفهما، والرابع: بقول من يبني قوله على الأثر دون الرأي، والخامس: بقول من سأل أولاً.

قلت: وحكي 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. والله أعلم.

ونقل الروياني وجهين في أن من سأل مفتياً ولم تسكن نفسه إلى فتواه هل يلزمه أن يسأل ثانياً وثالثاً لتسكن نفسه، أم له الاقتصار على جواب الأول؟ والقياس في وجه الثاني.

الجملة الثالثة فيما يتعلق بهما، فيجوز للمستفتي أن يسأل بنفسه، ويجوز أن يكتفي برسول ثقة يبعثه وبالرقعة، ويكفي ترجمان واحد إذا لم يعرف لغته.

قلت: له اعتماد خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه، أو كان يعرف خطه ولم يشك فيه. والله أعلم.

ومن آداب المستفتي أن لا يسأل المفتي وهو قائم، أو مشغول بما يمنعه من تمام الفكر، وأن لا يقول إذا أجابه: هكذا قلت أنا، وأن لا يطالب بالدليل، فإن أراد معرفته، سأل عنه في وقت آخر. وإذا سأل في رقعة، فليكن كاتبها حاذقاً، ليبين مواضع السؤال، وينقط مواضع الاشتباه، وليتأمل المفتي الرقعة كلمة كلمة، وليكن اعتناؤه بآخر الكلام أشد، لأنه موضع السؤال، وليثبت في الجواب وإن كانت المسألة واضحة، وأن يشاور من في مجلسه ممن يصلح لذلك إلا أن يكون فيها ما لا يحسن إظهاره. وله أن ينقط من الرقعة مواضع الإشكال، وأن يصلح ما فيها من خطأ ولحن فاحش، وإذا رأى في آخر بعض السطور بياضاً، شغله بخطه، لئلا يلحق فيه بعد جوابه شيء، وليبين المفتي بخطه، وليكن قلمه بين قلمين. ولو كتب مع الجواب حجة من آية أو حديث فلا بأس، ولا يعتاد ذكر القياس، وطرق الاجتهاد. فإن تعلقت الفتوى بقاض، فحسن أن يومئ إلى الطريق للاجتهاد، وإذا رأى في الفتوى جواب من لا يصلح للفتوى، لم يفت معه. قال الصيمري: وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة وبغير إذنه، ولا يحبسها إلا بإذنه، واستحبوا أن يكون السؤال بخط غير المفتي.

فرع: متى تغير اجتهاد المجتهد، دار المقلد معه، وعمل في المستقبل بقوله الثاني، ولا ينقض ما مضى، ولو نكح المجتهد امرأة، ثم خالعه ثلاثاً، لأنه رأى الخلع فسحاً، ثم تغير اجتهاده قال الغزالي: يلزمه مفارقتها، وأبدى تردداً فيما لو فعل المقلد مثل ذلك، ثم تغير اجتهاد مقلده، قال: والصحيح أن الجواب كذلك، كما لو تغير اجتهاد المقلد في الصلاة، فإنه يتحول. 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.

قلت: 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 يجز له العمل به، وكذا إذا نكح بفتواه، أو استمر على نكاح بفتواه، ثم رجع، لزمه فراقها، كنظيره في القبلة. وإن كان عمل به قبل الرجوع، فإن

كان مخالفاً للدليل قاطع، لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محل الاجتهاد، فلا، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولا يعمل خلاف هذا لأصحابنا، وما ذكره صاحباً «المستصفى» و«المحصول»، فليس فيه تصريح بمخالفة هذا. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله: وإن كان المفتي إنما يفتي على مذهب إمام معين، فرجع لكونه يتقن 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 قبل العمل، وكذا 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 إذا لم يوجد منه الإتلاف، ولا ألجأ إليه بالزام. والله أعلم.

فرع: لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدوّن، وإذا دونت المذاهب، فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب؟ إن قلنا: يلزمه الاجتهاد في طلب الأعلّم، وغلب على ظنه أن الثاني أعلم ينبغي أن يجوز، بل يجب وإن خيرناه، فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلد في القبله هذا أياماً، وهذا أياماً. ولو قلد مجتهداً في مسائل، وآخر في مسائل أخرى، واستوى المجتهدان عنده أو خيرناه، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز، وكما أن الأعمى إذا قلنا: لا يجتهد في الأواني والثياب له أن يقلد في الثياب واحداً، وفي الأواني آخر، لكن الأصوليون منعوا منه للمصلحة. وحكى الحناطي وغيره عن أبي إسحاق فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه أن يفسق به، وعن ابن أبي هريرة أنه لا يفسق، وبالله التوفيق.

قلت: قد استقصى الإمام الرافي رحمه الله هذا الباب، فاستوعب وأجاد، وقد استوعبت أنا 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، وبواعده 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 خوارم 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 كالمشاهد وفتواه لا يرتبط بها إلزام بخلاف حكم القاضي. قال: ووجدت عن صاحب «الحاوي» إن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً، صار خصماً معانداً، ترد فتواه على من عاداه، كما ترد شهادته. قال الصيمري: ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج، ومن لا يكفر بدعته ولا بفسقه، وذكر الخطيب هذا ثم قال: وأما الشراة وهم بضم الشين المعجمة، والرافضة الذين يسبون السلف، ففتاويهم مردودة، وأقاولهم 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: وقال ابن المنذر: يكره فتواه في الأحكام دون غيرها، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصح به المسائل الحسابية الفقهية؟ وجهان: حكاها 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 خبرة بقواعده، وأسانيبه 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 لإدراك حكم الواقعة استقلالاً، لقصور آله، 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 يجز أن يستفتي، وتساهله قد يكون بأن لا يتثبت، 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 ضرره، ومن فعل هذا، فلا وثوق به. وأما إذا صح قصده، فاحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها، ولا تجر إلى مفسدة، ليخلص بها المستفتي من وريطة يمين ونحوها، فذلك حسن، وعله يحمل ما جاء عن 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، والملالة، 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 يجز له أخذ أجره من أعيان المستفتين كالحاكم. واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في حيلة، فقال: يقول للمستفتي: يلزمني أن أفتيك قولاً، ولا يلزمني أن أكتب لك، فإن استأجره على الكتابة، جاز، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروهاً، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجره كتابة ذلك القدر ولو لم يكن فتوى، لئلا يكون آخذاً زيادة بسبب الإفتاء. 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 ما لا يقابل بالأعواض. قال الخطيب: وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام ما يغنيه 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 بالمتأخر 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 ومآخذه وقواعده، وإلا فلينقله 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 منصوصاً 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 في الأرجح من القولين أو الوجهين، فليعتمد ما صححه الأكثر، والأعلم

والأورع، فإن تعارض أعلم وأورع، قدم الأعلّم، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح، اعتبر صفات الناقلين للقولين، والقائلين للوجهين فما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على ما رواه الربيع الجيزي وحرمله، 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 أرجح، 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 بالكثرة، 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 يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومظنته، والآخر جاء مستطرداً في باب آخر.

واعلم أن هذا الكتاب الذي اختصرته وهذبتة محصل لك جميع ما ذكرته ولا أقول هذا تبجهاً 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 قديم وجديد، 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 يرتب الجواب على ترتيب الأسئلة، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب، فإنه خطأ بالاتفاق، وليس له أن 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 الأمر كذا، فجوابه كذا، وإذا كتب الجواب، أعاد نظره فيه وتأمله، وإذا كان هو المبتدئ بالإفتاء 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.

ويستحب عند إرادة الإفتاء أن يستعيز 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 يختم جوابه بقوله: والله أعلم، أو وبالله التوفيق ونحوه. قال: ولا 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 ابن فلان الفلاني، فينتسب 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: أطل الله بقاءه، فإنه ليس من ألفاظ السلف. وقد نقل النحاس اتفاق العلماء على كراهية أطل الله بقاءك. وقد أوضحت هذه اللفظة وما يتعلق بها ويشبهها في آخر كتاب «الأذكار».

وينبغي أن يختصر جوابه، ويكون بحيث يفهم للعامة فهماً جلياً، قال الصيمري والخطيب وغيرهما: وإذا سئل عمن قال: أنا أصدق من محمد بن عبد الله، أو الصلاة لغو ونحو هذه العبارات، فلا يبادر بقوله: هذا حلال الدم، أو عليه القتل، بل يقول: إن ثبت هذا بإقراره، أو ببينة، استتابه السلطان، فإن تاب، قبلت توبته، وإلا 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 عمن قتل أو قلع سناً أو عيناً، احتاط في الجواب، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص، وإذا سئل عمن 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 في ظهر 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 ما له دون ما عليه، وليس له أن يعلم أحدهما ما يدفع به حجة صاحبه، وإذا ظهر له أن الجواب خلاف غرض المستفتي، وأنه لا يرضى بكتابته في ورقته، اقتصر على مشافهته بالجواب، ويجب عليه عند اجتماع الرقاع أن يقدم الأسبق فالأسبق، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء، فإن تساوا وجهل السابق، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة، والمسافر الذي شد رحله، ويتضرر بتخلفه عن رفقته إلا إذا كثر المسافرون والنساء بحيث يتضرر غيرهم تضرراً ظاهراً، فيقدم حينئذ بالسبق، ثم القرعة، ثم لا يقدم أحداً إلا في فتيا 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 في الجواب: من أبوين أو أب أو أم، وإذا سئل عن المنبرية وهي زوجة وأبوان وبنتان، لا يقول: للزوجة الثمن، ولا التسع، لأنه لم يطلقه أحد من السلف، بل يقول: لها الثمن عائلاً، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً، أولها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين، وإذا كان في المذكورين من لا يرث أفصح بسقوطه، فقال: وسقط فلان، فإن كان سقوطه في حال دون حال، قال: وسقط فلان في هذه الحالة ونحو ذلك، لئلا يتوهم أنه لا يرث بحال. قال: وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسخات. 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 للإفتاء، 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 خط 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 أبى، أجابه شفاهاً، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها، ولم تكن فتياه خطأ، امتنع من الإفتاء 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 شاء، 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 أسد 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، لثلا يتلقت رخص المذاهب بخلاف العصر الأول، ولم تكن مذاهب مدونة، فيتلقط رخصها. فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهباً يقلده في كل شيء، وليس له التمذهب بمجرد التشهي، ولا بما وجد عليه أباه، هذا كلام الأصحاب. والذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزمه التمذهب بمذهب، بل يستفتي من شاء، أو من اتفق، لكن من غير تلقط للرخص. ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقطه. وإذا استفتى 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 ما نقله 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، وحيث فقد يخالفه، فيجيء 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 رقاع، بدأ بمن شاء، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة، ويدعو في الورقة لمن يستفتيه، ويدفع الورقة إلى المفتي منشورة، وبأخذها منشورة، فيريحه 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 النبد 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 يكثر الاحتياج إليه، فلهذا بسطناه أدنى بسط. والله أعلم.

المسألة الثالثة: يستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف، فإن لم يأذن، فله حالان أحدهما: أن يطلق التولية، ولا ينهيه عن الاستخلاف، فإن أمكنه القيام

بما تولاه، كقضاء بلدة صغيرة، فليس له الاستخلاف على الأصح، وإن لم يمكنه كقضاء بلدين أو بلد كبير، فله الاستخلاف في القدر الزائد على ما يمكنه، وليس له الاستخلاف في الممكن على الأصح، والقياس فيما إذا أذن له أن يكون في القدر المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرح بالاستخلاف في الجميع، وقطع ابن كج بالجواز في الكل عند مطلق الإذن. الحال الثاني: أن ينهيه عن الاستخلاف، فلا يجوز الاستخلاف، فإن كان ما فوضه إليه لا يمكنه القيام به، فقال القاضي أبو الطيب: هذا النهي كالعدم، والأقرب أحد أمرين إما بطلان التولية، وبه قال ابن القطان، وإما اقتصاره على الممكن، وترك الاستخلاف.

قلت: هذا أرجحهما. والله أعلم.

وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام، أما في الأمور الخاصة، كتخليف وسماع بيعة، فقطع القفال بجوازه للضرورة، وقال غيره: هو على الخلاف، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين.

فروع: أحدها: يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي، قال الشيخ أبو محمد وغيره: فإن فوض إليه أمراً خاصاً، كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى إن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سماع البيعة ونقلها دون الحكم، كفاه العلم بشروط سماع البيعة ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد.

الثاني: قال الروياني في «التجربة»: نص الشافعي رحمه الله في «المبسوط» يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من يخالفه، والمعروف في المذهب خلافه، لأن الحاكم يعمل باجتهاده حتى لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده، ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز، وكذا إذا جوزنا تولية المقلد للضرورة، فاعتقاد المقلد في حقه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشترط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده، فلو خالف وشرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة قال في «الوسيط»: له الحكم في المسائل التي اتفق عليها الإمامان دون المختلف فيها، وهذا حكم منه بصحة الاستخلاف، لكن قال الماوردي وصاحباً «المذهب» و«التهذيب» وغيرهم: لو قلد الإمام رجلاً للقضاء على أن يقضي بمذهب عينه، بطل التقليد. ومقتضى هذا بطلان الاستخلاف هناك، وفي فتاوى القاضي حسين أن الإمام الحنفي لو ولى شافعيّاً بشرط أن لا يقضي بشاهد ويمين، ولا على غائب، صحت التولية، ولغا الشرط، فيقضي بما أدى إليه اجتهاده، ومقتضى هذا أن لا يراعى الشرط هناك، قال الماوردي: ولو لم تجر صيغة الشرط، بل قال الإمام: قلدتك القضاء، فاحكم بمذهب الشافعي، ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة، صح

التقليد، ولغا الأمر والنهي، وفيه احتمال، قال: ولو قال: لا تحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد، جاز، وقد قصر عمله على باقي الحوادث، وحكى وجهين فيما لو قال: لا تقض فيهما بقصاص أنه يلغو أم يكون منعاً له في الحكم في القصاص نفياً وإثباتاً.

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

المسألة الرابعة: إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد، نظر إن خص كل واحد بطرف منه، أو بزمان، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال، والآخر في الدماء والفروج، جاز، قال ابن كج: وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه، وإن عمم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثاً، فإن شرط عليهما الاجتماع في الحكم، لم يجز، لأن الخلاف يكثر في محل الاجتهاد، فتتعطل الحكومات، وإن أثبت لكل واحد الاستقلال فوجهان: أحدهما: لا يجوز كالإمامة العظمى، فعلى هذا إن ولاهما معاً، بطلت توليتهما، وإن ولاهما متعاقبين، صحت تولية الأول دون الثاني، وأصحهما: الجواز، كالوكيلين والوصيين. فعلى هذا لو تنازع الخصمان في إجابة داعي القاضيين يجاب من سبق داعيه، فإن جاء معاً أقرع، وإن تنازعا في اختيار القاضيين، فقد أطلق الغزالي أنه يقرع، وقال الماوردي: القول قول الطالب دون المطلوب، فإن تساويا، حضرا عند أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب فالأصح أنه يقرع، وقيل: يمتنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما وإن أطلق نصب قاضيين، ولم يشرط اجتماعهما، ولا استقلالهما، قال صاحب «التقريب»: يحمل على إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق على ما يجوز، وقال غيره: التولية باطلة حتى يصرح بالاستقلال.

قلت: قول صاحب «التقريب» أصح، وبه قطع الرافعي في «المحرر». والله أعلم.

المسألة الخامسة: هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً غير القاضي، وهل لحكمه بينهما اعتبار، قولان أظهرهما عند الجمهور نعم، وخالفهم الإمام والغزالي، فرجحا المنع، وقيل: القولان في الأموال فقط، فأما النكاح واللعان، والقصاص، وحق القذف وغيرها، فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً، والمذهب طرد القولين في الجميع، وبه قطع الأكثرون، ولا يجزىء في حدود الله تعالى على المذهب، إذ ليس

لها طالب معين، وفي «التهذيب» وغيره ما يقضي ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها وليس بشيء، وقيل: القولان في التحكيم في حقوق الآدميين مخصوصان بما إذا لم يكن في البلد قاض، فإن كان لم يجز، وقيل: هما إذا كان قاض وإلا فيجوز قطعاً والمذهب طردهما في الحالين، فإذا جوزنا التحكيم اشترط في المحكم صفات القاضي، ولا ينفذ حكمه إلا على من رضي بحكمه حتى لا تضرب دية الخطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه، ولا يكفي رضى القاتل، وقيل: يكفي، والعاقلة تبع له، والصحيح الأول. قال السرخسي: الخلاف مخصوص بقولنا تجب الدية على الجاني، ثم تحملها العاقلة، فإن قلنا: تجب عليها ابتداء لم تضرب عليهم إلا برضاهم قطعاً وهذا حسن. قال السرخسي: وإنما يشترط رضا المتحاكمين إذا لم يكن أحدهما القاضي نفسه، فإن كان، فهل يشترط رضا الآخر؟ فيه اختلاف نص، والمذهب أنه لا يشترط، وليكن هذا مبنياً على جواز الاستخلاف إن جاز، فالمرجوع إليه نائب القاضي. قال: ويشترط على أحد الوجهين كون المتحاكمين بحيث يجوز للمحكم أن يحكم لكل واحد منهما، فإن كان أحدهما ابنه أو أباه، لم يجز. وليس للمحكم الحبس، بل غايته الإثبات والحكم وقيل: يحبس وهو شاذ وهل يلزم حكمهما بنفس الحكم كحكم القاضي أم لا يلزمه إلا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: الأول، ومتى رجع أحدهما قبل الحكم، امتنع الحكم حتى لو أقام المدعي شاهدين، فقال المدعى عليه: عزلتك، لم يكن له أن يحكم. وقال الإصطخري: إن أحسن المدعى عليه بالحكم فرجع، ففي تمكنه من الرجوع وجهان خرجهما، والمذهب الأول، وإذا جوزنا التحكيم في غير الأموال، فخطب امرأة، وحكما رجلاً في التزويج، كان له أن يزوج قال الروياني: وهذا هو الأصح، واختيار الأستاذين أبي إسحاق الإسفراييني، وأبي طاهر الزيادي وغيرهما من المشايخ، وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لها ولي خاص من نسيب أو معتق، وشرط في بعض الشروح أن لا يكون هناك قاض، وحكى صاحب «العدة» القاضي أبو المكارم الطبري ابن أخت الروياني وجهين في اشتراطه. وليكن هذا مبنياً على الخلاف في أنه هل يفرق في التحكيم بين أن يكون في البلد قاض أم لا، وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره.

المسألة السادسة: في أحكام مثورة تتعلق بالتولية:

يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة وناحية خالية عن قاض، فإن عرف حال من يوليه عدالة وعلماً، فذاك، وإلا أحضره، وجمع بينه وبين العلماء ليعرف علمه، ويسأل عن سيرته جيرانه وخطأه، فلو ولى من لا يعرف حاله، لم تنعقد

توليته، وإن علم بعد ذلك كونه بصفة القضاة، ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة، وإن لم يكن المَجْعول إليه صالحاً للقضاء، لأنه وكيل محض، وكذا لو فوض إلى واحد من المسلمين اختيار قاض، ثم ليس له أن يختار والده ولا ولده، كما لا يختار نفسه. ولو قال لأهل بلد: اختاروا رجلاً منكم، وقلدوه القضاء، قال ابن كج: جاز على الأصح. ويشترط في التولية تعيين محل ولايته من قرية، أو بلدة، أو ناحية، ويشترط تعيين المولى، فلو قال: وليت أحد هذين أو من رغب في القضاء ببلدة كذا من علمائها، لم يجز. ولو قال: فوضت القضاء إلى فلان وفلان، فهذا نصب قاضيين. وفي «الأحكام السلطانية» للقاضي الماوردي: إن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة، وهو المشافهة باللفظ، والمراسلة، والمكاتبة عند الغيبة، ويجيء في المراسلة والمكاتبة خلاف كما سبق في الوكالة، وإن كان المذهب الصحة كما ذكره. وفيه أن صريح اللفظ: وليتك القضاء، واستخلفتك، واستنبتك، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر، كقوله: اقض بين الناس، أو احكم ببلدة كذا، وهو ملحق بالصرائح، كما في الوكالة. وفيه أن الكنايات: اعتمدت عليك في القضاء، أو رددته إليك، أو اعتمدت، أو فوضت، أو وكلت، أو أسندت، وينبغي أن يقترن بها ما يلحقها بالصرائح ولا يكاد يتضح فرق بين: وليتك القضاء، وفوضته إليك.

قلت: الفرق واضح فإن قوله: وليتك متعين لجعله قاضياً، وفوضت إليك محتمل أن يراد توكيله في نصب قاض. والله أعلم. وفيه أن عند المشافهة يشترط القبول على الفور، وفي المراسلة والمكاتبة لا يشترط الفور، وقد سبق في الوكالة خلاف في اشتراط القبول، وأنه إذا اشترط، فالأصح أنه لا يعتبر الفور فليكن هكذا هنا.

فرع: يجوز تعميم التولية وتخصيصها، إما في الأشخاص بأن يوليه القضاء بين سكان محلة أو قبيلة، أو في خصومات شخصين معينين، أو ولاه القضاء بين من يأتيه في داره أو في مسجده من الخصوم، وإما في الحوادث بأن يوليه القضاء في الأنكحة دون الأموال أو عكسه، أو في قدر معين من المال، وإما في طرف الحكم بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البينة أو عكسه، وإما في الأمكنة وهو ظاهر، وإما في الأزمنة بأن يوليه سنة أو يوماً معيناً، أو يوماً سماه من كل أسبوع. وحكى ابن كج وجهاً أنه إذا قال: وليتك سنة، بطلت التولية كما في الإمامة، والمذهب الأول كالوكالة، ولو كان كالإمامة، لما جاز باقي التخصيصات. ومن ولي القضاء مطلقاً، استفاد سماع البينة والتحليف، وفصل الخصومات بحكم بات أو إصلاح عن تراض، واستيفاء

الحقوق والحبس عند الحاجة والتعزير، وإقامة الحدود، وتزويج من ليس لها ولي حاضر، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء والنظر في الضوال وفي الوقف حفظاً للأصول، وإيصالاً للغلات إلى مصارفها بالفحص عن حال المتولي إذا كان لها متول، وبالقيام به إذا لم يكن. قال الماوردي: ويعم نظره في الوقوف العامة والخاصة، لأن الخاصة تنتهي إلى العموم والنظر في الوصايا وتعيين المصروف إليه إن كانت لجهة عامة بالقيام بها إن لم يكن وصي، وبالفحص عن حاله إن كان، والنظر في الطرق، والمنع من التعدي فيها بالأبنية، وإشراع ما لا يجوز إشراعه قال القاضي أبو سعد الهروي: ونصب المفتين والمحاسبين وأخذ الزكوات. وفصل الماوردي أمر الزكوات، فقال: إذا أقام الإمام لها ناظراً خرجت عن عموم ولاية القاضي، وإلا فوجهان: ويشبه أن يطرد هذا التفصيل، في المحاسبين، وكذا القول في إقامة صلاة الجمعة والعيد، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جباية الجزية والخراج بالتولية المطلقة على الأصح.

الطرف الثاني في العزل والانعزال وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا جن، أو أغمي عليه، أو عمي، أو خرس، أو خرج عن أهلية الضبط والاجتهاد لغفله أو نسيان لم ينفذ حكمه، وكذا لو فسق على الأصح، فلو زالت هذه الأحوال، ففي عود ولايته من غير تولية مستأنفة وجهان سبقا في كتاب الوصايا، الأصح، لا يعود، وقطع السرخسي بعودها في صورة الإغماء. ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو فسقه، فولى قاضياً، ثم بان خلافه، لم يقدح في تولية الثاني.

المسألة الثانية: في الحال الذي يجوز فيه عزله، فإن ظهر منه خلل، فللإمام عزله، قال في «الوسيط»: ويكفي فيه غلبة الظن. وإن لم يظهر خلل، نظر إن لم يكن من يصلح للقضاء، لم يجز عزله، ولو عزله، لم ينزل، وإن كان هناك صالح، نظر إن كان أفضل منه، جاز عزله وانعزل المفضل بالعزل، وإن كان مثله أو دونه، فإن كان في العزل به مصلحة من تسكين فتنة ونحوها، فللإمام عزله به، وإن لم يكن فيه مصلحة، لم يجز، فلو عزله، نفذ على الأصح مراعاة لطاعة السلطان، ومتى كان العزل في محل النظر، واحتمل أن يكون فيه مصلحة، فلا اعتراض على الإمام فيه، ويحكم بنفوذه وفي بعض الشروح أن تولية قاض بعد قاض هل هي عزل للأول؟ وجهان: وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان.

فرع: هل ينزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل؟ قيل: قولان كالوكيل، والمذهب القطع بأنه لا ينزل قبله، لعظم الضرر في نقض أفضيته، ثم الخلاف فيما

إذا عزله لفظاً، أو كتب إليه: أنت معزول، أو عزلتك، فأما إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي هذا، فأنت معزول، فلا ينعزل قبل أن يصله الكتاب قطعاً، وإن كتب إذا قرأت كتابي فأنت معزول، لم ينعزل قبل القراءة، ثم إن قرأ بنفسه انعزل، وكذا إن قرأ عليه على الأصح، لأن الغرض إعلامه بصورة الحال. ولو كان القاضي أمياً وجوزناه، فقرأ عليه، فالانعزال أولى.

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

المسألة الثالثة: فيمن ينعزل بموت القاضي وانعزاله، فينعزل 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 كالوكيل، والثاني: لا، للحاجة، وأصحها: ينعزل إن لم يكن القاضي مأذوناً له في الاستخلاف، لأن الاستخلاف في هذا لحاجته، وقد زالت بزوال ولايته، وإن كان مأذوناً له فيه لم ينعزل إن كان قال: استخلف عني فامثل، وإن قال: استخلف عن نفسك، أو أطلق، انعزل، ولو نصبه الإمام نائباً عن القاضي، قال السرخسي: لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله، لأنه مأذون له من جهة الإمام، وفيه احتمال، ويتخرج على هذا الخلاف أن القاضي هل له عزل خليفته.

فرع: القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم الغزالي كالخلفاء، والمذهب الذي قطع به الأصحاب الجزم بأنهم لا ينعزلون بموت القاضي وانعزاله، لثلاث تعطل أبواب المصالح وهم كالمتمولي من جهة الواقف.

فرع: الفضاة والولاية لا ينعزلون بموت الإمام الأعظم، وانعزاله لشدة الضرر في تعطيل الحوادث.

المسألة الرابعة: إذا قال القاضي بعد الانعزال: كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل إلا ببينة، وهل تقبل شهادته بذلك مع آخر؟ وجهان قال الإصطخري: نعم، والصحيح باتفاق الأصحاب المنع، لأنه يشهد على فعل نفسه، فعلى هذا لو شهد مع غيره أن حاكماً جائز الحكم حكم بكذا، ولم يضيف إلى نفسه، قبلت شهادته على الأصح، كما لو شهدت المرضعة برضاع محرم، ولم يذكر فعلها. ووجه المنع أنه قد يريد نفسه، فوجب البيان، ليزول اللبس، والوجهان مفرعان على أنه لو قامت البينة على حكم حاكم، قبلت ولا يشترط تعيينه، وهذا هو المذهب والمعروف، وأشار بعضهم إلى وجه آخر، فعلى هذا الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما. ثم يجوز أن يقال: الوجهان فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه، فإن علم، فهو كما

لو أضاف. ويجوز أن يقال: هما إذا علم، فإن لم يعلم قبل قطعاً لجواز إرادة غيره. وعلى هذا الاحتمال لو شهد المعزول أن حاكماً حكماً بكذا، وشهد معه آخر أن المعزول حكم به، وجب أن نقبل، لأننا على هذا التقدير لا نعتني إلا بتصحيح الصيغة.

قلت: الاحتمال الأول هو الصحيح. والله أعلم.

ولو شهد المعزول أنه ملك فلان، أو أن فلاناً أقر في مجلس حكمي بكذا، قبلت شهادته، لأنه لم يشهد على فعله، وقول القاضي في غير محل ولايته: حكمت لفلان بكذا، كقول المعزول. وأما إذا قال قبل العزل: حكمت بكذا، فيقبل لقدرته على الإنشاء في الحال وحتى لو قال على سبيل الحكم: نساء القرية طوالق من أزواجهن، قبل قوله، ولا حاجة إلى حجة.

فرعان: ذكرهما الهروي، أحدهما: قال القاضي المعزول: المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه أيام قضائي ليحفظه لزيد، وقال الأمين: إنه لعمر، وما قبضته منك، فالقول قول الأمين، وإن وافقه على القبض منه، فالقول قول القاضي. والثاني: يجوز أن يكون الشاهدان بحكم القاضي هما اللذان شهدا عنده، وحكم بشهادتهما، لأنهما يشهدان على فعل القاضي. قال الأستاذ أبو طاهر: وعلى هذا تفقّهت، وأدركت القضية.

المسألة الخامسة: ليس على القاضي تتبع أحكام القاضي قبله، لأن الظاهر منها السداد، وله التبع على أحد الوجهين، واختاره الشيخ أبو حامد احتياطاً. وإذا جاء متظلم على القاضي المعزول، وطلب إحضاره، لم يسارع إلى إجابته، فقد يقصد ابتذاله، بل يسأله عما يريد منه، فإن ذكر أنه يدعي عليه عيناً، أو دين معاملة، أو إتلاف أو غصب، أحضره، وفصل خصومتهم، كغيرهما. ولو قال: أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة، أو أخذ مني مالاً بشهادة عبيدين أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته، ودفعه إلى فلان، فكذلك الجواب، لأن هذا الأخذ كالغصب، وأما فلان الذي ادعى الدفع إليه، فإن قال: أخذته بحكم المعزول لي، لم يقبل قوله، ولا قول المعزول له، بل يحتاج إلى بينة تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه، وإن لم يكن بينة، انتزع منه المال، وإن اقتصر على أنه لي، ولم يتعرض الآخذ من المدعي لحكم المعزول، فالقول قوله بيمينه، ولو لم يتعرض المتظلم للآخذ، بل قال: حكم علي بشهادة عبيدين ونحوهما، فقد حكى الغزالي وجهاً أن دعواه لا تسمع، ولا يصغى إليه وهذا الوجه خطأ لا نعرفه لأحد من الأصحاب، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة، وبينته محكوم بها، ولكن هل يحضر المعزول بمجرد دعواه وجهان:

أصحهما: نعم كغيره، والثاني: لا يحضره إلا بيئته تقوم بما يدعيه، أو على إقرار المعزول بما يدعيه، لأن الظاهر جريان أحكامه على الصواب، فيكفي هذا الظاهر حتى تقوم بيئته بخلافه، وعلى هذا فليس المراد أن البيئته تقام في غيبته، ويحكم بها لكن الغرض أن يكون إحضاره ثبت فيقيم المدعي شهوداً يعرف القاضي بهم أن لدعواه أصلاً وحقيقة، ثم إذا حضر المعزول ادعى المدعي، وشهد الشهود في وجهه، فإن أحضر بعد البيئته أو من غير بيئته، فأقر، طُلب بمقتضاه، وإن أنكر صدق بيمينه على الأصح عند العراقيين والرويان كالمودع وسائر الأمناء، وقيل: يصدق بلا يمين، وبه قال ابن القاص، والإصطخري، وصاحب «التقريب» والماوردي، وصححه الشيخ أبو عاصم، والبعوي. ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال أو دم حتى إذا ادعى عليه أنه قتل ظلماً بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على بيئته، وأنه إذا أنكر هل يحلف؟ ولو ادعى على نائب المعزول في القضاء، فهو 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، بل يسترد منه ما يزيد على أجرة المثل، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل؟ وجهان: أحدهما: لا، بل عليه البيئته بجريان ذكر الأجرة. والثاني: نعم، لأن الظاهر أنه لا يعمل مجاناً. قال الإمام: والخلاف مبني على أن من عمل لغيره ولم يسم أجرة، هل يستحقها؟

فرع: لو ادعى رجل على القاضي الباقي على قضائه، نظر إن ادعى ما لا يتعلق بالحكم، حكم بينهما خليفته أو قاضٍ آخر، وإن ادعى ظلماً في الحكم، وأراد تغريمه، لم يمكن، ولا يحلف القاضي ولا تغني إلا البيئته، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور، وأراد تغريمه، لأنهما أمينان شرعاً. ولو فتح باب تحليفهما لتعطل القضاء، وأداء الشهادة، وكذا الحكم لو قال للقاضي: قد عزلت، فأنكر وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع هذا كسائر الأمناء إذا ادعت خيانتهم.

الباب الثاني: في جامع آداب القضاء

فيه أطراف:

الطرف الأول: في آداب متفرقة وهي عشرة:

الأدب الأول: أن يكتب الإمام كتاب العهد لمن ولاه القضاء، ويذكر فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به، ويعظه فيه، فإن كان يبعثه إلى بلد آخر، نظر إن كان

بعيداً لا ينتشر الخبر إليه، فليشهد شاهدين على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب ويقرآنه، أو يقرؤه الإمام عليهما، فإن قرأ غير الإمام، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه، ثم يخرج الشاهدان معه، فيخبران بالحال هناك، قال الأصحاب: وليس هذا على قواعد الشهادات، إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادة. ولو أشهد ولم يكتب، كفى، فإن الاعتماد على الشهود وإن كان البلد قريباً ينتشر الخبر إليه ويستفيض، فإن أشهد شاهدين يخرجان معه كما ذكرنا، فذاك، وإلا ففي الاكتفاء بالاستفاضة وجهان: أحدهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق، لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة كالوكالة والإجارة، وأصحهما: الاكتفاء، وبه قال الإصطخري: إذ لم ينقل عن رسول الله ﷺ، ولا عن الخلفاء الإشهاد، ومن الأصحاب من أطلق الوجهين، ولم يفرق بين البلد البعيد والقريب، ويشبه أن لا يكون خلاف، ويكون التعويل على الاستفاضة، ولا يجوز اعتماد مجرد الكتابة بغير استفاضة، ولا إشهاد هذا هو المذهب والمفهوم من كلام الجمهور. وذكر الغزالي في اعتماده وجهين:

الأدب الثاني: إذا أراد الخروج إلى بلد قضائه، سأل عن حال من فيه العدول والعلماء، فإن لم يتيسر، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد، فإن لم يتيسر، سأل حين يدخل، ويستحب أن يدخل يوم الإثنين.

قلت: قال الأصحاب: فإن تعسر يوم الإثنين فالخميس، وإلا فالسبت. والله أعلم.

وأن يكون عليه عمامة سوداء، فقد صح أن النبي ﷺ دخل مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء، وأن ينزل في وسط البلد أو الناحية، لئلا يطول الطريق على بعضهم، وإذا دخل، فإن رأى أن يشتغل في الحال بقراءة العهد، فعل، وإن رأى أن ينزل منزله، ويأمر منادياً ينادي يوماً فأكثر أو أقل على حسب صغر البلد أو كبره أن فلاناً جاء 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، ويسألهم عن الشهود والمزكين سراً وعلانية. قال الأصحاب: ويتسلم ديوان الحكم وهو ما كان عند القاضي قبله من المحاضر والسجلات، وحجج الأيتام والأوقاف، وحجج غيرهم المودعة في الديوان، لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه، ثم إذا أراد النظر في الأمور نظر أولاً في المحبوسين هل يستحقونه أم لا؟ ويأمر قبل أن يجلس للنظر فيهم من ينادي يوماً فأكثر على حسب الحاجة أن القاضي ينظر في المحبوسين يوم كذا، فمن له محبوس، فليحضر، ويبعث إلى الحبس أميناً ليكتب اسم كل محبوس وما حبس به، ومن حبس

له في رقعة. وذكر القاضي أبو الطيب أنه يبعث أمينين وهو أحوط. فإذا جلس في اليوم الموعد، وحضر الناس، صبت الرقاع بين يديه، فيأخذ رقعة وينظر في الاسم المثبت فيها، ويسأل عن خصمه فمن قال: أنا خصمه بعث معه ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويحضره، وهكذا يحضر من المحبوسين من يعرف أن المجلس يحتمل النظر في أمرهم وفي «أمالي» السرخسي أنه يقرع بينهم للابتداء.

وإذا اجتمع عنده المحبوس وخصمه، سأل المحبوس عن سبب حبسه، وجوابه يفرض على وجوه، منها أن يعترف أنه حبس بحق، فإن كان ما حبس به مალًا، أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر، فعلى ما سبق في التفليس، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره، رد إلى الحبس، وإن أدى أو ثبت إعساره نودي عليه، فلعل له خصمًا آخر، فإن لم يحضر أحد خلي، وإن كان ما حبس به حدًا، أقيم عليه، وخلي كما ذكرناه. ومنها أن يقول: شهدت على بينة، فحبسني القاضي لبحث عن حال الشهود، ففي جواز الحبس بهذا السبب خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: لا يحبس به، أطلقه، وإلا رده، وبحث عن حال الشهود، ومنها أن يقول: حبست بخمر أو كلب أتلفته على ذمي، وهذا القاضي لا يعتقد التغريم بذلك، فالأظهر أنه يمضيه، والثاني: يتوقف، ويسعى في اصطلاحهما على شيء. ومنها أن يقول: حبست ظلمًا، فإن كان الخصم معه، فعلى الخصم البينة، ويصدق المحبوس بيمينه، فإن ذكر خصمًا غائبًا، فقيل: يطلق قطعًا، والأصح أنه على وجهين: فإن قلنا: لا يطلق حبس، أو يؤخذ منه كفيل، ويكتب إلى خصمه في الحضور، فإن لم يفعل، أطلق حينئذ، وإن قال: لا خصم لي أصلًا، أو قال: لا أدري فيم حبست، نودي عليه لطلب الخصم، فإن لم يحضر أحد، حلف وأطلق قال في «الوسيط»: وفي مدة المناداة لا يحبس، ولا يخلى بالكلية، بل يرتقب، وحيث أطلق الذي ادعى أنه مظلوم لا يطالب بكفيل على الأصح.

فرع: لو كان قد حبسه الأول تعزيراً قال الغزالي: أطلقه الثاني، ولم يتعرض الجمهور لهذا، فإن بانت جنايته عند الثاني، ورأى إدامة حبسه، فالقياس الجواز.

فرع: فإذا فرغ من المحبوسين، نظر في الأوصياء، فإذا حضر من ادعى أنه وصي، بحث الحاكم عن شيئين أحدهما أصل الوصاية، فإن أقام بينة أن القاضي المعزول نفذ وصايته، وأطلق تصرفه، قرره، ولم يعزله إلا أن يطرأ فسقه ونحوه وينعزل، فينزح المال منه، وإن شك في عدالته فوجهان: قال الإصطخري: يقر المال في يده، لأن الظاهر الأمانة، وقال أبو إسحاق: ينتزعه حتى تثبت عدالته، وإن وجدته ضعيفاً، أو كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه، والتصرف فيه، ضم إليه من

يعينه، والثاني تصرفه في المال، فإن قال: فرقت ما أوصى به، نظر إن كانت الوصية لمعينين، لم يتعرض له، لأنهم يطالبون إن لم يكن وصلهم، وإن كانت لجهة عامة، فإن كان عدلاً أمضى تصرفه ولم يضمه، وإن كان فاسقاً، ضمنه لتعديده بالتفريق بغير ولاية صحيحة، ولو فرق الثلث الموصى به غير الوصي خوفاً عليه من أن يضيع، نظر إن كانت الوصاية لمعينين، وقع الموقع، لأن لهم أن يأخذوه بلا واسطة، وإلا فيضمن على الأصح.

فرع: ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال، وتفرقة الوصايا، فمن تغير حاله بفسق أو غيره، فعلى ما ذكرناه في الأوصياء ومن لم يتغير حاله، أقره، قال الروياني: وله أن يعزله ويولي غيره بخلاف الأوصياء، لأن الأمين يولى من جهة القاضي بخلاف الوصي.

فرع: ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها، وفي اللقط والضوال، فما لا يجوز تملكه للملتقط، أو يجوز ولم يختر تملكه بعد الحول، حفظه على صاحبه، أو باعه، وحفظ ثمنه لمصلحة المالك، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال، وله أن يخلطها بمثلها فإذا ظهر المالك، غرم له من بيت المال.

فرع: ليقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات استخلف من ينظر في تلك الحالة أو فيما هو فيه.

الأدب الثالث: يرتب القاضي بعد المذكورات أمر الكتاب والمزكين والمترجمين، أما الكتاب فللحاجة إلى كتابة المحاضر والسجلات، والكتب الحكمية، لأن القاضي لا يتفرغ لها غالباً. ويشترط في الكاتب أن يكون عارفاً بما يكتبه من المحاضر وغيرها، وأن يكون مسلماً عدلاً. وفي «المهذب» وجه أن الإسلام والعدالة ليسا بشرط بل مستحبان، لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه، وليس بشيء. ويستحب أن يكون فقيهاً وافر العقل، عفيفاً عن الأطماع، جيد الخط، ضابطاً للحروف، وأن يجلسه القاضي بين يديه ليملي عليه، ويشاهد ما يكتبه. وأما المزكون فسيأتي فيهم فصل مفرد إن شاء الله تعالى. وأما المترجمون، فللحاجة إلى معرفة كلام من لا يعرف القاضي لغته من خصم أو شاهد، ويشترط في المترجم التكليف والحرية والعدالة، لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لا يعرفه، فأشبهه الشاهد والمزكي بخلاف الكاتب، ولهذه العلة شرطنا العدد فيه وفي المزكي.

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

الزنا هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة؟ قولان كالشهادة على الإقرار بالزنا، وقيل: يكفي رجلان قطعاً، ولو كان الشاهدان أعجميين فهل يكفي لهما مترجمان أم يشترط لكل مترجمان؟ قولان كشهود الفرع، وبالأول قطع العبادي في «الرقم»، ويجوز أن يكون المترجم أعمى على الأصح، لأنه يفسر اللفظ، ولا يحتاج إلى معاينة وإشارة بخلاف الشهادة، وإذا كان بالقاضي صمم، واحتاج إلى من يسمعه فثلاثة أوجه أصحها: يشترط العدد كالمترجم، والثاني: لا، لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم، والحاضرون بخلاف المترجم. والثالث: إن كان الخصمان أصميين، اشترط، لأن غيرهما لا يعتني اعتناءهما، وإن كانا سميعين، فلا. فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي، وما يقوله الخصم، فحكى الروياني عن القفال، أنه لا يشترط فيه العدد، وإذا شرطنا العدد. اشترط لفظ الشهادة على الأصح، فيقول: أشهد أنه يقول كذا، ومن منع، قال: ليست بشهادة محققة، وإذا لم يشترط العدد، اشترط الحرية على الأصح، كهلال رمضان، ولا يسلك به مسلك الروايات وليجري الخلاف في لفظ الشهادة والحرية مع بعده من المترجم، ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسماع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم.

فرع: إذا لم يجد القاضي كفاية، فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ للقضاء، وإن وجدها وتعين عليه، لم يجز أخذ شيء، وإلا فيجوز. ويستحب ترك الأخذ، ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء، وفي فتاوي القاضي حسين وجه أنه يجوز، والمذهب الأول وبه قطع الجمهور، وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال شيئاً مع رزق القاضي لثمن ورق المحاضر والسجلات، ولأجرة الكاتب، فإن لم يكن في بيت المال شيء أو احتيج إليه لما هو أهم، فإن أتى المدعي بورقة تثبت فيها خصومته وشهادة الشهود، وبأجرة الكاتب، فذاك، وإلا فلا يجبر عليه، لكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يثبت ما جرى، فقد تنسى شهادة الشهود وحكم نفسه، 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 يلزمه الاقتصار على ما اقتصر عليه رسول الله ﷺ والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم، لأنه قد بعد العهد بزمان النبوة التي كانت سبب النصر وإلقاء الرعب والهيبة في القلوب، فلو اقتصر الإمام اليوم على ذلك، لم يطع، وتعطلت الأمور.

ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه، أو رزقه أهل ولايته، أو واحد منهم فالذي خرّجه صاحب «التلخيص» أنه لا يجوز له قبوله، وقد سبق في الأذان أنه يجوز أن يكون رزق المؤذن من مال الإمام، أو أحد الرعية، ويجوز أن يفرق بأن ذلك لا

يورث تهمة وميلاً في المؤذن بخلاف القاضي، وكما يرزق الإمام القاضي من بيت المال يرزق أيضاً من يرجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين كالأمير والمفتي والمحتسب، وإمام الصلاة والمؤذن، ومن يعلم الناس القرآن، ومن يقيم الحدود والقاسم، وكاتب الصكوك، فإن لم يكن في بيت المال شيء، لم يعين قاسماً ولا كاتباً لئلا يغالي بالأجرة وألحق بهؤلاء المقوم، وفي المترجم وجهان: أحدهما: يرزق من بيت المال كهؤلاء، والثاني: لا، كالوكيل قاله ابن القاص، وأبو زيد، وعلى هذا فمؤنة ما يترجم به للمدعي عليه على المدعى عليه، والمسمع كالمترجم، ففي مؤنثه الوجهان، وهما جاريان في المزكي، والقول في الشاهد يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

الأدب الرابع: يستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحاً بارزاً نزهاً لا يؤدي فيه حر ولا برد وريح وغبار ودخان، فيجلس في الصيف حيث يليق به، وكذا في الشتاء وزمن الرياح، واستحب أبو عبيد بن حرويه وغيره من الأصحاب أن يكون موضع جلوسه مرتفعاً كدكة ونحوها ليسهل عليه النظر إلى الناس، وعليهم المطالبة، وحسن أن يوطأ له الفراش، وموضع الوسادة، ليعرفه الداخل، ويكون أهيب عند الخصوم، وأرفق بالقاضي لئلا يمل، والمستحب أن يكون مستقبل القبلة، ولا يتكىء، ويستحب أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء، فإن اتخذ، كره على الأصح، لأنه ينزه عن رفع الأصوات، وحضور الحيض، والكفار والمجانين وغيرهم ممن يحضرون مجلس القضاء، والثاني: لا يكره كما لا يكره الجلوس فيه لتعليم القرآن وسائر العلوم والإفتاء، وإذا أثبتنا الكراهة، فهي في إقامة الحد أشد، وكراهة اتخاذه مجلساً للقضاء كراهة تنزيهه، فإن ارتكبتها لم يمكن الخصوم من الاجتماع فيه والمشاركة ونحوها، بل يقعدون خارجه، وينصب من يدخل خصمين خصمين، ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها، فلا بأس بفصلها، وإذا جلس للقضاء ولا زحمة، كره أن يتخذ حاجباً على الأصح، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته على الصحيح.

الأدب الخامس: يكره أن يقضي في كل حال يتغير فيه خلقه، وكمال عقله لغضب أو جوع أو شبع مفرطين أو مرض مؤلم، وخوف مزعج، وحزن وفرح شديد، وغلبة نعاس أو ملال أو مدافعة أحد الأخبثين، أو حضور طعام يتوق إليه، ثم قال الإمام والبعوي وغيرهما: الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى، وظاهر كلام آخرين أنه لا فرق، ولو قضى في هذه الحال، نفذ.

فصل: إذا أقر المدعى عليه أو نكل، فحلف المدعي، ثم يسأل المدعي

القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو نكل، وحلف المدعي، لزمه إجابته. ولو أقام بينة بما ادعاه، وسأل القاضي الإشهاد عليه، لزمه أيضاً في الأصح، ولو حلف المدعي عليه، وإن سألته الإشهاد ليكون حجة له، فلا يطالبه مرة أخرى، لزمه إجابته، وسأله أحد المتداعيين أن يكتب له محضراً بما جرى ليحتج به إذا احتاج، نظر إن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال، ولم يأت به الطالب، لم يلزمه إجابته وإن كان فهل يجب أم يستحب؟ وجهان أصحهما: الاستحباب، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب، وإن طلب أن يحكم له بما ثبت، لزمه الحكم، فيقول: حكمت له به، أو أنفذت الحكم به، أو ألزمت خصمه الحق، وإذا حكم، فطلب الإشهاد على حكمه، لزمه الإشهاد، وإن طلب أن يكتب له به سجلاً، فعلى التفصيل والخلاف المذكور في كتابة المحضر، ونقل ابن كج وجهاً ثالثاً أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل الوقوف وأموال المصالح، فلا يجب في الحال والحقوق الخاصة، وسواء أوجبت الكتابة أم استحبنها، فيحتاج إلى بيان المكتوب، وأنه كيف يضبط ويحفظ، أما الأول، فالمكتوب محضر وسجل، أما المحضر، فصورته: بسم الله الرحمن الرحيم حضر القاضي فلان ابن فلان، وأحضر معه فلان ابن فلان، ويرفع في نسبهما ما يفيد التمييز، وهذا إذا عرفهما القاضي، ويستحب مع ذلك التعرض لحليتهما طويلاً وقصراً في القد، وسمرة وشقرة في الوجه، ويصف منهما الحاجب والعين والفم والأنف. وإن لم يعرفهما، كتب: حضر رجل ذكر أنه فلان ابن فلان، وأحضر معه رجلاً ذكر هذا المحضر أنه فلان ابن فلان ابن فلان، ولا بد والحالة هذه من التعرض لحليتهما، ثم يكتب: وادعى عليه كذا من عين أو دين بصفتيها، فأقر المدعى عليه بما ادعى، فإن أنكر، وأقام المدعي بينة كتب، فأحضر المدعي فلاناً وفلاناً شاهدين، وسأل القاضي استماع شهادتهما، فسمعها في مجلس حكمه، وثبت عنده عدالتهما، وسأله أن يكتب محضراً بما جرى، فأجابه إليه، وذلك في تاريخ كذا، ويثبت على رأس المحضر علامته من الحمدلة وغيرها، ويجوز أن يبهم الشاهدين فيكتب: وأحضر عدلين شهدا له بما ادعاه، ولو كان مع المدعي كتاب فيه خط الشاهدين، كتب تحت خطهما: شهد عندي بذلك، وأثبت علامته في رأس الكتاب، واكتفى به عن المحضر، جاز، وإن كتب المحضر، وضمنه ذلك الكتاب، جاز، وعلى هذا قياس محضر يذكر تحليف المدعى عليه أو المدعي بعد نكول المدعى عليه.

وأما السجل، فصورته: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا في تاريخ كذا أنه ثبت عنده كذا، فأقر فلان لفلان، أو بشهادة

فلان وفلان، وقد ثبتت عدالتهما عنده، أو بيمينه بعد نكول المدعى عليه، وأنه حكم بذلك لفلان على فلان، وأنفذه بسؤال المحكوم له. ويجوز أن يكتب: ثبت عنده ما في كتاب هذه نسخته، وينسخ الكتاب إلى آخره، ثم يكتب: وإنه حكم بذلك وكيفية التعرض لنسب المتداعيين وحليتهما على ما ذكرنا في المحضر. وفي تعليق الشيخ أبي حامد أن ابن خيران لم يجوز للقاضي التسجيل إذا لم يعرف المتداعيين، والصحيح الأول، وإذا كان المتداعيان، أو أحدهما امرأة، واحتاج إلى إثبات الحلية، فليكن النظر لذلك، كالتحمل للشهادة، وأما أنه كيف يضبط ويحفظ، فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر والسجلات نسختين يدفع إلى صاحب الحق إحداها غير مختومة، وتحفظ الأخرى في ديوان القضاء مختومة، ويكتب على رأسها اسم الخصمين، ويضعها في خريطة أو قمطر، وهو السِّفَط الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات، ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أراد أن يقوم، ختمه بنفسه، أو ختمه أمين وهو ينظر، ثم أمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني وينظر في الختم، ويفكه بنفسه أو يفكه أمينه، وهو ينظر ويضع فيه كتب اليوم الثاني كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي الأسبوع، فإن كثرت، جعلها إضبارة وكتب عليها: خصومات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا وسجلاته، ويعزلها. وإن لم يكتب، تركها حتى يمضي شهر، ثم بعزلها، فإذا مضت سنة، جمعها، وكتب عليها: كتب سنة كذا ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة، ويجعلها في موضع لا يعلمه غيره، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى أخذه بنفسه، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته.

فرع: قال الهروي: إن أوجبنا التسجيل على القاضي، لم يجز له أخذ الأجرة عليه، وإلا فيجوز. وأطلق بعضهم القول بالجواز، وهو موافق لمنع الوجوب، وهو الأصح، وكذا استتجار المفتي ليكتب الفتوى.

الأدب السادس: يستحب للقاضي المشاورة وإنما يشاور العلماء الأمناء، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحد دليله فيتأملها القاضي ويأخذ بأرجحها عنده، ثم الذين يشاورهم إن شاء أقعدهم عنده، وإن شاء أقعدهم ناحية، فإذا احتاج استدعاهم.

قلت: الأول أولى. والله أعلم.

ثم المشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر، وتعارض الآراء، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي، فلا مشاورة فيه وإذا حضر المستشارون، فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يبتدئون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وذكر الغزالي أنهم يحضرون

قبل خروجه، وهذا وإن كان لم يتعرض له الجمهور يوجه بأنهم بانتظاره أولى كما في الصلاة.

الأدب السابع: يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه، بل يوكل من لا يعرفه الناس، فإن عرفوه بوكالته أبدله، فإن لم يجد من يوكله، عقد بنفسه للضرورة، فإن وقعت خصومة لمعاملة، أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفاً من أن يميل إليه، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء، بل يعم الإجارة وسائر المعاملات، بل نص في «الأم» أنه لا ينظر في نفقة عياله ولا أمر ضيعته، ويكل إلى غيره ليتفرغ قلبه.

فصل: يحرم على القاضي الرشوة، ثم إن كان له رزق في بيت المال، لم يجز أخذ عوض من الخصوم، فإن لم يكن، فقال الشيخ أبو حامد: لو قال للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً، جاز، ومثله عن القاضي أبي الطيب وغيره، وهذا نحو ما نقل الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال وهو محتاج، ولم يتعين عليه القضاء، فله أن يأخذ من الخصم أجره مثل عمله، وإن تعين، قال أصحابنا: لا يجوز الأخذ وجوزه صاحب «التقريب» وأما باذل الرشوة، فإن بذلها ليحكم له بغير الحق، أو يترك الحكم بحق حرم عليه البذل، وإن كان ليصل إلى حقه، فلا يحرم كفداء الأسير.

قلت: وأما المتوسط بين المرتشي والراشي، فله حكم موكله منهما، فإن وكلا، حرم عليه، لأنه وكيل للأخذ وهو محرم عليه. والله أعلم.

وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها ولا يقبلها، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال، حرم قبول هديته في محل ولايته، وهديته في غير محل ولايته، كهدية من عاداته أن يهدي له قبل الولاية لقراءة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح، وحكى ابن الصباغ في تحريمها وجهاً وهو مقتضى إطلاق الماوردي، وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية، فإن زاد المهدي على القدر المعهود، صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية، وحيث حكمنا بأن القبول ليس بحرام، فله الأخذ والتملك، والأولى أن يثبت عليها أو يضعها في بيت المال، وحيث قلنا بالتحريم، فقبلها، لم يملكها على الأصح، فعلى هذا لو أخذها، قيل: يضعها في بيت المال، والصحيح أنه يردها على مالكها، فإن لم يعرفه، جعلها في بيت المال.

فرع: قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقاً، والهدية جائزة في بعض الأحوال، فيطلب الفرق بين حقيقتيهما مع أن الباذل راض فيهما، والفرق من وجهين: أحدهما ذكره ابن كج: أن الرشوة هي التي يشترط على قبلها الحكم بغير الحق، أو الامتناع عن الحكم بحق، والهدية: هي العطية المطلقة. والثاني قال الغزالي في «الإحياء»:

المال إما يبذل لغرض أجل فهو قربة وصدقة، وإما لعاجل، وهو إما مال، فهو هبة بشرط ثواب، أو لتوقع ثواب، وإما عمل، فإن كان عملاً محرماً، أو واجباً متعيناً، فهو رشوة، وإن كان مباحاً فإجارة أو جعالة، وإما للتقرب والتودد إلى المبدول له، فإن كان بمجرد نفسه، فهدية، وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب، فهو هدية، وإن كان بالقضاء والعمل، فهو رشوة.

الأدب الثامن: في تأديبه المسيئين عمن أساء الأدب في مجلسه من الخصوم بأن صرح بتكذيب الشهود، أو ظهر منه مع خصمه لدد، أو مجاوزة حد، زجره ونهاه، فإن عاد، هددته وصاح عليه، فإن لم ينزجر، عزره بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وإغلاظ القول، أو ضرب وحبس، ولا يحبس بمجرد ظهور اللدد، وعن الإصطخري أنه على قولين. وفي «يتيمة اليتيمة» أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط إذ الضرب بالسياط من شأنه الحدود. وهذا الذي ادعاه غير مقبول، بل الضرب بالسياط جائز في غير الحدود، ألا ترى أن لفظ الشافعي رحمه الله في تعزيز القاضي شاهد الزور حيث قال: عزره ولم يبلغ بالتعزيز أربعين سوطاً. ومثال اللدد أن تتوجه اليمين على الخصم، فيطلب يمينه، ثم يقطعها عليه، ويزعم أن له بينة، ثم يحضره ثانياً وثالثاً، ويفعل كذلك، وكذا لو أحضر رجلاً، وادعى عليه وقال: لي بينة وسأحضرها، ثم فعل ذلك ثانياً وثالثاً إيذاء وتعتاً. ولو اجترأ خصم على القاضي وقال: أنت تجور أو تميل، أو ظالم، جاز أن يعززه وأن يعفو، والعفو أولى إن لم يحمل على ضعفه، والتعزيز أولى إن حمل عليه.

فرع: شهادة الزور من أكبر الكبائر، ومن ثبت أنه شهد بزور، عزره القاضي بما يراه من توبيخ وضرب وحبس، وشهر حاله، وأمر بالنداء عليه في سوقه إن كان من أهل السوق، أو قبيلته إن كانت له قبيلة، أو مسجده تحذيراً للناس منه، وتأكيداً لأمره، وإنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد إن تيقن القاضي، بأن شهد أن فلاناً زنى بالكوفة يوم كذا، وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد. هكذا أطلقه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى، ولم يخرجوه على أن القاضي هل يحكم بعلمه، ولا يكفي قيام البينة بأنه شاهد زور، فقد تكون هذه بينة زور.

الأدب التاسع: لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه، ولا لمملوكه القن وغيره القن، ولا لشريكه فيما له فيه شرك، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شرك، ولا يقضي لأحد من أصوله وإن علوا، ولا فروعه وإن نزلوا، ولا لمملوك أحدهم، ولا لشريكه، فإن فعل، لم ينفذ على الصحيح. ولو أراد أن يقضي لهم بعلمه، لم ينفذ قطعاً، وإن جوزنا قضاءه بعلمه للأجانب، ويجوز أن يقضي على أصوله وفروعه، كما يشهد

عليهم. وفصل البغوي الحكم للولد وعليه، فقال: له أن يحلف ابنه على نفي ما يدعى عليه، لأنه قطع للخصومة لا حكم له، وله أن يسمع بينة المدعي على ابنه، ولا يسمع بينة الدفع من ابنه، وهل له أن يحكم بشهادة ابنه؟ وجهان: لأنه يتضمن تعديله، فإن عدله شاهدان، فالمتجه أنه يقضي، ولو تحاكم إليه أبوه وابن، هل له الحكم لأحدهما؟ وجهان في «المهذب» أصحهما: لا، وبه قطع البغوي. ومتى وقعت له خصومة، أو لأحد هؤلاء الذين يمنع حكمه لهم، قضى فيها الإمام، أو قاضي بلدة أخرى، أو نائبه، وفي النائب وجه ضعيف.

قلت: قال البغوي: وللقاضي أن يستخلف أباه أو ابنه، لأنهما كنفسه. قال: ولو جعل الإمام إلى رجل أن يختار قاضياً، لم يجز أن يختار والده ولا ولده، كما لا يختار نفسه، وسيأتي قريباً في مسائل التزكية أنه لا يصح تزكية ولد ولا والد على الصحيح. والله أعلم.

فرع: لا يقضي على عدوه على الصحيح، وبه قطع الجمهور، كالشهادة عليه، وجوزه الماوردي في كتابه «الأحكام السلطانية» لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة.

فرع: تولى وصي اليتيم القضاء هل له أن يسمع البينة ويحكم له؟ وجهان: أصحهما: نعم، وبه قال القفال، ومنعه ابن الحداد.

الأدب العاشر: فيما ينقض من قضائه وقضاء غيره، وذلك يتعلق بقواعد: أحداها: الأصول التي يقضي بها القاضي، ويفتي بها المفتي كتاب الله تعالى، وسنة رسول الله ﷺ، والإجماع، والقياس، وقد يقتصر على الكتاب والسنة، ويقال: الإجماع يصدر عن أحدهما، والقياس يرد إلى أحدهما. وأما قول الواحد من الصحابة رضي الله عنه، فإن لم ينتشر فيهم، فقولان: القديم أنه حجة، والجديد ليس بحجة، ثم قال أبو بكر الصيرفي والقفال القولان إذا لم يكن معه قياس، فإن كان معه قياس ولو ضعيف احتج به قطعاً، ورجح على القياس القوي، وقال الأكثرون في الجميع القولان، فإن قلنا بالقديم، وجب الأخذ به، وترك القياس، وفي تخصيص العموم به وجهان: وإن قلنا بالجديد، فهو كقول آحاد المجتهدين، لكن لو تعارض قياسان أحدهما وافق قول صحابي، قال الغزالي: قد تميل نفس المجتهد إلى الموافق ويرجح عنده.

قلت: قد صرح الشيخ أبو إسحاق في «اللمع» وغيره من الأصحاب بالجزم بالأخذ بالموافق. والله أعلم.

وإن انتشر قول الصحابي، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يخالفه غيره، فعلى الجديد هو كاختلاف سائر المجتهدين، وعلى القديم هما حجتان تعارضتا، فإن اختص أحد الطرفين بكثرة عدد، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، ترجح، نص عليه في القديم في غير علي وألحق الجمهور بهم علياً، ومنهم من لم يلحقه، لأن الثلاثة 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 أحدهما أحدهما، وفي الآخر الآخر، فهما سواء. ولو كان في أحدهما أبو بكر أو عمر، وفي الآخر عثمان أو علي رضي الله عنهم، فهل يستويان، أم يرجح طرف الشيخين؟ وجهان: ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين، فيستويان في وجه، ويقدم طرف أبي بكر رضي الله عنه في وجه.

الحال الثاني: أن يوافقه سائر الصحابة رضي الله عنهم، ويقولوا بما قاله، فهذا إجماع منهم على الحكم، ولا يشترط فيه انقراض عصر المجمعين على الأصح، ولا يتمكن أحدهم من الرجوع، بل يكون قوله الأول مع قول سائر المجمعين حجة عليهم، كما هو حجة على غيرهم.

الحال الثالث: أن يسكتوا، فلا يصرحوا بموافقته ولا مخالفته فاختر الغزالي في «المستصفي» أنه ليس بحجة. والصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب أنه حجة، لأنهم لو خالفوه، لا عترضوا عليه، لكن هل هو إجماع أم حجة غير إجماع؟ وجهان: قال الروياني: هذا إذا لم يظهر أمارات الرضى ممن سكت، فإن ظهرت فإجماع بلا خلاف، قالوا: والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة أو إجماعاً، وهل يفرق في كونه حجة وإجماعاً بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى، أو حكماً من إمام أو قاض؟ فيه طرق قال ابن أبي هريرة: فإن كان فتوى، فحجة، وإن كان حكماً، فلا، لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب، ولعل السكوت لذلك. وقال أبو إسحاق عكسه، لأن الحكم يصدر عن مشاورة ومراجعة، وقال الأكثرون: لا فرق، وكانوا يعترضون على الإمام كغيره، فقد خالفوا أبا بكر رضي الله عنه في الحد، وعمر رضي الله عنه في المشركة. ومختصر هذا الاختلاف أوجه: الصحيح: أنه حجة، والثاني: حجة وإجماع، والثالث: ليس بحجة، والرابع: من المفتي حجة، ومن الحاكم لا، الخامس: عكسه هذا إذا نقل السكوت، أما إذا لم ينقل قول ولا سكوت، فيجوز أن لا يلحق بهذا، ويجوز أن يستدل به على السكوت.

قلت: المختار أن عدم النقل كنقل السكوت، لأنه الأصل والظاهر. والله أعلم.

القاعدة الثانية: اختلفت عبارات الأصحاب في تفسير القياس، والأقرب إلى كلام الشافعي رحمه الله أن القياس نوعان جلي وغيره، وأما الجلي: فهو الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتفي احتمال مفارقتهما، أو يبعد، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفِي﴾ [الإسراء: ٢٣] وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ﴾ [الزلزلة: ٧] الآية، وما فوق النقيير بالنقيير في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾ [النساء: ١٢٤] ونظائره، فإن فروع هذه الأحكام أولى من الأصول، وبعض الأصحاب لا يسمي هذا قياساً، ويقول: هذه الإلحاقات مفهومة من النص، ويقرب من هذا إلحاق العمياء بالعوراء في حديث: النهي عن التضحية بالعوراء وسائر الميتات بالفأرة، وغير السمن بالسمن في حديث: «الفأرة تقع بالسمن إن كان مائعاً فأريقوه، وإن كان جامداً فألقوها وما حولها»^(١) والغائط بالبول في قوله ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم»^(٢) ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة كحديث: «إنما نهيتكم من أجل الدافة»^(٣) وكذا قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] وأما غير الجلي فما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعده كل البعد، فمنه ما العلة فيه مستنبطة، كقياس الأرز على البر بعله الطعم، وقال ابن القاص: هو من الجلي، والصحيح الأول، ومنه قياس الشبه، وهو أن يشبه الحادثة أصليين إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصليين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة فيه، وإما في الأحكام كالعبء يشارك الحر في بعض الأحكام والمال في بعضها، فيلحق بما المشاركة فيه أكثر، وربما سمي قياس الشبه خفياً والذي قبله غير الجلي واضحاً، وربما خص الجلي ببعض الأول، وهو ما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل.

قلت: واختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه، وأنه هل هو حجة. والله أعلم.

القاعدة الثالثة: المسائل الفروعية الاجتهادية إذا اختلف المجتهدون فيها طريقان أشهرهما قولان، أظهرهما: المحقق فيها واحد، والمجتهد مأمور بإصابته، والذهاب إلى غيره مخطيء، والثاني: أن كل مجتهد مصيب، والطريق الثاني القطع بالقول الأول، وبه قال أبو إسحاق، والقاضي أبو الطيب، فإن قلنا: المصيب واحد،

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٨٤٢) وأعله العلامة الألباني رحمه الله بالشذوذ كما في ضعيف سنن أبي داود (ص ٣٠٨)، وقد صح الحديث بلفظ: «ألقوا ما حولها وكلوه»، وانظر صحيح سنن أبي داود (٢/٤٥٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٩) ومسلم في صحيحه برقم (٢٨٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٩٧١).

فالمخطيء مغدور غير آثم، بل مأجور، لقوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم، فأصاب، فله أجران، وإذا اجتهد، فأخطأ، فله أجر»^(١) وقال الشيخ أبو إسحاق في «اللمع» قال ابن أبي هريرة: يأثم، والصواب الأول، وفيما يؤجر عليه وجهان عن أبي إسحاق أحدهما - وهو ظاهر النص، واختيار المزمي -: يؤجر على قصده الصواب، ولا يؤجر على الاجتهاد، لأنه أفضى به إلى الخطأ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به، والثاني يؤجر عليه، وعلى الاجتهاد جميعاً. وإذا قلنا: كل مجتهد مصيب، فهل نقول: الحكم والحق في حق كل واحد من المجتهدين ما ظنه، أم الحق واحد، وهو أشبه مطلوب إلا أن كلاً منهم مكلف بما ظنه لا بإصابة الأشبه؟ وجهان: اختار الغزالي الأول، وبالثاني قطع أصحابنا العراقيون، وحكوه عن القاضي أبي حامد والداركي.

فرع: متى حكم القاضي بالاجتهاد، ثم بان له الخطأ في حكمه، فله حالان:

أحدهما: إن تبين أنه خالف قطعياً كنص كتاب، أو سنة متواترة، أو إجماع، أو ظناً محكماً بخبر الواحد، أو بالقياس الجلي، فيلزمه نقض حكمه. وهل يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال لitraفاعاً إليه، فينقض الحكم؟ وجهان: قال ابن سريج: لا يلزمه إن علما أنه بان له الخطأ، فإن ترافعا إليه، نقض، وقال سائر الأصحاب: يلزمه وإن علما أنه بان له الخطأ، وهذا هو الصحيح، لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض وإن بان الخطأ. هذا في حقوق الآدميين، وأما ما يتعلق بحدود الله تعالى، فيبادر إلى تداركه إذا بان له الخطأ، وما لا يمكن تداركه سبق حكم ضمانه.

الحال الثاني: إن تبين له بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به، وأنه الصواب، فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانياً، ولا ينقض ما حكم به أولاً، بل يمضيه، ثم ما نقض به قضاء نفسه نقض به قضاء غيره، وما لا، فلا. ولا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره، وإنما ينقضه إذا رفع إليه، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه، ولو كان المنصوب للقضاء قبله لا يصلح للقضاء، نقض أحكامه كلها، وإن أصاب فيها، لأنها صدرت ممن لا ينفذ حكمه، هذا هو القول الجملي فيما ينقض ولا يُنقض. ثم تكلموا في صور، منها لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين، ومدة العدة، فوجهان أشهرهما وظاهر النص، نقضه، لمخالفة القياس الجلي، لأنه يجعل حياً في المال، فلا يقسم بين ورثته، فلا يجعل ميتاً في

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٧٣٥٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٦) وأبو داود في سننه برقم (٣٥٧٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣١٤).

النكاح. والثاني: لا ينقض كغيره من الاجتهاديات، قال الروياني: هذا هو الصحيح. وقرب من هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس، أو بسقوط الحد عمن نكح أمه ووطئها، ومنها حكم الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوزه، وفي ذكاة الجنين، ومنع القصاص في القتل بالمثل، وصحة النكاح بلا ولي، أو بشهادة فاسقين، أو حكم غيره بصحة بيع أم الولد، وثبوت حرمة الرضاع بعد حولين، وصحة نكاح الشغار والمتعة، وقتل المسلم بالذمي، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف، وجريان التوارث بين المسلم والكافر، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما قاله ابن أبي ليلى، وفي نقض هذه الأحكام وجهان: قال الروياني: الأصح لا نقض، لأنها اجتهادية، والأدلة متقاربة، ومن نقض، قال: فيها نصوص وأقيسة جلية، وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد.

فرع: ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفى أنه لا يقبله ولا ينفذه، وأما ما لا ينقض ويرى غيره أصوب منه، فنقل ابن كج عن الشافعي رحمته الله أنه يعرض عنه، ولا ينفذه، لأنه إعانة على ما يعتقد خطأ. وقال ابن القاص: لا أحب تنفيذه. وفي هذا إشعار بتجويز التنفيذ، وقد صرح السرخسي بنقل الخلاف، فقال: إذا رفع إليه حكم قاض قبله، فلم ير فيه ما يقتضي النقض، لكن أدى اجتهاده إلى غيره، فوجهان: أحدهما: يعرض عنه، وأصحهما: ينفذه، وعلى هذا العمل كما لو حكم بنفسه، ثم تغير اجتهاده تغيراً لا يقتضي النقض، وترافع خصماء الحادثة إليه فيها، فإنه يمضي حكمه الأول، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه.

فرع: إذا استقضي مقلد للضرورة، فحكم بمذهب غير مقلده، قال الغزالي في الأصول: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء بل عليه اتباع مقلده، نقض حكمه، وإن قلنا: له تقليد من شاء، لم ينقض.

فصل: حكم القاضي ضربان:

أحدهما: مما ليس بإنشاء، وإنما هو تنفيذ لما قامت به حجة، فينفذ ظاهراً لا باطناً، فلو حكم بشهادة زور بظاهري العدالة، لم يحصل بحكمه الحل باطناً، سواء كان المحكوم به مالاً أو نكاحاً أو غيرهما، فإن كان نكاحاً، لم يحل للمحكوم له الاستمتاع، ويلزمها الهرب والامتناع ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها، فإن وطئ، قال الشيخ أبو حامد: هو زان ويحد، وخالفه ابن الصباغ والروياني، لأن أبا حنيفة رحمه الله يجعلها منكوحة بالحكم، وذلك شبهة للخلاف في الإباحة، وإن كان المحكوم به الطلاق، حل للمحكوم عليه وطؤها إن تمكن، لكن يكره، لأنه يعرض

نفسه للتهمة والحد ويبقى التوارث بينهما، ولا تبقى النفقة للحيلولة، ولو تزوجت لآخر، فالحل مستمر للأول، فإن وطئها الثاني جاهلاً بالحال، فهو وطء شبهة، ويحرم على الأول في العدة، وإن كان الثاني عالماً، أو نكحها أحد الشاهدين ووطئ، فوجهان: أحدهما: يحد، ولا يحرم على الأول في العدة، والأشبه أنه وطء شبهة لما سبق.

الضرب الثاني: الانشاءات كالتفريق بين المتلاعنين، وفسخ النكاح بالعيب، والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك، فإن ترتبت على أصل كاذب، بأن فسخ بعيب قامت بشهادة زور، فهو كالضرب الأول، وإن ترتبت على أصل صادق، فإن لم تكن في محل اختلاف المجتهدين، نفذ ظاهراً وباطناً، وإن كان مختلفاً فيه، نفذ ظاهراً، وفي الباطن أوجه: أصحابها: عند جماعة، منهم البغوي، والشيخ أبو عاصم: النفوذ مطلقاً لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع، والثاني: المنع، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق، واختاره الغزالي. والثالث: إن اعتقده الخصم أيضاً، نفذ باطناً، وإلا فلا، هذه الأوجه تشبه الأوجه في اقتداء الشافعي بالحنفي وعكسه، فإن منعنا النفوذ باطناً مطلقاً، أو في حق من لا يعتقده لم يحل للشافعي الأخذ بحكم الحنفي بشفعة أو بالتوريث بالرحم إذا لم نقل به نحن، وعلى هذا هل يمنعه القاضي لاعتقاد المحكوم له أم لا، لاعتقاد نفسه؟ وجهان أصحابهما: الثاني. ومن قال بالمنع، فقد يقول لا ينفذ القضاء في حقه لا ظاهراً ولا باطناً.

فرع: هل تقبل شهادته بما لا يعتقده كشافعي بشفعة الجوار؟ وجهان في «التهذيب».

قلت: الأصح القبول. والله أعلم.

فرع: قال للقاضي رجلان: كانت بيننا خصومة في كذا، فحكم القاضي فلان بيننا بكذا، ونحن نريد أن تستأنف الحكم بيننا باجتهادك، ونرضى بحكمك، فهل يجيبهما أم يتعين إمضاء الحكم الأول، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟ وجهان: حكاهما ابن كج، الصحيح الثاني.

فصل: في آداب منثورة. يستحب أن يدعو أصدقاءه الأمانة، ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه ليسعى في إزالتها، ويستحب أن يكون راكباً في مسيره إلى مجلس حكمه، وأن يسلم على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دخل، وأن يدعو إذا جلس، ويسأل الله تعالى التوفيق والتسديد، وأن يقوم على رأسه أمين ينادي هل من خصم؟ ويرتب الناس، ويقدم الأول فالأول قال ابن المنذر: يستحب أن يكون حصيناً

لمكان النساء، ويجوز أن يعين للقضاء يوماً أو يومين على حسب حاجة الناس ودعاويهم، وأن يعين وقتاً من النهار، فإن حضر خصمان في غير الوقت المعين، سمع كلامهما إلا أن يكون في صلاة، أو حمام، أو على طعام ونحوه، فيؤخره قدر ما يفرغ. ويستحب أن يكون للقاضي درة يؤدب بها إذا احتاج، ويتخذ سجنًا للحاجة إليه في التعزير، واستيفاء الحق من المماطل. وهذه فروع تتعلق بالحبس قال ابن القاص: إذا استشعر القاضي من المحبوس الفرار من الحبس، فله نقله إلى حبس الجرائم، ولو دعا المحبوس زوجته أو أمته إلى فراشه فيه، لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال، فإن امتنعت، أجبرت الأمة، ولا تجبر الزوجة الحرة، لأنه لا يصلح للسكنى، والزوجة الأمة تجبر إن رضي سيدها. ولو قال مستحق الدين: أنا ألامه بدلاً عن الحبس، مكن، لأنه أخف إلا أن يقول الغريم: تشق علي الطهارة والصلاة بسبب ملازمته، فاحبسني، فيحبس. وسبق الخلاف في أن الأب هل يحبس بدين ولده، وقياس حبسه أن يحبس المريض، والمخدرة، وابن السبيل منعاً لهم من الظلم. وعن أبي عاصم العبادي أنهم لا يحبسون، بل يوكل بهم ليرددوا ويتمحلوا. قال: ولا يحبس أبو الطفل ولا الوكيل والقيم في دين لم يجب بمعاملتهم، ولا يحبس الصبي ولا المجنون، ولا المكاتب بالنجوم، ولا العبد الجاني، ولا سيده ليؤدي أو يبيع، بل يباع عليه إذا وجد راغب، وامتنع من البيع والفداء، ونقل الهروي وجهين في حبس كل غريم قدرنا على ماله، وتمكنا من بيعه. وأجرة السجن على المحبوس وأجرة الوكيل على من وكل به إذا لم يكن في بيت المال مال، وصرف إلى جهة أهم من هذه.

قلت: وقد ألحقت في كتاب التفليس مسائل كثيرة تتعلق بالحبس. والله أعلم.

الطرف الثاني: في مستند قضاؤه، وفيه مسائل:

إحداها: يقضي بالحجة بلا شك، فلو لم يكن حجة، وعلم صدق المدعي، فهل يقضي بعلمه؟ طريقان: أحدهما: نعم قطعاً، وأشهرهما قولان، أظهرهما عند الجمهور: نعم، لأنه يقضي بشهادة شاهدين، وهو يفيد ظناً، فالقضاء بالعلم أولى، والجواب عما احتج به المانع من التهمة أن القاضي لو قال: ثبت عندي وصح لدي كذا، لزمه قبوله بلا خلاف، ولم يبحث عما ثبت به وصح، والتهمة قائمة، وسواء على القولين ما علمه في زمن ولايته ومكانها، وما علمه في غيرها، فإن قلنا: لا يقضي بعلمه، فذلك إذا كان مستنده مجرد العلم، أما إذا شهد رجلان تعرف عدالتهما، فله أن يقضي ويغنيه علمه بها عن تركيتهما، وفيه وجه ضعيف للتهمة. ولو أقر بالمدعي في مجلس قضاؤه. قضى، وذلك قضاء بإقرار لا بعلمه، وإن أقر عنده

سراً، فعلى القولين، وقيل: يقضي قطعاً. ولو شهد عنده واحد، فهل يغنيه علمه عن الشاهد الآخر على قول المنع؟ وجهان: أحدهما: لا. وإذا قلنا: يقضي بعلمه، فذلك في المال قطعاً وكذا في القصاص، وحد القذف على الأظهر، ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب، وقيل: قولان، ولا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف، بل إذا علم أن المدعي أبرأه عما ادعاه، وأقام به بينة، أو أن المدعي قبله حي، أو رآه قبله غير المدعي عليه، أو سمع مدعي الرق بعته، ومدعي النكاح يطلقها ثلاثاً، وتحقق كذب الشهود، امتنع من القضاء قطعاً. وكذا إذا علم فسق الشهود، ثم إن الأصحاب مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين بما ادعى عليه مالاً وقد رآه القاضي أقرضه ذلك، أو سمع المدعي عليه أقر بذلك، ومعلوم أن رؤية الإقرار، وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء، فيدل أنهم أرادوا بالعلم الظن المؤكد لا اليقين.

المسألة الثانية: إذا رأى القاضي ورقة فيها ذكر حكمه لرجل، وطلب منه إمضاء والعمل به، نظر إن تذكره أمضاه على المذهب، وبه قطع الجمهور، وفي أمالي أبي الفرج الزاز إنه على القولين في القضاء بعلمه، وإن لم يتذكره، لم يعتمد عليه قطعاً لإمكان التزوير، وكذا الشاهد لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر، فلو كان الكتاب محفوظاً عنده، وبعد احتمال التزوير والتحريف، كالمحضر والسجل الذي يحتاط فيه القاضي على ما سبق، فالصحيح والمنصوص والذي عليه الجمهور أنه لا يقضي به أيضاً ما لم يتذكر، لاحتمال التحريف، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لا يشهد، وفيهما وجه حكاه الشيخ أبو محمد وغيره أنه يجوز إذا لم يتداخله ريبة. وفي جواز رواية الحديث اعتماداً على الخط المحفوظ عنده وجهان: أحدهما: المنع، ولا تكفيه رواية السماع بخطه أو خط ثقة، والصحيح الجواز، لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً، وباب الرواية على التوسعة، ولو كتب إليه شيخ بالإجازة، وعرف خطه، جاز له أن يروي عنه تفريعاً على اعتماد الخط، فيقول: أخبرني فلان كتابه، أو في كتابه، أو كتب إلي وهذا على تجويز الرواية بالإجازة وهو الصحيح، ومنعها القاضي حسين. قلت: وقد منعها أيضاً الماوردي في «الحاوي» ونقل هو منعها عن الفقهاء، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، ولكن أظهر قوله، والمشهور من مذاهب السلف والخلف، والذي عليه العمل صحة الإجازة، وجواز الرواية بها، ووجوب العمل بها. ثم هي سبعة أنواع قد لخصتها بفروعها وأمثلتها وما يتعلق بها في «الإرشاد» في مختصر علوم الحديث، وأنا أذكر منها هنا رموزاً إلى مقاصدها تفريعاً على الصحيح، وهو جوازها.

الأول: إجازة معين لمعين، كأجزتك رواية صحيح البخاري، أو ما اشتملت عليه فهرستي وهذه أعلى أنواعها.

الثاني: إجازة غير معين لمعين، كأجزتك مسموعاتي أو مروياتي والجمهور على أنه كالأول، فتصح الرواية به، ويجب العمل بها، وقيل بمنعه مع قبول الأول.

الثالث: أن يجيز لغير معين بوصف العموم، كأجزت المسلمين، أو كل أحد أو من أدرك زمانني ونحوه، فالأصح أيضاً جوازها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وصاحبه الخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا، وغيرهم من الحفاظ. ونقل الحافظ أبو بكر الحازمي المتأخر من أصحابنا أن الذين أدركهم من الحفاظ كانوا يميلون إلى جوازها.

الرابع: إجازة مجهول أو لمجهول، كأجزتك كتاب السنن وهو يروي كتبنا من السنن، أو أجزت لزيد بن محمد وهناك جماعة كذلك، فهذه باطلة. فإن أجاز لمسمين معينين لا يعرف أعيانهم ولا أنسابهم ولا عددهم، صحت، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هذا الحال.

الخامس: الإجازة لمعدوم، كأجزت لمن يولد لفلان أو لفلان، ومن يولد له، فالصحيح بطلانها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وجوزه الخطيب وغيره. والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الصحيح، وبه قطع القاضي أبو الطيب، ونقله الخطيب عن شيوخه كافة.

السادس: إجازة ما لم يسمعه المجيز، ولم يتحمله بوجه ليرويه المجاز له إذا تحمله المجيز، وهي باطلة قطعاً.

السابع: إجازة المجاز وهي صحيحة عند أصحابنا، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلام من أصحابنا وغيرهم، منهم الدارقطني وأبو نعيم الأصفهاني، والشيخ أبو الفتح نصر المقدسي وغيرهم من أصحابنا. وإذا كتب الإجازة، استحَب أن يتلفظ بها، ولو اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة، صحت كالقراءة عليه مع سكوته. والله أعلم.

فرع: إذا رأى بخط أبيه أن لي على فلان كذا، أو أديت إلى فلان كذا، قال الأصحاب: فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتماداً على خط أبيه إذا وثق بخطه وأمانته. قال القفال: وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة: فلان علي كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به، بل يؤديه من التركة، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم وعام، ولأنهما يتعلقان به، ويمكن التذكر فيهما، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين، فجاز اعتماد الظن فيه حتى لو

وجد بخط نفسه أن لي على فلان كذا، أو أديت إلى فلان دينه، لم يجز الحلف حتى يتذكر قاله في «الشامل».

فرع: قال الصيمري: ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة، ليستعين بها على التذكر، ويقرب من هذا ذكر التاريخ، وموضع التحمل، ومن كان معه حينئذ، ونحو ذلك.

المسألة الثالثة: شهد عنده عدلان أنك حكمت لزيد بكذا، وهو لا يذكره، لم يحكم بقولهما إلا أن يشهدا بالحق بعد تجديد دعوى، وعن ابن القاضي تخريج قول: إنه يمضي الحكم الأول بشهادتهما، والمذهب الأول، ولو شهد أنك تحملت الشهادة في واقعة كذا، ولم يتذكر، لم يجز أن يشهد، وهذا بخلاف رواية الحديث، فإن الراوي لو نسي، جاز له أن يقبل الرواية ممن سمعها منه على الصحيح، وفيها وجه حكاه ابن كج وعلى الصحيح الفرق ما سبق أن باب الرواية على التوسعة، ولهذا يقبل من العبد والمرأة، ومن الفرع مع وجود الأصل وغير ذلك وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف، ولا يقول: لم أحكم. وهل للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم أنه لا يعرف حكم القاضي؟ قال صاحب «التهذيب»: يحتمل وجهين: ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاض آخر قبل شهادتهما، وأمضى حكم الأول إلا إذا قامت بينة بأن الأول أنكر حكمه، وكذبهما، فإن قامت بينة بأنه توقف، فوجهان: أوقفهما لكلام الأكثرين أنه يقبل شهادتهما، وقال الأودني وصاحب «المهذب»: لا تقبل، لأن توقفه يورث تهمة وعلى هذا لو شهد عدلان أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة، لم يجز الحكم بشهادة الفروع.

المسألة الرابعة: ادعى على القاضي أنك حكمت لي بكذا. قال الأصحاب: ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر، ويحلفه كما لا يحلف الشاهد إذا أنكر الشهادة. وعن القاضي حسين أنا إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار، فله تحليفه ليحلف المدعي إن نكل هذا إذا ادعى عليه وهو قاض، فإن ادعى عليه بعد عزله، أو في غير محل ولايته عند قاض، فنقل الإمام أنه يجوز سماع البينة، ولا يقبل إقراره. ولا يحلف إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار، وإن قلنا: كالبينة، حلف، ولك أن تقول: سماع الدعوى على القاضي معزولاً، كان أو غيره بأنه حكم ليس على قواعد الدعاوى الملزمة، وإنما يقصد بها التدرج إلى إلزام الخصم، فإن كان له بينة، فليقمها في وجه الخصم، وينبغي أن لا يسمع على القاضي بينة، ولا يطالب بيمين، كما لو ادعى على رجل أنك شاهدي.

الطرف الثالث: في التسوية وفيه مسائل:

المسألة الأولى: ليسو القاضي بين الخصمين في دخولهما عليه، وفي القيام لهما، والنظر فيهما والاستماع، وطلاقة الوجه، وسائر أنواع الإكرام، فلا يخص أحدهما بشيء من ذلك، ويسوي في جواب سلامهما، فإن سلما، أجابهما معاً، وإن سلم أحدهما، قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر، فيجيبهما، وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل، وذكروا أنه لا بأس أن يقول للآخر: سلم، فإذا سلم، أجابهما، وكأنهم احتملوا هذا الفصل محافظة على التسوية، وحكى الإمام أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقاً واستبعده. ويسوي بينهما في المجلس، فيجلس أحدهما عن يمينه، والآخر عن شماله إن كانا شريفيين، أو بين يديه وهو الأولى على الإطلاق، فلو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، فالصحيح - وبه قطع العراقيون - أنه يرفع المسلم في المجلس، والثاني يسوي. ويشبه أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام، ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب.

المسألة الثانية: ليقبل عليهما بمجامع قلبه، وعليه السكينة، ولا يمازح أحدهما، ولا يضاحكه، ولا يشير إليه، ولا يساره، ولا ينهرهما، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعل ما يقتضي التأديب، ولا يتعنّت الشهود بأن يقول: لم تشهدون؟ وما هذه الشهادة؟ ولا يلغن المدعي الدعوى بأن يقول: ادع عليه كذا، ولا المدعى عليه الإقرار والإنكار، ولا يجري المسائل إلى النكول على اليمين، وكذا لا يلغن الشاهد الشهادة، ولا يجرئه إذا مال إلى التوقف، ولا يشككه، ولا يمنعه إذا أراد الشهادة هذا في حقوق الأدمين، وأما في حدود الله تعالى، فالقاضي يرشد إلى الإنكار على ما هو موضح في موضعه، وإذا كان يدعي دعوى غير محررة، قال الإصطخري: يجوز أن تبين له كيفية الدعوى الصحيحة، وقال غيره: لا يجوز، وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين قال في «العدة»: أصحهما: الجواز، ولا بأس بالاستفسار بأن يدعي دراهم، فيقول: أهي صحاح أم مكسورة؟ ويستحب إذا أراد الحكم أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قامت البينة عليك بكذا، ورأيت الحكم عليك ليكون أطيب لقلبه، وأبعد عن التهمة، ونص في «الأم» أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم، ويؤخر الحكم اليوم واليومين إذا سألهما، فجعله في حل من التأخير، فإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخر.

المسألة الثالثة: إذا جلسا بين يديه، فله أن يسكت حتى يتكلما، وله أن يقول: ليتكلم المدعي منكما، وأن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه، كان أولى، فإذا ادعى المدعي، طالب خصمه بالجواب،

وقال: ما تقول؟ وفيه وجه ضعيف أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي، ثم ينظر في الجواب إن أقر بالمدعى، فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه، وحينئذ يحكم، بأن يقول له: أخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك وما أشبههما. وهل يثبت المدعى بمجرد الإقرار، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ وجهان أحدهما: يفتقر كالثبوت بالبينة، وأصحهما: لا، لأن دلالة الإقرار على وجوب الحق جلية، والبينة تحتاج إلى نظر واجتهاد هكذا ذكرت المسألة، ولا يظهر الخلاف فيها، لأنه إن كان الكلام في ثبوت المدعى به في نفسه، فمعلوم لأنه لا يتوقف على الإقرار، فكيف على الحكم بعد الإقرار؟ وإن كان المراد المطالبة والإلزام، فلا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار وللقاضي الإلزام، وإن أنكر المدعى عليه، فللقاضي أن يسكت، وله أن يقال للمدعي: ألك بينة، وقيل: لا يقول ذلك، لأنه كالتلقين والصحيح الأول، فإن قال المدعي: لي بينة، وأقامها، فذاك، وإن قال: لا أقيمها، وأريد يمينه، مكن منه، وإن قال: ليس لي بينة حاضرة فحلف القاضي المدعى عليه ثم جاء ببينة سمعت، وإن قال: لا بينة لي حاضرة، ولا غائبة، سمعت أيضاً على الأصح، لأنه ربما لم يعرف، أو نسي، ثم عرف أو تذكر، وقيل: لا يسمع للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً، ككنت ناسياً أو جاهلاً. ولو قال: لا بينة لي، واقتصر عليه، فقال البغوي: هو كقوله لا بينة لي حاضرة، وقيل: كقوله لا حاضرة ولا غائبة، فيكون فيه الوجهان، ولو قال: شهودي عبيد أو فسقة، ثم أتى بعدول، قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء.

فرع: حكى الهروي وجهين في أن الحق يجب بفراغ المدعي من اليمين المردودة، أم لا بد من حكم الحاكم، أو أشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة كالبينة أم كالأقرار؟.

المسألة الرابعة: إذا ازدحم جماعة مدعين، فإن عرف السبق، قدم الأسبق فالأسبق، والاعتبار سبق المدعي دون المدعى عليه، وإن جاؤوا معاً، أو جهل السبق، أقرع، فإن كثروا وعسر الإقراع، كتب أسماءهم في رقاع، وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدة واحدة، ويسمع دعوى من خرج اسمه في كل مرة، ويستحب أن يرتب ثقة يكتب أسماءهم يوم قضائه ليعرف ترتيبهم، ولو قدم الأسبق غيره على نفسه، جاز، والمفتي والمدرس يقدمان عند الازدحام أيضاً بالسبق أو بالقرعة، ولو كان الذي يعلمه ليس من فروض الكفاية، فالإختيار إليه في تقديم من شاء. ولا يقدم القاضي مدعياً بشرف ولا غيره إلا في موضعين، أحدهما: إذا كان في المدعين مسافرون مستوفرون وقد شدوا الرحال، ليخرجوا ولو أخروا، لتخلفوا عن رفقتهم،

فإن قلوأ، قدموا على الصحيح، وإلا فلا، بل يعتبر السبق بالقرعة. والثاني لو كان في الحاضرين نسوة، ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن، قدمهن على الصحيح بشرط أن لا يكثرن. وينبغي أن لا يفرق بين أن يكون المسافر والمرأة مدعياً، أو مدعى عليه. ثم تقديم المسافر والمرأة ليس بمستحق على الصحيح، بل هو رخصة لجواز الأخذ به، وهذا ظاهر نصه في «المختصر» ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق.

قلت: المختار أنه مستحب لا يقتصر به على الإباحة. والله أعلم.

ثم لا يخفى أن المراد تقديم المسافر على المقيمين، والمرأة على الرجال، فأما المسافرون بعضهم مع بعض، وكذا النسوة، فالرجوع فيهم إلى السبق أو القرعة.

فرع: المقدم بالسبق أو القرعة لا يقدم إلا في دعوى واحدة، لئلا يطول على الباقيين، فإن كان له دعوى أخرى، فليحضر في مجلس آخر، أو ينتظر فراغ القاضي من حكومات سائر الحاضرين، وحينئذ تسمع دعواه الثانية إن لم يضجر القاضي، ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على الذي ادعى عليه الدعوى الأولى أو على غيره، وفيه وجه ضعيف أن الزيادة على الأولى مسموعة إذا اتحد المدعى عليه، وعلى هذا قال في «الوسيط»: تسمع إلى ثلاث دعاوى، ومنهم من أطلق، ولا خلاف أنه يسمع على المدعى عليه دعوى ثان وثالث، لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد، ونقل ابن كج هنا وجهين غريبين ضعيفين أحدهما: أن المقدم بدعوى لا تسمع منه الثانية إلا في مجلس آخر، وإن فرغ القاضي من دعاوي الحاضرين، وعليهم بعد ذلك ترفيهم. الثاني: لا يسمع على الواحد إلا دعوى شخص واحد. وأما المقدم بالسفر، فيحتمل أن لا يقدم إلا بدعوى، ويحتمل أن يقدم بجميع دعاويه، لأن سبب تقديمه أن لا يتخلف عن رفقته، ويحتمل أن يقال: إذا عرف أن له دعاوى، فهو كالمقيمين، لأن تقديمه بجميع يضر غيره، وتقديمه بدعوى لا يحصل الغرض.

قلت: 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. والله أعلم.

المسألة الخامسة: تنازع الخصمان، وزعم كل واحد 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 وتنازعا، سأل العون، فمن أحضره العون فهو المدعى عليه، فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بينة لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه، وإن استوى الطرفان، أقرع، فمن خرجت قرعته ادعى، وقيل: يقدم القاضي أحدهما باجتهاده.

المسألة السادسة: قد سبق في باب الوليمة الخلاف في أن الإجابة إليها واجبة أم مستحبة؟ وذلك في غير القاضي. أما القاضي، فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتهم ولا وليمتهم، لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه، فيميل إليه قلبه، وأما وليمة غير الخصمين، فثلاثة أوجه: أحدها: تحرم عليه الإجابة إليها، والثاني: تجب إذا أوجبناها على غيره، والثالث وهو الصحيح: لا تحرم ولا تجب، بل تستحب بشرط التعميم، فإن كثرت وقطعته عن الحكم، تركها في حق الجميع، ولا يخص بعض الناس، لكن لو كان يخص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمة، فنقل ابن كج عن نص الشافعي رحمه الله أنه لا بأس بالاستمرار، وتكره إجابته إلى دعوة اتخذت لأجل القاضي خاصة أو للأغنياء ودعي فيهم، ولا يكره إلى ما اتخذ للجيران وهو منهم، أو للعلماء ودعي فيهم. واعلم أن إجابة غير وليمة العرس من الدعوات مستحبة، وظاهر ما أطلقه الأصحاب ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضاً، وإن كان الاستحباب في الوليمة أكد، ومنهم من خص الاستحباب بالوليمة، وبه قال ابن القاص.

فرع: لا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر ويجوز أن يضيفهما معاً على الصحيح، ومنعه أبو إسحاق، لأنه قد يتوهم كل واحد أن المقصود بالضيافة صاحبه، وأنه تبع، وهذا يشكل بسائر وجوه التسوية.

المسألة السابعة: له أن يشفع لأحدهما، وأن يؤدي المال عمن عليه، لأنه ينفعهما.

المسألة الثامنة: يعود المرضى، ويشهد الجنائز، ويزور القادمين، وإذا لم يمكنه الاستيعاب، فعل الممكن من كل نوع، ويخص به من عرفه، وقرب منه. قال القاضي أبو حامد: هو كإجابة الوليمة يعم الجميع أو يترك الجميع، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، لأن معظم المراد بهذه الأنواع الثواب، ولا فرق في هذه الأنواع بين المتخاصمين وغيرهما هكذا قاله الأكثرون. وفي أمالي أبي الفرج أنه لا يعود الخصم ولا يزوره إذا قدم، لكن يشهد جنازته.

الطرف الرابع: في البحث عن حال الشهود وتزكيتهم وفيه مسائل:

الأولى: لا يجوز للقاضي أن يتخذ شهوداً معينين لا يقبل شهادة غيرهم، لما فيه من التضيق على الناس.

الثانية: إذا شهد عنده شهود، نظر إن عرف فسقهم، رد شهادتهم، ولم يحتج إلى بحث، وإن عرف عدالتهم، قبل شهادتهم، ولا حاجة إلى التعديل، وإن طلبه الخصم وفيه وجه سبق في القضاء بالعلم، وإن لم يعرف حالهم، لم يجز قبول

شهادتهم، والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل، سواء طعن الخصم فيهم، أو سكت ولو أقر الخصم بعد التهمة، ولكن قال: أخطأ في هذه الشهادة، فوجهان: أحدهما: يحكم بشهادتهما بلا بحث عنهما، لأن البحث لحقه، وقد اعترف بعد التهمة، وأصحهما: لا بد من البحث والتعديل لحق الله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله، والتعديل لا يثبت بقول واحد. وإن صدقهما فيما شهدا به، قضى القاضي بإقراره بالحق، واستغنى عن البحث عن حالهما، وكذا لو شهد واحد فصدقه، ولو شهد معلوما العدالة، ثم أقر المشهود عليه بما شهدا به قبل حكم القاضي، فهل يستند الحكم إلى الإقرار دون الشهادة أم إليهما جميعاً؟ وجهان حكاهما الهروي، قال: والصحيح منهما الأول، والثاني حكاه الفوراني في المناظرة، وذكر الهروي أنه لو بعد الحكم بشهادتهما، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له أم قبله، وفيما قبل التسليم وجه ضعيف، وأنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة: ما تشهد به علي فأنت عدل صادق، لم يكن ذلك إقراراً، لكنه تعديل للشاهد إن كان من أهل التعديل.

فرع: إذا جهل القاضي إسلام الشاهد، لم يقنع بظاهر الدار، بل يبحث عنه، ويكفي فيه قول الشاهد. ولو جهل حريته بحث أيضاً، ولا يكفي فيه قوله على الأصح، لأنه لا يستقل بها بخلاف الإسلام، وحكى ابن كج وجهاً أن الاستزكاء لا يجب مطلقاً إلا إذا طلبه الخصم وليس بشيء.

فرع: قال في «العدة»: إذا استفاض فسق الشاهد بين الناس، فلا حاجة إلى البحث والسؤال، ويجعل المستفيض كالمعلوم.

الثالثة: ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل، فالمزكون هم المرجوع إليهم ليبيّنوا حال الشهود، وأصحاب المسائل هم الذين يبعثهم إلى المزكين، ليبحثوا ويسألوا، وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي بالمزكين، ثم المخبرون عن فسق الشهود وعدالتهم ضربان، أحدهما: من نصبه الحاكم للجرح والتعديل مطلقاً أو في واقعة خاصة، فيسمع الشهادة عليهما، وما ثبت عنده أنها إلى القاضي. والثاني من يشهد بالعدالة أو الفسق، ثم من هؤلاء من يشهد أصالة، ومنهم من يشهد على شهادة غيره، والأول قد يعرف الحال فيشهد، وقد لا يعرف فيأمره القاضي بالبحث ليعرف فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس من يبحث عنه ويخالطه، ليعرف إفلاسه فيشهد، وأما الثاني، فهو شاهد فرع، والقياس أنه لا يشهد إلا عند غيبة الأصل، أو تعذر حضوره، وكذا ذكره الهروي، وسيأتي إن

شاء الله تعالى ما ينازع فيه . وإذا أراد الحاكم البحث عن حال الشهود، كتب اسم الشاهد، وكنيته إن اشتهر بها، وولاءه إن كان عليه ولاء، واسم أبيه وجده وحليته وحرفته وسوقه ومسجده، لئلا يشتبه بغيره، فإن كان مشهوداً وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، كفى، ويكتب أيضاً اسم المشهود له، والمشهود عليه، فقد يكون بينهما ما يمنع شهادته له، أو عليه من قرابة أو عداوة. وفي قدر المال وجهان أحدهما: لا يكتبه، لأن العدالة لا تتجزأ، والصحيح المنصوص أنه يذكره، لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير، وأما دعوى الأول أن العدالة لا تتجزأ، فقد حكى أبو العباس الروياني في ذلك وجهين: وبني عليهما أنه لو عدل، وقد شهد بمال قليل، ثم شهد في الحال بمال كثير هل يحتاج إلى تجديد تركية ويكتب إلى كل مزك كتاباً، ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفي كل كتاب عن غير من دفعه إليه وغير من بعثه إليه احتياطاً، ثم إذا وقف القاضي على ما عند المزكين، فإن كان جرحاً لم يظهره، وقال للمدعي: زدني في الشهود، وإن كان تعديلاً، عمل بمقتضاه، ثم حكى الأصحاب والحالة هذه وجهين في أن الحكم بقول المزكين، أم بقول أصحاب المسائل؟ قال أبو إسحاق: بقول المزكين، لأن أصحاب المسائل شهود على شهادة، فكيف تقبل مع حضور الأصل؟ وإنما هم رسل وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً، فإن عاد بالجرح، توقف القاضي، وإن عاد بالتعديل، دعا مزكبين ليشهدا عنده بعدالة الشاهد، ويشيرا إليه، ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص. قال الإصطخري: إنما يحكم بقول أصحاب المسائل، وبيني على ما ثبت عندهم بقول المزكين. قال ابن الصباغ: وهذا وإن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة، لأن المزكي لا يكلف الحضور، وقول الإصطخري أصح عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب وغيرهما. قالوا: وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل، فإن وصفاه بالفسق، فعلى ما سبق، وإن وصفاه بالعدالة أحضر الشاهدين ليشهدا بعدالته، ويشيرا إليه وإذا تأملت كلام الأصحاب، فقد تقول: ينبغي أن لا يكون في هذا خلاف محقق، بل إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل، فحكم القاضي مبني على قوله، ولا يعتبر العدد، لأنه حاكم، وإن أمره بالبحث، بحث ووقف على حال الشاهد، وشهد بما وقف عليه، فالحكم أيضاً مبني على قوله، لكن يعتبر العدد، لأنه شاهد، وإن أمره بمراجعة مزكبين، فصاعداً وبأن يعلمه بما عندهما، فهو رسول محض، والاعتماد على قولهما فليحضرا ويشهدا. وكذا لو شهد على شهادتهما، لأن الشاهد الفرع لا يقبل مع حضور الأصل.

فرع: من نصب حاكماً في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة، ومن شهر بالعدالة أو الفسق، اشترط فيه صفات الشهود، ويشترط مع ذلك العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما، وأن يكون المعدل خبيراً بباطن حال من يعدله لصحة أو جوار أو معاملة ونحوها، قال في «الوسيط»: ويلزم القاضي أن يعرف أن المزكي خبير بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا علم من عادته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة، ثم ظاهر لفظ الشافعي رحمه الله اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة، لأنه لا يمكن الاختبار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال: شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم في المعرفة الباطنة. ويمكن الاختبار في مدة سيرة، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط، بل لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لا تحصل إلا بذلك، ويوضح هذا ما ذكرنا أن القاضي يأمر بالبحث، ليعرف حال الشاهد فيزيكه، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة، وتضرر المتداعيان بالتأخير الطويل. أما الجرح، فيعتمد فيه المعاينة أو السماع، فالمعاينة أن يراه يزني أن يشرب الخمر، والسماع بأن يسمعه يقذف، أو يقر على نفسه بزنا أو شرب خمر، فإن سمع من غيره، نظر إن بلغ المخبرون حد التواتر جاز الجرح لحصول العلم، وكذا إن لم يبلغ التواتر، لكن استفاض، جاز الجرح أيضاً، صرح به ابن الصباغ والبعثي وغيرهما. ولا يجوز الجرح بناء على خبر عدد يسير، لكن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة، وذكر البغوي تفريعاً على قول الإصطخري في أن الحكم بقول أصحاب المسائل أنه يجوز أن يعتمد فيه أصحاب المسائل خبر واحد من الجيران إذا وقع في نفوسهم صدقه، وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه؟ وجهان أحدهما: نعم، فيقول مثلاً: رأيته يزني، وسمعته يقذف. وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة: استفاض عندي. والثاني - هو المذكور في «الشامل» -: لا حاجة إليه، وليس للحاكم أن يقول: من أين عرفت حاله، وعلى أي شيء بنيت شهادتك؟ كما في سائر الشهادات، وهذا أقيس ويحكى عن ابن أبي هريرة، والأول أشهر. ولا يجعل الجراح بذكر الزنى قاذفاً للحاجة، كما لا يجعل الشاهد قاذفاً، فإن لم يوافقه غيره، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنى هل يجعلون قذفة؟ فيه القولان.

قلت: المختار أو الصواب: أنه لا يجعل قاذفاً، وإن لم يوافقه غيره، لأنه معذور في شهادته بالجرح، فإنه مسؤول عنهما وهي في حقه فرض كفاية أو متعينة فهو معذور بخلاف شهود الزنى، فإنهم مندوبون إلى الستر، فهم مقصرون. والله أعلم.

ولو أخبره بعدالته من يحصل بخبره الاستفاضة وهم من أهل الخبرة بباطن من يعدلون، لم يبعد أن يجوز له تعديله بذلك، وتقام خبرتهم مقام خبرته، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته.

فرع: وينبغي أن يكون المزكون وافري العقول لئلا يخدعوا وبرآء من الشحناء والعصبية في النسب والمذهب ويجتهد في إخفاء أمرهم لئلا يشهروا في الناس بالتزكية، وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي؟ وجهان أصحهما: نعم فيقول: أشهد أنه عدل.

فرع: لا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر، وفيه وجه ضعيف. وعن كتاب حرملة أنه لو شهد اثنان، وعدلتهما آخران لا يعرفهما القاضي، وزكى الآخرين مزكيان للقاضي، جاز. ولو زكى ولده أو والده لم يقبل على الصحيح، وبه قطع العبادي وغيره.

فرع: لا تثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي على الصحيح، لأن الخط لا يعتمد في الشهادة كما سبق، وجوزه القاضي حسين للاعتماد على الرقعة، قال في «الوسيط» تفريعاً على الأول: يكفي رسولان مع الرقعة، وأن الصحيح وجوب المشافهة وهذا ظاهر إن كان القاضي يحكم بشهادة المزكين، فأما إن ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح، فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي.

فرع: لا يقبل الجرح المطلق، بل لا بد من بيان سببه، ولا حاجة إلى بيان سبب التعديل، لأن أسبابه غير منحصرة، وفيه وجه ضعيف حكاه في العدة، وليس بشيء والأصح أنه يكفي أن يقول: هو عدل. وقيل: ويشترط أن يقول: عدل علي ولي، وهو ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» لكن تأوله الأولون أو جعلوه تأكيداً لا شرطاً. ولا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيراً، أو لا أعلم منه ما ترد به الشهادة.

المسألة الرابعة: 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 وغدوة أو عشية، ومكان محلة وسكة، ودار وصفة، ويسأل أتحمّل وحده أم مع غيره وأنه كتب شهادته أم لا، وأنه كتب قبل فلان أم بعده، وكتبوا بحبر أم بمداد ونحو ذلك، ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم، ويقف إن لم تتفق. وإذا أجابه أحدهم، لم يدعه يرجع إلى الباقيين حتى يسألهم القاضي لئلا يخبرهم بجوابه ومتى اتفقوا على الجواب، أو لم يتعرضوا للتفصيل، ورأى أن يعظهم ويحذرهم عقوبة شهادة الزور، فعل، فإن أصروا، وجب القضاء إذا وجد شروطه، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإن لم يجد فيهم خفة ولا ريبة، فالصحيح الذي عليه الجمهور أنه لا يفرقهم، لأن فيه غصاً منهم. وقال الروياني: يفرقهم، وقال البغوي:

إن فرقهم، بمسألة الخصم، فلا بأس، ثم إن التفريق والاستفصال جعله الغزالي بعد التزكية، والصحيح الذي علله العراقيون وغيرهم أنه قبل الاستزكاء، فإن اطلع على عورة، استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم، وإن لم يطلع، فإن عرفهم بالعدالة، حكم، وإلا فحينئذ يستزكي، وهل هذا التفريق والاستفصال واجب أم مستحب؟ فيه أوجه الصحيح الذي ذكره ابن كج والبيهقي، وعامة الأصحاب وهو الموافق للفظ «المختصر» أنه مستحب والثاني واجب، قاله الإمام والغزالي. قالوا: ولو تركه وقضى مع الارتباب، لم ينفذ. والثالث: إن سأل الخصم وجب، وإلا فلا.

الخامسة: تقدم بينة الجرح على بينة التعديل، لزيادة علم الجرح، فلو انعكس الأمر بأن قال المعدل: قد عرفت السبب الذي ذكره الجرح، لكنه تاب منه، وحسنت حاله، قدمت بينة التعديل، لأن مع المعدل هنا زيادة علم، كذا ذكره جماعة، منهم صاحب «الشامل» وقول الواحد لا يقبل في الجرح فضلاً عن تقديمه.

السادسة: عدل الشاهد، ثم شهد في واقعة أخرى، فإن لم يطل الزمان، حكم بشهادته، ولا يطلب تعديله ثانياً، وإن طال، فوجهان: أصحهما: يطلب تعديله ثانياً، لأن طول الزمان يغير الأحوال، ثم يجتهد الحاكم في طوله وقصره.

السابعة: شهادات المسافرين والمجتازين من القوافل، كشهادة غيرهم في الحاجة إلى التعديل، فإن عدلها مزكياً في البلد، أو عدل مزكياً اثنين من القافلة، ثم هما عدلا الشاهدين، قبلت شهادتهما وإلا فلا.

الثامنة: سأل القاضي عن الشهود في غير محل ولايته، فعدلوا ثم عاد إلى محل ولايته، قال ابن القاص: له الحكم بشهادتهم إن جوزنا القضاء بالعلم، وخالفه أبو عاصم وآخرون، وقالوا: القياس منعه، كما لو سمع البينة خارج ولايته.

التاسعة: عدل شاهد، والقاضي يتحقق فسقه بالتسامع، قال الإمام: الذي يجب القطع به أنه يتوقف ولا يقضي.

العاشرة: تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق، لأن البحث عن حال الشهود، ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالى.

الباب الثالث: في القضاء على الغائب

هو جائز في الجملة، وحكى صاحب «التقريب» قولاً عن رواية حرملة أنه لا يجوز إلا إذا كان للدعوى اتصال بحاضر، والمشهور الأول، وبه قطع الأصحاب، وفي الباب أطراف:

الطرف الأول: في الدعوى، ويشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط فيها

على الحاضر من بيان المدعي وقدره وصفته وقوله: إني مطالب بالمال. ولا يكفي الاختصار على قوله: لي عليك كذا ويشترط أن يكون للمدعي بينة وإلا فلا فائدة، وأن يدعي جحوده، فإن قال: هو مقرر لم تسمع بينته ولغت دعواه، وإن لم يتعرض لجحوده ولا إقراره، فهل تسمع بينته؟ وجهان أصحهما: نعم لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته، ويحتاج إلى الإثبات، فجعلت الغيبة كالسكوت. وفي فتاوي القفال أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما إذا كان للغائب مال حاضر، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي تسمع بينته ويوفيه، سواء قال: هو مقرر، أو جاحد، وهل على القاضي لسماع الدعوى على الغائب أن ينصب مسخراً ينكر على الغائب؟ وجهان أحدهما: نعم لتكون البينة على إنكار منكر، وأصحهما: ما ذكره البغوي، لأن الغائب قد يكون مقرأً، فيكون إنكار المسخر كذباً. ومقتضى هذا التوجيه أن لا يجوز نصب المسخر، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب وإلا فلا.

الطرف الثاني: في التحليف، فيحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه، ولا من شيء منه، ولا اعتاض ولا استوفى، ولا أحال عليه هو، ولا أخذ من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أدائه، ويجوز أن يقتصر، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته، ووجوب تسليمه، وكذا يحلف مع البينة الوارث إذا كان المدعى عليه صيباً أو مجنوناً أو ميتاً ليس له وارث حاضر، فإن كان حلف بسؤال الوارث، وحكى أبو الحسين الطرسوسي من أصحابنا قولاً أنه لا يحلف في الدعوى مع البينة وهو مذهب المزني، والمشهور الأول، لكن هذا التحليف واجب أم مستحب؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: الوجوب، ومنهم من قطع به. ومن قال بالاستحباب قال: لأن تدارك التحليف باق، والوجوب في الميت والصبي والمجنون أولى لعجزهم عن التدارك، لكن الخلاف مطرد فيهم، حكاه أبو الحسن العبادي وجماعة، وبنى على هذا ما لو أقام قيم طفل بينة على قيم طفل، فإن أوجبنا التحليف، انتظرنا حتى يبلغ المدعى له، فيحلف، وإن قلنا بالاستحباب، قضى بها، ولا يشترط في اليمين هنا التعرض لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد، لأن البينة هنا كاملة وقيل: يشترط.

إذا لم يدع بنفسه، بل ادعى وكيله على غائب لا يحلف، بل يعطى المال إن كان المدعى عليه هناك مال، ولو كان المدعى عليه حاضراً، وقال للمدعي بالوكالة بعد أقام البينة عليه: أبرأني موكلك الغائب، وأراد التأخير إلى أن يحضر الموكل، فيحلف، لم يمكن منه، بل عليه تسليم الحق، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له

حجة، وكذا لو ادعى ولي الصبي ديناً للصبي، فقال المدعى عليه: إنه أئلف علي من جنس ما تدعيه قدر دينه لم ينفعه بل عليه أداء ما أثبته الولي، فإذا بلغ الصبي، حلفه. ولو قال المدعى عليه في مسألة التوكيل: أبرأني موكلك الغائب، فاحلف أنك لا تعلم ذلك، قال الشيخ أبو حامد: له تحليفه على نفي العلم ومن الأصحاب من يخالفه ولا يحلف الوكيل ولك أن تقول: مقتضى ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء وسائر الأسباب المسقطه نيابة عن المدعى عليه فيما يتصور منه لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعي لنفسه.

فرع: يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر وهل يكفي يمين أم يشترط يمينان إحدهما لتكمل الحجة، والثاني لنفي المسقطات وجهان أصحهما: الثاني.

فرع: تعلق برجل وقال: أنت وكيل فلان الغائب، ولي عليه كذا، وأدعي 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 قد تقوم بالوكالة، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق به؟ وجهان أحدهما: نعم ليستغني عن ضم اليمين إلى البينة، وليكون القضاء مجمعاً عليه، وأصحهما: لا، لأن الوكالة حق له، فكيف يقام بينة بها قبل دعواه.

الطرف الثالث: في كتاب القاضي إلى القاضي، فالقاضي بعد سماع الدعوى والبيينة على الغائب قد يقتصر عليه، وينهي الأمر إلى قاضي بلد الغائب ليحكم ويستوفي، وقد يحلفه كما سبق، ويحكم وعلى التقدير الثاني قد يكون للغائب مال حاضر يمكن أداء الحق منه فيؤدى، وقد لا يكون كذلك، فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم إلى قاضي بلد الغائب، فيجيبه إليه. ولإنهاء طريقان، أحدهما: أن يشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد، والأولى أن يكتب بذلك كتاباً أولاً، ثم يشهد، وصورة الكتاب: حضر فلان، وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا، وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان، وقد عدلا عندي، وحلفت المدعي، وحكمت له بالمال، فسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبت، وأشهدت بذلك فلاناً وفلاناً. ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم، ولا ذكر أصل الإشهاد، ولا تسمية شهود الحق، بل يكفي أن يكتب: شهد عندي عدول ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة، ويكون الحكم بشهادتهم تعديلاً لهم، ذكره في العدة، ويجوز أن لا يتعرض لأصل الشهادة، فيكتب: حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم، لأنه قد يحكم بشاهد ويمين وقد يحكم بعلمه إذا جوزناه، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح الحنفية إذا حكم بشاهد ويمين.

وفي فحوى كلام الأصحاب وجه ضعيف مانع من إبهام الحجة، لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم. ويستحب للقاضي أن يختم الكتاب ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ليطالعاها، ويتذكرا عند الحاجة، وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يختم به، وأن يثبت اسم نفسه، واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب، وفي العنوان أيضاً. وأما الإشهاد، فإن أشهدهما أنه حكم بكذا، ولا كتاب، شهدا به، وقبلت شهادتهما، وإن أنشأ الحكم بين أيديهما، فلهما أن يشهدا عليه وإن لم يشهدهما، وإن كتب، ثم أشهد، فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما ثم يقول لهما: إشهدا علي بما فيه، أو على حكمي المبين فيه، وفي «الشامل» أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله: هذا كتابي إلى فلان، أجزأ، وحكى ابن كج وجهاً أنه يكفي مجرد القراءة عليهما، والأحوط أن ينظر الشاهدان وقت القراءة عليهما في الكتاب، فلو لم يقرأ الكتاب عليهما، ولم يعلم ما فيه، قال القاضي: أشهدكما على أن هذا كتابي أو ما فيه خطي، لم يكف، ولم يكن لهما أن يشهدا على حكمه، لأن الشيء قد يكتب من غير قصد بحقيقة. ولو قال: أشهدكما على أن ما فيه حكمي، أو على أنني قضيت بمضمونه، فوجهان: أحدهما: لا يكفي حتى يفصل ما حكم به، والثاني: يكفي لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه، ويجري الخلاف فيما لو قال المقر: أشهدتك على ما في هذه القبالة وأنا عالم به، لكن الأصح عند الغزالي في الإقرار أنه يكفي، حتى إذا سلم القبالة إلى الشاهد، وحفظها الشاهد، وأمن التحريف، جاز له أن يشهد على إقراره، لأنه يقر على نفسه، والإقرار بالمجهول صحيح، وقطع الصيمري بأنه لا يكفي في الإقرار أيضاً حتى يقرأه ويحيط بما فيه، قال: وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله، ويشبه أن يكون الخلاف في أن الشاهد هل يشهد أنه أقر بمضمون القبالة مفصلاً. فأما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهماً، فينبغي أن يقبل بلا خلاف كسائر الأقاير المبهمة، ثم سواء شهد كذا أو كذا، فإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظاً عنده، وأمن التصرف.

فرع: التعويل على شهادة الشهود والمقصود من الكتاب التذكر، ومن الختم الاحتياط، وإكرام المكتوب إليه، فلو ضاع الكتاب، أو امحى، أو انكسر الختم، وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما، قبلت شهادتهما، وقضي بها، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب، عمل بشهادتهما، ولا يكفي الكتاب المجرد. وقال الإصطخري: إذا وثق المكتوب إليه بالخط والختم، كفى، والصحيح الأول. ويشترط إشهاد رجلين عدلين، فلا يقبل رجل وامرأتان، وقيل: يقبل إن تعلقت الحكومة بمال، وذكر ابن كج أنه لو كان الكتاب برؤية هلال رمضان، كفى شهادة واحد على قولنا: يثبت

بواحد، وأنه لو كتب بالزنى وجوزنا كتاب القاضي إلى قاض في العقوبات هل يثبت برجلين أم يشترط أربعة؟ وجهان بناء على القولين في الإقرار بالزنى.

فرع: إذا وصل كتاب القاضي وحامله إلى قاضي البلد الآخر، أحضر الخصم، فإن أقر بالمدعي، استوفاه، وإلا فيشهد الشاهدان أن هذا كتاب القاضي فلان وختمه، حكم فيه لفلان بكذا على هذا وقرأه علينا، وأشهدنا به، ولو لم يقولوا: أشهدنا به، جاز، ولا يكفي ذكرهما الكتاب والختم، بل لا بد من التعرض لحكمه. ثم في «التهذيب» و«الرقم» أن القاضي إنما نقض الختم بعد شهادة الشهود وتعديلهم، وذكر الهروي أنه يفتح الكتاب أولاً: ثم يشهدون ويوافق هذا قول كثير من الأصحاب أن الشهود يقرؤون الكتاب، ثم يشهدون ليقفوا على ما فيه، ويعلموا أنه لم يخرق، وليس هذا خلافاً في الجواز، وكيف وقد عرف أن الختم من أصله لا اعتبار به، فكما تقبل الشهادة على ما لا ختم عليه تقبل على المفوض ختمه، وسواء فضه القاضي أو غيره، وإنما هو في الأدب والاحتياط.

فرع: يجوز أن يكتب إلى قاض معين، ويجوز أن يطلق فيكتب إلى كل من يصل إليه من القضاة، وإذا كان الكتاب إلى معين، فشهد شاهداً الحكم عند حاكم آخر قبل شهادتهما، وأمضاه، وإن لم يكتب: وإلى كل من يصل إليه من القضاة اعتماداً على الشهادة، وكذا لو مات الكاتب، وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه، وشهدا عند من قام مقامه، قبل شهادتهما، وأمضى الحكم. والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت. ولو كتب القاضي إلى خليفته، ثم مات القاضي، أو عزل، تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا: ينعزل بانعزال الأصل. ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فوجهان قطع ابن القاص، وصاحباً «المهذب» و«التهذيب» وآخرون بأن الكتاب إن كان بالحكم المبرم، أمضي، لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق، وإن كان بسماع الشهادة، لم يقبل ولم يحكم به، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، وأطلق ابن كج أنه لا يقبل كتابه إذا فسق، وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد وابن الصباغ.

فرع: شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه، وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم؟ وجهان: قال القفال الشاشي: نعم للحاجة، والأصح المنع، لأنه تعديل قبل أداء الشهادة، ولأنه كتعديل المدعي شهوده، ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم، فلو ثبت به عدالتهم لثبتت بقولهم، والشاهد لا يزكي نفسه.

فرع: ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له، والمحكوم عليه،

وكنيتهما، واسم أبويهما، وجديهما، وحليتهما، وصنعتهما، وقبيلتهما ليسهل التمييز، وإن كان مشهوراً ظاهر الصيت، وحصل الإعلام ببعض ما ذكرنا، اكتفي به. وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا، فحمل الكتاب إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعم محكوماً عليه، نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه، لأن القاضي الكاتب حكم عليه، طوّل بالحق، وإن لم يشهدوا على عينه، لكن شهدوا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب، فأنكر المحضر أن ما في الكتاب اسمه ونسبه، فالقول قوله مع يمينه، وعلى المدعي البيّنة على أنه اسمه ونسبه، فإن لم تكن بيّنة، ونكل المحضر، حلف المدعي، وتوجه له الحكم. ولو قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، فحكى الإمام والغزالي عن الصيدلاني أنه يقبل منه اليمين هكذا، كما لو ادعى عليه قرض، فأنكر، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء، فإنه يقبل، واختاراً أنه لا يقبل، وفرقاً بأن مجرد الدعوى ليس بحجة، وهنا قامت بيّنة على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجب الحق عليه إن ثبت كونه المسمى، وإن قامت البيّنة بأنه اسمه ونسبه، فقال: نعم، لكن لست المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة، لزمه الحكم، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه، وإن وجد بأن عرفه القاضي، أو قامت عليه بيّنة، وأحضر المشارك، فإن اعترف بالحق، طوّل به، وخلص الأول، وإن أنكر، بعث الحاكم إلى الكاتب بما وقع من الإشكال، ليحضر الشاهدين، ويطلب منهما مزيد صفة يميز بها المشهود عليه، فإن ذكرنا مزيداً، كتب إليه ثانياً، وإلا وقف الأمر حتى تنكشف. ولو أقام المحضر بيّنة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات، فإن مات بعد الحكم، فقد وقع الإشكال، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له، فلا إشكال، وإن عاصره، حصل الإشكال على الأصح، هذا كله إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه، ونسبه، وصفته كما سبق، أما إذا اقتصر على قوله: حكمت على محمد بن أحمد مثلاً، فالحكم باطل، لأن المحكوم عليه مبهم، ولم يتعين بإشارة، ولا وصف كامل بخلاف ما إذا استقصى الوصف، فظهر اشتراك على الندور، حتى 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 هو الصحيح، وهو الذي نقله الإمام والغزالي وغيرهما، وذكر ابن القاص وأبو علي الطبري أنه إذا ورد الكتاب، أحضر القاضي المكتوب عليه، وقرأ عليه الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه، أخذه به، سواء كان رفع نسبه وذكر صفته أم لا، ولا شك أنه لو شهد الشهود كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه يقبل

الشهادة، ويعمل بمقتضاها، لما سبق أن الاعتبار بقول الشهود لا بالكتاب.

فصل: سبق أن لإنهاء حكم القاضي إلى قاض آخر طريقين، أحدهما: المكاتبه وسبق.

والطريق الثاني المشافهة، وتتصور من أوجه:

أحدها: أن يجتمع القاضي الذي حكم، وقاضي بلد الغائب في غير البلدين، ويخبره بحكمه.

والثاني: أن ينتقل الذي حكم إلى بلد الغائب، ويخبره، ففي الحالين لا يقبل قوله، ولا يمضي حكمه، لأن إخباره في غير موضع ولايته، كإخبار القاضي بعد العزل.

والثالث: أن يحضر قاضي بلد الغائب في بلد الذي حكم فيخبره، فإذا عاد إلى محل ولايته، فهل يمضيه، إن قلنا: يقضي بعلمه فنعم، وإلا فلا على الأصح، كما لو قال ذلك القاضي: سمعت البيئة على فلان بكذا، فإنه لا يترتب الحكم عليه إذا عاد إلى محل ولايته.

والرابع: أن يكونا في محل ولايتهما، بأن وقف كل واحد في طرف محل ولايته، وقال الحاكم: حكمت بكذا فيجب على الآخر إمضاؤه، لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب، وكذا لو كان في البلد قاضيان وجوزناه، فقال أحدهما للآخر: حكمت بكذا فإنه يمضيه، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد وبالعكس. ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب، فأخبر أحدهما الآخر بحكمه أمضاه الآخر، لأن القرية محل ولايتهما، ولو دخل النائب البلد، فقال للقاضي: حكمت بكذا لم يقبله، ولو قال له القاضي: حكمت بكذا، في إمضائه إياه، إذا عاد إلى قريته الخلاف في القضاء بالعلم.

فرع: إذا حكم القاضي بحق، وشافه به والياً غير قاض ليستوفيه، فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي، وكذا خارجه على الصحيح. ولو كاتب القاضي والياً غير قاض، فإن كان صالحاً للقضاء وقد فوض إليه الإمام نظر القضية وتولية من يراه، جازت مكاتبته، كما تجوز مكاتبته الإمام الأعظم، نص عليه في «المختصر» وإن لم يكن صالحاً، أو كان، ولم يفوض إليه، نظر القضية، لم تجز مكاتبته، لأن سماع البيئة يختص بالقضاة.

فصل: ذكرنا في أول الطرف أن القاضي بعد سماع البيئة قد يحكم، وينهيه إلى حاكم آخر، وقد يقتصر على السماع وينهيه، وفرغنا من القسم الأول، وأما الثاني فنقدم عليه مقدمة فيما يمتاز به أحد القسمين على الثاني وفي فروع تتعلق بالحكم.

اعلم أن صيغ الحكم في قوله: حكمت على فلان لفلان بكذا، وألزمته لما سبق في الأدب الخامس من الباب الثاني، فلو قال: ثبت عندي كذا بالبينة العادلة، أو صح، فهل هو حكم؟ فيه وجهان أحدهما: نعم، لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جزماً وأصحهما: لا، لأنه قد يراد به قبول الشهادة، واقتضاء البينة صحة الدعوى، فصار كقوله: سمعت البينة وقبلتها ولأن الحكم هو الإلزام، والثبوت ليس بالإلزام. وأما ما يكتب على ظهور الكتب الحكمية وهو: صح ورود هذا الكتاب علي، فقبلته قبول مثله، وألزم العمل بموجبه، فليس بحكم لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب، وإثبات الحجة، ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي على الأصح، وهل يصح أن يلزم القاضي الميت بموجب إقراره في حياته؟ وجهان: ويشترط تعيين ما يحكم به، ومن يحكم له، لكن قد يتلى القاضي بظالم يريد ما لا يجوز، ويحتاج إلى ملاينته، فرخص له دفعه بما يوهم أنه أسعفه بمراده. مثله: أقام خارج بينة وداخل بينة، والقاضي يعلم فسق بينة الداخل، ولكنه يحتاج إلى ملاينته، وطلب الحكم بناء على ترجيح بينة الداخل، فيكتب: حكمت بما هو مقتضى الشرع في معارضة بينة فلان الداخل، وفلان الخارج، وقررت المحكوم به في يد المحكوم له، وسلطته عليه، ومكنته من التصرف فيه إذا ثبتت هذه المقدمة، فإذا لم يحكم القاضي، وأنهى ما جرى من الدعوى والبينة بالكتاب، سمي بذلك كتاب نقل الشهادة، وكتاب التثبيت، أي: تثبت الحجة. وينص على الحجة، فيذكر أنه قامت عنده بينة أو شاهد ويمين، أو نكل المدعى عليه، وحلف المدعي، وإنما ينص على الحجة، ليعرف المكتوب إليه تلك الحجة، فقد لا يرى بعض ذلك الحجة، وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه ليقضي به المكتوب إليه؟ قال في العدة: لا يجوز وإن جوزنا القضاء بالعلم، لأنه ما لم يحكم به هو كالشاهد والشهادة لا تتأدى بالكتابة. وفي أمالي السرخسي جوازه، ويقضي به المكتوب إليه إذا جوزنا القضاء بالعلم. وإذا كتب بسماع البينة، فليسم الشاهدين، والأولى أن يبحث عن حالهما ويعدهما، لأن أهل بلدهما أعرف بهما، فإن لم يفعل، فعلى المكتوب إليه البحث والتعديل. إذا عدل، فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين؟ قال الإمام والغزالي: لا، والقياس الجواز، كما أنه إذا حكم، استغنى عن تسمية الشهود، وهذا هو المفهوم من كلام البغوي وغيره، وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكتاب أم له البحث وإعادة التعديل؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني، والقياس الأول.

قلت: هذا الذي جعله القياس هو الصواب. والله أعلم.

ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي، والقول في إشهاد القاضي، وفي

أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم إن كان هناك من يشاركه في الاسم على ما سبق في القسم الأول، وإذا عدل الكاتب شهود الحق، فجاء الخصم ببينته على جرحهم سمعت، ويقدم على التعديل، وإن استمهل البينة الجرح أمهل ثلاثة أيام هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم، وكذا لو قال: أبرأني، أو قضيت الحق واستمهل ليقيم البينة عليه. ولو قال: أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم، فإني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك، أو قال: لي بينة أخرى هناك دافعة، لم يمهل، بل يؤخذ الحق منه، فإذا أثبت جرحاً أو دفعاً، استرد، وسواء في ذلك كتاب الحكم، وكتاب نقل الشهادة: وفي العدة أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم أنه لا عداوة بينه وبينهم وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه أجابه إليه، ولو سأل إحلافه على عدالتهم، لم يجبه، وكفى تعديل الحاكم إياهم، وأنه لو ادعى قضاء الدين، وسأل إحلافه: أنه لم يستوفه، لم يحلف، لأن الكاتب أحلفه. وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه: أنه لم يبرئه فحصل وجهان.

فرع: في مشافهة القاضي قاضياً بسماع البينة فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضياً من طرف ولايته: إني سمعت البينة بكذا، أو جوزنا قاضيين في بلد، فقال ذلك قاض لقاض، هل للمقول له الحكم بذلك؟ قال الإمام والغزالي: يبني ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى قاض آخر هل هو نقل كشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول، أم حكم بقيام البينة؟ وفيه وجهان: فعلى الأول لا يجوز، كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل. وعلى الثاني يجوز كما في الحكم المبرم، وهذا أرجح عند الإمام والغزالي، والصحيح الأول، وبه قال عامة الأصحاب، وقالوا أيضاً: كتاب السماع إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب وبين الذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على الشهادة، وهذا نصه في «عيون المسائل» ولو 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 حضور الشهود عنده، لكن الأشبه هنا الجواز، وبه أجاب أبو العباس الروياني مع توقف فيه.

الطرف الرابع: في الحكم بالشيء الغائب على غائب. الغيبة والحضور إنما تتعاقبان الأعيان، فأما إذا كانت دعوى نكاح أو طلاق أو رجعة، أو إثبات وكالة، فلا يوصف المدعي بغيبة ولا حضور، وكذا إذا كان المدعى ديناً. ومتى ادعى عيناً، فإن كانت حاضرة مشاراً إليها، سلمت إلى المدعي إذا تمت حجته، وإن كانت غائبة، فلها حالان الأولى أن تكون غائبة عن البلد، فهي إما عين يؤمن فيها الاشتباه

والاختلاط، كالعقار وعبد وفرس معروفين، وإما غيرها، والقسم الأول يسمع القاضي البينة عليه، ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال ليسلمه إلى المدعي، ويعتمد في العقار على ذكر البقعة والسكة والحدود، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدين أو ثلاثة، ولا يجب التعرض للقيمة على الأصح، لحصول التمييز دونه. وأما القسم الثاني كغير المعروف من المعروف من العبيد والدواب وغيرها فهل يسمع البينة على عينها وهي غائبة؟ قولان: أحدهما: نعم، كما يسمع على الخصم الغائب اعتماداً على الحلية والصفة، ولأنه يحتاج إليه كالعقار. والثاني: لا، لكثرة الاشتباه، وبهذا قال المزني، ورجحه طائفة، منهم أبو الفرج الزاز، والأول اختيار الكرابيسي، والإصطخري، وابن القاص، وأبي علي الطبري، وبه أفتى القفال. فإذا قلنا به، فهل يحكم للمدعي بما قامت به البينة؟ قولان: أحدهما: نعم كالعقار، وأظهرهما: لا، لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد. والحاصل ثلاثة أقوال: أظهرها: تسمع البينة فينبغي أن يبالغ البينة ولا يحكم، والثاني لا يسمع ولا يحكم، والثالث يسمع ويحكم، هذه طريقة الجمهور، وطردها في جميع المنقولات التي لا تعرف، وقال الإمام والغزالي: ما لا يؤمن فيه الاشتباه ضربان ما يمكن تمييزه بالصفات والحلي كالحيوان، وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس، فالأول على الأقوال الثلاثة، وقطعا في الكرباس ونحوه بأنه لا ترتبط الدعوى والحكم بالعين، فإن قلنا: يسمع البينة، فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف بما يمكن الاستقصاء والتعرض للثبات.

وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع؟ قولان حكاهما الهروي وغيره، أحدهما لتعرض الأوصاف المعتبرة في السلم، والثاني يتعرض للقيمة، وتكفي عن ذلك الصفات، قالوا: والأظهر أن الركن في تعريف ذوات الأمثال ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب في ذوات القيم، الركن القيمة، وذكر الصفات مستحب، 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 يده، أو في يد غيره، فقد صار القضاء مبهماً، وانقطعت المطالبة في الحال، كما سبق في المحكوم عليه، وإن لم يأت بدافع، فإن كان الكتاب كتاب حكم، وجوزناه، حلف المدعي أن هذا المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان، وتسلم إليه، ذكره ابن القاص في كتاب آداب القضاء، وإن كان كتاب سماع البينة، انتزع المکتوب إليه المال، وبعثه إلى الكاتب، ليشهد الشهود على عينه، وفي طريقه قولان: أظهرهما وأشهرهما، وبه قطع ابن الصباغ وغيره: يسلم إلى المدعي، ويؤخذ منه كفيل ببدنه.

وقال أبو الحسن العبادي: يكفله قيمة المال، فإن ذهب إلى القاضي الكاتب، وشهد الشهود على عينه، وسلم له، كتب القاضي بذلك إبراء الكفيل وإلا فعلى المدعي الرد، ومؤنته، ويختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم، فإن كان عبداً، جعل في عنقه القلادة، ويختم عليها، والمقصود من الختم أن لا يبدل المأخوذ بما لا يستريب الشهود في أنه له، وأخذ الكفيل واجب، والختم مستحب، وعلى هذا القول لو كان للمدعي جارية، فثلاثة أوجه: أحدها: أنها كالعبد، والثاني: لا تبعث أصلاً، والثالث: تسلم إلى أمين في الرفقة لا إلى المدعي، وهذا حسن.

قلت: هذا الثالث هو الصحيح أو الصواب. والله أعلم.

ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب، سلمه إلى المدعي، وقد تم الحكم له، ثم يكتب إبراء الكفيل على ما ذكرنا، وفي «الفروق» للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته ختماً ثانياً، ويكتب بأني حكمت به لفلان، ويسلمه إلى المكتوب له، ليرده إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب، ويطلق الكفيل، ويسلم العبد إلى المدعي. والقول الثاني أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه للمدعي، ويقبض منه الثمن، ويضعه عند عدل، أو يكفله بالثمن، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب، كتب برد الثمن، أو براءة الكفيل، وبأن بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح، ويسلم الثمن إلى المدعي عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة، كما يبيع الضوال، وحكى الفوراني بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال، ويأخذ القيمة ويدفعها إلى المدعي عليه للحيلولة بينه وبين ما يزعمه ملكاً له، ثم يسترد هذه القيمة، سواء ثبت المال للمدعي أم لا.

الحالة الثانية: أن تكون العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم دون البلد، فإن كان الخصم حاضراً أمر بإحضاره لتقوم البينة على عينها، ولا تسمع الشهادة على صفتها هذا هو الجواب في فتاوى القفال. ويشبه أن يجيء فيه وجه فيما إذا كان المدعي عليه في البلد، هل تسمع الشهادة عليه مع غيبته عن المجلس؟ ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر فأما ما لا يمكن، كالعقار، فيحده 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، حكم وإلا فلا، ولو كان العقار مشهوراً لا يشتهر، فلا حاجة للتحديد، وأما ما يعسر إحضاره كشيء ثقیل، 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

من يسمع الدعوى على عينه، وذكر الغزالي أن العبد المدعى لو كان يعرفه القاضي، حكم به دون الإحضار، وجعل هذه الصورة كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار.

وهذا الذي قاله إن أراد به العبد المعروف بين الناس، فهو صحيح كما ذكرنا في العقار المعروف والعبد المشهور الغائب عن البلد، فأما إن اختص القاضي بمعرفته، فإن كان عالماً بصدق المدعي، وحكم بعلمه تفريعاً على جوازه، فهو قريب أيضاً، وإن حكم بالبينه فالبينه تقوم على الصفة، فإذا لم يسمع البينة بالصفة، وجب أن يمتنع الحكم ومتى أوجبنا الإحضار، فذلك إذا اعترف المدعى عليه باشتمال يده على مثل تلك العين، وإن أنكر اشتمال يده على غير تلك الصفة، صدق بيمينه، فإن حلف، كان للمدعي أن يدعي عليه القيمة، لاحتمال أنها هلكت ذكره البغوي وغيره.

وإن نكل وحلف المدعي، أو أقام بينه حين أنكر، كلف إحضارها وحبس، ولا يطلق إلا بالإحضار، أو بأن يدعي التلف، فتؤخذ منه القيمة، وتقبل منه دعوى التلف، وإن كانت خلاف قوله الأول للضرورة، وقيل: لا يطلق إلا بإحضار، أو بينه التلف، فإن لم يدر المدعي أن العين باقية ليطالب بها، أو تالفة ليطالب بقيمتها فادعى على التردد، وقال: غصب مني كذا، فإن كان باقياً، فعليه رده، وإن كان تالفاً، فقيمته، فوجهان: أحدهما: لا يسمع دعواه، لعدم الجزم، بل يدعي العين، ويحلف عليها، ثم ينشئ دعوى القيمة، ويحلف عليها، وأصحهما: وعليه عمل القضاء: يسمع للحاجة فيه، وعلى هذا يحلف أنه لا يلزمه رد العين، ولا قيمتها، ويجري الوجهان فيما لو سلم ثوباً إلى دلال لبيعه فطالبه به، فجحد، فلم يدر صاحب الثوب بأباعه، فيطالبه بالثمن، أم تلف، فيطالبه بالقيمة، أم هو باق ليطالبه بالعين؟ فعلى الأول يدعي العين في دعوى، والقيمة في أخرى، والثمن في أخرى، وعلى الثاني يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه أو قيمته، ويحلف الخصم يميناً واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته، ولو شهدوا أنه غصب منه عبداً بصفة كذا، فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة. وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً، فإن كان غائباً والمال في البلد، كما وصفنا أحضر مجلس الحكم أيضاً، وأخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه.

فرع: لو كان الخصم حاضراً، والمدعي ببلدة أخرى، فقياس ما سبق أنا إن قلنا: تسمع البينة بالمال الغائب، ويحكم به، فالقاضي يحكم عليه، وإن لم نجوز إلا السماع، فإذا سمع البينة، أمر بنقل المدعي إلى مجلسه، كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم.

فرع: ذكرنا أن المدعي إن كان في البلد، كلف المدعى عليه إحضاره، وإن

كان غائباً يبعثه القاضي المكتوب إليه على يد المدعي، ولا يكلف المدعى عليه الإحضار للمشقة، كما يكلف الحضور هناك ولا يكلفه هنا، قال البغوي: فحيث أمر المدعي هنا بالإحضار، فمؤنة الإحضار عليه إن ثبت أنه للمدعي، وإلا فعلى المدعي مؤنة الإحضار والرد جميعاً، وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب إن لم يثبت أنه للمدعي، فعليه رده إلى موضع بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده، وإن ثبت أنه للمدعي، فقياس ما ذكره البغوي أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه. وفي أمالي السرخسي أن القاضي ينفق على النقل من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، اقترض، فإن ثبت المال للمدعى عليه، لزمه رد القرض بظهور تعديه، وإلا كلف المدعي رده لظهور تعنته، ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم: إذا نقل المدعي المال إلى بلد القاضي الكاتب، ولم يثبت كونه له، لزم المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة، وإذا أحضره المدعى عليه وهو في البلد، فاقضى سكوتهم المسامحة وقد صرح بهذا الاقتضاء الغزالي، والفرق بين الحالين زيادة الضرر هناك.

الطرف الخامس: في المحكوم عليه، والأصل أن لا يسمع القاضي البينة، ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه، لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب. وتفصيلها أن يقال: إذا لم يكن الخصم في مجلس القاضي، فإما أن يكون في البلد، وإما لا، فإن كان، نظر إن كان ظاهراً يتأتى إحضاره، فهل يجوز سماع البينة عليه والحكم من غير حضوره أم لا، أم يجوز سماعها دون الحكم؟ فيه أوجه: الصحيح المنع منهما، وأجري الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم هل يسمع البينة عليه، ويحكم بغير سؤاله ومراجعته، والمنع هنا أظهر وأولى. وإن تعذر إحضاره بتواريه أو بعذره، جاز سماع الدعوى والبينة والحكم عليه على الصحيح، ومنعه القاضي حسين، فإن قلنا بالصحيح، فهل يحلف المدعي، كما يحلف المدعي على غائب؟ وجهان: وقطع صاحب العدة بأنه لا يحلف، لأن الخصم قادر على الحضور وإن لم يكن في البلد، فإن غاب إلى مسافة بعيدة، جاز الحكم عليه، وإن كانت قريبة، فهو كالحاضر، وفي ضبط البعيدة وجهان: أحدهما: تقصر فيه الصلاة، والقريبة دونها، وأصحهما: أن القرية ما يمكن المبكر الرجوع منها إلى مسكنه ليلاً، فإن زادت، فبعيدة، ولو كان للمتمرد وكيل نصبه بنفسه، فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ جوابان لأبي العباس الروياني: لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل، وكذا لو كان للغائب وكيل.

فصل: من أتى القاضي مستعدياً على خصم ليحضره، فليخصمه حالان:

الحالة الأولى: أن يكون بالبلد وظاهراً يمكن إحضاره، فيجب إحضاره، وقال

ابن سريج: يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلسه، والصحيح أنه لا فرق. ثم الإحضار قد يكون بختم من طين رطب أو غيره يدفعه إلى المدعي، ليعرضه على الخصم. وليكن مكتوباً عليه: أجب القاضي فلاناً، وقد يكون بشخص من الأعوان المرتبين على باب القاضي، وتكون مؤنته على الطالب إن لم يكن لهم رزق من بيت المال، وإن بعث الختم، فلم يجب، بعث إليه العون، وإن ثبت عند القاضي امتناعه بلا عذر، أو ثبت سواد به بكسر الختم ونحوه، استعان على إحضاره بأعوان السلطان، فإذا حضر عزره بما يراه، وتكون مؤنة المحضر والحالة هذه على المطلوب، لامتناعه. وقيل: على المدعي، والصحيح الأول، فإن اختفى بعث من ينادي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سمر باب داره، أو ختم عليه، فإن لم يحضر بعد الثلاث، وسأل المدعي التسمير أو الختم، أجابه إليه، وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره، وإذا عرف له موضع قال ابن القاص: يبعث القاضي جماعة من النسوة والصبيان والخصيان يهجمون عليه على هذا الترتيب، ويفتشون. ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور، لم يكلف، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه، فإن وجب تحليفه، بعث إليه من يحلفه، والعذر كالمرض، أو حبس ظالم، أو الخوف منه، وفي المرأة المخدرة خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى.

الحالة الثانية: أن يكون خارج البلد، فينظر إن كان خارجاً عن محل ولاية القاضي لم يكن له أن يحضره، وإن كان فيها، فإن كان له في ذلك الموضع نائب، لم يحضره، بل يسمع البينة ويكتب إليه، هذا هو الصحيح، وقيل: يلزم إحضاره إذا طلب الخصم، وقيل: يتخير بين الأمرين، ذكره السرخسي في «الأمالي» وإن لم يكن هناك، فثلاثة أوجه: أحدهما - وبه قطع العراقيون -: يحضره قربت المسافة أم بعدت، لكن له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المستعدي، والثاني: إن كان دون مسافة القصر أحضره، وإلا فلا، والثالث: إن كان على مسافة العدوى، أحضره وإلا فلا، وهذا أصح عند الإمام. وإذا قلنا: لا يحضره إذا كان هناك حاكم، فكذا لا يحضره إذا كان هناك من يتوسط ويصلح بينهما، بل يكتب إليه أن يتوسط ويصلح، فإن تعذر فحينئذ يحضره، وحيث قلنا: يحضر الخارج عن البلد، فذكر الإمام والغزالي، وصاحب العدة أنه إنما يحضره إذا أقام المدعي بينة على ما يدعيه، فقد لا يكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار، لكن قد لا يكون له حجة، ويقصد تحليفه لعله ينزجر فيقر، ولم يتعرض الجمهور لما ذكره، لكن قالوا: يبحث القاضي عن جهة دعواه، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده، كذمي أراد مطالبة مسلم بضمان

خمر، بخلاف الحاضر في البلد لا يحتاج إلى البحث في إحضاره، لأنه ليس في الحضور عليه مشقة شديدة ولا مؤنة.

فرع: لو استعدى على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها، وهل يشترط أمن الطريق ونسوة ثقات، وهل على القاضي أن يبعث إليها محرماً لها لتحضر معه؟ قال أبو العباس الروياني: في كل ذلك وجهان الأصح أن يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات.

فصل: إذا ثبت على غائب دين، وله مال حاضر، فعلى القاضي توفيته منه إذا طالب المدعي، وإذا وفي هل يطالب المدعي بكفيل؟ وجهان: أحدهما: نعم فقد يكون للغائب دافع، وأصحهما: لا، لأن الحكم قد تم، والأصل عدم الدافع.

فصل: ذكرنا أن القضاء على الغائب جائز، وذلك في غير العقوبات، وفي العقوبات ثلاثة أقوال المشهور ثالثها إن كانت لآدمي، كقصاص وحد قذف، جاز، وإن كانت حداً لله تعالى، كالزنا والشرب، وقطع الطريق فلا، فإن جوزنا، كتب إلى قاضي بلد المشهود عليه، ليأخذه بالعقوبة ثم لا فرق بين كتاب الحكم، وكتاب النقل عند الجمهور وقال الفوراني: الخلاف في كتاب النقل، فأما كتاب الحكم فيقبل قطعاً في العقوبتين.

فصل: إذا سمع القاضي بينة، فعزل، ثم ولي ثانياً، لم يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالعزل، بل تجب الاستعادة، ولو خرج عن محل ولايته، ثم عاد، فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح لبقاء ولايته. ولو سمع الشهادة على غائب، فقدم قبل الحكم، لم تجب الاستعادة، لكن يخير ويمكن من الجرح، وإن قدم بعد الحكم، فهو على حجته في إقامة البينة بالأداء والإبراء، وجرح الشهود، لكن يشترط أن يؤرخ الجراح فسقه بيوم الشهادة، لأنه إذا أطلق احتمال حدوثه بعد الحكم وبلوغ الصبي بعد سماع البينة عليه، أو بعد الحكم كقدوم الغائب.

فصل: المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم؟ وجهان: أحدهما نعم قاله القفال كغيرها، فعلى هذا لو حضر القاضي دارها، ليحكم بينها وبين خصمها، أو بعث نائباً كان للخصم أن يمتنع من دخول دارها، ويطلب إخراجها، وأصحهما: لا كالمريض، وسبيل القاضي في حقها كما سبق في المريض، فعلى هذا قال ابن الصباغ: إذا حضر دارها نائب القاضي، تكلمت من وراء الستر إن اعترف الخصم أنها خصمه، أو شهد اثنان من محارمها أنها هي التي ادعى عليها، وإلا تلفت بملحفة، وخرجت من الستر، ثم من لا تخرج أصلاً إلا لضرورة فهي مخدرة، ومن لا تخرج إلا نادراً لعزاء، أو زيارة أو حمام مخدرة أيضاً على الأصح. ويكفي

أن لا تصير متبذلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة، ك شراء الخبز والقطن، وبيع الغزل ونحوها، ثم إنما يتحتم حضور المخدرة على الوجه الأول للتحليف، وأما ما عداه، فيقنع فيه بالتوكيل من المخدرة وغيرها.

فصل: القاضي يزوج من لا ولي لها إذا كانت في محل ولايته، سواء كانت مستوطنة محل ولايته، أم غيرها، ولا يزوج خارجة عن محل ولايته، وإن رضيت. ولا يكفي حضور الخاطب، لأن الولاية عليها لا تتعلق بذلك بخلاف ما لو حكم بحاضر على غائب، لأن المدعي حاضر، والحكم يتعلق به، بخلاف ما لو كان لیتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر، فإنه يتصرف فيه، لأن الولاية عليه ترتبط بماله، ثم تصرفه في مال الیتيم الغائب يكون بالحفظ والتعهد، وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال بشرط الغبطة اللائقة، وهكذا يفعل في مال كل غائب أشرف على الهلاك، فإن كان حيواناً، وخيف هلاكه، باعه، وإن حصلت الصيانة بالإجارة اقتصر عليها. وهل له أن يتصرف في مال الیتيم الغائب للاستنماء، وأن ينصب قيماً كذلك، وأن يتصرف للتجارة، وطلب الفائدة كتصرفه في أموال الحاضرين؟ وجهان: لأن نصب القيم يرتبط بالمال والمالك جميعاً، فلو جاز النصب بحضور المال، جاز لقاضي بلد الیتيم بحضور المالك، وحينئذ يمتنع تصرفهما. قال الغزالي: والأولى أن يلاحظ مكان الیتيم دون المال، وله نصب القيم للحفظ والصيانة بلا خلاف. وللقاضي إقراض مال الغائب ليحفظه بحفظه في الذمة، وذكره صاحب «التلخيص» وهو موافق لما سبق في الحجر في إقراض مال الصبي. وأما ما لا يتعين له مالك، وحصل اليأس من معرفته، فذكر بعضهم أن له أن يبيعه، ويصرف ثمنه إلى المصالح، وأن له حفظه.

قلت: هذا المحكي عن بعضهم متعين، وقد قاله جماعة، ولا نعرف خلافه. والله أعلم.

فصل: في مسائل منثورة

كتاب قاضي البغاة مقبول على المشهور، وعن القديم منعه، أطلق بعضهم أنه لا يجوز للقاضي أن يكتب كتاباً في غير محل ولايته، والذي يستمر على أصل الشافعي رحمه الله ما ذكره ابن القاص أنه لا يحكم ولا يشهر في غير محل ولايته، وأما الكتاب، فلا بأس به. ولو حكم القاضي ببينة أقامها وكيل رجل في وجه وكيل آخر، فحضر المدعى عليه، وقال: كنت عزلت وكيلي قبل قيام البينة، لم ينفعه، لأن القضاء على الغائب جائز. ولو حضر المدعي، وقال: كنت عزلت وكيلي، وقلنا

بانعزال الوكيل قبل بلوغ الخبر، لم يصح الحكم، لأن القضاء للغائب باطل، وإذا أراد شهود كتاب حكمي التخلف في الطريق في موضع فيه قاض وشهود، فصاحب الكتاب إما أن يشهد على كل واحد منهم شاهدين يحضران معه ويشهدان عند القاضي الذي يقصده، وإما أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه، ليشهدوا عنده به، فيضمنه، ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده. وإن كان التخلف حيث لا قاض ولا شهود، قال البغوي: ليس لهم ذلك، بل عليهم الخروج إلى موضع فيه قاض وشهود، فإن طلبوا أجرة الخروج إليه، فليس لهم إلا نفقتهم، وكذا دوابهم بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب، حيث لا يكلفون الخروج، والقناعة به، لأن هناك يتمكن من إسهاد غيرهم، وإذا أُلزم المكتوب إليه الخصم بالحق، فطلب أن يكتب له كتاباً بقبضه، فهل على القاضي إجابته؟ وجهان: قال الإصطخري: نعم، لئلا يطالب مرة أخرى، وقال الجمهور: لا، لأن الحاكم إنما يطالب بإلزام ما حكم به، وثبت عنده، ويكفي للاحتياط إسهاد المدعي على قبضه الحق. ولو طالبه بتسليم الكتاب الذي ثبت الحق به، لم يلزمه دفعه إليه، وكذا من له كتاب بدين، واستوفاه، أو بعقار فباعه، لا يلزمه دفعه إلى المستوفى منه، وإلى المشتري، لأنه ملكه، ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليه، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القسمة

قد يتولاها الشركاء بأنفسهم أو منصوب للقاضي أو لهم، ويشترط في منصوب القاضي الحرية والعدالة، والتكليف والذكورة، والعلم بالمساحة والحساب، وهل يشترط معرفته للتقويم؟ وجهان. لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية، لأنه وكيل لهم، كذا أطلقوه. وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع. ولو حَكَمَ الشركاء رجلاً ليقسم بينهم، فهو على القولين في التحكيم، فإن جوزناه، فهو كمنصوب القاضي، فإن كان في سهم المصالح مال يتفرع لمؤنة القاسمين، لزم الإمام أن ينصب في كل بلد قاسماً، فإن لم تحصل الكفاية بواحد، زاد بحسب الحاجة، وإلا فلا يعين قاسماً لثلاث يغالي في الأجرة، ولثلاث يواطئه بعضهم، فيحيف، بل يدع الناس ليستأجروا من شأؤوا، وإذا لم تكن في القسمة تقويم، كفى قاسم على المذهب، وقيل: قولان ثانيهما يشترط اثنان، وإن كان تقويم، اشترط اثنان، ولالإمام أن ينصب قاسماً، لجعله حاكماً في التقويم، ويعتمد في التقويم عدلين، وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم؟ قولان، كقضائه بعلمه، وقيل: لا يجوز قطعاً، لأنه تخمين مجرد، ولو فوض الشركاء القسمة إلى واحد بالتراضي، جاز قطعاً.

فرع: القاسم المنصوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال على الصحيح، وبه قطع الجمهور. وقال أبو إسحاق: لا يدر، وهذا ضعيف. وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال، فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم، وقال ابن القطان وغيره: على الطالب وحده، والصحيح الأول، ثم إن استأجر الشركاء قاسماً، وسموا له أجرة، وأطلقوا، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب، وقيل: قولان ثانيهما على عدد الرؤوس، ويجري الطريقتان فيما لو استأجروه استئجاراً فاسداً، فقسم، أن أجرة المثل كيف توزع؟ وفيما لو أمروا قاسماً فقسم، ولم يذكروا أجرة، وقلنا: تجب أجرة المثل في مثل ذلك، وفيما لو أمر القاضي قاسماً فقسم قسم إجبار. ولو استأجروا قاسماً، وسمى كل واحد أجرة التزامها، فله على كل واحد ما التزم، هذا إذا استأجروا جميعاً بأن قالوا: استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان، ودينارين على فلان مثلاً أو وكلوا وكيلاً عقد لهم

كذلك، فلو استأجروا في عقود مترتبة، فعقد واحد لإفراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، ثم الثالث، فقد جوزه القاضي حسين، وأنكره الإمام، وقال: هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لإفراز نصيبه، ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين تردداً وتقريراً ولا سبيل إليه إلا برضاهم، لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقيين فيكون أصلاً ووكيلاً ولا حاجة إلى عقد الباقيين، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد بالتراضي، فذاك، وإن أطلق، عاد الخلاف في كيفية التوزيع.

فرع: إذا كان أحد الشريكين طفلاً، نظر إن كان في القسمة غبطة له، فعلى الولي طلب القسمة، وبديل حصته من الأجرة من مال الطفل وإلا فلا يطلبها، وإن طلبها الشريك الآخر وأجيب، فإن قلنا: الأجرة على الطالب خاصة، فذاك، وإن قلنا: على الجميع، فوجهان: أحدهما: على الطالب لثلا يجحف بالصبي بلا غبطة، وأصحهما: تؤخذ حصة الصبي من ماله.

فصل: للعين المشتركة حالان:

الأولى: أن يعظم ضرر قسمتها، فإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر، لم يجبر، وفي ضبط الضرر المانع ثلاثة أوجه سبقت في باب الشفعة، فلا يكسر جوهر نفيس، ولا يقطع ثوب رفيع، ولا يقسم زوجاً خف، ومصرعاً باب إن طلبه أحدهما، فلو تراضوا بقسمة ذلك، وطلبوها من القاضي، فإن بطلت المنفعة بالكلية، لم يجبههم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم، لأنه سفه، وإن نقصت كسيف يكسر، لم يجبههم على الأصح، لكن لا يمنعه أن يقتسموا بأنفسهم وما يبطل القسمة منفعتها المقصودة منه، كطاحونة وحمّام صغيرين إذا امتنع أحدهما لا يجبر الآخر على أصح الأوجه المشار إليها، فإن كانا كبيرين، وأمكن جعل الطاحونة طاحونتين، والحمّام حمّامين، أجبر الممتنع، فإن كان يحتاج إلى إحداث بئر أو مستوقد فوجهان: أحدهما: لا إجبار، لتعطل المنفعة إلى الإحداث، وأصحهما: يجبر ليسر التدارك. وإن تضرر أحدهما بالقسمة دون الآخر كدار بين اثنين، لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها، ولو قسمت، لم يصلح العشر للسكن، ويصلح الباقي، فإن طلب القسمة صاحب العشر، لم يجبر الآخر على الأصح، وإن طلبها الآخر، أجبر صاحب العشر على الأصح، لأن صاحب العشر متعنت في طلبه، والآخر معذور. وإن كان نصف الدار لواحد، ونصفها لخمسة، فطلب صاحب النصف إفراز نصيبه، أجيب إليه، والباقيون إن اختاروا القسمة قسم، وإن كان العشر لا يصلح للسكن، لأن في القسمة فائدة لبعض الشركاء، وإن استمروا على الشيوع، جاز فلو طلب أحدهم القسمة بعد ذلك، لم

يجبر الباقيون، لأن هذه القسمة تضر الجميع، ولو طلب الخمسة أولاً إفراز النصف، ليكون بينهم شائعاً، أجيبوا إليه، كذا ذكره الروياني وغيره، وكذا لو كانت بين عشرة، فطلب خمسة القسمة، ليكون النصف بينهم يجابون.

الحالة الثانية: أن لا يعظم ضرر القسمة، فقد لا ينقسم من غير رد من أحد الشريكين أو الشركاء، وقد ينقسم بلا رد باعتبار الأجزاء، وتسمى قسمة المتشابهات، أو باعتبار القيمة وتسمى قسمة التعديل، فهذه ثلاثة أنواع:

النوع الأول: قسمة المتشابهات، وإنما تجري في الحبوب والدرهم والأدهان وسائر المثليات، وفي الدار المتفقة الأبنية، والأرض المتشابهة الأجزاء وما في معناها، فتعدل الأنصباء في المكيل بالكيل، والموزون بالوزن، والأرض المتساوية تجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصباء إن تساوت، بأن كانت لثلاثة أثلاثاً، فتجعل ثلاثة أجزاء متساوية، ثم تؤخذ ثلاث رقاع متساوية، ويكتب على كل رقعة اسم شريك أو جزء من الأجزاء ويميز بعضها عن بعض بحد أو جهة أو غيرها، وتدرج في بنادق متساوية وزناً وشكلاً من طين مجفف أو شمع، وتجعل في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج، فإن كان صبيّاً أو أعجمياً كان أولى، ثم يؤمر بإخراج رقعة على الجزء الأول إن كتب في الرقاع أسماء الشركاء، فمن خرج اسمه، أخذه، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه أخذه، ويعين الباقي للثالث، وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء أخرجت رقعة باسم زيد، ثم أخرى باسم عمرو، ويعين الثالث للثالث، ويعين من يتبدى به من الشركاء والأجزاء منوط بنظر القاسم، فيقف أولاً على أي طرف شاء ويسمي أي شريك شاء، وإن كانت الأنصباء مختلفة، بأن كان لزيد نصف، ولعمرو ثلث، وللثالث سدس، جزأ الأرض على أقل السهام وهو السدس، فيجعلها ستة أجزاء، ثم نص الشافعي رحمه الله أنه يثبت اسم الشركاء في رقاع، وتخرج الرقاع على الأجزاء، وقال في العتق: يكتب على رقتين: رق، وعلى رقتين: حرية، وتخرج على أسماء العبيد، ولم يقل تكتب أسماء العبيد، وفيهما طريقتان، أحدهما فيهما قولان، ففي قول يثبت اسم الشركاء والعبيد، وفي قول يثبت الأجزاء هنا، والرق والحرية هناك، والطريق الثاني وهو المذهب، وبه قطع الجمهور الفرق، ففي العتق يسلك ما شاء من الطريقتين، وهنا لا يثبت الأجزاء على الرقاع، لأنه لو أثبتتها وأخرج الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس، فيفرق ملك من له النصف أو الثلث، وأيضاً قال في «المهذب»: لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف، فيقول: آخذه وسهمين قبله ويقول الآخرون: بل خذه وسهمين بعده، فيفضي إلى النزاع، ثم هل هذا

الخلاف في الجواز أم الأولوية؟ وجهان: أرجحهما: الثاني وبه قال الإمام والغزالي، وسنوضح إن شاء الله تعالى ما يحصل به الاحتراز عن تفريق الملك، وأما ما ذكره في «المهذب» فيجوز أن يقال: لا نبالي بقول الشركاء بل يتبع نظر القاسم كما في الجزء المبدوء به، واسم الشريك المبدوء به، فإن أثبت أسماء الشركاء فقليل: يثبت أسماءهم على ثلاث رقاع، ويأمر بإخراج رقعة على الجزء الأول، فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه، وأخرجت رقعة على الجزء الثاني، فإن خرج اسم عمرو، أخذه مع الجزء الثالث، تعينت الثلاثة الباقية لزيد، وإن خرج اسم زيد، أخذ الثاني والثالث والرابع، وتعين الآخران لعمرو، فإن خرج اسم زيد أولاً، أخذ الثلاثة الأولى، ثم يخرج رقعة، فإن خرج اسم عمرو، أخذ الرابع والخامس، ويعين السادس لصاحب السدس. وإن خرج اسم صاحب السدس، أخذ الرابع، وتعين الباقيان لعمرو، وإن خرج اسم عمرو أولاً، لم يخف الحكم. وقيل: تثبت أسماءهم في ست رقاع، اسم زيد في ثلاث، وعمرو في ثنتين، والثالث في رقعة، ويخرج على ما ذكرنا. وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجاً لكن سرعة الخروج لا توجب حيفاً، لأن السهام متساوية، فالوجه تجويز كل واحد من الطرفين.

وإن أثبت الأجزاء في الرقاع، فلا بد من إثباتها في ست رقاع، وحينئذ فالتفريق المحذور لو لزم إنما يلزم إذا خرج أولاً اسم صاحب السدس وهو مستغن عنه، بأن يبدأ باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه، فله الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني فكذلك، فيعطى معه ما قبله وما بعده، وإن خرج الثالث، ففي شرح مختصر الجويني أنه يتوقف فيه، ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج الأول أو الثاني، فله الأول والثاني، ولصاحب النصف الثالث والرابع والخامس. وإن خرج الخامس، فله الخامس والسادس، ثم أهمل باقي الاحتمالات، وكان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصف الثالث، فهو له مع اللذين قبله، وإن خرج الرابع، فهو له مع اللذين قبله، ويتعين الأول لصاحب السدس، وإن خرج الخامس، فهو له مع اللذين قبله، ويتعين السادس لصاحب السدس، وإن خرج السادس، فهو له مع اللذين قبله.

وإذا أخذ زيد حقه، ولم يتعين حق الآخرين، أخرج رقعة أخرى باسم أحدهما، فلا يقع تفريق ويمكن أن يبدأ بصاحب السدس، فإن خرج باسم الجزء الأول دفع إليه، ثم يخرج باسم أحد الجزئين، فلا يقع تفريق. وإن خرج له الثالث دفع إليه ويعين الأول والثاني لصاحب الثلث والثلاثة الآخرة لصاحب النصف. وإن خرج له الرابع، دفع إليه، وتعين الأخيران لصاحب الثلث، والثلاثة الأولى لصاحب النصف. ويمكن أن يبدأ بصاحب الثلث، فإن خرج له الأول أو الثاني، دفعا إليه،

وإن خرج له الخامس أو السادس دفعا إليه، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، وإن خرج الثالث، فله الثالث والثاني، ويتعين الأول لصاحب السدس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج الرابع، فله الرابع والخامس، وتعين السادس لصاحب السدس، والثلاثة الأول لصاحب النصف.

فرع: كيفية إدراج الرقاع وإخراجها على التفصيل المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات، بل هي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذلك.

فرع: كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالأقلام والعصي والحصى ونحوها.

فرع: إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه، وهو قسمة المتشابهات، أجبر عليها، سواء كانت الأنصاء متساوية، أم متفاوتة، وفي المتفاوتة وجه لابن أبي هريرة أنه لا إجبار، والصحيح الأول.

فصل: إذا قسم قاسم القاضي بالإجبار، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً، نظر إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط، لم يلتفت إليه، وإن بينه، لم يمكن تحليف القاسم، كما لا يحلف القاضي أنه لم يظلم، والشاهد أنه لم يكذب، لكن إن قامت بينة، سمعت ونقضت القسمة. قال الشيخ أبو حامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا، ويمسحا، ويعرفا الحال، ويشهدا. وألحق أبو الفرج بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع. ومسحنا ما أخذه، فإذا هو سبعة ذراع، ولو لم تقم حجة، وأراد تحليف الشريك، مكن منه، فإن نكل وحلف المدعي، نقضت القسمة، ولو حلف بعض الشركاء، ونكل بعضهم، فحلف المدعي لنكول بعضهم، قال في «الوسيط»: تنقض القسمة في حق الناكلي دون الحالفين، ولا يطالب الشريك بإقامة بينة أن القسمة الجارية عادلة، لأن الظاهر الصواب. وحكى ابن أبي هريرة قولاً: أن على الشريك البينة بأنها عادلة، ولا بينة على مدعي الغلط. وقال أبو إسحاق: إن قال مدعي الغلط: إن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب، فالأصل ما يقوله: وعلى صاحبه البينة. وإن قال: سها، فعليه البينة، والمذهب الأول. ولو اعترف القاسم بالغلط أو الحيف، فإن صدقه الشركاء، انتقضت القسمة، وإلا فلا تنتقض، وعليه رد الأجرة. قال البغوي: وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم، أو تعمدت الحيف، فإن صدقه المحكوم له، استرد المال، وإلا فلا، وعلى القاضي الغرم. أما إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصباً قاسماً، أو اقتسما بأنفسهما، ثم ادعى أحدهما غلطاً، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة، فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار، وإن

اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة، فإن قلنا: القسمة إفراز، فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت، فننقض القسمة إن قامت به بينة، ويحلف الخصم إن لم تقم، وإن قلنا: القسمة بيع، فوجهان أحدهما الجواب كذلك، فإنهما تراضيا لا اعتقادهما أنها قسمة عدل، وأصحهما: أنه لا فائدة لهذه الدعوى، ولا أثر للغلط، وإن تحقق، كما لا أثر للغبن في البيع والشراء، وبهذا قطع الجمهور. كأنهم اقتصروا على الجواب الأصح.

فصل: إذا قسمت التركة بين الورثة، ثم ظهر دين، فإن قلنا: القسمة إفراز، فهي صحيحة، ثم تباع الأنصاء في الدين إن لم يوفوه، وإن قلنا: بيع، فقد سبق في كتاب الرهن وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وأنه لو تصرف ولا دين في الظاهر، ثم ظهر. فالأصح صحة التصرف ففي القسمة هذان الوجهان، فإن صححنا البيع، فالقسمة الجارية صحيحة، فإن وفوا الدين، استمرت صحتها، وإلا نقضت وبيعت التركة في الدين، وإن لم نصححه، فالقسمة باطلة، ولو جرت قسمة، ثم استحق بعض المقسوم، نظر إن استحق جزء شائع كالثالث، فمطلت القسمة في المستحق وفي الباقي طريقان: أحدهما: قولان: أحدهما: يبطل فيه، والثاني: يصح، ويثبت الخيار، وبهذا الطريق قال الأكثرون. وقال أبو إسحاق: يبطل فيه قولاً واحداً، لأن مقصود القسمة تمييز الحقوق، وبالإستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد، لأن المستحق كان شريكاً، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة ممتنع، وإن استحق شيء معين، نظر إن اختص المستحق بنصيب أحدهما، أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر، بطلت القسمة، وإن كان المستحقان من نصيبهما، سواء بقيت القسمة في الباقي على الصحيح، وقيل: تبطل بمعنى التفريق. ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة، فإن كانت مرسلة، فهو كظهور دين على التركة، وإن كانت بجزء شائع أو معين، فعلى ما ذكرناه في الاستحقاق، ثم ظهور الدين والاستحقاق، ودعوى الغلط لا تختص بقسمة المتشابهات، بل تعم أنواع القسمة.

النوع الثاني: قسمة التعديل والمشارك الذي تعدل سهامه بالقيمة ينقسم إلى ما يعد شيئاً واحداً، وإلى ما يعد شيئين فصاعداً، أما الأول، فكالأرض تختلف أجزاؤها باختلافها في قوة الإنبات والقرب من الماء، وفي أن بعضها يسقى بالنهر، وبعضها بالناضح فيكون ثلثها لجودتها كثلثها بالقيمة مثلاً، فيجعل هذا سهماً، وهذا سهماً إن كانت بينهما نصفين. وإذا اختلفت الأنصاء، كنصف وثلث وسدس، جعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة، وإذا طلب أحدهما هذه القسمة، فهل يجبر الممتنع؟ قولان أظهرهما عند العراقيين وغيرهم نعم إلحاقاً للتساوي في القيمة، بالتساوي في الأجزاء على هذا هل توزع أجرة القاسم بحسب الشركة في الأصل أم بحسب المأخوذ منها؟

وجهان: أحدهما: الثاني، لأن العمل في الكثير أكثر، وكما يجري القولان فيما إذا اختلفت الصفات تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبلستان الواحد بعضه نخل، وبعضه عنب، والدار المبني بعضها بالآجر، وبعضها بالخشب والطين، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده، وقسمة الرديء وحده، فإن أمكن لم يجبر كما لو كانا شريكين في أرضين تمكن قسمة كل واحدة بالأجزاء، لا يجري الإجبار على التعديل.

القسم الثاني: ما يعد شيئاً فصاعداً وهو ضربان: عقار وغيره.

الضرب الأول: أما العقار، فإذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا دار ولهذا دار، أو حانوت وحنوت، لم يجبر الممتنع، سواء تجاور الحانوتان والداران، أم تباعداً، لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية. ولو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة لا تحتل أحادها القسمة، ويقال لها: العضائد، فطلب أحدهما أن يقسم أعياناً، فهل يجبر الممتنع؟ وجهان: أحدهما كالمترفة وكالدور، وأحدهما: نعم للحاجة، وكالخان المشتمل على بيوت ومساكن، هكذا صور هذه المسألة الجمهور، وهو الصواب، وصورها صاحب «المهذب» فيما إذا احتملت كل واحدة منهما القسمة وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعياناً والآخر قسمة كل واحد منها. وأما الأقرحه، فإن كانت مترفة، فهي كالدور. وإن كانت متجاوزة، ففي «الشامل» أن أبا إسحاق جعلها كالقراح الواحد المختلف الأجزاء، وأن غيره قال: إنما يكون كالقراح الواحد إذا اتحد الشرب والطريق، فإن تعدد، فهو كما لو تفرقت، قال: وهذا أشبه بكلام الشافعي رحمه الله.

الضرب الثاني غير العقار إذا اشتركا في عبيد أو دواب، أو أشجار، أو ثياب ونحوها، فلها حالان:

أحدهما: أن يكون من نوع واحد، ويمكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمة، كعبدین متساويي القيمة بين شريكين، وكثلاث دواب، أو أثواب متساوية القيمة بين ثلاثة، فالمذهب أنه يجبر على قسمتها أعياناً، لقلة اختلاف الأغراض فيها بخلاف الدور، وقال أبو علي بن خيران، وابن أبي هريرة: هي كالدور، وقيل: يخير في العبيد وفي غيرها الخلاف. وإن لم تمكن التسوية في العدد كالثلاثة أعبد لرجلين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة، فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة، فهنا قولان، وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء، وإن كانت الشركة لا ترفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدین بين اثنين قيمة أحدهما مئة، وقيمة الآخر

مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس بالخسيس، ويكون له مع ذلك ربع النفيس، فإن قلنا: لا إجبار في الصورة السابقة، فهنا أولى وإلا فوجهان: أو قولان، الأصح لا إجبار، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية.

الحال الثاني: أن يكون الأعيان أجناساً، كعبد وثوب، وحنطة وشعير، ودابة ونحوها، أو أنواعاً كعبدین تركي وهندي، وثوبين إبريسم وكتان، فطلب أحدهما أن يقسم أجناساً وأنواعاً لا يجبر الآخر وإنما يقسم كذلك بالتراضي. ولو اختلطت الأنواع وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء، فلا قسمة إلا بالتراضي هذا ما قطع به الجمهور، وطرده السرخسي الخلاف في الإجبار عند اختلاف النوع، وزاد الإمام والغزالي فأجرياه عند اختلاف الجنس، وليس بشيء، والمذهب الأول.

فرع: إذا كان بينهما عرصة وثلاثها بالمساحة نصف بالقيمة، لقربه من الماء فهي قسمة تعديل، وفيها الخلاف. وقال الغزالي: يجبر عليها قطعاً ولا يبالي بهذا التفاوت، والمذهب الأول، وهو المعروف عن الأصحاب.

فرع: اللبنة إن تساوت قوابلها، فقسمتها قسمة المتشابهات، فيجبر قطعاً، وإن اختلفت قوابلها، فقسمة تعديل، وفيها الخلاف.

فرع: دار بين اثنين، لها علو وسفل طلب أحدهما قسمتها علواً وسفلاً، أجبر الآخر عند الإمكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفل لآخر لا يجبر، هكذا أطلقه الأصحاب. ويجوز أن يقال: إن لم يمكن القسمة سفلاً وعلواً، جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر من جملة قسمة التعديل، ولو طلب أحدهما أن يقسم السفل، ويترك العلو مشاعاً، لم يجبر الآخر، لأنهما قد يقتسمان العلو بعده، فيقع ما فوق هذا لذلك.

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 ذلك الجانب به، ويقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب بتلك القيمة، وهذه لا إجبار عليها قطعاً وكذا لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مئة، والآخر خمسمائة، واقتسما على أن يرد أخذ النفيس مائتين ليستويا وقيل في الإجبار قول مخرج حكاه السرخسي وهو غلط. ولو تراضيا بقسم الرد، جاز أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما النفيس ويرد، ويجوز أن يحكما القرعة ليرد من خرج له النفيس.

فصل: قسمة المتشابهات هل هي بيع أم إفراز حق؟ قولان، قال البغوي وآخرون: الأظهر كونها بيعاً، وقال الغزالي: الأظهر كونها إفرازاً، قال صاحب

«العدة»: وعليه الفتوى، وهذا يوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين.

قلت: أشار الرافعي في «المحرر» إلى اختيار الإفراز، فإنه قال فيه قولان ذكر أن الفتوى على الإفراز هذا كلامه، فالمختار ترجيح الإفراز. والله أعلم.

ثم قيل: القولان فيما إذا جرت القسمة إجباراً، فإن جرت بالتراضي فيبيع قطعاً.

وقيل: القولان في الحالين، قال البغوي: والأصح الطريق الأول، ثم القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما، بل النصف الذي صار في يده، كان نصفه له، ونصفه لصاحبه، فالقسمة إفراز فيما كان لصاحبه على هذا القول. وأما قسمة التعديل، فالمذهب أنها بيع، وقيل: فيه القولان، وقسمة الرد بيع، كذا قاله الجمهور، وقيل: بيع فيما يقابل المردود، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل.

فرع: إذا قلنا: القسمة بيع، فاقسما ربوياً، وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة المكيل وزناً ولا العكس، ولا يجوز قسمة الرطب والعنب، وما أثرت فيه النار بتعقيد الأجزاء، وإن قلنا: إفراز جاز كل ذلك. وتجوز قسمة الجص والنورة كيلاً ووزناً على القولين، ولا تقسم الثمار على رؤوس الشجر خرساً إن قلنا: القسمة بيع، كما لا تباع خرصاً، وإن قلنا: إفراز، فإن كانت رطباً وعنباً، جاز، وإن كان غيرهما، فلا، لأن الخرص لا يدخل غيرهما، وإن كان بينهما أرض مزروعة، فأرادا قسمة الأرض وحدها، جاز، وإن طلبها أحدهما أجبر الآخر، ويجيء على قول: القسمة بيع وجه مذكور في البيع، وإن أرادا قسمة الأرض وما فيها لم يجز إن اشتد الحب. أما إن جعلناها إفرازاً، فلأنه قسمة مجهول ومعلوم، وأما إن جعلناها بيعاً فلأنه بيع طعام وأرض بطعام وأرض، وكذا لو كان بذراً بعد، وإن كان قصيلاً، جاز، لأنه معلوم مشاهد. وإن أرادا قسمة ما فيها وحده، فكذا الحكم إن لم ينبت، أو اشتد الحب، لم يجز، وإن كان قصيلاً، جاز. وإن طلب أحدهما قسمة الأرض، وما فيها أو قسمة ما فيها وحده، وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة بالتراضي قال الشيخ أبو حامد وصاحب «المهذب» و«التهذيب»: لا يجبر الممتنع، ولم يوجهوه بمقنع.

فرع: اقتسما، ثم تقابلا، إن قلنا: القسمة بيع، صحت الإقالة، وعاد الشيوع، وإلا فهي لاغية.

فرع: قسمة الملك عن الوقف إن قلنا: بيع، لا يجوز، وإن قلنا: إفراز، جازت، قال الروياني: وهو الاختيار.

قلت: 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.

وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم، فلا يجوز على القولين، لأن فيها تغيير شرط الواقف، وقيل: يجوز على قول الإفراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا، وهذا الوجه حكاه ابن كج عن ابن القطان وحده، وخصصه بقولنا: الملك في الموقوف للموقوف عليه، قال: فلو انقرض البطن الأول، وصار الوقت للبطن الثاني، انتقضت القسمة.

فصل: قسمة الإيجار لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا بعدها وإذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما، فهل يشترط الرضى بعد خروج القرعة أم يكفي الرضى الأول؟ قولان، أظهرهما: الاشتراط، وإليه مال المعتبرون، وذكروا أنه المنصوص، وفي قسمة الرد يشترط الرضى بعد خروج القرعة كما في الابتداء وعن الإصطخري وجه أنه يلزم بخروج القرعة، والصحيح الأول. وإذا اشترطنا الرضى بعد خروجها، فصيغته أن يقول: رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجت القرعة، أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، وإن قلنا: القسمة بيع، وقيل: إن قلنا بيع، اشترط لفظ البيع أو التملك، وقيل: لا يكفي قولهما رضينا بهذا أو بما جرى، بل يشترط تلفظهما بالقسمة بأن يقولوا: تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة ليؤدي معنى التملك والتملك، والمذهب الأول، وحيث وجب الرضى، فلا بد منه في الابتداء، وإنما الخلاف في الرضى بعد خروج القرعة.

فصل: تقسم المنافع كما تقسم الأعيان، وطريق قسمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة أو مشابهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إيجار على المهايأة بحال، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بعض الأرض وذاك بعضها، أو يسكن هذا بعض الدار وذاك بعضها من غير أن يقسم الأرض، وامتنع الآخر فلا إيجار، فإن لم تكن العين قابلة للقسمة، كالقناة والعبد والبهيمة والحمام، فإن اتفقا فيها على المهايأة، فذاك، ثم قد يتفقان على من يبدأ، وقيل: يتنازعان، فيقرع، وإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر، فوجهان أحدهما قاله ابن سريج: يجبر الممتنع، كما في قسمة الأعيان، ولئلا يعطل على شريكه مضارة، فعلى هذا يبدأ بالقرعة، وأصحهما: لا يجبر. ولو رضيا بالمهايأة، ثم رجع المبتدئ بالانتفاع قبل استيفاء نوبته، مكن، فإن مضت مدة لمثلها أجرة، غرم نصف أجرة المثل، وإن رجع بعد استيفاء نوبته، فإن قلنا: لا إيجار على المهايأة مكن، وغرم نصف الأجرة، وإن قلنا: بالإيجار لم يمكن، بل يستوفي الأجرة مدته، وإن استوفى الأول نوبته، وامتنع الآخر من أن

ينتفع، ويستوفي نوبته، فإن قلنا بالإجبار، فهو مضيع حق نفسه ولا أجره له، وإن قلنا: لا إجبار، فله ذلك، وله نصف الأجرة على الأول، وكذا لو انهدمت الدار، أو مات العبد بعد نوبة الأول، فعليه نصف أجرة المثل، وإن قلنا: لا إجبار وأصرنا على النزاع في المهايأة، فهل يبيع القاضي العين عليهما قطعاً للنزاع؟ وجهان أصحهما: لا، وعلى هذا هل يتركان حتى يصطلحا ولا يؤجر عليهما، أم يؤجر وتوزع الأجرة بينهما؟ وجهان أصحهما: الثاني وهو الذي ذكره ابن كج والبغوي. ولو استأجر اثنان أرضاً، وطلب أحدهما المهايأة، وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار، وإن أراد قسمتها ففي فتاوى القاضي حسين أنها جائزة على قول ابن سريج. ثم إذا اقتسما، وحدث بنصيب أحدهما عيب، فله الفسخ. قال القاضي: وينبغي أن يقال: لشريكه الفسخ أيضاً. ولو طلب أحدهما هذه القسمة، وامتنع الآخر، حكى في إجباره وجهان.

فرع: إذا جرت المهايأة في عبد مشترك بين مالكين، أو فيمن بعضه حر بينه وبين مالك باقيه، فالأكساب العامة، والمؤن العامة، كالنفقة تدخل في المهايأة، وفي الأكساب النادرة، كما يقبله بهبة أو وصية، وفي المؤن النادرة، كأجرة الطبيب والحجام خلاف سبق في كتاب اللقطة ومواضع، والأظهر دخولها أيضاً. وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى تبقى على الاشتراك إن جرت المهايأة مياومة.

فرع: لا تجوز المهايأة في الحيوان اللبون ليحلب هذا يوماً، وهذا يوماً، ولا في الشجرة المثمرة، ليكون ثمرها لهذا عاماً ولهذا عاماً لما فيه من التفاوت الظاهر. قلت: طريقها والحالة هذه أن يبيع كل واحد نصيبه لصاحبه مدة. والله أعلم.

فصل: جماعة في أيديهم دار أو أرض، طلبوا من القاضي قسمتها بينهم، فإن أقاموا بينة أنها ملكهم، أجابهم إلى القسمة، وإن لم يقيموها، فطريقان، أصحهما: قولان، أحدهما: لا يجيبهم، فربما كانت في أيديهم بإجارة أو إعارة، فإذا قسمها ربما ادعوا ملكها محتجين بقسمة القاضي. والثاني: يجيبهم، لأن اليد تدل على الملك، لكن يكتب أنه إنما قسم بينهم بدعواهم، لئلا يتمسكوا بقسمته. وحكى السرخسي وجهاً أنه لا يحتاج إلى هذا التقييد، والطريق الثاني القطع بالقول الأول، وبه قال ابن سلمة، وإذا قلنا بالقولين، فأظهرهما عند الإمام، وابن الصباغ، والغزالي: الثاني، وعند الشيخ أبي حامد وطبقته: الأول، ويدل عليه أن الشافعي رحمه الله لما ذكر القول الثاني، قال: ولا يعجبني هذا القول.

قلت: المذهب أنه لا يجيبهم. والله أعلم.

هذا في العقار، وأما المنقول، فالمذهب أنه كالعقار أيضاً، وقيل: يقسم قطعاً

بلا بينة، لأن العقار يتأبد ضرره، فيخص بالاحتياط، ولهذا تثبت فيه الشفعة ولو طلب بعضهم القسمة، وامتنع الآخرون، واتفقوا جميعاً على الملك، فهل يقسم القاضي؟ فيه هذا الخلاف. وإذا شرطنا البينة، قبل رجل وامرأتان، قال ابن كج: ولا يقبل شاهد ويمين، لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم ترد عليه لو حصل نكول، وقال ابن أبي هريرة: تقبل.

فصل: في مسائل منشورة إذا كانت القسمة بالإجبار والقاسم على ولايته، فقلوه: قسمت مقبول، كقول الحاكم: حكمت وهو في ولايته، وإن لم يكن كذلك، لم يقبل قوله وهل تسمع شهادته لأحد الشريكين؟ وجهان الأصح المنع، والثاني - وهو قول الإصطخري - تسمع إن لم يطلب أجرة. وإذا تقاسما، ثم تنازعا في بيت أو قطعة من الأرض، فقال كل واحد: هذا من نصيبي ولا بينة تحالفا، ونقضت القسمة، قال الشيخ أبو حامد: فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا فيه، فهو المصدق بيمينه، وإذا اطلع أحدهما على عيب بنصيبه، فله فسخ القسمة.

فرع: الديون المشتركة في ذمم الناس أطلق مطلقون، منهم صاحب «العدة» أنه يمتنع قسمتها، وقال السرخسي: إن أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما على زيد على أن يختص به، فهل يختص إذا قبض؟ قولان أظهرهما المنع، وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لهذا، وما في ذمة عمرو لهذا، فطريقان أحدهما على هذين القولين، والثاني وهو المذهب القطع بالمنع، لأن القسمة إن جعلت بيعاً فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى، وإن جعلت إفرازاً إفراز ما في الذمة ممتنع لعدم قبضه، ولا يدخل الإجبار في قسمة الديون بحال، والقول في قسمة الجدار وعرضه ما سبق في كتاب الصلح. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشَّهَادَات (١)

فيه ستة أبواب:

الباب الأول: فيما يفيد أهلية الشهادة

ولها شروط: منها التكليف والحرية والإسلام، فلا تقبل شهادة صبي ولا مجنون، ولا من فيه رق، ولا كافر ما، سواء شهد على مسلم أو كافر.

الشرط الرابع: العدالة. فالمعاصي صغائر وكبائر، وقال الأستاذ أبو إسحاق: ليس فيها صغيرة، والصحيح الأول، وفي حد الكبيرة أوجه: أحدها: أنها المعصية الموجبة لحد، والثاني: أنها ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة، وهذا أكثر ما يوجد لهم، وهم إلى ترجيح الأول أميل، لكن الثاني أوفق لما ذكره عند تفصيل الكبائر، والثالث: ما قاله الإمام في «الإرشاد» وغيره: كل جريمة تؤذن بقلّة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة، فهي مبطلّة للعدالة. والرابع: قال أبو سعد الهروي: الكبيرة كل فعل نص الكتاب على تحريمه، أو وجب في جنسه حد من قتل أو غيره، وترك فريضة تجب على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين، هذا ما ذكره على سبيل الضبط. وفصله جماعة، فعدوا من الكبائر القتل والزنى واللواط، وشرب قليل الخمر، والسرقه، والقذف، وشهادة الزور، وغصب المال، وشرط الهروي في المغصوب كونه نصاباً، والفرار من الزحف، وأكل الربا ومال اليتيم، وعقوق الوالدين، والكذب على رسول الله ﷺ عمداً، وكتمان الشهادة بلا عذر. وأضاف إليها صاحب «العدة» الإفطار في رمضان بلا عذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرحم، والخيانة في كيل أو وزن، وتقديم الصلاة على وقتها، أو تأخيرها عنه بلا عذر، وضرب مسلم بلا حق، وسب الصحابة رضي الله عنهم، وأخذ الرشوة، والدياثة والقيادة من الرجل والمرأة، والسعاية عند السلطان، ومنع الزكاة، وترك الأمر

(١) الشهادة في اللغة: هي الخبر القاطع، مشتقة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شاهده وعينه.

وفي الاصطلاح: الإخبار بحق للغير على الغير في مجلس القضاء، أو هي الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص وهو: أشهد، أو شهدت، أو ما يقوم مقامهما.

بالمعروف، والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن، وإحراق الحيوان، وامتناعها من زوجها بلا سبب، واليأس من رحمة الله والأمن من مكر الله تعالى، ويقال: الوقعة في أهل العلم وحملة القرآن. ومما عد من الكبائر الظهار، وأكل لحم الخنزير والميتة بلا عذر، وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال، كقطع الرحم، وترك الأمر بالمعروف على إطلاقهما، ونسيان القرآن، وإحراق مطلق الحيوان. وقد أشار الغزالي في «الإحياء» إلى مثل هذا التوقف، وفي «التهذيب» وجه أن ترك صلاة واحدة ليس كبيرة، ولا ترد به شهادة حتى يعتاده.

قلت: قد روى أبو داود والترمذي: أن رسول الله ﷺ قال: «عرضت علي ذنوب أمتي، فلم أر ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية أقرئها رجل، ثم نسيها»^(١) لكن في إسناده ضعف، وتكلم فيه الترمذي. ومن الكبائر السحر ثبت في صحيح مسلم: أن رسول الله ﷺ جعله من السبع الموبقات^(٢) ونقل المحاملي في كتاب الحيض من «مجموعه» أن الشافعي رحمه الله تعالى قال: الوطء في الحيض كبيرة، وفي صحيح البخاري: أن النبي ﷺ جعل النميمة كبيرة^(٣). والله أعلم.

قال صاحب «العدة»: ومن الصغائر النظر إلى ما لا يجوز، والغيبة، والكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر، والإشراف على بيوت الناس، وهجرة المسلم فوق ثلاث، وكثرة الخصومات وإن كان محقاً، والسكوت على الغيبة والنياحة والصياح وشق الجيب في المصيبة، والتبخر في المشي، والجلوس مع الفساق إيناساً لهم، والصلاة

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٦١) والترمذي في سننه برقم (٢٩١٦) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٤٢).

(٢) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٧٦٦، ٥٧٦٤، ٦٨٥٧) ومسلم في صحيحه برقم (٨٩) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٧٤) والنسائي في سننه برقم (٣٦٧٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات» قيل: يا رسول الله وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات».

(٣) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢١٦، ٢١٨، ١٣٦١، ١٣٧٨، ٦٠٥٢، ٦٠٥٥) وأبو داود في سننه برقم (٢١) والنسائي في سننه برقم (٢٠٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: مر النبي ﷺ بحائط من حيطان المدينة أو مكة، فسمع صوت إنسانين يعذبان في قبورهما، فقال النبي ﷺ: «يعذبان، وما يعذبان في كبير» ثم قال: «بلى كان أحدهما لا يستتر من بوله، وكان الآخر يمشي بالنميمة» ثم دعا بجريدة فكسرها كسرتين فوضع على كل قبر منهما كسرة، فقيل له: يا رسول الله لم فعلت هذا؟ قال: «لعله أن يخفف عنهما ما لم تيبسا» أو «إلى أن ييبسا».

المنهي عنها في أوقات النهي، والبيع والشراء في المسجد، وإدخال الصبيان والمجانين والنجاسات إليه، وإمامة قوم يكرهونه لعيب فيه، والعبث في الصلاة، والضحك فيها، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوط مستقبل القبلة، وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام، ولك أن تقول: وكثرة خصومات المحق ينبغي أن لا تكون معصية إذا راعى حد الشرع. وتخطي الرقاب، فإنه معدود من المكروهات لا محرم، وكذا الكلام والإمام يخطب على الأظهر.

قلت: المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه، والصواب في الخصومات ما قاله الرافعي، وأن البيع والشراء في المسجد وإدخاله الصبيان إذا لم يغلب تنجيسهم إياه، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب، وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلاف سبق. ومن الصغائر: القبلة للصائم الذي يحرك الشهوة، والوصال في الصوم على الأصح، والاستمناة وكذا مباشرة الأجنبية بغير جماع، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير والرجعية، والخلوة بالأجنبية، ومسافرة المرأة بغير زوج ولا محرم، ولا نسوة ثقات، والنجش والاحتكار، والبيع على بيع أخيه، وكذا السوم والخطبة، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتصرية، وبيع المعيب من غير بيانه، واتخاذ الكلب الذي لا يحل اقتناؤه، وإمساك الخمر غير المحترمة، وبيع العبد المسلم لكافر، وكذا المصحف وسائر كتب العلم، واستعمال النجاسة في البدن بغير حاجة، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح، وأشباه هذه. والله أعلم.

إذا تقرر هذا فقال الأصحاب: يشترط في العدالة اجتناب الكبائر، فمن ارتكب كبيرة واحدة، فسق، وردت شهادته، وأما الصغائر، فلا يشترط اجتنابها بالكلية، لكن يشترط أن لا يصير عليها، فإن أصر كان الإصرار كارتكاب كبيرة، وهل الإصرار السالب للعدالة المداومة على نوع من الصغائر، أم الإكثار من الصغائر، سواء كان من نوع أو أنواع؟ فيه وجهان: ويوافق الثاني قول الجمهور أن من غلبت طاعته معاصيه، كان عدلاً، وعكسه فاسق، ولفظ الشافعي رحمه الله في «المختصر» يوافقه، فعلى هذا لا تضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات، وعلى الأول يضر.

فرع: اللعب بالشطرنج مكروه، وقيل: مباح لا كراهة فيه، ومال الحليمي إلى تحريمه، واختاره الروياني، والصحيح الأول، فإن اقترن به قمار أو فحش أو إخراج صلاة عن وقتها عمداً، ردت شهادته بذلك المقارن وإنما يكون قماراً إذا شرط المال

من الجانبين، فإن أخرج أحدهما ليبذله إن غلب، ويمسكه إن غلب، فليس بقمار، ولا ترد به شهادة، لكنه عقد مسابقة على غير آلة قتال، فلا يصح. ولو لم تخرج الصلاة عن الوقت عمداً، لكن شغله اللعب به حتى خرج وهو غافل، فإن لم يتكرر ذلك منه، لم ترد شهادته، وإن كثر منه فسق وردت شهادته بخلاف ما إذا تركها ناسياً مراراً، لأنه هنا شغل نفسه بما فاتت به الصلاة هكذا ذكره، وفيه إشكال لما فيه من تعصية الغافل اللاهي، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيره من المباحات، وأشار الروياني إلى وجه أنه يفسق وإن لم يتكرر، وفي «المهذب» اشتراط التكرر في إخراجها عن الوقت وإن كان عالماً وهو خلاف ما سبق أن إخراج الفريضة عن الوقت عمداً كبيرة، وأما اللعب بالنرد ففي وجه مكروه والصحيح تحريمه^(١)، فعلى هذا قال الشيخ أبو محمد: هو صغيرة، قال الإمام: والصحيح أنه من الكبائر، قال في «الأم»: وأكره اللعب بالحزة والقرق، فالحزة: قطع خشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر يجعل فيها حصى صغار يلعب بها وقد تسمى الأربعة عشر، والقرق: أن يخط في الأرض خط مربع، ويجعل في وسطه خطان كالصليب، ويجعل على رؤوس الخطوط حصى صغار يلعب بها. وهذه اللفظة رأيتها بخط الروياني بفتح القاف والراء، وضبطها بعضهم بكسر القاف وإسكان الراء، قال في «الشامل»: اللعب بهما كالنرد وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه كالشطرنج.

فرع: إتخاذ الحمام للفرخ والبيض، أو الأنس، أو حمل الكتب جائز بلا كراهة، وأما اللعب بها بالتطير والمسابقة، فقليل: لا يكره، والصحيح أنه مكروه، ولا ترد الشهادة بمجرد، فإن انضم إليه قمار ونحوه ردت.

فرع: غناء الإنسان قد يقع بمجرد صوته، وقد يقع بآلة:

أما القسم الأول: فمكروه وسماعه مكروه، وليس محرمين، فإن كان سماعه من أجنبية فأشد كراهة، وحكى القاضي أبو الطيب تحريمه وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها هل هو عورة، فإن كان في السماع منها خوف فتنه، فحرام بلا خلاف، وكذا السماع من صبي يخاف منه الفتنة، وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً: أنه يحرم كثير السماع دون قليله، ووجه أنه يحرم مطلقاً، والصحيح الأول، وهو المعروف للأصحاب. وأما الحداء، وسماعه، فمباحان، وأما تحسين الصوت بقراءة

(١) لما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٩٣٨) من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله».

والحديث حسنه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٣/٢١١).

القرآن، فمسنون، وأما القراءة بالألحان، فقال في «المختصر»: لا بأس بها وعن رواية الربيع بن سليمان الجيزي أنها مكروهة، قال جمهور الأصحاب: ليست على قولين، بل المكروه أن يفرط في المد وفي إشباع الحركات حتى تتولد من الفتحة ألف، ومن الضم واو، ومن الكسرة ياء، أو يدغم في غير موضع الإدغام، فإن لم ينته إلى هذا الحد، فلا كراهة، وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يكره وإن أفرط.

قلت: الصحيح أنه إذا أفرط على الوجه المذكور، فهو حرام، صرح به صاحب «الحاوي» فقال: هو حرام يفسق به القارئ، ويأثم المستمع، لأنه عدل به عن لهجة التقويم، وهذا مراد الشافعي بالكراهة. ويسن ترتيل القراءة وتدبرها، والبكاء عندها، وطلب القراءة من حسن الصوت، والجلوس في حلق القراءة ولا بأس بترديد الآية للتدبر، ولا باجتماع الجماعة في القراءة، ولا بإدارتها وهو أن يقرأ بعض الجماعة قطعة، ثم البعض قطعة بعدها، وقد أوضحت هذا كله وما يتعلق به من النفائس في «آداب حملة القرآن». والله أعلم.

القسم الثاني: أن يغني ببعض آلات الغناء مما هو من شعار شارب الخمر وهو مطرب كالطنبور والعود والصنج وسائر المعازف والأوتار يحرم استعماله واستماعه، وفي اليراع وجهان صحح البغوي التحريم والغزالي الجواز، وهو الأقرب، وليس المراد من اليراع كل قصب بل المزممار العراقي وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف.

قلت: الأصح أو الصحيح تحريم اليراع، وهو هذه الزمارة التي يقال لها: الشبابة وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولعي كتاباً في تحريم اليراع مشتملاً على نفائس، وأطنب في دلائل تحريمه. والله أعلم.

أما الدف، فضربه مباح في العرس والختان، وأما في غيرهما، فأطلق صاحب «المهذب» والبغوي وغيرهما تحريمه، وقال الإمام والغزالي: حلال: وحيث أبحناه هو فيما إذا لم يكن فيه جلاجل، فإن كان، فالأصح حله أيضاً. ولا يحرم ضرب الطبول إلا الكوبة، وهو طبل طويل متسع الطرفين ضيق الوسط، وهو الذي يعتاد ضربه المخنثون، والطبول التي تهياً لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار، فهي كالدف، وليست كالكوبة بحال، والضرب بالصفقتين حرام، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، لأنه من عادة المخنثين، وتوقف فيه الإمام، لأنه لم يرد فيه خبر بخلاف الكوبة. وفي تحريم الضرب بالقضيب على الوسائد وجهان: قطع العراقيون بأنه مكروه لا حرام، والرقص ليس بحرام، قال الحلي: لكن الرقص الذي فيه تشن وتكسر يشبه أفعال المخنثين حرام على الرجال والنساء.

فرع: إنشاء الشعر وإنشاده واستماعه جائز، فلو هجا الشاعر في شعره ولو بما

هو صادق فيه ردت شهادته، وليس إثم حاكي الهجو كإثم منشئه، ويشبه أن يكون التعريض هجواً كالتصريح، وقال ابن كج: ليس التعريض هجواً، وترد شهادة الشاعر إذا كان يفحش ويشبب بامرأة بعينها، أو يصف أعضاء باطنة، فإن شبب بجاريته أو زوجته، فوجهان: أحدهما: يجوز ولا ترد شهادته، وهذا القائل يقول: إذا لم تكن المرأة معينة، لا ترد شهادته لاحتمال أنه يريد من تحل له، والصحيح أن ترد شهادته إذا ذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء، لسقوط مروءته. ولو كان يشبب بغلام، ويذكر أنه يعشقه، قال الروياني: يفسق وإن لم يعينه، لأن النظر إلى الذكور بالشهوة حرام بكل حال. وفي «التهذيب» وغيره اعتبار التعيين في الغلام كالمرأة. وإن كان يمدح الناس ويطري، نظر إن أمكن حمله على ضرب مبالغة، جاز، وإن لم يكن حمله على المبالغة وكان كذباً محضاً، فالصحيح الذي عليه الجمهور وهو ظاهر نصه أنه كسائر أنواع الكذب، فترد شهادته إن كثر منه، وقال القفال، والصيدلاني: لا يلحق بالكذب، لأن الكاذب يوهم الكذب صدقاً بخلاف الشاعر، فعلى هذا لا فرق بين قليله وكثيره، وهذا حسن بالغ، وينبغي أن يقال على قياسه: إن التشبيب بالنساء والغلمان بغير تعيين لا يخل بالعدالة وإن كثر منه، لأن التشبيب صنعة، وغرض الشاعر تحسين الكلام لا تحقيق المذكور، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم لو سمى امرأة لا يدري من هي.

فرع: ما حكمنا بإباحته في هذه الصورة قد يقتضي الإكثار منه رد الشهادة، لكونه خارماً للمروءة فمن داوم على اللعب بالشطرنج والحمام، ردت شهادته وإن لم يقترب به ما يوجب التحريم، لما فيه من ترك المروءة، وكذا من داوم على الغناء أو سماعه وكان يأتي الناس ويأتونه، أو اتخذ جارية أو غلاماً ليتغنيا للناس، وكذا المداومة على الرقص، وضرب الدف، وكذا إنشاد الشعر، واستنشاده إذا أكثر منه، فترك به مهماته، كان خارماً للمروءة، ذكره الإمام، قال: وكذا لو كان الشاعر يكتسب بشعره. والمرجع في المداومة والإكثار إلى العادة، ويختلف الأمر فيه بعادات النواحي والبلاد، ويستقبح من شخص قدر لا يستقبح من غيره، وللامكنة فيه أيضاً تأثير، فاللعب بالشطرنج في الخلوة مراراً لا يكون كاللعب به في سوق مرة على ملاء من الناس، وهل يقال على هذا: لما استمرت العادة أن الشاعر يكتسب بشعره وعهد صنعة الغناء حرفة ومكسباً، فلا اشتغال به ممن يليق بحاله، لا يكون تركاً للمروءة؟ وكلام الأصحاب محمول على ما لا يليق به، وقد رأيت ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره لابن القاص.

فرع: ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل، كالنرد وسماع الأوتار، ولبس

الحرير، والجلوس عليه ونحوها، هل هو من الكبائر فترد الشهادة بمرة أم من الصغائر، فيعتبر المداومة والإكثار؟ وجهان يميل كلام الإمام إلى أولهما، والأصح الثاني، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره، وزاد الإمام، فقال: ينظر إلى عادة البلد والقطر، فحيث يستعظمون النرد وسماع الأوتار ترد الشهادة بمرة واحدة، لأن الإقدام في مثل تلك الناحية لا يكون إلا من جسور منحل عن ربة المروءة، فتسقط الثقة بقوله، وحيث لا يستعظمونه لا يكون مطلق الإقدام مشعراً بترك المبالاة، وسقوط المروءة، وحينئذ يقع النظر في أنه صغيرة أم كبيرة.

فرع: الخمر العينية لم يشبها ماء ولا طبخت بنار محرمة بالإجماع، ومن شربها عامداً عالماً بحالها، حد وردت شهادته، سواء شرب قدراً يسكره أم لا، قال أصحابنا العراقيون: وكذا حكم بائعها ومشتريها في رد شهادتهما، ولا ترد الشهادة بإمسакها، لأنه قد يجوز أن يقصد به التخلل أو التخليل، وأما المطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه، وسائر الأنبذة، فإن شرب منها القدر المسكر، حد وردت شهادته، وإن شرب قليلاً وهو يعتقد إباحته كالحنفي، ففيه أوجه: الأصح المنصوص: يحد، ولا ترد شهادته، والثاني: ترد ويحد، والثالث: لا ترد ولا يحد، واحتج الأصحاب للأصح بأن الحد إلى الإمام، فاعتبر اعتقاده، والشهادة تعتمد اعتقاد الشاهد، ولهذا لو غصب جارية ووطئها معتقداً أنه يزني بها، فبان أنها ملكه، فسق وردت شهادته، ولو وطئ جارية غيره يعتقد أنها جاريته، لم ترد شهادته، ولأن الحد للزجر، والنبذ يحتاج إلى زجر، ورد الشهادة لسقوط الثقة بقوله، ولا يوجد ذلك إذا لم يعتقد التحريم، وأما إذا شربه من يعتقد تحريمه، فالمذهب أنه يحد، وترد شهادته، وعن القفال أن من نكح بلا ولي ووطئ، لا ترد شهادته إن اعتقد الحل، وترد إن اعتقد التحريم، وعلى هذا قياس سائر المجتهدين، ولكن عن نص الشافعي رحمه الله أنه لا ترد شهادة مستحل نكاح المتعة والمفتي به والعامل به ونقل القاضي أبو الفياض مثله.

قلت: قال ابن الصباغ: قال في «الأم» إذا أخذ من النثار في الفرح لا ترد شهادته، لأن من الناس من يحل 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 تكرار ذلك، لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر، صار دناءة، وقلة مروءة. والله أعلم.

الشرط الخامس: المروءة، وهي التوقي عن الأدناس، فلا تقبل شهادة من لا

مروءة له، فمن ترك المروءة لبس ما لا يليق بأمثاله بأن لبس الفقيه القباء والقلنسوة ويتردد فيهما في بلد لم تجر عادة الفقهاء بلبسهما فيه، أو لبس التاجر ثوب الجمال، أو تعمم الجمال وتطلس، وركب بغلة مثمنة، وطاف في السوق، واتخذ نفسه ضحكة، ومنه المشي في السوق مكشوف الرأس والبدن إذا لم يكن الشخص سوقياً ممن يليق به مثله، وكذا مد الرجل بين الناس، والأكل في السوق والشرب من سقاياتها إلا أن يكون الشخص سوقياً، أو شرب لغلبة عطش، ومنه أن يقبل امرأته أو جاريته بحضرة الناس، أو يحكي ما يجري بينهما في الخلوة، أو يكثر من الحكايات المضحكة، أو يخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين، ويضايق في اليسير الذي لا يستقصى فيه، ومنه الإكثار على اللعب بالشطرنج والحمام والغناء على ما سبق، ومنه أن يتبذل الرجل المعتبر نفسه بنقل الماء والأطعمة إلى بيته إذا كان ذلك عن شح، فإن فعله استكانة، واقتداء بالسلف التاركين للتكلف، لم تقدح ذلك في المروءة، وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد لتقلله وبراءته من التكلف المعتاد، وهذا يعرف بتناسب حال الشخص في الأعمال والأخلاق، وظهور مخايل الصدق فيما يديه، وقد يؤثر فيه الزي واللبسة. وفي قبول شهادة أهل الحرف الدنيئة كحجام وكناس ودباغ وقيم حمام وحارس ونخال وإسكاف وقصاب ونحوهم وجهان: أحدهما: القبول، وفي الحائك الوجهان، وقيل: يقبل قطعاً وقيل: يقبل من لا يحتاج إلى مباشرة نجاسة أو قدر كالحائك والنخال والحارس دون غيرهم، وفي الصباغ والصائغ طريقتان، أحدهما: طرد الوجهين، والمذهب القبول قطعاً، لكن من أكثر منهم، ومن سائر المحترفة كذباً وخلفاً في الوعد، ردت شهادته، ولذلك قال الغزالي: الوجهان في أصحاب الحرف هما فيمن يليق به، وكان ذلك صنعة آبائه، فأما غيره، فتسقط مروءته بها، وهذا حسن، ومقتضاه أن يقال: الإسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس، بطلت مروءتهما بخلاف العكس.

قلت: لم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي أن لا يقيد بصنعة آبائه، بل ينظر هل يليق به هو أم لا. والله أعلم.

ثم الذين يباشرون النجاسة إنما يجري فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها، واتخذوا لها ثياباً طاهرة، وإلا فترد شهادتهم بالفسق.

فرع: من ترك السنن الراتبة، وتسبيحات الركوع والسجود أحياناً، لا ترد شهادته، ومن اعتاد تركها، ردت شهادته لتهاونه بالدين وإشعار هذا بقلة مبالاته بالمهمات، وحكى أبو الفرج في غير الوتر وركعتي الفجر وجهان أنه لا ترد شهادته باعتياد تركها.

فرع: نص أن مستحل الأنبذة إن أدام المنادمة عليها، والحضور مع أهل السفه، ردت شهادته لطرحه المروءة، وتقبل شهادة الطوافين على الأبواب، وسائر السؤال إلا أن يكثر الكذب في دعوى الحاجة وهو غير محتاج، أو يأخذ ما لا يحل له أخذه، فيفسق. ومقتضى الوجه الذهاب إلى رد شهادة أصحاب الحرف رد شهادته لدلالته على خسته.

الشرط السادس: الانفكاك عن التهمة، وللتهمة أسباب:

السبب الأول: أن يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً، أو يدفع بها ضرراً، فلا تقبل شهادة السيد لعبده المأذون له، ولا لمكاتبه بدين ولا عين، ولا شهادة الوارث لمورثه، ولا الغريم للميت، والمفلس المحجور عليه، وتقبل شهادته لغريمه الموصر، وكذا المعسر قبل الحجر عليه على الأصح، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بالأداء، ولا الإبراء، ولا الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه، ولا الوصي والقيم في محل تصرفهما، ولا الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، بأن يقول: هذه الدار بيننا، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه، ولا تقبل شهادته لشريكه ببيع الشقص، ولا للمشتري من شريكه، لأنها تتضمن إثبات الشفعة لنفسه، فإن لم يكن فيه شفعة بأن كان مما لا ينقسم، قال الشيخ أبو حامد: تقبل، وكذا لو عفا عن الشفعة، ثم شهد، ولو شهد أن زيدا جرح مورثه، لم يقبل للتهمة. ولو شهد بمال آخر لمورثه المجروح، أو المريض إن يشهد بعد الاندمال، قبلت قطعاً، وكذا قبله على الأصح.

فرع: ذكر القاضي أبو سعد الهروي في شرح أدب القضاء لأبي عاصم العبادي رحمه الله أنه لا تقبل شهادة المودع للمودع إذا نازعه في الوديعة أجنبي، لأنه يستديم اليد لنفسه، ويقبل للأجنبي، وكذا شهادة المرتهن لا يقبل للراهن، ويقبل للأجنبي، وإن شهادة الغاصب على المغصوب منه بالعين لأجنبي لا تقبل لفسقه، ولتهمته بدفع الضمان، ومؤنة لرد، فإن شهد بعد الرد، قبلت شهادته، وإن شهد بعد التلف، لم تقبل، لأنه يدفع الضمان، وإن شهادة المشتري شراء فاسداً بعد القبض لا تقبل للأجنبي لما ذكرنا، وإن شهادة المشتري شراء صحيحاً بعد الإقالة، والرد بالعيب، لا تقبل للبائع، لأنه يستبقي لنفسه الغلات، وإن كان المدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع.

ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرط أو المجلس، فوجهان بناء على أنه يرفع العقد من أصله، وترجع الفوائد إلى البائع أم حينه ولا يرجع، وأنه لو كان لميت دين على شخص، فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت، ثم شهد الغريمان لآخر بأنه ابنه، لم تقبل شهادة الغريمين، لأنهما ينقلان ما عليهما للأخ إلى الآخر بخلاف ما لو

تقدمت شهادة الغريمين، وأنه لا تقبل شهادة الوارثين على موت المورث، ولا شهادة الموصى لهما على الموصى، وتقبل شهادة الغريمين على موت من له الدين، لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، ولا ينظر إلى نقل الحق من شخص إلى شخص، لأن الوارث خليفة المورث، فكأنه هو، ولو شهد شهود بقتل الخطأ، فشهد اثنان من العاقلة بفسق شهود القتل، لم تقبل شهادتهما، لأنهما يدفعان ضرر التحمل. ولو شهد اثنان على مفلس بدين، فشهد غرماؤه الآخرون بفسقهما، لم تقبل شهادتهما، لأنهم يدفعون عنه ضرر المزاحمة. ولو شهد اثنان لاثنتين بوصية من تركه، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية للشاهدين، فوجهان: أحدهما: لا تقبل الأربعة، لتهمة المواطأة، بوصية للشاهدين، والصحيح قبول الشهادتين، لانفصال كل شهادة عن الأخرى، ولا يجر بشهادته نفعاً، ولهذا قلنا: تقبل شهادة بعض القافلة لبعض في قطع الطريق إذا قال كل واحد منهم: أخذ مالي فلان، ولم يقل: أخذ مالنا.

السبب الثاني: البعضية، فلا تقبل شهادة أصل ولا فرع. وروى ابن القاص قولاً قديماً أنها تقبل، واختاره المزني، وابن المنذر، والمشهور الأول، ولا تقبل لمكاتب ولده أو والده، وما دونهما. ولو شهد اثنان أن أباهما قذف ضرة أمهما أو طلقها أو خالعهما، ففي قبول شهادتهما قولان، الجديد الأظهر: القبول. ولو ادعت الطلاق، فشهد لها ابناها، لم يقبل، ولو شهدا حسبة ابتداء، قبلت، وكذا في الرضاع، ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنى، فإن سبق من الابن قذف، فطولب بالحد، فحاول إقامة البيئة لدفعه، لم يقبل، وإن لم يقذف أو لم يطالب بالحد، وشهد الأب حسبة، قبلت شهادته.

فرع: في يد زيد عبد ادعى شخص أنه اشتراه من عمرو بعدما اشتراه عمرو من زيد صاحب اليد وقبضه، وطالبه بالتسليم فأنكر زيد جميع ذلك، فشهد ابنه للمدعي بما يقوله، فقولان حكاهما أبو سعد الهروي، أحدهما: لا يقبل لتضمنها إثبات الملك لأبيهما، وأظهرهما: القبول، لأن المقصود بالشهادة في الحال المدعي وهو أجنبي.

فرع: تقبل شهادة الوالد على الولد، وعكسه، سواء شهد بمال أو عقوبة، وقيل: لا تقبل شهادته على الوالد بقصاص أو حد قذف، والصحيح الأول، ومن شهد لولد، أو والد وأجنبي، قبلت للأجنبي في الأصح أو الأظهر.

فرع: في حبس الوالدين بدين الولد أوجه: الأصح المنع قال الإمام: وإليه صار معظم أئمتنا، والثالث: يحبس في نفقة ولده، ولا يحبس في ديونه، حكاه الإمام، واختاره ابن القاص، وقد سبق الوجهان في كتاب التفليس.

فرع: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر، وقيل: قطعاً، وفي قول لا، وفي قول شهادة الزوج لها دون عكسه. وتقبل شهادة أحدهما على الآخر إلا أنه لا يقبل شهادته عليها بزني، لأنه دعوى خيانتها فراشه.

السبب الثالث: العداوة، فلا تقبل شهادة عدو على عدوه، والعداوة التي ترد بها الشهادة أن تبلغ حداً يتمنى زوال نعمته، ويفرح لمصيبته، ويحزن لمسرته، وذلك قد يكون من الجانبين، وقد يكون من أحدهما، فيخص برد شهادته على الآخر. وإن أفضت الشهادة إلى ارتكاب ما يفسق به، ردت شهادته على الإطلاق. ولو عادى من يريد أن يشهد عليه، وبالغ في خصومته، فلم يجبه، وسكت عنه، ثم شهد عليه، قبلت شهادته، لأننا لو لم نقبلها لاتخذ الخصوم ذلك ذريعة إلى إسقاط الشهادة. هكذا حكاه الروياني عن القفال، وذكره جماعة، منهم البغوي في كتاب اللعان أن شهادة المقدوف على قاذفه قبل طلب الحد مقبولة، وبعده لا تقبل، لظهور العداوة، وأنه لو شهد بعد الطلب، ثم عفا وأعاد تلك الشهادة، لم تقبل كالفاسق إذا شهد، ثم تاب وأعاد تلك الشهادة، وأنه لو شهد قبل الطلب، ثم طلب قبل الحكم، لم يحكم بشهادته، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في تعليق الشيخ أبي حامد وغيره أن الشافعي رحمه الله صور العداوة الموجبة للرد فيما إذا قذف رجل رجلاً، أو ادعى عليه أنه قطع الطريق عليه، وأخذ ماله، فيقال: يصيران عدوين، فلا تقبل شهادة أحدهما على الآخر، فاكتفى بالقذف دليلاً على العداوة، ولم يتعرض لطلب الحد، قال الروياني: لعل القفال أراد غير صورة القذف، ثم على ما ذكره البغوي الحكم غير منوط بأن يطلب المقدوف الحد، بل بأن يظهر العداوة، ولا شك أنه لو شهد على رجل، فقذفه المشهود عليه، لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته، نص عليه.

فرع: العداوات الدينية لا توجب رد الشهادة، بل يقبل للمسلم على الكافر والسني على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لا ترد شهادته عليه. ولو قال عالم ناقد: لا تسمعوا الحديث من فلان، فإنه مخلط، أو لا تستفتوه، فإنه لا يعرف الفتوى، لم ترد شهادته، لأن هذا نصيحة للناس، نص عليه.

فرع: تقبل شهادة العدو لعدوه إذ لا تهمة.

فرع: العصبية أن يبغض الرجل لكونه من بني فلان، فإن انضم إليها دعاء الناس، وتآلفهم للإضرار به والوقيعة فيه، اقتضى رد شهادته عليه، ومجرد هذا لا يقتضيه، وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه وعترته، فتقبل شهادته لهم، وشهادتهم له، وتقبل شهادته لصديقه وأخيه وإن كان يصله وبيره.

فرع: في شهادة المبتدع. جمهور الفقهاء من أصحابنا وغيرهم لا يكفرون

أحداً من أهل القبلة، لكن اشتهر عن الشافعي رحمته الله تكفير الذين ينفون علم الله تعالى بالمعدوم، ويقولون: ما يعلم الأشياء حتى يخلقها، ونقل العراقيون عنه تكفير الناهين للرؤية والقائلين بخلق القرآن، وتأوله الإمام، فقال: ظني أنه ناظر بعضهم، فألزمه الكفر في الحجاج، فقيل: إنه كفرهم.

قلت: أما تكفير منكري العلم بالمعدوم أو بالجزئيات، فلا شك فيه، وأما من نفى الرؤية أو قال بخلق القرآن، فالمختار تأويله، وسنقل إن شاء الله تعالى عن نصه في «الأم» ما يؤيده، وهذا التأويل الذي ذكره الإمام حسن، وقد تأوله الإمام الحافظ الفقيه الأصولي أبو بكر البيهقي رحمته الله وآخرون تأويلات متعارضة، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتّم الخلود في النار. وهكذا تأولوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ، واستدلوا بأنهم لم يلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة، ووجوب قتلهم وقتالهم وغير ذلك. والله أعلم.

ثم من كفر من أهل البدع لا تقبل شهادته، وأما من لا يكفره من أهل البدع والأهواء، فقد نص الشافعي رحمه الله في «الأم» و«المختصر» على قبول شهادتهم إلا الخطابية وهم قوم يرون جواز شهادة أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول: لي على فلان كذا، فيصدقه بيمين أو غيرها، ويشهد له اعتماداً على أنه لا يكذب هذا نصه. وللأصحاب فيه ثلاث فرق: فرقة جرت على ظاهر نصه، وقبلت شهادة جميعهم، وهذه طريقة الجمهور، منهم ابن القاص، وابن أبي هريرة، والقضاة ابن كج، وأبو الطيب، والروائي، واستدلوا بأنهم مصيبون في زعمهم ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم، وقبل هؤلاء شهادة من سب الصحابة والسلف رحمهم الله، لأنه تقدم عليه عن اعتقاد لا عن عداوة وعناد، قالوا: ولو شهد خطابي وذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد على قول المدعي بأن قال: سمعت فلاناً يقر بكذا لفلان، أو رأيته أقرضه، قبلت شهادته. وفرقة منهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه حملوا النص على المخالفين في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا: هم بالرد أولى من الفسقة. وفرقة ثالثة توسطوا، فردوا شهادة بعضهم دون بعض، فقال أبو إسحاق: من أنكر إمامة أبي بكر رحمته الله، ردت شهادته لمخالفته الإجماع، ومن فضل علياً على أبي بكر رحمته الله لم ترد شهادته، ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة، ويقذفون عائشة رحمها الله، فإنها محصنة كما نطق به القرآن، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي والبعوي، وهو حسن. وفي «الرقم» أن شهادة الخوارج مردودة لتكفيرهم أهل القبلة.

قلت: الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو قبول شهادة الجميع، فقد قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تبايناً شديداً، واستحل بعضهم من بعض ما تطول حكايته، وكان ذلك

متقادماً، منه ما كان في عهد السلف إلى اليوم، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدى به، ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل، وإن خطأه وضلله، ورآه استحل ما حرم الله تعالى عليه، فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله، 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.

السبب الرابع: الغفلة، وكثرة الغلط، ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ، ولا يضبط، فإن شهد مفسراً، وبين وقت التحمل ومكانه، فزالت الريبة عن شهادته، قبلت، ولا تقبل شهادة من كثر غلظه ونسيانه، وأما الغلط اليسير، فلا يقدر في الشهادة، لأنه لا يسلم منه أحد قال الإمام: ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة، فيحوج إلى الاستفصال كما سبق في آداب القضاء.

السبب الخامس: أن يدفع بالشهادة عن نفسه عار الكذب، فإن شهد فاسق، ورد القاضي شهادته، ثم تاب بشرط التوبة، فشهادته المستأنفة مقبولة بعد ذلك، ولو أعاد تلك الشهادة التي ردت، لم تقبل، وقال المزني: تقبل. ولو شهد كافر أو عبد أو صبي، فردت شهادته، ثم كمل فأعادها، قبلت، لعدم تهمتهم بدفع العار بخلاف الفاسق، فإن كان يخفي فسقه، والرد يظهره، فيسعى في دفع العار بإعادة الشهادة، فلو كان معلناً بفسقه حين شهد، ففي قبول شهادته المعادة بعد التوبة وجهان: أصحهما: عند الأكثرين: لا يقبل أيضاً، وإنما يجيء الوجهان إذا أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه، ثم ردها. وفي الإصغاء وجهان: أصحهما: - وبه قال الشيخ أبو محمد، واستحسنه الإمام - : لا يصغي، كشهادة العبد والصبي. ولو كان الكافر يستتر بكفره، وردت شهادته، ثم أسلم وأعادها، لم تقبل على الأصح، ولو ردت شهادته لعداوة، فزالت، وأعادها، لم تقبل على الأصح، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبه بمال، أو لعبده بنكاح، فردت فأعادها بعد عتقهما، وأجاب ابن القاص هنا بالقبول، ويجريان فيما لو شهد اثنان من الشفعاء بعفو شفيع ثالث قبل عفوهما، فردت شهادتهما، ثم عفوا، وأعادها، وفيما شهد اثنان لمورثهما بجراحة غير مندملة، فردت، ثم أعادها بعد الاندمال، ولو شهد فرعان على شهادة أصل، فردت شهادتهما لفسق الأصل، فقد صارت شهادة مردودة. فلو تاب، وشهد بنفسه، وأعاد الفرعان شهادتهما على شهادته، أو شهد على شهادته فرعان آخران، لم تقبل، ولو ردت شهادة الفرعين، لفسقهما، لم تتأثر به شهادة الأصل.

السبب السادس: الحرص على الشهادة بالمبادرة: اعلم أن الحقوق ضربان:

ضرب لا تجوز المبادرة إلى الشهادة عليه، وضرب يجوز، وتسمى الشهادة على هذا الثاني على وجه المبادرة شهادة حسبة، فحيث لا يجوز، فالمبادر متهم، فلا تقبل شهادته، والمبادرة أن يشهد من غير تقدم دعوى، فإن شهد بعد دعوى قبل أن يستشهد، ردت شهادته أيضاً على الأصح للتهمة، وإذا رددناها، ففي مصيره مجروحاً وجهان: الأصح لا، وبه قطع أبو عاصم، وظاهر هذا كون الخلاف في سقوط عدالته مطلقاً، ويؤيده أن القاضي أبا سعد الهروي، قال: الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الصغائر، أم من الكبائر، لكن منهم من يفهم كلامه اختصاص الخلاف برد تلك الشهادة وحدها إذا أعادها، فقد قال البغوي: وإذا قلنا: يصير مجروحاً لا يشترط استبراء حاله حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل، فأشعر كلامه باختصار الخلاف.

فرع: تقبل شهادة من احتبى وجلس في زاوية محتبياً لتحمل الشهادة، ولا تحمل على الحرص، لأن الحاجة قد تدعو إليه، وحكى الفوراني قولاً قديماً أنها لا تقبل، وهو شاذ، قال: وعلى المشهور يستحب أن يخبر الخصم أنني شهدت عليك لئلا يبادر إلى تكذيبه، فيعززه القاضي. ولو قال رجلان لثالث: توسط بيننا لتتاسب ونتصادق، فلا تشهد علينا بما يجري، فهذا شرط باطل، وعليه أن يشهد.

الضرب الثاني: ما تقبل فيه شهادة الحسبة، وهو ما تمحض حقاً لله تعالى، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضى الآدمي، فمنه الطلاق، وأما الخلع، فأطلق البغوي المنع فيه، وقال الإمام: يقبل في الفراق دون المال، قال: ولا أبعد ثبوته تبعاً، ولا إثبات الفراق دون البينونة، ومنه العتق والاستيلاء دون التدبير، ويقبل في العتق بالتدبير، ولا يقبل في الكتابة، فإن أدى النجم الأخير، شهد بالعتق. وفي شراء القريب وجهان: أحدهما: تقبل شهادة الحسبة فيه لحق الله تعالى، وأصحهما: لا، لأنهم يشهدون بالملك. ومنه العفو عن القصاص، والصحيح قبولها فيه، ومنه الوصية والوقف إذا كانا لجهة عامة، فإن كان لجهة خاصة، فالأصح المنع، ونقله الإمام عن الجمهور لتعلقه بحظوظ خاصة، ومنه تحريم الرضاع والنسب وفي النسب وجه، ومنه بقاء العدة وانقضاؤها، وتحريم المصاهرة، وكذا الزكوات والكفارات، والبلوغ والإسلام، والكفر والحدود التي هي حقوق لله تعالى، كالزنى، وقطع الطريق، وكذا السرقة على الصحيح، لكن الأفضل في الحدود الستة. ومنه الإحصان والتعديل. وأما ما هو حق آدمي، كالقصاص، وحد القذف والبيع، والأقارب، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق، أخبره الشاهد حتى يدعي ويستشده فليشهد، وقيل: تقبل شهادة الحسبة في الدماء خاصة، وقيل: تقبل في الأموال أيضاً، وقيل: تقبل إن لم يعلم المستحق بالحق، والصحيح المنع مطلقاً.

فرع: ما قبلت فيه شهادة الحسبة هل يسمع فيه دعوى الحسبة؟ وجهان: أحدهما لا، وبه قطع القفال في الفتاوى، لأن الثبوت بالبينة وهي غنية عن الدعوى. وقال القاضي حسين: تسمع، لأن البينة قد لا تساعد، وقد يراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه.

فرع: شهود الحسبة يجيئون إلى القاضي، ويقولون: نشهد على فلان بكذا، فأحضره لنشهد عليه، فإن ابتدؤوا، وقالوا: فلان زنى فهم قذفة، وفي الفتاوى: أنه لو جاء رجلان، وشهدا بأن فلاناً أخو فلانة من الرضاع، لم يكف حتى يقولوا: وهو يريد أن ينكحها، وأنه لو شهد اثنان بطلاق، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم جاء آخران يشهدان بأخوة بين المتناكحين، لم تقبل هذه الشهادة، إذ لا فائدة لها في الحال، ولا بكونهما قد يتناكحان بعد، وإن الشهادة على أنه أعتق عبده إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقه، وهذه الصورة تفهمك أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة. ولو جاء عبدان لرجل، فقالا: إن سيدنا أعتق أحدنا، وقامت بينة بما يقولان، سمعت، وإن كانت الدعوى فاسدة، لأن البينة على العتق مستغنية عن تقدم الدعوى.

فصل: شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة، وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين، فعلى هذا يعتبر في الشاهد سوى الشروط الستة كونه ناطقاً، وذكر الصيمري أنه لا تقبل شهادة محجور عليه بالسفه، فإن كان كذلك، زاد شرط ثامن.

فصل: في أمور لا تمنع الشهادة. وفيها خلاف لبعض العلماء. منها شهادة البدوي على القروي وعكسه مقبولة، وكذا شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حد وفي غيره، وتقبل شهادة ولد الزنى، ويجوز أن يكون قاضياً.

فصل: في التوبة. قد سبق أن من لا تقبل شهادته لمعصية تقبل إذا تاب، وظهر إعراضه عما كان عليه، قال الأصحاب: التوبة تنقسم إلى توبة بين العبد وبين الله تعالى، وهي التي يسقط بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر، وهي تتعلق بها عود الشهادة والولايات، أما الأولى، فهي أن يندم على فعل، ويترك فعله في الحال، ويعزم أن لا يعود إليه، ثم إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق مالي لله تعالى ولا للعباد، كقبلة الأجنبية ومباشرتها فيما دون الفرج، فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي، كمنع الزكاة، والغصب، والجنايات في أموال الناس، وجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه، بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس إن بقيت، ويغرم بدلها إن لم تبق، أو يستحل المستحق، فيبرئه ويجب أن يعلم المستحق إن لم يعلم به، وأن

يوصله إليه إن كان غائباً إن كان غصبه منه هناك، فإن مات، سلمه إلى وارثه، فإن لم يكن له وارث وانقطع خبره، دفعه إلى قاض ترضى سيرته وديانته، فإن تعذر، تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له إن وجدته، ذكره العبادي في «الرقم» والغزالي في غير كتبه الفقهية. وإن كان معسراً، نوى الغرامة إذا قدر، فإن مات قبل القدرة، فالمرجو من فضل الله تعالى المغفرة.

قلت: ظواهر السنن الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة وإن مات معسراً عاجزاً إذا كان عاصياً بالتزامها، فأما إذا استدان في مواضع يباح له الاستدانة، واستمر عجزه عن الوفاء حتى مات، أول أتلّف شيئاً خطأ، وعجز عن غرامته حتى مات، فالظاهر أن هذا لا مطالبة في حقه في الآخرة، إذ لا معصية منه، والمرجو أن الله تعالى يعوض صاحب الحق، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح: وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان يرجو الوفاء من جهة، أو سبب ظاهر. والله أعلم.

وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي، فإن كان حداً لله تعالى بأن زنى أو شرب، فإن لم يظهر عليه، فله أن يظهره، ويقر به ليقام عليه الحد، ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأفضل، فإن ظهر، فقد فات الستر، فيأتي الإمام ليقيم عليه الحد، قال ابن الصباغ: إلا إذا تقادم عليه العهد، وقلنا: يسقط الحد. وإن كان حقاً للعباد، كالقصاص وحد القذف، فيأتي المستحق، ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحق، وجب في القصاص أن يعلمه، فيقول: أنا الذي قتلت أباك، ولزمني القصاص، فإن شئت، فاقتص، وإن شئت فاعف. وفي حد القذف سبق في كتب اللعان خلاف في وجوب إعلامه، وقطع العبادي وغيره هنا بأنه يجب إعلامه، كالقصاص. وأما الغيبة إذا لم تبلغ المغتاب، فرأيت في فتاوى الحناطي أنه يكفي الندم والاستغفار، وإن بلغته، أو طرد طارد قياس القصاص والقذف فيها، فالطريق أن يأتي المغتاب ويستحل منه، فإن تعذر لموته، أو تعسر لغيبته البعيدة، استغفر الله تعالى، ولا اعتبار بتحليل الورثة، هكذا ذكره الحناطي وغيره، قال العبادي: والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير، ويسر ببليته، فيأتي المحسود ويخبره بما أضمره ويستحله، ويسأل الله تعالى أن يزيل عنه هذه الخصلة، وفي وجوب الإخبار عن مجرد الإضرار بعيد.

قلت: المختار بل الصواب أنه لا يجب إخبار المحسود، بل لا يستحب، ولو قيل: يكره لم يبعد. وهل يكفي الاستحلال من الغيبة المجهولة، أم يشترط معرفتها للعافي؟ فيه وجهان سبقا في كتاب الصلح. والله أعلم.

فرع: لو قصر فيما عليه من دين ومظلمة، ومات المستحق، واستحقه وارث بعد وارث، ثم مات ولم يفهم، فمن يستحق المطالبة به في الآخرة؟ فيه أوجه أرجحها - وبه أفتى الحناطي - أنه صاحب الحق أولاً، والثاني أنه آخر من مات من ورثته، أو ورثة ورثته وإن نزلوا، والثالث ذكره العبادي في «الرقم»: أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة حياته، ثم بعده لمن بعده، ولو دفع إلى بعض الوراثين عند انتهاء الاستحقاق إليه، خرج عن مظلمة الجميع فيما سوف ومطل. وأما التوبة في الظاهر، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية، أما الفعلية، كالزنى والسرقة والشرب، فإظهار التوبة منها لا يكفي في قبول الشهادة، وعود الولاية، بل يختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسريرته، وأنه صادق في توبته، وفي تقدير هذه المدة أوجه الأكثر أنها سنة، والثاني: ستة أشهر، ونسبوه إلى النص، والثالث: لا يتقدر بمدة إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، ويختلف ذلك بالأشخاص، وأمارات الصدق، وهذا اختيار الإمام والعبادي والغزالي. وأما القولية، فمنها القذف، ويشترط في التوبة منه القول، كما أن التوبة من الردة بكلمتي الشهادة. قال الشافعي رحمه الله: التوبة منه إكذابه نفسه، فأخذ الإصطخري بظاهره، وشرط أن يقول: كذبت فيما قذفت، ولا أعود إلى مثله. وقال الجمهور: لا يكلف أن يقول: كذبت، فربما كان صادقاً، فكيف نأمره بالكذب؟ ولكن يقول: القذف باطل وإنني نادم على ما فعلت، ولا أعود إليه، أو يقول: ما كنت محققاً في قذفي، وقد تبنت منه، ونحو ذلك. وسواء في هذا القذف على سبيل السب والإيذاء، والقذف على صورة الشهادة إذا لم يتم عدد الشهود، إن قلنا بوجوب الحد على من شهد، فإن لم نوجب، فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة. ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب كونه عند القاضي. ثم إذا تاب بالقول، فهل يستبرئ المدة المذكورة إذا كان عدلاً قبل القذف؟ ينظر إن كان القذف على صورة الشهادة لم يشترط على المذهب، وإن كان قذف سب وإيذاء، اشترط على المذهب. واعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف مشكل، وإلحاقه بالردة ضعيف، فإن اشتراط كلمتي الشهادة مطرد في الردة القولية والفعلية، كإلقاء المصحف في القاذورات، ثم مقتضى ما ذكره في القذف أن يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي القولية، كشهادة الزور والغيبة والنميمة وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور، فقال: التوبة منها أن يقول: كذبت فيما فعلت ولا أعود إلى مثله.

فروع: لو قذف وأتى ببينة على زنى المقذوف، فوجهان: حكاهما الإمام، أحدهما: لا تقبل شهادته، لأنه ليس له أن يقذف، ثم يقيم البينة، بل كان ينبغي أن يجيء مجيء الشهود، والصحيح القبول، لأن صدقه قد تحقق بالبينة، وكذا الحكم لو

اعترف المقذوف، وكذا لو قذف زوجته ولاعن، وسواء في رد الشهادة، وكيفية التوبة قذف محصناً أو غيره حتى لو قذف عبد نفسه، ردت شهادته، ويكفي تحريم القذف سبباً للرد، وشاهد الزور يستبرئ، كسائر الفسقة فإذا ظهر صلاحه، قبلت شهادته في غير تلك الواقعة، ومن غلط في شهادة لا يشترط استبراؤه، وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط، ولا تقبل فيها.

قلت: التوبة من أصول الإسلام المهمة، وقواعد الدين، وأول منازل السالكين، قال الله تعالى: ﴿وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ﴾ [النور: ٣١] فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق، وقد تقدمت صفتها، وتصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصرأً 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 خلافاً للمعتزلة. قال إمام الحرمين في «الإرشاد»: والقتل الموجب للقتل تصح التوبة منه قبل تسليم القاتل نفسه ليقترض 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 بن الباقلاني 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 الاستهانة، بل قد يذكر، ويعرض عنها. قال القاضي: وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة، والتوبة الأولى صحيحة، لأن العبادة الماضية لا ينقضها شيء بعد فراغها، قال: فيجب تجديد توبة 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 تجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان، والندم على الكفر بالإجماع، هذا مقطوع، وما سواه 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 أن القبول مظنون هو الصحيح. وقال جماعة من متكلمي أصحابنا: هو مقطوع. والله أعلم.

فصل: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان له أنهما كانا عبيد، أو كافرين، أو صبيين، أو امرأتين، نقض حكمه، لأنه يتقن الخطأ، كما لو حكم باجتهاده، فوجد النص خلافه، ولو بان ذلك لقاضي آخر نقضه أيضاً. فإن قيل: قد

اختلف العلماء في شهادة العبد، فكيف نقض الحكم في محل الاختلاف والاجتهاد؟ فالجواب أن الصورة مفروضة فيمن لا يعتد بالحكم بشهادة العبد وحكم بشهادة من ظنهما حرين، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، ولأنه حكم يخالف القياس الجلي، لأن العبد ناقص في الولايات، وسائر الأحكام، فكذا الشهادة. وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين، نقض حكمه على الأظهر، وقيل: قطعاً. ولو شهد عدلان، ثم فسقا قبل أن نحكم بشهادتهما، لم نحكم بها قطعاً، لأن الفسق يخفى غالباً، فربما كانا فاسقين عند الشهادة. ولو ارتدا قبل الحكم، لم يحكم على الصحيح، لأنها توقع ريبة، وقيل: لا يؤثر حدوثها بعد شهادتهما. وقال الداركي: إن ارتد إلى كفر يستسر أهله به، فكالفسق، وإلا فلا يؤثر. ولو شهدا في حد أو مال، ثم ماتا أو جنا أو عميا، أو خرسا، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما، لأنها لا توهم ريبة فيما مضى. ويجوز وقوع التعديل بعد حدوثها. ولو فسق الشاهدان، أو ارتدا بعد الحكم بشهادتهما، وقبل الاستيفاء، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، وفيه خلاف وتفصيل سنذكره في باب إن شاء الله تعالى، والمذهب أنه لا يؤثر في المال، بل يستوفى.

فرع: قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين: قد بان لي أنهما كانا فاسقين، ولم تظهر بينة بفسقهما، قال الغزالي في «الفتاوي»: إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك أيضاً، قال: ولو قال: أكرهني السلطان على الحكم بقولهما، وكنت أعرف فسقهما، قبل قوله من غير بينة الإكراه، ولو بان بالبينه أن الشاهدين كانا والدين للمشهود له، أو ولدين، أو عدوين للمشهود عليه، نقض الحكم، وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في العدد والذكورة

قول الشاهد الواحد لا يكفي الحكم به إلا في هلال رمضان على الأظهر، وأما القضاء بشاهد ويمين وإن قلنا على وجه: إن القضاء بالشاهد، فليس فيه اكتفاء بشاهد، بل يشترط معه اليمين. ثم الشهادات ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: الشهادة على الزنى، فلا تثبت إلا بأربعة رجال، وتثبت الشهادة على الإقرار بالزنى برجلين على الأظهر، وفي قول: يشترط أربعة، ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب، ويثبت القذف بشاهدين على المشهور، ونقل أبو عاصم قولاً قريباً في اشتراط أربعة.

فرع: سبق في السرقة أنه يشترط في الشهادة على الزنى أن يذكروا التي زنى بها، وأن يذكروا الزنى مفسراً، فيقولون: رأينا أدخل ذكره، أو قدر الحشفة منه في

فرج فلانة على سبيل الزنى. ولا يكفي إطلاقه الزنى، فقد يظنون المفاخضة زنى، وقد تكون الموطوءة جارية ابنه، أو مشتركة بينه وبين غيره بخلاف ما لو ادعت وطء شبهة، وطلبت المهر، فإنه يكفي الشهادة على الوطء، ولا يشترط قولهم: رأينا ذلك منه في ذلك منها، لأن المقصود هناك المال، فلم يلزم هذا الاحتياط، وقد وقع في كلام الغزالي وغيره أن الشاهد يقول: رأينا ذكره في فرجها كالمروء في المكحلة، وهذا التشبيه زيادة بيان، وليس بشرط، صرح به القاضي أبو سعد.

فرع: هل يجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنى أو ولادة، أو عيب باطن أم لا؟ وإنما يشهد عليه عند وقوع النظر إليه اتفاقاً؟ فيه أوجه سبقت في أول النكاح: الأصح المنصوص الجواز، والثاني: المنع، والثالث: المنع في الزنى دون غيره، والرابع: عكسه.

الضرب الثاني: ما ليس بمال، ولا يقصد منه مال، فإن كان عقوبة، لم تثبت إلا برجلين سواء فيه حق الله تعالى، كحد الشرب، وقطع الطريق، وقتل الردة، وحق العباد كالقصاص في النفس، أو الطرف، وحد القذف. والتعزير كالحد، ولا مدخل لشهادة النساء فيها. وإن كان غير عقوبة، فهو نوعان أحدهما: يطلع عليه الرجال غالباً، فلا يقبل فيه إلا رجلان، وذلك كالنكاح والرجعة، والطلاق والعتاق، والإسلام والردة، والبلوغ والإيلاء، والظهار والإعسار، والموت، والخلع من جانب المرأة، والولاء وانقضاء العدة، وجرح الشهود وتعديلهم، والعفو عن القصاص والإحصان، والكفالة والشهادة برؤية هلال غير رمضان، والشهادة على الشهادة، والقضاء والولاية إن اشترطنا فيهما الشهادة، والتدبير والاستيلاء، وكذا الكتابة على الصحيح، وقيل: تثبت الكتابة برجل وامرأتين، ومنه الوكالة والوصاية وإن كانتا من المال، لأنهما ولاية وسلطنة. ومنه القراض، وكذا الشركة على الأصح، وقيل: تثبت برجل وامرأتين. النوع الثاني: ما لا يطلع عليه الرجال، وتختص النساء بمعرفته غالباً، فيقبل فيه شهادتهن منفردات، وذلك كالولادة، والبكارة، والثيابة، والرتق، والقرن، والحيض، والرضاع، وعيب المرأة من برص وغيره تحت الإزار، حرة كانت أو أمة، وكذا استهلال الولد على المشهور، فكل هذا النوع لا يقبل فيه إلا أربع نسوة أو رجلين، أو رجل وامرأتين، قال البغوي: والعيب في وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين، وفي وجه الأمة وما يبدو منها في المهنة يثبت برجل وامرأتين، لأن المقصود منه المال. قال: والجراحة على فرج المرأة لا يلحق بالعيب، لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجل غالباً، هكذا قاله، لكن جنس العيب مما يطلع عليه الرجال غالباً، لكن لا يطلعون على العيب الخاص، وكذا هذه الجراحة.

قلت: الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا، وتعلق بمجرد الاسم. والله أعلم.

الضرب الثالث: ما هو مال أو المقصود منه مال، كالأعيان والديون، والعقود المالية، فيثبت برجلين ورجل وامرأتين، ولا يثبت بنسوة منفردات، فمن هذا الضرب البيع والإقالة، والإجارة، والرد بالعيب، والحوالة، والضمان، والصلح، والقرض والشفعة والمسابقة، وخيول المسابقة، والغصب، والإيلاء، والوصية بمال، والمهر في النكاح، ووطء الشبهة، والجنايات التي لا توجب إلا المال، كقتل الخطأ وقتل الصبي والمجنون، وقتل الحر العبد، والمسلم الذمي، والوالد الولد، والسرقة التي لا قطع فيها، وكذا حقوق الأموال، والعقود كالخيار، وشرط الرهن، والأجل وفي الأجل وجه، لأنه ضرب سلطنة، ومنه قبض الأموال، منها نجوم الكتابة، وفي النجم الأخير وجه ضعيف أنه يشترط له رجلان، لتعلق العتق به، ومنه الرهن والإبراء على الصحيح فيهما، ومنه طاعة الزوجة لاستحقاق النفقة، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وإدمان الصيد، لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم، ومنه الوقف، وفي ثبوته برجل وامرأتين ما سنذكره إن شاء الله تعالى في الباب الرابع في ثبوته بشاهد ويمين. ولو مات سيد المدبر، فادعى الوارث أنه كان رجوع عن التدبير، وقلنا: يجوز الرجوع، ثبت برجل وامرأتين. ولو ادعى رق شخص، أو ادعى جارية في يد غيره أنها أم ولد، ثبت برجل وامرأتين، ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال الزوج: طلقتك على كذا، وقالت: بل مجاناً، ثبتت دعواه برجل وامرأتين، وكذا لو قال لعبده: أعتقتك بكذا، فقال: مجاناً. ولو توافقا على النكاح، واختلفا في قدر المهر أو صفته، أو على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو صفته، ثبت برجل وامرأتين، وكذا لو توافق السيد والعبد على الكتابة، واختلفا في قدر النجوم أو صفتها، والإقرار بكل ما يثبت برجلين يثبت برجل وامرأتين، وفسخ العقود المالية يثبت برجل وامرأتين، وفسخ الطلاق لا يثبت إلا برجلين.

فرع: الخشي المشكل كالمرأة في الشهادة.

فرع: لو شهد بالسرقة رجل وامرأتان ثبت المال، وإن لم يثبت القطع، وحكي قول أنه لا يثبت المال، كما لو شهد بقتل العمد رجل وامرأتان، فإنه لا يثبت الدية كما لا يثبت القصاص، والمشهور الأول. ولو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح، ثبت الصداق، لأنه المقصود. ولو علق طلاق امرأته، أو عتق عبده على الولادة، فشهد بالولادة أربع نسوة ثبتت الولادة دون الطلاق والعتق، وكذا لو علقهما على الغصب والإتلاف، فشهد بهما رجل وامرأتان ثبت الغصب والإتلاف، ولا يقع

الطلاق والعتق كما سبق في كتاب الصوم أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بعدل لا يحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان، ولا بحلول الدين المؤجل به، هذا إذا تقدم التعليق، فلو ثبت الغصب أولاً برجل وامرأتين، وحكم الحاكم به، ثم جرى التعليق، فقال لها: إن كنت غصبت، فأنت طالق، وقد ثبت غصبها برجل وامرأتين وقع الطلاق، هكذا قاله ابن سريج وجمهور الأصحاب، وقياسه أن يكون الحكم هكذا في التعليق برمضان، وحكى الإمام عن حكاية شيخه وجهاً أنه لا يقع.

فصل: إذا ادعى على إنسان مالاً، وشهد له به اثنان، نظر إن كان عيناً وطلب المدعي الحيلولة بينهما وبين المدعى عليه إلى أن يزكى الشاهدان، أجيب إليه على الأصح، وقيل: لا يجاب، وقيل: يجاب إن كان المال مما يخاف تلفه أو تعيبه، وإن كان عقاراً ونحوه، فلا، وإن كان المدعى ديناً، لم يستوف قبل التزكية، وقيل: يستوفى ويوقف، حكاه ابن القطان، والصحيح الأول، فلو طلب المدعي أن يحجر على المدعى عليه، نقل الإمام عن الجمهور أنه لا يجيبه، وعن القاضي حسين أنه إن كان يتهمه بحيلة حجر عليه، لئلا يضيع ماله بالتصرفات والأقارير، ولم يتعرض عامة الأصحاب للحجر، لكن قالوا: هل يحبس المدعى عليه إذا كان المدعي ديناً، فيه وجهان: قال البغوي: أصحهما: نعم، فإن قلنا: لا، فللمدعي ملازمته إلى أن يعطيه كفيلاً وأجرة من يبعثه القاضي معهما للتكفيل على المدعي، وإن كان المدعي قصاصاً، أو حد قذف، حبس المشهود عليه، لأن الحق متعلق ببدنه، فيحتاج له. قلت: قال البغوي: سواء قذف زوجته أو أجنبياً. والله أعلم.

ولا يحبس في حدود الله تعالى، وأما في دعوى النكاح، فتعدل المرأة عند امرأة ثقة، وتمنع من الانتشار والخروج، وفيه وجه ضعيف، فعلى هذا الوجه هل يؤخذ منها كفيلاً؟ وجهان: قال القاضي أبو سعد: فإن كانت المرأة مزوجة، لم يمنع منها زوجها قبل التعديل، لأنه ليس مدعى عليه، ولو شهد اثنان لعبد بأن سيده أعتقه، وطلب العبد الحيلولة قبل التزكية، أجله القاضي، وحال بينه وبين سيده، ويؤجره وينفق عليه، فما فضل فموقوف بينه وبين السيد، فإن لم يكن له كسب، أنفق عليه من بيت المال، ثم يرجع على سيده إن بان جرح الشهود واستمر الرق، وكذا الأعيان المنتزعة يؤجرها، وهل تتوقف الحيلولة على طلب العبد؟ وجهان: الأصح: لا، بل إذا رأى الحاكم الحيلولة، فعلها، وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطاً للبضع، وكذا لو ادعت المرأة الطلاق، وأقامت شاهدين، فرق الحاكم بينهما قبل التزكية، والوجهان في اشتراط طلب العبد للحيلولة جاريان في انتزاع العين المدعاة، ويقرب منها وجهان: حكاهما ابن كج في أن إجارة العبد هل تفتقر إلى طلب السيد أو العبد، أم

يؤجره بغير طلبهما؟ والثاني أقرب إلى ظاهر النص، هذا كله إذا أقام المدعي شاهدين، فلو أقام شاهداً، وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر هل يجاب؟ قولان أظهرهما عند الجمهور: لا، لأن الشاهد وحده ليس بحجة، وفي الشاهدين تمت الحجة، وهل يحبس المدعى عليه في القصاص والكذب بشاهد؟ فيه القولان، ويجري فيه الخلاف في دعوى النكاح تعديلاً، ثم تكفيلاً إن لم يعدل، وفي دعوى العتق والطلاق هل يحال؟ فيه القولان، ثم ذكر العراقيون والرويان أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يتعينان إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية أو الجرح، ولا تقدر له مدة، والحيلولة والحبس بشاهد إذا قلنا به لا يزدان على ثلاثة أيام، وعن أبي إسحاق أنه لا حيلولة ولا حبس إذا كان الشاهد الآخر غائباً لا يحضر إلا بعد ثلاثة أيام، وإنما محل القولين إذا كان قريباً، والمذهب ما سبق.

فرع: قال البغوي: إذا حال القاضي بين العبد وسيده، أو انتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية، لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه، لكن لو أقر أحدهما بالموقوف لآخر أو أوصى به أو دبره أو أعتقه، انتظرنا ما يستقر عليه الأمر آخرًا، وحكى القاضي أبو سعد وجهين في نفوذ تصرفه، وصوره فيما إذا حجر القاضي على المشهود عليه في المشهود به، فإن أراد بالحجر الحيلولة، حصل الخلاف، وإن أراد التلطف بالحجر أشعر ذلك باشتراط الحجر القولي في امتناع التصرف، قال: وإذا قامت البينة، وحصل التعديل، والقاضي ينظر في وجه الحكم، فينبغي أن يحجر عليه في مدة النظر، فإن حجر لم ينفذ تصرفه، قال البغوي: وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفذ تصرف المدعي، وينفذ تصرف المدعى عليه، إن قلنا: إن طلب المدعي شرط في الوقف، وإلا فوجهان.

فرع: الثمرة والغلة الحادثان بعد شهادة الشاهدين وقبل التعديل تكون للمدعي وبين شهادة الأول وشهادة الثاني لا يكون للمدعي إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة الأول أولاً أو بما قبله، فإن استخدم السيد العبد المدعي للعتق بين شهادة الأول والثاني على قولنا لا يحال بينهما وشهد الثاني هكذا لزمه أجره المثل، وبالله التوفيق.

الباب الثالث: في مستند علم الشاهد، وحكم تحمل الشهادة وأدائها

فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: فيما يحتاج إلى الإبصار، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين، لكن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام

اليقين، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وقد قسم الشافعي والأصحاب رحمهم الله المشهود به ثلاثة أقسام: أحدها: ما يكفي فيه السماع، ولا يحتاج إلى الإبصار، وموضع بيانه الطرف الثاني.

القسم الثاني: ما يكفي فيه الإبصار وهو الأفعال، كالزنى، والشرب، والغصب، والإتلاف، والولادة، والرضاع، والاصطياد، والاحياء، وكون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها، فلا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير، وتقبل فيها شهادة الأصم.

القسم الثالث: ما يحتاج إلى السمع والبصر معاً، كالأقوال، فلا بد من سماعها ومشاهدة قائلها، وذلك كالنكاح والطلاق، والبيع، وجميع العقود، والفسوخ، والإقرار بها، فلا يقبل فيها شهادة الأصم الذي لا يسمع شيئاً، ولا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، ولا يصح منه التحمل اعتماداً على الصوت، فإن الأصوات تتشابه ويتطرق إليها التخيل والتلبيس مع أنه لا ضرورة إلى شهادته للاستغناء بالبصراء بخلاف الوطء، فإن له أن يطمأ زوجته اعتماداً على صوتها بالإجماع للضرورة، ولأن الوطء يجوز بالظن، ولا تقبل شهادته على زوجته التي يطمأها كما لا تقبل على الأجانب، لأن الوطء ضرورة، وقد سبق وجه أن العمى لا يقدح في القضاء وهو مع ضعفه جار في الشهادة، والصواب المنع، ويستثنى عن هذا صورة الضبطة، وهي أن يضع رجل فمه على أذنه ويد الأعمى على رأسه، فينظر إن سمعه يقر بطلاق أو عتق أو لرجل معروف الاسم، والنسب بمال، ويتعلق به الأعمى، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند القاضي، فيقبل هذه الشهادة على الصحيح لحصول العلم، وقيل: لا يقبل سداً للباب مع عسر ذلك، وتقبل رواية الأعمى ما سمعه حال العمى على الصحيح، وبه قطع الجمهور إذا حصل الظن الغالب بضبطه، واختار الإمام المنع، فأما ما سمعه قبل العمى، فتقبل روايته في العمى بلا خلاف، ولو تحمل شهادة تحتاج إلى البصر وهو بصير، ثم عمي، نظر إن تحمل على رجل معروف الاسم والنسب يقر لرجل بهذه الصفة، فله أن يشهد بعدما عمي، ويقبل لحصول العلم، وكذا لو عمي ويد المقر في يده، فشهد عليه لمعروف الاسم والنسب. وإن لم يكن كذلك، لم تقبل شهادته، ويجوز الاعتماد على ترجمة الأعمى على الأصح، ولو عمي القاضي بعد سماع البينة وتعديلها، ففي نفوذ قضائه في تلك الواقعة وجهان: أحدهما لا، لانعزاله بالعمى، كما لو انعزل بسبب آخر، وأصحهما: نعم إن لم يحتج إلى الإشارة، كما لو تحمل الشهادة وهو بصير، ثم

عمي، وأما شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة، فسيأتي في الطرف الثاني إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا شاهد فعل إنسان، أو سمع قوله، فإن كان يعرفه بعينه واسمه ونسبه، شهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه، فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده، قال الغزالي: يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك، جاز، وكان يحتمل أن يقال: هذه شهادة على مجهول، فلا تصح كما سبق في القضاء على الغائب 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 لا يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة والحالة هذه لا تفيد، وقال الإمام: لو لم يعرفه إلا باسمه لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة، وبالجمله لا يشهد بما لا معرفة له به. ولو سمع اثنين يشهدان أن فلاناً وكل هذا الرجل في بيع داره، وأقر الوكيل بالبيع، شهد على إقراره بالبيع، ولم يشهد بالوكالة. وكتب القفال في مثله أنه يشهد على شاهدي الوكالة، وكأنهما أشهاد على شهادتهما، ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي المخطوبة، أو وكيل وليها وهو لا يعرفه ولياً ولا وكيلاً، أو عرف الولاية أو الوكالة، ولم يعرف رضى المرأة وهي ممن يعتبر رضاها، لم يشهد على أنها زوجته، لكن يشهد أن فلاناً أنكح فلانة فلاناً، وقيل: فلان فإن لم يعرف المرأة بنسبها لم يشهد إلا أن فلاناً قال: زوجت فلانة فلاناً، وإن كان يعرف المشهود عليه بعينه دون اسمه ونسبه، شهد عليه حاضراً لا غائباً، فإن مات أحضر ليشاهد صورته، ويشهد على عينه، فإن دفن، لم ينبش، وقد تعذرت الشهادة عليه، هكذا قاله القاضي حسين، وتابعه الإمام والغزالي، لكن استثنى الغزالي ما إذا اشتدت الحاجة إليه، ولم يطل العهد بحيث يتغير منظره، وهذا احتمال ذكره الإمام، ثم قال: والأظهر ما ذكره القاضي. وإن لم يعرف اسمه ونسبه، لم يكن له أن يعتمد قوله: إنه فلان ابن فلان، لكن لو تحمل الشهادة وهو لا يعرف اسمه ونسبه، ثم سمع الناس يقولون: إنه فلان ابن فلان، واستفاض ذلك، فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه، كما لو عرفهما عند التحمل. ولو قال له عدلان عند التحمل أو بعده: هو فلان ابن فلان، قال الشيخ أبو حامد: له أن يعتمدهما، ويشهد على اسمه ونسبه، وهذا مبني على جواز الشهادة على النسب من عدلين، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: كما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه، وتارة على اسمه ونسبه، فكذلك المشهود له، فتارة يشهد أنه أقر لهذا، وتارة لفلان ابن فلان، وكذا

عند غيبة المشهود له، وإذا شهد الشاهدان أن لهذا على فلان ابن فلان الفلاني كذا، فقال الخصم: لست فلان ابن فلان الفلاني، ففي فتاوى القفال أن على المدعي بينة أن اسمه فلان، ونسبه ما ذكره، فإن لم يكن بينة، حلفه، فإن نكل، حلف واستحق، وإن سلم ذلك الاسم والنسب، فادعى أن هناك من يشاركه فيهما، لم يقبل منه حتى يقيم البينة على ما يدعيه، فإن أقامها احتاج إلى إثبات زيادة يمتاز بها المدعى عليه على الآخر، وهذا كما سبق في كتاب القاضي إذا بلغ المكتوب إليه، وأحضر من زعم المدعي أنه المحكوم عليه، ولتكن الصورة فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا، واسمه ونسبه كذا، أو أنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا وهو هذا الحاضر، وأقام البينة بالاستحقاق على فلان ابن فلان، فيستفيد بها مطالبة الحاضر إن اعترف أنه فلان ابن فلان، أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أمكن، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي على فلان ابن فلان من غير أن يربط الدعوى بحاضر، وفي الفتاوى أيضاً أنه لو أحضر رجلاً عند القاضي، وقال: إن هذا أقر لفلان ابن فلان بكذا وأنا ذلك المقر له، فقال الرجل: نعم أقررت، لكن هنا أو بموضع آخر رجل آخر بهذا الاسم والنسب، وإنما أقررت له، لزمه إقامة البينة على ما يدعيه، فإذا أقامها، سئل ذلك الآخر، فإن صدقه، دفع المقر به إليه، ويحلف الأول على أنه لا شيء له عليه، وإن كذبه، فهو للمدعي، وإن قال: هناك رجل آخر بهذا الاسم والنسب وأنا أقررت لأحدهما، لا أعلم عينه، وأقام البينة برجل آخر سئل ذلك الآخر، فإن قال: لا شيء لي عليه، فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول كما لو كانت عنده وديعة، فقال: هي لأحدكما، ولا أدري أنها لأيكما، فقال أحدهما: ليست لي، فإنها تكون للآخر، وإن صدقه الآخر، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كل واحد: هي لي، وقد حكينا في الوكالة فيما لو وكل رجلاً بالخصومة بناء على اسم ونسب ذكره أنه لا بد من بينة على أنه وكيله فلان ابن فلان، أو على أن الذي وكله عند القاضي هو فلان ابن فلان وحكينا عن القاضي حسين أن هذه المسألة يكتفي القاضي فيها بالعدالة الظاهرة، ويتساهلون في البحث والاستزكاء. وعن القاضي أبي سعد الهروي أنه يكتفي فيها بمعرف واحد، وكل واحد من هذين الكلامين ينبغي أن يعود هنا حيث احتيج إلى إثبات كونه فلان ابن فلان.

فصل: المرأة المتنقة لا يجوز الشهادة عليها اعتماداً على الصوت، كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت، وكذا البصير في الظلمة، أو من وراء حائل صفيق، والحائل الرقيق لا يمنع على الأصح. وإذا لم يجز التحمل بالصوت، فإن عرفها متنقة باسمها ونسبها أو بعينها لا غير، جاز التحمل، ولا يضر النقاب،

ويشهد عند الأداء بما يعلم، فإن لم يعرفها، فلتكشف عن وجهها ليراها الشاهد ويضبط حليتها وصورتها، ليتمكن من الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء، وتكشف وجهها حينئذ. ولا يجوز التحمل بتعريف عدل أو عدلين أنها فلانة بنت فلان، فإن قال عدلان يشهدان: هذه فلانة بنت فلان تقرر بكذا، فهما شاهدا الأصل، والذي يسمع منهما شاهد فرع يشهد على شهادتهما عند اجتماع الشروط. ولو سمعه من عدل واحد، شهد على شهادته، والشهادة على الشهادة والحالة هذه تكون على الاسم والنسب دون العين، هذا ما ذكره أكثر المتكلمين في المسألة، وفي وجه ثان عن الشيخ أبي محمد أنه يكفيه لتحمل الشهادة عليها معرف واحد سلوكاً به مسلك الإخبار، وبهذا قال جماعة من المتأخرين، منهم القاضي شريح الروياني، ووجه ثالث أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان، ويشهد على اسمها ونسبها عند الغيبة، وهذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد بناء على أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين، ووجه عن الإصطخري أنه إذا كان يعرف نسب امرأة، ولا يعرف عينها، فدخل دارها وفيها نسوة سواها، فقال لابنها الصغير: أيتها أمك، أو لجاريتهما أيتها سيدتك، فأشارا إلى امرأة، فسمع إقرارها، جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان أقرت بكذا، حكاه ابن كج عنه، ولم يجعل قول شاهدين على قول الإصطخري كإخبار الصغير والجارية، وادعى أن ذلك أشد وقعاً في القلب وأثبت. ولك أن تقول: ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل على كشف الوجه لا على المعرف، لأن من أقرت تحت نقاب، ورفعت إلى القاضي والمتحمل ملازمها أمكن الشهادة على عينها، وقد يحضر قوم يكتفي بإخبارهم في التسماع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يشترط في التسماع طول المدة كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فيخبرون عن اسمها ونسبها، فيتمكن من الشهادة على اسمها ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان تحملاً الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا، فأقرت لفلان بكذا، وشهد عدلان أن المرأة الحاضرة، يومئذ في ذلك المكان هي هذه، ثبت الحق بالتبيين، كما لو قامت بينة أن فلان ابن فلان الفلاني أقر بكذا وقامت أخرى على أن الحاضر هو فلان ابن فلان، ثبت الحق. وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد، وجب أن يجوز مطلقاً، ثم إن لم يحصل ما يفيد جواز التحمل على العين، أو على الاسم والنسب، أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات، فذاك لشيء آخر. ويجوز النظر إلى وجهها، لتحمل الشهادة وسماع كلامها، وهذا عند الأمن من الفتنة، فإن خاف فتنة، فقد سبق أنه يحرم النظر إلى وجهها بلا خلاف فيشبهه أن يقال: لا ينظر الخائف للتحمل، لأن في غيره غنية، فإن تعين عليه، نظر واحترز.

فرع: إذا قامت بينة على عين رجل أو امرأة بحق، وأراد المدعي أن يسجل له القاضي، فالتسجيل على العين ممتنع، لكن يجوز أن يسجل بالحلية، ولا سبيل إلى التسجيل بالاسم والنسب ما لم يثبتا، ولا يكفي فيهما قول المدعي، ولا إقرار من قامت عليه البينة، لأن نسب الشخص لا يثبت بإقراره، فلو قامت بينة على نسبه على وجه الحسبة بني على أن شهادة الحسبة هل تقبل في النسب، إن قبلناها - وهو الصحيح - أثبت القاضي النسب، وسجل، وإن لم نقبلها وهو اختيار القاضي حسين، فقال: الطريق هنا أن ينصب القاضي من يدعي على فلان ابن فلان ديناً، أو على فاطمة بنت زيد، أو يدعي على زيد، ويقول: هذه بنته، وتركته عندها، وينكر المدعي عليه النسب، فيقيم المدعي البينة عليه. قال: وتجاوز هذه الحيلة للحاجة، واعترض الإمام بأن الدعوى الباطلة كالعدم، فكيف يجوز بناء الشهادة عليها، وكيف يأمر القاضي بها. لكن الوجه أن يقال: وكلاء المجلس يتفطنون لمثل ذلك، فإذا نصبوا مدعياً لم يفحص القاضي، ولم يضيق، بل يسمع الدعوى والبينة للحاجة. ولو أمر المدعي الذي ثبت له الحق بالبينة أن ينقل الدعوى عن العين إلى الدعوى على بنت زيد لينكر، فيقيم البينة على النسب، كان أقرب من نصب مدع جديد، وأمره بدعوى باطلة.

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، ولهم أن يقولوا: لا يلزمنا الجواب عن هذا.

الطرف الثاني: فيما تجاوز الشهادة فيه بالتسامع وهو الاستفاضة، فمنه النسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان، أو هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فلان، أو أنهما من قبيلة كذا، ويثبت النسب من الأم بالتسامع أيضاً على الأصح، وقيل: قطعاً كالأب، ووجه المنع إمكان رؤية الولادة. ثم ذكر الشافعي والأصحاب رحمهم الله في صفة التسامع أنه ينبغي أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه، فينسب إلى ذلك الرجل أو القبيلة، والناس ينسبونه إليه، وهل يعتبر في ذلك التكرار، وامتداد مدة السماع، قال كثيرون: نعم، وبهذا أجاب الصيمري، وقال آخرون: لا بل لو سمع انتساب الشخص، وحضر جماعة لا يرتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعة واحدة، جاز له الشهادة. ورأى ابن كج القطع بهذا، وبه أجاب البغوي في انتسابه بنفسه، فإن قلنا بالأول، فليست المدة مقدرة بسنة على الصحيح، ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهما ما يورث تهمة وريبة، فلو كان المنسوب إليه حياً وأنكر، لم تجز الشهادة، وإن كان مجنوناً، جازت على الصحيح،

كما لو كان ميتاً، ولو طعن بعض الناس في ذلك النسب هل يمنع جواز الشهادة؟ وجهان أصحهما: نعم لاختلال الظن.

فرع: يثبت الموت بالاستفاضة على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وقيل: وجهان: وهل يثبت بها الولاء والعق والوقف والزوجية؟ وجهان: قال الإصطخري، وابن القاص، وأبو علي بن أبي هريرة، والطبري: نعم، ورجحه ابن الصباغ، وقال أبو إسحاق: لا، وبه أفتى القفال، وصححه الإمام، وأبو الحسن العبادي، والرويانى، قالوا: ويستحب تجديد شهود كتب الوقف إذا خاف انقراض الأصول، قال في «العدة»: هذا ظاهر المذهب، لكن الفتوى الجواز للحاجة.

قلت: الجواز أقوى وأصح وهو المختار. والله أعلم.

فرع: المعتبر في الاستفاضة أوجه: أصحها: أنه يشترط أن يسمعه من جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم، ويؤمن تواطؤهم على الكذب، وهذا هو الذي رجحه الماوردي، وابن الصباغ، والغزالي وهو أشبه بكلام الشافعي رحمه الله، والثاني: يكفي عدلان، اختاره أبو حامد، وأبو حاتم، ومال إليه الإمام، والثالث: يكفي خبر واحد إذا سكن القلب إليه، حكاه السرخسي وغيره، فعلى الأول ينبغي أن لا يشترط العدالة ولا الحرية والذكورة.

فرع: لو سمع رجلاً يقول لآخر: هذا ابني وصدقه الآخر، أو قال: 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. وفي «المهذب» وجه أنه لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار والسكوت، والذي أجاب به الإمام والغزالي أنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك، بل يشهد والحالة هذه على الإقرار، وهذا قياس ظاهر.

فصل: الشهادة على الملك تنبني على ثلاثة أمور وهي اليد والتصرف والتسامع، فأما اليد فلا تفيد بمجرد جواز الشهادة على الملك، لكن إذا رأى الشيء في يده، جاز أن يشهد له باليد، وشرط البغوي لذلك أن يراه في يده مدة طويلة، وحكى الإمام قولاً أنه لا تجوز الشهادة بالملك بمجرد اليد، والمشهور الأول، وأما التصرف المجرد، فكاليد المجردة لا يفيد جواز الشهادة بالملك، فإن اجتمع يد وتصرف فإن قصرت المدة، فهو كاليد المجردة، وإن طالت، ففي جواز الشهادة له بالملك وجهان: أصحهما: الجواز، صححه البغوي، ونقله الإمام عن اختيار الجمهور، وعن الشيخ أبي محمد القطع به، فلو انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة، ونسبة الناس الملك إليه، جازت الشهادة بالملك بلا خلاف، ونقل

الرويانى قولاً أنه لا تجوز الشهادة على الملك حتى يعرف سببه وهو شاذ ضعيف .
وأما الاستفاضة وحدها، فهل تجوز الشهادة على الملك بها؟ وجهان أقربهما إلى إطلاق الأكثرين الجواز، والظاهر أنه لا يجوز، وهو محكي عن نصه في حرملة، واختارها القاضي حسين، والإمام الغزالي وهو الجواب في «الرقم». واعلم أن جواز الشهادة بالملك بالاستفاضة مشهورة في المذهب، فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين من اليد والتصرف إليه، أو يعتبرهما جميعاً، لكن لا يعتبر طول المدة فيهما، وإذا انضمما إلى الاستفاضة، وإلا فهما كافيان إذا طالت المدة على الأصح، ولا يبقى للاستفاضة أثر، ويشترط في جواز الشهادة بناء على اليد أو اليد والتصرف أن لا يعرف له منازعاً فيه، ونقل ابن كج وجهين في أن منازعة من لا حجة معه هل تمنع؟

فرع: طول مدة اليد والتصرف يرجع فيه إلى العادة، وقيل: أقلها سنة، والصحيح الأول، وعن الشيخ أبي عاصم أنه إن زادت على عشرة، فطويلة، وفيما دونها وجهان: والقول في عدد المخبرين هنا، وامتداد المدة كما سبق في النسب، ونقل ابن كج وجهين في أنه هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين .
فرع: ذكر ابن كج أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة، وقد ينازع فيه، لإمكان مشاهدة اليد.

فرع: لا يكفي أن يقول الشاهد: سمعت الناس يقولون: إنه لفلان، وكذا في النسب، وإن كانت الشهادة مبنية عليه، بل يشترط أن يقول: أشهد بأنه له، وبأنه ابنه، لأن قد يعلم خلاف ما سمعه من الناس، لكن عن الشيخ أبي عاصم أنه لو شهد رجل بالملك، وآخر بأنه في يده مدة طويلة وتصرف فيه بلا منازع، تمت الشهادة. وقال الشارح لكلامه: هذا مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب، والصحيح الأول.
فرع: سواء في الشهادة على الملك بالاستفاضة والتصرف العقار والثوب والعبد وغيرها إذا ميز الشهود به عن أمثاله.

فرع: التصرف المعتبر في الباب تصرف الملاك من السكنى، والدخول والخروج، والهدم والبناء، والبيع والفسخ بعده، والرهن، وفي مجرد الإجارة وجهان: لأنها وإن تكررت قد تصدر ممن استأجر مدة طويلة ومن الموصى له بالمنفعة، وليجر هذا الخلاف في الرهن، لأنه قد يصدر من مستعير، والأوفق لإطلاق الأصحاب الاكتفاء، لأن الغالب صدورها من المالكين، ولا يكفي التصرف مدة واحدة، لأنه لا يحصل ظناً.

فرع: لا يثبت الدين بالاستفاضة على الصحيح.

فرع: في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان: قال ابن سريج والجمهور: تقبل إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعيين وإشارة بأن يكون الرجل معروفاً باسمه ونسبه الأدنى، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى وصور أيضاً في النسب الأدنى بأن يصف الشخص، فيقول: الرجل الذي اسمه كذا، وكنيته كذا، ومصلاه ومسكنه كذا، هو فلان ابن فلان، ثم يقيم المدعي بينة أخرى أنه الذي اسمه كذا، وكنيته كذا إلى آخر الصفات، وصورته في الملك أن يشهد الأعمى بدار معروفة أنها لفلان ابن فلان، ويمكن أن يقال: الوجه القائل بأن شهادته لا تقبل، مخصوص بما إذا سمع من عدد يمكن اتفاقهم على الكذب، فأما إذا حصل السماع من جمع كبير، فلا حاجة فيه إلى المشاهدة، ومعرفة حال المخبرين.

فرع: ما جازت الشهادة به اعتماداً على الاستفاضة، جاز الحلف عليه اعتماداً عليها، بل أولى، لأنه يجوز الحلف على خط الأب دون الشهادة.

الطرف الثالث: في تحمل الشهادة وأدائها: أما الأداء، فواجب في الجملة، والكتمان حرام، ويجب الأداء على متعين للشهادة، متحمل لها قصداً، دعي من دون مسافة العدوى، عدل، لا عذر له، فهذه خمسة قيود.

القيد الأول: التعيين، فإن لم يكن في الواقعة إلا شاهدان بأن لم يتحمل سواهما، أو مات الباقيون، أو جنوا، أو فسقوا، أو غابوا، لزمهما الأداء، فلو شهد أحدهما، وامتنع الآخر، وقال للمدعي: احلف مع الشاهد، عصا، وكذا الشاهدان على رد الوديعة لو امتنعا، وقال للمودع: احلف على الرد، عصيا، لأن من مقاصد الإشهاد التورع عن اليمين، ولو لم تكن في الواقعة إلا شاهد، فإن كان الحق يثبت بشاهد ويمين، لزمه الأداء، وإلا فلا على الصحيح، وحكى ابن كج وجهاً في لزومه، لأنه ينفع في اندفاع بعض تهمة الكذب. وإن كان في الواقعة شهود، فالأداء عليهم فرض كفاية إذا فعله اثنان منهم، سقط عن الباقيين، وإن طلب الأداء من اثنين، ففي وجوب الإجابة عليهما وجهان: وقال ابن القاص قولان، أحدهما: الوجوب، وليس موضع الخلاف ما إذا علمنا من حالهم رغبة أو إباء.

القيد الثاني: كونه متحتملاً عن قصد، أما من سمع الشيء، أو وقع بصره عليه اتفاقاً، فالأصح الموافق لإطلاق الجمهور أنه يلزمه الأداء أيضاً، لأنها أمانة وشهادة عنده، والثاني: لا، لعدم التزامه.

القيد الثالث: أن يدعى لأداء الشهادة من مسافة قريبة، ومتى كان القاضي في البلد فالمسافة قريبة، وكذا لو دعي إلى مسافة يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى أهله في يومه، وإن دعي إلى مسافة القصر لم تجب الإجابة، وإن كان بينهما لم تجب أيضاً

على الأصح، وهذا كله تفريع على الصحيح، وهو أن الشاهد يلزمه الحضور إلى القاضي لأداء الشهادة وعن القاضي أبي حامد أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إن اجتمع هو والقاضي.

القيد الرابع: كون الشاهد عدلاً، فإن كان فاسقاً، ودعي لأداء الشهادة نظر إن كان فسقه مجمعاً عليه، ظاهراً أو خفياً، حرم عليه أن يشهد، وإن كان مجتهداً فيه، كشرب النبيذ، لزمه أن يشهد، وإن كان القاضي يرى التفسيق به ورد الشهادة، لأنه قد يتغير اجتهداه. وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يجب في الفسق المجتهد فيه إذا كان ظاهراً، وحكى ابن كج وجهاً أنه يجب مطلقاً في الفسق الخفي، وفي الظاهر وجهان: والمذهب ما سبق، وحكى ابن كج وجهين في أنه هل للشاهد أن يشهد بما يعلم أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتقده الشاهد، كالبيع الذي يرتب عليه شفعة الجوار، والشاهد لا يعتقدها. ولو كان أحد الشاهدين عدلاً والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً عليه، لم يلزم العدل الأداء إن كان الحق لا يثبت بشاهد ويمين.

القيد الخامس: عدم العذر، كالمرض ونحوه، فالمرضى الذي يشق عليه الحضور لا يكلف أن يحضر، بل إما أن يشهد على شهادته، وإما أن يبعث القاضي إليه، بأن يسمع شهادته، والمرأة المخدرة كالمرضى، وفيها الخلاف السابق في الباب الثالث من أدب القضاء، وغير المخدرة يلزمها الحضور والأداء، وعلى الزوج أن يأذن لها فيه، وحكى الشيخ أبو الفرج وجهين في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعنت لأداء الشهادة، لأنه لا يؤمن أن يرد شهادته جوراً وتعنتاً فيعير بذلك، فعلى هذا عدالة القاضي وجمعه الشروط المعتبرة شرط سادس.

قلت: الراجح الوجوب. والله أعلم.

وإذا اجتمعت شروط الوجوب لم يرهق القاضي إرهاقاً، بل إن كان في صلاة أو حمام، أو على طعام، فله التأخير إلى أن يفرغ، ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور، قال ابن كج: ولو شهد ورد القاضي شهادته بعله الفسق، ثم طلب المدعي أن يشهد له عند قاضٍ آخر، لزمه الإجابة ولا يلزمه عند ذلك القاضي على الصحيح، قال ابن كج: ولو دعي لأداء الشهادة عند أمير أو وزير، قال ابن القطان: لا تلزمه الإجابة، وإنما يلزمه عند من له أهلية سماع البينة وهو القاضي، قال ابن كج: وعندي أنه يلزمه إذا علم أنه يصل به إلى الحق.

قلت: قول ابن كج أصح. والله أعلم.

فرع: إذا امتنع الشاهد من أداء الشهادة بعد وجوبه حياء من المشهود عليه، قال القاضي حسين: يعصي، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتى

يتوب، ويوافق هذا ما قيل: إن المدعي لو قال للقاضي: عند فلان شهادة، وهو ممتنع من أدائها، فأحضره ليشهد، لم يجبه القاضي، لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفع بشهادته.

قلت: ينبغي أن يعمل هذا على ما إذا قال: هو ممتنع بلا عذر. والله أعلم.

فصل: وأما تحمل الشهادة، ففرض كفاية في عقد النكاح، لتوقف الانعقاد عليه، فإن امتنع الجميع منه، أثموا. ولو طلب من اثنين التحمل، وهناك غيرهما، لم يتعينا بلا خلاف، وأما في التصرفات المالية والأقارير، فهل التحمل فرض كفاية أم مستحب؟ وجهان الصحيح الأول، وبه قطع العراقيون للحاجة إليها، ومنهم من يقتضي كلامه طرد الخلاف في النكاح أيضاً وليس بشيء وإذا قلنا بالافتراض، فذلك إذا حضر المحمل، أما إذا دعي للتحمل فقليل: تجب الإجابة أيضاً، والأصح الذي قاله القاضي أبو حامد، والبغوي، وأبو الفرج، أنه لا يجب إلا أن يكون المحمل معذوراً بمرض أو حبس، أو كانت امرأة مخدرة إذا أثبتنا للتخدير أثراً وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده على أمر ثبت عنده لزمه الإجابة.

فرع: إن تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها، فقد أحسن، وإن طمع في مال، فهو إما رزق من بيت المال، وإما من مال المشهود له، فأما الرزق من بيت المال، فقد ذكر الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ وآخرون أن الشاهد ليس له أخذ الرزق من بيت المال لتحمل الشهادة، وقيل: له ذلك، فإن قلنا بالأول، فرزقه الإمام من ماله، أو واحد من الرعية، فالحكم كما ذكرنا في القاضي، وأما مال المشهود له، فليس للشاهد أخذ أجره على أداء الشهادة، ووجهه بأنه فرض عليه، فلا يستحق عليه عوضاً، ولأنه كلام يسير لا أجره لمثله. وأما إتيان القاضي والحضور عنده، فإن كان معه في البلد فلا يأخذ شيئاً، وإن كان نائبه من مسافة العدو، فما فوقها، فله طلب نفقة المركوب. قال البغوي: وكذا نفقة الطريق، وحكى وجهين فيما لو أعطاه شيئاً ليصرفه في نفقة الطريق، وأجرة المركوب هل له أن يصرفه إلى غرض آخر، ويمشي وهما كالوجهين فيما لو أعطى فقيراً شيئاً وقال: اشتر لك به ثوباً، هل له أن يصرفه إلى غير الثوب، والأصح الجواز فيهما، فهذا ما قيل: إن الشاهد يأخذه من المشهود له ولم يتعرض أكثرهم لما سوى هذا، لكن في تعليق الشيخ أبي حامد أن الشاهد لو كان فقيراً يكسب قوته يوماً يوماً وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة ما يشغله عن كسبه، لم يلزمه الأداء إلا إذا بذل له المشهود له قدر كسبه في ذلك الوقت، هذا حكم الأداء. فلو طلب الشاهد أجره لتحمل الشهادة، فإن لم يتعين عليه، فله ذلك، وكذا إن تعين على الأصح، قال أبو الفرج: هذا إذا دعي ليتحمل،

فأما إذا أتاه المحمل، فليس للتحمل والحالة هذه أجره، وليس له أن يأخذ شيئاً، ومقتضى قولنا: له طلب الأجرة إذا دعي للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دعي للأداء، سواء كان القاضي معه في البلد أم لا، كما لا فرق في التحمل، وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقاً لا إلى أجرة المركوب ونفقة الطريق خاصة، ثم هو يصرف المأخوذ إلى ما يشاء، ولا يمنع ذلك كون الأداء فرضاً عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعيينه على الأصح.

قلت: هذا الذي أورده الرافعي رحمه الله ضعيف مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد، فهو محتمل، والوجوب ظاهر حيثئذ. والله أعلم.

فرع: كتابة الصكوك هل هي فرض كفاية، أم مستحب؟ وجهان أصحهما: الأول، وبه قطع السرخسي، فإن قلنا: مستحبة أو فرض، ولم يتعين لها شخص، فله طلب الأجرة. وإن تعين، فكذلك على الأصح، هذا إذا لم يرزق الكاتب من بيت المال لكتابة الصكوك، فإن رزق لذلك، فلا أجرة.

فصل: في آداب التحمل والأداء من مختصر الصيمري

ينبغي للشاهد أن لا يتحمل، وبه ما يمنعه من الضبط، وتمام الفهم، كجوع وعطش، وهم وغضب، كما لا يقضي في هذه الأحوال، وإذا أتاه من لا تجوز الشهادة عليه، كصبي ومجنون، لم يلتفت إليه، وإن أتى بكتاب أنشيء على خلاف الإجماع، فكذلك، وتبين فساد، وإن أنشيء على مختلف فيه بين العلماء وهو لا يعتقده، فهل يعرض عنه أم يشهد ليؤدي ويحكم الحاكم باجتهاده؟ وجهان سبقا، وإذا رأى كلمة مكروهة أو معادة، فلا بأس بالضرب عليها لا سيما إذا لم يسبقه بالشهادة أحد، وإن أغفل الكاتب ما لا بد منه، ألحق به، وإن رأى سطرأ ناقصاً شغله بخط أو خطين، وإذا قرأ الكتاب على المتبايعين مثلاً، وقال: عرفت ما فيه؟ أشهد عليكما به؟ فقالا: نعم أو أجل أو بلى، كفى للتحمل، ولا يكفي أن يقول المحمل: الأمر إليك أو إن شئت، أو كما ترى، أو أستخير الله تعالى، وإذا سمع إقراراً بدين أو طلاق أو عتق، فله أن يشهد به، ولكن لا يقول ولا يكتب: أشهدني بذلك، ويكتب الشاهد في الكتاب الذي تحمل فيه اسمه واسم أبيه وجده، ويجوز أن يترك اسم الجد، وأن يتخطى إلى جد أعلى لشهرته به، ولا يكتب الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم والنسب فيميز بالكنية، وقد يستحب الاستعانة بما يفيد التذكر كما ذكرناه في الباب الثاني من أدب القضاء، وإذا أشهده القاضي على شيء

قد سجل به كتب الشهادة على إنفاذ القاضي ما فيه، أو حكم بما فيه، ولا يكتب الشهادة على إقراره يعني: إذا حضر الإنشاء، والأولى في كتابة الدين المؤجل أن يقرر صاحب الدين أولاً بأن يقول: ما الذي لك على هذا؟ فإذا قال: كذا مؤجلاً قرر المدين، لأنه لو أقر المدين أولاً قد ينكر صاحب الأجل، وفي السلم يقرر المسلم أولاً خوفاً من أن ينكره المسلم لو أقر أولاً، وبطالبه بالمدفوع إليه. وإذا أتى القاضي شاهد لأداء شهادة أقعده عن يمينه، وإن كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله، فإذا سأله المشهود له، استأذن القاضي، ليصغي إليه، ولو شهد قبل استئذنان القاضي وسأله، صحت على الصحيح، لكن لو شهد قبل استئذنه، فقال القاضي: كنت ذاهلاً لم أسمع، لم يعتد بها. والله المستعان.

الباب الرابع: في الشاهد مع اليمين

يجوز القضاء بشاهد ويمين في الجملة، فما ثبت برجل وامرأتين ثبت بشاهد ويمين إلا عيوب النساء وما في معناها، وما لا يثبت برجل وامرأتين لا يثبت بشاهد ويمين، ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين في الأموال قطعاً، ولا فيما يثبت بشهادة النسوة منفردات على الأصح. ثم هل القضاء بالشاهد وحده، واليمين مؤكدة أم بها وحدها، وهو مؤكد، أم بهما؟ أوجه: أصحها: الثالث، فلو رجع الشاهد، فإن قلنا بالأول، غرم، أو بالثاني، فلا، أو بالثالث، غرم النصف، ثم يحلف المدعي بعد شهادة الشاهد وتعديله، وجوز ابن أبي هريرة تقديم اليمين على شهادته، كما يجوز تقديم المرأتين على الرجل، والصحيح الأول، ويجب أن يتعرض الحالف في اليمين لصدق الشاهد، فيقول: والله إن شاهدي لصادق، وإني مستحق لكذا، قال الإمام: ولو آخر تصديق الشاهد، وقدم ذكر الاستحقاق، جاز، ولم أجد أحداً يضابق فيه. ولو فسق الشاهد بعد القضاء، لم ينقض الحكم، وإن فسق قبله، صار كأن لا شاهد، فيحلف المدعي عليه، فإن نكل، حلف المدعي، ولم يعتد بما مضى، ولو لم يحلف المدعي مع شاهده، وطلب يمين الخصم، فله ذلك، فإن حلف، سقطت الدعوى. قال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف ما لو أقام بعد يمين المدعي عليه بينة، فيسمع، وإن نكل المدعي عليه، فأراد المدعي يمين الرد مكن منها على الأظهر، ويجري القولان فيما لو ادعى مالاً ونكل المدعي عليه، ولم يحلف المدعي يمين الرد، ثم أقام شاهداً واحداً، وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يحلف يمين الرد، فالمنقول أنه يحبس المدعي عليه حتى يحلف، أو يقر، لأن يمينه حق المدعي، فلا يتمكن من إسقاطها، لكن التقصير منه حيث لم يحلف مع

شاهده، فينبغي أن لا يحبس المدعى عليه. وقد ذكر ابن الصباغ نحو هذا. ولو أن المدعي بعد امتناعه من الحلف مع شاهده واستحلافه الخصم أراد أن يعود، فيحلف مع شاهده، نقل المحاملي أنه ليس له ذلك لأن اليمين صارت في جانب صاحبه إلا أن يعود في مجلس آخر، ويستأنف الدعوى، ويقيم الشاهد، فحينئذ يحلف معه.

فصل: جارية وولدها في يد رجل يسترقهما، فقال آخر: هذه مستولدتني والولد مني علقت به في ملكي، فإن أقام بذلك شاهدين ثبت ما يدعيه، وإن أقام رجلاً وامرأتين، أو رجلاً وحلف معه، ثبت الاستيلاد، لأن حكم المستولدة حكم المال، فيسلم إليه، وإذا مات، حكم بعثتها بإقراره، وهل يحكم له بالولد؟ قولان، أظهرهما: لا، لأنه لا يدعي ملكه، بل نسبه وحرية، وهما لا يثبتان بهذه الحجة، فيبقى الولد في يد صاحب اليد. وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي، فيه ما ذكرنا في الإقرار واللقيط في استلحاق عبد غيره، والثاني: نعم تبعاً لها، فينتزع من المدعى عليه، فيكون حراً نسبياً بإقرار المدعي. ولو كان في يد رجل شخص ادعى أنه رقيقه، فادعى آخر أنه كان له، وأنه أعتقه، وأقام شاهداً وحلف، أو رجلاً وامرأتين، نص الشافعي أنه ينتزع منه، ويحكم بأنه عتق على المدعي بإقراره، فمن الأصحاب من قال: في قبول هذه البينة والانتزاع قولان، كالصورة السابقة، لأنها شهادة بملك متقدم، والمذهب القطع بالعتق بالقبول والانتزاع، كما نص عليه، والفرق أن المدعي هنا يدعي ملكاً، وحجته تصلح لإثباته، والعتق يترتب عليه بإقراره. ولو قال المدعي في صورة الاستيلاد لصاحب اليد: استولدتها أنا في ملكك، ثم اشتريتها مع الولد، فعتق الولد علي، وأقام عليه حجة ناقصة، فالعتق الآن مرتب على الملك الذي قامت به الحجة الناقصة، فيكون على الطريقين، كذا ذكره القفال. هذا كلام الأصحاب في جميع طرقهم في الصورتين، وانفرد الإمام والغزالي فحكيا عن الأصحاب والمزني والنص أشياء منكورة محولة عن وجهها، وفي «المختصر» التصريح بخلافها، وكذا كتب الأصحاب.

فصل: ادعى ورثة ميت ديناً أو عيناً لمورثتهم، فإنما يحكم على المدعى عليه إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء: الموت والورثة والمال، والأول والثاني لا مدخل فيهما للشاهد واليمين، بل لا يثبتان إلا بشاهدين أو إقرار المدعى عليه، وأما المال، فيدخله الشاهد واليمين، فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون، وأقاموا شاهداً وحلفوا معه استحقوا، والمأخوذ تركة يقضى منها ديون الميت ووصاياه، وإن امتنع جميعهم وعلى الميت دين، فهل للغريم أن يحلف؟ ذكرنا في التفليس فيه قولين، الجديد أظهر المنع، ويجريان فيما لو كان أوصى لرجل، ولم يحلف الورثة، هل يحلف الموصى له؟ فإن كانت الوصية بعين وادعاها في يد أجنبي فينبغي أن لا يكون فيه

خلاف، ويقطع بالجواز، فإن حلف بعض الورثة دون بعض، أخذ الحالف نصيبه والنص أنه لا يشاركه فيه من لم يحلف، ونص في كتاب الصلح أنهما لو ادعيا داراً إرثاً، فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه شاركه المكذب، فخرج بعضهم من الصلح هنا قولاً أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف، لأن الإرث يثبت على الشيوع، وقطع الجمهور بأن لا شركة هنا، كما نص والفرق من وجهين حكاهما الإمام، أحدهما: أن صورة الصلح مصورة في عين، وأعيان التركة مشتركة بين الورثة، والمصدق معترف بأنه من التركة، والصورة هنا في دين، والدين إنما يتعين بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالف يتعين لنصيبه بالقبض، فلم يشاركه الآخر فيه، فعلى هذا لو كانت صورة الصلح في دين، لم تثبت الشركة. ولو فرض شاهد ويمين بعض الورثة في عين، تثبت الشركة. والفرق الثاني وهو الذي ذكره الجمهور أن الثبوت هنا بشاهد ويمين، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل بيمين غيره وهناك ثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب عليه إقرار المصدق بأنه إرث، فعلى هذا لا فرق بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه، وأشار في «الوسيط» إلى تخريج خلاف في مسألة الصلح بما نحن فيه، ولا يعرف هذا لغيره، وهل يقضى من نصيب الحالف جميع الدين أم بالحصّة؟ قال في «الشامل»: يبنى على أن الغريم هل يحلف؟ إن قلنا: نعم لم يلزمه إلا قضاء حصته، وإن قلنا: لا، بني على أن من يحلف من الورثة هل يشارك الحالف إن قلنا: نعم قضى الجميع، لأننا أعطيناه حكم التركة وإلا فبالحصّة. هذا حكم نصيب الحالف، أما من لم يحلف، فإن كان حاضراً كامل الحال، ونكل عن اليمين، ذكر الإمام أن حقه يبطل بالنكول، ولو مات، لم يكن لوارثه أن يحلف. وفي كتاب ابن كج ما ينازع فيه. قال الإمام: ولو أراد وارثه أن يقيم شاهداً آخر ليحلف معه، لم يكن له أيضاً، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول، ليحكم بالبينة؟ فيه احتمالان جاريان فيما لو أقام مدع شاهداً في خصومة، ثم مات، فأقام وارثه شاهداً آخر، فيجوز أن يقال: له البناء عليه، ويجوز أن يقال: عليه تجديد الدعوى، وإقامة البينة، وأنه لو أقام الورثة شاهداً، وحلف معه بعضهم، ومات بعضهم قبل أن يحلف أو ينكل، كان لوارثه أن يحلف، لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشاهد؟ فيه التردد المذكور، والأصح أنه لا يحتاج. وإن كان الذي لم يحلف صبيّاً أو مجنوناً أو غائباً، نص الشافعي رحمه الله في المجنون أنه يوقف نصيبه.

واختلفوا في معناه، فقال أبو إسحاق وعامة الأصحاب: المراد أنا نمتنع من الحكم في نصيبه، ويتوقف حتى يفيق، فيحلف أو ينكل، ولا يؤخذ نصيبه وقيل: أراد

أنه يؤخذ نصيبه ويوقف، وهذا أحد قوليه أن الحيلولة هل تثبت بشاهد؟ والصبي والغائب كالمجنون. وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة، أو لم يشعر بالحال، كالمجنون في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل، فإن قلنا بالصحيح وهو أنه لا يؤخذ نصيب المعذورين، فإذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا نصيبهم، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة بخلاف ما لو كانت الدعوى لا عن جهة الإرث، بأن قال: أوصى لي ولأخي الغائب أو الصبي أبوك بكذا، أو اشتريت مع أخي الغائب منك كذا، وأقام شاهداً، وحلف معه، فإنه إذا قدم الغائب، وبلغ الصبي يحتاجان إلى تجديد الدعوى وإعادة الشهادة أو شاهد آخر، ولا يؤخذ نصيبهما قبل ذلك، لأن الدعوى في الميراث عن شخص واحد وهو الميت، وكذلك يقضى دينه من المأخوذ، وفي غير الميراث الدعوى وألحق الأشخاص، فليس لأحد أن يدعي ويقيم البينة عن غيره بغير إذن أو ولاية. ثم ما ذكرنا في الميراث أنه لا حاجة إلى إعادة الشهادة مفروض فيما إذا لم يتغير حال الشاهد، فإن تغير، فوجهان: أحدهما وبه قال القفال: لا يقدر وللصبي والمجنون والغائب إذا زال عذرهم أن يحلفوا، لأنه قد اتصل الحكم بشهادته، فلا أثر للتغير، والثاني، وهو اختيار الشيخ أبي علي: لا يحلفون، لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف فقط، ولهذا لو رجع الشاهد لم يكن لهم أن يحلفوا، ولو مات الغائب أو الصبي، فلوارثه أن يحلف ويأخذ حصته، فإن كان وارثه هو الحالف، لم تحسب يمينه الأولى، ولو ادعى شخص على ورثة رجل أن مورثكم أوصى لي ولأخي، أو ولأجنبي بكذا، وأقام شاهداً، وحلف معه، وأخذ نصيبه، لم يشاركه الآخر فيه بلا خلاف، ثم ذكر الشيخ أبو الفرج أن من يحلف من الورثة على دين أو عين للمورث يحلف على الجميع لا على حصته فقط، سواء حلف كلهم أو بعضهم، وكذا الغريم والموصى له إذا قلنا: يحلفان، وفي كلام غيره إشعار بخلافه، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أقام بعض الورثة شاهداً واحداً، وحلف معه، فأما إذا أقام بعضهم شاهدين، فإنه يثبت المدعى كله، فإذا حضر الغائب من الورثة، أو بلغ صبيهم، أو عقل مجنونهم، أخذ نصيبه، ولا حاجة إلى تجديد الدعوى وإقامة البينة، ويتنزع القاضي بعد تمام البينة نصيب الصبي والمجنون، ديناً كان أو عيناً، ثم يأمر بالتصرف فيه بالغبطة كيلاً يضيع عين ماله، وأما نصيب الغائب، فإن كان عيناً انتزعتها، وكلام الأصحاب يقتضي أن هذا الانتزاع واجب وهو الظاهر، لكن سبق في باب الوديعة أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي والمالك غائب، ففي وجوب قبوله وجهان: فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا مع قيام البينة، وإن كان المدعي ديناً، ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقر لغائب بدين، وحمله

إلى القاضي هل على القاضي أن يستوفيه، والأصح في الصورتين عدم الوجوب، وحكاه ابن كج في مسألتنا عن النص. واعلم أنه سبق في كتاب الشركة أن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من التركة، ولو قبض شاركه الآخر فيه، وقالوا هنا: يأخذ الحاكم نصيبه، كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذراً في تمكين الحاضر من الانفراد، ولو ادعى على رجل أن أباه أوصى له ولفلان بكذا، وأقام شاهدين ولفلان غائب أو صبي، لم يؤخذ نصيب فلان بحال، وإذا حضر وبلغ، فعليه إعادة الدعوى والبيئة لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث لشخص واحد.

فرع: لو كان للوارث الغائب وكيل وقد أقام الحاضر البيئة، قال أبو عاصم: يقبض الوكيل نصيب الغائب دون القاضي، فإن لم يكن، قبض القاضي، ويؤجر لثلاث تفوت المنافع.

فصل: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين، إن قلنا: الملك فيه للواقف أو الموقوف عليه، فنعم، وإن قلنا: لله تعالى، فوجهان: أو قولان، أحدهما: لا، وبه قال المزني وأبو إسحاق كالعق، والثاني: نعم، وبه قال ابن سريج وابن سلمة، والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول، وينسبونه إلى عامة الأصحاب، لكن الثاني أقوى في المعنى وهو المنصوص، وصححه الإمام والبعوي وغيرهما، وجزم به الغزالي. ولو ادعى ورثة ميت على رجل أنه غصب هذه الدار، وقالوا: كانت لأبينا وقفها علينا وعلى فلان، تثبت دعوى الغصب بشاهد ويمين، ويثبت بهما أيضاً الوقف إن أثبتناه بشاهد ويمين، وإلا فيثبت بإقرارهم. ولو مات عن بنين، فادعى ثلاثة منهم أن أباهم وقف عليهم هذه الدار، وأنكر سائر الورثة، فأقاموا شاهداً ليحلفوا معه تفريعاً على ثبوت الوقف بشاهد ويمين، فلدعواهم صورتان إحداها: أن يدعوا وقف ترتيب، فيقولوا: وقف علينا وبعدنا على أولادنا وعلى الفقراء، فلهم بعد إقامة البيئة ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن يحلفوا جميعاً، فيثبت الوقف، ولا حق لسائر الورثة في الدار، فإذا انقضى المدعون، أخذ البطن الثاني الدار وقفاً، وهل يأخذونه بيمين أم بلا يمين؟ وجهان: ويقال: قولان: الأصح عند الجمهور: بلا يمين وهو ظاهر نصه في «المختصر» وإذا انتهى الاستحقاق إلى البطن الثالث والرابع عاد الخلاف، فإن قلنا: يأخذون بيمين مكان الحق بعد البنين الثلاثة للفقراء، نظر إن كانوا محصورين، كفقراء قرية ومحلة، فكذلك الجواب، وإن لم يكونوا محصورين فهل يبطل الوقف وتعود الدار إرثاً، أم يصرف إليهم بلا يمين أم يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف بناء على تعذر مصرفه كالوقف المنقطع؟ فيه ثلاثة أوجه:

قلت: الأصح يأخذون بلا يمين وتسقط هنا لتعذرهما ولا يبطل الوقف بعد صحته ووجود المصرف بخلاف المنقطع. والله أعلم.

ولو مات أحد الحالفين، صرف نصيبه إلى الآخرين، فإن مات آخر، صرف الجميع إلى الثالث، لأن استحقاق البطن الثاني إنما هو بعد انقراض الأولين، ثم أخذ الآخرين يكون بلا يمين على المذهب، وقيل: وجهان كالْبطن الثاني.

الحال الثاني: أن ينكلوا جميعاً عن اليمين مع الشاهد، فالدار تركة يقضى منها الدين والوصية، ويقسم الباقي بين الورثة، ويكون حصة المدعين وقفاً بإقرارهم، وحصة سائر الورثة طلقاً لهم، فإذا مات المدعون، لم يصرف نصيبهم إلى أولادهم على سبيل الوقف إلا بيمين على الأصح، وقيل: يصرف إليهم وقفاً بلا يمين، ولو أراد الأولاد أن يحلفوا ويأخذوا جميع الدار وقفاً، فلهم ذلك على الأظهر، لأنهم أصحاب حق، فإذا أبطل آبائهم حقهم بالنكل، فلهم أن لا يبطلوا حقهم، ويجري القولان، سواء قلنا: لو لم يحلفوا لا يكون شيء منها وقفاً، أم قلنا: حصة الأولين تبقى وقفاً، وإن لم يحلفوا، وهل يجري القولان في حياة الأولين إذا نكلوا؟ وجهان: أحدهما: نعم، لبطلان حقهم، وتعذر الصرف إليهم بنكلولهم، كما لو ماتوا، وأصحهما: لا، لأن استحقاق البطن الثاني شرطه انقراض الأول.

الحال الثالث: أن يحلف بعضهم دون بعض، فإذا حلف واحد، ونكل اثنان، أخذ الحالف الثلث وقفاً، وأما الباقي، فهو تركة تقضى منها الديون والوصايا، فما فضل، ففيه وجهان: قال في «الشامل»: يقسم بين جميع الورثة، فما خص البنين الثلاثة كان وقفاً على الناكلين، لأن الحالف معترف لهما بذلك، والأصح وبه قطع المحاملي والبعوي وغيرهما أنه يقسم بين المنكرين من الورثة واللذين نكلا دون الحالف، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذ، ثم حصة الناكلين تكون وقفاً بإقرارهما، فإذا مات الناكلان والحالف حي، فنصيبهما للحالف على ما شرط الواقف بإقرارهما، وفي اشتراط يمينه الوجهان، فإذا مات الحالف، فلاستحقاق للبطن الثاني، وفي حلفهم الخلاف السابق، وإن كان الحالف ميتاً عند موت الناكلين، فأراد أولادهما أن يحلفوا، فعلى القولين السابقين في أولاد الجميع إذا نكلوا، الأظهر لهم الحلف، وفي نصيب الحالف الميت قبلهما ثلاثة أوجه: أحدها: يصرف إلى الناكلين، فعلى هذا في حلفهما الخلاف، فإن قلنا: يحلفان، فنكلا سقط هذا الوجه، والثاني: يصرف إلى البطن الثاني، وهو الأصح عند الجمهور، وهو ظاهر إشارته في «الأم» لأنهما أبطلا حقهما بنكلولهما، وصارا كالمعدومين. والثالث: أنه وقف تعذر مصرفه، فعلى هذا هل يبطل أم يبقى، وإذا بقي فهل يصرف إلى أقرب الناس إلى

الواقف أم كيف حاله؟ فيه خلاف سبق في الوقف بتفريعه، والمذهب أنه يبقى وقفاً، ويصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، فعلى هذا إذا زال التعذر بموت الناكلين، صرف إلى البطن الثاني، ويجيء في حلف أقرب الناس إذا قلنا: يصرف إليهم الخلاف.

فرع: إذا تصادقت الورثة على أن الدار وقف أبيهم، ثبت الوقف، ولا حاجة إلى شاهد ويمين.

فرع: ادعوا على رجل داراً في يده أنه وقفها عليهم، أو على ورثة أن مورثهم وقفها عليهم وأقاموا شاهداً نظر: أحلفوا مع شاهدهم، أم نكلوا، أم حلف بعضهم، ونكل بعضهم، وتجيء الأحوال الثلاثة كما سبق، لكن حيث جعلنا كل المدعي أو بعضه تركة هناك ترك هنا في يد المدعى عليه.

الصورة الثانية: أن يدعوا وقف تشريك، فيقول البنون الثلاثة في المثال المذكور: هو وقف علينا وعلى أولادنا وأولاد أولادنا ما تناسلنا، فإذا انقرضنا، فعلى الفقراء، فأقاموا بذلك شاهداً، وإن حلفوا معه أخذوا الدار وقفاً، ثم إذا حدث لأحدهم ولد، فمقتضى الوقف شركته، فيوقف ربع الغلة إلى أن يبلغ، فيصرف إليه إن حلف، ولم يجعلوه على الخلاف في أن البطن الثاني هل يحتاجون إلى يمين إذا حلف البطن الأول، بل جزموا باحتياجه إلى اليمين بعد البلوغ إلا السرخسي، فحكي فيه وجهاً. ثم إن الربع الموقوف هل يوقف في يد البنين الثلاثة، أم ينتزع، ويجعله في يد أمين؟ وجهان أصحهما: الثاني، فإن نكل بعد بلوغه صرف الموقوف إلى الثلاثة، وجعل كأنه لم يولد، هذا هو المنصوص، وبه قال الجمهور، وحكي وجه أو تخريج أن نصيب المولود وقف تعذر مصرفه، فيجيء الخلاف السابق، لأن الثلاثة معترفون بأنه له، فكيف يأخذونه بامتناعه باليمين، ولو مات بعد البلوغ والنكول، لم يستحقها. فأما رقبة الوقف وغلتها بعد موت الولد، فمقتضى الشرط أن يستغرقها الثلاثة الحالفون، وليس عليهم تجديد يمين على المذهب، وكأن المولود لم يكن. ولو مات أحد الحالفين في صغر الولد وقف من يوم موته للولد ثلث الغلة، لأن المستحقين صاروا ثلاثة فإن بلغ وحلف، أخذ الربع والثلث الموقوفين، وإن نكل صرف الربع إلى الابنين الباقيين وورثة الميت، وصرف الثلث إلى الباقيين خاصة، ويعود فيه التخريج السابق. ولو بلغ الولد مجنوناً آدمنا الوقف طمعاً في إفاقته، فإن ولد له قبل أن يفيق وقف له الخمس، وللمولود الخمس من يوم ولادة الولد، فإن أفاق المجنون، وبلغ ولده وحلفا، أخذ المجنون الربع من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده، والخمس من يومئذ، وأخذ ولده الخمس من يومئذ. ولو مات المجنون في

جنونه بعدما ولد ولد له، فالقلة الموقوفة لورثته إذا حلفوا، ويوقف لولده من يوم ثبوته ربع الغلة، هذا كله إذا حلف المدعون الثلاثة أولاً، فإن نكلوا عن اليمين مع الشاهد، فلمن حدث بعدهم أن يحلف بلا خلاف، لأنه شريك الأولين بتلقي الوقف من الواقف لا محالة، وإن حلف بعضهم دون بعض، أخذ الحالف نصيبه، وبقي الباقي على ما كان. وبالله التوفيق.

الباب الخامس: في الشهادة على الشهادة

هي مقبولة في غير العقوبات، كالأموال والأنكحة والبيع، وسائر العقود، والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرضاع، والولادة، وعيوب النساء سواء حق الآدمي، وحق الله تعالى، كالزكاة ووقف المساجد، والجهات العامة. وأما العقوبات، فالمذهب القبول في القصاص، وحد القذف، والمنع في حدود الله تعالى. قال ابن القاص: والإحصان كالحد. ولو شهد اثنان على شهادة آخرين أن الحاكم حد فلاناً، قبلت بلا خلاف، ذكره ابن الصباغ، لأنه حق آدمي فإنه اسقاط حد عنه، ثم في الباب أربعة أطراف:

الطرف الأول: في تحملها وإنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت، ولمعرفته أسباب:

أحدها: أن يسترعيه الأصل، فيقول: أنا 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 انساناً يقول: لفلان على فلان كذا، أو أشهد أن لفلان على فلان كذا، لا على صورة أداء الشهادة، فلا يجوز أن يشهد على شهادته، لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك على عدة ونحوها، وكذا لو قال: عندي شهادة بكذا فلو قال: عندي شهادة مجزومة أو شهادة أثبتها أو لا أتمارى فيها وما أشبه ذلك، فوجهان: أحدهما: وأوقفهما لإطلاق الأكثرين: المنع أيضاً. ويشترط تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلم، أو أخبر، أو أستيقن، لم يكف كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ، فإن القاضي لا يحكم بها، قال الإمام: وأبعد بعض الأصحاب، فأقام اللفظ الذي لا تردد فيه مقام لفظ الشهادة، ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على شهادتي، وعن شهادتي، لكنه أتم، فقوله: أشهدك على شهادتي تحمیل، وقوله: عن شهادتي إذن في الأداء كأنه قال: أدها عني، ولإذنه أثر، ولهذا لو قال بعد التحمل: لا تؤد عني امتنع عليه

الأداء، وقيل: يشترط ذلك في الاسترعاء، حكاه ابن الصباغ، وإذا حصل الاسترعاء، لم يختص التحمل بمن استرعاه.

السبب الثاني: أن يسمعه يشهد عند القاضي أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه، لأنه لا يتصدى لإقامة الشهادة عند القاضي إلا تحقق الوجوب، وللقاضي أيضاً أن يشهد على شهادته عند قاض آخر، والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي سواء جوزنا التحكيم أم لا، وقال الإصطخري: إنما تجوز إذا جوزناه، والصحيح الأول، لأنه لا يشهد عند المحكم إلا وهو جازم بثبوت المشهود به.

السبب الثالث: أن يبين سبب الوجوب، فيقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع، أو قرض، أو أرش جنائية، فتجوز الشهادة على شهادته، وإن لم يشهد عند القاضي، ولم يؤخذ منه استرعاء، لأن الإسناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل، هذا ما يوجد لعامة الأصحاب، ونقل الشيخ أبو حاتم القزويني وجهاً أن الإسناد إلى السبب لا يكفي للتحمل، ووجهاً أن الشهادة عند القاضي لا تكفي أيضاً، بل يشترط الاسترعاء، والصحيح ما سبق.

فرع: إذا قال: علي لفلان ألف، فوجهان: قال أبو إسحاق: لا يجوز أن يشهد عليه بهذا القدر، بل يشترط مع ذلك قرينة تشعر بالوجوب بأن يسنده إلى سبب، فيقول: من ثمن مبيع، أو يسترعيه، فيقول: فاشهد علي به، والثاني وهو الصحيح: أن مجرد الإقرار كاف للتحمل بخلاف الشهادة على الشهادة، لأن الشهادة يعتبر فيها ما لا يعتبر في الإقرار، ولهذا يقبل إقرار الفاسق والمغفل والمجهول دون شهادتهم.

فرع: الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل، فإن استرعاه الأصل، قال: أشهد أن فلاناً شهد أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يسترعه، بين أنه شهد عند القاضي أو أنه أسند المشهود به إلى سبب، قال الإمام: وذلك لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل، فإن كان ممن يعلم، ووثق به القاضي، جاز أن يكتفى بقوله: أشهد على شهادة فلان بكذا، ويستحب للقاضي أن يسأله بأي سبب ثبت هذا المال، وهل أخبرك به الأصل؟ هذا إذا لم يبين السبب.

الطرف الثاني: في صفات شاهد الأصل، وما يطرأ عليه. لا يصح تحمل الشهادة على شهادة فاسق، أو كافر، أو عبد، أو صبي، أو عدو، لأنهم غير مقبولي الشهادة، فلو تحمل والأصل بصفات الشهود، ثم طرأ ما يمنع قبولها، أو الوصول إليها، نظر إن كان الطارئ موتاً أو غيبة أو مرضاً، لم يؤثر، وإن عرض فسق أو عداوة أو ردة، لم تقبل شهادة الفرع ما دامت هذه الأحوال بالأصل، فإن زالت هل

يشهد الفرع بالتحمل الأول، أم يشترط تحمل جديد؟ وجهان: أحدهما: الثاني، قاله ابن سريج، وصححه الإمام. ولو حدث الفسق، أو الردة بعد الشهادة، وقبل القضاء امتنع القضاء، ولو طرأ على الأصل جنون، فقليل: تبطل شهادة الفرع كالفسق، والصحيح الذي قاله الجمهور: لا أثر له، كالموت، لأنه لا يوقع ريبة فيما مضى، ويجري الوجهان فيما لو عمي، وأولى بأن لا يؤثر، لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية. ولو أغمي عليه، قال الإمام: إن كان غائباً لم يؤثر، وإن كان حاضراً، لم يشهد الفرع، بل ينتظر زواله، لأنه قريب الزوال، ومقتضى هذا أن يكون الجواز كذلك في كل مرض يتوقع زواله، كتوقع زوال الإغماء.

قلت: ليس كما قال الرافعي رحمه الله، بل الصواب أن المرض لا يلحق بالإغماء، وإن توقع زواله قريباً، لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه. والله أعلم.

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، لحصول القدرة على الأصل، وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء، امتنع القضاء، والتكذيب بعده لا يؤثر. ولو قضى القاضي بالفرع، ثم قامت بينة بأن الأصل كذب الفرع قبل القضاء، فالقضاء منقوض ذكره الإمام.

فرع: هذا الذي سبق حكم صفة الأصل، أما الفرع، فلو تحمل الشهادة، وهو عبد، أو صبي، أو فاسق، أو أخرس، صح تحمله، كتحميل الأصل في هذه الأحوال، ثم الأداء يكون بعد زوالها.

فرع: لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجال، ولا مدخل للنساء فيها وإن كانت الأصول أو بعضهم نساء، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع أو مال، لأن شهادة الفرع تثبت الأصل لا ما شهد به الأصل، ونفس الشهادة ليست بمال، ويطلع عليها الرجال. وحكى ابن كج وجهاً في الولادة وهو شاذ.

الطرف الثالث: في عدد شهود الفرع، فإن شهد اثنان على شهادة أصل، وآخران على شهادة الثاني، فقد تم النصاب، ولو شهد فرع على أصل، وفرع آخر على شهادة الأصل الثاني، لم يصح قطعاً، ولو شهد فرعان على شهادة الأصلين معاً، ففي قبوله قولان، أظهرهما: الجواز، وهو الذي رجحه العراقيون، والإمام، والغزالي، والرويانى، وصاحب العدة، وخالفهم البغوي، والسرخسي، فإن قلنا بالمنع، فأقام شاهدين على شهادة الأصلين معاً، فله أن يحبسهما على أيهما، ويحلف معه، ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين جاز على الصحيح، وجميع ما

ذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين، فعلى قول المنع في الاثنين يشترط ستة يشهد كل اثنين منهم على شهادة واحد، وعلى الأظهر يكفي اثنان للجميع، وعلى ما نقله ابن كج في قبول النساء على النساء في الولادة هل يكفي شهادة أربع على شهادة أربع، أم يشترط ست عشرة، ليشهد كل أربع على واحدة؟ وجهان: ولو شهد على شهادة الفروع فروع، وشرطنا أن يشهد فرعان على كل أصل، وجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة اثنان، فيجتمع ثمانية، ثم شهادتهم لا تثبت إلا بستة عشر، وعلى هذا القياس. وإذا أجرينا الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى، فهل تثبت الشهادة على شهود الزنى بأربعة، أم يكفي اثنان؟ قولان كالقولين في الإقرار بالزنى، فإن اكتفينا باثنين، وجوزنا شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً، كفى اثنان، وإن شرطنا لكل أصل اثنين، اشترط ثمانية، وإن شرطنا في الشهادة على الشهادة في الزنى أربعة، فإن جوزنا شهادة فرعين على الأصلين معاً، كفى أربعة على الأصول الأربعة، وإن شرطنا أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان، اشترطنا هنا ستة عشر كل أربعة على أصل.

الطرف الرابع: في أن شهادة الفروع متى تسمع. وإنما تسمع إذا تعذر الوصول إلى شهادة الأصل، أو تعسر، وقيل: تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل، كالرواية، والصحيح الأول، لأن باب الرواية واسع، ولهذا تقبل من المرأة والعبد، والشهادة على الشهادة جوزت للضرورة، ولا ضرورة هنا. فمن وجوه التعذر الموت والعمى، ومن التعسر المرض، ولا يشترط أن لا يمكنه الحضور، وإنما المعتبر أن يناله بالحضور مشقة ظاهرة، ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض، هكذا أطلق الإمام والغزالي، وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصل والفرع، كالمطر والوحل الشديد، ولا يكلف القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل، أو يبعث نائبه إليه لما فيه من الابتذال.

ومنها: الغيبة إلى مسافة القصر، فإن كانت دون مسافة القصر، فمنهم من أطلق وجهين: منهم ابن القطان، والأصح أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة، أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً، لم تسمع شهادة الفرع، وتسمى هذه مسافة العدوى، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين وأصحهما: تسمع.

فصل: يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم، لأنه لا بد من معرفة عدالتهم، ولا تعرف عدالتهم ما لم يعرفوا. ولو وصفوهم بالعدالة ولم يسموهم بأن قالوا: نشهد على شهادة عدلين أو عدول، لم يكف، لأن القاضي قد يعرف جرحهم

لو سموهم، ولأنه ينسد باب الجرح على الخصم، ولا يشترط في شهادة الفرع تزكية شهود الأصل، بل لهم إطلاق الشهادة، ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، وحكى البغوي وجهاً في اشتراطها، والصحيح الأول، وحكى وجه أنه يشترط أن يقول الفروع: أشهدنا على شهادته، وكان عدلاً إلى اليوم أو إلى أن مات تفرعاً على ما سبق أنه لو فسق الأصل، ثم تاب، لم يكن للفرع أن يشهد على شهادته إلا بإشهاد جديد، والصحيح عدم الاشتراط. فإن قلنا: بالصحيح إنه لا يشترط في شهادة الفرع تزكية الأصل، فلو زكوهم وهم بصفات المزيكين، فالمذهب - وبه قطع الجمهور - أنه تقبل تزكيتهم، وثبت عدالتهم، والمعروف فيما لو شهد اثنان في واقعة، وزكى أحدهما الآخر أنه لا تثبت عدالة الثاني، فمنهم من جعلها على وجهين بالتخريج، والمذهب الفرق أن تزكية الفروع الأصول من تنمة شهادتهم، ولذلك شرط بعضهم التعرض لها، فقبلت وهناك قام الشاهد المزكى بأحد شطري الشهادة، فلا يصح قيامه بالثاني، ولا يشترط أن يتعرض الفروع في شهادتهم، لصدق الأصول، لأنهم لا يعرفونه بخلاف ما إذا حلف المدعي مع شاهده حيث يتعرض لصدقه، لأنه يعرفه، وبالله التوفيق.

الباب السادس: في الرجوع عن الشهادة

رجوع الشهود عن الشهادة إما أن يقع قبل القضاء بشهادتهم، وإما بعده. الحالة الأولى: قبله، فيمتنع من القضاء ثم إن اعترفوا بتعمد الكذب، فهم فسقة يسترون، وإن قالوا: غلطنا، لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهادة إن أعادوها، وإن كانوا شهدوا بالزنى فرجعوا، واعترفوا بالتعمد، فسقوا وحدوا حد القذف، وإن قالوا: غلطنا، ففي حد القذف وجهان: أحدهما: المنع، لأنهم معذرون، وأصحهما: يجب لما فيه من التغيير، وكان حقهم أن يشبوا، فعلى هذا ترد شهادتهم، وإن قلنا: لا حد، فلا ترد، وإن قال الشهود للقاضي بعد الشهادة: توقف في القضاء، وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك: اقض، فنحن على شهادتنا، ففي جواز القضاء بشهادتهم وجهان: أصحهما: الجواز، فعلى هذا هل تجب إعادة الشهادة؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنهم جزموا بها، والشك الطارئ زال.

الحالة الثانية: إذا رجعوا بعد القضاء، فرجعهم إما قبل الاستيفاء وإما بعده، فإن كان قبله، نظر إن كانت الشهادة في مال استوفي على الصحيح المنصوص، وإن كانت في قصاص، أو حد القذف، لم يستوف على المذهب، لأنها عقوبة تسقط بالشبهة، والرجوع شبهة بخلاف المال، فإنه لا يتأثر بالشبهة، ووجه الجواز أن حقوق

الآدميين مبنية على الضيق، وإن كانت في حدود الله تعالى لم تستوف، وقيل: كالقصاص. وإن كانت في شيء من العقود أمضي على الأصح، وقيل: النكاح كحد القذف، وحيث قلنا بالاستيفاء بعد الرجوع، فاستوفى، فالحكم كما لو رجعوا بعد الاستيفاء، أما إذا رجعوا بعد الاستيفاء، فلا ينقض الحكم. ثم قد تكون الشهادة فيما يتعذر تداركه ورده، وقد تكون فيما لا يتعذر، فهما ضربان:

الضرب الأول: المتعذر وهو نوعان:

أحدهما: العقوبات، فإذا شهدوا بالقتل، فاقتص من المشهود عليه، ثم رجعوا، وقالوا: تعمدنا قتله، فعليهم القصاص، أو الدية المغلظة موزعة على عدد رؤوسهم، كما سبق في الجنايات، وكذا الحكم لو شهدوا بالردة فقتل، أو بزنى المحصن فرجم، أو على بكر، فجلد ومات منه، أو بسرقة أو قطع فقطع، أو بقذف أو شرب فجلد ومات منه، ثم رجعوا. ويحدون في شهادة الزنى وحد القذف أولاً، ثم يقتلون، وهل يرحمون أو يقتلون بالسيف؟ فيه احتمالان، ذكرهما أبو الحسن العبادي، والصحيح الأول. ثم هنا صور:

إحداها: لو رجع القاضي دون الشهود، وقال: تعمدت، لزمه القصاص، أو الدية المغلظة وبكمالها، ولو رجع القاضي والشهود جميعاً، لزمهم القصاص، وإن قالوا: أخطأنا، أو عفا على مال، فالدية منصفة، عليهما نصفها، وعليه نصفها، هكذا نقله البغوي وغيره، وقياسه أن لا تجب كمال الدية عند رجوعه وحده، كما لو رجع بعض الشهود، ولو رجع ولي الدم وحده، لزمه القصاص، أو كمال الدية، ولو رجع مع الشهود، فوجهان أصحهما: عند الإمام أن القصاص أو كمال الدية على الولي، لأنه المباشر، وهم معه كالممسك مع القاتل، وأصحهما: عند البغوي أنهم معه، كالشريك لتعاونهم على القتل، لا كالممسك، لأنه جعلهم كالمحققين، فعلى هذا على الجميع القصاص أو الدية، نصفها على الولي، ونصفها على الشهود، ولو رجع القاضي معهم، فالدية مثثة، ثلثها على القاضي، وثلث على الولي، وثلث على الشهود، وينبغي على هذا الوجه أن لا يجب كمال الدية على الولي إذا رجع وحده.

قلت: لم يرجح الرافعي واحداً من الوجهين، بل حكى اختلاف الإمام والبغوي في الصحيح، والأصح ما صححه الإمام وقد سبق في أول كتاب الجنايات من هذا الكتاب القطع به، فهو الأصح نقلاً ودليلاً. والله أعلم.

الصورة الثانية: هل يتعلق بالمزكي الراجع قصاص وضمان؟ فيه أوجه: أحدها: لا، لأنه لم يتعرض للمشهد عليه، وإنما أثنى على الشاهد، والحكم يقع بالشاهد، فكان كالممسك مع القاتل، وأصحهما: نعم، لأنه بالتركية ألجأ القاضي

إلى الحكم المفضي إلى القتل، والثالث يتعلق به الضمان دون القصاص، قال القفال: الخلاف فيما إذا قال المزكيان: علمنا كذب الشاهدين، فإن قالوا: علمنا فسقهما، فلا شيء عليهما، لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق، وطرد الإمام الخلاف في الحاليين.

الصورة الثالثة: ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين هو فيما إذا قالوا: تعمدنا، فلو قالوا: أخطأنا، وكان الجاني أو الزاني غيره، فلا قصاص، وتجب الدية مخففة، وتكون في مالهم، لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة، فإن صدقهم العاقلة، فهي على العاقلة. قال الإمام: وقد يرى القاضي والحالة هذه تعزيز الشهود لتركهم التحفظ، ولو قال أحد شاهدي القتل: تعمدت ولا أدري أتعمد صاحبي أم لا، واقتصر على قوله: تعمدت، وقال صاحبه: أخطأت، فلا قصاص على واحد منهما، لأن شريك المخطيء لا قصاص عليه، وقسط المخطيء من الدية يكون مخففاً، وقسط المتعمد يكون مغلظاً. ولو قال كل واحد: تعمدت، وأخطأ صاحبي، فوجهان: أحدهما: يجب القصاص لاعترافهما بالعمدية، وأصحهما: المنع، ولا خلاف أن الدية تجب عليهما مغلظة. ولو قال أحدهما: تعمدت وأخطأ صاحبي، أو قال: ولا أدري أتعمد صاحبي أم أخطأ، وصاحبه غائب أو ميت، فلا قصاص، ولو قال: تعمدت وتعمد صاحبي، وصاحبه غائب أو ميت، لزمه القصاص. ولو قال: تعمدت ولا أعلم حال صاحبي، وقال صاحبه مثله، أو اقتصر على قوله: تعمدت، لزمهما القصاص، ذكره البغوي وغيره. ولو قال أحدهما: تعمدت أنا وصاحبي، وقال الآخر: أخطأت أو أخطأنا معاً، فلا قصاص على الثاني، ويلزم الأول على الأصح. ولو قال أحدهما: تعمدت وتعمد صاحبي، وقال صاحبه: تعمدت وأخطأ هو، وجب القصاص على الأول، ولا يجب على الثاني على الصحيح، لأنه لم يعترف إلا بشركة مخطيء. ولو رجع أحد الشاهدين، وأصر الآخر، وقال الراجع: تعمدت، لزمه القصاص، وإن اقتصر على قوله: تعمدت، فلا.

الصورة الرابعة: ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين فيما إذا قالوا: تعمدنا، وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا، فإن قالوا: تعمدنا، ولم نعلم أنه يقتل، فإن كانوا ممن لا يخفى عليه ذلك، وجب القصاص، ولا اعتبار بقولهم، كمن رمى سهماً إلى رجل، واعترف بأنه قصده، ولكن قال: لم أعلم أنه يبلغه، وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم، لقرب عهدهم بالإسلام، فالذي قاله الأصحاب: إنه شبه عمد لا يوجب قصاصاً، ومال الإمام إلى وجوبه، وحكى الروياني وجهاً شاذاً مأخوذاً، مما لو ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، ولم يعلم مرضه، وأما الدية،

فتجب في مال الشهود مؤجلة في ثلاث سنين إلا أن تصدقهم العاقلة، فيجب عليها، وقال القفال: حالة لتعمدهم، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور.

فرع: قال ابن القطان: لو رجع الشهود، وقالوا: أخطأنا، وادعوا أن العاقلة تعرف أنهم أخطؤوا، وأن عليهم الدية، فأنكرت العاقلة العلم، فليس للشهود تحليفهم، وإنما يطالب العاقلة إذا قامت البينة، قال ابن كج: ويحتمل أن لهم تحليفهم، لأنهم لو أقروا لغرموا.

النوع الثاني: غير العقوبات، فمنه الأبضاع فإذا شهدوا بطلاق بائن أو رضاع محرم، أو لعان أو فسخ بعيب، أو غيرها من جهات الفراق، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا لم يرتفع الفراق، لكن يغرم، سواء كان قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعد الدخول، غرما مهر المثل على المشهور، وفي قول: المسمى، وإن كان قبله، فهل يغرم مهر المثل أم نصفه؟ فيه نضان، ونص فيما لو أفسدت امرأة نكاحه برضاع أنها تغرم نصف مهر المثل، وللأصحاب طرق: المذهب وجوب النصف في الرضاع، وجميع مهر المثل في الرجوع عن الشهادة، وفي قول نصفه، وفي قول نصف المسمى، وفي قول جميعه، وقيل: يجب جميع مهر المثل قطعاً، وقيل: نصفه قطعاً، وقيل: إن كان الزوج سلم إليها الصداق، غرم الشهود جميع مهر المثل، لأنه لا يتمكن من استرداد شيء، وإلا فنصفه. ولو تزوجها مفوضة، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرض، وقضى القاضي بالطلاق والتمتع، ثم رجعا فالخلاف في أنهما يغرم مهر المثل أو نصفه، كما في غير التفويض، وفي قول قديم يغرم المتمتع التي غرمها الزوج ولو شهدا بطلاق رجعي، ثم رجعا، فلا غرم إذا لم يفوتا شيئاً، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة، التحق بالبائن، ووجب الغرم على الصحيح، وقيل: لا لتقصيره بترك الرجعة، وأطلق ابن كج في وجوب الغرم بالرجوع عن شهادة الطلاق الرجعي وجهين: فإن أوجبنا الغرم في الحال، فغرموا، ثم راجعها الزوج، فهل عليه رد ما أخذ، فيه احتمالان، ذكرهما أبو الحسن العبادي.

قلت: الصواب الجزم بالرد. والله أعلم.

ولو شهدا بطلاق، وقضى به، ثم رجعا، وقامت بينة أنه كان بينه وبين الزوجة رضاع محرم، أو شهدا بأنه طلقها اليوم، ورجعا، ثم قامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً أمس، فلا شيء عليهما، إذ لم يفوتا، فإن غرما قبل البينة استردا، ولو شهدا أنها زوجة فلان بألف، وحكم بشهادتهما القاضي، ثم رجعا، قال البغوي: لا غرم، وقال ابن الصباغ: إن كان بعد الدخول غرما ما نقص عن مهر المثل إن كان الألف دونه، قال: وعلى هذا لو كان قبل الدخول، ثم دخل بها ينبغي أن يغرم ما نقص، وهذا هو

الذي أطلقه ابن كج. ولو شهدا أنه طلقها بألف، ومهرها ألفان، فقال ابن الحداد، والبلغوي: عليهما ألف وقد وصل إليه من المرأة ألف، وقال ابن كج: عليهما مهر المثل بعد الدخول، ونصفه قبله، كما لو لم يذكرا عوضاً، وأما الألف، فهو محفوظ عنده للمرأة، لأنها لا تدعيه، وإن لم يكن قبضه، فهو في يدها.

فرع: ومن هذا النوع العتق، فإذا شهدا بعتق عبد، وقضى به القاضي، ثم رجعا، غرما قيمة العبد، ولم يرد العتق، سواء كان المشهود بعتقه قناً أو مدبراً، أو مكاتباً أو أم ولد، أو معلقاً عتقه بصفة، ولو شهدا بتدبير عبد، أو استيلاد جارية، ثم رجعا بعد القضاء، لم يغرموا في الحال، لأن الملك لم يزل، فإذا مات، غرما بالرجوع السابق، وهكذا لو شهدا بتعليق عتق أو طلاق بصفة، ثم رجعا وفيهما وجه، لأنهما لم يشهدا بما يزيل الملك، ولو شهدا بكتابته، ثم رجعا، وأدى النجوم، وعتق ظاهراً، فقيم يغرمان؟ وجهان: أحدهما: كل القيمة، والثاني: ما بين قيمته والنجوم. ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمة، فالمنقول أنه كما لو شهدا أنه طلقها بألف، ومهرها ألفان.

فرع: ومنه أنه إذا شهدا أنه وقف على مسجد أو جهة عامة، ثم رجعا بعد القضاء، غرما قيمته، ولا يرد الوقف، وكذا لو شهدا أنه جعل هذه الشاة أضحية. الضرب الثاني: ما لا يتعذر تداركه وهو الأموال أعيانها وديونها، فإذا شهدوا لرجل بمال، ثم رجعوا بعد دفع المال إليه، لم ينقض الحكم، ولم يرد المال إلى المدعى عليه، هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور، وحكى في «العدة» وجهاً أنه ينقض، ويرد المال وهو شاذ، وهل يغرمون؟ قولان أظهرهما عند العراقيين والإمام وغيرهم: نعم، وقيل: لا يغرمون قطعاً، وقيل: يغرمون الدين دون العين، والمذهب الغرم مطلقاً.

فصل: شهدوا على أحد الشريكين في عبد أنه أعتق حصته وهو موسر، فقضى القاضي بعتقه والسراية، ثم رجعوا، لزمهم قيمة نصف المشهود عليه وفي قيمة نصيب الشريك الخلاف في غرم المال شهود قتل الخطأ إذا رجعوا بعد غرم العاقلة هل يغرمون؟ فيه الخلاف. ولو حكم القاضي بشهادة شهود الفرع، ثم رجعوا غرموا، ولو رجع شهود الأصل، وقالوا: كذبنا، غرموا أيضاً، ولو رجع الأصول والفروع، فالغرم على شهود الفرع، لأنهم ينكرون إسهاد الأصول، ويقولون: كذبنا فيما قلنا، والحكم وقع بشهادتهم. وحيث وجب على الراجع عقوبة من قصاص أو حد قذف، دخل التعزير فيها، وإذا لم تجب عقوبة، واعترف بالتعمد، عزر.

فصل: الرجوع المغرم إما أن يوجد والمحكوم بشهادتهم على الحد المعتبر في

الباب، وإما أكثر عدداً، فإن كانوا على الحد بأن حكم في العتق أو القتل بشهادة رجلين، ثم رجعا، لزمهما الغرم بالسوية، وإن رجع أحدهما، لزمه النصف، وكذا لو رجم في الزنى بشهادة أربعة، فرجعوا جميعاً، فعليهم الدية أرباعاً، وإن رجع بعضهم، فعليه حصته منها، وإن زادوا على الحد المعتبر بأن شهد القتل أو الحد ثلاثة، أو بالزنى خمسة فإن زنى الجميع، فالغرم عليهم بالسوية، وإن رجع البعض، نظر، فإن ثبت على الشهادة الحد المعتبر بأن رجع من الثلاثة في القتل واحد، أو من الخمسة في الزنى واحد فلا غرم على الراجع على الأصح، وبه قال ابن سريج، والإصطخري، وابن الحداد، والثاني: يغرم بحصته من العدد، قاله المزني وأبو إسحاق. ولا يجب القصاص والحالة هذه بلا خلاف، كذا قاله البغوي، وفي «الفروق» للشيخ أبي محمد عن القفال أنه يلزمه القصاص إن اعترف بالتعمد، أما إذا لم يثبت من العدد المعتبر إلا بعضهم بأن رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان، فعلى الوجهين السابقين، فإن قلنا: لا غرم هناك وزع الغرم هنا على العدد المعتبر، وحصّة من نقص من العدد المعتبر توزع على من رجع بالسوية، ففي صور الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين، وإن قلنا: يغرم هناك وزع هنا على جميع الشهود، فعلى الاثنين الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، هذا كله إذا كان جميع الشهود ذكوراً أو إناثاً بأن كان رضاعاً أو نحوه، فإن كانوا ذكوراً وإناثاً نظر إن لم يزيدوا على العدد المعتبر، كرجل وامرأتين في رضاع أو مال، فإذا رجعوا، فعلى الرجل نصف الغرم، وعلى كل امرأة رבעه، وإن زادوا على العدد، فالمشهود به قسمان:

أحدهما: ما يثبت بالنسوة منفردات، كالرضاع، فإذا شهد به أربع نسوة ورجل، ورجعوا، فعليه ثلث الغرم، وعليهن ثلثاه، وإن رجع وحده، فلا شيء عليه على الأصح، لبقاء الحجة، وكذا لو رجع امرأتان، وعلى الثاني عليه أو عليهما ثلث الغرم. ولو شهد رجل وعشر نسوة، ثم رجعوا، فعليه سدس الغرم، وعلى كل واحدة نصف سدسه، وإن رجع وحده أو مع ست، فما دونهن، فلا غرم على الأصح لبقاء الحجة، وعلى الثاني يجب على من رجع حصته، وإن رجع مع سبع، فعلى الأصح عليهم ربع الغرم، لبطلان ربع البينة، وإن رجع مع ثمان، فنصفه ومع تسع ثلاثة أرباعه، ويكون على الذكر ضعف ما على المرأة، وعلى الثاني عليهم قدر حصتهم لو رجعوا جميعاً، ولو رجع النسوة وحدهن. فعليهن نصف الغرم على الأصح، وخمسة أسداسه في الثاني.

القسم الثاني: ما لا يثبت بالنسوة منفردات، كالمال إذا أوجبنا الغرم فيه بالرجوع، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا، فهل على الرجل نصف الغرم أم ثلثه؟

وجهان أصحهما: الأول، فإن قلنا به، فرجع النسوة، فعليهن نصف الغرم، ولو رجعت امرأتان، فلا شيء عليهما على الأصح لبقاء الحجة، وعلى قول المزني وأبي إسحاق، عليهما ربع الغرم. ولو شهد رجل وعشر نسوة، ورجعوا، فعليهن نصف الغرم، وعليهن نصفه على الأصح، وعلى الثاني عليه سدسه، وعليهن الباقي، ولو رجع وحده، فعليهن النصف على الأصح، وعلى الآخر إنما عليه السدس، ولو رجعن دونه، فعليهن النصف في الأصح، وفي الآخر خمسة أسداس، وإذا علقنا نصف الغرم برجوع الرجل، فرجع معه ثمان نسوة، فعليهن النصف، ولا شيء عليهن بناء على أنه لا يثبت بشهادتهن إلا نصف الغرم، وقد بقي من النساء من يتم به ذلك، وعلى قول المزني، وأبي إسحاق عليهن أربعة أخماس النصف، ولو رجع مع تسع نسوة، لزمه النصف، وعليهن الربع، لبقاء ربع الحجة، وعلى قول المزني عليه نصف، وعليهن تسعة أعشار النصف الآخر، وإن رجع ثمان نسوة لا غير، فلا شيء عليهن، وعلى قوله عليهن أربعة أخماس النصف.

فرع: هل يتعلق الغرم بشهود الإحصان مع شهود الزنى، وبشهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق والعتق؟ وجهان: وقيل: قولان، أصحهما: لا، وقيل: إن شهدوا بالإحصان بعد شهادة الزنى غرموا، وإلا فلا، فإن غرمناهم، فقالوا: تعمدنا، لزمهم القصاص، كشهود الزنى. وفي كيفية توزيع الغرم عليهم وعلى شهود الزنى وجهان: أصحهما: اعتبار النصابين، فعلى شهود الإحصان ثلث الغرم، والآخرين ثلثاه، والثاني يوزع نصفين اعتباراً بالجنسين، كالقاضي مع الشهود، وإذا غرمننا شهود الصفة، غرموا النصف قطعاً، فإذا شهد أربعة بالزنى، واثنان بالإحصان، ورجعوا كلهم بعد الرجم، فإن قلنا بالأصح: إن شهود الإحصان لا يغرمون، فالضمان على شهود الزنى، وإلا فعلى الجميع أثلاثاً على الأصح، ومناصفة على الآخر، وإن رجع واحد من شهود الزنى، وواحد من شاهدي الإحصان، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعلى الرابع من شهود الزنى ربع الغرم، وإن غرمناهم، فإن نصفنا، فعليهن ثمن الغرم، وعلى الآخر ربع، وإن ثلثنا، فعلى كل واحد منهما سدسه، وإن رجع واحد من أحد الصنفين لا غير، ففيما عليه هذا الخلاف ولو شهد أربعة بالزنى والإحصان جميعاً، ثم رجع أحدهم، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعليهن ربع الغرم، وإن غرمناهم، فقد بقي هنا من تقوم به حجة الإحصان، فإن غرمننا الرابع مع ثبات من تقوم به الحجة، لزمه الربع أيضاً، كما لو رجعوا كلهم، وإن لم نغرمه، فلا ضمان عليه، بسبب الإحصان، وأما بسبب الزنى، فإن نصفنا، فعليهن ثمن الغرم، وإن ثلثنا، فسدسه، وإن رجع ثلاثة وبقي واحد، فقد بطل ثلاثة أرباع حجة الزنى، ونصف حجة الإحصان،

فإن لم نغرم شهود الإحصان، لزمهم ثلاثة أرباع الغرم، وإن غرمناهم، فعلى كل واحد إن نصفنا للرجوع عن الزنى ثمن الغرم، وعن الإحصان نصف سدسه بتوزيع نصف غرم الإحصان عليهم، وإن ثلثنا، فعلى كل واحد للرجوع عن شهادة الزنى سدس الغرم توزيعاً للثلثين على الأربعة، وعن الإحصان ثلث سدسه توزيعاً لنصف غرم الإحصان على الراجعين، ولو شهد أربعة بالزنى، واثنان منهم بالإحصان، ثم رجعوا بعد الرجم، فإن لم نغرم شهود الإحصان في المسائل السابقة، فكذا هنا.

وإن غرمناهم، فهل يغرم شاهد الأصل هنا زيادة؟ وجهان: فإن قلنا: نعم عاد الخلاف، فإن نصفنا فعلى اللذين شهدا بالإحصان ثلاثة أرباع الغرم: النصف بشهادة الإحصان، والربع بالزنى، وعلى الآخرين الربع، وإن ثلثنا، فعلى شاهدي الإحصان ثلثان، وعلى الآخرين ثلث، وإن رجع واحد منهم، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعليه ربع الغرم، وإن غرمناهم، فإن كان الراجع من شاهدي الإحصان، فإن نصفنا، لزمه ثمن الغرم، وإن ثلثنا، فالسدس ولو شهد ثمانية بالزنى والإحصان، ثم رجع أحدهم فلا غرم على الأصح لبقاء الحجتين، وكذا لو رجع ثان وثالث ورابع، فإن رجع خامس، فقد بطلت حجة الزنى، ولم تبطل حجة الإحصان، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعلى الخمسة ربع الغرم لبطلان ربع الحجة، وإن غرمناهم، فلا غرم هنا لشهادة الإحصان على الأصح، لبقاء حجته، ويغرم الراجعون ربع غرم الزنى وهو السدس إن ثلثنا، والثلث إن نصفنا، وإن رجع ستة، لزمه نصف غرم الزنى، وهو الثلث إن ثلثناه، والربع إن نصفناه، وإن رجع سبعة، بطلت الحجتان، ولا يخفى قياسه.

شهد أربعة على رجل بأربعمائة، ثم رجع أحدهم عن مئة وآخر عن مائتين، وثالث عن ثلاثمائة، والرابع عن الجميع، فالبينة باقية بتمامها في مائتين، فالأصح أنه لا يجب غرمهما، ويجب عن الأربعة غرم المائة بالرجوع عنها باتفاقهم، وعلى الثاني والثالث والرابع ثلاثة أرباع المائة التي اختصوا بالرجوع عنها، والوجه الثاني على كل واحد حصته فيما رجع عنه، فعلى الأول ربع المائة، وعلى الثاني خمسون، وعلى الثالث خمسة وسبعون، وعلى الرابع مئة.

فصل: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان كونهما كافرين، أو عبيدين، أو صبيين، فقد سبق أنه ينقض حكمه، وكذا لو بانا فاسقين على الأظهر، قال الإمام: ومعنى نقضه أنا تبين الأمر على خلاف ما ظنه وحكم به، فإن كان المشهود به طلاقاً أو عتقاً أو عقداً فقد بان أنه لا طلاق ولا عتق ولا عقد، فإن كانت المرأة ماتت، فقد ماتت وهي زوجته، وإن مات العبد مات وهو رقيق له، ويجب ضمانه، وإن كان

المشهدود به قتلاً أو قطعاً أو حداً استوفي وتعذر التدارك، فضمنه على عاقلة القاضي على الأظهر، وفي بيت المال على قول كما سبق في ضمان الولاة. وإنما تعلق الضمان بالقاضي، لتفريطه بترك البحث التام على حال الشهود، ولا ضمان على المشهدود له، لأنه يقول: استوفيت حقي، ولا على الشهود، لأنهم ثابتون على شهادتهم زاعمون صدقهم بخلاف الراجعين. وإذا غرمت العاقلة أو بيت المال، فهل يثبت الرجوع على الشهود؟ فيه خلاف وتفصيل سبق في باب ضمان الولاة، والذي قطع به العراقيون أنه لا ضمان عليهم، وقالوا: وكذا لا ضمان على المزكين، لأن الحكم غير مبني على شهادتهم، وقال القاضي أبو حامد: يرجع الغارم على المزكين، ويستقر عليهم الضمان بخلاف الشهود، لأنه ثبت عند القاضي أن الأمر على خلاف قول المزكين، ولم يثبت أنه خلاف قول الشهود وإلى هذا مال القاضي أبو الطيب والروائي، ومفهوم ما ذكره أنه يجوز تغريم المزكين أولاً، ثم لا رجوع لهم على القاضي، وأشار الإمام إلى مثل ذلك في الشهود إذا قلنا بالرجوع عليهم، ولا فرق فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي بين أن يكون الحكم في حد الله تعالى أو قصاص، وسواء في القصاص استوفاه المدعي أو القاضي بنفسه، أو فوض استيفاء بإذن المدعي إلى شخص، وسبق في إذن القاضي عن الإصطخري أن المدعي إن استوفاه بنفسه، فالضمان عليه، وأنه إنما يعلق الضمان بالقاضي إذا باشر الاستيفاء أو فوضه إلى غيره بإذن المدعي، وإن كان المحكوم به مالاً، فإن كان باقياً عند المحكوم له انتزع، وإن كان تالفاً، أخذ منه ضمانه، وقيل: إن تلف بأفة سماوية، فلا ضمان، والصحيح الأول، وفرقوا بينه وبين الإلتلاف حيث قلنا: لا غرم عليه فيه بأن الإلتلاف إنما يضمن إذا وقع على وجه التعدي، وحكم القاضي أخرجه عن التعدي، وأما المال، فإذا حصل في يد إنسان بغير حق كان مضموناً، وإن لم يوجد منه تعد، فإن كان المحكوم له معسراً أو غائباً، فللمحكوم عليه مطالبة القاضي ليغرم له من بيت المال في قول ومن خالص ماله في قول، لأنه ليس بدل نفس تتعلق بالعاقلة، ثم القاضي يرجع على المحكوم له إذا ظفر به موسراً، وهل له الرجوع على الشهود؟ جعله الإمام على الخلاف والتفصيل المشار إليهما في الإلتلافات، ويجيء أن يقال على قياس ما سبق: إن المحكوم عليه يتخير في تغريم القاضي، وتغريم المحكوم له، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الدعوى والبينات

فيه سبعة أبواب، لأن الدعوى تدور على خمسة أشياء: الدعوى وجوابها، واليمين، والبينة والنكول، فهذه خمسة، والسادس في مسائل تتعلق بهذه الأصول، والسابع في دعوى النسب، وإلحاق القائف.

الباب الأول: في الدعوى

وفيه مسائل:

إحداها: في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى، كالحق إذا كان عقوبة كالقصاص، وحد القذف، اشترط رفعه إلى القاضي، لعظم خطره، وإن كان مالا، فهو عين، أو دين، فإن كان عيناً، فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنه، أشغل به، وإلا فلا بد من الرفع. وأما الدين، فإن كان من عليه مقراً غير ممتنع من الأداء طالبه ليؤدي، وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله، لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه، فإن خالف، وأخذ شيئاً من ماله، لزمه رده، فإن تلف عنده، وجب ضمانه، فإن اتفقا، جاء خلاف التقاوص. وإن لم يكن كذلك، فإما أن يمكن تحصيل منه بالقاضي، وإما أن لا يمكن، فإن لم يمكن بأن كان منكراً، ولا بينة لصاحب الحق، فله أن يأخذ جنس حقه من ماله إن ظفر به، ولا يأخذ غير الجنس مع ظفره بالجنس، وفي «التهذيب» وجه أنه يجوز وهو ضعيف، فإن لم يجد إلا غير الجنس، جاز الأخذ على المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: قولان، وإن أمكن تحصيل الحق بالقاضي بأن كان مقراً مماطلاً، أو منكراً عليه وله بينة، أو كان يرجو إقراره لو حضر عند القاضي، وعرض عليه اليمين، فهل يستقل بالأخذ أم يجب الرفع إلى القاضي؟ وجهان: أحدهما: جواز الاستقلال، قاله أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وصححه القاضي أبو الطيب، والرويانى، للحديث الصحيح في قصة هند، ولأن في المرافعة مشقة ومؤنة، وتضييع زمان. ومتى جاز للمستحق الأخذ، فلم يصل إلى المال إلا بكسر الباب، ونقب الجدار، جاز له ذلك، ولا يضمن ما فوته، كمن لم يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله، فأتلفه لا يضمن، وقيل: يضمن وهو شاذ، ثم إن كان المأخوذ من جنس الحق. فله تملكه، وإن كان من غير جنسه، لم يكن له

التملك، وقيل: يملك قدر حقه، ويستقل بالمعاوضة للضرورة، كما يستقل بالتعيين عند أخذه الجنس، والصحيح الأول، ثم هل يرفعه إلى القاضي لبيعه، أم يستقل ببيعه؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: عند الجمهور الاستقلال، هذا إن كان القاضي جاهلاً بالحال، ولا بينة للأخذ، فإن كان القاضي عالماً، فالمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه، فإن أوجبنا الرفع إلى القاضي، فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه، أو يفوضه إلى غيره؟ وجهان: أصحهما: الأول، وفي طريقة عند الرفع وجهان: أحدهما: يبيعه القاضي بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة. والثاني: يواطىء رجلاً يقر له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقر له الأخذ بالمال حتى يبيعه القاضي، وهذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين، ويضعف وجوب الرفع. ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد، بيع المأخوذ به، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة، بيع الثوب بنقد البلد، ثم يشتري به حنطة. وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري غير الحنطة بالثوب، ولا يوسط النقد بينهما، وهل يكون المأخوذ مضموناً على الأخذ حتى لو تلف قبل البيع، أو التملك يتلف من ضمانه أم لا؟ وجهان: أصحهما: نعم وهو الذي ذكره الصيدلاني والإمام، والغزالي، لأنه أخذه لغرضه، كالمستام بل أولى، لأن المالك لم يسلطه فعلى هذا ينبغي أن نبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر، فنقصت قيمته، ضمن النقضان، ولو انخفضت القيمة، وارتفعت، وتلف، فهي مضمونة عليه بالأكثر، ولو اتفق رد العين، لم يضمن نقص القيمة كالغاصب، ولو باعه، وتملك ثمناً، ثم قضى المستحق دينه، ففيما علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب، فأخذه، وباعه، ثم رد الغاصب المغصوب، فإن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه، وينبغي أن لا يرد شيئاً، ولا يعطي شيئاً.

فرع: ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة، فإن انتفع، لزمه أجره المثل.

فرع: لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد، فالزيادة مضمونة عليه، فإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بمتاع يزيد قيمته على قدر حقه، فإن قلنا: لو كان المأخوذ قدر حقه لا يكون مضموناً، فكذا الزيادة، وإن قلنا: يكون مضموناً لم يضمن الزيادة على الأصح، ثم إذا كان المأخوذ أكثر من حقه، فإن كان مما يتجزأ باع منه قدر حقه، وسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها، وإن كان لا يتجزأ، فإن قدر على بيع البعض بما هو حقه، باعه وسعى في رد الباقي إليه، وإن لم يقدر باع الجميع، وأخذ من ثمنه قدر حقه، وحفظ الباقي إلى أن يرده.

فرع: حقه دراهم صحاح، فظفر بمكسرة، فله أخذها، وتملكها بحقه، ولو استحق مكسرة، فظفر بصحاح، فالمذهب جواز الأخذ، لاتحاد الجنس، وقيل: فيه الخلاف في اختلاف الجنس، لاختلاف الغرض، وإذا أخذها، فليس له تملكها، ولا يشتري بها مكسرة لا متفاضلاً، لما فيه من الربا، ولا متساوياً لأنه يحجف بالمأخوذ منه، لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير، ويشتري بها دراهم مكسرة ويتملكها.

فرع: شخصان ثبت لكل واحد منهما على صاحبه مثل ماله عليه، ففي حصول التقاص أقوال مشهورة في كتاب الكتابة، فإن قلنا: لا يحصل التقاص، فجدد أحدهما الآخر، فهل للآخر جحده، ليحصل التقاص للضرورة؟ وجهان: أحدهما: نعم.

فرع: كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد، أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريم الغريم، بأن يكون لزيد على عمرو دين، ولعمرو على بكر مثله، يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بماله على عمر، ولا يمنع من ذلك رد عمرو، وإقرار بكر ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو.

فرع: جحد دينه، وله عليه صك بدين آخر قد قبضه، وشهود الصك لا يعلمون القبض، قال القاضي أبو سعد: له أن يدعي ذلك، ويقيم البينة، ويقبضه بدينه الآخر، وفي فتاوى القفال أنه ليس له ذلك.

قلت: الصحيح قول أبي سعد ولو حدثت من المأخوذ زيادة قبل تملكه حيث جوز أو قبل بيعه، فهي على ملك المأخوذ منه. والله أعلم.

المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه، ويحتاج إلى معرفته، لأن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، لقوة جانبه، وفيه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رحمه الله عليه في مسألة إسلام الزوجين التي سندكرها الآن إن شاء الله تعالى، أظهرها عند الجمهور أن المدعي من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، والثاني: المدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لا يخلي ولا يكفيه السكوت، فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو، أو عيناً في يده، فأنكر، فزيد هو الذي لو سكت ترك، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده من حق غيره، وعمرو هو الذي لا يترك، ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدع بمقتضى القولين وعمرو مدعى عليه، ولا يختلف موجبهما غالباً، وقد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معاً، فالنكاح باق، وقالت: بل على التعاقب ولا نكاح، فإن قلنا: المدعي من لو سكت ترك، فالمرأة مدعية وهو مدعى عليه، لأنه لا يترك لو

سكت، لأنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف، ويستمر النكاح، وإن قلنا بالأظهر، فالزوج مدع، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر، وهي مدعى عليها، فتحلف، ويرتفع النكاح. ولو قال الزوج: أسلمت قبلي، فلي النكاح ولا مهر، وقالت: بل أسلمنا معاً، وهما بحالهما، فقوله في الفراق يلزمه، وأما المهر، فالقول قوله على الأظهر، وعلى الثاني قولها، لأنها لا تترك بالسكوت، لأن الزوج يزعم سقوط المهر، فإذا سكتت ولا بينة، جعلت ناكلة، وحلف وسقط المهر. قال الأصحاب: والأمناء الذين يصدقون في الرد بيمينهم مدعون، لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفي منهم باليمين، ولأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض المالك، وقد ائتمنهم، فلا يحسن تكليفهم بنية الرد، وأما على القول الثاني، فهم مدعى عليهم، لأن المالك هو الذي لو سكت ترك. قال الروياني وغيره: وقد يكون الشخص مدعياً ومدعى عليه في المنازعة الواحدة، كما في صورة التحالف، هذا كلام الأصحاب، وبالله التوفيق.

فصل: في حد الدعوى الصحيحة، وشرطها أن تكون معلومة ملزمة.

الأول: العلم بالمدعى به، فإن كان نقداً، اشترط ذكر جنسه ونوعه وقدره، قال ابن الصباغ: وإن اختلف الصحاح والمكسرة بين أنها صحاح أو مكسرة، ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي، ولا حاجة إلى بيان وزنه، وإن كان غير نقد، نظر إن كان عيناً وهي مما تضبط بالصفة، كالحبوب والحيوان والثياب، وصفها بصفات السلم، ولا يشترط ذكر القيمة في الأصح، وإن كانت تالفة، كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية، ولا يشترط ذكر القيمة، وإن كانت متقومة، اشترط ذكر القيمة، لأنها الواجب عند التلف. وإن ادعى سيفاً محلياً، اشترط ذكر قيمته، ويقومه بالذهب إن كان محلياً بالفضة، وبالفضة إن كان محلياً بالذهب، فإن كان محلياً بهما، قومه بأحدهما للضرورة، وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدعي مئة درهم من نقد كذا قيمتها كذا ديناراً، أو ديناراً من نقد كذا قيمته كذا درهماً، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وكأنه جواب على أن المغشوش متقوم، فإن جعلناه مثلياً، فينبغي أن لا يشترط التعرض للقيمة، وفي العقار يتعرض للناحية والبلدة، والمحلة والسكة، وتبين الحدود، ويستثنى من اشتراط العلم صوراً:

إحداها: إنما يعتبر إذا طلب معيناً، فأما من حضر ليعين، ويفرض له القاضي، كالمفوضة تطلب الفرض على قولنا: لا يجب المهر بالعقد، والواهب يطلب الثواب، فلا يتصور الإعلام.

الصورة الثانية: قال: أدعي أن مورثك أوصى لي بثوب، أو بشيء تسمع الدعوى، لأن الوصية تحتمل الجهالة، فكذا دعواها، وألحق ملحقون دعوى الإقرار

بالمجهول بدعوى الوصية، ومنهم من ينازع كلامه فيه، ويصح دعوى الإبراء عن المجهول إن صححنا الإبراء عن المجهول.

الصورة الثالثة: ادعى أن له طريقاً في ملك غيره، وادعى حق إجراء الماء، قال القاضي أبو سعد: الأصح أنه لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى، ويكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق والمجرى، وكذا لا تصح الشهادة المرتبة عليها، وقال أبو علي الثقفي: يشترط إعلام قدر الطريق والمجرى، وقال: وكذا لو باع بيتاً من دار، وسمى له طريقاً، ولم يبين قدره لا يصح، قال القاضي: وعندي أنه لا يشترط هذا الإعلام في الدعوى، لكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق والمسيل بالذرعان، لأن الشهادة أعلى شأنًا، فإنها تستقل بقوة إيجاب الحكم بخلاف الدعوى، ولو أحضر المدعي ورقة، وحرر فيها دعواه، وقال: أدعي ما فيها، وأدعي ثوباً بالصفات المكتوبة فيها، ففي الاكتفاء به لصحة الدعوى وجهان:

الشرط الثاني: كونها ملزمة، فلو قال: وهب لي كذا أو باع، لم تسمع دعواه حتى يقول: ويلزمه التسليم إلي، لأنه قد يهب ويبيع، وينقضها قبل القبض هكذا نقله الروياني والغزالي وغيرهما، ويقرب منه ما ذكره القاضي أبو سعد أنه يقول في دعوى الدين: لي في ذمته كذا، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه، قال: وإنما يتعرض لوجوب الأداء، لأن الدين المؤجل لا يجب أدائه في الحال، وكان هذا إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعى، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة، ولا يشترط التعرض لوجوب التسليم. قال ابن الصباغ: لو قال هذه الدار لي وهو يمنعنيها، صحت الدعوى، ولا يشترط أن يقول: هي في يده، لأنه يجوز أن ينازعه، وإن لم تكن في يده، وإذا ادعى ولم يقل للقاضي: مره بالخروج عن حقي، أو سله جواب دعوي، فهل يطالبه القاضي؟ وجهان: قال ابن الصباغ: الأصح نعم، للعلم بأنه الغرض من الحضور، وإنشاء الدعوى، قال القاضي أبو سعد: الأصح لا، لأنه حقه، فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين.

قلت: الأول أقوى. والله أعلم.

فعلى هذا الثاني طلب الجواب شرط آخر في صحة الدعوى، وسواء شرطنا هذا الاقتراح، أم لم نشرطه، فاقترحه، فيمكن أن يقال: يغني ذلك عن قوله: ويلزمه التسليم إلي، وأن من شرطه بناء على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور.

فرع: لا يشترط لصحة الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة أو معاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس، فتصح دعوى دنيء على شريف، وقال الإصطخري: إن

شهدت قرائن الحال بكذب المدعي، لم يلتفت إلى دعواه، مثل أن يدعي الدنيء استئجار الأمير، أو الفقيه، لعلف الدواب، أو كنس بيته، ومثله دعوى المعروف بالتعنت، وجر ذوي الأقدار إلى القضاة، وتحليفهم ليفتدوا منه بشيء.

فرع: ادعى عليه مالاً، وقام، وأقام شاهدين، شهدا على إقراره بشيء، أو قال: نعلم أن له عليه مالاً، ولا نعلم قدره، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان: حكاهما البغوي وغيره، أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه، كما لو أقر بمبهم، وأصحهما: لا، ويجريان فيما لو شهدا بغصب عبد، أو ثوب، ولم يصفاه.

فرع: عن فتاوى القفال: ادعى دراهم مجهولة لا يسمع القاضي دعواه، ويقول له: بين الأقل الذي تتحققه، وإن ادعى ثوباً ولم يصفه أيضاً، لم يصح إليه، بل لو قال: هو كرباس، ولم يصف، أمره أن يأخذ بالأقل، وهذا فيه إرشاد وتلقين، ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب عينه لا وجه له

المسألة الثالثة: إذا قامت بينة على المدعى عليه، فطلب من القاضي تحليف المدعي على استحقاق ما ادعاه، لم يجبه، لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة، ولأنه قطع في الشهود، وإن ادعى إبراء أو قضاء في الدين، أو بيعاً، أو هبة وإقباضاً في العين، نظر إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا فلا يلتفت إلى قوله، وإن ادعى أنه جرى قبل شهادة الشهود، فإن لم يحكم القاضي بعد، حلف المدعي على نفيه، وإن حكم، لم يحلفه على الأصح، ولو قال المدعى عليه: الشهود فسقة، أو كذبة، والمدعي يعلم ذلك، فهل له تحليفه على أنه لا يعلم؟ وجهان: وطردا في كل صورة ادعى ما لو أقر به الخصم لنفعه ولكن لم يكن المدعى عين حق له، بأن قال المدعى عليه: إنك أقررت لي بكذا، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى: إن المدعي حلفني مرة، وأراد تحليفه، أو قذفه، فطلب الحد، فادعى زنى المقذوف، وأراد تحليفه، ويشبه أن يكون الأصح أن له التحليف، ويؤيده ما سبق من قول الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف التحليف. وإن كان المقذوف ميتاً، وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لا يعلم زنى مورثه، حلف، وهذه الصورة محكية عن النص، لكن ذكر البغوي أن الأصح أنه لا يحلفه إذا ادعى فسق الشهود، أو كذبهم، وأما تحليف القاضي والشهود، فلا يجوز قطعاً، لارتفاع منصبهما.

المسألة الرابعة: قامت بينة على المدعى عليه، وادعى أن المدعي باعه العين

المدعاة، أو باعها لبائعه، أو ادعى أنه أبرأه من الدين المدعى، فأنكر، فلا يخفى أن القول قول المدعي، وأن المدعى عليه مدع فيما ذكره يحتاج إلى بينة، فإن استمهل ليأتي بها أمهل ثلاثة أيام على الصحيح، وقيل: يوم فقط. ولو ادعى الإبراء ولم يأت بينة، وقال: حلفوه أنه لم يبرئني، حلفناه، ولا يكلف توفية الدين أولاً، وعن القاضي وجه أنه يستوفى منه الدين أولاً، ثم إن شاء حلفه، لأنها دعوى جديدة، والصحيح الأول، وليس كما لو قال لوكيل المدعي: أبرأني موكلك حيث يستوفى الحق منه، ولا يؤخر إلى حضور الموكل وحلفه، لعظم الضرر في التأخير وهنا الحلف متيسر في الحال. ولو قال: إنه أبرأني من هذه الدعوى، فهل يحلف المدعي أنه لم يبرئه؟ وجهان اختار القفال، والغزالي المنع، وادعى الروياني أن المذهب التحليف، لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه، برىء.

فرع: مدعي الدفع إن قال: قضيت أو أبرأني فذاك، وإن أطلق، وقال: لي بينة دافعة واستفسر، لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعاً إلا أن يعرف معرفته، وإن عين جهة، ولم يأت ببينة عليها، وادعى عند انقضاء مدة المهلة بلا جهة أخرى، واستمهل، فينبغي أن لا يجاب، وإن ادعى في المدة جهة أخرى وجب أن تسمع.

المسألة الخامسة: الدعوى أنواع، منها دعوى الدم، ويشترط تفصيلها كما سبق في القسامة، وأما دعوى النكاح والبيع، وسائر العقود، فقال الشافعي رحمه الله: لو ادعى أنه نكح امرأة، لم يقبل منه حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدي عدل، فمن الأصحاب من اكتفى في دعوى النكاح بالإطلاق، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل، كما يكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق، وحملوا النص على الاستحباب والتأكيد، وقال أبو علي الطبري: إن ادعى ابتداء النكاح، وجب التفصيل، وإن ادعى دوامه، فلا، لأن الشروط لا تعتبر في الدوام، أخذ عامة الأصحاب بظاهر النص، وأوجبوا التفصيل والتعرض للشروط ابتداء ودواماً، لأن الفروج يحتاط لها، كالدماء، والوطء المستوفى لا يتدارك، كالدّم. وأما الجواب عن المال، فإن كان المدعى نفس المال، فإنما اكتفى بالإطلاق، لأن أسبابه لا تنحصر، فيشق ضبطها، وإن كان عقداً على مال، كبيع وإجارة وهبة، فثلاثة أوجه أحدها قاله ابن سريج: يشترط التفصيل، وذكر الشروط كالنكاح، والثاني: إن تعلق العقد بجارية، اشترط احتياطاً للبضع، وإلا فلا، والثالث وهو أصحها:، ونقله ابن كج عن النص: لا يشترط مطلقاً، لأن المقصود المال وهو أخف شأنًا، ولهذا لا يشترط فيها الإشهاد بخلاف النكاح. وأما التعرض في دعوى النكاح، لعدم مانع النكاح، كالردة والعدة والرضاع، فلا يشترط على الصحيح، لأن الأصل عدمها، ولكثرتها، فإن

شرطنا التفصيل في النكاح، فيقول: نكحتها بولي وشاهدين. ويشترط وصف الولي والشاهدين بالعدالة على الصحيح، وقياسه وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يشترط تعيين الشاهدين والولي، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يخل عن ولي وشاهدين، ويشترط التعرض لرضى المرأة إن كان رضاها شرطاً، فإن كانت أمة، اشترط التعرض للعجز عن الطول، ولخوف العنت على الأصح، وإن شرطنا التفصيل في دعوى البيع، قالوا: يقول: تعاقدنا بثمن معلوم ونحن جائزا التصرف، وتفرقنا عن تراض، ويشترط في الشهادة على النكاح التفصيل إن قلنا باشتراطه في دعوى النكاح، وفي فتاوى القفال أنه يشترط أن يقولوا بعد تفصيل النكاح: ولا نعلم أنه فارقتها، أو وهي اليوم زوجته، والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق على المذهب، لأنها لا تقر إلا عن تحقق، وقيل: في اشتراط التفصيل فيه الخلاف في الدعوى والشهادة، وهو ضعيف. ولو شهدوا على إقرارها، لم يشترط أن يقولوا: ولا نعلم أنه فارقتها، ولتكن الشهادة على البيع والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ما ذكرنا في النكاح، ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح والبيع المدعيين بالصحة وجهين: وبلا اشتراط أجاب الغزالي في «الوجيز» وقال في «الوسيط»: الوجه القطع باشتراطه في النكاح، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على أنه لا يشترط تفصيل الشرائط، وإيراد الهروي يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيل ليتضمن ذكر الصحة نفي المانع.

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة، وتارة على وليها المجرى، كما سبق في مسألة تزويج الوليين المرأة بشخص، وسبق هناك أن الأئمة قالوا: لو ادعى كل واحد من الزوجين سبق نكاحه، وعلم المرأة به، بني على أن إقرارها به هل يقبل؟ إن قلنا: لا، فلا تسمع دعواهما عليها، وإن قلنا: نعم وهو الأظهر سمعت، وهذا يقتضي كون سماع دعوى النكاح عليها أبداً فيه هذا الخلاف، فكأنهم لم يذكروه هنا إقتصاراً على الأظهر.

المسألة السادسة: دعوى المرأة النكاح إن اقترن بها حق من حقوق النكاح، كصداق ونفقة، وقسم وميراث بعد موته، سمعت، وإن تمحضت دعوى الزوجية، سمعت أيضاً على الأصح، فإن سمعت، نظر، إن سكت المدعى عليه، وأصر على السكوت، أقامت البينة عليه، وإن أنكر، فهل يكون إنكاره طلاقاً؟ وجهان: أصحهما: لا، فإن قلنا: هو طلاق، سقط في ما ادعته، ولها أن تنكح زوجاً غيره، ولو رجع عن الإنكار، وقال: غلطت في الإنكار، لم يقبل رجوعه، وإن قلنا: ليس إنكاره طلاقاً، فإنكاره كسكوته، فيقيم البينة عليه، وإن رجع. قبلنا رجوعه، وسلمنا

الزوجة إليه، وإن لم تكن بينة، وحلف الرجل، فلا شيء عليه، وله أن ينكح أختها وأربعاً سواها، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره إذا لم نجعل الإنكار طلاقاً. وإن اندفع النكاح ظاهراً حتى يطلقها أو يموت. قال البغوي: أو يفسخ بإعساره، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ وليكن هذا مفرعاً على أن لها أن تفسخ بنفسها أما إذا أحوجناها إلى الرفع إلى القاضي، فما لم يظهر له النكاح كيف يفسخ أو يأذن في الفسخ، وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول: إن كنت نكحتها، فهي طالق، ليحل لها النكاح، وإن نكل الرجل، حلفت هي، واستحقت المهر والنفقة.

فرع: امرأة تحت رجل ادعى آخر أنها زوجته، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل، لأن الحرية لا تدخل تحت اليد، فلو أقام كل واحد منهما بينة، لم يقدم بينة من هي تحته. بل هي كاثنتين أقام كل واحد منهما بينة على نكاح خلية، فينظر إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد، أو مطلقتين، فقد تعارضتا ولا يجيء قولاً القسم والقرعة، وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين، قدمت البينة التي سبق تاريخها بخلاف ما لو كان هذا التعارض في مال، فإن في الترجيح بالسبق قولين، لأن الانتقال في الأموال غالب دون النكاح، ولو قامت بينة أحدهما على النكاح، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح، فبينة النكاح أولى، كما لو شهدت بينة واحد بأنه غصب منه كذا، وبينة الآخر بأنه أقر له به، ولو أقرت لأحدهما، فعلى ما ذكرنا إذا زوجها وليان لشخصين، وادعى كل واحد سبق نكاحه.

فرع: ادعت ذات ولد أنها منكوحته، وأن الولد منه، وسمعنا دعوى النكاح منها، فإن أنكر النكاح والنسب، فالقول قوله بيمينه، وإن قال: هذا ولدي من غيرها، أو هذا ولدي، لم يكن مقراً بالنكاح، وإن قال: هو ولدي منها، وجب المهر، وإن أقر بالنكاح، فعليه النفقة والمهر والكسوة، فإن قال: كان نكاح تفويض، فلها المطالبة بالفرض إن لم يجر دخول، وإن جرى، فقد وجب المهر بالدخول، فلا معنى لإنكاره.

المسألة السابعة: «ادعى رق بالغ، فقال البالغ: أنا حر الأصل، فالقول قوله، وعلى المدعي البينة، وسواء كان المدعي استخدمه قبل الإنكار، وتسلط عليه، أم لا، وسواء جرى عليه البيع مراراً، وتداوله الأيدي أم لا، فإن كان اشتراه من غيره، وحلف على نفي الرق، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن؟ فيه كلام سنذكره إن شاء الله تعالى في المسألة الرابعة من الباب الثاني. فإن قال البالغ لمن هو في يده: إنك أعتقتني أو أعتقني من باعني لك، طوب بالبينه، ولو ادعى رق صغير، فإن لم يكن في يده، لم يصدق إلا ببينة، وإن كان في يده، نظر إن استندت إلى النقاط،

فكذلك على الأظهر، وفي قول: تقبل، ويحكم له بالرق، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط، صدق وحكم له، كما لو ادعى الملك في دابة أو ثوب في يده، فلو كان مميزاً فأنكر، فالأصح أنه يحكم له برقه، ولا أثر لإنكاره، والثاني: أنه كالبالغ، وإذا حكمنا له برقه في الصغير، فبلغ، وأنكر الرق، فالأصح استمرار الرق حتى تقوم بينة بخلافه، والثاني: يصدق منكر الرق إلا أن تقوم به بينة، ولا فرق في جريان الوجهين بين أن يدعي في الصغير ملكه ويستخدمه، ثم يبلغ وينكر، وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ، ثم يدعي ملكه، وينكر المستخدم واليد على البالغ المسترق، وإن لم يغن عن البينة عند إنكاره، فهي غير ساقطة بالكلية، بل يجوز اعتمادها في الشراء إن سكت المسترق اكتفاء بأن الظاهر أن الحر لا يسترق، وقال الشيخ أبو محمد: لا يجوز شراؤه مع سكوته، كما لا يجوز مع إنكاره الرق، بل يسأل، فإن أقر، اشترى.

المسألة الثامنة: في سماع الدعوى بدين مؤجل أوجه: أصحها: لا، إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال، والثاني: نعم، والثالث: تسمع إن كان له نية، ليستحل فيأمن غيبتها وموتها، وإلا فلا، أو في دعوى الأمة الاستيلاء والرقيق التدبير، وتعليق العتق بالصفة طريقتان أحدهما: تقبل، لأنها حقوق ناجزة، والثاني: على الخلاف في الدين المؤجل الاستيلاء أو لاهما بالقبول، وهذا المذكور في التدبير إذا لم نجوز الرجوع عنه بالقبول، فإن جوزناه، فإنكاره رجوع يبطل مقصود المدعي. قلت: المذهب سماع دعوى الاستيلاء والتدبير، وتعليق العتق. والله أعلم.

فرع: ادعي عليه دين مؤجل قبل المحل، فله أن يقول في الجواب: لا يلزمي دفع شيء إليك الآن، ويحلف عليه، وهل له أن يقول: لا شيء علي مطلقاً، قال القفال: فيه وجهان بناء على أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب؟ وفيه وجهان:

المسألة التاسعة: سلم ثوباً أو غيره إلى دلال لبيعه، فجحده، وشك في بقاء الثوب، فلا يدري أيطالب بالعين، أم بالقيمة، فقد سبق في أواخر باب القضاء على الغائب وجهان: أصحهما: له أن يدعي على الشك، فيقول: لي عنده كذا، فإن بقي، فعليه رده، وإلا فقيمه أو مثله، والثاني: يشترط في الدعوى الجزم، فيفرد لكل واحد من المطالبة دعوى برأسها، فإن قلنا بالأول، فأنكر المدعي عليه ولا بينة، حلف على نفي الجميع، وإن نكل، وردت اليمين على المدعي، فهل يحلف على التردد، كما لو ادعى على التردد، أم يشترط التعيين؟ وجهان: وإن قلنا: يفرد لكل مطلب دعوى، فادعى ما رآه أقرب، ونكل الخصم، فنكوله يؤكد ظن المدعي بكذبه، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك؟ وجهان: أصحهما: نعم استدلالاً بنكوله على كذبه،

كما يستدل بخط أبيه، وأجري الوجهان فيما إذا أنكر المودع التلف، وتأكد ظنه بنكول المودع هل يحلف اليمين المردودة، وفي فتاوى القفال، أنه ادعى عليه ثوباً، فقال: كان في يدي وهلك، فأغرم لك القيمة، فقال المدعي للحاكم: قد أقر بالثوب، فحلفه أنه لا يلزمه تسليمه إلي، حلفه، فإن حلف، قنع منه بالقيمة، وإن نكل وحلف المدعي على بقاء الثوب طوب بالعين.

الباب الثاني: في جواب الدعوى

جواب المدعى عليه إقرار، أو إنكار، فإن سكت، وأصر على السكوت، جعل كالمنكر الناكل، فترد اليمين على المدعي، فهو كالإنكار. والكلام في الإقرار وصيغته على ما سبق في كتاب الإقرار، وقول المدعى عليه: لي عن دعواك مخرج، ليس بإقرار، لاحتمال الخروج بالإنكار، وكذا قوله: لفلان علي أكثر مما لك، ليس بإقرار للمخاطب بما دعاه، لاحتمال إرادة الاستهزاء. قال القاضي أبو سعد: وكذا لو قال: لك علي أكثر مما ادعيت، لم يكن إقراراً لاحتمال أن يريد. لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت، وكما لا يكون قوله: لفلان علي أكثر مما لك إقرار للمخاطب، لا يكون إقراراً لفلان أيضاً، لاحتمال أن يريد بالحق الحرمة. فلو قال: لفلان عليّ مال أكثر مما ادعيت، فهذا إقرار لفلان، إلا أنه يقبل تفسيره بما دونه في القدر تنزيلاً على كثرة التركة أو الرغبة، كما سبق في الإقرار. ولو قال: الحق أحق أن يؤدي، فليس بإقرار، لأن المعنى حيث يكون حقاً فأما أنا فبريء.

فصل: في مسائل الباب هي ست:

المسألة الأولى: ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني العشرة، فليس بجواب تام، بل التام أن يضيف إليه ولا شيء منها، أو ولا بعضها، وكذا يحلف إن حلف، لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها، فاشتراط مطابقة الإنكار واليمين دعواه، وقال القاضي حسين: لا يكلف في الإنكار أن يقول: ولا شيء منها، وإنما يكلف ذلك في اليمين، والصحيح الأول، وإذا حلفه القاضي على أنه لا يلزمه العشرة، ولا شيء منها، فحلف على نفي العشرة، واقتصر عليه، لم تلزمه العشرة بتمامها، لكنه ناكل عما دون العشرة، فللمدعي أن يحلف على استحقاق ما دونها بقليل، وبأخذه، ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين، وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة، قال البغوي: إن عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها، فله أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وحدها، لم يكن له الحلف على بعضها، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه، وحيث جوزنا

للمدعي الحلف على بعض المدعى، فذلك إذا لم يسنده إلى عقد، فإن أسنده، بأن قالت المرأة: نكحني بخمسين وطالبته به، ونكل الزوج، لم يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين، لأنه يناقض ما ادعته أولاً. وإذا ادعى أن الدار التي في يدك ملكي يلزمك تسليمها إلي، فإذا أنكر المدعى عليه، يحلف أنها ليست ملكاً له، ولا شيء منها، ولو ادعى أنه باعه إياها، كفاه أن يحلف أنه لم يبيعها.

المسألة الثانية: إذا ادعى مالا وأسنده إلى جهة بأن قال: أقرضتك كذا، وطالبه ببذله، أو قال: غصبت عبدي، فتلف عندك، فعليك كذا ضماناً، أو مزقت ثوبي، فعليك كذا أرشاً، أو اشتريت منك كذا، وأقبضتك ثمنه، أو اشتريت مني كذا، فعليك ثمنه، وطالبه بالمدعى، فليس على المدعى عليه أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة، بل يكفي أن يقول: لا يستحق علي شيئاً، ولا يلزمني تسليم شيء إليك، وكذا يكفي في جواب طالب الشفعة: لا شفعة لك عندي، أو لا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك، لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض والغصب وغيرهما، ويعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة، فلو نفى الإقراض ونحوه كان كاذباً، وإن اعترف به، وادعى المسقط طوّل بالبينه، وقد يعجز عنها، فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق، ولو قالت المرأة: طلقني، فقال: أنت زوجتي، كفاه وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وأفضى الأمر إلى الحلف، حلف على ما أجب، ولم يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة، ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق، جاز، ذكره البغوي. ولو تعرض في الجواب للجهة، فقال: ما بايعتك، أو ما أقرضتني، أو ما مزقت، فالجواب صحيح، إن حلف على وفق الجواب، فذاك، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لا يلزمه شيء، فهل يمكن، كما لو أجب كذلك، أم لا يطابق اليمين الإنكار؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وهو المنصوص. ولو كان في يده مرهون، أو مستأجر، وادعاه مالكة، كفاه أن يقول: لا يلزمني تسليمه، ولا يجب التعرض للملك، فإن أقام المدعي بينة بالملك، نقل في «الوسيط» عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه، واعترض عليه بأنه قد يصدق الشهود، ولا يجب التسليم لإجارة أو رهن، ولو اعترف بالملك، وادعى رهناً أو إجارة، وكذبه المدعي، فمن المصدق منهما؟ وجهان سبقا في باب اختلاف المتراهنين، فإن صدقه صاحب اليد فذاك، وإن صدق المالك - وهو الصحيح - احتاج مدعي الرهن أو الإجارة إلى البينة، فإن لم توافقه بينة، وخاف جحود الراهن لو اعترف له بالملك، فما حيلته؟ وجهان: قال القفال: حيلته تفصيل الجواب، فيقول: إن ادعيت ملكاً مطلقاً فلا يلزمني التسليم، وإن ادعيت مرهوناً عندي، فاذكره لأجيب، وقال القاضي

حسين: لا يقبل الجواب المردد، بل حيلته أن يجحد ملكه إن جحد صاحبه الدين والرهن، وعلى عكسه لو ادعى المرتهن، وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين، فعلى الوجه الأول يفصل، فيقول: إن ادعت ألفاً لي عندك به كذا رهناً فحتى أجيب، وإن ادعت ألفاً، فلا يلزمي. وعلى الثاني صارت العين مضمونة عليه بالجحود، فلمن عليه الدين أن يجحده، ويجعل هذا بذاك، ويشترط التساوي، والوجه الأول أصح، وبه قطع الفوراني، وذكر أن المدعى عليه يفصل الجواب أبداً، ولا يكون ذلك إقراراً بشيء مثل أن يدعي عليه ألفاً، فيقول: إن ادعت عن ثمن كذا فحتى أجيب، وإن ادعت عن جهة أخرى، فلا يلزمي.

فرع: ادعت على رجل ألفاً صداقاً يكفيه أن يقول: لا يلزمي تسليم شيء إليها، قيل للقفال: هل للقاضي أن يقول: هل هي زوجتك؟ فقال: ما للقاضي ولهذا السؤال؟ لكن لو سأل، فقال: نعم، قضى عليه بمهر المثل إلا أن يقيم البينة أنه نكحها بكذا، فلا يلزمه أكثر منه.

المسألة الثالثة: إذا ادعى عقاراً أو منقولاً على إنسان، وقال المدعى عليه: ليس هو لي، نظر، أقتصر عليه، أم يضيفه إلى مجهول، أم إلى معلوم؟ فإن اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسميه، فثلاثة أوجه: أحدهما: يسلم المال إلى المدعي، إذ لا مزاحم له، والثاني: تنصرف الخصومة عنه، ويتنزح الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق، أخذه، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة، وأصحهما: لا ينصرف، ولا ينتزع المال من يده، فعلى هذا إن أقر بعد ذلك لمعين، قبل، وانصرفت الخصومة إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه أو يحلفه، وهل يمكن من أن يعود، فيدعيه لنفسه؟ وجهان: ولو قال في الجواب: نصفه لي، ولا أدري لمن النصف الآخر، ففي النصف الآخر الأوجه الثلاثة، أما إذا أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: من تتعذر مخاصمته، وتحليفه بأن قال: هو وقف على الفقراء، أو على المسجد الفلاني، أو على ابني الطفل، أو هو ملك له، فالذي قطع به الغزالي، والشيخ أبو الفرج أن الخصومة تنصرف عنه، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله، ولا تغني إلا البينة، قال أبو الفرج: وإذا قضى له القاضي بالبينة كتب صورة الحال في السجل، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ، وقال البغوي: إذا قال: هو لابني الطفل، أو وقف عليه، لم تسقط الدعوى، فإن أقام بينة أخذه، وإلا حلف المدعى عليه: أنه لا يلزمه تسليمه إليه إذا كان هو قيم الطفل.

قلت: اختار في «المحرر» قول البغوي. والله أعلم.

الضرب الثاني: من لا تتعذر مخاصمته وتحليفه، كشخص معين، وهو نوعان: حاضر في البلد، وغائب.

النوع الأول: فالحاضر يراجع، فإن صدق المدعى عليه، انصرفت الخصومة إليه، وإن كذبه، فأربعة أوجه الثلاثة السابقة في الإقرار، ورابعه حكاة ابن الصباغ أنه يقال للمدعى عليه: ادعه لنفسك، فتكون الخصم، أو لمن يصدقك، فيكون هو الخصم، فإن امتنعت، جعلناك ناكلاً، وحلفنا المدعي.

النوع الثاني: الغائب، فإذا أضاف المدعي إلى غائب، ففي انصراف الخصومة عنه أوجه: أصحها: - وبه قال الأكثر - ينصرف، والثاني: لا، والثالث: إن قال: ليس لي، وإنما هو لفلان، فلا، فإن قلنا: لا ينصرف، نظر إن لم يكن للمدعى بينة، فله تحليف المدعى عليه على أنه لا يلزمه تسليمه إليه، فإن نكل حلف المدعي، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب، وصدق المقر، رد المال عليه بلا حجة، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، ثم يستأنف المدعي الخصومة معه، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر، أخذ المال من يده أيضاً، وهل هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة معه، أم على الغائب، لأن المال بمقتضى الإقرار له؟ وجهان: أصحهما: الأول، ولا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمين، ويثبت القاضي في السجل أنه قضي له بالبينة بعد ما أقر المدعى عليه أنه لفلان الغائب، ليكون الغائب على حجته، وإذا عاد، وأقام البينة، قضى له لترجح جانبه باليد، وإن لم يقيمها، أقر المال في يد المدعي، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجل أن الغائب قدم، ولم يأت ببينة، أجابه إليه، وإن قلنا: تنصرف الخصومة عنه، فإن لم يكن للمدعي بينة، وقف الأمر إلى أن يحضر الغائب، وإن كانت له بينة، قضى له بالمال، وهل هو قضاء على الغائب، ويحتاج معه إلى اليمين، أم على الحاضر الذي تجري الخصومة معه، فلا يحتاج إليها؟ وجهان: رجح العراقيون، والرويانى الثاني، ولكن الأول أقوى، وأليق بالوجه المفرع عليه، واختاره الإمام والغزالي، هذا كله إذا لم يقيم المدعى عليه بينة أن المال للغائب، فإن أقامها، نظر إن ادعى أنه وكيل من جهة الغائب، وأثبت الوكالة فبينته على أن المال للغائب مسموعة مرجحة على بينة المدعي. وإن لم يثبت الوكالة، فذكر الإمام والغزالي فيه ثلاثة أوجه: أصحها: لا تسمع بينته، وبه قال الشيخ أبو محمد، لأنه ليس بمالك ولا نائب، فعلى هذا الحكم كما لو لم يقيم بينة. والثاني: تسمع، والثالث: إن اقتضرت البينة على أنه لفلان الغائب، لم تسمع، وإن تعرضت مع ذلك لكونه في يد المدعى عليه بعارية، أو غيرها، سمعت، فإن لم يسمعها فادعى لنفسه حقاً لازماً، كرهن وإجارة، وتعرضت البينة لذلك، ففي السماع

وجهان: وإذا سمعنا بيئته لصرف اليمين عنه، حكم للمدعي بيئته، فإن رجع الغائب، وأعاد البيئته، قدمت بيئته، وإن سمعناها لعلقة الإجارة والرهن، فهل تقدم هذه البيئته، أم بيئته المدعي؟ وجهان: أصحابهما: تقديم بيئته المدعي، ويكون فائدة بيئته صرف اليمين عنه، هذا ما ذكره الإمام، والغزالي، والذي يفتى به - وهو المفهوم من كلام الأصحاب - أن المدعي إذا أضاف المدعى عليه إلى الغائب خصومة معه، وأخرى مع الغائب، فإذا أقام البيئته، انصرفت الخصومة عنه لا محالة، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما لو اقتصر على الإقرار للغائب، وبنوا على انصراف الخصومة عنه أن المدعي لو أقام البيئته والحالة هذه، فلا بد له من اليمين مع البيئته، والقضاء قضاء على غائب بلا خلاف، وهي بالإضافة إلى الغائب غير مسموعة، فلا يحكم للغائب بالملك بالبيئته التي أقامها الحاضر على أنه للغائب فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في رهن الحاضر، وإجارته، فوجهان: أحدهما: تسمع هذه البيئته للغائب أيضاً، وترجح بيئته على بيئته المدعي، لقوتها باليد، وأصحابهما: لا تسمع، فعلى هذا تعمل بيئته المدعي.

فرع: متى حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه بإقراره لحاضر أو لغائب أو مجهول على وجه، فهل للمدعي تحليفه؟ قولان بناء على أنه لو أقر له بعد إقراره لغيره، هل يغرم القيمة، وفيه خلاف سبق في الإقرار، إن قلنا: نعم، حلفه، فلعنله يقر فيغرم القيمة، وإن قلنا: لا، فإن قلنا: النكول ورد اليمين، كالإقرار، لم يحلفه، وإن قلنا: كالبيئته حلفه، لأنه قد ينكل، فيحلف المدعي، ويأخذ القيمة، وكأن العين تالفه. وهل يسترد العين من المقر له وفاء بتنزيله منزلة البيئته؟ وإذا أوجبنا القيمة، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانياً، أو بيمين المدعي بعد نكوله، ثم سلمت له العين ببيئته، أو يمينه بعد نكول المقر له، لزمه رد القيمة، لأنه أخذها للحيلولة، وقد زالت.

فرع: ادعى أن هذه الدار وقف علي، وقال من هي في يده: هي ملك لفلان، وصدقه المقر له، انتقلت الخصومة إليه، وليس له طلب القيمة من المقر، لأنه يدعي الوقف، ولا يعتاض عنه، كذا قاله البغوي. وكان لا يبعد طلب القيمة، لأن الوقف يضمن بالقيمة عند الإلتاف والحيلولة في الحال كالإلتاف. ولو رجع الغائب، وكذب المدعى عليه في إقراره، فالحكم كما سبق فيمن أضاف إلى جاحد، فكذبه، ولو أقام المقر له الحاضر، أو الغائب بعد الرجوع بيئته على الملك، لم يكن للمدعي تحليف المقر، ليغرمه، لأن الملك استقر بالبيئته، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به.

المسألة الرابعة: اشترى ثوباً وعبدًا من رجل، فادعاه آخر، نظر إن ساعده

المشتري، وأقر له بما ادعاه، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه، وإن استحلف، فنكل، فحلف المدعي، وأخذ المال، قال الشيخ أبو علي: ليس له الرجوع بالثمن أيضاً بلا خلاف، لتقصيره بالنكول وحلف المدعي بعد نكوله كإقراره، ويجوز أن يفرض في هذا الخلاف بناء على أنه كالبينة.

قلت: 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. والله أعلم.

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة، وأخذ المال، نظر إن لم يصرح في منازعته للمدعى بأنه كان ملكاً لبائعي، ولا بأنه ملكي بأن قامت البينة - وهو ساكت - فله الرجوع بالثمن قطعاً، وإن صرح بذلك، فوجهان: أحدهما: لا يرجع، لأن المدعي ظالم باعترافه، وأصحهما: الرجوع مهما قال ذلك على وجه الخصومة، أو اعتمد ظاهر اليد، ثم بان خلاف ذلك بالبينة، ويجري الوجهان فيما لو قال في الابتداء: بعني هذه الدار، فإنها ملكك، ثم قامت بينة بالاستحقاق، ولا يجريان فيما لو كان الموجود مجرد الشراء، وإن كان الشراء إقراراً للبائع بالملك، وفرقوا بأن ذلك إقرار تضمنه الشراء، فبطل بطلان المبيعة والإقرار المستقل بخلافه ولو اشترى عبداً في الظاهر، فقال: أنا حر الأصل، فقد سبق أن القول قوله، وأن على المشتري البينة على رقه، أو على إقراره بالرق له، أو للذي باعه إياه، فإذا حلف حكم بحريته في الظاهر، ثم أطلق ابن الحداد أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن، وفصل أكثرهم، فقالوا: إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق، رجع، وإن صرح، فعلى الوجهين.

فروع: من كلام القاضي أبي سعد الهروي: أقر المشتري للمدعي بالملك، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي، ليرجع بالثمن على البائع، لم يمكن، لأنه يثبت الملك لغيره بلا وكالة ولا نيابة، كيف والمدعي لو أراد إقامة البينة - والحالة هذه - لم يلتفت إليه لاستغنائه عن البينة بالإقرار، وله تحليف البائع، لأنه ربما أقر، فيرجع عليه، فإن نكل، فهل يحلف المشتري يمين الرد، إن قلنا: النكول واليمين كالإقرار، فنعم، وإن قلنا: كالبينة، فلا. ولو ادعى المسترق المبيع أنه حر الأصل، أو اعترف به المشتري، ثم أراد المشتري إقامة البينة أنه حر الأصل، مكن، لأن الحرية حق الله تعالى، ولكل أحد إثباتها، وإذا ثبتت، ثبت الرجوع، ولا يكفي في الرجوع بينة بمطلق الحرية، لاحتمال أن المشتري هو الذي أعتقه. ولو أقام المشتري بعد ما أقر للمدعي بينة على إقرار البائع بأن المال للمدعي قبلت، وثبت الرجوع، لأنه إذا بان

إقرار البائع من قبل، لغا إقرار المشتري، ولو أقام مدعي الاستحقاق البينة، وأخذ العين، ثم قامت بينة بأن البائع كان اشتراها من هذا المدعي سمعت، يرد الحكم الأول، وتكون العين للمشتري بالمبايعة السابقة.

فصل: جارية في يد رجل ادعى رجل أنها له، فأنكر صاحب اليد، فأقام المدعي بينة، أو حلف بعد نكول المدعى عليه، وحكم له بها فأخذها، فوطئها، ثم قال: كذبت في دعواي ويميني، والجارية لمن كانت في يده، لزمه ردها ومهرها، وأرشد نقضها إن نقصت، ولا يقبل قوله: إنها كانت زانية، لأنها تنكر ما يقول. وإن أولدها، ثم كذب نفسه، لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد والاستيلاء، لأن إقراره لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولد والأم مع المهر، وليس له وطؤها بعد ذلك إلا أن يشتريها منه، فإن مات، عتقت وولائها موقوف، فإن وافقته الجارية في الرجوع، لم يبطل الاستيلاء على الأصح، ولو أن صاحب اليد أنكر وحلف، وأولد الجارية، ثم عاد، وقال: كنت مبطلاً في الإنكار والجارية المدعي، فالكلام في المهر، وقيمة الولد، والجارية، والاستيلاء على ما سبق في طرف المدعي.

المسألة الخامسة: ما يقبل إقرار العبد فيه، كالحد، والقصاص، فالدعوى فيه يكون على العبد، والجواب بطلب منه، وما لا يقبل إقراره فيه وهو الأرش، وضمان الأموال، فالدعوى فيه تتوجه على السيد، لأن الرقبة التي تتعلق بها حق للسيد، ولو وجهت الدعوى على العبد، فوجهان: أحدهما - وهو اختيار الإمام والغزالي - المنع، لأن إقراره به غير مقبول، فعلى هذا هل للمدعي تحليفه؟ يبنى على أن الأروش المتعلقة بالرقبة هل تتعلق بالذمة أيضاً؟ وفيه قولان سيأتيان في كتاب العتق إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: نعم، فلا طلبية في الحال، ولا إلزام، وإنما هو شيء يتوقع فيما بعد، كالدين المؤجل، ويجيء الخلاف السابق 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 كالبينه، فلا تؤثر إلا في حق المتداعيين، والرقبة حق السيد. وقيل: له التعلق بالرقبة إن جعلناها كالبينه، والوجه الثاني وهو المقطوع به في «التهذيب» في باب مداينة العبيد: أن الدعوى مسموعة على العبد إن كان للمدعي بينة، وكذا إن لم تكن بينة، وقلنا: اليمين المردودة كالبينه، وإن قلنا: كالإقرار فلا، وفي كل واحد من الوجهين إشكال، والمتوجه أن يقال: تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرش في ذمته تفريعاً على الأصلين المذكورين، ولا تسمع الدعوى، والبينه عليه لتعلقه بالرقبة.

المسألة السادسة: من ادعى على رجل عيناً، أو ديناً ولم يحلفه، وطلب كفيلاً

منه ليأتي بالبينة، لم يلزمه إعطاء كفيل، وإن اعتاد القضاة خلافه، هذا هو المعروف للأصحاب، وقال بعض المتأخرين: الأمر فيه إلى رأي الحاكم، وإن أقام شاهدين، وطلب كفيلاً إلى أن يعدلاً، فالصحيح أنه يطالب به فإن امتنع، حبس لامتناعه لا لثبوت الحق، وقال القفال: لا يلزمه إعطاء الكفيل، لكن للحاكم أن يطالبه إذا رأى اجتهداه إليه، وخاف هربه، وقد سبق في الضمان قول إن كفالة البدن باطلة، وبالله التوفيق.

الباب الثالث: في اليمين

فيه أطراف:

الطرف الأول: في نفس الحلف، وصيغ الأيمان مستوفاة في موضعها، والمقصود الآن بيان قاعدتين إحداهما: أن للتغليظ مدخلاً في الأيمان المشروعة في الدعاوى مبالغة في الزجر، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: التغليظ يقع بوجوده، أحدها التغليظ اللفظي، وهو ضربان، أحدهما: التعديد، وهو مخصوص باللعان والقسامة، وواجب فيهما، الثاني: زيادة الأسماء والصفات، بأن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، أو والله الطالب الغالب، المدرك، المهلك، الذي يعلم السر وأخفى، وهذا الضرب مستحب، فلو اقتصر على: «الله» كفى، واستحب الشافعي رحمه الله أن يقرأ على الحالف ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] الآية وأن يحضر المصحف، ويوضع في حجر الحالف، وذكر بعضهم أنه يحلف قائماً زيادة في التغليظ. والوجه الثاني: التغليظ بالمكان، والثالث: التغليظ بالزمان، وهما مفصّلان في كتاب اللعان. وهل التغليظ بالمكان مستحب، أم واجب لا يعتد بالحلف في غيره؟ قولان، أظهرهما: الأول، وقيل: مستحب قطعاً، والتغليظ بالزمان مستحب، وقيل كالمكان، ورأى الإمام طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي، ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان التغليظ بحضور جمع، ولم يذكروه هنا، ويشبه أن يقال: الأيمان المتعلقة بإثبات حد، أو دفعه يكون التغليظ فيها بالجمع، كما هو في اللعان.

قلت: الصواب القطع بأنه لا يعتبر هنا. والله أعلم.

ثم التغليظ هل يتوقف على طلب الخصم، أم يغلظ القاضي وإن لم يطلب الخصم؟ وجهان: أحدهما: الثاني، حكاه ابن كج، ويشبه أن يجزى، سواء قلنا بالاستحباب أو بالإيجاب.

المسألة الثانية: يجري التغليظ في دعوى الدم والنكاح، والطلاق والرجعة، والإيلاء واللعان، والعتق والحد، والولاء والوكالة والوصاية، وكل ما ليس بمال، ولا يقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع، وعيوب النساء، وليس قبول شهادة النساء فيها منفردات لقلة خطرهما، بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً، وتوقف الإمام في الوكالة، وأما الأموال فيجري التغليظ في كثيرها وهو نصاب الزكاة عشرون ديناراً أو مائتا درهم، وأما قليلها وهو ما دون ذلك، فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضي التغليظ لجرأة الحالف، فله التغليظ. وعن ابن القطان وجه غريب أن المال الواجب بجناية عمداً وخطأ يغلظ فيه وإن قل.

المسألة الثالثة: ما جرى فيه التغليظ يستوي فيه يمين المدعى عليه، واليمين المردودة، واليمين مع الشاهد، وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين من أحد الطرفين دون الآخر مثل أن ادعى عبد على سيده عتقاً، أو كتابة فأنكر السيد، فإن بلغت قيمته نصاباً، غلظ عليه، وإلا فلا، فإن نكل، غلظ على العبد بكل حال، والوقوف من جانب المدعى عليه لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصاباً، وكذا من جانب المدعي إن أثبتناه بشاهد ويمين، وإن لم نثبت بهما، غلظ كالعتق، وفي وجه ما غلظ من طرف غلظ من الآخر، والصحيح الأول، وإذا ادعى الزوج الخلع على مال، وأنكرته حصلت البينة بقوله، وتصدق الزوجة في إنكار المال بيمينها، وينظر في التغليظ إلى قلة المال وكثرته، فإن ردت اليمين، وحلف الزوج، فكذلك، لأن مقصوده المال، وإن ادعت هي الخلع، وأنكر، غلظ عليه، لأن مقصوده استدامة النكاح، وإن نكل، فحلفت غلظ، لأن مقصودها الفراق.

المسألة الرابعة: من به مرض أو زمانة، لا يغلظ عليه في المكان لعذره، وكذا الحائض، إذ لا يمكنها اللبث في المسجد، والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم خلاف سبق، فإن أحضرت، فكالرجل في التغليظ، وإن قلنا: لا تحضر، بل يبعث القاضي من يحكم بينها وبين خصمها، فإن اقتضى الحال تحليفها، فهل يغلظ عليها بالمكان، وتكلف حضور الجامع أم لا؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومتابعوه والغزالي.

فرع: من توجهت عليه يمين مغلظة، وكان حلف بالطلاق أن لا يحلف يميناً مغلظة، فإن قلنا: التغليظ واجب، غلظ ويحنث، وإن امتنع، جعل ناكلاً، وإن قلنا: مستحب، لم يغلظ.

عليه إتلاف ثوب قيمته عشرة، فإن قال في الجواب: ما أتلفت، يحلف. القاعدة الثانية: يشترط كون اليمين مطابقة للإنكار، فإن ادعى كذلك، وإن

قال: لا يلزمني شيء، حلف كذلك، ويشترط وقوعها بعد تحليف القاضي، فلو حلف قبله، لم يعتد به، فلو قال الحاكم في تحليفه: قل: بالله، فقال: بالرحمن، لم يكن مجيباً، وكان نكولاً. ولو قال: قل: بالله، فقال: والله، أو تالله، فهل هو نكول كالصورة الأولى أم لا، لأنه حلف بالاسم الذي حلفه به؟ وجهان: ويجريان فيهما لو غلظ عليه باللفظ، فامتنع، واقتصر على قوله: والله، وفيما لو أراد التغليظ بالزمان والمكان فامتنع، فقال القفال في امتناعه من التغليظ اللفظي: الأصح أنه ناكل، لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي، وقطع بعضهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزمني دون اللفظي.

الطرف الثاني: في كيفية الحلف، فإن حلف على فعل نفسه، حلف على البت، سواء كان يثبته أم ينفيه، لأنه يعلم حال نفسه، وإن حلف على فعل غيره، فإن حلف على إثباته، حلف على البت، وإن حلف على نفيه، حلف أنه لا يعلمه، وقد يختصر، فيقال: اليمين على البت إلا إذا حلف على نفي فعل غيره، فإذا ادعى عليه مال، فأنكر حلف على البت، وإن حلف على نفيه، حلف على البت، فإن ادعى إبراء أو قضاء، وأنكر المدعي، حلف على البت، ولو ادعى على وارث على رجل أن لمورثي عليك كذا، فقال المدعى عليه: أبرأني، أو قضيت، حلف المدعي على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه، ولو كان في يده دار، فقال رجل: غضبها مني أبوك أو بائعك، فأنكر، حلف على نفي العلم لغضبه، ولو ادعى رجل وارث الميت ديناً على الميت، لم يكف ذكر الدين ووصفه، بل يذكر مع ذلك موت من عليه، وأنه حصل في يده من التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه، وأن يعلم دينه على مورثه، وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض للعلم، فيقول: غضب مني مورثك 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، فهل يحلف على نفي العلم، أم على البت، لأن الظاهر اطلاعه عليه، أم يفرق بين تعهده حاضراً، أم غائباً؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وإن أنكر حصول التركة عنده، حلف على البت، وإن أنكر الدين، وحصول التركة معاً وأراد أن يحلف على نفي التركة وحده، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة، ونفي العلم بالدين جميعاً، حلف عليهما، لأن له غرضاً في إثبات الدين، فلعله يظفر بوديعة للميت أو دين فيأخذ منه حقه. ولو ادعى على رجل أن عبدك جنى علي بما يوجب كذا، وأنكر فهل يحلف على نفي العلم أم على البت؟ وجهان: أصحهما: الثاني، لأن عبده ماله، وفعله كفعله، ولذلك سمعت الدعوى عليه، ولو ادعى أن بهيمنتك أتلقت لي

زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان، فأنكر، حلف على البت، لأنه لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، بل بتقصيره في حفظها وهو أمر يتعلق بالحالف، ولو نصب البائع وكيلًا، ليقبض الثمن، ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع، وترك حق الجنس، وأنت تعلم، فهل يحلف على البت، أم على نفي العلم؟ قولان اختيار أبي زيد البت، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

قلت: نفي العلم أقوى. والله أعلم.

ولو طلب البائع تسليم المبيع، فادعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالم به، فأنكر، حلف على البت، لأنه يستبقي يمينه وجوب تسليم المبيع إليه، ولو مات عن ابن في الظاهر، فقال آخر: أنا أخوك والميراث بيننا، فأنكر، حلف على البت، لأن الأخوة رابطة بينهما، فهو حالف في نفسه، هكذا ذكر الصورتين ابن القاص، ونازعه آخرون، وقالوا: يحلف على نفي العلم.

قلت: نفي العلم هو الصحيح. والله أعلم.

فرع: ما حلف فيه على البت لا يشترط لجوازه اليقين، بل يجوز البت بناء على ظن مؤكد يحصل من خطئه أو خطأ أبيه، أو نكول خصمه.

فرع: لو استحلفه القاضي على البت حيث يكون اليمين بنفي العلم، فقد مال عن العدل.

فرع: النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف وعقيدته، وأما النية والتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي لا يغني، ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة، ولو استثنى، أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه ونيته أو بلسانه، ولم يسمعه الحاكم، ف كذلك، وإن سمعه، عزره، وأعاد اليمين عليه، وإن وصله بكلام، لم يفهمه القاضي منعه منه، وأعاد اليمين عليه، فإن قال: كنت أذكر الله تعالى قيل له: ليس هذا وقته، وأما العقيدة، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجار، والقاضي يرى إثباتها، وأنكر المدعى عليه، فليس له أن يحلف عملاً باعتقاده، بل عليه اتباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي، وهل يلزمه في الباطن؟ وجهان: الصحيح باتفاقهم: نعم، والثاني: لا، وعن صاحب «التقريب» أن القضاء في المجتهد فيه ينفذ في حق المقلد ظاهراً وباطناً، ولا ينفذ في حق المجتهد باطناً، فلو حلفه المجتهد على حسب اجتهاده لم يأثم.

قلت: هذا إذا حلفه القاضي أو نائبه، أما إذا حلف الإنسان ابتداءً، أو حلفه غير القاضي من قاهر، أو خصم، أو غيرهما، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف،

وينفعه التورية قطعاً، سواء حلف بالله تعالى، أو بطلاق وعناق وغيرهما صرح به الماوردي، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب ذكره في كتاب الطلاق. والله أعلم.

الطرف الثالث: في الحالف، وهو كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة، وقيل: كل من توجهت عليه دعوى لو أقر لمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر، حلف عليه، وقبل منه، ويستثنى عن هذا الضبط صور، فنذكرها مع ما يدخل فيه ويخرج منه:

إحداها: يجزئ التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والفياء، وفي الإيلاء، وفي العتق والاستيلاء، والولاء، والنسب، ولا تسمع دعوى في حدود الله تعالى، ولا بطلب الجواب، لأنها ليست حقاً للمدعي، فإن تعلق به حق آدمي، بأن قذفه، فطلب حد القذف، فقال القاذف: حلفوه إنه لم يزن فالأصح أنه يحلف، كما سبق في المسألة الثالثة من الباب الأول، فإن حلف، أقيم على القاذف، وإن نكل، وحلف القاذف، سقط حد القذف، ولا يثبت بحلفه حد الزنى على المقذوف. ولو ادعى سرقة ماله، سمعت دعواه للمال، وحلف المدعى عليه، فإن نكل، حلف المدعي، واستحق المال، ولا يقطع المدعى عليه، لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة، وإذا أقر بما يوجب حداً، وادعى شبهة بأن وطئ جارية أبيه، وقال: ظننتها تحل لي، وهو ممن يجوز أن يشبهه عليه مثله، حلف وسقط بحلفه الحد، ولزم المهر، وتسمع الدعوى. ويجري التحليف في القصاص وحد القذف، وكذا في الشتم، والضرب الموجبين للتعزير.

الثانية: ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم، أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط، أو ادعى عليه ما يسقط شهادته، لم يحلفا، لارتفاع منصبهما عن التحليف، وقد سبق هذا في الباب الأول، وفي أول أدب القضاء، ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضاؤه عليه ظلماً، وأنكر، فقد سبق وجهان في أنه يحلف أم يصدق بلا يمين وهو الأصح، هذا في دعوى تتعلق بالحكم، وأما ما لا يتعلق بالحكم، كدعوى مال وغيره، فهو كسائر الناس في الخصومات الشرعية يحكم فيها بينه وبين المدعي خليفته، أو قاض آخر.

الثالثة: الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان، صدق بلا يمين، كما سبق في الإقرار، ومن ادعى عليه بشيء، فقال: أنا صبي بعد وهو محتمل، لم يحلف، وتوقف الخصومة حتى يبلغ، وإن وقع في السبي من أنبت، وقال: استنبت الشعر بالعلاج، وأنا غير بالغ، بني على القولين السابقين في الحجر أن إنبات العانة نفس البلوغ أم علامته، إن قلنا بالأول، فلا حاصل لكلامه، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر فالمنصوص المعروف في المذهب أنه يحلف وهو مشكل من جهة أنه يدعي

الصبي، وتحليف من يدعى الصبي لا وجه له، كما سبق في الإقرار، فقال ابن القطان والقفال: هذا التحليف احتياط واستظهار، ومقتضى كلام الجمهور أنه واجب، وصرح به الروياني، ونفى الخلاف فيه، واعتمدوا في تحليفه الإنبات، وقالوا: كيف نترك الدليل الظاهر بزعم مجرد؟ فإذا حلف، ألحق بالصبيان، وحقن دمه، وإن نكل، فالمنصوص أنه يقتل، والثاني: يخلى، والثالث: يحبس حتى يحلف أو يقر، والرابع: يحبس حتى يتحقق بلوغه، ثم يحلف على ما ادعاه من الاستعجال، فإن لم يحلف قتلناه.

الرابعة: ادعى رجل ديناً على ميت، أو أنه أوصى له بشيء، وللमित وصي في قضاء دينه، وتنفيذ وصاياه، فأنكر، فإن كان للمدعي بينة، حكم بها، وإن لم يكن وأراد تحليف الوصي على نفي العلم، لم يمكن، لأن مقصود التحليف أن يقر، والوصي لا يقبل إقراره بالدين والوصية، فلا معنى لتحليفه، فلو كان وارثاً، حلف بحق الورثة وقِيمَ القاضي كالوصي.

فرع: على إنسان حق لرجل، فطلبه به رجل، وزعم أنه وكيل المستحق، ولم يقم بينة، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة، لم يكن له، لأنه لو اعترف بالوكالة، لم يلزمه تسليم الحق، هذا هو المذهب، وسبق في الوكالة وجه أنه يلزمه التسليم، وعلى هذا له تحليفه، وإن لم يكن له تحليفه، وإن لم يلزمه التسليم باعترافه إذا قلنا: اليمين المردودة كالبينة.

فرع: هل للوكيل بالخصومة إقامة بينة على وكالته من غير حضور الخصم؟ وجهان: حكاها الإمام عن القاضي حسين اشتراطه، وغيره منعه، وقد سبق في الوكالة أن الإمام حكى عن القاضي حسين أنه إذا كان الخصم غائباً، نصب الحاكم مسخراً عنه، كان المراد هنا إذا كان حاضراً في البلد، وهناك إذا كان غائباً، والأصح سماع البينة من غير حاجة إلى حضوره، ولا إلى نصب مسخر، ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم، استغنى عن حجة يقيمها إن كان الخصم حاضراً فإن لم يكن، فيبني على أن القاضي هل يقضي بعلمه؟

الطرف الرابع: فائدة اليمين وحكمها، وهو انقطاع الخصومة، والمطالبة في الحال، لا سقوط الحق وبراءة الذمة، فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه، سمعت، وقضى بها، وكذا لو ردت اليمين على المدعي، فنكل، ثم أقام بينة، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة، فإن كان قال حينئذ: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، فهذه الصورة ذكرناها في الطرف الثاني من الباب الثاني من أدب القضاء مضمومة، إلى ما لو اقتصر على قوله: لا بينة لي، وفيهما خلاف، والأصح السماع

أيضاً، وذكرنا هناك أنه لو قال: لا بينة لي حاضرة، ثم أقام بينة سمعت، فلعلها حضرت، وأنه لو قال: لي بينة ولا أقيمها، بل أردت يمينه، أجابه القاضي، وحلف المدعى عليه، هذا هو الأصح. وفي فتاوى القفال أنه لا يجيبه، بل يقول: أحضر البينة.

فرع: أقام المدعي بدعواه شهوداً، ثم قال: كذب شهودي، أو شهدوا مبطلين، فلا شك في سقوط بينته، وامتناع الحكم، وفي بطلان دعواه وجهان: أحدهما: يبطل، كما لو كذب نفسه، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى، وأصحهما: لا، لاحتمال كونه محقاً في دعواه والشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يعلمون، وفي مثل هذا قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾ [المنافقين: ١] وبني على الوجهين ما لو أقام المدعي شهوداً، فزعم المدعي عليه أن المدعي أقر بأن شهوده كذبة، وأقام عليه شاهداً، وأراد أن يحلف معه هل يمكن، ويحكم بشأده ويمينه، إن قلنا: هذا الإقرار لا يبطل أصل الدعوى، فلا، لأن المقصود حينئذٍ الطعن في الشهود، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها، وجرح الشهود، والطعن فيهم لا يثبت بشاهد ويمين، وإن كانت الشهادة بمال، وإن قلنا: يبطلها، مكن، لأن المقصود حينئذٍ إسقاط الدعوى بالمال، فهو كادعاء الإبراء بشاهد ويمين.

فروع: في فتاوى القفال وغيره: أقام شاهدين في حادثة، وكانا استبعا الدار منه، بطلت شهادتهما، ولو أقام شاهدين بأن هذه الدار ملكه، وأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعي قالا: لا شهادة لنا في ذلك سألهما الحاكم متى قال ذلك شاهدي المدعي؟ فإن قالا: قالاه أمس، أو من شهر، لم تندفع شهادتهما بذلك، لأنهما قد لا يكونان شاهدين، ثم يصيران. وإن قالا: قالا حين تصدياً 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 قصرت، ردت شهادتهما، وإن شهدا أنه أقر بأنهما شربا الخمر من غير تعيين وقت، سئل المدعي عن وقته، وحكم بما يقتضيه تعيينه، ولو أقام المدعي بينة، ثم قال للقاضي: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، بطلت بينته، لأنه كالمعترف بأنها مما لا يجوز الحكم بها.

قلت: هذا مشكل، فقد يقصد تحليفه ليقيم البينة، ويظهر إقدامه على يمين فاجرة، أو غير ذلك من المقاصد التي لا تقتضي قدحاً في البينة، فينبغي أن لا تبطل البينة. والله أعلم.

فصل: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه عند الحاكم، فقال للحاكم: قد حلفني مرة على هذا بطلبه، فليس له تحلفني، فإن حفظ القاضي ما قاله، لم يحلفه ومنع المدعي مما طلب، وإن لم يحفظه، حلفه، ولا ينفعه إقامة البينة عليه، لما سبق أن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه، وإلا فلا يعتمد بينة، وعن ابن القاص جواز سماع البينة فيه، حكاه الهروي ومقتضاه الطرد في كل باب، وإن قال: حلفني عند قاض آخر وأطلق، وأراد تحليفه على ذلك، فوجهان: قال ابن القاص بالمنع، إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه، وهكذا فيدور الأمر، ولا ينفصل، وأصحهما: وبه قطع البغوي وغيره يمكن منه، لأنه محتمل غير مستبعد، ولا يسمع مثل ذلك من المدعي، لئلا يتسلسل، فعلى هذا إن كانت له بينة أقامها وتخلص عن الخصومة، وإن استمهل ليقيم، فقياس البيّنات الدوافع أن يمهل ثلاثة أيام، وعن القاضي حسين أنه لا يمهل أكثر من يوم، وإن لم يكن بينة، حلف المدعي أنه ما حلفه، ثم يطلب المال، فإن نكل، حلف المدعى عليه، وسقطت الدعوى. فلو أراد أن يحلف يمين الأصل لا يمين التحليف المردودة عليه، قال البغوي: ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى، لأنها الآن في دعوى أخرى. ولو قال المدعي في جواب المدعى عليه: حلفني مرة على أنني ما حلفته، وأراد تحليفه، لم يجب، لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى، ولو ادعى مالا على رجل، فأنكر وحلف، ثم قال المدعي بعد أيام: حلفت يومئذ، لأنك كنت معسراً لا يلزمك تسليم شيء إلي وقد أيسرت الآن، فهل يسمع لإمكانه، أم لا لئلا يتسلسل؟ وجهان.

قلت: الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر. والله أعلم.

فرع: إنما يحلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه، فإن لم يطلب، ولم يقلع عن المخاصمة، لم يحلفه القاضي، ولو حلف لم يعتد بتلك اليمين، وقال القفال الشاشي: لا يتوقف التحليف على طلبه، والصحيح الأول، ولو امتنع من تحليفه بالدعوى السابقة، جاز، لأنه لم يسقط حقه من اليمين، فإن قال: أبرأتك عن اليمين، سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه.

الباب الرابع: في النكول

إذا أنكر المدعى عليه، واستحلف، فنكل عن اليمين، لم يقض عليه بالنكول، بل ترد على المدعي، فإن حلف قضى له، فإن لم يعرف المدعي، تحول اليمين إليه بنكول المدعى عليه عرف القاضي، وبين أنه إن حلف استحق، وإنما يحصل النكول بأن يعرض القاضي اليمين عليه، فيمتنع، وفسر العرض بأن يقول: قل والله،

والامتناع بأن يقول: لا أحلف، أو أنا ناكل، قال الإمام: قوله: قل: والله ليس أمراً جازماً، وإنما المراد بيان وقت اليمين المعتمد بها على المدعي، ولو قال: أتحلف بالله، وقال: لا، فليس بنكول، ولو بدر حين سمع هذه الكلمة وحلف، لم يعتد بيمينه، لأنه استنجاز لا استحلاف. ولو قال له: احلف، فقال: لا أحلف، قال البغوي: ليس بنكول، وقال الإمام: نكول وهو أوضح، ولا فرق بين قوله: قل: بالله، وقوله: أحلف بالله، ولو استحلف، فلم يحلف، ولا تلفظ بأنه ناكل أو ممتنع، فسكوته نكول، كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء يجعل كالإنكار، ثم ذكر الإمام وغيره أنه إن صرح بالنكول، لم يشترط حكم القاضي بأنه ناكل، وإن سكت حكم القاضي بأنه ناكل ليرتب عليه رد اليمين، وقول القاضي للمدعي: احلف نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدعى عليه ناكل، وإنما يحكم بأنه ناكل بالسكوت إذا لم يظهر كون السكوت لدهوة وغبابة ونحوهما، ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول، ولو تفرس فيه سلامة جانب، شرح له حكم النكول، وإن لم يشرح، وحكم بأنه ناكل، وقال المدعى عليه: لم أعرف النكول، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام أصحهما: النفوذ. وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل أن ينكل، ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود، فيحلف، نظر إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل، أو قال للمدعي: احلف، لم يكن له الحلف، وإن أقبل عليه ليحلفه، ولم يقبل بعد ما حلف، فهل هو كما لو قال: احلف؟ وجهان: وإن لم يجز شيء من ذلك، فله الحلف حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل، وقبل أن يعرض اليمين على المدعي، لم يكن للمدعى أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد، هكذا أطلق البغوي وغيره، ومقتضاه التسوية بين التصريح بالنكول، وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بالنكول، أو بعد عرض اليمين على المدعي، وفي التصريح احتمال، وحيث منعاه العود إلى الحلف، فذلك إذا لم يرض به المدعي، فإن رضي، فله العود إليه على الأصح، لأن الحق لا يعدوهما، فلو رضي بأن يحلف المدعى عليه والحالة هذه، فلم يحلف، لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين، الرد، لأنه أبطل حقه برضاه بيمين المدعى عليه.

فرع: نقل الروياني أن قول القاضي للمدعي: أتحلف أنت؟ كقوله: احلف حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك، قال: وعندي فيه نظر.

فصل: المدعي إذا ردت اليمين عليه قد يحلف، وقد يمتنع، فإن حلف،

استحق المدعى، وهل يمينه بعد نكول المدعى عليه كالبينة، أم كإقرار المدعى عليه؟ فيه قولان، أظهرهما الثاني، ويتفرع عليهما مسائل كثيرة مذكورة في مواضعها. ومنها أن المدعى عليه لو أقام بينة بالأداء، أو الإبراء بعد ما حلف المدعي، فإن قلنا: يمينه كالبينة، سمعت بينة المدعى عليه، وإن قلنا: كالإقرار، فلا، لكونه مكذباً للبينة بالإقرار، وهل يجب الحق بفرغ المدعي من اليمين المردودة، أم لا بد من حكم الحاكم بالحق؟ وجهان: حكاهما الهروي، الأرجح الأول، أما إذا امتنع المدعي من الحلف، فيسأله القاضي عن امتناعه، فإن لم يتعلل بشيء أو قال: لا أريد الحلف، فهذا نكول يسقط حقه من اليمين، وليس له مطالبة الخصم وملازمته، وهل يتمكن من استئناف الدعوى، وتحليفه في مجلس آخر، فإن نكل، حلف المدعي، أم لا يتمكن من ذلك، ولا ينفعه بعده إلا البينة؟ وجهان: الذي ذكره العراقيون، والهروي، والرويانى الأول، وبالثاني قال الإمام والغزالي والبغوي، وهو أحسن وأصح، لثلاث تكرر دعواه في القضية الواحدة، وإن ذكر المدعي لامتناعه سبباً، فقال: أريد أن آتي بالبينة أو أسأل الفقهاء، أو أنظر في الحساب، ترك ولم يبطل حقه من اليمين وهل تقدر مدة الإمهال بثلاثة أيام؟ وجهان: أصحهما: نعم، لثلاث تطول مدافعتي، والثاني: لا تقدير، لأن اليمين حقه، فله تأخيرته إلى أن يشاء كالبينة. ولم يذكر الشافعي رحمه الله فيما إذا امتنع المدعى عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه، فقال ابن القاص: قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل المدعى عليه عن سبب امتناعه أيضاً، وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق فارقين بأن امتناع المدعي عليه أثبت للمدعي حق الحلف، والحكم بيمينه، فلا يؤخر حقه بالسؤال، وامتناع المدعي لا يثبت حقاً لغيره، فلا يضر السؤال. ولو قال المدعى عليه حين استحلف: أمهلوني لأنظر في الحساب، أو أسأل الفقهاء، فهل يمهل ثلاثة أيام، أم لا يمهل شيئاً إلا برضى المدعي؟ وجهان: أصحهما: وأشهرهما الثاني، لأنه مقهور محمول على الإقرار، أو اليمين بخلاف المدعي، فإنه مختار في طلب حقه وتأخيرته، ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب لينظر في الحساب، وذكر الهروي أنه ينظر إلى آخر المجلس إن شاء. ولو علل المدعي امتناعه بعذر كما ذكرنا، ثم عاد بعد مدة ليحلف، مكن منه، وإن لم يتذكر القاضي نكول خصمه، أثبتته بالبينة، وكذا لو أثبت عند قاض آخر نكول خصمه له أن يحلف، وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي، ثم حضر الموكل له أن يحلف، ولا يحتاج إلى استئناف دعوى، ولو أقام المدعي شاهداً ليحلف معه، فلم يحلف، فهو كما لو ارتدت اليمين، إليه، فلم يحلف، فإن علل امتناعه بعذر، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبداً، أم لا يزداد على ثلاثة أيام؟

وإن لم يعلل بشيء، أو صرح بالنكول، فقد ذكر الغزالي والبغوي أنه يبطل حقه من الحلف، وليس له العود إليه، واستمر العراقيون على ما ذكره هناك، قال الأصحاب: لو امتنع من الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم، انقلبت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود ويحلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر، وأقام الشاهد، فله أن يحلف معه، وعلى الأول لا ينفعه إلا بينة كاملة.

فصل: ما ذكرناه من أنه يرد اليمين على المدعي، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول هو الأصل المقرر في المذهب، لكن قد يتعذر رد اليمين، وحينئذٍ من الأصحاب من يقول بالقضاء بالنكول، وبيانه بصور:

إحداها: طوّل صاحب المال بالزكاة، فقال: بادلت بالنصاب في أثناء الحول، أو دفعت الزكاة إلى ساع آخر، أو غلط الخارص في الخرص، أو أصاب الثمر جائحة، واتهمه الساعي، فيحلف على ما يدعيه إيجاباً أو استحباباً على الخلاف السابق في كتاب الزكاة، فإن نكل، لم يطالب بشيء إن قلنا بالاستحباب، وإن قلنا بالإيجاب، فإن انحصر المستحقون في البلد، وقلنا بامتناع النقل، ردت اليمين عليهم، وإلا فيتعذر الرد على الساعي والسلطان، وفيما يفعل أوجه: أحدها: لا يطالب بشيء إذا لم تقم عليه حجة، والثاني: يحبس حتى يقر، فيؤخذ منه، أو يحلف، فيترك، والثالث إن كان صاحب المال على صورة المدعي بأن قال: أدبت في بلد آخر، أو إلى ساع آخر، أخذت منه الزكاة، وإن كان على صورة المدعى عليه بأن قال: ما تم حولي أو الذي في يدي لفلان المكاتب، لم يؤخذ منه. والرابع - وهو الأصح الأشهر - يؤخذ منه الزكاة، وكيف سبيله؟ وجهان قال ابن القاص: هو حكم بالنكول، ورواه عن ابن سريج، وسببه الضرورة، وقال الجمهور: ليس حكماً بالنكول، لكن مقتضى ملك النصاب، ومقتضى الحول الوجوب، فإذا لم يثبت دافع، أخذنا الزكاة.

الثانية: إذا مات ذمي في أثناء السنة، فهل عليه قسط ما مضى، أم لا شيء عليه؟ قولان سبقا، فلو غاب ذمي، ثم عاد مسلماً، فقال: أسلمت قبل تمام السنة، فليس علي جزية، أو ليس تمامها، وقال عامل الجزية: بل أسلمت بعدها، فعليك تمام الجزية، حلف الذي أسلم استحباباً في وجهه، وإيجاباً في وجهه، فإن قلنا بالإيجاب فنكل، فهل يقضى عليه بالجزية، أم لا يطالب بشيء، أم يحبس ليقر، فيؤخذ منه، أو يحلف، فيترك؟ فيه أوجه: قال الإمام: وقيد ابن القاص بما إذا غاب، ثم عاد مسلماً، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا، وصادفناه مسلماً بعد السنة، وادعى أنه أسلم قبل تمامها، وكنتم إسلامه، لم يقبل قوله، لأن الظاهر أن من أسلم بدار الإسلام لم يكتمه.

الثالثة: ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ بالاحتلام، وطلب إثبات اسمه في الديوان، فوجهان: أحدهما: يصدقه بلا يمين، لأنه إن كان كاذباً، فكيف نحلفه وهو صبي؟ وإن كان صادقاً، وجب تصديقه، وأصحهما: يحلف عند التهمة، فإن نكل، لم يثبت اسمه إلى أن يظهر بلوغه، ويقرب منه أن من شهد الواقعة من المراهقين إذا ادعى الاحتلام، وطلب سهم المقاتلة، أعطي إن حلف، وإلا فوجهان: أحدهما: يعطى، ثم قيل: هو إعطاء بلا يمين، لأن احتلامه لا يعرف إلا منه، فصدق فيه، كما تصدق المرأة في الحيض، ويقع الطلاق المعلق عليه، وقيل: لأن شهود الواقعة تقتضي استحقاتهم السهم، وأصحهما: لا يعطى، قال ابن القاص: وهو قضاء بالنكول، وقال غيره: إنما لم يعط، لأن حجته في الإعطاء اليمين ولم توجد.

الرابعة: مات من لا وارث له، فادعى القاضي، أو منصوبه ديناً له على رجل وجده في تذكرته، فأنكر المدعى عليه، ونكل، فهل يقضى عليه بالنكول، ويؤخذ منه المال، أم يحبس حتى يقر، أو يحلف، أم يترك لكن يأثم إن كان معانداً؟ فيه ثلاثة أوجه: ويجري فيما لو ادعى ولي صبي ميت على وارثه أنه أوصى بثلثه للفقراء، وأنكر الوارث، ونكل. ولو ادعى ولي صبي، أو مجنون ديناً له على رجل، فأنكر، ونكل، ففي رد اليمين على الولي أوجه: أحدهما: ترد، لأنه المستوفي، والثاني: لا، لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد. والثالث: إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه، ردت، وإلا فلا، وأجري الخلاف فيما لو أقام شاهداً هل يحلف معه، وفيما لو ادعى على الولي دين في ذمة الصبي هل يحلف الولي إذا أنكر. والوصي والقيم في ذلك كالولي، ويجري في قيم المسجد والوقف إذا ادعى للمسجد أو للوقف، وأنكر المدعى عليه، ونكل. وتحليف الولي والصبي سبق لهما ذكر في آخر كتاب الصداق، ثم ميل الأكثرين إلى ترجيح المنع من الأوجه الثلاثة، ولا بأس بوجه التفصيل، وقد رجحه أبو الحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في الأمالي، فإن منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي، انتظرنا بلوغ الصبي، وإفاقة المجنون، وكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وتصير اليمين موقوفة على البلوغ، والإفاقة، ويعود في قيم المسجد والوقف الوجهان في أنه يقضى لا بالنكول، أم يحبس ليحلف أو يقر، والأصح في مسألة من لا وارث له أن لا يقضى بالنكول، بل يحبس ليحلف أو يقر، وإنما حكمنا فيما قبلها من الصور بالمال، لأنه سبق أصل يقتضي الوجوب، ولم يظهر دافع. ولو ادعى قيم المحجور عليه، ونكل المدعى عليه، حلف المحجور عليه أنه يلزمه تسليم هذا المال، ولكن لا يقول إلي، وقيمه يقول في الدعوى: يلزمك تسليمه إلي.

الخامسة: للقاذف أن يحلف المقذوف أنه لم يزن كما سبق، فإن نكل، فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه يرد اليمين على القاذف، فإن حلف، اندفع عنه حد القذف، وقيل: يسقط بنكوله حد القذف ولا يرد اليمين، حكاه الهروي.

الباب الخامس: في البيئة

أما صفة الشهود، فسبق بيانها في الشهادات، والمقصود هنا بيان حكم تعارض البينتين، وتعارضهما قد يقع في الأملاك، وقد يقع في غيرها، كالعقود، والموت، والوصية، ويشتمل الباب على أربعة أطراف:

الطرف الأول: في الأملاك، فإذا تعارضتا فيه، فإما أن يفقد أسباب الرجحان، وإما لا، القسم الأول أن يفقد، فإما أن يكون المدعى في يد ثالث، وإما في أيديهما، ولا يدخل في هذا القسم ما إذا كان في يد أحدهما، لأن ذلك من أسباب الرجحان.

الحالة الأولى: إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث، فلا يخفى أن المدعى عليه يحلف لكل واحد منهما يميناً إن ادعاهما لنفسه، ولا بيئة لواحد منهما، وأنه لو اختص أحدهما ببيئة على ما يدعيه، قضى له، وإن أقام كل واحد بيئة، تعارضتا، وفيهما قولان أظهرهما: يسقطان، فكأنه لا بيئة، فيصار إلى التحليف، والثاني: يستعملان، فينتزع العين ممن هي في يده.

ثم في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال: أحدها: تقسم العين المدعاة بينهما، والثاني: توقف إلى تبين الأمر أو يصطلحا، والثالث: يقرع، فيأخذها من خرجت قرعته، وهل يحتاج معها إلى يمين؟ قولان: أحدهما: لا، والقرعة مرجحة لبينته، والثاني: نعم، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين، فعلى هذا يحلف من خرجت قرعته أن شهوده شهدوا بالحق، ثم يقضى له، ثم قيل القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البينتان صريحاً، فإن تكاذبتا، سقطتا قطعاً، والأشهر طردهما في الحالين، وصريح التكاذب أن لا يمكن الجمع بتأويل، بأن شهدت إحداهما بقتله في وقت، والأخرى بجناية في ذلك الوقت، فإن أمكن الجمع بتأويل، فليس تكاذباً بأن شهدت هذه أنه ملك زيد، وهذه أنه ملك عمرو، فإنه يحتمل أن كل واحدة علمت سبباً، كشراء ووصية، واستصحب حكمه، أو شهدت هذه بأنه أوصى به لزيد، وهذه أنه أوصى به لعمرو، فإنه يحتمل الإيصاء مرتين، وقيل: القولان إذا لم يمكن الجمع، فإن أمكن قسم قطعاً، وقيل: إن لم يمكن سقطتا قطعاً وإلا استعملتا قطعاً، كما في الوصية. وقيل: يبقى قول التوقيف، وقيل: لا تجتمع الأقوال الثلاثة بل موضع

القسمة إذا أمكن الجمع، والقرعة إذا لم يمكن، والمذهب ما سبق، فلو تنازعا في زوجية امرأة، أقام كل واحد بينة، وتعارضتا، فقول السقوط بحاله، ولا مجال للقسمة، ولا للقرعة على الأصح، ويجيء الوقف على الصحيح لو أقر صاحب اليد لأحدهما بعدما أقاما البينتين، إن قلنا بالسقوط، قبل إقراره، وحكم به، وإن قلنا بالاستعمال، فوجهان: أحدهما: يصير المقر له كصاحب يد، فترجح بينته، والثاني: لا، لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره قطعاً، وصار المقر له صاحب يد.

الحالة الثانية: أن تكون العين في يدهما وادعاها كل واحد، فإن أقامتا بينتين، فطريقان، أحدهما - وبه قال الفوراني والغزالي - يجيء القولان في السقوط والاستعمال، فإن أسقطنا، بقي المال في أيديهما كما كان، وإن استعملنا، فعلى قول القسمة يجعل بينهما، ولا يجيء الوقف، وفي القرعة وجهان: والثاني - وبه قال ابن الصباغ والبغوي - يجعل المال بينهما، لأن بينة كل واحد ترجحت في النصف الذي في يده، والحاصل للفتوى من الطريقتين بقاء المال في يدهما كما كان، ولو شهدت بينة كل واحد له بالنصف الذي في يد صاحبه، حكم القاضي لكل منهما بما في يد صاحبه، ويكون المال في يدهما أيضاً، كما كان، لكن لا لجهة السقوط، ولا بالترجيح باليد، ثم قال الأئمة: من أقام البينة أولاً، وتعرض شهوده للكل، لم يضر وإن كان صاحب يد في النصف الذي في يده، وقلنا: بينة صاحب اليد لا تسمع ابتداء كما سيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى، لأن هنا غير مستغن عن البينة للنصف الذي يدعيه، ثم إذا أقام الثاني البينة على الكل، سمعت، وترجحت بينته في النصف الذي في يده، فيحتاج الأول إلى إعادة البينة للنصف الذي في يده، وقال في «الوسيط»: لا يبعد أن يتساهل في الإعادة، وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر، قضى له بالكل، سواء شهد شهوده بالكل، أم بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، فكل واحد مدع في نصف، ومدعى عليه في نصف، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر، ولا يتعرض واحد منهما في يمينه، لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لاحق لصاحبه فيما في يده، نص عليه وهو المذهب، ومنه خلاف سبق في باب التحالف في البيع، فإن حلفاً، أو نكلاً، ترك المال في يدهما كما كان، وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضى للتحالف بالكل، ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه، ونكل الآخر بعده، حلف 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، فهل يكفي الآن يمين واحد يجمع

فيها النفي والإثبات أم لا بد من يمين للنفي، وأخرى للإثبات؟ وجهان: أصحهما: الأول، فيحلف أن الجميع له، ولا حق لصاحبه فيه، أو يقول: لا حق له في النصف الذي يدعيه، والنصف الآخر لي.

فرع: ادعى نصف دار، وادعى آخر كلها، وأقام كل واحد بينة، والدار في يد ثالث، تعارضتا في النصف، فإن قلنا بالسقوط، سقطتا في النصف الذي فيه التعارض، وأما النصف الآخر، ففيه طريقان، قال ابن سريج، وأبو إسحاق وغيرهما: فيه قولاً تبعيض الشهادة، فإن بعضناها، سلم ذلك النصف لمدعي الكل، وإلا بطلت في ذلك النصف أيضاً، وصار كما لو لم تكن بينة، والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد، وصححه الشيخ أبو علي -: يسلم إليه النصف قطعاً، وإن قلنا بالاستعمال، سلم النصف لمدعي الكل، ويقسم النصف الآخر إن قلنا بالقسمة، وإن قلنا بالقرعة أو بالوقف، أقرع في النصف أو وقف، ولو تداعيا كذلك، والدار في يدهما، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده، فإن أقام مدعي الكل بينة، قضى له الكل، وإن أقام كل واحد بينة بما يدعيه، بقيت الدار في يدهما كما كانت. ولو ادعى أحدهما بالكل، والآخر الثلث، فإن كان في يد ثالث، فعلى قول السقوط تسقطان في الثلث. وهل تبطل بينة الكل في الثلثين؟ فيه الطريقان السابقان، وعلى الاستعمال تجري الأقوال الثلاثة، وإن كانت في يدهما، وأقام كل واحد بينة بما يدعي، فلمدعي الثلث، الثلث، والباقي لمدعي الكل.

دار في يد رجل ادعى زيد نصفها، فصدقه، وعمر نصفها، فكذبه صاحب اليد وزيد معاً، ولم يدعه أحد منهما لنفسه، فالنصف الذي يدعيه المكذب هل يسلم إليه أم يوقف في يد صاحب اليد، أم ينتزعه ويحفظ إلى ظهور مالكة؟ فيه ثلاثة أوجه: حكاها الفوراني.

قلت: أقواله الثالث. والله أعلم.

فرع: ادعى رجل داراً وآخر ثلثيها، وآخر نصفها، ورابع ثلثها، وهي في يد خامس، وأقام كل واحد من الأربعة بينة بدعواه فلا تعارض في الثلث الذي يختص مدعي الكل بدعواه، وفي الباقي يقع التعارض، فالسدس الزائد على النصف يتعارض فيه بينة مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وفي السدس الزائد على الثلث يتعارض بينهما، وبين مدعي النصف، وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربعة، فإن قلنا بالسقوط، سقطت البينات في الثلثين، وأما الثلث، ففيه الطريقان في تبعيض الشهادة، والمذهب أنه يسلم لمدعي الكل، وإن قلنا بالاستعمال، فإن قسمنا، فالسدس الزائد على النصف بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين بالسوية، والسدس الزائد على الثلث لهما،

ولمدعي النصف أثلاثاً، والثالث الباقي للأربعة أرباعاً، فيجعل ستة وثلاثين سهماً لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين وعلى ثلاثة، فيضرب اثنين في ستة، ثم في ثلاثة، فلمدعي الكل ثلثها وهو اثنا عشر، ونصف السدس الزائد على النصف هو ثلاثة، وثلث السدس الزائد وهو اثنان، وربع الثلث الباقي وهو ثلاثة، فالجملة عشرون وهي خمسة أتساع الدار، ولمدعي الثلثين ثلاثة من السدس الزائد على النصف، وسهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالجملة ثمانية هي تسعا الدار، ولمدعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، ولمدعي الثلث ثلاثة من الثلث الباقي، وإن قلنا بالقرعة، أقرع ثلاث مرات، مرة في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما، وبين مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وأجري في السدس الزائد الثلث بينهما وبين مدعي النصف، وأجري في الثلث بين الأربعة. وإن قلنا بالوقف توقفنا، وإن كانت الدار في يد المتداعيين الأربعة، وأقام كل واحد بيعة، جعلت بينهم أرباعاً لأن بيعة كل واحد ترجح في الربع الذي في يده اليد، وإن لم يكن بيعة، فالقول قول كل واحد في الربع الذي في يده، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً.

فرع: دار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، وآخر ثلثها، وثالث سدسها، ولا بيعة جعلت بينهم أثلاثاً، نص عليه في «المختصر» واعترض عليه بأن مدعي السدس لا يدعي غيره، فكيف يعطى الثلث، فأجاب الأصحاب بأن صورة النص فيما إذا ادعى كل واحد منهم استحقاق اليد في جميعها إلا أن الأول يقول: النصف ملكي، والنصف الآخر لفلان الغائب، وهو في يدي عارية أو ودیعة، والآخرون يقولون نحو ذلك، فكل واحد منهم صاحب اليد في الثلث، وتبقى الدار في أيديهم كما كانت، ثم جعل نصف الثلث الذي في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار، فأما إذا اقتصر كل واحد منهم على أن لي منها كذا، فلا يعطي لمدعي السدس إلا السدس، ولا يتحقق بينهم والحال هذه نزاع، ولو أقام كل واحد منهم بيعة على ما يدعيه لنفسه، حكم المدعي الثلث بالثلث، لأن له فيه بيعة ویداً، ولمدعي السدس بالسدس لمثل ذلك، وفيما يحكم به لمدعي النصف وجهان: أحدهما بالنصف، لأن له في الثلث يداً وبيعة، وفي السدس الباقي بيعة. والآخرون لا يدعيانه، والثاني بالثلث ونصف السدس، والأول أصح، وبه أجاب ابن كج والقفال، ثم مدعي الثلث، ومدعي السدس لا يحتاجان إلى إقامة البيعة في الابتداء، ولكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامتها للسدس الزائد على ما في يده، ويتصور إقامة البيعة من

جهتهم فيما إذا أقام مدعي النصف، ثم أقام الآخران على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول، ويجوز أن يفرض من مدعي السدس إقامة البيئة على أن السدس للغائب مع إقامة البنية على أن السدس له بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بما في يده للغائب يجوز له إقامة البيئة على أنه للغائب، وقد سبق بيانه.

فرع: دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم كلها، وآخر نصفها، والثالث ثلثها، وأقام واحد من الأولين بيئة بما ادعاه دون الثالث، فلمدعي الكل الثلث بالبيئة وباليد، ولمدعي النصف كذلك، ثم لمدعي الكل أيضاً نصف ما في يد الثالث بينته السليمة عن المعارض، وفي النصف الآخر تتعارض بينته وبينه مدعي النصف، فإن قلنا بالسقوط، فالقول قول الثالث في هذا السدس، وفي بطلان البينتين فيما سوى هذا السدس الطريقتان السابقتان في تبعض الشهادة، وإن قلنا بالاستعمال، لم الإقراع والتوقف، وإن قلنا بالقسم، قسم بينهما هذا السدس بالسوية، فيصير لمدعي الكل النصف ونصف السدس، ولمدعي النصف الباقي هكذا أورد المسألة الشيخ أبو علي وغيره.

القسم الثاني: أن تتعارض البينتان، وهناك ما يرجح أحدهما، فيعمل بالراجحة، وللرجحان أسباب:

أحدها: أن تختص إحدهما بزيادة قوة، وفيه صور إحداها: لو أقام أحدهما شاهدين، والآخر شاهداً، وحلف معه، فقولان: أحدهما: يتعادلان، وأظهرهما: يرجح الشاهدان، لأنها حجة بالإجماع، وأبعد عن تهمته بالكذب في يمينه، فعلى هذا لو كان مع صاحب الشاهد واليمين يد، فهل يرجح صاحب اليد، أم صاحب الشاهدين، أم يتعادلان؟ أوجه: أصحها: الأول، وحكى البغوي الأولين قولين.

الثانية: لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين، أو زاد ورعهم، فالمذهب أنه لا ترجيح، وقيل قولان، وفي الرواية يثبت الترجيح بذلك، وقيل: هي كالشهادة، والمذهب الفرق، لأن الشهادة نصاباً فيتبع ولا ضبط للرواية، فيعمل بأرجح الظنين.

الثالثة: أقام أحدهما رجلاً وامرأتين، والآخر رجلين، فلا يرجح الرجلان على المذهب، وقيل: قولان، السبب الثاني: اليد، فإذا ادعى عيناً في يد غيره، وأقام بيئة أنها ملكه، وأقام من هي في يده بيئة أنها ملكه، رجحت بيئة من هي في يده على بيئة الخارج، وهل يشترط في سماع بيئة الداخل أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث وغيرهما؟ وجهان: أحدهما: نعم لأنهما ربما اعتمدا ظاهر اليد، وأصحهما: لا، كبيئة الخارج، فإنها تسمع مطلقة مع احتمال أنهم اعتمدوا يداً سابقة، ولا فرق في ترجيح بيئة الداخل بين أن يبين الداخل والخارج سبب الملك أو يطلقها، ولا بين

إسناد البيئتين، وإطلاقهما إذا سمعنا بيئة الداخل مطلقة. ولو تعرضنا للسبب، فلا فرق بين أن يتفق السببان، أو يختلفا، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص، بأن يقول: كل واحد اشتريته من زيد، أو يسند إلى شخصين وفيما إذا أسند إلى شخص واحد أنهما يتساويان، لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث، وكل واحد يدعي الانتقال منه.

فرع: متى تسمع بيئة الداخل، لها أربعة أحوال، أحدها: أن يقيمها قبل أن يدعى عليه شيء، فالصحيح أنها لا تسمع، لأن البيئة إنما تقام على خصم، وقيل: تسمع لغرض التسجيل. الثاني: يقيمها بعد الدعوى عليه، وقبل أن يقيم المدعي بيئة، فالأصح أنها لا تسمع أيضاً، لأن الأصل في جانبه اليمين، فلا يعدل عنها ما دامت كافية، وقال ابن سريج: تسمع بينته لدفع اليمين كالمودع تسمع بينته على الرد والتلف، وإن كفته اليمين. الثالث: يقيمها بعد أن أقام الخارج البيئة، لكن قبل أن يعدلها، فوجهان: أحدهما: لا تسمع، لأنه مستغن عنها بعد، وأصحهما: تسمع، ويحكم بها، لأن يده بعد البيئة معرضة للزوال، فيحتاج إلى تأكيدها. الرابع: يقيمها بعد بيئة المدعي وتعديلها، فقد أقامها في أوان إقامتها، فإن لم يقيمها حتى قضى القاضي للمدعي، وسلم المال إليه، نظر إن لم يسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد، فهو الآن مدع خارج، وإن أسنده، واعتذر بغيبة الشهود ونحوها، فهل تسمع بينته، وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء؟ وجهان: أصحهما: نعم، وينقض القضاء الأول، لأنها إنما أزيلت، لعدم الحجة، وقد ظهرت الحجة، فلو أقام البيئة بعد الحكم للمدعي، وقبل التسليم إليه، سمعت بينته، وقدمت على الصحيح لبقاء اليد حساً.

فرع: هل يشترط أن يحلف الداخل مع بينته، ليقضى له؟ وجهان: أو قولان، أصحهما: لا، كما لا يحلف الخارج مع بينته، وبنوا الخلاف على خلاف في أن القضاء للداخل باليد، أم بالبيئة المرجحة باليد، إن قلنا باليد، حلف، وإلا فلا.

فرع: إذا أطلق الخارج دعوى الملك، وأقام بيئة، وقال الداخل: هو ملكي اشتريته منك، وأقام به بيئة، فالداخل أولى، لأن مع بينته زيادة علم، وهو الانتقال، ولأنه عند الإطلاق مقدم، فهنا أولى، ولو قال الخارج: هو ملكي ورثته من أبي، وقال الداخل: ملكي اشتريته من أبيك، فكذلك الحكم، ولو انعكست الصورة، فقال الخارج: هو ملكي، اشتريته منك، وأقام بيئة، وأقام الداخل بيئة أنه ملكه، فالخارج أولى لزيادة علم بينته، ولو قال كل واحد لصاحبه: اشتريته منك، وأقام به بيئة، وخفي التاريخ، فالداخل أولى، ثم في الصورة الأولى، وهي أن يطلق الخارج، ويقول الداخل: اشتريته منك لا تزال يد الداخل قبل إقامته البيئة. وقال القاضي

حسين: تزال، ويؤمر بالتسليم إلى المدعي، لاعترافه بأنه كان له، ثم يثبت ما يدعيه من الشراء، والصحيح الأول، لأن البينة إذا كانت حاضرة، فالتأخير إلى إقامتها سهل، فلا معنى للانتزاع والرد، فلو زعم أن بينته غائبة لم يتوقف، بل يؤمر في الحال بالتسليم، ثم إن أثبت ما يدعيه، استرد، ويجري الخلاف فيما لو ادعى ديناً، فقال المدعى عليه: أبرأني، وأراد إقامة البينة، لا يكلف توفية الدين على قول الأكثرين، وعلى قول القاضي يكلف، ثم إن أثبت ما يقول، استرد.

فصل: من أقر بعين لرجل، ثم ادعاها لا تسمع دعواه إلا أن تذكر تلقي المملك منه، ولو أخذت منه بينة، ثم ادعاها هل يحتاج إلى ذكر التلقي؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنه صار مؤاخذاً بالبينة، كما لو أقر، وأصحهما: لا، كالأجنبي، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبي وأطلق، سمعت.

فروع: أكثرها عن ابن سريج رحمه الله. أقام الخارج بينة أن هذه العين ملكي غصبها مني الداخل، أو قال: أجرتها له، أو أودعها عنده، وأقام الداخل بينة أنها ملكه، فهل يقدم الخارج أم الداخل؟ وجهان: الأصح: الخارج، وبه قال ابن سريج، وصححه العراقيون، وبه أجاب الهروي، وخالفهم البغوي، فصحح تقديم الداخل، فلو لم تكن بينة، ونكل الداخل عن اليمين، فحلف الخارج، وحكم له، ثم جاء الداخل ببينة، سمعت على الصحيح، كما لو أقامها بعد بينة الخارج، وقيل: لا تسمع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار، ولو تنازعا شاة مذبوحة في يد أحدهما رأسها وجلدها وسواقطها، وفي يد الآخر باقيها، وأقام كل واحد بينة أن الشاة له، قضي لكل واحد بما في يده، ولو كان في يد كل واحد شاة، فادعى كل واحد أن الشاتين له، وأقاما بينتين تعارضتا، فلكل واحد التي في يده، لاعتقاد بينته باليد. وإن أقام كل واحد بينة أن التي في يد الآخر ملكه قضي لكل واحد بما في يد الآخر.

السبب الثالث: اشتغال أحدهما على زيادة تاريخ، فإذا أرختا، نظر إن اتفق تاريخهما، فلا ترجيح، وإن اختلف، بأن شهدت بينة زيد أنه ملكه منذ سنة، وبينة عمرو أنه ملكه منذ سنتين، فهل تتعارضان، أم يقدم أسبقهما تاريخاً؟ طريقتان، المذهب التقديم، ويطرد الخلاف في بينتي شخصين تنازعا نكاح امرأة إذا اختلف تاريخهما، وفيما إذا تعارضتا مع اختلاف التاريخ لسبب الملك، بأن أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة، والآخر أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين، فلو نسب العقدين إلى شخص واحد، فأقام هذا بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة، وذاك بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنتين، فالسابق أولى بلا خلاف، وطردوا الخلاف أيضاً فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعة، فأقام أحدهما بينة أنها أرضه زرعها، والآخر أنها ملكه مطلقاً، لأن

بينه الزرع تثبت الملك من وقت الزراعة. هكذا ذكره البغوي، وفيه تصريح بأن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم حتى لو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة، وبينه الآخر أنه ملكه من أكثر من سنة كان فيه الخلاف، فإن رجحنا بسبق التاريخ، حكمنا بها لصاحب سبق، وله الأجرة والزيادات الحادثة من يومئذ، وإن لم نرجح به، ففيه الخلاف السابق في أصل التعارض، وإن كانت إحداها مؤرخة، والأخرى مطلقة، فالمذهب أنهما سواء فتعارضان، وقيل: تقدم المؤرخة. ولو تنازعا دابة، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه، والآخر بينة أنها ملكه، وهو الذي نتجها، قال الأكثرون: هو على الخلاف في سبق التاريخ، وطردوه في كل بينتين أطلقت إحداها الملك، ونصت الأخرى على سببه من إرث وشراء وغيره، وقيل: تقدم بينة التنازع قطعاً، لأنها تثبت ابتداء الملك له، والتي سبق تاريخها لا تثبت ابتداء ملكه، وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقين فيما لو تنازعا ثمرة وحنطة، فشهدت إحداها بأنها حدثت من شجرته، أو بذرتة، ولا يقتضي جريان القطع فيما لو تعرضت إحداها للشراء وسائر الأسباب، لأنها لا توجب ابتداء ملكه، ثم المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث، فلو كان في يد أحدهما، وقامت بينتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً، قدمت قطعاً، وإن كانت بينة الخارج أسبق، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً، قدم الداخل، وإن جعلناه مرجحاً، فهل يقدم الداخل أم الخارج، أم يتساويان؟ أوجه: أصحها: الأول.

فصل: ادعى داراً، أو عبداً، أو نحوه في يد رجل، فشهدت له بينة بالملك في الشهر الماضي، أو بالأمس، ولم يتعرض للحال، نقل المزني والربيع أنها لا تسمع، ولا يحكم بها، ونقل البويطي أنها تسمع، ويحكم بها، وقال الجمهور: هما قولان، أظهرهما: المنع، والطريق الثاني القطع بالمنع، ويجري الخلاف فيما لو ادعى اليد، وشهدوا أنه كان في يده أمس، فإذا قلنا بالمنع، فينبغي للشاهد أن يشهد على الملك في الحال، أو يقول: كان ملكه ولم يزل، أو لا أعلم له مزيلاً، ولا يجوز أن يشهد بالملك في الحال استصحاباً لحكم ما عرفه من قبل، كشراء وإرث وغيرهما، وإن احتتمل زواله، فلو صرح في شهادته أنه يعتمد الاستصحاب، فوجهان: قال الغزالي: قال الأصحاب: لا يقبل، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي، وحركة الحلقوم. وقال القاضي حسين، تقبل، لأننا نعلم أنه لا مستند له سواه، ولو قال: لا أدري أزال ملكه، أم لا، لم يقبل قطعاً، لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة، ولو شهدت بينة بأنه أقر أمس للمدعي بالملك، قبلت الشهادة، واستديم حكم الإقرار، وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال وقيل بطرد

القولين، والمذهب الأول لثلا تبطل فائدة الأقارير. ولو قال المدعى عليه: كان ملكك أمس، فوجهان: أحدهما: لا يؤاخذ به، كما لو قامت بينة بأنه كان ملكه أمس، وأصحهما: وبه قطع ابن الصباغ: يؤاخذ، فينتزع، منه، كما لو شهدت البينة أنه أقر أمس، والفرق أن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق، والشاهد قد يتساهل ويخمن، فلو أسند الشهادة إلى تحقيق، بأن قال الشاهد: هو ملكه بالأمس، اشتراه من المدعى عليه بالأمس، أو أقر له به المدعى عليه بالأمس، قبلت الشهادة، ولو قال: كان في يدك أمس، فهل يؤاخذ بإقراره؟ وجهان: حكاهما ابن الصباغ.

قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

فإذا عرفت ما يحتاج إليه الشاهد إلى التعرض له على قولنا: لا تسمع الشهادة على الملك السابق، فكذلك إذا قلنا: الشهادة على اليد السابقة لا تسمع، فينبغي أن يتعرض الشاهد لزيادة، فيقول: كان في يد المدعي، وأخذه المدعى عليه منه، أو غصبه، أو قهره عليه، أو بعث العبد في شغل، فأبق منه، فاعترضه هذا، وأخذه، فحينئذ تقبل الشهادة ويقضى بها للمدعي، ويجعل صاحب يد.

فرع: قد ذكرنا أن الشهود لو قالوا: ولا نعلم زوال ملكه، قبلت شهادتهم، ثم نقل ابن المنذر أن الشافعي رحمه الله قال: يحلف المدعي مع البينة، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب، فلا حاجة إلى اليمين، قال الهروي: هذا غريب.

فرع: دار في يد رجل ادعاه آخرا، وأقام أحدهما بينة أنها له، غصبها منه المدعى عليه، وأقام الآخر بينة أن من في يده أقر بها له، فلا منافاة بينهما، فثبت الملك والغصب بالبينة الأولى، ويلغو إقرار الغاصب لغير المغصوب منه.

فصل: بينة المدعي لا توجب ثبوت الملك له، ولكنها تظهره فيجب أن يكون الملك سابقاً على إقامتها، لكن لا يشترط سبق بزمان طويل يكفي لصدق الشهود لحظة لطيفة، ولا يقدر ما لا ضرورة إليه، فلو أقام بينة بملك دابة أو شجرة، لم يستحق النتاج والثمرة الحاصلين قبل إقامة البينة، والثمرة الظاهرة عند إقامة البينة تبقى للمدعى عليه، وفي الحمل الموجود عند إقامتها وجهان: أحدهما: يستحقه المدعي تبعاً للأم، كما في العقود، والثاني: لا، لاحتمال كونه لغير مالك الأم بوصية. ومقتضى هذا الأصل أن من اشترى شيئاً، فادعاه مدع، وأخذه منه بحجة مطلقة لا يرجع على بائعه بالثمن، لاحتمال انتقال الملك من المشتري إلى المدعي، وتكون المبايعة صحيحة مصادفة محلها، لكن الذي أطبق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع، بل لو باع المشتري أو وهب، وانتزع المال من المتهب أو المشتري منه، كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً، وسبب الحاجة إليه في عهدة العقود، ولأن الأصل أن لا معاملة

بين المشتري والمدعي، ولا انتقال منه، فيستدام الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء، وعن القاضي حسين وجه أنه لا رجوع إذا كان دعوى المدعي ملكاً سابقاً وفاء بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه الأصحاب عليه، وحكى الهروي وجهاً أن قيام البينة يقتضي سبق الملك حتى يكون التنازع للمدعي.

فرع: المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده، وانتزع منه، ولم يظفر ببائعه، هل له أن يطالب الأول بالثمن؟ في فتاوى القاضي حسين: الأصح أنه لا يطالبه.

فصل: ادعى ملكاً مطلقاً، فشهد الشهود بالملك، وذكروا سببه، لم يضر، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب بناء على أن ذكر السبب مرجح، لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً، لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد، بل يدعى الملك وسببه، ثم يعيدون الشهادة، فحينئذ ترجح بينته، وقيل: لا حاجة إلى إعادة البينة، وتكفي الشهادة على ما هو المقصود واقعة بعد الدعوى والاستشهاد، ولو ادعى الملك، وذكر سببه، وشهدوا بالملك، ولم يذكروا السبب، قبلت شهادتهم، لأنهم شهدوا بالمقصود، ولا تناقض، ولو ادعى الملك وسببه، وذكر الشهود سبباً آخر، فالصحيح بطلان شهادتهم، للتناقض، وقيل: تقبل على أصل الملك، ويلغو السبب، ولو شهد شاهد بألف عن ثمن، وآخر بألف عن قرض، والدعوى مطلقة، فقد سبق في الإقرار أنه لا يثبت بشهادتهما شيء، وقياس الوجه الثاني على ضعفه ثبوت الألف.

فرع: في يده دار حكم له حاكم بملكها، فادعى خارج انتقال الملك منه إليه، وشهدوا بانتقاله إليه بسبب صحيح، ولم يبينوه، قال الهروي: وقعت هذه المسألة، فأفتى فيها فقهاء همدان بسماع الدعوى، والحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب، وكذا أفتى الماوردي، والقاضي أبو الطيب، قال: وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا، وهو طريقة القفال وغيره، لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء، فصار كالشهادة بأن فلاناً وارث لا يقبل ما لم يبين جهة الإرث.

الطرف الثاني: في العقود، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: إذا قال المكري: أكريتك هذا البيت شهر كذا بعشرة، فقال: اكترت جميع الدار بالعشرة، فإن لم يكن بينة تحالفاً، ثم يفسخ العقد أو يفسخ على ما سبق في باب التحالف، وعلى المستأجر أجره مثل ما سكن في الدار أو البيت، فلو أقام أحدهما بينة دون الآخر، قضى بالبينة، فإن أقاما بينتين، فقولان: وقيل: وجهان أحدهما خرجه ابن سريج، تقدم بينة المستأجر، لاشتغالها على زيادة وهي اكترت جميع الدار، وأظهرهما، وهو المنصوص: يتعارضان، فيكون على قولي

التعارض، وإن قلنا: بالسقوط، تحالفاً، وإن قلنا: بالاستعمال، جازت القرعة على الصحيح، وفي اليمين معها الخلاف السابق. وقال ابن سلمة: لا يقرع، لأن القرعة عند تساوي الجانبين، ولا تساوي، لأن جانب المكري أقوى لملك الرقبة، وأما الوقف والقسمة، فلا يجبان هكذا أطبق عليه الأصحاب، وفيه إشكال، ونقل الماسرجسي قولاً أنه تجيء القسمة في الملك، والوقف في الأجرة. ولو اختلفا والزيادة في جانب المكري، بأن قال: أكريتك بعشرين، قال: بل بعشرة، فقول التعارض بحاله، وعلى تخريج ابن سريج: بينة المكري راجحة للزيادة. ويترد ما ذكره في اختلاف المتبايعين إذا كان في بينة أحدهما زيادة، ولو وجدت الزيادة في الجانبين بأن قال: أكريتك هذا البيت بعشرين، فقال: بل جميع الدار بعشرة، فلا بن سريج رأيان، الصحيح منهما: الرجوع إلى التعارض، والثاني: الأخذ بالزيادة من الجانبين، فيجعل جميع مكري بعشرين، وهذا فاسد، لأنه خلاف قول المتداعيين، والشهود، ثم قال العراقيون والرويان وغيرهم: هذا إذا كانت البيتان مطلقتين، أو أحدهما مطلقة، أو اتفق تاريخهما، فإن اختلف بأن شهدت أحدهما أن كذا مكري من سنة من أول رمضان، والأخرى من أول شوال، فقولان: أظهرهما وبه قطع العراقيون والرويان تقدم أسبقهما تاريخاً، لأن العقد السابق صحيح، ولا مخالفة، والثاني تقدم المتأخرة، لأن العقد الثاني ناسخ، وربما تخللت إقالة، قال صاحب «التقريب» وغيره: موضع القولين إذا لم يتفقا على أنه لم يجر إلا عقد، فإن اتفقا عليه، تعارضتا.

المسألة الثانية: في يده دار جاء رجلان ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها من صاحب اليد بكذا، وسلمت الثمن، وطالبه بتسليم الدار، فإن أقر لأحدهما، سلمت الدار إليه، وهل يحلف الآخر؟ قال الشيخ أبو الفرج: إن قلنا: إتلاف البائع كافة سماوية، فلا وإن قلنا: كإتلاف الأجنبي، وأثبتنا الخيار، فأجاز، وأراد أن يطلب من البائع قيمتها، بني التحليف على الخلاف في أنه لو أقر للثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم فيحلف أم لا؟ فلا وقد سبق نظائره، وللآخر أن يدعي الثمن فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه، وإن أنكر ما ادعى ولا بينة، حلف لكل واحد يميناً، وبقيت الدار في يده، وإن أقام أحدهما بينة، سلمت الدار إليه، وليس للآخر تلجيفه لتغريم العين، لأنه لم يفوتها عليه، إنما أخذت بالبينة، وله دعوى الثمن، وإن أقاماً بينتين، ، نظر، إن كانتا مؤرختين بتاريخ مختلف، قدم أسبقهما تاريخاً، وإن لم تكونا كذلك، فله حالان، الأولى أن يستمر صاحب اليد على التكذيب، فيتعارضان، فإن قلنا بالسقوط سقطتا، وحلف المدعى عليه لكل واحد منهما، كما لو لم يكن بينة، وهل

لهما استرداد الثمن؟ وجهان: أحدهما: نعم، هذا إذا لم تتعرض البيئتين للقبض المبيع، فإن تعرضت، فلا رجوع بالثمن، لأن العقد استقر بالقبض، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده، وإن قلنا: بالاستعمال، فالأشهر أنه لا يجيء الوقف، والأصح مجيئه، فتنزح الدار من يده، والثمنان، ويوقف الجميع، وإن قلنا بالقرعة، فمن خرجت قرعته، سلمت إليه الدار بالثمن الذي سماه، واسترد الآخر الثمن الذي أداه، وإن قلنا بالقسمة، فلكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي سماه، ولهنا خيار الفسخ، لأنه لم يسلم جميع المعقود عليه، فإن فسخا استردا جميع الثمن المشهود به، وإن أجاز، استرد كل واحد نصف الثمن المشهود به بناء على الأظهر، وهو أن الإجازة بالقسط، ويجوز أن يجيز أحدهما، ويفسخ الآخر، ويسترد جميع الثمن. ثم إن سبقت الإجازة الفسخ، رجع المجيز بنصف الثمن، وليس له أن يأخذ النصف المردود، ويضمه إلى ما عنده، لأنه حين أجاز، رضي بالنصف، وإن سبق الفسخ الإجازة، فهل للمجيز أخذ الجميع؟ وجهان: أحدهما: لا، لأننا نفرع على قول القسمة، فلا يأخذ إلا ما اقتضته، والمردود يعود إلى البائع، وأحدهما: وبه قطع العراقيون له ذلك، لأن بينته قامت بالجمع، وقد زال المزاحم، ونقل الربيع قولاً: إن البيعين مفسوخان، وروي باطلان، وهو معنى مفسوخان هنا، ويعمل بمقتضى قول المدعى عليه، وامتنع جماعة من جعله قولاً، منهم من غلظه، ومنهم من قال: هو تخريج له.

الحالة الثانية: أن يصدق صاحب اليد أحدهما، فعلى قول السقوط تسلم الدار للمصدق، وكأنه أقر له ولا بينة، وعلى قول الاستعمال وجهان: قال ابن سريج: يقدم المصدق، وكأنه نقل إليه يده، فصار معه يد وبيئته، والأصح المنع لاتفاق البيئتين على إسقاط يده، وانتزاع المال منه باتفاق الأقوال، واليد المزالة لا يرجع بها، فعلى هذا هو كما لو لم يصدق واحد منهما. ثم إن الأصحاب لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البيئتان مختلفتي التاريخ بين أن يكونا مطلقتين أو متحدتي التاريخ أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، بل صرحوا بالتسوية، إلا أن أبا الفرج الزاز استدرك، فقال: هذا إذا لم يقدم المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها، قضينا لصاحبها ولا تجيء الأقوال:

عن الشيخ أبي عاصم: لو تعرضت إحدى البيئتين، لكون الدار ملك البائع وقت البيع، أو لكونها ملك المشتري الآن كانت مقدمة، وإن لم يذكر تاريخاً. ولو ذكرت إحداهما، نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة، سواء كانت سابقة، أم مسبقة، لأن التعرض للنقد يوجب التسليم، والأخرى لا توجب لبقاء حق الحبس للبائع، فلا تكفي المطالبة بالتسليم.

فرع: في يده دار جاء اثنان يدعيانها، قال أحدهما: اشتريتها من زيد وهي ملكه وقال الآخر: اشتريتها من عمرو وهي ملكه، وأقام كل واحد بينة بما يقوله، فهما متعارضتان، فإن قلنا بالسقوط، فكأنه لا بينة، ويحلف صاحب اليد لكل واحد يميناً، وإن قلنا بالاستعمال ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق، ويجيء قولاً القرعة والقسمة والتفريع كما سبق، إلا أن على قول القسمة إذا اختار أحدهما فسخ العقد، والآخر إجازته لا يكون للمجيز أخذ النصف الآخر، سواء تقدم الفسخ أو الإجازة إذا ادعى الشراء بين شخصين، لأن المردود يعود إلى غير من يدعي المجيز الشراء منه، فكيف يأخذه، وحيث أثبتنا الخيار على قول القسمة، فذلك إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، ولا اعترف به المدعي، وإلا فإذا جرى القبض، استقر العقد، وما يحدث بعده ليس على البائع عهده، وإنما شرطنا في صورة الفرع أن يقول كل واحد: وهي ملكه، لأن من ادعى مالاً في يد شخص، وقال: اشتريته من فلان، لم تسمع دعواه حتى يقول: اشتريته منه وهو ملكه ويقوم مقامه أن يقول: وتسلمته منه، أو سلمه إلي، لأن الظاهر أنه إنما يسلم ما يملكه، وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول وأنت تملكه، ويكتفى بأن اليد تدل على الملك، وكذا يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة: اشتراه من فلان وهو يملكه، أو اشتراه وتسلمه منه، أو وسلمه إليه. قال الإمام: ويجوز أن يقيم شهوداً على أنه اشترى من فلان وآخرين أن فلاناً كان يملكه إلى أن باعه، لكن هؤلاء شهدوا بالملك والمبيع جميعاً، فكأن المراد إذا أقام شهوداً بالشراء وقت كذا، وآخرين أنه كان يملكه إلى ذلك الوقت.

فرع: أقام أحد المدعين بينة أنه اشترى الدار من فلان، وكان يملكها، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى، حكم ببينة الثاني، ولا يحتاج أن يقول المقيم البينة: وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد، لأن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه.

المسألة الثالثة: دار في يده جاء اثنان، قال كل منهما: بعثك هذه الدار، وكانت ملكي بكذا، فأد الثمن، فإن أقر لهما، طولب بالثمنين، وإن أقر لأحدهما، طولب بالثمن الذي سماه، وحلف للآخر، وإن أنكر ما ادعياه، ولا بينة حلف لهما يمينين، وإن أقام أحدهما بينة قضي له، وحلف للآخر، وإن أقاما بينتين، نظر إن أرختا تاريخين مختلفين، لزمه الثمنان، لإمكان الجميع، وإن اتحد تاريخهما بأن أرختا بطلوع الشمس، أو زوالها، تعارضتا، لامتناع كونه ملكاً في وقت واحد لهذا وحده، ولذاك وحده، فعلى قول السقوط كأنه لا بينة، وعلى القرعة يقرع، فمن

خرجت قرعته، قضى له بالثمن الذي شهدت به بيته، وللاخر تحليفه بلا خلاف، لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه، وعلى القسمة لكل واحد نصف الثمن الذي سماه، وكأن الدار لهما وباعاه بثمانين متفقين أو مختلفين، وفي مجيء الوقف الخلاف السابق، والمذهب مجيئه، وإن كانت البيئتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فوجهان: أحدهما: أنهما كمختلفتي التاريخ، فيلزمه الثمنان لإمكان الجمع، والثاني: أنهما كمتحدتي التاريخ، لأن الأصل براءة ذمة المشتري، فلا يلزمه إلا اليقين، وبهذا قال القاضي أبو حامد، وابن القطان، فعلى هذا يعود خلاف التعارض وفيه طريق ثان وهو القطع بالوجه الأول، وقيل: إن شهدت البيئتان على الإقباض مع البيع، وجب الثمنان قطعاً، ولو شهدت البيئتان على إقرار المدعى عليه بما ادعى، فالصحيح أن الحكم كما لو قامت على البيعين، فينظر أقامتا على الإقرار مطلقاً، أم على الإقرار بالشراء من زيد في وقت، ومن عمرو كذلك، وقيل: يجب الثمنان، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً، وما ذكرناه من أنهما إذا أرختا تاريخين مختلفين يلزمه الثمنان يشترط فيه أن يكون بينهما زمن يمكن فيه العقد الأول، ثم الانتقال من المشتري الى البائع الثاني، ثم العقد الثاني، فإن عين الشهود زمناً لا يتأتى فيه ذلك، لم يجب الثمنان، قال الإمام: ولو شهد اثنان أنه باع فلاناً في ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكناً تلك الحالة، أو شهد اثنان أنه قبل فلاناً ساعة كذا، وآخر أنه كان ساكناً تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئاً، ففي قبول الشهادة الثانية وجهان: لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل شهادة النفي في المضايق، وأحوال الضرورات، فإن قبلناها، جاز التعارض.

قلت: الأصح القبول، لأن النفي المحصور، كالأثبات في إمكان الإحاطة به. والله أعلم.

فرع: قال الأكثرون: صورة المسألة أن يقول كل واحد: بعثك كذا وهو ملكي وهكذا لفظ الشافعي رحمه الله في «المختصر» وقال أبو الفياض: لا يشترط ذلك، وإذا قلنا: بالقسمة عند التعارض، فقسم الثمن بلا خيار لصاحب اليد، لأنه حصل له تمام البيع، ولا غرض له في عين البائع، وقال ابن القطان: له الخيار، فقد يرضى بمعاملة واحد دون اثنين.

المسألة الرابعة: عبد في يد رجل، ادعى أن سيده أعتقه، وادعى رجل أنه باعه إياه بكذا، وأنكر صاحب اليد ما ادعى، ولا بينة حلف لهما يمينين، وإن أقر بالعتق، ثبت العتق، ولم يكن للمشتري تحليفه، وإن قلنا: إتلاف البائع كالألف السماوية، لأنه بالإقرار متلف قبل القبض، فينفسخ البيع، لكن لو ادعى تسليم الثمن، حلف له وإن

أقر بالبيع، قضى به، وليس للعبد تحليفه، لأنه لو اعترف به، لم يقبل، ولم يلزمه غرم، قال الروياني: وليس لنا موضع يقر لأحد المدعين، ولا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا، وإن أقام كل واحد بينة، نظر إن اختلف تاريخهما، قضى بأسبقهما، وإن اتحد تعارضتا، وفيهما القولان، فإن قلنا بالسقوط، فهو كما لو لم يكن، وإن قلنا بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق، وإن قلنا بالقرعة قضى لمن خرجت له، وإن قلنا بالقسمة، عتق نصف العبد، ونصفه لمدعي الشراء بنصف الثمن، وله الخيار، فإن فسخ، فالصحيح أنه يعتق النصف الآخر أيضاً، لأن البينة شهدت بإعتاقه الجميع، وإنما لم يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء وقد زالت، وقيل: لا يعتق وإن أجاز، فإن كان المدعى عليه معسراً، لم يسر العتق، وإن كان موسراً، فقولان: أو وجهان: أحدهما لا يسري، لأنه عتق قهراً، فأشبه ما لو ورث بعض قريبه، وأظهرهما: يسري، لقيام البينة أنه أعتق باختياره، وقيل: لا يجري قول القسمة هنا تحرراً من تبغيض الحرية، وصرح المزني قولاً أنه يقدم بينة العتق، لأن العبد في يد نفسه، وبينه صاحب اليد مقدمة وضعف الأصحاب هذا، وامتنعوا من إثباته قولاً قالوا: وإنما يكون في يد نفسه لو ثبتت حرية، ولو كانت البيتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فهو كما لو اتحد تاريخهما، هذا هو المذهب، وقيل: لا يجري هنا قول السقوط، لأن صدقهما ممكن، بأن باعه صاحب اليد لمدعي الشراء، ثم اشتراه منه، ثم أعتقه، وتصدق صاحب اليد بعد قيام البيتين لا يوجب الرجحان إلا عند ابن سريج كما سبق.

الطرف الثالث: في التداعي والتعارض في الموت والإرث، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: مات رجل عن اثنين مسلم ونصراني، فقال كل منهما: مات على ديني، فأرثه، فلأب حالان:

الحالة الأولى: أن يكون معروفاً بالتنصر، فقال المسلم: أسلم ثم مات، وقال النصراني: مات على ما كان، فيصدق النصراني بيمينه، لأن الأصل بقاءه، فإن أقاما بينتين، نظر إن أطلقتا، فقالت إحداهما: مات مسلماً، والأخرى مات نصرانياً، قدمت بينة المسلم، لأن معها زيادة علم، وهو انتقاله من النصرانية، فقدمت الناقلة على المستصحبة، كما تقدم بينة الجرح على التعديل، وكما لو مات عن ابن وزوجة، فقال الابن: داره هذه ميراث، وقالت: أصدقنيها أو باعنيها، وأقاما بينتين، فبينتها أولى، وكما لو ادعى على مجهول أنك عبدي، وأقام به بينة، وأقام المدعى عليه بينة أنه كان ملكاً لفلان، وأعتقه، تقدم بينة المدعى عليه، لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية، وعلى هذا قياس المسائل، وإن قيدنا بأنه تكلم في آخر عمره كلمة، وأقام

المسلم بينة أنها كانت كلمة الإسلام، وأقام الآخر بينة بأنها كانت النصرانية، تعارضتا، فعلى قول السقوط يستقطان، ويصير كأن لا بينة، فيصدق النصراني بيمينه، وإن قلنا بالاستعمال، فعلى الوقف يوقف، وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت له، فله التركة، وعلى القسمة تقسم، فيجعل بينهما نصفين كغير الإرث، وقال أبو إسحاق: لا تجيء القسمة، لأنها تكون حتماً بالخطأ يقيناً، لأنه لا يموت مسلماً كافراً، وفي غير صورة الإرث لا يتحقق الخطأ في القسمة، لاحتمال كون المدعى مشتركاً بينهما، والصحيح الأول، وليست القسمة حكماً بأنه مات مسلماً كافراً، بل لأن بينة كل واحد اقتضت كون جميع المال له، ومزاحمتها الأخرى، فعملنا بكل واحدة بحسب الإمكان، قال العراقيون: وليست القسمة خطأ يقيناً، لاحتمال أنه مات نصرانياً، فورثاه، ثم أسلم أحدهما. ولو قيدت بينة النصراني أن آخر كلامه النصرانية، فهو كتنقيد البيتين.

الحالة الثانية: أن لا يكون الأب معروف الدين، فإن لم يكن بينة، نظر إن كان المال في يد غيرهما، فالقول قوله: وإن كان في يدهما، حلف كل واحد لصاحبه وجعل بينهما، وإن كان في يد أحدهما، فوجهان: أحدهما - وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي حسين وجماعته - : القول قوله بيمينه، والصحيح: أنه يجعل بينهما، ولا أثر لليد بعد اعترافه بأنه كان للميت. وإن أقاما بينتين، تعارضتا، سواء أطلقنا أو قيدنا. ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق وقيل: تقدم بينة الإسلام، لأن الظاهر من حال من هو في دار الإسلام. والمذهب الأول. ويصلي على هذا الميت، ويدفنه في مقابر المسلمين، ويقول: أصلي عليه إن كان مسلماً.

فرع: يشترط في بينة النصراني أن يفسر كلمة التنصر بما يختص به النصراني، كقولهم: (ثالث ثلاثة) هل يجب في بينة الإسلام تفسير كلمته، لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلاماً؟ وجهان: وإذا قلنا بالقسمة، هل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر؟ وجهان: الأصح: لا. وإذا قلنا بالقسمة: فمات عن ابن وبنت، فقال ابن سلمة: يقسم مناصفة، وقال غيره: مثالثة، والصواب: أنهما كرجلين ادعى أحدهما جميع دار، والآخر نصفها، وأقاما بينتين، وقد سبق أن على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها، وللآخر ربعها. ثم الموت على كلمة الإسلام يوجب إرث الابن المسلم، لكن الموت على التنصر لا يوجب بمجرد إرث النصراني، لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر، وكان التصوير فيما إذا تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية حتى مات، أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضموماً إلى الموت عليه، وإن لم يتعرض له الشهود.

فرع: مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفر، فقال المسلمان: مات مسلماً، وقال الأولاد: مات كافراً، فإن كان أصل دينه الكفر، صدق الأولاد. وإن أقاموا بينتين، فإن أطلقنا، قدمت بينة المسلمين، وإن قيدنا، فعلى الخلاف في التعارض. ويعود خلاف أبي إسحاق في جريان القسمة، فإذا رجحنا طائفة، قسم المال بينهم، كما يقسم لو انفردوا. وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفرعاً على القسمة، فالنصف للزوجة وللأخ، والنصف للأولاد، وفيما تأخذ الزوجة من النصف وجهان: أحدهما: ربهه وكأنه جميع التركة، وبه قطع السرخسي. والثاني نصفه، ليكون لها ربع التركة، لأن الأخ معترف به، والأولاد لا يحجبونها باتفاقهما، وبه قطع الإمام.

قلت: الأول أصح، لأنها معترفة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة. والله أعلم.

المسألة الثانية: مات نصراني وله ابنان مسلم ونصراني، فقال المسلم: أسلمت بعد موت أبينا، فالميراث بيننا. وقال النصراني: قبله، فلا ترثه، فلهما ثلاثة أحوال: إحداها: أن يقتصر على هذا القدر ولا يتعرض لتاريخ موت الأب، ولا لتاريخ إسلام المسلم.

والثانية: أن يتفقا على وقت موت الأب كرمضان. وقال المسلم: أسلمت في شوال، وقال النصراني: بل أسلمت في شعبان، ففي الحالتين إن لم يكن بينة، فالقول قول المسلم، لأن الأصل بقاءه على دينه، يحلف ويشتركان في المال. وإن أقام أحدهما بينة قضى بها. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة النصراني، لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام في شعبان، والأخرى مستصحبة لدينه في شوال، فمع الأولى زيادة علم.

الحالة الثالثة: أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم، فإن اتفقا على أنه أسلم في رمضان، ولكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان. وقال النصراني: مات في شوال، صدق النصراني، لأن الأصل بقاء الحياة. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة المسلم، لأنها تنقل من الحياة إلى الموت في شعبان، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال. وإن شهدت بينة النصراني في هذه الحالة الثالثة أنهم عاينوه حياً في شوال، أو شهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون منه كلمة التنصر في نصف شوال مثلاً تعارضتا.

فرع: مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: أسلمت أيضاً قبله. وقال المتفق على إسلامه: بل بعد موته، فعلى الأحوال

الثلاث، فإن اقتصر على ذلك أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان. وقال قديم الإسلام لحادث الإسلام: أسلمت في شوال. وقال الحادث: بل أسلمت في شعبان، صدق قديم الإسلام. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة الحادث. وإن اتفقا أن الحادث أسلم في رمضان، وقال قديم الإسلام: مات الأب في شعبان. وقال الحادث: بل في شوال، فالمصدق الحادث، والمقدم بينة قديم الإسلام، وعلى هذا يقاس نظائر الصورة الأولى، وصورة الفرع بأن مات الأب حراً، وأحد ابنيه حراً بالاتفاق، واختلفا هل عتق الآخر قبل موته أم بعده. ولو اتفقا في صورة الفرع أن أحدهما لم يزل مسلماً. وقال الآخر: لم أزل مسلماً أيضاً، ونازعه الأول، فقال: كنت نصرانياً، وإنما أسلمت بعد موت الأب، فالقول قوله إنه لم يزل مسلماً، لأن ظاهر الدار يشهد له ولو قال كل واحد منهما: لم أزل مسلماً، وكان صاحبي نصرانياً أسلم بعد موت الأب، فوجهان خرجهما القفال. أحدهما: لا شيء لهما، لأن الأصل عدم الاستحقاق، وأصحهما: يحلفان، ويجعل المال بينهما، لأن ظاهر اليد يشهد لكل واحد فيما يقوله في حق نفسه.

فرع: مات عن أبوين كافرين، وابنين مسلمين، فقال الأبوان: مات كافراً، وقال الابنان: مات مسلماً، قال ابن سريج: فيه قولان، اشبههما بقول العلماء: إن القول قول الأبوين، لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً لهما، فيستصحب حتى يعلم خلافه. والثاني: يوقف المال حتى ينكشف الأمر أو يصطلحا، والتبعية تزول بالبلوغ وحصول الاستقلال. وقيل: القول قول الابنين، لأن ظاهر الدار الإسلام. قلت: الوقف أرجح دليلاً، ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين، وأنكروا على صاحب «التنبيه» ترجيحه قول الابنين، وهو ظاهر الفساد. والله أعلم.

فرع: له زوجة وابن ماتا، فاختلف الزوج وأخو المرأة، فقال الزوج: ماتت أولاً، فورثتها أنا وابني، ثم مات الابن، فورثته. وقال الأخ: مات الابن أولاً، فورثت منه أختي، ثم ماتت، فأرث منها، فإن لم يكن بينة، فالقول قول الأخ في مال أخته، وقول الزوج في مال ابنه. فإن حلفا أو نكلا، فهي من صور استبهام الموت، فلا يورث ميت من ميت، بل مال الابن لأبيه، وماله للزوج والأخ. وإن أقاما بينتين، تعارضتا، وجرت أقوال التعارض. هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما، فإن اتفقا على وقت موت أحدهما، واختلفا في أن الآخر مات قبله أم بعده، صدق من قال: بعده، لأن الأصل دوام الحياة. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة من قال: قبله، لأن معها زيادة علم.

فرع: مات عن زوجة وأولاد، فقالوا لها: كنت أمة، فعتقت بعد موته، أو ذمية، فأسلمت بعد موته، فقالت: بل عتقت وأسلمت قبله، فهم المصدقون. وإن قالت: لم أزل حرة مسلمة، فهي المصدقة، لأن الظاهر معها. وفي قول: تصدق في الحرية دون الإسلام. وخرج قول: أن الأولاد يصدقون، لأن الأصل عدم وراثتها.

المسألة الثالثة: سيد قال لعبده: إن قتلت، فأنت حر، وتنازع بعده العبد والوارث، وأقام العبد بينة أنه قتل، والوارث بينة أنه مات حتف أنفه، فقولان: أظهرهما: تقدم بينة العبد، ومنهم من قطع به، لأن معها زيادة علم بالقتل. والثاني: يتعارضان، للمنافاة بينهما. فعلى هذا إن قلنا بالسقوط، فكأنه لا بينة، فيحلف الوارث، ويستمر الرق. وإن قلنا بالقسم عتق نصفه، أو بالقرعة إن خرجت له، ورق إن خرجت للوارث، ولا يخفى الوقف. وإذا قدمنا بينة القتل، فلا قصاص، لأن الوارث ينكره. وإن قال: إن مات في رمضان فعبدي حر، وأقام العبد بينة أنه مات في رمضان، والوارث بينة أنه مات في شوال، فعلى القولين أحدهما: التعارض، وأظهرهما: تقدم بينة العبد، لزيادة العلم بحدوث الموت في رمضان. وقال المزني: تقدم بينة الوارث، لأن معها زيادة علم، وهي بقاء الحياة إلى شوال. ومن حقه أن يطرد في نظائره المسألة السابقة واللاحقة. ولو أقام الوارث البينة أنه مات في شعبان، فالقياس مجيء الخلاف وانعكاس القول الثاني وقول المزني. ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان، ثم شهد آخر أنه مات في شوال، فهل ينقض الحكم، ويجعل كما لو شهدت البيئتان معاً؟ خرجه ابن سريج على قولين، كما لو بان فسق الشهود بعد الحكم.

فرع: قال لسالم: إن مات في رمضان، فأنت حر، ولغانم: إن مات في شوال، فأنت حر، وأقام كل واحد بينة تقتضي حرية، فقولان: أحدهما: لا للتعارض، والثاني: تقدم بينة سالم، لأن معها زيادة علم وهي حدوث الموت في رمضان. وقال المزني وابن سريج: تقدم بينة غانم. فإن قلنا: بالتعارض، فعلى السقوط يرق العبدان، وعلى القسمة يعتق من كل عبد نصفه، ولو قال لسالم: إن مات من مرضي، فأنت حر، وقال لغانم: إن برئت منه، فأنت حر، وأقام سالم بينة بموته، وغانم بينة ببرئه، فهل تقدم بينة سالم أم غانم، أم يتعارضان؟ أوجه: أصحهما: الثالث، فيكون على الخلاف السابق في التعارض. وقيل: إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية.

قلت: معنى تغليبها أنه لا يحكم بسقوط البيئتين. والله أعلم.

فصل: من ادعى وراثته شخص، وطلب تركته، أو شيئاً منها، فليبين جهة

الوراثه من بنوة أو أخوة وغيرهما . وذكر السرخسي أن المذهب أنه لا يكفي لطلب التركة ذكر الجهة، بل يذكر معها الوراثه، فيقول: أنا أخوه ووارثه، وإذا شهد عدلان من أهل الخبرة بباطن حال الميت أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه، دفعت إليه التركة. وإن شهدا لصاحب فرض دفع إليه فرضه، ولا يطالبان بضمين. وذكر الفوراني أنه يشترط هنا ثلاثة شهود، كما ذكره في شهادة الإفلاس. والصحيح المعروف الأول. وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة، أو كانوا من أهلها، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثاً سواه، فالمشهود له إما أن لا يكون له سهم مقدر، وإما أن يكون، القسم الأول أن لا يكون، فلا يعطى شيئاً في الحال، بل يبحث القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها، فيكتب إليها الاستكشاف، أو يأمر من ينادي فيها: إن فلاناً مات، فإن كان له وارث، فليأت القاضي، أو لبيعث إليه. فإذا بحث مدة يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك، لظهر ولم يظهر، دفع المال إلى المشهود له. وحكى السرخسي قولاً أنه لا يدفع إليه، وقيل: إن كان ممن لا يحجب كالابن، دفع إليه، وإن كان يحجب كالأخ، فلا، والمذهب الأول. وإن دفع إليه، فهل يؤخذ منه ضمين؟ قولان، أحدهما: يجب، وأظهرهما: لا يجب، لكن يستحب، وقيل: لا يجب قطعاً، وقيل: إن كان يحجب، وجب، وإلا فلا، وقيل: إن كان ثقة موسراً، لم يجب، وإلا فيجب.

القسم الثاني: أن يكون له سهم مقدر، فإن كان ممن لا يحجب، دفع إليه أقل فرضه عائلاً من غير بحث، فالزوجة تعطى ربع الثمن عائلاً، لاحتمال أبوين وبنيتين وأربع زوجات، والزوج يعطى الربع عائلاً، لاحتمال أبوين وبنيتين معه، والأب السدس عائلاً على تقدير أبوين، وبنيتين وزوج أو زوجة، وللأم السدس عائلاً على تقدير أختين لأب، وأختين لأم، وزوج أو زوجة معها. ولو حضر مع الزوجة ابن، أعطيت ربع الثمن غير عائل، لأن المسألة لا تعول إذا كان فيها ابن. ثم إذا بحث ولم يظهر غير المشهود له، أعطي تمام حقه، وفيه وجه أنه لا يعطى تمام حقه إلا أن تقوم بينة بخلاف الأخ، فإنه لو لم يعط شيئاً، لصار محروماً بالكلية، والصحيح الأول ولا يؤخذ ضمين للمتيقن، وفي أخذه الزيادة الخلاف. وإن كان ممن يحجب، لم يعط شيئاً قبل البحث، وبعد البحث يعطى على الصحيح، وفيه الوجه السابق فيمن له سهم مقدر وهو ممن يحجب. ولو قطع الشهود بأنه لا وارث له سواه، فقد أخطؤوا بالقطع في غير موضعه، ولا تبطل به شهادتهم. ولو قالوا: هذا ابنه، ولم يذكروا كونه وارثه، فقد أطلق البغوي أنه لا يحكم بشهادتهم، لأنه قد يكون ابناً غير وارث، وجعل العراقيون هذه الصورة، كما لو لم يكن الشهود من أهل الخبرة الباطنة، أو

كانوا ولم يقولوا: لا وارث سواه، وقالوا: ينزع المال من يد من هو في يده بهذه الشهادة، ويدفع المال إليه بعد البحث المذكور، ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الورثة، أنه لا يعطى شيئاً بعد البحث، لأن الابن لا يحجب غيره فقرابته مورثة والأخ يحجبه غيره فقرابته غير مورثة بمجردهما. وذكر الإمام في الابن ما ذكره العراقيون، وحكى في الأخ وجهين: فحصل فيهما وجهان:

فرع: لو قالوا: لا نعرف له في البلد وارثاً سواه، لم يعط شيئاً، ولا يصح الضمان المذكور حتى يدفع إليه المال.

الطرف الرابع: في العتق والوصية:

من الأصول الممهدة أن من أعتق في مرض موته عبيدين. كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم تجز الورثة، ينحصر العتق في الأول، وإن أعتقهما معاً، وأقرع، فإن علم سبق أحدهما، ولم يعلم عينه، فهل يقرع بينهما، أم يعتق من كل واحد نصفه؟ قولان، أظهرهما: الثاني، ورجح جماعة الأول. ولو علم عين السابق، ثم جهلت، فقليل بطرد القولين، والمذهب القطع بأنه يعتق من كل عبد نصفه. ولو علق عتق عبيدين بالموت، أو أوصى بعتقهما ومات، وكل واحد ثلث ماله، أقرع، سواء وقع التعليقان أو الوصيتان معاً أو مرتباً. ولو قامت بينة أن المريض أعتق سالماً وبينه أنه أعتق غانماً، وكل واحد ثلث ماله، فإن أرختا تاريخاً مختلفاً، عتق من أعتقه أولاً، وإن اتحد تاريخهما، أقرع وإن أطلقت إحداهما، ففي «التهذيب» أنه يقرع، لاحتمال الترتيب والمعية وقال جماعة منهم الإمام والغزالي: احتمال الترتيب أقرب، وأغلب من احتمال المعية، والسابق منهما غير معلوم. وإذا كان كذلك، وتعارضتا، وأطلقتا، عرفنا أن أحد الصنفين سابق، ولم نعرفه بعينه، فيجيء القولان في أنه يقرع بينهما، أم يعتق من كل عبد نصفه؟ ومن فروع القولين ما لو قامت البيئتان كذلك، لكن أحد العبيدين سدس المال، فإن قلنا بالقرعة، فخرجت للعبد الخسيس، عتق وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث، وإن خرجت للنفيس، عتق وحده، وإن قلنا هناك: يعتق من كل واحد نصفه، فهاهنا وجهان: الصحيح وبه قطع الأكثرون: يعتق من كل واحد ثلثاه، كما لو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بسدسه، أعطى كل واحد ثلثي ما أوصى له به. والثاني: يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه، لأنه إن سبق عتق النفيس، عتق كله، وإن سبق الخسيس، فنصف النفيس بعده حر، فأحد نصفيه حر على التقديرين والنزاع في النصف الثاني وهو قدر سدس المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس ربع آخر، ومن الخسيس نصفه. ولو قامت بيئتان بتعليق عتق عبيدين بالموت أو بالوصية بإعتاقهما، وكل واحد ثلث المال، ولم تجز

الورثة أقرع بينهما، سواء أطلقت البينتان أو أرختا، لأن المعلقين بالموت كالواقعين معاً في المرض. هذا هو المذهب. وقيل: قولان أحدهما: يقرع، والثاني: يعتق من كل عبد نصفه.

فصل: لا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجنب، أو من ورثة المشهود عليه. 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 الرجوع عن الوصية الأولى، وثبت بها الوصية الثانية، لأنهما أثبتا للرجوع بدلاً يساويه، فارتفعت التهمة عنهما، ولا نظر إلى تبديل الولاء، لأن الثاني قد لا يكون أهدي لجمع المال، وقد لا يورث بالولاء، ومجرد هذا الاحتمال لو ردت به الشهادة، لما قبلت شهادة قريب لمن يرثه. هذا إذا كان الوارثان عدلين، فإن كانا فاسقين، لم يثبت الرجوع بقولهما، فيحكم بعتق غانم بشهادة الأجنبيين، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم، وهو الثلثان، وكأن غانماً هلك أو غصب من التركة. فإن قال الوارثان: أوصى بعتق سالم، ولم يتعرضا للرجوع عن عتق غانم، فالحكم كما سبق فيما لو كانت البينتان أجنب، فالمذهب القرعة. وقيل: قولان، ثانيهما: يعتق من كل عبد نصفه. ولو كانت المسألة بحالها، لكن سالم سدس المال، فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس، فلا تقبل شهادتهما في الرجوع في النصف الذي لم يثبت له بدلاً. وفي الباقي الخلاف في تبعض الشهادة، فإن قلنا: لا تبعض، وبه أجاب الشافعي رحمته الله في هذه المسألة ردت شهادتهما فيه أيضاً، ويعتق العبدان، الأول بشهادة الأجنب، والثاني بإقرار الورثة، فإن لم يكونا جائزين، عتق منه قدر ما يستحقانه، فإن قلنا: تبعض، عتق نصف الأول، وكل الثاني. وحكي وجه أن الرجوع لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض، لم يثبت في الباقي، فتبقى الشهادة بالوصية بعتق العبدین، فيقرع كما سبق، وهذا الخلاف إذا لم يكن في التركة وصية أخرى. فإن كان أوصى بثلث ماله لرجل، وقامت البينتان لغانم وسالم كما ذكرنا، قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن وصية غانم، لأن للورثة رد الزيادة على الثلث، فليس في الشهادة على الرجوع تهمة، فيجعل الثلث أثلاً بين الموصى له بالثلث، وعتق سالم، فيعطى الموصى له ثلث الثلث، ويعتق من سالم ثلثاه، وهو ثلث الثلث، هكذا ذكره، لكن برد الزيادة على الثلث لا يوجب حرمان بعض أصحاب الوصايا، بل يوزع عليهم الثلث. وقبول شهادة الثلث توجب إرقاق غانم وحرمانه، وهو محل تهمة، لتعلق الأغراض بأعيان العبيد. فإن كان الوارثان فاسقين، عتق غانم بشهادة الأجنبيين، وعتق سالم بإقرارهما. ولو كانت قيمة

غانم سدس المال، وسالم ثلثه، قبل شهادتهما على الرجوع عن وصية غانم، وأعتق سالم. فإن كانا فاسقين، عتق الأول، وعتق من سالم بقدر ثلث الباقي من المال، وهو خمسة أسداس سالم، وكأن الأول تلف. ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض ووارثان أنه نجز عتق سالم، وكل منهما ثلث المال، نظر، إن كذب الوارثان الأجنبيين وقالوا: لم يعتق غانماً، وإنما عتق سالماً، عتق العبدان فإن لم يكونا جائزين، عتق من سالم قدر حصتهما، واستدرك بعض المتأخرين فقال: قياس ما سبق أن لا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد عتق غانم، وكان غانماً تلف، وهذا حسن. وإن لم يكذباهما، بل قالوا: أعتق سالماً، ولا يدرى هل أعتق غانماً أم لا. فإن كان الوارثان عدلين، فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدین أجنب، وإن كانا فاسقين، عتق غانم بشهادة الشهود. وأما سالم، فقال الشيخ أبو حامد، وتابعه كثيرون: يعتق منه نصفه إذا قلنا: يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين. وقال ابن الصباغ: هذا سهو، وصوابه أن يعتق خمسه، وذكر توجيهه بطريق الجبر. ولو شهد أجنبيان لغانم، ووارثان لسالم كما ذكرنا، إلا أن سالماً سدس المال، فإن كذب الوارثان الأجنبيين، عتقاً جميعاً، وإن لم يكذباهما، فإن كانا عدلين، فهو كما لو كان شهود العبدین أجنب، وقد سبق بيانه. وإن كانا فاسقين، فنقل البغوي أن الأول حر بشهادة الأجنبيين، ويقرعه بينهما. فإن خرجت القرعة له، انحصر العتق فيه، وإن خرجت للثاني، عتق الأول بالشهادة، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال بإقرار الوارثين، قال: وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل عبد ثلث المال والوارثان فاسقان، وكأن هذا جواب على قول القرعة فيما إذا كان الشهود كلهم أجنب، وما نقلناه عن الشيخ أبي حامد وغيره على قول القسمة.

فصل: شهد اثنان أن فلاناً الميت أوصى لزيد بالثلث، وآخران أنه أوصى لبكر بالثلث، فالثلث بينهما سواء، فإن قال الآخران: رجع عن زيد، وأوصى لبكر بالثلث، سلم له الثلث، ويستوي في شهادة الرجوع الوارث والأجنبي إذا جرى ذكر بدل. ولو شهد آخران أنه رجع عن وصية بكر أيضاً، وأوصى بالثلث لعمرو، سلم الثلث له. ولو شهد إثنان أنه أوصى بالثلث لزيد، واثنان أنه أوصى لبكر، ثم شهد اثنان أنه رجع عن إحدى الوصيتين، فإن عينا المرجوع عنها، ثبت الرجوع، وكان الثلث كله للآخر. وقال ابن القطان: ليس للآخر إلا السدس، وإنما يكون له الثلث إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى. وإن لم يعين المرجوع عنها، نص في «المختصر» أن الثلث بينهما. واختلف في وجهه، فقال الجمهور: إبهام الشهادة بالرجوع يمنع قبولها، كما لو شهد أنه أوصى لأحدهما، وقال القفال:

تقبل هذه الشهادة لأن الوصية تحتل الإبهام، ويقسم الرجوع بينهما وكأنه رد وصية كل واحد إلى السدس، فتظهر فائدة الخلاف فيما لو شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس، وأخرى لعمره بالسدس أيضاً، وأخرى أنه رجع عن إحدى الوصيتين، فعلى قول الأكثرين: لا يقبل شهادة الرجوع المبهم، ويعطى كل واحد السدس الموصى به، وعلى قول القفال: تقبل وكأنه رجع عن نصف كل وصية، فيعطى كل واحد منهما نصف سدس.

الباب السادس: في مسائل منثورة

تتعلق بأدب القضاء والشهادات والدعاوي، لأنها تتعلق بعضها ببعض:

يوم الجمعة كغيره في إحضار الخصم مجلس الحكم، لكن لا يحضر إذا صعد الخطيب المنبر حتى يفرغ من الصلاة، واليهودي يحضر يوم السبت، ويكسر عليه سبته.

شهد اثنان أنه غصت كذا، أو سرقه غدوة، وآخران أنه غصبه، أو سرقه عشية، تعارضتا ولا يحكم بواحدة منهما، بخلاف ما لو شهد واحد هكذا، وآخر هكذا حيث يحلف مع أحدهما، ويأخذ الغرم، لأن الواحد ليس بحجة فلا تعارض.

شهد واحد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال قيمته ثمن دينار، ثبت الأقل وللمدعي أن يحلف مع الآخر. ولو شهد بدل الواحد والواحد اثنان واثنان، ثبت الأقل أيضاً وتعارضتا في الزيادة. ولو شهد اثنان أن وزن الذهب الذي أتلغه نصف دينار، وآخران أن وزنه دينار، ثبت الدينار، لأن مع شاهده زيادة علم، بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدركها الاجتهاد، وقد يقف شاهد القليل على عيب. ولو ادعى عبداً في يد رجل، وأقام بينة أنه ولد أمته، لم يقض له بها، فقد تلد قبل أن تملكها، فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه فنص أنه يقضى له بهذه البينة، وبه قطع الجمهور، وخرج ابن سريج قولاً، لأنها شهادة بملك سابق، والمذهب الأول، لأن النماء تابع للأصل. ولو شهدوا أن هذه الشاة نتجت في ملكه، وهذه الثمرة حصلت في ملكه، فهو كقولهم: ولدته أمته في ملكه، ولا يكفي نتاج شاته، وثمر شجرته. ولو شهدوا أن هذا الغزل من غزله، أو الفرخ من بيضه، والدقيق من حنطته، أو الخبز من دقيقه، كفى، لأن ذلك عين ماله تغيرت صفته، بخلاف ولد الجارية والشاة. ولو أقام بينة على رق شخص، وأقام المدعى عليه بينة أنه حر الأصل، فبينة المدعي أولى، لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق. ولو ادعى ديناً، وشهد به اثنان، لكن قال أحدهما متصلاً بشهادته: إنه قضاه،

أو أبرء منه، فشهادته باطلة، للقضاء، وإن ذكره مفصلاً عن الشهادة، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر. وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء والإبراء وإن كان قبل الحكم، سئل: متى قضاؤه؟ فإن قال: قبل أن شهدت، فكذلك الجواب عند ابن القاص. وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان، ثم عاد أحدهما، وقال: قضاؤه أو أبرأه بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل، بل يحكم بالدين ويؤخذ، إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء. والفرق أن هناك شهد على نفس الحق، والقضاء والإبراء ينافيانه، فبطلت الشهادة، وهنا شهد على الإقرار، والقضاء والإبراء لا ينافيانه، فلا تبطل الشهادة. وحكي وجه أن شهادته على نفس الحق لا تبطل أيضاً، والصحيح الأول، ويقرب من هذا الخلاف، الخلاف فيما لو ادعى ألفاً، وشهد له شاهدان بألف مؤجل، لكن قال أحدهما: قضى منه خمسمائة، ففي وجه: لا تصح شهادتهما، إلا في خمسمائة، لكن للمدعي أن يحلف لباقي الألف مع الشاهد الآخر. وفي وجه: تصح شهادتهما على الألف، وللمدعى عليه أن يحلف مع شاهد القضاء. وفي وجه ثالث: لا يثبت بشهادتهما شيء، لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه، ويقرب منه قولان عن ابن سريج فيما لو شهد اثنان أن فلاناً وكل فلاناً، ثم قال أحدهما: عزله بعد أن شهدت، ففي قول: تبطل شهادته. وفي قول: تثبت شهادة الوكالة، فيعمل بها، والعزل لا يثبت بواحد.

ادعى شريكان فأكثر حقاً على رجل، فأنكر، يحلف لكل واحد يميناً، فإن رضي بيمين واحدة، ففي جوازه وجهان: قلت: الأصح: المنع. والله أعلم.

ولو شهد اثنان أنه أوصى بعق غانم، وهو ثلث ماله، فحكم الحاكم بعقته، ثم رجعا عن الشهادة، وشهد آخران أنه أوصى بعق سالم، وهو ثلث ماله، ولم يجز الورثة إلا الثلث، قال البغوي: يقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للأول، رق الثاني، ويغرم الراجعان قيمة الأول للورثة. وإن خرجت للثاني، عتق ورق الأول، ولا غرم على الراجعين، لأنهما لم يتلقياه. قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعة، وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة. ولو شهد رجل أنه وكله بكذا، وآخر أنه فوضه إليه، أو سلطه عليه، ثبتت الوكالة. ولو شهد أحدهما أنه قال: وكلتك بكذا، والآخر أنه أقر بوكالته، لم يثبت شيء، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع، والآخر أنه وكله بالبيع وقبض الثمن، ثبت البيع. ولو ادعى رجل على رجل أنه اشتري منه هذا العبد، ونقده الثمن وأعتقه، وأقام به بينة، وادعى آخر أنه اشتراه ونقد الثمن، وأقام به بينة، تعارضتا، وذكر العتق لا يقتضي ترجيحاً على الصحيح. وقيل: يرجح، لأن العتق

كالقبض، نص في «الأم» أنه لو ادعى دابة في يد غيره، وأقام بينة أنها له منذ عشر سنين، ونظر الحاكم في سننها، فإذا لها ثلاث سنين فقط، لم يقبل الشهادة، لأنها كذب، وأن المسناة الحائلة بين نهر شخص، وأرض آخر، يجعل بينهما كالجدار الحائل. ولو ادعى مئة درهم على إنسان، فقال: قبضت خمسين، لم يكن مقراً بالمائة، وكذا لو قال: قضيت منها خمسين. ولو اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بينة، قضى بها، وإن لم يكن بينة، فما اختص أحدهما باليد عليه حساً أو حكماً، بأن كان في ملكه، فالقول قوله فيه بيمينه، وما كان في يدهما حساً، أو في البيت الذي يسكنانه، فلكل واحد تحليف الآخر، فإن حلفا، جعل بينهما، وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضى للحالف، وسواء اختلفا في دوام النكاح، أم بعد الفراق، وسواء اختلفا هما أو ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر، وسواء ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة، أو للزوجة كالحلي والغزل، أولهما. ولو اختلف مالك الدار، وساكنها بالإجارة في متاع الدار، فالقول قول الساكن، فإن تنازعا في رف فيها، نظر، إن كان مسمراً أو مثبتاً، فالقول قول المالك، وإلا فهو بينهما، نص عليه. ولو تنازعا أرضاً ولأحدهما فيها زرع أو بناء أو غراس، فهي في يده، أو دابة أو جارية حاملاً، والحمل لأحدهما بالاتفاق، فهي في يده، أو دار لأحدهما فيها متاع، فهي في يده. فإن لم يكن المتاع إلا في بيت، لم يجعل في يده إلا ذلك البيت، هكذا ذكره. ولو تنازعا عبداً، ولأحدهما عليه ثياب، لم يجعل صاحب يد في العبد، لأن منفعة الثوب الملبوس تعود إلى العبد، لا إلى المدعي. ولو قال رجل: استأجرت هذه الدار من زيد سنة في أول رمضان، وقال آخر: استأجرتها منه سنة من أول شوال، وأقام كل واحد بينة، فقولا نحاكما الفوراني، المشهور، وبه قطع البغوي وغيره: تقدم بينة رمضان، لسبق تاريخها. والثاني: بينة شوال، لأنها ناسخة، ويحتمل أنهما تقايلا، واستأجر الثاني في شوال، ويجيء هذا في بينتي البيع على ضعفه.

قامت بينة أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه، وبينه أن هذا الآخر ابنه لا يعرف له وارثاً سواه، ثبت نسبهما، فلعل كل بينة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى.

فصل: فيما جمع من فتاوى القفال وغيره. أن الضيعة إذا صارت معلومة بثلاثة حدود، جاز الاقتصار على ذكرها، وهذا خلاف ما سبق في باب القضاء على الغائب من إطلاق ابن القاص. قال القفال: لكن لو ذكر الشهود الحدود الأربعة وأخطؤوا في واحد، لم تصح شهادتهم، فترك الذكر خير من الخطأ، لأنهم إذا

أخطؤوا، لم يكن بتلك الحدود ضيعة في يد المدعى عليه، وإذا غلط المدعي، فقال المدعى عليه: لا يلزمني تسليم دار بهذه الصفة، كان صادقاً. وإذا حلف، كان باراً. وإن لم ينكر، وقال: لا أمنعه الدار التي يدعيها، سقطت دعوى المدعي، فإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها، فله أن يمنعه، ويقول: هي غير ما ادعيت، فأما إذا أصاب في الحدود، فقال: لا أمنعك منها، فليس له المنع إذا ذهب ليدخلها، فإن قال: ظننت أنه غلط في الحدود، لم يقبل، وإن قال: إنما قلت: لا أمنعك، لأن الدار لم تكن في يدي يومئذٍ، وقد صارت في يدي وملكي، قبل منه، وله المنع إذا حلف. 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 عيناً للسيد، وقبض الثمن، وتلف في يده فطلب المشتري تلك العين فقال السيد: لم أذن له في البيع، حلف، فإن حلف، حكم ببطلان البيع، والعبد يحلفه لإسقاطه الثمن عن ذمته. وأنه لو ادعى ألفاً، وأقام به شاهداً، وأراد أن يحلف معه، فأقام المدعى عليه شاهداً بأن المدعي أقر أنه لا حق عليه، فللمدعى عليه أن يحلف مع شاهده، فإذا حلف، سقطت دعوى المدعي، وأنه يجوز للمالك أن يدعي على الغائب وعلى الغاصب من الغاصب، فإن ادعى على الأول أنه يلزمه رد الثوب بصفة كذا، أو قيمته كذا، فليس على الغاصب أن يحلف أنه لا يلزمه، لأنه إن قدر على الانتزاع، لزمه الانتزاع والرد، وإلا فعليه القيمة. وأنهم لو شهدوا أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان، وهو يملكها، ولم يقولوا: هي الآن ملك المدعي، ففي قبول شهادتهم قولان، كما لو شهدوا أنه كان ملكه أمس، والمفهوم من كلام الجمهور قبولها. وأنه لو ادعى قصاصاً، فاقتص الحاكم برواية راو روى حديثاً يوجب القصاص في الواقعة، ثم رجع الراوي، وقال: كذبت وتعمدت، لم يجب القصاص عليه، بخلاف الشهادة، لأن الرواية لا تختص بالواقعة. وأنه لو غصب المرهون من يد المرتهن، قال الراهن في دعواه على الغاصب: لي ثوب كنت رهنته عند فلان، وغصبته منه، ويلزمه الرد إلي. ولو اقتصر على قوله: لي عنده ثوب صفته كذا، ويلزمه رده إلي، جاز ولا بعد في قوله: يلزمه رده إلي، لأن يد المرتهن يد الراهن. ولهذا لو نازعه رجل في المرهون، كان القول قول الراهن، وإن كان في يد المرتهن، لأن يده يده، وأن الغريب إذا دخل بلداً لا يجوز الشهادة بأنه حر الأصل، إنما تجوز الشهادة أن فلاناً حر الأصل إذا عرف حال أبيه وأمه، وعرف النكاح بينهما، وتجوز الشهادة به، وإن لم يشاهد الولادة، كما

تجوز الشهادة أنه ابن فلان، وأنه لو ادعى داراً في يد رجل، وأقام بينة أنه اشتراها منه، وأقام صاحب اليد بينة أنه وهبها له، ولم يتعرضا لتاريخ، تعارضتا. وتظهر فائدة اختلافهما إذا ظهرت مستحقة أو معيبة، وأراد الرد، واسترداد الثمن. وأنه ادعى داراً في يد شخص، وأقام بينة أنها ملكه، فادعاها آخر، وأقام بينة أنه اشتراها من رجل آخر يوم كذا، ولم يقولوا: إنه كان يملكها يومئذٍ، لكن أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذٍ، سمعتا، وصارتا كبينة، فيحصل التعارض بينهما وبين بينة المدعي الأول. وأنه إذا ادعى داراً وأقام بينة أنها ملكه، وتسلمها، فادعاها آخر بعد مدة يسيرة، أو طويلة، وأقام بينة أنه اشتراها من المدعي عليه الذي كانت في يده، وكان يملكها يومئذٍ، قضى بالدار لهذا الأخير، وكان كما لو أقام صاحب اليد البينة قبل الانتزاع منه، فإنه لو كان بيده دار، فادعى رجل أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد، وأنكر صاحب اليد، فله أن يقيم بينة على البيعين، وله أن يقيم على هذا بينة، وعلى هذا بينة، ولا بأس بالتقديم والتأخير. وأن الشهود إذا أرادوا أداء الشهادة بشراء دار، تبدلت حدودها بعد الشراء قالوا: اشترى داراً من وقت كذا، من فلان، وهو يملكها، وكان يومئذٍ ينتهي أحد حدودها إلى كذا، والباقي إلى كذا ثم المدعي يقيم بينة بكيفية التبدل. وأنه لو ادعى داراً في يد رجل، وأقام بينة أنها ملكه، فقال القاضي: عرفت هذه الدار ملكاً لفلان، وقد مات، وانتقلت إلى وارثه، فأقم بينة على ملكك منه، فله ذلك، وتندفع بينته. وليكن هذا جواباً على أنه يقضي بعلمه. وأنه لو ادعى داراً في يد رجل، فقال المدعي عليه: ليست الدار في يدي، ولا أحول بينك وبينها، فقد أسقط الدعوى عن نفسه، فيذهب المدعي إلى الدار، فإن لم يدفعه أحد، فذاك، وإن دفع، ادعى على الدفع، فلو قال المدعي: إنه يكذب في قوله: ليست في يدي، ولا أحول، لم يلتفت إليه. وأنه لو باع داراً، فقامت بينة الحسبة أن أبا البائع وقفها، وهو يملكها على ابنه البائع، ثم على أولاده، ثم المساكين، نزعت من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن كذب نفسه، وصدق الشهود، فإن أصر على إنكار الوقت، لم تصرف إليه، بل توقف، فإذا مات، صرفت إلى أقرب الناس إلى الواقف. ولو ادعى البائع أنه وقف، لم تسمع بينته، والتقيد بالبينة يشعر بسماع دعواه، وتحليف خصمه. وقال العراقيون: تسمع بينته أيضاً إذا لم يكن صرح بأنه ملكه، بل اقتصر على البيع. وقال الروياني: لو باع شيئاً ثم قال بعد: وأنا لا أملكه، ثم ملكته بالإرث من فلان، فإن قال حين باع: هو ملكي. لم تسمع دعواه، ولا بينته وإن لم يقل ذلك، بل اقتصر على قول: بعتك، سمعت دعواه، فإن لم يكن له بينة، حلف

المشتري أنه باعه، وهو ملكه، قال: وقد نص عليه في «الأم» وغلط من قال غيره، وكذا لو ادعى أن المبيع وقف عليه.

فصل: في فتاوى القاضي حسين رحمه الله أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم، لا يجعل مقراً، لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم، وإن بينني الملك والوقف تتعارضان كبينتي الملك. وأنه لو ماتت وخلفت زوجاً وأخاً وأختان، فادعى الزوج أن المتاع كله له، جعل نصفين أحدهما للزوج بحكم اليد، والثاني للميتة، ويحلف الزوج على النصف الذي يجعل له باليد، كما لو كانت حية، فادعت الكل، فإن كان الأخ غائباً والأخت حاضرة، حلف لها، فإذا حضر، حلف له، فإن أقامت الأخت بينة أن الكل لها ولأخيها، سمعت، وثبت حق الأخ. وأن من حبسه القاضي، لا يجوز إطلاقه إلا برضى خصمه، أو ثبوت إعدامه، فإن ثبت، أطلقه وإن لم يرض خصمه. وإذا أطلقه برضى الخصم، فأراد إقامة بينة بإعدامه، لم تسمع، لأنه لا حبس عليه والحالة هذه، بخلاف ما إذا استحق حبسه. وأن حق إجراء الماء على سطحه، أو أرضه، أو طرح الثلج في ملكه، يجوز الشهادة به إذا رآه مدة طويلة بلا مانع، ولا يكفي قول الشهود: رأينا ذلك سنين وإن كان ذلك مستند شهادتهم.

فصل: سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله عن رجلين تنازعا داراً، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه، وادعى الآخر أنها وقف عليه، ولم يقم بينة، فحكم القاضي لمدعي الملك، ثم ادعى آخر وقفها، فأقام مدعي الملك بينة على حكم القاضي له بالملك، وأقام مدعي الوقف بينة بالوقف، فرجح الحاكم بينة الملك ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به تقدم على الوقف الذي لم يحكم به، ثم تنازع مدعي الملك، وآخر يدعي وقفيتها، فأقام مدعي الملك بينة لحكم الحاكم له بالملك، وتقدير جانبه، وأقام الآخر بينة بأن الوقف الذي يدعيه قضى بصحته قبل الحكم بالملك، وبترجيحه على الوقف، هل يرتد حكم الحاكم بذلك؟ فقال: نعم يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك. وسئل عمن اشترى ضيعة، وبقيت في يده مدة، فخرجت وقفاً وانتزعت، فقال: عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده. وعن رجل وقف ملكاً، وأقر أن حاكماً حكم بصحته، ولم يسم الحاكم ولا عينه، ثم رجع عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع، فهل له الحكم بنفوذ الرجوع؟ قال: لا.

فصل: في فتاوى الغزالي أنه لو ادعى داراً في يد غيره، فقال المدعى عليه: اشتريتها من زيد، فأقام المدعي على إقرار زيد له بها قبل البيع، فأقام المدعى عليه

بينة على إقرار المدعي لزيد بها قبيل البيع، وجهل التاريخ، قررت الدار في يد المدعى عليه. وأنه إذا خرج المبيع مستحقاً، فادعى المشتري على البائع وقال: سلمت إليه في مجلس العقد، فأنكر، وأراد إقامة البينة بأنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس العقد، لم تسمع هذه البينة، لأنها تشهد بالنفي، وإنما تسمع البينة بالنفي في مواضع الحاجة، كالإعسار. وقد يقع التسليم في غفلة ولحظة يسيرة. وأنها إذا ادعت أنه نكحها وطلقها، وطلبت نصف المهر، أو أنها زوجة فلان الميت، وطلبت الإرث، فمقصودهم المال، فيثبت برجل وامرأتين، وبشاهد ويمين.

فصل: في فتاوى البغوي أنه لو ادعى نكاحها، فأقرت بأنها زوجته منذ سنة، ثم أقام آخر بينة أنها زوجته نكحها من شهر، حكم للمقر له، لأنه ثبت بإقرارها النكاح الأول، فما لم يثبت الطلاق، لا حكم للنكاح الثاني. وأنه لو تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها به، وجوزنا التحكيم فيه، فقال المحكم: حكمتني لأزواجك بهذا، فسكتت كان سكوتها إذناً، كما لو استأذنها الولي فسكتت. وأنه لو حضر عند القاضي رجل وامرأة، واستدعت تزويجها به، وقالت: كنت زوجة فلان فطلقني، أو مات عني، لا يزوجها ما لم يقم حجة بالطلاق أو الموت.

فصل: عن ابن القاص أن من أنكر الحلف بالطلاق الثلاث يحلف أنه ما قال لها: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثاً، ولا هي بائن منه بثلاث. وقال الشيخ أبو زيد: يكفيه أنها لم تبين منه بثلاث. ووجه الأول أنه قد يحلف متأولاً على مذهب الحجاج بن أرطاة وتابعيه أن الثلاث لا تقع مجموعة، أو على تصحيح الدور. ويجوز أن يقال: إن قال: لم تبين مني، حلف عليه، وإن قال: لم أحلف بطلاقها، حلف عليه.

حكى الهروي عن العبادي أن من ادعى عليه ودیعة، فقال: لا يلزمني دفع شيء إليه، لا يكون هذا جواباً، لأن المودع لا دفع عليه، إنما يلزمه التخلية، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع، أو يقول: هلك في يدي، أو رددته، وهذا يخالف كلام الأصحاب، إلا تراهم يقولون: من جحد الوديعة فقامت بينة بالإيداع، فادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود، نظر، إن كانت صيغة جحده إنكار أصل الوديعة أم قال: لا يلزمني تسليم شيء إليك، فإما أن يقدر خلاف، أو يؤول ما أطلقوه.

قلت: 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.

وأنه إذا أقام بينة بأنه أجير فلان لحفظ سفينته هذه بدينار، وأقام صاحب السفينة

بينة أنه أجره إياها بدينار، تعارضتا، وأنه لو شهد عليه اثنان بالقتل في وقت معين، وآخران أنه لم يقتل في ذلك الوقت لأنه كان معنا، ولم يغب عنا، تعارضتا، وقد سبق من نظائر هذا ما يخالفه.

قلت: يعني أن البينة الثانية شهدت بالنفي، وقد سبق أن شهادة النفي لا تقبل إلا في مواضع الضرورة، كالإعسار. هذا مراد الرافعي هنا، وقد تقدم في الفصل السابق عن فتاوى الغزالي ما يوافقه، ولكنه ضعيف مردود، بل الصواب أن النفي إذا كان في محصور يحصل العلم به، قبلت الشهادة به، وقد سبق ذكرى لهذه المسألة في الشهادات. والله أعلم.

وأن من أراد أن يدعي، ويقيم البينة من غير أن يعترف للمدعى عليه باليد، فطريقه أن يقول: الموضع الفلاني ملكي، وهذا يمنعني منه تعدياً، فمره يمكني منه. وأنه لو شهد شاهدان أن الكلب ولغ في هذا الإناء ولم يلغ في ذاك وآخران بضده، تعارضتا، فلو لم يقولوا: لم يلغ في ذلك فالإنان نجسان، وهذا شهادة على إثبات ونفي، ويمكن التعارض بلا نفي، بأن يعينا وقتاً لا يمكن فيه إلا ولوغ واحد.

قلت: هذه المسألة ذكرتها في كتاب الطهارة مستوفاة مختصرة، وفي هذا الذي ذكره العبادي فيها من إثبات التعارض تصريح بقبول شهادة النفي في المحصور كما سبق قريباً. والله أعلم.

الباب السابع: في دعوى النسب وإلحاق القائف^(١)

مقصود الباب الكلام في القائف وشرطه. أما الاستلحاق وشروطه فسبق ذكره في كتاب الإقرار واللقيط. وفي الباب ثلاثة أركان:

الركن الأول: المستلحق، وقد سبق في كتاب اللقيط أن المذهب صحة استلحاق العبد والعتيق دون المرأة على الأصح، وسبق هناك جمل من أركانه.

الركن الثاني: الملحق، وهو القائف، وليكن فيه صفات بعضها واجب قطعاً، وبعضها مختلف فيه، فيشترط فيه أهلية الشهادة، فيكون مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً، والأصح اشتراط حريته وذكورته، وأنه يكفي واحد، ونص عليه. وقيل: يشترط اثنان. وأنه لا يشترط كونه من مدلج، بل يجوز من سائر العرب ومن العجم. قال ابن كج: ولا يجوز أن يكون أعمى، ولا أخرس، قال: ولو كان ابن أحد المتداعيين،

(١) القائف لغة متبع الآثار، وفي الاصطلاح: هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى من علم ذلك.

فألحقه بغير أبيه، قبل، وإن ألحقه بأبيه، لم يقبل. ولو كان عدو أحدهما، فألحقه به، قبل. وإن ألحقه بالآخر، فلا، لأنه كالشهادة على العدو. ولو كان القاضي قائفاً، فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء بعلمه، ويشترط كونه مجرباً. وكيفية التجربة: أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه، صار مجرباً، وقبل قوله بعد ذلك. وهل تختص التجربة بالأم، أم يجوز أن يعرض عليه المولود مع أبيه في رجال؟ وجهان: الأصح المنصوص: الثاني، وبه قطع العراقيون وغيرهم، لكن العرض مع الأم أولى. وأما تكرار العرض ثلاثاً، فقد جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً. وقيل: يكفي مرة، وقال الإمام: لا معنى لاعتبار الثلاث، بل المعتبر غلبة الظن، بأقواله عن خبرة لا عن اتفاق، وهذا قد يحصل بدون الثلاثة. وإذا حصلت التجربة، اعتمدنا إلحاقه، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق.

الركن الثالث: الولد الملحق، ويعرض على القائف في موضعين: أحدهما: أن يتنازع اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط أن غيره، فيعرض على القائف كما سبق في اللقيط. والثاني: أن يشترك اثنان فأكثر في وطء امرأة، فتأتي بولد لزمان يمكن كونه منهما، ويدعيه كل منهما فيعرض على القائف. ويتصور الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور من وجوه.

منها: أن يطأها كل منهما بالشبهة بأن يجدها بفراشه، فيظنها زوجته أو أمته، فلو كانت في نكاح صحيح، فوطئت بشبهة، فوجهان: قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: يلحق الولد بالزوج، لأنها فراشه، والفراش أقوى من الشبهة، كما لو طلقها وانقضت عدتها، ونكحت، وولدت تلحق بالثاني وإن أمكن كونه من الأول، لأنها فراش الثاني، والأصح على ما ذكره الروياني وغيره، وبه قطع الإمام أنه يعرض على القائف، ويكون لمن ألحقه به، بخلاف صورة الاستشهاد لأن العدة أمانة ظاهرة في البراءة عن الأول، وهنا بخلافه.

ومنها: أن يطأ زوجته في نكاح صحيح، ثم طلقها، فيطأها آخر بشبهة، أو في نكاح فاسد، بأن ينكحها في العدة جاهلاً بها.

ومنها: أن يطأها اثنان في نكاحين فاسدين، وأن يطأ الشريكان المشتركة، وأن يطأ أمته ويبيعها، فيطأها المشتري، ولا يستبرئ واحد منهما. فإذا وطئ اثنان في بعض هذه الصور في طهر، فولدته لما بين أربع سنين وستة أشهر من الوطأين، وادعيها جميعاً، عرض على القائف، فإن تخلل بين الوطأين حيضة، فهي أمانة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول، فينقطع تعلقه، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح

صحيح، والثاني واطناً بشبهة أو نكاح فاسد، فلا ينقطع تعلق الأول، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة. وإن كان الأول زوجاً في نكاح فاسد، ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة قولان، أظهرهما: الانقطاع، لأن المرأة لا تصير فراشاً في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء، وسواء كان المتنازعان والواطئان مسلمين وحريين، أو مختلفي الحال.

فصل: لو استلحق صبيّاً في يده، أولاً في يده، فبلغ وانتفى منه، هل يندفع نسبه؟ فيه وجهان سبقا في الإقرار واللقيط. فإن استلحق بالغاً فأنكر، فقد سبق أنه لا يلحقه، وإلحاق القائف والحالة هذه ليس بحجة. فلو سكت البالغ، فقد ذكر الغزالي أنه يلحقه القائف، وهذا لم أجده لغيره إذا لم يكن هناك إلا واحد عليه، لكن لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه، فسكت، عرض على القائف. فلو وافق أحدهما، لحقه، ولا يقبل قول القائف بخلافه. ولو ادعى اثنان صبيّاً مجهولاً ففيه تفصيل سبق في اللقيط.

فصل: ادعى نسب مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة، فإن قلنا: وطء الشبهة لا أثر له إذا كانت المرأة فراشاً لزوج، والولد ملحق بالزوج، لم تسمع دعواه. وإن قلنا: له أثر، لم يكف اتفاق الزوجين عليه، بل لا بد من البينة على الوطء لأن للولد حقاً في النسب، واتفاقهما ليس حجة عليه، فإذا قامت البينة، عرض على القائف، فإن كان المدعي نسبه بالغاً، واعترف بجريان وطء الشبهة، وجب أن يكفي. وإذا استلحق مجهولاً، وله زوجة، فأنكرت ولادته، فهل يلحقها باستلحاقها؟ وجهان: الصحيح: لا، لجواز كونه من وطء شبهة أو زوجة أخرى. ولو استلحق مجهولاً، وله زوجة، فأنكرت ولادته، واستلحقته امرأة لها زوج، فأنكره، فهل أمه الأولى أم الثانية، أم يعرض على القائف فيلحقه بإحداهما؟ فيه أوجه: ولو كانت الصورة بحالها، وأقام كل واحد بينة، فهل بينته أولى من بينتها أم يتعارضان، أم يعرض على القائف، فإن ألحقه بالرجل لحقه ولحق زوجته، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها؟ فيه أربعة أوجه حكاهما الصيدلاني عن ابن سريج.

فصل: إذا لم يجد قائفاً، أو تحيراً، وألحقه بهما، أو نفاه عنهما، وقفناه حتى يبلغ، فإذا بلغ أمر بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، فإن امتنع، حبس ليختار، وإذا اختار، كان اختياره كإلحاق القائف. وإن قال: لا أجد ميلاً إلى أحدهما، بقي الأمر موقوفاً، ولا عبرة باختياره قبل البلوغ. وقيل: يخير المميز، وقد سبق هذا في اللقيط. ولو ألحقه القائف بأحدهما، ثم رجع وألحقه بالآخر، أو ألحقه بآخر قائف آخر، لم يقبل قوله على الصحيح. وقيل: إذا ألحقه قائف بهذا، وآخر

بذاك، تعارضاً، وصار كأن لا قائف. وأنه إذا رجع القائف، فإن كان بعد الحكم بقوله، لم يلتفت إليه. وإن رجع قبله قبل رجوعه، لكن لا يقبل قوله في حق الآخر لسقوط الثقة بقوله ومعرفته.

فرع: إذا ألحقه بهما، قال القفال: يستدل بذلك على أنه لا يعرف الصنعة، فلا يعتد بقوله بعده حتى يمضي زمان يمكن التعلم فيه فيمتحن حينئذ ثم يعتمد.

فرع: إذا كانا توأمين، فألحق القائف أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر، فهو كما لو ألحق الواحد بهما.

فرع: إذا انتسب المولود إلى أحدهما، ثبت نسبه منه، ولا يقبل رجوعه، وإن انتسب إليهما، لغا، وأمر بالانتساب إلى أحدهما. ولو اختلف التوأمين في الانتساب، لم يعتبر قولهما، فإن رجع أحدهما إلى قول الآخر، قبل.

فصل: إذا وطئاً في طهر، فأنت بولد يمكن كونه منهما، فادعاه أحدهما، وسكت الآخر، أو أنكر، فقولان: أحدهما: يختص بالمدعي، كمال في يد اثنين ادعاه أحدهما دون الآخر، يجعل له. وأظهرهما: يعرض على القائف، لأن للولد حقاً في النسب، فلا يسقط بالإنكار، وإن أنكره معاً، عرض ولا تضییع لنسبه.

فرع: نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف، وفي مدة التوقف إلى الانتساب، تكون عليهما، فإذا ألحق بأحدهما، رجع الآخر عليه بما أنفق، وهل تجب النفقة في حال الاجتنان؟ يبنى على أن الحمل هل يعلم؟ إن قلنا: يعلم، فنعم، وإلا، فلا. فإذا أوجبنها، فكان أحدهما زوجاً طلق، والآخر وطئاً بشبهة، فإن قلنا: النفقة للحامل، فهي على المطلق، وإن قلنا: للحمل، فعليهما حتى يظهر الأمر. وإن أوصى للطفل في وقت التوقف، فليقبلها جميعاً.

فرع: إذا مات الولد قبل العرض، فإن تغير، فقد تعذر العرض، وإلا، فإن دفن، لم ينبش، وإلا، فوجهان: أحدهما: يعرض، لأن الشبه لا يزول بالموت. والثاني: لا، لأن القائف قد يبنى على الحركة والكلام ونحوهما مما يبطل بالموت. ولو مات أحد المتداعيين، عرض أبوه أو أخوه أو عمه مع الولد، ذكره البغوي.

فرع: من الرعاة من يلتقط السخال في الظلمة، ويضعها في وعاء، فإذا أصبح، ألقى كل سخلة إلى أمها، ولا يخطيء لمعرفته. فقال الإصطخري: يعمل بقول هذا الراعي إذا تنازعا سخلة، والصحيح: المنع، وإنما تثبت القيافة في الادمي لشرفه وحفظ نفسه.

فرع: لو ألحقه قائف بأحدهما بالأشباه الظاهرة، وآخر بالآخر بالأشباه

الخفية، كالخلق وتشاكل الأعضاء، فأيهما أولى؟ وجهان: أصحهما: الثاني، ولو ادعاه مسلم وذمي، وأقام أحدهما بينة، تبعه نسباً وديناً وإن ألحقه القائف بالذمي، تبعه نسباً لا ديناً، ولا يجعل حضانته للذمي. ولو ادعاه حر وعبد، وألحقه القائف بالعبد، ثبت النسب، وكان حراً، لاحتمال أنه ولد من حرة. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العتق (١)

تظاهرت النصوص والإجماع على أنه قربة، ويصح من كل مالك مطلق لا يصادف إعتاقه متعلق حق لازم لغيره، فلا يصح إعتاق غير مالك إلا بوكالة أو ولاية، ولا إعتاق صبي ومجنون ومحجور عليه بسفه. وفي المحجور لفلس والراهن والعبد الجاني خلاف سبق في التفليس، والرهن والبيع والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه من الثلث، ولا يصح إعتاق الموقوف عليه الموقوف، ويصح إعتاق الذمي والحربي. وإذا أسلم عتيق الكافر، فولأؤه ثابت عليه. ويصح العتق بالصريح والكناية أما الصريح، فالتحرير والإعتاق صريحان، فإذا قال له: أنت حر، أو محرر، أو أحررتك، أو أنت عتيق، أو معتق، أو أعتقتك، عتق. وإن لم ينو، ولا أثر للخطأ في التذكير والتأنيث، بأن يقول للعبد: أنت حرة، أو للأمة: أنت حر. وفك الرقبة صريح على الأصح. والكناية كقوله: لا ملك لي عليك، أو لا سبيل، أو لا سلطان، أو لا يد، أو لا أمر، أو لا خدمة، أو أزلت ملكي عنك، أو حرمتك، أو أنت سائبة، أو أنت لله. وصرائح الطلاق وكنائياته كلها كنايات في العتق. وقوله: أنت علي كظهر أمي كناية على الأصح، لاقتضائه التحريم، كقوله: حرمتك. ولو قال: وهبتك نفسك، ونوى العتق، عتق. فإن نوى التملك، فعلى ما سنده إن شاء الله تعالى في قوله: بعتك نفسك. ولو كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرة، فقال لها: يا حرة، فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم، عتقت، وإن قصد نداءها، لم تعتق على الأصح، وقيل: تعتق، لأنه صريح. ولو كان اسمها في الحال حرة، أو اسم العبد حر أو عتيق، فإن قصد النداء، لم يعتق. وكذا إن أطلق على الأصح. وفي فتاوى الغزالي: أنه لو اجتاز بالمكاس، فخاف أن يطالبه بالمكس عن عبده، فقال: إنه حر ليس بعبد، وقصد الإخبار، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خبره. ومقتضى هذا أنه لا يقبل ظاهراً وأنه لو قال: أفرغ من هذا العمل قبل العشاء، وأنت حر، وقال: أردت: حر من العمل، دين، ولا يقبل ظاهراً. وأنه لو زاحمته امرأة في

(١) العتق لغة: الحرية والخلوص، وشرعاً: هو تحرير الرقبة وتخليصها من الرق، وإزالة الملك عنها، وتشبيث الحرية لها.

طريق، فقال: تأخري يا حرة، فبانت أمته، لم تعتق. ولو قال لعبد: يا مولاي، فكناية، ولو قال له: يا سيدي، فقال القاضي حسين والغزالي: هو لغو. قال الإمام: الذي أراه أنه كناية.

فرع: قال لعبد غيره: أنت حر، فهذا إقرار بحريته، وهو باطل في الحال. فلو ملكه حكمنا بعتقه مؤاخذه له بإقراره. ولو قال لعبد الغير: قد أعتقتك، قال الغزالي: إن ذكره في معرض الإنشاء، فلغو، أو في معرض الإقرار، فيؤاخذ به إن ملكه. وقال القاضي حسين: هو إقرار، لأن «قد» يؤكد معنى المضي في الفعل الماضي. قال الإمام: ومقتضى كلامه أن قوله: أعتقتك بلا «قد» لا يكون إقرار وإن كانت الصيغة في الوضع للماضي، قال: وعندي لا فرق بينهما. والوجه أن يراجع ويحكم بموجب قوله، فإن لم يفسر، ترك، وينبغي أن لا فرق بين قوله: أنت حر، وقوله: أعتقتك.

فرع: يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على عوض، قال: ولو قال: جعلت عتقك إليك، أو حررتك، ونوى تفويض العتق إليه، فأعتق نفسه في الحال، عتق. ولو قال: أعتقتك على كذا، فقبل في الحال، أو قال العبد: اعتقني على كذا، فأجابه، عتق، وعليه ما التزم. ولو قال: أعتقتك على كذا إلى شهر، فقبل، عتق في الحال، والعوض مؤجل. ولو أعتقه على خمر أو خنزير، عتق، وعليه قيمته، وكذا لو قال: أعتقتك على أن تخدمني ولم يبين مدة، أو تخدمني أبداً. ولو قال: على أن تخدمني شهراً. أو تعمل لي كذا، وبينه، فقبل، عتق، وعليه ما التزم. ولو خدمه نصف شهر ومات، فللسيد نصف قيمته في تركته.

فروع: أكثرها عن ابن سريج رحمه الله. إذا قال: أول من دخل الدار من عبيدي، أو أي عبد من عبيدي دخل أولاً، فهو حر، فدخل اثنان معاً، ثم ثالث، لم يعتق واحد منهم. أما الثالث، فظاهر، والاثنان لا يوصف واحد منهما بأنه أول. ولو كان اللفظ والحالة هذه: أول من يدخل وحده، عتق الثالث. ولو دخل واحد لا غير، فهل يعتق؟ وجهان في تعليق الشيخ أبي حامد: أصحهما: نعم. ولو قال: آخر من يدخل الدار من عبيدي حر، فدخل بعضهم بعد بعض، لم يحكم بعتق واحد منهم إلى أن يموت السيد، فيبين الآخر. ولو قال لعبد: إن لم أحج العام فأنت حر، فمضى العام، واختلفا في أنه حج، فأقام العبد بينة أنه كان بالكوفة يوم النحر، عتق خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله. ولو قال لعبيده: إذا جاء الغد، فأحدكما حر، فجاء الغد، عتق أحدهما، وعليه التعيين. فلو باع أحدهما أو أعتقه، أو مات قبل مجيء الغد، وجاء الغد والآخر في ملكه، لم يتعين العتق، لأنه لا يملك حينئذ إعتاقهما، فلا يملك إعتاق أحدهما. ولو باعهما أو أحدهما، ثم اشترى من باع، وجاء الغد وهما

ملكه، فعلى الخلاف في عود الحنث. ولو باع نصف أحدهما، وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخر، فإليه التعيين، فإن عين من نصفه له، وقع النظر في السراية. ولو قال: إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر فباع أحدهما ثم جاء الغد والآخر في ملكه، عتق. وإن باع أحدهما ونصف الآخر، وجاء الغد، لم يعتق النصف الباقي، لأنه لم يبق كل واحد منهما في ملكه.

فصل: في خصائص العتق التي ينفرد بها عن الطلاق، وهي خمس: الخصيصة الأولى: السراية، فمن أعتق بعض مملوك، فإما أن يكون باقيه له أو لغيره.

الحالة الأولى: أن يكون له، فيعتق كله كما في الطلاق، سواء الموسر والمعسر. ولو أضاف إلى عضو معين، كيد، ورجل، عتق كله، كالطلاق. وفي كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع وجهان: أحدهما يحصل في الجزء المسمى، ثم يسري إلى الباقي. والثاني: يقع على الجميع دفعة ويكون إعتاق البعض عبارة عن إعتاق الكل. وإن أضافه إلى جزء معين، فوجهان مرتبان، وأولى بحصوله دفعة، وقد سبق هذا الخلاف بتفاريعه في الطلاق.

ولو أعتق أمته الحامل بمملوك له، عتق الحمل أيضاً، لا بالسراية، فإن السراية في الأشخاص، لا في الأشخاص، بل بطريق التبع كما يتبعها في البيع، إلا أن البيع يبطل باستثنائه، والعتق لا يبطل لقوته. ولهذا لو استثنى عضواً في البيع، بطل، بخلاف العتق. ولو أعتق الحمل، عتق، ولم يعتق الأم على الصحيح، لأنها لا تتبعه. وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: تعتق بعته. ولو كانت الأم لواحد، والحمل لآخر، لم يعتق واحد منهما بعتق الآخر. ولو قال لأمته: إذا ولدت فولدك حر، أو كل ولد تلدينه حر، فقد ذكرنا في الطلاق أنها إن كانت حاملاً عند التعليق، عتق الولد، وإن كانت حائلاً، عتق أيضاً على الأصح، لأنه وإن لم يملك الولد حينئذ، فقد ملك الأصل المفيد لملك الولد. ولو قال لأمته الحامل: إن كان أول من تلدينه ذكراً فهو حر، وإن كانت أنثى فأنت حرة، فولدت ذكراً وأنثى، فإن ولدت الذكر أولاً، عتق، ورقت الأم والأنثى، وإن ولدت الأنثى أولاً، عتقت الأم والذكر أيضاً، لكونه في بطن عتيقه، وترق الأنثى، لأن عتق الأم طراً بعد مفارقتها.

وإن ولدتهما معاً، فلا عتق، إذ لا أول فيهما. ولو لم يعلم هل ولدتهما معاً أو مرتباً، فلا عتق، للشك. وإن علم سبق أحدهما، وأشكل، فالذكر حر بكل حال، والأنثى رقيقة بكل حال، والأم مشكوك فيها، فيؤمر السيد بالبيان، فإن مات قبل البيان، فالأصح أنها رقيقة، عملاً بالأصل. وقال ابن الحداد: يقرع عليها بسهم رق

وسهم عتق، قال الشيخ أبو علي: ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب، لأننا شككنا في عتقها، والقرعة لا يثبت مشكوكاً فيه، وإنما يستعمل في تعيين ما تيقنا أصله. قال الشيخ أبو علي: هذا كله إذا ولدت في صحة السيد، فلو ولدت في مرض موته، نظر، إن كان الثلث يفي بالجميع، لم يختلف الجواب، وإن لم يف بأن لم يكن له إلا هذه الأمة وما ولدت، أقرع بين الأم والغلام، فإن خرجت على الغلام، عتق وحده إن خرج من الثلث، وإن خرجت على الأم، قومت حاملاً بالغلام يوم ولدت الجارية إن ولدتها أولاً، ويعتق منها ومن الغلام قدر الثلث، فإن كانت قيمة الجارية مئة وقيمة الأم حاملاً بالغلام مائتين، فيعتق نصفها ونصف الغلام وهو مئة، ويبقى للورثة النصفان، وهو مئة، والجارية وهي مئة أخرى.

الحالة الثانية: أن يكون الباقي لغيره، فيعتق نصيبه، فإن كان موسراً بقيمة باقية، لزمه قيمته للشريك، وعتق الباقي عليه وولاء جميع العبد له، وإن كان معسراً بقي الباقي على ملك الشريك وإنما يثبت التقويم بأربعة شروط. أحدها: كون المعتق موسراً وليس معناه أن يعد غنياً، بل إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه، قوم عليه، وإن لم يملك غيره، ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع في الدين، فيباع مسكنه وخادمه، وكل ما فضل عن قوت يوم، وقوت من تلزمه نفقته، ودست ثوب يلبسه، وسكنى يوم، والاعتبار في اليسار بحالة الإعتاق، فإن كان معسراً، ثم أيسر، فلا تقويم.

ولو ملك قيمة الباقي، لكن عليه دين بقدره، قوم عليه على الأظهر، واختاره الأكثرون، لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه. ولهذا لو اشترى به عبداً وأعتقه، نفذ. والثاني: لا يقوم، لأنه غير موسر، بل لو أبرىء عن الدين، لم يقوم عليه أيضاً، كالمعسر يوسر، فعلى الأول يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه، فذاك، وإلا اقتصر على حصته، ويعتق جميع العبد إن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق، ضارب الشريك بقيمة باقية، إلى أن يعتق الجميع. ولو كان بين رجلين عبد قيمته عشرون، فقال رجل لأحدهما: أعتق نصيبك منه عني على هذه العشرة، وهو لا يملك غيرها، فأجابه، عتق نصيبه عن المستدعي، ولا سراية، لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى، وإن قال: علي عشرة في ذمتي، فإن قلنا: الدين يمنع التقويم، لم يقوم، وإن قلنا: لا يمنع، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، عتق جميع العبد، ويقسم العشرة بين الشريكين بالسوية، وتبقى لكل واحد خمسة في ذمته، وإن قلنا: لا يحصل بنفس الإعتاق، عتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة، وهو ربع العبد، ويبقى الباقي على الرق، وللشريك المستدعي منه خمسة في ذمته.

ولو ملك نصفين من عبيدين متساويي القيمة، فأعتق نصيبه منهما وهو موسر بنصف قيمة أحدهما، نظر إن أعتقهما معاً، عتق نصيبه منهما، وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل منهما، فيعتق من كل منهما ثلاثة أرباعه، وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال. وقلنا: اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط، وإن أعتق مرتباً، سرى إلى جميع الأول. ثم إن قلنا: الدين يمنع السراية، فلا سراية في العبد الثاني، وإلا فيسري، وما في يده يصرف إلى الشريك، والباقي في ذمته. وإن كان الشقصان لشخصين، صرف إلى كل منهما نصفه. ولو ملك الشقصين، فأعتقهما معاً ولا مال له غيرهما، فلا سراية، لأنه معسر. وإن أعتقهما مرتباً، عتق كل الأول، لأن في نصيبه في العبد الآخر وفاء بباقي الذي أعتق شقصه، ثم إذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق في نصيبه، ولا سراية، لأنه معسر، وإنما نفذ إعتاقه نصيبه من الثاني، لأن حق الشريك لا يتعين فيه، بل هو في الذمة.

فرع: أعتق شريك نصيبه في مرض موته، نظر، إن خرج جميع العبد من ثلث ماله، قوم عليه نصيب شريكه، وعتق، وإن لم يخرج منه إلا نصيبه، عتق نصيبه، ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب شريكه، قوم عليه ذلك القدر، ويجيء فيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى في يسار المعتق ببعض نصيب الشريك. وبالجمله المريض في الثلث كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثلث معسر. واحتج القاضي أبو الطيب وغيره باعتبار الثلث على أن التقويم يكون بعد موت المريض، لأن الثلث يعتبر حالة الموت، حتى إذا لم يف الثلث بجميع العبد حال إعتاقه، ثم استفاد مالاً، ووفى عند الموت، قوم جميعه. وفي «التهذيب» أنه لو ملك نصفين من عبيدين متساويي القيمة، فأعتقهما في مرض الموت، نظر، إن خرجا من الثلث، عتقا، سواء أعتقهما معاً أو مرتباً، وعليه قيمة نصيب شريكه، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيباه، فإن أعتقهما معاً، عتق نصيباه، ولا سراية، وإن أعتقهما مرتباً، عتق كل الأول، ولم يعتق من الثاني شيء، لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول، وصار نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه، وإن خرج من الثلث نصيباه، ونصيب أحد الشريكين، فإن أعتقهما مرتباً، عتق جميع الأول، ولا يعتق من الثاني إلا نصيبه، وإن أعتقهما معاً فوجهان: أحدهما وبه قال ابن الحداد: يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه: نصيباه، ونصف نصيب الشريك من كل واحد منهما. والثاني: يقرع، فمن خرجت قرعته، عتق كله، ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه، لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى التشقيص مع إمكان التكميل. وإن لم يخرج من الثلث إلا أحد نصيبه، فإن أعتقهما معاً، فوجهان: أحدهما: يعتق من كل واحد نصف نصيبه، وهو ربع كل

عبد، وأصحهما: يقرع، فمن خرجت قرعته، عتق منه جميع نصيبه، ولا يعتق من الآخر شيء. ولو أعتق النصيبين ولا مال له غيرهما، قال الشيخ أبو علي: إن أعتقهما مرتباً، عتق ثلثا نصيبه من الأول، وهو ثلث جميع ماله، وهو ثلث ذلك العبد، ويبقى للورثة سدس ذلك العبد، ونصف العبد الآخر. وإن أعتقهما معاً ومات، أقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، عتق منه ثلثا نصيبه، وهو ثلث ماله.

فرع: لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته، فلا سراية وإن خرج كله من الثلث، لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث، ويبقى الميت معسراً، بل لو كان كل العبد له فأوصى بإعتاق بعضه، فأعتق، لم يسر. وكذا لو دبر أحدهما نصيبه، فقال: إذا مت، فنصبي منك حر، وإن قال في الوصية: أعتقوا نصيبي، وكملوا العتق كملناه، إن خرج من الثلث، وإن لم يخرج كله، نفذت الوصية في القدر الذي يخرج.

وهنا فائدتان:

إحداهما: قال القاضي أبو الطيب: عندي أنه إذا أوصى بالتكميل، لا يكمل إلا باختيار الشريك، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً لا يصير مستحقاً باختيار المعتقد. ألا ترى أن المعتقد لو كان معسراً، ثم أيسر، أو قال: قوموه علي حتى استقرض، لا يجبر الشريك، والجمهور أطلقوا، ووجهه الروياني بأنه متمكن من التصرف في الثلث. وإذا أوصى بالتكميل، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث، فكان موسراً به.

الثانية: ذكر الإمام والغزالي أن لصورة الوصية بالتكميل أن يقول: اشتروا نصيب الشريك، فأعتقوه، فأما إذا قال: أعتقوه إعتاقاً سارياً، فلا خير في هذه الوصية، لأنه لا سراية بعد الموت، وإن أعتقنا نصيبه، فالذي أتى به وصية بمحال. ولو ملك نصفي عبيدين، فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته، أعتق عنه النصيبان، ولا سراية. ولو قال مع ذلك: وكملوا عتقهما، فإن خرجا من الثلث، كمل عتقهما، وإن خرج الباقي من أحدهما، فطريقان حكاهما البغوي: أحدهما: فيه الوجهان فيمن أعتق في مرض الموت النصيبين، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباه مع الباقي من أحدهما، ففي وجهه: يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه، وفي آخر: يقرع، فمن خرجت قرعته، أعتق كله، وأعتق من الآخر نصيبه لا غير. الثاني: القطع بالقرعة، لأنه قصد التكميل هنا حيث أوصى به، فيراعى مقصوده بقدر الإمكان.

فرع: لو كان الشريك موسراً ببعض قيمة النصيب، فوجهان: الأصح المنصوص في «الأم»: أنه يسري إلى القدر الذي هو موسر به. والثاني: لا يسري،

لأنه لا يفيد الاستقلال في ثبوت أحكام الأحرار. ولو كان بين ثلاثة عبد، فأعتق اثنان نصيبهما، وأحدهما موسر، قوم نصيب الثالث عليه بلا خلاف.

الشرط الثاني: أن يحصل عتق نصيبه باختياره، فلو ملك بعض من يعتق عليه بالقرابة، نظر، إن ملكه لا باختياره بأن ورثه، لم يسر، وإن ملكه باختيار، فإن كان بطريق يقصد به اجتلاب الملك كالشراء، وقبول الهدية والوصية، سرى، وإن كان بطريق لا يقصد به التملك غالباً، لكنه يتضمنه، فإن كانت عبداً، فاشترى شقصاً ممن يعتق على سيده، ثم عجزه سيده فصار الشقص له، وعتق، لم يسر على الأصح، وبه قال ابن الحداد. وإن عجز المكاتب نفسه، لم يسر، لعدم اختيار سيده. ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه، بأن باع ابن أخيه بثوب ومات، ووارثه أخوه، فوجد بالثوب عيباً، فرده، واسترد الشقص، وعتق عليه، ففي السراية وجهان لأنه تسبب في تملكه، لكن مقصوده رد الثوب.

قلت: الأصح هنا السراية. والله أعلم.

ولو وجد مشتري الشقص به عيباً، فرده، فلا سراية، كالإرث. ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض جارية، له منها ابن، أو أوصى له ببعض ابن أخيه، ومات زيد قبل قبول الوصية، فقبلها ابنه أو أخوه، عتق عليه الشقص، ولا سراية على الأصح، لأن بقبوله يدخل الشقص في ملك الوارث، ثم ينتقل إليه بالإرث. فلو أوصى له بشقص ممن يعتق عليه، ولا يعتق على وارثه، بأن أوصى له بشقص من أمة، ووارثه أخوه من أبيه، فمات وقبل الوصية أخوه، عتق ذلك الشقص على الميت، ويسري إن كان له تركة يفي ثلثها بقيمة الباقي، لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة. قال الإمام: هكذا ذكره الأصحاب، وفيه وقفة، لأن القبول حصل بغير اختياره. ولو باع عبداً لابنه ولأجنبي، صفقة واحدة، عتق نصيب الابن، وقوم عليه نصيب الشريك.

الشرط الثالث: أن لا يتعلق بمحل السراية حق لازم، فلو أعتق نصيبه، ونصيب شريكه مرهون، سرى على الأصح، لأن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك، وتنتقل الوثيقة إلى القيمة. ولو كاتباً عبداً، ثم أعتقه أحدهما، فالصحيح أو المشهور أنه يسري، وهل يقوم في الحال أم بعد العجز عن أداء نصيب الشريك؟ فيه خلاف نذكر تفاريعه إن شاء الله تعالى في الكتابة. ولو كان نصيب شريكه مدبراً، قوم أيضاً على الأظهر، لأن المدبر كالقن في البيع. فإن قلنا: لا يسري، فرجع عن التدبير، قال الأكثرون: لا يسري، كما لو أعتق وهو معسر، ثم أيسر. وقيل: يسري، لزوال المانع، فعلى هذا هل يحكم بالسراية عند ارتفاع التدبير، أم يتبين استنادها إلى وقت

الإعتاق؟ وجهان: ولو كان نصيب الشريك مستولداً، بأن استولدها وهو معسر، لم يسر على الأصح، لأن السراية تتضمن النقل، وأم الولد لا يقبل النقل، وقيل: يسري، لأن السراية كالإتلاف، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة ولو استولدها أحدهما وهو معسر، ثم استولدها الثاني، ثم أعتقها أحدهما، ففي السراية الوجهان.

الشرط الرابع: أن يوجه الإعتاق إلى ما يملكه ليعتق نصيبه، ثم يسري، وذلك بأن يقول: أعتقت نصيبي من هذا العبد، أو النصف الذي أملكه، فلو قال: أعتقت نصيب شريكي، أو نصيب شريكي من هذا العبد حر، فهو لغو، ولو أطلق فقال لعبد يملك نصفه: أعتقت نصفك، فهل يحمل على النصف الذي يملكه، أم على النصف شائعاً؟ وجهان: وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً قال الإمام: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق أو إعتاق. ولو باع نصف عبد يملك نصفه، فإن قال: بعت النصف الذي أملكه من هذا العبد، أو نصيبي منه وهما يعلمانه، صح. وإن أطلق وقال: بعت نصفه، فهل يحمل على ما يملكه، أم على النصف شائعاً؟ وجهان: فعلى الثاني يبطل في نصيب الشريك. وفي صحته في نصف نصيبه قولاً تفريق الصفقة. ولو أقر بنصفه المشترك، ففيه هذان الوجهان. وقال أبو حنيفة: يحمل في البيع على ما يملكه، لأن الظاهر أنه لا يبيع ما لا يملكه. وفي الإقرار على الإشاعة أنه إخبار، واستحسن الإمام والغزالي هذا، وصحح البغوي الإشاعة فيهما.

قلت: الراجح قول أبي حنيفة. والله أعلم.

فرع: قال كل واحد منهما: إن دخلت دار زيد فأنت حر، أو فنصبي منك حر، فدخلها، عتق على كل واحد نصيبه، ولا يقوم، لأن العتق حصل دفعة، وكذا لو قال أحدهما: إن كلمت زيدا فنصبي منك حر، وقال الآخر: إن شتمته، فنصبي منك حر فشتمه. وكذا لو وكلا رجلاً في عتقه فأعتق كله دفعة، ولا أثر لوقوع التعليقين أو التوكيلين في وقتين، وإنما العبرة بوقت الوقوع، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة، ثم قال بعده: إن دخلتها فأنت طالق طلتين، فدخلت، طلقت ثلاثاً، كقوله: أنت طالق ثلاثاً. ولو قال أحدهما: أنت حر قبل موتي بشهر، ونجز الآخر عتقه بعد تعليق الأول بيوم مثلاً، فله أحوال، أحدهما: أن يموت المعلق لدون شهر من التعليق، فيعتق العبد كله على المنجز إن كان موسراً، لأنه لا يمكن والحالة هذه أن يعتق بالتعليق لثلاً يتقدم العتق على التعليق، وكذا الحكم لو مات بعد مضي شهر من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة، وما لم يمض شهر من تمام التعليق، لا يمكن أن يعتق بالتعليق.

الثانية: أن يموت لأكثر من شهر بأيام، فيعتق جميعه على الثاني أيضاً، لأن العتق بالتعليق إنما يتقدم على الموت بشهر واعتاق المنجز متقدم على الشهر المتقدم على الموت، فيؤخذ قيمة نصيب المعلق من المنجز لورثة المعلق. هذا إن قلنا السراية تحصل بنفس الإعتاق، أو قلنا بالتبيين، وإن قلنا: تحصل بدفع القيمة، فإذا سبق وقت العتق بالتعليق، كان في نفوذ العتق عن المعلق خلاف، كما سنذكره في تفريع أقوال السراية إن شاء الله تعالى.

الثالثة: إذا مات على رأس شهر من تمام صيغة التعليق، عتق جميع العبد على المعلق.

الرابعة: إذا مات على تمام شهرين من تمام كلام المنجز، عتق على كل واحد نصيبه، ولا تقويم، لوقوع العتقين معاً.

فرع: متى تثبت السراية إذا حكمنا بها؟ ثلاثة أقوال، أظهرها: بنفس إعتاق الشريك، والثاني: بأداء قيمة نصيب الشريك. والثالث: موقوف، فإن رأى القيمة، تبينا حصول العتق باللفظ، وإن فات، تبينا أنه لم يعتق. ويتفرع على الأقوال مسائل:

إحداها: إذا أولد أمة له نصفها، فإن كان موسراً، سرى الاستيلاد، وهل يسري بنفس العلوق أم بأداء القيمة، أم يتبين كأدائها السراية بنفس العلوق؟ فيه الأقوال كالعتق. وعلى الأقوال تلزم المستولد نصف المهر لشريكه مع نصف قيمة الأمة، ثم إن قلنا: يحصل الملك بأداء القيمة، وجب مع ذلك نصف قيمة الولد. وإن قلنا: يحصل بالعلوق، أو قلنا بالتبين، فهل يثبت بعد العتق أو قبله؟ وجهان: إن قلنا: بعده، وجب أيضاً نصف قيمة الولد، وإن قلنا: قبله، فلا، وبه أجاب البغوي. ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة، فإن أثبتنا السراية بنفس العلوق، فعلى الثاني كمال المهر للأول، وللثاني على الأول نصفه، فيقع المهر قصاصاً. وإن قلنا: يحصل بأداء القيمة، لزمه نصف المهر، وله على الأول نصفه، فيتقاصان. وإن كان الذي أولد معسراً، ثبت الاستيلاد في نصفه، ونصف الآخر يبقى قناً. وهل يكون الولد كله حراً، أم تبعض حريته؟ وجهان أو قولان سبقا في الغنائم.

الثانية: عبد بين ثلاثة، لواحد نصفه، وللآخر ثلثه، وللآخر سدسه، فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر، يسري العتق إلى نصيب الشريكين، وإن كان موسراً بيع بعض قيمة الباقي وقلنا بالصحيح، قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما، فإذا كان موسراً بثلث الباقي، قوم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما. ولو أعتق اثنان منهم نصيبهما معاً، أو علقا بشرط واحد، أو وكلا من أعتق عنهما دفعة، فإن كان أحدهما فقط موسراً، قوم عليه نصيب الثالث. وإن كانا موسرين، قوم نصيب الثالث

عليهما، وكيف يقوم؟ فيه طريقان: أحدهما على قولين: أحدهما: القيمة عليهما بالسوية، والثاني على قدر الملكين، كنظيره من الشفعة والطريق الثاني: القطع بأنها على عدد الرؤوس، لأن الأخذ بالشفعة من مرافق الملك كالثمرة، وهنا سبيله سبيل ضمان المتلف، فيستوي القليل والكثير، كما لو مات من جراحتيهما المختلفة، وهذا الطريق هو المذهب باتفاق فرق الأصحاب، إلا الإمام، فرجح طريق القولين.

الثالثة: إن قلنا: تحصل السراية باللفظ أو قلنا بالتبين، اعتبرت قيمة يوم الإعتاق، وإن قلنا: بالأداء، فهل يعتبر يوم الإعتاق أم الأداء، أم أكثر القيم من يوم الإعتاق إلى الأداء؟ فيه أوجه: الصحيح عند الجمهور: الأول، ورجح الإمام والغزالي الثاني، فإن اختلفا في قيمة العبد، فإن كان حاضراً والعهد قريب، راجعنا المقومين، وإن مات العبد، أو غاب، أو تقادم العهد، فأيهما يصدق بيمينه؟ قولان. أظهرهما: المعتقد، لأنه غارم كالغاصب، ولو اختلفا في صنعة للعبد تزيد في قيمته، واتفقنا على قيمته لو لم تكن تلك الصنعة، فإن كان العبد حاضراً وهو يحسن الصنعة، ولم يمض بعد الإعتاق زمن يمكن تعلمه فيه، صدق الشريك، وإن مضى زمن يمكن التعلم فيه، أو مات العبد، أو غاب، فالمذهب أن المصدق المعتقد. وقيل: فيه القولان، ولا يقبل قول العبد: إني أحسنها، أو لا أحسنها، بل يجرب. ولو اختلفا في عيب ينقص القيمة، نظر إن ادعى المعتقد عيباً في أصل الخلقة، بأن قال: كان أكمه أو أخرس، وقال الشريك: بل بصيراً ناطقاً، وقد غاب العبد أو مات، صدق المعتقد بيمينه على المذهب. وقيل: في المصدق قولان، قال البغوي: الطريقان فيما إذا ادعى النقص في الأعضاء الظاهرة، أما إذا ادعاه في الباطنة، فقولان كالصورة الآتية، لتمكن الشريك من البيئة على سلامة الظاهرة. وإن ادعى حدوث عيب بعد السلامة، بأن زعم ذهاب بصره أو سرقته، فالأظهر أن المصدق الشريك، لأن الأصل عدمه، وخص بعضهم القولين فيما يشاهد ويطلع عليه، وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لعسر إثباته بيينة.

الرابعة: لو مات المعتقد قبل أداء القيمة، أخذت من تركته. ولو أعسر بعد الإعتاق ومات معسراً، فإن أثبتنا الإعتاق بنفس اللفظ، فالقيمة في ذمته وإن قلنا بالقولين الآخرين، لم يعتق حصة الشريك. ولو مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا: السراية تحصل باللفظ، مات حراً موروثاً، وأخذت من المعتقد قيمة حصة الشريك، وإن قلنا بالتبين، لزمته القيمة، فإذا أداها تبينا العتق، وإن قلنا: يحصل بالأداء، سقطت القيمة على الأصح، لأن الميت لا يعتق. والثاني: تجب، لأنه مال استحق في الحياة، فلا يسقط بالموت. قال الإمام: وعلى هذا يجب على المعتقد قيمة نصيب

شريكة، ثم تبين أن العتق حصل قبل موته. وفي «التهذيب» تفريعاً على تأخر السراية أنه يموت نصفه رقيقاً، ثم ذكر الوجهين في مطالبة الشريك له بقيمة نصيبه، وهذا ضعيف.

الخامسة: لو أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة، لم ينفذ إن قلنا بالسراية في الحال، وإن قلنا بأداء القيمة، فكذلك على الأصح عند الجمهور، لئلا يفوت حقاً ثبت للأول، ونفذه ابن خيران والإصطخري وابن أبي هريرة، فعلى هذا في نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان: الصحيح: المنع، فإن نفذنا البيع، فهل للأول أن ينقض البيع، ويبدل القيمة كالشفيع؟ فيه احتمال للإمام.

السادسة: للشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الأقوال كلها، أما على غير التأخير، فظاهر وأما على التأخير، فلأنه محجور عليه في التصرف فيه، والحيلولة من أسباب الضمان. قال الإمام: ويلزم على تنفيذ البيع ونحوه أن لا يملك مطالبة، وهو ضعيف. وإذا دفع المعتق القيمة، أجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها، وإذا لم ندفع، ولم يطالبه الشريك، فللعبد طلب الدفع من هذا، والقبض من ذاك، فإن امتنع، طالبهما الحاكم، لأن العتق حق لله تعالى. ولو كان الشريك غائباً، دفع القيمة إلى وكيله، فإن لم يكن، جعله القاضي عند أمين، وله أن يقرها في يد المعتق إن كان ثقة.

السابعة: إذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هرب، فقال الشيخ أبو علي والصيدلاني والرويانى: يبقى نصيب الشريك رقيقاً، ويرتفع الحجر عنه، إذا لا وجه لتعطيل ملكه عليه بلا بدل، وفيه احتمال للإمام أنه يثبت العتق، وجعله الغزالي وجهاً، فقال: الصحيح أن إعسار المعتق يدفع الحجر ولو عاد اليسار، قال الشيخ أبو علي: لا يعود التقويم، لأن حق العتق ارتفع بتخلل الإعسار، وفيه احتمال للإمام.

الثامنة: إذا قلنا: لا سراية قبل أداء القيمة، فوطئها الشريك قبل الأداء، وجب نصف المهر لنصفها الحر. قال الإمام: وليصور في وطء محرم أو في مكرهة وفي النصف الآخر وجهان: أحدهما: لا يجب لأنه ملكه، والثاني: يجب ويصرف إلى المعتق، لأنه مستحق الانقلاب إليه. قال الإمام: ويجوز أن يكون للجارية، وإن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، وجب لها جميع المهر، ولا حد للاختلاف في ملكه.

التاسعة: قال لشريكه: إذا أعتقت نصيبك، فنصبي حر، أو فجميع العبد حر، أو فنصبي حر بعد عتق نصيبك، فإذا أعتق المقول له نصيبه، نظر، إن كان معسراً، عتق على كل واحد نصيبه، وإن كان موسراً، عتق عليه نصيبه. ثم إن قلنا: السراية

تحصل بنفس الإعتاق، سرى عليه، ولزمه قيمة نصيب شريكه، لأن السراية قهرية تابعة لعق نصيبه، لا مدفع لها، وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه. وإن قلنا بالتبين، فكذلك الحكم إذا أدت القيمة، وإن قلنا بالأداء، فنصيب المعلق عمن يعتق فيه وجهان: ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر مع عتق نصيبك، أو في حال عتق نصيبك، وقلنا: السراية بنفس الإعتاق، فوجهان: أحدهما: يعتق نصيب كل واحد عنه، ولا شيء على المعتق، وبهذا قال ابن القاص، وصاحب «التقريب»، واختاره القاضي أبو الطيب، وحكاه الروياني عن عامة الأصحاب، والثاني وبه قال القفال، واختاره الشيخ أبو علي: يعتق جميعه عن المقول له، ولا أثر لقوله: مع نصيبك، لأن المعلق لا يقارن المعلق عليه، بل يتأخر عنه بلا شك. ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر قبل عتق نصيبك، فأعتق المقول له نصيبه، نظر، إن كانا معسرين أو المعلق معسراً، عتق نصيب المنجز، وعتق على المعلق نصيبه قبل ذلك لموجب التعليق، ولا سراية، وإن كان المعلق موسراً، وقلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فوجهان: من صحح الدور اللفظي، كابن الحداد يقول: لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه، لأنه لو نفذ، لعق نصيب القائل قبله، ولو عتق لسرى، ولو سرى لبطل عتقه، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه. وعلى هذا لو قال السيد لعبده: مهما أعتقت فأنت حر قبله، لم يتمكن من اعتاقه كما سبق نظيره في الطلاق، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين، امتنع الإعتاق عليهما. ولو قال أحدهما للآخر: متى بعث نصيبك، فنصبي حر قبله، لم ينفذ البيع، والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هنا لتضمنه الحجر على العين، ومن لا يصحح الدور - وهو الأصح - يقول: يعتق نصيب كل واحد منهما عنه، ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال: مع نصيبك. وإن قلنا: يحصل العتق بأداء القيمة، فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة، عتق نصيب المنجز عليه، ونصيب المعلق على المعلق. وإن لم نفذه قال الإمام: تدور المسألة أيضاً، وعلى هذه الصور جميعاً لو أعتق المعلق نصيبه، عتق وتثبت السراية إذا وجد شرطها.

العاشرة: إذا قال الشريك الموسر: أعتقت نصيبك، فعليك قيمة نصيبي، فأنكر، فإن كان للمدعي بينة قضي بها، ومتى يعتق حصة المدعي؟ فيه الأقوال: وإن لم يكن بينة، صدق المنكر بيمينه، فإن حلف، رق نصيبه، وإن نكل، حلف المدعي اليمين المردودة، واستحق القيمة، والصحيح أنه لا يحكم بعتق نصيب المدعي عليه، لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده، وإنما هذا وظيفة العبد، لكن لو شهد آخر مع هذا المدعي، ثبت العتق

بشهادة الحسبة. قال الإمام: وأبعد بعض من لا خبرة له، فحكم بالعتق تبعاً لدعوى القيمة، وهل يحكم بعتق نصيب المدعي إذا حلف المدعى عليه، أو نكل وحلف المدعي؟ إن قلنا بتعجيل السراية، فنعم، لاعترافه بسراية إعتاق المدعى إليه إلى نصيبه، وإن قلنا بالتأخر، لم يعتق. وإذا عتق نصيبه، لم يسر إلى نصيب المنكر، وإن كان المدعي موسراً، لأنه لم ينشئ العتق، فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته، وأنكر المدعى عليه، يعتق نصيب المدعي ولا يسري. وإن قلنا: لا يعتق إلا بعد أداء القيمة، لم يعتق نصيب المدعي. ولو صدق المدعى عليه الشريك، فلا إشكال، وإن كان المدعى عليه معسراً، وأنكر، وحلف، لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى المدعي نصيبه بعد ذلك، عتق ما اشتراه، لاعترافه بحريته، ولا يسري إلى الباقي. ولو ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك، وطالب بالقيمة، وأنكر، صدق كل واحد بيمينه فيما أنكره، فإذا حلفا، فلا يطالب بالقيمة، ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجيل السراية، والولاء موقوف، لأنه لا يدعيه أحد.

وإن قلنا بتأخر السراية أو بالتبين، فالعبد رقيق، وإن كانا معسرين، وقال كل واحد للآخر: أعتقت نصيبك، لم يعتق منه شيء، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعتق ما اشتراه، ولا يسري، لأنه لم ينشئ إعتاقاً. وذكر البغوي أنه لو باع أحدهما لعمره، والآخر لزيد، صح، ولا عتق. ولو باعاً لزيد، حكم بعتق نصفه، لأنه متيقن، وهذا ليس بصحيح ولا يقين في واحد من النصفين، لجواز كونهما كاذبين. وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، عتق نصيب المعسر على قول تعجيل السراية، وولاءه موقوف، ولا يعتق نصيب الموسر، فإن اشتراه المعسر، عتق كله. ولو طار طائر، فقال أحدهما: إن كان غراباً، فنصيبي من هذا العبد حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً، فنصيبي حر، ولم يبين الحال، فإن كانا معسرين، فلا عتق، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعتق أحد النصفين. ولو باعاه لثالث، حكم بعتق أحد النصفين أيضاً، ولا رجوع على واحد منهما، لأن كل واحد يزعم أن نصيبه مملوك، هذا هو الأصح، وبه قال القفال، وقطع به الغزالي، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه إن اشتراه عالماً بالتعليقين، فلا رجوع له، وإن لم يعلم، ثم علم، فله الرد، كما لو اشترى عبداً، فبان أن نصفه حر، فعلى هذا يرد العبد، لأن نصفه حر، والنصف الآخر معيب بسبب التشقيص.

قال الشيخ أبو علي: ولو اختلف النصيبان، لم يعتق إلا أقلهما. ولو تبادلا النصيبين، فإن لم يحث واحد منهما صاحبه، بل اعترفا بالإشكال، لم يحكم على

واحد منهما بعثت شيء، والحكم بعد المبادلة كالحكم قبلها. وإن حث كل واحد الآخر، حكم بعثت الجميع، لاعتراف كل واحد بعثت ما صار إليه، ويكون الولاء موقوفاً. وإن حث أحدهما صاحبه. ولم يحثه الآخر، حكم بعثت ما صار للمحث، وولاءه موقوف، ولا يحكم بعثت نصيب الآخر. وإن كانا موسرين، فإن قلنا بتعجيل السراية، عتق العبد، لأننا نتحقق حث أحدهما، وإن لم نتمكن من التعيين، فيعتق نصيبه، ويسري إلى الثاني، والولاء موقوف، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر، ويحلفه على البت أنه لم يحث. وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة، لم يحكم بعثت شيء منه، والحكم كما في المعسرين، قال الشيخ أبو علي: فإن ادعى كل واحد على صاحبه أنه عتق نصيبه، وأراد طلب القيمة، حلفه، كما ذكرنا على قول تعجيل السراية. وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فإن قلنا بتعجيل السراية، عتق نصيب المعسر بكل حال، ولا يعتق نصيب الموسر للشك فيه. وإن أخرناها إلى أداء القيمة، لم يحكم بعثت شيء في الحال، وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر ويحلفه.

فرع: قال أحدهما: أعتقناه معاً، وأنكر الآخر، فإن كانا موسرين، أو كان القائل موسراً، فقد أطلق ابن الحداد أنه يحلف المنكر، وتابعه جماعة. قال الشيخ: إنما يحلف عندي إذا قال للمقر: أنت أعتقت نصيبك وأنا لم أعتق وأراد طلب القيمة فيحلفه أنه لم يعتق معه ليأخذ القيمة، لأن المقر أقر بما يوجب القيمة، وادعى ما يسقطها، وهو الموافق في الإعتاق، فيدفع يمينه المسقط، فأما إذا قال: لم تعتق نصيبك، ولا أنا أعتقته، فلا مطالبة بالقيمة، ولا يمين. وهل يحكم بإعتاق جميع العبد بإقرار الموسر؟ إن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق، فنعم، وإن أخرناها، لم يعتق نصيب المنكر، وإذا حلف المنكر في التصوير الأول أخذ القيمة من المقر، وحكم بعثت جميع العبد، وولاء نصيب المنكر موقوف. فلو مات العتيق، ولا وارث له سوى المقر أخذ نصف ماله بالولاء. وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنه إن صدق، فالمنكر ظالم له، وهذا ماله بالولاء، وإن كذب، فهو مقر بإعتاق جميعه، فجميع المال له بالولاء، والثاني لاختلاف الجهة.

قلت: الأول أصح. والله أعلم.

وإن رجع المنكر عن إنكاره، وصدق المقر، رد ما أخذ منه. وإن رجع المقر، واعترف بأنه أعتقه كله، قبل، وكان جميع الولاء له، كما لو نفى نسباً يلحقه ثم استلحقه.

فرع: عبد بين ثلاثة، شهد اثنان منهم أن الثالث أعتق نصيبه، فإن كان الثالث معسراً، قبلت شهادتهما، وحكم بعتق نصيب الثالث، ورق الباقي. وإن كان موسراً، فلا أصح وبه قال ابن الحداد إن شهادتهما باطلة، لأنهما متهمان بإثبات القيمة، فلا يعتق نصيبه، ولا يلزمه لهما قيمة، ويعتق نصيبهما، لاعترافهما بالسراية إليه، وقيل: تقبل شهادتهما في عتق نصيبه دون القيمة، وهو ضعيف، والحكم بعتق نصيبهما مفرع على تعجيل السراية، فإن أخرناها، لم يعتق شيء من العبد، لكن لا ينفذ تصرفهما، لاعترافهما بأنه مستحق العتق على الثالث، هكذا حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب، وصححه، ويجوز أن يقال: قد سبق أن تعذر حصول القيمة بإعسار وغيره يرفع الحجر عن الشريك، والتعذر هنا حاصل.

الحادية عشرة: إذا قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فله حكم الأحرار في الإرث والشهادة والحد والجناية وإن لم يؤد القيمة، وإن أخرناها إلى أداء القيمة، فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي، وإن توقفنا في هذه الأحكام.

الثانية عشرة: لو أعتق شركاء له في حبل، وهو موسر، ولم يقوم عليه حتى ولدت، عتق معها ولدها، تفرعاً على السراية في الحال، فأما إذا أخرناها إلى الأداء فنص أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها، لأنه إنما يعتق بعتقها إذا كان حاملاً، فأما بعد الولادة فلا. قال القاضي أبو حامد: معناه أن نصيب الذي لم يعتق من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق. وقال ابن الصباغ: عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد، لا يعتق بدفع نصف قيمة الأم وعتقها، وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق وهو موسر، فوجب أن يسري.

قلت: هذا الذي قاله ابن الصباغ ضعيف. والله أعلم.

الثالثة عشرة: وكل شريكه في عتق نصيبه، فقال الوكيل للعبد: نصفك حر، فإن قال: أردت نصيبي، قوم عليه نصيب شريكه، وإن قال: أردت نصيب شريكي، قوم على الشريك نصيب الوكيل، وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان حكاهما في «الشامل».

قلت: لعل الأصح حملة على نصيب الوكيل. والله أعلم.

الرابعة عشرة: مريض له نصفاً عبيدين، قيمتهما سواء لا مال له غيرهما، فقال: أعتقت نصيبي من سالم وغانم، وقلنا: السراية تعجل، عتق ثلثا نصيبه من سالم، فقال الوكيل للعبد: نصفك حر، فإن قال: أردت نصيبي من سالم ومن غانم، وقلنا: السراية تعجل، عتق ثلثا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله، ولا يعتق من الآخر شيء. ولو قال: نصيبي من هذين حر، عتق ثلثا نصيبه من أحدهما، فيقرع، ويعتق، فمن

خرجت قرعته، عتق ثلثا نصيبه، وإن نصفاهما ثلث ماله فقال: أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم، عتق سالم بالمباشرة والسراية، ولم يعتق من غانم شيء. ولو قال: نصيبي منهما حر، عتق النصفان، ولا سراية.

الخامسة عشرة: أمة حامل من زوج اشتراها زوجها وابنها الحر معها وهما موسران، فالحكم كما ذكرنا لو أوصى مالهما بهما لهما وقبلا الوصية معاً، وقد ذكرناه في الوصايا، ومختصره أن الأمة تعتق على الابن، والحمل يعتق عليهما، ولا يقوم.

السادسة عشرة: شهد رجلان أن زيداً أعتق نصيبه من المشترك وهو موسر، وحكم القاضي بشهادتهما، ثم رجعا، فشهادتهما تثبت عتق نصيبه، ويوجب عليه قيمة نصيب شريكه، فيغرمان قيمة نصيبه قطعاً، لأن شهود العتق يغرمون بالرجوع. وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها؟ قولان، لأن في تغريم شهود المال قولين سبقا. هذا إذا صدق الشريك الشهود، وأخذ القيمة، وعتق جميع العبد، إما بنفس الإعتاق، وإما بدفع القيمة، فأما إذا كذبهم، وقال: لم يعتق زيد نصيبه، فإن عجلنا السراية، عتق الجميع، ولا يلزمه للشريك شيء، وإن أخرناها، قال الشيخ أبو علي: يجبر على أخذ القيمة ليكمل العتق، ثم يلزمه ردها إن أصر على تكذيب الشهود، كما لو جاء المكاتب بالنجم الأخير، فقال السيد: هذا حرام غصيته من فلان، يجبر على أخذه، ثم يرده على من أقر له. ولو شهد اثنان على شريك أنه أعتق نصيبه، وأخران على الشريك الآخر أنه أعتق نصيبه، وهما موسران، فإن أرخت البيئتان، عتق كله على الأول، إن عجلنا السراية، وعليه قيمة نصيب الآخر، وإن أخرناها إلى أداء القيمة، فعلى الخلاف السابق في أن إعتاق الثاني قبل أداء القيمة، هل ينفذ؟ إن قلنا: لا وهو الأصح، أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق، وإن لم يؤرخا، عتق العبد كله، ولا تقويم. فلو رجع الشاهدان على أحدهما، لم يغرم شيئاً، لأننا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهدا به حصل بشهادتهما، أم بشهادة الآخرين بالسراية، فلا يوجب شيئاً بالشك، وإن رجعوا جميعاً، فقل: الحكم كذلك، والأصح أنهم يغرمون قيمة العبد، لأنه إذا لم يكن تاريخ، فالحكم بعتق العبد معلق بشهادة الأربعة، ويقدر كأن الإعتاقين وقعا معاً، وبالله التوفيق.

الخصيصة الثانية: العتق بالقرابة، فمن ملك أباه، أو أمه، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات من جهة الأب أو الأم، أو ملك من أولاده، وأولاد أولاده وإن سفلوا، عتق عليه، سواء ملكه قهراً بالإرث، أم اختياراً بالشراء والهبة وغيرهما، ولا يعتق غير الأصول والفروع، كالإخوة والأعمام والأخوال وسائر الأقارب. وليس

لولي الصبي والمجنون أن يشتري لهما من يعتق عليهما، فإن فعل، فالشراء باطل. ولو وهب للصبي قريبه، أو أوصى له به. نظر، إن كان الصبي معسراً، فلولي قبوله، ويلزمه القبول على الأصح وظاهر النص، فإذا قبل، عتق على الصبي. وإن كان موسراً، نظر، إن كان القريب بحيث يجب تعففه في الحال، لم يجز للولي القبول، وإن كان بحيث لا يجب، فعلى ما ذكرنا في المعسر، وإذا لم يقبل الولي قبل الحاكم، فإن لم يفعل، فللصبي بعد بلوغه القبول، كذا ذكره الروياني، وليكن هذا في الوصية. ولو وهب له بعض القريب، أو أوصى له به، فإن كان الصبي معسراً، قبل الولي، وإن كان موسراً، زاد النظر في غرامة السراية، وفيه قولان. أظهرهما: لا يقبل، لأنه لو قبل، لعتق على الصبي، وسرى، ولزمه قيمة الشريك، وفيه ضرر. والثاني: يقبل، ويعتق عليه، ولا يسري. وقيل: ليس له القبول قطعاً، وإنما القولان في صحة القبول.

فرع: اشترى في مرض موته قريبه، فإما أن يشتريه بثمنه أو بمحابة، وعلى التقدير الأول، قد يكون عليه دين، وقد لا، وقد سبق بيان كل ذلك في الوصية، وذكرنا أنه إذا لم يكن دين ولا وصية، اعتبر عتقه من الثلث، فإن خرج كله من ثلثه، عتق، وإلا، عتق قدر الثلث، وإن ملكه بإرث، عتق من رأس المال على الأصح حتى يعتق كله، وإن لم يكن مال آخر. وقيل: من الثلث حتى لا يعتق إلا ثلثه، إذا لم يملك شيئاً آخر. ولو ملكه بهبة أو وصية، فإن قلنا: الإرث من الثلث، فهنا أولى، وإلا فوجهان: والمسألة مبسطة في الوصايا.

فرع: من قواعد كتاب السير أن الحربي إذا قهر حربياً، ملكه، قال الإمام: ولم يشترط الأصحاب قصد الإرقاق، بل اكتفوا بصورة القهر، وعندى لا بد من القصد، فإن القهر قد يكون للاستخدام، فلا يتميز قهر الإرقاق إلا بالقصد، فإذا قهر عبد سيده الحربي، عتق العبد، وصار السيد رقيقاً له. ولو قهر الزوج زوجته، واسترقها، ملكها، وجاز له بيعها، وكذا لو قهرت زوجها. ولو قهر حربي أباه أو ابنه، فهل له بيعه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قال ابن الحداد: لا يعتق عليه بالملك. والثاني: نعم، لأن القهر دائم، وبهذا أفتى الشيخ أبو زيد، ويشبه أن يرجح الأول، ويتجه أن يقال: لا يملكه بالقهر، لاقتران سبب العتق بسبب الملك. ويخالف الشراء فإننا صححناه لكونه ذريعة إلى تخليصه من الرق.

فرع: قد سبق أنه لو اشترى بعض قريبه، عتق عليه، وسرى إلى الباقي، وفي معناه قبول الهبة والوصية. ولو ورث نصفه، لا يسري، وشراء الوكيل وقبوله الهبة والوصية كشرائه وقبوله لصدوره عن اختياره، وكذا قبول نائبه شرعاً، حتى لو أوصى

له ببعض ابنه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته. ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته. ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص ولا سراية على الأصح، لأن الملك حصل للميت أولاً، ثم انتقل إلى الأخ إرثاً، ويجري الخلاف في السراية حيث يملك بطريق اختيار يتضمن الملك، ولا يقصد به التملك، كما إذا باع ابن أخيه بثوب ومات، ووارثه الأخ، فرد الثوب بعيب، واسترد الشقص، عتق عليه. وفي السراية الخلاف. ولو وهب لعبد بعض من يعتق على سيده، فقبل، وقلنا: يصح قبوله بغير إذن سيده، عتق الموهوب على السيد، وسرى، لأن قبول العبد كقبوله شرعاً. قلت: هذا مشكل، وينبغي أن لا يسري، لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث. والله أعلم.

فرع: جرح عبد أباه، فاشتراه الأب، ثم مات بالجراحة. إن قلنا: تصح الوصية للقاتل، عتق من ثلثه، وإلا لم يعتق. وعلى هذا قال البغوي: ينبغي أن تجعل صحة الشراء على وجهين: كما لو اشتراه وعليه دين.

الخصيصة الثالثة: امتناع العتق بالمرض، سبق في كتاب الوصايا أن التبرعات في مرض الموت تحسب من الثلث، وأن العتق من التبرعات وقد يندفع لوقوعه في المرض، وإنما يعتبر الثلث بعد حط قدر الدين، فلو كان الدين مستغرقاً، لم يعتق شيء منه، فإن أعتق عبد لا مال له سواه، لم يعتق إلا ثلثه، وإن مات هذا العبد بعد موت السيد، مات، وثلثه حر، وإن مات قبل موت السيد، فهل يموت كله رقيقاً، أم كله حراً، أم ثلثه حراً وباقيه رقيقاً؟ فيه أوجه: أصحابها: عند الصيدلاني: الأول، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي، فرضيه وحمده عليه، لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاً، ولم يحصل لهم هنا شيء، وتظهر فائدة الخلاف في شيئين:

أحدهما: لو وهب في المرض عبداً لا يملك غيره، وأقبضه، ومات العبد قبل السيد، فإن قلنا في مسألة العتق، يموت رقيقاً مات هنا على ملك الواهب، ويلزمه مؤونة تجهيزه. وإن قلنا: يموت حراً، مات هنا على ملك الموهوب له، فعليه تجهيزه. وإن قلنا بالثالث، وزعت المؤونة عليهما.

الثاني: إذا كان لهذا العبد ولد من معتقه، كان ولاء الولد لموالي أمه، فإن

قلنا: يموت حراً، انجز الولاء إلى معتق الأب، وإن قلنا: يعتق ثلثه، أنجز ولاء ثلثه. ولو أعتق في مرضه عبداً، وله مال سواه، ومات العتيق قبل موت السيد، قال الإمام: قال جماهير الأصحاب: لا يجب من الثلث، ويجعل كأنه لم يكن، لأن الوصية إنما تتحقق بالموت، فإذا لم تبق إلى الموت، لم يدخل في الحساب، قال: ويجيء على قولنا حكمه بعد الموت كحكمه لو عاش، أن يحسب من الثلث. ولو وهب عبداً، وأقبضه، وله مال آخر فتلّف في يد المتهب قبل موت الواهب، فهو كما لو أعتقه، كما أن هبته ولا مال له سواه كإعتاقه ولا مال له سواه. ولو أتلّفه المتهب، فهو كما لو كان باقياً، حتى إذا كان له مال آخر، يحسب الموهوب من الثلث، وإذا لم يخرج من الثلث، يغرم الموهوب للورثة ما زاد على الثلث، بخلاف ما إذا تلف، لأن الهبة ليست مضمنة، والإتلاف مضمن على كل حال، ولالإمام احتمال في إلحاق التلف بالإتلاف وعكسه.

فرع: أعتق ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم، قيمتهم سواء، فمات أحدهم قبل موت السيد، فالذي نص عليه الشافعي رحمه الله، وأطبق عليه فرق الأصحاب: أن الميت يدخل في القرعة، قال الإمام: وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد أن يجعل الفائت كالمعدوم، ويجعل كأنه أعتق عبيد لا مال له سواهما، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهاً، والتفريع على الأول، فإن خرجت القرعة على الميت، بأن أنه مات حراً موروثاً عنه، ورق الآخرين، وإن خرج عليه سهم الرق، لم يحسب على الورثة، لأنهم يريدون المال، ويحتسب به عن المعتقد لأنه يريد الثواب، وتعاد القرعة بين العبدین، كما لو لم يكن إلا عبدان، فأعتقتهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ورق ثلثه مع العبد الآخر. ولو خرج سهم العتق أولاً على أحد الحيين، فكذلك يعتق ثلثاه. ولو مات أحدهم بعد موت السيد وقبل امتداد يد الوارث إلى التركة، فالحكم كما لو مات قبل موت السيد، ولفظ الصيدلاني يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده لثبوت الحكم المذكور. وإن مات بعد امتداد يد الوارث إلى التركة، وقبل الإقراع، فوجهان: أحدهما: يحسب الميت على الوارث، حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين، عتق كله، لأن الميت دخل في يده وضمانه. والثاني: أنه كما لو مات قبل ثبوت يده على التركة، لأنه لم يتسلط على التصرف. ولو مات اثنان منهم قبل موت السيد، قال ابن أبي هريرة: يقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين، صح عتق نصفه، وجعل للورثة مثلاه، وهو العبد الحي. وإن خرج سهم الرق عليه، أقرعنا بين الميت الآخر والحي، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر، أعتقنا نصفه، وإن خرج سهم الرق عليه، لم يحسب على الورثة، وأعتقنا

ثلث الحي . ولو قتل أحد العبيد قبل موت السيد أو بعده، دخل القتل في القرعة قطعاً، لأن قيمته تقوم مقامه، فإن خرج سهم العتق لأحد الحيين، عتق كله، ولورثه الآخر قيمة القتل، وإن خرج للقتل، بأن أنه قتل حراً، وعلى قاتله الدية لورثته، وأما القصاص فعن بعض الأصحاب أنه لا يجب إن كان قاتله حراً، بخلاف ما إذا قال لعبده: إن جرحك أحد، فأنت حر قبله، فجرحه حر، ومات بالجراحة، وجب القصاص، لأن الحرية متعينة فيه، وهنا التعيين بالقرعة. قال البغوي: يحتمل أن يكون في المسألتين وجهان: لأنه قتل من اعتقد رقه كما لو قتل من عرفه رقيقاً فبان عتيقاً، ففي القصاص قولان.

الخصيصة الرابعة: القرعة، وفيها طرفان:

أحدهما: في محلها، وهو أن يعتق في مرض موته عبداً دفعة، ويقصر عنهم ثلث ماله، ولا يجيز الورثة عتقهم، فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في بعضهم، فيعتق، أو يقرب من العتق. وفي الضابط قيود:

أحدها: وقوع الإعتاق في مرض الموت، فإذا انتفى عتقوا كلهم.

الثاني: أن يعتقهم دفعة بأن يوكل بإعتاق كل واحد وكيلاً، فيعتقوا معاً، أو يقول: هؤلاء أحرار، أو يقول لهم: أعتقتكم، أو أنتم أحرار، فإن أعتقهم أولاً قدم الأول فالأول، إلى تمام الثلث، كقوله: سالم حر، وغانم حر، وفائق حر، فلو قال: سالم وغانم وفائق أحرار: فهو محل القرعة. ولو قال: سالم وغانم وفائق حر، فعن القاضي أبي حامد أنه يراجع، فإن قال: أردت حرية كل واحد منهم، فهو كقوله: أنتم أحرار، وإن قال: أردت حرية الأخير، قبل، ولا قرعة، وإن قال: حرية غيره، لم يقبل.

الثالث: أن يقصر عنهم ثلث ماله، ولم تجز الورثة، فإن وفى الثلث بهم، أو أجاز الورثة، عتقوا جميعاً. ولو أوصى بإعتاق عبيد، ولم يف الثلث بهم، ولم يجز الورثة، أقرع أيضاً، وسواء أوصى بإعتاقهم دفعة، أو قال: أعتقوا فلاناً، ثم قال: أعتقوا فلاناً، لأن وقت الاستحقاق واحد، وهو الموت، بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز إلا أن يقيد، فيقول: أعتقوا فلاناً ثم فلاناً ولو علق العتق بالموت، فقال: إذا مت فأنتم أحرار، أو أعتقتكم بعد موتي، أو رتب فقال: إذا مت، ففلان حر، أقرع أيضاً. وفي الوصية والتعليق وجه: أنه لا قرعة، بل يعتق من كل واحد ثلثه، والصحيح الأول. ولو قال: أعتقت ثلث كل واحد منكم، أو أثلاث هؤلاء أحرار، فوجهان: أحدهما: لا يقرع، بل يعتق من كل واحد ثلثه لتصريحه بالتبعية.

وأصحهما: يقرع، وقد سبق في الوصايا أنه لو قال: أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر، فهو كقوله: أعتقتكم أم كقوله أثلاث هؤلاء أحرار، فيه طريقان، وأنه لو أضاف إلى الموت فقال: ثلث كل واحد حر بعد موتي، أو أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، عتق من كل واحد ثلثه، ولا قرعة على الصحيح.

فرع: يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت أقل، فالزيادة حصلت في ملكهم وإن كانت يوم القبض أقل، فما نقص قبل ذلك، لم يدخل في يدهم، فلا يحسب عليهم، كالذي يغصب، أو يضيع من التركة قبل قبضهم، وإذا أنجز إعتاق عبد، وأوصى بإعتاق آخر، قومنا المنجز حال إعتاقه، والآخر حال الموت، وبقيّة التركة بأقل القيمتين، فإن بقي شيء من الثلث، عتقا، وإن خرج أحدهما، أعتقنا المنجز، فإن بقي شيء من الثلث، أعتقنا بقدره من الموصى بإعتاقه، وإن نقص الثلث، أعتقنا من المنجز بقدره. ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً، بأن قال أحد هؤلاء حر، أو أوصى بإعتاق واحد منهم، بأن قال: اعتقوا أحدهم، ففي «جمع الجوامع» للرويانى أنه يكتب رقعة للعتق، وأخرى للوصية بإعتاق، ورقعتان للتركة، فمن خرج له العتق، فكأنه أعتقه بعينه، ومن خرج له الوصية، فكأنه أوصى بإعتاقه، ثم يكون الحكم كما سبق. وفي «الشامل» أنه يميز الثلث بالقرعة أولاً، ثم يميز بين المنجز والآخر.

فرع: كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق لا من يوم القرعة، ويسلم له ما كسبه من وقت الإعتاق ولا يحسب من الثلث، سواء كسبه في حياة المعتق أم بعد موته، وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسابه قبل موت المعتق، تحسب على الوارث في الثلثين، وأكسابه بعد موته وقبل القرعة لا تحسب عليه، لحصولها على ملكه. فلو أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مئة، وكسب أحدهم مئة، وأقرعنا، فإن خرجت القرعة للكاسب، عتق وفاز بكسبه، ورق الآخران، وإن خرج لأحد الآخرين، عتق، ثم تعاد بين الكاسب والآخر، فإن خرجت للآخر، عتق ثلثه وبقي ثلثاه مع الكاسب، وكسبه للورثة، وإن خرجت للكاسب، وقع الدور، لأنه يعتق بعضه، ويتوزع الكسب على ما عتق وعلى ما رق، ولا يحسب عليه حصة ما عتق، وتزيد التركة بحصة ما رق، وإذا زادت التركة، زاد ما عتق، وتزيد حصته، وإذا زادت حصته، نقصت حصة التركة. وطريق استخراجها بيناه في المسائل الدورية من الوصايا والحكم أنه يعتق منه ربعه، ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه، وثلاثة أرباع كسبه مع العبد الآخر، وجملتها ضعف ما عتق، ولو كسب أحدهم مائتين، وخرجت القرعة الثانية لغير الكاسب، عتق

ثلثاه وبقي ثلثه، والكاسب وكسبه للورثة، وإن خرجت للكاسب، فقد عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيئان، لأن كسبه مثلاً قيمته، تبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق، وهو عبدان وشيئان فبعد الجبر أربعة أعبد، تعدل عبيدين وخمسة أشياء، تسقط عبيدين بعيدين، يبقى عبدان وشيئان في مقابلة خمسة أشياء، فالشيء خمس العبيدين، وهو خمسا عبد، وذلك أربعون، فقد عتق مئة وأربعون، وبقي للورثة ثلاثة أخماسه ستون، وثلاثة أخماس كسبه مئة وعشرون والعبد الآخر، وجملتها مائتان وثمانون، وقد سبقت نظائر هذا في الوصايا. هذا كله في الأكساب الحاصلة في حياة المعتق، ولو كسب أحدهم في المثل المذكور مئة بعد موته، فإن خرجت القرعة للكاسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو كسب في الحياة وإن خرجت لغير الكاسب، عتق، ورق الآخران، ولا تعاد القرعة للكسب، بل يفوز به الوارث لحصوله في ملكه، وكسب من أوصى بإعتاقه في حياة الموصى للموصى، تزيد به التركة والثلث، وكسبه بعد موته لا تزيد به التركة ولا الثلث بلا خلاف. وهل هو للورثة أم للعبد؟ طريقان حكاهما ابن الصباغ أحدهما: قولان كالقولين في أن كسب الموصى به بعد موت الموصى وقبل القبول للورثة أو للموصى له؟ والمذهب القطع بأنه للورثة. والفرق أنه استحق العتق بموت الموصى استحقاقاً مستقراً، والوصية غير مستقرة، بل الموصى له بالخيار بين الرد والقبول، وإذا زادت قيمة من نجز إعتاقه، كانت الزيادة كالكسب، فمن خرجت له قرعة العتق، تبعته الزيادة غير محسوبة عليه، وكذا لو كان فيمن أعتقهم جارية، فولدت قبل موت المعتق، فالولد كالكسب، فإذا خرجت القرعة لها، تبعها الولد غير محسوب من الثلث، وإن خرجت لغير من زادت قيمته، أو التي ولدت، وقع للدور. ولو أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مئة، فبلغت قيمة أحدهم مائتين، فهو كما لو كسب أحدهم مئة. ولو أعتق أمتين قيمة كل واحدة مئة، فولدت إحداها ولداً قيمته مئة، فهو كما لو كسب أحدهم مئة، فإن خرجت القرعة للتي لم تلد، عتقت، ورقت الوالدة وولدها، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للوالدة، عتق منها شيء، وتبعها من الولد مثله، يبقى مع الورثة ثلاثمائة إلا شيئين يعدل ضعف ما أعتقنا محسوباً، وهما شيئان، فبعد الجبر يعدل ثلاثمائة أربعة أشياء، فالشيء ثلاثة أرباع مئة، فعرنا أنه عتق ثلاثة أرباعها، وتبعها ثلاثة أرباع الولد، يبقى للورثة ربعهما والجارية الأخرى، وجملته مئة وخمسون، ضعف ما عتق منها. ولو قال لأمته الحامل في مرض موته: أنت حرة، أو ما في بطنك، فولدت لدون ستة أشهر من يوم الإعتاق، ولم يتفق تعيين، فيقرع، فإن خرجت للولد، عتق دون الأم، وإن لم يف الثلث به، عتق منه

قدر الثلث، وإن خرجت الأم، عتقت، وتبعها الولد إن وفى بهما الثلث، وإلا، فيعتق منها شيء، ويتبعها من الولد شيء.

وطريق استخراج ما ذكرناه في الوصايا فيمن أعتق عبداً فكسب، وتقويم الولد بما يكون يوم الولادة، هذا كله إذا ولدت قبل موت المعتق، فإن ولدت بعده، نظر إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الموت، فالولد ككسب حصل بعد موته، إن خرجت القرعة للأم، عتقت، وتبعها، وإن خرجت لغير الوالدة، عتقت، ولا تعاد القرعة للولد، لأنه حدث على ملك الورثة، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، فهل تحسب على الوارث حتى تعاد القرعة؟ قال البغوي: يبنى على أن الحمل هل يعرف؟ إن قلنا: لا، فهو كالحادث بعد الموت، فلا تعاد، وإن قلنا: نعم، فكالحادث قبل الموت، فتعاد، وأطلق الصيدلاني وجهين في أنها لو ولدت بعد الموت، هل يحسب الولد على الورثة من الثلثين؟ ولو نقصت قيمة من نجز، عتق بعضهم قبل موت المعتق، فإن كان النقص فيمن خرجت له قرعة العتق، حسب عليه، لأنه محكوم بعتقه من يوم الإعتاق، وإن كان فيمن رق، لم يحسب على الورثة إذا لم يحصل لهم إلا الناقص. فلو أعتق عبداً لا مال له غيره، قيمته مئة، ورجع إلى خمسين، فقد ذكرنا طريق استخراج ما في الوصايا. وحاصله أن يعتق منه الخمس. ولو أعتق ثلاثة أعبد، قيمة كل واحد مئة، فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للناقص، عتق وحده، لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مئة، فينبغي أن يبقى للورثة ضعفها، وإن خرجت لأحد الآخرين، عتق منه خمسة أسداس، وهي ثلاثة وثمانون وثلث، يبقى للورثة سدسه والعبد الآخر والناقص. وجملة ذلك مئة وستة وستون وثلثان، ضعف ما عتق، لأن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقص، وهو مائتان وخمسون. ولو أعتق عبيدين قيمة كل واحد مئة، ولا مال له سواهما، فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للآخر، عتق نصفه، وبقي للورثة نصفه مع العبد الناقص، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للناقص، وقع الدور، لأننا نحتاج إلى إعتاق بعضه معتبراً بيوم الإعتاق، وإلى إبقاء ضعفه للورثة معتبراً بيوم الموت، وحاصله أنه يعتق ثلاثة أخماسه، يبقى خمسه مع الآخر للورثة. وإن حدث النقص بعد موت المعتق، وقبل الإقراع، فهل يحسب على الورثة؟ قال البغوي: إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة، لم يحسب عليه كما في حال الحياة، وإلا فوجهان: أحدهما: يحسب عليه.

الطرف الثاني: في كيفية القرعة والتجربة المترتبة عليها، وفيه فصلان:
الفصل الأول: في كيفية القرعة، قد سبق في باب القسمة أن للقرعة طريقين،

أحدهما: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع، ثم يخرج على الرق والحرية. والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق والحرية، ويخرج على أسماء العبيد، وذكرنا أن من الأصحاب من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول أم الثاني، وأن في كون ذلك الخلاف في الجواز والأولوية خلافاً، وأن الجمهور قالوا في العتق: يسلك ما شاء من الطريقين، ولفظه في «المختصر» يدل عليه، والطريق الأول أخصر. واستحب الشافعي رحمه الله على الطريقين أن تكون الرقاع صغاراً ليكون أخفى، وأن تكون متساوية، وأن تدرج في بنادق، وتجعل في حجر من لم يحضر هناك، كما بينا في القسمة، وأنه يغطى بثوب، ويدخل من يخرجها اليد من تحته. كل هذا ليكون أبعد من التهمة، ولا تتعين الرقاع، بل تجوز القرعة بأقلام متساوية، وبالنوى والبعر، وذكر الصيدلاني أنه لا يجوز أن يقرع بأشياء مختلفة، كدواة وقلم وحصاة، وقد يتوقف في هذا، لأن المخرج إذا لم يعلم ما لكل واحد منهم لا يظهر حيفه، ولا يجوز الإعراض عن أصل القرعة، والتميز بطريق آخر بأن يتفقوا على أنه إن طار غراب، ففلان حر، أو أن من وضع على صبي يده، فهو حر، أو أن يراجع شخص لا غرض له ونحو ذلك. قال الإمام: فإن كنا نعتق عبداً، ونرق آخرين، ورأينا إثبات الرق والحرية، فقد قال الأصحاب: يثبت الرق في رقتين، والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة والكثرة، فإن ما يكثر فهو أخرى بسبق اليد إليه. وفي كلامهم ما يدل على استحقاق ذلك، ومنهم من عده احتياطاً، وقال: يكفي رقعة للرق وأخرى للحرية، ثم إذا أخرجنا رقعة باسم أحدهم، فخرجت للحرية، انفصل الأمر، وإن خرجت للرق، احتجنا إلى إخراجها. قال الإمام: إذا أثبتنا الرق والحرية، فقال المخرج: أخرج على اسم هذا، ونازعه الآخرون، وقالوا: أخرج على أسمائنا، أو أثبتنا الأسماء، وقال المخرج: أخرج على الحرية، وقالوا: أخرج على الرق، أو تنازع الورثة والعبد، فقال الورثة: أخرج على الرق، وقال العبد: على الحرية، فهذا لم يتعرض له الأصحاب، وفيه احتمالان، إن أثبت الرق والحرية، أحدهما أنه يقرع بين العبيد أولاً حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية، فإذا تعين واحد، أخرجت رقعة على اسمه، والثاني: أن تثبت الحرية على رقعة، والرق على رقتين، ويعطي المخرج كل عبد رقعة، وقد سبق في القسمة أن تعيين من يبدأ به من الشركاء والأجراء منوط بنظر القسام، فيمكن أن يناط هنا بنظر متولي الإقراع من قاض أو وصي، فيبدأ بمن شاء، ولا يلتفت إلى مضايقاتهم. واعلم أن إعطاء كل عبد رقعة، ليس من شرط الإقراع، بل يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم.

الفصل الثاني: في كيفية تجزئة العبيد، وهي تقع بحسب الحاجة، فإن أعتق

عبدین لا مال له سواهما، أفرع بإثبات اسميهما في رقعتين، وإخراج أحدهما على الرق أو الحرية، أو بإثبات الرق والحرية في رقعتين، والإخراج على اسمهما، ثم إن استوت قيمتهما، فمن خرج له سهم الحرية، عتق ثلثاه، ورق باقيه مع الآخر، وإن اختلفت قيمتهما كمائة ومائتين، فإن خرجت الحرية لصاحب المائة، عتق، ورق الآخر، وإن خرجت للآخر عتق نصفه، ورق باقيه مع الآخر. وإن أعتق عبداً لا مال له سواهم، فإن كانوا ثلاثة، واستوت قيمتهم، فإن شاء كتب أسماءهم وقال للمخرج: أخرج رقعة على الحرية، فمن خرج اسمه، عتق، أو قال: أخرج في الرق حتى يتعين في الآخر الحرية، والإخراج على الحرية أولى، لأنه أقرب إلى فصل الأمر. وإن شاء كتب على الرقاع الرق في رقعتين، والحرية في رقعة، وقال: أخرج على اسم سالم، أو أشار إلى عينه وقال: على اسم هذا، فإن خرج سهم الحرية، عتق ورق الآخرين، وإن خرج 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، فإما أن نكتب أسماءهم، فإن خرج اسم الأول، عتق وأخرج رقعة أخرى، فإن خرج اسم الثاني، عتق نصفه، وإن خرج اسم الثالث، عتق ثلثه، وإن خرج أولاً اسم الثاني، عتق ورق الآخرين، وإن خرج اسم الثالث، عتق ثلثاه، ورق باقيه والآخران، وإما أن نكتب الرق في رقعتين، والحرية في رقعة، ونخرج على أسمائهم وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة، كسنة أو تسعة أو اثني عشر، قيمتهم سواء جزأناهم ثلاثة أجزاء وصنعنا صنيعنا في الثلاثة المتساوين، وكذا الحكم في ستة، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم مئة، وثلاثة قيمة كل واحد خمسون، فيضم إلى كل نفيس خسيساً، ونجعلهم ثلاثة أجزاء، وفي ستة اثنان منهم، قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة، واثنان قيمة كل واحد مائتان، واثنان قيمة كل واحد مئة، فنجعل للذين قيمتهما أربعمئة جزءاً، ويضم إلى كل نفيس خسيساً، فيستوي الأجزاء عدداً وقيمة. وإن لم يمكن التسوية بالعدد، وتيسرت بالقيمة، كخمسة قيمة أحدهم مئة، وقيمة اثنين مئة، وقيمة اثنين مئة، جزأناهم كذلك، وأقرعنا. وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة، كسنة، قيمة أحدهم مئة، وقيمة اثنين مئة، وقيمة ثلاثة مئة، فوجهان: الصحيح المنصوص: يجزؤون بالعدد، واثنين وثلاثة، ويقرع بينهم كما ذكرنا. والثاني: يجزؤون بالعدد، فيجعل للذان قيمتهما مئة جزءاً، والذي قيمته مئة مع واحد من الثلاثة الباقيين جزءاً، ويقرع بينهم فيعتق قدر الثلث على ما سبق. وإن لم يمكن التسوية بالعدد ولا بالقيمة، كثمانية، قيمتهم سواء، فقولان: أظهرهما: يجزؤون ثلاثة أجزاء، بحيث يقرب من

التثليث، فيجعلون ثلاثة وثلاثة واثنين، ويقرع، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة، رق غيرهم، وانحصر العتق فيهم، ثم يقرع بينهم بسهمي عتق وسهم رق، فلمن خرج له الرق، رق ثلثه، وعتق ثلثه مع الآخرين. وإن خرج سهم العتق أولاً على الاثنين، عتقا، وتعاد القرعة بين الستة، ويجعل كل اثنين جزءاً، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين، أعدنا القرعة بينهما، فمن خرج له سهم الحرية، عتق ثلثاه. هذا إذا كتبنا في الرقاق الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء، فإذا خرج سهم اثنين وعتقا، لم تعد القرعة بين الستة، بل يخرج قرعة أخرى، ثم يقرع بين الثلاثة المسمين فيها، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ولا يجوز على هذا القول أن نجزئهم أربعة واثنين واثنين، لبعده هذه التجزئة على التثليث. والقول الثاني: لا يراعى التثليث، بل يراعى ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاق، ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث، ويجوز أن يجعلوا أربعاً، ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رقعة، فإذا خرجت واحدة على الحرية، عتقا، ثم يخرج رقعة أخرى، ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة، عتق ثلثه، وإن شئنا أثبتنا الرق والحرية، فأثبتنا العتق في واحدة، والرق في ثلاث، فإذا خرجت رقعة العتق لاثنيين، عتقا، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت لاثنيين، أقرعنا بينهما كما سبق، ولا يبعد على هذا أن يجوز إثبات العتق في رقتين، والرق في رقتين، ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً، ويقرع بين اللذين خرج لهما رقتي العتق الثانية، وإن كان العبيد سبعة، فعلى القول الأول يجزئهم ثلاثة واثنين واثنين، وعلى الثاني نجزي كيف شئنا إلى أن يتم الثلث. وإن كانوا أربعة قيمتهم سواء فعلى الأول نجزئهم اثنين وواحد، وواحد فإن خرج سهم العتق لأحد الفردين، عتق، ثم يعيد القرعة بين الثلاثة، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثه، وإن خرج للاثنين، أقرعنا بينهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق كله، وثالث الآخر. وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاق، وعلى القول الثاني: يثبت اسم كل واحد في رقعة، ويخرج باسم الحرية، فمن خرج اسمه أولاً، عتق، ومن خرج اسمه ثانياً، عتق ثلثه، وإن كانوا خمسة قيمتهم سواء، فعلى الأول يجزئهم اثنين واثنين وواحد، وعلى الثاني لنا إثبات أسمائهم في خمس رقاق، ثم القول في الإيجاب أم في الاستحباب والاحتياط؟ فيه وجهان: وبالأول قال القاضي حسين، واختاره الإمام، وبالثاني قال الصيدلاني، وهو مقتضى كلام الأكثرين. ولو أعتق عبداً من عبيد على الإبهام، فقد يحتاج إلى تجزئتهم أربعة أجزاء وخمسة وأكثر، فيجزؤون بحسب الحاجة، وكذا لو كان على المعترك دين كما سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى.

مسائل :

الأولى: إذا أعتق في مرض موته عبداً لا مال له غيرهم، ومات وعليه دين، نظر، إن استغرقهم الدين، فهو مقدم، فيباعون فيه، وإن لم يستغرقهم، أقرع بين الدين والتركة ليصرف العتق عما يتعين للدين، فإن كان الدين قدر نصفهم، جعلنا حرين، وأقرعنا بينهما بسهم دين وسهم تركة، ثم إن شئنا كتبنا أسماء كل حر في رقعة، وأخرجنا رقعة الدين أو التركة. وإن شئنا كتبنا الدين في رقعة والتركة في رقعة، وأخرجنا إحداهما على أحد الحرين، وإن كان قدر الدين ثلثهم، جزأناهم ثلاثة أجزاء، وأقرعنا بينهم بسهم دين، وسهمي تركة، ولمن كان قدر الرابع، جزأناهم أربعة أجزاء، وأقرعنا بسهم دين، وثلاثة أسهم تركة. وهل يجوز أن يقرع للدين والعتق والتركة، بأن يقرع والحالة هذه بسهم دين وسهم عتق وسهمي تركة، أو يجزئهم إذا كان الدين قدر نصفهم ستة أجزاء، ويقرع بثلاثة أسهم للدين وسهم للعتق وسهمين للتركة؟ فيه وجهان: الأصح المنصوص: لا، لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين، ولو تلف المعين للدين قبل قضائه، انعكس الدين على الباقي من التركة، وكما لا يقسم شيء على الورثة قبل قضاء الدين، لا يعتق قبله. والثاني: يجوز، لأن العمل فيه أخف فلا ينقص به حق ذي حق، وعلى هذا نقل الغزالي أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضى الدين. وفي «التهذيب» ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال. وإذا قلنا بالمنصوص، فتعين بعضهم للدين يباع ويقضى منه الدين، ثم يقرع للعتق وحق الورثة. ولو قال الوارث: أقضي الدين من موضع آخر، وأنفذ العتق في الجميع، فهل ينفذ العتق؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن المنع من النفوذ الدين، فإذا سقط بالقضاء، نفذ، كما لو أسقط الورثة حقهم من ثلثي التركة وأجازوا عتق الجميع. والثاني: لا، لأن تعلق الدين منع النفوذ لا ينقلب نافذاً بسقوطه، كما لو أعتق الراهن وقلنا: لا ينفذ فقال: أنا أقضي الدين من موضع آخر لينفذ، فإنه لا ينفذ إلا أن يتبدى إعتاقاً، وبني الوجهان على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ؟

قلت: ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق. والله أعلم.

فرع: لو أعتق من لا دين عليه عبداً لا مال له غيرهم، ومات، وأعتقنا بعضهم بالقرعة، وأرققنا بعضهم، فظهر للميت مال مدفون، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث، بأن كان المال مثلي قيمتهم، حكم بعتقهم جميعاً، فندفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليه، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما، لا يرجع بما أنفق. وإن خرج من الثلث

بعض من أرققناهم، أعتقناهم بالقرعة، مثل أن أعتقنا واحداً من ثلاثة، ثم ظهر مال يخرج به آخر، يقرع بين اللذين أرققناهما، فمن خرج له سهم الحرية، عتق. ولو أعتقنا بعض العبيد، ولم يكن عليه دين ظاهر، ثم ظهر دين، فإن كان مستغرقاً للتركة، فالتعق باطل، فإن قال الورثة: نحن نقضي الدين من موضع آخر، فعلى الوجهين السابقين. واستبعد الشيخ بناءهما على الخلاف في تصرف الورثة في التركة قبل الدين، وقال هناك الوارث ينشئ إعتاقاً من عنده، ولا يمضي ما فعل الميت، وإنما الخلاف مبني على أن إجازة الوارث لما زاد على الثلث تنفيذ أم ابتداء عطية من الوارث؟ فإن قلنا: تنفيذ، فله تنفيذ إعتاقه بقضاء الدين من موضع آخر، وإلا فينبغي أن يقضي الدين، ثم يبتدىء إعتاقاً، وإن كان الدين الذي ظهر غير مستغرق، فهل يبطل القرعة من أصلها؟ وجهان: ويقال: قولان. أحدهما: نعم، كما لو اقتسم شريكان، ثم ظهر ثالث، فعلى هذا يقرع الآن للدين والتركة ولا يبالي بوقوع سهم الدين على من وقعت له قرعة العتق أولاً. وأظهرهما: لا، ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين، نفذ العتق، وإلا فيرد العتق بقدر الدين، فإن كان الدين نصف التركة، رددناه في نصف من أعتقنا، وإن كان ثلثها، رددنا ثلثهم، فإن كانت العبيد ستة، قيمتهم سواء، وأعتقنا اثنين بالقرعة، فظهر دين بقدر قيمة اثنين بعنا من الأربعة اثنين للدين كيف اتفق، ويقرع بين المعتقين القرعة أولاً بسهم رق، وسهم عتق، فمن خرج له سهم الرق، رق ثلثه، وعتق ثلثه مع الآخر. وإن ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة، أقرع بين اللذين كان خرج لهما الحرية، فمن خرج له الحرية عتق، ورق الآخر.

المسألة الثانية: إذا قال لعبيده: أحدكم حر، أو اثنان حران، أو أعتقت أحدكم، فله حالان:

أحدهما: أن ينوي معيناً فيؤمر ببيانه، ويحبس عليه. فإن قال: أردت هذا، عتق، ولغيره أن يدعي عليه أنك أردتني، ويحلفه، وإن نكل السيد، حلف هو وعتق. ولو عين واحداً، وقال: أردت هذا، بل هذا، أعتقا جميعاً، مؤاخذه له. ولو قتل واحداً منهم، لم يكن ذلك بياناً، بل يبقى الأمر بالبيان. فلو قال: أردت المقتول، لزمه القصاص. ولو جرى ذلك في إماء، أو أمتين، ثم وطى واحدة، لم يكن الوطء بياناً، بل لو بين العتق فيها، تعلق به الحد والمهر لجهلها بأنها معتقة. ولو مات قبل البيان، قام وارثه مقامه على المذهب، لأنه خليفته، وربما علمه. وقيل: قولان، فإن أقمناه، فبين أحدهم، عتق، ولغيره تحليفه على نفي العلم، فإن لم يكن وارث، أو قال الوارث: لا أعلم، فالصحيح أو المشهور أنه يقرع بينهم. وفي وجه أو قول: لا

يقرع، بل يوقف. ولو قال المعتق: نسيت من أعتقته، أمر بالتذكر. قال الأصحاب: يحبس عليه، قال الإمام: وفيه احتمال. وإن مات قبل التذكر، ففي بيان الوارث والقرعة الخلاف، وهكذا الحكم لو سمى واحداً وأعتقه ثم قال نسيت.

الحال الثاني: أن لا ينوي معيناً، فيؤمر بالتعيين، ويوقف عنهم، إلى أن يعين، ويلزمه الإنفاق عليهم، فإذا عين أحدهم، عتق، وليس لغيره أن ينازع فيه إن وافق على أنه لم ينو معيناً. وإذا قال: نويت هذا، عتق الأول، ولغا قوله للثاني، لأن العتق حصل في الأول، بخلاف قوله: نويت هذا، بل هذا، لأنه إخبار. ثم العتق في المبهم هل يحصل عند التعيين، أم يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم؟ وجهان سبق نظيرهما في الطلاق، وخرج على الخلاف أنه لو مات أحدهم فعينه، فهل يصح؟ إن قلنا: يحصل العتق عند التعيين، فلا، لأن الميت لا يقبل العتق، فعلى هذا لو كان الإبهام بين عبيدين، فإذا بطل التعيين في الميت، تعين الثاني للعتق، ولا حاجة إلى لفظ. وإن قلنا الإبهام، صح تعيينه. ولو جرى ذلك في أمتين أو إماء، فهل يكون الوطاء تعييناً لغير الموطوءة؟ وجهان كما في الطلاق. قال ابن الصباغ: وكونه تعييناً هو قول أكثر الأصحاب. وإذا لم نجعله تعييناً، فعين العتق في الموطوءة، فلا حد. وبنى البغوي حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين، أم باللفظ المبهم؟ إن قلنا بالأول، لم يجب، وإلا، وجب. والوطء فيما دون الفرج، والقبلة واللمسة بشهوة مرتب على الوطاء إن لم يكن تعييناً، فهذا أولى، وإلا فوجهان: والاستخدام مرتب على اللمس، والمذهب أنه ليس بتعيين، قال الإمام: هذا يوجب طرد الخلاف في أن الاستخدام في زمن الخيار، هل يكون فسخاً أو إجازة؟ والعرض على البيع كالاستخدام. ولو باع بعضهم، أو وهبه وأقبضه أو أجره، قال البغوي: فيه الوجهان كالوطء والإعتاق ليس بتعيين. ثم إن عين فيمن أعتقه، قبل، وإن عين في غيره، عتقا. وقتل السيد أحدهم ليس بتعييناً، ثم إن عين في غير المقتول، لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عين في المقتول، لم يجب القصاص، للشبهة. وأما المال، فإن قلنا: العتق يحصل عند التعيين، لم يجب، وإن قلنا: عند الإبهام، لزمه الدية لورثته. وإن قتل أجنبي أحدهم، فلا قصاص إن كان القاتل حراً، ثم إن عين في غير المقتول، لزمه القيمة، وإن عين فيه وقلنا: العتق يحصل عند التعيين، ف كذلك، كما لو نذر إعتاق عبد بعينه، فقتل. وإن قلنا: عند الإبهام، لزمه الدية لورثة المقتول. ولو مات قبل التعيين، فهل للورثة التعيين؟ قولان، ويقال: وجهان: أظهرها: نعم.

المسألة الثالثة: قال لأمته: أول ولد تلدينه حر، فولدت ميتاً، ثم حياً، لم يعتق الحي، لأن الصفة انحلت بولادة الميت، كما لو قال: أول عبد رأيته من عبيدي حر،

فرأى أحدهم ميتاً، انحلت اليمين، فإذا رأى بعده حياً لا يعتق، ووافق أبو حنيفة في هذا، وخالف الأول.

قلت: إن كانت حاملاً حال التعليق، صح قطعاً، وكذا إن كانت حائلاً في الأظهر والأصح، كما لو وصى بما ستحمل والثاني: لا، لأنه تعليق قبل الملك. والله أعلم.

المسألة الرابعة: قال لعبد: أنت ابني، ومثله يجوز أن يكون ابناً له، ثبت نسبه، وعتق إن كان صغيراً، أو بالغاً وصدقه، وإن كذبه، عتق أيضاً وإن لم يثبت النسب. وإن لم يمكن كونه ابنه، بأن كان أصغر منه على حد لا يتصور كونه ابنه، لغا قوله، ولم يعتق، لأنه ذكر محالاً. هذا في مجهول النسب، فإن كان معروف النسب من غيره، لم يلحقه، لكن يعتق على الأصح، لتضمنه الإقرار بحريته. ولو قال لزوجه: أنت بنتي قال الإمام: الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب كما في العتق.

المسألة الخامسة: قال لعبد: أعتقت أحدكما على ألف، أو أحدكما حر على ألف، لم يعتق واحد منهما ما لم يقبلا، فإن قبل كل واحد الألف، عتق أحدهما، ولزم السيد البيان، فإن مات قبله، ولم يقم الوارث مقامه، أو لم يكن وارث، أقرع، فمن خرجت قرعته، عتق بعوض. وفي ذلك العوض وجهان: أحدهما: وبه قال ابن الحداد: قيمته. والثاني: المسمى، قاله أبو زيد، لأن المقصود العتق، لا المعاوضة، فيحتمل إيهام العوض تبعاً للعتق. ولو قال لأمتيه: إحداكما حرة على ألف، فقبلتا، ثم وطئ إحداهما، فهل هو اختيار لملك الموطوءة ويتعين الأخرى للعتق، وجهان حكاهما الشيخ أبو علي.

المسألة السادسة: جارية مشتركة، زوجها الشريكان بآبني أحدهما فأنت منه بولد، يعتق نصفه على الجد، ولا يسري إلى النصف الآخر إذا لم يعتق عليه باختباره.

المسألة السابعة: سبق في النكاح أن من نكح أمة غراً بحرينها، فأولدها، انعقد الولد حراً، ويلزم المغرور قيمته لمالك الأمة. هذا هو الصحيح، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه ينعقد رقيقاً، ثم يعتق على المغرور، وله ولاؤه. وأنا إذا قلنا: ينعقد حراً فلا قيمة على المغرور، وهو غريب ضعيف. قال الشيخ: وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شيء، لأنه لم يتلف شيئاً على مالك، وإنما منع دخول شيء في ملكه، لكن ليس فيه خلاف يعتد به، وأجمعت الصحابة عليهم السلام على وجوب الضمان، فلا بد من متابعتهم. وإذا عرفت هذا، فلو نكح جارية ابنه مغروراً بحريتها، فأولدها،

فهل يلزمه قيمة الولد؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه إن انعقد حراً فينبغي أن لا يلزمه شيء، وإن انعقد رقيقاً، عتق على الجد بالقرابة، ولأنه لم يفوت بظن الحرية على الأب رقاً ينتفع به، لأنه كان يعتق عليه، وأصحهما: نعم، وبه قال ابن الحداد. وإن وطئها عالماً بالحال، ملكه الجد، وعتق عليه. قال الإمام: ولا يبعد أن يقال: ينعقد حراً.

فروع: في مسائل منثورة

شهدا أنه قال: أحد هذين العبدین حر، أو أنه أوصى بإعتاق أحدهما، أو أنه قال: إحدى هاتين المرأتين طالق، يقبل، ويحكم بمقتضى شهادتهما، ولو ولدت المزني بها ولداً، وملكه الزاني لم يعتق عليه، وقال أبو حنيفة: يعتق. ولو قال لعبده: أنت حر كيف شئت، قال أبو حنيفة: يعتق في الحال، وقال أصحابه: لا يعتق حتى يشاء، وقال ابن الصباغ: وهو الأشبه. ولو أوصى بإعتاق عبد يخرج من الثلث، لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع، أعتقه السلطان. ولو كان له عبد مقيد، فحلف بعتقه أن في قيده عشرة أرطال، وحلف بعتقه لا يحله هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان أن قيده خمسة أرطال، وحكم القاضي بعتقه، ثم حل القيد فوجد فيه عشرة أرطال، قال ابن الصباغ: لا شيء على الشاهدين، لأن العتق حصل بحل القيد دون الشهادة، لتحقيق كذبهما. قال ابن الحداد: ولو شهد شاهدان أنه أعتق في مرضه هذا العبد، أو أوصى بعتقه، وحكم القاضي بشهادتهما، وشهد آخران أنه أعتق عبداً آخر، وكل واحد منهما ثلث ماله، ثم رجع الأولان، لم يرد القضاء بعد نفوذه، بل يقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للأول، عتق، وعلى الشاهدين الغرم للرجوع، ويرق الثاني، وحينئذ يحصل للورثة التركة كلها، وإن خرجت للثاني، عتق، ورق الأول، ولا شيء على الراجعين، لأن من شهدا به لم يعتق، واعترض ابن الصباغ، فقال: ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال، ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول، فإن خرجت القرعة له، أعتق أيضاً، وغرم الراجعان.

فرع: قال ابن الحداد: لو زوج أمته بعبد غيره، وقبض مهرها، وأتلفه، ومات ولا مال له غيرها، ولم يدخل الزوج بها، فأعتقها الوارث، نفذ إعتاقه. قال الشيخ أبو علي: تقدم على هذا فصلين:

أحدهما: إذا أعتق الوارث عبد التركة، وعلى الميت دين، نظر، إن كان الوارث معسراً، لم ينفذ العتق، هكذا قطع به الشيخ. وعن الشيخ أبي محمد أنه على الخلاف في إعتاق الراهن، وضعفه الإمام. وإن كان موسراً، فوجهان: أحدهما وبه

قال ابن الحداد: ينفذ، وينتقل الدين إلى مال الوارث، كما لو أعتق السيد الجاني، هذا لفظ الشيخ، ونقل الإمام عنه أنا إذا أنفذنا العتق، نقلنا الدين إلى ذمة الوارث إذا لم يخلف سوى العبد، قال: وكنت أرى الأمر كذلك، فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط، لكنه بالإعتاق متلف للعبد، فعليه أقل الأمرين من الدين، وقيمة العبد. والثاني: أنه موقوف، فإذا أدى الوارث الدين من ماله، تبين نفوذ العتق، وإلا، بيع العبد في الدين، وبأن أن العتق لم ينفذ. ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء، لم ينفذ بيعه إن كان معسراً، وإن كان موسراً، ففيه أوجه: أحدها: لا ينفذ كالمرهون، والثاني: ينفذ، والثالث: موقوف، كالعتق. قال الإمام ويجيء مما حكاه الشيخ أبو محمد قول أنه يصح بيع الوارث التركة إن كان معسراً كالجاني. قال: وذكر أبو علي 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. وأنا إذا صححنا البيع، كان كالإعتاق. قال الإمام: ولزوم البيع بعيد، فإن بيع الجاني وإن صححناه، لا يلزم، مع أن تعلق الأرض به أضعف، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم.

واعلم أن جميع هذا تفريع على أن الدين لا يمنع الإرث، فإن قلنا: يمنعه، فالتركة باقية على ملك الميت، فلا يصح التصرف للوارث بحال. والحاصل أن المذهب نفوذ العتق من الوارث الموسر، ومنع البيع.

الفصل الثاني: ذكرنا في النكاح أن الأمة إذا عتقت تحت عبد. فلها الخيار، فإن فسخت قبل الدخول، سقط كل المهر، وعلى السيد رده إن كان قبضه.

إذا تقرر الفصلان، فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد. ثم إن كان الوارث معسراً، فلا خيار لها، لأنها لو فسخت، لوجب رد مهرها، وصار ذلك ديناً على الميت، وذلك يمنع نفوذ العتق من الوارث المعسر، وإذا لم يعتق، فلا خيار، ففي إثبات الخيار بقية والمسألة دورية، وقد سبق طرف منها في النكاح. وإن كان موسراً، فإن قلنا: ينفذ عتقه، فلها الفسخ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً، فيطالبه به المعتق إن كانت قيمتها المهر لتفويته التركة، وإن كان مهرها أكثر، لم يطالب إلا بقيمتها، لأنه لم يفوت إلا ذلك. وإن قلنا: 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.

فرع: مات عن ابن حائز للتركة وهي ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، فقال الابن: أعتق أبي في مرضه هذا، وأشار إلى أحدهم، ثم قال: بل هذا وهذا، يعني الأول

وآخر معاً، ثم قال: بل أعتق الثلاثة معاً، قال ابن الحداد: الأول حر بكل حال، ويقرعه بينه وبين الثاني، لإقراره الثاني، ويقرعه بين الثلاثة مرة ثانية، فإذا أقرعنا في المرتين، فإن خرج سهم العتق للأول فيهما لم يعتق غيره، وإن خرج للثاني فيهما، وللأول في الأولى، وللثاني في الثانية أو بالعكس، عتقاً، دون الثالث، وإن خرج للأول في الأولى، وللثالث في الثانية عتقاً دون الثاني، وإن خرج للثاني في الأولى، وللثالث في الثانية، عتقوا كلهم. قال الشيخ أبو علي: ولو كانت قيمتهم مختلفة بأن كانت قيمة الأول مئة، والثاني المضموم إليه مائتين، والثالث ثلاثمائة، فالأول حر بكل حال. لإقراره الأول، وهو دون الثلاثة، فإذا أقرعنا بينه وبين الثاني، وخرج سهم العتق للأول، عتق من الثاني أيضاً نصفه، وإن خرج السهم للثاني، عتق كله. وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث، عتق ثلثاه، وذلك ثلث ماله، وإن خرج للثاني، لم يعتق الثالث، سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني، أو لم يخرج، لأنه ثلث ماله، وإن خرجت للأول، فهو نصف الثلث، فتعاد القرعة لإكمال الثلث بين الثاني والثالث، فإن خرجت على الثاني، رُق الثالث، ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى، وهو كله أو نصفه، وإن خرجت على الثالث، عتق ثلثه. ولو كانت قيمة الأول ثلاثمائة، والثاني مائتين، والثالث مئة، عتق من الأول ثلثاه، ثم يقرعه بينه وبين الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول، لم يرد شيء، وإن خرج للثاني، عتق كله، ثم يقرعه بين الثلاثة، فإن خرج للأول أو الثاني، لم يرد شيء على ما عتق، وإن خرج للثالث، عتق كله.

فرع: مات على ثلاثة بنين، وله ثلاثة أعبد، قيمتهم سواء، فأقر أحد البنين أن أباه أعتق في مرضه هذا العبد، وأقر آخر أنه أعتقه مع هذا الآخر، وأقر الثالث أنه أعتق الثلاثة معاً، عتق الأول، لأن أحد البنين أقر بعتقه، فنفذ في حصته وهي ثلثه، ثم يقرعه بينه وبين المضموم إليه، لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول، عتق منه ثلث آخر، وهو حصة المقر، وإن خرج للثاني، عتق ثلثه لهذا المعنى، ثم يقرعه بين الثلاثة فمن خرج له سهم العتق، عتق كله. وإذا حكمنا بعتق بعض عبد، فلا سراية، لأنهم لم يباشروا الإعتاق. ولا أقروا به على أنفسهم. ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين إذا وقع القسمة في نصيب ذلك المقر أو صار له بوجه آخر، حكم عليه بعتقه، لإقراره بأنه حر كله.

فرع: شهد اثنان على ميت أنه أوصى بعتق عبده سالم وهو ثلث ماله، وقال الوارث: أوصي بعتق غانم وهو ثلثه، فإن لم يكذب الوارث الشاهدين، واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا، عتق الأهل بموجب البيعة، وأقر بينه وبين الثاني، لإقرار

الوارث، فإن خرجت القرعة للأول، لم يعتق الثاني، وإن خرجت للثاني، عتق، ولم يرق الأول. لأنه مستحق العتق بالبينة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار. وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الآخر كما سبق. وإن أقر الوارث أنه أعتق الثاني، وكذب الشهود في الأول، عتقاً جميعاً، الأول بالشهادة، والثاني بالإقرار. ولو شهد أجنبيان بأنه أوصى بإعتاق عبد هو ثلث ماله، وشهد وارثان بأنه أوصى بإعتاق آخر، فإن كذب الوارثان الأجنبيين، عتقاً عتقاً، وإلا أقرع كما سبق.

ثلاثة إخوة في أيديهم أمة وولدها، وهو مجهول النسب، قال أحدهم: هي أم ولدي، وهو ولدي منها، وقال الثاني: هي أم ولد أبينا، والولد أخونا، وقال الثالث: هي أمتي، وولدها عبدي، فالكلام في أحكام الأول نسب الولد، فلا يثبت من أبيهم. وأما ثبوته من الذي استلحقه، فإن قلنا: إن من استلحق عبداً مجهول النسب، لحقه، ثبت نسبه منه، وإلا فلا، على الأصح. الثاني القائل: هي أم ولد أبينا، لا يدعي لنفسه شيئاً على الآخرين، فلا يحلفهما، لكن إن ادعت الأمة ذلك، وأنها عتقت لموت الأب، حلفهما أنهما لا يعلمان الأب أولدها، وأما الآخرون، فكل واحد منهما يدعي ما في يد صاحبه، هذا يقول: هي مستولدي، وذلك يقول: ملكي، فيحلف كل واحد الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده. الثالث القائل: هي أم ولد أبينا، لا غرم له، لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً ولا عليه، والذي يدعي الاستيلاد يلزمه الغرم للذي يدعي الملك، لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة، والولد هكذا عللوه ومقتضاه أن يكون الصورة فيما إذا سلم أنه كان لمدعي الرق منها نصيب بالإرث أو غيره، وإلا فلا يلزم من قوله: مستولدي كونها مشتركة من قبل. وكم يغرم؟ وجهان بناء على أن الجارية في يد من هي؟ وفيه وجهان: أحدهما: لا يد عليها للقائل: مستولدة أبينا، لأنها حرة بزعمه، فتكون في يد الآخرين. وأصحهما: في يد الثلاثة حكماً، فعلى الأول يلزمه لمدعي الرق نصف قيمتها وقيمة الولد، وعلى الأصح ثلث قيمتها. وبه أجاب ابن الحداد. الرابع: الولد حر بقول من يقول: مستولدة الأب، ومن يقول: مستولدي، قال الشيخ أبو علي: ويعتق عليه نصيب مدعي الرق ونصيبه من الجارية، هكذا ينبغي أن يكون.

فرع: قال لعبديه: أحكما حر، ثم غاب أحدهما، فقال للذي لم يغيب وعبد ثالث: أحكما حر، ثم مات قبل البيان، قال الأستاذ أبو إسحاق: يقرع بين الأولين، فإن خرج سهم العتق للذي غاب، عتق، وتعاد القرعة بين الآخرين، فمن خرجت له، عتق أيضاً. وإن خرجت أولاً للذي لم يغيب، عتق، ولا تعاد، لأن تعيين القرعة كتعيين المالك، ولو عين الذي لم يغيب للعتق، ثم قال له وللآخر: أحكما

حر، كان صادقاً، ولم يقتض ذلك عتق الآخر. وقال الماسرجسي: إن خرجت القرعة للذي لم يغب، تعاد، لأنه يحتمل أنه أراد بقوله: الثاني الذي حضر آخرًا، فإن خرجت القرعة الثانية للذي لم يغب أيضاً، لم يعتق، وإن خرجت للآخر، عتق أيضاً، ومال الإمام إلى هذا، ورجح الشيخ أبو علي الأول.

فرع: له أربع إماء، فقال: كلما وطئت واحدة منكن، فواحدة منكن حرة، ثم وطىء إحداهن، عتق إحداهن. وهل تدخل الموطوءة في العتق المبهم؟ يبنى على الوجهين السابقين في أن الوطء هل يكون تعييناً للملك في الموطوءة والعتق في غيرها؟ إن قلنا: نعم وعليه فرع ابن الحداد، فأول الوطء لا يتضمن التعيين، لأن العتق معلق به، وما لم يوجد. لا يثبت استحقاق العتق. فلو نزع بمجرد تغيب الحشفة، دخلت الموطوءة في العتق المبهم. وإن استدما، فهل تتضمن الاستدامة التعيين وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق؟ وجهان: أحدهما هو قول أبي زيد: نعم، فيقرع بين الثلاث البواقي، وأصحهما: وبه قال ابن الحداد: لا، لأنه وطء واحد، ولهذا لا يستحق بالاستدامة عتق آخر فيقرع بين الأربعة، وهذا كمن قال لأمه: إن وطئت فأنت حرة، فوطىء ونزع في الحال، لا يلزمه مهر، وإن استدما، فوجهان كنظيره في الحلف بالطلاق. وإن وطىء ثلاثاً منهن، واستدما، عتق بكل وطء أمة، فإن جعلنا الوطء تعييناً، والاستدامة متضمنة للتعين، عتقت الأولى والثانية والرابعة بلا قرعة، ورقت الثالثة، لأنه لما وطىء الأولى فبتغيب الحشفة ثبت عتق واحدة، فإذا استدما، خرجت هي عن الاستحقاق، لتعيينها للملك. والثانية والثالثة تعينتا للملك بوطئهما فتعينت الرابعة للعتق. وبوطء الثانية ثبت حق العتق لها، وللأولى والثالثة، لأن الرابعة علققت بالوطء الأول فإذا استدما خرجت هي عن الاستحقاق وخرجت الثالثة أيضاً بوطئها، فتعينت الأولى للعتق فإذا وطىء الثالثة. لم تبق إلا هي والثانية. واستدامة الوطء فيها إمساك، فيعين العتق في الثانية. وإن جعلنا الوطء تعييناً. ولم نجعل الاستدامة تعييناً. أقرع بين الأولى والرابعة، لأنه أمسك الثانية والثالثة بوطئهما للملك. فإن خرجت القرعة للرابعة. عتقت. وبوطء الثانية يستحق عتق آخر. لكن لاحظ فيه للرابعة. لأنها عتقت بالوطء الأول، ولا للثالثة، لأنه أمسكها بالوطء، فهو إذاً متردد بين الأولى والثانية، فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة. عتقت. وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر، ولاحظ فيه للرابعة، ولا لمن عتق من الأولى والثانية، فإن عتقت الأولى، أقرعنا بين الثانية والثالثة. وإن عتقت الثانية. أقرعنا بين الأولى والثالثة.

وإن خرجت القرعة الأولى للأولى دون الرابعة. عتقت. وبوطء الثانية يتردد

العتق بينها وبين الرابعة. لأن الأولى عتقت. والثالثة تعينت بالوطء للإمساك. فمن خرجت لها القرعة، عتقت، وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر لاحظ فيه للأولى، ولا لمن عتقت والثانية والرابعة. فإن عتقت الثانية. أقرعنا بين الثالثة والرابعة، وإن عتقت الرابعة، أقرعنا بين الثانية والثالثة. وإن قلنا: الوطء ليس بتعيين، أقرع ثلاث مرات، لاستحقاق العتق لثلاث منهن، يقرع بوطء الأولى بين الأربع بسهم عتق وثلاثة أسهم رق، فإن خرجت الرابعة، عتقت، ولا مهر لها. لأنه لم يطأها. وإن خرجت الأولى. عتقت، وهل تستحق المهر؟ يبني على أن استدامة الوطء هل يوجب مهراً؟ وإن خرجت للثانية أو الثالثة. عتقت. ولها المهر، لأننا تبينا أنه وطئها بعد حصول عتقها. ثم يقرع لوطء الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق. وسهمي رق. فإن خرجت للرابعة. فلا شيء لها وإن خرجت الثانية، ففي استحقاقها المهر الوجهان. وإن خرجت الثالثة، استحققت، وإن خرجت القرعة الحرية في المرة الأولى للثانية، أقرعنا الوطء للثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى. فلا مهر لها بلا خلاف، لأن عتقها متأخر عن وطئها، وإن خرج للرابعة، فكذلك لأنه لم يطأها. وإن خرج للثالثة، فلها المهر، لأننا تبينا أنها عتقت قبل وطئها. ثم يقرع لوطء الثالثة بين الباقيين بسهم عتق، وسهم رق. فإن بقيت الثالثة والرابعة، وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر، وإن خرجت للثالثة، فهل لها المهر؟ فيه الوجهان، وإن بقيت الأولى والثانية، فلا مهر لمن خرجت لها القرعة منهما، لتقدم وطئها على عتقها، وفيه وجه أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق، وسهم رق، فتعتق ثلاث. وترق واحدة، وهذا صحيح لمعرفة الرق والعتق، لكن لا يصرف به المهر. وموضع الخلاف فيه والوفاق. ولو وطئ الأربع، عتقن كلهن. ونحتاج للمهر إلى الإقراع ثلاث مرات بين الأربع مرة بسهم عتق. وثلاث أسهم رق، ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق، وسهمي رق، ثم مرة بين الباقيتين بسهم عتق، وسهم رق. واستيعاب الاحتمالات يطول. وضابطه أن ينظر في كل قرعة، فمن بان أنها عتقت قبل وطئها. فلها المهر، وفيمن عتقت بوطئها الوجهان. أما إذا قال: كلما وطئت واحدة منكن، فواحدة من صواحبها حرة ووطئهن، فإن قلنا: الوطء يعين الملك في الموطوءة، عتقت الرابعة بوطء الأولى. والأولى بوطء الثانية، والثانية بوطء الثالثة، ورقت الثالثة. وإن قلنا: لا يعين، عتق ثلاث، ورقت واحدة، فيقرع لوطء الأولى بين الثلاث البواقي. فإن خرجت القرعة للثانية. عتقت. ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرجت للأولى أو للرابعة، عتقت. وإذا وطئ الثالثة، عتقت الباقية من الثلاث وهي الأولى أو الرابعة. وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة.

عتقت. فإذا وطئ الثالثة، عتقت الباقية منهن وهي الأولى أو الرابعة، وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة، عتقت، فإذا وطئ الثالثة، أقرع بين الأولى والرابعة. وأما المهر. فلا يجب لمن عتقت بعد الوطء، ويجب لمن بان عتقها قبله. وفي هذه الصورة لا يعتق الموطوءة بوطئها بحال. واعلم أن الإقراع في جميع هذه الصورة فيما إذا مات قبل البيان، فأما في حياته، فيؤمر بالبيان.

فرع: له أربع إماء وعبيد، فقال: كلما وطئت واحدة منكن، فعبد من عبيدي حر، وكلما وطئت اثنتين، فعبدان حران، وكلما وطئت ثلاثاً، فثلاثة، وكلما وطئت أربعاً، فأربعة، فوطئ الأربعة، فهو كقوله: كلما طلقت امرأة من عبيدي حر، إلى آخر التصوير، وقد سبق في الطلاق، والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً.

فرع: اشترى في مرض موته عبداً بأكثر من قيمته، وكانت المحابات قدر الثلث، بأن كان له ثلاثمائة، واشترى عبداً يساوي مئة بمائتين، ثم أعتقه، قال ابن الحداد: وإن لم يوفر الثمن نفذ العتق، وبطلت المحابة، لأن المحابة كالهبة، فإذا لم يقترب بها القبض حتى جاء ما هو أقوى منها، وهو العتق، بطلت، ويمضى البيع بضمن المثل، وعلى البائع أن يقنع به. وإن وفر الثمن، نفذت المحابة، وبطل العتق، لأن المحابة، استغرقت الثلث. قال الأصحاب: هذا غلط، ولا فرق في المحابة بين أن يقبض أو لا يقبض، لأنها تعلقت بالمعارضة، والمعارضة تلزم بنفس العقد، ولهذا لو حابى المريض ولم يقبض، ثم أراد إبطالها، لم يتمكن منه، بخلاف الهبة، فالجواب نفوذ المحابة، وبطلان العتق، لتقدمها، قالوا: وقوله: يلزم البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد، غلط أيضاً، لأنه لم يرخص بزوال ملكه إلا بالزيادة، بل ينبغي أن يقال: له الخيار بين أن ينفذ البيع بقدر القيمة وينفذ العتق وبين أن يفسخه ويبطل العتق.

فرع: جارية بين شريكين حامل من زوج أو زنا، عتق أحدهما نصيبه من الحمل وهو موسر، ثم وضعته لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق، وهو لدون ستة أشهر، فهو حر بالمباشرة والسراية، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة، فإن ألقته ميتاً من غير جنائية، فلا شيء على المعتق، وإن كان بجنائية، فعلى عاقلة الجاني غرة لورثة الجنين، لأنه محكوم بحريته، وعلى المعتق نصف عشر قيمة الأم للشريك. هكذا أطلق ابن الحداد، فقال القفال: إنما يلزم المعتق نصف عشر قيمة الأم إذا لم يزد على قيمة الغرة، فإن زاد، لم يلزم إلا نصف قيمة الغرة، ورأى الشيخ أبو علي الأخذ بالإطلاق، وأنه يجب نصف عشر قيمة الأم بالغاً ما بلغ، لأن انفصاله مضموناً كانفصاله حياً، لأن الغرة تصرف إلى الوارث، وقد لا يستحق المعتق منها

شيئاً، وإنما كان يجب رعاية المناسبة بين الغرمين، أن لو كان الواجب بالجناية للمعتق، قال الشيخ: وهذا كله جواب على أن الشراء يحصل بنفس الإعتاق، فإن قلنا: يحصل بأداء القيمة، فإذا وضعت الحمل، وقوم ووصل نصف القيمة إلى الشريك، فحينئذ يعتق الباقي. وإن ألقته ميتاً بجناية، فنصفه حر، وهو يقوم الباقي على المعتق؟ فيه الخلاف السابق فيما لو أعتق نصيبه ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك. فإن قلنا: يسقط التقويم، فنصفه حر ونصفه رقيق، فعلى عاقلة الجاني نصف غرة. وإلى من تصرف؟ فيه الخلاف المذكور في أن من بعضه حر، هل يورث، ويجب للنصف المملوك نصف عشر قيمة الأم، وهل يكون في مال الجاني أم على عاقلته؟ فيه الخلاف في أن بدل الرقيق تحمله العاقلة.

فرع: خلف ثلاثة أعبد، قيمة كل واحد مئة ولا مال له غيرهم، فشهد عدلان أنه عتق في مرضه هذين، فأشار الوارث إلى أحدهما، فقال: أما هذا فأعتقه، وأما الآخر، فلا، فلا يقبل قوله في إبطال حق الآخر من العتق، لكن يقرع بينهما، فإن خرج العتق لمن عينه الوارث، عتق ورق الآخر، وإن خرج للآخر، عتق بمقتضى القرعة التي اقتضتها الشهادة، ويعتق الآخر بإقرار الوارث. وإن قال الوارث: أعتق مورثي هذا، ولا أعلم حال الآخر، أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، عتق، دون الآخر. ولو شهدا أنه أعتق الثلاثة دفعة وقال الوارث: أعتق هذين دون ذاك، قال ابن الحداد: يقرع بين الثلاثة، فإن خرج سهم العتق للذي أنكره الوارث، عتق، وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين، فمن خرجت له عتق بإقرار الوارث. وإن خرجت أولاً لأحد الاثنين اللذين أقر باعتاقهما، عتق، ورق الآخران، وبالله التوفيق.

الخصيصة الخامسة: الولاء، وفيه طرفان.

الطرف الأول: في سببه، وهو زوال الملك عن رقيق بالحرية، فمن أعتق عبداً تنجيزاً، أو بصفة، أو دبره، أو استولدها، فعتقاً بموته، أو عتق عليه بأداء نجوم الكتابة، أو الإبراء منها، أو التمس من مالك عبد عتقه على مال، فأجابه، أو أعتق نصيبه من مشترك، وسرى، أو ملك قريبه فعتق عليه، ثبت له عليه الولاء. ولو باع عبد نفسه، فله عليه الولاء على المذهب، وسواء اتفق دينهما أو اختلف. فلو أعتق مسلم كافراً أو عكسه، ثبت الولاء، وإن لم يتوارثا، كما ثبت علاقة النكاح والنسب بينهما. ثم الولاء مختص بالإعتاق، فمن أسلم على يديه إنسان فلا ولاء له عليه، ومن أعتق عن غيره بغير إذنه، وقع العتق عن المعتق عنه، وله الولاء دون المعتق. والولاء كالنسب لا يجوز بيعه، ولا هبته، ولا يورث، لكن يورث به. ولو أعتق عبداً على أن لا ولاء له عليه، أو على أن يكون سائبة، لغا الشرط، وثبت الولاء، وكذا لو

شرط أن ولاء لفلان أو للمسلمين، لغا، ولا ينتقل الولاء عنه، كما لا ينتقل النسب، ولا يثبت الولاء بالمولاة والحلف، كما لا يثبت النسب بذلك، وكما يثبت الولاء على المعتق، يثبت على أولاده وأحفاده، وعلى عتيقه وعتيق عتيقه، وكما يثبت للمعتق يثبت لمعتق الأب وسائر الأصول، ولمعتق المعتق، وكما يثبت على ولده العتيق، يثبت على ولد العتيقة، ويستثنى من استرسال الولاء على أولاد العتيق وأحفاده موضعان:

أحدهما: إذا كان منهم من مسه رق وأعتق، فولأؤه لمعتقه، فإن لم يكن، فلعصبات معتقه، فإن لم يوجدوا، فالميراث لبيت المال، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال، فإنه أعتق مباشرة، وولاء المباشرة أقوى. وصورته أن تلد رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر، وأعتق الولد وأبواه أو أمه.

الثاني: من أبوه حر أصلي لا ولاء عليه، وأمّه معتقة، هل يثبت عليه الولاء لموالي الأم؟ فيه أوجه: الصحيح: لا، والثاني: نعم، والثالث: إن كانت حرية الأب متيقنة، بأن كان عربياً معلوم النسب، فلا، وإن كانت مبنية على ظاهر الدار، وأن الأصل في الناس الحرية، فنعم، لضعف حرية الأب، ولو كان الأب معتقاً، والأم حرة أصلية، فالصحيح ثبوت الولاء عليه لموالي الأب، لأنه ينسب إليه. وقيل: لا ولاء عليه تغليباً للحرية كعكسه. ومن له أمه حرة أصلية وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد، فإن أعتق الأب، فهل يثبت عليه لموالي الأب؟ قال الشيخ أبو علي: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين، وهما محتملان، أحدهما: نعم، لثبوته على الأب، وإنما لم تثبت أولاً لرقه. والثاني: لا، لأنه لم يثبت ابتداءً، فلا يثبت بعده، كما لو كان أبواه حرين.

فرع: من مسه رق وعتق، فلا ولاء عليه لمعتق أبيه وأمّه وسائر أصوله كما سبق، سواء وجدوا في الحال أم لا، فالمباشر إعتاقه ولأؤه لمعتقه، ثم لعصبته، فأما إذا كان حر الأصل، وأبواه عتيقين، أو أبوه عتيق، فولأؤه لمولى أبيه، وإن كان الأب رقيقاً، والأم معتقة، فالولاء لمعتقها، فإن مات والأب رقيق بعد، ورثه معتق الأم، وإن أعتق الأب في حياة الولد، الخبر الولاء من مولى الأم إلى مولى الأب. ولو مات الأب رقيقاً، وعتق الجد، انجر من موالي الأم إلى موالي الجد ولو عتق الجد، والأب رقيق، ففي انجراره إلى مولى الجد. وجهان: أحدهما: ينجر، فإن أعتق الأب بعد ذلك، انجر من مولى الجد إلى مولى الأب، والثاني: لا ينجر، فعلى هذا لو مات الأب بعد عتق الجد، ففي انجراره إلى موالي الجد وجهان: أحدهما: عند الشيخ أبي علي: لا ينجر، وقطع البغوي بالانجرار.

قلت: الانجرار أقوى. والله أعلم.

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم لرق الأب، فاشترى الولد أباه، ثبت له الولاء عليه، وعلى إخوته وأخواته الذين هم أولاد الأب، وهل يجزى ولاء نفسه من مولى الأم؟ وجهان: الأصح المنصوص: لا، لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا لو اشترى العبد نفسه، عتق وكان الولاء عليه لبائعته، وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء، وإذا تعذر الجبر، بقي الولاء موضعه. والثاني: ينجر، ويسقط، ويصير كحر لا ولاء عليه. ولو خلق إنسان حر من حرين، وكان في أحد أجداده رقيق. ويتصور ذلك في نكاح الغرور، وفي الوطء بشبهة إذا أعتقت أم أمه، ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم، فإذا أعتق أبو أمه بعد ذلك، انجر الولاء إلى مولاه، فإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك، انجر الولاء من مولى أبي الأم إلى مولى أم الأب، فإذا أعتق أبو أبيه بعد ذلك، انجر إلى مولاه. ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيق، فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء، انجر إلى مولاه، واستقر عليه. ودليله أن جهة الأبوة أقوى، وحيث أثبتنا الولاء لمولى الأم، فمات الولد، أخذ ميراثه، فإن عتق بعد ذلك، لم يسترده مولاه، بل الاعتبار بحال الموت، وليس معنى الانجرار أن يحكم بأن الولاء لم يزل في جانب الأب، بل معناه أنه ينقطع من وقت عتق الأب عن مولى الأم، وإذا انجر إلى موالي الأب، فلم يبق منهم أحد، لم يعد إلى موالي الأم، بل يكون الميراث لبيت المال، وكذا إذا ثبت الولاء لموالي الأب فهلکوا، لم يصير لموالي الجد، حتى لو مات من انتقل ولأؤه من موالي أبيه إلى موالي جده حينئذ فميراثه لبيت المال.

فرع: أعتق أمته المزوجة بعتيق، فولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق، فولاء الولد لمعتق الأم، لا لمعتق الأب، لأننا تيقنا وجوده يوم الإعتاق، فمعتقه باشر إعتاقه بإعتاقها، وولاء المباشرة مقدم، وإن ولدت لسته أشهر فصاعداً، فإن كان الزوج يفتريشها، فولأؤه لمعتق الأب، لأننا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق، والأصل عدمه، والافتراض سبب ظاهر للحدوث، وإن كان لا يفتريشها، وولدت لأربع سنين من الإعتاق، فذلك. وإن ولدت لأقل من أربع سنين، فقولان: أظهرهما: لمعتق الأم. ولو أعتق المزوجة برقيق، فولدت لدون ستة أشهر من الإعتاق، فولأؤه لمعتق الأم بالمباشرة، فإن أعتق الأب الأب، لم ينجر الولاء إلى معتق الأب من معتق الأم، لأنه أعتقه مباشرة. وإن ولدته لسته أشهر فصاعداً، قال البغوي: إن لم يفارقها الزوج، فولأؤه لمولى الأم، فإذا أعتق الأب، انجر إلى مولاه، وإن كان فارقها، فإن ولدت لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق، فالولد منفي عن الزوج، وولأؤه لمعتق الأم أبداً، وإن ولدته لأربع سنين، لحق الزوج، وولأؤه لمعتق الأم، فإذا أعتق

الأب، ففي الانجرار إلى مولاه قولان. ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة بلعان، فالولاء في الظاهر لمولى الأم، فإن كذب الملاعن نفسه، لحقه الولد وحكمنا بأن الولاء لمولاه. فإن كان الولد قد مات بعد اللعان، ودفعنا الميراث إلى مولى الأم، استرددناه منه بعد الاستلحاق، لأننا تبينا أنه لم يكن ولاء. ولو غر بحرية 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، لأنه عتق بالمباشرة. ولو نكحها عالماً بأنها أمة، وأولدها، ثم عتقت، وأولدها ولداً آخر، فالثاني حر، وولاءه لمعتق الأب، والأول مملوك، وولاءه لمعتقه.

الطرف الثاني: في حكم الولاء وهو إحدى جهات العصوبة، ومن يرث به، لا يرث إلا بالعصوبة، ويتعلق به ثلاثة أحكام: الإرث، وولاية التزويج، وتحمل الدية، وقد ذكرناها في مواضعها.

قلت: ورابع، وهو التقدم في صلاة الجنازة، فإذا مات العتيق، ولا وارث له بنسب ولا نكاح، ورث معتقه جميع ماله. وإن كان له من يرث بالفرضية، وفضل منه شيء، أخذه المعتق، فإن لم يكن المعتق حياً، ورث بولاية أقرب عصباته، ولا يرث أصحاب فروضه، ولا من يتعصب بغيره، فإن لم نجد للمعتق عصبه بالنسب، فالميراث لمعتق المعتق، فإن لم نجده، فلعصبات معتق المعتق، فإن لم نجد لهم، فلمعتق معتق المعتق، ثم لعصبته، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده. ولأصحاب عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً، قالوا: هو ذكر يكون عصبه المعتق لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفة العتيق. وخرجوا عليها مسائل:

منها: إذا مات العتيق، وللمعتق ابن وبنت، أو أب وأم، أو أخ وأخت، فالميراث للذكر دون الأنثى، ولا يرث النساء بولاء الغير أصلاً، لكن إن باشرت المرأة إعتاقاً، أو عتق عليها مملوك، فلها عليه الولاء، كما للرجل، لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» كما يثبت لها الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل.

ومنها: لو أعتق عبداً، ومات عن ابنين، فولاء العتيق لهما، فمات أحدهما وخلف ابناً، فولاء العتيق لابن المعتق، دون ابن ابنه، وهذه الصورة ونحوها معنى ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما: أن الولاء للكبر، بضم الكاف، أي الكبير في الدرجة والقرب، دون السن. ولو مات المعتق عن ثلاثة بنين، ثم مات أحدهم عن ابن،

وآخر عن أربعة، والآخر عن خمسة، فالولاء بين العشرة بالسوية، فإذا مات العتيق، ورثوه أعشاراً، لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك. ولو أعتق عبداً، ومات عن أخ من أبوين، وأخ من أب، فولاء عتيقه للأخ من الأبوين على المذهب، كما سبق. فلو مات الأخ من الأبوين، وخلف ابناً، والأخ الآخر، فولاء العتيق للأخ، لأن المعتق لو مات الآن كان عصبه الأخ من الأب، دون ابن الأخ من الأبوين.

ومنها: أعتق مسلم عبداً كافراً، ومات عن ابنين: مسلم وكافر، ثم مات العتيق، فميراثه للابن الكافر، لأنه الذي يرث المعتق بصفة الكفر. ولو أسلم العتيق، ثم مات، فميراثه للابن المسلم. ولو أسلم الابن الكافر، ثم مات العتيق مسلماً، فالميراث بينهما.

فرع: الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته، يترتبون ترتب عصبات النسب، إلا في مسائل سبقت في الفرائض، منها: أخ المعتق وجده، إذا اجتمعوا هل يتساويان كالإرث، أم يقدم الأخ؟ قولان: أظهرهما: الثاني، فيقدم ابن الأخ أيضاً، ويقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب على المذهب. وقيل: قولان. ولو كان له أبناء عم، أحدهما أخ لأم، قدم على المذهب.

فرع: الانتساب في الولاء، قد يكون بمحض الإعتاق، كمعتق المعتق، ومعتق معتق المعتق، وقد يتركب من الإعتاق والنسب، كمعتق الأب وأبي المعتق ومعتق أبي المعتق، فإن تركب الانتساب، فقد يشبهه حكم الولاء ويغالط به، بأن قال: اجتمع أبو المعتق ومعتق الأب، فأيهما أولى؟ وجوابه أنه إذا كان للميت أبو المعتق، كان له معتق، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً كما سبق، فلا معنى لمقابلة أحدهما بالآخر وطلب الأولوية. ولو اجتمع معتق أبي المعتق، ومعتق المعتق، فالولاء لمعتق المعتق لأن ولاءه بجهة المباشرة.

فرع: اشترت امرأة أباهما، فعتق، ثم أعتق الأب عبداً، ومات عتيقه بعد موته، نظر، إن لم يكن للأب عصبه بالنسب، فميراث العتيق للبنت، لا لكونها بنت المعتق، بل لأنها معتقة المعتق، وإن كان له عصبه، كأخ وابن عم قريب أو بعيد، فميراث العتيق له، لأنه عصبه المعتق بالنسب، ولا شيء للبنت، لأنها معتقة المعتق، فتتأخر عن عصبه النسب. قال الشيخ أبو علي: سمعت بعض الناس يقول: أخطأ في هذه المسألة أربعمئة قاض، لأنهم رأوها أقرب. ولو اشترى أخ وأخت أباهما، فعتق عليهما، ثم أعتق عبداً، ومات العتيق بعد موت الأب، وخلف الأخ والأخت، فميراثه للأخ، دون الأخت لأنه عصبه المعتق بالنسب، بل لو كان الأخ قد مات قبل موت الأب، وخلف ابناً وابن ابن أو كان للأب ابن عم بعيد، فهو أولى من البنت.

ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب، ولم يخلفه إلا أخته، فلها نصف الإرث بالأخوة، ونصف الباقي، لأن لها نصف ولاء الأخ، لإعتاقها نصف أبيه، فلها ثلاثة أرباع المال. ولو مات الأب، ثم الابن، ثم العتيق، ولم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً: النصف لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف الباقي لولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف أبيه، فهي معتقة نصف أبي معتق معتقه. والربع الباقي في الصورتين لبيت المال. ولو مات الأب، ولم يخلف إلا البنت، فقال الغزالي في «الوجيز»: لها النصف بالبنوة، ونصف الباقي لولائها على نصف الأب ولم يذكر الصورة في «الوسيط» ولا في «النهاية» ومفهومه انحصار حقها في النصف والربع، وكلام الأصحاب منهم الشيخ أبو علي وأبو خلف السلمي، في صورة أخرى، ينازع في هذا، فإنهم قالوا: لو اشترت أختان أباهما بالسوية، فعتق عليهما، ثم مات الأب، فلهما الثلثان، والباقي بالولاء. ولو ماتت إحداهما بعد موت الأب، فللأخرى النصف بالأخوة، ونصف الباقي بولائها على نصف الأخت، بإعتاقها نصف أبيها. وأما الربع، فأطلق البغوي أنه لبيت المال، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمها حرة أصلية، فأما إذا كانت معتقة، فلموالي الأم ولاء الأختين، فإذا أعتقنا الأب، جرت كل واحدة نصف ولاء أختها إلى نفسها، وهل تجر ولاء نفسها وتسقط، أم يبقى لموالي الأم؟ فيه خلاف سبق، فإن قلنا: تبقى هي وهو الأصح، فالربع الباقي لموالي الأم، وإن قلنا: يجر ويسقط، فهو لبيت المال. ولو ماتت إحدى الأختين، ثم مات الأب، وخلفت الأخرى، فلها سبعة أثمان ماله، والنصف بالبنوة، والربع لأنها معتقة نصفه، ونصف الربع الباقي، لأن لها نصف ولاء الأخت بإعتاقها نصف أبيها، والثلث الباقي لموالي الأم إن كانت معتقة على الأصح، لأن نصف ولاء الميتة يبقى لها. وإن قلنا: لا يبقى، فهو لبيت المال، وهذه الصورة كالصورة التي ذكرها الغزالي. ولو اشترتا الأب، وعتق عليهما، ثم أعتق عبداً ومات العتيق بعد موته، وخلف البنيتين، فجميع المال لهما، لأنهما معتقتا معتقه.

فرع: أختان أو أخوان ليس عليهما ولاء مباشر، اشترت إحداهما أباهما فعتق عليهما، والأخرى أمهما، فعتقت عليهما، وتتصور المسألة فيما لو غر عبد بحرية أمة فنكحها وأولدها ولدين، وفيما لو كانوا كفاراً، فأسلم الولدان، واسترققتا الأبوين، فولاء الأب للتي اشترته، فأما إذا مات عنهما، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي لها بالولاء، وولاء الأم للتي إشترتها، فإذا ماتت عنهما فلهما الثلثان، والباقي لها بالولاء، ولمشترية الأب الولاء على مشترية الأم، فإذا ماتت مشترية الأم، وخلفت مشترية الأب، فلها النصف بالأخوة، والباقي بالولاء، وهل لمشترية الأم الولاء على

مشتري الأب؟ فيه الوجهان فيمن عليه ولاء لمولى أمه إذا اشترى أباه، هل يبقى الولاء لموالي أمه، أم يسقط؟ فإن قلنا بالأصح: إنه يبقى، فلمشتري الأم الولاء على مشتري الأب، فإذا ماتت، فالحكم كما في الطرف الآخر، وإن قلنا: يسقط، فلا ولاء لها على مشتري الأب، وإذا ماتت، فلها النصف بالبنوة، والباقي لبيت المال. ولو اشترتا أباهما، ثم اشترت إحداهما والأب أبا الأب، وعق عليهما، ثم مات الأب، فللبنتين الثلثان، والباقي لأبيه، فإن مات الجد بعده، فللبنتين الثلثان بالبنوة والباقي نصفه لتي اشترته مع الأب، ونصفه الآخر بينهما، لإعتاقهما معتق نصفه. ولو ماتت إحداهما بعد ذلك، وخلفت الأخرى، فعلى ما سبق. ولو اشترتا أمهما، ثم الأم أباهما وأعتقته، فلهما عليها الولاء، ولها عليهما، لأنها معتقة أبيهما، فإن ماتت، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء، فإن مات الأب بعد ذلك، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء، لأنهما معتقتا معتقه، فإن ماتت إحداهما بعد ذلك، فللأخرى النصف بالأخوة، ونصف الباقي لإعتاقها نصف معتق أبيها، والباقي لبيت المال. ولو اشترتا أباهما، ثم اشترت إحداهما، والأب أخاهما للأب، فعتق نصفه على الأب وهو معسر، فأعتقت المشتري باقية، فمات الأب، ورثه أولاده الثلاثة، فإن مات الأخ بعده، فلهما الثلثان بالأخوة، والباقي نصفه للمشتري، وباقيه بين البنتين، لأنهما معتقتا الأب الذي هو معتق نصف الأخ، فالقسمة من اثني عشر، لمشتري الأخ سبعة، والأخرى خمسة. ولو ماتت التي لم تشتري الأخ أولاً، ثم مات الأب، ثم الأخ، فمال الميته أولاً لأبيها، ومال الأب لابنه وبنته أثلاثاً، ومال الأخ نصفه للأخت الباقية بالنسب، ونصف باقيه لها بإعتاقها نصفه، والباقي وهو الربع لمعتقتي الأب، فللهذه نصفه ونصفه للميته، فيكون لمواليها، وهم هذه الأخت، وموالي الأم إن كانت الأم معتقة، فيكون بينهما نصفين، فإن لم يكن للأم مولى، فليت المال.

فرع: أختان لا ولاء عليهما، اشترتا أمهما، فعتقت، ثم اشترت الأم وأجنبي أباهما وأعتقاه، فللأختين الولاء على أمهما، ولها وللأجنبي على الأب وعليهما، فإن ماتت الأم، ثم الأب، ثم إحداهما، فأما الأم، فمالها لهما ثلثاه بالبنوة، وباقيه بالولاء، وأما الأب، فلهما ثلثا ماله بالبنوة، وباقيه للأجنبي نصفه، ولهما نصفه، لأنهما معتقتا معتقه نصفه، وأما الأخت، فالنصف من مالها للأخرى بالأخوة، ونصف الباقي للأجنبي، لأنه أعتق نصف أبيها، والربع الباقي كان للأم وهي ميته، فيكون للأختين، لأنهما معتقتاهما، فللأخت الباقية نصفه، وهو الثمن، ويرجع الثمن الذي هو حصة الميته إلى من له ولاؤها وهو الأجنبي والأم، ونصيب الأم يرجع إلى

الحية والميتة، وحصة الميتة إلى الأجنبي، والأم، هكذا يدور فلا ينقطع ولذلك سمي: سهم الدور. وفيما يفعل به؟ وجهان قال ابن الحداد: يجعل في بيت المال، لأنه لا يمكن صرفه بنسب ولا ولاء. والثاني: يقطع السهم الدائر وهو الثمن، ويجعل كأن لم يكن، ويقسم المال على باقي السهام، وهو سبعة، خمسة للأخت الباقية، وسهمان للأجنبي، وزيف الإمام الوجهين وقال: الوجه أن يفرد النصف، ولا يدخله في حساب الولاء، وينظر في النصف المستحق بالولاء، فيحد نصفه للأم، ونصفه للأجنبي، ومال الأم يصير للأختين ثم نصيب إحداهما نصفه للأم، ونصفه للأجنبي، ونصيب الأم للأختين، فحصل أن للأجنبي ضعف ما للأخت، فيجعل المال ستة، للأخت نصفها بالنسب، ويبقى ثلاثة، للأجنبي سهمان، وللأخت سهم، فجعل له الثلث، ولها الثلثان من الجملة، وبهذا قطع الغزالي. ونقل أبو خلف الطبري عن أكثر الأصحاب أن سهم الدور لبيت المال، كما قال ابن الحداد، وإليه يميل كلام ابن اللبان. أما إذا ماتت إحدى الأختين أولاً، ثم الأم، فمال الأخت لأبويها، ومال الأم للبت، نصفه بالبنوة، ولها نصف الباقي لإعتاقها نصف الأم، ونصفه الباقي للأب، لأنه عصبه معتقة النصف، قال الشيخ أبو علي: وفي مثل هذه المسائل لا يورث بالزوجية إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية، أما إذا مات الأب أولاً، ثم إحدى الأختين، ثم الأم، فمال الأب لثلاث البنات بالأبوة، وباقيه بين الأم والأجنبي، ومال الأخت للأم ثلثه وللأخت نصفه، والباقي بين الأم والأجنبي، لأنهما معتقتا أبيهما، ومال الأم نصفه للبت الباقية بالبنوة، ولها من النصف الباقي نصفه، لأنها أعتقت نصفها، ونصفه الباقي حصة البنت الميتة، فيكون لمواليها، وهم الأجنبي والأم، فللأجنبي نصفه، وهو الثمن، ويبقى ثمن يرجع إلى الأختين، لإعتاقهما الأم، وهو سهم دور، وفيه الخلاف السابق. أما إذا ماتت البنتان أولاً، فمالهما لأبويهما، فإن مات الأب بعدهما، فماله للأم والأجنبي، فإن ماتت الأم بعده، فنصف مالها للأجنبي، لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبيت المال.

واعلم أن الفرضيين قالوا: إنما يحصل الدور في الولاء بثلاثة شروط: أن يكون للمعتق ابنان فصاعداً، وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعداً، وألا يكون الباقي منهم حائزاً لمال الميت، فإن اختل أحد هذه الشروط، فلا دور.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بكتاب العتق، من الولاء، وغيره

شخصان كل منهما مولى صاحبه من فوق ومن أسفل، بأن أعتق عبداً، فأعتق أبا المعتق أختان لأبوين، أعتقهما رجل، فاشتريا أباهما، فلكل منهما نصف ولاء

أبيها، ولا ولاء لأحدهما على الأخرى، لأن عليهما ولاء مباشرة. وفي فتاوى القفال: إذا اشترى مكاتب بعض أبيه، عتق نصفه، ولا يقوم عليه، لأنه لم يعتق باختياره، بل عتق ضمناً، وأنه إذا قال لمن له عبد مستأجر: أعتقه عني على كذا، فأعتقه، نفذ قطعاً، بخلاف البيع، لقوة العتق، وكذا يجوز في المغصوب والغائب إذا علم حياته.

وفي فتاوى القاضي حسين: إذا ادعى عبد على سيده العتق عند الحاكم، فحلفه فلما أتم يمينه، قال: قم يا حر، على وجه السخرية، حكم عليه بالحرية، لقوله ﷺ: «ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد» ومنها العتاق. وأنه لو كانت جارية حاملاً، والحمل مضغة، فقال: أعتقت مضغة هذه الجارية، كان لغواً، لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لغو. ولو قال: مضغة هذه الجارية حر، فهو إقرار بأن الولد انعقد حراً، وتصير الأم به أم ولد.

قلت: ينبغي أن لا تصير حتى يقر بوطئها، لأنه يحتمل أنه حر من وطء أجنبي بشبهة. والله أعلم.

وأنه لو قال لعبده: لو أخذك متغلب، فقل: أنا حر، لا يعتق، بل هو أمر بكذب، وكان القاضي يلحق عبده بذلك. وأنه لو قال لعبده: أعتقك الله، أو الله أعتقك، فقيل: يفرق بينهما، لأن الأول دعاء، والثاني خبر. قال القاضي: وعندي لا يعتق فيهما. وقال العبادي: يعتق فيهما. وفي الزيادات لأبي عاصم العبادي رحمه الله: أنه إذا قال: من بشرني من عبيدي بقدوم زيد، فهو حر، فبعث بعض عبده عبداً آخر ليبشره به، فجاء وقال: عبدك فلان يبشرك بقدومه، وأرسلني لأخبرك، فالمبشر المرسل دون الرسول. وأنه لو قال: إن اشتريت عبيدين في صفقة، فلله علي إعتاقهما، فاشترى ثلاثة صفقة، لزمه إعتاق اثنين، لوجود الصفقة. ولو ولدت الزانية، فملك الزاني بها ذلك الولد، لم يعتق عليه، لانتفاء نسبه. وفي فروع حكاها الروياني عن والده وغيره قال لعبده: أنت حر مثل هذا العبد، وأشار إلى عبد آخر، يحتمل أن لا يعتق لعدم حرية المشبه به، ويحمل على حرية الخلق.

قلت: ينبغي أن يعتق. والله أعلم.

وأنه لو قال: أنت حر مثل هذا، ولم يقل: هذا العبد، يحتمل أن يعتقا، والأوضح أنهما لا يعتقان.

قلت: الصواب: هنا عتقهما. والله أعلم.

وأنه لو قال لغيره: أنت تعلم أن هذا العبد الذي في يدي حر، حكم بعتقه. ولو قال: تظن أنه حر، لم يحكم بعتقه، لأنه لو لم يكن حراً لم يكن المقول له عالماً

بحريته، وقد اعترف بعلمه، والظن بخلافه. ولو قال: ترى أنه حر، احتمل أن لا يقع، وأن يقع، والرؤية بمعنى العلم.

قلت: الصواب أنه لا يعتق. والله أعلم.

وأنه لو وكل رجلاً في عتق عبد، فأعتق الوكيل نصفه، فهل يعتق نصفه فقط، أم يعتق ويسري إلى باقيه، أم لا يعتق منه شيء لمخالفته؟ فيه أوجه: أصحابها: الأول. وفي «جمع الجوامع» للرويانى أنه لو كان عبد بين شريكين، فقال رجل لأحدهما: اعتق نصيبك عني بكذا، فأعتقه عنه، فولأؤه للآمر، ويقوم نصيب الشريك على المعتق، دون الأمر، لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو العوض الذي حصل له. ولو قال أحد الشريكين للآخر: أعتق نصيبك عني بكذا، فأعتقه عنه، فولأؤه للآمر، ويقوم نصيب الأمر على المعتق، حكاة عن القاضي الطبري.

قلت: الصواب في الصورتين أنه لا يقوم عليه، لأنه لم يعتق عنه. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب التدبير^(١)

فيه بابان:

الباب الأول: في أركانه

وهي ثلاثة، المحل، والصيغة، والأهل.

الركن الأول: أما المحل، فمعلوم.

الركن الثاني: وأما الصيغة، فينعقد التدبير بالصريح وبالكناية فالصريح كقوله: أنت حر بعد موتي، أو أعتقتك، أو حررتك بعد موتي، أو إذا مت فأنت حر، أو عتيق، فإذا مات عتق ولو قال: دبرتك، أو أنت مدبر، فالنص أنه صريح، ويعتق إذا مات السيد. ونص في الكتابة أن قوله: كاتبك على كذا، لا يكفي حتى يقول: فإذا أديت فأنت حر ونيويه، وفيهما طريقان، فقل: فيهما قولان أحدهما: صريحان لاشتهارهما في معنيهما، كالبيع والهبة. والثاني: كناية، لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق، والمذهب تقرير النصين. والكناية كقوله: خلعت سبيلك بعد موتي مع نية العتق. ولو قال: دبرت نصفك أو ربعك، صح. وإذا مات، عتق ذلك الجزء، ولم يسر. ولو قال: دبرت يدك أو رجلك، فهل يصح ويكون كله مدبراً، أم يلغو؟ وجهان: ونص في «الأم» أنه لو قال: أنت حر بعد موتي ولست بحر، لا يصح التدبير، كما لا يحصل العتق لو قال: أنت حر أو لست بحر، ولا الطلاق إذا قال: أنت طالق، أو لست بطالق.

فرع: يصح التدبير مطلقاً، وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط. ومقيداً بشرط في الموت، كقوله: إن قتلت، أو مت من مرضي هذا، أو حتف أنفي أو في سفري هذا، أو في هذا الشهر، أو في هذا البلد، فأنت حر، فإن مات على الصفة المذكورة، عتق، وإلا، فلا. ولو قال: إذا مت، ومضى شهر أو يوم فأنت حر، أو قال: أنت حر بعد موتي بيوم، عتق بعد موته بيوم، ولا يحتاج إلى إنشاء إعتاق بعد

(١) التدبير هو تعليق عتق الرقيق بموت سيده.

والمدبر: هو العبد الذي حصل له التدبير، سُمي بذلك لأن عتقه جُعل دبر حياة سيده، فالموت يكون دبر الحياة.

موته. وهل هذا تدبير مطلق، أم مقيد، أم ليس بمطلق ولا مقيد، وإنما هو تعليق ليس بتدبير؟ فيه أوجه: الصحيح: الثالث، وبه قال الأكثرون، منهم الشيخ أبو حامد، وابن كج، وابن الصباغ، والرويانى، قالوا: متى علق العتق بصفة بعد الموت، كقوله: إذا مت وشئت الحرية، أو يشاء فلان، أو إذا مت ثم دخلت فأنت حر، أو أنت حر بعد موتى إذا خدمت ابني شهراً، فكل ذلك ليس بتدبير، بل تعليق، ويجوز تعليق التدبير، بأن يقول: إذا، أو متى دخلت الدرا، فأنت حر بعد موتى، أو أنت مدبر، فإذا دخل، صار مدبراً، ولا يشترط الدخول في الحال، لكن يشترط حصوله في حياة السيد، كسائر الصفات المعلق عليه، فإن مات السيد قبل الدخول، فلا تدبير، ولغا التعليق، إلا أن يصرح فيقول: إذا دخلت الدار بعد موتى، أو إذا مت، ثم دخلت الدار فأنت حر، فإنما يعتق حينئذ بالدخول بعد الموت.

وللإمام احتمال في تعليق العتق بالدخول بعد الموت، وذكر أن القاضي رمز إليه، ولا تشترط المبادرة إليه بعد الموت، بل متى دخل، عتق. ولو قال: إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، قال البغوي: يشترط الدخول بعد الموت، إلا أن يريد الدخول قبله. ولو قال: إذا مت فدخلت الدار، أو إذا مت فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في التعليق بالمشيئة. ولو قال الشريكان لعبدتهما: إذا متنا فأنت حر، لم يعتق حتى يموتا، إما معاً، وإما مرتباً، ثم إن ماتا معاً، فالحاصل عتق لحصول الصفة، لا تدبير، لأنه معلق بموته وموت غيره. والتدبير: أن يعلق بموت نفسه. وقيل: إنه عتق تدبير، لاتصاله بالموت، والصحيح الأول. وإن ماتا مرتباً، فوجهان: أحدهما: ليس بتدبير، والصحيح: أنه إذا مات أحدهما، صار نصيب الثاني مدبراً، لتعلق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبى منك مدبر، ونصيب الميت لا يكون مدبراً، وهو بين الموتين للورثة، فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك، كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك، وكذا إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتى، فأنت حر، فليس للوارث بيعه بعد الموت وقبل الدخول، إذ ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان للميت أن يبطله، كما لو أوصى لرجل بشيء ومات، ليس للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه. وكذا من أعار، له الرجوع في العارية. ولو قال: أعيروا دارى لفلان بعد موتى شهراً، وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية، هذا هو الصحيح. وفي صورتين وجه أنه يجوز للورثة بيعه، وفي كسب العبد بين موتيهما وجهان: أحدهما: أنه معدود من تركة الميت، وأصحهما: أنه للوارث خاصة قال في «الأم» ولو قال لعبدتهما: أنت حبس على آخرنا موتاً، فإذا

مات، عتقت، فهو كما لو قالوا: إذا متنا فأنت حر، إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول، وهي للآخر، وكذا الكسب، وكأن أولهما موتاً أوصى بهما لآخرهما موتاً. ولو قال أحدهما: إذا مت، فأنت حر، فإذا مات، عتق نصيبه، ولم يسر.

فرع: قال لعبده: أنت حر إن شئت، فإنما يعتق إذا شاء على الفور، وقيل: لا يشترط الفور، والصحيح الأول. 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، والصحيح اشتراط الفور فيها. فلو قال: متى شئت، أو مهما شئت، لم يشترط الفور، ويصير مدبراً متى شاء. وفي الحالتين تشترط المشيئة في حياة السيد، كسائر الصفات المعلقة عليها، إلا إذا علق صريحاً بمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت، ولا يمنع الامتناع في الحياة من المشيئة بعد الموت. ثم ينظر في لفظ التعليق، فإن قال: أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت، أو اقتصر على قوله: إن شئت، وقال: أردت بعد الموت، فقال الإمام والغزالي: لا يشترط الفور بعد الموت، ونفى الإمام الخلاف في ذلك، لأنها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبرت بعد الموت، لم يكن لاشتراط اتصالهما بعد الموت معنى ولهذا لا يشترط في قبول الوصية.

وفي «التهذيب» وغيره وجهان فيما لو قال: إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر، أن المشيئة على التراضي، أم يشترط الفور؟ والصورة كالصورة. ولو قال: إذا مت فشئت فأنت حر، ففي اشتراط اتصال المشيئة بالموت وجهان: الأصح: الاشتراط، وبه أجاب الأكثرون، لأن الفاء للتعقيب، ويجري الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إن دخلت الدار فكلمت زيداً فأنت طالق، هل يشترط اتصال الكلام بالدخول؟ ولو قال: إذا مت فمتى شئت فأنت حر، لم يشترط اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف. ولو قال: إذا مت، فأنت حر إن شئت، أو إذا شئت، أو قال: أنت حر إذا مت إن شئت، فيحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحال، وتحتمل المشيئة بعد الموت، فيراجع ويعمل بمقتضى إرادته، فإن قال: أطلقت ولم أنو شيئاً، فثلاثة أوجه: الأصح: حملة على المشيئة بعد الموت، وبه أجاب الأكثرون. منهم العراقيون، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور، ومقتضى ما سبق عن الإمام والغزالي: أن لا يشترط الفور. والثاني: حملة على المشيئة في الحياة وبعد الموت، لأن الموت متردد بينهما فتكفي المشيئة في حياة السيد، ويشترط الفور على الصحيح. والثالث: تشترط المشيئة في الحياة، فإن لم يتحققا، لم يحصل يقين

العتق، وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت فلاناً. أيعتبر الكلام بعد الدخول، أم قبله؟ قال الإمام: ونشأ من هذا المنتهى إشكال فيما لو قال لعبده: إن رأيت عينا فأنت حر، والعين لفظ مشترك بين الباصرة، والدينار، وعين الماء، ولم ينو المعلق شيئاً، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئاً منها؟ فيه تردد، والوجه: أنه يعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئين في مسألة المشيئة. ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة كالمسألة، فلا إلزام، وإن كانت كهي، فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة أو بعد الموت، كمسألة العين، وهذا وجه غير الثلاثة، ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يحمل جميع معانيه، ولا يحمل عند الإطلاق على كلها، ويمكن أن يؤمر بتعيين أحدها، ومتى اعتبر في المشيئة بعد الموت الفور فأخرها، بطل التعليق، وإذا لم تعتبر كما في قوله: فأنت حر متى شئت، فقال القاضي أبو حامد: تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع، فللورثة بيعه، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت، يعرض عليه الدخول، كما يقال للموصى له: أقبل أو رد. وهل للورثة بيعه قبل المشيئة وعرضها عليه؟ فيه الخلاف السابق في الفرع الماضي.

فرع: قال: إن شاء فلان وفلان، فعبدي حر بعد موتي، لم يكن مدبراً حتى يشاء جميعاً. ولو قال: إذا مت، فشئت، فأنت مدبر، فهذا لغو، وكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد. ولو قال: إذا مت فعبد من عبدي حر، ومات ولم يبين، أقرع بينهم. قال في «الأم»: لو قال: إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر، لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن. ولو قال: إذا قرأت قرآناً عتق بقراءة بعض القرآن.

الركن الثالث: الأهل، فلا يصح تدبير مجنون، ولا صبي لا يميز، ولا مميز على الأظهر، فإن صححنه، صح رجوعه بالقول إن جوزنا الرجوع عن التدبير بالقول، وفيه وجه. وإن قلنا: يملك الرجوع بالقول، فالتصرف الذي يحصل به الرجوع، لا يصح منه، لكن يقوم الولي مقامه، فإذا رأى المصلحة في بيعه، باعه، وبطل التدبير، ويصح تدبير المحجور عليه بسفه على المذهب، وقيل: قولان كالمميز، فإن صححنه، فرجوعه كما ذكرنا في المميز، وتدبير المحجور عليه بفلس كإعتاقه، وقد سبق في التفليس. وفي تدبير السكران الخلاف السابق في سائر تصرفاته. وفي تدبير المرتد أقوال مبنية على ملكه، إن قلنا: باق، صح تدبيره، وإن قلنا: زال، فلا. وإن قلنا: موقوف، فتدبيره موقوف، إن أسلم، بان صحته، وإن مات مرتدّاً، بان فساده. وحكي قول في بطلان تدبيره على قول الوقف، ثم قال ابن سلمة: الأقوال إذا حجر القاضي عليه، فأما قبله، فيصح قطعاً، وقال أبو إسحاق: هي قبل الحجر، فأما بعده، فلا يصح قطعاً. وقال غيرهما بطرد الأقوال في الحاليين.

وقد سبق في الردة أن البغوي جعل الوقف أصح. وروى بعضهم أن الشافعي رحمه الله قال: أشبه الأقوال بالصحة، زوال الملك بنفس الردة، وبه أقول. ولو دبر عبداً، ثم ارتد، فثلاث طرق، أصحابها: وهو الذي رجحه ابن كج، والعراقيون، وبه قال أبو إسحاق: لا يبطل التدبير قطعاً، فإذا مات مرتداً، عتق العبد، صيانة لحق العبد عن الضياع، كحق الغرماء، وكما لا يبطل بيعه وسائر عقود. والثاني: يبطل قطعاً، لأنه لو بقي، لنفذ من الثلث، وما نفذ من الثلث، اشترط فيه بقاء الثلثين للورثة، وهذا ضعيف، وعلى هذا تبطل وصايا المرتد. والثالث، وبه قال ابن سلمة: يبنى على أقوال الملك، إن بقي، فالتدبير باق، وإن زال، بطل، وإن وقف، فإن قلنا بالبطلان، فأسلم، عاد ملكه، وعاد التدبير على المذهب. وقيل: قولان، كعود الحنث، كما لو باع مدبراً، ثم ملكه. وإن أبقينا التدبير، عتق المدبر من الثلث، وجعل الثلثان فيئاً، وفي وجه: يعتق كله، ورعاية الثلث والثلثين يختص بالميراث. ولو ارتد المدبر، قتل كالقن، لكن لا يبطل التدبير بالردة، كما لا يبطل الاستيلاء والكتابة بالردة. فلو مات السيد قبل قتله، عتق. ولو التحق المرتد بدار الحرب، فسبي، فهو على تدبيره، ولا يجوز استرقاقه، لأنه إن كان سيده حياً، فهو له، وإن مات، فولأؤه له، ولا يجوز إبطاله، فإن كان سيده ذمياً، ففي جواز استرقاق عتيقه خلاف سبق. ولو استولى الكفار على مدبر مسلم، ثم عاد إلى يد المسلمين، فهو مدبر كما كان.

فرع: الكافر الأصلي، يصح تدبيره وتعليقه العتق بصفة، كما يصح استيلائه، سواء الكتابي، والمجوسي، والوثني، والحربي، والذمي، ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولده الكافرين إلى دار الحرب، سواء جرى التدبير في دار الإسلام، أو دار الحرب، وليس له حمل مكاتبه الكافر قهراً، لظهور استقلاله. ولو دبر كافر عبداً كافراً، ثم أسلم العبد، فإن رجع السيد عن التدبير بالقول، وجوزنا، بيع عليه، وإلا، ففي بيعه قولان منصوصان في «الأم» أحدهما: يباع عليه، ويبطل التدبير دفعاً لإذلاله، وأظهرهما: لا يباع، بل يبقى التدبير، لتوقع الحرية، ولكن يخرج من يده، ويجعل في يد عدل، ويصرف كسبه إليه، كما لو أسلمت مستولده، فإن خرج سيده إلى دار الحرب، أنفق من كسبه عليه، وبعث ما فضل إلى السيد، فإذا مات، عتق من الثلث، فإن بقي منه شيء للورثة، بيع عليهم. ولو أسلم مكاتب الكافر، فقليل: قولان كالمدبر، والمذهب أنه لا يباع، بل تبقى الكتابة، لانقطاع سلطة السيد واستقلاله، فإن عجزه السيد، بيع عليه.

فرع: إذا دبر أحد الشريكين نصيبه، فالمشهور أنه لا يسري ولا يقوم عليه نصيب شريكه، فإن مات وعتق نصيبه، لم يسر أيضاً إلى نصيب الشريك، لأن الميت

معسر، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفة فوجدت وهو موسر، يسري. وفي قول: يسري، وحكي هذا وجهاً. ولو دبر بعض عبده الخالص، صح، ولا سراية، ويجيء فيه الخلاف في نصيب الشريك وأولى.

الباب الثاني: في حكم التدبير

وله حكمان: ارتفاعه، وسرايته إلى الولد.

الحكم الأول: ارتفاعه، ويرتفع بخمسة أمور:

الأمر الأول: إزالة الملك، فللسيد إزالة الملك عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً، وإذا زال الملك عنه ببيع ونحوه، ثم عاد إلى ملكه، فهل يعود التدبير؟ يبنى على أن التدبير وصية للعبد بالعتق، أم هو تعليق عتق بصفة؟ وفيه قولان: القديم وأحد قولي الجديد: وصية.

والأمر الثاني: وهو نصه في أكثر كتبه: تعليق بصفة، وهذا هو الأظهر عند الأكثرين، فإن قلنا: وصية، لم يعد التدبير، كما لو أوصى بشيء، ثم باعه، ثم ملكه. وإن قلنا: تعليق، فعلى الخلاف في عود الحنث، وقد سبق أن الأظهر أنه لا يعود، فحصل أن المذهب أنه لا يعود التدبير الثاني لو رجع عن التدبير باللفظ، كقوله: رجعت عنه، أو فسخته، أو أبطلته، أو رفعته، أو نقضته، فإن قلنا: وصية، صح الرجوع، وإلا، فلا. وسواء التدبير المطلق والمقيد. وقيل: يختص الخلاف بالمطلق، ويقطع في المقيد بمنع الرجوع، والمذهب الأول. ولو قال: أعتقوا فلاناً عني إذا مت، جاز الرجوع باللفظ كسائر الوصايا. ولو ضم إلى الموت صفة أخرى، بأن قال: إذا مت، فدخلت الدار، فأنت حر، لا يجوز الرجوع باللفظ قطعاً، وإنما الخلاف في التدبير.

فرع: إذا وهب المدبر ولم يقبضه، إن قلنا: التدبير وصية، حصل الرجوع، وإن قلنا: تعليق، لم يحصل على الصحيح، وإن اتصل بها القبض، وقلنا: يملك بالقبض، انقطع التدبير، وإن قلنا: يتبين الملك من حين الهبة، قال الإمام: ففي انقطاع التدبير من حين الهبة تردد، وكذا لو باع بشرط الخيار، وقلنا: يزيل الملك، فهل يبطل التدبير قبل لزوم البيع؟ فيه تردد، والذي أطلقه البغوي أن البيع بشرط الخيار يبطل التدبير على القولين. ولو باع نصف المدبر، أو وهب وأقبض، بطل التدبير في النصف المبيع، أو الموهوب وبقي في الباقي، وهل يبطل التدبير في الرهن؟ قيل: يبطل، وقيل لا، والمذهب قولان بناء على أنه وصية أو تعليق؟ ومجرد الإيجاب في الهبة والرهن، إن جعلناه وصية، كان على الخلاف في أنه رجوع في

الوصية، وإن جعلناه تعليقاً، فلا أثر له، ولا يبطل التدبير بالاستخدام والتزويج بلا خلاف، وإذا جعلناه وصية، بطل بالعرض على البيع. وسائر ما ذكرناه في باب الوصية، لكن الوطء ليس رجوعاً عن التدبير، وإن جعلناه وصية، سواء عزل أم لا، بخلاف الوصية، فإن استولدها، فالصحيح الذي قطع به الجمهور بطلان التدبير، لأن الاستيلاء أقوى، فيرتفع به الأضعف، كما يرتفع النكاح بملك اليمين، ولهذا لو دبر مستولده، لم يصح، لأنها تستحق العتق بالموت بجهة أقوى من التدبير، وقيل: لا يبطل التدبير، ويكون لعتقها بالموت سببان. وقيل: لا يبطل، بل يدخل في الاستيلاء، كالحديث في الجنابة، ولو كاتب المدبر، ففي ارتفاع التدبير وجهان: بناء على أنه وصية، أم تعليق. إن قلنا: وصية، ارتفع، وإلا، فلا. فيكون مدبراً مكاتباً، كما لو دبر مكاتباً، فإن أدى النجوم، عتق بالكتابة، وإن مات السيد قبل الأداء، عتق بالتدبير، فإن لم يحتمله الثلث، عتق قدر الثلث، وبقيت الكتابة في الباقي، فإذا أدى قسطه، عتق، وهذا نص الشافعي رحمه الله وبه قطع الشيخ أبو حامد وجماعة، وقال القاضي أبو حامد: يسأل عن كتابته، فإذا أراد بها الرجوع عن التدبير، ففي ارتفاعه القولان، وإلا، فهو مدبر مكاتب قطعاً. وخرج الإمام على الخلاف في الكتابة، ما لو علق عتق المدبر بصفة لأنه لو أوصى به ثم علق عتقه بصفة، كان رجوعاً، وقطع البغوي بأنه يصح التعليق بالصفة، ويبقى التدبير بحاله، كما لو دبر المعلق عتقه بصفة تجوز، ثم إن وجدت الصفة قبل الموت، عتق، وإن مات قبلها، عتق بالتدبير.

فروع: قال: رجعت عن التدبير في نصفه أو رבעه، بقي التدبير في جميعه، إن قلنا: لا يكفي الرجوع باللفظ، وإلا فيبقى في باقيه فقط، نص في «الأم» أنه إذا دبر، ثم خرس، فإن لم يكن له إشارة مفهومة، ولا كتابة، فلا مطلع على رجوعه، وإن كانت له إشارة أو كتابة، فأشار بالبيع ونحوه، ارتفع التدبير، وإن أشار بنفس الرجوع، فعلى الخلاف.

ولو دبر مكاتباً، صح، فإن أدى النجوم قبل موت السيد، عتق بالكتابة وبطل التدبير ولو عجز نفسه. أو عجزه سيده، بطلت الكتابة، وبقي التدبير، ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز، عتق بالتدبير إن احتمله الثلث. قال الشيخ أبو حامد: وتبطل الكتابة. قال ابن الصباغ: وعندي أنه يتبعه ولده وكسبه، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، فكما لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق، فكذا بالتدبير. قال: ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه.

الأمر الثالث: إن لم نجوز الرجوع عن التدبير باللفظ، فإنكار السيد التدبير ليس برجوع، وإن جوزناه، فهل هو رجوع؟ وكذا إنكار الموصي الوصية، والموكل

الوكالة، هل هو رجوع؟ ثلاثة أوجه: أحدها: نعم، لأن هذه العقود عرضة للفسخ. ولو قال: لست بمدبر، أو لست بوكيل، أو ليس هذا موصى به، وجب القطع بارتفاع هذه العقود، فكذا إذا قال: لم أدبر، ولم أوكّل، ولم أوص. والثاني: لا، لأنه كذب فلم يؤثر. والثالث وهو الأصح المنصوص: ترتفع الوكالة، لأن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل، ولا يرتفع التدبير والوصية، لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين، فلا يرتفعان بإنكار أحدهما، وإنكار البيع الجائز ليس فسخاً، وفيه احتمال. ولو أنكر الزوجية، فليس بطلاق على الأصح. ولو ادعت على زوجها طلاقاً رجعيّاً، فأنكر، لم يكن إنكاره رجعة بالاتفاق. وإذا ادعى على سيده التدبير أو العتق بصفة، سمعت الدعوى على المذهب. وقيل: يسمع العتق بصفة، وفي التدبير الخلاف. وفي شهادة الحسبة على التدبير الخلاف في سماع الدعوى، ورد الشهادة أولى، لأن موضع شهادة الحسبة أن يثبت لله تعالى مجهود فيثبته الشاهد حسبة، ثم إذا توجهت الدعوى، وأنكر السيد، فله إسقاط اليمين عن نفسه، بأن يقول: إن كنت دبرته فقد رجعت عنه إذا جوزنا الرجوع باللفظ، وكذا لو قامت به بينة، وحكم به الحاكم، فله الدفع بهذا الطريق على هذا القول. ولو ادعى على الورثة أن مورثهم دبره، وأنه عتق بموته، حلفوا على نفي العلم، ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين، لأنه ليس بمال، وثبت الرجوع برجل وامرأتين، وشاهد ويمين، لأنه مال، وفيه وجه ضعيف، لأنه ينفي الحرية.

الأمر الرابع: مجاوزة الثلث، فعتق المدبر معتبر من الثلث بعد الديون، فلو كان على الميت دين مستغرق للتركة، لم يعتق منه شيء، وإن لم يكن دين، ولا مال سواه، عتق ثلثه، وإن كان دين يستغرق نصفه بيع نصفه في الدين، ويعتق ثلث الباقي منه. وفي تعليقة إبراهيم المروزي أن الحيلة في عتق الجميع 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 من رأس المال، ولا سبيل عليه لأحد. ولو اقتصر على قوله: أنت حر قبل موتي بيوم أو شهر، فإذا مات، نظر، إن كان في أول اليوم، أو الشهر قبل الموت مريضاً، اعتبار عتقه من الثلث، وإن كان صحيحاً، فمن رأس المال ولا فرق في اعتبار التدبير من الثلث، بين أن يقع التدبير في الصحة أو في المرض كالوصية.

فرع: دبر عبداً ومات، وباقي ماله غائب عن بلد الورثة، أو دين على معسر، فلا يعتق جميع المدبر، وهل يعتق ثلثه؟ وجهان أحدهما: نعم، لأن الغيبة لا تزيد على العدم. ولو لم يكن إلا العبد، لعنت ثلثه، فعلى هذا ثلث أكسابه بعد موت السيد

له، ويوقف الباقي. وأصحهما: لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع قبل تسليط الورثة على الثلثين، فعلى هذا يوقف الأكساب، فإن حضر الغائب، بان أنه عتق، وأن الأكساب له. ويقال: الخلاف قولان. الأول: مخرج. والثاني: منصوص. فإذا كانت قيمة المدبر مئة، والغائب مائتان، فحضر مئة، فعلى الأول: يعتق ثلثاه، وعلى الثاني: نصفه، لحصول مثليه للورثة، فإن حضرت مئة وتلفت المائة الأخرى، استقر العتق في ثلثيه، وتسلمت الورثة على ثلثه وعلى المائة. وفي طريقة الصيدلاني تفريعاً على أنه يعتق من المدبر ثلثه أن للوارث التصرف في الثلثين، فإن حضر الغائب نقض تصرفه. وأنه لو أعتق أعتق الثلثين ولم يحضر الغائب، فولاء الثلثين له. وإن حضر، فعن ابن سريج، أن الجواب كذلك، وأن فيه وجهاً أن جميع الولاء للميت بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ، أم ابتداء عطية؟ واشتد إنكار الإمام على هذا، وقال: إعتاق الورثة رد للتدبير، ولا سبيل إليه بسبب غيبة المال، بل الوجه التوقف، فإن حضر الغائب، بان نفوذ العتق في الجميع، ولكن مستند إلى وقت الموت، أم عند حصول القدرة؟ فيه احتمالان أوجههما: الأول، قال: ولو كانت التركة بحيث يفي ثلثها بالمدبر، لكن عليه دين مستغرق، فأبرأ مستحق الدين عن الدين بعد أيام من الموت، فيسند العتق إلى وقت الموت، أم يتنجز من وقت سقوط الدين؟ فيه احتمالان: أحدهما: الثاني. ولو كان له دين على إنسان ليس له غيره، فأبرأ عنه في مرض الموت، أو عن ثلثه، هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين؟ فيه الخلاف، الأصح: المنع، ويجري الخلاف فيما لو مات عن ابنين ولم يترك إلا ديناً على أحدهما، هل يبرأ من عليه الدين من نصفه؟ ولو أوصى بغير مال يخرج من الثلث، وبأقي ماله غائب، هل يسلم إلى الموصى له ثلث العين، أم ينتظر حضور الغائب؟ فيه الخلاف، وقد سبق في الوصايا. ولو أوصى بثلث ماله، وبعضه حاضر، وبعضه غائب، أو عين ودين دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر والعين، وما حصل بعده قسم كذلك.

فرع: إذا علق عتق عبد بصفة، فوجدت في مرض موته، نظر، إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا في المرض، كقوله: إن دخلت الدار في مرض موتي، فأنت حر، أو إذا مرضت مرض الموت، فأنت حر، اعتبر عتقه من الثلث. وإن احتمل وجودها في الصحة والمرض، فهل يعتق من رأس المال، أم الثلث؟ قولان أظهرهما: الأول، هذا إن وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره، اعتبر من الثلث، لأنهم قالوا: لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، فدخلها في مرضه، اعتبر العتق من الثلث، لأنه اختار حصول العتق في مرضه. ولو باع الصحيح محاباة، وشرط

الخيار، ثم مرض في مدة الخيار، ولم يفسخ حتى مات، اعتبرت المحاباة من الثلث، لأنه لزم العقد في المرض باختياره، فأشبه من وهب في الصحة، وأقبض في المرض.

قلت: إنما يظهر هذا إذا قلنا: الملك في مدة الخيار للبائع، وترك الفسخ عامداً لا ناسياً. والله أعلم.

فرع: علق عتق عبد بصفة وهو مطلق التصرف، فوجدت وهو محجور عليه بفلس، عتق إن اعتبرنا حال التعليق، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة، فهو كإعتاق المفلس. ولو وجدت الصفة، وهو مجنون، أو محجور عليه بسفه، عتق بلا خلاف، ذكره البغوي، وفرق بأن حجر المريض والمفلس لحق الغير، وهو الورثة والغرماء، بخلاف السفه والجنون. ولو قال: إن جننت فأنت حر، فجن، ففي العتق وجهان حكاهما صاحب «الإفصاح» وقد يخرج هذا فيما لو كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت في الجنون. ولو قال: إن مرضت مرضاً مخوفاً فأنت حر، فمرض مرضاً مات فيه، عتق العبد من الثلث على الصحيح. وقيل: من رأس المال. ولو مرض مرضاً مخوفاً، وبرأ منه، عتق من رأس المال. وقيل: لا يعتق أخذاً من الخلاف فيمن حج عنه، وهو معضوب، فبرأ وهذا ضعيف.

الأمر الخامس: جناية المدبر. اعلم أن الجناية على المدبر، كهي على القن، فإن قتل، فللسيد القصاص أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يدره، وإن جنى على طرفه، فللسيد القصاص والأرث، ويبقى التدبير بحاله. أما جناية المدبر، فهو فيها كالقن أيضاً، فإن جنى بما يوجب القصاص، فاقتص منه، فات التدبير، وإن جنى بموجب للمال، أو عفي عن القصاص، فللسيد أن يفديه، وأن يسلمه لبيع في الجناية، فإن فداه، بقي التدبير. وهل يفديه بأرث الجناية، أم بالأقل من قيمته والأرث؟ فيه القولان السابقان في القن. وإن سلمه للبيع، فبيع جميعه، بطل التدبير، فإن عاد إلى ملكه، ففي عود التدبير الخلاف السابق في أول الباب، وإن حصل الغرض ببيع بعضه، بقي التدبير في الباقي.

وإن مات السيد قبل البيع، واختيار الفداء، فطريقان: أحدهما: أن حصول العتق على الخلاف في نفوذ عتق الجاني، فإن نفذناه أخذ الفداء من تركة السيد، ويكون الفداء أقل الأمرين بلا خلاف، لأنه تعذر تسليمه للبيع، وإن لم ننفذه، فالوارث بالخيار بين أن يفديه، فيعتق من الثلث، أو يسلمه للبيع. وإن كان في ثلث المال سعة، فإذا بيع، بطل التدبير. وقد سبق في البيع أن المذهب أن إعتاق الجاني ينفذ من الموسر دون المعسر.

والطريق الثاني: أنه إن وفى الثلث بقيمة الرقبة والفداء، لزم الورثة تحصيل العتق، وإلا فيخرج على هذا الخلاف. ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلاً، ومات السيد، ففداه الوارث من ماله، ففي ولاء ذلك الثلث وجهان: هل هو للوارث أو المورث بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ أم عطية. ولو جنت مدبرة، ولها ولد صغير، وقلنا بسرابة التدبير إليه، فوجهان: أحدهما: يبيع الولد معها حذراً من التفريق، ولا يبالي بفوات التدبير فيه. والثاني، يبيعها وحدها، ويحتمل التفريق للضرورة، حفظاً للتدبير في الولد، وهو كالخلاف فيمن رهن الجارية دون الولد، واحتجنا إلى بيعها للدين هل يباع معها؟

الحكم الثاني: السراية إلى الولد يجوز وطء المدبرة والمعلق عتقها بصفة، لكمال الملك، ونفاذ التصرف، فإن أولدها، صارت مستولدة، وبطل التدبير على الأصح، كما سبق. وفائدة الخلاف فيما لو قال: كل مدبر لي حر، هل تعتق هي؟ ولو أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنى، سرى التدبير إليه على الأظهر عند الأكثرين، منهم الشيخان أبو حامد والقفال، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد رحمهم الله، كما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهدي أمه.

قلت: بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها. والله أعلم.

ولو ولدت المعلق عتقها بصفة، لم يتبعها الولد على الأظهر، وولد الموصى بها لا يتبعها على المذهب. وقال الشيخ أبو محمد: يحتمل طرد القولين، فإذا جعلنا ولد المدبرة مدبراً، فماتت في حياة السيد، لم يبطل التدبير في الولد، كما لو دبر عبيدين فمات أحدهما قبل السيد، وكما لو ماتت المستولدة لا يبطل حق الولد. ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما باللفظ وجوزناه، أو باع أحدهما، لم يبطل التدبير في الآخر. ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما، فوجهان: أصحهما: وبه قال ابن الحداد: يقرع بينهما، كعبدین ضاق الثلث عنهما والثاني: يقسم العتق عليهما، لثلاث تخرج القرعة على الولد فيعتق، ويرق الأصل. وإذا قلنا: المعلق عتقها بصفة يتبعها الولد، فمعناه أن الصفة إذا وجدت فيها وعتقت، عتق الولد، ولا تعتبر الصفة فيه. ولو وجدت الصفة منه، فلا أثر لها. هذا هو الصحيح المعروف في المذهب. وقال الشيخ أبو محمد: مقتضى سراية التعليق أن عتقه بنفس الصفة، وهي دخول الدار مثلاً، فعلى هذا لا يعتق هو بدخولها، ويعتق بدخوله. ولو بطل التعليق فيها بموتها، بطل في الولد. ومقتضى قول الشيخ أبي محمد أن لا يبطل فيه. ولو قال لأمتي: أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلاً، فإنما يعتق بعد مضي تلك المدة من يوم الموت، فلو ولدت قبل موت السيد، فهل يتبعها الولد في حكم الصفة؟ فيه القولان. وإن ولدت

بعد موت السيد وقبل مضي المدة، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يتبعها، فقليل: فيه القولان كما قبل الموت، وإنما فرع على أحدهما. وقيل: يتبعها قطعاً لتأكد سبب العتق، إذ ليس للوارث التصرف فيها، فأشبهت المستولدة، فعلى هذا يعتق الولد من رأس المال كولد المستولدة. وأما ولد المدبر، فلا يؤثر تدبير أبيه فيه، وإنما يتبع الأم في الرق والحرية.

فرع: هذا الذي ذكرناه في ولد المدبرة، هو فيما إذا حدث بعد التدبير، وانفصل قبل موت السيد، فأما إذا كانت حاملاً عند موت السيد، فيعتق معها الحمل بلا خلاف، كما لو أعتق حاملاً، فإن لم يحتملها الثلث حاملاً، عتق منها قدر الثلث، وكذا المعلق عتقها على صفة لو كانت حاملاً عند وجود الصفة. ولو كانت المدبرة حاملاً عند التدبير، فطريقان: أحدهما: أنه على القولين في أن الحمل هل يعرف؟ إن قلنا: نعم وهو الأظهر، فالولد مدبر، وإلا ففيه القولان في الولد الحادث، والمذهب القطع بأنه مدبر. وإن قلنا: لا يعرف الحمل كما يدخل في البيع. وإن قلنا: لا يعرف وليس هو بسراية التدبير بل اللفظ يتناوله وإنما يعرف كونه موجوداً عند التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر، فإن ولدته لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير فهو حادث، وإن ولدته لما بينهما، نظر، هل لها زوج يفترشها أم لا، وقد سبقت نظائره في مواضع. وإن كان لها زوج قد فارقتها قبل التدبير، وولدت لدون أربع سنين من وقت الفراق، فالأظهر أنه يجعل موجوداً يوم التدبير، كما يجعل موجوداً في ثبوت النسب من الزوج.

فرع: إذا ثبت التدبير في الحمل، ثم انفصل، فرجوع السيد في التدبير عن أحدهما لا يرفع التدبير في حق الآخر. وإن رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل، وجوزنا الرجوع باللفظ، ارتفع التدبير فيه، وبقي في الأم. وقيل: لا يصح الرجوع فيه ما دام حاملاً مع بقاء التدبير في الأم، والصحيح: الأول. وإن رجع في تدبير الأم، نظر، إن قال: رجعت في تدبيرها دون الولد، لم يخف حكمه، وإن أطلق، فوجهان: أحدهما: يتبعها في الرجوع، كما يتبعها في التدبير، وأصحهما: لا يتبعها كالرجوع بعد الانفصال، بخلاف التدبير، فإن فيه معنى العتق، وللعنق قوة. وإذا رجع في تدبيرها دون الولد، ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت الرجوع، فهو مدبر. وإن أتت به لأكثر من ذلك، ولها زوج يفترشها، لم يكن مدبراً، لأنه لا يعلم وجوده قبل الرجوع.

فرع: لو دبر الحمل وحده، جاز كما لو أعتقه، ولا يتعدى إلى الأم، فإذا مات السيد، عتق الحمل دون الأم، فإن باع الأم، فوجهان: أحدهما: أنه إن قصد به

الرجوع، حصل الرجوع، وصح البيع في الأم والحمل، وإن لم يقصد، لم يحصل الرجوع، فلا يصح البيع في الولد، ويبطل في الأم على الأصح، كما لو باع حاملاً بحر. وأصحهما: صحة البيع فيهما، وحصول الرجوع قصد أم لا، كما لو باع المدبر ناسياً للتدبير، صح البيع والرجوع.

فرع: لو دبر أمة، وقلنا: ولد المدبرة مدبر، وجوزنا الرجوع عن التدبير باللفظ، فقال: إذا ولدت، أو كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره، لم يصح الرجوع، فإذا ولدت، كان مدبراً حتى يرجع بعد الولادة، لأن الرجوع لا يصح إلا بعد ثبوت التدبير، ولا يثبت للولد قبل الولادة، فصار كما لو قال: إذا دبرتك فقد رجعت عن تدبيرك، فلا يصح الرجوع.

فرع: إذا قلنا: ولد المدبرة مدبر، وتنازع السيد والمدبرة فيه، فقال السيد: ولدته قبل التدبير، فهو قن، وقالت: بعده، صدق السيد بيمينه. ولو جرى هذا الخلاف مع الوارث بعد موت السيد، صدق الوارث أيضاً. قال البغوي: وتسمع دعواها حسبة، حتى لو كانت قنة، وادعت على السيد أنك دبرت ولدي، سمعت. ولو قالت: ولدته بعد موت السيد، فهو حر، وقال الوارث: بل قبل التدبير، صدق الوارث على الصحيح. وقيل: تصدق هي، لأنها لم تعترف للورثة بيد ولا ملك، ولو كان في يد المدبر مال، وقال: كسبته بعد موت السيد، فهو لي، وقال الوارث: بل قبله فهو لي، صدق المدبر بيمينه، لأن اليد له، بخلاف دعواها الولد، لأنها تزعم أنه حر، والحر لا يدخل تحت اليد. ولو أقام كل واحد بينة بدعواه، رجحت بينة المدبر، لاعتضادها باليد. ولو أقام الوارث بينة أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد، فقال المدبر: كان في يدي، لكن كان لفلان فملكته بعد موت السيد، صدق المدبر أيضاً، نص عليه. ولو تنازع السيد والمستولدة في ولدها، هل ولدته قبل الاستيلاد أم بعده، أو الوارث والمستولدة، هل ولدته قبل موت السيد، أم بعده، فهو على ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبرة، فإذا قلنا بسراية الكتابة إلى الولد، فقالت المكاتب: ولدته بعد الكتابة، وقال السيد: بل قبلها، صدق السيد أيضاً على الأصح، وقيل: بل المكاتب: لأنها يثبت لها اليد على نفسها وولدها. ولو اختلف السيد والمكاتب في المال، صدق المكاتب كالمدبر.

فصل: دبر عبداً ثم ملكه أمة، فوطئها وأولدها، فإن قلنا: العبد لا يملك بالتمليك، فالولد للسيد ويثبت نسبه من العبد، ولا حد عليه للشبهة، نص عليه. وإن قلنا: يملك بالتمليك فالجارية للمدبر، ولا يحكم للولد بحرية، لأنه حصل من رقيقين. وهل يتبع الأم، ويكون رقيقاً للسيد، أم يتبع الأب، فيكون مدبراً؟.

فرع: أمة لرجلين دبراها، فأنت بولد، فادعاه أحدهما، فهو ابنه، ويضمن نصف قيمتها ونصف قيمته، ونصف مهرها لشريكه، وأخذ قيمتها يكون رجوعاً في التدبير. وقال القاضي أبو الطيب: عندي أنه لا يقوم نصيب الشريك إلا برضاه، لأنه ثبت له حق الولاء فيه.

فرع: قول المدبر في حياة السيد وبعد موته: رددت التدبير، لغو، لا يقدر فيه، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْكِتَابَةِ (١)

لا يجب على السيد أن يكتتب عبده، وحكى صاحب «التقريب» قولاً أنها واجبة إذا طلبها العبد، لقول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُهُمْ فِيهِمْ﴾، والمشهور الأول، وبه قطع الجماهير، كما لا يجب التدبير وشراء القريب، والآية محمولة على النذب، فتستحب الإجابة إذا طلبها العبد وكان أميناً قادراً على الكسب، فإن فقد الشرطان، لم يستحب، ولكن لا يكره، لأنها قد تفضي الى العتق. وقال ابن القطان: يكره، والصحيح الأول. وإن فقدت الأمانة، وقدر على الكسب، لم يستحب، على الصحيح. وقيل: يستحب دون الاستحباب مع الشرطين، وإن كان أميناً بلا كسب، لم يستحب على الأصح. ولو طلب السيد الكتابة، فامتنع العبد، لم يجبره. وفي الكتابة بابان:

الباب الأول: في أركان الكتابة

وهي أربعة:

الركن الأول: الصيغة، وهي أن يقول لعبده: كاتبتك على ألف مثلاً تؤديه إلي في نجمين مثلاً أو أكثر، فإذا أديت فأنت حر، فيقول العبد: قبلت. ولو لم يصرح بتعليق الحرية بالأداء، لكن نواه بقوله: كاتبتك على كذا، صحت الكتابة أيضاً، فإن لم يصرح بالتعليق، ولا نواه، لم يصح، ولم يحصل العتق. ومنهم من خرج من التدبير قولاً أن لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح بالتعلق ونيته، وقد سبق في التدبير عن أبي إسحاق أنه قال: إن كان الرجل فقيهاً، صحت كتابته بمجرد اللفظ، وإلا، فلا بد من التعليق أو نيته، والمذهب الأول والفرق بين التدبير والكتابة، أن التدبير مشهور بين الخواص والعوام، والكتابة لا يعرفها العوام، وقد نقلوا عن أبي إسحاق أنه قال على هذا: لو كان قريب الإسلام، أو جاهلاً بالأحكام لا يعرف التدبير، لم ينعتد تدبيره بمجرد لفظة التدبير، حتى تنضم إليه نية أو زيادة لفظ. وحكى

(١) الكتابة والمكاتبة لغة: مأخوذة من كتب بمعنى أوجب وألزم.

وشرعاً: هي إعتاق العبد نفسه من سيده بمال يكون في ذمته يؤدى مؤجلاً. فالمكاتب هو العبد الذي غُلّق عتقه بمال يدفعه لسيده.

وجه أنه إن ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة، كفى، كقوله: تعاملني أو أضمن لك أرش الجناية، أو يستحق مني الإيتاء، أو من الناس سهم الرقاب، فيكفي عن تعليق الحرية بالأداء. ولا خلاف أنه لا يكفي قوله: كاتبك وحده، كما إذا قال: بعثك كذا ولم يذكر عوضاً.

فرع: قال: أنت حر على ألف، فقبل، عتق في الحال، وثبت الألف في ذمته، وهو كقوله لزوجته: أنت طالق على ألف، فقبلت، ولو قال: إن أعطيتني ألفاً، أو أدت لي ألفاً فأنت حر، فلا يمكنه أن يعطيه من مال نفسه، لأنه لا يملك. فلو أعطاه من مال غيره، هل يعتق؟ وجهان: أحدهما: لا. والثاني: نعم، فعلى هذا هل سبيله سبيل الكتابة الفاسدة، أم تعليق محض؟ وجهان: فإن قلنا: كتابة فاسدة، رد السيد ما أخذ، ورجع على العبد بقيمته، وتبعه كسبه وأولاده الحاصلة بعد التعليق. وإن قلنا: تعليق، فهل يرجع عليه بقيمته؟ وجهان: أحدهما: لا، ولا يتبعه الكسب والولد، بخلاف ما إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، فأعطته مغضوباً، وقلنا: تطلق، فإنه يرجع لأنها أهل للالتزام وقت المخاطبة، بخلاف العبد.

فرع: قال لعبده: بعثك نفسك بكذا، فقال: اشتريت، أو قال العبد: بعني نفسي بكذا، فقال: بعثك، صح البيع، وثبت المال في ذمته، وعتق في الحال، كما لو أعتقه على مال. وذكر الربيع قولاً أنه لا يصح. فمن الأصحاب من أثبتته قولاً ضعيفاً، ومنهم من نفاه وقال: هو تخريج له، فعلى المذهب: للسيد الولاء، كما لو أعتقه على مال، وفيه وجه سبق. ولو أقر السيد بأنه باعه نفسه، فأنكر العبد، عتق بالإقرار، وحلف أنه لم يشتر، ولا شيء عليه. ولو قال: بعثك نفسك بهذه العين، أو بخمر، أو خنزير، فإن صححنا بيعه له، وأثبتنا الولاء للسيد، عتق، وعليه قيمته، كما لو قال: أعتقتك على خمر أو خنزير، فإن قلنا: لا ولاء عليه، لم يصح، ولم يعتق، كما لو باعه لأجنبي بخمر. ولو قال: وهبت لك نفسك، أو ملكتك، فقبل، عتق. ولو أوصى له برقبته، فقبل بعد الموت، عتق.

واعلم أن الإعتاق على عوض، وبيع العبد نفسه، يشاركان الكتابة في أن كل واحد منها يتضمن إعتاقاً بعوض، ويفارقانها في الشروط والأحكام، وهما عقدان مستقلان.

الركن الثاني: العوض، وشروطه ثلاثة:

الشرط الأول: كونه ديناً مؤجلاً، إذ لا قدرة له في الحال فلو ملك بعض شخص باقيه حر، وكاتبه في ملكه بدين حال، لم يصح على الأصح. وقيل: يصح، لأنه يملك ببعضه الحر، فلا يتحقق عجزه، ولهذا يصح البيع لمعسر، لأن الحرية

مظنة الملك، وإن لم يملك شيئاً آخر. فلو زاد الثمن على قيمة المبيع، فالصحيح الصحة، وبه قطع الجمهور، لأنه قد يجد من يشتريه بقدر الثمن فيؤدي ذلك. وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً أنه لا يصح البيع والحالة هذه. ولو أسلم إلى مكاتبه عقب الكتابة، ففي صحته وجهان حكاهما القاضي حسين.

الشرط الثاني: أن ينجم نجمين فصاعداً. ومن بعضه رقيق هل يشترط في كتابة الرقيق منه التنجيم؟ وجهان كالتأجيل، وهل تجوز الكتابة على مال كثير إلى نجمين قصيرين، أو إلى طويل وقصير، بشرط أداء الأكثر في القصير؟ وجهان: أحدهما: نعم لإمكان القدرة، كما لو أسلم إلى معسر في مال كثير. والثاني: لا، لأن النادر كالمعجوز عنه، كما في السلم، ويجوز جعل العوض منفعة، كبناء دار، وخياطة، وخدمة شهر، كما يجوز جعل المنفعة ثمناً وأجرة ومهراً، ولا يجوز أن يكتفى بخدمة شهر، أو شهرين، أو سنة، ويقدر كل عشرة أيام نجماً، أو كل شهر، لأن الجميع نجم واحد، والمطالبة به ثابتة في الحال. فلو شرط صريحاً كون خدمة شهر نجماً، وخدمة الشهر بعده نجماً آخر، لم يصح على الأصح المنصوص في «الأم» لأن منفعة الشهر الثاني متعينة، والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأخيرها. ولو انقطع ابتداء المدة الثانية عن آخر الأولى كخدمة رجب ورمضان، لم يصح بلا خلاف. ثم يشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا تتأخر عنها، كما أن عين المبيع لا يقبل التأجيل وتأخير التسليم. فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوال، لم يصح، ولو كاتبه على دينار يؤديه في آخر هذا الشهر، وعلى خدمة الشهر الذي بعده، لم يصح.

وأما المنافع الملتزمة في الذمة، كخياطة ثوب معين، وبناء جدار موصوف، ودار موصوفة، فيجوز فيها التأجيل. ولو كاتبه على بناء دارين، وجعل لكل واحدة منهما وقتاً معلوماً، صح. ولو قال: كاتبك على خدمة شهر من الآن، وعلى دينار بعد انقضائه بيوم أو شهر، جاز. ولو قال: وعلى دينار عند انقضائه، فوجهان: وقيل: قولان، الأصح المنصوص: الجواز، قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالة لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كاتب على دينارين، أحدهما حال، والآخر مؤجل، وهذا يبين أن الأجل وإن أطلقوا اشتراطه، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر على الشروع فيها في الحال. ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر، كقوله: ودينار بعد العقد بيوم، جاز على الأصح. ولو قال: على خدمة شهر من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر، فهو كقوله: ودينار بعد انقضاء الشهر. وذكر

البغوي أنه يشترط بيان العمل في الخدمة، قال ابن الصباغ: يكفي إطلاق الخدمة، لكن لو قال: على منفعة شهر، لم يصح، لاختلاف المنافع. وإذا كاتب على خدمة ودينار، فمرض في الشهر، وفاتت الخدمة، انفسخت الكتابة في قدر الخدمة، وأما الباقي فقليل: تبطل فيه قطعاً، لأنها لا تصح في بعض العبد. وقيل: هو كمن باع عبيدين، فتلّف أحدهما قبل القبض، ففي الباقي طريقان: أحدهما: لا تبطل. والثاني: قولان.

فرع: إذا قال لعبده: أعتقتك على أن تخدمني، أو على أن تخدمني أبداً، فقبل العبد، عتق في الحال، ورجع السيد عليه بقيمته. ولو قال: على أن تخدمني شهراً من الآن، فقبل، عتق، وعليه الوفاء، فإن تعذر بمرض وغيره، ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة، أو قيمة العبد، قولان، كالصداق وبدل الخلع إذا تلفا قبل القبض. ولو قال: كاتبتك على أن تخدمني أبداً، لم يعتق. ولو قال: على أن تخدمني شهراً، فقبل وخدمه شهراً، عتق، ورجع السيد عليه بقيمته، وهو على السيد بأجرة مثل الخدمة، لأنها كتابة فاسدة، وإن خدمه أقل من شهر، لم يعتق.

الشرط الثالث: بيان قدر العوض، والأجل، فيشترط بيان قدر العوض وصفته، وأقدار الآجال، وما يؤدي عند حلول كل نجم. فإن كاتب على نقد كفى الإطلاق إن كان في البلد نقد منفرد أو غالب، وإلا، فيشترط التبيين. وإن كاتب على عرض، وصفه بالصفات المشترطة في المسلم، وإن كاتب على ثوب موصوف على أن يؤدي نصفه بعد سنة، ونصفه بعد سنة، ونصفه الآخر بعد انقضاء سنتين، لم يصح لأنه إذا سلم النصف في السنة الأولى، تعين النصف الثاني للثانية، والمعين لا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يشترط تساوي الآجال، ولا الأقدار المؤداة في آخر الآجال. ولو كاتبه على مئة على أن يؤدي نصفها أو ثلثها عند انقضاء خمس، والباقي عند تمام العشر، أو على أن يؤدي عند تمام كل سنة عشرة، جاز. ولو قال: تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة، والباقي عند تمامها، لم يجز. ولو قال: تؤديها في عشر سنين، لم يجز على الصحيح. وقيل: يجوز ويوزع المال على عدد السنين. ولو قال: في كل شهر كذا، وفي سنة كذا، فهل هو مجهول، أم يحمل على أول الشهر والسنة؟ وجهان: كنظيره في السلم، وكذا لو قال: في يوم كذا. ولو قال: في وسط السنة، فهل هو مجهول، أم يحمل على نصفها، لأنه الوسط الحقيقي؟ وجهان: ولو قال: تؤديها إلى عشر سنين، لم يجز، لأنه كتابة إلى أجل واحد. ولو قال: كاتبتك على مئة تؤديها إلى ثلاثة أشهر، قسط كل شهر عند انقضائه، جوزه ابن سريج، ومنعه ابن أبي هريرة وغيره إذا لم يعلم حصة كل شهر. ولو كاتب على دينار إلى شهر، ودينارين

إلى شهر على أنه إذا أدى الأول، عتق، ويؤدي الدينارين بعد العتق، ففي صحة الكتابة القولان فيما إذا جمعت الصفقة عقدين مختلفين.

فرع: هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم؟ ذكر ابن كج أن فيه الخلاف المذكور في السلم، وذكر خلافاً في أنه لو عين موضع، فخر، هل يسلم فيه، أم في أقرب المواضع إليه.

فرع: لو كاتب على مال الغير، فسدت الكتابة، فإن أذن رب المال في أن يعطيه لسيده فأعطاه، عتق، وإن أعطاه بغير إذن المالك، لم يعتق، بخلاف ما إذا قال: إن أديت إلي هذا فأنت حر، فإنه إذا أداه، عتق، وإن كان مستحقاً، لأن ذلك محض تعليق، وهذه كتابة تقتضي التملك، فإذا وجد إذن المالك، وجد ما يقتضي الملك، لكن يجب الرد والرجوع إلى القيمة لفساد الكتابة.

فرع: إذا شرط أن يشتري أحدهما من الآخر، فسدت الكتابة. ولو كاتبه وباعه شيئاً بعوض واحد، كقوله: كاتبك وبعثك هذا الثوب بمائة إلى شهرين، تؤدي نصفها في آخر كل شهر، فإذا أديت فأنت حر، فقال: قبلت الكتابة والبيع، أو البيع والكتابة، أو قبلتهما، فطريقان: أحدهما: على القولين فيمن جمع بين عقدين مختلفي الحكم، ففي قول: يصحان، وفي قول: يبطلان. والثاني وهو المذهب: يبطل البيع، وفي الكتابة قولاً تفريق الصفقة، فإن صححناها وهو الأظهر، فيصح بجميع العوض في قول، وبالقسط على الأظهر، فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب، فما خص العبد، لزمه في النجمين، فإذا أداه، عتق. وإن قلنا: فاسدة، لم يعتق حتى يؤدي جميع المال ليحقق الصفقة ثم يتراجعان. قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول: أنه إذا أدى ما يخص قيمته، عتق ثم يتراجعان.

فرع: كاتب ثلاثة أعبد صفقة، فقال: كاتبكم على ألف إلى وقتي كذا وكذا، فإذا أديتهم، فأنتم أحرار، فالنص صحة الكتابة. ولو اشترى رجل ثلاثة أعبد، كل عبد لرجل من ملاكهم صفقة، فالنص بطلان البيع. ولو نكح نسوة، أو خالعهن على عوض واحد، ففي صحة المسمى قولان منصوصان. وقد سبق ذكر هذه الصورة وما فيها من الطرق في كتاب الصداق، فإن أفسدنا هذه الكتابة، فأدوا المال، عتقوا بالتعليق، وإن أدى بعضهم حصته، فهل يعتق؟ وجهان أو قولان. أصحابهما: لا، لعدم كمال الصفقة، كما لو قال: إن دخلتم الدار، فأنتم أحرار، فدخل بعضهم، لا يعتق. والثاني: نعم، لأن العتق في الكتابة الفاسدة، محمول على المعاوضة، ولهذا يتراجعان. ومقتضى المعاوضة أن يعتق كل واحد بأداء حصته، ثم من عتق رجع على السيد بقيمته يوم العتق، لأن سلطة السيد باقية إلى يوم العتق، لتمكنه من فسخ الكتابة

الفاصلة، وإن صححنا الكتابة، وهو المذهب، وزع المسمى عليهم. ثم المذهب توزيعه على قيمتهم لا على عددهم، ثم كل عبد يؤدي حصته من النجمين، فإذا أداها، عتق، ولا يتوقف عتقه على أداء غيره. وإن مات بعضهم، أو عجز، فهو رقيق، ويعتق غيره بالأداء، ولا يقال: علق بأدائهم، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة، ولهذا إذا أبرأ السيد المكاتب، عتق، وإذا مات، لم تبطل الكتابة، بخلاف التعليقات.

الركن الثالث: السيد، وشرطه: كونه مختاراً، مكلفاً، أهلاً للتبرع، فلا تصح كتابة صبي ومجنون، ولا إعتاقهما على مال، ولو أذن فيه الولي. ولا كتابة وليهما أباً كان أو غيره، ولا إعتاقه عبدهما بمال. فلو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه، لم يعتق لبطلان التعليق، ولا تصح كتابة محجور عليه بسفه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه، لا في الحجر ولا بعد ارتفاعه. وحكى الفوراني خلافاً فيما لو سلم المال إليه في حال الحجر ثم ارتفع حجره، أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟ والمذهب الأول.

فرع: المريض إذا كاتب في مرض موته، اعتبرت قيمة العبد من الثلث، وإن كاتبه على أكثر منها، ثم إن كان يملك عند الموت مثلي قيمته، صحت الكتابة، وإن لم يملك غيره، وأدى في حياة السيد، فإن كان كاتبه على مثلي قيمته، عتق كله، لأنه يبقى للورثة مثله، وإن كان كاتبه على مثل قيمته، عتق ثلثه. وإن كاتبه على مثل قيمته، وأدى نصف النجوم، صحت الكتابة في نصفه. أما إذا لم يؤد شيئاً حتى مات السيد، ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب، فإذا أدى حصته من النجوم، عتق. وهل يزداد في الكتابة بقدر نصف ما أدى، وهو سدس العبد؟ وجهان: الأصح المنصوص: لا، لأن الكتابة بطلت في الثلثين، فلا تعود، والثاني نعم، كما لو ظهر للميت دفين، أو نصب شبكة في الحياة، فيعقل بها صيد بعد الموت، فإنه يزداد في الكتابة. فإن قلنا: يزداد، وكان الأداء بعد حلول النجم، فهل يلزمه حصة السدس من النجوم في الحال، أم يضرب له مثل المدة التي ضربها الميت أولاً؟ وجهان بناء على ما إذا حبس السيد المكاتب مده، فإذا زيدت الكتابة بقدر السدس، فأدى نجومه، يزداد نصف السدس، وهكذا يزداد نصف ما يؤدي مرة بعد أخرى إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف. وإن قلنا لا يزداد في الكتابة، فالباقي قن، ولا يخرج على الخلاف فيما لو كاتب نصيبه من مشترك، فإن ذاك ابتداء كتابة، وهنا وردت الكتابة على الجميع، ثم دعت ضرورة إلى إبطال البعض. وحكى ابن كج عن بعضهم تخريج صحة الكتابة في الثلث على كتابة المشترك.

أما إذا أجاز الورثة الكتابة في جميعه، فيصح في جميعه، فإذا عتق بالأداء، فولاء الجميع للمورث إن قلنا: إجازتهم تنفيذ، وإن قلنا: ابتداء عطية، فولاء الثلث للمورث والثلثين لهم على قدر مواريتهم. وإن أجازوا بعض الثلثين، فإن قلنا: إجازتهم تنفيذ، صحت فيما أجازوا، وحكم الباقي ما سبق. وإن قلنا: عطية، فهو على الخلاف في تبعض الكتابة. ولو كان عبدان قيمتهما سواء، لا مال له غيرهما، وكاتب في مرض موته أحدهما، وباع الآخر نسيئة، نظر، إن حصل الثمن والنجوم في حياته، فالكتابة والبيع صحيحان، وإن لم يحصل حتى مات السيد، ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث، صحت الكتابة في ثلث هذا، والبيع في ثلث ذاك، فإذا حصلت نجوم الثلث، وثلث الثلث، فهل يزداد في الكتابة والبيع؟ فيه الوجهان. إن قلنا: نعم، يقع فيهما جميعاً، وصححت الكتابة في نصف سدس، وكذا البيع، وإن حصلت نجوم الثلث وثلث الثلث معاً، صحح كل واحد منهما في السدس. ولو كاتبه في الصحة، ثم أبرأه عن النجوم في المرض، أو قال: وضعت عنه النجوم، أو أعتقته، فإن خرج من الثلث، عتق كله، وإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العجز، عتق ثلثه، ورق ثلثاه، وإن اختار بقاء الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة، فالأصح أنه يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في الثلثين. والثاني: لا يعتق ثلثه حتى يسلم للورثة ثلثاه، إما بأداء نجوم الثلثين، وإما بالعجز. وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت، اعتبر خروج الأقل منهما من الثلث. وقد ذكرنا جميع هذا ووجوه وطرق حسابه في الوصايا. ولو أوصى بإعتاق مكاتبه، أو إبرائه، أو وضع النجوم عنه، نظر، أيخرج من الثلث، أم لا؟ ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه، إلا أنه يحتاج إلى إنشاء عتق وإبراء بعد موت السيد. ولو كاتب في صحته، وقبض النجوم في مرض موته، أو قبضها وارثه بعد موته، صح القبض، وكانت الكتابة من رأس المال، كما لو باع بمحابة في الصحة، وقبض الثمن في المرض. ولو أقر في المرض أنه قبض النجوم في الصحة، أو في المرض، قبل إقراره، وكان الاعتبار من رأس المال، لأنه أقر بما يقدر على إنشائه، ولأن الإقرار لغير الوارث يستوي فيه الصحة والمرض.

فصل: لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد، بل تصح كتابة الكافر كإعتاقه. وفي كتابة المرتد خمسة أقوال منصوصة ومخرجة، أظهرها: البطلان. والثاني: تصح. والثالث: موقوف على إسلامه. والرابع: يصح قبل الحجر عليه. وإن قلنا: يصير محجوراً عليه بنفس الردة. والخامس: يصح قبل أن يصير عليه حجراً، إما بنفس الردة، وإما بحجر القاضي، فإذا صححناها، ولم نحجر عليه، وقلنا: لا يصير محجوراً عليه بالردة، فدفع المكاتب النجوم إليه، عتق، وكان له الولاء، ويملك

النجوم، لأننا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القوم. إن أبطلناها، لم يصح الأداء، ولا يعتق. وإن قلنا: موقوف، فالأداء موقوف، فإن مات مرتداً بان بطلانها، وكان العبد قناً، وإن صار محجوراً عليه بنفس الردة، أو بحجر القاضي، فإن أبطلناها، فعلى ما ذكرنا إذا لم يكن حجر، وإن صححناها، أو توقفنا، لم يجوز دفع النجوم إليه، لأن المحجور عليه لا يصح قبضه، بل يجب دفعه إلى الحاكم، فإن دفعها إلى المرتد، لم يعتق، ويستردها ويدفعها إلى الحاكم، فإن تلفت وتعدر الاسترداد، فإن كان معه ما يفني بالنجوم، ودفعه إلى الحاكم، فذاك، وإلا فله تعجيزه. ثم إن مات السيد على الردة بعد ما عجزه، فهو رقيق، وإن أسلم، فهل يكفي التعجيز؟ قولان أو وجهان: أظهرهما وهو نصه في «المختصر»: نعم، لأن المنع من التسليم إليه كان لحق المسلمين، فإذا أسلم، صار الحق له، فيعتمد بقبضه، فعلى هذا يعتق إن كان دفع إليه كل النجوم. وقيل: لا يعتق، ولا ينقلب القبض الممنوع منه صحيحاً، لكن يبقى مكاتباً، فيستأنف الأداء، ويمهل مدة الردة، والصحيح المعروف: الأول. ولو كاتب مسلم عبده، ثم ارتد السيد لم تبطل الكتابة، كما لا يبطل بيعه، لكن لا يجوز دفع النجوم إليه إن قلنا: زال ملكه، وصار محجوراً عليه، فإن دفعها إليه، فعلى ما ذكرناه.

فرع: يجوز أن يكاتب عبده المرتد، كما يجوز بيعه وتدبيره وإعتاقه، ثم إن أدى النجوم في رده من أكسابه، أو تبرع بأدائها غيره، عتق، ثم جرى عليه حكم المرتدين، وإن لم يؤدها، وعاد إلى الإسلام، بقي مكاتباً، وإن لم يسلم، قتل، وكان ما في يده لسيدة. وإن ارتد مكاتب، لم تبطل كتابته، فإن هلك على الردة، كان ما في يده لسيدة، وارتفعت الكتابة. قال في «الأم»: ولا أجز كتابته السيد المرتد، والعبد المرتد، إلا على ما أجز عليه كتابة المسلمين، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان، ما لم يتحاكما إلينا. قال: ولو لحق السيد بعد رده بدار الحرب، ووقف الحاكم ماله، تتأدى كتابة مكاتبه، فإن عجز رده إلى الرق فإن عجزه ثم جاء سيده، فالتعجيز ماض، ويكون رقيقاً له، فإن أسلم السيد، ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما سبق.

فرع: تصح كتابة الذمي كتابياً كان أو مجوسياً، وكتابة المستأمن، هذا إذا كاتبوا على شرائط شرعنا، فإن كاتب ذمي على خمر أو خنزير، ثم أسلم أو ترفعنا إلينا، فإن كان ذلك قبل العوض المسمى، فالعتق حاصل، ولا رجوع للسيد على العبد، وإن كان قبل القبض، حكمنا بفسادها وإبطالها، فإن 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 بقيمة، ولا يرجع المكاتب على السيد بشيء للخمر والخنزير. ولو كان المسمى له قيمة، رجع وإن قبض بعض المسمى في الشرك، ثم أسلما، أو ترافعا إلينا، حكم ببطلان الكتابة، فلو اتفق قبض الباقي بعد الإسلام وقبل إبطالها، حصل العتق، ورجع السيد عليه بجميع قيمته، ولا يوزع على المقبوض والباقي، لأن العتق يتعلق بالنجم الأخير، وقد وجد في الإسلام. ولو أسلم عبد لذي، أو اشترى مسلماً، وصححنا شراءه، وأمرنا بإزالة الملك عنه، فكاتبه، صحت الكتابة على الأظهر، لأن فيه نظراً للعبد، فإن عجز، أمر بإزالة الملك. وإن قلنا: لا يصح، أمر بإزالة الملك في الحال، فإن أدى النجوم قبل الإزالة، عتق بحكم الكتابة الفاسدة. ولو كاتب ذي عبده، فأسلم المكاتب، لم ترتفع الكتابة على المذهب، لقوة الدوام.

فرع: تصح كتابة الحربي، لأنه مالك، فإن قهره سيده بعد الكتابة، ارتفعت، وصار قنّاً. ولو قهر سيده، صار حراً، وعاد السيد عبداً له، لأن الدار دار قهر، وكذا لو قهر حر حراً هناك، بخلاف ما لو دخل السيد، والمكاتب دار الإسلام بأمان، ثم قهر أحدهما الآخر، لا يملكه، لأن الدار دار حق وإنصاف. ولو خرج المكاتب إلينا مسلماً هارباً من سيده، ارتفعت الكتابة، وصار حراً، لأنه قهره على نفسه، فزال ملكه عنه. وإن خرج غير مسلم، نظر، إن خرج بإذنه وأماننا، لتجارة، وغيرها، استمرت الكتابة، وإن خرج هارباً، بطلت، وصار حراً. ثم لا يمكن من الإقامة عندنا إلا بالجزية، فإن لم يقبل، أو كان ممن لا يقر بالجزية، ألحق بمأمنه، وإن جاءنا السيد مسلماً، لم يتعرض لمكاتبه هناك، وإن دخل بأمان مع المكاتب، ولم يقهر أحدهما الآخر، وأراد العود إلى دار الحرب، وكاتبه بعد ما دخلاً، وأراد العود، فلم يوافقه المكاتب، لم يكن له أن يحمله قهراً، كما لا يسافر المسلم بمكاتبه، بل يوكل من يقبض النجوم، فإن أراد أن يقيم، طوّل بالجزية، ثم إن عتق المكاتب طوّل بالجزية أو رد إلى المأمن، وإن عجز نفسه، عاد قنّاً للسيد. قال ابن الصباغ: ويبقى الأمان فيه، وإن انتقض في نفس سيده بعوده، لأن المال ينفرد بالأمان. ولهذا لو بعث الحربي ماله إلى دار الإسلام بأمان، ثبت الأمان للمال دون صاحبه، ويجيء فيه الخلاف السابق في السيد، فيمن رجع وخلف عندنا مالاً. ولو مات السيد في دار الإسلام، أو بعد العود إلى دار الحرب، ففي مال الكتابة قولان. أظهرهما: يبقى الأمان فيه، فيرسل إلى ورثته، لأنه لا خلاف أنهم ورثوه، ومن ورث مالاً، ورثه بحقوقه، كالرهن والضمين. والثاني: يبطل الأمان فيه، ويكون قنّاً، لأنه مال كافر لا أمان له. وإن سبي السيد بعد رجوعه إلى دار الحرب، نظر، إن منّ عليه أو فدي،

أخذ النجوم، وهما بما جرى في 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 طريقتان: أحدهما: قولان، كالموت. والثاني: لا يبطل قطعاً، لأنه ينتظر عتقه ومصيره مالكا، بخلاف الميت.

وأما ولاء هذا المكاتب، فإن عتق قبل استرقاق السيد، فطريقتان، أحدهما: أن الولاء كالمال، فإن جعلناه فيئاً، فالولاء لأهل الفيء، وإن توقفنا، فكذلك تتوقف في الولاء. والثاني وهو المذهب: أنه يسقط ولاؤه، لأن الولاء لا يورث، ولا ينتقل من شخص إلى شخص. وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب، فإن جعلناه ما في ذمته فيئاً، فادعى عتق بدفعه إلى المكاتب، ففي الولاء وجهان: وإن قلنا: 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، وإذا عتق، فليكن في الخلاف. وقيل: يبنى على أن مكاتب المكاتب إذا عتق تفريعاً على صحة كتابته، يكون ولاؤه لسيد المكاتب، أو يوقف على عتق المكاتب. وفيه قولان. إن قلنا بالأول، فالولاء هنا لأهل الفيء، وإن قلنا بالثاني، فيوقف. قال الروياني: الأصح عند الأصحاب أنه يوقف المال، والولاء، فإن عتق، فهما له، وإن مات رقيقاً، فالمال فيء، ويسقط الولاء.

فرع: كاتب مسلم عبداً كافراً في دار الإسلام أو الحرب، صح، فإن عتق، لم يمكن من الإقامة بدارنا إلا بجزية، فإن كاتب بدار الحرب، فأسر، لم تبطل كتابته، لأنه في أمان سيده. ولو استولى الكفار على مكاتب مسلم، لم تبطل كتابته، وكذا لم يبطل التدبير والاستيلاء، فإذا استنقذ المسلمون مكاتبه، فهل يحسب عليه مدة الأسر من أجل مال الكتابة؟ طريقتان: أحدهما: كما لو حبسه السيد، والمذهب القطع بالاحتساب، لعدم تقصير السيد. وهل للسيد الفسخ بالتعجيز وهو الأسر؟ إن قلنا: يحسب، فله ذلك. ثم هل يفسخ بنفسه كما لو حضر المكاتب، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليبحث هل له مال؟ وجهان: أظهرهما: الأول. فإذا فسخت، وخلص، وأقام بينة أنه كان له من المال ما يكفي بالكتابة، بطل الفسخ، وأدى المال وعتق.

الركن الرابع: المكاتب، وشرطه كونه مكلفاً مختاراً، فلا تصح كتابة مجنون، ولا صبي وإن كان مميزاً، ولا مكره. ولو كاتب البالغ لنفسه ولأولاده الصغار، لم يصح لهم. وفي صحتها لنفسه قولاً تفريق الصفة. ولو كاتب عبده الصغير أو المجنون وقال في كتابته: إذا أديت كذا فأنت حر، فوجدت الصفة، عتق، هكذا قال الأصحاب، وفيه احتمال للإمام. ثم قيل: يعتق بحكم كتابة فاسدة، لأنه لم يرض

بعتقه إلا بعوض. فعلى هذا يرجع السيد عليه بقيمته، ويرجع هو على السيد بما دفع، والصحيح الذي عليه الجمهور أنه يعتق بمجرد الصفة، وليس لما جرى حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ولا غيره، ولا تصح كتابة عبد مرهون، لأنه مرصد للبيع، ولا مستأجر، لأنه مستحق المنفعة، وتصح كتابة المعلق عتقه بصفة، والمدبر، والمستولدة. وفي المستولدة وجه. ولو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين، فإذا أداها، عتق العبد، فهل يصح؟ وجهان: أحدهما: نعم، كخلع الأجنبي. والثاني: لا، لمخالفة موضوع الباب، فإن صححناها، فهل تجوز حالة؟ وجهان: وإن لم نصحها، فأدى عتق العبد بالصفة، ويرجع المؤدي على السيد بما أدى، والسيد عليه بقيمة العبد.

قلت: الأصح أنها لا تصح. والله أعلم

فصل: إذا كاتب بعض عبده، إن كان باقيه حراً، صحت الكتابة، لأنها استغرقت الرقيق منه، فإن كاتب جميعه والحالة هذه، بطلت في الحر منه. وفي الباقي قولاً تفريق الصفة، وكذا لو كان يعتقد الرق في جميعه، فبان بعضه حراً، فإن قلنا: تفسد، لم يعتق حتى يؤدي جميع المسمى، لتتحقق الصفة، فإذا عتق، استرد من السيد ما أدى، وللسيد قسط القدر الذي كاتبه من القيمة. وإن قلنا: يصح، فهل يستحق جميع المسمى، أم قسط الرقيق من القيمة؟ قولان، كالبيع إذا أجازه في المملوك. أما إذا كاتب بعض عبد، وباقيه رقيق، فللرقيق حالان: أحدهما: أن يكون له أيضاً، فلا تصح كتابته على المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهور. فإن صححنا، وكان بينه وبين السيد مهايأة، وكسب النجوم في نوبته، فأداها، عتق القدر الذي كاتبه وسرى إلى الباقي. وإن لم تكن مهايأة، فكسبه بينهما، فإن كسب ما يفي بقسط السيد والنجوم، عتق، وإن لم يكسب إلا قدر النجوم، ففي العتق خلاف سنذكر نظيره إن شاء الله تعالى. وإن لم نصحها، فهي كتابة فاسدة، فإن أدى المال قبل أن يفسخها السيد، عتق، والسراية كما ذكرنا، ثم يرجع المكاتب على السيد بما أدى، ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة، ولا يرجع بقسط ما سرى العتق إليه، لأنه لم يعتق بحكم الكتابة.

الحال الثاني: أن يكون الباقي لغيره، فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه، إن كان بإذن الآخر، فقولان أظههما: لا يصح، لأن الشريك الآخر يمنعه من التردد والمسافرة، ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين من الزكاة. والثاني: يصح، كما يصح إعتاق بعضه. وإن كاتبه بغير إذن الآخر، لم يصح على المذهب. وقيل بطرد الخلاف. فإن أفسدنا كتابة الشريك، فللسيد إبطالها، فإن لم يفعل، ودفع العبد إلى

الذي لم يكتابه بعض كسبه، وإلى الذي كاتب بعضه بحسب الملك حتى أدى مال الكتابة، عتق ويقوم نصيب الشريك على الذي كاتب، بشرط يساره، ويرجع العبد عليه بما دفع، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كتبه من القيمة. وإن دفع جميع ما كسبه إلى الذي كتبه حتى تم قدر النجوم، فوجهان: ونقلهما الصيدلاني قولين أحدهما: يعتق، لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلق بحصول الصفة، وقد حصلت. وأصحهما: لا يعتق، لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما تملكه لينتفع به المدفوع إليه. وأجري الخلاف فيما لو قال: إن أعطيتني عبداً، فأنت حر، فأعطاه عبداً مغضوباً، هل يحصل العتق؟ فإن قلنا: لا يعتق فللذي لم يكتب أن يأخذ نصيبه مما أخذه الذي كاتب، ثم أن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب، عتق، وإلا فلا. وإن قلنا: يعتق فيأخذ نصيبه أيضاً. والتراجع بين الذي كاتب والعبد، وسراية العتق على ما سبق. وإن صححنا كتابة الشريك، فدفع العبد من كسبه إلى الذي كتبه حصته، أو جرت بينه وبين الذي لم يكتبه مهياًة، فدفع ما كسبه في نوبة نفسه إلى الذي كتبه حتى تمت النجوم، عتق، وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً، وكذا لو أبرأه عن النجوم أو أعتقه. وإن دفع إليه كل كسبه حتى تم قدر النجوم، فقليل: في حصول العتق وجهان أو قولان، كما ذكرنا تفرعاً على الفساد، والمذهب القطع بالمنع، لأن الكتابة إذا صحت، غلب فيها حكم العارضات. وفي العارضات تسلم غير المملوك كعدمه، وأما الفاسدة، فالمغلب فيها حكم الصفة.

فرع: أذن الشريك 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. ولو كاتب نصيبه بإذن الشريك، وجوزناه، فأراد الآخر كتابة نصيبه، هل يحتاج إلى إذن الأول؟ وجهان:

فرع: كاتب أحدهما نصيبه، وقال للآخر: كاتبته بإذنك، فأنكر، فإن قال مع ذلك: قد أدى المال، عتق بإقراره، وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً. وإن لم يقر بالأداء، فالقول قول المنكر بيمينه، فإن حلف، بطلت الكتابة، وإن نكل، حلف الذي كاتب، فإن نكل، حلف العبد. هكذا حكاه ابن كج عن ابن القطان، قال: وعنده ينبغي أن يكون هذا التداعي بين الشريك والمكاتب، فإذا ادعى المكاتب الإذن، وأنكر الشريك، صدق، فإن نكل، حلف المكاتب، وثبتت الكتابة.

فرع: إذا كاتب الشريكان العبد معاً، أو وكلا من كتبه، أو وكل أحدهما الآخر فكتابه، صحت الكتابة قطعاً إن اتفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً، وجعلاً حصة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد، أو أطلقاً، فإنها تقسم كذلك.

وإن اختلفت النجوم في الجنس، أو قدر الأجل، أو العدد، أو شرط التساوي في النجوم مع التساوي في الملك، أو بالعكس، ففي صحة كتابتهما القولان فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر. وقيل: تبطل قطعاً، فلا يشترط استواء ملك الشريكين في الذي تكتبا فيه. وقيل: يشترط، وليس بشيء.

فرع: من بعضه رقيق، لا يجوز صرف الزكاة إليه للقدر المكاتب منه على الصحيح أو المشهور، وحكي وجه وقول، ومال الروياني إلى تفصيل حسن، وهو أنه إن لم يكن بينهما مهياة لا يجوز، وإلا فيجوز في يوم نفسه.

فرع: إذا كاتباه، ثم عجز، فعجزه أحدهما، وفسخ الكتابة، وأراد الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة، فالمذهب أنه كابتداء الكتابة، فلا يجوز بغير إذن الشريك على المذهب، ولا بإذنه على الأظهر. ومنهم من قطع بالجواز بالإذن، لأن الدوام أقوى من الابتداء. وهل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذناً في إبقائها؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنهما إذا توافقا فقد رضا بأحكامها. ومن أحكامها جواز الإنظار عن العجز. وأصحهما: المنع، وجعل الإرقاق ناقصاً لما جرى به الإذن. ولو كاتب رجل عبده، ومات عن ابنين، وعجز المكاتب، فأرقه أحدهما، وأراد الآخر إنظاره، ففيه الطريقتان، وأولى بالإبقاء، لأنها صدرت أولاً من واحد، فيصير كأنه كاتب بعض عبده.

فصل: قد ذكرنا الكتابة الصحيحة بأركانها وشروطها. فأما التي لا تصح، فتنقسم إلى باطلة وفاسدة.

أما الباطلة، فهي التي اختل بعض أركانها، بأن كان السيد صبيّاً، أو مجنوناً، أو مكرهاً على الكتابة، أو كان العبد كذلك، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما، أو لم يجر ذكر عوض، أو ذكر ما لا يقصد، ولا مالية فيه، كالحشرات، والدم، أو اختلت الصيغة، بأن فقد الإيجاب أو القبول، أو لم يوافق أحدهما الآخر. وأما الفاسدة، فهي التي اختلت صحتها لشرط فاسد في العوض، بأن ذكر خمرًا، أو خنزيراً، أو مجهولاً، أو لم يؤجله، أو لم ينجمه، أو كاتب بعض العبد. وضبطها الإمام فقال: إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولاً ممن تصح عبارته، وظهر اشتمالها المالية، لكنها لم تجمع شرائط الصحة، فهي الكتابة الفاسدة، وجعل الصيدلاني الكتابة على دم أو ميتة كتابة فاسدة، كالكتابة على خمر.

إذا عرف هذا، فالكتابة الباطلة لاغية، إلا أنه إذا صرح بالتعليق، وهو ممن يصح تعليقه، ثبت حكم التعليق.

وأما الفاسدة، فإنها تشارك الصحيحة في بعض الأحكام، كما سنذكره على

الأثر إن شاء الله تعالى بخلاف البيع وغيره من العقود، لا يفرق بين فاسدها وصحيحها، لأن مقصود الكتابة العتق، وهو لا يبطل بالتعليق على فاسد. قال الأصحاب: تعليق العتق بالصفة ثلاثة أقسام:

أحدها: التعليق الخالي عن المعاوضة، كقوله: إن دخلت الدار، أو كلمت فلاناً، فأنت حر. ومن هذا: إن أديت إلي كذا فأنت حر، فإن المال ليس مذكوراً على سبيل المعاوضة، فهذا القسم لازم من الجانبين، فليس للسيد، ولا للعبد، ولا لهما، رفعه بالقول، ويبطل بموت السيد. وإذا وجدت الصفة في حياة السيد، عتق، وكسبه قبل وجود الصفة للسيد. ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال، لم يعتق، ولا تراجع بين السيد وبينه.

القسم الثاني: التعليق في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة، وهو الكتابة الصحيحة، وستأتي أحكامها إن شاء الله تعالى.

القسم الثالث: التعليق في عقد فيه معنى المعاوضة، ويغلب فيه معنى التعليق، وهو الكتابة الفاسدة، وهي كالصحيحة في أحكام:

أحدها: أنه إذا أدى العبد المسمى، عتق بموجب التعليق، ولا يعتق بإبراء السيد، ولا بأداء الغير عنه تبرعاً، لأن الصفة لا تحصل بهما. ولو اعتاض عن المسمى، لم يعتق أيضاً.

الثاني: أنه يستقل بالاكْتساب، فيتردد ويتصرف، فيؤدي المسمى ويعتق. وإذا أدى، فما فضل من الكسب، فهو له، لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بالأداء، فكَذلك في الكسب، وولد المكاتب من جارية ككسبه، لكن لا يجوز له بيعه، لأنه مكاتب عليه، فإذا عتق تبعه، وعتق عليه. وهل يتبع المكاتب كتابة فاسدة ولدها؟ طريقتان: المذهب: نعم، كالكسب. والثاني: قولان، كما سبق في باب التدبير في ولد المعلق عتقها بصفة.

الثالث: ذكر الإمام والغزالي أنه إذا استقل، سقطت نفقته عن السيد، وأن معاملته كالمكاتب كتابة صحيحة. والذي ذكره البغوي أنه لا تجوز معاملته مع السيد، ولا ينفذ تصرفه فيما في يده، كما في المعلق عتقه بصفة، ولعل هذا أقوى.

فرع: المكاتب كتابة صحيحة، هل له السفر بغير إذن السيد؟ فيه نضان، فقيل: قولان: أظهرهما: الجواز، لأنه يستعين به على الكسب، ولأنه في يد نفسه، وعليه دين مؤجل، فلم يمنع السفر. وقيل: نص الجواز محمول على سفر قصير، والمنع على طويل. وقيل: الجواز إذا لم يحل النجم، والمنع إذا حل، فإن جوزناه، فهل يجوز للمكاتب كتابة فاسدة؟ وجهان: أصحهما: لا.

فرع: تفارق الفاسدة الصحيحة في أمور:

أحدها: إذا أدى المسمى في الفاسدة، وعتق، رجع على السيد بما أدى، ورجع السيد عليه بقيمته يوم العتق. وفي قول ضعيف: يرجع بقيمة يوم العقد، فإن هلك المسمى في يد السيد، رجع العتيق بثلثه أو قيمته، فإن كان الواجب على السيد من جنس القيمة، بأن كان غالب نقد البلد، فهو على أقوال التقاص، وسنذكرها إن شاء الله تعالى. وإذا حصل التقاص وفضل لأحدهما شيء رجع به، وإنما يثبت التراجع إذا كان المسمى مالا، فإن كان خمراً أو نحوه، لم يرجع العتيق على السيد بشيء، ويرجع السيد عليه بالقيمة.

الثاني: للسيد فسخ الكتابة الفاسدة، بخلاف الصحيحة، ثم إن شاء فسخ بنفسه، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، ليحكم بإبطالها أو يفسخها. قال الروياني: وهو كما لو وجد المشتري المبيع معيباً، له أن يفسخ بنفسه، وله أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ، ولا يبطلها القاضي بغير طلب السيد. وقال ابن سلمة: لا سبيل إلى إبطال الفاسدة بالقول، لأن العتق فيها يحصل بالتعليق، والتعليق لا يصح بإطاله، والصحيح الأول، فإذا فسخها، أو حكم الحاكم بإبطالها، ثم أدى المسمى، لم يعتق، لأنه إن كان تعليقاً، فهو في ضمن معاوضته، فإذا ارتفعت المعاوضة، ارتفع ما تضمنته من التعليق، وليشهد السيد على الفسخ، فإن أدى المسمى، وقال: أديته قبل الفسخ، وقال السيد: بل بعده، صدق العبد، لأن الأصل عدم الفسخ، وعلى السيد البينة.

الثالث: إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة، لا عن جهة الكتابة، أو باعه، أو وهبه، كان فسخاً للكتابة. ولو أعتقه عن كفارة، أجزاء، نص عليه في «الأم» قال الشيخ أبو علي: إذا عتق لا عن جهة الكتابة، لا يتبعه الكسب والولد، بخلاف الكتابة الصحيحة، لأن المكاتب هناك استحق العتق على السيد بعقد لازم، واستحق استتباع الولد والكسب، فليس للسيد إبطاله، وهناك لا استحقاق على السيد، فجعل فاسخاً. قال: وعرضت هذا على القفال، فاستحسنه، وأقرني عليه، ولم ير غيره. وحكى الإمام وجهاً أنه لا يجزى عن الكفارة، ولا يتبعه الولد والكسب، والصحيح الأول.

الرابع: تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد، ولا يعتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت، بخلاف الصحيحة، فإن قال: إن أديت إلى وارثي كذا بعد موتي، فأنت حر، عتق بالأداء إليه.

الخامس: لا يجب الإيتاء في الفاسدة.

السادس: لو كاتب أمة كتابة فاسدة، وعجزت عن الأداء، فأرقها، أو فسخ الكتابة قبل عجزها، لم يجب الاستبراء، بخلاف الصحيحة.

السابع: لو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة، فهل يعتق كالصحيحة، أم لا، لأن الصفة لم توجد على وجهها؟ وجهان:

قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

الثامن: من يلزم السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة.

التاسع: هل يصرف سهم المكاتبين إلى المكاتب كتابة فاسدة؟ وجهان الأصح المنصوص: المنع.

العاشر: المسافرة ممنوعة في الفاسدة على المذهب، جائزة في الصحيحة على المذهب، كما سبق وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في أحكام الكتابة الصحيحة

هي خمسة:

الحكم الأول: حصول العتق، ويتعلق بما يحصل به العتق مسائل:

إحداها: أنه يحصل بأداء كل النجوم، وكذا بالإبراء، وفي حصوله بالاستبدال عن النجوم خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى. وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم، أو عليها، حصل العتق بنفس الحوالة. ولو أدى بعض النجوم، أو أبرأه عن بعضها، لم يعتق شيء منه، بل يتوقف على الجميع، للحديث الحسن «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»^(١). ولو كاتب عبداً صفقة واحدة، فقد سبق أن المذهب صحتها، وأنه إذا أدى بعضهم حصته، عتق، وإن لم يؤد الآخرون شيئاً. ولو كاتب اثنان عبدهما معاً، فليسو بينهما في الأداء، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. ولو كاتب إنسان عبداً، ومات، وخلف ابنين، فأدى نصيب أحدهما بغير إذن الآخر، لم يعتق. وإن أدى بإذنه، ففي عتقه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: لا تنفسخ الكتابة بجنون السيد، ولا العبد، ولا بإغمائهما، فإن جن السيد، فعلى المكاتب تسليم النجوم إلى وليه، 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، فللولي تعجيزه. ولو حجر عليه بالسف، فهو كالجنون.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٩٢٦) والبيهقي في سننه (٣٢٤ / ١٠) وحسنه العلامة الألباني رحمته الله في إرواء الغليل برقم (١٦٧٤).

فلو أدى المكاتب إليه في حال الحجر، وعجزه الولي، ثم رفع الحجر عنه، استمر التعجيز. وقيل: فيه قولان، كما سبق في المرتد إذا أخذ النجوم، وعجز الحاكم المكاتب، ثم أسلم المرتد، والمذهب الأول، لأن حجر السفة أقوى. ولهذا لا ينفذ تصرفه قطعاً، بخلاف المرتد في قول، ولأن حجر السفة لحفظ ماله. فلو حسب عليه ما أخذه، وأتلفه في حال الحجر، لم يحصل حفظ المال، وحجر المرتد لحق المسلمين، فإذا أسلم، لم يبق لهم في ماله حق. وأما إذا جن المكاتب، فأدى في جنونه، أو أخذه السيد من غير إقباض من المكاتب، وقع موقعه. هذا المعروف في المذهب. وقال الإمام: إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادف، فله ذلك، وإن أمكن مراجعة الولي، فلا وجه لاستبداده بالقبض. فلو استبد، لم يصح، وإذا لم يصح، فلو أقبض المجنون، لم يكن لإقباضه حكم. وحكى قولاً أو وجهاً أن الكتابة تنسخ بجنون المكاتب، والمذهب الأول. هذا في الكتابة الصحيحة، أما الفاسدة، فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما؟ فيه أوجه: أحدهما نعم، كالشركة، والثاني: لا، كالبيع بشرط الخيار، وأصحها: عند الجمهور، وهو ظاهر النص: تبطل بجنون السيد وإغمائه، وبالحجر عليه، لا بجنون العبد وإغمائه، لأن الحظ في الكتابة للعبد لا للسيد. فإن قلنا: لا تبطل، فأفاق، وأدى المسمى، عتق، وثبت التراجع. قالوا: وكذا لو أخذ السيد في جنونه، وقالوا: ينصب السيد من يرجع له، وينبغي أن لا يعتق بأخذ السيد هنا. وإن قلنا: يعتق في الكتابة الصحيحة، لأن المغلب هنا التعليق، والصفة المعلق عليها، بالأداء من العبد، فلم يوجد. وإن قلنا: يبطل، فأدى المسمى، لم يعتق على الأصح، لأن العتق بالتعليق في الفاسدة يتبعها، فإذا بطلت، بطل التعليق، كما لو فسخها السيد. والثاني: يعتق، فعلى هذا، قال الإمام: الوجه القطع بأن لا تراجع، لأن التراجع مقتضى الكتابة الفاسدة وقد زالت، وبقي التعليق المحض. وقيل: يثبت، قال: ومساقه أن يتبعه الكسب، وهذا ضعيف.

المسألة الثالثة: إذا كاتب الشريكان معاً، ثم أعتق أحدهما نصيبه، عتق. وهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسراً؟ وجهان أو قولان. الصحيح المشهور: يسري. وفي وقت السراية قولان. أحدهما: في الحال لئلا تتبعض الحرية. وأظهرهما: لا يثبت في الحال، لأنه قد انعقد سبب الحرية في النصف الآخر، وفي التعجيل ضرر على السيد، لفوات الولاء، وبالمكاتب بانقطاع الولد والكسب عنه. فإن قلنا: تتعجل السراية، فهل تنسخ الكتابة في نصيب الشريك، أم يسري العتق مع بقاء الكتابة؟ وجهان: الصحيح وبه قطع الجمهور: تنسخ، لأن الإعتاق أقوى من

الكتابة، فعلى هذا يعتق كله على الشريك للمعتق، ويكون له الولاء. والثاني: يسري العتق مع بقاء الكتابة، لئلا يبطل حق الغير، فعلى هذا ولأى النصف الآخر للشريك، لا للمعتق حينئذ. وإن قلنا: لا تتعجل السراية، فأدى نصيب الآخر من النجوم، عتق عن الكتابة، وكان الولاء بينهما. وإن عجز، وعاد إلى الرق ثبتت السراية حينئذ، ويكون الولاء كله للمعتق، ويجيء الخلاف في أنها ثبتت بنفس العجز، أم بأداء القيمة، أم يثبت بأداء القيمة حصول التعليق من وقت العجز؟ ويجري هذا الخلاف على قولنا بتعجيل السراية. وإن مات قبل الأداء والعجز، فقد مات بعضه رقيقاً وبعضه حراً. وهل يورث؟ فيه القولان السابقان في الفرائض. ولو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم، فهو كما لو أعتقه، والقول في السراية، وفي وقتها كما ذكرنا لو أعتق أحدهما نصيبه. ولو قبض أحدهما نصيبه من النجوم برضى صاحبه، فهل يعتق نصيبه؟ فيه خلاف سنذكره في الحكم الثاني إن شاء الله تعالى. فإن قلنا: يعتق، فهو كالإعتاق في السراية ووقتها. قال الإمام: 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 فنصيبى حر، فإذا طلعت، عتق نصيبه، وسرى، لأنه مختار في التعليق. ولو كاتب عبداً ومات عن ابنين، فعتق أحدهما نصيبه، وقلنا: يعتق نصيبه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، لم يسر، لأنه مجبر على القبض وابتداء الكتابة لم يصدر منه.

فرع: قال العبد لمالكيه وقد كاتباه: قد أعطيتكما النجوم، وأنكرا، صدقا باليمين، وإن صدقه أحدهما، وكذبه الآخر، عتق نصيب المصدق، ويصدق المكذب بيمينه. وهل يسري العتق؟ فيه خلاف سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى، والمذهب: المنع، والاختلاف في غير النجم الأخير كالاختلاف فيه، لأن العتق لا يحصل بغير الأخير. ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت إليك جميع النجوم لتأخذ نصيبك، وتدفع نصيب الآخر إليه، فقال: دفعت إليّ نصيبى، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك، وأنكر الآخر القبض، عتق نصيب المقر، وصدق في أنه لم يقبض نصيب الآخر بيمينه، وصدق الآخر في أنه لم يقبض نصيبه، ولا حاجة إلى اليمين، لأن المكاتب لا يدعي عليه شيئاً. ثم يتخير المنكر بين أن يأخذ حصته 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 المشاركة عنه. وإذا عجز المكاتب عما طالب المنكر به، فله تعجيزه وإرقاق نصيبه. ثم عن نصه في «الاملاء» أنه يقوم ما أرقه على المقر، ونقله ابن سلمة، وابن خيران

إلى الصورة السابقة، وجعلوا التقويم عند العجز في الصورتين على قولين، وامتنع الجمهور من نقله إلى تلك الصورة، وفرقوا بأن العبد هناك يقول: أنا حر كامل الحال فلا يستحق التقويم، وهنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق. ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت النجوم إليك لتأخذ نصيبك وتدفع نصيب الآخر إليه، كما صورنا، فقال في الجواب: قد فعلت ما أمرت به فأنت عتيق، وأنكر الآخر عتق نصيب المقر، وصدق المنكر بيمينه، فإذا حلف، بقي نصيبه مكاتباً، وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب، وبين أخذه من المقر لإقراره بأخذها، ومن أيهما أخذ، عتق نصيبه. ثم إن أخذا من المكاتب، فله الرجوع على المقر، لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك، فإنه كان ينبغي أن يشهد عليه. وإن أخذا من المقر، فلا رجوع له على المكاتب، لاعترافه بأنه مظلوم. فإذا اختار الرجوع على المكاتب، فلم يأخذ حصته من المقر، ولم 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.

المسألة الرابعة: كاتب عبداً ومات عن ابنين، فهما قائمان مقامه في أنهما إذا أعتقاه أو أبرأه عن النجوم، عتق، وكذا لو استوفياها. ولو أعتقه أحدهما، أو أعتق نصيبه عتق نصيبه وكذا لو أبرأ أحدهما عن نصيبه من النجوم. وقال المزني: لا يعتق نصيبه بالإبراء حتى يبرئه الآخر، أو يستوفي منه، كما لو كان الأب حياً فأبرأه عن بعض النجوم. وأجاب الأصحاب بأن هناك لم يبرئه عن جميع ماله عليه، وهنا أبرأه الابن عن جميع ماله عليه، فصار كأحد الشريكين يبرئه عن نصيبه من النجوم، وهذا الذي ذكرنا من أنه إذا أعتق الابن نصيبه، أو أبرأه عن نصيبه، يعتق، وهو الذي قطع به الأصحاب. وقال البغوي: مقتضى سياق «المختصر» حصول قولين في عتق نصيبه. أحدهما: العتق، وأظهرهما: المنع، بل يوقف، فإن أدى نصيب الآخر، عتق كله، والولاء للأب، وإن عجز، فإن كان قد أعتق نصيبه، عتق الآن نصيبه. ثم إن كان معسراً، فله ولاء ما عتق، والباقي قن للآخر، وإن كان موسراً، قوم عليه الباقي، وبطلت كتابة الأب، وكان ولاء الجميع للابن. وإن كان قد أبرأه عن نصيبه من النجوم، لم يعتق منه شيء بالعجز، لأن الكتابة تبطل بالعجز، والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء، والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب. فعلى هذا إن كان الذي أعتق نصيبه، أو أبرأه معسراً، بقيت الكتابة في نصيب الآخر، فإن عجز، عاد قناً، وإن أدى، وعتق، فولاؤه للأب.

وأما ولاء نصيب الأول، فالأصح أنه للأب أيضاً. وقيل: للابن، وقيل: إن

أعتقه، فله، وإن أبرأه، فللأب. وإن كان موسراً، فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك؟ إذا قلنا بالأصح، لأن الكتابة لا تمنع السراية، فيه قولان، أحدهما: نعم، كما لو كاتبه شريكاً، ثم أعتقه أحدهما، وأظهرهما: لا، لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها، والميت لا يقوم عليه، والابن كالنائب عنه، فإن قلنا: يسري، فهل يسري في الحال، أو عند العجز؟ قولان كما سبق في الشريكين، أظهرهما: الثاني، فإن قلنا يسري في الحال، فحكى الإمام وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه، كما حكاها في صورة الشريكين، والذي قطع به الجمهور: الانفساخ فيه، وإثبات ولائه للمعتق، وفي ولاء النصف الأول وجهان: أحدهما: للمعتق فقط، لأن نصيب الآخر بقي رقيقاً، وأصحهما: أنه لهما، لأنه عتق بحكم كتابة الأب، فيثبت له الولاء، وينتقل إليهما بالعصوبة. وإذا قلنا: لا تنفسخ الكتابة فيما سرى إليه، فولاء الجميع للأب، وإن قلنا: إن السراية تثبت عند العجز، فإن أدى نصيب الآخر، عتق كله، وولأؤه للأب، وإن عجز، فطريقان، أحدهما: تبطل الكتابة، ويكون ولاء الجميع له، وأصحهما: أن ولاء ما سرى العتق إليه، وقوم عليه له. وفي ولاء النصف الأول الوجهان. وقد يختص الوجهان بصورة الإعتاق. وفي صورة الإبراء يكون ولاء النصف للأب، ينتقل إليهما قطعاً، أما إذا قلنا: لا سراية، فنصيب الآخر مكاتب، كما كان، فإن عتق بأداء، أو إعتاق، أو إبراء، فولاء الجميع للأب. وإن عجز، بقي نصيبه رقيقاً. وفي ولاء نصيب الأول الوجهان، هل هو له، أم لهما؟ ولو قبض أحد الابنين نصيبه من النجوم، إن كان بغير إذن الآخر، فهو فاسد، وإن كان بإذنه، فقولان: كما سنذكره في الشريكين إن شاء الله تعالى. فإن صححنا، فقال الإمام: لا سراية بلا خلاف، لأنه يجبر على القبض. ولا سراية حيث حصل العتق بغير اختيار. وفي «التهذيب» أن القول في عتق نصيبه، وفي السراية كما ذكرنا فيما إذا أعتق نصيبه، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم، بلا فرق. ولمن قال بهذا أن يمنع كونه مجبراً على القبض، ويقول: له الإعتاق والإبراء، فإن لم يفعلهما، فيشبه أن يقال: لا يجبر على الانفراد بالقبض، وإن جوزناه، لأنه لو عجز عن نصيب الثاني، قاسم الأول فيما أخذ، فله الامتناع من قبض ما عسى الثاني أن يزاحمه فيه.

فرع: خلف ابنين وعبدًا، فادعى العبد أن أباهما كاتبه، فإن كذبه، صدقا بيمينهما على نفي العلم بكتابة الأب، فإن حلفا، فذاك، وإن نكلا، وحلف العبد اليمين المردودة، ثبتت الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر، ثبت الرق في نصيب الحالف، وترد اليمين في نصيب الناكل، فإن أقام بينة، اشترط رجлан، لأن المقصود الحرية لا المال، وإن صدقاه، أو قامت بينة، فالحكم ما سبق قبل الفرع. وإن صدقه

أحدهما، وكذبه الآخر، فالمكذب يصدق بيمينه. وأما نصيب المصدق، فالصحيح ثبوت الكتابة فيه، ولا يضر التبعض فيه للضرورة. ثم أطلقوا القول بقبول شهادة المصدق على المكذب، وقال الإمام: شهادته هذه تثبت له حقوقاً، فإن النجوم موروثه، فإن شهد بعد الإبراء من النجوم، فله غرض في السراية، فإن نفينا السراية، اتجه القبول، وإذا حكمنا بأن نصيب المصدق مكاتب، والآخر قن، فنصف الكسب له، يصرف في جهة النجوم، ونصفه للمكذب. وإن اتفقا على مهاياة، ليكسب يوماً لنفسه، ويوماً للمكذب، أو يخدمه، جاز، ولا إيجاب عليها على الأصح، ولا تقدير في النوبتين في المهاياة. وقال ابن كج: يجوز يومين وثلاثة، فإن كسبه، فوجهان: وإذا أدى النجوم، وفضل شيء مما كسب لنفسه، فهو له. ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه، عتق. وفي سرايته طريقان، قال الأكثرون: قولان، كما لو صدقاه، إلا أنا إذا قلنا بالسراية، ثبت هنا في الحال، ولا يجيء القول الآخر، لأن صاحبه منكر الكتابة، فلا يمكن التوقف إلى العجز، وقيل: تثبت السراية في الحال قطعاً، لأن منكر الكتابة يقول: هو رقيق لهما، فإذا أعتق صاحبه، ثبتت السراية، فإن قلنا: لا سراية، فولاء ما عتق، هل يكون بينهما، أم ينفرد به المصدق؟ وجهان: أحدهما: الثاني، لأن المنكر أبطل حقه بالإنكار، فإن جعلناه بينهما، فمات هذا العبد، ونصفه رقيق، وقلنا: إن مثله يورث، وقفت حصة المنكر، وإن قلنا بالسراية، فولاء النصف الذي سرى العتق إليه، للمعتق، وفي ولاء النصف الآخر الوجهان. ولو أبرأه المصدق عن نصيبه من النجوم، فالمذهب أنه لا سراية، لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق نصيبه، ويعتقد الإبراء لغواً قال الإمام: ويجيء الخلاف في السراية، لأن قول المصدق مقبول في نصيبه، فإذا أتى بما يقتضي العتق، فالسراية بعده قهرية، وإن أدى نصيب المصدق من النجوم، فلا سراية. وهل يكون ولاء ما عتق لهما، أم يختص به المصدق؟ فيه الوجهان. ولو عجزه المصدق، عاد قناً، ويكون الكسب الذي في يده للمصدق، لأن المكذب أخذ حصته. ولو اختلفا في شيء من أكسابه، فقال المصدق: كسبته بعد الكتابة، وقد أخذت نصيبك، فهو لي، وقال المكذب: بل قبلها، وكان للأب، فورثنا، صدق المصدق، لأن الأصل عدم الكسب قبل الكتابة.

المسألة الخامسة: إذا قبض النجوم، فوجدها ناقصة، تقدم على هذا أن عوض الكتابة لا يكون إلا ديناً كما سبق، ويجوز كونه نقداً وعرضاً موصوفاً، وأن من له دين، فقبضه، فوجده دون المشروط، فله رده، وطلب ما استحققه، ولا يبطل العقد، فإن كان المقبوض من غير جنس حقه، لم يملكه إلا أن يعتاضه، حيث يجوز الاعتياض. وإن اطلع على عيب به، نظر، هل يرضى به، فإن رضي، فهل نقول:

ملكه بالرضى، أم نقول: ملكه بالقبض وتأكد الملك بالرضى؟ فيه قولان. وإن رده، فهل نقول: ملكه بالقبض، ثم انتقض الملك بالرد، أم نقول: إذا رد، تبين أنه لا يملكه؟ فيه قولان؟ ويبنى على هذا الخلاف مسائل سبقت كلها أو بعضها.

منها: تصارفا في الذمة، وتقابضا، وتفرقا، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً، فرده، إن قلنا: ملك بالقبض، صح العقد، وإن قلنا: تبين أنه لم يملك، فالعقد فاسد، لأنهما تفرقا قبل قبض.

ومنها: أسلم في جارية، وقبض جارية، فوجدتها معيبة، فردها، هل على المسلم إليه استبرأؤها؟ يبنى على هذا الخلاف.

ومنها: قال الإمام: الموصوف في الذمة إذا قبضه، فوجده معيباً إن قلنا: يملكه بالرضى، فلا شك أن الرد ليس على الفور، والملك موقوف على الرضى، وإن قلنا: يملك بالقبض، فيحتمل أن يقال: الرد على الفور، كما في شراء الأعيان، والأوجه: المنع، لأنه ليس بمعقود عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد ابقاء للعقد. إذا ثبت هذا، فإن وجد السيد بالنجوم المقبوضة أو بعضها عيباً، له الخيار، بين أن يرضى به، أو يرده، ويطالب ببدله، سواء العيب اليسير، والفاحش، فإن كان العيب في النجم الأخير، فإن رضي به، فالعتق نافذ قطعاً، ويكون رضاه بالعيب كالإبراء عن بعض الحق. وهل يحصل العتق من وقت القبض، أم عند الرضى؟ وجهان: أحدهما: الأول. وإن أراد الرد والاستبدال، فرد، فإن قلنا: نتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض، فلا عتق، وإن أدى بعد ذلك على الصفة المستحقة، حصل العتق حينئذ. وإن قلنا: يحصل الملك في المقبوض وبالرد يرتفع، فوجهان: أحدهما: أن العتق كان حاصلاً، إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا رد العوض، ارتد. وأصحهما: نتبين أن العتق لم يحصل، إذ لو حصل، لم يرتفع، ولا يثبت العتق هنا بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب. ولو تلف عند السيد ما قبضه، ثم عرف أنه كان معيباً، فقد قدم الإمام عليه، أنه لو اتفق ذلك في عين فإن رضي، فالذي يدل عليه فحوى كلام الأصحاب، أن الرضى كاف، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء، لأن الأرض كالعوض في الرد، والرد يكفي في سقوط الرضى، فكذا الأرض. وإن طلبه، تقرر، ولم يسقط إلا بالإسقاط. وأما النجوم، فإن رضي، فالحق نافذ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضى، أم يستند إلى القبض؟ وإن طلب الأرض، تبين أن العتق لم يحصل، فإذا أدى الأرض، حصل حينئذ، وإن عجز، فللسيد إرقاقه، كما لو عجز ببعض النجوم. ويجيء الوجه الآخر، وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله. وفي قدر الأرض وجهان: أحدهما: ما نقص من قيمة قدر رقبة العبد بحسب نقصان العيب من

قيمة النجوم، وبهذا قطع السرخسي. والثاني: ما نقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب. ونقل الروياني ترجيح هذا الوجه، وأجري الوجهان في كل عقد ورد على موصوف في الذمة. قال الإمام: وأمثلة منهما أن يقال: يغرم السيد ما قبض، ويطالبه بالمسمى بصفاته المشروطة. أما إذا قبض النجوم، فوجدها ناقصة الكيل أو الوزن، فلا يعتق بلا خلاف، سواء بقي المقبوض في يد السيد أم تلف، فإن رضي بالناقص، فحينئذ يعتق بالإبراء عن الباقي.

المسألة السادسة: إذا خرج بعض النجوم مستحقاً، تبين أن لا عتق، لأن الأداء لم يصح، وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب، تبين أنه مات رقيقاً، وأن ما تركه للسيد دون الورثة. ولو قال السيد عند الأخذ: اذهب فأنت حر، أو قد عتقت، ثم بان الاستحقاق، فهل يحكم بالحرية مؤاخذه له، أم لا، لأنه بناء على ظاهر الحال، وهو صحة الأداء؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وهو المنصوص، وهما كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مستحقاً وكان قد قال في مخاصمة المدعي: إنه كان ملكاً للبائع فلان إلى أن اشتريته منه، أنه هل يرجع بالثمن على بائعه؟ وجزم البغوي بالأصح في المسألتين. ثم قال: ولو اختلفا، فقال المكاتب: أعتقتني بقولك: أنت حر، وقال السيد: أردت أنك حر بما أديت، وبأن أنه لم يصح الأداء، فالقول قول السيد بيمينه، وهذا السياق يقتضي أن مطلق قول السيد، محمول على أنه حر بما أدى، وإن لم يذكر إرادته، قال الصيدلاني: وقياس تصديق السيد أنه لو قيل لرجل: طلقت امرأتك؟ فقال: نعم، طلقها، ثم قال: إنما قلت ذلك على ظن أن اللفظ الذي جرى طلاق، وقد سألت المفتين فقالوا: لا يقع به شيء. وقالت المرأة: بل أردت إنشاء الطلاق أو الإقرار به، أنه يقبل قوله بيمينه، وكذا الحكم في مثله في العتق، وهكذا قد ذكره غيره، ونقله الروياني، ولم يعترض عليه، لكن قال الإمام هذا عندي غلط، لأن الإقرار جرى بصريح الطلاق، فقبول قوله في دفعه محال، ولو فتح هذا الباب، لما استقر إقرار، بخلاف إطلاق لفظ الحرية عقيب قبض النجوم، فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض، ولم توجد الإشارة في الطلاق إلى واقعة، وإنما وجد سؤال مطلق، وجواب مطلق. وفي كلام الإمام إشعار بأن قوله: أنت حر، إنما يقبل تنزيهه على الحرية بموجب القبض إذا رتبته على القبض، وإن في مسألة الطلاق لو وجد قرينة عند الإقرار، بأن كانا يتخاصمان في لفظة أطلقها، فقال ذلك، ثم ذكر التأويل، يقبل، وأن في صورتين لو انفصل قوله عن القرائن، لم يقبل التأويل. وهذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به، لكن قال في «الوسيط»: لا فرق بين أن يكون قوله: أنت حر، جواباً عن سؤال حريته، أم ابتداء، وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم، أو

غير متصل، لشمول العذر. ومال لذلك إلى قبول التأويل في الطلاق وغيره.

الحكم الثاني: في الأداء، وفيما يتعلق به مسائل:

إحداها: يجب على السيد إيتاء المكاتب، لقول الله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] واختار الروياني في «الحلية» أن الإيتاء مستحب، وليس بشيء. والإيتاء: أن يحط عن المكاتب شيئاً من النجوم، أو يبذل شيئاً ويأخذ النجوم، والحط أفضل، وهل هو الأصل، والبذل بدل عنه، أم بالعكس؟ وجهان: الأصح المنصوص: الأول، ومحل الإيتاء الكتابة الصحيحة، ولا يجب في الفاسدة على الأصح. فإن أوجبنا، كفى حط شيء من القيمة التي يجب فيها. ومن أعتق عبده بعوض، أو باعه نفسه، فلا إيتاء على الصحيح، وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً أنه يجب في كل عقد عتاقة على عوض، ولا يجب في الإعتاق بغير عوض بلا خلاف. وفي وقت وجوب الإيتاء وجهان: أحدهما: بعد العتق كالمتمتع، ليتبلغ به، وأصحهما: قبله ليستعين به في الأداء. وعلى هذا، فإنما يتعين في النجم الأخير. وأما وقت الجواز، فمن أول عقد الكتابة، ويجوز أيضاً بعد الأداء وحصول العتق، لكن يكون قضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق. وقيل: لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير أو بعده، وفي قدره وجهان: الأصح المنصوص في «الأم»: لا يتقدر، بل يكفي أقل ما يتمول، والثاني: أنه ما يليق بالحال، ويستعين به على العتق، فيختلف بقلة المال وكثرته، فإن لم يتفقا على شيء، قدره الحاكم بالاجتهاد، ونظر فيه إلى قوة العبد وأكسابه. وقيل: يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار، وقال الإصطخري: يحتمل أن يقدر بربع العشر، قال الإمام: إذا قلنا: يقدره الحاكم، فقدّر شيئاً تبين أن له وقعاً بالنسبة إلى مال الكتابة، كفى، وإن تيقنا أنه لا وقع له، لا يكفي، وإن شككنا، فخلاف، لتعارض أصل براءة السيد وأصل بقاء وجوب الإيتاء. أما المستحب، فقدّر الربع، وقيل: الثلث، وإلا، فالسبع. وأما جنسه، فالإيتاء بالحط لا يكون إلا من نفس مال الكتابة، وأما البدل، فإن كان المبذول من غير جنس مال الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير، لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، وشذ الغزالي بترجيح اللزوم. فلو رضي به، جاز قطعاً، نص عليه، لأن الكتابة من قبيل المعاوضات، فلا يسلك بها مسلك العبادات، على أن الإمام قال: إذا منعنا نقل الزكاة، وانحصر المستحقون، فقد نقول: لهم أن يعتاضوا عروضاً عن حقوقهم، فلو كان المبذول من غير مال الكتابة، لكن من جنسه، فهل يلزمه القبول؟ وجهان: أحدهما: لا، لظاهر الآية، والصحيح: نعم، كالزكاة، ولأن المقصود الإعانة.

فرع: لو مات السيد بعد أخذ النجوم، وقبل الإيتاء، لزم الورثة الإيتاء، فإن كانوا صغاراً، تولاه وليهم، فإن كان مال الكتابة باقياً، أخذ الواجب منه، ولا يزاحمه أصحاب الديون، لأن حقه في عينه، أو هو كالمرهون به، هكذا قاله القفال، ونقله ابن كج عن نصه في «المبسوط». وإن لم يكن باقياً فثلاثة أوجه: أحدها: أن واجب الإيتاء لضعفه يؤخر عن الديون، ويحصل في رتبة الوصية. والثاني: أنا إذا قلنا: بقدر الواجب في الاجتهاد، فأقل ما يتمول في رتبة الديون والزيادة في رتبة الوصية لضعفها. والثالث وهو الصحيح: أن ما يحكم بوجوبه على الاختلاف، يقدم على الوصايا، فإن أوصى بزيادة على الواجب، فتلك الزيادة من الوصايا.

إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء، لم يسقط ولم يحصل التقاص، لأن للسيد أن يؤتیه من غيره، وليس للسيد تعجيزه، لأنه له عليه مثله، لكن يرفع المكاتب إلى القاضي حتى يرى برأيه، ويفصل الأمر بينهما. وإن جعلنا الإيتاء أصلاً، فقال القاضي حسين: له تعجيزه بالباقي إذا لم نجده، وإذا عجزه، سقط الإيتاء، وارتفع العقد من أصله. قال الإمام: هذا عندي غير صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره، ولا يفوت العتق.

المسألة الثانية: إذا عجل المكاتب النجوم قبل المحل، فإن لم يكن على السيد ضرر في القبول، أجبر عليه، وإن كان، بأن كان لا يبقى بحاله إلى وقت الحلول، كالطعام الرطب، أو لزمه له مؤنة، كالحيوان، وما يحتاج إلى حفظ، أو كان في أيام فتنة أو غرة، فلا يجبر على القبول. فلو أنشأ العقد في وقت الفتنة والغرة، لم يجبر على الأصح، 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، فيجبر. ولو أتى بالنجم في محله، والسيد غائب، قبض القاضي عنه، وكذا يقبض عنه إذا امتنع وهو حاضر، ويعتق المكاتب. ولو أتى بالنجم قبل الحول، والسيد غائب، قبض عنه أيضاً إذا علم أن السيد لا ضرر عليه في أخذه، قال الصيدلاني: ومثله لو كان للغائب دين على حر، فأذن له الحاكم، هل يقبضه للغائب؟ وجهان: أحدهما: المنع، لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب أن يبقى المال في ذمة المليء، فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم.

فرع: إذا أتى المكاتب بالنجوم، فقال السيد: هذا حرام، أو مغصوب، نظر، إن أقام بينة بذلك، لم يجبر على قبوله، وتسمع منه هذه البينة لأن في إقامتها غرضاً ظاهراً، وهو الامتناع عن الحرام، هكذا أطلقه كثيرون. وقال الصيدلاني: إنما تقبل البينة إذا عين له مالاً إما أذا لم يعين، فلا تتصور البينة للمجهول، ولا معنى

لقولهم: إنه مغصوب. والصحيح الأول. وإن لم يكن بينة، فالقول قول المكاتب بيمينه أنه له، لظاهر اليد، فإن نكل، حلف السيد، وكان كإقامة البينة، في وجه: لا يحتاج السيد إلى بينة، والصحيح الأول. ولا تثبت بينة السيد في حق المالك الذي عينه، ولا يسقط بحلف المكاتب حقه، ثم إذا حلف المكاتب، فالمذهب أنه يجبر السيد على قبوله، أو إبرائه عن ذلك القدر فإن امتنع منهما، أخذ الحاكم تلك النجوم، وعق المكاتب. وقيل: في إجباره على الأخذ قولان. ثم إذا أخذه السيد، نظر، إن عين له مالكا، أمر بتسليمه إليه بلا خلاف، مؤاخذه له باعترافه، وإن لم يقبل قوله على المكاتب. وإن لم يعين مالك، بل اقتصر على قوله: هو مغصوب، أو مسروق، أو حرام، فوجهان: أحدهما: ينتزعه الحاكم ويحفظه بيت المال إلى أن يظهر مالكة. وأصحهما: لا ينتزعه، لأنه لم يقر لمعين. ونقل الروياني وغيره على هذا أن يقال: أمسكه حتى يتبين صاحبه، ويمنع من التصرف فيه، فإن كذب نفسه، فقال: هو للمكاتب كان كما ادعاه، قال الإمام: فالصحيح أنه يقبل، وينفذ تصرفه فيه بحسبه. قال: وإن قلنا: يزيل الحاكم يده، فالظاهر أنه لو كذب نفسه، لا يقبل.

فرع: إذا جاء المكاتب بالنجم عند المحل، وعلى شرط السيد أن يبرئه، فالشرط لغو، وللسيد أخذه، فلا يلزمه أن يبرئه عن الباقي، وإن عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبرأه، لم يصح القبض، ولا الإبراء. ولو قال: أبرأتك عن كذا، بشرط أن تعجل لي الباقي، وإذا عجلت علي كذا فقد أبرأتك عن الباقي، فعجل، لم يصح القبض ولا الإبراء، وإذا لم يصح، لا يحصل العتق، وعلى السيد رد المأخوذ. هذا هو المذهب، وأشار المزني إلى ترديد قول في صحة القبض والإبراء، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اختلاف القول، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجز شرط، فابتدأ بذلك. ولو أنشأ رضى جديداً بقبضه عما عليه، حكم بصحته، كما لو أذن للمشتري في قبض ما في يده عن جهة الشراء، أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن. ولو أخذ السيد ما عجله المكاتب، وأبرأه عن الباقي بلا شرط، أو عجز المكاتب نفسه، فأخذ السيد ما معه، وأبرأه عن الباقي، أو أعتقه، جاز. ولو أراد السيد والمكاتب حيلة يعتق بها بما عجل، ويكون بجهة الكتابة، فقال الأصحاب: طريقه أن يقول: إذا عجزت نفسك، وأديت كذا، فأنت حر، فإذا وجدت الصفات، عتق عن جهة الكتابة، لأنها لا ترتفع بمجرد تعجيز نفسه، وإنما ترتفع إذا فسحها بعد التعجيز، وإذا عتق عن الكتابة، كانت الأكساب له، فيتراجعان، فيرجع المكاتب على السيد بما أخذه، والسيد عليه بقيمته، لأنه أعتقه على عوضين: التعجيز، والمال المذكور، والتعجيز لا يصلح عوضاً، فكأنه أعتقه بعوض فاسد. قال

صاحب «الشامل»: ولو لم يعلق هكذا، ولكن قال: إن أعطيتني كذا فأنت حر، فأعطاه، عتق، ولكنه عوض فاسد، لأن المكاتب لا تصح المعاوضة عليه، فيعتق بالصفة، وعليه تمام قيمته. ولو عجل المكاتب النجم، على أن يعتقه، ويبرئه عن الباقي، ففعل السيد ذلك، عتق المكاتب، ورجع عليه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما دفع، لأنه أعتقه بعوض فاسد، حكاه القاضي عن النص.

المسألة الثالثة: في تعذر تحصيل النجوم عند حلولها، وله أسباب:

السبب الأول: الإفلاس، فإذا حل نجم على المكاتب، وهو عاجز عن أدائه، أو عن بعضه، فللسيد فسخ الكتابة، وله أن يفسخ بنفسه، لأنه فسخ مجمع عليه، كفسخ النكاح بالعتق، وإن شاء رفع إلى الحاكم ليفسخ. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: لأنه إذا ثبت عجزه بإقراره، أو بالبينة فللسيد فسخ الكتابة. وينبغي أن لا يشترط إقراره بالعجز، ولا قيام البينة عليه، لأننا سنذكر إن شاء الله أنه لو امتنع من الأداء ثبت حق الفسخ. وإذا لم يؤد، فهو ممتنع، إذا لم يكن عاجزاً. وإذا رفع إلى القاضي، فلا بد من ثبوت الكتابة، وحلول النجم عنده. ومتى فسخت، سلم للسيد ما أخذه، لأنه كسب عبده، لكن ما أخذه من الزكاة يسترد ويؤديه. وهذا قد سبق في الزكاة، وليس هذا الفسخ على الفور، بل له تأخيره ما شاء، كفسخ الإعسار. وإذا استنظره المكاتب، استحَب أن ينظره، ثم لا يلزمه الإمهال، بل له الرجوع إلى الفسخ متى بدا له. وإذا طالبه بالمال، فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرج من الصندوق والدكان والمخزن، ويزن فإن كان ماله غائباً، فقد أطلق الإمام والغزالي أن للسيد الفسخ، وليحمل على تفصيل ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما، وهو أنه إن كان على مسافة القصر، لم يلزمه التأخير إلى استيفائه، كما لو كانت له وديعة، وإن كان مؤجلاً، أو على معسر، فلا. وإن كان الدين على السيد، وهو من جنس النجوم، ففيه الخلاف في التقاص، وإن كان من غير جنسه، أداه ليصرفه المكاتب في النجوم. ولو حل النجم وهو نقد، وللمكاتب عروض، فإن أمكن بيعها أمكن بيعها على الفور، بيعت ولا فسخ، وإن احتاج البيع إلى مدة، لكساد وغيره، فمقتضى كلام الصيدلاني أن لا فسخ. ورأى الإمام الفسخ، كغيبه المال، وهذا أصح، وضبط البغوي التأخير للبيع بثلاثة أيام. وقال: لا يلزم أكثر منها.

السبب الثاني: غيبة المكاتب، فإذا حل النجم، والمكاتب غائب، أو غاب بعد حلوله بغير إذن السيد، فللسيد الفسخ إن شاء بنفسه، وإن شاء بالحاكم، وقيل: لا يفسخ بنفسه والصحيح الأول فلا يلزمه تأخير الفسخ لكون الطريق مخوفاً، أو المكاتب مريضاً. وإذا فسخ بنفسه، فليشهد عليه، لئلا يكذبه المكاتب، وإن رفع إلى

الحاكم، فلا بد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل، ويحلفه الحاكم مع ذلك، لأنه قضاء على الغائب. قال الصيدلاني: يحلفه أنه ما قبض النجوم منه، ولا من وكيله، ولا أبرأه، ولا أحال به، ولا يعلم له مال حاضر. وذكر الحوالة مبني على جواز الحوالة بالنجوم. ولو كان مال المكاتب حاضراً، لم يؤد الحاكم النجوم منه، ويمكن السيد من الفسخ، لأنه ربما عجز نفسه لو كان حاضراً، ولم يؤد المال. ولو نظر المكاتب بعد حلول النجم، وأذن له في السفر، ثم بدا له في الانظار، لم يكن له الفسخ في الحال، لأن المكاتب غير مقصر هنا، ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم، ويقيم البيئة 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: أؤدي الواجب، فإن كان للسيد هناك وكيل، سلم إليه، فإن أبى، ثبت حق الفسخ للسيد، وللوكيل أيضاً إن كان وكيلاً فيه. وحكى ابن كج قولاً آخر أنه لا فسخ بالامتناع عن التسليم إلى الوكيل، لاحتمال العزل. وإن لم يكن هناك وكيل، أمره الحاكم بإيصاله إليه، إما بنفسه، وإما بغيره، ويلزمه ذلك في أول رفقة تخرج، أو في الحال إن كان لا يحتاج إلى رفقة في ذلك الطريق، وعلى السيد الصبر إلى أن تمضي مدة إمكان الوصول، فإن مضت، ولم يوصله مقصراً، فللسيد الفسخ. قال ابن كج: ولو لم يكن في بلد السيد حاكم، فكتب السيد إلى العبد، وأعلمه بالحال، وأمره بالتسليم إلى رجل، فامتنع، فعندي أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع له العلم به. وحكى ابن القطان فيه وجهين: قال: وحكى وجهين فيما لو سلم المكاتب إلى وكيل السيد، وبأن أن السيد عزله، هل يبرأ المكاتب؟ قال: قال: وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم: فلان وكيله، ولم يأذن بالتسليم إليه، فإن أمره، بالتسليم إليه، برى بلا خلاف.

السبب الثالث: الامتناع، فإذا امتنع المكاتب من أداء النجوم مع القدرة، لم يجب عليه، لأن الحط له، فلا يجبر عليه، ولأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب، ولأنها تتضمن التعليق بالصفة، والعبد لا يجبر على الصفة، فإذا عجز نفسه، فالسيد بالخيار، إن شاء فسخ، وإن شاء صبر، وإن أراد الفسخ، فسخ بنفسه، ولا يحتاج إلى القاضي. وهل للمكاتب الفسخ؟ وجهان: أحدهما: لا، إذ لا ضرر عليه في بقائها، وأصحهما: نعم، كالمرتهن يفسخ الرهن، قال الإمام: وتجويز الامتناع من الأداء مع أنه لا يملك الفسخ بعيد.

السبب الرابع: قد سبق أن الكتابة لا تنفسخ بجنون العبد، فإن أراد السيد الفسخ، اشترط أن يأتي الحاكم، فيثبت عنده الكتابة، وحلول النجم، ويطالب به،

ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق، ثم يبحث، فإن وجد للمكاتب مالا، أداه عن الواجب عليه، ليعتق، لأن المجنون ليس من أهل الضرر لنفسه، فناب عنه الحاكم، بخلاف الغائب الذي له مال حاضر. ثم إن الجمهور أطلقوا أن الحاكم يؤدي عنه. وقال الغزالي: يؤدي إن رأى له مصلحة في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق، لم يؤد، وهذا حسن، ولكنه قليل النفع، مع قولنا: إن للسيد إذا وجد مالا الاستقلال بأخذه، إلا أن يقال: يمنعه الحاكم من الأخذ والحالة هذه. وإن لم يجد الحاكم له مالا، مكن السيد من الفسخ، فإذا فسخ، عاد المكاتب قنأ له، وعليه نفقته، فإن أفاق، وظهر له مال كان حصله قبل الفسخ، دفعه إلى السيد، وحكم بعتقه، وبعض التعجيز. هكذا أطلقوه. وأحسن الإمام، فقال: إن ظهر المال في يد السيد، رد التعجيز، وإلا، فهو ماض، لأنه فسخ حين تعذر الوصول إلى حقه، فأشبه ما لو كان ماله غائباً، فحضر بعد الفسخ. وإذا حكمنا ببطالان التعجيز، وكان السيد جاهلاً بحال المال، فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه. وإن وجد السيد للمكاتب في جنونه مالا، فقد سبق أن الاستقلال بأخذه، وحكيما عن الإمام فيه تفصيلاً.

السبب الخامس: إذا مات المكاتب قبل تمام الأداء، انفسخت الكتابة، ومات رقيقاً، فلا يورث، وتكون أكسابه لسيدة، وتجهيزه عليه، سواء خلف وفاء بالنجوم، أم لا، وسواء كان الباقي قليلاً أم كثيراً، وسواء كان حط عنه شيئاً، أم لا، لأن الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط به معلوماً. نص في «الأم» على أنه لو أحضر المكاتب المال ليدفعه إلى السيد، أو دفع المال إلى رسوله ليوصله إليه، فمات قبل قبضه، مات رقيقاً أيضاً، وأنه لو وكل المكاتب رجلاً في دفع النجم الأخير إلى السيد، ومات المكاتب، فقال أولاده الأحرار: دفع الوكيل قبل موته، فمات حراً، وكذبه السيد، فهو المصدق، فإن أقاموا بينة على الدفع يوم الخميس، وكان قد مات يوم الخميس، لم ينفعهم إلا أن يقول الشهود: دفع قبل موته، أو يقولوا: دفع قبل طلوع الشمس، ويكون السيد معترفاً بأن مات بعد الطلوع. وأنه لو شهد وكيل المكاتب بقبض السيد قبل موت المكاتب، لم تقبل شهادته، ولو شهد به وكيل السيد، قبلت، لعدم التهمة.

فروع: تتعلق بالفسخ والانفساخ، فيحصل الفسخ بقول السيد: فسخت الكتابة، ونقضتها، ورفعتها، وأبطلتها، وعجزت المكاتب. ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة، ثم أحضر المكاتب المال، لم يكن للسيد الامتناع من قبضه، ونص في «الأم» أنه لو قال بعد التعجيز: قررتك على الكتابة، لم يصير مكاتباً حتى يجدد كتابة، وقد سبق في القراض ما يقتضي خلافاً فيه.

قلت: ليس هذا كالقراض، فإن معظم الاعتماد هنا في العتق على التعليق، وهذا اللفظ لا يصلح له. والله أعلم.

ولو تطوع رجل بأداء مال الكتابة، فهل يجبر السيد على القبول، أم له الفسخ؟ وجهان أصحهما: له الفسخ، وبه قطع الإمام. وإذا قبل، ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بإذنه وجهان: القياس: الوقوع. وإذا مات المكاتب رقيقاً، أو فسخ السيد الكتابة لعجزه، رق كل من يكاتب عليه والد وولد، وصاروا جميعاً للسيد، وجميع ما في يده من المال للسيد إن لم يكن عليه دين، فإن كان، فسنذكره إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا قهر السيد المكاتب، واستعمله مدة، لزمه أجره مثله. ثم إذا جاء المحل، هل يلزمه إمهاله مثل تلك المدة، أم له تعجيزه والفسخ؟ قولان. أظهرهما: الثاني، لأنه أخذ بدل منافعه. ولو حبسه عن السيد، فالمذهب، فالمذهب أنه لا إمهال، وأجراه العراقيون على القولين. وقد ذكرنا المسألة فيما لو أسر الكفار مكاتباً مدة ثم استنقذناه.

المسألة الرابعة: فيما إذا انضم إلى النجوم ديون على المكاتب لسيد أو لغيره، أو له ولغيره. وفيها صور:

الأولى: كان للسيد مع النجوم دين معاوضة، أو أرش جنائية، فإن تراضيا بتقديم الدين، فذاك، وإن تراضينا بتقديم النجوم، عتق. ثم المذهب أن الدين الآخر لا يسقط، فللسيد مطالبة به. ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم دون الدين، فإذا أداه عن النجوم بإذن السيد، فالحكم ما ذكرناه، وللسيد منعه من تقديم النجوم، فيأخذ ما معه عن الدين، ثم يعجزه. وهل له تعجيزه قبل أخذه؟ وجهان: أصحهما: نعم. ولو دفع المكاتب ما في يده إلى السيد، ولم يتعرض للجهة، ثم قال المكاتب: قصدت النجوم، وأنكر السيد، أو قال: أصدقه، ولكن قصدت أنا الدين لا النجوم، فقال القفال: يصدق المكاتب. وقال الصيدلاني: يصدق السيد، لأن الاختيار هنا إليه، بخلاف سائر الديون.

قلت: قول القفال أصح. والله أعلم.

الثانية والثالثة: إذا اجتمع عليه نجوم وديون للسيد أو لغيره، أو له ولغيره، فهو كالحر في الحجر عليه بالفلس، وقسم ماله بين أصحاب الديون. وهل تحل بالحجر الديون المؤجلة؟ طريقتان: أصحهما: قولان، كالمفلس. والثاني: تحل قطعاً، لأن للرق أثراً في إبطال الأجل، ولهذا نص الشافعي رحمه الله أن الحربي إذا استرق وعليه دين مؤجل، حل، قلنا: يحل، قسم المال على الجميع، وإلا، فعلى الحال،

ولا يحجر عليه بالتماس السيد للنجوم، لأنها غير مستقرة، والمكاتب متمكن من إسقاطها.

إذا ثبت هذا، فإن كان ما في يد المكاتب وافياً بالديون، قضيت، وإلا، فإن لم يحجر عليه، فله تقديم ما شاء من الديون، وله تعجيل الديون قبل المحل، ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة بغير إذن سيده. وفي جوازها بإذنه الخلاف في تبرعاته بإذنه. وفي معناه ما إذا عجل الديون للسيد، ومنهم من طرد الخلاف في تعجيل النجوم، ذكره الروياني. وإذا قدم النجوم، عتق، وبقي دين الأجانب عليه، ولا يجيء فيه الخلاف في إعتاق الجاني، لأن العتق يحصل بالصفة السابقة على الجناية، فهو كما لو علق عتق عبده بصفة، ثم جنى، فإن الجناية لا تمنع وقوع العتق بالتعليق السابق بلا خلاف، والأولى أن يقدم دين المعاملة، فإن فضل شيء، جعله في الأرض، فإن فضل شيء، صرفه في النجوم. وسيظهر وجه هذا الترتيب إن شاء الله تعالى. وإن حجر عليه، تولى قسمة ما في يده. وفي كيفية القسمة وجهان: ويقال: قولان، أحدهما: يقسم على قدر الديون، وأصحهما: يقدم دين المعاملة، لأنه يتعلق بما في يده خاصة، وللأرض متعلق آخر، وهو الرقبة، وكذا حق السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقبة، ويسوى بين النقد والعرض، ثم يقدم أرض الجناية على النجوم، لأن الأرض مستقر، والنجوم معرضة للسقوط. وقال القاضي أبو الطيب: لا خلاف أن هذا الثاني مذهب الشافعي رحمه الله، وإنما الأول إذا رضوا بالتسوية، فإن عجز المكاتب نفسه، سقطت النجوم. وفي دين المعاملة للسيد وجهان: أحدهما: يسقط أيضاً ويصرف ما في يده إلى ديون الأجانب، من معاملة وأرض، فإن لم يف بالوعدين، فهل تقدم المعاملة، أم الأرض، أم يسوى بينهما؟ أوجه: أحدها: عند الشيخ أبي محمد، والغزالي ونحوهما: الثالث. ثم ما تبقى من دين المعاملة، يتبع به بعد العتق، وما تبقى من الأرض يتعلق بالرقبة، يباع فيه. ولو مات المكاتب قبل قسمة ما في يده، انفسخت الكتابة، وسقطت النجوم. قال ابن سريج، وابن الصباغ: تسقط الأروش أيضاً، لأنها تتعلق بالرقبة، وقد فاتت، وبما في يده بحكم الكتابة، وقد بطلت، فعلى هذا يتعين صرف ما خلفه إلى المعاملة. وقال الصيدلاني والإمام والبغوي: تبقى الأروش وتعلقها بالمال، فعلى هذا إن سويننا في صورة التعجيز، فهنا أولى، وإن قدمنا الأرض، فكذا هنا، وإن قدمنا المعاملة، فهل تقدم هنا أيضاً، أم يسوى؟ وجهان: أحدهما: التسوية، لأنهما متعلقان بما خلفه.

فرع: إذا لم يكن في يد المكاتب مال، أو قسم الموجود، إما على الديون جميعاً بالتسوية، وإما على التقديم والترتيب، وبقيت النجوم أو بعضها، فللسيد

تعجيزه، ورده رقيقاً. وإن بقيت الأروش أو بعضها فمستحق الأرض الباقي، لعجزه، لتباع رقبته في حقه، ولا يعجزه بنفسه، لأنه لم يعقده، لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليعجزه، صرح الأصحاب بهذا. وقال الإمام: ظاهر كلامهم أنه يعجزه بنفسه، لأنه لم يعقده، لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليعجزه، بنفسه، والوجه: الرفع إلى القاضي. فلو أراد السيد أن يفديه ويبقي الكتابة، فهل يمتنع على مستحق الأرض التعجيز ويلزمه قبول الفداء؟ وجهان: أرجحهما عند الإمام والغزالي: لا، وأصحهما: نعم، وبهذا قطع الجمهور. وأما صاحب دين المعاملة، فليس له التعجيز، لأن حقه لا يتعلق بالرقبة. ولو أمهله السيد ومستحق الأرض، ثم بدا لبعضهم وأراد التعجيز، فله ذلك. وإذا تحقق التعجيز، سقطت النجوم، ويباع في الأرض، إلا أن يفديه السيد، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة على الصحيح.

فرع: ذكرنا أن الأصح تقديم دين الأجنبي على النجوم، وهل يضارب السيد معهم بماله من دين المعاملة؟ وجهان: أصحهما: نعم، وأما ما للسيد عليه من أرض جناية، فقال ابن كج: يستوي السيد والأجنبي فيه في دوام الكتابة، وأما بعد التعجيز، فيباع في أرض الجناية للأجنبي، ويسقط ما للسيد، لأنه صار ملكه، ولا يثبت للسيد على عبده أرض، ويجوز أن يجعل فيه خلاف.

المسألة الخامسة: إذا كان بينهما عبد بالسوية، فكاتباه، لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في المدفوع. فلو دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر، لم يعتق منه شيء، لأن نصف المأخوذ لشريكه، ويجيء فيه وجه ضعيف سبق. وإن دفع إليه تمام النجوم، فكذلك على الأصح، وللشريك الآخر أخذ حصته مما قبض بلا خلاف. ولو قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر، عتق العبد قطعاً. وإن سلم إلى أحدهما حصته من مال الكتابة بإذن الآخر ورضاه بتقديمه، فهل يصح القبض؟ قولان أظهرهما: لا، لأن حقه في ذمة المكاتب. وما في يده ملكه، فلا أثر للإذن فيه، ولأنه لو جاء بالمال ليعطيتهما، فرضي أحدهما بأن يزن للآخر أولاً، ففعل، وأقبضه، لم يعتق حتى يزن للآخر. ولو هلك الباقي قبل أن يزن للثاني، كان المدفوع بينهما، فكذا هنا، والثاني: نعم، لأن الحق لا يعدوهم، فإن قلنا: لا يصح القبض، لم يعتق نصيب القابض، وللآذن طلب حصته من المقبوض. ثم إن أدى المكاتب الباقي، عتق عليهما، وإلا، فلهما التعجيز. وإن قلنا: يصح القبض، اختص القابض بما قبض، وعتق نصيبه. ثم إن كان معسراً، لم يعتق عليه نصيب الآخر، ولكن إن كان في يد المكاتب ما يفي بنصيب الآخر، وأداه، عتق أيضاً، وإلا، فله التعجيز. وإن كان موسراً، قوم عليه نصيب الشريك. وهل يقوم في الحال، أم عند

التعجيز عن نصيب الآخر؟ فيه القولان السابقان فيما إذا عتق أحدهما نصيبه، فإن قلنا: يقوم في الحال، فجميع ما في يد المكاتب يكون للشريك الآذن، وما كسبه بعد ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن، لأنه كسب بنصفيه الحر والمكاتب. وإن مات قبل الأداء والتعجيز، فعلى ما سبق هناك. هذه طريقة جماهير الأصحاب. وقال الإمام: إن كان في يده وفاء بنصيب الشريك الآذن، فالذي رأيته للأصحاب القطع بأنه لا سراية. وقال الغزالي: ولا نقول بعتق نصيبه، بل يؤدي نصيب الآذن، فإذا أدى، عتق عليهما، وإن عجز عن أداء نصيب الآذن، فعن ابن سريج: لا يشارك القابض فيما قبض، لأنه لما قدمه رضي ببقاء حقه في ذمة المكاتب، فعلى هذا يعتق نصيب القابض. وفي السراية ما ذكره الجماهير. وعن غيره أن الآذن يشاركه، لأن ما قبضه، كسب عبدهما، وإنما تبرع الآذن بالتقديم، لا بالتملك، ولا يخلص له المقبوض. فعلى هذا لهما تعجيزه وإرقاقه.

فرع: قد سبق أنهما إذا كاتبا المشترك، فادعى أنه أوفاهما، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، صدق المكذب بيمينه، فإذا حلف، بقيت الكتابة في نصيبه، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدق فيما أقر بقبضه، فيأخذ نصفه، ويطالب العبد بالباقي، وبين أن يطالب المكاتب بتمام نصيبه، لأن كسبه متعلق حقهما بالشركة. وقيل: إذا جوزنا انفراد أحدهما بكتابة نصيبه، لم يشارك المصدق، بل يطالب المكاتب بجميع حقه. وإنكاره قبض الشريك لا يمنعه الرجوع عليه، لأنه أقر بالقبض، وربما قبض وهو لا يعلم. ثم إذا أخذ المكاتب حصته منهما، أو من العبد لاعترافه بأنه مظلوم، ولا يرجع العبد أيضاً على المصدق بما العبد وحده، عتق باقيه، ولا يرجع المصدق إن أخذ منهما بشيء على يأخذ منه، ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب، لأنه متهم.

المسألة السادسة: إذا كاتب عبداً، وشرط أن يتكفل بعضهم بعضاً بالنجوم، فسدت الكتابة، لأنه شرط فاسد، لأن ضمان النجوم باطل. ولو ضمن بعضهم بعضاً بلا شرط، لم يصح، وفي قول قديم: لا تفسد الكتابة بالشرط المذكور، لأنه مصلحة العقد والمشهور الأول، ولو كاتب عبداً بشرط أن يضمن عنه فلان، لم تصح الكتابة أيضاً، ولو أدى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان، أو كاتب عبيدين في عقدين، فأدى أحدهما عن الآخر، فإن أدى بإذنه، رجع عليه، وإلا، فلا، وإن أدى قبل العتق، فهو تبرع، وتبرعه بغير إذن السيد باطل، وبإذنه قولان، فإن لم يعلم السيد أنه يؤدي عن غيره، بأن ظن أن كسب المؤدى عنه، وأنه وكيله، فهو تبرع بغير إذن السيد، وإن علم الحال، فهو كالتصريح بالإذن على الأصح، 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، فيأخذ مما في يده، ويقدم على النجوم، لأنه لا بدل له، وحق السيد له بدل عند التعذر، وهو رقبته، وإن لم نصحح الأداء، فلا رجوع للمؤدى على المؤدى عنه، لكنه يسترد من السيد، فلو أدى النجوم، وعتق، فالنص أنه لا يسترد حينئذ، ونص فيما لو جنى السيد على مكاتبه، فعفا عن الأرش، وأبطلنا العفو بناء على رد تبرعاته، فعتق، أن له أخذ الأرش. قال أكثر الأصحاب: في صورتين قولان، كزوال المانع من تبرعه، لكن وقع العفو والأداء فاسدين، فلا ينقلبان صحيحين. ولو كاتب رجلان كل واحد منهما عبده، ثم أدى أحدهما عن الآخر بغير إذن سيده، لم يصح أداءه، وبإذنه قولان. وقال القفال: إن انضم إذن المؤدى عنه إلى إذن سيده، صح بلا خلاف، لأنه يكون إقراضاً، والإقراض بإذن السيد صحيح بلا خلاف، فإن لم نصحح أداءه، فله الاسترداد، فإن عتق قبل الاسترداد، ففيه الخلاف.

فرع: المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعه إلى السيد، فقال من قلت قيمته: أدينا النجوم على عدد الرؤوس، وقال من كثرت قيمته: بل على أقدار القيم، فتقولان: أظهرهما: يصدق من قلت قيمته، لثبوت يده على ما ادعاه. والثاني: يصدق الآخر، لأن الظاهر معه. وقيل: ليست على قولين، بل إن أدوا بعض المال بحيث لو وزع على رؤوسهم، لم يخص أحدهم أكثر من قسطه، صدق قليل القيمة، وإن أدوا الجميع، وادعى قليل القيمة أنه أدى أكثر مما عليه ليكون وديعة عند السيد أو قرضاً على كثير القيمة، فيصدق كثير القيمة. قال الروياني: ويجري الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئاً على التفاضل، وأديا الثمن، واختلفا في أنهما أديا متفاضلاً، أم متساوياً.

المسألة السابعة: في الاختلاف، وفي صور:

إحداهما: ادعى عبد على سيده أنك كاتبني، فأنكر، صدق السيد بيمينه، وكذا لو ادعى على وارثه بعده، أن مورثك كاتبني، صدق الوارث، ويحلف على نفي العلم. ولو قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون، أو محجور علي، قال العبد: بل كنت كاملاً، فإن عرف للسيد جنون أو حجر، صدق، وإلا، فيصدق العبد. ولو قال السيد: كاتبتك، فأنكر العبد، ففي كتاب ابن كج أنه إن لم يعترف بأداء المال عاد رقيقاً، ويكون إنكاره تعجيزاً منه. وإن قال السيد: وأديت المال وعتقت، فهو حر بإقراره، فإن قال العبد: الذي أديت إليك ليس لي، بل وديعة لزيد، وادعاه زيد، صدق، أما إذا اختلفا في أداء المال، فالمصدق السيد، فإن أراد المكاتب إقامة بينة بالأداء، أمهل ثلاثة أيام. وهل هذا الإمهال واجب، أم مستحب؟ وجهان: ولا تثبت

الكتابة بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين. ويشترط في الشهادة التعرض للتنجيم، وقدر كل نجم ووقته، ويثبت الأداء بشاهد وامرأتين، وبشاهد ويمين. وقيل: لا يثبت النجم الأخير إلا بعدلين، لتضمنه العتق، والصحيح الأول. وحكى الروياني في «الكافي» أنه لو أمهل ثلاثة أيام ليأتي ببينة الأداء، فأحضر شاهداً بعد الثلاثة، واستنظر ليأتي بالثاني، أنظر ثلاثة أخرى.

الثانية: اختلفا في قدر النجوم، أو عددها، أو جنسها، أو صفتها، أو قدر الأجل، ولا بينة، تحالفاً، وكيفيته كما سبق في البيع، فإذا تحالفاً، نظر، إن لم يحصل العتق باتفاقهما، بأن لم يقبض جميع ما يدعيه، أو قبض غير الجنس الذي يدعيه، فهل تنسخ الكتابة، أم يفسخها الحاكم إن لم يتراضيا على شيء؟ فيه ما سبق في البيع. وإن حصل العتق باتفاقهما، بأن قبض ما يدعيه بتمامه، وزعم المكاتب أن الزيادة على القدر الذي اعترف به أودعها عنده، استمر نفوذه، ويتراجعان، فيرجع السيد بقيمة المكاتب، ويرجع هو بما أدى، وقد يقع في التقاوص. ولو قال السيد: كاتبك على نجم، فقال: بل على نجمين، قال البغوي: صدق السيد بيمينه، لأنه يدعي فساد العقد.

قلت: ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع. والله أعلم.

فلو أقام العبد بينة، بأنه كاتبه في رمضان سنة كذا على ألف، وأقام السيد بينة أنه كاتبه في شوال تلك السنة على ألفين، فإن اتفقا أن الكتابة متحدة، فكل بينة تكذب الأخرى، فيتساقطان ويتحالفاً. وإن لم يتفقا على الاتحاد، فالبينة المتأخرة أولى، لأنه ربما كاتب في رمضان ثم ارتفعت تلك الكتابة، وأحدث أخرى.

الثالثة: ولد المكاتب من زوجته المعتقة حر، وولاه لمواليها، فإن عتق المكاتب، انجر الولاء إلى مواليه، كما سبق في الولاء. فلو مات المكاتب، فاختلف مولاه ومولى أم أولاده، فقال مولاه: عتق بأداء النجوم، ثم مات وجر ولاء أولاده إلي، وأنكر مواليها، فهم المصدقون باليمين، وعليه البينة. وهل يكفيه شاهد ويمين، أو شاهد وامرأتان، أم يحتاج إلى شاهدين؟ فيه الخلاف في النجم الأخير، ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار، لإقرار السيد أنه مات حراً. ولو أقر السيد في حياة المكاتب بأنه أدى النجوم، عتق، وجر إليه ولاء ولده.

الرابعة: كاتب عبدان في صفقتين، أو صفقة، وجوزناها، ثم أقر أنه استوفى نجوم أحدهما، أو أنه أبرأ أحدهما، أمر بالبيان، فإن قال: نسيت، أمر بالتذكر، ولا

يقرع بينهما ما دام حياً، وقيل: يقرع، والصحيح الأول، فإن بين أحدهما، فصدقه الآخر، فذاك، وإن كذبه وقال: بل استوفيت مني، أو أبرأتني، فله تحليف السيد، فإن حلف، بقيت كتابته إلى أداء النجوم، وإن نكل، حلف المكذب، وعتق أيضاً. وإن لم يتذكر، حلف لهما إذا ادعاه. وإذا حلف، فوجهان: أحدهما: يبقيان على الكتابة، ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء النجوم، والثاني: تتحول دعوى المكاتبين، فإن حلفا على الأداء، أو نكلا، بقيا على الكتابة، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم بعثت الحالف، وبقي الآخر، مكاتباً. ولو بين أحدهما، فقال الآخر: تؤتيني بالإقرار الذي اتهمته، ولم يقل: استوفيت مني أو أبرأتني، قال الإمام: فالأصح أن دعواه مردودة، لأنه لا يدعي حقاً ثابتاً، وإنما يدعي إخباراً قد يصدق فيه وقد يكذب، وقد سبق نظير هذا في الدعاوى. ولو مات السيد قبل البيان، فهل يقوم الوارث مقامه في البيان؟ قولان. أحدهما: لا، بل يقرع، فمن خرجت قرعته، فهو حر، وعلى الآخر أداء النجوم، وله تحليف الوارث على نفي العلم. وأظهرهما: يقوم مقامه، ولا قرعة، فإذا بين، فالحكم كما سبق في بيان المورث، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم، فإن قال الوارث: لا أعلم المؤدي، فلكل واحد تحليفه أنه لا يعلمه أدى، فإذا حلف لهما، فوجهان: أحدهما: يستوفي من كل واحد منهما ما عليه، كما لو أقر بأن أحد غريميه أوفاه دينه، ومات قبل البيان، وحلف الوارث لكل واحد منهما، فإنه يستوفي الدينين جميعاً. وحكى ابن الصباغ توقف العتق على أداء كل واحد منهما جميع ما عليه، ثم قال: وعندي أنه إن استوفى المالان، فقالا: نؤدي ما على أحدهما، أو اختلفا، فقالا: نؤدي الأكثر ليعتق، كان لهما ذلك، لأنهما بأدائه قد أديا جميع ما عليهما. والوجه الثاني وهو الأصح، وبه قال القاضي أبو الطيب: يقرع بينهما، هكذا رتب الجمهور المسألة. وقال الإمام والغزالي: لكل واحد من الكاتبين أن يدعي على الوارث توفية النجوم إلى المورث أو إبراءه له، وأن يحلفه على نفي العلم، فإذا حلف هل يقرع؟ قولان. أظهرهما: نعم، فمن خرجت له القرعة، فهو حر، وعلى الآخر أداء النجوم. وإن قلنا: لا يقرع، قال الإمام: الذي يقتضيه القياس التوقف إلى الاصطلاح، أو البيان، أو بينة، وينقدح أن يقال: للوارث تعجيزهما، فإنهما ممتنعان من الأداء وأحدهما مكاتب، وحينئذٍ فأحدهما حر، والآخر رقيق، فيقرع، والمذهب ما قدمناه عن الجمهور. ولو أقر باستيفاء بعض نجوم أحدهما، ولم يبين، فلا قرعة، لأن العتق لا يحصل به، بل يوقف الأمر. ولو ادعى أحد المكاتبين على الوارث الأداء أو الإبراء، فأنكر، حصل بإنكاره الإقرار للآخر، قاله الصيدلاني.

قلت: هذا الذي قاله الصيدلاني فيما إذا قال في إنكاره: لست المؤدي. أما إذا قال: لا أعلم ونحوه، فليس مقراً للآخر بلا شك. والله أعلم.

فروع: من «التهذيب» لو قال السيد: استوفيت، أو قال المكاتب: أليس قد أوفيتك، فقال: بلى، ثم قال المكاتب: وفيتك الجميع. وقال السيد: البعض، فالمصدق السيد، لأن اللفظ يحتملهما جميعاً. ولو وضع عن المكاتب شيئاً من النجوم، واختلفا، فقال السيد: وضعت من النجم الأول، وقال المكاتب: من الأخير، أو قال: وضعت بعض النجوم، فقال المكاتب: بل كلها، صدق السيد بيمينه. ولو كاتبه على ألف درهم، فوضع عنه عشرة دنانير، لم يصح، فإن قال: أردت قيمة عشرة دنانير من الدراهم، صح. فلو قال المكاتب: أردت المعنى الثاني، فأنكر السيد، صدق السيد. ولو وضع عنه من الدراهم ما يقابل عشرة دنانير، فهو مجهول عندهما، ففي صحته وجهان: بناء على الخلاف فيما لو أوصى بزيادة على الثلث وأجاز الوارث وهو جاهل بالزيادة، ففي وجه، لا يصح، ويحمل على أقل ما يتيقن.

الحكم الثالث: تصرفات السيد في المكاتب، وما يتعلق به، وتصرف المكاتب، أما القسم الأول، ففيه مسائل:

إحداها: في صحة بيع السيد رقبة المكاتب، وهبته قولان، الأظهر الجديد: بطلانه، ومنهم من قطع به، فعلى هذا لو أدى النجوم إلى المشتري بعد البيع، فهل يعتق؟ فيه الخلاف الذي نذكره إن شاء الله تعالى فيما لو دفع النجوم إلى مشتري النجوم. ولو استخدمه المشتري مدة، لزمه أجره المثل للمكاتب، وهل على السيد أن يمهل قدر المدة التي كانت في يد المشتري؟ قولان كما لو استخدمه السيد أو حبسه. وإن قلنا بالقديم فثلاثة أوجه: الصحيح: بقاء الكتابة، وينقل إلى المشتري مكاتباً، فإذا أدى إليه النجوم، عتق وكان الولاء للمشتري. والثاني: يعتق بالأداء إلى المشتري، ويكون الولاء للبائع، ويكون انتقاله بالشراء كانتقاله بالإرث. والثالث: ترتفع الكتابة بالبيع، فينتقل غير مكاتب، وهو ضعيف. ولو قال أجنبي لسيد المكاتب: أعتق مكاتبك على كذا، أو أعتقه عني على كذا، أو مجاناً، فهو كقوله: أعتق مستولدتك، وقد سبق في الكفارات، ولا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب، ولا إعتاق عبده، ولا تزويج إماءه.

الثانية: لا يصح بيع السيد نجوم الكتابة التي على المكاتب على المذهب، ولا الاستبدال عنها على الصحيح، فلو باعها، لم يجر للمكاتب تسليمها إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبتها بها، ويحصل العتق بدفعها إلى السيد. وهل يحصل بدفعها إلى

المشتري؟ قال في «المختصر»: نعم. وفي «الأم»: لا، فقال الجمهور: قولان. أحدهما: نعم، لأن للسيد سلطة على القبض، فأشبه الوكيل وأظهرهما: لا، لأنه يقبض لنفسه، حتى لو تلف في يده، ضمنه، بخلاف الوكيل، وقال أبو إسحاق: إن قال عند البيع: خذها منه، أو قال للمكاتب: ادفعها إليه، صار وكيلاً، وعق بقبضه، وإن اقتصر على البيع، فلا. ويقال: إن أبا إسحاق، عرض هذا الفرق على ابن سريج، فلم يعبأ به. وقال هو وإن صرح بالإذن، فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا بالوكالة. فإن قلنا: يعتق، فما أخذه المشتري يعطيه للسيد لأننا جعلناه كتوكيله. وإن قلنا: لا يعتق، فالسيد يطالب المكاتب، والمكاتب يسترد من المشتري.

الثالثة: السيد معه في المعاملة كأجنبي يبايعه، ويأخذ ثمنه بالشفعة. فلو ثبت له على سيده دين معاملة، ولسيده عليه النجوم، أو دين معاملة، ففي التقاص الخلاف الآتي في الفرع عقبيه إن شاء الله تعالى.

فرع: في التقاص. إذا ثبت لشخصين كل واحد منهما على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين، كسلم وقرض، أو قرض وثمان، نظر، هل هما نقدان، أم لا؟ وهل هما جنس، أم لا؟ فإن كانا جنساً، واتفقا في الحلول وسائر الصفات، فأربعة أقوال: أظهرها: يحصل التقاص بنفس ثبوت الدينين، ولا حاجة إلى الرضى، إذ لا فائدة فيه. والثاني: لا يحصل التقاص، وإن رضيا، لأنه بيع دين بدين. والثالث: يشترط في التقاص رضاهما. والرابع: يكفي رضى أحدهما. وإن اختلف الدينان في الصفات، كالصحة، والكسر، والحلول، والتأجيل، أو قدر الأجل، لم يحصل التقاص، لاختلاف الأغراض، ولصاحب الحال أن يستوفيه ويتنفع به إلى أن يحل ما عليه، فإن تراضيا على جعل الحال قصاصاً عن المؤجل، لم يجز، كما في الحوالة. وحكى أبو الفرج الزاز فيهما وجهاً. ولو كانا مؤجلين لأجل واحد، فهل هما كالحالين، أم كمؤجلين بأجلين مختلفين؟ وجهان: أرجحهما عند الإمام: الأول، وعند البغوي: الثاني. وإن كانا جنسين: دراهم، ودنانير، فلا مقاصة. والطريق: أن يأخذ أحدهما ما على الآخر، ثم إن شاء جعل المأخوذ عوضاً عما عليه، فإذ لا حاجة إلى قبض العوض الآخر. أما إذا لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا جنساً، فالمذهب أنه لا تقاص، وبه قطع جمهور العراقيين، وغيرهم. وقيل: هو على الأقوال: وقيل: إن كانا من ذوات الأمثال، فعلى الأقوال، وإلا، فلا تقاص قطعاً وإن كانا جنسين، فلا تقاص قطعاً وإن تراضيا، بل إن كانا عرضين، فليقبض كل واحد ما على الآخر، فإن قبض أحدهما، لم يجز رده عوضاً عن المستحق للمردود عليه، لأنه بيع عرض قبل القبض، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرض أو

إتلاف، لا بعقد. وإن كان أحدهما عرضاً، والآخر نقداً، فإن قبض مستحق العرض العرض، ورده عوضاً عن النقد المستحق عليه جاز وإن قبض مستحق النقد النقد، ورده عوضاً عن العرض المستحق عليه لم يجز، إلا أن يكون العرض مستحقاً بقرض أو إتلاف. هكذا ذكر ابن الصباغ والرويانى وإذا حصل التقاوص بين السيد والمكاتب، وبرىء المكاتب عن النجوم، عتق كما لو أداها.

قلت: فإذا قلنا: لا يتقاصان، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه، حبس حتى يسلم، ذكره صاحب «الشامل» وغيره. والله أعلم.

الرابعة: إذا أوصى السيد بالمكاتب، صحت الوصية على القديم الذي نصح بيعه، ولا يصح على الجديد. فعلى هذا لو قال: إن عجز مكاتبى، وعاد إلى الرق، فقد أوصيت به لفلان، فوجهان: أحدهما: لا يصح اعتباراً بحال التعليق، وكما لو قال: إن ملكت عبد فلان، فهو حر. والثاني وهو الصحيح وبه قطع الجمهور: تصح الوصية كما لو أوصى بثمره نخلة، وحمل جاريته، وكما لو قال: إن ملكت عبد فلان، فقد أوصيت به، فإن قلنا بالصحيح، فعجز، وأراد الوارث إنظاره، فللموصى له تعجيله، وليأخذه، وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم، كما سبق في المجني عليه. ولو أوصى بالنجوم التي عليه، صحت وإن لم تكن مستقرة، كما تصح الوصية بالحمل. وإن لم يكن مملوكاً في الحال، فإن أداها، فهي للموصى له، وولاء المكاتب للسيد. وإن عجز، فللوارث تعجيله، وفسخ الكتابة. وإن أنظره الموصى له، فهل للموصى له إبراءه عن النجوم؟ فيه احتمالان لابن كج والقاضي حسين.

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر بالنجوم، صحت الوصيتان، فإن أدى المال، بطلت الأولى. وإن رق، بطلت الثانية. ولو أوصى لرجل بما يعجله المكاتب، فلم يعجل، وأدى النجوم في محلها، بطلت الوصية، ولا يجبر على التعجيل لتنفيذ الوصية. هذا كله في الكتابة الصحيحة، أما إن كاتبه كتابة فاسدة، ثم أوصى برقبته، فإن كان عالماً بفساد الكتابة، صحت الوصية. قال الصيدلاني وغيره: وتتضمن الوصية فسخ الكتابة. وإن كان يظن صحتها، فقولان: أحدهما: لا تصح الوصية، لأنه أوصى معتقداً بطلان الوصية وأظهرهما: تصح اعتباراً بحقيقة الحال. ومنهم من طرد القولين فيما لو كان عالماً بفساد الكتابة، لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق وغيره، بخلاف ما لو باع بيعاً فاسداً، ثم أوصى بالمبيع وهو عالم بفساد البيع، فإنه يصح قولاً واحداً، لأن البيع الفاسد ليس كالصحيح. وأما إذا أوصى بالمبيع جاهلاً بفساد المبيع، فهو على القولين. ولو باع المكاتب كتابة فاسدة، أو المبيع بيعاً فاسداً، أو وهب، أو رهن وهو جاهل بالفساد، ففيل: فيه

القولان. وقيل: يبطل قطعاً، بخلاف الوصية، لأنها تحتل الغرر. والخلاف في هذا كله كالخلاف فيمن باع مال أبيه ظاناً أنه حي فكان ميتاً. وفي معناها، ما إذا وكل رجلاً بشراء عبد، ثم باعه وهو لا يعلم أن الوكيل اشتراه له، أو باع مال اليتيم وهو لا يعلم أن أباه جعله وصياً له، فبان أنه جعله.

الخامسة: الوصية بوضع النجوم عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث، فلو قال: ضعوا عنه ما عليه من النجوم أو كتابته، فمقتضاه وضع النجوم. فلو قال: نجماً من نجومه، فالاختيار للوارث يضع ما شاء أقلها أو أكثرها، أولها، أو آخرها، أو أوسطها، وكذا لو قال: ضعوا عنه ما قل أو كثر، أو ما خف، وثقل. ولو قال: ضعوا عنه ما شاء من نجوم الكتابة، فشاء وضع الجميع، لم يوضع الجميع، بل يبقى أقل ما يتمول، لأن «من» للتبعض. ولو اقتصر على قوله: ضعوا عنه ما شاء فشاء الجميع، فقليل بوضع الجميع. والصحيح المنصوص: أنه يبقى شيء كالصورة السابقة. ولو قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه، أو أكثر ما بقي عليه، وضع نص ما عليه وزيادة، وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث. ولو قال: ضعوا عنه أكثر مما عليه أو ما عليه وأكثر، وضع عنه الجميع، ولغا ذكر الزيادة. ولو كانت عليه نجوم مختلفة الأقدار والآجال، فقال: ضعوا عنه أكثر النجوم أو أكبرها، روعي القدر. وإن قال: أطولها وأقصرها، روعيت المدة. وإن قال: أوسط النجوم، فهذا يحتل الأوسط في القدر، وفي الأجل وفي العدد، فإن اختلفت النجوم فيها جميعاً، فللورثة تعيين ما شأؤوا، فإن زعم المكاتب أنه أراد غيرهم، حلفهم على نفي العلم. وإن تساوت في القدر والأجل، حملت على العدد، فإذا كان العدد وتراً، كالثلاثة والخمسة، فالأوسط واحد. وإن كان شفعاً، فالأوسط اثنان، كالثاني والثالث من أربعة، فيعين الوارث أحدهما، هكذا قال ابن الصباغ وغيره. ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما، فيوضعان، وهذا مقتضى ما في «التهذيب».

فرع: أوصى بكتابة عبد بعد موته، فلم يرغب العبد في الكتابة، تعذر تنفيذ الوصية، ولا يكاتب بدله آخر، كما لو أوصى لزيد بمال فلم يقبل، فلا يصرف إلى غيره. وإن رغب، فإن خرج كله من الثلث، كوتب ثم إن عين مال الكتابة، كوتب على ما عينه، وإلا، فعلى ما جرت به العادة. والعادة أن يكاتب العبد على ما فوق قيمته. وإن لم يخرج كله من الثلث، فلم يجز الوارث، فقليل: كتابة القدر الذي يخرج من الثلث يكون على الخلاف في كتابة بعض العبد، والمذهب أنه يكاتب ذلك القدر، ويصح بلا خلاف، ولا يبالي بالتبعض إذا أفضت الوصية إليه، وإذا كوتب بعضه، وأدى النجوم، عتق، وولاؤه للموصي، والباقي رقيق، فإن أجاز الوارث كتابة كله،

وعتق بأداء النجوم، فولاء الجميع للموصي إن جعلنا الإجازة تنفيذاً، وإلا فولاء ما زاد على القدر الخارج من الثلث للوارث. ولو قال: كاتبوا أحد عبيدي، لم يكاتب أمة، ولا خنثى مشكل. وهل يكاتب خنثى ظهرت ذكورتها؟ فيه طريقان: المذهب: نعم. والثاني: قولان، لبعده عن الفهم عند الاطلاق. ولو قال: كاتبوا إحدى إمائي، لم يكاتب المشكل، فإن ظهرت أنوثتها، فعلى الطريقين. ولو قال: أحد رقيقي، جاز العبد والأمة، وجاز المشكل على المشهور.

فصل: وأما تصرفات المكاتب، فهو كالحر في معظمها، فيبيع ويشترى، ويؤجر ويستأجر، ويأخذ بالشفعة، ويقبل الهبة، والوصية، والصدقة، ويصطاد ويحتطب، ويؤدب عبيده إصلاحاً للمال، كما يقصدهم ويختنهم. وفي إقامته الحدود عليهم خلاف سبق في الحدود. ولو أجر نفسه أو عبيده أو أمواله، فعجزه السيد في المدة، انفسخ العقد. وقيل: لا يجوز أن تزيد مدة الإجازة على مدة النجوم، ولا يصح منه تصرف فيه تبرع أو خطر. هذا هو القول الجملي فيه، وفي تفصيله صور:

أحداها: لا يصح إعتاقه ولا إبرأؤه عن دين ولا هبة مجاناً، ولا بشرط الثواب، لأن في قدر الثواب خلافاً، فقد يحكم القاضي بقليل. وإن شرط فيها ثواباً معلوماً، ولم يكن فيه غبن وقلنا: هذه الهبة بيع، ولا يشترط في ثبوت الملك الإقباض، فهي جارية على قياس البيوع، وكذا إن شرطنا الإقباض، صحت الهبة، لكن لا يسلمها حتى يقبض العوض.

الثانية: قال الشيخ أبو محمد: لا يحل له التبسط في الملابس والمآكل، ولا يكلف فيها التقتير المفرط.

الثالثة: ليس له دفع المال إلى غيره قراضاً، لأنه قد يخون أو يموت فيضيع. وله أن يأخذه إقراضاً، لأنه أكساب، وليس له أن يقرض، وله أن يقترض، وليس له تعجيل دين مؤجل.

الرابعة: ليس له شراء أحد من أصوله وفروعه، لتضمنه العتق. فلو وهب له قريبه، أو أوصى له به، فإن لم يقدر على الكسب لهم أو زمانه، وعجز، وكان بحيث يلزمه نفقته، لم يجز قبوله. وقيل: يجوز قبول الزمن، وهو ضعيف. وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه، استحب قبوله، إذ لا ضرر فيه، ثم لا يعتق عليه لضعف ملكه، بل يكاتب عليه، فيعتق بعثقه، ويرق برقه، وليس له بيعه. وعن ابن أبي هريرة: أنه يجوز بيعه. قال الشيخ أبو علي: هذا غلط، وتكون نفقته في كسبه، وما فضل، فللمكاتب أن يستعين به في أداء النجوم، فإن مرض أو عجز، أنفق المكاتب عليه، لأنه من

صلاح ملكه، فإن جنى، بيع في الجناية، وليس للمكاتب أن يفديه، بخلاف ما إذا جنى عبده، له أن يفديه، لأن الرقبة تبقى له يصرفها في النجوم.

الخامسة: ليس له الشراء بالمحابة، ولا البيع بالغبن، ولا بالنسيئة. ولو استوثق برهن وكفيل، فلو باع ما يساوي مئة بمائة نقداً، أو مئة نسيئة، جاز ولو اشترى نسيئة بثمن النقد، جاز، ولا يرهن به، لأنه قد يتلف الرهن. وإن اشتراه بثمن نسيئة، لم يجز، ذكره البغوي لما فيه من التبرع، وذكره الروياني في «جمع الجوامع» أنه يجوز، إذ لا غبن. وقد سبق في كتاب الرهن حكاية وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئة، والرهن والارتهان، والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق.

السادسة: إذا باع أو اشترى، لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوع غرر، وكذا ليس له السلم، لأنه يقتضي تسليم رأس المال في المجلس، وانتظار المسلم فيه، لاسيما إن كان مسلماً مؤجلاً. وقيل: يجوز السلم حالاً، ويسلم رأس المال، ثم يتسلم المسلم فيه في المجلس. وقيل: يجوز مطلقاً بشرط الغبطة، والصحيح الأول.

السابعة: ليس له أن يكتب عبده، فلو كاتبه، فأدى المال، لم يعتق لأن تعليقه غير صحيح، ولا يتزوج، ولا يزوج عبده، لما فيه من المؤن، ولا يتزوج المكاتبه، لأن ذلك ينقصها. وله شراء الجواري للتجارة، ولا يجوز له التسري خوفاً من هلاك الجارية في الطلق، ولضعف الملك. وقال الشيخ أبو محمد: لا يبعد إجراء الوجهين في وطء من يؤمن حبليها، كما في المرهونة. قال الإمام: هذا غير مرضي.

الثامنة: إذا لزم المكاتب كفارة قتل أو ظهار، أو وطء في نهار رمضان، أو يمين، كفر بالصوم، دون المال، لأن ملكه ليس بتمام، وهو مستحق لجهة الكتابة.

فرع: جميع ما منعه في هذه الصور، مفروض فيما إذا لم يأذن له السيد، فإن أذن فسندكره عقبيه إن شاء الله تعالى.

فرع: وصية المكاتب باطلة، سواء أوصى بعين أو ثلث ماله، لأن ملكه غير تمام.

فصل: تبرعات المكاتب وتصرفاته المحظرة كالهبة والإبراء والإنفاق على الأقارب، والإقراض والقراض والبيع بمحابة وبنسيئة، وتعجيل المؤجل ونحوها، إن جرت بإذن السيد، فمنقول المذني والمنصوص في «الأم» صحتها. ونقل الربيع قولاً آخر بالمنع. ونص أن اختلاص المكاتب بالإذن لا يجوز، فقال الجمهور: في الجميع قولان. أظهرهما: الصحة. وقيل: يصح ما سوى الخلع قطعاً، ولا يصح هو. وعن ابن سلمة القطع بصحة الخلع أيضاً. ولو وهب للسيد أو لابنه الصغير، فقبل له

السيد، أو أقرضه، أو باعه نسيئة أو بمحاباة أو عجل له ديناً مؤجلاً غير النجوم، فالمذهب أنه على الخلاف فيما إذا وهب لغيره بإذنه. وقيل: يصح قطعاً، واختاره الشيخ أبو محمد، لأن للمكاتب أن يعجز نفسه، فيجعل جميع ما في يده لسيد، فجواز الهبة أولى. ولو وهب بإذن السيد، فرجع عن الإذن قبل إقباض الموهوب، لم يكن له إقباضه. ولو اشترى قريبه بإذن السيد، ففي صحته القولان في الهبة، فإن صححناه، يكتاب عليه. وعن أبي إسحاق: القطع بالصحة، لأنه قد يستفيد من أكسابه، وفيه صلة الرحم. ولو أعتق المكاتب عبده عن سيده، أو عن غيره بإذنه، فهو كتبرعه بالإذن. ولو أعتق عن نفسه بإذن السيد، لا يصح على المذهب، لتضمنه الولاء، والمكاتب ليس أهلاً لثبوت الولاء له، كالقن، فإن صححناه، فلمن يكون ولأه العتق؟ قولان، أحدهما: للسيد، لأن المكاتب ليس أهلاً للولاء، ووقف الولاء بعيد، وأظهرهما: يوقف، لأن الولاء لمن أعتق، والسيد لم يعتق، فإن عتق المكاتب، كان له، وإن مات رقيقاً، كان لسيد، وإن عجزه، ورق، فحكى الإمام أنه يبقى التوقف، لأنه يرجى عتقه من جهة أخرى. والصحيح الذي قطع به الأصحاب أن يكون للسيد بلا توقف، لانقطاع الكتابة، فإن جعلنا الولاء للسيد، فعتق المكاتب بعد ذلك، ففي انجرار الولاء إليه وجهان: حكاها أبو علي الطبري وصاحب «التقريب» أصحابهما: المنع، وكأن السيد أعتقه. وإن قلنا بالتوقف، فمات العتق قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق، فهل يوقف الميراث أيضاً، أم يكون للسيد، أم لبيت المال؟ أقوال: أظهرها: الأول. ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد، فهو كتنجيز العتق، نص عليه في «المختصر»، وقاله الأصحاب، فيعود الطريقتان في صحة الكتابة. والقولان في الولاء تفريعاً على الصحة إذا عتق المكاتب الثاني قبل الأول. وإن عتق الأول ثم الثاني، فولاء الثاني للأول. وفي نكاح المكاتب بإذن السيد طريقتان: أحدهما: قولان، كتبرعه، لأنه يبذل المهر والنفقة لا في مقابلة مال. والثاني. وهو المذهب عند الجمهور: القطع بالصحة، لأنه إذا صح نكاح القن بالإذن، فالمكاتب أولى، لأنه أحسن حالاً منه، ولأنه يحتاج إليه للتحسين وغيره، بخلاف الهبة ونحوها. وتزويج المكاتبه بإذنها صحيح على الصحيح. وقال القفال: لا تزوج أصلاً، لضعف ملك السيد ونقصها، فلا يؤثر إذنها. ولو أذن السيد للمكاتب في التسري بجارية، لم يصح على المذهب. ولو أذن له في التكفير بالإطعام أو بالكسوة، فقولان ولو أذن في التكفير بالإعتاق، لم يجزئه على المذهب.

فرع: اشترى المكاتب من يعتق على سيده، أو أوصى له به، فقبل، صح، ومملكه المكاتب. فإن رق المكاتب، صار القريب للسيد، وعتق عليه. ولو اشترى

بعضه، أو اتهبه، أو قبل الوصية به، صح أيضاً. وإذا رق، عتق ذلك الشقص على السيد. وهل يسري إلى الباقي؟ إن كان السيد موسراً، ينظر إن عجز المكاتب نفسه بغير اختيار السيد، لم يسر، كما لو ورث بعض قريبه، وإن عجزه السيد، فوجهان: لأن المقصود فسخ الكتابة، والملك يحصل قهراً. ولو اتهب العبد القن من يعتق على سيده بغير إذن، بني على أن اتها به بغير إذن السيد، هل ينقذ؟ وفيه خلاف سبق. إن قلنا: لا، فلا كلام. وإن قلنا: نعم وهو الصحيح، فإن خيف وجوب النفقة على السيد في الحال، فإن اتهب زمناً والسيد موسر، لم يصح قبوله لأن فيه إضراراً بالسيد. وإن لم يجب النفقة في الحال، لكون القريب كسوباً، أو السيد فقيراً، صح القبول، وعتق الموهوب على السيد. ولو اتهب بعض من يعتق على السيد بغير إذنه، وصححنا اتها به بغير إذنه، ولم يتعلق به لزوم النفقة، صح القبول على الأظهر، ولا يسري، لحصول الملك قهراً. والثاني: لا يصح. قال الشيخ أبو علي: وخرج ابن سريج على هذين القولين، ما إذا اشترى المريض أباه بألف لا يملك غيره، وعليه دين مستغرق، ففي قول: لا يصح الشراء، لأنه لو صح، لعتق، وبطل حق الغرماء. وفي الثاني: يصح، ولا يعتق ويباع في ديونهم. وفي «الوسيط» وجه أنه يصح، ويعتق ويسري، ويجعل اختيار العبد كاختياره، كما جعل قبوله كقبوله. ولم أجد هذا الوجه في «النهاية» وإذا صححنا اتها به القن بغير إذن سيده، دخل الموهوب في ملك السيد، قهراً كما لو احتطب. وهل للسيد رده بعد قبول السيد؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن تملك الرشيد قهراً، بعيد. وأصحهما: المنع، كالملك بالاحتطاب، فعلى الأول، هل ينقطع ملكه من وقت الرد، أم يتبين أنه لم يدخل في ملكه؟ وجهان وفائدتهما، لو كان الموهوب عبداً، ووقع هلال شوال بين قبول العبد ورد السيد في الفطرة.

فرع: وهب المكاتب بعض ابنه، فقبله، وصححنا قبوله، فعتق المكاتب، عتق عليه ذلك الشقص. وهل يقوم الباقي عليه إن كان موسراً؟ وجهان: أصحهما: نعم، قاله ابن الحداد، وصححه الشيخ أبو علي، ومنعه القفال.

فرع: اشترى المكاتب ابن سيده، ثم باعه بأبي السيد، صح، وملك الأب، فإن رق المكاتب، صار الأب ملكاً للسيد، وعتق عليه، فإن وجد به عيباً، لم يكن له الرد، وله الأرش، وهو جزء من الثمن، فإن نقص العين عشر قيمة الأب، رجع بعشر الابن الذي هو الثمن، ويعتق ذلك العشر، ولا يقوم الباقي على السيد إن كان المكاتب عجز نفسه، وكذا إن عجزه سيده على الأصح.

فرع: ذكرنا أنه لا يجوز للمكاتب وطء أمته بغير إذن سيده، ولا بإذنه على

المذهب. فلو وطىء، فلا حد، ولا مهر، لأنه لو ثبت مهر لكان له، فإن أولدها، فالولد نسيب، فإن ولدته وهو مكاتب بعد، فهو ملكه لأنه ولد أمتة، لكن لا يملك بيعه، لأنه ولده، ولا يعتق عليه، لضعف ملكه، بل يتوقف عتقه على عتق المكاتب، إن عتق، عتق، وإلا، رق، وصار للسيد، ولا تصير الأمة مستولدة له في الحال على المذهب، لأنها علقت بمملوك، فأشبهت الأمة المنكوحة، وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الملك، بل لمصيره ملكاً لأبيه، كما لو ملكه بهبة، فإن عتق، ففي مصيرها أم ولد قولان. فإن قلنا: يثبت الاستيلاء في الحال، فإن عتق المكاتب، استقر الاستيلاء، وإن عجز، رقت مع الولد للسيد، فإن عتق المكاتب بعد ذلك، وملكها، لم تصر مستولدة له، لأن بالعجز تبين أنها علقت برقيق، وأن لا استيلاء. وإن قلنا: لا يثبت، فإن عجز، ثم عتق وملكها، لم تصر مستولدة له، وإن أعتق بأداء النجوم، فكذلك على المذهب. وقال أبو إسحاق: قولان، كما لو استولد مرهونته، وبيعت ثم ملكها، والفرق أن العلوق هنا بمملوك هذا كله إذا ولدت وهو بعد مكاتب، فإن ولدت بعد عتقه، فإن كان لدون ستة أشهر من حين العتق، فكذلك الحكم، لأن العلوق وقع في الرق، وإن كان لستة أشهر فأكثر من يومئذ، فقد أطلق الشافعي أنها تصير مستولدة. ولأصحاب طريقتان: أحدهما: أن هذا إذا وطىء بعد الحرية، وولدت لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء لظهور العلوق بعد الحرية والولد والحالة هذه لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليباً للحرية. فأما إذا لم يطأها بعد الحرية، فالاستيلاء على الخلاف. والثاني: يثبت الاستيلاء، وطىء بعد الحرية أم لا، لأنها كانت فراشاً قبل الحرية والفراش مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعدها قائم، فيكتفى به.

الحكم الرابع: في ولد المكاتب:

فإذا كاتب أمة لها ولد، فالولد باق على ملك السيد، فإن شرط دخوله في عقد الكتابة، فسدت، فإن أدت، عتق الولد أيضاً بموجب التعليق. وإن كان في يدها مال، وشرط أن يكون المال لها، فهو جمع بين البيع والكتابة بعوض واحد. وإن كانت حاملاً، وتيقنا الحمل بانفصاله لدون ستة أشهر، فإن قلنا: الحمل لا يعرف، فهو كالولد الحادث بعد الكتابة، وسنذكره إن شاء الله تعالى قريباً. فإن قلنا: يعرف، فوجهان: أحدهما: أن عقد الكتابة متوجهة إليهما، فإذا عتقت، عتق. والثاني: لا يثبت للولد كتابة، وإن حدث الولد بعد الكتابة، فإن كان من السيد، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. وإن كان من أجنبي بزنا أو نكاح، فهل ثبتت له الكتابة؟ قولان. أظهرهما وأحبهما إلى الشافعي وهو نصه في «المختصر»: تثبت، فيعتق بعتق الأم

بالأداء أو الإبراء أو الإعناق. وقطع أبو إسحاق بهذا القول، وقال: إذا اختاره الشافعي كان الآخر ساقطاً، واتفق الأصحاب على أنه لا يدخل في الكتابة، ولا يطالبه بشيء من النجوم، لأنه لم يوجد منه التزام. ولو عجزت المكاتب، أو ماتت، بطلت الكتابة، وكان الولد رقيقاً للسيد بلا خلاف. ولو فسخت الكتابة، ثم عتقت، لم يعتق الولد قطعاً، لأنه إنما يعتق بعقها الجهة الكتابة، فإن قلنا: لا يثبت الولد حكم الكتابة، فهو قن، للسيد بيعه وإعتاقه عن الكفارة، والوطء إن كان الولد أمة، ولا يعتق بعق الأم. وإن قلنا: يثبت، فحق الملك فيه لمن هو فيه قولان. أظهرهما عند الشافعي رحمته الله: أنه للسيد، كما أن حق الملك في الأم له، وكولد أم الولد. والثاني: أنه للمكاتب، لأنه يتكاتب عليه، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعقها. ويتفرع على القولين صور.

منها: إذا قتل الولد، فعلى القول الأول: القيمة للسيد، وعلى الثاني: للمكاتب. وقيل: للسيد أيضاً.

ومنها: كسب الولد وأرش الجناية على أطرافه، ومهر وطء الشبهة إن قلنا بالقول الثاني، فهي للأم يستعين بها في كتابتها، ويصرف ما يحصل إليها يوماً يوماً بلا توقف. وإن قلنا بالأول، فوجهان: أحدهما: يصرف إلى السيد بلا توقف، كما تصرف إليه القيمة. والصحيح: التوقف، فإن عتقت، وعتق الولد، فهي له، وإلا، فللسيد. فلو أرقت نفسها مع القدرة على أداء النجوم، فقال الولد: أنا أؤدي نجومها من كسبي لتعتق، فأعتق، قال الإمام: لا يمكن منه، لأنه تابع لا اختيار له في العتق. وإن عجزت، فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف، وتستعين به في أداء النجوم، فهل تجاب؟ قولان أظهرهما: المنع، إذ لا حق لها في كسبه، فإن مات الولد في مدة التوقف، صرف الموقوف إلى السيد.

ومنها: نفقة الولد، وهي على السيد. إن قلنا: يصرف الكسب إليه في الحال. وإن قلنا: يوقف، أنفق عليه من كسبه، ويعالج جرحه، ويكفي مؤناته، فما فضل فهو الذي يوقف، فإن لم يكن له كسب، أو لم يف بالنفقة، فالنفقة على السيد على الأصح، لأن الملك له. وقيل: في بيت المال، لأن تكليفه النفقة بلا كسب إجحاف به. وإن قلنا: الكسب للأم، فالنفقة عليها.

ومنها: لو أعتق السيد الولد، فإن قلنا: الملك له، وإن الكسب يصرف إليه في الحال، أو قلنا: يوقف ومنعناها من أخذه لأداء النجوم، نفذ إعتاقه، وإن جوزنا لها الاستعانة بالموقوف، لم ينفذ إعتاقه على الأصح، لثلا ينقطع حقها من كسبه. وإن قلنا: الملك لها، لم ينفذ إعتاقه.

فرع: لو رق الولد برق الأم، فكسبه للسيد، سواء قلنا: الملك فيه للسيد، أم للأم.

فرع: ولد المكاتب من جاريته، حق الملك فيه للمكاتب قطعاً، فيصرف كسبه إليه، ولا ينفذ إعتاق السيد فيه، ونفقته على المكاتب، لأنه ولد أُمته، وهي ملكه. ولو ولدت أُمته من نكاح أو زنى، فهم عبيده كسائر أكسابه، فكذا هذا الولد، إلا أنه لا يتبعه، بل يتكاتب عليه بالقرابة، فيعتق بعتقه، ويرق برقه. وإذا عتق المكاتب، وتبعه هذا الولد وله كسب، فكسبه للمكاتب، لا للولد. ولو جنى هذا الولد، وتعلق الأرش برقبته، فقد حكى الإمام عن العراقيين: أنه إن كان له كسب، فله أن يفديه من كسبه، وإلا، فله أن يبيعه كله وإن زاد على قدر الأرش، ثم يصرف قدر الأرش إلى المجنى عليه، ويأخذ الباقي، ثم غلط الإمام من صار إليه، وقال: الصحيح أنه لا يفدي ولده، لأن كسب الولد كسائر أموال المكاتب، والفداء كالشراء، وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى غرض ولده الذي لا يملك التصرف فيه، لأنه تبرع قال: والصحيح أنه إن باع لا يبيع إلا قدر الأرش كما لا يباع من المرهون إذا جنى إلا قدر الأرش. وإذا فداه، لا ينفذ تصرفه فيه، بل يتكاتب عليه، كما لا ينفذ إذا اشتراه. وولد المكاتب من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته.

فرع: اختلف السيد والمكاتب في ولدها، وقال: ولدته قبل الكتابة، فهو رقيق، وقالت: بعدها، وقد يكاتب تفرعاً على الأظهر، وكل واحد من الأمرين محتمل، فإن كان بينة، قضى بها. قال البغوي: ولو أقام السيد أربع نسوة، قبلن، لأنها شهادة على الولادة، ويثبت الملك ضمناً. وإن أقاما بينتين، تعارضتا. وإن لم يكن بينة، صدق السيد بيمينه، لأنه اختلاف في وقت الكتابة، فصدق فيه كأصلها.

فرع: زوج عبده بأُمته ثم كاتبه ثم باعها له. وولدت، فقال السيد: ولدت قبل الكتابة، فهو قن لي. وقال المكاتب: بعد الشراء، وقد تكاتب، صدق المكاتب بيمينه، بخلاف ما سبق في الفرع قبله، لأن المكاتب هنا يدعي ملك الولد، كما سبق أن ولد أُمته ملكه، ويده مقرة على هذا الولد، وهي تدل على الملك والمكاتبه هناك لا تدعي الملك، بل تدعي ثبوت حكم الكتابة فيه.

فرع: حكى الصيدلاني: أن الشافعي رحمه الله قال: لو أتت المكاتب بولدين أحدهما: قبل الكتابة، والآخر: بعدها، فهما للسيد، لأنه حمل واحد، وكذا لو أتت بأحدهما لدون ستة أشهر من حين ملكها، وبالأخر لأكثر، فهما للسيد. وإن أبا زيد أفتى بذلك، والصحيح أن كلام الشافعي مؤول، وأن الحمل يتبع الأم في البيع كيف

كان، حتى لو وضعت ولداً وفي بطنها آخر، فباعها، فالولد الثاني مبيع معها، والأول للبائع، وهذا ما ذكره البغوي.

فصل: السيد ممنوع من وطء المكاتب لاختلال ملكه، فإن شرط في الكتابة أن يطأها، فسد العقد، فإن وطئ، فلا حد وإن علم التحريم للشبهة، وفي قول: يحد العالم، والمشهور الأول، لكن يعزر على الصحيح هو وهي، ويجب المهر مع العلم والجهل. وقيل: إن طاعته، فلا مهر، والصحيح الأول، وهو نصه في «الأم» وإذا وجب المهر، فلها أخذه في الحال، فإن حل عليها نجم، وهما من جنس، فعلى أقوال التقاص. وإن عجزت قبل أخذه، سقط. وإن عتقت بالأداء، فلها المطالبة. ولو أولدها، فالولد حر، لأنها علقت به في ملكه، وتصير مستولدة. وهل يلزمه قيمة الولد؟ إن قلنا: ولد المكاتب قن للسيد، أو قلنا: يتكاتب وحق الملك فيه للسيد، فلا شيء عليه، كما لو قتل ولد المكاتب. وإن قلنا: الحق لها، لزمه لها القيمة، فإن عجزت قبل الأخذ، سقطت، وإن عتقت، أخذتها، وإن ولدت بعدما عجزت، ورقت، فلا شيء لها، وكذا لو ولدت بعد ما عتقت، فإن عجزت ثم مات السيد، عتقت بالاستيلاء، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاء من نكاح أو زنى، يتبعونها، والحاصلون قبلها، أرقاء للسيد. وإن مات السيد قبل عجزها، عتقت. قال البغوي: ويتبعها كسبها. وهل يعتق عن الكتابة، أم عن الاستيلاء؟ وجهان: أحدهما: الأول، كما لو أعتق السيد المكاتب، أو أبرأه عن النجوم، فعلى هذا الأولاد الحادثون بعد الكتابة وقبل الاستيلاء، هل يتبعونها؟ فيه الخلاف السابق، وأجري هذا الخلاف فيما لو علق عتق المكاتب بصفة، فوجدت قبل أداء النجوم، وفيما إذا تقدم الاستيلاء على الكتابة. قال البغوي: وإذا استولد، ثم كاتب، وأدت النجوم، فالكسب الحاصل بعد الكتابة يتبعها، والحاصل قبلها للسيد، والأولاد الحاصلون بعد الاستيلاء يتبعونها، وهذا مبني على صحة كتابة المستولدة، وقد سبق فيه خلاف.

فرع: ليس للسيد وطء أمة مكاتبه أو مكاتبته، فإن وطئ، فلا حد، للشبهة، لأنه يملك سيدها، ويلزمه المهر للمكاتب. وإن أولدها، فالولد حر نسيب، وتصير الأمة مستولدة له. قال في «الشامل»: يلزمه قيمتها لسيدها لأنها ملكه، ولا يلزمه قيمة الولد، لأنها وضعته في ملكه، ويجبىء فيه الخلاف السابق. وللسيد وطء بنت المكاتب إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتب، فإن أثبتناه، فليس له وطؤها، ولكن لا حد عليه. وأما المهر، فيبنى على الخلاف في الكسب. إن قلنا: يصرف إلى السيد في الحال، فلا مهر عليه، وإن قلنا: هو للأم، فكذا المهر. وإن قلنا بالتوقف، أنفق منه عليها، ووقف الباقي، فإن عتقت بعثت الأم، فهو لها، وإن عجزت، فهو

للسيد. وإن أولدها، صارت مستولدة، والولد حر نسيب، ولا يلزمه قيمة المستولدة لأُمها، لأنها لا تملكها، وإنما يثبت لها حق العتق بعتقها. وقد تأكد ذلك بالاستيلاء، هكذا ذكره ابن الصباغ، وقد سبق في قتلها قولان، في أنه هل تجب القيمة للأم؟ فينبغي أن يكون كذلك. قال البغوي: ويبقى حق الكتابة فيها، فتعتق بعق الأم، ويكون الكسب لها إذا جعلنا الحق فيها للأم، فإن مات السيد، عتقت البنت بموته، وتؤخذ القيمة من تركته للأم إذا جعلنا الحق لها، كما في القتل. وأما قيمة الولد، فعلى ما ذكرنا في ولد المكاتب.

فرع: الأمة المشتركة إذا كاتبها مالكاها معاً، ثم وطئها أحدهما، فحكم الحد والتعزير ولزوم المهر على الواطئ كما ذكرنا في المالك الواحد. ثم إن لم يحل النجم، فلها المهر في الحال، وإن حل، فإن كان معها مثل المهر، دفعته إلى الذي لم يطأ. وفي المهر ونصيب الواطئ من النجم الذي حل، الخلاف في التقاص. وإن لم يكن معها شيء آخر، فنصف النجم الذي للواطئ مع المهر على الخلاف في التقاص، والنصف الآخر يدفع إلى الذي لم يطأ وإن عتقت قبل أخذ المهر ومصيره قصاصاً، أخذت وإن عجزت بعد أخذه، فإن بقي، فهو للسيد، وإن تلف تلف من ملكهما، وإن عجزت قبل أخذه، فإن كان في يدها بقدر المهر مال، أخذه الذي لم يطأ وبرئت ذمة الواطئ. وإن لم يكن معها شيء، فللذي لم يطأ أن يأخذ نصف المهر من الواطئ. وإن أجلها، نظر، إن ادعى الاستبراء وحلف عليه، فولدت لسته أشهر فصاعداً من وقت الاستبراء، لم يلحقه، وهو كولد المكاتب من نكاح أو زنى، وإن لم يدع الاستبراء، وولدت لدون ستة أشهر، فالولد لاحق به، ويثبت الاستيلاء في نصيبه من الأمة مع بقاء الكتابة فيه. ثم هو معسر أو موسر، فإن كان معسراً، لم يسر الاستيلاء إلى نصيب الشريك، فإن أدت النجوم إليهما، عتقت بالكتابة، وبطل الاستيلاء. وإن عجزت، وفسخا الكتابة، فنصفها قن، ونصفها مستولد. وإن مات الواطئ قبل الأداء والفسخ، عتق نصفها، وبقيت الكتابة في النصف الآخر. وإن مات بعد الفسخ، عتق النصف، والباقي قن. وفي الولد وجهان: أحدهما: نصفه حر، ونصفه رقيق. والثاني: ينعقد كله حراً، لشبهة الملك، وإن قلنا بالأول، وقلنا: ولد المكاتب قن للسيد، لزم الواطئ نصف قيمته للشريك. وإن قلنا: ثبت فيه حكم الكتابة، وقلنا: الحق فيه للسيد، فكذلك الجواب. وإن قلنا: الحق للمكاتب، لزمه جميع قيمته لها، فإن عتقت قبل أخذها، أخذتها، وإن عجزت قبل الأداء، أخذ الشريك الآخر نصفها، وسقط النصف، وإن قلنا: ينعقد نصفه حراً ونصفه رقيقاً، فإن قلنا: ولد المكاتب قن للسيد، فالنصف الرقيق للشريك، ولا يجب شيء من قيمة

الولد على الواطىء. وإن قلنا: تثبت الكتابة في ولد المكاتبه، فالنصف الرقيق يتكاتب عليها، إن عتقت، عتق، وإلا، رق للشريك الآخر. وهل تجب قيمة النصف الحر على الواطىء؟ يبنى على أن الحق في ولد المكاتبه للسيد أم لها؟ إن قلنا: له، لم تجب، وإلا، وجبت. ثم إن عتقت، عتق، وسلم لها نصف القيمة، فيأخذه إن لم تكن أخذته، وإن عجزت، سقط عنه. وإن كان دفعه، استرده إن كان باقياً، أما إذا كان موسراً، فيسري الاستيلاء إلى نصيب الشريك، وكان الولد كله حراً، ومتى يسري؟ فيه طريقتان، قال الجمهور: قولان، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من المكاتب، ففي قول في الحال، وفي قول عند العجز. وعن ابن أبي هريرة وغيره القطع بأنه يسري عند العجز، فإن قلنا بالسراية في الحال، انفسخت الكتابة في نصيب الشريك، وتبقى في نصيب الواطىء، ويثبت الاستيلاء في جميع الجارية، وعلى الواطىء للشريك نصف مهرها، ونصف قيمتها. وأما نصف قيمة الولد منه، ففي وجوبها قولان، كما لو استولد أحد الشريكين الأمة القنة، وانعقد الولد حراً، وعليه أيضاً نصف المهر للمكاتبه لبقاء الكتابة في نصيبه.

وهل يجب لها نصف قيمة الولد؟ يبنى على أن الملك في ولد المكاتبه لمن هو؟ ولو أدت نصيب الواطىء من مال الكتابة، عتق نصيبه، وسرى إلى الباقي وإن عجزت، وفسخ الكتابة، بقيت مستولدة محضة. وإن قلنا بالسراية عند العجز، فأدت النجوم، عتقت عن الكتابة، وولاؤه بينهما، ويبطل الاستيلاء، ولها المهر على الواطىء، فتأخذه إن لم تكن أخذته، وتجب نصف قيمة الولد للشريك إن قلنا: ولد المكاتبه قن للسيد، أو قلنا: ثبتت فيه صفة الكتابة، وحق الملك فيه للسيد. وإن قلنا: حق الملك فيه للمكاتبه، وجب جميع القيمة لها. وإن لم تؤد النجوم، وعجزت، لزم الواطىء للشريك نصف مهرها، ونصف قيمتها، ونصف قيمة الولد. هذا تمام الكلام في وطء أحد الشريكين. فأما إذا وطئها جميعاً، فإن لم يحصل علوق، فحكم الحد والتعزير ما سبق. وعلى كل واحد مهر كامل، فإن عجزت، ورقت بعد قبض المهرين، لم يطالب أحدهما الآخر بشيء. ويقتسمان المهرين إن كانا باقيين. وإن عجزت قبل أخذه، سقط عن كل واحد نصف ما لزمه، ويجيء في النصف الآخر التقاض، وقد يكون أحد المهرين أكثر من الآخر، إما لكونها بكرة عند وطء أحدهما، ثيباً عند الآخر، وإما لاختلاف حالها في الصحة والمرض وغيرهما، فيأخذ مستحق الفضل الفضل. وإن أفضاها أحدهما، لزمه نصف القيمة للشريك. فإن أفتضاها، لزمه نصف أرش الافتضا مع المهر. وإن ادعى كل واحد على الآخر أنه الذي أفضى أو افتض، حلف كل واحد منهما للآخر، فإن حلفا، فذاك، وإن حلف

أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف، وإن حصل علوق، نظر هل أتت بولد، أم بولدين، من كل واحد ولد:

القسم الأول: إن أتت بولد، فينظر، إن ادعى الاستبراء، وحلفا عليه، لم يلحق بواحد منهما، وهو كولد المكاتب من نكاح أو زنى، وإن لم يدعى الاستبراء، فله أربعة أحوال:

أحدهما: أن لا يمكن كون الولد من واحد منهما، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني، أو ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء أحدهما، فهو كما لو ادعى الاستبراء. وحكم المهرين في الحالين، كما إذا لم يكن علوق.

الحال الثاني: أن يمكن كونه من الأول دون الثاني، فيلحق بالأول، ويثبت الاستيلاء في نصيبه، فإن كان معسراً، فلا سراية، وتبقى الكتابة في جميعها، فإن أدت النجوم، وعتقت، فلها على كل واحد المهر. وإن رقت، فنصفها قن للثاني، ونصيب الأول يبقى مستولداً، ولكل واحد على الآخر نصف المهر، وهو من صور التقاوص. وهل كل الولد حر، أم تتبعض حرته؟ فيه الخلاف السابق. وإن كان موسراً، فالولد كله حر، ويسري الاستيلاء من نصيبه إلى نصيب شريكه، ويعود الخلاف في أنه يسري في الحال، أم عند العجز؟ فإن قلنا: في الحال، انفسخت الكتابة في نصيب الثاني، وبقيت في نصيب الأول. وإن قلنا: عند العجز، فإذا عجزت، ورقت، ارتفعت الكتابة، وهي مستولدة له على القولين. والحكم فيما إذا أدت النجوم وعتقت على ما سبق فيما إذا وطئ أحدهما وأولدها، وكذا الحكم لو عتقت بالموت. وما ذكرنا هناك أنه يجب للشريك على الذي أولدها من المهر وقيمة الجارية. وقيمة الولد تجب هنا للثاني على الأول. وأما وطء الثاني فإن كان بعدما حكمنا بمصير جميعها أم ولد الأول، وجب جميع المهر، فإن بقيت الكتابة في نصيب الأول، فهو بينه وبين المكاتب. وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً، فجميعه له. وإن كان قبل الحكم يصير 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 في نصيب الأول، وإلا، فهو للأول. هكذا ضبط القول فيما يلزم الثاني جماعة، منهم ابن الصباغ.

واعلم أن وطء الثاني إذا وقع بعد الحكم بمصير جميعها أم ولد، للأول، فقد وقع بعد ارتفاع شبهة الملك، فيكون زنى، وإطلاق وجوب جميع المهر مصور فيما إذا فرضت شبهة أخرى. وأطلق في «المختصر» قولين في أنه يلزم الثاني جميع

المهر، أم نصفه؟ قال أبو إسحاق: الأظهر: وجوب جميع المهر، وهو اختيار الشافعي والمزني رحمهما الله.

الحال الثالث: أن يمكن كونه من الثاني دون الأول، فيلحق الثاني، ويثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا سراية إن كان معسراً. وفي تبعض الحرية في الولد الخلاف. وإن كان موسراً، سرى الاستيلاء إما في الحال، وإما عند العجز كما سبق. ويجب على الثاني هنا ما ذكرنا أنه يجب على الأول في الحال الثاني، وأما الأول، فقال البغوي: إن كان الثاني معسراً لزم الأول كمال المهر للمكاتبة، وكذا إن كان موسراً وقلنا: السراية تحصل بعد العجز. وإن قلنا: تحصل في الحال، انفسخت الكتابة في نصيب الأول، ولا يجب إلا نصف المهر لها. وأطلق العراقيون والروائيون وغيرهما، أنه لا يلزم الأول عند يسار الثاني إلا نصف المهر.

الحال الرابع: أن يمكن كونه من كل واحد منهما وادعياه، أو ادعاه أحدهما، فيعرض على القائف، فمن ألحقه به، كان الحكم كما لو تعين الإمكان منه، فإن تعذرت معرفته بالقائف، اعتمد انتسابه بعد بلوغه، ويكون الحكم ما ذكرنا. قال الإمام: ولو فرض ذلك في الأمة، القنة، وألحقه القائف بأحدهما، لحقه، وثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا سراية إن كان معسراً، لكن يثبت الاستيلاء أيضاً في نصيب الآخر بإقراره أنها مستولدة. وإن كان موسراً، سرى ولا يلزمه للشريك قيمة نصيبه، لأنه يدعي أن الجارية مستولدة، فيؤخذ بإقراره. وإذا لم نجد القائف والمتداعيان موسران، حكم بأنها مستولدتهم، نصفها لهذا، ونصفها لذاك، وليس أحدهما بالسراية أولى من الآخر. ولو أقر بالوطء وسكتا عن دعوى الولد وألحقه القائف بأحدهما ثبت الاستيلاء في نصيبه، ويسري، وعليه الغرم للشريك، لأنه لم يوجد هنا إقرار ينافي الغرم. ولو لم نجد قائفاً، وإعتمدنا انتسابه بعد بلوغه، ففي ثبوت الغرم وجهان:

القسم الثاني: إذا أتت بولدين وعرفا حالهما، واتفقا على أن هذا من هذا، وذاك من ذاك، وله صورتان:

إحداهما: اتفقا على السابق منهما، فينظر إن كانا موسرين، أو كان الأول موسراً، صارت مستولدة للأول، وعليه للثاني نصف مهرها، ونصف قيمتها، وأما قيمة الولد، فقال البغوي: إن قلنا: تحصل السراية بنفس العلوق، لم يجب. وإن قلنا: تتوقف على العجز وقلنا: لا يحصل إلا بأداء القيمة، وجبت. وأما الثاني: فإن وطئها بعد ما صار جميعها مستولداً للأول، وهو عالم بالحال، لزمه الحد، وولده رقيق للأول. وإن كان جاهلاً، فالولد حر، وعليه تمام المهر، وتتمام قيمة الولد يوم

الوضع، ويكون جميعهما للأول إن ارتفعت الكتابة في نصيبه أيضاً. وإن بقيت، فنصف المهر له، ونصفه للمكاتبه، ونصف قيمة الولد على الخلاف في ولد المكاتبه. وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولداً للأول، لم يلزمه إلا نصف المهر، لأن نصفها يعدله، وفي تبعض حرية الولد ما سبق، فإن لم تبعض، فعليه نصف قيمة الولد، ولا يثبت الاستيلاد في نصيب الثاني له، وإن بقي نصيبه له، لأن الأول استحق السراية، ولا يجوز إبطال حقه. وعن القفال في ثبوت الاستيلاد الثاني في نصيبه وجهان: كما لو أعتق شريك نصيبه وهو موسر، وقلنا: السراية تقف على القيمة، فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها. وأما إذا كانا معسرين، أو كان الأول معسراً، فثبت الاستيلاد في نصيب الأول ولم يسر، فإذا أحبلها الثاني، ثبت في نصيبه أيضاً. وعلى كل واحد تمام المهر للمكاتبه، فإن عجزت قبل الأجل، فعلى كل واحد نصف المهر لشريكه، ومن مات منهما، عتق نصيبه. وذكر البغوي أن في تبعض الحرية في ولد كل واحد منهما الخلاف، وأنا إذا لم نحكم بالحرية في نصفه، فهل هو قن للآخر، أم يتكاتب؟ فيه الخلاف. وأنه لا يلزم كل واحد منهما شيء من قيمة الولد. وفي أمالي السرخسي: أنا إذا قلنا بالتبعض، فالحكم كذلك، وإن قلنا بحرية الجميع، لزم كل واحد للآخر نصف قيمة ولده، ولم يجز العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعض الحرية في ولد كل واحد إذا كان الأول معسراً والثاني موسراً، وحكموا بأن ولد الموسر حر كله، والخلاف مخصوص بالمعسر.

الصورة الثانية: اختلفا في السابق، فقال كل واحد: أنا أولدتها أولاً ولدي هذا، واحتمل، صدق كل واحد منهما، فهما موسران أو معسران، أو أحدهما موسر والآخر معسر، والاعتبار باليسار والإعسار حالة الإحبال.

الضرب الأول: موسران، فكل واحد يدعي على الآخر جميع المهر وجميع قيمة ولده، لأنه يقول: وطئتها وهي مستولدي، أو يدعي نصفها على ما ذكرناه في الصورة الأولى، وكل واحد يقر للآخر بنصف المهر، ونصف قيمة الجارية، لأنه يقول: أنا أولدتها وهي مشتركة، فصارت مستولدة لي، ويقرأ أيضاً بنصف قيمة الولد على اختلاف فيه، وما يقر به كل واحد من نصف قيمة الجارية يكذبه فيه الآخر، فيسقط إقراره به، وتبقى دعوى كل واحد في المهر وقيمة الولد، فإن اقتضى الحال التسوية بينهما، لم يعظم أثر الاختلاف، وجاء الكلام في التقاص، وإن تفاوتتا، حلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر. وقيل: يتحالفان على النفي والإثبات، وهو بعيد، فإذا حلف، فلا شيء لأحدهما على الآخر، وهي مستولدة أحدهما على الابهام، ونفقتها عليهما، فإذا ماتا فهي حرة، والولاء موقوف بينهما. وإن مات

أحدهما، فالأصح أنه لا يعتق شيء منها، لاحتمال أنها مستولدة الآخر، وقال ابن أبي هريرة وأبو علي الطبري: يعتق نصفها، واختاره القاضيان أبو الطيب والرويانى، وحكى ذلك عن نصه في «الأم» لأنه يملك نصفها، وقد أولدها، وشككنا هل سرى إحبال شريكه إلى نصيبه، والأصل عدمه.

الضرب الثاني: أن يكونا معسرين، فلا ثمرة للاختلاف، والحكم كما لو عرف السابق وهما معسران. وإذا مات أحدهما، عتق نصيبه، وولأؤه لعصبته. وإن ماتا فالولاء لعصبتهم بالسوية. ونقل الربيع في «الأم» أن الولاء موقوف، وإن كانا معسرين. واتفق الجمهور أن هذا غلط من الربيع أو من غيره. وقيل: أراد حالة الموت، فلا فرق حينئذ بين كونهما موسرين أو معسرين لما سبق أن الاعتبار في اليسار والإعسار بحالة الإحبال.

الضرب الثالث: أن يكون أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعي عليه، ويثبت الاستيلاد للموسر في نصيبه، فلا منازعة، وهما متنازعان في نصيب المعسر، فنصف نفقتها على الموسر، ونصفها بينهما، ثم إن مات الموسر أولاً، عتق نصيبه وولأؤه لورثته، وإذا مات المعسر بعده، عتق نصيبه، وولأؤه موقوف بينهما وإن مات المعسر أولاً، لم يعتق منها شيء، فإذا مات الموسر بعده، عتقت كلها وولاء نصفها لورثته، وولاء النصف الآخر موقوف، قال الصيدلاني: هذا إذا قلنا لا تتوقف سراية الاستيلاد على أداء القيمة، فإن قلنا: يتوقف هنا الأداء، فتكون الجارية هنا مستولدتهم، والولاء بينهما بلا وقف، أما لو كان الاختلاف عكسه، فقال كل واحد للآخر: أنت وطئت أولاً، فسرى إلى نصيبي، وهما موسران، فقال البغوي: يتحالفان، ثم نفقتها عليهما، وإذا مات أحدهما، لمن يعتق نصيبه، لاحتمال أن الآخر سبقه بالاستيلاد، ويعتق نصيب الحي، لأنه أقر بأن الميت أولد أولاً، ثم سرى إلى نصيبه، وعتق بموته، وولاء ذلك النصف موقوف، فإذا مات الآخر، عتقت كلها وولاء الكل موقوف. وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فقال المعسر: سرى إيلادك إلى نصيبي، وقال الموسر: أنت أولدت أولاً، ولم يسر إلى نصيبي، تحالفا، ثم النفقة عليهما، فإن مات الموسر أولاً عتقت كلها. أما نصيب الموسر، فبموته، وولأؤه لعصبته، وأما نصيب المعسر، فبإقراره، وولأؤه موقوف. وإن مات المعسر أولاً، لم يعتق منها شيء لاحتمال أن الموسر سبقه بالإحبال، فإذا مات المعسر بعده، عتقت كلها. وولاء نصيب الموسر لعصبته، ونصيب الموسر موقوف، وبالله التوفيق.

الحكم الخامس: في جناية المكاتب والجناية عليه، وفيه مسائل:

إحداها: إذا جنى على أجنبي بما يوجبه قصاص نفس أو طرف، فلمستحقه القصاص. فإن عفا على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال، نظر إن كان في يده مال، وكان الواجب مثل قيمته، أو أقل، طوّل به مما في يده، وإن كان أكثر، فهل يطالب بالأرش بالغاً ما بلغ، أم لا يطالب إلا بأقل الأمرين من قيمته والأرش؟ قولان، أظهرهما: الثاني، فعلى هذا له أن يفدي بالأقل، وإن لم يرض السيد، وإن فدى بالأرش، وزاد على القيمة، لم يستقل به، فإن أذن السيد، فقولان: كتبرعه، فإن لم يكن في يده مال، وطلب مستحق الأرش تعجيزه، عجزه الحاكم، ثم يباع كله في الجناية إن استغرق الأرش قيمته، وإلا فيباع قدر 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 المذهب، وفيه شيء سبق. وفيما يفديه به قولان، الجديد بأقل الأمرين، والقديم 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. ولو أبرأه السيد من النجوم، أو أعتقه، لزمه الفداء، لأنه فوت متعلق حق المجني عليه، فهو كما لو قتله، هذا إذا قلنا بالمذهب، والذي قطع به الجمهور أنه ينفذ إعتاقه، وأشار ابن كج إلى خلاف فيه، كإعتاق القن الجاني، والفرق أن المكاتب صار مستحق العتق بالكتابة قبل الجناية، فإذا أعتقه، وقع العتق عن الجهة المستحقة بخلاف القن، وفيما يفديه السيد به؟ طريقان، أحدهما: على القولين الجديد والقديم، والثاني: القطع بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة، لأن الرق باق هناك وكما يلزم السيد بإعتاق المكاتب فداؤه، يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه إذا تكتبا عليه وجنياً، لأنهما يعتقان بإعتاقه. ولو عتق المكاتب بأداء النجوم، لزمه ضمان الجناية، ولا يلزم السيد فداؤه، وفيما يلزمه الطريقان: ولو جنى المكاتب جنايات، وأعتقه السيد أو أبرأه عن النجوم، لزمه أن يفديه، فإن أدى النجوم وعتق، فضمن الجنايات على المكاتب، وأما الذي يلزمهما، فإن كاتب الجنايات معاً بأن قتل جماعة بضربة، أو هدم عليهم جداراً، ففيه القولان، كالجناية الواحدة، والجديد أقل الأمرين من أرش الجنايات كلها، وقيمه، والقديم وجوب الأروش كلها، وإن كانت الجنايات متفرقة، فالقديم بحاله، وفي الجديد قولان، أظهرهما: أنه أيضاً بحاله، فيجب الأقل من الأروش كلها وقيمه. والثاني: يجب لكل جناية الأقل من أرشها والقيمة، لأن البيع كان عقب كل جناية، وبالإعتاق فوت ذلك، فكأنه أحدث لكل جناية منعاً ولو أراد المكاتب أن يفدي نفسه مما في يده عن الجنايات، فطريقان، أحدهما: على القولين المنقولين عن الجديد، والثاني:

القطع بالأقل من أرش كل جنانية والقيمة. وقطع البغوي بأنه يؤخذ مما في يده الأقل من أروش الجنائيات كلها ومن قيمته، ويشبه أن يكون هذا هو المذهب، ولو لم يكن في يده مال، وسأل المستحقون تعجيزه، عجزه الحاكم وبيع، ويقسم الثمن على أقدار الأروش، وإن أبرأه بعضهم، قسم على الباقي، وإن اختار السيد؛ فداء بعد التعجيز لم يبع، وفيما يفديه به القولان.

المسألة الثانية: إذا جنى المكاتب على عبد سيده، أو على طرف سيده، فله القصاص، وإن قتل السيد، فللوارث القصاص، فإن عفا المستحقون على مال، أو كانت موجبة للمال تعلق الواجب بما في يده، لأنه معه كأجنبي، وهل الواجب الأرش أم أقل الأمرين؟ فيه القولان، فإن قلنا: الواجب الأرش وكان أكثر من القيمة، فقال الشيخ أبو حامد: له أن يفدي نفسه به، وقال القاضي أبو الطيب: فيه الخلاف في هبته لسيدته، ثم قال ابن الصباغ: وهذا يقتضي أن يقال: للسيد الامتناع من القبول لا يلزمه قبول الهبة، وعندني أنه يلزمه القبول إذا أمكن أدائه وأداء مال الكتابة، وإذا لم يكن في يده شيء، أو كان لا يفني بالأرشف، هل للسيد تعجيزه بسبب الأرش؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه إذا عجزه سقط الأرش، لأنه لا يثبت له على عبده دين، بخلاف ما إذا عجزه أجنبي، فإن الأرش يتعلق برقبته، وأصحهما: نعم، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره، ويستفيد رده إلى الرق المحض، وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم، ورق، فهل يسقط الأرش، أم يبقى في ذمته إلى أن يعتق؟ وجهان: أحدهما الأول، وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين، فملكه، هل يسقط. وجنانية المكاتب على طرف ابن سيده، كجنانيته على أجنبي، وجنانيته على نفسه تثبت القصاص للسيد، فإن عفا، أو كان القتل خطأ، فهو كما لو جنى على السيد، ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنانيته عليه، أو أبرأه عن النجوم، فإن لم يكن في يده مال، سقط الأرش على المذهب، وإن كان تعلق به على الأصح. ولو أدى النجوم، فعتق لم يسقط الواجب بلا خلاف، كما لا يسقط إذا جنى على أجنبي، وأدى النجوم وعتق، ثم الواجب الأرش بالغاً ما بلغ، هذا هو المذهب، والمنصوص، وبه قطع الجمهور، وقيل: فيه القولان.

المسألة الثالثة: إذا جنى عبد المكاتب، فجنانيته إما على أجنبي وإما على سيد المكاتب، وإما سيد سيده، فإن كانت على أجنبي، فله القصاص، فإن عفا على مال، أو كانت الجنانية موجبة للمال تعلق برقبته يباع فيه إلا أن يفديه المكاتب، وهل يفديه بالأرش أم بالأقل؟ قولان، وقيل بالأقل قطعاً، فإن قلنا بالأرشف، وكان قدر قيمته، أو أقل، فله الاستقلال به، وإلا فلا يستقل وفي جوازه بإذن السيد قولان، كتبرعه.

وفي الوقت الذي تعتبر قيمة العبد فيه أوجه: الأصح، وظاهر نصه في «المختصر»: يوم الجناية، لأنه وقت تعلق الأرش، والثاني: يوم الاندمال، والثالث: يوم الفداء، والرابع: أقل القيمتين من يومي الجناية والفداء، قال ابن كج: هذا هو المذهب، وهو نصه في «الأم» قال: وعندي أن الحكم في جناية المكاتب بنفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك، هذا كله في عبد المكاتب الذي لم يتكاتب عليه، أما من يكاتب عليه كولد من أمته ووالده وولده إذا وهبا له حيث يجوز القبول، فليس له أن يفديه بغير إذن سيده وبإذنه قولان، كتبرعه، لأن فداءه كشرائه، ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض، أو جنى عبد غيره على عبده، فله أن يقتص، لأنه من مصالح الملك، ولا يحتاج فيه إلى إذن السيد على المشهور، فلو كان القاتل والد المقتول، أو كان في عبيد المكاتب أبوه، فقتل عبداً له، لم يقتص، ولو كان فيهم ابنه، فقتل عبداً له، فله أن يقتص، وهل له أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنبا على عبد آخر له جناية توجب المال؟ فوجهان: أحدهما: المنع، وهو نصه في «الأم» أما إذا جنى عبد المكاتب على المكاتب فله الاقتصاص بغير إذن السيد، فإن كانت الجناية خطأ، أو عفا على مال، لم يجب إذ لا يثبت لسيد عبده على عبده مال وإن جنى على سيد سيده، فهو كما لو جنى على أجنبي، فيباع في الأرض إلا أن يفديه المكاتب.

المسألة الرابعة: الجناية على المكاتب إن كانت على طرفه، فله الاقتصاص، ولا يشترط إذن السيد على المشهور، ثم إن إقتص فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال، لكن إن كان دون أرش الجناية فقدّر المحاباة، حكمه حكم الجميع إذا عفا مجاناً، وسنذكره إن شاء الله تعالى، وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: موجب أحد الأمرين، أو قلنا: يوجب القصاص، ولكن مطلق العفو يوجب المال، ثبت الأرش، وإن قلنا: يوجب القصاص، ومطلق العفو لا يوجب المال، لم يجب شيء، وإن عفا مجاناً سقط القصاص، ثم إن قلنا: موجب العمد القصاص، لم يجب شيء، وإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال، وإن قلنا: يوجه، فوجهان: أحدهما: يجب المال إن عفا بغير إذن السيد، وبإذنه قولان، كتبرعه، والثاني: لا يجب شيء وإن عفا بغير إذنه، لأن الجناية على هذا القول لا توجب المال، وإنما تثبت إذا اختاره أو عفا مطلقاً على قول، فإذا عفا مجاناً، فقد ترك الاكتساب بالعفو، ولا يجبر على الكسب، وإن كانت الجناية موجبة للمال، لم يصح عفوه بغير إذن سيده وبإذنه قولان. وحيث ثبت المال بالجناية على طرفه فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم. وهل يستحق أخذه في الحال أم يتوقف على الاندمال؟ قولان، كالجناية على الحر. وقيل: يستحقه في الحال قطعاً مبادرة إلى تحصيل العتق، فإن قلنا: تتوقف

على الاندمال وقد قطعت يده، نظر إن سرت الجناية إلى النفس، انفسخت الكتابة، وعلى الجاني القيمة للسيد إن كان أجنبياً، وإن اندملت، فإن كان الجاني أجنبياً أخذ المكاتب نصف قيمته، وإن كان السيد استحق عليه نصف القيمة وهو يستحق النجوم، فإن حل نجم، واتحد الحقان جنساً وصفة، ففيه أقوال التقاص، فيأخذ من له الفضل الفضل، وإن اختلفا أخذ كل واحد حقه، وإن قلنا: له أخذ الأرض في الحال، فإن كان مثل دية حر أو أقل، فله أخذ جميعه، وإلا فلا يأخذ أكثر من قدر الدية، لأن الجناية قد تسري إلى نفسه بعد عتقه، فيعود الواجب إلى دية، وإذا أخذ ماله أخذه ثم اندملت الجراحة، فقد استقر الأرض، ويأخذ الباقي إن لم يكن أخذ الجميع، وإن سرت إلى النفس، نظر إن سرت قبل أن يعتق انفسخت الكتابة، فإن كان الجاني أجنبياً، فللسيد مطالبته بتمام القيمة، وإن كان هو السيد، سقط عنه الضمان، وأخذ أكسابه، وإن كانت السراية بعد عتقه بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبياً فعليه تمام الدية، لأن الاعتبار في الضمان بحال الاستقرار، ويكون ذلك لورثته، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء، وإن كان الجاني السيد، فعليه تمام الدية أيضاً بخلاف ما لو جرح عبده القن ثم أعتقه، فمات بالسراية، فإنه لا ضمان لأن ابتداء الجناية غير مضمون هناك، وهنا مضمون، ولو حصل العتق بالتقاص، فهو كما لو حصل بالأداء، ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاً، لأن الواجب في الإبتداء نصف القيمة، والتقاص حينئذ يحصل، ثم إن سرت الجناية بعد العتق وجب الفاضل من الإبل. ولو عفا المكاتب عن المال، ولم نصحح عفوه، ثم عتق قبل أخذ المال، فهل له أخذه؟ قولان، أظهرهما: نعم، لأن عفوه وقع لاغياً، ولو جنى على طرف المكاتب عبده، فله القصاص، فإن كانت الجناية خطأ، أو عفا على مال، لم يثبت له على عبده مال، وإن كانت الجناية على نفس المكاتب، انفسخت الكتابة، ويموت رقيقاً. ثم إن قتله السيد، فليس عليه إلا الكفارة، وإن قتله أجنبي، فللسيد القصاص، أو القيمة، وله أكسابه بحكم الملك لا بالإرث.

فرع: جنى على طرف مكاتبه، وكان الأرض مثل النجوم، وحكمنا بالتقاص وحصول العتق، ثم جنى عليه السيد جناية أخرى موجبة للقصاص، فهي جناية على حر، فيجب القصاص، نص عليه في «الأم» فإن قال: لم أعلم أنه حصل التقاص والعتق، لم يقبل منه، كما لو قتل من كان عبداً فعتق، وقال: لم أعلم أنه عتق، قال الربيع: فيه قول أنه يؤخذ منه دية حر، ولا قصاص للشبهة، قال في «الأم»: لو عتق المكاتب، فاختلف هو ومن جنى عليه، فقال المكاتب: كنت حراً عند الجناية، وقال الجاني: بل مكاتباً صدق الجاني يمينه، وتقبل شهادة السيد للمكاتب.

فصل: في مسائل منثورة

قال لمكاتبه: إن عجزت عن النجوم بعد وفاتي، فأنت حر، صح التعليق، فإن قال المكاتب: قبل الحلول عجزت، لم يعتبر قوله، وإن قاله بعد الحلول، ووجدنا له ما يفي بالواجب، فلا عجز أيضاً، وإن لم يوجد، صدق بيمينه، ويقبل إقرار المكاتب بديون المعاملة، وبالبيع وما يقدر على إنشائه، وفي كتاب ابن كج أنه لو قال: بعث هذه السلعة وهذا ثمنها، قبل إقراره، وإن قال: بعثها، وتلف الثمن في بدين، ففي القبول قولان، وإن أقر بديم جنانية، فهل يقبل في حق السيد؟ قولان أظهرهما عند البغوي: نعم، ويؤدي مما في يده كدين المعاملة، ولكن لو كان ما أقر به أكثر من قيمته، لم يلزم إلا قدر قيمته، فإن لم يكن في يده شيء، بيع في دين الجنانية. والثاني وبه قطع جماعة: لا يقبل في حق السيد، لأنه لم يسلط عليه بعقد الكتابة، فإن قبلنا إقراره، فعجز قبل أن يؤخذ منه، فهل يباع فيه أم لا يباع ويكون في ذمته إلى أن يعتق؟ قولان. ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجنانية، لكن لو عجز ألزم السيد بإقراره، ولو قال: كان جنى قبل الكتابة، لم يقبل على المكاتبه أيضاً لخروجه عن يده بالكتابة. ولو مات سيد المكاتب، فقد سبق أن الكتابة تبقى، فإن لم يعتق بالأداء إلى الوارث، فلو كان له وارثان، لم يعتق إلا بأداء حقهما، فإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً، لم يعتق إلا بالدفع إلى وليه، فإن كان له وصيان، لم يعتق إلا بالدفع إليهما إلا إذا أثبت لكل واحد منهما الاستقلال، فإن كان على الميت دين وأوصى بوصايا، فإن كان الوارث وصياً في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، عتق بالدفع إليه، وإلا فيجمع بين الوصي والورثة ويدفع إليهم، فإن لم يوص إلى أحد، قام القاضي مقام الوصي، ولو دفع إلى الغريم، لم يعتق، وإن دفع إلى الوارث، فإن قضى الديون والوصايا، عتق، وإلا وجب الضمان على المكاتب، ولم يعتق، هكذا ذكره البغوي. وقال القاضي أبو الطيب: إن كان الدين مستغرقاً للتركة، برىء المكاتب بالدفع إلى الغريم، وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسان، عتق بالدفع إليه، وإن أوصى بها للفقراء أو المساكين، دفعها إلى من أوصى إليه، فيفرقها، أو إلى الحاكم، وإن أوصى بقضاء الدين منها، تعين صرفها إليه، وهو كما لو أوصى بها لإنسان. ولو مات السيد والمكاتب ممن يعتق على الوارث، عتق عليه، ولو نكح الابن مكاتبه أبيه، ثم مات الأب والابن وارث، انفسخ النكاح، لأنه ملك زوجته، وكذا لو مات السيد وبنته تحت مكاتبه، فورثت زوجها، ولو اشترى المكاتب زوجته، أو اشترت المكاتبه زوجها، انفسخ النكاح، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب أمّهات الأولاد

ولد الرجل من أمته ينعقد حراً، وتصير الأمة بالولادة مستولدة تعتق بموته، ويقدم عتقها على الديون، واستيلاد المريض مرض الموت، كاستيلاد الصحيح في النفوذ من رأس المال، كإنفاق المال في اللذات والشهوات. ويثبت الاستيلاد أيضاً بإلقاء مضغة فيها خلقة آدمي، إما لكل أحد وإما للقوابل وأهل الخبرة من النساء، فإن لم يظهر، وقلن: هذا أصل آدمي ولو بقي لتصور، لم يثبت الاستيلاد على المذهب، وقد سبق بيانه في العدد.

فصل: يحرم بيع المستولدة وهبتها ورهنها والوصية بها، وعن الشافعي رحمه الله أنه ميل القول في بيعها، فقال الجمهور: ليس للشافعي رحمه الله فيه اختلاف قول، وإنما ميل القول إشارة إلى مذهب من جوزه، ومنهم من قال: جوزه في القديم، فعلى هذا هل يعتق بموت السيد؟ وجهان: أحدهما: لا وبه قال صاحب «التقريب» والشيخ أبو علي. والثاني: نعم، قاله الشيخ أبو محمد والصيدلاني كالمدير، قال الإمام: وعلى هذا يحتمل أن يقال: يعتق من رأس المال، ويحتمل من الثلث، وإذا قلنا بالمذهب: إنه لا يجوز بيعها، ففضى قاض بجوازه، فحكى الروياني عن الأصحاب أنه ينقض قضاؤه، وما كان فيه من خلاف بين القرن الأول، فقد انقطع، وصار مجمعاً على منعه، ونقل الإمام فيه وجهين.

فرع: أولاد المستولدة إن كانوا من السيد، فأحرار، وإن حدثوا من نكاح أو زنى، فلهم حكم الأم، فليس للسيد بيعهم، ويعتقون بموته، وإن كانت الأم قد ماتت في حياة السيد. ولو أعتق السيد الأم، لم يعتق الولد، وكذا حكم العكس كما في التدبير بخلاف ما لو أعتق المكاتبه يعتق ولدها، 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 زنى، وإن كان يعتقد أنها زوجته الحرة أو أمته، انعقد الولد حراً، وعليه قيمته للسيد. وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاد بنكاح أو زنى، فليس لهم حكم الأم، بل للسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه، ولا يعتقون بموته، لأنهم حدثوا قبل ثبوت حق الحرية للأم.

فرع: المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنّة، فله إجارتها واستخدامها ووطؤها وأرش الجناية عليها وعلى أولادها التابعين لها، وقيمتهم إذا قتلوا، ومن

غضبها، فتلفت في يده، ضمنها كالقنة، ولو شهد اثنان على إقرار السيد بالاستيلاء، وحكم بهما، ثم رجعا، قال أبو علي: لا يغرمان، لأن الملك باق فيها، ولم يفوتا إلا سلطنة البيع، ولا قيمة لها بانفرادها. قال الإمام: فإذا مات السيد، وفات الملك، فالذي نراه وجوب الغرم عليهما للورثة، كما لو شهدا بتعليق العتق، فوجدت الصفة، فحكمت بعتقه، فرجعا، غرما، وفي تزويجها أقوال، أظهرها للسيد الاستقلال به، لأنه يملك بيعها ووطأها، كالمديرة. والثاني قاله في القديم: لا يزوجه إلا برضاها، والثالث: لا يجوز وإن رضيت، وعلى هذا هل يزوجه القاضي؟ وجهان: أحدهما: نعم بشرط رضاها، ورضى السيد، والثاني: لا ويجري الخلاف في تزويج بنت المستولدة، فإذا جوزناه، فلا حاجة إلى الاستبراء بخلاف المستولدة، لأنها كانت فراشاً له، وابن المستولدة لا يجبره السيد على النكاح، وليس له أن ينكح بغير إذن السيد، فإن أذن، فوجهان: حكاهما الروياني في «الكافي» تخريجاً من الخلاف في المستولدة.

قلت: الصحيح والصواب الجواز، والفرق ظاهر. والله أعلم.

فصل: إذا زنى رجل بأمة، فأدت بولد من زنى، ثم ملكها، لم تصر أم ولد له، ولو ملك ذلك الولد، لم يعتق عليه، ولو أولد أمة غيره بنكاح، ثم ملكها، لم تصر أم ولد له على المذهب، لأنها علقت برقيق، والاستيلاء إنما يثبت تبعاً لحرية الولد، ولو ملكها وهي حامل منه، فكذلك الحكم، ولكن يعتق الولد عليه، لأنه ملك ولده، قال الصيدلاني: وصورة ملكها حاملاً أن تضع لدون ستة أشهر من حين ملكها، وأن لا يطأها بعد الملك، وتلد لدون أربع سنين، فأما إذا وطئها بعد الملك، وولدت لستة أشهر من وقت الملك، فيحكم بحصول العلوق في ملك اليمين وثبوت الاستيلاء وحرية الولد، وإن أمكن كونه سابقاً عليه، أما إذا استولد أمة الغير بشبهة، ثم ملكها، فينظر إن وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة، فالولد رقيق، ولا يثبت الاستيلاء، وإن وطئها على ظن أنها زوجته الحرة أو أمتة، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاء قولان، وكذا لو نكح أمة غرّ بحريتها، فأولدها، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاء إذا ملكها القولان، ويجريان فيما لو اشترى أمة شراء فاسداً، وأولدها على ظن الصحة، أحدهما وهو القديم: يثبت، لأنها علقت منه بحر، وأظهرهما: وهو الجديد: لا يثبت، لأنها علقت في غير ملك اليمين، فعلى القديم يكون أولادها الحادثون بعد ملكه من نكاح أو زنى لهم حكمها، فيعتقون بموت السيد، والحاصلون قبل أن يملكها ليس لهم حكمها، وإن حصلوا بعد الاستيلاء، لأنهم حصلوا قبل ثبوت الحق للأم، ولو ملكها وهي حامل من نكاح أو زنى، ففي فتاوى القاضي

حسين أنه لا يثبت لذلك الولد حكم الأم بل يكون قنأً للمشتري اعتباراً بحال العلوق .
فرع: سبق في الكتابة إذا أولد الشريكان مكاتبتهما ، والقنة في معناها ، وذكرنا هناك المسألة مبسطة .

فرع: أولد مرتد أمته ، صارت مستولدة إن أبقينا ملكه ، وإن أزلناه لم يثبت الاستيلاد في الحال ، فإن أسلم ، فعلى القولين فيما إذا أولد أجنبية ، ثم ملكها ، وإن توقفنا في الملك ، فكذا في الاستيلاد .

فرع: إذا أسلمت مستولدة كافر ، أو استولد أمته بعد إسلامها ، فقد ذكرنا في البيع أنه لا سبيل إلى بيعها ، وأنه لا يجبر على اعتاقها على الصحيح ، ولكن يحال بينهما ، وتجعل عند امرأة ثقة ، وكسبها له ، ونفقتها عليه ، فإن أسلم ، رفعت الحيلولة ، وإن مات ، عتقت . وهل للكافر تزويجها إذا جوزنا تزويج المستولدة؟ وجهان حكاهما الصيدلاني ، أصحهما : لا ، وبه قطع القفال ، لانقطاع الموالاة . والثاني : نعم ، لأنه تصرف بالملك . وعلى الأول . قيل : لا يزوجه القاضي أيضاً . وقال أبو إسحاق : يزوجه القاضي إذا أرادته والمهر للسيد ، وكذا يزوجه الحاكم إذا أراد السيد تزويجها ، وإن كرهت هي ، فتصير النفقة على الزوج قال أبو إسحاق : وهي أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج ، فإذا تزوجت صار الأب أحق بالولد ، إلا أن يكون مميزاً فيخاف أن يفتنه عن دينه فلا يترك عنده .

قلت : الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا حضانة لكافر على مسلم ، كما سبق في الحضانة ، ولا حضانة هنا للأب . والله أعلم .

فرع: في فتاوى القفال : أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحر ، لا حد عليه ، ويثبت النسب ، دون الاستيلاد ، لأنه ليس من أهل الملك ، وأن المكاتب إذا أولد جارية ابنه الحر ، فيحتمل أنه يبنى ثبوت الاستيلاد على الخلاف في أنه إذا أولد جارية ، نفسه ، هل يثبت؟ وأن من وطئ جارية بيت المال ، يحد ، ولا نسب ، ولا استيلاد ، وسواء في هذا الغني والفقير ، لأنه لا يجب الإعفاف من بيت المال . وأنه لو أعتق مستولده على مال ، يجوز . ولو باعها نفسها ، صح على الظاهر ، لأن بيع العبد نفسه ، إعتاق على الحقيقة .

فرع: إذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، لزمه الحد في قول ، والتعزير على الأظهر . وعلى القولين يكون الولد حراً نسبياً ، وتصير هي مستولدة ، قال الأصحاب رحمهم الله : ولا يتصور اجتماع هذه الأحكام ووجوب الحد إلا في هذه الصورة على أحد القولين . واعلم أن أحكام المستولدة سبقت معرفة في أبوابها فتركنا إعادتها .

قال الإمام الرافعي رحمه الله: قد تيسر الفراغ من هذا الكتاب في ذي القعدة سنة ثلاث وعشرة وستمائة، ونختم الكتاب بما بدأناه وهو حمد الله ذي الجلال والإكرام، وولي الطول والإنعام، والحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وسلم.

قلت: قد أحسن الإمام الرافعي رحمته فيما حققه، ولخصه، وأتقنه، واستوعبه في هذا الكتاب، ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفائس خفاياه على المفتين والطلاب.

واعلم أيها الراغب في الخيرات، والحريص على معرفة النفائس المحققات، وحل الغوامض والمشكلات، والتبحر في معرفة المذهب والوقوف على ما تعتمده من المصنفات، وتعمد 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 رحمته، ما يحصل لك مجموع ما ذكرته، أكمل من كتاب الرافعي ذي التحقيقات، بل اعتقادي واعتقاد كل مصنف، أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقة ولا المتأخرات، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمات، وقد يسر الله الكريم، وله الحمد في هذا المختصر مع ذلك، جملاً متكاثرات من الزوائد المتممات، والنوادر المستجدات، وغير ذلك من المحاسن المطلوبة، 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. وقد رأيت ختم الكتاب بما ختم به الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيحه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «كلمتان حبيبتان إلى الرحمن، خفيفتان على اللسان، ثقيلتان في الميزان، سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم». والحمد لله باطناً وظاهراً، وأولاً وآخر، اللهم صل على محمد عبدك ورسولك، النبي الأمي، وعلى آل محمد، وأزواجه، وذريته، كما صليت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد، وعلى آل محمد، وأزواجه وذريته، كما باركت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، في العالمين إنك حميد مجيد.

قال مختصره الإمام الزاهد العابد أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي: فرغت منه يوم الأحد الخامس عشر من شهر ربيع الأول سنة تسع وستين وستمائة والله الحمد.

غفر الله له ولوالديه، ولمن نظر فيه، ولصاحبه، ولمن دعا لهم بالمغفرة، ولجميع المسلمين.

أمين رب العالمين.

فهرس المحتويات

٩٢	الصيال وإتلاف البهائم	٥	كتابُ الإمامة و قتالُ البُغاة
	الباب الأول: في ضمان يلزم	٥	الباب الأول: في الإمامة
٩٢	الولاية بتصرفاتهم	٥	الفصل الأول: في شروط الإمامة
٩٨	الباب الثاني: في الصيال		الفصل الثاني: في وجوب الإمامة
١٠٣	فصل: في مسائل من الصيال .	٥	وبيان طرقها
	الباب الثالث: في ضمان ما تتلفه	٨	الفصل الثالث: في أحكام الإمام .
١٠٣	البهائم	١٠	الباب الثاني: في قتال البغاة
	فصل: في مسائل منثورة من	١٩	كتابُ الرِّدة
	الباب وربما سبق بعضها		الباب الأول: في حقيقة الردة،
١٠٧	فأعدناه، أو صح	١٩	ومن تصح منه
١٠٩	كتابُ السَّير	٢٦	الباب الثاني: في حكم الردة
	الباب الأول: في وجوب الجهاد،		فصل: فيما تحصل به توبة
١٠٩	وبيان فروض الكفريات		المرتد وفي معناها إسلام الكافر
١٢٣	فصل: في السلام	٣٠	الأصلي
	الباب الثاني: في كيفية الجهاد وما	٣٤	كتابُ حَدِّ الزَّنى
١٣١	يتعلق به		الباب الأول: فيما يوجب الحد،
	الباب الثالث: في ترك القتال	٣٤	ومعرفة الحد
١٥٦	والقتل بالأمان	٤٢	الباب الثاني: في استيفاء الحد ...
	فصل: في مسائل منثورة تتعلق	٤٦	كتابُ حَدِّ القَذْف
١٦٥	بكتاب السير	٤٩	كتابُ السَّرقة
١٦٨	كتابُ عَقْدِ الجزية والهدنة	٤٩	الباب الأول: فيما يوجب القطع .
١٦٨	الباب الأول: في الجزية	٧٠	الباب الثاني: فيما تثبت به السرقة
١٩٠	فصل: في مسائل تتعلق بالباب		الباب الثالث: في الواجب على
١٩١	الباب الثاني: في عقد الذمة	٧٣	السارق
٢٠٢	كتابُ السَّبْق والرَّمي	٧٦	فصل: في مسائل منثورة
٢٠٢	الباب الأول: في السبق	٧٦	باب: قطاع الطرق
٢٠٩	فروع: تتعلق بالسبق	٨٥	باب: حد شارب الخمر
٢١٠	الباب الثاني: في الرمي		فصل: في كيفية الجلد في الزنى
٢١٦	فروع ثلاثة	٨٩	والقذف والشرب
	فصل: في مسائل منثورة تتعلق	٨٩	باب: التعزير
٢٢٧	بالمناضلة والمسابقة		كتابُ ضمان إتلاف الإمام وحكم

٤١٩	كتابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ	٢٢٩	كتابُ الأيمان
٤١٩	الباب الأول: في الدعوى	٢٢٩	الباب الأول: في نفس اليمين ...
٤٢٩	الباب الثاني: في جواب الدعوى	٢٣٨	الباب الثاني: في كفارة اليمين ...
٤٣٦	الباب الثالث: في اليمين	٢٤٥	الباب الثالث: فيما يقع به الحنث
٤٤٣	الباب الرابع: في النكول	٢٨٤	كتابُ الْقَضَاءِ
٤٤٨	الباب الخامس: في البينة	٢٨٤	الباب الأول: في التولية والعزل ..
٤٧١	الباب السادس: في مسائل منثورة		الباب الثاني: في جامع آداب
	الباب السابع: في دعوى النسب	٣٠٨	القضاء
٤٧٨	وإلحاق القائف		الباب الثالث: في القضاء على
٤٨٣	كتابُ الْعِتْقِ	٣٣٦	الغائب
٥١٣	فروع: في مسائل منثورة	٣٥١	فصل: في مسائل منثورة
	فصل: في مسائل منثورة تتعلق	٣٥٣	كتابُ الْقِسْمَةِ
٥٢٧	بكتاب العتق، من الولاء، وغيره .	٣٦٥	كتابُ الشَّهَادَاتِ
٥٣٠	كتاب التدبير		الباب الأول: فيما يفيد أهلية
٥٣٠	الباب الأول: في أركانه	٣٦٥	الشهادة
٥٣٥	الباب الثاني: في حكم التدبير ..	٣٨٣	الباب الثاني: في العدد والذكورة .
٥٤٤	كتابُ الْكِتَابَةِ		الباب الثالث: في مستند علم
٥٤٤	الباب الأول: في أركان الكتابة .		الشاهد، وحكم تحمل الشهادة
	الباب الثاني: في أحكام الكتابة	٣٨٧	وأدائها
٥٥٩	الصحيحة		فصل: في آداب التحمل والأداء
٦٠٢	فصل: في مسائل منثورة	٣٩٨	منقولة من مختصر الصيمري ..
٦٠٣	كتابُ أُمَمَاتِ الْأَوْلَادِ		الباب الرابع: في الشاهد مع
٦٠٧	فهرس المحتويات	٣٩٩	اليمين
			الباب الخامس: في الشهادة على
		٤٠٦	الشهادة
			الباب السادس: في الرجوع عن
		٤١٠	الشهادة