

الفروع

باب الدعاوى

إذا تداعيا عيناً بيد أحدهما، حَلَفَ، وهي له، ولا يثبت المَلِكُ بذلك كسبوته بالبينة، فلا شفعة له بمجرد اليد، ولا تَضْمَنُ عاقلةُ صاحب الحائط المائل بمجرد اليد؛ لأن الظاهر لا تثبت به الحقوق، وإنما تُرَجَّحُ به الدعوى. ثم في كلام القاضي، في مسألة النَّافِي^(١) للحكم: يمينُ المدعى عليه دليلٌ. وكذا في «الروضة»، وفيها: إنما لم يَحْتَجَّ إلى دليل؛ لأن اليد دليلُ الملك. وفي «التمهيد»^(٢): يده بَيِّنَةٌ. وإن كان المدعى عليه دَيِّناً، فدليلُ العقل على براءة ذمته بَيِّنَةٌ، حتى يجوز له أن يدعو الحاكم إلى الحكم بثبوت العين له دون المدعى، وبرائة ذمته من الدين. كذا قال. وينبغي على هذا، أن يَحْكِيَ في الحكم صورة الحال، كما قاله أصحابنا في قسمة عقار لم يَثْبِتْ عنده الملك. وعلى كلام أبي الخطاب، يُصْرَحُ في القسمة بالحكم، وأما على كلام غيره فلا حكم، وإن سأله المدعى عليه محضراً بما جرى، أجابه، ويذكر فيه أن الحاكم بَقِيَ العينَ بيده؛ لأنه لم يثبت ما يرفعها ويزيلها/.

٢٥٥/٢

وإن كانت يديهما، كعمامة؛ بيد واحد شيء منها وبقيتها بيد الآخر، تَحَالَفا وهي بينهما، فيمينُ كلِّ واحد على النصف الذي أخذه. وفي «الترغيب»، وعنه: يُقْرَعُ، فمن قَرَعَ أخذه بيمينه. وفي «البخاري»^(٣) عن

التصحيح

الحاشية

(١) في (ر): «الباقى».

(٢) يعني: «التمهيد في أصول الفقه» لأبي الخطاب.

(٣) برقم (٢٦٧٤).

الفروع أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ عَرَضَ عَلَى قَوْمِ الْيَمِينِ فَأَسْرَعُوا، فَأَمَرَ أَنْ يُسَهَمَ بَيْنَهُمْ فِي الْيَمِينِ: أَيُّهُمْ يَحْلِفُ. قال ابن هبيرة: هذا فيمن تساوا في سبب الاستحقاق، ككون الشيء في يد مُدَّعِيهِ ويريدُ يَحْلِفُ، ويستحقُّه، إلا أن يدعي واحداً نصفها فأقل، والآخرُ كلُّها أو أكثر مما بقي، فيصدِّقُ مدعي الأقلِّ بيمينه. نصَّ عليه، وذكر أبو بكر وابن أبي موسى وأبو الفرج: يتحالفان.

فإن قويت يد أحدهما، كحيوان؛ واحدٌ سائتُهُ، أو أخذُ بزمامه - وقيل: غيرُ مكار - والآخرُ راكمه، أو عليه حملُهُ. أو قميص؛ واحدٌ أخذُ بكمِّه، والآخرُ لأبسُّه، فهو للثاني. ويُقدِّمُ راكمٌ* إلا في رَحْلِ حيوان.

وإن كانت يديهما^(١) مشاهدةً أو حكماً، أو بيد واحد مشاهدةً والآخر حكماً، عُمِلَ بِالظَاهِرِ. فلو نازع ربُّ الدار^(٢) خياطاً فيها إبرة أو مقصٌّ، أو قراباً في قرْبة، فهي للثاني، وعكسه الثوبُ والحُبُّ*.

التصحیح

الحاشية * قوله: (وَيُقَدِّمُ رَاكِبٌ).

مراده - والله أعلم - ما ذكره في «شرح المقنع»^(٣) فيما إذا ادعى الراكبُ وصاحب الدابة الجمل الذي عليها أنه للراكب؛ لأنَّ يده على الجملِ والدابة معاً، فإن اختلفا في السَّرج الذي عليها، فهو لصاحب الدابة؛ لأنَّ السَّرج في العادة يكون لصاحب الدابة، وهذا معنى قول المصنف: (إلا في رحل حيوان) يعني: إذا اختلف الراكبُ وصاحب الدابة فيما على الدابة، فهو للراكب إلا رحل الحيوان، فهو لصاحب الحيوان؛ لأنه في العادة له، لا للراكب، والله أعلم.

* قوله: (وعكسه الثوبُ والحُبُّ)

هو بضم الحاء المهملة بعدها باءٌ موحدة، كهيئة الخاوية. قال في «شرح المقنع»^(٣): وإن اختلفا في الخاوية والجِرَارِ، فهي لصاحب الدار.

(١) في (ط): «يديهما».

(٢) في النسخ الخطية: «دار»، والمثبت من (ط).

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢٤/٢٩ - ١٢٦.

وإن تنازعَ مُكْرَ ومُكْتَر، في رِفِّ مقلوع، أو مصراع له شكلٌ منصوب في الفروع الدار، فلربَّها، وإلا فيبينهما، ونصه: لربَّها مطلقاً، كما يدخل في بيع، وقيل: بينهما، وكذا ما لا يدخل في البيع وجرت العادةُ به^(١) وما لم تجر به^(٢) عادةً فلمُكْتَر.

وإن تنازعَ زوجان أو ورثتُهما، أو أحدهما وورثة الآخر - ولو أن أحدهما مملوكٌ، نقله مهنًا - في قُماش^(٣) البيت، فما صلح للرجل، فهو له*، وعكسه بعكسه، وإلا فيبينهما، وقيل: ولا عادة. نقل الأثرُ: المصحفُ لهما، فإن كانت لا تقرأ أو^(٤) لا تُعرف بذلك^(٥)، فله.

وكذا صانعان في آلة دُكَّانِهما، فألَّة كلُّ صنعة لصانعهما. وقال القاضي في المسألتين: إن كان بيدهما المشاهدة، فيبينهما، وإن كان^(٥) بيد أحدهما المشاهدة، فله، ويتوجه طرُده فيما تقدم، قال شيخنا: وكلام القاضي في «التعليق» يقتضي أن المدعى متى كان بيديهما، وإن لم يكونا بدُكَّان، كالزوجين.

التصحيح

الحاشية

* قوله: (فما صلح للرجل، فله).

أي: للرجل مع يمينه، وللمرأة مع يمينها، ذكره في «المغني»^(٦).

(١-١) ليست في (ط).

(٢) القماش، بضم القاف: متاع البيت. «المطلع» ص ٢٨١.

(٣) في (ط): «وه».

(٤) في الأصل: «بذاك».

(٥) ليست في الأصل.

(٦) ٣٣٤/١٤.

فصل

وإن كانت بيد ثالث، فادعها لنفسه، حَلَفَ لكل واحد يمينا، فإن نكل أخذها منه وبَدَلَهَا*، واقتريا عليهما^(١)، وقيل: يقتسما^(٢) كَنَاكِلَ مُقَرَّ لهما، وقيل: من قَرَعَ منهما وحلف، فله، وقال شيخنا: ^(٣)«قد يقال»: تُجْزَى يمينٌ واحدة*، ويقال: إنما تجب العينُ، يقترعان عليها، ويقال: إذا اقتريا على العين، فمن قرع، فلآخر أن يدعي عليه بها، ويقال: إن القارع هنا يحلف ثم يأخذها؛ لأن النكول غايته أنه بدلٌ، والمطلوب ليس له هنا بدلُ العين، فيُجعل كالمقرِّ، فيحلف المقرُّ له .

وإن أقرَّ لأحدهما بعينه، حلف وهي له، والأصح: ويحلف المقرُّ للآخر، فإن نكل، أخذ منه بدلها، وإذا أخذها المقرُّ له، فأقام الآخر بينة، أخذها منه . قال في «الروضة»: وللمقرُّ له قيمتها على المقرِّ .

وإن قال: لأحدهما وأجهله، فصدّقه، لم يحلف، وإلا حلف يمينا واحدة، ويُقرع بينهما، فمن قرع حلف وهي له . نص عليه، ثم إن بينه، قُبِلَ

التصحيح

الحاشية * قوله: (فإن نكل، أخذها منه وبَدَلَهَا)

أي: تؤخذ منه العينُ وتؤخذ معها منه بدلها أيضاً . وهل تُقسم العينُ والبدلُ بينهما، أو يقترعان عليهما؟ فيه الخلاف، وهذه المسألة مذكورة في «المحرر»، و«الرعاية» . قال في «المحرر»: فإن نكلَ لزمه لهما العينُ وعوضها، يقترعان عليهما، ويحتمل أن يقتسماهما .

* قوله: (وقال شيخنا: قد يقال: تجزى يمينٌ واحدة) .

قد ذكر المصنف أنه إذا ادعاه لنفسه، حلف لكل واحد يمينا، ثم ذكر عن شيخنا هذا .

(١) في النسخ الخطية: «عليها»، وكذا في «الإنصاف»، وما أثبتناه هو الصواب، من جهة ما يقتضيه المعنى؛ لعود الضمير على العين وبدلها، وهو ما تفيدُه حاشية ابن قدامس، و«المحرر»، و«البدع»، والله أعلم .

(٢) في النسخ الخطية: «يقتسماها» .

(٣-٣) ليست في الأصل .

كتبيينه ابتداءً . ونقل الميموني : إن أبي اليمين من قرع، أخذها أيضاً، وقيل الفروع لجماعة من أصحابنا: لا يجوز أن يقال: ثبت الحق لأحدهما لا بعينه بإقراره، وإلا لصحت الشهادة لأحدهما لا بعينه! فقالوا: الشهادة لا تصح لمجهول ولا به . ولهما القرعة بعد تحليفه الواجب وقبله، فإن نكل، قُدِّمت، ويحلف للمقروع إن كذبه، فإن نكل، أخذ منه بدلها .

وإن أنكرهما الثالث ولم ينازع*، فنقل الجماعة - وجزم به الأكثر - يُقرع، كإقراره لأحدهما لا بعينه . وفي «الواضح»: وحكى أصحابنا: لا يُقرع؛ لأنه لم يثبت لهما حق، كشهادة البينة بها^(١) لغيرهما، وتقرُّ بيده حتى يظهر ربهما . وكذا في «التعليق» منعاً - أوماً إليه أحمد -، ثم تسليماً . فعلى الأول: إن أخذها من قرع، ثم علم أنها للآخر، فقد مضى الحكم، نقله المرؤذي . وفي «الترغيب» في التي^(٢) بيد ثالث غير منازع ولا بينة: كالتى بيديهما*، وذكره ابن رزين وغيره . قال في «الترغيب»: ولو ادعى أحدهما الكل والآخر النصف، فكالتى بيديهما؛ إذ اليد المستحقة الوضع كموضوعة . وفيه: لو ادعى كل واحد نصفها، فصدق أحدهما وكذب

التصحیح

الحاشية

* قوله: (ولم ينازع)

أي: لم يدعها لنفسه .

* قوله: (وفي «الترغيب» في التي بيد ثالث غير منازع ولا بينة: كالتى بيديهما) .

قدم المصنف أن الثالث إذا لم ينازع، فنقل الجماعة - وجزم به^(٣) الأكثر - يُقرع، ثم ذكر هذا

الخلاف؛ أنها كالتى بيديهما، كما ذكره في «الترغيب» وابن رزين وغيره .

(١) في (ط): «بهما» .

(٢) في الأصل: «الذي» .

(٣) في (ق): «بها» .

الفروع الآخر، ولم ينازع، فقيل: يُسَلَّم إليه، وقيل^(١): يحفظه حاكم، وقيل: يبقى بحاله. ونقل حنبل وابن منصور في التي قبلها: لمدعي كلِّها نصفها. ومن قرع في النصف، حلف وأخذه.

وإن لم تكن بيد أحد، فنقل صالح وحنبل: هل لأحدهما بقرعة، كالتى بيد ثالث، وذكر جماعة: تُقسم بينهما، كالتى بيديهما. وإن كان ثم^(٢) ظاهرٌ عمَل به، فلو تنازعا عرصة بها شجرٌ أو بناءٌ لأحدهما - وقيل: بيئته - فهي له.

وإن تنازعا مُسَنَّةً* بين نهرٍ أحدهما وأرضٍ آخر، فبينهما، وقيل: لربِّ النهر^(٣)، وقيل: عكسه.

وإن تنازعا جداراً بين ملكيهما، فبينهما ويتحالفان، ويحلف كلُّ منهما للآخر؛ أن نصفه له. قال في «المغني»^(٤): ويجوز: أن كُلَّهُ له. وإن كان معقوداً بيناءٍ أحدهما، أو متصلاً به اتصالاً لا يمكن إحداثه عادةً - وقيل^(٥): أو أمكن - أو له سترة أو أزج^(٦) - وقيل: أو جذوع - فهو له يمينه. وفي «عيون المسائل»: لا يُقدَّم صاحب الجذوع، ويُحكَم لصاحب الأزج؛ لأنه

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن تنازعا مُسَنَّةً)

المُسَنَّة: السد الذي يَرُدُّ ماء النهر من جانبه.

(١) في (ر): «قد».

(٢) ليست في الأصل و (ط).

(٣) في (ر): «الأرض».

(٤) ٤٠/٧.

(٥) ليست في (ر).

(٦) الأزج، بوزن فرس: ضرب من الأبنية، ويقال له: طاق. «المطلع» ص ٤٠٤ و«الإنصاف» ١٢٨/٢٩.

لا يمكن حدوثه بعد كمال البناء، ولأننا قلنا: له وضعُ خَشَبِهِ^(١) على حائِطِ الفروع جاره إذا لم يضرَّ؛ فلهذا لم يكن دلالةً على اليد، بخلاف الأَرَجِ، فإنه^(٢) لا يجوز عمله على حائِطِ جاره .

وإن تنازعَ رَبُّ عُلُوِّ وَسُفْلٍ سَقْفًا بينهما، فهو لهما، وعند ابن عقيلٍ لرب العُلُوِّ . وإن تنازعا سُلَّمًا منصوباً أو دَرَجَةً، فلرب العُلُوِّ، فإن كان تحت الدَّرَجَةِ مسكن، وقيل^(٣): أو فيها طاقةٌ ونحوها، فهي بينهما* . وإن تنازعا الصحنَ والدرجة في الصدر، فبينهما، وإن كانت في الوسط،^(٤) فما إليها^(٤) بينهما، وما وراءه لرب السفلى، وقيل: بينهما، والوجهان، إن تنازعَ رَبُّ بابٍ بصدر الدرب ورَبُّ بابٍ بوسطه في صدر الدرب .

فصل

ومن ادَّعى عليه عينٌ بيده، فأقرَّ بها لحاضر مكلف، فصَدَّقَه، فكأحد

التصحيح

* قوله: (وإن تنازعا سُلَّمًا منصوباً أو دَرَجَةً، فلرب العُلُوِّ، فإن كان تحت الدَّرَجَةِ مسكن، وقيل: أو فيها طاقةٌ ونحوها، فهي بينهما) .

وجه كون السلم والدرجة لصاحب العُلُوِّ؛ لأن له اليدَ والتصرف؛ لأنهما مصعدٌ له فقط . وأما إذا كان تحت الدرجة مسكن لصاحب السُّفْلِ، فكلُّ منهما ينتفع بها، وهي سَقْفٌ لصاحب السفلى ومَوْطَأٌ لصاحب العُلُوِّ، فهي بينهما؛ لليد والتصرف . وأما الطاقة إذا كانت لصاحب السُّفْلِ ينتفع بها، فإن الدرجة لم تُبْنِ لأجلها، وإنما جعلت مرفقاً، فالدرجة لصاحب العُلُوِّ؛ لأنها بُنيت لأجله . وفيه قولٌ: بينهما؛ لأن يدهما وانتفاعهما حاصلٌ بها، فهي كالسقف .

(١) في (ط): «خشبة» .

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

(٣) ليست في (ط) .

(٤-٤) في الأصل: «فإنها» .

الفروع مُدَّعِيَّيْنِ عَلَى ثَالِثٍ؛ أَقْرَلَهُ الثَّالِثُ، زَادَ فِي «الرَّوْضَةِ» هُنَا كَقَوْلِهِ هُنَاكَ^(١). وَإِنْ كَذَّبَهُ، وَجَهَلَ لِمَنْ هِيَ، أَوْ جَهَلَ رَبُّ الْيَدِ ابْتِدَاءً، أَخَذَهَا^(٢) مُدَّعٍ وَاحِدًا بِيَمِينِهِ*؛ بِنَاءٍ عَلَى رَدِّ الْيَمِينِ*، وَقِيلَ: بَيِّنَةٌ، فَيَأْخُذُهَا حَاكِمٌ، وَقِيلَ: تُقَرَّرُ بِيَدِ رَبِّ الْيَدِ. وَذَكَرَهُ فِي «الْمَحْرَرِ»^(٣) الْمَذْهَبَ، وَضَعَفَهُ فِي «الْتَّرْغِيبِ». وَعَلَيْهِمَا: يَحْلِفُ لِلْمُدَّعِيِّ*، وَإِنْ عَادَ ادْعَايَا لِنَفْسِهِ أَوْ لِثَالِثٍ، لَمْ يَقْبَلْ فِي ظَاهِرِ «الْمَغْنِيِّ»^(٤) وَغَيْرِهِ. وَفِي «الْمَحْرَرِ» وَغَيْرِهِ: يَقْبَلُ عَلَى الرَّابِعِ* خَاصَّةً^(٥).

التصحيح مسألة ١ - قوله: (وإن عاد ادعاها لنفسه أو لثالث، لم يقبل في ظاهر «المغني»^(٤) وغيره. وفي «المحرر» وغيره: يقبل على الرابع خاصة) انتهى. قطع بما^(٥) في «المحرر» صاحب «الرعايتين»، و«الحاوي»، و«النظم»، و«المنور»، والزركشي، وغيرهم، وتابع صاحب «المغني» الشارح وابن رزين.

الحاشية * قوله: (أخذها مدعٍ واحدٍ بيمينه).

٢٤٤ قِيْدُ الْمُدَّعِيِّ بِالْوَاحِدِ احْتِرَازًا عَنِ الْاِثْنَيْنِ /؛ فَإِنَّهُمَا يَقْتَرَعَانِ عَلَيْهَا. قَالَ فِي «الْمَحْرَرِ».

* قوله: (بناءً على ردِّ اليمين)

مفهومه: إن لم نقل برّد اليمين، أنه يأخذها بغير يمين. وفي «المحرر»: أعطيتها^(٦) المدعي الواحد. ولم يذكر اليمين.

* قوله: (وعليهما: يحلف للمدعي^(٧))

أي: على القولين الأخيرين؛ وهما قوله: (وقبل بيينة، فَيَأْخُذُهَا حَاكِمٌ، وَقِيلَ تُقَرَّرُ بِيَدِ رَبِّ الْيَدِ).

* قوله: (على الرابع)

(١) يعني قوله في الفصل الذي قبله: وللمقر له قيمتها على المقر ص ٢٥٨.

(٢) ليست في (ط).

(٣) بعدها في (ط): «و».

(٤) ٢٩٥/١٤.

(٥) في (ط): «بها».

(٦) في (ق): «أعطها».

(٧) في (ق): «المدعي».

ثم إن عاد^(١) المقرَّ له أولاً إلى دعواه، لم يقبل^(٢)، وإن عاد قبل ذلك، الفروع فوجهان*^(٣م).

مسألة - ٢ : قوله : (ثم إن عاد المقرَّ له أولاً إلى دعواه، لم يقبل، وإن عاد قبل التصحيح ذلك، فوجهان) انتهى . يعني : إذا كان في يده شيء، فأقرَّ به لغيره، فكذبه المقرَّ له ثم عاد ادعاها، فتارة يدعيها قبل أن يدعيها المقرُّ، وتارة يدعيها بعد أن يدعيها، فإن ادعاها؛ بعد أن ادعاها المقرُّ، لم يقبل، وإن ادعاها قبله، فوجهان، وأطلقهما في «المحرر»، و«شرحه»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، ذكروه في الإقرار : أحدهما : لا يقبل . وبه قطع الأدمي في «منوره»، وهو ظاهرُ كلامه في «الوجيز» . والوجه الثاني : يقبل .

أي : على الوجه الرابع؛ وهو القول بأنها تُقرُّ بيد رب اليد . قال في «المحرر» : فإن عاد ادعاها لنفسه، الحاشية أو لثالث، سُمع على الوجه الثالث دون الأولين . ففي «المحرر» جعله ثالثاً، وهو ظاهرٌ؛ لأنه حكى فيها : هل يعطاها المدعي الواحد، أو لا يعطى إلا بيته، فتجعل عند أمين الحاكم، أو تُقرُّ بيد رب اليد؟ فكونها تُقرُّ بيد رب اليد ثالث، والمصنف جعله رابعاً، مع أن قوله قريبٌ من قول «المحرر» في حكاية هذا الخلاف، فلعل الوجه الذي ذكره المصنف مستفاد من قوله : (بيمينه؛ بناء على رد اليمين) . و«المحرر» لم يُقَيِّد بذلك، ولم يذكر اليمين . وأما الوجه الخامس فهو ما ذكره الأزجي .

* قوله : (وإن عاد قبل ذلك، فوجهان) .

أي : قبل عَوْدِهِ، وادعاها لنفسه أو لثالث . قال في «المحرر» في كتاب الإقرار : ومن أقرَّ بمالٍ في يده لغيره، فكذَّبه، بطل إقراره، وأقرَّ بيده، وقيل : ينتزع منه لبيت المال . فعلى هذا : أيهما غَيَّرَ قوله، لم يقبل منه، وعلى الأول - وهو^(٣) المذهب - إن عاد المقرُّ فادعاها لنفسه أو لثالث، قُبِلَ منه، ولم يُقْبَلْ بعدها عَوْدُ المقرِّ له أولاً إلى دعواه، ولو كان عَوْدُهُ قَبْلَ ذلك، فوجهان . قال الشارح : وإن كان قبل ادعاء المقرِّ له به أو إقراره لغيره، ففيه وجهان :

أحدهما : يُقْبَلُ ؛ لأنه لم يوجد من المقرِّ ما ينقضه، فوجب أن يُحْكَمَ عليه بإقراره .

(١) بعدها في (ر) : «له» .

(٢) بعدها في (ط) : «منه» .

(٣) في (د) : «مي» .

الفروع وإن أقرت برقها لشخص، أو كان المقر به عبداً، فكَمَالٍ غيره، وعلى الذي قبله: يُعْتَقَان، وذكر الأَزْجِي فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، أَنَّ الْقَاضِي قَالَ: يَبْقَى ٢٥٦/٢ عَلَى مَلِكِ الْمَقْرِّ، فَيَصِيرُ/ وَجْهًا خَامِسًا .

وإن أقر بها لمجهول، قيل: عَرَّفَهُ وَإِلْجَعَلْتِكَ نَاكِلًا، فَإِنْ عَادَ ادْعَاهَا، فَقِيلَ: تُسْمَعُ؛ لِعَدَمِ صِحَّةِ قَوْلِهِ، وَقِيلَ: لَا^(١)؛ لِاعْتِرَافِهِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا^(٣٢) .

وفي «الترغيب»: إِنْ أَصْرًا، حُكِمَ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ، فَإِنْ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: هِيَ لِي، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْأَصْحَحِّ . قَالَ: وَكَذَا يُخْرَجُ إِذَا كَذَّبَهُ الْمَقْرُّ لَهُ، ثُمَّ ادْعَاهَا لِنَفْسِهِ، وَقَالَ: غَلَطْتُ، وَيَدُهُ بَاقِيَةٌ .

وإن أقر لغائب أو غير مكلف وللمدعي بينة، فهي له، زاد ابن رزين: ويحلف معها على رأي. وإلا أُقِرَّتْ بِيَدِهِ . وللمدعي تحليفه أنه لا يستحق دفعها إليه، فإن نكل، عَرِمَ بِدَلَّهَا، فَإِنْ كَانَ الْمُدْعِي اثْنَيْنِ، فَبَدَلَانِ، فَإِنْ أَقَامَ بَيْنَةً أَنَّهَا لِمَنْ سَمَاهُ، سُمِعَتْ؛ لِفَائِدَةِ زَوَالِ التَّهْمَةِ وَسُقُوطِ الْيَمِينِ عَنْهُ . وَيُقْضَى بِالْمَلِكِ إِنْ قُدِّمَتْ بَيْنَةٌ دَاخِلٌ، وَكَانَ لِلْمُودِعِ، وَالْمُسْتَأْجِرِ، وَالْمُسْتَعِيرِ

التصحيح مسألة - ٣: قوله: (وإن أقر بها لمجهول، قيل: عَرَّفَهُ، وَإِلْجَعَلْتِكَ نَاكِلًا، فَإِنْ عَادَ ادْعَاهَا، فَقِيلَ: تُسْمَعُ؛ لِعَدَمِ صِحَّةِ قَوْلِهِ، وَقِيلَ: لَا؛ لِاعْتِرَافِهِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا) انْتَهَى . وَأَطْلَقَهُمَا فِي «الْكَافِي»^(٢)، وَ«الْمَحْرَرِ»، وَ«الرَّعَايَةَ الصَّغْرَى»، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرَ»، وَالزَّرْكَشِي، وَغَيْرِهِمْ:

أحدهما: تُسْمَعُ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةَ الْكُبْرَى»: قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْأَشْهَرِ .

والوجه الثاني: لَا تَسْمَعُ؛ لِاعْتِرَافِهِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا، صَحَّحَهُ فِي «تَصْحِيحِ الْمَحْرَرِ»، وَ«النَّظْمِ» فِي بَابِ طَرِيقِ الْحُكْمِ وَصِفَتِهِ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي هَذَا الْبَابِ .

الحاشية والآخر: لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ بِنَاكَارِهِ أَوْلَى لِإِمْلَاكِهِ مُكْذَّبٌ لِدَعْوَاهُ، فَلَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَهُ لِمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، ثُمَّ ادْعَاهُ .

(١) ليست في (ر) .

(٢) ١٦٠/٦ .

المحاكمة . وقَدَّمَ الشيخ : لا يُقضى ؛ لأنَّه لم يدَّعها الغائبُ ، ولا وكيله . الفروع
وتقدم^(١) أن الدعوى له لا تصح إلا تبعاً . وذكروا أن الحاكم يقضي عنه ، ويبيع
ماله ، فلا بُدَّ من معرفته أنه للغائب ، وأعلى طريقه البيئَةُ ، فيكون من الدعوى
لِلغائب تبعاً أو مطلقاً ؛ للحاجة إلى إيفاء الحاضر وبراءة ذمة الغائب .

فصل

ولا تصحُّ الدعوى ولا تُسمع ولا يُستحلف ، في حقِّ الله ، كعبادة ، وحثِّ ،
وصدقة ، وكفارة ، ونذر* ، وفي «التعليق» : شهادة الشهود دَعْوَى . وتُقبل

التصحيح

* قوله : (ولا يُستحلف في حقِّ الله تعالى ، كعبادة ، وحثِّ ، وصدقة ، وكفارة ، ونذر) . الحاشية

قال في «شرح المقنع»^(٢) في باب اليمين في الدعوى : ولو ادعى^(٣) عليه أن عليه كفارة يمين ، أو
ظهار ، أو نذر ، أو صدقة ، أو غيرها ، فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ، ولا تسمع الدعوى
في هذا ولا في حدِّ الله تعالى ؛ لأنه لا حقَّ للمدعي فيه ، ولا ولاية له عليه ، فلا تسمع منه
دعواه^(٤) ، كما لو ادعى حقاً لغيره من غير إذنه ، ولا ولاية له عليه .

فإن تضمنت دعواه حقاً له ، مثل أن يدعي عليه سرقة ماله ؛ لتضمن السارق ، أو يأخذ منه ما سرقه ،
أو يدعي عليه الزنى بجاريته ليأخذ مهرها منه ، سُمعت دعواه . ويُستحلف المدعى عليه لحق
الآدمي ، دون حق الله تعالى . وقال في كتاب الشهادات^(٥) : والحقوق على ضربين :

أحدهما : حقٌّ لآدميٍّ معيَّن ، كالحقوق المالية ، والنكاح ، وغيره من العقود ، والعقوبات ،
كالقصاص ، وحثِّ القذف ، والوقف على آدميٍّ معيَّن ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأن
الشهادة فيه حقٌّ لآدميٍّ ، فلا تُستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حُجَّة على الدعوى ودليل لها ،
فلا يجوز تقديمها عليها .

(١) ص ٢٠٧ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١١/٣٠ .

(٣) بعدها في (ق) : «أنه» .

(٤) في (ق) : «دعواها» .

(٥) أي : في المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٩٤/٢٩ .

الفروع بيّنة عتق ولو أنكره العبد، ذكره الميموني، وذكره في «الموجز»، و«التبصرة». وفي «الرعاية»: تصح دعوى حُسبة، قيل لأحمد في بيّنة الزنى تحتاج إلى مدّع؟ فذكر خبر أبي بكرة^(١)، وقال: لم يكن مدّع .

وتصح قبلها الشهادةُ به * . وبحق آدمي غير معيّن، كوقف على الفقراء، أو مسجد أو وصية له، قال شيخنا: وعقوبة كذاب^(٢) مفترٍ على الناس، والمتكلم فيهم . وتقدم في التعزير كلامُ أحمد والأصحاب . قال شيخنا في حفظ وقف وغيره بالثبات عن خصم * مقدّر: تُسمع الدعوى والشهادة

التصحيح

الضرب الثاني: ما كان حقاً لآدمي غير مُعيّن، كالوقوف على الفقراء والمساكين، أو جميع المسلمين، أو مسجد، أو سقاية، أو مقبرة مُسبّلة أو الوصية لشيء من ذلك، أو نحو هذا . وما كان حقاً لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى، أو الزكاة، أو^(٣) الكفارة، فلا تفتقر الشهادة إلى تقدم الدعوى؛ لأن ذلك ليس له مستحق مُعيّن من الآدميين يدعيه، ويطلب به، ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى، فأجيزت شهادتهم، ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول أحد^(٤) ولا رضا منه، وكذلك ما لا يتعلق به حق^(٥) أحد، كتحريم الزوجة بالطلاق والظهار، أو إعتاق الرقيق، تجوز الحُسبة به، ولا يعتبر فيه الدعوى .

الحاشية

* قوله: (وتصح قبلها الشهادةُ به)

أي: يصح قبل الدعوى الشهادةُ بحق الله تعالى .

* قوله: (بالثبات عن خصم)

كذا في النسخ . والظاهر: أن «عن» بمعنى «على»، كقولهم: رضي الله عنك، فإنه بمعنى «عليك» .

(١) وهو ما أخرجه الحاكم ٤٤٨/٣، والبيهقي ٢٣٥/٨ من وجه آخر، في قصة رمي أبي بكرة المغيرة بن شعبة بالزنى،

وإقامة عمر رضي الله عنه عليه الحد في اثنين آخرين؛ لعدم ثبوت ذلك بأربعة شهود .

(٢) بعدها في الأصل: «و» .

(٣) في (ق): «و» .

(٤) في (ق): «واحد» .

(٥) ليست في (ق) .

فيه^(١) بلا خصم، وهذا قد يدخل في كتاب القاضي، وفائدته كفائدة الفروع الشهادة على الشهادة، وهو مثل كتاب القاضي، إذا^(٢) كان فيه ثبوت محض، فإنه هناك يكون مدع فقط بلا مدعى عليه حاضر، لكن هنا المدعى عليه متخوف . وإنما المدعي يطلب من القاضي سماع البيئة أو الإقرار، كما يسمع ذلك شهود الفرع، فيقول القاضي: ثبت ذلك عندي بلا مدعى عليه . وقد ذكره قوم من الفقهاء وفعله طائفة من القضاة . ولم يُسمعها طوائف من الحنفية والشافعية والحنبلية؛ لأن القصد بالحكم فصل الخصومة^(٣) . ومن قال بالخصم المسخر، نصب الشَّر ثم قطع .

وذكر شيخنا أيضاً ما ذكره القاضي من احتيال الحنفية على سماع البيئة من غير وجود مدعى عليه؛ فإن المشتري المقر له بالبيع قد قبض المبيع وسلم الثمن، فهو لا يدعي شيئاً، ولا يُدعى عليه شيء، وإنما غرضه تثبيت الإقرار أو العقد، والمقصود سماع القاضي البيئة وحكمه بموجبها، من غير وجود مدعى عليه، ومن غير مدع على أحد، لكن خوفاً من حدوث خصم مستقبل؛ فيكون هذا الثبوت حجة بمنزلة الشهادة، فإن لم يكن القاضي يسمع البيئة بلا هذه الدعوى، وإلا امتنع من سماعها مطلقاً، وعطل هذا المقصود الذي احتالوا^(٤) . قال شيخنا: وكلامه يقتضي أنه هو لا يحتاج إلى هذا الاحتيال، وأظن الشافعية موافقيه في إنكار هذا على الحنفية، مع أن جماعات من

التصحيح

الحاشية

(١) ليست في الأصل .

(٢) في (ط): «إذا» .

(٣) في (ر): «الحكومة» .

(٤) كذا في جميع النسخ الخطية و(ط) وفي «المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف» ٤٢١/٢٨: «احتالوا له» .

الفروع القضاة المتأخرين من^(١) الشافعية والحنبلية^(٢) دخلوا مع الحنفية في ذلك؛ وسموه الخصم المسخر . وأما على أصلنا الصحيح، وأصل مالك؛ فيما أن نمنع الدعوى على غير خصم منازع، فتثبت الحقوق بالشهادات على الشهادات، كما ذكره من ذكره من أصحابنا، وإما أن تُسمع الدعوى والبينة بلا خصم، كما ذكر طائفة من المالكية والشافعية، وهو مقتضى كلام الإمام أحمد وأصحابنا في مواضع؛ لأننا نسمع الدعوى والبينة على الغائب^(٣) والممتنع، وكذا الحاضر في البلد، في المنصوص*، فمع عدم خصم أولى . وإنما قال: بمحضر من خصمين؛ جاز استماع الدعوى^(٤) وقبول البينة من أحدهما على الآخر، مَنْ اشترط حضور الخصم في الدعوى والبينة، ثم احتال لعمل ذلك صورة بلا حقيقة، ولأن الحاكم يسمع الدعوى والبينة في غير وجه خصم؛ ليكتب به إلى حاكم آخر .

قال: وقال أصحابنا: كتاب الحاكم كشهود الفرع . قالوا: لأن

التصحيح

الحاشية * قوله: (وكذا على الحاضر في البلد في المنصوص) .

الذي ذكره المنصوص هنا، من سماع الدعوى والبينة على الحاضر في البلد؛ هو الذي صححه صاحب «المحرر» فيه . والذي قدمه المصنف في باب طريق الحكم، عدم السماع . ثم قال: (وقيل: يُسمعان، ويُحكم عليه . وعنه: يمتنع الحكم فقط^(٤)) . قال في «المحرر»: وهو الأصح . والذي يظهر أن ذكر المنصوص هنا من جملة كلام الشيخ تقي الدين؛ لأنه في سياق كلامه، وإذا كان هو المرجح عند الشيخ تقي الدين، لا يلزم أن يكون المرجح عند المصنف، فلا يعارض ما قدمه المصنف في باب طريق الحكم .

(١) ليست في الأصل .

(٢) في الأصل: «الحنفية» .

(٣) ليست في (ط)، و(ر) .

(٤) بعدها في (ق): «ثم» .

المكتوب إليه يحكم بما قام مقام غيره؛ لأن إعلام القاضي للقاضي قائم مقام الفروع إعلام الشاهدين، فجعلوا كل واحد من كتاب الحاكم وشهود الفرع، قائماً مقام غيره، وهو بدلٌ عن شهود الأصل، وجعلوا كتاب القاضي كخطابه، وإنما خصوه بالكتاب؛ لأن العادة تباعدُ الحاكمين، وإلا فلو كانا في محل واحد، كان مخاطبةُ أحدهما للآخر أبلغ من الكتاب. وبنوا ذلك على أن الحاكم يثبت عنده بالشهادة ما لم يحكم به، وأنه يُعلم به حاكماً آخر ليحكم به، كما يُعلم الفروع بشهادة الأصول. وهذا كله إنما يصح إذا سمعت الدعوى والبيئة في غير وجه خصم. وهو يفيد أن كل ما يثبت بالشهادة على الشهادة، يُثبت القاضي بكتابه. ولأن الناس بهم حاجةٌ إلى إثبات حقوقهم بإثبات القضاة، كإثباتها بشهادة الفروع، وإثبات القضاة أنفع؛ لأنه كفى مؤنة النظر في الشهود، وبهم حاجةٌ إلى الحكم فيما فيه^(١) شبهةٌ أو خلافٌ لدفع^(٢)، وإنما يخافون من خصم حادث.

وذكر أبو المعالي: لئيب الإمام مطالبةُ ربِّ مالٍ باطنٍ بزكاةٍ إذا ظهر له تقصيرٌ، وفيما أوجهه، كندركفارته، وجهان. وفي «الخلاف» فيمن ترك الزكاة: هي أكد؛ لأن للإمام أن يطالب بها، بخلاف الكفارة والنذر. وفي «الانتصار» في حَجْرِهِ: على مفلسِ الزكاة، كمسألتنا إذا ثبت وجوبها عليه، لا الكفارة^(☆). وفي

التصحیح

تنبيهان:

(☆) الأول: قوله: (وذكر أبو المعالي: لئيب الإمام مطالبةُ ربِّ مالٍ باطنٍ بزكاةٍ إذا ظهر له تقصيرٌ، وفيما أوجهه، كندركفارته، وجهان. وفي «الخلاف» فيمن ترك الزكاة: هي أكد؛ لأن للإمام أن يطالب بها، بخلاف الكفارة والنذر. وفي «الانتصار» في حَجْرِهِ: على مفلسِ الزكاة، كمسألتنا إذا ثبت وجوبها عليه، لا الكفارة). انتهى.

الحاشية

(١) ليست في الأصل.

(٢) في (ر): «يرفع». وفي (ط): «يدفع».

الفروع «الترغيب»: ما شمله حقُّ الله تعالى والآدمي كسرقة، تُسمع الدعوى في المال، ويُحْلَفُ منكرًا، ولو عاد إلى مالكة أو ملكه سارقًا، لم تُسمع؛ لَمَحْضِ حقِّ الله تعالى، وقال في السرقة: إن شهدت بسرقة قَبْلَ الدعوى، فأصحُّ الوجهين: لا تُسمع، وتُسمع إن شهدت أنه أباعه^(١) فلانٌ . وفي «المغني»^(٢): كسرقت، وزناه بأتمته لمهرها، تُسْمَعُ، ويُقضى على ناكل بمال، وقاله ابن عقيل وغيره .

٢٥٧/٢ ولا تُقبل يمينٌ في حقِّ آدميٍّ معيَّنٍ إلا بعد الدعوى وشهادة الشاهد/ .
وفي «الرعاية»: والتزكية . وفي «الترغيب»: ينبغي أن تتقدم شهادة الشاهد، وتزكيته اليمين .

ولا تقبل شهادة قبل الدعوى*، وقيلها في «التعليق» و«الانتصار» و«المغني»^(٣)، إن لم يَعْلَمْ به، قال شيخنا: وهو غريب . وذكر الأصحاب: تُسمع بالوكالة من غير حضور خصم، ونقله مُهَنَّأً . قال شيخنا: ولو في البلد، وبناء القاضي وغيره على القضاء على الغائب . والوصية مثلها . قال شيخنا: الوكالة إنما تُثبت استيفاء حقٍّ أو إبقاءه بحاله، وهو مما لا حقَّ

التصحيح هذه الأقوال طرق في هذه المسائل، والصحيح من المذهب ما قدمه المصنف أوَّلَ الفصل^(٤)؛ وهو أن الدعوى لا تصح ولا تُسمع ولا يُستحلف في حقِّ الله تعالى .

الحاشية * قوله: (ولا تقبل شهادة قبل الدعوى) إلى آخره .

المراد: إذا كانت الدعوى في حقِّ لآدميٍّ معيَّنٍ؛ لأنه في سياق الكلام عليه، وأما إذا كان في حقِّ الله تعالى، أو لآدميٍّ غير معيَّنٍ، فقد قدم في أول الفصل، أنه لا يُحتاج فيه إلى دعوى، وأن

(١) قال في «القاموس»: أبعت: عرضته للبيع .

(٢) لم نعثر على ذلك مصرحاً به، ولعله المشار إليه في ٢١٠/١٤ كما نفيده «حاشية ابن قندس» .

(٣) ٢١٠/١٤ .

(٤) ص ٢٦٥ .

للمدعى عليه فيه، فإن دَفَعَهُ إلى هذا الوكيل وإلى غيره سواء؛ ولهذا لم الفروع يُشترط فيها رضاه، وأبوحنيفة يجعل للموكل عليه فيها^(١) حقاً؛ ولهذا لا تجوز في^(٢) الخصومة إلا برضا الخصم، لكن طَرُدُ العلة ثبوتُ الحوالة بالحق من غير حضور المُحال عليه؛ لعدم اعتبار رضاه، والوفاءُ وعددُ الورثة يثبت من غير حضور المدين والمودع. ولو ادعى أنه ابتاع دار زيد الغائب، فله أن يُثبت ذلك من غير حضور مَنْ الدارُ في يده. وحاصله: أن كل من عليه دينٌ أو عنده عَيْنٌ، فإذا لم يُعتبر رضاه في إقباضها أو إخراجها عن ملكه، لا يعتبر حضوره في ثبوتها؛ وعلى هذا فيجوز أن تُثبت الوكالة بعلم

التصحیح

الشهادة تصح قبلها. وذكر المصنف عن «المغني» أنه قَبِلَهَا قَبْلَ الدعوى، إن لم يُعلم به. والذي جزم به في «المغني»^(٣) - في آخر الشهادات، قَبِلَ كتاب الأفضية بيسير - أن الشهادة لأدمي معيّن لا تُسمع إلا بعد الدعوى. ولم يُفصل بين ما يُعلم به وغيره. ثم قال^(٤): فصل: ومن كانت عنده شهادة لأدمي، لا يخلو؛ إما أن يكون عالماً بها أو غير عالم، فإن كان عالماً بها، لم يجز للشاهد أدائها حتى يسأله؛ لأنه حقٌّ للمشهود له، فلا يُستوفى إلا برضاه، وإن كان غير عالم بها، جاز للشاهد أدائها قبل طلبها. فلعل المصنف أخذ ما نقله عن «المغني» من هذا الموضوع، فإن كان كذلك، فهو عندي في غاية البُعد؛ لأن تفصيل الشيخ هذا بالنسبة إلى الطلب والسؤال، لا بالنسبة إلى الدعوى وعدمها، ولا يلزم من عدم الطلب عدم الدعوى؛ لأنه يمكن أن يدعي، فينكر الخصم والمدعي غير عالمٍ بشهادة الشاهد، فيؤدي الشاهدُ شهادته بعد الدعوى وقبل طلب المدعي. والله أعلم.

(١) في الأصل: «فيه».

(٢) ليست في (ط).

(٣) ٢١٠/١٤.

(٤) يعني صاحب «المغني» في كتابه.

الفروع القاضي، كما تثبت الشهادة، وتوكل^(١) عليّ لعبدالله بن جعفر^(٢) كالدليل على ذلك، فإنه أعلم الخلفاء أنه وكيله، ولم يُشهد على ذلك، ولا أثبتها في وجه خصم. إلى أن قال: فالتوكيل مثل الولاية، وتثبت الولاية بالشهادة على المولى مع حضوره في البلد، ومن هذا: كتاب الحاكم إلى الحاكم فيما حكم به. وفي «التعليق» و«الانتصار» وغيرهما: إذا^(٣) ادعى أن الدار التي بيد نفسه له، لم تُسمع ولا بينة؛ لعدم حاجته، وورود الشرع به. وجعلوه وفاقاً. قال في «الانتصار»: والخارج تُسمع بينته ابتداء لا على خصم، وقيلها في «الكافي»^(٤)؛ إن ادعى شيئاً فشهدت بأكثر، فكأنه تبع، وصرح فيها في «الانتصار»: تصح بما ادعاه. وفي «الترغيب»: تُردُّ في الزيادة؛ لأنها مستقلة، بخلاف ذكر السبب. وفي ردّها في البقية فيه احتمالان^(٥).

وتقدم في التفليس^(٥) ما ظاهره الشهادة بلا دعوى لمدين مُكر.

التصحیح (٥) الثاني: قوله: (وفي «الترغيب»: تُردُّ في الزيادة؛ لأنها مستقلة، بخلاف ذكر السبب، وفي ردّها في البقية فيه^(٦) احتمالان) انتهى. قد قدم المصنف في أصل المسألة/ أنها لا تُقبل شهادة قبل الدعوى، قال: (وقيلها في «التعليق»، و«الانتصار»، و«المغني» إن لم يعلم به، ثم قال: وقيلها في «الكافي» إن ادعى شيئاً، فشهدت بأكثر)

الحاشية

- (١) كذا في جميع النسخ والصواب - والله أعلم -: توكيل؛ لأن عبد الله هو الذي كان وكيلاً لعلي، لا العكس.
- (٢) إشارة إلى الأثر الذي أخرجه البيهقي ٨١/٦ عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان. وقال: إن للخصومة قُحماً، وإن الشيطان يحضرها، وإني لأكره أن أحضرها. والقوم: المهالك.
- (٣) في النسخ الخطية: «لو»، والمثبت من (ط).
- (٤) ١٥٧/٦.
- (٥) ٤٦٣/٦.
- (٦) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

وَيُسْتَحْلَفُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَأَدْمِيٍّ، فِي رِوَايَةٍ؛ لِلخَبِيرِ^(١)، وَلِلرَّدَعِ وَالزَّجْرِ، الْفُرُوعِ اخْتَارَهُ الشَّيْخُ وَغَيْرُهُ، وَجَزَمَ^(٢) أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوْزِيُّ فِي «الطَّرِيقِ الْأَقْرَبِ»، وَقَدَمَهُ ابْنُ رَزِينٍ، وَاسْتَشَى الْخِرْقِيُّ الْقَوْدَ وَالنِّكَاحَ، وَاسْتَشَى أَبُو بَكْرٍ النَّكَاحَ وَالطَّلَاقَ، وَقَالَ: الْغَالِبُ فِي قَوْلِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ: لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِمَا وَلَا فِي حَدِّ قَذْفٍ. وَاسْتَشَى أَبُو الْخَطَّابِ ذَلِكَ، وَالرَّجْعَةَ، وَالْوَلَاءَ، وَالْاِسْتِيلَادَ، وَالنَّسَبَ، وَالرَّقَّ، وَالْقَذْفَ. وَقَالَ الْقَاضِي: فِي قَوْدٍ وَطَّلَاقٍ وَقَذْفٍ رِوَايَتَانِ. وَالبَقِيَّةُ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهَا. وَقَدَمَ فِي «المَحْرَرِ» كَأَبِي الْخَطَّابِ، وَزَادَ: الْإِبْلَاءَ، وَجَزَمَ بِهِ الْأَدْمِيُّ. وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: مَا لَا يَجُوزُ بَدْلُهُ؛ وَهُوَ مَا ثَبَتَ بِشَاهِدَيْنِ، لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِ. وَفَسَّرَ الْقَاضِي الْاِسْتِيلَادَ بِأَنْ يَدْعِيَ اِسْتِيلَادَ أُمَّةٍ، فَتُنْكَرُهُ. وَقَالَ شَيْخُنَا: بَلْ هِيَ الْمُدْعِيَّةُ^(٣)، وَعَنْهُ: يُسْتَحْلَفُ فِيهَا يُقْضَى

قال المصنف: (فكأنه تبع، وصرح فيها في^(٣) «الانتصار»: تصح بما ادعاه) ثم ذكر كلام التصحيح صاحب «الترغيب»، فما ذكره في «الترغيب» طريقة، والمقدم خلافه.

مسألة - ٤: قوله: (وفسر القاضي الاستيلاء؛ بأن يدعي استيلاء أمة، فتُنكره، وقال شيخنا: بل هي المدعية) انتهى. ظاهر هذه العبارة إطلاق الخلاف في تفسير الاستيلاء؛ فالقاضي يقول: إن المدعي هو السيد، والشيخ تقي الدين يقول: هي المدعية، وهو الصواب.

الحاشية

* قوله: (ويستحلف في كل حق لأدمي، في رواية؛ للخبر).

وهو قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٤).

(١) وهو ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه». أخرجه البخاري (٤٥٥٢) ومسلم (١٧١١) وما ذكره ابن قندس في «الحاشية» هو رواية البيهقي.

(٢) بعدها في (ر)، و(ط): «به».

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ من حديث ابن عباس.

الفروع فيه بالنكول فقط^(٥٢)، ويقضى به في مالٍ أو ما مقصوده مالٌ . هذا

التصحيح مسألة - ٥ : قوله : (ويستحلف في كل حقٍ لأدمي، في رواية اختاره الشيخ وغيره، وجزم أبو محمد الجوزي في «الطريق الأقرب»، وقدمه ابن رزين، واستثنى الخِرْقِيُّ القَوْدَ والنكاح، واستثنى أبو بكر النكاح والطلاق واستثنى أبو الخطاب ذلك، والرجعة والولاء، والاستيلاء، والنسب والرُقَّ، والقذف، وقال القاضي: في قَوْدٍ وطلاقٍ وقذفٍ روايتان، والبقية لا يُستحلف فيها . وقدم في «المحرر» كأبي الخطاب، وزاد: الإيلاء، وجزم به الأدمي . وفي «الجامع الصغير»: ما لا يجوز بذله^(١)؛ وهو ما ثبت بشاهدين، لا يستحلف فيه وعنه: يستحلف فيما يُقضى فيه بالنكول فقط) انتهى :

الرواية الأولى: قدمها في «المقنع»^(٢)، واختارها الشيخ موفق والشارح وغيرهما . قال في «العمدة»: وتُشرع اليمين في كل حقٍ لأدمي، ولا تُشرع في حقوق الله تعالى من الحدود والعبادات . انتهى . وهذه الرواية تخريجٌ في «الهداية» . وقدم ما قاله أبو الخطاب في «المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«الخلاصة»، و«إدراك الغاية»، وزاد في «المستوعب»: العتق وبقاء الرجعة، وجزم بما قاله صاحب «الوجيز»، والأدمي في «منتخبه»، و«منوره»، وصححه في «تجريد العناية»،^(٣) وهو الصحيح^(٣) . وقال ابن عبدوس في «تذكرته»: ولا تُشرع في متعذرٍ بذله^(١)، كطلاق، وإيلاء وبقاء مدته، ونكاح ورجعة وبقائها، ونسب واستيلاء، وقذف وأصلِ رُقٍّ، وولاء، وقَوْدٍ، إلّا في قَسامة، ولا في توكيل، وإيضاء إليه، وعتقٍ مع اعتبار شاهدين فيها، بل فيما يكفيه شاهدٌ وامرأتان سوى نكاح ورجعة . انتهى . وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير» .

الحاشية

(١) في (ط): «بدله» .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٠٣/٣٠ .

(٣) (٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط) .

المذهب*، وعنه: وغيره، إلا قَوْدَ نَفْسٍ، وعنه: وطَرَفٍ، وقيل: في كفالة الفروع وجهان، ومتى لم يثبت القَوْدُ به، ففي الدية روايتان كقسامة^(٦٢، ٧).

(☆) تنبيه^(١): أطلق المصنف هنا الخلاف في اليمين في القَوْدِ، وقدم في باب التصحيح القسامة^(٢): أنه يحلف يمينا، فقال: (ومتى فُقِدَ اللوث، حَلَفَ المدعي يمينا، وعنه: لا يمينَ في عمد، وهي أشهر). فقدم أنه يحلف يمينا، وهذا اختاره كثير من الأصحاب؛ منهم أبو الخطاب وابن البناء، وصححه في «المغني»^(٣) و«الشرح»^(٤). قال الزركشي: وهو الحق. وقدمه في «الهداية» و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«الخلاصة»، و«المستوعب»، و«المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«النهاية»، و«تجريد العناية»، وغيرهم، وجزم به في «المنور»، وغيره، وهو أصح. والرواية الثانية: أنه لا يُحَلَفُ، قال: (وهي أشهر)، وهي اختيار الخرقي وغيره، وعلى كلا الأمرين؛ المصنفُ أطلق الخلاف هنا في الحلف في القَوْدِ، وقدم في القسامة في اليمين حكماً^(٢)، والله أعلم.

مسألة ٦-٧: قوله: (ومتى لم يثبت القَوْدُ به، ففي الدية روايتان كقسامة) انتهى. فيه مسألتان؛ المقيس والمقيس عليه:

* قوله: (هذا المذهب). الحاشية

الذي يظهر أنه راجع إلى قوله: (ويُقضى به في مالٍ وما مقصوده مالٌ). دون قوله: (وعنه: يُستحلف فيما يقضى^(٥) فيه بالنكول^(٥) فقط) لأن الذي يُستحلف فيه حرره قبل ذلك، ولأنه قال: (وعنه: وغيره) أي: الذي يُقضى فيه بالنكول المألٌ وما مقصوده مالٌ، وغيره. فأول كلامه وآخره يدلُّ على أن حكاية المذهب يرجع إلى ما يُقضى فيه بالنكول، دون ما قبله، فلا يقال: المذهبُ أنه يستحلف فيما يُقضى فيه بالنكول / فقط عند المصنف.

(١) هذا التنبيه بتمامه لا يوجد في النسخ الخطية، وهو مثبت من (ط)

(٢) ١٨/١٠

(٣) ١٩٠/١٢

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢٧/٢٦.

(٥-٥) في (ق): «به في النكول».

الفروع ومتى لم يُقضى به^(١)، ففي تخليته وحسه ليُقرَّ أو يحلف وجهان،

النصح المسألة الأولى - ٦: إذا لم يثبت القود بالنكول، فهل تثبت الدية بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«النظم»، و«الرعائتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم:

إحداهما: لا تثبت الدية بذلك، ولا يلزمه، اختاره ابن عبدوس في «تذكرته». قال في «تجريد العناية»: يلزمه ديتها في رواية. فدل أن المقدم: لا يلزمه.

والرواية الثانية: تثبت به وتلزمه، وهو قياس القسامة، وقد صححنا لزوم الدية في القسامة، فكذا هنا، وهذا الصحيح.

المسألة الثانية - (٢)٧: قوله: (كقسامة) يعني: لو طلب، أيمان المدعى عليهم في القسامة، فنكلوا عن الأيمان؛ فهل تلزمهم الدية أم تكون في بيت المال؟ أطلق الخلاف، وأطلقه المصنف أيضاً في باب القسامة، وتقدم ذلك محرراً هناك^(٣)، وذكرنا أن الصحيح لزوم الدية، والله أعلم.

الحاشية

فتلخص أن المال وما مقصوده المال، يستحلف فيه بغير خلاف؛ لأنه داخل على كل قول. وما عداه فيه الخلاف المذكور؛ فعنه: يستحلف فيه جميعه، كما هو اختيار الشيخ وغيره، وعنه: لا يستحلف فيه؛ لأنه لا يقضى فيه بالنكول على المذهب، وقيل: يستحلف إلا في القود والنكاح، على قول الخرقى، وعلى قول أبي بكر: النكاح، والطلاق، وحد القذف،^(٤) وعلى قول أبي الخطاب: النكاح، والطلاق، والقذف^(٤)، والرجعة، والولاء، والاستيلاء، والنسب، والرقي.

(١) الضمير عائد على النكول.

(٢) في (ط): «والرواية الثانية».

(٣) ٢٣/١٠.

(٤) ليست في (د).

كَلِيعَانَ^(٩، ٨٤). وفي «الترغيب» وغيره: لا يحلف شاهدٌ ولا حاكمٌ ولا وصيٌّ الفروع على نفي دَيْنٍ على^(١) الموصي، ومنكر وكالة وكيل. وفي «الرعاية»: لا يحلف مدعى عليه بقول مدَّع: لِيُحْلِفَ أَنَّهُ مَا أُحْلِفَنِي أَنِّي لَمْ أُحْلَفْهُ. وفي «الترغيب»: ولا مدَّع طلبَ يمينَ خصمه، فقال: لِيُحْلِفَ أَنَّهُ مَا أُحْلِفَنِي، في الأصحَّ. وإن ادعى وصيٌّ وصيةً للفقراء، فأنكر الورثة، حُجِسُوا، وقيل: يُحْكَمُ بِذَلِكَ.

مسألة - ٨ - ٩: قوله: (ومتى لم يُقَضَ به، ففي تخليته وحبسه لِيُقَرَّ أو يَحْلِفَ الصحيح وجهان، كَلِيعَانَ) انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٨: إذا لم يُقَضَ عليه بالتكول، فهل يُحْلَى أو يُحْبَسُ لِيُقَرَّ أو يَحْلِفَ؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»: أحدهما: يُحْلَى سبيلُهُ، اختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، والناظم، وصححه في «تصحيح المحرر»، وهو الصواب، قياساً على القسامة إذا نكلوا عنها، على ما تقدم في كلام المصنف.

والوجه الثاني: يُحْبَسُ حتى يُقَرَّ أو يَحْلِفَ. قلت: وهو الصحيح، قياساً على اللعان، كما قال المصنف، وقدمه هنا في «تجريد العناية» وغيره.

المسألة الثانية - ٩: مسألة اللعان، وقد ذكرها المصنف في بابها^(٢)، وأطلق الخلاف هناك، وقد تكلمنا عليها وصححنا أنه إذا لَاعَنَ، وَنَكَلَتْ، يُحْبَسُ حتى تُقَرَّ أو تُلَاعِنَ، وتقدم نظير ذلك^(٣) في باب: طريق الحكم وصفته^(٤)، و^(٣) في القسامة^(٥).

الحاشية

(١) في الأصل: «عن».

(٢) ٢١٢/٩.

(٣، ٤) ليست في الأصل و(ط).

(٤) ص ١٧٠.

(٥) ٢٣/١٠.

الفروع وَيَحْلِفُ فِي نَفْيِ وَإِثْبَاتِ عَلَى الْبَيْتِ إِلَّا لِنَفْيِ فِعْلٍ غَيْرِهِ . وَفِي غَيْرِ «الْمُتَّخِبِ» - وَنَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ - أَوْ نَفْيِ دَعْوَى عَلَى غَيْرِهِ* ، فَيَكْفِيهِ نَفْيُ الْعِلْمِ ، وَعَنْهُ : يَمِينُ نَفْيٍ ، وَعَنْهُ : وَغَيْرَهَا عَلَى الْعِلْمِ ، اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَاحْتَجَّ بِالْخَبَرِ الَّذِي ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ وَغَيْرُهُ : «وَلَا تَضْطَرُّوا النَّاسَ فِي أَيْمَانِهِمْ ؛ أَنْ يَحْلِفُوا عَلَى مَا لَا يَعْلَمُونَ»^(١) . وَفِي «مَخْتَصَرِ ابْنِ رَزِينٍ» : يَمِينُهُ بَيْتٌ عَلَى فِعْلِهِ ، وَنَفْيٌ عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِ* . وَعَبْدُهُ كَأَجْنَبِيٍّ ، فَأَمَّا بِهَيْمَتُهُ فَمَا يَنْسَبُ إِلَى تَفْرِيطٍ وَتَقْصِيرٍ ، فَعَلَى الْبَيْتِ ، وَإِلَّا فَعَلَى الْعِلْمِ .

وَمَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ حَلْفٌ لَجَمَاعَةٍ ، حَلَفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ يَمِينًا ، وَقِيلَ : وَلَوْ رَضُوا بِوَاحِدَةٍ .

التصحيح تنبيه : كَانَ قِيَاسُ الْمُصَنِّفِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى الْقِسَامَةِ أَوْلَى مِنْ قِيَاسِهَا عَلَى اللَّعَانِ ، مَعَ أَنَّهُ أَطْلَقَ الْخِلَافَ أَيْضًا فِي الْقِسَامَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَشْبَهُ بِهَا مِنَ اللَّعَانِ .^(٢) وَهَذِهِ تَسَعُ مَسَائِلَ فِي هَذَا الْبَابِ^(٣) .

الحاشية * قَوْلُهُ : (أَوْ نَفْيِ دَعْوَى عَلَى غَيْرِهِ) .

مِثَالُ نَفْيِ الدَّعْوَى عَلَى الْغَيْرِ : إِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ ادَّعَى عَلَى أَبِيهِ الْفَأَى ، فَأَقْرَأْ لَهُ بِشَيْءٍ ، فَانْكُرِ الدَّعْوَى ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، فَإِنَّ يَمِينَهُ عَلَى النَفْيِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ فِي «شَرْحِ الْخُرْقِيِّ» .

* قَوْلُهُ : (وَنَفْيٌ عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِ) .

مِثَالُ نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ : أَنْ يَنْفِي مَا ادَّعَى عَلَيْهِ مِنْ أَنَّهُ نَعَصَبَ أَوْ جَنَى . وَمِثَالُ فِعْلِ الْغَيْرِ فِي الْإِثْبَاتِ : أَنْ يَدْعِيَ أَنَّ ذَلِكَ الْغَيْرَ أَقْرَضَ أَوْ اسْتَأْجَرَ ، وَيَقِيمُ بِذَلِكَ شَاهِدًا ، فَإِنَّهُ يَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى الْبَيْتِ ؛ لِكُونِهِ إِثْبَاتًا .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي «مِرَاسِيْلِهِ» (٣٥٩) وَعَبْدُ الرَّزَاقِ فِي «الْمُصَنَّفِ» (١٦٠٣٠) مَرْسَلًا مِنْ حَدِيثِ الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمَسْعُودِيِّ الْكُوفِيِّ . وَأَسْنَدُهُ أَبُو نَعِيمٍ فِي «تَارِيخِ أَصْبَهَانَ» ٢/٢١٦ ، وَالْخَطِيبُ فِي «تَارِيخِ بَغْدَادِ» (٣١٣/٣) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ .

(٢-٢) لَيْسَتْ فِي (ط) .

وتُجزئ اليمينُ بالله وحده، وللحاكم تغليظها فيما له خَطَرٌ، كجناية، الفروع
وعتق، وطلاق، ونصابِ زكاة، وقيل: نصابِ سرقة، بزمن^(١) أو مكان أو
لفظ، وقيل: يُكره . وفي «التبصرة» رواية: لا يجوز . اختاره أبو بكر
والحلواني، ونصر القاضي وجماعة: لا^(٢) تُغَلِّظ؛ لأنها حجةٌ أحدهما*،
فوجبَتْ موضعَ الدعوى*، كالبينة . وعنه: يُستحب، وذكره الخرقى في أهل
الذمة .

فالزمنُ بعد العصر أو بين أذان وإقامة .

والمكانُ بمكة بين الركن والمقام، وبالقدس عند الصخرة . وقال
شيخنا: عند المنبر، كبقية البلاد . وفي «الواضح»: هل يرقى متلاعنان
المنبر؟ الجوازُ وعدمه . وقيل: إن قلَّ الناسُ، لم يجز . وذكر أبو الفرج:
يَرَقِيَانِه . وفي «الانتصار»: يُشترطُ، وقيامه عليه، والذميُّ بموضع يعظّمه .
وفي «الواضح»: في لعان، وزمان كَسَبَتْ وأحد . واللفظُ: بالله الذي لا إله
إلا هو عالم الغيب والشهادة . واليهوديُّ: بالله الذي أنزل التوراة على
موسى . والنصرانيُّ: بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى . والمجوسيُّ:
بالله الذي خلقه وصوّره ورزقه، ونحو ذلك .

التصحیح

الحاشية

* قوله: (ونصر القاضي وجماعة: تُغَلِّظ؛ لأنها حجةٌ أحدهما) .

في غالب النسخ: تُغَلِّظ . وفي نسخة: لا تُغَلِّظ، بزيادة «لا»، وهو الصواب .

* قوله: (فوجبَتْ موضعَ الدعوى)

فعلی هذا: لا تنقل من مكان إلى مكان آخر، ولا تؤخر من زمانٍ إلى زمانٍ آخر؛ لأجل التغليظ،
بل يخلف في مكان الدعوى .

(١) الجار والمجرور متعلق بالمصدر «تغليظ» .

(٢) ليست في (ر)، وتنظر حاشية ابن قندس .

الفروع

ومن أبى التغليظ، لم يكن ناكلاً .

ولا يُحَلَّف بطلاق، ذكره شيخنا وفاقاً، وابنُ عبد البر إجماعاً . قال في «الأحكام السلطانية»: للوالي إحلافُ المتهم^(١)؛ استبراء وتغليظاً في الكشف، في حقِّ الله تعالى، وحقِّ آدميٍّ، وتحليفُه بطلاق، وعتق، وصدقة، ونحوه، وسماعُ شهادة أهلِ المهنِ إذا كُثِّروا . وليس للقاضي ذلك، ولا إحلافُ أحدٍ إلا بالله، ولا على غير حقٍّ .

التصحیح

الحاشية

(١) في النسخ الخطية: «المتهم»، والمثبت من (ط) .