

كتاب القضاء^(١)

المحرر "نصبه القضاء"^(٢) فرض كفاية، فيلزم الإمام أن يرتب في كل إقليم قاضياً، ويختاره أفضل من يجد علماء وورعاً، ويأمره بتقوى الله، وبأن يتحرى العدل، ويجتهد في إقامته، وأن يستخلف في كل صقع أصلح من يجد لهم. ويلزم من يضلح له إذا دعي إليه، ولم يوجد من يوثق به غيره، أن يجيب إليه، وعنه: لا يجب نصبه^(٣)، ولا الإجابة إليه.

ويكره لمن يصلح^(٤) له أن يطلبه إذا وجد غيره، فإن دعي إليه؛ فهل الأفضل الإجابة أو تركها؟ على وجهين.

ولا يصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو نائبه، ويشترط أن يعرف المولى وكونه صالحاً للقضاء، وأن يُعين ما يوليه الحكم فيه من البلدان والأعمال.

وإذا كان المولى نائب الإمام، ففي اشتراط عدالته روايتان.

والألفاظ الصريحة للتولية مثل: ولّيتك الحكم، وقلدتك الحكم، ورددت، أو: فوّضت، أو: جعلت إليك الحكم، واستنبتك، أو: استخلفتك في الحكم.

فإذا وجد لفظ منها وقبول المولى في المجلس، إن كان حاضراً، أو^(٥) فيما بعده إن كان غائباً، انعقدت الولاية.

النكت

(١) جاء في هامش (د) ما نصه: «القضاء لغة: إحكام الشيء والفراغ منه. واصطلاحاً: تبين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات. اهـ».

(٢-٢) في (د) و(م): «نصب القضاء».

(٣) في (م): «نصبه».

(٤) في (د) و(ع): «تصح».

(٥) في (ع) و(م): «أو».

والكناية^(١)، نحو: اعتمدت، أو: عوّلت عليك، و: وكّلت، أو: أسندت إليك. فلا ينعقد بها إلا بقرينة، كقوله: فاحكم فيما عوّلت عليك، ونحوه.

والأولى إذا كان ببلد آخر أن يكاتبه بالولاية.

ولا تثبت إلا بشاهدين، أو بالاستفاضة إذا كان بلدُه قريباً تستفيض فيه أخبار بلد المولّي له.

ويصحّ تعليق ولاية القضاء والإمارة بالشرط. ويجوز أن يولّيهُ عموم النظر في^(٢) عموم العمل، وأن يولّيهُ خاصاً فيهما، أو في أحدهما، فيولّيهُ^(٣) عموم النظر، أو خاصه في محلّة خاصّة، فينفذ^(٤) حكمه في أهلها، ومن يطرأ إليها.

وجوز أن يولّي قاضيّين في بلد واحد. وقيل: إن ولّاهما فيه عملاً واحداً، لم يجز.

وإذا حكّم اثنان بينهما في المال من يصلح للقضاء، نفذ^(٥) حكمه، وإن حكّماه في نكاح، أولعان، أو قود، أو حدّ ذفب، فعلى روايتين.

وتفيد ولاية الحكم العامّة عشرة أشياء: الفصل بين الخصوم، وأخذ الحقّ لبعضهم من بعض، والحجر على من يستوجب له سقو أو قلّس، والنظر في أموال غير الرشيدين^(٦)، والنظر في^(٧) وقوف عمله^(٧)؛ ليعمل بشروطها، وتنفيذ الوصايا، وتزويج

(١) في (م): «الكتابة».

(٢) ليست في (ع).

(٣) في (م): «بتولية».

(٤) في (م): «فمنعه».

(٥) في الأصل و(ع): «نفذ».

(٦) في (م): «الرشدين»، وفي الأصل و(س): «المرشدين».

(٧-٧) في (م): «الوقوف وعمله».

النساء إذا لم يكن ذلك لغيره، وإقامة الحدود، وإقامة^(١) الجمعة والعيد، والنظر المحرر في مصالح الطرق والأفنية بعمله، وكف الأذى عنها، وتصفح حال شهوده وأمنائه؛ ليستقي أو يستبدل من كان أهلاً لذلك.

فأما جباية الخراج، والزكاة إذا لم تُخصَّص^(٢) بعامل، فعلى وجهين. ويشترط في القاضي عشر صفات: كونه بالغاً، عاقلاً، ذكراً، حراً، مسلماً، عدلاً، سميعاً، بصيراً، متكلماً، مجتهداً^(٣). وفي كونه كاتباً وجهان. وما فقد منها في الدوام، أزال الولاية، إلا في^(٤) فقد السمع أو البصر فيما ثبت عنده، ولم يحكم به، فإن ولاية حكمه باقية فيه.

والمجتهد: من يعرف من الكتاب والسنة: الحقيقة والمجاز، والأمر والنهي، والمبين والمجمل، والمحكم والمتشابه، والعام والخاص، والمطلق والمقيّد، والناسخ والمنسوخ، والمستثنى والمستثنى منه، ويعرف أخبار السنة؛ صحيحها وسقيمها، وتواترها وآحادها، ومسندها ومرسلها، ممّا له تعلق بالأحكام، ويعرف ما اجتمع عليه واختلف فيه، والقياس، وشروطه، وكيف يستنبط، والعريّة المتداولّة بالحجاز واليمن والشام والعراق وبواديها. وكل ذلك مذكور في أصول الفقه وفروعه، فمن وقف عليه، أو على أكثره، ورزق فهم ذلك، صلح للفتيا والقضاء. وللقاضي طلب الرزق من بيت المال لنفسه وخلفائه وأمنائه مع الحاجة. وفيه بدونها وجهان.

وإذا مات الإمام، أو عزل من ولاء مع صلاحيته، لم يعزل. وقيل: يعزل كما لو كان الميت أو العازل قاضياً، وفي العزل حيث قلنا به قبل العلم وجهان، كالوكيل.

النكت

-
- (١) في (د) و(س): «إمامة».
(٢) في (س) و(م): «تختص».
(٣) جاء في هامش (د) ما نصه: [قال في «الفروع» ١١/١٠٣]: إجماعاً، ذكره ابن حزم.. وفي «الإفصاح» أنّ الإجماع انعقد على تقليد كل من المذاهب الأربعة، وأن الحق لا يخرج عنهم. اهـ.
(٤) ليست في (د) و(س) والأصل.

باب أدب القاضي

ينبغي له أن يكون قوياً بلا عُنف، لئناً من غير ضعف، بصيراً بأحكام الحُكَّامِ المحرر قبله.

وإذا وُلِّي في غير بلده، سأل عن علمائه وُعدُوله، ونَفَذَ عند مسيره مَنْ يُعلمُهُم بيومِ دُخُوله؛ ليتلقَّوه، ويدخلُ البلدَ يومَ الإثنينِ أو الخُميسِ أو السبتِ، لا بساً أجملَ ملبوسه، ويأتي الجامعَ، ويصلي فيه ركعتين، ويجلسُ مستقبلَ القبلة، ويأمرُ بعهدِه، فيقرأ على الناس، ويأمرُ من ينادي بيوم جلوسه للحكم، ثم يمضي إلى منزله. ويُنفذُ^(١)، فيتسلمُ^(٢) ديوانَ الحكمِ ممَّن قبله.

ثم يخرجُ في يوم الوعدِ بأعدلِ أحواله، غيرَ غضبان، ولا جائع، ولا حاقن، ولا مهموم بأمرٍ يشغله عن الفهم، ويُسلمُ على مَنْ مرَّ به، ثم على مَنْ في مجلسه، ويصلي فيه إن كان مسجداً تحيته، وإلا، فهو مخيرٌ.

ويجلسُ على بساط، ويسألُ الله توفيقه للحق، وعصمته من زللِ القولِ والعمل. وليكن مجلسه في وسطِ البلدِ، فسيحاً، كالجامعِ والدارِ الواسعة، ولا يتخذُ فيه حاجباً ولا بواباً.

وإن اتَّخذَ كاتباً، فليكن مسلماً عدلاً حافظاً عالماً، يجلسُ بحيثُ يشاهدُ ما يكتبه، ويجعلُ القِمَطَرَ مختوماً بين يديه.

ويعرضُ^(٣) القصصَ، ويقدمُ الأوَّلَ فالأوَّلَ، ولا يُقدمه في أكثر من حكومة واحدة.

النكت

(١) أي: يبعث ثقة. «مطالب أولى النهي» ٤٧٤/٦.

(٢) في (م): «بتسلم».

(٣) في (س) و(ع) والأصل: «ويعترض»، وفي (م): «ويعرض أصحاب».

وإن حضرُوا دفعةً، وتشاؤوا، قدّم أحدهم بالقرعة، إلا المسافر المرتحل، فإنه يُقدّم.

ويُعَدُّ بين الخصمين في لحظه^(١)، ولفظه، ومجلسه، ودخولهما عليه، إلا المسلم مع الكافر، فإنه يُفَضَّلُ عليه دخولاً، وأما جلوساً، فعلى وجهين، ولا يُسارَرُ أحدهما، ولا يلقنه حجته ولا يُضَيِّفه، ولا يعلمه الدعوى، لكن في تحريرها له إذا لم يحسنه وجهان، وما لزم ذكره فيها من شرط عقدٍ أو سببٍ ونحوه، إذا لم يذكره، سأل^(٢) عنه؛ ليتحرّر، وله أن يزِنَ^(٣) عنه، ويسأل خصمه أن يُنظِّره، وفي سؤال الوضع عنه روايتان.

وينبغي أن يحضر مجلسه فقهاء المذاهب، ويشاورهم فيما يُشكِلُ عليه، فإن اتَّصَحَ له حكم، وإلا أخره حتى يتَّصِحَ. ولا يقلد غيره وإن كان أعلم منه. ولا يقضي مع الغضب ونحوه ممّا يشغل فهمه، فإن خالف وحكم، نفذ حكمه، وقيل: لا ينفذ. وقيل: إن عرَضَ ذلك بعد فهم الحكم، نفذ، وإلا، فلا. ولا يحلُّ له أن يرتشي، ولا يقبل هديّة، إلا ممّن كان يُهاديه قبل ولايته، إذا لم يكن^(٤) له حكومة. ويكره له^(٥) البيع والشراء إلا بوكيل لا يُعرَفُ به. ويُستحبُّ له إتيان المرضى والجنائز، ما لم يشغله عن الحكم. ويحضر الولائم كغيره، فإن كثرت، تركها، ولا يجيب قوماً دون قوم. ولا ينفذ حكمه لنفسه، وفي حكمه لمن لا تُقبل شهادته له وجهان، وإن حكّم بينهم بعض خلفائه، جاز.

(١) في (م): «الخطبة».

(٢) في (م): «سأله».

(٣) في (م): «يدب».

(٤) في (س) و(م): «تكن».

(٥) ليست في (م).

وأوّل ما ينظرُ فيه أمرُ المحبوسين، فيُنْفِذُ ثَقَّةً يكتبُ اسمَ كلِّ محبوسٍ، ومَنْ
حَبَسَهُ، وفيَمَ حَبَسَهُ، في رَقْعَةٍ مُفْرَدَةٍ، ثمَّ ينادي في البلد: إِنَّ القاضي يَنْظُرُ في أمرِ
المحبوسينَ، فمن له خصمٌ، فليحضر.

فإذا جلسَ القاضي لموعده^(١)، أخرج رُقْعَةً، وقال: هذه رَقْعَةٌ فلانٍ، فَمَنْ
خصمُهُ؟ فإن حضر^(٢)، نظرَ بينهما. وإن بانَ حَبْسُهُ تعزيراً، أو في تَهْمَةٍ، حَلَاةً، أو
بِقَاءِ^(٣) بقدرِ ما يرى.

ومن لم يظهر له خصمٌ، وقال: حُبِسْتُ ظلماً ولا خصمَ لي. نُودِيَ بذلك، فإن
ظهر له خصمٌ، وإلا، حَلَفَهُ، ثمَّ أطلقه.

ثمَّ يسأل عن جهة الأيتام والمجانين والوقوفِ والوصايا، فينظرُ فيما ليس له منها
ناظرٌ معينٌ. ولا ينقضُ مِنْ أحكامِ القاضي قبْلَهُ إلا ما يُنْقَضُ من حُكْمٍ غيره.

ومن استعداهُ على خصمٍ حاضرٍ في البلد، أحضره، لكن في اعتبارِ تحريرِ الدَّعوى
لذلك^(٤) وجهان، إلا أن يكونَ الحاكمَ المعزولَ^(٥)، فيُعْتَبَرُ تحريرُ الدعوى في حقِّه.

وفي إحضاره قبلَ مراسلته وجهان. وعنه: كلُّ من يُخَشَى بإحضاره ابتذاله إذا
بَعُدَتْ الدعوى عليه في العُرفِ، لم يحضره^(٦)، حتى تُحرَّرَ، ويتبيَّنَ لها أصلاً. ومن
ادَّعى على امرأةٍ غيرِ بَرَزَةٍ^(٧)، لم تحضر، وأمِرَتْ بالتوكيل. وإن لزمها يمينٌ، أرسلَ
مَنْ يحلِّفُها، وكذلك المريض.

النكت

(١) في (م): «الوعده».

(٢) ليست في (م).

(٣) في (م): «أبقاه».

(٤) في (م): «بذلك».

(٥) في (م): «معزولاً».

(٦) في (م): «يحضر».

(٧) البرزة من النساء: العفيفة التي تبرز للرجال وتتحدث معهم، وهي التي أسئت، وخرجت عن حدِّ
المحجوبات. «المصباح المنير» (برز).

المحرر
ومن ادّعى على غائب بموضع لا حاكم فيه، أرسل إلى ثقات الموضع للصّحح
بينهما، فإن تعذّر، قيل للمدّعي^(١): حقّ دعواك. ثمّ يحضره، قرّبت المسافة أو
بعُدت.

ولا يعتبر لإحضار المرأة البرّزة المحرّم إذا تعذّر. نصّ عليه.

النكت

(١) في (م): «المدعي».

باب طريق الحكم وصفته

يجوز للحاكم الحكم بالبيّنة والإقرار في مجلسه، وإن لم يسمعه معه أحد، نصّر المحرر عليه. وقال القاضي: لا يحكم بالإقرار في مجلسه حتى يسمعه معه شاهدان. فأما^(١) حكمه بعلمه في غير ذلك ممّا رآه أو سمعه، فلا يجوز في الأشهر عنه. وعنه: جوازه. وعنه: يجوز إلا في الحدود. ويبنى على علمه في عدالة الشهود وجرحهم. وإذا جلس إليه خصمان، قال: أيكما المدّعي؟ وإن سكت حتى يبتدئ، جاز، فمن سبق بالدّعوى، قدّمه. وإن ادّعى معاً، قدّم أحدهما بالقرعة، فإذا انتهت حكومته، سمع دعوى الآخر.

ولا تصحّ دعوى ولا إنكار إلا من جائز التصرف، ولا تصحّ الدّعوى إلا محرّرة معلومة المدّعى إلا ما نصّحه مجهولاً، كالوصيّة والعبد المطلق مهراً^(٢) ونحوه، فتصحّ به كذلك. ثمّ إن كان المدّعى عيناً حاضرة، عيّنها، وإن كان غائباً أو في الذمّة، وصفه بما يضبط^(٣) به، وذكر إن كان مثلياً قدره، والأولى مع ذلك ذكر قيمته، وإن كان متلفاً محلّي، قومه بغير جنس حليته، إلا المحلّي بذهب وفضّة معاً، فيقومه بأيهما شاء؛ للحاجة، وإن كان نقداً من نقد البلد، كفى ذكر قدره، وقيل: لا بدّ من وصفه.

وإذا ادّعى عقد نكاح، أو بيع، أو غيرهما، فلا بدّ من ذكر شروطه، وقيل: لا يشترط ذلك إلا في النكاح. وقيل: يشترط فيه، وفي ملك الإمام خاصّة. وإذا ادّعت امرأة نكاح رجل؛ لطلب نفقة، أو مهر، أو نحوه، سمعت دعواها، وإن لم تدّع سوى النكاح، فوجهان.

النكت

(١) في (م): «وأما».

(٢) في (م): «مهر».

(٣) في (م): «ينضبط».

وإن ادّعى الإرث، ذكر سببه، وإن ادّعى قتل موروثه، ذكّر كونَ القاتل منفرداً أو مشاركاً، وكونَ القتل عمداً، أو خطأً، أو شبه عمداً، ووصفَه.

وإذا حرّر المدّعي دعواه، سأل الحاكم خضمّه عنها، وقيل: لا يسأله حتى 'يسأله المدّعي' سؤاله، والأوّل أصحّ. فإن أقرّ له^(٢)، حكّم له عليه، ولا يحكم بإقراره، ولا بيّنه، ولا نكولٍ حتّى يسأله المدعي الحكم. وإن أنكر؛ بأن قال لمن ادّعى قرضاً أو ثمناً: ما أقرضني. أو: ما باعني. أو: ما يستحقّ عليّ شيئاً ممّا ادّعاه. أو: لاحقاً له عليّ. ونحوه، صحّ الجواب. ويقول الحاكم للمدعي إن لم يعرف أنّ هذا موضعُ البيّنة: إن كان لك بيّنة، فأحضرها. فإن أحضرها، سمعها وحكم بها.

وتعتبر عدالة البيّنة ظاهراً وباطناً. اختاره الخرقى والقاضي. وعنه: تقبل شهادة كلّ مسلمٍ لم يظهر للحاكم منه ريبة. واختاره^(٣) أبو بكر. فإن جهل إسلام الشاهد، رجع إلى قوله، وإن جهل حرّيته حيث تعتبر، فوجهان، وإن جهل عدالته، سأل عنه على الأولى، ولم يسأل على الثانية، إلا أن يطعن فيه الخصم، ويكفي في تزكيته؛ أن يشهد عدلان: أنّه عدلٌ رضاً.

ومن ثبتت عدالته مرّة، لم يلزم البحث عنها مرّة أخرى. وقيل: يلزم مع طول المدّة. وهو المنصوص عنه.

وإذا سأل المدّعي قبل التزكية حَسَبَ خصمِهِ، أو كفيلاً به في غير الحدّ، أو تعديل العين المدّعاة؛ لثلا يغيب حتّى يُزكي الشهود، أو سأله من أقام بالمال شاهداً حتّى يقيم آخر، أجب مدّة ثلاثة. وقيل: لا يجاب.

(١- ١) في (م): «يسأل المدعي».

(٢) ليست في (م).

(٣) في (م): «واختارها».

وإن جرح الخصم الشهود، كُلف البيّنة به، وأنظر له ثلاثاً، وللمدعي ملازمته، المحرر
فإن لم يأت بيّنة، حُكم عليه.

ولا يُسمع الجرح إلا مبيّن السبب. وعنه: يكفي المطلق. فالمبيّن: أن يذكّر ما
يقدر في العدالة عن رؤية أو استفاضة. والمطلق أن يقول: هو فاسق، أو: ليس
بعديل. وقال القاضي في «خلافه»: هذا هو المبيّن. والمطلق: أن يقول: الله أعلم به.
ونحوه.

وإذا رتب الحاكم من يسأل في السر عن الشهود لتزكية أو جرح، فهل تُراعى
شروط الشهادة بذلك فيهم، أو في المسؤولين؟ على وجهين.
ومن جرحه اثنان،^(١) وعدله اثنان^(٢)، فالجرح أولى. وإن جرحه واحد^(٣) وقبلناه،
فتزكية الاثنين أولى منه.

وإذا ارتاب الحاكم بشهود لم يخبر قوة ضبطهم ودينهم، استحَبَّ أن يفرّقهم ويسأل كلَّ
واحد عن كيفية التحمّل، وأين، ومتى، وبأي موضع كان، وهل تحمّل وحده أو مع غيره؟
فإن اختلفوا، لم يقبلها. وإن اتفقوا، وعظّمهم، وخوّفهم، ثمّ حكم إن ثبتوا.

وإذا حاكم من لا يعرف لسانه، ترجم له من يعرفه. ولا يقبل في الترجمة،
والتزكية، والجرح، والتعريف، والرسالة إلا قول عدلين، وعنه: يقبل واحد.

وتقبل تزكية المرأة، وتزكية الأعمى لمن لم يخبره قبل عماء، وتزكية الوالد
للولد، والتزكية بدون لفظ الشهادة على الثانية دون الأولى. ويكفي على الأولى^(٣):
ترجمة رجل وامرأتين في المال ونحوه، دون ما يفتقر إلى رجلين.

النكت

(١-١) ليست في (م).

(٢) بعدها في (م): «وعدله اثنان».

(٣) في (م): «الأول».

وإذا قال المدعى: مالي بيّنة. أعلمه الحاكم أن له اليمين على خصمه على صفة جوابه، فإن سأل إخلافه، أحلفه وخلّى سبيله. ولا يُعتدّ بيمينه قبل مسألة المدعى. فإن نكل، قضى عليه بالنكول. نصّ عليه. فيقول: إن حلفت، وإلا قضيتُ عليك. ويستحبُّ أن يكرّره ثلاثاً، فإن لم يحلف، قضى عليه، وسواء كان مأذوناً له، أو مريضاً، أو غيرهما، ويتخرّج أن يُحبسَ حتى يقرَّ أو يحلف. وقال أبو الخطاب: تردُّ اليمين على المدعى، فإذا حلف، قضى له^(١)، وإن نكل، صرفهما^(٢)، وقد قرّبه^(٣) أحمد في رواية أبي طالب فقال: ما هو ببعيد أن يحلف ويأخذ. يقال له: احلف وأخذ. ولا يشترط على القول بالردِّ إذن الناكل فيه على ظاهر كلامه، وشرّطه أبو الخطاب.

ومن بذل منهما اليمين بعد نكوله، لم تسمع منه إلا في مجلسٍ آخر، بشرط عدم الحكم. وإذا قال المدعى: مالي بيّنة. ثم أتى ببيّنة^(٤)، لم تسمع. نصّ عليه. وقيل: تُسمع. أحلفه أو لم يحلفه، كما لو قال مكان: مالي، ما أعلم لي. وإذا قال: لي بيّنة وأريد تحليفه. ثم أقام البيّنة، ملكهما، إلا إذا كانت حاضرة في مجلس الحكم، فلا يملك إلا إقامتها من غير تحليف، أو تحليفه من غير أن يسمع البيّنة بعده، وقيل: لا يملكهما^(٥) إلا إذا كانت غائبة عن البلد.

وإذا سكت المدعى عليه فلم يتكلّم، أو قال: لا أقرُّ ولا أنكرُ. قال له الحاكم: إن أجبت، وإلا جعلتك ناكلاً، وقضيتُ عليك. وقيل: يُحبس حتى يجيب. إلا أن يكون للمدعى بيّنة، فيقضي له بها، وجهاً واحداً. وإن قال: لي مخرجٌ ممّا ادّعاه. فليس بجواب. وإن قال: لي حسابٌ أريد أن أنظر فيه. أنظر ثلاثاً. وقيل: لا يلزم إنظاره.

(١) في (م): «عليه».

(٢) في (م): «صرفها».

(٣) في (م): «صوبه».

(٤) في (م): «بيّنة».

(٥) في (م): «لا يملكها».

وإن قال: إن ادَّعيتَ هذا المبلغَ ثَمَنَ سلعةٍ كذا التي بعثتها ولم تُقبضَها، فنعم، وإن ادَّعيتَه من^(١) غير ذلك^(٢)، فلا حقَّ لك^(٣) قبلي، أو قال: إن ادَّعيتَ ألفاً على رهنٍ فلاني لي في يدك،^(٤) أجبتُ، وإن ادَّعيتَ ألفاً مطلقاً^(٥)، فلا تستحقُّ عليَّ شيئاً. فقد أجابه.

وإن قال بعدَ ثبوتِ الدَّعوى بيئته: قضيته. أو: أبرأني. أو قاله في جوابها، وجعلناه مقراً، سُئِلَ البيئته على ذلك، وأنظر لها ثلاثاً، وللمدَّعي ملازمته. فإن أتى بيئته، وإلا حلف المدَّعي على بقاء حقه، واستحقَّه. فإن نكل، قضى عليه بنكوله، وصرِّف. وعلى القول بالردِّ: له أن يُحلف خصمه، فإن أبى، قضى عليه بالحقِّ.

هذا كله إذا لم يُنكر المنكرُ أولاً سببَ الحقِّ، فأما إن أنكره ثم ثبت، فادَّعى قضاءً أو إبراءً سابقاً لإنكاره، لم يُسمع منه، وإن أتى بيئته. نصَّ عليه. وقيل: يُسمع بالبيئته.

ومن ادَّعى على غائبٍ، أو مستترٍ في البلد، أو ميِّتٍ، أو صبيٍّ، أو مجنونٍ وله بيئته، سُمعت، وحُكم له بها، ويستحلفه الحاكمُ على بقاء حقه. وعنه: لا يستحلفه. ثم هم بعدَ الرُّشيدِ والحضورِ على حُججهم. وعنه^(٥): لا يُقضى على الغائبِ.

ومن ادَّعى على حاضرٍ في البلدِ، غائبٍ عن مجلسِ الحكم، وأتى بيئته، لم تُسمع الدَّعوى ولا البيئته عليه حتَّى يحضرَ. وقيل: يُسمعان ويُحكم عليه. ونقل أبو طالب: يُسمعان، ولكن لا يُحكم عليه حتَّى يحضرَ. وهو الأصحُّ. فإن امتنع من الحضورِ، ألجئَ إليه بالشَّرْطَةِ والتنفيذِ إلى منزله مراراً، وإقعادٍ من يضيِّقُ عليه ببابه في دخوله وخروجه، أو ما يراه الحاكمُ من ذلك. فإن أصرَّ على التغيُّب، سُمعت البيئته، وحُكم بها^(٦) عليه. قولاً واحداً.

النكت

(١) ليست في (م).

(٢) بعدها في (م): «أجبت، وإن ادعيت ألفاً مطلقاً».

(٣) في (م): «له».

(٤-٤) ليست في (م).

(٥) في (م): «وعندي».

(٦) في (م): «بها».

ومن ادعى أن أباه مات عنه وعن أخ له غائب، وله عينٌ أو دينٌ عند فلانٍ، فأقرَّ فلانٌ بذلك، سلَّم إلى المدعي نصيبه، ويتسلَّم الحاكم نصيب الغائب. وقيل: يتركه إذا كان ديناً في ذمَّة غريمه حتى يقدِّم.

وحكم الحاكم لا يحيلُ الشيء عن صفته في الباطن، إلا في أمرٍ مختلفٍ فيه قبل الحكم، فإنه على روايتين.

وإذا رُفِع إليه حكمٌ حاكمٍ قد اتَّصل بمختلفٍ فيه لينفذه، لزمه تنفيذه، فإن كان المختلفُ فيه نفسَ الحكم، لم يلزمه تنفيذه، إلا أن يحكمَ به حاكمٌ آخرُ قبله.

وإذا رُفِع إليه خصمان عقداً فاسداً عنده، جائزاً عند غيره، وأقرَّ بأنَّ حاكماً نافذ الحكم قد حكم بصحَّته، فهو مخيرٌ بين أن يلزمهما ما أقرَّ به^(١)، وبين أن يرده ويحكمَ فيه بمذهبه. ذكره القاضي.

ومن حكم بحدٍّ أو قودٍ بشهودٍ، ثمَّ بانوا عبيداً، فله نقضه إذا كان لا يرى قبولهم في ذلك، وكذلك كلُّ مختلفٍ فيه صادف ما حكَّم فيه ولم يعلم به.

وإذا حكم بحقٍّ، ثمَّ بان كفرُ الشهودِ أو فسقهم، نقضه، ويرجعُ بالمالِ ويدلُّ القودُ المستوفى على المحكوم له. وإن كان الحكمُ لله بإتلافٍ أو بما سرى إليه، ضمنه المزكُون^(٢)، وقيل: الحاكم، وقيل: أيهما شاء المستحقُّ، والقرارُ^(٣) على المزكِين، وإن لم يكن ثمَّ تزكيةً، فعلى الحاكمِ وحده. وعنه: لا يُنقض لفسقهم. فلا ضمان.

وإذا فعل الحاكمُ مختلفاً فيه، كتزويج بلا وليٍّ، وشراء عينٍ غائبة ليتيمٍ ونحوه، ساغ رده، ما لم يتصل به حكمٌ منه أو من غيره.

(١) ليست في (م).

(٢) في (م): «المذكورون».

(٣) في (م): «والقود».

ومن ادعى أنَّ الحاكمَ حكمَ له بحقِّ فلم يذكره، فشهدَ عدلان بحكمه به، قَبِلَ المحرر
شهادتهما وأمضاه، وكذلك إن شهد أن فلاناً وفلاناً شهدا عندك بكذا، قَبِلَ
شهادتهما، ولو وجدَ حُكْمَه بخطه متيقناً له ولم يذكره، نفذه. وعنه: لا ينفذه حتى
يذكره. وعنه: إن كان في حِرْزِه وحِفْظِه، كقِمَظِرِه^(١) ونحوه، نفذه. وإلَّا، فلا. وكذلك
الرواياتُ في شهادةِ الشاهد بناءً على خطه إذا لم يذكره.

وإذا عُزِلَ الحاكمُ فقال: حكمتُ في ولايتي لفلانٍ على فلانٍ بكذا. قُبِلَ قَوْلُه
وحده كما^(٢) قَبِلَ العزْلَ. نصَّ عليه. ويحتملُ أن لا يقبل إلا على وجه الشهادة إذا كان
عن إقرارٍ.

ومن ادعى أنَّ الحاكمَ المعزولَ حكمَ عليه بشهادةِ فاسقَيْنِ عَمْدًا ليُغرِمه، فالقولُ
قولُ القاضي بلا يمين.

ومن كان له عند إنسان حقٌّ، وتعدَّرَ أخذه بالحاكم، وقدر له على مالٍ، لم يجز له
في الباطن أخذه منه. نصَّ عليه. ويتخرَّج جوازُه؛ بناءً على تنفيذِ الوصي الوصيَّةَ ممَّا
في يده إذا كتم الورثةَ بعضَ التركة. فعلى هذا: يأخذُ من جنسِ حقِّه بقدره إن أمكن،
وإلَّا، فمِنَ غيرِه بالقيمةِ، متحرِّياً للعدلِ في ذلك.

التكت

(١) القِمَظِرُ: هو ما يسان فيه الكتب. «المصباح المنير» (قطمر).

(٢) بعدها في (م): «قيل».

باب كتاب القاضي إلى القاضي

المحرر يُقْبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في كلِّ حقٍّ، إلَّا حقوقَ الله تعالى، كحدِّ الزَّنى وحدِّ القذف، إذا غلبنا فيه حقُّ الله تعالى ونحوهما. وعنه: لا يُقْبَلُ إلَّا فيما يُقْبَلُ فيه شاهدٌ ويمينٌ، ورجلٌ وامرأتان. وعنه: ما يدلُّ على قبوله، إلَّا في الدَّماءِ والحدودِ. ويُقْبَلُ فيما حكمَ به لينفذه، وإن كانا في بلدٍ واحدٍ. ولا يقبلُ فيما ثبتَ عنده ليحكمَ به، إلَّا أن يكونَ بينهما مسافةُ القصر. وقيل: يُقْبَلُ إذا لم يمكن الذهابَ إليه العودُ في يومه.

ويجوز أن يكتبَ إلى قاضيٍّ معيَّن^(١)، وإلى كلِّ من يصلُ إليه كتابه من قضاة المسلمين.

ولا يقبلُ الكتابُ إلَّا أن يُشهدَ به القاضي الكاتبُ شاهدين يحضُرهما فيقرأ عليهما، ثمَّ يقول: اشهدا أن هذا كتابي إلى فلانِ بنِ فلانٍ. ويدفعُه إليهما. فإذا وصلا، دفعاه إلى المكتوبِ إليه، وقال: نشهدُ أن هذا كتابُ فلانٍ إليك، كتبه بعمله، وأشهدنا عليه.

ولو كتب كتاباً وأدرجه وختمه، وقال: هذا كتابي إلى فلانٍ اشهدا عليَّ بما فيه. لم يصحَّ. وعنه: ما يدلُّ على الصَّحَّةِ. فعلى هذا: إن عرفَ المكتوبُ إليه أنه خطُّ القاضي الكاتبِ وختمه، فهل يقبلُ بمجرد ذلك؟ على وجهين.

وإذا وصل الكتابُ فأحضرَ الخصمَ المذكورَ فيه باسمه ونسبه وجليته فقال: ما أنا بفلانٍ المذكور فيه. فالقولُ قوله مع يمينه، ما لم تقم بيّنةٌ بذلك. فإن ثبت ذلك بيّنةٌ أو إقرارٌ فقال: المحكومُ عليه غيري، وهو مثلي نسباً وصفةً. لم يقبلُ منه إلَّا بيّنةٌ تشهدُ أن في البلدِ آخرَ كذلك. فيتوقَّفُ حتَّى يعلمَ الخصمَ منهما.

النكت

(١) في (م): «بعيد».

ولو كان الكتاب في عيدٍ أو حيوانٍ بالصفة، ولم يثبت له مشارك في صفته، سُلم إلى المدعي مختوم العُنُق^(١)، وأخذ منه كفيلاً يأتي به إلى القاضي الكاتب، فيشهد الشهودُ على عينه، ويقضي له به، ويكتبُ له كتاباً آخرَ ليبراً كفيلاً.

ومتى تغيّرت حالُ القاضي الكاتبِ بعزلي أو موت، لم يقدح في كتابه. وإن تغيّرت بفسق، لم يقدح فيما قد^(٢) حكم به، وقدح فيما يثبت^(٣) عنده ليحكم به. وإن تغيّرت حالُ المكتوبِ إليه، فلمن قام مقامه قبولُ الكتاب والعملُ به. وكذلك إن لم تتغيّر حاله ووصل إلى غيره. ذكره القاضي.

وإذا حكم عليه فقال له: اشهد لي عليك بما جرى حتى لا يحكم عليّ القاضي الكاتبُ. لزمه ذلك.

وكلُّ من ثبت له عندَ حاكمٍ حقٌّ، أو ثبتت براءته، مثل إن أنكر وحلفه الحاكم، فسأله أن يشهد له بما جرى عنده من براءة أو ثبوتٍ مجردٍ أو متّصلٍ بحكمٍ وتنفيذ، أو سأله أن يحكم له بما ثبت عنده، لزمه إجابته. وقيل: إن ثبت حقه ببينة، لم يلزمه الإجابة، وإن سأل مع الإشهاد بذلك كتابته وأتاه بكاغيد^(٤)، أو كان من بيت المال كاغدٌ لذلك^(٥). فهل تلزمه الكتابة؟ على وجهين.

ويسمى ما تضمّن الحكم بالبينة: سِجِلاً، وما سواه: مَحْضِراً. ويُجعل السجلُّ نسختين؛ نسخة يدفعا إليه، ونسخة يحبسها عنده.

(١) في الأصل و(س): «العنق».

(٢) ليست في (م).

(٣) في (ع) و(م): «ثبت».

(٤) الكاغد: القرطاس. «الوسيط» (كغد).

(٥) في (م): «كذلك».

وصفة المحضر: بسم الله الرحمن الرحيم، حضر القاضي فلان بن فلان المحرر
الفلاني، قاضي عبد الله الإمام^(١) على كذا.

وإن كان نائباً، كتب خليفة القاضي فلان، قاضي عبد الله الإمام^(١)، في مجلس
حكيمه وقضائه بموضع كذا، مدّع، ذكّر أنّه فلان بن فلان، وأحضر معه مدّعي عليه
ذكّر أنّه فلان بن فلان، فادّعى عليه بكذا، فأقرّ له - أو: فأنكر^(٢) - فقال القاضي
للمدّعي: ألك بينة؟ قال: نعم. فأحضرها، وسأله^(٣) سماعها، ففعل، أو: فأنكر،
ولم تقم للمدعي بينة. وسأل إحلافه، فأحلفه. وإن نكل عن اليمين، ذكّر ذلك، وأنّه
حكّم عليه بالنكول. وإن ردّ اليمين فحلّفه، حكى ذلك، وسأله أن يكتب له محضراً
بما جرى، فأجابته إليه، في يوم كذا، من شهر كذا، من سنة كذا، ويُعلم في الإقرار
والإحلاف^(٤): جرى^(٥) الأمر على ذلك. وفي البيّنة: شهدا عندي بذلك.

وأما السّجل: فهو لإنفاذ ما ثبتّ عنده، والحكم به. وصفته أن يكتب: هذا ما
أشهد عليه القاضي فلان بن فلان. كما قدّمنا. من حضره من الشهود أشهدهم أنّه ثبت
عنده بشهادة فلان وفلان، وقد عرفهما بما رأى معه قبول شهادتهما، بمحضّر من
خصمَيْن، ويذكرهما إن كانا معروفَيْن، وإلا قال: مدّع ومدّعي عليه، جاز
حضورهما، وسماع الدعوى من أحدهما على الآخر، معرفة فلان بن فلان، ويذكر
المشهود عليه، وإقراره طوعاً في صحّة منه، وجواز أمرٍ بجميع ما سُمّي ووُصِف، في
كتاب نسخته كذا.

النكت

(١) بعدها في (م): «فلان».

(٢) بعدها في (م): «معه».

(٣) في (م): «وسألها».

(٤) ليست في (م).

(٥) قبلها في (م): «و».

وينسخ الكتاب المثبت، أو المحضر جميعه، حرفاً حرفاً. فإذا فرغ^(١) منه قال: وإن القاضي أمضاه، وحكم به على ما هو الواجب في مثله، بعد أن سأل ذلك والإشهاد به الخصم المدعي. ويذكر اسمه ونسبه. ولم يدفعه الخصم الحاضر معه بحجة، وجعل كل ذي حجة على حجة، وأشهد القاضي فلان على إنفاذه وحكمه وإمضائه، من حضره من الشهود في مجلس حكمه، في اليوم المؤرخ في أعلاه، وأمر بكتب هذا السجل نسختين متساويتين، يُخلد نسخة بديوان^(٢) الحكم، ونسخة تُدفع إلى من كتب له، وكل واحد منهما حجة بما أنفذه فيهما.

ولو كتب كما قدمنا، لكنه لم يذكر: بمحضر من خصمين. ساع ذلك؛ لجواز القضاء على الغائب. ومهما اجتمع عنده من محاضر وسجلات في كل أسبوع أو شهر على حسبها قلّة وكثرة، فإنه يضم بعضها إلى بعض، ويكتب: محاضر^(٣) وسجلات كذا من وقت كذا.

وإذا أخبر قاضٍ قاضياً في غير عملهما، أو في عمل أحدهما، بحكم أو ثبوت، لم يعمل به بحال، إلا أن يخبر في عمله قاضياً في غير عمله، ويجيز له الحكم بعلمه، فيعمل به إذا بلغ عمله. وقيل: يقبل إخباره على الإطلاق، كإخباره معزولاً على أصلنا.

(١) في (م): «ضاع».

(٢) في (ع): «ديوان».

(٣) في (م): «أو».

باب القسمة

لا يجوزُ قسمةُ الأملاكِ التي لا تنقسمُ إلا بضررٍ أو ردِّ عوضٍ، إلا بتراضي الشركاءِ، مثل الحَمَّامِ، والدُّورِ الصغارِ، والأرضِ التي لا تتعدَّلُ بأجزاءٍ^(١) ولا قيمةً؛ لبناءٍ، أو بشرٍ في بعضها، ونحو ذلك. وهذه القسمةُ في حكمِ البيعِ، لا يجوزُ فيها إلا ما يجوزُ فيه.

فأمَّا ما لا ضررَ فيه^(٢)، ولا ردِّ عوضٍ في قسمتهِ، كالقريَّةِ والبستانِ، أو الدارِ الكبيرةِ والأرضِ، أو الدكانِ الواسعةِ، والمكيلِ والموزونِ^(٣) من جنسٍ مثلِ^(٤) الدُّبْسِ، وغلِّ التمرِ، وغلِّ العنبِ، والأدهانِ، والألبانِ، ونحوها، إذا طلبَ الشريكُ قسمتهِ، أُجبرَ الآخرُ عليها. وهذه القسمةُ إقرارٌ^(٥) لا بيعٌ في ظاهرِ المذهبِ، فيجوزُ قسمةُ الوقفِ من ذلك، وما بعضُه وقفٌ.

ويجوزُ قسمةُ ثمرِ الشجرِ الذي يُخرَصُ خَرَصاً، وقسمةُ ما يكالُ^(٥) وزناً، وما يوزنُ كيلاً، وأن يتفرَّقا في قسمةِ ذلك قبلَ القبضِ.

وإذا حلفَ: لا يبيعُ. فقَسَمَ، لم يَحْنَثْ. وحُكي عن ابنِ بَطَّةَ كونها كالبيعِ، فتعكسُ هذه الأحكامُ. وعلى الوجهين تُفسَخُ بالعيبِ، ولا توجبُ الشُّفعةَ.

وما بعضُه وقفٌ ولا يتعدَّلُ إلا بردِّ عَوْضٍ من أهلِ الوقفِ، فتجوزُ قسمةُ بالتراضي على الأصحِّ. وإن كان الردُّ من ربِّ الطَّلَقِ^(٦)، لم يجزُ قسمتهُ بحالٍ.

(١) في (م): «باجر».

(٢) ليست في الأصل و (ع) و (س).

(٣-٣) في الأصل و (ع): «من جنس من»، وفي (م): «من جنس من مثل».

(٤) في (م): «إقرار».

(٥) في (م): «ما يؤكل».

(٦) في (م): «المطلق». والمطلق بكسر الطاء: الحلال، وسمي المملوك طلقاً؛ لأن جميع التصرفات فيه حلال، من البيع، والهبة، والرهن، وغير ذلك. والموقوف ليس كذلك. «المطلع» ص ٤٠٢.

والضرر المانع من قسمة الإجمار، نقض قيمة المقسوم بها، في ظاهر كلامه. وظاهر قول الخرقى: أنه عدم النفع به مقسوماً.

وإن تضرر أحد الشريكين وحده، كرب الثلث مع رب الثلثين، فإن طلب المتضرر القسمة، أجبر الآخر، وإلا، فلا إجبار. وعنه: أيهما طلب، لم يجبر الآخر. وحكي عن القاضي عكس الأولى.

وما تلاصق من الدور، والعضائد، والأقرحة^(١)، فهو كالمترق، يعتبر^(٢) الضرر وعدمه في كل عين منه مفردة، لا في مجموعها.

ومن كان بينهما عبيد، أو بهائم، أو ثياب ونحوها، من جنس واحد، فطلب أحدهما قسمتها أعياناً بالقيمة، أجبر الآخر. نص عليه. وقيل: لا يجبر، كمختلف الجنس.

وإذا كان بينهما حائط، أو عرصة حائط^(٣)، فقيل: لا إجبار في قسمتها بحال. وهو الأصح.

وقال القاضي: إن طلب قسمة طولهما في كمال العرض، أو طلب قسمة العرصة عرضاً، وكانت تسع حائطين، أجبر الممتنع، وإلا، فلا.

وقال أبو الخطاب في الحائط كالأول، وفي العرصة كالثاني. وقيل: لا إجبار فيهما إلا في قسمة العرصة طولاً^(٤) في كمال العرض^(٥) خاصة.

وإذا كان بينهما دار ذات سفلى وعلو، فطلب أحدهما جعل السفلى لواحد، والعلو للآخر، لم يجبر الممتنع.

(١) في (م): «والعقار والخانات». والعضائد جمع عَصَادَة، وهي ما يصنع لجريان الماء فيه من السواقي في ذوات الكتفين. «المطلع» ص ٤٠٢.

والأقرحة: جمع قَرَّاح، وهي المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر. «المصباح المنير» (قرح).

(٢) في (د) و(م): «ويعتبر».

(٣) هي التي كان بها حائط، وصارت لا بناء فيها. «شرح منتهى الإرادات» ٥٨٠/٦.

(٤-٤) في (س): «كما في العرض»، وفي (م): «كما في كمال العرض».

وإذا كان بينهما منافع، واقتسماها بالزمان أو المكان، جاز، ولزم العقد إذا المحرر كانت إلى مدّة معلومة، وإلّا، فهو جائز عندي، وقيل: هو جائز غير لازم بكلّ حال. وإن امتنع أحدهما، لم يُجبر الممتنع. وعنه ما يدلُّ على أنّه يُجبر. وعندني: يجبر في القسمة بالمكان، إذا لم يكن فيه ضرر، ولا يُجبر بقسمة الزمان.

وإذا كان بينهما أرض فيها زرع لهما، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع، قسّمت كالخالية منه. وإن طلب قسمة الزرع دونها، أو قسمتهما، لم يجبر الممتنع. فإن تراضيا عليه والزرع قصيل^(١) أو قطن^(٢)، جاز. وإن كان بذرًا، أو سنبلاً مُشَدَّد الحَب، لم تجز القسمة. وقيل: يجوز إذا قسما مع الأرض. وأجازة القاضي في السنبلي مع الأرض دون البذر.

وإذا كان بينهما نهر، أو قناة، أو عين ماء، فالماء بينهما على ما شرط عند استخراج ذلك، والنفقة عند الحاجة على قدر الحقين. فإن رضيا بقسمته مهايأة بالزمان، أو بأن يُنصب حجرٌ مُستور، أو خشبة في مَضَم الماء، فيه ثقبان على قدر حقيهما، جاز. فإن أراد أحدهما أن يسقي بنصيبه أرضاً لا شرب لها من هذا الماء، لم يمنع. وقيل: يمنع. ويحتمل إذا قلنا: الماء لا يُملك بملك أرضه، أن ينتفع كل^(٣) منهما بقدر حاجته.

ويجوز للشركاء أن يتقاسموا بأنفسهم، ويقاسم ينصبونه، أو يسألون الحاكم نضبه. وتكون أجرته^(٤) على قدر الأملك^(٥). نص عليه. وقيل: على عدد الملاك^(٥).

النكت

(١) هو الشعير يجزأ أخضر لعلف الدواب، قال الفارابي: سمي قصيلاً؛ لأنه يقصل وهو رطب. «المصباح» (قصل).

(٢) في (م): «قطين».

(٣) بعدها في (ع) و(م): «واحد».

(٤) في (م): «الأجرة».

(٥ - ٥) ليست في (ع).

وَمِنْ شَرْطٍ مَنْ يُنْصَبُ: أَنْ يَكُونَ عَدْلًا، عَارِفًا بِالْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا. وَلَا بُدَّ
مِنْ قَاسِمِينَ إِنْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ تَقْوِيمٌ، وَإِلَّا، كَفَى وَاحِدٌ. وَقِيلَ: يَكْفِي الْوَاحِدُ مَطْلَقًا.

وَيُعَدُّ الْقَاسِمُ السَّهَامَ بِالْأَجْزَاءِ إِنْ تَسَاوَتْ، وَبِالْقِيمَةِ إِنْ اخْتَلَفَتْ، وَبِالرَّدِّ إِنْ
اِقْتَضَتْهُ. وَإِذَا تَمَّتِ الْقِرْعَةُ، لَزِمَتِ الْقِسْمَةُ. وَقِيلَ: لَا تَلْزِمُ فِيمَا فِيهِ رَدٌّ حَتَّى يَرْضِيَا بِهِ
بَعْدَ الْقِرْعَةِ، وَكَيْفَمَا أَقْرَعَا^(١)، جَازٌ، لَكِنِ الْاِحْوَاطُ أَنْ يَكْتُبَ اسْمَ كُلِّ شَرِيكَ فِي
رُفْعَةٍ، ثُمَّ تُدْرَجُ فِي بِنَادِقِ شَمْعٍ أَوْ طِينٍ مَتَسَاوِيَةٍ قَدْرًا وَوِزْنًا. وَتَطْرَحُ فِي حِجْرِ
رَجُلٍ^(٢) لَمْ يَحْضُرْ ذَلِكَ، وَيَقَالُ لَهُ: أَخْرِجْ بِنْدَقَةً عَلَى هَذَا السَّهْمِ. فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ،
كَانَ لَهُ، ثُمَّ الثَّانِي كَذَلِكَ، وَالسَّهْمُ الْبَاقِي لِلثَّالِثِ، إِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً، وَاسْتَوَتْ سَهَامُهُمْ.
وَلَوْ كَتَبَ اسْمَ كُلِّ سَهْمٍ فِي رُفْعَةٍ، ثُمَّ قَالَ: أَخْرِجْ بِنْدَقَةً لِفُلَانٍ، وَبِنْدَقَةً لِفُلَانٍ،
وَبِنْدَقَةً لِفُلَانٍ، جَازٌ.

وَلَوْ كَانَتْ سَهَامٌ^(٣) الثَّلَاثَةُ مُخْتَلِفَةً، كَنَصْفٍ، وَثُلُثٍ، وَسُدْسٍ، جَزَأً الْمَقْسُومَ سِتَّةَ
أَجْزَاءٍ، وَأَخْرَجَ الْأَسْمَاءَ عَلَى السَّهَامِ لَا غَيْرَ، فَيَكْتُبُ بِاسْمِ رَبِّ النِّصْفِ ثَلَاثَ رِقَاعٍ،
وَلِرَبِّ الثُّلُثِ رُفْعَتَيْنِ، وَلِرَبِّ السُّدْسِ رُفْعَةً، ثُمَّ يُخْرِجُ بِنْدَقَةً عَلَى أَوَّلِ سَهْمٍ، فَإِنْ خَرَجَ
عَلَيْهِ اسْمُ رَبِّ النِّصْفِ، أَخَذَهُ مَعَ الثَّانِي وَالثَّالِثِ، وَإِنْ خَرَجَ^(٤) اسْمُ رَبِّ الثُّلُثِ، أَخَذَهُ
مَعَ الثَّانِي، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ كَذَلِكَ، وَالْبَاقِي لِلثَّالِثِ.

وَمَنْ أَدْعَى غَلَطًا فِيمَا تَقَاسَمُوهُ بِأَنْفُسِهِمْ، وَأَشْهَدُوا عَلَى رِضَاهُمْ بِهِ، لَمْ يُلْتَقَمَتْ
إِلَيْهِ. وَإِنْ كَانَ فِيمَا قَسَمَهُ قَاسِمُ الْحَاكِمِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْمُدَّعِي

(١) فِي (س): «اقترعا»، وَفِي (م): «أقرع».

(٢) بَعْدَهَا فِي (م): «واحد».

(٣) فِي (م): «السهام».

(٤) بَعْدَهَا فِي (م): «عليه».

بَيِّنَةٌ. وَإِنْ كَانَ فِيهَا قِسْمَةٌ قَاسِمٌ نَصَبُوهُ، وَكَانَ فِيهَا شَرْطَانَا^(١) فِيهِ الرِّضَا بَعْدَ الْقَرْعَةِ، لَمْ يَحْرُرِ
تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وَإِلَّا، فَهِيَ كَقَاسِمِ الْحَاكِمِ.

وَإِذَا تَقَاسَمَا، ثُمَّ اسْتَحَقَّ مِنَ الْحَصَّتَيْنِ شَيْءٌ مُعَيَّنٌ، فَالْقِسْمَةُ بِحَالِهَا فِي الْبَاقِي.
وَإِنْ كَانَ فِي إِحْدَاهُمَا، بَطَلَتْ، وَإِنْ كَانَ شَائِعًا فِيهِمَا، أَوْ فِي إِحْدَاهُمَا، بَطَلَتْ
أَيْضًا، وَقِيلَ: لَا تَبْطُلُ فِي غَيْرِ الْمُسْتَحَقِّ. وَقِيلَ: بِالْبَطْلَانِ؛ لِلْإِشَاعَةِ فِي إِحْدَاهُمَا
خَاصَّةً، وَإِذَا اقْتَسَمَ الْوَرِثَةُ الْعَقَّارَ، ثُمَّ ظَهَرَ دَيْنٌ عَلَى الْمَيِّتِ، لَمْ تَبْطُلِ الْقِسْمَةُ، إِلَّا أَنْ
نَقُولَ: الْقِسْمَةُ بَيْعٌ، فَيَكُونُ كَبَيْعِ التَّرَكَةِ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَفِي صَحْتِهِ رَوَايَتَانِ،
أَصْحُهُمَا الصَّحَّةُ.

وَإِذَا اقْتَسَمَا دَارًا، فَحَصَلَ الطَّرِيقُ فِي حِصَّةِ أَحَدِهِمَا، وَلَا مَنْفَذَ لِلْآخَرَ، لَمْ تَصَحَّ
الْقِسْمَةُ. وَإِنْ كَانَ لَهَا ظُلَّةٌ^(٢)، فَوَقَعَتْ فِي حِصَّةِ أَحَدِهِمَا، فَهِيَ لَهُ بِمَطْلَقِ الْعَقْدِ.
وَوَلِيُّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ بِمَنْزِلَتِهِ، وَكَذَلِكَ فِي قِسْمَةِ التَّرَاضِي إِذَا رَأَاهَا
مُصْلِحَةً. وَيُقْسِمُ الْحَاكِمُ عَلَى الْغَائِبِ فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ.

النكت

(١) فِي (م): «شَرْطَانَا».

(٢) هِيَ شَيْءٌ كَالصُّفَّةِ يَسْتَرُّ بِهِ مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ. «الْقَامُوسُ» (ظَلَّلَ).

بابُ الدعاوى والأيمان فيها

المُدَّعي: من إذا سَكَتَ، تُرِكَ. والمدَّعى عليه: من إذا سَكَتَ، لم يُتْرَكَ. ويختصُّ المحرر اليمينُ بالمدَّعى عليه، دون المدَّعي، إلا في القَسامة، ودعاوى الأمانِ المقبولة، وحيثُ يُحكَّم باليمين مع الشاهد، أو نقولُ بردها.

وإذا تداعيا عيناً في يدٍ أحدهما، فهي له مع يمينه بذلك، إلا أن يكون^(١) له بينة، فلا يحلف.

وإن كانت بايديهما، فهي بينهما مع تحالفهما، إلا أن يدَّعي أحدهما نصفها فما دون^(٢)، والآخرُ أكثر من بقيتها أو كلها، فالقولُ قولُ مدَّعي الأقلِّ مع يمينه.

فإن تداعياها، وهي بيد ثالث، فاقربها لأحدهما بعينه، فهي له مع يمينه، ثم يحلفُ المقرُّ للآخر على الأصح، فإن نكل، لزمه له عوَضُها.

وإن قال: هي لأحدهما، لا أعلم عينه. فصدَّقه في عدم العلم، لم يحلف. وإن كذَّباه، أو أحدهما، لزمه يمينٌ واحدةٌ بذلك، ويُقرَعُ بينهما، فمن خرجت له القرعة، فهي له مع يمينه.

ولهما فعلُ القرعة قبل تحليفه، حيثُ يجبُ، وبعده، إلا إذا نكل عن يمينه، فيتعيَّنُ تقديمُها.

ومتى قدِّمت، لم يَبَقَ عليه حلفٌ إلا للمقروع خاصةً بشرط تكذيبه له، فإن نكل عنه حينئذٍ، لزمه له القيمة.

النكت

(١) في (م): «إن أقام».

(٢) في (م): «دونه».

ولو «جحدهما الثالث»^(١)، فالقول قوله، وعليه لكل واحد يمين، فإن نكل، لزمه
لهما العين وعوضها، يقترعان عليهما، ويحتمل أن يقتسماهما^(٢)، كالناكل المقر
لهما^(٣).

ومن ادعى عليه عين في يده ولا بينة، فأقر بها لصبي، أو مجنون، أو غائب،
أقرت^(٤) في يده، وأحلفه المدعي أنه لا يستحق تسليمها إليه، فإن نكل، لزمه له
عوضها إن كان المدعي واحداً، وإن كان اثنين تداعياها، لزمه لها عوضان، إلا أن
يقيم بينة أنها لمن سمأه، فلا يحلف.

وإن أقر بها لحاضر مكلف، فصدقه، فهو كأحد المتداعيين على ثالث إذا أقر له
الثالث، على ما سبق.

وإن قال المقر له: ليست لي، ولا أعلم لمن هي. أو قال ذلك رب اليد ابتداءً،
أعطى المدعي الواحد، والاثنان يقترعان عليها. وقيل: لا تعطى بغير بينة، بل تجعل
عند أمين الحاكم. وقيل: تُقر في يد رب اليد. وهو المذهب.

وعلى هذين الوجهين: يحلف للمدعي^(٥)، فإن عاد، فادعها لنفسه أو لثالث،
سمع على الوجه الثالث دون الأولين.

وإن أقر بها لمجهول، قيل له: عرفه، وإلا، جعلت ناكلاً عن الجواب. فإن عاد
فادعها لنفسه فهل تُسمع؟ على وجهين.

وإذا تداعيا عيناً ليست في يد أحد، قُسمت بينهما، كالتي بأيديهما، وقيل: هي
لأحدهما بالقرعة، كالتي بيد ثالث.

(١-١) في (م): «جحدها الخالف».

(٢) في (ع) و(م): «يقتسماها».

(٣) في (م): «القد».

(٤) بعدها في (م): «له».

(٥) في (د) و(م): «المدعي».

وإذا تداعيا حيواناً؛ أحدهما آخذٌ بزمامه، والآخرُ راكبه، أو عليه جملته، أو المحرر قميصاً أحدهما آخذٌ بكممه، والآخرُ لابسهُ، فهو للثاني.

وإن نازعَ صاحبُ الدار خياطاً فيها في إبرة أو مقصّ، أو قرّاباً في قرّبة، فهي للخياط أو القرّاب^(١).

وإن تنازعا عرصةً، لأحدهما فيها بناءٌ أو شجرٌ، فهي له.

وإن تنازعَ المؤجرُ والمستأجرُ في رفّ مقلوع، أو مضراع^(٢) وله شكلٌ منصوبٌ في الدار، فهو لرّبّها. وإلّا، فهو لهما.

وإن تنازعَ الزوجانِ، أو ورثتهما في قماشِ البيتِ، فما يصلحُ للرجالِ كالإمامةِ والسيفِ، فللرجلِ، وما يصلحُ للنساءِ كحليهنَّ وثيابهنَّ، فللمرأةِ، وما يصلحُ لهما، فبينهما، حُرّينِ كانا أو رقيقين، أو أحدهما. نصّ عليه.

وكذلك إن اختلفَ صانعانِ في آلةٍ دكّان^(٣) لهما، حُكِمَ بآلةِ كلِّ صنعةٍ لصانِعِها، في ظاهرِ كلامه. وقيل: إن كانتَ أيديهما عليه من طريقِ الحُكْمِ، فكذلك. وإن كانتَ اليدُ المشاهدةُ عليه منهما، أو من أحدهما، اعتُبرَتْ بكلِّ حال.

ومن توجّهَ عليه الحلفُ لحقِّ جماعةٍ، فبذلَّ يميناً واحدةً لهم، فرضوا، جازاً. وإن أبوا، حَلَفَ لكلِّ واحدٍ يميناً.

ويحلفُ الإنسانُ على البتِّ^(٤) في الإثباتِ والنفْيِ، إلا لِنَفْيِ فعلٍ غيره، أو لِنَفْيِ الدعوى على الغيرِ، فيحلفُ على نفي العلمِ. وعنه: في البائعِ يحلفُ لِنَفْيِ عيبِ السلعةِ على العلمِ. وعنه: يمينُ النفي على العلمِ في كلِّ شيءٍ. ومن لزمته يمين، أجزأ^(٥) أن يُحلفَهُ الحاكمُ بالله تعالى وحدّه.

النكت

(١) في (م): «القراب».

(٢) المصراع من الباب: الشطر، وهما مصراعان. «المصباح» (صرع).

(٣) في (م): «وكان».

(٤) في (م): «الميت».

(٥) في الأصل: «أجزأه».

وإن غلظها بزمان، أو مكان، أو لفظ، جاز، ولم يستحب، فالزمان: أن يحلّفه بعد العصر، أو بين الأذان والإقامة. والمكان: بمكّة بين الركن والمقام، وبيت^(١) المقدس عند الصخرة، وبساتر البلاد عند منبر الجامع، وأهل الذمّة بالمواضع التي يُعظّمونها.

قوله: (وإن غلظها بزمان، أو مكان، أو لفظ، جاز، ولم يستحب).

وهذا اختيار القاضي وغيره، وقطع به في «المستوعب» وغيره، واختار أبو الخطاب الاستحباب، كمذهب الشافعي^(٢).

وذكر الشيخ تقي الدين أن أحد الأقسام معنى الأقوال، أنه يستحب إذا رآه الإمام مصلحة^(٣).

وقال ابن هبيرة: واختلفوا في تغليظ الزمان والمكان، فقال مالك والشافعي: تُغلّظ. وعند أبي حنيفة: لا تغلّظ^(٤). وعن الإمام أحمد: روايتين، كالمذهبيين.

واختار الشيخ موفق الدين أن تركه أولى، إلا في موضع ورد الشرع به وصح^(٥). وقدّم في «الرعاية» الكراهة.

واختار أبو بكر التغليظ في حق أهل الذمّة فقط.

واختار الخرقفي التغليظ في حق الكافر في المكان واللفظ.

فهذه نحو ثمانية أقوال في المسألة، ولم أجذ في وجوبه خلافاً في المذهب.

فأمّا البيئّة فإنها تكون بموضع الدعوى، ولا تُغلّظ بمكان، ولا زمان، ولا لفظ. ذكره القاضي محلّ وفاق، قاس عليه، وسلم له.

قوله: (وبيت المقدس عند الصخرة).

(١) في (س) و(ع): «بيت».

(٢) «مغني المحتاج» ٣/٣٧٨.

(٣) «الاختيارات الفقهية» ص ٥١١-٥١٢، و«الإنصاف ومعه المقنع والشرح الكبير» ٣٠/١٢٦.

(٤) «المدونة» ١٣/١٩٩، و«مغني المحتاج» ٣/٣٧٧، و«بدائع الصنائع» ٨/٤٣٥.

(٥) «الشرح الكبير ومعه المقنع والإنصاف» ٣٠/١٣٣.

واللفظ أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الطالب المحرر
 الغالب، الضار النافع، الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور. ونحوه.
 ويقول اليهودي: والله الذي أنزل التوراة على موسى^(١)، وقلق له البحر، وأنجاه
 من فرعون وملئه.

كذا ذكر غيره، وكان ذلك إما لورود آثار لا يُحتجُ بمثلها، تدلُّ على فضيلتها، وبعضها
 مذكور في فضائل الشام، وإما لأنَّ العامة يعتقدون فيها، ويُعظمونها، وهذان الأمران فيهما
 نظر، أما الأول: فظاهر، وأما الثاني: فلأنَّ اليمين لا تُغلَّظ باعتقاد العامة، كما لا تُغلَّظ عند
 قبر بعض المشايخ، أو بعض الشجر ونحو ذلك، بأنَّ له عند العامة عظمة واعتقاد وحظ
 وافر، على أنه كان يلزم تخصيص المسألة بالعمامة؛ لئلا يلزم أن يكون الدليل أخص، وهذا
 يدلُّ على إرادتهم المعنى الأول، وهو غير صالح للحجة؛ لضعف تلك الآثار، وعدم
 وجوب الرجوع إلى قائلها، وهو وهب وكعب^(٢) ونحوهما.

قال الشيخ تقي الدين في «اقتضاء الصراط المستقيم»^(٣) - بعد ذكر هذه المسألة -: ليس
 لها أصل في كلام الإمام أحمد ونحوه من الأئمة، بل السنة أن تُغلَّظ اليمين فيها، كما تُغلَّظ
 اليمين^(٤) في سائر المساجد عند المنبر. ولا تُغلَّظ اليمين بالتحليف عند ما لم يُشرع للمسلمين
 تعظيمه، كما لا تُغلَّظ بالتحليف عند المشاهد، ونحو ذلك.

(١) بعدها في الأصل: «ابن عمران».

(٢) أخرج الحافظ المقدسي في «فضائل القدس» (٣١) عن وهب بن منبه قال: قال الله لصخرة بيت
 المقدس: يا صخرة بيت المقدس، أنت عرشي الأدنى، منك استويت إلى السماء، وفيك جنتي
 وناري، وفيك جزائي وعقابي، فطوبى لمن رآك، ثم طوبى لمن رآك، ثم طوبى لمن رآك.
 وأخرج المقدسي أيضاً برقم (٣٣) عن كعب قال: إن الله تبارك وتعالى نظر إلى الأرض، فقال: إني
 واطئ على بعضك، فاستبقت إليه الجبال، وتضعفت الصخرة، فشكر لها ذلك، فوضع عليها قدمه،
 فقال: هذا مقامي ومحشر خلقي، وهذه جتي، وهذه ناري، وهذا موضع ميزاني، وأنا ديان الدين.

(٣) ص ٤٣٥-٤٣٦.

(٤) ليست في (م).

المحرر ويقول النصراني: والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، وجعله يحيي الموتى، ويبرئ الأكمة والأبرص.

ويحلف المجوسي بالله الذي خلقه، وصوره، ورزقه.
وإن بذل الحالف اليمين بالله، وأبى التعظيم، لم يكن ناكلاً.

النكت قوله: (ويقول النصراني...إلى آخره).

قال بعض الأصحاب: تغليظ اليمين بذلك في حقهم فيه نظر؛ لأن أكثرهم إنما يعتقد أن عيسى ابن الله.

قوله: (ويحلف المجوسي...إلى آخره).

لأنه يعظم خالقه ورازقه. وذكر ابن أبي موسى أنه يحلف مع ذلك بما يعظمه من الأنوار وغيرها. وفي «تعليق» أبي إسحاق ابن شاقلا، عن أبي بكر بن جعفر أنه قال: ويحلف المجوسي، فيقال له: قل: والنور والظلمة.

قال القاضي: هذا غير ممتنع أن يحلفوا بها، وإن كانت مخلوقة، كما يحلفون في المواضع التي يعظمونها، وإن كانت مواضع يعضى الله فيها، كالبيع، والكنائس، وبيت النار.

قوله: (وإن بذل الحالف اليمين بالله، وأبى التعظيم، لم يكن ناكلاً).

لأنه قد بذل الواجب عليه، فيجب الاكتفاء به، ويحرم التعرض له. وفيه نظر؛ لجواز أن يقال: يجب التغليظ إذا رآه الحاكم وطلبه، وقد ذكر القاضي في الجواب عن تغليظ الصحابة: أنه قد روي عن زيد خلاف ذلك؛ لأنه خاصم إلى مروان، فتوجهت عليه اليمين، فقال لزيد: تحلف عند المنبر؟ فقال: زيد: أحلف هاهنا. فقال مروان: لا، بل عند المنبر، فوزن المال^(١). قال القاضي: ولو كان التغليظ واجباً أو مسنوناً، لم يجوز أن يمتنع من الإجابة بعد أن دُعِيَ إليه. انتهى كلامه.

(١) قصة اختصام زيد بن ثابت الأنصاري ﷺ إلى مروان بن الحكم، أخرجها الإمام مالك في «الموطأ» ٧٢٨/٢، وأوردها البخاري تعليقاً قبل الحديث (٢٦٧٣) وفيها: أنه اختصم زيد بن ثابت الأنصاري وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم وهو أمير على المدينة، ف قضى مروان على زيد بن =

وهذا يدلُّ على أنَّه لا يجوزُ الامتناعُ منه إذ رآه الحاكم. وعلى هذا يكونُ بامتناعه منه النكت ناكلاً عما يجبُ عليه، فيكون كالنكولِ عن اليمين.

قال الشيخ تقيُّ الدين: قصة مروان تدلُّ على أنَّ القاضي إذا رأى التغليظَ فامتنع من الإجابة، أدَّى ما ادَّعى به، ولو لم يكن كذلك، ما كان في التغليظِ زجرٌ قطُّ.

وهذا الذي قاله صحيحٌ، والردُّ والزجرُ علَّةُ التغليظِ، كما ذكره جماعةٌ من أصحابنا وغيرهم، فلو لم يجبُ برأي الإمام، لتمكَّن كلُّ أحدٍ من الامتناعِ منه؛ لعدم الضَّررِ عليه في ذلك، وانتفت فائدته.

وقال أيضاً: متى قلنا: هو مستحبٌ للإمام، فينبغي أنَّه إذا امتنع منه الخصمُ، صار ناكلاً.

قوله: (ولا يُستحلفُ في العباداتِ، ولا في حدودِ الله تعالى).

وعند الشافعيِّ وأبي يوسف: يُستحلفُ في الزكاةِ ونحوها؛ لأنَّها دعوى مسموعةٌ، يتعلَّقُ بها حقُّ آدميٍّ، أشبه حقَّ الآدمي، واختاره ابنُ حمدان في الزكاة.

ووجه قولنا: أنَّه حقُّ لله^(١)، أشبه الصلاةَ والحدَّ.

ولو ادَّعى أنَّ عليه كفارةً، أو نذراً، أو صدقةً، أو غيرها، فكذلك.

قال الشيخُ موفقُّ الدين: لا تسمعُ الدَّعوى في هذا، ولا في حدِّ الله تعالى، لأنَّه [لا] حقٌّ للمدَّعي فيه، ولا ولايةٌ له عليه، ولا تسمعُ منه دعواه - كما لو ادَّعى حقاً لغيره من غير إذنه - ولا ولايةً^(٢). وكذا ذكره ابنُ الزاغوني وغيره.

وذكر القاضي الحدودَ محللاً وفاقٍ، وأنَّه لا يصحُّ دعواها، ولا يجبُ سماعها، ولا يُسألُ المدَّعى عليه عن الجوابِ عنها، لكن قال: شهادةُ الشهودِ دعوى منهم.

= ثابت باليمين على المنبر، فقال زيد بن ثابت: أحلفُ له مكاني. قال: فقال مروان: لا والله إلا عند مقاطع الحقوق. قال: فجعل زيد بن ثابت يحلف أن حقه لَحَقٌّ، ويأبى أن يحلف على المنبر، قال: فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك.

(١) في الأصل: «له» والصواب ما أثبت. كما جاء ذلك في «المغني» ٢٣٧/١٤.

(٢) «المغني» ٢٣٨/١٤، وما سلف بين حاضرتين منه.

وذكر أيضاً في موضعٍ آخر أنّ الزنى والشرب، ونحوه، لا يُسمعُ الاستعداد^(١) والإعدادُ فيه، وتسمعُ الشهادةُ به.

وذكر الشيخُ موفقُ الدين في موضعٍ آخر أنّ ما كانَ حقاً لله، كالحدود، والزكاة، والكفارة، لا تفتقرُ الشهادةُ به إلى تقدّم دعوى.

قال: وكذلك ما لا يتعلّقُ به حقُّ أحدٍ، كتحریمِ الزوجة، أو إعتاقِ الرقيق، يجوزُ الحسبُ به، ولا يُعتبرُ فيه دعوى^(٢).

قال: فإن تَضَمَّنَتْ دعواهُ حقاً [له]، مثلُ أن يدَّعي سرقةَ مالِه؛ لتضمينِ السارقِ، أو لياخذَ منه ما سرقه، أو يدَّعي عليه الزنى بجاريته؛ لياخذَ مهرها منه، سُمِعَتْ دعواه، وِاسْتَحْلَفَ المدَّعي عليه لِحَقِّ الآدميِّ دونَ حقِّ الله^(٣). وكذا ذكره ابن عقيل، فإن حَلَفَ، برئ، وإن نكَل، قُضِيَ عليه بالمالِ دون القلع.

وقال الشيخ تقي الدين: فأما حقوقُ الله تعالى إذا تعلّقَ بها حقُّ آدميٍّ معيّنٍ أو غيرِ معيّن، على الفرقِ بين الزكاةِ وغيرها، مثلُ أن يدَّعي على من يَطْلُب ولايةَ المالِ، أو النكاحِ، أو الحضانة: أنّه فاسقٌ، فينكرُ ذلك، فيحلفُ، فإن مضمونَ اليمينِ الحلفُ على استحقاقِ الولاية، أو على نفي ما يدفَعُها، وهو بمنزلةِ أن يدَّعي على الحاضنةِ أنّها تزوجت، فتُنكِر، أو تدَّعي على الوليِّ أنْ نَمَّ وَلِيّاً أقربَ منه، وكذا لو ادَّعى القريبُ الإرثَ، فقيل: إنه رقيق، فهل يحلفُ على نفي الرقِّ، كما يحلفُ لو ادَّعاهُ مُدَّعٍ؟ وكذلك لو تعلّقَ بصلاته وصيامه حقُّ الغيرِ، مثلُ تعليقِ طلاقٍ، أو عتقٍ به، ونحو ذلك، فهل يحلفُ على فعل ذلك؟ لكن هنا الحقُّ المتعلّقُ به ليس له ولا^(٤) عليه، فهو أمينٌ محضٌ، بخلاف ما إذا كان الحقُّ له أو عليه.

(١) بعدها في (م): «فيه».

(٢) «المغني» ٢٠٩/١٤.

(٣) «المغني» ٢٣٨/١٤، وما سلف بين حاصرتين منه.

(٤) في الأصل و(م): «ولا»، ولعلّ المثبت هو الصواب.

وكذلك إذا ادعى المشهود عليه فسق الشاهد مفسراً أو مطلقاً، فهل له أن يحلفه على نفي ذلك السبب، أو على نفي الفسق؟

وكذلك إذا ادعى في الشاهد ما يوجب رد الشهادة، من قرابة، أو عداوة، أو تبرع، أو صداقة ملاطفة - على القول بها - وأنكر الشاهد ذلك، فهل له أن يحلف الشاهد على نفي ذلك؟ وسواء كان الشاهد مزكياً أو جارحاً لشاهد أو وإل، فادعى عليه تهمة توجب رد التزكية والجرح، أو شاهداً بغير صفة الشاهد والوالي.

ولا يقال: الشاهد لا يحلف، فإنما ذلك إذا ثبت ما يوجب قبول شهادته. لكن يقال: لا بد أن يعلم الحاكم ما يقبل معه في الظاهر، ثم الشأن في وجود المعارض في الباطن، أو فوات بعض الشروط في الباطن.

وإن لم يحلف الشاهد، فهل يحلف المشهود له بأنه لا يعلم هذا القادح؟

وهذا متوجه إذا استحللناه على ما شهد به في إحدى الروايتين، التي قضى بها عليٌّ عليه السلام، وابن أبي ليلى^(١).

واليمين على حق الله المتعلق بها حق آدمي لها أصل في الشريعة، وهو اللعان، فإن دعوى الزنى دعوى^(٢) ما يوجب الحد، والقياس أن لا يمين فيها، لكن شرعت إذا ادعاه الزوج؛ لأن له حقاً في ذلك، وهو إفساد فراشه، وإفساد العارية^(٣)، كما أقيمت يمينه مقام شهادة غيره في درء الحد عنه.

(١) لعله يريد ما أخرجه البيهقي ٢٥٩/١٠ عن حنش قال: أتى علي ببعل يباع في السوق، فقال رجل: هذا بعلي لم أبع ولم أهب. ونزع علي ما قال خمسة بشهدون، وجاء رجل آخر يدعيه ويزعم أنه بعله وجاء بشاهدين، فقال علي: إن فيه قضاء ومصلحة، أما الصلح فيباع البغل فنقسمه على سبعة أسهم، لهذا خمسة ولهذا اثنان، فإن أبيتم إلا القضاء بالحق فإنه يحلف أحد الخصمين أنه بعله ما باعه ولا وهبه، فإن تشاحتما أيكما يحلف أقرعت بينكما على الحلف فأيكما قرع حلف. فقضى بهذا وأنا شاهد. وما أخرجه أيضاً البيهقي ٢٦١/١٠ من طريق ابن أبي ليلى، عن الحكم، عن حنش أن علياً كان يرى الحلف مع البيعة وقال: كذا رواه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى.

(٢) جاء في هامش الأصل ما نصه: [الذي في «نكت» ابن شيخ السلامة عن الشيخ تقي الدين: فإن دعوى الزنى دعوى توجب الحد].

(٣) هكذا في الأصل، وفي هامشه ما نصه: [الذي في «نكت» ابن شيخ السلاية: وإلحاق العارية، وهو حسن].

وَيُسْتَحْلَفُ الْمُنْكَرُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَأَدْمِيٍّ، إِلَّا عَشْرَةَ أَشْيَاءَ؛ النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ، وَالْإِيلَاءُ، وَأَصْلُ الرُّقِّ، وَالْوَلَاءُ، وَالْإِسْتِيلَادُ، وَالنَّسَبُ، وَالْقَوْدُ، وَالْقَذْفُ. وَعَنْهُ: يَسْتَحْلَفُ فِي الطَّلَاقِ، وَالْإِيلَاءِ^(١)، وَالْقَوْدِ، وَالْقَذْفِ، دُونَ السِّتَةِ الْبَاقِيَةِ. وَعَنْهُ: يُسْتَحْلَفُ إِلَّا فِيمَا لَا^(٢) يُقْضَى فِيهِ بِالنِّكَالِ.

قال في رواية ابن القاسم: لا أرى اليمينَ في النِّكَاحِ، ولا في الطَّلَاقِ، ولا في الحدودِ؛ لأنَّه إنْ نَكَلَ، لم أقتله، ولم أحده، ولم أدفع المرأةَ إلى زوجها. وظاهر قول الخرقى^(٣): يُسْتَحْلَفُ فِيمَا عدا القَوْدِ والنِّكَاحِ. وعنه ما يدلُّ على أنَّه يُسْتَحْلَفُ فِي الْكُلِّ. وإذا^(٤) أَحْلَفْنَا فِي ذَلِكَ، قَضِينَا فِيهِ بِالنِّكَالِ، إِلَّا فِي قَوْدِ النَّفْسِ خَاصَّةً. وعنه: لا يُقْضَى بِالنِّكَالِ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً.

وهكذا دعوى السرقة لا يحلُّفه على ما ينفي القطعَ، لكنَّ على ما ينفي استحقاقَ المالِ، فينبغي أنْ يحلفَ أنَّه ما أخذَ المالَ، لا أنَّه ما سرقَ، بخلافِ القصاصِ، وحدِّ القذفِ، وأما اليمينِ في المحاربة^(٥).

فصل

ومما ينبغي أنْ يُلْحَظَ الْفَرْقَ بَيْنَ الْيَمِينِ فِي نَفْسِ كَوْنِهِ شَهَادَةً، وَفِي صِفَتِهِ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِي الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ أَنْ الْمَالَ لِلشَّاهِدِ، أَوْ أَنَّ شَرِيكَ، وَأَنَّه جَارٌ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ، أَوْ دَافِعٌ بِهَا، فَإِنَّ حَقِيقَةَ الْأَمْرِ أَنْ يَقُولَ لَهُ: لَسْتُ بِشَاهِدٍ، بَلْ خَصِمٌ مُدَّعٍ، أَوْ مُدَّعَى عَلَيْهِ، فَهنا يَقْوَى تَحْلِيفُهُ بِخِلَافِ الدَّعْوَى فِي صِفَتِهِ وَحَالِهِ بَعْدَ تَسْلِيمِ أَنَّه شَاهِدٌ مُحَضَّرٌ.

قوله: (وَيُسْتَحْلَفُ الْمُنْكَرُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَأَدْمِيٍّ).

(١) في (م): «نحو الإيلاء».

(٢) ليست في الأصل و(ع).

(٣) بعدها في (م): «هو».

(٤) في (م): «وان».

(٥) كذا في الأصل و(م).

وكلُّ جنائيةٍ لم يثبت قَوْدُها بالتُّكول، فهل يلزِمُ الناكِلَ دَيْتُها؟ على روايتين. وكلُّ المحرر ناكلٍ قلنا: لا يُقْضَى عليه، فهل يُخَلَّى أو يُحْبَسُ حتى يقرَّ أو يحلفَ؟ على وجهين.

للاخبار المشهورة في ذلك^(١). وكلامه يصدق على ما إذا عَلِمَ صاحبُ الحقِّ كَذِبَ النكت الحالفِ.

قال الإمام أحمد في رواية إسحاق بن^(٢) [هاني]: إذا كان يعلمُ أنَّ عنده مالا لا يؤدي إليه حقُّه، فإن أحلفه أرجو أن لا يأثم.

قال القاضي: وظاهر هذا: أنَّ له أن يحلفه مع علمه بكذبه.

وقال الشيخ تقي الدين: هذا يدنو على أنَّ تحليفَ البريء حرامٌ دون الظالم.

وقال أيضاً: إنَّ هذه الرواية تدلُّ على الجواز.

وظاهرُ كلام الإمام أحمد في رواية أبي طالب: الكراهة، وهي مكتوبةٌ في الفصل عقب مسألة: أن أداء الشهادة فرضٌ عين.

وقال في رواية الميموني في المعسر يتركه حتى يوسر: ولا يجوزُ أن يحلفَ المعسرُ أن

لا حقُّ له عليه، وهو ينوي في الحال؛ لأجل أنَّه مُعسر. نصَّ عليه في رواية الجماعة، وقال عن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُتُقَرٍ فَغَنَظَرُؤْ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] قال: إنَّما نزلت هذه الآية في الأنصار.

(١) منها ما أخرجه البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١): (١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادَّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم، ولكنَّ اليمينَ على المدَّعى عليه». وهذا لفظ مسلم.

(٢) بعدها في (م): «منصور»، وهو خطأ، وهي غير موجودة في الأصل. والمثبت بين حاصرتين من «الفروع» ١١/١٨٩، و«الإنصاف ومعه الشرح الكبير» ٢٨/٤٢٩، وينظر «مسائل أحمد» برواية ابن هاني: ٣٥/٢.

بابُ تعارضِ البيِّناتِ واختلافِها

إذا تداعيا عينا، فأيهما أقامَ بيِّنةً، حُكِمَ له بها. وإن أقاما بيِّنَتين، والعينُ المحرر بأيديهما، أو يد^(١) ثالثٍ قد أنكرهُما، أو أقرَّ لهما، أو لأحدهما لا بعينه^(٢)، أو لم تكن بيدٍ أحدٍ، تعارضتِ البيئتان، فسقطانِ بالتعارض، وتصيران^(٣) كمن لا بيِّنةَ لهما، على ما تقدَّم. وعنه: تُستعملان^(٤)، بأن يُقرَّعَ بينهما، فمن قرَّع، حَلَفَ وأخذَ العين. وعنه: تستعملان بقسمَةِ العين بينهما بغيرِ يمين. ولا يَزجُجُ أكثرُهُما عدداً، ولا الرجلانِ على رجلٍ وامرأتين، وفي ترجيحِ عدلِهما، والشاهدينِ على شاهدٍ ويمين، وجهان.

فصل

قال في «المغني»^(٥): وإن ادَّعى على شاهدين أنَّهما شهدا عليه بزورٍ، أحضرهما، فإن النكت اعترفا، أغرَمَهما، وإن أنكرا، وللمدَّعي بيِّنةٌ على إقرارهما بذلك، فأقامها، لزمَها ذلك، وإن أنكرا، لم يُستخلفا؛ لأنَّ إحلافَهُما يُطرُقُ عليهما الدَّعاوى في^(٦) الشهادة والامتهان، وربَّما منَعَ ذلك إقامةَ الشهادة. وهذا قولُ الشافعيِّ. ولا أعلم فيه مخالفاً. انتهى.

وظاهرُ كلامه في «المحرر» وغيره من الأصحاب: أنَّه يُستخلفُ في هذا، ويُقضى عليه بالتكول؛ لظاهرِ الأخبار، وكسائرِ حقوقِ الأدميِّ، وإحلافهما ليس سبباً لتطرُقِ الدعاوى عليهما، وإن كان، فليس هو مانعاً من الاستحلاف. كما أنَّه ليس مانعاً من إحضارهما، مع أنَّ فيه امتهاناً ونحوه، وهو سببٌ في تطرُقِ الدعاوى. وسيأتي بعد قوله: «إنَّه لا يحلُّ كتمانُ الشهادة» أنه هل تصحُّ الدعاوى بالشهادة؟

(١) في (م): «يد».

(٢) في الأصل: «بعينه».

(٣) في (م): «وتصيران».

(٤) في الأصل و(س) و(ع): «يستعملان».

(٥) ٤٣-٤٢/١٤.

(٦) في الأصل و(م): «و»، والتصويب من «المغني» ٤٣/١٤.

وإن شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالْمَلِكِ وَسَبِيهِ، وَبَيِّنَةٌ بِالْمَلِكِ وَحَدَهُ، أَوْ بَيِّنَةٌ أَحَدُهُمَا بِالْمَلِكِ لَهُ مِنْذُ سَنَةٍ، وَبَيِّنَةٌ الْآخَرَ بِالْمَلِكِ لَهُ مِنْذُ شَهْرٍ، فَهُمَا سَوَاءٌ. وَعَنْهُ: تُقَدَّمُ^(١) ذَاتُ السَّبَبِ وَالسَّبِقِ. وَعَنْهُ: لَا تُقَدَّمُ^(٢) إِلَّا بِالسَّبِقِ أَوْ سَبَبٍ^(٣) يَفِيدُهُ، كَالنَّتَاجِ وَالْإِقْطَاعِ. فَأَمَّا سَبَبُ الْإِرْثِ، أَوْ الْهَبَةِ، أَوْ الشَّرَاءِ، وَنَحْوَهَا، فَلَا.

فَعَلَى هَاتَيْنِ: إِنْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالْمَلِكِ مِنْذُ سَنَةٍ، وَأُظْلِقَتِ الْآخَرَى، فَهَلْ هُمَا سَوَاءٌ، أَوْ تُقَدَّمُ الْمُطْلَقَةُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

فصل

فَبِأَنَّ كَانَ الْحَقُّ لَادِمِيٍّ مَعْيِنٍ، لَمْ تُسْمَعْ الشَّهَادَةُ فِيهِ إِلَّا بَعْدَ الدَّعْوَى، ذَكَرَهُ فِي «الْمَغْنِي»^(٤) وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِيهِ حَقٌّ لَادِمِيٍّ، فَلَا تُسْتَوْفَى إِلَّا بِمَطَالِبَتِهِ وَإِذْنِهِ، وَلِأَنَّهُ حُجَّةٌ عَلَى الدَّعْوَى، وَدَلِيلٌ لَهَا، فَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهَا. انْتَهَى كَلَامُهُ.

وَقَدْ قَالَ مَهْنًا: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ^(٥): رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَلْفَ دَرَاهِمٍ، فَأَقَامَ شَاهِدًا بِالْفِ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ، فَشَهِدَ لَهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسَمِئَةٍ؟ فَقَالَ: تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ عَلَى الْأَلْفِ، وَذَكَرَهُ عَنْ شُرَيْحٍ.

وظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا تَسْمَعُ شَهَادَتَهُ فِي الزَّائِدِ؛ لِعَدَمِ دَعْوَاهُ.

وَقَدْ ذَكَرَ الْأَصْحَابُ: أَنَّ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ شَهَادَةُ لَادِمِيٍّ لَا يَعْلَمُهَا، لَهُ إِقَامَتُهَا قَبْلَ إِعْلَامِهِ بِهَا؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا أَنْبِئُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ». رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٦). وَلَا يَسْتَلْزِمُ هَذَا جَوَازَ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الدَّعْوَى.

(١) فِي الْأَصْلِ: «يُقَدَّمُ»، وَفِي (ع): «تُقَدَّمُ».

(٢) فِي الْأَصْلِ (س) وَ(ع): «يُقَدَّمُ».

(٣) فِي (م): «بِسَبَبٍ».

(٤) ٢٠٩/١٤.

(٥) بَعْدَهَا فِي (م): «عَنْ».

(٦) فِي «صَحِيحِهِ» (١٧١٩) مِنْ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجَهَنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَهُوَ عِنْدَ أَحْمَدَ (١٧٠٤٠).

وإن أقام أحدهما بيّنة أنه اشتراها من زيد، وهي ملكه، والآخر بيّنة أنه اشتراها المحرر من عمرو، وهي ملكه، تعارضتا، إلا أن يؤرّخا، فيكون في تقديم الأسبق تاريخاً، الروايتان.

وإذا تداعيا ثمن عين بيد ثالث، كل منهما يدعي أنه باعها منه بثمن سماء^(١)، لزمه الثمنان لهما. وإن أنكرهما، فالقول قوله مع يمينه. وإن صدّق أحدهما، أو شهدت له بيّنة، أخذ منه ما ادّعاها، وحلّف للآخر.

وإن أقاما بينتتين، وهو مُنكِرٌ، وأمكن صدقهما؛ لاختلاف تاريخهما، أو

وذكر القاضي في «التعليق»: أن الشهود لو شهدوا بحق قبل دعوى المدّعي، فبُلت النكت شهادتهم إن شهدوا بما لا يعلمه صاحب الحق. وإن شهدوا بما يعلمه قبل أن يدّعيه؛ لم تُقبل. وفرّق بينه وبين اليمين أنه لو لم تُسمع الشهادة، أدّى إلى ضياع حقه؛ لأنه غير عالم به، فيطالب به، بخلاف اليمين، فإن الامتناع من سماعها بعد حضوره لا يؤدي إلى إسقاطها؛ لأنه حق له، وهو عالم به، ولأن الشهود إذا علموا بالحق، لزمهم إقامة الشهادة؛ لأن في الامتناع كتمانها.

ولا يجوز أن يلزمهم إقامتها، ولا تسميعها للحاكم. قال الشيخ تقي الدين - بعد ذكره كلام القاضي هذا -: وهذا الذي قاله القاضي من صحّة الشهادة قبل الدّعى غريب. انتهى كلامه.

وذكر القاضي - في مسألة شهادة المرأة الواحدة - أن الشهادة يُعتبر فيها لفظ الشهادة، وتقدّم الدعوى، بخلاف الرواية، ممّا يدلُّ على أنه محلُّ وفاق.

وذكر أيضاً - في مسألة الشاهد واليمين إذا رجع الشاهد - أن اليمين لا تصحّ حتى يطلب المدّعي إحلافه، وتصحّ الشهادة من غير سؤال. جعله محلّ وفاق مع الشافعية. قال: وإنما اختلفا من هذا الوجه؛ لأن اليمين حقّ للمدّعي، فلا تستوفى من غير مطالبة، والشهادة وإن كانت حقاً له، فقد لا يعلم بها المدّعي، فيلزم الشاهد إقامتها.

(١) ليست في (م).

المحرر إطلاقهما، أو إطلاقٍ إحداهما، عُمِلَ بهما. وقيل: إذا لم يؤرِّخا أو إحداهما، تعارضتا، كما لو اتَّخَذَ تاريخُهما. والحكمُ على ما سبقَ من تساقُط، أو قسمة، أو قرعة. وإن قال أحدهما: غصبي إياها. وقال الآخر: مَلَكنيها، أو: أقرَّ لي بها. فهي لمن شهدَ بالغصبِ منه. ولا يغرمُ ربُّ اليدِ للآخر^(١) شيئاً.

وإذا تداعيا عيناً بيدِ أحدهما، وأقامَ كلُّ واحدٍ بيئتهُ أنها له، قُضِيَ للخارجِ ببيئته، وتُلغى بيئتهُ الداخلِ^(٢) في المشهور عنه. وعنه: بالعكس. وعنه: يُقضى ببيئتهُ الخارجِ إلا أن تختصَّ بيئتهُ الداخلِ بسببِ الملكِ أو سبقه^(٣)، فيُقضى بها. وعنه: عكسه، يُقضى ببيئتهُ الداخلِ، إلا أن تمتازَ بيئتهُ الخارجِ بسببِ^(٤) أو سبق^(٤)، فيُقضى بها.

النكت

وعلى هذا المعنى: حديثُ زيد بن خالد^(٥): «ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته - أو يخبرُ بشهادته - قبل أن يُسألها» روي: يخبرُ بشهادته، ولا يعلم بها الذي^(٦) هي له.

وذكر أن اليمينَ لا تصحُّ حتى تُعرضَ^(٧) وبأذنٍ فيها. وتصحُّ الشهادةُ من غيرِ عرضِ الحاكمِ وإذنه. ذكره محلُّ وفاقٍ. قال: وإنما افترقا من هذا الوجه؛ لأنَّ الحاكمَ يستحلفه على نيته؛ ليمتنعه عن^(٨) التأويل، فإذا حلفَ قبلَ أن يستحلفه، عَدِمَ هذا المعنى، وهذا معدومٌ في الشهود، فلهذا لم يُعتبرَ عرضُ الحاكمِ عليهم، ولأنَّ في تركِ الاعتدادِ بيمينه قبلَ عرضِ الحاكمِ ضرباً من التغليظ. انتهى كلامه.

(١) في (م): «الآخر».

(٢) بينة الخارج: هي بينة المدعي. وبينة الداخل: هي بينة المدعى عليه. «الشرح الكبير ومعناه المقنع والإنصاف»، ١٥٥/٢٩.

(٣) في (م): «بيعه».

(٤ - ٤) في (م): «الملك أو سبقه».

(٥) في الأصل و(م): «ثابت». وهو خطأ، والمثبت من المصادر، والحديث سلف تخريجه ص ٦٤.

(٦) في الأصل و(م): «التي»، والتصويب من «سنن» أبي داود. وهذه الرواية فيه بإثر الحديث (٣٥٩٦)، وهي من قول مالك بن أنس، كما نقله أبو داود عنه.

(٧) في (م): «يعرضها الحاكم».

(٨) في (م): «من».

وعلى هاتين الروایتين: هل يكفي مُطلقُ السبب، أو يشترطُ إفادتهُ للسبِق؟ على المحرر روايتين.

فإن شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَحَدَهُمَا أَنَّهَا مِلْكُهُ، وَبَيِّنَةٌ الْآخَرِ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، أَوْ أَتَّهَبَهَا مِنْهُ، أَوْ وَقَفَهَا عَلَيْهِ، فُذِّمَتْ بَيِّنَتُهُ، دَاخِلًا كَانَ أَوْ خَارِجًا.

وَكَذَلِكَ مَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّ هَذِهِ الدَّارَ تَرَكْتُ عَنْ أَبِيهِ، وَأَقَامَتْ أُمُّهُ بَيِّنَةً أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقُهَا الدَّارَ، فَهِيَ لِلْمَرْأَةِ.

وَإِذَا أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّاخِلِ وَالخَارِجِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنَ الْآخِرِ، فَقِيلَ: هُوَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي الْمُطْلَقَتَيْنِ. وَقَالَ الْقَاضِي: تُقَدَّمُ هُنَا بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ. وَقِيلَ: يَتَعَارَضَانِ.

وَإِذَا تَدَاعَى الْعَيْنُ^(١) بِيَدِ ثَالِثٍ أَنْكَرَهُمَا، وَلَهُمَا بَيِّنَتَانِ، ثُمَّ أَقْرَأَ لِأَحَدِهِمَا بَعِيْنَهُ قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَتَيْنِ، فَالْمُقَرَّرُ لَهُ كَالدَّاخِلِ، وَالْآخَرُ كَالخَارِجِ فِيمَا ذَكَرْنَا. وَإِنْ أَقْرَأَ لَهُ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَتَيْنِ، فَحُكْمُ التَّعَارُضِ بِحَالِهِ، وَإِقْرَارُهُ بِاطْلُقٍ عَلَى رَوَايَتِي^(٢) الْإِسْتِعْمَالِ، صَحِيحٌ مَسْمُوعٌ عَلَى رَوَايَةِ التَّسَاقُطِ.

وَقَالَ فِي «الْمَغْنِي»^(٣) فِي الشَّهَادَاتِ، فِي فَصْلِ: إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ أَنَّهُمَا قَتَلَا رَجُلًا، ثُمَّ شَهِدَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِمَا عَلَى الْأَوَّلِينَ أَنَّهُمَا اللَّذَانِ قَتَلَا، قَالَ: فَإِنْ قِيلَ: فَكَيْفَ [تُصَوَّرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، وَ الشَّهَادَةُ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ الدَّعْوَى، فَكَيْفَ] يُتَّصَرَفُ فَرَضُ تَصْدِيقِهِمْ وَتَكْذِيبِهِمْ؟ قُلْنَا: يُتَّصَرَفُ أَنْ يَشْهَدَا قَبْلَ الدَّعْوَى، إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْوَلِيُّ مِنْ قَتْلِهِ، وَلِهَذَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «خَيْرُ الشَّهَادَةِ، الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا». وَهَذَا مَعْنَى ذَلِكَ. انْتَهَى كَلَامُهُ.

(١) فِي (م): «عَيْنًا».

(٢) فِي (م): «رَوَايَةٌ».

(٣) ١٢/٢٣٥-٢٣٦، وَمَا سَيَأْتِي بَيْنَ حَاصِرَيْنِ مِنْهُ.

ومن ادَّعى أَنه اشترى أو أتَّهب من زيد عبده، وادَّعى آخرُ كذلك، أو ادَّعى العبدُ العتقَ، وأقاما بيِّنَتين بذلك، صحَّحنا أسبقَ التصرُّفين إنَّ عُلِمَ التاريخَ، وإلَّا، تعارضتا، فيتساقطان^(١)، أو يُقسَم، أو يُقرَّعُ، كما سبق. وعنه: تُقدِّمُ بيِّنَةُ العتقِ.

ولو كان العبدُ بيدِ أحدِ المتداعيين^(٢)، أو يدِ^(٣) نفسه، فالحكمُ كذلك، إلغاءُ لهذه اليدِ؛ للعلمِ بمسئِنديها. نصَّ عليه. واختاره أبو بكر. وعنه: أَنها يدٌ معتبرةٌ، فلا تعارضُ، بل الحكمُ على الخلافِ في الداخلِ والخارجِ.

وإذا ادَّعى رجلٌ نصفَ دارٍ، وآخرُ كلَّها، وهي بأيديهما، وأقاما بيِّنَتين، فهي لمُدَّعي الكلِّ، إنَّ قَدَمنا بيِّنَةُ الخارجِ، وإلَّا، فهي بيِّنهما. وإنَّ كانت بيدِ ثالثٍ، فقد ثبتَ أحدُ نصفَيها لمُدَّعي الكلِّ، وأمَّا الآخرُ فهل يقتسمانه، أو يقترعانِ عليه، أو يكونُ للثالثِ مع يمينه؟ على رواياتِ التعارضِ.

وذكر أبو الخطابُ في «الانتصار» مثلَ هذا في قبولِ شهادةِ امرأةٍ واحدةٍ، فيما لا يطلُعُ عليه الرجالُ.

وقال في «الكافي»^(٤) - في أولِ بابِ اختلافِ الشهودِ -: إذا ادَّعى الفَينِ على رجلٍ، فشهدَ [له] شاهدٌ بها، وشهدَ له آخرُ بالفاءِ، ثبتَ [له] الألفُ بشهادتهما؛ لا تُفأقهما، ويحلفُ مع شاهده على الألفِ الأخرى؛ لأنَّ له به شاهدًا، وسواءُ شهدتِ البيِّنَةُ بإقرارِ الخصمِ، أو ثبوتِ^(٥) الحقِّ عليه، وسواءُ ادَّعى الفأ، أو أقلَّ منه؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ له حقٌّ^(٦)، فيدَّعي بعضه، ويجوزُ أن لا يعلمَ أنَّ له من يشهدُ بجميعه. انتهى كلامه.

فهذه ثلاثةُ أقوال، أحدها: المنعُ إلَّا بعدَ الدَّعوى. والثاني: الجوازُ إذا لم يعلمَ صاحبه،

(١) في (م): «فتساقطان».

(٢) في (م): «المتداعين».

(٣) في (م): «يد».

(٤) ٢٣٩/٦، وما سيأتي بين حاصرتين منه.

(٥) في (م): «ثبوت».

(٦) في (م): «الحق».

ومن مات وله ابنان، مسلمٌ وكافرٌ، فادَّعى كلُّ^(١) منهما أنَّه مات على دينه، فالقولُ المحرر قولٌ من يدَّعي أصلَ دينه إنْ عُرِفَ، روايةٌ واحدةٌ. وإنْ لم يُعرف، فالميراثُ للكافرِ إنْ اعترفَ بأخوَّتِهِ المسلمِ. وإنْ لم يعترف، فهو بينهما. وعنه: هو بينهما في الحالين. رواها^(٢) ابنُ منصور. وقيل: يقرعانِ عليه.

ولو شهدت بيَّنةٌ أنه مات ناطقاً بكلمة الإسلام، وبيَّنةٌ أنه مات ناطقاً بكلمة الكفر، تعارضتا، سواء عُرِفَ أصلُ دينه، أو لم يُعرف، فتسقطان، أو تستعملان بقسمة، أو قرعة، كما تقرَّر.

وإنْ قالت بيَّنةٌ: مات مسلماً. وبيَّنةٌ: مات كافراً. أو قالت بيَّنةٌ: نعرفه^(٣) مسلماً. وبيَّنةٌ: نعرفه كافراً، ولم يؤرِّخا معرفتهم، فعن أحمد ما يدلُّ على تقديم بيَّنة الإسلام

وينبغي على هذا أن يُصدَّقَ صاحبه في عدم العلم، إذا لم تخالفه قرينته. والثالث: يجوزُ النكت ضمناً وتبعاً، لا استقلالاً، كما في الدعوى للغير، وعليه تبعاً، وستأتي هذه المسألة بعد مسألة: وإذا قال من له بيَّنةٌ بالف: أريد أن تشهدا لي بخمسة^(٤). ثم هل يُعتبرُ أن يكونَ ثمَّ عليه؟

وقد ذكر الأصحابُ أنَّ الحاكمَ يسمعُ البيَّنةَ على الوكالة من غير حضورِ خصم، وكذا عند مالكٍ والشافعيِّ. وظاهره: أنَّه لو ادَّعى على شخصٍ أنَّه وكَّلَه، سَمِعَ الحاكمُ دعواه وبيَّنته، وأثبت ذلك من غير نصبِ خصم؛ لأنَّ المقصودَ هنا الفصل^(٥).

وقال الشيخُ تقيُّ الدين: وإذا كانَ الحقُّ في يدِ صاحبه^(٦)، كالوقفِ وغيره، ويخافُ إنْ

(١) بعدها في (م): «واحد».

(٢) في (م): «رواها».

(٣) في (د) و(م): «تعرفه».

(٤) ٢٤٢/٢.

(٥) في الأصل: «لا فصل» ووضِعَ فوقها: «كذا».

(٦) في الأصل و(م): «مؤبداً»، والتصويب من «مجموع الفتاوى» ٣٥٦/٣٥. وجاء في هامش الأصل ما نصه: «الذي نقله ابن شيخ السلامة عن الشيخ تقي الدين: وإذا كان الحقُّ في يد صاحبه. وهو أحسن».

المحرر بكلِّ حال. واختاره الخرقفي في الصورة الثانية، وأمَّا في الأولى، فاختار التعارض، ولم يفرِّق بين من عرِف أصلُ دينه، ومن لم يُعرِف، وسَوَّى القاضي وجماعةً بين الصورتين، وقالوا فيهما: إن عُرِف أصلُ دينه، قُدِّمَت البيئَةُ الناقلَةُ عنه، وإن لم يُعرِف، تعارضتا.

ولو كان بدلاً من الابن المسلم أخٌ وزوجةٌ مسلمان، أو بدلاً من الابن الكافر أبوان كافرين، لكانا بمنزلته مع الآخر في جميع ما ذكرنا. لكن حيث يُنصَّف المألُّ بينهما هناك، نجعلُ هاهنا نصفه في مسألة الأيوين بينهما على ثلاثة، ونصفه في مسألة المرأة والأخ بينهما على أربعة.

وحُكِيَ عن أبي بكرٍ في مسألة المرأة والأخ: أن لها الربع. وحُكِيَ عن غيره: الثمن، والباقي للابن والأخ نصفين. وكلاهما بعيد؛ لأنَّ ما يأخذه الابن ظلمٌ في نظر المرأة والأخ، فالسالم لهما يكونُ ضرورةً أرباعاً.

لم يُحفظ بالبيئات أن يُنسى شرطه، أو يُجحد ولا بيئته، ونحو ذلك، فهنا في سماع الدعوى والنكاح والشهادة من غير خصم حفظ الحق الموجود عن خصم مُقدِّر، وهذا أحد مقصودي القضاء، فلذلك يسمع ذلك، ومن قال من الفقهاء: لا يُسمع ذلك، كما يقوله^(١) طوائف من الحنفية والشافعية والحنبلية، فعنده ليس للقضاء فائدة إلا فصل الخصومة، ولا خصومة، فلا قضاء؛ فلذلك لا تُسمع البيئَةُ إلا في وجه مُدعى عليه؛ لتظهر الخصومة، ومن قال بالخصم المسخَّر، فإنه ينصبُ للشر^(٢)، ثم يقطعه. ومن قال: تُسمع^(٣)، فإنه يحفظ الحق الموجود، ويذرُ الشرَّ المفقود.

(١) ما بين حاصرتين من «مجموع الفتاوى» ٣٥٦/٣٥، وجاء في هامش الأصل ما نصّه: «الذي نقله ابن شيخ السلامة عن الشيخ تقي الدين: فلذلك يسمع ذلك، ومن قال من الفقهاء: لا يسمع ذلك، كما يقوله طوائف...» اهـ.

(٢) في (م): «الشر».

(٣) في (م): «يسمع».

وإذا مات مسلم^(١) وله ابنان، مسلم، وكافر فأسلم، وقال: أسلمت قبل موت المحرر أبي، أو: قبل قسمة تركته - على رواية توريثه بذلك - وقال أخوه: بل بعد ذلك. فلا إرث له؛ عملاً بقول أخيه. وإن قال: أسلمت في المحرّم، ومات أبي في صفر. وقال أخوه: بل مات قبل المحرّم. فالإرث بينهما.

ومن ادعى على رجل أنّه عبده، فقال: بل أنا حرّ. وأتى كل^(٢) منهما ببينة، تعارضتا. وقيل: تُقدّم بيّنة الحرّيّة. وقيل: بيّنة الرّق.

ومن قال لعبده: إن قُتلت، فأنت حرّ. ثم مات، وادّعى العبد أنّه قُتل، لم يُقبل إلاّ ببينة. فإن أقام به بيّنة، وأقام الورثة بيّنة بموته حتف أنفه، قُدّمت بيّنة العبد. وقيل: يتعارضان، فيُفضى بالتساقط، أو القرعة، أو القسمة.

وإن قال: إن متّ في المحرّم فسالم حرّ، وإن متّ في صفر فغانم حرّ. ثمّ بعد مدّة بان موته، ولم يُعلّم: هل مات فيهما، أو في غيرهما؟ فهما على الرّق. ويحتمل فيما إذا ادعى الورثة موته قبل المحرّم أن يعتق من شرطه الموت في صفر؛ لأن أصل بقاء الحياة معه.

وقال أيضاً: وتارة تكون الدعوى خيراً، ليس معها طلب أجل، كالأدعاء بدين مؤجل. النكت انتهى كلامه.

وقال أيضاً: ومن الدعاوى ما يكون على غير مدّعى عليه موجود، مثل رجل ابتاع شيئاً وتسلمه، فبدّعي أنّه ابتاع وتسلم، أو بدّعي أنّ المكان الذي بيده وقف على كذا، ونحو ذلك، فهذا مضمونه دعوى تثبّت، لا دعوى حكم، فإنّ الطالب إمّا أن يطلب إقراراً أو إعطاء، وطلب الإقرار مقصوده هو الإعطاء، فإذا طلب إقراراً من معيّن لا طلب معه، فطلب من الحاكم تثبّتاً، بأن يسمع الشهادة أو الإقرار، فهذا نوع واسع، لمّا احتاج إليه الناس أحدثوا الخصم المسخر،

(١) ليست في (م).

(٢) بعدها في (م): «واحد».

المحرر

وإن قال: إن مت من مرضي هذا فسالم حر، وإن برئت منه فغانم حر. ثم مات، ولم يُعلم متى مات، فهما على الرق؛ لاحتمال موته في المرض بحادث. وقيل: يعتق أحدهما بالقرعة؛ إذ الأصل عدم الحادث، ويحتمل أن يعتق من شرطه المرض؛ لأن الأصل دوائمه وعدم البرء.

ولو علمنا أنه مات في أحد الشهرين، أو قال: في مرضي. بدلاً من قوله: من مرضي. فقد عتق أحدهما يقيناً، فُعيّن بالقرعة.

ويحتمل أن يعتق من شرطه صفر والمرض؛ لأن الأصل بقاء الحياة والمرض، فإن أقام كل واحد بينة بموجب عتقه، تعارضتا، وكانا^(١) كمن لا بينة له في رواية، أو يُقرع بينهما في أخرى. وقيل: تُقدّم بينة المحرم والبرء بكل حال.

النكت

والدعوى المُسخرّة، وهو باطل وتلاعب بالشريعة، وهو موقوف على سماع الدعوى المقتضية للشبوت فقط، لا الحكم، وفائدته بقاء الحجّة إن حدث مُنازع، وكأنه دعوى على خصم مظهر الوجود، أو خصم مُقدّر، وهذا قد يدخل في كتاب القاضي، وفائدته كفاءة الشهادة على الشهادة، وهو مثل كتاب القاضي إلى القاضي، إذا كان فيه ثبوت محض، فإنه هناك يكون مدع فقط من غير مدعى عليه حاضر، لكن هنا لا مدعى عليه حاضر ولا غائب، لكن المدعى عليه محوّف، فإنما المدعى يطلب من القاضي سماع البيّنة أو الإقرار، كما يسمع ذلك شهود الفرع، فيقول القاضي: ثبت ذلك عندي بلا مدعى عليه. وهذا ليس ببعيد، وقد ذكره قوم من الفقهاء. وفعله طائفة من القضاة. انتهى كلامه.

وبنى القاضي والأصحابُ سماع البيّنة بالوكالة على القضاء على الغائب، وهو جائز عند أبي حنيفة، ورواية لنا.

قال الشيخ تقي الدين: بناء هذه المسألة على القضاء على الغائب، فيه نظر من وجهين: أحدهما: أنه يُخرّج فيها روايتان.

(١) في (م): «وكان».

وإذا شهدت على مَيِّتٍ بَيِّنَةٌ لا تَرْتُهُ بَعْتِقِ سَالِمٍ فِي مَرَضِهِ، وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثُ مَالِهِ، وَبَيِّنَةٌ الْمَحْرَرِ وَارِثَةٌ بَعْتِقِ غَانِمٍ، وَقِيَمَتُهُ كَذَلِكَ، وَلَمْ يَجْزِ^(١) إِلَّا الثُّلُثُ، فَالْحَكْمُ كَمَا لَوْ كَانَتَا أَجْنَبِيَّتَيْنِ، يَعْتِقُ أَسْبَقُهُمَا عِتْقًا^(٢) عَلَى الْأَصْحَحِ، كَمَا تَقَرَّرَ فِي الْوَصَايَا.

الثاني: أَنَّ الْخَصْمَ الْحَاضِرَ فِي الْبَلَدِ لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ عَلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَمْتَنِعَ، وَهَذَا يُبْتَوَى النَّكَتِ الْوَكَالَةَ، وَإِنْ كَانَ الْخَصْمُ حَاضِرًا فِي الْبَلَدِ، فَلَيْسَ هَذَا مِنْ هَذَا، بَلِ الْأَجُودُ أَنْ يَقَالَ: الْوَكَالَةُ لَا تُثَبِّتُ حَقًّا، وَإِنَّمَا تُثَبِّتُ اسْتِيفَاءَ حَقٍّ وَإِبْقَاءَهُ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا حَقَّ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ فِيهِ، فَإِنَّهُ سِيَانٌ عَلَيْهِ دَفْعُ الْحَقِّ إِلَى هَذَا الْوَكِيلِ أَوْ إِلَى غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهَا رِضَاهُ. وَأَبُو حَنِيفَةَ يَجْعَلُ لِلْمُوَكَّلِ عَلَيْهِ فِيهَا حَقًّا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الْوَكَالَةُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصْمِ، لَكِنْ طَرُدُ هَذِهِ الْعَلَّةِ أَنَّ الْحَوَالَةَ بِالْحَقِّ أَيْضًا تُثَبِّتُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ، وَكَذَلِكَ الْوَفَاةُ وَعَدَدُ الْوَرِثَةِ يُثَبِّتُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْمَدِينِ وَالْمُودَعِ، وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْتِاعَ دَارَ زَيْدِ الْغَائِبِ، فَلَهُ أَنْ يُثَبِّتَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ مَنْ الدَّارُ فِي يَدِهِ.

وحاصله: أَنَّ كُلَّ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، أَوْ^(٣) عِنْدَهُ عَيْنٌ، إِذَا لَمْ نَعْتَبِرْ رِضَاهُ فِي إِقْبَاضِهَا، أَوْ إِخْرَاجِهَا عَنْ مِلْكِهِ، لَا يُعْتَبَرُ حُضُورُهُ فِي ثَبُوتِهَا، وَعَلَى هَذَا فَيَجُوزُ أَنْ تُثَبِّتَ الْوَكَالَةَ بِعِلْمِ الْقَاضِي، كَمَا تُثَبِّتُ الشَّهَادَةُ، وَتُوكَّلُ عَلَيَّ^(٤) لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ^(٥) كَالدَّلِيلِ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّهُ أَعْلَمُ الْخُلَفَاءِ أَنَّهُ وَكَّلَهُ، وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى ذَلِكَ وَلَا أَثْبَتَهَا فِي وَجْهِ خَصْمٍ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ عَلَيْهِ. فَأَمَّا الْمُوَكَّلُ إِذَا كَانَ حَاضِرًا فِي الْبَلَدِ، فَلَا رَيْبَ أَنَّ رِضَاهُ مُعْتَبَرٌ فِي الْوَكَالَةِ، وَقَدْ يَكُونُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي ثَبُوتِهَا. فَإِنْ اشْتَرَطَ حُضُورَهُ، تَعَدَّرَ إِثْبَاتُهَا بِالْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّ جُحُودَهُ عَزَلَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَهَذَا قَدْ يُقَالُ: لَيْسَ فِي هَذَا قَضَاءٌ عَلَيْهِ، بَلِ هُوَ لَهُ مِنْ وَجْهِ آخَرَ، فَإِنَّ التَّوَكِيلَ مِثْلُ الْوَلَايَةِ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْمَوْلَى، مَعَ حُضُورِهِ فِي الْبَلَدِ، وَمِنْ هَذَا كِتَابُ الْحَاكِمِ إِلَى الْحَاكِمِ فِيمَا حَكَّمَهُ بِهِ. انْتَهَى كَلَامُهُ.

(١) فِي (م): «تَجْزِي».

(٢) لَيْسَتْ فِي (ع)، وَضُرِبَ عَلَيْهَا فِي (س).

(٣) فِي (م): «الْو».

(٤) بَعْدَهَا فِي (م): «بِنِ أَبِي طَالِبٍ».

(٥) يَشِيرُ إِلَى مَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ٨١/٦ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ وَكَّلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ عِنْدَ عَثْمَانَ. وَقَالَ: إِنْ لِلْخُصُومَةِ تَحَمُّاً، وَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَحْضُرُهَا، وَإِنِّي لَأَكْرَهُ أَنْ أَحْضُرَهَا. وَالْقَحْمُ: الْمَهَالِكُ.

المحرر فإن كانت ذات السببي الأجنبية، فكذبها الوارثة، أو ذات السبق الوارثة، وهي فاسقة، عتق العبدان.

وإن جهل أسبقهما، أو شهدت بيته كل عبد بالوصية بعته، وعلم تاريخ الوصية، أو جهل: أغتقنا أحدهما بالقرعة. وقيل: يعتق من كل عبد نصفه. وهو بعيد على المذهب.

فإن كذبت الوارثة الأجنبية، لغا تكذيبها دون شهادتها، فعتق غانم، ووقف عتق سالم على القرعة. وعلى الوجه البعيد: يعتق نصفه بلا قرعة. وإن لم تكذب، بل كانت فاسقة، فالحكم بالعكس، يعتق سالم، ويقف^(١) عتق غانم^(٢) على القرعة، أو يعتق نصفه على الوجه البعيد.

وإن جمعت الوارثة الفسوق والتكذيب، أو الفسوق والشهادة بالرجوع عن عتق سالم، عتق العبدان.

ولو شهدت الوارثة بالرجوع، وليست فاسقة ولا مكذبة، قبلت شهادتها^(٣)، وعتق غانم وحده، كما لو كانت أجنبية. ولو كانت قيمة غانم سدس المال، لم تقبل شهادتها^(٤)، وعتق العبدان.

النكت وقال ابن حمدان: تُسمع الدعوى بدين مؤجل لإثباته، إذا خاف سفر الشهود أو المديون مدة تُغير أجله، وقيل: لا تُسمع حتى يبين باقيها.

وذكر أيضاً أنه تسمع دعوى التدبير، ثم قال من عنده: إن قلنا: أنه عتق بصفة. قال غيره: تُسمع الدعوى؛ لأنه يدعي استحقاق العتق.

(١) في (م): «ونصف».

(٢) ليست في (م).

(٣) في الأصل و(ع): «شهادتها».

(٤) في (س) و(م): «شهادتها».

وقال أبو بكر: يقبل^(١) بالعتقِ دونَ الرجوعِ، فيعتقُ نصفَ سالمٍ، ويُفَرِّعُ بينَ باقيهِ المحررِ والآخِرِ، فمنَ أصابتهُ القرعةُ، عتقَ. والورثةُ^(٢) العادلةُ فيما تقوله خبراً^(٣) لا شهادةً، كالفاسقةِ في جميعِ ما ذكرنا، والتدبيرُ^(٤) مع التنجيزِ، كآخرِ التَّنْجِيزِينِ مع أولهما في كلِّ ما قدَّمنا.

ومن شهدا^(٥) على رجلينِ أنهما قَتَلَا فلاناً، فشهدا هما على الشاهدينِ بقتله، فإن صدَّقَ الوليُّ الأولينِ، ثبتَ له القتلُ بشهادتهما، وإن صدَّقَ الآخريينِ، أو الكلَّ، لم يثبتَ القتلُ بحالٍ.

ومن شهدت عليه بينةٌ أنه أتلفَ ثوباً قيمتهُ عشرون، وبينتهُ بإتلافه، وأنَّ قيمتهُ ثلاثون، ثبتَ عليه أقلُّ القيمتينِ، وعنه: يقسطانِ؛ لتعارُضِهِما. ولو كانَ بكلِّ قيمةٍ شاهدٌ، ثبتَ الأقلُّ بهما على الأولى دونَ الثانيةِ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ [لا] ^(٦) تَصَحَّ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ إِذَا أَنْكَرَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ إِنْكَارِ الوَصِيَّةِ، النَكَتُ وَإِنْكَارُ الوَصِيَّةِ رَجُوعٌ عَنْهَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَيَكُونُ إِنْكَارُ التَّدْبِيرِ رَجُوعاً عَنْهُ، وَالرَّجُوعُ عَنْهُ يَبْطِلُهُ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

والصحيح: أنَّ الدَّعْوَى صحيحةٌ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ عَنِ التَّدْبِيرِ لَا يَبْطِلُهُ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَلَوْ أَبْطَلَهُ فَمَا ثَبَتَ كَوْنُ الإِنْكَارِ رَجُوعاً، وَلَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ، فَلَا يَتَعَيَّنُ الإِنْكَارُ جَوَاباً لِلدَّعْوَى، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُقَرَّ.

وقد عُرفَ من هذه المسألة: إثباتُ الوكالةِ في وجهِ المؤكَّلِ، ويشبهه هذا إثباتُ الوصيةِ.

قال الخَلال: باب الرجلِ يَزْعُمُ أَنَّهُ وَكَّلَ، وَالْمُوكَّلُ غَائِبٌ: قال مهنا: سألتُ الإمامَ أحمدَ عن رجلٍ أقامَ بينةً أَنَّهُ وَكَّلَ لِرَجُلٍ، وَالَّذِي يَدَّعِي وَكَالَتَهُ فِي بِلْدَةٍ أُخْرَى؟ قال:

(١) في (د) و(م): «تقبل».

(٢) في (م): «والورثة».

(٣) في (م): «جبراً».

(٤) في (م): «بالتدبير».

(٥) في (س) و(م): «شهدا».

(٦) ليست في الأصل و(م)، واستدركت من «المغني» ١٤٠/٤٣٠.

وإذا شهدَا بنكاحٍ مُتَّحِدٍ بِاتِّفَاقِهِمَا، أو بفعلٍ مُتَّحِدٍ بِاتِّفَاقِهِمَا^(١)، كغصبٍ وسرقةٍ، أو في نفسه، كقتلِ نفسٍ، وإحراقِ ثوبٍ، واختلفاً في زمنه، أو مكانه، أو صفةٍ تتعلَّقُ به، مثل اختلافهما في آلةِ القتلِ، ولونِ المحرَّقِ والمسرُوقِ والمغصوبِ، جُمِعَتْ شهادتُهُما عندَ أبي بكرٍ، حتى بوجوبِ القطعِ والقَوْدِ. وعند أكثر أصحابنا: لا تجمعُ؛ للتنافي .

ولو كان ممَّا يتعدَّدُ، ولم يشهدَا باتِّحاده، فالشهادة^(٢) بأمرين لا تنافي بينهما، لكن بكلِّ أمرٍ شاهدٌ، فيُعملُ بمقتضى ذلك. ولو كان مكان كلِّ شاهدٍ بيئَةً تامَّةً، ثبتت الأمرانِ هاهنا، وتعارضت البيئتان في التي قبلها، إذا لم نُقلْ بالجمع.

ثبتت^(٣) عند الحاكم. فقلتُ له: لا بدَّ أن يُثبِتَ وكالته عند الحاكم؟ قال: نعم، حتَّى يسألَ الحاكمُ عن بيئته إن كانوا عدولاً.

وقال الجوزجانيُّ: سُئِلَ الإمامُ أحمدُ عن رجلٍ ادَّعى وكالةَ رجلٍ غائبٍ؟ قال: إذا ثبت ذلك عندَ الحاكم، فهو جائزٌ.

قال الشيخُ تقيُّ الدين: في هذه المسألة ثبوتُ الوكالةِ، وسماعُ البيئَةِ بمجردِ دعوى المُدَّعي للوكالة، من غيرِ حضورِ مُدَّعي عليه، فكذلك الوصيَّةُ؛ لأنَّ الحاضرينَ الذين تُقبَضُ الأموالُ منهم وتُخاصِمهم، ليسوا خصوماً لذلك في وصيَّته، وإنما هم خصومٌ في الموكلِ به، والموكلُ الذي يستوفي هذا على ماله غائبٌ. والوكالةُ ليست قضاءً عليه، بل قضاءً له وعليه، فهذه^(٤) ليست قضاءً على الغائبِ، بل قضاءً عليه وله. انتهى كلامه.

وقال ابنُ عقيلٍ في الشهادات: وإن كانتِ الدعوى على الميِّتِ ليست مالا، لكن أسباباً تؤوَلُ إلى إيجابِ المال، مثلُ إن ادَّعى مُدَّعٍ أنَّ أباكم ضربَ عبدي هذا بغيرِ حقٍّ - وهو

(١) ليست في (ع).

(٢) في (م): «والشهادة».

(٣) في (م): «ثبت».

(٤) بعدها في (م): «المسألة».

وإذا شهد شاهدٌ بالفعل، وآخرُ على الإقرارِ به، جُمِعَتْ شهادتُهُما، نصَّ عليه. المحرر واختاره أبو بكر، وقال أكثر أصحابنا^(١): لا تُجْمَع.

وإن شهد أحدهما بعقد النكاح، أو قتل الخطأ، والآخرُ على الإقرارِ به، لم يجمع قولاً واحداً، ويحلفُ مُدَّعي القتل مع شاهدِ الفعل، ويستحقُّ الدية على العاقلة. أو مع شاهدِ الإقرارِ، ويستحقُّ الدية على القاتل.

ولو شهد شاهدان على رجلٍ أنه أخذ من صبيِّ ألفاً، وشاهدان على رجلٍ آخر أنه أخذ من الصبيِّ ألفاً، لزم الولي أن يطالبهما بالفين، إلا أن تشهد البيتان على ألفٍ بعينها، فيطلبُ ألفاً من أيهما شاء.

وإذا شهد شاهدٌ على رجلٍ أنه باعَ زيداً كذا أمس، وآخرُ أنه باعه إياه اليوم. أو شهد أحدهما أنه باعَ كذا، أو اعتق، أو طلق، والآخرُ أنه أقرَّ بذلك، واختلفا وقتاً، مكاناً، كَمَلَتِ البيَّةُ به.

على ضرورة من ضربه - أخاف موته، أو أجج ناراً في ملكه مع هبوب^(٢) الريح، وفي زرع النكت بقرب ضيعته وأخاف تعدّي النارِ إلى ضيعتي، احتمل أن لا يلزمهم الجواب؛ لأنه لم يتحقّق دعواهم، حتى يوجب غرامة مال، ولهب في خاصّ المُلْك، لا يوجب غرامة، فإن مات العبد، واحترقت الغراس^(٣)، سُمِعَتِ الدَّعوى ووجب الجواب؛ لتحقّق دعوى ما يوجب الضمان.

وقال الشيخُ تقيُّ الدين أيضاً: فصل^(٤) في تعليقِ آخرِ الدعاوى، قال: لما امتنع أصحابُ أبي حنيفة من سماعِ البيئة من غير المدّعى عليه، ربّوا نصبة^(٥) خصمٍ لا يستغنى به عن حضورِ المدّعى عليه، من توكيل المدين، والوصية إليه، وما يصنعه الوكيلُ والحاكم؛

(١) في (م): «الأصحاب».

(٢) في الأصل و(م): «هذه»، ولعلّ الميثب هو الصواب.

(٣) في (م): «الزرع».

(٤) ليست في (م).

(٥) في (م): «نصب».

وكذلك كلُّ شهادةٍ على القولِ، سوى النكاحِ، فإنَّ حكمه كما سبق، وسوى القذفِ عند أكثر أصحابنا، فإنَّهم الحقُّو، بالأفعال، وطرده أبو بكرٍ فيه حكمَ الأقوال، ولو كانتِ الشهادةُ على الإقرارِ بشيءٍ جُبِعَتْ، وإن كان نكاحاً أو قَدْفاً أو فعلاً.

وإذا شهدَ شاهدٌ بالفِ، وآخرُ بالفِ، من قرضٍ، جُمِعَتْ شهادتُهما، وإن شهدَ أحدهما بالفِ من قرضٍ، والآخرُ بالفِ من ثمنٍ مبيعٍ، لم تُجْمَع. وقيل: إن شهدا على إقراره، جُمِعَتْ، وإلاً، فلا.

وإن شهدَ أحدهما بالفِ، والآخرُ بخمسمئةٍ أو بالفينِ، ثبتَ الأقلُ بشهادتهما، سواءً عزوا أو أحدهما الشهادةُ إلى الإقرارِ أو لم يَعْزُوا ويحلفُ المُدَّعي إن شاء لتمام الأكثرِ مع شاهده. نصَّ عليه.

وإذا شهدا أنَّ له عليه ألفاً، ثم قال أحدهما: قضاها منها خمسمئة. بطلتْ شهادتُه. نصَّ عليه. ونصَّ فيما إذا شهدا أنَّه أقرضه ألفاً، ثم قال أحدهما: قضاها خمسمئة. فشهادتهما صحيحةٌ بالألفِ. ويحتاجُ قضاءُ الخمسمئةِ إلى شاهدٍ أو يمينٍ. ويتخرَّجُ مثله في التي قبلها، ويتخرَّجُ فيهما: أن لا يثبتَ بشهادتهما سوى خمسمئة.

لاشتراطهم مجلسَ الحكم، وسؤال^(١) الحاكم إيَّاه، فأما وصفُ ما رتبوه فإنَّهم كتبوا توكيلَ المقرِّ للمدين، وربَّما جعلوا التوكيلَ له ولابنه، أو له ولآخر معه، والوصية^(٢) إليهما استظهاراً، ليكون إن مات أحدهما قبل أن يثبت الكسب يكون الآخرُ باقياً، وإذا أشهد المقرُّ على نفسه في كتاب الإقرار... سفهاً^(٣).

(١) في (م): «مع».

(٢) جاء في هامش الأصل ما نصه: «قال كاتبه: وجدتُ في النسخة المكتتب منها، وهي بخط القاضي تقي الدين الجراعي - : أبدلت مع ما صورته: وجدت في النسخة المكتتب منها إلى هنا، وهو آخر كراس، وبعده ما يأتي كتابته، وليس الكلام مما نحن فيه، ولم أجد نسخة أكشف منها، فلأجل هذا بيضت بقية هذه الصفحة، فليعلم ذلك. انتهى كلامه، وتابعته أنا وبيضت قدر ما بيض، لعلِّي أن أظفر بتمة المسألة، والحمد لله».

(٣) كذا جاءت في الأصل، وفيه انقطاع بين وجهي ورقة المخطوط كما يظهر.

وإذا جمعنا بين الشهادتين المختلفتي الوقتِ في قتلٍ أو طلاقٍ، فالعِدَّةُ والتوريثُ المعرر
عقِبَ آخرِ المدَّتَيْنِ.

وإذا قال من له بَيِّنَةٌ بِالْفِ: أريدُ أنْ تشهدَا^(١) لي بخسْمَتِهِ. لم يجرِ ذلك إذا كَانَ
الحَاكِمُ لم يُؤَلَّ^(٢) الحَكْمَ بِأَكْثَرِ مِنْهَا. وَأَجَازُهُ^(٣) أَبُو الْخَطَّابِ.

النكت

(١) فِي (م): «تَشْهَدَا».

(٢) فِي (م): «يُؤَلَّ».

(٣) فِي (م): «أَجَازُهُ».