

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، وَفِيهِ أَبْوَابُ سِتَّةَ:

(البَابُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يُفِيدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ)

وَهِيَ التَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ مُضِلًّا، وَلَا عَلَى كَافِرٍ، وَوَرَاءَ هَذِهِ ثَلَاثُ صِفَاتٍ:

(الأولى: العَدَالَةُ)، وَمَنْ يُقَدِّمُ عَلَى كَبِيرَةٍ أَوْ يُصِرُّ عَلَى صَغِيرَةٍ فَهُوَ فَاسِقٌ؛ لَا تُقْبَلُ (ح) شَهَادَتُهُ، وَأَمَّا الْإِلْمَامُ بِكُذْبَةِ أَوْ غَيْبَةِ أَوْ صَغِيرَةٍ، جَرَى عَنِ هَفْوَةٍ، أَوْ فِتْرَةٍ، مَعَ اسْتِشْعَارِ نَدَمٍ وَخَوْفٍ، فَلَا تُبْطَلُ الثِّقَّةُ، وَاللَّعِبُ بِالشُّطْرُنِجِ (ح م و) وَالْحَمَامُ (ح م) وَسَمَاعُ (و) الْغِنَاءِ وَالرَّقْصُ (و) وَنَظْمُ الشُّعْرِ الَّذِي لَا هَجْوَ فِيهِ وَلَا فُخْسَ وَلَا تَشْبِيبَ بِأَمْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَسَمَاعُ الدُّفِّ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ (و) جَلَّاجِلٌ؛ وَكَذَا سَمَاعُ الطَّبْلِ إِلَّا طَبْلَ الْمُخَيَّبِينَ، كُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، لَكِنَّ الْمُواظَبَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَحْرِمُ الْمُرُوءَةَ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ، فَيَقْدَحُ، وَأَمَّا التَّرْدُّ (ح و) وَسَمَاعُ الْأَوْتَارِ وَالْمَعَازِفِ وَالْمِزْمَارِ الْعِرَاقِيِّ وَمَا هُوَ شِعَارُ الشَّرْبِ وَنَظْمُ الْهَجْوِ وَإِنْشَادُهُ وَلُبْسُ الْحَرِيرِ وَالْجُلُوسُ عَلَيْهِ وَالتَّخْتُمُ بِالذَّهَبِ كُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ، وَلَكِنْ لَا تُرَدُّ (و) الشَّهَادَةُ بِالْمَرَّةِ الْوَاحِدَةِ، بَلْ بِالْإِضْرَارِ إِلَّا فِي بَلَدَةٍ يَعْظُمُ عِنْدَهُمْ سَمَاعُ الْأَوْتَارِ، وَالْإِقْدَامُ مَرَّةً يُشْعِرُ بِالْإِنْجِلَالِ، وَلَا يَخْلُو الْإِنْسَانُ عَنِ غَيْبَةِ وَكَذِبِ وَنَمِيمَةٍ^(١) وَلَعِنَ وَسَفَاهَةٍ فِي غَضَبٍ، فَلَا تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِسَبَبِهَا إِلَّا عِنْدَ الْإِضْرَارِ، وَالنَّصُّ أَنَّ الْحَنْفِيَّ إِذَا شَرِبَ النَّبِيذَ، حُدَّ، وَقَبِلَتْ (م) شَهَادَتُهُ:

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يُحَدُّ.

وَوَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

(الوصفُ الثاني: المرُوءَةُ)، فَمَنْ يَزْكَبُ مَا لَا يَلِيقُ بِأَمثَالِهِ مِنَ الْمُبَاحَاتِ، بِحَيْثُ يُسَخَّرُ بِهِ؛ كَالْفَقِيهِ يَلْبَسُ الْقَبَاءَ وَالْقَلَنْسُوَةَ، وَيَأْكُلُ وَيَبُولُ فِي الْأَسْوَاقِ، أَوْ أَكَبَّ عَلَى اللَّعِبِ بِالشُّطْرُنِجِ أَوْ الْحَمَامِ أَوْ الرَّقْصِ أَوْ الْغِنَاءِ، فَكُلُّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي عَقْلِهِ، أَوْ قَلَّةٍ مَبَالَاةٍ فِيهِ، فَتَسْفُطُ الثِّقَّةُ بِقَوْلِهِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ شَهَادَةَ الْكَنَاسِ وَالذَّبَّاعِ وَالْحَجَّامِ وَالْحَائِكِ وَذَوِي الْحَرْفِ الْخَسِيسَةِ مَقْبُولَةٌ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ صَنْعَةِ آبَائِهِمْ، فَأَمَّا اخْتِيَارُ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَلِيقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي الْعَقْلِ وَيَحْرِمُ الْمُرُوءَةَ.

(الوصفُ الثالثُ: الْإِنْفِكَاءُ عَنِ التُّهْمَةِ)، وَلَهَا أَسْبَابٌ:

(الأوَّلُ): أَنْ يَجْرِيَ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا؛ كَمَنْ يَشْهَدُ؛ أَنَّ فُلَانًا جَرَحَ مُورَّثَهُ، أَوْ يَدْفَعُ

(١) قال الراعي: «وليس يخلو الإنسان عن كذبة وغيبة ونميمة إلى آخره» يغني عنه قوله من قبل: «وأما الإلمام بكذبة أو غيبة أو صغيرة... إلى آخره». [ت]

كَالْعَاقِلَةِ، إِذَا شَهِدَتْ بِفَسْقِ شُهْودِ الْقَتْلِ الْخَطَا، فَلَا يُقْبَلُ، وَلَوْ شَهِدَ بِمَالٍ آخَرَ لِمُورِّثِهِ الْمَجْرُوحِ أَوْ الْمَرِيضِ، قَبْلَ، وَلَوْ شَهِدَا لِرَجُلَيْنِ بِوَصِيَّةٍ لِهَمَا مِنْ تَرْكِهِ، فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ أَيْضاً بِوَصِيَّةٍ فِيهَا، قَبِلَتْ (ح) الشَّهَادَاتُ (ح)؛ وَكَذَا رُفَقَاءُ الْقَافِلَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ.

(الثَّانِي: الْبَعْضِيَّةُ)، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ وَالْوَالِدِ (م)، بَلْ لِلْفُرُوعِ، وَالْأَصُولِ وَكُلٌّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ^(١)، وَتُقْبَلُ (ح م) شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ، عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى زَوْجَتِهِ بِالزَّوْنِ، مَعَ ثَلَاثَةٍ مِنَ الْعُدُولِ، وَتُقْبَلُ عَلَى الْوَالِدِ وَعَلَى الْوَالِدِ (و)، وَإِنْ كَانَتْ (ح) بِعُقُوبَةٍ، وَفِي حَبْسِ الْوَالِدِ بِدَيْنِ وَوَالِدِهِ وَجَهَانِ^(٢).

وَلَوْ شَهِدَ بِمَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ وَوَالِدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ، رُدَّ فِي حَقِّ وَوَالِدِهِ، وَفِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ وَجَهَانِ^(٣)، لِنَبْعِيضِ اللَّفْظِ.

(الثَّلَاثُ: الْعِدَاوَةُ) فَلَا تُقْبَلُ (ح) عَلَى الْعَدُوِّ، وَتُقْبَلُ لَهُ، وَالْعِدَاوَةُ هِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الْعَضْبَ، وَتَحْمِلُ عَلَى الْفَرَحِ بِالْمُصِيبَةِ وَالنِّعَمِ بِالشَّرِّ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ لِلصَّدِيقِ وَالْأَخِ، وَتُقْبَلُ (و م) شَهَادَةُ الْمُبْتَدِعَةِ؛ إِذِ الصَّحِيحُ (و) أَنَّهُمْ لَا يُكْفَرُونَ، وَلَا تُقْبَلُ (و) شَهَادَةُ مَنْ يَطْمَعُ عَلَى الصَّحَابَةِ رِضَى اللَّهِ عَنْهُمْ، وَيَقْدِفُ عَائِشَةَ رِضَى اللَّهِ عَنْهَا؛ لِأَنَّهَا مُخَصَّنَةٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ.

(الرَّابِعُ: التَّغَافُلُ) فَرُبَّ عَدْلٍ يَكْثُرُ سَهْوُهُ وَوَهْمُهُ وَلَا يَسْتَقِيمُ تَحْفَظُهُ وَضَبْطُهُ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَحْتَمِلُ الْعَلْطَ.

(الخَامِسُ: دَفْعُ عَارِ الْكُذِبِ)، فَمَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِفِسْقِهِ، فَتَابَ، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُ، إِلَّا إِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِذَلِكَ عَارَ الْكُذِبِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ الْمُعَادَةُ مِنَ الْعَبْدِ وَالْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ، إِذَا زَالَ نُقْصَانُهُمْ، وَهَلْ تُقْبَلُ الْمُعَادَةُ مِنَ الْفَاسِقِ الْمُغْلَبِ وَالْعَدُوِّ وَالسَّيِّدِ إِذَا شَهِدَ لِمُكَاتَبِهِ؟ فِيهِ وَجَهَانٌ.

(السَّادِسُ): الْحِرْصُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالمُبَادَرَةِ قَبْلَ الدَّعْوَى، فَلَا تُقْبَلُ، وَبَعْدَ الدَّعْوَى وَقَبْلَ الْاسْتِشْهَادِ وَجَهَانٌ، فَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ، فَهَلْ يَصِيرُ بِهِ مَجْرُوحاً؟ فِيهِ وَجَهَانٌ، وَلَوْ جَلَسَ مُخْتَفِياً فِي رَاوِيَةٍ لَتَحْمَلُ شَهَادَةَ، قَبِلَتْ (م و)، وَلَا تُحْمَلُ عَلَى الْحِرْصِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ أَبْتِدَاءً فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ؛ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ (ح) وَالخُلْعِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَتَخْرِيمِ الرِّضَاعِ، وَأَخْتَلَفُوا (و) فِي الْوَقْفِ عَلَى مُعَيَّنٍ، وَفِي النِّسْبِ، وَفِي شِرَاءِ الْقَرِيبِ الْمُوجِبِ لِلْعِتْقِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَدَوِيِّ عَلَى الْقَرَوِيِّ، وَالْقَرَوِيِّ عَلَى الْبَدَوِيِّ، وَشَهَادَةُ (ح) الْمَخْدُودِ فِي الْقَذْفِ، إِذَا تَابَ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ:

(١) قال الرافعي: «بل للفروع والأصول وكل من يستحق النفقة» يكفي للضبط قوله «بل للأصول والفروع».

[ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي حبس الوالد بدين الولد وجهان» قد سبق هذا في التفسير. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو شهد بمال مشترك بين ولده وأجنبي رد في حق ولده وفي حق الأجنبي وجهان» وقيل

قولان. [ت]

تُبْتُ، وَلَا أَعُوذُ، إِلَّا إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْكَذِبِ، فَهُوَ فَاسِقٌ يَجِبُ اسْتِزَارُهُ؛ كَكُلِّ فَاسِقٍ، يَقُولُ:
 تُبْتُ؛ فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ؛ حَتَّى يُسْتَبْرَأَ مُدَّةً، فَيُعْلَمَ بِقَرَائِنِ الْأَحْوَالِ صَلَاحُ سِرِّيَّتِهِ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْقَاضِي
 بَعْدَ الْحُكْمِ أَنَّهُ قَضَى بِقَوْلِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، نَقَضَ الْحُكْمَ؛ وَإِنْ كَانَ يَقُولُ فَاسِقَيْنِ، نَقَضَ
 (ح) أَيْضاً؛ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْدَ الْحُكْمِ؛ فَلَا يُقَدَّرُ اسْتِنَادُ الْفِسْقِ إِلَى الْمَاضِي؛ عَلَى
 أَصَحِّ (و) الرَّأْيَيْنِ.

(الْبَابُ الثَّانِي: فِي الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ)

وَلَا تَتَّبْتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ إِلَّا فِي هَلَالِ رَمَضَانَ؛ عَلَى رَأْيٍ (١)، وَلَكِنْ لِلشَّهَادَاتِ ثَلَاثُ مَرَاتِبٍ:

(الأولى: الزَّانَا)، وَيَجِبُ فِيهِ أَرْبَعَةُ عُدُولٍ يَشْهَدُونَ؛ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا؛ كَالْمِرْوَدِّ فِي
 الْمَكْحَلَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْعَدْلِ التَّنَظُّرُ إِلَى الْعَوْرَةِ قِصْدًا؛ لِتَحْمُلِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ، وَفِي
 الثَّلَاثِ: لَا يَجُوزُ فِي شَهَادَةِ الزَّانَا، وَيَجُوزُ فِي عُيُونِ النِّسَاءِ وَغَيْرِهَا، وَهَلْ يَتَّبْتُ الْإِفْرَاقُ بِالزَّانَا
 بِشَاهِدَيْنِ، أَمْ لَا بُدَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ لَمْ يُوجِبْ بِاللُّوِاطِ إِلَّا التَّغْزِيرُ، فَهَلْ يُحْتَاجُ إِلَى
 أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ (٢).

(الثَّانِيَةُ): مَا عَدَا الزَّانَا مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُتَوَلَّى إِلَى مَالٍ؛ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ
 وَالْإِسْلَامَ وَالرَّذَّةَ وَالْبُلُوغَ وَالْوِلَادَةَ وَالْعِدَّةَ وَالْجُزْحَ وَالتَّعْدِيلَ وَالْعَفْوَ عَنِ الْقِصَاصِ؛ حَتَّى الْوَصَايَا
 وَالْوَكَاةَ؛ فَيَتَّبْتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَا يَتَّبْتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ، أَمَّا مَا لَا يَطْهَرُ لِلرِّجَالِ؛ كَالْوِلَادَةِ وَعُيُوبِ
 النِّسَاءِ وَالرِّضَاعِ؛ فَإِنَّهُ يَتَّبْتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلَا تَتَّبْتُ الْوِلَادَةَ بِقَوْلِ الْقَابِلَةِ وَحْدَهَا.

(الثَّلَاثَةُ: الْأَمْوَالُ)، وَحُقُوقُهَا؛ كَالْأَجَلِ وَالْخِيَارِ وَالشُّفْعَةَ وَالْإِجَارَةَ وَقَتْلَ الْخَطَا وَكُلَّ جُزْحٍ لَا
 يُوجِبُ إِلَّا الْمَالَ؛ فَيَتَّبْتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ؛ وَكَذَا فَسَخُ الْعُقُودِ وَقَبْضُ نُجُومِ الْكِتَابَةِ إِلَّا النَّجْمَ الْأَخِيرَ،
 فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِتَرْتِبِ الْعِتْقِ عَلَيْهِ.

وَإِذَا شَهِدَ عَلَى السَّرِقَةِ أَوْ الْعَمْدِ رَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ، تَبَّتِ الْمَالُ، وَإِنْ لَمْ يَتَّبْتُ الْعُقُوبَةَ (٣)، وَيَتَّبْتُ
 مَهْرَ النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَتَّبْتُ النِّكَاحَ بِهِ، وَلَوْ عَلِقَ طَلَاقَهَا عَلَى الْوِلَادَةِ، يَتَّبْتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلَا
 يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلَوْ تَبَّتْ عَلَيْهَا الْغَضْبُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ فَقَالَ الزَّوْجُ: إِنْ كُنْتُ غَضَبْتُ، فَأَنْتِ

(١) قال الرافعي: «إلا في هلال رمضان على رأي» المسألة المذكورة في الصوم، واحتاج إلى إعادتها استثناء
 عن اعتبار العدد. [ت]

(٢) قال الرافعي: وإن لم يوجب باللواط إلا التعزير فهل يحتاج إلى أربعة؟ فيه قولان المشهور وجهان، إذ
 البيئة على النسب بغير تقدم دعوى لا تُسمع على الصحيح، والأظهر أنها تقبل. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال» صورة السرقة المذكورة في بابها.
 وقال أيضاً: وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال وإن لم تثبت العقوبة» هذا في
 السرقة صحيح، وأما في القتل العمد فهو خلاف ما نص عليه الأصحاب، وهو أنه لا يثبت المال كما لا
 يثبت القصاص، ولم يذكر في «الوسيط» ما ذكره هنا. [ت]

طالِقًا، وَقَعَ بِخِلَافِ مَا لَوْ تَقَدَّمَ التَّغْلِيْقُ.

(فَرْعٌ): مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، فَقَبِلَ التَّرْكِيبَ، لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الْحَيْلُوْلَةَ، إِنْ كَانَ الْمَالُ مُشْرِفًا عَلَى الْهَلَاكِ، أَوْ التَّقْلَرِ، وَفِي الْعَقَارِ وَجْهَانِ، وَلِلْعَبْدِ طَلَبُ الْحَيْلُوْلَةَ عِنْدَ إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْعِتْقِ، وَفِي الْأُمَةِ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ، وَهَلْ لَهُ طَلَبُ الْحَجْرِ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ، هَلْ يُنْزَلُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَنْرَلَةٌ شَاهِدَيْنِ فِي إِجْبَابِ الْحَيْلُوْلَةَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِهِ، فَلَا نَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ الْبَيِّنَةُ، رُفِعَ الْحَيْلُوْلَةُ.

(الْبَابُ الثَّالِثُ: فِي مُسْتَعَدِّ عِلْمِ الشَّاهِدِ)

وَالْأَضْلُ فِيهِ الْيَقِيْنُ الْوَاضِحُ كَالشَّمْسِ، وَذَلِكَ بِالْإِبْصَارِ الْمَجْرَدِ فِي الْأَفْعَالِ، وَبِالسَّمْعِ وَبِالْبَصْرِ جَمِيعًا فِي الْأَقْوَالِ، فَيَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَصْمِ عَلَى الْأَفْعَالِ، وَلَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَعْمَى عَلَى الْأَقْوَالِ، وَلَا عَلَى زَوْجَتِهِ الَّتِي يَطْوُهَا، فَإِنَّ الْأَضْوَاتَ تَنْشَابُهُ إِلَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالْمَقْرُورِ، وَيَجْرُهُ إِلَى الْقَاضِي، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقْبَلُ، وَفِي رِوَايَةِ الْأَعْمَى وَجْهَانِ، أَمَا مَا سَمِعَهُ قَبْلَ الْعَمَى، فَيُرْوَى، بَلْ يَشْهَدُ أَيْضًا عَلَى مَعْرُوفِ النَّسَبِ بِمَا أَبْصَرَهُ قَبْلَ الْعَمَى، وَفِي الْمُتَرَجِمِ الْأَعْمَى وَجْهَانِ، وَالْقَاضِي إِذَا عَمِيَ بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ، فَفِي الْقَضَاءِ بِهَا وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا يُعْرِفُ نَسْبَهُ، فَلَا بُدَّ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ، فَإِنْ مَاتَ، أُخْضِرَ مَجْلِسَ الْحُكْمِ، فَإِنْ دُفِنَ فَلَا يُبْنَسُ قَبْرُهُ، وَقَدْ تَعَدَّرَتِ الشَّهَادَةُ، وَلَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةَ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُتَنَبِّئَةِ إِلَّا أَنْ يُكْشَفَ وَجْهَهَا، وَيُمَيَّزَهَا عِنْدَ الْأَدَاءِ عَنِ امْتِثَالِهَا بِالْإِشَارَةِ وَالْمَعْرِفَةِ الْمُحَقَّقَةِ، وَإِنْ عَرَفَهَا رَجُلَانِ، فَلَا يُشْهَدُ عَلَيْهَا، بَلْ عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا؛ بَأَنَّ ثَلَاثَةَ أَقْوَاتٍ، وَذَلِكَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُمَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحْمُلِ، وَإِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى عَيْنِهَا بِدَيْنِ، وَزَعَمَتْ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْجَلَ عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ، وَإِنْ أَقْوَاتُ بِالنَّسَبِ، وَلَا إِنْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، إِذِ الْبَيِّنَةُ عَلَى النَّسَبِ مِنْ غَيْرِ تَقَدَّمَ دَعْوَى لَا يُسْمَعُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يُنْصَبَ مَنْ يَدْعِي عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ دَيْنًا، وَتُنْكَرَ هِيَ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَيُقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهَا بِالنَّسَبِ، ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ، سَجَلَ، وَيَجُوزُ هَذِهِ الْحِيلَةُ لِلْحَاجَةِ.

(الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّسَامُعِ)، وَالنَّسَبُ يَبْتُ بِالسَّمَاعِ مِنْ قَوْمٍ لَا يَنْحَصِرُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ، فَيَشْهَدُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رُؤْيَتَهُ، وَفِي النَّسَبِ مِنَ الْأُمِّ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ رُؤْيَتَهُ، وَالْأَصْحُ ثُبُوتُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي الْوَلَاءِ وَالْعِتْقِ وَالْوَقْفِ وَالنِّكَاحِ، وَمَا يَتَوَقَّرُ الطَّبَاعُ عَلَى إِشَاعَتِهِ، أَنَّهُ هَلْ يُلْحَقُ بِالنَّسَبِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَوْتَ كَالنَّسَبِ، لَا كَالْعِتْقِ، ثُمَّ لَا يَخْضَلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، بَلْ مِنْ جَمَاعَةٍ لَا يَجْمَعُهُمْ رَابِطَةُ التَّوَاهُطِ، إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا، وَلَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ؛ بِأَنْ تَسْمَعَ رَجُلًا يَسْتَخْلِفُ صَبِيًّا أَوْ كَبِيرًا سَاكِنًا لَا يُنْكَرُهُ.

وَأَمَّا الْمَلِكُ فَإِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ الْيَدُ وَالتَّصَرُّفُ وَالتَّسَامُعُ، جَارَتْ الشَّهَادَةُ، فَإِنَّهُ لَا يُبْصَرُ، وَهُوَ مُنْتَهَى الْإِمْكَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُجْرَدَ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ يَكْفِي دُونَ التَّسَامُعِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ مُجْرَدَ

التَّسَامِعِ لَا يَكْفِي^(١).

ثُمَّ نَعْنِي بِالتَّصَرُّفِ الْبِنَاءَ وَالْهَدْمَ، أَوْ التَّبَيْعَ وَالرَّهْنَ، وَهُوَ تَصَرُّفُ الْمَلَكِ.

أَمَّا مُجَرَّدُ الْإِجَارَةِ، وَإِنْ تَكَرَّرَتْ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ قَدْ يَضَدُّ ذَلِكَ مِمَّنِ اسْتَأْجَرَ مُدَّةً طَوِيلَةً.

وَأَمَّا الْإِعْسَارُ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِخَبْرَةِ الْبَاطِنِ^(٢) وَشَهَادَةِ الْقَرَّائِنِ؛ كَصَبْرِهِ عَلَى الضَّرِّ وَالْجُوعِ فِي الْخَلْوَةِ.

(الفصل الثالث: في التَّحْمُلِ وَالْأَدَاءِ)، وَيَجِبُ الْأَدَاءُ عَلَى كُلِّ مُتَعَيِّنٍ لِلشَّهَادَةِ، مُتَحَمِّلٍ لَهَا، إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ الْعُدْوَى، فَإِنْ دُعِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَدُونَ مَسَافَةِ الْقَضْرِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّنًا، أَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ قَضَاءً، لَكِنْ وَقَعَ بَصْرُهُ، فَفِي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ تَعَيَّنَا، فَأَمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا، وَقَالَ: أَخْلِفُ مَعَ الْآخِرِ، أَيْمٌ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَيَّنْ، وَأَمْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ، أَيْمُوا وَلَا يَسْتَحِقُّ (و) الشَّاهِدُ أَجْرَةً إِلَّا أَجْرَةَ الْمَرْكُوبِ، ثُمَّ لَهُ الْأَى يَرْكَبُ، وَالْكَاتِبُ يَسْتَحِقُّ (و)، وَالتَّحْمُلُ فِي عَقْدِ التَّكَاحِ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، وَفِي سَائِرِ الْمُعَامَلَاتِ وَجْهَانِ، إِذْ يَسْتَغْنِي عَنْهَا الْأَنْعِقَادُ دُونَ الْإِثْبَاتِ وَكَذَا كِتَابَةُ الضُّكُوكِ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

(الْبَابُ الرَّابِعُ فِي الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ)

وَكُلُّ مَا يَبْتُغِي بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ (ح) يَبْتُغِي بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَبَابَهَا، إِلَّا أَنَّ الْأَثُوتَةَ أَحْتَمَلَتْ فِيهَا لِحَاجَةَ النِّسَاءِ، ثُمَّ الْقَضَاءُ بِالشَّاهِدِ، أَوْ بِالْيَمِينِ، أَوْ بِهِمَا؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ، وَيُظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الْعَزْمِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ أَدْعَى عَبْدًا فِي يَدِ غَيْرِهِ؛ أَنَّهُ كَانَ مَلِكُهُ، فَأَعْتَقَهُ فَلَا يَكْفِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ؛ لِأَنَّهُ يَبْتُغِي الْحُرِّيَّةَ دُونَ الْمَلِكِ، وَلَوْ أَدْعَى فِي جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا؛ أَنَّهُمَا مُسْتَوْلَدَتُهُ، وَالْوَلَدُ مِنْهُ، وَحَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، ثَبِتَ مِلْكُ الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَعَتَقَتْ عِنْدَ مَوْتِهِ بِإِقْرَارِهِ، وَلَا يَبْتُغِي نَسَبَ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتَهُ؛ عَلَى أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ؛ إِذْ لَا مَعْنَى لِتَبَعِيَّتِهِ فِي الْحُجَّةِ، وَهُوَ مُسْتَقِلٌّ، وَهَذِهِ الْحُجَّةُ لَا تَكْفِي لِلْحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ.

(فُرُوعٌ: الْأَوَّلُ)^(٣) إِذَا حَلَفَ الْوَرِثَةُ مَعَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَى دَيْنٍ لِلْمُورِثِ، اسْتَحَقَّوْا، فَإِنْ حَلَفَ وَاحِدٌ، اسْتَحَقَّ الْحَالِفُ نَصِيبَهُ دُونَ التَّائِكِلِ، وَلَيْسَ لَوْلَدِ التَّائِكِلِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنْ يَخْلِفَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّكْوُلِ، فَلَوْلَدِهِ أَنْ يَخْلِفَ، وَفِي وَجُوبِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَكَلَ الْوَارِثُ، وَلِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ، فَهَلْ يَخْلِفُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٤)، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، حَلَفَ، إِذَا حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ؛ وَكَذَا إِذَا

(١) قال الرافعي: «والصحيح أن مجرد التسامع لا يكفي» الأقرب إلى إطلاق الأكثرين أنه يكفي. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أما الإعسار فإنما يجوز الشهادة عليه بخبره الباطن إلى آخره» مقصوده ما اشتمل عليه قوله من التفليس وليشهد من يخبر باطن حاله، فإنها شهادة على النفي قبلت للحاجة. [ت].

(٣) لم يذكر إلا اثنين فلعله أراد بالجمع ما فوق الواحد فليحزر.

(٤) قال الرافعي: «ولو نكل الوارث وللميت غريم فهل يحلف، فيه قولان» الصورة المذكورة في «التفليس» =

بَلَّغَ صَبِيٍّ .

وَلَوْ كَانَ التَّرَاغُ فِي وَصِيَّةٍ لِشَخْصَيْنِ، فَإِذَا قَدِمَ الغَائِبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ بَعْدَ إِعَادَةِ الشُّهُودِ، لَا كَالْمِيرَاثِ، فَإِنَّهُ كَالْمُسْتَجِدِّ، وَلِذَلِكَ يَخْرُجُ بِحَلْفِ أَحَدِ الوَارِثِينَ نَصِيبَ الغَائِبِ مِنْ يَدِ الخَصْمِ؛ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ^(١)؛ بِخِلَافِ شَرِيكَ الوَصِيَّةِ، إِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، اسْتَوْفَى نَصِيبَ المَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَدْعِ البُلُوغَ، وَيُؤَخَذُ (ح و) نَصِيبَ الغَائِبِ، إِنْ كَانَ عَيْنًا وَيَكْفِي دَعْوَى الحَاضِرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا، فَوَجْهَانِ يَجْرِيَانِ فِي كُلِّ مَنْ أَقَرَّ لَغَائِبٍ بِدَيْنٍ؛ أَنَّ القَاضِي، هَلْ يَسْتَوْفِيهِ أَمْ يَتْرُكُهُ؟ وَمَا يَسْتَوْفِيهِ الحَاضِرُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ لَا يُسَاهِمُهُ (و) الغَائِبُ فِيهِ، إِذَا رَجَعَ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا يُسَاهِمُهُ (و)؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ شَائِعٍ بَيْنَهُمَا^(٢)، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ .

(الثَّانِي): لَوْ ادَّعَى أَنَّ أَبَاهُمَا وَقَفَ عَلَيْهِمَا ضَيْعَةً وَقَفَ تَرْتِيبِ، ثَبَّتَ الوَقْفُ بِيَمِينِ وَشَاهِدٍ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَسْتَحَقَّ نَصِيبَهُ، وَاسْتَحَقَّ الآخَرُ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَا، فَنَصِيبُ الحَالِفِ لَا يَسْتَحِقُّهُ البَطْنُ الثَّانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ؛ تَفْرِيعًا عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ؛ وَهُوَ أَنَّ البَطْنَ الثَّانِي يَأْخُذُ الحَقَّ مِنَ الوَاقِفِ، لَا مِنَ البَطْنِ الأوَّلِ، وَنَصِيبُ النَّاكِلِ يَثْبُتُ للبَطْنِ الثَّانِي أَيْضًا، إِذَا حَلَفُوا، وَإِذَا نَكَلُوا جَمِيعًا، حَلَفَ البَطْنُ الثَّانِي، إِذَا مَاتُوا، وَإِنْ حَلَفُوا، أَخَذَ البَطْنُ الثَّانِي بِاليَمِينِ .

وَلَوْ مَاتَ الحَالِفُ وَخَدَهُ، صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى النَّاكِلِ؛ فِي وَجْهِ .

وَالِئِي وَوَلَدِ الحَالِفِ؛ فِي وَجْهِ .

وَيُحْكَمُ بِأَنَّهُ تَعَدَّرَ مَضْرَفُهُ، فِي وَجْهِ .

وَيَبْطُلُ الوَقْفُ فِيهِ أَوْ يُضْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الوَاقِفِ؟ فَإِنْ كَانَ الوَقْفُ بِالتَّشْرِيكِ، فَحَلَفَا، ثُمَّ وُلِدَ لِأَحَدِهِمَا وُلْدٌ، وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الوَقْفِ مِنْ يَدَيْهِمَا، فَإِنْ بَلَغَ الطِّفْلُ، وَحَلَفَ، اسْتَحَقَّ، وَإِنْ نَكَلَ، فَقَدْ تَعَدَّرَ مَضْرَفُهُ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَيْهِمَا، وَالنَّاكِلُ كَالْمَعْدُومِ^(٣)، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْلًا .

(الْبَابُ الخَامِسُ: فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ)

وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا لَيْسَ بِعُقُوبِيَّةٍ، وَفِي العُقُوبَاتِ ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّلَاثِ يَجْرِي فِي عُقُوبَاتِ

[ت] =

- (١) قال الرافعي: «وكذلك يخرج بحلف أحد الوارثين نصيب الغائب من يد الخصم على أحد القولين» قيل: هما وجهان. [ت]
- (٢) قال الرافعي: «وإن كان عينا يساهمه لأن كل جزء شائع بينهما» أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً وحلف معه، والظاهر عند الأصحاب أنه لا يساهم. [ت]
- (٣) قال الرافعي: «وإن نكل فقد تعدر مضرفه، وفيه قول: إنه يرد إليهما، والناكل كالمعدوم» سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر عند الأئمة الثاني. [ت]

الْأَدْمِيَيْنِ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ فِيهَا شُبُهَةً لِأَنَّهَا بَدَلٌ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي، وَفِي التَّوَكِيلِ بِاسْتِيفَاءِ (و) الْقِصَاصِ^(١)، فَإِذَا مَنَعْنَا، لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى بِالْقِصَاصِ عَلَى غَائِبٍ، ثُمَّ النَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أُمُورٍ:

(الْأَوَّلُ): أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، إِلَّا إِذَا قَالَ الشَّاهِدُ: أَشْهَدُكَ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ رَأَهُ الْفَرْعُ، وَقَدْ شَهِدَ بَيْنَ يَدَيْ حَاكِمٍ، فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ: لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ حَقٌّ، وَعِنْدِي بِهِ شَهَادَةٌ، لَمْ يَجُزِ التَّحْمُلُ؛ لِأَنَّهُ يَتَسَاهَلُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: عِنْدِي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ لِفُلَانٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا، لَمْ يَتَحْمَلْ، فَلَعَلَّهُ أَرَادَ الْوَعْدَ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ لِفُلَانٍ أَلْفٌ، لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْوَعْدِ، وَجَارَتْ الشَّهَادَةُ؛ إِذْ لَا يَتَسَاهَلُ فِي الْإِفْرَارِ.

(الثَّانِي: فِي الطَّوَارِيءِ)، وَلَا بِأَسَ يَمُوتُ شَاهِدٌ الْأَصْلُ وَعَظِيمَتِهِ وَمَرَضِهِ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الْفِسْقُ أَوْ الْعَدَاوَةُ أَوْ الرَّدَّةُ، أَمْتَنَعَ شَهَادَةُ الْفَرْعِ، وَلَوْ طَرَأَ الْجُنُونُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ الْعَمَى، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَلَّا يُمْنَعُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا لَا يُمْنَعَانِ، أَمَّا إِذَا كُذِّبَ الْفَرْعُ، أَمْتَنَعَتْ الشَّهَادَةُ.

(الثَّلَاثُ: الْعَدَدُ)، وَلَيْشْهَدَ عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ شَاهِدَانِ، فَإِنْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا جَمِيعًا، جَازَ، عَلَى أَقْيَسِ الْقَوْلَيْنِ. وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُ شَاهِدَيْ الْأَصْلِ مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلِ الثَّانِي، وَشَهَادَةُ الرَّنَا كَالْإِفْرَارِ بِالرَّنَا، فَتَبَيَّنَتْ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ بِأَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

وَيَجْتَمِعُ مِنْ هَذِهِ الْأَخْتِلَافَاتِ فِي شُهُودِ الْفَرْعِ فِي الرَّنَا، إِنْ قَبَلْنَاهَا - أَرْبَعَةٌ أَقْوَالٍ؛ فَيَجِبُ سِتَّةَ عَشَرَ أَوْ ثَمَانِيَةَ أَوْ أَرْبَعَةَ أَوْ اثْنَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ لَا يَسْمَعُ (و) شَهَادَةَ الْفَرْعِ إِلَّا إِذَا مَاتَ الْأَصْلُ، أَوْ مَرِضَ مَرَضًا يَشُقُّ عَلَيْهِ الْحُضُورُ، أَوْ غَابَ فَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ^(٢)، فَإِنْ كَانَ دُونَهَا وَفَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، فَوَجْهَانِ، وَخَوْفُ الْغَرِيمِ وَكُلُّ مَا تُتْرَكُ بِهِ الْجُمُعَةُ؛ كَالْمَرَضِ، وَلَيْسَ عَلَى شُهُودِ الْفَرْعِ تَرْكِيبَةُ الْأَصْلِ، لَكِنْ لَوْ رُغُوا، بَيَّنَّتْ عَدَالَتَهُمْ وَشَهَادَتَهُمْ بِقَوْلِ الْفَرْعِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى صِدْقِ شُهُودِ الْأَصْلِ.

(أَلْبَابُ السَّائِسُ: فِي الرُّجُوعِ)

وَالنَّظَرُ فِي الْعُقُوبَةِ، وَالْبُضْعِ، وَالْمَالِ:

(١) قال الرافعي: «وفي العقوبات ثلاثة أقوال إلى قوله وفي التوكيل باستيفاء القصاص» الخلاف في الشهادة على الشهادة في كتاب القاضي إلى القاضي وفي العقوبات وذكرهما في باب القضاء على الغائب، والتوكيل باستيفاء القصاص داخل فيما ذكره في باب الوكالة في التوكيل باستيفاء العقوبات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو مرض مرضاً يشق عليه الحضور، أو غاب فوق مسافة القصر» لا حاجة إلى كلمة: فوق ها هنا. [ت]

(أَمَّا الْمُعْتَبَةُ): فَالرُّجُوعُ قَبْلَ الْقِصَاصِ يَمْنَعُ الْقَضَاءَ، وَيَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ، إِنْ شَهِدُوا بِالزَّانَا، وَإِنْ قَالُوا: غَلِطْنَا، فَفِي الْحَدِّ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يُصْرِّحْ بِالرُّجُوعِ، وَلَكِنْ قَالَ لِلْقَاضِي: تَوَقَّفْ، ثُمَّ عَادَ، وَقَالَ: أَقْضِ، فَفِي جَوَازِ الْقَضَاءِ بِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَازَ، فَفِي وُجُوبِ الإِعَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الْقَضَاءِ، فَفِي الِاسْتِيفَاءِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ.

وَعَلَى الثَّلَاثِ: يَسْتَوْفِي حُقُوقَ الآدِمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللهِ تَعَالَى، أَمَّا الْمَالُ فَيَسْتَوْفِي (و) قَطْعًا، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْقَتْلِ، وَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، إِنْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ، وَلَوْ رَجَعَ وَلِيَّ الْقَاضِي، وَهُوَ الَّذِي بَاشَرَ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَالشَّاهِدُ مَعَهُ كَالْمُنْسِكِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْمُرْكَبِيُّ إِذَا رَجَعَ كَالْمُنْسِكِ مَعَ الشَّاهِدِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: أَخْطَأْتُ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْعَامِدِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكٌ خَاطِئٌ. وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: تَعَمَّدْتُ وَأَخْطَأَ شَرِيكِي، فَفِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ وَلَكِنْ مَا عَلِمْتُ؛ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي، فَلَا قِصَاصَ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْبًا يُقْتَلُ الْمَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ^(١)، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرِيضٌ، وَجِبَ الْقِصَاصُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ.

(الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي البُضْعِ)، فَإِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الشَّهَادَةِ عَلَى الطَّلَاقِ، وَبَعْدَ الْقَضَاءِ، نَفَذَ الطَّلَاقَ، وَعَلَيْهِمْ (ح م) الغُزْمُ، وَكَذَا فِي العِنَقِ وَالرِّضَاعِ الْمُحَرَّمِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى الْمَالِ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، أَوْ عَشْرٌ، فَيَنْصَفُ الغُزْمَ عَلَى الْمَرْأَةِ^(٢)، وَيَنْصَفُهُ عَلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى رِضَاعِ مُحَرَّمٍ وَعَشْرٍ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدْسٌ، وَعَلَى كُلِّ أَمْرَأَةٍ نِصْفُ سُدْسٍ، وَيُنزَلُ كُلُّ أَمْرَأَتَيْنِ مَنزِلَةَ رَجُلٍ؛ لِأَنَّ هَذَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسْوَةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ شَطْرُهُ عَلَى الرَّجُلِ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا أَرْبَعٌ نِسْوَةٍ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لَا غُزْمَ؛ لِقِيَامِ مَا يَسْتَقِيلُ بِكَوْنِهِ حُجَّةً.

وَقِيلَ: يَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا ثَلَاثَ نِسْوَةٍ، فَفِي وَجْهِ: تَجِبُ حِصَّتُهُمْ.

وَعَلَى الصَّحِيحِ: يَجِبُ عَلَى جَمِيعِ الرَّاجِعِينَ رُبُعُ الغُزْمِ؛ إِذَا لَمْ يَبْتَطِلْ إِلَّا رُبُعَ الحُجَّةِ.

وَفِي وُجُوبِ الغُزْمِ عَلَى شُهُودِ الإِحْصَانِ مَعَ شُهُودِ الزَّانَا ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): لَا يَجِبُ شَيْءٌ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَجِبُ الشَّطْرُ عَلَيْهِمْ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَجِبُ الثَّلَثُ عَلَيْهِمْ؛ إِذْ أَقْلُ شَهَادَةِ الإِحْصَانِ اثْنَانِ، وَأَقْلُ شَهَادَةِ الزَّانَا أَرْبَعَةٌ.

فَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهُودِ الزَّانَا وَالإِحْصَانِ، اجْتَمَعَ مِنَ الأَصُولِ أَقْوَالٌ لَا تَخْفَى، وَالقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي أَنَّ شُهُودَ التَّغْلِيْقِ فِي الطَّلَاقِ، هَلْ يَغْرَمُ مَعَهُمْ شُهُودُ الصَّفَةِ أَوْ يَنْفَرِدُ شُهُودُ التَّغْلِيْقِ بِالغُزْمِ.

(١) قال الرافعي: «ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح إلى آخره» المسألة المذكورة من قبل. [ت]

(٢) في أ: الرجل.

(الطَّرْفُ الثَّلَاثُ): الرُّجُوعُ فِي عَيْنِ مَالٍ يُتَوَقَّعُ رُجُوعُهُ بِإِقْرَارِ الْخَصْمِ، هَلْ يُوجِبُ الْغُزْمَ فِي الْحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

أَمَّا إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الشَّاهِدِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، بَانَ بَطْلَانُ الْقَضَاءِ^(١)، وَأَنْدَفَعَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَتْلِ، وَجِبَ الْغُزْمُ عَلَى الْقَاضِي؛ لِخَطِيئِهِ، وَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الشُّهُودِ كَلَامٌ سَبَقَ فِي مَوْضِعِهِ.

(١) قال الرافعي: أما إذا ظهر كون الشاهد عبدين أو كافرين أو صبيين بان بطلان القضاء الصورة المذكورة في آخر الباب الأول من «الشهادات». [ت]

كِتَابُ الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ

وَمَجَامِعُ الْخُصُومَاتِ تَدُورُ عَلَى خَمْسَةِ: الدَّعْوَى، وَالْجَوَابِ، وَالْيَمِينِ، وَالْتُكُولِ، وَالْبَيِّنَةِ.
(الأول: الدعوى)، وفيه مسائل:

(الأول): فِيمَنْ يَخْتِاجُ إِلَى الدَّعْوَى، وَمَنْ غُصِبَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَقَدَرَ عَلَى اسْتِزْدَادِهِ قَهْرًا مِنْ غَيْرِ تَحْرِيكِ فِتْنَةٍ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ يَلْزَمَهُ الرَّفْعُ إِلَى الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَ حَقُّهُ عُقُوبَةً، فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْنًا، وَمَنْ عَلَيْهِ مَقْرٌ مُمَاطِلٌ، فَلَا بُدَّ (و) مِنْ رَفْعِهِ^(١) وَإِنْ كَانَ يَتَعَدَّرُ رَفْعُهُ بِتَعَزُّرِهِ أَوْ تَوَارِيهِ، فَإِنْ ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، فَلَهُ أَخْذُهُ (م)، وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَفِرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ، فَقَوْلَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ (ح)، فَيَرْفَعُهُ إِلَى الْقَاضِي؛ حَتَّى يَبِيعَ فِي حَقِّهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْمَالَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقْبَلُ بِالْبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ^(٢).

وَقِيلَ: بَلْ يَتَمَلَّكُ مِنَ الْعَيْنِ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ.

وَلَوْ تَلَفَ قَبْلَ الْبَيْعِ وَالتَّمَلُّكِ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ إِلَى الْبَيْعِ، حَتَّى تَقْصَتِ الْقِيَمَةَ، فَهُوَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْفَرْ إِلَّا بِمَتَاعٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ، لَمْ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ تَلَفَ، لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ فِي حَقِّهِ فِي أَخْذِهِ؛ حَتَّى لَوْ نَقَبَ الْجِدَارَ؛ لِيَأْخُذَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَرْشُ التَّقْبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحًا، فَأَخَذَ الْمُتَكَسِّرَةَ، وَرَضِيَ بِهَا، جَازَ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ، لَمْ يَجُزْ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَ بِالذَّنَائِيرِ، وَيَشْتَرِيَ بِهَا جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَوْ جَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَلَهُ عَلَى الْمُسْتَحِقِّ مِثْلُهُ، جَازَ لَهُ أَيْضًا أَنْ يَجْحَدَ، وَيَخْصُلَ التَّقَاصُ لِلضَّرُورَةِ.

(الثانية: في حد المدعي)، وفيه قولان:

(أحدهما): أَنَّهُ الَّذِي يُحَلِّي وَسُكُوتَهُ.

(والثاني): أَنَّهُ الَّذِي يَدَّعِي أَمْرًا خَفِيًّا عَلَى خِلَافِ الظَّاهِرِ، فَلَوْ أَسْلَمَا قَبْلَ الْمَسِيَسِ، فَقَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا، وَالتَّكَاخُ (و) دَائِمٌ بَيْنَنَا، وَقَالَتْ: بَلْ عَلَى التَّعَاقِبِ، فَالزُّوجُ هُوَ الَّذِي خُلِّي وَسُكُوتُهُ، لَكِنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ الَّتِي تَدَّعِي أَمْرًا ظَاهِرًا، فَإِنَّ تَسَاوُقَ الْإِسْلَامِ بَعِيدٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُخْرِجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَأَمَّا الْمُدَّعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ، صُدِّقَ بِبَيِّنَةٍ لِلرُّخْصَةِ، وَلِأَنَّهُ اعْتَرَفَ لَهُ بِالْأَمَانَةِ، ثُمَّ حَدَّ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةَ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُلْزِمَةً؛ فَلَوْ قَالَ: عَلَيْهِ شَيْءٌ، لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: وَهَبَ مِنِّي،

(١) قال الراعي: «إن كان حقه دينًا، ومن عليه مقر مماطل، فلا بد من رفعه إلى القاضي» هذا وجه والثاني:

أنه يلزمه المرافعة، ويستقل بالأخذ من ماله وقد ذكر القاضي أبو الطيب والرويانى أنه الأصح. [ت]

(٢) قال الراعي: «فإن قلنا: يأخذ فرفعه إلى القاضي . . . إلى قوله: وقيل: إنه يستقل بالبيع بجنس حقه»

سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني. [ت]

أَوْ بَاعَ، لَمْ يُسْمَعْ؛ حَتَّى يَقُولَ: وَيَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ.

(الثَّالِثَةُ): مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْلَفَ الْمُدَّعِي، مَا لَمْ يَقْدَمْ دَعْوَى صَحِيحَةً؛ كَبَيْعِ أَوْ إِبْرَاءِ، فَلَوْ أَدَّعَى فِسْقَ الشُّهُودِ، وَعَلِمَ الْخَضْمُ بِهِ، فَهَلْ يُحْلَفُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوْ أَدَّعَى؛ أَنَّهُ أَقْرٌ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَيْسَ عَيْنَ الْحَقِّ؛ وَكَذَا إِذَا أَدَّعَى مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ بِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ مَرَّةً، وَأَرَادَ يَمِينَهُ، فَفِي كُلِّ ذَلِكَ وَجْهَانِ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ الْحَقِّ، لَكِنْ يَنْفَعُ فِي الْحَقِّ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَخْلِيفُ الشَّاهِدِ وَالْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَنْفَعُ تَكْذِيبُهُمْ أَنْفُسَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ قَالَ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ: أُمَّهُلُونِي، فَلِي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، أُمَّهَلْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَقِيلَ: يَوْمٌ وَاحِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي، فَحَلَفُوهُ، يَخْلِفُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكَّلَكَ، وَكَذَّبَهُ، اسْتَوْفَى فِي الْحَالِ^(١).

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي عَنِ الدَّعْوَى، فَهَذَا لَا يُسْمَعُ، إِذْ لَا مَعْنَى لِلْإِبْرَاءِ عَنِ الدَّعْوَى.

(الخَامِسَةُ): يَنْبَغِي أَنْ يَدَّعِيَ فِي النِّكَاحِ؛ أَنَّهُ تَرَوَّجَهَا بَوْلِي وَشَاهِدَيْنِ وَرِضَاهَا، فَإِنْ أُطْلِقَ، فَالْتَصُّ أَنَّهُ لَا يُسْمَعُ (ح م).

وَفِي الْبَيْعِ يُسْمَعُ.

وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ^(٢).

وَلَوْ قَالَ: هِيَ زَوْجَتِي، كَفَاءَ الْإِطْلَاقِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)^(٣).

وَدَعْوَى الْقِصَاصِ لَا بُدَّ (و) مِنْ تَفْصِيلِهَا، لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَدَّعِيَ بَيْعًا صَحِيحًا، فَيَذْكَرُ الصَّحَّةَ.

(السَّادِسَةُ): دَعْوَاهَا الزَّوْجِيَّةَ لَا تُسْمَعُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، مَا لَمْ يُتَعَرَّضَ لِمَهْرٍ أَوْ نَفَقَةٍ^(٤).

فَإِنْ قُلْنَا: يُسْمَعُ، فَهَلْ تَنْدَفِعُ بِمُجَرَّدِ إِنكَارِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؛ مَاخُذُهُ أَنَّ الْإِنْكَارَ طَلَاقٌ أَمْ لَا حَتَّى لَوْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ يُسَلِّمُ الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ، وَفِيهِ خِلَافٌ.

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أبرأني موكلك وكذبه استوفى في الحال» ذكره مرة في القضاء على الغائب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن أطلق فالنص أنه لا يسمع، وفي البيع يسمع، وقيل: قولان بالنقل والتخريج» هذا يشعر بأن الأصحاب جرى بعضهم على تقرير النِّصْنِ، وتصرف بعضهم فيهما بالنقل والتخريج على المعهود في النِّظَائِرِ، لكن الكتب ساكتة عن النص في البيع، وعن النقل والتخريج. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: هي زوجتي كفاء الإطلاق على الصحيح» الظاهر عند الأصحاب أنه كدعوى ابتداء النكاح. [ت]

(٤) قال الرافعي: «دعواها الزوجية لا تسمع ما لم يتعرض لمهر أو نفقة» قد ذكر المسألة في «النكاح» حيث قال: «لكن ادعى زوجية مطلقة، ففي سماع مثل هذه الدعوى وجهان». [ت] وقال أيضاً: «دعواها الزوجية لا تسمع على الأصح.. إلى آخره» ميل الأكثرين إلى أنها تسمع. [ت]

(السَّابِعَةُ): الْعَبْدُ إِذَا أَدَّعَى؛ أَنَّهُ حُرٌّ الْأَضْلَى، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ أَدَّعَى الْإِعْتِقَاقَ، فَعَلَيْهِ الْبَيْتَةُ، وَالصَّغِيرُ الْمُمَيِّزُ، هَلْ يُقْبَلُ دَعْوَاهُ الْحُرِّيَّةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُسْمَعُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ، سَمِعَتْ، وَصُدِّقَ بِيَمِينِهِ^(١)، وَلَا تَأْيِيرَ لِلْيَدِ وَإِنْطَالَ الدَّعْوَى السَّابِقَةَ.

وَيَجُوزُ شِرَاءُ الْعَبْدِ الْبَالِغِ؛ أَعِيْمَادًا عَلَى ظَاهِرِ الْيَدِ، مَعَ سُكُوتِ الْعَبْدِ.
وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ.

(الثَّامِنَةُ): الدَّعْوَى بِالذَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ بِهِ شَيْءٌ فِي الْحَالِ، وَدَعْوَى الْأَسْتِيلَادِ تُسْمَعُ، وَدَعْوَى التَّذْيِيرِ وَتَغْلِيْقِ الْعِنَقِ بِصِفَةِ كَالذَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ.

(التَّاسِعَةُ): لَوْ سَلَّمَ تَوْبًا، قِيَمَتُهُ خَمْسَةٌ إِلَى دَلَالٍ؛ لِبَيْعِهِ بِعَشْرَةٍ، فَجَحَدَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لِي عَلَيْهِ تَوْبٌ، إِنْ تَلَفَ، فَعَلَيْهِ خَمْسَةٌ، وَإِنْ بَاعَ، فَعَلَيْهِ عَشْرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا، فَعَلَيْهِ رَدُّ التَّوْبِ، وَيُقْبَلُ مَعَ التَّرَدُّدِ لِلْحَاجَةِ.

وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُعَيَّنَ كُلُّ قِسْمٍ فِي دَعْوَى.

ثُمَّ إِذَا نَكَلَ عَنِ وَاحِدٍ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِنُكُولِهِ عَلَى كَذِبِهِ، فَيَحْلَفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: جَوَابُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)، وَهُوَ إِقْرَارٌ أَوْ إِنْكَارٌ؛ إِذِ السُّكُوتُ كَالْإِنْكَارِ.

وَقَوْلُهُ: «لِي عَنِ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ»، أَوْ «لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ» اسْتِهْزَاءٌ وَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ، فِيهِ مَسَائِلٌ:

(الْأُولَى): لَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ عَشْرَةٌ، فَقَالَ: لَا يَلْزُمُنِي الْعَشْرَةُ، لَمْ يَكْفِهِ الْيَمِينُ مُطْلَقًا، بَلْ يَخْلِفُ بِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ عَشْرَةٌ، وَلَا شَيْءٌ مِنْهَا، فَإِنْ أَقْتَصَرَ، كَانَ نَائِلًا عَنِ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ الْعَشْرَةِ، وَلِلْمُدَّعَى أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْعَشْرَةِ إِلَّا شَيْئًا، إِلَّا إِذَا أَصَافَ إِلَى عَقْدٍ بِأَنْ قَالَتْ: نَكَحْتَنِي بِخَمْسِينَ، فَحَلَفَ أَنَّهُ نَكَحَ لَا بِخَمْسِينَ^(٢)؛ فَلَا يُمَكِّنُهَا الْحَلْفُ عَلَى مَا دُونَ الْخَمْسِينَ؛ لِإِنْفِاضِ الدَّعْوَى.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: مَزَّفَتْ تَوْبِي، وَلِي عَلَيْكَ الْأَرْشُ، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزُمُنِي الْأَرْشُ، وَلَا يَلْزُمُهُ التَّعَرُّضُ لِلتَّمْرِيقِ؛ وَكَذَا إِذَا أَدَّعَى مِلْكَ، أَوْ دِينَ، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزُمُنِي التَّسْلِيمُ، فَإِنْ كَانَ الْمَلِكُ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، وَخَافَ أَنْ أَقْرَأَ أَنْ يُطَالَبَ بِالْبَيْتَةِ، فَقَدْ قِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْيَدَ تُصَدِّقُهُ فِي الرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ، فَحِيلَتُهُ أَنْ يُفْضَلَ الْجَوَابُ، وَيَقُولَ: إِنْ

(١) قال الرافعي: «فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» المسألة مذكورة في اللقيط حيث قال: فإن بلغ، وانكر ففي انتفاء الرق وجهان لكنه أرسل ذكر الوجهين هناك، وهاهنا رجح وقال أيضاً: «فإن قلنا: لا تسمع، فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» الأرجح عند أكثرهم خلافه.

[ت]

(٢) قال الرافعي: «فأقر أنه نكح لا بالخمسين» هذا لا حاجة إليه في التصوير فإنها تطلب الصداق، ولا فرق فيه إذا نكل بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر. [ت]

أَدْعَيْتُ مِلْكَاً مُطْلَقاً، فَلَا يَلْزُمُنِي التَّسْلِيمُ، وَإِنْ أَدْعَيْتُ مَرْهُوناً عِنْدِي، فَحَتَّى أَجِيبَ.
وَقِيلَ: هَذَا لَا يُسْمَعُ مُرَدِّدَاً، وَلَكِنَّ حِيلَتَهُ أَنْ يُنْكَرَ مِلْكَهُ، إِنْ أَنْكَرَ هُوَ دَيْنَهُ، وَبَلَّتْ إِلَى الظَّفْرِ
بِغَيْرِ جِنْسٍ حَقِّهِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا أَدْعَى عَلَيْهِ مِلْكَاً، فَقَالَ: لَيْسَ لِي إِثْمًا هُوَ وَقَفْتُ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ عَلَى وَلَدِي، أَوْ
هُوَ مِلْكٌ لِي، أَنْصَرَفَتِ (و) الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَا يُمَكِّنُ تَخْلِيْفُ الطِّفْلِ وَلَا وَلِيَّهُ (و)، وَلَا يُنْجِي إِلَّا
الْبَيْتَةَ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ لِي، أَوْ هُوَ لِمَنْ لَا أَسْمِيهِ، لَمْ يَنْصَرِفْ عَنْهُ الْخُصُومَةُ.
وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ الْقَاضِي إِلَى أَنْ يُقِيمَ حُجَّةً لِمَالِكٍ.

وَلَوْ قَالَ: هُوَ لِغُلَّانٍ، فَيَخْضُرُ، فَإِنْ صَدَقَهُ، أَنْصَرَفَتِ الْخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَوْ كَذَبَهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ
الْقَاضِي يَأْخُذُهُ؛ لِتَبَيَّنِ مُسْتَحَقَّهُ.

وَقِيلَ: يُسَلَّمُ إِلَى الْمُدْعِي؛ إِذْ لَا مُنَازَعَ لَهُ.

وَقِيلَ: يُتْرَكُ فِي يَدِهِ إِلَى قِيَامِ حُجَّةٍ.

وَلَوْ أَصَافَ إِلَى غَائِبٍ، فَفِي أَنْصِرَافِ الْخُصُومَةِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ، يُعْرَضُ عَلَيْهِ
الْيَمِينُ؛ حَتَّى يَسْتَفِيدَ الْمُدْعِي بِنُكُولِهِ الْيَمِينِ وَأَنْتِزَاعِ الشَّيْءِ مِنْ يَدِهِ، أَوْ يُقِيمَ الْبَيْتَةَ، وَيَأْخُذُ ثَمَنَهُ، ثُمَّ
الْغَائِبُ إِنْ رَجَعَ، كَانَ هُوَ صَاحِبَ الْيَدِ، فَيَسْتَأْنِفُ الْخُصُومَةَ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ عَنْهُ، فَلَوْ كَانَ لِلْمُدْعِي بَيْتَةٌ، فَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، فَيَخْتِاجُ إِلَى يَمِينِ
مَعَهُ، فَلَوْ كَانَ لِصَاحِبِ الْيَدِ بَيْتَةٌ عَلَى أَنَّهُ لِلْغَائِبِ، سُمِعَتْ إِنْ أَثَبَّتْ وَكَالَتْ نَفْسَهُ، وَقَدَّمَتْ عَلَى بَيْتَةِ
الْمُدْعِي، فَإِنْ لَمْ يُثَبِّتِ الْوَكَالَتَةَ، فَهَلْ يُسْمَعُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ لِلْمُدْعِي تَخْلِيْفَهُ؛ رَجَاءً أَنْ يَقَرَّ لَهُ، فَيُعَزَّمُ
بِالْحَيْلُولَةِ، فَلَهُ عَرْضٌ فِي إِقَامَةِ الْبَيْتَةِ؛ لِيُصْرَفَ هَذِهِ الْيَمِينِ عَنْ نَفْسِهِ؟ فِيهِهِ وَجْهَانِ؛ أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا
يُسْمَعُ؛ إِذْ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا وَكِيْلٍ، فَإِنْ أَدْعَى لِنَفْسِهِ عُلُقَةَ رَهْنٍ أَوْ إِجَارَةَ، فَوَجْهَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ
يُسْمَعُ، فَإِنْ سُمِعَتْ لِصَرْفِ الْيَمِينِ عَنْهُ، فَبَيْتَةُ الْمُدْعِي فِي الْحَالِ مُقَدَّمَةٌ، فَإِنْ رَجَعَ الْغَائِبُ، وَأَعَادَ
الْبَيْتَةَ، قُدِّمَتْ بَيْتَتُهُ، وَإِنْ سَمِعْنَا لِعُلُقَةِ الْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ، فَأَيُّ الْبَيْتَيْنِ يُقَدَّمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ
تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ عَنْهُ، فَلِلْمُدْعِي تَخْلِيْفُهُ؛ بِنَاءٍ عَلَى الْأَصَحِّ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الثَّانِي عُزْمَ لَهُ الْفَيْمَةَ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ صَرَخَ فِي نِزَاعِ
الْمُدْعِي؛ بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكُ الْبَائِعِ، فَفِي الرُّجُوعِ وَجْهَانِ؛ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَلَوْ أَخَذَ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ،
فَأَحْبَلَهَا، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَالْجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا لِلْمَقْرَّرِ لَهُ مَعَ الْمَهْرِ.
وَقِيلَ: إِنَّ الْجَارِيَةَ لِلْمَقْرَّرِ لَهُ، إِنْ أَقَرَّتْ بِصَدَقِهِ فِي الرُّجُوعِ.

(الخَامِسَةُ): جَوَابُ دَعْوَى الْقِصَاصِ عَلَى الْعَبْدِ يُطْلَبُ مِنَ الْعَبْدِ، وَدَعْوَى الْأَرْضِ يُطْلَبُ جَوَابُهَا
مِنَ السَّيِّدِ، وَلَكِنَّ لَهُ تَخْلِيْفُ الْعَبْدِ، لِتَعَلُّقِ بَدَنَتِهِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِدَنَتِهِ، وَسَمِعْنَا الدَّعْوَى بِالذَّيْنِ
الْمَوْجَلِّ أَيْضًا، وَإِذَا أَدْعَى، وَلَمْ يَخْلِفْ، وَقَالَ: لِي بَيْتَةٌ، فَاطْلُبُوا مِنْهُ كَفِيلًا، لَمْ يَلْزَمْهُ (و) ذَلِكَ،

وَأِنْ جَرَى بِهِ رَسْمُ الْقُضَاةِ، وَإِذَا أَقَامَ، فَلَهُ (و) طَلَبُ الْكَفِيلِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ.

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: فِي الْخَلْفِ): وَالنَّظَرُ فِي الْخَلْفِ وَالْحَالِفِ وَالْمَخْلُوفِ عَلَيْهِ وَالْحُكْمِ.

(أَمَّا الْخَلْفُ)، فَيَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِيمَا (و م) هُوَ دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَلَوْ أَنْكَرَ السَّيِّدُ عِنْتُ عَبْدٍ خَسِيسٍ، لَمْ تُغْلَظْ (و) يَمِينُهُ، فَإِنْ نَكَلَ، غُلِّظَ عَلَى الْعَبْدِ، لِأَنَّهُ مُدَّعِي الْعِنْتِ، وَكُلُّ مَا لَا يَبْثُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ يَجْرِي فِي التَّغْلِيظِ، وَيَجْرِي أَيْضًا فِي عُيُوبِ النِّسَاءِ، وَكَيْفِيَّتِهِ وَكَوْنُهُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مُسْتَحَبًّا ذَكَرْنَاهُ فِي اللَّعَانِ، وَيُغْلَظُ (و) عَلَى الْمُخَدَّرَةِ بِحُضُورِ الْجَامِعِ، وَلَا تُذَرُّ بِالتَّخَدُّرِ، وَشَرَطُ الْيَمِينِ أَنْ يَطَابِقَ الْإِنْكَارَ، وَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ عَرْضِ الْقَاضِي، فَلَوْ بَادَرَ قَبْلَ طَلَبِ الْقَاضِي، لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ.

(وَأَمَّا الْمَخْلُوفُ عَلَيْهِ)، فَيُخَلَفُ عَلَى الْبَيْتِ فِي كُلِّ مَا يَنْسِبُهُ إِلَى نَفْسِهِ مِنْ نَفْيٍ أَوْ إِثْبَاتٍ، وَيُخَلَفُ عَلَى الْبَيْتِ فِي الْإِثْبَاتِ الْمَنْسُوبِ إِلَى غَيْرِهِ، كَتَبِيعِ، وَفِي النَّفْيِ يَكْفِي الْخَلْفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، يَقُولُ: لَا أَعْلَمُ عَلَى مُورِثِي دِينًا، وَلَا أَعْلَمُ مِنْهُ إِلَّافًا وَبَيْعًا، وَهَلْ يَبْثُ فِي نَفْيِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ عَنِ الْعَبْدِ؟ وَجِهَانِ، وَفِي نَفْيِ الْإِثْلَافِ عَنِ بَهِيمَتِهِ الَّتِي قَصَرَ بِتَسْرِيحِهَا، يَجِبُ الْبَيْتُ، ثُمَّ يَحِلُّ لَهُ الْيَمِينُ الْبَيْتُ بِظَنِّ يَخْضُلُ لَهُ؛ مِنْ خَطِّ، أَوْ قَرِينَةٍ حَالٍ؛ مِنْ نُكُولِ حَضْمٍ وَغَيْرِهِ، وَيُنْظَرُ فِي الْيَمِينِ إِلَى بَيْتِ الْقَاضِي وَعَقِيدَتِهِ، فَلَا يَصِحُّ تَوْرِيئُهُ الْحَالِفِ، وَلَا قَوْلُهُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي، وَلَا يَحِلُّ لِلشَّفَعَوِيِّ أَنْ يَخْلَفَ عِنْدَ الْقَاضِي الْحَتِّيِّ عَلَى نَفْيِ اللُّزُومِ فِي شَفَعَةِ الْجَارِ؛ بِتَأْوِيلِ أَعْتِقَادِ نَفْسِهِ، بَلْ إِذَا أَلْزَمَهُ الْقَاضِي، صَارَ لَارِمًا ظَاهِرًا، وَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلَفَ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَاطِنًا؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مُجْتَهِدًا، لَمْ يَلْزَمُهُ، وَإِنْ كَانَ مُقْلَدًا، يَلْزَمُهُ بَاطِنًا.

(وَأَمَّا الْحَالِفُ)، فَهُوَ كُلُّ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ دَعْوَى صَحِيحَةٍ، فَيُخَلَفُ (ح م) فِي إِنْكَارِ النَّسَبِ وَالْوَلَاةِ وَالرَّجْعَةِ (ح) وَالتَّكَاحِ وَالظَّهَارِ وَالْإِبْلَاءِ، وَلَا يَخْلَفُ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ إِذْ لَا نِزَاعَ فِيهَا، وَلَا يَخْلَفُ الْقَاضِي وَالشَّاهِدُ^(١)، وَيَخْلَفُ الْقَاضِي بَعْدَ الْعَزْلِ^(٢)، وَلَا يَخْلَفُ الصَّبِيُّ إِذَا أَدَّعَى الْبُلُوغَ، بَلْ يُصَدَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يَخْلَفْ، بَلْ يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ، إِلَّا الصَّبِيَّ الْمُشْرِكَ إِذَا أَدَّعَى أَنَّهُ اسْتَنْبَتَ الشَّعْرَ بِالْعِلَاجِ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَخْلَفْ، قُتِلَ.

وَقِيلَ: يُحْبَسُ، حَتَّى يَبْلُغَ، ثُمَّ يَخْلَفَ، فَإِنْ نَكَلَ، قُتِلَ.

وَلَا يَخْلَفُ الْوَصِيُّ وَالْقَيْمُ؛ إِذْ لَا يُقْبَلُ إِفْرَاؤُهُمَا، أَعْنِي بِالذَّيْنِ عَلَى الْمَيْتِ، وَلَا يَخْلَفُ (ح ز و) مَنْ يُنْكِرُ الْوَكَاةَ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ؛ فَإِنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكَيْلٌ، فَيَجُوزُ جُحُودُ الْمُوَكَّلِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ بِالْحُصُومَةِ إِقَامَةَ الْبَيْتَةِ عَلَى وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْحَضْمِ؟ فِيهِ وَجِهَانٌ.

(وَأَمَّا حُكْمُ الْيَمِينِ)، فَهُوَ أَنْقِطَاعُ الْحُصُومَةِ فِي الْحَالِ، لَا بَرَاءَةُ الذَّمَّةِ، بَلْ لِلْمُدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ؛

(١) قال الرافعي: «ولا يخلف القاضي والشاهد» هذا قد سبق في آخر الباب الأول من أدب القضاء، ومرة أخرى في الدعوى. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويخلف القاضي بعد العزل» هذا وجه والميل إلى الآخر أكثر. [ت]

أَنْ يُقِيمَ الْبَيْتَةَ، وَيَعْتَدِرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ؛ أَلَّا لَهُ بَيْتَةٌ^(١)، فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا بَيْتَةَ لَهُ حَاضِرَةً وَغَائِبَةً، فَبِئْسَ الْقَبُولُ وَجَهَانٌ.

وَلَوْ قَالَ: كَذَبَ شُهُودِي، بَطَلَتِ الْبَيْتَةُ، وَفِي بَطْلَانِ دَعْوَاهُ وَجَهَانٍ؛ فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَبْطُلُ، فَأَدَّعَى الْخَضْمُ إِقْرَارَهُ بِكَذِبِ الشُّهُودِ، وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ شَاهِدًا، وَيَخْلِفَ مَعَهُ؛ لِيَسْقِطَ الْبَيْتَةَ، لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الطَّعْنَ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْطُلُ دَعْوَاهُ، جَارَتْ الْحُجَّةُ النَّاقِصَةُ؛ لِإِسْقَاطِ الدَّعْوَى بِالْمَالِ، وَلَوْ قَالَ: حَلَفْتَنِي مَرَّةً، فَلْيَخْلِفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفْتَنِي، سَمِعَ عَلِيُّ أَحَدَ الْوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَجَابَهُ بِأَنَّهُ حَلَفْتَنِي مَرَّةً عَلَيَّ أَنِّي مَا حَلَفْتُهُ، فَلْيَخْلِفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفْتَنِي، لَمْ يُسْمَعْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَسَلَّلُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: التُّكُولُ)، وَلَا يَبْتُثُ (م) الْحَقُّ بِهِ، وَلَكِنْ تُرَدُّ عَلَيَّ الْمُدَّعِي، إِذَا تَمَّ تَكْوُلُهُ، وَيَتِمُّ بِأَنْ يَقُولَ: لَا أَخْلِفُ، أَوْ أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ سَكَتَ، وَقَالَ الْقَاضِي: فَضِيحٌ بِالتُّكُولِ، أَوْ قَالَ لِلْمُدَّعِي: أَخْلِفْ، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَعْزِضَ الْقَاضِي الْيَمِينَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَيَشْرَحَ لَهُ حُكْمَ التُّكُولِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَحْ، وَقَضَى بِالتُّكُولِ، فَرَجَعَ، وَقَالَ: لَمْ أَعْرِفْ حُكْمَ التُّكُولِ، فَبِئْسَ جَوَازِ الْحَلْفِ خِلَافٌ (و).

وَحَيْثُ مَنَعْنَاهُ، فَلَوْ رَضِيَ الْمُدَّعِي بِيَمِينِهِ، فَبِئْسَ جَوَازِهِ وَجَهَانٍ، ثُمَّ الْمُدَّعِي، إِنْ نَكَلَ، فَتَكْوُلُهُ كَحَلْفِ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ، فَلَوْ حَلَفَ فَهُوَ كإِقْرَارِ الْخَضْمِ أَوْ كَبَيْتِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْحَقَّ بِهِ، وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي: أَمْهَلُونِي، أَمْهَلْنَاهُ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهُ عَلَيَّ اخْتِيَارِهِ فِي تَأْخِيرِ الطَّلَبِ، أَمَّا الْمُدَّعِي عَلَيْهِ، فَلَا يُمَهَّلُ، فَلَوْ لَمْ يَزَجِعْ بَعْدَ ثَلَاثٍ، بَطَلَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ، وَكَانَ كَتَكْوُلِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ عَلَيَّ خَيْرٌ مِنْهُ أَبَدًا.

وَكَذَا الْكَلَامُ فِيمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِدًا، وَأَرَادَ أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ، ثُمَّ نَكَلَ، فَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ، إِلَّا بَيْتَةً كَامِلَةً، وَيَعْتَدِرُ رَدُّ الْيَمِينِ حَيْثُ يَكُونُ الْمُدَّعِي السُّلْطَانَ.

فَإِنْ نَكَلَ رَبُّ مَالِ الرِّكَاءِ، لَمْ يَخْلِفِ السَّاعِي، بَلْ يُقْضَى بِالتُّكُولِ؛ عَلَيَّ وَجْهٌ.

وَيُحْبَسُ؛ عَلَيَّ وَجْهٌ حَتَّى يَخْلِفَ أَوْ يُقِرَّ، وَالذَّمُّ إِذَا أَدَّعَى؛ أَنَّهُ أَسْلَمَ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ السَّنَةِ، ثُمَّ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، فَيُحْبَسُ؛ عَلَيَّ وَجْهٌ.

وَيُقْضَى عَلَيْهِ؛ عَلَيَّ وَجْهٌ.

وَلَا يُطَلَّبُ مِنْهُ شَيْءٌ؛ عَلَيَّ وَجْهٌ.

وَوَلَدُ الْمُزْتَرِّقَةِ، إِذَا أَدَّعَى الْبُلُوعَ، وَائْتِهَمَ، وَنَكَلَ، لَمْ يَبْتُثُ (و) أَسْمُهُ إِلَى أَنْ يُعْلَمَ بُلُوعُهُ.

وَمَنْ مَاتَ، وَلَا وَاثَرَ لَهُ، فَأَدَّعَى الْقَاضِي لَهُ دَيْنًا عَلَيَّ إِنْسَانٍ، فَنَكَلَ، حُسْبٌ؛ عَلَيَّ وَجْهٌ؛

(١) قال الراعي: «ويعتذر بأنه لم يعلم أن له بيعة» هذا لا يشترط في صورة المسألة، بل له إقامة البيعة، وإن لم يعتذر فلو لم يذكره لم تضر. [ت]

حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يَخْلِفَ .

وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالْمَالِ؛ عَلَى وَجْهِ .

وَيُتْرَكُ؛ عَلَى وَجْهِ، وَهُوَ أَبْعَدُ هَهُنَا مِنْهُ فِي الدَّمِيِّ .

(الرُّكْنُ الْخَامِسُ الْبَيِّنَةُ)، وَقَدْ ذَكَرْنَا شُرُوطَهَا، فَإِنْ تَعَارَضَتَا، وَلَا تَرْجِيحَ؛ فَلَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُدْعَى فِي أَيْدِيهِمَا، أَوْ فِي يَدِ ثَالِثٍ .

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَالْبَيِّنَتَانِ يَتَسَاقَطَانِ (ح)؛ عَلَى قَوْلٍ .

وَتُوجِبُ الْقِسْمَةَ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ .

وَيُقِرُّ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ؛ فَيَسْلَمُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ .

وَيُتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَا يَجْرِي قَوْلُ الْقِسْمَةِ وَالصُّلْحِ فِي (و) الزَّوْجَةِ الْمُتَنَازَعَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ^(١) وَفِي جَرِيَانِ قَوْلِ الْقُرْعَةِ خِلَافًا، فَإِذَا تَكَادَبَتِ الْبَيِّنَتَانِ صَرِيحًا، لَمْ يَتَّجِهْ إِلَّا التَّهَاتُرُ؛ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْقَتْلِ فِي وَقْتٍ، وَشَهِدَ الْآخَرُ عَلَى الْحَيَاةِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ نَفْسِهِ .
وَقِيلَ بِطَرْدِ بَقِيَّةِ الْأَقْوَالِ ^(٢) أَيْضًا .

وَلَوْ أَقَرَّ الثَّالِثُ لِأَحَدِهِمَا، فَهَلْ يُنْزَلُ إِفْرَاؤُهُ مِنْزَلَةَ الْيَدِ حَتَّى تَرْجَحَ الْبَيِّنَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ فِي يَدَيْهِمَا، وَلَا يَخْفَى إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ أَنْ تَجْرِيَ الْأَقْوَالُ، وَلَكِنْ إِذَا قُلْنَا بِالتَّهَاتُرِ، فَهَهُنَا تَبْقَى الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدْعٍ فِي النُّصْفِ مُدْعَى عَلَيْهِ فِي النُّصْفِ، فَيَخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَلَا يَلْزِمُهُ التَّعَرُّضُ لِلْإِثْبَاتِ بِخِلَافِ التَّحَالِفِ فِي التَّبَعِ؛ إِذِ النُّصْفُ هَهُنَا مُتَمَيِّزٌ عَنِ النُّصْفِ وَتَمَّةٌ؛ لَا يَتَمَيِّزُ الْمُدْعِي عَنِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ .

وَقِيلَ فِي وُجُوبِ الْجَمْعِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالتَّقْلُّ وَالتَّخْرِيجِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الْأَوَّلُ عَلَى النَّفْيِ، فَتَكَلَّ الثَّانِي، رُدَّ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، فَيَخْلِفُ عَلَى الْإِثْبَاتِ، وَإِنْ نَكَلَ الْأَوَّلُ الَّذِي بَدَأَ بِهِ الْقَاضِي؛ تَحَكُّمًا، أَوْ بِالْقُرْعَةِ، أُجْتَمَعَ عَلَى الثَّانِي يَمِينُ النَّفْيِ لِلنُّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ، وَيَمِينُ الْإِثْبَاتِ لِلنُّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ شَرِيكِهِ؛ فَيَكْفِيهِ يَمِينُ وَاحِدَةٍ تَجْمَعُ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ .

وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ .

أَمَّا إِذَا وُجِدَ التَّرْجِيحُ، فَمَدَارِكُ التَّرْجِيحِ ثَلَاثَةٌ .

(١) قال الرافعي: «ولا يجري قول القسمة، والصلح في الزوجة المتنازعة بين رجلين» الظاهر جريان قول

الصلح، وهو الوقف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإذا تكادبت البيئتان صريحاً... إلى قوله وقيل بطرد بقية الأقوال» الأول أرحح عند

صاحب الكتاب، والأشهر الثاني. [ت]

(الْمَدْرُكُ الْأَوَّلُ): قُوَّةُ الْحُجَّةِ؛ فَيُقَدَّمُ شَاهِدَانِ عَلَى شَاهِدٍ وَيَمِينٍ؛ فِي أَصْحَحِ الْقَوْلَيْنِ، فَلَوْ اقْتَرَنَتِ الْيَدُ بِالْحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ، فَوَجْهَانِ: (١)

(أَحَدُهُمَا): أَنَّ الْيَدَ أَوْلَى.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُمَا يَتَعَادَلَانِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ شُهُودٌ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ أَوْ أَعْدَلَ، فَلَا تَرْجِيحَ بِهِ (م)؛ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ أَضْلًا؛ بِخِلَافِ الرَّوَايَةِ؛ وَكَذَا لَا تَرْجِيحَ لِرَجُلَيْنِ عَلَى رَجُلٍ وَأَمْرَيْنِ.

(الْمَدْرُكُ الثَّانِي: الْيَدُ)، فَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ عَلَى بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، وَلَكِنْ إِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، وَلَوْ أَرَادَ إِقَامَتَهَا قَبْلَ دَعْوَى مُدَّعِي التَّنَجِيلِ، لَمْ يَجُزْ (و) وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الدَّعْوَى لِإِسْقَاطِ الْيَمِينِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ وَقَبْلَ التَّغْدِيلِ، فَوَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا أَقَامَ بَعْدَ إِزَالَةِ يَدِهِ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ، أَوْ أَدْعَى مِلْكَاً سَابِقاً، فَهَلْ يُقَدَّمُ بِسَبَبِ يَدِهِ الَّتِي سَبَقَ الْقَضَاءُ بِإِزَالَتِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَقَبْلَ التَّنْزِيلِ، فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَن تَقْدَمَ، ثُمَّ إِذَا قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ، فَهَلْ يَخْتِاجُ إِلَى أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ (و).

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْتَعْمَلُ بَيِّنَتَهُ إِلَّا فِي إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، فَيَبْقَى عَلَيْهِ الْيَمِينُ؛ كَمَا كَانَ.

(فَرْعَانِ):

(الْأَوَّلُ): الدَّاخِلُ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، فَأَدْعَى الشَّرَاءَ مِنَ الْمُدَّعِي، أَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ، فَأَدْعَى الْإِبْرَاءَ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً، سُمِعَتْ قَبْلَ إِزَالَةِ الْيَدِ وَتَوْفِيهِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً، طُولِبَ فِي الْوَقْتِ بِالتَّنْزِيلِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ، أَسْرَدَ.

(الثَّانِي): مَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِمِلْكِ، لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَ دَعْوَاهُ، حَتَّى يَدَّعِيَ تَلْقَى الْمِلْكَ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ، فَهَلْ يَخْتِاجُ بَعْدَهُ فِي الدَّعْوَى إِلَى ذِكْرِ التَّلْقَى مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ؛ إِذِ الْبَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ؛ فَلَهُ دَعْوَى الْمِلْكِ مُطْلَقًا.

(الْمَدْرُكُ الثَّلَاثُ: اشْتِمَالُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى زِيَادَةٍ)، وَهِيَ أَقْسَامٌ:

(الْأَوَّلُ) زِيَادَةُ التَّارِيخِ (٢)، فَإِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ، أَنَّهُ مَلَكَهُ مُنْذُ سَنَةٍ، وَالْأُخْرَى مُنْذُ سَنَتَيْنِ، فَفِي

(١) قال الرافعي: «فلو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة فوجهان... إلى آخرها» قيل: فيه قولان. ترجيح صاحب الكتاب اليد، وترجيح الآخر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «المدرك الثالث اشتمال إحدى البيئتين على زيادة وهي أقسام الأول: زيادة التاريخ»، ثم قال الطرف الثاني في العقود، والثالث في الموت ترتيب الكتاب من هنا إلى آخر الباب مضطرب، فإن زيادة التاريخ تدخل في العقود والموت، كما في الأموال المطلقة ولا ينبغي أن يدخل بعض أقسام التقسيم في بعض، ويجوز أن يقول في أول الركن تعارض البيئتين قد يقع في الأملاك، وقد يقع في غيرها كالعقود والموت والوصية، فهذه أطراف: الأول في الأملاك والبيئتان المتعارضتان فيها، إما أن يخلو عن الترجيح =

تقديم السابق قولان، وإن كانت إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة أو مضافة إلى سبب، من نتاج أو شراء، أو زراعة، فقولان مرتبان، وأولى بالأى يرجح المقيّد، فإن جعلنا للسبق أثراً، فكان السبق في جانب اليد في جانب، قدم اليد؛ على وجه، والسبق؛ على وجه، ويتعدان؛ على وجه.
(فروع):

(الأول): لو شهدت البيّنة بملكه بالأمس، ولم تتعرض للحال، لم تُسمع (و) حتى يقول: هو ملكه في الحال، أو لا أعلم له مزيلاً، فإن قال: لا أدري، زال أم لا، لم يقبل، وإن قال: أعقد أنه ملكه؛ بمجرّد الاستصحاب، ففي قبوله خلاف، أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس، ثبت الإقرار، ويستصحّب (و) موجب الإقرار، وإن لم يتعرّض الشاهد للملك في الحال، ولو قال المدعى عليه: كان ملكك بالأمس، فالظاهر (و) أنه يتنزع من يده؛ لأنه يُخبر عن تحقيق، فيستصحّب؛ بخلاف الشاهد؛ فإنه يُخبر عن تخمين؛ حتى لو قال الشاهد: هو ملكه بالأمس، اشتراه من المدعى عليه، أو أقر له المدعى عليه بالأمس، فيسمع في الحال؛ لأنه استند إلى تحقيق، ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعى بالأمس، قبل، وجعل المدعى صاحب يد^(١).

(الفرع الثاني): البيّنة المطلقة لا تُوجب تقدّم زوال الملك على ما قبل البيّنة؛ حتى لو شهد على ذاته، فتأجها قبل الإقامة للمدعى عليه، والثمرّة البادية على الشجرة أيضاً كذلك، والظاهر (و)، أن الجنبين حال الشهادة للمدعى عليه؛ بطريق التبعيّة، وإن أمكن انفصاله بالبيع وبالوصيّة، ومع هذا فالمذهب أن المشتري، إذا أخذ منه بحجّة مطلقة، رجح على البائع، بل لو أخذ من المُهَبِّ من المشتري، أو من المشتري من المشتري، رجح الأول أيضاً، ويُحتمل مطلقه إذا لم يدع على المشتري قبل إزالة ملكه منه، على أن الملك سابق، فيطالب البائع بالثمن، وعجيب أن يترك في يده نتاج حصل قبل البيّنة وبعد الشراء، ثم هو يزجج على البائع، ولكن أطلق الأصحاب الكلام كذلك، فلا يبعد (و) أن يُقال: لا يزجج إلا إذا ادّعى ملك سابق على شراؤه.

(الثالث): إذا ادّعى ملكاً مطلقاً، فذكر الشاهد الملك وسببه، لم يضر، ولكن لو أراد التزجج بالسبب، وجب إعادة البيّنة بعد الدعوى للسبب، ولو ذكر الشاهد سبباً آخر سوى ما ذكره المدعى، تناقضت الشهادة والدعوى، فلا تُسمع على أصل الملك.

(الطرف الثاني: في العقود)، وفيه مسائل:

(الأولى): إذا قال: أكرتلك البيت بعشرة، وقال المكري: بل أكرت الدار بالعشرة، وأقام كل واحد بيّنة، فالأصح أن لا تزجج؛ لأن هذه زيادة في المشهود به، وكذلك لو ادّعى أحدهما

= أو يشتمل عليه، وللتزجج أسباب ثلاثة ثالثها اشتغال إحدى البيتين على التاريخ. [ت]

(١) قال الرافعي: «ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعى بالأمس قبل وجعل المدعى صاحب يد هذا غير مساعد عليه، بل طرق الأصحاب والشافعي مُتَّفِقَةٌ على أن قيام البيّنة على اليد بالأمس، كقيامها على الملك في الأمس كالوقف. [ت]

الكَرَاءَ عَشْرَةَ، وَالْآخِرُ عَشْرِينَ، فَيَتَعَارِضَانِ، وَلَا يَجْرِي إِلَّا قَوْلُ التَّهَاتُرِ أَوْ الْقُرْعَةِ، أَمَا الْقِسْمَةُ، فَلَا يُمَكِّنُ إِذَ الرِّيَادَةَ يَدْعِيهَا أَحَدُهُمَا، وَيَنْفِيهَا الْآخَرُ، وَلَا يُبْتِغَى لِنَفْسِهِ، وَقَوْلُ الْوَقْفِ لَا يُمَكِّنُ (و)؛ إِذْ تَفُوتُ الْمَنَافِعُ.

(الثَّانِيَةُ): أَدْعَى رَجُلَانِ دَارًا فِي يَدِ ثَالِثٍ يَزْعُمُ كُلُّ وَاحِدٍ؛ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَوَفَّرَ الثَّمَنَ، فَإِنْ سَبَقَ تَارِيخُ أَحَدِهِمَا، قَدَّمَ وَإِلَّا جَرَتْ الْأَقْوَالُ الْأَرْبَعَةُ، لَكِنْ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لِأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الدَّارِ، إِذَا بَقِرْعَةً أَوْ قِسْمَةً، رُجِعَ إِلَى الثَّمَنِ؛ إِذْ لَا تَضَادُّ فِي اجْتِمَاعِ الثَّمَنِ، فَلَوْ قَضَيْنَا بِالْقِسْمَةِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ خِيَارُ الْفَسْخِ؛ فَإِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا، رَجِعَ إِلَى الثَّمَنِ، وَكَانَ لِلْآخِرِ أَخْذُ جَمِيعِ الدَّارِ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ خَامِسٍ؛ أَنَّهُ يَسْتَعْمَلُ الْبَيْتَةَ فِي فَسْخِ الْعَقْدَيْنِ؛ لِتَعَدُّرِ الْإِمْضَاءِ^(١)، فَيَرْجِعَانِ إِلَى الثَّمَنِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَدْعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهِ الْفَاءَ مِنْ ثَمَنِ دَارٍ فِي يَدِهِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنْ لَا تَعَارِضَ، وَيَبْتُثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَلْفٌ فِي ذِمَّتِهِ إِلَّا إِذَا عَيَّنَّا وَقْتًا يَسْتَحِيلُ فِيهِ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ مُتَعَارِضَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): أَدْعَى عَبْدٌ، أَنْ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ، وَأَدْعَى آخَرٌ؛ أَنْ مَوْلَاهُ بَاعَهُ مِنْهُ، فَالْبَيْتَانِ مُتَعَارِضَانِ، وَلَا يَقْدَمُ (ز) جَانِبُ الْعَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

وَعَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ الْعَبْدِ، وَلَا يَسْرِي؛ (و) لِأَنَّهُ مَخْكُومٌ بِهِ قَهْرًا^(٢).

(الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي الْمَوْتِ)، وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

(الْأُولَى): أَبْنُ مُسْلِمٍ، وَآخَرُ نَضْرَانِيٍّ، أَدْعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَهُ، ثُمَّ مَاتَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ النَّضْرَانِيِّ، وَالْمَقْدَمُ بَيْتَةُ الْمُسْلِمِ، إِنْ تَعَارَضَتَا؛ لِأَنَّ النَّاقِلَةَ أُولَى مِنَ الْمُسْتَضْحَبَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَدْعَى الْآبَنُ الْإِزْثَ فِي دَارِ (ح)، وَأَدْعَتْ زَوْجَةُ الْأَبِ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقَهَا أَوْ بَاعَهَا قُدِّمَتْ بَيْتُهَا، وَلَوْ شَهِدَتْ بَيْتَةُ نَضْرَانِيٍّ، أَنَّهُ نَطَقَ بِالنَّضْرِ، وَمَاتَ عَقِيْبَهُ، فَهَمَا مُتَعَارِضَتَانِ، وَيَجْرِي (و) قَوْلُ الْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَشْتَرِكُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ فِي إِزْثٍ، وَلَوْ كَانَ الْمَيْتُ مَجْهُولَ الدِّينِ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ؛ أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ، فَلَا تَرْجِيحُ (ح) وَ لِبَيْتَةِ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْتَةً، فَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أُولَى مِنَ الْآخَرِ بِالتَّضَدِيقِ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْمَالَ فِي يَدَيْهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لَمْ يُخْصَصْ بِالتَّضَدِيقِ بَعْدَ إِفْرَاقِهِ؛ بِأَنَّهُ مِنْ جِهَةِ الْإِزْثِ، وَيُصَلَّى عَلَى هَذَا الْمَيْتِ؛ أَخِيًّا طَاطًا؛ فَلَعَلَّهُ مُسْلِمٌ.

(الثَّانِيَةُ): مَاتَ نَضْرَانِيٌّ فِي رَمَضَانَ، فَادَّعَى أَحَدُ أَبْنِيهِ، أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي سَوَالٍ، فَبَرِئْتُهُ، وَقَالَ الْآخَرُ: بَلْ فِي شَعْبَانَ، فَلَا تَرْتُهُ، فَبَيْتَةُ النَّضْرَانِيِّ أُولَى؛ لِأَنَّهَا نَاقِلَةٌ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ، إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيْتَةً؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكُفْرِ، وَلَوْ أَسْلَمَ الْآبَنُ فِي رَمَضَانَ، لَكِنْ أَدْعَى أَنَّ الْأَبَ مَاتَ فِي شَعْبَانَ، فَتَقْدَمُ بَيْتُهُ، لَكِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ النَّضْرَانِيِّ، لِأَنَّ الْأَصْلَ دَوَامُ الْحَيَاةِ إِلَى سَوَالٍ.

(١) قال الرافعي: «وفي المسألة قولٌ خامس أنه يستعمل البيعة في فسح العقدین لتعدُّر الإمضاء» الأئيب من رواية هذا القول بطلان العقدین لا إنشاء الفسخ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يسري لأنه محكوم به قهراً» هذا أحد الوجهين والأصح عند جماعة السراية منهم القاضي الروياني. [ت]

(الثالثة): لَوْ قَالَ: إِنْ قُتِلْتُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَقَامَتْ بَيْتَةُ الْوَارِثِ، أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، وَبَيْتَةُ الْعَبْدِ؛ أَنَّهُ قُتِلَ، فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: التَّنْوِيهُ.

وَالْآخَرُ: تَقْدِيمُ بَيْتَةِ الْقَتْلِ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الزِّيَادَةِ.

(الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فِي الْعِنَقِ وَالْوَصِيَّةِ)، وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

(الأولى): إِذَا ثَبَتَ عِنَقُ عَبْدَيْنِ بِيَّتَيْنِ؛ كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِ الْمَرِيضِ الْمُعْتَقِ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفَهُ؛ إِذِ الْغَالِبُ أَكْثَرُهُمَا مُتَعَاقِبَانِ، فَيُعْتَقُ السَّابِقُ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَشْكَلَ السَّابِقُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اجْتَمَعَا عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي الْجُمُعَتَيْنِ وَالنَّكَاحَيْنِ، فَإِنْ جُعِلَ كَأَلْجِتْمَاعٍ، فَيُفْرَعُ، لَكِنْ لَوْ كَانَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ سُدْسَ الْمَالِ، وَخَرَجَتْ لَهُ الْفُرْعَةُ عَتَقَ، وَعَتَقَ مِنَ الْآخَرِ نِصْفَهُ؛ لِتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ، وَإِنْ رَأَيْنَا الْقِسْمَةَ، فَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلَاثًا.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ النَّفِيسِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ، وَمِنَ الْخَسِيسِ نِصْفَهُ؛ لِأَنَّ نِصْفَ النَّفِيسِ حُرٌّ بِكُلِّ حَالٍ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنَّمَا الرَّخْمَةُ فِي النُّصْفِ الثَّانِي.

(الثانية): شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ؛ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِمًا، وَهُوَ ثُلُثٌ، وَشَهِدَ وَاثِنَانِ؛ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ، وَأَعْتَقَ سَالِمًا، وَهُوَ ثُلُثٌ، رَقٌّ (ح م) غَانِمٍ، وَعَتَقَ سَالِمًا؛ إِذْ لَا تَهْمَةَ عَلَى الْوَارِثِ؛ لِمَا ذُكِرَ لِلرُّجُوعِ بَدَلًا، فَإِنْ كَانَ سَالِمٌ سُدْسَ الْمَالِ، صَارَ مِثْلَهُمَا، فَيُعْتَقُ غَانِمٌ بِالشَّهَادَةِ، وَيُعْتَقُ سَالِمٌ بِالْإِفْرَارِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ يُفْرَعُ أَيْضًا، وَيَلْعَوُ شَهَادَةَ الرُّجُوعِ، وَتَبْقَى شَهَادَةُ الْعِنَقِ.

(الثالثة): إِذَا شَهِدَتْ بَيْتَةٌ بِأَنَّهُ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ أَوْصَى لِبَكْرِ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنِ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ، فَعَلَى وَجْهِ: تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجُوعِ الْمُبْتَهَمِ، وَيُسَلَّمُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ سُدُسٌ.

وَعَلَى وَجْهِ: يَصِغُ لِتَعْيِينِ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا سُدُسٌ وَاحِدٌ.

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ وَالْحَاقِ الْقَائِفِ)

وَلَهُ أَرْكَانٌ:

(الأولُ: المُسْتَلْحَقُ)، وَيَصِغُ اسْتِلْحَاقَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ^(١) وَالْمُعْتَقِ، وَفِي الْعَبْدِ وَالْمُعْتَقِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ

(١) قال الرافعي: «ويصح استلحاق الحر والعبد» استلحاق العبد والخلاف فيه مذكور في «اللَّقِيط» حيث قال: ولو استلحقه عبد، فالصحيح من القولين أنه كالحُرِّ في النسب. [ت]

لَا يَبْتُ نَسْبُهُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى^(١)؛ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الْوَلَاءِ، وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الْمَرْأَةِ^(٢)؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَلِيَّةً مِنَ الرَّوْجِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُلْحَقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُذَلِّجِيٍّ مُجَرَّبٍ أَهْلٍ لِلشَّهَادَةِ، وَفِي غَيْرِ الْمُذَلِّجِيِّ إِذَا تَعَلَّمَ الْقِيَافَةَ وَجْهَانِ، وَتَجْرِبَتُهُ بِأَنْ يُعْرَضَ وَلَدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ الشُّنُورَةِ لَيْسَ فِيهِنَّ أُمَّهُ، ثُمَّ فِي صِنْفٍ رَابِعٍ فِيهِنَّ أُمَّهُ، فَإِنْ أَصَابَ فِي الْكُلِّ، قُبِلَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَائِفِ الذُّكُورَةُ وَالْحُرِّيَّةُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعَدَدُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: مَحَلُّ الْعَرَضِ عَلَى الْقَائِفِ)، فَالْمَوْلُودُ إِذَا تَدَاعَاهُ اثْنَانِ، لَمْ يَلْحَقْهُمَا، بَلْ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، إِذَا كَانَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمَكِّناً شَرْعاً؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَأَ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ وَطِئَ الثَّانِي بَعْدَ تَحَلُّلِ حَيْضَةٍ، انْقَطَعَ الْإِمْتِكَانُ عَنِ الْأَوَّلِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَإِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، فَبِي انْقِطَاعِ إِمْتِكَانِهِ قَوْلَانِ.

وَمَنْ أَنْفَرَدَ بِدَعْوَةٍ مَوْلُودٍ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ، لِحَقِّهِ، فَإِنْ بَلَغَ، فَانْتَفَى عَنْهُ، هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٣).

وَإِنْ أَدْعَى نَسَبَ بَالِغٍ، فَانْكُرْ، لَمْ يَلْحَقْهُ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ، وَإِنْ سَكَتَ، أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ^(٤)، وَإِنْ أَقَرَّ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْقَائِفِ.

وَمَنْ أَدْعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَى فِرَاشٍ غَيْرِهِ؛ بِأَنْ أَدْعَى وَطْئاً بِالشُّبُهَةِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ وَافَقَهُ الرَّوْجَانِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الْوَطْءِ؛ لِحَقِّ الْمَوْلُودِ، وَإِنْ تَدَاعَا صَبِيّاً، وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لِحَقِّ بَصَاحِبِ الْيَدِ خَاصَّةً^(٥).

(١) قال الرافعي: «وفي العبد والمعتر وجه أنه لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى» المشهور اختلاف القول دون الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويصح استلحاق المرأة» المسألة مذكورة في «اللقيط». [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن بلغ فانتفى عنه فهل يقبل؟ فيه القولان» المشهور الوجهان وقال أيضاً: «فإن بلغ فانتفى عنه هل يقبل؟ فيه قولان» المسألة مذكورة مرة في «الإقرار» وأخرى في «اللقيط». [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادعى نسبه بالغ فأنكره لم يلحقه، وإن ألحقه القائف وإن سكت ألحقه القائف» هذا لا يكاد يوجد لغير صاحب الكتاب، وليس هناك إلا واحد يدعيه نعم لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه، وهو ساكت فيعرض على القائف. [ت]

وقال أيضاً: «وإن ادعى نسب بالغ، فأنكره لم يلحقه» هي مذكورة في البابين أيضاً. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن تداعيا صبيّاً، وهو في يد أحدهما ألحق بصاحب اليد خاصته» الأشبه تفصيل أو رده في اللقيط، وهو أن اليد إن كانت عن التقاط لم يؤثر، وإلا فصاحب اليد إن تقدم استلحاقه، وإلا فوجهان. [ت]

وَمَنْ أَسْتَلْحَقَ، وَأَنْكَرَتْ زَوْجَتُهُ وِلَادَتَهُ، فَهَلْ يَلْحَقُهَا (و) بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الْأَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ،
وَإِذَا لَمْ يَجِدْ قَائِفًا، أَوْ تَحَيَّرَ؛ فَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيَّ، حَبَسْنَاهُ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، وَيَكُونَ اخْتِيَارُهُ
كَالْحَاقِ الْقَائِفِ؛ حَتَّى لَا يُقْبَلَ رُجُوعُهُ؛ كَمَا لَا يُقْبَلُ رُجُوعُ الْقَائِفِ^(١).

وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى انْتِسَابِ الصَّغِيرِ الْمُمَيَّزِ، وَإِنْ وَطِنَا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، وَحَبِلَتْ، لَكِنْ أَدَّعَى
أَحَدُهُمَا الْوَلَدَ، وَسَكَتَ الْآخَرُ، فَفِي قَوْلٍ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالْمُدَّعِي، وَنَفَقَةُ
الْوَلَدِ قَبْلَ إِلْحَاقِ الْقَائِفِ - عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَرْجِعُ مَنْ قَطَعَ الْقَائِفُ نَسَبَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ، عُرِضَ عَلَى
الْقَائِفِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ.

(١) قال الرافعي: «وإن لم يجد قائفاً أو تحيّر.. إلى قوله: كما لا يقبل رجوع القائف». يفيد قوله في
«اللفيط» [ت].

(كِتَابُ الْعِتْقِ)

وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ يَصِخُّ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ لَا يُصَادِفُ إِعْتَاقَهُ حَقًّا لَازِمًا، وَصَرِيحٌ لَفْظِهِ الْإِعْتَاقُ وَالتَّخْرِيرُ، أَمَا فَكُّ الرِّقَبَةِ، فَهُوَ صَرِيحٌ، عَلَى وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ: يَا حُرَّةُ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ نِدَاءَهَا بِاسْمِهَا الْقَدِيمِ، لَمْ يُقْبَلْ (و) ظَاهِرًا^(١)، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (يا ازا ذمرد)، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الوَصْفَ بِالْجُودِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْمُهُ اِزْدَمَرْدَ، أَوْ كَانَ (و) مَعَهُ قَرِينَةٌ، تَدُلُّ عَلَى الْمَدْحِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: يَا سَيِّدِي، وَلِجَارِيَتِهِ يَا كَذْبَانُوا، فَهُوَ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ^(٢)، وَلَوْ قَالَ: يَا مَوْلَايَ، فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ: أَعْتَقْتُكَ، لَعَا، إِنْ فُهِمَ مِنْهُ الْإِنشَاءُ، وَإِنْ فُهِمَ مِنْهُ الْإِقْرَارُ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ، كَانَ مُوَآخِذًا بِهِ.

وَالنَّظَرُ فِي خَوَاصِّ الْعِتْقِ، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الْخَاصِّيَّةُ الْأُولَى: السَّرَايَةُ)، وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَ عُضْوًا مُعَيَّنًا، وَلَوْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ مِنْ عَبْدٍ، قَوْمَ (ح) عَلَيْهِ الْبَاقِي بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا بِمَالٍ فَاضِلٍ عَنِ قُوْتِ يَوْمِهِ وَدَسْتِ ثَوْبٍ؛ كَمَا كَانَ فِي الدُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ مَالِهِ، فَهُوَ مُعْسِرٌ؛ عَلَى الْأَصَحِّ^(٣).

وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلَّا فِي قَدْرِ الثُّلُثِ، وَالْمَيْتُ مُعْسِرٌ مُطْلَقًا؛ حَتَّى لَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ، فَنَصِيْبِي مِنْكَ حُرٌّ، لَمْ يَسْرَ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ صَارَ لِلوَرَثَةِ، وَلَوْ كَانَ مُوسِرًا بِالْبَعْضِ، سَرَى بِذَلِكَ الْقَدْرِ؛ عَلَى وَجْهِ.

وَعَلَى وَجْهِ: لَا يَسْرِي.

(الثَّانِي): أَنْ يُعْتَقَ بِاخْتِيَارِهِ، فَإِنْ وَرِثَ نِصْفَ قَرِيْبِهِ، فَعْتَقَ، لَمْ يَسْرَ، وَإِنْ أَتَّهَبَ أَوْ اشْتَرَى، سَرَى.

(الثَّالِثُ): أَلَّا يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّ السَّرَايَةِ حَقًّا لَازِمًا، فَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِهِ رَهْنًا أَوْ كِتَابَةً أَوْ تَدْبِيرًا أَوْ

(١) قال الرافعي: «فإذا قال: يا حرة ثم قال: أردت نداءها باسمها القديم لم يقبل ظاهراً» هذا وجه والأشبه القبول [ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو قال له يا سيدي، ولجاريته (يا كذبانوا) فهو ليس بكناية» هذا الوجه في الأشبه أنه كناية [ت].

(٣) قال الرافعي: «ولو كان عليه دين بقدر ماله، فهو معسر على الأصح» عند الأكثرين أنه موسر والدين لا يمنع السراية [ت].

أَسْتِيْلَادٌ، فَفِي الْكُلِّ خِلَافٌ^(١)، وَالْأَسْتِيْلَادُ أَوْلَاهَا بِالْمَنْعِ، وَالتَّدْبِيرُ أضعفُهَا.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَمَكَّنَ الْعِتْقُ مِنْ نَصِيْبِهِ أَوْلَى، فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيْبَ شَرِيْكِي، لَمَا قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نِصْفَ هَذَا الْعَبْدِ، فَبِعِتْقِ جَمِيعِ نِصْفِهِ، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ: بَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ، فَيَنْزِلُ عَلَى نِصْفِ شَائِعٍ؛ لِيَبْطُلَ فِي الْبَعْضِ أَوْ يُخَصَّصُ بِنِصْبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا فِي الْإِفْرَارِ، وَالْأَوْلَى تَخْصِيصُ النَّيِّعِ بِنِصْبِهِ وَإِشَاعَةُ الْإِفْرَارِ، ثُمَّ إِذَا وُجِدَتِ الشُّرُوطُ، فَتَتَعَجَّلُ (م) السَّرَايَةُ، عَلَى قَوْلِي، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ؛ عَلَى قَوْلِي.

وَعِنْدَ الْآدَاءِ يَتَبَيَّنُ (م) إِسْنَادُ الْعِتْقِ؛ عَلَى قَوْلِي، وَيَنْبَنِي عَلَى الْأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الأولى): فِي تَعْجِيلِ تَسْرِيَةِ الْأَسْتِيْلَادِ تَجْرِي فِيهِ الْأَقْوَالُ، وَالْعِتْقُ أَوْلَى بِالتَّعْجِيلِ؛ لِأَنَّهُ تَنْجِيْزٌ. وَقِيلَ عَكْسُهُ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِيْلَادَ فَعْلِيٌّ.

(الثَّانِيَةُ): عَبْدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ، لِأَحَدِهِمْ ثُلُثُهُ، وَلِلْآخَرِ سُدُسُهُ، فَأَعْتَقَا، وَسَرَى، فَالْقِيَمَةُ لِلْسَّرَايَةِ عَلَى عَدَدِ رُؤْسِهِمَا، أَوْ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ^(٢).

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَكَمْنَا بِتَأْخِرِ السَّرَايَةِ، فَيَجِبُ أَقْصَى قِيَمَتِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ إِلَى يَوْمِ الْآدَاءِ. وَقِيلَ: بَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الْآدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يَوْمُ الْإِعْتَاقِ^(٣).

وَأِنْ اأَخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْقِيَمَةِ، فَالْقَوْلُ الصَّحِيْحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْعَارِمِ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْعَارِمُ نَقِيْبَةَ طَارِيَةِ، فَيُخْرِجُ عَلَى قَوْلِي تَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): إِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ الْآدَاءِ؛ عَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ، فَالْقِيَمَةُ فِي تَرِكْتِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ، فَفِي سُقُوطِ الْقِيَمَةِ وَجْهَانِ، وَلَا يَنْفَعُ بَيْعُ الشَّرِيْكِ قَبْلَ الْآدَاءِ، وَفِي إِعْتَاقِهِ وَجْهَانِ، وَمَهُمَا أَعْسَرَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ الْآدَاءِ، أَرْتَفَعَ الْحَجْرُ عَنِ الشَّرِيْكِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: مَهْمَا أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ، فَنَصِيْبِي حُرٌّ، فَأَعْتَقَ الْمَقُولُ لَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ أَقْوَى مِنَ التَّغْلِيْقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً، نَفَذَ عَلَى الْمُعْلَقِ، وَإِنْ قَالَ: فَنَصِيْبِي قَبْلَهُ حُرٌّ، فَهُوَ دَوْرٌ، وَيَمْتَنِعُ عَلَى الْمَقُولِ لَهُ عِنْدَ مَنْ يُبْطِلُ الدَّوْرَ اللَّفْظِيَّ.

(السَّادِسَةُ): لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيْبَكَ، وَأَنْتَ مُوسِرٌ، فَأَنْكَرَ، عَتَقَ نَصِيْبَ الْمُدَّعِي مَجَاناً، وَلَهُ

(١) قال الرافعي: «إفان كان تعلق به رهن أو كتابة أو تدبير أو استيلاء، ففي الكل خلاف»، وفي التدبير والاستيلاء قولان [ت].

(٢) قال الرافعي: «عبد بين ثلاثة، لأحدهم ثلثه، وللآخر سدسه فأعتقا... إلى قوله قولان» هذه طريقة، والأظهر عند الأصحاب القطع بأن قسمة ما سرى إليه على عدد الرؤوس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «إذا حكمنا بتأخر السراية فيجب أقصى قيمته... إلى قوله وقيل بل يوم الاعتاق» النظم يشعر بترجيح الأول، والذي أورده الأكثرون اعتبار قيمة يوم الاعتاق [ت].

أَنْ يُحْلَفَهُ، فَإِنْ نَكَلَ، اسْتَحَقَّ بِالْيَمِينِ الْمَزْدُودَةَ قِيمَةَ نَصِيْبِهِ، وَلَمْ يُعْتَقْ (و) نَصِيْبُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدًا: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا، فَنَصِيْبِي حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيْبِي حُرٌّ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ لِلشُّكِّ.

فَإِنْ اشْتَرَى الْعَبْدَ ثَالِثًا، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ النُّصْفِ فِي يَدِهِ لِلْيَقِيْنِ، وَلَمْ يَكُنْ (و) لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا رُجُوعٌ بِالشَّمَنِ.

(الْخَاصِيَّةُ الثَّانِيَةُ: عَتَقُ الْقَرَابَةِ)، وَمَنْ دَخَلَ فِي مَلِكِهِ أَحَدُ أُنْعَاصِهِ، أَغْنَى أَصُولَهُ وَقُرُوعَهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ، سِوَاةِ دَخَلَ قَهْرًا بِالِازْتِ أَوْ اخْتِيَارًا بِالْعَقْدِ، فَلَا يَغْتَقُ (ح م) مَنْ عَدَا الْأُبْعَاصَ، وَلَا يَشْتَرِي الطِّفْلَ قَرِيْبَهُ، وَلَكِنْ يَتَّهَبُ الْوَلِيُّ لَهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِحَيْثُ تَجِبُ التَّفَقُّهُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَبِلَ لَهُ هِبَةً يَنْصِفُ قَرِيْبَهُ، لَمْ يَصِحَّ؛ حَدْرًا مِنَ السَّرَايَةِ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ، وَلَا يَسْرِي.

وَالْمَرِيضُ إِذَا اشْتَرَى قَرِيْبَهُ، عَتَقَ إِنْ وَفَّى بِهِ ثُلُثُهُ، وَإِلَّا لَمْ يَغْتَقِ، وَإِنْ مَلَكَهُ يَزِيْرٌ أَوْ هِبَةٌ، فَيُخَسَّبُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، أَوْ الثُّلُثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، عَتَقَ عَلَى الْمَخْجُورِ الْمُفْلِسِ أَيْضًا، وَالْمَدْيُونِ، وَالْمَرِيضِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِمُحَابَاةٍ، فَقَدَّرُ الْمُحَابَاةُ يُخْرِجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَالبَاقِي لَا يَغْتَقِ، وَلَوْ قَهَرَ الْحَزْبِيُّ حَزْبِيًّا، مَلَكَهُ، وَصَحَّ بَيْعُهُ مِنَ الْمُسْلِمِ، فَإِنْ قَهَرَ أَبَاهُ، فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُهُ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ مَاخِذُهُمَا دَوَامُ الْقَهْرِ الْمُبْطِلِ لِلْعَتَقِ، إِنْ فُرِضَ، وَدَوَامُ الْقَرَابَةِ الدَّافِعَةِ لِمَلِكِ الْقَهْرِ، وَلَوْ اشْتَرَى نِصْفَ قَرِيْبِهِ، عَتَقَ وَسَرَى عِنْدَ شُرُوطِهِ، وَلَوْ وَرِثَ، لَمْ يَسْرَ، وَلَوْ قَبِلَ وَكَيْلُهُ، فَأَخْتِيَارٌ وَكَيْلُهُ كَأَخْتِيَارِهِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَغْضِ أَبِيهِ، فَمَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَقَبِلَهُ لَهُ أَخُوهُ، سَرَى عَلَى الْمَيِّتِ، إِنْ وَفَّى بِهِ الثُّلُثُ، وَكَانَتْ قَبْلَ فِي الْحَيَاةِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَغْضِ ابْنِ أَخِيهِ، فَمَاتَ، فَقَبِلَ أَخُوهُ لَهُ، لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الْأَخِ؛ فِيهِ وَجْهٌ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَحْصُلُ لِلْمَيِّتِ، ثُمَّ لَهُ؛ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَغْضُ قَرِيْبِهِ بِرَدِّ عَوْضِهِ بِالْعَيْبِ، لِأَنَّهُ رَجَعَ غَيْرَ مَقْصُودٍ.

(الْخَاصِيَّةُ الثَّالِثَةُ: أَمْتِنَاعُ الْعَتَقِ بِالْمَرَضِ)، فَإِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلُثَهُ فَقَطْ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ قَبْلَ السَّيِّدِ، فَيَمُوتُ رَقِيْبًا كُفْلُهُ، أَوْ حُرًّا، أَوْ ثُلُثُهُ حُرٌّ، وَثُلُثَاهُ رَقِيْقٌ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِيمَا لَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ، فَمَاتَ فِي مُؤْتَةِ التَّجْهِيزِ، أَمَا لَوْ قَتَلَهُ الْمُتَّهَبُ، فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْتِدَ، وَمَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَيُجْعَلُ كَالْمَعْدُومِ أَمْ يَدْخُلُ الْمَيِّتُ فِي الْقُرْعَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و)، فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ، فَلَوْ خَرَجَ عَلَيْهِ، رَقِيَ الْآخَرَانِ، وَلَوْ خَرَجَ عَلَى إِحْدَى الْجَهْتَيْنِ، لَمْ يَغْتَقِ إِلَّا ثُلُثَاهُ، وَمَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ قَبْلَ أَمْتِنَادِ يَدِ الْوَارِثِ إِلَيْهِ، هَلْ يَكُونُ كَالْمَوْتِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْخِلَافَ فِي مَوْتِهِ قَبْلَ الْقُرْعَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، لِأَنَّهُ مَخْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

(الْخَاصِيَّةُ الرَّابِعَةُ الْقُرْعَةُ)، وَمَحَلُّهَا أَنْ يُعْتَقَ عَيْدًا مَعًا، يَقْضُرُ الثُّلُثُ عَنْهُمْ، وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَى تَرْتِيْبٍ، فَالسَّابِقُ مُقَدَّمٌ، وَلَوْ أَوْصَى عَلَى تَرْتِيْبٍ أَوْ جَمْعٍ، أَقْرَعٌ.

وَقِيلَ: لَا قُرْعَةَ فِي الْوَصِيَّةِ، بَلْ يُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ.

وَلَوْ قَالَ: الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُرٌّ، فَفِي إِجْرَاءِ الْقُرْعَةِ وَجْهَانِ، وَأَسْهَلُ طَرِيقِ الْقُرْعَةِ، إِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً: أَنْ يُكْتَبَ الرَّقُّ عَلَى رُقْعَتَيْنِ، وَالْحُرِّيَّةُ عَلَى رُقْعَةٍ، وَتُدْرَجُ فِي بِنَادِقِ مُشَابِهَةٍ، وَتُعْطَى صَبِيًّا، حَقٌّ يُعْطَى كُلُّ عَبْدٍ وَاحِدًا، وَلَا يَتَّعِنُ الْكَاعِغِدُ، بَلْ يَجُوزُ بِالْخَشْبِ وَالتَّوَى، وَلَا يَجُوزُ بِشَيْءٍ آخَرَ فِيهِ خَطَرٌ؛ كَقَوْلِهِمْ: إِنْ طَارَ غُرَابٌ ففَلَانٌ يَتَّعِنُ لِلْحُرِّيَّةِ.

(أَمَّا كَيْفِيَّةُ التَّجْزِئَةِ)، فَسَهْلٌ، إِذَا أَمَكْنَ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْقِيَمَةِ، وَلَا بَأْسَ إِنْ لَمْ يَتَسَاوَ عَدَدُهُمْ، بَلْ يُجْزَى الْخَسِيسُ بِالتَّقْسِ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِنْ كَمَا لَوْ كَانُوا ثَمَانِيَةَ أَعْبِيدٍ، قِيَمَةٌ كُلِّ وَاحِدٍ مِائَةٌ، فَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ تَقْرُبُ مِنَ التَّثْلِيثِ فِي الْقِيَمَةِ؛ فَيَجْزَوْنَ إِلَى ثَلَاثَةِ وَثَلَاثَةِ وَأَتْنَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى ثَلَاثَةٍ، أَنْحَصَرَ الْعِتْقُ فِيهِمْ، ثُمَّ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ رِقِّ وَسَهْمِي عِتْقِي، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الرَّقُّ، رِقٌّ ثَلَاثَةٌ؛ لِيَرْجَعَ كُلُّ الْعِتْقِ إِلَى قَدْرِ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ عَلَى أَتْنَيْنِ، عَتَقَا، ثُمَّ يُعَادُ بَيْنَ السُّتَّةِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ الْعِتْقُ لِوَاحِدٍ، فَيَرِقُّ ثَلَاثَةً، وَيَعْتِقُ ثَلَاثَةً.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ التَّثْلِيثَ لَا يَجِبُ، بَلْ يَجُوزُ الْقُرْعَةُ كَيْفَ اتَّفَقَ، إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الْمَقْصُودِ.

وَقِيلَ: هَذَا الْخِلَافُ فِي الْاسْتِخْبَابِ دُونَ الْاسْتِحْقَاقِ.

فُرُوعٌ:

(الْأَوَّلُ): إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنِ بِقَدْرِ رُبْعِ التَّرِكَةِ، وَلَا مَالٌ لَهُ إِلَّا عَبِيدٌ فَذَ اغْتَقَهُمْ، فَجِزَأُ الْعَبِيدُ بِأَرْبَعَةِ أَجْزَاءٍ، وَيُفْرَعُ لِلذَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ، فَإِذَا خَرَجَ عَلَى جِزَاءِ سَهْمِ الذَّيْنِ، يَبِيعُ أَوَّلًا فِي الذَّيْنِ، وَقَدَّرَ الْبَاقِي، كَأَنَّهُ كُلُّ الْمَالِ، فَيُفْرَعُ لِإِعْتَاقِ الثُّلُثِ مِنْهُمْ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُفْرَعُ دَفْعَةً وَاحِدَةً لِلذَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ وَالْعِتْقِ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَسْبِقُ فِرْعَةُ الْعِتْقِ، وَلَا يُمَكِنُ تَنْفِيذُهُ قَبْلَ قَضَاءِ الذَّيْنِ.

وَقِيلَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ ثُمَّ يَتَوَقَّفُ الْعِتْقُ عَلَى الْقَضَاءِ.

وَإِذَا دَفَعْنَا بَعْضَ الْعِتْقِ لِأَجْلِ الذَّيْنِ، فَظَهَرَ لِلْمَيِّتِ دَفِينٌ، تَبَيَّنَّا نُفُوذَ الْعِتْقِ.

(الثَّانِي): إِذَا أَهَبَهُمُ الْعِتْقُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ، هَلْ يَكُونُ الْوَطْءُ تَغْيِينًا لِلْمَلِكِ فِي الْمَوْطُوءَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي اللَّمْسِ بِالشَّهْوَةِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَهُوَ الْاسْتِخْدَامُ لَا يُعَيِّنُ؛ عَلَى الْأَصَحِّ (و).

(الثَّالِثُ): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكِيهِ: أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ، فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ مَيْتًا، أَنْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَلَمْ يَعْتِقِ الْحَيُّ بَعْدَهُ.

(الرَّابِعُ): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكِيهِ: أَنْتَ ابْنِي عَتَقَ عَلَيْهِ، وَلِحَقْفَةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنًا مِنْهُ، فَلَا يَعْتِقُ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، فَفِي الْعِتْقِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

(الْحَامِسُ): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا، فَسَالِمٌ حُرٌّ، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمًا، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثَلَاثُ مَالِهِ،

عَتَقَ غَانِمًا، وَلَا قُرْعَةَ (و)؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُخْرَجُ عَلَى سَالِمٍ، فَيَعْتِقُ بِغَيْرِ وُجُودِ الصَّفَةِ.

(السادس): عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ، قَالَ أَحَدُهُمَا إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ لِلشَّكِّ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ ثَالِثٌ، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ فِي يَدِهِ، وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِمَا بِالثَّمَنِ.

(السابع): إِذَا قَالَ لِعَبْدِنِي: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلَا، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، وَقُلْنَا الْوَارِثُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الثَّغِينِ، فَيَفْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، عَتَقَ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ؛ لِفَسَادِ الْمُسَمَى بِالْإِبْهَامِ.

وَقِيلَ يَصِحُّ الْمُسَمَى.

(الثامن): جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ زَوَّجَاهَا مِنْ ابْنِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، فَوَلَدَتْ، عَتَقَ نِصْفَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّهُ جَدُّ (م) الْمَوْلُودِ، وَلَا يَسْرِي؛ إِذْ لَا اخْتِيَارَ، وَلَوْ عَزَّ بِجَارِيَةِ أَبِيهِ، فَيُؤْمَرُ قِيمَةَ الْوَالِدِ وَجِهَانًا؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُعْتَقُ عَلَى الْجَدِّ لَوْ لَا ظَنُّهُ.

(الخاصية الخامسة: الولاء): ، وَالنَّظَرُ فِي سَبَبِهِ وَحُكْمِهِ:

(أَمَّا السَّبَبُ)، فَهُوَ زَوَالُ الْمِلْكِ بِالْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ زَالَ مِلْكُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنِ رَقِيقٍ، فَهُوَ مَوْلَاهُ، سَوَاءً نَجَزَ عِتْقَهُ، أَوْ عَتَقَ، أَوْ دَبَّرَ، أَوْ اسْتَوْلَدَ، أَوْ كَاتَبَ، أَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ بِعَوَضٍ، أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

وَحَقِيقَةُ الْوَلَاءِ، أَنَّهُ لِحِمَّةٍ كُلِّحِمَةِ النَّسَبِ؛ فَإِنَّ الْمُعْتَقَ سَبَبٌ لَوْجُودِ الرَّقِيقِ لِنَفْسِهِ؛ كَمَا أَنَّ الْأَبَ سَبَبٌ؛ وَلِذَلِكَ تَحْرُمُ الصَّدَقَةُ فِي وَجْهِ عَلَى مَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ.

وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ، دَخَلَ مَوَالِيَهُمْ فِي وَجْهِ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ شَرَطَ نَفِي الْوَلَاءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ الْمُعْتَقِ، لَعَا، وَلَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ بِالْمُؤَاوَاةِ وَالْعَهْدِ؛ وَكَذَلِكَ يَسْتَرْسِلُ الْوَلَاءُ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ وَأَخْفَادِهِ وَمَعْتَقِهِ مُعْتَقِ مُعْتَقِهِ، فَالْمَوْلَى إِمَّا الْمُعْتَقُ أَوْ مُعْتَقُ الْأَبِ، أَوْ مُعْتَقُ الْأُمِّ أَوْ مُعْتَقُ الْمُعْتَقِ، وَيَسْتَرْسِلُ الْوَلَاءُ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرَّقُّ؛ فَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ أَصْلًا، إِلَّا لِمُعْتَقِهِ، أَوْ عَصَبَاتِ مُعْتَقِهِ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ أَقْوَى؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ أَبُوهُ حُرٌّ أَصْلِيًّا مَامَسَ الرَّقُّ أَبَاهُ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أُمَّهُ حُرَّةً أَصْلِيَّةً، ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ؛ نَظْرًا إِلَى جَانِبِ الْأَبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي إِنْثَابِ الْوَلَاءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّى فِي النَّفْيِ، وَأَمَّا التَّقْدِيمُ، فَلَا وِلَاءَ مَعَ مُبَاشَرَةِ الرَّقِّ لِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِرًا؛ بَأَنَّ حَصَلَ فِي نِكَاحِ الْغُرُورِ مِنْ رَقِيقَتَيْنِ، أَوْ مِنْ مُعْتَقَتَيْنِ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ الْأَبُ رَقِيقًا بَعْدَ، فَلِلْمُعْتَقِ الْأُمِّ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ الْأَبُ فَيَنْجَرُ إِلَيْهِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْأَبُ رَقِيقًا، فَأَعْتَقَ أَبُو الْأَبِ، أَنْجَرَ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْجَرُ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ الْأَبِ، إِنْ أَعْتَقَ.

وَقِيلَ: لَا يَنْجَرُ لِأَنَّ الْأَبَ رَقِيقًا، فَلَا يَنْجَرُ إِلَى أَبِيهِ، وَالْمَوْلُودُ مِنْ حُرِّينِ، إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا أَرْقَاءً، ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ لِلْمُعْتَقِ أُمِّ الْأَبِ إِذَا أَعْتَقَهَا، ثُمَّ يَنْجَرُ إِلَى مُعْتَقِ أَبِي الْأُمِّ، ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ أُمِّ الْأَبِ، ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتَقِ أَبِي الْأَبِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ رَقِيقًا، فَيَنْجَرُ إِلَى مُعْتَقِ الْأَبِ،

وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَمَنْ أَعْتَقَ أُمَّةً حَامِلًا مِنْ مُعْتِقٍ، فَوَلَاءُ الْحَيِّنِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، لَا لِمُعْتِقِ الْأَبِ، لَكِنَّ ذَلِكَ إِذَا آتَتْ بِوَلَدٍ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِغْتَاكِ الْأُمِّ، فَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرِ، وَالزَّوْجُ يَفْتَرِشُهَا، فَالْوَلَاءُ لِمَوْلَى الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَفْتَرِشُهَا، وَهُوَ لَأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَقَوْلَانِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْحُكْمِ) وَحُكْمُ الْوَلَاءِ الْعُصْبِيَّةِ، فَيُعِيدُ الْمِيرَاثَ، وَوَلَايَةَ التَّزْوِيجِ، وَتَحْمِلَ الْعَقْلِ، وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ، فَمِيرَاثُ الْعَتِيقِ لِأَوْلَى عَصَبَاتِهِ يَوْمَ مَوْتِ الْمُعْتِقِ، وَلَوْ خَلَّفَ أَبْنَاءً وَبَنَاتًا وَأَبًا وَأُمَّ، فَلَا مِيرَاثَ لِلْبِنْتِ وَالْأُمِّ، بَلْ لَا يَبُثُّ الْوَلَاءُ أَضْلًا لَامْرَأَةٍ، إِلَّا إِذَا بَاشَرَتْ الْعِتْقَ، فَلَهَا الْوَلَاءُ عَلَيْهِ، وَعَلَى أَخْفَادِهِ وَعَتِيقِهِ وَعَتِيقِ عَتِيقِهِ؛ كَالرَّجُلِ، وَالْأَخُ لَا يُقَاسِمُ الْجَدَّ فِي الْوَلَاءِ؛ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ^(١) بَلْ هُوَ أَوْلَى، وَابْنُ الْأَخِ أَيْضًا أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ؛ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ؛ لِقَوْلِهِ الْبُنُوَّةُ وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ؛ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ^(٢)، وَلَا يُعَادُ بِالْأَخِ لِلْأَبِ، إِنْ رَأَيْنَا الْمُقَاسِمَةَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ أَبُو الْمُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الْأَبِ، فَلَا وَلَاءَ لِمُعْتِقِ الْأَبِ أَضْلًا؛ لِأَنَّ عَلَى الْمَيْتِ وَوَلَاءِ الْمُبَاشَرَةِ، فَالْمَالُ لِعَصْبَةِ مُعْتِقِهِ، وَهُوَ الْأَبُ، وَكَذَلِكَ قَدْ يُطَلُّ أَنَّ مُعْتِقَ أَبِي الْمُعْتِقِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، وَهُوَ غَلَطٌ.

(فُرُوعٌ):

(الْأَوَّلُ): إِذَا اشْتَرَى أَحَدٌ وَأَخْتُ أَبَاهُمَا، فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ أَعْتَقَ الْأَبُ عَبْدًا، وَلَمْ يُخَلِّفِ الْعَتِيقَ إِلَّا الْأَخَ وَالْأَخْتَ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْأَخِ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ الْمُعْتِقِ، وَلَا شَيْءَ لِلْأَخْتِ الَّتِي هِيَ مُعْتَقَةُ الْمُعْتِقِ، بَلْ لَوْ خَلَّفَ ابْنُ عَمِّ الْمُعْتِقِ، وَالْبِنْتُ، لَكَانَ ابْنُ عَمِّ أَوْلَى، وَلَوْ مَاتَ هَذَا الْأَخُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا أُخْتَهُ، فَلَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مِيرَاثِهِ؛ النِّصْفُ بِالْأَخْوَةِ، وَنِصْفُ الْبَاقِي لِوَلَايَتِهَا عَلَى نِصْفِ أَبِيهِ؛ لِأَنَّ أَخَاهَا وَلَدُ مُعْتِقِهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الْأَبُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا الْبِنْتَ، فَلَهَا النِّصْفُ بِالْبُنُوَّةِ، وَنِصْفُ الْبَاقِي لِوَلَايَتِهَا، عَلَى نِصْفِ الْأَبِ.

(الثَّانِي): أُخْتَانِ خُلِقَتَا حُرَّتَيْنِ، اشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا، وَالْأُخْرَى أُمَّهُمَا، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مَوْلَاةٌ صَاحِبَتَيْهَا؛ لِأَنَّ وَوَلَاءَ الْأُمِّ لَمْ يُمَكِّنْ أَنْجِرَاؤُهُ إِلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مَوْلَى نَفْسِهِ. وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْجَرُ وَيَسْقُطُ، فَلَا وَوَلَاءَ عَلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ لِمُشْتَرِيَةِ الْأُمِّ.

(الثَّلَاثُ): اشْتَرَتْ أُخْتَانِ أُمَّهُمَا، ثُمَّ شَارَكَتِ الْأُمُّ أُجْنَبِيًّا فِي شِرَاءِ أَبِيهِمَا، فَإِذَا مَاتَتْ إِخْدَى الْأُخْتَيْنِ، وَلَمْ تُخَلِّفْ إِلَّا الْأَخْتَ الْأُخْرَى، فَالنِّصْفُ لَهَا بِالْأَخْوَةِ، وَالْبَاقِي لِلْأُجْنَبِيِّ وَالْأُمِّ؛ فَإِنَّهُمَا مُعْتَقَاتُ أَبِيهِمَا لَكِنَّ الْأُمَّ مَيْتَةٌ، فَيَرْجِعُ نِصْبُهَا إِلَى الْأُخْتَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا أَعْتَقَتَاهَا، لَكِنَّ إِحْدَاهُمَا مَيْتَةٌ، وَحَصَلَ لَهَا الثَّمَنُ، فَيَرْجِعُ إِلَى الْأُجْنَبِيِّ وَأُمَّهَا، وَمِنَ الْأُمِّ إِلَى الْمَيْتَةِ وَالْحَيَّةِ، وَيَدُورُ وَلَا يَنْقَطِعُ، فَالصَّوَابُ (و) أَنَّ يُقَسَّمُ الْمَالُ مِنْ سِتَّةٍ، فَيَكُونُ لَهَا النِّصْفُ بِالْأَخْوَةِ، وَالْبَاقِي ثَلَاثَةً، يُقَسَّمُ عَلَيْهَا

(١) قال الرافعي: «والأخ لا يقاسم الجد في الولاء في أحد القولين» المسألة المذكورة في الفرائض [ت].

(٢) قال الرافعي: «والأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح القولين» هي المذكورة في الفرائض أيضاً، والمعاد في الصورتين يشتمل على زيادات [ت].

وَعَلَى الْأَجْنَبِيِّ أَثْلَانَا؛ لِلأَجْنَبِيِّ سَهْمَانِ، وَلَهَا سَهْمٌ؛ فَتَحَصَّلُ هِيَ عَلَى أَرْبَعَوَ؛ لِأَنَّ التُّمْنَ الدَّائِرَ كُلَّمَا رَجَعَ إِلَى الْمَيْتَةِ، يَحْصُلُ لِلأَجْنَبِيِّ ضِعْفُ مَا حَصَلَ لِلأُنْثَى.

(كِتَابُ التَّدْبِيرِ)

والتَّظَرُّ فِي أَرْكَانِهِ وَأَحْكَامِهِ: (أَمَّا الْأَرْكَانُ)، فَهُوَ اللَّفْظُ، وَالْأَهْلُ:

(أَمَّا اللَّفْظُ) فَصَرِيحُهُ قَوْلُهُ: دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي.

وَقِيلَ: إِنَّ لَفْظَ التَّدْبِيرِ كِتَابِيَّةٌ، وَالتَّدْبِيرُ الْمُقَيَّدُ كَالْمُطْلَقِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قُتِلْتُ، أَوْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي يَبْزُومُ فَيَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ يَبْزُومُ، وَلَا يَخْتِاجُ (ح) إِلَى الْإِنْشَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، فَلَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا، مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ، وَلَوْ قَالَ شَرِيكَانِ: إِذَا مِتْنَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلَا يَعْتِقُ مِنْهُ شَيْءٌ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا؛ حَتَّى يَمُوتَ الْآخَرُ، لَكِنْ لَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْنَهُمْ حَتَّى يَمُوتَ الشَّرِيكُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهُ (و) قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ إِبْطَالُ تَغْلِيْقِ الْمَيِّتِ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ إِبْطَالُ عَارِيَّتِهِ الْمُضَافَةِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ، إِنْ شِئْتَ، صَارَ مُدَبَّرًا، إِنْ شَاءَ؛ عَلَى الْفَوْرِ (و)، وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ، لَمْ يُشْتَرَطِ الْفَوْرُ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الْمَشِيئَةِ فِي الْحَيَاةِ؛ إِلَّا إِذَا قَالَ: إِنْ شِئْتَ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَلَا يُشْتَرَطُ (و) الْفَوْرُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ مُتُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، إِنْ شِئْتَ، فَيَكْفِي مَشِيئَتُهُ فِي الْحَيَاةِ؛ فِي وَجْهِ.

وَيَكْفِي الْمَشِيئَةُ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ فِي وَجْهِ.

وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا؛ فِي وَجْهِ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتَ الْعَيْنَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، عَتَقَ بِكُلِّ (و) مَا يُسَمَّى عَيْنًا.

(الرُّؤْيُ الْثَانِي: الْأَهْلُ)، وَلَا يَصِحُّ التَّدْبِيرُ مِنَ الْمَجْنُونِ وَغَيْرِ الْمُمَيِّزِ، وَمِنَ الْمُتَمَيِّزِ قَوْلَانِ، وَمِنَ السَّفِيهِ يَنْفَذُ.

وَقِيلَ قَوْلَانِ.

وَمِنَ الْمُزْتَدِّ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَإِنْ دَبَّرَ، ثُمَّ أَرْتَدَّ، لَمْ يَبْطُلْ.

وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَإِذَا بَطَلَ، فَإِنْ أَسْلَمَ، عَادَ.

وَقِيلَ: يُبْتَنَى عَلَى عَوْدِ الْحِنثِ.

فَإِذَا مَاتَ مُزْتَدًّا، وَقُلْنَا: يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، نَفَذَ (و) مِنَ الثَّلْثِ، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ لِلْفَيْءِ، وَالْكَافِرُ الْأَصْلِيُّ يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَسْلَمَ مُدَبَّرُهُ، يُبَاعُ عَلَيْهِ؛ فِي قَوْلِي.

وَفِي قَوْلٍ: يُسْتَكْسَبُ لَهُ؛ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ.

وَالْمُكَاتَبُ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ.

وَقِيلَ: كَالْمُدَبِّرَةِ.

وَإِذَا دَبَّرَ نَصِيْبَهُ مِنْ عِبْدٍ مُشْتَرَكٍ، لَمْ يَسِرْ إِلَى الْبَاقِي.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ)، وَلَهُ حُكْمَانِ:

(الأوَّلُ: أَرْتِفَاعُهُ)، وَيَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ بِخَمْسَةِ أُمُورٍ:

(الأوَّلُ: إِزَالَةُ الْمِلْكِ)، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ (ح م و) الْمُدَبِّرُ، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ، فَهَلْ يَعُودُ التَّدْبِيرُ؟ فِيهِ

خِلَافٌ (و) (١).

(الثَّانِي): أَنْ لَهُ صَرِيحَ الرُّجُوعِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَغْلِيْقٌ، فَلَا، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقَهُ

عَنِّي، فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ، فَدَخَلْتَ الدَّارَ، أَوْ شِئْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهُوَ تَغْلِيْقٌ، وَلَا رُجُوعَ

عَنَّهُ بِالصَّرِيحِ، وَلَا يَنْقَطِعُ (و) التَّدْبِيرُ بِالِاسْتِيْلَادِ؛ لِأَنَّهُ يُوَافِقُهُ (٢) بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ» رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ الْمَطْلُوقِ (٣).

(الثَّالِثُ): إِنْكَارُ السَّيِّدِ رُجُوعٌ.

وَقِيلَ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ، بَلْ يُحْلَفُ (٤).

وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي إِنْكَارِ الْوَصِيَّةِ وَالْوَكَالَةِ، هَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟ وَإِنْكَارُ الْبَيْعِ الْجَائِزِ لَيْسَ بِفَسْخِ،

ثُمَّ إِنَّ إِنْكَارَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لَيْسَ بِرَجْعَةٍ.

(الرَّابِعُ): مُجَاوِزَةُ الثَّلَاثِ، فَإِذَا دَبَّرَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ بِمَوْتِهِ ثُلُثَهُ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ فِي

الصَّحَّةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ، لَمْ يَتَنَجَّزْ، عَتَقَ ثُلُثَهُ؛ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ حَتَّى لَا يَتَسَلَّطَ الْعَبْدُ عَلَى

شَيْءٍ قَبْلَ تَسَلُّطِ الْوَرَثَةِ عَلَى مِثْلِيهِ؛ وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الْوَصِيَّةِ.

(الخَامِسُ): إِذَا جَنَى الْمُدَبِّرُ، يَبِيعُ (ح)، فَإِنْ فَدَاهُ السَّيِّدُ، بَقِيَ التَّدْبِيرُ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ،

(١) قال الراعي: «فإن عاد الملك فهل يعود التدبير؟ فيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الراعي: «ولا ينقطع التدبير بالاستيلاء؛ لأنه يوافق» هذا وجه والذي أورده أكثر الأصحاب أنه ينقطع؛ لأن الاستيلاء أقوى فيرتفع به الأضعف. [ت]

(٣) قال الراعي: «ولو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت مدبر فهو رجوع عن التدبير المطلق» هذا وجه، والأرجح خلافه. [ت]

(٤) قال الراعي: «إنكار السيد رجوع، وقيل: ليس برجوع، بل يحلف» السياق يشعر بترجيح الأول، والأظهر عند الأكثرين الثاني، والثالث أنه يستقل حتى يعامل السيد الأقوى ما ذكر في «التهديب» أنه لا يجوز معاملته مع السيد، وأنه لا ينفذ تصرفه مما في يده كما في المعلق عتقه بصفحة. [ت]

فَلِلْوَرَّةِ أَلَّا يَفْذُوهُ؛ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ وَفَى الثُّلُثَ بِالْفِدَاءِ وَالْعِتْقِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ (و) الْفِدَاءُ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي: السَّرَايَةُ)، وَهَلْ يَسْرِي التَّذْيِيرُ إِلَى وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.
وَتَغْلِيْقُ الْعِتْقِ بِالِدُّخُولِ، هَلْ يَسْرِي إِلَى الْوَالِدِ؟ فِيهِ أَيْضاً قَوْلَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَقِيلَ:
مَعْنَاهُ أَنَّ الْوَالِدَ يَغْتَقُ بِدُخُولِ الْأُمِّ.

وَقِيلَ: بِدُخُولِ نَفْسِهِ (م).

ثُمَّ إِذَا سَرَى التَّذْيِيرُ، صَارَ كَمَا لَوْ دَبَّرَهُمَا، وَلَا يَكُونُ الرُّجُوعُ عَنْ أَحَدِهِمَا رُجُوعاً عَنِ الْآخَرِ،
وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ.

أَمَّا وَلَدُ الْمُدَبَّرِ، فَيَتَّبِعُ الْأُمَّ دُونَ الْأَبِ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ وَالْمُدَبَّرَةُ حَامِلٌ، عَتَقَ مَعَهَا حَمْلَهَا،
وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ التَّذْيِيرِ، فَبِالسَّرَايَةِ إِلَى الْجَنِينِ وَجَهَانِ، فَلَوْ تَنَازَعَا، وَقَالَتْ: وَلَدْتُ بَعْدَ
التَّذْيِيرِ، فَيَتَّبِعُنِي، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الْوَارِثُ وَالْمُدَبَّرُ فِي مَالٍ فِي يَدِهِ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ
أُكْتَسَبَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَجْلِ الْيَدِ، وَلَوْ قَالَتْ: وَلَدْتُ الْوَالِدَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَهُوَ
حُرٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ؛ إِذْ لَا يَدَّ عَلَى الْوَالِدِ.

كِتَابُ الْكِتَابَةِ

وَهِيَ عَقْدٌ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ إِنْ أَلْتَمَسَ الْعَبْدُ، وَكَانَ أَمِينًا قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِينًا، لَمْ يُسْتَحَبَّ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْكَسْبِ، فَفِي الْأَسْتِحْبَابِ وَجْهَانِ.
وَلَهَا أَرْكَانٌ وَأَحْكَامٌ:

(النَّظَرُ الْأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهَا)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ: الصِّيغَةُ)، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا، إِنْ أَدَيْتَهُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ لَمْ يُصْرَخْ بِالتَّغْلِيْقِ وَنَوَى، كَفَى، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ لَفْظِ الْكِتَابَةِ، دُونَ صَرِيحِ التَّغْلِيْقِ، أَوْ نِيَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ، فَقِيلَ، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَالْأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَأَعْطَى مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ؛ إِذْ لَا مَالَ لَهُ، هَلْ يَغْتَقُّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَغْتَقُّ، فَهَلْ يُرْجَعُ إِلَى قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ وَيَتَّبَعُهُ الْكَسْبُ؛ كَمَا فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ أَوْ هُوَ تَغْلِيْقٌ مَخْضُوفٌ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ بَاعَ الْعَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَهُ الْوَلَاءُ^(١).

وَقِيلَ: لَا وَوَلَاءٌ لَهُ أَضْلًا؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى نَفْسِهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الْعَوْضُ): وَشُرُوطُهُ أَرْبَعَةٌ:

(الْأَوَّلُ): أَنْ يَكُونَ دَيْنًا؛ إِذْ لَوْ كَانَ عَيْنًا، لَكَانَ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ، إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ.

(الثَّانِي): الْأَجَلُ، فَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ الْحَالَةَ؛ لِأَنَّهُ يَنْعَجُزُ عَقِيبَ الْعَقْدِ؛ إِذْ لَا بُدَّ مِنْ لَخْطَةِ فِي الْأَكْتِسَابِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرًّا، فَيَصِحَّ كِتَابَتُهُ بِغَيْرِ أَجَلٍ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ الْمُفْلِسِ بِغَيْرِ أَجَلٍ بِشَمَنِ يَزِيدُ عَلَى قِيَمَةِ الْمَثَلِ، فَيَنْعَجُزُ عَنْهُ، وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ صِحَّتُهُ.
وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يُنَجَّمَ نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا؛ أَتْبَاعًا لِلسَّلْفِ، وَيَجُوزُ لَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ بَعْدَ الْعَقْدِ يَوْمًا؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تُسْتَحَقُّ عَقِيبَ الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا التَّأَخُّرُ بِالتَّوْفِيَةِ، وَلَا يَصْرُ الْحُلُولُ فِيهِ؛ لِاتِّصَالِ الْقُدْرَةِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرَيْنِ؛ لِيَكُونَ كُلُّ شَهْرٍ نَجْمًا، لَمْ يَجُزْ، لِأَنَّ الْكُلَّ مُسْتَحَقٌّ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَافَ اسْتِحْقَاقَ الشَّهْرِ الثَّانِي إِلَى الشَّهْرِ الثَّانِي، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْرًا، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ، فَإِنْ تَعَدَّرَ، فَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ أَوْ قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي بَدَلِ الْخُلْعِ.

(الرَّابِعُ): إِعْلَامُ الْقَدْرِ وَالْأَجَلِ وَالتَّجْمِ وَتَمْيِيزِ مَحَلِّ كُلِّ نَجْمٍ. فَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مِائَةٍ يُؤَدِّيهَا فِي

(١) قال الراجعي: «ولو باع العبد من نفسه صح، وله الولاء» هذا مذكور في «فضل الولاء» لكن لم يذكر الخلاف هناك. [ت]

عَشْرٍ سِنِينَ، لَمْ يَجْزُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مَحَلُّ كُلِّ نَجْمٍ.

وَلَوْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا فَسَدَ، وَلَوْ كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئًا عَلَى عَوَضٍ وَاحِدٍ دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَسَدَ الْبَيْعُ، وَفِي الْكِتَابَةِ قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وَلَوْ كَاتَبَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدٍ عَلَى أَلْفٍ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالْتَصُّ الصَّحَّةُ، وَفِي شِرَاءِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ مِنْ ثَلَاثَةِ مَلَأِكٍ، فَالْتَصُّ الْفَسَادُ، وَفِي خُلْعِ نِسْوَةٍ وَنِكَاحِهِنَّ دَفْعَةً وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ، نَصٌّ عَلَى قَوْلَيْنِ؛ فِقِيلٌ: فِي الْكُلِّ قَوْلَانِ؛ لِكُونَ الْعَوَضِ مَعْلُومَ الْجُمْلَةِ غَيْرَ مَعْلُومِ التَّفْصِيلِ^(١).

(الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: السَّيِّدُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُكْلَفًا (ح) أَهْلًا لِلتَّبَعِ؛ فَلَا يَصِحُّ (ح م) كِتَابَةُ قِيمِ الطِّفْلِ، وَلَا كِتَابَةُ الْمَرِيضِ، إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ الثَّلَاثُ^(٢)، وَلَوْ كَاتَبَ فِي الصَّحَّةِ، وَوَضَعَ التُّجُومَ فِي الْمَرَضِ، اغْتَبَزْنَا خُرُوجَ الْأَقْلِ مِنَ الثَّلَاثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ أَقْلًا، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ، لَوْ عَجَزَ نَفْسُهُ، وَإِنْ كَانَتْ التُّجُومُ أَقْلًا، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ؛ وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ، أَوْ وَضَعَ التُّجُومَ عَنْهُ وَلَوْ أَتَى فِي الْمَرَضِ بِقَبْضِ نُجُومِ كِتَابَتِهِ فِي الصَّحَّةِ، قَبْلَ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ، فَيَبْنِي كِتَابَتَهُ عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ.

وَالْكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخَوِطَبَ بَيْنِيهِ، وَكَاتَبَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَاتَبَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْعَبْدُ، فَفِي الْأَنْقِطَاعِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ^(٣)، وَأَوْلَى بِأَنْ يَدُومَ الْكِتَابَةُ.

وَالْحَزْبِيُّ تَصِحُّ (ح م) كِتَابَتُهُ، وَلَكِنْ لَوْ قَهَرَهُ السَّيِّدُ، عَادَ مِلْكُهُ قَبْلَ الْعِنَقِ وَبَعْدَهُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمَكَاتِبُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُكْلَفًا، فَلَا يَصِحُّ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ، وَإِنْ كَانَ مُمِيزًا.

(الثَّانِي) أَنْ يُكَاتِبَ كُلَّهُ، وَلَوْ كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَالْمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ لَا يَصِحُّ (ح)، وَلَوْ كَاتَبَ مَنْ نِصْفَهُ حُرًّا، جَازَ؛ لِحُضُورِ الْأَسْتِقْلَالِ، وَلَوْ كَاتَبَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ بغيرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، فَالْمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَاتَبَ بِالْإِذْنِ، فَقَوْلَانِ، وَالْأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ لَا يُضْرَفُ الصَّدَقَةُ إِلَى مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مَالٍ وَاحِدٍ، جَازَ وَأَنْقَسَمَتِ التُّجُومُ عَلَى قَدْرِ مِلْكِهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا تَفَاوُتًا فِي الْقِسْمَةِ، فَقَدْ أَنْفَرَدَتْ كُلُّ صَفَقَةٍ، وَهِيَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، فَيُخْرَجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

(فَرْعٌ):

- (١) قال الرافعي: «ولو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقة واحدة إلى قوله... غير معلوم التفصيل» الصور مكررة قد ذكرها مرة في الصداق. [ت]
- (٢) قال الرافعي: «ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث» أي كتابة الجميع وهذا قد ذكره في «الوصايا» حيث قال: «والكتابة محسوبة من الثلث». [ت]
- (٣) قال الرافعي: «ولو كاتب ثم أسلم العبد ففي الانقطاع وجهان مرتبان» الصورة مكررة قد ذكرها في البيع حيث قال: «والمكاتب كالمستولدة، وقيل: كالمديرة». [ت]

لَوْ كَاتَبَهُ، ثُمَّ عَجَزَ أَحَدُهُمَا، وَأَرَادَ الثَّانِي إِبْقَاءَ الْكِتَابَةِ فِي نَصِيهِه بِالْإِنْظَارِ، فَقَوْلَانِ، وَأَوْلَى بِالْجَوَازِ؛ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، وَلَوْ كَاتَبَ وَاحِدٌ عَبْدًا، ثُمَّ خَلَّفَ ابْنَيْنِ، وَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا، وَأَنْظَرَهُ الْآخَرُ، فَهَذَا أَوْلَى بِالْمَنْعِ.

هَذَا بَيَانٌ مَا يَصِخُّ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَمَا لَا يَصِخُّ، فَيَنْفَسِمُ إِلَى بَاطِلٍ، وَفَاسِدٍ.

(فَالْبَاطِلُ): هُوَ الَّذِي اخْتَلَّ بَعْضُ أَزْكَانِهِ؛ بِأَنْ صَدَرَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ عَدِمَ قَضْدُ مَالِيَةِ الْعَوْضِ؛ كَمَا لَوْ كَانَتْ عَلَى دَمٍ، أَوْ حَشْرَاتٍ، أَوْ اخْتَلَّتِ الصَّيغَةُ؛ بِأَنْ فَقِدَ لَفْظَ الْعَقْدِ، ثُمَّ الْفَاسِدُ يُسَاوِي الصَّحِيحَ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَخْصُلُ الْعِتْقُ بِالْأَدَاءِ، لَكِنْ بِحُكْمِ التَّغْلِيْقِ؛ فَلَا يَخْصُلُ (و) بِالْإِبْرَاءِ وَالْأَعْتِيَاضِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَسْتَقْبَلُ بِالْكَسْبِ، وَيَسْتَتْبِعُ عِنْدَ الْعِتْقِ مَا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ؛ وَكَذَا وَلَدُهُ مِنْ جَارِيَتِهِ.

أَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ، فَفِي سِرَايَةِ الْفَاسِدَةِ إِلَيْهِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّغْلِيْقِ.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَسْتَقْبَلُ حَتَّى يُعَامِلَ السَّيِّدَ، وَتَسْقُطُ عَنْهُ نَفَقَتُهُ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يُسَافِرُ (ح)، وَفِي صَرْفِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ وَجْهَانِ، وَيُفَارِقُهُ فِي أَمْرَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مَا عَلَّقَ بِهِ الْأَدَاءَ، رَدَّهُ وَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الرَّقَبَةِ؛ لِفَسَادِ الْعَوْضِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهَا لَا تَلْزَمُ مِنْ جَانِبِ السَّيِّدِ؛ فَلَهُ فَسْحُهَا (و)، وَمَهْمَا فَسَخَ أَوْ قَضَى الْقَاضِي بِرَدِّهَا، لَمْ يُعْتَقَ بِحُكْمِ التَّغْلِيْقِ، وَإِنْ أَدَّى؛ لِأَنَّهُ كَانَ تَغْلِيْقًا فِي ضِمْنِ مُعَاوَضَةٍ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ، صَخَّ، وَبَرِّثَتْ ذِمَّتُهُ، وَكَانَ فَاسِخًا لِلْكِتَابَةِ؛ حَتَّى لَا يَتَّبِعُهُ الْكَسْبُ؛ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ (ح م) الْإِجْرَاءَ عَنِ الْكِفَّارَةِ.

وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ فَادَّى إِلَى الْوَارِثِ، لَمْ يَعْتَقَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ الْقَائِلَ لَهُ: إِذَا أَدَيْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهَا)، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الْأَوَّلُ): مَا يَخْصُلُ بِهِ الْعِتْقُ، وَفِيهِ مَسَائِلُ سِتَّةٌ

(الْأَوْلَى): أَنَّهُ يَخْصُلُ فِي الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ الثُّجُومِ، وَبِالْإِبْرَاءِ، وَبِالْأَعْتِيَاضِ، وَلَا يَخْصُلُ بِجُزْءٍ مِنَ الثُّجُومِ جُزْءٌ مِنَ الْحُرِّيَّةِ؛ حَتَّى يُؤَدِّي الْكُلَّ، وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ دَفْعَةً، عَتَقَ (ح م و) أَحَدَهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيهِه قَبْلَ آدَاءِ الثَّانِي، وَلَوْ كَاتَبَا عَبْدًا، لَمْ يَعْتَقَ نَصِيْبَ أَحَدِهِمَا مَا لَمْ يُؤَدِّ جَمِيعَ الثُّجُومِ إِلَيْهِمَا، إِلَّا أَنْ يُكَاتِبَ وَاحِدًا، وَيُخَلَّفَ ابْنَيْنِ، فَيَعْتَقَ (و) نَصِيْبَ أَحَدِ الْابْنَيْنِ؛ بِأَدَاءِ نَصِيهِه.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا جُنَّ السَّيِّدُ، وَقَبِضَ الثُّجُومَ، لَمْ يَعْتَقَ، حَتَّى يُسَلِّمَ إِلَى الْقِيَمِ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ، فَلَا ضَمَانَ لِلتَّقْصِيرِ بِالسَّلَامِ إِلَيْهِ، وَلَوْ جُنَّ الْعَبْدُ، فَقَبِضَ مِنْهُ السَّيِّدُ، عَتَقَ (و)؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ.

(أَمَّا الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ)، فَتَنْفَسِخُ بِجُنُونِهِمَا؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِعَجَازِهَا.

وَلَا تَنْفَسِخُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهَا إِلَى اللُّزُومِ.

وَتَنْفَسِخُ؛ عَلَى وَجْهِ؛ بِجُنُونِ الْمَالِكِ، دُونَ جُنُونِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَةَ أَيْضاً جَائِزَةٌ فِي حَقِّ الْعَبْدِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْدًا، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ، عَتَقَ وَسَرَى فِي الْحَالِ؛ عَلَى قَوْلِ.

وَفِي قَوْلِ آخَرَ: لَا يَسْرِي إِلَّا أَنْ يَرِقَّ النَّصِيبُ الثَّانِي بِالْعَجْزِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فِي الْحَالِ، فَتَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ فِي مَحَلِّ السَّرَايَةِ، وَيَنْتَقِلُ مَكَاتِبًا، وَيُعْتَقُ؛ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلشَّرِيكِ، لَا لِمَنْ سَرَى عَلَيْهِ، فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنَّ كَوْنَهُ مَكَاتِبًا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ، ثُمَّ إِبْرَاءُ أَحَدِهِمَا يَجْرِي إِعْتَاقَهُ فِي السَّرَايَةِ؛ وَكَذَا قَبْضُ نَصِيبِ نَفْسِهِ بِرِضَا صَاحِبِهِ، إِنْ قَضَيْنَا بِأَنَّهُ يُوجِبُ الْعِتْقَ، فَيَسْرِي، وَلَا نَقُولُ: هُوَ مُجَبَّرٌ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَضْلَ الْعَقْدِ، نَعَمْ أَحَدُ الْآبَتَيْنِ، إِذَا قَبَضَ نَصِيْبَهُ، عَتَقَ، (و) وَلَمْ يَسِرْ (و)؛ لِأَنَّهُ مَفْهُورٌ فِي الْقَبْضِ، وَلَمْ يَصُدِّرِ الْعَقْدَ مِنْهُ.

(فَرَعٌ): لَوْ أَدْعَى الْعَبْدُ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ؛ أَنَّهُ وَقَاهُمَا بِالْجُومِ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، عَتَقَ نَصِيبَ الْمُصَدِّقِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي السَّرَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّصْدِيقِ.

(الرَّابِعَةُ): أَحَدُ الْآبَتَيْنِ الْوَارِثَيْنِ، إِذَا أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ، نَفَذَ، وَيَسْرِي؛ عَلَى قَوْلِ؛ إِمَّا فِي الْحَالِ؛ وَإِمَّا عِنْدَ الْعَجْزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَسْرِي، وَرَقَّ النَّصِيبُ الْآخَرُ، فَهَلْ يُتَبَيَّنُ أَنْفَسَاخُ الْكِتَابَةِ فِي النَّصْفِ الَّذِي أُعْتِقَ؛ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ خَاصَّةً، أَوْ نَقُولُ: لَمْ تَنْفَسِخْ، وَالْوَلَاءُ فِي ذَلِكَ النَّصْفِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرَعٌ): لَوْ خَلَفَ آبَتَيْنِ وَعَبْدًا، فَأَدْعَى الْعَبْدُ كِتَابَةَ الْمُورِثِ لَهُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الْآخَرَ، وَخَلَفَ، فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ مَكَاتِبٌ (و)، فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَلَمْ يُخْرَجْ عَلَى الْخِلَافِ؛ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ بِقَوْلِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ أَبْرَأَ، لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يَقُولُ: إِبْرَاؤُهُ لَأَخٍ؛ إِذْ لَا كِتَابَةَ، فَإِنْ عَتَقَ بِأَدَاءِ الثُّجُومِ، لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّهُ مَفْهُورٌ عَلَى الْقَبُولِ.

(الْحَامِسَةُ): إِذَا قَبَضَ الثُّجُومَ، فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَلَهُ رُدُّهَا، وَرَدُّ الْعِتْقِ؛ إِذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَخْصُلْ، أَوْ حَصَلَ خُصُولًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ بِحَسَبِ الْعَوْضِ، وَإِنْ رَضِيَ، اسْتَمَرَ الْعِتْقُ، وَلَكِنْ مِنْ جِهِنِ الرِّضَا، أَوْ مِنْ جِهِنِ الْقَبْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَطْلَعَ عَلَى الثَّقُفَانِ بَعْدَ تَلْفِ الثُّجُومِ، جَازَ لَهُ رُدُّ الْعِتْقِ إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ الْأَرْضَ، فَإِنْ عَجَزَ، كَانَ لَهُ الْإِرْقَاقُ وَالْفَسْخُ، كَالْعَجْزِ بِعِضِ الثُّجُومِ.

(السَّادِسَةُ): إِذَا خَرَجَتِ الثُّجُومُ مُسْتَحَقَّةً، تَبَيَّنَ أَنْ لَا عِتْقَ، فَلَوْ كَانَ قَالَهُ عِنْدَ الْقَبْضِ: أَذْهَبَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتَمْتَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِهِ؛ كَمَا لِلْمُسْتَرِي الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ أَدْعَى الْمِلْكَ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَيَلْزَمُ

عَلَى هَذَا أَنَّ مَنْ أَقْرَ بِالطَّلَاقِ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ أَطْلَقْتُ لَفْظَةَ طَلَّقْتُهَا طَلِاقًا، ثُمَّ رَاجَعْتُ الْمُفْضِي، فَأَخْبَرَنِي بِأَنَّهُ لَا يَنْفَدُ؛ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَقَدْ قِيلَ بِهِ؛ وَكَذَا فِي الْعِتْقِ.

(الْحُكْمُ الثَّانِي): حُكْمُ الْأَدَاءِ، وَفِيهِ سَنَعُ مَسَائِلَ:

(الأولى): أَنَّهُ يَجِبُ (ح م) الْإِيْتَاءُ بِحِطِّ شَيْءٍ مِنَ التُّجُومِ، أَوْ بِذَلِ شَيْءٍ، وَلَا يَجِبُ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ؛ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَلَا يَجِبُ (و) فِي الْإِعْتَاقِ بِعَوْضٍ، وَلَا فِي بَيْعِ (و) الْعَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَا فِي الْإِعْتَاقِ مَجَانًا، وَفِي وُجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَى وَقْتِ الْعِتْقِ وَجَهَانِ، وَيَكْفِي أَقْلُ مَا يُتَمَوَّلُ. وَقِيلَ: بَلْ مَا يَلِيْقُ بِالْحَالِ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الْإِيْتَاءِ، فَتَكُونُ الزِّيَادَةُ فِي التَّرِكَةِ؛ كَوَصِيَّةٍ يُضَارِبُ بِهَا الْوَصَايَا، لَا كَدَيْنٍ^(١).

وَلَوْ بَقِيَ مِنَ التُّجُومِ قَدْرٌ لَا يُقْبَلُ فِي الْإِيْتَاءِ أَقْلٌ مِنْهُ، إِذَا قُلْنَا: يَجِبُ أَكْثَرُ مِمَّا يُتَمَوَّلُ، فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعْجِيْزُهُ، وَلَا يَخْصُلُ التَّقَاصُ؛ لِأَنَّ الْإِيْتَاءَ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ، فَلَوْ عَدَلَ إِلَى غَيْرِ جِنْسِهِ، فَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعَبُّدًا؛ كَمَا فِي الزَّكَاةِ^(٢).

(الثَّانِيَةُ): لَوْ عَجَلَ التُّجُومَ قَبْلَ الْمَحَلِّ، أُجِبَرَ عَلَى الْقَبُولِ؛ كَمَا لَوْ عَجَلَ دَيْنًا بِهِ رَهْنٌ، وَفِي سَائِرِ الدُّيُونِ وَجَهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرْرٌ، أَوْ كَانَ وَقْتُ غَارَةِ، لَمْ يَجْزِ، فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ أَنْشِئَ فِي وَقْتِ الْغَارَةِ، فَوُجْهَانِ، فَلَوْ كَانَ غَائِبًا، قَبَضَ الْفَاضِي عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: لَا آخِذُ؛ فَإِنَّهُ حَرَامٌ، أُجِبَرَ عَلَى الْقَبُولِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يُتَنَزَعُ مِنْ يَدِهِ بَعْدَ الْقَبُولِ؛ لِأَجْلِ إِفْرَارِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُتَنَزَعُ وَيُحْفَظُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ يُسَلَّمُ إِلَى مَالِكِهِ، إِنْ أَقْرَ لِمَالِكٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُتَنَزَعُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ، وَيَنْفَدُ تَصَرُّفُهُ، إِذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ، وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ إِنْ عَجَلْتَ بَعْضَ التُّجُومِ، فَقَدْ أَبْرَأْتُكَ عَنِ الْبَاقِي (ح)؛ لَمْ يَصِحَّ (ح و) الْإِبْرَاءُ، وَلَوْ عَجَلَ الْبَعْضُ؛ بِشَرْطِ، لَمْ يَصِحَّ (ح و) الْأَدَاءُ، فَإِنْ وَقَى السَّيِّدُ، وَأَبْرَأَ، فَهَلْ يَنْقَلِبُ الْقَبْضُ صَحِيحًا بِرِضَا السَّابِقِ الْمُعْلَقِ عَلَى الْأَدَاءِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَنْشَأَ رِضًا جَدِيدًا، فَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ مِنْ حِينِهِ؛ لِأَنَّ دَوَامَ الْقَبْضِ كَأَيْدَائِهِ.

(الثَّالِثَةُ): لِيَتَعَدَّرَ التُّجُومُ خَمْسَةَ سَبَابٍ:

(الأوَّلُ): إِذَا أَفْلَسَ بِجَمِيعِهَا أَوْ بِنَعْضِهَا، فَلَهُ فَسْخُ الْكِتَابَةِ، وَيُسَلَّمُ لَهُ مَا أَخَذَ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ

(١) قال الرافعي: «وقيل بل ما يليق بالحال إلى أن يموت قبل الإيتاء، فتكون الزيادة في التركة كوصية يضارب بها الوصايا لا كدين» هذا وجه، والظاهر أن ما يحكم بوجوبه على ما فيه من الاختلاف بمثابة الديون يقدم على الوصايا. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو عدل إلى غير جنسه ففيه وجه أن لا يجوز تعبدًا كما في الزكاة» قد يفهم من هذا الإيراد ترجيح الجواز، والمراد من الجواز أنه يجبر المكاتب على قبوله والظاهر الذي أورده الأكثرون أنه لا يجبر فإن رضي بغير الجنس جاز بلا خلاف. [ت]

الصَّدَقَةِ؛ فَيَجِبُ (و) رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا، وَلَيْسَ هَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْفَوْرِ، بَلْ لَهُ التَّأخِيرُ، وَلَا يَلْزَمُهُ الْإِنْتِظَارُ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ الْمَالُ مِنَ الْمَخْرَزِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا، فَلَهُ الْفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُروضٌ لَا يُشْتَرَى إِلَّا فِي زَمَانٍ، فَلَهُ الْفَسْخُ؛ عَلَى الْأَطْهَرِ.

(الثاني): إِذَا غَابَ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَلَهُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ (و) حَاجَتِهِ إِلَى الرَّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَأْذِنُهُ بَعْدَ الْمَحَلِّ، فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ؛ حَتَّى يُخْبِرَهُ مُخْبِرًا؛ أَنَّهُ قَدْ نَدِمَ عَلَى الْإِنْتِظَارِ، فَإِنْ قَصَرَ فِي الْإِيَابِ، فَلَهُ الْفَسْخُ.

(الثالث): أَنْ يَمْتَنِعَ مَعَ الْقُدْرَةِ، فَلَهُ الْفَسْخُ؛ إِذِ الْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (ح م) مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ (ح م)، وَأَنْ يَفْسَخَ (و)، مَهْمَا شَاءَ.

(الرابع): إِذَا جُنَّ الْعَبْدُ، وَقُلْنَا: لَا يَنْفَسَخُ، فَلَهُ الْفَسْخُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ؛ لِيَتَّقَى إِنْ رَأَى الْمَضْلَحَةَ لَهُ فِي الْحُرِّيَّةِ، وَلِلْسَّيِّدِ أَيْضًا أَنْ يَسْتَقِيلَ بِأَخِذِ التُّجُومِ، إِذْ تَمَكِّيْنُهُ مِنْ هَذَا أَوْلَى مِنْ مَنْعِهِ؛ حَتَّى يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ الْمَالَ مَجَانًا.

(الخامس: المَوْتُ)، وَتَنْفَسَخُ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ، وَإِنْ خَلَفَ (ح م) وَفَاءً؛ لِيَتَعَدَّرَ الْعِتْقُ. (فَرَعٌ): لَوْ كَانَ اسْتَسَخَرَ الْمَكَاتِبَ شَهْرًا^(١)، وَعُرِّمَ الْأَجْرَةَ؛ فَيَلْزَمُهُ إِنْتِظَارُ شَهْرٍ بَعْدَ الْمَحَلِّ، فَعَسَاءَ يَكْتَسِبُ مَالًا.

وَقِيلَ: لَهُ تَعَجِيزُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْتِظَارٍ.

(الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: فِي أَرْذِحَامِ الدُّيُونِ)، وَلَهُ صَوْرٌ:

(الأولى): إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَّا لِلْسَّيِّدِ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ مَعَ التُّجُومِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِي يَدِهِ بِالذَّيْنِ، وَيُعَجِّزُهُ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا مَا يَبْقَى بِأَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَرَادَ تَعَجِيزَهُ قَبْلَ إِخْلَاءِ يَدِهِ عَنِ الْمَالِ يَأْخُذُهُ بِالذَّيْنِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(الثانية): أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِلْأَجَانِبِ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ، وَأَرِشُ جِنَايَةٍ، فَقَوْلَانِ:

النَّصُّ؛ أَنْ يُوْرَعَ مَا فِي يَدِهِ عَلَيْهِمْ إِنْ ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ الْأَرِشَ لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ، ثُمَّ الْأَرِشُ يُقَدَّمُ عَلَى التُّجُومِ كَمَا يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْمَالِكِ، هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِالتَّمَسِّسِ الْغُرْمَاءِ، فَأَمَّا قَبْلَ الْحَجْرِ، فَلَهُ أَنْ يُقَدَّمَ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمْ.

(الثالثة): أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، وَعَلَيْهِ أَرِشٌ وَدَيْنٌ مُعَامَلَةٌ، فَقَدْ سَقَطَ التُّجُومُ، وَمَا فِي يَدِهِ يُوْرَعُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ.

وَقِيلَ: يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِيَرْجَعَ الْأَرِشُ إِلَى الرَّقَبَةِ.

(١) قال الرافعي: «ولو كان استسخر المكاتب شهراً إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني [ت].

وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ رَضِيَ بِدَيْنِهِ.

ثُمَّ لِمُسْتَحِقِّ الْأَرْضِ تَعْجِيزُ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يَبِيعَ رَقَبَتَهُ، فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ؛ لِتَبْقَى الْكِتَابَةُ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبُولُهُ^(١)، وَأَمَّا صَاحِبُ دَيْنِ الْمُعَامَلَةِ، فَلَيْسَ لَهُ التَّعْجِيزُ؛ إِذْ لَا (ح) وَ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالرَّقَبَةِ، وَلَوْ كَانَ لِلْسَّيِّدِ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ، فَلَا يُضَارِبُ (و) الْغُرْمَاءَ بِالنَّجْمِ، وَيُضَارِبُ (و) بِدَيْنِ الْمُعَامَلَةِ.

(الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْدًا، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِقَبْضِ نَصِيبِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ كَالْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى أَحَدِهِمَا جَمِيعَ النُّجُومِ، لَمْ يُعْتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُعْتَقُ نَصِيبُ الْفَاقِضِ.

وَلَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الْآخَرِ بِنَصِيبِهِ، فَقَبْضَ، فَهَلْ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٢).

(فَرَعٌ): لَوْ أَدْعَى أَنَّهُ وَفَاهُمَا النُّجُومَ، فَصَدَّقَ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَ الْآخَرَ، وَحَلَفَ، فَلَهُ (و) أَنْ يُشَارِكَ الْمُصَدِّقَ فِيمَا أَقْرَ بِقَبْضِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْمُكَاتَبَ، إِنْ شَاءَ، بِتَمَامِ نَصِيبِهِ، ثُمَّ لَا يَزِجُ الْمُصَدِّقَ عَلَى الْمُكَاتَبِ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ، وَلَا الْمُكَاتَبَ عَلَى الْمُصَدِّقِ.

(الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ): لَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِشَرْطِ أَنْ يَتَكَفَّلَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ الْآخَرِ، فَسَدَحَ (ح م و) الْعَقْدُ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِغَيْرِ شَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ النُّجُومَ لَيْسَتْ بِإِلَازِمَةٍ، فَكَيْفَ تُضْمَنُ، وَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ نُجُومِ الثَّانِي، وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الْإِذْنِ، فَلِلْمُؤَدِّي أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ، وَالنَّصْرُ أَنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْ أَرْضِ جَنَائِيَةٍ، ثَبَّتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ، وَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ فَلَهُ طَلْبُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ^(٣) مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ تَبَرُّعَ الْمُفْلِسِ، إِذَا لَمْ يَنْفُذْ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِالْإِبْرَاءِ، فَهَلْ يَنْفُذُ الْآنَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(فَرَعٌ): لَوْ كَانَا مُتَّفَاوَتِي الْقِيَمَةِ، فَقَالَ الْخَبِيسُ: أَدَيْنَا النُّجُومَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ، وَقَالَ الْآخَرُ بَلْ عَلَى قَدْرِ النُّجُومِ، وَكَانَا قَدْ جَاءَا بِهِ مَعًا، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ يَدْعِي الْإِسْتِوَاءَ؛ لِأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمَا.

(الْمَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ): فِي التَّرَاعِ، وَلَهُ صُورٌ:

(١) قال الرافي: «فلو أراد السيد فداءه لتبقى الكتابة، فالصحيح أنه لا يجب قبوله» الظاهر عند الأصحاب أنه يجب، ويمتنع عليه التعجيز [ت].

(٢) قال الرافي: «ولو رضي أحدهما بتقديم الآخر بنصيبه فقبض فهل يعتق نصيبه؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

(٣) قال الرافي: «فلو تبرع أحدهما بتسليم نجوم الثاني، وقلنا: لا يجوز التبرع مع الإذن... إلى قوله وقيل: في المسألة قولان» أطلق بعضهم في المسألة وجهين من غير تعرض للنصين [ت].

(إحداها): أَنْ يَخْتَلِفَ السَّيِّدُ وَالْعَبْدُ فِي أَضْلِ الْكِتَابَةِ أَوْ أَضْلِ الْأَدَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ، وَتَبَيَّنَتْ دَعْوَى الْعَبْدِ بِشَاهِدٍ وَأَمْرَاتَيْنِ فِي الْأَدَاءِ، وَهَلْ تَبَيَّنَتْ دَعْوَى الْكِتَابَةِ وَدَعْوَى النَّجْمِ الْأَخِيرِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(١).

(الثَّانِيَةُ): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الْجُومِ، أَوْ الْأَجَلِ، أَوْ جِنْسِ الْجُومِ، تَحَالَفًا وَتَفَاسُخًا، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ قَدْ حَصَلَ بِالْإِتْفَاقِ، فَفَائِدَةُ الْفَسْخِ الرَّجُوعُ إِلَى قِيَمَةِ الرَّقَبَةِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ مَكَاتِبُهُ، وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ، فَقَالَ: عَتَقَ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَجَرَ إِلَيَّ وَلَاءٌ وَلَدَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَوْلَى الْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْوَلَاءِ لَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ): كَاتَبَ عَبْدَيْنِ وَأَقْرَبَ بِأَنَّهُ قَبَضَ نُجُومَ أَحَدِهِمَا، وَنَكَلَ عَنِ دَعْوَى الثَّانِي؛ حَتَّى حَلَفَ الثَّانِي، عَتَقَ الْعَبْدَانِ جَمِيعًا، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، حَلَفَ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِمَا عَمَاهُ الْمَوْرَثُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَلَا يُفْرَعُ؛ عَلَى قَوْلٍ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبْتَهُمَا فِي دَيْنِ^(٢).

(الْحُكْمُ الثَّلَاثُ): حُكْمُ التَّصَوُّفَاتِ: إِذَا مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنَ الْعَبْدِ، أَمَّا السَّيِّدُ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ رَقَبَةً الْمُكَاتَبِ؛ عَلَى الْجَدِيدِ.

وَفِي الْقَدِيمِ: يَبِيعُهُ وَيَبْقَى مَكَاتِبًا، وَلَا يَبِيعُ الْجُومَ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ دَيْنَ غَيْرِ لَازِمٍ، وَفِي الْأَسْتِئْذَالِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَبَضَ مُشْتَرِي الْجُومِ الْجُومَ، فَهَلْ يَعْتِقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ^(٣)؛ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَعْتِقُ، وَكَانَ الْمُشْتَرِي وَكَيْلَهُ، فَيَرُدُّ عَلَيْهِ، وَلَهُ مُعَامَلَةُ الْعَبْدِ بِالْبَيْعِ أَوْ الشَّرَاءِ وَأَخِذَ الشُّفْعَةَ مِنْهُ؛ وَكَذَلِكَ أَخَذَ الْعَبْدُ مِنْهُ، فَإِنْ تَبَيَّنَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ مِثْلُ الْجُومِ قَدْرًا وَجِنْسًا، وَقُلْنَا: يَقَعُ بِنَفْسِهِ التَّقَاصُ، فَيَعْتِقُ.

لَكِنْ فِي تَقَاصِ الدَّيْنَيْنِ الْمُتَسَاوِيَيْنِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ لَا يَحْضُلُ، وَإِنْ رَضِيَاهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَحْضُلُ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا.

(وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ لَا يَحْضُلُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا.

(وَالرَّابِعُ): أَنَّ التَّقَاصَ يَقَعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الرِّضَا.

(١) قال الرافعي: «ودعوى النجم الأخير الذي يتعلق به العتق فيه وجهان» مذكور مرة في «الشهادات» [ت].

(٢) قال الرافعي: «وإن مات قبل البيان حلف الوارث على نفي العلم... إلى آخر القولين في القرعة» الذي ذكره الأكثرون في المسألة أن في قيام الوارث مقامه قولين أحدهما: لا يقوم، بل يقرع فإن خرجت له القرعة فهو حرٌّ وعلى الآخر أداء النجوم، وله أن يحلف الوارث على نفي العلم والثاني: أنه يقوم مقام الوارث ولا قرعة فإن قال الوارث لا أعلم من أدى، فلكل واحد تحليفه، فإذا حلف ففي وجه يستوفى من كل واحد ما عليه والأصح أنه يقرع بينهما [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو قبض مشتري النجوم فهل يعتق؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

فَإِنْ أَجْرُنَا التَّقَاصُّ فِي التَّقْدِينِ، فَفِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَجْهَانِ، وَفِي الْعُرُوضِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ،
وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ، لَمْ يَجْزِ إِلَّا أَنْ يُصِيفَ إِلَى حَالَةِ الْعَجْزِ، فَيَصِحَّ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ،
وَلَوْ أَوْصَى بِالثُّجُومِ جَازَ مِنَ الثَّلْثِ، وَلِلْوَارِثِ تَعْجِيزُهُ، وَإِنْ أَنْظَرَ الْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ،
فِلِلْمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ عَنِ الْعَجْزِ، وَإِنْ أَنْظَرَ الْوَارِثَ، وَلَوْ قَالَ: ضَعُوا عَنِ الْمُكَاتَبِ مَا شَاءَ، فَشَاءَ
الْكُلَّ، لَمْ يُوضِعِ الْكُلَّ؛ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَبْقَى شَيْءٌ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: ضَعُوا مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ.

(أَمَّا تَصْرُفَاتُ الْمُكَاتَبِ)، فَهُوَ فِيهِ كَالْحُرِّ إِلَّا مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ أَوْ خَطَرٌ؛ فَلَا يَنْفُذُ عِنْتَهُ، وَهَبْتُهُ،
وَشِرَاؤُهُ قَرِيبُهُ بِالْمَحَابَاةِ، وَبَيْعُهُ بِالْعَبْنِ، وَلَا يَبِيعُ بِالنَّسِيئَةِ، وَلَا يَرْفَعُ الْيَدَ عَنِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ،
وَلَا يُكَاتِبُ، وَلَا يَتَزَوَّجُ، وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدَهُ، وَلَا يَسْرَى؛ خَوْفًا مِنْ طَلَاقِ الْجَارِيَةِ، وَلَا يَتَّهَبُ مَنْ يَعْتِقُ
عَلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا؛ خَوْفًا مِنَ الثَّقَفَةِ، وَالْمُكَاتَبَةُ لَا تَتَزَوَّجُ، وَلَا تُكْفَرُ إِلَّا بِالصِّيَامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ
إِنْ جَرَى بِإِذْنِ السَّيِّدِ، فِيهِ التُّقُودُ قَوْلَانِ، إِلَّا الْعِنَقَ، فِيهِ طَرِيقَانِ:

(أَحَدُهُمَا): طَرَدُ الْقَوْلَيْنِ.

(وَالثَّانِي): الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ؛ لِإِشْكَالِ الْوَلَاءِ، فَإِنْ نَقَدْنَا، فَفِي الْوَلَاءِ قَوْلَانِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لِلْسَّيِّدِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَعْتِقَ الْمُكَاتَبَ يَوْمًا، فَيَكُونُ لَهُ^(١). فَإِنْ مَاتَ رَقِيقًا اسْتَقَرَّ عَلَى
السَّيِّدِ، وَلَوْ مَاتَ الْعَتِيقُ فِي مَدَّةِ التَّوَقُّفِ، فَمِيرَاثُهُ لِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ.
وَلَبِيتِ الْمَالِ؛ فِي قَوْلٍ^(٢).

وَكِتَابَةُ عَبْدِهِ كِإِعْتَاقِهِ فِي التُّقُودِ وَفِي الْوَلَاءِ.

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ، صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ، رَجَعَ إِلَى السَّيِّدِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ،
وَالْقِسْ لَوْ قَبِلَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ، وَقُلْنَا: يَنْفُذُ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَنْفُذْ هَهُنَا، إِنْ خِيفَ وَجُوبُ
الثَّقَفَةِ فِي الْحَالِ، وَإِنْ لَمْ يَخَفْ بِأَنْ كَانَ كَسُوبًا، نَقَدَ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ رَدُّهُ، وَهَلْ لَهُ رَدُّ غَيْرِهِ مِمَّنْ
يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ رَدُّهُ، فَيَنْدَفِعُ الْمَلِكُ مِنَ الْأَصْلِ، أَوْ يَنْقَطِعُ مِنْ حَيْثُ فِيهِ
وَجْهَانِ، وَلَوْ اسْتَوْلَدَ الْمُكَاتَبُ جَارِيَتَهُ، فَوَلَدُهُ مُكَاتَبٌ عَلَيْهِ، أَيُّ يَعْتِقُ بِعِنْتِهِ، وَيَرِقُّ بِرِقِّهِ، وَهَلْ تَصِيرُ
أُمُّ الْوَلَدِ مُسْتَوْلَدَتَهُ، إِذَا عَتَقَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

(١) قال الراعي: «والثاني أنه موقوف حتى يعتق المكاتب يومًا، فيكون له» أشار بهذا إلى ما ذكره الإمام أنه
إن عجز ورُق يبقَى التوقف، لأنه يرتقب عتقه من وجوه أخر، والأظهر أنه إذا عجز ورُق يكون الولاء
للسيد، ولا يوقف حتى يعتق يومًا من الدهر، أو يموت رقيقًا، بل يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة، أو
يرق بالعجز، أو بالموت. [ت]

(٢) قال الراعي: «ولو مات العتيق في مدة التوقف فميراثه للسيد في قول وليت المال في قول» الظاهر قول
وراءهما وهو أنه يوقف كما يوقف الولاء. [ت]

(الحُكْمُ الرَّابِعُ حُكْمُ الْوَلَدِ)، وَفِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ مِنَ الْمُكَاتِبَةِ إِلَى وَلَدِهَا الَّتِي تَلِدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ مِنْ زَنَا أَوْ نِكَاحِ قَوْلَانِ؛ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّنْذِيرِ إِلَّا أَنَّ هَذَا يَعْتَقُ بِعِتْقِ الْأُمِّ، وَوَلَدُ الْمُدْبِرَةِ لَا يَعْتَقُ بِعِتْقِهَا، بَلْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَهَذَا يَعْتَقُ بِعِتْقِ الْأُمِّ فِي (و) دَوَامِ الْكِتَابَةِ^(١)، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَحَقُّ الْمَلِكِ فِيهِ لِلْسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ؛ فَكَأَنَّهُ مُكَاتِبُهُ حَتَّى يُضْرَفَ إِلَيْهِ بَدَلُهُ، إِذَا قُتِلَ، يَنْفَذُ إِعْتَاقَهُ، وَيُضْرَفَ إِلَيْهِ كَسْبُهُ، مَهْمَا رَقَّ، وَيَلْزَمُهُ (و) نَفَقَتُهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ.

وَفِي قَوْلٍ: هُوَ مِنْ كَسْبِ الْمُكَاتِبَةِ؛ فَيَكُونُ كَسَائِرَ عِبِيدِهَا، وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتِبِ مِنْ جَارِيَتِهِ، فَهُوَ كَسْبٌ لَهُ، قَوْلًا وَاحِدًا لَا يَنْفَذُ فِيهِ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَوْ جَتَى، لَمْ يَكُنْ (و) لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لِأَنَّ فِدَاءَهُ كَسْرَاتِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَذُ تَضْرَفُهُ فِي وَلَدِهِ، بَلْ يُكَاتِبُ عَلَيْهِ.

(فَرَعٌ) إِذَا وَطِئَ السَّيِّدُ مُكَاتِبَتَهُ، فَقَدْ تَعَدَّى، وَلَكِنْ لَا حَدَّ (و) وَيَجِبُ الْمَهْرُ (و م) وَقِيمَةُ الْوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: إِنْ وَلَدَهَا كَسْبُهَا، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ بَعْدِ الْعَجْزِ وَالرَّقِّ، أَوْ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَلَا شَيْءَ لَهَا، ثُمَّ هِيَ مُسْتَوْلِدَةٌ وَمُكَاتِبَةٌ، فَإِنْ آدَتِ الثُّجُومَ، عَتَقَتْ، وَإِلَّا عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

(الْحُكْمُ الْخَامِسُ: حُكْمُ الْجِنَايَةِ): فَإِذَا جَتَى عَلَى أجنبيٍّ، أَوْ عَلَى سَيِّدِهِ، يَلْزَمُهُ الْأَرْشُ، فَإِنْ زَادَ الْأَرْشُ (ح) عَلَى رَقَبَتِهِ، فِيهِ وَجُوبُ الزِّيَادَةِ قَوْلَانِ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، فَلَا يَبْقَى مُتَعَلِّقٌ سِوَى الرَّقَبَةِ، وَلَوْ جَتَى عَبْدٌ مِنْ عِبِيدِ الْمُكَاتِبِ، فَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتِبَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ، لَزِمَهُ الْفِدَاءُ؛ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ، وَلَوْ جَتَى عَلَى السَّيِّدِ، فَأَعْتَقَهُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْأَرْشِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَلَوْ جَتَى ابْنُ الْمُكَاتِبِ، فَلَا يَفْدِيهِ (و)، وَلَوْ جَتَى ابْنُهُ عَلَى عَبْدِهِ، فَهَلْ يَبِيعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ (ح) الْمُكَاتِبُ قِصَاصًا عَلَى عَبْدِهِ أَوْ عَبْدٍ غَيْرِهِ، جَارَ لَهُ الْأَسْتِيفَاءُ.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَخْذُ الْأَرْشِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ السَّيِّدُ بِالْقِصَاصِ.

وَلَوْ جَتَى عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَى عَبْدِهِ، فَلِلْسَّيِّدِ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتِبُ، أَنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةَ، وَلِلْسَّيِّدِ الْقِيمَةَ.

(١) قال الراجعي: «إلا أن هذا يعتق بعنق الأم إلى أن قال: وهذا يعتق بعنق الأم في دوام الكتابة» وهذا اللفظ الثاني مغني عن الأول. [ت]