(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، وَفِيهِ أَبْوَابٌ سِتَّةٌ:)

(البَابُ الأَوَّلُ: فِيمَا يُفِيدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ)

وَهِيَ التَّكْلِيفُ وَالحُرِّيَّةُ وَالإِسْلاَمُ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ أَصْلاً، وَلاَ عَلَىٰ كَافِرٍ، وَوَرَاءَ هَذِهِ ثَلاَثُ صِفَاتٍ:

(الأُولَى: العَدَالَةُ)، وَمَنْ يُقَدِمُ عَلَىٰ كَبِيرَةٍ أَوْ يُصِرُّ عَلَىٰ صَغِيرَةٍ فَهُوَ فَاسِقٌ؛ لاَ تُقْبَلُ (ح) شَهَادَتُهُ، وَأَمَّا الإِلْمَامُ بِكِذْبَةٍ أَوْ غِيبَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ، جَرَىٰ عَنْ هَفْوَةٍ، أَوْ فَتْرَةٍ، مَعَ اسْتِشْعَارِ نَدَمٍ وَخَوْفٍ، فَلاَ تُبْطِلُ الثِّقَةَ، وَاللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ (ح م و) وَالحَمَامِ (ح م) وَسَمَاعُ (و) الغِنَاءِ وَالرَّقْصُ (و) وَنَظْمُ الشِّعْرِ الَّذِي لاَ هَجْوَ فِيهِ وَلاَ فُحْشَ وَلاَ تَشْبِيبَ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَسَمَاعُ الدُّفِّ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ (و) جَلاَجِلُ؛ وَكَذَا سَمَاعُ الطَّبْلِ إِلاَّ طَبْلَ المُخَنَّثِينَ، كُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، لَكِنَّ المُوَاظَبَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَخْرِمُ المُرُوءَةَ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ، فَيَقْدَحُ، وَأَمَّا النَّرْدُ (ح و) وَسَمَاعُ الأَوْتَارِ وَالمَعَازِفِ وَالمِزْمَارِ العِرَاقِيِّ وَمَا هُوَ شِعَارُ الشُّرْبِ وَنَظْمُ الهَجْوِ وَإِنْشَادُهُ وَلُبْسُ الحَرِيرِ وَالجُلُوسُ عَلَيْهِ وَالتَّخَتُّمُ بِالذَّهَبِ كُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ، وَلَكِنْ لاَ تُرَدُّ (و) الشَّهَادَةُ بِالمَرَّةِ الوَاحِدَةِ، بَلْ بِالإِصْرَارِ إِلاَّ فِي بَلْدَةٍ يَعْظُمُ عِنْدَهُمْ سَمَاعُ الأَوْتَارِ، والإِقْدَامُ مَرَّةً يُشْعِرُ بِالانْحِلاَلِ، وَلاَ يَخْلُو الإِنْسَانُ عَنْ غِيبَةٍ وَكَذِبٍ وَنَمِيمَةٍ[1] وَلَعْنٍ وَسَفَاهَةٍ فِي غَضَبٍ، فَلاَ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ بِسَبَبِهَا إِلاَّ عِنْدَ الإِصْرَارِ، وَالنَّصُّ أَنَّ الحَنَفِيَّ إِذَا شَرِبَ النَّبِيذَ، حُدَّ، وَقُبِلَتْ (م) شَهَادَتُهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يُحَدُّ.

وَوَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

(الوَصْفُ الثَّانِي: المُرُوءَةُ)، فَمَنْ يَرْتَكِبْ مَا لاَ يَلِيقُ بِأَمْثَالِهِ مِنَ المُبَاحَاتِ، بِحَيْثُ يُسْخَرُ بِهِ؛ كَالفَقِيهِ يَلْبَسُ القَبَاءَ وَالقَلَنْسُوَةَ، وَيَأْكُلُ وَيَبُولُ فِي الأَسْوَاقِ، أَوْ أَكَبَّ عَلَى اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ أَوِ الحَمَامِ أَوِ الرَّقْصِ أَوِ الغِنَاءِ، فَكُلُّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَىٰ خَبَلٍ فِي عَقْلِهِ، أَوْ قِلَّةِ مُبَالاَةٍ فِيهِ، فَتَسْقُطُ الثِّقَةُ بِقَوْلِهِ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالأَشْخَاصِ وَالأَحْوَالِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ شَهَادَةَ الكَنَّاسِ وَالدَّبَّاغِ وَالحَجَّامِ وَالحَائِكِ وَذَوِي الْحِرَفِ الخَسِيسَةِ مَقْبُولَةٌ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ صَنْعَةِ آبَائِهِمْ، فَأَمَّا اخْتِيَارُ ذَلِكَ مِمَّنْ لاَ يَلِيقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَىٰ خَبَلٍ فِي العَقْلِ وَيَخْرِمُ المُرُوءَةَ.

(الوَصْفُ الثَّالِثُ: الانْفِكَاكُ عَنِ التُّهْمَةِ)، وَلَهَا أَسْبَابٌ:

(الأَوَّلُ): أَنْ يَجُرَّ إِلَىٰ نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعاً؛ كَمَنْ يَشْهَدُ؛ أَنَّ فُلاَناً جَرَحَ مُوَرِّثَهُ، أَوْ يَدْفَعُ

---

(١) قال الرافعي: «وليس يخلو الإنسان عن كذبة وغيبة ونميمة إلى آخره» يغني عنه قوله من قبل: «وأما الإلمام بكذبة أو غيبة أو صغيرة.... إلى آخره». [ت]

كَالعَاقِلَةِ، إِذَا شَهِدَتْ بِفِسْقِ شُهُودِ القَتْلِ الخَطَإِ، فَلاَ يُقْبَلُ، وَلَو شَهِدَ بِمَالٍ آخَرَ لِمُوَرِّثِهِ المَجْرُوحِ أَوِ المَرِيضِ، قُبِلَ، وَلَوْ شَهِدَا لِرَجُلَيْنِ بِوَصِيَّةٍ لَهُمَا مِنْ تَرِكَةٍ، فَشَهِدَا لِلشَّاهِدَيْنِ أَيْضاً بِوَصِيَّةٍ فِيهَا، قُبِلَتِ (ح) الشَّهَادَاتُ (ح)؛ وَكَذَا رُفَقَاءُ القَافِلَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ.

(الثَّانِي: البَعْضِيَّةُ)، فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَلَدِ وَالوَالِدِ (م)، بَلْ لِلْفُرُوعِ، والأُصُولِ وَكُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ[1]، وَتُقْبَلُ (ح م) شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ، عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ بِالزِّنَا، مَعَ ثَلاَثَةٍ مِنَ العُدُولِ، وَتُقْبَلُ عَلَى الوَلَدِ وَعَلَى الوَالِدِ (و)، وَإِنْ كَانَتْ (ح) بِعُقُوبَةٍ، وَفِي حَبْسِ الوَالِدِ بِدَيْنِ وَلَدِهِ وَجْهَانِ[2].

وَلَوْ شَهِدَ بِمَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ وَلَدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ، رُدَّ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَفِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ وَجْهَانِ[3]، لِتَبْعِيضِ اللَّفْظِ.

(الثَّالِثُ: العَدَاوَةُ) فَلاَ تُقْبَلُ (ح) عَلَى العَدُوِّ، وَتُقْبَلُ لَهُ، وَالعَدَاوَةُ هِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الغَضَبَ، وَتَحْمِلُ عَلَى الفَرَحِ بِالمُصِيبَةِ والغَمِّ بِالسُّرُورِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ لِلصَّدِيقِ وَالأَخِ، وَتُقْبَلُ (و م) شَهَادَةُ المُبْتَدِعَةِ؛ إِذِ الصَّحِيحُ (و) أَنَّهُمْ لا يُكَفَّرُونَ، وَلاَ تُقْبَلُ (و) شَهَادَةُ مَنْ يَطْعَنُ عَلَى الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وَيَقْذِفُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا؛ لأَنَّها مُحْصَنَةٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ.

(الرَّابِعُ: التَّغَافُلُ) فَرُبَّ عَدْلٍ يَكْثُرُ سَهْوُهُ وَوَهَمُهُ وَلاَ يَسْتَقِيمُ تَحَفُّظُهُ وَضَبْطُهُ، فَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ إِلاَّ إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ فِي مَوْضِعٍ لاَ يَحْتَمِلُ الغَلَطَ.

(الخَامِسُ: دَفْعُ عَارِ الْكَذِبِ)، فَمَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِفِسْقٍ، فَتَابَ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، إِلاَّ إِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّهَادَةَ؛ لأَنَّهُ يَدْفَعُ بِذَلِكَ عَارَ الكَذِبِ، وَتُقْبَلُ (م) الشَّهَادَةُ المُعَادَةُ مِنَ الْعَبْدِ وَالْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ، إِذَا زَالَ نُقْصَانُهُمْ، وَهَلْ تُقْبَلُ المُعَادَةُ مِنَ الفَاسِقِ المُعْلِنِ وَالعَدُوِّ وَالسَّيِّدِ إِذَا شَهِدَ لِمُكَاتَبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(السَّادِسُ): الْحِرصُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالمُبَادَرَةِ قَبْلَ الدَّعْوَىٰ، فَلاَ تُقْبَلُ، وَبَعْدَ الدَّعْوَىٰ وَقَبْلَ الاسْتِشْهَادِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ، فَهَلْ يَصِيرُ بِهِ مَجْرُوحاً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَو جَلَسَ مُخْتَفِياً فِي زَاوِيَةٍ لِتَحَمُّلِ شَهَادَةٍ، قُبِلَتْ (م و)، وَلاَ تُحْمَلُ عَلَى الْحِرْصِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الحِسْبَةِ ابْتِدَاءً فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ؛ كَالطَّلاَقِ وَالعَتَاقِ (ح) وَالخُلْعِ وَالعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ وَتَحْرِيمِ الرَّضَاعِ، وَاخْتَلَفُوا (و) فِي الوَقْفِ عَلَىٰ مُعَيَّنٍ، وَفِي النَّسَبِ، وَفِي شِرَاءِ القَرِيبِ المُوجِبِ لِلْعِتْقِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ البَدَوِيِّ عَلَى القَرَوِيِّ، وَالقَرَوِيِّ عَلَى البَدَوِيِّ، وَشَهَادَةُ (ح) المَحْدُودِ فِي القَذْفِ، إِذَا تَابَ، وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ:

---

(١) قال الرافعي: «بل للفروع والأصول وكل من يستحق النفقة» يكفي للضبط قوله «بل للأصول والفروع». [ت]

(٢) قال الرافعي: «وفي حبس الوالد بدين الولد وجهان» قد سبق هذا في التفليس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو شهد بمال مشترك بين ولده وأجنبي ردّ في حق ولده وفي حق الأجنبي وجهان» وقيل قولان. [ت]

ثُبْتُ، وَلاَ أَعُودُ، إِلاَّ إِذَا أَقَرَّ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِالكَذِبِ، فَهُوَ فَاسِقٌ يَجِبُ ٱسْتِبْرَاؤُهُ؛ كَكُلِّ فَاسِقٍ، يَقُولُ: ثُبْتُ؛ فَإِنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ؛ حَتَّىٰ يُسْتَبْرَأَ مُدَّةً، فَيُعْلَمَ بِقَرَائِنِ الأَحْوَالِ صَلاَحُ سَرِيرَتِهِ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلقَاضِي بَعْدَ الحُكْمِ أَنَّهُ قَضَىٰ بِقَوْلِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، نَقَضَ الحُكْمَ؛ وَإِنْ كَانَ بِقَوْلِ فَاسِقَيْنِ، نَقَضَ (ح) أَيْضاً؛ عَلَى أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ، إِلاَّ أَنْ يَفْسُقَ بَعْدَ الحُكْمِ؛ فَلاَ يُقَدَّرُ ٱسْتِنَادُ الْفِسْقِ إِلَى المَاضِي؛ عَلَى أَصَحِّ (و) الرَّأْيَيْنِ.

(ٱلبَابُ الثَّانِي: فِي الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ)

وَلاَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ إِلاَّ فِي هِلاَلِ رَمَضَانَ؛ عَلَىٰ رَأْيٍ[1]، وَلَكِنْ لِلشَّهَادَاتِ ثَلاَثُ مَرَاتِبَ:

(الأُولَى: الزِّنَا)، وَيَجِبُ فِيهِ أَرْبَعَةُ عُدُولٍ يَشْهَدُونَ؛ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا؛ كَالمِرْوَدِ فِي الْمُكْحُلَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْعَدْلِ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ قَصْداً؛ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَفِي الثَّالِثِ: لاَ يَجُوزُ فِي شَهَادَةِ الزِّنَا، وَيَجُوزُ فِي عُيُونِ النِّسَاءِ وَغَيْرِهَا، وَهَلْ يَثْبُتُ الإِقْرَارُ بِالزِّنَا بِشَاهِدَيْنِ، أَمْ لاَ بُدَّ مِنْ أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَبْ بِاللِّوَاطِ إِلاَّ التَّعْزِيرُ، فَهَلْ يُحْتَاجُ إِلَىٰ أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[2].

(الثَّانِيَةُ): مَا عَدَا الزِّنا مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلاَ يَئُولُ إِلَى مَالٍ؛ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالطَّلاَقِ وَالْعِتْقِ والإِسْلاَمِ وَالرِّدَّةِ وَالْبُلُوغِ وَالوِلاَدَةِ والعِدَّةِ وَالجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ وَالعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ؛ حَتَّى الوَصَايَا وَالوِكَالَةِ؛ فَيَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلاَ يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ، أَمَّا مَا لاَ يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ؛ كَالوِلاَدَةِ وَعُيُوبِ النِّسَاءِ وَالرَّضَاعِ؛ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلاَ تَثْبُتُ الوِلاَدَةُ بِقَوْلِ القَابِلَةِ وَحْدَهَا.

(الثَّالِثَةُ: الأَمْوَالُ)، وَحُقُوقُهَا؛ كَالأَجَلِ وَالخِيَارِ وَالشُّفْعَةِ وَالإِجَارَةِ وَقَتْلِ الخَطَإِ وَكُلِّ جُرْحٍ لاَ يُوجِبُ إِلاَّ المَالَ؛ فَيَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ؛ وَكَذَا فَسْخُ العُقُودِ وَقَبْضُ نُجُومِ الكِتَابَةِ إِلاَّ النَّجْمَ الأَخِيرَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ لِتَرَتُّبِ الْعِتْقِ عَلَيْهِ.

وَإِذَا شَهِدَ عَلَى السَّرِقَةِ أَوِ العَمْدِ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ، ثَبَتَ المَالُ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ العُقُوبَةُ[3]، وَيَثْبُتُ مَهْرُ النِّكَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ النِّكَاحُ بِهِ، وَلَوْ عَلَّقَ طَلاَقَهَا عَلَى الوِلاَدَةِ، يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلاَ يَقَعُ الطَّلاَقُ، وَلَوْ ثَبَتَ عَلَيْهَا الغَصْبُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ فَقَالَ الزَّوْجُ: إِنْ كُنْتِ غَصَبْتِ، فَأَنْتِ

---

(١) قال الرافعي: «إلا في هلال رمضان على رأي» المسألة مذكورة في الصوم، واحتاج إلى إعادتها استثناء عن اعتبار العدد. [ت]

(٢) قال الرافعي: وإن لم يوجب باللواط إلا التعزير فهل يحتاج إلى أربعة؟ فيه قولان» المشهور وجهان، إذ البينة على النَّسب بغير تقدُّم دَعْوَىٰ لا تُسمع على الصحيح، والأظهر أنها تقبل. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال» صورة السرقة مذكورة في بابها. وقال أيضاً: وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال وإن لم تثبت العقوبة» هذا في السرقة صحيح، وأما في القتل العمد فهو خلاف ما نص عليه الأصحاب، وهو أنه لا يثبت المال كما لا يثبت القصاص، ولم يذكر في «الوسيط» ما ذكره ها هنا. [ت]

طَالِقٌ، وَقَعَ بِخِلاَفِ مَا لَوْ تَقَدَّمَ التَّعْلِيقُ.

(فَرْعٌ): مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، فَقَبْلَ التَّزْكِيَةِ، لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الحَيْلُولَةَ، إِنْ كَانَ المَالُ مُشْرِفاً عَلَى الهَلاَكِ، أَوِ النَّقْلِ، وَفِي العَقَارِ وَجْهَانِ، وَللعَبْدِ طَلَبُ الحَيْلُولَةِ عِنْدَ إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْعِتْقِ، وَفِي الأَمَةِ يَجِبُ عَلَى القَاضِي ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ، وَهَلْ لَهُ طَلَبُ الحَجْرِ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ، هَلْ يُنَزَّلُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَنْزِلَةَ شَاهِدَيْنِ فِي إِيجَابِ الحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِهِ، فَلاَ نَزِيدُ عَلَىٰ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ البَيِّنَةُ، رُفِعَ الحَيْلُولَةُ.

(اَلبَابُ الثَّالِثُ: فِي مُسْتَنَدِ عِلْمِ الشَّاهِدِ)

وَالأَصْلُ فِيهِ اليَقِينُ الوَاضِحُ كَالشَّمْسِ، وَذَلِكَ بِالإِبْصَارِ المُجَرَّدِ فِي الأَفْعَالِ، وَبِالسَّمْعِ وَالبَصَرِ جَمِيعاً فِي الأَقْوَالِ، فَيَقْبَلُ شَهَادَةَ الأَصَمِّ عَلَى الأَفْعَالِ، وَلاَ يَقْبَلُ شَهَادَةَ الأَعْمَىٰ عَلَى الأَقْوَالِ، وَلاَ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ الَّتِي يَطَؤُهَا، فَإِنَّ الأَصْوَاتَ تَتَشَابَهُ إِلاَّ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالمُقِرِّ، وَيَجُرَّهُ إِلَى القَاضِي، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَفِي رِوَايَةِ الأَعْمَىٰ وَجْهَانِ، أَمَّا مَا سَمِعَهُ قَبْلَ العَمَىٰ، فَيُرْوَىٰ، بَلْ يَشْهَدُ أَيْضاً عَلَىٰ مَعْرُوفِ النَّسَبِ بِمَا أَبْصَرَهُ قَبْلَ العَمَىٰ، وَفِي المُتَرَجِّمِ الأَعْمَىٰ وَجْهَانِ، وَالقَاضِي إِذَا عَمِيَ بَعْدَ سَمَاعِ البَيِّنَةِ، فَفِي القَضَاءِ بِهَا وَجْهَانِ، وَمَنْ لاَ يُعْرَفُ نَسَبُهُ، فَلاَ بُدَّ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَىٰ عَيْنِهِ، فَإِنْ مَاتَ، أُحْضِرَ مَجْلِسَ الحُكْمِ، فَإِنْ دُفِنَ فَلاَ يُنْبَشُ قَبْرُهُ، وَقَدْ تَعَذَّرَتِ الشَّهَادَةُ، وَلاَ يَجُوزُ تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ عَلَى المَرْأَةِ المُتَنَقِّبَةِ إِلاَّ أَنْ يُكْشَفَ وَجْهُهَا، وَيُمَيِّزَهَا عِنْدَ الأَدَاءِ عَنْ أَمْثَالِهَا بِالإِشَارَةِ وَالمَعْرِفَةِ المُحَقَّقَةِ، وَإِنْ عَرَفَهَا رَجُلاَنِ، فَلاَ يُشْهَدُ عَلَيْهَا، بَلْ عَلَىٰ شَهَادَتِهِمَا؛ بِأَنَّ فُلاَنَةَ أَقَرَّتْ، وَذَلِكَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا؛ لأَنَّهُ فَرْعُهُمَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحَمُّلِ، وَإِذَا قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَىٰ عَيْنِهَا بِدَيْنٍ، وَزَعَمَتْ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَلَيْسَ لِلقَاضِي أَنْ يُسَجِّلَ عَلَىٰ بِنْتِ زَيْدٍ، وَإِنْ أَقَرَّتْ بِالنَّسَبِ، وَلاَ إِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَىٰ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، إِذِ البَيِّنَةُ عَلَى النَّسَبِ مِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ دَعْوَىٰ لاَ يُسْمَعُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يُنَصِّبَ مَنْ يَدَّعِي عَلَىٰ بِنْتِ زَيْدٍ دَيْناً، وَتُنْكِرَ هِيَ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، فَيُقَامَ البَيِّنَةُ عَلَيْهَا بِالنَّسَبِ، ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ، سَجَّلَ، وَيَجُوزُ هَذِهِ الحِيلَةُ لِلحَاجَةِ.

(اَلْفَصْلُ الثَّانِي: فِي التَّسَامُعِ)، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِالسَّمَاعِ مِنْ قَوْمٍ لاَ يَنْحَصِرُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ، فَيَشْهَدُ بِهِ؛ لأَنَّهُ لاَ يُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ، وَفِي النَّسَبِ مِنَ الأُمِّ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ يُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ، وَالأَصَحُّ ثُبُوتُهُ، وَٱخْتَلَفُوا فِي الوَلاَءِ وَالْعِتْقِ وَالوَقْفِ وَالنِّكَاحِ، وَمَا يَتَوَفَّرُ الطِّبَاعُ عَلَىٰ إِشَاعَتِهِ، أَنَّهُ هَلْ يُلْحَقُ بِالنَّسَبِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّ المَوْتَ كَالنَّسَبِ، لاَ كَالعِتْقِ، ثُمَّ لاَ يَحْصُلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، بَلْ مِنْ جَمَاعَةٍ لاَ يَجْمَعُهُمْ رَابِطَةُ التَّوَاطُؤِ، إِلاَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَىٰ شَهَادَتِهِمَا، وَلاَ يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ؛ بِأَنْ تَسْمَعَ رَجُلاً يَسْتَحْلِفُ صَبِيّاً أَوْ كَبِيراً سَاكِتاً لاَ يُنْكِرُهُ.

وَأَمَّا المِلْكُ فَإِذَا ٱجْتَمَعَ فِيهِ اليَدُ وَالتَّصَرُّفُ وَالتَّسَامُعُ، جَازَتِ الشَّهَادَةُ، فَإِنَّهُ لاَ يُبْصِرُ، وَهُوَ مُنْتَهَى الإِمْكَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُجَرَّدَ اليَدِ وَالتَّصَرُّفِ يَكْفِي دُونَ التَّسَامُعِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ مُجَرَّدَ

التَّسَامُعِ لاَ يَكْفِي[1].

ثُمَّ نَعْنِي بِالتَّصَرُّفِ البِنَاءَ وَالهَدْمَ، أَوِ البَيْعَ وَالرَّهْنَ، وَهُوَ تَصَرُّفُ المُلاَّكِ.

أَمَّا مُجَرَّدُ الإِجَارَةِ، وَإِنْ تَكَرَّرَتْ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ إِذْ قَدْ يَصْدُرُ ذَلِكَ مِمَّنِ ٱسْتَأْجَرَ مُدَّةً طَوِيلَةً.

وَأَمَّا الإِعْسَارُ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِخِبْرَةِ البَاطِنِ[2] وَشَهَادَةِ القَرَائِنِ؛ كَصَبْرِهِ عَلَى الضُّرِّ وَالجُوعِ في الخَلْوَةِ.

(الفَصْلُ الثَّالِثُ: في التَّحَمُّلِ وَالأَدَاءِ)، وَيَجِبُ الأَدَاءُ عَلَىٰ كُلِّ مُتَعَيِّنٍ لِلشَّهَادَةِ، مُتَحَمِّلٍ لَهَا، إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ العَدْوَىٰ، فَإِنْ دُعِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَدُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّناً، أَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ قَصْداً، لَكِنْ وَقَعَ بَصَرُهُ، فَفِي الوُجُوبِ وَجْهَانِ، وَلَوْ تَعَيَّنَا، فَٱمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا، وَقَالَ: أَحْلِفُ مَعَ الآخَرِ، أَثِمَ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَيَّنْ، وَٱمْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ، أَثِمُوا وَلاَ يَسْتَحِقُّ (و) الشَّاهِدُ أُجْرَةً إِلاَّ أُجْرَةَ المَرْكُوبِ، ثُمَّ لَهُ أَلاَّ يَرْكَبَ، وَالكَاتِبُ يَسْتَحِقُّ (و)، وَالتَّحَمُّلُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ، وَفِي سَائِرِ المُعَامَلاَتِ وَجْهَانِ، إِذْ يَسْتَغْنِي عَنْهَا ٱلانْعِقَادُ دُونَ الإِثْبَاتِ وَكَذَا كِتَابَةُ الصُّكُوكِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ؛ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

(ٱلْبَابُ الرَّابِعُ في الشَّاهِدِ وَاليَمِينِ)

وَكُلُّ مَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ (ح) يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، إِلاَّ عُيُوبَ النِّسَاءِ وَبَابَهَا، إِلاَّ أَنَّ الأُنُوثَةَ ٱحْتُمِلَتْ فِيهَا لِحَاجَةِ النِّسَاءِ، ثُمَّ القَضَاءُ بِالشَّاهِدِ، أَوْ بِاليَمِينِ، أَوْ بِهِمَا؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَيَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الغُرْمِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ عَبْداً في يَدِ غَيْرِهِ؛ أَنَّهُ كَانَ مِلْكَهُ، فَأَعْتَقَهُ فَلاَ يَكْفِيهِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ؛ لأَنَّهُ يُثْبِتُ الحُرِّيَّةَ دُونَ المِلْكِ، وَلَوِ ٱدَّعَى في جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا؛ أَنَّهَا مُسْتَوْلَدَتُهُ، وَالوَلَدُ مِنْهُ، وَحَلَفَ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ، ثَبَتَ مِلْكُ المُسْتَوْلَدَةِ، وَعَتَقَتْ عِنْدَ مَوْتِهِ بِإِقْرَارِهِ، وَلاَ يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ؛ عَلَىٰ أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ؛ إِذْ لاَ مَعْنَىٰ لِتَبَعِيَّتِهِ في الحُجَّةِ، وَهُوَ مُسْتَقِلٌّ، وَهَذِهِ الحُجَّةُ لاَ تَكْفِي لِلحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ.

(فُرُوعٌ: الأَوَّلُ)[3] إِذَا حَلَفَ الوَرَثَةُ مَعَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ عَلَىٰ دَيْنٍ لِلمُوَرِّثِ، ٱسْتَحَقُّوا، فَإِنْ حَلَفَ وَاحِدٌ، ٱسْتَحَقَّ الحَالِفُ نَصِيبَهُ دُونَ النَّاكِلِ، وَلَيْسَ لِوَلَدِ النَّاكِلِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَنْ يَحْلِفَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ النُّكُولِ، فَلِوَلَدِهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَفِي وُجُوبِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَكَلَ الوَارِثُ، وَلِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ، فَهَلْ يَحْلِفُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[4]، وَلَو كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ، حَلَفَ، إِذَا حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ؛ وَكَذَا إِذَا

---

(١) قال الرافعي: «والصحيح أن مجرد التسامع لا يكفي» الأقرب إلى إطلاق الأكثرين أنه يكفي. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أما الإعسار فإنما يجوز الشهادة عليه بخبره الباطن إلى آخره» مقصوده ما اشتمل عليه قوله من التفليس وليشهد من يخبر باطن حاله، فإنها شهادة على النفي قبلت للحاجة. [ت].

(٣) لم يذكر إلا اثنين فلعله أراد بالجمع ما فوق الواحد فليحرر.

(٤) قال الرافعي: «ولو نكل الوارث وللميت غريم فهل يحلف، فيه قولان» الصورة مذكورة في «التفليس» =

بَلَغَ صَبِيٌّ.

وَلَوْ كَانَ النِّزَاعُ في وَصِيَّةٍ لِشَخْصَيْنِ، فَإِذَا قَدِمَ الغَائِبُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ بَعْدَ إِعَادَةِ الشُّهُودِ، لاَ كَالمِيرَاثِ، فَإِنَّهُ كَالمُسْتَحِقِّ، وَلِذَلِكَ يَخْرُجُ بِحَلِفِ أَحَدِ الوَارِثِينَ نَصِيبُ الغَائِبِ مِنْ يَدِ الخَصْمِ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ[1]؛ بِخِلاَفِ شَرِيكِ الوَصِيَّةِ، إِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ، ٱسْتُوْفِيَ نَصِيبُ المَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَدَّعِ البُلُوغَ، وَيُؤْخَذُ (ح و) نَصِيبُ الغَائِبِ، إِنْ كَانَ عَيْناً وَيَكْفِي دَعْوى الحَاضِرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْناً، فَوَجْهَانِ يَجْرِيَانِ في كُلِّ مَنْ أَقَرَّ لغَائِبٍ بِدَيْنٍ؛ أَنَّ القَاضِيَ، هَلْ يَسْتَوْفِيهِ أَمْ يَتْرُكُهُ؟ وَمَا يَسْتَوْفِيهِ الحَاضِرُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ لاَ يُسَاهِمُهُ(و) الغَائِبُ فِيهِ، إِذَا رَجَعَ، وَإِنْ كَانَ عَيْناً يُسَاهِمُهُ (و)؛ لأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ شَائِعٌ بَيْنَهُمَا[2]، وَأَمَّا ٱلدَّيْنُ فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

(الثَّانِي): لَوِ ٱدَّعَيَا أَنَّ أَبَاهُمَا وَقَفَ عَلَيْهِمَا ضَيْعَةً وَقْفَ تَرْتِيبٍ، ثَبَتَ الوَقْفُ بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَسْتَحِقَّ نَصِيبَهُ، وَٱسْتَحَقَّ الآخَرُ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَا، فَنَصِيبُ الحَالِفِ لاَ يَسْتَحِقُّهُ البَطْنُ الثَّانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ؛ تَفْرِيعاً عَلَىٰ أَصَحِّ القَوْلَيْنِ؛ وَهُوَ أَنَّ البَطْنَ الثَّانِي يَأْخُذُ الحَقَّ مِنَ الوَاقِفِ، لاَ مِنَ البَطْنِ الأَوَّلِ، وَنَصِيبُ النَّاكِلِ يَثْبُتُ لِلبَطْنِ الثَّانِي أَيْضاً، إِذَا حَلَفُوا، وَإِذَا نَكَلُوا جَمِيعاً، حَلَفَ البَطْنُ الثَّانِي، إِذَا مَاتُوا، وَإِنْ حَلَفُوا، أَخَذَ البَطْنُ الثَّانِي بِاليَمِينِ.

وَلَوْ مَاتَ الحَالِفُ وَحْدَهُ، صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى النَّاكِلِ؛ في وَجْهٍ.

وَإِلَىٰ وَلَدِ الحَالِفِ؛ فِي وَجْهٍ.

وَيُحْكَمُ بِأَنَّهُ تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ، في وَجْهٍ.

وَيَبْطُلُ الوَقْفُ فِيهِ أَوْ يُصْرَفُ إِلَىٰ أَقْرَبِ النَّاسِ إلى الوَاقِفِ؟ فَإِنْ كَانَ الوَقْفُ بِالتَّشْرِيكِ، فَحَلَفَا، ثُمَّ وُلِدَ لأَحَدِهِمَا وَلَدٌ، وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الوَقْفِ مِنْ يَدِهِمَا، فَإِنْ بَلَغَ الطِّفْلُ، وَحَلَفَ، ٱسْتَحَقَّ، وَإِنْ نَكَلَ، فَقَدْ تَعَذَّرَ مَصْرِفُهُ، وَفِيهِ قَوْلٌ؛ أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَيْهِمَا، وَالنَّاكِلُ كَالمَعْدُومِ[3]، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لاَ يُرَدُّ عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَوَّلاً.

(ٱلْبَابُ ٱلْخَامِسُ: في الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ)

وَيَجْرِي في كُلِّ مَا لَيْسَ بِعُقُوبَةٍ، وَفِي العُقُوبَاتِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَجْرِي في عُقُوبَاتِ

= [ت]

(١) قال الرافعي: «وكذلك يخرج بحلف أحد الوارثين نصيب الغائب من يد الخصم على أحد القولين» قيل: هما وجهان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإن كان عينا يساهمه لأن كلّ جزء شائع بينهما» أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً وحلف معه، والظاهر عند الأصحاب أنه لا يساهم. [ت]

(٣) قال الرافعي: «وإن نكل فقد تعذر مصرفه، وفيه قول: إنه يرد إليهما، والناكل كالمعدوم» سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والظاهر عند الأئمة الثاني. [ت]

الآدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللهِ تَعَالَى؛ لأَنَّ فِيهَا شُبْهَةً لأَنَّهَا بَدَلٌ، وَيَجْرِي الْخِلاَفُ في كِتَابِ القَاضِي إِلَى القَاضِي، وَفِي التَّوْكِيلِ بِٱسْتِيفَاءِ (و) القِصَاصِ[1]، فَإِذَا مَنَعْنَا، لَمْ تُسْمَعِ الدَّعْوَىٰ بِالقِصَاصِ عَلَىٰ غَائِبٍ، ثُمَّ النَّظَرُ في أَرْبَعَةِ أُمُورٍ:

(الأَوَّلُ): أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، إِلاَّ إِذَا قَالَ الشَّاهِدُ: أَشْهَدُكَ عَلَىٰ شَهَادَتِي، أَوْ رَآهُ الفَرْعُ، وَقَدْ شَهِدَ بَيْنَ يَدَيْ حَاكِمٍ، فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ، وَلَوْ قَالَ في غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ: لِفُلاَنٍ عَلَىٰ فُلاَنٍ حَقٌّ، وَعِنْدِي بِهِ شَهَادَةٌ، لَمْ يَجُزِ التَّحَمُّلُ؛ لأَنَّهُ يَتَسَاهَلُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الحُكْمِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: عِنْدِي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ لِفُلاَنٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا، لَمْ يَتَحَمَّلْ، فَلَعَلَّهُ أَرَادَ الوَعْدَ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ لِفُلاَنٍ أَلْفٌ، لَمْ يُحمَلْ عَلَى الوَعْدِ، وَجَازَتِ الشَّهَادَةُ؛ إِذْ لاَ يُتَسَاهَلُ في الإِقْرَارِ.

(الثَّانِي: في الطَّوَارِىءِ)، وَلاَ بَأْسَ بِمَوْتِ شَاهِدِ الأَصْلِ وَغَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الْفِسْقُ أَوِ العَدَاوَةُ أَوِ الرِّدَّةُ، ٱمْتَنَعَ شَهَادَةُ الفَرْعِ، وَلَوْ طَرَأَ الجُنُونُ، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ العَمَى، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يُمْنَعُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا لاَ يُمْنَعَانِ، أَمَّا إِذَا كُذِّبَ الفَرْعُ، ٱمْتَنَعَتِ الشَّهَادَةُ.

(الثَّالِثُ: العَدَدُ)، وَلْيَشْهَدْ عَلَىٰ كُلِّ شَاهِدٍ شَاهِدَانِ، فَإِنْ شَهِدَا عَلَىٰ شَهَادَتِهِمَا جَمِيعاً، جَازَ، عَلَىٰ أَقْيَسِ القَوْلَيْنِ. وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُ شَاهِدَيِ الأَصْلِ مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ عَلَى شَهَادَةِ الأَصْلِ الثَّانِي، وَشَهَادَةُ الزِّنَا كَالإِقْرَارِ بِالزِّنَا، فَتَثْبُتُ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ بِأَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

وَيَجْتَمِعُ مِنْ هَذِهِ ٱلاخْتِلاَفَاتِ في شُهُودِ الفَرْعِ في الزِّنَا، إِنْ قَبِلْنَاهَا ـ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ؛ فَيَجِبُ سِتَّةَ عَشَرَ أَوْ ثَمَانِيَةٌ أَوْ أَرْبَعَةٌ أَوِ ٱثْنَانِ.

(الرَّابِعُ): أَنَّهُ لاَ يَسْمَعُ (و) شَهَادَةَ الفَرْعِ إِلاَّ إِذَا مَاتَ الأَصْلُ، أَوْ مَرِضَ مَرَضاً يَشُقُّ عَلَيْهِ الحُضُورُ، أَوْ غَابَ فَوْقَ مَسَافَةِ القَصْرِ[2]، فَإِنْ كَانَ دُونَهَا وَفَوْقَ مَسَافَةِ العَدْوَى، فَوَجْهَانِ، وَخَوْفُ الغَرِيمِ وَكُلِّ مَا تُتْرَكُ بِهِ الجُمُعَةُ؛ كَالمَرَضِ، وَلَيْسَ عَلَى شُهُودِ الفَرْعِ تَزْكِيَةُ الأَصْلِ، لَكِنْ لَوْ زُكُّوا، ثَبَتَتْ عَدَالَتُهُمْ وَشَهَادَتُهُمْ بِقَوْلِ الفَرْعِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَىٰ صِدْقِ شُهُودِ الأَصْلِ.

(ٱلْبَابُ ٱلسَّادِسُ: في الرُّجُوعِ)

وَالنَّظَرُ في العُقُوبَةِ، وَالبُضْعِ، وَالمَالِ:

---

(١) قال الرافعي: «وفي العقوبات ثلاثة أقوال إلى قوله وفي التوكيل باستيفاء القصاص» الخلاف في الشهادة على الشهادة في كتاب القاضي إلى القاضي وفي العقوبات وذكرهما في باب القضاء على الغائب، والتوكيل باستيفاء القصاص داخل فيما ذكره في باب الوكالة في التوكيل باستيفاء العقوبات. [ت]

(٢) قال الرافعي: «أو مرض مرضاً يشق عليه الحضور، أو غاب فوق مسافة القصر» لا حاجة إلى كلمة: فوق ها هنا. [ت]

(أَمَّا العُقُوبَةُ): فَالرُّجُوعُ قَبْلَ القِصَاصِ يَمْنَعُ القَضَاءَ، وَيَجِبُ حَدُّ القَذْفِ، إِنْ شَهِدُوا بِالزِّنَا، وَإِنْ قَالُوا: غَلِطْنَا، فَفِي الحَدِّ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالرُّجُوعِ، وَلَكِنْ قَالَ لِلقَاضِي: تَوَقَّفْ، ثُمَّ عَادَ، وَقَالَ: ٱقْضِ، فَفِي جَوَازِ القَضَاءِ بِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَازَ، فَفِي وُجُوبِ الإِعَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ القَضَاءِ، فَفِي ٱلاسْتِيفَاءِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ.

وَعَلَى الثَّالِثِ: يَسْتَوْفِي حُقُوقَ الآدَمِيِّينَ دُونَ حُدُودِ اللهِ تَعَالَىٰ، أَمَّا المَالُ فَيُسْتَوْفَىٰ (و) قَطْعاً، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ ٱسْتِيفَاءِ القَتْلِ، وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ، إِنْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ، وَلَوْ رَجَعَ وَلِيُّ القَاضِي، وَهُوَ الَّذِي بَاشَرَ، فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، وَالشَّاهِدُ مَعَهُ كَالمُمْسِكِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالمُزَكِّي إِذَا رَجَعَ كَالمُمْسِكِ مَعَ الشَّاهِدِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: أَخْطَأْتُ، فَلاَ قِصَاصَ عَلَى العَامِدِ؛ لأَنَّهُ شَرِيكُ خَاطِىءٍ. وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: تَعَمَّدْتُ وَأَخْطَأَ شَرِيكِي، فَفِي القِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ وَلٰكِنْ مَا عَلِمْتُ؛ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي، فَلاَ قِصَاصَ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْباً يَقْتُلُ المَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ[1]، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرِيضٌ، وَجَبَ القِصَاصُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: في البُضْعِ)، فَإِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الشَّهَادَةِ عَلَى الطَّلاَقِ، وَبَعْدَ القَضَاءِ، نَفَذَ الطَّلاَقُ، وَعَلَيْهِمُ (ح م) الغُرْمُ، وَكَذَا في العِتْقِ وَالرَّضَاعِ المُحَرِّمِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى المَالِ رَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ، أَوْ عَشْرٌ، فَنِصْفُ الغُرْمِ عَلَى المَرْأَةِ[2]، وَنِصْفُهُ عَلَىٰ جَمِيعِ النِّسَاءِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَىٰ رَضَاعٍ مُحَرِّمٍ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسٌ، وَعَلَى كُلِّ ٱمْرَأَةٍ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيُنَزَّلُ كُلُّ ٱمْرَأَتَيْنِ مَنْزِلَةَ رَجُلٍ؛ لأَنَّ هَذَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسْوَةِ، فَلاَ يَتَوَقَّفُ شَطْرُهُ عَلَى الرَّجُلِ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلاَّ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لاَ غُرْمَ؛ لِقِيَامِ مَا يَسْتَقِلُّ بِكَوْنِهِ حُجَّةً.

وَقِيلَ: يَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلاَّ ثَلاَثَ نِسْوَةٍ، فَفِي وَجْهٍ: تَجِبُ حِصَّتُهُمْ.

وَعَلَى الصَّحِيحِ: يَجِبُ عَلَىٰ جَمِيعِ الرَّاجِعِينَ رُبُعُ الغُرْمِ؛ إِذَا لَمْ يَبْطُلْ إِلاَّ رُبُعُ الحُجَّةِ.

وَفِي وُجُوبِ الغُرْمِ عَلَى شُهُودِ الإِحْصَانِ مَعَ شُهُودِ الزِّنَا ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ:

(أَحَدُهَا): لاَ يَجِبُ شَيْءٌ.

(والثَّانِي): أَنَّهُ يَجِبُ الشَّطْرُ عَلَيْهِمْ.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يَجِبُ الثُّلُثُ عَلَيْهِمْ؛ إِذْ أَقَلُّ شَهَادَةِ الإِحْصَانِ ٱثْنَانِ، وَأَقَلُّ شَهَادَةِ الزِّنَا أَرْبَعَةٌ.

فَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهُودِ الزِّنَا وَالإِحْصَانِ، ٱجْتَمَعَ مِنَ الأُصُولِ أَقْوَالٌ لاَ تَخْفَىٰ، وَالقَوْلاَنِ جَارِيَانِ في أَنَّ شُهُودَ التَّعْلِيقِ في الطَّلاَقِ، هَلْ يَغْرَمُ مَعَهُمْ شُهُودُ الصِّفَةِ أَوْ يَنْفَرِدُ شُهُودُ التَّعْلِيقِ بِالغُرْمِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح إلى آخره» المسألة مذكورة من قبل. [ت]

(٢) في أ: الرجل.

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ): الرُّجُوعُ فِي عَيْنِ مَالٍ يُتَوَقَّعُ رُجُوعُهُ بِإِقْرَارِ الخَصْمِ، هَلْ يُوَجِبُ الغُرْمَ في الحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلاَن.

أَمَّا إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الشَّاهِدِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ، بَانَ بُطْلاَنُ القَضَاءِ[1]، وَانْدَفَعَ الطَّلاَقُ وَالْعَتَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَتْلٍ، وَجَبَ الغُرْمُ عَلَى القَاضِي؛ لِخَطئِهِ، وَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الشُّهُودِ كَلاَمٌ سَبَقَ في مَوْضِعِهِ.

(١) قال الرافعي: أما إذا ظهر كون الشاهد عبدين أو كافرين أو صبيين بان بطلان القضاء» الصورة مذكورة في آخر الباب الأوّل من «الشهادات». [ت]

obeikandl.com

(كِتَابُ الدَّعَاوَىٰ وَالبَيِّنَاتِ)

وَمَجَامِعُ الخُصُومَاتِ تَدُورُ عَلَىٰ خَمْسَةٍ: الدَّعْوَىٰ، وَالجَوَابُ، وَاليَمِينُ، وَالنُّكُولُ، وَالبَيِّنَةُ.

(الأَوَّلُ: الدَّعْوَىٰ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ) فِيمَنْ يَحْتَاجُ إِلَى الدَّعْوَىٰ، وَمَنْ غُصِبَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَقَدَرَ عَلَى ٱسْتِرْدَادِهِ قَهْراً مِنْ غَيْرِ تَحْرِيكِ فِتْنَةٍ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ الرَّفْعُ إِلَى القَاضِي، فَإِنْ كَانَ حَقُّهُ عُقُوبَةً، فَلاَ بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْناً، وَمَنْ عَلَيْهِ مُقِرٌّ مُمَاطِلٌ، فَلاَ بُدَّ (و) مِنْ رَفْعِهِ[1] وَإِنْ كَانَ يَتَعَذَّرُ رَفْعُهُ بِتَعَزُّزِهِ أَوْ تَوَارِيهِ، فَإِنْ ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، فَلَهُ أَخْذُهُ (م)، وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَفِرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ، فَقَوْلاَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ (ح)، فَيَرْفَعُهُ إِلَى القَاضِي؛ حَتَّىٰ يَبِيعَ فِي حَقِّهِ بَعْدَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ عَلَىٰ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ المَالَ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ[2].

وَقِيلَ: بَلْ يَتَمَلَّكُ مِنَ العَيْنِ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ.

وَلَوْ تَلِفَ قَبْلَ البَيْعِ وَالتَّمَلُّكِ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ إِلَى البَيْعِ، حَتَّىٰ نَقَصَتِ القِيمَةُ، فَهُوَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْفَرْ إِلاَّ بِمَتَاعٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ، لَمْ يَضْمَنِ الزِّيَادَةَ، وَإِنْ تَلِفَ، لأَنَّهُ مَعْذُورٌ فِي حَقِّهِ فِي أَخْذِهِ؛ حَتَّى لَوْ نَقَّبَ ٱلْجِدَارَ؛ لِيَأْخُذَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَرْشُ النَّقْبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحاً، فَأَخَذَ المُنْكَسِرَةَ، وَرَضِيَ بِهَا، جَازَ، وَإِنْ كَانَ بِالعَكْسِ، لَمْ يَجُزْ، إِلاَّ أَنْ يَبِيعَ بِالدَّنَانِيرِ، وَيَشْتَرِيَ بِهَا جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَوْ جَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ، وَلَهُ عَلَى المُسْتَحِقِّ مِثْلُهُ، جَازَ لَهُ أَيْضاً أَنْ يَجْحَدَ، وَيَحْصُلَ التَّقَاصُّ لِلضَّرُورَةِ.

(الثَّانِيَةُ: فِي حَدِّ المُدَّعِي)، وَفِيهِ قَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ الَّذِي يُخَلَّى وَسُكُوتَهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ الَّذِي يَدَّعِي أَمْراً خَفِيّاً عَلَى خِلاَفِ الظَّاهِرِ، فَلَوْ أَسْلَمَا قَبْلَ المَسِيسِ، فَقَالَ: أَسْلَمْنا مَعاً، وَالنِّكَاحُ (و) دَائِمٌ بَيْنَنَا، وَقَالَتْ: بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي خُلِّيَ وَسُكُوتَهُ، لَكِنَّ المَرْأَةَ هِيَ الَّتِي تَدَّعِي أَمْراً ظَاهِراً، فَإِنَّ تَسَاوُقَ الإِسْلاَمِ بَعِيدٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُخَرِّجُ عَلَى القَوْلَيْنِ، وَأَمَّا المُودَعُ إِذَا ٱدَّعَى رَدَّ الوَدِيعَةِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ لِلرُّخْصَةِ، وَلأَنَّهُ ٱعْتُرِفَ لَهُ بِالأَمَانَةِ، ثُمَّ حَدُّ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُلْزِمَةً؛ فَلَوْ قَالَ: عَلَيْهِ شَيْءٌ، لَمْ يُسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: وَهَبَ مِنِّي،

---

(١) قال الرافعي: «وإن كان حقه دَيْناً، ومن عليه مقر مماطل، فلا بد من رفعه إلى القاضي» هذا وجه والثاني: أنه يلزمه المرافعة، ويستقل بالأخذ من ماله وقد ذكر القاضي أبو الطيب والروياني أنه الأصح. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن قلنا: يأخذ فرفعه إلى القاضي .... إلى قوله: وقيل: إنه يستقل بالبيع بجنس حقه» سياق الكتاب يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني. [ت]

أَوْ بَاعَ، لَمْ يُسْمَعْ؛ حَتَّىٰ يَقُولَ: وَيَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ.

(الثَّالِثَةُ): مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحَلِّفَ الْمُدَّعِيَ، مَا لَمْ يقَدِّمْ دَعْوَى صَحِيحَةً؛ كَبَيْعٍ أَوْ إِبْرَاءٍ، فَلَوِ ادَّعَىٰ فِسْقَ الشُّهُودِ، وَعَلِمَ الخَصْمُ بِهِ، فَهَلْ يُحَلِّفُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوِ ادَّعَىٰ؛ أَنَّهُ أَقَرَّ؛ لأَنَّ الإِقْرَارَ لَيْسَ عَيْنَ الحَقِّ؛ وَكَذَا إِذَا ادَّعَىٰ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ اليَمِينُ؛ بِأَنَّهُ قَدْ حَلَفَ مَرَّةً، وَأَرَادَ يَمِينَهُ، فَفِي كُلِّ ذَلِكَ وَجْهَانِ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ الحَقِّ، لَكِنْ يَنْفَعُ في الحَقِّ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الشَّاهِدِ وَالقَاضِي، وَإِنْ كَانَ يَنْفَعُ تَكْذِيبُهُمْ أَنْفُسَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ) لَوْ قَالَ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ: أَمْهِلُونِي، فَلِي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، أُمْهِلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ.

وَقِيلَ: يَوْمٌ وَاحِدٌ.

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي، فَحلِّفُوهُ، يَحْلِفُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ، وَلَوْ قَال: أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ، وَكَذَّبَهُ، اسْتَوْفَىٰ في الحَالِ[1].

وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي عَنِ الدَّعْوَىٰ، فَهَذَا لاَ يُسْمَعُ، إِذْ لاَ مَعْنَىٰ لِلإِبْرَاءِ عَنِ الدَّعْوَىٰ.

(الخَامِسَةُ): يَنْبَغِي أَنْ يَدَّعِيَ في النِّكَاحِ؛ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ وَرِضَاهَا، فَإِنْ أَطْلَقَ، فَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يُسْمَعُ (ح م).

وفي البيعِ يُسْمَعُ.

وَقِيلَ: قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ[2].

وَلَوْ قَالَ: هِيَ زَوْجَتِي، كَفَاهُ الإِطْلاَقُ؛ عَلَى الصَّحِيحِ (و)[3].

وَدَعْوَى القِصَاصِ لاَ بُدَّ (و) مِنْ تَفْصِيلِهَا، لاَ بُدَّ مِنْ أَنْ يدَّعِيَ بَيْعاً صَحِيحاً، فَيَذْكُرَ الصِّحَّةَ.

(السَّادِسَةُ): دَعْوَاهَا الزَّوْجِيَّةَ لاَ تُسْمَعُ؛ عَلَى الأَصَحِّ، مَا لَمْ يُتَعَرَّضْ لِمَهْرٍ أَوْ نَفَقَةٍ[4].

فَإِنْ قُلْنَا: يُسْمَعُ، فَهَلْ تَنْدَفِعُ بِمُجَرَّدِ إِنْكَارِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ؛ مَأْخَذُهُ أَنَّ الإِنْكَارَ طَلاَقٌ أَمْ لاَ حَتَّى لَوْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ يُسَلَّمُ الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ، وَفِيهِ خِلاَفٌ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو قال: أبرأني موكلك وكذبه استوفى في الحال» ذكره مرة في القضاء على الغائب. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فإن أطلق فالنص أنه لا يسمع، وفي البيع يسمع، وقيل: قولان بالنقل والتخريج» هذا يشعر بأن الأصحاب جرى بعضهم على تقرير النَّصين، وتصرف بعضهم فيهما بالنقل والتخريج على المعهود في النَّظائر، لكن الكتب ساكتة عن النص في البيع، وعن النقل والتخريج. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: هي زوجتي كفاه الإطلاق على الصحيح» الظاهر عند الأصحاب أنه كدعوى ابتداء النكاح.[٤] [ت]

(٤) قال الرافعي: «دعواها الزوجية لا تسمع ما لم يتعرض لمهر أو نفقة» قد ذكر المسألة في «النكاح» حيث قال: « لكن ادعى زوجية مطلقة، ففي سماع مثل هذه الدعوى وجهان». [ت] وقال أيضاً: «دعواها الزوجية لا تسمع على الأصح.. إلى آخره» ميل الأكثرين إلى أنها تسمع. [ت]

(السَّابِعَةُ): العَبْدُ إِذَا ٱدَّعَىٰ؛ أَنَّهُ حُرُّ الأَصْلِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنِ ٱدَّعَى ٱلإِعْتَاقَ، فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ، وَالصَّغِيرُ المُمَيِّزُ، هَلْ يُقْبَلُ دَعْوَاهُ الحُرِّيَّةَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُسْمَعُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ، سُمِعَتْ، وَصُدِّقَ بِيَمِينِهِ[1]، وَلاَ تَأْثِيرَ لِلْيَدِ وَلإِبْطَالِ الدَّعْوَى السَّابِقَةِ.

وَيَجُوزُ شِرَاءُ العَبْدِ البَالِغِ؛ ٱعْتِمَاداً عَلَىٰ ظَاهِرِ اليَدِ، مَعَ سُكُوتِ العَبْدِ.

وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ.

(الثَّامِنَةُ): الدَّعْوَىٰ بِالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ، فِيهِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُ بِهِ شَيْءٌ في الحَالِ، وَدَعْوَىٰ ٱلاسْتِيلاَدِ تُسْمَعُ، وَدَعْوَى التَّدْبِيرِ وَتَعْلِيقِ ٱلْعِتْقِ بِصِفَةٍ كَالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ.

(التَّاسِعَةُ): لَوْ سَلَّمَ ثَوْباً، قِيمَتُهُ خَمْسَةٌ إِلَىٰ دَلاَّلٍ؛ لِيَبِيعَهُ بِعَشَرَةٍ،فَجَحَدَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لِي عَلَيْهِ ثَوْبٌ، إِنْ تَلِفَ، فَعَلَيْهِ خَمْسَةٌ، وَإِنْ بَاعَ، فَعَلَيْهِ عَشَرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَائِماً، فَعَلَيْهِ رَدُّ الثَّوْبِ، وَيُقْبَلُ مَعَ التَّرَدُّدِ لِلحَاجَةِ.

وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُعَيِّنَ كُلَّ قِسْمٍ في دَعْوَىٰ.

ثُمَّ إِذَا نَكَلَ عَنْ وَاحِدٍ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِنُكُولِهِ عَلَىٰ كَذِبِهِ، فَيُحَلَّفَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: جَوابُ المُدَّعَى عَلَيْهِ)، وَهُوَ إِقْرَارٌ أَوْ إِنْكَارٌ؛ إِذِ السُّكُوتُ كَالإِنْكَارِ.

وَقَوْلُهُ: «لي عَنْ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ»، أو «لِفُلاَنٍ عَلَيَّ أَكْثَر مِمَّا لَكَ» اسْتِهْزَاءٌ وَلَيْسَ بإقرارٍ، فِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَى:) لو قال: لي عَلَيْكَ عَشَرَةٌ، فَقَالَ: لاَ يَلْزَمُنِي العَشَرَةُ، لَمْ يَكْفِهِ اليَمِينُ مُطْلَقاً، بَلْ يَحْلِفُ بِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ عَشَرَةٌ، وَلاَ شَيْءَ مِنْهَا، فَإِنِ ٱقْتَصَرَ، كَانَ نَاكِلاً عَنِ اليَمِينِ فِيمَا دُونَ العَشَرَةِ، وَلِلمُدَّعِي أَنْ يَحْلِفَ عَلَى العَشَرَةِ إِلاَّ شَيْئاً، إِلاَّ إِذَا أَضَافَ إِلَى عَقْدٍ بِأَنْ قَالَتْ: نَكَحْتَنِي بِخَمْسِينَ، فَحَلَفَ أَنَّهُ نَكَحَ لاَ بِخَمْسِينَ[2]؛ فَلاَ يُمْكِنُهَا الحَلِفُ عَلَىٰ مَا دُونَ الخَمْسِينَ؛ لِمُنَاقَضَةِ الدَّعْوَى.

(الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: مَزَّقْتَ ثَوْبِي، وَلِيَ عَلَيْكَ الأَرْشُ، فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لاَ يَلْزَمُنِي الأَرْشُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلتَّمْزِيقِ؛ وَكَذَا إِذَا ٱدَّعَىٰ مِلْكاً، أَوْ دَيْناً، فَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ: لاَ يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ، فَإِنْ كَانَ المِلْكُ في يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، وَخَافَ إِنْ أَقَرَّ أَنْ يُطَالَبَ بِالبَيِّنَةِ، فَقَدْ قِيلَ: القَوْلُ قَوْلُهُ؛ لأَنَّ اليَدَ تُصَدِّقُهُ في الرَّهْنِ وَالإِجَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: القَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ، فَحِيلَتُهُ أَنْ يُفَصِّلَ الجَوَابَ، وَيَقُولَ: إِنْ

---

(١) قال الرافعي: «فالصحيح أنه إذا بَلَغَ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» المسألة مذكورة في اللّقيط حيث قال: فإن بلغ، وأنكر ففي انتفاء الرق وجهان لكنه أرسل ذكر الوجهين هناك، وهاهنا رجح وقال أيضاً: «فإن قلنا: لا تسمع، فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت وصدق بيمينه إلى آخره» الأرجح عند أكثرهم خلافه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فأقر أنه نكح لا بالخمسين» هذا لا حاجة إليه في التصوير فإنها تطلب الصداق، ولا فرق فيه إذا نكل بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر. [ت]

ٱدَّعَيْتُ مِلْكاً مُطْلَقاً، فَلاَ يَلْزَمُنِي التَّسْلِيمُ، وَإِنِ ٱدَّعَيْتُ مَرْهُوناً عِنْدِي، فَحَتَّىٰ أُجِيبَ.

وَقِيلَ: هَذَا لاَ يُسْمَعُ مُرَدَّداً، وَلَكِنَّ حِيلَتَهُ أَنْ يُنْكِرَ مِلْكَهُ، إِنْ أَنْكَرَ هُوَ دَيْنَهُ، وَيَلْتَفِتَ إِلَى الظَّفَرِ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا ٱدَّعَىٰ عَلَيْهِ مِلْكاً، فَقَالَ: لَيْسَ لي إِنَّمَا هُوَ وَقْفٌ عَلَى الفُقَرَاءِ، أَوْ عَلَىٰ وَلَدِي، أَوْ هُوَ مِلْكُ طِفْلِي، ٱنْصَرَفَتِ (و) الخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلاَ يُمْكِنُ تَحْلِيفُ الطِّفْلِ وَلاَ وَلِيِّهِ (و)، وَلاَ يُنْجِي إِلاَّ البَيِّنَةُ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ لِي، أَوْ هُوَ لِمَنْ لاَ أُسَمِّيهِ، لَمْ يَنْصَرِفْ عَنْهُ الخُصُومَةُ.

وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ القَاضِي إِلَىٰ أَنْ يُقِيمَ حُجَّةً لِمَالِكٍ.

وَلَوْ قَالَ: هُوَ لِفُلاَنٍ، فَيَحْضُرُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ، ٱنْصَرَفَتِ الخُصُومَةُ عَنْهُ، وَلَوْ كَذَّبَهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ القَاضِي يَأْخُذُهُ؛ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحِقَّهُ.

وَقِيلَ: يُسَلَّمُ إِلَى المُدَّعِي؛ إِذْ لاَ مُنَازِعَ لَهُ.

وَقِيلَ: يُتْرَكُ في يَدِهِ إِلَىٰ قِيَامِ حُجَّةٍ.

وَلَوْ أَضَافَ إِلَى غَائِبٍ، فَفِي ٱنْصِرَافِ الخُصُومَةِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ، يُعْرَضُ عَلَيْهِ اليَمِينُ؛ حَتَّى يَسْتَفِيدَ المُدَّعِي بِنُكُولِهِ اليَمِينَ وَٱنْتِزَاعَ الشَّيْءِ مِنْ يَدِهِ، أَوْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ، وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، ثُمَّ الغَائِبُ إِنْ رَجَعَ، كَانَ هُوَ صَاحِبَ اليَدِ، فَيَسْتَأْنِفُ الخُصُومَةَ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ عَنْهُ، فَلَوْ كَانَ لِلمُدَّعِي بَيِّنَةٌ، فَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الغَائِبِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ، فَلَوْ كَانَ لِصَاحِبِ اليَدِ بَيِّنَةٌ عَلَىٰ أَنَّهُ لِلغَائِبِ، سُمِعَتْ إِنْ أَثْبَتَ وَكَالَةَ نَفْسِهِ، وَقُدِّمَتْ عَلَىٰ بَيِّنَةِ المُدَّعِي، فَإِنْ لَمْ يُثْبِتِ الوِكَالَةَ، فَهَلْ يُسْمَعُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ لِلمُدَّعِي تَحْلِيفَهُ؛ رَجَاءَ أَنْ يُقِرَّ لَهُ، فَيُغَرَّمُ بِالحَيْلُولَةِ، فَلَهُ غَرَضٌ في إِقَامَةِ البَيِّنَةِ؛ لِيَصْرِفَ هَذِهِ اليَمِينَ عَنْ نَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لاَ يُسْمَعُ؛ إِذْ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلاَ وَكِيلٍ، فَإِنْ ٱدَّعَىٰ لِنَفْسِهِ عُلْقَةَ رَهْنٍ أَوْ إِجَارَةٍ، فَوَجْهَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يُسْمَعَ، فَإِنْ سُمِعَتْ لِصَرْفِ اليَمِينِ عَنْهُ، فَبَيِّنَةُ المُدَّعِي في الحَالِ مُقَدَّمَةٌ، فَإِنْ رَجَعَ الغَائِبُ، وَأَعَادَ البَيِّنَةَ، قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ سَمِعْنَا لِعُلْقَةِ الإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ، فَأَيُّ البَيِّنَتَيْنِ يُقَدَّمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَحَيْثُ تَنْصَرِفُ الخُصُومَةُ عَنْهُ، فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُهُ؛ بِنَاءً عَلَى الأَصَحِّ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الثَّانِي غُرِّمَ لَهُ القِيمَةَ.

(الرَّابِعَةُ): إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقّاً، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ صَرَّحَ فِي نِزَاعِ المُدَّعِي؛ بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكَ البَائِعِ، فَفِي الرُّجُوعِ وَجْهَانِ؛ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَلَوْ أَخَذَ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ، فَأَحْبَلَهَا، ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ، فَالوَلَدُ حُرٌّ، وَالجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلمُقَرِّ لَهُ مَعَ المَهْرِ.

وَقِيلَ: إِنَّ الجَارِيَةَ لِلمُقَرِّ لَهُ، إِنْ أَقَرَّتْ بِصِدْقِهِ فِي الرُّجُوعِ.

(الخَامِسَةُ): جَوَابُ دَعْوَى القِصَاصِ عَلَى العَبْدِ يُطْلَبُ مِنَ العَبْدِ، وَدَعْوَى الأَرْشِ يُطْلَبُ جَوَابُهَا مِنَ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَهُ تَحْلِيفُ العَبْدِ، لِيَتَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ، إِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ، وَسَمِعْنَا الدَّعْوَىٰ بِالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ أَيْضاً، وَإِذَا ٱدَّعَىٰ، وَلَمْ يَحْلِفْ، وَقَالَ: لِي بَيِّنَةٌ، فَٱطْلُبُوا مِنْهُ كَفِيلاً، لَمْ يَلْزَمْهُ (و) ذَلِكَ،

وَإِنْ جَرَى بِهِ رَسْمُ القُضَاةِ، وَإِذَا أَقَامَ، فَلَهُ (و) طَلَبُ الكَفِيلِ قَبْلَ التَّعْدِيلِ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: في الحَلِفِ): وَالنَّظَرُ في الحَلِفِ وَالحَالِفِ وَالمَحْلُوفِ عَلَيْهِ وَالحُكْمِ.

(أَمَّا الحَلِفُ)، فَيَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ إِلاَّ فِيمَا (و م) هُوَ دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَلَوْ أَنْكَرَ السَّيِّدُ عِتْقَ عَبْدٍ خَسِيسٍ، لَمْ تُغَلَّظْ (و) يَمِينُهُ، فَإِنْ نَكَلَ، غُلِّظَ عَلَى العَبْدِ، لأَنَّهُ مُدَّعِي العِتْقِ، وَكُلُّ مَالاَ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ يَجْرِي في التَّغْلِيظِ، وَيَجْرِي أَيْضاً في عُيُوبِ النِّسَاءِ، وَكَيْفِيَّتُهُ وَكَوْنُهُ مُسْتَحَقّاً أَوْ مُسْتَحَبّاً ذَكَرْنَاهُ في اللِّعَانِ، وَيُغَلَّظُ (و) عَلَى المُخَدَّرَةِ بِحُضُورِ الجَامِعِ، وَلاَ تُذَرُ بِالتَّخَدُّرِ، وَشَرْطُ اليَمِينِ أَنْ يُطَابِقَ الإِنْكَارَ، وَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ عَرْضِ القَاضِي، فَلَوْ بَادَرَ قَبْلَ طَلَبِ القَاضِي، لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ.

(وَأَمَّا المَحْلُوفُ عَلَيْهِ)، فَيَحْلِفُ عَلَى البَتِّ فِي كُلِّ مَا يَنْسِبُهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ مِنْ نَفْيٍ أَوْ إِثْبَاتٍ، وَيَحْلِفُ عَلَى البَتِّ فِي الإِثْبَاتِ المَنْسُوبِ إِلَىٰ غَيْرِهِ، كَبَيْعٍ، وَفِي النَّفْيِ يَكْفِي الحَلِفُ عَلَىٰ نَفْيِ العِلْمِ، فَيَقُولُ: لاَ أَعْلَمُ عَلَى مُوَرِّثِي دَيْناً، وَلاَ أَعْلَمُ مِنْهُ إِتْلاَفاً وَبَيْعاً، وَهَلْ يَثْبُتُ في نَفْيِ أَرْشِ الجِنَايَةِ عَنِ العَبْدِ؟ وَجْهَانِ، وَفِي نَفْيِ الإِتْلاَفِ عَنْ بَهِيمَتِهِ التِّي قَصَّرَ بِتَسْرِيحِهَا، يَجِبُ البَتُّ، ثُمَّ يَحِلُّ لَهُ اليَمِينُ البَتُّ بِظَنٍّ يَحْصُلُ لَهُ؛ مِنْ خَطٍّ، أَوْ قَرِينَةِ حَالٍ؛ مِنْ نُكُولِ خَصْمٍ وَغَيْرِهِ، وَيُنْظَرُ في اليَمِينِ إِلَىٰ نِيَّةِ القَاضِي وَعَقِيدَتِهِ، فَلاَ يَصِحُّ تَوْرِيَةُ الحَالِفِ، وَلاَ قَوْلُهُ: إِنْ شَاءَ اللهُ، بِحَيْثُ لاَ يَسْمَعُ القَاضِي، وَلاَ يَحِلُّ للشَّفْعَوِيِّ أَنْ يَحْلِفَ عِنْدَ القَاضِي الحَنَفِيِّ عَلَى نَفْيِ اللُّزُومِ في شُفْعَةِ الجَارِ؛ بِتَأْوِيلِ اعْتِقَادِ نَفْسِهِ، بَلْ إِذَا أَلْزَمَهُ القَاضِي، صَارَ لاَزِماً ظَاهِراً، وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَاطِناً؟ فِيهِ خِلاَفٌ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مُجْتَهِداً، لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ كَانَ مُقَلِّداً، يَلْزَمُهُ بَاطِناً.

(وَأَمَّا الحَالِفُ)، فَهُوَ كُلُّ مَنْ تُوَجَّهُ عَلَيْهِ دَعْوَىٰ صَحِيحةٌ، فَيَحْلِفُ (ح م) في إِنْكَارِ النَّسَبِ وَالوَلاَءِ وَالرَّجْعَةِ (ح) وَالنِّكَاحِ وَالظِّهَارِ وَالإِيلاَءِ، وَلاَ يَحْلِفُ في حُدُودِ اللهِ تَعَالَىٰ؛ إِذْ لاَ نِزَاعَ فِيهَا، وَلاَ يَحْلِفُ القَاضِي وَالشَّاهِدُ[1]، وَيَحْلِفُ القَاضِي بَعْدَ العَزْلِ[2]، وَلاَ يَحْلِفُ الصَّبِيُّ إِذَا ٱدَّعَى البُلُوغَ، بَلْ يُصَدَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنا صَبِيٌّ، لَمْ يَحْلِفْ، بَلْ يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ، إِلاَّ الصَّبِيَّ المُشْرِكَ إِذَا ٱدَّعَىٰ أَنَّهُ ٱسْتَنْبَتَ الشَّعْرَ بِالعِلاَجِ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ، قُتِلَ.

وَقِيلَ: يُحْبَسُ، حَتَّىٰ يَبْلُغَ، ثُمَّ يَحْلِفَ، فَإِنْ نَكَلَ، قُتِلَ.

وَلاَ يَحْلِفُ الوَصِيُّ وَالقَيِّمُ؛ إِذْ لاَ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُمَا، أَعْنِي بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ، وَلاَ يَحْلِفُ (ح ز و) مَنْ يُنْكِرُ الوَكَالَةَ بِٱسْتِيفَاءِ الحَقِّ؛ فَإِنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكِيلٌ، فَيَجُوزُ جُحُودُ المُوَكِّلِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الخَصْمِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(وَأَمَّا حُكْمُ اليَمِينِ)، فَهُوَ ٱنْقِطَاعُ الخُصُومَةِ في الحَالِ، لاَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، بَلْ لِلمُدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ؛

---

(١) قال الرافعي: «ولا يحلف القاضي والشاهد» هذا قد سبق في آخر الباب الأوّل من أدب القضاء، ومرة أخرى في الدعاوى. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويحلف القاضي بعد العزل» هذا وجه والميل إلى الآخر أكثر. [ت]

أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ، وَيَعْتَذِرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ؛ أَنَّ لَهُ بَيِّنَةً[1] ، فَإِنْ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لاَ بَيِّنَةَ لَهُ حَاضِرَةً وَغَائِبَةً، فَفِي القَبُولِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ قَالَ: كَذَبَ شُهُودِي، بَطَلَتِ البَيِّنَةُ، وَفِي بُطْلاَنِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: لاَ تَبْطُلُ، فَأَدَّعَى الخَصْمُ إِقْرَارَهُ بِكَذِبِ الشُّهُودِ، وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ شَاهِداً، وَيَحْلِفَ مَعَهُ؛ لِيُسْقِطَ البَيِّنَةَ، لَمْ يَجُزْ؛ لأَنَّ مَقْصُودَهُ الطَّعْنُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْطُلُ دَعْوَاهُ، جَازَتِ الحُجَّةُ النَّاقِصَةُ؛ لإِسْقَاطِ الدَّعْوَىٰ بِالْمَالِ، وَلَوْ قَالَ: حَلِّفْنِي مَرَّةً، فَلْيَحْلِفْ عَلَىٰ أَنَّهُ مَا حَلَّفَنِي، سُمِعَ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَجَابَهُ بِأَنَّهُ حَلَّفَنِي مَرَّةً عَلَىٰ أَنَّنِي مَا حَلَّفْتُهُ، فَلْيَحْلِفْ عَلَىٰ أَنَّهُ مَا حَلَّفَنِي، لَمْ يُسْمَعْ؛ لأَنَّ ذِلِكَ يَتَسَلْسَلُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: النُّكُولُ)، وَلاَ يَثْبُتُ (م) الحَقُّ بِهِ، وَلَكِنْ تُرَدُّ عَلَى المُدَّعِي، إِذَا تَمَّ نُكُولُهُ، وَيَتِمُّ بِأَنْ يَقُولَ: لاَ أَحْلِفُ، أَوْ أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ سَكَتَ، وَقَالَ القَاضِي: قَضَيْتُ بِالنُّكُولِ، أَوْ قَالَ لِلمُدَّعِي: اَحْلِفْ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْرِضَ القَاضِي اليَمِينَ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ، وَيَشْرَحَ لَهُ حُكْمَ النُّكُولِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَحْ، وَقَضَىٰ بِالنُّكُولِ، فَرَجَعَ، وَقَالَ: لَمْ أَعْرِفْ حُكْمَ النُّكُولِ، فَفِي جَوَازِ الحَلِفِ خِلاَفٌ (و).

وَحَيْثُ مَنَعْنَاهُ، فَلَوْ رَضِيَ المُدَّعِي بِيَمِينِهِ، فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ، ثُمَّ المُدَّعِي، إِنْ نَكَلَ، فَنُكُولُهُ كَحَلِفِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، فَلَوْ حَلَفَ فَهُوَ كَإِقْرَارِ الخَصْمِ أَوْ كَبَيِّنَتِهِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلاَ شَكَّ فِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الحَقَّ بِهِ، وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: أَمْهِلُونِي، أَمْهَلْنَاهُ ثَلاَثاً؛ لأَنَّهُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي تَأْخِيرِ الطَّلَبِ، أَمَّا المُدَّعىٰ عَلَيْهِ، فَلاَ يُمْهَلُ، فَلَوْ لَمْ يَرْجِعْ بَعْدَ ثَلاَثٍ، بَطَلَ حَقُّهُ مِنَ اليَمِينِ، وَكَانَ كَنُكُولِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ عَلَىٰ خِيَرَتِهِ أَبَداً.

وَكَذَا الكَلاَمُ فِيمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِداً، وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ، ثُمَّ نَكَلَ، فَالصَّحِيحُ (و)؛ أَنَّهُ لاَ يُقْبَلُ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ، إِلاَّ بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ، وَيَتَعَذَّرُ رَدُّ اليَمِينِ حَيْثُ يَكُونُ المُدَّعِي السُّلْطَانَ.

فَإِنْ نَكَلَ رَبُّ مَالِ الزَّكَاةِ، لَمْ يَحْلِفِ السَّاعِي، بَلْ يُقْضىٰ بِالنُّكُولِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيُحْبَسُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ، وَالذِّمِّيُّ إِذَا ٱدَّعَىٰ؛ أَنَّهُ أَسْلَمَ قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ السَّنَةِ، ثُمَّ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ، فَيُحْبَسُ؛ عَلَى وَجْهٍ.

وَيُقْضَى عَلَيْهِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَلاَ يُطْلَبُ مِنْهُ شَيْءٌ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَوَلَدُ المُرْتَزِقَةِ، إِذَا ٱدَّعَى البُلُوغَ، وَأَنْهَمَ، وَنَكَلَ، لَمْ يَثْبُتِ (و) ٱسْمُهُ إِلىٰ أَنْ يُعْلَمَ بُلُوغُهُ.

وَمَنْ مَاتَ، وَلاَ وَارِثَ لَهُ، فَأَدَّعَى القَاضِي لَهُ دَيْناً عَلَىٰ إِنْسَانٍ، فَنَكَلَ، حُبِسَ؛ عَلَى وَجْهٍ؛

---

(١) قال الرافعي: «ويعتذر بأنه لم يعلم أن له بينة» هذا لا يشترط في صوْرَةِ المسألة، بل له إقامة البينة، وإن لم يعتذر فلو لم يذكره لم تَضُرّ. [ت]

حَتَّىٰ يُقِرَّ أَوْ يَحْلِفَ.

وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالمَالِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَيُتْرَكُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَهُوَ أَبْعَدُ هَهُنَا مِنْهُ فِي الذِّمِّيِّ.

(الرُّكْنُ الخَامِسُ البَيِّنَةُ)، وَقَدْ ذَكَرْنَا شُرُوطَهَا، فَإِنْ تَعَارَضَتَا، وَلاَ تَرْجِيحَ؛ فَلاَ يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ المُدَّعَى فِي أَيْدِيهِمَا، أَوْفِي يَدِ ثَالِثٍ.

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَالبَيِّنَتَانِ يَتَسَاقَطَانِ (ح)؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَتُوجَبُ القِسْمَةُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ فَيُسَلَّمُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

وَيُتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَلاَ يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَةِ وَالصُّلْحِ في (و) الزَّوْجَةِ المُتَنَازَعَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ[1] وَفِي جَرَيَانِ قَوْلِ القُرْعَةِ خِلاَفٌ، فَإِذَا تَكَاذَبَتِ البَيِّنَتَانِ صَرِيحاً، لَمْ يَتَّجِهْ إِلاَّ التَّهاتُرُ؛ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى القَتْلِ في وَقْتٍ، وَشَهِدَ الآخَرُ عَلى الحَيَاةِ في ذَلِكَ الوَقْتِ نَفْسِهِ.
وَقِيلَ بِطَرْدِ بَقِيَّةِ الأَقْوَالِ[2] أَيْضاً.

وَلَوْ أَقَرَّ الثَّالِثُ لأَحَدِهِمَا، فَهَلْ يُنَزَّلُ إِقْرَارُهُ مَنْزِلَةَ اليَدِ حَتَّىٰ تَرْجَحَ البَيِّنَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(الحَالَةُ الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ في يَدِهِمَا، وَلاَ يَخْفَىٰ إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ أَنْ تَجْرِيَ الأَقْوَالُ، وَلَكِنْ إِذَا قُلْنَا بِالتَّهَاتُرِ، فَهَهُنَا تَبْقَى الدَّارُ في أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعٍ في النِّصْفِ مُدَّعىً عَلَيْهِ في النِّصْفِ، فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَىٰ نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلإِثْبَاتِ بِخِلاَفِ التَّحَالُفِ في البَيْعِ؛ إِذِ النِّصْفُ هَهُنَا مُمَيَّزٌ عَنِ النِّصْفِ وَثَمَّةَ؛ لاَ يَتَمَيَّزُ المُدَّعِي عَنِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ في وُجُوبِ الجَمْعِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ في المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الأَوَّلُ عَلَى النَّفْيِ، فَنَكَلَ الثَّانِي، رُدَّ عَلَيْهِ اليَمِينُ، فَيَحْلِفُ عَلَى الإِثْبَاتِ، وَإِنْ نَكَلَ الأَوَّلُ الَّذِي بَدَأَ بِهِ القَاضِي؛ تَحَكُّماً، أَوْ بِالقُرْعَةِ، أَجْتَمَعَ عَلَى الثَّانِي يَمِينُ النَّفْيِ لِلنِّصْفِ الَّذِي في يَدِهِ، وَيَمِينُ الإِثْبَاتِ لِلنِّصْفِ الَّذِي في يَدِ شَرِيكِهِ؛ فَيَكْفِيهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ تَجْمَعُ بَيْنَ النَّفْيِ وَالإِثْبَاتِ.

وَقِيلَ: لاَ بُدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ.

أَمَّا إِذَا وُجِدَ التَّرْجِيحُ، فَمَدَارِكُ التَّرْجِيحِ ثَلاَثَةٌ.

---

(١) قال الرافعي: «ولا يجري قول القسمة، والصلح في الزوجة المتنازعة بين رجلين» الظاهر جريان قول الصلح، وهو الوقف. [ت]

(٢) قال الرافعي: «وإذا تكاذبت البينتان صريحاً... إلى قوله وقيل بطرد بقية الأقوال» الأول أرجح عند صاحب الكتاب، والأشهر الثاني. [ت]

(المَدْرَكُ الأَوَّلُ): قُوَّةُ الحُجَّةِ؛ فَيُقَدَّمُ شَاهِدَانِ عَلَىٰ شَاهِدٍ وَيَمِينٍ؛ في أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، فَلَوْ ٱقْتَرَنَتِ اليَدُ بِالحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ، فَوَجْهَانِ:[1]

(أَحَدُهُمَا): أَنَّ اليَدَ أَوْلَىٰ.

(والثَّانِي): أَنَّهُمَا يَتَعَادَلاَنِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ شُهُودُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ أَوْ أَعْدَلَ، فَلاَ تَرْجِيحَ بِهِ (م)؛ في القَوْلِ الجَدِيدِ أَصْلاً؛ بِخِلاَفِ الرِّوَايَةِ؛ وَكَذَا لاَ تَرْجِيحَ لِرَجُلَيْنِ عَلَىٰ رَجُلٍ وَٱمْرَأَتَيْنِ.

(المَدْرَكُ الثَّانِي: اليَدُ)، فَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ عَلَىٰ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، وَلَكِنْ إِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، وَلَوْ أَرَادَ إِقَامَتَهَا قَبْلَ دَعْوَىٰ مُدَّعِي التَّسْجِيلِ، لَمْ يَجُزْ (و) وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الدَّعْوَىٰ لإِسْقَاطِ اليَمِينِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ بَيِّنَةِ الخَارِجِ وَقَبْلَ التَّعْدِيلِ، فَوَجْهَانِ، أَمَا إِذَا أَقَامَ بَعْدَ إِزَالَةِ يَدِهِ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، أَوِ ٱدَّعَىٰ مِلْكاً سَابِقاً، فَهَلْ يُقَدَّمُ بِسَبَبِ يَدِهِ الَّتِي سَبَقَ القَضَاءُ بِإِزَالَتِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ القَضَاءِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ تُقَدَّمَ، ثُمَّ إِذَا قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ، فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَىٰ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ(و).

وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَسْتَعْمِلُ بَيِّنَتَهُ إِلاَّ في إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الخَارِجِ، فَيَبْقَىٰ عَلَيْهِ اليَمِينُ؛ كَمَا كَانَ.

(فَرْعَانِ):

(الأَوَّلُ): الدَّاخِلُ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ، فَٱدَّعَى الشِّرَاءَ مِنَ المُدَّعِي، أَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ، فَٱدَّعَى الإِبْرَاءَ، فَإِنْ كَانَتِ البَيِّنَةُ حَاضِرَةً، سُمِعَتْ قَبْلَ إِزَالَةِ اليَدِ وَتَوْفِيَةِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً، طُولِبَ في الوَقْتِ بِالتَّسْلِيمِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ، ٱسْتَرَدَّ.

(الثَّانِي): مَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِمِلْكٍ، لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَ دَعْوَاهُ، حَتَّىٰ يَدَّعِيَ تَلَقِّي المِلْكِ مِنَ المُقَرِّ لَهُ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ، فَهَلْ يَحْتَاجُ بَعْدَهُ في الدَّعْوَى إِلَىٰ ذِكْرِ التَّلَقِّي مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَالأَجْنَبِيُّ لاَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ؛ إِذِ البَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ؛ فَلَهُ دَعْوَى المِلْكِ مُطْلَقاً.

(المَدْرَكُ الثَّالِثُ: ٱشْتِمَالُ إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ عَلَىٰ زِيَادَةٍ)، وَهِيَ أَقْسَامٌ:

(الأَوَّلُ) زِيَادَةُ التَّارِيخِ[2]، فَإِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ، أَنَّهُ مَلَكَهُ مُنْذُ سَنَةٍ، وَالأُخْرَىٰ مُنْذُ سَنَتَيْنِ، فَفِي

---

(١) قال الرافعي: «فلو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة فوجهان... إلى آخرها» قيل: فيه قولان. ترجيح صاحب الكتاب اليد، وترجيح لآخر. [ت]

(٢) قال الرافعي: «المدرك الثالث اشتمال إحدى البينتين على زيادة وهي أقسام الأول: زيادة التاريخ»، ثم قال الطرف الثاني في العقود، والثالث في الموت ترتيب الكتاب من هنا إلى آخر الباب مضطرب، فإن زيادة التاريخ تدخل في العقود والموت، كما في الأموال المطلقة ولا ينبغي أن يدخل بعض أقسام التقسيم في بعض، ويجوز أن يقول في أول الركن تعارض البينتين قد يقع في الأملاك، وقد يقع في غيرها كالعقود والموت والوصية، فهذه أطراف: الأول في الأملاك والبينتان المُتَعَارضتان فيها، إما أن يخلو عن الترجيح=

تَقْدِيمِ السَّابِقِ قَوْلاَنِ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً، وَالأُخْرَىٰ مُؤَرَّخَةً أَوْ مُضَافَةً إِلَى سَبَبٍ، مِنْ نِتَاجٍ أَوْ شِرَاءٍ، أَوْ زِرَاعَةٍ، فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يُرَجَّحَ الْمُقَيَّدُ، فَإِنْ جَعَلْنَا لِلسَّبْقِ أَثَراً، فَكَانَ السَّبْقُ فِي جَانِبٍ وَالْيَدُ فِي جَانِبٍ، قُدِّمَ الْيَدُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَالسَّبْقُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَيَتَعَادَلاَنِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

(فُرُوعٌ):

(الأَوَّلُ): لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِمِلْكِهِ بِالأَمْسِ، وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ، لَمْ تُسْمَعْ (و) حَتَّىٰ يَقُولَ: هُوَ مِلْكُهُ فِي الْحَالِ، أَوْ لاَ أَعْلَمُ لَهُ مُزِيلاً، فَإِنْ قَالَ: لاَ أَدْرِي، زَالَ أَمْ لاَ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقِدُ أَنَّهُ مِلْكُهُ؛ بِمُجَرَّدِ الاسْتِصْحَابِ، فَفِي قَبُولِهِ خِلاَفٌ، أَمَّا لَوْ شَهِدَ بِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِالأَمْسِ، ثَبَتَ الإِقْرَارُ، وَيُسْتَصْحَبُ(و) مُوجِبُ الإِقْرَارِ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضِ الشَّاهِدُ لِلْمِلْكِ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ: كَانَ مِلْكَكَ بِالأَمْسِ، فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ؛ لأَنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَحْقِيقٍ، فَيُسْتَصْحَبُ؛ بِخِلاَفِ الشَّاهِدِ؛ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ عَنْ تَخْمِينٍ؛ حَتَّىٰ لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: هُوَ مِلْكُهُ بِالأَمْسِ، اشْتَرَاهُ مِنَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، أَوْ أَقَرَّ لَهُ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بِالأَمْسِ، فَيُسْمَعُ فِي الْحَالِ؛ لأَنَّهُ اسْتَنَدَ إِلَىٰ تَحْقِيقٍ، وَلاَ خِلاَفَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَىٰ أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ الْمُدَّعِي بِالأَمْسِ، قُبِلَ، وَجُعِلَ الْمُدَّعِي صَاحِبَ يَدٍ[1].

(الفَرْعُ الثَّانِي): الْبَيِّنَةُ الْمُطْلَقَةُ لاَ تُوجِبُ تَقَدُّمَ زَوَالِ الْمِلْكِ عَلَىٰ مَا قَبْلَ الْبَيِّنَةِ؛ حَتَّىٰ لَوْ شَهِدَ عَلَىٰ دَابَّةٍ، فَنِتَاجُهَا قَبْلَ الإِقَامَةِ لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَالثَّمَرَةُ الْبَادِيَةُ عَلَى الشَّجَرَةِ أَيْضاً كَذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ (و)، أَنَّ الْجَنِينَ حَالَ الشَّهَادَةِ لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَإِنْ أَمْكَنَ انْفِصَالُهُ بِالْبَيْعِ وَبِالْوَصِيَّةِ، وَمَعَ هَذَا فَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ، إِذَا أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ، رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ، بَلْ لَوْ أَخَذَ مِنَ الْمُتَّهَبِ مِنَ الْمُشْتَرِي، أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمُشْتَرِي، رَجَعَ الأَوَّلُ أَيْضاً، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ إِذَا لَمْ يَدَّعِ عَلَى الْمُشْتَرِي قَبْلَ إِزَالَةِ مِلْكِهِ مِنْهُ، عَلَىٰ أَنَّ الْمِلْكَ سَابِقٌ، فَيُطَالِبُ الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ، وَعَجِيبٌ أَنْ يُتْرَكَ فِي يَدِهِ نِتَاجٌ حَصَلَ قَبْلَ الْبَيِّنَةِ وَبَعْدَ الشِّرَاءِ، ثُمَّ هُوَ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَكِنْ أَطْلَقَ الأَصْحَابُ الْكَلاَمَ كَذَلِكَ، فَلاَ يَبْعُدُ (و) أَنْ يُقَالُ: لاَ يُرْجَعُ إِلاَّ إِذَا ادُّعِيَ مِلْكٌ سَابِقٌ عَلَى شِرَائِهِ.

(الثَّالِثُ): إِذَا ادَّعَىٰ مِلْكاً مُطْلَقاً، فَذَكَرَ الشَّاهِدُ الْمِلْكَ وَسَبَبَهُ، لَمْ يَضُرَّ، وَلَكِنْ لَوْ أَرَادَ التَّرْجِيحَ بِالسَّبَبِ، وَجَبَ إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ بَعْدَ الدَّعْوَىٰ لِلسَّبَبِ، وَلَوْ ذَكَرَ الشَّاهِدُ سَبَباً آخَرَ سِوَىٰ مَا ذَكَرَهُ الْمُدَّعِي، تَنَاقَضَتِ الشَّهَادَةُ وَالدَّعْوَىٰ، فَلاَ تُسْمَعُ عَلَىٰ أَصْلِ الْمِلْكِ.

(الطَّرَفُ الثَّانِي: فِي الْعُقُودِ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): إِذَا قَالَ: أَكْرَيْتُكَ الْبَيْتَ بِعَشَرَةٍ، وَقَالَ الْمُكْتَرِي: بَلْ أَكْرَيْتَ الدَّارَ بِالْعَشَرَةِ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، فَالأَصَحُّ أَنْ لاَ تَرْجِيحَ؛ لأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَوِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا

= أو يشتمل عليه، وللترجيح أسباب ثلاثة ثالثها اشتمال إحدى البينتين على التاريخ. [ت]

(١) قال الرافعي: «ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعى بالأمس قُبِلَ وجعل المدعى صاحب يد» هذا غير مساعد عليه، بل طرق الأصحاب والشافعي مُتَّفقة على أن قيام البينة على اليد بالأمس، كقيامها على الملك في الأمس كالوقف. [ت]

الكِرَاءَ عَشَرَةً، وَالآخَرُ عِشْرِينَ، فَيَتَعَارَضَانِ، وَلاَ يَجْرِي إِلاَّ قَوْلُ التَّهَاتُرِ أَوِ القُرْعَةُ، أَمَّا القِسْمَةُ، فَلاَ يُمْكِنُ إِذِ الزِّيَادَةُ يَدَّعِيهَا أَحَدُهُمَا، وَيَنْفِيهَا الآخَرُ، وَلاَ يُثْبِتُهَا لِنَفْسِهِ، وَقَوْلُ الوَقْفِ لاَ يُمْكِنُ (و)؛ إِذْ تَفُوتُ المَنَافِعُ.

(الثَّانِيَةُ): ٱدَّعَىٰ رَجُلاَنِ داراً في يَدِ ثَالِثٍ يَزْعُمُ كُلُّ وَاحِدٍ؛ أَنَّهُ ٱشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَوَفَّرَ الثَّمَنَ، فَإِنْ سَبَقَ تَارِيخُ أَحَدِهِمَا، قُدِّمَ وَإِلاَّ جَرَتِ الأَقْوَالُ الأَرْبَعَةُ، لَكِنْ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الدَّارِ، إِمَّا بِقُرْعَةٍ أَوْ قِسْمَةٍ، رُجِعَ إِلَى الثَّمَنِ؛ إِذْ لاَ تَضَادَّ في ٱجْتِمَاعِ الثَّمَنَيْنِ، فَلَوْ قَضَيْنَا بِالقِسْمَةِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ خِيَارُ الفَسْخِ؛ فَإِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا، رَجَعَ إِلَى الثَّمَنِ، وَكَانَ لِلآخَرِ أَخْذُ جَمِيعِ الدَّارِ، وَفِي المَسْأَلَةِ قَوْلٌ خَامِسٌ؛ أَنَّهُ يَسْتَعْمِلُ البَيِّنَةَ في فَسْخِ العَقْدَيْنِ؛ لِتَعَذُّرِ الإِمْضَاءِ[1]، فَيَرْجِعَانِ إِلَى الثَّمَنَيْنِ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يَدَّعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهِ أَلفاً مِنْ ثَمَنِ دَارٍ في يَدِهِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنْ لاَ تَعَارُضَ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَلْفٌ في ذِمَّتِهِ إِلاَّ إِذَا عَيَّنَّا وَقْتاً يَسْتَحِيلُ فِيهِ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ مُتَعَاقِبَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): ٱدَّعَىٰ عَبْدٌ، أَنَّ مَوْلاَهُ أَعْتَقَهُ، وَٱدَّعَىٰ آخَرُ؛ أَنَّ مَوْلاَهُ بَاعَهُ مِنْهُ، فَالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، وَلاَ يُقَدَّمُ (ز) جَانِبُ العَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ في يَدِ نَفْسِهِ.

وَعَلَىٰ قَوْلِ القِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ العَبْدِ، وَلاَ يَسْرِي؛ (و) لأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْرَاً[2].

(الطَّرَفُ الثَّالِثُ: في المَوْتِ)، وَفِيهِ ثَلاَثُ مَسَائِلَ:

(الأُولَى): ٱبْنٌ مُسْلِمٌ، وَآخَرُ نَصْرَانِيٌّ، ٱدَّعَى المُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ، فَالقَوْلُ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ، وَالمُقَدَّمُ بَيِّنَةُ المُسْلِمِ، إِنْ تَعَارَضَتَا؛ لأَنَّ النَّاقِلَةَ أَوْلَى مِنَ المُسْتَصْحَبَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا ٱدَّعَىٰ ٱلابْنُ الإِرْثَ في دَارٍ (ح)، وَٱدَّعَتْ زَوْجَةُ الأَبِ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَصْدَقَهَا أَوْ بَاعَهَا قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهَا، وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ نَصْرَانِيٍّ، أَنَّهُ نَطَقَ بِالتَّنَصُّرِ، وَمَاتَ عَقِيبَهُ، فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ، وَيَجْرِي (و) قَوْلُ القِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ لاَ يَشْتَرِكُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ في إِرْثٍ، وَلَوْ كَانَ المَيِّتُ مَجْهُولَ الدِّينِ، فَٱدَّعَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ؛ أَنَّهُ مَاتَ عَلَىٰ دِينِهِ، فَلاَ تَرْجِيحَ (ح و) لِبَيِّنَةِ الإِسْلاَمِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَلَيْسِ أَحَدُهُمَا أَوْلَىٰ مِنَ الآخَرِ بِالتَّصْدِيقِ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ المَالَ في يَدِهِمَا، وَإِنْ كَانَ في يَدِ أَحَدِهِمَا، لَمْ يُخَصَّ بِالتَّصْدِيقِ بَعْدَ إِقْرَارِهِ؛ بِأَنَّهُ مِنْ جِهَةِ الإِرْثِ، وَيُصَلَّىٰ عَلَىٰ هَذَا المَيِّتِ؛ ٱحْتِيَاطاً؛ فَلَعَلَّهُ مُسْلِمٌ.

(الثَّانِيَةُ): مَاتَ نَصْرَانِيٌّ في رَمَضَانَ، فَٱدَّعَىٰ أَحَدُ ٱبْنَيْهِ، أَنَّهُ أَسْلَمَ في شَوَّالٍ، فَيَرِثُهُ، وَقَالَ الآخَرُ: بَلْ في شَعْبَانَ، فَلاَ تَرِثُهُ، فَبَيِّنَةُ النَّصْرَانِيِّ أَوْلَىٰ؛ لأَنَّهَا نَاقِلَةٌ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُسْلِمِ، إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ الكُفْرِ، وَلَوْ أَسْلَمَ ٱلابْنُ في رَمَضَانَ، لَكِنِ ٱدَّعَىٰ أَنَّ الأَبَ مَاتَ في شَعْبَانَ، فَتُقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ، لَكِنَّ القَوْلَ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ، لأَنَّ الأَصْلَ دَوَامُ الحَيَاةِ إِلَى شَوَّالٍ.

---

(١) قال الرافعي: «وفي المسألة قولٌ خامس أنه يستعمل البينة في فسخ العقدين لتعذُّر الإمضاء» الأثبت من رواية هذا القول بطلان العقدين لا إنشاء الفسخ. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا يسري لأنه محكوم به قهراً» هذا أحد الوجهين والأصح عند جماعة» السراية منهم القاضي الروياني. [ت]

(الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ قُتِلْتُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَقَامَتْ بَيِّنَةُ الوَارِثِ، أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، وَبَيِّنَةُ العَبْدِ؛ أَنَّهُ قُتِلَ، فَقَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا: التَّسْوِيَةُ.

وَالآخَرُ: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ القَتْلِ؛ لِمَا فِيها مِنَ الزِّيَادَةِ.

(الطَّرَفُ الرَّابِعُ: فِي الْعِتْقِ وَالوَصِيَّةِ)، وَفِيهِ ثَلاَثُ مَسَائِلَ:

(الأُولَىٰ): إِذَا ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ بِبَيِّنَتَيْنِ؛ كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِ المَرِيضِ المُعْتِقِ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ؛ إِذِ الغَالِبُ أَنَّهُمَا مُتَعَاقِبَانِ، فَيُعْتَقُ السَّابِقُ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَىٰ مِنَ الآخَرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَشْكَلَ السَّابِقُ، فَهُوَ كَمَا لَوِ اجْتَمَعَا عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي الجُمُعَتَيْنِ وَالنِّكَاحَيْنِ، فَإِنْ جُعِلَ كَالاجْتِمَاعِ، فَيُقْرَعُ، لَكِنْ لَوْ كَانَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ سُدُسَ المَالِ، وَخَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ عَتَقَ، وَعَتَقَ مِنَ الآخَرِ نِصْفُهُ؛ لِتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ، وَإِنْ رَأَيْنَا القِسْمَةَ، فَيَعْتِقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَاهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُعْتِقُ مِنَ النَّفِيسِ ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِهِ، وَمِنَ الخَسِيسِ نِصْفُهُ؛ لأَنَّ نِصْفَ النَّفِيسِ حُرٌّ بِكُلِّ حَالٍ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنَّمَا الزَّحْمَةُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي.

(الثَّانِيَةُ): شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ؛ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِماً، وَهُوَ ثُلُثٌ، وَشَهِدَ وَارِثَانِ؛ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ، وَأَعْتَقَ سَالِماً، وَهُوَ ثُلُثٌ، رَقَّ (ح م) غَانِمٌ، وَعَتَقَ سَالِمٌ؛ إِذْ لاَ تُهْمَةَ عَلَى الوَارِثِ؛ لِمَا ذُكِرَ لِلرُّجُوعِ بَدَلاً، فَإِنْ كَانَ سَالِمٌ سُدُسَ المَالِ، صَارَ مُتَّهَماً، فَيَعْتِقُ غَانِمٌ بِالشَّهَادَةِ، وَيَعْتِقُ سَالِمٌ بِالإِقْرَارِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يُقْرَعُ أَيْضاً، وَيَلْغُو شَهَادَةُ الرُّجُوعِ، وَتَبْقَىٰ شَهَادَةُ العِتْقِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ أَوْصَىٰ لِزَيْدٍ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَىٰ بِأَنَّهُ أَوْصَىٰ لِبَكْرٍ بِالسُّدُسِ، وَشَهِدَتْ أُخْرَىٰ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْ إِحْدَى الوَصِيَّتَيْنِ، فَعَلَىٰ وَجْهٍ: تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجُوعِ المُبْهَمِ، وَيُسَلَّمُ إِلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ سُدُسٌ.

وَعَلَىٰ وَجْهٍ: يَصِحُّ لِتَعَيُّنِ المَشْهُودِ لَهُ وَالمَشْهُودِ عَلَيْهِ، فَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا سُدُسٌ وَاحِدٌ.

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ وَإِلْحَاقِ القَائِفِ)

وَلَهُ أَرْكَانٌ:

(الأَوَّلُ: المُسْتَلْحَقُ)، وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الحُرِّ وَالعَبْدِ[1] وَالمُعْتَقِ، وَفِي العَبْدِ وَالمُعْتَقِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ

---

(١) قال الرافعي: «ويصح استلحاق الحر والعبد» استلحاق العبد والخلاف فيه مذكور في «اللَّقيط» حيث قال: ولو استلحقه عبد، فالصحيح من القولين أنه كالحُرِّ في النسب. [ت]

لاَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ[1]؛ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الوَلاَءِ، وَيَصِحُّ ٱسْتِلْحَاقُ المَرْأَةِ[2]؛ في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ إِلاَّ إِذَا كَانَتْ خَلِيَّةً مِنَ الزَّوْجِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: المُلْحِقُ)، وَهُوَ كُلُّ مُدْلِجِيٍّ مُجَرِّبٍ أَهْلٍ لِلشَّهَادَةِ، وَفِي غَيْرِ المُدْلِجِيِّ إِذَا تَعَلَّمَ القِيَافَةَ وَجْهَانِ، وَتَجْرِبَتُهُ بِأَنْ يُعْرَضَ وَلَدٌ بَيْنَ ثَلاَثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ النِّسْوَةِ لَيْسَ فِيهِنَّ أُمُّهُ، ثُمَّ في صِنْفٍ رَابِعٍ فِيهِنَّ أُمُّهُ، فَإِنْ أَصَابَ في الكُلِّ، قُبِلَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ في القَائِفِ الذُّكُورَةُ وَالحُرِّيَّةُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ العَدَدُ.

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: مَحَلُّ العَرْضِ عَلَى القَائِفِ)، فَالمَوْلُودُ إِذَا تَدَاعَاهُ ٱثْنَانِ، لَمْ يَلْحَقْهُمَا، بَلْ يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ، إِذَا كَانَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمْكِناً شَرْعاً؛ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَأَ في طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ وَطِىءَ الثَّانِي بَعْدَ تَخَلُّلِ حَيْضَةٍ، ٱنْقَطَعَ الإِمْكَانُ عَنِ الأَوَّلِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ زَوْجاً في نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَإِنْ كَانَ في نِكَاحٍ فَاسِدٍ، فَفِي ٱنْقِطَاعِ إِمْكَانِهِ قَوْلاَنِ.

وَمَنِ ٱنْفَرَدَ بِدَعْوَةِ مَوْلُودٍ صَغِيرٍ في يَدِهِ، لَحِقَهُ، فَإِنْ بَلَغَ، فَٱنْتَفَىٰ عَنْهُ، هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[3].

وَإِنِ ٱدَّعَىٰ نَسَبَ بَالِغٍ، فَأَنْكَرَ، لَمْ يَلْحَقْهُ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ القَائِفُ، وَإِنْ سَكَتَ، أَلْحَقَهُ القَائِفُ[4]، وَإِنْ أَقَرَّ، فَلاَ حَاجَةَ إِلَى القَائِفِ.

وَمَنِ ٱدَّعَىٰ نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَىٰ فِرَاشِ غَيْرِهِ؛ بِأَنِ ٱدَّعَىٰ وَطْئاً بِالشُّبْهَةِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ وَافَقَهُ الزَّوْجَانِ، بَلْ لاَ بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الوَطْءِ؛ لِحَقِّ المَوْلُودِ، وَإِنْ تَدَاعَيَا صَبِيّاً، وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، لَحِقَ بِصَاحِبِ اليَدِ خَاصَّةً[5].

---

(١) قال الرافعي: «وفي العبد والمعتق وجه أنه لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى» المشهور اختلاف القول دون الوجه. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ويصح استلحاق المرأة» المسألة مذكورة في «اللقيط». [ت]

(٣) قال الرافعي: «فإن بلغ فانتفى عنه فهل يقبل؟ فيه القولان» المشهور الوجهان وقال أيضاً: «فإن بلغ فانتفى عنه هل يقبل؟ فيه قولان» المسألة مذكورة مرة في «الإقرار» وأخرى في «اللقيط». [ت]

(٤) قال الرافعي: «فإن ادَّعى نسبه بالغ فأنكره لم يلحقه، وإن ألحقه القائف وإن سكت ألحقه القائف» هذا لا يكاد يوجد لغير صاحب الكتاب، وليس هناك إلاَّ واحد يدعيه نعم لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه، وهو ساكت فيعرض على القائف. [ت]

وقال أيضاً: «وإن ادعى نسب بالغ، فأنكر لم يلحقه» هي مذكورة في البابين أيضاً. [ت]

(٥) قال الرافعي: «وإن تداعيا صبيّاً، وهو في يد أحدهما ألحق بصاحب اليد خاصته» الأشبه تفصيل أو رده في اللّقيط، وهو أن اليد إن كانت عن التقاط لم يؤثر، وإلا فصاحب اليد إن تقدم استلحاقه، وإلاّ فوجهان. [ت]

وَمَنِ ٱسْتَلْحَقَ، وَأَنْكَرَتْ زَوْجَتُهُ وِلاَدَتَهُ، فَهَلْ يَلْحَقُهَا (و) بِمُجَرَّدِ دَعْوَى الأَبِ؟ فِيهِ وجْهَانِ، وَإِذَا لَمْ يَجِدْ قَائِفاً، أَوْ تَحَيَّرَ؛ فَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ، حَبَسْنَاهُ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا، وَيَكُونَ ٱخْتِيَارُهُ كَإِلْحَاقِ القَائِفِ؛ حَتَّىٰ لاَ يُقْبَلَ رُجُوعُهُ؛ كَمَا لاَ يُقْبَلُ رُجُوعُ القَائِفِ[1].

وَلاَ يُلْتَفَتُ إِلَى ٱنْتِسَابِ الصَّغِيرِ المُمَيِّزِ، وَإِنْ وَطِئَا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، وَحَبِلَتْ، لَكِنِ ٱدَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الوَلَدَ، وَسَكَتَ الآخَرُ، فَفِي قَوْلٍ يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالمُدَّعِي، وَنَفَقَةُ الوَلَدِ قَبْلَ إِلْحَاقِ القَائِفِ ـ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَرْجِعُ مَنْ قَطَعَ القَائِفُ نَسَبَهُ، وَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ، عُرِضَ عَلَى القَائِفِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ.

(١) قال الرافعي: «وإن لم يجد قائفاً أو تحيّر.. إلى قوله: كما لا يقبل رجوع القائف». يفيده قوله في «اللقيط»[ت].

obeikandl.com

(كِتَابُ العِتْقِ)

وَلاَ يَخْفَىٰ أَنَّهُ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ لاَ يُصَادِفُ إِعْتَاقُهُ حَقّاً لاَزِماً، وَصَرِيحُ لَفْظِهِ الإِعْتَاقُ وَالتَّحْرِيرُ، أَمَّا فَكُّ الرَّقَبَةِ، فَهُوَ صَرِيحٌ، عَلَى وَجْهٍ.

وَلَوْ قَالَ: يَا حُرَّةُ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ نِدَاءَهَا بِٱسْمِهَا القَدِيمِ، لَمْ يُقْبَلْ (و) ظَاهِراً[1]، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱسْمُهَا في الحَالِ حُرَّةً.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (يا ازا ذمرد)، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الوَصْفَ بِالجُودِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱسْمُهُ ازاذمرد، أَوْ كان (و) مَعَهُ قَرِينَةٌ، تَدُلُّ عَلَى المَدْحِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: يَا سَيِّدِي، وَلِجَارِيَتِهِ يَا كذبانوا، فَهُو لَيْسَ بِكِنَايَةٍ[2]، وَلَوْ قَالَ: يَا مَوْلاَيَ، فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِ غَيْرِهِ: أَعْتَقْتُكَ، لَغَا، إِنْ فُهِمَ مِنْهُ الإِنْشَاءُ، وَإِنْ فُهِمَ مِنْهُ الإِقْرَارُ، فَإِذَا ٱشْتَرَاهُ، كَانَ مُؤَاخَذاً بِهِ.

وَالنَّظَرُ في خَوَاصِّ العِتْقِ، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الخَاصِّيَّةُ الأُولَى: السِّرَايَةُ)، وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ سَرَىٰ إِلَى البَاقِي، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَ عُضْواً مُعَيَّناً، وَلَوْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ، قُوِّمَ (ح) عَلَيْهِ البَاقِي بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ:

(الأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُوسِراً بِمَالٍ فَاضِلٍ عَنْ قُوتِ يَوْمِهِ وَدَسْتِ ثَوْبٍ؛ كَمَا كَانَ في الدُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ مَالِهِ، فَهُوَ مُعْسِرٌ؛ عَلَى الأَصَحِّ[3].

وَالمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلاَّ في قَدْرِ الثُّلُثِ، وَالمَيِّتُ مُعْسِرٌ مُطْلَقاً؛ حَتَّىٰ لَوْ قَالَ: إِذَا مُتُّ، فَنَصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ، لَمْ يَسْرِ؛ لأَنَّ مِيرَاثَهُ صَارَ لِلوَرَثَةِ، وَلَوْ كَانَ مُوسِراً بِالبَعْضِ، سَرَىٰ بِذَلِكَ القَدْرِ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ.

وَعَلَى وَجْهٍ: لاَ يَسْرِي.

(الثَّانِي): أَنْ يُعْتِقَ بِٱخْتِيَارِهِ، فَإِنْ وَرِثَ نِصْفَ قَرِيبِهِ، فَعَتَقَ، لَمْ يَسْرِ، وَإِنِ ٱتَّهَبَ أَوِ ٱشْتَرَىٰ، سَرَىٰ.

(الثَّالِثُ): أَلاَّ يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّ السِّرَايَةِ حَقٌّ لاَزِمٌ، فَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِهِ رَهْنٌ أَوْ كِتَابَةٌ أَوْ تَدْبِيرٌ أَوْ

---

(١) قال الرافعي: «فإذا قال: يا حرة ثم قال: أردت نداءها باسمها القديم لم يقبل ظاهراً» هذا وجه والأشبه القبول[ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو قال له يا سيدي، ولجاريته (ياكذبانوا) فهو ليس بكناية» هذا الوجه في الأشبه أنه كناية [ت].

(٣) قال الرافعي: «ولو كان عليه دين بقدر ماله، فهو معسر على الأصح» عند الأكثرين أنه موسر والدين لا يمنع السراية[ت].

ٱسْتِيلادٌ، فَفِي الكُلِّ خِلافٌ[1]، وَٱلاسْتِيلادُ أَوْلاهَا بِالمَنْعِ، وَالتَّدْبِيرُ أَضْعَفُهَا.

(الرَّابِعُ): أَنْ يَتَمَكَّنَ العِتْقُ مِنَ نَصِيبِهِ أَوَّلاً، فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيبَ شَرِيكِي، لغا قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نِصْفَ هَذَا العَبْدِ، فَيُعْتَقُ جَمِيعُ نِصْفِهِ، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ: بِعْتُ هَذَا العَبْدَ، فَيُنَزَّلُ عَلَىٰ نِصْفٍ شَائِعٍ؛ لِيَبْطُلَ فِي البَعْضِ أَوْ يُخَصَّصُ بِنَصِيبِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ وَكَذَا فِي الإِقْرَارِ، وَالأَوْلَىٰ تَخْصِيصُ البَيْعِ بِنَصِيبِهِ وَإِشَاعَةُ الإِقْرَارِ، ثُمَّ إِذَا وُجِدَتِ الشُّرُوطُ، فَتَتَعَجَّلُ (م) السِّرَايَةُ، عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ أَدَاءِ القِيمَةِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَعِنْدَ الأَدَاءِ يَتَبَيَّنُ (م) إِسْنَادُ العِتْقِ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَيَنْبَنِي عَلَى الأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(الأُولَىٰ): فِي تَعْجِيلِ تَسْرِيَةِ ٱلاسْتِيلادِ تَجْرِي فِيهِ الأَقْوَالُ، وَالعِتْقُ أَوْلَىٰ بِالتَّعْجِيلِ؛ لأَنَّهُ تَنْجِيزٌ.

وَقِيلَ عَكْسُهُ؛ لأَنَّ ٱلاسْتِيلادَ فِعْلِيٌّ.

(الثَّانِيَةُ): عَبْدٌ بَيْنَ ثَلاثَةٍ، لأَحَدِهِمْ ثُلُثُهُ، وَلِلآخَرِ سُدُسُهُ، فَأَعْتَقَا، وَسَرىٰ، فَالقِيمَةُ لِلسِّرَايَةِ عَلَى عَدَدِ رُؤُسِهِمَا، أَوْ عَلَىٰ قَدْرِ مِلْكِهِمَا؟ فِيهِ قَوْلاَنِ[2].

(الثَّالِثَةُ): إِذَا حَكَمْنَا بِتَأَخُّرِ السِّرَايَةِ، فَيَجِبُ أَقْصَىٰ قِيمَتِهِ مِنْ يَوْمِ الإِعْتَاقِ إِلَىٰ يَوْمِ الأَدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الأَدَاءِ.

وَقِيلَ: بَلْ يَوْمُ الإِعْتَاقِ[3].

وَإِنْ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ القِيمَةِ، فَالقَوْلُ الصَّحِيحُ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ، إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ الغَارِمُ نَقِيصَةً طَارِئَةً، فَيُخَرَّجُ عَلَىٰ قَوْلَيْ تَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ.

(الرَّابِعَةُ): إِنْ مَاتَ المُعْتِقُ قَبْلَ الأَدَاءِ؛ عَلَىٰ قَوْلِ التَّوَقُّفِ، فَالقِيمَةُ فِي تَرِكَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ العَبْدُ، فَفِي سُقُوطِ القِيمَةِ وَجْهَانِ، وَلاَ يَنْفُذُ بَيْعُ الشَّرِيكِ قَبْلَ الأَدَاءِ، وَفِي إِعْتَاقِهِ وَجْهَانِ، وَمَهْمَا أَعْسَرَ المُعْتِقُ قَبْلَ الأَدَاءِ، ٱرْتَفَعَ الحَجْرُ عَنِ الشَّرِيكِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: مَهْمَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَأَعْتَقَ المَقُولُ لَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ؛ لأَنَّ السِّرَايَةَ أَقْوَىٰ مِنَ التَّعْلِيقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً، نَفَذَ عَلَى المُعَلِّقِ، وَإِنْ قَالَ: فَنَصِيبِي قَبْلَهُ حُرٌّ، فَهُوَ دَوْرٌ، وَيَمْتَنِعُ عَلَى المَقُولِ لَهُ عَنْدَ مَنْ يُبْطِلُ الدَّوْرَ اللَّفْظِيَّ.

(السَّادِسَةُ): لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ، وَأَنْتَ مُوسِرٌ، فَأَنْكَرَ، عَتَقَ نَصِيبُ المُدَّعِي مَجَّاناً، وَلَهُ

---

(١) قال الرافعي: «فإن كان تعلق به رهن أو كتابة أو تدبير أو استيلاد، ففي الكل خلاف»، وفي التدبير والاستيلاد قولان [ت].

(٢) قال الرافعي: «عبد بين ثلاثة، لأحدهم ثلثه، وللآخر سدسه فأعتقا.... إلى قوله قولان» هذه طريقة، والأظهر عند الأصحاب القطع بأن قسمة ما سرى إليه على عدد الرؤوس. [ت]

(٣) قال الرافعي: «إذا حكمنا بتأخر السراية فيجب أقصى قيمته... إلى قوله وقيل بل يوم الإعتاق» النظم يشعر بترجيح الأول، والذي أورده الأكثرون اعتبار قيمة يوم الإعتاق [ت].

أَنْ يُحَلِّفَهُ، فَإِنْ نَكَلَ، ٱسْتَحَقَّ بِاليَمِينِ المَرْدُودَةِ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَلَمْ يُعْتَقْ (و) نَصِيبُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَاباً، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ لِلشَّكِّ.

فَإِنِ ٱشْتَرَىٰ العَبْدَ ثَالِثٌ، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ النِّصْفِ في يَدِهِ لِليَقِينِ، وَلَمْ يَكُنْ (و) لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا رُجُوعٌ بِالثَّمَنِ.

(الخَاصِّيَّةُ الثَّانِيَةُ: عِتْقُ القَرَابَةِ)، وَمَنْ دَخَلَ في مِلْكِهِ أَحَدُ أَبْعَاضِهِ، أَعْنِي أُصُولَهُ وَفُرُوعَهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ، سَوَاءٌ دَخَلَ قَهْراً بِالإِرْثِ أَوِ ٱخْتِيَاراً بِالعَقْدِ، فَلاَ يَعْتِقُ (ح م) مَنْ عَدَا الأَبْعَاضَ، وَلاَ يَشْتَرِي الطِّفْلُ قَرِيبَهُ، وَلَكِنْ يَتَّهِبُ الوَلِيُّ لَهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بِحَيْثُ تَجِبُ النَّفَقَةُ في الحَالِ، وَإِنْ قَبِلَ لَهُ هِبَةَ نِصْفِ قَرِيبِهِ، لَمْ يَصِحَّ؛ حَذَراً مِنَ السِّرَايَةِ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ، وَلاَ يَسْرِي.

وَالمَرِيضُ إِذَا ٱشْتَرَىٰ قَرِيبَهُ، عَتَقَ إِنْ وُفِّيَ بِهِ ثُلُثُهُ، وَإِلاَّ لَمْ يَعْتِقْ، وَإِنْ مَلَكَهُ بِإِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ، فَيُحْسَبُ مِنْ رَأْسِ المَالِ، أَوِ الثُّلُثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: مِنْ رَأْسِ المَالِ، عَتَقَ عَلَى المَحْجُورِ المُفْلِسِ أَيْضاً، وَالمَدْيُونِ، وَالمَرِيضِ، وَلَوِ ٱشْتَرَاهُ بِمُحَابَاةٍ، فَقَدْرُ المُحَابَاةِ يُخَرَّجُ عَلَى الوَجْهَيْنِ، وَالبَاقِي لاَ يَعْتِقُ، وَلَوْ قَهَرَ الحَرْبِيُّ حَرْبِيّاً، مَلَكَهُ، وَصَحَّ بَيْعُهُ مِنَ المُسْلِمِ، فَإِنْ قَهَرَ أَبَاهُ، فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُهُ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ مَأْخَذُهُمَا دَوَامُ القَهْرِ المُبْطِلِ لِلْعِتْقِ، إِنْ فُرِضَ، وَدَوَامُ القَرَابَةِ الدَّافِعَةِ لِمِلْكِ القَهْرِ، وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ نِصْفَ قَرِيبِهِ، عَتَقَ وَسَرَىٰ عِنْدَ شُرُوطِهِ، وَلَوْ وَرِثَ، لَمْ يَسْرِ، وَلَوْ قَبِلَ وَكِيلُهُ، فَٱخْتِيَارُ وَكِيلِهِ كَٱخْتِيَارِهِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِبَعْضِ أَبِيهِ، فَمَاتَ قَبْلَ القَبُولِ، فَقَبِلَهُ لَهُ أَخُوهُ، سَرَىٰ عَلَى المَيِّتِ، إِنْ وَفَّىٰ بِهِ الثُّلُثُ، وَكَأَنَّهُ قَبِلَ في الحَيَاةِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ لَهُ بِبَعْضِ ٱبْنِ أَخِيهِ، فَمَاتَ، فَقَبِلَ أَخُوهُ لَهُ، لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الأَخِ؛ فِي وَجْهٍ؛ لأَنَّ المِلْكَ يَحْصُلُ لِلْمَيِّتِ، ثُمَّ لَهُ؛ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَيَجْرِي الخِلاَفُ فِيمَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ قَرِيبِهِ بِرَدِّ عِوَضِهِ بِالْعَيْبِ، لأَنَّهُ رَجْعٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ.

(الخَاصِّيَّةُ الثَّالِثَةُ: ٱمْتِنَاعُ العِتْقِ بِالمَرَضِ)، فَإِذَا أَعْتَقَ عَبْداً، لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ فَقَطْ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا العَبْدُ قَبْلَ السَّيِّدِ، فَيَمُوتُ رَقِيقاً كُلُّهُ، أَوْ حُرّاً، أَوْ ثُلُثُهُ حُرٌّ، وَثُلُثَاهُ رَقِيقٌ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِيمَا لَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ، فَمَاتَ في مُؤْنَةِ التَّجْهِيزِ، أَمَّا لَوْ قَتَلَهُ المُتَّهِبُ، فَعَلَيْهِ غَرَامَةُ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ، وَمَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَيُجْعَلُ كَالمَعْدُومِ أَمْ يَدْخُلُ المَيِّتُ في القُرْعَةِ؟ فِيهِ خِلاَفٌ (و)، فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ، فَلَوْ خَرَجَ عَلَيْهِ، رَقَّ الآخَرَانِ، وَلَوْ خَرَجَ عَلَىٰ إِحْدَى الجِهَتَيْنِ، لَمْ يَعْتِقْ إِلاَّ ثُلُثَاهُ، وَمَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ قَبْلَ ٱمْتِدَادِ يَدِ الوَارِثِ إِلَيْهِ، هَلْ يَكُونُ كَالمَوْتِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الخِلاَفَ في مَوْتِهِ قَبْلَ القُرْعَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، لأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

(الخَاصِّيَّةُ الرَّابِعَةُ القُرْعَةُ)، وَمَحَلُّهَا أَنْ يُعْتِقَ عَبِيداً مَعاً، يَقْصُرُ ٱلثُّلُثُ عَنْهُمْ، وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَىٰ تَرْتِيبٍ، فَالسَّابِقُ مُقَدَّمٌ، وَلَوْ أَوْصَىٰ عَلَىٰ تَرْتِيبٍ أَوْ جَمْعٍ، أَقْرَعَ.

وَقِيلَ: لاَ قُرْعَةَ فِي الوَصِيَّةِ، بَلْ يُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ.

وَلَوْ قَالَ: الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُرٌّ، فَفِي إِجْرَاءِ القُرْعَةِ وَجْهَانِ، وَأَسْهَلُ طُرُقِ القُرْعَةِ، إِذَا كَانُوا ثَلاَثَةً: أَنْ يُكْتَبَ الرِّقُّ عَلَىٰ رُقْعَتَيْنِ، وَالحُرِّيَّةُ عَلَىٰ رُقْعَةٍ، وَتُدْرَجَ فِي بَنَادِقَ مُتَشَابِهَةٍ، وتُعْطَىٰ صَبِيّاً، حتى يُعطَىٰ كُلُّ عَبْدٍ وَاحِداً، وَلاَ يَتَعَيَّنُ الْكَاغِدُ، بَلْ يَجُوزُ بِالْخَشَبِ وَالنَّوَىٰ، وَلاَ يَجُوزُ بِشَيْءٍ آخَرَ فِيهِ خَطَرٌ؛ كَقَوْلِهِمْ: إِنْ طَارَ غُرابٌ ففلانٌ يَتَعَيَّنُ لِلحُرِّيَّةِ.

(أَمَّا كَيْفِيَّةُ التَّجْزِئَةِ)، فَسَهْلٌ، إِذَا أَمْكَنَ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلاَثَةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي القِيمَةِ، وَلاَ بَأْسَ إِنْ لَمْ يَتَسَاوَ عَدَدُهُمْ، بَلْ يُجْبَرُالخَسِيسُ بِالنَّفِيسِ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ كَمَا لَوْ كَانُوا ثَمَانِيَةَ أَعْبُدٍ، قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مَائَةٌ، فَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلاَثَةِ أَجْزَاءٍ تَقْرُبُ مِنَ التَّثْلِيثِ فِي القِيمَةِ؛ فَيُجَزَّءُونَ إِلَىٰ ثَلاَثَةٍ وَثَلاَثَةٍ وَاثْنَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَىٰ ثَلاَثَةٍ، انْحَصَرَ العِتْقُ فِيهِمْ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمَيْ عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الرِّقُّ، رَقَّ ثُلُثُهُ؛ لِيَرْجِعَ كُلُّ العِتْقِ إِلَىٰ قَدْرِ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ عَلَىٰ اثْنَيْنِ، عَتَقَا، ثُمَّ يُعَادُ بَيْنَ السِّتَّةِ إِلَىٰ أَنْ يَخْرُجَ العِتْقُ لِوَاحِدٍ، فَيَرِقُّ ثُلُثُهُ، وَيَعْتِقُ ثُلُثَاهُ.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ التَّثْلِيثَ لاَ يَجِبُ، بَلْ يَجُوزُ القُرْعَةُ كَيْفَ اتَّفَقَ، إِلَىٰ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى المَقْصُودِ.

وَقِيلَ: هَذَا الخِلاَفُ فِي الاسْتِحْبَابِ دُونَ الاسْتِحْقَاقِ.

فُرُوعٌ:

(**الأَوَّلُ**): إِذَا كَانَ عَلَيهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ رُبُعِ التَّرِكَةِ، وَلاَ مَالَ لَهُ إِلاَّ عَبِيدٌ قَدْ أَعْتَقَهُمْ، فَيُجَزَّأُ الْعَبِيدُ بِأَرْبَعَةِ أَجْزَاءٍ، وَيُقْرَعُ لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ، فَإِذَا خَرَجَ عَلَىٰ جزءِ سَهْمُ الدَّيْنِ، بِيعَ أَوَّلاً فِي الدَّيْنِ، وَقُدِّرَ البَاقِي، كَأَنَّهُ كُلُّ المَالِ، فَيُقْرَعُ لإِعْتَاقِ الثُّلُثِ مِنْهُمْ، وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُقْرَعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ وَالعِتْقِ؛ لأَنَّهُ رُبَّمَا يَسْبِقُ قُرْعَةُ الْعِتْقِ، وَلاَ يُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

وَقِيلَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ ثُمَّ يَتَوَقَّفُ العِتْقُ علَىٰ القَضَاءِ.

وَإِذَا دَفَعْنَا بَعْضَ الْعِتْقِ؛ لأَجْلِ الدَّيْنِ، فَظَهَرَ لِلْمَيِّتِ دَفِينٌ، تَبَيَّنَّا نُفُوذَ العِتْقِ.

(**الثَّانِي**): إِذَا أُبْهِمَ العِتْقُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ، هَلْ يَكُونُ الوَطْءُ تَعْيِيناً لِلْمِلْكِ فِي المَوْطُوءَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي اللَّمْسِ بِالشَّهْوَةِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وهُوَ الاسْتِخْدَامُ لا يُعَيِّنُ؛ عَلَىٰ الأَصَحِّ (و).

(**الثَّالِثُ**): إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكَتِهِ: أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ، فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ مَيِّتاً، انْحَلَّتِ اليَمِينُ، وَلَمْ يَعْتِقِ الحَيُّ بَعْدَهُ.

(**الرَّابِعُ**): إِذا قَالَ لِمَمْلُوكِهِ: أَنْتَ ابْنِي عَتَقَ عَلَيْهِ، وَلَحِقَهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنًّا مِنْهُ، فَلاَ يَعْتِقُ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، فَفِي الْعِتْقِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ.

(**الخَامِسُ**): إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِماً، فَسَالِمٌ حُرٌّ، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِماً، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ،

عَتَقَ غَانِمٌ، وَلاَ قُرْعَةَ (و)؛ لأَنَّهُ رُبَّما يُخَرَّجُ عَلَىٰ سَالِمٍ، فَيَعْتِقُ بِغَيْرِ وُجُودِ الصِّفَةِ.

(السَّادِسُ): عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ، قَالَ أَحَدُهُمَا إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَاباً، فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ، فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَلاَ يَعْتِقُ شَيْءٌ لِلشَّكِّ، فَإِن ٱشْتَرَاهُ ثَالِثٌ، حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ في يَدِهِ، وَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِمَا بِالثَّمَنِ.

(السَّابِعُ): إذا قَالَ لِعَبْدَيْهِ: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلا، وَمَاتَ قَبْلَ البَيَانِ، وَقُلْنَا الوَارِثُ لاَ يَقُومُ مَقَامَهُ في التَّعْيِينِ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، عَتَقَ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ؛ لِفَسَادِ المُسَمَّى بِالإِبْهَامِ.

وَقِيلَ يَصِحُّ المُسَمَّىٰ.

(الثَّامِنُ): جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ زَوَّجَاهَا مِن ٱبْنِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، فَوَلَدَتْ، عَتَقَ نِصْفُهُ عَلَىٰ أَحَدِهِمَا؛ لأَنَّهُ جَدُّ (م) المَوْلُودِ، وَلاَ يَسْرِي؛ إِذْ لاَ ٱخْتِيَار، وَلَوْ غَرَّ بِجَارِيَةِ أَبِيهِ، فَفِي لُزُومِ قِيمَةِ الوَلَدِ وَجْهَانِ؛ لأَنَّهُ كَانَ يُعْتَقُ عَلَى الجَدِّ لَوْلا ظَنُّهُ.

(الخَاصِّيَّةُ الخَامِسَةُ: الوَلاَءُ): ، وَالنَّظَرُ في سَبَبِهِ وَحُكْمِهِ:

(أَمَّا السَّبَبُ)، فَهُوَ زَوَالُ المِلْكِ بِالْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ زَالَ مِلْكُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ رَقِيقٍ، فَهُوَ مَوْلاَهُ، سَوَاءٌ نَجَّزَ عِتْقَهُ، أَوْ عَلَّقَ، أَوْ دَبَّرَ، أَو ٱسْتَوْلَدَ، أَوْ كَاتَبَ، أَوْ أَعْتَقَ العَبْدَ بِعِوَضٍ، أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

وَحَقِيقَةُ الوَلاَءِ، أَنَّهُ لُحمةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ؛ فَإِنَّ المُعْتِقَ سَبَبٌ لِوُجُودِ الرَّقِيقِ لِنَفْسِهِ؛ كَمَا أَنَّ الأَبَ سَبَبٌ؛ وَلِذَلِكَ تَحْرُمُ الصَّدَقَةُ في وَجْهٍ عَلَىٰ مَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ.

وَلَوْ أَوْصَىٰ لِبَنِي فُلاَنٍ، دَخَلَ مَوَالِيهِمْ في وَجْهٍ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ شَرَطَ نَفْيَ الوَلاَءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ المُعْتِقِ، لَغا، وَلاَ يَثْبُتُ الوَلاَءُ بِالمُوَالاَةِ وَالعَهْدِ؛ وَكَذَلِكَ يَسْتَرْسِلُ الوَلاَءُ عَلَىٰ أَوْلاَدِ المُعْتِقِ وَأَحْفَادِهِ وَمعتقه مُعْتِقِ مُعْتِقِهِ، فَالمَوْلَىٰ إِمَّا المُعتقُ أَوْ مُعْتِقُ الأَبِ، أَوْ مُعْتِقُ الأُمِّ أَوْ مُعْتِقُ المُعْتِقِ، وَيَسْتَرْسِلُ الوَلاَءُ عَلَىٰ أَوْلاَدِ المُعْتِقِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرِّقُّ؛ فَلاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ أَصْلاً، إِلاَّ لِمُعتِقِهِ، أَوْ عَصَبَاتِ مُعْتِقِهِ؛ لأَنَّ المُبَاشَرَةَ أَقْوىٰ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ أَبُوهُ حُرٌّ أَصْلِيٌّ مَامَسَّ الرِّقُّ أَبَاه، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً أَصْلِيَّةً، ثَبَتَ الوَلاَءُ عَلَيْهِ؛ نَظَراً إِلىٰ جَانِبِ الأَبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّىٰ في إِثْبَاتِ الوَلاَءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَّىٰ في النَّفْيِ، وَأَمَّا التَّقْدِيمُ، فَلاَ وَلاَءَ مَعَ مُبَاشَرَةِ الرِّقِّ لِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِراً؛ بِأَنْ حَصَلَ في نِكَاحِ الغُرُورِ مِنْ رَقِيقَتَيْنِ، أَوْ مَنْ مُعْتَقَيْنِ، فَالوَلاءُ لِمُعْتِقِ الأَبِ، وَإِنْ كَانَ الأَبُ رَقِيقاً بَعْدُ، فَلِمُعْتِقِ الأُمِّ إِلىٰ أَنْ يُعْتَقَ الأَبُ فَيَنْجَرُّ إِلَيهِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الأَبُ رَقِيقاً، فَأُعْتِقَ أَبُ الأَبِ، ٱنْجَرَّ الوَلاَءُ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْجَرُّ مِنْهُ إِلىٰ مُعْتِقِ الأَبِ، إِنْ أَعْتَقَ.

وَقِيلَ: لا يَنْجَرُّ لأَنَّ الأَبَ رَقِيقٌ، فَلاَ يَنْجَرُّ إِلىٰ أَبِيهِ، وَالمَوْلُودُ مِنْ حُرَّيْنِ، إِذَا كَانَ أَجْدَادُهُ أَرِقَّاءَ، ثَبَتَ الوَلاَءُ عَلَيْهِ لِمُعْتِقِ أُمِّ الأُمِّ إِذَا أَعْتَقَهَا، ثُمَّ يَنْجَرُّ إِلىٰ مُعْتِقِ أَبِي الأُمِّ، ثُمَّ مِنْهُ إِلىٰ مُعْتِقِ أُمِّ الأَبِ، ثُمَّ مِنْهُ إِلىٰ مُعْتِقِ أَبِ الأَبِ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الأَبُ رَقِيقاً، فَيَنْجَرُّ إِلىٰ مُعْتِقِ الأَبِ،

وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَمَنْ أَعْتَقَ أَمَةً حَامِلاً مِنْ مُعْتِقٍ، فَوَلاَءُ الْجَنِينِ لَهُ؛ لأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، لاَ لِمُعْتِقِ الأَبِ، لَكِنَّ ذَلِكَ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقتِ إِعْتَاقِ الأُمِّ، فَإِنْ كَانَ لأَكْثَرَ، وَالزَّوْجُ يَفْتَرِشُهَا، فَالولاَءُ لِمَوْلَى الأَبِ، وَإِنْ كَانَ لا يَفْتَرِشُهَا، وَهُوَ لأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَقَوْلاَنِ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: في الحُكْمِ) وَحُكْمُ الوَلاَءِ العُصُوبَةُ، فَيُفِيدُ المِيرَاثَ، وَولاَيَةَ التَّزْوِيجِ، وَتَحَمُّلَ العَقْلِ، وَالوَلاَءَ لِلمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ، فَمِيرَاثُ العَتِيقِ لأُولَىٰ عَصَبَاتِهِ يَوْمَ مَوْتِ المُعْتِقِ، وَلَوْ خَلَّفَ ٱبْناً وَبِنْتاً وَأَباً وَأُماً، فَلاَ مِيرَاثَ لِلبِنْتِ وَالأُمِّ، بَلْ لاَ يَثْبُتُ الوَلاَءُ أَصْلاً لامْرَأَةٍ، إِلاَّ إِذَا بَاشَرَتْ العِتْقَ، فَلَهَا الوَلاَءُ عَلَيْهِ، وَعَلَىٰ أَحْفَادِهِ وَعَتِيقِهِ وَعِتِيقِ عَتِيقِهِ؛ كَالرَّجُلِ، وَالأَخُ لاَ يُقَاسِمُ الجَدَّ فِي الوَلاَءِ؛ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ[1] بَلْ هُوَ أَوْلَىٰ، وَٱبْنُ الأَخِ أَيْضاً أَوْلَىٰ مِنَ الجَدِّ؛ عَلَىٰ هَذَا القَوْلِ؛ لِقُوَّةِ البُنُوَّةِ وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ مُقَدَّمٌ عَلَى الأَخِ لِلأَبِ؛ فِي أَصَحِّ القَوْلَيْنِ[2]، وَلاَ يُعَادُّ بِالأَخِ لِلأَبِ، إِنْ رَأَيْنَا المُقَاسَمَةَ بَيْنَ الجَدِّ وَالإِخْوَةِ، وَإِذَا ٱجْتَمَعَ أَبُ المُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الأَبِ، فَلاَ وَلاَءَ لِمُعْتِقِ الأَبِ أَصْلاً؛ لأَنَّ عَلَى المَيِّتِ وَلاَءَ المُبَاشَرَةِ، فَالمَالُ لِعَصَبَةِ مُعْتِقِهِ، وَهُوَ الأَبُ، وَكَذَلِكَ قَدْ يُظَنُّ أَنَّ مُعْتِقَ أَبِ المُعْتِقِ أَوْلَىٰ مِنْ مُعْتِقِ مُعْتِقِ المُعْتِقِ، وَهُوَ غَلَطٌ.

(فُرُوعٌ):

(الأَوَّلُ): إِذَا ٱشْتَرَىٰ أَخٌ وَأُخْتٌ أَبَاهُمَا، فَعَتَقَ عَلَيْهِما، ثُمَّ أَعْتَقَ الأَبُ عَبْداً، وَلَمْ يُخَلِّفِ العَتِيقُ إِلاَّ الأَخَ وَالأُخْتَ، فَالمَالُ كُلُّهُ لِلأَخِ؛ لأَنَّهُ عَصَبَةُ المُعْتِقِ، وَلاَ شَيْءَ لِلأُخْتِ الَّتِي هِيَ مُعْتِقَةُ المُعْتِقِ، بَلْ لَوْ خَلَّفَ ٱبْنَ عمِّ المُعْتِقِ، وَالبِنْتَ، لَكَانَ ٱبْنُ العَمِّ أَوْلَىٰ، وَلَوْ مَاتَ هَذَا الأَخُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلاَّ أُخْتَهُ، فَلَهَا ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِ مِيرَاثِهِ؛ النِّصْفُ بِالأُخُوَّةِ، وَنِصْفُ البَاقِي لِوَلاَئِهَا عَلَىٰ نِصْفِ أَبِيهِ؛ لأَنَّ أَخَاهَا وَلَدُ مُعْتِقِهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الأَبُ، وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلاَّ البِنْتَ، فَلَهَا النِّصْفُ بِالبُنُوَّةِ، وَنِصْفُ البَاقِي لِوَلاَئِهَا، عَلَىٰ نِصْفِ الأَبِ.

(الثَّانِي): أُخْتَانِ خُلِقَتَا حُرَّتَيْنِ، ٱشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا، وَالأُخْرَىٰ أُمَّهُمَا، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مَوْلاَةُ صَاحِبَتِهَا؛ لأَنَّ وَلاَءَ الأُمِّ لَمْ يُمْكِنِ ٱنْجِرارُهُ إِلَىٰ مُشْتَرِيَةِ الأَبِ؛ إِذْ لاَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مَوْلَىٰ نَفْسِهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْجَرُّ وَيَسْقُطُ، فَلاَ وَلاَءَ عَلَىٰ مُشْتَرِيَةِ الأَبِ لِمُشْتَرِيَةِ الأُمِّ.

(الثَّالِثُ): ٱشْتَرَتْ أُخْتَانِ أُمَّهُمَا، ثُمَّ شَارَكَتِ الأُمُّ أَجْنَبِيّاً فِي شِرَاءِ أَبِيهِمَا، فَإِذَا مَاتَتْ إِحْدَىٰ الأُخْتَيْنِ، وَلَمْ تُخَلِّفْ إِلاَّ الأُخْتَ الأُخْرَىٰ، فَالنِّصْفُ لَهَا بِالأُخُوَّةِ، وَالبَاقِي لِلأَجْنَبِيِّ وَالأُمِّ؛ فَإِنَّهُمَا مُعْتِقَا أَبِيهِمَا لَكِنَّ الأُمَّ مَيِّتَةٌ، فَيَرْجِعُ نَصِيبُهَا إِلَى الأُخْتَيْنِ؛ لأَنَّهُمَا أَعْتَقَتَاهَا، لَكِنَّ إِحْدَاهُمَا مَيِّتَةٌ، وَحَصَلَ لَهَا الثُّمُنُ، فَيَرْجِعُ إِلَىٰ الأَجْنَبِيِّ وَأُمِّهَا، وَمِنَ الأُمِّ إِلَى المَيِّتَةِ وَالحَيَّةِ، وَيَدُورُ وَلاَ يَنْقَطِعُ، فَالصَّوابُ (و) أَنْ يُقَسَّمَ المَالُ مِنْ سِتَّةٍ، فَيَكُونَ لَهَا النِّصْفُ بِالأُخُوَّةِ، وَالبَاقِي ثَلاَثَةٌ، يُقَسَّمُ عَلَيْهَا

---

(١) قال الرافعي: «والأخ لا يقاسم الجد في الولاء في أحد القولين» المسألة مذكورة في الفرائض [ت].

(٢) قال الرافعي: «والأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح القولين» هي مذكورة في الفرائض أيضاً، والمعاد في الصورتين يشتمل على زيادات [ت].

وَعَلَىٰ الأَجْنَبِيِّ أَثْلَاثاً؛ لِلأَجْنَبِيِّ سَهْمَانِ، وَلَهَا سَهْمٌ؛ فَتَحَصَّلُ هِيَ عَلَىٰ أَرْبَعَةٍ؛ لأَنَّ الثُّمُنَ الدَّائِرَ كُلَّمَا رَجَعَ إِلَىٰ المَيِّتَةِ، يَحْصُلُ لِلأَجْنَبِيِّ ضِعْفُ مَا حَصَلَ لِلأُخْتِ.

obeikandl.com

(كِتَابُ ٱلتَّدْبِيرِ)

والنَّظَرُ في أَرْكَانِهِ وَأَحْكَامِهِ: (أَمَّا الأَرْكَانُ)، فَهُوَ اللَّفْظُ، وَالأَهْلُ:

(أَمَّا اللَّفْظُ) فَصَرِيحُهُ قَوْلُهُ: دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي.

وَقِيلَ: إِنَّ لَفْظَ التَّدْبِيرِ كِنَايَةٌ، وَالتَّدْبِيرُ المُقَيَّدُ كَالمُطْلَقِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قُتِلْتُ، أَوْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ فَيَعْتِقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِيَوْمٍ، وَلاَ يَحْتَاجُ (ح) إِلَى الإِنْشَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، فَلاَ يَصِيرُ مُدَبَّراً، مَا لَمْ يَدْخُلِ الدَّارَ، وَلَوْ قَالَ شَرِيكَانِ: إِذَا مِتْنَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلاَ يَعْتِقُ مِنْهُ شَيْءٌ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا؛ حَتَّىٰ يَمُوتَ الآخَرُ، لَكِنْ لَيْسَ لِلوَارِثِ بَيْعُهُ حَتَّىٰ يَمُوتَ الشَّرِيكُ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَإِنَّهُ لاَ يَبِيعُهُ (و) قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَيْسَ لِلوَارِثِ إِبْطَالُ تَعْلِيقِ المَيِّتِ؛ كَمَا لَيْسَ لَهُ إِبْطَالُ عَارِيَّتِهِ المُضَافَةِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ، إِنْ شِئْتَ، صَارَ مُدَبَّراً، إِنْ شَاءَ؛ عَلَى الفَوْرِ (و)، وَإِنْ قَالَ: مَتَىٰ شِئْتَ، لَمْ يُشْتَرَطِ الفَوْرُ، لَكِنْ لاَ بُدَّ مِنَ المَشِيئَةِ في الحَيَاةِ؛ إِلاَّ إِذَا قَالَ: إِنْ شِئْتَ بَعْدَ المَوْتِ، فَلاَ يُشْتَرَطُ (و) الفَوْرُ بَعْدَ المَوْتِ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ مُتُّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، إِنْ شِئْتَ، فَيَكْفِي مَشِيئَتُهُ فِي الحَيَاةِ؛ في وَجْهٍ.

وَيَكْفِي المَشِيئَةُ بَعْدَ المَوْتِ؛ فِي وَجْهٍ.

وَلاَ بُدَّ مِنْهُمَا؛ فِي وَجْهٍ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتَ العَيْنَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، عَتَقَ بِكُلِّ (و) مَا يُسَمَّىٰ عَيْناً.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: الأَهْلُ)، وَلاَ يَصِحُّ التَّدْبِيرُ مِنَ المَجْنُونِ وَغَيْرِ المُمَيِّزِ، وَمِنَ المُمَيِّزِ قَوْلاَنِ، وَمِنَ السَّفِيهِ يَنْفُذُ.

وَقِيلَ قَوْلاَنِ.

وَمِنَ المُرْتَدِّ: يُبْنَىٰ عَلَىٰ أَقْوَالِ المِلْكِ.

وَإِنْ دَبَّرَ، ثُمَّ ٱرْتَدَّ، لَمْ يَبْطُلْ.

وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَىٰ أَقْوَالِ المِلْكِ.

وَإِذَا بَطَلَ، فَإِنْ أَسْلَمَ، عَادَ.

وَقِيلَ: يُبْتَنَىٰ عَلَىٰ عَوْدِ الجِنْسِ.

فَإِذَا مَاتَ مُرْتَدًّا، وَقُلْنَا: يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، نَفَذَ (و) مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ المَالُ لِلفَيْءِ، وَالكَافِرُ الأَصْلِيُّ يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَسْلَمَ مُدَبَّرُهُ، يُبَاعُ عَلَيْهِ؛ فِي قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ: يُسْتَكْسَبُ لَهُ؛ كَالمُسْتَوْلَدَةِ.

وَالمُكَاتَبُ كَالمُسْتَوْلَدَةِ.

وَقِيلَ: كَالمُدَبَّرَةِ.

وَإِذَا دَبَّرَ نَصِيبَهُ مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ، لَمْ يَسْرِ إِلَى البَاقِي.

(النَّظَرُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِهِ)، وَلَهُ حُكْمَانِ:

(الأَوَّلُ: ٱرْتِفَاعُهُ)، وَيَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ بِخَمْسَةِ أُمُورٍ:

(الأَوَّلُ: إِزَالَةُ المِلْكِ)، وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ (ح م و) المُدَبَّرَ، فَإِنْ عَادَ المِلْكُ، فَهَل يَعُودُ التَّدْبِيرُ؟ فِيهِ خِلَافٌ (و)[1].

(الثَّانِي): أَنَّ لَهُ صَرِيحَ الرُّجُوعِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَعْلِيقٌ، فَلاَ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقُوهُ عَنِّي، فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مُتُّ، فَدَخَلْتَ الدَّارَ، أَوْ شِئْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَهُوَ تَعْلِيقٌ، وَلاَ رُجُوعَ عَنْهُ بِالصَّرِيحِ، وَلاَ يَنْقَطِعُ (و) التَّدْبِيرُ بِالاسْتِيلاَدِ؛ لأَنَّهُ يُوَافِقُهُ[2] بِخِلاَفِ الوَصِيَّةِ.

وَقَوْلُهُ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ» رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ المُطْلَقِ[3].

(الثَّالِثُ): إِنْكَارُ السَّيِّدِ رُجُوعٌ.

وَقِيلَ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ، بَلْ يُحَلَّفُ[4].

وَكَذَلِكَ الخِلاَفُ فِي إِنْكَارِ الوَصِيَّةِ وَالوَكَالَةِ، هَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟ وَإِنْكَارُ البَيْعِ الجَائِزِ لَيْسَ بِفَسْخٍ، ثُمَّ إِنَّ إِنْكَارَ الطَّلاَقِ الرَّجْعِيِّ لَيْسَ بِرَجْعَةٍ.

(الرَّابِعُ): مُجَاوَزَةُ الثُّلُثِ، فَإِذَا دَبَّرَ عَبْداً لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ بِمَوْتِهِ ثُلُثُهُ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ فِي الصِّحَّةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ، لَمْ يَتَنَجَّزْ، عَتَقَ ثُلُثُهُ؛ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَتَسَلَّطَ العَبْدُ عَلَىٰ شَيْءٍ قَبْلَ تَسَلُّطِ الوَرَثَةِ عَلَىٰ مِثْلَيْهِ؛ وَكَذَلِكَ الخِلاَفُ فِي الوَصِيَّةِ.

(الخَامِسُ): إِذَا جَنَى المُدَبَّرُ، بِيعَ (ح)، فَإِنْ فَدَاهُ السَّيِّدُ، بَقِيَ التَّدْبِيرُ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ،

---

(١) قال الرافعي: «فإن عاد الملك فهل يعود التدبير؟ فيه خلاف» قولان. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا ينقطع التدبير بالاستيلاد؛ لأنه يوافقه» هذا وجه والذي أورده أكثر الأصحاب أنه ينقطع؛ لأن الاستيلاد أقوى فيرتفع به الأضعف. [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت مدبر فهو رجوع عن التدبير المطلق» هذا وجه، والأرجح خلافه. [ت]

(٤) قال الرافعي: «إنكار السيد رجوع، وقيل: ليس برجوع، بل يحلف» السياق يشعر بترجيح الأول، والأظهر عند الأكثرين الثاني، والثالث أنه يستقل حتى يعامل السيد الأقوى ما ذكر في «التهذيب» أنه لا يجوز معاملته مع السيد، وأنه لا ينفذ تصرفه مما في يده كما في المعلق عتقه بصفةٍ. [ت]

فَلِلوَرَثَةِ أَلاَّ يَفْدُوهُ؛ عَلَىٰ قَولٍ، وَإِنْ وَفَّى الثُّلُثَ بِالفِدَاءِ وَالعِتْقِ.

وَقِيلَ: يَجِبُ (و) الفِدَاءُ.

(الحُكْمُ الثَّانِي: السِّرَايَةُ)، وَهَلْ يَسْرِي التَّدْبِيرُ إِلَىٰ وَلَدِ المُدَبَّرَةِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

وَتَعْلِيقُ ٱلْعِتْقِ بِالدُّخُولِ، هَلْ يَسْرِي إِلَى الوَلَدِ؟ فِيهِ أَيْضاً قَوْلاَنِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الوَلَدَ يَعْتِقُ بِدُخُولِ الأُمِّ.

وَقِيلَ: بِدُخُولِ نَفْسِهِ (م).

ثُمَّ إِذَا سَرى التَّدْبِيرُ، صَارَ كَمَا لَوْ دَبَّرَهُمَا، وَلاَ يَكُونُ الرُّجُوعُ عَنْ أَحَدِهِمَا رُجُوعاً عَنِ الآخَرِ، وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ.

أَمَّا وَلَدُ المُدَبَّرِ، فَيَتْبَعُ الأُمَّ دُونَ الأَبِ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ وَالمُدَبَّرَةُ حَامِلٌ، عَتَقَ مَعَهَا حَمْلُهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ التَّدْبِيرِ، فَفِي السِّرَايَةِ إِلى الجَنِينِ وَجْهَانِ، فَلَوْ تَنَازَعَا، وَقَالَتْ: وَلَدْتُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ، فَيَتْبَعُنِي، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الوَارِثُ وَالمُدَبَّرُ في مَالٍ في يَدِهِ، فَٱدَّعَىٰ أَنَّهُ ٱكْتَسَبَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لأَجْلِ اليَدِ، وَلَوْ قَالَتْ: وَلَدْتُ الوَلَدَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَهُوَ حُرٌّ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَارِثِ؛ إِذْ لاَ يَدَ عَلَى الوَلَدِ.

(كِتَابُ الْكِتَابَةِ)

وَهِيَ عَقْدٌ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ إِنِ ٱلْتَمَسَ الْعَبْدُ، وَكَانَ أَمِيناً قَادِراً عَلَى الكَسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِيناً، لَمْ يُسْتَحَبَّ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الكَسْبِ، فَفِي ٱلاسْتِحْبَابِ وَجْهَانِ.

وَلَهَا أَرْكَانٌ وَأَحْكَامٌ:

(النَّظَرُ الأَوَّلُ: في أَرْكَانِهَا)، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأَوَّلُ: الصِّيغَةُ)، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كَاتَبْتُكَ عَلَىٰ أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ فَصَاعِداً، إِنْ أَدَّيْتَهُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالتَّعْلِيقِ وَنَوَىٰ، كَفَىٰ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ لَفْظِ الْكِتَابَةِ، دُونَ صَرِيحِ التَّعْلِيقِ، أَو نِيَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَىٰ أَلْفٍ، فَقَبِلَ، عَتَقَ فِي الحَالِ، وَالأَلْفُ في ذِمَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفاً، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَأَعْطَىٰ مِنْ مَالِ غَيْرِهِ؛ إِذْ لاَ مَالَ لَهُ، هَلْ يَعْتِقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَعْتِقُ، فَهَلْ يُرْجَعُ إِلَىٰ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ وَيَتْبَعُهُ الْكَسْبُ؛ كَمَا فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ أَوْ هُوَ تَعْلِيقٌ مَحْضٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَلَوْ بَاعَ العَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ، صَحَّ، وَلَهُ الوَلاَءُ[1].

وَقِيلَ: لاَ وَلاَءَ لَهُ أَصْلاً؛ لأَنَّهُ عَتَقَ عَلَىٰ نَفْسِهِ.

(الرُّكْنُ الثَّانِي: العِوَضُ): وَشُرُوطُهُ أَرْبَعَةٌ:

(الأَوَّلُ): أَنْ يَكُونَ دَيْناً؛ إِذْ لَوْ كَانَ عَيْناً، لَكَانَ مِنْ مِلْكِ غَيْرِهِ، إِذْ لاَ مِلْكَ لَهُ.

(الثَّانِي): الأَجَلُ، فَلاَ تَصِحُّ الْكِتَابَةُ الحَالَّةُ؛ لأَنَّهُ يَعْجِزُ عَقِيبَ العَقْدِ؛ إِذْ لاَ بُدَّ مِنْ لَحْظَةٍ في ٱلاكْتِسَابِ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ حُرّاً، فَيَصِحَّ كِتَابَتُهُ بِغَيْرِ أَجَلٍ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ المُفْلِسِ بِغَيْرِ أَجَلٍ بِثَمنٍ يَزِيدُ عَلَى قِيمَةِ المِثْلِ، فَيَعْجِزُ عَنْهُ، وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ صِحَّتُهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يُنَجِّمَ نَجْمَيْنِ فَصَاعِداً؛ أَتْبَاعاً للسَّلَفِ، وَيَجُوزُ لَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ بَعْدَ الْعَقْدِ بِيَوْمٍ؛ لأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تُسْتَحَقُّ عَقِيبَ الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا التَّأَخُّرُ بِالتَّوْفِيَةِ، وَلاَ يَضُرُّ الْحُلُولُ فِيهِ؛ لاِتِّصَالِ الْقُدْرَةِ بِالْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَىٰ خِدْمَةِ شَهْرَيْنِ؛ لِيَكُونَ كُلُّ شَهْرٍ نَجْماً، لَمْ يَجُزْ، لأَنَّ الْكُلَّ مُسْتَحَقٌّ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَضَافَ ٱسْتِحْقَاقَ الشَّهْرِ الثَّانِي إِلَى الشَّهْرِ الثَّانِي، فَوَجْهَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَىٰ أَنْ يَخْدُمَهُ شَهْراً، عَتَقَ في الْحَالِ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ، فَرَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ المَنْفَعَةِ أَوْ قِيمَةِ الرُّتْبَةِ، فَعَلَىٰ قَوْلَيْنِ؛ كَمَا في بَدَلِ الخُلْعِ.

(الرَّابِعُ): إِعْلاَمُ الْقَدْرِ وَالأَجَلِ والنَّجْمِ وَتَمْيِيزِ مَحَلِّ كُلِّ نَجْمٍ. فَلَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ مِائَةٍ يُؤَدِّيهَا في

---

(١) قال الرافعي: «ولو باع العبد من نفسه صح، وله الولاء» هذا مذكور في «فضل الولاء» لكن لم يذكر الخلاف هناك. [ت]

عَشْرِ سِنِينَ، لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ مَحَلُّ كُلِّ نَجْمٍ.

وَلَوْ شَرَطَ فِي الكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئاً فَسَدَ، وَلَوْ كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئاً عَلَىٰ عِوَضٍ وَاحِدٍ دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَسَدَ البَيْعُ، وَفِي الكِتَابَةِ قَوْلاً تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

وَلَوْ كَاتَبَ ثَلاَثَةَ أَعْبُدٍ عَلَىٰ أَلْفٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالنَّصُّ الصِّحَّةُ، وَفِي شِرَاءِ ثَلاَثَةِ أَعْبُدٍ مِنْ ثَلاَثَةِ مُلاَّكٍ، فَالنَّصُّ الفَسَادُ، وَفِي خُلْعِ نِسْوَةٍ وَنِكَاحِهِنَّ دَفْعَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ، نَصَّ عَلَىٰ قَوْلَيْنِ؛ فَقِيلَ: فِي الكُلِّ قَوْلاَنِ؛ لِكَوْنِ العِوَضِ مَعْلُومَ الجُمْلَةِ غَيْرَ مَعْلُومِ التَّفْصِيلِ[1].

(الرُّكْنُ الثَّالِثُ: السَّيِّدُ)، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً (ح) أَهْلاً لِلتَّبَرُّعِ؛ فَلاَ يَصِحُّ (ح م) كِتَابَةُ قَيِّمِ الطِّفْلِ، وَلاَ كِتَابَةُ المَرِيضِ، إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ الثُّلُثُ[2]، وَلَوْ كَاتَبَ فِي الصِّحَّةِ، وَوَضَعَ النُّجُومَ فِي المَرَضِ، اعْتَبَرْنَا خُرُوجَ الأَقَلِّ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ أَقَلَّ، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلاَّ ذَلِكَ، لَوْ عَجَّزَ نَفْسَهُ، وَإِنْ كَانَتِ النُّجُومُ أَقَلَّ، فَلَيْسَ لَهُمْ إِلاَّ ذَلِكَ؛ وَكَذَا لَوْ أَوْصَىٰ بِإِعْتَاقِهِ، أَوْ وَضَعَ النُّجُومَ عَنْهُ وَلَوْ أَقَرَّ فِي المَرَضِ بِقَبْضِ نُجُومِ كِتَابَتِهِ فِي الصِّحَّةِ، قُبِلَ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ، فَيُبْنَىٰ كِتَابَتُهُ عَلَىٰ أَقْوَالِ المِلْكِ.

وَالكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخَوطِبَ بِبَيْعِهِ، وَكَاتَبَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَاتَبَ، ثُمَّ أَسْلَمَ العَبْدُ، فَفِي الانْقِطَاعِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ[3]، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ يَدُومَ الكِتَابَةُ.

وَالحَرْبِيُّ تَصِحُّ (ح م) كِتَابَتُهُ، وَلَكِنْ لَو قَهَرَهُ السَّيِّدُ، عَادَ مِلْكُهُ قَبْلَ العِتْقِ وَبَعْدَهُ.

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ: المُكَاتِبُ)، وَلَهُ شَرْطَانِ:

(الأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفاً، فَلاَ يَصِحُّ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ، وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزاً.

(الثَّانِي) أَنْ يُكَاتِبَ كُلَّهُ، وَلَوْ كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَالمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ (ح)، وَلَوْ كَاتَبَ مَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ، جَازَ؛ لِحُصُولِ الاسْتِقْلاَلِ، وَلَوْ كَاتَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، فَالمَذْهَبُ (و) أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَاتَبَ بِالإِذْنِ، فَقَوْلاَنِ، وَالأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ لاَ يُصْرَفُ الصَّدَقَةُ إِلَىٰ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ مَالٍ وَاحِدٍ، جَازَ وَانْقَسَمَتِ النُّجُومُ عَلَىٰ قَدْرِ مِلْكِهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا تَفَاوُتاً فِي القِسْمَةِ، فَقَدِ انْفَرَدَتْ كُلُّ صَفْقَةٍ، وَهِيَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى القَوْلَيْنِ.

(فَرْعٌ):

---

(١) قال الرافعي: «ولو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقة واحدة إلى قوله... غير معلوم التفصيل» الصور مكررة قد ذكرها مرة في الصداق. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولا كتابة المريض إذا لم يَفِ به الثلث» أي كتابة الجميع وهذا قد ذكره في «الوصايا» حيث قال: «والكتابة محسوبة من الثلث». [ت]

(٣) قال الرافعي: «ولو كاتب ثم أسلم العبد ففي الانقطاع وجهان مرتبان» الصورة مكررة قد ذكرها في البيع حيث قال: والمكاتب كالمستولدة، وقيل: كالمدبرة. [ت]

لَوْ كَاتَباهُ، ثُمَّ عَجَّزَ أَحَدُهُمَا، وَأَرَادَ الثَّانِي إِبْقَاءَ الكِتَابَةِ في نَصِيبِهِ بِالإِنْظَارِ، فَقَوْلاَنِ، وَأَوْلَىٰ بِالجَوَازِ؛ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، وَلَوْ كَاتَبَ وَاحِدٌ عَبْداً، ثُمَّ خَلَّفَ ٱبْنَيْنِ، وَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا، وَأَنْظَرَهُ الآخَرُ، فَهَذَا أَوْلَىٰ بِالمَنْعِ.

هَذَا بَيَانُ مَا يَصِحُّ مِنَ الكِتَابَةِ، وَمَا لاَ يَصِحُّ، فَيَنْقَسِمُ إِلَىٰ بَاطِلٍ، وَفَاسِدٍ.

(فَالبَاطِلُ): هُوَ الَّذِي ٱخْتَلَّ بَعْضُ أَرْكَانِهِ؛ بِأَنْ صَدَرَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ عَدِمَ قَصْدُ مَالِيَّةِ العِوَضِ؛ كَمَا لَوْ كَانَتْ عَلَىٰ دَمٍ، أَوْ حَشَرَاتٍ، أَوِ ٱخْتَلَّتِ الصِّيغَةُ؛ بِأَنْ فُقِدَ لَفْظُ العَقْدِ، ثُمَّ الفَاسِدُ يُسَاوِي الصَّحِيحَ في ثَلاَثَةِ أُمُورٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَحْصُلُ العِتْقُ بِالأَدَاءِ، لَكِنْ بِحُكْمِ التَّعْلِيقِ؛ فَلاَ يَحْصُلُ (و) بِالإِبْرَاءِ وَٱلاعْتِيَاضِ.

(والثَّانِي): أَنَّهُ يَسْتَقِلُّ بِالكَسْبِ، وَيَسْتَتْبِعُ عِنْدَ العِتْقِ مَا فَضَلَ مِنْ كَسْبِهِ؛ وَكَذَا وَلَدُهُ مِنْ جَارِيَتِهِ.

أَمَّا وَلَدُ المُكَاتَبَةِ، فَفِي سِرَايَةِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ إِلَيْهِ قَوْلاَنِ؛ كَمَا في سِرَايَةِ التَّعْلِيقِ.

(والثَّالِثُ): أَنَّهُ يَسْتَقِلُّ حَتَّىٰ يُعَامِلَ السَّيِّدَ، وَتَسْقُطَ عَنْهُ نَفَقَتُهُ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لاَ يُسَافِرُ (ح)، وَفِي صَرْفِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ وَجْهَانِ، وَيُفَارِقُهُ فِي أَمْرَيْنِ:

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مَا عُلِّقَ بِهِ الأَدَاءُ، رَدَّهُ وَرَجَعَ إِلَىٰ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ؛ لِفَسَادِ العِوَضِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهَا لاَ تَلْزَمُ مِنْ جَانِبِ السَّيِّدِ؛ فَلَهُ فَسْخُهَا (و)، وَمَهْمَا فَسَخَ أَوْ قَضَى القَاضِي بِرَدِّهَا، لَمْ يُعْتَقْ بِحُكْمِ التَّعْلِيقِ، وَإِنْ أَدَّىٰ؛ لأَنَّهُ كَانَ تَعْلِيقاً فِي ضِمْنِ مُعَاوَضَةٍ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ، صَحَّ، وَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُ، وَكَانَ فَاسِخاً لِلكِتَابَةِ؛ حَتَّىٰ لاَ يَتْبَعُهُ الكَسْبُ؛ بِخِلاَفِ الكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ فَإِنَّهَا تَمْنَعُ (ح م) الإِجْزَاءَ عَنِ الكَفَّارَةِ.

وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ فَأَدَّىٰ إِلَىٰ الوَارِثِ، لَمْ يَعْتِقْ؛ لأَنَّهُ لَيْسَ القَائِلَ لَهُ: إِذَا أَدَّيْتَ، فَأَنْتَ حُرٌّ.

(النَّظَرُ الثَّانِي: في أَحْكَامِهَا)، وَهِيَ خَمْسَةٌ:

(الأَوَّلُ: مَا يَحْصُلُ بِهِ الْعِتْقُ)، وَفِيهِ مَسَائِلُ سِتَّةٌ

(الأُولَىٰ): أَنَّهُ يَحْصُلُ في الصَّحِيحَةِ بِأَدَاءِ النُّجُومِ، وَبِالإِبْرَاءِ، وَبِٱلاعْتِيَاضِ، وَلاَ يَحْصُلُ بِجُزْءٍ مِنَ النُّجُومِ جُزْءٌ مِنَ الحُرِّيَّةِ؛ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ الكُلَّ، وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ دَفْعَةً، عَتَقَ (ح م و) أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيبِهِ قَبْلَ أَدَاءِ الثَّانِي، وَلَوْ كَاتَبَا عَبْداً، لَمْ يَعْتِقْ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مَا لَمْ يُؤَدِّ جَمِيعَ النُّجُومِ إِلَيْهِمَا، إِلاَّ أَنْ يُكَاتِبَ وَاحِدٌ، وَيُخَلِّفَ ٱبْنَيْنِ، فَيَعْتِقَ (و) نَصِيبُ أَحَدِ ٱلابْنَيْنِ؛ بِأَدَاءِ نَصِيبِهِ.

(الثَّانِيَةُ): إِذَا جُنَّ السَّيِّدُ، وَقَبَضَ النُّجُومَ، لَمْ يَعْتِقْ، حَتَّى يُسَلِّمَ إِلَى القَيِّمِ، وَإِنْ تَلِفَ في يَدِ السَّيِّدِ، فَلاَ ضَمَانَ لِلتَّقْصِيرِ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَلَوْ جُنَّ العَبْدُ، فَقَبَضَ مِنْهُ السَّيِّدُ، عَتَقَ (و)؛ لأَنَّ فِعْلَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ.

(أَمَّا الكِتَابَةُ الفَاسِدَةُ)، فَتَنْفَسِخُ بِجُنُونِهِمَا؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لِجَوَازِهَا.

وَلاَ تَنْفَسِخُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ لأَنَّ مَصِيرَهَا إِلَى اللُّزُومِ.

وَتَنْفَسِخُ؛ عَلَىٰ وَجْهٍ؛ بِجُنُونِ المَالِكِ، دُونَ جُنُونِ العَبْدِ؛ لأَنَّ الصَّحِيحَةَ أَيْضاً جَائِزَةٌ في حَقِّ العَبْدِ.

(الثَّالِثَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْداً، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، عَتَقَ وَسَرَىٰ في الحَالِ؛ عَلَى قَوْلٍ.

وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: لاَ يَسْرِي إِلاَّ أَنْ يَرِقَّ النَّصِيبُ الثَّانِي بِالعَجْزِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي في الحَالِ، فَتَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ في مَحَلِّ السِّرَايَةِ، وَيَنْتَقِلُ مُكَاتَباً، وَيُعْتِقُ؛ حَتَّىٰ يَكُونَ الوَلاَءُ لِلشَّرِيكِ، لاَ لِمَنْ سَرَىٰ عَلَيْهِ، فِيهِ وَجْهَانِ.

وَقِيلَ: إِنَّ كَوْنَهُ مُكَاتَباً يَمْنَعُ السِّرَايَةَ، ثُمَّ إِبْرَاءُ أَحَدِهِمَا يَجْرِي مَجْرَى إِعْتَاقِهِ في السِّرَايَةِ؛ وَكَذَا قَبْضُ نَصِيبِ نَفْسِهِ بِرِضَا صَاحِبِهِ، إِنْ قَضَيْنَا بِأَنَّهُ يُوجِبُ العِتْقَ، فَيَسْرِي، وَلاَ نَقُولُ: هُوَ مُجْبَرٌ عَلَى القَبُولِ؛ لأَنَّهُ اخْتَارَ أَصْلَ العَقْدِ، نَعَمْ أَحَدُ الاثْنَيْنِ، إِذَا قَبَضَ نَصِيبَهُ، عَتَقَ، (و) وَلَمْ يَسْرِ (و)؛ لأَنَّهُ مَقْهُورٌ في القَبْضِ، وَلَمْ يَصْدُرِ العَقْدُ مِنْهُ.

(فَرْعٌ): لَوِ ادَّعَى العَبْدُ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ؛ أَنَّهُ وَفَّاهُمَا بِالنُّجُومِ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، عَتَقَ نَصِيبُ المُصَدِّقِ، وَيَجْرِي الخِلاَفُ في السِّرَايَةِ عَلَيْهِ؛ لأَنَّهُ مُخْتَارٌ في التَّصْدِيقِ.

(الرَّابِعَةُ): أَحَدُ الاثْنَيْنِ الوَارِثَيْنِ، إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، نَفَذَ، وَيَسْرِي؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ إِمَّا في الحَالِ؛ وَإِمَّا عِنْدَ العَجْزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَسْرِي، وَرَقَّ النَّصِيبُ الآخَرُ، فَهَلْ يُتَبَيَّنُ انْفِسَاخُ الكِتَابَةِ فِي النِّصْفِ الَّذِي أُعْتِقَ؛ حَتَّىٰ يَكُونَ الوَلاَءُ لِلمُعْتِقِ خَاصَّةً، أَوْ نَقُولُ: لَمْ تَنفَسِخْ، وَالوَلاَءُ في ذَلِكَ النِّصْفِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(فَرْعٌ): لَوْ خَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَبْداً، فَادَّعَى العَبْدُ كِتَابَةَ المُوَرِّثِ لَهُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الآخَرُ، وَحَلَفَ، فَنَصِيبُ المُصَدِّقِ مُكَاتَبٌ (و)، فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَرَىٰ إِلَى البَاقِي، وَلَمْ يُخَرَّجْ عَلَى الخِلاَفِ؛ لأَنَّهُ رَقِيقٌ بِقَوْلِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ أَبْرَأَ، لَمْ يَسْرِ؛ لأَنَّ الشَّرِيكَ يَقُولُ: إِبْرَاؤُهُ لاَغٍ؛ إِذْ لاَ كِتَابَةَ، فَإِنْ عَتَقَ بِأَدَاءِ النُّجُومِ، لَمْ يَسْرِ؛ لأَنَّهُ مَقْهُورٌ عَلَى القَبُولِ.

(الخَامِسَةُ): إِذَا قَبَضَ النُّجُومَ، فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَلَهُ رَدُّهَا، وَرَدُّ العِتْقِ؛ إِذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ، أَوْ حَصَلَ حُصُولاً غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ بِحَسَبِ الْعِوَضِ، وَإِنْ رَضِيَ، اسْتَمَرَّ العِتْقُ، وَلَكِنْ مِنْ حِينِ الرِّضَا، أَوْ مِنْ حِينِ القَبْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوِ اطَّلَعَ عَلَى النُّقْصَانِ بَعْدَ تَلَفِ النُّجُومِ، جَازَ لَهُ رَدُّ العِتْقِ إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ الأَرْشَ، فَإِنْ عَجَزَ، كَانَ لَهُ الإِرْقَاقُ وَالفَسْخُ، كَالعَجْزِ بِبَعْضِ النُّجُومِ.

(السَّادِسَةُ): إِذَا خَرَجَتِ النُّجُومُ مُسْتَحَقَّةً، تَبَيَّنَ أَنْ لاَ عِتْقَ، فَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عِنْدَ القَبْضِ: اذْهَبْ، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ عَتَقْتَ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لاَ يُؤَاخَذُ بِهِ؛ كَمَا لِلمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ، إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقّاً، وَإِنِ ادَّعَى المِلْكَ لِلبَائِعِ؛ لأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَيَلْزَمُ

عَلَىٰ هَذَا أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِالطَّلَاقِ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ أَطْلَقْتُ لَفْظَةً ظَنَنْتُهَا طَلَاقاً، ثُمَّ رَاجَعْتُ المُفْتِي، فَأَخْبَرَنِي بِأَنَّهُ لاَ يَنْفُذُ؛ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَقَدْ قِيلَ بِهِ؛ وَكَذَا في العِتْقِ.

(الحُكْمُ الثَّانِي): حُكْمُ الأَدَاءِ، وَفِيهِ سَبْعُ مَسَائِلَ:

(الأُولَى): أَنَّهُ يَجِبُ (ح م) الإِيتَاءُ بِحَطِّ شَيْءٍ مِنَ النُّجُومِ، أَوْ بَذْلِ شَيْءٍ، وَلاَ يَجِبُ في الْكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ؛ عَلَى الأَظْهَرِ (و)، وَلاَ يَجِبُ (و) في الإِعْتَاقِ بِعِوَضٍ، وَلاَ فِي بَيْعٍ (و) العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلاَ في الإِعْتَاقِ مَجَّاناً، وَفِي وُجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَىٰ وَقْتِ العِتْقِ وَجْهَانِ، وَيَكْفِي أَقَلُّ مَا يُتَمَوَّلُ.

وَقِيلَ: بَلْ مَا يَلِيقُ بِالحَالِ، إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الإِيتَاءِ، فَتَكُونَ الزِّيَادَةُ في التَّرِكَةِ؛ كَوَصِيَّةٍ يُضَارِبُ بِهَا الوَصَايَا، لاَ كَدَيْنٍ[1].

وَلَوْ بَقِيَ مِنَ النُّجُومِ قَدْرٌ لاَ يُقْبَلُ في الإِيتَاءِ أَقَلُّ مِنْهُ، إِذَا قُلْنَا: يَجِبُ أَكْثَرُ مِمَّا يُتَمَوَّلُ، فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعْجِيزُهُ، وَلاَ يَحْصُلُ التَّقَاصُّ؛ لأَنَّ الإِيتَاءَ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الكِتَابَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ، فَلَوْ عَدَلَ إِلَىٰ غَيْرِ جِنْسِهِ، فَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَعَبُّداً؛ كَمَا في الزَّكَاةِ[2].

(الثَّانِيَةُ): لَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ قَبْلَ المَحَلِّ، أُجْبِرَ عَلَى القَبُولِ؛ كَمَا لَوْ عَجَّلَ دَيْناً بِهِ رَهْنٌ، وَفِي سَائِرِ الدُّيُونِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ، أَوْ كَانَ وَقْتَ غَارَةٍ، لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ كَانَ العَقْدُ أُنْشِيءَ في وَقْتِ الغَارَةِ، فَوَجْهَانِ، فَلَوْ كَانَ غَائِباً، قَبَضَ القَاضِي عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: لاَ آخُذُ؛ فَإِنَّهُ حَرَامٌ، أُجْبِرَ عَلَى القَبُولِ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُكَاتَبِ، وَلَكِنْ هَلْ يُنْتَزَعُ مِنْ يَدِهِ بَعْدَ القَبُولِ؛ لأَجْلِ إِقْرَارِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُنْتَزَعُ وَيُحْفَظُ في بَيْتِ المَالِ، أَوْ يُسَلَّمُ إِلَىٰ مَالِكِهِ، إِنْ أَقَرَّ لِمَالِكٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُنْتَزَعُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ، وَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ، إِذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ، وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ إِنْ عَجَّلْتَ بَعْضَ النُّجُومِ، فَقَدْ أَبْرَأْتُكَ عَنِ البَاقِي (ح)؛ لَمْ يَصِحَّ (ح و) الإِبْرَاءُ، وَلَوْ عَجَّلَ البَعْضَ؛ بِشَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ (ح و) الأَدَاءُ، فَإِنْ وَفَّى السَّيِّدُ، وَأَبْرَأَ، فَهَلْ يَنْقَلِبُ القَبْضُ صَحِيحاً بِرِضَاهُ السَّابِقِ المُعَلَّقِ عَلَى الأَدَاءِ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ أَنْشَأَ رِضاً جَدِيداً، فَلاَ شَكَّ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ مِنْ حِينِهِ؛ لأَنَّ دَوَامَ القَبْضِ كَابْتِدَائِهِ.

(الثَّالِثَةُ): لِتَعَذُّرِ النُّجُومِ خَمْسَةُ أَسْبَابٍ:

(الأَوَّلُ): إِذَا أَفْلَسَ بِجَمِيعِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا، فَلَهُ فَسْخُ الكِتَابَةِ، وَيُسَلَّمُ لَهُ مَا أَخَذَ إِلاَّ مَا كَانَ مِنَ

---

(١) قال الرافعي: «وقيل بل ما يليق بالحال إلى أن يموت قبل الإيتاء، فتكون الزيادة في التركة كوصيةٍ يضارب بها الوصايا لا كدين» هذا وجه، والظاهر أن ما يحكم بوجوبه على ما فيه من الاختلاف بمثابة الديون يقدم على الوصايا. [ت]

(٢) قال الرافعي: «فلو عدل إلى غير جنسه ففيه وجه أن لا يجوز تعبداً كما في الزكاة» قد يفهم من هذا الإيراد ترجيح الجواز، والمراد من الجواز أنه يجبر المكاتب على قبوله والظاهر الذي أورده الأكثرون أنه لا يجبر فإن رضي بغير الجنس جاز بلا خلاف. [ت]

الصَّدَقَةِ؛ فَيَجِبُ (و) رَدُّهَا عَلَىٰ مَالِكِهَا، وَلَيْسَ هَذَا الفَسْخُ عَلَى الفَوْرِ، بَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ، وَلاَ يَلْزَمُهُ الإِنْظَارُ إِلاَّ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ المَالُ مِنَ المَخْزَنِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِباً، فَلَهُ الفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُرُوضٌ لاَ يُشْتَرَىٰ إِلاَّ في زَمَانٍ، فَلَهُ الفَسْخُ؛ عَلَى الأَظْهَرِ.

(الثَّانِي): إِذَا غَابَ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَلَهُ الفَسْخُ مِنْ غَيْرِ (و) حَاجَةٍ إِلَى الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ بَعْدَ المَحَلِّ، فَلَيْسَ لَهُ الفَسْخُ؛ حَتَّىٰ يُخْبِرَهُ مُخْبِرٌ؛ أَنَّهُ قَدْ نَدِمَ عَلَى الإِنْظَارِ، فَإِنْ قَصَّرَ في الإِيَابِ، فَلَهُ الفَسْخُ.

(الثَّالِثُ): أَنْ يَمْتَنِعَ مَعَ القُدْرَةِ، فَلَهُ الفَسْخُ؛ إِذِ الكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (ح م) مِنْ جَانِبِ العَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ (ح م)، وَأَنْ يَفْسَخَ (و)، مَهْمَا شَاءَ.

(الرَّابِعُ): إِذَا جُنَّ العَبْدُ، وَقُلْنَا: لاَ يَنْفَسِخُ، فَلَهُ الفَسْخُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ؛ لِيَعْتِقَ إِنْ رَأَى المَصْلَحَةَ لَهُ فِي الحُرِّيَّةِ، وَلِلسَّيِّدِ أَيْضاً أَنْ يَسْتَقِلَّ بِأَخْذِ النُّجُومِ، إِذْ تَمْكِينُهُ مِنْ هَذَا أَوْلَىٰ مِنْ مَنْعِهِ؛ حَتَّىٰ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ المَالَ مَجَّاناً.

(الخَامِسُ: المَوْتُ)، وَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ بِمَوْتِ العَبْدِ، وَإِنْ خَلَّفَ (ح م) وَفَاءً؛ لِتَعَذُّرِ العِتْقِ.

(فَرْعٌ): لَوْ كَانَ اسْتَسْخَرَ المُكَاتَبَ شَهْراً[1]، وَغُرِّمَ الأُجْرَةَ؛ فَيَلْزَمُهُ إِنْظَارُ شَهْرٍ بَعْدَ المَحَلِّ، فَعَسَاهُ يَكْتَسِبُ مَالاً.

وَقِيلَ: لَهُ تَعْجِيزُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْظَارٍ.

(المَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: في ازْدِحَامِ الدُّيُونِ)، وَلَهُ صُوَرٌ:

(الأُولَىٰ): إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِلاَّ لِلسَّيِّدِ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ مَعَ النُّجُومِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِي يَدِهِ بِالدَّيْنِ، وَيُعَجِّزَهُ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْ إِلاَّ مَا يَفِي بِأَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَرَادَ تَعْجِيزَهُ قَبْلَ إِخْلاَءِ يَدِهِ عَنِ المَالِ يَأْخُذُهُ بِالدَّيْنِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(الثَّانِيَةُ): أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِلأَجَانِبِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ، وَأَرْشُ جِنَايَةٍ، فَقَوْلاَنِ:

النَّصُّ؛ أَنْ يُوَزَّعَ مَا فِي يَدِهِ عَلَيْهِم إِنْ ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لأَنَّ الأَرْشَ لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ، ثُمَّ الأَرْشُ يُقَدَّمُ عَلَى النُّجُومِ كما يُقَدَّمُ عَلَىٰ حَقِّ المَالِكِ، هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِالْتِمَاسِ الغُرَمَاءِ، فَأَمَّا قَبْلَ الحَجْرِ، فَلَهُ أَنْ يُقَدِّمَ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمْ.

(الثَّالِثَةُ): أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، وَعَلَيْهِ أَرْشٌ وَدَيْنُ مُعَامَلَةٍ، فَقَدْ سَقَطَ النُّجُومُ، وَمَا في يَدِهِ يُوَزَّعُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ.

وَقِيلَ: يُقَدَّمُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ؛ لِيَرْجِعَ الأَرْشُ إِلَى الرَّقَبَةِ.

---

(١) قال الرافعي: «ولو كان استسخر المكاتب شهراً إلى آخره» النظم يشعر بترجيح الأول، والأصح الثاني [ت].

وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ دَيْنُ المُعَامَلَةِ؛ لأَنَّ صَاحِبَهُ رَضِي بِذِمَّتِهِ.

ثُمَّ لِمُسْتَحِقِّ الأَرْشِ تَعْجِيزُ المُكَاتَبِ حَتَّى يَبِيعَ رَقَبَتَهُ، فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ؛ لِتَبْقَى الكِتَابَةُ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لاَ يَجِبُ قَبُولُهُ[1]، وَأَمَّا صَاحِبُ دَيْنِ المُعَامَلَةِ، فَلَيْسَ لَهُ التَّعْجِيزُ؛ إِذْ لاَ (ح و) يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالرَّقَبَةِ، ولَوْ كَانَ لِلسَّيِّدِ دَيْنُ مُعَامَلَةٍ، فَلاَ يُضَارِبُ (و) الغُرَمَاءَ بِالنَّجْمِ، وَيُضَارِبُ (و) بِدَيْنِ المُعَامَلَةِ.

(المَسْأَلَةُ الخَامِسَةُ): إِذَا كَاتَبَا عَبْدَاً، فَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِقَبْضِ نَصِيبِ نَفْسِهِ؛ لأَنَّ كُلَّ مَا فِي يَدِ العَبْدِ كَالمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا جَمِيعَ النُّجُومِ، لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَقِيلَ: يُعْتَقُ نَصِيبُ القَابِضِ.

وَلَوْ رَضِي أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الآخَرِ بِنَصِيبِهِ، فَقَبَضَ، فَهَلْ يَعْتِقُ نَصِيبُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[2].

(فَرْعٌ): لَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ وُفَّاهُمَا النُّجُومَ، فَصَدَّقَ أَحَدُهُما، وَكَذَّبَ الآخَرُ، وَحَلَفَ، فَلَهُ (و) أَنْ يُشَارِكَ المُصَدِّقَ فِيمَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ المُكَاتَبَ، إِنْ شَاءَ، بِتَمَامِ نَصِيبِهِ، ثُمَّ لاَ يَرْجِعُ المُصَدِّقُ عَلَىٰ المُكَاتَبِ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ، وَلاَ المُكَاتَبُ عَلَىٰ المُصَدِّقِ.

(المَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ): لَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِشَرْطِ أَنْ يَتَكَفَّلَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ الآخَرِ، فَسَدَ(ح م و) العَقْدُ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِغَيْرِ شَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ؛ لأَنَّ النُّجُومَ لَيْسَتْ بِلاَزِمَةٍ، فَكَيْفَ تُضْمَنُ، وَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ نُجُومِ الثَّانِي، وَقُلْنَا: لاَ يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الإِذْنِ، فَلِلمُؤَدِّي أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لاَ يَسْتَرِدُّ بَعْدَ العِتْقِ، وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ، ثَبَتَ لَهُ علَىٰ السَّيِّدِ، وَقُلْنَا: لاَ يَصِحُّ فَلَهُ طَلَبُهُ بَعْدَ العِتْقِ.

وَقِيلَ فِي المَسْأَلَةِ قَوْلاَنِ[3] مَبْنِيَّانِ عَلَىٰ أَنَّ تَبَرُّعَ المُفْلِسِ، إِذَا لَمْ يَنْفُذْ لأَجْلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِالإِبْرَاءِ، فَهَلْ يَنْفُذُ الآنَ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

(فَرْعٌ): لَوْ كَانَا مُتَفَاوِتَيِ القِيمَةِ، فَقَالَ الخَسِيسُ: أَدَّيْنَا النُّجُومَ عَلَىٰ عَدَدِ الرُّؤوسِ، وَقَالَ الآخَرُ بَلْ عَلَىٰ قَدْرِ النُّجُومِ، وَكَانَا قَدْ جَاءَا بِهِ مَعاً، فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي الاسْتِوَاءَ؛ لأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمَا.

(المَسْأَلَةُ السَّابِعَةُ): فِي النِّزَاعِ، وَلَهُ صُوَرٌ:

---

(١) قال الرافعي: «فلو أراد السيد فداءه لتبقى الكتابة، فالصحيح أنه لا يجب قبوله» الظاهر عند الأصحاب أنه يجب، ويمتنع عليه التعجيز [ت].

(٢) قال الرافعي: «ولو رضي أحدهما بتقديم الآخر بنصيبه فقبض فهل يعتق نصيبه؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو تبرع أحدهما بتسليم نجوم الثاني، وقلنا: لا يجوز التبرع مع الإذن.. إلى قوله وقيل: في المسألة قولان» أطلق بعضهم في المسألة وجهين من غير تعرض للنصين [ت].

(إِحْدَاهَا): أَنْ يَخْتَلِفَ السَّيِّدُ وَالعَبْدُ في أَصْلِ الكِتَابَةِ أَوْ أَصْلِ الأَدَاءِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ، وَتَثْبُتُ دَعْوَى العَبْدِ بِشَاهِدٍ وأَمْرَأَتَيْنِ في الأَدَاءِ، وَهَلْ تَثْبُتُ دَعْوَى الْكِتَابَةِ وَدَعْوَى النَّجْمِ الأَخِيرِ الَّذي يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[1].

(الثَّانِيَةُ): إِذَا تَنَازَعا في قَدْرِ النُّجُومِ، أَوْ الأَجَلِ، أَوْ جِنْسِ النُّجُومِ، تَحَالَفَا وَتَفَاسخَا، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ قَدْ حَصَلَ بِالاتِّفَاقِ، فَفَائِدَةُ الفَسْخِ الرُّجُوعُ إِلىٰ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ.

(الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ مُكَاتَبُهُ، وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ، فَقَالَ: عَتَقَ قَبْلَ المَوْتِ، وَجَرَّ إِلَيَّ وَلاَءَ وَلَدِهِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ مَوَالِي الأُمِّ؛ لأَنَّ الأَصْلَ بَقَاءُ الوَلاَءِ لَهُمْ.

(الرَّابِعَةُ): كَاتَبَ عَبْدَيْنِ وَأَقَرَّ بِأَنَّهُ قَبَضَ نُجُومَ أَحَدِهِمَا، وَنَكَلَ عَنْ دَعْوىٰ الثَّانِي؛ حَتَّى حَلَفَ الثَّانِي، عَتَقَ العَبْدَانِ جَمِيعاً، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ البَيَانِ، حَلَفَ الوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِمَا عَمَّاهُ المُوَرِّثُ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ عَلَىٰ قَوْلٍ.

وَلاَ يُقْرَعُ؛ عَلَىٰ قَوْلٍ؛ لأَنَّهُ اسْتِبْهَامٌ في دَيْنٍ[2].

(الحُكْمُ الثَّالِثُ): حُكْمُ التَّصرُّفَاتِ: إِمَّا مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنَ العَبْدِ، أَمَّا السَّيِّدُ، فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ رَقَبَةَ المُكَاتَبِ؛ علَىٰ الجَدِيدِ.

وَفِي القَدِيمِ: يَبِيعُهُ وَيَبْقَىٰ مُكَاتَباً، وَلاَ يَبِيعُ النُّجُومَ؛ لأَنَّهُ بَيْعُ دَيْنٍ غَيْرِ لاَزِمٍ، وَفِي الاسْتِبْدَالِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَبَضَ مُشْتَرِي النُّجُومِ النُّجُومَ، فَهَلْ يَعْتِقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ[3]؛ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَعْتِقُ، وَكَانَ المُشْتَرِي وَكِيلَهُ، فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَهُ مُعَامَلَةُ العَبْدِ بِالبَيْعِ أَوِ الشِّرَاءِ وَأَخْذِ الشُّفْعَةِ مِنْهُ؛ وَكَذَلِكَ أَخْذُ العَبْدِ مِنْهُ، فَإِنْ ثَبَتَ لَهُ عَلَىٰ السَّيِّدِ دَيْنٌ مِثْلُ النُّجُومِ قَدْراً وَجِنْساً، وَقُلْنَا: يَقَعُ بِنَفْسِهِ التَّقَاصُ، فَيَعْتِقُ.

لَكِنْ في تَقَاصِّ الدَّيْنَيْنِ المُتَسَاوِيَيْنِ أَرْبَعَةُ أَقْوالٍ:

(أَحَدُهَا): أَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ، وَإِنْ رَضِيَاهُ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَحْصُلُ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا.

(وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا.

(وَالرَّابِعُ): أَنَّ التَّقَاصَّ يَقَعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الرِّضَا.

---

(١) قال الرافعي: «ودعوى النجم الأخير الذي يتعلق به العتق فيه وجهان» مذكور مرة في «الشهادات» [ت].

(٢) قال الرافعي: «وإن مات قبل البيان حلف الوارث على نفي العلم... إلى آخر القولين في القرعة» الذي ذكره الأكثرون في المسألة أن في قيام الوارث مقامه قولين أحدهما: لا يقوم، بل يقرع فإن خرجت له القرعة فهو حُرٌّ وعلى الآخر أداء النجوم، وله أن يحلف الوارث على نفي العلم والثاني: أنه يقوم مقام الوارث ولا قرعة فإن قال الوارث لا أعلم من أدى، فلكل واحد تحليفه، فإذا حلف ففي وجه يستوفى من كل واحد ما عليه والأصح أنه يقرع بينهما [ت].

(٣) قال الرافعي: «فلو قبض مشتري النجوم فهل يعتق؟ فيه وجهان» المشهور قولان [ت].

فَإِنْ أَجْرَيْنَا التَّقَاصَّ في النَّقْدَيْنِ، فَفِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ وَجْهَانِ، وَفِي العُرُوضِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ، وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَةِ المُكَاتَبِ، لَمْ يَجُزْ إِلاَّ أَنْ يُضِيفَ إِلَىٰ حَالَةِ العَجْزِ، فَيَصِحَّ؛ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِالنُّجُومِ جَازَ مِنَ الثُّلُثِ، وَلِلوَارِثِ تَعْجِيزُهُ، وَإِنْ أَنْظَرَ المُوصَى لَهُ، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِرَقَبَتِهِ، فَلِلمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ عَنِ العَجْزِ، وَإِنْ أَنْظَرَ الوارثَ، وَلَوْ قَالَ: ضَعُوا عَنِ المُكَاتَبِ مَا شَاءَ، فَشَاءَ الكُلَّ، لَمْ يُوضَعِ الكُلُّ؛ عَلَى الأَصَحِّ، بَلْ يَبْقَىٰ شَيءٌ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: ضَعُوا مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ.

(أَمَّا تَصَرُّفَاتُ المُكَاتَبِ)، فَهُوَ فِيهِ كَالحُرِّ إِلاَّ مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ أَوْ خَطَرٌ؛ فَلاَ يَنْفُذُ عِتْقُهُ، وَهِبَتُهُ، وَشِرَاؤُهُ قَرِيبَهُ بِالمُحَابَاةِ، وَبَيْعُهُ بِالغَبْنِ، وَلاَ يَبِيعُ بِالنَّسِيئَةِ، وَلاَ يَرْفَعُ اليَدَ عَنِ المَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَلاَ يُكَاتِبُ، وَلاَ يَتَزَوَّجُ، وَلاَ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ، وَلاَ يَتَسَرَّىٰ؛ خَوْفاً مِنْ طَلاَقِ الجَارِيَةِ، وَلاَ يَتَّهِبُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ كَسُوباً؛ خَوْفاً مِنَ النَّفَقَةِ، وَالمُكَاتَبَةُ لاَ تَتَزَوَّجُ، وَلاَ تُكَفِّرُ إِلاَّ بِالصِّيَامِ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِنْ جَرَىٰ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، فَفِي النُّفُوذِ قَوْلاَنِ، إِلاَّ العِتْقَ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

(أَحَدُهُمَا): طَرْدُ القَوْلَيْنِ.

(وَالثَّانِي): القَطْعُ بِالمَنْعِ؛ لإِشْكَالِ الوَلاَءِ، فَإِنْ نَفَّذْنَا، فَفِي الوَلاَءِ قَوْلاَنِ:

(أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لِلسَّيِّدِ.

(وَالثَّانِي): أَنَّهُ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَعْتِقَ المُكَاتَبَ يوماً، فَيَكُونَ لَهُ[1]. فَإِنْ مَاتَ رَقِيقاً ٱسْتَقَرَّ على السَّيِّدِ، وَلَوْ مَاتَ العَتِيقُ في مُدَّةِ التَّوقُّفِ، فَمِيرَاثُهُ لِلسَّيِّدِ؛ في قَوْلٍ.

وَلِبَيتِ المَالِ؛ في قَوْلٍ[2].

وَكِتَابَةُ عَبْدِهِ كَإِعْتَاقِهِ في النُّفُوذِ وَفِي الوَلاَءِ.

وَلَوْ ٱشْتَرَى المُكَاتَبُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ، رَجَعَ إِلى السَّيِّدِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَالقِنُّ لَوْ قَبِلَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، وَقُلْنَا: يَنْفُذُ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَنْفُذْ هَهُنَا، إِنْ خِيفَ وُجُوبُ النَّفَقَةِ في الحَالِ، وَإِنْ لَمْ يَخَفْ بِأَنْ كَانَ كَسُوباً، نَفَذَ، وَلَمْ يَكُنْ لِلسَّيِّدِ رَدُّهُ، وَهَلْ لَهُ رَدُّ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ رَدُّهُ، فَيَنْدَفِعُ المِلْكُ مِنَ الأَصْلِ، أَوْ يَنْقَطِعُ مِنْ حِينِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ ٱسْتَوْلَدَ المُكَاتَبَ جَارِيَتَهُ، فَوَلَدُهُ مُكَاتَبٌ عَلَيْهِ، أَيْ يَعْتِقُ بِعِتْقِهِ، وَيَرِقُّ بِرِقِّهِ، وَهَلْ تَصِيرُ أُمَّ الوَلَدِ مُسْتَوْلَدَتَهُ، إِذَا عَتَقَ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ.

---

(١) قال الرافعي: «والثاني أنه موقوف حتى يعتق المكاتب يوماً، فيكون له» أشار بهذا إلى ما ذكره الإمام أنه إن عجز ورُقّ يبقى التوقف، لأنه يرتقب عتقه من وجوه أُخر، والأظهر أنه إذا عجز ورُقّ يكون الولاء للسيد، ولا يوقف حتى يعتق يوماً من الدهر، أو يموت رقيقاً، بل يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة، أو يرقّ بالعجز، أو بالموت. [ت]

(٢) قال الرافعي: «ولو مات العتيق في مدة التوقف فميراثه للسيد في قول ولبيت المال في قول» الظاهر قول وراءهما وهو أنه يوقف كما يوقف الولاء. [ت]

(الحُكْمُ الرَّابِعُ حُكْمُ الوَلَدِ)، وَفِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ مِنَ الْمُكَاتَبَةِ إِلىٰ وَلَدِهَا الَّتِي تَلِدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ مِنْ زِناً أَوْ نِكاحٍ قَوْلانِ؛ كَمَا فِي سِرايَةِ التَّدْبِيرِ إِلاَّ أَنَّ هَذَا يَعْتِقُ بِعِتْقِ الأُمِّ، وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ لاَ يَعْتِقُ بعتْقِهَا، بَلْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَهَذَا يَعْتِقُ بِعِتْقِ الأُمِّ فِي (و) دَوَامِ الْكِتَابَةِ[1]، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي، فَحَقُّ المِلْكِ فِيهِ لِلسَّيِّدِ؛ فِي قَوْلٍ؛ فَكأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ حَتَّىٰ يُصْرَفَ إِلَيهِ بَدَلُهُ، إِذَا قُتِلَ، يَنْفُذُ إِعْتَاقُهُ، وَيُصْرَفُ إِلَيهِ كَسْبُهُ، مَهْمَا رَقَّ، وَيَلْزَمُهُ (و) نَفَقَتُهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ.

وَفِي قَوْلٍ: هُوَ مِنْ كَسْبِ الْمُكَاتَبَةِ؛ فَيَكُونُ كَسَائِرِ عَبِيدِهَا، وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبِ مِنْ جَارِيَتِهِ، فَهُوَ كَسْبٌ لَهُ، قَوْلاً وَاحِداً لاَ يَنْفُذُ فِيهِ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَوْ جَنَىٰ، لَمْ يَكُن (و) لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لأَنَّ فِدَاءَهُ كَشِرَائِهِ، فَإِنَّهُ لاَ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِي وَلَدِهِ، بَلْ يُكَاتَبُ عَلَيْهِ.

(فَرْعٌ) إِذَا وَطِىءَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَتَهُ، فَقَدْ تَعَدَّىٰ، وَلَكِنْ لا حَدَّ (و) وَيَجِبُ الْمَهْرُ (و م) وَقِيمَةُ الوَلَدِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّ وَلَدَهَا كَسْبُهَا، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ بَعْدِ الْعَجْزِ وَالرِّقِّ، أَوْ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَلاَ شَيْءَ لَهَا، ثُمَّ هِيَ مُسْتَوْلَدَةٌ وَمُكَاتَبَةٌ، فَإِنْ أَدَّتِ النُّجُومَ، عَتَقَتْ، وَإِلاَّ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

(الْحُكْمُ الخَامِسُ: حُكْمُ الجِنَايَةِ): فَإِذَا جَنَىٰ عَلَىٰ أَجْنَبِيٍّ، أَوْ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، يَلْزَمُهُ الأَرْشُ، فَإِنْ زَادَ الأَرْشُ (ح) عَلَىٰ رَقَبَتِهِ، فَفِي وُجُوبِ الزِّيَادَةِ قَوْلاَنِ؛ لأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَىٰ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ، فَلاَ يَبْقَىٰ مُتَعَلَّقٌ سِوَى الرَّقَبَةِ، وَلَوْ جَنَىٰ عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِ الْمُكَاتِبِ، فَلَيْسَ لَهُ فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَهُ بَعْدَ الجِنَايَةِ، لَزِمَهُ الفِدَاءُ؛ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ، وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ السَّيِّدِ، فَأَعْتَقَهُ، فَالصَّحِيحُ؛ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالأَرْشِ بَعْدَ العِتْقِ، وَلَوْ جَنَىٰ ٱبْنُ الْمُكَاتَبِ، فَلاَ يَفْدِيهِ(و)، وَلَوْ جَنَىٰ ٱبْنُهُ عَلَىٰ عَبْدِهِ، فَهَلْ يَبِيعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ ٱسْتَحَقَّ (ح) الْمُكَاتِبُ قِصَاصاً عَلَىٰ عَبْدِهِ أَوْ عَبْدِ غَيْرِهِ، جَازَ لَهُ ٱلاسْتِيفَاءُ.

وَقِيلَ: يَجِبُ أَخْذُ الأَرْشِ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ السَّيِّدُ بِالقِصَاصِ.

وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَىٰ عَبْدِهِ، فَلِلسَّيِّدِ القِصَاصُ، وَلَوْ قُتِلَ الْمُكَاتَبُ، ٱنْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، وَلِلسَّيِّدِ القِيمَةُ.

---

(١) قال الرافعي: «إلا أن هذا يعتق بعتق الأم إلى أن قال: وهذا يعتق بعتق الأم في دوام الكتابة» وهذا اللفظ الثاني مغنٍ عن الأوَّل. [ت]