

٦٦ — كتاب: الدعوى والبيّنات

تَشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةِ كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ،

كتاب الدعوى^(١)

هي لغة: الطلب والتمني، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾^(٢) وألفها للتأنيث، وتجمع على دعاوى بفتح الواو وكسرها؛ قيل: سميت دعوى لأن المدعي يدعو صاحبه إلى مجلس الحكم ليخرج من دعواه. وشرعاً: إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم. (والبيّنات) جمع بينة وهم الشهود، سُموا بذلك لأن بهم يتبين الحق. وأفرد المصنف الدعوى وجمع البيّنات لأن حقيقة الدعوى واحدة والبيّنات مختلفة؛ والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾^(٣)، وأخبار كخبر مسلم: «لَوْ يَغْطِي النَّاسُ بَدَعُوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ التَّيْمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»^(٤). وروى البيهقي بإسناد حسن: «وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدْعَى وَالتَّيْمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(٥)؛ والمعنى فيه أن جانب المدعي ضعيف لدعواه خلاف الأصل فكُلّف الحجة القوية، وجانب المنكر قوي فاكتفي منه بالحجة الضعيفة. وإنما كانت البيّنة قوية واليمين ضعيفة لأن الحالف مُتّهم في يمينه بالكذب لأنه يدفع بها عن نفسه بخلاف الشاهد.

ولما كانت الخصومات تدور على خمسة: الدعوى والجواب واليمين والنكول والبيّنة ذكرها المصنف كذلك وبدأ منها بالأولى، فقال: (تشتراط الدعوى عند قاضٍ في عقوبة كقصاصٍ) حد (قذف) فلا يستقلّ صاحبها باستيفائها لعظم خطرها والاحتياط في إثباتها واستيفائها، فلو خالف واستوفى بدون ذلك وقع الموقع في القصاص دون حد القذف كما سبق للمصنف في بابه، نعم قال الماوردي: من وجب له تعزيرٌ أو حدٌ قذف وكان في بادية بعيدة عن السلطان كان له استيفاؤه، وقال ابن عبد السلام في قواعده: لو انفرد بحيث لا يرى ينبغي أن لا يمنع من القود، لا سيما إذا عجز عن إثباته.

تنبيه: قوله: «عند قاضٍ» قد يفهم أنها لا تصح عند غيره؛ وليس مراداً، بل السيد يسمع الدعوى على رقيقه وإن لم يكن قاضياً، وكذلك المحكم إذا رضيا بحكمه، وكذا الوزير والأمير ونحوهما بناء على صحة

(١) روضة الطالبين: ٣/١٢، حاشية الجمل: ٤/٤٠٧، التنبيه: ص ١٤٩، حاشية الشراوي: ٢/٥٠٩، حاشية الباجوري: ٢/٥٧٩، غاية البيان: ص ٣٣١، فتح الوهاب: ٢/٢٢٧، الإقناع: ٢/٢٧٤، حاشية بجيرمي: ٤/٣٤٥، السراج الوهاج: ص ٦١٤، الأم: ٦/٢٢٦ + ٧/٩٣، كفاية الأخيار: ٤/٢٤٧، حاشية الشرواني: ١٠/٢٨٥، حاشية العبادي: ١٠/٢٨٥، إعانة الطالبين: ٤/٢٤٧، المهذب: ٢/٣١٠.

(٢) سورة يس، الآية: ٥٧.

(٣) سورة النور، الآية: ٤٨.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه (الحديث: ٤٤٤٥).

(٥) أخرجه البيهقي في كتاب: الدعوى والبيّنات، باب: البيّنة على المدعي... (الحديث: ١٠/٢٥٢).

وَإِنْ اسْتَحَقَّ عَيْنًا فَلَهُ أَخْذُهَا إِنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً وَإِلَّا وَجِبَ الرُّفْعُ إِلَى قَاضٍ، أَوْ دَيْنًا عَلَى غَيْرِ مُنْتَبِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ طَالَبَهُ بِهِ. وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ، أَوْ عَلَى مُنْكَرٍ وَلَا بَيِّنَةً أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ وَكَذًّا غَيْرَ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ،

الشهادة عندهما كما مر في بابها. وتقييده بالعقوبة قد يفهم أنه لا يشترط الدعوى عند القاضي في غيرها؛ وليس مراداً، بل لا بد في كل مجتهد فيه كعيوب النكاح والعتة والفسخ بالإعسار بالنفقة ونحوه عند التنازع والاحتياج إلى الإثبات والحكم فيها من الرفع إلى القاضي والدعوى عنده ما خرج المال عن هذا إلا لأن المستحق قد يستقل بالوصول إلى حقه فلا يحتاج إلى دعوى. ويستثنى من اشتراط الدعوى عند القاضي صورتان: إحداهما قتل من لا وارث له أو قذفه، إذا الحق فيه للمسلمين، فيقتل: بشهادة الحسبة ولا يحتاج إلى دعوى حسبة بل في سماعها خلاف مر. ثانيهما: قتل قاطع الطريق الذي لم يَثْبُ قبل القدرة عليه لا يشترط فيه دعوى لأنه لا يتوقف على طلب. وتمثيل بالقصاص والقصد يفهم التصوير بحق الأدمي وأن حدود الله تعالى لا يشترط فيها ذلك؛ وليس مراداً، بل لا بد فيها من القاضي أيضاً مع أنه لا تسمع فيها الدعوى أصلاً لأنها ليست حقاً للمدعي، ومن له الحق لم يأذن في الطلب بل هو مأمور بالإعراض والدفع ما أمكن. نعم لو قذفه بالزنا وأراد القاذف تحليفه أو تحليف وارثه الطالب أنه لم يَزِنْ فإنه يجاب إلى ذلك على الأصح، وقالوا: ولا تسمع دعوى بذلك ويحلف على فيه إلا في هذه الصورة؛ قاله الرافعي في باب اللعان.

(وإن استحق) شخص (عيناً) تحت يد عادية (فله) أو وليه إن لم يكن كاملاً كما نص عليه الشافعي (أخذها) مستقلاً بالأخذ بلا رفع لقاض وبلا علم من هي تحت يده للضرورة، (إن لم يخف) من أخذها (فتنة) أو ضرراً.

تنبيه: قوله: «استحق عيناً» يخرج المستأجر والموصى له بالمنفعة والموقوف عليه كما هو مقتضى عباراتهم، إذ الاستقلال بالأخذ لمالك العين فقط لأنه يستحق العين حقيقة. والحق به ولي غير الكامل كما مر، وصورة المسألة كما قال الزركشي أن تكون العين تحت يد عادية كما قدرته؛ ولهذا قال في الشرح الصغير: «أو عيناً غصبت منه»، وكذا قاله في البسيط. أما لو كانت بيد من ائتمنه كالوديعة أو التي اشتراها منه وبذل الثمن فليس له الأخذ بغير إذن لما فيه من الإرعاب بظن الذهاب بل سبيله الطلب.

(وإلا) بأن خاف فتنة أو ضرراً، (وجب الرفع إلى قاض) أو نحوه ممن له إلزام الحقوق كمحتسب وأمير، لا سيما إن علم أن الحق لا يتخلص إلا عنده. والرفع تقرب الشيء، فمعنى رفع الشيء لقاض: قربه إليه.

تنبيه: ليس المراد بالوجوب تكليف المدعي الرفع حتى يأثم بتركه، بل المراد امتناع استقلاله بالأخذ في هذه الحالة. وعبارة المحرر: «وإلا فلا بد من الرفع إلى القاضي» وهي أحسن.

(أو) لم يستحق عيناً بل (دينياً) حالاً (على غير ممتنع من الأداء) له، (طالبه به) ليؤدي ما عليه، (ولا يحل أخذ شيء له) أي المدين؛ لأنه مخير في الدفع من أي مال شاء فليس للمستحق إسقاط حقه من ذلك إجباراً، فإن أخذه لم يملكه ولزمه رده، فإن تلف عنده ضمنه، فإذا اتفق الحقان جاء التقاض. (أو) ديناً استحقه (على منكر) له (ولا بيئة له) به؛ (أخذ) جوازاً (جنس حقه من ماله) إن ظفر به استقلالاً لمجزه عن أخذه إلا كذلك. (وكذا غير جنسه إن فقده) أي جنس حقه واستوفى حقه منه (على المذهب) للضرورة، وفي قول من طريق المنع: لا يتمكن من تملكه.

أَوْ عَلَى مُقَرَّرٍ مُمْتَنِعٍ، أَوْ مُنْكَرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ، وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ بَابٍ وَنَقْبُ جِدَارٍ لَا يَصِلُ الْمَالُ إِلَّا بِهِ. ثُمَّ الْمَأْخُودُ مِنْ جَنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ

تنبيه: قيد المتولي الخلاف بما إذا لم يجد أحد النقيدين، فإن وجده لم يعدل إلى غيره. وينبغي كما قال الأذري تقديم أخذ غير الأمة عليها احتياطاً للأبضاع. ولو كان المدين محجوراً عليه بفلس أو ميتاً وعليه دين، فلا يأخذ إلا قدر حصته بالمضاربة إن علمها كما قاله البلقيني.

(أو) ديناً استحقه (على مقر ممتنع أو منكر، وله) عليه (بينة فكذلك) يأخذ حقه استقلالاً من جنس ذلك الدين إن وجده، ومن غيره إن فقد على الأصح في الصورتين. (وقيل يجب) فيها (الرفع إلى قاض) كما لو أمكنه تخليص الحق بالمطالبة والتقاضي. وأجاب الأول بأن في ذلك مؤنة ومشقة وتضييع زمان. هذا كله في دين الأدمي، أما دين الله تعالى كالزكاة، إذا امتنع المالك من أدائها وظفر المستحق بجنسها من ماله فليس له الأخذ لتوقفها على البينة بخلاف الدين. وغفل عن هذا من فصل بين أن يتعين الفقراء أو لا إلحاقاً لها بالديون. وأما المنفعة فالظاهر كما بحثه بعض المتأخرين أنها كالعين إن وردت على عين فله استيفؤها منها بنفسه إن لم يخش ضرراً، وكالدين إن وردت على ذمة، فإن قدر على تخليصها بأخذ شيء من ماله فله ذلك بشرطه. (وإذا جاز) للمستحق (الأخذ) من غير رفع لقاض، (فله) حينئذ (كسر باب ونقب جدار لا يصل المال) هو منصوب بنزع الخافض، والتقدير: لا يصل إلى المال، (إلا به) لأن من استحق شيئاً استحق الوصول إليه ولا يضمن ما فوته، كمن لا يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله فأتلفه لا يضمن.

تنبيه: محل ذلك كما قال البلقيني إن كان الحرز للدين وغير مرهون لتعلق حق المرتهن به، وأن لا يكون محجوراً عليه بفلس لتعلق حق الغرماء به، ومثل ذلك كما قال الأذري سائر ما يتعلق به حق الغير كإجارة ووصية بمنفعة. ولا يجوز ذلك في ملك الصبي والمجنون، ولا في جدار غريم الغريم كما قاله الدميري قطعاً؛ أي لأنه أخط رتبة من الغريم، ولا أن يوكل في الكسر والنقب غيره كما قاله القاضي، فإن فعل ضمن. ويؤخذ من قوله المصنف: «لا يصل المال إلا به» أنه لو كان مقرراً ممتنعاً أو منكراً وله عليه بينة أنه ليس له ذلك؛ وهو كذلك، فقول الأذري: كنت أود أن لو خصص ذلك بما إذا لم يجد سبيلاً إلى الأخذ بالحاكم كما في صورة الجحود وعدم البينة، أما إذا كان له بينة، وقدر على خلاص حقه بحاكم ففيه بُعد لأن الأخذ بالحاكم عند المكنة أسهل وأخف كلفة من نقب الجدار وكسر الباب، وقد تقرر أن الصائل يدفع بالأسهل فالأسهل اهـ. لا يحتاج إليه.

فرع: لو غضب منه نجاسة يختص بها كجلد ميتة وبرزجين وكلب معلم وجحده، فظاهر كلام الأصحاب أنه لا يكسر باباً ولا يتقب جداراً لأنهم إنما تكلموا في الأموال خاصة؛ نبه على ذلك الدميري.

(ثم المأخوذ من جنسه) إلى الحق (يتملكه) بدلاً عن حقه.

تنبيه: التعبير بالتملك وقع في الشرحين والروضة؛ وهو يقتضي أنه لا يملك بنفس الأخذ، بل لا بد من إحداث تملك. والذي صرح به القاضي والبيهقي واقتضاء كلام غيرهما أنه يملكه بمجرد الأخذ، واعتمده الإسني ووجهه بأنه إنما يجوز لمن يقصد أخذ حقه، وإذا وجد القصد مقارناً كفى ولا حاجة إلى اشتراطه بعد ذلك اهـ. وجمع شيخنا بين الكلامين بأن كلام هؤلاء محمول على ما إذا كان المأخوذ على صفة حقه؛ أي أو

وَمِنْ غَيْرِهِ بَيْعُهُ، وَقِيلَ: يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ بَيْعُهُ. وَالْمَأْخُودُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ فَيُضْمَنُهُ
إِنْ تَلَفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ، وَلَا يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إِنْ أَمَكَّنَهُ الْاِقْتِصَارُ. وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمٍ غَرِيمِهِ.

دونه كأخذ الدراهم المكسرة عن الصحيحة، وكلام الشيخين على ما إذا كان بغير صفته؛ أي كأخذ الدراهم
الصالح عن المنكسرة، فإنه حيثئذ كغير الجنس؛ وهو جمع حسن.

(و) المأخوذ (من غيره) أي جنس حقه؛ أي أو أعلى من صفته، (ببيعه) بنفسه مستقلاً للحاجة، وله أن
يوكل فيه كما ذكره في الروضة في آخر الطلاق. (وقيل: يجب رفعه إلى قاض ببيعه) لأنه لا يتصرف في مال
غيره لنفسه.

تنبيه: محل الخلاف ما إذا لم يطلع على الحال، فإن أطلع عليه لم يبعه إلا بإذنه جزماً. ومحلّه أيضاً إذا
لم يقدر على بيئته، وإلا فلا يستقل مع وجودها كما هو قضية كلام أصل الروضة. وبحثه بعضهم، قال: بل هي
أولى من علم القاضي لأن الحكم بعلمه مختلف فيه بخلافها. وخص صاحب الذخائر وغيره الخلاف به ببيعه
للغير. أما لو أراد بيعه من نفسه، فلا يجوز قطعاً؛ ولأنه لأجل امتناع تولي الطرفين. وهو لا يجوز في غير الأب
والجد، ولا يتملكه على الصحيح؛ لأن امتناع من عليه الحق يسلطه على البيع كما يسلطه على الأخذ، فإذا باعه
فليعه بنقد البلد ثم يشتري به جنس حقه إن لم يكن نقد البلد.

(والمأخوذ مضمون عليه) أي الأخذ، (في الأصح، فيضمته إن تلف قبل تملكه وبيعه) بالأكثر من قيمته من
حين أخذه إلى حين تلفه كالعاصب؛ لأنه أخذه بغير إذن المالك لغرض نفسه، بل أولى من المستام لعدم إذن
المالك، ولأن المضطر إذا أخذ ثوب غيره لدفع الحر وتلف في يده ضمنه فكذا هنا. والثاني: لا يضمته من غير
تفريط؛ لأنه أخذه للتوثق، والتوصل إلى الحق كالمرتهن، وإذن الشارع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك. وعلى
الأول ينبغي أن يبادر إلى بيع ما أخذه بحسب الإمكان، فإن قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان، ولو انخفضت
القيمة وارتفعت وتلف فهي مضمونة عليه بالأكثر.

تنبيه: محل الخلاف كما قاله الماوردي والروائي إذا تلف قبل التمكن مع البيع، فإن تمكن منه فلم يفعل
ضمن قطعاً. وقال البلقيني: محلّه في غير الجنس، أما المأخوذ من الجنس فإنه يضمته ضمان يد قطعاً لحصول
ملكه بالأخذ عن حقه كما سبق اهـ. والمصنف أطلق ذلك تبعاً للرافعي بناء على وجوب تجديد تملكه، وقد
تقدم ما فيه. ويؤخذ من كونه مضموناً عليه قبل بيعه أنه لو أحدث فيه زيادة قبل البيع كانت على ملك المأخوذ
منه، وبه صرح في زيادة الروضة، فإن باع ما أخذه وتملك ثمنه، ثم فاه المديون دينه رد إليه قيمته كعاصب رد
المغصوب إلى المغصوب منه.

(ولا يأخذ) المستحق (فوق حقه إن أمكنه الاقتصار) على قدر حقه لحصول المقصود به، فإن أخذه ضمن
الزائد لتعديده بأخذه، وإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بمتاع تزيد قيمته على حقه أخذه، ولا يضمن الزيادة لأنه لم
يأخذها بحقه من الضرر بخلاف قدر حقه. ثم إن تعذر بيع قدر حقه فقط باع الجميع وأخذ من ثمنه قدر حقه
ورّد ما زاد عليه على غريمه بهية ونحوها، وإن لم يتعذر ذلك باع منه بقدر حقه ورّد ما زاد كذلك. (وله أخذ
مال غريم غريمه) كأن يكون لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله، فلزيد أن يأخذ من بكر ما له مال على
عمرو، ولا يمنع من ذلك ردّ عمرو وتصرف زيد بالأخذ وعدم حسابان ذلك عن دينه على بكر، ولا إقرار بكر
لعمرو، ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُدَّعِيَّ مَنْ يُخَالِفُ قَوْلَهُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعِيَّ عَلَيْهِ مَنْ يُوقِّفُهُ. فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ فَقَالَ: «أَسْلَمْنَا مَعًا» فَالنِّكَاحُ بَاقٍ، وَقَالَتْ: «مُرْتَبًا» فَهُوَ مُدَّعٍ، وَمَتَى أَدَّعَى نَقْدًا أَشْتَرَطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدْرٍ وَصِحْحَةٍ وَتَكْسِيرٍ إِنْ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيَمَةٌ.....

تنبيه: للمسألة شروط، الأول: أن لا يظفر بمال الغريم. الثاني: أن يكون غريم الغريم جاحداً أو ممتنعاً أيضاً، وعلى الامتناع بحمل الإقرار المذكور. الثالث: أن يعلم الآخذ الغريم أنه أخذه من مال غريمه حتى إذا طلبه الغريم بعد كان هو الظالم. الرابع: أن يعلم غريم الغريم وحيثه أن يعلمه فيما بينه وبينه، فإذا طالبه أنكر فإنه بحق، وله استيفاء دين على آخر جاحداً له بشهود دين آخر له عليه قد أدى ولم يعلموا أداءه، ولأحد الغريمين إذا كان له على الآخر مثل ماله أو أكثر منه جحد حق الآخر إن جحد الآخر حقه ليحصل التقاض، وإن اختلف الجنس ولم يكن من النكدين للضرورة فإن كان له عليه دين دون ما للآخر عليه جحد من حقه بقدره. واختلف لغة: من ادعى لنفسه شيئاً، سواء كان في يده أم لا. (والأظهر أن المدعي اصطلاحاً): (من يخالف قوله الظاهر) وهو براءة الذمة. (و) الأظهر أيضاً أن (المدعى عليه من يوافقه) أن يوافق قوله الظاهر. والثاني: أن المدعي من لو سكت خُلي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لا يخلى ولا يكفيه السكوت؛ فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو فأنكر فزيد يخالف قوله الظاهر من براءة عمرو، ولو سكت ترك وعمرو يوافق قوله الظاهر، ولو سكت لم يترك فهو مدعى عليه، وزيد مدع على القولين، ولا يختلف موجبهما غالباً، وقد يختلف كالمذكور بقوله: (فإذا أسلم زوجان قبل وطء، فقال الزوج: أسلمنا معاً فالنكاح) بيننا (باق، وقالت) أي الزوجة: أسلمنا (مرتباً) فلا نكاح بيننا؛ (فهو) على الأظهر (مدع) لأن وقوع الإسلاميين معاً خلاف الظاهر، وهي مدعى عليها، وعلى الثاني هي مدعية وهو مدعى عليه؛ لأنها لو سكتت تركت وهو لا يترك لو سكت لزعمها انفساخ النكاح. فعلى الأول تحلف الزوجة ويرتفع النكاح، وعلى الثاني يحلف الزوج ويستمر النكاح. والذي صححاه في نكاح المشرك من أن القول قول الزوج يكون مبنياً على مرجوح. وقد يقال إنما جعل اليمين في جانبه على القول الأول لأنه لما كان الأصل بقاء العصمة قوي جانبه فكان هو المصدق بيمينه، كما أن المدعى عليه لما كان الأصل براءة ذمته قوي جانبه فكان هو المصدق بيمينه. ولو قال لها: «أسلمت قبلي فلا نكاح بيننا ولا مهر لك»، وقالت: «بل أسلمنا معاً» صدق في الفرقة بلا يمين، وفي المهر بيمينه على الأظهر لأن الظاهر معه، وصدق بيمينها على الثاني لأنها لا تترك بالسكوت لأن الزوج يزعم سقوط المهر، فإذا سكتت ولا بينة جعلت ناكلة وحلف هو وسقط المهر. والأمين في دعوى الرد مدع على الأظهر لأنه يزعم الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكنه يصدق بيمينه لأنه أثبت يده لغرض المالك، وقد ائتمنه فلا يحسن تكليفه بينة الرد. وأما على القول الثاني فهو مدعى عليه لأن المالك هو الذي لو سكت ترك، وفي التحالف كل من الخصمين مدع ومدعى عليه لاستوائهما.

تنبيه: قد تقدم في كتاب دعوى الدم والقسامة أن لصحة الدعوى ستة شروط ذكر المصنف بعضها وذكرت باقيةا في الشرح.

(و) ذكر منها هنا شرطان: الأول أن تكون معلومة، فعليه (متى ادعى) شخص ديناً (نقداً) أو غيره مثلياً أو متقوماً، (اشترط) فيه لصحة الدعوى (بيان جنس) له كذهب وفضة، (ونوع) له كخالص أو مغشوش، (وقدر) كمائة، وصفة يختلف بها الغرض. (و) يشترط في النقد أيضاً شيان: (صحة تكسر إن اختلفت بهما قيمة) كمائة درهم فضة ظاهرية صحاح أو مكسرة، فلا يكفي إطلاق النقد وإن غلب، وبه صرح الماوردي وغيره. وفارق البيع ونحوه بأن زمن العقد يقيد صفة الثمن بالغالب من النقود، ولا يتقيد ذلك بزمن الدعوى لتقدمه عليها. نعم

أَوْ عَيْنًا تَنْضَبِطُ كَحَيَوَانَ وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلْمِ؛ وَقِيلَ: يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيَمَةِ. فَإِنْ تَلَفَتْ وَهِيَ مُتَقَوِّمَةٌ وَجَبَ ذِكْرُ الْقِيَمَةِ،

مطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي كما صرح به في أصل الروضة، ولا يحتاج إلى بيان وزنه، وفي معناه مطلق الدرهم. أما إذا لم تختلف قيمة النقد بالصحة والتكسر فلا يحتاج إلى بيانها، لكن استثنى الماوردي والرويانى دين السلم فاعتبر بيانها فيه.

(أو) لم يدع الشخص ديناً، بل ادعى (عيناً تنضبط) بالصفة، متقومة كانت (كحيوان) وثياب، أو مثلية كحبوب؛ (وصفها) وجوباً (بصفة السلم) السابقة في بابه وإن لم يذكر مع الصفة القيمة في الأصح. (وقيل: يجب معها) أي صفة السلم (ذكر القيمة) لتلك العين الموصوفة، فإن لم تنضبط بالصفات كالجواهر والياقوت وجب ذكر القيمة فيقول: جوهر قيمته كذا، وبه قال القاضي أبو الطيب والبندنجي وابن الصبّاغ وغيرهم. واستثنى ما لو غصب غيره منه عيناً في بلد ثم لقيه في آخر وهي باقية ولكن لنقلها مؤنة فإنه يجب ذكر قيمتها، لأنها المستحقة في هذه الحالة، فإذا رد العين رد القيمة. ويبين في دعوى العقار الناحية والبلد والمحلة والسكة والحدود، وأنه في يمنة داخل السكة أو يسرته أو صدرها؛ ذكره البلقيني. ولا حاجة لذكر القيمة كما علم مما مر. وهذا إن بقيت العين، (فإن تلفت وهي متقومة) بكسر الواو، (وجب) مع ذلك (ذكر القيمة) لأنها الواجبة عند التلف، فلا حاجة لذكر شيء معها من الصفات كما اقتضاه كلامهم، لكن يجب ذكر الجنس فيقول: عبد قيمته مائة، فإن كانت مثلية لم يجب ذكر قيمته، ويكفي الضبط بالصفات.

تنبيه: لو كان التالف سيفاً محلّى ذكر قيمته بالذهب إن كانت حليته فضة، وبالفضة إن كانت حليته ذهباً؛ وإن كان محلّى بهما قَوْمٌ بأحدهما للضرورة، وهذا ما جرى عليه ابن المقرئ في روضه هنا تبعاً لأصله. واختلف كلامهما في باب الغصب، فقال هناك: إن تبر الحليّ يضمن بمثله ويبيعه بنقد البلد، وقال أصله: إن المحلّى يضمن بنقد البلد وإن كان من جنسه؛ قال: ولا يلزم منه الربا، فإنه إنما يجرى في العقود لا في الغرامات اهـ. ويقوم مغشوش الذهب بالفضة كعكسه إذا قلنا إنها متقومة، فيدعى مائة دينار من نقد كذا قيمتها كذا درهماً أو مائة درهم من نقد كذا قيمتها كذا ديناراً. فإن قلنا إنها مثلية، وهو الصحيح بناءً على جواز المعاملة بها، وهو الأصح، فلا يشترط التعرض لقيمتها. ويستثنى من اشتراط العلم بالمدعى به مسائل تصح الدعوى فيها بالمجهول؛ منها الإقرار ولو بنكاح كالإقرار به. ومنها الوصية تحرزاً عن ضياعها، ولأنها تحتل الجهل، فكذا دعواه. ومنها فرض المفوضة لأنها تطلب من القاضي أن يفرض لها فلا يتصور منها البيان، ومثله المتعة والحكومة والرضخ وحط الكتابة والغرة والإبراء المجهول في إيل الدية بناءً على الأصح من صحة الإبراء منه فيها. ومنها حق ممر أو إجراء الماء في أرض جددت اكتفاءً بتحديد الأرض كما رجحه ابن المقرئ. ومنها تصح الشهادة بهذه المستثنيات لترتيبها عليها.

فروع: لو أحضر ورقة فيها دعواه ثم ادعى ما في الورقة وهو موصوف بما مر، هل يكفي بذلك أو لا؟ وجهان، أوجهما كما أشار إليه الزركشي الأول إذا قرأه القاضي أو قرئ عليه. والشرط الثاني المذكور هنا لصحة الدعوى ولم يتعرض له المصنف: أن تكون الدعوى تلزمه، فلو ادعى على غيره هبة أو بيعاً أو ديناً أو نحو ذلك مما الغرض منه تحصيل الحق فليذكر في دعواه وجوب التسليم كأن يقول: ويلزمه التسليم إليّ أو وهو ممنوع من الأداء الواجب عليه؛ لأنه قد يرجع الواهب وينسخ البيع ويكون الدين مؤجلاً أو من عليه مفلساً. ولو

أَوْ نِكَاحاً لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْأَصْحَ، بَلْ يَقُولُ: «نَكَحْتُهَا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدِي عَدْلٍ وَرِضَاهَا» إِنْ كَانَ يُشْتَرَطُ، فَإِنْ كَانَتْ أُمَّةً فَلَا أَصْحَ وَجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفٍ عَنَّتِ، أَوْ عَقْداً مَالِيًا كَبَيْعٍ وَهَبَةٍ كَفَى الْإِطْلَاقُ فِي الْأَصْحَ.

قصد بالدعوى رفع المنازعة لا تحصيل الحق فقال: «هذه الدار لي وهو يمنعنيها» سمعت دعواه وإن لم يقل هي في يده؛ لأنه يمكن أن ينازعه. وإن لم تكن في يده (أو) لم يدع ديناً ولا عيناً، بل ادعى (نكاحاً لم يكف الإطلاق) فيه (على الأصح) المنصوص، (بل) يقيد ذلك، وحينئذ (يقول نكحتها بولي مرشد) قال البلقيني: وهذا ليس صريحاً في العدالة، فينبغي أن يقول: بولي عدل. لكن قال الزركشي: المراد بالمرشد من دخل في الرشد أي صلح للولاية، وذلك أعم من العدل والمستور والفاسق إذا قلنا يلي أي أو وكانت ولايته بالشوكة. (وشاهدي عدل) قال الزركشي: وينبغي الاكتفاء بقوله «وشاهدين» بغير وصفهما بالعدالة، فقد ذكروا في النكاح أنه لو رفع نكاح عقد بمستورين إلى حاكم لم ينقض. نعم إن ادعت المرأة شيئاً من حقوق الزوجية احتاج الحاكم إلى التزكية. (ورضاها إن كان يشترط) بأن كانت غير مجبرة؛ لأن النكاح فيه حق لله تعالى وحق لآدمي، وإذا وقع لا يمكن استرداكه فاحتيط فيه. والثاني: يكفي الإطلاق فيه كالمال، وكما لا يشترط انتفاء ذكر الموانع كالردة والرضاع. وأجاب الأول عن القياس الأول بما مر، وعن الثاني بأن الشروط يعتبر وجودها ليصح العقد، والموانع يعتبر عدمها والأصل عدم، فاكثفي به؛ ولأنها كثيرة يعسر ضبطها.

تنبيه: قال البلقيني: يستثنى من ذلك أنكحة الكفار، فيكفي في الدعوى بها أن يقول «هذه زوجتي»، وإن ادعى استمرار نكاحها بعد الإسلام ذكر ما يقتضي تقريره حينئذ؛ ولا بد فيما إذا كان سفيهاً أو عبداً من قوله: «نكحتها بإذن ولتي أو مالكي»، ولا يشترط تعيين الولي والشاهدين، والدعوى تكون على المرأة على وليها المحجير بناء على صحة إقرارهما به؛ وهو الأصح. وسكت المصنف عن دعوى المرأة بالنكاح، ونقل الرافعي فيها عن تصحيح الغزالي أنها لا تسمع، لأن النكاح للزوج لا لها، ثم قال: لكن الأئمة جانحون إلى ترجيح السماع اهـ. وهذا هو المعتمد. وإذا ادعت ففي اشتراط التفصيل وعدمه ما في اشتراطه في دعوى الزوج. ولا يشترط تفصيل في إقرارها بنكاح لأنها لا تقر إلا عن تحقيق، ويشترط تفصيل الشهود بالنكاح تبعاً للدعوى، ولا يشترط قولهم: ولا نعلمه فارقها وهي إلى اليوم زوجته.

(فإن كانت) تلك المرأة المدعى نكاحها (أمة) أو مبعضة والزوج حرّ، (فالأصح) يجب مع ما سبق (وجوب ذكر المعجز عن طول) أي مهر ينكح به حرة، (و) وجوب ذكر (خوف عنت) أي الزنا المشترطين في جواز نكاح من بها رق، لأن الفروج يُحتاط لها كالدماء. وقياس هذا وجوب التعرض لها في الشروط من كونه لا حرة تحته تصلح، وكون الأمة مسلمة إن كان الزوج مسلماً، وهو ظاهر. والثاني: لا يجب كما لا يجب التعرض لعدم الموانع؛ وقد مر الفرق. (أو) لم يدع نكاحاً، بل ادعى (عقداً مالياً كبيع وهبة) لم يشترط تفصيل، و (كفى الإطلاق في الأصح) المنصوص، لأنه أخف حكماً من النكاح، ولهذا لا يشترط فيه الإشهاد بخلافه. والثاني: يشترط كالنكاح. والثالث: إن تعلق العقد بجارية وجب احتياطاً للبضع، واختاره ابن عبد السلام.

تنبيه: مقتضى تعبير المصنف بالإطلاق أنه لا يشترط التقييد بالصحة، ولكن الأصح في الوسيط اشتراطه، وهو قضية كلام الرافعي. ومحل الخلاف في غير بيوع الكفار، فإذا تبايعوا ببيعاً فاسداً وتقابضوها بأنفسهم أو بالزمام حاكمهم فإننا نُمضيها على الأظهر كما هو مقرر في الجزية، فلا يحتاج فيها إلى ذكر الشروط. وتسمع

وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ لَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي، فَإِنْ أَدَّعَى آدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءً عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا حَلْفُهُ عَلَى نَفْيِهِ، وَكَذَّاءً لَوْ أَدَّعَى عِلْمَهُ بِفُسْقِ شَاهِدِهِ أَوْ كَذِبِهِ فِي الْأَصْحَحِّ.

الدعوى من المدعي على خصمه وإن لم تعلم بينهما مخالطة ولا معاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس فتصح دعوى دنيء على شريف، وإن شهدت قرائن الحال بكذبه كأن ادعى ذمي استئجار أمير أو فقيه لعلف دوابه وكنس بيته.

(ومن قامت عليه بيينة) بحق ف (ليس له تحليف المدعي) على استحقاقه ما ادعاه؛ لأنه تكليف حجة بعد حجة، بل هو كالطعن في الشهود.

تنبيه: استثنى من ذلك صورتان، الأولى: إذا أقيمت بيينة بعين لشخص وقالت البيينة: لا نعلمه باعها ولا وهبها، فيحلف كما قال الشافعي رضي الله تعالى عنه أنها لم تخرج عن ملكه بوجه من الوجوه، ثم تدفع إليه الثانية إذا أقيمت بيينة بإعسار المديون فلصاحب الدين تحليفه في الأصح لجواز أن يكون له مال في الباطن. (فإن ادعى) بعد إقامة البيينة مسقطاً له، كأن ادعى (آداء) له (أو إبراء) منه في الدين (أو شراء عين) من مدعيها (أو هبتها وإقباضها) منه، (حلفه) خصمه (على نفيه) أي نفي ما ادعاه، وهو أنه ما تأدى منه الحق ولا أبراه من الدين ولا باعه العين ولا وهبه إياها.

تنبيه: محل ذلك إذا ادعى حدوث شيء من ذلك قبل إقامة البيينة والحكم، وكذا بينهما بعد مُضَي زمن إمكانه، فإن لم يمض زمن إمكانه لم يلتفت إليه. وكذا إن ادعى بعد الحكم حدوثه قبل البيينة على الأصح في أصل الروضة ليثبت المال عليه بالقضاء. ويستثنى من إطلاق المصنف الآداء ما لو قال الأجير على الحج: «قد حججت» فإنه يقبل قوله، ولا يلزمه بيينة ولا يمين؛ قاله الدبيلي، قال: كما لو طلق امرأته ثلاثاً وادعت أنها تزوجت ودخل بها وطلقها وانقضت عدتها قبل منها ولا بيينة عليها ولا يمين. وشمل إطلاق المصنف الإبراء ما لو ادعى أنه أبراه عن هذه الدعوى؛ لكن الأصح في الشرح الصغير أنه لا يحلف لأن الإبراء عن نفس الدعوى لا معنى له إلا تصوير صلح على إنكار وهو باطل. وأشعر قوله على نفيه أنه لا يكلف توفية الدين أو لا، بل يحلف المدعي ثم يستوفى، وهو كذلك على الصحيح.

(وكذا لو ادعى) الخصم (علمه) أي المدعي (بفسق شاهده) الذي أقامه (أو كذبه) فله تحليفه أيضاً على نفي ما ادعاه (في الأصح) المنصوص؛ لأنه لو أقر له به بطلت شهادته. والثاني: لا؛ لأنه لم يدع عليه حقاً، وإنما ادعى عليه أمراً لو ثبت لنفعه. واحترز بالبيينة أي فقط عما لو حلف المدعي قبل ذلك إما مع شاهد أو يمين الاستظهار، فإنه لا يحلف بعد هذه الدعوى على نفي ذلك كما صوبه البلقيني؛ لأن الحلف مع ذلك قد يعرض فيه الحالف لاستحقاقه الحق فلا يحلف بعد ذلك على نفي ما ادعاه الخصم.

تنبيه: ذكر الجيلي في الإعجاز أنه يحلف مع البيينة في عشرة مواضع: إذا ادعى على الميت مالاً أو قتلاً وأنكر الورثة فأقام بيينة لم يحكم له حتى يحلف مع البيينة أنه عليه وأنه يستحقه إلى الآن، وكذا إن ادعى على غائب أو صبي أو مجنون. وأن يدعى على امرأة وطناً فيقيم البيينة على نفي البكارة فيحلف معها لاحتمال عود البكارة. وإذا أقام على رجل بيينة بمال ادعاه فقال المدعى عليه احلف أنك تستحق هذا المال ولم يكذب الشهود، ولكن قال باطنه بخلاف ظاهره، فإنه يحلف مع البيينة أنه يستحق ذلك الآن. وإذا قال لامرأته: «أنت

وَإِذَا اسْتَمْتَهَلَ لِيبَاطِي بَدَافِعِ أَمْهَلٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَلَوْ أَدْعَى رِقًّا بِالْبَيْعِ فَقَالَ: «أَنَا حُرٌّ» فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، أَوْ رِقٌّ صَغِيرٌ لَيْسَ فِي يَدِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، أَوْ فِي يَدِهِ حُكْمٌ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ اسْتِنَادَهَا إِلَى التَّقَاطِطِ، فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ فَإِنْكَارُهُ لَغَوٌّ؛

طالق أنس» وقال: «أردت أنها كانت مطلقة من غيري» وأقام بيعة حلف معها أنه أراد ذلك. وإذا ادعى الوديع هلاك الوديعة بسبب ظاهر وأقام البيعة على السبب حلف على الهلاك به. وفي الجراح في العضو الباطن إذا قال إنه كان صحيحاً وأقام بذلك بيعة حلف معها. وفي الرد بالعيب إذا أقام بيعة أنه كان كذلك حلف معها. قال الزركشي: وفي بعض هذه الصور نظر، ومنها ما الحلف فيه مستحب لا مستحق اهـ. ولعله يشير بالنظر إلى الموضع السابع وبالاستحباب إلى الثامن.

(وَإِذَا اسْتَمْتَهَلَ) أي طلب الإمهال من أقيمت عليه بيعة، (لباطي بدافع) فيها، استفسر إن كان جاهلاً لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعاً، بخلاف ما إذا كان عارفاً، فإن عين جهة من نحو أداء أو إبراء أو كان عارفاً؛ (أمهل ثلاثة أيام) لأنها مدة قريبة لا يعظم الضرر فيها، ومقيم البيعة قد يحتاج إلى مثلها للفحص عن الشهود. ولو أحضر بعد الثلاث الشهود ولم يعدوا أمهل ثلاثاً للتعديل، لأنه استظهار لبيعة في شهادة أخرى كما حكاه الرافعي عن الروياني وأقره. ولو لم يأت بيعة ثم ادعى جهة أخرى بعد المدة لم تمهل أو في اثنتاهما سمعت دعواه. ولو حضر في الثلاث بشاهد واستمهل بالثاني أمهل ثلاثة مستقبله كما قاله الماوردي. وذكر الرافعي في الباب الثاني من أبواب الكتابة أن العبد لو ادعى الأداء وأنكر السيد وأراد العبد إقامة البيعة أمهل ثلاثاً، قال: وهل هو واجب أو مستحب؟ وجهان اهـ. وقياس ما هنا الوجوب. ولو عاد المدعى عليه بعد الثلاث وسأل القاضي تحليف المدعي على نحو إبراء أجابه إليه لتيسره في الحال، ولا يكلف تسليم الدين أولاً (ولو ادعى رِقًّا بالغ) عاقل، (فقال أنا حر) بالأصالة؛ (فالقول قوله) يمينه وإن تداولته الأيدي وسبق من مدعي رقه قرينة تدل على الرق ظاهراً كاستخدام وإجارة لموافقته الأصل وهو الحرية، وعلى المدعي البيعة.

تنبيه: محل ما ذكر إذا لم يسبق منه إقرار يرق وإن لم يقبل قوله. وإذا حلف على نفي الرق وقد اشتراه المدعي من غيره المدعى على بائعه بالثمن، ولو اعترف بحالة الخصومة وقال برقه وقال إنه ذكره على وجه الخصومة، أو اعتمد في اعترافه به ظاهر اليد. وخرج بقوله: «حر» أي بالأصالة كما مر ما لو قال: «أعتقتني أو أعتقتني الذي باعني منك أو غيره» فإنه لا يقبل إلا بيعة، وما لو قال: «أنا عبد فلان» فالمصدق السيد لاعتراف العبد بالرق، لأنه مال يثبت عليه اليد واليد عليه للسيد فلا تنتقل عنه، بخلافه هنا فإنه لم يعترف بذلك والأصل الحرية. ولو أقام المدعي بيعة برقه وأقام هو بيعة بأنه حر فالذي جزم به الرافعي في آخر الدعاوى تبعاً للبخوي أن بيعة الرق أولى لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق، ونقل الهروي وغيره عن الأصحاب أن بيعة الحرية أولى.

(أو) ادعى (رق صغير ليس في يده لم يقبل) منه (إلا بيعة) لأن الأصل عدم الملك، والظاهر كما قاله الأذري أن المجنون البالغ كالصغير. ولو كان الصغير في يد غيره وصدقه صاحب اليد كفى تصديقه مع حلف المدعي. (أو) ادعى رِقٌّ صغير (في يده حكم له به) بعد حلفه (إن لم يعرف استنادها) أي يد المدعي (إلى التقاط) كما لو ادعى الملك في دابة أو ثوب، وإنما حلف لخطر شأن الحرية، ولا أثر لإنكاره إذا بلغ بل يستمر الرق، فإن استندت إلى التقاط لم يقبل إلا بحجة. وهذه المسألة قد ذكرها في اللقيط فهي مكررة، والفرق أن اللقيط محكوم بحريته ظاهراً بخلاف غيره. (فلو أنكر الصغير) الرق (وهو مميز فإنكاره لغو) لأن عبارته ملغاة.

وَقِيلَ: كَبَالِغٍ. وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى ذَيْنِ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ.

١ - فصل: فيما يتعلق بجواب المدعى عليه

أَصْرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى السُّكُوتِ عَنِ جَوَابِ الدَّعْوَى جُعِلَ كَمُنْكَرٍ نَاكِلٍ. فَإِنْ أَدَّعَى عَشْرَةَ فَقَالَ: «لَا تَلْزَمُنِي الْعَشْرَةَ» لَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ «وَلَا بَعْضَهَا»؛ وَكَذَا يَخْلِفُ،

(وقيل) إنكاره (كبالغ) في إنكاره فلا يحكم برقه لمدعيه إلا بيينة؛ وإن أنكر بعد بلوغه في صورة عدم الاستناد لم يؤثر. (ولا تسمع دعوى) بحال على من اعترف المدعى بإعساره، ولا دعوى (دين مؤجل) وإن كان به بيينة (في الأصح) إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال فيفوت نظام الدعوى. والثاني: تسمع مطلقاً ليثبت في الحال ويطلب به في الاستقبال، وقد يموت من عليه فتتعجل المطالبة. والثالث: إن كان به بيينة سمعت، وإلا فلا.

تنبيه: يستثنى على الأول صَوْرَ، الأولى: إذا كان بعض الدين حالاً وبعضه مؤجلاً فإن الدعوى تصح به كما قاله الماوردي، قال: ويدعي بجميعه لاستحقاقه المطالبة ببعض ويكون المؤجل تبعاً. فإن قيل: الدعوى بذلك مشكل، لأن الحال إذا كان قليلاً كدرهم من ألف مؤجلة يبعد الاستتباع فيه، وبأنه إذا أطلق الدعوى لم يفد، وإن قال لزمه تسليم الألف إلي لم تصح الدعوى وكان كاذباً، وإن فصل وبين كان ذلك في حكم دعوتين فأين محل الاستتباع؟ أجيب بأن محل الاستتباع عند الإطلاق، ولا يضر كون للكثير تابعاً للقليل للحاجة إلى ذلك. الثانية: لو كان المؤجل في عقد كمسلم وقصد بدعواه به تصحيح العقد لأن المقصود منها مستحق في الحال؛ قاله الماوردي أيضاً. الثالثة: إذا ادعى على القاتل بقتل خطأ أو شبه عمد فإنها تسمع مع أن ذلك إنما يوجب دية مؤجلة، فلو ادعى ذلك على العاقلة لم تسمع جزماً؛ لأنه لم يتحقق لزومه لمن ادعى عليه لجواز موته في أثناء الحول وإعساره آخره؛ ذكره البلقيني وقال: لم أر من تعرض له.

تتمة: تُسْمَعُ الدعوى باستيلاء وتدبير وتعلق عتق بصفة ولو قيل العرض على البيع، لأنها حقوق ناجزة وجواب من ادعى ديناً مؤجلاً ولم يذكر الأجل لا يلزمي تسليمه الآن، ولا يجوز إنكاره استحقاقه في أحد وجهين قال الزركشي إنه المذهب كما حكاه الروياني عن جده. وإن أقر له خصمه بثوب مثلاً وادعى تلفه فله تحليفه أنه لا يلزمه تسليمه إليه ثم يقنع منه بالقيمة، وإن نكل حلف لنقر له على بقائه وطلبه به.

فصل: فيما يتعلق بجواب المدعى عليه: إذا (أصر المدعى عليه على السكوت عن جواب الدعوى) لغير دهشة أو غباوة، (جعل) حكمه (كمنكر) للمدعي به (ناكل) عن اليمين، وحينئذ فترد اليمين على المدعي بعد أن يقول له القاضي: أجب عن دعواه وإلا جعلتك ناكلاً. فإن كان سكوته لنحو دهشة أو غباوة شرح له، ثم حكم بعد ذلك عليه. وسكوت الأخرس عن الإشارة المفهمة للجواب كسكوت الناطق، ومن لا إشارة له مفهمة كالفأب والاصم الذي لا يسمع أصلاً إن كان يفهم الإشارة فهو كالأخرس، وإلا فكالمجنون فلا تصح الدعوى عليه. فلو كان البصير الأصم أو الأخرس الذي لا يفهم كتاباً قال الأذري: يشبه أن يقال كتابته دعوى وجواباً كعبارة الناطق. أما إذا لم يصر المدعى عليه فينظر؛ (فإن ادعى) عليه (عشرة) مثلاً (فقال) في جوابه: هي عندي، أو ليس لك عندي شيء؛ فذاك ظاهر. وإن قال: (لا تلزميني العشرة، لم يكف) ذلك في الجواب (حتى يقول) مضافاً لما سبق: (ولا بعضها). وكذا (يخلف) إن حلفه القاضي؛ لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها، فاشتراط مطابقة الإنكار واليمين دعواه، وقوله: «لا يلزميني العشرة» إنما هو نفي لمجموعها؛ ولا يقتضي نفي كل جزء

فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشْرَةِ وَأَقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَنَاقِلٌ فَيَحْلِفُ الْمُدْعَى عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونَ الْعَشْرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ. وَإِذَا مَا أَدْعَى مَالاً مُضَافاً إِلَى سَبَبٍ كَ «أَقْرَضْتُكَ كَذَا» كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ: «لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً»، أَوْ شَفْعَةً كَفَاهُ: «لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً»، أَوْ «لَا تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الشَّقْصِ». وَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ حَلَفَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لَهُ الْحَلْفُ بِالنَّفْيِ الْمُطْلَقِ.

منها، فقد تكون عشرة إلا حبة. (فإن حلف على نفي العشرة واقتصر) في حلفه (عليه فناكل) عما دون العشرة، (فيحلف المدعى على استحقاق دون العشرة بجزء) وإن قل؛ (ويأخذه) أي ما دون العشرة وإن لم يجدد دعوى. نعم إن نكل المدعى عليه عن العشرة وقد اقتصر القاضي في تحليف المدعى عليه على عرض اليمين عليه عن العشرة ولم يقل ولا شيء منها فليس للمدعي أن يحلف على استحقاق ما دونها إلا بعد تجديد دعوى ونكول المدعى عليه.

تنبيه: هذا إن لم يسند المدعي إلى عقد، فإن أسنده إليه كأن ادعت امرأة نكاحاً بخمسين كفاه نفي العقد بها والحلف عليه، فإن نكل لم تحلف هي على البعض إلا بدعوى جديدة لا تناقض ما ادعته. وإن ادعى داراً بيد غيره فأنكرها فلا بد أن يقول في حلفه: «ليست لك ولا شيء منها»، ولو ادعى أنه باعه إياها كفاه أن يحلف أنه لم يبعها. ولو ادعى عليه مالا فأنكر وطلب منه اليمين فقال: «لا أحلف وأعطي المال» لا يجب على المدعي قبوله من غير إقرار وله تحليفه لأنه لا يأمن من أن يدعي عليه بما دفعه بعد هذا، وكذا لو نكل عن اليمين وأراد المدعي أن يحلف يمين الرد فقال المدعى عليه: «أنا أبذل المال له بلا يمين» له أن يحلف ويقول له الحاكم: «إما أن تقر بالحق أو يحلف المدعى عليه بعد نكولك»؛ قاله البغوي والمروزي وغيرهما.

(وإذا ادعى مالا مضافاً إلى سبب كأقترضتك كذا كفاه في الجواب) عن هذه الدعوى، (لا تستحق) أنت (علي شيئا) أو لا يلزمي تسليم شيء إليك، (أو) ادعى (شفعة كفاه) في الجواب: (لا تستحق) أنت (علي شيئا)، أو (لا تستحق) علي (تسليم الشقص) ولا يشترط التعرض لنفي تلك الجهة لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض وغيره وعرض ما أسقط الحق من أداء أو إبراء، فلو نفى السبب كذب أو اعترف وادعى المسقط طولب بيينة قد يعجز عنها فقبل الإطلاق للضرورة. ونازع البلقيني في جواب دعوى الشفعة، وقال: أكثر الناس لا يعدون الشفعة مستحقة على المشتري لأنها ليست في ذمته فلا يتعلق به ضمانها كالغصب وغيره، فالجواب المعتبر لا شفعة لك عندي كما عبر به في الروضة، وعبرة المحرر لا يستحق عليه شفعة اهـ. والمعتمد ما في المتن. ولو ادعت على زوجها أنه طلقها كفاه في الجواب: «أنت زوجتي». ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو ادعى عليه وديعة، فلا يكفي في الجواب: «لا يلزمي التسليم»، إذ لا يلزمه تسليم وإنما يلزمه التخلية، فالجواب الصحيح أن ينكر الإيداع أو يقول: «لا تستحق علي شيئا» أو «هلكت الوديعة» أو «رددتها». (ويحلف) المدعى عليه (على حسب) بفتح السين بخطه، ويجوز إسكانها؛ أي قدر (جوابه هذا) أو على نفي السبب، ولا يكفل التعرض لنفيه. (فإن) تبرع و (أجاب بنفي السبب المذكور) كقوله في صورة القرض السابقة: «ما أقترضتني كذا»، (حلف عليه) أي نفي السبب كذلك ليطباق اليمين الإنكار. (وقيل: الحلف بالنفي المطلق) كما لو أجاب به، والأول راعى مطابقة اليمين للجواب.

تنبيه: قضية كلامه أنه إذا أجاب بالإطلاق ليس له الحلف على نفي السبب؛ وليس مراداً، بل لو حلف على نفيه بعد الجواب المطلق جاز كما نقلناه عن البغوي وأقره.

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مَكْرَىٰ وَأَدْعَاهُ مَالِكُهُ كَفَاءُ: «لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ»، فَلَوْ اعْتَرَفَ بِالْمَلِكِ
وَأَدْعَى الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِلَّا بَيِّنَةٌ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا وَخَافَ أَوْ لَا إِنْ اعْتَرَفَ
بِالْمَلِكِ جَحْدَهُ الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَحِيلَتُهُ أَنْ يَقُولَ: «إِنْ أَدْعَيْتَ مَلِكاً مُطْلَقاً فَلَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمِ، وَإِنْ
أَدْعَيْتَ مَرْهُوناً فَأَذْكُرُهُ لِأَجِيبَ». وَإِذَا أَدْعَى عَلَيْهِ عَيْناً فَقَالَ: «لَيْسَ هِيَ لِي» أَوْ «هِيَ لِرَجُلٍ لَا
أَعْرِفُهُ» أَوْ هِيَ «لِابْنِي الطُّفْلِ»، أَوْ «وَقَفَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ أَوْ مَسْجِدٍ كَذَا»، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا تُنْصَرَفُ
الْخُصُومَةُ وَلَا تُنْزَعُ مِنْهُ بَلْ يُحْلَفُ الْمُدْعَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ. وَإِنْ أَقْرَبَهُ لِمُعَيَّنٍ
حَاضِرٍ يُمَكِّنُ مُحَاصَمَتَهُ وَتَحْلِيفَهُ سِئْلٍ، فَإِنْ صَدَّقَهُ

(ولو كان بيده مرهون أو مكزى وادعاه) أي كلاً منهما (مالكه) أو نائبه، (كفاه) في الجواب: (لا يلزمني تسليمه) إليك؛ ولا يجب التعرض للملك، (فلو اعترف بالملك) للمدعي (و) لكن (ادعى) بعده (الرهن والإجارة) وكذبه المدعي، (فالصحيح أنه لا يقبل) منه ذلك (إلا ببينة) لأن الأصل عدم ما ادعاه. والثاني: يقبل قوله بدونها لأن اليد تصدقه في ذلك. (فإن عجز) على الأول (عنها وخاف أولاً) أنه (إن اعترف بالملك) للمدعي (جحدته) بسكون الحاء المهملة على أنه مصدر مضاف للفاعل؛ أي خاف أن يجحد المدعي (الرهن والإجارة؛ فحيلته) أي المدعى عليه (أن يقول) في الجواب: (إن ادعيت) عليّ (ملكاً مطلقاً) عن رهن وإجارة (فلا يلزمني تسليم) لما ادعيت عليّ، (وإن ادعيت) عليّ ملكاً (مرهوناً) عندي أو مستأجراً (فأذكره لأجيب) عنه؛ ولا يكون مقراً بذلك. وكذا يقول في ثمن مبيع لم يقبض. وعكس مسألة المتن لو ادعى المرتهن الدين وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين، قال في الجواب: إن ادعيت ألفاً لي عندك بها رهن هو كذا فاذكره حتى أجيب، وإن ادعيت ألفاً مطلقاً فلا يلزمني.

تنبيه: لو ذكر المصنف قوله: «أولاً» بعد قوله: «بالملك» كان أولى، فإن عبارته توهم تعلق «أولاً» بـ «خاف»، ولا معنى له.

(وإذا ادعى عليه عيناً) عقاراً أو منقولاً، (فقال) في الجواب: (ليس هي لي) مقتضراً على ذلك ولم يضيفها، (أو) أضافها المجهول كقوله: (هي لرجل لا أعرفه) أو لا أسميه، (أو) لمعلوم لا يمكنني مخاصمته وتحليفه كقوله: (هي لابني الطفل) أو المجنون ملك له. ولو عبر بمحجوره كان أولى. (أو) قال: هي (وقف على الفقراء، أو) على (مسجد كذا) وكان المدعى عليه هو الناظر؛ (فالأصح أنه لا تنصرف الخصومة) عنه (ولا تنزع العين) (منه) لأن ظاهر اليد لذلك وما صدر منه ليس بمزيل ولم يظهر لغيره استحقاق. (بل) يحلفه المدعي أنه لا يلزمه التسليم) للعين المدعاة (إن لم يكن بينة) بها، رجاء أن يقر؛ أو ينكل فيحلف المدعي وتثبت له العين في الأولتين، وفيما لو أضافها لغير معين، والبدل للحيلولة في غير ذلك. والثاني: تنصرف عنه وينزع الحاكم العين من يده، فإن أقام المدعي بينة على استحقاقها أخذها، وإلا حفظها إلى أن يظهر مالكها.

تنبيه: ظاهر كلامه أنه لا يحلفه إلا إذا لم يكن بينة؛ قال البلقيني: وهو قيد غير معتبر، والذي في المحرر: بل يقسم المدعي البينة أو يحلفه أنه لا يلزمه تسليمه اهـ. وهذا معلوم مما مر أن المدعي محيّر بين أن يقيم البينة أو يحلفه. ولو ادعاه المدعى عليه بعد ما ذكر لنفسه سمعت دعواه في أحد وجهين رجحه ابن المقرئ تبعاً للقاضي مجلي وغيره.

(وإن أقر به) أي بالمذكور (لمعين حاضر) بالبدل (يمكن مخاصمته وتحليفه، سئل) عن ذلك، (فإن صدقه)

صَارَتِ الْخُصُومَةُ مَعَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ تُرِكَ فِي يَدِ الْمُقَرَّرِ، وَقِيلَ: تُسَلَّمُ إِلَى يَدِ الْمُدْعَى، وَقِيلَ: يَحْفَظُهُ الْحَاكِمُ لِيُظْهِرَ مَالِكًا. وَإِنْ أَقْرَبَ بِهِ لِعَائِبٍ فَلَأَصْحُ أَنْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ، وَيُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَاقِدَ الْعَائِبُ فَإِنْ كَانَ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةٌ قَضَى بِهَا، وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى عَائِبٍ، فَيَحْلِفُ مَعَهَا، وَقِيلَ: عَلَى حَاضِرٍ.

انصرفت الخصومة عن المدعى عليه، و (صارت الخصومة معه) أي الحاضر لصيرورة اليد له، والخصومة إنما تدور بين متنازعين.

تنبيهات: الأول: كان الأولى للمصنف الاقتصار على قوله: «يمكن مخاصمته أو يمكن تحليفه»، لأن الجمع بينهما لا يشترط. الثاني: كلامه يفهم أنه إذا أقر به لمن لا يمكن مخاصمته وهو المحجور عليه لا تنصرف الخصومة عنه؛ وليس مراداً، بل تنصرف إلى وليه، وإنما قيده المصنف بذلك لقوله بعد: «وصدقه»، فإن المحجور عليه لا يصح تصديقه. الثالث: قوله: «صارت الخصومة معه» يفهم انصرافها عن المدعى عليه؛ وليس مراداً، بل للمدعي طلب يمينه بناءً على أنه يغرم له البديل لو أقر له، وهو الأظهر.

(وإن كذبه ترك في يد المقر) كما مر تصحيحه في كتاب الإقرار، وأعاد المصنف المسألة هنا لبعيد التصريح بمقابل الأصح، وهو قوله: (وقيل: تسلم إلى يد المدعي) إذ لا طالب له سواه، (وقيل: يحفظه الحاكم لظهور مالك) له. (وإن أقر به لغائب) عن البلد ولا بينة تشهد له بملك المدعي به، (فالأصح انصراف الخصومة عنه) إليه لما مر. وهذا بالنسبة لرقبة المدعي به، أما بالنسبة لتحليف المدعى عليه فلا ينصرف في الأصح بل له تحليفه كما مر. (ويوقف الأمر) في الإقرار بالمدعي به لغائب حيث لا بينة، (حتى يقدم) ذلك (الغائب) لأن المال بظاهر الإقرار لغيره بدليل أن الغائب لو قدم وصدق أخذه. والثاني: لا تنصرف؛ وهو ظاهر نص المختصر لأن المال في يده، والظاهر أنه له. (فإن كان للمدعي بينة قضي) له (بها) وسلمت له العين.

تنبيه: قال البلقيني: كلام المصنف متهافت لأن وقف الأمر حتى يقدم الغائب ينافيه قوله: «فإن كان للمدعي بينة قضي بها»، وعبارة المحرر سالمة من هذا فإنه قال: «فإن لم تكن بينة يوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب وإن كان له بينة فيقضي له» اهـ. وبما قدرته يندفع الاعتراض.

(وهو قضاء على غائب، فيحلف المدعي معها) أي البينة كما مر في باب القضاء على الغائب؛ لأن المال صار له بحكم الإقرار. وهذا ما نقله في الروضة وأصلها عن اختيار الإمام والغزالي، وقالوا: إنه أقوى وأليق بالوجه المفرغ عليه. وهذا هو المعتمد. (وقيل) بل هو قضاء (على حاضر) إذ الخصومة معه فلا يحلف معها؛ وهذا ما نقله عن ترجيح العراقيين، وقال البلقيني: إنه المعتمد. وإن لم يكن للمدعي بينة فله تحليف المدعى عليه أنه لا يلزمه تسليمه إليه، فإن نكل حلف المدعي وأخذه، ثم إذا حضر الغائب وصدق المقر رد إليه بلا حجة لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، ثم يستأنف المدعي الخصومة معه. وإن ادعى ذو اليد أنها للغائب وأثبت أنه وكيل للغائب قدمت بينته بذلك على بينة المدعي لزيادة قوتها إذن بإقرار ذي اليد إليه، فإن لم تقم بينة بوكالته على الغائب وأقام بينة بالملك الغائب سمعت بينته لا تثبت العين للغائب لأنه ليس نائباً عنه، بل ليندفع عنه اليمين وتهمة الإضافة إلى الغائب، سواء تعرضت بينته لكونها في يده بعارية أو غيره أم لا. وهذه الخصومة للمدعي مع المدعى عليه، وللمدعي مع الغائب خصومة أخرى. ولو قال المدعى عليه: هي معي رهن أو نحوه من الحقوق اللازمة كإجارة، لم تسمع دعواه مع بينته لتضمنها إثبات الملك للغير بلا نيابة.

وَمَا قَبْلَ إِفْرَازِ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ فَالِدَعْوَى عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْجَوَابُ، وَمَا لَا كَأَرْشٍ فَعَلَى السَّيِّدِ.

٢ - فصل: في كيفية الحلف والتغليظ فيه

تُعَلِّطُ يَمِينُ مُدْعٍ

تنبيه: للمدعي تحليف المدعى عليه حيث انصرفت الخصومة عنه أنه لا يلزمه تسليمها إليه وأن ما أقر به لغيره يغرّم القيمة للثاني، فإن نكل عن اليمين وحلف المدعي اليمين المردودة أو أقر له باليمين ثانياً وغمم له القيمة ثم أقام المدعي بينة بالعين أو حلف بعد نكول المقر له رد القيمة وأخذ العين لأنه أخذها للحيلولة، وقد زالت.

فرع: لو ادعى جارية على منكرها فاستحقها بحجة ووطئها وأولدها ثم أكذب نفسه لم تكن زانية بذلك لأنها تنكر ما يقول ولم يبطل الإيلاد وحرية الولد؛ لأن إقراره لا يلزم غيره بأن وافقته الجارية على ذلك، إذ لا يرفع ما حكم به برجوع محتمل فيلزمه المهر إن لم تعترف هي بالزنا ويلزمه الأرش إن نقضت ولم يولدها وقيمة الولد وأمه إن أولدها ولا يطؤها بعد ذلك إلا بشراء جديد، فإن مات عتقت عملاً بقوله الأول ووقف ولاؤها إن مات قبل شرائها، وكذا الحكم وأنكر صاحب اليد وحلف أنها له وأولدها ثم أكذب نفسه يأتي فيها جميع ما مر.

واعلم أن ما سبق هو في جواب المدعى عليه الحر، فإن كان رقيقاً فحكم جواب دعواه مذكور في قاعدة أشار إليها بقوله: (و) هي (ما قبل إقرار عبد به كعقوبة) لأدمي من حد أو قصاص، (فالدعوى) بذلك (عليه)، (و) كذا (عليه) أيضاً (الجواب) لها لأنه لا يقبل إقراره في ذلك دون السيد لعود أثر ذلك عليه. وخرج بالأدمي عقوبة الله تعالى، فلا تسمع فيها الدعوى ولا يطالب الجواب كما جزمًا به بعد في الكلام على الحالف لأنها ليست حقاً للمدعي، ومن له الحق لم يأذن في الطلب والإثبات.

تنبيه: تصح الدعوى أيضاً على الرقيق بدين معاملة تجارة أذن فيها سيده. وأورد على المصنف دعوى قتل خطأ أو شبه عمد في محل لوث فإنها تكون على الرقيق لأنه لا يقبل إقراره به لأن الولي يقسم وتتعلق الدية برقبة الرقيق؛ صرح به الرافعي في الشرط الرابع في كتاب القسامة.

(وما لا) يقبل إقراره به (كأرش) لتعيب أو إتلاف، (فعلى السيد) الدعوى به، وعليه أيضاً جوابها؛ لأن الرقبة التي هي متعلقها حق السيد فأقرار الرقيق فيها لا يقبل، فلو ادعى عليه ففي سماعها وجهان؛ قال الرافعي: والوجه أنها تسمع لإثبات الأرش في الذمة إلا لتعلقه بالرقبة؛ قال تفريراً على الأصلين: يعني أن الأرش المتعلق بالرقبة يتعلق بالذمة أيضاً وأن الدعوى تسمع بالمؤجل؛ قاله البلقيني. فيخرج منه أن الأصح أنها لا تسمع عليه بذلك لأن الأصح أنه لا يتعلق بالذمة ولا تسمع الدعوى بالمؤجل؛ وبهذا جزم صاحب الأنوار.

تنمة: قد تكون الدعوى والجواب على كل من الرقيق وسيده كما في نكاح العبد أو المكاتبه، فإنه إنما يثبت بإقرارهما لأنه لا بد من اجتماعهما على التزويج، فلو أقر سيد المكاتبه بالنكاح وأنكرت حلف، فإن نكلت وحلف المدعي حكم بالزوجية، ولو أقرت فأنكر السيد حلف السيد، فإن نكل حلف المدعي وحكم له بالنكاح، ويأتي مثل ذلك في المبعوضة.

فصل: في كيفية الحلف والتغليظ فيه وفي ضابط الحالف: (تغلظ) ندباً (يمين مدح) اليمين المردودة أو مع

وَمَدَّعَى عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نَصَابَ زَكَاةٍ؛ وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللِّعَانِ.

الشاهد واليمين، (و) تغلظ ندباً أيضاً يمين (مدعى عليه) وإن لم يطلب الخصم تغليظها (فيما ليس بمال ولا يقصد به مال) ككناح وطلاق ولعان وقودٍ وعتق وإيلاد ووصاية ووكالة. قال الغزالي: التغليظ يجري في كل حالة خطر مما لا يثبت برجل وامرأتين اه. فإن قيل: يرّد على هذا الولادة والرضاع وعيوب النساء فإنها تثبت برجل وامرأتين ويجري فيها التغليظ. أجيب بأنه ليس قبول شهادة الرجل والمرأتين والنساء المتمحضات لقلّة خطرهما، بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً؛ وقد صرح الشيخان بهذا الجواب بالنسبة إلى شهادة النساء المتمحضات لقلّة خطرهما، بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً؛ وقد صرح الشيخان بهذا الجواب بالنسبة إلى شهادة النساء المتمحضات. والمعنى في التغليظ أن اليمين موضوعة للزجر عن التعدي، فشرع التغليظ مبالغة وتأكيذاً للردع، فاختصّ بما هو متأكد في نظر الشرع كهذه المذكورات. وتوقف الإمام في الوكالة، وقال: التغليظ فيها إنما يكون فيما يعظم خطره، والوكالة في درهم لا تزيد على ملك الدرهم، فلا يبعد منع التغليظ فيها، ولكن إطلاق الأصحاب كما ذكرناه اه. (وفي مال يبلغ نصاب زكاة) لا فيما دونه لأنه الموصوف في نظر الشرع، ولذلك أوجب المواساة فيه. نعم للقاضي ذلك فيما دون النصاب إن رآه لجرأة يجدها في الحالف.

تنبيه: قضية كلام المصنف التغليظ في أي نصاب كان من نَعَم ونبات وغيرهما، وهو وجه حكاها الماوردي؛ ويلزم عليه التغليظ في خمسة أوسق من شعير وذرة وغيرهما لا يساوي خمسين درهماً، والذي في الروضة وأصلها اعتبار عشرين مثقالاً ذهباً أو مائتي درهم فضة تحديداً، والمنصوص في الأم والمختصر اعتبار عشرين ديناراً عيناً أو قيمة، وقال البلقيني: إنه المعتمد حتى لو كان المدعى به من الدراهم اعتُبر بالذهب اه. والأوجه كما قاله شيخنا اعتبار عشرين ديناراً أو مائتي درهم أو ما قيمته أحدهما، وحقوق الأموال كالخيار والأجل. وحق الشفعة إن تعلقت بمال هو نصاب غلظ فيها وإلا فلا. واحتج للتغليظ بما رواه الشافعي والبيهقي عن عبد الرحمن بن عوف: «أنه رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت، فقال: أعلى دم؟ فقالوا: لا، فقال: أفعلى عظيم من المال؟ قالوا: لا، قال: خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام»^(١). ويستوى فيه يمين المدعى عليه والمدعي ولو مع شاهد كما مر؛ وقد يقتضي الحال التغليظ من أحدهما دون الآخر كعبد خسيس لا تبلغ قيمته نصاب الزكاة ادعى على سيده عتقاً أو كتابة فأنكر ونكل فتغلظ اليمين على العبد لأن مدعاه ليس بمال، لا على سيده إذا حلف، لأن قصده استدامة مال قليل؛ وتغلظ في الوقف إن بلغ نصاباً على المدعي والمدعى عليه. وأما الخلع بالقليل من المال إن ادعاه الزوج وأنكرت الزوجة وحلف أو نكلت وحلف هو فلا تغليظ على واحد منهما، وإن ادعته وأنكر وحلف أو نكل وحلفت هي غلظ عليهما؛ لأن قصدها الفراق وقصده استدامة النكاح. أما الخلع بالكثير فتغلظ فيه مطلقاً، ولا تغلظ على حالف أنه لا يحلف يميناً مغلظة بناءً على أن التغليظ مستحب ولو كان حلفه بغير الطلاق كما هو قضية النص وإن قيده في الروض كأصله بالطلاق (وسبق بيان التغليظ) بالزمان والمكان وحضور جمع (في) أثناء كتاب (اللعمان) لكن لا يغلظ هنا بحضور جمع كما صوبه في زيادة الروضة.

تنبيه: قضية كلامه انحصار التغليظ فيما سبق، وليس مراداً بل يندب التغليظ بزيادة الأسماء والصفات أيضاً

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: الشهادات، باب: تأكيد اليمين بالمكان (الحديث: ١٠/١٧٦).

وَيَخْلِفُ عَلَى الْبَيْتِ فِي فِعْلِهِ، وَكَذَا فِعْلٍ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا، وَإِنْ كَانَ نَفِيًّا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ. وَلَوْ
أَدْعَى ذَيْنَا لِمُورَثِهِ فَقَالَ: «أَبْرَأَيْ» حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ

كأن يقول: «والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم السر والعلانية»، أو: «بالله الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم السر وأخفى»؛ كذا قاله تبعاً لجمع من الأصحاب. فإن قيل: هذا لا يجوز لأن صفات الله تعالى لا بد فيها من توقيف، ولم يرد توقيف في الطالب الغالب. أوجب بأن هذا من قبيل أسماء المفاعلة الذي غلب فيه معنى الفعل دون الصفة فالتحق بالأفعال، وإضافة الأفعال إلى الله تعالى لا تتوقف على توقيف؛ ولذلك توسع الناس في ذلك في تحميداتهم وتمجيداتهم وغيرها. قال الأذرعى: والأحوط اجتناب هذه الألفاظ، ولهذا لم يذكره الشافعي وكثير من الأصحاب اهـ. وهو كما قال. واستحب الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم أن يقرأ على الحالف: «إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا»^(١) الآية، ويحضر المصحف ويوضع في حجر الحالف؛ قال الشافعي: وكان ابن الزبير ومطرف قاضي صنعاء يحلفان به، وهو حسن وعليه الحكام باليمين. وقال رضي الله عنه في باب كيفية اليمين من الأم: وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن. وقال القاضي الحسين: وهذا التغليظ مستحب. هذا إذا كان الحالف مسلماً، فإن كان يهودياً حلفه القاضي: «بالله الذي أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق»، أو نصرانياً حلفه: «بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى»، أو مجوسياً أو وثنياً حلفه: بالله الذي خلقه وصوره. قال الدارمي: ولا يحلفهم بما يجهل كقوله: «والله الذي أرسل كذا أو أنزل كذا» لرسول وكتاب لا يعرفهما. ويستثنى من إطلاق المصنف المريض الذي به مرض شاق والزمن والحائض والنفساء، فلا يغلظ عليهم بالمكان لعذرهم. ولا يجوز لقاض أن يحلف أحداً بطلاق أو عتق أو نذر كما قاله الماوردي وغيره. قال الشافعي ومتى بلغ الإمام أن قاضياً يستحلف الناس بطلاق أو عتق أو نذر عزله عن الحكم لأنه جاهل. وقال ابن عبد البر: لا أعلم أحداً من أهل العلم يرى الاستحلاف بذلك.

ثم شرع في كيفية اليمين بقوله: (ويحلف) الشخص (على البت) بمثناة فوقية وهو القطع والجزم، (في فعله) إثباتاً كان أو نفيّاً لأنه يعلم حال نفسه ويطلع عليها، فيقول في البيع والشراء في الإثبات: «والله لقد بعث بكذا أو اشتريت بكذا»، وفي النفي: «والله ما بعث بكذا ولا اشتريت بكذا».

تنبيه: قضية التوجيه بما ذكر أنه لو صدر الفعل منه في جنونه أو إغمائه أو سكره الطافح وتوجهت اليمين عليه بعد كماله أنه لا يحلف على البت؛ قال ابن شهبة: ولم أره منقولاً اهـ. والظاهر أنهم جروا في ذلك على الغالب.

(وكذا فعل غيره) يحلف فيه أيضاً على البت (إن كان إثباتاً) كبيع وإتلاف وغصب لأنه يسهل الوقوف عليه، كما أنه يشهد به. (وإن كان نفيّاً) مطلقاً (فملى) أي يحلف على (نفي العلم) أي أنه لا يعلم فيقول: «والله ما علمت أنه فعل كذا»؛ لأن النفي المطلق يعسر الوقوف عليه ولا يتعين فيه ذلك، فلو حلف على البت اعتد به كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره، لأنه قد يعلم ذلك.

تنبيه: محل ما ذكر في النفي المطلق، أما النفي المحصور فكالإثبات في إمكان الإحاطة به كما في آخر

بِالْبِرَاءَةِ، وَلَوْ قَالَ: «جَنَى عَبْدُكَ عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا» فَلأَصَحُّ حَلْفُهُ عَلَى النَّبْتِ. قُلْتُ: وَلَوْ قَالَ: «جَنَّتْ بِهِمَّتْكَ» حَلَفَ عَلَى النَّبْتِ قَطْعاً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَيَجُوزُ النَّبْتُ بِظَنْ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطُّهُ أَوْ خَطُّ أَبِيهِ.

الدعاوى من الروضة فيحلف فيه على البت. قال الزركشي: وظاهر كلام المصنف حصر اليمين في فعله وفعله غيره، وقد يكون اليمين على تحقيق موجود لا إلى فعل ينسب إليه ولا إلى غيره مثل أن يقول لزوجته: «إن كان هذا الطائر غراباً فأنت طالق» فطار ولم يعرف فادعت أنه غراب وأنكر، وقد قال الإمام إنه يحلف على البت اهـ. قال الشيخان تبعاً للبدنجي وغيره: والضابط أن يقال: كل يمين فهي على البت إلا على نفي فعل الغير. وأورد على الضابط المودع إذا ادعى تلف الوديعة فلم يحلف، فإن المذهب كما قاله الإمام أن المودع يحلف على نفي العلم. وقال البلقيني في حواشي الروضة: الاختصار المعتبر أن يقال: يحلف على البت في كل يمين إلا فيما يتعلق بالوارث فيما ينفيه، وكذلك العاقلة بناءً على أن الوجوب يلاقي القاتل ابتداءً.

(ولو ادعى) على شخص (ديناً لمورثه فقال) المدعى عليه: (أبرأني) مورثك منه وأنت تعلم ذلك؛ (حلف) المدعي (على نفي العلم بالبراءة) مما ادعاه؛ لأنه حلف على نفي فعل غيره.

تنبيه: لا بد أن يقول مع قوله: «أبرأني منه»: «وأنت تعلم ذلك» كما قدرته في كلامه. قالوا: وكل ما يحلف المنكر فيه على نفي العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض للعلم. قال البلقيني: ومحلّه إذا علم المدعي أن المدعى عليه يعلم ذلك فإن لم يعلم لم يسعه أن يقول وهو يعلم ذلك، ومثل دعوى البراءة دعوى الاستيفاء أو الحوالة أو الاعتياض. ثم أشار لاستثناء مسألتين من أن الحلف على فعل الغير يكون على النفي بقوله: (ولو قال) في الدعوى على سيد بما لا يقبل فيه إقرار العبد عليه، كقوله: (جنى عبدك علي بما يوجب كذا) وأنكر؛ (فالأصح حلفه) أي السيد (على البت) لأن عبده ماله وفعله كفعله ولذلك سمعت الدعوى عليه. والثاني: على نفي العلم لتعلقه بفعل الغير.

تنبيه: محلّ الخلاف في العبد العاقل، فإن كان مجنوناً حلف السيد على البت قطعاً، لأن المجنون كالبهيمة. قال البلقيني: ولو أمر عبده الذي لا يميز أو الأعجمي الذي يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما أمره به فالجاني هو السيد فيحلف قطعاً.

(قلت) كما قال الرافعي في الشرح: (ولو قال جنت بهيمتك) على زرعي مثلاً فعليك ضمانه فأنكر مالكها، (حلف على البت قطعاً، والله أعلم) لأنه لا ذمة لها وضمن جنابيتها بتقصيره في حفظها لا بفعلها، وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف.

تنبيه: ما أطلقه من حلف المالك ظاهر إذا كانت وحدها أو في يد مالكها، أما إذا كانت في يد غيره ممن يتوجه عليه الضمان بإتلافها كالمستأجر والمستعير والغاصب فالظاهر كما قال الأذريعي وغيره أن الدعوى واليمين عليه دون مالك الرقبة؛ ويحلف على البت أيضاً، ففي فتاوى ابن الصلاح: لو كانت الدابة بيد أجير فالدعوى واليمين عليه ويحلف على القطع فإن فعلها منسوب إليه، ولا يشترط في الحلف على البت اليقيم؛ (و) حينئذ (يجوز البت) في الحلف (بظن مؤكّد يعتمد) فيه الحالف (خطه أو خط أبيه) مثلاً إذا وثق بخطه وأمانته كما قيده في باب القضاء؛ وقد يفهم ذلك من لفظ الظن، ويقال: لا يحصل الظن إلا إذا كان بهذه الصفة.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف جواز الحلف اعتماداً على خط نفسه وإن لم يتذكر، ولكن الذي في الروضة

وَتُعْتَبَرُ بَيِّنَةُ الْقَاضِي الْمُسْتَحْلِفِ .

فَلَوْ وَرَى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ اسْتَنْثَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ .

وأصلها أنه لا يجوز الحلف حتى يتذكر؛ قال في التوشيح: وقد يقال لا يتصور الظن المؤكد في حق نفسه ما لم يتذكر بخلاف خط الأب اهـ. وظاهر كلام المصنف انحصار ذلك في خطه وخط أبيه؛ وليس مراداً، ولهذا زدت «مثلاً» في كلامه، إذ نكول خصمه مما يحصل به الظن المؤكد كما جزم به في الروضة وأصلها، وإن نازع فيه البلقيني، فلو قال: «كاعتماد خطه الخ» كان أولى.

(وتعتبر) في الحلف (نية القاضي المستحلف) للخصم، سواء أكان موافقاً للقاضي في مذهبه أم لا، لحديث: «الْيَمِينُ عَلَى نِيَةِ الْمُسْتَحْلِفِ»^(١) رواه مسلم؛ وحُمل على الحاكم لأنه الذي له ولاية الاستحلاف، والمعنى فيه أنه لو اعتبرت نية الحالف لبطلت فائدة الأيمان وضاعت الحقوق، إذ كل أحد يحلف على ما يقصد، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجوار والقاضي يعتقد إثباتها فليس للمدعى عليه أن يحلف على عدم استحقاتها عليه عملاً باعتقاده، بل عليه اتباع القاضي.

تنبيه: كان الأولى للمصنف أن يقول: «من له ولاية التحليف» بدل القاضي ليشمل الإمام الأعظم والمحكم أو غيرهما ممن يصح أداء الشهادة عنده. قال البلقيني: محل ما ذكر إذ لم يكن الحالف محققاً لما نواه، وإلا فالعبرة بنية لا بنية القاضي اهـ. ومراده بالمحقق على ما يعتقده القاضي، فلا ينافية ما مر فيما لو كان القاضي حنفيّاً فحكم على شافعي بشفعة الجوار من أنه ينفذ حكمه، وأنه إن استحلف فحلف لا يستحق عليّ شيئاً أثم. أما إذا حلفه الغريم أو غيره ممن ليس له ولاية التحليف أو حلفه من له ذلك بغير طلبه فالعبرة بنية الحالف، وكذا لو حلف هو بنفسه ابتداءً كما قاله في زيادة الروضة.

(فلو وري) الحالف في يمينه بأن قصد خلاف ظاهر اللفظ عند تحليف من له ولاية التحليف، كقوله: «لا يستحق علي درهماً ولا ديناراً ولا أقل من ذلك ولا أكثر»، فدرهم قبيلة ودينار رجل معروف؛ «وماله قبلي ثوب ولا شفعة ولا قميص»، فالثوب الرجوع والشفعة العبد والقميص غشاء القلب؛ (أو تأول) بأن اعتقد الحالف (خلافها) أي خلاف نية القاضي، كحنفي حلف شافعيّاً على شفعة الجوار فحلف أنه لا يستحقها عليه؛ (أو استثنى) الحالف كقوله عقب يمينه: «إن شاء الله»، أو وصل باللفظ شرطاً كـ «إن دخلت الدار» (بحيث لا يسمع القاضي) ذلك، (لم يدفع) ما ذكر (إثم اليمين الفاجرة) لأن اليمين شرعت ليهاب الخصم الإقدام عليها خوفاً من الله تعالى، فلو صح تأويله لبطلت هذه الفائدة، فإن كل شيء قابل للتأويل في اللغة. فإن قيل: كيف تصوير الاستثناء هنا فإنه لا يصح في الماضي، إذ لا يقال: والله ما أتلفت أو مالك على شيء إن شاء الله؟ أجيب بأن المراد توجيه الاستثناء إلى عقد اليمين، فيكون المعنى: تنعقد يميني إن شاء الله تعالى. أما إذا وجه إلى نفس الفعل فإنه لا يصح، لأن الاستثناء إنما يكون في المستقبل كالشرط.

تنبيه: محل كون ما ذكر لا يدفع إثم اليمين مقيد بأمرين، أحدهما: أن يكون الحلف بالله تعالى، فإن حلفه القاضي بالطلاق أو العتاق فحلف وورى نفعته التورية وإن كانت حراماً حيث يبطل بها حق المستحق؛ لأنه ليس له التحليف بهما^(٢) كما قاله المصنف في شرح مسلم، وقال في المهمات: فإن كان القاضي يرى التحليف

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الأيمان، باب: يمين الحالف على نية المستحلف (الحديث: ٤٢٦٠).

(٢) ذكره النووي في شرح مسلم (١١/١٢٠).

وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقْرَبَ بِمَطْلُوبِهَا لَزَمَهُ فَأَتَكَرَّ حُلْفَ . وَلَا يُحْلَفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ ...

بالطلاق كالحنفي فحلفه به نفعته التورية؛ كذا ذكره النووي في الأذكار في باب التورية اهـ. ونوزع بأنه ليس في كلام النووي تصويرها بأن يرى القاضي ذلك، بل ظاهر كلامه يقتضي أن محلّه فيمن لا يراه، لأنه قال: لأنه لا يجوز للقاضي تحليفه بالطلاق فهو كغيره من الناس اهـ. فعلم أن من يراه لا تنفع التورية عنده. الأمر الثاني: أن لا يكون ظالماً في نفس الأمر، فقد ذكر في الوديعه أن الظالم إذا طلب منه الوديعه فينكر، فإن اكتفى باليمين فليحلف ولا إثم عليه ولو قدر على التورية كما هو مقتضى كلامهم، ومثله لو ادعى على المعسر فقال: «لا يستحق عليّ» ونوى بالاستحقاق التسليم الآن صح تأويله ولا يؤاخذ بيمينه لانتفاء المفسدة السابقة؛ بل خصمه ظالم بمطالبتة إن علم ومخطئ إن جهل. واحتراز المصنح بقوله: «بحيث لا يسمع» عما إذا سمع فإنه يعززه ويعيد اليمين، وإن وصل بها كلاماً لم يفهمه القاضي منعه وأعاد اليمين، فإن قال: «كنت أذكر الله تعالى»، قيل له: ليس هذا وقته.

ولما انقضى الكلام على الحلف وكيفيته شرع في ضابط الحلف بقوله: (و) كل (من توجهت) أي وجبت (عليه يمين) بأن أزم بها في دعوى صحيحة (لو أقر بمطلوبها) أي الدعوى (لزمه) ذلك المطلوب (فأنكر حلف) بضم أوله بخطه، لخبر: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُتَكْرِ»^(١) رواه البيهقي، وفي الصحيحين خبر: «الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»^(٢).

تنبيه: قوله: «يمين» وقع في نسخة المصنّف ونسب لسبق القلم، وصوابه «دعوى» كما في المحرر والشرحين والروضة. وقوله: «فأنكر» بين ذلك؛ لأن الإنكار يكون بعد الدعوى لا بعد طلب اليمين؛ وقد يندفع هذا الاعتراض بما قدرته في كلامه. قال السبكي في الحلبيات: وتعبير المنهاج صحيح، وإنما عدل عن الدعوى إلى اليمين لأنه قد يطلب اليمين من غير دعوى فيما إذا طلب القاذف يمين المقدوف أو وارثه؛ أي المطالب له أنه ما زنى، فإنه إذا ادعى وطلب اليمين أو طلبها من غير دعوى أوجب إلى تحليفه على الصحيح، إذ له غرض في أن لا يدعي الزنا حتى لا يكون قاذفاً ثانياً. لكن قد يحتاج على هذا أن قوله توجهت عليه بمعنى طلبت منه، قال: لكن قوله «بعد فأنكر» غير متضح، فإن الإنكار يكون بعد الدعوى لا بعد طلب اليمين إلا أن يريد أنه صمم على الإنكار اهـ. ثم إن حلف المقدوف أو وارثه حذ القاذف، وإن نكل وحلف القاذف سقط عنه الحد ولم يثبت الزنا بحلفه كما مرت الإشارة إليه في الزنا. وخرج بما لو أقر بمطلوبها لزمه نائب المالك كالوصي والوكيل فلا يحلف لأنه لا يصح إقراره. وعبر في الروضة في ضابط الحلف بأنه كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة، ثم حكى ضابط المتن بقيل؛ قال الزركشي تبعاً للسبكي: والظاهر أن الثاني شرح للأول لأن الدعوى الصحيحة تقتضي ذلك فلا اضطراب حينئذ. وما ذكره المصنّف ليس ضابطاً لكل حالف، فإن اليمين مع الشاهد الواحد لا يدخل فيه ولا يمين الرد ولا إيمان القسامة واللعان وكأنه أراد الحالف في جواب دعوى أصلية، وأيضاً فهو غير مطرد لاستثنائهم منه صوراً كثيرة أشار في المتن لبعضها بقوله: (ولا يحلف قاض على تركه الظلم) في حكمه،

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: الدعوى والبيئات، باب: البينة على المدعى... (الحديث: ٢٥٢/١٠).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: التفسير، باب: «إن الذين يشتركون بعهد الله...» (الحديث: ٤٥٥٢)، وأخرجه أيضاً في كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن... (الحديث: ٢٥١٤)، وأخرجه أيضاً في كتاب: الشهادات، باب: اليمين على المدعى عليه (الحديث: ٢٦٦٨) وأخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه (الحديث: ٤٤٤٥).

وَلَا شَاهِدَ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ. وَلَوْ قَالَ مُدَّعَى عَلَيْهِ: «أَنَا صَبِيٌّ» لَمْ يُحْلَفْ وَوَقَفَ حَتَّى يَبْلُغَ. وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً حَكَمَ بِهَا.

(ولا) يحلف (شاهد أنه لم يكذب) في شهادته لارتفاع منصبهما عن ذلك. واحترزت بقوله: «في حكمه» عما إذا لم يتعلق بحكمه كدعوى مال وغيره فهو كثيره، ويحكم فيه خليفته أو قاضٍ آخر؛ وهذه المسألة قد تقدمت في كتاب القضاء.

(ولو قال مدعى عليه: أنا صبي) واحتمل ذلك، (لم يحلف ووقف) أمره في الخصومة (حتى يبلغ) فيدعى عليه. وإن كان لو أقر بالبلوغ في وقت احتماله قبل، لأن حلفه يثبت صباه، وصباه يبطل حلفه، ففي تحليفه إبطال تحليفه. نعم الكافر المسيء المنبئ إذا قال: «تعجلت العانة» حُلف وجوباً في الأظهر لسقوط القتل، بناء على أن الإنبات علامة للبلوغ، فإن نكل قتل ولو كان دعوى الصبا من غيره؛ كما إذا ادعى له وليه مالاً، وقال المدعى عليه: «من تدعي له المال بالغ» فللولي طلب يمين المدعى عليه أنه لا يعلمه صغيراً، فإن نكل لا يحلف الولي على صباه. وهل يحلف الصبي؟ وجهان في فتاوى القاضي بناءً على القولين في الأسير. ويستثنى مع استثناء المصنف مسائل: منها ما لو علق الطلاق على شيء من أفعال المرأة كالدخول فادعته المرأة وأنكره الزوج، فالقول قوله؛ فلو طلبت المرأة تحليفه على أنه لا يعلم وقوع ذلك لم يحلف؛ نعم إن ادعت وقوع الفرقة حلف على نفيها كما نقله الرافعي عن القفال وأقره. ومنها ما إذا ادعت الجارية الوطء وأمىة الولد وأنكر السيد أصل الوطء، فالصحيح في أصل الروضة أنه لا يحلف. وصبوب البلقيني التحليف سواء أكان هناك ولد أم لم يكن، وصبوب السبكي حمل ما في الروضة على ما إذا كانت المنازعة لإثبات النسب، فإن كانت لأمية الولد ليمتنع من بيعها وتعتق بعد الموت فيحلف. قال: وقد قطعوا بتحليف السيد إذا أنكر الكتابة، وكذا التدبير إذا قلنا إن إنكاره ليس برجوع. ومنها ما لو طلب الإمام الساعي بما أخذه من الزكاة فقال: «لم آخذ شيئاً» لم يحلف وإن كان لو أقر بالأخذ لزمه؛ حكاه شريح في روضته عن الأصحاب. ومنها ما لو قسم الحاكم المال بين الغرماء فظهر غريم آخر وقال لأحد الغرماء، «أنت تعلم وجوب حقي» وطلب يمينه لم يلزمه؛ حكاه الشيخان عن العبادي. ومنها ما لو ادعى من عليه زكاة مسقطاً لم يحلف إيجاباً مع أنه لو أقر بمطلوب الدعوى لزمه.

تنبيه: قد يفهم قول المصنف: «لو أقر بمطلوبها فأنكر» أن من لا يقبل إقراره لا يحلف؛ وهو كذلك، لكن يستثنى منه صورتان: الأولى لو ادعى على من يستخدمه أنه عبد فأنكر فإنه يحلف وهو لو أقر بعد إنكاره الرق لم يقبل، لكن فائدة التحليف ما يترتب على التفويت من تغريم القيمة لو نكل. الثانية: لو جرى العقد بين وكيلين فالأصح في زوائد الروضة في اختلاف المتبايعين تحالفهما مع أن إقرار الوكيل لا يقبل، لكن فائدته الفسخ.

ثم شرع في بيان فائدة اليمين فقال: (واليمين) غير المردودة (تفيد قطع الخصومة) وعدم المطالبة (في الحال) و (لا) تفيد (براءة) لذمة المدعى عليه، لما رواه أبو داود والنسائي والحاكم عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ أمر رجلاً بعد ما حلف بالخروج من حق صاحبه كأنه ﷺ علم كذبه»^(١) كما رواه أحمد. على أن اليمين لا توجب براءة، (فلو حلفه) المدعى عليه (ثم أقام) المدعي (بينة) بمدعاة شاهدين فأكثر، وكذا شاهد ويمين كما قاله ابن الصباغ وغيره، (حكم بها) وإن نفاها المدعى حين الحلف، لقوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ حَقٌّ مِنْ

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الأفضية، باب: كيف اليمين (الحديث: ٣٦٢٠)، وأخرجه البيهقي في كتاب: الشهادات، باب: يحلف المدعى عليه في حق... (الحديث: ١٨٠/١٠).

وَلَوْ قَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ: «قَدْ حَلَفْتَنِي مَرَّةً فَلْيُحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحْلَفْنِي» مُكَّنَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِذَا نَكَلَ حَلْفَ الْمُدْعَى وَقَضَى لَهُ؛ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ،

التبني: لو ردت اليمين على المدعي فنكل ثم أقام بينة حُكِمَ بها لاحتمال أن يكون نكوله للتورع عن اليمين الصادقة. ولو قال بعد إقامة بينة بدعواه: «بيتني كاذبة أو مبطلّة» سقطت ولم تبطل دعواه. واستثنى البلقيني ما إذا أجاب المدعى عليه وديعة بنفي الاستحقاق وحُلف عليه، فإن حلفه يفيد البراءة حتى لو أقام المدعي بينة بأنه أودعه الوديعة المذكورة لم تؤثر فإنها لا تخالف ما حلف عليه من نفي الاستحقاق.

تنبيه: لو ردت اليمين على المدعي فنكل ثم أقام بينة حُكِمَ بها لاحتمال أن يكون نكوله للتورع عن اليمين الصادقة. ولو قال بعد إقامة بينة بدعواه: «بيتني كاذبة أو مبطلّة» سقطت ولم تبطل دعواه. واستثنى البلقيني ما إذا أجاب المدعى عليه وديعة بنفي الاستحقاق وحُلف عليه، فإن حلفه يفيد البراءة حتى لو أقام المدعي بينة بأنه أودعه الوديعة المذكورة لم تؤثر فإنها لا تخالف ما حلف عليه من نفي الاستحقاق.

فرع: لو اشتملت دعوى على شخص واحد على أنواع وأراد المدعي أن يحلفه على بعضها دون بعض أجيب، ولو أراد أن يحلفه على كل نوع منها يميناً نظراً، إن فرقها في الدعوى أجيب، وإلا فلا؛ قاله الماوردي.

(ولو قال المدعى عليه) الذي طلب المدعي تحليفه: (قد حلفني مرة) على ما ادعاه فليس له تحليني ثانياً (فليحلف أنه لم يحلفني) قبل ذلك، (مُكَّنَ) من تحليفه المدعي (في الأصح) لأن ما قاله محتمل غير مستبعد.

والثاني: المنع؛ لأنه لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلف على أنه ما حلفه، وهكذا فيدور الأمر ولا ينفصل. وأجيب بعدم سماع ذلك من المدعي لثلاث تسلسل. وعلى الأول لو نكل المدعى حلف المدعى عليه وتخلص من الخصومة، فلو قصد أن يحلف يمين الأصل لا يمين التحليف المردودة عليه فليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى لأنهما الآن في دعوى أخرى.

تنبيه: هذا كله إذا قال: «حلفني عند قاضٍ آخر» أو أطلق، فإن قال: «حلفني عندك»، فإن حفظ القاضي ذلك لم يحلفه ومنع المدعي من طلبه، وإن لم يحفظه حلفه ولا ينفعه إقامة البينة عليه؛ لأن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه وإلا فلا يعتمد غيره. قال الأزرعي: ويشبه أن يقال عند الإطلاق يستفسره القاضي لأنه قد يحلفه ويظن أنه كتليف القاضي، لا سيما إذا كان خصمه لا يتفطن لذلك.

ثم شرع في بيان النكول وحكمه فقال: (وإذا نكل) المدعى عليه عن يمين طلبت منه، (حلف المدعي) اليمين المردودة لتحول الحق إليه، (وقضى له) بمدعاه، (ولا يقضى بنكوله) أي المدعى عليه خلافاً لأبي حنيفة وأحمد «لأنه ﷺ ردّ اليمين على طالب الحق»^(٣) رواه الحاكم وصححه إسناده، وقال تعالى: ﴿أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدُّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾^(٤) أي بعد الامتناع من الأيمان الواجبة؛ فدلّ على نقل الأيمان من جهة إلى جهة، المعنى أن

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب: الشهادات، باب: من أقام البينة بعد اليمين (٢٨٨/٥).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن... (الحديث: ٢٥١٥)، وأخرجه أيضاً تعليقاً في كتاب: الشهادات، باب: يحلف المدعى عليه... (٢٨٤/٥)، وأخرجه مسلم في كتاب: الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق... (الحديث: ٣٥٤)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٢١١/٥)، وأخرجه البيهقي في كتاب: الدعوى والبيّنات، باب: البينة على المدعى... (الحديث: ٢٥٣/١٠)، وأخرجه أيضاً في الكتاب نفسه، باب: الرجل يجيء بشاهدين... (الحديث: ٢٦١/١٠)، وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٥٢٨٤).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: الأحكام (الحديث: ١٠٠/٤).

(٤) سورة المائدة، الآية: ١٠٨.

وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: «أَنَا نَاكِلٌ» أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي: «أَخْلِفْ» فَيَقُولُ: «لَا أَخْلِفُ»، فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ، وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِيِ أَخْلِفْ حُكْمٌ بِنُكُولِهِ. وَالْيَمِينُ الْمَزْدُودَةُ فِي قَوْلِ كَبَيْتِهِ، وَفِي الْأَظْهَرِ كِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ؛

النكول كما يحتمل أن يكون تحزراً عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون توزعاً عن اليمين الصادقة فلا يقضى مع التردد.

تنبيه: ظاهر قوله: «وقضى له» توقف الاستحقاق على الحكم وأنه لا يثبت بمجرد الحلف؛ لكن الأرجح في أصل الروضة عدم التوقف.

(والتكول) لغة مأخوذ من نكل عن العدو وعن اليمين جبن، وشزعاً: (أن يقول) المدعى عليه بعد عرض القاضي اليمين عليه: (أنا ناكل) عنها، (أو يقول له القاضي: احلف، فيقول: لا أحلف) لصراحتها في الامتناع، فيرد اليمين وإن لم يحكم القاضي بالنكول.

تنبيه: أورد على حصر المصنف النكول فيما ذكره ما لو قال له: قل بالله فقال بالرحمن، ففي أصل الروضة أنه نكول، ولو قال له: قل بالله، فقال: والله، أو تالله؛ فهل هو نكول في الصورة الأولى أو لا؟ وجهان، صحح البلقيني منهما أنه لا يكون نكول، ونسبه للنص، وصوبه الزركشي. قال الشيخان: ويجريان فيما لو غلظ عليه باللفظ أو بالزمان أو المكان وامتنع. وصحح البلقيني أيضاً أنه لا يكون نكولاً، وهو الظاهر؛ لأن التغليف بذلك ليس واجباً فلا يكون الممتنع منه ناكلاً. وقال القفال في التغليف اللفظي: الأصح أنه ناكل. وقطع بعضهم به في المكاني والزمني لا اللفظي. ولو قال له: قل تالله - بالمشناة فوق - فقال بالموحدة، قال الشيخان عن القفال: يكون يميناً لأنه أبلغ وأشهر.

(فإن سكت) بعد عرض اليمين عليه لا لدهشة ونحوها، (حكم القاضي بنكوله) كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء نازل منزلة الإنكار؛ ولا بد من الحكم هنا ليرتب عليه رد اليمين، بخلاف ما لو صرح بالنكول يرد وإن لم يحكم القاضي. وللخصم العود إلى الحلف بعد نكوله ما لم يحكم بنكوله حقيقة أو تنزيلاً على المعتمد، وإلا فليس له العود إلا برضا المدعي والمدعى عليه كقوله: «جعلتك ناكل» أو «نكلتك» بالتشديد. ويسن القاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول وبين النكول للجاهل به كان يقول له: «إن نكلت عن اليمين حلف المدعي وأخذ منك الحق»، وليس هذا من تلقين الدعوى فإن لم يفعل وحكم بنكوله نفذ حكمه لتقصير المدعى عليه بترك البحث عن حكم النكول.

(وقوله) أي القاضي في صورة السكوت (للمدعي احلف حكم بنكوله) أي المدعى عليه، وفي الروضة كأصلها منزل منزلة الحكم فليس للمدعى عليه أن يحلف بعد هذا إلا برضا المدعي كما مر، لأن الحق له. (واليمين المردودة) برد المدعى عليه أو القاضي، (كبيئة) يقيمها المدعي (وفي الأظهر كإقرار المدعى عليه) لأنه بنكوله توصل للحق فأشبهه إقراره. ويتفرع على القولين ما أشار إليه بقوله: (فلو أقام المدعى عليه بعدما بينة أو إبراء) أو غيره من المسقطات، (لم تسمع) على الثاني وإن خالف في ذلك البلقيني لتكذيبه لها بإقرار، وتسمع على الأول.

فَإِنْ لَمْ يَخْلِفِ الْمُدَّعَى وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةٌ خَصْمِهِ، وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابِ أُمِّهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: أبدأ. وَإِنْ اسْتَمْهَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ جِئْنَ اسْتُخْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمَهَّلْ، وَقِيلَ: ثَلَاثَةٌ؛ وَلَوْ اسْتَمْهَلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجَوَابِ أُمِّهِلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ. وَمَنْ طَوْلَبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ وَالزَّمَنَاءُ الْيَمِينِ فَتَكَلَّلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في ذلك بين كون المدعى عيناً أو ديناً، وهو كذلك. وتوهم بعض الشراح من قول المصنف: «إبراء» أن ذلك في الدين فقط وأن بيئته تسمع في العين على الثاني أيضاً. (فإن لم يحلف المدعي) يمين الرد (ولم يتعلل بشيء) أي لم يبد علة ولا عذراً ولا طلب مهلة، (سقط حقه من اليمين) المردودة وغيرها لإعراضه وليس له ردها على المدعى عليه، لأن المردودة لا ترد. (وليس له) في هذا المجلس ولا غيره (مطالبة خصمه) إلا أن يقيم بيئته، كما لو حلف المدعى عليه. (وإن تعلل بإقامة بيئته) أو سؤال فقيه هل يجوز له الحلف أو لا، (أو مراجعة حساب) أو بأن يتروى؛ (أمهل ثلاثة أيام) ولا يزداد عليها، لأنها مدة معتبرة شرعاً، وفي الزيادة عليها إضرار بالمدعي، فإن لم يحلف بعدها سقط حقه من اليمين. (وقيل) يمهل (أبدأ) لأن اليمين حقه فله تأخيره إلى أن يشاء كالبيئته. وفرق الأول بأن البيئته قد لا تساعد ولا تحضر واليمين إليه. وهل هذا الإمهال واجب أو مندوب؟ وجهان، والظاهر الأول.

(وإن استمهل المدعى عليه حين استحلف لينظر حسابه لم يمهل) إلا برضا المدعي، لأنه مقهور على الإقرار واليمين، بخلاف المدعي فإنه مختار في طلب حقه وتأخيره. (وقيل) يمهل (ثلاثة) من الأيام كالمدعي؛ واختاره الروياني. واحترز المصنف بقوله: «لينظر حسابه» عما لو استمهل ليقيم بيئته على دافع من أداء أو إبراء فإنه يمهل ثلاثة كما سبق أول الباب. (ولو استمهل) المدعى عليه؛ أي طلب الإمهال (في ابتداء الجواب) ليراجع حسابه ونحوه، (أمهل إلى آخر المجلس). قال في الروضة: إن شاء المدعي. وقال ابن المقرئ في روضه تبعاً للطاوسي في التعليقة على الحاوي والبارزي: إن شاء القاضي؛ وهو ظاهر كلام الرافعي. وهذا أولى؛ لأن المدعي له الترتك بالكلية ثم يحلف بلا تجديد دعوى، كما لو حضر موكل المدعي بعد نكول الخصم له أن يحلف بلا تجديد دعوى، ونكول المدعي مع شاهده كنكوله عن المردودة، فإن قال للمدعى عليه احلف سقط حقه من اليمين فلا ينفعه إلا بيئته كاملة كما قاله الإمام، واقتضى كلام الرافعي ترجيحه.

ثم أشار المصنف لمسائل تستثنى كما قال ابن القاص من القضاء بالنكول عن اليمين فقال: (ومن طولب بزكاة) في مال نعم أو واجب أو تمر، (فادهى دفعها إلى ساع آخر، أو) لم يدع دفعها، بل (ادهى غلط خارص) بعد التزامه القدر الواجب (والزمناء اليمين) على الوجه المرجوح في المسألتين، (فنكل وتعذر رد اليمين) بأن لم ينحصر المستحقون في البلد ولا رد على الساعي والسلطان؛ (فالأصح أنها تؤخذ منه) لأن مقتضى ملك النصاب ومضى الحول الوجوب، فإذا لم يأت بدافع أخذ الزكاة منه بمقتضى الأصل، وليس هذا حكماً بالنكول خلافاً لابن القاص. والثاني: لا، إن لم تقم عليه حجة، فإن أحضر المستحقون ومنعنا نقلها وهو الأظهر لم يتعذر رد اليمين. أما إذا قلنا باستحباب اليمين وهو الأصح المتقدم في باب زكاة النبات فإنه لا يطالب بشيء.

تنبيه: كل حق يجب لله تعالى له حكم الزكاة كما نقله الزركشي عن ابن القاص، قال: ومنه ما لو ادعى ولد المرتزة البلوغ بالإنزال ورام إثبات اسمه في الديوان فالأصح تحليفه، فإن نكل لم يعط؛ وقال ابن القاص:

وَلَوْ أَدْعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دِينًا لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحْلَفِ الْوَلِيُّ، وَقِيلَ: يُحْلَفُ، وَقِيلَ: إِنْ أَدْعَى مُبَاشَرَةً سَبَّهِ حُلْفَ.

٣ - فصل: في تعارض البيئتين من شخصين

أَدْعَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً سَقَطْنَا، وَفِي قَوْلٍ: تُسْتَعْمَلَانِ؛ فَبِي قَوْلٍ: يُقَسَّمُ وَقَوْلٍ: يُقَرَّغُ،

وهو قضاء بالنكول، وقال غيره: لا؛ وهو الراجح كما مر، لأن حجته اليمين ولم توجد. ولو عدل المصنف عن مثال الزكاة إلى مثال الجزية، وهو فيما إذا قال: أسلمت قبل تمام السنة وقال العامل: «بعد تمامها» لكان التفرغ فيه جارياً على الأصح، فإن الأصح أنه يحلف إيجاباً وأنه إذا نكل يقضى عليه بالجزية. ولو مات من لا وارث له ثم ادعى القاضي أو منصوبه ديناً له على إنسان وجده في تذكرته فأنكر الخصم ونكل عن اليمين فهل يقضى عليه بالنكول ويؤخذ منه أو يحبس حتى يقر أو يحلف أو يترك؟ أوجه، أصحها في الروضة الثاني، وهكذا في الدعوى للمسجد أو في وقف عام إذا نكل المدعى عليه عن اليمين.

ثم أشار لما يستثنى من رد اليمين على المدعي بقوله: (ولو ادعى ولي صبي) أو مجنون (ديناً) مثلاً (له) على إنسان (فأنكر ونكل) عن الحلف، (لم يحلف الولي) لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد فيكتب القاضي بما جرى محضر أو يوقف الأمر إلى البلوغ أو الإفاقة. (وقيل يحلف) مطلقاً لم يبلغ الصبي أو يفيق المجنون، لأنه المستوفى. (وقيل: إن ادعى مباشرة سببه) أي ادعى ثبوته بسبب باشره كما عبر به في المحرر، (حلف) لأن العهد يتعلق به، وإلا فلا. قال في المهمات: والفترى على هذا فقد نص عليه في الإمام اه. ولعله أخذه من مسألة الصداق المتقدمة في بابه، وهي ما لو اختلف في قدره زوج وولي صغيرة أو مجنونة فإنهما يتحالفان؛ وقد قدمنا الفرق هناك فراجع. ويجري الخلاف فيما لو أقام الولي شاهداً هل يحلف معه؟ وفيما لو ادعى عليه دين في ذمة الصبي فأنكر وفي قيم مسجد أو وقف ادعى شيئاً فأنكر الخصم ونكل، ولو أقر القيم بما ادعاه الخصم انعزل وأقام القاضي غيره ولو ادعى أن هذا القيم قبضه فأنكر حلف.

تمة: يحلف السفیه المحجور عليه على ما ادعاه وليه له إذا نكل خصمه ويقول له: «ويلزمك التسليم إلى وليي» ولا يقل: «إلي» بخلاف وليه في دعواه عنه. ومن وجب عليه يمين نقل المصنف عن البويطي أنه يجوز أن يفديها بالمال؛ قال الزركشي: والمذهب المنع، والتجوز من قول البويطي لا الشافعي. ونقل المنع أيضاً عن القاضي أبي الطيب؛ وهذا هو الظاهر.

فصل: في تعارض البيئتين من شخصين: إذا (ادعيا) أي كل منهما (عيناً) وهي (في يد ثالث) وهو منكر لها (وأقام كل منهما بيئته) بهما مطلقتي التاريخ، أو متفتيته، أو إحداها مطلقة والأخرى مؤرخة؛ (سقطنا) لتناقض موجبيهما فأشبهه الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح، فعلى هذا كان لا بينة ويصار إلى التحالف فيحلف لكل منهما يميناً فإن رضياً بيمين واحدة فالأصح المنع كما في الروضة خلافاً لجزم الإمام بالجواز وإن رجحه السبكي. (وفي قول تستعملان) بمثناة فوقية أوله؛ أي البيئتان صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان، فعلى هذا تنزع العين ممن هي في يده، لاتفاق البيئتين على أنها ليست لواحد معين. ثم ما يفعل بها على هذا القول الأقوال الآتية: (ففي قول يقسم) بينهما؛ أي يكون لكل نصفها. (و) في (قول يقرع) بينهما ونرجح من خرجت

وَقَوْلٍ : تَوَقَّفَ حَتَّى يَبِينَ أَوْ يَضْطَلِحَا . وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدَيْهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ ، وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرَهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ .

وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدْعِي . وَلَوْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بَيِّنَةٌ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمَلِكِهِ مُسْتَنِدًا إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ

قرعته . (و) في (قول توقف) بمشاة فوقية ؛ أي العين بينهما (حتى يبين) الأمر فيها ، (أو يصطلحا) على شيء ، لأنه أشكل الحال فيما يرجى انكشافه فيوقف كما لو طلق إحدى امرأته ومات قبل البيان ، فإنه يوقف الميراث . ولم يرجح المصنف شيئاً من هذه الأقوال لتفريعها على القول الضعيف ، ولكن قضية كلام الجمهور ترجيح الوقف وحزم به في الروضة وأصلها في أوائل التحالف .

تنبيه : قوله : «عَيْنًا في يد ثالث» ، قد يخرج به تعارض البيتين في النسب ، فإنه على قول الاستعمال لا تجيء القسمة ولا الوقف وكذا القرعة على الأصح ، قيل : وليس لنا موضع تسقط فيه الأقوال الثلاثة إلا هذا . (ولو كانت) أي العين التي ادعاهما اثنان (في يدهما وأقاما بيئتين ، بقيت) في يدهما (كما كانت) أولاً تفريعاً على الصحيح ، وهو التساقط ، إذ ليس أحدهما أولى بها من الآخر ويجعل بينهما على قول القسمة ولا يجيء الوقف إذ لا معنى له ، وفي القرعة وجهان .

تنبيه : محلّ الخلاف أن تشهد كل بيعة بجميع العين ، فأما إذا شهد بالنصف الذي هو في يد صاحبه فالبيتان لم يتواردا على محل واحد ، فلا تجيء أقوال التعارض فيحكم القاضي لكل منهما بما في يده كما كان لا بجهة التساقط ولا بجهة الترجيح باليد . وكلامه يقتضي أنه لا يحتاج السابق منهما إلى إعادة البيعة ؛ وليس مراداً ، بل الذي أقام البيعة أولاً يحتاج إلى إعادتها للنصف الذي بيده ليقع بعد بيعة الخارج ، وحيث لا بيعة تبقى في يدهما أيضاً سواء أحلف كل منهما للآخر أم نكل . ولو أثبت أو حلف أحدهما فقد قضى له بجميعها أم بالنصف الذي بيد الآخر . ومن حلف ثم نكل صاحبه ردت اليمين عليه ، وإن نكل الأول كفى الآخر يميناً للنفى والإثبات . وسكت المصنف كالروضة وأصلها عما إذا لم تكن العين في يد ثالث ، وصورها بعضهم بعقار أو متاع ملقى في طريق وادعياها ؛ وحكمها أنها كما لو كانت بيدهما . (ولو كانت) تلك العين (بيده) أي أحدهما ويسمى الداخل ، (فأقام غيره بها بيعة و) أقام (هو) بها (بينة) ، قدم صاحب اليد) أي بيئته ؛ لأنهما استويا في إقامة البيعة وترجحت بيئته بيده ، كالخبرين اللذين مع أحدهما قياس فيقضى له بها وإن كانت شاهداً وحلف معه وبيعة الآخر شاهدين .

تنبيه : اقتضى إطلاق المصنف أنه لا يشترط في سماع بيعة صاحب اليد أن يبين سبب الملك من شراء أو غيره كإثارت كبينة الخارج ، وأنه لا يشترط أن يحلف مع بيئته ؛ وهو الأصح فيهما ، وما ذكره من تقديم صاحب اليد لا يخالفه ما ذكره فيما إذا ادعيا لقيطاً في يد أحدهما وأقاما بيئتين أنه لا يرجح صاحب اليد ، لأن اللقيط لا يدخل تحت اليد ؛ فلماذا سوى بينهما . (ولا تسمع بيئته) أي الداخل (إلا بعد بيعة المدعي) وهو الخارج ، لأنه وقت إقامتها ؛ لأن الأصل في جانبه اليمين فلا يعدل عنها ما دامت كافية .

تنبيه : قضية إطلاقه أن بيعة الداخل تسمع مع بيعة الخارج وإن لم تعدل ، وهو الأصح لتعرض يده للزوال .

(ولو أزيلت يده) أي الداخل عن العين التي بيده (ببينة) أقامها الخارج وحكم له القاضي بها ، (ثم أقام) الداخل (بينة بملكه) للعين التي كانت بيده (مستنداً) في الغاية (إلى ما قبل إزالة يده) مع استدامته إلى وقت

وَأَعْتَدَرَ بِبَيْتَةِ شُهُودِهِ سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ، وَقِيلَ: لَا. وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ: «هُوَ مِلْكِي أَشْتَرَيْتُهُ مِنْكَ»، فَقَالَ: «بَلْ مِلْكِي» وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَ الْخَارِجُ. وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ تُسْمَعِ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالًا. وَمَنْ أَخَذَ مِنْهُ مَالٌ بِبَيْتَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الانْتِقَالِ فِي الْأَصْحَحِ؛

الدعوى، (واعترض) عن ذلك (بغية شهوده) مثلاً؛ (سمعت) بيته (وقدمت) على بيته الخارج؛ لأنها أزيلت لعدم الحجة، فإذا ظهرت حكم بها، بخلاف ما إذا لم تستند بيته إلى ذلك أو لم يعتذر بما ذكر أو نحوه فلا تقدم بيته، لأنه الآن مدع خارج. (وقيل لا) تسمع فلا ينقض القضاء؛ وإلى هذا ذهب القاضي الحسين، ونقل عنه الهروي أنه قال: أشكلت عليّ هذه المسألة نيفاً وعشرين سنة لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وتردّد فيها جوابي ثم استقر على أنه لا ينقض. (ولو) أطلق الداخل دعوى الملك وأقام بيته و (قال) أي قيد (الخارج) الدعوى بقوله: (هو ملكي اشتريته منك، فقال) الداخل: (بل) هو (ملكلي، وأقاما بيئتين) بذلك (قدم الخارج) أي بيته لزيادة علمها بالانتقال، وكذا لو أقام الخارج بيته أن المدعى به ملكه غصبه منه الداخل أو أودعه عنده أو أجره له وأقام الداخل بيته أنه ملكه فإنه تقدم بيته الخارج على الأصح. وعكس المتن، وهو لو قال الداخل: «هو ملكي اشتريته منك» وأقام كلُّ بيته قُدِّمَ الداخل، وكذا لو قال الخارج: «هو ملكي ورثته من أبي»، وقال الداخلي: «هو ملكي اشتريته من أبيك».

فروع: لو قال كلُّ منهما لصاحبه: اشتريته منك، وأقام بذلك بيته وخفي التاريخ قُدِّمَ الداخل، ولو تداعيا بغيراً لأحدهما عليه متاع فالقول قول صاحب المتاع يمينه لافتراده بالانتفاع، بخلاف ما لو تداعيا عبداً لأحدهما عليه ثوب لم يحكم له بالعبد؛ لأن كون حمله على البعير انتفاع به قيده عليه، والمنفعة في لبس الثوب للعبد لا لصاحب الثوب فلا يَدُّ له. ولو تداعيا جارية حاملاً واتفقا على أن الحمل لأحدهما، قال البغوي: فهي لصاحب الحمل.

(ومن أقر لغيره بشيء) حقيقة أو حكماً، (ثم ادعاه) لنفسه، (لم تسمع) دعواه به (إلا أن يذكر انتقالاً) من المقر له؛ لأن المكلّف مؤاخذ بإقراره في المستقبل، بدليل أن من أقر أمس بشيء يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن في الإقرار كبير فائدة، وإذا كان كذلك فيستصحب ما أقر به إلى أن يثبت الانتقال. وهل يكفي في دعوى الانتقال أن يقول: انتقل إليّ بسبب صحيح أو لا بد من بيان السبب؟ قال ابن شعبة: ينبغي أن يفصل في سماعها بين الفقيه الموافق للقاضي وبين غيره كما ذكره في الأخبار بتنجس الماء.

تنبيه: لو قال: وهبته له وملكه لم يكن إقراراً بلزوم الهبة لجواز اعتقاده لزومها بالعقد؛ ذكره في الروضة كأصلها. ولو باع شيئاً ثم ادعى أنه وقف لم تسمع بيته كما في الروضة وأصلها عن القفال وغيره.

(ومن أخذ منه مال بيئته) قامت عليه به ثم (ادعاه لم يشترط) في دعواه (ذكر الانتقال) من المدعى عليه إليه (في الأصح) لأنه قد يكون له بيته بملكه فترجح باليد السابقة كما مر؛ وهذه المسألة من صور قوله قبل: «ولو أزيلت يده الخ»، فلو ذكرها عقبها كان أولى. والثاني: يشترط كالإقرار. وأجاب الأول بأن المقر يؤاخذ بقوله في حق نفسه في المستقبل بخلاف البيته فإنها لم تشهد إلا على التلقّي في الحال فلم يتسلط أثرها على الاستقبال.

تنبيه: محلّ الأول كما قال البلقيني إذا شهدت البيته بالملك وأطلقت، أما لو أضافت إلى سبب لا يتعلق بالمأخوذ منه كبيع أو هبة مقبوضة صدرت منه، فهو كالإقرار.

وَالْمَذْهَبُ أَنْ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرْجِحُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ
وَأَمْرَاتَانِ، فَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ رُجِحَ الشَّاهِدَانِ فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمَلِكٍ
مِنْ سَنَةِ وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرٍ، فَالْأَظْهَرُ تَرْجِيحُ الْأَكْثَرِ، وَلِصَاحِبِهَا الْأَجْرَةَ وَالزِّيَادَةَ الْحَادِثَةَ مِنْ يَوْمِيذٍ.
وَلَوْ أُطْلِقَتْ بَيِّنَةٌ وَأُرْخَتْ أُخْرَى فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ،

(والمذهب أن زيادة عدد شهود أحدهما) أي المدعين، وزيادة وصفهم من ورع أو غيره، (لا ترجح) بيئته، بل يتعارضان لكمال الحجة من الطرفين، وفي قول من طريق ترجيح كالرواية. وفرق الأول بأن للشهادة نصاباً فيتبع، ولا ضبط في الرواية فيعمل بأرجح الظنين. (وكذا لو كان لأحدهما) أي المدعين بيئته هي (رجلان وللآخر) بيئته هي (رجل وامرأتان) لا يرجح الرجلان على المذهب لقيام الحجة بكل منهما، وفي قول من طريق: يرجحان لزيادة الوثوق بقولهما؛ ولذلك ثبت بهما ما لا يثبت برجل وامرأتين. (فإن كان للآخر شاهد ويمين رجح الشاهدان في الأظهر) لأنهما حجة بإجماع، وفي الشاهد واليمين خلاف. والثاني: يتعادلان؛ لأن كل واحد منهما حجة في المال عند الانفراد.

تنبيه: محل الخلاف إذا لم يكن لصاحب الشاهد واليمين يد، فإن كان قدم صاحب الشاهد واليمين على الأصح للاعتضاد باليد المحسوسة، ويجري الخلاف في ترجيح الشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين كما قاله الدارمي.

(ولو شهدت) بيئته (لأحدهما بملك) في عين (من سنة) إلى الآن، (و) بيئته (للآخر) بملك (من أكثر) من سنة إلى الآن كسنتين؛ (فالأظهر) وعبر في الروضة بالمذهب، (ترجيح الأكثر) لأنها تثبت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى وفي وقت تعارضها فيه الأخرى فيتساقتان في محل التعارض، ويثبت موجبها فيما قبل محل التعارض، والأصل في الثابت دوامه. والثاني: لا ترجيح به؛ لأن مناط الشهادة الملك في الحال وقد استويا فيه.

تنبيه: صورة المسألة أن تكون العين في يدهما أو في يد ثالث، فإن كانت في يد متقدمة التاريخ رجح قطعاً، أو في يد متأخرة التاريخ فسيأتي؛ وصورها ابن الرفعة بما إذا شهدا مع ذلك بالملك في الحال وهو مراد المصنف وغيره ممن أطلق المسألة، ولهذا قدرته في كلامه لما سيأتي أن الشهادة بالملك السابق لا نسع فضلاً عن أن ترجح.

(و) على ترجيح بيئته الأكثر يكون (لصاحبها الأجرة والزيادة الحادثة من يومئذ) أي يوم ملكه بالشهادة لأنها نماء ملكه. ويستثنى من الأجرة ما لو كانت العين في يد البائع قبل القبض فلا أجرة عليه للمشتري على الأصح عند المصنف في البيع والصداق خلافاً للبلقيني. ولو أطلقت إحداها الملك وبيئت الأخرى سببه أو أن الثمرة من شجرة أو الحنطة من بذره قدمت على المطلقة لزيادة علمها ولإثباتها ابتداء الملك لصاحبها؛ ومحل ذلك كما قال شيخنا إذا لم يكن أحدهما صاحب يد وإلا فتقدم بيئته كما يؤخذ مما مر.

(ولو أطلقت بيئته) شهادتها عن تاريخ (وأرخت) أي قيدت (أخرى) شهادتها بتاريخ، (فالمذهب أنهما سواء) فيتعارضان؛ لأن المطلقة كالعامة بالنسبة إلى الأزمان ولو فسرناها ربما أرخت بأكثر مما أرخت به المؤرخة. وقيل كما في أصل الروضة: تقدم المؤرخة، لأنها تقتضي الملك في الحال بخلاف المطلقة. قال الأول: لكنها لا

وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخَّرَةِ التَّارِيخِ يَدٌ قُدِّمَتْ، وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسٍ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ أَوْ لَا نَعْلَمُ مَزِيلاً لَهُ. وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ اسْتِصْحَاباً لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا.

تنفيه، وفي الشرح حكاية طريقتين طارد للقولين من المسألة السابقة، وقاطع بالتسوية، وكيف فرض فالظاهر التسوية اه. وعلى المذهب يستثنى ما لو شهدت إحداهما بالحق والأخرى بالإبراء وأطلقت إحداهما وأزخت الأخرى فُدمت بينة الإبراء كما قاله شريح في روضه، لأن البراءة إنما تكون بعد الوجوب. (و) المذهب كما يشعر كلامه كغيره، وعبر في الروضة بالأصح: (أنه لو كان لصاحب متأخرة التاريخ يد قدم) على صاحب متأخرة التاريخ لتساوي البينتين في إثبات الملك حالاً فتساقطان فيه ويبقى من أحد الطرفين اليد ومن الأخرى الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق، ولهذا لا تزال به اليد. والثاني: يرجح السابق. والثالث: يتساقطان. وحكى ابن الصباغ طريقة قاطعة بالأول، وبه يتم في المسألة طريقتان؛ فلهذا عبر المصنف بالمذهب. ولو كانت اليد لصاحب متقدمة التاريخ قُدم قطعاً.

تنبيه: شمل إطلاقه ما لو كانت متقدمة التاريخ شاهدة بوقف والمتأخرة التي معها يد شاهدة بملك أو وقف؛ وهو ما أفتى به المصنف. قال البلقيني: وعليه جرى العمل ما لم يظهر أن اليد عادية باعتبار ترتبها على بيع صدر من أهل الوقف أو بعضهم بغير سبب شرعي، فهناك تقدم العمل بالوقف. قال ابن شهبة: وهو متعين.

ويشترط في سماع بينة بملك سابق أن تستصحبه إلى الحال كما يشير إليه قوله: (و) المذهب (أنها) أي البينة (لو شهدت بملكه أمس) بكسر السين، أو شهدت بملك الشهر الماضي مثلاً (ولم تتعرض للحال، لم تسمع) تلك الشهادة (حتى يقولوا) مع ذلك (ولم يزل ملكه، أو) يقولوا (ولا نعلم مزيلاً له) أي الملك؛ لأن دعوى الملك السابق لا تُسمع فكذا البينة، ولأنها شهدت له بما لم يدعه. وفي قول: تسمع من غير هذا القول ويثبت بها الملك أمس. والطريق الثاني القطع بالأول.

تنبيه: يستثنى من إطلاق المصنف عدم السماع مسائل: الأولى: ما لو ادعى رفقاً شخص بيده وادعى آخر أنه كان له أمس وأنه أعتقه وأقام بذلك بينة قبلت؛ لأن المقصود منها إثبات العتق وذكر الملك السابق وقع تبعاً. الثانية: ما لو شهدت أن هذا المملوك وضعته أمته في ملكه أو هذه الثمرة أثمرتها نخلته في ملكه ولم يتعرض لملك الولد والثمرة في الحال فإنها تسمع كما نص عليه وذكره في التنبيه، ثم قال: وقيل هو كالبينة بالملك. الثالثة: إذا شهدت أن هذا الغزل من قطنه كما نص عليه في التنبيه أيضاً، وذكر معه ما إذا شهدت أن هذا الطير من بيضه والأجر من طينه. الرابعة: إذا شهدت أنها ملكه بالأمس ورثها، قال العمراني: حكم بها على الأصح، وذكر أن الربيع والمزني نقلًا ذلك. الخامسة: إذا شهدت أنها ملكه أمس اشتراها من المدعى عليه بالأمس أو أقر له بها المدعى عليه بالأمس ولم يتعرض قبلت. السادسة: لو شهدوا أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان وهو يملكها ولم يقولوا وهي الآن ملك المدعي قبلت على ما يفهم من كلام الجمهور ولو لم تشهد البينة بملك أصلاً، بل شهدت على حاكم في زمن سابق أنه ثبت عنده الملك؛ قال ابن قاسم: كعادة المكاتب في هذا الزمان؛ قال بعضهم: لم أر فيه نقلاً، ويحتمل التوقف.

(وتجوز الشهادة بملكه الآن استصحاباً لما) أي لحكم (سبق من إرث وشراء وغيرهما) اعتماداً على

وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسٍ بِالْمَلِكِ لَهُ أَسْتَدِيمَ. وَلَوْ أَقَامَهَا بِمِلْكِ دَابَّةٍ أَوْ شَجَرَةٍ لَمْ يَسْتَحِقْ ثَمَرَةَ مَوْجُودَةٍ وَلَا وَلَدًا مُنْفَصِلًا، وَيَسْتَحِقُّ حَمَلًا فِي الْأَصْح. وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ، وَقِيلَ: لَا إِلَّا إِذَا أُدْعِيَ فِي مِلْكٍ سَابِقٍ عَلَى الشَّرَاءِ.

الاستصحاب؛ لأن الأصل البقاء وجاز ذلك للحاجة وإن جاز زواله؛ لأنه لو لم يعتمد الاستصحاب لعسرت الشهادة على الإملك إذا تطاول الزمن. هذا إذا أطلق الشهادة، فإن صرح في شهادته باعتماد الاستصحاب لم يُقبل عند الأكثرين، وقال القاضي حسين: يُقبل. والأوجه كما قال شيخنا حَمَلُ الأول على ما إذا ظهر بذكر الاستصحاب تردّد، أي وكلام القاضي على خلافه. فإن قالوا: لا ندري هل زال أو لا، لم تقبل قطعاً؛ لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة.

(ولو شهدت) بينة (بإقراره) أي المدعى عليه (أمس بالملك له) أي المدعي، (استديم) الإقرار؛ أي حكمه وإن لم يصرح بالملك في الحال؛ لأنه أسنده إلى أمر يقيني فيثبت الملك له ثم يستصحب. ولو قال له الخصم: كانت العين المدعاة ملكك أمس وأخذناه بإقراره؛ فتنزع منه، كما لو قامت بينة بأنه أقر له به أمس. وفارقت ما لو شهدت بأنها كانت ملكه أمس بأن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق، والشاهد بالملك قد يتساهل ويعتمد التخمين، فإذا لم ينضم إليه الجزم في الحال ضعف.

تنبيه: الأصل أن بينة المدعي المطلقة لا توجب ثبوت الملك له بل تظهره كما نص عليه، فيجب أن يكون ملكه سابقاً على إقامتها، ولكن لا يشترط السبق بزمن طويل يكفي لصدق الشهود لحظة لطيفة؛ لأن هذا تقدم صوري لا حقيقي، ولهذا لا يستحق الثمرة والنتاج الحاصلين قبل تلك الساعة كما قال: (ولو أقامها بملك دابة أو شجرة لم يستحق ثمرة موجودة ولا) يستحق (ولداً منفصلاً) عند الشهادة المسبوق بالملك، بل يبقيان للمدعى عليه؛ لأن الثمرة والولد ليسا من أجزاء الدابة والشجرة، ولذلك لا يتبعانها في البيع المطلق.

تنبيه: قيد البلقيني الثمرة بأن لا تدخل في البيع لكونها مؤثرة في تمر النخل أو بارزة في التين والعنب ونحو ذلك، فإن دخلت في مطلق بيع الشجرة استحقتها مقيم البينة بملك الشجرة؛ قال: وكلام الأصحاب شاهد لذلك. وبسط ذلك، وأشار إلى ذلك في المطلب، وهو مقتضى تعبير الروضة بالظاهر.

(ويستحق حملاً) موجوداً عند الشهادة (في الأصح) تبعاً للأمر وإن لم تتعرض له البينة. والثاني وهو احتمال للإمام: لا يستحقه لاحتمال كونه لغير مالك الأم بوصية.

تنبيه: ما ذكره المصنف في بينة مطلقة، فإن تعرضت لوقت مخصوص ادعاه المشهود له، فما يحصل من النتاج والثمرة له وإن تقدم على وقت أداء الشهادة، ولو أقام بينة بملك جدار أو شجرة كانت شهادة بالأس لا المغرس كما اتضاه كلام الإمام.

(ولو اشترى) شخص (شياً فأخذ منه بحجة مطلقة) أي غير مؤرخة ولا بينة لسبب الملك، (رجع) الشخص (على بائعه بالثمن) وإن احتمل انتقاله منه، أي المدعي، لمسيس الحاجة إليه في عهدة العقود؛ ولأن الأصل عدم انتقاله منه إليه فيستند الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء. وإنما حكم ببقاء الزوائد المنفصلة للمدعي كما تقرر لاحتمال انتقالها إليه مع كونها ليست بجزء من الأصل. (وقيل: لا) يرجع (إلا إذا أُدعي) بضم الدال بخطفه، (في ملك سابق على الشراء) لاحتمال انتقال الملك من المشتري إلى المدعي؛ ورجحه البلقيني

وَلَوْ أَدْعَىٰ مِلْكًا مُّطْلَقًا فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبِيهِ لَمْ يَضُرُّ، وَإِنْ ذَكَرَ سَبِيًّا وَهُمْ سَبِيًّا آخَرَ ضُرُّ.

٤ - فصل: في اختلاف المتداعيين في العقود

قَالَ: «أَجْرْتُكَ هَذَا الْبَيْتَ بِعَشْرَةِ»، فَقَالَ: «بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشْرَةِ»، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا، وَفِي قَوْلٍ: تُقَدِّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ.

وقال: إنه الصواب والمذهب الذي لا يجوز غيره؛ قال: وحكى القاضي الحسين الأول عن الأصحاب، وهو لا يعرف من كتب الأصحاب في الطريقتين، وهي طريقة غير مستقيمة جامعة لأمر محال، وهو أنه يأخذ النتائج والثمرة والزوائد المنفصلة كلها، وهو قضية صحة البيع، ويرجع على البائع بالثمن، وهو قضية فساد البيع، وهذا محال؛ وأجيب عنه بما تقرر.

تنبيه: احترز المصنف بقوله: «مطلقة» عما لو استند الاستحقاق إلى حالة العقد فيرجع قطعاً. ومحل الرجوع ما لم يصدقه على أنه ملكه، فإن صدقه أو شهدت البينة بإقرار المشتري حقيقة أو حكماً لم يرجع بالثمن عليه لاعترافه بما يقتضي أنه مظلوم. نعم، لو صدقه أو قال هو ملكي على وجه الخصومة واعتمد ظاهر اليد ثم بان خلافه رجع، وكذا لو قال ابتداءً يعني هذا الدار فإنها ملكك ثم قامت بينة بالاستحقاق، أو اشترى عبداً في الظاهر. فقال: أنا حرّ الأصل، وحلف فحكم بحريته وكان المشتري قد صرح في منازعته بأنه رقيق فيرجع بالثمن. واحترز بقوله: «على بائعه» عما لو باعه المشتري لغيره وانتزع من المشتري الثاني فإنه ليس له مطالبة البائع الأول وإن لم يظفر ببائعه بل يرجع كل منهما على بائعه.

(ولو ادعى) شخص (ملكاً مطلقاً فشهدوا له) به (مع) بيان (سببه لم يضر) ما زادوه؛ أي لم تبطل شهادتهم بذلك لأن سبب الملك تابع للملك وليس مقصوداً في نفسه، وإنما المقصود الملك وقد وافقت فيه البينة الدعوى.

تنبيه: لا تقدم هذه البينة بذكر السبب بناءً على أن ذكر السبب مرجح؛ لأنهم ذكروا السبب قبل الدعوى به والاستشهاد عليه، فإن أفاد المدعى دعوى الملك وسببه فشهدوا له بذلك قدمت بيئته حيثنذ. (وإن ذكر) المدعي (سبباً) للملك، (وهم) أي الشهود ذكروا (سبباً آخر) للملك، (ضرّ) ذلك، فترد شهادتهم للتناقض بين الدعوى والشهادة. وقيل: لا يضر، بل يقبل على أصل الملك ويلغو السبب؛ وهو نظير المرجح فيما إذا قال له عليّ ألف من ثمن عبد، فقال المقر له: لا بل من ثمن دار، فإنه لا يضر وحيثنذ يحتاج إلى الفرق.

فصل: في اختلاف المتداعيين في العقود وغيرها، وأشار للأول بقوله: إذا (قال) واحد (أجرتك هذا البيت) في هذه الدار شهر كذا (بعشرة، فقال) الآخر: (بل) أجرتني (جميع الدار) المشتملة عليه (بالعشرة؛ وأقاما) بما قالاه (بيئتين) وأطلقنا أو اتفق تاريخهما وكذا إن اختلف، واتفقا على أنه لم يجر إلا عقد واحد؛ (تعارضتا) لتكاذبهما فيسقطان على الأصح لأن العقد واحد، وعلى القول بالاستعمال يقرع على الأصح، ولا تأتي القسمة؛ لأن التنازع هنا في العقد وهو لا يمكن أن يقسم بخلاف الملك، ولا الوقف أيضاً، لأن المنافع تفوت في مدة التوقف. (وفي قول) من تخريج ابن سريج وليس بمنصوص، ومحلّه في غير مختلفتي التاريخ: (تقدم بيئته المستأجر) لاشتمال بيئته على زيادة وهي اكتراء غير البيت. وأجاب الأول بأن الزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم ووضوح حال أحد جانبي ما فيه التنافي كإسناد إلى سبب وانتقال عن استصحاب، وأصل الزيادة هنا ليست كذلك، وإنما هي زيادة في المشهود به. أما إذا اختلف تاريخهما ولم يتفقا على عقد واحد كان

وَلَوْ أَدْعِيَا شَيْئاً فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنَهُ فَإِنْ اأَخْتَلَفَ تَارِيخُ حُكْمٍ لِلأَسْبِقِ، وَإِلَّا تَعَارَضَتَا؛ وَلَوْ قَالَ كُلُّ مِنْهُمَا: «بِعْتُكَ بِكَذَا» وَأَقَامَا هُمَا، فَإِنْ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا، وَإِنْ اأَخْتَلَفَ لَزَمَهُ الثَّمَانِ، وَكَذَا إِنْ أُطْلِقَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي الأَصْحِ. وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلُّ مِنْهُمَا: «مَاتَ عَلَيَّ دِينِي» فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرَانِيًّا صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ قُدِّمَ المُسْلِمُ،

شهدت إحداهما أنه أجرى كذا سنة من أول رمضان والأخرى من أول شوال، قُدِّمَ الأَسْبِقُ في الأَصْحِ؛ لأن السابق من العقدين صحيح لا محالة، فإنه إن سبق العقد على الدار صحَّ ولغا العقد الوارد على البيت بعد، وإن سبق العقد على البيت صح، والعقد الوارد على الدار بعده يبطل في البيت، وفي باقي الدار خلاف تفريق الصفقة.

(ولو ادعيا) أي كل من اثنين (شيئاً في يد ثالث) أنكرهما (وأقام كل منهما بيعة أنه اشتراه) من ذلك الثالث (ووزن) بفتح الزاي (له ثمنه) وطالب بتسلم ما اشتراه ذا اليد. (فإن اأختلف تاريخ) كأن شهدت إحدى البيتين أنه اشتراه في رجب، والأخرى أنه اشتراه في شعبان، (حكم للأسبق) تاريخاً لعدم المعارض حال السبق ويطالبه الآخر بالثمن.

تنبيه: وَزَنَ يتعدى باللام كما استعمله المصنف وبِنَفْسِهِ وهو الأَفْصَحُ.

(وإلا) بأن اتحد تاريخهما أو أطلقا أو إحداهما، (تعارضتا) فعلى الأَصْحِ يتسايطان ويحلف لكل منها أنه ما باعه ولا تعارض في الثمنين فيلزمه. هذا إذا لم تتعرض البيعة لقبض المبيع، فإن فرض التعرض له فلا رجوع بالثمن؛ لأن العقد قد استقر بالقبض وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده. ومن شهد للبائع بالملك وقت البيع أو للمشتري الآن أو بنقد الثمن دون الأخرى قُدِّمَت شهادتها وإن كانت الأخرى سابقة لأن معها زيادة علم.

تنبيه: ما أطلقه في المتن محلّه حيث لم يصدق البائع أحدهما، فإن صدّقه فعلى الأَصْحِ وهو سقوط البيتين يسلم المدعى به للمصدق.

ثم ذكر المصنف عكس هذه الصورة في قوله: (ولو قال كل منهما) أي المتداعيين لثالث: (بعتكه) أي الثوب مثلاً (بكذا) وهو ملكي، (وأقامهما) أي أقام كل منهما بيعة بما قاله وطالبه بالثمن، (فإن) لم يمكن الجمع كأن (اتحد تاريخهما تعارضتا) لامتناع كونه ملكاً في وقت واحد لهذا وحده ولذاك وحده وسقطنا على الأَصْحِ فيحلف لكل منهما يميناً. (وإن اأختلف) تاريخهما ومضى من الزمن ما يمكن فيه العقد الأول ثم الانتقال من المشتري للبائع الثاني ثم العقد الثاني، (لزمه الثمنان) لجواز أن يكون اشتراه من أحدهما في التاريخ الأول ثم باعه واشتراه من الآخر في التاريخ الثاني. أما إذا لم يَمُضْ ما يمكن فيه الانتقال فلا يلزمه الثمنان للتعارض. (وكذا إن أطلقنا، أو) أطلقنا (إحداهما) وأرخت الأخرى يلزمه أيضاً الثمنان (في الأَصْحِ) لاحتمال أن يكونا في زمانين. والثاني يقول بتعارضهما كمتحددي التاريخ، لأن الأصل براءة المشتري فلا يلزمه إلا بيقين.

(ولو مات) رجل (هن ابنين مسلم ونصراني فقال كل منهما مات على ديني) فأرثه، ولا بيعة؛ (فإن عرف أنه كان نصرانياً صُدِّقَ النصراني) بيمينه؛ لأن الأصل بقاء كفره والمسلم يدعي انتقاله عنه والأصل عدمه. (فإن أقاما بيئتين مطلقتين) بما قالاه فلا تعارض، و (قدم المسلم) أي بيئته على بيعة النصراني؛ لأن مع بيئته زيادة علم وهو

وَأَنَّ قَيْدَتْ أَنَّ آخِرَ كَلَامِهِ إِسْلَامٌ وَعَكْسَتْهُ الْأُخْرَى تَعَارَضَتْ، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ دِينَهُ وَأَقَامَا كُلُّ بَيْتَةٍ أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارَضَتْ.

وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ الْمُسْلِمُ: «أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا»، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: «بَلْ قَبْلَهُ»، صُدِّقَ الْمُسْلِمُ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ أَقَامَا هُمَا قُدِّمَ النَّصْرَانِيُّ؛ فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الْإِبْنِ فِي رَمَضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ: «مَاتَ الْأَبُ فِي شَعْبَانَ»، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: «فِي شَوَّالٍ» صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، وَتَقَدَّمَ بَيْتُهُ الْمُسْلِمُ عَلَى بَيْتِهِ.

انتقاله إلى الإسلام، والأخرى استصحب الأصل، والناقلة أولى من المستصحة. وهذا أصل يستعمل في ترجيح البيئات، كما تقدم بينة الجرح على التعديل. (وإن قيدت) بينة المسلم (أن آخر كلامه إسلام وعكسته الأخرى) وهي بينة النصراني بأن قيدت بأن آخر كلامه النصرانية، (تعارضتا) لتناقضهما، إذ استحيل موته عليهما فتسقطان وكان لا بينة فيصدق النصراني بيمينه، لأن الأصل بقاء كفر الأب؛ وكذا لو قيدت بينة النصراني فقط. ويشترط في بينة النصراني بيان ما يحصل به التنصر كالثالث ثلاثة، وفي اشتراط بيان بينة المسلم كلمة الإسلام وجهان؛ ونقل الأذري عن إيراد البندنجي المنع ثم قال: ويظهر أن يكون الأصح الاشتراط سيما إذا لم يكن الشاهد من أهل العلم أو كان مخالفاً للقاضي فيما يسلم به الكافر. (وإن) لم يعرف دينه أي الميت، (وأقام كل) منهما (بينه) أنه مات على دينه (تعارضتا) فكأنه لا بينة، وسواء أطلقتا أم قيدتا بمثل ما ذكر أم قيدة بينة النصراني فقط؛ وحينئذ فينظر إن كان المال في يد غيرهما فالقول قوله، وإن كان في يدهما فيحلف كل منهما لصاحبه ويجعل بينهما، وكذا إن كان في يد أحدهما على الأصح، إذ لا أثر لليد بعد اعتراف صاحب اليد بأنه كان للميت وأنه يأخذه إزناً.

تنبيه: هذا التعارض بالنسبة إلى الإرث خاصة، وأما بالنسبة للدفن وغيره فإنه يدفن في مقابر المسلمين ويصلى عليه ويقول المصلي: أصلي عليه إن كان مسلماً؛ كما لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار.

(ولو مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني، فقال المسلم) أنا (أسلمت بعد موته فالميراث) مشترك (بيننا، فقال النصراني: بل) أسلمت (قبله) فلا ميراث لك بل هو لي؛ (صدق المسلم بيمينه) لأن الأصل استمراره على دينه، سواء اتفقا على وقت موت الأب أم أطلقا. (وإن أقامهما) أي أقام كل منهما بينة بما قالاه، (قدم النصراني) أي النصراني بينته لأنها ناقلة وبينة المسلم مستصحة لدينه فمع الأول زيادة علم.

تنبيه: محل تقديم بينة النصراني ما إذا لم تشهد بينة المسلم بأنها كانت تسمع تنصُرُه إلى ما بعد الموت، وإلا فيتعارضان، وحينئذ يصدق المسلم بيمينه. قال البلقيني: ومحلّه أيضاً إذا لم تشهد بينة المسلم بأنها علمت منه دين النصرانية حين موت أبيه وبعده وأنها لم تستصحب، فإن قالت ذلك قدمت بينة المسلم؛ لأننا لو قدمنا بينة النصراني للزم أن يكون مرتدّاً حالة موت أبيه والأصل عدم الردة.

(فلو اتفقا على إسلام الابن في رمضان، وقال المسلم: مات الأب في شعبان) فالميراث بيننا، (وقال النصراني) بل مات (في شوال) فالميراث لي؛ ولا بينة (صدق النصراني) بيمينه، لأن الأصل بقاء الحياة. (وتقدم بينة المسلم) التي أقامها (على بينته) أي النصراني التي أقامها؛ لأن بينة المسلم ناقلة من الحياة إلى الموت في شعبان، والأخرى مستصحة للحياة إلى شوال. نعم إن شهدت بينة النصراني بأنها عابنته حياً بعد الإسلام

وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبِيَيْنِ كَافِرَيْنِ وَأَبْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلُّ: «مَاتَ عَلَيَّ دِينَنَا» صُدِّقَ الْأَبْوَانِ بِالْيَمِينِ، وَفِي قَوْلٍ: يُوقَفُ حَتَّى يَتَّبِينَ أَوْ يَضْطَلِحُوا. وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِمًا، وَأَخْرَى غَانِمًا؛ وَكُلُّ وَاحِدٍ ثَلَاثُ مَالِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخُ قُدَمِ الْأَسْبِقِ، وَإِنْ اتَّحَدَ أَقْرَعٌ؛ وَإِنْ أُطْلِقْنَا قَيْلٌ: يُقْرَعُ، وَفِي قَوْلٍ: يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ نِصْفِهِ. قُلْتُ: الْمَذْهَبُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ نِصْفِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيًّا أَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ.....

تعارضتا كما في الروضة وأصلها، وحينئذ فيصدق المسلم بيمينه. (ولو مات) رجل (عن أبوين كافرين، وعن ابنين مسلمين) ومثلهما الابن الواحد وابن الابن والبنت وبنات الابن، (فقال كل) من الفريقين: (مات على ديننا، صدق الأبوان باليمين) لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً للأبوين فيستصحب حتى يعلم خلافه. (وفي قول) وليس منصوصاً، بل من تخريج ابن سريج: (يوقف) الأمر حتى (يتبين أو يصطلحوا) على شيء لتساوي الحالين بعد البلوغ؛ لأن التبعية تزول بالبلوغ.

تنبيه: لو انعكس الحال فكان الأبوان مسلمين والابنان كافرين وقال كل ما ذكر، فإن عرف للأبوين كفر سابق وقالوا: أسلمنا قبل بلوغه أو أسلم هو أو بلغ بعد إسلامنا، وقال الابنان: لا؛ ولم يتفقوا على وقت الإسلام في الثالثة فالمصدق الابنان، لأن الأصل البقاء على الكفر. وإن لم يعرف لهما كفر سابق أو اتفقوا على وقت الإسلام في الثالثة فالمصدق الأبوان عملاً بالظاهر في الأولى، ولأن الأصل بقاء الصبا في الثالثة.

فرع: لو مات لرجل ابن زوجة، ثم اختلف هو وأخو الزوجة فقال هو: «ماتت قبل الابن فورثتها أنا وابني ثم مات الابن فورثته» وقال أخوها: «بل ماتت بعد فورثت الابن قبل موتها ثم ورثتها أنا» ولا بينة، صدق الأخ في مال أخته والزوج في مال ابنه بيمينها. فإن حلفا أو نكلا لم يرث ميت من ميت. فمال الابن لأبيه ومال الزوجة بين الزوج والأخ. فإن أقاما بينتين بذلك تعارضتا. فإن اتفقا على موت واحد منهما يوم الجمعة مثلاً واختلفا في موت الآخر قبله أو بعده صدق من ادعاه بعد، لأن الأصل بقاء الحياة، فإن أقام بينتين بذلك قدم بينة من ادعاه قبل لأنها ناقلة. ولو قال ورثة ميت لزوجته: «كنت أمة ثم عتقت بعد موته أو كنت كافرة ثم أسلمت بعد موته» وقالت هي: بل عتقت أو أسلمت قبل صدقوا بأيمانهم، لأن الأصل بقاء الرق والكفر. وإن قالت: «لم أرل حرة أو مسلمة» صدقت بيمينها دونهم، لأن الظاهر معها.

(ولو شهدت) بينة على شخص (أنه أعتق في مرضه) الذي مات فيه (سالمًا، و) بينة (أخرى) أنه أعتق في مرضه المذكور (غانمًا وكل واحد منهما) (ثلث ماله) ولم تجز الورثة ما زاد عليه. (فإن اختلف) للبينتين (تاريخ قدم الأسبق) منهما تاريخاً؛ لأن التصرف المنجز في مرض الموت يقدم فيه الأسبق فالأسبق، ولأن معها زيادة علم. (وإن اتحد) تاريخهما (أقرع) بينهما لعدم مزية أحدهما، فإن كان أحدهما سدس المال وخرجت القرعة له عتق هو ونصف الآخر، وإن خرجت للآخر عتق وحده. (وإن أطلقنا) أو إحداهما (قيل: يقرع) بينهما لاحتمال المعية والترتيب. (وفي قول) من طريق: (يعتق من كل نصفه) لاستوائهما، والقرعة ممتنعة لأننا لو أقرعنا لم تأمن أن يخرج الرق على السابق فيلزمه منه إرقاق حر وتحرير رقيق؛ ولذا قال المصنف: (قلت: المذهب يعتق من كل نصفه، والله أعلم) ولو قال: «قلت المذهب الثاني» لكان أخضر. ولو شهدت بينتان بتعليق عتقهما بموته أو بالوصية بإعتاقهما، وكل واحد ثلث ماله ولم تجز الورثة، أقرع سواء أطلقتا أو إحداهما أم أزختا. (ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعق سالم، وهو ثلثه) أي ثلث ماله، (و) شهد (وارثان) عدلان (حائزان) للتركة (أنه رجع عن

ذَلِكَ وَوَصَّى بِعِتْقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ تَبَّتْ لِعَانِمٍ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ لَمْ يَثْبُتِ الرَّجُوعُ فَيَعْتَقُ سَالِمًا، وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ.

٥ - فصل: في شروط القائف

ذلك، ووصى بعق غانم، وهو ثلثه ثبت) بشهادتهما الرجوع عن عتق سالم وثبوت العتق (لغانم) لأنها أثبتا الرجوع عن الوصية بسالم بدلاً يساويه فلا تهمة ولا نظر إلى تبادل الولاء وكون الثاني أهدى لجمع المال فيورث عنه لعد هذا الاحتمال. وخرج بثلثه ما لو كان غانم دونه كالسدس، فلا تقبل شهادة الوارثين في القدر الذي لم يعين له بدلاً، وهو نصف سالم، وفي الباقي خلاف تبعيض الشهادة؛ فعلى ما صححه الأصحاب من صحة التبعيض يعتق نصف سالم مع كل غانم، والمجموع قدر الثلث. (فإن كان الوارثان) الحائزان (فاسقين لم يثبت الرجوع) عن الوصية لسالم لعدم قبول شهادة الفاسق، (فيعتق سالم) بشهادة الأجنبيين، لأن الثلث يحتمله ولم يثبت الرجوع فيه. (و) يعتق (من غانم) قدر ما يحتمله (ثلث ماله بعد سالم) وكان سالمًا هلك أو غصب من التركة مؤاخذاً للورثة بإقرارهم.

تنبيه: لو لم يتعرضا للرجوع أقرع بينهما، نعم إن كانا فاسقين عتق غانم وثلثا سالم كما بحثه بعض المتأخرين.

تمة: لو قال السيد لعبده: «إن قُلت أو إن مت في رمضان فأنت حر» فأقام العبد بينة بأنه قُتل في الأولى أو بأنه مات في رمضان في الثانية، وأقام الوارث بينة بموته حتف أنفه في الأولى وبموته في شوال في الثانية فُدمت بينة العبد؛ لأن معها زيادة علم بالقتل في الأولى ويحدث الموت في رمضان في الثانية، ولا قصاص في الأولى لأن الوارث منكر للقتل، فإن أقام الوارث بينة في الثانية بموته في شعبان قدمت بينته، لأنها ناقلة. وإن علق عتق سالم بموته في رمضان أو في مرضه وعلق عتق غانم بموته في شوال أو بالبرء من مرضه فأقاما بينتين بموجب عتقهما، فهل يتعارضان كما قاله ابن المقري أو تقدم بينة سالم كما قاله صاحب الأنوار أو بينة غانم كما استظهره شيخنا؟ أوجب، أظهرها آخرها.

فصل: في شروط القائف وبيان إلحاقه النسب بغيره: وذكر المصنف بعض أحكامه في بابي العدة واللقيط. والقائف لغة متبع الآثار، والجمع قافة كبائع وباعة. وشرعاً: من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك. والأصل في الباب خبر الصحيحين عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: دخل علي النبي ﷺ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: «ألم تَرَي أنْ مُجْرَزاً المُدْلَجِي دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أَسَامَةَ وَرَزْدًا عَلَيَّهَا قَطِيفَةً قَدْ غَطِيَا بِهَا رُؤُسَهُمَا وَقَدْ بَدَتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ؟»^(١) فإقراره ﷺ على ذلك يدل على أن القافة حق. قال الشافعي رضي الله تعالى عنه: فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو ﷺ لا يُقَرَّ على خطأ ولا يسر إلا بالحق اهـ. وسبب سروره ﷺ بما قاله مجرز أن المنافقين كانوا يطعنون في نسب

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الفرائض، باب: القائف (الحديث: ٦٧٧١)، وأخرجه أيضاً في كتاب: فضائل الصحابة، باب: مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ (الحديث: ٣٧٣١)، وأخرجه مسلم في كتاب: الرضاع، باب: العمل بإلحاق القائف الولد (الحديث: ٣٦٠٢) و (الحديث: ٣٦٠٣) و (الحديث: ٣٦٠٤).

شَرَطُ الْقَائِفِ: مُسَلِّمٌ عَدْلٌ مُجَرَّبٌ.

أسامة لأنه كان طويلاً أسود أفتى الأنف، وكان زيد قصيراً بين السواد والبياض أخنس الأنف، وكان طَعْنُهُمْ مغیظة له ﷺ إذ كانا جَبِيَّه، فلما قال المدلجِي ذلك وهو لا يرى إلا أقدامهما سُرَّ به؛ نقله الرافعي عن الأئمة. وقال أبو داود^(١): إن زیداً كان أبيض. وروى ابن سعد أن أسامة كان أحمر أشقر وزيد مثل الليل الأسود^(٢). وروى مالك: أن عمر دعا قائفين في رجلين تداعيا مولوداً^(٣)، وشك أنس في مولود له فدعا له قائفاً؛ رواه الشافعي رضي الله تعالى عنه. ويقولنا قال مالك وأحمد، وخالف أبو حنيفة وقال: لا اعتبار بقول القائف. وهو محجوج بما مر. وفي عجائب المخلوقات عن بعض التجار أنه ورث من أبيه مملوكاً أسود شيخاً، قال: فكننت في بعض أسفاري راكباً على بعير والمملوك يقوده فاجتاز بنا رجل من بني مُدَلِّج فأمعنَ فينا نظره ثم قال: ما أشبه الراكب بالقائد! قال: فرجعت إلى أمي فأخبرتها بذلك، فقالت: إن زوجي كان شيخاً كبيراً ذا مال ولم يكن له ولد فزوجني بهذا المملوك فولدتك ثم فكنتي واستلحقك. وكانت العرب تُلحق بالقيافة وتفخر بها وتعدّها من أشرف علومها، وهي الفراسة، غرائز في الطباع يعان عليها المجبول ويعجز عنها المصروف عنها^(٤).

وللقائف شروط شرع المصنف في ذكرها بقوله: (شروط القائف) أي شروطه (مسلم) فلا يقبل من كافر، (عدل) فلا يقبل من فاسق لأنه حاكم أو قاسم.

تنبيه: كان الأولى أن يقول «إسلام»، وكذا ما بعده فيأتي المصدر؛ لأن الشرط هو الإسلام لا الشخص، ومر التنبيه على ذلك في كتاب القضاء. وعبارة المحرر: «أن يكون مسلماً» وهو حسن. وأهمل المصنف كونه بصيراً ناطقاً وانتفاء العداوة عن الذي ينفيه عنه وانتفاء الولاء عمن يلحقه به، فلو عبر بأهلية الشهادة كما في الروضة لكان أخضر وأعم، لكن قال البلقيني: ولا أمتع قيافة الأخرس إذا فهمَ إشارته كل واحد، وفي المطلب اشتراط كونه سمياً. ورده البلقيني؛ وهو ظاهر.

(مجرّب) بفتح الراء بخرطه في معرفة النسب، لحديث: «لَا حَكِيمَ إِلَّا ذُو تَجْرِبَةٍ»^(٥) حسنه الترمذي؛ وكما لا يُؤلَى القضاء إلا بعد معرفة علمه بالأحكام. وفسر المحرر التجربة بأن يعرض عليه ولو في نسوة ليس فيهن أمه ثم مرة أخرى ثم مرة أخرى كذلك في نسوة فيهن أمه. فإن أصاب في الكل فهو مجرّب. فإن قيل: لم حذف المصنف هذا مع أن فيه حكيمين، أحدهما: أنه لا بد من التجربة ثلاثاً، والثاني: أنه لا بد أن يكون العرض مع أمه، وقد تعجب من حذفه لذلك؟ أجيب بأن الحكم الأول منازع فيه، فقد قال الإمام: لا معنى لاعتبار الثلاث، بل الاعتبار غلبة الظن بأن قوله عن خبرة لا عن اتفاق، وهذا قد يحصل بدون الثلاث اه. وهذا نظير ما رجحوه في تعليم جارحة الصيد. وأما الحكم الثاني: فإن ذَكَرَ الأم مع النسوة ليس للتقييد بل للأولية إذ الأب مع الرجال كذلك، وكذا سائر العصبية والأقارب عند فقدهما. وقال في الروضة كأصلها: كيفية التجربة أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه، ثم في نسوة هي

(١) ذكره أبو داود في كتاب: الطلاق، باب: في القافة (الحديث: ٢٢٦٧) و (الحديث: ٢٢٦٨).

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب: الدعوى والبيئات، باب: القافة ودعوى الولد (الحديث: ١٠/٢٦٢).

(٣) أخرجه مالك في كتاب: الأفضية، باب: القضاء بإلحاق الولد بأبيه (الحديث: ١٤٨٥).

(٤) أخرجه البيهقي في كتاب: الدعوى والبيئات، باب: القافة ودعوى الولد (الحديث: ١٠/٢٦٤).

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب: البر والصلة، باب: ما جاء في التجارب (الحديث: ٢٠٣٣).

وَالْأَصْحَحُ اشْتِرَاطُ حُرِّ ذَكَرٍ، لَا عَدَدٍ، وَلَا كَوْنِهِ مُدْلِجِيًّا؛ فَإِذَا تَدَاعَيْتَا مَجْهُولًا عَرِضَ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَ فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مُمَكِّنًا مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ بِأَنَّ وَطْئًا أَمْرًا بِشَبْهَةٍ أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا أَوْ وَطْءٍ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطْئَهَا آخَرَ بِشَبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ أَمْتَهُ فَبَاعَهَا فَوَطْئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِءْ وَاجِدًا مِنْهُمَا،

فيهن فيصيب في الكل. واستشكله البارزي بأن المجزب قد يعلم ذلك فلا تبقى فائدة في الثلاثة الأول، وقد يصاب في الرابعة اتفاقاً فلا يؤثر بالتجربة، والأولى أن يعرض مع صنف ولد الواحد منهم أو في بعض الأصناف ولا يخص به الرابعة فإذا أصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك، وينبغي أن يكفي بثلاث مرات اهـ. وقد مر أن الإمام يعتبر غلبة الظن، فمتى حصلت عمل بما في الروضة أو بما قاله البارزي.

(والأصح) في الروضة: الصحيح، (اشتراط حر ذكر) كالقاضي. والثاني: لا كالمفتي؛ (لا) اشتراط (عدد) فيكفي قول الواحد كالقاضي والقاسم. والثاني: يشترط كالمزكي والمقوم. (ولو كونه مدلجياً) أي من بني مدلج، وهم رهط مجزب المدلجي، بل يجوز كونه من سائر العرب والعجم؛ لأن القيافة نوع من العلم فمن تعلمه عمل به؛ وفي سنن البيهقي أن عمر رضي الله عنه كان قائفاً يَقُوفُ^(١). والثاني: يشترط، لرجوع الصحابة رضي الله عنهم إلى بني مدلج في ذلك دون غيرهم، وقد خص الله تعالى جماعة بنوع من المناصب والفضائل كما خص قريشاً بالإمامة.

ثم أشار المصنف لمسألتين يعرض الولد فيهما على القائف بقوله: (فإذا تداعيا) أي شخصان أو أحدهما وسكت الآخر أو أنكرا ولداً (مجهولاً) صغيراً لقيطاً كان أو غيره، حياً أو ميتاً لم يتغير ولم يدفن، (عرض عليه) أي القائف ولو بعد موت أحد المتداعيين، فمن ألحقه به لحقه كما مر في باب كتاب اللقيط. والمجنون كالصبي؛ قال البلقيني: وكذا لو كان مُغْمَى عليه أو نائماً أو سكران سُكراً يعذر فيه، فلو كان غير المعذور لم يعرض، لأنه بمنزلة الصاحي ولو انتسب إلى هذه الحالة عمل به.

تنبيه: قضية إطلاقه أنه لا فرق بين أن يكون لأحدهما عليه يد أو لا؛ والأشبه بالمذهب كما قال الرافعي تفصيل ذكره القفال في اللقيط، وهو أنه إن كان في يده عن النقاط لم يؤثر، وإلا قدم صاحب اليد إن قدم استلحاقه، وإلا فوجهان قال الزركشي: أصحهما يستويان فيعرض على القائف.

(وكذا لو اشتركا) أي رجلان (في وطء) لامرأة (فولدت ولداً ممكناً) أي من كل (منهما وتنازعا) أي ادعاه كل منهما أو أحدهما وسكت الآخر أو أنكر ولم يتخلل بين الوطئين حيضة كما سيأتي، فإنه يعرض على القائف ولو كان بالغاً مكلفاً كما جزم به الماوردي. ثم بين الاشتراك في الوطء في صور بقوله: (بأن وطئا امرأة بشبهة) كان وجدها كل منهما في فراشه فظننها زوجته أو أمته، (أو) بأن وطئ شريكاً أمة (مشتركة لهما، أو وطئ زوجته وطلق فوطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد، أو) وطئ (أمة فباعها فوطئها المشتري ولم يستبرئ واحد منهما) فإنه يعرض على القائف. وقال أبو حنيفة: يلحق الولد في هذه الصور بها، ولا اعتبار بقوله القائف بما تقدم ويقوله تعالى ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ﴾^(٢) ولو كان له أبوان لكان له قلب إلى كل منهما،

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: الدعوى والبيئات، باب: القافة ودعوى الولد (الحديث: ١٠/٢٦٣).

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٤.

وَكَذَا لَوْ وَطِئَ مَنْكُوحَةً فِي الْأَصْحَحِّ. فَإِذَا وَلَدَتْ لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَأَدْعِيَاهُ عُرِضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ فَلِلثَّانِي إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، وَسَوَاءٌ فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلَاماً وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا.

وبأن الولد لا ينعقد من ماء شخصين، لأن الوطء لا بد أن يكون على التعاقب، وإذا اجتمع ماء المرأة وانعقد الولد منه حصلت عليه غشاوة تمنع من اختلاط ماء الثاني بماء الأول كما نقل عن إجماع الأطباء.

تنبيه: قول المصنف «في وطء» ظاهره اشتراط تغيير الحشفة؛ قال البلقيني: وليس هذا بمعتبر عندي في هذا المكان، بل لو لم تدخل الحشفة كلها وأنزل داخل الفرج كان كالوطء، وكذا الإنزال خارج الفرج بحيث دخل الماء في الفرج. واستدخال الماء وقوله: «بأن وطئا بشبهة أو مشتركة لهما» هو من عطف الخاص على العام، لأن وطء المشتركة شبهة، ويشترط فيها أن يقع الوطئان في طهر، فلو تخلل بينهما حيضة فهو للثاني، ولا يغني عن ذلك ذكره له بعد؛ لأنه لا يمكن عوده لجميع الصور لتعذر ذلك في بعضها.

(وكذا لو وطئ) بشبهة كما في المحرر، (منكوحه) لغيره نكاحاً صحيحاً وولدت ممكناً منه ومن زوجها، يعرض على القائف (في الأصح) فيلحق من ألحقه به منهما ولا يتعين الزوج للإلحاق، بل الموضوع موضع الاشتباه. والثاني: يلحق بالزوج لقوة فراشه. وعلى الأول لا بد من إقامة بَيِّنَةٍ على الوطء، ولا يكفي اتفاق الزوجين والوطئ عليه؛ لأن للمولود حقاً في النسب واتفاقهما ليس بحجة عليه، فإن قامت بينة به عرض على القائف، ويعرض بتصديقه إن بلغ وإن لم تقم بينة لأن الحق له؛ وعلى هذا فيفيد كلام المتن بإقامة بينة الوطء أو تصديق الولد المكلف.

تنبيه: لو أُلقت سقطاً عرض على القائف؛ قال الفوراني: إذا ظهر فيه التخطيط دون ما لم يظهر. وفائدته فيما إذا كانت الموطوءة أمة وباعها أحدهما من الآخر بعد الوطء والاستبراء في أن البيع هل يصح، وأمىة الولد عمن تثبت؟ وفي الحرة أن العدة تقضي به عمن كان منهما. (فإذا ولدت) تلك الموطوءة في المسائل المذكورة (لما بين ستة أشهر وأربع سنين)، وكذا (من وطئها وادعياء) أي الولد، (عرض عليه) أي القائف فيلحق من ألحقه به منهما.

تنبيه: قوله: «وادعياء» ليس بشرط، بل لو ادعاه أحدهما وسكت الآخر أو نكل كان الحكم كذلك كما

مر.

(فإن تخلل بين وطئيهما حيضة للثاني) من الواطئين للولد؛ لأن الحيض أمانة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول فينقطع تعلقه عنه، وإذا انقطع عن الأول تعين للثاني؛ لأن فراشه لم ينقطع بعد وجوده. ولا فرق بين أن يدعيه الأول أم لا، اللهم (إلا أن يكون الأول) منهما (زوجاً في نكاح صحيح) والثاني منهما واطناً بشبهة أو في نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء، والإمكان حاصل بعد الحيضة، فإن كان الأول زوجاً في نكاح فاسد انقطع تعلقه، لأن المرأة لا تصير فراشاً في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء. (وسواء فيهما) أي المتنازعين فيما ذكر، (اتفقا إسلاماً وحرية) بكونهما مسلمين حريين (أم لا) كمسلم وذمي وحرّ وعبد، لأن النسب لا يختلف. وهذا تفريع على صحة استلحاق العبد، وهو الأظهر، فلو ادعاه مسلم وذمي وأقام الذمي بَيِّنَةً تبعه نَسَباً ودينياً، كما لو أقامها المسلم، أو لحقه بالحق القائف أو بنفسه

كما بحثه شيخنا تبعاً نسباً لا ديناً؛ لأن الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه، فلا يحضنه لعدم أهليته لحضانته. أو ادعاه حرّ وعبد وألحقه القائف بالعبد أو لحقه به بنفسه كما بحثه شيخنا لحقه في النسب وكان حرّاً لاحتمال أنه ولد من حرة.

تنبيه: لو عدم القائف بدون مسافة القصر أو أشكل عليه الحال بأن تحرّر أو ألحقه بهما أو نفاه عنهما وقف الأمر حتى يبلغ عاقلاً ويختار الانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، ويحبس ليختار إن امتنع من الانتساب إلا إن لم يجد ميلاً إلى أحدهما فيوقف الأمر، ولا يقبل رجوع قائف إلا قبل الحكم بقوله ثم لا يقبل قوله في حقه لسقوط الثقة بقوله ومعرفته، وكذا لا يصدق لغير الآخر إلا بعد مضيّ إمكان تعلمه مع امتحان له بذلك.

خاتمة: لو استلحق مجهولاً نسبه وله زوجة فأنكرته زوجته لحقه عملاً بإقراره دونها لجواز كونه من وطء شبهة أو زوجة أخرى، وإن ادعته والحالة هذه امرأة أخرى وأنكره زوجها وأقام زوج المنكرة بينتين تعارضتا فيسقطان ويُعرض على القائف، فإن ألحقه بها لحقها، وكذا زوجها على المذهب المنصوص كما قاله الإسنوي خلافاً لما جرى عليه ابن المقري، أو بالرجل لحقه وزوجته. فإن لم يُقِمَّ واحدٌ منهما بينةً، فالأصح كما قال الإسنوي أنه ليس ولد الواحدة منها، ولا يسقط حكم قائف بقول قائف آخر. ولو ألحقه قائف بالأشبهاء الظاهرة وآخر بالأشبهاء الخفية كالخلق وتشاكل الأعضاء فالثاني أولى من الأول، لأن فيها زيادة حدق وبصيرة. ولو ألحق القائف التوأمين باثنين بأن ألحق أحدهما بأحدهما والآخر بالآخر بطل قوله حتى يمتحن ويغلب على الظن صدقه فيعمل بقوله، كما لو ألحق الواحد باثنين. ويبطل أيضاً قول قائفين اختلفا في الإلحاق حتى يمتحنا ويغلب على الظن صدقهما. ويلغو انتساب بالغ أو توأمين إلى اثنين، فإن رجع أحد التوأمين إلى الآخر قبل، ويؤمر البالغ بالانتساب إلى أحدهما، ومتى أمكن كونه منهما عرض على القائف وإن أنكره الآخر أو أنكره؛ لأن للولد حقاً في النسب فلا يثبت بالإنكار من غيره ويُنفقان عليه إلى أن يعرض على القائف أو ينتسب ويرجع بالنفقة من لم يلحقه الولد على من لحقه إن أنفق بإذن الحاكم ولم يدع الولد ويقبلان له الوصية التي أوصى له بها في مدة التوقف؛ لأن أحدهما أبوه، ونفقة الحامل على المطلق فيعطئها لها ويرجع بها على الآخر إن ألحق الولد بالآخر. فإن مات الولد قبل العرض على القائف عرض عليه ميتاً، لا إن تغير أو دفن. وإن مات مدعيه عرض على القائف مع أبيه أو أخيه ونحوه من سائر العصبية.