



كتاب القضاء



الفروع

كتاب القضاء

وهو فرض كفاية كالإمام، على الأصح . قال شيخنا: وقد أوجب النبي ﷺ تأمير الواحد في الاجتماع القليل العارض في السفر^(١)، وهو تنبيه على أنواع الاجتماع . والواجب اتخاذها ديناً وقربةً، فإنها من أفضل القربات، وإنما فسد حال الأكثر لطلب الرياسة والمال بها .

ومن فعل ما يمكنه، لم يلزمه ما يعجز عنه . ولمسلم^(٢) عن معقل بن يسار مرفوعاً: «ما من أمير يلي أمر المسلمين، ثم لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة» .

وعنه: سنة، نصره القاضي وأصحابه، وعنه: لا يسن دخوله فيه، نقل عبدالله: لا يعجبني، هو أسلم، وذكر ما رواه عن عائشة مرفوعاً: «ليأتين على القاضي العدل ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في تمرة»^(٣) .

فعلى الأول: يلزم الإمام أن يُنصَّب بكل إقليم قاضياً، أفضل من يجد علماء وورعاً، ويأمره بتقوى الله وتحري العدل، وأن يستخلف بكل ضئع أصلح من يجد لهم . وفي «كتاب الأدمي»: على الإمام نصب من يكتفي به، ومن طلب ولم يوثق بغيره ولم يشغله عن أهم منه، تعين، وقيل: ويلزمه طلبه . وقال الماوردي: إن كان فيه غير أهل، فإن كان أكثر قصده إزالته، أثيب، وإن كان أكثره ليختص بالنظر، أبيع، فإن ظن عدم تمكنه، فاحتمالان .

التصحيح

الحاشية

(١) أخرج أبو داود (٢٦٠٨)، عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا خرج ثلاثة في سفر، فليؤمروا أحدهم» .

(٢) في صحيحه (١٤٢) (٢٢٩) .

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٤٤٦٤) وفيه «يوم القيامة ساعة . . .» .

الفروع وقيل: يحرم بخوفه ميلاً، وإن وثق بغيره، فيتوجه: كالشهادة، وظاهرُ كلامهم مختلفٌ^(١).

٢٣٦/٢ فإن وجد غيره، كره له/طلبه، وعنه: لا، لقصد الحق ودفع غير المستحق. ويتوجه وجه: بل يستحبُّ إذن. وقال الماوردي: ويتوجه وجه: يحرم بدونه. وذكر الماوردي: أنه لقصد المنزلة والمباهاة يجوز اتفاقاً، وإن طائفة كرهته إذن، وطائفة لا.

قال في رواية عبد الله: عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: «مَنْ طَلَبَ قِضَاءَ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى يَنَالَهُ ثُمَّ غَلَبَ عَدْلُهُ جَوْرَهُ، فَلَهُ الْجَنَّةُ، وَمَنْ غَلَبَ جَوْرُهُ عَدْلَهُ، فَلَهُ النَّارُ»^(١). والمراد: إذا لم يكن فيه أهلٌ له، وإلا حُرِّمَ، وقدَح فيه (وش) وغيرهم.

وإن طَلَبَ، لم يُجِبْ، وقيل: الإجابة أفضل إن أمن نفسه، وقيل: مع خموله، وقيل: أو فقره. وسأله أبوداود: الرجلُ في الغزو يريد الوالي، يجعله على الثغر^(٢) أو على ضعفاء، وهو لا يُحِبُّ يعرفه الوالي؟ قال: لا بأس، فراجعته فقال: أرى إن كان عنده نجدة، يرجو أن ينجو بسببه، فيكون عليهم، ما أحسنه!

ويحرمُ بذلُ مالٍ فيه وأخذُه وطلبُه وفيه مباشرٌ أهلٌ. وظاهرُ تخصيصهم

التصحیح مسألة - ١: قوله: (وإن وثق بغيره، فيتوجه: كالشهادة، وظاهرُ كلامهم مختلفٌ) انتهى.

قلت: الصوابُ التركُّ ولا سيما في هذه الأزمنة، وهذا مما لا شكَّ فيه الآن.

الحاشية

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٧٥).

(٢) في الأصل: «النفر». وفي (ر): «النفر»، والمثبت من (ط).

الكراهة بالطلب: أنه لا يكره تولية الحريص، ولا ينفي أن غيره أولى، الفروع ويتوجه وجه: يُكره. وفي «الصحيحين»^(١)، عن أبي موسى مرفوعاً: «إنا والله لا نولي هذا العمل أحداً سألته، ولا أحداً حرص عليه». وقد قال في «الغنية» في إمام الصلاة: لا ينبغي أن يكون إماماً من يحب أن يتقدم وهو يجد من يكفيه ذلك، وإنما ولّي عليه السلام زياد بن الحارث الصّدائي؛ لما رآه من المصلحة لقومه، لا لمصلحة نفسه^(٢).

وتصح ولاية مفضل، وقيل: للمصلحة.

وتشترط للصحة^(٣) تولية إمام أو نائبه فيه، وأن^(٤) يعرف المولى صالحاً للقضاء، وتعين ما يوليه الحكم فيه من عمل أو بلد، وعنه: وعدالة المولى، وعنه: سوى الإمام*.

وصريح التولية: وليتكم الحكم، أو: قلدتكم، أو: فوضت، أو: رددت، أو: جعلت إليك الحكم، أو: استخلفتكم، أو: استنبتكم في الحكم. فإذا وجد أحدها وقبل المولى الحاضر في المجلس أو الغائب بعده، والأصح: أو شرع غائب في العمل، انعقدت. وفي «كتاب الأدمي»: يشترط فورية القبول مع الحضور.

والكناية نحو: اعتمدت - أو: عوّلت - عليك، و: وكلت - أو: أسندت -

التصحیح

الحاشية

* قوله: (وعنه: وعدالة المولى: وعنه: سوى الإمام).

ظاهر «المحرر»: أن عدالة الإمام لا تُشترط؛ لأنه خَصَّ الروايتين بنائب الإمام.

(١) البخاري (٧١٤٩)، مسلم (١٧٣٣) (٧).

(٢) أخرجه الدارقطني ١٣٧/٢.

(٣) أخرجه ابن سعد في «الطبقات»، ٣٢٦/١ والدارقطني ١٣٧/٢ والطبراني في «الكبير» (٥٢٨٥).

(٤) بعدها في (ر): «لم».

الفروع إليك، فتنعقد بقريئة، نحو: فاحكم .

والأولى مكاتبته بها إن كان ببلد آخر .

وتثبت بشاهدين، والأصح: وباستفاضة مع قرب ما بينهما، كخمسة أيام، وأطلق الأدمي: أو^(١) استفاضة . وظاهره مع البعد، وهو متجه .

فصل

وتفيد ولاية الحكم العامة، ويلزم بها: فصل الخصومة، وأخذ الحق ودفعه لربه، والحجر لفلس أو سفه، والنظر في مال غير رشيد، والنظر في وقوف عمله ليعمل بشرطها، وفي مصالح طرق عمله وأفنيته، وتنفيذ الوصايا، وتزويج من لا ولي لها، وتصفح حال^(٢) شهوده وأمنائه، وإقامة الحدود، وإقامة الجمعة والعيد ما لم يُخصَّصا بإمام، وكذا جباية الخراج والزكاة، وقيل: لا، وقيل: في الخراج . قال في «التبصرة»: والاحتساب على الباعة والمشتريين وإلزامهم بالشرع .

وقال شيخنا: ما يستفيدة بالولاية لاحد له شرعاً، بل يُتلقى من اللفظ والأحوال والعرف . ونقل أبوطالب: أمير البلد إنما هو مسلط على الأدب، وليس إليه المواريث والوصايا والفروج والحدود والرجم، إنما يكون هذا إلى القاضي . ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل، وأن يوليه خاصاً في أحدهما أو فيهما، فيوليه عموم النظر أو خاصةً بمحلة خاصة، فينفذ حكمه في مقيم بها وطارئ إليها فقط، ولا يسمع بينة في غير عمله وهو محل حكمه .

التصحيح

الحاشية

(١) في (ط): «أو» .

(٢) ليست في الأصل .

وتجب إعادة الشهادة، ذكره أبو الخطاب والقاضي وغيرهما، كتعديلها الفروع . وفي «الرعاية»: يحتمل وجهين .

وله تولية حاكمين فأكثر ببلد*، وقيل: إن اتحد عملهما^(١) - وقيل: أو الزمن أو المحل - فلا . ويُقدّم قول الطالب ولو عند نائب (و) فإن استويا، فأقرب الحاكمين*، ثم القرعة، وقيل: يُعتبر اتفاقهما .

^(٢) قال حرمله: قال الشافعي: لولا شعبة ما عُرف الحديث بالعراق، كان يجيء إلى الرجل فيقول له: لا تحدّث وإلا استعديت عليك السلطان^(٣) .

التصحیح

الحاشية

* قوله: (وله تولية حاكمين فأكثر في بلد) إلى آخره .

أما إذا ولاهما على طريق الاجتماع؛ بحيث ليس لأحدهما الانفراد كالوصيين، فليس مرادهم: ولا مانع منه إذا كان فوقهما من يردان مواضع تنازعهما إليه . قال ذلك في «الاختيارات» . وإنما مرادهم: إذا كان على طريق الانفراد، بحيث ينفرد كل منهما بالحكم . قال في «الاختيارات» عن طريق الانفراد: هي مسألة الكتاب، يعني: مراد «المحرر» . قال في «الرعاية»: فإن لم يخص كل قاض بموضع أو زمن أو عمل أو حكم، فوجهان، فإن صح الإطلاق، قدم قول المدعي وطلبه، فعند أيهما^(٣) شاء حاكم . كما لو وافقه عليه خصمه . وإن طلب المدعي حكم النائب، أجيب، فإن كانا مدعين مختلفين في ثمن مبيع باق، اعتبر أقرب الحاكمين منهما مجلساً، فإن استويا، اقترع الخصمان، وقيل: يقف أمرهما حتى يتفقا على حاكم، ويقدم منهما من طلب حكم المستتيب لا حكم نائبه .

* قوله: (فأقرب الحاكمين) .

أي: أقربهما مجلساً .

(١) في (ط): «علمهما» .

(٢-٢) ليست في الأصل .

(٣) في (د): «أيهم» .

الفروع وفي «الرعاية»: يُقدّم منهما مَنْ طلب حكمَ المستنيب* : وفي «الترغيب»: إن تنازعا، أقرع . وقال ابن عقيل: إن كانا في الحاجز كدجلة والفرات؛ ليس الحاكم في ولاية أحد منهما، فإلى الوالي الأعظم . وقال الشافعي: أيهما سبق إليه بالدعوى، تعيّن حكمه على الخصم، ولا وجه له؛ لأن المكان ليس تحت ولا يتهما، فلا عدوى .

ويشترط كون القاضي بالغاً عاقلاً ذكراً مسلماً عدلاً* - ولو تائباً من قذف . نص عليه، وقيل: إن فسق* بشبهة، فوجهان - متكلماً سميحاً - ولم يذكر أبو الفرج في كتبه كونه بالغاً . وفي «الانتصار» في صحة إسلامه: لا نعرف فيه رواية: فإن سَلِمَ، وفي «عيون المسائل»: يحتمل المنع، . وإن سلم - بصيراً حرّاً - وفيهما وجه، وقيل به في عبد، قاله ابن عقيل

التصحيح

الحاشية * قوله: (وفي «الرعاية»: يقدم منهما من طلب حكمَ المستنيب) .

أي: يقدم من المدعين إذا اختلفا مَنْ طلب حكمَ المستنيب لا حكم نائبه .

* قوله: (عدلاً) إلى آخره .

قال في «الرعاية»: ولا يصح تولية فاسق بفعل محرم إجماعاً، ويعتقد تحريمه، فإن فسق بشبهة، فوجهان .

* قوله: (وقيل: أو فسق) .

الموجود كما في الأصل، والصواب: إن فسق، والدليل عليه قوله: (فوجهان) فأتى بالفاء في جواب «إن» . فقول الشيخ: (عدلاً) منع الفاسق، ثم ذكر طريقة: أن الفاسق بشبهة فيه وجهان، وهي طريقة «الرعاية»، ويحتمل أن يكون قوله: (وقيل) بناءً مشأة من فوق، وجر اللام وتنوينها؛ عطفاً على (قذف) ويكون المعنى: أن التائب من القذف ومن القتل تصح ولايته، وصرح بذلك؛ لأن توبة القاتل مختلف فيها حتى عن أحمد، وعلى هذا؛ يكون اللفظ: فإن فسق، مثل لفظ «الرعاية»،

وأبو الخطاب . وقال أيضاً فيه : - بإذن سيده - مجتهداً إجماعاً، ذكره ابن الفروع حزم، وأنهم أجمعوا على أنه لا يحلُّ لحاكم ولا لمفتٍ تقليدُ رجل، فلا يحكم ولا يُفتي إلاً بقوله . وفي «الإفصاح»: أن الإجماع انعقد على تقليد كلٍّ من المذاهب الأربعة، وأن الحق لا يخرج عنهم، ويأتي في العدالة^(١): لزوم التمسك بمذهب، وجواز الانتقال عنه . قال الشيخ: النسبة إلى إمام في الفروع كالأئمة الأربعة ليست بمذمومة، فإن اختلافهم رحمة واسعة، واتفاقهم حجة قاطعة . قال بعضُ الحنفية: وفيه نظر، فإن الإجماع ليس عبارة عن^(٢) الأربعة وأصحابهم، وليس في كلام الشيخ ما فهمه هذا* .

قال الخطابي وغيره: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اختلاف أمتي رحمة»^(٣) . ذكره في «شرح مسلم» في الوصايا^(٤) . وروي البيهقي^(٥) من

التصحيح

ويكون المصنف قد جزم بطريقة «الرعاية» وعلى الأول: يكون كلام «الرعاية» طريقة، والمقدم الحاشية خلافها، وهو أولى؛ لأن المعروف من كلام الأشياخ اشتراط العدالة من غير تفصيل، والله أعلم .
فائدة: المفتي يبين الحكم الشرعي ويخبر به من غير إلزام، والحاكم يبينه، ويلزم به .
* قوله: (قال بعضُ الحنفية: وفيه نظر؛ فإن الإجماع ليس عبارة عن الأربعة وأصحابهم، وليس في كلام الشيخ ما فهمه هذا) .

لأن الشيخ مراده: أن اتفاق الأئمة الذين هم جمع إمام الذي ذكره في أول كلامه بقوله: (النسبة إلى إمام في الفروع ثم مثل بالأئمة الأربعة، لا أن مراده بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة فقط / ولا ٢٣٢ شك أن اتفاق الأئمة حجة قاطعة؛ لأنه اتفاق المجتهدين . وهذا معنى الإجماع .

(١) ص ٣٤٥ .

(٢) بعدها في الأصل: «الأئمة» .

(٣) ينظر «كشف الخفاء» ١/ ٦٦ .

(٤) شرح مسلم للإمام النووي ١١/ ٩١ .

(٥) في المدخل ١٥٢ .

الفروع رواية جوير - وهو متروك - عن الضحاك، عن ابن عباس - ولم يلقه - مرفوعاً: «مهما أوتيت من كتاب الله، فالعملُ به، لا عذرَ لأحد في تركه، فإن لم يكن في كتاب الله، فسنةُ نبي ماضيةٌ، فإن لم تكن سنةُ نبيٍّ، فما قال أصحابي، إن أصحابي بمنزلة النجوم في السماء، فأياها أخذتم به اهتديتم، واختلافُ أصحابي لكم رحمة». ثم رواه من رواية جوير أيضاً عن جواب* ابن عبيد الله مرفوعاً مرسلًا بنحوه. قال البيهقي: حديثٌ مشهورٌ وهو ضعيفٌ لم يثبت له إسنادٌ. ومن العجب أن عثمان بن سعيد الدارمي صححه في «الردُّ على الجهمية».

وقال أحمد: حدثنا معاذ بن هشام: حدثني أبي، عن قتادة، أن عمر بن عبد العزيز كان يقول: ما يسرني أن أصحاب محمد ﷺ لم يختلفوا؛ لأنهم لو لم يختلفوا لم تكن رخصةٌ. وقال سفيان الثوري، عن أفلح بن حميد، عن القاسم بن محمد، قال: اختلافُ أصحاب محمد ﷺ رحمةٌ لعباد الله ٢٣٧/٢ تعالى. وقال الليث، عن يحيى بن سعيد قال: أهلُ العلم/ أهلُ توسعة^(١).

واختار في «الترغيب»: ومجتهداً في مذهب إمامه، للضرورة، واختار في «الإفصاح» و«الرعاية»: أو مقلداً، وقيل فيه: يُفتي ضرورة*، وقال ابن

التصحيح

الحاشية * قوله: (عن جواب).

هو بالجيم مفتوحة بعدها واو مشددة، ثم ألف ثم باء موحدة. وأما والده، فقليل: ^(٢)عبيد الله، وقيل ^(٢): عبد الله بالتكبير، والأول أصوب، ذكره البخاري، يعني: التصغير.

* قوله: (وقيل فيه: يفتي ضرورة).

والضرورة عدم وجود غيره.

(١) تنظر هذه الآثار في «كشف الخفاء» ٦٦/١.

(٢-٢) ليست في (د).

بشار: ما أعيب على من يحفظ خمسَ مسائل لأحمد يفتي بها . وظاهر نقل الفروع
عبدالله: يفتي غيرُ مجتهدٍ، ذكره القاضي، وحمله شيخنا على الحاجة، نقل
عبدالله فيمن عنده كتب فيها قولُ النبي ﷺ والصحابة والتابعين: لا يجوز
عمله وقضاؤه بما يشاء حتى يسأل أهل العلم: ما يؤخذ به؛ فعلى هذا:
يراعي ألفاظَ إمامه ومتأخرها، ويقلد كبارَ مذهبه في ذلك*، وظاهره: أنه

التصحيح

* قوله: (فعلى هذا: يراعي ألفاظَ إمامه ومتأخرها ويقلد كبارَ مذهبه في ذلك) .

الحاشية

ظاهره: وجوب مراعاة ألفاظ إمامه، وجوب الحكم بمذهب إمامه وعدم الخروج عن الظاهر
عنه، وهذا كله يدل على أنه لا يصح حكمه بغير ذلك؛ لمخالفة الواجب عليه، ولكن قال المؤلف
في «أصوله» في آخره في مسائل الاجتهاد، في مسألة لا يُنقض حكمٌ في مسألة اجتهادية: وإن حكم
مقلدٌ بخلاف إمامه، فإن قلنا: يصح حكمُ المقلد، انبنى نقضه على منع تقليد غيره . ذكره الأمدى،
وهو واضحٌ، ومعناه لبعض أصحابنا . وذكر ابن هبيرة: أن عمله^(١) بقول الأكثر أولى . وظاهرُ ما
ذكره المصنف هنا في هذا الكتاب: وجوب العمل بقول إمامه والمنع من تقليد غيره . وظاهره:
ترجيحُ القول من منع تقليد غيره . وهذا هو اللائقُ بقضاة هذا الزمان، ضبطاً للأحكام، ومنعاً من
الحكم بالتشهي، فإن كثيراً من القضاة لا يخرجون عن مذهب إمامهم لدليل شرعي، بل للرغبة في
الدنيا وكثرة الطمع، فإذا ألزم بمذهب إمامه، كان أضبط وأسلم، والله أعلم . وإنما يحصل ذلك إذا
نقض حكمه بغير مذهب إمامه، وإلا متى أبقيناه، حصل مراد قضاة السوء، ولم تُحسم مادة الشرِّ،
ويرشح ذلك بأن يقال: هذه مسألةٌ خلافيةٌ، فبعضهم ألزمه بذلك، وبعضهم لم يلزمه .

والإمام إذا ولاه الحكم على مذهب إمام دون غيره فهو حكمٌ من الإمام بإلزامه بذلك، فيرتفع
الخلاف . وإنما يبقى الخلاف مع التعيين، لكن هذا البحث فيه نظرٌ على أصل المذهب؛ فإنهم
ذكروا: أنه لو شرط عليه الحكم بمذهب معين، قالوا: لم يصح الشرط، وفي صحة الولاية
خلاف؛ بناء على الشروط الفاسدة، فلم يجعلوا الاشتراط بمنزلة الحكم في المسائل الخلافية .
والمسألة يمكن فيها تطويلُ البحث، وليس هذا موضعه . وفي «الرعاية» في آخر كتاب القضاء:

(١) في (ق): «علمه» .

الفروع يحكم ولو اعتقد خلافه؛ لأنه مقلدٌ، وأنه لا يخرج عن الظاهر عنه، فيتوجه مع الاستواء الخلاف في مجتهد* . ونقل عنه الأثرم: قومٌ يفتون هكذا يتقلدون قول الرجل ولا يبالون بالحديث .

التصحيح

الحاشية

تصح تولية كل مجتهد في مذهب إمام، وإن أمره أن يحكم به وحده، صحَّ، وإن شرط عليه ذلك، بطل الشرط، وفي العقد وجهان . وله أن يحكم بمذهب غيره إن قوي عنده دليله في المسألة، وقيل: لا يحكم فيها بشيء، مع أنه ذكر قبل ذلك بيسير: يلزم كل مقلد أن يلتزم بمذهب معين في الأشهر، فلا يقلد غير أهله، وقيل: بلى، وقيل: ضرورة . ومما يقوي أن ما ذكره المصنف من مراعاة ألفاظ إمامه واجبٌ .

* قوله: (فيتوجه مع الاستواء الخلاف في مجتهد) .

وهو إذا تعارض عند المجتهد دليلان، هل يتوقف أو يخير؟ فيه خلافتٌ تنزله منزلة المجتهد، والمجتهد يجب عليه العمل بما دل عليه الدليل الشرعي، فظاهره: أن المقلد يجب عليه العمل بقول من يقلده، وهو إمامه، وأنه لا يخرج عن قوله، وهذا على قول من يمنعه من تقليد غيره ظاهرٌ، فلعل ظاهر كلامه هنا ترجيحُ هذا القول، والله أعلم . وقد قال المصنف في «أصوله» في آخر مسألة لا ينقض حكم في مسألة اجتهادية: قال بعض أصحابنا: مخالفة المفتي نص إمامه الذي قلده، كمخالفة المفتي نص الشارع . انتهى .

واعلم أن هذا يتوجه على القول بلزوم التمذهب والأخذ برخص ذلك المذهب وعزائمه، وأما على القول بلزوم ذلك، فلا يتوجه لي . قال في «الفتاوى المصرية» في باب ما يفسد الصلاة وما لا يفسدها، في مسألة من صلى منفرداً خلف الصف، فذكر فيها فوائد عظيمة في جملتها: أن الأمة متفقة على أنه إذا اختلف مالك والأوزاعي، أو الثوري وأبو حنيفة، لم يجوز أن نقول هذا أصوب دون هذا، إلا بحجة، والله أعلم . قال النووي الشافعي في «روضة» فرع: لو استقضي مقلد للضرورة، فحكم بمذهب غير مقلده^(١) قال الغزالي في «أصوله»: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده^(١)، نُقض حكمه، وإن قلنا: له تقليد من شاء، لا ينقض .

وقال أحمد لأحمد بن الحسن: ألا تعجب؛ يقال للرجل: قال رسول الله ﷺ، فلا يقنع، وقال فلان، فيقنع؟ وقال له أبو داود: الرجل يسأل أدلة على إنسان يسأله؟ قال: إذا كان يفتي بالسنة لا يعجبني رأي أحد. نقل أبو طالب: عجباً لقوم عرفوا الإسناد وصحته يدعونه ويذهبون إلى رأي سفيان وغيره، قال الله تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ﴾ [النور: ٦٣]، الفتنة: الكفر.

ويحرم الحكم والفتيا بالهوى إجماعاً، ويقول أو وجه، من غير نظر في الترجيح إجماعاً، ويجب أن يعمل بموجب اعتقاده فيما له وعليه إجماعاً، قاله شيخنا. وقيل: يشترط كونه عارفاً بالكتابة. وقال الخرقى وصاحب «الروضة» والحلواني وابن رزين وشيخنا: ورعاً، وقيل: وزاهداً، وأطلق فيهما في «الترغيب» وجهين. وقال ابن عقيل: لا مغفلاً. وقال القاضي في موضع: لا بليداً. وقال أيضاً: لا نافياً للقياس، وجعله ظاهر كلامه.

وقال شيخنا: الولاية لها ركنان؛ القوة والأمانة، فالقوة في الحكم ترجع إلى العلم بالعدل وتنفيذ الحكم، والأمانة ترجع إلى خشية الله تعالى، وهذه الشروط تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأمثل، فالأمثل، وأن على هذا يدل كلام أحمد وغيره، فيؤلى لعدم أنفع الفاسقين وأقلهما شراً، وأعدل المقلدين وأعرفهما بالتقليد. وهو كما قال؛ فإن المروذي نقل، فيمن قال: لا أستطيع الحكم بالعدل: يصير الحكم إلى أعدل منه. قال شيخنا: قال بعض العلماء: إذا لم يوجد إلا فاسق عالم، أو جاهل دين، قدم ما الحاجة إليه أكثر إذن، وقد وجدت بعض فضلاء أصحابنا في زمننا كتب للأنس به ما

الفروع يوافق ذلك، وهو ما قاله أبوبكر الخوارزمي: «الولاية»^(١) أنثى تكبر وتصغر بواليتها، ومطية تحسن وتقبح بممطيها، فالأعمال بالعمال، كما أن النساء بالرجال، والصدور مجالس^(٢) ذوي الكمال. وقد عرف مما سبق أنه لا يعتبر غير ذلك ولا كراهة فيه، فالشاب المتصف بالصفات كغيره، لكن الأسن أولى مع التساوي، ويرجح أيضاً بحسن الخلق وغير ذلك، ومن كان أكمل في الصفات.

ويولي المولى مع أهليته، وكان نافع بن عبد الحارث الخزاعي^(٣) - وهو صحابي خلافاً للواقدي - عاملاً لعمر، على مكة، فلقبه بعُصفان، فقال له: من استعملت على أهل الوادي؟ يعني: مكة؛ لأن الوادي منفرج ما بين كل^(٤) جبلين، فقال: ابن أبزى، يعني: عبد الرحمن بن أبزى مولى نافع هذا، وهو مختلف في صحبته، فقال عمر: ومن ابن أبزى؟ فقال: مولى من مواليها، فقال: استخلفت عليهم مولى؟ فقال: إنه قارئ لكتاب الله، عالم بالفرائض، فقال له عمر: أما إن نبيكم ﷺ قد قال: «إن الله تعالى يرفع بهذا الكتاب أقواماً ويضع به آخرين». رواه مسلم وأحمد^(٥). وقال - بعد قوله: عالم بالفرائض: - قاضي.

ولا يمنع ذهاب عين ولاية الإمام الكبرى، ذكره أصحابنا.

التصحيح

الحاشية

(١) في (ط): «الولاية».

(٢) في (ر) و(ط): «مجلس».

(٣) ليست في (ط).

(٤) مسلم (٨١٧) (٢٦٩)، أحمد (٢٣٢).

الفروع

فصل

والمجتهدُ: مَنْ يعرف من الكتاب والسنة الحقيقة والمجاز، والأمر والنهي، والمُبَيَّن والمُجْمَل، والمُحْكَم والمتشابه، والعام والخاص، والمطلق والمقيد، والناسخ والمنسوخ، والمستثنى والمستثنى منه، وصحيح السنة وسقيمها، وتواترها وآحادها، مما يتعلق بالأحكام، والمجمع عليه والمختلف فيه، والقياس وشروطه، وكيف يستنبط، والعريية المتداولة^(١) بحجاز وشام وعراق، فمن عرف أكثره، صَلَحَ للفتيا والقضاء، وقيل: ويعرف أكثر الفقه .

وقال أبو محمد الجوزي: من حَصَلَ أصول الفقه وفروعه، فمجتهد ولا يقلد أحداً، وعنه: يجوز مع ضيق الوقت، وفي «الرعاية»: له لخوفه على خصوم مسافرين فوت رفقتهم في الأصح، ويتجزأ الاجتهاد في الأصح*، وقيل: في باب، لا مسألة .

ويلزم ولي الأمر منع مَنْ ليس أهلاً . قال شيخنا: وأكثر من تميّز في العلم من المتوسطين إذا نَظَرَ وتأمل أدلة الفريقين بقصد حسن ونظر تام، ترجّح عنده أحدهما، لكن قد لا يثق بنظره، بل يحتمل أن عنده ما لا يعرف جوابه . والواجب على مثل هذا موافقته للقول الذي ترجّح عنده بلا دعوى

التصحيح

الحاشية

* قوله: (ويتجزأ الاجتهاد في الأصح) .

هو بجيم بعدها زاي معجمة، ومعناه: أن الإنسان إذا حَصَلَ شروط الاجتهاد في بعض المسائل دون بعض؛ هل يحكم بأنه مجتهد في المسائل التي حَصَلَ شروط الاجتهاد فيها، أو لا يكون مجتهداً حتى يحَصَلَ شروط الاجتهاد في جميع المسائل؟ فيه الخلاف .

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

الفروع منه للاجتهاد، كمجتهد في أعيان المفتين والأئمة إذا ترجح عنده أحدهما قلده .

والدليل الخاص الذي يُرجَّح به قولاً على قول أولى بالاتباع من دليل عام، على أن أحدهما أعلم وأدين . وعلم أكثر الناس بترجيح قول على قول في أكثر الأمور أيسر من علم أحدهم بأن أحدهما أعلم وأدين*؛ لأن الحق واحد ولا بُد .

ويجب أن ينصب^(١) على الحكم دليلاً، وأدلة الأحكام من الكتاب والسنة والإجماع، وتكلم فيها الصحابة وإلى اليوم^(٢) بقصد حسن، بخلاف الإمامية^(٣). وقال أيضاً: النبیه الذي سمع اختلاف العلماء، وأدلتهم في الجملة عنده ما يعرف به رجحان القول، قال: وليس لحاكم وغيره أن يبتدئ الناس بقهرهم على ترك ما يسوغ وإلزامهم برأيه واعتقاده^(٤) اتفاقاً، فلو جاز هذا، لجاز لغيره مثله وأفضى إلى التفرق والاختلاف . نقل أحمد بن الحسين بن حسان^(٥): لا ينبغي أن يُشبه الشيء بالشيء ويقيس^(٥)، إلا رجل

التصحیح

الحاشية * قوله: (وعلم أكثر الناس بترجيح قول على قول في أكثر الأمور أيسر من علم أحدهم بأن أحدهما أعلم وأدين) .

أي: تحصيل الراجح من الخلاف بالنظر بالدليل ومعرفته أيسر على الإنسان من تحصيل أي الإمامين أعلم وأدين حتى يأخذ بقوله ويقلده .

(١) بعدها في النسخ الخطية و(ط): «الله» . ينظر: «الاختيارات» ص ٣٣٣ .

(٢) في (ط): «الآن» .

(٣) في النسخ الخطية و(ط): «الإمامين» والمثبت من «الاختيارات» ٣٣٣ .

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

(٥) ليست في (ر) و(ط) .

الفروع

عالمٌ كبيرٌ يعرف كيف يُشَبَّه الشيء بالشيء .

ونقل أبو الحارث: لا يجوز الاختيارُ إلا لعالم بالكتاب والسنة مميّز، فيختار الأقرب والأشبه بهما فيعمل به . قال الشافعي: ليس للإمام أن يولي حاكماً، ولا يحلُّ للحاكم أن يحكم^(١)، ولا ينبغي للمفتي أن يفتي حتى يكون عالماً بالكتاب؛ ناسخه ومنسوخه، وعامّه وخاصّه، وفرضه وأدبه، عالماً بالسنن وأقاويل أهل العلم، قديماً وحديثاً، عالماً بلسان العرب، عاقلاً، يميّز بين المشتبه، ويعقل القياس، عدلاً .

قال البيهقي: واشترط في القديم مع هذا أن يكون عالماً كيف يأخذ الأحاديث، فلا يردُّ منها ثابِتاً، ولا يُثبت منها ضعيفاً . وسئل ابن المبارك: متى يفتي الرجل؟ فقال/ : إذا كان عالماً بالأثر، بصيراً بالرأي .

٢٣٨/٢

وقال عبدالرحمن بن مهدي: لا يكون الرجل إماماً حتى يعلم ما يصح مما لا يصح؛ حتى لا يحتجَّ بكل شيء، وحتى يعلم مخارج العلم . وفي وجوب تقديم معرفة الفقه على أصوله وجهان^(٢) .

التصحيح

مسألة - ٢: قوله: (وفي وجوب تقديم معرفة الفقه على أصوله وجهان) انتهى:

أحدهما: يجب تقديم معرفة الفقه، اختاره القاضي وغيره . قال في «آداب المفتي»: وهو أولى .

والوجه الثاني: يجب تقديم معرفة أصول الفقه، اختاره ابن عقيل وابن البناء وغيرهما . قال في «آداب المفتي»: وقد أوجب ابن عقيل وغيره تقديم معرفة أصول الفقه على فروعه؛ ولهذا ذكره أبوبكر وابن أبي موسى والقاضي وابن البناء في أوائل كتبهم الفروعية . وقال أبو البقاء العكبري: أبلغ ما توصل به إلى إحكام الأحكام إتقان أصول

الحاشية

(١) في النسخ الخطية: «يقبل» .

الفروع ويقلد العامي من ظنه عالماً . فإن جهل عدالته ، فوجهان^(٣٢) وميتاً ، في الأصح* ، والعامي يُخبر فقط ، فيقول : مذهب فلان كذا ، ذكره ابن عقيل وغيره ، وكذا قال شيخنا : الناظر المجرد يكون حاكياً^(١) لما رآه^(٢) لا مفتياً . وفي آداب «عيون المسائل» : إن كان الفقيه مجتهداً يعرف صحة الدليل ، كتب الجواب عن نفسه ، وإن كان ممن لا يعرف الدليل ، قال : مذهب أحمد كذا ،

التصحيح الفقه ، وطرف من أصول الدين . انتهى . وقال القاضي شرف الدين بن^(٢) قاضي الجبل في أصوله تبعاً لـ : «مسودة ابن تيمية» وابن حمدان في «رعايته الكبرى» : تقديم معرفتها على الفروع أولى عند ابن عقيل وغيره . قلت : في غير فرض العين ، وعند ابن عقيل عكسه . انتهى .

فظاهر كلام هؤلاء : أن محلّ الخلاف في الأولوية لا في الوجوب ، وهو أولى ، وكلام غيرهم في الوجوب ، ينبغي أن يحمل على ما قلنا .
مسألة - ٣ : قوله : (ويقلد العامي من ظنه عالماً ، فإن جهل عدالته ، فوجهان) انتهى :

أحدهما : عدم الجواز ، وهو الصحيح ، نصره الشيخ في «الروضة» ، وقدمه الطوفي في «مختصره» ، والمصنف في «أصوله» .
والوجه الثاني : الجواز ، قدمه في «آداب المفتي» . قلت : ولعل الخلاف مبني على أن الأصل في الإنسان ؛ هل هو العدالة أو الفسق ، وقد نقلت في ذلك ما تيسر من كلام الأصحاب في «الإنصاف»^(٣) في باب طريق الحكم وصفته ، فمن أراحه فليطلبه هناك .

الحاشية * قوله : (وميتاً في الأصح) .

أي : يجوز تقليد الميت على أصح الوجهين ؛ لأن قوله لا يبطل بموته ، فجاز تقليده . ووجه عدم الجواز : أنه لا يعلم لو كان حياً ، هل يبقى على ذلك القول ، أم لا ؟ .

(١-١) ليست في النسخ الخطية ، والمثبت من (ط) .

(٢) في (ط) : «من» .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٨ / ٤٨٠ .

الفروع

مذهبُ الشافعي كذا، فيكون مخبراً لا مفتياً .

وفي «المغني»^(١) إن قيل: المفتي يجوز أن يخبر بما سمع، قلنا: ليس إذاً مفتياً، بل مخبرٌ*، فيحتاج يخبر عن رجل بعينه مجتهد، فيكون معمولاً بخبره لا بفتياه . بحثه لما اعتبر الاجتهاد* .

ومن عدم مفتياً ببلده وغيره، فحكمه ما قبل الشرع . وقيل: يُفتي مستور الحال، ويفتي الفاسق نفسه، ويحرم تساهل مفت، وتقليد معروف به . قال المروذي: أنكر أبو عبد الله على من يتهجم في المسائل والجوابات، وقال: ليتق الله عبداً، ولينظر ما يقول، فإنه مسؤول . وقال: يتقلد أمراً عظيماً . وقال: عرضها لأمرٌ عظيمٌ، إلا أنه قد تجيء ضرورة . قال الحسن: إن تركناهم وكلناهم إلى غير سديد^(٢) . وقال شيخنا: لا يجوز استفتاء إلا ممن يفتي بعلم وعدل . ونقل ابن منصور: لا ينبغي أن يجيب في كل ما يستفتى .

التصحيح

* قوله: (وفي «المغني»: إن قيل: المفتي يجوز أن يخبر بما سمع، قلنا: ليس إذاً مفتياً^(٣))، بل مخبراً) إلى آخره .

المراد بالمخبر هنا: المخبر عن قول المفتي من العلماء . والمفتي هو مخبر أيضاً لكن عن ما دل عليه الدليل الشرعي؛ فالمفتي مبین للحكم الشرعي بطريق الاستخراج له من الدليل، والحاكم مبین وملزم، فالحاكم يزيد على المفتي بالإلزام . أشار إلى ذلك القرافي في آخر الفرق الثاني من «فروقه» . ومعناه في «الاختيارات» .

* قوله: (بحثه لما اعتبر الاجتهاد) .

أي: في «المغني» بحث هذا البحث، لما ذكر اعتبار الاجتهاد في المفتي .

(١) ١٥/١٤ .

(٢) في الأصل: «شديد» .

(٣) في (ق): «تقليداً» .

الفروع ونقل محمد بن أبي طاهر عنه: لست أفتي في الطلاق بشيء . ونقل محمد ابن أبي حرب، و^(١) سئل عن يفتي بغير علم، قال: يروى عن أبي موسى: يمرق من دينه . ونقل أبو داود أنه ذكر: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤]، عن ابن عباس أنه ليس بكفر ينقل عن الملة . ونقل الأثرم: إذا هاب الرجل شيئاً، لا ينبغي أن يحمل على أن يقول*: وسئل أحمد عن مسألة في اللعان فقال: سل^(٢) رحمك الله عما تنتفع به . وقال أيضاً: دعنا من المسائل المحدثه، خذ فيما فيه حديث . وقال شيخنا: فيمن سأله عن رجل استولد أمة ثم وقفها في حياته؛ هل يكون وقفاً بعد موته؟ قال: السائل لهذه المسألة يستحق التعزير البالغ الذي يزجره وأمثاله من الجهال عن مثل هذه الأغلوطات . فإن هذا السائل إنما قصد التغليط^(٣) لا الاستفتاء، وقد نهى رسول الله ﷺ عن أغلوطات المسائل^(٤)، إذ لو كان مستفتياً، لكان حقه أن يقول: هل يصح وقفها أم لا؟ أما سؤاله عن الوقف بعد الموت فقط مع ظهور حكمه، فتليس على المفتي، وتغليط حتى أظن أن وقفها في الحياة صحيح . وقال ابن هبيرة عن قول أبي موسى: سئل النبي ﷺ عن أشياء كرهها، فلما أكثر عليه غضب . الحديث . متفق عليه^(٥).

التصحیح

الحاشية * قوله: (ونقل الأثرم: إذا هاب الرجل شيئاً، لا ينبغي أن يحمل على أن يقول) .

يعني: إذا خاف العالم من الكلام في مسألة، لا يلزم بالقول فيها، بل يُترك، ولا يُكره على الكلام فيها .

(١) ليست في (ط) .

(٢) في (ط): «مثل» .

(٣) في (ط): «التغليط» .

(٤) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٣٦٨٨) من حديث معاوية بن أبي سفيان عن النبي ﷺ أنه نهى عن الغلوطات .

(٥) البخاري (٩٢)؛ مسلم (٢٣٦٠) .

قال: يدل على كراهية كثرة السؤال، قال: ولا أرى ذلك مكروهاً إلا السؤال الفروع عما لا يعني، أو تصوير أحداث لم تقع، ولا يتصور وقوعها إلا نادراً، فلا يشغل بها الوقت العزيز، ولا يلتفت لأجلها عن أهم منها .

وإن اعتدلّ عنده قولان، وقلنا: يجوز*، أفتى بأيّهما شاء، وإلا تعين الأحوط . وله تخيير من أفتاه بين^(١) قوله وقول مخالفه*، روي عن أحمد، وقيل: يأخذ به إن لم يجد غيره أو كان أرجح . سأله أبوداود عن الرجل يسأل عن المسألة: أدله على إنسان يسأله؟ قال: إذا كان الذي أرشد إليه يتبع

التصحيح

الحاشية

* قوله: (وإن اعتدلّ عنده قولان، وقلنا: يجوز) .

هكذا وقع في النسخ، والذي يظهر لي: وقلنا: يجوز، أي: تعادلّ قولين بناء على القاعدة المذكورة في الأصول، وهي: ^(٢) «هل يجوز» تعادلّ دليلين ظنيين أم لا؟ وفيه قولان . فإن قلنا: يجوز، جاز تعادلّ قولين لتعادلّ الدليلين، وإن قلنا: لا يجوز تعادلّ الدليلين، لم يجز تعادلّ قولين . وهذا هو الأظهر عنه . قاله في خطبة «الرعاية» . قال المصنف في «أصوله»: تعادلّ دليلين قطعيين محالّ اتفاقاً؛ لاستلزام كلّ منهما مدلوله، وكذا ظنيين، فيجتهد في الترجيح ويقف إلى أن نتبينه عند أصحابنا، وأكثر الشافعية -، وذكر بعض أصحابنا: إن عجز عن الترجيح، قلد عالماً . وذكر بعض / أصحابنا رواية عن أحمد: يجوز تعادلّهما، واختاره ابن عقيل ضمن مسألة القياس، وذكر الأول يعني: عدم التعادلّ عن الفقهاء وكل من صوب واحداً، وكذا في «التمهيد» المسألة مبنية عليه، فعلى هذا: يتخير الكفارة وغيرها .

٢٣٣

* قوله: (وله تخيير من أفتاه بين قوله وقول مخالفه) .

الظاهر: أن هذا مفرغ على المسألة المذكورة، وهي ما إذا اعتدلّ عنده قولان . وكذلك هو ظاهر «الرعاية»، ذكره في خطبة الكتاب، لكن قيد التخيير بأن لا يكون المجتهد حاكماً .

(١) في (ط): «بني» .

(٢-٢) ليست في (د) .

الفروع ويفتي بالسنة . فقليل له : إنه يريد الاتباع ، وليس كل قوله يصيب ، قال : ومن يصيب في كل شيء ؟ ! قلت : يُفتي برأي مالك ؟ قال : لا يتقلد من مثل هذا بشيء .

ومراؤه أن مالكا - رحمه الله تعالى - عند أحمد غاية ؛ ولهذا نقل أبو داود^(١) عنه : مالك أتبع من سفيان . ونقل عنه أيضاً : لا يعجبني رأي مالك ولا رأي أحد . وقال ابن الجوزي في كتابه «السر المكتوم» : هذه الفصول هي أصول الأصول ، وهي ظاهرة البرهان ، لا يهولنك مخالفتها لقول مُعْظَم في النفس ولطعام^(٢) ، وقد قال رجل لعلي عليه السلام : أنتنُ أنا نزن أن طلحة والزبير على الخطأ وأنت على الصواب ؟ فقال : إنه ملبوسٌ عليك ، اعرف الحقَّ تعرف أهله^(٣) . وقال رجل للإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله - : إن ابنَ المبارك قال : كذا ، فقال : إن ابنَ المبارك لم ينزل من السماء . وقال أحمد : من ضيق علم الرجل أن يقلد ، والله أعلم . وقال أيضاً : لما بعث الله تعالى محمداً ﷺ بعثه على أقوم منهاج ، وأحسن الآداب ، فكان أصحابه على طريقه وجمهورُ التابعين ، ثم دخلت آفاتٌ وبدعٌ ، فأكثرُ السلاطين يعملون^(٤) بأهوائهم وآرائهم ، لا بالعلم ، ويسمون ذلك سياسة ، والسياسةُ هي الشريعة .

والتجار يدخلون في الربا ولا يعلمون ، وقد يعلمون ولا يبالون ، وصار

التصحيح

الحاشية

(١) بعدها في (ط) : «و» .

(٢) كذا ، ولعلها : «لطعام» .

(٣) أورده القرطبي في «تفسيره» ٣٤٠/١ والمناوي في «فيض القدير» ٢١٠/١ .

(٤) في (ط) : «يعلمون» .

جمهور العلماء يسامح في تخليط؛ منهم من يقتصر على صورة العلم ويترك الفروع العمل به، ظناً منه أنه لكونه عالماً، وقد نسي أن العلم حجة عليه. ومنهم من يطلب العلم للرياسة، لا للعمل به، فيناظر ومقصوده الغلبة، لا بيان الحق، فينصر^(١) الخطأ. ومنهم من يجترئ على الفتيا وما حصّل شروطها. ومنهم من يداخل^(٢) السلاطين، فيتأذى هو مما يرى من الظلم ولا يمكنه الإنكار، ويتأذى السلطان^(٣)، فيقول: لولا أنني على صواب ما جالسني هذا، ويتأذى العوام بذلك^(٤)، فيقولون: لولا أن أمر السلطان قريباً ما خالطه هذا العالم.

ورأيت الأشراف يثقون بشفاعه آبائهم، وينسون أن اليهود بنو إسرائيل، ورأيت القضاة لا ينظرون في الصحيح، ويبيعون بسوق الوقت*، ورأيت أكثر العباد على غير العادة، فمنهم من صح قصده، ولا ينظرون في سيرة الرسول وأصحابه، ولا في أخلاق الأئمة المقتدى بهم، بل قد وضع جماعة من الناس لهم كتباً فيه^(٥) رقائق قبيحة، وأحاديث غير صحيحة، وواقعات تخالف الشريعة، مثل كتب الحارث المحاسبي، وأبي عبدالله الترمذي، وأبي طالب المكي، فيسمع المبتدئ ذم الدنيا ولا يدري ما المذموم، فيتصور

التصحيح

الحاشية

* قوله: (ويبيعون بسوق الوقت).

أي: ما قبل منهم وكان رائجاً عند السامعين قالوه، صحيحاً كان أو غيره.

(١) في (ط): «فينظر»

(٢) في (ط): «يدخل».

(٣) ليست في (ط).

(٤) ليست في النسخ الخطية.

(٥) هكذا في النسخ الخطية و(ط)، ولعل الصواب: «فيها».

الفروع ذم ذات الدنيا، فينقطع في الجبل، ويقتصر على البلوط والكمثرى، أو اللبنة أو العدس، وإنما ينبغي لقاصد الحج أن يرفق بالناقة* ليصل.

ثم ذكر بعض ما نقل عن أبي يزيد، وداود الطائي، وبشر، وغيرهم؛ فحلف أبو يزيد: لا يشرب الماء سنة. وكان داود يشرب الماء الحار من دن، ويقول بشر: أشتهي منذ خمسين سنة الشواء فما صفا لي درهمه. وتكلم عليه بمقتضى الشرع، وقال: التقليد للأكابر أفسد العقائد، ولا ينبغي أن يناظر بأسماء الرجال، إنما ينبغي أن يتبع الدليل، فإن أحمد بن حنبل أخذ في الجد بقول زيد بن ثابت، وخالف أبا بكر الصديق - رضي الله عنهم -، وقد قال علي عليه السلام: اعرف الحق، تعرف أهله^(١).

وقد ذكر لأحمد بن حنبل كلمات / عن إبراهيم بن أدهم، فقال: وقفنا^(٢) في ثنيات^(٣) الطريق، عليك ما كان عليه رسول الله ﷺ وأصحابه. وتكلم أحمد في الحارث المحاسبي، وبلغه عن سري السقطي أنه قال: لما خلق الله تعالى الحروف، وقف الألف وسجدت الباء. فقال: نقرأ الناس عنه. وكان الشافعي يرد على مالك. وهذه طريقة المتزهدين، لم يكن عليها الرسول ﷺ ولا أصحابه، ولا سلكوا ما رتبته أبوطالب المكي في الرياضة،

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإنما ينبغي لقاصد الحج أن يرفق بالناقة).

مراده: أن الإنسان يرفق بنفسه؛ ليقوى على الطاعة.

(١) تقدم ص ١١٦.

(٢) في النسخ الخطية: «وقفنا».

(٣) في (ر): «بنيات».

ثم ذكر أن هؤلاء المتزهدين إن رأوا عالماً لبس ثوباً جميلاً، أو تزوج مستحسنة، أو ضحك، عابوه . وهذا في أوائل الصوفية، فأما في زماننا، فلا يعرفون التعبد ولا التقلل، وقنعوا في إظهار الزهد بالقميص المرقع، فما العجب في نفاقهم، إنما العجبُ نَفَاقُهُمْ . ثم ذكر أنهم يدخلون في قوله تعالى: ﴿سَتَذَرُهُمْ مِّنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الأعراف: ١٨٢] . وكيف لا يوصف بالاستدراج مَنْ يعمل لثبوت الجاه بين الخلق، ويمضي عمره في تربية رياسته ليقال: هذا فلان، أو في تحصيل شهواته الفانية مع سوء القصد. وقال: طلبُ الرياسة والتقدمُ بالعلم^(١) مهلكة^(٢) لطالبي ذلك، فترى أكثر المتفقهين يتشاغلون بالجدل، ويكثر منهم رفعُ الأصوات في المساجد بذلك، وإنما المقصودُ الغلبةُ والرفعةُ، فهم داخلون في قوله ﷺ: «من تعلم علماً ليباهي به العلماء، أو ليماري به السفهاء، أو ليصرف وجوه الناس إليه، لم يَرَحْ رائحةَ الجنة»^(٣). ومنهم من يفتي ولم^(٤) يبلغ درجة الفتوى، ويرى الناس صورة تقدمه فيستفتونه، ولو نظر حقَّ النظر وخاف الله تعالى، علم أنه لا يحلُّ له أن يفتي .

وإن حَدَثَ ما لا قول فيه، تكلم فيه حاكمٌ ومجتهدٌ ومفتٍ، وقيل: لا يجوزُ، وقيل: في الأصول . وله ردُّ الفتيا إن كان بالبلد قائم مقامه، وإلا لم

التصحيح

الحاشية

(١) في الأصل: «على العلم» .

(٢) في الأصل: «ملكي» .

(٣) أخرجه بنحوه الترمذي (٢٦٥٤)، من حديث كعب بن مالك عن أبيه .

(٤) في (ط): «ولا» .

الفروع تَجُزْ، وإن كان معروفٌ* عند العامة بالفتيا^(١)، وهو جاهلٌ، تَعَيَّنَ الجواب .
وقال شيخنا: الأظهرُ: لا يجب في التي قبلها*، كسؤال عاميٍّ عما لم يقع،
ويتوجه مثله حاكمٌ في البلد غيره لا يلزمه الحكم، وإلا لزمه . وفي
«عيون المسائل» في شهادة العبد* : الحكمُ يتعين بولايته حتى لا يمكنه ردُّ
محتكمين إليه، ويمكنه ردُّ من يستشهده، وإن كان متحملاً لشهادة فنادراً أن لا
يكونَ سواه . وفي الحكم لا ينوب البعضُ عن البعض، ولا يقول لمن ارتفع
إليه : امض إلى غيري من الحكام .

ويتوجه في المفتي والحاكم تخريجٌ من الوجه في إثم من دُعي إلى
شهادة، قالوا: لأنه تعين عليه بدعائه، لكن يلزم عليه إثم كلٍّ من عُيِّن في كل

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن كان معروفٌ) .

كان تامة، ومعروفٌ اسمها، أي: وإن وجد معروفٌ عند العامة بالفتيا، وهو جاهلٌ، لم يجز لمن
هو أهلُ ردِّ الفتيا؛ خوفاً من أن يفتي بها الجاهلُ .

* قوله: (فقال شيخنا: الأظهرُ: لا يجب في التي قبلها)

وهي ما إذا لم يكن في البلد مَنْ يقوم مقامه . قد ذكر المصنف أنه لا يجوز ردُّ الفتيا بقوله: (وإلا
لم يجز) والشيخ يقول: إذا كانت المسألةُ مما لم يقع لا يجب الجوابُ، وما ذكره الشيخ هو
مقتضى كلام أحمد السابق^(٢) لما سئل عن مسألة اللعان، فإنه قال: (سل رحمك الله عما تنتفع به) .

* قوله: (وفي «عيون المسائل» في شهادة العبد) إلى آخره .

أي: في «عيون المسائل» لما ذكر شهادة العبد، ذكر في ضمنها هذه المسألة، وهي قوله: (الحكم
يتعين بولايته حتى لا يمكنه ردُّ محتكمين إليه) . فهذا وما بعده يدل على أنه لا يُردُّ الحكم، ولو
كان في البلد من يقوم به غيره .

(١) في النسخ الخطية: «بفتيا» .

(٢) ص ١١٤ .

فرض كفاية، فامتنع، وكلامهم في الحاكم ودعوة الوليمة وصلاة الجنازة الفروع خلافه، وإن توجه تخريب في الكل، وإلا قيل: الأصل التعيين بالتعيين، وفي الكل خولف في الشهادة على وجه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فيقتصر عليه.

وقوله: كسؤال عما لم يقع.

ومن قوى عنده مذهب غير إمامه، أفتى به وأعلم السائل.

ومن أراد كتابة في فتيا أو شهادة، لم يجز أن يكبر خطه؛ لتصرفه في ملك غيره بغير إذنه، ولا حاجة، كما لو أباحه قميصه فاستعمله فيما يخرج عن العادة بلا حاجة، ذكره في «ذالمنثور» وغيره. وكذا في «عيون المسائل»: إذا أراد أن يفتي أو يكتب شهادة، لم يجز له أن يوسع الأسطر، ولا يكثر إذا أمكن الاختصار؛ لأنه تصرف في ملك غيره بلا إذنه، ولم تدع الحاجة إليه.

ولا يجوز إطلاق^(١) الفتيا في اسم مشترك إجماعاً، بل عليه التفصيل؛ فلو سئل، هل له الأكل بعد طلوع الفجر؟ فلا بد أن يقول: يجوز بعد الفجر الأول لا الثاني. وأرسل أبو حنيفة إلى أبي يوسف يسأله عمن دفع ثوباً إلى قصار فقصره وجحدته، هل له الأجرة مع جحدته إن عاد وسلمه إلى ربه؟ وقال: إن قال: نعم، أو لا، أخطأ، ففطن أبو يوسف*، فقال: إن قصره قبل

التصحیح

الحاشية

* قوله: (فَفَظَنَ أَبُو يُوسُفَ)

من بابي: تعب، وقبل، ورجل فَظَنَ لخصومته: عالم بوجهها حاذق، ورجل فَظَنَ: له سجية.

(١) في (ط): «إطلاق».

الفروع جحود، فله، وبعده لا؛ لأنه قصّره لنفسه. وسأل أبو الطيب^(١) قوماً عن بيع رطل تمر برطل تمر، فقالوا: يجوز، فخطأهم، فقالوا: لا، فخطأهم، فقال: إن تساويا كيلا، جاز. فهذا يوضح خطأ مُطلقِ الجواب في مسألة احتملت التفصيل، ذكره في «الفنون»، وأن الشرع والعقل أوجبا التحرز من العوام بالتقية. وأنه لا إقالة لعالم زلّ في شيء مما يكرهونه. وقال له قائل: ينبغي أن تفتي بظاهر الذي تسمع، فقال: ليس كذلك، فإني لو سئلت عمن قال لرجل: يا عالم، يا فاضل، يا كريم، هل هو مدح أم لا؟ فإننا لا نفتي حتى نعلم، فإن كان في ذلك معان تنطبق عليها هذه الأوصاف*، وإلا فهي مَجَانَةٌ واستهزاء، وقيل له في «مفرداته» عن جماع الأعرابي في نهار رمضان لم يستفصله النبي ﷺ؛ هل كان سفرأ أو حضراً^(٢). فقال: شاهده وظاهره يقتضي أنه حاضر، فعلامة ذلك^(٣) ودلالته أغنته.

وما منع تولية القضاء منع دوامها، فينزل به. وفي «المحرر» فَقَدْ سَمِعَ أو بصر بعد الثبوت عنده له الحكم فيه، وقاله في «الانتصار» في فَقَدْ بصر، وقيل: إن تاب فاسق أو أفاق مَنْ جُنَّ أو أُغْمِيَ عليه، وقلنا: ينزل

التصحیح

الحاشية * قوله: (تنطبق عليها هذه الأوصاف).

هي العلم والفضل والكرم التي وصف بها في قوله: (يا عالم يا فاضل يا كريم . . . وإلا فهي مجانة).

المجانة الهزل، يقال: مَجْنٌ مُجُوناً من باب: قعد.

(١) لعله: عثمان بن عمرو بن المتاب، أبو الطيب، إمام جامع المدينة ببغداد، حدث عن البغوي وابن الصاعد وغيرهما، وكان رجلاً صالحاً. (ت ٣٨٩هـ) «الطبقات» ١٦٦/٢، «المنهج الأحمد» ٣١١/٢.

(٢) تقدم تخريجه ٥٥/٥.

(٣) في (ط): «ذل».

بالإغماء، فولايته باقية . وفي «الترغيب»: إن جُنَّ ثم أفاق، احتمل وجهين، الفروع و^(١) في «المعتمد»: إن طرأ جنونٌ؛ فقليل: إن لم يكن مُطَبَّقاً*، لم ينعزل، كالإغماء، وإن أطبق به، وجب عزله . واختلفت الشافعية؛ فقليل: مدة سنة؛ لتكميل إيجاب العبادات، وقيل: شهرٌ؛ لإيجاب رمضان مع الصلاة، وقيل: يوماً وليلة؛ لإيجاب الصلاة، والأشبهُ بقولنا الشهر؛ لأنَّ أحمدَ أجاز شهادة من يُخْنَق أحياناً^(٢)، وقال: في الشهر مرة، كذا قال .

وإن مرضَ مرضاً يمنع القضاء، تعين عزله، و^(١) في «المغني»^(٣): يعزل، وإن زالت ولاية المولى* أو عزل مَنْ ولاه أو غيره المستحق للولاية، والأشهرُ: بل الصالح لها، لم ينعزل الحاكم؛ لأنَّه عقدٌ لمصلحة المسلمين،

التصحیح

الحاشية

* قوله: (إن لم يكن مُطَبَّقاً) .

هو بضم الميم وكسر الباء، وهو الدائم .

* قوله: (وإن زالت ولاية المولى) .

المراد به هنا: الإمام، قيده بذلك في «المحرر» وهو مرادُ المصنف، بدليل قوله بعد ذلك: (وقيل: بلى، كئنا به بزوال ولاية مستنبيه) أي: إذا كان المستنيب غير الإمام . قال في «المحرر»: وإذا مات الإمام أو عزل من ولاه، لم ينعزل، وقيل: ينعزل كما لو كان الميت أو العازل قاضياً، فالحاصلُ أن المولى في كلام المصنف بكسر اللام، هو الذي صدرت منه الولاية . وزوال ولايته مثل أن يموت أو عزل مَنْ ولاه . فاعل عزل ضمير يعود على المولى، وهو المستنيب . و«مَنْ» مفعول «عزل»، وهو النائب، أو غيره بنصب غيره عطفاً على المفعول وهو «مَنْ» والمعنى: عزل مَنْ ولاه أو عزل مَنْ كان مَوْلىً ممن قبله .

(١) ليست في (ط) .

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

(٣) ٨٨/١٤ .

الفروع كعقده نكاح موليته لم يفسخه، ذكره الشيخ، وقيل: بلى، كنائبه بزوال ولاية مستنييه* . وفيه في «الأحكام السلطانية» قول: لا، واختاره في «الترغيب»، وجزم بأنه ينزل نائبه في أمر معين من سماع شهادة معينة، وإحضار مستعدى عليه، فعلى هذا الوجه: لو عزله في حياته، لم ينزل، وقيل: لا ينزل بموته بل بعزله، اختاره جماعة . قال في «المغني»^(١): كالوالي . قال شيخنا: كعقد وصي وناظر عقداً جائزاً، كوكالة وشركة ومضاربة، ومثله كل عقد لمصلحة المسلمين، كوال، ومن ينصبه لجباية مال وصرفه، وأمر الجهاد ووكيل بيت المال والمحتسب، ذكره شيخنا، وهو ظاهر كلام غيره . وقال أيضاً في الكل: لا ينزل بانعزال المستنيب وموته حتى يقوم غيره مقامه . وفي «الرعاية» في نائبه في الحكم، وقيم الأيتام، وناظر الوقف ونحوهم أوجه، ثالثها: إن استخلفهم بإذن من ولأه - وقيل: وقال: استخلف عنك - انعزلوا، ولا يبطل ما فرضه فارض في المستقبل، وفيه احتمال .

التصحيح

الحاشية * قوله: (وقيل: بلى، كنائبه بزوال ولاية مستنييه) .

المراد هنا بالمستنيب: غير الإمام . كما إذا كان قاضياً، فإن نائبه ينزل بموته أو عزله، وأما نائب الإمام، فقد قدم أنه لا ينزل نائبه بموته ولا عزله إذا كان صالحاً . قال في «المحرر»: وإذا مات الإمام أو عزل من ولأه، لم ينزل، وقيل: ينزل كما لو كان الميت أو العازل قاضياً . ثم ذكر المصنف في هذا النائب قولاً: لا ينزل . واختاره في «الترغيب» . فصارت الأقوال ثلاثة إذا زالت ولاية المولى أو عزل النائب .

أحدها: لا ينزل . قدم ذلك بقوله: (لم ينزل الحاكم)

والقول الثاني: ينزل، أشار إليه بقوله: (وقيل: بلى)

٢٤٠ / ٢

وفي/ عزله قبل علمه وجهان^(٤٢).

وله عزل نفسه، في الأصح، وقال صاحب «الرعاية»: إن لم يلزمه الفروع

التصحيح

مسألة - ٤ : قوله : (وفي عزله قبل علمه وجهان) انتهى .

اعلم : أن الأصحاب اختلفوا في محل هذين الوجهين ، فبناهما صاحب «الهداية» ، و«المستوعب» ، و«المقنع»^(١) ، و«المحرر» ، و«الشرح»^(٢) وابن منجا وغيرهم على عزل الوكيل قبل علمه وعدمه ، وقاله القاضي أيضاً ، فيكون المرجح - على هذه الطريقة - عزل ، على ما تقدم في باب الوكالة^(٣) . والمصنف قد أطلق الخلاف هناك أيضاً ، وذكرهما من غير بناء صاحب «المذهب» ، و«الرعايتين» ، و«النظم» ، و«الحاوي» والمصنف هنا ، وغيرهم ، فيحتمل أن يكون كلامهم محمولاً على ما صرح به أولئك ، ويحتمل أن يكون الخلاف من غير بناء .

إذا علم ذلك فأطلق الخلاف هنا في «المذهب» ، و«المحرر» ، و«النظم» ، و«الرعايتين» ، و«الحاوي الصغير» وغيرهم :

أحدهما : ينزل ، صححه في «التصحيح» ، و«تصحيح المحرر» ، وجزم به في «الوجيز» وغيره .

والوجه الثاني : لا ينزل قبل علمه ، صححه في «الرعاية الكبرى» . قلت : وهو الصواب الذي لا يسع الناس غيره . قال في «التلخيص» : لا ينزل قبل العلم بالعزل^(٣) بغير خلاف ، وإن انزل الوكيل ، ورجحه الشيخ تقي الدين ، وقال : هو المنصوص عن أحمد ، قال : لأن في ولايته حقاً لله تعالى ، وإن قيل : إنه^(٤) وكيل فهو شبهه^(٥) بنسخ الأحكام ، وهي لا تثبت قبل بلوغ النسخ بخلاف الوكالة المحضة ، وأيضاً فإن ولاية القاضي العقود والفسوخ ، فتعظم البلوى بإبطالها قبل العلم ، بخلاف الوكالة . انتهى .

الحاشية

والثالث : ينزل بالعزل ، ولا ينزل بموت المستتيب . ذكره بقوله : (وقيل : لا ينزل بموته بل بعزله) .

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٨/٢٩٣ .

(٢) ٤١/٧ .

(٣) ليست في (ط) .

(٤) في (ط) : «هو» .

(٥) في (ط) : «تبعية» .

الفروع قبوله. وفيها: له عزل نائبه بأفضل، وقيل: بمثله، وقيل: بدونه لمصلحة الدين، وقال القاضي: عزل نفسه يتخرج على روايتين؛ بناء على أنه هل هو وكيل للمسلمين أم لا؟ وفيه روايتان، نص عليهما في خطأ الإمام، فإن قلنا: في بيت المال، فهو وكيل، فله عزل نفسه، وإن قلنا: على عاقلته، فلا (١٠٦). وللمشافعية وجهان، واحتج للمنع بأنه لا يجوز للرسول عزل نفسه عن الرسالة، ولأنه يفضي إلى تأخير استيفاء الحقوق، وإلى إسقاط الحدود عند أبي حنيفة؛ لأن الحد لا يجب عنده في دار خلت من إمام، ولأن أبا بكر لو ملك عزل نفسه لما سألهم ذلك. واحتج للجواز بقولهم لعثمان: اخلع نفسك (١). فقال: لا أفعل، فلو لم يملكه، لم يمتنع، وذكر القاضي هل لمن ولاه عزله الخلاف السابق (٢)، واحتجوا للجواز بوقوعه، لكن لم يقع من الصحابة إلا لمصلحة، فقال عمر: لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا إذا رآه الفاجر فرقه، فعزله عن قضاء البصرة، وولى (٣) كعب بن سوار (٤) مكانه (٤).

التصحيح (١٠٦) تنبيه: قوله: (وقال القاضي: عزل نفسه يتخرج على روايتين؛ بناء على أنه هل وكيل للمسلمين أم لا؟ وفيه روايتان، نص عليهما في خطأ الإمام، فإن قلنا: في بيت المال، فهو وكيل، فله عزل نفسه، وإن قلنا: على عاقلته، فلا) انتهى.

وقد قدم المصنف قبل ذلك أن له عزل نفسه، وكذا ابن حمدان وغيره، وهو المذهب، وقد قال المصنف في باب العاقلة (٥): (وخطأ إمام وحاكم في حكم في بيت المال، وعليها للإمام عزل نفسه، ذكره القاضي وغيره) انتهى. وحاصل ما تقدم: أن هذه المسألة ليست من الخلاف المطلق الذي اصطلح عليه المصنف.

الحاشية

(١) ينظر: «طبقات ابن سعد» ٦٦/٣.

(٢) ليست في (ط).

(٣-٣) في (ط): «كعب بن سوار».

(٤) ينظر «السنن الكبرى» للبيهقي ١٠/١٠٨، والإرواء ٨/٢٣٤.

(٥) ٧/١٠.

وعزل عليّ أبا الأسود، فقال: لم عزلتني وما جنيث؟ قال: رأيتُ كلامَكَ الفروع يعلو على الخصمين^(١).

وفي «الأحكام السلطانية»: أن أبا بكر روى بإسناده: أن عمر كان إذا بلغه عن عامله أنه لا يعود المريض ولا يُدخل عليه الضعيف، عزله^(٢)، فأما إن خاف مفسدة باستمراره ووقوع فتنة، فيدخل في كلامهم، وأنه لا يعزله كغيره، ويتوجه: له عزله؛ لأن عمر عزل سعدا عن الكوفة، وقال: لم أعزله عن عجز ولا خيانة^(٣).

ومن أخبر بموت قاضي بلد، وولى غيره، فبان حيّاً، لم ينزل، وقيل: بلى.

وإن قال: من نظر في الحكم بالبلد الفلاني من فلان وفلان، فقد وليته، فلا ولاية لمن نظر؛ لجهالة المولى، ذكره القاضي وغيره، وعلله الشيخ أيضاً بأنه علقها بشرط، ثم ذكر احتمالاً؛ للخبر: «أميركم زيد»^(٤). والمعروف صحتها بشرط* وإن وجد^(٥) بعد موته، فسبق في الموصى إليه^(٦)، وإن قال:

التصحيح

* قوله: (والمعروف صحتها بشرط).

الحاشية

قال في «المحرر»: ويصح تعليق ولاية القضاء والإمارة بالشرط، وهل تقاس ولاية الوظائف على ولاية القضاء والإمارة، فيصح تعليقها بالشرط؟ ظاهر ما قاله المصنف في باب الموصى إليه^(٦):

(١) لم تقف عليه ينظر «الإرواء» ٢٣٤/٨.

(٢) لم أقف عليه.

(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير» ١٤٤/١.

(٤) تقدم تخريجه ٤٩٠/٧.

(٥) ليست في (ط).

(٦) ٤٩٠/٧.

الفروع وليتُهما فَمَنْ نظر منهما، فهو خليفتي، فقد ولاهما، ثم عين مَنْ سبق فتعين .
وله أخذُ رزق من بيت المال لنفسه، وأُمنائه وخلفائه، وعنه: بقدر عمله
مع الحاجة، واختار جماعةً: وبدونها، وقيل: إن لم يتعين عليه، وعنه: لا
يأخذ أجرَةً على أعمال البرِّ، فإن لم يكفه، ففي أخذه من الخصمين
وجهان^(٥٢).

وإن تعين أن يفتيَ وله كفايةً، فوجهان*^(٦٢).

التصحیح

مسألة - ٥: قوله: (فإن لم يكفه، ففي أخذه من الخصمين وجهان) انتهى .
وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»، و«الحاوي الصغير»:

أحدهما: يجوز، قال في «الكافي»^(١): وإذا قلنا: بجواز أخذ الرزق، فلم يُجعل له
شيء، فقال: لا أقضي بينكما إلّا بجعل، جاز . وقال في «المغني»^(٢)، و«الشرح»^(٣):
فإن لم يكن للقاضي رزقٌ فقال للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي جعلاً، جاز،
ويحتمل/ أن لا يجوز . انتهى . ٢٤٩

والوجه الثاني: لا يجوز، اختاره في «الرعايتين»، و«النظم»، وهو الصواب .

مسألة - ٦: قوله: (وإن تعين أن يفتيَ وله كفايةً، فوجهان) انتهى . وأطلقهما في

الحاشية

الصحة، فإنه قال: (وإن قال: فلان وليّ عهدي، فإن وليّ ثم مات، ففلان بعده، لم تصح للثاني،
وعلّوه بأنه إذا وليّ وصار إماماً، حصل التصرف والنظر والاختيار إليه، فكان العهد إليه فيمن
يراه) ثم قال: (وظاهر هذا: أنه لو علق وليّ الأمر ولايةً حكمٍ أو وظيفة بشرط شعورها أو بشرط،
ووجد الشرط بعد موت وليّ الأمر والقيام مقامه، أن ولايته تبطل، وأن النظر والاختيار لمن قام
مقامه) انتهى . وظاهره: التسوية بين ولاية الحكم وولاية الوظائف .

* قوله: (وإن تعين أن يفتيَ وله كفايةً فوجهان) .

قال في «إعلام الموقعين» في آخره في المفتي: وأما أخذُ الأجرة، فلا يجوز له، وأما أخذُ الرزق

(٢) ١٤/١٠١ .

(١) ٨٦/٦ .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٨١/٢٨ .

وَمَنْ أَخَذَ، لَمْ يَأْخُذْ أَجْرَةً، وَفِي أَجْرَةِ خَطِّهِ وَجْهَانِ^(٧٢). ونقل عنه الفروع المروذي فيمن يسأل عن العلم، فربما أهدي له: لا يقبل إلا أن يكافئ، وإن حَكَّمَا بينهما مَنْ يصلح له، نفذ حكمه، وهو كحاكم الإمام. وعنه: لا ينفذ في قود وحدّ قذف ولعان ونكاح. وظاهر كلامه: ينفذ في غير فرج، كتصرفه ضرورة في تركة^(١) ميت في غير فرج*، ذكره ابن عقيل في «عمد الأدلة»،

التصحيح

«الرعاية الكبرى»، و«آداب المفتي»، و«أصول المصنف»:

أحدهما: لا يجوز، اختاره في «إعلام الموقعين».

والوجه الثاني: يجوز.

مسألة - ٧: قوله: (ومن أخذ، لم يأخذ أجره، وفي أجره خطه وجهان). انتهى:

أحدهما: لا يجوز،^(٢) قدمه المصنف في «أصوله»، و^(٣) اختاره في «إعلام الموقعين».

والوجه الثاني: يجوز^(٣). فهذه سبع مسائل في هذا الباب.

الحاشية

من بيت المال، فإن كان محتاجاً إليه، جاز له ذلك، وإن كان غنياً عنه، ففيه وجهان. وهذا فرع يتردد بين عامل الزكاة وعائل اليتيم، فمن ألحقه^(٤) بعامل الزكاة، قال: النفع عام، فله الأخذ، ومن ألحقه^(٥) بعائل اليتيم، منعه من الأخذ. وحكم القاضي في ذلك حكم المفتي، بل القاضي أولى بالمنع^(٥).

* قوله: (كتصرفه ضرورة في تركة^(٦) ميت في غير فرج).

مثل أن يموت شخص^(٧) في موضع^(٧) لا حاكم فيه ولا ناظر، فيتصرف من يحضره لأجل الضرورة،

(١) في الأصل: «تركة».

(٢ - ٢) ليست في (ط).

(٣) بعدها في (ط): «قدمه المصنف في أصوله».

(٤ - ٤) ليست في (د).

(٥) في (ق): «بالنفع».

(٧ - ٧) ليست في (د).

(٦) في (ق): «تركة».

الفروع واختار شيخنا نفوذ حكمه بعد حكم حاكم لا إمام، وأنه إن حكم أحدهما خصمه* أو حكمًا مفتيًا في مسألة اجتهادية، جاز، وأنه يكفي وصفُ القصة له، يؤيده قولُ أبي طالب: نازعني ابنُ عمي الأذان، فتحاكنا إلى أبي عبدالله، فقال: اقترعا .

قال شيخنا: خُصُّوا اللعان؛ لأن فيه دعوى وإنكاراً^(١)، وبقيةُ الفسوخ كإعسار قد يتصادقان، فيكون الحكمُ إنشاءً لا إبداءً، ونظيره لو حكماه في التداعي بدين، وأقرَّ به الورثةُ . وفي «عمد الأدلة» بعد ذكر التحكيم: وكذا يجوز أن يتولَّى متقدِّمو الأسواق والمساجد الوساطات والصلح عند الفوزة^(٢). والمخاصمة، وصلاة الجنازة، وتفويض الأموال إلى الأوصياء، وتفرقة زكاته بنفسه، وإقامة الحدود على رقيقه، وخروج طائفة إلى الجهاد

التصحيح

الحاشية

وإلا أفضى إلى تلف التركة . والمسألة محررة في باب الموصى إليه .

* قوله: (وإن حكم أحدهما خصمه) إلى آخره .

قال في «الاختيارات»: وإذا حكم أحد الخصمين لخصمه، جاز؛ لقصة ابن مسعود . وكذا إن حكمًا مفتيًا في مسألة اجتهادية، وهل يفتقر ذلك إلى تعيين الخصمين وحضورهما، أو يكفي وصف القضية له^(٣)؟ الأشبه: أنه لا يفتقر، بل إذا تراضيا بقوله في قضية موصوفة مطابقة لقضيتهم، فقد لزم . ولم يذكر ما ذكره المصنف من قوله: (نفوذ حكمه بعد حكم حاكم لا إمام) قال المصنف: (واختار شيخنا نفوذ حكمه بعد حكم حاكم لا إمام) فلعله نفوذ حكمه؛ لعدم حاكم، لكن الموجود في النسخ كما في الأصل، وقد تقدم أنه لم يذكر هذا في «الاختيارات»،

(١) في (ط): «إنكار» .

(٢) في (ر): «الفودة» .

(٣) ليست في (د) .

تلصصاً وبياتاً، وعمارة المساجد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الفروع والتعزيز لعبيد^(١) وإماء، وأشباه ذلك، والله أعلم .

التصحيح

فإن كان اللفظ نفوذ حكمه لعدم حاكم، فهو واضح، وإن كان ما في الأصل صحيحاً، فالمعنى الظاهر منه: أنه لا ينفذ إلا بعد حكم حاكم يحكم بأنه نافذ، ويكون ذلك من باب ما إذا كان نفس الحكم مختلفاً فيه، لا يلزم تنفيذه إلا أن يحكم به حاكم، كالحكم على الغائب، والحكم بالشاهد واليمين، على ما ذكره صاحب «المحرر». والظاهر: أن الأول أولى، وأن اللفظ حصل فيه تغيير، والله أعلم .

(١) في الأصل و(ط): «العبد» .

باب أدب القاضي

يسن كونه قوياً بلا عُنف، ليناً بلا ضعف . وظاهرُ «الفصول»: يجب ذلك، حليماً^(١) متأنياً فطناً . وإن افتأت عليه الخصمُ، ففي «المغني»^(٢): له تأديبه والعفو . وفي «الفصول»: يزره^(٣)، فإن عاد، عزره، واعتبره بدفع الصائل والنشوز . وفي «الرعاية»: ينتهره ويصيح عليه قبل ذلك، وظاهرُ ذلك: ولو لم يثبت بينة، لكن هل ظاهره يختص بمجلس الحكم؟ فيه نظرٌ، كالإقرار فيه وفي غيره، أو لأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى ذلك؛ لكثرة المتظلمين على الحُكَّام وأعدائهم، فجاز فيه وفي غيره، ولهذا شقَّ رفعه إلى غيره، فأدبه بنفسه، مع أنَّه حقٌّ له، وقد ذكر ابن عقيل في «أغصان الشجرة» عن أصحابنا: أن ما يشقُّ رفعه إلى الحاكم لا يرفع .

ويسن كونه بصيراً بأحكام الحُكَّام قبله، وسؤاله إن ولي في غير بلده عن علمائه وعدوله، وإعلامهم بيوم دخوله؛ ليتلقوه، وقال جماعة: ويأمرهم بتلقيه .

ودخوله يومَ خميس أو اثنين أو سبت - وذكر جماعة: يوم اثنين، فإن لم يقدر، فخميس . وفي «المستوعب» وغيره: أو سبت - لباساً أجمل ثيابه . وفي «التبصرة»: وكذا أصحابه، وأن جميعها سودَّ، وإلا فالعمامة، وأنه يدخل ضُحوةً لاستقبال الشهر، ولا يتطير بشيء، وإن تفاعل فحسن، فيأتي

التصحیح

الحاشية

(١) في (ط): «حكيماً» .

(٢) ١٨/١٤ .

(٣) أي: يزره وينهره . «المصباح» (زبر) .

الفروع

الجامع فيصلي ركعتين .

قال كعب: إن النبي ﷺ قلما يقدم من سفر سافره إلا ضحى، وكان يبدأ بالمسجد، فيصلي ركعتين، وقال جابر: لما أتينا المدينة قال: «أئت المسجد فصل ركعتين». متفق عليهما^(١). وظاهر كلامهم: غير السواد أولى؛ للأخبار^(٢). وكان استقبال الشهر تفاؤلاً، كأول النهار، ولم يذكرهما الأصحاب .

ويستقبل القبلة، ويأمر بعهدته فيقرأ على الناس، ومن ينادي بيوم جلوسه للحكم . قال في «التبصرة»: وليقل من كلامه إلا لحاجة، ثم يروح إلى منزله، وينفذ فيسلم^(٣) ديوان الحكم ممن قبله .

قال في «التبصرة»: وليأمر كاتباً ثقة يثبت ما تسلمه بمحضر عدلين، ثم يخرج يوم الوعد بأعدل أحواله، غير غضبان ولا جائع ولا حاقن، ولا مهموم بما يشغله عن الفهم، فيسلم على من مر به ولو صبياناً، ثم على من في مجلسه، ويصلي تحية مسجد وإلا خير، والأفضل الصلاة، والأشهر: ويجلس على بساط ونحوه، ويدعو بالتوفيق والعصمة سرّاً، وليكن مجلسه فسيحاً وسط البلد، كجامع، ويصونه مما يكره فيه، ودار واسعة، ولا يتخذ فيه على بابه حاجباً ولا بواباً بلا عذر .

التصحيح

الحاشية

(١) الأول: عند البخاري (٤٦٧٧)، ومسلم (٢٧٦٩) (٥٣) . والثاني: عند البخاري (٢٦٠٤)، ومسلم (٧١٥) (٧٢) .

(٢) من ذلك ما أخرجه أبو داود (٣٨٧٨)، والترمذي (٩٩٤)، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «البسوا من ثيابكم البياض، فإنها من خير ثيابكم» .

(٣) في (ط): «يسلم» .

الفروع

١) وفي «المذهب»: يتركه ندباً، وفي «الأحكام السلطانية»: ليس له تأخير الحضور إذا تنازعوا إليه بلا عذر^(١). ولا له أن يحتجب إلا في أوقات الاستراحة. وفي «المستوعب»: ينبغي على رأسه من يرتب الناس، وله - وذكر الشيخ: يستحب - أن يتخذ كاتباً، ويشترط كونه مسلماً عدلاً. ويتوجه فيه ما في عامل الزكاة. وفي «الكافي»^(٢): عارفاً يشاهد ما يكتبه، والقمطر بين يديه مختوماً، ويكون الأعوان أهل دين، ويوصيهم، ويقدم السابق في حكومة واحدة (وش) كسبقة إلى مباح، ويتوجه وجه: يقدم من له بينة؛ لئلا تضجر البينة (وه). وجزم به في «عيون المسائل». وفي «الرعاية»: يكره تقديم متأخر، فإن استووا، أقرع، وذكر جماعة: يقدم المسافر المرتحل/ ٢٤١/٢ وفي «الكافي»^(٣): مع قلتهم.

ويلزمه - في الأصح - العدل بينهما في لحظه ولفظه ومجلسه والدخول، والأشهر: يقدم مسلم على كافر دخولاً وجلوساً، وقيل: دخولاً فقط، فيحرم أن يسار أحدهما، أو يلقيه حجته، أو يضيفه، أو يعلمه الدعوى، وقيل: إن لم يحسنها، جاز. وفي «مختصر ابن رزين»: يسوي بين خصمين في مجلسه ولحظه ولفظه، ولو ذمياً في وجه.

وإن سلم أحدهما، ردّ عليه، وفي «الترغيب»: يصبر ليردّ عليهما معاً، إلا أن يتمادى عرفاً، وقيل: يكره قيامه لهما، نقل عبدالله: سنة القاضي أن

التصحیح

الحاشية

(١-١) ليست في الأصل.

(٢) ٨٧/٦.

(٣) ١١٦/٦.

يُجْلِسَ الخصمان بين يديه، وذكر الخبر عن النبي ﷺ أنه أمرهما به^(١).
 وللحاكم السؤال عن شرط عقد ونحوه ترك ليتحرز، وأن يزن عنه، وفيه احتمال، وسؤال خصمه الوضع عنه، على الأصح، كسؤاله إنظاره، ونقل حنبل أن كعب بن مالك تقاضى ابن أبي حدرد ديناً عليه، فأشار إليه النبي ﷺ بيده أن: «دع الشطر من دينك». قال: قد فعلت. قال النبي ﷺ: «قم فأعطه»^(٢). قال أحمد: هذا حكم من النبي ﷺ، فإن فعله قاضٍ يجوز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما.

ويُسَنُّ أن يُحْضَرَ مجلسه فقهاء المذاهب، ويشاورهم فيما يُشْكَلُ عليه.
 قال أحمد: ما أحسنه لو فعله، الحكام يشاورون ويتتظرون. ويحرم تقليد غيره مطلقاً، ونقل ابن الحكم: عليه أن يجتهد، قال عمر: والله ما يدري عمر: أصاب الحق أم أخطأ؟ ولو كان حكم بحكم عن رسول الله ﷺ لم يقل هذا.

ونقل أبو الحارث: لا تُقْلَدُ أَمْرُكَ أَحَدًا، وعليك بالأثر. وقال الفضل ابن زياد: لا تُقْلَدُ دِينُكَ الرِّجَالُ؛ فإنهم لم يَسْلَمُوا أن يغلطوا. قال أبو الخطاب: وحكى أبو إسحاق الشيرازي أن مذهبنا جواز تقليد العالم للعالم، وهذا لا نعرفه عن أصحابنا، وأجاز أبو الخطاب إن كانت العبادة مما لا يجوز تأخيرها كالصلاة، فعلها بحسب حاله، ويعيد إذا قدر، كمن

التصحيح

الحاشية

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٨)، عن عبد الله بن الزبير قال: قضى رسول الله ﷺ أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم.

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٧)، ومسلم (٥٥٨) (٢٠) بلفظ مقارب.

الفروع عدم الماء والتراب، فلا ضرورة إلى التقليد*، ولأنَّ العاميَّ لا يسقط عنه فرضه، وهو التقليد، بخوف فوت الوقت .

ومن العجب ما رواه البيهقي في كتاب «المدخل إلى السنن» عن المروزي، قال أحمد: إذا سئلت عن مسألة لا أعرف فيها خبراً، قلت فيها بقول الشافعي؛ لأنَّه إمام عالم من قریش . وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «عالم قریش يملأ الأرض علماً»^(١) .

وذكر في الخبر أن الله يقيض في رأس كلِّ مئة سنة رجلاً يعلم الناس دينهم، فكان في المئة الأولى عمر بن عبدالعزيز، وفي الثانية الشافعي . وهذه الحكاية في إسنادها أحمد بن محمد بن ياسين أبو إسحاق الهروي، كذبه الدارقطني، وقال الإدريسي^(٢): سمعت أهل بلده يطعنون فيه ولا يرضونه . والخبر الأول رواه البيهقي من حديث ابن مسعود بإسناد لا يحتج به، ثم قال: وقد روي عن ابن عباس، وعلي، وأبي هريرة مرفوعاً^(٣)، وفي إسنادها ضعف، وأمَّا الخبر الثاني فروى أبوداود^(٤) عن سليمان بن داود

التصحیح

٢٣٤ * قوله / : (كمن عدم الماء والتراب، فلا ضرورة إلى التقليد) .

الحاشية يعني: إذا كان يمكنه أن يفعل العبادة على حسب حاله، فيفعلها كذلك، وحيث أمكنه فعلها، فلا ضرورة به إلى التقليد، وذلك مثل مجتهد في القبلة اشتبهت عليه القبلة، فإن اجتهد في طلبها فاته

(١) لم نقف عليه في «المدخل»، وقد أخرجه الطيالسي في «مسنده» (٣٠٩٠) . والخطيب البغدادي في «تاريخ بغداد» ٦٠/٢، وانظر «كشف الخفاء» ٦٨/٢-٦٩ .

(٢) هو: أبو سعد، عبد الرحمن بن محمد بن محمد الإدريسي، الاسترأبادي الحافظ، المصنف، محدث سمرقند، ألف «تاريخها»، و«تاريخ استرأباد» . (ت ٤٠٥ هـ) . «السير» ٢٢٦/١٧ .

(٣) ينظر: «كشف الخفاء» ٦٨/٢ .

(٤) في سننه (٤٢٩١) .

المهري، عن ابن وهب، عن سعيد بن أبي أيوب، عن شراحيل بن يزيد الفروع المعافري، عن أبي علقمة، عن أبي هريرة فيما أعلم، عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى يبعث لهذه الأمة على رأس كل مئة سنة من يجدد لها دينها». قال أبوداود: رواه عبدالرحمن بن شريح الإسكندراني، لم يخبر به شراحيل، كلهم ثقات. وظهر مما سبق: أنه لا يجوز أن يدع ما عنده من الشرع لقول أحد*.

وفي «الصحيحين»^(١) عن أبي موسى أنه كان يفتي الناس بالمتعة، زاد مسلم: فقال رجل لأبي موسى: رويدك بعض فتياك، فإنك لا تدري ما أحدث أمير المؤمنين في النسك بعدك، فقال: يا أيها الناس، من كنا أفتيناه فتيا فليتند، فإن أمير المؤمنين قادم عليكم، فيه^(٢) فائتموا. قال: فقدم عمر، فذكرت ذلك له، فقال: أن تأخذ بكتاب الله، فإن الله تعالى قال: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعَمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وأن تأخذ بسنة رسول الله ﷺ، فإن رسول الله ﷺ لم يحلّ حتى نحر الهدى.

التصحيح

الوقت، فعلى هذا القول: يصلي على حَسَب حاله ويعيد، كما قلنا فيمن لم يجد ماء ولا تراباً، فإنه يصلي على حَسَب حاله، ويعيد في رواية.

* قوله: (وظهر مما سبق: أنه لا يجوز أن يدع ما عنده من الشرع لقول أحد).

قد سبق^(٣) أن أحمد قال: لا تقلد أملك أحداً، وعليك بالأثر. وتقدم قول أحمد^(٤): عليك بما كان عليه رسول الله ﷺ وأصحابه.

(١) البخاري (١٥٥٩)، مسلم (١٢٢١) (١٥٤).

(٢) ليست في الأصل، وفي (ط): «فيه».

(٣) ص ١٣٥.

(٤) ص ١١٨.

الفروع ولمسلم^(١) أيضاً أن عمرَ قال له: قد علمت أن النبي ﷺ قد فعله وأصحابه، ولكني كرهتُ أن يظلوا مُعْرِسِينَ^(٢) بهن في الأراك^(٣)، ثم يروحون في الحج تقطر رؤوسهم. قال ابن هبيرة فيه: إنه يتعين على العالم إذا كان يفتي بما كان الإمام على خلافه، مما يسوغ فيه الاجتهادُ في مثل هذه المسألة وذلك الموطن، أن يترك ما كان عليه ويصير إلى ما عليه الإمام، قال: وفيه جواز الاستحسان.

وإن حكم ولم يجتهد، ثم بان له أنه قد حكم بالحق، لم يصح، ذكره ابن عقيل في القصر من «الفصول».

ولا يحكم مع ما يشغل فهمه، كغضب كثير، وجوع، وألم. وصرح في «الانتصار»: يحرم، فإن حكم، نفذ في الأصح، وقيل: إن عرض بعد فهم الحكم.

ويحرم قبوله رشوة، وكذا هدية، بخلاف مفت. قال عمر بن عبدالعزيز: كانت الهدية فيما مضى هدية، وأما اليوم فهي رشوة. وقال كعب الأحبار: قرأت في بعض ما أنزل الله تعالى على أنبيائه: الهدية تفتأ عين الحكم، قال الشاعر:

إذا أتت الهدية دار قوم تطايرت الأمانة من كواها
وقال منصور الفقيه:

التصحیح

الحاشية

(١) في صحيحه (١٢٢٢) (١٥٧).

(٢) مُعْرِسِينَ: أي ملّمين بنسائهم. «النهاية» لابن الأثير: (عرس).

(٣) موضع بعرفة بعضه من جهة الشام. «معجم البلدان» ١/ ١٣٥.

إِذَا رَشُوءٌ مِنْ بَابٍ بَيْتٍ تَقَحَّمَتْ لَتَدْخُلَ فِيهِ وَالْأَمَانَةُ فِيهِ
سَعَتْ هَرْباً مِنْهُ وَوَلَّتْ كَأَنَّهَا حَلِيمٌ تَنْحَى عَنْ جَوَارِ سَفِيهِ
فَإِنْ قَبْلَ ذَلِكَ ^(١)، فَقِيلَ: تَوَخَّذْ لِبَيْتِ الْمَالِ؛ لَخَبَرِ ابْنِ اللَّثِيئَةِ ^(٢)، وَقِيلَ:
تُرَدُّ كَمَقْبُوضٍ بَعْدَ فَاسِدٍ، وَقِيلَ: تُمْلِكُ بِتَعْجِيلِهِ الْمَكَافَأَةَ ^(٣). فَعَلَى الْأَوَّلِ:
هَدِيَّةُ الْعَامِلِ لِلصَّدَقَاتِ*، ذَكَرَهُ الْقَاضِي، فَدَلَّ أَنْ فِي انْتِقَالِ الْمَلِكِ فِي
الرَّشْوَةِ وَالْهَدِيَّةِ وَجْهَيْنِ ^(٤). وَيَتَوَجَّهُ: أَنْ مَا فِي «الرَّعَايَةِ»*: أَنْ السَّاعِيَ

مَسْأَلَةٌ - ١: قَوْلُهُ فِي الرَّشْوَةِ وَالْهَدِيَّةِ: (فَإِنْ قَبْلَ، فَقِيلَ: تَوَخَّذْ لِبَيْتِ الْمَالِ التَّصْحِيحُ
وَقِيلَ: تُرَدُّ وَقِيلَ: تُمْلِكُ بِتَعْجِيلِ الْمَكَافَأَةِ) انْتَهَى:
وَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ: اِحْتِمَالٌ فِي «الْمَغْنِيِّ» ^(٣)، وَ«الْشَّرْحِ» ^(٤).
وَالْقَوْلُ الثَّانِي: هُوَ الصَّوَابُ، قَدَمَهُ فِي «الْمَغْنِيِّ» ^(٣)، وَ«الْشَّرْحِ» ^(٤).
وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ: لَمْ أَطْلِعْ عَلَى مَنْ اخْتَارَهُ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.
مَسْأَلَةٌ - ٢: قَوْلُهُ: (فَعَلَى الْأَوَّلِ، هَدِيَّةُ الْعَامِلِ لِلصَّدَقَاتِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي، فَدَلَّ أَنْ
فِي انْتِقَالِ الْمَلِكِ فِي الرَّشْوَةِ وَالْهَدِيَّةِ وَجْهَيْنِ) انْتَهَى:
أَحَدُهُمَا: عَدَمُ الْإِنْتِقَالِ، وَهُوَ الصَّوَابُ.
وَالْوَجْهُ الثَّانِي: يَنْتَقِلُ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْحَدِيثِ.

الحاشية

* قَوْلُهُ: (هَدِيَّةُ الْعَامِلِ لِلصَّدَقَاتِ).

أَي: تَكُونُ مِنْ جُمْلَةِ الصَّدَقَةِ الَّتِي جَبَاهَا.

* قَوْلُهُ: (وَيَتَوَجَّهُ أَنْ مَا فِي «الرَّعَايَةِ») إِلَى آخِرِهِ.

مُرَادُهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الرِّوَايَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي «الرَّعَايَةِ» مَأْخُذُهُمَا الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي انْتِقَالِ
الْمَلِكِ فِي الْهَدِيَّةِ، أَي: تَكُونُ الرِّوَايَتَانِ مَبْنِيَّتَيْنِ ^(٥) عَلَى ذَلِكَ.

(١) لَيْسَتْ فِي النُّسخِ الْخَطِيئَةِ، وَالْمَثْبُتُ مِنْ (ط).

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ ٦٤/٤.

(٣) ٦٠/١٤.

(٤) الْمَقْتَعُ مَعَ الشَّرْحِ الْكَبِيرِ وَالْإِنْصَافِ ٢٨/٣٥٧ - ٣٥٨.

(٥) فِي (د): «مَبْنِيَّتَانِ».

الفروع يعتد^(١) لربِّ المال بما أهداه إليه * . نص عليه . وعنه : لا ، مأخذه ذلك . ونقل مهناً فيمن اشترى من وكيل ، فوهبه شيئاً : أنه للموكل ، وهو يدل لكلام القاضي المتقدم . ويتوجه فيه في نقل الملك الخلاف ، وجزم ابن تميم في عامل الزكاة إذا ظهرت خيانتُهُ برشوة أو هدية أخذها الإمام^(٢) « لا أرباب^(٣) الأموال . وتبعه في «الرعاية» ، ثم قال : قلت إن عرفوا ، ردَّ إليهم . قال أحمد فيمن ولي شيئاً من أمر السلطان : لا أحب له أن يقبل شيئاً ؛ يروى : «هدايا الأمراء غلول»^(٣) . والحاكم خاصة لا أحبه له إلا ممن كان له به خلطة ووصلة ومكافأة قبل أن يلي .

واختار شيخنا فيمن كسب مالاً محرماً برضا الدافع ثم تاب ، كثمن خمر ، ومهر بغيّ ، وحلوان كاهن ، أن له ما سلف ؛ للآية^(٤) ، ولم يقل الله : فمن أسلم ، ولا من تبين له التحريم . قال أيضاً : لا ينتفع به ولا يرده لقبضه عوضه ، ويتصدق به ، كما نص عليه أحمد في حامل الخمر . وقال في مال مكتسب من خمر ونحوه : يتصدق به ، فإذا تصدق / به ، فللفقير أكله ، ولولي الأمر أن يعطيه أعوانه . وقال أيضاً فيمن تاب : إن علم صاحبه دفعه إليه ، وإلا صرفه في مصالح المسلمين .

التصحيح

الحاشية * قوله : (يعتد لربِّ المال بما أهداه إليه) .

أي : يحسبه من المال الواجب عليه ، ويسقط منه . قلت : فيه إشكال إن كان أداء الواجب الذي عليه يحتاج إلى نية ؛ لأنه لما دفعه هدية ، لم يحصل منه نية ، بل نوى خلاف الواجب عليه ، نعم إن

(١) في (ر) و(ط) : «يعيد» .

(٢-٣) في (ط) : «الأرباب» .

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ١٠/١٣٨ ، من حديث أبي حميد الساعدي ، وأخرجه أحمد (٢٣٦٠١) بلفظ : «هدايا العمال» .

(٤) هي قوله تعالى : ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

وله مع حاجته أخذ كفايته . وفي ردّه على الرافضي^(١) في بيع سلاح في الفروع فتنة وعنب لخم: يتصدق بثمره، وأنه قولٌ محققي الفقهاء، كذا قال . وقوله مع الجماعة أولى*، ففي «الصحيحين»^(٢)، من حديث أبي هريرة: «ما تصدق أحدٌ بصدقة من كسبٍ طيب، ولا يقبل الله تعالى إلا الطيب» وذكر الحديث . ولمسلم^(٣)، من حديث أبي هريرة: «إن الله تعالى طيب لا يقبل إلا طيباً» .

قال أحمد^(٤): حدثنا محمد بن عبيد، حدثنا أبان بن إسحاق، عن الصباح بن محمد، عن مرة الهمداني، عن ابن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تعالى قسم بينكم أخلاقكم كما قسم بينكم أرزاقكم، وإن الله

التصحیح

قلنا: إن الهدية لا تنقل الملك، يعتد به لرب المال؛ لأنه يمكن حصول نية رب المال عند الاعتداد به، فإذا علم ذلك نواه عن الواجب عليه . هذا إذا كان الواجب عليه يحتاج إخراجه إلى نية، وكذلك إن كان لا يحتاج إلى نية؛ لأنه حيث قلنا: ينتقل الملك بالهدية، فقد زال ملك رب المال بالهدية، فلا يتصور إجزاؤه عما في ذمته، وقد ملك لغيره بالهدية .

و«مأخذه» في كلام المصنف مبتدأ و«ذلك» خبره، والجملة خبر «أن» في قوله: (أن ما) و«ما» بمعنى الذي، وهي اسم «أن» .

* قوله: (وقوله مع الجماعة أولى) .

أي: قول ما يوافق قول الجماعة من هذه الأقوال المخالفة لقولهم لما ذكر المصنف من الأحاديث والآثار .

(١) يعني بذلك كتاب «منهاج السنة النبوية» .

(٢) البخاري (١٤١٠) ومسلم (١٠١٤) (٦٣) .

(٣) في صحيحه (١٠١٥) (٦٥) .

(٤) في مسنده (٣٦٧٢) .

الفروع تعالى يُعطي الدنيا مَنْ يحب وَمَنْ لا يحب، ولا يُعطي الدينَ إلا من يحب، فَمَنْ أعطاه الله تعالى الدين، فقد أحبه، والذي نفسي بيده لا يُسلم عبدٌ حتى يُسلم قلبه ولسانه، ولا يُؤمن حتى يأمنَ جاره بوائقه. قال: قلت: وما بوائقه يا رسول الله؟ قال: «غشُّه وظلمه. ولا يكسب عبدٌ مالاً من حرام فينفق منه فيبارك له فيه، ولا يتصدق به فيقبل منه، ولا يتركه خلف ظهره إلا كان زاده إلى النار، إن الله تعالى لا يمحو السيِّء بالسيِّء، ولكنه يمحو السيِّء بالحسن، إن الخبيث لا يمحو الخبيث».

أبان؛ قال ابن معين وغيره: ليس به بأس، فلا يقبل قول الأزدی: إنه متروك، والصباح لم يتكلم فيه ابن أبي حاتم بجرح ولا تعديل. وقال ابن حبان: يروي الموضوعات، كذا قال. وهو حديث حسن إن شاء الله.

وروى أبوداود الطيالسي^(١) عن جعفر بن سليمان، عن النضر بن حميد الكندي، عن أبي الجارود، عن أبي الأحوص، عن عبدالله مرفوعاً: «لا يُعجبَنَّ رَحْبُ الذراعين سيفك الدماء، فإن له عند الله تعالى قاتلاً أو قتيلاً لا يموت، ولا يعجبك امرؤٌ كسب مالاً من حرام، فإنه إن أنفقه أو تصدق به، لم يقبل منه، وإن تركه، لم يبارك له فيه، وإن بقي منه شيء، كان زاده إلى النار». رواه الطبراني^(٢) من حديث جعفر بن سليمان، وهو إسناد متروك، وقال أحمد^(٣): حدثنا يزيد: حدثنا عمرو بن ميمون، عن أبيه قال: لما

التصحیح

الحاشية

(١) في مسنده (٤٠).

(٢) في الكبير ١٠/١٠٧.

(٣) في الزهد ص ٢٣٨.

مرض عبدالله بن عامر مرضه الذي توفي فيه، أرسل إلى أناسٍ من أصحاب الفروع رسول الله ﷺ، فيهم عبدالله بن عمر، فقال لهم: قد نزل بي ما قد ترون، ولا أراني إلا لما بي، فما ظنكم بي؟ فقالوا: قد كنت تعطي الفقير والسائل، وتصل الرحم، وحفرت الآبار بالفلوات لابن السبيل، وبنت الحوض بعرفة يشرع فيه حاج بيت الله، فما نشك لك في النجاة، وعينه إلى عبدالله بن عمر، وعبدالله بن عمر ساكت، فلما أبطأ عليه بالكلام، قال له: يا أبا عبد الرحمن، ما لك لا تتكلم، قال: إذا طاب المكسب، زكت النفقة، وسترد فتعلم . إسناده جيد .

وروى ابن أبي الدنيا، عن محمد - هو ابن سيرين - قال: دخل ابن عامر على ابن عمر، فقال: الرجل يصيب المال، فيصل منه الرحم، ويفعل منه ويفعل، قال ابن عمر: إنك ما علمت لمن أجدرهم أن يفعل ذلك، ولكن انظر ما أوله، فإن كان أوله خيئاً، فإن الخيئ كله خيئ .

وله قبول هدية معتادة قبل ولايته، مع أن ردّها أولى، والمذهب: إن لم يكن حكومة . وذكر جماعة: أو أحسن بها*، وفي «المستوعب»: المحرم كالعادة . وفي «الفصول» احتمالاً في غير عمله كالعادة .

ويكره بيعه وشراؤه كمجلس حكمه، إلا بوكيل لا يعرف به*، وجعلها

التصحيح

الحاشية

* قوله: (أو أحسن بها) .

أي: بالحكومة، يعني: ظهر له أن له حكومة .

* قوله: (ويكره بيعه وشراؤه كمجلس حكمه، إلا بوكيل لا يعرف به) إلى آخره .

فإن احتاج إلى مباشرة البيع والشراء ولم يكن له من يكفيه، لم يكره؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه

الفروع الشريف وأبو الخطاب كهدية، كالوالي^(١)، سأله حرب: هل للقاضي والوالي أن يتجر؟ قال: لا، إلا أنه شدد في الوالي .

ويعود المرضى، ويشهد الجنائز ما لم يشغله، وفي «الترغيب»: ويودع الغازي والحاج، وهو في الدعوات كغيره، ولا يُجيب قوماً ويدع قوماً بلا عذر، ذكره القاضي وغيره . وذكر أبو الخطاب: يكره^(٢) مسارعتُهُ إلى غير وليمة عرس، ويجوز - وفي «الترغيب»: يكره، وقدم: لا يلزمه - حضور وليمة عرس، وذكر هو وجماعة: إن كثرت الولا ئم، صان نفسه وتركها، ولم يذكروا لو تضيّف رجلاً، ولعلّ كلامهم يجوز، ويتوجه: كالمقرض، ولعله أولى .

ويسن حكمه بحضرة شهود، ويحرم تعيينه قوماً بالقبول، ولا ينفذ حكمه لمن لا تقبل شهادته له، ذكره بعضهم إجماعاً، كنفسه، فيحكم نائبه، وفي «المبهج» رواية: بلى، اختاره أبو بكر، وقيل: بين والديه أو ولديه، وله استخلافهما، كحكمه لغيره بشهادتهما، ذكره أبو الخطاب، وابن الزاغوني وأبو الوفاء، وزاد: إذا لم يتعلق عليهما من ذلك تهمة، ولم يوجب لهما بقبول شهادتهما ريبة لم تثبت بطريق التزكية . وقيل: لا، ولا يحكم، وقيل:

التصحیح

قصد السوق ليتجر حتى فرضوا له ما يكفيه^(٣) . ولأن القيام بعياله فرض عين، فلا يتركه لوهم مضرة . قال ذلك في «شرح المقنع»^(٤) و«المغني»^(٥) .

الحاشية

(١) أي: جعلها صاحب «الرعاية»: كالوالي . ينظر: «المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف» ٣٦٢-٣٦١/٢٨ .

(٢) بعدما في (ط): «له» .

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ١٠٧/١٠ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٦٠/٢٨ .

(٥) ٦٠/٤ .

ولا يُفتي على عدوه، وجوّز الماوردي من الشافعية حكمه على عدوه؛ لأن الفروع أسباب الحكم ظاهرة، وأسباب الشهادة خافية. واستشكله الرافعي بالتسوية بينهما* في عمودَي نسبه، وأن المشهور: لا يحكم على عدوّه، كالشهادة، ولا نقل عن الحنفية، ومنعه بعض متأخريهم، كالشهادة. ويحكم لتيمة، على قول أبي بكر. قاله في «الترغيب». وقيل: وغيره.

فصل

ويُسَنُّ أن يبدأ بالمحبوسين، فيُنْفِذَ ثَقَّةً يكتب أسماءهم، ومن حبسهم، وفيَمَ ذلك، ثم ينادي بالبلد أنه ينظر في أمرهم، فإذا حضر، فمن حضر له خصمٌ، نظر بينهما، فإن حبس لتُعَدِّلَ البينة، فأعادته مبني على حبسه في ذلك، ويتوجه إعادته. وفي «الرعاية»: إن كان الأول حكم به. مع أنه ذكر أن إطلاق المحبوس حكمٌ، ويتوجه: أنه كفعله، وأن مثله تقديرُ مدة حبسه ونحوه (وم). والمراد: إذا لم يأمر ولم يأذن بحبسه وإطلاقه، وإلا فأمره وإذنه حكمٌ يرفع الخلاف، كما يأتي^(١): قال المروزي: لما حُبِسَ الإمامُ أحمد - رحمه الله - قال له السجان: يا أبا عبدالله، الحديثُ الذي يروى في الظلمة وأعوانهم صحيح^(٢)؟ قال: نعم، فقال: فأنا منهم؟ قال أحمد: أعوانهم من

التصحیح

الحاشية

* قوله: (واستشكله الرافعي بالتسوية بينهما).

أي: بين الحكم والشهادة في عمودَي نسبه؛ لأنه لا يحكم لعمودَي نسبه، ولا تقبل شهادتهما له،

(١) ص ١٤٧.

(٢) أخرج أحمد (١٨١٢٦)، عن كعب بن عُجرة قال: خرج علينا رسول الله ﷺ أو دخل، ونحن تسعة، وبيننا وسادة من آدم، فقال: «إنها ستكون بعدي أمراء يكذبون ويظلمون، فمن دخل عليهم، فصدقهم بكذبهم، وأعانهم على ظلمهم، فليس مني ولست منه، وليس يوارد عليّ الحوض، ومن لم يصدقهم بكذبهم ويعينهم على ظلمهم، فهو مني وأنا منه، وهو وارد عليّ الحوض».

الفروع يأخذ شعرك، ويغسل ثوبك، ويصلح طعامك، ويبيع ويشترى منك، فأما أنت فمن أنفسهم .

ويقبل قول خصمه في أنه حبسه بعد تكميل بينته وتعديلها . وإن حبس بقيمة كلب وخمر ذمي، ففي تخليته وتبقيته وجهان^(٣٢) . وقيل : يقفه ، وإن بان حبسه في تهمة أو تعزيراً ، عمل برأيه في تخليته وتبقيته . ومن لم يُعرف خصمه وأنكره* ، نُودي بذلك ، فإن لم يعرف ، حلفه وخلاه . ومع غيبة خصمه يبعث إليه ، وقيل : يخليه ، كجهله مكانه أو تأخره بلا عذر ، والأولى بكفيل .

وإطلاقه حكم . وكذا أمره بإراقة نبيذ ، ذكرها في «الأحكام السلطانية» في المحتسب ، وتقدم^(١) أن إذنه في ميزاب وبناء وغيره

التصحيح مسألة - ٣ : قوله : (وإن حبس بقيمة كلب وخمر ذمي، ففي تخليته ، وتبقيته وجهان) انتهى :

أحدهما : يُخلّى ، قدمه في «الرعاية» ، وقال : إن صدقه غريمه ، واختاره القاضي وغيره ، وقدمه في «الشرح»^(٢) ، وهو ظاهر ما قدمه في «المغني»^(٣) .

والوجه الثاني : يبقى في الحبس ، وقيل : يقف ليصطلحاً على شيء ، وجزم في «الفصول» : أنه يرجع إلى رأي الحاكم الجديد .
فهذه ثلاث مسائل في هذا الباب^(٤) .

الحاشية فلم يفرق بين الحكم والشهادة هنا ، فكذا ينبغي أن لا يفرق بينهما في مسألة العدو ، فكما أنه لا تقبل شهادته عليه ، كذلك لا يحكم عليه .

* قوله : (ومن لم يعرف له خصم وأنكره) .

أي : أنكر أن يكون له خصم ، وقال : حبست ظلماً ولا خصم لي ولا حق علي .

(١) ٤٤٢/٦

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٧٣/٢٨ .

(٣) ٢٣/١٤

(٤-٤) ليست في (ط) .

يمنع الضمان*؛ لأنه كإذن الجميع، ومن منع؛ فلائنه ليس له عنده أن يأذن، ٢٤٣/٢
لا لأن إذنه لا يرفع الخلاف؛ ولهذا يرجع بإذنه في قضاء دين ونفقة وغير الفروع
ذلك، ولا يضمن بإذنه في النفقة على لقيط وغيره، بلا خلاف، وإن ضمن
لعدمها. ولهذا إذن الإمام في أمر مختلف فيه كاف، بلا خلاف، وسبق^(١)
قول شيخنا: الحاكم ليس هو الفاسخ، وإنما يأذن أو يحكم به، فمتى أذن أو
حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ، فعقد أو فسخ، لم يحتج بعد ذلك إلى
حكم بصحته، بلا نزاع، لكن لو عقد هو أو فسخ، فهو فعله، وهل فعله
حكم؟ فيه الخلاف المشهور. هذا كلامه.

وكذا فعله*. ذكر الأصحاب في جمى الأئمة: أن اجتهاد الإمام لا

التصحیح

الحاشية

* قوله: (وتقدم أن إذنه في ميزاب وبناء وغيره يمنع الضمان).

يعني: إذا وضع ميزاباً بإذن حاكم، فسقط على شيء فأتلفه، لا ضمان.

* قوله: (وكذا فعله) عطف على قوله: (وإطلاقه حكم).

وجد بخط ابن شيخ السلامية - أحد فضلاء الحنابلة - ما صورته: فصل جرت مذاكرة مع بعض
فضلاء الحنابلة في فعل الحاكم، هل هو حكم أم لا؟ وكذلك في إذن الحاكم، هل هي حكم أم
لا؟ فقلت له: ليس هذا على الإطلاق، وإنما هذا في فعل استفادة الحاكم بولاية الحكم، مثل إن
زوج امرأة لا ولي لها إلا هو، ومثل بيعه مال المفلس وتخصيص صاحب السلعة بسلعته دون بقية
الغرماء، ونحو ذلك، لا في فعل لم يستفده بذلك، كما لو باع عقاراً لنفسه غائباً، أو فعل فعلاً
مختلفاً فيه، استفاد فعله من غير طريق الحكم، كبيع على يتيم هو وصيه، ونحو ذلك، أو كان
وكيلاً في عقد عن ولي خاص في عقد على يتيمة. وكذلك قولهم: إذن الحاكم؛ هل هي حكم؟
هو من هذا الباب، فكل مكان استفاد جواز الإذن فيه من الحكم، جرى فيه الخلاف، وما ليس
كذلك، فلا.

الفروع يجوز نقضه، كما لا يجوز نقض حكمه، وذكروا - خلا الشيخ - أن الميزاب ونحوه يجوز بإذن، واحتجوا بنصبه^(١) عليه أفضل الصلاة والسلام ميزاب

التصحيح

الحاشية

وسبب جريان المذاكرة أن صغيرة^(٢) (لأربع سنين^(٣)) خطبها رجل كفؤ من أخيها، فعضل عن تزويجها منه، فزوجها الذي له الولاية بعده بحكم عضل الوليِّ المقدم عليه، وانتقال الولاية إليه، فترافعا إلى حاكم لا يرى ذلك، فأراد فسخ العقد فسأل الوليِّ المزوج حاكماً يرى ذلك أن يأذن له في العقد؛ ليكون مانعاً لغيره من الفسخ. فقلت: الحاكمُ إذنه هنا كلاً إذن؛ لأنه ليس له ولاية على هذه الصغيرة والحالة هذه مع وجود الولي، وإنما إذنه في ذلك بمنزلة فتياه بالجواز، فإنها إذنٌ، والفتيا بذلك ليس بحكم، فإنه إذا سئل عن ذلك، فقال للولي: افعله، أو يجوز لك فعله، أو هذا مباح لك، أو سائغ، فقد أذن له في عقده، فإن من أباح شيئاً أو جوزه، فقد أذن فيه، ومنه قولهم: حرم رسول الله ﷺ لحوم الحُمُر، وأذن في لحوم الخيل^(٤). أي: أباحها. وقول عثمان بن مظعون: نهى رسول الله ﷺ عن التبتل، ولو أذن لنا لاختصينا^(٥). فالإذن معناها الإباحة والجواز، فإذا سئل الحاكم عن فعل أو عقد، فقال: يجوز، أو: يباح، أو: افعله، فقد أذن فيه، ولا يقول أحد: إن هذا حكم، فمن سأل مثلاً عن بيع عين غائبة، فقال: يجوز بيعها، فقد أذن في ذلك، ولا يقول أحد: إن هذا حكم منه بصحة البيع؛ لأن هذا الإذن غير متوقف على الحكم، بل هذا يجوز له قوله قبل الحكم، فلم يستفده بالحكم، وكما لو سئل عما يتولاه الإنسان من الأفعال المختلف فيها، أباحها له وأفتاه بجوازها، فإنه يكون قد أذن له ولا يكون هذا حكماً. وهذا باب الفتوى أولى به من باب الحكم.

ومن ذلك: ناظرُ الوقف إذا أراد بيع الوقف المعطلِّ النفعِ ببيع ذلك، وإذن الحاكم في ذلك كلاً إذن؛ إذ غايته أنه يقول له إذا سئل عنه: يجوز ذلك. انتهى ما وجد بخطه.

(١) في الأصل و(ط): «بنصبه».

(٢-٣) ليست في (ق).

(٣) أخرجه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١) (٣٦)، من حديث جابر.

(٤) أخرجه بنحوه البخاري (٥٠٧٣)، ومسلم (١٤٠٢) (٨)، من حديث سعد بن أبي وقاص.

العباس^(١). وفي «المغني»^(٢) وغيره في بيع ما فتح عنوة: إن باعه الإمام الفروع لمصلحة رآها، صح؛ لأن فعل الإمام كحكم الحاكم، وفيه أيضاً: لا شفعة فيها إلا أن يحكم ببيعها حاكماً أو يفعله الإمام أو نائبه، وفيه أيضاً: إن تركها بلا قسمة وقف لها، وإن ما فعله الأئمة ليس لأحد نقضه. واختار أبو الخطاب رواية أن الكافر لا يملك مال مسلم بالقهر، قال: وإنما منعه منه بعد القسمة؛ لأن قسمة الإمام تجري مجرى الحكم. وفعله حكم، كتزويج يتيمة، وشراء عين غائبة*، وعقد نكاح بلا ولي، ذكره الشيخ في عقد النكاح

التصحيح

ثم اعلم أن العلماء قد اختلفوا في قوله ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٣). هل هو حكم أو فتيا؟ على قولين.

ثم اعلم: أن إذن الحاكم في غالب الأشياء وخصوصاً بيع الوقف إنما يقع بعد الدعوى وإقامة البينة بمسوغات البيع عند الحاكم. ومثل هذا ينبغي أن يكون حكماً جزماً؛ لوقوعه على صفة الأحكام لا على صفة الفتيا، والله أعلم. ويشكل بقولهم: إن^(٤) أمره بإراقة نبيذ حكم، مع أنه يجوز فيما يظهر أن يفتي بإراقة / النبيذ، وكذلك إذنه في وضع ميزاب وبناء ونحوه، ذكروا أنه حكم مع أنه يجوز أن يفتي به من ليس بحاكم فيما يظهر، فهذا أمر لم يستفده بالحكم فيما يظهر، وقد جعلوه حكماً. وأيضاً فإن الأصحاب ذكروا في القسمة والمطلقة المنسية: أن قرعة الحاكم كحكمه لا سبيل إلى نقضه، وهو أمر لم يستفده بالحكم؛ لأن هذه القرعة يجوز وقوعها من غير الحاكم.

* قوله: (كتزويج يتيمة وشراء عين غائبة).

يحتمل أن مراده بالعين الغائبة المبيع بالصفة، فإنه مختلف فيه، وكذلك تزويج اليتيمة فيه خلاف.

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ٦/٦٦.

(٢) ٤/١٩٥.

(٣) أخرجه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١) من حديث جابر.

(٤) في (د): «أنه».

الفروع بلا وليّ وغيره . وذكر شيخنا أصحّ الوجهين، وذكر الأزجي فيمن أقر لزيد فلم يصدقه، وقلنا: يأخذه الحاكم ثم ادّعاه المقر، لم يصح؛ لأن قبض الحاكم له بمنزلة الحكم بزوال ملكه عنه، وذكر الأصحاب في القسمة والمطلقة المنسيّة: أن قرعة الحاكم كحكمه، لا سبيل إلى نقضه . وفي «التعليق»، و«المحرر»: فعله حكمٌ إن حكم به هو أو غيره* (و) كفتياه*، فإذا قال: حكمت بصحته، نفذ حكمه باتفاق الأئمة، قاله شيخنا . وفي

التصحيح

الحاشية * قوله: (وفي «التعليق»، و«المحرر»: فعله حكمٌ إن حكم به هو أو غيره) .

فلم يجعله حكماً إلا بشرط أن يحكم به هو أو غيره، والذي قدمه المصنف أنه حكمٌ وإن لم يحكم به، وظاهر ما نقله عنهما: أن نفس الفعل يصير حكماً إذا وجد الحكم الثاني منه أو من غيره، وليس في كلام «المحرر» ما يفهم منه ذلك، فإنه قال: وإذا فعل الحاكم مختلفاً فيه، كتزويج بلا وليّ، وشراء عين غائبة ليتيم، ونحو ذلك، ساغ ردّه ما لم يتصل به حكمٌ منه أو من غيره^(١)، فدل أنه إذا اتصل به حكمٌ لم يسغ ردّه، وهذا يدل على أنه صار حكماً . قلنا: إن حكم به على أنه حكم، فالأمر كذلك؛ لأن فعل الحاكم اختلف فيه؛ هل هو حكمٌ أم لا؟ فإذا حكم بأنه حكم، صار حكماً وارتفع الخلاف، وإن حكم بصحة النكاح الذي صدر منه، أو حكم بصحة شراء العين لليتيم، فلا نسلم أن عدم ردّه لكونه صار حكماً، بل لوجود الحكم الثاني، كما إذا حكم ببيع الصفة، لم يسغ ردّه؛ لكونه صار محكوماً به، لا لكونه حكماً في نفسه، وهذا كذلك .

* قوله: (كفتياه) .

ظاهر كلامه: أن فتياه بمجرد أنها ليست حكماً، بل لا بد لصيرورتها حكماً من حُكم بها؛ منه أو من غيره، والأمر كذلك . قال ابن القيم في «إعلام الموقعين» في المجلد الأخير: الفائدة السابعة والثلاثين: فتيا الحاكم ليست حكماً منه، فلو حكم غيره بخلاف ما أفتى به، لم يكن نقضاً لحكمه، ولا هي كالحكم؛ ولهذا له أن يفتي الحاضر والغائب، ومن يجوز حكمه ومن لا يجوز .

(١) بعدها في (ق): «فإن قيل: يفهم من كلام «المحرر» ما قاله المصنف؛ لأنه قال: ساغ ردّه ما لم يتصل به حكمٌ منه أو من غيره» .

«المستوعب»: حكمه يلزم بأحد ثلاثة ألفاظ: ألزمتك، أو: قضيتُ له به الفروع عليك، أو: أخرج إليه منه، وإقراره ليس كحكمه .

ثم باليتامى والمجانين، والوقوف والوصايا، فلو نفذ الأول وصيته، «لم يعزله»^(١)؛ لأن الظاهر معرفة أهليته، لكن يراعيه، فدل أن إثبات صفة، كعدالة وجرح وأهلية وصية وغيرها حكم، خلافاً لمالك، يقبله حاكم آخر، خلافاً لمالك*، وأن له إثبات خلافه، وقد ذكروا إذا بان فسق الشاهد - وسيأتي^(٢) - يُعمل بعلمه، في عدالته، أو بحكم .

ومن كان من أمناء الحاكم للأطفال، أو الوصايا التي لا وصي لها ونحوه بحاله*، أقر؛ لأن الذي قبله ولأه، ومن فسق عزله، ويضم إلى الضعيف أميناً، ويتوجه أنها مسألة النائب^(٣) وجعل في «الترغيب»: أمناء الأطفال كئابه؛ فيه الخلاف*، وأنه يضم إلى وصي فاسق أو ضعيف أميناً، وله

التصحيح

الحاشية

* قوله: (يقبله حاكم آخر خلافاً لمالك) .

أي: يجب أن يقبله حاكم آخر خلافاً لمالك؛ فإنه عنده ليس بحكم، وأن له إثبات خلافه، فقوله: (وأن له إثبات خلافه) مبني على قول مالك .

* قوله: (بحاله) .

أي: باقي على الأهلية، لم يحدث ما يوجب عزله .

* قوله: (وجعل في «الترغيب»: أمناء الأطفال كئابه؛ فيه الخلاف)

أي: يكون هذا الذي أقامه أميناً للأطفال والوصايا نائباً له، فتبنى على مسألة عزل النائب بزوال ولاية المستتب، الأصح ينزل، وفيه قول اختاره في «الترغيب» كما تقدم .

(١-١) في النسخ الخطية، و(ط): «لم يعد له»، والمثبت من «المقنع والشرح الكبير والإنصاف» ٣٧٨/٢٨ .

(٢) ص ٢٢٠ .

(٣) ليست في (ط) .

الفروع إبداله . وله - في الأصح - النظر في حال من قبله . وقيل : يجب .
لا يجوز نقض حكم إلا إذا خالف نصاً* ، كقتل مسلم بكافر ، فيلزم
نقضه . نصّ عليهما* ، وقيل : متواتراً* ، أو إجماعاً ، وقيل : ولو ظنيّاً ،
وقيل : وقياساً جليّاً ، وفاقاً للشافعي ووفقاً لمالك ، وزاد : وخلاف القواعد
الشرعية .

ولو حكم بشاهد ويمين ونحوه ، لم يُنقض ، ذكره بعضهم إجماعاً . قال
سعيد : حدثنا هشيم وخالد بن عبدالله ، عن داود ، عن الشعبي : أن رسول الله
كان يقضي بالقضاء وينزل القرآن بغير ما قضى ، فيستقبل حكم القرآن ولا يردُّ
قضاءه الأول^(١) . مرسل* .

التصحيح

الحاشية * قوله : (إلا إذا خالف نصّاً) .

إذا خالف النصّ أو السنة أو الإجماع ، فإن كان حقاً لله تعالى ، كالعتاق والطلاق ، نقضه ؛ لأن له
النظر في حقوق الله تعالى ، وإن كان يتعلق بحق آدمي ، لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه . قاله في
«شرح المقنع الكبير»^(٢) .

* قوله : (فيلزمه نقضه . نصّ عليهما) .

أي : على النقض ولزومه .

* قوله : (وقيل : متواتراً) .

أي : يشترط أن يكون النصّ على هذا القول متواتراً .

* قوله : (ولا يردُّ قضاؤه الأول . مرسل)

أي : هذا الحديث مرسل .

(١) لم نقف عليه .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٨١/٢٨ .

وروى البيهقي^(١)، عن الحاكم، عن الأصم، عن محمد بن عبد الله بن الفروع عبد الحكم، عن ابن وهب، عن يونس، عن الزهري: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال وهو على المنبر: يا أيها الناس إن الرأي إنما كان من رسول الله ﷺ مصيباً؛ لأن الله تعالى كان^(٢) يريه، وإنما هو منا الظن والتكلف . منقطع*، واستدل بعضهم بقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ﴾ الآية [النساء: ١٠٥] نزلت في قصة بني الأبيرق، كما رواه الترمذي^(٣) وغيره . وينقض حكمه بما لم يعتقده وفاقاً، وحكاه بعضهم إجماعاً*، وفي «الإرشاد»^(٤): وهل ينقض بمخالفة قول صحابي^(٥): يتوجه نقضه إن جعل حجة كالنص، وإلا فلا . نقل عنه ابن الحكم: إن أخذ بقول صحابي، وآخر بقول تابعي، فهذا يردُّ حكمه؛ لأنه حكمٌ تجوز^(٦) وتأول

التصحيح

الحاشية

* قوله: (والتكلف . منقطع)

أي: هذا الحديث منقطع .

* قوله: (وينقض حكمه بما يعتقده وفاقاً، وحكاه بعضهم إجماعاً) .

قد ذكر المصنف في كتاب القضاء في فصل: تنفيذ ولاية حكم العامة في وسطه، لما ذكر القول بصحة ولاية المقلد أن (ظاهرة: أنه يحكم ولو اعتقد خلافه؛ لأنه مقلد)^(٧) فيحمل قوله هنا على المجتهد .

(١) في «السنن الكبرى» ١١٧/١٠ .

(٢) ليست في (ط) .

(٣) في سننه (٣٠٣٦)، وأخرجه الحاكم في «مستدرکه» ٣٨٥/٤ .

(٤) ص ٤٩٠ .

(٥) في الأصل: «صاحب» .

(٦) في (ط): «يجوز» .

(٧) ص ١٠٥ - ١٠٦ .

الفروع الخطأ، وذكر حديث عائشة: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا، فهو ردٌّ»^(١).
 لوجود الخلاف* في المدلول، نقل أبوطالب: فأما إذا أخطأ بلا تأويل،
 فليردّه، ويطلب صاحبه حتى يرده فيقضي بحق، وقد روى الشعبي عن
 النبي ﷺ أنه كان يقضي بالقضاء، فينزل القضاء بغير ذلك، فيترك قضاءه،
 ويستعمل حكم القرآن*^(٢).

ومن لم يصلح، نقض حكمه، نقل عبدالله: إن لم يكن عدلاً، لم يجز
 حكمه، وقيل: غير الصواب*، قدمه في «الترغيب»، واختاره شيخنا وفاقاً

التصحيح

الحاشية * قوله: (لوجود الخلاف).

متعلق بالفعل المقدر عند قوله: (وإلا فلا) التقدير: فلا ينقض (لوجود الخلاف في المدلول)؛
 لأنه لما حكم بمخالفة قول الصحابي، صار المدلول عليه بقول الصحابي مختلفاً فيه، فإن قلنا:
 قول الصحابي حجة نقض؛ لأنه حكم بخلاف الدليل المنزل منزلة النص، وهو قول الصحابي،
 وإن لم نقل: قول الصحابي حجة، لم ينقض؛ لأنه مختلف فيه ولم يخالف نصاً، فلا ينقض.

* قوله: (ويستعمل حكم القرآن).

أي: يستعمل حكم القرآن في المستقبل، ولا يرُدُّ قضاءه الأول. ذكر ذلك لما ذكر خبر الشعبي في
 الصفحة التي قبل هذه، وذكر أن هذا الخبر مرسل.

* قوله: (وقيل: غير الصواب).

التقدير: نقض حكمه، وقيل: غير الصواب. قال في «شرح المقنع»^(٣): المخالفة للصواب
 تنقض^(٤) كلها، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ؛ لأن حكمه غير صحيح، وقضاءه

(١) أخرجه البخاري (٢٦٩٧)، ومسلم (١٧١٨) (١٧٠).

(٢) لم نقف عليه.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٨٧/٢٨.

(٤) ليست في (د).

لأبي حنيفة ومالك، وهل يثبت سبب نقضه وينقضه غير مَنْ حكم مع وجوده؟ الفروع تقدم في التفليس*^(١).

وحكمه بشيء حكمً بلازمه، وذكره في المفقود، ويتوجه وجهه* . وقال في «الانتصار» في لعان عبد: في إعادة فاسق شهادته لا تُقبل؛ لأنَّ ردَّه لها حكمٌ بالردِّ، فقبولها نقضٌ له، فلا يجوز، بخلاف ردِّ صبيٍّ وعبد، لإلغاء قولهما . وفيه في شهادته في نكاح: لو قبلت لم يكن نقضاً للأول، فإن سبب الأول الفسق، وزال ظاهراً؛ لقبول سائر شهاداته وإذا تغيرت صفة الواقعة*،

التصحيح

كَلَّا قضاء؛ لعدم شرط القضاء فيه، وليس في نقضه نقضُ الاجتهاد بالاجتهاد؛ لأن الأول ليس باجتهاد . وأما ما وافق الصواب، فذكر أن أبا الخطاب ذكر أنه ينقض؛ لأن وجود قضائه كعدمه . قال: وقال شيخنا: لا ينقض؛ لعدم الفائدة في نقضه؛ فإن الحق وصل إلى مستحقه، ولو وصل الحق إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم، لم يعتبر^(٢) ذلك، فكذلك إذا كان نقضاً؛ لأن وجوده كعدمه . وذكر في «الاختيارات»: هل تنفذ المجتهدات من أحكامه أم^(٣) يتعقبها العالم العادل؟ هذا فيه نظر .

* قوله: (تقدم في التفليس)

ذكر في التفليس كلاماً يدل على الخلاف .

* قوله: (ويتوجه وجهه) .

يحتمل أن يكون هذا الوجه من القول بأن لازم المذهب ليس مذهباً .

* قوله: (وإذا تغيرت صفة الواقعة) .

هو من تمام الكلام الذي قبله . ومعنى ذلك: أن الفاسق إذا شهد شهادة فردَّت، ثم تاب وأعادها،

(١) ٤٤٩/٦ - ٤٥٠ .

(٢) في (ق): «غير» وكذا هو في «الشرح الكبير» .

(٣) في (ق): «لم» .

الفروع فتغير القضاء بها، لم يكن نقضاً للقضاء الأول، بل رُدَّتْ للتهمة؛ لأنه صار خصماً فيها، فكأنه شهد لنفسه أو لوليّه. وفي «المغني»^(١): رُدَّتْ باجتهاد، فقبولها نقضٌ له، وقال أحمد في ردِّ عبدٍ: لأن الحكم قد مضى، والمخالفة في قضية واحدة نقضٌ مع العلم.

وإن حكم بينة خارج، وجعل علمه بينة داخل، لم يُنقض؛ لأنَّ الأصل جريه على العدل والصحة، ذكره الشيخ* في آخر فصول من ادعى شيئاً في يد

التصحيح

الحاشية

لا تقبل، ثم اختلفوا في تعليل ذلك؛

فمنهم من قال: لأن ردّها حكمٌ، فمتى قُبِلت بعد ذلك، كان نقضاً للحكم الأول، وهذا يدل على أن الحكم بالشيء حكمٌ بلازمه؛ لأنه لما كان يلزم من ذلك نقض الحكم الأول منعه؛ لئلا يلزم منه نقض الحكم الأول، ففيه دليل على أن الحكم بالشيء حكمٌ بلازمه.

ومنهم من علل ردّها بالتهمة، أي: يصير متهماً بأنه أظهر التوبة لأجل ردّها، لا أنه تاب على الحقيقة، ولولا ذلك لُقِبَت شهادته هذه كما يُقبل في غير هذه الواقعة، فكأنه لما رُدَّتْ شهادته لفسقه، فالسعي في قبول شهادته بعد ذلك شهادةً لنفسه، أو أن المشهود له صار كالولي له، فإنه ساعٍ في قبول شهادته، وفي ذلك مصلحة له، فصار كأنه يشهد لوليّه الساعي في مصلحته.

* قوله: (وإن حكم بينة خارج، وجعل علمه بينة داخل، لم ينقض؛ لأن الأصل جريه على العدل والصحة. ذكره الشيخ).

أي: الحاكمُ بينة الخارج لم يعلم هل كان عالماً ببينة الداخل أم لا؟ لم ينقض حكمه. ووجه المصنّف فيه وجهاً^(٢)؛ لأن الأصل عدم علمه، والله أعلم. وأما إذا كان قد حكم ببينة الخارج، ثم أُقيمت بينة الداخل، وعلم أن الحاكم لم يحكم ببينة الخارج / إلا لعدم بينة الداخل، فقد ذكر الشيخ في أول تعارض البيتين ما يتعلق بذلك، وكتب كلامه حاشيةً هناك، فليُنظر^(٣).

٢٣٦

(١) ١٩٦/١٤.

(٢) في (د): «وجهان».

(٣) ص ٢٨١.

غيره، ويتوجه وجهه . وثبوت شيءٍ عنده^(١) ليس حكماً به على ما ذكروه في الفروع صفة السجل، وفي كتاب القاضي، وكلام القاضي هناك يخالفه .

ومن استعداه على خصم بالبلد، لزمه إحضاره، وقيل: إن حرّر دعواه .^(٢) ومتى لم يحضر، لم يرخص له في تخلّفه، وإلا أعلم الوالي به، ومتى حضر، فله تأديبه بما يراه^(٣) . ويعتبر تحريرها في حاكم معزول، ويراسله قبل إحضاره، في الأصحّ فيهما . وإن قال: حكم عليّ^(٤) بفاسقين عمداً قبل قول الحاكم، وقيل: بيمينه، وعنه: متى بعدت الدعوى عرفاً، وفي «المحرر»: وخشي بإحضاره ابتذاله، لم يحضره حتى يحرر ويتبين أصلها، وعنه: متى تبين أحضره، وإلا فلا .

ولا يُعتبر لامرأة برّزة - تبرز لحوائجها غير مخدرة^(٥) - مَحْرَمٌ* . نص عليه . وغيرها يوغل، كمريض . وأطلق في «الانتصار» النصّ في المرأة، واختاره^(٥) إن تعذر الحقّ بدون حضورها، وإلا لم يحضرها . وأطلق ابن شهاب وغيره إحضارها؛ لأنّه حقّ آدميّ مبناه على / الشخّ والضيق، ولأن ٢٤٤/٢ معها أمين الحاكم لا يحصل معه خيفة الفجور، والمدة يسيرة كسفرها من محلة إلى محلة، ولأنها لم تُنشئ هي، إنما أنشئ بها . وفي «الترغيب»: إن

التصحيح

الحاشية

* قوله: (مَحْرَمٌ) .

نائب عن الفاعل؛ لقوله: (يعتبر) .

(١) في (ط): «عنه» .

(٢-٢) ليست في الأصل .

(٣) بعدها في (ر): «بشهادة» .

(٤) في الأصل: «محرة» .

(٥) في (ر): «اختار» .

الفروع خرجت للزاياء أو الزيارات ولم تُكثّر، فهي ^(١) مخدّرة، ويُنفذ من يحلفها .
ومن ادعى على غائبٍ بموضعٍ لا حاكمَ به، بعثَ إلى من يتوسط بينهما،
فإن تعذر، حرّر دعواه، ثم يحضره، وقيل: لدون مسافة قصر، وعنه: لدون
يوم، جزم به في «التبصرة»، وزاد: بلا مؤنة ومشقة .
وفي «الترغيب»: لا يحضره مع البعد حتى تتحرّر دعواه . وفيه: يتوقف
إحضاره على سماع البينة إن كان مما لا يُقضى فيه بالنكول . قال: وذكر
بعض أصحابنا: لا يحضره مع ^(٢) البعد حتى يصحّ عنده ما ادعاه، جزم به في
«التبصرة»، ومن ادعى قبله شهادة، لم تسمع، ولم يُعدّ عليه، ولم يحلف،
خلافًا لشيخنا في ذلك، وأنه ظاهرٌ نقل صالح وحنبل، وقال: ولو قال: أنا
أعلمها ولا أؤدّيها، فظاهرٌ* .

ولو نكل، لزمه ما ادعى به إن قيل: كتمانها موجبٌ لضمان ما تلف،
ولا يبعد، كما يضمن من ترك الإطعام الواجب، وكونه لا يحصل
المقصودُ لفسقه بكتمانه، لا ينفي ضمانه في نفس الأمر*، واحتج

التصحيح

الحاشية

* قوله: (ولو قال: أنا أعلمها ولا أؤدّيها، فظاهرٌ) .

مراده - والله أعلم - : فظاهرٌ بأنه تسمع الدعوى ويُعدى عليه .

* قوله: (ولو نكل، لزمه ما ادعى به إن قيل: كتمانها موجبٌ لضمان ما تلف، ولا يبعد
كما يضمن من ترك الإطعام الواجب، وكونه لا يحصل المقصودُ لفسقه بكتمانه، لا
ينفي ضمانه في نفس الأمر) .

هذا سؤال، وجوابه ومعناه: أنه إذا كتمها، فسُق بذلك، وحيث صار فاسقاً تُردّ شهادته لفسقه، لم

(١) في (ط): «فيه» .

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

القاضي بالأول* على أن الشهادة ليست حقاً على الشاهد .
 الفروع
 ومن طلبه خصمه أو حاكمٌ ليحضر مجلسَ الحكم، لزمه، حيث يلزم
 الحاكم إحضاره بطلبه منه .

التصحيح

يبقى كتمانها موجباً للضمان؛ لأن شهادته حينئذ تصير كالعدم؛ لكونها لا تُقبل، فلا يحصل بها الحاشية مقصودٌ، فأجاب بأن ذلك لا ينفي الضمان في نفس الأمر، وهذا ظاهر؛ لأن السبب في ردّها هو الكتمان، وهو سبب الضمان، فلا يكون سبباً لعدمه . وقد ذكر المصنف في السرقة^(١)، فيما إذا سرق فرد خفّ قيمة كل واحد منهما منفرداً درهمان ومعا عشرة، غرم ثمانية، وقيل: درهمين، وخرج ضمان ما في وثيقة أتلّفها إن تعذر على ذلك . قلت: فكتمان شهادة تعذر خلاص الحق معه مثله في الضمان .

* قوله: (واحتجّ القاضي بالأول)

وهو قوله: (لم تسمع ولم يعد عليه ولم يحلف)، ومراده على القول الأول المخالف لقول الشيخ.

باب طريق الحكم وصفته

إذا جاء إليه خصمان، فله أن يسكت حتى يبدأ، والأشهر: وأن يقول: أيكما المدعي؟ ومن سبق بالدعوى، قُدِّم، ثم من قرع، وقيل: من شاء حاكم، فإذا انتهت حكومته، ادَّعى الآخر. قال في «عيون المسائل»: ولا ينبغي للحاكم أن يسمع شكية أحد إلا ومعه خصمه، هكذا ورد عن النبي ﷺ^(١).

والمدعي من إذا سكت ترك، وقيل: من يدَّعي خلاف الظاهر، وعكسه المنكر^(٢). فلو قال: أسلمنا معاً، فالنكاح باق، وادعت المرأة التعاقب، فلا نكاح، فالمدعي هي، وعلى الثاني هو. ولا تُسمع دعوى مقلوبة، وسمعتها بعضهم، واستنبطها*، ولا يصحَّحان إلا من جائز التصرف*، وتصح على السفية بما يؤخذ به إذن، وبعد فك حَجْره، ويحلف إذا أنكر.

تنبيهان:

(٢) الأول: قوله: (وعكسه المنكر) قال ابن نصر الله: كان الأولى أن يقول: وعكسه المدعى عليه، كما قال غيره؛ ليعم ما إذا أنكر المدعى عليه وما إذا سكت، فإنه

الحاشية * قوله: (ولا تسمع دعوى مقلوبة، وسمعتها بعضهم واستنبطها).

ذكروا في الشفعة - فيما إذا أنكر المشتري الشراء، وأقام الشفيع بينة، وأخذ الشفيع بالشفعة وامتنع المشتري من قبض الثمن - ثلاثة أوجه:

أحدها: يبقى في يد الشفيع. والثاني في يد الحاكم. والثالث واختاره القاضي: يلزم الشفيع بقبضه، أو يُبرأ منه، وذكروا في السلم أنه إذا جاءه بالسلم قبل محله، لزمه قبضه إذا لم يكن في قبضه ضرر، فظاهر هذا حيث قلنا يلزمه القبض: أن من عليه الدين إذا ادَّعى على صاحب الحق أنه يقبض حقه، أن دعواه تُسمع، ويلزم رب الدين بقبضه.

* قوله: (ولا يصحَّحان إلا من جائز التصرف) إلى آخره.

الفروع

إذا سكت ولم ينكر، لم يُترك أيضاً، وليس منكراً . انتهى . قلت : لعل المنكر من لم يُقرَّ التصحيح فيشمل الساكت .

قال في «الرعاية» : إلا محررة ملزمة تسليم المدعي يعلمها المدعي وخصمه، وكل منهما رشيد يصح تبرعه، وجوابه «بإقرار وإنكار وغيرهما»^(١). وما صحَّ ثبوته مجهولاً، صحَّ دعواه مجهولاً، كوصية وعبدٍ مطلقٍ في مهرٍ أو^(٢) نحوه، وقيل : أو كإقرار، ومن أحضر ورقة فيها دعوى محررة وقال : أدعي بما فيها مع حضور خصمه، لم تُسمع، ومن ادَّعى أن زيدا أقرَّ له بالف، لم تُسمع، حتى يقول : أدعي عليه^(٣) ألفاً حالاً^(٤) أطلبه منه، أو أطلبه به، ولا يكفي قوله : لي عليك، أو : لي في ذمتك كذا، حتى يقول : وهو مال، وأنا أطلبك^(٥) به، أو أطلبه، وفي المعين يقول : هذا ملكي أستحقُّ أخذه منه، ويلزمه تسليمه إليَّ، أو : أنا أطلب تسليمه منه، وأسأل سؤاله . وإن لم يقله، فللقاضي سؤاله، وقيل : لا، فإن سألَه فأقرَّ، حُكم عليه، وقيل : إن طلب المدعي الحكم والأفلا، وفي الوديعة يقول : وأنا أطلب أن يُمكنني من أخذها، ولا يقول : أطلب تسليمها، ولا يلزم تسليمها إليه، بل التمكين منها^(٥) . ولا يجبُ ذكر قيمتها، ويجب ذكر قيمة العارية والغصب، ويقول : وهما في يده، يلزمه تسليمها إليَّ، ويذكر في السلم شروطه، ويسمع الدعوى بدينٍ مؤجلٍ لإثباته إذا خاف سفرَ الشهود، أو المدينِ مدةً يغيِّرُ أجله، وقيل : لا يسمعُ حتى يبينَ باقيها . ومن قال : كان لي على زيد كذا، أو قال : كانت هذه العينُ لي، أو : بيدي أمس، لم تُسمع دعواه ولا يبيته حتى يدعيها في الحال . وإن ادَّعى أنها له في الحال، فشهدت بينة أنها له أمس، أو في يده، لم تسمع، وفيه احتمال . وإن قال خصمه : كانت بيدك أمس، لم يلزم خصمه شيء، وقيل : يلزمه ذكر سبب زوال يد المدعي أمس، كما لو قال : كان ملكك له أمس، وإن كان متميزاً مشهوراً عند الخصمين والحاكم، كفت شهرته عن تحديده . ومن ادَّعى على ميت ثبت موته، حقاً مالياً، فطلبه

(١-١) ليست في (ق) .

(٢) في (ق) : «و» .

(٣-٣) في (د) : «ألف لا حالاً» .

(٤) في (ق) : «أطلبك» .

(٥) في (ق) : «منه» .

الفروع ولا تصح الدعوى إلا محررة متعلقة بالحال* معلومة إلا ما يصح مجهولاً، كوصية وإقرار، وعبد مُطلق في مَهْر، واعتبر في «المستوعب» وغيره: أن تكون معلومة إلا في الوصية .

وفي «عيون المسائل»: يصح الإقرار بمجهول؛ لئلاً يسقط حق المقر له، ولا تصح الدعوى؛ لأنها^(١) حق له، فإذا ردت عليه^(٢) عدل إلى معلوم* . واختار في «الترغيب»: أن دعوى الإقرار بالمعلوم لا تصح؛ لأنه ليس بالحق* ولا موجب*، فكيف بالمجهول، وفيه: لو ادعى درهماً وشهد

التصحيح

الحاشية

من وارثه، وقال: وخلف تركته هي - أو كذا منها - بيدك وأنا أطلبك بحقي منها، أو منك ونحو ذلك، سَمِع، وإلا فلا .

* قوله: (بالحال) .

أي: يكون المدعى به حالاً . احترز به عن المؤجل، وذكر في آخر الورقة قولاً: أنها تسمع بدين مؤجل لإثباته، وصححه في «الترغيب» .

* قوله: (فإذا رُدَّت عليه، عدل إلى معلوم)

يعني: إذا رُدَّت عليه الدعوى بالمجهول، عدل عن الدعوى بالمجهول، إلى الدعوى بمعلوم .

* قوله: (واختار في «الترغيب»: أن دعوى الإقرار بالمعلوم لا يصح؛ لأنه ليس بالحق) .

أي: الإقرار ليس^(٣) بالحق، بل المقر به .

* قوله: (ولا موجب) .

أي: الإقرار ليس موجباً للحق، بل الحق واجب قبله بسببه المتقدم، إما بيع أو إجارة ونحو ذلك من الموجبات، فعلى هذا: يدعى بالمال المقر به، ولا يدعى بالإقرار، وفي هذا نظر؛ لأنه ربما أمكن إثبات الحق بالإقرار دون غيره، مثل: أن يكون يشهد على الإقرار ولا يشهد بالمال .

(١) بعدها في الأصل: «لا» .

(٢) في الأصل: «إليه» .

(٣) ليست في (ق) .

الشهودُ على إقراره، قُبِلَ، ولا يدعي الإقرارَ لموافقة لفظ الشهود*، بل لو الفروع ادعى لم تُسمع، وفيه: في اللقطة لا تُسمع، ولا يُعدَّى حاكمٌ في مثل ما لا تَبْعُهُ الهِمَّةُ.

وقيل: تسمع بدّين مؤجل لإثباته. وقال في «الترغيب»: الصحيحُ تسمع، فيثبت أصلُ الحق؛ للزوم في المستقبل، كدعوى تدبير، وأنه يحتمل في: قتل أبي أحد هؤلاء الخمسة أنه يُسمع؛ للحاجة، لوقوعه كثيراً، ويحلف كلُّ منهم، وكذا دعوى غصب، وإتلاف، وسرقة، لا إقرار، وبيع إذا قال: نسيت؛ لأنه مقصّر.

ويعتبر انفكاكُ الدعوى عما يُكذَّبُها، فلو ادعى^(١) أنه قتل أباه منفرداً، ثم ادعى على آخر المشاركة فيه، لم تُسمع الثانية، ولو أقر الثاني إلا أن يقول: غلطتُ أو كذبتُ في الأولى، فالأظهر: يُقبل - قاله في «الترغيب» - لإمكانه، والحق لا يعدوهما، وفي «الرعاية»: من أقر لزيد بشيء ثم ادّعاؤه وذكر تلقّيه منه، سُمع، وإلا فلا، وإن أخذ منه بيّنة ثم ادّعاؤه، فهل يلزم ذكرُ تلقّيه منه؟ يحتمل وجهين^(٢).

(☆) الثاني^(٢): قوله: (وإن أخذ منه بيّنة ثم ادّعاؤه فهل يلزم ذكر تلقّيه منه؟) التصحيح وجهين انتهى.

هذا من تنمة كلام صاحب «الرعاية».

الحاشية

* قوله: (ولا يدعي الإقرارَ لموافقة لفظ الشهود).

هو من اختيار «الترغيب» بدليل قوله بعده: (وفيه)، أي: في «الترغيب» ومراده - والله أعلم - أنه إذا شهد له شهودٌ أن فلاناً أقرّ لك بكذا، لا يدعي عليه لأجل لفظ الشهود، بل لا بُدَّ أن يعرف أن الذي أقرّ به هو له عليه.

(١) بعدها في (ر): «عليه».

(٢) سبق التنبيه الأول ص ١٦٠.

الفروع ويعتبر التصريحُ بها، فلا يكفي: لي عند فلان كذا، حتى يقول: وأنا الآن مطالبٌ به، ذكره في «الترغيب»: وظاهرُ كلام جماعة: يكفي الظاهر^(١). وإن قال: غصبتُ ثوبي؛ فإن كان باقياً، فلي ردُّه وإلا قيمته، صحَّ اصطلاحاً، وقيل: يدعيه، فإن حلف، ادعى قيمته، وفي «الترغيب»: لو أعطى دليلاً ثوباً قيمته عشرة، لبيعه بعشرين فجحده، فقال: أدَّعي ثوباً إن كان باعه فلي عشرون، وإن كان باقياً فلي عينه، وإن كان تالفاً، فلي عشرة، فقد اصطلاح القضاء^(٢) على قبول هذه الدعوى المردودة؛ للحاجة، وإن^(٣) ادعى أنه له الآن، لم تسمع بيئته أنه كان أمسٍ أو في يده، في الأصحَّ، حتى يبين سببَ يد^(٤) الثاني نحو غاصبه، بخلاف ما لو شهدت أنه كان ملكه بالأمس اشتراه من ربِّ اليد، فإنه يُقبل، وقال شيخنا: على القول الصحيح، إن قال: ولا أعلم له مزيلاً، قُبِلَ، كعلم الحاكم أنه يُلبسُ عليه*، ولم يقل

التصحيح وقوله^(٥): (ولو قال: بيعاً لازماً أو هبة مقبوضة فوجهان، لعدم تعرضه للتسليم). انتهى . هذا فيما يظهر من تنمة كلامه في «الترغيب»، وقدم في «الرعاية» الاكتفاء بذلك .

الحاشية * قوله: (قُبِلَ، كعلم الحاكم أنه يلبسُ عليه) .

أي: كعلم الحاكم أن الشاهد الذي يشهد أنه كان ملكه بالأمس، يلبس على الحاكم، فإنه لا يقبله. والصورة الشبيهة بهذه الصورة - والله أعلم - هي الصورة المفهومة من التقييد بالشرط، وهو قوله: (إن قال: ولا أعلم له مزيلاً) ففهم منه أنه^(٦) إن لم يقل ذلك، لا يقبل، كما لا يقبل إذا علم الحاكم من الشاهد أنه يلبس عليه بهذه الشهادة، فيكون تقدير الكلام: إن قال: ولا أعلم له مزيلاً، قبل، وإلا فلا، كعلم الحاكم أنه يلبسُ عليه .

(١) ليست في الأصل .

(٢) في (ط): «القضاء» .

(٣) بعدها في (ط): «ما» .

(٤) في (ط): «يده» .

(٥) الآتي ص ١٦٦ .

(٦) ليست في (ق) .

أحد - فيما أعلم - أنه يعتبر قولُ الشاهد، وهو باقٍ في ملكه إلى الآن* .
 وقال، فيمن بيده عقارٌ، فادعى رجلٌ بمشئوب عند^(١) الحاكم أنه كان
 لجده إلى يوم^(٢) موته، ثم لورثته، ولم يُثبت أنه مُحْلَف عن موروثه: لا يُنزع
 منه بذلك؛ لأن أصلين تعارضاً، وأسباب انتقاله أكثر من الإرث، ولم تَجْرِ
 العادة بسكوتهنَّ المدة الطويلة، ولو فُتح هذا لانتزع^(٣) كثيرٌ من عقارِ الناسِ
 بهذه الطريق .

وقال فيمن بيده عقارٌ، فادعى آخرُ أنه كان ملكاً لأبيه، فهل يسمع بغير
 بينة؟ قال: لا، إلا بحُجَّة شرعية أو إقرارٍ مَنْ هو بيده أو تحت حكمه .

وقال في بينة شهدت له بملكه إلى حين وقفه، وأقام وارث بينة أن موروثه
 اشتراه من الواقف قبل وقفه: قُدمت بينة وارث؛ لأن معها مزيد علم،
 كتقديم^(٤) من شهد بأنه ورثه من أبيه وآخرُ أنه باعه . وإن قال: كان بيدك -
 أو: لك - أمس، لزمه سببُ زوال يده في الأصح، وقيل: في الثانية، فيتوجه
 عليهما: لو أقام المقرُّ بينة أنه له، ولم يُبين سبباً؛ هل يُقبل؟ ويكفي شهرته
 عندهما^(٥)، وعند حاكم عن تحديده^(٦)؛ لحديث الحضرمي والكندي^(٧) .

التصحيح

* قوله: (ولم يقل أحدٌ فيما أعلم أنه يعتبر قولُ الشاهد، وهو باقٍ في ملكه إلى الآن) .
 قال أبو العباس: ولا يعتبرُ في أداء الشهادة، وأن الدَّيْن باقٍ في ذمَّة الغريم إلى الآن، بل يحكمُ

(١) في (ط): «على» .

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

(٣) في (ط): «الانتزاع» .

(٤) في الأصل: «لتقديم» .

(٥) في الأصل: «عنده» .

(٦) في (ط): «تجديده» والضمير في قوله «شهرته» و«تجديده» عائد على السبب .

(٧) الذي أخرجه مسلم (١٣٩) (٢٢٣)، وسيذكره المحشي ص ١٦٧ .

الفروع

وظاهره عمله بعلمه؛ أن موروته مات ولا وارث له سواه*، ولا يكفي قوله عن دعوى في ورقة: أدعى بما فيها .

وتُسمع دعوى استيلاد، وكتابة وتديير، وقيل: إن جعل عتقاً بصفة* . وفي «الفصول»: دعواه سبياً قد توجب مالا، كضرب عبده ظلماً، يحتمل أن لا تُسمع حتى يجب المأل .

وفي «الترغيب»: لا تُسمع إلا دعوى مستلزمة، لا كبيع خيار ونحوه، وأنه لو ادعى بيعاً أو هبة لم تُسمع، إلا أن يقول: ويلزمك التسليم إليّ؛ لاحتمال كونه قبل اللزوم، ولو قال: بيعاً لازماً أو هبة مقبوضة، فوجهان*؛

التصحيح

الحاشية

الحاكم باستصحاب الحال، إذا ثبت عنده سبق الحق إجماعاً .

* قوله: (وظاهره: عمله بعلمه أن موروته مات ولا وارث له سواه) .

يعني: أنه إذا ادعى شخص أن موروته مات، وأنه لا وارث له سواه، والحاكم يعلم ذلك: أن الحاكم يعمل هنا بعلمه، ويحكم له بالإرث^(١)، كما تقدّم في هذه الصورة، وهي: ما إذا كان المدعى به مشهوراً عند الحاكم؛ أنه يكتفي بشهرته عنده، ويعمل بذلك من غير بينة تشهد^(٢) له / بذلك^(٣)، كذلك إذا كان يعلم موت موروته، وأنه لا وارث له سواه .

٢٣٧

* قوله: (وقيل: إن جعل عتقاً بصفة) .

أي: إن جعل التدبير عتقاً بصفة على الرواية المذكورة في ذلك،^(٣) بخلاف ما^(٢) إذا قيل: إنه وصية .

* قوله: (ولو قال بيعاً لازماً، أو هبة مقبوضة فوجهان) .

قال في «الرعاية»: وإن قال: أدعى بيعاً لازماً، أو هبة مقبوضة، كفى، وقيل: لا يكفي .

(١) في (ق): «فالإرث» .

(٢-٢) في (د): «به» .

(٣-٣) في (ق): «بخلافها» .

لعدم تعرضه للتسليم، واختار شيخنا أن مسألة تحرير الدعوى وفروعها الفروع ضعيفة؛ لحديث الحضرمي*، وأن الثبوت المحض يصح بلا مدعى عليه .
وقال: إذا قيل^(١): لا/ تسمع إلا محررة، فالواجب أن من ادعى مجملًا ٢٤٥/٢ استقصاه الحاكم، وقال: بأن^(٢) المدعى عليه قد يكون مبهمًا^(٣) كدعوى الأنصار قتل^(١) صاحبهم*،

التصحيح

الحاشية

* قوله: (لحديث الحضرمي) .

روى وائل بن حجر: أن رجلاً من حضرموت، ورجلاً من كندة أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي: إن هذا غلبني على أرضي^(٤) ورثتها من أبي، وقال الكندي: أرضي وفي يدي، لا حق له فيها . فقال النبي ﷺ: «شاهداك أو يمينه»، قال: إنه لا يتورع من شيء . قال: «ليس لك إلا ذلك» . رواه مسلم^(٥) بمعناه .

* قوله: (قد يكون مبهمًا، كدعوى الأنصار قتل صاحبهم)

ذكر البخاري^(٦) في القسامة: دخل نفر من الأنصار على رسول الله ﷺ فتحدثوا عنده، فخرج رجل منهم بين أيديهم، فقتل، فخرجوا بعده، فإذا هم بصاحبهم يتشخط في الدم، فرجعوا إلى رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله صاحبنا الذي كان تحدث^(٧) معنا، فخرج بين أيدينا، فإذا نحن به يتشخط في الدم، فخرج رسول الله ﷺ فقال: «بمن تظنون أو ترون قتله؟» قالوا: نرى أن اليهود قتلته، فأرسل إلى اليهود فدعاهم، فقال: «أنتم قتلتم هذا؟» قالوا: لا . قال: «أترضون نقل

(١) في الأصل: «قيل» .

(٢) ليست في الأصل .

(٣) في الأصل: «متهمًا» .

(٤) في (ق): «أرض» .

(٥) في «صحيحه» (١٣٩) (٢٢٣) وقد تقدم ص ١٦٥ .

(٦) في صحيحه (٦٨٩٩) من حديث أبي قلابة عن عنبسة بن سعيد . وفيه قصة .

(٧) في (ق): «يتحدث» .

الفروع ودعوى المسروق منه على بني الأبيرق*، ثم المجهول قد يكون مطلقاً، وقد ينحصر في قوم، كقولها: نكحني أحدهما، وقوله: زوجتي إحداهما.

التصحيح

الحاشية

خمسين من اليهود ما قتلوه؟ قالوا: ما يُبالون أن يقتلونا أجمعين، ثم يُنقلون. قال: «أفتستحقون الدية بأيمان خمسين منكم؟» قالوا: ما كُنَّا لنحلف. فَوَدَّاهُ مِنْ عِنْدِهِ.

* قوله: (ودعوى المسروق منه على بني الأبيرق).

عن قتادة بن النعمان قال: كان أهل بيت منّا يقال لهم: بنو أبيرق بشرٌ وبشيرٌ ومُبَشِّرٌ، وكان بشيرٌ رجلاً منافقاً يقول الشعر، يهجو به أصحاب رسول الله ﷺ، ثم يَنحَلُهُ بعض العرب، ثم يقول: قال فلانٌ: كذا وكذا، [قال فلان كذا وكذا] فإذا سَمِعَ أصحاب رسول الله ﷺ ذلك الشعر، قالوا: والله ما يقول هذا الشعر إلا هذا الخبيث. أو كما قال الرجل، وقالوا: ابنُ الأبيرقِ قالها، قالوا: وكانوا أهل بيت حاجة وفاقة، في الجاهلية والإسلام، وكان الناس إنما طعأمهم بالمدينة التمر والشعير، وكان الرجل إذا كان له يسارٌ، فَقَدِمَتْ ضافطة^(١) من الشام من الدَّرْمَكِ^(٢)، ابتاع الرجل منها فخص بها نفسه، وأما العيالُ فإنما طعأمهم التمر والشعير، فَقَدِمَتْ ضافطة من الشام، فابتاع عَمِّي رفاعَةُ بْنُ زَيْدِ حَمَلًا من الدَّرْمَكِ، فجعله في مشربة له، وفي المشربة سلاحٌ ودرعٌ وسيفٌ فعُدِّي عليه من تحت البيت، فَتَقَبَّتِ المشربةُ وأخذ الطعام والسلاح، فلما أصبح أتاني عَمِّي رفاعَةُ فقال: يا ابنَ أخي، إنه قد عُدي علينا في ليلتنا هذه، فَتَقَبَّتِ مشربتنا، وَذَهَبَ بطعامنا وسلاحنا، قال فَتَحَسَّنَّا في الدارِ وسألنا، فقبل لنا: رأينا بنو أبيرق استوقدوا في هذه الليلة، ولا نرى - فيما نرى - إلا على بعض طعامكم. قال: وكان بنو أبيرق، قالوا ونحن نسأل في الدار: والله ما نرى صاحبكم إلا لبيد بن سهل، رجلاً منا له صلاحٌ وإسلامٌ، فلما سمع لبيدٌ اختلط سيفه وقال: أنا أسرقُ؟ فوالله ليخاطبكن هذا السيفُ أو لَتَبَيِّنَنَّ هذه السرقة، قالوا: إليك عنا أيها^(٣) الرجل، فما أنت بصاحبها، فسألنا في الدار حتى لم نشك أنهم أصحابها، فقال لي عَمِّي: يا ابنَ أخي، لو

(١) الضافطة: الإبل التي تحمل المتاع، والضفط: الذي يكرى الإبل من قرية إلى قرية. «تهذيب اللغة» ١١/٤٩٢.

(٢) الدَّرْمَك: الدقيق الحُوَازِي. «القاموس»: «درمك».

(٣) في (د): «هذا».

وقال فيمن ادّعى على خصمه أن بيده عقاراً استغله مدّة معينة وعيّنه، وأنه يستحقّه، فأنكر وأقام بينة باستيلائه، لا باستحقاقه: لزم الحاكم إثباته والإشهاد به، كما يلزم البينة أن تشهد به؛ لأنه كفرع مع أصل.

وما لزم أضلاً الشهادة به لزم فرعاً حيث يُقبل، ولو لم يلزم إعانة مدّع بشهادة وإثبات ونحوه إلا بعد ثبوت استحقاقه، لزم الدور، بخلاف الحكم، وهو الأمر بإعطائه ما ادّعاه، ثم إن أقام بينة بأنه المستحق وإلا فهو كمال مجهول يُصرف في المصالح.

ثم إن كان المدعي عيناً حاضرة لكن لم تحضر بمجلس الحكم اعتبر

التصحيح

أتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، قال قتادة: فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: إن أهل بيت منّا أهل جفاء عمداً إلى عمي رفاعه بن زيد، فنقبوا مشربة له، وأخذوا سلاحه وطعامه، فليروا علينا سلاحنا، فأما الطعام فلا حاجة لنا فيه. فقال النبي ﷺ: «سأمر في ذلك»، فلما سمع بنو أبييرق، أتوا رجلاً منهم يقال له: أسير بن غروة فكلّموه في ذلك، فاجتمع في ذلك أناس من أهل الدار، فقالوا: يا رسول الله، إن قتادة بن النعمان وعمّه عمداً إلى بيت منّا أهل إسلام وصلاح يرمونهم بالسرقة من غير بينة ولا ثبوت، قال قتادة: فأتيت رسول الله ﷺ فكلّمته فقال: «عمدت إلى أهل بيت، ذكّر منهم إسلام وصلاح ترميهم بالسرقة على غير ثبوت وبينة؟»، قال: فرجعت ولوّددت أنني خرجت من بعض مالي ولم أكلم رسول الله ﷺ في ذلك، فأتاني عمي رفاعه، فقال: يا ابن أخي، ما صنّعت؟ فأخبرته بما قال لي رسول الله ﷺ، فقال: الله المستعان، فلم نلبث أن نزل القرآن: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥]. قال الترمذي: هذا غريب، لا نعلم أحداً أسنده غير^(١) محمد بن سلمة الحرّاني. ذكره

الترمذي^(٢) في التفسير.

(١) في (د): «عن».

(٢) في «سننه» (٣٠٣٦).

الفروع إحضاره للتعين، ويجب على المدعي إن أقر أن بيده مثله، ولو ثبت أن بيده بيعة أو بنكول، حُبس أبدأ حتى يحضره، أو يدعي تلفه، فيُصَدَّق للضرورة، وتكفي القيمة. وإن كانت تالفة أو في الذمة ذكر صفة سلمه^(١)، والأولى ذكر قيمة أيضاً، وفي «الترغيب»: يكفي ذكر قيمة غير مثلي، ويذكر قيمة^(٢) جوهر ونحوه، ويكفي ذكر قَدْر نَقْد البلد، وقيل: ويصفه، ويُقَوِّم مُحَلِّي بغير جنس حليته، ومُحَلِّي بالتقدين بأيهما شاء؛ للحاجة.

ومن ادعى عيناً أو ديناً، لم يُعتبر ذكر سببه، وجهاً واحداً؛ لكثرة سببه، وقد يخفى على المدعي. وإن ادعى ديناً على أبيه، ذكر موت أبيه، وحرَّر الدَيْنَ والتركَّةَ، ذكره القاضي، واختاره^(٣) الشيخ، أو أنه وصل إليه من تركه أبيه ما يفي^(٤) بدينه. وإن ادعى عقداً، اعتُبر ذكر شروطه، في الأصح، وقيل: في النكاح، اختاره الشيخ، وقيل: ومملك الإمام، وفي استدامة الزوجية وجهان*^(٥).

التصحیح مسألة - ١: قوله: (وفي استدامة الزوجية وجهان) انتهى.

يعني: أنها لم تدع العقد، وإنما ادعت استدامته، وأطلقهما في «المغني»^(٥) و«الكافي»^(٦) و«الشرح»^(٧):

الحاشية * قوله: (وفي استدامة الزوجية وجهان).

أي: هل يشترط في دعوى استدامة النكاح ذكر الشروط؟ فيه وجهان. قال في «البلغة»: فإن ادعى كونها زوجته في الاستدامة، لم يحتج إلى ذكر الشروط على الأصح.

(١) في (ط): «سلمه»، والمثبت من النسخ الخطية. ومعناه: أنه يذكر الصفات التي يجب ذكرها في عقد السلم.

(٢) بعدها في (ر): «غير».

(٣) في الأصل: «اختار».

(٤) في (ر): «بقي».

(٥) ٢٧٧/١٤.

(٦) ١٥٢/٦.

(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٧٠/٢٨.

وفي «الترغيب»: يُعتبر في النكاح وَصْفُهُ بالصحة، والبيعُ يحتملُ وجهين، الفروع وأنه لا يعتبر انتفاء المفسد، وهو معنى كلام الشيخ وغيره: أنها ليست معتدَّة ولا مرتدَّة، ودعوى امرأة نكاح رجل لطلب مهرٍ أو نحوه مسموعة، وإن ادعت النكاح فقط، فوجهان^(٢). فإن سُمعت، فكزوج*، وليس^(١) جحوده بنية^(١) طلاقٍ طلاقاً، خلافاً لـ«المغني»^(٢)، واختاره في «الترغيب»* وأن المسألة

أحدهما: تصح دعواها، وهو الصحيح، صححه في «البلغة»، و«الرعايتين»، ومال التصحيح إليه الشيخ الموفق والشارح، وهو ظاهرُ كلامه في «الوجيز».

والوجه الثاني: لا يصح حتى تذكر شروط النكاح.

مسألة - ٢: قوله: (ودعوى امرأة نكاح رجل لطلب مهرٍ أو نحوه مسموعة، وإن ادعت النكاح فقط، فوجهان) انتهى.

وأطلقهما في «المغني»^(٣)، و«الكافي»^(٤)، و«المقنع»^(٥)، و«المحرر»، و«الشرح»^(٥)، و«شرح ابن منجا»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«تجريد العناية» وغيرهم:

أحدهما: لا تُسمع، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب وغيره، وصححه في «التصحيح» وغيره، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه الناظم وغيره.

والوجه الثاني: تُسمع، اختاره القاضي.

الحاشية

* قوله: (فإن سُمعت، فكزوج).

أي: يشترط في صحة دعواها ما يشترط في دعوى الزوج، هذا معنى قوله: (فكزوج).

* قوله: (وليس جحوده بنية طلاقٍ طلاقاً، خلافاً لـ«المغني»^(٢)، واختاره في «الترغيب»)

(١-١) في (ط): «جحود بنية».

(٢) ٢٧٨/١٤.

(٣) ٢٧٧/١٤.

(٤) ١٥٣/٦.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٧٢/٢٨.

الفروع مبنية على رواية^(١) صحة إقرارها به^(٢) إذا ادعاه واحد، وإن علم أنها ليست امرأته وأقامت بينة فهل يُمكنُ منها ظاهراً؟ فيه وجهان^(٣).

وإن ادعى إرثاً، ذكر سببه*، وإن ادعى قتلَ موروثه، ذكر القتل عمداً أو شبهه أو خطأ، ويصفه، وأنه انفرد أو لا، ولو قال: قدّه نصفين وكان حياً،

التصحيح مسألة ٣: قوله: (وإن علم أنها ليست امرأته وأقامت بينة فهل يُمكنُ منها ظاهراً؟ فيه وجهان) انتهى .

وأطلقهما في «المغني»^(٣) و«الشرح»^(٤):

أحدهما: لا يُمكن . قلت: وهو عينُ الصواب، وكيف يُمكنُ منها وهو يعلم من نفسه ويتحقق أنها ليست امرأته حتى ولو كان الشهودُ مئةً، ولو حكم حاكماً بذلك؛ لأن حكمه لا يُحلُّ حراماً، والأولى له طلاقُها^(٥) ظاهراً، فهو كما لو قال: هي أختي من الرضاعة .

الحاشية وجهُ كون الجحودِ بنية الطلاقِ ليس طلاقاً، هو أن الجحودَ لنفسِ عقدِ النكاح، والطلاقُ رفعُ للعقدِ بعد وجوده، وإنكارُ العقدِ لا يحصلُ به ذلك، فلهذا لم يقع به طلاقٌ، وإن نوى على المقدم . وقد ذكر المصنّف في كناية الطلاق في قوله: (ليس لي امرأةٌ أو: وليست لي بامرأة) رواية أنه لغوٌ، ثم قال: والأصح كنايةٌ . وفي «المحرر»: إذا نوى الطلاقَ بذلك، وقع، وعنه: لا يقعُ شيءٌ، فالجحودُ هنا لعقد النكاح، لا لكونها امرأته، فإن اعترف المدعى عليه الزوجية بعد الجحود، فالمسألة مذكورة في آخر كتاب الرضاع^(٦) .

قال الشريف أبو جعفر في «رؤوس المسائل» في آخر الرضاع: لو ادّعى على المرأة النكاح، فجحده، ثم أقرت به، لم يقبل قولها؛ لأنها أقرت بتحريم فرج، فلا يقبل رجوعها عنه .

* قوله: (وإذا ادّعى إرثاً، ذكر سببه) .

(١) ليست في الأصل .

(٢) ليست في (ط) .

(٣) ٢٧٨/١٤ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٧٤/٢٨ .

(٥) في (ط): «إطلاقها» .

(٦) ٢٨٧/٩ .

الفروع

أو: ضربه وهو حيّ، صحّ، ولو لم يذكر الحياة، فوجهان^(٤م).

فصل

فإذا حرّر دعواه، فللحاكم^(١) سؤال خصمه عنها، وقيل: إن سأل سؤاله، وفي «المذهب»، و«المستوعب» وجهان، كما لا يحكم له إلا بسؤاله، في الأصح. وفي «الأحكام السلطانية» في والي المظالم يرُدُّ الغُصُوبَ السلطانية قبل تَظْلُم أربابها إليه، ويكفيه العمل بما في الديوان، فإن أقر، حكم*. قاله جماعة، وفي «الترغيب»: إن أقر، فقد ثبت، ولا يفتقر إلى قوله: قضيتُ في أحد الوجهين، بخلاف قيام البينة؛ لأنه يتعلق باجتهاده، ولو قال الحاكم: يستحق عليك، فقال: نعم، لزمه، وإن أنكر بأن

التصحيح

والوجه الثاني: يُمكنُ منها؛ لأن الحاكم قد حكم بالزوجية، وهو بعيد جداً.

مسألة - ٤: قوله: (ولو قال: قدّه نصفين وكان حيّاً، أو ضربه وهو حيّ، صح، ولو

لم يذكر الحياة، فوجهان) انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»:

أحدهما: لا يُشترط ذكر الحياة، قلت: وهو الصواب، أو^(٢) هو الظاهر.

والوجه الثاني: يشترط ذكرها، وهو الأحوط.

الحاشية

قد ذكر المصنّف في كتاب الشهادات في أواخره^(٣): أن الذي يدّعي إرثاً لا يحوجُ في دعواه إلىبيان السبب، فليُنظر هناك، والذي في الشهادات، نقله^(٤) عن الأزجي.

* قوله: (فإن أقر، حكم).

أي: حكم بسؤاله/ في الأصح، ولم يذكر ذلك؛ لكونه تقدّم بقوله: (كما لا نحكم له إلا بسؤاله ٢٣٨ في الأصح).

(١) في الأصل: «للحاكم».

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

(٣) ص ٣٢٣.

(٤) في (ق): «تقدم».

الفروع قال لمدع قرضاً أو ثمناً: ما أقرضني، أو: باعني، أو: لا حقَّ له^(١) عليّ ونحوه، صحَّ الجوابُ . والمراد بذلك^(٢) ما لم يعترف بسبب الحقِّ*، فلو ادعت من يعترف بأنها زوجته المهر، فقال: لا تستحق عليّ شيئاً، لم يصحَّ

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن أنكر^(٢)) بأن قال لمدَّع قرضاً أو ثمناً: ما أقرضني، أو: ما باعني، أو: لا حقَّ له عليّ ونحوه، صحَّ الجوابُ، والمراد: ما لم يعترف بسببِ الحقِّ

قال في «الاختيارات»: في طريق الحكم: قال القاضي: إذا ادَّعى على رجل ألفاً من ثمن مبيع، أو قرض، أو غصب، فقال: لا يستحقُّ عليّ شيئاً، كان جواباً صحيحاً، ويستحلف على ذلك، وإن قال: لم أبايعه، أو: لم أستقرض منه، أو: لم أغصبه^(٣)، فهل يكون جواباً يحلفُ معه؟ على وجهين: أحدهما: هو جوابٌ صحيحٌ .

والثاني: ليس بجوابٍ صحيحٍ يحلفُ عليه؛ لأنه يحتملُ أن يكون غصبه، ثم ردَّه إليه^(٤)، أو أقرضه ثم ردَّه إليه، أو باعَه ثم ردَّه إليه . قلت: هذا تعليلٌ لكونه جواباً صحيحاً .

قال الشيخُ تقي الدين ابنُ تيمية: إنما يتوجه الوجهان في أن الحاكم هل يلزمه بهذا الجواب أم لا؟ وأما صحَّته فلا ريب فيها، وقياسُ المذهب أن الإجمال ليس بجوابٍ صحيحٍ؛ لأن المطلوب قد يعتقد أنه ليس عليه؛ لجهل أو تأويل، ويكون واجباً عليه في نفس الأمر أو في مذهب الحاكم . ويميئ المدَّعى عليه بمنزلة الشاهد، فكما لا يشهد بتأويل أو جهل، ولا يقبل الجرح ونحوه^(٥) إلا مُفسراً، كذلك لا يحلف على تأويل أو جهل . ومن أصلنا إذا قال: كان له عليّ ووقيته، لم يكن مقراً، فلا ضررَ عليه في ذلك^(٦) إلا إذا قلنا بالرواية الضعيفة^(٦) .

(١) ليست في الأصل .

(٢) في (د): «أبكر» .

(٣) في (ق): «أغصب» .

(٤) في (ق): «عليه» .

(٥) ليست في (ق) .

(٦ - ٦) ليست في (ق) .

الجواب، ويلزمه المهرُ إن لم يُقم بينةً بإسقاطه، كجوابه في دعوى قرض الفروع اعترف به: لا يستحق عليّ شيئاً، ولهذا لو أقرت في مرضها: لا مهر لها عليه، لم يُقبل إلا بينة أنها أخذته. نقله مُهنّا، والمراد: أو أنها أسقطته في الصحة. ولو قال المدعي ديناراً: لا يستحق عليّ حبة، فعند ابن عقيل: ليس بجواب؛ لأنه لا يُكتفى في دفع الدعوى إلا بنص لا بظاهر، ولهذا لو حلف: والله إني لصادق فيما ادّعيته عليه، أو حلف المنكر إنه لكاذب فيما^(١) ادّعاه عليّ، لم يُقبل، وعند شيخنا: يعمّ الحبات، وما لم يندرج في لفظ حبة من باب الفحوى إلا أن يقال: يعمّ حقيقة عرفية^(٥٢).

وقد تقدم في اللعان وجهان فيما رميتها به^(٢)، ولو قال: لي عليك مئة، فقال: ليس لك عليّ مئة، اعتُبر - في الأصح - قوله، ولا شيء منها كاليمين، وإن نكل عمّا دون المئة، حُكم عليه بمئة^(٣) إلا جزءاً^(٣)، وإن قلنا: تردّد^(٤) اليمين، حلف المُدّعى على ما دون المئة، إذا لم يُسند المئة إلى عقد؛ لكون

مسألة - ٥: قوله: (ولو قال المدعي^(٥) ديناراً: لا يستحق عليّ^(٦) حبة، فعند ابن التصحيح عقيل: ليس بجواب . . . وعند شيخنا: يعمّ الحبات، وما لم يندرج في لفظ حبة من باب الفحوى، إلا أن يقال: يعمّ حقيقة عرفية) انتهى .

قلت: الصواب ما قاله الشيخ تقي الدين، وهو الظاهر .

الحاشية

(١) بعدها في الأصل: «إذا» .

(٢) ٢١٣/٩ .

(٣) في الأصل: «الآخر» .

(٤) في (ط): «برد» .

(٥) في (ص) و(ط): «المدعي» .

(٦) ليست في (ط) .

الفروع اليمين لا تقع إلا مع ذكر النسبة؛ لتطابق الدعوى، ذكره في «الترغيب» .

وإن أجاب مشتر لمن^(١) يستحق المبيع بمجرد الإنكار*، رجع على البائع بالثمن، وإن قال: هو ملكي اشتريته من فلان، وهو ملكه، ففي الرجوع وجهان^(٢)، وإن انتزع المبيع من يد مشتر بينة ملك مطلق، رجع

التصحيح مسألة - ٦: قوله: (وإن قال: هو ملكي؛ اشتريته من فلان وهو ملكه، ففي الرجوع وجهان) انتهى:

أحدهما: له الرجوع عليه، إذا بان مُستحقاً، وهو الصواب، لا سيما إذا كان المشتري جاهلاً، والإضافة إلى ملكه في الظاهر .
والوجه الثاني: ليس له الرجوع؛ لاعترافه له بالملك، وهو بعيد .

الحاشية * قوله: (بمجرد الإنكار) .

متعلق بقوله: (أجاب) تقديره: وإن أجاب مُشتري بمجرد الإنكار لمن يستحق المبيع، رجع على البائع بالثمن . مثال ذلك: أن يشتري شيئاً، فيدعيه إنساناً وأن البائع غصبه منه، فيقول المشتري الذي هو بيده: هو ملكي، فإذا أقام المدعي بينة أن البائع غصبه منه، وأخذ المدعي من المشتري، فإن المشتري يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه لم يوجد تفريط^(٢) في حق البائع، ولا اعتراف له بملك، بخلاف الصورة التي بعدها، وهي قوله: (هو ملكي؛ اشتريته من فلان وهو ملكه) . فإنه لم يجب بمجرد الإنكار، وهو قوله: (هو ملكي) بل زاد: اشتريته من فلان وهو ملكه، فقد اعترف بالملك للبائع، فإذا أقام المدعي بينة، وأخذ من المشتري، ففي رجوعه على البائع بالثمن وجهان:

وجه الرجوع: أنه بذل الثمن في مقابلة المبيع، فلم يُسلم له، وقد ظهر أنه ليس ملكه، فلم يستحق البائع الثمن .

وجه عدم الرجوع: أن المشتري اعترف للبائع بالمبيع، وأنه كان ملكه لما تصرف فيه، فيلزم من ذلك، أنه يعترف أن المدعي ظلمه في أخذه من يده، وإذا ظلمه المدعي، ليس له أن يظلم البائع، فلا يرجع عليه .

(١) في الأصل: «لم» .

(٢) في (ق): «تفريطه» .

على البائع، في ظاهر كلامهم، كما يرجع في بينة ملك سابق، وفي الفروع «الترغيب»: يحتمل عندي أن لا يرجع؛ لأن المُطلَّقة* تقتضي الزوال من وقته^(١)؛ لأن ما قبله غير مشهود به .

قال الأزجي: ولو قال: لك عليّ شيء، فقال: ليس لي عليك شيء، وإنما لي^(٢) عليك ألف درهم، لم يُقبل منه دعوى الألف؛ لأنه نفاها بنفي الشيء .

ولو قال: لك عليّ درهم، فقال: ليس لي^(٣) عليك درهم، ولا دانق، وإنما لي عليك ألف، فُبل منه دعوى الألف^(٤)؛ لأن معنى نفيه: ليس حقّي هذا القدر . قال: ولو قال: ليس لك عليّ شيء إلا درهم صح ذلك^(٥) .

ولو قال: ليس له عليّ^(٤) عشرة إلا خمسة، فقليل: لا يلزمه شيء؛ لتخبط اللفظ، والصحيح: يلزمه ما أثبتته، وهي الخمسة؛ لأن التقدير: ليس له عليّ عشرة، لكن خمسة، ولأنه استثناء من النفي فيكون إثباتاً .

التصحيح

الحاشية

* قوله: (لأن المُطلَّقة) .

أي: البينة المطلقة، وهي التي تشهد بالملك المطلق، مثل: أن يشهد أن هذا المعين^(٥) ملكه، فهي تقتضي زوال الملك من وقت أداء الشهادة؛ لأنها لم تذكر ما قبله، بخلاف التي تشهد بملك سابق، مثل: أن يشهد أنه اشتراها فيه من سنتين أو أكثر، فإنها تقتضي زوال الملك، من حين التاريخ المذكور .

(١) في (ط): «قوته» .

(٢) ليست في (ط) .

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

(٤) ليست في الأصل .

(٥) في (د): «العين» .

الفروع

وللحاكم أن يقول للمدعي: ألك بينة؟ فأحضرها، ومعناه: إن شئت، وفي «المحرر»: إن جهل أنه موضعها^(١)، وفي «المستوعب»: و«المغني»^(٢): لا يقول: فأحضرها، فإذا أحضرها، لم يسألها، ويتوجه وجهه، ولا يقول: اشهدا، ولا يلقنهما، وفي «المستوعب»: لا ينبغي، وفي «الموجز»: يكره، كتعتنهما وانتهارهما، وفيهما في ظاهر «الكافي»^(٣): يحرم.

وإن شهدا واتّضح الحكم لزمه^(٤)، ولم يجز ترديدتهما، وفي «الرعاية»: إن ظنّ الصلح آخره، وفي «الفصول»: وأحبنا له أمرهما بالصلح، ويؤخره، فإن أبا حاتم، وفي «المغني»^(٢): ويقول: قد شهدا عليك، فإن كان قاذح، فبينه عندي، يعني: يستحب، ذكره غيره، وذكره في «المذهب»، و«المستوعب» فيما إذا ارتاب فيهما، فدلّ أن له الحكم مع الرّيبة. وفي ٢٤٦/٢ «الترغيب» وغيره: لا يجوز الحكم بضدّ ما يعلمه، بل يتوقّف*، ومع

التصحيح

الحاشية * قوله: (وفي «الترغيب» وغيره: لا يجوز الحكم بضدّ ما يعلمه، بل يتوقّف).

قال الطوفي في «شرحه»^(٥): ولو علم يقيناً خلاف ما شهدت به البينة، فينبغي أن يتعّن عليه الحكم بما علمه، ويصير بمثابة منكر اختصّ بعلمه، قادر على إزالته، بل هذا هو عينه، وصورة من صورته، ذكره في ترتيب الأدلة.

وقال النووي الشافعي في «فتاويه»: أجمع المسلمون على أنه لا يقضي على خلاف علمه، وإن شهد به عدول كثير.

(١) في الأصل: «بوضعها».

(٢) ٧٠/١٤.

(٣) ١١٥/٦.

(٤) ليست في (ط).

(٥) ٦٨٢/٣.

اللَّبسُ يأمرُ بالصلح، فإن عَجَلَ فحكم قبل البيان، حَرَمَ، ولم يصح، وله الفروع الحكمُ بها وبالإقرار في مجلسه. نصَّ عليه، وعنه: لا يحكم بإقرار في مجلسه حتى يسمعه معه عدلان، اختاره القاضي، وجزم به في «الروضة»، والمذهب: لا يجوزُ حكمه بعلمه في غير ذلك، وعنه: يجوزُ، وعنه: في غير الحد. نقل حنبل: إذا رآه على حدٍّ، لم يكن له أن يقيمه إلا بشهادة من شهد معه^(١)؛ لأن شهادته شهادة رجلٍ، ونقل حرب: فيذهب إلى حاكم، فأما أن يشهد عند نفسه، فلا.

ويعملُ بعلمه - وفي عبارة غير واحد: ويحكم بعلمه - في عدالة الشاهد وجرحه* للتسلسل. قال في «عيون المسائل»: ولأنه يشركه فيه غيره، فلا تهمة، وقال أيضاً هو والقاضي وغيرهما: هذا ليس بحكم، لأنه يعدلُّ هو، ويجرحُ غيره، ويجرحُ هو، ويعدلُّ غيره، ولو كان حُكماً، لم يكن^(٢) لغيره نقضه.

قال في «الترغيب»: إنما الحكمُ بالشهادة لا بهما، وقيل: يعملُ في جرحه، وعنه: لا فيهما بعلمه، كشاهد، في الأصح*، ولا يجوز الاعتراضُ

التصحيح

الحاشية

* قوله: (ويعملُ بعلمه في عدالة الشاهد وجرحه) إلى آخره.

قدّم أنه يعملُ بعلمه في عدالة الشاهد وجرحه، ثم ذكر قولاً أنه يعملُ في جرحه بقوله: (وقيل: يعملُ في جرحه) ثم ذكر رواية: لا يعملُ فيهما بقوله (وعنه: لا فيهما).

* قوله: (كشاهد في الأصح).

يعني: أنه لا يعملُ في الجرح والتعديل بشاهد واحد؛ لأن المرجح أنه يعتبر للجرح والتعديل

(١) ليست في (ر).

(٢) في «ط»: «يجز».

الفروع عليه لتركه تسمية الشهود، ذكره القاضي وغيره في مسألة المرسل، وابن عقيل، وذكر شيخنا أن له طلب تسمية البينة، ليتمكن من القدح، بالاتفاق، ويتوجه مثله: حكمتُ بكذا، ولم يذكر مُستندَه .
ومن جاء ببينة فاسقة، استشهدا الحاكم، وقال له^(١): زدني شهوداً.

فصل

المذهب: تعتبر عدالة البينة ظاهراً وباطناً، أطلقه الإمام والأصحاب، وفي «الواضح»، و«الموجز»: كبينة حدّ وقود، ولعلّ المراد الحجة على أبي حنيفة^(٢)، وفي «عيون المسائل»، وغيرها: إن منعوا عدالة العبد، فتدلّ^(٣) عليه بقوله ﷺ: «يَحْمَلُ هذا العلمَ من كلِّ خَلَفٍ عدولُه»^(٤). ^(٥) والعبيد من حمّال^(٥) العلم والحديث والفتوى، فهم عدولٌ بشهادة الرسول ﷺ لهم، ونقل جماعة: تقبلُ شهادة من لم تظهر منه ريبة، اختاره أبوبكر وصاحبُ

التصحيح

شاهدان، وفيه رواية: يكفي واحدٌ، كما يأتي^(٦)، لكن ظاهر كلامه: أن الخلاف وجهان؛ لأنه قال في الأصح . وذكر الخلاف بـ«في» علامةً للوجهين، وقد ذكر أن الخلاف روايتان، فكان اللاتقُّ أن يقول: على الأصح؛ لأن «على» علامةٌ للروايتين .

الحاشية

(١) ليست في الأصل .

(٢) يعني - والله أعلم - تعتبر العدالة في غير الحدّ والقود بالقياس عليهما . وهذا رد على أبي حنيفة في تفرقه بين الحدّ والقود فاشتراطها فيهما، ولم يشترطها في غيرهما .

(٣) في (ط): «فندل» .

(٤) أخرجه العقيلي في «الضعفاء» ٩/١، وابن عدي في «الكامل» ١٥٢/١، عن أبي هريرة .

(٥-٥) في (ط): «والعبد من حمل» .

(٦) ص ١٨٢ .

«الروضة»، فعلية: إن جهل إسلامه، رجع إلى قوله، وفي جهل حرّيته الفروع
المعتبرة وجهان* (٧٢).

وإن جهل عدالته، لم يسأل عنه، إلا أن يجرحه الخصم، وفي
«الانتصار»: «يقبل من الغريب^(١): أنا حرّ عدل؛ للحاجة*، كما قبلنا قول
المرأة: ليست مزوجة^(٢)، ولا معتدة، ويكفي في تركيته أن يشهد عدلان

مسألة - ٧: قوله: (وفي جهل حرّيته المعتبرة وجهان). وأطلقهما في «المحرر»، التصحيح
و«الرايتين»، و«تجريد العناية»:

أحدهما: لا يرجع^(٣) إلى قوله^(٣) في كونه حرّاً، وهو الصحيح في
«تصحيح المحرر»، وقال: جزم به في «المغني»^(٤)، و«الشرح»^(٥)، وأورده في «النظم»
مذهباً. انتهى.

والوجه الثاني: يرجع إليه.

الحاشية

* قوله: (وفي جهل حرّيته المعتبرة وجهان).

أي: حيث اعتُبر في الشاهد الحرية.

* قوله: (وفي «الانتصار»: يقبل من الغريب: «أنا حرّ» عدل؛ للحاجة).

ما قاله في «الانتصار» في غاية الإشكال؛ لأننا إن اعتبرنا العدالة باطناً، فكيف ثبت بقوله، وإن
قلنا: تقبل شهادة من لم يظهر منه ريبة، فلا حاجة إلى قوله: أنا عدل، نعم لو قيل: بقبول^(٧) من لم
يظهر منه ريبة أنه لا بد أن يكون مشهوراً، ولم يظهر منه ريبة مع شهرته، فإن كان غريباً، قبل قوله،

(١-١) ليست في الأصل.

(٢) في (ط): «زوجة».

(٣-٣) ليست في (ط).

(٤) ٤٤/١٤.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٧٦/٢٨.

(٦-٦) ليست في (د).

(٧) في (ق): «بقول».

الفروع يعلم خبرتهما* الباطنة، بصحبة ومعاملة، ونحوهما^(١) - وقيل: أو يجهلها، وفي «الرعاية» وغيرها: ولا يَتَّهَمُ بعصية، أو غيرها - أنه عدلٌ رضا، أو: عدلٌ مقبولُ الشهادة، ويكفي: عدلٌ*، وفي «الترغيب» وجهان.

التصحيح

لكان هذا^(٢) متوجهاً، لكن إن كان في «الانتصار» ذكر المسألة مطلقاً، فهذا التأويل بعيدٌ مع إطلاقه، وإن كان ذكرها على الرواية الثانية فهو ظاهرٌ، وكونُ المصنف يذكر كلامَ «الانتصار» بعدَ الرواية الثانية يُقَوِّي ذلك، والذي يظهرُ من كلام المصنف: أنه على الرواية مع جرح الخصم له. وبهذا يجاب عن قولنا إن كان على الرواية الثانية، فلا حاجة إلى قوله؛ لأننا نقولُ: يحتاجُ إلى ذلك عند جرح الخصم له، ولهذا قال: (وإن جهَلَ عدالته، لم يسأل عنه، إلا أن يجرحه الخصمُ) فإنه على هذا، إذا كان لا يُعرفُ لا يمكنُ السؤالُ عنه، فرجع إلى قوله، وهذا ظاهرٌ، والله أعلم. ويمكن أن يُحملَ كلامُ «الانتصار» على ظاهره، وتكونُ العدالةُ عنده في حقِّ الغريبِ يرجع فيها إلى قوله. ولو قلنا: تعتبرُ العدالةُ باطناً وتكونُ هذه مستثناة للحاجة على قوله في «الانتصار»، وهذا ظاهرٌ ما نقله عنه المصنف،^(٣) والله أعلم.

* قوله: (يعلم خبرتهما).

أي: يعلمُ الحاكمُ خبرةَ الشهودِ بالتزكية، وفيه قولٌ آخر: أنه لا يشترطُ علمُه بذلك، بل يكفي جهله بخبرتهما؛ لقوله: (وقيل: أو يجهلها).

* قوله: (ويكفي: عدلٌ).

أي: لو قال في التزكية: عدلٌ، ولم يقل: رضا. ومقبولُ الشهادة، بل قال: هو عدلٌ. كفى ذلك.

الحاشية

(١) في الأصل: «ونحوها».

(٢) ليست في (د).

(٣-٣) ليست في (د).

ولا تجوزُ التزكيةُ، إلا لمن له خبرةٌ باطنيةٌ، وفي «الترغيب»: ومعرفةُ الفروع الجرح والتعديل، وهل تعديلُ الخصم وحده تعديلٌ في حقه، وتصديقُ الشهود تعديل، وتصحُّحُ التزكيةُ في واقعة واحدة؟ فيه وجهان^(٨، ١٠).

قال أحمد: لا يُعجِبُنِي أَنْ يُعَدَّلَ؛ إِنْ النَّاسَ يَتَغَيَّرُونَ، وقال: قيل لشريح: قد أحدثت في قضائك^(١)! قال: إنهم أحدثوا، فأحدثنا. وذكر جماعة: لا يلزمُ المُزَكِّي الحضورُ للتزكية، ويتوجَّهُ وجهه. ومن ثَبَّتْ عدالته مرَّةً، لزم البحث عنها - على الأصحَّ - مع طول المدَّة، وإن سأل حَسَنَ

مسألة ٨ - ١٠: قوله: (وهل تعديلُ الخصم وحده تعديلٌ في حقه، وتصديقُ التصحيح الشهود^(٢) تعديل، وتصحُّحُ التزكيةُ في واقعة واحدة؟ فيه وجهان) انتهى.
ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ٨: هل تعديلُ الخصم وحده، تعديلٌ في حقه^(٣) أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»^(٤)، و«الشرح»^(٥) وغيرهما^(٦):

^(٣) أحدهما: هو تعديلٌ في حقه^(٣)، وهو الصحيح، والصواب. قال في «الرعاية الكبرى»: وإن أقرَّ الخصمُ بالعدالة؛ فقال: هما عدلانِ فيما شهدا به عليّ، أو صادقان، حكم عليه بلا تزكية، وقيل: لا. انتهى. وقال في «الصغرى» و«الحاوي الصغير»: فإن أقرَّ الخصمُ بالعدالة، حكم عليه، وقيل: لا يحكم. انتهى.

والوجه الثاني: ليس بتعديل.

المسألة الثانية - ٩: هل تصديقُ الشهود تعديلٌ أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في

(١) في الأصل: «قضاك».

(٢) بعدها في (ج): «و».

(٣-٣) ليست في (ص).

(٤) ٤٦/١٤.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨٤/٢٨.

الفروع خصمه، أو كفيلاً به، أو تعديل عين* مُدَّعَاة قبل التزكية، أو سأل من أقام شاهداً بمال، وقيل: أو غيره، حتى يقيم آخر، أُجِيبَ - في الأصح - ثلاثة أيام، وقيل: حتى يُعَدَّلَ، أو يُجَرَّحَ، وقيل به وبحبسه مع كمالها*، وقطع

التصحیح «الرعاية الكبرى» فقال: وهل تصديقُ الشهودِ تعديلٌ لهم؟ فيه وجهان . انتهى:

أحدهما: ليس بتعديل .

والوجه الثاني: هو تعديل، وهو الصواب، أعني: بالنسبة إليه .

المسألة الثالثة - ١٠: هل تصحُّ التزكيةُ في واقعة واحدة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية الكبرى» فقال: وفي صحَّة التزكية في واقعة واحدة الوجهان، وقيل: إن تبعضت جاز، وإلا فلا تزكية . انتهى:

أحدهما: لا يصح، وهو الصواب، وهو ظاهرُ كلام الأكثر .

والوجه الثاني: يصح .

الحاشية * قوله (تعديل العين)

أي: جعلها تحت يد عدل .

* قوله: (وقيل: به وبحبسه مع كمالها) .

الذي يظهر: أن الضميرَ في (به)، يرجعُ إلى هذا القول الأخير، فيكون التقدير: وقيل: حتى يعدل أو يجرح مع كمال البينة، فتصيرُ الأقوالُ ثلاثة: الأول: يجابُ ثلاثة أيام، والقول الثاني: حتى يُعَدَّلَ أو يجرح مطلقاً، والقول الثالث: إن كان مع كمال البينة، فحتى يُعَدَّلَ أو يجرح، وإن / كان مع شاهد واحد، فثلاثة أيام، وهذا القولُ قاله القاضي . قال في «شرح المقنع»^(١): قال القاضي: وكلُّ موضع^(٢) حُبس فيه بشاهدين، دام الحبسُ حتى تثبتَ عدالةُ الشهود أو فسقُهم، وكلُّ موضع حُبس بشاهد واحد، فإنه يقالُ للمشهود له: إن جئتَ بشاهد آخر^(٣) إلى ثلاث^(٣)، وإلا أطلقناه .

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٠٧/٢٨ .

(٢) بعدها في (ق): «حكم» .

(٣-٣) ليست في (ق) .

جماعة: يحال في قن، أو امرأة، ادّعى عتقاً، أو طلاقاً بينهما* بشاهدين، الفروع وفيه بواحد في قن وجهان(☆).

وإن جرح الخصم البينة، كُلف به بينة، ويُنظر له ولجرحها ثلاثة أيام، ويلازمه المدّعي، فإن أتى بها*، حُكِمَ بها. نص عليه، ولو بفسقه، وإلا، حُكِمَ عليه*. قال في «الخلاص» فيما لا نفس له سائلة: وقد احتجّ بخبر سلمان^(١)، فضغفه خصمه، ولم يُبين سببه، وقال: يجبُ التوقف، حتى يُبين

(☆) تنبيه: قوله: (وقطع جماعة: يحال^(٢) في قن، أو امرأة، ادّعى عتقاً، أو طلاقاً التصحيح بينهما بشاهدين، وفيه بواحد في قن وجهان) انتهى.

من الجماعة^(٣) الذين^(٤) ذكرهم المصنف: الشيخُ الموفق، والشارح، وابنُ رزين، وغيرهم، وهذه طريقة لهؤلاء الجماعة، والذي قدّمه المصنف بخلاف ذلك.

الحاشية

* قوله: (بينهما).

متعلق بقوله: (يحال) والمعنى: إذا ادّعت أمته أنه اعتقها، أو امرأته أنه طلقها، وطلبت تزكية الشهود، أنه يحال بين الأمة والسيد، والزوج والمرأة، حتى يُزكى الشهود.

* قوله: (فإن أتى بها).

أي: ببينة الجرح (حُكِمَ بها) أي: حُكِمَ بما شهدت به من الجرح، (ولو بفسقه)، أي: بفسق المجروح، مثل: أن تشهد البينة عليه بشرب خمر أو غيره من المُفسقات، فيحكم عليه بالفسق؛ لقيام البينة عليه بذلك.

* قوله: (وإلا حكم عليه).

أي: وإن لم يأت ببينة تشهد بالجرح الذي ادّعاه، حكم عليه؛ لأنه قد قامت عليه بينة ولم يُثبت جرحها، فحكم بها.

(١) أخرج الدارقطني في «سننه» ٣٧/١، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٢٥٣/١ عن سلمان أن النبي ﷺ قال له: «يا سلمان أيما طعام أو شراب ماتت فيه دابة، ليس لها نفس سائلة، فهو الحلال أكله وشربه ووضوؤه».

(٢) في (ط): «بحال».

(٣) ليست في (ط).

(٤) في النسخ الخطية: «الذي»، والمثبت من (ط).

الفروع ^(١) سببه، كالبينة إذا طعن فيها المشهود عليه، يجبُ على الحاكم التوقف حتى يبين ^(١) وجه الطعن . فأجاب القاضي ^(٢) : بأن حكم الخبر أوسع من الشهادة؛ لسماعه ^(٣) ممن ظاهره العدالة بخلافها . وفي «الترغيب» : لو ادّعى جرح البينة، فليس له تحليف المدّعي، في الأصحّ .

والمذهب : لا يُسمعُ جرح ^(٣) لم يبين سببه بذكر قادح فيه، عن رؤية أو استفاضة، وفيها وجهٌ : كتزكية، وفيها وجهٌ واختاره شيخنا وقال : إن المسلمين يشهدون في مثل عمر بن عبد العزيز والحسن بما لا يعلمونه ^(٤)، إلا بالاستفاضة، وقال : إنه لا يُعلم في الجرح بالاستفاضة نزاعاً بين الناس، قال : وهذا إذا كان فسقه لردّ شهادته وولايته، فأما إذا كان المقصود التحذير منه، اكتفى بما دون ذلك، كما قال ابن مسعود : اعتبروا الناس بأخذانهم ^(٥) . وبلغ عمر - رضي الله عنه - أن رجلاً يجتمع إليه الأحداث، فنهى عن مجالسته ^(٦) . وقال : ولا بد من بيان بدعة المبتدع والتحذير منها؛ لأنه من الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وعنه : يكفي المطلق، نحو : هو فاسق، أو ^(٧) : ليس بعدل، كتعديل في الأصحّ . ويُعرض الجارح بالزنى،

التصحيح

الحاشية

(١-١) ليست في الأصل .

(٢) ليست في (ط) .

(٣) بعدها في (ط) : «وقوله» .

(٤) في الأصل : «يعلمون» وفي (ر) : «يعلموه» .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٥٨٩/٨ ولفظه : «ياخوانهم» والطبراني في «الكبير» (٨٩١٩) .

(٦) لم نقف عليه .

(٧) في الأصل : «و» .

فإن جرح، ولم يأت بتمام^(١) أربعة، حُدَّ، خلافاً للشافعي، وفي «الترغيب»: الفروع لا يجوز الجرح بالتسامع، نعم لو زُكِّيَ جاز^(٢) التوقُّفُ بتسامع الفسق .
ومن رتبته حاكم يسأل سرّاً عن الشهود*؛ لتزكية أو جرح، فقيل: تُعتبر شروطُ الشهادة فيهم، وقيل: في المسؤولين^(٣)، وفي «الترغيب»: وعلى

مسألة ١١- قوله: (ومن رتبته حاكم يسأل^(٣) سرّاً عن الشهود، لتزكية أو جرح، التصحيح فقيل: تعتبر شروطُ الشهادة فيهم، وقيل: في المسؤولين) انتهى .

وأطلقهما في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، والزرکشي، وغيرهم: أحدهما: تُعتبر شروطُ الشهادة فيهم، قدّمه في «المغني»^(٤)، و«الشرح»^(٥)، فقالا: ويُقبلُ قولُ أصحابِ المسائل، وقيل: لا يقبلُ إلا شهادةُ المسؤولين، وقال في «الكافي»^(٦): ويجبُ أن يكونوا عدولاً / ولا يسألوا^(٧) عدوّاً ولا صديقاً، وهو ظاهر ما جزم به في «المستوعب» .

والوجه الثاني: يعتبر ذلك في المسؤولين، لا فيمن رتبهم الحاكم .

الحاشية

* قوله: (ومن رتبته حاكم، يسأل سرّاً عن الشهود) إلى آخره .

قال في «شرح المقنع»^(٨): ويقبلُ قولُ أصحابِ المسائل . وقيل: لا يقبلُ إلا شهادةُ المسؤولين، ويكلفُ اثنين منهم، أن يشهدوا بالتزكية والجرح عنده على شرطِ الشهادة في اللفظ وغيره، ولا يقبلُ من صاحبِ المسألة؛ لأن ذلك شهادة على شهادة، مع حضورِ شهودِ الأصل، ووجه القول الأول: أن شهادةَ أصحابِ المسائلِ شهادةٌ استفاضة، لا شهادةً على شهادة، فيكتفي بمن يشهدُ

(١) ليست في (ر) .

(٢) ليست في (ط) .

(٣) في (ط): «يسأل» .

(٤) ٤٦٤٥/١٤ .

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨٢/٢٨ .

(٦) ١٠٠/٦ .

(٧) في (ط): «يسألون» .

(٨) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨٢/٢٨ .

الفروع قولنا: التزكية ليست شهادةً، لا يُعتبر لفظ الشهادة والعدد في الجميع، ومن سأله حاكمٌ عن تزكيةٍ من شهد عنده لغيره^(١) أخبره، وإلا لم يجب، وإن قبل جرح واحد، فتزكية اثنين مقدّمة، في الأصحّ، ويُقدّم جرح^(٢) اثنين، وإن ارتاب حاكمٌ^(٣) من بينه^(٤)، لزمه البحث، وفي «الكافي»^(٥)، و«المحرر»: يُستحبّ تفريقهم، ويسأل كلّ واحد عن كيفية التحمّل، هل تحمّل وحده؟ وأين، ومتى؟ فإن اتفقوا، وعظّ وخوّف، فإن ثبتوا حكم، وإلا لم يقبلها، وإن حاكم من لا يعرف لسانه، ترجم له من يعرفه، والمذهب: يقبل في ترجمة وتزكية، وجرح وتعريف ورسالة عدلان*، بشروط الشهادة.

التصحيح

الحاشية

بها^(٥)، كسائر شهادات الاستفاضة، ولأنه موضع حاجة، فإنه لا يلزم المزكي الحضور للتزكية، وليس للحاكم إجباره عليها، فصار كالمرض والغيبّة في سائر الشهادات، ولأننا لو لم نكتف بشهادة أصحاب المسائل، لتعدّرت التزكية؛ لأنه قد لا يكون في جيران الشاهد من يعرفه للحاكم، فيفوت الجرح والتعديل.

* قوله: (والمذهب: يقبل في ترجمة وتزكية، وجرح وتعريف ورسالة، عدلان) إلى آخره.

اختلف في الترجمة والتزكية، والتعريف والرسالة؛ هل هي بمنزلة الشهادة، فتعتبر لها شروطها، فلا يقبل من واحد، ولا بغير لفظ الشهادة، ولا يقبل من والد لولده، ولا من ولد لوالده، ولا من خبره بعد عماه، أو هي بمنزلة الخبر، فتقبل من واحد، ويقبل من والد لولده، وولد لوالده، وممن خبره بعد عماه؟ في ذلك روايتان.

وجه كونه شهادة: أنه نقل ما خفي عن الحاكم إليه فيما يتعلّق بالمتحاكمين إليه، كالشهادة. ووجه

(١) ليست في الأصل.

(٢) ليست في (ر).

(٣-٤) في النسخ الخطية: «بيّنة»، والمثبت من (ط).

(٤) ١٠٦/٦.

(٥) في (ق): «فيها».

وفي مال رجل وامرأتان، والأصح: في الزنى أربعة، وعنه: واحد في الفروع الكل، اختاره أبو بكر بدون لفظ الشهادة، ولو كان امرأة، أو والدًا، أو ولدًا، أو أعمى لمن^(١) خبره بعد عَمَاه، ويكتفي بالرقعة مع الرسول، وعلى الأول: تجب المشافهة.

ومن نُصِبَ للحكم بجرح وتعديل وسماع بينة، قَبِعَ الحاكم بقوله وحده^(٢)، إذا قامت البيّنة عنده.

فصل

وإن قال المدّعي: مالي بينة، أعلمه الحاكم بأن له اليمين على خصمه، وله تحليفه مع علمه و^(٣) قدرته على حقه. نص عليه، نقل ابن هانئ: إن علم

التصحيح

كونه خبراً لا شرطاً للحكم، بدليل أن الحاكم إذا علم لغته، لم يحتج في الحكم إلى المترجم، وكذلك إذا كان يعلم عدالة الشاهد أو فسقه، لم يحتج إلى التعديل والجرح، وهذا دليل أنه ليس شرطاً للحكم، بخلاف الشهادة.

واعلم: أنني لم أجد من فسّر معنى الرسالة هنا، وقد ذكروا فيما إذا ادّعى على القاضي قبله، وفيما إذا ادّعى على امرأة غير برزة، عليها اليمين، أنه يرسل إليها من يحلفها، وفيما إذا ادّعى على شخص في موضع لا حاكم فيه، أنه يرسل إلى ثقات من أهل ذلك الموضع؛ للصلح بينهم، فيحتمل أن المراد هذه المواضع وما شابهها. والمراد بالتعريف هنا، تعريف الحاكم، وأما تعريف الشاهد بالشهود عليه، فتأتي في الشهادة عند قوله: (والسماع على ضربين)^(٤) قال ابن أبي الفتح في «المطلع»^(٥): المراد تعريف الحاكم، لا تعريف الشاهد بالمشهود عليه. قال الإمام

(١) في (ر): «كمن».

(٢) ليست في الأصل.

(٣) ليست في الأصل و(ط).

(٤) ص ٣١٢.

(٥) ص ٤٠٠.

الفروع عنده مالا لا يؤدّي إليه حقّه، أرجو أن لا يَأْثَمَ، وظاهرُ رواية أبي طالب: يُكرهه، قاله شيخنا . ونقله من «حواشي تعليق القاضي»^{*}، وهذا يدلُّ على ٢٤٧/٢ تحريم تحليف البريء دون الظالم، وفي «حواشي تعليق القاضي»/: روى

التصحيح

الحاشية

أحمد: لا يجوز أن يقول الرجل للرجل: أنا أشهد أن هذه فلانة، ويشهد على شهادته، والفرق بين الشاهد والحاكم من وجهين:

أحدهما: أن حاجة الحاكم إلى ذلك أكثر من الشهود .

والثاني: أن الحاكم يحكمُ بغلبة الظنّ، والشاهد لا يجوزُ أن يشهدَ غالباً إلا على العلم . انتهى . قلت: ويمكنُ أن تُخرَج المسألة على ما قيل في الاستفاضة من الخلاف والتفصيل، ويأتي كلام المصنف في الشهادة، في قوله: (والسماعُ على ضربين) ما يدلُّ على أن المقدّم جوازُ ذلك، فلينظر هناك^(١) . ورأيتُ في «شرح المقنع»^(٢) في كتاب الشهادة عند قوله: والسماعُ على ضربين، أن القاضي قال: ويجوزُ أن يحمل كلامُ أحمد على الاستحباب؛ لتجوز الشهادة بالاستفاضة . وفي «الرعاية» نحوه .

* قوله: (وظاهرُ رواية أبي طالب: يُكرهه، قاله شيخنا ونقله من «حواشي تعليق القاضي» .

لأن رواية ابن هانئ تدلُّ على ذلك؛ لأن قوله: (إن علم أن عنده مالا . . . أرجو ألا يَأْثَمَ) يدلُّ على تحريم تحليف الظالم؛ لقوله: لا يَأْثَمَ، فعدمُ الإثم دليلٌ على عدم التحريم في حقّ المستحلف، لكن هل يكره تحليفه لكونه يحلف بالله تعالى، فالمستحلف له يكون سبباً للحلف بالله تعالى كاذباً، وهذا يدلُّ على تحريم تحليف البريء، دون الظالم . وفي «حواشي تعليق القاضي»: أو لا يُكره؛ لأن اليمينَ حقٌّ للمدعي شرعاً، فلا يكره طلبُ حقّه . ظاهرُ كلام المصنف: أن فيه روايتين . المقدّم عدمُ الكراهة؛ لقوله: (وله وتحليفه . . . نص عليه) ولم يذكر كراهة، ورواية ابن هانئ لم يذكر فيها كراهة، والرواية الأخرى: يُكرهه؛ لقوله:

(١) ص ٣١٢ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٦٤/٢٩ .

أبو محمد الخلّال بإسناده عن رافع ابن خديج، مرفوعاً: «مَنْ أَرَادَ أَنْ الْفُرُوعِ
يَسْتَحْلِفَ أَخَاهُ عَلَى يَمِينٍ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ، فَأَجَلَ اللَّهُ أَنْ يُحْلِفَهُ،
وَجَبَتْ لَهُ الْجَنَّةُ»^(١). وبإسناده عن علي مرفوعاً: «مَنْ قَدَّمَ غَرِيماً إِلَى ذِي
سُلْطَانٍ لِيُحْلِفَهُ فَعَلِمَ أَنَّهُ يَحْلِفُ بِاللَّهِ كَاذِباً لَمْ يَرْضَ اللَّهُ لَهُ»^(٢) يَوْمَ الْقِيَامَةِ
مَنْزِلَةً^(٣) إِلَّا مَعَ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلِ اللَّهِ فِي الْجَنَّةِ»^(٤).

على صفة جوابه* . نص عليه، وعنه: بصفة الدعوى، وعنه: يكفي
تحليفه: لا حق لك عليّ، فإن سأله تحليفه، حلفه وخلّاه، فيحرم دعواه
وتحليفه ثانياً - أطلقه الشيخ - لخبر الحضرميّ والكندي^(٥)، وفي
«المستوعب»، و«الترغيب»، و«الرعاية»: له تحليفه عند من جهل حلفه عند
غيره؛ لبقاء الحق؛ بدليل أخذه بيّنة، وإن أمسك عن تحليفه، فله تحليفه
بدعواه المتقدمة.

التصحيح

وظاهر رواية أبي طالب: يكره، ووجهه - والله أعلم - كونه يكون سبباً للحلف بالله تعالى كذباً،
وأما دلالته على تحريم تحليف البريء، فإن ظاهره: إذا لم يكن له مال يؤذي منه، أنه لا^(٦) يَأْتُمُ؛
لأن المعسر يحرم مطالبته، كما هو مذكور في أول باب التفليس^(٧). وإذا كان المعسر يَأْتُمُ
بتحليفه، فالبريء الذي ليس عليه شيء أولى بالتحريم، والله أعلم.

* قوله: (على صفة جوابه) .

متعلق بما في أول الفصل وهو قوله: (تحليفه) أي: وله تحليفه على صفة جوابه.

(١) وأورده الهندي في «كنز العمال» (٤٦٤٤٧)، والمجلوني في «كشف الخفاء» ٢/ ٢٢٥ .

(٢) ليست في الأصل.

(٣) في (ط): «منزله» .

(٤) لم تقف عليه .

(٥) تقدم تخريجه ص ١٦٥ .

(٦) ليست في (د) .

(٧) ٤٥٢/٦ .

الفروع

وإن أبرأه من يمينه، فله تجديدُ الدعوى وطلبُها، ولا يعتدُّ بيمينه، إلاّ بأمرٍ حاكمٍ بمسألة المدعي طوعاً، وعنه: يبرأ بتحليف المدعي، وعنه: ويُحلفُ له وإن لم يُحلفْ، ذكرهما شيخُنا من رواية مُهَنَّا، أن رجلاً اتَّهم رجلاً^(١) بشيء، فحلفَ له، ثم قال: لا أَرْضَى إلا أن تحلفَ لي عند السلطان، أله ذلك؟ قال: لا، قد ظلمه وتعتته، واختار أبو حفصٍ تحليفه، واحتجَّ برواية مُهَنَّا، ولم يصله باستثناء، وفي «المغني»^(٢): أو بما لا يفهم؛ لأنَّ الاستثناء يزيل^(٣) حكمَ اليمين، وفي «الترغيب»: هي يمينٌ كاذبةٌ، وفي «الرعاية»: لا ينفعُ الاستثناء، إذا لم يسمعه الحاكمُ المحلفُ له.

ولا يجوزُ التأويلُ والتوريةُ في اليمين، إلاّ لمظلومٍ. وقال في «الترغيب»: كلُّ ما ليس بجارٍ^(٤) في محلِّ الاجتهاد، فالنيةُ على نية الحاكم المحلفِ واعتقاده، فالتأويلُ على خلافه لا ينفعُ، وقد سبقت المسألةُ في الشفعة^(٥).

ولا يجوزُ أن يحلفَ معسرٌ - خافَ حبساً، أم لا^(٦) -: لا حقَّ له عليّ، ولو نوى الساعة. نقله الجماعة، وجوّزه صاحبُ «الرعاية» بالنية، وهو متجهٌ، ولا مَنْ عليه دينٌ مؤجلٌ، أرادَ غريمُه منعه من سفرٍ. نص عليه، ويتوجه كالتي قبلها، فإن لم يحلف قال: إن حلفت، وإلاّ قضيتُ عليك بالنكول.

التصحيح

الحاشية

(١) ليست في (ر).

(٢) ٢٣٦/١٤.

(٣) في (ط): «يذيل».

(٤) في (ط): «بجاء».

(٥) ٢٧١/٧.

(٦) في (ر) و(ط): «أنه».

وَيُسَنُّ تَكَرَّارُهُ ثَلَاثًا، وَفِي «الرعاية»: يَقُولُهُ مَرَّةً، وَقِيلَ: ثَلَاثًا. الَّذِي قَالَهُ الْفُرُوعُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ: إِذَا نَكَلَ، لَزِمَهُ الْحَقُّ، قَالُوا: فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ، قَضَى عَلَيْهِ. نَصَّ عَلَيْهِ - نَقْلَهُ، وَاخْتَارَهُ الْجَمَاعَةُ - مَرِيضًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، وَيَتَخَرَّجُ حَبْسُهُ لِيُقَرَّرَ أَوْ يَحْلِفَ، قَالَ أَحْمَدُ: لَا يَعْجُبُنِي رَدُّ الْيَمِينِ، وَنَقَلَ الْمِيمُونِيُّ: كَأَنِّي أَكْرَهُ هَذَا، وَاحْتَجَّ بِالْخَبَرِ^(١).

قَالَ فِي «عَيُونِ الْمَسَائِلِ» وَغَيْرِهَا: لَا يَجُوزُ رَدُّهَا، وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: وَمَا هُوَ بَبْعِيدٌ، يُقَالُ لَهُ: احْلِفْ وَخُذْ. فَظَاهِرُهُ: يَجُوزُ رَدُّهَا، وَذَكَرَهَا جَمَاعَةٌ فَقَالُوا: وَعَنْهُ: تَرُدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعِي، وَلَعَلَّ ظَاهِرَهُ: يَجِبُ، وَلِهَذَا قَالَ الشَّيْخُ: وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِالنُّكُولِ، وَلَكِنْ يَرُدُّ الْيَمِينُ عَلَى خَصْمِهِ، وَقَالَ: قَدْ صَوَّبَهُ أَحْمَدُ، وَقَالَ: مَا هُوَ بَبْعِيدٌ، يَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ، وَهِيَ رَوَايَةُ أَبِي طَالِبٍ الْمَذْكُورَةُ، وَظَاهِرُهَا: جَوَازُ الرَّدِّ، وَاخْتَارَ فِي «الْعَمْدَةِ» رَدُّهَا، وَاخْتَارَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» وَزَادَ: بِإِذْنِ النَّاكَلِ فِيهِ.

وَقَالَ شَيْخُنَا: مَعَ عِلْمٍ مَدَّعٍ وَحَدَّهِ بِالْمَدَّعَى بِهِ، لَهُمْ رَدُّهَا، وَإِذَا لَمْ يَحْلِفْ، لَمْ يَأْخُذْ^(٢)، كَالدَّعْوَى عَلَى وَرَثَةِ^(٣) مَيْتٍ حَقًّا عَلَيْهِ يَتَعَلَّقُ بِتَرْكِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمَدَّعَى عَلَيْهِ، هُوَ الْعَالَمُ بِالْمَدَّعَى بِهِ دُونَ الْمُدْعِي، مِثْلُ: أَنْ يَدْعِيَ الْوَرِثَةَ أَوْ الْوَصِيَّ عَلَى غَرِيمِ الْمَيْتِ، فَيَنْكَرُ، فَلَا يَحْلِفُ الْمَدَّعِي؛ لِأَنَّ

التصحيح

الحاشية

(١) انظر: «الموطأ» ٦١٣/٢.

(٢) فِي (ط): «أَخَذَ».

(٣) فِي (ط): «وَرِثَتِهِ».

الفروع النبي ﷺ قال: «لا تضطروا الناس في أيمانهم إلى ما لا يعلمون»^(١). قال: وأما إن كان المدعي يدعي العلم، والمنكر يدعي العلم، فهنا يتوجه القولان؛ يعني: الروايتين.

فإن حلف، حكم له، وإن نكل، صرفهما، ثم إن بذل أحدهما اليمين، لم تسمع إلا في مجلس آخر، والأشهر: قبل الحكم بالنكول. ومتى تعذر ردّها*؛ فهل يقضي بنكوله، أو يحلف وليّ، أو إن باشر ما ادّعه، أو لا يحلف حاكم؟ فيه أوجه، وقطع الشيخ: يحلف إذا عقل^(٢) وبلغ، ويكتب الحاكم محضراً بنكوله.

التصحيح مسألة - ١٢: قوله: (ومتى تعذر ردّها، فهل يقضي بنكوله، أو يحلف وليّ، أو إن باشر ما ادّعه، أو لا يحلف حاكم؟ فيه أوجه، وقطع الشيخ: يحلف إذا عقل) انتهى.

يعني: إذا قلنا بردّ اليمين وتعذر ردّها، قطع في «المغني»^(٢) و«الشرح»^(٣): بأن الأب والوصي وأمين الحاكم لا يحلفون، وتوقف^(٤) اليمين، ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه. وقال في «الحاوي الصغير»: وكل مال لا ترد فيه اليمين، يقضى فيه بالنكول، كالإمام إذا ادّعى لبيت المال، أو وكيل الفقراء، ونحو ذلك. انتهى.

وقدّمه في «الرعاية الصغرى» وقال: وكذا الأب ووصيه. وأمين الحاكم، إذا ادّعوا حقاً لصغير أو مجنون، وناظر الوقف، وقيم المسجد، وقال في «الكبرى»: قضى بالنكول، في الأصح، وقيل: على الأصح، وقيل: يجسّ حتى يقرّ أو يحلف، وقيل: بل يحلف المدعي منهم، ويأخذ ما ادّعه، وقيل: إن كان قد باشر ما ادّعه، حلف، وإلا

الحاشية * قوله: (ومتى تعذر ردّها).

تعذر الرد؛ لكون المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً.

(١) أخرجه الأصبهاني في «تاريخ أصبهان» ٢/٢١٦، والخطيب في «تاريخ بغداد» ٣/٣١٣، من حديث ابن مسعود.

(٢) ٢٣٣/١٤.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٣٨/٢٨.

(٤) في (ج) و(ط): «تقف».

فإن قلنا: يحلف، حلف لنفيه إن ادّعى عليه وجوب تسليمه من مولّيه، الفروع
فإن أبى حلف المدعي وأخذه، إن جعل النكول مع يمين المدعي، كيّنته، لا
كإقرار خصمه، وفي «الترغيب»: لا خلاف بيننا أن ما لا يمكن ردّها فيه،
يقضي بنكوله؛ بأن يكون صاحب^(١) الدعوى غير معين، كالفقراء، أو يكون
الإمام؛ بأن يدّعي لبيت المال ديناً، ونحو ذلك .

وفي «الرعاية» في صورة الحاكم: يُحبس حتى يُقرَّ^(٢) أو يحلف، وقيل:
يُحكم عليه، وقيل: يحلف الحاكم، وفي «الانتصار»: نزل أصحابنا نكوله
منزلة بين منزلتين، فقالوا: لا يقضي به في قودٍ وحدّ، وحكموا به في حقّ
مريض، وعبدٍ وصبيٍّ مأذون لهما .

وفي «الترغيب» في القسامة: مَنْ قُضي عليه بنكوله بالدية، ففي ماله؛
لأنه كإقرار^(٣). وفيها: قال أبو بكر: لأن النكول إقرار، واختار شيخنا:
أن^(٤) المدعي يحلف ابتداء مع اللوث، وأن الدعوى في التهمة كسرقة
يعاقب المدعي عليه الفاجر، وأنه لا يجوز إطلاقه .

ويحبس المستور لبيّن^(٥) أمره، أو ثلاثاً، على وجهين^(☆). نقل حنبل:

فلا . قلت: لا يحلف إمام ولا حاكم . انتهى . وقطع الشيخ: أنه يحلف إذا عقل أو التصحيح
بلغ، وتابعه الشارح .

(☆) تنبيه: قوله: (ويحبس المستور، لبيّن أمره، ولو ثلاثاً، على وجهين) انتهى .
هذا من تتمّة كلام الشيخ تقي الدين، وليس من الخلاف المطلق .

(١) في (ط): «صاب» .

(٢) في (ط): «يقرا» .

(٣) في (ط): «كإقراره» .

(٤) ليست في (ط) .

(٥) في الأصل: «حتى يتبين» .

الفروع حتى يبين أمره، ونصّ أحمدٌ ومحقّقو أصحابه على حبسه .

واحتجّ أحمدٌ بأن النبي ﷺ حبسَ في تهمة^(١)، بخلاف دعوى بيع أو قرض ونحوه؛ لتفريطه بترك كتابته، والإشهاد، وأن تحليف كلِّ مدّعى عليه وإرساله مجّاناً ليس مذهبا لإمام، واحتجّ في مكان آخر بأن قوماً اتّهموا أناساً بسرقة فرفعوهم^(٢) إلى النعمان بن بشير، فحبسهم أياماً، ثم أطلقهم، فقالوا له: خلّيت سبيلهم بغير ضرب ولا امتحان؟ فقال لهم^(٣): إن شئتُم ضربتُمهم، فإن ظهر مآلُكم، وإلا ضربتكم مثل ما ضربتُمهم. فقالوا هذا حكمك؟ فقال: حكمُ الله تعالى ورسوله . إسناده جيد، رواه النسائي، وأبو داود^(٤) وترجم عليه: باب في الامتحان بالضرب .

وظاهره: أنه قال به، وقال به شيخنا . وفي «الأحكام السلطانية»: يحبسه وال، قال: فظاهرُ كلام أحمد: وقاض، وأنه ليشهد له: ﴿وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ﴾ الآية [النور: ٨] حملنا على الحبس؛ لقوّة التهمة .

وذكر شيخنا الأوّل قول أكثر العلماء، واختار تعزيز^(٥) مدّع بسرقة، ونحوها على من تُعلم براءته، واختار أن خبر من له رأيٌ جنّي بأن فلاناً سرق كذا، كخبر إنسيٍّ مجهول، فيفيد تهمةً كما تقدّم، وفي «الأحكام السلطانية»: يضربه الوالي مع قوّة التهمة تعزيزاً، فإن ضرب ليقرّ، لم يصح، وإن ضرب

التصحیح

الحاشية

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٣٠)، والترمذي (١٤١٧)، والنسائي في «المجتبى» ٦٧/٨، من حديث بهز عن أبيه عن جده .

(٢) في الأصل: «فرفعوهم» .

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

(٤) النسائي في «المجتبى» ٦٦/٨، وأبو داود (٤٣٨٢) .

(٥) في (ط): «تعزير» .

ليصدق عن حاله، فأقرّ تحت الضرب، فُطِعَ ضَرْبُهُ، وأعيد إقراره لِيُؤْخَذَ به، الفروع ويكره الاكتفاء بالأول . كذا قال . قال شيخنا: إذا كان معروفاً بالفجور المناسب للتهمة؛ قال طائفة: يضربه الوالي^(١) والقاضي،^(٢) وقال طائفة: الوالي دون^(٣) القاضي^(٢)، وقد ذكر ذلك طوائف من أصحاب/مالك ٢٤٨/٢ والشافعي وأحمد، وفي الصحيح: أن النبي ﷺ أمر الزبير أن يمسّ بعض المعاهدين بالعذاب، لمّا كتم إخباره بالمال الذي كان النبي ﷺ قد عاهدهم عليه، وقال له: «أين كنز حبيّ بن أخطَب»؟ فقال: يا محمد، أذهبته^(٤) النفقات والحروب، فقال: «المال كثير، والعهد أقرب من هذا»، وقال للزبير: «دُونك هذا»، فَمَسَّه الزبير بشيء من العذاب، فدلّهم على المال^(٥) . وفي كتاب «الهدى» ما هو نفسُ كلام^(٦) شيخنا أن في هذا الخبر دليلاً على الاستدلال بالقرائن على صحّة الدعوى وفسادها، وكذلك فعل سليمان عليه السلام في استدلاله بالقرينة على تعيّن أمّ الطفل الذي ذهب به الذئب، وادّعت كلّ واحدة من المرأتين أنه ابنها، واختصمتا^(٧) إليه^(٨) في الآخر،

التصحیح

الحاشية

(١) بعدها في الأصل: «دون» .

(٢-٢) ليست في الأصل .

(٣) ليست في (ط) .

(٤) في الأصل: «أذهب» .

(٥) أخرجه بهذا اللفظ البيهقي في السنن الكبرى ١٣٧/٩، وابن حبان في صحيحه (٥١٩٩)، من حديث ابن عمر وأصل الحديث عند البخاري (٢٣٢٨)، ومسلم (١٥٥١)(١) .

(٦) ليست في الأصل .

(٧) في النسخ الخطية: «واختصما»، والمثبت من (ط) .

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

الفروع فقضى به داود للكبرى، فخرجتَا على سليمان فقال: بم قضى بينكما نبيُّ الله؟ فأخبرتا، فقال: اتنوني بالسَّكِينِ أَشَقُّهُ بينكما، فقالت الصغرى: لا تفعل، رحمك الله، هو ابنُها، فقضى به لها^(١).

فلو اتفقت مثل هذه القصة في شريعتنا، عُملَ بالقافة وفاقاً لمالك والشافعي. قال أصحابنا: وكذا لو اشتبه ولدٌ مسلمة وكافرة، وتوقَّف فيها أحمدٌ، ف قيل له: ترى القافة؟ فقال: ما أحسنه! فإن لم توجد قافةً، وحكم بينهما حاكمٌ بمثل حكم سليمان، كان صواباً، وكان أولى من القرعة؛ لأن القرعة مع عدم الترجيح، فلو ترجَّح بيد أو شاهد واحد، أو قرينة ظاهرة من لوث أو نكول أو موافقة شاهد الحال لصدقه، كدعوى حاسر الرأس عن العمامة، عمامة من بيده عمامةٌ وهو يشتدُّ عذواً، وعلى رأسه أخرى، ونظائر ذلك، قُدِّم على القرعة، كدعوى كلٍّ واحد من الزوجين قماشَ البيت و^(٢) آلاته، وكلٌّ واحد من الصانعين آلات صنعته، والحكم بالقسامة هو من هذا، ولم يقص النبي ﷺ قصَّةَ سليمان، إلَّا لنعْتَبَر^(٣) بها في الأحكام، وترجم عليها النسائي^(٤): باب في الحاكم يوهم خلاف الحق؛ ليستعلم به الحق.

ونقل الجماعة أنه قال قولَ عمر: ليس الرجلُ بأمين على نفسه إذا أجمعه، أو ضربته، أو حبسته^(٥)، فإذا أقرَّ على هذا، لم يؤخذ به، ولا تَمْتَحَنه

التصحيح

الحاشية

(١) أخرجه البخاري (٣٤٢٧)، ومسلم (١٧٢٠) (٢٠)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) ليست في (ط).

(٣) في الأصل: «لنعبر»، وفي (ط): «ليعتبر».

(٤) في «المجتبى» ٢٣٦/٨.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٤٢٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٣٦٠/٧.

بقول: زينت، سرقت حتى يجيء هو يقر، أمّا مَنْ عُرِفَ بالخير، فلا يجوزُ الفروع إلزامه بشيء، ويُحْلَفُ ويتركُ إجماعاً، وإن قال المدّعي: ما لي بينة، ثم أتى بها، فنصه: لا تُسمع، وقيل: بلى، واختاره ابن عقيل وغيره، وهو متجه، حلّفه أو لا، كقوله: لا أعلمه^(١) لي، وجزم في «الترغيب» بالأول. قال: وكذا قوله: كذب شهودي، وأولى، ولا تبطلُ دعواه بذلك، في الأصحّ، ولا تردُّ بذكر السبب، بل بذكر سببِ ذكر المدّعي غيره، وفي «الترغيب»: إن ادّعى ملكاً مُطلقاً، فشهدت به وبسببه^(٢) وقلنا يرجح بذكر^(٣) السبب، لم يفده، إلّا أن تُعادَ بعد الدعوى، ولو ادّعى شيئاً، فشهدوا له بغيره، فهو مُكذّب لهم، قاله^(٤) أحمد وأبو بكر، واختار^(٥) في «المستوعب»: تقبلُ فيدّعيه ثم يقيمها. وفيه: وفي «الرعاية»: إن قال: أستحقّه وما شهدوا به أيضاً، وإنما ادّعتُ بأحدهما؛ لأدّعي الآخر وقتاً، ثم ادّعاه، ثم شهدوا به، قبلتُ، ولو ادّعى شيئاً، فأقرّ له بغيره، لزمه إذا صدّقه المقرُّ له الدعوى بحالها. نص عليه.

وإن سأل ملازمته حتى يقيمها، أُجيبَ في المجلس، على الأصحّ، فإن لم يحضرها فيه، صرّفه، وقيل: يُنظرُ ثلاثة أيام^(٦)، وذكر الشيخ وغيره:

التصحیح

الحاشية

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

(٢) في الأصل: «ونسبته».

(٣) في (ط): «ذكر».

(٤) في (ط): «قال».

(٥) في (ط): «واختاره».

(٦) ليست في (ر) و(ط).

الفروع ويُجاب مع قُربها، وعنه: وبُعدها، ككفيل فيما ذكر في «الإرشاد»^(١) و«المبهج»، و«الترغيب»، وأنه يضرب له أجلاً، متى مضى، فلا كفالة، ونصه: لا يُجاب إلى كفيل، كحبسه، وفي مُلازمته حتى يفرغ له الحاكم من شُغله مع غيبة^(٢) بينته وبُعدها يَحتملُ وجهين^(٣م).

قال الميموني: لم أره يذهبُ في الملازمة إلى أن يُعطله من^(٣) عمله، ولا يُمْكِنُ أحداً من عنت خصمه .

وإن سألَ تحليفه، ثم يُقيمُها، ملكهما*، فإن كانت في المجلس، وقيل: أو قرية^(٤)، ملكَ أيُّهما شاء، وقيل: هما، وقيل: إقامتها فقط في الكل، قطعوا به في الخلاف، وإن سألَ تحليفه ولا يقيمُها، فحلف، ففي جواز

التصحيح مسألة - ١٣ : قوله: (وفي مُلازمته حتى يفرغ له^(٥) الحاكم من شُغله، مع غيبة بينته وبُعدها، يَحتملُ وجهين) انتهى :
أحدهما: له ملازمته، وهو الصواب، لا سيما في هذه الأزمنة .
والوجه الثاني: ليس له ذلك .

الحاشية * قوله: (فإن سألَ تحليفه، ثم يقيمُها، ملكها) إلى آخره .

قال في «المحرر»: وإذا قال: لي بينة وأريدُ تحليفه، ملكها، إلا إذا كانت حاضرةً في مجلس الحكم، فلا يملكُ إلا إقامتها من غير تحليف، أو تحليفه من غير أن يسمع البينة بعده، وقيل: لا يملكها إلا إذا كانت غائبةً عن البلد .

(١) ص ٤٨٥ .

(٢) في الأصل: «غيته» .

(٣) في (ط): «عن» .

(٤) في (ط): «قرية» .

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

فصل

وإن لم يقر المدعى عليه ولم يُنكر، أو قال^(١): لا أعلم قدر حقه - ذكره في «عيون المسائل»، و«المنتخب»؛ لأن المدعي يعرف قدر حقه، بخلاف الشفيع والمشتري لا يعلمانه - قال الحاكم: إن أجبت، وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك، وقيل: يُحبس حتى يجيب، ذكره في «الترغيب» عن أصحابنا، فإن كان للمدعي بينة، حكم بها، وقوله: لي^(٢)، مخرج مما ادّعاه، ليس جواباً.

مسألة - ١٤: قوله: (وإن سأل تحليفه، ولا يقيمها، فحلف، ففي جواز إقامتها التصحيح وجهان) انتهى.

والوجهان للقاضي، وأطلقهما في «المغني»^(٣)، و«الكافي»^(٤)، و«الشرح»^(٥)، و«شرح ابن منجا»، و«الرعايتين»، والزركشي، وغيرهم. أحدهما: ليس له إقامتها، صححه الناظم. والوجه الثاني: له إقامتها، قدمه ابن رزين في «شرحه»، وهو الصواب.

* قوله: (وإن سأل تحليفه ولا يقيمها، فحلف، ففي جواز إقامتها وجهان). الحاشية
ظاهر «المحرر» أو صريحه: أنه لا يملك إقامتها. وظاهر «المقنع»^(٦): أنه يملكها^(٧) بعد ذلك.

(١) ليست في الأصل.

(٢) في الأصل: «إلى».

(٣) ٢٢١/١٤.

(٤) ١٢٢/٦.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٢٩/٢٨.

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٤٣/٢٨.

(٧) في (ق): «يحكم بها».

الفروع وإن قال: لي حسابٌ أريدُ أن^(١) أنظرَ فيه، لزمَ إنظارُهُ - في الأصحَّ - ثلاثةَ أيام، وإن قال: إن ادَّعيتَ ألفاً برهن كذا لي بيدك، أجبتُ، و^(٢) ادَّعيتَ هذا ثمن كذا بعثنيه ولم تُقبضنيه، فنعم، وإلا فلا حقَّ لك عليَّ، فجوابٌ. وإن ادَّعى قضاءً أو إبراءً، وجُعِلَ مُقرّاً، أو بعد بيّنة بدعوى المدَّعي، أنظرَ للبيّنة ثلاثةَ أيام، وللمدَّعي ملازمته، وقيل: لا يُنظرُ، كقوله^(٣): لي بيّنة تدفعُ دعواه، فإن عجز، حلفَ المدَّعي على بقائه وأخذَه، فإن نكل، حُكمَ عليه، وإن قيل: تُردُّ اليمينُ، فله تحليفُ خصمه، فإن أبى، حُكمَ عليه.

ولو ادَّعى أنه أقالَه في بيع، فله تحليفُه، ولو قال: أبرأني من الدعوى، ففي «الترغيب»: انبنى على الصلح على الإنكار، والمذهبُ صحَّته، وإن قلنا: لا يصحُّ، لم تُسمع. وإن أنكر الخصمُ سببَ الحقِّ ابتداءً، لم تسمع دعواه قضاءً أو إبراءً متقدِّماً*؛ لإنكاره، نقله ابنُ منصور، وقيل: بلى، بيّنة.

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن أنكر الخصمُ سببَ الحقِّ ابتداءً، لم تُسمع دعواه قضاءً أو إبراءً متقدِّماً).

مثل: أن يدَّعي عليه أنه أقرضَه ألفاً، فيقول: ما أقرضتني، أو يقول: بعته كذا بألفٍ، فيقول: ما بعثني، فلو قامت عليه^(٤) البيّنة بذلك، فادَّعى أنه قضاءً أو أن المدَّعي أبرأه، لم تُسمع دعواه؛ لكونه أنكر القرضَ، أو البيعَ المدَّعى به، ودعواه القضاء والإبراء / بعد ذلك، تخالف ذلك، بخلاف ما إذا قال: لا حقَّ له عليَّ، ثم ادَّعى القضاء أو الإبراء، فإنه يسمعُ دعواه؛ لعدم المناقضة، فإنه يمكن أن يقضيه أو يبرئه بعد البيع، أو القرض، فيكونُ صادقاً في قوله: لا حقَّ له عليَّ.

٢٤٠

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

(٢) في الأصل: «أو».

(٣) في (ط): «لقوله».

(٤) ليست في (ق).

فصل

الفروع

من ادّعى على غائب مسافة قصر - وقيل : ويوم - أو مستتر بالبلد، أو ميت، أو غير مكلف، وله بينة، سُمعت وحُكم بها، وليس تقدّم الإنكار هنا شرطاً*، ولو فرض إقراره، فهو تقويةً لثبوته بالبينه . قال في «الانتصار» لخصمه : ألا جعلت للقاضي هنا أن يُنصّب عن الغائب من ينكر عنه، كما فعلت في إقامة المدير لتثبت الكتب . قال في «الترغيب» وغيره : لا تفتقر البينة إلى جحد؛ إذ الغيبة كالسكوت، والبينه تُسمع على ساكت، وكذا جعل في «عيون المسائل» وغيرها هذه المسألة أصلاً على الخصم .

قال في «الترغيب» وغيره : ولو قال : هو معترف وأنا أقيم البينة استظهاراً، لم تُسمع، وقاله الأدمي في كتابه؛ إنه^(١) إذا اعترف بإقرار غريمه، لغت مُطلقاً . قال أحمد فيمن عنده دابةٌ مسروقةٌ، فادّعى أنها عنده وديعةٌ : من أقام بها بينةً، أخذها، حتى يجيء ربُّ الوديعة فيثبت، وقيل : يقيم كفيلاً ولا يُحلفه على بقاء حقّه، اختاره الأكثر، وعنه : يُحلفه ولا يتعرّض في يمينه لصدق البينة، وفي «الترغيب» : لكمالها*، فيجبُ تعرّضه

التصحیح

الحاشية

* قوله : (وليس تقدّم الإنكار هنا شرطاً)

أي : شرطاً لسماع الدعوى والحكم .

* قوله : (لكمالها) .

أي : لا يتعرّض في يمينه لصدق البينة؛ قال في «الترغيب» : لكمالها، أي : لكون البينة كاملةً، فعلى هذا : إذا كان الشاهد واحداً يتعرّض في يمينه لصدقه على ما في «الترغيب»، وقد عُرف من هذا قبولُ الشاهد واليمين في هذه الدعوى، إذا كانت فيما يُقبلُ فيه شاهدٌ ويمينٌ، وهو ظاهرُ

(١) ليست في الأصل .

الفروع إذا أقام شاهداً وحلف معه، ولا يمين مع بيعة، كمقر له، إلا هنا . وعنه : بلى، فعله علي^(١)، وعنه : نعم، مع ريبة، ثم إذا حضر ورشد، فعلى حُجَّتِهِ، وإن قديم، فجرَح البيعة* بأمر^(٢) بعد أداء الشهادة أو مطلقاً، لم يقبل؛ لجواز كونه بعد الحكم، فلا يقدح فيه، وإلا قبل*، وعنه : لا يحكم على غائب،

التصحيح

الحاشية

إطلاقهم في باب أقسام المشهود به؛ لأنهم ذكروا الشاهد واليمين، ولم يستثنوا هذه الدعوى .

* قوله : (وإن قديم، فجرَح البيعة) إلى آخره .

أي : جَرَح البيعة بشيء وُجِدَ منها بعد أداء الشهادة والحكم بها، مثل : أن يقول : شربت الخمر أول سنة خمسين، وتكون شهادتها قبل ذلك . هذا معنى قوله : (بعد أداء الشهادة) أي : جرحها بأمر حصل منها بعد أداء الشهادة، أو يجرحها جرحاً مطلقاً من غير تاريخ، مثل أن يقول : شربت الخمر، ولم يُبين الزمن الذي شربت فيه، لم يقبل؛ لأنه في الأول يُبين أن شربها بعد أداء الشهادة، فيجوز أن تكون وقت أداء الشهادة عادلة، وفسقها بعد ذلك لا يبطل شهادتها، وكذلك إذا لم يُبين وقت الشرب، لم يقبل؛ لجواز أن يكون الشرب بعد الحكم، ولا يلزم من ذلك فسقها وقت الحكم؛ لأنَّ الفسق قد يكونُ كان حاصلاً وقت الحكم، وقد يكونُ حدث، والأصلُ سلامة الحكم . وهذا معنى قوله : (لجواز كونه بعد الحكم) أي : لجواز كون الأمر المجروح به، حصل بعد الحكم .

* قوله : (ولا قبل) .

أي : وإن لم يكن الأمر المجروح به بعد أداء الشهادة^(٣) مطلقاً، قبل، وذلك بأن يُبين أن المجروح به حصل من البيعة قبل الحكم . وظهر مما ذكرنا أن قوله : (بعد أداء الشهادة) متعلقٌ بشيء محذوف، التقديرُ : فجرَح البيعة بأمرٍ حصل بعد أداء الشهادة، فحصل من ذلك أن قوله : (بعد أداء

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ١٠ / ٢٦١ .

(٢) ليست في (ر) .

(٣) بعدها في (ق) : «أو» .

كحقّ الله تعالى / فيقضي في السرقة بالغرم فقط، وعنه: بلى^(١) تبعاً، كشريك ٢٤٩/٢ حاضر، ولو قال لوكيل غائب: احلف أن لك مطالبتي، أو قال: قد عزلك، الفروع فاحلف أنه ما عزلك، لم يُسمع، ويسمعُ إن قال: أنت تعلمُ أنه عزلك؛ لأنها دعوى عليه، ذكره الشيخ وغيره. وفي «الترغيب»: هل له تحليفه على نفي العلم؛ أنه ما عزله أو مات؟ يحتمل وجهين، ولو أقام بينة أنه عزله، قبلت، ولو كانا ابنا الموكل^(٢)، فإن بادرت البينة فشهدت بعزله قبل تقدّم دعوى المدعى عليه، لم تُسمع، وإن قبض الوكيل، ثم حضر موكله وادّعى أنه كان عزله، قبل بينة لا بشهادة ابنه؛ لإثباتهما حقاً لأبيهما، والغيبة دون ذلك*، يُعتبر لسماعهما* حضوره، كحاضر المجلس، وقيل: يُسمعان، ويُحكم

التصحيح

تنبيهان:

(☆) الأول: قوله: (ولو كانا ابنا للموكل) صوابه: ابني للموكل.

الشهادة مرأه بعد أدائها والحكم؛ بدليل قوله: (لجواز كونه بعد الحكم) ولأن الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم مؤثر، فإنه لو شهد عند الحاكم، ثم فسق قبل الحكم، منع من الحكم، فيكون حكمه حكم الجرح قبل الأداء.

* قوله: (والغيبة دون ذلك).

أي: دون مسافة قصر، أو يوم، كما ذكره في أول الفصل.

* قوله: (لسماعهما).

أي: سماع البينة والدعوى، وفي بعض النسخ: (لسماعها) بإفراد الضمير، ويرجع إلى البينة. واعلم: أنه قدّم هنا أنه يعتبر لسماعهما حضوره، وذكر في باب الدعاوى في آخر فصل منه^(٢)، وهو فصل: (ولا تصح الدعوى ولا تسمع ولا يستحلف في حق الله تعالى) سماع الدعوى والبينة

(١) ليست في الأصل.

(٢) ص ٢٦٨.

الفروع عليه، وعنه: يمتنع الحكم فقط، فإن أبى الحضور، حُكِمَ عليه، وعنه: لا، فيضيُّقُ عليه^(١) الحاكم بما يراه، فيحتم عليه، ويحرم أن يدخلَ عليه بيته، فإن أصرَّ، حُكِمَ عليه. نص على ذلك، فإن وجدَ له مالا، وفأه منه، وإلا قال للمدَّعي: إن عرفت له مالا وثبتَ عندي، وفيتُّك منه. وفي «التبصرة»: إن صحَّ^(٢) عند الحاكم أنه في منزله، أمر بالهجوم عليه، وإخراجه. ونصُّه: يُحَكِّمُ عليه بعد ثلاثة أيام، وجزم به في «الترغيب» وغيره، وظاهرُ نقل الأثر: يُحَكِّمُ عليه إذا خرج. قال: لأنه قد^(٣) صار في حرمه^(٤)، كمن لجأ إلى الحرم.

والحكم للغائب ممتنع. قال في «الترغيب»: لامتناع سماع البينة له، والكتابة له إلى قاضي آخر ليحكم له بكتابه، بخلاف الحكم عليه، ويأتي في

التصحيح

الحاشية

بلا خصم. قال: (فإما أن نمنع الدعوى على غير خصمٍ منازع، فتثبت الحقوق بالشهادات على الشهادات، كما ذكره^(٥) من ذكره من أصحابنا، وإما أن نسمع البينة والدعوى بلا خصم، كما ذكره طائفة من المالكية والشافعية، وهو مقتضى كلام أحمد وأصحابنا في مواضع؛ لأننا نسمع الدعوى والبينة على الغائب والممتنع، وكذا على الحاضر في البلد في المنصوص)، فالذي ذكر أنه المنصوص، خلاف ما قدَّمه هنا. والذي صحَّحه في «المحرر» سماعُ الدعوى والبينة دون الحكم، لكن ذكر المنصوص من جملة كلام الشيخ تقي الدين؛ لأنه في سياق كلامه، وإذا كان كذلك، لم يعارضه على ما قدَّمه؛ لأن ما ذكر هنا من كلام المصنف، وما ذكر هناك من كلام الشيخ تقي الدين، فالترجيحُ في «هذا الموطن»^(٦) من كلام شخص غير الشخص المرجَّح في الموطن^(٧) الآخر.

(١) ليست في (ر).

(٢) في (ر): «وثبت».

(٣) ليست في (ط).

(٤) في (ط): «حرمة».

(٥) في (د): «ذكر».

(٦) في (ق): «هذه الموطن».

(٧) في (ق): «الموطن».

القسمة والدعوى^(١)، ويصح تبعاً*، كمن ادعى موت أبيه عنه^(٢)، وعن أخ الفروع غائب أو غير رشيد، وله عند فلان عين أو دين، فثبت بإقرار أو بينة، فهو للميت، ويأخذ المدعى نصيبه، والحاكم نصيب الآخر، وقيل: بترك نصيبه من الدين في ذمة غريمه، حتى يقدم ويرشد. وتُعَاد البينة في غير الإرث - ذكره في «الرعاية» وزاد: ولو أقام الوارث البينة - ببقية الورثة غير رشيد انتزع المال من يد المدعى عليه لهما، بخلاف الغائب، في أصح الوجهين، والآخر: ينتزع، وفي «المغني»^(٣): إن ادعى^(٤) أحد الوكيلين الوكالة، والآخر غائب وثم بينة، حكم لهما، فإن حضر، لم تُعَد البينة، كالحكم بوقف ثبت لمن لم يُخلَق، تبعاً لمستحقه الآن.

وتقدم^(٥) أن سؤال غريم الحجر، كالكل، فيتوجه أن يفيد أن القضية الواحدة المشتملة على عدد، أو أعيان، كولد الأبوين في المشرقة، أن الحكم على واحد أو له، يعمه وغيره، وذكر شيخنا المسألة، وأخذها من دعوى موت موروثة، وحكمه بأن هذا يستحق هذا، أو الآن من وقف بشرط شامل يعم، وهل حكمه لطبقة حكم للثانية، والشرط واحد؟ ردّد النظر على

التصحيح

الحاشية

* قوله: (ويصح تبعاً).

أي: يصح الحكم على الغائب تبعاً.

(١) ص ٢٣٦ - ٢٦٠.

(٢) ليست في الأصل.

(٣) ٢٦٠/٧.

(٤) في (ط): «أدى».

(٥) ٤٦٥/٦.

الفروع وجهين * . ثُمَّ من أبدى ما يجوز أن يمنع الأول من الحكم عليه^(١) لو علمه،
فلثان^(٢) الدفع، وهل هو نقض للأول، كحكم مُغَيّاً بغاية^(٣) أو هو
فسخ^(٤) * (☆) (٣)؟

فصل

من ادّعى أن الحاكمَ حكمَ له فلم يذكره، فشهد به اثنان، قَبِلَهما
وأَمْضَاهُ؛ لقدرته على إمضائه، بخلاف مَنْ نَسِيَ شهادته، فشهدا عنده بها،
وذكر ابنُ عقيل: لا يقبلُهما؛ ومرادُهم على الأول إذا لم يَتَيَقَّنْ صواب نفسه،
فإن يَتَيَقَّنْ، لم يقبلُهما؛ لأنهم احتجُّوا فيه بقصَّة ذي اليدين^(٤)، وذكروا هناك:
^(٥) «لو يَتَيَقَّنْ صوابه» لم يقبلُهما، واحتجُّوا أيضاً بقول الأصل المُحدِّث للراوي

التصحيح (☆) الثاني: قوله: (وهل حكمه لطبقة حكم للثانية، والشرط واحد؟ ردَّد النظر على
وجهين . ثُمَّ من أبدى ما يجوز أن يمنع الأول من الحكم عليه لو علمه، فلثان الدفع به،
وهل هو نقض للأول، كحكم مُغَيّاً بغاية^(٦) أو هو فسخ؟^(٧) . انتهى . هذا من تنمة كلام
الشيخ تقي الدين، والمصنف قد قدَّم حكماً، وهو قوله قبل ذلك: (ويصحُّ تبعاً) . وقد
اختار الشيخُ تقي الدين في «الفتاوى المصرية» أن حكمه لطبقة، ليس حكماً لطبقة أخرى .

الحاشية * قوله: (ردَّد النظر على وجهين) .

أي: ردَّد شيخنا النظر في هذه المسألة على وجهين .

* قوله: (وهل هو نقض للأول، كحكم مُغَيّاً بغاية،^(٧) أو هو فسخ^(٧)) .

(١) بعدها في (ط): «أو» .

(٢) في (ط): «فالثاني» .

(٣-٣) في الأصل، و(ط): «هل هو نسخ» .

(٤) تقدم تخريجه ٢٦٩/٢ .

(٥-٥) في (ط): «صوابه لو تتقن» .

(٦-٦) في النسخ الخطية: «هل هو نسخ»، والمثبت من (ط) .

(٧-٧) في النسخ الخطية: «هل هو نسخ»، والمثبت من «الفروع» .

عنه : لا أدري ، وذكروا هناك : لو كذبه ، لم يقدح في عدالتهما ، ولم يُعمل به ، الفروع
 ودلّ أن قول ابن عقيل هنا أن^(١) قياس الرواية المذكورة في الدليلين * ، وإن شهدا
 أن فلاناً وفلاناً شهدا عندك بكذا ، أمضاه ، فإن وجد حكمه أو شهادته بخطه
 وتيقنه ، ولم يذكره ، لم يعمل به ، ذكره القاضي وأصحابه^(٢) المذهب . وفي
 «الترغيب» : هو الأشهر ، كخط أبيه^(٣) بحكم أو شهادة ، لم يشهد ولم يحكم بها
 إجماعاً ، ولم ينفذه ، ذكره الشيخ ، وعنه : بلى * ، اختاره في «الترغيب» ، وقدمه
 في «المحرر» ، وجزم به الأدمي ، وعنه : إن كان في حِرْزِهِ كَقَمَطَرِهِ .

التصحيح

كذا في غالب النسخ : وفي بعض النسخ : هل^(٤) هو نقض للأول ، كحكم مُعَيَّناً بغاية ، أو هو نسخ ؟
 فيه وجهان .

* قوله : (في الدليلين) .

المراد بالدليلين : قصة ذي اليمين^(٥) ، وقول الأصل المحدث للراوي عنه : لا أدري ، فإن في مثل
 قصة ذي اليمين رواية عن أحمد لا يجب الرجوع ، بل مستحب ، وكذلك قول الراوي : لا أدري .
 فيه رواية : لا يعمل بذلك الخبر ، فقول ابن عقيل قياس هذه الرواية .

* قوله : (وعنه : بلى) .

أي : فيما إذا وجد حكمه أو شهادته بخطه وتيقنه ، ولم يذكره .

فائدة : إذا وجد بخطه أن له ديناً على إنسان ، أو وجد ذلك بخط أبيه ؛ هل له الحلف على ذلك ؟
 ذكره المصنف في الودعة^(٦) .

(١) ليست في (ر) و(ط) .

(٢) بعدها في (ط) : «في» .

(٣) ليست في الأصل .

(٤) ليست في (ق) .

(٥) تقدم تخريجه ٢٦٩/٢ .

(٦) ٢١٧/٧ .

الفروع

ومن علمَ الحاكمُ منه أنه لا يُفَرِّقُ بين أن يُذَكِّرَ الشهادة، أو يعتمدَ على معرفة الخطِّ، يُتَجَوَّزُ بذلك، لم يجوز قبولُ شهادته، ولهما حكمُ مُغفَلٍ، أو مُخْرَقٍ^(١) وإن لم يتحقق، لم يجوز أن يسأله عنه، ولا يجبُ أن يخبره بالصفة، ذكره ابنُ الزاغوني . وقال أبو^(٢) الخطاب: لا يلزمُ الحاكمَ سؤالُهما عن ذلك، ولا يلزمُهما جوابُهُ . وقال أبو الوفاء: إذا عَلِمَ تجوُّزُهما، فهما كمغفَلٍ، ولم يجوز قبولُهما، وإن قال، وهو عدلٌ: حكمتُ لفلان على فلان بكذا، وليس أباه أو ابنه، قُبِلَ قوله، في المنصوص، سواء ذكرَ مُستندَه، أو لا . وقال^(٣) شيخنا: قولهم في كتابِ القاضي: إخبارُهُ بما ثبت، بمنزلةِ شهودِ الفرع، يوجبُ أن لا يُقْبَلَ قوله في الثبوتِ المجرَّد؛ إذ لو قبل خبرُهُ لُقِبَ كتابُهُ، وأولى . قال: ويجبُ أن يقال: إن قال: ثبتَ عندي، فهو كقوله: حكمتُ في الأخبارِ والكتابِ*، وإن قال: شهدَ، أو أقرَّ عندي فلانُ، فكالشاهدين* سواء، وكذا لو قاله بعد عَزَلِهِ، وقيل: لا، فهو كشاهدٍ، وقيل:

التصحیح

الحاشية * قوله: (ويجب أن يقال: إن قال: ثبتَ عندي فهو كقوله: حكمتُ في الأخبارِ والكتابِ).

يعني: قوله: ثبتَ عندي، هو بمنزلة ما إذا كتبَ إلى غيره، أو أخبره، فقال في كتابه، أو خبره: حكمتُ، فعلى هذا يكون عنده الثبوتُ حكمٌ .

* قوله: (فكالشاهدين) .

يعني به: أن قولَ الحاكمِ، بمنزلةِ شهادةِ الشاهدين؛ ولهذا يعملُ بقوله فقط، ولا يحتاجُ معه إلى غيره، بل هو بمنزلةِ البيِّنَةِ التامةِ .

(١) في (ط): «مخرق» .

(٢) في الأصل: «وذكر»، وبعدها في (ط): «أبو» .

(٣) ليست في (ط) .

لا، وجزم به في «الروضة»، ونظيره أمير الجهاد، وأمير الصدقة، وناظر الفروع الوقف، قاله شيخنا. قال في «الانتصار» وغيره: كل من صحَّ منه إنشاء أمر، صحَّ إقراره به.

وإن أخبر حاكم آخر بحكم أو ثبوت، عمل به مع غيبة المُخبر، وفي «الرعاية»: عن المجلس، ويُقبل خبره في غير عملهما، وفي عمل أحدهما. وعند القاضي: لا يقبل، إلا أن يُخبره^(١) في عمله حاكماً في غير عمله، فيعمل به إذا بلغ عمله، وجاز حكمه بعلمه، وجزم به في «الترغيب» ثم قال: وإن كانا في ولاية المُخبر، فوجهان، وفيه: إذا قال: سمعتُ البينة فأحكم، لا فائدة له مع^(٢) حياة البينة، بل عند العجز عنها.

فصل

وحكم الحاكم لا يحيلُ الشيء عن صفته باطناً، وعنه: بلى في مُختلف فيه قبل الحكم، قطع به في «الواضح» وغيره، فلو حكم حنفي لحنبلي بشفعة جوار، فوجهان^(١٥٢).

ومن حكم لمجتهد، أو عليه، بما يخالفُ اجتهاده، عمل باطناً بالحكم، ذكره القاضي، وقيل: باجتهاده. وإن باع حنبلي متروك التسمية، فحكم

مسألة - ١٥: قوله: (وحكم الحاكم لا يحيلُ الشيء عن صفته باطناً، وعنه: بلى، التصحيح في مُختلف فيه قبل الحكم، قطع به في «الواضح» وغيره، فلو حكم حنفي لحنبلي بشفعة جوار، فوجهان) انتهى. قلت: الصواب: الإحالة^(٣) في الباطن في هذه المسألة؛ لشمول الرواية لها، والله أعلم.

(١) في (ر)، و(ط): «بخبر».

(٢) ليست في (ط).

(٣) في النسخ الخطية: «الإزالة»، والمثبت من (ط).

الفروع بصحّته شافعيّ نفذَ عند أصحابنا، خلافاً لأبي الخطاب .

وحكي عنه: يحيله في عقد وفسخ مُطلقاً*، وأطلقها في «الوسيلة». قال أحمد: الأهل أكبر من المال . وفي «الفنون»: أن حنبلياً نصرها واعتبرها باللّعان*، وأن حنبلياً أجاب بأن اللّعان وضّعه الشرع لستر الزانية وصيانة النسب، فتعقب الفسخ الذي لا يمكن الانفكاك إلاّ به، وما وضّعه الشرع للفسخ، به زال^(١) الملك*، وليس في مسألتنا سوى جهل الحاكم بباطن الأمر، وعلمهما وعلم الشهود أكثر من النصّ في الدلالة؛ لأن/ النص معلوم، وهذا محسوس؛ لأن التزوير من فعلهما^(٢) وإذا فسخنا الأحكام بالمنصوصات من الأدلة باطناً وظاهراً، فلأن تبطل الأحكام بالحسّ باطناً أولى . في كلام طويل، فقليل له: هذا كلّ لا يدفع إشكال اللّعان، وذلك أن الحاكم لا يلزمه في إنفاذ الأحكام^(٣) التنقّب عن^(٣) بواطن الأحوال^(٤)، وإنما

التصحيح

الحاشية * قوله: (وحكي عنه: يحيله في عقد وفسخ مطلقاً) .

أي: حكي عن الإمام أحمد هذه الرواية . وقوله: (مطلقاً) أي: سواء كان مختلفاً فيه، أو لا .

* قوله^(٥): (وأن حنبلياً نصرها واعتبرها باللّعان)

أي: قاسها على اللّعان؛ لأن اللّعان يحصل به فسخ النكاح .

* قوله: (وما وضّعه الشرع للفسخ، به زال الملك) .

الأقوى أن الجارّ والمجرور - وهو قوله: (به) - متعلق بـ(زال)، التقدير: وما وضعه الشرع للفسخ

زال الملك به .

(١) في الأصل: «أزال» .

(٢) في الأصل: «فعلها» .

(٣-٣) ليست في الأصل، و(ط) .

(٤) في (ر): «الأحكام» . وفي هامشها: «الأموال» .

(٥) ليست في (ق) .

يلزمه الظاهر، وما ذكرته في اللعان، فهو الحجة؛ لأن الله تعالى رتب صحة الفروع الفسخ على قول يتحقق فيه الكذب؛ ولهذا قال عليه السلام: «أحدكما كاذب، فهل فيكما من تائب؟»^(١).

وانبنى إباحة الزوج الثاني، على فسخ بُني على كذب. وقال في «الانتصار»: حكمه ليس بإنشاء عقد أو فسخ، وإنما يقول: أمضيت ما شهد به الشهود، أو حكمت بما شهدوا به^(٢)، وأنه مستند إلى سبب باطل، فلا يمكن نفوذه، ومتى علمها كاذبة لم ينفذ.

وإن باع ماله في دين ثبت بينة زور، ففي نفوذه منع وتسليم. وقال شيخنا: هل يباح له بالحكم ما اعتقد تحريمه قبل الحكم؟ فيه روايتان، وفي حل ما أخذه وغيره بتأويل، أو مع جهله، وإن رجع المتأول، فاعتقد التحريم، روايتان؛ بناء على ثبوت الحكم قبل بلوغ الخطاب. قال: أصحهما حله^(٣)، كالحربي بعد إسلامه، وأولى، وجعل من ذلك وضع طاهر في اعتقاده في مائع لغيره، وفيه نظر.

وذكر جماعة: إن أسلم بدار حرب، وعامل برأ جاهلاً، ردّه وأن في «الانتصار»: ويحد لزنى.

ومن حكم له بينة زور بزوجة امرأة، حلت له حكماً، فإن وطئ مع العلم، فكزنى، وقيل: لا حد، ويصح نكاحها غيره، خلافاً للشيخ. وإن

التصحیح

الحاشية

(١) يعني: في قصة المتلاعنين. أخرجها البخاري (٥٣١١)، ومسلم (١٤٩٣)(٦)، عن ابن عمر.

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

(٣) في (ط): «حكمه».

الفروع حكم بطلاقها ثلاثاً بزور، فزوجته باطناً، ويكره له^(١) اجتماعها بها ظاهراً^(٢) بزور خوفاً من مكروه يناله، ولا يصح نكاحها غيره ممن يعلم الحال، ذكره الأصحاب، ونقله أحمد بن الحسن . قال في «المغني»^(٣): إن انفسخ باطناً، جاز . وكذا قال في «عيون المسائل» على الرواية الثانية: تحل للزوج الثاني، وتحرم على الأول بهذا الحكم ظاهراً وباطناً .

وإن ردَّ حاكمٌ شهادةً واحد برمضان، لم يؤثر، ك: ملك مُطلق، وأولى؛ لأنه لا مدخل لحكمه في عبادة ووقت، وإنما هو فتوى، فلا يقال: حكم بكذبه، أو بأنه لم يره، ولو سُلِّم أن له مدخلاً^(٤)، فهو محكومٌ به في حقه من رمضان، فلم يُغيره حكمٌ ولم يؤثر^(٥) شبهة، ولأن الحكم يُعَيَّر إذا اعتقد المحكوم عليه أنه حكمٌ، وهذا يعتدُّ خطاه، كمُنكَرَةِ نِكَاحٍ مدَّعٍ يَتَبَيَّنُ، فشَهِدَ له فاسقان، فردًّا . ذكره في «الانتصار»* وفي «المغني»^(٦): إنَّ ردَّه ليس

التصحيح

الحاشية * قوله: (ولأن الحكم يُعَيَّر، إذا اعتدَّ المحكوم عليه أنه حكمٌ، وهذا يعتدُّ خطاه، كمُنكَرَةِ^(٧) نِكَاحٍ مدَّعٍ يَتَبَيَّنُ^(٨))، فشَهِدَ له فاسقان، فردًّا، ذكره في «الانتصار» .
إذا ادَّعى نكاحاً على امرأة، فأنكرت وهو يتيقن أنها زوجته، فأقام شاهدين فاسقين، فردَّهما الحاكم، وحكم بعدم الزوجية؛ لإنكارها وعدم بَيِّنَتِهِ المقبولة، فهذا الحكم لا يُعَيَّر الزوجية؛ لأن المحكوم عليه لا يعتدُّه، بل يعتدُّ خطاه لكونه يَتَبَيَّنُ النكاح .

(١) ليست في (ط) .

(٢) ليست في (ر)، و(ط) .

(٣) لم نقف عليها .

(٤) في (ط): «دخلا» .

(٥) في (ر)، و(ط): «يورث» .

(٦) ٢٥٨/١٤ .

(٧) في (د): «لمنكره» .

(٨) في (ق): «يتيقنه» .

بحكم هنا؛ لتوقفه في العدالة؛ ولهذا لو ثبتت^(١) حَكَمٌ . قال شيخنا: أمورُ الفروع الدِّين والعباداتِ المشتركة بين المسلمين، لا يَحْكُمُ فيها إلا الله تعالى ورسوله إجماعاً . وذكره غيره، فدلَّ أن إثبات سبب الحكم، كروية الهلال والزوال، ليس بحكم، فمن لم يره سبباً، لم يلزمه شيء .

وعلى ما ذكره الشيخ وغيره في رؤية الهلال؛ أنه حكمٌ . وفي «الخلاف»: يجوزُ أن يختصَّ الواحدُ برؤية، كالبعض؛ لأن الحنفية قالوا: لو حكمَ الحاكمُ بهذه الشهادة، لزم الناس الصوم، ولو كان الأمرُ كما قالوا، لوجبَ أن يكونَ حُكْمُ الحاكمِ مردوداً، ويكون^(٢) خَطْؤُهُ مقطوعاً به، وقال لهم لما قالوا^(٣): لا تصحُّ الجمعةُ إلا بإذن الإمام، كالحدود، فقال: ينتقض بالغزو. ولأنَّ الحدَّ يدخله الاجتهادُ في وجوبه، ووقت إقامته والآلة، ويختلف باختلاف مَنْ وجب عليه، و^(٣) الجمعةُ لا يدخلها الاجتهادُ في وجوبها وأفعالها، فهي كسائر الصلوات، فقليل له: فالجمعة مُختلفٌ في موضع إقامتها، وفي العدد الذي تنعقدُ به؟ فقال: إلا أن هذا الاختلاف لا يفتقرُ إلى اجتهادِ الإمام، والحدُّ يفتقرُ للمعنى الذي ذكرنا، كذا قال .

وإن رُفِعَ إليه حكمٌ في مختلفٍ فيه لا يلزمه نقضه لينفذه، لزمه في الأصحِّ تنفيذه، وقيل: يحرمُ إن لم يره. وكذا إن كان نفسُ الحكمِ مختلفاً فيه،

التصحيح

الحاشية

(١) في (ط): «ثبت» .

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

(٣) ليست في الأصل .

الفروع كحُكْمه بعلمه، ونكوله، وشاهد ويمين* (☆). وفي «المحرر»: لا يلزمه، إلا أن يحكم به حاكم آخر قبله.

التصحيح (☆) تنبيه^(١): قوله: (وإن رُفِعَ إليه حكمٌ في مختلفٍ فيه لا يلزمه نقضه لينفذه، لزمه في الأصح تنفيذه، وقيل: يحرم إن لم يره. وكذا إن كان نفس^(٢) الحكم مختلفاً فيه، كحكمه بعلمه، ونكوله، وشاهد ويمين) انتهى. قال ابن نصر الله في «حواشيه»: الحكم بالنكول وبالشاهد واليمين، هو المذهب، فكيف لا يلزمه تنفيذه على قول^(٣) «المحرر»؟ ولو كان أصل الدعوى عنده، لزمه الحكم بها، وإنما يتوجه عدم لزوم التنفيذ لحكم مختلف فيه إذا كان الحاكم الذي رُفِعَ إليه الحكم المختلف فيه، لا يرى صحة الحكم، كالحكم بعلمه؛ لأن التنفيذ يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ، وإذا كان لا يرى صحته، لم يلزمه الحكم بصحته. انتهى. مثله^(٤) في «الرعاية»: بالفلس والشاهد

الحاشية * قوله: (وكذا إن كان نفس الحكم مختلفاً فيه، كحكمه بعلمه ونكوله، وشاهد ويمين) إلى آخره.

الشيخ في «المحرر» لم يمثل المسألة، والمصنف مثلها، وقياس قوله: الحكم على الغائب يكون كذلك، فإن كان المصنف قد رأى هذه المسألة في كلام الأشياخ، تعين قبوله، وإن كان استنباطاً منه وحملًا لكلامهم عليه، ففي النفس منه شيء؛ لأن^(٤) هذا أمر مختلف فيه، فإذا حكم به حاكم يراه، فالذي يظهر: أنه قد/ لزم بحكم الحاكم، ولزم العمل به، كما إذا كان المختلف فيه نفس المحكوم به، كبيع الصفة والبيع بعد نداء الجمعة، ونحو ذلك، والذي يظهر في المثال للمسألة المذكورة: ما إذا كان الصادر من الحاكم مختلف فيه، هل هو حكم أو لا كفعل الحاكم؟ كما إذا زوج بتيمة، فإن تزويجه اختلف فيه؛ هل هو حكم أم لا؟ فإن هذا قبل الحكم به^(٥)، لم يتعين أنه حكم؛ لأن القول بأنه حكم معارض بالقول بأنه ليس بحكم، فيحتاج إلى حكم بأنه حكم، وأما

(١) هذا التنبيه جاء في النسخ الخطية في آخر الباب بعد قوله: الوجه الثاني لا ينقض وهو بعيد.

(٢) ليست في (ح).

(٣) في (ط): «ونقله».

(٤) في (ق): «لكن».

(٥) في (ق): «فيه».

الفروع

واليمين، ومثله في «شرح المحرر»: بالحكم على الغائب ونحوه، وقال شيخنا البعلبي في التصحيح «حواشيه»: في النفس مما مثل المصنف به شيء؛ لأن هذا أمرٌ مختلفٌ فيه، فإذا حكمَ به حاكمٌ، لزم العملُ به، والذي يظهرُ في المثالِ للمسألة ما إذا كان الصادرُ من الحاكم مختلفٌ فيه؛ هل هو حكم أم لا؟ كفعله في تزويج يتيمة، فإنَّ تزويجه اختلف فيه؛ هل هو حكم أم لا؟ فإنه قبل الحكم به، لم يتعين أنه حكمٌ؛ لأن القول بأنه حكمٌ معارضٌ بأنه ليس بحكم، فيحتاج إلى حكم بأنه حكمٌ، وأما الحكمُ بالعلم، فإنه صريحٌ، وإنما وقع الخلافُ؛ هل يحكمُ بالعلم^(١) أم لا؟ فإذا حكم^(٢) به من يراه، صارَ لازماً، ثم رَدَّد القول فيما مثله؛ هل هو صحيحٌ أم لا؟ وقال: هذا^(٣) قويٌّ جداً في كلِّ حكم اختلف فيه بعد^(٤) وقوعه؛ هل هو صحيحٌ أم لا؟ لكن تحتاج الأمثلة التي ذكرها المصنف إلى ثبوت الخلاف فيها بعد وقوعها؛ هل يجوزُ الإقدام عليها أم لا؟ ومثله أيضاً في «حواشي المحرر» بيع الصفة وإجارة^(٥) المشاع لغير الشريك، وقال: جزم به في «الشرح الكبير»^(٦) في الحكم على الغائب،^(٧) وقال: لا^(٨) نعلم فيه خلافاً، ذكره في مسألة كتاب القاضي إلى القاضي فيما حكم به لينفذه.

الحكمُ بالعلم، فإنه حكمٌ صريحٌ، وإنما وقع الخلافُ؛ هل يحكمُ بالعلم أم لا؟ فإذا حكمَ به من يراه، صارَ لازماً، ولكن قد يقال: إذا كان الحكمُ مختلفاً فيه؛ هل هو حكمٌ صحيحٌ، أو هو غير صحيح؟ أنه لا يجبُ تنفيذه، حتى يحكمَ بأنه صحيحٌ؛ لأنه قبل ذلك لم تتعين^(٨) صحته؛ إذ ليس قولُ مَنْ يقول: هو صحيحٌ، أولى من قول مَنْ يقول: هو غيرُ صحيحٍ، وإذا كان كذلك، لم يتعين

(١) في (ط): «بالعدل».

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

(٣) في (ح): «هو».

(٤) في النسخ الخطية: «جحد»، والمثبت من (ط).

(٥) في (ط): «أجازة».

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/٢٩.

(٧، ٧) في (ح): «وقالا».

(٨) في (ق): «يتعين».

الفروع وإن رفعَ إليه خصمان عقداً فاسداً عنده فقط، وأقرأ بأن نافذَ الحكم^(١) حَكَمَ بصَحَّتِهِ، فله إلزامُهُما بذلك، وردُّه * والحكمُ بمذهبه، وقال شيخنا: قد يقال: قياسُ المذهب أنه كالبينة*، ثم ذكر أنه كبينة إن عَيَّنَّا الحاكم .

ومن قُلِّدَ في صحَّةِ نكاح، لم يفارقُ بتغيُّرِ اجتهاده، كحكم . وقيل: بلى، كمجتهد نكح ثم رأى بطلانه في الأصحَّ، وقيل: ما لم يحكم به حاكمٌ، ولا يلزمُ إعلامُه بتغيُّره في الأصحَّ، وإن بان خطؤه في إتلاف بمخالفة قاطع،

التصحيح

الحاشية تنفيذه، بخلاف ما إذا حكمَ به حاكمٌ، فإن صحَّته قد تعينت؛ لوجود الحكم بها، وهذا قويٌّ جداً في كلِّ حكمٍ اختلفَ فيه بعد وقوعه؛ هل هو صحيحٌ أم لا؟ لكن تحتاجُ الأمثلةُ التي ذكرها المصنِّفُ إلى ثبوت الخلافِ فيها بعد وقوعها^(٢) هل هي صحيحةٌ أو لا؟ ولا يكتفى بالخلافِ المذكورِ فيها قبل وقوعها^(٣): هل يجوزُ الإقدامُ عليها أو لا؟ لأن العالمَ قد يمتنعُ من الحكم قبل صدوره، ويلزمُ بمقتضاه بعد صدوره، وظاهر كلام المصنِّف: أن هذه الأحكام المذكورة التي مثلُ بها مختلفٌ فيها بعد الحكم؛ لكونه جعلها أمثلةً للحكم المختلف فيه، فيحررُ ذلك .

* قوله: (فله إلزامُهُما بذلك^(٣))، وردُّه .

وجهُ إلزامِهِما به: أنه حقٌّ أقرَّ به، فلزمُهُما، كما لو أقرَّ بغيره . ووجه ردُّه والحكم فيه بمذهبه: أن حكمَ الحاكم به لا يثبتُ بإقرارِهِما، وإنما يثبتُ بالبينة^(٤)، ولا بينة هنا . ذكر هذا التوجيه شارحُ «المحرر»، رحمه الله .

* قوله: (أنه كالبينة) .

أي: الإقرارُ الذي أقرَّ به، وهو أن نافذَ الحكم حَكَمَ بصَحَّتِهِ . ووجه ذلك: أن المقرَّ بحقِّ حكمه حكمٌ من قامت عليه البينة في حقوقِ الآدميين، فيكون هنا كذلك .

(١) يعني حاكماً نافذاً حكمه، وذلك فيما عَيَّن له الحكم فيه كالزوج أو الأموال أو غير ذلك .

(٢-٢) ليست في (د) .

(٣) في (د): «ذلك» .

(٤) في (ق): «بالبينة» .

ضَمِنَ*، لا مُسْتَفْتِيَه، وفي تضمين مفتٍ ليس أهلاً، وجهان^(١٦٢).
الفروع

مسألة - ١٦: قوله: (وفي تضمين مفتٍ ليس أهلاً، وجهان) انتهى. ^(١) وأطلقهما ابنُ التصحيح مفلح في «أصوله» أيضاً^(١):
أحدهما: لا يضمن، اختاره ابنُ حمدان في «آداب المفتي». قلت: وهو بعيد جداً
لا وجه له.

الوجه الثاني: يضمن، وهو الصواب، ومما لا شك فيه. قال ابنُ القيم في «إعلام الموقعين» في الجزء الأخير عن القول الأول: ولم أعرف هذا القول لأحدٍ قبل ابنِ حمدان، ثم قال: قلت: خطأ المفتي، كخطأ الحاكم أو الشاهد. انتهى. هذا الذي قاله ليس من المسألة في شيء؛ لأن مراده بخطأ المفتي الذي هو أهلٌ للإفتاء، والمسألة مفروضة فيمن ليس أهلاً، وعلى كلِّ حالٍ، القول بعدم الضمان ضعيفٌ جداً، والأولى للمصنف أنه كان يقدم الضمان، والله أعلم.

* قوله: (وإن بانَّ خطؤه في إتلاف بمخالفة^(٢) قاطع، ضَمِنَ)
الحاشية

أي: بمخالفة دليل قاطع، مثل أن يحكم بإتلاف، ووجد دليل قاطع بخلاف ما حكم به، فإذا حصل الإتلاف، ضَمِنَ، وأما الذي استفناه وأتلف بفتياه، فلا ضمان عليه؛ لأنه هو الذي سلَّطه. قال في «إعلام الموقعين» في المجلد الأخير: الفائدة الحادية والأربعون: إذا عمِلَ المُسْتَفْتِي بفتيا مفت في إتلاف نفس أو مال، ثم بان خطؤه، فقال أبو إسحق الإسفراييني من الشافعية: يضمن المفتي إذا كان أهلاً للفتوى، وخالف القاطع، وإن لم يكن أهلاً، فلا ضمان عليه؛ لأن المُسْتَفْتِي قَصَّرَ في استفثائه وتقليده، ووافقه على ذلك أبو عبد الله بن حمدان في كتاب «أدب المفتي والمستفتي» له^(٣)، ولم أعرف هذا لأحدٍ من الأصحاب قبله، ثم حكى وجهاً آخر في تضمين مَنْ ليس بأهلٍ، قال^(٤): «لأنه تصدَّى لما ليس له بأهلٍ، وغرَّ مَنْ استفثاه بتصديهِ لذلك»^(٥). قلت: خطأ

(١-١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) بعدها في (ق): «دليل».

(٣) ليست في (د).

(٤) ليست في (ق).

(٥) في (د): «كذلك».

الفروع وإن بَانَ بعد الحكم كفرُ الشهودِ أو فسقُهُم، لزمه نقضُهُ، ويرجع^(١) بالمال وببدله، وببدل قَوْدِ مستوفى على المحكوم له، وإن كان الحكمُ لله تعالى بإتلافِ حسيٍّ، أو بما سرى إليه*، ضمنه مُزكُون، وذكر القاضي و«المستوعب»: حاكمٌ^(٢) كعدم مُزكٍّ وفسقِهِ، وقيل: قراره على مُزكٍّ، وعند أبي الخطاب: يضمُّنه الشهود . وذكر ابن الزاغوني: أنه لا يجوزُ له نقضُ حكمِهِ بفسقهما، إلّا بثبوتِه بيّنة، إلّا أن يكون حكمٌ^(٣) بعلمه في عدالتهما*،

التصحيح

الحاشية المُفتي، كخطأ الحاكم والشاهد . ثم ذكر اختلاف الروائين في خطأ الحاكم في النفس، أو الطرف:

إحداهما: أنه في بيت المال، والثانية: على عاقلته، ثم ذكر صورة الرجوع على المزكّين، ثم قال: وعلى هذا إذا استفتى الإمام أو الوالي مفتياً، فأفتاه، ثم بان خطؤه فحكم المفتي مع الإمام حكمُ المزكّين مع الحاكم، وإن عَمِلَ المُستفتي بفتواه من غير حاكم ولا إمام، فأتلف نفساً أو مالا، فإن كان أهلاً، فلا ضمان عليه، والضمانُ على المُستفتي، وإن لم يكن أهلاً، فعليه الضمانُ؛ لقول النبي ﷺ: «من تطبّب، ولم يُعرف منه طبٌّ، فهو ضامنٌ»^(٤). وهذا يدلُّ على أنه إذا عُرفَ منه طبٌّ وأخطأ، لم يضمن، والمفتي أولى بعدم الضمان من الحاكم؛ لأن المُستفتي مُخَيَّرٌ بين قبولِ فتياه وردّها .

* قوله: (بإتلاف حسيٍّ) مثل القتل، (وبما سرى إليه)، مثل إن حكم بضربٍ، فأفضى إلى الإتلاف.

* قوله: (إلا أن يكون حكمٌ بعلمه في عدالتهما) إلى آخره .

المرجح أنه يعمل بعلمه في عدالة الشهود وجرحهم، وفيه رواية: لا، وفيه وجه: يعمل في

(١) في (ط): «ويرجع» .

(٢) أي: ضمنه حاكمٌ. حذف الفعل لدلالة ما قبله عليه .

(٣) في (ط): «حكمه» .

(٤) أخرجه أبو داود (٤٥٨٦)، والنسائي في «المجتبى» ٥٣-٥٢/٨، وابن ماجه (٣٤٦٦)، عن عبد الله بن عمرو .

أو بظاهر عدالة الإسلام، ويمنع ذلك في المسألتين، في إحدى الروايتين، الفروع وإن جازَ في الثانية، احتَمَل وجهين^(١٧م).

فإن وافقه المشهودُ له على ما ذكر، ردَّ ما^(١) أخذه، ونقضَ الحكمَ بنفسه دون الحاكم، وإن خالفه فيه، غَرِمَ الحاكم.

مسألة ١٧- قوله: (وذكر ابن الزاغوني: أنه لا يجوزُ له نقضُ حكمه بفسقهما، إلا التصحيح بثبوتِه بيّنة، إلّا أن يكونَ حكمٌ بعلمه في عدالتهما، أو بظاهر عدالة الإسلام، ويمنع ذلك في المسألتين في إحدى الروايتين، وإن جازَ في الثانية، احتَمَل وجهين) انتهى.

^(٢) الوجه الأول^(٢) أما الحكم^(٣)، بعلمه في عدالتهما، فالصحيحُ من المذهب جواز ذلك، وأما الحكمُ بظاهر عدالة الإسلام فالصحيحُ من المذهب عدمُ الجواز. وهاتان المسألتان قد تقدّم الكلامُ عليهما في كلام المصنّف^(٤)، وذكر المذهب فيهما، وإذا قلنا بجواز^(٥) الحكم بظاهر عدالة الإسلام، ثم ظهر فسقُهم، فهل يسوغُ له نقضُ حكمه أم لا؟ قال المصنّف: يحتملُ وجهين، والظاهر: أنه من تنمّة كلام ابن الزاغوني، وعلى كلِّ حال، الصوابُ النقضُ؛ هو ظاهرُ كلام الأصحاب، وظاهرُ ما قدّمه المصنّف قبل ذلك بقوله^(٦): (وإن بَانَ بعد الحكم كفرُ الشهود، أو فسقُهم، لزمه^(٧) نقضُه) والله أعلم.

الوجه الثاني: لا ينقضُ، وهو بعيد.

فهذه سبعُ عشرة مسألة في هذا الباب. وليس في كتاب القاضي إلى القاضي شيء من الخلاف المطلق، والله أعلم.

الجرح. ذكر ذلك المصنّف في آخر فصل: إذا حرّر دعواه^(٨)، وكذلك الحكمُ بظاهر عدالة الحاشية الإسلام، فيها روايتان؛ لأن العدالة؛ هل تعتبرُ ظاهراً أو باطناً، أم يكفي الظاهر؟ فيه روايتان.

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

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

(٣) في (ط): «حكمه».

(٤) ص ١٧٩.

(٥) في (ط): «يجوز».

(٦) ص ٢٢٠.

(٧) في النسخ الخطية: «لزم»، والمثبت من (ط).

الفروع

وأجاب أبو الخطاب: إذا بان له فسقهما وقت الشهادة، أو أنهما كانا كاذبين، نقض الحكم الأول، ولم يَجْزُ له تَنْفِيْذُهُ . وأجاب أبو الوفاء: لا يُقبلُ قوله بعد الحكم، وعنه: لا يُنْقَضُ لفسقهم، ذكر ابن رزین أنه الأظهر، فلا ضمان . وفي «المستوعب» وغيره: ويضمن الشهود .

وإن بانوا عبيداً، أو ولدأ، أو ولدأ، أو عدوآ، فإن كان الحاكم الذي حكم به، يرى الحكم به، لم يَنْقَضْ حُكْمُهُ؛ لأنه لم يخالف نصاً ولا إجماعاً، وإن كان لا يرى الحكم به، نقضه ولم ينفذه*؛ لأن الحاكم يعتقد بطلانه* . وفي «المحرر»: مَنْ حكم بقود، أو حد بينة، ثم بانوا عبيداً، فله

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن كان لا يرى الحكم به، نقضه ولم ينفذه)

ظاهر ما قدّمه: وجوب نقضه، وظاهر «المحرر»: جواز نقضه من غير وجوب؛ لقوله: (فله نقضه).

* قوله: (لأن الحاكم يعتقد بطلانه) .

ذكره في «شرح المقنع الكبير»^(١) في باب الرجوع عن الشهادة . واعلم: أن هذا الذي ذكره إنما هو في المجتهد، وأما المقلد، فقد وقع خلاف في صحته ولايته، وقد ذكر ذلك في كتاب القضاء، في فصل: وتقيد الولاية في وسطه، وذكر ماذا يراعى ومن يقلد من أهل مذهبه، وعليه حاشية، فانظره هناك، وفيها كلام المصنف في «أصوله» في مسألة: لا ينقض حكم في^(٢) مسألة اجتهادية، وذكر بعد ذلك بقريب^(٣) خمس ورقات ما يتعلق بلزوم التمسك بمذهب، فقال: وذكر بعض أصحابنا والمالكية والشافعية: هل يلزمه التمسك بمذهب، والأخذ برخصه وعزائمه؟ على وجهين:

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٩٠/٣٠ .

(٢) ليست في (ق) .

(٣) في (ق): «بقرب» .

نقضه إذا كان لا يرى قبولهم^(١) فيه . قال : وكذا مُخْتَلَفٌ فيه صادفَ ما حَكَمَ الفروع فيه وَجْهَهِ ، وتَقَدَّمَ كلامُه في «الإرشاد»^(٢) * : أنه إذا حَكَمَ في مُخْتَلَفٍ فيه بما لا يراهُ مع علمه ، لا يَنْقُضُ ، فعلى الأول : إن شكَّ في رأي الحاكم * . تَقَدَّمَ إذا شكَّ ؛ هل علمَ الحاكمُ بالمعارضِ ؟ كمن حكمَ بينة خارجٍ ، وَجْهَ لَعَلَّه بينة داخلٍ ، لم يَنْقُضُ .

وقد عُلِمَ مما تَقَدَّمَ ومما ذَكَرُوا في نقض^(٣) حكم الحاكم ، أنه لا يُعْتَبَرُ في عدم النقض علم الحاكم بالخلاف في المسألة ، خلافاً لمالك ، وإن قال : عَلِمْتُ وقت الحُكْمِ أَنهما فسَقَةٌ أو زُور وأكرهني السلطانُ على الحكم بهما ، فقال ابنُ الزاغوني : إن أضاف فسَقَهُما إلى علمه ، لم يَجْزِ له نقضُه مع إكراهه له ؛ لأنه ليس له نقضٌ تعديلي البينة^(٤) بالتزكية لعلمه * . وإن أضافه إلى غير

التصحيح

أشهرهما : لا ، كجمهور العلماء ، وطَوَّلَ الكلام على ذلك . وظاهرُ كلامه في كتاب القضاء : الحاشية وجوب مراعاة ألفاظ إمامه ، وتقليد كبار مذهبه .

* قوله : (وتَقَدَّمَ كلامُه في «الإرشاد») .

في آخر أدب القاضي ، وقَدَّمَ أنه يَنْقُضُ ، وحكى بعضهم إجماعاً .

* قوله : (فعلى الأول : إن شكَّ في رأي الحاكم) .

تَقَدَّمَ في آخر أدب القاضي^(٥) .

* قوله : (لأنه ليس له نقضٌ تعديلي البينة بالتزكية لعلمه) .

يعني : إذا عُدَّتِ البينة بالتزكية ، ليس له نقضٌ ذلك التعديلي لأجل علمه . فقله : (لعلمه) متعلق

(١) في (ط) : «قولهم» .

(٢) ص ٤٨٦ .

(٣) ليست في (ر) .

(٥) ص ١٥٦ .

(٤) في (ط) : «مبينة» .

الفروع علمه، افتقر إلى بينة بالإكراه، ويحتمل: لا، وقال أبو الخطاب ٢٥١/٢ وأبوالوفاء: / إن قال: كنتُ عالماً بفسقهما^(١)، يُقبلُ قوله، كذا وجدته. ومن له عند غيره دينٌ، فجحده وتعدّر أخذه بحاكم* - وعنه: في

التصحيح

الحاشية

بـ(ليس). والمعنى: ليس له النقض لعلمه، مع أن فيه نظراً ظاهراً.

* قوله: (ومن له عند غيره دينٌ، فجحده وتعدّر أخذه بحاكم) إلى آخره.

قال في «المحرر»: لم يجز له في الباطن أخذه منه^(٢)، فيكون^(٣) قولُ صاحبِ «الفروع»^(٤): (باطناً) متعلّق بقوله: (أخذ)^(٥) ويقوى ذلك بما ذكره بعدُ من قوله: (أما من غصبَ مالاَ جهرًا، فأخذَ منه بقدره جهرًا، فجائز) وهذا القيّد لم أجده في كلامِ الشيخ موفق الدين، وقد ذكره في «المحرر». والأصول التي خرج عليها الشيخ تقتضي جوازَ الأخذِ ظاهراً وباطناً، وهي أخذُ المرأة نفقتها، وحلُّب الرهن وركوبه، فعلى هذا: يكونُ قيّدُ الباطنِ متعلّقٌ بـ: (حرّم)، ويكون المعنى: هل يحرم^(٦) عليه ذلك أم لا؟ فإن حرّم، منعناه^(٧) ظاهراً وباطناً، و^(٨) إن أجزناه، أحلّ ظاهراً وباطناً^(٩) إذا لم يحصل شروط الأصل، الذي خرج عليه في / «المحرر» جوازُ الأخذِ يقتضي جوازَ الأخذِ في الباطن؛ لأنه خرج على المسألة الوصية، وهي مقيدةٌ في الباطن، والذي نقله في «الاختيارات» عن^(١٠) الشيخ تقي الدين^(١١): إن كان سببُ الحق ظاهراً لا يحتاجُ إلى إثبات، كنفقة الزوجة والقريب والضيف، جاز الأخذُ بغير إذنهم، وإن كان يحتاجُ إلى إثبات، وهو الخفي، لم يجز، قال: وهي الطريقة المنصوصة عن أحمد رحمه الله تعالى، وقد ذكر القاضي علاء الدين

٢٤٢

(١) بعدها في (ط): «فإنه».

(٢) ليست في (ق).

(٣-٣) ليست في (ق).

(٤) بعدها في (ق): «وقد يقال: لفظ المصنف ظاهر، لا أن باطناً متعلّق بقوله: أخذ».

(٥) في (ق): «يجوز».

(٦) في (ق): «معناه».

(٧-٧) في (ق): «شيخنا».

الضعيف، أو قَدَرَ، وظاهر «الواضح»: وفي غيره، وهو ظاهر ما خرَّجه الفروع أبو الخطاب من نفقة الزوجة، والرهنُ مَرَكُوبٌ ومَحْلُوبٌ، وأخذ سلعته من المُفْلَس . واختاره شيخنا في الثابت بإقرار أو بينة، وهو ظاهر كلام ابن شهاب وغيره؛ لأنه لا يسقط بالتأخير عند المحاكمة إجماعاً، بخلاف الزوجة - وقَدَرَ له على مال حَرُمَ أخذه باطناً قَدَرَ حقه، نقله الجماعة . وعنه: يجوز . وفي «الواضح» رواية: من جنس حَقِّه . ونقل حنبل: أدَّ إليه ماله الذي ائْتَمَنَكَ عليه . ونقل حرب: في غيرها خلافاً*، وكأنه كَرِهَهُ . وقال شيخنا: خصالُ المنافق مُحرَّمةٌ لحقَّ الله تعالى، ونقل أبوداود في امرأة لها^(١) مهرٌ، فمات ابنُها: أتأخذ مهرها من ميراثه من نصيب زوجها من تحت يدها؟ قال: أخاف أن يستحلفها*: لم تحبسي شيئاً؟ وسأله مُهنّا: يُطعمه^(٢) أن

التصحیح

مسألة الظفر في آخر «قواعده» وأطال الكلام فيها، ولم يذكر في جواز الأخذ أنه مقيد بقيد الباطن، فظاهر كلامه كظاهر كلام الشيخ موفق الدين: أن هذا القيد غير مشروط .

* قوله: (ونقل حرب: في غيرها خلافاً)

الذي يظهر أن الضمير في (غيرها) يرجع إلى (الأمانة) يدل على ذلك قوله: (أدَّ إليه ماله الذي ائْتَمَنَكَ عليه) فالذي ائْتَمَنَهُ عليه أمانةٌ عنده، و(خلافاً) مبتدأ، و(في غيرها) خبره، والظاهر: أن هذا لفظ أحمد كأنه يقول: في غير الأمانة خلافاً، فظاهره: أن الأمانة لا يأخذ منها، وهل يأخذ من غيرها؟ فيه خلافاً، حكاه أحمد^(٣)، وقال شيخنا: يَقْوَى أن الأمانة لا يأخذ منها؛ لأن من خصال النفاق: إذا أُوْتِمَنَ خان .

* قوله: (أخاف [أن] يستحلفها)

أي: الزوج، وهي في نسخة كذلك بزيادة: الزوج .

(١) ليست في (ط) .

(٢) في الأصل: «يطعمه» .

(٣) بعدها في (ق): «قوله» .

الفروع يعطيه شيئاً، وينوي أن لا يفعل؟ قال: لا .

أما من غَصَبَ مالاً جهراً، فأخذَ منه بقدره جهراً، فجائزٌ، وليس من هذا الباب، ذكره شيخنا وغيره . وفي «الفنون»: مَنْ شَهِدَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِمَالٍ لَا عِنْدَ حَاكِمٍ، أَخَذَهُ، وَقِيلَ: لَا، كَقَوْدٍ، فِي الْأَصَحِّ . قِيلَ لِأَحْمَدَ فَيَمْنُ يَجْحَدُ الْحَقَّ، وَلَعَلَّهُ يَحْمِلُهُ عَلَى الْيَمِينِ فَيَحْلِفُ؛ أَذْهَبُ بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ؟ قَالَ: لَا . وَمَنْ قَدَرَ عَلَى عَيْنِ مَالِهِ، أَخَذَهُ قَهْرًا، زَادَ فِي «الترغيب»: مَا لَمْ يُفْضَ إِلَى فِتْنَةٍ، قَالَ: وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا عَلَى الْآخِرِ دَيْنٌ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ، فَجَحَدَ أَحَدُهُمَا، فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَجْحَدَ، وَجَهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّهُ كَبَيْعِ دَيْنٍ بِدَيْنٍ؛ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ رَضِيًا .

التصحيح

الحاشية

الفروع

باب كتاب القاضي إلى القاضي

يُقبل في كلِّ حقٍّ آدميٍّ، ونقل جماعة: حتى في قَوْد، نصره القاضي وأصحابه، وجزم به في «الروضة» وغيرها، وعنه: لا يُقبل فيما لا يُقبل فيه إلا رجلان، كحقِّ الله تعالى . وفيه رواية في «الرعاية» . وفي هذه المسألة ذكروا أن كتاب القاضي حكمه كالشهادة^(١) على الشهادة^(٢)؛ لأنها شهادة على شهادة . وذكروا فيما إذا تغيَّرت حاله، أنه أصلٌ، ومن شهد عليه فرع - وجزم به ابن الزاغوني وغيره - فلا يجوز نقض الحكم بإنكار القاضي الكاتب، ولا يقدح في عدالة البيِّنة، بل يَمْنَعُ إنكاره الحكم، كما يَمْنَعُ رجوعُ شهود الأصل الحكم، فدلَّ ذلك على أنه^(٣) فرعٌ لمن شهد عنده، وهو^(٢)

التصحيح

الحاشية

* قوله: (ذكروا أن كتاب القاضي حكمه كالشهادة على الشهادة) .

فعلى هذا؛ يكون كتاب القاضي كشاهد الفرع، وشهود الأصل هم الشهود الذين شهدوا عند القاضي بما ثبت عنده، وهي القضية التي كُتِبَ بها . وقولهم: إذا تغيَّرت حاله، أنه أصلٌ، والشهود الذين شهدوا عليه بالكتاب فرعٌ . ففي هذه جعلوه أصلاً وفي الأولى جعلوه فرعاً، فيكون فرعاً بالنسبة إلى الشهود الذين شهدوا عنده بأصل القضية، ويكون أصلاً بالنسبة إلى الشهود الذين أشهدهم على كتابه، وهذا معنى قوله: (أنه أصل، ومن شهد عليه فرع) . والأول ذكره بقوله: (لأنها شهادة على شهادة) . ودلَّ هذا الكلام أن شاهد الفرع يجوز أن يُشهد على شهادته، فيكون أصلاً بالنسبة إلى^(٣) مَنْ شهد عليه من الشهود؛ لكونهم جعلوا الحاكم أصلاً مع أنه فرعٌ بالنسبة إلى من شهد عنده .

(١-١) ليست في الأصل .

(٢) الضمير يعود إلى القاضي الكاتب .

(٣) في (ق): «على» .

الفروع أصل لمن شهد عليه، ودلّ ذلك أنه يجوز أن يكون شهودُ فرعٍ فرعاً لأصلٍ؛ يؤيده قولهم في التعليل: إن الحاجةَ داعيةٌ إلى ذلك، وهذا المعنى موجود في ^(١) فرع الفرع* .

ويُقبل فيما حكم به لِيُنْفِذَهُ، وإن كانا ^(٢) بيلد واحد، وعند شيخنا: وفي حقّ الله تعالى . ويُقبل فيما ثبت عنده ليحكم به في مسافة قصر، وعنه: فوق يوم، وعند شيخنا، وقال: خَرَجْتُهُ في المذهب، وأقلُّ، كخبرٍ .

وقال القاضي: ويكون في كتابه: شهدا عندي بكذا . ولا يكتبُ: ثبت عندي؛ لأنّه حكمٌ بشهادتهما كبقية الأحكام، وقاله ابن عقيل وغيره . قال شيخنا: والأول أشهر - أنه ^(٣) خبرٌ بالثبوت، كشهود الفرع - لأن الحكم أمرٌ ونهيٌّ يتضمن إلزاماً، قاله شيخنا، فيتوجّه: لو أثبت حاكمٌ مالكيٍّ وقفاً لا يراه؛ كوقف الإنسان على نفسه، بالشهادة على الخط، فإن حَكَمَ - للخلاف في العمل بالخط، كما هو المعتاد - فلحاكم حنبليٍّ يرى صحة الحكم أن يُنفذه في مسافةٍ قريبة، وإن لم يحكم المالكيُّ، بل قال: ثبت كذا ^(٤)، فكذاك؛ لأن الثبوت عند المالكيِّ حكمٌ، ثم إن رأى الحنبليُّ الثبوت

التصحيح

الحاشية * قوله: (موجود في فرع الفرع) .

كذا وقع في النسخ . وصوابه: أن يكون شهودُ فرعٍ ^(٥) أصلاً لفرعٍ، كما أن الحاكم أصلٌ لمن شهد عليه، وإن كان فرعاً بالنسبة إلى من شهد عنده .

(١) بعدها في (ط): «شهود» .

(٢) في (ر): «كان» .

(٣) في (ر): «لأنه» .

(٤) في (ط): «كذلك» .

(٥) في (ق): «أصل الفرع» .

حُكْمًا، نَفَّذَهُ، وَإِلَّا فَالْخِلَافُ فِي قَرَبِ الْمَسَافَةِ . وَلِزُومِ ^(١) الْحَنْبَلِيِّ تَنْفِيزُهُ، الْفُرُوعُ يَنْبَنِي عَلَى لَزُومِ تَنْفِيزِ الْحُكْمِ الْمَخْتَلَفِ فِيهِ ^(٢) . وَحُكْمُ الْمَالِكِيِّ، مَعَ عِلْمِهِ بِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ ^(٣) فِي الْخَطِّ ^(٣)، لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ مُخْتَلَفًا فِيهِ؛ وَلِهَذَا لَا يُنْفِذُهُ الْحَنْفِيَّةُ حَتَّى يَنْفِذَهُ حَاكِمٌ، وَلِلْحَنْبَلِيِّ الْحُكْمُ بِصَحَّةِ الْوَقْفِ الْمَذْكُورِ مَعَ بُعْدِ الْمَسَافَةِ، وَمَعَ قَرَبِهَا الْخِلَافُ .

وَلَوْ سَمِعَ الْبَيِّنَةُ وَلَمْ يُعَدِّلْهَا، وَجَعَلَهُ إِلَى الْآخِرِ، جَازَ مَعَ بُعْدِ الْمَسَافَةِ، قَالَهُ فِي «الْتَرغِيبِ» .

وَلَهُ الْكِتَابَةُ إِلَى قَاضٍ مُعَيَّنٍ، وَإِلَى مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قِضَاةِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ شَيْخُنَا: وَتَعْيِينَ الْقَاضِي الْكَاتِبِ كَشُهُودِ الْأَصْلِ*، وَقَدْ يُخَيَّرُ ^(٤) الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ . وَيُشْتَرَطُ لِقَبُولِهِ أَنْ يُقْرَأَ عَلَى عَدْلَيْنِ، فَيُعْتَبَرُ ضَبْطُهُمَا لِمَعْنَاهُ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُكْمُ فَقَطْ . نَصَّ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَقُولُ: هَذَا كِتَابِي إِلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ . فَإِذَا وَصَلَا قَالَا ^(٥): نَشْهَدُ ^(٦) «أَنْ هَذَا» كِتَابُ فُلَانٍ إِلَيْكَ، كَتَبَهُ

التصحیح

* قوله: (وقال شيخنا: و ^(٧) تعيين القاضي الكاتب كشهود الأصل) .

قال في باب الشهادة على الشهادة ^(٨): (ويُعتبر تعيينهم لهم، قال القاضي: حتى لو قال تابعيان: أَشْهَدُنَا صَحَابِيَيْنِ، لَمْ يَجْزْ حَتَّى يَعْنِيَاهُمَا) . فعلى هذا لا بد من تعيين شهود الأصل .

(١) في (ط): «لزم» .

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

(٣-٣) في الأصل: «بالخط» .

(٤) في (ط): «يجبر» .

(٥) في (ر): «قالوا» .

(٦-٦) في النسخ الخطية: «أنه»، والمثبت من (ط) .

(٧) ليست في (د) .

(٨) ص ٣٨٥ - ٣٨٦ .

الفروع بعمله^(١)، واعتبر الخرقى وجماعة^(٢) قولهما له^(٢): «وَقُرِّأَ عَلَيْنَا، وَقَوْلَ الكَاتِبِ: شَهِدَا عَلَيَّ^(٣)»، وقولهما: «وَأَشْهَدْنَا عَلَيْهِ»، وفي كلام أبي الخطاب: كَتَبَهُ بِحَضْرَتِنَا، وقال لنا: اشهدا عليَّ أَنِّي كَتَبْتُهُ فِي عَمَلِي بِمَا ثَبَتَ عِنْدِي، وَحَكَمْتُ بِهِ مِنْ كَذَا وَكَذَا. فَيَشْهَدَانِ بِذَلِكَ.

ولا يعتبر خُتْمُهُ، وَإِنْ كَتَبَهُ وَخَتَمَهُ وَأَشْهَدَهُمَا^(٤)، لم يصح، وعنه: بلى، فَيُقْبَلُهُ، إِنْ عَرَفَهُ خَطَّ الْقَاضِي وَخُتْمَهُ بِمَجْرَدِهِ، وَقِيلَ: لَا، وَعِنْدَ شَيْخِنَا: مَنْ عُرِفَ خَطُّهُ بِإِقْرَارٍ، أَوْ إِنْشَاءٍ أَوْ عَقْدٍ أَوْ شَهَادَةٍ، عُمِلَ بِهِ، كَمِيتٍ. فَإِنْ حَضَرَ وَأَنْكَرَ مَضْمُونَهُ، فَكَاعْتَرَاغَهُ بِالصَّوْتِ وَإِنْكَارِ مَضْمُونِهِ، وَذَكَرَ قَوْلًا فِي الْمَذْهَبِ؛ أَنَّهُ يُحْكَمُ بِخَطِّ^(٥) شَاهِدٍ مِيتٍ. وَقَالَ: الْخَطُّ كَاللَّفْظِ إِذَا عُرِفَ أَنَّهُ خَطُّهُ، وَأَنَّهُ مَذْهَبُ جَمْهُورِ الْعُلَمَاءِ، وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّ هَذَا خَطُّهُ كَمَا يَعْرِفُ أَنَّ هَذَا صَوْتُهُ. وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ أَنَّهُ يُشْهَدُ عَلَى الشَّخْصِ إِذَا عُرِفَ صَوْتُهُ مَعَ إِمْكَانِ الْإِشْتِبَاهِ، وَجَوِّزَ الْجَمْهُورُ كِمَالِكَ وَأَحْمَدُ الشَّهَادَةَ عَلَى الصَّوْتِ مِنْ غَيْرِ رُؤْيَا الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى الْخَطِّ أَوْعُفُّ، لَكِنْ جَوَازُهُ قَوِيٌّ؛ أَقْوَى مِنْ مَنَعِهِ. قَالَ: وَكَتَابَهُ فِي غَيْرِ^(٦) عَمَلِهِ أَوْ بَعْدَ عَزْلِهِ، كَخَبْرِهِ. وَفِي «الرُّوْضَةِ»: إِنْ كَتَبَ شَاهِدَانِ إِلَى شَاهِدَيْنِ مِنْ بَلَدٍ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ بِإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ عِنْدَهُ

التصحيح

الحاشية

(١) فِي (ط): «بِعِلْمِهِ».

(٢-٢) لَيْسَتْ فِي النُّسخِ الْخَطِيَّةِ، وَالْمَثْبُتِ مِنْ (ط).

(٣) بَعْدَهَا فِي الْأَصْلِ: «كَتَبْتُهُ فِي عَمَلِي».

(٤) لَيْسَتْ فِي (ر).

(٥) لَيْسَتْ فِي (ط).

(٦) لَيْسَتْ فِي الْأَصْلِ.

عنهما، لم يجز؛ لأنَّ الشاهد إنما يصحُّ أن يشهد على غيره إذا سمع منه لفظ الفروع الشهادة، وقال: اشهد عليّ، فأما أن يشهد عليه بخطه، فلا؛ لأنَّ الخطوط يدخل عليها العلل، فإن قام بخط كل واحد من الشاهدين شاهدان، ساغ له الحكم به.

وإذا وصل الكتاب، وأحضر الخصمُ باسمه ونسبه وحليته، فقال: ما أنا المذكور، قبل قوله بيمينه، فإن نكل، قُضي بالنكول أو بردّ اليمين، على الخلاف. وإن ثبت ذلك بينة أو إقرار، فقال: المحكوم عليه غيري، قبل بينة تشهد أن بالبلد آخر كذلك، ولو ميتاً يقع به إشكال، فيتوقف حتى يُعلم الخصمُ.

ويقبل كتابه في حيوان، في الأصح، بالصفة؛ اكتفاءً بها، كمشهود عليه، لا له، فإن لم يثبت مشاركة في^(١) صفته، أخذَه مُدَّعيه بكفيل مضموناً^(٢) مختوماً عُقُّه، فيأتي به القاضي الكاتب؛ لتشهد البينة على عينه، ويقضي له/ به، ويكتب له كتاباً ليبراً كفيلاً، وإن لم يثبت ما ادعاه، ٢٥٢/٢ فكمغصوب؛ لأنه أخذَه بلا حق. وفي «الرعاية»: لا نفعه^(٣). ولم يتعرضوا لهذا في المشهود عليه، فيتوجَّه مثله، فالمدَّعي عليه ولا بينة أولى، وقيل: يحكم به الكاتب، ويسلمه المكتوبُ إليه^(٤) لمدَّعيه. وفي «الترغيب»: على الأول؛ لو ادَّعى على رجل ديناً صفته كذا، ولم يذكر اسمه ونسبه، لم يحكم عليه، بل يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه المدَّعى عليه - كما قلنا في المدَّعى

التصحیح

الحاشية

(١) في (ط): «أو».

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

(٣) أي: لا يُرد نفعه.

(٤) ليست في (ر).

الفروع به - ليشهد على عينه . وكذا قال شيخنا : هل يَحْضُر ليشهد الشهودُ على عينه كما في المشهود به؟ ويأتي في شهادة الأعمى^(١) . قال في «المغني»^(٢) : إن كتب بثبوت بينة أو إقرار بدين* ، جاز ، وحكم به المكتوبُ إليه ، وأخذ به المحكومُ عليه ، وقال : وكذا عيناً كعقار محدود أو عيناً مشهورة لا تشتهه ،

التصحيح

الحاشية * قوله : (قال في «المغني» : إن كَتَبَ بثبوت بينة^(٣) أو إقرار بدين) إلى آخره .

إذا كتب بثبوت بينة أو إقرار بدين ، جاز ، وإن كان ذلك عيناً ، كعقار محدود ، أو عين مشهورة لا تشتهه بغيرها ، كعبد معروف مشهور ، أو دابة كذلك ، حَكَمَ المكتوبُ إليه ، وألزم تسليمه إلى المحكوم له به ، وإن كان عيناً لا تتميز إلا بالصفة ، كعبد غير مشهور أو غيره من الأعيان التي لا تتميز إلا بالوصف ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : لا يُقبل كتابه ؛ لأن الوصف لا يكفي ؛ بدليل أنه لا يجوز أن يشهد لرجل^(٤) بالوصف والتحلية^(٥) ، كذلك المشهود به . والثاني : يجوز ؛ لأنه ثبت في الذمة بالعقد على هذه الصفة ، فأشبهه الدين ، ويخالف المشهود له ؛ فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه ، فإن الشهادة له لا تُثبت إلا بعد دعواه ، ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية^(٥) ، فكذلك المشهود به . فعلى هذا الوجه يُنفذ^(٦) العين مختومة ، وإن كان عبداً أو أمةً ، ختم في عنقه ، وبعثه إلى القاضي الكاتب ؛ ليشهد الشاهدان على عينه ، فإن شهدا عليه ، دُفِعَ إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عينه ،^(٧) وقال^(٨) : المشهودُ به غيرُ هذا ، وجب على أخذه ردُّه إلى صاحبه ، ويكون حكمه حكمَ المغصوب في ضمانه وضمان نقصه ومنفعته ، فتلزمه أجرته - إن كان له أجره - من يوم أخذه إلى أن يصل إلى صاحبه ؛ لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق . قال ذلك في «شرح المقنع الكبير»^(٨) .

(١) ص ٣٥٨ .

(٢) ٧٦/١٤ .

(٣) في (د) : «بينة» .

(٤) في (ق) : «الرجل» .

(٥) في (ق) : «التحلية» .

(٦) في (ق) : «نفذ» .

(٧-٧) في (ق) : «فقال» .

(٨) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٩/٢٧ - ٢٩ .

وإلا فالوجهان . وظاهر كلامهم : أنه لا يعتبر ذكر الجد في النسب بلا الفروع حاجة . قال في «المنتقى» في صلح الحديبية : فيه أن المشهود عليه إذا عُرف باسمه واسم أبيه ، أغنى عن ذكر الجد . وكذا ذكره غيره .

فصل

وإن مات القاضي الكاتب أو عُزِلَ لم يضر ، كينة أصل ، وقيل : كما لو فسق* ؛ فيقدح خاصة فيما ثبت عنده ليحكم به ، ويلزم من وصل إليه العمل به ؛ تغير المكتوب إليه أو لا ؛ اكتفاء بالبينة ، بدليل ما لو ضاع أو انمحق ، وكما لو شهدا^(١) بأن فلاناً القاضي حكم بكذا ، لزمه إنفاذه ، قاله في «الواضح» وغيره . قال : ولو شهدا خلاف ما فيه قبل ، اعتماداً على العلم . قال في «فتاويه»^(٢) وأبوالخطاب وأبوالوفاء : وإن قالوا : هذا كتاب فلان إليك ، أخبرنا من نثق به ، لم يجز العمل بهما .

وإن قدم غائب ، فللكاتب^(٣) الحكم عليه بلا إعادة شهادة ، قاله في «الانتصار» .

وإن حكم عليه ، فسأله أن يُشهد عليه بما جرى ؛ لئلاً يحكم عليه

التصحیح

الحاشية

* قوله : (وقيل : كما لو فسق) إلى آخره .

التقدير : وقيل : هو كما لو فسق . وحكمه إذا فسق هو ما ذكره بقوله : (فيقدح خاصة فيما ثبت عنده) احتراز بذلك عما حكم به ، فإنه لا يقدح فيه .

(١) في (ط) : «شهد» .

(٢) يعني : ابن الزاغوني صاحب كتاب «الواضح» ، فإن له أجوبة عن مسائل وردت من الرحبة تسمى «الرحيات» فأجاب عنها هو وأبو الخطاب وابن عقيل .

(٣) في (ر) : «فللغائب» .

الفروع الكاتب، أو^(١) سأله من ثبتت براءته، مثل إن أنكر وحلفه، أو من ثبت حقه عنده، أن يشهد له بما جرى من براءة، أو ثبوت مجرد، أو متصل بحكم، أو^(٢) تنفيذ، أو الحكم له بما ثبت عنده، أجابه، وقيل: إن ثبت حقه بينة، لم يلزمه. وإن سأله مع الإشهاد كتابته، وأتاه بورقة، لزمه في الأصح. قال أحمد: إذا أخذ الساعي زكاته، كتب له براءة، وعند شيخنا: يلزمه إن تضرر بتركه.

وما تضمن الحكم بينة سجل، وغيره محضر. وفي «المغني»^(٣)، و«الترغيب»: المحضر شرح ثبوت الحق عنده، لا الحكم بثبوت. والأولى جعل السجل نسختين؛ نسخة يدفعها إليه، ونسخة عنده.

وصفة المحضر: بسم الله الرحمن الرحيم، حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني، قاضي عبدالله الإمام على كذا - وإن كان نائباً كتب: خليفة القاضي فلان قاضي عبدالله الإمام - في مجلس حكمه وقضائه، بموضع كذا، مدّع، ذكر أنه فلان ابن فلان، وأحضر معه مدّعي عليه، ذكر أنه فلان ابن فلان - والأولى ذكر حليتهما إن جهلها - فادّعى عليه بكذا، فأقر أو أنكر، فقال للمدّعي: ألك بينة؟ فقال: نعم. فأحضرها، وسأله سماعها، ففعل، أو فأنكر، ولا بينة، وسأل تحليفه فحلفه.

وإن نكل ذكره، وأنه حكّم بنكوله. وسأله كتابة محضر، فأجابه، في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، ويُعلم في الإقرار والإحلاف: جرى الأمر

التصحيح

الحاشية

(١) في (ر): «وإن».

(٢) في الأصل: «و».

(٣) ٥٦ - ٥٥ / ١٤.

على ذلك، وفي النية: شهداً عندي بذلك، وإن ثبت الحق بإقرار، لم يَحْتَج: الفروع في مجلس حكمه .

فصل

وأما السَّجَلُ، فلإنفاذ ما ثبت عنده والحكم به، وصفته: هذا ما أشهد عليه القاضي فلان - كما تقدم - من حضره من الشهود، أشهدهم أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان، وقد عَرَفَهما بما رأى معه قبولَ شهادتهما، بمحضر من خصمين - ويذكرهما إن كانا معروفين، وإلاَّ قال: مدَّع ومدَّعى عليه - جاز حضورهما، وسماعُ الدعوى من أحدهما على الآخر، معرفةُ فلان بن فلان، ويذكر المشهود عليه وإقراره طوعاً في صحَّة منه، وجواز أمر، بجميع ما سُمِّي ووُصف في كتاب نسخته كذا .

وينسخُ الكتابَ المثبت أو المحضر جميعه حرفاً حرفاً^(١) .

فإذا فرغه قال: وإن القاضي أمضاه^(٢)، وحكم به على ما هو الواجب في مثله، بعد أن سألَه ذلك والإشهادَ به، الخصمُ المدعي - وينسُبه - ولم يدفعه خصمُه بحُجة، وجعل كل ذي حُجَّةٍ على حُجته، وأشهد القاضي فلان على إنفاذه^(٣) وحكمه وإمضائه، مَنْ حضره من الشهود في مجلس حكمه في اليوم المؤرَّخ في أعلاه، وأمر بكتُب هذا السَّجَلِ نسختين متساويتين؛ نسخة بديوان الحكم، ونسخة يأخذها مَنْ كتبها لها، ولو لم يذكر: بمحضر من

التصحيح

الحاشية

(١) في الأصل: «بحرف» .

(٢) في الأصل: «وامضاه» .

(٣) في (ر): «إمضائه» .

الفروع خصمين، جاز؛ لجواز القضاء على الغائب . وقال شيخنا: الثبوت المجرد لا يفتقر إلى حضورهما، بل إلى دعواهما، لكن تكون الباء^(١) باء السبب لا الظرف، كالأولى . وهذا ينبنى على أن الشهادة؛ هل تفتقر إلى حضور الخصمين؟ فأما التزكية، فلا، وقال: ظاهره: أن لا حكم فيه بإقرار ولا نكول ولا رد، وليس كذلك .

ويُضْمُّ ما اجتمع من محضر وسجل، ويكتب: محاضرٌ وسجلاتٌ كذا، من وقت كذا .

التصحيح

الحاشية

(١) وذلك في قوله: بمحضر من الخصمين .

الفروع

باب القسمة

يَحْرُمُ قِسْمَةُ الْأَمْلاكِ الَّتِي لَا تَنْقَسِمُ إِلَّا بِضَرَرٍ أَوْ رَدٍّ عَوْضٍ، إِلَّا بِتَرَاضِي الشُّرَكَاءِ، كَحَمَّامٍ، وَدُورٍ صَغَارٍ، وَأَرْضٍ يَبْعُضُهَا بَثْرٌ أَوْ^(١) بِنَاءٌ وَنَحْوُهُ، لَا يَتَعَدَّلُ^(٢) بِأَجْزَاءٍ وَلَا قِيَمَةٍ.

وهذه القسمة في حكم البيع، يجوز فيها ما يجوز فيه خاصة لمالك ووليٍّ. ولو قال أحدهما: أنا آخذُ الأدنى، ويبقى لي في الأعلى تنمة حصّتي، فلا إجبارَ، قاله في «الترغيب» وغيره. وفي «الروضة»: إذا كان بينهم مواضعٌ مختلفةٌ، إذا أخذَ أحدهم من كلِّ موضع منها حقّه لم ينتفع به، جُمِعَ له حقّه من مكان واحد، فإذا كان له سَهْمٌ يسيرٌ لا يمكنه الانتفاعُ به إلا بإدخال الضرر على شركائه، وافتياته عليهم، مُنِعَ من التصرف فيه، وأُجْبِرَ على بيعه. كذا قال. وفي «التعليق»، و«المبهبج»، و«الكافي»^(٣): البيعُ ما فيه ردٌّ فقط، و^(٤) اختاره شيخنا.

ومن دعا شريكه إلى البيع فيها، أُجْبِرَ، فإن أبى، بيعَ عليهما، وقُسم الثمنُ، نقله الميموني وحبّله، وذكره القاضي وأصحابه، وذكره صاحب «الإرشاد»، و«الفصول»، و«الإفصاح»، و«الترغيب»، وغيرها. وكلامُ الشيخ و«المحرر» يقتضي المنع. وكذا الإجارة، ولو في وقف، ذكره

التصحیح

الحاشية

(١) في الأصل: «و».

(٢) في (ر): «تعدل».

(٣) ١٣٩/٦.

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

الفروع شيخنا. وللشافعية وجهان في الإجارة، قال أبو^(١) عمرو بن الصلاح: وَدِدْتُ لو مُحِيَ من المذهب، قال: وقد عُرف من أصلنا^(٢) أنه إذا امتنع السيد من الإنفاق على ممتلكه، باعهم الحاكم عليه^(٣)، فإذا صرنا إلى ذلك؛ دفعاً للضرر عن شريك له عليه حقٌّ وملكٌ، فلم لا نصيرُ إلى ذلك، دفعاً للضرر عن شريك لا حقٌّ له عليه ولا ملكٌ؟ قال: والإجبار على المهايأة ضعيفٌ.

والضررُ المانعُ من قسمة الإجبار نقصُ القيمة بها، وعنه: عدمُ النفع به مقسوماً مَنْفَعَتَهُ التي كانت، اختاره الخرقى والشيخ. وإن انفرد أحدهما بالضرر، كَرَبَّ ثلث مع رَبِّ ثلثين، فلا إجبار، واختار جماعة: إن طلبها المتضررُ، أُجبر الآخرُ*، وعنه: عكسه.

ويعتبر الضررُ وعدمه في دور متلاصقة ونحوها، في كل عين وحدها. ٢٥٣/٢ نقل أبو طالب: يأخذ من كل موضع / حقه؛ إذا كان خيراً له.

التصحيح

الحاشية * قوله: (فلا إجبار، واختار به^(٤) جماعة: إن طلبها المتضررُ؛ أُجبر الآخر).

وجه عدم الإجبار: أن النبي ﷺ نهى عن إضاعة المال^(٥). وطلبُ المستضرِّ القسمةَ سَفَهٌ، فلا تعجب إجابته. ووجه ما اختاره الجماعة: أن الضرر عليه وحده، وقد اختاره. ووجه الرواية الأخيرة: أنه طَلَبَ إفرازَ نصيبه على وجه لا يستضرُّ به، فوجب إجابته، كما لو كانا^(٦) يستضران بالقسمة.

(١) ليست في (ط).

(٢) في الأصل: «أصله».

(٣) ليست في (ر).

(٤) ليست في (ق).

(٥) يشير إلى حديث المغيرة بن شعبة ؓ قال: قال النبي ﷺ: «إن الله حَرَّمَ عليكم عقوق الأمهات، ووَادَ البنات، ومنع وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال». أخرجه البخاري (١٤٧٧) و(٢٤٠٨) ومسلم (٥٩٣). وأخرج مسلم (١٧١٥) أيضاً نحوه من حديث أبي هريرة ؓ.

(٦) بعدهما في (ق): «لا».

وإن كان بينهما عبيدٌ، أو بهائمٌ، أو ثيابٌ ونحوها، من جنس - وفي الفروع «المغني»^(١): من نوع - فطلبها^(٢) أحدهما أعياناً بالقيمة، أُجبر الممتنع، في المنصوص إن تساوت القيمة*، وقيل: أو لا .
والآجرُ واللِّبْنُ المتساوي القوالب من قسمة الأجزاء، والمتفاوت من قسمة التعديل .

وإن كان بينهما عَرَصَةٌ حائط، أو حائطٌ، فقليل: لا إجبار*، وقيل: إلا في قسمة العَرَصَةِ طَوَّلاً في كمال^(٣) عَرَضُها، وعند القاضي: يُجبر إن طلب قسمة طولهما في كمال العَرَضِ، أو قسمة العَرَصَةِ^(٣) عرضاً، وهي تَسَعُ حائطين . واختاره أبو الخطاب في العَرَصَةِ^(١٢)،

مسألة - ١: قوله: (وإن كان بينهما عَرَصَةٌ حائط، أو حائطٌ، فقليل: لا إجبار، التصحيح وقيل: إلا في قسمة العَرَصَةِ طَوَّلاً في كمال عَرَضُها . وعند/ القاضي: يُجبر إن طلب ٢٥١

* قوله: (أُجبر الممتنع في المنصوص إن تساوت القيمة) .
الحاشية

وجه المنصوص: أن الجنس الواحد كالدار الواحدة، فيُجبر، كما يجبر في الدار . ووجه المنع: أنها تُقسم أعياناً بالقيمة، فلم يجبر كما لا يجبر على قسمة الدور؛ بأن يأخذ هذا داراً، وهذا داراً . والفرق: أنه يمكن قسمة كل دار بلا ضرر، بخلاف هذا .

* قوله: (وإن كان بينهما عَرَصَةٌ حائط، أو حائطٌ، فقليل: لا إجبار) إلى آخره .

وجه عدم الإجبار: أن القسمة إفرازٌ حقٌّ لكل واحد من حقٍّ الآخر، على وجه يمكن انتفاع كل واحد منهما بحقه مفرداً، ولا يمكن ذلك في الحائط؛ لأنه إن طلب قسمته طَوَّلاً في كمال العَرَضِ، فقطع الحائط، ففيه إتلافٌ، فإن لم يقطعه؛ أفضى إلى الضرر؛ لأن في ذلك تحميل أحدهما ثَقْلاً على نصيب صاحبه، وإن طلب قسمته عَرَضاً في كمال الطول، لم يجبر الممتنع؛ لأن فيه إفساداً .

(١) ٩٩/١٤ .

(٢) في الأصل: «وطلبها» .

(٣٣) ليست في الأصل .

الفروع

التصحيح قسمة طولهما في كمال العَرَض، أو قسمة العَرَضَة عَرَضاً، وهي تَسَع حائطين . واختاره أبو الخطاب في العَرَضَة انتهى . وأطلقهما في «المحرر» وغيره:

و^(١) القول الأول: هو الصحيح، وبه قطع في «المنور»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وصححه في «المحرر»، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وقدمه في «المحرر»، و«الشرح»^(٢)، و«الرعايتين»، وغيرهم، واختاره الشيخ الموفق وغيره .
والقول الثاني: وهو الإيجابُ في قِسْمَةِ العَرَضَة طَوْلًا في كمال عَرَضِها، لم أطلع على من اختاره .

والقول الثالث: وهو قول القاضي، نسبة الشيخ في «المقنع»^(٣) إلى الأصحاب، فقال: وقال أصحابنا: إن طلب قِسْمَتَهُ طَوْلًا؛ بحيث يكون نصفُ الطول في كمال العَرَض، أُجبر الممتنع، وإن طلب قسمته عَرَضاً، وكانت تَسَع حائطين، أُجبر، وإلا فلا . انتهى وفي نسبته إلى الأصحاب نَظَر، وجزم به [في] «الوجيز» .
والقول الرابع: اختاره أبو الخطاب، فقال في الحائط: لا يُجبر على قِسْمِها بحال .
وقال في العَرَضَة، كقول القاضي، وتبعه في «المذهب» وغيره .

الحاشية

و^(٣) وجه الإيجاب: أنه لا ضرر في قسمته . ووجه كونه يجبر إذا طلب قسمته عَرَضاً، ليحصل لكل منهما نصفُ الطول في كمال العرض؛ لأنه لا ضرر فيه . ووجه عدم الإيجاب: أنه يفضي إلى أن يبقى ملكه الذي يلي نصيب صاحبه بغير حائط، وإن طلب قسمته عَرَضاً، ليحصل لكل واحد نصفُ العرض في كمال الطول، وإن كان يحصل لكل واحد منهما ما لا يمكن أن يبنى فيه حائطاً، لم يجبر الممتنع؛ لأنه يتضرر بذلك . وإن حصل له ما يمكن بناء حائط فيه، أُجبر الممتنع؛ لأنه ملك مشترك، يمكن كل واحد منهما الانتفاع به مقسوماً، ويحتمل أن لا يجبر؛ لأنه لا تدخله القرعة؛ خوفاً من أن يحصل لكل واحد منهما ما يلي ملك الآخر .

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

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٥٨/٢٩ .

(٣) ليست في (د) .

ومع القسمة، فقليل: بالقرعة، وقيل: لكل واحد ما يليه^(٢).

الفروع

ولا إجبار في دار لها علو وسفل، طلب أحدهما جعل السفل لواحد والعلو لآخر، أو قسمة سفل لا علو، وعكسه، أو قسمة كل واحد وحده. ولو طلب أحدهما قسمتهما معاً، ولا ضرر، وجب، وعدل بالقيمة، لا ذراع سفل بذراعي علو، ولا ذراع بذراع.

ولا إجبار في قسمة المنافع*، وعنه: بلى، واختاره في «المحرر» في القسمة بالمكان ولا ضرر، وإن اقتسماها بزمان أو مكان، صحَّ جائزاً، واختار في «المحرر»: لازماً؛ إن تعاقدا مدة معلومة، وقيل: لازماً بالمكان

مسألة - ٢: قوله: (ومع القسمة، فقليل: بالقرعة، وقيل: لكل واحد ما يليه) التصحيح

انتهى.

القول الأول: ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والقول الثاني: قدمه في «الرايعتين». قال في «المغني»^(١)، و«الشرح»^(٢): وإن حصل له ما يمكن بناء حائط فيه، أجبر، ويحتمل أن لا يجبر؛ لأنه لا تدخله القرعة؛ خوفاً من أن يحصل لكل واحد منهما ما يلي ملك الآخر. انتهى.

قلت: والقول الثاني هو الصواب.

الحاشية

* قوله: (و^(٣) لا إجبار في قسمة المنافع) إلى آخره.

صورة ذلك: دار لها منفعتها، مثل دار وقف عليهما، أو مستأجرة لهما، وأراد قسمة منفعتها،

فقسمتها بزمان؛ أن ينتفع أحدهما مدة، ثم ينتفع الآخر بعده مدة، وقسمتها بالمكان؛ أن يجعل لكل منهما من الدار مكاناً ينتفع به دون صاحبه.

(١) ٥٤/٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٦٠/٢٩.

(٣) ليست في (د).

الفروع مطلقاً، فإن انتقلت كانتقال وقُف؛ فهل تنتقل مقسومة أو لا؟ فيه نظر^(٣٢).

فإن كانت إلى مُدَّة، لزمت الورثة والمشتري، قال ذلك شيخنا . وقال أيضاً: معنى القسمة هنا قريبٌ من معنى البيع؛ فقد يُقال: يجوز التبديل، كالحبيس والهدّي . وقال أيضاً: صرَّح الأصحاب بأن الوقف إنما يجوز قسمته إذا كان على جهتين، فأما الوقف على جهة واحدة، فلا تُقسم عينه قسمة لازمة، اتفاقاً*؛ لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة، لكن تجوز المهايأة؛ وهي قسمة المنافع، ولا فرق في ذلك بين^(١) «المناقلة بالمنافع»^(٢)، وبين تركها على المهايأة بلا مناقلة . والظاهر: أن ما ذكر شيخنا عن الأصحاب وجّهه، وظاهر كلامهم؛ لا فرق، وهو أظهر . وفي «المبهبج»: لزومها إذا اقتسموا

التصحيح مسألة - ٣: قوله: (فإن انتقلت كانتقال وقف؛ فهل تنتقل مقسومة أو^(٢) لا؟ فيه نظر). انتهى . قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب: أنها تنتقل مقسومة .

الحاشية * قوله: (وقال أيضاً: صرح الأصحاب بأن الوقف إنما يجوز قسمته إذا كان على جهتين، فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقاً) إلى آخره .

ذكر الشيخ زين الدين ابن رجب مسألة قسمة الوقف في آخر «قواعده» في فائدة القسمة، هل هي بيع أو إفراز . وفي كلامه مخالفة لكلام المصنف، قال: أما إذا كان الكل وقفاً^(٣)؛ فهل يجوز قسمته؟ فيه طريقتان: أحدهما: أنه كإفراز الطلق من الوقف سواء، وهذا المجزوم به في «المحرر» . والثاني: لا تصح القسمة على الوجهين جميعاً على الأصح، وهي طريقة «الترغيب» . وعلى القول بالجواز، فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين، لا على جهة واحدة . صرح به الأصحاب، نقله الشيخ تقي الدين . فظاهر نقل الشيخ زين الدين في «القواعد»: عدم الجواز، وظاهر نقل المصنف: عدم اللزوم .

(١-١) في الأصل: «مناقلة البيع» .

(٢) في (ج): «أم» .

(٣) في (ق): «اتفاقاً» .

بأنفسهم، قال: وكذا إن تهايؤوا . ونقل أبو الصقر، فيمن وقف ثلث قريته، الفروع فأراد بعض الورثة بيع نصيبه؛ كيف يبيع؟ قال: يفرز الثلث مما للورثة، فإن شاؤوا باعوا أو تركوا. ونفقة الحيوان مدة كل واحد عليه، وإن نقص الحادث عن العادة، فلآخر الفسخ .

وإن كان بينهما أرض^(١) مزروعة لهما^(٢)، قُسمت دون الزرع بطلب أحدهما، واختار في «الكافي»^(٣): لا . ولا يُجبر على قسمة الزرع وحده، وكذا قسمتهما . وفي «المغني»^(٤)، و«الكافي»^(٥): يُجبر في قصيل^(٦) ومشتد حبه، وتجاوز بتراضيهما في قصيل أو قطن، واختار القاضي: وفي مُشتد مع الأرض، وقيل: وبذر؛ لأنهما تبع . وفي «الترغيب»: مأخذهما؛ هل هي إفراز أو بيع؟

وإن كان بينهما أرض في بعضها نخل، وبعضها شجر، أو يشرب سِيحاً وبعضها بعلاً، قُدِّم من يطلب قسمة كل عين على حدة، لا أعياناً بالقيمة .

وإن كان بينهما نهر، أو قناة، أو عين ماء، فالنفقة لحاجة بقدر حقيهما، والماء على ما شرطاً عند الاستخراج، ولهما قسمته مهاياة بزمان، أو بنضب

التصحيح

الحاشية

(١) بعدها في (ط): «فيها» .

(٢) ليست في (ط) .

(٣) ١٤٤/٦ .

(٤) ١٠٩/١٤ .

(٥) ١٤٥/٦ .

(٦) القصيل: ما اقتطع من الزرع أخضر . «القاموس»: (قصيل) .

الفروع حَجَرَ مُسْتَوٍ فِي مَصْدَمِ الْمَاءِ^(١) فِيهِ ثَقْبَانِ بِقَدَرِ حَقِيهِمَا، وَلَا أَحَدَهُمَا - فِي الْأَصَحِّ - سَقِيٌّ أَرْضٍ لَا شِرْبَ لَهَا مِنْهُ بِنَصِيهِهِ، وَقِيلَ: إِذَا قَلْنَا: لَا يُمْلِكُ الْمَاءُ بِمِلْكٍ أَرْضَهُ، فَلِكُلِّ مِنْهُمَا أَنْ يَنْتَفِعَ بِقَدَرِ حَاجَتِهِ .

فصل

وما لَا ضَرَرَ فِيهِ، وَلَا رَدَّ عَوَضٍ، كَقَرْيَةٍ، وَبِسْتَانٍ، وَدَارٍ كَبِيرَةٍ، وَأَرْضٍ وَاسِعَةٍ، وَمَكِيلٍ وَمُوزُونٍ مِنْ جَنْسٍ، كَدَبْسٍ، وَخَلٍّ، وَدُهْنٍ، وَلَبَنٍ، إِذَا طَلَبَهَا شَرِيكُهُ، أُجْبِرَ هُوَ أَوْ وَلِيُّهُ . وَمَعَ غَيْبَةِ وَلِيِّ؛ هَلْ يُقْسَمُ حَاكِمٌ عَلَيْهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ فِي «الترغيب»^(٤م) .

التصحيح مسألة - ٤: قوله في قسمة الإيجاب: (ومع غيبة ولي؛ هل يقسم حاكم عليه؟ فيه وجهان في «الترغيب») انتهى:

أحدهما: يقسمه حاكم، وهو الصواب؛ لأنه يقوم مقام الولي . قال في «المحرر»: ويقسم الحاكم على الغائب في قسمة الإيجاب . وكذا قال في «الوجيز» وغيره، وهو عام . وقال في «الرعاية»: ويقسم الحاكم على الغائب في قسمة الإيجاب، وقيل: إن كان له وكيل حاضر، جاز، وإلا فلا، وهذا القول اختاره الشيرازي والسامري وابن حمدان . وقال في «الرعاية» أيضاً: وولي المولى عليه في^(٢) قسمة الإيجاب كهو . انتهى .

وهذا يدل على أن الحاكم يقسم مع غيبة الولي . قلت: بل أولى؛ لأن له نوع كلام على المولى عليه، والله أعلم . وقال في القاعدة^(٣) الثالثة والعشرين: فإن كان المشترك مثلياً في قسمة الإيجاب، وهو المكيل والموزون، فهل يجوز للشريك أخذ قدر حقه إذا

الحاشية

(١) مَصْدَمٌ مصدر ميمي من صَدَمَ . وعلى هذا التقدير يكون المعنى: مكان صدم الماء، فحذف المضاف . ويجوز أن يكون مَصْدَمٌ من صيغ اسم المكان . وينظر «المطلع» ص ٤٠٢ .

(٢) ليست في (ط) .

(٣) ليست في (ص) .

قال جماعة: إن ثبت ملكهما عنده بينة، ولم يذكره آخرون، وجزم به في الفروع «الروضة»، واختاره شيخنا^(٥٢)، كبيع مرهون، وجان، وإنَّ كلام الإمام أحمد - رحمه الله - في بيع ما لا ينقسم، وقسم ثمنه عامٌ فيما ثبت أنه ملكهما، وما لم يثبت، كجميع الأموال التي تُباع. وأن مثل ذلك؛ لو جاءته امرأة، فزعمت أنها خلية لا وليَّ لها؛ هل يزوجها بلا بينة*؟ ونقل حرب، فيمن أقام بينة بسهم من ضيعة بيد قوم، فهربوا منه، يقسم عليهم، ويدفع إليه

التصحيح

امتنع الآخر أو^(١) غاب؟ على وجهين. انتهى^(٢):

أحدهما: الجواز، وهو قول أبي الخطاب.

والثاني: المنع، وهو قول القاضي؛ لأن القسمة تختلف في كونها بيعاً، وإذن الحاكم يرفع النزاع.

مسألة - ٥: قوله: (قال جماعة: إن ثبت ملكهما عنده بينة، ولم يذكره آخرون، وجزم به في «الروضة»، واختاره شيخنا) انتهى. من الجماعة الذين ذكروا ثبوت ملكهما عنده بينة: الخرقى، وأقره في «المغني»^(٣) عليه، وقاله في «الرعاية الكبرى» ملحقاً بخطه. ومن الجماعة الذين لم يذكروا ذلك: أبو الخطاب، وصاحب «المذهب»^(٤)، و«الخلاصة»، و«المحرر»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم.

* قوله: (وأن مثل ذلك لو جاءته امرأة فزعمت أنها خلية لا وليَّ لها؛ هل يزوجها بلا بينة؟). الحاشية

الذي يظهر لي أنها كمسألة ما إذا غاب عن مطلقة ثلاثاً، فذكرت أنها تزوجت من أصابها ثم طلقها، أو مات عنها، وانقضت عدتها منه، وكان ذلك ممكناً، فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح، فالذي يظهر أن التي تدعي أنه لا وليَّ لها، إن غلب على الظن صدقها لدينها وصلاحها، قبل، كما قيل في المطلقة.

(١) في (ط): «و».

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

(٣) ٩٨/١٤.

(٤) في النسخ الخطية: «الهداية»، والمثبت من (ط).

الفروع حقّه . قال شيخنا : وإن لم يثبت ملك الغائب . فدلّ أنه يجوزُ ثبوته ، وأنه أولى ، وهو موافقٌ لما يأتي في الدعوى^(١) . قال في «المحرر» : يقسم حاكمٌ على غائب قسمةً إجبار . وفي «المبهبج» ، و«المستوعب» : بل مع وكيله فيها الحاضر ، واختاره في «الرعاية» في عقار بيد غائب . وقال شيخنا ، في قرية مشاعة قسمها فلاّحوها ، هل يصح؟ قال : إذا تهايؤوها ، وزرع^(٢) كلٌّ منهم حصته ، فالزرعُ له ، ولرب الأرض نصيبه ، إلا أن من ترك من نصيب مالكة ، فله أخذُ أجره الفضلة أو مقاسمتها .

وهذه القسمة إفراز* ، فتجوز قسمة وقف بلا ردّ ، وقسمة ما بعضه وقف بلا ردّ من ربّ الطلّق^(٣) ، ولحم رطب* بمثله ، ولم يَجْزُ بيعه ، وقسم^(٤) ثمر يُخرص خرصاً ، وما يُكأل وزناً ، وعكسه - زاد فيهما في «الترغيب» : في الأصحّ - وتفرّقهما قبل القبض فيهما ، ولا يحنثُ بها من حلف : لا يبيع ، وقيل : يبيع ، فينعكس الكلّ ، فلا يجوز قسمة ما كلّهُ وقف أو بعضه . وفي

التصحیح

الحاشية * قوله : (وهذه القسمة إفراز) .

احترز عن القسمة التي فيها ردّ عوض ، فإنها في حكم البيع ، كما ذكره في أول الباب^(٥) .

* قوله : (ولحم رطب) هو بالجر عطف على (وقف)

أي : فيجوز قسمة وقف ولحم رطب .

(١) ص ٢٦٥ .

(٢) في (ط) : «وزع» .

(٣) الطلّق ، بكسر الطاء ، الحلال ، وسمي المملوك طلقاً ؛ لأن جميع التصرفات فيه حلال ، من البيع ، والهبة ، والرهن ، وغير ذلك ، والموقوف ليس كذلك . «المطلع» ص ٤٠٢ .

(٤) في النسخ الخطية : «قسمة» ، والمثبت من (ط) .

(٥) ص ٢٣٧ .

«المحرر» عليهما: إن كان الرُّدُّ من ربِّ وقف لربِّ طُلُق، جازت قسمة الفروع بالرُّضا في الأصحَّ . وفي «الترغيب» عليهما^(١): ما كُلُّه وقفٌ لا تصح قسمة في الأصحَّ، ولا شفعة مطلقاً؛ لجهالة^(٢) ثمن، ويُفسخ بعيب، وقيل: تبطل لفوات التعديل، وإن بان غبنٌ فاحشٌ، لم تصح، وعلى الثاني: كبيع* .
وتصح بقوله: رضيتُ، دون لفظ القسمة، وفيه - على الثاني - في «الترغيب» وجهان^(٣).

وللشركاء أن يتقاسموا بأنفسهم، ولهم نصب^(٣) قاسم وسؤال حاكم نصبه .

وشرط المنصوب: إسلامه، وعدالته، ومعرفته بها. قال في

مسألة - ٦: قوله في فوائد القسمة، على القول بأنها إفراز أو بيع: (وتصح) . يعني: النصحيح على القول بأنها إفراز (بقوله: رضيت بدون لفظ القسمة، وفيه - على الثاني - في «الترغيب» وجهان) انتهى .

قلت: الصوابُ الصحةُ. قال في فوائد «القواعد»^(٤): وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الإيجاب والقبول . انتهى . والمذهب عدم الاشتراط، فيصح بذلك، والله أعلم.

الحاشية

* قوله: (وإن بان غبنٌ فاحشٌ، لم يصح، وعلى الثاني: كبيع) .

أي: إذا قلنا: القسمة إفراز، وبان غبنٌ فاحشٌ، لم يصح، وإن قلنا: هي بيع، فحكمها حكم البيع؛ لقوله: (وعلى الثاني: كبيع) والثاني هو أنها بيع؛ لأن الذي قدمه أنها إفراز .

(١) ليست في الأصل .

(٢) في (ر): «بجهالة» .

(٣) في (ر): «نصيبه»، وفي الأصل: «نصيب» .

(٤) أي: الفوائد التي ألحقها ابن رجب في كتابه «القواعد» . وذكر ذلك في فروع الفائدة (١٩) .

الفروع «المغني»^(١): فَيَعْرِفُ الحساب؛ لأنه كالخط للكاتب. وفي «الكافي»^(٢)، و«الترغيب»: تُشْتَرَطُ عدالة قاسمهم للزوم. وفي «المغني»^(١): وكذا معرفته. ويكفي واحدٌ، وقيل: ولو مع تقويم. وتُبَاحُ أجرته، ^(٣)وعنه^(٣): هي كَثْرَةُ، نقل صالح: أكرهه، ونقل عبدالله: أتوقاه. قال ابن عيينة: لا تأخذ على شيء من الخير أجراً. وعن أبي سعيد مرفوعاً: «إِيَّاكُمْ وَالْقُسَامَةَ». قالوا: وما القسامة؟ قال: «الشَّيْءُ يَكُونُ بَيْنَ النَّاسِ، فَيَنْتَقِصُ مِنْهُ». رواه أبوداود^(٤) من رواية الزبير بن عثمان، وثقه ابن حبان، وتفرد عنه موسى بن يعقوب الزَّمْعِي، وموسى وثقه ابن معين وابن حبان، وقال أبوداود: صالحٌ، وله مشايخ مجهولون. وقال ابن المديني: ضعيف منكر الحديث.

قال الخطَّابي: القُسَامَةُ - بضم القاف - اسم لما يأخذه القَسَامُ لنفسه في القسمة. وإنما جاء هذا فيمن ولي أمر قوم، وكان عريفا لهم أو نقيباً، فإذا قسم بينهم سهامهم، أمسك منها شيئاً لنفسه؛ يستأثر به عليهم. ثم ذكر ما رواه أبو/داود^(٥) بإسناد جيد عن عطاء بن يسار مرسلًا نحوه، قال فيه: «الرجل يكون على الفئام من الناس، ^(٦)فيأخذ من حظ هذا^(٦) ومن ^(٧)حظ هذا». الفئام: الجماعات.

التصحيح

الحاشية

(١) ١١٤/١٤.

(٢) ١٣٧/٦.

(٣.٣) ليست في الأصل.

(٤) في سننه (٢٧٨٣).

(٥) في سننه (٢٧٨٤).

(٦.٦) ليست في (ط).

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

وهي^(١) بقدر الأملاك* . نص عليه، زاد في «الترغيب»: إذا أطلق الفروع الشركاء العقد، وأنه لا ينفرد واحد بالاستئجار بلا إذن، وقيل: بعدد الملاك. وفي «الكافي»^(٢): على ما شرطنا . فعلى النص: أجره شاهد يخرج لقسم البلاد، ووكيل وأمين للحفظ، على مالك، وفلاح، كأملك . ذكره شيخنا . قال: فإذا ما نهم الفلاح بقدر ما عليه و^(٣) يستحقه الضيف، حل لهم . قال: وإن لم يأخذ الوكيل لنفسه إلا قدر أجره عمله بالمعروف، والزيادة يأخذها المقطع، فالمقطع هو الذي ظلم الفلاحين، فإذا أعطى الوكيل المقطع من الضريبة ما يزيد على أجره مثله، ولم يأخذ لنفسه إلا أجره عمله، جاز له ذلك .

وقال ابن هبيرة في التاسع والأربعين من أفراد البخاري من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - : اختلف الفقهاء في أجره القسام؛ فقال قوم: على المزارع، وقال قوم: على بيت المال، وقال قوم: عليهما .

وتعدل السهام بالأجزاء إن تساوت، وبالقيمة إن اختلفت، وبالرد إن اقتضته، ويقرع كيف شاء، والأحوط كتابة اسم كل شريك في رقة، ثم تدرج في بنادق من^(٤) طين متساوية، ويقال لمن لم يحضر ذلك: أخرج بندقاً على هذا السهم، فمن خرج سهمه، فهو له، ثم كذلك الثاني، والباقي

التصحیح

الحاشية

* قوله: (وهي بقدر الأملاك)

أي: الأجرة .

(١) يعني أجره القاسم .

(٢) ١٣٨/٦ .

(٣) في النسخ الخطية: «أو»، والمثبت من (ط) .

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

الفروع للثالث، إذا كانوا ثلاثة، وسهامهم متساوية. وإن كُتِبَ اسم كل سهم في رقعة ثم قال: أخرج بُندقة لفلان، وبُندقة لفلان، وبندقة لفلان، جاز، وقيل: يُخَيَّرُ بين الصّفتين.

وإن اختلفت سهام الثلاثة؛ كنصف وثلث وسدس، جزءاً المقسوم ستة أجزاء، بحسب الأقل منها، ولزم إخراج الأسماء على السهام؛ لئلا يحصل تفرق واختلاف، فيكتب باسم رب النصف ثلاث رقاع، وللثلث ثنتين، وللسدس رقعة، بحسب التجزئة^(١). وقَدَّم في «المغني»^(٢): باسم كل واحد رقعة؛ لحصول المقصود، ثم يُخرج بُندقة على أوّل سهم، فإن خرج اسم رب النصف، أخذه مع ثانٍ وثالث؛ لئلا يتضرر بتفرقه. وإن خرج اسم رب الثلث، أخذه مع ثانٍ، ثم يُقرع بين الآخرين كذلك، والباقي للثالث، واختار شيخنا: لا قرعة في مكيل وموزون إلاّ للابتداء، فإن خرجت لرب الأكثر، أخذ كل حقّه، فإن تعدد سبب استحقاقه، توجه وجهان^(٣).

التصحيح (☆) تنبيه: قوله: (فإن تعدد سبب استحقاقه، توجه وجهان). انتهى. الظاهر: أن هذا من تنمة كلام الشيخ تقي الدين، وأن المصنّف قدّم القرعة، وكذا قوله بعد ذلك بأسطر: (وهنا احتمالات^(٣)): التسوية بين القسمة والبيع، والثاني الفرق مطلقاً، والثالث إلحاق ما كان من القسمة^(٤) بيعاً بالبيع^(٤). وأن المصنّف قدم حكماً غير ذلك. فهذه ست مسائل^(٥).

الحاشية

(١) في (ر): «التجربة».

(٢) ١١٢/١٤.

(٣) في (ط): «احتمالان».

(٤) في النسخ الخطية و(ط): «تبعاً للشيخ»، والمثبت من «الفروع».

(٥-٥) ليست في (ط).

فصل

الفروع

وَيَلْزَمُ - نَصَّ عَلَيْهِ - بِالْقُرْعَةِ، وَقِيلَ: بِالرِّضَا بَعْدَهَا، وَقِيلَ: فِيْمَا فِيْهِ رَدٌّ، وَقِيلَ: أَوْ ضَرَرٌ. وَفِي «الْمَغْنِي»^(١): بِالرِّضَا بَعْدَهَا إِنْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا. وَإِنْ خَيْرٌ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَبِرِّضَاهُمَا وَتَفَرِّقِهِمَا، ذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ.

وَمَتَى طَلَبَا قِسْمَةً، وَلَمْ يَثْبِتْ مِلْكُهُمَا، فَلَهُ الْقِسْمَةُ. قَالَ الْقَاضِي: وَالْقَضَاءُ عَلَيْهِمَا بِإِقْرَارِهِمَا، لَا عَلَى غَيْرِهِمَا، وَيَذْكَرُ فِي الْقَضِيَّةِ قِسْمَتُهُ بِدَعْوَاهُمَا، لَا بَيِّنَةٍ.

وَمَنْ ادَّعَى غُلَطًا فِيْمَا تَقَاسَمَاهُ بِأَنْفُسِهِمَا وَأَشْهَدَا عَلَى رِضَاهُمَا، لَمْ يَقْبَلْ، وَقَبْلَهُ الشَّيْخُ بَيِّنَةٌ، كَقِسْمَةِ قَاسِمٍ حَاكِمٍ، وَكَقَاسِمٍ نَصَبَاهُ فِيْمَا لَمْ يَعْتَبَرْ فِيْهِ رِضَاً بَعْدَ قُرْعَةٍ. وَفِي «الرَّعَايَةِ»: إِنْ كَانَ مُسْتَرْسِلاً، فَكَيْفَ. وَإِنْ اسْتُحِقَّ مِنَ الْحَصَّتَيْنِ شَيْءٌ مُّعَيَّنٌ، لَمْ تَبْطُلْ فِيْمَا بَقِيَ، وَقِيلَ: بَلَى، كَمَا لَوْ كَانَ ذَلِكَ^(٢) فِي إِحْدَاهُمَا، وَإِنْ كَانَ شَائِعاً، بَطُلَتْ، وَقِيلَ: فِي الْمُسْتَحَقِّ، وَقِيلَ: بِالْإِشَاعَةِ فِي إِحْدَاهُمَا*. وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ مَنِهْمَا: أَنْ هَذَا مِنْ سَهْمِي، تَحَالَفَا، وَتُقَضَّتِ الْقِسْمَةُ^(٣).

وَمَنْ كَانَ بَنَى أَوْ غَرَسَ، فَخَرَجَ مُسْتَحَقّاً، فَقُلِعَ رَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنَصْفِ قِيَمَتِهِ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ، إِنْ قَلْنَا^(٣): بَيْعٌ، كَقِسْمَةِ تَرَاضٍ، وَإِلَّا فَلَا، وَأُطْلِقَ فِي

التصحيح

* قوله: (وإن كان شائعاً بطلت، وقيل: في المستحق، وقيل بالإشاعة في إحداهما). الحاشية

فتلخص في المشاع ثلاثة أقوال: البطلان، وعدمه، والبطلان إن كان شائعاً في أحدهما دون ما إذا كان شائعاً فيهما.

(١) ١١٤/١٤.

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

(٣) في الأصل: «قيل».

الفروع «التبصرة» رجوعه، وفيه احتمالاً . قال شيخنا : إذا لم يرجع، حيث لا يكون بيعاً، فلا يرجع بالأجرة، ولا بنصف قيمة الولد في الغرور^(١)، إذا اقتسما الجوارى أعياناً، وعلى هذا، فالذي لم يُستحقَّ شيء من نصيبه يرجع الآخر عليه بما قوّته من المنفعة هذه المدة، وهنا احتمالات :

أحدها : التسوية بين القسمة والبيع .

الثاني : الفرق مطلقاً .

الثالث : إلحاق ما كان من القسمة بيعاً بالبيع .

ولا يمنع دَيْنٌ على ميت نَقَلَ تركته، فظهوره بعد القسمة لا يُبطلها، فإن قيل : هي بيع، فكبيع التركة قبل قضائه . ويصحُّ على الأصحِّ إن قُضِيَ، فالنماء لوارث، كنماء جان، لا كمرهون . قال في «الترغيب» وغيره : هو المشهور، و^(٢) قيل : تَرَكَهُ . وفي «الانتصار» : من أدى نصيبه من الدين^(٣)، انفكَّ نصيبه منها، كجان، وعنه : يَمْنَعُ بقدره، ونقل ابن منصور : لا يرثون شيئاً حتى يؤدُّوه، وذكرها جماعة . والروايتان في وصية بمعين، ونصر في «الانتصار» المنع، وذكر عليه، إذا لم يستغرق التركة، أو كانت الوصية بمجهول، مَنَعاً^(٤) ثم سَلَّم لتعلق الإرث بكل التركة، بخلافهما، فلا مزاحمة، وذكر منعاً وتسليماً؛ هل للوارث - والدَّيْنُ مستغرق - الإيفاء من غيرها؟ وفي «الروضة» الدَّيْنُ على ميت لا يتعلق بتركته، في الصحيح من

التصحيح

الحاشية

(١) في الأصل : «المغرور» .

(٢) ليست في (ط) .

(٣) في الأصل : «الورثة» .

(٤) مفعول لـ «ذكر» .

المذهب . وفائدته : أن لهم أداءه، وقسمة التركة بينهم . قال : وكذا حكم الفروع مال المفلس .

وإن اقتسما فحصل الطريق في حصة واحد، ولا مَنفَذَ للآخر، بطلت*؛ لعدم التعديل والتفنع . قال شيخنا : كذا طريق ماء . ونصّه : هو لهما* ما لم يشترط رده* . قال الشيخ : قياسه جعل الطريق مثله يبقى في نصيب الآخر، ما لم يشترط صرفها عنه .

وفي كتاب الأدمي : يُفسخ بعيب، وسد المَنفَذ عيبٌ . ونقل أبو طالب في مجرى الماء : لا يُغَيَّر مجرى الماء ولا يَضُرُّ بهذا، إلا أن يتكلف له النفقة

التصحيح

* قوله : (وإن اقتسما فحصل الطريق في حصة واحد، ولا منفذ للآخر، بطلت) .

وجه البطلان : أن القسمة تقتضي التعديل، والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له إلا قيمة قليلة، فلا يحصل التعديل، ولأن من شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به، وهذا لا يمكن انتفاع أخذه به، فإن كان قد أخذه راضياً عالمياً بأنه لا طريق له، جاز؛ لأن قسمة التراضي بيع، وشراؤه على هذا الوجه جائز . قال الشيخ : وقياس المسألة التي قبل هذا - يعني مسألة جريان الماء - أن الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر، ما لم يشترط صرفها عنه، كجري الماء .

* قوله : (ونصّه : هُوَ لَهُمَا) .

منصوص الإمام أحمد : لو^(١) حصل طريق الماء في نصيب أحدهما أن يكون لهما . وقاس مسألة الطريق عليه .

* قوله : (ما لم يشترط رده) .

قال أحمد، في قوم اقتسموا داراً كانت أربعة أسطحة، يجري عليها الماء من أحد الأسطحة، فلما

(١) في (ق) : «ولو» .

الفروع حتى يُصلح مسيلَه . ومن وقعت ظُلة في حقّه ، فله * ، والله سبحانه أعلم .

التصحيح

الحاشية

اقتسموا أراد أحدهما منع جريان الآخر عليه ، وقال : هذا شيء قد صار لي . قال : إن كان بينهما شرطُ بردِّ الماء ، فله ذلك ، وإن لم^(١) يشترط ، فليس له منعه . ووجه ذلك : أنهم اقتسموا الدار ، وأطلقوا ، فافتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها ، كما لو اشتراها بحقوقها ، ومن حقها جريانُ مائها فيما كان يجري معتاداً له ، وهو على سطح المانع ؛ فلهذا استحقه حالة الإطلاق . فإن تشارطا على رده ، فالشرطُ أملك ، والمؤمنون على شروطهم .

* قوله : (ومن وقعت ظُلة في حقّه ، فله)

الظُلة بالضم ، كهيئة الصُفّة ، وقُرئ : ﴿ فِي ظِلِّ عَلَى الْأَرْيَافِ مُتَكُونٌ ﴾ [يس : ٥٦] . والظُلة أيضاً أول سحابة تُظِلُّ ، وأما يوم الظُلة ؛ فقالوا : غَيم تحتَه سَمُوم .

(١) بعدها في (ق) : « يكره » .

باب الدعاوى

الفروع

إذا تداعيا عيناً بيد أحدهما، حَلَفَ، وهي له، ولا يثبت المِلْكُ بذلك كثبوته 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 النافي^(١) للحكم: يمينُ المدعى عليه دليلٌ. وكذا في «الروضة»، وفيها: إنما لم يَحْتَجْ إلى دليل؛ لأن اليد دليلُ الملك. وفي «التمهيد»^(٢): يده بيِّنَةٌ. وإن كان المدعى عليه دَيِّناً، فدلِيلُ العقل على براءة ذمته بيِّنَةٌ، حتى يجوز له أن يدعو الحاكمَ إلى الحكم بثبوت العين له دون المدعى، وبراءة ذمته من الدين. كذا قال. وينبغي على هذا، أن يَحْكِيَ في الحكم صورة الحال، كما قاله أصحابنا في قسمة عقار لم يثبت عنده الملك. وعلى كلام أبي الخطاب، يُصْرَحُ في القسمة بالحكم، وأما على كلام غيره فلا حكم، وإن سأل المدعى عليه محضراً بما جرى، أجابه، ويذكر فيه أن الحاكم بَقِيَ العينَ بيده؛ لأنه لم يثبت ما يرفعها ويزيلها/.

٢٥٥/٢

وإن كانت بيديهما، كعمامة؛ بيد واحد شيء منها وبقيتها بيد الآخر، تحالفا وهي بينهما، فيمينُ كلٍّ واحد على النصف الذي أخذه. وفي «الترغيب»، وعنه: يُقرع، فمن قرع أخذه بيمينه. وفي «البخاري»^(٣) عن

التصحیح

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 يُسَهَّمُ بَيْنَهُمْ فِي الْيَمِينِ: أَيُّهُمْ يَخْلِفُ. قَالَ ابْنُ هَبيرة: هَذَا فِيمَنْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ، كَكُونَ الشَّيْءِ فِي يَدِ مُدَّعِيهِ وَيُرِيدُ يَخْلِفُ، وَيَسْتَحِقُّهُ، إِلَّا أَنْ يَدْعِيَ وَاحِدٌ نَصْفَهَا فَأَقْلَّ، وَالْآخَرُ كُلُّهَا أَوْ أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ، فَيَصَدَّقُ مَدْعِيَ الْأَقْلَّ بِيَمِينِهِ. نَصَّ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ أَبِي مُوسَى وَأَبُو الْفَرَجِ: يَتَحَالَفَانِ.

فَإِنْ قَوِيَ يَدُ أَحَدِهِمَا، كَحَيَوَانٍ؛ وَاحِدٌ سَائِقُهُ، أَوْ أَخَذَ بِزِمَامِهِ - وَقِيلَ: غَيْرُ مَكَارٍ - وَالْآخَرُ رَاكِبُهُ، أَوْ عَلَيْهِ حِمْلُهُ. أَوْ قَمِيصٌ؛ وَاحِدٌ أَخَذَ بِكُمِّهِ، وَالْآخَرُ لَأَبْسُهُ، فَهُوَ لِلثَّانِي. وَيُقَدَّمُ رَاكِبٌ* إِلَّا فِي رَحْلِ حَيَوَانٍ.

وَإِنْ كَانَتْ بِيَدَيْهِمَا^(١) مَشَاهِدَةٌ أَوْ حَكْمًا، أَوْ يَبْدُ وَاحِدٌ مَشَاهِدَةٌ وَالْآخَرُ حَكْمًا، عُمِلَ بِالظَّاهِرِ. فَلَوْ نَازَعَ رَبُّ الدَّارِ^(٢) خِيَاطًا فِيهَا فِي إِبْرَةٍ أَوْ مَقْصَصٍ، أَوْ قَرَابًا فِي قُرْبَةٍ، فَهِيَ لِلثَّانِي، وَعَكْسُهُ الثُّوبُ وَالْحُبُّ*.

التصحيح

الحاشية * قوله: (وَيُقَدَّمُ رَاكِبٌ).

مراده - والله أعلم - ما ذكره في «شرح المقنع»^(٣) فيما إذا ادعى الراكبُ وصاحب الدابة الحِمْلَ الذي عليها أنه للراكب؛ لأنَّ يده على الحِمْلِ والدابة معاً، فإنَّ اختلفا في السَّرَجِ الذي عليها، فهو لصاحب الدابة؛ لأنَّ السَّرَجَ في العادة يكون لصاحب الدابة، وهذا معنى قول المصنف: (إِلَّا فِي رَحْلِ حَيَوَانٍ) يعني: إذا اختلف الراكبُ وصاحب الدابة فيما على الدابة، فهو للراكب إلا رَحْلَ الحَيَوَانِ، فهو لصاحب الحيوان؛ لأنه في العادة له، لا للراكب، والله أعلم.

* قوله: (وَعَكْسُهُ الثُّوبُ وَالْحُبُّ)

هو بضم الحاء المهملة بعدها باءٌ موحدة، كهَيْئَةِ الْخَايَةِ. قَالَ فِي «شرح المقنع»^(٣): وَإِنْ اختلفا

فِي الْخَايَةِ وَالْجِرَّارِ، فَهِيَ لَصَاحِبِ الدَّارِ.

(١) فِي (ط): «بِيَدَيْهِمَا».

(٢) فِي النسخ الخطية: «دَارٍ»، وَالْمَثْبُتُ مِنْ (ط).

(٣) الْمَقْنَعُ مَعَ الشَّرْحِ الْكَبِيرِ وَالْإِنْصَافِ ١٢٤/٢٩ - ١٢٦.

وإن تنازعَ مُكر ومُكتر، في رفٍّ مقلوع، أو مصراع له شكلٌ منصوب في الفروع الدار، فلربُّها، وإلا فيبينهما، ونصه: لربُّها مطلقاً، كما يدخل في بيع، وقيل: بينهما، وكذا ما لا يدخل في البيع وجرت العادةُ به ^(١) وما لم تجر به ^(٢) عادة فلمُكتر .

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

وكذا صانعان في آلة دُكانهما، فآلة كلِّ صنعة لصانعهما . وقال القاضي في المسألتين: إن كان بيدهما المشاهدة، فيبينهما، وإن كان ^(٦) بيد أحدهما المشاهدة، فله، ويتوجه طرُده فيما تقدم، قال شيخنا: وكلام القاضي في «التعليق» يقتضي أن المدعى متى كان بيديهما، وإن لم يكونا بدُكان، كالزوجين .

التصحیح

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): «و» .

(٤) في الأصل: «بذاك» .

(٥) ليست في الأصل .

(٦) ٣٣٤/١٤ .

الفروع

فصل

وإن كانت بيد ثالث، فادعها لنفسه، حلف لكل واحد يميناً، فإن نكل أخذها منه وبدلها*، واقتريا عليهما^(١)، وقيل: يقتسما^(٢) كَنَّا كُلُّ مُقَرَّرٍ لهما، وقيل: من قرع منهما وحلف، فله، وقال شيخنا: ^(٣) «قد يقال»: تُجْزَى يَمِينٌ واحدة*، ويقال: إنما تجب العين، 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 بدل، والمطلوب ليس له هنا بدل العين، فيجعل كالمقر، فيحلف المقر له .

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

وإن قال: لأحدهما وأجهله، فصداقه، لم يحلف، وإلا حلف يميناً واحدة، ويُقرع بينهما، فمن قرع حلف وهي له . نص عليه، ثم إن بينه، قبل

التصحیح

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

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

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

قد ذكر المصنف أنه إذا ادعها لنفسه، حلف لكل واحد يميناً، 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 تفيد «حاشية ابن قندس»، و«المحرر»، و«المبدع»، والله أعلم .

(٢) في النسخ الخطية: «يقتسماها» .

(٣) ليست في الأصل .

كتبيينه ابتداءً . ونقل الميموني : إن أبى 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 ، قُدمت ، ويخلف 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 البيعة بها^(١) لغيرهما ، وتقرُّ بيده حتى يظهر ربُّها . وكذا في «التعليق» منعاً - أوماً إليه أحمد - ، ثم تسليماً . فعلى الأول : إن أخذها من قرع ، ثم علم أنها للآخر ، فقد مضى الحكم ، نقله المروزي . وفي «الترغيب» في التي^(٢) بيد ثالث غير منازع ولا بيعة : 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 ، فصَدَّق أحدهما وكذَّب

التصحيح

الحاشية

* قوله : (ولم ينازع)

أي : لم يدعها لنفسه .

* قوله : (وفي «الترغيب» في التي بيد ثالث غير منازع ولا بيعة : 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 يَنَازِع، فقليل: يُسَلِّم إليه، وقيل^(١): يحفظه حاكمٌ، وقيل: يبقى بحاله. ونقل حنبل وابن منصور في التي قبلها: لمدعي كلِّها نصفُها. 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 يديهما. وإن كان ثم^(٢) ظاهرٌ عُمل به، فلو تنازعا عرصَة بها شجرٌ أو بناءٌ لأحدهما - وقيل: بيئته - فهي له.

وإن تنازعا مُسْنَأَةً* 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 كُله له. وإن كان معقوداً ببناءٍ أحدهما، أو متصلاً به اتصالاً لا يمكن إحداثه عادةً - وقيل^(٥): أو أمكن - أو له سترة أو أزج^(٦) - وقيل: أو جذوعٌ - فهو له يمينه. وفي «عيون المسائل»: لا يُقدَّم صاحب الجذوع، ويُحكم لصاحب الأزج؛ لأنه

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن تنازعا مُسْنَأَةً)

المُسْنَأَةُ: 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 حائطِ الفروع جاره إذا لم يضرَّ؛ فلهذا لم يكن دلالةً على اليد، بخلاف الأزج، فإنه^(٢) لا يجوز عمله على حائط جاره.

وإن تنازعَ ربُّ علُو وسُفلٍ سقفاً بينهما، فهو لهما، وعند ابن عقيلٍ لرب العلُو. وإن تنازعا سُلماً منصوباً أو دَرَجَةً، فلرب العلُو، 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^(٥) بينهما، وما وراءه لرب السفلى، وقيل: بينهما، والوجهان، إن تنازعَ ربُّ بابٍ بصدر الدرب وربُّ بابٍ بوسطه في صدر الدرب.

فصل

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

التصحيح

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

وجه كون السُّلم والدرجة لصاحب العلُو؛ لأن له اليدَ والتصرف؛ لأنهما مصعدٌ له فقط. وأما إذا كان تحت الدرجة مسكن لصاحب السُّفل، فكلُّ منهما ينتفع بها، وهي سقفٌ لصاحب السفلى وموطأٌ لصاحب العلُو، فهي بينهما؛ لليد والتصرف. وأما الطاقة إذا كانت لصاحب السُّفل ينتفع بها، فإن الدرجة لم تُبْنِ لأجلها، وإنما جُعِلت مرفقاً، فالدرجة لصاحب العلُو؛ 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).

(٤-٥) في الأصل: «فإنها».

الفروع مُدَّعَيْنَ على ثالث؛ أقرَّ له الثالث، زاد في «الروضة» هنا كقوله هناك^(١). وإن كذَّبه، وجَّهَ لمن هي، أو جهله ربُّ اليد ابتداءً، أخذها^(٢) مُدَّعٍ واحدٍ يمينه*؛ بناءً على رد اليمين*، وقيل: بيينة، فأخذها حاكمٌ، وقيل: تُقَرُّ بيد رب اليد. وذكره في «المحرر»^(٣) المذهب، وضعفه في «الترغيب». وعليهما: يَحْلِف للمدَّعي*، وإن عاد ادعاها لنفسه أو لثالث، لم يقبل في ظاهر «المغني»^(٤) وغيره. وفي «المحرر» وغيره: يقبل على الرابع* خاصة^(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 «الرعائتين»، و«الحاوي»، و«النظم»، و«المنور»، والزركشي، وغيرهم، وتابع صاحب «المغني» الشارح وابن رزين.

الحاشية * قوله: (أخذها مدَّعٍ واحدٍ يمينه).

٢٤٤ قَبِلَ المدعي بالواحد احترازًا عن الاثنين /؛ فإنهما يقترعان عليها. قاله في «المحرر».

* قوله: (بناءً على ردِّ اليمين)

مفهومه: إن لم نقل بردِّ 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: (وقيل بيينة، فأخذها حاكمٌ، وقيل تُقَرُّ بيد رب اليد).

* قوله: (على الرابع)

(١) يعني قوله في الفصل الذي قبله: وللمقر له قيمتها على المؤرَّص 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) المقر له أولاً إلى دعواه، لم يقبل^(٢)، وإن عاد قبل ذلك، الفروع فوجهان*^(٣).

مسألة - ٢: قوله: (ثم إن عاد المقر له أولاً إلى دعواه، لم يقبل، وإن عاد قبل التصحيح ذلك، فوجهان) انتهى. يعني: إذا كان في يده شيء، فأقر به لغيره، فكذبه المقر له ثم عاد ادعاها، فتارة يدعيها قبل أن يدعيها المقر، وتارة يدعيها بعد أن يدعيها، فإن ادعاها؛ بعد أن ادعاها المقر، 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 ظاهر كلامه في «الوجيز». والوجه الثاني: يقبل.

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

* قوله: (وإن عاد قبل ذلك، فوجهان).

أي: قبل عودته، وادعاها لنفسه أو لثالث. قال في «المحرر» في كتاب الإقرار: ومن أقرّ بمالٍ في يده لغيره، فكذبه، بطل إقراره، وأقر بيده، وقيل: ينتزع منه لبيت المال. فعلى هذا: أيهما غير قوله، لم يقبل منه، وعلى الأول - وهو^(٣) المذهب - إن عاد المقر فادعاها لنفسه أو لثالث، قبل منه، ولم يُقبل بعدها عود المقر له أولاً إلى دعواه، ولو كان عودُه قبل ذلك، فوجهان. قال الشارح: وإن كان قبل ادعاء المقر له به أو إقراره لغيره، ففيه وجهان: أحدهما: يُقبل؛ لأنه لم يوجد من المقر ما ينقضه، فوجب أن يُحكم عليه بإقراره.

(١) بعدها في (ر): «له».

(٢) بعدها في (ط): «منه».

(٣) في (د): «هي».

الفروع وإن أقرت برقها لشخص، أو كان المقر به عبداً، فكَمَالٍ غيره، وعلى الذي قبله: يَعتَقدان، وذكر الأَزْجِي في أصل المسألة، أن القاضي قال: يبقى ٢٥٦/٢ على ملك المقر، فيصير/ وجهاً خامساً .

وإن أقرَّ بها لمجهول، قيل: عَرَفَهُ وإلا جعلتكَ ناكلاً، فإن عاد ادعاها، فقيل: تُسمع؛ لعدم صحة قوله، وقيل: لا^(١)؛ لاعترافه أنه لا يملكها^(٢) .

وفي «الترغيب»: إن أصرَّ، حُكِمَ عليه بنكوله، فإن قال بعد ذلك: هي لي، لم يُقبل في الأصحَّ . قال: وكذا يُخَرَّج إذا كذبه المقر له، ثم ادعاها لنفسه، وقال: غلطتُ، ويده باقية .

وإن أقر لغائب أو غير مكلف وللمدعي بينة، فهي له، زاد ابن رزين: ويحلف معها على رأي. وإلا أُقِرَّت بيده . وللمدعي تحليفه أنه لا يستحق دفعها إليه، فإن نكل، غَرِمَ بدلها، فإن كان المدعي اثنين، فبدلان، فإن أقام بينة أنها لمن سماه، سُمعت؛ لفائدة زوال التهمة وسقوط اليمين عنه. ويُقضى بالملك إن قُدِّمت بينة داخل، وكان للمودع، والمستأجر، والمستعير

التصحيح مسألة - ٣: قوله: (وإن أقرَّ بها لمجهول، قيل: عَرَفَهُ، وإلا جعلتكَ ناكلاً، فإن عاد ادعاها، فقيل: تُسمع؛ لعدم صحة قوله، وقيل: لا؛ لاعترافه أنه لا يملكها) انتهى . وأطلقهما في «الكافي»^(٢)، و«المحرر»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، والزركشي، وغيرهم:

أحدهما: تُسمع . قال في «الرعاية الكبرى»: قُبِلَ قوله في الأشهر . والوجه الثاني: لا تسمع؛ لاعترافه أنه لا يملكها، صححه في «تصحيح المحرر»، و«النظم» في باب طريق الحكم وصفته، وأطلقهما في هذا الباب .

الحاشية والآخر: لا يُقبل؛ لأنه يأنكاه أولاً لملكه مُكذَّب لدعواه، فلم يُقبل منه، كما لو أقرَّ به لمن هو في

يده، ثم ادعاه .

(١) ليست في (ر) .

(٢) ١٦٠/٦

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

فصل

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

التصحيح

* قوله : (ولا يُستحلف في حقِّ الله تعالى ، كعبادة ، وحدِّ ، وصدقة ، وكفَّارة ، ونذر) .

الحاشية

قال في «شرح المقنع»^(٢) في باب اليمين في الدعاوى : 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 حقٌّ 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 لحقِّ
الآدمي ، دون حق الله تعالى . وقال في كتاب الشهادات^(٥) : والحقوق على ضربين :

أحدهما : حقٌّ لآدميٍّ مُعَيَّن ، كالحقوق المالية ، والنكاح ، وغيره من العقود ، والعقوبات ،
كالقصاص ، وحدِّ القذف ، والوقف على آدميٍّ مُعَيَّن ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ؛ لأنَّ
الشهادة فيه حقٌّ لآدميٍّ ، فلا تُستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنَّها 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 الشهادة به*. وبحق آدمي غير معيّن، كوقف على الفقراء، أو مسجد أو وصية له، قال شيخنا: وعقوبة كذاب^(٢) مفتر على الناس، والمتكلم فيهم. وتقدم في التعزير كلام 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 مستحقّ 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 الشهادة به)

أي: يصح قبل الدعوى الشهادة 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 كفاءة 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 البينة 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 الشر ثم قطعه.

وذكر شيخنا أيضاً ما ذكره القاضي من احتيال الحنفية على سماع البينة من غير وجود مدعى عليه؛ فإن المشتري المقر له بالبيع قد قبض المبيع وسلم الثمن، فهو لا يدعي شيئاً، ولا يدعى عليه شيء، وإنما غرضه تثبيت الإقرار أو العقد، والمقصود سماع القاضي البينة 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 البينة 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» ٢٨/٤٢١: «احتالوا له».

الفروع القضاة المتأخرين من^(١) الشافعية والحنبلية^(٢) دخلوا مع الحنفية في ذلك؛ وسموه الخصم المسخر. وأما على أصلنا الصحيح، وأصل مالك؛ فإما أن نمنع الدعوى على غير خصم منازع، فتثبت الحقوق بالشهادات على الشهادات، كما ذكره من ذكره من أصحابنا، وإما أن نسمع الدعوى والبينة بلا خصم، كما ذكر طائفة من المالكية والشافعية، وهو مقتضى كلام الإمام أحمد وأصحابنا في مواضع؛ لأننا نسمع الدعوى والبينة على الغائب^(١) والممتنع، وكذا الحاضر في البلد، في المنصوص*، فمع عدم خصم أولى. وإنما قال: بمحضر من خصمين؛ جاز استماع الدعوى^(٣) 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 مخاطبة أحدهما للآخر أبلغ من الكتاب. وبَنَوْا ذلك على أن الحاكم يثبت عنده بالشهادة ما لم يحكم به، وأنه يُعْلَمُ به حاكماً آخر ليحكم به، كما يُعلم الفروع بشهادة الأصول. وهذا كُلُّهُ إنما يصحُّ إذا سُمعت 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: لنائب الإمام مطالبة ربِّ مالٍ باطنٍ بزكاةٍ إذا ظهر له تقصيرٌ، وفيما أوجبه، كنذر وكفارة، وجهان. وفي «الخلاف» فيمن ترك الزكاة: هي آكد؛ لأن للإمام أن يطالب بها، بخلاف الكفارة والنذر. وفي «الانتصار» في حَجْرِهِ: على مفلس الزكاة، كمسألتنا إذا ثبت وجوبها عليه، لا الكفارة^(٣). وفي

التصحيح

تنبيهان:

(٣) الأول: قوله: (وذكر أبو المعالي: لنائب الإمام مطالبة ربِّ مالٍ باطنٍ بزكاةٍ إذا ظهر له تقصيرٌ، وفيما أوجبه، كنذر وكفارة، وجهان. وفي «الخلاف» فيمن ترك الزكاة: هي آكد؛ لأن للإمام أن يطالب بها، بخلاف الكفارة والنذر. وفي «الانتصار» في حَجْرِهِ: على مفلس 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 والآدميَّ كسرقة، تُسمع الدعوى في المال، ويُحْلَفُ منكرٌ، ولو عاد إلى مالِكه أو ملكه سارقُه، لم تُسمع؛ لَتَمَحُّضِ حقِّ الله تعالى، وقال في السرقة: إن شهدت بسرقة قَبْلَ الدعوى، فأصَحُّ الوجهين: لا تُسمع، وتُسمع إن شهدت أنه أباعه^(١) فلانٌ . وفي «المغني»^(٢): كسرقة، وزناه بأَمَتِه لمهرها، تُسَمَّع، ويُقضى على ناكل بمال، وقاله ابن عقيل وغيره .

٢٥٧/٢ ولا تُقبل يمينٌ في حقِّ آدميٍّ معيَّن 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 مُهَنَّأ . 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 أولَ 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 معيَّن؛ لأنه في سياق الكلام عليه، وأما إذا كان في حقِّ الله تعالى، أو لآدميٍّ غير معيَّن، فقد قدم في أول الفصل، أنه لا يُحتاج فيه إلى دعوى، وأن

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

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

(٣) ٢١٠/١٤ .

(٤) ص ٢٦٥ .

للمدعى عليه فيه، فإنَّ دَفْعَهُ إلى هذا الوكيل وإلى غيره سواء؛ ولهذا لم
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، والوفاء وعددُ الورثة
يثبت من غير حضور المدين والمودع. ولو ادعى أنه ابتاع دار زيد الغائب،
فله أن يثبت ذلك من غير حضور مَنْ الدار في يده. وحاصله: أن كل من
عليه دَيْنٌ أو عنده عَيْنٌ، فإذا لم يُعتبر رضاه في إقباضها أو إخراجها عن
ملكه، لا يعتبر حضوره في ثبوتها؛ وعلى هذا فيجوز أن تثبت الوكالة بعلم

التصحيح

الشهادة تصح قبلها. وذكر المصنف عن «المغني» أنه قَبَلَهَا قَبْلَ الدعوى، إن لم يَعْلَمْ به. والذي
جزم به في «المغني»^(٣) - في آخر الشهادات، قَبْلَ كتاب الأقضية بيسير - أن الشهادة لآدمي معيّن لا
تُسمع إلا بعد الدعوى. ولم يُفَصِّل بين ما يَعْلَمْ به وغيره. ثم قال^(٤): فصل: ومن كانت عنده
شهادة لآدمي، لا يخلو؛ إما أن يكون عالماً بها أو غير عالم، فإن كان عالماً بها، لم يجز للشاهد
أداؤها حتى يسأله؛ لأنه حقٌّ للمشهود له، فلا يُستوفى إلا برضاه، وإن كان غير عالم بها، جاز
للشاهد أداؤها قبل طلبها. فلعل المصنف أخذ ما نقله عن «المغني» من هذا الموضع، 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 عالم بشهادة الشاهد، فيؤدي الشاهد 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 لعبد الله بن جعفر^(٢) كالدليل على ذلك، فإنه أعلم الخلفاء أنه وكيله، ولم يُشهد على ذلك، ولا أثبتتها في وجه خصم. إلى أن قال: فالتوكيل مثل الولاية، وتثبت الولاية بالشهادة على الموكّل مع حضوره في البلد، ومن هذا: كتاب الحاكم إلى الحاكم فيما حَكَم به. وفي «التعليق» و«الانتصار» وغيرهما: إذا^(٣) ادعى أن الدار التي بيد نفسه له، لم تُسمع ولا بيّنة؛ لعدم حاجته، وورود الشرع به. وجعلوه وفاقاً. قال في «الانتصار»: والخارج تُسمع بيّنته ابتداء لا على خصم، وقبّلها 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 مُنكر.

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: (وقبّلها في «التعليق»، و«الانتصار»، و«المغني» إن لم يَعْلَم به، ثم قال: وقبّلها 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، وإنّي لأكره أن أحضرها. والقحم: 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؛ لِلْخَبَرِ^(١)، وَلِلرَّدْعِ وَالزَّجْرِ، الْفُرُوعِ اخْتَارَهُ الشَّيْخُ وَغَيْرُهُ، وَجَزَمَ^(٢) أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوْزِيُّ فِي «الطَّرِيقِ الْأَقْرَبِ»، وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ، وَاسْتَشْنَى الْخَرْقِيُّ الْقَوْدَ وَالنِّكَاحَ، وَاسْتَشْنَى أَبُو بَكْرٍ النِّكَاحَ وَالطَّلَاقَ، وَقَالَ: الْغَالِبُ فِي قَوْلِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ: لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِمَا وَلَا فِي حَدِّ قَذْفٍ. وَاسْتَشْنَى أَبُو الْخَطَّابِ ذَلِكَ، وَالرَّجْعَةَ، وَالْوَلَاءَ، وَالْاِسْتِيلَادَ، وَالنَّسَبَ، وَالرَّقَّ، وَالْقَذْفَ. وَقَالَ الْقَاضِي: فِي قَوْدٍ وَطَّلَاقٍ وَقَذْفٍ رِوَايَتَانِ. وَالبَقِيَّةُ لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهَا. وَقَدَّمَ فِي «الْمَحْرَرِ» كَأَبِي الْخَطَّابِ، وَزَادَ: الْإِيلَاءَ، وَجَزَمَ بِهِ الْأَدْمِي. وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: مَا لَا يَجُوزُ بَذْلُهُ؛ وَهُوَ مَا ثَبَتَ بِشَاهِدَيْنِ، لَا يُسْتَحْلَفُ فِيهِ. وَفَسَّرَ الْقَاضِي الْاِسْتِيلَادَ بِأَنْ يَدْعِيَ اسْتِيلَادَ أُمَّةٍ، فَتُنْكَرَ. وَقَالَ شَيْخُنَا: بَلْ هِيَ الْمَدْعِيَّةُ^(٣)، وَعَنْهُ: يُسْتَحْلَفُ فِيهَا يُقْضَى

قَالَ الْمَصْنَفُ: (فَكَأَنَّهُ تَبَعَ، وَصَرَحَ فِيهَا فِي^(٣) «الْاِتِّصَارُ»: تَصَحَّحَ بِمَا ادَّعَاهُ) ثُمَّ ذَكَرَ كَلَامَ النَّصِيحِ صَاحِبِ «التَّرْغِيبِ»، فَمَا ذَكَرَهُ فِي «التَّرْغِيبِ» طَرِيقَةً، وَالْمَقْدَّمُ خِلَافُهُ.

مَسْأَلَةٌ - ٤: قَوْلُهُ: (وَفَسَّرَ الْقَاضِي الْاِسْتِيلَادَ بِأَنْ يَدْعِيَ اسْتِيلَادَ أُمَّةٍ، فَتُنْكَرَ، وَقَالَ شَيْخُنَا: بَلْ هِيَ الْمَدْعِيَّةُ) انْتَهَى. ظَاهِرُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ إِطْلَاقُ الْخِلَافِ فِي تَفْسِيرِ الْاِسْتِيلَادِ؛ فَالْقَاضِي يَقُولُ: إِنْ الْمَدْعِي هُوَ السَّيِّدُ، وَالشَّيْخُ تَقِي الدِّينِ يَقُولُ: هِيَ الْمَدْعِيَّةُ، وَهُوَ الصَّوَابُ.

الْحَاشِيَّةُ

* قَوْلُهُ: (وَيُسْتَحْلَفُ فِي كُلِّ حَقٍّ لَأَدْمِيٍّ، فِي رِوَايَةٍ؛ لِلْخَبَرِ).

وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمَدْعِيِّ وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(٤).

(١) وَهُوَ مَا رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادْعَى رِجَالُ دِمَاءٍ قَوْمَ وَأَمْوَالِهِمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمَدْعَى عَلَيْهِ». أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٤٥٥٢) وَمُسْلِمٌ (١٧١١) وَمَا ذَكَرَهُ ابْنُ قُنْدُسٍ فِي «الْحَاشِيَّةِ» هُوَ رِوَايَةُ الْبَيْهَقِيِّ.

(٢) بَعْدَهَا فِي (ر)، وَ(ط): «بِهِ».

(٣) لَيْسَتْ فِي النُّسخِ الْخَطِيَّةِ، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ (ط).

(٤) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٥٢/١٠ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

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

التصحیح مسألة ٥ - قوله: (ويستحلف في كل حقٍ لأدمي، في رواية . . . اختاره الشيخ وغيره، وجزم أبو محمد الجوزي في «الطريق الأقرب»، وقدمه ابن رزين، واستثنى الخرقِيُّ القَوْدَ والنكاحَ، واستثنى أبو بكر النكاحَ والطلاقَ . . . 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، وإيصاء 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 نفسٍ، وعنه: وطَرَف، وقيل: في كِفَالَةِ الفروع وجهان، ومتى لم يثبت القَوْدُ به، ففي الدية روايتان كقسامة^(٦٢، ٧).

(٥٨) تنبيه^(١): أطلق المصنف هنا الخلاف في اليمين في القَوْد، وقدم في باب التصحيح القسامة^(٢): أنه يحلف يميناً، فقال: (ومتى فُقِدَ اللوث، حَلَفَ المدعي يميناً، وعنه: لا يمينَ في عمد، وهي أشهر). فقدم أنه يحلف يميناً، وهذا اختاره كثيرٌ 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 يُحْلَفُ، قال: (وهي أشهر)، وهي اختيار الخرقى وغيره، وعلى كلا الأمرين؛ المصنفُ أطلق الخلاف هنا في الحلف في القَوْد، 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:

الحاشية

* قوله: (هذا المذهب).

الذي يظهر أنه راجع إلى قوله: (ويقضى 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: المذهب 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 يُقَضَّ به^(١)، ففي تخليته وحبسه لِيُقَرَّ أو يَحْلَف وجهان،

التصحيح المسألة الأولى - ٦: إذا لم يثبت القَوْد بالنكول، فهل تثبت الديةُ بذلك أم لا؟ أطلق الخلافَ، وأطلقه في «المحرر»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم:

إحدهما: لا تثبت الديةُ 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 قياسُ القسامة، وقد صححنا لزوم الدية في القسامة، فكذا هنا، وهذا الصحيح.

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

الحاشية

فتلخص أن المالَ وما مقصوده المأل، يستحلف فيه بغير خلاف؛ لأنه داخلٌ على كلِّ قولٍ. وما عداه فيه الخلافُ المذكورُ؛ فعنه: يُستحلف فيه جميعه، كما هو اختيار الشيخ وغيره، وعنه: لا يُستحلف فيه؛ لأنه لا يُقضى فيه بالنكول على المذهب، وقيل: يُستحلف إلا في القَوْد والنكاح، على قول الخرقى، وعلى قول أبي بكر: النكاح، والطلاق، وحدُّ القذف،^(٤) وعلى قول أبي الخطاب: النكاح، والطلاق، والقذف^(٥)، والرجعة، والولاء، والاستيلاء، والنسب، والرَّق.

(١) الضمير عائد على النكول.

(٢) في (ط): «والرواية الثانية».

(٣) ٢٣/١٠.

(٤-٥) ليست في (د).

كَلِيعَانَ^(٩، ٨). وفي «الترغيب» وغيره: لا يحلف شاهد ولا حاكم ولا وصي الفروع على نفي دَيْنٍ على^(١) الموصي، ومنكر وكالة وكيل. وفي «الرعاية»: لا يحلف مدعى عليه بقول مدّع: لِيَحْلِفَ أَنَّهُ مَا أَحْلَفَنِي أَنِّي لَمْ أُحْلَفْهُ. وفي «الترغيب»: ولا مدّع طلب يمين خصمه، فقال: لِيَحْلِفَ أَنَّهُ مَا أَحْلَفَنِي، في الأصح. وإن ادعى وصي وصية للفقراء، فأنكر الورثة، حُسبوا، وقيل: يُحْكَمُ بِذَلِكَ.

مسألة - ٨ - ٩: قوله: (ومتى لم يُقْضَ به، ففي تخليته وحسبه يُقَرَّرُ أو يَخْلَفُ التصحيح وجهان، كَلِيعَانَ) انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٨: إذا لم يُقْضَ عليه بالثكول، فهل يُخْلَى أو يُحْبَسُ لِيُقَرَّرَ أو يَخْلَفَ؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»: أحدهما: يُخْلَى 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 يُقَرَّرَ أو يَخْلَفَ. 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 تُقَرَّرَ أو تُلَاعِنَ، وتقدم نظير ذلك^(٣) في باب: طريق الحكم وصفته^(٤)، و^(٥) في القسامة.

(١) في الأصل: «عن».

(٢) ٢١٢/٩.

(٣-٣) ليست في الأصل و(ط).

(٤) ص ١٧٠.

(٥) ٢٣/١٠.

الفروع وَيَحْلِفُ فِي نَفْيِ وَإِثْبَاتِ عَلَى الْبَتِّ إِلَّا لِنَفْيِ فَعْلٍ غَيْرِهِ . وَفِي غَيْرِ «الْمُتَخَبِّ» - وَنَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ - أَوْ نَفْيِ دَعْوَى عَلَى غَيْرِهِ* ، فَيَكْفِيهِ نَفْيُ الْعِلْمِ ، وَعَنْهُ : يَمِينُ نَفْيٍ ، وَعَنْهُ : وَغَيْرُهَا 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 بَتٌّ عَلَى فَعْلِهِ ، وَنَفْيٌ عَلَى فَعْلٍ غَيْرِهِ* . وَعَبْدُهُ كَأَجْنَبِيٍّ ، فَأَمَّا بِهِيمَتُهُ فَمَا يَنْسَبُ إِلَى تَفْرِيطٍ وَتَقْصِيرٍ ، فَعَلَى الْبَتِّ ، 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 الْفَأْ ، فَأَقْرَّ لَهُ بِشَيْءٍ ، فَانْكَرَ الدَّعْوَى ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ، فَإِنْ يَمِينُهُ عَلَى النَفْيِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ فِي «شَرْحِ الْخُرْقِيِّ» .

* قَوْلُهُ : (وَنَفْيٌ عَلَى فَعْلٍ غَيْرِهِ) .

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

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

وَتُجْزَى الْيَمِينُ بِاللَّهِ وَحْدَهُ، وَلِلْحَاكِمِ تَغْلِيظُهَا فِيمَا لَهُ خَطَرٌ، كَجَنَائَةٍ، الْفُرُوعِ وَعَتَقٌ، وَطَلَاقٌ، وَنَصَابٌ زَكَاةٌ، وَقِيلَ: نَصَابٌ سَرَقَةٌ، بَزْمَنْ^(١) أَوْ مَكَانٌ أَوْ لَفْظٌ، وَقِيلَ: يُكْرَهُ. وَفِي «التَّبَصُّرَةِ» رَوَايَةٌ: لَا يَجُوزُ. اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْحُلَوَانِيُّ، وَنَصَرَ الْقَاضِي وَجْمَاعَةٌ: لَا^(٢) تُغْلَظُ؛ لِأَنَّهَا حُجَّةٌ أَحَدُهُمَا*، فَوُجِبَتْ مَوْضِعَ الدَّعْوَى*، كَالْبَيِّنَةِ. وَعَنْهُ: يُسْتَحَبُّ، وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ فِي أَهْلِ الذِّمَّةِ.

فَالزَّمْنُ بَعْدَ الْعَصْرِ أَوْ بَيْنَ أَذَانٍ وَإِقَامَةٍ.

وَالْمَكَانُ بِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ، وَبِالْقُدْسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ. وَقَالَ شَيْخُنَا: عِنْدَ الْمَنْبَرِ، كَبَقِيَةِ الْبِلَادِ. وَفِي «الْوَاضِحِ»: هَلْ يَرْقَى مَتَلَاعِنَانِ الْمَنْبَرِ؟ الْجَوَازُ وَعَدْمُهُ. وَقِيلَ: إِنْ قَلَّ النَّاسُ، لَمْ يَجْزُ. وَذَكَرَ أَبُو الْفَرَجِ: يَرْقِيَانِهِ. وَفِي «الْإِنْتِصَارِ»: يُشْتَرَطُ، وَقِيَامُهُ عَلَيْهِ، وَالذِّمِّيُّ بِمَوْضِعٍ يَعْظُمُهُ. وَفِي «الْوَاضِحِ»: فِي لَعَانٍ، وَزَمَانٌ كَسَبَتْ وَأَحَدٌ. وَاللَّفْظُ: بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ عَالَمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ. وَالْيَهُودِيُّ: بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى. وَالنَّصْرَانِيُّ: بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى. وَالْمَجُوسِيُّ: بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَهُ وَصَوَّرَهُ وَرَزَقَهُ، وَنَحْوِ ذَلِكَ.

التصحيح

الحاشية

* قوله: (ونصر القاضي وجماعة: تُغْلَظُ؛ لأنها حجة أحدهما).

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

* قوله: (فوجب موضع الدعوى)

فعلى 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)، وتنتظر حاشية ابن قندس.

الفروع

ومن أبى التغليظ، لم يكن ناكلاً .

ولا يُحْلَفُ بطلاق، ذكره شيخنا وفاقاً، وابنُ عبد البر إجماعاً . قال في
 «الأحكام السلطانية»: للوالي إحنافُ المتهم^(١)؛ استبراء وتغليظاً في
 الكشف، في حقَّ الله تعالى، وحقَّ آدمي، وتحليفه بطلاق، وعتق، وصدقة،
 ونحوه، وسماعُ شهادة أهلِ المهنِ إذا كُثِّروا . وليس للقاضي ذلك، ولا
 إحنافُ أحدٍ إلا بالله، ولا على غير حق .

التصحیح

الحاشية

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

الفروع

باب تعارض البيئتين

إذا تداعيا عينا، فمن أقام بيئته، حُكِمَ له، نقل الأثرُ: ظاهرُ الأحاديث: اليمينُ على مَنْ أنكرَ، فإذا جاء بالبيئة، فلا يمين عليه، وكذا في «التعليق». وفيه أيضاً - وقاله غيره - : لا تسمعُ بيئته مدعى عليه؛ لعدم حاجته، كما لو أقرَّ، لم تسمعُ بيئته مدع. وفي «الانتصار»: لا تُسمع إلا/ بيئته مدع باتفاقنا، ٢٥٨/٢ وفيه: وقد ثبت في جَنَبة منكر، وهو: إذا ادَّعى عليه عينا بيده، فيقيم بيئته بأنها ملكه، وإنما لم يصحَّ أن يقيمها في الدين؛ لعدم إحاطتها به، ولهذا لو ادَّعى أنه قتلَ وليه ببغداد يوم الجمعة، فأقام بيئته أنه كان فيه بالكوفة؛ صحَّ، ^(١) وبرئ منه ^(٢).

وفي «المغني» ^(٣): إن كان لمنكر وحده بيئته، سُمِعَتْ، ويحتملُ أن يحلف معها، وفي «الترغيب»: لا تسمعُ مع عدم بيئته مدع، للتسجيل، ولا لدفع اليمين، وكذا إن أقامها مدع ولم تعدل، وفيه احتمال. قال: ولو لم يكن للمنكر بيئته حاضرة، فرفعنا يده فجاءت بيئته، فإن ادَّعى ملكاً مطلقاً، فبيئته خارج، وإن ادَّعاه مستنداً إلى قبل رفع يده، فبيئته داخل، والمراد: فيمن يقدم بيئته الداخل، يقدمها وينقض الحكم ببيئته ^(٤) الخارج*، والمراد: إن

التصحيح

الحاشية

* قوله: (فمن يقدم بيئته الداخل يقدمها، وينقض الحكم ببيئته الخارج) إلى آخره.

قال في «المغني» ^(٤) في آخر مسألة: لو ادَّعى دابة في يد غيره: وإذا ادَّعى زيد شاة في يد عمرو، وأقام بها بيئته، فحكم له بها حاكم، ثم ادَّعاه عمرو على زيد، وأقام بها بيئته، فإن قلنا: بيئته

(١-١) ليست في الأصل.

(٢) ٢٨٢/١٤.

(٣) في (ط): «بيئته».

(٤) ٢٨٣/١٤.

الفروع كان يرى تقديمها عند التعارض؛ لأنه إنما حكم بناء على عدم بينة داخل، فقد تبين استناد ما يمنع من الحكم إلى إحالة^(١) الحكم، وهذا الأشهر للشافعية، ويأتي قول بعض أصحابنا: أقيمت بينة منكر بعد زوال يده أولاً، وظاهره: ولو كان الحاكم ببينة الخارج يرى تقديم بينة الداخل؛ بناء على أن المانع لم يستند إلى حالة الحكم، كرجوع الشاهد، والأول أظهر، وسبق نظيرها في بيع الولي مال موليه^(٢).

التصحيح

الحاشية

الخارج مقدّمة، لم تسمع بينة عمرو؛ لأن بينة زيد مقدّمة عليها، وإن قلنا: بينة الداخل مقدّمة، نظرنا في الحكم كيف وقع؟ فإن كان حكم بها لزيد؛ لأن عمراً لا بينة له، رُدّت إلى عمرو؛ لأنه قد قامت له بينة، واليد كاث له، وإن كان حكم بها لزيد؛ لأنه يرى تقديم بينة الخارج، لم ينقض حكمه؛ لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه. وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً، وردّها الحاكم؛ لفسقها، ثم عدلت، لم ينقض الحكم أيضاً؛ لأن الفاسق إذا رُدّت شهادته لفسقه، ثم أعادها، لم تقبل، وإن لم يعلم الحاكم^(٣) كيف كان؟ لم ينقض؛ لأنه حكم حاكم، الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة، فلا ينقض بالاحتمال، فإن جاء ثالث، فأدعاها، وأقام بها بينة، فبينته وبينه زيد متعارضتان، ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينة^(٤)؛ لأنها قد شهدت مرة، وهما سواء في الشهادة حال التنازع، فلم يحتج إلى إعادتها؛ كالبينة إذا شهدت، ووقف الحكم على البحث عن حالها، ثم بانّت عدالتها، فإنها تقبل، ويحكم بها من غير إعادة شهادتها، كذا هنا.

ومسألة: إذا لم يعلم، هل كان الحكم ببينة الخارج، يعلم ببينة الداخل أم لا؟ فقد ذكرها المصنّف في أواخر باب أدب القاضي^(٥)، وأنه لا ينقض الحكم، نقله عن الشيخ، ووجه المصنّف فيه وجهاً، وقد ذكروا إذا حكم الحاكم بشهادة الفساق؛ لعدم العلم بذلك، ثم تبين فسقهم؛ هل

(١) في (ط)، و(ر): «حالة».

(٢) ٧/ بعد المسألة ١١.

(٣) في (د): «الحكم».

(٤) في (د): «بينته».

(٥) ص ١٥٦.

وإن أقاما بيئتين، وهي بيد أحدهما، أقيمت بيئته منكر بعد زوال يده الفروع أولاً، فالمذهب: يحكمُ بها للمدعي، قال أحمد: البيئته للمدعي، ليس لصاحب الدار بيئته*، قال في «الانتصار»، وغيره: كما لا تسمعُ بيئته منكر أولاً، وجزمَ به في «الترغيب» وغيره، وعنه: عكسه، اختاره أبو محمد الجوزي، وعنه: إن اختصت بيئته بسبب الملك، أو سبقه، وعنه: يحكمُ بها للمدعي، إن اختصت بيئته بسبب، أو سبق، وعليهما: يكفي سبب مطلق، وعنه: تعتبر إفادته للسبق.

وإن أقام كلُّ منهما بيئته أنها نتجت في ملكه، تعارضتا، وقدم في «الإرشاد»^(١) بيئته مدع. وإن أقام كلُّ منهما بيئته، أنه اشتراها من الآخر، فقليل: تقدم بيئته خارج، واختار القاضي عكسه، وقيل: بتعارضهما^(٢).

مسألة ١- قوله: (وإن أقام كلُّ منهما^(٢) بيئته، أنه اشتراها من الآخر، فقليل: تقدم التصحيح بيئته خارج، واختار القاضي عكسه، وقيل بتعارضهما). انتهى.

وأطلقهما في «المحرر»، و«النظم»:

أحدهما: تقدم بيئته الخارج، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والقول الثاني: تقدم بيئته الداخل، عكس الذي قبله، اختاره القاضي، وقاله الشيخ

ينقض الحكم؟ فيه روايتان؛ فإن قلنا: لا ينقض، فعدم النقص ببينة الخارج بعد الحكم ببينة الداخل أولى.

* قوله: (قال أحمد: البيئته للمدعي، ليس لصاحب الدار بيئته)

سئل أحمد: عمن بيده بيئته^(٣) دار، وأدعي عليه، وأقام كل واحد بيئته؟ فقال: البيئته للمدعي، ليس بيئته الذي بيده الدار بشيء.

(١) ص ٤٨٨.

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

(٣) ليست في (د).

الفروع وإن أقام بينة أنها ملكه، والآخر أنه اشتراها منه، قُدمت الثانية، ولم تُرفع يده*، كقوله: أبرأني* من الدين.

أمّا لو قال: لي بينة غائبة، طُلبَ بالتَّسليم؛ لأنَّ تأخيرَه يطولُ. وإن أقاما بينتين، والعين بيديهما، تعارضتا، وكانا كمن لا بينة لهما، كما تقدّم، اختاره الأكثر. ونصرَ في «عيون المسائل»: يستهman على مَنْ يحلف، وتكونُ العينُ له، ونقله صالح، وعنه: يستعملان، فتقسم^(١) بينهما.

التصحيح الموفق، والشارح، وابنُ رزِين في «شرحِه»، وابنُ منجّا، وقُدّمه في «الرّعايتين»، وجزَم به في «الوجيز»، و«تسهيل الحلواني»، قاله في «تصحيح المحرّر». والقول الثالث: يتعارضان.

الحاشية * قوله: (ولم تُرفع يده)

يعني: إذا كانت العين في يد الذي أقام بينة بالشراء، فإنها تقرُّ في يده، ولا تؤخذ منه؛ لأنَّه قد حكم بأنَّ بينتَه مقدّمة، بخلاف الحكم في مسألة الدّاخل والخارج، فإنَّ اليدَ ترفعُ فيها؛ لأنَّ صاحب اليد هو الدّاخل، وقد عرف أنَّ بينة الخارج مقدّمة، وأمّا في هذه المسألة، فإنَّ بينة المشتري مقدّمة، سواء كان داخلاً، مثل: أن تكونَ العينُ في يده، أو كان خارجاً، مثل: أن تكونَ العينُ في يد مَنْ أقام بينة الملك. وعبارة «المحرّر»: قُدمت بينتُه داخلاً كان أو خارجاً. فقول المصنّف: (ولم تُرفع يده) هو بمنزلة قول «المحرّر»: داخلاً.

* قوله: (كقوله: أبرأني)

لم أظفر بهذه العبارة في غير هذا الموضع، ويحتملُ أن مراده: أنّه لو ادّعى عليه بدين، وأقام المدّعي بينة بذلك، فأقام المدّعى عليه بينة أنّه أبرأه منه، تقدّم بينة المدّعى عليه؛ لأنَّ بينة المدّعى عليه بينة معها زيادة علم، وهو الإبراء، خفي على بينة المدّعي. كذلك المسألة التي قبلها، إذا شهدت^(٢) إحداهما أنها ملكه، وشهدت بينة الآخر أنه اشتراها منه، تقدّم الثانية؛ لأنَّ معها زيادة علم وهو الشراء، والله أعلم.

(١) بعدها في (ر): «العين».

(٢) في (ق): «شهد».

وذكرهما في «الوسيلة» في العين بيد أحدهما، وعنه: يستعملان، فيقرع، فمن قرع، أخذها، فعلها وعلى التي قبلها، هل يحلف كل منهما للآخر؟ فيه الفروع روايتان*(٢م).

مسألة - ٢: قوله: وفي حكم التعارض: (فعلها وعلى التي قبلها؛ هل يحلف كل التصحيح منهما للآخر؟ فيه روايتان) انتهى.

قال شيخنا في «حواشي الفروع»: أمّا على رواية القرعة، فلا يظهر حلف كل واحد منهما للآخر؛ بل الذي يحلف، هو الذي خرجت له القرعة، وهكذا ذكره في «المقنع»^(١)، و«الكافي»^(٢)، و«المحرر»، و«الرعاية»، فلعل في كلام المصنف وهما. انتهى. وما قال ظاهر،^(٣) ويظهر أن هنا نقصاً، وتقديره: فعلها لا يحلف أحد، وعلى التي قبلها، محل الخلاف، فالنقص: لا يحلف أحد^(٤). إذا علم هذا، فيبقى محل الخلاف المطلق على^(٥) كلام المصنف على رواية الاستعمال مع قسمها بينهما، لا غير. ففي هذه المسألة؛ هل يحلف كل واحد منهما للآخر أم لا؟ أطلق الخلاف:

* قوله: (فعلها وعلى التي قبلها؛ هل يحلف كل منهما للآخر؟ فيه روايتان)

الحاشية

أمّا حلف كل واحد منهما للآخر على الرواية التي قبلها، وهي رواية كونها تُقسم بينهما، فظاهر؛ لأن كل واحد يأخذ نصفها، فيحلف على النصف الذي يأخذ. قال في «الرعاية»: تعارضتنا، وسقطتنا، فصارا كمن لا بينة لهما، وعنه: تُقسم بينهما إن أمكن بلا يمين. وعنه: يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به، وعنه: من قرع وحلف - في رواية أنها له - أخذها إن أمكن، وقيل: لا يشرع قرعة فيما بأيديهما. وأمّا على رواية القرعة فلا يظهر حلف كل واحد منهما للآخر، والذي يحلف: هو الذي تخرج له القرعة؛ لأنه يأخذها، فيحلف أنها له، وهكذا ذكرها في «المقنع»^(١)، و«الكافي»^(٢)، و«المحرر»، وكلام «الرعاية» المتقدم. وهذا يرد ظاهر كلام المصنف؛ أنه يحلف كل واحد منهما للآخر. فلعل كلام المصنف وهم، ويأتي في باطن هذه الورقة شيء يتعلق بكلام «الرعاية» المذكور في هذه الحاشية.

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩٠/٢٩.

(٢) ١٥٧/٦.

(٣-٣) ليست في (ج).

(٤) في (ط): «في».

الفروع ولا يرجح أكثرهما عدداً . وفيه تخريج كالرواية . ولا رجُلان على رجل وامرأتين، أو^(١) شاهدان على شاهد ويمين، وفيهما وجه . ولا أعدلهما . نص عليه، وفيه رواية اختارها ابن أبي موسى، وأبو الخطّاب، وأبو محمد الجوزي، وقال: يتخرج منه الترجيح^(٢) بالعدد .

وإن شهدت بينة بالملك، وبينة به وبسببه، أو بالملك، منذ سنة، وبينة منذ شهر، ولم تقل: اشتراه منه - فسواء، وعنه: يقدم بسبب وسبق، ونصره القاضي وأصحابه في السبق، وقطع به في «الوسيلة» - في العين بيد ثالث، ووجه في «المغني»^(٣): تقديم بينة التاج ونحوه، ثم قال: وهو قول القاضي في العين بيد ثالث، وعنه: بسبب مفيد للسبق، كالتاج، فعليهما المؤقتة والمطلقة سواء، وقيل: تقدم المطلقة، وفي «مختصر ابن رزين» تقدم المؤقتة. وفي كتاب الأدمي: تقدم ذات السبين على ذات السبب، وشهود العين على الإقرار .

ولو كانت شهدت بينة بالملك، وبينة باليد، قدمت بينة الملك، بلا

التصحيح إحداهما: لا يحلف كل واحد منهما للآخر، وهو الصحيح، وبه قطع في «المحرر»، و«الوجيز»، و«القواعد الفقهية» وغيرهم . وصححه في «المغني»^(٤) وغيره . وقدمه في «المقنع»^(٥)، و«الرعاية» في موضع . والرواية الثانية: يحلف، اختاره الخرفي .

الحاشية

(١) في (ر): «و» .

(٢) بعدما في (ط): «بكثرة» .

(٣) ٢٨٧/١٤

(٤) ٢٨٦/١٤

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢٥/٢٩ .

خلاف، قال في «الانتصار»: وإن شهدت بينة باليد من سنة، وبينة من الفروع ستين، فكمسألة الخلاف؛ لأن اليد دليل الملك. وإن أقام بينة بشرائه من زيد، وهي ملكه، والآخر بينة بشرائه من عمرو، وهي ملكه، ولم يؤرّخا، تعارضتا، وإن أقاما بينتين، والعين بيد ثالث مقرّ لهما، أو لأحدهما - لا بعينه - أو ليست بيد أحد، فروايات التعارض.

وفي «الترغيب»: إن تكاذبا، فلم يمكن الجمع، فلا، كشهادة بينة بقتل في وقت بعينه، وأخرى بالحياة فيه. ونقل جماعة القرعة هنا، والقسمة فيما بيدهما، واختاره جماعة؛ وفي «عيون المسائل»: إن تداعيا عينا بيد ثالث، وأقام كل واحد البينة أنها له، سقطتا واستهما على من يحلف، وتكون العين له.

والثانية: يقف الحكم حتى يأتي بأمر بين، قال: لأن إحداهما كاذبة، فسقطتا. كما لو ادّعى زوجة امرأة، وأقام كل واحد البينة، وليست بيد أحدهما، فإنهما يسقطان، كذا هنا. قال غيره: وكذا الروايات إن أنكرهما، ثم إن أقر لأحدهما بعينه قبل إقامتهما، فهو كداخل، والآخر كخارج، وكذا بعد إقامتهما، وعلى روايتي استعمالهما، إقراره باطل، فإن ادّعاها أحدهما، والآخر نصفها، فلمدّعي كلّها نصف، والآخر للثالث يمينه. وعلى استعمالهما يقتسمانه، أو يقترعان. فلو كانت بيدهما، فهي لمدّعي كلّها، إن قدمنا بينة خارج، وإلا بينهما.

وإن أقام كل واحد بينة بشرائها من زيد بكذا، وقيل: أو لم يقل، وهي

الفروع ملكه، بل تحت يده وقت البيع*، فاتحد تاريخُهما، تعارضتا، فعلى القسمة: يتحالفان، ويرجع كل واحد على زيد بنصف الثمن، وله الفسخ،

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن أقام كل واحد منهما^(١) بينةً بشرائها من زيد بكذا، وقيل: أو لم يقل: وهي ملكه، بل تحت يده وقت البيع) إلى آخره .

قال في «الكافي»^(٢): إذا كانت في يد زيد دار، فادعى آخر أنه ابتاعها من غيره، وهي ملكه، وأقام بذلك بينة، حُكم له بها؛ لأنه ابتاعها من مالها . وإن شهدت أنه باعها إياها، وسَلَمها إليه، حُكم له بها؛ لأنه لم يُسَلَمها إليه إلا وهي في يده، وإن لم يذكر الملك ولا التسليم، لم يحكم بها؛ لأنه لم^(١) يمكن أن يبيعه ما لا يملكه، فلا تُزال يد صاحب اليد . وقال معنى ذلك في «شرح المقنع الكبير»^(٣)، وقال في «المقنع»^(٣): وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد، لم تسمع البينة على ذلك، حتى يقول: وهي ملكه، وتشهد البينة به، فظاهر «المقنع»: أن الشهادة بالتسليم فقط لا / يحكم له بها بمجردِها، بل لا بد من الشهادة بالملك . وظاهر «الكافي»^(٢) ومن وافقه: أن الشهادة بالتسليم كافية في الحكم له بها، والمصنّف هنا ذكر الخلاف في هذه المسألة بقوله: (وقيل: أو لم يقل: وهي ملكه)، فظاهره: أن المقدم اشتراط الشهادة بالملك، كما هو ظاهر «المقنع» . القول الثاني موافق لما في «الكافي»، و«الشرح» .

٢٤٦

واعلم: أن هذه المسألة مفروضة فيما إذا كانت العين في يد غير البائع، كما حقّق في «الكافي»^(٢) وغيره . ثم اعلم: أن ما صحّحه المصنّف، وقدمه في «المحرر»: أنه يشترط في الشهادة ذكر شروط المشهود به في البيع، ونحوه، أنه لا بد في الشهادة من ذكر الملك، أو الإذن من المالك، سواء كانت العين في يد البائع، أو غيره؛ لأن ذلك من شروط صحة العقد، وأمّا على اختيار الشيخ موفق الدين: أنه لا يشترط ذكر شروطه، فذلك فيما إذا لم تكن العين في يد ثالث، بل كانت في يد البائع، أو المشتري . أمّا إذا كانت في يد الغير، وادعى بها أنها اشترت من غيره، وادّعاها لنفسه، وشهدت بينة أن المدعي اشتراها من الغير، فلا بد أن تشهد بالملك، أو التسليم .

(١) ليست في (د) .

(٢) ١٦١/٦ .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧٩/٢٩ .

فإن فسخ، فبكله، وإن فسخ أحدهما، فلآخر أخذ كلها. وفي «المغني»^(١): الفروع
 إلا أن يكون حكم له بنصفها ونصف الثمن. وإن أقرعنا، فهي لمن قرع.
 وإن سقطتا، فكما سبق، وإن سبق تاريخ أحدهما، فهي له، وللثاني الثمن.
 وإن أطلقتا، أو إحداهما، تعارضتا في الملك إذن لا في الشراء؛ لجواز
 تعدده. وإن ادعاهما زيد لنفسه إذن قبل، إن سقطتا، فيحلف يمينا، وقيل:
 يمينين. وإلا عمل بهما بقرعة، أو يقسم لكل واحد نصفها بنصف الثمن.
 وإن ادعيا ثمن عين بيد ثالث، كل منهما أنه باعها له بثمن سمّاه، فمن
 صدقه، أو أقام بينة، أخذ ما ادعاه، وإلا حلف، وإن أقاما بينتين وهو منكّر،
 فاتحد تاريخهما، فروايات التعارض، وإلا عمل بهما، وقيل: إن لم
 يؤرخا/ أو إحداهما، تعارضتا.

٢٥٩/٢

وإن قال أحدهما: غصبنيها، وقال الآخر: ملكنيها، أو أقر لي بها،
 وأقاما بينتين، فهي للمغصوب منه، ولا يغرم الثالث للآخر شيئا.
 وإن ادعى أنه أجره البيت^(٢) بعشرة، فقال المستأجر: بل كل الدار،
 فقليل: تقدّم بينة مستأجر؛ للزيادة، وقيل: تعارضتا، ولا قسمة هنا^(٣).
 ومن ادعى أن زيدا باعه، أو وهبه عبده، وادعى آخر بمثله، أو ادعى
 العبد العتق، وعلم الأسبق، صح، وإلا فروايات التعارض، وعنه: تقدّم بينة

مسألة - ٣: قوله: (وإن ادعى أنه أجره البيت بعشرة، فقال المستأجر: بل كل الدار، فقليل: تقدّم بينة مستأجر للزيادة، وقيل: تعارضتا، ولا قسمة هنا) انتهى / :
 أحدهما: تقدّم بينة المستأجر للزيادة، قلت: وهو قوي.

٢٥٣

الحاشية

(١) ٢٩٨/١٤

(٢) في هامش (ر): «بيتاً من الدار».

الفروع عتقه؛ لإمكان الجمع، وإن كان العبد بيد نفسه، أو يد أحدهما، فعنه: كذلك؛ للعلم بمستند اليد، وعنه: يَنْبني على الدَّاخل والخارج^(٤م).

وإن أقام واحد بينة أنه ملكه، وآخر بينة أنه اشتراه منه، أو وقفه عليه، أو أعتقه، قدّمت الثانية.

ومن ادّعى داراً بيده، فأقام زيد بينة أنه اشتراها من عمرو حين كانت ملكه، وسلّمها إليه، فهي لزيد، وإلا فلا. ومثلها^(١) دعوى وقفها عليه من عمرو، وهبتها له منه.

وإن ادّعى رقّ بالغ ولا بينة، فصدّقهما، فهو لهما، وإن صدّق أحدهما، فهو له كمدّع واحد، وفيه رواية، ذكرها القاضي وجماعة، وعنه: لا يصحّ إقراره؛ لأنه متّهم، نصره القاضي وأصحابه، وإن جحد، قبل قوله،

التصحيح والقول الثاني: يتعارضان، وهو الصحيح على المصطلح، قدّمه في «المغني»^(٢)، و«الشرح»^(٣)، و«شرح ابن رزين»، و«الرعاية»، وغيرهم. والذي يظهر: أن القول الأول أقوى من هذا.

مسألة - ٤: قوله: (وإن كان العبد بيد نفسه أو يد أحدهما، فعنه: كذلك؛ للعلم بمستند اليد، وعنه: يَنْبني على الدَّاخل، والخارج) انتهى:

الرواية الأولى: هي الصحيحة، اختارها أبوبكر وغيره، وقدّمها في «المحرر» وغيره.

والرواية الثانية: لم أطلع على من اختارها.

الحاشية

(١) في (ط): «مثله».

(٢) ٣٢٩/١٤.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠٣/٢٩.

الفروع

وحكي: لا، وإن أقامًا بينتين، تعارضتا.

ثُمَّ إن أقرَّ لأحدهما، لم يرجَّح به على رواية استعمالهما، وظاهر «المنتخب»: مطلقاً؛ ^(١) «لأنَّه إن كان حرّاً لم يصحَّ إقراره بالعبودية*»، وإن كان مملوكاً، فلا يد له على نفسه ^(٢) «وإن أقام بينة برقه، وأقام بينة بحرّيته، تعارضتا، وقيل: تُقدّم بينة الحرية، وقيل: عكسه. وإن قال لعبده: متى قُتِلْتُ ^(٣) فأنت حرٌّ، فادعاه ^(٤) العبد، قُبِلَ بينة. وإن أقامًا بينتين، فنصّه: تُقدّم بينته ^(٥)»، وقيل بتعارضهما ^(٦).

مسألة - ٥: قوله: (وإن قال لعبده: متى قُتِلْتُ، فأنت حرٌّ، فادعاه العبد، قُبِلَ بينة، التصحيح وإن أقامًا بينتين، فنصّه: تُقدّم بينته، وقيل بتعارضهما) انتهى.

المنصوص: هو الصحيح من المذهب، صحّحه في «التصحيح»، و«النظم»، وجزم به في «الوجيز»، والأدمي في «منتخبه»، و«منوره»، وقَدّمه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم.

والقول الثاني: يتعارضان، وهما احتمالان مطلقان في «الهداية»، و«الخلاصة». ووجهان في غيرهما، وأطلقهما أيضاً في «المذهب»، و«المستوعب»، و«المقنع» ^(٥)، و«الشرح» ^(٥)، و«شرح ابن منجّا»، وغيرهم.

الحاشية

* قوله: (لأنَّه إن كان حرّاً، لم يصحَّ إقراره بالعبودية)

يعني: أن الذي يصحَّ إقرار الشخص به، هو الذي تكونُ يده عليه، والإنسان ليس له يدٌ على نفسه، فلا يصحَّ إقراره عليها ^(٦) بالعبودية.

(١-١) ليست في الأصل.

(٢) في الأصل: «قبلت».

(٣) في الأصل: «فادعاه».

(٤) في (ط): «بينة العبد».

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٩/٢٠٥.

(٦) في (ق): «عليه».

الفروع وإن قال: إن مت في المحرم، فسالم حر، وإن مت في صفر، فغانم، وجُهل وقته، رقًا . وإن علم موته في أحدهما، أقرع، وقيل: يعمل فيهما* بأصل الحياة . وإن قال: إن مت من مرضي هذا، فسالم . وإن برئت، فغانم. وجُهل: ممّ مات؟ فقيل^(١): برقهما، وقيل: بالقرعة، وقيل: يعتق^(٢) سالم، وقيل: غانم^(٣) .

ولو أبدل: من مرضي، بقوله: في مرضي، أقرع، وقيل: يعتق سالم،

التصحیح مسألة - ٦: قوله: (فإن قال: إن مت من مرضي هذا، فسالم، وإن برئت، فغانم، وجُهل: ممّ مات؟ فقيل: برقهما، وقيل: بالقرعة، وقيل: يعتق^(٣) سالم، وقيل: غانم) انتهى:

أحدها: يرقان؛ لاحتمال موته في المرض بحادث، قدّمه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، وفيه ضعف . والقول الثاني: يقتّرعان؛ إذ الأصل عدم الحادث، قلت: وهو أقوى من الذي قبله، وقدّمه في «المغني»^(٤) .

والقول الثالث: يعتق سالم؛ لأن الأصل دوام المرض، وهو الصواب . وأطلقها في «القواعد» .

والقول الرابع: يعتق غانم . والذي يظهر: أن هذا القول أضعفها . والله أعلم .

الحاشية * قوله: (فيهما)

أي: في الشَّهْرَيْنِ المذكورين، وهما: المحرم، وصفر، فعلى هذا: يحكم أنه مات في صفر؛ لأن الأصل الحياة في المحرم . وقال في «المحرر»: ويحتمل أن يعتق من شرطه صفر؛ لأن الأصل بقاء الحياة، فذكر القول احتمالاً، ويُنَّ أن على هذا يعتق من شرطه صفر .

(١) بعدها في (ط): «يحكم» .

(٢) في (ر): «يعتق» .

(٣) في النسخ الخطية: «يعتق»، والمثبت من عبارة «الفروع» .

(٤) ٣٠٣/١٤

وقيل: غانم، وإن أقام كل واحد بينة بموجب عتقه في الصُّورِ الثلاث، الفروع فكذلك؛ للتعارض والتقديم*.

وفي «التَّغْيِب»: في: إن مَثُ مِنْ مَرَضِي، رَقًا، وجهًا واحدًا، يعني: لتكادُبهما على كلامه^(١) المتقدم. وإن شهد على مَيِّت بينة، لا ترثه، بعثت سالم في مرضه، وهو ثلث ماله، وبينه وارثة بعثت غانم، وهو كذلك، وأجيز الثلث*، فكأجنبيتين؛ يعتق أسبقهما على الأصح. فإن سبقت الأجنبية، فكذبتها الوارثة، أو سبقتها الوارثة - وهي فاسقة - عتقا. وإن جهل أسبقهما، عتق واحدًا بقرعة، وقيل: يعتق نصفهما، كدلالة كلامه على تبعيض الحرية فيهما، نحو: أغتقوا إن خرج من الثلث، وإلا ما عتق.

وتدبير مع تنجيز، كآخر تنجيزين مع أسبقهما، وإن شهدت بينة كل عبد بالوصية بعتقه، ورَّخت أو لا، فكما لو جهل أسبق تنجيزين، فإن كانت الوارثة فاسقة، عتق سالم، ويعتق غانم بقرعة، أو نصفه على الوجه

التصحيح

فهذه ست مسائل.

* قوله: (وإن أقام كل واحد بينة بموجب عتقه في الصُّورِ الثلاث، فكذلك؛ للتعارض والتقديم)

كذا في النسخ، ولعله: للتعارض. وعنه: التقديم بالقرعة. قال في «المحرر»: وإن أقام كل واحد بينة بموجب عتقه، تعارضتا، وكانا كمن لا بينة لهما في رواية، أو يقرع بينهما في أخرى، والظاهر أن رواية القرعة هي الرواية التي تستعمل البينة فيها عند التعارض؛ لأن لنا رواية عند التعارض أنها لا تسقط، وتستعمل بالقرعة. انتهى. وأمَّا الصُّورُ الثلاث: فالأولى: إن مَثُ في المحرم. والثانية: إن مَثُ مِنْ مَرَضِي. والثالثة: إن مَثُ في مرضي.

* قوله: (وأجيز الثلث)

أي: الثلث الزائد على الثلث الذي يملك التصرف فيه؛ لأن المجموع ثلاثان.

(١) ليست في الأصل.

الفروع المذكور. وإن كذبت الأجنبية، انتكس الحكم، فإن كانت فاسقةً مكذبةً، أو فاسقةً، وشهدت برجوعه عن عتق سالم، عتقًا، ولو شهدت برجوعه، ولا فسق، ولا تكذيب، عتق غانم فقط، كأجنبية. فلو كان في هذه الصورة غانم سدس ماله، عتقًا، ولم تقبل شهادتهما، وقبلها أبو بكر بالعتق لا الرجوع، فيعتق نصف سالم، ويقرّع بين بقيته والآخر، وخبر واردة عادلة، كفاسقة.

ومن مات عن ابنين: مسلم وكافر، فادّعى كلُّ منهما أنه مات على دينه، فإن عُرف أصله^(١) قبل قول مدّعيه، وإن لم يُعرف، فميراثه للكافر، إن اعترف المسلم بأخوته، وإلا فينهما، وعنه: بينهما، اعترف أو لا، وقيل: بالقرعة، وللمسلم، وبالوقف*. وقال القاضي: إن كانت التركة بيديهما، تحالفا، وقسمت بينهما. وهو سهو؛ لاعترافهما أنه وارث^(٢). وفي «مختصر ابن رزين»: إن عرف، ولا بينة، فقول مدّع، وقيل: يقرّع، أو يوقف. وإن قالت بينة: نعرفه مسلماً، أو: مات مسلماً، وبينه عكسها، ولم يؤرخا المعرفة، فإن عرف أصل دينه، قدمت البينة الناقلة. وإلا فروايات التعارض، اختاره القاضي وجماعة، واختاره في «المغني»^(٣): ولو اتفق تاريخهما، وهو ظاهر «المنتخب»، وعنه: تقدّم بينة الإسلام، واختاره في «الخرقي»، و«الكافي»^(٤) في الصورة الأولى، وفي الثانية: التعارض، وقيل

التصحيح

الحاشية * قوله: (وقيل: بالقرعة، وللمسلم، وبالوقف)

الظاهر: أن التقدير: وقيل بالقرعة، وقيل: للمسلم، وقيل: بالوقف.

(١) في الأصل: «أصل».

(٢) في (ط) و(ر): (إرث).

(٣) ٣٢٤/١٤.

(٤) ١٦٨/٦.

به مطلقاً، كما لو قالت بينة: مات ناطقاً بكلمة الإسلام، وبينت عكسها، الفروع ويصلى عليه، تغليباً له مع الاشتباه. قال القاضي: ويدفن معنا. وقال ابن عقيل: وحده. وإن كان بدل الابن الكافر أبوان كافرين، أو بدل المسلم أخ وزوجة مسلمان، كانا كهو مع الآخر فيما تقدم*، وذكر الشيخ ظاهر المذهب: يقبل قول الأبوين، كمعرفة أصل دينه، ومتى نصّفنا المال، فنصفه للأبوين على ثلاثة، ونصفه للزوجة والأخ على أربعة. ومن ادّعى تقدم إسلامه موت موروثه، أو قسم تركته، وقلنا: يرث، قبل بينة، أو بتصديق وارث.

وإن قال: أسلمت في محرم، ومات في صفر، وقال الوارث: مات قبل محرم، ورث.

وإن شهدا على اثنين بقتل، فشهدا على الشاهدين به، فصدق الولي^(١) الأولين فقط، حكم بهما، وإلا فلا شيء.

وإن شهدت بيّتان أنّه أتلّف ثوباً، قالت بينة: قيمته عشرة، وبينت عشرون، ثبت عشرة، وعنه: يسقطان؛ لتعارضهما*، وقيل: يُقرع، وقيل:

التصحيح

* قوله: (وإن كان بدل الابن الكافر أبوان كافرين، أو بدل المسلم أخ وزوجة مسلمان، كانا كهو مع الآخر فيما تقدم)

قال شارح «المحرر»: فيه نظر؛ لأنهم قالوا فيما تقدم: إن المسلم إن كان معترفاً بأخوة الكافر، حكم به للكافر، فلو اعترفت الزوجة والأخ المسلمان، بكون الكافر ابناً للميت، لم يحكم له به؛ لأن الكافر لا يُقر على نكاح المسلمة، فبقاؤهما على النكاح يدل على إسلامه، فوجب أن لا يُحكم به للكافر في هذه الصورة.

* قوله: (وعنه: يسقطان؛ لتعارضهما)

الذي يظهر: أن على رواية سقوطهما، أنه لا يلزم إلا بعشرة أيضاً، لكن عليه اليمين؛ لأن البينة

(١) في الأصل: «الوالي».

الفروع عشرون، وقاله شيخنا - في نظيرها - فيمن آجر حصّة مؤليه: قالت بينة:

التصحيح

الحاشية

سقطت، وهي من الحقوق التي تشرع^(١) فيها . والقول قول الغارم في القيمة؛ لما ذكره في الغضب^(٢) . وفي اختلاف المتبايعين في قدر القيمة بعد تلف المبيع . قال في «المحرر»: وكذلك غارم، يعني: القول قوله في القيمة، وهذا واضح لا إشكال فيه . وأما على الرواية الأولى، فهل عليه يمين أم لا؟ لم أظفر بنقل المسألة، والذي يظهر: أن صاحب الثوب، إن قال: قيمته عشرون، وأنكر المتلف ذلك، أن عليه اليمين؛ لأن العشرة التي ثبتت، ثبوتها بشهادة البيتين؛ لأنهما اتفقتا عليها، والخلف إنما وقع في العشرة الزائدة، فمن شهد بالعشرين، يثبتها، ومن شهد بالعشرة ينفيها؛ لأنه لما شهد بأن قيمته عشرة، فقد حصر قيمته بالعشرة، ولا شك أنه إذا حصر قيمته بالعشرة، فقد نفى الزائد عليها، فحصل تعارض البيتين في الزائد على العشرة، ولم يعمل بواحدة منهما؛ للتعارض وعدم العمل بواحدة منهما، وحيث لم يعمل بواحدة منهما في «الزائد»، وصاحب الثوب يدعيها، والمتلف ينكرها، فالقول قول المتلف؛ لأنه غارم، لكن مع يمينه على ما عرف في الدعوى والإنكار .

فإن قيل: كلام الأشياء يدل أنه لا يمين؛ لأنهم عملوا ببينة الأقل، ولم يعملوا ببينة الأكثر على هذه، فصارت كأنها لم تكن؟! قلنا: لا نسلم أنهم عملوا ببينة الأقل، بل بهما فيما اتفقتا عليه، وهي العشرة . وأما الزائد، فلم يعملوا بقول من شهد به؛ لأن بينة الأقل عارضتها به، وعلى هذا يدل كلامهم؛ لأنهم لم يقولوا: عمل ببينة الأقل، بل قالوا: ثبت الأقل، ولا يلزم أن يكون ثبوته ببينة الأقل فقط، بل ظاهر كلامهم أنه ثبت بهما . وقال أبو حنيفة: تلزم الزيادة؛ لأنه شهد بها شاهدان، وهما حجة، فيؤخذ بهما، كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار . وكما لو شهد شاهدان بألف، وشاهدان بألفين، ولنا: أن من شهد أن قيمته درهماً، ينفي أن قيمته ثلاثة، فقد تعارضت البيتان في الدرهم، ويخالف الشهادة . قال: من يروي الناقص لا ينفي الزيادة . وكذلك^(٣) من شهد بألف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر، وهذا الذي ذكرته، هو في «شرح المقنع»^(٤) . والظاهر: أنه

(١) في (ق): «تسوغ» .

(٢) في (ق): «الغضب» .

(٣) في (ق): «ولذلك» .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإيضاح ٢٩/٢٠١ .

بأجرة مثله، وبينه: بنصفها، وإن كان بكل قيمة شاهد، ثبت عشرة بهما على الفروع الأولى. وعلى الثانية: يحلف مع أحدهما، ولا تعارض.

وإن شهدا بفعل متحد في نفسه، كإتلاف ثوب، وقتل زيد أو باتفاقهما، كسرقة وغضب، واختلفا في زمنه أو مكانه، أو صفة متعلقة به، كلونه وآلة قتل، فالمذهب: لا تجمع شهادتهما. وجمعها أبو بكر: ولو بقود وقطع.

وذكره القاضي نصاً في القتل، واختاره هو، وأبو الخطاب، وغيرهما، في لون سرقة، أو قال أحدهما: هروياً، والآخر: مروياً، وإن أمكن تعدده، ولم يشهدا بأنه متحد، فبكل شيء شاهد، فيعمل بمقتضى ذلك، ولا تنافي، ولو كان بدل شاهد، بينه، ثبتا/ هنا إن ادعاهما، وإلا ما ادعاه، وتعارضتا ٢٦٠/٢ في الأولى على^(١) قول أبي بكر. نقل ابن منصور: إن شهدا أن هذا قطع يده، وشهد آخران على آخر أنه قطعه، له الدية منهما، يأخذها منهما؛ أرايت إن مات أو ماتا، العمد والخطأ في هذا سواء، قال في «زاد المسافر»: لأن أمرهما أشكل، فالقود مرتفع، والدية واجبة. وفي «عيون المسائل» في السرقة: تعارضتا، وسقطتا، ولم يثبت قطع ولا مال؛ لأنه يجوز سرقة ثوب واحد بكرة وعشياً، في زمن واحد، فلهذا تعارضتا، والشاهد الواحد ليس بحجة، فلم يقع التعارض، وهذا قول القاضي وغيره، كما لو كان المشهود به قتلاً. وقال الشيخ: الصحيح، لا تعارض؛ لإمكان صدقهما بأن يسرقه بكرة، ثم يعود إلى صاحبه أو غيره،

التصحیح

الحاشية

في «المغني»^(٢) وهو شاهد واضح لما قلناه، والله أعلم.

(١) بعدها في (ر) و(ط): «غير».

(٢) ٢٦٧/١٤.

الفروع فيسرقه عشيّاً، فيثبت له اللبس^(١) المشهود به حسب، فإنّ المشهود به، وإن كان فعلين لكنهما في محلّ واحد، فلا يجب أكثر من ضمانه .

وكذا إن شهدا أنّه سرق مع الزّوال كيساً أبيض، وشهد آخران أنّه سرق^(٢) مع الزّوال^(٢) كيساً أسود، لكنّ يثبتان على قول الشيخ - إن ادّعاهما، وإلا، يثبت ما ادّعاه . ولو شهد أحدهما أنّه أقرّ بقتله أو قتله عمداً، والآخر أنّه أقرّ بقتله أو قتله وسكّ، ثبت القتل، وصدّق المدّعى عليه في صفته .

والشّهادة على قول: إن كان نكاحاً - فكفعل، وكذا القذف، خلافاً لأبي بكر . وما عداهما، كشهادة واحد أنّه باع زيداً، كذا أمس، وآخر اليوم، أو واحد أنّه باعه، وآخر أنّه أقرّ به، واختلفاً زمنياً أو مكاناً، جمعت، كالشّهادة على الإقرار بشيء واحد فعلاً أو قولاً . وفي «الكافي»^(٣) احتمال: لا تجمع . وفي «الترغيب» وجه: كلّ عقد، كنكاح، وإن شهد واحد بالفعل، وآخر على إقراره به، فنصّه: يجمع، اختاره أبوبكر، و«المغني»^(٤)، و«المحرر» وغيرهم، خلافاً للقاضي وغيره . وذكره في «المحرر» عن الأكثر . وإن شهد بعقد نكاح، أو قتل خطأ، وآخر على إقراره، لم تجمع* .

التصحيح

الحاشية * قوله: (وإن شهد بعقد نكاح، أو قتل خطأ، وآخر على إقراره) به، (لم تجمع) .

مسألة عقد النكاح والقتل، لم أجدهما في كلام الشيخ، وهما في «المحرر» . ووجه عدم الخلاف في قتل الخطأ ظاهراً؛ لأنّ الشهادة على الفعل، تقتضي إيجاب الدّية على العاقلة، والشّهادة على الإقرار، تقتضي إيجابها على القاتل؛ لأنّ العاقلة لا تحمل اعترافاً، فلا يمكن

(١) في (ر) و(ط): «الكيس» .

(٢-٢) ليست في (ر) .

(٣) ٢٤١/٦

(٤) ٢٤٢/١٤

ولمُدَّعي القتل أن يحلف مع أحدهما، ويأخذ الدِّية * . ومتى جمعنا مع الفروع اختلاف زمن في قتل، أو طلاق، فالعِدَّة والإرث، يلي آخر المدَّتين .

وإن شهد اثنان أنه أخذ من صبيِّ مئة، واثنان على آخر أنه أخذ من الصبيِّ مئة . فإن شهدت البينتان على مئة بعينها، أخذها وليه ممن شاء، وإلا، أخذ منهما مئتين . نصَّ على ذلك . وإن شهد واحد بمئة، وآخر بمئة من قرض، جُمعت، ولا تُجمع إن قال واحد: من قرض، وآخر: من ثمن مبيع، وقيل: بلى إن شهدا على إقراره . وإن شهد واحد بمئة، وآخر بمئتين، أو بخمسين، أضافا - أو واحد - الشهادة على إقرار، أو لا، يثبت بهما الأقل، وله أن يحلف؛ لتتمة الأكثر مع شاهده، نقله الجماعة، أو مع أحد شهوده، وقيل: إن لم يضيفا إلى إقرار حلف مع كلِّ شاهد، كالمسألة قبلها، وقيل: في الإقرار أيضاً .

وإن شهدا بمئة، وآخران بخمسين، دخلت فيها، إلّا مع ما يقتضي

التصحیح

الجمع بين الشهادتين . وأمّا عدم الخلاف في النكاح، فوجهه غير ظاهر . ووجه شارح الحاشية «المحرر»: بأنَّ النكاح لا يثبت بمجرد إقراره، ولو شهد به شاهدان عليه؛ لأنه لا بدَّ فيه من إقرار الزوجة، فجعل الشهادة على إقرار المدَّعي، والشهادة إنَّما تقام على المدَّعي عليه لا على المدَّعي، وقد قال في «المحرر» بعد المسألة بيسير: ولو كانت الشهادة على الإقرار بشيء، جمعت، وإن كان نكاحاً أو قذفاً . وهذا مما يردُّ تفسير الشَّارح .

* قوله: (ولمُدَّعي القتل أن يحلف مع أحدهما، ويأخذ الدِّية)

فإن حلف مع شاهد الفعل، كانت الدِّية على العاقلة، وإن حلف مع شاهد الإقرار، كانت الدِّية على القاتل، ذكره في «المحرر» .

الفروع التعدد، فيلزمانه^(١). ويأتي كلامُ الأزجيِّ قبل الإقرار بالمجمل^(٢). ونقل حنبل: إذا شهدا على أقل، وأكثر، أخذ في المهر بالأكثر؛ لأنَّه خرج، وهو أجود له. وفي الدِّين والطلاق بالأقل.

ونقل مهنا: إنَّ شهد له أن سيِّده باعه نفسه بألف في ذمَّته، وآخر للسيد بألفين، عتق، ولا يُرَدُّ إلى الرِّق، ويحلف لسيِّده. قال الأزجيُّ: وإنَّما قدَّم بينة العبد؛ لأنَّ العتق لا يلحقه الفسخ؛ لتشوُّف الشارع إليه، فليس من قبيل الشَّهادة بالمال. وإنَّ شهدا له عليه بمئة، ثمَّ قال أحدهما: قضاه منها^(٣) خمسين، فنصَّه: تفسدُ شهادته. ونقل الأثرم: تفسدُ في الخمسين، كرجوعه.

ويتخرَّج: صحَّتها بالمئة، فيفتقر قضاءُ الخمسين إلى شاهد أو يمين*، كما لو شهدا أنَّه أقرضه ألفاً، ثمَّ قال أحدهما: قضاه خمسين. نصَّ عليه، ويتخرَّج فيها كرواية الأثرم؛ ولأنَّه لا يُضمَّنُ شهودَ قرض بقيام بينة بقضاء، ولو شهد عند الشَّاهد عدلان، أو عدل، أنَّه اقتضاه ذلك الحقُّ، أو قدَّ باع ما

التصحيح

٢٤٧ * قوله: (يفتقر قضاءُ / الخمسين إلى شاهد أو يمين)

الحاشية أي: إذا صحَّحنا الشَّهادة بالمئة على هذا التَّخريج، يُجعلُ قولُ الشَّاهد: قضاه خمس مئة، شهادَةً للمدَّعى عليه بقضاء الخمس مئة، وذلك لا يكفي في براءته منها؛ لأنَّ هذه لا بدَّ فيها من شاهدين، أو شاهد ويمين، وقد شهد بها من قال: قضاه خمس مئة، فيحتاجُ معه إلى شاهد آخر حتَّى تكمل الشَّهادة، أو أنَّ المدَّعى عليه يحلف أنَّه قضاه؛ لتحصل البراءة بالشَّاهد واليمين. فقوله: (إلى شاهد) أي: إلى شاهد آخر مع الأوَّل، وهو الذي قال: قضاه خمس مئة.

(١) في (ر): «فيلزمه».

(٢) ص ٤٤٣.

(٣) ليست في (ر).

اشترأه، لم يشهد له، نقله ابن الحكم، وسأله ابن هانئ: لو قضاه نصفه، ثم الفروع جحدَه بقيته؛ أله أن يدعيه، أو بقيته؟ قال: يدعيه كله، وتقوم البينة، فتشهد على حقه كله، ثم يقول للحاكم: قضاني نصفه.

ومن علق طلاقاً، إن كان لزيد عليه شيء، فشهدا أنه أقرضه، لم يحنث، بل أن له عليه، فحكم بهما*، ومرادهم: في صادق* ظاهراً*. ولهذا في «الرعاية»: من حلف بالطلاق: لا حق عليه لزيد، فقامت عليه بينة تامة بحق لزيد، حنث حُكماً. ومن قال لبيته بمئة: اشهدا لي بخمسين، لم يجز، إذا كان الحاكم لم يول الحكم فوقها*.

التصحيح

الحاشية

* قوله: (فحكم بهما):

أي: بالشاهدين المذكورين بقوله: (فشهدا).

* قوله: (ومرادهم: في صادق)

لما ذكر قوله: (فشهدا أنه أقرضه، لم يحنث) بين الشيخ أن مرادهم لا يحنث إذا كان صادقاً أنه ليس عليه لزيد شيء، فأما إن كان كاذباً؛ بأن كان عليه لزيد شيء، فإنه يحنث.

* قوله: (ظاهراً)

لما ذكر أنه إذا شهد أن له عليه، وحكم بهما أنه يحنث، بين الشيخ أن المراد في الظاهر، وأما إذا كان لا شيء له عليه، فإنه لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى، ولهذا قال في «الرعاية»: حنث حكماً، فعلى ما فهمناه أن قوله: (في صادق) عائد إلى قوله: (لم يحنث) وأن قوله: (ظاهراً) عائد إلى قوله: (بل أن له عليه، فحكم بهما) فالذي يظهر: أن الأوضح في العبارة، أن يقال: ومرادهم في صادق وظاهر، فيعطف (ظاهراً) على (صادق) بالواو.

* قوله: (إذا كان الحاكم لم يول الحكم فوقها).

ظاهره: أن الحاكم إن كان ولي الحكم بما فوقها، أنه يجوز، وهذا المفهوم صرح به في

الفروع

التصحيح

الحاشية

«الوجيز»، فإنه قال بعد ذلك: وإلا جاز، والمسألة في «المحرر»، ولفظه قريب من لفظ المصنّف هنا، لكنّ المصنّف زاد ذكر النّص بقوله: (نصّ عليه) والذي ظهر لي: أن هذا المفهوم غير مقصود، وأن صاحب «الوجيز» ظنّ أن المفهوم مراد، فصّرّح به، وهذا التقييد ذكر موافقة للواقع، أي: أن صاحب الحقّ طلب الشّهادة بخمس مئة؛ لكون الحاكم لم يؤلّ الحكم بأكثر منها، فسأل الشهود والشهادة بالمقدار الذي يحكم به الحاكم، وهذا القيد لم يذكره الشّيخ، وتعليل المسألة يدلّ على أن هذا القيد ليس للاحتراز، بمعنى: أنه إذا كان قد وليّ بأكثر منها، أنه يجوز بلا خلاف؛ لأنهم علّلوا عدم الجواز، بأنّ على الشّاهد نقل الشّهادة على ما شهد؛ لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَتَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهَيَّاهَا﴾ [المائدة: ١٠٨]. ووجه قول أبي الخطّاب: أنه من شهد بألف، فقد شهد بخمس مئة. وقد ذكر في «المغني»^(١): أن أحمد قال: إذا شهد على ألف، وكان الحاكم لا يحكم إلا على مئة ومئتين، فقال له صاحب الحقّ: أريد^(٢) أن تشهد لي على مئة. لم يشهد إلا بألف، فقد منع أحمد أن يشهد على مئة، مع أن الحاكم يحكم بمئتين. وهذا صريح بالمنع من الشّهادة بمئة، مع أن الحاكم وليّ بأكثر منها؛ لأنه يحكم، بمئتين. فعلم من هذا أن النّص، أن المنع حاصل مع كون الحاكم وليّ بأكثر منها. ومع هذا النّص لا عبرة بقول من قال بغيره، بغير مستند شرعيّ. لكنّ قد يقال: إن^(٣) المنع من الشّهادة المذكورة، إنما هو لأمر يرجع إلى الحاكم؛ لأنّ حكمه البعض^(٣) قد يكون حكماً بالكلّ، وهو لم يؤلّ فيه، فلم يصحّ حكمه؛ لكونه يلزم به الحكم بما لم يؤلّ فيه، بخلاف ما إذا كان قد وليّ، فإنه يلزم من حكمه بالخمس مئة، حكمه بالألف، ولا مانع منه؛ لأنه قد وليّ الحكم بالألف، فصحّ^(٤). وهذا وجدته في حاشية الشّيخ محبّ الدّين ابن نصر الله، قاضي مصر، في «حواشيه» على «محرره». لكنّ وجدت في الأحكام السلطانية ما يخالف ذلك، فذكر: أن الشاهد يشهد بالألف، والحاكم يحكم بالقدر

(١) ٢٧٤/١٤

(٢) في (ق): «أريد».

(٣) ليست في (د).

(٤) في (د): «فصح».

الفروع

نصّ عليه، واختاره^(١) أبو الخطاب * .

التصحيح

الحاشية

الذي جعل له الحكم فيه . قال في أوائل الكرّاس الرابع في قطع نصف البلدي: فيما إذا كانت ولاية القاضي خاصة: وقد نصّ أحمدُ على صحّتها في قدر من المال . فقال في رواية أحمد بن نصر في رجل شهد على ألف درهم، وكان الحاكم لا يحكم إلا في مئة، أو مئتين، فقال: لا تشهد إلا بما أشهدت عليه . وكذلك قال في رواية الحسن بن محمد في رجل أشهد على ألف، ولا يحكم في البلد إلا على مئة: لا تشهد إلا بألف . فقد نصّ على جواز القضاء في قدر من المال، ومنع من تبعض الشهادة إذا كانت بقدر يزيد على ما جعل له الحكم فيه، بل يشهد^(٢) بذلك، ويحكم الحاكم من ذلك بما جعل له؛ لأنّه إذا شهد بخمس مئة عند هذا القاضي، وشهد بالخمس مئة الأخرى عند قاض آخر، ربّما ادّعى المقيّر أنّ هذه الخمس مئة الثانية، هي^(٣) التي شهد بها أولاً، فتسقط إحداها على قول من يحمل تكرار الإقرار في مجلسين بألف واحدة . وقد يشهد لذلك قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَذَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهَيْهَا﴾ [المائدة: ١٠٨] . وإذا بعّضها، فلم يأت بها على وجهها . انتهى .

* قوله: (وأجازه أبو الخطاب)

الضميرُ في قوله: (أجازه) يرجعُ إلى مطالبة^(٤) صاحب الحقّ، وهو الشّهادةُ بخمسين، والله أعلم .

(١) في (ر): «أجازه» .

(٢) في (ق): «شهد» .

(٣) ليست في (د) .

(٤) في هامش (ق): «ما ظنه» .