

## كتاب القضاء

الأصل فى مشروعيته: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ...﴾ {المائدة: ٤٩}  
 وقوله: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ...﴾ {النساء: ٦٥}  
 الآية وقوله: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾ {ص: ٢٦}.

وأما السنة:

{٢٥٩٨} فقوله ﷺ «إذا اجتهد الحاكم، فأصاب: فله أجران، وإن أخطأ: فله أجر»<sup>(١)</sup> متفق عليه. وأجمع المسلمون على مشروعيته.

(وهو فرض كفاية) لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه.

{٢٥٩٩} ولأن النبى، ﷺ «حكّم بين الناس.

{٢٦٠٠} وبعث علياً إلى اليمن للقضاء<sup>(٢)</sup>، وحكم الخلفاء الراشدون، وولوا القضاة فى الأمصار» ولأن الظلم فى الطباع، فيحتاج إلي حاكم ينصف المظلوم: فوجب نصبه. فإن لم يكن من يصلح للقضاء إلا واحداً: تعين عليه، فإن امتنع: أجبّر عليه، لأن الكفاية لا تحصل إلا به. قاله فى الكافى.

وفيه فضل عظيم لمن قوى على القيام به، وأدى الحق فيه، وفيه خطر كثير، ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه؛ فلذلك كان السلف يمتنعون منه.

قال فى الفروع: والواجب اتخاذها ديناً وقربة، فإنها من أفضل القربات، وإنما فسد حال الأكثر لطلب الرئاسة والمال بها، ومن فعل ما يمكنه: لم يلزمه ما يعجز عنه. قال فى الشرح: وإن وجد غيره، كره له طلبه بغير خلاف.

{٢٦٠١} لقوله ﷺ «لا تسأل الإمارة..»<sup>(٣)</sup> الحديث، متفق عليه.

(١) البخارى فى الاعتصام (٧٣٥٢) ومسلم فى الأفضية (١٥/١٧١٦).

(٢) أبو داود فى الأفضية (٣٥٨٢).

(٣) البخارى فى الإيمان (٦٦٢٢) ومسلم فى الإيمان (١٩/١٦٥٢).

(فيجب على الإمام أن ينصب بكل إقليم قاضياً) لأنه لا يمكنه أن يباشر الخصومات في جميع البلدان بنفسه، فوجب أن يترتب ف كل إقليم من يتولى الخصومات بينهم، لثلا تصيع الحقوق.

(وأن يختار لذلك أفضل من يجد علماً وورعاً) لأن الإمام ناظر للمسلمين، فيجب عليه اختيار الأصلح لهم.

(ويأمره بالتقوى) لأنها رأس الدين.

(وتحرى العدل) أى: إعطاء الحق لمستحقه من غير ميل، لأنه المقصود من القضاء. ويجتهد القاضى فى إقامته.

(وتصح ولاية القضاء، والإمارة منجزة ك: وليتك الآن، ومعلقة) بشرط، نحو قول الإمام: إن مات فلان القاض أو الأمير، ففلان عوضه.

{٢٦٠٢} لحديث «أميركم زيد، فإن قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله ابن رواحة»<sup>(١)</sup> رواه البخارى.

( وشرط لصحة التولية: كونها من إمام أو نائبه فيه) أى: القضاء، لأنها من المصالح العامة: كعقد الذمة، ولأن الإمام صاحب الأمر والنهى، فلا يفتأت عليه فى ذلك.

(وأن يعين له ما يوليه فيه الحكم من عمل) وهو ما جمع بلاداً وفرى متفرقة: كمصر ونواحيها، أو العراق ونواحيه.

(وبلد) كمكة، والمدينة، ليعلم محل ولايته، فيحكم فيه دون غيره.

{٢٦٠٣} «وبعث عمر، رضى الله عنه، فى كل مصر قاضياً ووالياً» ومشافهته بها إن كان حاضراً، ومكاتبته بها إن كان غائباً.

{٢٦٠٤} «لأنه، صلى الله عليه وسلم، كتب لعمر بن حزم حين بعثه لليمن»<sup>(٢)</sup>.

{٢٦٠٥} وكتب عمر إلى أهل الكوفة: أما بعد: فإنى قد بعثت إليكم عماراً

(١) البخارى فى المغازى (٤٢٦١)..

(٢) سبق تخريجه فى الزكاة.

أميراً، وعبد الله قاضياً، فاسمعوا لهما وأطيعوا».

وألفاظ التولية الصريحة سبعة: وليتك الحكم، أو قلدتكه، وفوضت، أو رددت، أو جعلت إليك الحكم، واستحلقتك، واستنبتك في الحكم) فإذا وجد أحدها، وقبل المولى: انعقدت الولاية، كالبيع والنكاح.

(والكناية، نحو: اعتمدت، أو عولت عليك، أو وكلتك، أو أسندت إليك: لا تنعقد بها إلا بقريئة، فاحكم، أو: فتول ما عولت عليك فيه) لأن هذه الألفاظ تحتمل التولية وغيرها، من كونه يأخذ برأيه، وغير ذلك، فلا ينصرف إلى التولية إلا بقريئة تنفي الاحتمال.

## فصل

( وتفيد ولاية الحكم العامة) وهى: التى لم تقيد بحال دون أخرى.

(فصل الخصومات، وأخذ الحق، ودفعه للمستحق، والنظر فى مال اليتيم، والمجنون، والسفيه) الذن لا ولى لهم، (و) مال، (الغائب) ما لم يكن له وكيل، (والحجر لسفه، وفلس، والنظر فى الأوقاف) التى فى عمله.

(لتجرى على شروطها) والنظر فى مصالح طرق عمله وأفنيته.

(وتزويج من لا ولى لها) من النساء، وتصفح حال شهوده وأمنائه، ليستبدل بمن ثبت جرحه، وإقامة جمعة وعيد، مالم يخصا بإمام، عملاً بالعادة فى ذلك.

( ولا يستفيد الاحتساب على الباعة، ولا إلزامهم بالشرع) لأن العادة لم تجر بتولى القضاة ذلك.

( ولا ينفذ حكمه فى غير محل عمله) إذا ولاه فى محل خاص، فينفذ حكمه فى مقيم به، وطارئ إليه، لأنه يصير من أهل ذلك المحل فى كثر من الأحكام. ولا ينفذ فى غيره، لأنه لم يدخل تحت ولايته. وله طلب الرزق لنفسه وأمنائه مع الحاجة فى قول أكثر أهل العلم. قاله فى الشرح.

{٢٦٠٦} لما روى عن عمر، رضى الله عنه: أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء، وفرض له رزقاً.

{٢٦٠٧} ورزق شريحاً في كل شهر مائة درهم.

{٢٦٠٨} وروى: أن أبا بكر الصديق لما ولى الخلافة: أخذ الذراع وخرج إلى السوق، فقيل له: لا يسعك هذا، فقال: ما كنت لأدع أهلي يضيعون. ففرضوا له كل يوم درهمين.

{٢٦٠٩} وبعث عمر إلى الكوفة عمار بن ياسر والياً، وابن مسعود قاضياً، وعثمان بن حنيف ماسحاً، وفرض لهم كل يوم شاة: نصفها لعمار، والنصف الآخر بين عبد الله وعثمان.

{٢٦١٠} وكتب إلى معاذ بن جبل، وأبي عبيدة حين بعثهما إلى الشام، أن: انظرا رجلاً من صالحى من قبلكم، فاستعملوهم على القضاء، وارزقوهم، وأوسعوا عليهم من مال الله تعالى.

ولا يجوز له أن يوليه على أن يحكم مذهب إمام بعينه، لا نعلم فيه خلافاً، قاله فى الشرح؛ لقوله تعالى ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ {ص: ٢٦} وإنما يظهر الحق بالدليل.

وإذا ولى الإمام قاضياً، ثم مات الإمام أو عزل، لم ينزل القاضى، لأن الخلفاء ولو حكماً، فلم ينزلوا بموتهم. فإن عزله الإمام الذى ولاه، أو غيره، انزل، لأن عمر يولى الولاية ثم يعزلهم. ومن لم يعزله عثمان بعده إلا القليل.

{٢٦١١} وقال عمر، رضى الله عنه: لأعزلن أبا مريم - يعنى: عن قضاء البصرة - وأولى رجلاً إذا رآه الفاجر فرقه. فعزله، وولى كعب بن سوار.

{٢٦١٢} وولى على أبا الأسود ثم عزله، فقال: لم أعزلتنى، وما خنت وما جنيت؟ قال: إني رأيتك يعلو كلامك على الخصمين.

## فصل

( ويشترط فى القاضى عشر خصال: كونه بالغاً، عاقلاً) لأن غير الملكف تحت ولاية غيره، فلا يكون والياً على غيره.

(ذكراً) لحديث «ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»<sup>(١)</sup> رواه البخارى . ولأنها ضعيفة الرأى، ناقصة العقل، ليست أهلاً لحضور الرجال، ومحافل الخصوم .

(حراً) لأت غيره منقوص برقه، مشغول بحقوق سيده .

(مسلماً) لأن الإسلام شرط للعدالة .

(عدلاً) فلا يجوز تولية الفاسق، لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] .

(سميعاً) لسمع كلام الخصمين .

(بصيراً) ليعرف المدعى من المدعى عليه، والمقر من المقر له، والشاهد من المشهود عليه .

(متكلماً) لينطق بالفصل بين الخصوم .

(مجتهداً) ذكره ابن حزم إجماعاً، لقوله تعالى ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٤] والمجتهد: العالم بطرق الأحكام .

{٢٦١٤} لحديث «القضاة ثلاثة . . .»<sup>(٢)</sup> الحديث، رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه .

(ولو) كان اجتهاده، (فى مذهب إمامه للضرورة) بأن لم يوجد مجتهد مطلق، فيراعى ألفاظ إمامه، ومتأخرها، ويقلد كبار مذهبه فى ذلك؛ لأنهم أدرى به . وقال الشيخ تقى الدين: هذه الشروط تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأمثل فالأمثل . وعلى هذا يدل كلام أحمد وغيره . فيولى لعدم أنفع الفاسقين وأقلهما شراً، وأعدل المقلدين، وأعرفهما بالتقليد . وقال أيضاً: ويحرم الحكم والفتوى بالهوى إجماعاً، ويقول، أو وجه من غير نظر فى الترجيح إجماعاً . ويجب أن يعمل بموجب اعتقاده فيما له وعليه إجماعاً . ذكره فى الفروع .

(فلو حكم اثنان فأكثر بينهما شخصاً صالحاً للقضاء: نفذ حكمه فى كل ما .

(١) سبق فى المغازى (٤٤٢٥) وأحمد ٤٣/٥ .

(٢) أبو داود فى الأفضية (٣٥٧٣) والترمذى فى الأحكام (١٣٢٢) وابن ماجه فى الأحكام (٢٣١٥) .

ينفذ فيه حكم من ولاه الإمام أو نائبه).

{٢٦١٥} لحديث أبي شريح، وفيه أنه قال «يا رسول الله: إن قومي إذا اختلفوا فى شيء أتونى فحكمت بينهم، فرضى كلا الفريقين، قال: ما أحسن هذا!»<sup>(١)</sup> رواه النسائي.

{٢٦١٦} وتحاكم عمر وأبى إلى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم، ولم يكن أحد منهما قاضياً.

( ويرفع الخلاف، فلا يحل لأحد نقضه حيث أصاب الحق) لأن من جاز حكمه لزم كقاضى الإمام.

### فصل فى آداب القاضى

( ويسن: كون الحاكم قوياً بلا عنف) لئلا يطمع فيه الظالم.

(ليناً بلا ضعف) لئلا يهابه المحق.

(حليماً) لئلا يغضب من كلام الخصم فيمنعه الحكم.

(متانياً) لئلا تؤدى عجلته إلى ما لا ينبغى.

(متفظاً) متيقظاً لا يؤتى من غفلة، ولا يخدع لغرة، ذا ورع ونزاهة وصدق، (عفيفاً) لئلا يطمع فى ميله بإطماعه، (بصيراً بأحكام الحكام قبله) ليسهل عليه الحكم، وتتضح له طريقه.

{٢٦١٧} قال على، رضى الله عنه: لا ينبغى للقاضى أن يكون قاضياً حتى تكمل فيه خمس خصال: عفيف، حليم، عالم بما كان قبله، يستشير ذوى الألباب، لا خاف فى الله لومة لائم وقال عمر بن عبد العزيز: سبع، خلال إن فات القاضى منها واحدة فهى وصمة: العقل، والفقه، والورع، والنزاهة، والصرامة، والعلم بالسنن، والحلم.

(ويجب عليه العدل بين الخصمين فى لحظه، ولفظه، ومجلسه، والدخول عليه).

(١) أبو داود فى الأدب (٤٩٥٥) والنسائي ٢٢٦/٨.

{٢٦١٨} لحديث أم سلمة أن النبي، ﷺ، قال:

«من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه، وإشارته، ومقعده، ولا يرفعن صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر»<sup>(١)</sup> رواه عمر بن أبي شيبة في كتاب قضاة البصرة.

{٢٦١٩} وكتب عمر إلى أبي موسى: وآس بين الناس في وجهك، ومجلسك وعدلك، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك، ولا يطمع شريف في حيفك. وجاء رجل إلى شريح وعنده السر، فقال: اعدني على هذا الجالس إلى جنبك، فقال للسرى: قم فاجلس مع خصمك، قال: إني أسمعك من مكاني، قال: قم فاجلس مع خصمك، فإن مجلسك يريه، وإني لا أدع النصره وأنا عليها قادر. (إلا المسلم مع الكافر: فيقدم دخولاً، ورفع جلوساً) لحرمة الإسلام.

{٢٦٢٠} ولما روى إبراهيم التيمي: أن علياً، رضى الله عنه، حاكم يهودياً إلى شريح، فقام شريح من مجلسه، وأجلس علياً فيه، فقال علي، رضى الله عنه: لو كان خصمى مسلماً لجلست معه بين يديك، ولكنى سمعت رسول الله، ﷺ، يقول: «لا تساووهم في المجالس»<sup>(٢)</sup>.

(ويحرم عليه أخذ الرشوة):

{٢٦٢١} لحديث ابن عمر، قال «لعن رسول الله، ﷺ، الراشى والمرتشى»<sup>(٣)</sup> صححه الترمذى. ورواه أبو هريرة، وزاد «فى الحكم» ورواه أبو بكر فى زاد المسافر، وزاد «والرائش» وهو: السفير بينهما. وكذا الهدية.

{٢٦٢٢} لحديث أبى حميد الساعدى مرفوعاً «هدايا العمال غلول»<sup>(٤)</sup> رواه أحمد. وقال عمر بن عبد العزيز: كانت الهدية فيما مضى هدية، وأما اليوم فهى رشوة. قال فى الفروع: وقال كعب الأخبار: قرأت فى بعض ما أنزل الله على أنبيائه: الهدية تفتقأ عين الحكم. وقال الشاعر:

(١) الدارقطنى فى الأفضية (٤٤٣٠، ٤٤٢١، ٤٤٢) والبيهقى فى السنن (٢٠٤٥٧-٢٠٤٥٩).

(٢) البيهقى فى السنن بمعناه (٢٠٤٦٥).

(٣) الترمذى فى الأحكام (١٣٣٦، ١٣٣٧) وقال: «حسن صحيح».

(٤) أحمد ٤٢٥/٥ والبيهقى فى السنن (٢٠٤٧٤).

إذا أتت الهدية دار قوم تطايرت الأمانة من كواها

إلا ممن كان يهاديه قبل ولايته بشرط أن لا يكون له حكومة فيباح قبولها: لانتفاء التهمة. واستحب القاضي التنزه عنها؛ لأنه لا يأمن أن تكون لحكومة منتظرة. ويكره أن يباشر البع والشراء بنفسه، لثلا يحابى فيجرى مجرى الهدية.

{٢٦٢٣} وروى أبو الأسود المالكى عن أبيه عن جده مرفوعاً: «ما عدل وال اتجر فى رعيته أبدا»<sup>(١)</sup>.

{٢٦٢٤} وقال شريح: شرط علىّ عمر حين ولانى القضاء أن لا ابيع ولا ابتاع، ولا أرتشى، ولا أقضى وأنا غضبان. فإن احتاج لم يكره؛ لأن أبا بكر الصديق قصد السوق ليتجر فيه حتى فرضوا له ما يكفيه.

(ولا يسار أحد الخصمين، أو يضيفه، أو يقوم له دون الآخر) لأنه إعانة له على خصمه، وكسر لقلبه.

{٢٦٢٥} وروى عن على، رضى الله عنه: أنه نزل به رجل، فقال: ألك خصم؟ قال: نعم، قال: تحول عنا، فإنى سمعت رسول الله، ﷺ، يقول: «لا تضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه»<sup>(٢)</sup>.

(ويحرم عليه الحكم، وهو غضبان كثيراً)

{٢٦٢٦} لحديث أبى بكر مرفوعاً «لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان»<sup>(٣)</sup> متفق عليه.

(أو {وهو}<sup>(٤)</sup> حاقن، أو فى شدة جوع، أو عطش، أو هم، أو ملل، أو كسل، أو نعاس، أو برد مؤلم، أو حر مزعج) قياساً على الغضب، لأنه فى فى معناه، لأن هذه الأمور تشغل قلبه، ولا يتوفر على الاجتهاد فى الحكم وتأمل الحادثة.

(فإن خالف وحكم) فى حال من هذه الأحوال.

(صح إن أصاب الحق)

{٢٦٢٧} «لأن النبى، ﷺ، حكم فى حال غضبه فى حديث مخاصمة

(١) - لم أقف عليه. (٢) البيهقى فى السنن (٢٠٤٧٢).

(٣) البخارى فى الأحكام (٧١٥٨) ومسلم فى الأفضية (١٦/١٧١٧).

(٤) ما بين المعوفين من متن نيل المآرب.

الأَنْصَارِيُّ وَالزَّبِيرُ فِي شَرَاخِ الْحَرَّةِ<sup>(١)</sup> رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ .

وَيُحْرَمُ عَلَيْهِ أَنْ يُحْكَمَ بِالْجَهْلِ، أَوْ هُوَ مُتَرَدِّدٌ، فَإِنْ خَالَفَ وَحَكَمَ: لَمْ يَصِحْ، وَلَوْ أَصَابَ {الْحَقُّ}<sup>(٢)</sup> .

{٢٦٢٨} لِحَدِيثِ بَرِيدَةَ مَرْفُوعاً «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، وَاثْنَانِ فِي النَّارِ. فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ: فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحَكْمِ: فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلِ: فَهُوَ فِي النَّارِ»<sup>(٣)</sup> رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَةَ .

(ويوصى الوكلاء والأعوان ببابه بالرفق بالخصوم، وقلة الطمع) لثلا يضرروا بالناس، (ويجتهد أن يكونوا شيوخاً أو كهولاً من أهل الدين والعفة والصيانة) ليكونوا أقل شراً فإن الشباب شعبة من الجنون.

(ويباح له أن يتخذ كاتباً يكتب الوقائع) وقيل: يسن.

{٢٦٢٩} لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «اسْتَكْتَبَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ، وَمَعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سَفْيَانَ وَغَيْرَهُمَا»<sup>(٤)</sup> وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ يَكْثُرُ اشْتِغَالُهُ وَنَظَرُهُ فِي أَمْرِ النَّاسِ، فَيَشُقُّ عَلَيْهِ تَوَلَّى الْكِتَابَةَ بِنَفْسِهِ .

(ويشترط كونه مسلماً مكلفاً عدلاً) لقوله تعالى ﴿أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةَ مَن دُونِكُمْ﴾ الآية [آل عمران: ١١٨] .

{٢٦٣٠} وَقَالَ عُمَرُ: لَا تُؤْمِنُوهُمْ وَقَدْ خَوْفَهُمُ اللَّهُ، وَلَا تَقْرِبُوهُمْ وَقَدْ أَبْعَدَهُمُ اللَّهُ، وَلَا تَعَزَّوهُمْ وَقَدْ أَذْلَهُمُ اللَّهُ. وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ مَوْضِعُ أَمَانَةٍ فَاشْتَرَطَ لَهَا الْعَدَالََةَ . (ويسن كونه حافظاً عالماً) لأن فيه إعانة على أمره، وكونه جيد الخط عارفاً، لثلا فسد ما يكتبه بجهله، وكونه ورعاً نزهاً كيلا يستمال بالطمع. وقال ابن المنذر: يكره للحاكم أن يفتى في الأحكام، كان شريح يقول: أنا أفضى ولا أفتى .

(١) البخارى فى التفسير (٤٥٨٥) ومسلم فى الفضائل (١٢٩/٢٣٥٧) وأبو داود فى الأفضىة (٣١٦٣١٧) والترمذى فى الأحكام (١٣٦٣) والنسائى ٢٣٨/٨، ٢٣٩ وابن ماجه فى المقدمة (١٥) وأحمد ٥/٤ .

(٢) ما بين العقوفين من متن نيل المآرب .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) البيهقى فى السنن (٢٠٤٠٥) .

## باب طريق الحكم وصفته

(إذا حضر إلى الحاكم خصمان: فله أن يسكت حتى يبتدئا، وله أن يقول: أيكما المدعى؟) لأنه لا تخصيص في ذلك لأحدهما.

(فإذا ادعى أحدهما: اشترط كون الدعوى معلومة) أى: بشيء معلوم، ليتمكن الحاكم من الإلزام به، وكونها محررة لترتب الحكم عليها. {٢٦٣١} لقوله، عَلَيْهِ السَّلَامُ «إنما أفضى على نحو ما أسمع»<sup>(١)</sup>.

(وكونها منفكة عما يكذبها) فلا يصح الدعوى على شخص بأنه قتل أو سرق من عشرين سنة، وستة دونها.

(ثم إن كانت بدين: اشترط كونه حالاً) فلا تصح بالمؤجل، لأنه لا يملك الطلب به قبل أجله.

(وإن كانت بعن: اشترط حضورها لمجلس الحكم لتعين بالإشارة) نفيًا للبس.

(فإن كانت غائبة عن البلد: وصفها كصفات السلم) بأن يذكر ما يضبطها من الصفات. وإن ادعى عقاراً غائباً عن البلد: ذكر موضعه وحدوده، وتكفى شهرته عندهما، وعند حاكم عن تحديده، لحديث الحضرمي والكندي.

(فإذا أتم المدعى دعواه: فإن أقر خصمه بما ادعاه، أو اعترف بسبب الحق، ثم ادعى البراءة، لم يلتفت لقوله، بل يحلف المدعى على نفي ما ادعاه) المدعى عليه من البراءة بالإبراء أو الأداء،

(ويلزمه بالحق، إلا أن يقيم) المدعى عليه بينة ببراءته) فيبرأ. فإن عجز عن إقامتها: حلف المدعى على بقاء حقه.

(وإن أنكر الخصم ابتداء: بأن قال لمدع قرضاً أو ثمناً: ما أقرضني، أو: ما باعني، أو لا يستحق على شيئاً مما ادعاه، أو لا حق له على: صح الجواب) لنفيه

(١) البخارى فى الأحكام (٧١٦٩) ومسلم فى الأفضية (٤/١٧١٣).

عين ما ادعى به . (فيقول الحاكم للمدعى . هل لك بينة؟).

{٢٦٣٢} لما روى «أن رجلين اختصما إلى النبي، ﷺ : حضرى وكندى، فقال الحضرمى: يا رسول الله: إن هذا غلبنى على أرض لى، فقال الكندى: هى أرضى وفى يدى، ليس له فيها حق، فقال النبى، ﷺ ، للحضرمى: ألك بينة؟ فقال: لا . قال فلك يمينه»<sup>(١)</sup> صححه الترمذى .

فإن قال: نعم، قال له: إن شئت فاحضرها، فإذا أحضرها وشهدت سمعها، وحرّم ترددها) ويكره نعمها وانتهاؤها، لثلا يكون وسيلة إلى الكتمان . وكان شريح يقول للشاهدين: ما أنا دعوتكما، ولا أنهاكما أن ترجعا . وما يقضى على هذا المسلم غيركما، وإنى بكما أقضى اليوم، وبكما أتقى يوم القيامة .

### فصل

(ويعتبر فى البينة: العدالة ظاهراً وباطناً) لقوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلا فى عقد النكاح، فتكفى العدالة ظاهراً . وعنه: تقبل شهادة كل مسلم لم تظهر منه ريبة . واختاره: الخرقى، وأبو بكر وصاحب الروضة .

{٢٦٣٣} «لقوله، ﷺ ، شهادة الأعرابى برؤية الهلال»<sup>(٢)</sup> .

{٢٦٣٤} وقول عمر، رضى الله عنه: المسلمون عدول بعضهم على بعض .

(وللحاكم أن عمل بعمله فيما أقر به فى مجلس حكمه) وإن لم يسمعه غيره . نص عليه .

{٢٦٣٥} لقوله، ﷺ «إنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى على نحو ما أسمع» الحديث، رواه الجماعة .

(وفى عدالة البينة وفسقها) بغير خلاف، لثلا يتسلل لاحتياجه إلى معرفة

(١) أبو داود فى الصوم (٢٣٤٠، ٢٣٤١) والترمذى فى الصوم (٦٩١) وقال: فيه اختلاف .

(٢) البخارى (٧١٦٩) ومسلم (٤/١٧١٣) وأبو داود فى الأفضية (٣٥٨٣) والنسائى ٢٤٧/٨ وابن ماجه فى الأحكام (٢٣١٧) وأحمد ٦/٢٩٠ .

عدالة المزكين أو جرحهم، ثم يحتاجون أيضاً إلى مزكين.

(فإن ارتاب منها: فلا بد من المزكين لها) لتثبيت عدالتها.

(فإن طلب المدعى من الحاكم أن حبس غريمه حتى يأتي بمن يزكى بيته: اجابه

لما سأل، وانتظره ثلاثة أيام).

{٢٦٣٦} لقول عمر في كتابه إلى أبي موسى الأشعري: واجعل لمن ادعى حقاً

غائباً أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بيته أخذت له حقه، وإلا استحلت القضية

عليه، فإنه أنفى للشك، وأجلى للغم.

(فإذا أتى بالمزكين اعتبر معرفتهم لمن يزكونه بالصحة والمعاملة):

{٢٦٣٧} لما روى سليمان بن حرب قال: شهد رجل عند عمر بن الخطاب،

رضى الله عنه، فقال له عمر: إني لست أعرفك، ولا يضرك إني لا أعرفك،

فأتني بمن يعرفك، فقال رجل: أنا أعرفه يا أمير المؤمنين، قال: بأي شيء تعرفه؟

فقال: بالعدالة، قال: هو جارك الأدنى تعرف ليله ونهاره، ومدخله ومخرجه؟

قال: لا، قال: فعاملك بالدرهم والدينار الذين يستدل بهما على الورع؟ قال: لا،

قال: فعاملك بالدرهم والدينار الذين يستدل بهما على الورع؟ قال: لا، قال:

فصاحبك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق؟ قال: لا، قال: فلست

تعرفه. ثم قال للرجل: اتنى بمن يعرفك.

(فإن ادعى الغريم فسق المزكين، أو فسق البيعة المزكاة، وأقام بذلك بيعة:

سميت، وبطلت الشهادة) لأن الجرح مقدم على التعديل، لأن الجرح يخبر بأمر

باطن خفى على المعدل، وشاهد العدالة يخبر بأمر ظاهر، ولأن الجرح مثبت،

والمعدل ناف، فقدم الإثبات.

(ولا يقبل من النساء تعديل ولا تجريح) لأنها شهادة بما ليس بمال، ولا

المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال، أشبه الحدود، قاله في

الكافي. ولا يسمع جرح لم يبين سببه، بذكر قاذح فيه عن رؤية، أو سماع، أو

استفاضة عند الناس، لأن ذلك شهادة عن علم، لقوله تعالى ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ

وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿ الزخرف: ٨٦ ﴾ لكن يعرض جارج بزنى أو لواط؛ لثلا يجب عليه الحد.

(وحيث ظهر فسق بينة المدعى، أو قال ابتداء: ليس لى بينة، قال له الحاكم: ليس لك على غريمك إلا اليمين):

{٢٦٣٨} لقوله، عَلَيْهِ السَّلَامُ، فى حديث: الحضرمى والكندى «شاهدك أو يمينه، فقال: إنه لا يتورع من شىء، قال: ليس لك إلا ذلك»<sup>(١)</sup> رواه مسلم.

(فيحلف الغريم على صفة جوابه فى الدعوى، ويخلى سبيله) لانقطاع الخصومة.

(ويحرم تحليفه بعد ذلك) نص عليه، لأنه لا يلزمه أكثر من ذلك، لما تقدم. (وإن كان للمدعى بينة، فله أن يقيمها بعد ذلك).

{٢٦٣٩} لما روى عن عمر أنه قال: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة. هذا إن لم يكن قال: لا بينة لى، فإن قال ذلك، ثم أقامها: لم تسمع، لأنه مكذب لها.

(وإن لم يحلف الغريم: قال له الحاكم: إن لم تحلف، وإلا حكمت<sup>(٢)</sup> عليك بالنكول) نص عليه.

(ويسن تكراره ثلاثاً) قطعاً لحجته،

(فإن لم يحلف: قضى عليه بالنكول، وألزمه الحق).

{٢٦٤٠} لحديث ابن عمر: أنه باع زيد بن ثابت عبداً فادعى عليه زيد أنه باعه إياه عالماً بعيبه، فأنكره ابن عمر، فتحاكما إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: احلف أنك ما علمت به عيباً، فأبى ابن عمر أن يحلف، فرد عليه العبد<sup>(٣)</sup> رواه أحمد.

(١) سبق تخريجه ص ٤٦٥.

(٢) فى متن نيل المآرب «قضيت».

(٣) البيهقى فى السنن (١٠٧٨٧).

{٢٦٤١} ولأن النبي ﷺ، قال: «اليمين على المدعى عليه»<sup>(١)</sup> فحصرها في جنبته، فلم تشرع لغيره. وقيل: ترد اليمين على الخصم، اختاره أبو الخطاب، وقال: قد صوبه أحمد، وقال: ما هو ببعيد يحلف ويستحق.

{٢٦٤٢} لحديث ابن عمر أن النبي ﷺ «رد اليمين على صاحب الحق»<sup>(٢)</sup> رواه الدارقطني.

{٢٦٤٣} وروى: أن المقداد اقترض من عثمان مالا، فتحاكما إلى عمر، فقال عثمان: هو سبعة آلاف، وقال المقداد: هو أربعة آلاف، فقال المقداد لعثمان: احلف أنه سبعة آلاف، فقال عمر: أنصفك. احلف أنها كما تقول، وخذها. رواه أبو عبيد، وقال: فهذا عمر قد حكم برد اليمين، ورأى ذلك المقداد، ولم ينكره عثمان. وروى أبو عبيد أيضاً عن شريح، وعبد الله بن عقبة أنهما قضيا برد اليمين.

{٢٦٤٤} وقال علي: إن رد اليمين له أصل في الكتاب والسنة. أما الكتاب: فقوله تعالى ﴿أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ {المائدة: ٧} وأما السنة «فحديث القسامة»<sup>(٣)</sup> انتهى.

## فصل

(وحكم الحاكم يرفع الخلاف، لكن لا يزيل الشيء عن صفته باطناً):

{٢٦٤٥} لحديث «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه: فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»<sup>(٤)</sup> متفق عليه.

فمتى حكم له بينة زور بزوجية امرأة ووطء مع العلم: فكالزنى) فيجب عليه الحد بذلك، وعليها الامتناع منه ما أمكنها، فإن أكرهها فالإثم عليه دونها.

(وإن باع حنبلى متروك التسمية) عمداً من ذبيحة أو صيد، (فحكم بصحته

(١) البخارى فى الرهن (٢٥١٤) ومسلم فى الأفضية (٢٩/١٧١١).

(٢) الدارقطنى فى الأفضية (٤٤٤٤).

(٣) مسلم فى القسامة (١/١٦٦٩).

(٤) سبق تخريجه.

شافعى: نفذ) عند أصحابنا إلا أبا الخطاب. قاله فى الفروع. وكذا إن حكم حنفى  
لحنبلى بشفعة جوار.

(ومن قلد) مجتهداً، (فى نكاح) مختلف فيه، (صح، ولم يفارق) زوجته  
(بتغير اجتهاده) أى: المجتهد الذى قلده فى صحته (كالحكم بذلك) أى: كما لو  
حكم له حاكم مجتهد بصحة نكاح، فتغير اجتهاده: فلا يفارق.

## فصل

(وتصح الدعوى بحقوق الأدميين على الميت، وعلى غير المكلف، وعلى  
الغائب مسافة قصر، وكذا دونها إن كان مستتراً بشرط البينة فى الكل).

{٢٦٤٦} لحديث هند «قالت: يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح،  
وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى، فقال: خذى ما يكفيك وولدك  
بالمعروف»<sup>(١)</sup> متفق عليه. ففضى لها، ولم يكن أبو سفيان حاضراً. ويحمل  
حديث على على ما إذا كانا حاضرين. وعنه: لا يجوز القضاء على الغائب، وهو  
اختيار ابن أبى موسى.

{٢٦٤٧} لحديث على مرفوعاً: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول  
حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء»<sup>(٢)</sup> حسنه الترمذى.

والميت وغير المكلف كالغائب، لأن كلاً منهم لا يعبر عن نفسه. وأما المستتر  
فلتعذر حضوره الغائب بل أولى، لأن الغائب قد يكون له عذر بخلاف المتوارى.  
ولئلا يجعل الاستتار وسيلة إلى تضييع الحقوق فإن أمكن إحضاره أحضر، بعدت  
المسافة أو قربت.

{٢٦٤٨} لما روى أن أبا بكر، رضى الله عنه: كتب إلى المهاجر بن أبى أمية  
أن: ابعث إلى بقيس بن المكشوح فى وثاق، فأحلفه خمسين يمينا على منبر رسول  
الله ﷺ: إنه ما قتل دادويه. ولأننا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقاً إلى  
إبطال الحقوق. قاله فى الكافى.

(١) سبق تخريجه.

(٢) أبو داود فى الأفضية (٣٥٨٢) والترمذى فى الأحكام (١٣٣١).

(ويصح أن يكتب القاضى الذى ثبت عنده الحق) أى: كل حق لآدمى لا فى حد، لأن حقوق الله تعالى مبنية على الستر، والدرء بالشبهات.

(إلى قاض آخر معين، أو غير معين) كأن يكتب إلى من يصل إليه كتابه من قضاة المسلمين من غير تعيين بما ثبت عنده؛ ليحكم به، وبما حكم لينفذه، ويكتب.

(بصورة الدعوى الواقعة على الغائب بشرط أن يقرأ ذلك على عدلين، ثم يدفعه لهما) لأن ما أمكن إثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر. كالعقود. قال فى الكافى. وقال فى الشرح: وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى أنهم قالوا: إذا عرف خطه وختمه: قبله. وهو قول: أبى ثور.

(ويقول فيه: وإن ذبك قد ثبت عندى، وإنك تأخذ الحق للمستحق):

{٢٦٤٩} لما روى الضحاك بن سفيان قال «كتب إلى رسول الله ﷺ، أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها»<sup>(١)</sup> رواه أبو داود والترمذى.

(فيلزم القاضى الواصل إليه ذلك العمل به) لإجماع الأمة على قبوله، لقوله تعالى ﴿إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ﴾ {النمل: ٢٩}.

{٢٦٥٠} ولأنه، ﷺ «كتب إلى ملوك الأطراف وإلى عماله وسعاته»<sup>(٢)</sup>.

(١) أبو داود فى الفرائض (٢٩٢٧) والترمذى فى الفرائض (٢١١٠) وقال: حسن صحيح..

(٢) مأخوذ من عدة أحاديث سبقت فى مواضع.

## باب القسمة

أجمعوا عليها، لقوله تعالى ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ ﴾ الآية [النساء: ٧] وقوله ﴿ وَنَبِّهَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ ﴾ [القمر: ٢٨].

{٢٦٥١} وحديث «إنما الشفعة فيما لم يقسم»<sup>(١)</sup>.

{٢٦٥٢} «وقسم النبي، ﷺ، الغنائم بين أصحابه»<sup>(٢)</sup> ولحاجة الشركاء إليها ليتخلصوا من سوء المشاركة. وذكرت في القضاء، لأن منها ما يقع بإجبار الحاكم عليه.

(وهي نوعان: قسمة تراض) وهي: ما فيه ضرر أو رد عوض.

(وقسمة إجبار) وهي: ما لا ضرر فيه ولا رد عوض.

(فلا قسمة في مشترك إلا برضى الشركاء كلهم، حيث كان في القسمة ضرر ينقص القيمة).

٢٦٥٣ - لحديث «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٣)</sup> رواه أحمد ومالك في الموطأ.

كحمام، ودور صغار) بحيث يتعطل الانتفاع بها، أو يقل إذا قسمت، (وشجر مفرد، وحيوان) وأرض ببعضها بئر أو بناء، ولا تتعدل بأجزاء ولا قيمة، لأن فيها إما ضرراً أو رد عوض، وكلاهما لا يجبر الإنسان عليه.

(وحيث تراضيا صحت، وكانت بيعاً يثبت فيها ما يثبت فيه من الأحكام) من خيار مجلس، وشرط، وغبن، ورد بعيب، لأنها معاوضة.

(وإن لم يتراضيا ودعا أحدهما شريكه إلى البيع في ذلك، أو إلى بيع عبد أو بهيمة أو سيف ونحوه مما هو شركة بينهما: أجبر إن امتنع) دفعاً للضرر.

(فإن أبى: بيع عليهما) أى: باعه الحاكم، (وقسم الثمن) بينهما على قدر

(١) البخارى فى الشفعة (٢٢٥٧).

(٢) أحمد ٧١/٢.

(٣) أحمد ٣٢٦/٥ ومالك فى الموطأ ٧٤٥/٢ (٣١).

حصصهما. نص عليه في رواية الميموني وحنبل.

(ولا إجبار في قسمة المنافع) بأن ينتفع أحدهما بمكان، والآخر بآخر، أو كل منهما ينتفع شهراً ونحوه، لأنها معاوضة فلا يجبر عليها الممتنع كالبيع، ولأن القسمة بالزمان يأخذ أحدهما قبل الآخر فلا تسوية لتأخر حق الآخر.

(فإن اقتسماها بالزمن: كهذا شهراً، والآخر مثله، أو بالمكان: كهذا في بيت، والآخر في بيت: صح جائزاً ولكل الرجوع) متى شاء، فلو رجع أحدهما بعد استيفاء نوبته: غرم على ما انفرد به، أى: أجرة مثل حصة شريكه مدة انتفاعه. وقال الشيخ تقي الدين: لا تنفسخ حتى ينقضى الدور، وستوفى كل واحد حقه.

### فصل

(النوع الثانى: قسمة إجبار، وهى: ما لا ضرر فيها، ولا رد عوض) سميت بذلك لإجبار الممتنع منها إذا كملت الشروط.

(وتتأتى فى كل مكيل وموزون، وفى دار كبيرة، وأرض واسعة، ويدخل الشجر تبعاً) للأرض، كالأخذ بالشفعة.

وهذا النوع ليس بيعاً لمخالفته له فى الأحكام والأسباب كسائر العقود، فلو كانت بيعاً لم تصح بغير رضى الشريك، ولوجبت فيها الشفعة، ولما لزم بالقرعة، بل إفراز للنصيين، وتميز للحقين. فيصح قسم لحم هدى وأضحية، مع أنه لا يصح بيع شىء منهما.

(فيجبر الحاكم أحد الشريكين إذا امتنع) ويشترط لذلك ثبوت ملك الشركاء وثبوت أن لا ضرر فيها، وثبوت إمكان تعديل السهام فى المقسوم، فإذا اجتمعت أوجب الممتنع؛ لأن طالبها يطلب إزالة ضرر الشركة عنه وعن شريكه، وحصول النفع لكل منهما بتصرفه فى ملكه بحسب اختياره من غير ضرر بأحد، فوجبت إجابته.

ويقسم عن غير مكلف وليه، فإمتنع أجبر، ويقسم حاكم على غائب بطلب شريكه أو وليه، لأنها حق عليه، فجاز الحكم به كسائر الحقوق.

(ويصح أن يتقاسما بأنفسهما، وأن ينصبا قاسماً بينهما) لأن الحق لا يعدوهما، أو يسألا الحاكم نصبه؛ لأنه أعلم بمن يصلح للقسمة، فإذا سألاه وجبت إجابتهما لقطع التراع.

ويشترط إسلامه وعدالته وتكليفه) ليقبل قوله في القسمة،

(ومعرفته بالقسمة) ليحصل منه المقصود، ويكفى واحد إن لم يكن في القسمة تقويم، لأنه بالحاكم.

(وأجرته بينهما على قدر أملاكهما) نص عليه، ولو شرط خلافه.

(وإن تقاسما بالقرعة جاز، ولزمت القسمة بمجرد خروج القرعة) لأن القاسم، كحاكم، وقرعته حكم. نص عليه.

(ولو فيما فيه رداءة وضرر) إذا تراضيا عليها، وخرجت القرعة: إذ القاسم يجتهد في تعديل السهام، كاجتهاد الحاكم في طلب الحق، فوجب أن تلمز قرعته، كقسمة الإيجاب.

(وإن خير أحدهما الآخر بلا قرعة، وتراضيا: لزمت بالترفق) بأبدانهما كالبيع.

(وإن خرج في نصيب أحدهما عيب جهله: خير بين فسخ وإمساك، ويأخذ الأرش) كالمشترى، لوجود النقص.

(وإن غبن غبنا فاحشاً: بطلت) لتبين فساد الإفراز.

(وإن ادعى كل أن هذا من سهمه) وأنكره الآخر، (تحالفاً، ونقضت) القسمة، لأن المدعى لا يخرج عن ملكهما، ولا سبيل لدفعه إلى مستحقه منهما بدون نقض القسمة.

(وإن حصلت الطريق في حصة أحدهما، ولا منفذ للآخر: بطلت) لعدم تمكن الداخل من الانتفاع بما حصل له بالقسمة، فلا تكون السهام معدلة، والتعديل واجب في جميع الحقوق. وقال ابن قندس: فإن أخذه راضياً علماً أنه لا طريق له جاز؛ لأن قسمة التراضي بيع، وشرائه على هذا الوجه جائز.

## بَاب الدَعَاوَى وَالْبَيِّنَات

الدعوى لغة: الطلب. واصطلاحاً: إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته. والمدعى: من يطالب غيره بحق. والمدعى عليه: المطالب، ويقال أيضاً: المدعى: من إذا ترك ترك، والمدعى عليه: من إذا ترك لا يترك. والبيينة: العلامة، كالشاهد فأكثر وأصل هذا الباب.

{٢٦٥٤} حديث ابن عباس مرفوعاً «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»<sup>(١)</sup> رواه أحمد ومسلم.

(لا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف) أى: حر مكلف رشيد.

(وإن تداعيا عيناً لم تخل من أربعة أحوال):

(١ - أن لا تكون بيد أحد، ولا ثم ظاهر) يعمل به.

(ولا بيينة) لأحدهما، (فيتحالفان ويتناصفانها) لاستوائهما في الدعوى، وليس أحدهما أولى بها من الآخر، لعدم المرجح.

(وإن وجد ظاهر) يرجح أنها (لأحدهما عمل به) فيحلف ويأخذها. فلو تنازع الزوجان في قماش البيت ونحوه: فما يصلح لرجل فهو له، وما يصلح لها فلها، ولهما فلهما.

(٢ - أن تكون بيد أحدهما فهي له بيمينه) لما تقدم.

{٢٦٥٥} ولحديث «شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك»<sup>(٢)</sup> ولأن الظاهر من اليد الملك، فإن كان للمدعى بيينة حكم له بها.

(فإن لم حلف قضى عليه بالنكول ولو أقام بيينة) لجواز أن يكون مستند بيئته رؤية التصرف، ومشاهدة اليد، ولعدم حاجته إليها. وفي شرح المنتهى، قلت: بل هو محتاج إليها لدفع التهمة، واليمين عنه. انتهى. وقال في الشرح وإن كان لأحدهما بيينة حكم له بها، ولم يحلف، وهو قول أهل الفتيا. وقال شريح

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

والنخعي: يحلف. انتهى. ولأن البينة حجة صريحة في إثبات الملك لا تهمة فيها، فكانت أولى من اليمين التي يتهم فيها. قاله في الكافي.

(٣) - أن تكون بيديهما كشيء: كل ممسك ببعضه فيتحالفان، ويتناصفانه) لا نعلم فيه خلافاً. قاله في الشرح.

{٢٦٥٦} لحديث أبي موسى «أن رجلين اختصما إلى رسول الله، ﷺ في دابة ليس لأحدهما بينة: فجعلها بينهما نصفين»<sup>(١)</sup> رواه الخمسة إلا الترمذي.

(فإن قويت يد أحدهما، كحيوان: واحد سائقه، والآخر راكبه) فللثاني يمينه، لأن تصرفه أقوى، ويده أكد، وهو المستوفى لمنفعة الحيوان.

(أو قميص: واحد أخذ بكمه، والثاني لابسه: فللثاني يمينه) لما تقدم.

(وإن تنازع صانعان في آلة دكانهما: فآلة كل صنعة لصانعها) كنجار وحداد بدكان، فآلة النجارة للنجار، وآلة الحدادة للحداد يمينه حيث لا بينة عملاً بالظاهر.

(ومتى كان لأحدهما بينة فالعين له)

{٢٦٥٧} لحديث الحضرمي والكندي.

(فإن كان لكل منهما بينة به وتساوتا من كل وجه تعارضتا وتساقطتا) لأن كلا منهما تنفى ما تثبته الأخرى.

(فيتحالفان ويتناصفان ما بايديهما):

{٢٦٥٨} لحديث أبي موسى «أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله، ﷺ بينهما»<sup>(٢)</sup> رواه أبو داود.

(ويقترعان فيما عداه) أى: فيما ليس بيديهما، أو بد ثالث لا يدعيه.

(فمن خرجت له القرعة فهو له يمينه) روى عن ابن عمر وابن الزبير، وبه قال إسحاق وأبو عبيد: ذكره في الشرح. كما لو لم يكن لواحد منهما بينة.

(١) أبو داود في الأقضية (٣٦١٣) والنسائي ٢٤٨/٨ وابن ماجه في الأحكام (٢٣٣٠).

(٢) سبق تخريجه.

{٢٦٥٩} لحديث أبي هريرة «أن رجلين تداعيا عيناً لم يكن لواحد منهما بينة، فأمرهما رسول الله، ﷺ، أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها»<sup>(١)</sup> رواه أبو داود.

{٢٦٦٠} وروى الشافعي عن ابن المسيب «أن رجلين اختصما إلى رسول الله، ﷺ، في أمر، فجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة، فأسهم النبي، ﷺ، بينهما»<sup>(٢)</sup>.

(وإن كانت العين بيد أحدهما: فهو داخل، والآخر خارج، وبينة الخارج مقدمة على بينة الداخل):

{٢٦٦١} لحديث «البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه»<sup>(٣)</sup> وفي لفظ «واليمين على من أنكر» رواه الترمذي.

{٢٦٦٢} وحديث «شاهدك أو يمينه»<sup>(٤)</sup>.

{٢٦٦٣} وعن ابن عباس «أن النبي، ﷺ، قضى باليمين على المدعى عليه»<sup>(٥)</sup> متفق عليه.

(لكن لو أقام الخارج بينة أنها ملكه، والداخل بينة أنه اشتراها منه: قدمت بينته) أى: الداخل،

هنا، لما معها من زيادة العلم) لشهادتها بأمر حدث على الملك خفى على الأولى، كما لو ادعى بدين وأقام به بينة، فقال المدعى عليه: أبرأني، وأقام بينة بذلك: قدمت، لما معها من زيادة العلم،

(أو أقام أحدهما بينة أنه اشتراها من فلان، وأقام الآخر بينة كذلك: عمل بأسبقهما تاريخاً) لإثباتها أنه اشتراها من مالها، ولمصادفة التصرف الثاني ملك غيره فوجب بطلانه، فإن لم يعلم التاريخ، أو اتفق: تساقطتا، لتعارضهما وعدم

(١) أبو داود فى الأفضية (٣٦١٦).

(٢) البيهقى فى السنن (٢١٢٣٦).

(٣) الترمذى فى الأحكام (١٣٤١).

(٤) سبق تخريجه .

(٥) سبق تخريجه .

المرجح .

(٤ - أن تكون بيد ثالث، فإن ادعاها لنفسه حلف لكل واحد يمينا) لأنهما اثنان، كلاهما يدعيها .

(فإن نكل أخذها منه مع بدلها) أى: مثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت متقومة، لتلف العين بتفريطه، وهو ترك اليمين الأول، أشبه ما لو أتلفها .

(واقترعا عليهما) أى: العين وبدلها، لأن المحكوم له بالعين غير معين .

(وإن أقر بها لهما اقتسماها) نصفين، (وحلف لكل واحد يمينا) بالنسبة إلى النصف الذى أقر به، لصاحبه، لأنه يدعيه له، كما لو أقر بها، لأحدهما فإنه يحلف للآخر .

(وحلف كل واحد لصاحبه على النصف المحكوم له به) كما لو كانت العين بيديهما ابتداء .

(وإن قال: هى لأحدهما، وأجهله، فصدقاؤه) على جهله به، (لم يحلف) لتصديقهما له فى دعواه، (وإلا) يصدقاؤه (حلف يمينا واحدة) لأن صاحب الحق منهما واحد غير معين، (ويقرع بينهما، فمن قرع حلف وأخذها) نص عليه، لحديث أبى هريرة السابق .