

حواشي
الشيخ عبد الحميد الشرواني
والشيخ أحمد بن قاسم العبادي

على
تحفة المحتاج بشرح المنهاج

للإمام
شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي

وضعت حاشية الشرواني في أعلى كل صحيفة
وحاشية ابن قاسم أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

وبهامشه
تحفة المحتاج بشرح المنهاج

الجزء العاشر

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

كتاب الأيمان

بالفتح جمع يمين، لأنهم كانوا يضعون أيمانهم بعضها
ببعض عند الحلف، وأصل اليمين القوة فلتقوية الحلف
الحث على الوجود أو العدم سمي يمينا، ويرادفه الإيلاء
والقسم. وهي شرعا بالنظر لوجوب تكفيرها تحقيق أمر
محتمل <ص: 3> بما يأتي وتسمية الحلف بنحو الطلاق

يمينا شرعية التي اقتضاها كلام الرافعي غير بعيد، وإن نوزع فيه ويؤيد تصريحهم بمرادفة الإيلاء لليمين مع تصريحهم بأن الإيلاء لا يختص بالحلف بالله، نعم مر قولهم الطلاق لا يحلف به أي: لا يطلب، وإن كان فيه التحقيق المذكور، فلذا سمي يمينا بهذا الاعتبار، وحينئذ فذكر النظر لوجود التكفير إنما هو لبيان اليمين الحقيقية لا لمنع إلحاق ما لا تكفير فيه بها في التحقيق المذكور فخرج بالتحقيق لغو اليمين الآتي، وبالمحتمل نحو: لأموتن أو لأصعدن السماء لعدم تصور الحنث فيه بذاته فلا إخلال فيه بتعظيم اسمه تعالى، بخلاف لأمت ولأصعدن السماء ولأقتلن الميت فإنه يمين يجب تكفيرها حالا ما لم يقيد بوقت كغد، فيكفر غدا وذلك لهتكه حرمة الاسم، ولا تزد هذه على التعريف لفهمها منه بالأولى إذ المحتمل له فيه شائبة عذر باحتمال الوقوع وعدمه، بخلاف هذا فإنه عند الحلف هاتك لحرمة الاسم لعلمه باستحالة البر فيه وأبدل محتمل بغير ثابت ليدخل فيه الممكن والممتنع وأجمعوا على انعقادها ووجوب الكفارة بالحنث فيها، وشرط الحالف يعلم مما مر في الطلاق وغيره، بل ومما يأتي من التفصيل بين القصد وعدمه، وهو مكلف أو سكران مختار قاصد فخرج صبي ومجنون ومكره ولاغ. لا تنعقد اليمين إلا بذات الله تعالى إلخ. (لا تنعقد) اليمين (إلا بذات الله تعالى) <ص: 4> أي: اسم دال عليها، وإن دل على صفة معها وهي في اصطلاح المتكلمين الحقيقة والإنكار عليهم بأنها لا تعرف إلا بمعنى صاحبة مردود بتصريح الزجاج وغيره بالأول بل صرح بذلك خبيب رضي الله عنه عند قتله بقوله وذلك في ذات الإله (أو صفة له) وستأتي فالأول بقسميه (كقوله: والله ورب العالمين) أي: مالك المخلوقات، لأن كل مخلوق علامة على وجود خالقه، (والحي الذي لا يموت ومن نفسي بيده) أي: قدرته يصرفها كيف شاء ومن فلق الحبة (وكل اسم مختص به) الله (سبحانه وتعالى) غير ما ذكر ولو مشتقا ومن غير أسمائه الحسنی كالإله ومالك يوم الدين والذي أعبده أو أسجد له ومقلب القلوب فلا تنعقد بمخلوق: كنبى وملك للنهي الصحيح عن الحلف بالآباء، وللأمر بالحلف بالله. وروى الحاكم خبر {من حلف بغير الله فقد كفر}، وفي رواية: {فقد أشرك} وحملوه على ما إذا قصد تعظيمه كتعظيم الله تعالى، فإن لم يقصد ذلك أثم عند أكثر

أصحابنا أي: تبعا لنص الشافعي الصريح فيه، كذا قاله شارح.

والذي في شرح مسلم عن أكثر الأصحاب الكراهة وهو المعتمد وإن كان الدليل ظاهرا في الإثم، قال بعضهم: وهو الذي ينبغي العمل به في غالب الأعصار لقصد غالبهم به إعظام المخلوق ومضاهاته لله تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا. وقال ابن الصلاح: يكره بماله حرمة شرعا كالنبي ويحرم بما لا حرمة له كالطلاق، وذكر الماوردي أن للمحتسب التحليف بالطلاق دون القاضي، بل يعزله الإمام إن فعله، وفي خبر ضعيف {ما حلف بالطلاق مؤمن ولا استحلف به إلا منافق}، وإدخاله الباء على المقصور بناء على ما تقرر في محله الذي سلكه شارح لا ينافيه إدخاله لها في الروضة على المقصور عليه في قوله: يختص بالله لما مر أنها تدخل على المقصور والمقصور عليه وبه يندفع تصويب من حصر دخولها على المقصور فقط للمتن، لأن معناه لا يسمى به غير الله وهو المراد، وإفساد ما في الروضة بأن معناه يسمى الله به ولا يسمى بغيره وليس مرادا ومر أول القسم والنشوز ما يوضح ما ذكرته. >ص: 5< وأورد على المتن اليمين الغموس وهي أن يحلف على ماض كاذبا عامدا فإنها يمين بالله ولا تنعقد، لأن الحنث اقترن بها ظاهرا وكذا باطنا على الأصح، ويرد بأنه اشتباه نشأ من توهم أن المحصور الأخير والمحصور فيه الأول وليس كذلك، بل المقرر أن المحصور فيه هو الجزء الأخير فانعقادها هو المحصور واسم الذات أو الصفة هو المحصور فيه، فمعناه كل يمين منعقدة لا تكون إلا باسم ذات أو صفة. وهذا حصر صحيح لا أن كل ما هو باسم الله أو صفته يكون منعقدا فتأمله، على أن جمعا متقدمين قالوا بانعقادها (ولا يقبل) ظاهرا ولا باطنا (قوله: لم أرد به اليمين) يعني لم أرد بما سبق من الأسماء والصفات لله تعالى، لأنها نص في معناها لا تحتل غيره. أما لو قال في نحو بالله أو والله: لأفعلن أردت بها غير اليمين كبالله أو والله المستعان أو وثقت أو استعنت بالله، ثم ابتدأت بقولي: لأفعلن فإنه يقبل ظاهرا كما في الروضة وأصلها، لكن بالنسبة لحق الله تعالى دون طلاق وإيلاء وعتق >ص: 6< فلا يقبل ظاهر التعلق حق الغير به. (وما انصرف إليه سبحانه عند الإطلاق) غالبا وإلى غيره بالتقييد (كالرحيم

والخالق والرازق) والمصور والجبار والمتكبر والحق والقاهر والقادر (والرب تنعقد به اليمين)، لانصراف الإطلاق إليه تعالى، وأل فيها للكمال. (إلا أن يريد) بها (غيره) تعالى بأن إرادته تعالى أو أطلق بخلاف ما لو أراد بها غيره، لأنه قد يستعمل في ذلك كرحيم القلب وخالق الكذب. واستشكل الرب بأل بأنه يستعمل في غير الله تعالى فينبغي إلحاقه بالأول ويرد بأن أصل معناه يستعمل في غيره تعالى فصح قصده به، وأل قرينة ضعيفة لا قوة لها على إلغاء ذلك القصد. (وما استعمل فيه وفي غيره) تعالى (سواء كالشيء والموجود والعالم) بكسر اللام (والحي) والسميع والبصير والعليم والحليم والغني (ليس بيمين إلا بنية)، بأن إرادته تعالى بها بخلاف ما إذا أراد بها غيره أو أطلق، لأنها لما أطلقت عليهما سواء أشبهت الكنايات، والاشتراك إنما يمنع الحرمة والتعظيم عند عدم النية، ثم رأيت ابن أبي عصرون أجاب به ويقع من العوام الحلف بالجناب الرفيع ويريدون به الله تعالى مع استحالة عليه إذ جناب الإنسان فناء داره فلا ينعقد وإن نوى به ذلك كما قاله أبو زرعة، لأن النية لا تؤثر مع الاستحالة، ولو سلمنا أن الرفيع من أسمائه تعالى بناء على أخذها من نحو رفيع المدرجات ومر ما فيه في الردة

(و) الثاني ويختص من الصفات بما لا شركة فيه وهو (الصفة) الذاتية <ص: 7> وهي (كوعظمة الله وعزته وكبريائه وكلامه وعلمه وقدرته ومشئته) وإرادته، والفرض أنه أتى بالظاهر بدل الضمير في الكل (يمين)، وإن أطلق، لأنه تعالى لما لم يزل موصوفاً بها أشبهت أسماءه المختصة به، وأخذ من كون العظمة صفة منع قول الناس سبحان من تواضع كل شيء لعظمته، لأن التواضع للصفة عبادة لها، ولا يعبد إلا الذات ورد بأن العظمة هي المجموع من الذات والصفات، فإن أريد بذلك هذا فصحيح أو مجرد الصفة فممتنع، ولم يبينوا حكم الإطلاق ويظهر أنه لا منع فيه، وعلم مما فسر به الصفة أن المراد بالاسم جميع الأسماء الحسنی التسعة والتسعين وما في معناها مما مر، سواء اشتق من صفة ذاته كالسميع أو فعله كالخالق، (إلا أن ينوي بالعلم المعلوم وبالقدرة المقذور) <ص: 8> وبالعظمة وما بعدها ظهور آثارها كأن يريد بالكلام الحروف الدالة عليه، وإطلاق كلام الله تعالى عليها حقيقة شائعة

في الكتاب والسنة فلا يكون يمينا، لأن اللفظ محتمل لذلك وتنعقد بكتاب الله وبنحو التوراة ما لم يرد الألفاظ كما هو ظاهر، ثم رأيت الزركشي قال: لو حلف المسلم بآية منسوخة من القرآن أو بنحو التوراة تنعقد يمينا، لأنه كلام الله ومن صفات الذات قاله القاضي، وينبغي أن تكون المنسوخة على الخلاف في أنه هل يحرم على المحدث مسه؟ وهل تبطل الصلاة بقراءته؟ والصحيح لا يحرم وتبطل، وبه يقوى عدم الانعقاد ا هـ. ويرد تخريجه بأن المدار هنا على المعنى وهو كلام الله النفسي بلا شك وثم على الألفاظ، ولا حرمة لها بعد نسخها فالوجه ما ذكرته من الانعقاد ما لم يرد اللفظ وبالقرآن ما لم يرد به نحو الخطبة وبالمصحف ما لم يرد به ورقه وجلده، وإن نازع فيه الإسنوي، لأنه عند الإطلاق لا ينصرف عرفا إلا لما فيه من القرآن، ومنه يؤخذ أنه لا فرق بين أن يقول: والمصحف أو وحق المصحف

(ولو قال: وحق الله) أو وحرمة لأفعلن أو ما فعلت كذا (فيمين)، وإن أطلق لغلبة استعماله فيها، ولأن معناه وحقيقة الإلهية، نعم قال جمع: لا بد مع الإطلاق من جر حق وإلا كان كناية ويفرق بينه وبين ما يأتي أنه لا فرق بين الجر وغيره بأن تلك صرائح فلم يؤثر فيها الصرف بخلاف هذا كما قال: (إلا أن يريد) بالحق (العبادات) فلا يكون يمينا قطعاً، لأنه يطلق عليها، وقضية كلامهم الآتي في الدعاوى أن الطالب أي الغالب المدرك المهلك صرائح في اليمين، واعترض بأن أسماء الله تعالى توقيفية على الأصح، ولم يرد شيء منها فلا يجوز إطلاقها عليه كما قاله الخطابي وغيره، وإن اعتذر عنهم بأنهم إنما استحسوها لما فيها من الجلالة والردع للحالف عن اليمين الغموس ويجب بأنهم جروا في ذلك على مقابل <ص: 9> الأصح للمصلحة المذكورة

(و حروف القسم) المشهورة: (باء) موحدة (وواو وتاء) فوقية (كبالله ووالله وتالله) فهي صريحة فيه جر أو نصب أو رفع أو سكن، لأن اللحن لا يمنع الانعقاد، وزيد رابع وهو: الله أي: بناء على أن الألف هي الجارة. أما على الأصح أن الجار المحذوف، وتلك عوض عنه فلا زيادة وبدأ بالباء، لأنها الأصل في القسم لغة والأعم لدخولها على المظهر والمضمر ثم بالواو لقربها منها مخرجا بل قيل إنها

مبدلة منها، ولأنها أعم من التاء، لأنها وإن اختصت بالمظهر تعم الجلالة وغيرها، ولأنه قيل إن التاء بدل منها (وتختص التاء) الفوقية (بالله) أي بلفظ الجلالة وشذترب الكعبة وتالرحمن، ويظهر أنها لا تنعقد بهما إلا بنية فمن أطلق الانعقاد <ص: 10> بهما وجعله واردا على كلامهم فقد أبعد، ويكفي في احتياجه للنية شذوذه، ومثلهما بالله بالتحية وفالله بالفاء والله بالاستفهام قيل: صوابه ويختص الله بالتاء، لأن الباء مع فعل الاختصاص إنما تدخل على المقصور فيقتضي أن الجلالة لا تدخل عليها الواو والباء وهو مناقض لما قدمه اه. وليس في محله لما مر أنها تدخل على المقصور عليه أيضا بل هو الأصل السالم من المجاز أو التضمين كما مر.

(ولو قال: الله مثلا لأفعلن كذا) ويجوز مد الألف وعدمه إذ حكمهما واحد، (ورفع أو نصب أو جر) أو سكن، أو قال: أشهد بالله أو لعمر الله أو علي عهد الله وميثاقه وذمته وأمانته وكفالاته لأفعلن كذا (فليس يمين إلا بنية) للقسم، لاحتماله لغيره احتمالا ظاهرا ولا ينافيه في الأولى صحة ذلك نحو إذ الجر بحذف الجار وإبقاء عمله والنصب بنزع الخافض والرفع بحذف الخبر أي: الله أحلف به والسكون بإجراء الوصل مجرى الوقف على أن هذه كلها لا تخلو من شذوذ، بل قيل: الرفع لحن لكنه غير صحيح كما تقرر، وقيل: يفرق بين نحوي وغيره ويرد بأنه حيث لم ينو اليمين ساوى غيره في احتمال لفظه، وبله بتشديد اللام وحذف الألف لغو، وإن نوى بها اليمين، لأن هذه كلمة غير الجلالة إذ هي الرطوبة ذكره في الروضة وهو متجه، وإن اعترض معنى ونقلا، وأنا وإن سلمنا أنها لغة هي غريبة جدا في الاستعمال العرفي، فلا يعول عليها وزعم أنها شائعة المراد منه شيوعها في السنة العوام، كما صرح به غير واحد ولا عبرة بالشيوخ في ألسنتهم. (ولو قال: أقسمت أو أقسم أو حلفت أو أحلف) أو آليت أو أولي (بالله لأفعلن) كذا (فيمين إن نواها) لاطراد العرف باستعمالها يمينا وأيده بنيتها، (أو أطلق) للعرف المذكور وبه فارق شهدت أو أشهد بالله فإنه محتاج لنية اليمين به، لأنه لم يشتهر في اليمين، نعم هو في اللعان صريح كما مر، أما مع حذف بالله فلغو، وإن نوى اليمين. (ولو قال: قصدت) بما ذكرت (خبرا ماضيا) في نحو أقسمت (أو مستقبلا) في نحو أقسم (صدق باطنا)، فلا

تلزّمه كفارة، (وكذا ظاهرا) <ص: 11> ولو في نحو: أقسمت بالله لا وطئتكَ (على المذهب) لاحتمال ما يدعيه، بل ظهوره ولو عرفت له يمين سابقة قبل في نحو أقسمت جزما

(ولو قال لغيره: أقسمت عليك بالله أو أسألك بالله لتفعلن) كذا (وأراد يمين نفسه فيمين) لصلاحيّة اللفظ لها مع اشتهاؤه على السنة حملة الشرع، وكأنه في الأخيرة ابتداء الحلف بقوله بالله ويندب للمخاطب إبراره في غير معصية، ويظهر إلحاق المكروه بها، ثم رأيتّه مصرحا به فإن أبى كفر الحالف وقال أحمد: بل المخاطب (وإلا) يقصد يمين نفسه، بل الشفاعة أو يمين المخاطب أو أطلق (فلا) تنعقد اليمين، لأنه لم يحلف هو ولا المخاطب وظاهر صنيعه حيث سوى بين حلفت وغيرها فيما مر لا هنا أن حلفت عليك ليست كأقسمت وآليت عليك، ويوجه بأن هذين قد يستعملان لطلب الشفاعة بخلاف حلفت ويكره رد السائل بالله أو بوجهه في غير المكروه والسؤال بذلك كما

مر (ولو قال: إن فعلت كذا فأنا <ص: 12> يهودي) أو نصراني (أو بريء من الإسلام)، أو من الله أو من النبي أو مستحل الخمر (فليس بيمين)، لانتفاء الاسم والصفة ولا كفارة، وإن حنث، نعم يحرم ذلك كما في الأذكار كغيره ولا يكفر به إن قصد تبعيد نفسه عن المحلوف عليه أو أطلق، فإن علق أو أراد الرضا بذلك إذا فعل كفر حالا، ولو مات مثلا ولم يعرف قصده حكم بكفره حيث لا قرينة تحمله على غيره على ما اعتمده الإسنوي، لأن اللفظ بوضعه يقتضيه، وقضية كلام الأذكار خلافه وهو الصواب، وإذا لم يكفر سن له أن يستغفر الله ويقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله وأوجب صاحب الاستقصاء ذلك لخبر الصحيحين {من حلف باللاتي والعزى فليقل لا إله إلا الله} وحذفهم أشهد هنا لا يدل على عدم وجوبه في الإسلام الحقيقي، لأنه يغتفر فيما هو للاحتياط ما لا يغتفر في غيره، على أنه لو قيل: الأولى أن يأتي هنا بلفظ أشهد فيهما لم يبعد، لأنه إسلام إجماعا بخلافه مع حذفه.

(ومن سبق لسانه إلى لفظها) أي اليمين (بلا قصد) كبلّى والله ولا والله في نحو غضب أو صلة كلام (لم تنعقد) لقوله تعالى {لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم} الآية،

وعقدتم فيها قصدتم لآية { : ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم، } وضح أنه صلى الله عليه وسلم فسر لغوها بقول الرجل: لا والله وبلى والله، وفسره ابن الصلاح بأن المراد بهما البدل لا الجمع حتى لا ينافي قول الماوردي لو جمع انعقدت الثانية، لأنها استدراك فكانت مقصودة، وهو ظاهر إن علم أنه قصدتها وكذا إن شك، لأن الظاهر أنه قصدتها، أما إذا علم أنه لم يقصدتها فواضح أنه لغو ولو قصد الحلف على شيء فسبق لسانه لغيره فهو من لغوها. وجعل منه صاحب الكافي ما إذا دخل على صاحبه فأراد أن يقوم له فقال: والله لا تقم لي، وأقره إنه مما تعم به البلوى ا هـ. <ص: 13> وليس بالواضح، لأنه إن قصد اليمين فواضح أو لم يقصدتها فعلى ما مر في قوله: لم أرد به اليمين ولا تقبل ظاهرا دعوى اللغو في طلاق أو عتق أو إيلاء كما مر.

(وتصح) اليمين (على ماض) كما فعلت كذا أو فعلته إجماعا (و) على (مستقبل) كالأفعلن كذا أو لا أفعله، للخبر الصحيح { : والله لأغزون قريشا }، (وهي) أي اليمين (مكروهة) { : ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم } أي: لا تكثروا من الحلف به، وروى ابن ماجه: { إنما الحلف حنث أو ندم }، وهذا هو الأصل فيها كما أفاده قوله. (إلا في طاعة) من فعل واجب أو مندوب وترك حرام أو مكروه فطاعة اتباعا للخبر السابق: { والله لأغزون قريشا }، وإلا لحاجة كتوكيد كلام كقوله صلى الله عليه وسلم { فوالله لا يمل الله حتى تملوا } أو تعظيم أمر كقوله { والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيرا }، وإلا في دعوى عند حاكم فلا يكره، بل قال بعضهم: يسن، وإنما يتجه الندب في الأولين إن كانا دينين كما في الحديثين، وفي الأخير إن قصد صون المستحلف له عن الحرام لورد عليه ومع ذلك فتعففه عن اليمين وتحليله أكمل كما هو ظاهر. (فإن حلف على ترك واجب أو فعل حرام عصي) بالحلف، نعم لا يعصي من حلف على ترك واجب على الكفاية لم يتعين عليه أو يمكن سقوطه كالقود يسقط بالعفو كما بحثهما البلقيني واستدل لثانيهما بقول أنس بن النضر: والله لا تنكسر ثنية الربيع، (ولزمه الحنث)، لأن الإقامة على هذه الحالة معصية (وكفارة)، ومثله لو حلف بالطلاق ليصومن العيد فيلزمه الحنث ويقع عليه الطلاق، لكن مع غروبه لاحتمال موته

قبله، ولو كان له طريق غير الحنث كلا ينفق على زوجته لم يلزمه إذ يمكنه إعطاؤها من صداقها <ص: 14> أو قرضها ثم إبراؤها (أو) على (ترك مندوب) كنافلة (أو فعل مكروه) كاستعمال متشمس (سن حنثه وعليه كفارة)، لأنه صلى الله عليه وسلم قال: {من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه} رواه الشيخان، وإنما {أقر صلى الله عليه وسلم الأعرابي على قوله: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص}، لأن يمينه تضمنت طاعة وهو امتثال الأمر (أو) على فعل مندوب أو ترك مكروه كره حنثه، أو على (ترك مباح أو فعله) كدخول دار وأكل طعام كلا تأكله أنت وكلا أكله أنا، وقول البغوي يسن الأكل في الثانية ضعيف، وذكر لا تأكله أنت هو ما وقع لشارح، وهو غفلة عما مر أنه يندب إبرار الحالف بشرطه، (فالأفضل ترك الحنث) إبقاء لتعظيم الاسم، نعم إن كان من شأنه تعلق غرض ديني بفعله أو تركه كلا يأكل طيبا أو لا يلبس ناعما فإن قصد التأسى بالسلف أو الفراغ للعبادة فهي طاعة فيكره الحنث فيها، وإلا فهي مكروهة فيندب فيها الحنث، (وقيل): الأفضل (الحنث) لينتفع المساكين بالكفارة. وبحث الأذرعى أنه لو كان في عدم الحنث أذى للغير كأن حلف لا يدخل أو لا يأكل أو لا يلبس كذا، ونحو صديقه يكرهه، كان الأفضل الحنث قطعاً. (تنبيه) قال الإمام لا يجب اليمين مطلقاً، واعترضه الشيخ عز الدين بوجوبها فيما لا يباح بالإباحة كالنفس والبضع إذا تعينت للدفع عنه، قال: بل الذي أراه وجوبها لدفع يمين خصمه الغموس على مال، وإن أبيح بالإباحة هـ. والأوجه في الأخير عدم الوجوب. (وله) أي: الحالف بعد اليمين (تقديم كفارة بغير صوم على حنث جائز) أي: غير حرام. <ص: 15> ليشمل الأقسام الخمسة الباقية للخبر الصحيح {فكفر عن يمينك ثم أتت الذي هو خيراً}، لأن سبب وجوبها اليمين والحنث جميعاً، والتقديم على أحد السببين جائز كما مر آخر الزكاة، نعم الأولى تأخيرها عنهما خروجاً من الخلاف، ومر أن من حلف على ممتع البر يكفر حالاً بخلافه على ممكنه، فإن وقت الكفارة فيه يدخل بالحنث، أما الصوم فيمتنع تقديمه على الحنث، لأنه عبادة بدنية (قيل و) على حنث (حرام قلت هذا أصح والله أعلم)، فلو حلف لا يزني فكفر ثم زنى لم تلزمه كفارة أخرى، لأن

الخطر في الفعل ليس من حيث اليمين لحرمة المحلوف عليه قبلها وبعدها، فالتكفير لا يتعلق به استباحة وشرط أجزاء العتق المعجل كفارة بقاء العبد حيا مسلما إلى الحنث بخلاف نظيره في تعجيل الزكاة، لا يشترط بقاء المعجل إلى الحول، قيل: فيحتاج للفرق أ هـ. وقد يفرق بأن المستحقين ثم شركاء للمالك وقد قبضوا حقهم، وبه يزول تعلقهم بالمال ناجزا، وإن تلف قبل الحول، لأنهم عنده لم يبق لهم تعلق، وأما هنا فالواجب في الذمة وهي لا تبرأ عنه إلا بنحو قبض صحيح، فإذا مات العتيق أو ارتد بان بالحنث الموجب للكفارة بقاء الحق في الذمة، وأنها لم تبرأ عنه بما سبق، لأن الحق لم يتصل بمستحقه وقت وجوب الكفارة، ولو قدمها ولم يحنث استرجع كالزكاة أي: إن شرط أو علم القابض التعجيل وإلا فلا قال البغوي: ولو أعتق ثم مات <ص: 16> أي: مثلا قبل حنثه وقع العتق تطوعا، لتعذر الاسترجاع فيه أي: لأنه لما لم يقع هنا حنث بان أن العتق تطوع من غير سبب.

(و) يجوز تقديم (كفارة ظهار على العود إذا كفر بغير صوم كان) ظاهر من رجعية ثم كفر ثم راجعها، وكان طلق رجعيا عقب ظهاره ثم كفر ثم راجع، أما عتقه عقب ظهاره فهو تكفير مع العود، لأن اشتغاله بالعتق عود، وذلك لوجود أحد السببين ومن ثم امتنع تقديمها على الظهار.

(و) يجوز تقديم كفارة (قتل على الموت) وبعد وجود سببه من جرح أو نحوه. (و) يجوز تقديم (منذور مالي) على ثاني سببه كما إذا نذر تصدقا أو عتقا إن شفي مريضه أو عقب شفائه بيوم فأعتق أو تصدق قبل الشفاء ووقع لهما في الزكاة خلاف هذا، واعتمد البلقيني وغيره هذا، لأن القاعدة في ذي السببين يجوز تقديمه على أحدهما لا عليهما صريحة فيه.

(فصل) في بيان كفارة اليمين (يتخير) الرشيد الحر ولو كافرا (في كفارة اليمين بين عتق كالظهار) أي: كعتق جزأ فيه بأن تكون رقبة كاملة مؤمنة بلا عيب يخل بالعمل أو الكسب ولو نحو غائب علمت حياته أو بانت كما مر، وهو أفضلها ولو في زمن الغلاء خلافا لما بحثه ابن عبد السلام أن الإطعام فيه أفضل (وإطعام عشرة مساكين، كل مسكين مد حب) أو غيره مما يجزئ في الفطرة (من غالب قوت البلد) في غالب السنة أي: بلد

المكفر، فلو أذن لأجنبي أن يكفر عنه اعتبر بلده لا بلد الأذن فيما يظهر، فإن قلت: قياس ما مر في الفطرة اعتبار بلد المكفر عنه قلت يفرق بأن تلك طهارة للبدن، فاعتبر بلده بخلاف هذه، نعم في كثير من النسخ بلده، وقضيتها اعتبار بلد الحالف وإن كان المكفر غيره في غير بلده، وهو محتمل لما ذكر من مسألة الفطرة، ولا ينافي ما تقرر جواز نقل الكفارة، لأنه لملاحظ آخر. <ص: 17> وأفهم كلامه أنه لا يجوز صرف أقل من مد لكل واحد ولا لدون عشرة ولو في عشرة أيام (أو كسوتهم بما يسمى كسوة)، ويعتاد لبسه بأن يعطيهم دينك على جهة التملك، وإن فاوت بينهم في الكسوة (كقميص) ولو بلا كم (أو عمامة)، وإن قلت أخذا من أجزاء منديل اليد (أو إزار) أو مقنعة أو رداء أو منديل يحمل في اليد أو الكم لقوله تعالى {فكفارته إطعام عشرة مساكين} الآية. (لا) ما لا يسمى كسوة ولا ما لا يعتاد كالجلود فإن اعتيدت أجزاء فمن الأول نحو (خف وقفازين) ودرع من نحو حديد ومداس ونعل وجورب وقلنسوة وقبع وطاقية (ومنطقة) وتكة وفصادية وخاتم وتبان لا يصل للركبة وبساط وهميان وثوب طويل أعطاه للعشرة قبل تقطيعه بينهم، لأنه ثوب واحد وبه فارق ما لو وضع لهم عشرة أمداد وقال: ملكتكم هذا بالسوية أو أطلق، لأنها أمداد مجتمعة، ووقع لشيخنا في شرح المنهج أجزاء العرقية وهو مشكل بنحو القلنسوة، وأجيب بأنها في عرف أهل مصر تطلق على ثوب يجعل تحت البرذعة ويرشد إليه قرنه إياها بالمنديل، وأفهم التخيير امتناع التبويض، كان يطعم خمسة ويكسو خمسة. (ولا يشترط) كونه مخيطا ولا ساترا للعورة، ولا (صلاحيته للمدفع إليه فيجوز سراويل) ونحو قميص (صغير) أي دفعه (لكبير لا يصلح له)، وإن نازع فيه جمع (وقطن وكتان وحرير) وصوف ونحوها (لامرأة ورجل)، لوقوع اسم الكسوة على الكل ولو متنجسا لكن عليه أن يعرفهم به لئلا يصلوا فيه، وقضيته أن كل من أعطى غيره ملكا أو عارية مثلا ثوبا به نجس خفي غير معفو عنه بالنسبة لاعتقاد الآخذ عليه إعلامه به حذرا من أن يوقعه في صلاة فاسدة، ويؤيده قولهم: من رأى مصليا به نجس غير معفو عنه أي: عنده لزمه إعلامه به وفارق التبان السراويل الصغير بأن التبان لا يصلح ولا يعد لستر عورة صغير فضلا عن غيره،

فإن فرض أنه يعد لستر عورة صغير فهو السروال الصغير. (وليس) أي: ملبوس كثيرا إن (لم تذهب) عرفا (قوته) باللبس كالحب العتيق بخلاف ما ذهبت قوته كالمهلهل النسيج الذي لا يقوى على الاستعمال ولو جديدا ومرقع لا بلي ومنسوج من جلد ميتة أي: وإن اعتيد كما هو ظاهر. (فإن عجز) بالطريق السابق في كفارة الظهر <ص: 18> (عن) كل من (الثلاثة) المذكورة (لزمه صوم ثلاثة أيام) للآية إذ هي مخيرة ابتداء مرتبة انتهاء، (ولا يجب تتابعها في الأظهر) لإطلاق الآية، وصح عن عائشة رضي الله عنها كان فيما أنزل ثلاثة أيام متتابعات فسقطت متتابعات، وهو ظاهر في النسخ خلافا لمن جعله ظاهرا في وجوب التتابع الذي اختاره كثيرون، وأطالوا في الاستدلال له بما أطال الأولون في رده (وإن غاب ماله انتظره) ولا يصم، لأنه واجد، وفارق متمتعا له مال ببلده بأن القدرة فيه اعتبرت بمكة، لأنها محل نسكه الموجب للدم فلم ينظروا لغيرها وهنا اعتبرت مطلقا فلم يفرقوا هذا بين غيبة ماله لمسافة القصر وأقل، وبحث البلقيني تقييده بدونها بخلاف من عليها، لأنه عد معسرا في الزكاة. وفسخ الزوجة والبائع مردود بأنه إنما عد كذلك ثم للضرورة ولا ضرورة، بل ولا حاجة هنا إلى التعجيل، لأنها واجبة على التراخي أي: أصالة، وحيث لم يَأثم بالحلف وإلا لزمه الحنث والكفارة فورا كما هو ظاهر.

(ولا يكفر) محجور عليه بسفه أو فلس بالمال بل بالصوم، لأنه ممنوع من التبرع ولو زال حجره قبل الصوم امتنع، لأن العبرة بوقت الأداء لا الوجود ولا يكفر عن ميت بأزيد الخصال قيمة، بل يتعين أقلها أو إحداهما إن استوت قيمها ولا (عبد بمال) لعدم ملكه (إلا إذا ملكه سيده) أو غيره (طعاما أو كسوة) ليكفر بهما أو مطلقا. (وقلنا) بالضعيف (إنه يملك)، ثم أذن له في التكفير فإنه يكفر، نعم لسيدة بعد موته أن يكفر عنه على المعتمد بغير العتق من إطعام أو كسوة، لأنه حينئذ لا يستدعي دخوله في ملكه بخلافه في الحياة، ولزوال الرق بالموت ولسيد المكاتب أن يكفر عنه بذلك بإذنه، وللمكاتب بإذن سيده التكفير بذلك أيضا، وفارق العتق بأن القن ليس من أهل الولاء (بل يكفر) حتى في المرتبة كالظهار (بصوم) لعجزه عن غيره، (فإن ضره) الصوم في الخدمة (وكان حلف وحنث بإذن سيده صام بلا

إذن). وليس له منعه لإذنه في سببه، فلا نظر لكونها على التراخي (أو وجدا) أي الحلف والحنث (بلا إذن لم يصم إلا بإذن)، لأنه لم يأذن في سببه والفرض أنه يضره فإن شرع فيه جاز له تحليله. <ص: 19> أما إذا لم يضره ولا أضعفه، فلا يجوز له منعه منه مطلقا. (وإن أذن في أحدهما، فالأصح اعتبار الحلف)، لأن إذنه فيه إذن فيما يترتب عليه، والأصح في الروضة وغيرها اعتبار الحنث، بل قيل: الأول سبق قلم، لأن اليمين مانعة منه فليس إذنه فيها إذنا في التزام الكفارة، وبه فارق ما مر أن الإذن في الضمان دون الأداء يقتضي الرجوع بخلاف عكسه، وخرج بالعبد الأمة التي تحل له فلا يجوز لها بغير إذنه صوم مطلقا تقديما لاستمتاعه، لأنه ناجز، أما أمة لا تحل له فكالعبد فيما مر، وبحث الأذرعى أن الحنث الموجب كالحنث المأذون فيه فيما ذكر لوجوب التكفير فيه على الفور، والذي يتجه ما أطلقوه، لأن السيد لم يبطل حقه بإذنه وتعدي العبد لا يبطله، نعم لو قيل: إن إذنه في الحلف المحرم كإذنه في الحنث لم يبعد، لأنه حينئذ التزام للكفارة لوجوب الحنث المستلزم لها فورا. (ومن بعضه حر وله مال يكفر بطعام أو كسوة) لا صوم، لأنه واجد (ولا عتق) لنقصه عن أهلية الولاء، نعم إن علق سيده عتقه بتكفيره بالعتق كان أعتقت عن كفارتك فنصيبي منك حر قبله أو معه صح لزوال المانع به، أما إذا لم يكن له مال فيكفر بالصوم أي: في نوبته بغير إذن وفي نوبة سيده، أو حيث لا مهابة بالإذن فيما يظهر.

(فرع) تتكرر الكفارة بتكرر إيمان القسامة <ص: 20> كتكرر اليمين الغموس، لأن كلا منها مقصود في نفسه بخلاف تكريرها في نحو: لا أدخل، وإن تفاصلت ما لم يتخللها تكفير وبتعدد الترك في نحو لأسلمن عليك كلما مررت، عملا بقضية كلما، ولأعطيتك كذا كل يوم، وفي الجمع بين النفي والإثبات كوالله لأكلن ذا ولا أدخل الدار اليوم لا يحنث إلا بترك المثبت وفعل المنفي معا، ويأتي حكم لا فعلت ذا وذا مع نظائره

(فصل) في الحلف على السكنى والمساكنة وغيرهما مما يأتي، والأصل في هذا وما بعده أن الألفاظ تحمل على حقائقها إلا أن يتعارف المجاز أو يريد دخوله فيدخل أيضا، فلا يحنث أمير حلف لا يبني داره وأطلق إلا بفعله،

بخلاف ما لو أراد منع نفسه وغيره فيحنت بفعل غيره أيضا، لأنه بنيته ذلك صير اللفظ مستعملا في حقيقته ومجازه بناء على الأصح عندنا من جواز ذلك، أو في عموم المجاز كما هو رأي المحققين، وكذا من حلف لا يخلق رأسه وأطلق فلا يحنت بخلق غيره له بأمره على ما رجحه ابن المقرئ، وقيل: يحنت للعرف وصححه الرافعي، واعتمده الإسنوي وغيره وفي أصل الروضة هنا الأصل في البر، والحنث اتباع مقتضى اللفظ، وقد يتطرق إليه التقييد والتخصيص بنية تقترن به أو باصطلاح خاص أو قرينة أو. وسيأتي مثل ذلك، وهذا عكس الأول، <ص: 21> لأن فيه تغليظا بالنية

(تنبيه) ما تقرر أن ابن المقرئ رجح ذلك هو ما ذكره شيخنا حيث جعله من زيادته، لكنه مشكل فإن عبارة أصل الروضة تشمل عدم الحنث في هذا أيضا، وهي في الحلق قيل: يحنت للعرف، وقيل: فيه الخلاف كالبيع. وذكر قبل هذا فيما إذا كان الفعل المحلوف عليه لا يعتاد الحالف فعله، أو لا يجيء منه أنه لا حنث فيه بالأمر قطعا، وهذا صريح فيما ذكره ابن المقرئ فليس من زيادته، وقد يجاب عن شيخنا بأنه فهم من أفراد مسألة الحلق بالذكر وعدم ترجيح شيء فيها أنها مستثناة من قوله: أو لا يجيء منه. وهو محتمل، فإن قلت هل لاستثنائها وجه؟ قلت يمكن توجيهه بأنه مع كونه يمكن مجيئه منه لا يتعاطى بالنفس، لأنها لا تتقن إحسانه المقصود، فكان المقصود ابتداء منع حلق الغير له، فإذا أمره به تناولته اليمين بمقتضى العرف. فحنث به فتأمله إذ (حلف لا يسكنها) أي: هذه المدار أو دارا (أو لا يقيم فيها) وهو فيها عند الحلف، (فليخرج) إن أراد السلامة من الحنث بنية التحول في كل من مسألة الإقامة والسكنى فيما يظهر من كلامهم، قال الأذرعي إن كان متوطنا فيه قبل حلفه فلو دخله لنحو تفرج فحلف لا يسكنه لم يحتج لنية التحول قطعا (في الحال) ببدنه فقط، لأنه المحلوف عليه، ولا يكلف الهرولة ولا الخروج من أقرب البابين، نعم قال الماوردي: إن عدل لباب من السطح مع القدرة على غيره حنث، لأنه بالصعود في حكم المقيم أي: ولا نظر لتساوي المسافتين ولا لأقربيه طريق السطح على ما أطلقه، لأنه بمشيه إلى الباب أخذ في سبب الخروج وبالعدول عنه إلى الصعود غير أخذ في ذلك

عرفا، أما بغير نية التحول فيحنت على المنقول، لأنه مع ذلك ساكن أو مقيم عرفا (فإن مكث) ولو لحظة وهو مراد الروضة بساعة، وقول الغزي: كما لو وقف ليشرب مثلا يتعين تقييد مثاله بما إذا لم يكن شربه لعطش لا يحتمل مثله عادة، كما أفهمه قولهم: (بلا عذر حنت، وإن بعث متاعه) وأهله، لأنه مع ذلك يسمى ساكنا ومقيما.

أما إذا مكث لعذر كأن أغلق عليه الباب أو طرأ عليه عقب الحلف نحو مرض منعه من الخروج ولم يجد من يخرج. <ص: 22> أو خاف على نحو ماله لو خرج فمكث ولو ليلة أو أكثر فلا حنت، ويظهر ضبط المرض هنا بما مر في العجز عن القيام في فرض الصلاة، نعم يفهم مما يأتي عن المصنف أنه متى أمكنه استئجار من يحمله بأجرة مثل وجدها فترك حنت، وقليل المال ككثيره كما اقتضاه إطلاقهم. ويتردد النظر في الخوف على الاختصاص، والقياس أنه عذر أيضا إن كان له وقع عرفا وكذا لو ضاق وقت فرض بحيث لو خرج قبل أن يصله فاته أي: لم يدركه كاملا في الوقت كما هو ظاهر، لأن الإكراه الشرعي كالحسي كما مر، ولو خرج ثم عاد إليها لنحو زيارة أو عيادة لم يحنت ما دام يسمى عرفا زائرا أو عائدا وإلا حنت وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لا حنت بالمكث للعذر، وقول البغوي ومن تبعه إن طال المكث حنت وخرج بقولنا وهو فيها عند الحلف ما لو حلف كذلك وهو خارجا فينبغي حنته بدخولها مع إقامته لحظة أي: يحصل بها الاعتكاف فيما يظهر فيها بغير عذر، (وإن) نوي التحول لكنه (اشتغل بأسباب الخروج كجمع متاع وإخراج أهل ولبس ثوب) يليق بالخروج لا غير (لم يحنت)، لأنه لا يعد مع ذلك ساكنا وإن طال مقامه لأجله، ويراعى في لبثه لذلك ما اعتيد من غير إرهاب، وقيد المصنف ذلك بما إذا لم تمكنه الاستنابة وإلا حنت وبه صرح الماوردي والشاشي، ويظهر أنه لو وجد من لا يرضى بأجرة المثل أو يرضى بها ولا يقدر عليها بأن لم يكن معه <ص: 23> ما يبقى له مما مر في باب التفليس لا يحنت لعذره.

(ولو حلف لا يساكنه في هذه المدار فخرج أحدهما) بنية التحول نظير ما مر (في الحال لم يحنت)، لانتفاء المساكنة، إذ المفاعلة لا تتحقق إلا من اثنين وفي المكث هنا لعذر واشتغال بأسباب الخروج ما مر. (وكذا لو بني

بينهما جدار) من طين أو غيره، (ولكل جانب مدخل في الأصح)، للاشتغال برفع المساكنة، والأصح في الروضة وغيرها ونقله عن الجمهور الحنث، لحصول المساكنة إلى تمام البناء من غير ضرورة، وفارق المكث لنحو جمع المتاع بأنه ثم رفع المساكنة بنية التحول وأخذه في أسبابه بخلافه هنا، هذا إن كان البناء بفعل الحالف أو أمره وحده أو مع الآخر، وإلا حنث قطعاً وإرخاء الستر بينهما وهما من أهل البادية مانع للمساكنة على ما قاله المتولي وخرج بهذه الدار ما لو أطلق المساكنة، فإن نوي معيناً اختص به كان نوي أنه لا يساكنه في بلد كذا على أحد وجهين يظهر ترجيحه. وقول مقابله ليس هذا مساكنة فلا تؤثر فيه النية، لأنها لا تؤثر فيما لا يطابقه اللفظ يجب عنه بأن هذا فيما لا يحتمله اللفظ بوجه وليس ما نحن فيه كذلك، لأن المساكنة قد تطلق على ذلك، وإن لم ينو معيناً حنث بها في أي موضع كان، وليس منها تجاورهما بيتين من خان، وإن صغر واتحد مرقاه، ولو لم يكن لكل باب ولا من دار كبيرة إن كان لكل باب وغلق، وكذا لو انفرد أحدهما بحجرة انفردت بجميع مرافقها، وإن اتحدت الدار والممر. (ولو حلف لا يدخلها) أي: الدار (وهو فيها أو لا يخرج) منها (وهو خارج) قال ابن الصباغ أو لا يملك هذه العين وهو مالكة فاستدام ملكها. <ص: 24> (فلا حنث بهذا)، لأن حقيقة الدخول الانفصال من خارج لداخل، والخروج عكسه ولم يوجد في الاستدامة، ولأنهما لا يتقدران بمدة، نعم لو نوى بعدم الدخول الاجتناب فأقام أو بعدم الخروج أن لا ينقل أهله مثلاً فنقلهم حنث. (أو) حلف (لا يتزوج) أو لا يتسرى كما بحثه أبو زرعة، ورد ما يتوهم من الفرق أن التزوج إيجاب وقبول، وهو منقوض لا دوام له، والتسري فعل، وهو التحصين عن العيون والموطء والإنزال، وهذا مستمر بأن هذا إنما يأتي إن حمل التسري على مدلوله اللغوي لا العرفي إذ أهله لا يطلقون التسري إلا على ابتدائه دون دوامه أ. ه. وفيه نظر، والأولى على رأي الرافعي منع أن التزوج هو ما ذكر لا غير، بل يطلق لغة وعرفاً على الصفة الحاصلة بعد الصيغة فساوي التسري (أو لا يتطهر أو لا يلبس أو لا يركب أو لا يقوم أو لا يقعد) أو لا يشارك فلانا أو لا يستقبل القبلة (فاستدام هذه الأحوال حنث)، لأنها تقدر بزمان كلبست يوماً وركبت ليلة وشاركته

شهرًا وكذا البقية، وإذا حنث باستدامة شيء ثم حلف أن لا يفعله فاستدامة لزمه كفارة أخرى لانحلال اليمين الأولى بالاستدامة الأولى، وقضيته أنه لو قال: كلما لبست فأنت طالق تكرر الطلاق بتكرر الاستدامة، فتطلق ثلاثًا بمضي ثلاث لحظات وهي لابسة وما قيل ذكر كلما قرينة صارفة للابتداء مردود بمنع ذلك ويتردد النظر في لبس مثلًا حلف لا يلبس إلى وقت كذا، هل تحمل يمينه على أن لا يوجد لبسًا قبل ذلك الوقت فيحنت باستدامة اللبس ولو لحظة أو على الاستدامة إلى ذلك الوقت فلا يحنت إلا إن استمر لبسًا إليه كل محتمل، لكن قضية قولهم: الفعل المنفي بمنزلة النكرة المنفية في إفادة العموم ترجيح الأول فلذا جرى عليه <ص: 25> بعضهم. وفي الأنوار: حلف لا يتختم وهو لبس الخاتم فاستدامة لم يحنت وهو مشكل على ما تقرر في اللبس إلا أن يفرق بأن صيغة التفعّل تقتضي إيجاد معاناة للفعل، والاستدامة ليس فيها ذلك فلم يمكن التقدير هنا بمدة بخلاف صيغة أصل الفعل كاللبس، وعليه فهل يختص هذا بالنحوي أو لا لأن العامي يدرك الفرق بين الصيغتين، وإن لم يحسن التعبير عنه كل محتمل، والثاني أقرب، وبذلك يعلم أنه لو حلف لا يلبس هذا الخاتم وهو لابسه حنث بالاستدامة، (قلت تحنيته باستدامة التزوج والتطهر) على ما في أكثر نسخ المحرر (غلط لذهول) عما في شرحيه، فإن الذي جزم به فيهما عدم الحنث كما هو المنقول المنصوص، إذ لا يقدران بمدة كالدخول والخروج فلا يقال: تزوجت ولا تسرّيت ولا تطهرت شهرًا مثلًا، بل منذ شهر، وزعم البلقيني أنه يقال: ذلك مردود، ولك أن تقول: إن أريد لا يقال ذلك عرفًا اتجه الرد، لأن كلامهم صريح في أنه لا يقال عرفًا وهم أحق بمعرفة العرف من غيرهم أو نحو اتجه ما قاله إذ النحو لا يمنعه، لكن من الواضح أن المراد هو الأول ومحل عدم الحنث فيهما إن لم ينو استدامتتهما وإلا حنث بها جزماً (واستدامة طيب ليست تطيباً في الأصح)، إذ لا يقدر عادة بمدة ومن ثم لم يلزمه بها فدية فيما لو تطيب ثم أحرم واستدام.

(وكذا وطء) وغصب (وصوم وصلاة) فلا يحنت باستدامتتها في الأصح (والله أعلم)، ونازع في هذه الأربعة البلقيني وغيره، لأنها تقدر بزمان وليس كذلك، فإن المراد في نحو نكح أو وطئ فلانة وغصب كذا وصام شهرًا استمرار أحكام تلك لا

حقيقتها لانقضائها بانقضاء أدنى زمن في الثلاثة الأول
وبمضي يوم لا بعضه في الصوم، إذ حقيقته الإمساك من
الفجر إلى الغروب وهذه الحقيقة لا يمكن تقديرها بزمن إلا
حكما كما تقرر، والصلاة لم يعهد عرفا ولا شرعا تقديرها
بزمن، بل بعدد الركعات فإن قلت ينافي ما ذكر في
الوطء جعلهم استدامة الصائم الوطاء بعد الفجر مع علمه
وطئا مفسدا، قلت: لا ينافيه، لأن ذاك لمعنى آخر أشاروا
إليه بقولهم تنزيلا لمنع الانعقاد منزلة الإبطال قال الماوردي
وكل عقد أو فعل يحتاج لنية لا تكون استدامته كابتدائه.
وفيما أطلقه في العقد نظر لما مر في الشركة إلا أن
يحمل ذاك على الشركة بغير عقد كالإرث، <ص: 26> أو
لا يغصب فاستدام فلا كما قاله، واعترضه الإسنوي بصحة
تقديره بمدة كغصبته شهرا وبتصريحهم بأنه في دوام
الغصب غاصب ويرد بمنع تقديره بمدة عرفا على أن
المراد وأقام عندي شهرا، ومعنى قولهم المذكور أنه
غاصب حكما وليس الكلام فيه، ثم رأيت شارحا أجاب بنحو
ذلك، واستدامة السفر سفر ولو بالعود منه نعم إن حلف
على الامتناع منه لم يحنث بالعود وعلم مما تقرر أن كل
ما يقدر عرفا بمدة من غير تأويل يكون دوامه كابتدائه
فيحنث باستدامته وما لا فلا، ولو حلف لا يقيم بمحل ثلاثة
أيام وأطلق فأقام به يومين ثم سافر ثم عاد فأقام به
يوما حنث كما أفتى به بعضهم أخذا من كلامهم في نذر
اعتكاف شهر أو سنة مثلا، قالوا لصدق الاسم بالمتفرق
والمتوالي بخلاف ما لو حلف لا يكلمه شهرا، لأن المقصود
باليمين الهجر ولا يتحقق بغير تتابع، واعترض بقول الروضة:
لو حلف لا تمكث زوجته في الضيافة أكثر من ثلاثة أيام
فخرجت منها الثلاث فأقل ثم رجعت إليها فلا حنث وفرق
بأن المعلق عليه وجد هنا لإثم، لأنه المكث أكثر من ثلاثة
أيام للضيافة، والرجوع ولو بقصد الضيافة لا يسمى ضيافة،
لأنها مختصة بالمسافر بعد قدومه وهو واضح إن تم له هذا
التعليل، كيف والعرف قاض بأنها لا تختص بذلك
(ومن حلف لا يدخل دارا) عينها، ومثلها فيما ذكر كما بحثه
الأذرعي نحو المدرسة والرباط أي والمسجد (حنث بدخول
دهليز) بكسر الدال، وإن طال كما اقتضاه إطلاقهم، وبحث
الزركشي في مفرط الطول عدم الحنث بدخوله، لأنه
بمنزلة الرحبة قدام الباب يرد بمنع كونه بمنزلتها مطلقا

لإطباق أهل العرف على أن الجالس فيه يسمى جالسا بدار فلان بخلاف الجالس في تلك الرحبة (داخل الباب أو بين بابين)، لأنه حينئذ من الدار ومحله إن لم يكن فيه باب دار أخرى، وإلا فهل ينسب إليهما معا، لأن المالكين لما جعلوا عليه بابا صار منسوباً عرفاً لكل منهما أو لا ينسب لواحدة منهما محل نظر ثم رأيت ما يأتي في الدرب أمام الباب المسقف الذي عليه باب وهو يشمل هذا فيعطى حكمه الآتي (لا بدخول طاق) معقود (قدام الباب)، لأنه ليس منها عرفاً، وإن كان مبنياً على تربيعها ويدخل في بيعها إذ هو ثخانة <ص: 27> لحائط المعقود له قدام أبواب دور الأكاير، نعم إن جعل عليه باب حنث بدخوله ولو غير مسقف كما شمله قول المتن أو بين بابين ونقله عن المتولي وأقراه، وعبارتهما وجعل المتولي الدرب المختص بالدار أمام الباب إذا كان داخلاً في حد الدار ولم يكن في أوله باب كالطاق قال: فإن كان في أوله باب فهو من الدار مسقفاً كان أو غيره انتهت، واستبعده الأذرع في غير المسقف واستشكله الزركشي بأن العرف لا يعده منها مطلقاً ويرد بمنع ذلك مع وجود الباب، لأنه يصيره منها وإن لم يدخل في حدودها، بل ولا اختص بها بناء على أن ضمير قوله فإن كان في أوله باب لمطلق الدرب لا بقيد المختص وما بعده وهو محتمل، لأن المدار على قرينة تجعله منسوباً لتلك الدار، والباب كذلك بالنسبة لكل دار تأخرت عنه، ولا يحنث بدخول إصطبل خارج عن حدودها، وكذا إن دخل فيها وليس فيه باب إليها، (ولا بدخول بستان بلصقها إن لم يعد من مرافقها، ولا بصعود سطح غير محوط) من خارجها، لأنه ليس من داخلها لغة ولا عرفاً، وبه يعلم أنه لو حلف لا يخرج منها فصعده حنث أو ليخرجن فصعده بر. (وكذا محوط) من الجوانب الأربعة بحجر أو غيره (في الأصح) لما ذكر، نعم إن كان مسقفاً كله أو بعضه ودخل تحت السقف كما أخذ البلقيني من كلام الماوردي حنث إن كان يصعد إليه منها، لأنه كبيت منها ولا يشكل على ما تقرر صحة الاعتكاف على سطح المسجد مطلقاً، لأنه منه شرعاً حكماً لا تسمية وهو المناط ثم لا هنا،

(ولو أدخل يده أو رأسه أو رجله) أو رجله غير معتمد (لم يحنث)، لأنه لا يسمى داخلاً (فإن وضع رجله فيها معتمداً

عليهما) أو رجلا واحدة واعتمد عليها وحدها بأن كان لو رفع الأخرى لم يقع وباقي بدنه خارج (حنت)، لأنه يسمى داخلا بخلاف ما إذا لم يعتمد كذلك كأن اعتمد على الداخلة والخارجة معا ولو أدخل جميع بدنه، لكن لم يعتمد على شيء منهما لتعلقه بنحو حبل حنت أيضا. يقاس بذلك الخروج ولو تعلق بغصن شجرة في الدار، فإن أحاط <ص: 28> به بناؤها بأن علا عليه حنت وإلا فلا.

(ولو انهدمت الدار) المحلوف عليها بأن قال: هذه الدار (فدخل وقد بقي أساس الحيطان حنت)، لأنها منها فكأنه دخلها، وقضية عبارة الروضة أن المراد بالأساس شيء بارز منه، وإن قل، وفي مسودة شرح المهذب عن الأصحاب: أنها متى صارت ساحة فلا حنت بخلاف ما إذا بقي منها ما تسمى معه دارا وكالساحة ما إذا صارت تسمى طريقا، وإن بقي بعض حيطانها كما دل عليه نص الأم واعتمده البلقيني وغيره أما لو قال: دارا فكذلك كما اقتضاه سياق المتن لكن قضية عبارة الروضة أنه لا يحنت في هذه بفضاء ما كان دارا، وإن بقي رسومها ورده البلقيني بأن الخلاف والتفصيل السابق إنما هو في هذه الدار، أما دارا فيحنت فيها مطلقا، ولو قال: هذه حنت مطلقا (وإن صارت) عطف على جملة وقد بقي (فضاء) بالمد وهو الساحة الخالية من البناء (أو جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا فلا) حنت لزوال مسمى الدار يحدث اسم آخر لها، ومن ثم انحلت اليمين فلو أعيدت بآلتها الأولى أي: أعيد منها بها ولو الأساس فقط فيما يظهر.

(ولو حلف لا) يأكل طعام زيد وأطلق فأضافه لم يحنت بناء على الأصح السابق <ص: 29> أن الضيف يتبين بازدراده أنه ملكه به، أو لا (يدخل دار زيد) أو حانوته (حنت بدخول ما يسكنها بملك لا بإعارة وإجازة وغصب) وإيضاء بمنفعتها له ووقف عليه، لأن الإضافة إلى من يملك تقتضي ثبوت الملك حقيقة، ومن ثم لو قال: هذه لزيد لم يقبل تفسيره بأنه يسكنها، واعتمد في المطلب قول جمع الفتوى على الحنت بكل ما ذكر، لأنه العرف الآن قال: فالمعتبر عرف الالفاظ لا عرف اللفظ كما هو مذهب الأئمة الثلاثة (إلا أن يريد مسكنه) فيحنت بكل ذلك، لأنه مجاز قريب، نعم ذكر جمع متقدمون أنه لا تقبل إرادته هذه في حلف بطلاق وعتاق ظاهرا، واعترضوا بأنه حينئذ مغلظ على نفسه فكيف

لا يقبل وأجيب بأنه مخفف عليها من وجه آخر وهو عدم الحنث بما يملكه ولا يسكنه فليقبل ظاهرا فيما فيه تغليظ عليه دون ما فيه تخفيف له (ويحنث بما يملكه) جميعه، وإن طرأ له بعد الحلف (ولا يسكنه) إلا أن يزيد مسكنه فلا يحنث به عملا بقصده، ولو اشتهرت الإضافة للتعريف في نحو دار أو سوق حنث بدخولها <ص: 30> مطلقا كدار الأرقم بمكة وسوق يحيى ببغداد لتعذر حمل الإضافة على الملك. وفارق المتجدد هنا: لا أكلم ولد فلان. فإنه يحمل على الموجود دون المتجدد، لأن اليمين تنزل على ما للحالف قدرة على تحصيله واستشكل بقول الكافي: لو حلف لا يمس شعر فلان فحلقه ثم مس ما نبت منه حنث، وقد يجاب بأن إخلاف الشعر لما عهد مطردا في أقرب وقت نزل منزلة المقدور عليه.

(ولو حلف لا يدخل دار زيد أو لا يكلم عبده أو) لا يكلم (زوجته فباعهما) أي: الدار والعبد بيعا بتا أو بشرط الخيار للمشتري وكذا لهما إن أجز البيع وهو مثال، والمراد فأزال ملكه عنهما أو عن بعضهما، وإن قل (أو طلقهما) بائنا، إذ الرجعية زوجة (فدخل) الدار، (وكلمه) أي: العبد أو الزوجة (لم يحنث) تغليبا للحقيقة لزوال الملك بالبيع والزوجية بالطلاق، وبحث الزركشي في دار عرفت بالشؤم وعبد عرف بالشر الحنث مطلقا، لأن إضافتهما لمجرد التعريف وفيه نظر إذ ما علل به قابل للمنع، ولو اشترى بعد بيعهما غيرهما فإن أطلق أو أراد أي دار أو عبد ملكه حنث بالثاني أو التقييد بالأول فلا، (إلا أن يقول: داره هذه أو زوجته هذه أو عبده هذا) أو يريد أي دار أو عبد جرى عليه ملكه أو أي امرأة جرى عليها نكاحه (فيحنث) تغليبا للإشارة على الإضافة، وغلبت التسمية عليها فيما مر أنفا، لأنها أقوى، لأن الفهم يسبق إليها أكثر وعملا بتلك النية، وألحق بالتلفظ بالإشارة نيتها، وإنما بطل البيع في بعثك هذه الشاة فإذا هي بقرة، لأن العقود يراعى فيها اللفظ ما أمكن، ولو حلف لا يأكل لحم هذه السخلة فكبرت وأكله لم يحنث، وفارقت نحو دار زيد هذه بأن الإضافة فيها عارضة فلم ينظر إليها بل لمجرد الإشارة الصادقة بالابتداء والدوام، وفي تلك لازمة للزوم الاسم أو الصفة، ولأن زوالها يتوقف على تغيير بعلاج <ص: 31> أو خلقه فاعتبرت مع الإشارة وتعلقت اليمين بمجموعتهما. فإذا زال

أحدهما ككونهما سخلة في ذلك المثال زال المحلوف عليه، وبهذا يعلم أنه لو زال اسم العبد بعثقه واسم الدار بجعلها مسجدا لم يحنث، وإن أشار فالمراد بقولهم السابق تغليباً للإشارة أي: مع بقاء الاسم (إلا أن يريد) الحالف بقوله هذه أو هذا (ما دام ملكه) بالرفع والنصب فلا يحنث بدخول أو تكليم بعد زواله بملك أو طلاق، لأنها إرادة قريبة، ويأتي في قبول هذا في الحلف بطلاق أو عتق ما مر آنفاً، ولو قال: ما دام في إجارته وأطلق فالمتبادر منه عرفاً كما قاله أبو زرعة أنه ما دام مستحقاً لمنفعته فتتحل الديمومة بإجاره لغيره ثم استجاره منه، وأفتى فيمن حلف لا يدخل هذا ما دام فلان فيه فخرج فلان ثم دخل الحالف ثم فلان بأنه لا يحنث باستدامة مكثه، لأن استدامة الدخول ليست بدخول ويحنث بعوده إليه وفلان فيه لبقاء اليمين، إن أراد بمدة دوامه فيه ذلك الدوام وما بعده، أو أطلق أخذاً مما قالوه في لا رأيت منكراً إلا رفعته للقاضي فلان وأراد ما دام قاضياً من أنه إذا رآه بعد عزله لا يحنث ولا تتحل اليمين، لأنه قد يتولى القضاء فيرفعه إليه ويبر فإن أراد ما دام فيه هذه المرة انحلت بخروجه أو وفيه نظر. والفرق بين ما هنا ومسألة القاضي ظاهر، لأن الديمومة ثم مربوطة بوصف مناسب للمحلوف عليه يطرأ ويزول فأنيط به وهنا بمحل وهو لا يتطور فيه ذلك فأنعدمت بخروجه منه. وإن عاد إليه فالذي يتجه في حالة الإطلاق عدم الحنث كالحالة الأخيرة

(ولو حلف لا يدخلها من ذا الباب فنزع) بابها الخشب مثلاً (ونصب في موضع آخر منها لم يحنث بالثاني)، وإن سد الأول، (ويحنث بالأول في الأصح)، لأن الباب إذا أطلق انصرف للمنفذ، لأنه المحتاج إليه في الدخول دون الخشب، وقوله: ونصب إلى آخره قيد للخلاف، إذ لو طرح أو أتلف ودخل من الثاني لم يحنث قطعاً، ولو أراد الخشب قبل قطعاً، أما لو لم يشر فقال: من بابها فإنه يحنث بالثاني أيضاً، لأنه يسمى باباً لها، (أو) حلف (لا يدخل بيتاً حنث بكل بيت من طين أو حجر أو أجر أو خشب) أو قصب محكم كما قاله الماوردي، (أو خيمة) أو بيت شعر أو جلد، وإن كان <ص: 32> الحالف حضرياً، لأن البيت يطلق على جميع ذلك حقيقة لغة. كما يحنث بجميع أنواع الخبز أو الطعام، وإن اختص بعض النواحي بنوع أو أكثر منه، إذ

العادة لا تخصص عند جمهور الأصوليين، وإنما اختص لفظ الرءوس أو البيض أو نحوهما بما يأتي للقرينة اللفظية وهي تعلق الأكل به، وأهل العرف لا يطلقونه على ما عدا ما يأتي فيها وفرق بين تخصيص العرف للفظ بنقله عن مدلوله اللغوي إلى ما هو أخص منه وبين انتفاء استعمالهم له في بعض أفراد مسماه في بعض النواحي كغلبة استعمال أهل طبرستان للخبز في خبز الأرز لا غير، فهذا لا يوجب تخصيصا ولا نقلا عرفيا للفظ، بل هو معه باق على عمومته لضعف المعارض للعموم في هذا دون ما قبله، ويفرق بين ما ذكر ومن حلف بنحو بغداد لا يركب دابة، لم يحث بالحمار كما في العزيز بأن الحمار عند هؤلاء لا يسمى دابة أصلا بخلاف نحو الخيمة تسمى عند الحضر بيتا، لكن مع الإضافة كبيت شعر ولا ينافيه عدم اعتبارهم لنظيرها في قولهم: في نحو المسجد بيت الله، لأن هذا حدث له اسم خاص فلم يعول معه على تلك الإضافة بخلاف نحو بيت الشعر، وإنما أعطي في الوصية الحمار، لأن المدار فيها على ما يصدق عليه اللفظ، وإن لم يشتهر على ما مر وقيد الزركشي أخذا من كلامهم الخيمة بما إذا اتخذت مسكنا بخلافها لدفع أذى نحو مسافر، ولو ذكر البيت بالفارسية لم يحث بنحو الخيمة، لأنهم لا يطلقونه إلا على المبني، ويظهر في غير الفارسية والعربية أنه يتبع عرفهم أيضا. (ولا يحث بمسجد وحمام وكنيسة وغار جبل) وبيت الرحا، لأنها لا تسمى بيوتا عرفا مع حدوث أسماء خاصة لها، وبحث البلقيني في غار اتخذ للسكنى أنه بيت والأذرعي أن المراد بالكنيسة محل تعبدهم، أما لو دخل بيتا فيها فإنه يحث ا هـ. وقياسه الحنث بخلوة في المسجد ثم رأيت به بحث عدم الحنث بساحة نحو المدرسة والرباط وأبوابها بخلاف بيت فيها، وهو يؤيد ما ذكرته.

(تنبيه) يعلم مما تقرر أن البيت غير المدار <ص: 33> ومن ثم قالوا: لو حلف لا يدخل بيت فلان فدخل داره دون بيته لم يحث، أو لا يدخل داره فدخل بيته فيها حث. (أو) حلف (لا يدخل على زيد فدخل بيتا فيه زيد وغيره حث) إن علم به، وذكر الحلف واختار المدخول، كذا قاله شارح هنا وهو موهم، لأن ذلك شرط لكل حث، لكن عذره ذكر المتن بعض محترزات ذلك، وخرج بيتا دخوله

عليه في نحو مسجد وحمام مما لا يختص به عرفاً. قال بعضهم: ومنه الحش ورد بأنه مختص به، (وفي قول أنه إن نوى المدخول على غيره دونه لم يحنث) كما يأتي في السلام عليه، وفرق الأول بأن الأقوال تقبل الاستثناء بخلاف الأفعال، ومن ثم صح سلم عليهم إلا زيدا دون دخل عليهم إلا زيدا. (ولو جهل حضوره فخلاف حنث الناسي) والجاهل، والأصح عدم حنثهما كالمكره كما قدمه في الطلاق، نعم لو قال: لا أدخل عليه عالماً ولا جاهلاً حنث مطلقاً، وكذا في سائر الصور. (قلت ولو حلف لا يسلم عليه فسلم على قوم هو فيهم) وكان بحيث يسمعه، وإن لم يسمعه أو كان به نحو جنون بشرط أن يكون بحيث يعلم بالكلام (واستثناءه) ولو بقلبه (لم يحنث)، لما مر (وإن أطلق حنث) إن علم به (في الأظهر والله أعلم)، لأن العام يجري على عمومه ما لم يخص، وظاهر كلام الرافعي حنثه بالسلام عليه من الصلاة، وإن لم يقصده، واعتمده ابن الصلاح وجزم به المتولي، لكن نازع فيه البلقيني وتبعه الزركشي وغيره قال: لا سيما إذا بعد عنه بحيث لا يسمع سلامه.

(فصل) في الحلف على الأكل والشرب مع ذكر ما يتناوله بعض المأكولات، لو (حلف لا يأكل) رءوس الشوى اختص بالغنم كما قاله الأزرعي أو لا يأكل <ص: 34> (الرءوس) أو لا يشتريها مثلاً (ولا نية له حنث برءوس)، بل أو رأس أو بعضه خلافاً لما أفهمه كلامه، وإن صرح به ابن القطان، فقد قال الأزرعي: إن ظاهر كلامهم أو صريحه أن المراد الجنس (تباع وحدها) أي: من شأنها ذلك وافق عرف بلد الحالف أو لا، وهي رءوس الغنم وكذا الإبل والبقر، لأن ذلك هو المتعارف (لا طير) وخيل (وحوت وصيد) بري أو بحري كالطباء، لأنها لا تفرد بالبيع فلا تفهم من اللفظ عند الإطلاق (إلا) إن كان الحالف (ببلد) أي: من أهل بلد علم أنها (تباع فيه مفردة) عن أبدانها، وإن حلف خارجه كما رجحه البلقيني، لأنه يسبق إلى فهمه عرف بلده فيحنث بأكلها فيه قطعاً، لأنها حينئذ كراءوس الأنعام لا في غيره، كما صححه في تصحيح التنبيه <ص: 35> واعتمده البلقيني، وصرح به جمع متقدمون، لكن الأقوى في الروضة كالشرحين الحنث، وخرج بلا نية له ما لو نوى شيئاً من ذلك فإنه يعمل به، وإنما اتبع هنا العرف وفي البيت اللغة كما مر عملاً بالقاعدة أن اللغة متى شملت واشتهرت ولم

بعارضها عرف أشهر منها اتبعت، وهو الأصل فإن اختلف أحد الأولين اتبع العرف إن اشتهر واطرد، وإلا فقضية كلام ابن عبد السلام وغيره أنه يرجع إلى اللغة، ومحلّه حيث لا قرينة ترشد للمقصود كما يعلم من كلامهم هنا وفي الطلاق. (والبيض) إذا حلف لا يأكله ولا نية له (يحمل على مزايل بئضه في الحياة) بأن يكون من شأنه أنه يفارقه فيها، ويؤكل منفردا (كدجاج ونعام وحمّام) وإوز ووط وعضافير، لأنه المفهوم عند الإطلاق، ولا فرق بين مأكول اللحم وغيره، لحلّ أكله مطلقا اتفاقا على ما في المجموع، وإن اعترض فعلم أنه يحنث بمتصلب خرج بعد الموت، كما لو أكله مع غيره وظهر فيه صورته بخلاف الناطف ولو حلف ليأكلن مما في كفه وحلف لا يأكل البيض فكان ما في كفه بيضا فجعل في ناطف وهو حلوة تعقد ببياضه وأكله بر. ولو قال: ليأكلن هذا البيض لم يبر بجعله في ناطف (لا) بيض (سمك)، لأنه إنما يزايله بعد الموت بشق البطن، وقيل: لأنه لا يؤكل منفردا وأخذ منه الحنث به في بلد يؤكل فيه منفردا كالرءوس وردّه الزركشي بأنه استجد أسما آخر وهو البطارخ ا هـ. وفيه نظر، لأن تجدد اسم آخر مع بقاء الأول لا أثر له كما يعلم مما يأتي في الفاكهة. فالوجه رده بمنع تسميته بيضا عرفا ولو في بلد يؤكل فيه منفردا. (وجراد) لأنه لا يؤكل منفردا، أما إذا نوى شيئا فيعمل به

(تنبيه) ظاهر إفتاء بعضهم بأن السمك يدخل فيه الدنيلس السابق في الأطعمة أنه يحمل هنا على جميع ما في البحر، وإن لم يسم سمكا عرفا، وفيه وقفة ظاهرة، لأن العرف اطرده بأن نحو الدنيلس لا يسمى سمكا أصلا، فإن قيل: إنه يسماه لغة قلنا هذا إن فرض تسليمه لم يشتهر وقد اشتهر العرف واطرده بخلافه، فلم يعول عليه كما علم مما مر أنفا. (واللحم) إذا حلف لا يأكله يحمل عند الإطلاق نظير ما قبله (على) مذكى، (نعم) وهي الإبل والبقر والغنم (وخيل <ص: 36> ووحش وطيور) لوقوع اسم اللحم عليها حقيقة دون ما يحرم أي: في اعتقاد الحالف فيما يظهر (لا) سمك) وجراد، لأنه لا يسمى لحمًا عرفا أي: من غير قيد، وإن سميّه لغة كما في القرآن، كما لا يحنث بالجلوس في الشمس المسماة سراجا وعلى الأرض المسماة بساطا في القرآن من حلف لا يجلس في سراج أو على بساط. (و) لا

(شحم بطن) وعين لمخالفهما اللحم اسما وصفة (وكذا كرش وطحال وكبد وقلب) وأمعاء ورتة ومخ (في الأصح)، لأنها ليست لحما حقيقة، ولا يحنث بقانصة الدجاجة قطعاً ولا بجلد إلا إن رق بحيث يؤكل غالباً على الأوجه، (والأصح تناوله) أي: اللحم (لحم رأس ولسان) أي: ولحم لسان والإضافة بيانية أي: ولحما هو لسان وحينئذ فلا اعتراض عليه وخذ وأكارع لصدق اسمه على ذلك، (وشحم ظهر وجنب)، وهو الأبيض الذي لا يخالطه الأحمر، لأنه لحم سمين ولهذا يحمر عند الهزال، (و) الأصح (أن شحم الظهر لا يتناوله الشحم)، لما تقرر أنه لحم بخلاف شحم العين والبطن يتناوله الشحم، (وأن الألية والسنام) بفتح أولهما (ليسا) أي: كل منهما (شحماً ولا لحماً)، لمخالفتهما كلا منهما اسما وصفة، (والألية) مبتدأ إذ لا خلاف في هذا (لا تتناول سناماً ولا يتناولها) لاختلافهما كذلك. (والدسم) وهو الودك إذا حلف لا يأكله وأطلق (يتناولهما و) يتناول (شحم ظهر) وجنب (وبطن) وعين (وكل دهن) حيواني أي: مأكول فيما يظهر أخذاً مما مر أنه لا حنث بغير المذكي لصدق اسمه بكل ذلك، واستشكل ذكر شحم الظهر هنا لما مر أنه لحم واللحم لا يدخل في الدسم، ويرد بمنع هذه الكلية، بل اللحم الذي فيه دسم يدخل فيه، أما دهن نحو سمسم ولبوز فلا يتناولهما على ما قاله البغوي، وظاهر كلام غيره أنه يتناول كل دهن مأكول لا نحو دهن خروع وبه صرح البلقيني وفي اللبن تردد، لأنه صلى الله عليه وسلم قال: إن له دسماً <ص: 37> والذي يتجه أنه لا يتناوله، لأنه لا يسمى دسماً عرفاً. (ولحم البقر يتناول) البقر العراب والبقر الوحشي و (جاموساً) لصدق اسم البقر على الكل، وإن نازع فيه البلقيني، ويفرق بين تناول الإنسي للوحشي هنا لا في الربا، لأن المدار هنا على مطلق التناول من غير نظر لاختلاف أصل أو اسم بخلافه ثم كما يعلم من كلامهم في البابين، وبهذا يتجه أن الضأن لا يتناول المعز هنا وعكسه، وإن اتحداً جنساً، ثم لأن اسم أحدهما لا يطلق على الآخر لغة ولا عرفاً، وإن شملهما اسم الغنم المقتضي لاتحاد جنسهما ثم.

(فرع) الزفر في عرف العامة يشمل كل لحم ودهن حيواني وببيض ولو من سمك فينبغي جملة على ذلك، ولا تتناول ميتة سمكا وجرادا ولا دم كبد أو طحالاً. (ولو قال:

مشيرا إلى حنطة لا آكل هذه) ولا نية له (حنث بأكلها على هيئتها وبطحنها وخبزها) تغليبا للإشارة، واستشكله الأذرعى في الطحن والخبز بأن كلامهم هنا وفي غيره مصرح بأنه إنما يحنث بأكل الجميع، وقالوا: في لا آكل هذا الرغيف لا يحنث متى بقي منه ما يمكن التقاطه وهو يفهم الحنث إذا بقي ما لا يمكن التقاطه، ولا شك أن الحنطة إذا طحنت يبقى منها شيء في الرحا وجدورها ومن عجبتها آثار في الإناء واليد وهذا كله مما يوجب التوقف في الحنث بأكل خبزها عند من ينظر إلى حقيقة اللفظ ويطرح العرف، ثم حكى عن الشاشي صاحب الحلية أنه كان يفتي من حلف لا يلبس هذا الثوب بسل خيط منه مقدار نحو أصبع ا هـ. والذي يتجه أن ما أطلقوه هنا محمول على ما فصلوه في نحو هذا الرغيف، وقوله: مقدار نحو أصبع غير قيد، بل المدار على خيط يحس ويدرك لكن الغالب أن ما كان طول أصبع يكون كذلك. (ولو قال: لا آكل هذه الحنطة) فصرح بالاسم مع الإشارة (حنث بها مطبوخة) إن بقيت حباتها (ونينة ومقلية) لوجود الاسم، كلا آكل هذا اللحم فجعله شواء، (لا) إذا هرست على ما قاله البلقيني ثم يحتمل أن مراده لا إذا جعلت هريسة، ويؤيده أنه جعله في مساق المطبوخة التي تبقى حباتها وأن مراده هرسها وهو دقها العنيف، ويوجه بأنه يلزم من دقها العنيف زوال صورتها المستلزم لزوال اسمها، وليس ببعيد أن تفتت لا إن زال قشرها فقط، ولا (بطحينها وسويقها وعجينها وخبزها)، لزوال الاسم والصورة (ولا يتناول رطب تمرأ ولا بسرا) ولا بلحا ولا خلا لا ولا طلعا (ولا عنب زيبيا) ولا حصرما. (وكذا العكوس) لاختلافها اسما وصفة.

(فائدة) أول التمر طلع ثم خلال بفتح المعجمة ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر. ولو حلف <ص: 38> لا يأكل رطبأ ولا بسرا حنث بالمنصف أو رطوبة أو بسرة لم يحنث بمنصفة، لأنها لا تسمى رطوبة ولا بسرة.

(ولو قال:;) ولا نية له (لا آكل هذا الرطب فتتمر فأكله، أو لا أكلم ذا الصبي فكلمه) بالغا شابا أو (شيخا فلا حنث في الأصح)، لزوال الاسم كما في الحنطة، وكذا لا أكلم هذا العبد فعتق أو لا آكل لحم هذه السخلة فصارت كبشا، أو هذا البسر فصار رطبأ، ومر في شرح قوله: داره هذه. إيضاح ذلك وما يشكل عليه فراجع.

(والخبز يتناول كل خبز كحنطة وشعير وأرز وبقلا) بتشديد اللام مع القصر على الأشهر (وذرة) بمعجمة وهاؤها عوض عن واو أو ياء (وحمص) بكسر ففتح أو كسر وسائر المتخذ من الحبوب <ص: 39> وإن لم يعهد ببلده كما لو حلف لا يلبس ثوبا فإنه يحنث بكل ثوب، وإن لم يعهده ببلده، وكان سبب عدم نظرهم للعرف هنا بخلافه في نحو الرءوس والبيض أنه هنا لم يطرد لاختلافه باختلاف البلاد فحكمت فيه اللغة بخلاف ذينك، والبقسماط والرقاق خبز لغة دون البسيس وهو أن يلت نحو دقيق أو سويق بنحو سمن، نعم إن خبز ثم بس حنث به (فلو ثرده) بالمثلثة (فأكله حنث)، لصدق الاسم، نعم لو صار في المرقعة كالحسو فتحساه لم يحنث، كما لو دق الخبز اليابس ثم سفه كما بحثه ابن الرفعة، لأنه استجد اسما آخر، ويؤيده قول الصيمري لو جعله فتيتا وسفه أو عصيدا لم يحنث، لأنه لم يأكل خبزا (ولو حلف لا يأكل سويقا فسفه أوتناوله بأصبع) مثلا (حنث)، لأن ذلك يعد أكلا له، وقضيته أن الابتلاع في نحو خبز وسكر بلا مضغ أكل وبه صرحا في مواضع، وهو المعتمد لكنهما جريا في الطلاق على خلاف ونسب للأكثرين ومر ما فيه. (وإن جعله في ماء فشربه فلا) حنث إلا إن خثر، لأنه ليس بشرب، (أو) حلف (لا يشربه فبالعكس) فيحنث في الثانية بقيدها لا الأولى، ولو حلف لا يذوق حنث بإدراك طعمه، وإن مجه ولم ينزل منه شيء إلى جوفه <ص: 40> أو لا يتناول أو لا يطعم حنث حتى بالشرب. (أو) حلف (لا يأكل لبنا) حنث بكل أنواعه من مأكول ولو صيدا حتى نحو الزيد إن ظهر فيه لا نحو جبن وأقط ومصل، (أو مائعا آخر فأكله بخبز حنث)، لأنه كذلك يؤكل (أو شربه فلا) لعدم الأكل (أو) حلف (لا يشربه فبالعكس) فيحنث في الثانية دون الأولى، ولو حلف لا يأكل نحو عنب لم يحنث بشرب عصيره ولا بمصه ورمي ثقله، أو لا يشرب خمرا لم يحنث بالنيذ وعكسه (أو) حلف (لا يأكل سمنا فأكله بخبز جامدا) كان (أو ذائبا حنث)، لأنه أتى بالمحلوف عليه وزيادة، وبه فارق عدم الحنث في لا أكل مما اشتراه زيد فأكل مما اشتراه زيد وعمرو، لأنه لم يأكل مما اشتراه المحلوف عليه خاصة (وإن شربه ذائبا فلا) يحنث، لأنه لم يأكله (وإن أكله في عصيدة حنث إن كانت عينه ظاهرة) أي: مرئية متميزة في الحس كما قاله

الإمام، لوجود اسمه حينئذ بخلاف ما إذا لم تكن متميزة كذلك

(ويدخل في الفاكهة) حلف لا يأكلها ولا نية له، (رطب وعنب وورمان وأترج) بضم أوله وثالثه مع تشديد الجيم ويقال أترنج وترنج وتين ومشمش و (رطب ويابس) من كل ما يتناوله، سواء استجد له اسم كتمر وزبيب أم لا كتين، خلافا للماوردي <ص: 41>، لوقوع اسمها على هذه كلها، لأنها مما يتفكه أي: يتنعم بأكله ليس بقوت، وعطف الرمان والعنب عليها في الآية لا يقتضي خروجها عنها، لأنه من عطف الخاص على العام، وزعم أنه يقتضيه قال الأزهري: والواحد خلاف إجماع أهل اللغة، ويدخل فيها موز رطب لا يابس على الأوجه وظاهر قولهم رطب وعنب أنه لا حث بما لم ينضج ويطب، وهو ما صرح به الزبيري ويوافقه قول التتمة: لا يدخل فيها بلح وحصرم وقيده البلقيني في البلح بغير ما حلا من نحو بسر ومترطب بعضه

(قلت وليمون ونبق) بفتح فسكون أو كسر ونارنج وقيده كالليمون الفارقي بالطري، فخرج المملح واليابس واعتمده البلقيني، بل نازع في عدهما وأطال وما قيل من أن صوابه ليمو بلا نون قال الزركشي غلط. (وبطيخ) أصفر أو هندي (ولب فستق) بضم ثالثه وفتح (وبندق وغيرهما) كجوز ولوز (في الأصح) وتقوية الأذرع لمقابله بأنها لا تعد فاكهة ممنوعة.

(لا قثاء) بكسر أوله أشهر من فتحه وبمثلة مع المد، (وخيار وباذنجان) بكسر المعجمة، (وجزر) بفتح أوله وكسره، لأنها تعد من الخضراوات لا الفواكه. وتعجب بعضهم من إسقاط الخيار مع أنه يجعل في أطباق الفاكهة وعد لب نحو البندق، ويجب أن الخيار دخل في نوع آخر اختص به وهو كونه من الخضراوات، وذلك اللب يعد من يابسها من غير مخرج له عنها، (ولا يدخل في الثمار) بالمثلة (يابس والله أعلم)، لأن الثمر اسم للرطب، واستشكل خروج اليابس من هذه ودخوله في الفاكهة، ويجب أن المتبادر من كل ما ذكر.

(فائدة) قضية قول القاموس: القمع بالكسر والفتح وكعنب ما التزق بأسفل التمرة والبسرة ونحوهما أن رأس التمر ما لا يلي قمعها، ووجه بعضهم بأنه يخرج أولا كما يخرج

رأس الحيوان عند ولادته أولاً، وفيه نظر ظاهر. والذي يتجه أن العبرة هنا بالعرف وهو قاض بأن رأسها ما تحت قمعها (ولو أطلق) في الحلف (بطيخ وتمر) بالمشاة (وجوز >ص: 42< لم يدخل هندي) في الجميع للمخالفة في الصورة والطعم. والهندي من البطيخ هو الأخضر ونازع جمع فيه بأنه الآن لا ينصرف البطيخ إلا إليه، وقد يجاب بأنه لا عبرة بالعرف الطارئ كالعرف الخاص في تجديد اسم لم يكن وبه فارق ما مر فيمن حلف بنحو بغداد لا يركب دابة ولا يتناول الخيار خيار الشنبر. (والطعام يتناول قوتا وفاكهة وأدما وحلوى)، لوقوعه على الجميع وإن أطال البلقيني في النزاع فيه، لا الدواء، لأنه لا يتناوله عرفاً

(فرع) الحلو لا يتناول ما بجنسه حامض كعنب وإجاص ورمان، والحلوى تختص بالمعمول من حلو أي: بالمعنى المذكور فيما يظهر

(ولو قال: لا أكل من هذه البقرة تناول لحمها)، لأنه المفهوم من ذلك (دون ولد ولبن)، ويؤخذ منه أن المراد باللحم هنا غير ما مر، وهو ما عدا هذين، فيتناول نحو شحم وكرش وسائر ما مر معهما، كما صرح به البلقيني وسبقه إلى بعضه جمع متقدمون، ويوجه بأن الأكل منها يشمل جميع ما هو من أجزائها الأصلية التي تؤكل >ص: 43< (أو) لا يأكل (من هذه الشجرة) قال في القاموس: الشجر من النبات ما قام على ساق أو ما سما بنفسه دق أو جل قاوم الشتاء أو عجز عنه ا هـ. (فثمر) لها مأكول فيما يظهر هو الذي يحنت به (دون ورق وطرف غصن) حملاً على المجاز المتعارف لتعذر الحقيقة عرفاً، وألحق البلقيني الجمار بالثمر قال: وكذا ورق اعتيد أكله كبعض ورق شجر الهند أي: المسمى بالتنبل ونحوه ا هـ. وعليه يحتمل أنها كراءوس تباع مفردة فيحنت، وافق عرف بلده أو لا، وأنها كرأس نحو حوت فيعتبر عرف بلد الحالف، ولعل هذا أقرب، ويفرق بأن من شأن رءوس الأنعام ما مر فلم يعول فيها على بلد بخلاف غيرها، والورق ليس من شأنه ذلك فالحق ما اعتيد أكله منه بالثانية، أما إذا لم تتعذر الحقيقة فيحمل عليها مع المجاز الراجح كما لو حلف لا يشرب من ماء النهر، الحقيقة الكرع بالفم وكثير يفعلونه، والمجاز المشهور الأخذ باليد أو الإناء فيحنت بالكل، لأنهما لما تكافأ إذ في كل قوة ليست في الآخر

استويا فوجب العمل بهما إذ لا مرجح، نعم نقلا عن جامع
المزني أنه لا حنث بلبس الخاتم في غير الخنصر، لأنه
خلاف العادة، واستدل له البغوي بما لو حلف لا يلبس
القلنسوة فلبسها في رجله، ورده ابن الرفعة بأن الذي فيه
حنث المرأة لا الرجل، لأنه العادة فيها وانتصر له هو
وغيره بأنه الموافق لما مر في الوديعة، ورجح الأزرعي
قول الروياني عن الأصحاب يحنث مطلقا لوجود حقيقة
اللبس وصدق الاسم، ثم بحث أنه لا فرق بين لبسه في
الأنملة العليا وغيرها ه وهذا هو الأقرب لقاعدة الباب
وليس كما ذكره البغوي، لأن ذاك لم يعتد أصلا وهذا معتاد
في عرف أقوام وبلدان مشهورة، ومما يؤيد أنه بغير
الخنصر ليس من خصوصيات النساء ما مر من كراهته
للرجل، خلافا لمن زعم حرمة محتجا بأنه من
خصوصياتهن.

(فصل). في صور مثورة ليقاس بها غيرها لو
(حلف) لا يتغدى أو لا يتعشى فقد مر حكمه في فصل
الإعسار بالنفقة أو (لا يأكل هذه التمرة فاختلطت بتمر
فأكله إلا تمرة) أو بعضها، وشك هل هي المحلوف عليها أو
غيرها (لم يحنث)، لأن الأصل براءة ذمته من الكفارة،
والورع أن يكفر، فإن أكل الكل حنث لكن من آخر جزء
أكله فتعتد في حلف بطلاق من حينئذ، لأنه المتيقن (أو)
حلف (ليأكلنها فاختلطت) بتمر وانبهت (لم يبر إلا بالجميع)
أي: أكله لاحتمال أن المتروكة هي المحلوف عليها فاشتراط
تيقن أكلها، ومن ثم لو اختلطت بجانب من الصبرة أو بما
هو بلونها وغيره لم يحتج إلا إلى أكل ما في جانب
الاختلاط وما هو بلونها فقط. (أو ليأكلن هذه الرمانة فإنما
يبر بجميع حبا) أي: أكله لتعلق اليمين بالكل، ولهذا لو
قال: لا أكلها فترك حبة لم يحنث ومر في فتات خبز يدق
مدركه أنه لا عبرة به فيحتمل أن مثله حبة رمانة يدق
مدركها ويحتمل أن يفرق بأن من شأن الحبة أنه لا يدق
إدراكها بخلاف فتات الخبز، ومن ثم كان الأوجه في بعض
الحبة التفصيل كفتات الخبز. (أو لا يلبس) هذا أو الثوب
الفلاني أو قيل له: البسه فقال: والله لا ألبسه فسل منه
خيطة لم يحنث كما مر عن الشاشي بقيده، وفارق لا
أساكنك في هذه الدار فانهدم بعضها وساكنه في الباقي
بأن المدار هنا على صدق المساكنة، ولو في جزء من

الدار وثم على لبس الجميع ولم يوجد أو لا أركب أو لا أكلم هذا فقطع أكثر بدنه بأن القصد هنا النفس وفي اللبس جميع الأجزاء ولا ينافي ما تقرر في سل الخيط تعبير شيخنا بقوله إن أزال منه القوارة أو نحوها الموهوم أنه لا يكفي سل الخيط وإن طال، لأن مراده مجرد التمثيل بدليل قوله في فتاويه لا يحنث إذا سل خيطا منه أو لا يلبس أو لا يأكل أو لا يدخل مثلا (هذين لم يحنث <ص: 45> بأحدهما)، لأنه حلف عليهما فإن نوى لا ألبس منهما شيئا حنث بأحدهما (فإن لبسهما معا أو مرتبا حنث) لوجود لبسهما المحلوف عليه

(أو لا يلبس هذا ولا هذا حنث بأحدهما)، لأنهما يمينان حتى لو لبس واحدا ثم واحدا لزمه كفارتان، لأن العطف مع تكرر لا يقتضي ذلك فإن أسقطه لا كان كهذين نحو لا أكل هذا وهذا أو لآكلن هذا وهذا أو اللحم والعنب، فيتعلق الحنث في الأولى والبر في الثانية بهما وإن فرقهما لا بأحدهما لتردده بينه وبين هذا ولا هذا لكن رجح الأول أصل براءة الذمة وقول النحاة: النفي بلا لنفي كل واحد وبدونها لنفي المجموع يوافق ذلك ثم ما تقرر من أن الإثبات كالنفي الذي لم يعد معه حرفه هو ما اعتمده جمع متأخرون، ويشير لاعتماده أنهما لما نقلنا عن المتولي أنه كالنفي المعاد معه حرف حتى تتعدد اليمين لوجود حرف العطف توقفا فيه، بل رداه حيث قالوا: لو أوجب حرف العطف تعدد اليمين في الإثبات لأوجه في النفي أي غير المعاد معه حرفه وقد بالغ ابن الصلاح في الرد على المتولي فقال: أحسب أن ما قاله من تصرفه، أو لألبسن هذا أو هذا بر بلبس واحد، لأن أو إذا دخلت بين إثباتين اقتضت ثبوت أحدهما أو لا ألبس هذا أو هذا فالذي رجحاه أنه لا يحنث إلا بلبسهما وردا مقابله أنه يحنث بأيهما لبس، لأن أو إذا دخلت بين نفيين اقتضت انتفاءهما كما في: {ولا تطع منهم آثما أو كفورا}. بمنع ما علل به أي وما في الآية إنما استفيد من خارج، لأن أو إذا دخلت بين نفيين كفى للبر أن لا يلبس واحدا منهما ولا يضر لبسه لأحدهما كما أنها إذا دخلت بين إثباتين كفى للبر أن يلبس أحدهما ولا يضر أن لا يلبس الآخر، وانتصار البلقيني للمقابل مردود، ولو عطف بالفاء أو ثم عمل بقضية كل من ترتب <ص: 46> بمهلة أو عدمها، ولو غير نحوي كما أطلقوه،

لكن قضية ما مر له في أن دخلت بالفتح خلافه وعليه فيتجه في عامي لا نية له أن لا تعتبر ترتيب فضلا عن قيده (أو لياكلن هذا الطعام) أو ليقضينه حقه أو ليسافرن (غدا فمات) بغير قتله لنفسه أو نسي (قبله) أي: الغد ومثله كما يعلم من كلامه الآتي موته أو نسيانه بعد مجيء الغد وقبل تمكنه (فلا شيء عليه)، لأنه لم يبلغ زمن البر والحنث.

(وإن مات) أو نسي (أو تلف الطعام) أو بعضه (في الغد بعد تمكنه) من قضاؤه أو السفر أو (من أكله) بأن أمكنه إيساغته وإن كان شعبان أي حيث لا ضرر كما علم مما مر في مبحث الإكراه، وأما ما اقتضاه إطلاق بعضهم من أن الشيع عذر فيتعين حمله على ما ذكرته (حنث) لتفويته البر حينئذ باختياره، ومن ثم ألحق قتله لنفسه قبل الغد بهذا <ص: 47> لأنه به مفوت لذلك أيضا وكذا لو تلف الطعام قبله بتقصيره كأن أمكنه دفع أكله فلم يدفعه (و) في موته أو نسيانه (قبله) أي: التمكن من ذلك جرى في حنثه (قولان كمكره) والأظهر عدمه لعذره وحيث أطلقوا قولي المكره أرادوا الإكراه على الحنث فقط، أما إذا أكره على الحلف فلا خلاف في عدم الحنث (وإن أتلفه) عامدا عالما مختارا (بأكل أو غيره) كإدائه الدين في الصورة التي ذكرتها ما لم ينو أنه لا يؤخر أداءه عن الغد (قبل الغد) أو بعده وقبل تمكنه منه. (حنث)، لتفويته البر باختياره ومر أن تقصيره في تلفه كإتلافه له ثم الأصح أنه إنما يحنث بعد مجيء الغد ومضي وقت التمكن فلو مات قبل ذلك لم يحنث وقيل بغروبه، وقيل: حالا فعليه لمعسر نية صوم الغد عن كفارته (وإن تلف) الطعام بنفسه (أو أتلفه أجنبي) قبل الغد أو التمكن ولم يقصر فيهما كما مر (فكمكره) فلا يحنث لعدم تفويته البر وما ذكرته من إلحاق ليقضينه حقه أو ليسافرن بمسألة الطعام فيما ذكر فيها هـ و القياس كما لو حلف بالطلاق الثلاث ليسافرن في هذا الشهر ثم خال بعد تمكنه من الفعل فإنه يقع <ص: 48> عليه الثلاث قبل الخلع، لتفويته البر باختياره، ومر في ذلك بسط في الطلاق فراجع

(تنبيه). لم أر لهم ضابطا للتمكن هنا وفي نظائره من كل ما علقوا فيه الحنث بالتمكن، وقد اختلف كلامهم في ضبط التمكن في أبواب فالتمكن من الماء في المتيمم بتوهمه

بحد الغوث أو تيقنه بحد القرب وأمن ما مر وظاهره أنه يلزمه مشي لذلك أطاقه لا ذهاب لما فوق ذلك، ولو راكبا وفي الجمعة بالقدرة على الذهاب إليها، ولو قبل الوقت إذا بعدت داره ولو ماشيا، ولو بنحو مركوب وقائد قدر على أجرتهما وفي الحج بما مر فيه في مبحث الاستطاعة، ومنه أنه يلزمه مشي قدر عليه إذا كان دون مرحلتين وفي الرد بالعيب والأخذ بالشفعة بما مر فيهما، وحينئذ فما هنا يلحق بأي تلك المواضع حتى يجري فيه جميع ما ذكره في ذلك من التمكّن وأعداره وقد علمت اختلافهما باختلاف تلك المواضع، وللنظر في ذلك مجال أي مجال، وواضح أنه حيث خشي من فعل المحلوف عليه مبيح تيمم لم يكن متمكنا منه فإن لم يخش ذلك، فالذي يتجه أنه لا يكفي توهم وجود المحلوف عليه بخلاف الماء، لأن له بدلا بل لا بد من ظن وجوده بلا مانع مما مر في التيمم وأن المشي والركوب هنا كالحج وأن الوكيل إن لم يفعل بنفسه كما في الرد بالعيب فيعد متمكنا إذا قدر عليه، ولو بأجرة مثل طلبها الوكيل فاضلة عما يعتبر في الحج، وإن قائد الأعمى ونحو محرم المرأة والأمرد كما في الحج فيجب، ولو بأجرة وأن عذر الجمعة ونحو الرد بالعيب أعمار هنا فوجود أحدهما يمنع التمكّن إلا في نحو أكل كريبه مما لا أثر له هنا بخلافه في نحو الشهادة على الشهادة كما يأتي، ومر قبيل العدد في أعمار تأخير النفي الواجب فورا ما له تعلق بما هنا ويفرق بين ما هنا وكل من تلك النظائر على حدته بأن كلا من تلك المذهب فيه إما حق الله أو حق الآدمي فتكلموا فيه بما يناسبه، وهنا ليس المذهب فيه واحدا من هذين وإنما المدار على ما يأتي وقد ذكروا في عد نحو الإكراه والنسيان والإعسار فيما لو حلف ليوفينه يوم كذا أذارا هنا ما يبين أن المراد التمكّن في عرف حملة الشرع ويؤيده ما مر أنه حيث تعذرت اللغة رجع للعرف وأن العرف الشرعي مقدم على العرف العام فلذا أخذت ضابط التمكّن هنا من مجموع كلامهم في تلك الأبواب وحينئذ متى وجد التمكّن من المحلوف عليه بأن لم يكن له عذر مما مر يمنعه عنه كمشي فوق مرحلتين، وإن أطاقه لم يحنث بتلف المحلوف عليه وإلا حنث فتأمل ذلك كله فإنه مهم محتاج إليه مع أنهم لم يتعرضوا لشيء منه هنا مع تخالف تلك النظائر وعدم

مدرك مطرد يوجب إلحاق ما هنا به فلذلك أشكل الأمر لولا ما ظهر مما قضى به المدرك الصحيح كما لا يخفى على متأمل. (أو لأقضى حقك) ساعة بيعي لكذا فباعه مع غيبة الدائن حنث، وإن أرسله إليه حالا لتفويته البر باختياره للبيع مع غيبة الدائن وإن لم يعلم بغيته كما هو ظاهر أو إلى زمن فمات لكن بعد تمكنه من قضاءه حنث قبيل موته، لأن لفظ الزمن لا يعين وقتا فكان جميع العمر مهلته، وإنما وقع الطلاق بعد لحظة في أنت طالق بعد أو إلى زمن، لأنه تعليق فتعلق بأول ما يسمى زمنا وما هنا وعد وهو لا يختص بأول ما يقع عليه الاسم وقضيته أنه لا فرق هنا بين الحلف بالله والطلاق أو إلى أيام فثلاثة أو (عند) أو مع (رأس الهلال) أو أول الشهر (فليقض) ه >ص: 49< (عند غروب الشمس آخر) ظرف لغروب لا يقضي، لفساد المعنى المراد ولا يصح كونه بدلا لإبهامه إذ آخر الذي هو المقصود بالحكم أصالة يطلق على نصفه الآخر واليوم الآخر وآخر لحظة منه (الشهر) الذي وقع الحلف فيه أو الذي قبل المقارنة لاقتضاء عند ومع المقارنة فاعتبر ذلك ليقع القضاء مع أول جزء من الشهر والمراد الأولية الممكنة عادة، لاستحالة المقارنة الحقيقية (فإن قدم) القضاء على ذلك (أو مضى بعد الغروب قدر إمكانه) العادي ولم يقض فيه (حنث) لتفويته البر باختياره هذا إن لم تكن له نية وإلا كأن نوى أن لا يأتي رأس الهلال إلا وقد خرج من حقه أو بعند أو مع إلى لم يحنث بالتقديم (ولو شرع في) العد أو الذرع أو (الكيل) أو الموزن أو غير ذلك من المقدمات (حينئذ) أي: حين إذ غربت الشمس (ولم يفرغ لكثرتة إلا بعد مدة لم يحنث)، لأنه أخذ في القضاء عند ميقاته وبحث الأذرع اعتبار تواصل نحو الكيل فيحنث بتخلل فئران تمنع تواصله بلا عذر لا بحمل حقه إليه من الغروب وإن لم يصل منزله إلا بعد ليلة ولا بالتأخير للشك في الهلال. (أو لا يتكلم فسبح) أو هلل أو حمد أو دعا بما لا يبطل الصلاة كأن لا يكون محرما >ص: 50< ولا مشتملا على خطاب غير الله ورسوله (أو قرأ) ولو خارج الصلاة (قرآنا)، ولو جنبا (فلا حنث) بخلاف ما عدا ذلك فإنه يحنث به أي إن أسمع نفسه أو كان بحيث يسمع لولا العارض كما هو قياس نظائره، لانصراف الكلام عرفا إلى كلام الآدميين في محاوراتهم، ومن ثم لم تبطل الصلاة بذلك،

لأنه ليس من كلامهم كما صرح به خبر مسلم لكن نازع فيه جمع بأن نحو التسييح يصدق عليه كلام لغة وعرفا وهو لم يحلف أنه لا يكلم الناس بل أن لا يتكلم، ويرد بأن عرف الشرع مقدم وقد علم من الخبر أن هذا لا يسمى كلاما عند الإطلاق على أن العادة المطردة أن الحالفين كذلك إنما يريدون غير ما ذكر وكفى بذلك مرجحا، وكذا نحو التوراة والإنجيل نعم يتجه أنه إن قرأها مثلا كلها حنث لتحقيق أن فيها مبدلا كثيرا بل لو قيل: إن أكثرها ككلها لم يبع (أو لا يكلمه فسلم عليه)، ولو من صلاة كما مر أو قال له قم: مثلا أو دق عليه الباب فقال وقد علمه: من (حنث) إن سمعه وهل يشترط حينئذ فهمه لما سمعه، ولو بوجه أو لا كل محتمل وقضية اشتراطهم سمعه الأول ويظهر أنه لو كان بحيث يسمعه لكن منع منه عارض كلغظ كان كما لو سمعه نعم في الذخائر كالحلية أنه لا يحنث بتكليمه الأصم، وإنما يتجه في صمم يمنع السماع من أصله، ولو عرض له كأن خاطب جدارا بحضرتة بكلام ليفهمه به لم يحنث، وكذا لو ذكر كلاما من غير خطاب أحد به كذا أطلقه شارح ويرد مما يأتي من التفصيل في قراءة الآية <ص: 51> فليحمل هذا على ذلك التفصيل كما هو واضح. (ولو كاتبه أو راسله أو أشار إليه بيد أو غيرها فلا حنث) عليه وإن كان أصم أو أخرس (في الجديد)، لأن هذه ليست بكلام عرفا وإن كانت كلاما لغة وبها جاء القرآن نعم إن نوى شيئا منها حنث به، لأن المجاز تقبل إرادته بالنية وجعلت نحو إشارة الأخرس في غير هذا كالعبارة للضرورة

(وإن قرأ آية أفهمه بها مقصوده وقصد قراءة)، ولو مع الإفهام (لم يحنث)، لأنه لم يكلمه (وإلا) بأن قصد الإفهام وحده أو أطلقه (حنث)، لأنه كلمه <ص: 52> ونازع البلقيني في حالة الإطلاق بما يرده إباحة القراءة حينئذ للجنب الدالة على أن ما تلفظ به كلام لا قرآن أو ليشين على الله أفضل الثناء لم يبر إلا بالحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيدة لأثر فيه، ولو قيل: يبر بيا ربنا لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك ولعظيم سلطانتك لكان أقرب بل ينبغي أن يتعين، لأنه أبلغ معنى وصح به الخبر أو ليصلين على النبي صلى الله عليه وسلم أفضل الصلاة بر بصلاة التشهد فقط واعترض بأن وعلى آل محمد مستأنف

كما قاله الشافعي، لئلا يلزم تفضيل إبراهيم على نبينا صلى الله عليهما وسلم عملاً بقضية التشبيه وحينئذ فلم يبق منها إلا اللهم صل على محمد فكيف فضل الكيفية التي ذكرها الرافعي مع أن فيها التكرير الأبدي بكلما ذكرك إلى آخره وجوابه أن هذا الاستئناف غير متعين في دفع ذلك اللازم، لكثرة الأجوبة عنه بغير ذلك كما بسطته في كتاب الدر المنضود في الصلاة والسلام على صاحب المقام المحمود ووجه أفضليتها أنه صلى الله عليه وسلم علمها لهم، وهو لا يختار لنفسه إلا الأفضل ولئن سلمنا ذلك الاستئناف فوجه ما مر أن أفضليتها لا تتوقف على ذلك التشبيه بل وقوع الصلاة بعدها على الآل على وجه التشبيه فيه أعلى شرف له صلى الله عليه وسلم، وأن الخلق يعجزون عن تشبيه صلاته بصلاة مخلوق، وأن تعين الصلاة عليه موكول في كفييتها وكميتها إلى ربه تعالى يختار له ما يشاء، وأنه أرشده إلى تعليم أمته صلاة لا تشابه صلاة أحد وأن الصلاة على آله إذا أشبهت الصلاة على إبراهيم وأبنائه الأنبياء فكيف حال صلاته التي رضيها تعالى له وذلك يستلزم خروجها عن الحصر فإن قلت: ظاهر كلامهم هنا بره بها وإن لم تقترن بالسلام فينافي ما مر أنه يكره أفرادها عنه وأنها إنما لم تحتج للسلام فيها، لأنه سبق في التشهد قلت: نعم ظاهر كلامهم هنا ذلك ولا منافاة لأنها من حيث ذاتها أفضل من غيرها، والكراهة إنما هي لأمر خارج هو الأفراد نظير كراهة ركعة الوتر إذ المراد أنه يكره الاقتصار عليها لا ذاتها (أو لا مال له) وأطلق أو عمم (حنت بكل نوع) من أنواع المال له (وإن قل) <ص: 53> ولو لم يتمول كما اقتضاه كلامهم هنا وفي الإقرار خلفاً للبلقيني كالأذرعي (حتى ثوب بدنه) لصدق اسم المال به نعم لا يحنت بملكه لمنفعة، لأنها لا تسمى مالا عند الإطلاق (ومدبر) له لا لمورثه إذا تأخر عتقه (ومعلق عتقه بصفة) وأم ولد (وما وصى به) لغيره، لأن الكل ملكه (ودين حال)، ولو على معسر جاحد بلا بينة قال البلقيني: إلا إن مات، لأنه صار في حكم العدم له وفيه نظر لاحتمال أن له مالا باطنياً أو يظهر له بعد بنحو فسخ بيع، وبفرض عدمه هو باق له من حيث أخذه لبدله من حسنات المدين فالمتجه إطلاقهم وكونه لا يسمى مالا الآن ممنوع (وكذا مؤجل في الأصح) لثبوته في الذمة وصحة الاعتياض والإبراء

عنه ولوجوب الزكاة فيه وأخذ منه البلقيني أنه لا حث بدينه على مكاتبه أي: لأنه لم يوجد فيه شيء من هاتين العلتين إذ ليس ثابتا في الذمة <ص: 54> لعدم صحة الاعتياض عنه ولقدرة المكاتب على إسقاطه متى شاء ولا زكاة فيه (لا مكاتبه) كتابة صحيحة (في الأصح)، لأنه لعدم ملكه لمنافعه وأرث جنائته كالأجنبي عرفا فلا ينافي عده مالا في الغصب ونحوه وبهذا يعلم أنه لا أثر لتعجيزه بعد اليمين وكذا زوجة واختصاص بل، ومغصوب لم يقدر على نزعه ولا على بيعه من قادر على نزعه وغائب انقطع خبره على الأوجه خلافا للأنوار ويفرق بين المغصوب المذكور وما في ذمة المعسر بأن هذا لا يتصور سقوطه بخلاف المغصوب يتصور بأن يرده غاصبه لقاض فيتلف عنده من غير تقصير (أو ليضره فالبئر) إنما يحصل (بما يسمى ضربا) فلا يكفي مجرد وضع اليد عليه (ولا يشترط إيلام) لصدق الاسم بدونه ووقع في الروضة في الطلاق اشتراطه لكنه أشار هنا إلى ضعفه (إلا أن يقول) أو ينوي (ضربا شديدا) أو موجعا مثلا فيشترط حينئذ الإيلام عرفا وواضح أنه يختلف بالزمن وحال المضروب (وليس وضع سوط عليه وعض) وقرض (وخنق) بكسر النون (ونتف شعر ضربا)، لأنه لا يسمى بذلك عرفا (قيل ولا لطم) لوجه باطن الراحة مثلا (ووكز) وهو الضرب باليد مطبقة أو الدفع ولو بغير اليد كما دل عليه كلام اللغويين ورفس ولكم وصفح، لأنها لا تسمى ضربا عادة والأصح أن جميعها ضرب وأنها تسماه عادة، ومثلها الرمي بنحو حجر أصابه كما بحثته وأفتيت به ثم رأيت الخوارزمي جزم به واعتمده الأذرعي وقد صح عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمى الرجم في قصة ماعز بعد هربه وإدراكهم له ضربا مع تسمية جابر له رجما (أو ليضره مائة سوط أو خشبة فشد مائة) من السياط في الأولى، ومن الخشب في الثانية ولا يقوم أحدهما مقام الآخر (وضربه بها ضربة أو) ضربه (بعثكال) وهو الضغث في الآية (عليه مائة شمراخ بر إن علم إصابة الكل أو) علم (تراكم بعض) منها (على بعض فوصله) بسبب هذا التراكم (ألم الكل) عبارة الروضة: ثقل الكل قيل وهي أحسن لما مر أنه لا يشترط الإيلام <ص: 55> ورد بأن ذكر العدد قرينة ظاهرة على الإيلام فهو كقوله ضربا شديدا

وصريح كلامه أجزاء العثكال في قوله: مائة سوط وهو ما قاله كثيرون وصوبه الإسنوي لكن المعتمد ما صحاه في الروضة وأصلها أنه لا يكفي، لأنه أخشاب لا سياط ولا من جنسها ونقله الإمام عن قطع الجماهير، وقولهم، لأنه أخشاب يرد على من نازع في إجزائه عن مائة خشبة بأنه لا يسمى خشبا. (قلت ولو شك) أي: تردد باستواء أو مع ترجيح الإصابة لا مع ترجيح عدمها كما بحثه الإسنوي أخذاً من كلامهم (في إصابة الجميع بر على النص والله أعلم) إذ الظاهر الإصابة وفارق ما لو مات المعلق بمشيئته، وشك في صدورها منه فإنه كتحقق العدم على ما مر فيه في الطلاق بأن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والإصابة، ولا أمانة ثم على وجود المشيئة قالا عن البغوي: ولو قال: إن ضربتك فأنت طالق فقصد ضرب غيرها فأصابها طلقت ولا يقبل قوله ويحتمل قبوله. اهـ. وقول الأنوار هو ضرب لها لكن لا يحث للخطأ كالمكره والناسي يحمل على أنه لا حث باطنا عند قصده غيرها فلا ينافي كلام البغوي، لأنه بالنسبة للظاهر وعليه يحمل قول غيره لا يقبل قوله لم أقصدها إلا بيينة، لأن الضرب محقق والمدفع مشكوك فيه وقوله: إلا بيينة لا يلائم ما قبله فليحمل على أن المراد إلا بيينة بقريئة على أنه لم يقصدها (أو ليضرينه مائة مرة) أو ضربة (لم يبر بهذا) أي المشدودة أو العثكال، لأنه جعل العدد مقصودا والأوجه أنه لا يشترط هنا تواليها واشتراط ذلك كالإيلام في الحد والتعزير، لأن القصد بهما الزجر والتنكيل (أو لا) أخليك تفعل كذا حمل على نفي تمكينه منه بأن يعلم به ويقدر على منعه منه.

أو لا (أفارك حتى أستوفي حقي) <ص: 56> منك (فهرب) يعني ففارقه المحلوف عليه، ولو بغير هرب كما يعلم مما يأتي (ولم يمكنه اتباعه لم يحث) بخلاف ما إذا أمكنه اتباعه فإنه يحث (قلت: الصحيح لا يحث إذا أمكنه اتباعه والله أعلم)، لأنه إنما حلف على فعل نفسه فلم يحث بفعل الغريم سواء أمكنه اتباعه أم لا وفارق مفارقة أحد البائعين الآخر في المجلس وأمكنه اتباعه فإنه ينقطع خيارهما بأن التفريق يتعلق بهما ثم لا هنا، ومن ثم لو فارقه هنا بإذنه لم يحث أيضا، ولو أراد بالمفارقة ما يعمها حث، ولو حلف لا يطلق غريمه فهل هو كلا أفارقه أو كلا أخلي سبيله حتى يحث بإذنه له في المفارقة

وبعدم اتباعه المقذور عليه إذا هرب جزم بعضهم بالثاني وفيه نظر في مسألة الهرب، لأن المتبادر لا يباشر إطلاقه وبالإذن باشره بخلاف عدم اتباعه إذا هرب (وإن فارقه) الحالف بما يقطع خيار المجلس، ولو بمشيه بعد وقوف الغريم مختارا ذاكرا (أو وقف) الحالف (حتى ذهب المحلوف عليه وكانا ماشيين) حنث لأن المفارقة حينئذ منسوبة للحالف حتى في الثانية، لأنه الذي أحدثها بوقوفه، أما إذا كانا ساكنين فابتدأ الغريم بالمشي فلا حنث مطلقا كما مر (أو أبرأه) حنث، لأنه فوت البر باختياره (أو احتال) به (على غريم) لغريمه أو أحال به على غريمه (ثم فارقه). أو حلف ليعطينه دينه يوم كذا ثم أحاله به أو عوضه عنه حنث، لأن الحوالة ليست استيفاء ولا إعطاء حقيقة وإن أشبهته، نعم إن نوى أنه لا يفارقه ودمته مشغولة بحقه لم يحنث كما لو نوى بالإعطاء أو الإيفاء براءة ذمته من حقه، ويقبل في ذلك ظاهرا وباطنا على المعتمد، ولو تعوض أو ضمنه له ضامن ثم فارق لظنه أن التعويض أو الضمان كاف حنث لما مر في الطلاق أن جهله بالحكم لا يعذر به (أو أفلس ففارقه ليوسر حنث) لوجود المفارقة منه وإن لزمته كما لو قال لا أصلي الفرض فصلاه فإنه يحنث نعم لو ألزمه الحاكم بمفارقتة <ص: 57> لم يحنث كالمكره وإنما أثر العذر في نحو لا أسكن فمكث لنحو مرض، لأن الحنث فيها باستدامة الفعل لا بإنشائه وهي أضعف فتأثرت به بخلاف ما هنا، والحاصل أن من خص يمينه بفعل المعصية أو أتى بما يعمها قاصدا دخولها أو قامت قرينة عليه حنث بها وإلا فلا كما مر في مبحث الإكراه في الطلاق وأن من ذلك ما لو حلف لا يفارقه ظلانا يساره فبان إعساره فلا يحنث بمفارقتة، لكن ظاهر المتن ينافي هذه إلا أن يجاب بأن قرينة المشاحة والخصومة الحاملة على إطلاق اليمين ظاهرة في إرادته حالة اليسر والعسر ومن ظن يساره حالة الحلف لا قرينة على شمول كلامه للمعصية وإن سبقت خصومة، لأن الظن أقوى فلم يحنث بالمفارقة الواجبة، وأما قول الزركشي فمن ابتلع خيطا ليلا ثم أصبح صائما ولم يجد من ينزعه منه كرها أو غفلة ولا حاكم يجبره على نزعه حتى لا يفطر لو قيل لا يفطر بنزعه هو له لم يبعد تنزيلا، لإيجاب الشرع منزلة الإكراه كما لو حلف ليطان زوجته فوجدها حائضا فمردود لتعاطيه المفطر

بأختياره فالقياس أنه ينزعه ويفطر كمريض خشي على نفسه الهلاك إن لم يفطر فيلزمه تعاطي المفطر ويفطر به وليس هذان كما نحن فيه، لأن مدار الأيمان على الألفاظ، والوضع الشرعي أو العرفي له فيها مدخل بالتخصيص تارة والتعميم أخرى فلذا فرقوا فيها بين المعصية وغيرها على التفصيل الذي ذكرناه، والحاصل أن الإكراه الشرعي كالحسي هنا لا ثم فتأمله.

(فرع) سئلت عما لو حلف لا يرافقه من مكة إلى مصر فرافقه في بعض الطريق، فهل يحنث؟ وأجبت الظاهر أنه يحنث حيث لا نية، لأن المتبادر من هذه الصيغة ما اقتضاه وضعها اللغوي، إذ الفعل في حد النفي كالنكرة في حيزه من عدم وجود المرافقة في جزء من أجزاء تلك الطريق وزعم أن مؤداها أننا لا نستغرق الطريق كلها بالاجتماع ليس في محله كما هو واضح. وعما لو حلف لا يكلمه مدة عمره فأجبت بأنه إن أراد مدة معلومة دين وإلا اقتضى ذلك استغراق المدة من انتهاء الحلف إلى الموت فمتى كلمه <ص: 58> في هذه المدة حنث، وأما إفتاء بعضهم بأنه إن أراد في مدة عمره حنث بالكلام في أي وقت وإلا لم يحنث إلا بالجميع فليس في محله فاحذره فإنه لا حاصل له وبتسليم أن له حاصلًا فهو سفساف لا يعول عليه (وإن استوفى وفارقه فوجده) أي: ما أخذه منه (ناقصًا) نظر (إن كان جنس حقه لكنه أردًا) منه (لم يحنث)، لأن الرداءة لا تمنع الاستيفاء وقيده ابن الرفعة نقلًا عن الماوردي بما إذا قل التفاوت بحيث يتسامح به أي: عرفًا نظير ما مر في الوكالة فيما يظهر على أن لك أن تنازع في التقييد من أصله بمنع أن ذلك لا يمنع الاستيفاء (وإلا) يكن جنس حقه كأن كان دراهم فخرج المأخوذ مغشوشًا (حنث عالم) بذلك عند المفارقة، لأنه فارقه قبل الاستيفاء (وفي غيره) وهو الجاهل به حينئذ (القولان) في حنث الجاهل أظهرهما لا حنث وكان بعضهم أخذ من هذا إفتاءه فيمن حلف ليعطينه دينه فأعطاه بعضه وعوضه عن بعضه بأن الدائن إن خفي عليه ذلك لجهله به بنحو قرب إسلامه لم يحنث وقد تعذر الحنث. اهـ. وليس في محله، لأن ما في المتن في جهل المحلوف عليه وهذا في جهل حكمه وقد مر مبسوطًا في الطلاق أنه ليس بعذر مع الفرق بين الجهلين.

ولو حلف ليقضين فلانا دينه يوم كذا فأعسر ذلك اليوم لم يحنث كما أفتى به كثيرون من المتأخرين وكلامهما ناطق بذلك في فروع كثيرة منها ما مر في لأكلن ذا الطعام غدا وما يأتي من قول المتن في إلى القاضي وإلا فمكره ويؤخذ من تقييدهم الحنث في هذه المسائل بما إذا تمكن، ومن قول الكافي في إن لم تصل الظهر اليوم إن حاضرت بعد مضي إمكان صلاتها حنث وإلا فلا أن محل عدم الحنث في مسألتنا أن لا يقدر على الوفاء بوجه من الوجوه من أول المدة التي حلف عليها إلى آخرها كالיום في مسألتنا والأوجه فيما لو سافر الدائن قبلها لو قد قال لأقضينك أو لأقضين فلانا عدم الحنث لفوات البر بغير اختيار >ص: 59< ولا يكلف إعطاء وكيله أو القاضي، لأنه مجاز فلا يحمل الحلف عليه من غير قرينة ثم رأيت الجلال البلقيني رجح ذلك أيضا ولا ينافي ذلك ما في التوسط عن فتاوى ابن البرقي قال: إن جاء حادي عشر الشهر وما أوفيتك أو لأقضينك إلى الحادي عشر فسافر الدائن قبله فإن قصد كونه لانتهاه الغاية وتمكن من الإيفاء قبله حنث وإن جعله يعني الحادي عشر ظرفا للإيفاء فسافر قبله ففيه خلاف مشهور أي: والأصح منه لا حنث وإن أطلق فالأولى أن يراجع أه والذو يتجه ما يتبادر من اللفظ أن المدة كلها من حين الحلف إلى تمام الحادي عشر ظرف للإيفاء المحلوف عليه فإذا سافر بعد التمكن من الإيفاء حنث الحالف مطلقا ما لم يقل: أردت أن الحادي عشر هو الظرف للاستيفاء فيصدق بيمينه لاحتماله وبهذا يعلم وجه عدم المنافاة، لأن لأقضينك غدا صريح في أن الغد هو الظرف للإيفاء بخلاف صورتني الحادي عشر، فلم يؤثر السفر قبل الغد في تلك وأثر في هاتين على ما تقرر والأوجه أيضا أن موت الدائن كسفره فيما مر فيه فإن كان بعد التمكن حنث وإلا فلا ولا أثر لقدرته على الدفع للوارث، لأنه خلاف المحلوف عليه ومن ثم كان الذي يتجه في لأقضين حقه أنه لا يفوت البر بالسفر والموت لإمكان القضاء هنا مع غيبته، وإبراء الدائن قبل التمكن مانع منه، وأما ما في عقارب المزني أي: وسماه بذلك لصعوبته من أنه مع العجز عن القضاء يحنث إجماعا فأشار الرافعي إلى رده كما مر بل إعراض الأئمة عنه وإطباقهم على التفريع على خلافه من اعتبار التمكن أدل دليل على عدم صحته

وأول بحمله على ما إذا تمكن من قضائه في الغد فلم يقضه، وتقبل دعواه بيمينه العجز لإعسار أو نسيان بل لو ادعى الأداء فأنكره الدائن قبل بالنسبة لعدم الحنث كما مر في الطلاق مع ما فيه.

(أو) حلف (لا رأى منكرا) أو نحو لقطعة (إلا رفعه إلى القاضي فرأى) منكرا (وتمكن) من رفعه له (فلم يرفعه) أي: لم يوصل بنفسه أو غيره بلفظ أو نحو كتابة للقاضي خبره في محل ولايته لا غيره إذ لا فائدة له (حتى مات) الحالف (حنث) أي من قبيل الموت كما هو ظاهر، لأنه فوت البر باختياره ويظهر أن العبرة في المنكر <ص: 60> باعتقاد الحالف دون غيره وظاهر أن الرؤية من أعمى تحمل على العلم، ومن بصير تحمل على رؤية البصر (ويحمل) القاضي في لفظ الحالف حيث لا نية له (على قاضي البلد) أي بلد فعل المنكر، لأنه المعهود بالنسبة لإزالته وبه يفرق بين هذا وما مر في الرءوس نعم إنما يتجه ذلك في منكر محسوس لا نحو زنا انقضى وإلا اعتبر قاضي البلد التي فيها فاعل المنكر حالة الرفع، لأن القصد من هذه اليمين إزالة المنكر وهي في كل بما ذكر (فإن عزل فالبر بالرفع إلى) القاضي (الثاني)، لأن التعريف بأل يعمه ويمنع التخصيص بالموجود حالة الحلف، فإن تعدد في البلد تخير ما لم يختص كل بجانب فيتعين قاضي شق فاعل المنكر، لأنه الذي يلزمه إجابته إذا دعاه، ذكره في المطلب وتوقف فيه شيخنا بأن رفع المنكر للقاضي منوط بإخباره به لا بوجوب إجابة فاعله ويجب بمنع ذلك بل ليس منوطا إلا بما يتمكن من إزالته بعد الرفع، ولو إليه وهذا لا يتمكن منها فالرفع إليه كعدم ولو رآه بحضرة القاضي فالأوجه أنه لا بد من إخباره به، لأنه قد يتيقظ له بعد غفلته عنه، ولو كان فاعل المنكر القاضي فإن كان ثم قاض آخر رفعه إليه وإلا لم يكلف كما هو ظاهر بقوله رفعت إليك نفسك، لأن هذا لا يراد عرفا من لا رأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضي (أو إلا رفعه إلى قاض بر بكل قاض) بأي بلد كان لصدق الاسم وإن كان ولايته بعد الحلف (أو إلى القاضي فلان فرآه) أي: الحالف المنكر (ثم) لم يرفعه إليه حتى (عزل فإن نوى ما دام قاضيا حنث) بعزله (إن أمكنه رفعه) إليه قبله (فتركه) لتفويته البر باختياره ولا فورية هنا، وأما لو لم يعزل ولم يرفع له حتى مات أحدهما فإنه

يحنث إن تمكن منه وتقييد جمع من الشراح ما ذكر في العزل بما إذا استمر عزله لموت أحدهما وإلا فلا حنث، لاحتمال عوده مردود بأن هذا إنما يتأتى فيما إذا قال وهو قاض أو نواه فإنه الذي لا حنث فيه بالعزل مطلقا لاحتمال عوده وأما إذا قال ما دام أو ما زال قاضيا أو نواه فيتعين حنثه بمجرد عزله بعد تمكنه من الرفع إليه سواء أعاد أم استمر معزولا لموت أحدهما لانقطاع الديمومة بعزله فلم يبر بالرفع إليه بعد، فإن قلت: يمكن أن يجاب بأن الظرف في إلا رفعه إلى القاضي فلان ما دام قاضيا إنما هو ظرف للرفع، والديمومة موجودة حيث رفعه إليه في حال القضاء قلت كلامهم في نحو لا أكلمه ما دام في البلد فخرج ثم عاد يقتضي أنه لا بد من بقاء الوصف المعلق بدوامه من الحلف إلى الحنث فمتى زال بينهما فلا حنث عملا بالمتبادر من عبارته <ص: 61>. (وإلا) يتمكن منه لنحو مرض أو حبس أو تحجب القاضي ولم يمكنه مراسلة ولا مكاتبة (فكمكره) فلا يحنث (وإن لم ينو) ما دام قاضيا (بر برفع) ه (إليه بعد عزله) نوى عينه أو أطلق لتعلق اليمين بعينه وذكر القضاء للتعريف فهو كالأصل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنث تغليباً للعين مع أن كلا من الوصف والإضافة يطرأ ويذول وبه فارق ما مر في لا أكلم هذا العبد فكلمه بعد العتق، لأن الرق ليس من شأنه أنه يطرأ ويذول

(فرع). حلف لا يسافر بحرا يشمل النهر العظيم كما أفتى به بعضهم لتصريح الصحاح بأنه يسمى بحرا قال: ويبر من حلف ليسافرن بقصير السفر بأن يصل لمحل لا تلزمه فيه الجمعة لكونه لا يسمع النداء منه. اهـ. وأخذ هذا من رأي من ضبط قصير السفر الذي يتنفل فيه لغير القبلة، وفيه نظر بل قضية كلامهم برة بمجرد مجاوزة ما مر في صلاة المسافر بنية السفر، لأنه الآن يسمى مسافرا لغة وشرعا وعرفا وإنما قيدوا نحو التنقل على الدابة بالميل أو عدم سماع النداء، لأن ذاك رخصة تجوزها الحاجة ولا حاجة فيما دون ذلك فتأمل

(فصل) لو (حلف) لا يشتري عينا بعشرة فاشتري نصفها بخمسة، ثم نصفها بخمسة اختلف فيه جمع متأخرون فقال جمع: يحنث وجمع لا والذي يتجه الثاني سواء أقال: لا اشتري قنا مثلا أو لا اشتري هذا، لأنه لم يصدق عليه عند

شراء كل جزء الشراء بالعشرة وكونها استقامت عليه بعشرة لا يفيد، لأن المدار في الأيمان غالباً عند الإطلاق على ما يصدق عليه اللفظ فلا يقال: القصد أنها لا تدخل في ملكه بعشرة وقد وجد أو (لا يبيع أو لا يشتري فعقد) عقداً صحيحاً لا فاسداً (لنفسه أو غيره) بوكالة أو ولاية (حنت) أما الأول فواضح، وأما الثاني فلأن إطلاق اللفظ يشمل نعم الحج يحنت بفاسده ولو ابتداءً بأن أحرم بعمره فأفسدها ثم أدخله عليها، لأنه كصحيحه لا باطله، وقضية فرقه بين الباطل والفاسد في العارية والخلع والكتابة إلحاقها بالحج فيما ذكر من الحنت بفاسدها دون باطلها وفيه نظر. ولو قال لا أبيع فاسداً فباع فاسداً فوجهان ظاهر كلامهما ترجيح <ص: 62> عدم الحنت، وجزم به الأنوار وغيره ورجح الإمام الحنت وما إلى الأذرع وغيره وينبغي أن يجمع بحمل الأول على ما إذا أراد حقيقة البيع أو أطلق لانصراف لفظ البيع إلى حقيقته وقوله فاسداً مناف لما قبله فالغي، والثاني على ما إذا أراد بالبيع صورته لا حقيقته وإنما احتجنا لهذا ليتضح وجه الأول وإلا فهو مشكل جداً كيف وقد ذكروا في لا أبيع الخمر أنه إن أراد الصورة حنت فتأمله. (ولا يحنت بعقد وكيله له)، لأنه لم يعقد وأخذ الزركشي من تفريقهم بين المصدر وأن والفعل في قولهم: يملك المستعير أن ينتفع فلا يؤجر، والمستأجر المنفعة فيؤجر أنه لو أتى هنا بالمصدر كلاً أفعل الشراء أو الزرع حنت بفعل وكيله وفيه نظر بل لا يصح، لأن الكلام ثم في مدلول ذينك اللفظين شرعاً وهو ما ذكره فيهما وهنا في مدلول ما وقع في لفظ الحالف وهو في لا أفعل الشراء ولا اشتري وفي حلفت أن لا اشتري واحد وهو مباشرته للشراء بنفسه. (أو) حلف (لا) يزوج أو لا يطلق أو لا يعتق أو لا يضرب فوكل من فعله لم يحنت)، لأنه إنما حلف على فعل نفسه ولم يوجد سواء ألق بالحالف فعل ذلك هنا وفيما قبله أم لا وسواء حضر حال فعل الوكيل أم لا، وإنما جعلوا إعطاء وكيلها بحضرتها كأعطائها كما مر في الخلع في إن أعطيتني، لأنه حينئذ يسمى إعطاءً وأوجبوا التسوية بين الموكل وخصمه في المجلس بين يدي القاضي ولم ينظروا للوكيل لكسر قلب الخصم بتميز خصمه حقيقة وهو الموكل عليه، وتعليقه الطلاق بفعلها فوجد تطليق بخلاف تفويضه إليها فطلقت،

ومكاتبته مع الأداء ليست إعتاقا على ما قالاه هنا والذي مر في الطلاق أن تعليقه مع وجود الصفة تطليق يقتضي خلافه إلا أن يفرق (إلا أن يريد أن لا يفعل هو ولا غيره) <ص: 63> فيحنت بالتوكيل في كل ما ذكر، لأن المجاز المرجوح يصير قويا بالنية، والجمع بين الحقيقة والمجاز قاله الشافعي وغيره وإن استبعده أكثر الأصوليين

ولو حلف لا يبيع ولا يوكل لم يحنت ببيع وكيله قبل الحلف، لأنه بعده لم يباشر ولم يوكل وأخذ منه البلقيني أنه لو حلف أن لا تخرج زوجته إلا بإذنه وكان أذن لها قبل الحلف في الخروج إلى موضع معين فخرجت إليه بعد اليمين لم يحنت وفي الأخذ نظر. وإن كان ما قاله محتملا وعليه فيظهر أن إذنه لها بالعموم كإذنه في موضع معين فذكره تصوير فقط (أو لا ينكح) ولا نية له (حنت بعقد وكيله له) وإن نازع فيه البلقيني وأطال، لأن الوكيل في النكاح سفير محض، ولهذا تجب إضافة القبول له كما مر. ولو حلفت لا تتزوج لم تحنت المجبرة بتزويج مجبرها لها وتحنت غيرها بتزويج وليها لها بإذنها قاله البلقيني وأفتى فيمن حلف لا يراجع فوكل في الرجعة بعدم الحنت، بناء على ما مر عنه في لا ينكح وبالحنت بناء على ما في المتن قال: بل هذا أولى، لأنه استمرار نكاح فالسفارة فيه أولى اه وقد يقال اغتفروا فيها لكونها استدامة ما لم يغتفروه في الابتداء فلا يبعد أن هذا من ذلك (لا بقبوله هو لغيره) لما مر أنه سفير محض فلم يصدق عليه أنه نكح نعم إن نوى لا ينكح لنفسه ولا لغيره حنت كما علم مما مر، أما إذا نوى الوطاء فلا يحنت بعقد وكيله له لما مر أن المجاز يتقوى بالنية

(أو يبيع) <ص: 64> أو يؤجر مثلا (مال زيد) أو لزيد مالا كما في الروضة ومنازعة البلقيني وفرقه بين الصورتين مردودة، ومن ثم تعين في لا تدخل لي دارا أن لي حالا من دارا قدم عليها لكونها نكرة وليس متعلقا بتدخل، لأن ذلك هو المتبادر من هذه العبارة فيحنت بدخول دار الحالف وإن كان فيها ودخل لغيره لا دار غيره وإن دخل له (فباعه) عالما بأنه مال زيد (بإذنه) أو إذن نحو ولي أو حاكم أو لظفر (حنت) لصدق الاسم (وإلا) يبيع بإذن صحيح (فلا) حنت لما مر أن العقد إذا أطلق اختص بالصحيح، وكذا العبادات إلا الحج كما مر (أو لا) يبره وأطلق شمل كل

تبرع من نحو صدقة وإبراء وعتق ووقف لا نحو زكاة أو لا (يهب له) أي: لزيد (فأوجب له) العقد (فلم يقبل لم يحنث)، لأن الهبة لم تتم ويجري هذا في كل عقد يحتاج لإيجاب وقبول (وكذا إن قبل ولم يقبض في الأصح) لا يحنث، لأن مقتضى الهبة المطلقة والغرض منها نقل الملك ولم يوجد وأطال البلقيني في الانتصار للمقابل بما في أكثره نظر وأيده غيره بقولهم في إن بعث هذا فهو حر يعتق بمجرد بيعه وإن قلنا الملك للبائع مع عدم انتقال الملك ويرد بأن البيع لما دخله الخيار المقتضي لنقل الملك تارة وعدمه أخرى كان الغرض منه لفظه بخلاف الهبة فإنه لما لم يدخلها ذلك كان الغرض منها معناها المقصودة هي لأجله فلم يكتف بلفظها وإنما لم يكن الإقرار بالهبة متضمنا للإقرار بالقبض، لأنه ينزل على اليقين والقبض قدر زائد على مسمى الهبة فلم يدخل بالاحتمال على أنه لا قرينة على إرادته أصلاً بخلاف ما نحن فيه كما تقرر.

(ويحنث) من حلف لا يهب (بعمري ورقبي وصدقة) مندوبة لا واجبة كزكاة وكفارة ونذر وبهدية مقبوضة، لأنها أنواع من الهبة (لا إعارة) إذ لا ملك فيها وضيافة (ووصية) لأنها جنس مغاير للهبة، والتعليل بأنها إنما تملك بالموت والميت لا يحنث قاصر، لأنه لا يتأتى في نحو والله لا يهب فلان لفلان شيئاً فأوصى إليه (ووقف)، لأن الملك فيه لله تعالى. وبحث البلقيني أنه لو كان في الموقوف عين حال الوقف كثرة أو صوف حنث، لأنه ملك أعياننا بغير عوض وفيه نظر لأنها تابعة لا مقصودة (أو لا يتصدق) حنث بصدقة فرض وتطوع، ولو على غني ذمي وبعث ووقف، لأنه يسمى صدقة لا تقتضي التملك وإبراء و (لم يحنث) بهدية وعارية وضيافة وقرض <ص: 65> وقراض وإن حصل فيه ربح على الأوجه ولا (بهبة في الأصح)، لأنها لتوقفها على الإيجاب والقبول لا تسمى صدقة، ولهذا حلت له صلى الله عليه وسلم بخلاف الصدقة وفارق عكسه السابق بأن الصدقة أخص فكل صدقة هبة ولا عكس نعم إن نوى بالصدقة الهبة حنث، فإن قلت قد علم مما تقرر أنهم حملوا الهبة هنا على مقابل الصدقة والهدية وفيما مر على ما يشمل هذين وغيرهما فما وجه قلت: يوجه بأن الهبة لها إطلاقان باعتبار السياق فأخذوا في كل سياق بالمتبادر منه

(أو لا يأكل طعاما اشتراه زيد لم ي حنث بما اشتراه) زيد (مع غيره) يعني هو وغيره معا أو مرتبا مشاعا، ولو بعد إفراز حصته على ما اقتضاه إطلاقهم لأن كل جزء منه لم يختص زيد بشرائه واليمين محمولة على ما يتبادر منها من اختصاص زيد بشرائه، ومن ثم لو حلف لا يدخل دار زيد لم يحنث بدخول دار شركة بينه وبين غيره وخرج بالإفراز ما لو اقتسما <ص: 66> قسمة رد كان اشترى بطيخة ورمانة فتراضيا برد أخذ النفيسة فيحنث لأن هذه القسمة بيع فيصدق أن زيدا اشتراه وحده

(وكذا لو قال) في يمينه: لا أكل (من طعام اشتراه زيد في الأصح) لما تقرر (ويحنث بما اشتراه) زيد (سلما) أو تولية أو إشراكا لأنها أنواع من الشراء، وعدم انعقادها بلفظ إنما هو لما فيها من الخصوصية، وإن كانت بيوعا حقيقة إذ الخاص فيه قدر زائد على العام فلا يصح إيراده بلفظ العام، لفوات المعنى الزائد فيه على العام، وصورته في الإشراك أن يشتري بعده الباقي، ويأتي في الإفراز هنا ما مر وبما اشتراه لغيره بوكالة لا بما اشتراه له وكيله أو عاد إليه بنحو رد بعيب أو إقالة أو صلح أو قسمة ليس فيها لفظ بيع كما هو ظاهر، لأنها لا تسمى بيوعا على الإطلاق (ولو اختلط) فيما إذا حلف لا يأكل طعاما أو من طعام اشتراه زيد كما اقتضاه السياق ويوجه بأن التنكير يقتضي الجنسية فلم يشترط أكل الجميع (ما اشتراه) زيد وحده (بمشتري غيره) يعني بمملوكه، ولو بغير شراء (لم يحنث حتى يتيقن) أي يظن (أكله من ماله) أي: مشتري زيد بأن يأكل منه نحو الكف لظن أن فيه مما اشتراه بخلاف نحو عشر حبات، ويفرق بينه وبين تمرة حلف لا يأكلها واختلطت بتمر فأكله إلا واحدة بأنه لا يقين هنا بل ولا ظن ثم عادة ما بقيت تمرة بخلاف ما نحن فيه ولو نوى هنا نوعا مما ذكر اختص به (أو لا يدخل دارا اشتراها زيد لم يحنث ب) دخول (دار أخذها) زيد أو بعضها (بشفعة)، لأن الأخذ بها لا يسمى شراء عرفا ولا شرعا ويتصور أخذ كلها بشفعة جوار، وبحكم بها من يراها وبغيرها لكن لا في مرة واحدة بأن يملك شخص نصف دار، ويبيع شريكه نصفه فيأخذه بها ثم يبيع ما يملكه بها لآخر ثم يبيعه الآخر فيأخذه الشريك بها فيصدق حينئذ أنه أخذ كلها بشفعة

(فرع). أخذ بعض السلف من قوله تعالى {حتى عاد كالعرجون القديم} <ص: 67> بناء على تفسيره القديم بما مضى عليه سنة أن من له عبيد اختلف وقت ملكهم، لو قال: أعتقت القديم منكم لم يعتق إلا من مضى له في ملكه سنة وفي التفسير المأخوذ منه ذلك نظر ظاهر، إذ لا يعضده لغة ولا عرف، والظاهر على قواعدنا أن من سمي منهم قديماً عرفاً عتق فإن لم يطرد بذلك عرف عتق من قبل آخرهم ملكاً، لأن الكل يسمون قدماء بالنسبة له ويجري ذلك في التعليق بنحو كلام القديم منهم، ولو علق بأن خدمتني أو فلانا، فالذي يظهر أن المدار في الخدمة على العرف لكنهم ذكروا في الاستئجار للخدمة والوصية بها وتعليق العتق عليها ما يمكن مجيئه هنا فيكون بياناً للعرف الذي هو المناط نعم يتردد النظر فيما لو خدم خادمه فيما يتعلق به كأن ناول طابخ طعامه حطباً، لتمام طبخه فهل تسمى مناولته هذه خدمة للحالف لعود النفع إليه أو لا، لأنه يسمى في العرف خادماً له بل للطابخ، أو يفرق بين أن يقصد بذلك خدمة الطابخ فلا حث أو الحالف فالحنث، كل من الأولين محتمل دون الثالث، لأن مناط الخدمة التسمية ولا دخل للنية فيها وليست نظيرة لما سبق في الجعالة في معين العامل، لأن استحقاق الجعل يتأثر بنية التبرع فتأثر بنية إعانة المالك أو العامل على أنهم سموا فعله في حال قصده إعانة العامل رداً فهو يؤيد الاحتمال الأول لولا وضوح الفرق بين الرد المتعلق بالعبد الصادق بكل من وضع يده عليه لذلك والخدمة المتعلقة بالحالف المقتضية أنه لا بد من مباشرة الخادم لخدمة الحالف بلا واسطة وبهذا يقرب الاحتمال الثاني والله أعلم.

كتاب النذر

بالمعجمة عقب الأيمان به لأن كلا يعقد لتأكيد الملتزم، ولأن في بعض أنواعه كفارة كاليمين وهو لغة الوعد بخير أو شر وشرعاً الوعد بخير بالتزام القرية الآتية على الوجه الآتي فلا يحصل بالنية وحدها لكن يتأكد له إمضاء ما نواه للذم <ص: 68> الشديد لمن نوى فعل خير ولم يفعله، والأصل فيه الكتاب والسنة، والأصح أنه في اللجاج الآتي مكروه وعليه يحمل ما أطلقه المجموع وغيره

هنا قال: لصحة النهي عنه وأنه لا يأتي بخير إنما يستخرج به من البخيل وفي القرية المنجزة أو المعلقة مندوب وعلى المنجزة يحمل قوله فيه في مبطلات الصلاة: إنه مناجاة لله تعالى تشبه الدعاء فلم تبطل الصلاة به ومما يؤيد أيضا أنه قرينة بقسميه أنه وسيلة لطاعة، ووسيلة الطاعة طاعة كما أن وسيلة المعصية معصية، ومن ثم أثيب عليه ثواب الواجب كما قاله القاضي وقوله تعالى {وما أنفقتم من نفقة أو نذرتم من نذر فإن الله يعلمه} أي: يجازي عليه على أن جمعا أطلقوا أنه قرينة وحملوا النهي على من ظن من نفسه أنه لا يفي بالنذر، أو اعتقد أن له تأثيرا ما وقد يوجه بأن اللجاج وسيلة لطاعة أيضا وهي الكفارة أو ما التزمه ويؤيده ما يأتي أن الملتزم بالنذرين قرينة وإنما يفترقان في أن المعلق به في نذر اللجاج غير محبوب للنفس وفي أحد نوعي نذر التبرر محبوب لها وقد يجب بأن نذر اللجاج لا يتصور فيه قصد التقرب فلم يكن وسيلة لقرينة من هذه الحثية.

أركان النذر

وأركانه ناذر ومندور وصيغة. وشرط الناذر إسلام، واختيار، ونفوذ تصرفه فيما ينذره فيصح نذر سكران لا كافر لعدم أهليته للقرينة وغير مكلف ومكره لرفع القلم عنهم ومحجور فليس أو سفه في قرينة مالية عينية، وكذا القن فيصح نذره المال في ذمته، ولو بغير إذن سيده بخلاف الضمان، لأن المغلب هنا حق الله تعالى، ومن ثم اختص بالقرن وزيد إمكان الفعل فلا يصح نذرهم صوما لا يطيقه ولا بعيد عن مكة حجا هذه السنة كما يأتي أوائل الفصل.

والصيغة لفظ أو كتابة أو إشارة أخرس تدل أو تشعر بالالتزام مع النية في الكتابة وكذا إشارة لم يفهمها كل أحد لا النية وحدها كسائر العقود ومن الأول نذرت لله أو لك أو علي لك <ص: 69> كذا أو لهذا ومثله انتذرت أو أنذرت من عامي لغته ذلك كما يعلم مما قدمته في زوجتك بفتح التاء، إذ المعتمد الذي صرح به البغوي من اضطراب طويل في نذرت لك، وإن لم يذكر معها الله أنها صريحة ومما يصرح بذلك ويوضحه قول محصول الفخر الرازي لا شك أن نحو نذرت، وبعث صيغ أخبار لغة وقد تستعمل له شرعا أيضا إنما النزاع في أنها حيث تستعمل

لإحداث الأحكام كانت إخبارات أو إنشاءات، والأقرب الثاني لوجوه وساقها وقد حكما في نذرت لله لأفعلن كذا ولم ينو يمينا ولا نذرا وجهين وجزم في الأنوار بما بحثه الرافعي أنه نذر أي: نذر تبرر، وزعم شارح أن مخاطبة المخلوق بنحو نذرت لك تبطل صراحتها عجيب مع قولهم: إن علي لك كذا أو إن شفى الله مريضى فعلى لك كذا صريحان في النذر مع أن فيهما مخاطبة مخلوق، وزعم أنه لا التزام في نحو نذرت ممنوع نعم إن نوى به الإخبار عن نذر سابق عرف أخذا مما مر في الطلاق فواضح أو اليمين في نذرت لأفعلن فيمين

(تنبيه). قولهم: علي لك كذا صريح في النذر ينافيه أنه صريح في الإقرار إلا أن يقال لا مانع من أنه صريح فيهما وينصرف لأحدهما بقريئة ونظيره ما مر في لفظ السلف أنه صريح في السلم والقرض لكن المميز ثم نفس الصيغة بخلافه هنا

(هو ضربان نذر لجاج) بفتح اللام وهو التماذي في الخصومة ويسمى نذر ويمين اللجاج والغضب والغلق بفتح المعجمة واللام وهو أن يمنع نفسه أو غيرها من شيء أو يحث عليه أو يحقق خيرا غضبا بالترام قربة (كإن كلمته) أو إن لم أكلمه أو إن لم يكن الأمر كما قلته (فله علي) أو فعلي (عتق أو صوم) أو عتق وصوم وحج (وفيه) عند وجود المعلق عليه (كفارة يمين) لخبر مسلم {كفارة النذر كفارة يمين} ولا كفارة في نذر التبرر قطعا فتعين حملته على نذر اللجاج ولقول كثيرين من الصحابة رضي الله عنهم به ولا مخالف له ومن ثم أطال البلقيني في الانتصار له (وفي قول ما التزم) لخبر {من نذر وسمى فعليه ما سمى} (وفي قول: أيهما شاء)، لأنه يشبه النذر من حيث إنه التزم قربة واليمين من حيث إن مقصوده مقصود اليمين ولا سبيل للجمع بين موجبيهما ولا لتعطيلهما فوجب التخيير (قلت: الثالث أظهر ورجحه العراقيون والله أعلم) لما قلنا، أما إذا التزم غير قربة كلا أكل الخبز فيلزمه كفارة يمين بلا نزاع ومنه ما يعتاد على السنة الناس العتق يلزمي أو يلزمي عتق عبدي فلان <ص: 70> أو والعتق لا أفعل أو لأفعلن كذا فإن لم ينو التعليق فلفو وإن نواه تخير كما نص عليه في بعض ذلك ثم إن اختار العتق وعتق المعين أجزاءه مطلقا أو الكفارة وأراد عتقه

عنها اعتبر فيه صفة الإجزاء، ولو قال إن فعلت كذا فعبدني حر ففعله عتق قطعاً كما في المجموع خلافاً لما وقع للزركشي، لأن هذا محض تعليق ليس فيه التزام بنحو علي وقوله العتق أو عتق قني فلان يلزمني أو والعتق ما فعلت كذا لغو، لأنه لا تعليق فيه ولا التزام، والعتق لا يحلف به إلا على أحد ذينك وهما هنا غير متصورين.

(ولو قال إن دخلت) الدار مثلاً (فعلي كفارة يمين أو) فعلي كفارة (نذر لزمه) في الصورتين (كفارة بالدخول) تغليباً لحكم اليمين في الأولى ولخبر مسلم في الثانية، أما إذا قال فعلي يمين فلغو، لأنه لم يأت بصيغة نذر ولا حلف وليست اليمين مما يلتزم في الذمة أو فعلي نذر تخير بين قربة ما من القرب وكفارة يمين ولأجل هذا تعين جر نذر في المتن عطفاً على يمين وامتنع رفعه لمخالفته ما تقرر إذ تعين الكفارة عند الرفع وهم، وإنما الذي فيه حينئذ ما مر من التخيير، وهو المعتمد وأنه لا يصح ولا يلزمه شيء وهو ما اقتضاه نص البويطي ويؤيد ما تقرر في فعلي نذر أنه لو أتى به في نذر التبرر كان شفى الله مريضاً فعلي نذر لزمه قربة من القرب والتعيين إليه ذكره البلقيني.

نذر تبرر

(ونذر تبرر) سمي به، لأنه لطلب البر أو التقرب إلى الله تعالى (بأن يلتزم قربة) أو صفتها المطلوبة فيها كما يأتي آخر الباب <ص: 71> (إن حدثت نعمة) تقتضي سجود الشكر كما يرشد إليه تعبيرهم بالحدوث (أو ذهب نعمة) تقتضي ذلك أيضاً، ومر بينهما في بابها هذا ما نقله الإمام عن والده وطائفة من الأصحاب لكنه رجح قول القاضي: أنهما لا يتقيدان بذلك ويوافقهما ضبط الصيمري لذلك بكل ما يجوز أي: من غير كراهة أن يدعى الله تعالى به وهذا هو الأوجه، ومن ثم اعتمده ابن الرفعة وغيره وبه صرح القفال حيث قال لو قالت لزوجها: إن جامعني فعلي عتق عبد فإن قالته على سبيل المنع فلجاج أو الشكر لله حيث يرزقها الاستمتاع بزوجهما لزمها الوفاء له. والحاصل أن الفرق بين نذري اللجاج والتبرر أن الأول فيه تعليق بمرغوب عنه والثاني بمرغوب فيه، ومن ثم ضبط بأن يعلق بما يقصد حصوله فنحو إن رأيت فلانا فعلي صوم يحتمل النذرين ويتخصص أحدهما بالقصد، وكذا قول امرأة

لآخر إن تزوجتني فعلي أن أبرئك من مهري وسائر حقوقي
فهو تبرر إن أرادت الشكر على تزوجه
(تنبيه). علم من هذا الحاصل أن من قال لبائعه: إن جئتني
بمثل عوضي فعلي أن أقيلك أو أفسخ المبيع لزمه أحدهما
إن ندب لندمه، وكان يجب إحضار مثل عوضه <ص: 72>
وإلا كان لجاجا وعلى ذلك يحمل اختلاف جمع متأخرين فيه
وقد صرحوا في التعليق بالمباح بأنه يحتمل النذرين ولا
شك أن إحضار العوض كذلك، ثم رأيت بعضهم أشار إليه
بقوله إن علقه بطلبها المرغوب له مع الندم فنذر تبرر
وإلا فلجاج اه ملخصا لكن فيه نظر يعرف مما قررته
وحيث فينبغي الاكتفاء بنديها وحده وإن استوى عنده الرغبة
في إحضار العوض وعدمه ومحبتة لإحضاره وإن لم تندب
لما تقرر أن المباح يتصور فيه النذران وفي الروضة عن
فتاوى الغزالي في إن خرج المبيع مستحقا فعلي لك كذا
أنه لغو ووجه بأن الهبة وإن كانت قريبة لكنها على هذا
الوجه ليست قريبة ولا محرمة فكانت مباحة ويوجه بأنه
جعلها في مقابلة الاستحقاق المكروه له دائما وهي في
مقابلة العوض غير قريبة فلم يمكن اللجاج نظرا لعدم
القربة، ولا التبرر نظرا لكراهة المعلق عليه فاندفع ما قيل
أي فرق بين هذا وقوله فعلي أن أصلي ركعتين وبما
قررته علم أن هذا لا يشكل على ما ذكرته في مسألة
الإقالة لوضوح الفرق بين الاستحقاق الذي هو دائما مكروه
له وإحضار العوض المحبوب له تارة والمكروه له أخرى
فإذا جعله شرطا لمندوب هو الإقالة للنادم وإن لم يطلبها
تعين فيه ما ذكرته من التفصيل.

وأفتى أبو زرعة فيمن نزل لآخر عن إقطاعه فنذر له إن
وقع اسمه بدله أن يعطيه كذا بأنه نذر قريبة ومجازاة
فيلزمه، وفرق بينه وبين مسألة الغزالي بما يقرب مما
ذكرته وإذا قلنا بلزوم نذر الإقالة فقيدها بمدة فالقياس
تقيد اللزوم بها فإن آخر عنها لغير نحو نسيان وإكراه
فالقياس كما يعلم مما مر في تعاليق الطلاق إلغاء النذر
مطلقا، ويحتمل الفرق بين المعذور بأي عذر وجد وبين
غيره وعليه لا يقبل قوله في العذر الذي ليس نحو نسيان،
لأنه يمكن إقامة البينة عليه (كأن شفي مريض فله علي
أو فعلي كذا) أو ألزمت نفسي كذا أو فكذا لازم لي أو
واجب علي ونحو ذلك من كل ما فيه التزام وما يصرح به

كلامه من صحة إن شفي مريضني فله علي ألف أو فعلي ألف أو لله علي ألف، ولم يذكر شيئاً ولا نواه غير مراد له لجزمه في الروضة بالبطلان مع ذكره صحة لله علي أو علي التصدق أو التصدق بشيء ويجزيه أدنى متمول والفرق أنه في تلك لم يعين مصرفاً ولا ما يدل عليه <ص: 73> من ذكر مسكين أو تصدق أو نحو ذلك فكان الإبهام فيها من سائر الوجوه بخلاف هذه، لأن التصدق ينصرف للمساكين غالباً ويؤخذ منه صحة نذر التصدق بألف ويعين ألفاً مما يريدُه وعلى هذا التفصيل يحمل ما وقع للأذرعى مما يوهم الصحة حتى في الأولى وابن المقري مما هو ظاهر في البطلان حتى في نذر التصدق بألف غفلة عن أن تصوير أصله لصورة البطلان بما إذا لم يذكر التصدق والصحة بما إذا ذكر ألفاً أو شيئاً مجرد تصوير إذ الفارق إنما هو ذكر التصدق وحذفه كما تقرر نعم بحث بعضهم أن ذكر لله حيث لم ينو مجرد الإخلاص يغني عن ذكر التصدق فيصرف للفقراء، وفيه نظر لما مر أول الوصية من الفرق بينهما وبين الوقف ومما يرد عليه إفتاء القفال في لله علي أن أعطي الفقراء درهما ولم يرد الصدقة أو هذا درهما وأراد الهبة بأنه لغو لكن نظر فيه الأذرعى بأنه لا يفهم منه إلا الصدقة ويجاب عن الهبة بأن مراده بها مقابل الصدقة، لقول الماوردي في إن هلك فلان فله علي أن أهب مالي لزيد إن كان فلان من أعداء الله وزيد ممن يقصد بهتته الثواب لا التواصل والمحبة انعقد نذره وإلا فلا.

ولو كرر إن شفي مريضني فعلي كذا تكرر إلا إن أراد التأكيد كذا ذكره بعضهم وفيه نظر، وقياس ما مر في الطلاق من الفرق بين تكرير الظهر واليمين الغموس وتكرير اليمين في غيرهما بأن الأولين حق آدمي بخلاف الثالث أن ما هنا كالثالث فلا يتكرر إلا إن نوى الاستئناف فإن قلت ما وجه كون هذا ليس حق آدمي مع أن الواجب به يصرف للآدمي قلت المراد بكونه حق آدمي وعدمه أن فيه إضراراً به أولاً ولا إضراراً هنا ولا نظر لما يجب به فإن كلا من الثلاثة الأول فيه كفارة ومع استوائهن فيه فرقوا بما مر فعلمنا أن المراد ما ذكرناه فتأمل. <ص: 74> ويجوز إبدال كافر أو مبتدع بمسلم أو سني لا درهم بدینار ولا موسر بفقير لأنهما مقصودان، ومن ثم لو عين

شيئا أو مكانا للصدقة تعين (فيلزمه ذلك) أي: ما التزمه (إذا حصل المعلق عليه) لخبر البخاري { من نذر أن يطيع الله فليطعه } وظاهر كلامه أنه يلزمه الفور بأدائه عقب وجود المعلق عليه وهو كذلك خلافا لقضية ما يأتي عن ابن عبد السلام ثم رأيت بعضهم جزم به فقال في إن شفي مريض فعلي أن أعتق هذا فشفي له مطالبته ويجبر عليه فوراً. اهـ. وفي نحو إن شفي فعبيدي حر لا يطالب بشيء، لأنه بمجرد الشفاء يعتق من غير احتياج لإعتاق بخلاف فعلي أن أعتقه ويظهر أن المراد بالشفاء زوال العلة من أصلها وأنه لا بد فيه من قول عدلي طب أخذاً مما مر في المرض المخوف أو معرفة المريض، ولو بالتجربة وإنه لا يضر بقاء آثاره من ضعف الحركة ونحوه وأفتى البغوي في إن شفي فعلي أن أعتق هذا بعد موتي بأنه يلزم قال غيره: الظاهر أن معنى لزومه منع بيعه بعد الشفاء وأنه يجب على الوصي فالقاضي إعتاقه بعد موته أي: عقبه قال: ومقتضى قوله لزم أن التعليق إذا كان في الصحة لا يحسب من الثلث وهو الظاهر كما إذا نذر بدار مستأجرة فلم تنقض إجارتها إلا بعد الموت، وقوله: بعد موته ليس فيه إلا بيان وقت المطالبة بما تحقق لزومه قبل مرضه اهـ وفيه نظر ظاهر وإنما يتم ما ذكره إن لم يقل بعد موته، وأما مع ذكره فلا ينصرف إلا للوصية فليقتصر به على الثلث وبهذا يندفع قياسه وقوله: ليس فيه إلخ ولا يؤيده ما مر أنه لو علق في الصحة العتق بصفة فوجدت في المرض لا باختياره خرج من رأس المال، لأنه هنا لم ينص على المرض ولا وجد فيه باختياره بل هذا يرد عليه، لأنه إذا أوجده في المرض باختياره حسب من الثلث فأولى إذا قال في المرض أو بعد الموت وقوله: أعتق بعد موتي لا تنافي بينهما، لأن إسناد العتق إليه مباشرة نائبة له مجاز مشهور فعلمنا به لتشوف الشارع إليه وصونا لكلام المكلف عن الإلغاء ما أمكن وخرج بيلتزم نحو إن شفي مريض عمرت دار فلان أو مسجد كذا فهو لغو، لأنه وعد لا التزام فيه <ص: 75> وبه يرد على من نظر في ذلك نعم إن نوى به الالتزام لم يبعد انعقاده.

وبحث البلقيني أنه لو نذر نذراً مالياً ثم حجر عليه بسفه لم يتعلق بماله وإن رشد وفرق بينه وبين ما لو علق عتق عبده بصفة ثم حجر عليه ثم وجدت عتق بقوة العتق وفيه

نظر ظاهر، ولو شك بعد الشفاء في الملتزم أهو صدقة أو عتق أو صوم أو صلاة فالذي يتجه من احتمالين فيه للبغوي أنه يجتهد وفارق من نسي صلاة من الخمس بتيقن شغل ذمته بالكل فلا يخرج منه إلا بيقين بخلاف ثم فإن اجتهد ولم يظهر له شيء وأيس من ذلك اتجه وجوب الكل، لأنه لا يتم خروجه من الواجب عليه يقينا إلا بفعل الكل وما لا يتم الواجب إلا به واجب (وإن لم يعلقه بشيء كالله علي صوم) أو علي صوم أو صدقة لفلان أو أن أعطيه كذا ولم يرد الهبة على ما مر عن القفال (لزمه) ما التزم حالا ولا يشترط قبول المنذور له بل عدم رده كما يأتي (في الأظهر) للخبر السابق وهذا من نذر التبرر إذ هو قسمان معلق وغيره واشتراط الجواهر فيه التصريح بله ضعيف ويسمى المعلق نذر المجازاة أيضا.

ولو قال لله علي أضحية أو عند نحو شفاء لله علي عتق لنعمة الشفاء لزمه ذلك جزما تنزيلا للثاني منزلة المجازاة لوقوعه شكرا في مقابلة نعمة الشفاء، وقضية المتن أن المنذور له في قسمي النذر لا يشترط قبوله النذر وهو كذلك نعم الشرط عدم رده وهو المراد بقول الروضة عن القفال في إن شفي مريض فعلي أن أتصدق على فلان بعشرة لزمته إلا إذا لم يقبل فمراده بعدم القبول الرد لا غير على أنه مفروض كما ترى في ملتزم في الذمة وما فيها لا يملك إلا بقبض صحيح فأثر وبه يبطل النذر من أصله ما لم يرجع ويقبل كالوقف على ما مر فيه بخلاف نذره التصديق بمعين فإنه يزول ملكه عنه بالنذر، ولو لمعين فلا يتأثر بالرد كإعراض الغانم بعد اختياره التملك، ومر في الأضحية الفرق بينه وبين نذر عتق قن معين، فإن قلت هل يجري هنا خلاف الوقف في اشتراط القبول قلت الظاهر لا ويفرق بقوة النذر لقبوله من الغرر، والجهالات أنواعا كثيرة لا تنافي انعقاده بخلاف الوقف وبأنه مع الرد لا تتصور صحته اشترطنا قبوله أم لا بخلاف نذر التصديق بمعين كما تقرر

(فروع). يقع لبعض العوام جعلت هذا للنبي صلى الله عليه وسلم فيصح كما بحث، لأنه اشتهر في النذر <ص: 76> في عرفهم ويصرف لمصالح الحجرة النبوية بخلاف متى حصل لي كذا أجيء له بكذا فإنه لغو ما لم يقترن به لفظ التزام أو نذر أي: أو نيته ولا نظر إلى أن النذر لا

ينعقد بها، لأنه لا يلزم من النظر إليها في التوابع النظر إليها في المقاصد ويأتي آخر الباب ما له تعلق بذلك ولا يشترط معرفة الناذر ما نذر به كخمس ما يخرج له من معشر ذكره القاضي ككل ولد أو ثمرة تخرج من أمتي هذه أو شجرتي هذه وكعتق عبد إن ملكته وما في فتاوى ابن الصلاح مما يخالف ذلك ضعفه الأذرعى، والحاصل أنه يشترط في المال المعين لنحو صدقة أو عتق أن يملكه أو يعلقه بملكه ما لم ينو الامتناع منه فهو نذر لجاج وذكر القاضي أنه لا زكاة في الخمس المنذور قال غيره: ومحلّه إن نذر قبل الاشتداد وبحث صحته للجنين كالوصية له بل أولى، لأنه وإن شاركها في قبول التعليق والخطر وصحته بالمجهول والمعدوم لكنه يتميز عنها بأنه لا يشترط فيه القبول بل عدم الرد ومن ثم اتجهت صحته للقن كهي والهبة فيأتي فيه أحكامهما فلا يملك السيد ما بالذمة لا بقبض القن لا للميت إلا لقبر الشيخ الفلاني وأراد به قرينة ثم كإسراج ينتفع به أو اطرد عرف بحمل النذر له على ذلك كما يأتي وجعل بعضهم من النذر بالمعدوم المجهول نذرها لزوجها بما سيحدث لها من حقوق الزوجية، والنذر في الصحة بمثل نصيب ابنه بعد موته فيوقف لموته ويخرج النذر من رأس المال، لأنه لم يعلقه به وإنما المعلق به معرفة قدر النصيب، ومن ثم لو أراد التعليق بالموت كان كالوقف المعلق به في أنه وصية ووافقه على الأولى بعض المحققين وقاسها على النذر له بثمره بستانه مدة حياته فإنه يصح كما أفتى به البلقيني وقال في النذر بنصيب ابنه بعد موته إن كان بعد ظرفاً لنصيب فالنذر منجز، والمقدار غير معلوم وهو لا يؤثر، أو ظرفاً للنذر صح وخرج من الثلث، وجاز الرجوع فيه كوقف دارى بعد موتي على كذا بل أولى، لأن النذر يحتمل التعليق دون الوقف ولم يبين حكم ما إذا لم يعرف مراده، والذي يظهر حله عندي على الثاني لأنه المتبادر.

ويبطل بالتأقيت كندرت له هذا يوماً لمنافاته للالتزام السابق الذي هو موضوع النذر فإن قلت ينافي هذا قول الزركشي الآتي من توقيت النذر بما قبل مرض الموت <ص: 77> الصريح في أن التأقيت لا يضر في النذر وكذا في الصورة التي قبله والتي بعده قلت: لا ينافيه، لأن التأقيت يكون صريحاً وما مثلت به فهذا هو المبطل لما

ذكرته وقد يكون ضمناً كما في صورة الزركشي والتي قبلها والتي بعدها وهو لا يؤثر، لأنه لا ينافي الالتزام وإنما يرجع إلى شرط في النذر وهو يعمل فيه بالشروط التي لا تنافي مقتضاه كما في الوصية والوقف الواقع تشبيهه بكل منهما في كلامهم فتأمل، إلا في المنفعة فيأتي في نذرها ما مر في الوصية بها وإلا في نذرت لك بهذا مدة حياتك فيتأبد كالعمري ويصح بما في ذمة المدين ولو مجهولاً له فيبرأ حالاً وإن لم يقبل خلافاً للجلال البلقيني وليس كبيعته ولا هبته منه، لأن النذر لا يتأثر بالغرر بخلاف نحو المبيع ولا يتوقف على قبض بخلاف الهبة

وكلام الروضة لا ينافي ذلك خلافاً لمن زعمه كما هو واضح للمتأمل، وبالالتزام عتق قنه فله الطلب والدعوى به وإن لم يلزمه فوراً على ما ذكره ابن عبد السلام، وفيه نظر، لأنه حق ثابت لا غاية له تنتظر بخلاف المؤجل فليجبر على عتقه فوراً ثم رأيت الفقيه إسماعيل الحضرمي خالفه فقال حيث لزم النذر وجب وفاؤه فوراً وهو قياس الزكاة وإن أمكن الفرق وعليه فهل يتوقف وجوب الفورية على الطلب كالدين الحال أو يفرق بأن القصد بالنذر التبرر وهو لا يتم إلا بالتعجيل بخلاف المدين كل محتمل وظاهر أن محل الخلاف فيما لم يزل ملكه عنه بالنذر

ويعلم مما مر في الاعتكاف أنه لو قرن النذر بإلا أن يبدو لي ونحوه بطل لمنافاته الالتزام من كل وجه بخلاف علي أن أتصدق بمالي إلا إن احتجته فلا يلزمه ما دام حياً لتوقع حاجته فإذا مات تصدق بكل ما كان يملكه وقت النذر إلا إن أراد كل ما يكون بيده إلى الموت فيتصدق بالكل قال الزركشي: وهذا أحسن مما يفعل من توقيت النذر بما قبل مرض الموت وأخذ من ذلك بعضهم صحة النذر بماله لفلان قبل مرض موته إلا أن يحدث لي ولد فهو له أو إلا أن يموت قبلي فهو لي

ولو نذر لبعض ورثته بماله قبل مرض موته بيوم ملكه كله من غير مشارك لزوال ملكه عنه إليه قبل مرضه، قال بعضهم وفي نذرت أن أتصدق بهذا على فلان قبل موتي أو مرضي لا يلزمه تعجيله أخذاً مما مر عن ابن عبد السلام فيكون ذكره الموت مثلاً غاية للحد الذي يؤخر إليه لكن يمتنع تصرفه فيه وإن لم يخرج عن ملكه، لتعلق حق المنذور له اللازم به ولا تصح الدعوى به كالدين المؤجل.

ولو مات المنذور له قبل الغاية بطل وقد ينازع في ذلك كله أنه لو قال: أنت طالق قبل موتي وقع حالا فقياسه هنا صحته <ص: 78> حالا فيملكه المنذور له كما في علي أن أتصدق بهذا على فلان وينعقد معلقا في نحو إذا مرضت فهو نذر له قبل مرضي بيوم وله التصرف هنا قبل حصول المعلق عليه لضعف النذر حينئذ وأفتى جمع فيمن أراد أن يتبايعا فاتفقا على أن ينذر كل للآخر بمتاعه ففعلا صح وإن زاد المبتدئ إن نذرت لي بمتاعك وكثيرا ما يفعل ذلك فيما لا يصح بيعه ويصح نذره . ويصح تعجيل المنذور المعلق بعد التعليق وقبل وجود الصفة كما مر. ويصح إبراء المنذور له الناذر عما في ذمته وإن لم يملكه حيث جاز له المطالبة به كما يصح إسقاط حق الشفعة وسيأتي أنه لا يصح ممن لا يدري معناه ومحلّه إن جهله بالكلية بخلاف ما إذا عرف أنه يفيد نوع عطية مثلا. ونذر قراءة جزء قرآن أو علم مطلوب كل يوم صحيح ولا حيلة في حله ولا يجوز له تقديم وظيفة يوم عليه فإن فاتت قضى.

ولو نذر عمارة هذا المسجد وكان خرابا فعمره غيره فهل نقول بطل نذره لتعذر نفوذه، لأنه إنما أشار إليه وهو خراب فلا يتناول خرابه بعد ذلك أو لم يبطل بل يوقف حتى يخرّب فيعمره تصحيحا للفظ ما أمكن ؟ كل محتمل والأقرب الأول وتصحيح اللفظ ما أمكن إنما يعدل إليه إن احتمله لفظه وقد تقرر أن لفظه لا يحتمل ذلك، لأن الإشارة إنما وقعت للخراب حال النذر لا غير نعم إن نوى عمارته وإن خرب بعد لزمته

(ولا يصح نذر معصية) لخبر مسلم {لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن آدم} وكان سبب انعقاد نذر عتق المرهون من موسر مع حرمة إعتاقه له وإن نفذ أن الخلاف في عدم الحرمة قوي، لأن حق الغير ينجر بالقيمة والملك للمعتق فأى وجه للحرمة حينئذ فاندفع ما لصاحب التوشيح هنا وبفرضها هي لأمر خارج وهي لا تمنع انعقاد النذر، ومن ثم صح نذر المدين بما يحتاجه لوفاء دينه وإن حرم عليه التصديق به، لأنها لأمر خارج، ووهم بعضهم في قوله: لا يصح النذر هنا.

وأفهم المتن أنه لو نذر أن يصلي في مغصوب لم ينعقد وهو أقرب على ما قاله الزركشي من قول آخرين: ي

ينعقد ويصلي في غيره ويؤيده عدم انعقاد نذر صلاة لا سبب لها في وقت مكروه وصلاة في ثوب نجس إلا أن يفرق بأن الحرمة في هذين لذات المندور أو لازمها بخلافها في الأولى، وقد يوجه ما قاله فيها بأن الحرمة <ص: 79> هنا مجمع عليها فالحقت بالذاتي بخلافها في نذر التصديق والعنق المذكورين، وكالمعصية المكروه لذاته أو لازمه كصوم الدهر الآتي، وكنذر ما لا يملك غيره وهو لا يصبر على الإضاعة لا لعارض كصوم يوم الجمعة لما يأتي في شرح قوله صام آخره وهو الجمعة وكنذره لأحد أبويه أو أولاده فقط، وقول جمع: لا يصح، لأن الإيثار هنا بغير غرض صحيح مكروه مردود بأنه لأمر عارض هو خشية العقوق من الباقيين.

قال بعضهم: وإذا صرح الأصحاب بصحة نذر المزوجة لصوم الدهر من غير إذن الزوج لكنها لا تصوم إلا بإذنه مع حرمة فأولى أن يصح بالمكروه إلا على أن المكروه هو عدم العدل وهو لا وجود له عند النذر وإن نوى أن لا يعطي الباقيين وإنما يوجد بعد بترك إعطاء الباقيين مثل الأول، ومن ثم لو أعطاهم مثله فلا كراهة وإن كان قد نوى عدم إعطائهم حال إعطاء الأول فتتج أن الكراهة ليست مقارنة للنذر وإنما توجد بعده فلم يكن لتأثيرها فيه وجه وبهذا اندفع ما أطال به بعضهم للبطلان، ومحل الخلاف حيث لم يسن إيثار بعضهم، أما إذا نذر للفقير أو الصالح أو البار منهم فيصح اتفاقاً وقول الروضة في: إن شفى الله مريضاً فله علي أن أتصدق على ولدي لزمه الوفاء ظاهر في صحته على الإطلاق وجملة على ما إذا لم يكن له إلا ولد واحد أو سوى بينهم أو فضله لو صف يقتضيه تكلف

(تنبيه). اختلف مشايخنا في نذر مقترض مالا معيناً لمقرضه كل يوم ما دام دينه في ذمته فقال بعضهم: لا يصح لأنه على هذا الوجه الخاص غير قرينة بل يتوصل به إلى ربا النسئية، وقال بعضهم يصح، لأنه في مقابلة حدوث نعمة ربح القرض إن اتجر فيه أو اندفاع نعمة المطالبة إن احتاج لبقائه في ذمته لإعسار أو إنفاق، ولأنه يسن للمقترض أن يرد زيادة عما اقترضه فإذا التزمها بنذر انعقد ولزمته فهو حينئذ مكافأة إحسان، لا وصلة للربا إذ هو لا يكون إلا في عقد كبيع، ومن ثم لو شرط عليه النذر في

عقد القرض كان ربا ا ه وقد يجمع بحمل الأول على ما إذا قصد أن نذره ذلك في مقابلة الربح الحاصل له <ص: 80> والثاني على ما إذا جعله في مقابلة حصول النعمة أو اندفاع النعمة المذكورين ويتردد النظر في حالة الإطلاق والأقرب الصحة، لأن أعمال كلام المكلف حيث كان له محمل صحيح خير من إهماله وما مر عن القفال في إن جامعتي والحاصل بعده يؤيد ما ذكرته من الجمع فتأمله (ولا) نذر (واجب) عيني كصلاة الظهر أو مخير كأحد خصال كفارة اليمين مبهما بخلاف خصلة معينة منها على ما بحث أو واجب على الكفاية تعين بخلاف إذا لم يتعين فيصح نذره احتيج في أدائه لمال كجهاد وتجهيز ميت أم لا كصلاة جنازة وذلك، لأنه لزم عينا بإلزام الشرع قبل النذر فلا معنى للالتزامه، ولو نذر ذو دين حال أن لا يطالب غريمه فإن كان معسرا لغى، لأن إنظاره واجب، أو موسرا وفي الصبر عليه فائدة له كرجاء غلو سعر بضاعته <ص: 81> لزمه، لأن القرية فيه ذاتية حينئذ أو ليس فيه ذلك لغا إذ لا قرية فيه كذلك حينئذ هذا ما يظهر في ذلك، وإن أطلق كثيرون أن الحال يتأجل بالنذر كالوصية وله فيما إذا قيد بأن لا يطالبه أن يحيل عليه وأن يوكل من يطالبه وأن يبيعه لغيره على القول به وأن يطالب ضامنه، ولو أسقط المدين حقه من هذا النذر لم يسقط، ولو نذر أن لا يطالبه مدة فمات قبلها فلوارثه مطالبته كما قاله أبو زرعة وغيره وردوا قول الإسنوي ومن تبعه بخلافه.

(ولو نذر فعل مباح أو تركه) كأكل ونوم من كل ما استوى فعله وتركه أي: في الأصل وإن رجع أحدهما بنية عبادة به كالأكل للتقوي على الطاعة (لم يلزمه) لخبر أبي داود {لا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله تعالى} وفي البخاري أنه صلى الله عليه وسلم {أمر أبا إسرائيل أن يترك ما نذره من نحو قيام وعدم استظلال} وإنما {قال صلى الله عليه وسلم: لمن نذرت أن تضرب على رأسه بالدف حين قدم المدينة أوفي بنذرك} لما اقترن به من غاية سرور المسلمين وإغاظة المنافقين بقدمه فكان وسيلة لقرية عامة ولا يبعد فيما هو وسيلة لهذه أنه مندوب للزومه على أن جمعا قالوا بنذبه لكل عارض سرور لا سيما النكاح، ومن ثم أمر به فيه في أحاديث وعليه فلا إشكال أصلا (لكن إن خالف لزمه كفارة يمين على المرجح) في

المذهب كما بأصله واقتضاه كلام الروضة وأصلها في موضع لكن المعتمد ما صوبه في المجموع وصححه في الروضة كالشرحين أنه لا كفارة فيه مطلقا كالفرض والمعصية والمكروه وخبر: {لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين} ضعيف اتفاقا

(ولو نذر صوم أيام) وأطلق لزمه ثلاثة كما يأتي وإن عين عددها فما عينه وفي الحاليين (ندب تعجيلها) <ص: 82> مسارعة لبراءة ذمته نعم إن عرض له ما هو أهم كسفر يشق فيه الصوم كان التأخير أولى ذكره الأذرعى أو كان عليه صوم كفارة سبقت النذر سن تقديمها عليه إن كانت على التراخي وإلا وجب ذكره البلقيني (فإن قيد بتفريق أو موالة وجب) ما قيد به منهما عملا بما التزمه، أما الموالة فواضح، وأما التفريق فلأن الشارع اعتبره في صوم التمتع فإن نذر عشرة مفرقة فصامها ولاء حسب له منها خمسة (وإلا) يقيد بتفريق ولا موالة (جاز) كل منهما لكن الموالة أفضل.

(أو) نذر صوم (سنة معينة) كسنة كذا أو سنة من الغد أو من أول شهر أو يوم كذا (صامها وأفطر العيد) الفطر والأضحى (والتشريق) وجوبا لحرمة صومها، والمراد عدم نية صوم ذلك لا تعاطي مفطر خلافا للقفال (وصام رمضان عنه)، لأنه لا يقبل غيره (ولا قضاء) لأنها لا تقبل صوما فلم تدخل في نذره (وإن أفطرت لحيض أو نفاس وجب القضاء في الأظهر) وانتصر له البلقيني، لقبول زمنهما للصوم في ذاته فوجب القضاء كما لو أفطرت رمضان لأجلهما (قلت الأظهر لا يجب) القضاء (وبه قطع الجمهور، والله أعلم)، لأن أيام أحدهما لما لم تقبل الصوم، ولو لعروض ذلك المانع لم يشملها النذر (وإن أفطر يوما) منها (بلا عذر وجب قضاؤه) لتفويته البر باختياره (ولا يجب استئناف سنة) بل له الاقتصار على قضاء ما أفطره، لأن التابع كان للوقت لا لكونه مقصودا في نفسه كما في قضاء رمضان، ومن ثم لو أفطرها كلها لم يجب الولاة في قضائها ويتجه وجوبه من حيث إن ما تعدى بفطره يجب قضاؤه فورا، وخرج بقوله بلا عذر ما أفطره بعذر فلا يجب قضاؤه نعم إن أفطر لعذر مرض أو سفر لزمه القضاء خلافا لما يقتضيه كلام المتن فيهما والروضة وأصلها في المرض وعجيب قول من قال إن المتن وأصله ذكرا وجوب

القضاء في المرض وذلك، لأن زمنهما يقبل الصوم فشمله النذر بخلاف نحو الحيض فإن قلت: فما محل قوله بلا عذر حينئذ، لأن الأعدار الأول ذكر أن لا قضاء فيها فلم يبق إلا عذر السفر والمرض وهما يجب القضاء بهما قلت لا تنحصر الأعدار فيما ذكر بل منها الجنون والإغماء فلا قضاء فيهما كما أفهمه كلامه والضابط المعلوم مما ذكر أن كل ما قبل <ص: 83> الصوم عن النذر فأفطره يقضيه وما لا فلا.

(فإن شرط التتابع) في نذر السنة المعينة، ولو في نيته كما قاله الماوردي (وجب) بفطره يوما، ولو لعذر سفر ومرض أخذا مما مر في الكفارة وإن كانت قضية سياق المتن فرضه في عدم العذر الاستئناف (في الأصح)، لأن التتابع صار مقصودا

(أو) نذر صوم سنة (غير معينة وشرط التتابع) في نذره، ولو بالنية (وجب) التتابع وفاء بما المتزمه (ولا يقطعه صوم رمضان عن فرضه و) لا (فطر العيد والتشريق) لاستثناء ذلك شرعا ومن ثم لم يدخل في المعينة كما مر وخرج بعن فرضه صومه عن نذر أو قضاء أو تطوع فإنه باطل وينقطع به التتابع (ويقضيها) أي: رمضان والعيد والتشريق، لأنه التزم صوم سنة ولم يصمها (تباعا) أي متوالية (متصلة بآخر السنة) عملا بشرطه التتابع وفارقت المعينة بأن المعين في العقد لا يبدل بغيره والمطلق إذا عين قد يبدل، ألا ترى أن المبيع المعين لا يبدل لعيب ظهر به بخلاف ما في الذمة هذا إن أطلق، فإن نوى ما يقبل الصوم من سنة متتابعة لم يلزمه القضاء قطعا وإن نوى عدد أيام سنة لزمه القضاء قطعا ويحمل مطلقها على الهلالية (ولا يقطعه حيض) ونفاس لتعذر الاحتراز عنهما (وفي قضائه القولان) السابقان في المعينة، وقضيته ترجيح عدم القضاء وجزم به غيره ونازع في ذلك البلقيني وأطال لظهور الفرق بين المعينة وغيرها مما مر وسبقه ابن الرفعة لبعض ذلك فقال: الأشبه قضاء زمن الحيض كما في رمضان بل أولى قال الزركشي ومثله النفاس (وإن لم يشرطه) أي: التتابع (لم يجب) لعدم التزامه فيصوم سنة هلالية أو ثلثمائة وستين يوما.

(أو) نذر صوم (يوم الاثنين أبدا لم يقض أثنائي رمضان) الأربعة، لأن النذر لا يشملها لسبق وجوبها، وحذفه نون

أثاني صوبه في المجموع ووقع له في الروضة وغيره إثباتها وهو لغة قليلة خلافا لمن أنكره وزعم أن حذفها للتبعية، لحذفها من المفرد أو للإضافة مردود بأن التبعية لذلك لم، تعهد وبأن أثانين ليس جمع مذكر سالما ولا ملحقا به بل حذفها وإثباتها <ص: 84> مطلقا لغتان والحذف أكثر استعمالا (وكذا) الاثنيين الخامس من رمضان و (العيد والتشريق في الأظهر) إن صادفت يوم الاثنيين قياسا على أثاني رمضان، وكون هذا قد يتفق وقد لا أثر له بعد أن تعلم العلة السابقة وهي سبق وجوبها وليس مثلها يوم الشك لقبوله لصوم النذر وغيره كما مر (فلو لزمه صوم شهرين تباعا لكفارة) أو نذر (صامهما ويقضي أثانتهما)، لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين (وفي قول لا يقضي إن سبقت الكفارة) أي موجبها أو سبق نذر الشهرين المتتابعين (النذر) للأثاني بأن لزمه صوم الشهرين أولا ثم نذر صوم الاثنيين، لأن الأثاني الواقعة فيها حينئذ مستثناة بقريئة الحال كما لا يقضي أثاني رمضان (قلت ذا القول أظهر والله أعلم) وانتصر للأول جمع محققون وأطالوا في الانتصار له وفرق بينه وبين أثاني رمضان بأنه لا صنع له فيه بخلاف الكفارة (وتقضي) المرأة (زمن حيض ونفاس) وقع في الأثاني، والناذر زمن نحو مرض وقع فيها (في الأظهر)، لأنه لم يتحقق وقوعه فيه فلم يخرج عن نذرها، وقضية كلام الروضة وأصلها والمجموع وغيرها أنه لا قضاء فيهما واعتمده جمع متأخرون وأجاب بعضهم عن سكوته هنا على ما في أصله بأنه للعلم بضعفه مما قدمه في نظيره، فإن قلت على ما في المنهاج هل يمكن فرق بين ما هنا وثم ؟ قلت نعم، لأن وقوع الحيض في يوم الاثنيين بعينه غير متيقن بالنسبة لها إذ قد يلزم حيضها زمنا ليس منه يوم الاثنيين بخلاف نحو يوم العيد فكان هذا كالمستثنى بخلاف ذلك.

(أو) نذر (يوما بعينه) أي: صومه (لم يصم قبله) فإن فعل أثم ولم يصح كتقديم الصلاة على وقتها ولا يجوز تأخيره عنه بلا عذر فإن فعل صح وكان قضاء ولو نذر صوم خميس ولم يعين كفاه أي خميس كان وإذا مضى خميس أي: يمكنه صومه أخذا مما مر في الصوم استقر في ذمته حتى لو مات فدى عنه. (أو) نذر (يوما من أسبوع) بمعنى جمعة (ثم نسيه صام آخره وهو الجمعة فإن لم يكن)

المنذور (هو) أي: يوم الجمعة (وقع قضاء) وإن كان فقد وفى بما التزمه وهذا صريح في صحة نذر المكروه لا لذاته ولا لازمه كما مر <ص: 85> إذ المكروه إفراده بالصوم لا نفس صومه وبه فارق عدم نذر صوم الدهر إذا كره، وفي أن أول الأسبوع السبت وهو صريح خبر مسلم وإن تكلم فيه الحفاظ كابن المديني والبخاري وجعلوه من كلام كعب وأن أبا هريرة إنما سمعه منه فاشتبه ذلك على بعض الرواة فرفعه، ونقل البيهقي أنه مخالف لما عليه أهل السنة والجماعة إن أول بدء الخلق في الأحد لا السبت ودل له خبر {خلق الله الأرض يوم الأحد} إسناده صالح ومن ثم كان الأكثرون على أن أوله الأحد وجرى عليه المصنف في تحريره وغيره وعليه فيصوم السبت لكن الذي اعتمده كالرافعي الأول

(ومن) نذر إتمام كل نافلة دخل فيها لزمه إوفاء بذلك، لأنه قرينة، ومن ثم لو (شرع في صوم نفل) بأن نوى، ولو قبل الزوال وإن نازع فيه البلقيني (فنذر إتمامه لزمه على الصحيح)، لأن صومه صحيح فصح التزامه بالنذر ولزمه الإتمام (وإن نذر بعض يوم لم ينعقد)، لأنه ليس بقرينة (وقيل يلزمه يوم)، لأن صوم بعض اليوم لا يمكن شرعا فلزمه يوم كامل ويجري ذلك في نذر بعض ركعة (أو) نذر (يوم قدوم زيد فالأظهر انعقاده)، لإمكان الوفاء به بأن يعلمه قبل فينويه ليلا ونيته حينئذ واجبة

(فإن قدم ليلا أو في يوم عيد) أو تشريق (أو في رمضان) أو حيض أو نفاس (فلا شيء عليه)، لأنه قيد باليوم ولم يوجد القدوم في زمن قابل للصوم نعم يسن في الأولى صوم صبيحة ذلك الليل خروجاً من خلاف من أوجبه قال الرافعي: أو يوم آخر شكراً لله تعالى (أو) قدم (نهاراً) قابلاً للصوم (وهو مفطر أو صائم قضاء أو نذراً) وجب يوم آخر عن هذا) أي: نذره لقدمه كما لو نذر صوم يوم معين ففاته وخرج بقضاء وما بعده ما لو صامه عن القدوم بأن ظن قدومه فيه أي: بإحدى الطرق السابقة فيما لو تحدث برؤية رمضان ليلا فنوى كما ه و ظاهر فبيت النية ليلته فيصح ولا شيء عليه، لأنه بناه على أصل صحيح (أو) قدم، ولو قبل الزوال (وهو صائم نفلاً فكذلك) يلزمه صوم يوم آخر عن نذره، لأنه لم يأت بالواجب عليه بالنذر (وقيل يجب تميمه) بقصد كونه عن النذر (ويكفيه) عن نذره بناء

على أنه لا يجب إلا من وقت القدوم والأصح أنه بقدومه يتبين وجوبه من أول النهار لتعذر تبعيضه، وبه يفرق بين هذا وما لو نذر اعتكاف يوم قدومه فإن الصواب في المجموع ونقله عن النص واتفاق الأصحاب أنه لا يلزمه إلا من حين القدوم، ولا يلزمه قضاء ما مضى منه أي لإمكان تبعيضه <ص: 86> فلم يجب غير بقية يوم قدومه (ولو قال: إن قدم زيد فله علي صوم اليوم التالي ليوم قدومه) من تلوته وتليته تبعته وتركته فهو ضد والتلو بالكسر ما يتلو الشيء والمراد بالتالي هنا التابع من غير فاصل (وإن قدم عمرو فله علي صوم أول خميس بعده) أي يوم قدومه (فقدما) معا أو مرتبا (في الأربعاء) بثلاث الباء والمد (وجب صوم يوم الخميس عن أول النذرين) لسبقه (ويقضي الآخر) لتعذر الإتيان به في وقته نعم يصح مع الإثم صوم الخميس عن النذر الثاني ويقضي يوما آخر عن النذر الأول وفي المجموع، لو قال إن قدم فعلي أن أصوم أمس يوم قدومه لم يصح نذره على المذهب ووقع لشارح أنه قال عنه: صح نذره على المذهب وغلط فيه ونظير ما ذكر ما لو قال إن شفى الله مريضني فعلي عتق هذا ثم قال إن قدم غائبي فعلي عتقه فحصل الشفاء والقدوم لكن في هذه آراء، رأى القاضي كما فهمه في التوسط عنه عدم انعقاد النذر الثاني ويعتق عن الأول ورأى العبادي الانعقاد ويعتق عن السابق كما نقله القاضي عنه ولا يوجب الأخير شيئا فإن وقعا معا أقرع بينهما وثمره الإقراع أن أي نذر خرجت القرعة له أعتقه عنه ورأى البغوي أنه موقوف فإن وجدت الأولى عتق عنها وإلا فعن الثانية والذي يتجه ترجيحه هو الأخير، لأن النذر يقبل التعليق حتى بالمعدوم وحينئذ فإذا علق بالقدوم لم يمكن إلغاؤه، لاحتمال عدم العتق عن الأول، والعتق يحتاط له ولا صحته الآن لمعارضة نذره الأول له وهو أولى بسبقه فوجب العمل بقضيته ما أمكن وإذا تعارضا لمزم القول بوقفه وقف تبين فإن وجد الأول عتق عنه مطلقا وإلا عتق عن الثاني فإن قلت: صحة بيع المعلق عتقه بدخول مثلا ووقفه تؤيد صحة نذر الثاني حتى يترتب عليه ما ذكر عن العبادي قلت: يفرق بأن الدخول المعلق به أولا لا المتزام فيه فجاز الرجوع عنه بنحو البيع بخلاف النذر هنا فإنه تعلق بالأول وهو لا يجوز الرجوع عنه، ولا إبطاله وصحة

نذر الثاني يلزمها ذلك بخلاف القول بالوقف فتعين، لأن فيه وفاء بكل من الأول والثاني في الجملة فتأمل. قيل ويؤخذ <ص: 87> من صحة النذر الثاني صحة بيعه قبل وجود الصفة له وفيه نظر، لأن النذر الثاني وإن قلنا بصحته لا يبطل العتق المستحق من أصله بخلاف البيع (فصل). في نذر النسك والصدقة والصلاة وغيرها إذا (نذر المشي إلى بيت الله تعالى) وقيده بكونه الحرام أو نواه أو نوى ما يختص به كالطواف فيما يظهر، ومن ثم كان ذكر بقعة من الحرم كدار أبي جهل كذكر البيت الحرام في جميع ما يأتي فيه (أو إتيانه) أو الذهاب إليه مثلا (فالمذهب وجوب إتيانه بحج أو عمرة) أو بهما وإن نفى ذلك في نذره ويفرق بينه وبين نذر التضحية بهذه الشاة على أن لا يفرق لهما فإنه يلغو النذر من أصله بأن النذر والشرط هنا تضادا في معين واحد من كل وجه، لاقتضاء الأول خروجها عن ملكه بمجرد النذر، والثاني بقاءها على ملكه بعد النذر بخلافهما ثم فإنهما لم يتواردا على شيء واحد كذلك، لأن الإتيان غير النسك فلم يضاد نفيه ذات الإتيان بل لازمه، والنسك، لشدة تشبهه ولزومه كما يعرف مما مر في باب لا يتأثر بمثل هذه المضادة لضعفها ثم رأيت شيخنا أشار لذلك في شرح الروض وفرق في شرح البهجة بأن التضحية مالية، وإتيان الحرم بدنية وهي أضيق وفيه نظر لأنهم ألحقوا الحج بالمالية في كثير من أحكامها وذلك، لأنه لا قرينة في إتيان الحرم إلا بذلك فلزم حملا للنذر على المعهود الشرعي، ومن ثم لو نذر إتيان مسجد المدينة أو بيت المقدس لم يلزمه شيء كسائر المساجد، أما إذا ذكر البيت ولم يقيده بذلك ولا نواه فيلغو نذره، لأن المساجد كلها بيوت الله تعالى وبحث البلقيني أن من نذر إتيان مسجد البيت الحرام وهو داخل الحرم لا يلزمه شيء، لأنه حينئذ بالنسبة إليه كبقية المساجد وله احتمال آخر والذي يتجه أنه يلزمه النسك هنا أيضا <ص: 88>، لأن ذكر البيت الحرام أو جزء من الحرم في النذر صار موضوعا شرعا على التزام حج أو عمرة ومن بالحرم يصح نذره لهما فيلزمه هنا أحدهما وإن نذر ذلك وهو في الكعبة أو المسجد حولها (فإن نذر الإتيان لم يلزمه مشي)، لأنه لا يقتضيه فله الركوب

(وإن نذر المشي) إلى الحرم أو جزء منه (أو) نذر (أن يحج أو يعتمر ماشيا فالأظهر وجوب المشي) من المكان الآتي بيانه إلى الفساد أو الفوات أو فراغ التحليلين وإن بقي عليه رمي بعدهما أو فراغ جميع أركان العمرة وله الركوب في حوائجه خلال النسك وإنما لزمه المشي في ذلك، لأنه التزم جعله وصفا للعبادة كما لو نذر أن يصلي قائما، وكون الركوب أفضل لا ينافي ذلك لأن المشي قرينة مقصودة في نفسها وهذا هو الشرط في النذر، وأما انتفاء وجود أفضل من الملتزم فغير شرط اتفاقا فاندفع ما للشارح هنا وعجيب ممن زعم التنافي بين كون المشي مقصودا وكونه مفضولا وفي خبر ضعيف على ما فيه {من حج مكة ماشيا حتى يرجع إليها كتب الله له بكل خطوة سبعمائة حسنة من حسنات الحرم الحسنة بمائة ألف حسنة} ومع كون الركوب أفضل لا يجزئ عن المشي فيلزم به دم تمتع كعكسه، لأنهما جنسان متغايران فلم يجز أحدهما عن الآخر كذهب عن فضة وعكسه ويفرق بين هذا ونذر الصلاة قاعدا فإنه يجزئه القيام بأن القيام أو القعود من أجزاء الصلاة الملتزمة فأجزأ الفاضل عن المفضول، لأنه وقع تبعا والمشى والركوب خارجان عن ماهية الحج وسببان متغايران إليه مقصودان فلم يجز أحدهما عن الآخر وأيضا فالقيام قعود وزيادة كما صرحوا به فوجد المنذور هنا بزيادة ولا كذلك في الركوب والذهب مثلا نعم بشكل على ذلك قولهم لو نذر شاة أجزاء بدلها بدنة، لأنها أفضل وقد يفرق بأن الشارع جعل بعض البدنة مجزيا عن الشاة حتى في نحو الدماء الواجبة فأجزاء كلها أولى بخلاف الذهب عن الفضة وعكسه فإنه لم يعهد في نحو <ص: 89> الزكاة فلم يجز أحدهما عن الآخر. ولو أفسد نسكه أو فاته لم يلزمه فيه مشي بل في قضائه، لأنه الواقع عن نذره (فإن كان قال أحج) أو أعتمر (ماشيا) أو عكسه (ف) يلزمه المشي (من حيث يحرم) من الميقات أو قبله وكذا من حيث عن له بعده فيما إذا جاوزه غير مرید نسكا ثم عن له فإن جاوزه مریدا غير محرم راكبا، فينبغي لزوم دميين للمجاوزة والركوب تنزيلا لما وجب فعله منزلة فعله ثم رأيت كلام البلقيني الآتي وهو صريح فيما ذكرته (ولو قال: أمشي إلى بيت الله) بقيد السابق (ف) يلزمه المشي مع النسك (من دويرة أهله في الأصح)، لأن قضية لفظه

أن يخرج من بيته ماشيا (وإذا أوجبنا المشي) كما هو المعتمد (فركب لعذر) يبيح ترك القيام في الصلاة (أجزأه) نسكه عن نذره لما صح أنه صلى الله عليه وسلم أمر من عجز عنه بالركوب (وعليه دم) كدم التمتع (في الأظهر) لما صح أنه صلى الله عليه وسلم أمر أخت عقبة بن عامر أن تركب وتهدي هديا وحملوه على أنها عجزت كما هو الغالب وقيد البلقيني وجوب الدم بما إذا ركب بعد الإحرام مطلقا أو قبله وبعد مجاوزة الميقات مسيئا وإلا فلا إذ لا خلل في النسك يوجب دما وفارق ذلك ما لو نذر الصلاة قائما فقعد لعجز بأنه لم يعهد جبرها بمال (أو) ركب (بلا عذر أجزاءه على المشهور) وإن عصى كترك الإحرام من الميقات (وعليه دم) على المشهور أيضا كدم التمتع، لأنه إذا وجب مع العذر فمع عدمه أولولوا نذر الحفا لم يلزمه، لأنه ليس بقربة وبحث الإسنوي لزومه فيما يسن فيه كعند دخول مكة.

(ومن نذر حجا أو عمرة لزمه فعله بنفسه) إن كان صحيحا ويخرج عن نذره الحج بالإفراد والتمتع والقران كما في الروضة والمجموع ويجوز له كل من الثلاثة ولا دم >ص: 90< من حيث النذر كما بينته مع البسط فيه في الفتاوى (فإن كان معضوبا استتاب) ولو بمال كما في حجة الإسلام فيأتي في استتابته ونائبه ما ذكره فيهما في الحج من التفصيل فلا يستتنب من علي دون مرحلتين من مكة، ولا عين من عليه حجة الإسلام أو نحوها (ويستحب تعجيله في أول سني الإمكان) مبادرة لبراءة الذمة فإن خشي نحو غضب أو تلف مال لزمته المبادرة (فإن تمكن) لتوفر شروط الوجوب السابقة فيه فيما يظهر ويحتمل أن المراد بالتمكن قدرته على الحج عادة وإن لم يلزمه كمشي قوي فوق مرحلتين ثم رأيت عبارة البحر صريحة في هذا الاحتمال، وهي لو قال إن شفى الله مريضى فله علي أن أحج فشفي وجب عليه الحج ولا يعتبر في وجوبه وجود الزاد والراحلة، وهل يعتبر وجودهما في أدائه ظاهر المذهب أنه يعتبر وقيل لا يعتبران أيضا، لأنه كان قادرا على استثناء ذلك في نذره انتهت، فلم يجعل وجودهما شرطا في لزومه لدمته وإنما جعلهما شرط لمباشرته بنفسه أي:، لأنه يحتاط له أكثر كما يعلم مما مر فيه ثم رأيت المجموع ذكر الاتفاق على أن الشروط معتبرة في

الاستقرار والأداء معا وهو صريح فيما ذكرته أولا، وأن كلام البحر مقالة (فأخر فمات حج) عنه (من ماله) لاستقراره عليه بتمكّنه منه في حياته بخلاف ما إذا لم يتمكن. (وإن نذر الحج) أو العمرة (عامه) أو عاما بعده معينا (وأمكّنه لزمه) في ذلك العام إن لم يكن عليه حج إسلام أو قضاء أو عمرته تفرّيعا على الأصح أن زمن العبادة يتعين بالتعيين فيمتنع تقديمه عليه، أما إذا لم يعين العام فيلزمه في أي عام شاء وأما إذا عينه <ص: 91> ولم يتمكن من فعله فيه كان لم يبق من سنة عينها ما يمكن الذهاب فيه، ولو بأن كان يقطع أكثر من مرحلة في بعض الأيام فيما يظهر أخذا مما مر في الحج للنسك فلا ينعقد نذره، ولو حج عن النذر وعليه حجة الإسلام وقع عنها (فإن) تمكن من الحج ولكن (منعه) منه (مرض) أو خطأ طريق أو وقت أو نسيان لأحدهما أو للنسك بعد الإحرام في الكل أي: بعد تمكّنه منه فيما يظهر (وجب القضاء) لاستقراره بتمكّنه منه بخلاف ما إذا لم يتمكن بأن عرض له بعض ذلك قبل تمكّنه منه، لأن المنذور نسك في ذلك العام ولم يقدر عليه ونازع البلقيني وأطال في إيجاب القضاء مطلقا (أو) منعه قبل الإحرام أو بعده (عدو) أو سلطان أو رب دين ولم يمكنه الوفاء حتى مضى إمكان الحج تلك السنة (فلا) يلزمه القضاء (في الأظهر) كما في نسك الإسلام إذا صد عنه في أول سني الإمكان وفارق نحو المرض بجواز التحلل به من غير شرط بخلاف نحو المرض.

(أو) نذر (صلاة أو صوما في وقت) يصحان فيه (فمنعه مرض أو عدو) كأسير يخاف إن لم يأكل قتل وكان يكرهه على التلبس بمنافي الصلاة جميع وقتها (وجب القضاء) لوجوبها مع العجز بخلاف الحج شرطه الاستطاعة، وبقولنا: كأسير يخاف يندفع استشكل الزركشي تصور المنع من الصوم بأنه لا قدرة على المنع من نيته، والأكل للإكراه لا يفطر <ص: 92> وبقولنا كان يكرهه إلى آخره يعلم الجواب عن قوله: إنه يصلي كيف أمكن في الوقت المعين ثم يجب القضاء، لأن ذلك عذر نادر كما في الواجب بالشرع أنه فهم لم يسكتوا عن هذا إلا لكون الغرض ما ذكرناه فإن انتفى تعين ما ذكره ووقع لهما في الاعتكاف أنها لا تتعين في الوقت المعين بالنذر والمعتمد ما هنا من

التعين نعم لا يتعين وقت مكروه عين لصلاة لا تتعقد فيه، لأنه معصية (أو) نذر (هديا) لنعم أو غيره مما يصح التصديق به <ص: 93> حتى نحو دهن نجس وعينه في نذره أو بعده كذا وقع في شرح المنهج وفيه نظر، لأن التعيين بعد النذر إنما يكون في المطلق وسيأتي أن المطلق ينصرف لما يجزي أضحية فلا يصح تعيين غيره وبما قررته في معنى هديا اندفع اعتراضه بأنه لو قال بدله: شيئا كان أولى (لزمه حمله) إن كان مما يحمل ولم يكن بمحله أزيد قيمة كما في الصورة الآتية (إلى مكة) أي حرمها إذ إطلاقها عليه سائغ أي: إلى ما عينه منه إن عين وإلا فالإيه نفسه، لأنه محل الهدى قال تعالى {هديا بالغ الكعبة} أو التصديق به (على من) هو مقيم أو مستوطن (بها) من الفقراء والمساكين السابقين في قسم الصدقات ويجب التعميم في المحصورين بأن سهل عداهم على الآحاد ويجوز في غيرهم الاقتصار على ثلاثة ويجب عند إطلاق الهدى كونه مجزيا في الأضحية، لأن الأصح أن النذر يسلك به مسلك الواجب الشرعي غالبا وعليه إطعامه ومؤنة حمله إليها فإن لم يكن له مال بيع بعضه لذلك سواء أقال أهدي هذا أم جعلته هديا أم هديا للكعبة ثم إذا حصل الهدى في الحرم إن كان حيوانا يجزي أضحية وجب ذبحه وتفرقته عليهم ويتعين الحرم لذبحه أو لا يجزي أعطاه لهم حيا فإن ذبحه فرقه وغرم ما نقص بالذبح. ولو نوى غير التصديق كالصرف لستر الكعبة أو طيبها <ص: 94> تعين صرفه فيما نواه، وأطلق شارح في الشمع أنه يشعل فيها، وفي الزيت أنه يجعل في مصابيحها ويتعين حمله على ما لو أضاف النذر إليها واحتيج لذلك فيها وإلا بيع وصرف لمصالحها كما هو ظاهر، ولو عسر التصديق بعينه كلؤلؤ باعه وفرق ثمنه عليهم ثم إن استوت قيمته ببلده والحرم تخير في بيعه فيما شاء منهما وإلا لزمه بيعه في الأزيد قيمة وإن كان بين بلده والحرم فيما يظهر، أما ما لا يمكن حمله أو يعسر كعقار ورحى فيباع ويفرق عليهم ثمنه، وتلف المعين في يده لا يضمنه أي: إلا إن قصر كما هو ظاهر وظاهر كلامهم أن المتولي لجميع ذلك هو الناذر وأنه ليس لقاضي مكة نزعه منه وهو ظاهر ويظهر ترجيح أنه ليس له إمساكه بقيمته، لأنه متهم في محاباة نفسه، ولاتحاد القابض والمقبض وأفتى بعضهم في إن قضى الله

حاجتي فعلي للكعبة كذا بأن يتعين لمصالحها ولا يصرف لفقراء الحرم كما دل عليه كلام المهذب وصرح به جمع متأخرون وخبر مسلم {لولا قومك حديثو عهد بكفر لأنفقت كنز الكعبة في سبيل الله} المراد بسبيل الله فيه إنفاقه في مصالحها

(أو) نذر (التصدق) أو الأضحية وكذا النحر إن ذكر التصدق به أو نواه بالنسبة لغير الحرم (على أهل بلد)، ولو غير مكة (معين لزمه) وتعين للمساكين المسلمين منهم وفاء بالملتزم <ص: 95> وقياس ما مر في قسم الصدقات أنه يعمم به المحصورين وله تخصيص ثلاثة به في غير المحصورين. (أو) نذر (صوما) أو نحوه (في بلد)، ولو مكة (لم يتعين) فيلزمه الصوم ويفعله في أي محل شاء، لأنه قرية فيه في محل بخصوصه ولا نظر لزيادة ثوابه فيها ولذا لم يجب صوم الدم فيها بل لم يجز في بعضه (وكذا صلاة) ومثلها الاعتكاف كما مر نذرها ببلد أو مسجد لا يتعين لذلك نعم لو عين المسجد للفرض لزمه، وله فعله في مسجد غيره وإن لم يكن أكثر جماعة فيما يظهر خلافا لمن قيد به لأننا إنما أوجبنا المسجد، لأنه قرية مقصودة في الفرض من حيث كونه مسجدا فليجزئ كل مسجد لذلك ويظهر أن ما يسن فيه من النوافل كالفرض (إلا المسجد الحرام) فيتعين للصلاة بالنذر لعظيم فضله وتعلق النسك به وصرح أن الصلاة فيه بمائة ألف صلاة، بل استنبطت من الأخبار كما بينته في حاشية مناسك المصنف أنها فيه بمائة ألف ألف صلاة في غير مسجد المدينة والأقصى وبه يتضح الفرق بينها وبين الصوم، والمراد به الكعبة والمسجد حولها مع ما زيد فيه وقيل جميع الحرم (وفي قول) إلا المسجد الحرام (ومسجد المدينة والأقصى) لمشاركتها له في بعض الخصوصيات للخبر الصحيح {لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد} وبينت معناه في كتابي الجوهر المنظم في زيارة القبر المكرم (قلت الأظهر تعينهما كالمسجد الحرام والله أعلم) ونازع فيه البلقيني نقلا ودليلا بما فيه نظر ظاهر ويقوم مسجد مكة مقامهما ومسجد المدينة مقام الأقصى ولا عكس فيهما ثم تلك المضاعفة إنما هي في الفضل فقط لا في الحسبان عن مندور أو قضاء إجماعا <ص: 96> وبحث الزركشي تعين مسجد قباء لصحة الخبر أن ركعتين فيه كعمرة. (أو) نذر

(صوما مطلقا) بأن لم يقيده بعدد لفظا ولا نية (فيوم)، لأنه أقل ما يتصور فيه فهو المتيقن وإن وصفه بطويلا أو كثيرا أو حينا أو دهرا وقد يجب اليوم الواحد استقلالاً في جزاء الصيد والبلوغ والإفاقة قبيل فجر آخر يوم من رمضان (أو) نذر (أياما فثلاثة) منها يجب صومها لأنها أقل الجمع، ومر وجوب التبييت في كل صوم واجب ويظهر في الأيام ذلك أيضا واعتماد شارح قول الإسنوي في التمهيد يلزمه صوم الدهر بعيد، ويلزمهما أنه لو نذر التصدق بالدرهم وماله كله دراهم أن يتصدق بجمعها وكلامهم في الإقرار يرد، أو أن يشيع الجنائز أو يعود المرضى لزمه عيادة كل مريض وتشيع كل جنازة وهو بعيد وقياس كلامهم المذكور أنه لا يلزمه إلا ثلاثة (أو) نذر (صدقة ف) يجرئه التصدق وإن قال بمال عظيم (بما) أي: بأي شيء (كان) وإن قل مما يتمول إذ لا يكفي غيره لإطلاق الاسم، لأن أحد الشركاء في الخلطة قد تجيء حصته كذلك

(فروع). لو نذر التصدق بجميع ماله لزمه إلا بسائر عورته وإن كان عليه دين مستغرق من غير حجر كما بينته في كتابي قرة العين ببيان أن التبرع لا يبطله الدين، ومر أنه لو نذر التصدق بمال بعينه زال عن ملكه بمجرد النذر فلو قال علي أن أتصدق بعشرين دينارا <ص: 97> وعينها على فلان أو إن شفي مريض فعلي ذلك فشفي ملكها وإن لم يقبضها، ولا قبلها لفظا بل وإن رد كما مر فله التصرف فيها وينعقد حول زكاتها من حين النذر، وكذا إن لم يعينها ولم يردّها المنذور له فتصير دينا له عليه ويثبت لها أحكام الديون من زكاة وغيرها كالأستبدال عنها وكذا الإبراء منها وقول ابن العماد: لا يصح الإبراء منها كما لو انحصر مستحقو الزكاة وملكوها ليس لهم الإبراء مردود، وقد قال ابن الرفعة القياس جواز الاعتياض والإبراء في الزكاة وإنما منع منهما التعبد وظاهر كلام الإمام جوازهما فيها ففي النذر أولى، وكذا له الدعوى والمطالبة بها خلافا للزركشي والحلف لو نكل الناذر ويورث عنه كما في مستحقي الزكاة إذا انحصروا قال الإسنوي: وإنما لم يجبر المستحق هنا على القبول بخلافه في الزكاة، لأن الناذر هو الذي كلف نفسه، والزكاة أوجبها الشارع ابتداء فالامتناع منها يؤدي إلى تعطيل أحد أركان الإسلام هـ وفرق أيضا بأن مستحقي الزكاة ملكوها بخلاف مستحقي النذر وفيه نظر

بل لا يصح إطلاقه لما تقرر من أنهم ملكوه أيضا بتفصيله المذكور. وأفتى بعضهم فيمن نذر لآخر بالسكنى بملكه مدة معلومة فمات المنذور له لم تستحق ورثته شيئا لعدم شمول لفظ النذر لهم، أو الناذر لم يبطل حق المنذور له ووافقه جمع على الشق الأول فقالوا لو استأجر دارا فنذر لفلان كل سنة بكذا ما دامت تحت يده ثم مات المنذور له لم تستحق ورثته ذلك وخالف بعضهم، لأن النذر حق قد ثبت للمورث فليثبت للوارث، وإذا ورث وارث الموصى له الميت قبل القبول فوارث المنذور له أولى، لأن النذر ألزم من الوصية، ولو مات الناذر في مسألة الإجارة لم يستحق المنذور له فضلا عن ورثته شيئا، لأن الناذر قيد بما دامت الدار تحت يده وبموته زال كونها تحت يده فبطل النذر كما لو كان حيا وعادت لملكها.

وأفتى بعضهم في مدين مات وله تركة فضمنه بعض أولاده فنذر المستحق أنه لا يطالبه مدة معلومة بأنه لا يصح النذر، لأنه يؤدي إلى تأخير براءة ذمة الميت وهو غير جائز، وفيه نظر لا سيما إن قلنا بأن الميت برئ بمجرد الضمان على ما اقتضاه ظاهر حديث أبي قتادة المار مع الكلام عليه آخر الجنائز، ولو كان له في دار نصف فنذر لفلان بنصفها نزل على الحصر كالوصية بجامع القرية فيصح النذر بجميع نصفه، وقال الأذرعى التنزيل على نصيبه في الوصية ونحوها من القرب ظاهر من حيث المعنى لا اللفظ ا هـ. ولو سأل عامي دائنه أن يلقنه صيغة رهن داره بدينه فلقنه صيغة النذر بها له ثم ادعى بها عليه فقال إنما رهنتها وأنا جاهل بما لقنه لي قبل بيمينه إن خفي عليه ذلك لعدم مخالطته للفقهاء أخذا من قول ابن عبد السلام في قواعده لو نطق العربي بكلمات غريبة لا يعرف معناها شرعا كانت طالق للسنة كان لغوا إذ لا شعور له بمدلول اللفظ حتى يقصده به وكثيرا ما يخالع الجهال بين أغبياء لا يعرفون مدلول لفظ الخلع ويحكمون بصحته للجهل بهذه القاعدة ا هـ. وبحثه الأذرعى في العمرى والرقبى لعدم استحضاره لذلك وجرى عليه الزركشي وغيره، وفي نحو إن شفي مريضى فعلى عتق هذا ل يصح نحو بيعه قبل الشفاء؟ اختلف فيه المتأخرون والأوجه كما علم مما مر أوائل الباب وقبيل الفصل عدم الصحة لتعلق النذر الملتزم به نعم إن بان عدم الشفاء كأن مات فالذي يتجه تبين

صحة البيع أخذاً مما مر قبيل الفصل، لأن العبرة بما في نفس الأمر وحينئذ فمعنى عدم الصحة الذي ذكرته عدمها الآن نظير ما مر قبيل الفصل وبهذا يجمع بين كلام المتأخرين المتنافي في نحو ذلك. ولو نذر التصدق بعشرين ديناراً مثلاً في ذمته ولم يعين المتصدق عليه لزم الإمام مطالبته فقد قال الرافعي: لو علم الإمام من رجل أنه لا يؤدي الزكاة الباطنة بنفسه فهل له أن يقول له إما أن تفرق بنفسك وإما أن تدفع إلي حتى أفرق وجهان يجريان في المطالبة بالنذور والكفارات زاد المصنف الأصح وجوب هذا القول إزالة للمنكر ونظر فيه ابن الرفعة بأنه لا يجب الوفاء بهذين فوراً ثم حملهما على كفارة عصى بسببها ونذر صرح فيه بالفور، ومر في هذا مزيد فراجعه

(أو) نذر (صلاة فركعتان) <ص: 98> تجزيانه حملاً على ذلك ويجب فعلهما بتسليمة واحدة أو صلاتين وجب التسليم في كل ركعتين (وفي قول ركعة) حملاً على جائزه ولا يكفيه سجدة تلاوة أو شكر (فعلى الأول يجب القيام فيهما مع القدرة)، لأنهما ألحقا بواجب الشرع (والثاني لا) إلحاقاً بجائزه (أو) نذر (عتقاً) عبارة أصله إعتاقاً كالتنبيه قيل: وعجيب تغييرها مع قوله في تحريره إنكاره جهل لكنه أحسن أنه ويجب بأن في تغييرها الرد على المنكر فكان أهم من ارتكاب الأحسن (فعلى الأول) تجب (رقبة كفارة) وهي رقبة مؤمنة سليمة من عيب يخل بالعمل (وعلى الثاني رقبة) وإن لم تجز كمعيبة وكافرة حملاً على جائزه (قلت الثاني هنا أظهر والله أعلم)، لأن الأصل براءة الذمة فاكتفي بما يقع عليه الاسم ولتشوف الشارع إلى العتق مع كونه غرامة سومح فيه وخرج عن قاعدة السلوك بالنذر مسلك واجب الشرع. (أو) نذر (عتق كافرة معينة أجزاء كاملة)، لأنها أفضل مع اتحاد الجنس (فإن عين ناقصة) بنحو كفر أو عيب كعلي عتق هذا أو هذا الكافر (تعينت) ولم يجز إبدالها ولو بخير منها لتعلق النذر بعينها وإن لم يزل ملكه عنها به (أو) نذر (صلاة قائماً لم تجز قاعداً)، لأنه دون ما التزم (بخلاف عكسه) بأن نذرها قاعداً فله القيام، لأنه أفضل مع اتحاد الجنس ولا يلزمه وإن قدر على المعتمد (أو) نذر (طول قراءة الصلاة) المكتوبة أو غيرها أو تطويل نحو ركوعها أو القيام في نافلة أو نحو تثليث وضوء (أو) نذر (سورة معينة) يقرؤها <ص: 99> في صلاته،

ولو نفلا (أو) نذر (الجماعة) فيما تشرع فيه من فرض أو نفل (لزمه) ذلك، لأنه قرينة مقصودة وتقييدهما هذه الثلاثة بالفرض إنما هو للخلاف، ومن ثم أخذ منه تغليب من أخذ منه تقييد الحكم بذلك

(تنبيه). لم أر ضابطاً للتطويل الملتزم بالنذر هنا فيحتمل أن يضبط بالعرف وفيه نظر، لأنه أمر نسبي فلا يضبطه العرف والذي يظهر أنه يجزئه أدنى زيادة على ما يسن لإمام غير محصورين الاقتصار عليه، وأما قول البلقيني محل وجوب التطويل إذا لم يكن إماماً في مكان لا تنحصر جماعته وإلا لم يلزمه التطويل لكرهته فهو وإن كان فيه إشارة لما ذكرته إلا أن كراهة أدنى زيادة على ما يسن لإمام غير المحصورين الاقتصار عليه ممنوعة وحينئذ فيسقط ما بحثه. (والصحيح انعقاد النذر بكل قرينة لا تجب ابتداءً كعبادة) لمريض تسن عيادته (وتشيع جنازة والسلام) أي: ابتداءه حيث شرع وكذا جوابه ما لم يتعين لما مر في فرض الكفاية قال: وحذفت قول المحرر على الغير لإيهامه الاحتراز عن سلامه على نفسه عند دخوله بيتاً خالياً ولا يصح فإنهما سواء انتهى ونازعه الأذرعى بأن سلامه على نفسه لا يفهم <ص: 100> من نذر السلام قال: فيتجه أنه لا يجب إلا بنية أو بقرينة تدل عليه وكشمت العاطس وزيارة القادم وتعجيل مؤقتة أول وقتها، لأن الشارع رغب فيها فكانت كالعبادات الذاتية ومنها التزوج فيصح نذره، حيث سن له كما مر في بابها ومنها التصديق على ميت أو قبره إن لم يرد تملكه واطرد العرف بأن ما يحصل له يقسم على نحو فقراء هناك فإن لم يكن عرف هناك بطل قال السبكي: والأقرب عندي في الكعبة والحجرة الشريفة والمساجد الثلاثة أن من خرج من ماله عن شيء لها واقتضى العرف صرفه في جهة من جهاتها صرف إليها واختصت به إلا أنه لم يقتض العرف شيئاً فالذي يتجه أنه يرجع في تعيين المصرف لرأي ناظرها، وظاهر أن الحكم كذلك في النذر إلى مسجد غيرها خلافاً لما يوهمه كلامه، ومنها إسراج نحو شمع أو زيت بمسجد أو غيره كمقبرة إن كان ثم من ينتفع به، ولو على نذور فيجب الوفاء به وإلا فلا وخرج بلا تجب ابتداء ما وجب جنسه شرعاً كصلاة وصدقة وصوم وحج وعتق فيجب بالنذر قطعاً <ص: 101> والواجب العيني والمخير وما على الكفاية إذا

تعين كما مر ولا بد في الضابط من زيادة أن لا يبطل رخصة الشرع، ليخرج نذر عدم الفطر في السفر من رمضان ونذر الإتمام فيه إذا كان الأفضل الفطر والقصر فإنه لا ينعقد.

كتاب القضاء

بالمدة، وهو لغة: إحكام الشيء وإمضاؤه وجاء لمعان آخر كالوحي، والخلق وشرعا: الولاية الآتية أو الحكم المترتب عليها، أو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع فخرج الإفتاء، والأصل فيه الكتاب، والسنة وإجماع الأمة في الخبر المتفق عليه {إذا حكم الحاكم أي: أراد الحكم فاجتهد، ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ فله أجر} وفي رواية صحيحة بدل الأولى {فله عشرة أجور} قال في شرح مسلم: أجمع المسلمون على أن هذا في حاكم عالم مجتهد، أما غيره فآثم بجميع أحكامه، وإن وافق الصواب وأحكامه كلها مردودة، لأن إصابته اتفافية، وروى الأربعة، والحاكم، والبيهقي خبر {القضاة ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار} وفسر الأول بأنه عرف الحق وقضى به، والآخرين بمن عرف وجار ومن قضى على جهل >ص: 102< والذي يستفيده بالولاية إظهار حكم الشرع وإمضاؤه فيما رفع إليه بخلاف المفتي فإنه مظهر لا ممض، ومن ثم كان القضاء بحقه أفضل من الإفتاء، لأنه إفتاء وزيادة (هو) أي: قبوله من متعددين صالحين ففيه استخدام (فرض كفاية) بل هو أسنى فروض الكفايات حتى قال الغزالي: إنه أفضل من الجهاد وذلك للإجماع مع الاضطرار إليه، لأن طباع البشر مجبولة على التظالم وقل من ينصف من نفسه، والإمام مشغول بما هو أهم منه فوجب من يقوم به فإن امتنع الصالحون له منه أثموا وأجبر الإمام أحدهم، أما تقليده ففرض عين على الإمام فورا في قضاء الإقليم وعلى قاضي الإقليم فيما عجز عنه كما يأتي، ولا يجوز إخلاء مسافة العدو عن قاض، أو خليفة له، لأن الإحضار من فوقها مشق وبه فارق اعتبار مسافة القصر بين كل مفتيين قال البلقيني: وإيقاع القضاء بين المتنازعين فرض عين على الإمام، أو نائبه، ولا يحل له الدفع إذا كان فيه تعطيل وتطويل نزاع. ومن صريح التولية وليتك أو قلدتك القضاء، ومن كنايةها عولت، أو اعتمدت عليك فيه، وبشترط

القبول لفظا، وكذا فورا في الحاضر وعند بلوغ الخبر في غيره هذا ما في الجواهر وغيرها، لكن لما نقلناه عن الماوردي بحثا أنه يأتي هنا ما مر في الوكالة فعليه الشرط عدم الرد

(فإن تعين) له واحد بأن لم يصلح غيره (لزمه طلبه) ولو ببذل مال إن قدر عليه فاضلا عما يعتبر في الفطرة فيما يظهر، وإن خاف الميل، أو علم أن الإمام عالم به ولم يطلبه منه بل عليه الطلب، والقبول، والتحرز ما أمكنه فإن امتنع أجبره الإمام، وليس امتناعه مفسقا، لأنه غالبا إنما يكون بتأويل، نعم بحث الأذرعى أنه لو ظن عدم الإجابة لم يلزمه الطلب وفيه نظر قوله فإن أوجبناه إلخ هكذا في النسخ ولعل هنا سقطا فحرر <ص: 103> وقولهم: يجب الأمر بالمعروف، وإن علم أنهم لا يمثلونه صريح في وجوب الطلب هنا، وإن علم أنهم لا يجيبونه (وإلا) يتعين عليه نظر (فإن كان غيره أصلح) سن للأصلح طلبه وقبوله إن وثق بنفسه فإن سكت (وكان يتولاه) أي: يقبله إذا وليه (فللمفضول القبول) إذا بذل له من غير طلب وتنعقد توليته كالإمامة العظمى (وقيل لا) يجوز له القبول فلا تنعقد توليته لخبر البيهقي والحاكم {من استعمل عاملا على المسلمين، وهو يعلم أن غيره أفضل منه} وفي رواية {رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله، ورسوله، والمؤمنين} واعتمده البلقيني إذا كان الفاضل مجتهدا، أو مقلدا عارفا بمدارك إمامه، والمفضول ليس كذلك وخرج بيتولاه غيره فهو كالعدم، ولا يجبر الفاضل هنا ومحل الخلاف حيث لم يتميز المفضول بكونه أطوع في الناس، أو أقرب إلى القلوب، أو أقوى في القيام في الحق، أو ألزم لمجلس الحكم وإلا جاز له القبول بلا كراهة وانعقدت ولايته قطعا. (و) على الأول (يكره طلبه) أي: المفضول وقبوله مع وجود الفاضل الغير الممتنع لخطرته وتقدمه على من هو أحق منه (وقيل يحرم) طلبه، أما على الثاني فيحرم طلبه جزما فتفريع شارح هذا على الثاني غير صحيح (وإن كان) غيره (مثله) وسئل بلا طلب (فله القبول) بلا كراهة بل قال البلقيني: يندب له، لأنه من أهله وقد أتاه من غير مسألة فيعان عليه أي: كما في الحديث، نعم إن خاف على نفسه لزمه الامتناع كما في الذخائر، ورجحه الزركشي

(ويندب) له القبول و (الطلب) للقضاء حيث أمن على نفسه منه كما هو ظاهر (إن كان خاملا) أي: غير مشهور بين الناس بعلم (يرجو به نشر العلم) ونفع الناس به (أو) كان غير الخامل (محتاجا إلى الرزق) من بيت المال على الولاية، وكذا إن ضاعت حقوق الناس <ص: 104> بتولية جاهل، أو ظالم فقصد بطلبه، أو قبوله تداركها (وإلا) يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة (فالأولى تركه) أي: الطلب كالقبول لما فيه من الخطر من غير حاجة وهذا هو سبب امتناع أكثر السلف الصالح منه (قلت: ويكره) له الطلب، والقبول (على الصحيح والله أعلم)، لورود نهى مخصوص فيه وعليه حملت الأخبار المحذرة منه كالخبر الحسن {من تولى القضاء فقد ذبح بغير سكين} كناية عن عظيم خطره المؤدي إلى فظيع هلاكه ويصح كونه كناية عن علي رفعته بقيامه في الحق المؤدي إلى إيذاء الناس له بما هو أشد من ذلك الذبح. ويحرم الطلب على جاهل وعالم قصد انتقاما، أو ارتشاء، ويكره إن طلبه للمباهاة، والاستعلاء كذا قيل، والأوجه أنه حرام بقصد هذين أيضا هذا كله حيث لا قاضي متول، أو كان المتولي جائرا، أما صالح متول فيحرم السعي في عزله على كل أحد ولو أفضل ويفسق به الطالب ولا يؤثر بذل مال مع الطلب ممن تعين عليه، أو ندب له لكن الأخذ ظالم، فإن لم يتعين ولا ندب حرم عليه بذله ابتداء لا دواما، لئلا يعزل، ويسن بذله لعزل غير صالح وينفذ العزل، وإن أثم به العازل، والتولية، وإن حرم الطلب، والقبول مطلقا خشية الفتنة. (والاعتبار في التعين) السابق (وعدمه بالناحية) ويظهر ضبطها بوطنه ودون مسافة العدوى منه بناء على أنه <ص: 105> يجب في كل مسافة عدوى نصب قاض فيجري في المتعين وغيره ما مر من أحكام التعيين وعدمه في الطلب، والقبول في وطنه ودون مسافة العدوى منه دون الزائد على ذلك، لأنه تعذيب لما فيه من ترك الوطن بالكلية، لأن عمل القضاء لا غاية له، بخلاف سائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد وتعلم العلم، نعم لو عين الإمام قاضيا وأرسله إليها لزمه الامتثال، والقبول، وإن بعدت، لأن الإمام إذا عين أحدا لمصالح المسلمين تعين. وعلى هذا التفصيل يحمل قول الرافعي: إنما لم يكلف السفر لما فيه من التعذيب بهجر الوطن، إذ القضاء لا غاية له واعتراض ابن

الرفعة له بقول ابن الصباغ وغيره يلزم الإمام أن يبعث قاضيا لمن ليس عندهم قاض. وقد جمع الأذرع بنحو ما ذكرته فقال: يتعين حمل ما ذكره الرافعي عن الأئمة على وجود صالح للقضاء في البلد المبعوث إليه، أو بقربه وكلام ابن الصباغ وغيره على عكس ذلك، إذ لا ريب في وجوب البعث حينئذ على الإمام ووجوب امتثال أمره، وإلا وهو ما اقتضاه كلام الرافعي لزم تعطيل الحقوق في البلاد التي لا صالح فيها، ومن ثم أبطل البلقيني كلام الرافعي نقلا ودليلا، ومنه {أنه صلى الله عليه وسلم أرسل عليا إلى اليمن قاضيا وأبا موسى ومعاذًا} واستمر على ذلك عمل الخلفاء الراشدين ومن بعدهم.

(تنبيه) المولي للقاضي الإمام أو نائبه، نعم الناحية الخارجة عن حكمه بوليته بها من يرجع أمرهم إليه اتحد، أو تعدد فإن فقد فاهل الحل، والعقد منهم كما مر، وقد يؤخذ من ذلك أن السلطان، أو نائبه لو عزل قاضيا من بلد بعيدة عنه ولم يول غيره، أو ولى من لم يصل للبلد لتعويقه في الطريق <ص: 106> أو مات القاضي فتعطلت أمور الناس بانتظاره إن لأهل الحل، والعقد تولية من يقوم بذلك إلى حضور المتولي وينفذ حكمه ظاهرا، أو باطنا للضرورة (وشرط القاضي) أي: من تصح توليته للقضاء (مسلم)، لأن الكافر ليس أهلا للولاية ونصبه على مثله مجرد رياسة لا تقليد حكم وقضاء، ومن ثم لا يلزمون بالتحاكم عنده ولا يلزمهم حكمه إلا إن رضوا به (مكلف) لنقص غيره واشتراط الماوردي زيادة عقل اكتسابي على العقل التكليفي، وقد يفهمه ما يأتي من اشتراط كونه ذا يقظة تامة (حر) كله لنقص غيره بسائر أقسامه (ذكر) فلا تولى امرأة ولو فيما تقبل فيه شهادتها ولا خنثى لخبر البخاري وغيره {لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة} وضح أيضا {هلك قوم ولوا أمرهم امرأة} (عدل) فلا يولى فاسق، لعدم قبول قوله ومثله نافي الإجماع أو خبر الواحد، أو الاجتهاد ومحجور عليه بسفه (سميع) فلا يولى أصم، وهو من لا يسمع بالكلية، بخلاف من يسمع بالصياح (بصير) فلا يولى أعمى ومن يرى الشبح، ولا يميز الصورة، وإن قربت، بخلاف من يميزها إذا قربت بحيث يعرفها ولو بتكلف ومزيد تأمل، وإن عجز عن قراءة المكتوب ومن يبصر نهارا فقط وبحث الأذرع منع عكسه

وفي إطلاقهما نظر. والذي يتجه أنه متى كان في زمن يوجد فيه ضابط البصير الذي تصح توليته وفي غيره لا يوجد فيه ذلك واطردت عاداته بذلك صحت توليته في الأول دون الثاني فلا يدخل تبعاً للأول بل يتجه في بصير عرض له نحو رمد صيره لا يميز إلا بنحو الصوت أنه لا يصح قضاؤه فيه وظاهر أنه لا ينعزل به لقرب زواله مع كمال من طراً له واختير صحة ولاية الأعمى، لأنه صلى الله عليه وسلم {استخلف ابن أم مكتوم على الصلاة وغيرها من أمور المدينة} رواه الطبراني، ويجاب بعد تسليم صحة ورود العموم الذي فيه باحتمال أنه استخلفه للنظر في أمورها العامة من الحراسة وما يتعلق بها <ص: 107> لا في خصوص الحكم الذي الكلام فيه (ناطق) فلا يولى أحرص، وإن فهم إشارته كل أحد لعجزه عن تنفيذ الأحكام كسابقه (كاف) للقيام بمنصب القضاء بأن يكون ذا نهضة ويقظة تامة وقوة على تنفيذ الحق فلا يولى مغفل ومختل نظر بكبر، أو مرض وجبان ضعيف النفس وفي الروضة يندب ذو حلم وثبت ولين وفطنة وتيقظ وصحة حواس وأعضاء. وعده الفطنة، والتيقظ لا ينافي ما قلناه في اليقظة التامة، لأن القصد منها أن يخرج عن التغفل واختلال الرأي كما تقرر، ومنها زيادة على ذلك بحيث يرجع إليه العقلاء في رأيه وتديبره.

(مجتهد) فلا يصح تولية جاهل ومقلد، وإن حفظ مذهب إمامه لعجزه عن إدراك غوامضه وتقرير أدلته، إذ لا يحيط بهما إلا مجتهد مطلق قيل كان ينبغي أن يقول: إسلام إلى آخره، أو كونه مسلماً إلى آخره، لأن الشرط المعنى المصدري لا الشخص نفسه. اهـ. ويرد بوضوح أن المراد بتلك الصيغ ما أشعرت به من الوصف وأفهم كلامه أنه لا يشترط كونه كاتباً واشترطه جمع واختير فعلى الأول يتأكد ندب ذلك، ولا كونه عارفاً بالحساب المحتاج إليه في تصحيح المسائل الحسابية لكنه صحح في المجموع اشتراطه في المفتي فالقاضي أولى، لأنه مفت وزيادة وبه يندفع تصويب ابن الرفعة خلافه، وقد يجمع بحمل الاشتراط على المسائل الغالب وقوعها وعدمه على ضدها ووجهه أن رجوعه لغيره في تلك يشق على الخصوم مشقة لا تحتمل بخلافه في هذه، ولا معرفته بلغة أهل ولايته أي: وعكسه ومحلهما إن كان ثم عدل يعرفه بلغتهم، ويعرفهم بلغته كما

هو واضح. وقياس ما مر في العقود أن المدار فيها على ما في نفس الأمر لا على ما في ظن المكلف أنه لو ولى من لم يعلم اجتماع تلك الشروط فيه ثم بانت فيه صحت توليته فقول جمع لا يصح: الظاهر أنه ضعيف وللمولي إن لم يعلم حاله أن يعتمد في الصالح على شهادة عدلين عارفين بما ذكر، ويسن له اختباره ليزداد فيه بصيرة.

تعريف المجتهد

(وهو) أي: المجتهد (من يعرف من الكتاب، والسنة ما يتعلق بالأحكام) وإن لم يحفظ ذلك عن ظهر قلب ولا ينحصر في خمسمائة آية ولا خمسمائة حديث خلافا لزاعميهما، أما الأول، فلأنها تستنبط حتى من أي القصص، والمواعظ وغيرهما وأما الثاني، فلأن المشاهدة قاضية ببطلانه، فإن أراد قائله الحصر في الأحاديث الصحيحة السالمة من طعن في سند، أو نحوه، أو الأحكام الخفية الاجتهادية كان له نوع من القرب على أن قول ابن الجوزي <ص: 108> أنها ثلاثة آلاف وخمسمائة مردود بأن غالب الأحاديث لا يكاد يخلو عن حكم، أو أدب شرعي، أو سياسة دينية ويكفي اعتماده فيها على أصل مصحح عنده يجمع غالب أحاديث الأحكام كسنان أبي داود أي: مع معرفة اصطلاحه وما للناس فيه من نقد، ورد فيما يظهر (وعامه) راجع لما مطلقا، أو الذي أريد به العموم (وخاصه) مطلقا، أو الذي أريد به الخصوص ومطلقه ومقيدته (ومجمله ومبينة وناسخه ومنسوخه)، والنص، والظاهر، والمحكم (ومتواتر السنة وغيره)، وهو أحادها، إذ لا يتمكن من الترجيح عند تعارضها إلا بمعرفة ذلك (و) الحديث (المتصل) باتصال روايته إلى الصحابي فقط، ويسمى الموقوف، أو إليه صلى الله عليه وسلم، ويسمى المرفوع (والمرسل)، وهو ما يسقط فيه الصحابي ويصح أن يراد به ما يشمل المعضل أو المنقطع بدليل مقابله بالمتصل (و) حال الرواة قوة وضعفا، لأنه بذلك يتوصل إلى تقرير الأحكام، نعم ما تواتر ناقلوه، أو أجمع السلف على قبوله لا يبحث عن عدالة ناقله وله الاكتفاء بتعديل إمام عرف صحة مذهبه في الجرح، والتعديل. (ولسان العرب لغة، ونحو) وصرفا وبلاغة، إذ لا بد منها في فهم الكتاب، والسنة (وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم إجماعا واختلافا) لا في كل مسألة بل في

المسألة التي يريد النظر فيها بأن يعلم أن قوله فيها لا يخالف إجماعاً ولو بأن يغلب على ظنه أنها مولدة لم يتكلم فيها الأولون، وكذا يقال في معرفة الناسخ، والمنسوخ

(والقياس بأنواعه) من جلي، وهو ما يقطع فيه بنفي الفارق كقياس ضرب الوالد على تأفيفه، أو مساو، وهو ما يبعد فيه الفارق كقياس إحراق مال اليتيم على أكله، أو أدون، وهو ما لا يبعد فيه ذلك كقياس التفاح على البر في الربا بجامع الطعم صحة وفسادا وجلاء وخفاء وطرق استخراج العلل، والاستنباط ولا يشترط نهايته في كل ما ذكر بل تكفي الدرجة الوسطى في ذلك مع الاعتقاد الجازم، وإن لم يحسن قوانين علم الكلام المدونة الآن قال ابن الصلاح: وهذا سهل الآن لتدوين العلوم وضبط قوانينها <ص: 109> واجتماع ذلك كله إنما هو شرط للمجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الفقه، أما مقيد لا يعدو مذهب إمام خاص فليس عليه غير معرفة قواعد إمامه. وليراع فيها ما يراعيه المطلق في قوانين الشرع فإنه مع المجتهد كالمجتهد مع نصوص الشرع، ومن ثم لم يكن له العدول عن نص إمامه كما لا يجوز الاجتهاد مع النص قال ابن دقيق العيد: لا يخلو العصر عن مجتهد إلا إذا تداعى الزمان وقربت الساعة. وأما قول الغزالي كالقفال: إن العصر خلا عن المجتهد المستقل فالظاهر أن المراد مجتهد قائم بالقضاء لرغبة العلماء عنه وكيف يمكن القضاء على الأعصار بخلوها عنه والقفال نفسه كان يقول: لسائله في مسائل الصبرة تسألني عن مذهب الشافعي أم عما عندي؟ وقال هو وآخرون منهم تلميذه القاضي حسين: لسنا مقلدين للشافعي بل وافق رأينا رأيه قال ابن الرفعة: ولا يختلف اثنان أن ابن عبد السلام وتلميذه ابن دقيق العيد بلغا رتبة الاجتهاد وقال ابن الصلاح إمام الحرمين والغزالي والشيرازي من الأئمة المجتهدين في المذهب. اهـ. ووافقه الشيخان فأقاما كالغزالي احتمالات الإمام وجوها. وخالف في ذلك ابن الرفعة فقال في موضع من المطلب: احتمالات الإمام لا تعد وجوها وفي موضع آخر منه الغزالي ليس من أصحاب الوجوه بل، ولا إمامه والذي يتجه أن هؤلاء، وإن ثبت لهم الاجتهاد فالمراد به التأهل له مطلقاً، أو في بعض المسائل، إذ الأصح جواز تجزيه، أما حقيقته

بالفعل في سائر الأبواب فلم يحفظ ذلك من قريب عصر الشافعي إلى الآن كيف وهو متوقف على تأسيس قواعد أصولية وحديثية وغيرهما يخرج عليها استنباطاته وتفريعاته وهذا التأسيس هو الذي أعجز الناس عن بلوغ حقيقة مرتبة الاجتهاد المطلق ولا يغني عنه بلوغ الدرجة الوسطى فيما سبق فإن أدون أصحابنا ومن بعدهم بلغ ذلك ولم يحصل له مرتبة الاجتهاد المذهبي فضلا عن الاجتهاد النسبي فضلا عن الاجتهاد المطلق

التقليد

(فروع) في التقليد يضطر إليها مع كثرة الخلاف فيها وحاصل المعتمد من ذلك أنه يجوز تقليد كل من الأئمة الأربعة، وكذا من عداهم ممن حفظ مذهبه في تلك المسألة ودون حتى عرفت شروطه وسائر معتبراته فالإجماع الذي نقله غير واحد على منع تقليد الصحابة يحمل على ما فقد فيه شرط من ذلك ويشترط لصحة التقليد أيضا أن لا يكون مما ينقض فيه قضاء القاضي هذا بالنسبة لعمل نفسه لا لإفتاء، أو قضاء فيمتنع تقليد غير الأربعة فيه إجماعا كما يعلم <ص: 110> مما يأتي، لأنه محض تشبه وتغيرير، ومن ثم قال السبكي: إذا قصد به المفتي مصلحة دينية جاز أي: مع تبيينه للمستفتي قائل ذلك. وعلى ما اختلف فيه شرط مما ذكر يحمل قول السبكي: ما خالف الأربعة كمخالف الإجماع. ويشترط أيضا اعتقاد أرجحية مقلده، أو مساواته لغيره لكن المشهور الذي رجحاه جواز تقليد المفضل مع وجود الفاضل، ولا ينافي ذلك كونه عاميا جاهلا بالأدلة، لأن الاعتقاد لا يتوقف على الدليل لحصوله بالتسامح ونحوه قال الهروي: مذهب أصحابنا أن العامي لا مذهب له أي: معين يلزمه البقاء عليه وحيث اختلف عليه متبحران أي: في مذهب إمامه فكاختلاف المجتهدين. ا هـ. وقضيته جواز تقليد المفضل <ص: 111> من أصحاب الأوجه مع وجود أفضل منه، لكن في الروضة ليس لمفت وعامل على مذهبنا في مسألة ذات قولين، أو وجهين أن يعتمد أحدهما بلا نظر فيه بلا خلاف بل يبحث عن أرجحهما بنحو تأخره إن كانا لواحد. ا هـ. ونقل ابن الصلاح فيه الإجماع لكن حمله بعضهم على المفتي، والقاضي، لما مر من جواز تقليد غير الأئمة

الأربعة بشرطه وفيه نظر، لأنه صرح بمساواة العامل للمفتي في ذلك فالوجه حمله على عامل متأهل للنظر في الدليل وعلم الراجح من غيره فلا ينافي ما مر عن الهروي وما يأتي عن فتاوى السبكي، لأنه في عامي لا يتأهل لذلك.

وإطلاق ابن عبد السلام أن من لإمامه في مسألة قولان له تقليده في أيهما أحب يردده ما تقرر وما مر في شرح الخطبة وما في الروضة من الوجهين مفروض كما ترى فيما إذا كانا لواحد، وإلا تخير لتضمن ذلك ترجيح كل منهما من قائله الأهل كما اقتضاه قوله أيضا: اختلاف المتبحرين كاختلاف المجتهدين في الفتوى. وقد سبق أن الأرجح التخيير فيهما في العمل ومما يصرح بجواز تقليد المرجوح قول البلقيني في مقلد مصحح الدور في السريجية لا يَأثم، وإن كنت لا أفتي بصحته، لأن الفروع الاجتهادية لا يعاقب عليها. ولا ينافيه قول ابن عبد السلام: يمتنع التقليد في هذه، لأنه مبني على قوله فيها: ينقض قضاء القاضي بصحة الدور. ومر أن ما ينقض لا يقلد. والحاصل أن من ينقضه يمنع تقليده ومن لا ينقضه يجوز تقليده. وفي فتاوى السبكي يتخير العامل في القولين أي: إذا لم يتأهل للعلم بأرجحهما كما مر، ولا وجد من يخبره به، لكن مر في شرح الخطبة عنه وعن غيره ما يخالف بعض ذلك فراجعه <ص: 112> بخلاف الحاكم لا يجوز له الحكم بأحدهما إلا بعد علم أرجحيته، وصرح قبل ذلك بأن له العمل بالمرجوح في حق نفسه، ويشترط أيضا أن لا يتتبع الرخص بأن يأخذ من كل مذهب بالأسهل منه، لانحلال ربة التكليف من عنقه حينئذ، ومن ثم كان الأوجه أنه يفسق به. وزعم أنه ينبغي تخصيصه بمن يتبع بغير تقليد يتقيد به ليس في محله، لأن هذا ليس من محل الخلاف بل يفسق قطعاً كما هو ظاهر. وقول ابن عبد السلام للعامل أن يعمل برخص المذاهب، وإنكاره جهل لا ينافي حرمة التتبع، ولا الفسق به خلافاً لمن وهم فيه، لأنه لم يعبر بالتتبع وليس العمل برخص المذاهب مقتضياً له لصدق الأخذ بها مع الأخذ بالعزائم أيضا وليس الكلام في هذا، لأن من عمل بالعزائم، والرخص لا يقال فيه أنه متتبع للرخص لا سيما مع النظر لضبطهم للتتبع بما مر فتأمله. والوجه المحكي بجوازه يردده نقل ابن حزم الإجماع على منع تتبع الرخص، وكذا يرد به

قول محقق الحنفية ابن الهمام: لا أدري ما يمنع ذلك من العقل، والنقل مع أنه اتباع قول مجتهد متبوع، وقد {كان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف على أمته}، والناس في عصر الصحابة ومن بعدهم يسألون من شاءوا من غير تقييد بذلك. ٥١.

وظاهره جواز التلفيق أيضا، وهو خلاف الإجماع أيضا فتفطن له ولا تغتر بمن أخذ بكلامه هذا المخالف للإجماع كما تقرر وفي الخادم عن بعض المحتاطين الأولى لمن بلي بوسواس الأخذ بالأخف، والرخص، لئلا يزداد فيخرج عن الشرع ولضده الأخذ بالأثقل، لئلا يخرج عن الإباحة. ويشترط أيضا أن لا يلفق بين قولين يتولد منهما حقيقة مركبة لا يقول بها كل منهما وأن لا يعمل بقول في مسألة، ثم بضده في عينها كما مر بسط ذلك في شرح الخطبة مع بيان حكاية الأمدي الاتفاق على المنع بعد العمل. ونقل غير واحد عن ابن الحاجب مثله فيه تجوز، وإن جريت <ص: 113> عليه ثم فإنه إنما نقل ذلك في عامي لم يلتزم مذهبا قال: فإن المتزم معينا فخلاف، وكذا صرح بالخلاف مطلقا القرافي وقيل: ولعل المراد بالاتفاق اتفاق الأصوليين لا الفقهاء فقد جوز ابن عبد السلام الانتقال عمل بالأول أو لا وأطلق الأئمة جواز الانتقال. وقد أخذ الإسنوي من المجموع وتبعوه أن إطلاقات الأئمة إذا تناولت شيئا، ثم صرح بعضهم بما يخالف فيه فالمعتمد الأخذ فيه بإطلاقهم. (فائدة) من ارتكب ما اختلف في حرمة من غير تقليد أثم بترك تعلم أمكنه، وكذا بالفعل إن كان مما لا يعذر أحد بجهله لمزيد شهرته قيل: وكذا إن علم أنه قيل بتحريمه لا إن جهل، لأنه إذا خفي على بعض المجتهدين فعليه أولى، أما إذا عجز عن التعلم ولو لنقلة، أو اضطرار إلى تحصيل ما يسد رمقه، أو رمق ممونه فيرتفع تكليفه كما قبل ورود الشرع قاله المصنف كابن الصلاح. ومن أدى عبادة مختلفا في صحتها من غير تقليد للقائل بها لزمه إعادتها، لأن إقدامه على فعلها عبث وبه يعلم أنه حال تلبسه بها عالم بفسادها، إذ لا يكون عابثا إلا حينئذ فخرج من مس فرجه فنسي وصلى فله تقليد أبي حنيفة في إسقاط القضاء إن كان مذهبه صحة صلاته مع عدم تقليده له عندها، وإلا فهو عابث عنده أيضا، وكذا لمن أقدم معتقدا صحتها على مذهبه جهلا، وقد عذر به. (فإن تعذر جمع هذه الشروط)،

أو لم يتعذر كما هو ظاهر مما يأتي فذكر التعذر تصوير لا غير (فولى سلطان)، أو من (له شوكة) غيره بأن يكون بناحية انقطع غوث السلطان عنها ولم يرجعوا إلا إليه (تنبيه) ظاهر المتن أن السلطنة لا تستلزم دوام الشوكة فلو زالت شوكة سلطان بنحو حبس، أو أسر ولم يخلع نفذت أحكامه ومر في مبحث الإمامة قبيل الردة ما له تعلق بذلك فراجع (فاسقاً، أو مقلداً) ولو جاهلاً (نفذ قضاؤه) الموافق لمذهبه المعتد به، وإن زاد فسقه (للضرورة)، لئلا تتعطل مصالح الناس. ونازع كثيرون فيما ذكر في الفاسق وأطالوا وصوبه الزركشي قال: لأنه لا ضرورة إليه، بخلاف المقلد. اهـ.، وهو عجيب فإن الفرض أن الإمام أو ذا الشوكة هو الذي ولاه عالماً بفسقه >ص: 114< بل، أو غير عالم به على ما جزم به بعضهم فكيف حينئذ يفرع إلى عدم تنفيذ أحكامه المترتب عليه من الفتن ما لا يتدارك خرقه، وقد أجمعت الأمة كما قاله الأذرعي على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام من ولوه؟ ورجح البلقيني نفوذ تولية امرأة وأعمى فيما يضبطه وقن وكافر ونازعه الأذرعي وغيره في الكافر، والأوجه ما قاله، لأن الغرض الاضطرار وسبقه ابن عبد السلام للمرأة وزاد أن الصبي كذلك قال الأذرعي: والقول بتنفيذ قضاء عامي محض لا ينتحل مذهباً، ولا يعول على رأي مجتهد بعيد لا أحسب أحداً يقول به. اهـ. ولا بعد فيه إذا ولاه ذو شوكة وعجز الناس عن عزله فينفذ منه ما وافق الحق للضرورة ولو تعارض فقيه فاسق وعامي دين قدم الأول عند جمع، والثاني عند آخرين، ويتجه كما قاله الحسباني أن فسق العالم إن كان لحق الله تعالى فهو أولى، أو بالظلم، والرشا فالدين أولى، ويراجع العلماء. وخرج بقوله سلطان القاضي الأكبر فلا تنفذ توليته من ذكر أي: إلا إن كان بعلم السلطان كما هو ظاهر وتجب عليه رعاية الأمثل فالأمثل، رعاية لمصلحة المسلمين وما ذكر في المقلد محله إن كان ثم مجتهد، وإلا نفذت تولية المقلد ولو من غير ذي شوكة، وكذا الفاسق، فإن كان هناك عدل اشترطت شوكة، وإلا فلا كما يفيد ذلك قول ابن الرفعة الحق أنه إذا لم يكن ثم من يصلح للقضاء نفذت تولية غير الصالح قطعاً. اهـ. وبحث البلقيني ما سبقه إليه البيضاوي أن من ولاه ذو شوكة ينعزل بزوال شوكة موليه لزوال المقتضي لنفوذ

قضائه أي بخلاف مقلد، أو فاسق مع فقد المجتهد، والعدل فلا تزول ولايته بذلك، لعدم توقفها على الشوكة كما مر وصرح جمع متأخرون بأن قاضي الضرورة، وهو من فقد فيه بعض الشروط السابقة يلزمه بيان مستنده <ص: 115> في سائر أحكامه، ولا يقبل قوله: حكمت بكذا من غير بيان لمستنده فيه وكأنه لضعف ولايته. ومثله المحكم بل أولى، ومحلّه في الأول إن لم يمنع موليه من طلب بيان مستنده كما هو ظاهر. ويجوز أن يخص النساء بقاض، والرجال بقاض وبحث في الرجل، والمرأة أن العبرة بالطالب منهما.

(ويندب للإمام) أي: ومن ألحق به كما هو ظاهر (إذا ولي قاضيا أن يأذن له في الاستخلاف) ليكون أسهل له وأقرب لفصل الخصومات ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة (وإن نهاه) عنه (لم يستخلف) استخلافًا عامًا، لأنه لم يرض بنظر غيره ولو فوض له حينئذ ما لا يمكنه القيام به نفذ فيما يمكنه، ولا يستخلف على المعتمد وظاهر أنه في بلدين متباعدين كبغداد، والبصرة ولاء إياهما له كما صرح به الماوردي أن يختار مباشرة القضاء في إحداهما واعترضه البلقيني بما فيه نظر. وعند اختياره إحداهما هل يكون ذلك مقتضيا لانعزاله عن الأخرى، أو يباشر كلا مدة؟ وجهان. ورجح الزركشي وجمع أن التدريس بمدرستين في بلدين متباعدين ليس كذلك، لأن غيبته عن إحداهما لمباشرة الأخرى ليست عذرا، ورجح آخرون الجواز ويستتيب وفعله الفخر بن عساكر بالشام، والقدس، أما الخاص كتخليف وسماع بينة فقضية كلام الأكثرين منعه أيضا، وقال جمع متقدمون: يجوز واختاره الأذرعي إلا أن ينص على المنع منه، نعم التزويج، والنظر في أمر اليتيم ممتنع حتى عند هؤلاء كالعام. (وإن أطلق) الاستخلاف مطلقا، أو التولية فيما لا يقدر إلا على بعضه (استخلف) <ص: 116> (فيما لا يقدر عليه) لحاجته إليه (لا غيره في الأصح) تحكيما لقرينة الحال ولو طرأ عدم القدرة بعد التولية لنحو مرض، أو سفر استخلف جزما. قال الأذرعي: إلا إن نهي عنه ونظر فيه الغزي بأنه عجز عن المباشرة، والإنسان لا يخلو عن ذلك غالبا فليكن مستثنى من النهي عن النيابة وينبغي حمل الأول على ما إذا نهي عنه حتى للعذر، والثاني على ما إذا أطلق النهي عنه وظاهر قول المتن فيما لا يقدر

عليه أن له الاستخلاف خارج محل ولايته وبه اغتر بعضهم لكن يأتي رده في شرح قوله كمعزول المبين لما هنا (وشرط المستخلف) بفتح اللام (كالقاضي)، لأنه قاض (إلا أن يستخلف في أمر خاص كسماع بينة) وتحليف (فيكفي علمه بما يتعلق به) من شرط البينة، أو التحليف مثلا ولو عن تقليد، ومن ذلك نائب القاضي في القرى إذا فوض له سماع البينة فقط يكفيه العلم بشروطها ولو عن تقليد كما قاله وليس مثله من نصب للجرح، والتعديل، لأنه حاكم. وله استخلاف ولده ووالده كما أن للإمام توليتهما، نعم لو فوض الإمام اختيار قاض، أو توليته لرجل لم يجز له اختيارهما، لأن التهمة هنا أقوى للفرق الواضح بين القاضي المستقل، والنائب في التولية وإنما لم يجز لقاض سماع شهادتهما، لأنه يتضمن الحكم لهما بالتعديل، ومن ثم لو ثبتت عدالتهما عند غيره جاز له سماعها قال الأذرعي: وكذا محل صحة استخلافهما إذا ظهر فيه عند الناس اجتماع الشروط. ٥. ١. والذي يتجه أنه حيث صحت توليته وحمدت سيرته جاز له توليتهما إن كانا كذلك

(ويحكم) الخليفة (باجتهاده، أو اجتهاد مقلده) بفتح اللام (إن كان مقلدا) وسيأتي أنه لا يجوز لغير متبحر حكم بغير معتمد مذهبه ولا لمتبحر إذا شرط عليه ذلك ولو عرفا (ولا يجوز أن يشترط عليه خلافه)، لأنه يعتقد غير الحق، والله تعالى إنما أمر بالحكم بالحق وقضية كلام الشيخين أن المقلد لا يحكم بغير مذهب مقلده، وقال الماوردي وغيره: يجوز وجمع الأذرعي وغيره بحمل الأول على من لم ينته لرتبة الاجتهاد في مذهب إمامه، وهو المقلد الصرف الذي لم يتأهل لنظر، ولا ترجيح <ص: 117> والثاني على من له أهلية ذلك، ومنع ذلك الحسباني من جهة أن العرف جرى بأن تولية المقلد مشروطة بأن يحكم بمذهب مقلده وهو متجه، سواء الأهل لما ذكر وغيره لا سيما إن قال له في عقد التولية: على عادة من تقدمك، لأنه لم يعتد لمقلد حكم بغير مذهب إمامه. وقول جمع متقدمين: لو قلد الإمام رجلا القضاء على أن يقضي بمذهب عينه بطل التقليد يتعين فرضه في قاض مجتهد أو مقلد عين له غير مقلده مع بقاء تقليده له كما هو واضح ثم رأيت شارحا جزم بذلك قال: وهو الذي عليه العمل أنه يشترط على كل مقلد العمل بمذهب مقلده فلا يجوز له الحكم بخلافه. ٥.

ونقل ابن الرفعة عن الأصحاب أن الحاكم المقلد إذا بان حكمه على خلاف نص مقلده نقض حكمه. وصرح ابن الصلاح كما مر بأن نص إمام المقلد في حقه كنص الشارع في حق المقلد ووافقه في الروضة وما أفهمه كلام الرافعي عن الغزالي من عدم النقض بناء على أن للمقلد تقليد من شاء وجزم به في جمع الجوامع قال الأزرعي: بعيد، والوجه بل الصواب سد هذا الباب من أصله، لما يلزم عليه من المفاصد التي لا تحصي. اهـ. وقال غيره: المفتي على مذهب الشافعي لا يجوز له الإفتاء بمذهب غيره ولا ينفذ منه أي: لو قضى به لتحكيم، أو تولية، لما تقرر عن ابن الصلاح، نعم إن انتقل لمذهب آخر بشرطه وتبحر فيه جاز له الإفتاء به.

(تنبيه) قيل: منصب سماع الدعوى، والبينة، والحكم بها يختص بالقاضي دون الإمام الأعظم كما هو ظاهر الروضة في القضاء على الغائب. ورد بمنع ما ذكره وبأن مرادهم بالقاضي ما يشملهم بدليل أنهم لم ينبهوا على تخالف أحكامهما إلا في بعض المسائل كانعزال القاضي بالفسق دون الإمام الأعظم ومر آخر البغاة ما له ما تعلق بذلك. (ولو حكم خصمان) أو اثنان من غير خصومة كفي نكاح، ويؤخذ منه أن من حلف لا يكلم أباه فحكما آخر فحكم عليه بتكليمه لم يحنث، لأن الإكراه الشرعي كالحسي، ولا شك أن المحكم يكره، وإن لم يتصور منه نحو ضرب، ولا حبس. فإفتاء بعضهم بعدم جواز التحكيم في ذلك فيه نظر. وكأنه أخذ ذلك من أن الحاكم لا يكون حكمه إكراها إلا إن قدر حسا على إجبار الحالف. ومر ما فيه في مبحث الإكراه في الطلاق فراجع. فإن قلت: نفوذ قضاء المحكم موقوف على رضا الحالف فكيف يتصور إكراهه له؟ قلت ليس الكلام فيما قبل الحكم بل فيما بعده، وهو حينئذ له إكراهه على مقتضى حكمه، وإن كان متوقفا أولا على رضاه، أو حكم أكثر من اثنين (رجلا في غير حد)، أو تعزير (لله تعالى جاز مطلقا) أي: مع وجود قاض >ص: 118< أهل وعدمه (بشرط أهلية القضاء) المطلقة لا في خصوص تلك الواقعة فقط، لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة ولم ينكر مع اشتهاؤه فكان إجماعا. أما حد الله تعالى، أو تعزيره فلا يجوز التحكيم فيه، إذ لا طالب له معين، وأخذ منه أن حق الله تعالى المالي الذي لا طالب

له معين لا يجوز التحكيم فيه، وأما غير الأهل فلا يجوز تحكيمه أي: مع وجود الأهل، وإلا جاز ولو في النكاح على ما مر فيه. ونوزع فيه بأنه لا ضرورة إلى تحكيمه حيث وجد قاضي ضرورة، لأن الضرورة تتقدر بقدرها قال البلقيني: ولا يجوز لوكيل من غير إذن موكله تحكيم، ولا لولي إن أضر بموليه وكوكيل مأذون له في التجارة وعامل قراض ومفلس إن ضر غرماءه ومكاتب إن أضر به. وتحكيم السفية لغو ولو بإذن وليه على ما اقتضاه إطلاق بعضهم وفيه نظر.

(وفي قول لا يجوز) التحكيم، لما فيه من الافتيات على الإمام ونوابه، ويجاب بأنه ليس له حبس، ولا ترسيم ولا استيفاء عقوبة آدمي ثبت موجبها عنده، لئلا تخرق أبهتهم فلا افتيات (وقيل): إنما يجوز (بشرط عدم قاض في البلد) للضرورة (وقيل: يختص) الجواز (بمال دون قصاص ونكاح ونحوهما) كلعان وحد قذف. (ولا ينفذ حكمه إلا على راض) لفظا لا سكوتا فيما يظهر، ويعتبر رضا الزوجين معا في النكاح، نعم يكفي سكوت البكر إذا استؤذنت في التحكيم (به) أي: بحكمه الذي سيحكم به من ابتداء التحكيم إلى صب الحكم، لأنه المثبت للولاية، نعم إن كان أحد الخصمين القاضي الذي له الاستخلاف واستمر رضاه لم يؤثر عدم رضا خصمه، لأن المحكم نائبه. وقول ابن الرفعة نقلا عن جمع: التحاكم لشخص ليس تولية له ينبغي حمله على ما إذا لم يجر غير الرضا وحمل الأول على ما إذا انضم له لفظ يفيد التفويض كاحكم بيننا مثلا، ثم رأيت الماوردي ذكره حيث قال: إذا تحاكم الإمام وخصمه لبعض الرعية ولم يقلده خصوص النظر اشترط رضا الخصم <ص: 119> ولو كان أحدهما بعضه، أو عدوه نفذ حكمه على بعضه ولعدوه، لعدم التهمة دون عكسه على الأوجه لوجودها مع عدم القدرة على رده، لأنه لا يفيد بعد الحكم وكونه رضي به أولا قد يكون لظن عدم التهمة. وللمحكم أن يحكم بعلمه كما شمله كلامهم خلافا لمن نازع فيه، إذ لا وجه لمنعه منه نعم الوجه أنه لا بد من بيان مستنده كما مر وكونه مشهور الديانة، والصيانة وإذا اشترط رضا المحكوم عليه. (فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية على عاقلته) بل لا بد من رضاهم، لأنهم لا يؤخذون بإقراره فكيف برضاه.

(فإن رجع أحدهما قبل الحكم) ولو بعد استيفاء شروط البينة. (امتنع الحكم)، لعدم استمرار الرضا (ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر) كحكم المولى من جهة الإمام، ولا ينقض حكمه إلا حيث ينقض حكم القاضي، وله أن يشهد على إثباته وحكمه في مجلسه خاصة لانعزاله بالتفرق، وإذا تولى القضاء بعد سماع بينة حكم بها بعده من غير إعادتها. (ولو نصب) الإمام، أو نائبه (قاضيين)، أو أكثر (ببلد وخص كلا بمكان) منه (أو زمن، أو نوع) كأن جعل أحدهما يحكم في الأموال، أو بين الرجال، والآخر في الدماء، أو بين النساء (جاز)، لعدم المنازعة بينهما، فإن كان رجل وامرأة وليس ثم إلا قاضي رجال، أو قاضي نساء لم يحكم بينهما، بخلاف ما إذا وجدا، فإن العبرة بالطالب على ما مر (، وكذا إن لم يخص في الأصح) كنصب الوصيين، والوكيلين في شيء. وإذا كان في بلدة قاضيان، فإن كان أحدهما أصلا أوجب داعيه، وإلا فمن سبق داعيه، فإن جاء معا أقرع، فإن تنازعا في اختيارهما أوجب المدعي، فإن كان كل طالبا ومطلوبا كانا مختلفا فيما يقتضي تحالفا فأقربهما وإلا فالقرعة. وقضية المتن أنه حيث لم يشترط اجتماعا ولا استقلالا حمل على الاستقلال وفارق نظيره في الوصيين <ص: 120> بأن الاجتماع هنا ممتنع فلم يحمل عليه تصحيحا للكلام ما أمكن، والاجتماع ثم جائز فحمل عليه، لأنه أحوط (إلا أن يشترط اجتماعهما على الحكم) فلا يجوز قطعاً، لاختلاف اجتهادهما غالباً فلا تنفصل الخصومات. وقضيته أنهما لو كانا مقلدين لإمام واحد، ولا أهلية لهما في نظر، ولا ترجيح، أو شرط اجتماعهما على المسائل المتفق عليها صح شرط اجتماعهما، لأنه لا يؤدي إلى تخالف اجتهاد ولا ترجيح ولو حكما اثنين اشترط اجتماعهما، بخلاف ما ذكر في القاضيين لظهور الفرق قاله في المطلب.

(فرع) يشترط تعيين ما يولى فيه، نعم إن اطرده عرف بتبعية بلاد لبلاد في توليتها دخلت تبعاً لها ويستفيد بتولية القضاء العام سائر الولايات وأمور الناس حتى نحو زكاة وحسبة لم يفوضا لغيره، والأوجه في " احكم بين الناس " أنه خاص بالحكم لا يتجاوز لغيره، ويفرق بينه وبين " وليتك القضاء " بأنه في هذا التركيب بمعنى إمضاء الأمور وسائر تصرفات القاضي فيها إمضاء، بخلاف الحكم.

(فصل) فيما يقتضي انعزال القاضي، أو عزله وما يذكر معه إذا (جن قاض أو أعمى عليه) ولو لحظة خلافا للشراح وإنما استثنى في نحو الشريك مقدار ما بين صلاتين كما مر، لأنه يحتاط هنا ما لا يحتاط ثم، أو مرض مرضا لا يرجى زواله، وقد عجز معه عن الحكم (أو عمي)، أو صار كالأعمى كما عرف مما مر في قوله: بصير (أو ذهبت أهلية اجتهاده) المطلق، أو المقيد بنحو غفلة (و) كذا إن لم يكن مجتهدا، وصحنا ولايته فذهب (ضبطه بغفلة، أو نسيان) بحيث إذا نبه لا ينتبه (لا ينفذ حكمه) لانعزاله بذلك، وكذا إن خرس، أو صم. وخالف ابن أبي عصرون في العمى وصنف فيه لما عمي محتجا بأنه لا يقدر في النبوة التي هي أعلى من القضاء <ص: 121> وأخذ منه الأذرعى اختياره أن الإغماء لا يؤثر، لأنه مرض لا يقدر في النبوة أيضا ومما يرد عليهما أن الملحظ هنا غيره ثم كما هو واضح. ثم رأيت في القوت أشار لهذا على أنه لم يثبت عمى نبي كما حقق في موضعه. ومر رد الاستدلال بقصة ابن أم مكتوم ولو عمي بعد ثبوت أمر عنده ولم يبق إلا الحكم الذي لا يحتاج معه إلى إشارة نفذ حكمه به. (وكذا لو فسق) أو زاد فسق من لم يعلم موليه بفسقه الأصلي، أو الزائد حال توليته كما هو ظاهر فلا ينفذ حكمه (في الأصح) لوجود المنافي هذا إن قلنا: لا ينعزل بالفسق وإلا لم ينفذ جزما، وبهذا يندفع ما أورد عليه من التكرار فإنه إنما ذكره في الوصية بالنسبة للانعزال لا لنفوذ الحكم. ولا نظر لفهم أن المراد بعدم النفوذ عدم الولاية من قوله: (فإن زالت هذه الأحوال لم تعد ولايته في الأصح) إلا بتولية جديدة كالوكالة ولأن ما بطل لا يعود إلا بتجديد عقده.

(وللإمام) أي: يجوز له (عزل قاض) لم يتعين (ظهر منه خلل) لا يقتضي انعزاله ككثرة الشكاوى منه أو ظن أنه ضعف، أو زالت هيئته في القلوب وذلك، لما فيه من الاحتياط، أما ظهور ما يقتضي انعزاله، فإن ثبت انعزل ولم يحتج لعزل، وإن ظن بقرائن فيحتمل أنه كالأول، ويحتمل فيه ندب عزله. وإطلاق ابن عبد السلام وجوب صرفه عند كثرة الشكاوى منه اختيار له (أو لم يظهر) منه خلل (وهناك أفضل منه) فله عزله من غير قيد مما يأتي في المثل، رعاية للأصلح للمسلمين، ولا يجب وإن قلنا: إن

ولاية المفضول لا تنعقد مع وجود الفاضل، لأن الفرض حدوث الأفضل بعد الولاية فلم يقدر فيها (أو هناك) (مثله)، أو دونه (وفي عزله به مصلحة كتسكين فتنة)، لما فيه من المصلحة للمسلمين (وإلا) يكن فيه مصلحة (فلا) يجوز عزله، لأنه عبث وتصرف الإمام يمان عنه. واستغنى بذكر المصلحة عن قول أصله معها: وليس في عزله فتنة، لأنه لا تتم المصلحة إلا إذا انتفت الفتنة و به يندفع قول شارح: لا يغني عنه فقد يكون الشيء مصلحة من وجه ومفسدة من جهة أخرى. (لكن) مع الإثم على المولي، والمتولي <ص: 122> (ينفذ العزل في الأصح) لطاعة السلطان، أما إذا تعين بأن لم يكن ثم من يصلح غيره فيحرم على موليه عزله، ولا ينفذ، وكذا عزله لنفسه حينئذ بخلافه في غير هذه الحالة ينفذ عزله لنفسه، وإن لم يعلم موليه خلافاً للماوردي كالوكيل. وللمستخلف عزل خليفته ولو بلا موجب ولو ولي آخر ولم يتعرض للأول، ولا ظن نحو موته لم ينزل على المعتمد، نعم إن اطردت العادة بأن مثل ذلك المحل ليس فيه إلا قاض واحد احتمال الانعزال حينئذ.

(والمذهب أنه لا ينزل قبل بلوغه خبر عزله) لعظم الضرر في نقض أفضيته لو انزل. ومر الفرق بينه وبين الوكيل في بابه. ومن علم عزله لم ينفذ حكمه له إلا إن يرضى بحكمه فيما يجوز التحكيم فيه لعلمه أنه غير حاكم باطنا ذكره الماوردي. وإنما يتجه إن صح ما قاله أنه غير حاكم باطنا، أما على ما اقتضاه كلامهم أنه قبل أن يبلغه خبر عزله باق على ولايته ظاهراً وباطناً فلا يصح ما قاله، إلا ترى أنه لو تصرف بعد العزل وقبل بلوغ الخبر بتزويج من لا ولي لها مثلاً لم يلزم المزوج باطناً ولا ظاهراً انعزالها، فإن قلت: الماوردي يخص عدم نفوذه باطناً بحالة علم الخصم لا مطلقاً قلت: هو حينئذ بالتحكم أشبه فلا يقبل، لما تقرر أن من بلغه ذلك معتقده أن ولايته باقية قبل بلوغه هو خبر العزل. وبحث الأذرعى الاكتفاء في العزل بخبر واحد مقبول الرواية، والقياس ما قاله الزركشي أنه لا بد من عدلي الشهادة، أو الاستفاضة كالتولية. لا يقال يتعين على من علم عزله، أو ظنه أن يعمل باطناً بمقتضى علمه أو ظنه كما هو قياس نظائره، لأننا نقول: إنما يتجه ذلك إن قلنا بعزله باطناً قبل أن يبلغه خبره، وقد تقرر أن

الوجه خلافه. ولا يكفي كتاب مجرد، وإن حفته قرائن يبعد التزوير بمثلها كما يصرح به كلامهم، ولا قول إنسان: وليت، نعم الوجه أنه إن صدقه المدعي و المدعى عليه نفذ حكمه لهما وعليهما كالمحكم بل أولى، بخلاف ما إذا صدقه أحدهما، أو صدقه أهل الحل، والعقد، لأن تصديقهم لا يثبت تولية عامة بخلاف توليتهم فيما قدمته قبيل قوله: وشرط القاضي، لأن ذاك جوزت للضرورة فتقدرت بقدرها ولزم عمومها، ولا كذلك مجرد تصديقهم له. وعلى هذا التفصيل يحمل اختلافهم في أن التصديق هل يفيد أولاً بحث البلقيني أنه إذا انعزل لم تنعزل <ص: 123> نوابه حتى يبلغهم خبر عزله كما ذكروا أنه يستحق معلومه، لأن بقاء نوابه كبقائه، وأن نائبه إذا بلغه خبر عزل أصله لم ينعزل لبقاء ولاية أصله ونظر فيه غير واحد، والنظر في الثانية واضح، لأن القياس يقتضي انعزالهم وإنما اغتفر للضرورة فليقدر بقدرها في عدم انعزالهم بالنسبة للأحكام لا بالنسبة لبقاء ولايته بقاء ولايتهم، وفي الثالثة إنما يتجه على ما قدمناه لا على ما مر عن الماوردي. ويظهر أن العبرة في بلوغ خبر العزل للنائب بمذهبه لا بمذهب منوبه. (وإذا كتب الإمام إليه إذا قرأت كتابي فأنت معزول فقراه) أو طالعه وفهم ما فيه، وإن لم يتلفظ به، والمراد سطر العزل نظير ما مر في الطلاق (انعزل) لوجود الشرط (وكذا إن قرئ عليه)، وإن كان قارئاً (في الأصح)، لأن القصد إعلامه بالعزل لا قراءته وفارق ما مر في نظيره في الطلاق بأن عادة الحكام أن يقرأ عليهم فليس النظر إلا على وصول خبر العزل إليهم، بخلاف المرأة القارئة (وينعزل بموته وانعزاله من أذن له في شغل معين كبيع مال ميت) أو غائب وكسماع شهادة في معين كالوكيل (والأصح انعزال نائبه) أي: القاضي ولو قاضي الإقليم على المنقول. وقول القاضي قضاة والي الإقليم كقضاة الإمام محله كما قاله الحسباني إذا صرح له الإمام بذلك أي: التولية عنه، أو اقتضاه العرف (المطلق إن لم يؤذن له في الاستخلاف)، لأن القصد باستنابته معاونته، وقد زالت (أو) إن (قيل له) من جهة موليه: (استخلف عنك) لما ذكر (أو أطلق) لظهور غرض المعاونة حينئذ وبه فارق ما مر في نظيره من الوكالة، لأن الغرض ثم ليس معاونة الوكيل بل النظر في حق الموكل فحمل الإطلاق على إرادته، نعم

إن عين له الخليفة كان قاطعا لنظره فيكون كما في قول (فإن قال) له موليه (استخلف عني فلا) ينعزل الخليفة بموته، لأنه ليس نائبه. (ولا ينعزل قاض) غير قاضي ضرورة، ولا قاضي ضرورة <ص: 124> إذا لم يوجد مجتهد صالح، ولا من ولايته عامة كنظر بيت المال، والجيش، والحسبة، والأوقاف (بموت الإمام) الأعظم ولا بانعزاله، لعظم الضرر بتعطيل الحوادث، ومن ثم لو ولاه للحكم بينه وبين خصمه انعزل بفراغه منه ولأن الإمام إنما يولي القضاة نيابة عن المسلمين، بخلاف تولية القاضي لنوابه فإنه عن نفسه، ومن ثم كان له عزلهم بغير موجب كما مر، بخلاف الإمام يحرم عليه إلا بموجب وزعم بعضهم أن ناظر بيت المال كالوكيل غلط كما قاله الأذرعي. وبحث البلقيني أن قاضي الضرورة حيث انعزل استرد منه ما أخذه على القضاء. ونظر الأوقاف لا يوافق ما مر من صحة توليته. وبحث غيره أنه لا ينعزل بوجود مجتهد صالح إلا إن رجي توليته وإلا فلا فائدة في انعزاله.

(تنبيه) العادة في الأزمنة السابقة أن تولية الخليفة العباسي للسلطان، ثم السلطان يستقل بتولية القضاة وغيرها فهل حينئذ ينعزل القضاة بموت السلطان، لأنه نائب أو لا، لأنه مستقل وفي روضة شريح إذا مات الخليفة فهل ينعزل قضاته؟ وجهان، فإن قلنا ينعزلون فلو مات السلطان هل تنعزل القضاة؟ وجهان ثانيهما لا، لأنهم قضاة الخليفة، لأنه نائب عنه. اه. قال الزركشي: ويشبه أن يأتي فيه ما مر من الإذن في الاستخلاف عنه، أو عن الإمام أي: الخليفة، أو يطلق. اه. وأقول في هذا كله نظر، والوجه بناؤه على ما مر آخر البغاة مع بسطه أن الخليفة إذا ضعف بحيث زالت شوكته بالكلية ولم يبق له إلا رسم التولية بإذنه تبركا به، إذ لو امتنع منه أجبروه عليه، أو أتوا بغيره من بني عمه وولوه، ثم يولي السلطان كما وقع نظائر لذلك، فإن قلنا ببقاء عموم ولايته مع ضعفه فالسلطان نائبه. ويأتي ذلك التفصيل الذي ذكره الزركشي، أو بعدم بقائها فالقضاة نواب السلطان لا غير. (ولا) ينعزل (ناظر يتيم) ومسجد (ووقف بموت قاض) نصبهم، وكذا بانعزاله، لئلا تختل المصالح، نعم لو شرط النظر لحاكم المسلمين انعزل كما بحثه الأذرعي وغيره بتولية قاض جديد لصيرورة النظر إليه بشرط الواقف. (، ولا يقبل قوله)، وإن كان انعزاله

بالعمى فيما يظهر خلافا للبلقيني (بعد انزاله)، ولا قول المحكم بعد مفارقة مجلس <ص: 125> حكمه: (حكمت بكذا)، لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذ (فإن شهد) وحده (أو مع آخر بحكمه لم يقبل على الصحيح)، لأنه يشهد بفعل نفسه. وفارق المرضعة بأن فعلها غير مقصود بالإثبات مع أن شهادتها لا تتضمن تزكية نفسها بخلاف الحاكم فيها وخرج بحكمه شهادته بإقرار صدر في مجلسه فيقبل جزماً (أو) شهد (بحكم حاكم جاز الحكم) ظاهره أنه لا بد منه ويوجه بأن حذفه موهم لاحتماله حاكماً لا يجوز حكمه كحاكم الشرطة مثلاً فقول شارح: إنه تأكيد، إذ الحاكم هو جاز الحكم فيه نظر بل الأوجه ما ذكرته. ومن عبر بقاض لم يحتج لذلك، فإن قلت: سيأتي أن إطلاق الشاهد لا يجوز على ما فيه، لأن مذهب القاضي قد يخالف مذهبه فكيف اكتفى بقوله هنا جاز الحكم؟ قلت إنما لم ينظروا لذلك هنا لقلة الخلاف فيه (قبلت) شهادته (في الأصح) لانتفاء الشهادة بفعل نفسه واحتمال المبطل لا أثر له، ومن ثم لو علم أنه حكمه لم يقبله. وقد يشكل عليه ما في فتاوى البغوي اشترى شيئاً فغصبه منه غاصب فادعى عليه به وشهد له البائع بالملك مطلقاً قبلت شهادته، وإن علم القاضي أنه البائع له كمن رأى عينا في يد شخص يتصرف فيها تصرف الملاك له أن يشهد له بالملك مطلقاً، وإن علم القاضي أنه يشهد بظاهر اليد فيقبله، وإن كان لو صرح به لم يقبل. ثم رأيت الغزي نظر في مسألة المبيع، وقد يجاب بأن التهمة في مسألة الحكم أقوى، لأن الإنسان مجبول على ترويح حكمه ما أمكنه، بخلاف المسألتين الأخريتين.

(ويقبل قوله قبل عزله: حكمت بكذا)، وإن قال: بعلمي لقدرتي على الإنشاء حينئذ حتى لو قال: على سبيل الحكم نساء هذه القرية طوالق من أزواجهن قبل. وبحث الأذرعى أن محله في محصورات، وإلا فهو كاذب مجازف وفي قاض مجتهد ولو في مذهب إمامه قال: ولا ريب عندي في عدم نفوذه من جاهل، أو فاسق، وقد أفتيت بوجوب بيان القاضي لمستنده إذا سئل عنه <ص: 126> لاحتمال أن يظن ما ليس بمستند مستندا، وأفتى غيره بأنه لو حكم بطلاق امرأة بشاهدين فقالا: إنما شهدنا بطلاق مقيد بصفة ولم توجد، وقال: بل أطلقنا أنه يقبل قوله إن لم يتهم

في ذلك لعلمه وديانته (فإن كان في غير محل ولايته)، وهو خارج عمله لا مجلس حكمه خلافا لمن وهم فيه إلا أن يريد أن موليه قيد ولايته بذلك المجلس (فكمعزول)، لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذ فلا ينفذ إقراره به. وأخذ الزركشي من ظاهر كلامهم أنه إذا ولي بلد لم يتناول مزارعها وبساتينها فلو زوج، وهو بأحدهما من هي بالبلد أو عكسه لم يصح قيل: وفيه نظر. اهـ. والنظر واضح بل الذي يتجه أخذا مما مر قبيل فصل جن قاض أنه إن علمت عادة بتبعية، أو عدمها حكم بها، وإلا اتجه ما ذكره، اقتصارا على ما نص له عليه وأفهم قوله كمعزول أنه لا ينفذ منه فيه تصرف استباحه بالولاية كإيجار وقف نظره للقاضي، وبيع مال يتيم، وتقرير في وظيفة، وهو ظاهر كتزويج من ليست بولاية وظاهر هذا أنه لا يصح استخلافه قبل وصوله لمحل ولايته من يحكم بها <ص: 127> فإفتاء بعضهم بصحته بعيد وقوله: الاستخلاف ليس حكما حتى يمتنع بل مجرد إذن فهو كمحرم وكل من يزوجه بعد التحلل، أو أطلق يرد بأنه إذن استفاده بالولاية بمحل مخصوص فكيف يعتد منه به قبل وصوله إليه؟ ويرد قياسه المذكور بأنه ليس قياس مسألتنا، لأن المحرم ليس ممنوعا إلا من المباشرة بنفسه، والقاضي قبل وصوله لمحل ولايته لم يتأهل لإذن ولا حكم وإنما قياسه أن يقيد تصرف الوكيل ببلد فليس له كما هو ظاهر كلامهم فيه التوكيل، وإن جوزناه له بالإذن لغيره، وهو في غيرها نعم إن اطردت العادة باستنابة المتولي قبل وصوله وعلم بها منيبه لم يبعد الجواز حينئذ.

(ولو ادعى شخص على معزول) أي: ذكر للقاضي وسماه دعوى تجوزا، لأنها إنما تكون بعد حضوره (أنه أخذ ماله برشوة) أي: على سبيل الرشوة كما بأصله وهي أولى، لإيهام الأولى أن الرشوة سبب مغاير للأخذ وليس كذلك إلا أن يجاب بأن المراد من الرشوة لازمها أي: باطل (أو شهادة عبيدين مثلا) وأعطاه لفلان ومذهبه أنه لا تجوز شهادتهما (أحضر وفصلت خصومتها) لتعذر إثبات ذلك بغير حضوره، وله أن يوكل ولا يحضر قال: ومن حضر لجديد وتظلم من معزول لم يحضره قبل استفصاله عن دعواه، لئلا يقصد ابتذاله (وإن قال: حكم بعبدین) <ص: 128> أو نحو فاسقين قال ابن الرفعة: أي وهو يعلم ذلك وأنه لا

يجوز وأنا أطالبه بالغرم. وقال غيره: لا يحتاج لذلك وإنما سمعت هذه الدعوى مع أنها ليست على قواعد الدعاوى الملزمة، إذ ليست بنفس الحق، لأن القصد منها التدرج إلى إلزام الخصم (ولم يذكر ما لا أحضر) ليجيب عن دعواه (وقيل: لا) يحضره (حتى تقوم بينة بدعواه)، لأنه كان أمين الشرع. والظاهر من أحكام القضاة جريانها على الصحة فلا يعدل عن الظاهر إلا بينة، صيانة لولاية المسلمين عن البذلة. ويرد بأن هذا الظاهر، وإن سلم لا يمنع إحضاره لتبين الحال (فإن حضر) بعد البينة، أو من غير بينة (وأنكر) بأن قال: لم أحكم عليه أصلاً، أو لم أحكم إلا بشهادة حرين عدلين (صدق بلا يمين في الأصح) صيانة عن الابتذال، ومن ثم صوبه جمع متأخرون منهم الزركشي قال: وهذا فيمن عزل مع بقاء أهليته فأما من ظهر فسقه وجوره وعلمت خيانتة فالظاهر أنه يحلف قطعاً وسبقه إليه الأذرع كما يأتي (قلت الأصح) أنه لا يصدق إلا (بيمين والله أعلم) لعموم خبر {، واليمين على من أنكر} ولأن غايته أنه أمين، وهو كالوديع لا بد من حلفه.

(ولو ادعى علي قاض) متول (جور في حكم لم تسمع) الدعوى عليه لأجل أنه يحلف له، وكذا لو ادعى على شاهد أنه شهد زوراً وأراد تغريمه، لأنهما أمينا الشرع (ويشترط) لسماع الدعوى عليهما بذلك (بينة) يحضرها بين يدي المدعى عنده لتخبره حتى يحضره إذ لو فتح باب تحليفهما لكل مدع لاشتد الأمر، ورغب الناس عن القضاء، والشهادة. وبما قررت به المتن اندفع الاعتراض عليه بأن اشتراطه البينة ينافي جزمه قبله بعدم سماع الدعوى فإن اعتماد البينة فرع سماع الدعوى. ونازع السبكي فيما ذكر وأطال فيه في حليباته، لكن أطال الحسيني في رده وتزييفه نقلاً ومعنى وتبعه الأذرع في بعضه. ومرة أن هذا في قاض محمود السيرة، ومن ثم اعترض الأذرع التعليل بالرغبة بأنه يقطع بأن غالب قضاة عصره لو حلف أحدهم سبعين مرة في اليوم أنه لم يرتش ولم يجر لحلف ولم يزد غيره ذلك إلا حرصاً وتهافتاً على القضاء. (وإن) ادعى على متول بشيء (لم يتعلق بحكمه) كغصب، أو دين، أو بيع (حكم بينهما خليفته، أو غيره) كواحد من الرعية يحكمانه قال السبكي: هذا إن ادعى عليه بما لا يقدر فيه، ولا يخل بمنصبه، وإلا لم تسمع الدعوى قطعاً، ولا يحلف ولا طريق

للمدعي حينئذ إلا البينة قال: بل ينبغي أنها لا تسمع، وإن لم يقدح فيه حيث لم يظهر للحاكم صحة الدعوى صيانة عن ابتذاله بالدعاوى، والتحليف. اهـ. وفيه ما مر <ص: 129> وبفرضه يتعين تقييده بقاض مرضي السيرة ظاهر العفة، والديانة وخرج بما ذكر الدعوى على متول في محل ولايته عند قاض أنه حكم بكذا فلا تسمع بخلافه في غير محلها وبخلاف المعزول فتسمع الدعوى، والبينة ولا يحلف. (فصل) في آداب القضاء وغيرها (ليكتب الإمام)، أو نائبه كالقاضي الكبير ندبا (لمن يوليه) كتابا بالتولية، وما فوضه إليه، وما يحتاج إليه القاضي، ويعظمه فيه ويعظه، ويبالغ في وصيته بالتقوى ومشاورة العلماء، والوصية بالضعفاء اتباعا له صلى الله عليه وسلم في " عمرو بن حزم لما ولاه اليمن، وهو ابن سبع عشرة سنة " رواه أصحاب السنن " واقتصر في معاذ لما بعثه إليها على الوصية من غير كتابة " (ويشهد بالكتاب) يعني لا بد إن أراد العمل بذلك الكتاب أن يشهد بما فيه من التولية (شاهدين) بصفات عدول الشهادة (يخرجان معه إلى البلد) أي: محل التولية، وإن قرب (يخبران بالحال) حتى يلزم أهل البلد <ص: 130> قضاؤه، والاعتماد على ما يشهدان به دون ما في الكتاب. ولا بد أن يسمع التولية من المولي، وإذا قرئ الكتاب بحضرته فليعلم أن ما فيه هو الذي قرئ، لئلا يقرأ غير ما فيه، ثم إن كان في البلد قاض أديا عنده وأثبت ذلك بشروطه، وإلا كفى إخبارهما لأهل البلد أي: لأهل الحل، والعقد منهم كما هو ظاهر وحينئذ يتعين الاكتفاء بظاهري العدالة لاستحالة ثبوتها عند غير قاض مع الاضطرار إلى ما يشهدان به فقولهم: بصفات عدول الشهادة إنما يتأتى إن كان ثم قاض واختار البلقيني الاكتفاء بواحد.

(وتكفي الاستفاضة) عن الشهادة (في الأصح) لحصول المقصود ولأنه لم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم، ولا عن الخلفاء الراشدين إسهاد (لا مجرد كتاب) فلا يكفي (على المذهب) لإمكان تزويره، وإن احتفت القرائن بصدقه، ولا يكفي إخبار القاضي، وإن صدقوه كما مر بما فيه لاتهامه. (ويبحث) بالرفع (القاضي) ندبا (عن حال علماء البلد)، أي: محل ولايته (وعدوله) إن لم يعرفهم قبل دخوله، فإن تعسر فعقبه ليعاملهم بما يليق بهم (ويدخل) وعليه عمامة سوداء

" كما فعل صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة يوم الفتح ". والأولى دخوله (يوم الاثنين) صيحته "، لأنه صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فيه حين اشتد الضحى "، فإن تعسر فالخميس فالسبت وصح خبر {اللهم بارك لأمتي في بكورها}، ومن ثم قال المصنف <ص: 131> ينبغي تحريها بفعل وظائف الدين، والدنيا فيها، وعقب دخوله يقصد الجامع فيصل ركعتين، ثم يأمر بعده ليقراً، ثم بالنداء من كانت له حاجة، ليأخذ في العمل ويستحق الرزق. وقضيته أنه لا يستحقه من حين التولية وبه صرح الماوردي (وينزل) حيث لا موضع مهياً للقضاء (وسط) بفتح السين على الأشهر (البلد) ليتساوى الناس في القرب منه (وينظر أولاً) ندبا بعد أن يتسلم من الأول ديوان الحكم، وهو الأوراق المتعلقة بالناس، وأن ينادي في البلد متكرراً أن القاضي يريد النظر في المحاييس يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر. (في أهل الحبس) حيث لا أحوج بالنظر منهم هل يستحقونه، أو لا ؟ لأنه عذاب، ويقرر في البداءة فمن قرع أحضر خصمه ويفصل بينهما وهكذا (فمن قال: حبست بحق أدامه) إلى أدائه، أو ثبوت إعساره وبعده ينادي عليه لاحتمال ظهور غريم آخر ثم يطلقه، أو إلى استيفاء حد حبس له، أو إلى ما يناسب جريمة مغزر إن لم ير ما مضى كافياً (أو) قال: حبست (ظلماً فعلى خصمه حجة) إن حضر، فإن أقامها أدامه <ص: 132> وإلا حلفه وأطلقه من غير كفيل، إلا أن يراه فحسن. ونازع فيه البلقيني وأطال في أن الحجة إنما هي على المحبوس، إذ الظاهر أنه إنما حبس بحق (فإن كان) خصمه (غائباً) عن البلد (كتب إليه ليحضر) لفصل الخصومة بينهما أو يوكل، لأن القصد إعلامه ليلحن بحجته، فإن علم ولم يحضر، ولا وكل حلف وأطلق، لتقصير الغائب. ونازع فيه وأطال أيضاً (ثم) في (الأوصياء) وكل متصرف على الغير بعد ثبوت ولايتهم عنده، لأن ذا المال لا يملك المطالبة بماله فتاب القاضي عنه، لأنه وليه العام إن كان ببلده، وإن كان ماله ببلد آخر، لما مر أن الولاية العامة لصاحب بلد المالك.

(فمن ادعى وصاية سأل) الناس (عنها) ألقها حقيقة وما كيفية ثبوتها ؟ (وعن حاله) هل هو مستجمع للشروط ؟ (وتصرفه فمن) قال: فرقت الوصية، أو تصرفت للموصى عليه لم يعترضه إن وجدته عدلاً، وإن (وجدته فاسقاً أخذ

المال منه) وجوبا أي: بدل ما فوته وعين غيره ومن شك في حاله ولم تثبت عدالته عند الأول ينتزعه منه كما رجحه البلقيني وغيره، ورجح الأذرعي عدم الانتزاع قال: وهو الأقرب لكلام الشيخين، والجمهور، أما إذا تثبت عدالته عند الأول فلا يؤثر الشك، وإن طال الزمن لاتحاد القضية وبه فارق شاهدا زكي، ثم شهد بعد طول الزمن لا بد من استزكائه (أو) وجدته (ضعيفا) عن القيام بها مع أمانته (عضده بمعين)، ولا ينزع المال منه، ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي بما ذكر في الأوصياء، نعم له عزل من شاء منهم ولو بلا جنحة، لأنهم صاروا نوابه بخلاف الأوصياء وليس له كشف عن أب وجد إلا بعد ثبوت موجب قارح عنده، ثم ينظر في الأوقاف العامة ونحوها كاللقطات وعليه الأحظ من بقائها مفردة وخلطها بمال بيت المال وبيعها وحفظ ثمنها. <ص: 133> (ويتخذ) ندبا (مزكيا) بصفته الآتية وأراد به الجنس، وكذا ما بعده، إذ لا يكفي واحد (وكاتب)، لأنه يحتاج إليه لكثرة أشغاله وكان له صلى الله عليه وسلم كتاب فوق الأربعين وإنما يندب هذا إن لم يطلب اجرا، أو رزق من بيت المال، وإلا لم يعينه ندبا. وقال القاضي: وجوبا، لئلا يغالي في الأجرة ويأتي ذلك في المترجمين، والمسمعين. (ويشترط كونه) أي: الكاتب حرا ذكرا (مسلمنا عدلا) لتؤمن خيانتة (عارفا بكتابة محاضر وسجلات) وسيأتي الفرق بينهما، وقد يترادفان على مطلق المكتوب وسائر الكتب الحكمية، لأن الجاهل بذلك يفسد ما يكتبه (ويستحب) فيه (فتحه) فيما يكتبه أي: زيادته من التوسع في معرفة الشروط ومواقع اللفظ، والتحرز عن الموهم، والمختل، لئلا يؤتى من الجهل. ومن اشترط فقهه أراد المعرفة بما لا بد منه من أحكام الكتابة وعفة عن الطمع، لئلا يستمال (ووفور عقل) اكتسابي ليزيد ذكاؤه وفطنته فلا يخدع (وجودة خط) وإيضاحه مع ضبط الحروف وترتيبها وتضييقها، لئلا يقع فيها إلحاق، وتبيينها حتى لا تشتبه نحو سبعة بتسعة، ومعرفته بحساب الموارد وغيرها لاضطراره إليه وفصاحته وعلمه بلغات الخصوم.

(و) يتخذ ندبا أيضا <ص: 134> (مترجما)، لأنه قد يجهل لسان الخصوم، أو الشهود (وشرطه عدالة وحرية وعدد) أي: اثنان ولو في زنا، وإن كان شهوده كلهم أعجميين، نعم يكفي رجل وامرأتان فيما يثبت بهما وقيس بهما أربع نسوة

فَمَا يَثْبُتُ بِهِنَ وَذَلِكَ، لِأَنَّهُ يَنْقَلُ لِلْقَاضِي قَوْلًا لَا يَعْرِفُهُ فَأَشْبَهَ الْمَزْكِي، وَالشَّاهِدَ (، وَالْأَصْحَ جَوَازَ أَعْمَى) إِنْ لَمْ يَتَكَلَّمْ غَيْرَ الْخَصْمِ، لِأَنَّ التَّرْجُمَةَ تَفْسِيرٌ، لَمَّا يَسْمَعُ فَلَمْ يَحْتِجْ لِمَعَايِنَةِ وَإِشَارَةِ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ. وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنَّهُمْ غَلَبُوا شَائِبَةَ الرِّوَايَةِ خِلَافًا لِمَنْ ظَنَّهُ بَلْ هُوَ شَهَادَةٌ إِلَّا فِي هَذَا، لِعَدَمِ وَجُودِ الْمَعْنَى الْمَشْتَرِطِ لَهُ الْإِبْصَارَ هُنَا. (و) الْأَصْحَ (اشْتِرَاطَ عَدَدٍ)، وَلَا يَضُرُّ الْعَمَى هُنَا أَيْضًا (فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ) لَمْ يَبْطُلْ سَمْعُهُ كَالْمُتَرْجِمِ فَإِنَّهُ يَنْقَلُ عَيْنَ اللَّفْظِ كَمَا أَنَّ ذَاكَ يَنْقَلُ مَعْنَاهُ. وَشَرْطُهُمَا مَا مَرَّ فِي الْمُتَرْجِمِينَ. وَشَرْطُ كُلِّ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ الْإِتْيَانُ بِالْفِظِّ الشَّهَادَةِ وَانْتِفَاءُ التَّهْمَةِ، فَلَا يَقْبَلُ ذَلِكَ مِنْ نَحْوِ أَصْلِ أَوْ فَرْعٍ إِنْ تَضَمَّنَ حَقًّا لِهَمَا. وَخَرَجَ بِإِسْمَاعِ الْقَاضِي الَّذِي هُوَ مَصْدَرٌ مُضَافٌ لِمَفْعُولِهِ إِسْمَاعِ الْخَصْمِ مَا يَقُولُهُ الْقَاضِي، أَوْ خَصْمَهُ، فَيَكْفِي فِيهِ وَاحِدٌ، لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ مُحْضٌ. (وَيَتَّخِذُ نِدْبًا (دِرَّةً) بِكَسْرِ الْمَهْمَلَةِ (لِلتَّأْدِيبِ) اقْتِدَاءً بِعَمْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، نَعَمْ مَنَعَ ابْنَ دَقِيقِ الْعِيدِ نَوَابَهُ مِنْ ضَرْبِ الْمُسْتَوْرِبِينَ بِهَا، لِأَنَّهُ صَارَ مِمَّا يَعِيرُ بِهِ ذُرِيَةَ الْمَضْرُوبِ وَأَقَارِبَهُ، بِخِلَافِ الْأَرَاذِلِ. وَلَهُ التَّأْدِيبُ بِالسُّوْطِ (وَسَجْنَا لِأَدَاءِ حَقٍّ وَتَعْزِيرٍ) كَمَا فَعَلَهُ عَمْرٌ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ بَدَارَ اشْتِرَايِهَا بِمَكَّةَ وَجَعَلَهَا سَجْنَا. وَحَكَى شَرِيحٌ وَجْهَيْنِ فِي تَقْيِيدِ مُحْبُوسٍ لَجُوجٍ. وَقَضِيَّةٌ مَا مَرَّ فِي التَّفْلِيسِ أَنَّهُ إِنْ عَرَفَ لَهُ مَالٌ وَعَائِدٌ عَزْرَهُ الْقَاضِي بِمَا يَرَاهُ مِنْ قَيْدٍ وَغَيْرِهِ، وَإِلَّا فَلَا.

(وَيَسْتَحَبُّ كَوْنَ مَجْلِسِهِ) الَّذِي يَقْضِي فِيهِ (فَسِيحًا)، لِئَلَّا يَتَأَذَى بِهِ الْخُصُومَ (بَارِزًا) أَيَّ ظَاهِرًا لِيَعْرِفَهُ كُلُّ أَحَدٍ، وَيَكْرَهُ اتِّخَاذَ حَاجِبٍ لَا مَعَ زَحْمَةٍ، أَوْ فِي خَلْوَةٍ (مُصَوَّنًا مِنْ أَدَى) نَحْوِ (حَرٍّ وَبَرْدٍ) وَرِيحٍ كَرِيهِ وَغَبَارٍ وَدُخَانٍ (لَائِقًا بِالْوَقْتِ) أَيُّ: الْفِصْلُ كَمُهَبِّ الرِّيحِ وَمَوْضِعِ الْمَاءِ فِي الصَّيْفِ، وَالْكَنُّ فِي الشِّتَاءِ، وَالْخُضْرَةُ فِي الرَّبِيعِ <ص: 135> وَلَمْ يَجْعَلْ هَذَا نَفْسَ الْمَصُونِ كَمَا صَنَعَهُ أَصْلُهُ بَلْ غَيْرُهُ كَأَنَّهُ لِلْإِشَارَةِ إِلَى تَغَايِرِهِمَا، لِأَنَّ الْأَوَّلَ لِمُدْفَعِ الْمُؤَذَى، وَالثَّانِيَّ لِتَحْصِيلِ التَّنْزِهِ وَدَفْعِ الْكَدُورَةِ عَنِ النَّفْسِ، فَانْدَفَعَ اسْتِحْسَانٌ شَارِحٌ لِعِبَارَةِ أَصْلِهِ عَلَى عِبَارَتِهِ (و) لَائِقًا بِوَضِيفَةِ (الْقَضَاءِ) الَّتِي هِيَ أَعْظَمُ الْمَنَاصِبِ وَأَجَلُ الْمَرَاتِبِ بَأَنَّ يَكُونُ عَلَى غَايَةِ مِنَ الْأَبْهَةِ، وَالْحَرَمَةِ، وَالْجَلَالَةِ فَيَجْلِسُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ دَاعِيًا بِالتَّوْفِيقِ، وَالْعَصْمَةِ، وَالتَّسْجِيدِ مُتَعَمِّمًا مُتَطَلِّسًا عَلَى عَالٍ بِهِ فَرَشٌ وَوَسَادَةٌ لِيَتَمَيَّزَ بِهِ وَلِيَكُونَ أَهْيَبَ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الزُّهْدِ،

والتواضع للحاجة إلى قوة الرهبة، والهيبة، ومن ثم كره جلوسه على غير هذه الهيئة (لا مسجدا) أي: لا يتخذه مجلسا للحكم فيكره ذلك، لأن مجلس القاضي يغشاه نحو الحيض، والدواب ويقع فيه اللغظ، والتخاصم، والمسجد يسان عن ذلك. نعم إن اتفق عند جلوسه فيه قضية، أو قضايا فلا بأس بفصلها وعليه يحمل ما جاء عنه صلى الله عليه وسلم، والخلفاء بعده، وكذا إذا جلس فيه لعذر نحو مطر. وإقامة الحدود فيه أشد كراهة وألحق بالمسجد بيته ويتعين حمله على ما إذا كان بحيث يحتشم الناس دخوله بأن أعده مع حاله فيه يحتشم الناس الدخول عليه لأجلها، أما إذا أعده وأخلاه من نحو عيال وصار بحيث لا يحتشمه أحد في الدخول عليه فلا معنى للكراهة حينئذ.

(ويكره أن يقضي في حال غضب) لا لله تعالى (وجوع وشبع مفرطين وكل حال يسوء خلقه) فيه كمرض ومدافعة حدث وشدة حزن، أو خوف، أو هم، أو سرور لصحة النهي عنه في الغضب. وقيس به الباقي، ولاختلال فكره وفهمه بذلك ومع ذلك ينفذ حكمه. وقضية ذلك أن ما لا مجال للاجتهاد فيه لا كراهة فيه كما أشار إليه في المطلب وجزم به ابن عبد السلام، ولا يخلو عن نظر، لأنه لا يأمن التقصير في مقدمات الحكم، أما إذا غضب لله تعالى وكان يملك نفسه فلا كراهة كما اعتمده البلقيني وغيره، لأنه يؤمن معه التعدي، بخلاف لحظ نفسه وترجيح الأذرعى عدم الفرق وأطال له يحمل على من لم يملك نفسه لتشويش الفكر حينئذ.

(ويندب أن يشاور) المجتهد ولو في الفتوى وغيره حيث لا معتمد متيقن في مذهبه في تلك الواقعة بسائر توابعها ومقاصدها فيما يظهر عند تعارض الأدلة <ص: 136> والمدارك (الفقهاء) العدول الموافقين، والمخالفين لقوله تعالى {وشاورهم في الأمر}، ومنه أخذ رد قول القاضي: لا يشاور من هو دونه. وأيضا قد يكون عند المفضل في بعض المسائل ما ليس عند الفاضل. وفي وجه تحرم المباحثة مع الفاسق ويتعين ترجيحه إن قصد بها إيناسه، لأنه حرام كما صرحوا به (وأن لا يشتري ويبيع) ويعامل مع وجود من يوكله (بنفسه) في عمله بل يكره له، لئلا يحابي (، ولا يكون له وكيل معروف)، لئلا يحابي أيضا. (فإن) كان وجه هذا التفرع أن مباشرته لنحو المبيع وعلم وكيله لما

كانا مظنة لمحباته التي هي في حكم الهدية فرع حكمها عليهما وحينئذ قد يؤخذ من ذلك ما لم أر من تعرض له، وهو أنه لو بيع له شيء بدون ثمن المثل حرم عليه قبوله، وهو متجه، وإن كان قولهم: لئلا يحابي تعليلا للكرهية قد يقتضي حل قبول المحاباة (أهدى إليه)، أو ضيفه، أو وهبه، أو تصدق عليه فرضا أو نفلا على ما يأتي (من له خصومة)، أو من أحس منه أنه سيخاصم، وإن كان بعضه على الأوجه، لئلا يمتنع من الحكم عليه، أو كان يهدي قبل الولاية (أو) من لا خصومة له و (لم يهد) إليه شيئا (قبل ولايته)، أو كان يهدي إليه قبلها لكنه زاد في القدر، أو الوصف (حرم عليه قبولها)، ولا يملكها، لأنها في الأولى توجب الميل إليه وفي الثانية سببها الولاية. وقد صرحت الأخبار الصحيحة بتحريم هدايا العمال بل صح عن تابعي أخذه الرشوة يبلغ به الكفر أي إن استحل، أو أنها سبب له، ومن جاء المعاصي يريد الكفر وإنما حلت له صلى الله عليه وسلم الهدايا بالعصمة. وفي خبر أنه أحلها لمعاد، فإن صح فهو من خصوصياته أيضا وسواء أكان المهدي من أهل عمله أم من غيره، وقد حملها إليه، لأنه صار في عمله فلو جهزها له مع رسوله وليس له محاكمة فوجهان إن رجح شارح منهما الحرمة. ولا يحرم عليه قبولها في غير عمله و إن كان المهدي من أهل عمله ما لم يستشعر بأنها مقدمة لخصومة. ومتى بذل له مال ليحكم بغير حق، أو ليمتنع من حكم بحق فهو الرشوة المحرمة إجماعا. ومثله ما لو امتنع من الحكم بالحق إلا بمال لكنه أقل إثما، وقد قال صلى الله عليه وسلم { لعن الله الراشي، والمرتشي في الحكم } وفي رواية، والرائش، وهو الماشي بينهما ومحلّه في راش لباطل <ص: 137> أما من علم أخذ ماله بباطل لولا الرشوة فلا ذم عليه. وحكم الرائش حكم موكله، فإن توكل عنهما عصى مطلقا (تنبيه) محل قولنا: لكنه أقل إثما، أما إذا كان له رزق من بيت المال، وإلا وكان ذلك الحكم مما يصح الاستئجار عليه وطلب أجره مثل عمله فقط جاز له طلبها وأخذها عند كثيرين وامتنع عند آخرين قيل: والأول أقرب، والثاني أحوط قال السبكي: ولمفت لم ينحصر الأمر فيه الامتناع من الإفتاء إلا بجعل، وكذا المحكم وفارقا الحاكم بأنه نصب للفصل أي: فيتهم ولو قيل بأنهما مثله له لكان مذهبا

محتملا. ا ه. وعلى الأول فمحلّه إن كان ما يأخذ عليه فيه كلفة تقابل بأجرة وحينئذ لا فرق بين العيني وغيره بناء على الأصح أن العيني المقابل بالأجرة لمن تعين عليه الامتناع منه إلا بالأجرة. ولعل ما قاله السبكي مبني على الضعيف أن العيني لا يجوز أخذ الأجرة عليه مطلقا وكأنه بنى على هذا قوله أيضا: يجوز البذل لمن يتحدث له في أمر جائز يقابل بأجرة عند ذي سلطان إن لم يكن المتحدث مرصدا لمثلها بحيث يجب عليه فقوله: إن إلخ إنما يأتي على الضعيف كقوله لا يجوز الأخذ على شفاعه واجبة قال: وكذا مباحة بشرط عوض إن جعل العوض جزاء لها. (وإن كان) من عاداته أنه (يهدي) إليه قبل الولاية، والترشح لها لنحو قرابة، أو صداقة ولو مرة فقط كما أشعر به كلامهم واعتمده الزركشي وعليه فأشعار كان في المتن بالتكرار غير مراد (ولا خصومة) له حاضرة ولا مترقبة (جاز) قبول هديته إن كانت (بقدر العادة) قيل: كالعادة ليعم الوصف أيضا أولى. ا ه. وقد يجاب بأن القدر قد يستعمل في الكيف كالكم وذلك لانتفاء التهمة حينئذ بخلافها بعد الترشح، أو مع الزيادة فيحرم قبول الكل إن كانت الزيادة في الوصف كان اعتاد الكتان فأهدي إليه الحرير، وكذا في القدر على الأوجه الذي اقتضاه كلام الشيخين وغيرهما. ولا يأتي فيه تفريق الصفقة، لأن محله إن تميز الحرام، ومن ثم قال البلقيني كمجلى إذا تميزت الزيادة حرمت فقط. وزعم أنه يلزم من زيادة القدر التميز ممنوع ولو أهدى له بعد الحكم حرم القبول أيضا إن كان مجازاة له، وإلا فلا كذا أطلقه شارح ويتعين حمله على مهد معتاد أهدى إليه بعد الحكم له. وجوز له السبكي في حليباته قبول الصدقة ممن لا خصومة له، ولا عادة وخصه في تفسيره بما إذا لم يعرف المتصدق أنه القاضي وعكسه واعتمده ولده، وهو متجه، وإلا لأشكل بما يأتي في الضيافة. وبحث غيره القطع بحل أخذه للزكاة وينبغي تقييده بما ذكر وألحق الحسيني بالأعيان المنافع المقابلة بمال عادة كسكنى دار، بخلاف غيرها كاستعارة كتاب علم وأكله طعام بعض أهل ولايته ضيفا كقبول هديتهم كما علم مما مر. وتردد السبكي في الوقف عليه من أهل عمله. والذي يتجه فيه وفي النذر أنه إن عينه باسمه وشرطنا القبول كان كالهدية له، وكذا لو وقف على تدريس هو شيخه، فإن عين باسمه امتنع، وإلا

فلا ويصح إبراؤه عن دينه، إذ لا يشترط فيه قبول، وكذا أدائه عنه بغير إذنه بخلافه بإذنه بشرط عدم الرجوع. وبحث التاج السبكي أن خلع الملوك أي: التي من أموالهم كما هو <ص: 138> ظاهر ليست كالهديّة بشرط اعتيادها لمثله وأن لا يتغير بها قلبه عن التصميم على الحق. وسائر العمال مثله في نحو الهدية، لكنه أغلظ هذا ما أفتى به جمع واعتمده السبكي. وقول البدر بن جماعة بالحل لهم ضعيف جدا مصادم للحديث المشهور {هدايا العمال غلول} ولما سأل السبكي شيخه ابن الرفعة عن هذا التخالف فأجابه بأنهم إن كافتوا عليها ولو بدجاجة لم يحرم قال: أتوهم أن الحامل له على هذا الجواب عدم موافقته للطائفتين، أو عدم إتقانه للمسألة والله يغفر لنا وله. اهـ. (والأولى) لمن جاز له قبول الهدية (أن يثيب عليها)، أو يردّها لمالكها، أو يضعها في بيت المال وأولى من ذلك سد باب القبول مطلقا حسما للباب. (ولا ينفذ حكمه)، ولا سماعه لشهادة (لنفسه)، لأنه متهم وإنما جاز له تعزير من أساء أدبه عليه في حكمه كحكمت علي بالجور، لئلا يستخف، ويستهان به، فلا يسمع حكمه. وله أيضا أن يحكم لمحجوره، وإن كان وصيا عليه قبل القضاء كما في أصل الروضة، وإن نازع فيه ابن الرفعة وغيره، وإن تضمن حكمه استيلاءه على المال المحكوم به وتصرفه فيه، وكذا بإثبات وقف شرط نظره لقاض هو بصفته، وإن تضمن حكمه وضع يده عليه وبإثبات مال لبيت المال، وإن كان يرزق منه. وإفتاء العلم البلقيني بأنه لا يصح من القاضي الحكم بما أجره هو، أو مأذونه من وقف هو ناظره يحمل على ما فصله الأذرعي حيث قال: الظاهر منعه لمدرسة هو مدرستها ووقف نظره له قبل الولاية، لأنه هو الخصم <ص: 139> إلا أن يكون متبرعا فكالوصي وهذا أولى من رد بعضهم لكلام العلم بأن القاضي أولى من الوصي، لأن ولايته على الوقف بجهة القضاء تزول بانعزاله، ولا كذلك الوصي إذا تولى القضاء فالتهمة في حقه أقوى، ومن ثم لو شهد القاضي بمال للوقف قبل ولايته عليه قبل، أو الوصي بمال لموليه قبل الوصية له لم يقبل (ورقيقه) لذلك، نعم له الحكم بجناية عليه قبل رقه بأن جنى ملتزم على ذمي، ثم حارب وأرق، ويوقف ما ثبت له حينئذ إلى عتقه، فإن مات قنا صار فيئا ذكره البلقيني قال: وكذا لمن

ورث موصي بمنفعته الحكم بكسبه أي: لأنه ليس له (وشريكه)، أو شريك مكاتبه (في المشترك) لذلك أيضا، نعم لو حكم له بشاهد ويمينه جاز، لأن المنصوص أنه لا يشاركه ذكره أيضا. ويؤخذ من علته أنه يشترط أن يعلم أنه لا يشاركه، وإلا فالتهمة موجودة باعتبار ظنه وهي كافية (وكذا أصله وفرعه) ولو لأحدهم على الآخر (على الصحيح)، لأنهم أبعاضه فكانوا كنفسه، ومن ثم امتنع قضاؤه لهم بعلمه قطعاً. أما الحكم عليهم كقنه وشريكه بل ونفسه فيجوز عكس العدو. وحكمه على نفسه حكم لا إقرار على الأوجه وله على المعتمد تنفيذ حكم بعضه، والشهادة على شهادته، إذ لا تهمة (ويحكم له) أي القاضي (ولهؤلاء الإمام أو قاض آخر) مستقل، إذ لا تهمة (، وكذا نائبه على الصحيح) كبقية الحكام.

(وإذا) ادعى عنده بدين حال، أو مؤجل، أو بعين مملوكة، أو وقف، أو غير ذلك، ثم (أقر المدعى عليه، أو نكل فحلف المدعي) أو حلف بلا نكول بأن كانت اليمين في جهته لنحو لو، أو إقامة شاهد مع إرادة الحلف معه (وسأل) المدعي (القاضي أن يشهد على إقراره عنده أو يمينه، أو) سأل (الحكم) له عليه (بما ثبت، والإشهاد به لزمه) إجابته، لما ذكر، وكذا لو حلف مدعى عليه، وسأل (الإشهاد ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى وذلك، لأنه قد ينكر بعد فيفوت الحق لنحو نسيان القاضي >ص: 140< أو انعزاله ولو أقام بينة بدعواه وسأله (الإشهاد عليه بقبولها لزمه أيضا، لأنه يتضمن تعديل البينة وإثبات حقه. وخرج بقوله: سأل ما إذا لم يسأله لامتناع الحكم للمدعي قبل أن يسأل فيه كامتناعه قبل دعوى صحيحة إلا فيما تقبل فيه شهادة الحسبة. وصيغة الحكم الصحيح الذي هو الإلزام النفساني المستفاد من جهة الولاية حكمت، أو قضيت له به أو نفذت الحكم به، أو ألزمت خصمه الحق. وأخذ ابن عبد السلام من كون الحكم الإلزام أنه إذا حكم في نفسه في مختلف فيه لم يتأثر بنقض مخالف له. وظاهره أنه بعد حكم المخالف يقبل ادعائه ذلك الحكم، لأنه لا يعرف إلا من جهته وفيه نظر. والذي يتجه أنه إن كان أشهد به قبل حكم المخالف لم يعتد بحكم المخالف وإلا اعتد به، وإذا عدلت البينة لم يجز الحكم إلا بطلب المدعي كما تقرر فإذا طلبه قال لخصمه: ألك دافع في

هذه البينة أو قادح ؟، فإن قال: لا، أو، نعم ولم يثبت حكم عليه، وإن وجد فيها ريبة لم يجد لها مستندا خلافا لأبي حنيفة. وقوله: ثبت عندي كذا، أو صح بالبينة العادلة ليس بحكم، وإن توقف على الدعوى أيضا، سواء أكان الثابت الحق أم سببه خلافا لما أختاره السبكي لانتفاء الإلزام فيه وإنما هو بمعنى سمعت البينة وقبلتها ويجري في الصحيح، والفاسد إلا في مسألة تسجيل الفسق عند عدم الحاجة <ص: 141> إليه، وإلا كإبطال نظره فالأوجه الجواز، فإن حكم بالثبوت كان حكما بتعديلها وسماعها فلا يحتاج حاكم آخر إلى النظر فيها كذا قاله الشارح.

وقضيته أن الثبوت بلا حكم لا يحصل ذلك، لكن قضية كلام غيره بل صريحه خلافه. وعبارة شيخنا: الثبوت ليس حكما بالثابت وإنما هو حكم بتعديل البينة وقبولها وجريان ما شهدت به، وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها انتهت. قال: وفيما إذا ثبت الحق كثبت عندي وقف هذا على الفقراء هو، وإن لم يكن حكما، لكنه في معناه فلا يصح رجوع الشاهد بعده، بخلاف ثبوت سببه كوقف فلان لتوقفه على نظر آخر، ومن ثم يمتنع على الحاكم الحكم به حتى ينظر في شروطه، وقال أيضا: والتنفيذ بشرطه إلا ما غلب في زمننا حكم وفائدته التأكيد للحكم قبله. ويجوز تنفيذ الحكم في البلد قطعا من غير دعوى، ولا حلف في نحو غائب، بخلاف تنفيذ الثبوت المجرد فيها، فإن فيه خلافا، والأوجه جوازه بناء على أنه حكم بقبول البينة. والحاصل أن تنفيذ الحكم لا يكون حكما من المنفذ إلا إن وجدت فيه شروط الحكم عنده، وإلا كان إثباتا لحكم الأول فقط. وفي الفرق بين الحكم بالموجب، والحكم بالصحة كلام طويل للسبكي والبلقيني وأبي زرعة، وقد جمعتهم كله، وما فيه من نقد، ورد وزيادة في كتابي المستوعب في بيع الماء، والحكم بالموجب بما لم يوجد مثله فاطلبه فإنه مهم. ومنه أن الحكم بالموجب يتناول الآثار الموجودة، والتابعة لها بخلافه بالصحة فإنه إنما يتناول الموجودة فقط فلو حكم شافعي بموجب الهبة للفرع لم يكن للحنفي الحكم بمنع رجوع الأصل لشمول حكم الشافعي للحكم بجوازه <ص: 142> أو بصحتها لم يمنع من ذلك ولو حكم حنفي بصحة التدبير لم يمنع الشافعي من الحكم بصحة بيع المدبر، أو بموجبه منعه، أو مالكي بصحة البيع

لم يمنع الشافعي من الحكم بخيار المجلس مثلا، أو بموجبه منعه ومنع العاقدين من الفسخ به، لاستلزامه نقض حكم الحاكم مع نفوذه ظاهرا وباطنا كما يأتي. ولو حكم شافعي بموجب إقرار بعدم الاستحقاق منع الحنفي من الحكم بعدم قبول دعوى السهو، لأن موجبه مفرد مضاف لمعرفة فيعم فكأنه قال: حكمت بكل مقتضى من مقتضياته، ومنها سماع دعوى السهو، أو بموجب بيع فبان أن البائع وقفه قبل البيع على نفسه فضمن حكمه إلغاء الوقف فيمتنع على الحنفي الحكم بصحته. ولو حكم شافعي بصحة البيع لم يمنع الحنفي من الحكم بشفعة الجوار في المبيع، أو بموجبه منعه أو مالكي بصحة قرض لم يمنع الشافعي من الحكم بجواز رجوع المقرض في عينه ما دامت باقية بيد المقرض، أو بموجبه منعه وذلك، لأن الحكم بما ذكر بعد الحكم بالصحة في الكل لا ينافيه بل يترتب عليه، فليس فيه نقض له بخلافه بالموجب ولهذا أثره الأكثرون، وإن كان الأول أقوى من حيث إنه يستلزم الحكم بملك العاقد مثلا، ومن ثم امتنع على الحاكم الحكم بها إلا بحجة تفيد الملك، بخلاف الحكم بالموجب. وفي فتاوى القاضي لو وهب آخر شقصا مشاعا فباعه المتهب فرفعه الواهب لحنفي فحكم ببطلان الهبة فرفع المشتري البائع لشافعي وطالبه بالثمن فحكم بصحة البيع نفذ وامتنع على الحنفي إلزام البائع بالثمن أي: لأن ما حكم به الشافعي قضية أخرى لم يشملها حكم الحنفي الأول فلم يكن له نقض حكم الشافعي ولو حكم بالصحة ولم يعلم هل استند لحجة بالملك، أو لا؟ حملنا حكمه على الاستناد، لأنه الظاهر، نعم لو قيل بأن محله في قاض موثوق بدينه وعلمه لم يبعد. ويجري ذلك في كل حكم أجمل ولم يعلم استيفاؤه لشروطه فلا يقبل إلا ممن ذكر فيما يظهر أيضا، ثم رأيت ما قدمته قبل العارية، وهو صريح في ذلك

(تنبيه) من المشكل حكاية الرافعي وجهين في أنه هل يصح أن يلزم القاضي الميت بموجب إقراره في حياته؟، إذ لا خلاف أنه يجب إخراج ما أقر به من تركته عينا كان أو دينا وحمله السبكي على ما إذا ادعى على رجل فأقر ثم مات قبل الحكم عليه هل يحكم عليه بإقراره الأول أو

يحتاج إلى إنشاء دعوى على الوارث قال: فينبغي أن يكون هذا محل الوجهين وليس من جهة لفظ الموجب. (أو) سأله المدعي ومثله المدعى عليه نظير ما مر (أن يكتب له) بقرطاس أحضره من عنده حيث لم يكن من بيت المال (محضرا) بفتح الميم (بما جرى من غير حكم، أو سجلا بما حكم استحباب إجابته)، لأنه مذكور وإنما لم يجب، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب (وقيل: يجب) توثقة لحقه، نعم إن تعلقت الحكومة بصبي، أو مجنون له، أو عليه وجب التسجيل جزما وألحق بهما الزركشي الغائب <ص: 143 = 144> ونحو الوقف مما يحتاط له. وأشار المتن إلى أن المحضر ما تحكى فيه واقعة الدعوى، والجواب وسماع البينة بلا حكم، والسجل ما تضمن إشهاده على نفسه أنه حكم بكذا، أو نفذه (ويستحب نسختان) أي: كتابتهما (إحداهما) تدفع (له) بلا ختم (والأخرى تحفظ في ديوان الحكم) مختومة مكتوب عليها اسم الخصمين، وإن لم يطلب الخصم ذلك، لأنه طريق للتذكر لو ضاعت تلك. (وإذا حكم باجتهاد) وهو من أهله، أو باجتهاد مقلده (ثم بان) أن ما حكم به (خلاف نص الكتاب، أو السنة) المتواترة، أو الآحاد (أو) بان خلاف (الإجماع)، ومنه ما خالف شرط الواقف (أو) خلاف (قياس جلي)، وهو ما يعم الأولى، والمساوي قال القرافي: أو خالف القواعد الكلية قالت الحنفية: أو كان حكما لا دليل عليه أي: قطعاً فلا نظر، لما بنوه على ذلك من النقص في مسائل كثيرة قال بها غيرهم لأدلة عنده. قال السبكي: أو خالف المذاهب الأربعة، لأنه كالمخالف للإجماع أي: لما يأتي عن ابن الصلاح (نقضه) أي: أظهر بطلانه وجوباً، وإن لم يرفع إليه (هو وغيره) بنحو: نقضته أو أبطلته، أو فسخته إجماعاً في مخالف الإجماع وقياساً في غيره، والمراد بالنص هنا الظاهر على ما في المطلب عن النص لا معناه الحقيقي، وهو ما لا يحتمل غيره، ويؤيده قول السبكي: فمتى بان الخطأ قطعاً، أو ظنا نقض الحكم قال: أما مجرد التعارض لقيام بينة بعد الحكم، بخلاف ما قامت به البينة التي حكم بها فلا نقل فيه. والذي يترجح أنه لا نقض فيه وأطال في تقريره وكان هذا مبني على ما يأتي عنه قبيل فصل القائف مع بيان أن الحق في ذلك أنه إن قطع بما يوجب بطلان الحكم الأول أبطل وإلا فلا على أنهم صرحوا بتبين

بطلانه إذا بان فسق شاهده أو رجوعه، أو نحو ذلك، لكن لا يرد هذا على السبكي، لأن هذا ليس معارضا بل رافعا وشتان ما بينهما. ويدخل في قوله: باجتهاد خلافا لمن أورده عليه ما لو حكم بنص، ثم بان نسخه أو خروج تلك الصورة عنه بدليل. وينقض أيضا حكم مقلد بما يخالف نص إمامه، لأنه بالنسبة إليه كنص الشارع بالنسبة للمجتهد كما في أصل الروضة واعتمده المتأخرون وألحق به الزركشي <ص: 145> حكم غير متبحر بخلاف المعتمد عند أهل المذهب أي: لأنه لم يرتق عن رتبة التقليد وحكم من لا يصلح للقضاء، وإن وافق المعتمد أي: ما لم يكن قاضي ضرورة، لما مر أنه ينفذ حكمه بالمعتمد في مذهبه. ونقل القرافي وابن الصلاح الإجماع على أنه لا يجوز الحكم، بخلاف الراجح في المذهب. وبعدم الجواز وصرح السبكي في مواضع من فتاويه في الوقف وأطال وجعل ذلك من الحكم، بخلاف ما أنزل الله، لأن الله أوجب على المجتهدين أن يأخذوا بالراجح وأوجب على غيرهم تقليدهم فيما يجب عليهم العمل به، وبه يعلم أن مراد الأولين بعدم الجواز عدم الاعتداد به فيجب نقضه كما علم مما مر عن أصل الروضة قال ابن الصلاح وتبعوه: وينفذ حكم من له أهلية الترجيح إذا رجح قولا ولو مرجوحا في مذهبه بدليل جيد وليس له أن يحكم بشاذ، أو غريب في مذهبه إلا إن ترجح عنده ولم يشترط عليه التزام مذهب باللفظ، أو العرف كقوله: على قاعدة من تقدمه قال: ولا يجوز إجماعا تقليد غير الأئمة الأربعة في قضاء، ولا إفتاء، بخلاف غيرهما. اهـ. وسبقه إلى صحة ذلك الاستثناء الماوردي وخالفه ابن عبد السلام. ومر أنفا لذلك مزيد قال البغوي: ولو حكم حاكم بالصحة في قضية من بعض وجوه اشتملت عليها فلمخالفه الحكم بفسادها من وجه آخر كصغيرة زوجها غير مجبر بغير كفاء ويلزمه التسجيل بالنقض إن سجل بالمنقوض قاله الماوردي قال السبكي: ومتى نقض حكم غيره سئل عن مستنده وقولهم: لا يسأل القاضي عن مستنده محله إذا لم يكن حكمه نقضا أي ومحلّه أيضا إذا لم يكن فاسقا، أو جاهلا كما مر أول الباب. (لا) ما بان خلاف قياس (خفي)، وهو ما لا يبعد احتمال الفارق فيه كقياس الذرة على البر في الربا بجامع الطعم فلا ينقضه لاحتماله.

(والقضاء) أي: الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية فيما باطن الأمر فيه، بخلاف ظاهره تنفيذاً كان أو غيره (ينفذ ظاهراً لا باطناً) فالحكم بشهادة كاذبين ظاهرهما العدالة لا يفيد الحل باطناً لمال، ولا لبضع لخبر الصحيحين {لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع منه فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار} وخبر {أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر} جزم الحافظ العراقي بأنه لا أصل له، وكذا أنكره المزي وغيره ولعله من <ص: 146> حيث نسبة هذا اللفظ بخصوصه إليه صلى الله عليه وسلم، أما معناه فهو صحيح منسوب إليه صلى الله عليه وسلم أخذاً من قول المصنف في شرح مسلم في خبر {إني لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس، ولا أشق بطونهم} معناه إني أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر كما قال صلى الله عليه وسلم. اهـ. وعبارة الأم عقب حديث الصحيحين المذكور فأخبرهم صلى الله عليه وسلم أنه إنما يقضي بالظاهر وأن أمر السرائر إلى الله بل نقل ابن عبد البر الإجماع على معناه وعبارته أجمعوا على أن أحكام الدنيا على الظاهر وأن أمر السرائر إلى الله انتهت. وبهذا كله يتبين رد إطلاق أولئك الحفاظ أنه لا أصل له. ويلزم المحكوم عليها بنكاح كاذب الهرب بل، والقتل إن قدرت عليه كالصائل على البضع، ولا نظر لكونه يعتقد الإباحة كما يجب دفع الصبي عنه، وإن كان غير مكلف، فإن أكرهت فلا إثم. ولا يخالف هذا قولهم: الإكراه لا يبيح الزنا لشبهة سبق الحكم على أن بعضهم قيد عدم الإثم بما إذا ربطت حتى لم يبق لها حركة، لكن فيه نظر، إذ لو كان هذا مراداً لم يفرقوا بين ما هنا، والإكراه على الزنا، لأن محل حرمة حيث لم تربط كذلك، فإن وطئت فزنا عند الشيخ أبي حامد ووطء شبهة عند غيره، وهو الأصح، لأن أبا حنيفة رضي الله عنه يجعلها منكوحة بالحكم، ورجح الزركشي كالأذرعي الأول قالاً: والشبهة إنما تراعى حيث قوي مدركها لا كهذه، أما ما باطن الأمر فيه كظاهره، فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين كالتسليط على الأخذ بالشفعة الذي لم يترتب على أصل كاذب نفذ باطناً أيضاً، وكذا إن اختلف فيه كشفعة الجوار فينفذ باطناً أيضاً على المعتمد، ومن ثم حل للشافعي

طلبها من الحنفي، وإن لم يقلد أبا حنيفة، لأن من عقيدة الشافعي أن النفوذ باطنا يستلزم الحل فلم يأخذ محرما في اعتقاده، ومن ثم لم يجز للحنفي منعه من طلبها وجاز للشافعي الشهادة بها، لكن لا بصيغة أشهد أنه يستحقها، لأنه كذب كما أن له حضور نكاح بلا ولي إن قلد أو أراد حفظ الواقعة، نعم ليس له دعوى، ولا شهادة على مرتد عند من لا يرى قبول توبته كما نص عليه، لأن أمر الدماء أغلظ. وجاز أيضا لحاكم شافعي أنهي إليه ما لا يراه من أحكام مخالفته تنفيذها وإلزام العمل بها فلو فسخ نكاح امرأة أو خولعت مرارا وحكم حنبلي بصحة أحدهما، ثم رفعت أمرها للشافعي ليزوجها في الأولى من آخر و في الثانية من زوجها من غير محلل <ص: 147> جاز ذلك خلافا لابن العماد في الثانية، لما مر من أنه يرى نفوذ حكم المخالف باطنا. و كحكم المخالف فيما ذكر إثباته إن كان معتقده أنه حكم كما هو ظاهر مما تقرر أن العبرة بعقيدته لا بعقيدة من أنهي إليه حكم ويظهر أنه لا أثر لكون المخالف يعتقد أن الحكم إنما ينفذ ظاهرا فقط بل العبرة في هذا باعتقاد المنهي إليه كالشافعي. ويفرق بأن هذا هو المبيح للإقدام على العمل بقضية حكم المخالف فنظر لاعتقاد الثاني في هذا بخصوصه دون ما عداه. (ولا يقضي) أي: لا يجوز له القضاء (بخلاف علمه) أي: ظنه المؤكد على ما قاله شارح أخذا مما يأتي عقبه، ويحتمل الفرق (بالإجماع) على نزاع فيه منشؤه أن الوجوه هل تخرق الإجماع؟ والوجه أننا إن قلنا: لازم المذهب مذهب خرقته، وإلا وهو الأصح فلا وذلك كما إذا شهدا برق، أو نكاح، أو ملك من يعلم حرته، أو بينونتها أو عدم ملكه، لأنه قاطع ببطلان الحكم به حينئذ، والحكم بالباطل محرم، ولا يجوز له القضاء في هذه الصورة بعلمه، لمعارضته البينة له مع عدالتها ظاهرا، ولا يلزم من علمه خلاف ما شهدا به تعمدهما المفسق لهما وبه فارق قولهم: لو تحقق جرح شاهدين ردهما وحكم بعلمه المعارض لشهادتهما. قيل: صواب المتن بما يعلم خلافه فإن من يقتضي بشهادة من لا يعلم صدقهما، ولا كذبهما قاض، بخلاف علمه، وهو نافذ اتفاقا. اهـ، وهو عجيب فإنه فرضه فيمن لا يعلم صدقا، ولا كذبا فكيف يصح أن يقال: إن هذا قضى، بخلاف علمه حتى يرد على المتن فالصواب صحة عبارته. ثم رأيت

البلقيني رده بما ذكرته فقال: هذا الاعتراض غير صحيح، لأن الذي يقضي به هو ما يشهدان به لا صدقهما فلم يقض حينئذ، بخلاف علمه، ولا بما يعلم خلافه فالعبارتان مستويتان. ا هـ.

(فرع) علم مما مر أن من قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا فتزوجها وحكم له شافعي بصحة النكاح، أو موجهه تضمن الحكم إبطال ذلك التعليق، وإن لم يذكره في حكمه، لأن المعتمد أن الحكم بالصحة كالحكم بالموجب في تناول جميع الآثار المختلف فيها، لكن إن دخل وقت الحكم بها كما هنا فإن من آثارهما هنا أن الطلاق السابق تعليقه على النكاح لا يرفعه. ولو حكم حنفي مثلا قبل العقد بصحة ذلك التعليق جاز للشافعي >ص: 148< عقب العقد أن يحكم بإلغائه، لأنه ليس نقضا له، لعدم دخول وقته، لأنه في الحقيقة فتوى لا حكم، إذ الحكم الحقيقي الممتنع نقضه إنما يكون في واقع وقته دون ما سيقع، لعدم تصور دعوى ملزمة به. والحكم في غير الحسبة إنما يعتد به بعدها إجماعا على ما حكاه غير واحد من الحنفية، نعم إن ثبت ما قيل عن المالكية، أو الحنابلة أنه قد لا يتوقف عليها وأنه قد يسوغ على قواعدهم مثل هذا الحكم لم يبعد امتناع نقضه حينئذ. ومر في الطلاق ما له تعلق بذلك. (والأظهر أنه) أي: القاضي ولو قاضي ضرورة على الأوجه (يقضي بعلمه) إن شاء أي: بظنه المؤكد الذي يجوز له الشهادة مستندا إليه، وإن استفاده قبل ولايته. واشتراط القطع ومنع الاكتفاء بالظن مطلقا ضعيف، ومن ثم مثله الأئمة بأن يدعى عنده بمال، وقد رآه أقرضه إياه قبل، أو سمعه قبل أقر له به مع احتمال الإبراء، أو غيره ولو سمع دائما أبرأ مدينه فأخبره فقال: مع إبرائه دينه باق علي عمل به >ص: 149< وليس على خلاف العلم، لأن إقراره المتأخر عن الإبراء دافع له، ولا بد أن يصرح بمستنده فيقول: علمت أن له عليك ما ادعاه وقضيت، أو حكمت عليك بعلمي، فإن ترك أحد هذين اللفظين لم ينفذ حكمه كما قاله الماوردي وتبعوه ولم يبالوا باستغراب ابن أبي الدم له قال ابن عبد السلام: ولا بد أيضا من كونه ظاهر التقوى، والورع. ا هـ. وهو احتياط لا بأس به. ويقضي بعلمه في الجرح، والتعديل، والتقويم قطعا، وكذا على من أقر بمجلسه أي واستمر على إقراره،

لكنه قضاء بالإقرار دون العلم، فإن أنكر كان قضاء بالعلم فلا تناقض في كلامهما كما رد به البلقيني على الإسنوي. ولو رأى وحده هلال رمضان قضى به قطعاً بناء على ثبوته بواحد (إلا في حدود)، أو تعازير (الله تعالى) كحد زنا، أو محاربة، أو سرقة، أو شرب لسقوطها بالشبهة مع ندب سترها في الجملة، نعم من ظهر منه في مجلس حكمه ما يوجب تعزيراً عزروه، وإن كان قضاء بالعلم قال جمع متأخرون: وقد يحكم بعلمه في حد لله تعالى كما إذا علم من مكلف أنه أسلم، ثم أظهر الردة فيقضي عليه بموجب ذلك قال البلقيني: وكما إذا اعترف في مجلس الحكم بموجب حد و لم يرجع عنه فيقضي فيه بعلمه، وإن كان إقراره سرا، لخبر {، فإن اعترفت فارجمها} ولم يقيد بحضرة الناس وكما إذا أظهر منه في مجلس الحكم على رءوس الأشهاد نحو ردة وشرب خمر، أما حدود الأدميين فيقضي فيها، سواء المال، والقود وحد القذف.

(ولو رأى) إنسان (ورقة فيها حكمه، أو شهادته، أو شهد) عليه، أو أخبره (شاهدان أنك حكمت، أو شهدت بهذا لم يعلم به) القاضي (ولم يشهد) به الشاهد أي: لا يجوز لكل منهما ذلك (حتى يتذكر) الواقعة بتفصيلها، ولا يكفي تذكره أن هذا خطه فقط وذلك لاحتمال التزوير. والمطلوب علم الحاكم، والشاهد ولم يوجد وخرج بيعمل به عمل غيره <ص: 150> إذا شهدا عنده بحكمه (وفيها وجه) إذا كان الحكم، والشهادة مكتوبين (في ورقة مصونة عندهما) ووثق بأنه خطه ولم يداخله فيه ريبة أنه يعمل به. والأصح لا فرق لاحتمال الريبة. ولا ينافي ذلك نص الشافعي على جواز اعتماده للبيئة فيما لو نسي نكول الخصم، لأنه يغتفر في الوصف ما لا يغتفر في الأصل، ويؤخذ منه أنه يلحق بالنكول في ذلك كل ما في معناه (فائدة) كان السبكي في زمن قضاؤه يكتب على ما ظهر بطلانه أنه باطل بغير إذن مالكة ويقول: لا يعطى لمالكة بل يحفظ في ديوان الحكم ليراه كل قاض.

(وله الحلف على استحقاق حق أو أدائه اعتماداً على) إخبار عدل وعلى (خط) نفسه على المعتمد من تناقض فيه وعلى خط نحو مكاتبه ومأذونه ووكيله وشريكه (مورثه إذا وثق بخطه) بحيث انتفى عنه احتمال تزويره (وأمانته) بأن علم منه أنه لا يتساهل في شيء من حقوق الناس

اعتضادا بالقرينة. ودليل حل الحلف بالظن {حلف عمر رضي الله عنه بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم أن ابن صياد هو الدجال} ولم ينكر عليه مع أنه غيره عند الأكثرين وإنما قال: إن يكنه فلن تسلط عليه. وفارقت ما قبلها بأن خطرهما عام بخلافها لتعلقها بنفسه. (والصحيح جواز رواية الحديث بخط) كتبه هو، أو غيره، وإن لم يتذكر قراءة، ولا سماعا ولا إجازة (محفوظ عنده) أو عند غيره، لأن باب الرواية أوسع ولذا عمل به السلف، والخلف. ولو رأى خط شيخه له بالإذن في الرواية وعرفه جاز له الاعتماد عليه أيضا.

(فصل) في التسوية (ليسو) <ص: 151> وجوبا (بين الخصمين)، وإن وكلا، وكثير يوكل خلاصا من ورطة التسوية بينه، وبين خصمه، وهو جهل قبيح، وإذا استويا في مجلس أرفع، ووكيلاهما في مجلس أدون، أو جلسا مستويين، وقام وكيلاهما مستويين جاز كما بحثه الأذرعى (في دخول عليه) بأن يأذن لهما فيه معا لا لأحدهما فقط، ولا قبل الآخر (وقيام لهما)، أو تركه (واستماع لكلامهما)، ونظر إليهما (وطلاقة وجه)، أو عبوسة (وجواب سلام) إن سلما معا (ومجلس) بأن يكون قريبا إليه فيه على السواء أحدهما عن يمينه، والآخر عن يساره، أو بين يديه، وهو الأولى لخبر فيه، والأولى أيضا أن يكون على الركب، لأنه أهيب نعم الأولى للمرأة المترية، لأنه أستر، ويبعد الرجل عنها، وسائر أنواع الإكرام فلا يجوز له أن يؤثر أحدهما بشيء من ذلك، ولا يمزح معه، وإن شرف بعلم، أو حرية، أو والديه، أو غيرها لكسر قلب الآخر، وإضراره، والأولى ترك القيام لشريف، ووضع، لأنه يعلم أن القيام لأجل الشريف، ولو قام لمن لم يظنه مخاصما فبان قام لخصمه، أو اعتذر له أما إذا سلم أحدهما فقط فليسكت حتى يسلم الآخر، ويغتفر طول الفصل للضرورة، أو يقول للآخر سلم حتى أرد عليكما، واغتفر له هذا التكلم بأجنبي، ولم يكن قاطعا للرد لذلك، ومن ثم حكى الإمام عنهم أنهم جوزوا له ترك الرد مطلقا لكنه استبعده هو والغزالي، وأفهم قوله: ومجلس أنه لا يتركهما قائمين أي: الأولى ذلك، وعليه يحمل قول الماوردي لا تسمع الدعوى، وهما قائمان، ولو قرب أحدهما من القاضي، وبعد الآخر منه، وطلب الأول مجيء الآخر إليه، وعكس الثاني فالذي يتجه الرجوع

للقاضي من غير نظر لشرف أحدهما، أو خسته فإن قلت أمره بنزول الشريف إلى الخسيس تحقير، أو إخافة له بخلاف عكسه فليتعين قلت ممنوع، لأن قصد التسوية ينفي النظر لذلك نعم لو قيل: الأولى ذلك لم يبعد (والأصح رفع مسلم على ذمي فيه) أي: المجلس وجوبا عند الماوردي، واعتمده الزركشي كالبارزي، وجوازا عند سليم، وغيره، لأن الإسلام يعلو، ولا يعلو، وفي خبر البيهقي في مخاصمة علي كرم الله، وجهه ليهودي في درع بين يدي نائبه شريح أنه قال: وقد ارتفع على الذمي لو كان خصمي مسلما لقعدت معه بين يديك <ص: 152> ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول { لا تساووه في المجالس }، وقضية كلام الرافعي إثارة المسلم في سائر وجوه الإكرام، واعتمده البلقيني، واعترض بأن طوائف صرحوا بوجوب التسوية بينهما.

(وإذا جلسا)، أو قاما بين يديه (فله أن يسكت) لئلا يتهم (وله أن يقول ليتكلم المدعي) منكما، لأنها ربما هاباه فإن عرف عين المدعي قال له: تكلم (فإذا ادعى) دعوى صحيحة (طالب) جوازا (خصمه بالجواب) بنحو اخرج من دعواه، وإن لم يسأله المدعي لتفصل الخصومة، وقضية كلامهم هنا أنه لا يلزمه ذلك، وإن انحصر الأمر فيه بأن لم يكن بالبلد قاض آخر، ولو قال له الخصم: طالبه لي بجواب دعواي، ولو قيل: بوجوبه عليه حينئذ لم يبعد، وإلا لزم بقاؤهما متخاصمين، وإذا أتم بدفعهما عنه فكذا بهذا، لأن العلة واحدة (فإن أقر) حقيقة <ص: 153> أو حكما (فذاك) ظاهر فيلزمه ما أقر به لثبوت الحق بالإقرار من غير حكم لوضوح دلالاته بخلاف البينة، ومن ثم لو كانت صورة الإقرار مختلفا فيها احتيج للحكم كما بحثه البلقيني، وله أن يزن عن أحد الخصمين لعود النفع إليهما، وأن يشفع له إن ظن قبوله لا عن حياء، وإلا أتم، وإن تردد فيه الأذرعى لتصريح الغزالي بأن الأخذ بالحياء كهو غصبا، وتردد أيضا في قوله: على ضمانه لاتهامه بالمدافعة، والذي يتجه حرمة إن قويت قرينة ذلك الاتهام (وإن أنكر فله أن يقول للمدعي: ألك بينة) لخبر مسلم به {، أو شاهد مع يمينك} إن ثبت الحق بهما، وإن كانت اليمين بجانب المدعي لنحو لوث قال له: أتحلف (و) له، وهو الأولى (أن يسكت) لئلا يتهم بميله للمدعي نعم إن سكت لجهل وجب إعلامه، ولو شك هل

سكوته مع علم، أو جهل فالقول أولى، وإنما لم يجز له تعليم المدعي كيفية الدعوى، ولا الشاهد كيفية الشهادة لقوة الاتهام بذلك فإن تعدى، وفعل فأدى <ص: 154> الشاهد بتعليمه اعتد به على ما بحثه الغزي،

ولو قيل: محله في مشهورين بالديانة لم يبعد، ولا يلزمه سؤال من التمس منه حضور من بالبلد عن كيفية دعواه إلا في المعزول كما مر، ورجح الغزي ما أفهمه كلام شريح أنه يلزمه لاحتمال طلبه بما لا يسمع فيبتذل، أو يتضرر، وعليه فمحله فيمن يعد ذلك ابتذالا، أو إضرارا له (فإن قال: لي بينة، وأريد تحليفه فله ذلك)، لأنه إن تورع، وأقر سهل الأمر، وإلا أقام البينة عليه لتشتت خيانتها، وكذبه، وبحث البلقيني في متصرف عن غيره، أو عن نفسه، وهو محجور عليه بنحو سفه، أو فلس تعين إقامة البينة لئلا يحتاج الأمر للدعوى بين يدي من لا يرى البينة بعد الحلف فيحصل الضرر (أو) قال: (لا بينة لي)، وأطلق، أو قال: لا حاضرة، ولا غائبة، أو كل بينة أقيمها زور (ثم أحضرها قبلت في الأصح) لاحتمال نسيانه، أو عدم علمه بتحملها، وقضيته أن من ادعى عليه بقرض مثلا فأنكر أخذه من أصله، ثم أراد إقامة بينة بأداء، أو إبراء قبلت، وجرى عليه أبو زرعة لجواز نسيانه حال الإنكار كما لو أنكر أصل الإيداع، ثم ادعى تلفا، أو ردا قبل الجحد، وعليه فمحله في صورة القرض أن يدعي أداء، أو إبراء قبل الجحد على أن شيخنا فرق بين الوديعة، والبيع مرابحة بأن مبنى الوديعة على الأمانة فاكتفي فيها بالبينة مطلقا بخلاف البيع، وهذا ظاهر في الفرق بينها، وبين القرض فالقياس المذكور غير صحيح، ولو قال: شهودي فسقة، أو عبيد، ثم أحضر بينة فالأوجه أنه إن اعترف أنهم هم الذين قال عنهم ذلك اشترط مضي زمن يمكن فيه العتق، والاستبراء لإمكان قبولهم حينئذ بإقامة البينة بذلك، وإن قال هؤلاء آخرون جهلتهم، أو نسيتهم قبلوا، وإن قرب الزمن فإن تعذرت مراجعته، وقال الوارث: لا أعلم بذلك فالذي يظهر الوقف إلى بيان الحال، لأن قوله: فسقة، أو عبيد مانع فلا بد من تيقن انتفائه، واحتمال كون المحضرين غير المقول عنهم ذلك لا يؤثر احتياطا لحق الغير

(وإذا ازدحم خصوم) أي: مدعون (قدم الأسبق) فالأسبق المسلم وجوبا إن تعين عليه فصل الخصومة، لأنه العدل،

والعبرة بسبق المدعي، لأنه ذو الحق، وبحث البلقيني أنه لو جاء مدع وحده، ثم مدع مع خصمه، ثم خصم الأول قدم من جاء مع خصمه <ص: 155> أما الكافر فيقدم عليه المسلم المسبوق كما بحثه البلقيني، وسبقه إليه الفزاري، وأما إذا لم يتعين عليه فصلها فيقدم من شاء كمدرس في علم غير فرض، ولو كفاية كالعروض، وزيادة التبخر على ما يشترط في الاجتهاد المطلق، وأما فيه فهو كالقاضي، وكذا يقال في المفتي كما هو ظاهر: (فإن جهل) السابق (أو جاءوا معا أقرع) إذ لا مرجح، ومنه أن يكتب أسماءهم برقاع بين يديه، ثم يأخذ رقعة رقعة فكل من خرج اسمه قدمه، والأولى لهم تقديم مريض يتضرر بالتأخير فإن امتنعوا قدمه القاضي إن كان مطلوباً، لأنه مجبور (ويقدم) ندبا (مسافرون) أي: يريدون للسفر المباح، وإن قصر كما اقتضاه إطلاقهم على مقيمين (مستوفزون) مدعون، أو مدعى عليهم بأن يتضرروا بالتأخر عن رفقتهم (ونسوة) كذلك على رجال، وكذا على خنثى فيما يظهر (وإن تأخروا) لدفع الضرر عنهم (ما لم يكثروا) أي: النوعان، وغلب الذكور لشرفهم فإن كثروا بأن كانوا قدر أهل البلد، أو أكثر فكالمقيمين كذا قاله، وعبارة غيرهما تفهم اعتبار الخصوم بعضهم مع بعض <ص: 156> لا مع أهل البلد كلهم قيل، ولعله أولى، والمسافرون فيما بينهم، والنسوة كذلك يقدم منهم بالسبق، ثم يقرع، ولو تعارض مسافر، وامرأة قدم على الأوجه، لأن الضرر فيه أقوى، وبحث الزركشي أن العجوز كالرجل لانتفاء المحذور، وفيه نظر، وما علل به ممنوع (ولا يقدم سابق، وقارع إلا بدعوى) واحدة لئلا يزيد ضرر الباقيين، ويقدم المسافر بدعاويه إن خفت بحيث لم تضر بغيره إضراراً بيناً أي: بأن لم يحتمل عادة كما هو ظاهر، وإلا فبدعوى واحدة، وألحق به المرأة. (ويحرم اتخاذ شهود معينين لا يقبل غيرهم) لما فيه من التصديق، وضياع كثير من الحقوق، وله أن يعين من يكتب الوثائق أي: إن تبرع، أو رزق من بيت المال، وإلا حرم كما مر عن القاضي، لأنه يؤدي إلى تعنت المعين، ومغالاته في الأجرة، وتعطيله الحقوق، أو تأخيرها (وإذا شهد شهود) بين يدي قاض بحق، أو تزكية (فعرف عدالة، أو فسقا عمل بعلمه) قطعاً، ولم يحتج لتزكية إن علم عدالة، وإن طلبها الخصم نعم أصله، وفرعه لا تقبل تزكيته لهما فلا يعمل

فيهما بعلمه (وإلا) يعلم فيهم شيئاً (وجب) عليه (الاستزكاء) أي: طلب من يزكيهم، وإن اعترف الخصم بعدالتهم كما يأتي، لأن الحق لله تعالى نعم إن صدقهما فيما شهدا به عمل به من جهة الإقرار لا الشهادة، ولو عرف عدالة مزكي المزكى فقط كفى خلافا لما وقع للزركشي، وله الحكم بسؤال المدعي عقب ثبوت العدالة، والأولى أن يقول للمدعي عليه: هل لك دافع في البينة، أو غيرها، ويمهله ثلاثة أيام فأقل، وفي هذا الإمهال بغير رضا الخصم، ولا طلب المدعي عليه <ص: 157> نظر ظاهر.

والفرق بينه وبين ما يأتي في الحيلولة بلا طلب غير خفي، ويجاب مدع طلب الحيلولة بعد البينة، وقيل: التزكية، وله حينئذ ملازمته بنفسه، أو بنائيه، وبعد الحيلولة لا ينفذ تصرف واحد منهما نعم من بان له نفوذ تصرفه كما هو ظاهر مما مر، وللحاكم فعلها بلا طلب إن رآه، ولا يجيب طالب استيفاء، أو حجر، أو حبس قبل الحكم (بأن) بمعنى كأن (يكتب ما يتميز به الشاهد) اسما، وصفة، وشهرة لئلا يشتبه، ويكفي مميز (والمشهود له، وعليه) لئلا يكون قريبا، أو عدوا، وهذا ليس من الاستزكاء، بل مما يريح من النظر بعده في مانع آخر من نحو عداوة، أو قرابة (وكذا قدر الدين على الصحيح)، لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير، ولا بعد في كون العدالة تختلف بذلك، وإن كانت ملكه فمن ثم ضعف المصنف الخلاف، وإن قواه الإمام، ونقل المقابل عن معظم الأئمة <ص: 158> فاندفع قول شارح لا يحسن التعبير بالصحيح، بل بالأصح (ويبعث به) أي: المكتوب (مزكيا) أي: اثنين مع كل نسخة مخفية عن الآخر، وسماه به، لأنه سبب في التزكية فلا ينافي قول أصله إلى المزكي خلافا لمن اعترضه، وهؤلاء المبعوثون ويسمون أصحاب المسائل، لأنهم يبحثون، ويسألون، ويسن أن يكون بعثهما سرا، وأن لا يعلم كلا بالآخر، ويطلقون على المزكين حقيقة، وهم المرسول إليهم (ثم) بعد السؤال، والبعث (يشافهه المزكي بما عنده) من جرح فيسن له إخفاؤه، ويقول: زدني في شهودك، وتعديل فيعمل به، ثم هذا المزكى إن كان شاهداً أصل فواضح، وإلا اشترط في الأصل عذر يجوز الشهادة على الشهادة، وقال جمع: لا يشترط ذلك للحاجة، ولو ولي صاحب المسألة الحكم بالجرح، والتعديل اكتفي بقوله: فيه،

لأنه حاكم (وقيل: تكفي كتابته) أي: المزكي إلى القاضي بما عنده <ص: 159> وأول الأذرعى كالحساباني هذا الوجه بما يرجع إلى المعتمد.

(وشرطه) أي: المزكي سواء صاحب المسألة، والمرسول إليه (كشاهد) في كل ما يشترط فيه أما من نصب للحكم بالتعديل، والجرح فشرطه كقاض، ومحلّه إن لم يكن في، واقعة خاصة، وإلا فكما مر في الاستخلاف (مع معرفة) المزكي لكل من (الجرح، والتعديل)، وأسبابهما لئلا يجرح عدلا، ويزكي فاسقا، ومثله في ذلك الشاهد بالرشد فقول بعضهم: يكفي أن يشهد بأنه صالح لدينه، وديناه يحمل على من يعرف صلاحهما الذي يحصل به الرشيد في مذهب الحاكم نظير ما يأتي في هو عدل لكن سيأتي في الشهادات ما يعلم منه أنه لا يكفي بنحو ذلك الإطلاق، ولو من الموافق للقاضي في مذهبه، لأن وظيفة الشاهد التفصيل لا الإجمال لينظر فيه القاضي، وقد يجمع بحمل هذا على ما إذا كان ثم احتمال يقدر في ذلك الإطلاق، والأول على خلافه.

<ص: 160> (و) مع (خبرة) المرسول إليه أيضا بحقيقة (باطن من يعدله)، وجوز بعضهم رفع خبرة عطا على خير (شرطه) (لصحة، أو جوار) بكسر أوله أفصح من ضمه (أو معاملة) قديمة كما قاله عمر رضي الله عنه لمن عدل عنده شاهدا: أهو جارك تعرف ليله، ونهاره، أو عاملك بالدينار، والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع، أو رفيقك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق قال: لا قال: لست تعرفه، ويقبل قولهم في خبرتهم بذلك كما يدل له الأثر أما غير القديمة من تلك الثلاثة كان عرفه في أحدها من نحو شهرين فلا يكفي اتفاقا على ما قاله الماوردي، ويغني عن خبره ذلك أن تستفيض عنده عدالته من الخبراء بباطنه، وألحق ابن الرفعة بذلك ما إذا تكرر ذلك على سمعه مرة بعد أخرى بحيث يخرج عن حد التواطؤ لا شهادة عدلين لاحتمال التواطؤ إلا إن شهد على شهادتهما، وخرج بمن يعدله من يجرحه فلا يشترط خبرة بباطنه لاشتراط تفسير الجرح (، والأصح اشتراط لفظ شهادة) من المزكي كبقية الشهادات (و) الأصح (أنه يكفي) قول العارف بأسباب الجرح، والتعديل أي: الموافق مذهبه لمذهب القاضي فيهما نظير ما تقرر بما فيه (هو عدل)،

لأنه أثبت له العدالة التي هي المقصود (وقيل: يزيد على ولي)، ونقل عن الأكثر، لأنه قد يكون عدلا في شيء دون شيء يعني قد يظن صدقه في شيء دون شيء أخذا مما تقرر أنفا في القليل، والكثير، وأما إثبات حقيقة العدالة في صورة، ونفيها في آخر فغير متصور شرعا، وإذا تقرر أن ذلك الذي ذكرته هو المراد لم ينتج منه تأييد لذلك الوجه الضعيف، لأنه، وإن قال: على، ولي قد يريد في بعض الصور التي يغلب الظن فيها صدقه دون غيرها فتأمله فإن الشراح أغفلوه بالكلية، ولا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر، ولو عرف الحاكم، والخصم اسم الشاهد، ونسبه، وعينه جازت تزكيته في غيبته كما يأتي.

(ويجب ذكر سبب الجرح) صريحا كزان، ولا يكون به قاذفا للحاجة مع أنه مسئول، وبه فارق شهود الزنا إذا نقصوا كما مر مع أنه يندب لهم الستر <ص: 161> أو سارق للاختلاف في سببه فوجب بيانه ليعمل القاضي فيه باعتقاده نعم لو اتحد مذهب القاضي، وشاهد الجرح لم يبعد الاكتفاء منه بالإطلاق لكن ظاهر كلامهم أنه لا فرق، ويوجه بما مر أنفا، وقال الإمام والغزالي علمه بسببه مغن عن تفسيره، ولو علم له مجرحات اقتصر على واحد لعدم الحاجة لأزيد منه، بل قال ابن عبد السلام لا يجوز جرحه بالأكبر لاستغنائه عنه بالأصغر فإن لم يبين سببه لم يقبل لكن يجب التوقف عن الاحتجاج به إلى أن يبحث عن ذلك الجرح كما يأتي أما سبب العدالة فلا يحتاج لذكره لكثرة أسبابها، وعسر عدها قال جمع متأخرون: ولا يشترط حضور المزكي والمجروح ولا الشهود له أو عليه أي: لأن الحكم بالجرح، والتعديل حق لله تعالى، ومن ثم كفت فيهما شهادة الحسبة نعم لا بد من تسمية البيئة للخصم ليأتي بدافع إن أمكنه (ويعتمد فيه) أي: الجرح (المعينة) لنحو زناه، أو السماع لنحو قذفه (أو الاستفاضة) عنه بما يجرحه، وإن لم يبلغ التواتر، ولا يجوز اعتماد عدد قليل إلا إن شهد على شهادتهم، ووجد شرط الشهادة على الشهادة، والأشهر أنه يذكر معتمده المذكور، والأقيس لا، (ويقدم) الجرح (على التعديل) لزيادة علم الجارح (فإن قال المعدل: عرفت سبب الجرح، وتاب منه، وصلح قدم) لزيادة علمه حينئذ

(تنبيه) قوله: وصلح يحتمل أن يكون تأكيدا، والوجه أنه تأسيس إذ لا يلزم من التوبة قبول الشهادة، وحينئذ يفيد

أنه مضت <ص: 162> مدة الاستبراء بعد التوبة لكن ظاهر المتن أنه يكفي مجرد قوله: صلح، وليس مراداً، بل لا بد من ذكر مضي تلك المدة إن لم يعلم تاريخ الجرح، وإلا لم يحتج لذلك إذ لا بد من مضيها، وكذا يقدم التعديل إن أرخ كل من البيتين، وكانت بينة التعديل متأخرة قال ابن الصلاح إن علم المعدل جرحه، وإلا فيحتمل اعتماده على حاله قبل الجرح قال القاضي ولا تتوقف الشهادة به على سؤال القاضي، لأنه تسمع فيه شهادة الحسبة، وقضيته أن التعديل كذلك لسماعها فيه أيضاً، ويقبل قول الشاهد قبل الحكم أنا فاسق، أو مجروح، وإن لم يذكر السبب خلافاً للروائي، وغيره نعم يتجه أن محله فيمن لا يبعد عادة علمه بأسباب الجرح، وفي شرح مسلم يتوقف القاضي عن شاهد جرحه عدل بلا بيان سبب، ويتجه أن مراده ندب التوقف إن قويت الريبة لعل القادح يتضح فإن لم يتضح حكم لما يأتي أنه لا عبرة لريبة يجدها بلا مستند (والأصح أنه لا يكفي في التعديل قول المدعى عليه هو عدل، وقد غلط) في شهادته علي لما مر أن الاستزكاء حق لله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق، وإن رضي الخصم، ومقابله الاكتفاء بذلك في الحكم عليه لا في التعديل إذ لا قائل به، وقوله: وقد غلط ليس بشرط، بل هو بيان، لأن إنكاره مع اعترافه بعدالته مستلزم لنسبته للغلط، وإن لم يصرح به فإن قال عدل فيما شهد به علي كان إقراراً منه به، ويسن له، ولا يلزمه. وإن طلب الخصم إذا ارتاب فيهم لكن بقيده الآتي قبيل الحسبة، وفي المنتقبة، وإلا وجب أن يفرقهم، ويسأل كلا، ويستقصي، ثم يسأل الثاني قبل اجتماع الأول به، ويستقصي، ويعمل بما غلب على ظنه، والأولى كون ذلك قبل التزكية، ولهم أن لا يجيبوه، ويلزمه حينئذ القضاء إن وجدت شروطه، ولا عبرة بريبة يجدها، ولو قال: لا دافع لي فيه، ثم أتى بينة بنحو عداوته، أو فسقه، وادعى أنه كان جاهلاً بذلك قبل قوله: بيمينه على ما ذكره بعضهم فله بعد حلفه إقامة البينة بذلك فإن قلت: أطلقوا <ص: 163> قبوله في لا بينة لي، وما معه مما مر آنفاً الظاهر، أو الصريح في أنه لا يمين عليه، وهذا يرد على ذلك البعض قلت يمكن الفرق بأن التنافي هنا أظهر، لأنه نفى القادح على العموم ثم أثبت بعضه في شخص واحد فاحتاج ليمين تؤيد صدقه في ذلك

الإثبات، وأما ثم فإتيانه بينة لا ينافي لا بينة لي من كل وجه، لأنهما لم يتواردا على شيء واحد، وأما قولهم قد يكون له بينة، ولا يعلمها فلا فارق فيه، لأنه قد يكون عدوه مثلا، وهو لا يعلمه، ولو أقام بينة على إقرار المدعي بأن شاهده شربا الخمر مثلا، وقت كذا فإن كان بينه، وبين الأداء دون سنة ردا، وإلا فلا، ولو لم يعينا للشرب وقتا سئل المقر، وحكم بما يقتضيه تعيينه فإن أبى عن التعيين توقف عن الحكم، ولو ادعى الخصم أن المدعي أقر بنحو فسق بينته، وأقام شاهدا ليحلف معه بنى على ما لو قال بعد بينته: شهودي فسقة، والأصح بطلان بينته لا دعواه فلا يحلف الخصم مع شاهده، لأن الغرض الطعن في البينة، وهو لا يثبت بشاهد، ويمين، ولو شهدا بأن هذا ملكه، ورثه فشهد آخران بأنهما ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين في هذه الحادثة، أو أنهما ابتاعا الدار منه ردا، وإيهام الروضة خلاف ذلك غير مراد.

باب القضاء على الغائب

عن البلد، أو المجلس بشرطه، وتوابع آخر (هو جائز) في كل شيء ما عدا عقوبة لله تعالى كما يأتي، وإن كان الغائب في غير عمله للحاجة، ولتمكنه من إبطال الحكم عليه بإثبات طاعن في البينة إذ يجب تسميتها له إذا حضر بنحو فسق، أو في الحق بنحو أداء، وليس له سؤال القاضي أي: الأهل كما هو ظاهر عن كيفية الدعوى، ومثلها يمين الاستظهار، وإن كان في تحريرها خفاء يبعد على غير العالم استيفاؤه، لأن تحريرها إليه نعم إن سجلت فله القدر بإبداء مبطل لها كما هو ظاهر، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبي سفيان رضي الله عنهما لما شكت إليه شحه: {خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف} فهو قضاء عليه لا إفتاء، وإلا لقال: لك أن تأخذي مثلا، ورده في شرح مسلم بأنه كان حاضرا غير متوار، ولا متعزز، لأن الواقعة في فتح مكة لما حضرت هند للمبايعة، وذكر صلى الله عليه وسلم فيها أن لا يسرقن فذكرت هند ذلك، ويؤيده ما رواه الحاكم، وصححه، وأقره الذهبي {أنها قالت: لا أباعك على السرقة إني أسرق} <ص: 164> من مال زوجي فكف صلى الله عليه وسلم يده، وكفت يدها حتى أرسل إلى أبي سفيان يتحلل

لها منه فقال أبو سفيان: أما الرطب فنعم، وأما اليابس فلا، واعترضه غيره بأنه لم يحلفها، ولم يقدر المحكوم به لها، ولم تجر دعوى على ما شرطوه، والدليل الواضح أنه صح عن عمر وعثمان رضي الله عنهما القضاء على الغائب، ولا مخالف لهما من الصحابة كما قاله ابن حزم، واتفقهم على سماع البينة عليه فالحكم مثلها، والقياس على سماعها على ميت، وصغير مع أنهما أعجز عن الدفع من الغائب، وإنما تسمع الدعوى عليه بشروطها الآتية في بابها مع زيادة شروط أخرى هنا منها أنه لا تسمع هنا إلا (إن كانت عليه) حجة يعلمها القاضي حالة الدعوى كما دل عليه كلامهم، وإن اعترضه البلقيني، وجوز سماعها إذا حدث بعدها علم البينة، أو تحملها، ثم تلك الحجة إما (بينة)، ولو شاهدا، وبمينا فيما يقضى فيه بهما وإما علم القاضي دون ما عداهما لتعذر الإقرار، واليمين المردودة (وإدعى المدعي جحوده)، وأنه يلزمه تسليمه له الآن، وأنه يطالبه بذلك (فإن قال: هو مقر)، وإنما أقيم البينة استظهارا مخافة أن ينكر، أو ليكتب بها القاضي إلى قاضي بلد الغائب (لم تسمع بينته) إلا أن يقول: وهو ممتنع، وذلك، لأنها لا تقام على مقر، ولا أثر لقوله: مخافة أن ينكر خلافا للبلقيني، ويؤخذ منه أنه لا تسمع الدعوى على غائب بوديعة للمدعي في يده لعدم الحاجة لذلك لتمكن الوديع من دعوى الرد، أو التلف لكن بحث أبو زرعة سماع الدعوى بأنه له تحت يده وديعة، وتسمع بينته بها لكن لا يحكم، ولا يوفيه من ماله إذ ليس له في ذمته شيء، ومن ثم لو كان معه بينة بإتلافه لها، أو تلفها عنده بتقصير سمعها، وحكم، ووفاه من ماله، لأن بدلها حينئذ من جملة الديون قال: وإنما جوزنا <ص: 165> ذلك لاحتمال جحود الوديع، وتعذر البينة فيضبطها عند القاضي بإقامتها لديه، وإشهاده على نفسه بثبوت ذلك يستغنى بإقامتها عند جحود الوديع إذا حضر، لأنها قد تتعذر حينئذ. اهـ. ولعل ما قاله مبني على ما نظر إليه شيخه البلقيني من أن مخافة إنكاره مسوغ لسماع الدعوى عليه، ويستثنى من ذلك ما إذا كان للغائب عين حاضرة في عمل القاضي الذي الدعوى عنده، وإن لم تكن ببلده كما هو ظاهر، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه منه فتسمع البينة، وإن قال: هو مقر قال البلقيني، وكذا تسمع بينته لو قال: أقر فلان بكذا، ولي بينة بإقراره،

وجزم به غيره، ولو كان ممن لا يقبل إقراره كسفيه، ومفلس فيما لا يقبل إقرارهما فيه لم يؤثر قوله: هو مقرر في سماع البينة. (وإن أطلق)، ولم يتعرض لجحود، ولا إقرار (فالأصح أنها تسمع)، لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته، ويحتاج إلى إثبات الحق فيجعل غيبته كسكوته (فرع) غاب المحال عليه، واتصل بالحاكم، وثيقة بما للمحيل عليه ثابتة قبل الحوالة حكم بموجب الحوالة فله إذا حضر إنكار دين المحيل لا بصحتها كما هو ظاهر لعدم ثبوت محل التصرف عنده إذ الصورة أنه اتصل به ثبوت غيره الذي لم ينضم إليه حكم أما إذا اتصل به حكم غيره بذلك فيحكم بالصحة، وليس للمحال عليه الإنكار (و) الأصح (أنه لا يلزم القاضي نصب مسخر) بفتح الخاء المعجمة المشددة (ينكر عن الغائب)، ومن ألحق به ممن يأتي، لأنه قد يكون مقرا فيكون إنكار المسخر كذبا نعم لا بأس بنصبه خروجا من خلاف من أوجه، وكذبه غير محقق على أن الكذب قد يغتفر في مواضع، وقول الأنوار: يستحب بعيد فإن قلت صريح المتن قوة الخلاف، ويؤيده قول المطلب: أن لزوم نصبه هو قياس المذهب في الدعاوى على المتمرد، والخلاف القوي تسن رعايته قلت قوته من حيث الشهرة لا تنافي ضعفه من حيث المدرك كيف، وهو يقتضي حرمة النصب كما قاله الرافعي لكن لما كان فيه نوع حاجة اقتضى إباحته لا غير، وما ذكره في المطلب ممنوع بل المتمرد، والغائب سواء في هذا، وإن افترقا فيما يأتي (، ويجب) <ص: 166> فيما إذا لم يكن للغائب وكيل حاضر إن كانت الدعوى بدين، أو عين، أو بصحة عقد، أو إبراء كان أحال الغائب على مدين له حاضر فادعى أنه مكره عليه (أن يحلفه بعد البينة)، وتعديلها (أن الحق) في الصورة الأولى (ثابت في ذمته) إلى الآن احتياطا للمحكوم عليه، لأنه لو حضر لربما ادعى ما يبريه. ويشترط أن يقول مع ذلك، وأنه يلزمه تسليمه إليه، لأنه قد يكون عليه، ولا يلزمه أدائه لتأجيل، أو نحوه، وظاهر كما قاله البلقيني أن هذا لا يأتي في الدعوى بعين بل يحلف فيها على ما يليق بها، وكذا نحو الإبراء كما يأتي، وأنه لا بد أن يتعرض مع الثبوت، ولزوم التسليم إلى أنه لا يعلم أن في شهوده قادحا في الشهادة مطلقا، أو بالنسبة للغائب كفسق، وعداوة، وتهمة بناء على الأصح أن المدعى عليه لو كان

حاضرا، وطلب تحليف المدعي على ذلك أجيب، ولا يبطل الحق بتأخير هذه اليمين، ولا ترتد بالرد، لأنها ليست مكملة للحجة، وإنما هي شرط للحكم، ولو ثبت الحق، وحلف ثم نقل إلى حاكم آخر ليحكم به لم تجب إعادتها على الأوجه أما إذا كان له وكيل حاضر <ص: 167> فهل يتوقف التحليف على طلبه، وجهان، وقضية كلامهما توقفه عليه، واعتمده ابن الرفعة، واستشكله في التوشيح بأنه إذا كان له وكيل حاضر لم يكن قضاء على غائب، ولم تجب يمين جزما، وفيه نظر، ولأن العبرة في الخصومات في نحو اليمين بالموكل لا الوكيل فهو قضاء على غائب بالنسبة لليمين، ويؤيد ذلك قول البلقيني للقاضي سماع الدعوى على غائب، وإن حضر وكيله لوجود الغيبة المسوغة للحكم عليه، والقضاء إنما يقع عليه أي: في الحقيقة، أو بالنسبة لليمين، فالحاصل أن الدعوى إن سمعت على الوكيل توجه الحكم إليه دون موكله إلا بالنسبة لليمين احتياطا لحق الموكل، وإن لم تسمع عليه توجه الحكم إلى الغائب من كل وجه في اليمين، وغيرها

(تنبيه) علم من كلام البلقيني أن القاضي فيمن له وكيل حاضر مخير بين سماع الدعوى على الوكيل، وسماعها على الغائب إذا وجدت شروط القضاء عليه، ولا يتعين عليه أحد هذين، لأن كلا منهما يتوصل به إلى الحق فإن لم توجد شروط القضاء على الغائب فالذي يظهر وجوب سماعها على الوكيل حينئذ لئلا يضيع حق المدعي، وخرج بقوله: إن الحق ثابت في ذمته ما لو لم يكن كذلك كدعوى قن عتقا، أو امرأة طلاقا على غائب، وشهدت البينة حسبة على إقراره به <ص: 168> فلا يحتاج لليمين إذا لاحظ جهة الحسبة، وبه أفتى ابن الصلاح في العتق، والحق به الأذرعى الطلاق، ونحوه من حقوق الله تعالى المتعلقة بشخص معين بخلاف ما لو ادعى عليه بنحو بيع، وأقام بينة به، أو بالإقرار به، وطلب الحكم بثبوته فإنه يجيبه لذلك خلافا لما وقع في الجواهر، وحينئذ يجب أن يحلف خوفا من مفسد قارن العقد، أو طرو مزيل له، وبكفي أنه الآن مستحق لما ادعاه (وقيل: يستحب) التحليف، لأنه يمكنه التدارك إن كان له دافع، ويقع أن الحاضر بالبلد يوكل من يدعي على الغائب حتى ينفي عنه يمين الاستظهار أخذا من ظواهر عبارات تقتضي ذلك، وليس بصواب، بل

المجزوم به في كلام الأصحاب أنه لا بد من حلف الموكل، وتلك العبارات محمولة على وكيل الغائب أي: إلى محل تسمع عليه الدعوى فيه لا مطلقا كما هو ظاهر، وسكتوا عن التصريح بذلك لوضوحه

(تنبيه) ادعى على غائب بنحو طلاق كأن علقه بمضي شهر فمضى حكم به، ولا ينتظر، وإن احتمل أن تخلفه بعذر كما مر مبسوطا أواخر الطلاق، وظاهر كلام السبكي وجوب يمين الاستظهار حتى في الطلاق أي: إذا لم يلاحظ فيه الحسبة فإنه أفتى فيمن قال: إن مضت مدة كذا، ولم أدخل بها فهي طالق فانقضت المدة، وهو غائب بأنه إن شهد أربع نسوة ببيكارتها، وحلفت على عدم الدخول لأجل غيبته حكم بوقوع الطلاق فقوله: وحلفت بالواو لا بأو خلافا لما وقع في نسخ تحريفا، وتعليه بقوله: لأجل غيبته صريح في أنها يمين استظهار، وقد يجمع بأن الأول في بيعة شهادة بإقراره فهو المقصر به فلم يحتج للاستظهار في حقه <ص: 169> وهذا في بيعة شاهدة بفعله، وهو لضعف دلالته يحتاج لمقو فوجبت هذا، والأوجه إطلاق وجوبها، لأنه الأنسب بالاحتياط المبني عليه أمر الغائب، وظاهر أنه ليس من محل الخلاف ما إذا علق بعدم الإنفاق عليها فتحلف أن نفقتها باقية عليه ما برئ منها بطريق من الطرق، وأفتى بعضهم بأنه لا يحتاج إليها في قاض جعله الميت، وصيا، واعترف عنده بدين عليه لفلان بناء على أن له القضاء بعلمه، وفيه نظر، بل لا يصح، لأنه قد يبرئه بعد الوصية فاحتج ليمين الاستظهار لنفي ذلك، ونحوه، وبأنه لو أقر بدين، وهو مريض، وأوصى بقضائه، وفي الورثة يتيم احتج ليمين الاستظهار إن مضى بعد الإقرار إمكان أدائه، وفيه إيهام، والموجه أخذا مما مر أنه تلزمه يمين بأن الإقرار حق، وبقاء الدين، وإن لم يمض مدة إمكان أدائه لاحتمال الإبراء، أو نحوه (، ويجريان) أي: الوجهان كما قبلهما من الأحكام (في دعوى على صبي، ومجنون) لا ولي له، أو له ولي، ولم يطلب فلا تتوقف اليمين على طلبه، وميت ليس له، وارث خاص حاضر كالغائب، بل، أولى لعجزهم عن التدارك فإذا كمل، أو قدم الغائب فهم على حجتهم أما من له وارث خاص حاضر كامل فلا بد في تحليف خصمه بعد البيعة من طلبه <ص: 170> والفرق بينه، وبين ما مر في الولي ظاهر، ومن ثم لو كان على

الميت دين مستغرق لم يتوقف على طلبه إلا إن حضر معه كل الغرماء، وسكتوا نعم إن سكت عن طلبها لجهل عرفه الحاكم فإن لم يطلبها قضى عليه بدونها، وخرج بمن ذكر متعزز، ومتوار فيقضى عليهما بلا يمين كما يأتي لتقصيرهما

(فرع) لا تسقط يمين الاستظهار بإحالة الدائن، ولا يمنع توقف طلبها من المحيل صحة الحوالة، ولا سماع بينة المحتال، وأفتى العماد بن يونس في ميت عن ابنين غائب، وطفل، وعنده رهن بدين فمات المدين فحضر وكيل الغائب، ووصي الطفل إلى القاضي، وأثبتا الدين، والرهن، وطلبا منه الوفاء بأنه يوفي من ثمنه، وتوقف اليمين إلى الحضور، والبلوغ، ويظهر أنه مفرع على طريقة السبكي الآتية، وغيره بأنه لو حكم على غائب فبان أن له وكيلًا بالبلد حالة الحكم نفذ، ويوافق ما مر آنفاً عن البلقيني، ومر أن القاضي لو باع مال غائب فقدم، وقال: بعته قبل بيع الحاكم قدم المالك بخلاف ما لو باع وكيله، ثم ادعى سبق بيعه لا بد له من البينة كما في النهاية، لأن ولاية الوكيل الخاص أقوى من ولاية الحاكم، وتناقض كلام ابن الصلاح فيما لو ادعى أن الميت أبراه، وأثبتته بالبينة، والأوجه أنه لا بد من يمين الاستظهار هنا أيضا قال الأذرعى لاحتمال أنه كان مكرها على الإبراء، أو الإقرار به. (ولو ادعى وكيل الغائب) أي: إلى مسافة يجوز القضاء فيها على الغائب كما هو ظاهر، ثم رأيت بعضهم صرح به فقال فيما إذا ادعى وكيل غائب على غائب، أو حاضر المراد بالغيبة فيهما فوق مسافة العدوى، أو في غير ولاية الحاكم، وإن قربت كما يأتي عن الماوردي (على غائب)، أو صبي، أو مجنون، أو ميت، وإن لم يرثه إلا بيت المال على الأوجه (فلا تحليف)، بل يحكم بالبينة، لأن الوكيل لا يتصور حلفه على استحقاقه، ولا على أن موكله يستحقه، ولو، وقف الأمر إلى حضور الموكل لتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء، وإفتاء ابن الصلاح فيمن ادعى على ميت، وأقام بينة <ص: 171> ثم، وكل، ثم غاب طالب وكيله، ولا يتوقف على يمين الموكل مردود بأن التوكيل هنا إنما وقع لإسقاط اليمين بعد وجوبها فلم تسقط بخلافه فيما مر أما الغائب إلى محل قريب، وهو بولاية القاضي فتلزمه اليمين

فيتوقف الأمر إلى حضوره، وحلفها، لأنه لا مشقة عليه في الحضور حينئذ بخلاف ما لو بعد، أو كان بغير ولاية الحاكم، ولو ادعى قيم صبي، أو مجنون دينا له على كامل فادعى وجود مسقط كأتلف أحدهما علي من جنس ما يدعيه بقدر دينه، وكأبراني مورثه، أو قبضه مني قبل موته، وكأقررت لكن على رسم القبالة على الأوجه لم يؤخر الاستيفاء لليمين المتوجهة على أحدهما بعد كماله لإقراره فلم يراع بخلاف من قامت عليه البيئة في المسألة الآتية فادعاء تناقض بينهما ليس في محله، وأيضا فاليمين هنا إنما توجهت في دعوى ثانية فلم يلتفت إليها بخلافها فيما يأتي، أو على أحدهما، أو غائب وقف الأمر إلى الكمال، والحضور كما صرح به كلامهما، وبه صرح القاضي، وتبعوه كما اعترف به السبكي لتوقفه على اليمين المتعذرة، ويفرق بين هذا، وما مر في الوكيل بأنه يترتب على عدم الاستيفاء ثم مفسدة عامة، وهي تعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء بخلافه هنا لكن ينبغي أن يؤخذ كفيل، وقال السبكي يحكم الآن بما قامت به البيئة، ويؤخذ منه، وبسط ذلك، وسبقه إليه ابن عبد السلام، وتبعهما جمع متأخرون كالأزرعي والبلقيني والزرکشي، وهو قوي مدركا لا نقلا، لأنه قد يترتب على الانتظار ضياع الحق لكن هذا يخف بأخذ الكفيل الذي ذكرته، والمراد به أخذ القاضي من ماله تحت يده ما يفي بالمدعى، أو ثمنه إن خشي تلفه، وبه يقرب الأول، ويحلف الولي يمين الاستظهار فيما باشره بناء على ما يأتي.

<ص: 172> (ولو حضر المدعى عليه، وقال) بعد الدعوى عليه من وكيل غائب بدين له عليه (لوكيل المدعي) الغائب (أبراني موكلك)، أو، وفيته مثلا فأخر الطلب إلى حضوره ليحلف لي أنه ما أبراني لم يجب و (أمر بالتسليم) له ثم يثبت الإبراء بعد إن كان له به حجة، لأنه لو وقف لتعذر الاستيفاء بالوكلاء نعم له تحليف الوكيل إذا ادعى عليه علمه بنحو إبراء أنه لا يعلم أن موكله أبراه مثلا لصحة هذه الدعوى إذ لو أقر بمضمونها بطلت وكالته قال الرافعي، وقياس ذلك أن القاضي يحلفه على أنه لا يعلم صدور مسقط لما يدعيه من نحو قبض، وإبراء، ويحمل قولهم لا يحلف الوكيل على الحلف على البت، وكان وجه

ذكر هذه المسألة مع أنها ليست من فروع هذا الباب أن فيها طلب توقف إلى يمين فأشبهت ما قبلها (فرع) يكفي في دعوى الوكيل مصادقة الخصم له على الوكالة إن كان القصد إثبات الحق لا تسلمه، لأنه، وإن ثبت عليه لا يلزمه المدفع إلا على، وجه مبرر، ولا يبرأ إلا بعد ثبوت الوكالة (وإذا ثبت) عند حاكم (مال على غائب)، أو ميت، وحكم به بشروطه (وله مال) حاضر في عمله، أو دين ثابت على حاضر في عمله كما شمله المتن، واعتمده جمع منهم أبو زرعة، وأطال فيه في فتاويه، ولا ينافيه منعهم الدعوى بالدين على غريم الغريم، لأنه محمول على ما إذا كان الغريم حاضرا، أو غائبا، ولم يكن دينه ثابتا على غريمه فليس له الدعوى ليقيم شاهدا، ويحلف معه، وجزم ابن الصلاح <ص: 173> بأن لغريم ميت لا وارث له، أو له وارث، ولم يدع الدعوى على غريم الميت بعين له تحت يده لعله يقر قال: والأحسن إقامة البينة بها، وتبعه السبكي قال الغزي، وهو واضح، وما ذكروه في المنع إنما هو في الدين للفرق بينهما، والغائب كالميت فيما ذكر، وقول شريح تمتنع إقامة غريم الغائب بينة بملكه عينا منظر فيه، أو محمول على ما إذا أراد أن يدعي ليقيم شاهدا، ويحلف معه (قضاه الحاكم منه) إذا طلبه المدعي، لأن الحاكم يقوم مقامه، ولا يطالبه بكفيل، لأن الأصل بقاء المال، ولا يعطيه بمجرد الثبوت، لأنه ليس بحكم أما إذا كان في غير عمله فسيأتي قريبا، واستثنى منه البلقيني ما إذا كان الحاضر يجبر على دفع مقابله للغائب كزوجة تدعي بصداقها الحال قبل الوطاء، وبائع يدعي بالثمن قبل القبض، وما إذا تعلق بالمال الحاضر حق كبائع له لم يقبض ثمنه، وطلب من الحاكم الحجر على المشتري الغائب حيث استحقه فيجيبه، ولا يوفى الدين منه، وكذلك يقدم مؤنة ممون الغائب ذلك اليوم على الدين الذي عليه، وطلب قضاؤه من ماله، ولو كان نحو مرهون تزيد قيمته على الدين فللقاضي بطلب المدعي إجبار المرتهن على أخذ حقه بطريقة ليبقى الفاضل للدائن. اهـ. ولو باع قاض مال غائب في دينه فقدم، وأبطل الدين بإثبات إيفائه، أو نحو فسق شاهد بطل البيع على الأوجه خلافا للرويانى (وإلا) يكن له مال في عمله، أو لم يحكم (فإن سأل المدعي إنهاء الحال إلى قاضي بلد الغائب)، أو إلى كل من يصل

إليه الكتاب من القضاة (أجابه) وجوبا، وإن كان المكتوب إليه قاضي ضرورة مسارعة لقضاء حقه (فينهي إليه سماع بينة)، ثم إن عدلها لم يحتج المكتوب إليه إلى تعديلها، وإلا احتاج إليه (ليحكم بها ثم يستوفي) الحق، وخرج بها علمه فلا يكتب به، لأنه شاهد الآن لا قاض <ص: 174> ذكره في العدة، وخالفه السرخسي، واعتمده البلقيني، لأن علمه كقيام البينة، ويؤيده قول المتن الآتي فشافهه بحكمه إلى آخره، وله على الأوجه أن يكتب سماع شاهد واحد ليسمع المكتوب إليه شاهدا آخر، أو يحلفه، ويحكم له (أو) ينهي إليه (حكما) إن حكم (ليستوفي) الحق، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، ولا يشترط هنا بعد المسافة كما يأتي قيل: إنهاؤه إما سماع بينة، أو ثبت عندي، وهي تستلزم الأولى، ولا عكس، وإما الحكم بالحق، وهو أرفعها، ويستلزم الأولين، والذي يرتب عليه المكتوب إليه الحكم هو الثانية لا الأولى فإذا تعبير المصنف ليس بمحرر. ا. ه.، ويرد بأن غاية الأمر أن قوله: سماع بينة محتمل لأن يكون معه ثبوت، وأن لا، والمراد الأول، ومثل هذا لا يوجب الجزم بعدم تحرير التعبير، ولو كتب لمعين فشهد الشاهدان عند غيره أمضاه إذ الاعتماد على الشهادة، ولو حضر الغائب، وطلب من الكاتب المبهم البينة المعدل لها أن يبينها له ليقدم فيها أجيب على الأوجه وفاقا لجمع، ولو شهدت بينة عند قاض أن القاضي فلانا ثبت عنده كذا لفلان، وكان قد مات، أو عزل حكم به، ولم يحتج لإعادة البينة بأصل الحق، وقولهم إذا عزل بعد سماع بينة، ثم ولي أعادها محله كما بينه البلقيني إذا لم يكن قد حكم بقبول البينة، وإلا لم تجب استعادتها، وإن لم يكن قد حكم بالإلزام بالحق، وفي الكفاية لو فسق، والكتاب بسماع الشهادة لم يقبل، ولم يحكم به كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، ومحله إذا كان فسقه قبل عمل المكتوب إليه بالسماع فإن كان بعده لم ينتقض صرح به جمع متقدمون. ا. ه.

ملخصا

(تنبيه) إنما يعتد بكتاب القاضي فيما لم يمكن تحصيله بغيره فلو طلب منه أن يحكم لغريب حاضر على غائب بعين غائبة ببلد الغريب، وله بينة من بلده عازمون على السفر إليه لم تسمع شهادتهم، وإن سمعها لم يكتب بها بل يقول له: اذهب معهم لقاضي بلدك، وبلد ملكك ليشهدوا

عنده (والإنهاء أن يشهد) ذكرين (عدلين بذلك) أي: بما جرى عنده من ثبوت، أو حكم، ولا يكفي غير رجلين، ولو في مال، أو هلال رمضان (ويستحب كتاب به) ليذكر الشهود الحال (يذكر فيه ما يتميز به المحكوم)، أو المشهود (عليه)، وله من اسم، ونسب، وصنعة، وحلية، وأسماء الشهود، وتاريخه (ويختمه) ندبا حفظا له، وإكراما للمكتوب إليه، وختم الكتاب من حيث هو سنة <ص: 175> متبعة، وظاهر أن المراد بختمه جعل نحو شمع عليه، ويختم عليه بخاتمه، لأنه يحفظ بذلك، ويكرم به المكتوب إليه حينئذ، وعلى هذا يحمل ما صح أنه صلى الله عليه وسلم كان يرسل كتبه غير مختومة فامتنع بعضهم من قبولها إلا مختومة فاتخذ خاتما، ونقش عليه محمد رسول الله، ويسن له ذكر نقش خاتمه الذي يختم به في الكتاب، وأن يثبت اسم نفسه، واسم المكتوب إليه في باطنه، وعنوانه، وقبل ختمه يقرؤه هو، أو غيره بحضرته على الشاهدين، ويقول: أشهد كما أني كتبت إلى فلان بما فيه، ولا يكفي أشهد كما أن هذا خطي، أو أن ما فيه حكمي، ويدفع لهما نسخة أخرى غير مختومة يتذاكران بها، ولو خالفاه، أو انمحي، أو ضاع فالعبرة بهما (و) بعد وصوله للمكتوب إليه، وإحضاره الخصم خلافا لقول ابن الصلاح لا يتوقف إثبات الكتاب الحكمي على حضور الخصم، ولا على إثبات غيبته الغيبة المعتبرة ثم رأيت القمولي قال: وهذا غريب، والخادم قال عن الماوردي لا بد من حضور الخصم، لأن ذلك شهادة عليه، وسكت عليه الروياني، وغيره، وبه أفتى السبكي، ونقله غيره عن قضية كلام الشيخين وابن الرفعة، واعتمد أكثر متأخري فقهاء اليمن ما ذكر عن ابن الصلاح قيل: وعليه عمل الأشياخ، والقضاة، لأن القاضي المنهى إليه منفذ لما قامت به الحجة عند الأول غير مبتدئ للحكم، وقد قطع الروياني بأن التنفيذ لا يشترط فيه حضور الخصم، والدعوى عليه. ا هـ. ويرد بأن التنفيذ إنما يكون في الأحكام التامة التي فرغ منها، وأما الحكم هنا فلا يقال له: تنفيذ، لأن الأول إن لم يحكم فواضح، وإن حكم، ولم يكن بمحله مال للمحكوم عليه فحكمه لم يتم فنزل منزلة عدم الحكم، وعلى كل فليس هنا محض تنفيذ فاشترط حضور الخصم، وإن كان هناك حكم احتياطا (يشهدان عليه إن أنكر) بما فيه (فإن قال: لست المسمى

في الكتاب صدق بيمينه) على ذلك، لأن الأصل براءته (وعلى المدعي بينة)، ويكفي فيها العدالة الظاهرة كما أخذه الزركشي من كلام الرافعي (بأن هذا المكتوب اسمه، ونسبه) <ص: 176> نعم إن كان معروفا بهما حكم عليه، ولم يلتفت لإنكاره (فإن أقامها بذلك فقال: لست المحكوم عليه لزمه الحكم إن لم يكن هناك مشارك له في الاسم، والصفات)، أو كان، ولم يعاصره، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه (، وإن كان) هناك من يشاركه يعلم القاضي، أو بينة، وقد عاصره قال جمع متقدمون: وأمكنت معاملته أي: أو معاملة مورثه، أو إتلافه لماله، ومات بعد الحكم، أو قبله، وقع الإشكال فيرسل للكاتب بما يأتي، وإن لم يمت (أحضر فإن اعترف بالحق طولب، وترك الأول) إن صدق المدعي المقر، وإلا فهو مقر لمنكر، ويبقى طلبه على الأول (وإلا أي: وإن أنكر) (بعث) المكتوب إليه (إلى الكاتب) بما وقع من الإشكال (ليطلب من الشهود زيادة صفة تميزه، ويكتبها)، وينهيها لقاضي بلد الغائب (ثانيا) فإن لم يجد مزيدا وقف الأمر حتى ينكشف الحال، وبحث البلقيني أنه لا بد من حكم ثان بما كتب به من غير دعوى، ولا حلف، وفيه، وقفة، لأن هذا من تنمة الحكم الأول فلا حاجة لاستئناف حكم آخر.

(ولو حضر قاضي بلد الغائب) سواء المكتوب إليه، وغيره (ببلد الحاكم)، ولو أمين الشرطة لكن بشرط أن ينحصر الخلاص في الإنهاء إليه نظير ما يأتي في الشهادة عنده (فشافه بحكمه ففي إمضائه) أي: تنفيذه (إذا عاد إلى) محل (ولايته خلاف القضاء بعلمه)، والأصح جوازه، لأنه قادر على الإنشاء، وخرج به ما لو شافه بسماع البينة دون الحكم فإنه لا يقضي بها إذا رجع إلى محل ولايته قطعاً، لأنه مجرد إخبار كالشهادة <ص: 177> وبحث تقيده بما يأتي عن المطلب (ولو ناداه) كاثنين (في طرفي ولايتهما)، وقال له: إني حكمت بكذا (أمضاه) أي: نفذه، وكذا إذا كان في بلد قاضيان، ولو نائباً، ومنيبه، وشافه أحدهما الآخر بحكمه فيمضيه، وإن لم يحضر الخصم (فإن اقتصر) القاضي الكاتب (على سماع بينة كتب سمعت بينة على فلان)، ويصفه بما يميزه ليحكم عليه المكتوب إليه (ويسميها) وجوبا، ويرفع في نسبها (إن لم يعدلها) ليبحث المكتوب له

عن عدالتها، وغيرها حتى يحكم بها، وبحث الأذرعى تعين تعديلها إذا علم أنه ليس له في بلد المكتوب له من يعرفها (وإلا) بأن عدلها (فالأصح جواز ترك التسمية)، ولو في غير مشهوري العدالة كما اقتضاه إطلاقهم لكن خصه الماوردي بمشهوريتها، وذلك اكتفاء بتعديل الكاتب لها كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود نعم إن كانت شاهداً، ويمينا، أو يمينا مردودة، وجب بيانها، لأن الإنهاء قد يصل لمن لا يرى قبولها، والحكم بالعلم قال بعضهم: الأصح أن له نقله، وإن لم يبينه، وفيه نظر لاختلاف العلماء فيه كالذي قبله، ولو ثبت الحق بالإقرار لزمه بيانه، ولا يجزم بأنه عليه لقبول الإقرار للسقوط بدعوى أنه على رسم القبالة فيطلب يمين خصمه فيردها فيحلف فيبطل الإقرار (والكتاب)، والإنهاء بلا كتاب (بالحكم) من الحاكم لا المحكم (يمضي مع قرب المسافة)، وبعدها، لأن الحكم تم فلم يبق بعده إلا الاستيفاء (وبسماع البينة لا يقبل على الصحيح إلا في مسافة قبول شهادة على شهادة) فيقبل من الحاكم لا المحكم أيضاً، وهي فوق مسافة العدوى الآتية لسهولة إحضار الحجة مع القرب، ومنه أخذ في المطلب أنه لو تعسر إحضارها مع القرب بنحو مرض قبل الإنهاء، والعبارة في المسافة بما بين القاضيين لا بما بين القاضي المنهي، والغريم

(فرع) قال القاضي وأقروه لو حضر الغريم، وامتنع من بيع ماله الغائب لوفاء دينه به عند الطلب ساغ للقاضي بيعه لقضاء الدين، وإن لم يكن المال بمحل ولايته، وكذا إن غاب بمحل ولايته كما ذكره التاج السبكي والغزي قالاً بخلاف ما لو كان بغير محل ولايته، لأنه لا يمكن نيابته عنه في، وفاء الدين <ص: 178> حينئذ بخلافه في الصورتين الأولتين، ونوزعاً بتصريح الغزالي كإمامه، واقتضاه كلام الرافعي، وغيره بأنه لا فرق في العقار المقضي به بين كونه بمحل ولاية القاضي الكاتب، وغيرها قال الإمام فإن قيل: كيف يقضي ببقعة ليست في محل ولايته قلنا: هذا غفلة عن حقيقة القضاء على الغائب فكما أنه يقضى على من ليس بمحل ولايته ففيما ليس فيه كذلك، وعن هذا قال العلماء بحقائق القضاء قاض في قرية ينفذ قضاؤه في دائرة الآفاق، ويقضى على أهل الدنيا ثم إذا ساغ القضاء على غائب فالقضاء بالدار الغائبة قضاء على غائب، والدار

مقضى بها. ا هـ. قال غيره، وبيع الغائبة عن الغائب عن محل ولايته قضاء عليه بقضاء دينه بلا شك، بل ذلك أولى بالقضاء على غائب عن محل ولايته بعين في غير محل ولايته، ويلزم السبكي والغزي، ومن تبعهما أن يمنعوا ذلك، ولا أظنهم يسمحون به، وتقييد الرافعي بالحاضر في قوله: إذا ثبت على الغائب دين، وله مال حاضر، وفاه الحاكم منه إنما هو للغالب لندرة القدرة على تيسر القضاء من المال الغائب عن محل ولايته. ا هـ، وعلى هذا يحمل قوله: أيضا قد يكون للغائب مال حاضر يمكن التوفية منه، وقد لا فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم إلى قاضي بلد الغائب. ا هـ. فقوله: فيسأل إنما هو لكون هذا الإنهاء أسرع في خلاص الحق، وأقوى عليه من حكم القاضي به مع كونه بغير عمله، وقد قال القمولي في المفلس كابت عبد السلام باع الحاكم ماله، وصرفه في دينه سواء أكان ماله في محل ولاية هذا الحاكم، أو في ولاية غيره، ونقله الأزرق عن فتاوى القاضي فثبت أن هذا هو المنقول المعتمد، ولك أن تقول: لا شاهد في هذا، لأن الغريم فيه في محل ولايته، ولا كلام حينئذ في بيع ماله، وإن كان خارجها، وإنما محل الكلام إذا كان كل من المال، والخصم في غير محل ولايته، ولا شاهد أيضا في كلام الغزالي، وما بعده، لأنه ليس فيه تصريح بغيبتهما معا عن محل ولايته فليحمل على أن الإنهاء يخالف غيره، أو على ما إذا كان الخصم الغائب بمحل ولايته، والأولوية، وحمل كلام الرافعي المذكوران ممنوعان إذ لا دليل يصرح بذلك، وقد اعتمد بعضهم كلام السبكي والغزي فارقا بين إنهاء القاضي إلى قاضي بلد المال فيجوز مطلقا، وبين بيعه للمال فلا يجوز إلا إن كان أحدهما في محل عمله فقال ما حاصله قال ابن قاضي شهبة، وإنما يمتنع البيع إذا غاب هو وماله عن محل ولايته أي: فينتهي إلى حاكم بلد هو فيها، أو ماله كما ذكره الأئمة، ولا يجوز أن يبيع إذا خرجا عنها، وقول بعضهم يجوز سهو، لأنه إذا لم يجر له إحضاره للدعوى عليه، وإن قرب فكيف يبيع ماله قهرا عليه. ا هـ. وما علل به السهو هو السهو إذ لا ملازمة بين الإحضار، والبيع، وخالف شيخنا في فتاويه ذلك فمنع بيع ما ليس بمحل ولايته مطلقا قال كمن زوج امرأة ليست بمحل ولايته <ص: 179> بمن هو فيها. ا هـ. ولا شاهد فيما ذكره، لأن

العبرة في التصرف في المال بقاضي بلد مالكة لا بقاضي بلد المال، لأنه تابع لا مستقل بخلاف الزوجة فإنها مستقلة فاعتبرت بلدها لا غير.

(فصل في غيبة المحكوم به عن مجلس القاضي)
سواء أكان بمحل ولايته أم لا، ولهذا أدخله في الترجمة لمناسبته لها، ولا فرق فيما يأتي بين حضور المدعى عليه، وغيبته (ادعى عينا غائبة عن البلد)، ولو في غير محل ولايته على ما مر (يؤمن اشتباها كعقار، وعيد، وفرس معروفات)، ولو للقاضي، وحده إن حكم بعلمه، أو بالشهرة، أو بتحديد الأول (سمع) القاضي (بينته) التي ليست ذاهبة لبلد العين كما مر (وحكم بها) على حاضر، وغائب (وكتب إلى قاضي بلد المال ليسلمه للمدعي) كما يسمع البينة، ويحكم على الغائب فيما مر قال جمع: صوابه معروفين، لأن القاعدة عند اجتماع العاقل مع غيره تغليب العاقل. هـ. وتعبيرهم بالصواب غير صواب، بل ذلك قد يحسن كما أنه قد يحسن تغليب غير العاقل لكثرتهم كما في {سبح لله ما في السموات، وما في الأرض}، وزعم البلقيني أن الصواب قول أصله وغيره معروفين نعتا لغير العقار اكتفاء فيه بقوله: (ويعتمد في) معرفة (العقار، وحدوده)، ويرد بأن المعرفة فيه لا تتقيد بحدوده، بل قد يعرف بالشهرة التامة فلا يحتاج لذكر حد، ولا غيره، وهذا استفيد من كلامه الأول، وقد لا فيحتاج لذكر حدوده الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على أقل منها، وقول الروضة، وأصلها ككثيرين يكفي ثلاثة محله إن تميز بها، بل قال ابن الرفعة إن تميز بحد كفى <ص: 180> ويشترط أيضا ذكر بلده، وسكنه، ومحله منها لا قيمته لحصول التمييز بدونها (أو لا يؤمن) اشتباها كغير المعروف من نحو العبيد، والدواب (فالأظهر سماع) الدعوي بها اعتمادا على الأوصاف أيضا لإقامة (البينة) عليها، لأن الصفة تميزها، والحاجة داعية إلى إقامة الحجة عليها كالعقار (ويبالغ) وجوبا (المدعي في الوصف) للمثلي بما يمكن الاستقصاء به ليحصل التمييز به الحاصل غالبا بذلك، واشترطت المبالغة هنا دون السلم، لأنها ثم تؤدي لعزة الوجود المنافية للعقد (ويذكر القيمة) في المتقوم وجوبا أيضا إذ لا يصير معلوما إلا بها أما ذكر قيمة المثلي، والمبالغة في وصف المتقوم فمندوبان كما جريا عليه هنا، وقولهما في الدعاوى يجب وصف العين

بصفة السلم دون قيمتها مثلية كانت، أو متقومة محمول على عين حاضرة بالبلد يمكن إحضارها مجلس الحكم. وقد أشاروا لذلك بتعبيرهم هنا بالمبالغة في الوصف، و ثم بوصف السلم فمن عبر في البابين بصفات السلم فقد، وهم (و) الأظهر (أنه لا يحكم بها) أي: بما قامت البينة عليه، لأن الحكم مع خطر الاشتباه، والجهالة بعيد، والحاجة تندفع بسماع البينة بها اعتمادا على صفاتها، والكتابة بها كما قال: (بل يكتب إلى قاضي بلد المال بما شهدت به) البينة فإن أظهر الخصم هناك عينا أخرى مشاركة لها بيده، أو يد غيره أشكل الحال نظير ما مر في المحكوم عليه، وإن لم يأت بدافع عمل القاضي المكتوب إليه بالصفة التي تضمنها الكتاب، وحينئذ (فيأخذه) ممن هو عنده (ويبعثه إلى) القاضي (الكاتب ليشهدوا على عينه) ليحصل اليقين (و) لكن (الأظهر أنه) لا (يسلمه للمدعي) إلا (بكفيل) <ص: 181> ويظهر وجوب كونه ثقة مليا قادرا ليطيق السفر لإحضاره، وليصدق في طلبه (ببدنه) احتياطا للمدعى عليه حتى إذا لم يعينه الشهود طولب برده نعم الأمة التي تحرم خلوته بها لا ترسل معه، بل مع أمين معه في الرفقة، وظاهره أنه لا يحتاج هنا إلى نحو محرم، أو امرأة ثقة تمنع الخلوة، ولو قيل: به لم يبعد إلا أن يجاب بأن اعتبار ذلك يشق فسومح فيه مسارعة لفصل الخصومة، وفيه ما فيه، ويسن أن يختم على العين، وأن يعلق قلادة بعنق الحيوان بختم لازم لئلا يبدل بغيره (فإن) ذهب به إلى القاضي الكاتب و (شهدوا) عنده (بعينه كتب ببراءة الكفيل) بعد تتميم الحكم، وتسليم العين للمدعي، ولم يحتج لإرسال ثان (، وإلا) يشهدوا بعينه (فعلى المدعي مؤنة الرد) كالذهاب لظهور تعديه، وعليه مع ذلك أجره تلك المدة إن كانت له منفعة، لأنه عطلها على صاحبها بغير حق

(أو) ادعى عينا غير معروفة للقاضي، ولا مشهورة للناس (غائبة عن المجلس لا البلد). قال الأذرعي أو قريبة من البلد، وسهل إحضارها، وسبقه إليه في المطلب فقال: الغائبة عن البلد بمسافة العدو أي: وهي في محل ولاية القاضي كالتالي في البلد لاشتراكهما في وجوب الإحضار (أمر بإحضار ما يمكن) أي: يتيسر من غير كبير مشقة لا تحتمل عادة كما هو ظاهر (إحضاره) ليدعى و (ليشهدوا بعينه) لتوصله به لحقه فوجب كما يجب على الخصم

الحضور عند الطلب (ولا تسمع) حينئذ (شهادة بصفة) كما في الخصم <ص: 182> الغائب عن المجلس في البلد، ونحوه لعدم الحاجة إلى ذلك بخلافه في الغائب عن ذلك إما مشهور، أو معروف للقاضي، وأراد الحكم فيه بعلمه فيحكم به من غير إحضاره بخلاف ما إذا لم يحكم بعلمه لا بد من إحضاره لما تقرر أن الشهادة لا تسمع بصفة، وأما ما لا يسهل إحضاره كالعقار فإن اشتهر، أو عرفه القاضي، وحكم بعلمه، أو، وصف، وحدد فتسمع البينة، ويحكم به فإن قالت البينة: إنما نعرف عينه فقط تعين حضور القاضي، أو نائبه لتقع الشهادة على عينه فإن كان هو المحدود في المدعى حكم، وإلا فلا <ص: 183> وأما ثقل، ومثبت، وما يورث قلعه ضررا أي: له، وقع عرفا فيما يظهر فيأتيه القاضي، أو نائبه للدعوى على عينه بعد وصف ما يمكن وصفه، وقد تسمع البينة بالوصف بأن شهدت بإقرار المدعى عليه باستيلائه على عين صفتها كذا، ومؤنة الإحضار على المدعى عليه إن ثبت للمدعي، وإلا فهي، ومؤنة الرد على المدعي كما يأتي، وعلم مما تقرر قبول الشهادة على العين، وإن غابت عن الشهود بعد التحمل، وزعم بعض معاصري أبي زرعة اشتراط ملازمتها لها من التحمل إلى الأداء أطال أبو زرعة في رده بما حاصله أنه لم ير أحدا ذكر ذلك فيطالب بنقله، أو الأصل الذي خرج عليه إن تأهل للتخريج، وهل يقول بذلك في كل مثلي، أو ومتقوم، ثم قال: والذي لا أشك فيه أن الشاهد إن كان من أهل الدين، واليقظة التامة قبلت شهادته بها، وتشخيصه لها، ولا يقال له: من أين علمتها، لأنه قد يحصل له بعينها مميز لها عن مشاركتها في وصفها من قرائن، وممارسة بها، وإن لم يكن كذلك فينبغي للقاضي أن يسأله فإن ذكر أنه لازمها من تحمله إلى أدائه قبل، وإن قال: غابت عني لكنها لم تشتبه علي فينبغي للقاضي امتحانه بخلطها بمشابهها من جنسها فإن ميزها حينئذ علم صدقه، وضبطه قال: وهذا كما يفرق القاضي الشهود للريبة فإن لم ير منهم موجب الرد أمضى الحكم، ولو مع بقاء الريبة، والشاهد أمين، والقاضي أسيره فإذا ادعى معرفة ما شهد به فهو مؤتمن عليه فإن اتهمه حرر الأمر كما ذكرنا من التفريق، وخلط المشهود به، أو عليه، أو له مع مشابيه ليتحرر له ضبط الشاهد. ا هـ. وقوله:

ينبغي الأول، والثاني يحتمل الوجوب، والندب، والذي يظهر أنه يأتي هنا ما يأتي قبيل الحسبة، وفي المنتقبة من التفصيل المفيد للوجوب تارة، وللندب أخرى (وإذا، وجب إحضار فقال:) عندي عين بهذه الصفة لكنها غائبة غرم قيمتها للحيلولة، أو (ليس بيدي عين بهذه الصفة صدق بيمينه) على حسب جوابه، لأن الأصل معه (، ثم) بعد حلف المدعى عليه (للمدعي دعوى القيمة) في المتقوم، والمثل في المثلي لاحتمال أنها هلكت (فإن نكل) المدعى عليه عن اليمين (فحلف المدعي، أو أقام بينة) بأن العين الموصوفة كانت بيده، وإن قالت: لا نعلم أنها ملك المدعي (كلف الإحضار) ليشهد الشهود على عينه كما مر (وحبس عليه) لامتناعه من حق لزمه ما لم يبين عذرا له فيه (ولا يطلق إلا بإحضار) للموصوف (أو دعوى تلف) له مع الحلف عليه <ص: 184> وحينئذ فيأخذ منه القيمة، أو المثل، ويقبل دعواه التلف، وإن ناقض قوله الأول للضرورة نعم بحث الأذرعى أنه لو أضاف التلف إلى جهة ظاهرة طولب بينة بها، ثم يحلف على التلف بها كالوديع (ولو شك المدعي هل تلفت العين فيدعي قيمة أم) الأفصح، أو (لا فيدعيها فقال: غصب مني كذا فإن بقي لزمه رده، وإلا فقيمه) في المتقوم، ومثله في المثلي (سمعت دعواه)، وإن كانت مترددة للحاجة، ثم إن أقر بشيء فذاك، وإلا حلف أنه لا يلزمه رد العين، ولا بدلها، وإن نكل حلف المدعي كما ادعى على الأوجه (وقيل:) لا تسمع دعواه للتردد (بل يدعيها) أي: العين (ويحلفه) عليها (ثم يدعي القيمة) إن تقوم، وإلا فالمثل (ويجريان) أي: الوجهان (فيمن دفع ثوبه لدلال لبيعه فجدده، وشك هل باعه فيطلب الثمن أم أتلفه ف) يطلب (قيمه أم هو باق فيطلبه) فعلى الأول الأصح تسمع دعواه مترددة بين هذه الثلاثة فيدعي أن عليه رده، أو ثمنه إن باعه، وأخذه، أو قيمته إن أتلفه، ويحلف الخصم يمينا واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب، ولا ثمنه، ولا قيمته فإن رد حلف المدعي كما ادعى ثم يكلف المدعى عليه البيان، ويحلف إن ادعى التلف فإن رد حلف المدعي أنه لا يعلم التلف، ثم يحبس له (وحيث أوجبنا الإحضار فثبتت للمدعي استقرت مؤنته على المدعى عليه)، لأنه المحجوج إلى ذلك (وإلا) تثبت له (فهي) أي: مؤنة الإحضار (ومؤنة الرد) للعين إلى محلها (على المدعي)، لأنه

المحوج للغرم، وعليه أيضا أجرة مثل منافع تلك المدة إن كانت غائبة عن البلد لا المجلس فقط <ص: 185> ونفقتها إلى أن تثبت في بيت المال، ثم باقتراض، ثم على المدعي

(فرع) غاب إنسان من غير وكيل، وله مال فأنهى إلى الحاكم أنه إن لم يبعه اختل معظمه لزمه يبعه إن تعين طريقا لسلامته، وقد صرح الأصحاب بأنه إنما يتسلط على أموال الغائبين إذا أشرفت على الضياع، أو مست الحاجة إليها في استيفاء حقوق تثبت على الغائب قالوا: ثم في الضياع تفصيل فإن امتدت الغيبة، وعسرت المراجعة قبل وقوع الضياع ساع التصرف، وليس من الضياع اختلال لا يؤدي لتلف المعظم، ولم يكن سار بالامتناع بيع مال الغائب لمجرد المصلحة، والاختلال المؤدي لتلف المعظم ضياع نعم الحيوان يباع بمجرد تطرق اختلال إليه لحرمة الروح، ولأنه يباع على مالكة بحضرته إذا لم ينفقه، ومتى أمكن تدارك الضياع بالإجارة اكتفى بها، ويقتصر على أقل زمن يحتاج إليه، ولو نهي عن التصرف في ماله امتنع إلا في الحيوان. اهـ. ملخصا، وفي فتاوى القفال للقاضي بيع مال الغائب بنفسه، أو قيمه إذا احتاج إلى نفقة، وكذا إذا خاف فوته، أو كان الصلاح في بيعه، ولا يأخذ له بالشفعة، وإذا قدم لم ينقض بيع الحاكم، ولا إيجاره، وإذا أخبر بغصب ماله، ولو قبل غيبته، أو بجحد مدينه، وخشي فلسه فله نصب من يدعيه، ولا يسترد، وديعته، وأفتى الأذرعي فيمن طال غيبته، وله دين خشي تلفه بأن الحاكم ينصب من يستوفيه، وينفق على من عليه مؤنته، وقد تناقض كلام الشيخين فيما للغائب من دين، وعين فظاهره في موضع منع الحاكم من قبضهما، وفي آخر جوازه فيهما، وفي آخر جوازه في العين فقط، وهو، أوجه، لأن بقاء الدين في الذمة أحرز منه في يد الحاكم بخلاف العين قال الفارقي: والكلام في مدين ثقة مليء، وإلا وجب أخذه منه قطعاً، وبه يتأيد ما ذكر عن القفال والأذرعي، والذي يتجه أن ما غلب على الظن فواته على مالكة لفلس، أو جحد، أو فسق يجب أخذه عينا كان، أو ديناً، وكذا لو طلب من العين عنده قبضها منه لسفر، أو نحوه، وما لا يجوز في العين لا يجوز في الدين، والكلام في قاض أمين كما علم مما مر في الوديعة قال الزركشي وقد أطلق الأصحاب أنه

يلزم الحاكم قبض دين حاضر ممتنع من قبوله بلا عذر، وقياسه في الغائب مثله، ولو مات الغائب، وورثه محجور، وليه القاضي لزمه قبض، وطلب جميع ماله من <ص: 186> عين، ودين، والله أعلم

(فصل الغائب الذي تسمع) الدعوى و (البينة) عليه (ويحكم عليه من بمسافة بعيدة)، لأن القريب يسهل إحضاره، وقضية المتن أنه لو حكم على غائب فبان كونه حينئذ بمسافة قريبة بان فساد الحكم، وهو كذلك، وزعم أن المتبادر من كلامهم الصحة ممنوع، ويجري ذلك في صبي، أو مجنون، أو سفيه بأن كماله، ولو قدم الغائب، وقال: ولو بلا بينة كنت بعت، أو أعتقت قبل بيع الحاكم بان بطلان تصرف الحاكم كما مر، ولو بان المدعى موته حيا بعد بيع الحاكم ماله في دينه قال أبو شيكل بان بطلانه إن كان الدين مؤجلا لتبين بقائه لا حالا، لأن الدين يلزمه، وفاؤه حالا. اهـ. وإنما يتم له ذلك في الحال إن بان معسرا لا يملك غير المبيع إذ لو رفع للقاضي باع ماله حينئذ بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فينبغي بيان بطلان البيع، لأنه لا يلزمه الوفاء من هذا المبيع بعينه، ولو بان أن لا دين بان أن لا بيع كما هو، واضح (وهي) أي: البعيدة (التي لا يرجع منها) متعلق بقوله: (مبكر) أي: خارج عقب طلوع الفجر أخذا مما مر في الجمعة أن التبكير فيها يدخل وقته من الفجر، ويحتمل الفرق، وأن المراد المبكر عرفا، وهو من يخرج قبيل طلوع الشمس (إلى موضعه ليلا) أي: أوائله، وهي ما ينتهي إليه سفر الناس غالبا قاله البلقيني، وذلك، لأن في إيجاب الحضور منها مشقة بمفارقة الأهل، والوطن ليلا، ويتعلق منها بمبكر المتعين لتوقف صحة المراد عليه مع جعل إلى موضعه من إظهار المضمرة أي: لا يرجع مبكر منها لبلد الحاكم إليها أول الليل، بل بعده اندفع قول البلقيني تعبيره غير مستقيم، لأن منها يعود للبعيدة، وهي ليست التي لا يرجع منها، بل التي لا يصل إليها ليلا من يخرج بكرة من موضعه إلى بلد الحاكم فلو قال: التي لو خرج منها بكرة لبلد الحاكم لا يرجع إليها ليلا لو عاد في يومه بعد فراغ <ص: 187> المحاكمة لوفى بالمقصود. اهـ. وظاهر أن العبرة في ذلك باليوم المعتدل، ويظهر أن المراد زمن المحاكمة المعتدلة من دعوى، وجواب، وإقامة بينة حاضرة، أو حلف، وتعديلها، وأن العبرة بسير الأثقال،

لأنه المنضبط المعول عليه في نحو مسافة القصر، وأنه لو كان لمحل طريقان، وهو بأحدهما على المسافة، وبالأخر على دونها فإن كانت القصيرة، وعرة جدا لم تعتبر، وإلا اعتبرت، وقدمت في صلاة المسافر في شرح قوله: ولو كان لمقصده طريقان ما له تعلق بذلك فراجعه (وقيل: هي (مسافة القصر)، لأن الشرع اعتبرها في مواضع، ويرد بوضوح الفرق هذا كله حيث كان في محل ولاية القاضي، وإلا سمع الدعوى عليه، والبينة، وحكم، وكاتب، وإن قربت قاله الماوردي، وغيره، وقضيته أنه لو تعددت النواب، أو المستقلون في بلد، وحد لكل واحد حد فطلب من قاض منهم الحكم على من ليس في حده قبل حضوره حكم، وكاتب، لأنه غائب بالنسبة إليه، وفيه نظر ظاهر لا سيما إن لم تفحش سعة البلد، والظاهر أن هذا غير مراد للماوردي، وغيره

(ومن ب) مسافة (قريبة)، ولو بعد الدعوى عليه في حضوره، وهو ممن يتأتى حضوره (كحاضر فلا تسمع) دعوى، ولا (بينة) عليه (ولا يحكم بغير حضوره)، بل يحضره وجوبا لسهولة إحضاره لئلا يشتبه على الشهود، أو ليدفع إن شاء، أو يقر فيغني عن البينة، والنظر فيها، أو لتمتع الشهود إن كانوا كذبة حياء، أو خوفا منه، ومحل ما ذكر في منع سماع البينة إذا تيسر إحضار المدعى عليه، ولم يضطر الشهود إلى السفر فورا، وإلا فينبغي حينئذ جواز سماعها في غيبته للضرورة، وإن أمكن أن يشهد على شهادتها أخذًا من قولهم إذا قام بالشاهد عذر منعه من الأداء جاز للقاضي أن يرسل من يشهد على شهادته، أو من يسمعها أي: أو يسمعها هو كما فهم بالأولى فإذا جاز له سماعها هنا مع تيسر الشهادة على شهادته فكذا في مسألتنا، بل قضية قولهم، أو يرسل من يسمعها أنه لا يحتاج لحضور الخصم حينئذ فيتأيد به ما ذكرته، وإذا سمعت في غيبته، وجب أن يخبر بأسمائهم ليتمكن من القدح (إلا لتواريه)، ولو بالذهاب لنحو السلطان زعما منه أنه يخاف جور الحاكم عليه كما هو ظاهر، لأن الخصم لو مكن من ذلك تعذر القضاء فوجب أن لا يلتفت لهذا العذر منه، وإن اشتهر جور قاضي الضرورة، وفسقه، أو حبسه بمحل لا يمكن الوصول إليه، أو هربه من مجلس الحكم (أو تعززه) أي: تغلبه، وقد ثبت ذلك عند القاضي فتسمع البينة >ص:

188 > ويحكم بغير حضوره من غير يمين للاستظهار على المنقول المعتمد تغليظا عليه، وإلا لامتنع الناس كلهم فإن لم يكن للمدعي بينة جعل الآخر في حكم الناكل فيحلف المدعي يمين الرد خلافا للماوردي ومن تبعه، ثم يحكم له لكن لا بد من تقديم النداء بأنه إن لم يحضر جعل ناكلا قاله الماوردي والرويانى (، والأظهر جواز القضاء على غائب في قصاص، وخذ قذف)، لأنه حق آدمي كالمال (ومنع في حد)، أو تعزير (لله تعالى) لبنائهما على المسامحة، والمدراء ما أمكن، وما فيه الحقان كالسرقة يقضى فيه بالمال لا القطع.

(ولو سمع بينة على غائب فقدم)، ولو (قبل الحكم لم يستعدها) أي: لم يلزمه لوقوع سماعها صحيحا لكنه على حجة من إبداء قاذح، أو دافع (بل يخبره) بالحال فيتوقف حكمه على إخباره كما في المطلب، وقول البلقيني اعتراضا عليه الإعذار غير شرط عندنا لصحة الحكم رده تلميذه أبو زرعة بأنه في غير هذه لحضوره الدعوى والبينة فهو متمكن من الدفع، وأما هنا فلم يعلم فاشتراط إعلامه (ويمكنه من الجرح)، أو نحوه كإثبات نحو عداوة، ولو بعد الحكم أخذنا من قولهم يقبل الجرح بعده، ويمهل ثلاثة أيام، ولا بد أن يؤرخ الجرح بيوم الشهادة، أو قبلها، وقبل مضي مدة الاستبراء وقد استتورد بذكر مسائل لها نوع تعلق بالباب فقال: (ولو عزل)، أو انعزل (بعد سماع بينة ثم، ولي)، ولم يكن حكم بقبولها كما بحثه البلقيني (وجبت الاستعادة)، ولا يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالانعزال بخلاف ما لو خرج عن محل ولايته، ثم عاد لبقاء ولايته، وبخلاف ما لو حكم بقبولها فإن له الحكم بالسماع الأول، ولا أثر لإشعاره على نفسه بالسماع، لأن الأرجح أنه غير حكم

(وإذا استعدى) بالبناء للمفعول (على حاضر بالبلد)، ولو يهوديا <ص: 189> يوم سبته أهل لسماع الدعوى، وجوابها أي: طلب منه إحضاره، ولم يعلم كذبه، ولا كان أجير عين، ولا نحو معاهد، ولا أراد التوكيل (أحضره) وجوبا، وإن أجالته العادة ما ادعاه عليه كوزير ادعى عليه وضع أنه استأجره سائسا، أو نازح قذر، وإن اختار جمع خلافه، ومما يرد عليهم ما يأتي من تمكنه من التوكيل أما إذا علم كذبه فلا يحضره كما ذكره الماوردي، وغيره، وكذا أجير عين،

وحضوره يعطل حق المستأجر فلا يحضره حتى تنقضي مدة الإجارة ذكره السبكي، وغيره، ويظهر ضبط التعطيل المضر بأن يمضي زمن يقابل بأجرة، وإن قلت، وكذا من الحكم بينهما غير لازم له كمعاهد على مثله، وكذا من، وكل فيقبل وكيله إن كان من ذوي الهيئات ذكرهما البلقيني، والذي يتجه قبول وكيله، ولو من غير ذوي الهيئات، ثم رأيت شارحا اعترضه بتجويز ابن أبي الدم التوكيل مطلقا، ويلزمه إذا لزم مخدرة يمين أن يرسل إليها من يحلفها كما يأتي، وقول الجواهر عن الصيمري بسن ذلك مردود (بدفع ختم طين رطب، أو غيره) مكتوب فيه أجب القاضي فلانا، وكان ذلك معتادا فهجر، واعتيد الكتابة في المورق قيل: وهو أولى (أو بمرتب لذلك)، وهو العون المسمى الآن بالرسول، ولم يرتض الشيخ أبو حامد التخيير فقال: يرسل الختم أولا فإن امتنع فالعون، وأقراه قال البلقيني، وفيه مصلحة، لأن الطالب قد يتضرر بأخذ أجرته منه. ا هـ. ومعناه أن الترتيب الذي جريا عليه في الروضة، وأصلها فيه مصلحة للطالب، لأن القاضي إذا عمل به لا يزن الطالب أجره من أول وهلة بخلاف ما إذا تخير فإنه قد يرسل إليه العون، أو لا فيأخذ أجرته من الطالب مع احتمال أنه لو أرسل له الختم أولا جاء، وتوفرت على الطالب الأجرة حينئذ، وإنما يتجه هذا للبلقيني إن كان يقول بأن أجرة العون على الطالب أرسل القاضي العون، أولا، أو بعد الامتناع من الحضور بالختم، وحينئذ فالظاهر من كلام البلقيني هذا أنه يقول بأن الأجرة على الطالب سواء أقلنا بالتخيير، واختار القاضي العون، أو لا أم بالترتيب، ولم يعمل به القاضي بأن أرسله، أولا <ص: 190> وفيه ما فيه، وبالأولى إذا عمل به بأن لم يحضره إلا بعد الامتناع من الختم، ويؤيد هذا الإطلاق إطلاقهم أن أجرة الملازم على الطالب، وهو المدعي بخلاف أجرة الحبس، واعتمد أبو زرعة ما أطلقه شيخه أولا فقال: الأجرة على الطالب مطلقا، وإن امتنع من الحضور معه إلا برسول، لأنه لا يلزمه الحضور لمجلس الشرع إلا بطلب أي: من القاضي، وقد لا يوافق الطالب على أن له عليه حقا، ويراه مبطلا. ا هـ. ويؤخذ منه تقييد إطلاق شيخه بما إذا لم يكن طلب من القاضي، وإلا لزم المطلب لتعديه بامتناعه بعد طلب القاضي له، ومن ثم جاز للقاضي، أو لزمه إرسال عون

الحاكم، وعزره إن رآه دون ما أطلقه ثانيا فجعل أجره الملازم بإذن الحاكم على المدين قال: لتقصيره بتأخير الوفاء مع القدرة، ولا يلزم الدائن ملازمته بنفسه. ا هـ. وتأمل كلامه يعلم أن الأجرتين أجره العون، وأجره الملازم حكمهما واحد، وهو أنه إن كان الامتناع بعد طلب الحاكم لزم المطلب، وإلا فالطالب، وقضية قوله: مع القدرة أنه لا بد من ثبوت يساره، والذي يتجه التعبير بمع عدم ثبوت إعساره، والكلام في عون من ليس له رزق من بيت المال، وإلا فلا شيء له على واحد منهما

(تنبيه) ما ذكره أبو زرعة من أنه لا يلزمه حضور مجلس القاضي إلا بطلبه دون طلب الخصم هو الذي صرح به الإمام كالمراوزة قالوا: لأن الواجب إنما هو أداء الحق إن صدق، وقال العراقيون: بل يجب، ولو بطلب الخصم، وجمع ابن أبي الدم بحمل الأول على ما إذا قال: لي عليك كذا فاحضر معي، والثاني على ما إذا قال بيني، وبينك خصومة فاحضر معي، وله، وجه، ومر أنه متى، وكل لم يلزمه الحضور بنفسه (فإن امتنع) من الحضور بنفسه، أو وكيله من محل تلزمه الإجابة منه <ص: 191> (بلا عذر) من أعمار الجمعة، وثبت ذلك عنده، ولو بقول عون ثقة كما قاله الماوردي، وغيره (أحضره بأعوان السلطان)، وأجرتهم عليه حينئذ (وعزره) إن رأى ذلك لتعديه، ولو استخفى نوذي متكررا بباب داره إن لم يحضر إلى ثلاث سمر بابه، أو ختم، وسمعت الدعوى عليه، وحكم بها فإن لم يحضر بعدها، وسأل المدعي أحدهما، وأثبت أنه يأوي داره أجابه، وواضح أن التسمير فيه نوع نقص فلا يفعله إلا في مملوك له بخلاف الختم، ثم تسمع البينة عليه، ويحكم بها كما لو هرب قبل الدعوى، أو بعدها، وبعد الحكم عليه يزال التسمير، أو الختم قال الأذرعى، ولا تسمر إذا كان يأويها غيره، ولا يخرج الغير فيما يظهر. ا هـ.، ومحلها كما هو ظاهر في ساكن بأجرة لا عارية، ولو أخبر أنه بمحل نساء أرسل إليه ممسوحا، أو مميزا، وبعد الظفر يعزره بحبس، وغيره مما يراه، والمعذور يرسل إليه من يسمع الدعوى بينه، وبين خصمه، أو يلزم بالتوكيل، وله الحكم عليه بالبينة كالغائب كما قاله البغوي، واعتمده جمع

(أو) ادعى على (غائب في غير) محل (ولايته فليس له إحضاره) إذ لا ولاية له عليه، بل يسمع الدعوى، والبينة، ثم

ينهي كما مر <ص: 192> (أو فيهما، وله هناك نائب)، ومثله متوسط يصلح بين الناس، وإن لم يصلح للقضاء (لم يحضره) للمشقة مع تيسر الفصل (بل يسمع بينته) عليه (ويكتب إليه) في المسافة السابقة لسهولة الفصل حينئذ (أو لا نائب له فالأصح) أنه (يحضره) بعد تحرير الدعوى، وصحة سماعها (من مسافة العدوى فقط، وهي التي يرجع منها مبكر) إلى محله (ليلاً) كما علم مما مر مبسوطاً فإن كان فوقها لم يحضره لكن مقتضى كلام الروضة، وأصلها إحضاره مطلقاً، وانتصر له كثيرون، ومر أن أوائل الليل كالنهار، وحينئذ فلا تنافي بين قوله: هنا ليلاً، وقوله: في الروضة قبل الليل، وسميت بذلك، لأن القاضي يعدي أي: يعين من طلب خصماً منها على إحضاره (و) الأصح (أن المخدرة لا تحضر) صرفاً للمشقة عنها كالمريض، وحينئذ فيرسل القاضي لها لتوكل، أو من يفصل بينهما <ص: 193> ويغلب عليها بحضور الجامع للتخفيف، ولا تحضر برزة من خارج البلد إلا مع نحو محرم، أو نسوة ثقات، أو امرأة احتياطاً لحق الأدمي (وهي من لا يكثر خروجها لحاجات) متكررة كمشراء قطن بأن لا تخرج أصلاً، أو تخرج نادراً لنحو عزاء، أو حمام، أو زيارة، لأنها غير مبتذلة بهذا الخروج بخلافه لنحو مسجد.

باب القسمة

أدرجت في القضاء لاحتياج القاضي إليها، ولأن القاسم كالقاضي على ما يأتي وهي تمييز بعض الأنصاء من بعض، وأصلها قبل الإجماع {وإذا حضر القسمة} الآية وقسمته صلى الله عليه وسلم للغنائم والحديث السابق أول الشفعة (قد يقسم) المشترك (الشركاء) الكاملون، أما غير الكامل فلا يقسم له وليه إلا إن كان له فيه غبطة (أو منصوبهم) أي وكيلهم (أو منصوب الإمام) أو الإمام نفسه وإن غاب أحدهم، لأنه ينوب عنه أو المحكم لحصول المقصود بكل ممن ذكر ولا يجوز لأحد الشريكين قبل القسمة أن يأخذ حصته إلا بإذن شريكه. قال القفال: أو امتناعه من المتماثل فقط بناء على الأصح الآتي أن قسمته إفرار وما قبض من المشترك مشترك نعم للحاضر أن ينفرد بأخذ نصيبه <ص: 194> من مدع ثبت له منه حصة فكانهم جعلوا غيبة شريكه عذراً في تمكنه منه

كامتناعه وأفتى جماعة منهم المصنف في دراهم جمعت لأمر وخلطت، ثم بدا لهم تركه بأن لأحدهم أخذ قدر حصته بغير رضاهم، وخالفهم التاج الفزاري قال الأذرعي: وقوله أي المصنف بغير رضاهم يشعر بامتناعهم فالجواز حينئذ هو المعتمد كما في فتاوى القفال. ١٥. ويؤيده ما مر في الغيبة إذ لا فرق بينها وبين الامتناع، ومثلها جهل الشريك لقول المجموع لو اختلطت دراهم أو دهن حرام بحلال فصل قدر الحرام فيصرفه مصرفه أي: من حفظ الإمام له إن توقعت معرفة صاحبه، وإدخاله بيت المال إن لم تتوقع ويتصرف في قدر ماله كيف شاء. قال: وكذا لو اختلطت دراهم أو حنطة جماعة أو غصبت وخلطت أي: ولم يملكها الغاصب لما مر ثم فيقسم الجميع بينهم. وقيل: يجوز الانفراد بالقسمة في المتشابهات مطلقا

(وشرط منصوبه) أي: الإمام ومثله محكمهم ما تضمنه قوله (ذكر حر عدل) تقبل شهادته، ومن لازمه التكليف والإسلام وغيرهما مما يأتي أول الشهادات من نحو سمع وبصر وضبط ونطق، لأنها ولاية وفيها إلزام كالقضاء إذ القسام مجتهد مساحة وتقديرا ثم يلزم بالإقراع (يعلم) إن نصب للقسمة مطلقا أو فيما يحتاج لمساحة وحساب (المساحة) بكسر الميم وهي علم يعرف به طرق استعلام المجهولات العددية العارضة للمقادير وهي قسم من الحساب فعطفه عليها من عطف الأعم (والحساب)، لأنها آلتها كالفقه للقضاء واشترط جمع كونه نزها قليل الطمع وخرج بمنصوبه منصوبهم فيشترط تكليفه فقط، لأنه وكيل ويجوز كونه قنا وفاسقا أو امرأة نعم إن كان فيهم محجورا عليه اشترط ما مر <ص: 195> (فإن كان فيها تقويم واجب) حيث لم يجعل حاكما في التقويم (قاسمان) أي: مقومان يقسمان بأنفسهما، لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين فاشترط التعدد إنما هو لأجل التقويم لا القسمة (وإلا) يكن فيها تقويم (فقسام) واحد يكفي وإن كان فيها خرص، لأنه حاكم، لأن قسمته تلزم بنفس قوله ولا يحتاج وإن تعدد للفظ الشهادة، لأنها تستند إلى عمل محسوس (وفي قول) يشترط (اثان) بناء على الضعيف أنه شاهد لا حاكم وانتصر له البلقيني هذا في منصوب الإمام، أما منصوبهم فيكفي اتحاده قطعاً وفارق الخرص القسمة بأنه يعتمد الاجتهاد وهي تعتمد الإخبار بأن هذا يساوي كذا

(وللإمام جعل القاسم حاكما في التقويم) وحينئذ (فيعمل فيه بعدلين) ذكرين يشهدان عنده به لا بأقل منهما (ويقسم) بنفسه وله العمل فيه بعلمه كما علم من كلامه في القضاء، وعلم من كلامه أنه لا يشترط معرفته بالقيمة، فيرجع لعدلين خبيرين وقيل: يشترط ورجحه البلقيني في غير قسمة الإفراز والمعتمد الأول نعم يستحب ذلك خروجاً من الخلاف (ويجعل الإمام) وجوباً كما هو ظاهر (رزق منصوبه من بيت المال) من سهم المصالح، لأنه من المصالح العامة (فإن لم يكن) فيه مال، أو ثم مصرف أهم أو منع ظلماً، ولهذا العموم الذي قد يستفاد من عبارته حذف قول أصله فيه مال (فأجرته على الشركاء) إن استأجروه لا إن عمل ساكتاً وذلك، لأنه يعمل لهم مع التزامهم له عوضاً وليس للإمام حينئذ تعيين قاسم أي: يحرم عند القاضي ويكره عند الفوراني وذلك، لأنه يتغالى في الأجرة أو يواطئه بعضهم فيحيف أما لو استأجره بعضهم <ص: 196> فالكل عليه وإنما حرم على القاضي أخذ أجرة على الحكم مطلقاً، لأنه حق الله تعالى وما هنا حق متمحض للآدمي ومن ثم كان القضاء فرضاً دون القسمة، ونظر ابن الرفعة في عدم فرضيتها ثم فرق بما يقتضي أن للقاضي أخذ الأجرة إذا قسم بينهم ونظر فيه أيضاً وليس النظر بالواضح، لأنه لم يأخذها من حيث القضاء بل من حيث مباشرته للقسمة الغير المتوقفة على القضاء (فإن استأجروه) كلهم معاً. (وسمى كل منهم قدراً) كاستأجرتناك لتقسم هذا بيننا بدينار على فلان، ودينارين على فلان، وثلاثة على فلان أو وكلوا من عقد لهم كذلك (لزمه) أي: كلا ما سماه ولو فوق أجرة المثل ساوى حصته أم لا أما مرتباً فيجوز على المنقول المنصوص ومن ثم قال الإسنوي وغيره: أنه المعروف فجزم الأنوار وغيره بعدم الصحة إلا برضا الباقيين، لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك غيره بغير إذنه ضعيف نقلاً، وإن كان قويا مدركاً ومن ثم اعتمده البلقيني وعليه له ذلك في قسمة الإيجاب من الحاكم (وإلا) يسم كل منهم قدراً بل أطلقوه (فالأجرة موزعة على الحصص)، لأنها من مؤن الملك كنفقة المشترك هذا في غير قسمة للتعديل، أما فيها فإنها توزع بحسب المأخوذ قلة وكثرة لا بحسب الحصص الأصلية، لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل هذا إن صحت

الإجارة وإلا وزعت أجرة المثل على قدر الحصص مطلقا
<ص: 197> كما لو أمر القاضي من يقسم بينهم إجبارا
(وفي قول على الرءوس)، لأن العمل في النصيب القليل
كهو في الكثير

(ثم ما عظم الضرر في قسمته كجوهرة وثوب نفيسين)
وذكر النفاسة في الجوهرة قد يحترز به عن جوهرة لا
نفاسة لها إذ الجوهرة الكبيرة من اللؤلؤ قد يكون لها من
الإضاءة وعدمها ما يقتضي نفاستها وخستها بالنسبة لبقية
جنسها (وزوجي خف) أي: فردتيه (إن طلب الشركاء كلهم
قسمته لم يجبهم القاضي) إن بطلت منفعة أي: المقصودة
منه أخذا مما يأتي <ص: 198> بالكلية بل يمنعهم من
القسمة بأنفسهم، لأنه سفه ونازع البلقيني وأطال في
صورة زوجي خف إذ ليس في قسمتهما إبطال منفعة بل
نقصها وبرد بأنهما إن كانا بين أكثر من اثنين كانا من هذا
القسم أو بين اثنين فقط كانا من القسم الآتي فلا
اعتراض (ولا يمنعهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل
منفعته) المذكورة بالكلية بأن نقصت (كسيف يكسر)،
لإمكان الانتفاع بما صار إليه منه على حاله أو باتخاذ
سكينا مثلا ولا يجيبهم إلى ذلك، لما فيه من إضاعة المال
وكان قضية هذا أنه يمنعهم لكن رخص لهم فعلها بأنفسهم
تخلصا من سوء المشاركة ومع النظر لذلك لا إضاعة، لأن
إتلاف المال للغرض الصحيح جائز وبه ينظر في بحث جمع
أخذا مما مر من بطلان بيع جزء معين من نفيس أن ما
هنا في سيف خسيس وإلا منعهم وبما قلناه علم الفرق
بين ما هنا وثم إذ لا محوج للبيع ثم بخلاف القسمة هنا
(وما يبطل نفعه المقصود) منه (كحمام وطاحونة صغيرين)
لو قسم كل لم ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به
قبل القسمة ولو بإحداث مرافق ولم يعتبروا هنا مطلق
الانتفاع لعظم التفاوت بين أجناس المنافع وفي صغيرين
تغليب المذكر وهو الحمام وكذا في نفيسين (لا يجاب
طالب قسمته) إجبارا (في الأصح)، لما فيه من ضرر الآخر
ولا يمنعهم منها لما مر (وإن أمكن جعله حمامين) أو
طاحونين (أجيب) وأجبر الممتنع لانتفاء الضرر وإن احتاج
إلى إحداث نحو بئر ومستوقد لتيسر التدارك وإنما بطل
بيع ما لا ممر لها وإن أمكن تحصيله بعد، لأن شرط المبيع
الانتفاع به حالا (ولو كان له عشر دار) أو حمام أو أرض

(لا يصلح للسكنى) أو كونه حماما أو لما يقصد من تلك الأرض لو قسم (والباقي لآخر) وإن تعدد كما يأتي بسطه قبيل التنبيه الآتي وهو يصلح لذلك (فالأصح إجبار صاحب العشر) <ص: 199> وإن بطل نفع حصته بالكلية كما يصرح به كلامهم (بطلب صاحبه) لانتفاعه بحصته من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة فهو معذور وضرر صاحب العشر إنما نشأ من قلة نصيبه لا من مجرد القسمة (دون عكسه)، لأنه مضيع لماله متعنت نعم إن ملك أو أحيا ما لو ضم لعشره صلح أجيب ويظهر أن يأتي هنا ما يأتي قريبا فيما لو طلب أن يكون نصيبه إلى جهة أرضه (فرع). قال الماوردي والرويانى: لو كان بأرض مشتركة بناء أو شجر لهما فأراد أحدهما قسمة الأرض فقط لم يجبر الآخر وكذا عكسه لبقاء العلقه بينهما إما برضاهما فيجوز ذلك ولو اقتسما الشجر وتميزت حصة كل ثم اقتسما الأرض فإن كان فيما خصهما أو أحدهما شجر للآخر فهل نكفاه قلعه مجانا أو يأتي فيه ما مر آخر العارية ؟ للنظر فيه مجال والوجه الثاني بجامع عدم التعدي قال الشيخان: ولو كانوا ثلاثة فاققسم اثنان على أن تبقى حصة الثالث شائعة مع كل منهما لم تصح ونقل غيرهما الاتفاق عليه وإنما أجبر الممتنع على قسمتها <ص: 200> مع غراس بها دون زرع فيها، لأن له أمدا ينتظر وإذا تنازع الشركاء فيما لا يمكن قسمته فإن تهايئوا منفعته مياومة أو غيرها جاز ولكل الرجوع ولو بعد الاستيفاء فيغرم بدل ما استوفاه قال ابن عجيل: ويد كل يد أمانة كالمستأجر وإن أبوا المهايأة أجبرهم الحاكم على إيجاره أو أجره عليهم سنة وما قاربها وأشهد كما لو غابوا كلهم أو بعضهم فإن تعدد طالبو الإيجار أجره وجوبا لمن يراه أصلح وهل له إيجاره من بعضهم ؟ تردد فيه في التوشيح ورجح غيره أن له ذلك إن رآه أي: بأن لم يوجد من هو مثله كما هو ظاهر وأنه لو طلب كل منهم استئجار حصة غيره فإن كان ثم أجنبي قدم وإلا أقرع بينهم فإن تعذر إيجاره أي: لا لكساد يزول عن قرب عادة كما بحثه بعضهم قال ابن الصلاح: باعه لتعينه واعتمده الأذرعى ويؤخذ من علقته أن المهايأة تعذرت لغيبة بعضهم أو امتناعه فإن تعذر المبيع وحضره كلهم أجبرهم على المهايأة إن طلبها بعضهم كما بحثه الزركشي <ص: 201> فإن قلت قياس ما مر في العارية

أنه يعرض عنهم حتى يصطلحوا ولا يجبرهم على شيء مما ذكر قلت القياس غير بعيد إلا أن يفرق بأن الضرر هنا أكثر، لأن كلا منهما ثم يمكن أن ينتفع بنصيبه بخلافه هنا ثم رأيت بعضهم فرق بأن الضرر ثم إنما هو على الممتنع فقط وهنا الضرر على الكل فلم يمكن فيه الإعراض (وما لا يعظم ضرره قسمته أنواع) ثلاثة (أحدها بالأجزاء) وتسمى قسمة المتشابهات وقسمة الأجزاء (كمثلي) متفق النوع فيما يظهر ومر بيانه في الغصب ومنه نقد ولو مغشوشا على المعتمد لجواز المعاملة به، أما إذا اختلف النوع فيجب حيث لا رضا قسمة كل نوع وحده، ثم رأيت غير واحد أشاروا لذلك (ودار متفقة الأبنية) بأن يكون ما بشرقيها من بيت وصفة كما بغربيها (وأرض مشتبهة الأجزاء) ونحوها ككرباس لا ينقص بالقطع (فيجبر الممتنع) عليها استتوت الأنصباء أم لا للتخلص من سوء المشاركة مع عدم الضرر نعم لا إجبار في قسمة الزرع قبل اشتداده وكان وجهه عدم كمال انضباطه، فإن اشتد ولم ير أو كان إلى الآن بذرا لم تصح قسمته للجهل به (فتعدل) أي: تساوى (السهام) أي: عند عدم التراضي، أو حيث كان في الشركاء محجور كما يعلم مما سأذكره في التنبيه الآتي (كيلا) في المكيل (أو وزنا) في الموزون (أو ذرعا) في المذروع أو عدا في المعدود (بعدد الأنصباء إن استتوت) فإذا كانت بين ثلاثة أثلاثا جعلت ثلاثة أجزاء، ويؤخذ ثلاث رقاع متساوية (ويكتب) مثلا هنا وفيما يأتي من بقية الأنواع (في كل رقعة) إما (اسم شريك) إن كتب أسماء الشركاء لتخرج على السهام (أو جزء) بالرفع كما تصرح به عبارة الروضة أي: هو مع مميزه كما يأتي إن كتب السهام لتخرج على أسماء الشركاء (مميز) عن البقية (بحد أو جهة) مثلا (وتدرج) الرقع (في بنادق) ويندب كونها في بنادق (مستوية) وزنا وشكلا من نحو طين أو شمع إذ لو تفاوتت لسبقت اليد للكبرة وفيه ترجيح لصاحبها ولا ينحصر في ذلك بل يجوز بنحو أقلام ومختلف كدواة وقلم، ثم توضع في حجر من لم يحضر، وكونه مغفلا أولى.

(ثم يخرج من لم يحضرها) <ص: 202> أي: الواقعة ويظهر أن كونه لم يحضرها ندب أيضا إلا إن علم من حاضرها أنه ميزها فلا يجوز التفويض إليه (رقعة) إما (على الجزء الأول إن كتب الأسماء) في الرقاع (فيعطى من خرج

اسمه)، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يليه، ويعطى من خرج اسمه ويتعين الآخر للآخر من غير قرعة، وكذا فيما يأتي (أو) يخرج (على اسم زيد) مثلا (إن كتب الأجزاء) أي: أسماؤها في الرقاع فيخرج رقعة على اسم زيد وأخرى على اسم عمرو وهكذا ومن به الابتداء هنا وفيما قبله من الأسماء والأجزاء منوط بنظر القاسم إذ لا تهمة ولا تميز (فإن اختلفت الأنصبا كنصف وثلث وسدس) في أرض أو نحوها (جزئت الأرض) أو نحوها (على أقل السهام) كسنة هنا لتأدي القليل والكثير بذلك من غير حيف ولا شطط (وقسمت كما سبق) لكن الأولى هنا كتابة الأسماء، لأنه لو كتب الأجزاء وأخرج على الأسماء فربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس فيتفرق ملك من له الثلث أو النصف (و) هو لا يجوز إذ يجب عليه أنه (يحترز عن تفريق حصة واحد) والمجوزون لكتابة الأجزاء احتزوا عن التفريق بقولهم لا يخرج اسم صاحب السدس أولا، لأن التفريق إنما جاء من قبله بل يبدأ بذئ النصف فإن خرج على اسمه الجزء الأول أو الثاني أعطيهما. والثالث ويشئ بذئ الثلث فإن خرج على اسمه الجزء الرابع أعطيه والخامس وعلى هذا القياس وأخذ من ذلك أنه لو كان لهما أرض مستوية الأجزاء ولأحدهما أرض بجنبها فطلب قسمتها <ص: 203> وأن يكون نصيبه إلى جهة أرضه ليتصلا ولا ضرر على الآخر أجيب وقد يشملهم قولهم في الصلح يجبر على قسمة عرضه ولو عرضا في الطول ليختص كلا بما يليه قبل البناء أو بعد الهدم ويوافقهم قولهم لو أراد جمع من الشركاء بقاء شركتهم وطلبوا من الباقيين أن يميزوا عنهم بجانب، ويكون حق المتفقين متصلا فإن كان نصيب كل لو انفرد لم ينتفع به بعادة الأرض أجيبوا بل بحث بعضهم إجابتهم، وإن أمكن كلا الانتفاع لو انفرد لكن هذا مردود بأنه خلاف كلامهم مع أنه لا حاجة إليه بخلاف ما مر لتوقف تمام الانتفاع عليه وفي الروضة وأصلها وغيرهما لو كان نصف الدار لواحد، والآخر لخمسة أجيب الأول وحينئذ فلكل من الخمسة القسمة تبعا له وإن كان العشر الذي لكل منهم لا يصلح مسكنا له، لأن في القسمة فائدة لبعض الشركاء، ولو بقي حق الخمسة مشاعا لم يجب أحدهم للقسمة، لأنها تضر الجميع وإن طلب أولا الخمسة إفرار نصيبهم مشاعا أو كانت الدار

لعشرة فطلب خمسة منهم إفراز نصيبهم مشاعا أجبوا،
لأنهم ينتفعون بنصيبهم كما كانوا ينتفعون به قبل القسمة. ٥

(تنبيه). قد يفهم مما ذكره في حالتها تساوي الأجزاء،
واختلافها أن الشركاء الكاملين لو تراضوا على خلاف ذلك
امتنع وليس مرادا بل يجوز التفاوت برضا الكل الكاملين
ولو جزافا فيما يظهر ولو في الربوي بناء على أن هذه
القسمة إفراز لا بيع والربا إنما يتصور جريانه في العقد
دون غيره وبهذا يعلم أن القسمة التي هي بيع لا يجوز
فيها في الربوي أخذ أحد أكثر من حقه وإن رضوا بذلك
فيأتي فيه هنا جميع ما مر في باب الربا في متحدي
الجنس ومختلفيه وفي قاعدة مد عجوة ودرهم وتصح
قسمة الإفراز فيما تعلقت الزكاة به قبل إخراجها، ثم
يخرج كل زكاة ما آل إليه ولا تتوقف صحة تصرف من
أخرج على إخراج الآخر، ثم رأيت الإمام نقل عن الأصحاب
أنهما لو رضيا بالتفاوت جاز، ثم نازعهم بأن الوجه منعه
في الإفراز وليس كما قال كما هو ظاهر مما ذكرته ووقع
لبعضهم هنا اشتباه فاجتنبه وقد صرحوا بجواز قسمة الثمر
على الشجر ولو مختلطا من نحو بسر ورطب ومنصف
وتمر جاف خرصا بناء على أنها إفراز، وهو صريح فيما
ذكرته. <ص: 204> النوع (الثاني) القسمة (بالتعديل) بأن
تعديل السهام بالقيمة (كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب
قوة إنبات وقرب ماء) ونحوهما مما يرفع قيمة أحد
الطرفين على الآخر كبستان بعضه نخيل وبعضه عنب، ودار
بعضها من حجر وبعضها من لبن فيكون الثلث لجودته
كالثلثين قيمة فيجعل سهما وهما سهما إن كانت نصفين
فإن اختلفت كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أجزاء
بالقيمة لا بالمساحة فعلم أنه لا بد من علم القيمة عند
التجزئة (ويجبر) الممتنع منها (عليها) أي: قسمة التعديل (في
الأظهر) إلحاقا للتساوي في القيمة به في الأجزاء نعم إن
أمكن قسمة الجيد وحده، والرديء وحده لم يجبر عليها
فهما كأرضين تمكن قسمة كل منهما بالأجزاء فلا يجبر
على التعديل كما بحثه الشيخان وسبقهما إليه جمع
متقدمون ولا يمنع الإجماع في المنقسم الحاجة إلى بقاء
طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل فيها إلى ما خرج له
إذا لم يمكن أفراد كل بطريق ولو اقتسما بالتراضي

السفل لواحد والعلو لآخر ولم يتعرضا للسطح بقي مشتركا بينهما كما أفتي به بعضهم ومر عن الماوردي والرويانى ما يصرح به وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقه بينهما، لأن السطح تابع كالطريق

(ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين) متلاصقين أو لا (فطلب جعل كل لواحد فلا إجبار) لتفاوت الأغراض باختلاف المحال والأبنية نعم لو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة مستوية القيمة لا تحتمل أحادها القسمة فطلب أحدهما قسمة أعيانها أوجب إن زالت الشركة بها <ص: 205> قال الجيلي: ما لم تنقص القيمة بالقسمة. ا. ه. وفيه نظر ظاهر وظاهر كلامهم كالصریح في رده وخرج بقوله كل لواحد ما لو لم يطلب خصوص ذلك فيجبر الممتنع (أو) استوت قيمة متقوم نحو (عبيد أو ثياب من نوع) وصنف واحد فطلب جعل كل لواحد كثلاثة أعبد مستوية كذلك بين ثلاثة وكثلاثة يساوي اثنان منها واحدا بين اثنين (أجبر) إن زالت الشركة بها لقلة اختلاف الأغراض فيها (أو) من (نوعين) أو صنفين كتركي وهندي وضائتين شامية ومصرية استوت قيمتهما أم لا وكعبد وثوب (فلا) إجبار لشدة تعلق الغرض بكل نوع وعند الرضا بالتفاوت في قسمة هي بيع قال الإمام: لا بد من لفظ البيع، لأن لفظ القسمة يدل على التساوي واستحسنه غيره. قال بعضهم: وهو فقه ظاهر لكن نازعه البلقيني إذا جرى أمر ملزم وهو القبض بالإذن أي: ويكون الزائد عند العلم به كالموهوب المقبوض. هذا والذي في أصل الروضة أن قسمة الرد لا يشترط فيها لفظ بيع ولا تملك وإن كانت بيعا وعبر في الروض بما يصرح بأن ما عدا قسمة الإجبار. قال شيخنا في شرحه: سواء قسمة الرد وغيرها لا يشترط فيها ذلك وعليه فكلام الإمام مقالة ولمستأجري أرض تناوبها بلا إجبار وقسمتها أي: حيث لم تؤثر القسمة نقضا فيها كما هو ظاهر وهل يدخلها الإجبار؟ وجهان وقضية الإجبار في كراء العقب الإجبار هنا إلا أن يفرق بتعذر الاجتماع على كل جزء من أجزاء المسافة ثم فتعينت القسمة إذ لا يمكن استيفاؤهما المنفعة إلا بها بخلافها هنا وهو ظاهر ولو ملكا شجرا دون أرضه فالذي يظهر أنهما إن استحقا منفعتها دائما بنحو وقف لم يجبر على القسمة أخذا مما مر عن الماوردي والرويانى، لأن استحقاق المنفعة الدائمة كملكها فلم تنقطع العلقه بينهما

وإن لم يستحقها كذلك أجبراً، وإن كانت إفرازاً أو تعديلاً، ولا نظر لبقاء شركتهما في منفعة الأرض، لأنها بصدد الانقضاء وكما لا تضر شركتهما في نحو الممر مما لا يمكن قسمته ويأتي في قسمتهما المنفعة هنا الوجهان السابقان ووقع لجمع هنا خلاف ما تقرر فاجتنبه.

النوع (الثالث) القسمة (بالرد) وهي التي يحتاج فيها لرد أحد الشريكين للآخر مالا أجنبياً (بأن) أي: كأن (يكون في أحد <ص: 206> الجانبين) ما يتميز به عن الآخر وليس في الآخر ما يعادله إلا بضم شيء من خارج إليه ومنه (بئر أو شجر) مثلاً (لا يمكن قسمته فيرد من يأخذه قسط قيمته) أي: نحو البئر أو الشجر فإذا كانت قيمة كل جانب ألفاً، وقيمة نحو البئر ألفاً رد من أخذ جانبها خمسمائة قيل: وما اقتضته عبارة الروضة كأصلها والمحزر من رد الألف خطأ. ا هـ. وصوابه غير مراد وما تمكن قسمته رداً وتعديلاً فطلب أحدهما الرد، والآخر التعديل أجيب من طلب قسمة فيها الإيجاب وإلا اشترط اتفاقهما على واحدة بعينها (ولا إجبار فيه) أي: هذا النوع، لأنه دخله ما لا شركة فيه وهو المال المردود (وهو) أي: هذا النوع وهو قسمة الرد (بيع) لوجود حقيقته وهو مقابلة المال بالمال فثبت أحكامه من نحو خيار وشفعة نعم لا يفتقر للفظ نحو بيع أو تملك وقبول بل يقوم الرضا مقامهما ولهما الاتفاق على من يأخذ النفيس ويرد، وأن يحكما القرعة ليرد من خرج له (وكذا التعديل) أي: قسمته بيع (على المذهب)، لأن كل جزء مشترك بينهما وإنما دخلها الإيجاب للحاجة (وقسمة الأجزاء) بالإيجاب والتراضي (إفراز) للحق أي: يتبين بها أن ما خرج لكل هو الذي ملكه كالذي في الذمة لا يتعين إلا بالقبض (في الأظهر) إذ لو كانت بيعة لما دخلها إجبار، ولما جاز فيها الاعتماد على القرعة كذا قالوه وهو مشكل، لأن قسمة التعديل بيع وقد دخلها الإيجاب وجاز الاعتماد فيها على القرعة وجوابه أن كلا منهما لما انفرد ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر ولم نقل بالتبين كما قلنا في الإفراز للتوقف هنا على التقويم وهو تخمين قد يخطئ، ومن ثم كانت قسمة الرد بيعة لذلك وإنما وقع الإيجاب في قسمة التعديل للحاجة إليه كما يبيع الحاكم مال المدين جبراً ولم يقع في الرد، لأنه إجبار على دفع مال غير مستحق وهو بعيد. وقيل: الإفراز

بيع فيما لا يملكه من نصيب صاحبه إفراز فيما كان يملكه قبل القسمة ودخله الإيجار للحاجة وهذا أوجه في المعنى ومن ثم جريا عليه في مواضع لكن المعتمد الأول، ولا تتأثر القسمة بشرط فاسد إلا إذا كانت بيعا، وقسمة الوقف من الملك لا تجوز إلا إذا كانت إفرازا <ص: 207> ولا رد فيهما من المالك وإن كان فيها رد من أرباب الوقف بخلاف ما إذا كانت بيعا فإنها تمتنع مطلقا وفيها رد من المالك، لأنه حينئذ يأخذ بإزاء ملكه جزءا من الوقف وهو ممتنع وإن نازع في ذلك السبكي وغيره سواء أكان الطالب المالك أم الناظر أم الموقوف عليهم وفي شرح المهذب في الأضحية إذا اشترك جمع في بدنة أو بقرة لم تجز القسمة إن قلنا أنها بيع على المذهب.

وهذه نظيرة مسألتنا وبين أربابه تمتنع مطلقا، لأن فيه تغييرا لشروطه نعم لا منع من مهياة رضوا بها كلهم إذ لا تغيير فيها لعدم لزومها وجزم الماوردي بأن الواقف لو تعدد جازت القسمة كما في قسمة الوقف عن الملك واعتمده البلقيني وعليه فيظهر أن محله حيث لا رد فيها من أحد الجانبين لاستلزامه حينئذ استبدال جزء وقف بجزء آخر وقف وهو ممتنع مطلقا وبه يفرق بين هذا وما مر في قسمة الوقف عن الملك من جواز رد أرباب الوقف، لأنه لا يلزم عليه ذلك ويؤخذ من هذا أن الواقف لو تعدد واتحد الموقوف عليهم جازت إفرازا بشرط عدم الرد من أحد الجانبين هنا أيضا لاستلزامه الاستبدال ولو مع اتحاد المستحق بخلاف ما لو اتحد الواقف واختلف الموقوف عليهم فلا يجوز مطلقا، لأن فيها تغييرا لشروطه ووقع لشيخنا في شرح الروض ما يخالف ذلك والوجه ما قررته (ويشترط في) قسمة (الرد الرضا) باللفظ (بعد خروج القرعة)، لأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعده <ص: 208> (ولو تراضيا بقسمة ما لا إيجار فيه) كقسمة تعديل وإفراز (اشترط) فيما إذا كان هناك قرعة (الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة) أو بهذا (أو بما أخرجته القرعة)، أما في قسمة التعديل فلأنها بيع كقسمة الرد، وأما في غيرها فقياسا عليها، لأن الرضا أمر خفي فأنيط بظاهر يدل عليه ولا يشترط لفظ نحو بيع فإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين، والآخر الآخر، أو

أحدهما الخسيس، والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان، أما قسمة الإجماع فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها. <ص: 209> قيل: في كلامه خلل من أوجه: أن ما لا إجماع فيه هو قسمة الرد فقط وقد جزم باشتراط الرضا فيها فلزم التكرار والجزم أولا وحكاية الخلاف ثانيا وأنه عبر بالأصح وفي الروضة بالصحيح وأنه عكس ما بأصله فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإجماع. قيل: فكأن المتن أراد أن يكتب ما فيه إجماع فكتب ما لا إجماع فيه ولعل عبارته ما الإجماع فيه فحرفت وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس وأنه أطلق الخلاف ومحلّه حيث حكموا قاسما فإن تولاهما حاكم أو منصوبه جبرا لم يعتبر الرضا قطعاً ولو نصبوا وكذا عنهم اشترط رضاهم بعد القرعة قطعاً، وكذا لو قسموا بأنفسهم. اهـ. حاصل ما أطالوا به وكله تعسف وحاصل ما يندفع به كل ما أبدوه أن المراد بما لا إجماع فيه كما دل عليه السياق أنه لا إجماع فيه الآن باعتبار التراضي وإن كان فيه الإجماع باعتبار أصله، وعبرة المحرر القسمة التي لا يجبر عليها إذا جرت بالتراضي والمراد بها ما ذكرته أيضا فحينئذ هما مسألتان ما يتعلق بالرد وما يتعلق بالتعديل والإفراز والخلاف في الثانية بقسميها له وجه نظرا إلى الرضا العارض وإلى الإجماع الأصلي كما أن الجزم في الأولى له وجه وكونه قواه هنا وضعفه في الروضة فكثيرا ما يقع له ولا اعتراض عليه فيه، لأن منشأ الاجتهاد وهو يتغير

(ولو ثبت) بإقرار أو علم قاض أو يمين مردودة أو (بينة) ذكرين عدلين دون غيرهما على الأوجه (غلط) ولو غير فاحش (أو حيف) وإن قل (في قسمة إجماع نقضت) كما لو ثبت ظلم قاض أو كذب شاهد وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا أو يمسحا فيعرفا الخلل ويشهدا به أو يعرف أنه يستحق ألف ذراع فمسح ما أخذه فإذا هو دون ذلك، ولا يحلف قاسم قاض واستشكل ابن الرفعة النقض بأنه رفع للشيء بمثله ولا مرجح ويرد بأن الأصل المحقق الشيوع فتترجح به قول مثبت النقض (فإن لم يكن بينة وادعاه) أي: أحدهما (واحد) من الشريكين، أو الشركاء على شريكه وبين قدر ما ادعاه (فله تحليف شريكه) أنه لا غلط أو أن لا زائد معه أو أنه لا يستحق عليه ما ادعاه ولا

شيئا منه فإن حلف مضت وإلا وحلف المدعي نقضت كما لو أقر ولا تسمع الدعوى على القاسم <ص: 210> من جهة الحاكم، لأنه لو أقر لم تنقض نعم بحث الزركشي سماعها عليه رجاء أن يثبت حيفه فيرد الأجرة ويغرم كما لو قال قاض غلطت في الحكم أو تعمدت الحيف (ولو ادعاه في قسمة تراض) في غير ربوي بأن نصبا لهما قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة (وقلنا هي بيع) بأن كانت تعديلا أو ردا (فالأصح أنه لا أثر للغلط فلا فائدة لهذه الدعوى) وإن تحقق الغبن لرضا صاحب الحق بتركه فصار كما لو اشترى شيئا وغبن فيه إما ربوي تحقق غلط في كيله، أو وزنه فالقسمة باطلة لا محالة للربا (قلت وإن قلنا إفراز) بأن كانت بالأجزاء (نقضت إن ثبت) بحجة، لأنه لا إفراز مع التفاوت (وإلا) يثبت (فيحلف شريكه والله أعلم). نظير ما مر في قسمة الإجماع ولو أقر بصحة القسمة وأن كلا تسلم ما يخصه، ثم ادعى أحدهما أن شريكه تعدى بأخذ أكثر من حصته، لأن الحد هذا وقال المدعى عليه: بل الحد هذا اختص هذا بما وراء الحد الأول والمدعى بما وراء الحد الثاني وقسم ما بين الحدين على نسبة ما كان بينهما قبل القسمة، لأن الأصل الإشاعة فرجع إليها عند التنازع حيث لا مرجح كذا جزم به بعضهم فإن قلت ينافي هذا قول الروضة ولو تقاسما، ثم تنازعا في قطعة من الأرض فقال: كل هذا من نصيبي ولا مرجح تحالفا، وفسخت القسمة كالمتبايعين ورجح أبو حامد باليد إن وجدت، لأن الآخر يدعي غصبه والأصل عدمه قلت المنافاة ظاهرة لولا اعتراف كل في تلك بأن كلا تسلم ما يخصه ومع ذلك فالذي يتجه في تلك ما قاله الشيخ أبو حامد من أنه لا يقبل قول من ادعى تعدي صاحبه بتقديم الحد

(ولو استحق بعض المقسوم شائعا) كالربع (بطلت فيه وفي الباقي خلاف تفريق الصفة) والأظهر منه أنه يصح، ويتخير كل منهم وقيل: يبطل في الكل وأطال الإسنوي في الانتصار له (أو) استحق (من النصيبين) شيء (معين) فإن كان بينهما (سواء بقيت) القسمة في الباقي إذ لا تراجع بين الشريكين (وإلا) يكن سواء بأن اختص بأحد النصيبين أو عمهما لكنه في أحدهما أكثر (بطلت)، لأن ما يبقى لكل ليس قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر

وتعود الإشاعة ولو بان فساد القسمة وقد أنفق أو زرع أو بنى مثلا أحدهما أو كلاهما جرى هنا ما مر فيما إذا بان فساد البيع وقد فعل ذلك لكن الأوجه أنه لا يلزم كل شريك هنا من أرش نحو القلع <ص: 211> إلا قدر حصته، لأن التغيرير من جهته إنما هو فيه لا غير (تنبيه). قد يتوهم من المتن أن القرعة شرط لصحة القسمة وليس مرادا كما يفهمه قوله السابق فيجبر الممتنع فتعدل السهام إلى آخره فلم يجعل التعديل إلا عند الإيجاب، ومفهومه أن الشريكين لو تراضيا بقسمة المشترك جاز ولو بلا قرعة كما في الشامل والبيان وغيرهما فلو قسم بعضهم في غيبة الباقيين وأخذ قسطه فلما علموا قرروه صحت لكن من حين التقرير قاله ابن كبن (فرع). طلب أحد الشركاء من الحاكم قسمة ما بأيديهم لم يجبهم حتى يثبتوا ملكهم وإن لم يكن لهم منازع، لأن تصرف الحاكم في قضية طلب منه فصلها حكم وهو لا يكون بقول ذي الحق وسمعت البيهنة وهي هنا غير شاهد ويمين مع عدم سبق دعوى للحاجة، ولأن القصد منعهم من الاحتجاج بعد بتصرف الحاكم وأخذ البلقيني من هذا أنه لا يحكم بموجب بيع أقرأ به أو أقاما بينة بمجرد صدوره منهما. ا ه. وإنما يتضح إن كان الحكم بالموجب يستلزم الحكم بالصحة المقتضية لثبوت الملك وليس كذلك كما مر

كتاب الشهادات

جمع شهادة وهي اصطلاحاً إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {واستشهدوا شهيدين من رجالكم} {وأشهدوا إذا تبايعتم} وهو أمر ندب إرشادي وخبر الصحيحين {ليس لك إلا شاهدك أو يمينه} وخبر {أكرموا الشهود فإن الله تعالى يدفع بهم الحقوق ويستخرج بهم الباطل} ضعيف بل قال الذهبي: إنه منكر وأركانها شاهد ومشهود له، وعليه، وبه، وصيغة وكلها تعلم من كلامه إلا الصيغة وهي لفظ أشهد لا غير كما يأتي

شروط الشاهد

(شرط الشاهد) أوصاف تضمنها قوله (مسلم حر مكلف عدل ذو مروءة غير متهم) ناطق رشيد متيقظ فلا تقبل شهادة أضداد هؤلاء ككافر ولو على مثله، لأنه أخس

الفساق وخبر { لا تقبل <ص: 212> شهادة أهل دين على غير دينهم إلا المسلمون فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم } ضعيف وقوله تعالى { أو آخرا من غيركم } أي: من غير عشيرتكم أو منسوخ بقوله { وأشهدوا ذوي عدل منكم } ولا من فيه رق لنقصه ومن ثم لم يتأهل لولاية مطلقا ولا صبي ومجنون إجماعا ولا فاسق لهذه الآية وقوله { ممن ترضون } وهو ليس بعدل ولا مرضي واختار جمع منهم الأذرع والغزي وآخرون قول بعض المالكية أنه إذا فقدت العدالة وعم الفسق قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل للضرورة ورده ابن عبد السلام بأن مصلحته يعارضها مفسدة المشهود عليه ولأحمد رواية اختارها بعض أئمة مذهبه أنه يكفي ظاهر الإسلام ما لم يعلم فسقه ولا غير ذي مروءة، لأنه لا حياء له ومن لا حياء له يقول ما شاء للخبر الصحيح { إذا لم تستح فاصنع ما شئت } ويأتي تفسير المروءة ولا متهم لقوله تعالى { وأدنى أن لا ترتابوا } والريبة حاصلة بالمتهم ولا أحرص وإن فهم إشارته كل أحد، لأنها لا تخلو عن احتمال، ولا محجور عليه بسفه لنقصه واعترض ذكره بأنه إما ناقص عقل أو فاسق فما مر يغني عنه ويرد بأن نقص عقله لا يؤدي إلى تسميته مجنونا ولا مغفل ولا أصم في مسموع ولا أعمى في مبصر كما يأتي ومن المتيقظ ضبط ألفاظ المشهود عليه بحروفها من غير زيادة فيها ولا نقص ومن ثم يظهر أنه لا تجوز الشهادة بالمعنى ولا تقاس بالرواية لضيقها، ولأن المدار هنا على عقيدة الحاكم لا الشاهد فقد يحذف أو يغير ما لا يؤثر عند نفسه ويؤثر عند الحاكم نعم لا يبعد جواز التعبير بأحد الرديفين عن الآخر حيث لا إيهام كما يشير لذلك قولهم لو قال شاهد وكله، أو قال قال وكلته وقال الآخر: فوض إليه، أو أنابه قبل، أو قال واحد قال وكلت وقال الآخر: قال فوضت إليه لم يقبل، لأن كلا أسند إليه لفظا مغايرا للآخر، وكان الغرض أنهما اتفقا على اتحاد اللفظ الصادر منه وإلا فلا مانع أن كلا سمع ما ذكره في مرة ويجري ذلك في قول أحدهما قال القاضي ثبت عندي طلاق فلانة، والآخر قال ثبت عندي طلاق هذه فلا يكفي بخلاف قول واحد ثبت عنده طلاق فلانة وآخر ثبت عنده طلاق هذه وهي تلك فإنه يكفي اتفقا، ثم رأيت شيخنا كالغزي قال في تليفق الشهادة ولو شهد واحد بإقراره بأنه

وكله في كذا وآخر بإقراره بأنه أذن له في التصرف فيه أو سلطه عليه أو فوضه إليه انتفت الشهادة، لأن النقل بالمعنى كالنقل <ص: 213> باللفظ بخلاف ما لو شهدا كذلك في العقد أو شهد واحد بأنه قال وكتك في كذا وآخر بأنه قال سلطتك عليه أو فوضته إليك أو شهد واحد باستيفاء الدين، والآخر بالإبراء منه فلا يلفقان. اهـ. فقوله النقل بالمعنى كالنقل باللفظ يتعين حمله على ما ذكرته من أنه يجوز التعبير عن المسموع بمرادفه المساوي له من كل وجه لا غير، ويؤيد قولي وكان الغرض إلى آخره قولهم لو شهد له واحد ببيع، وآخر بالإقرار به لم يلفقا فلو رجع أحدهما وشهد بما شهد به الآخر قبل، لأنه يجوز أن يحضر الأمرين فتعليهم هذا صريح فيما ذكرته فتأمله ويؤخذ مما يأتي في المتنفة أن محل قبوله هنا إن كان مشهوراً بكونه من أهل الديانة والمعرفة ولو شهد له واحد بألف وآخر بألفين ثبت الألف وله الحلف مع الشاهد بالألف الزائدة وبهذا يظهر اعتماد قول العبادي لو شهد واحد بأنه وكله ببيع هذا، وآخر بأنه وكله ببيع هذا وهذه لفتا فيه وأن استغراب الهروي له غير واضح ولو أخبر عدل الشاهد بمضاد شهادته ففي حل تركها إن ظن صدقه وجهان رجح بعضهم المنع وبعضهم الجواز والذي يتجه أنه لا يكتفى بالظن، لأن الشهادة اختصت بمزيد احتياط بل لا بد من الاعتقاد فإن اعتقد صدقه جاز وإلا فلا وعليه يحمل جزم بعضهم بأنه لو أخبر الحاكم برجوع الشاهد فإن ظن صدق المخبر أي: اعتقده توقف عن الحكم وإلا فلا ومن شهد بإقرار مع علمه باطنا بما يخالفه لزمه أن يخبر به

شرط العدالة

(وشرط العدالة اجتناب) كل كبيرة من أنواع (الكبائر)، لأن مرتكب الكبيرة فاسق وهي وما في معناها كل جريمة تؤذن بقلّة اكترات مرتكبها بالدين ورقة الديانة وهذا لشموله أيضا لصغائر الخسة وللإصرار على صغيرة الآتي أشمل من حدها بما يوجب الحد، لأن أكثرها لا حد فيه أو بما فيه وعيد شديد بنص الكتاب أو السنة، لأن كثيرا مما عدوه كبائر ليس فيه ذلك كالظهار وأكل لحم الخنزير وكثيرا مما عدوه صغائر فيه ذلك كالغيبة كما بينت ذلك كله مع تعدادها على وجه مبسوط بحيث زادت على الأربعمئة ومع أدلة كل <ص: 214> وما قيل فيه وبحث

حمل ما نقل من الإجماع على أن الغيبة كبيرة وما ورد فيها من الوعيد الشديد على غير الفاسق بخلافه فإن ذكره بما لم يعلن به صغيرة وفي كتابي الزواجر عن اقتراف الكبائر (و) اجتناب (الإصرار على صغيرة) أو صفائر من نوع واحد أو أنواع بأن لا تغلب طاعاته صفائره فمتى ارتكب كبيرة بطلت عدالته مطلقا أو صغيرة أو صفائر داوم عليها أو لا خلافا لمن فرق، فإن غلبت طاعاته صفائره فهو عدل ومتى استويا أو غلبت صفائره فهو فاسق ويظهر ضبط الغلبة بالنسبة لتعداد <ص: 215> صور هذه وصور هذه من غير نظر إلى تعدد ثواب الحسنة، لأن ذلك أمر أخروي لا تعلق له بما نحن فيه، ثم رأيت بعضهم ضبط ذلك بالعرف ونص المختصر ضبطه بالأظهر من حال الشخص وهما صريحان فيما ذكرته ويجري ذلك في المروءة والمخل بها بناء على اعتبار الغلبة، ثم كما هنا فإن غلبت أفرادها لم تؤثر وإلا ردت شهادته وصرح بعضهم بأن كل صغيرة تاب عنها لا تدخل في العد وهو حسن، لأن التوبة الصحيحة تذهب أثرها بالكلية قيل عطف الإصرار من عطف الخاص على العام لما تقرر أنه ليس المراد مطلقه بل مع غلبة الصفائر، أو مساواتها للطاعات وهذا حينئذ كبيرة. اهـ. وفيه نظر، لأن الإصرار لا يصير الصغيرة كبيرة حقيقة وإنما يلحقها بها في الحكم فالعطف صحيح من غير احتياج إلى تأويل ولا ينافي هذا قول كثيرين كابن عباس رضي الله عنهما ونسب للمحققين كالأشعري وابن فورك والأستاذ أبي إسحاق ليس في الذنوب صغيرة قال العمراني، لأنهم إنما كرهوا تسمية معصية الله صغيرة إجلالا له مع اتفاقهم على أن بعض الذنوب يقدر في العدالة، وبعضها لا يقدر فيها وإنما الخلاف في التسمية والإطلاق

(تنبيه). ينبغي أن يكون من الكبائر ترك تعلم ما يتوقف عليه صحة ما هو فرض عين عليه لكن من المسائل الظاهرة لا الخفية نعم مر أنه لو اعتقد أن كل أفعال نحو الصلاة أو الوضوء فرض أو بعضها فرض ولم يقصد بفرض معين النافلة صح وحينئذ فهل ترك تعلم ما ذكر كبيرة أيضا أو لا؟ للنظر فيه مجال والوجه أنه غير كبيرة لصحة عباداته مع تركه، وأما إفتاء شيخنا بأن من لم يعرف بعض أركان أو شروط نحو الوضوء أو الصلاة لا تقبل شهادته

فيتعين حمله على غير هذين القسمين لئلا يلزم على ذلك تفسيق العوام وعدم قبول شهادة أحد منهم وهو خلاف الإجماع الفعلي بل صرح أئمتنا بقبول الشهادة العامة كما يعلم مما يأتي قبيل شهادة الحسبة على أن كثيرين من المتفقهة يجهلون كثيرا من شروط نحو الوضوء (ويحرم اللعب بالنرد على الصحيح) لخبر مسلم {من لعب بالنردشير <ص: 216> فكانما غمس يده في لحم خنزير ودمه} وفي رواية لأبي داود {فقد عصى الله ورسوله} وهو صغيرة وفارق الشطرنج بأن معتمده الحساب الدقيق والفكر الصحيح ففيه تصحيح الفكر، ونوع من التدبير ومعتمد النرد الحزر والتخمين المؤدي إلى غاية من السفاهة والحمق. قال الرافعي: وتبعوه ما حاصله ويقاس بهما كل ما في معناهما من أنواع اللهو فكل ما معتمده الحساب والفكر كالمنقلة حفر أو خطوط ينقل منها وإليها حصى بالحساب لا يحرم ومحلّه في المنقلة إن لم يكن حسابهما تبعا لما يخرج الطاب الآتي وإلا حرمت، وكل ما معتمده التخمين يحرم ومن القسم الثاني كما رجه السبكي والزركشي وغيرهما الطاب عصى صغار ترمى وينظر للونها ليرتب عليه مقتضاه الذي اصطلحوا عليه ومن زعم أنه يحتاج إلى فكر فلم يعرف حقيقته بوجه إذ ليس فيه غير ما ذكرناه ومن ذلك أيضا الكنجفة وهي أوراق فيها صور ويجوز اللعب بالخاتم وبالحمّام إن خليا عن مال والثاني عما عرف لأهله من خلعهم جلاب الحياء والمروءة والتعصب وإلا ردت شهادتهم ويقاس بهم ما كثر، واشتهر من أنواع حذقت من الجري، وحمل الأحمال الثقيلة، والنطاح بنحو الكباش، وغير ذلك من أنواع السفه واللهو (ويكره) اللعب (بشطرنج) بفتح أوله وكسره معجما ومهملا، لأنه يلهي عن الذكر والصلاة في أوقاتها الفاضلة بل كثيرا ما يستغرق فيه لاعبه حتى يخرج به عن وقتها وهو حينئذ فاسق غير معذور بنسيانه كما ذكره الأصحاب، واستشكله الشيخان بما جوابه في الأم ولفظه فإن قيل <ص: 217> فهو لا يترك وقتها للعب إلا وهو ناس قيل فلا يعود للعب الذي يورث النسيان فإن عاد له وقد جربه أنه يورثه ذلك فذلك استخفاف. اهـ. وحاصله أن الغفلة نشأت من تعاطيه للفعل الذي من شأنه أن يلهي عن ذلك فكان كالمتمعد لتفويته ويجري ذلك في كل لهو ولعب مكروه مشغل

للنفس ومؤثر فيها تأثيرا يستولي عليها حتى تشتغل به عن مصالحها الأخرى. قال بعضهم: بل يمكن أن يقال بذلك في شغل النفس بكل مباح، لأنه كما يجب تعاطي مقدمات الواجب يجب تعاطي مقدمات ترك مفواته والكلام فيمن جرب من نفسه أن اشتغاله بذلك المباح يلهيه حتى يفوت به الوقت فاندفع ما قيل شغل النفس بالمباح يفجؤها ولا قدرة على دفعه وعلى هذه الحالة أو ما ينشأ عنه وفيه من السبب وغيره من المعاصي يحمل ما جاء في ذمه من الأحاديث والآثار الكثيرة ومن ثم قال بتحريمه الأئمة الثلاثة لكن قال الحفاظ: لم يثبت منها حديث من طريق صحيح ولا حسن وقد لعبه جماعة من أكابر الصحابة ومن لا يحصى من التابعين ومن بعدهم وممن كان يلعبه غبا سعيد بن جبير رضي الله عنه ونازع البلقيني في كراهته بأن قول الشافعي لا أحبه لا يقتضيها وقيدها الغزالي بما إذا لم يواظب عليه وإلا حرم والمعتمد أنه لا فرق نعم محلها إن لعب مع معتقد حله وإلا حرم كما رجحه السبكي والأذرعي والزرركشي وغيرهم وهو ظاهر، لأنه يعينه على معصية حتى في ظن الشافعي، لانا نعتقد أنه يلزمه العمل باعتقاد إمامه وإنما اعتبر القاضي اعتقاد نفسه دون الخصم، لأنه ملزم على أنه لو نظر لاعتقاده الخصم تعطل القضاء ولأنه أعني الشافعي يلزمه الإنكار عليه لما مر أن من فعل ما يعتقد حرمة يجب الإنكار عليه ولو ممن يعتقد إباحته وبهذا يندفع ما وقع لبعضهم من النزاع في ذلك.

(فإن شرط فيه مال من الجانبين فقمار محرم) إجماعا بخلافه من أحدهما ليبدله إن غلب ويمسكه إن غلب فإنه ليس بقمار وإنما هو عقد مسابقة فاسدة، لأنه علي غير آلة قتال، ومع كونه ليس قمارا هو محرم من جهة أن فيه تعاطي عقد فاسد وهو صغيرة لكن أخذ المال كبيرة، وعبر بقمار محرم احترازا عن اعتراض الإمام على إطلاقهم التحريم بأن المحرم وهو ما اقترن بالشطرنج لا هو <ص: 218> فإنه لا يتغير بذلك وترد الشهادة به إن اقترن به أخذ مال أو فحش أو داوم عليه. قال الماوردي: أو لعبه على الطريق قال غيره أو كان فيه صورة حيوان ومن ثم قال بعضهم يحرم اللعب بكل ما في آله صورة محرمة (وبياح) بل قال في مناسكه يندب (الحداء وسماعه) واستماعه، لأنه صلى الله عليه وسلم أقر فاعله بل {قال

لأنجشة عبد له أسود جدا بأمهات المؤمنين يا أنجشة رويدك رفقا بالقوارير} أي: النساء رواه الشيخان وذلك أن الإبل إذا سمعته زاد سيرها وأتعبت راكبها، والنساء يضعفن عن ذلك فشبهن بالزجاج الذي يسرع انكساره، واستدل للندب بأخبار صحيحة وبأن فيه تنشيطها للسير، وتنشيط النفوس وإيقاظ النوم. اهـ. ويتعين الجزم به إذا كان السير قربة أو الاستيقاظ كذلك، لأن وسيلة القربة قربة اتفاقا، ثم رأيت ما يأتي قريبا عن الأذري وهو موافق لما ذكرته وهو بضم أوله وكسره وبالمدال المهملة وبالمد ما يقال خلف الإبل من رجز وغيره وهذا أولى من تفسيره بأنه تحسين الصوت الشجي بالشعر الجائر (ويكره الغناء) بكسر أوله وبالمد (بلا آلة وسماعه) يعني استماعه لا مجرد سماعه بلا قصد لما صح عن ابن مسعود ومثله لا يقال من قبل الرأي فيكون في حكم المرفوع أنه ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل وجاء مرفوعا من طرق كثيرة بينها في كتابي كف الرعاع عن محرمات اللهو والسماع دعاني إليه أي رأيت تهافت كثيرين على كتاب لبعض من أدركناهم من صوفية الوقت تبع فيه خراف ابن حزم وأباطيل ابن طاهر وكذبه الشنيع في تحليل الأوتار وغيرها ولم ينظر لكونه مدموم السيرة مردود القول عند الأئمة، ومن ثم بالغوا في تسفيهه وتضليله سيما الأذري في توسطه ووقع بعض ذلك أيضا للكمال الأذري في تأليف له في السماع ولغيره وكل ذلك يجب الكف عنه وإتباع ما عليه أئمة المذاهب الأربعة وغيرهم لا ما افتراه أولئك عن بعضهم <ص: 219> من تحريم سائر الأوتار والمزامير وبعض أنواع الغناء وزعم أنه لا دلالة في خبر ابن مسعود على كراهته، لأن بعض المباح كلبس الثياب الجميلة ينبت النفاق في القلب وليس بمكروه يرد بنا لا نسلم أن هذا ينبت نفاقا أصلا ولئن سلمناه فالنفاق مختلف والنفاق الذي ينبت الغناء من التخث وما يترتب عليه أقبح وأشنع كما لا يخفى وما نقل منه عن جماعة من الصحابة ومن بعدهم ليس هو بصفة الغناء المعروف في هذه الأزمنة مما اشتمل على التلحينات الأنيقة والنغمات الرقيقة التي تهيج النفوس وشهواتها كما بينه الأذري كالقرطبي وبسطته، ثم وقد جزم الشيخان في موضع بأنه معصية وينبغي حمله على ما فيه وصف نحو خمر أو تشبيب بأمر

أو أجنبية ونحو ذلك مما يحمل غالبا على معصية. قال الأذرعى، أما ما اعتيد عند محاولة عمل وحمل ثقيل كحذاء الأعراب لإبلهم وغناء النساء لتسكين صغارهم فلا شك في جوازه بل ربما يندب إذا نشط على سير أو رغب في خبر كالحذاء في الحج والغزو وعلى نحو هذا يحمل ما جاء عن بعض الصحابة. ا هـ. ومما يحرم اتفاقا سماعه من أمرد أو أجنبية مع خشية فتنة، وقضية قوله بلا آلة حرمة مع الآلة. قال الزركشي: لكن القياس تحريم الآلة فقط وبقاء الغناء على الكراهة. ا هـ. ويؤيده ما مر عن الإمام في الشطرنج مع القمار

(فرع) يسن تحسين الصوت بقراءة القرآن، وأما تلحينه فإن أخرجه إلى حد لا يقول به أحد من القراء حرم وإلا فهو على المعتمد وإطلاق الجمهور كراهة القسم الأول مرادهم بها كراهة التحريم بل قال الماوردي: إن القارئ يفسق بذلك، والمستمع يأثم به، لأنه عدل به عن نهجه القويم.

(ويحرم استعمال آلة من شعار الشربة كطنبور) بضم أوله (وعود) ورباب وجنك وسنطير وكمنجة (وصنج) بفتح أوله وهو صفر يجعل عليه أو نار يضرب بها أو قطعتان من صفر تضرب إحداهما بالأخرى وكلاهما حرام (ومزمار عراقي) وسائر أنواع الأوتار والمزامير (واستماعها)، لأن اللذة الحاصلة منها تدعو إلى فساد كشرب الخمر لا سيما من قرب عهده بها، ولأنها شعار الفسقة، والتشبه بهم حرام وخرج باستماعها سماعها من غير قصد فلا يحرم، وحكاية وجه بحل العود، لأنه ينفع من بعض الأمراض مردودة بأن هذا لم يثبت عن أحد ممن يعتد به على أنه إن أريد حله لمن به ذلك المرض ولم ينفعه غيره >ص: 220< بقول طبيين عدلين فليس وجها بل هو المذهب كالتداوي بنجس غير الخمر وعلى هذا يحمل قول الحلبي يباح استماع آلة اللهو إذا نفعت من مرض أي: لمن به ذلك المرض وتعين الشفاء في سماعه وحكاية ابن طاهر عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي أنه كان يسمع العود من جملة كذبه وتهوره كما بينته، ثم (لا يراع) وهو الشبابة سميت بذلك لخلو جوفها ومن ثم قالوا لمن لا قلب له رجل يراع فلا يحرم (في الأصح) لخبر فيها (قلت الأصح تحريمه والله أعلم)، لأنه مطرب بانفراده بل قال بعض

أهل الموسيقى إنه آلة كاملة جامعة لجميع النغمات إلا يسيرا فحرم كسائر المزامير، والخبر المروي في شبابة الراعي منكر كما قاله أبو داود وبتقدير صحته كما قاله ابن حبان فهو دليل للتحريم، لأن ابن عمر سد أذنيه عن سماعها ناقلا له عن النبي صلى الله عليه وسلم، ثم استخبر من نافع هل يسمعها فيستديم سد أذنيه فلما لم يسمعها أخبره فترك سدهما فهو لم يأمره بالإصغاء إليها بدليل قوله له أتسمع ؟ ولم يقل استمع ولقد أطنب خطيب الشام المدولعي وهو ممن نقل عنه في الروضة وأثنى عليه في تحريمها وتقرير أدلته ونسب من قال بحلها إلى الغلط وأنه ليس معدودا من المذهب ونقلت كلامه برمته وكلام غيره ثم فراجع، ونقل ابن الصلاح أنها إذا جمعت مع المدف حرما بإجماع من يعتد به ورده التاج السبكي وغيره ويوافقه ما مر عن الإمام في الشطرنج مع القمار وعن الزركشي في الغناء مع الآلة وما حكي عن ابن عبد السلام وابن دقيق العيد من أنهما كانا يسمعان ذلك فكذب كما بينته ثم فاحذره.

(ويجوز دف) أي: ضربه (واستماعه لعرس)، لأنه صلى الله عليه وسلم أقر جوپريات ضربن به حين بنى علي بفاطمة كرم الله وجههما بل قال لمن قالت وفينا نبي يعلم ما في غد، دعي هذا وقولي بالذي كنت تقولين أي: من مدح بعض المقتولين ببدر رواه البخاري وصح خبر {فصل ما بين الحرام والحلال الضرب بالدف} وخبر {أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدف} سنده حسن وتضعيف الترمذي له مردود ومن ثم أخذ البغوي وغيره منه أنه سنة في العرس ونحوه (وختان)، لأن عمر رضي الله عنه كان يقره فيه كالنكاح وينكره في غيرهما رواه ابن أبي شيبة (وكذا غيرهما) من كل سرور (في الأصح) لخبر الترمذي وابن حبان {أنه صلى الله عليه وسلم لما رجع إلى المدينة من بعض مغازيه قالت له جارية سوداء إني نذرت إن رذك الله سالما أن أضرب بين يديك بالدف فقال لها إن كنت نذرت أوفي بنذرك} وهذا يشهد <ص: 221> لبحث البلقيني أن ضربه لنحو قدوم عالم أو سلطان لا خلاف فيه ويشهد أيضا لنده بقصد السرور بقدوم نحو عالم لنفع المسلمين إذ المباح لا ينعقد نذره ولا يؤمر بوفائه لكن مر فيه في النذر زيادة لا بد من

استحضرها هنا وبياح أو يسن عند من قال بئذيه (وإن كان فيه جلاجل) لإطلاق الخبر وادعاء أنه لم يكن بجلاجل يحتاج لإثباته وهي إما نحو حلق تجعل داخله كدف العرب أو صنوج عراض من صفر تجعل في خروق دائرته كدف العجم وبحل هذه جزم الحاوي الصغير وغيره ونازع فيه الأذرعى بأنه أشد إطرابا من الملاهي المتفق على تحريمها، وأطال ونقل عن جمع حرمة ولا فرق بين ضربه من رجل أو امرأة وقول الحلیمی يختص حله بالنساء رده السبكي (ويحرم ضرب الكوبة) بضم أوله ويحرم استماعه أيضا (وهي طبل طويل ضيق الوسط) واسع الطرفين لكن أحدهما الآن أوسع من الآخر الذي لا جلد عليه للخبر الصحيح {أن الله حرم الخمر والميسر} أي: القمار والكوبة، ولأن في ضربها تشبها بالمختنين فإنه لا يعتادها غيرهم وتفسيرها بذلك هو الصحيح خلافا لمن فسرها بالنرد وقضية كلامه حل ما عداها من الطبول وهو كذلك وإن أطلق العراقيون تحريم الطبول واعتمده الإسنوي فقال: الموجود لأئمة المذهب تحريم الطبول ما عدا المدف (لا الرقص) فلا يحرم ولا يكره، لأنه مجرد حركات على استقامة أو اعوجاج، ولأنه صلى الله عليه وسلم أقر الحبشة عليه في مسجده يوم عيد رواه الشيخان واستثنى بعضهم أرباب الأحوال فلا يكره لهم وإن قلنا بكراهته التي جرى عليها جمع ورده البلقيني بأنه إن كان باختيارهم فهم كغيرهم وإلا فليسوا مكلفين، ثم اعتمد القول بتحريمه إذا كثر بحيث أسقط المروءة وما ذكره آخره فيه نظر وأولا واضح جلي يجب طرده في سائر ما يحكى عن الصوفية مما يخالف ظواهر الشرع فلا يحتج به، لأنه إن صدر عنهم في حال تكليفهم <ص: 222> فهم كغيرهم أو مع غيبتهم لم يكونوا مكلفين به وقد مر في الردة في رد كلام اليافعي ما يجب استحضاره هنا ونقل الإسنوي عن العز بن عبد السلام أنه كان يرقص في السماع يحمل على مجرد القيام والتحرك لغلبة وجد وشهود وارد أو تجل لا يعرفه إلا أهله نفعنا الله بهم آمين، ومن ثم قال الإمام إسماعيل الحضرمي في موقف الشمس لما سئل عن قوم يتحركون في السماع هؤلاء قوم يروحون قلوبهم بالأصوات الحسنة حتى يصيروا روحانيين فهم بالقلوب مع الحق وبالأجساد مع الخلق ومع هذا فلا يؤمن عليهم العدو فلا يرى عليهم فيما

فعلوا ولا يقتدى بما قالوا. ا هـ. وعن بعضهم تقبل شهادة الصوفية الذين يرقصون على الدف لاعتقادهم أن ذلك قرينة كما تقبل شهادة حنفي شرب النبيذ لاعتقاده إباحته وكذا كل من فعل ما اعتقد إباحته. ا هـ. ورد بأنه خطأ قبيح، لأن اعتقاد الحنفي نشأ عن تقليد صحيح ولا كذلك غيره وإنما منشؤه الجهل والتقصير فكان خيالا باطلا لا يلتفت إليه (إلا أن يكون فيه تكسر كفعل المخنث) بكسر النون وهو أشهر وفتحها وهو أفصح فيحرم على الرجال والنساء وإن نازع فيه الإسنوي وغيره وهو من يتخلق بخلق النساء حركة وهيئة وعليه حملت الأحاديث بلعنه، أما من يفعل ذلك خلقة من غير تكلف فلا يَأثم به

حكم إنشاء الشعر واستماعه

(وبياح قول) أي: إنشاء (شعر وإنشاده) واستماعه، لأنه صلى الله عليه وسلم كان له شعراء يصغي إليهم كحسان وعبد الله بن رواحة وكعب بن مالك رضي الله عنهم وروى الخطيب في جامعه {أنه قرئ عند النبي صلى الله عليه وسلم قرآن وأنشد شعر فليل يا رسول الله قرآن وشعر في مجلسك قال نعم} وأن {أبا بكره قال أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وعنده أعرابي ينشد الشعر فقلت يا رسول الله القرآن أو الشعر فقال يا أبا بكره هذا مرة وهذا مرة} واستنشد من شعر أمية بن أبي الصلت مائة بيت {رواه مسلم أي: لأن أكثر شعره حكم وأمثال وتذكير بالبعث ولهذا} قال صلى الله عليه وسلم كاد أي: أمية أن يسلم {وروى البخاري {إن من الشعر لحكمة} واستحب الماوردي منه ما حذر عن معصية أو حث على خير ويؤيده ما مر من صحة إصداق تعليمه حينئذ (إلا أن يهجو) في شعره معينا غير حربي <ص: 223> وإن تآذى قريبه المسلم بخلاف الذمي، لأنه معصوم ومقتضى كلام بعضهم إلحاق كل مهدر بالحربي وهو ظاهر في المرتد دون نحو الزاني المحصن وغير متجاهر بفسق وغير مبتدع ببدعته فيحرم وإن صدق أو كان بتعريض كما في الشرح الصغير وترد به شهادته للإيذاء وأثم حاكيه دون منشئه إلا أن يكون هو المذيع له فيكون إثمه أشد. (أو يفحش) بضم أوله وكسر ثالثه أي: يجاوز الحد في الإطراء في المدح ولم يمكن حمله على المبالغة فيحرم أيضا، لأنه حينئذ كذب وترد به الشهادة إن أكثر منه وإن قصد إظهار الصنعة لا

إيهام الصدق قال ابن عبد السلام في قواعده: ولا تكاد تجد مداحا إلا رذلا ولا هجاء إلا نذلا (أو يعرض بامرأة معينة) بأن يذكر صفاتها من نحو طول وحسن وصدغ وغيرها فيحرم أيضا وترد به شهادته لما فيه من الإيذاء وهتك الستر إذا وصف الأعضاء الباطنة ومحلّه في غير حليلته، أما هي فإن ذكر منها ما حقه الإخفاء كما يتفق بينهما عند الخلوة حرم كما في شرح مسلم لكن جزما بكراهته وردت شهادته أيضا وإلا فلا، لأن كعب بن زهير رضي الله عنه شيب بزوجته بنت عمه سعاد في قصيدته بانت سعاد المشهورة وأنشدها بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه وخرج بالمرأة الأمرد فيحرم وإن لم يعينه على ما قاله الروياني، لأنه لا يحل بحال بل يفسق إن ذكر أنه يعشقه لكن اعتبر البغوي وغيره تعيينه أيضا ونازع ابن الرفعة الروياني في إطلاق الفسق بأنه ليس من لازم عشقه أن يكون بشهوة محرمة ولهذا عدوا من الشهداء الميت عشقا وفيه نظر، لأن شرطه <ص: 224> أن يكتم ويعف. وهذا لم يكتم على أن الزركشي وغيره قيدوا الشهادة بعشق غير الأمرد وبالمعينة غيرها فلا إثم فيه ولا ترد به الشهادة، لأن غرض الشاعر تحسين صنعته لا تحقيق المذكور قيد ومحلّه إن لم يكثر منه لبناء الشيخين الإطلاق على ضعيف ويقع لبعض فسقة الشعراء نصب قرائن تدل على التعيين وهذا لا شك أنه معين

تعريف المروءة

(والمروءة تخلق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه)، لأن الأمور العرفية تختلف بذلك غالبا بخلاف العدالة فإنها ملكة راسخة في النفس لا تتغير بعروض منافع لها وهذه أحسن العبارات المختلفة في تعريف المروءة لكن المراد بخلق أمثاله المباحة غير المزرية به فلا نظر لخلق القلندرية في خلق اللحى ونحوها (فالأكل في سوق والمشى) فيه (مكشوف الرأس) أو البدن غير العورة أو كشف ذلك فيها وإن لم يمش ممن لا يليق به ذلك وإن كان الأكل ماشيا لتافه ما لم يكن خاليا فيما يظهر يسقطها لخبر الطبراني بسند لين {الأكل في السوق دناءة} ومثله الشرب إلا إن صدق جوعه أو عطشه قال الأذرعي: أو كان يأكل حيث وجد لتقله وبراءته من التكلف العادي قال البلقيني: أو أكل داخل حانوت مستترا ونظر فيه غيره وهو الحق فيمن لا

يليق به ذلك قلت أو كان صائما مثلا فقصد المبادرة بسنة الفطر لعذره (وقبله زوجة أو أمة) في نحو فمها لا رأسها أو وضع يده <ص: 225> على نحو صدرها (بحضرة الناس) أو أجنبي يسقطها بخلافه بحضرة جواريه أو زوجاته وتوقف البلقيني في تقبيلها بحضرة الناس أو الأجنبيات ليلة جلائها ولا وجه في التوقف في ذلك، لأنه لا يفعله إلا من لا خلاق له كما في قوله. (وإكثار حكايات مضحكة) للحاضرين أو فعل خيالات كذلك بأن يصير ذلك عادة له بل جاء في الخبر الصحيح {من تكلم بالكلمة يضحك بها جلساءه يهوي بها في النار سبعين خريفا} ما يفيد أنه حرام بل كبيرة لكن يتعين حمله على كلمة في الغير باطل يضحك بها أعداءه، لأن في ذلك من الإيذاء ما يعادل ما في كبائر كثيرة منه وقضية تقييد الإكثار بهذا أنه لا يعتبر فيما قبله وما بعده ونظر فيه ابن النقيب واعتمد البلقيني أنه لا بد من تكرار الكل تكرارا يدل على قلة المبالاة. واستدل له بالنص وتبعه الزركشي فقال ظاهر النص الذي جرى عليه العراقيون وغيرهم أن من وجد ما فيه بعض ما هو خلاف المروءة قبلت شهادته إلا أن يكون الأغلب عليه ذلك فترد شهادته لكن توقف شيخه الأذرعي في إطلاق اعتبار الإكثار في الكل، ثم بحث اعتباره في نحو الأكل بسوق ومد الرجل بحضرة الناس بخلاف نحو قبلة حليلة بحضرة الناس في طريق واعترض بما صح عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قبل أمة خرجت له من السبي كان عتقها إبريق فضة بحضرة الناس ويرد بأنه مجتهد فلا يعترض بفعله على غيره وليس الكلام في الحرمة حتى يستدل بسكوت الباقيين عليها بل في سقوط المروءة وسكوتهم لا دخل له فيه على أنه يحتمل أنه إنما فعله ليبين حل التمتع بالمسبية قبل الاستبراء فهي واقعة حال فعلية محتملة فلا دليل فيها أصلا فالأوجه ما فصله الأذرعي (ولبس فقيه قباء وقلنسوة) وهي ما يلبس على الرأس وحده وتاجر ثوب نحو جمال وهذا ثوب نحو قاض ونحو ذلك من كل ما يفعل (حيث) أي: بمحل (لا يعتاد) مثله فيه (وإكباب على لعب الشطرنج) أو فعله بنحو طريق <ص: 226> وإن قل كما مر وينبغي أن حضوره فيه هذا التفصيل (أو) على (غناء أو) على (سماعه) أي: استماعه أو اتخاذ امرأة أو أمرد ليغني للناس ولو من غير إكباب (وإدامة رقص) أي: ممن يليق به، أما

غيره فيسقطها منه مرة كما هو ظاهر من قوله والأمر إلى آخره ومد الرجل بحضرة من يحتشمه بلا عذر (يسقطها) لمنافاة ذلك كله لها، وبحث الرافعي أن اتخاذ الغناء المباح حرفة لا يسقطها إذا لاق به رده الزركشي بأن الشافعي نص على رد شهادته وجرى عليه الأصحاب، لأنها حرفة دنيئة ويعد فاعلها في العرف ممن لا حياء له وبما قررت به كلامه علم أن الواو في عبارته بمعنى أو (تنبيه). اختلفوا في تعاطي خرم المروءة على أوجه: ثالثها إن تعلقت به شهادة حرم وإلا فلا وهو الأوجه، لأنه يحرم عليه التسبب في إسقاط ما تحمله وصار أمانة عنده لغيره (والأمر فيه) أي: جميع ما ذكر (يختلف بالأشخاص والأحوال والأماكن)، لأن المدار على العرف كما مر فقد يستقيح من شخص وفي حال أو مكان ما لا يستقيح من غيره أو فيه ونازع الزركشي في التعميم المذكور بأنه لا يظهر في نحو القبلة وإكثار الضحك والشطرنج أي: فهذه تسلبها مطلقا وهو ظاهر

(تنبيه). يؤخذ من قولهم، لأن المدار إلى آخره أن من دخل بلدا فتزيا بزى أهلها لا تنخرم مروءته به ومحلّه إن سلم ما إذا تزيا بزى أهل حرفته ولم يعد أهل ذلك المحل أن تزييه بزى غير بلده مزر به مطلقا (وحرفة دنيئة) بالهمز (كحجامة وكنس وديغ) وحياكة وحراسة وقيامه حمام وجزارة (ممن لا تليق) هذه (به تسقطها) لإشعارها بقلة مبالاته (فإن اعتادها) أي: لاقت به (وكانت) مباحة سواء أكانت (حرفة أبيه) أم لم تكن كما رجحه في الروضة فذكره هنا، لأن الغالب في الولد أن يكون على حرفة أبيه (فلا) تسقطها (في الأصح)، لأنه لا يعتبر بذلك، أما ذو حرفة محرمة <ص: 227> كمنجم ومصور فلا تقبل شهادتهم مطلقا قال الزركشي: ومما عمت به البلوى التكسب بالشهادة مع أن شركة الأبدان باطلة فيقدح في العدالة لا سيما إذا منعنا أخذ الأجرة على التحمل أو كان يأخذ ولا يكتب فإن نفوس شركائه لا تطيب بذلك قال بعض المتأخرين: وأسلم طريق فيه أن يشتري ورق شركة ويكتب ويقسم على قدر ما لكل من ثمن الورق فإن الشركة لا يشترط فيها التساوي في العمل. ا هـ. (والتهمة) بضم ففتح في الشخص التي مر أنها تمنع الشهادة كما في الخبر الصحيح (أن يجر) بشهادته (إليه) أو إلى من لا تقبل شهادته له (نفعا أو يدفع عنه) أو

عمن ذكر بها (ضرا) ويضر حدوثها قبل الحكم لا بعده فلو شهد لأخيه بمال فمات وورثه قبل استيفائه فإن كان بعد الحكم أخذه وإلا فلا وكذا لو شهد بقتل فلان لأخيه الذي له ابن، ثم مات وورثه فإن صار وارثه بعد الحكم لم ينقض أو قبله لم يحكم له (فترد شهادته لعبدته) المأذون له في التجارة وغيره خلافا لما يوهمه تقييد أصله بالأول، لأن ما يشهد به هو له وقضيته قبوله له بأن شخصا قذفه كما بحثه البلقيني (ومكاتبه)، لأنه ملكه وقد يعجز أو يعجزه فيعود له ماله وشريكه بالمشارك لكن إن قال لنا أو بيننا بخلاف ما إذا قال لزيد ولي فيصح لزيد لا له وشرطه تقدم الصحيح كما مر في تفريق الصفقة وأن لا يعود له شيء مما يثبت لزيد كوارثين لم يقبضا فإن ما ثبت لأحدهما يشاركه فيه الآخر ولو اقتسموا أرضا وانفرد كل بحد فتنازع اثنان في حد بينهما لم تقبل شهادة الآخرين على ما أفتى به بعضهم للشركة المتقدمة ودفع ضرر فسخ القسمة لو وقع ويؤخذ منه أن كل من باع عينا لا تقبل شهادته فيها بما يدفع عنه ضرر فسخ البيع فيها لو وقع <ص: 228> (وغريم له ميت) وإن لم تستغرق تركته الديون أو مرتد كما بحثه أبو زرعة (أو عليه حجر فلس)، لأنه إذا أثبت له شيئا أثبت لنفسه المطالبة به حتى في المرتد، لأن ديونه تقضى من ماله على جميع الأقوال بخلاف غريمه الحي ولو معسرا لم يحجر عليه لتعلق الحق بدمته (و) برضاع بين موليته وخاطبها الذي عضل عنه أو (بما) مراده فيما الذي بأصله (هو وكيل) أو وصي أو قيم (فيه) سواء أشهد به نفسه لموكله أم بشيء يتعلق به كوقوع عقد فيه وغيره، لأنه يثبت لنفسه سلطنة التصرف في المشهود به وكذا وديع لمودعه ومرتهن لراهنه لتهمة بقاء يدهما ولو عزل نحو وكيل نفسه قبل الخوض في شيء من المخاصمة قبل أو بعدها فلا وإن طال الفصل وظاهر إطلاقهم أنه لا يعتبر فيها رفع للقاضي ولا كونها مما تقتضي العداوة المسقطة للشهادة وفيه نظر، أما ما ليس وكيلاً أو وصياً أو قيماً فيه فيقبل ومن حيل شهادة الوكيل ما لو باع فأنكر المشتري الثمن أو اشترى فادعى أجنبي بالمبيع فله أن يشهد لموكله بأن له عليه كذا وبأن هذا ملكه إن جاز له أن يشهد به للبائع ولا يذكر أنه وكيل وصوب الأذرع حله باطنا، لأن فيه توصلاً للحق بطريق

مباح، ثم توقف فيه لحملة الحاكم على الحكم بما لو عرف حقيقته لم يحكم به ويجاب بأنه لا أثر لذلك، لأن القصد وصول المستحق لحقه ويأتي قريبا عن ابن عبد السلام ما يؤيده بل صرح غير واحد بأنه يجب على وكيل طلاق أنكره موكله أن يشهد حسبة أن زوجة هذا مطلقة. ويؤيد الجواز قول أبي زرعة بنظيره فيمن له دين عجز عن إثباته فاقترض من آخر قدره وأحاله به وشهد له ليحلف معه إن صدقه في أن له عليه ذلك الدين ونظير ذلك شهادة حاكم معزول بحكمه بصيغة أشهد أن حاكما

جائز الحكم حكم به كما مر (وبراءة من ضمنه) الشاهد أو نحو أصله أو فرعه أو عبده، لأنه يدفع بها الغرم عن نفسه أو عمن لا تقبل شهادته له واحتمال العبارة شهادة الأصيل ببراءة من ضمنه مع كونها مقبولة إذ لا تهمة فيها غير مراد كما يدل عليه السياق نعم قول أصله والضامن للأصيل بالإبراء أو الأداء أصرح (وجراحة مورثه) <ص: 229> غير بعضه قبل اندماليها، لأنها تفضي للموت الذي هو السبب في انتقاله من المورث إليه وبه فارق قبولها في قوله (ولو شهد لمورث له مريض أو جريح بمال قبل الاندمال قبلت في الأصح) لعدم التهمة كما تقرر، لأن الشهادة لا تجر إليه نفعاً وكونه إذا ثبت لمورثه ينتقل إليه بعد بسبب آخر لا يؤثر نعم لو مات مورثه قبل الحكم امتنع، لأنه الآن شاهد لنفسه كما مر وفي الأنوار لو شهد على مورثه بما يوجب قتله لم يقبل وهو غلط مبني على توهم أن الشاهد هنا يرث وليس كذلك كما مر في الفرائض على أنا وإن قلنا يرث لا يصح ذلك أي: لما عللوا به القبول في مسألة المتن هذه وعدمه فيما قبلها فتأمله (وترد شهادة عاقلة بفسق شهود قتل) يحملونه كما ذكره في دعوى الدم والقسامة وأعادها هنا كالذي قبله معولا في حذف قيده المذكور على ذكره، ثم للتمثيل به للتهمة فلا تكرر (و) ترد شهادة (غرماء مفلس) حجر عليه (بفسق شهود دين آخر) ظهر عليه، لأنهم يدفعون مزاحمته لهم وأخذ منه البلقيني قبول شهادة غريم له رهن يفي بدينه ولا مال للمفلس غيره، أو له مال ويقطع بأن الرهن يوفي الدين المرهون به فتقبل لفقده دفع ضرر المزاحمة وفيه نظر، لأن فيها مع ذلك دفعة بتقدير خروج الرهن مستحقا وتبين مال له في الأولى وتقبل شهادة مدين بموت دائنه

وإن تضمنت نقل ما عليه لوارثه، لأنه خليفته لا بعد موته عن أخ بأن له ابنا مجهولا <ص: 230> لنقله ما استحقه الأخ عليه ظاهرا وأخذ منه أن من أثبت وصية له بما تحت يد الوصي فشهد بأنه وصية لآخر لم تقبل، لأنه ينقله عمن ثبت له مطالبته به وتقبل من فقير بوصية أو وقف لفقراء، ومحلّه إن لم يصرح بحصرهم وللوصي إعطاؤه قاله البغوي وخالف ابن أبي الدم حيث انحصروا وإن لم يصرح بحصرهم وهو أوجه لتهمة استحقاقه

(ولو شهد الاثني بوصية) مثلا (فشهدا) أي: الاثنان المشهود لهما (للساهدين بوصية من تلك التركة) ولو في عين واحدة ادعى كل نصفها (قبلت الشهادتان في الأصح) لانفصال كل شهادة عن الأخرى مع أصل عدم المواطأة المانع منها عدالتهما وأخذ منه أنه لو كانت عين بيد اثنين فادعاها ثالث فشهد كل للآخر أنه اشترى من المدعي قبل إذ لا يد لكل على ما ادعى به على غيره حتى يدفع بشهادته الضمان عن نفسه بخلاف من ادعى عليه بشيء فشهد به لآخر وكذلك تجوز شهادة بعض القافلة لبعض على القطاع بشرط أن لا يقول أخذ مالنا أو نحوه ويظهر أن مثله أخذ ماله ومالي للتهمة هنا أيضا ويحتمل هنا تفريق الصفقة لانفصال كل عن الأخرى فتقبل لغيره لا له، وعلى الأول يفرق بينه وبين ما مر في الشريك بأنه هنا ذكر موجب العداوة ولو منفصلا بخلافه ثم ولذلك لو كان هناك ذكر موجب عداوة كان كما هنا وشهادة غاصب بعد الرد والتوبة بما غصبه لأجنبي كما في الجواهر وأفهم قوله بعد الرد أنه لا بد من رد العين وبدل منافعها إذ لا توجد التوبة إلا بذلك لمن قدر عليه، وخرج بذلك ما إذا بقي للمغصوب منه شيء عليه، لاتهامه بدفع الضمان له عنه كما تقرر ولو اشترى فاسدا شيئا وقبضه لم تقبل منه لغير بائعه إلا إن رده ولم يبق عليه للبائع شيء أو صحيحا، ثم فسخ فادعى آخر ملكه زمن وضع المشتري يده عليه لم يقبل منه به لبائعه لدفعه الضمان عن نفسه وإبقائه الغلة لها

(ولا تقبل) الشهادة (لأصل) للشاهد وإن علا (ولا فرع) له وإن سفل ولو بالرشد أو بالتزكية له خلافا لما نقله ابن الصلاح أو لشاهده، لأنه بعضه فكأنه شهد لنفسه والتزكية وإن كانت حقا لله تعالى ففيها إثبات ولاية للفرع وفيها تهمة وقرن أحدهما <ص: 231> ومكاتبه مثله وقضية إطلاق

المتن كالأصحاب أنها لا تقبل لبعض له على بعض له آخر
وبه جزم الغزالي لكن جزم ابن عبد السلام وغيره
بالقبول، لأن الموازع الطبيعي قد يعارض فضعفت التهمة
وقد يجاب على الأول بمنع ذلك إذ كثيرا ما يتفاوتون في
المحبة، والميل فالتهمة موجودة، وقد تقبل شهادة البعض
ضمنا كأن ادعى على بكر شراء شيء من عمرو
والمشتري له من زيد صاحب اليد وطالبه بالتسليم فتقبل
شهادة ابني زيد أو عمرو له بذلك، لأنهما أجنيان عنه وإن
تضمنت الشهادة لأبيهما بالملك وكان شهد على ابنه
بإقراره بنسب مجهول فتقبل مع تضمنها الشهادة لحفيده
ولو ادعى الإمام بشيء لبيت المال قبلت شهادة بعضه به،
لأن الملك ليس للإمام ومثله ناظر وقف، أو وصي ادعى
بشيء لجهة الوقف أو للمولى فشهد به بعض المدعي
لانتفاء التهمة بخلافها بنفس النظر أو الوصاية ولو شهد
لبعضه أو على عدوه أو الفاسق بما يعلمه الحق، والحاكم
يجهل ذلك قال ابن عبد السلام: المختار جوازه، لأنهم لم
يحملوا الحاكم على باطل بل على إيصال الحق لمستحقه
فلم يآثم الحاكم لظنه، ولا الخصم لأخذ حقه ولا الشاهد
لإعائه قال الأزرعي: بل ظاهر عبارة من جوز ذلك الوجوب
(وتقبل) منه <ص: 232> (عليهما) إذ لا تهمة ومحلها حيث
لا عداوة وإلا فوجهان والذي يتجه منهما عدم القبول أخذا
مما مر أن الأب لا يلي بنته إذا كان بينهما عداوة ظاهرة،
ثم رأيت صاحب الأنوار جزم به (وكذا) تقبل شهادتهما
(على أبيهما بطلاق ضرة أمهما) طلاقا بائنا وأمهما تحته (أو
قذفها) أي: الضرة المؤدي للعان المؤدي لفراقها (في
الأظهر) لضعف تهمة نفع أمهما بذلك إذ له طلاق أمهما
متى شاء مع كون ذلك حسبة تلزمهما الشهادة به، أما
رجعي فتقبل قطعا هذا كله في شهادة حسبة أو بعد
دعوى الضرة فإن ادعاه الأب لعدم نفقة لم تقبل شهادتهما
له للتهمة وكذا لو ادعته أمهما ومما تقرر ويأتي من أن
التهمة الضعيفة وغير المقصودة لا تؤثر أخذ بعضهم أنه
يجوز إثبات الوكالة بشهادة بعض الموكل قال بعضهم أو
الوكيل كما أفتى به ابن الصلاح. اهـ. ومحلها في وكيل بغير
جعل على أن قضية ما مر من عدم قبول شهادته لبعضه
بوصاية لما فيه من إثبات سلطنته ضعفه، لأن الوكالة فيها
ذلك ولعله أراد بما نقله عن ابن الصلاح قوله لو ادعى

الفرع على آخر بدين لموكله فأنكر فشهد به أبو الوكيل قبل وإن كان فيه تصديق ابنه كما تقبل شهادة الأب وابنه في واقعة واحدة. ا هـ. وما قاله في هذه متجه، لأن التهمة ضعيفة جدا

(وإذا شهد لفرع) أو لأصل له (وأجنبي قبلت للأجنبي في الأظهر) تفريقا للصفقة ومحلّه كما علم مما مر فيه إن قدم الأجنبي وإلا بطلت فيه أيضا. (قلت وتقبل لكل من الزوجين) من الآخر، لأن النكاح يطرأ ويزول فهما كأجير ومستأجر نعم رجع البلقيني أنه لا تقبل شهادته لها بأن فلانا قذفها أي: لأنه تعبير له في الحقيقة ويتجه تقييده بزمن نكاحه وتقبل لكل على <ص: 233> الآخر قطعاً إلا شهادته بزناها، لأنه يشهد بجناية على محل حقه فأشبهه الجناية على عبده ولأنها لطخت فراشه وذلك أبلغ في العداوة من نحو الضرب (ولأخ وصديق والله أعلم) لضعف التهمة نعم لا تقبل على بقية الورثة، لأن فلانا أخوه، لأنها شهادة لنفسه بنسب المشهود له ابتداء لا ضمناً كذا قاله البلقيني زاعماً أن ما في الروضة من التصريح بخلافه مردود وليس كما زعم، لأن ذلك ضمنى والقصد منه إدخال الضرر على نفسه بمشاركته له والضمنى في ذلك لا يؤثر نظير ما مر في شهادة البعض به وبه فارق منع قبول شهادتهما لأمهما بالزوجية، لأنها شهادة للأصل ابتداء وكان أبا زرعة أخذ من اغتفار الضمنى إفتاءه في تعارض بينتي داخل وخارج انضم إلي هذه بينة أخرى بأن أحد شاهدي الداخل كان باعه له بأن ذلك لا تبطل به شهادته أي، لأن القصد من شهادته للداخل إثبات ملكه ابتداء وتضمنها إثبات ملك له قبل لا أثر له ويتعين حمله على صورة لو ثبتت للخارج لا يرجع المداخل بثمنه على البائع الذي هو أحد الشاهدين له بالملك وإلا فهو متهم بدفعه الضمان عن نفسه لو ثبتت للخارج

(ولا تقبل من عدو) على عدوه عداوة دنيوية ظاهرة للخبر الصحيح فيه ولأنه قد ينتقم منه بشهادة باطلة عليه ومن ذلك أن يشهدا على ميت بعين فيقيم الوارث بينة بأنهما عدوان له فلا يقبلان عليه على الأوجه من وجهين في البحر، لأنه الخصم في الحقيقة إذ التركة ملكه وبه يرد بحث التاج الفزاري أن ذلك غير قادح وإن أفتى شيخنا بما يوافقه محتجاً بأن المشهود عليه بالحقيقة الميت. ا هـ

وليس كما قال على أنه لو قيل لا يقبل عدوا الميت ولا عدوا الوارث عملا بكل من التعليلين المذكورين لكان أظهر وليس هذا إحداث وجه ثالث، لأنه لم يخرج عما يقول به كل من الوجهين

(تنبيه). وظاهر كلامهم قبولها من ولد العدو ويوجه بأنه لا يلزم من عداوة الأب عداوة الابن وزعم أنه أبلغ في العداوة من أبيه وأنه ينبغي أن لا تقبل ولو بعد موت أبيه وإن كان الأصح على ما قيل عند المالكية قبوله بعد موته لا في حياته ليس في محله، لأن الكلام في ولد عدو لم يعلم حاله وحينئذ يبطل زعم أنه أبلغ في العداوة من أبيه بإطلاقه، أما معلوم الحال من عداوة أو عدمها فحكمه واضح (وهو من يبغضه بحيث يتمنى زوال نعمته ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته) لشهادة العرف بذلك واعتراضه البلقيني بأن البغض دون العداوة، لأنه بالقلب وهي بالفعل فكيف يفسر الأغلظ بالأخف ويرد بأنه لم يفسرها بالبغض فقط بل به <ص: 234> بقيد ما بعده وهذا مساو لعداوة الظاهر بل أشد منه والأذرعى بأنها إذا انتهت إلى ذلك فسق بها، لأنه حينئذ حاسد، والحسد فسق والفاسيق مردود الشهادة حتى على صديقه وقد صرح الرافعي بأن المراد العداوة الخالية عن الفسق وقد يجاب بأن بعضهم فرق بأن العداوة أن يتمنى مطلق زوالها، والحسد أن يتمنى زوالها إليه أو أن المراد أن يصل فيها لتلك الحثية بالقوة لا بالفعل فحينئذ هو لم توجد منه حقيقة الحسد المفسقة بل حقيقة العداوة الغير المفسقة فصح كونه عدوا غير حاسد، وحصر البلقيني العداوة في الفعل ممنوع وإنما الفعل قد يكون دليلا عليها على أن جمعا نقلوا عن الأصحاب أن المراد بها المفسقة فحينئذ لا إشكال قالا وقد تمنع العداوة من الجانبين ومن أحدهما فلو عادى من يريد أن يشهد عليه وبالغ في خصومته فلم يجبه قبلت شهادته عليه

(تنبيه). حاصل كلام الروضة وأصلها أن من قذف آخر لا تقبل شهادة كل منهما على الآخر وإن لم يطلب المقذوف حده وكذا من ادعى على آخر أنه قطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا تقبل شهادة أحدهما على الآخر. هـ. ويوجه بأن رد القاذف والمدعي ظاهر، لأنه نسبه فيهما إلى الفسق وهذه النسبة تقتضي العداوة عرفا وإن صدق، ورد المقذوف والمدعى عليه كذلك، لأن نسبه الزنا أو القطع تورث عنده

عداوة له تقتضي أنه ينتقم منه بشهادة باطلة عليه وحينئذ يؤخذ من ذلك أن كل من نسب آخر إلى فسق اقتضى وقوع عداوة بينهما فلا يقبل من أحدهما على الآخر نعم يتردد النظر فيمن اغتاب آخر بمفسق تجوز له الغيبة به وإن أثبت السبب المجوز لذلك وقضية ما تقرر في الدعوى بالقطع من أنه لا تقبل شهادة أحدهما على الآخر وإن أثبت المدعي دعواه أنه كما هنا وعليه فيفرق بأن المعنى المجوز للغيبة وهو أن المغتاب هتك عرضه بظلمه للمغتاب فجوز له الشارع الانتقام منه بالغيبة غير المعنى المقتضي للرد وهو أن ذلك الأمر يحمل على الانتقام بشهادة باطلة وذلك جائز وقوعه من كل منهما فلم تقبل شهادة أحدهما على الآخر (وتقبل له) <ص: 235> حيث لم تصل إلى حسد مفسق لانتفاء التهمة (وكذا) تقبل (عليه في عداوة دين ككافر) شهد عليه مسلم (ومبتدع شهد عليه سني)، لأنها لما كانت لأجل الدين انتفت التهمة عنها ومن أبغض فاسقا لفسقه أو قدح فيه بما هو واجب عليه كفلان لا يحسن الفتوى قبلت شهادته عليه

(وتقبل شهادة) كل (مبتدع) هو من خالف في العقائد ما عليه أهل السنة مما كان عليه أهل السنة مما كان عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ومن بعدهم والمراد بهم في الأزمنة المتأخرة إمامها أبو الحسن الأشعري وأبو منصور الماتريدي وأتباعهما وقد يطلق على كل مبتدع أمر لم يشهد الشرع بحسنه وليس مرادا هنا (لا نكفره) ببدعته وإن سب الصحابة رضوان الله عليهم كما في الروضة وإن ادعى السبكي والأذرعي أنه غلط أو استحل أموالنا ودماءنا، لأنه على حق في زعمه نعم لا تقبل <ص: 236> شهادة داعية لبدعته كروايته إلا الخطابية لموافقهم من غير بيان السبب لاعتقادهم أنه لا يكذب، لأن الكذب كفر عندهم وأبو الخطاب الأسدي الكوفي المنسوبون إليه كان يقول بالوهية جعفر الصادق، ثم ادعاه لنفسه ولا ينافي ما تقرر في الاستحلال ما مر من أنه مانع في البغاة لإمكان حمل ذلك على أن منع تنفيذه لخصوص بغيتهم احتقارا وردعا لهم عن بغيتهم، وأما من نكفره ببدعته كمن يسب عائشة بالزنا وأباها رضي الله عنهما بإنكار صحبته أو ينكر حدوث العالم أو حشر الأجساد أو علم الله تعالى بالمعدوم أو بالجزئيات فلا تقبل شهادته لإهداره (لا مغفل لا يضبط) أصلا أو غالبا

أو على السواء لعدم الثقة بقوله ككثير الغلط والنسيان بخلاف من لا يضبط نادرا، لأن أحدا لا يسلم من ذلك ومن بين السبب كالأقرار وزمن التحمل ومكانه بحيث زالت التهمة بذلك قال الإمام: ويجب استتصال شاهد رابه فيه أمر كأكثر العوام ولو عدولا فإن لم يفصل لزمه البحث عن حاله والمعتمد ندب ذلك أي: في مشهوري الديانة والضبط وإلا وجب كما يعلم مما يأتي في المتنقبة (ولا مبادر) بشهادته قبل الدعوى أو بعدها وقبل أن يستشهده المدعي في غير شهادة الحسبة لتهمته حينئذ ومن ثم صح أنه صلى الله عليه وسلم ذمه نعم لو أعادها في المجلس بعد <ص: 237> الاستشهاد قبلت وما صح أنه خبر الشهود محمول على ما تسمع فيه شهادة الحسبة كمن شهد لیتيم أو مجنون أو بزكاة أو كفارة أو على من عنده شهادة لمن لا يعلمها فيسب له إعلامه ليستشهد به، ولو قيل بوجوبه إن انحصر الأمر فيه لم يبعد

(تنبيه). قضية إطلاقه رد المبادر أنه لا فرق بين ما يحتاج فيه لجواب الدعوى وما لا فلو طلب من القاضي بيع مال من لا يعبر عن نفسه كمحجور وغائب وأخرس لا إشارة له مفهومة في حاجتهم ولهم بينة بها فالأوجه أنه ينصب من يدعي لهم ذلك ويسأل البينة الأداء ولا يجوز لهم الأداء قبل الطلب وكذا مدعي الوكالة لا بد أن يقول أنا وكيل فلان ولي بينة ويسأله الأداء وإن لم يحتج لحضور الخصم ويأتي قريبا زيادة لذلك

(فرع). لا يقدح فيه جهله بفروض نحو صلاة ووضوء يؤديهما كما مر أول الباب ولا توقفه في المشهود به إن عاد وجزم به فيعيد الشهادة ولا قوله لا شهادة لي في هذا إن قال نسيت أو أمكن حدوث المشهود به بعد قوله وقد اشتهرت ديانتته وينبغي قبول دعوى من هذه صفته النسيان حيث احتمل في غير ذلك كأن شهد بعقد بيع وقال لا أعلم كونه للبايع، ثم قال نسيت بل هو له وحيث أدى الشاهد أداء صحيحا لم ينظر لريبة يجدها الحاكم كما بأصله ويندب له استفساره وتفرقة الشهود ولا يلزم الشاهد إجابته عما سأله عنه نعم إن كان به نوع غفلة توقف القاضي وبحث بعضهم أن الأولى استفسار شاهد لم يعلم تثبته لقول الرافعي كالإمام غالب شهادة العامة يشوبها

جهل يحوج للاستفسار، والوجه ما أشرت إليه آنفا أنه إن اشتهر ضبطه وديانته لم يلزمه استفساره وإلا لزمه (وتقبل شهادة الحسبة) من احتسب بكذا أجرا عند الله اعتده ينوي به وجه الله قبل الاستشهاد ولو بلا دعوى بل لا تسمع في الحدود أي: إلا إن تعلق بها حق آدمي كسرقة قبل رد مالها. قال جمع: ولا في غيرها لعدم الاحتياج إليها وعليه فهل الحكم المترتب عليها باطل، لأن المترتب على الباطل باطل أو لا، لأن بطلانها أوجب أنها كما لو لم تذكر فكأنه حكم بغير دعوى وهو صحيح كل محتمل والأوجه الثاني وقال البلقيني وغيره: تسمع وهو المعتمد، لأنه قد يقر فيحصل المقصود بوجه أقوى وكفى بهذا حاجة وقد تناقض في ذلك كلامهما في مواضع (في حقوق الله تعالى) كصلاة، وزكاة، وكفارة، وصوم وحج عن ميت بأن يشهد بتركها وحق لنحو مسجد (وفيما له فيه حق مؤكد) وهو ما لا يتأثر برضا الآدمي بأن يقول حيث لا دعوى <ص: 238> أنا أشهد أو عندي شهادة على فلان بكذا وهو ينكر فأحضره لأشهد عليه وإنما تسمع عند الحاجة إليها حالا كأخيها رضاعا وهو يريد أن ينكحها أو أعتقه وهو يريد أن يسترقه، ولا عبرة بقولهما نشهد لئلا يتناكحا بعد ونوزع في اشتراط الحاجة بقول ابن الصلاح تقبل بإعتاق نحو ميت قنه وإن لم يطلبها فيحكم بها وإن لم يحلف إذا لاحظ الحسبة، ويرد بحمل هذا وأمثاله كالمسألة التي نقلها الرافعي عن القفال فيمن باع دارا فقامت بينة حسبة أن أباه وقفها على ما إذا قال والوارث يريد أن يسترقه أو نحو ذلك كقوله وهو منكر ذلك، لأنه مع تقدم البيع منه مستلزم لذكر حاجة هي وهو يمنعها من الموقوف عليهم على أن قضية كلام المنازع أنه إنما يرد اشتراط ذكر نحو الاسترقاق بالفعل وهذا أعني عدم اشتراط ذكره بالفعل ظاهر لا كلام فيه وإنما هو في ذكر وهو يريد كذا وهذا لا بد منه.

(كطلاق) رجعي أو بائن ولو خلعا لكن بالنسبة له دون المال (وعتق) بأن يشهد به أو بالتعليق مع وجود الصفة أو بالتدبير مع الموت أو بما يستلزمه كالإيلاد بخلافه بمجرد التدبير أو التعليق بصفة أو الكتابة على أحد وجهين رجحه شارح ورجح غيره سماعها وهو الأوجه ويؤيده ما يأتي قريبا عن البغوي والجامع أن المقصود بالشهادة مترقب في كل

منهما فإن قلت يؤيد الأول قولهم السابق عند الحاجة إليها
حالا قلت ينبغي استثناء نحو هاتين الصورتين كزنى بفلانة،
ويذكر شروطه مما لا يمكن فيه ذكر ذلك لضرورة ثبوت
الأصل ليرتب عليه ما هو حق لله تعالى بعد فإن قلت
هذا بعينه جار في نحو أخيها رضاعا مع عدم قبولها فيه
قلت يفرق بين هذا وأمثاله، والزنا وأمثاله بأن اقتصر
الشاهد على أخيها رضاعا غير مفيد فائدة يترتب عليها
حاجة ناجزة فاحتج إلى ضم ما يجعله مفيدا نحو وهو يريد
نكاحها، ونحو دبره وهو منكر متضمن لذكر وهو يريد أو
وارثه بقاءه من جملة تركته ولا تسمع في شراء القريب،
لأنها شهادة بالملك، والعتق يترتب عليه وفارق ما مر في
الخلع بأن الفرقة ثم هي المقصودة والمال تبع والملك هنا
هو المقصود والعتق تبع ولو ادعى قنان أن سيدها أعتق
أحدهما وقامت به بينة سمعت وإن كانت المدعى فاسدة
لاستغناء بينة الحسبة عن تقدم دعوى. قال بعضهم: ولعل
هذا إذا حضر السيد أو غاب غيبة شرعية وإلا فلا يد من
حضوره. اهـ. ويؤخذ من ذلك ترجيح ما قدمته من أن كل
ما قبلت فيه شهادة الحسبة ينفذ الحكم فيه <ص: 239>
بها وإن ترتب على دعوى فاسدة (وعفو عن قصاص)، لأنها
شهادة بإحياء نفس وهو حق لله تعالى (وبقاء عدة
وانقضائها) لما يترتب على الأول من صيانة الفرج عن
استباحته بغير حق ولما في الثاني من الصيانة، والتعفف
بالنكاح ومثل ذلك تحريم الرضاع والمصاهرة (وحد له)
تعالى كحد زنا وقطع طريق وسرقة ومثله إحصان وسفه
وجرح بعد الشهادة وتعديل بعد طلب القاضي له ولو في
غيبة معدل أو مجروح عرف اسمه ونسبه كما مر فيحجر
عليه في الأولى إن كان في عمله وبلوغ وإسلام وكفر
ووصية أو وقف لنحو جهة عامة ولو في آخره كعلى ولده،
ثم ولد ولده، ثم الفقراء كما أفتى به البغوي وأفتى
القاضي بسماع دعوى أجنبي على وصي خان فيحلفه
الحاكم إن اتهمه واستحسنه الأذرعى وغيره قالا وإذا كان
له تحليفه فله إقامة البينة بل أولى (وكذا النسب على
الصحيح)، لأن الشرع أكده ومنع قطعه فضاهى الطلاق
والعتق وخرج بما مر حق الأدمي المحض كقود وحد قذف
وبيع وإقرار

(تنبيه). قد تسمع الشهادة بلا دعوى صحيحة في مسائل آخر كتصرف حاكم في مال تحت ولايته واحتاج لمعرفة نحو قيمته أو ملكه أو يده فله سماع البينة بذلك من غير دعوى اكتفاء بطلبه كما في تعديل الشاهد أو جرحه وكذا في نحو مال محجور شهدا أن وصيه خانه ومال غائب شهدا بفواته إن لم يقبضه الحاكم ونظير ذلك قضاؤه لنحو صبي في عمله بعد الثبوت عنده من غير طلب أحد لحكمه، ومنازعة الغزي في بعض ذلك مردودة وقد يتوقف الشيء على الدعوى لكن لا يحتاج لجواب خصم ولا لحضوره كدعوى توكيل شخص له ولو حاضرا بالبلد فيكفي لإثبات الوكالة تصديق الخصم له وإقامة البينة في غيبته من غير حلف، ولا يلزم الخصم في الأولى التسليم له، لأنه لو أنكر التسليم قبل وكدعوى قيم محجور احتاج لبيع عقاره فيثبتها بينة في غيبته وكالدعوى على ممتنع ومن لا يعبر عن نفسه كمحجور وغائب وميت لا وارث له خاص وإلا لم تسمع إلا في وجه وارث له إن حضروا أو بعضهم واستحقاق وقف بيد الحاكم فإذا أقام بينة بدعواه كفي، ويشترط في سماع الدعوى على من لا يعبر عن نفسه أن يقول ولي بينة تشهد بذلك، أو وأنت تعلمه وكالدعوى بأن فلانا حكم لي بكذا فنفذه لي فلا يحتاج لدعوى في وجه الخصم كما عليه جمع متقدمون، وأكثر المتأخرين وعليه العمل، وقال آخرون: لا بد من حضوره إن كان في حد القرب وعلى الأول لا يحتاج ليمين الاستظهار على الأوجه ومر في الحوالة أن للمحال عليه إقامة بينة ببراءته قبل الحوالة لدفع مطالبة المحتال له وإن كان المحيل بالبلد (ومتي حكم بشاهدين فبانا كافرين، أو عبيدين أو صبيين) أو بان أحدهما كذلك عند الأداء، أو الحكم والحاكم لا يرى قبولهما (نقضه هو وغيره) كما لو حكم بإجتهد فبان خلاف النص ومعنى النقص هنا إظهار بطلانه وأنه لم يصادف محلا <ص: 240> (وكذا فاسقان في الأظهر) لما ذكر ولا أثر لشهادة عدلين بالفسق من غير تاريخ لاحتمال حدوثه بعد الحكم ومر في النكاح أنه لو بان فسق الشاهد عند العقد فباطل على المذهب وهو غير ما هنا إذ المؤثر ثم تبين ذلك عند التحمل فقط وهنا عند الأداء أو قبله بدون مضي مدة الاستبراء أو عند الحكم فلا تكرر ولا تخالف في حكاية الخلاف خلافا لمن زعمه (ولو شهد كافر) معلن

بكفره (أو عبد أو صبي) فردت شهادته (ثم أعادها بعد كماله قبلت) إذ لا تهمة لظهور مانعه (أو) شهد (فاسق) ولو معلنا أو كافر يخفي كفره وتنظير ابن الرفعة فيه رده البلقيني أو عدو أو غير ذي مروءة فرد، ثم (تاب)، ثم أعادها (فلا) تقبل شهادته، لأن رده أظهر نحو فسقه الذي كان يخفيه، أو زاد في تعبيره بما أعلن به فهو متهم بسعيه في دفع عار ذلك الرد ومن ثم لو لم يضع القاضي لشهادته قبلت بعد التوبة وبحث إسماعيل الحضرمي أنه لو شهد بما لا يطابق الدعوى، ثم أعادها بمطابقها قبل، ويتعين تقييده بمشهور بالديانة اعتيد بنحو سبق لسان أو نسيان (وتقبل شهادته بغيرها) أي: في غير تلك الشهادة التي رد فيها إذ لا تهمة ومثله تائب من الكذب في الرواية كما اختاره في شرح مسلم. (بشروط اختياره بعد التوبة مدة يظن بها) أي: بسبب مضيها خاليا عن مفسق فيها (صدق توبته)، لأنها قلبية وهو متهم بظهارها لترويج شهادته وعود ولايته فاعتبر ذلك لتقوى دعواه (وقدرها الأكثرون بسنة)، لأن للفصول الأربعة تأثيرا بينا في تهيج النفوس لشهواتها فإذا مضت وهو على حاله أشعر ذلك بحسن سريرته وقد اعتبرها الشارع في نحو العنة، ومدة التغريب في الزنا <ص: 241> والأصح أنها تقرب لا تحديد وقد لا يحتاج لها كشاهد بزنا حد لنقص النصاب فتقبل عقب ذلك وكمخفي فسق أقر به ليستوفى منه فتقبل منه حالا أيضا، لأنه لم يظهر التوبة عما كان مستورا إلا عن صلاح وكناظر وقف تاب فتعود ولايته حالا كولي النكاح وكقاذف غير المحصن كما قاله الإمام: واعتمده البلقيني لكن قيده غيره بما إذا لم يكن فيه إيذاء وإلا فلا بد من السنة وكمترد أسلم اختيارا وكان عدلا قبل الردة، لأنه لم يبق بعد إسلامه احتمال ولا بد من السنة في التوبة من خرم المروءة كما ذكره الأصحاب وكذا من العداوة كما رجحه ابن الرفعة وإن خالفه البلقيني

(ويشترط في) صحة (توبة معصية قولية) من حيث حق الأدمي (القول) قياسا على التوبة من الردة بالشهادتين، ووجوبهما وإن كانت الردة فعلا كسجود لصنم لكون القولية هي الأصل أو لتضمن ذلك تكذيب الشرع وقضيته كالمتمن اشتراط القول في كل معصية قولية كالغيبة وبه صرح الغزالي فيها ونص الأم بقضيته في الكل وهو ظاهر. وإن

قيل ظاهر كلام الأكثرين اختصاصه بالقذف وعليه فرق في
المطلب بينه وبين غيره بأن ضرره أشد، لأنه يكسب عارا
وإن لم يثبت فاحتيط بإظهار نقيض ما حصل منه وهو
الاعتراف بالكذب جبرا لقلب المقذوف وصونا لما انتهكه
من عرضه واشترط جمع متقدمون أنه لا بد في التوبة من
كل معصية من الاستغفار أيضا واعتمده البلقيني وأطال في
الاستدلال له لكن بما لا يرد عليه عند التأمل المقتضي
لحمل تلك الظواهر على الندم وخرج بالقولية الفعلية فلا
يشترط فيها قول، لأن الحق فيها متمحض إلى الله تعالى
فأدير الأمر فيها على الصدق باطنا بخلاف القذف لما تقرر
فيه (فيقول القاذف) وإن كان قذفه بصورة الشهادة لكون
العدد لم يتم (قذفي باطل وأنا نادم عليه ولا أعود إليه) أو
ما كنت محقا في قذفي وقد ثبت منه أو نحو ذلك ولا
يلزمه أن يتعرض لكذبه، لأنه قد يكون صادقا فإن قلت قد
تعرض له بقوله قذفي باطل ولذا قيل الأولى قول أصله
كالجمهور القذف باطل. <ص: 242> قلت: المحذور إلزامه
بالتصريح بكذبه لا بالتعريض به وهذا فيه تعريض لا تصريح
ألا ترى أنك تقول لمحاورك هذا باطل ولا يجزع ولو قلت
له كذبت لحصل له غاية الجزع والحنق وسره أن البطلان
قد يكون لاختلال بعض المقدمات فلا ينافي مطلق الصدق
بخلاف الكذب، وبهذا يظهر أنه لا اعتراض على المتن، وأن
عبارته مساوية لعبارة أصله والجمهور ثم إن اتصل ذلك
بالقاضي بإقرار، أو بيينة اشترط أن يقول ذلك بحضرته وإلا
فلا على الأوجه قيل في جواز إعلامه به نظر لما فيه من
الإيذاء، وإشاعة الفاحشة نعم لا بد أن يقول بحضرة من
ذكره بحضرته أولا وليس كالقذف فيما ذكر كما بحثه
البلقيني قوله لغيره يا ملعون أو يا خنزير ونحوه فلا
يشترط في التوبة منه قول، لأن هذا لا يتصور إيهام أنه
محق فيه حتى يبطله بخلاف القذف ونازع في اشتراط وأنا
نادم وما بعده

(وكذا شهادة الزور) يشترط في صحة التوبة منها قول نحو
ما ذكر كشهادتي باطلة، وأنا نادم عليها ولا أعود إليها،
ويكفي كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله، ونازع البلقيني
في إلحاقها بالقذف بأن ثبوت الزور بإقراره أو غيره كعلم
القاضي وكان شهد أنه رآه يزني بحلب يوم كذا وثبت أنه
ذلك اليوم كان بمصر كاف في ظهور كذبه، ويرد بأن ذلك

كله لا يمنع بقاءه على ما شهد به متأولاً بخلافه مع اعترافه بكذبه ولا يثبت الزور بالبينة لاحتمال أنها زور نعم يستفاد بها جرح الشاهد فتندفع شهادته، لأنه جرح مبهم فوجب التوقف لأجله (قلت و) المعصية (غير القولية) لا يشترط فيها قول كما مر وإنما (يشترط) في صحة التوبة منها كالقولية أيضا (إقلاع) منها حالا، وإن كان متلبسا بها، أو مصرا على معاودتها (وندم) من حيث المعصية لا لخوف عقاب لو اطلع عليه أو لغرامة مال أو نحو ذلك وزعم أن هذا لا حاجة له، لأن التوبة عبادة وهي من حيث هي شرطها الإخلاص مردود بأن فيه تسليما للاحتياج إليه (وعزم أن لا يعود) إليها ما عاش إن تصور منه وإلا كمجبوب بعد زناه لم يشترط فيه العزم على عدم العود له اتفاقا، ويشترط أيضا أن لا يغرغر وأن لا تطلع الشمس من مغربها. قيل: وأن يتأهل للعبادة فلا تصح توبة سكران في سكره، وإن صح إسلامه. اهـ. وفرقه بينهما بعيد جدا وإن تخيل له معنى قيل وأن يفارق مكان المعصية، ثم صرح بما يفهمه الإقلاع للاعتناء به فقال: (ورد ظلامة آدمي) يعني الخروج منها <ص: 243> بأي وجه قدر عليه مالا كانت أو عرضا نحو قود و حد قذف (إن تعلقت به) سواء تمحضت له أم كان فيها مع ذلك حق مؤكد لله تعالى كزكاة وكذا نحو كفارة وجبت فورا (والله أعلم) للخبر الصحيح {من كانت لأخيه عنده مظلمة في عرض أو مال فليستحله اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم، فإن كان له عمل يؤخذ منه بقدر مظلمته وإلا أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه} وشمل العمل الصوم وبه صرح حديث مسلم فمن استثناه فقد وهم، ثم تحميلة للسيئات يظهر من القواعد أنه لا يعاقب إلا على ما سببه معصية، أما من عليه دين لم يعص به وليس له من العمل ما يفي به فإذا أخذ من سيئات الدائن وحمل عليه لم يعاقب به وعليه ففائدة تحميلة له تخفيف ما على الدائن لا غير وبهذا إن صح يظهر أن قوله تعالى {ولا تزر وازرة وزر أخرى} أي: لا تحمل نفس أئمة إثم نفس أخرى محمول على أنها لا تحمله لتعاقب به، ثم هذا الحديث وحديث {نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه} ظاهر كلام الأئمة حيث اختلفوا في تأويل ذلك وتخصيصه وأبقوا هذا على ظاهره أن حمل السيئات لا يستثنى منه شيء بخلاف الحبس فإن

أفلس لزمه الكسب كما مر فإن تعذر على المالك ووارثه سلمه لقاض ثقة فإن تعذر صرفه فيما شاء من المصالح عند انقطاع خبره بنية الغرم له إذا وجدته، فإن أعسر عزم على الأداء إذا أيسر فإن مات قبله انقطع عنه الطلب في الآخرة إن لم يعص بالتزامه.

ويرجى من فضل الله تعالى تعويض المستحق وإذا بلغت الغيبة المغتاب اشترط استحلاله فإن تعذر بموته أو تعسر لغيبته الطويلة استغفر له ولا أثر لتحليل وارث ولا مع جهل المغتاب بما تحلل منه كما في الأذكار وإن لم تبلغه <ص: 244> كفى الندم والاستغفار له وكذا يكفي الندم والإقلاع عن الحسد ويسن للزاني ككل من ارتكب معصية لله الستر على نفسه بأن لا يظهرها ليحد أو يعزر لا أن لا يتحدث بها تفكها أو مجاهرة فإن هذا حرام قطعاً وكذا يسن لمن أقر بشيء من ذلك الرجوع عن إقراره به ولا يخالف هذا قولهم يسن لمن ظهر عليه حد أي: لله أن يأتي الإمام ليقمه عليه لفوات الستر، لأن المراد بالظهور هنا أن يطلع على زناه مثلاً من لا يثبت الزنا بشهادته فيسن له ذلك، أما حد الآدمي أو القود له أو تعزيره فيجب الإقرار به ليستوفى منه ويسن لشاهد الأول الستر ما لم ير المصلحة في الإظهار ومحلّه إن لم يتعلق بالترك إيجاب حد على الغير وإلا كالثلاثة شهدوا بالزنا لزم الرابع الأداء، وأثم بتركه وليس استيفاء نحو القود مزيلاً للمعصية بل لا بد معه من التوبة وبه صرح البيهقي وحمل الأحاديث في أن الحدود كفارة على ما إذا تاب وجرى المصنف على خلافه وجمع الزركشي <ص: 245> بحمل الثاني على ما إذا سلم نفسه طوعاً لله تعالى والأول على خلافه والذي يتجه الجمع بحمل إطلاق السقوط على حق الآدمي، وعدمه على حق الله تعالى فإذا قيد منه ولم يتب عوقب على عدم التوبة، وتصح توبته من ذنب وإن كان مرتكباً لذنوب أخرى ومما تاب منه، ثم عاد إليه ومن مات وله دين لم يستوفه ورثته يكون هو المطالب به في الآخرة على الأصح (فائدة). قيل يستثنى أربعة كفار لا تقبل توبتهم إبليس، وهاروت، وماروت، وعافر ناقة صالح قال بعضهم لعل المراد أنهم لا يتوبون. اهـ. وأقول بل هو على ظاهره في إبليس وليس بصحيح في هاروت وماروت بل الذي دلت عليه قصتهم المسندة خلافاً لمن أنكروا ذلك أنهم إنما

يعذبون في الدنيا فقط، وأنهم في الآخرة يكونون مع الملائكة بعد ردهم إلى صفاتهم.

(فصل) في بيان قدر النصاب في الشهود المختلف باختلاف المشهود به ومستند الشهادة وما يتبع ذلك (لا يحكم بشاهد) واحد (إلا) منقطع لما مر أول الصوم (في هلال رمضان) وتوابعه دون شهر نذر صومه (في الأظهر) كما قدمه وأعادته هنا للحصر <ص: 246> وأورد عليه صور أكثرها على مرجوح وبعضها من باب الرواية أو نحوها (ويشترط للزنا) واللواط وإتيان البهيمة ووطء الميتة (أربعة رجال) بالنسبة للحد أو التعزير لقوله تعالى {ثم لم يأتوا بأربعة شهداء} ولأنه أقبح الفواحش وإن كان القتل أغلظ منه على الأصح فغلظت الشهادة فيه سترا من الله تعالى على عباده ويشترط تفسيرهم له كرأيانه أدخل مكلفا مختارا حشفته أو قدرها من مقطوعها في فرج هذه أو فلانة ويذكر نسبها بالزنا أو نحوه والذي يتجه ترجيحه أنه لا يشترط ذكر زمان ومكان إلا إن ذكره أحدهم فيجب سؤال الباقيين لاحتمال وقوع تناقض يسقط الشهادة ولا يشترط كالمروود في المكحلة لكنه يسن ولا يضر قولهم تعمدنا النظر لأجل الشهادة أما بالنسبة لسقوط حصانته وعدالته ووقوع طلاق علق بزناه فيثبت برجلين لا بغيرهما مما يأتي وقد يشكك عليه ما مر في باب حد القذف أن شهادة دون أربعة بالزنا تفسقهم وتوجب حدهم فكيف يتصور هذا ؟ وقد يجاب بأن صورته أن يقولوا نشهد بزناه بقصد سقوط أو وقوع ما ذكر فقولهما بقصد إلى آخره ينفي عنهما الحد والفسق، لأنهما صرحا بما ينفي أنه قد يكون قصدهما إلحاق العار به الذي هو موجب حد القذف كما مر ثم مع ما له تعلق بما هنا وكذا مقدمات الزنا <ص: 247> ووطء شبهة قصد به النسب أو شهد به حسبة يثبت برجلين أو المال يثبت بهما وبرجل وامرأتين وبشاهد ويمين ولا يحتاج فيه لما مر في الزنا من رأيانه أدخل حشفته إلى آخره

(و) يشترط (للإقرار به اثنان) كغيره (وفي قول أربعة)، لأنه يترتب عليه الحد وفرق الأول بأن حده لا يتحتم (ولمال) عين أو دين أو منفعة (و) لكل ما قصد به المال من (عقد) أو فسخ (مالي) ما عدا الشركة والقراض والكفالة (كبيع وإقالة وحوالة) عطف خاص على عام إذ الأصح أنها

بيع (وضمنان) ووقف وصلاح ورهن وشفعة ومسابقة وعض
خلع ادعاه الزوج أو وارثه (وحق مالي كخيار وأجل) وجناية
توجب مالا (رجلان أو رجل وامرأتان) لعموم الأشخاص
المستلزم لعموم الأحوال إلا ما خص بدليل في قوله تعالى
{فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان} مع عموم البلوى
بالمداينات ونحوها فوسع في طرق إثباتها والتخير مراد من
الآية إجماعاً دون الترتيب الذي هو ظاهرها والخنى كالمرأة
أما الشركة والقراض والكفالة فلا بد فيها من رجلين ما
لم يرد في الأولين إثبات حصته من الربح كما >ص: 248<
بحثه ابن الرفعة (ولغير ذلك) أي ما ليس بمال ولا
يقصد منه المال (من عقوبة لله تعالى) كحد شرب وسرقة
وقطع طريق (أو لآدمي) كقود وحد قذف ومنع إرث بأن
ادعى بقية الورثة على الزوجة أن الزوج خالعه حتى لا
ترث منه (و ما يطلع عليه رجال غالباً كنيكاح وطلاق) منجز
أو معلق (ورجعة) وعتق (وإسلام وردة وجرح وتعديل وموت
وإعسار ووكالة) ووديعة (ووصاية >ص: 249< وشهادة على
شهادة رجلين) لا رجل وامرأتين لقول الزهري مضت السنة
من رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تجوز شهادة
النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق وهذا
حجة عند أبي حنيفة وهو المخالف، ولأنه تعالى نص في
الطلاق والرجعة والوصاية على الرجلين وصح به الخبر في
النكاح وقيس بها ما في معناها من كل ما ليس بمال ولا
هو المقصود منه ولا نظر لرجوع الوصاية والوكالة للمال،
لأن القصد منهما إثبات الولاية لا المال. نعم نقل الشيخان
عن الغزالي وأقراه لكن نوزعاً فيه ولو ادعت أنه طلقها
عند الوطاء وطالبته بالشطر أو بعده وطالبته بالكل أو أن
هذا الميت زوجها وطلبت الإرث قبل نحو شاهد ويمين، لأن
القصد المال كما في مسألتي السرقة وتعليق الطلاق
بالغصب فإنه يثبت المال بشاهد ويمين دون السرقة
والغصب، والطلاق ألحق به قبول شاهد ويمين بالنسب إلى
ميت فيثبت الإرث وإن لم يثبت النسب
(تنبيه) صورة ما ذكر في الوديعة أن يدعي مالها غصب
ذي اليد لها وذو اليد أنها وديعة فلا بد من شاهدين، لأن
المقصود بالذات إثبات ولاية الحفظ له وعدم الضمان
يترتب على ذلك (وما يختص بمعرفته النساء أو لا يراه
رجال غالباً كبكاره) وضدها ورتق وقرن (أو ولادة وحيض)

ومرادهما بقولهما في محل تتعذر إقامة البينة عليه تعسرها فإن الدم وإن شوهد يحتمل أنه استحاضة. <ص: 250>
(تنبيه) إذا ثبتت الولادة بالنساء ثبت النسب والإرث تبعاً، لأن كلا منهما لازم شرعاً للمشهود به ولا ينفك عنه ولأن التابع من جنس المتبوع فإن كلا من ذلك من المال أو الآيل إليه، ويؤخذ من ثبوت الإرث فيما ذكر ثبوت حياة المولود وإن لم يتعرض لها في شهادتهن بالولادة لتوقف الإرث عليها أعني الحياة فلم يمكن ثبوته قبل ثبوتها أما لو لم يشهدن بالولادة بل بحياة المولود فظاهر أنهن لا يقبلن، لأن الحياة من حيث هي مما يطلع عليه الرجال غالباً فإن قلت الأصل عدم الحياة فكيف مع ذلك ثبتت الحياة تبعاً للولادة قلت لما نظروا للزوم الإرث لها المستلزم للحياة وجب ثبوتها ليثبت الإرث وسره أن ذكر الولادة في الشهادة مع السكوت عليها قرينة ظاهرة في حياة المولود، لأن عدالة الشاهد تمنعه من إطلاق الشهادة بالولادة مع موت الولد فالحاصل أن الحياة وإن لم تكن لازماً شرعاً لكن اللازم الشرعي يتوقف عليها فكان تقديرها ضرورياً فعمل به (ورضاع) وقدمه في بابه وذكر هنا على جهة التمثيل فلا تكرر ومحلّه إن كان من الثدي أما شرب اللبن من إناء فلا يقبلن فيه نعم يقبلن في أن هذا لبن فلانة (وعيوب تحت الثياب) التي من النساء من برص وغيره حتى الجراحة كما صوبه في الروضة ورد استثناء البغوي له نظراً إلى أن جنسه يطلع عليه الرجال غالباً وزعم أن الإجماع عليه وأنه صواب مردود (يثبت بما سبق) أي برجلين وبرجل وامرأتين (وبأربع نسوة) وحدهن للحاجة إليهن هنا ولا تثبت برجل ويمين وخرج بتحت الثياب والمراد ما لا يظهر منها غالباً ومن ثم كان التعبير بذلك أولى من تعبير الروضة وغيرها بما تحت الإزار، لأنه ما بين السرة والركبة فقط وليس مراداً عيب الوجه واليد من الحرة فلا يثبت حيث لم يقصد به مال إلا برجلين وكذا ما يبدو عند مهنة الأمة إذا قصد به فسخ النكاح مثلاً أما إذا قصد به الرد في العيب فيثبت برجل وامرأتين وشاهد ويمين، لأن القصد منه حينئذ المال ولو أقامت شاهداً بإقرار زوجها بالدخول كفى حلفها معه ويثبت المهر أو أقامه هو على إقرارها به لم يف الحلف معه، لأن قصده ثبوت العدة والرجعة وليساً بمال

(تنبيه) ما ذكر في وجه الحرة ويدها وما يبدو في مهنة الأمة <ص: 251> قيل: إنما يتأتى على حل نظره الضعيف أما على المعتمد من حرمة فليثبت بالنساء ا هـ. ولك رده بأنه مخالف لصريح كلامهم لا سيما ما يبدو في مهنة الأمة فإن تخصيصه لا يأتي على قول المصنف إنها كالحرة ولا على قول الرافعي يحل ما عدا ما بين سرتها وركبتها فعلمنا بذلك أنهم أعرضوا عما ذكر ويوجه بأنهم هنا لم ينظروا لحل نظر ولا لحرمة إذ للشاهد النظر للشهادة ولو للفرج كما مر وإنما النظر لما من شأنه أن يسهل اطلاع الرجال عليه غالباً ولا وما ذكر يسهل اطلاعهم عليه كذلك لعدم تحفظ النساء في ستره غالباً فلم يقبلن فيه مطلقاً (وما لا يثبت برجل وامرأتين لا يثبت برجل ويمين) لأنه إذا لم يثبت بالأقوى فالأضعف أولى (وما يثبت بهم) أي برجل وامرأتين وغلبه لشرفه (يثبت برجل ويمين) لخبر مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قضى بهما قال مسلم صح أنه صلى الله عليه وسلم قضى بهما في الحقوق والأموال ثم الأئمة بعده ورواه البيهقي عن نيف وعشرين صحابياً فاندفع قول بعض الحنفية وهو خبر واحد فلا ينسخ القرآن على أن النسخ للحكم وهو ظني فليثبت بمثله. <ص: 252> (إلا عيوب النساء ونحوها) فلا يثبت بهما لخطرهما نعم يقبلان في عيب فيهن يقتضي المال كما مر (ولا يثبت شيء بامرأتين ويمين) لضعفهما (وإنما يحلف المدعي بعد شهادة شاهده وتعديله) لأن جانبه إنما يتقوى حينئذ والأصح أن القضاء بهما فإذا رجع الشاهد غرم النصف وإنما لم يشترط تقدم شهادة الرجل على المرأتين لقيامهما مقام الرجل قطعاً (ويذكر في حلفه) على استحقاقه للمشهود به (صدق الشاهد) وجوباً قبله أو بعده فيقول والله إن شاهدي لصادق فيما شهد لي به أو لقد شهد بحق وإني أستحقه أو وإني أستحقه وإن شاهدي إلى آخره، لأنهما مختلفا الجنس فاعتبر ارتباطهما ليصيرا كالنوع الواحد (فإن ترك الحلف) مع شاهده (وطلب يمين خصمه فله ذلك)، لأنه قد يتورع عن اليمين فإن حلف خصمه سقطت الدعوى فليس له الحلف بعد مع شاهد، لأن اليمين إليه فلا عذر له في تركها وبه فارق قبول بينته بعد وقضية ذلك أن حقه لا يبطل بمجرد طلبه يمين خصمه لكن الذي رجحاه بطلانه فلا يعود للحلف مع شاهده ولو في مجلس آخر، لأنه

أسقط حقه <ص: 253> من اليمين بطلبه يمين خصمه كما يسقط بردها على خصمه بخلاف البيعة الكاملة لا يسقط حقه منها بمجرد طلب يمين خصمه. (فإن نكل) المدعى عليه (فله) أي: المدعى (أن يحلف يمين الرد في الأظهر)، لأنه غير التي امتنع عنها، لأن تلك لقوة جهته بالشاهد ويقضى بها في المال فقط وهذه لقوتها بنكول الخصم ويقضى بها في كل حق

(ولو كان بيده أمة وولدها) يسترقهما (فقال رجل هذه مستولدي عقلت بهذا) مني (في ملكي وحلف مع شاهد) أقامه (ثبت الاستيلاء) يعني ما فيها من المالية وأما نفس الاستيلاء المقتضي لاعتقها بالموت فإنما يثبت بإقراره فتتزع ممن هي في يده وتسلم له، لأن أم الولد مال لسيدها. وبحث البلقيني أنه لا بد أن يزيد في دعواه وهي باقية على ملكي على حكم الاستيلاء لجواز بيع المستولدة في صور، ومردود بأنه حيث جاز بيعها ألغي استيلاؤها فلا يصدق معه قوله مستولدي (لا نسب الولد وحرته) فلا يثبتان بهما <ص: 254> كما علم مما مر. (في الأظهر) فلا ينزع من ذي اليد، وفي ثبوت نسبه من المدعى بالإقرار ما مر في بابه

(ولو كان بيده غلام) يسترقه وذكره مثال (فقال رجل كان لي وأعتقته وحلف مع شاهد فالمذهب انتزاعه ومصيره حرا) بإقراره وإن تضمن استحقاقه الولاء، لأنه تابع لدعواه الملك الصالحة حجة لإثباته والعتق إنما ترتب عليه بإقراره وبه فارق ما قبله. (ولو ادعت ورثة) أو بعضهم (مالا) عينا أو دينا أو منفعة (لمورثهم) الذي مات قبل نكوله (وأقاموا شاهدا) بالمال بعد إثباتهم لموته وإرثهم وانحصاره فيهم (وحلف معه بعضهم) على استحقاق مورثه الكل ولا يقتصر على قدر حصته وكذا لو حلفوا كلهم، لأنه إنما يثبت بيمينه الملك لمورثه (أخذ نصيبه ولا يشارك فيه) من جهة البقية، لأن الحجة تمت في حقه وحده وغيره قادر عليها بالحلف <ص: 255> ولأن يمين الإنسان لا يعطى بها غيره وبهذين فارق ما لو ادعى دارا إرثا فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه وكذب الآخر فإنهما يشتركان فيه وكذا لو أقر بدين الميت فأخذ بعض ورثته قدر حصته ولو بغير دعوى ولا إذن من حاكم فللبقية مشاركتة فيه ولو أخذ أحد شركاء في دار أو منفعتها ما يخصه من أجرتها لم يشاركه

فيه البقية كما أفهمه التعليل الأول ولو ادعى غريم من غرماء مدين مات علي وارثه أنك وضعت يدك من تركته على ما يفي بحقي فأنكر وحلف له أنه لم يضع يده على شيء منها لم تكفه هذه اليمين للبقية بل كل من ادعى عليه منهم بعدها بوضع اليد يحلف له هذا ما أفتى به البلقيني ورد بقولهم لو ادعى حقا على جمع فردوا عليه اليمين أو أقام شاهدا ليحلف معه كفته يمين واحدة، وقولهم لو ثبت إعسار مدين وطلب غرماؤه تحليفه أجيبوا ويكفيه يمين واحدة ولو ثبت إعساره بيمينه فظهر له غريم آخر لم يكن له تحليفه وقد يجاب بأن ما عدا الأخيرة قد لا يرد عليه، لأن الدعوى وقعت منهم أو عليهم فوَقعت اليمين لجميعهم بخلافه في مسألة البلقيني وأما الأخيرة فالإعسار فيها خصلة واحدة وقد ثبت والظاهر دوامه فلم يجب الثاني للتحليف عليه بخلاف وضع اليد فإنه إذا انتفى باليمين الأولى ليس الظاهر دوامه فوجب اليمين على نفيه لكل مدع به بعد من الغرماء ويكفي في دعوى دين على ميت حضور بعض ورثته <ص: 256> لكن لا يتعدى الحكم لغير الحاضر ولو أقر بدين لميت ثم ادعى أداءه إليه وأنه نسي ذلك حالة إقراره سمعت دعواه لتحليف الموارث كما في الإقرار وتقبل بينته بالأداء رعاية لاحتمال نسيانه كما أخذه بعضهم من قولهم لو قال لا بينة لي ثم أتى بينة قبلت لاحتمال نسيانه لها وفيه نظر والفرق ظاهر إذ كثيرا ما يكون للإنسان بينة ولا يعلم بها فلا تناقض بخلاف تلك. (ويبطل حق من لم يحلف) من اليمين (بنكوله إن حضر) في البلد وقد شرع في الخصومة أو شعر بها (وهو كامل) حتى لو مات لم يحلف وارثه ولو مع شاهد يقيمه، لأنه تلقى الحق عن مورثه وقد بطل حقه بنكوله وخرج بقولي من اليمين البينة فلا يبطل حقه منها فله إقامة شاهد ثان وضمه إلى الأول من غير تجديد شهادته كالدعوى لتصير بينته كاملة كما لو أقام مدع شاهدا ثم مات فلوارثه إقامة آخر وفارق ذلك غير الموارث كباعني وأخي الغائب أو الصبي مورثك بكذا وأقام شاهدا أو حلف معه فإنه إذا قدم الغائب أو كمل الصبي تجب إعادة الدعوى والشهادة مع اليمين أو مع شاهد آخر بأن الدعوى في الإرث لواحد وهو الميت ولهذا تقضى ديونه من المأخوذ وفي غير الإرث الحق لأشخاص فلم تقع البينة والدعوى لغير المدعي من

غير إذن ولا ولاية وخرج بقوله بنكوله توقفه عن اليمين فلا يبطل حقه من اليمين حتى لو مات قبل النكول حلف وارثه على الأوجه الذي أفهمه كلام الرافعي أما حاضر لم يشرع أو لم يشعر فكصبي ومجنون في قوله (فإن كان) من لم يحلف (غائباً أو صبياً أو مجنوناً فالمذهب أنه لا يقبض نصيبه) <ص: 257> بل يوقف الأمر على علمه أو حضوره أو كماله (فإذا زال عذره) بأن علم أو قدم أو بلغ أو أفاق (حلف وأخذ) حصته (بغير إعادة شهادة) ما دام الشاهد باقياً بحاله واستئناف دعوى، لأنهما وجداً أولاً من الكامل خلافة عن الميت ومن ثم لو كان ذلك في غير إرث كاشترت أنا وأخي وهو غائب مثلاً أو أوصى لنا بكذا وجبت إعادتهما أما لو تغير حال الشاهد فلا يحلف كما رجحه الأزرعي وغيره، لأن الحكم لم يتصل بشهادته إلا في حق الحالف أولاً دون غيره وبحث هو ومن تبعه أن محل عدم الإعادة فيما ذكر إذا كان الأول قد ادعى الكل فإن ادعى بقدر حصته فلا بد من الإعادة جزماً. (ولا تجوز شهادة على فعل كزنا وغصب) ورضاع (وإتلاف وولادة) وزعم ثبوتها بالسمع محمول على ما إذا أريد بها النسب من جهة الأم (إلا بإبصار) <ص: 258> لها ولفاعلها، لأنه يصل به إلى اليقين قال تعالى {إلا من شهد بالحق وهم يعلمون} وفي خبر {على مثلها أي: الشمس فاشهد} نعم يأتي أن ما يتعذر فيه اليقين يكفي فيه الظن كالملك والعدالة والإعسار وقد تقبل من الأعمى بفعل كما يأتي ويجوز تعمد نظر فرج زان وامرأة تلد لأجل الشهادة، لأن كلا منهما هتك حرمة نفسه. (وتقبل) الشهادة على الفعل (من أضم) لحصول العلم بالمشاهدة واستفيد من المتن أن الشهادة بقيمة عين لا تسمع إلا ممن رآها وعرف أوصافها جميعاً (والأقوال كعقد) وفسخ وإقرار (يشترط سمعها وإبصار قائلها) حال صدورها منه ولو من وراء نحو زجاج فيما يظهر ثم رأيت غير واحد قالوا تكفي الشهادة عليها من وراء ثوب خفيف يشف على أحد وجهين كما اقتضاه ما صححه الرافعي في نقاب المرأة الرقيق فلا يكفي سماعه من وراء حجاب وإن علم صوته، لأن ما أمكن إدراكه بإحدى الحواس لا يجوز أن يعمل فيه بغلبة ظن لجواز اشتباه الأصوات نعم لو علمه بيت وحده وعلم أن الصوت ممن في البيت جاز له اعتماد صوته وإن لم يره

وكذا لو علم اثنين بيت لا ثالث لهما وسمعهما يتعاقدان وعلم الموجب منهما من القابل لعلمه بمالك المبيع أو نحو ذلك فله الشهادة بما سمعه منهما (ولا يقبل أعمى) ومن يدرك الأشخاص ولا يميزها في مرئي لانسداد طريق التمييز عليه مع اشتباه الأصوات وإنما جاز له وطء زوجته اعتمادا على صوتها، لأنه أخف ومن ثم نص الشافعي رضي الله عنه على حل وطئها اعتمادا على لمس علامة يعرفها فيها وإن لم يسمع صوتها وعلى أن لمن زفت له زوجته أن يعتمد قول امرأة هذه زوجتك ويطأها، وظاهر كلامهم أن له الاعتماد على القرينة القوية أنها زوجته وإن لم يقل له أحد ذلك (إلا أن تكون) شهادته بنحو استفاضة <ص: 259> أو ترجمة أو إسماع ولم يحتج لتعيين، أو يضع يده على ذكر بفرج فيمسكهما حتى يشهد عليهما بذلك عند قاض، لأن هذا أبلغ من الرؤية، أو يكون جالسا بفراش لغيره فيغصبه آخر فيتعلق به حتى يشهد عليه أو (يقر) إنسان لمعروف الاسم والنسب (في أذنه) بنحو طلاق أو مال أولا في أذنه بأن كان يده بيده وهو بصير حال الإقرار ثم عمي (فيتعلق به حتى يشهد عند قاض به على الصحيح) لحصول العلم بأنه المشهود عليه وإن لم يكن في خلوة. (ولو حملها) أي: الشهادة (بصير ثم عمي شهد إن كان المشهود له و) المشهود (عليه معروف في الاسم والنسب) فقال: أشهد أن فلان بن فلان فعل كذا أو أقر به، لأنه في هذا كالبصير بخلاف ما إذا لم يعرف ذلك وبحث الأذرعى قبوله إذا شهد على زوجته في حال خلوته بها وكذا على بعضه إذا عرف خلوه به حينئذ للقطع بصدقه حينئذ ولا يخلو عن وقفة والفرق بينه وبين ما مر في قولنا نعم لو علمه بيت إلى آخره ظاهر فإن البصير يعلم أنه ليس ثم من يشته به بخلاف الأعمى وإن اختلفى به (ومن سمع قول شخص أو رأى فعله فإن عرف عينه واسمه ونسبه) أي: أباه وجدته (شهد عليه في حضوره إشارة) إليه ولا يكفي مجرد ذكر الاسم والنسب (و) شهد عليه (عند غيبته) المجوزة للدعوى عليه وقد مرت (وموته باسمه ونسبه) معا لحصول التمييز بهما دون أحدهما أما لو لم يعرف اسم جده فيجزئه الاقتصار على ذكر اسمه واسم أبيه إن عرفه القاضي بذلك وإلا فلا كما جمع به في المطلب بين كلامهم الظاهر التنافي <ص: 260> في ذلك

بل يكفي لقب خاص كسلطان مصر فلان ولو بعد موته قال غيره: وبه يزول الإشكال في الشهادة علي عتقاء السلطان والأمراء وغيرهم فإن الشهود لا يعرفون أنسابهم غالباً فيكفي ذكر أسمائهم مع ما يميزهم من أوصافهم وعليه العمل عند الحكام وارتضاه البلقيني وغيره قال شارح وقد اعتمدت شهادة من شهد على فلان المتوفى التاجر بـدكان كذا في سوق كذا إلى وقت وفاته وعلم أنه لم يسكنه في ذلك الوقت غيره وحكمت بها.

(تنبيه) مهم كثيراً ما يعتمد الشهود في الاسم والنسب قول المشهود عليه ثم يشهد بهما في غيبته وذلك لا يجوز اتفاقاً كما قاله ابن أبي الدم وقول المتن الآتي لا بالاسم والنسب ما لم يثبتاً صريح فيه ويلزمه أن يكتب فيه أقر مثلاً من ذكر أن اسمه ونسبه كذا ولا يجوز فلان بن فلان نعم لو لم يعرفهما إلا بعد التحمل جاز له الجزم بهما ومن طرق معرفتهما أن تقام بهما بينة حسبة لما مر من ثبوته بها لا أن يسمعهما من عدلين قال القفال بل لو سمعه من ألف رجل لم يجز حتى يتكرر ويستفيض عنده وكأنه أراد بذلك مجرد المبالغة وإلا فهذا تواتر مفيد للعلم الضروري الذي لا تحصله الاستفاضة وقد تساهل جهلة الشهود في ذلك حتى عظمت به البلية وأكلت به الأموال فإنهم يجيئون بمن واطئوه فيقر عند قاض بما يرومونه ويذكر اسم ونسب من يريدون أخذ ماله فيسجل الشهود بهما ويحكم به القضاة (تنبيه ثان) خطأ ابن أبي الدم من يكتب أو يقول وقد شهد على مقر أشهد على إقراره بأن إقراره مشهود به لا عليه فالصواب أن يقول إن أشهده: أشهدني علي نفسه بما أقر به وأنا أشهد به عليه فإن لم يشهد قال أقر عندي بكذا فإن سمعه ولم يحضر عنده قال أشهد أنني سمعته يقر بكذا ذكره الماوردي وهو استحسان لفظي لصحة المعنى في أشهد على إقراره ومر أوائل خيار النكاح قول المتن أو بينة على إقراره أي: يشهد على إقراره <ص: 261> فهو مشهود به وعليه باعتبارين فالصواب أنه لا خطأ في ذلك. ثم رأيت السبكي صوب صحة ذلك قال كما تدل عليه عبارة الشافعي وغيره وقال تعالى {وشهد شاهد من بني إسرائيل على مثله} قال ابن أبي الدم ومن حضر عقد بيع أو نكاح يشهد بما سمع لا باستحقاق ولا ملك ونقل القمولي عنه أنه يقول حضرت

العقد الجاري بينهما أو مجلسه وأشهد به وهو أولى من أشهد أني حضرته ونظر فيه بأنه لا يلزم من الحضور السماع ورد بأن جزمه به مع عدالته يمنعه من الشهادة به بدون سماعه واختلف نقله ونقل غيره عنه في أشهد أني رأيت الهلال ومر أن الراجح القبول ونقل الماوردي وجهين فيما لو سمعه يقر بشيء ثم قال له المقر لا تشهد علي به وبحث بعضهم أن الإقرار إن كان بحق لله كان قوله لا تشهد علي رجوعاً عنه أو لغيره لم يلتفت لقوله لا. وفيه نظر والأوجه أنه لا يلتفت له مطلقاً وفي قول قديم لا يد في الشهادة من إذن المشهود عليه فيها (فإن جهلها) أي: الاسم والنسب أو أحدهما. (لم يشهد عند موته وغيبته) إذ لا فائدة بخلاف ما إذا حضر وأشار إليه فإن مات أحضر قبل الدفن ليشهد على عينه قال الغزالي وكذا بعده إن لم يتغير واشتدت الحاجة لحضوره واعتمده الزركشي ولم يبال بتضعيف الرافعي له

(ولا يصح تحمل شهادة على منتقبة) بنون ثم تاء من انتقبت للأداء عليها (اعتماداً على صوتها) كما لا يتحمل بصير في ظلمة اعتماداً عليه لاشتباه الأصوات ولا أثر لحائل رقيق كما مر وأفهم قوله اعتماداً أنه لو سمعها فتعلق بها إلى قاض وشهد عليها جاز كالأعمى بشرط أن يكشف نقابها ليعرف القاضي صوتها قال جمع ولا ينعقد نكاح منتقبة إلا إن عرفها الشاهدان اسماً ونسباً أو صورة وفيه بسط مهم أشرت إليه في النكاح وذكرته في الفتاوى فراجعه أما لا للأداء عليها كان تحملاً أن منتقبة بوقت كذا بمجلس كذا قالت كذا وشهد آخران أن هذه الموصوفة فلانة بنت فلان جاز <ص: 262> وثبت الحق بالبينتين، ولو شهد على امرأة باسمها ونسبها فسألهم القاضي أتعرفون عينها أو اعتمدتم صوتها لم يلزمهم إجابته قاله الرافعي ومحلّه كما علم مما مر في مشهوري الديانة والضبط وإلا لزمه سؤالهم ولزمهم الإجابة كما قاله الأذرعي والزركشي وآخرون (فإن عرفها بعينها أو باسم ونسب جاز) التحمل عليها للأداء ولا يجوز كشف نقابها حينئذ إذ لا حاجة إليه. (ويشهد عند الأداء بما يعلم) مما مر من اسم ونسب وإلا أشار فإن لم يعرف ذلك كشف وجهها وضبط حليتها وكذا يكشفه عند الأداء (ولا يجوز التحمل عليها) أي: المنتقبة (بتعريف عدل أو عدلين على الأشهر) الذي عليه الأكثرون

بناء على المذهب أن التسامع لا بد فيه من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب نعم إن قالنا نشهد أن هذه فلانة بنت فلان كانا شاهدي أصل وسامعهما شاهد فرع فيشهد على شهادتهما بشرطه (والعمل) من الشهود لا الأصحاب كما قاله البلقيني (على خلافه) وهو الاكتفاء بالتعريف من عدل وجرى عليه جمع متقدمون بل وسع غير واحد في اعتماد قول ولدها الصغير وهي بين نسوة هذه أم (ولو قامت بينة على عينه بحق) أو ثبت عليها بوجه آخر كعلم القاضي (فطلب المدعي) من القاضي (التسجيل) بذلك (سجل) له (القاضي) جوازا (بالحلية لا بالاسم والنسب) فلا يجوز التسجيل بهما (ما لم يثبتا) عنده بالبينة ولو على وجه الحسبة أو بعلمه لتعذر التسجيل على الغير فيكتب حضر رجل ذكر أنه فلان بن فلان ومن حليته كذا ويذكر أوصافه الظاهرة لا سيما دقيقها ومر أنه لا يكفي فيهما قول مدع ولا مدعى عليه فإن نسبه لا يثبت بإقراره وإن نازع فيه البلقيني وأطال. <ص: 263> (وله الشهادة بالتسامع) الذي لم يعارضه ما هو أقوى منه كإنكار المنسوب إليه أو طعن أحد في انتسابه إليه كذا أطلقوه ويظهر أنه لا بد من طعن لم تقم قرينة على كذب قائله (على نسب) لذكر أو أنثى كائن (من أب أو قبيلة) كهذا ولد فلان أو من قبيلة كذا لتعذر اليقين فيهما إذ مشاهدة الولادة لا تفيد إلا الظن فسومح في ذلك قال الزركشي أو على كونه من بلد كذا المستحق وقفا على أهلها ونحو ذلك (وكذا أم) فيقبل بالتسامع على نسب منها (في الأصح) كالأب وإن تيقن بمشاهدة الولادة

(و) كذا (موت على المذهب)، لأنه قد يتعذر إثباته بموته في قرية مثلا (لا عتق وولاء و) أصل (وقف) مطلق أو مقيد على جهة أو معين صحيح وكذا فاسد كوقف على النفس أنهى لشافعي فثبت عنده بالاستفاضة فله على ما يأتي من التصحيح إثباته بها على ما اقتضاه إطلاقهم لكن قال أبو زرعة: المدرك يقتضي خلافه، لأننا أثبتنا الصحيح بها احتياطا والفاسد ليس كذلك (ونكاح وملك في الأصح) لتيسر مشاهدتها (قلت الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع) وفي نسخة في الوقف والثابت في خطه الأول (الجواز والله أعلم)، لأن مدتها إذا طالت عسر إثبات ابتدائها فمست الحاجة إلى إثباتها بالتسامع وصورة

الاستفاضة بالملك أن يستفيض أنه ملك فلان من غير إضافة السبب فإن استفاض سببه كالبيع لم يثبت بالتسامع إلا الإرث، لأنه ينشأ عن النسب والموت وكل منهما يثبت بالتسامع وخرج بأصل الوقف شروطه وتفصيله فلا يثبتان به استقلالا ولا تبعا على المنقول على ما قاله الزركشي ردا على من فصل كابن الصلاح ومن تبعه كالإسنوي وغيره لكن ذلك المنقول وهو ما أفتى به المصنف وسبقه إليه ابن سراقه وغيره إنما هو إطلاق فقط <ص: 264> وهو يمكن حمله على ذلك التفصيل وهو أن محل عدم القبول إن شهد بالشروط وحدها بخلاف ما إذا شهد بها مع أصل الوقف، لأن حاصلها يرجع إلى بيان وصف الوقف وتبيين كفيته وذلك مسموع كما أفتى به ابن الصلاح وغيره. وإذا لم تثبت التفاصيل قسمت الغلة على أربابها بالسوية فإن كان على مدرسة تعذرت شروطها صرفها الناظر فيما يراه من مصالحها أهم كما مر في الوقف. وبحث البلقيني ثبوت شرط يستفيض غالبا ككونه على حرم مكة قال ومحل الخلاف في غير حدود العقار فهي لا تثبت بذلك كما قاله ابن عبد السلام وإن اقتضى كلام الشيخ أبي حامد خلافه وللسبكي إفتاء طويل حاصله أنه لا يرجع في الحدود إلى ما في المستندات مطلقا، لأن كتابها لا يعتمدون فيها غالبا على وجه صحيح صريح بل لا بد من بينة صريحة بأن الحد الفلاني ملك لفلان قال: وشهادة الشهود بأن ملك المدار الفلانية وحيازتها لفلان لا يثبت بها حدودها، لأنها ليست نصا في ذلك وإن ذكروا الحدود، لأنهم إنما يذكرونها على سبيل الصفة أو التعريف لا غير فلا بد أن يصرحوا بأنهم يشهدون بها وإلا صدق ذو اليد عليها بيمينه قال وكذلك ما يقع في المستندات من أقر مثلا فلان بن فلان بكذا فلا تثبت بذلك بنوة فلان لفلان، لأنها لم تقع قصدا صريحة وأطال في هذا أيضا ولما ذكرت ذلك كله عنه بطوله في الفتاوى اعترضته بأن المنقول الذي جرى عليه ابنه التاج ثبوت البنوة ضمنا خلافا لمالك وبعض أصحابنا وقياسها أن الشاهد لو قال أشهد أن المدار المحدودة بكذا أقر بها مثلا فلان كان شهادة بالحدود ضمنا وبالإقرار أصلا ومع ذلك لا يعتد بما في المستندات من ذكر الحدود إلا إن صرح الشاهد بأنه يشهد بها ولو ضمنا كما تقرر أو يشملها الحكم كأن يقول: حكمت بجميع ما فيه ولما بسطت ذلك في الفتاوى

قلت: نعم الحق أنه لا يقبل في البتة والحدود ما مر إلا من شاهد مشهور بمزيد التحري والضبط والمعرفة بحيث يغلب على الظن أنه لم يذكر البتة والحدود إلا بعد أن استند بهما إلى وجه صحيح يجوز له اعتماده فيهما وكلامهم في مواضع دال على ذلك ومما يثبت بذلك أيضا ولاية قاض واستحقاق زكاة ورضاع وجرح وتعديل وإعسار ورشد وغصب وأن هذا وارث فلان أو لا وارث له غيره قال الرافعي وغيره وإنما تقبل الشهادة بكون المال بيد زيد بالمشاهدة دون الاستفاضة واعترضوا بأن المنصوص أنه تكفي وقال الهروي إنه متفق عليه.

(تنبيه) نقل في المتوسط عن الإسني عن ابن الصلاح مسألة وقال إنها كثيرة الوقوع وهي أن جماعة شهدوا بأن النظر في الوقف الفلاني لزيد ولم يزيدوا على ذلك ولم يكونوا شهدوا على الواقف أي: لم يدركوه ولا قالوا إن مستندهم الاستفاضة وسئلوا عن مستندهم فلم يبدو بل صمموا على الشهادة وأجاب ابن الصلاح بأن هذا محمول على استنادهم إلى الاستفاضة والشروط لا تثبت بمثل ذلك كما تقدم قال: وأيضا فإن إهمال السبب مقتضاه لرد الشهادة بالإرث ا هـ. وأنت خير من قولي الآتي وإذا أطلق <ص: 265> الشاهد وظهر للحاكم إلى آخره ومما مر في المنتقبة أنه لا يلزم بيان سبب معرفتها أنه ينبغي جريان ذلك التفصيل بين العارف الضابط وغيره هنا ويفهم من كلام ابن الصلاح أنه بنى إطلاقه المنع على أنه لا يمكن الاستناد فيه إلا إلى الاستفاضة وهذا الحصر ممنوع، لأنه قد يستند لتواتر مفيد للعلم الضروري وابن الصلاح لا يسعه أن يمنع ثبوت شروط الوقف بهذا التواتر الأعلى من الاستفاضة وإذا لم ينحصر الأمر في الاستفاضة فلا وجه لرد الشهادة المحتمل استنادها لوجه صحيح لا سيما مع اشتراطنا في الشاهد ما مر وقوله أيضا فإن إهمال السبب إلى آخره لا يلاقي ما نحن فيه، لأن إهمال سبب الإرث يؤدي إلى الجهل بالأصل المقصود، وإهمال السبب في مسألتنا لا يؤدي لذلك بل للجهل بطريقه وشتان ما بين الجهلين فتأمل ذلك كله فإنه مهم.

(وشرط التسامع) الذي يجوز الاستناد إليه في الشهادة بما ذكر (سماعه) أي: المشهود به فهو مصدر مضاف للمفعول (من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب) ويحصل الظن القوي

بصدقهم وهذا لازم لما قبله خلافا لمن استدرك به ولا يشترط فيهم حرية ولا ذكورة ولا عدالة وقضية تشبيههم لهذا بالتواتر أنه لا يشترط فيهم إسلام وهو محتمل ثم رأيت بعضهم جزم باشتراطه وكأنه لضعف هذا، لأنه قد يفيد الظن القوي فقط كما تقرر بخلاف التواتر فإنه يفيد العلم الضروري وبه فارق الاستفاضة فهما مستويان في الطريق مختلفان في الثمرة كما حقق في محله (وقيل يكفي) التسامع (من عدلين) إذا سكن القلب لخبرهما وعلى الأول لا بد من تكرره وطول مدته عرفا كما يعلم مما يأتي وشرط ابن أبي الدم أنه لا يصح بأن مستنده الاستفاضة ومثلها الاستصحاب <ص: 266> ثم اختار وتبعه السبكي وغيره أنه إن ذكره تقوية لعلمه بأن جزم بالشهادة ثم قال مستندي الاستفاضة أو الاستصحاب سمعت شهادته وإلا كأشهد بالاستفاضة بكذا فلا بل كلام الرافعي يقتضي أنه لا يضر ذكرها مطلقا حيث قال في شاهد الجرح: يقول سمعت الناس يقولون فيه كذا لكن الذي صرحوا به هنا أن ذلك لا يكفي، لأنه قد يعلم خلاف ما سمع وعليه فيوجه الاكتفاء بذلك في الجرح بأنه مفيد في المقصود منه من عدم ظن العدالة ولا كذلك هنا. وإذا أطلق الشاهد وظهر للحاكم أن مستنده الاستفاضة لم يلجئه إلى بيان مستنده إلا إن كان عاميا على الأوجه، لأنه يجهل شروطها، وكيفية أدائها أشهد أن هذا ولد فلان أو وقفه أو عتيقه أو ملكه أو هذه زوجته مثلا لا نحو أعتقه أو وقفه أو تزوجها، لأنه صورة كذب لاقتضائه أنه رأى ذلك وشاهده لما مر في الشهادة بالفعل والقول (ولا تجوز الشهادة على ملك) لعقار أو منقول نقد أو غيره (بمجرد يد، لأنها) لا تستلزمه نعم له الشهادة بها (ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة) لاحتمال أنه وكيل عن غيره (وتجوز) الشهادة بالملك إذا رآه يتصرف فيه وبالحق كحق إجراء الماء على سطحه أو أرضه أو طرح الثلج في ملكه إذا رآه الشاهد (في) مدة (طويلة) عرفا (في الأصح) حيث لا يعرف له منازع، لأن ذلك يغلب على الظن الملك أو الاستحقاق نعم إن انضم للتصرف استفاضة أن الملك له جازت الشهادة به وإن قصرت المدة ولا يكفي قول الشاهد رأينا ذلك سنين ويستثنى من ذلك الرقيق فلا تجوز الشهادة فيه بمجرد اليد والتصرف في المدة الطويلة إلا

إن انضم لذلك السماع من ذي اليد والناس أنه له كما في الروضة في اللقيط <ص: 267> للاحتياط في الحرية وكثرة استخدام الأحرار. (وشرطه) أي: التصرف المفيد لما ذكر (تصرف ملاك من سكنى وهدم وبناء وبيع) وفسخ وإجارة (ورهن)، لأن ذلك هو المذهب لظن الملك والواو بمعنى أو إذ كل واحد منها على حدته كاف قالا ولا يكفي التصرف مرة قال الأذرعى بل ومرتين بل ومرارا في مجلس واحد أو أيام قليلة (وتبنى شهادة الإعسار على قرائن ومخايل) أي: مظان (الضر) بالضم وهو سوء الحال أما بالفتح فهو خلاف النفع (والإضاقة) مصدر أضاق أي: ذهب ماله لتعذر اليقين فيه فاكتمى بما يدل عليه من قرائن أحواله في خلوته وصبره على الضيق والضرر وهذا شرط لاعتماد الشاهد وقدم في الفليس اشتراط خبرته الباطنة وهو شرط لقبول شهادته أو أن ما هنا طريق للخبرة المشترطة ثم.

(فصل) في تحمل الشهادة وأدائها وكتابة الصك وهي أعني الشهادة تطلق على نفس تحملها وعلى نفس أدائها وعلى المشهود به وهو المراد في قوله (تحمل الشهادة) مصدر بمعنى المفعول أي: الإحاطة بما سيطلب منه الشهادة به فيه وكنوا عن تلك الإحاطة بالتحمل إشارة إلى أن الشهادة من أعلى الأمانات التي يحتاج حملها أي: الدخول تحت ورطتها إلى مشقة وكلفة ففيه مجازان لاستعمال التحمل والشهادة في غير معنهما الحقيقي (فرض كفاية في النكاح) لتوقف انعقاده عليه ولو امتنع الكل أثموا ولو طلب من اثنين لم يتعينا إن كان ثم غيرهما أي: بصفة الشهادة قال الأذرعى: وظن إجابة الغير وإلا تعينا (وكذا الإقرار والتصرف المالي) وغيره كطلاق وعتق ورجعة وغيرها إلا لحدود التحمل فيه فرض كفاية (وكتابة) بالرفع عطفًا على تحمل (الصك) في الجملة وهو الكتاب فرض كفاية أيضا (في الأصح) <ص: 268> للحاجة إليهما لتمهيد إثبات الحقوق عند التنازع وكتابة الصك لها أثر ظاهر في التذكر وفيها حفظ الحقوق عن الضياع وقيدت بالجملة لما مر أنه لا يلزم القاضي أن يكتب للخصم ما ثبت عنده أو حكم به. ويظهر أن المشهود له أو عليه لو طلب من الشاهدين كتابة ما جرى تعين عليهما لكن بأجرة المثل كالأداء وإلا لم يبق لكون كتابة الصك

فرض كفاية أثر ويفرق بينهما وبين القاضي بأن الشهادة عليه تغني عن كتابته ولا كذلك هنا قال ابن أبي المدم: ويسن للشاهد أن يبجل القاضي ويزيد في ألقابه أي: بالحق لا الكذب كما هو الشائع اليوم، والدعاء له بنحو أطال الله بقاءك أو ما ذكره آخره ليس في محله بل هو مكروه مطلقا ولا يلزمه الذهاب للتحمل إن كان غير مقبول الشهادة مطلقا وكذا مقبولها إلا إن عذر المشهود عليه بنحو مرض أو حبس أو كان مخدرة أو دعاه قاض إلى أمر ثبت عنده ليشهده عليه قال المدارمي أو دعا الزوج أربعة إلى الشهادة بزنا زوجته بخلاف دون أربعة وبخلاف دعاء غير الزوج، قال البلقيني نقلًا عن جمع: أو لم يكن هناك ممن يقبل غيرهم وقدم هذه في السير <ص: 269> إجمالًا فلا تكرر له طلب أجره للكتابة وحبس الصك وأخذ أجره للتحمل وإن تعين عليه إن كان عليه كلفة مشي ونحوه لا للأداء إلا إن كان متذكرا له على وجه لا يرد أي: لتقصير في تحمله لا لعقيدة القاضي مثلا فيما يظهر وقد دعي له من مسافة العدو فما فوق فيأخذ أجره مركوبه وإن مشى ونفقة طريقه وكذا من دونها وله كسب عطل عنه فيأخذ قدره نعم له أن يقول لا أذهب معك إلى فوق مسافة العدو إلا بكذا وإن كثر

(وإذا لم يكن في القضية إلا اثنان) كأن لم يتحمل غيرهما أو قام بالبقية مانع <ص: 270> (لزمهما الأداء) لقوله تعالى {ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا} أي: للأداء وقيل له وللتحمل وقوله {ومن يكتمها فإنه أثم قلبه} ويجب في الأداء حيث وجب الفور نعم له التأخير لفراغ حمام وأكل ونحوهما (فلو أدى واحد وامتنع الآخر) بلا عذر (وقال) للمدعي (احلف معه عصي) وإن رأى القاضي الحكم بشاهد ويمين، لأن من مقاصد الإشهاد التورع عن اليمين وكذا لو امتنع شاهدا نحو وديعة وقال احلف على الرد (وإن كان) في الواقعة (شهود فالأداء فرض كفاية) عليهم لحصول الغرض ببعضهم فإن شهد منهم اثنان وإلا أثموا كلهم دعاهم مجتمعين أو متفرقين والامتنع أولا أكثرهم إثما، لأنه متبوع كما أن المجيب أولا أكثرهم أجرا لذلك (فلو طلب) الأداء (من اثنين) بأعيانهما (لزمهما) وكذا لو طلب من واحد منهم ليحلف معه (في الأصح) لئلا يفضي إلى التواكل وفارق التحمل بأنه حمل أمانة وهذا أداؤها وإنما لم يجب القضاء

على من عين له وهناك غيره، لأنه أخطر من الأداء ولو علما إباء الباقيين لزمهما قطعا (وإن لم يكن) في القضية (إلا واحد لزمه) الأداء إذا دعي له (إن كان فيما يثبت بشاهد ويمين) والقاضي المطلوب إليه يرى الحكم بهما إذ لا عذر له. (وإلا) يكن في ذلك (فلا) يلزمه إذ لا فائدة لأدائه (وقيل لا يلزم الأداء إلا من تحمل قصدا لا اتفاقا) لأنه لم يلتزم، ورد بأنها أمانة حصلت عنده كثوب طيرته الريح إلى داره والأوجه أن النساء فيما يقبلن فيه كالرجال فيما ذكر وإن كان معهن في القضية رجال نعم المخدرة لا تكلف خروجاً فيرسل لها من يشهد عليها على الأوجه أيضا ولو دعي لإشهادين واتحد الوقت فإن كان أحدهما أخوف فوتاً قدمه وإلا تخير

(ولوجوب الأداء) ولو عينا (شروط) أحدها (أن يدعى من مسافة العدو) فأقل ومر بيانها للحاجة إلى الإثبات مع تعذره بالشهادة على الشهادة إذ لا تقبل حينئذ فإن دعي لما فوقها لم يجب للضرر مع إمكان الشهادة على الشهادة وظاهر كلامهم أنه في البلد يلزمه الحضور مطلقا وعبارة الشيخين كالصريحة فيه لكن استثنى منه الماوردي >ص: 271< ما إذا لم يعتد المشي ولا مركوب له أو أحضر له مركوب وهو ممن يستنكر الركوب في حقه فلا يلزم الأداء وخرج بيدعى ما إذا لم يطلب فلا يلزمه الأداء إلا في شهادة حسبة فيلزمه فوراً إزالة المنكر (وقيل) أن يدعى من (دون مسافة القصر)، لأنه في حكم الحاضر أما من مسافة القصر فلا يجب جزماً لكن بحث الأذرع وجوبه إذا دعاه الحاكم وهو في عمله أو الإمام الأعظم مستدلاً بفعل عمر رضي الله عنه واستدلاله إنما يتم في الإمام دون غيره والفرق بينهما ظاهر (و) ثانيها. (أن يكون عدلاً فإن دعي ذو فسق مجمع عليه) ظاهر أو خفي لم يجب عليه الأداء، لأنه عبث بل يحرم عليه وإن خفي فسقه، لأنه يحمل الحاكم على حكم باطل لكن مر عن ابن عبد السلام أوائل الباب وتبعه جمع جوازه وهو متجه إن انحصر خلاص الحق فيه ثم رأيت بعضهم صرح به والماوردي ذكر ما يوافق ابن عبد السلام في الخفي، لأن في قبوله خلافاً (قيل أو مختلف فيه) كشرب ما لا يسكر من النبيذ (لم يجب) الأداء عليه، لأنه يعرض نفسه لرد القاضي له بما يعتقده الشاهد غير قاذح والأصح أنه يلزمه وإن اعتقد هو

أنه مفسق، لأن الحاكم قد يقبله وهو ظاهر في مجتهد أما غيره المعتقد لفسقه الممتنع عليه تقليد غير إمامه بنحو شرط أو عادة من مولى فيظهر أنه لا يلزمه الأداء عنده، لأنه حينئذ كالمجمع عليه ولا يلزم العدل الأداء مع فاسق مجمع عليه إلا إذا كان الحق يثبت بشاهد ويمين (و) ثالثها أن يدعى لما يعتقد على أحد الوجهين في الروضة لكن الأوجه مقابلة بناء على الأصح أنه يجوز للشاهد أن يشهد بما يعتقد الحاكم دونه كشفعة الجوار، لأن العبرة بعقيدة الحاكم لا غير ولذا جاز للشافعي طلبها والأخذ بها عند الحنفي لما مر من نفوذ الحكم بها وبغيرها ظاهرا أو باطنا فلأن يجوز للشاهد تحمل ذلك وأداؤه بالأولى فإن قلت إنما يظهر ذلك إن تحمله اتفاقا لا قصدا إذ كيف يقصد تحمل ما يعتقد فساده قلت قد تقرر أنه لا عبرة هنا باعتقاده ومن ثم لم يجز <ص: 272> له الإنكار على متعاطي غير اعتقاده فجاز له حضوره إلا نحو شرب النبيذ مما ضعفت شبهته فيه كما مر في الوليمة. نعم لا يجوز له أن يشهد بصحة أو استحقاق ما يعتقد فساده ولا إن بتسبب في وقوعه إلا إن قلد القائل بذلك. ورابعها (أن لا يكون معذورا بمرض ونحوه) من كل عذر يرخص في ترك الجمعة مما مر ونحوه نعم إنما تعذر امرأة مخدرة دون غيرها كما مر ومر في كون نفي الولد على الفور ما له تعلق بما هنا (فإن كان) معذورا بذلك (أشهد على شهادته) قال الزركشي ظاهره لزوم الإشهاد لكن قال الماوردي مذهب الشافعي أن الواجب الأداء لا الإشهاد على شهادته ثم اختار تفصيلا وقال شيخه الصيمري: لا بأس بالإشهاد وفي المرشد لا يجب إلا أن يخاف ضياع الحق المشهود به أو ملخصا وقوله ظاهره لزوم الإشهاد عليه عجيب مع قول المتن أو بعث والذي يتجه من الخلاف الذي ذكره ما في المرشد لكن إن نزل به ما يخاف موته منه نظير ما مر في الإيضاء بالوديعة (أو بعث القاضي من يسمعها) دفعا للمشقة عنه وأفهم اقتضاره على هذه الثلاثة أنه لا يشترط زيادة عليها فيلزمه الأداء عند نحو أمير وقاض فاسق لم تصح توليته إن توقف خلاص الحق عليه ويأتي أول الدعاوى أنه لا يحتاج هنا لدعوى، لأن هذا إنما جاز لضرورة توقف خلاص الحق على الأداء عنده فهو بمنزلة إعلام قادر بمعصية ليزيلها وبهذا اتضح ما اقتضاه إطلاقهم أنه لا فرق

في نحو الأمير بين الجائر وغيره ولا بين من فوض الإمام إليه الحكم أو الأمر بالمعروف ومن لم يفوض له شيئاً من ذلك ويؤيده ما تقرر في قاض فاسق لم تصح توليته وظاهر أن في معنى توقف خلاص الحق عليه ما لو كان المتولي يخلص أيضاً لكن برشوة له أو لبعض أتباعه، لأنه حينئذ في حكم العدم وعند قاض متعنت أو جائر أي: ما لم يخش منه على نفسه كما هو ظاهر. ولو قال: لي >ص: 273< عند فلان شهادة وهو ممتنع من أدائها من غير عذر لم يجبه لاعترافه بفسقه بخلاف ما إذا لم يقل من غير عذر لاحتماله ويتعين على المؤدي لفظ أشهد فلا يكفي مرادفه كأعلم، لأنه أبلغ في الظهور ومر أوائل الباب حكم إتيان الشاهد بمرادف ما سمعه ولو عرف الشاهد السبب كالإقرار فهل له أن يشهد بالاستحقاق أو الملك وجهان قال ابن الرفعة قال ابن أبي الدم أشهرهما لا وهو ظاهر نص الأم والمختصر وإن كان فقيها موافقا، لأنه قد يظن ما ليس بسبب سببا ولأن وظيفته نقل ما سمعه أو رآه ثم ينظر الحاكم فيه ليرتب عليه حكمه لا ترتيب الأحكام على أسبابها وقال ابن الصباغ كغيره بعد اطلاعه على النص تسمع وهو مقتضى كلام الشيخين ولك أن تجمع بحمل الأول على من لا يوثق بعلمه والثاني على من يوثق بعلمه لكن قولهم يندب للقاضي أن يسأل الشاهد عن جهة الحق إذا لم يثق بكمال عقله وشدة حفظه يقتضي بل يصرح بقبول شهادة غير الموثوق به مع إطلاق الاستحقاق في تأيد به كلام ابن الصباغ وغيره ومما يصرح به أيضا قول القاضي في فتاويه لو شهدت بينة بأن هذا غير كفء لهذه لم تقبل، لأنها شهادة نفي فالطريق أن يشهدوا بأنها حرام عليه إن وقع العقد ا هـ. فتأمل إطلاقه قبول قولهما حرام عليه من غير ذكر السبب لكن يتعين حمله على فقيهين متيقظين موافقين لمذهب الحاكم بحيث لا يتطرق إليهما تهمة ولا جزم بحكم فيه خلاف في الترجيح وكذا يقال في كل ما قلنا فيه بقبول الإطلاق. ويؤيده قول المتن الآتي فإن لم يبين ووثق القاضي بعلمه فلا بأس ولو شهد واحد شهادة صحيحة فقال الآخر أشهد بما أو بمثل ما شهد به لم يكف حتى يقول بمثل ما قاله ويستوفيهما لفظا كأول، لأنه موضع أداء لا حكاية قاله الماوردي وغيره واعتمده ابن أبي الدم وابن الرفعة لكن اعترضه الحسيني بأن عمل

من أدركهم من العلماء على خلافه ومن ثم قال من بعده والعمل على خلاف ذلك. قال جمع: ولا يكفي أشهد بما وضعت به خطي ولا بمضمونه ونحو ذلك مما فيه إجمال وإبهام ولو من عالم ويوافقه قول ابن عبد السلام وأعتمده الأذرعي وغيره ولا يكفي قول القاضي اشهدوا علي بما وضعت به خطي لكن في فتاوى البغوي ما يقتضي أنه يكفي بما تضمنه خطي إذا عرف الشاهد والقاضي ما تضمنه الكتاب ويقاس به بما وضعته به ومن ثم قال غير واحد إن عمل كثيرون على الاكتفاء بذلك في الكل ولا نعم لمن قال له نشهد عليك بما نسب إليك في هذا الكتاب إلا إن قيل ذلك له بعد قراءته عليه وهو يسمعه وكذا المقر نعم إن قال أعلم ما فيه وأنا مقر به كفى ولو قال اشهدوا أو اكتبوا أن له علي كذا لم يشهدوا، لأنه ليس إقرارا كما مر بما فيه أوائل الإقرار وإنما هو مجرد أمر بخلاف اشهدوا له علي أني بعث أو أوصيت مثلا على ما ذكره بعضهم ويوجه بأن في إسناده إنشاء العقد الموجب لنفسه صريحا فصح الإشهاد به عليه بخلاف الأول ولا يجوز لمن سمع نحو إقرار أو بيع أن يشهد بما يعلم خلافه وأفتى ابن عبد السلام بجواز الشهادة على المكس أي: من غير أخذ شيء منه إذا قصد ضبط الحقوق لترد لأربابها إن وقع عدل.

(تنبيه) يستثنى أي: بناء على ما مر آنفا عن ابن الصباغ وغيره مسائل يجب التفصيل في الشهادة بها كالدعوى منها: أن يقر لغيره بعين ثم يدعيها لا بد أن <ص: 274> يصرح كبينته بناقل من جهة المقر له ومنها الشهادة بإكراه أو سرقة أو نظر وقف أو بأنه وارث فلان أو ببراءة مدين مما ادعى به عليه أو بجرح أو رشد أو رضاع أو نكاح أو قتل أو طلاق أو بلوغ بسن بخلافها بمطلق البلوغ أو بوقف فلا بد من بيان مصرفه بخلاف الوصية ويظهر أن محل ذلك في الوقف في غير شاهد الحسبة، لأن القصد منها رفع يد المالك فيحفظها القاضي حتى يظهر لها مستحق أو بأن المدعي اشترى ما بيد خصمه من أجنبي فلا بد من التصريح بأنه كان يملكها أو ما يقوم مقامه أو باستحقاق الشفعة أو بأنه عقد زائلا عقله فيبين سبب زواله أو بانقضاء العدة، وشهادة البينة بأن أباه مات والمدعى به في يده أو وهو ساكن فيه كالشهادة بالملك لتضمنها له

بخلاف مجرد مات فيه أو كان فيه حتى مات أو مات وهو لابسه، لأنها لم تشهد بملك ولا يد ويكفي قول شاهد النكاح أشهد أني حضرت العقد أو حضرته وأشهد به ولو قالا لا شهادة لنا في كذا ثم شهدا في زمن يحتمل وقوع التحمل فيه لم يؤثر وإلا أثر ولو قال لا شهادة لي على فلان ثم قال كنت نسيت قبل على الأوجه إن اشتهرت ديانتها كما مر.

(فصل) في الشهادة على الشهادة (تقبل الشهادة على الشهادة في غير عقوبة) لله تعالى من حقوق الآدمي، وحقوق الله تعالى كزكاة وحد الحاكم لفلان على نحو زناه وهلال نحو رمضان للحاجة إلى ذلك بخلاف عقوبة لله تعالى كحد زنا وشرب وسرقة وكذا إحصان من ثبت زناه أو ما يتوقف عليه الإحصان لكن بحث البلقيني قبولها فيه إن ثبت زناه بإقراره لإمكان رجوعه ويرد بأنهم لو نظروا لذلك لأجازوها في الزنا المقر به لإمكان الرجوع عنه وليس كذلك فكذا الإحصان وذلك، لأن مبناها على الدرء ما أمكن (وفي عقوبة لآدمي) كقود وحد قذف (على المذهب) لبناء حقه على المضايقة (وتحملها) الذي يعتد به إنما يحصل بأحد ثلاثة أمور إما (بأن يسترعيه) الأصل أي: يلتمس منه رعاية شهادته وضبطها حتى يؤديها عنه، لأنها نيابة فاعتبر فيها إذن المنوب عنه أو ما يقوم مقامه مما يأتي نعم لو سمعه يسترعي غيره جاز له الشهادة على شهادته وإن لم يسترعه هو بخصوصه (فيقول أنا شاهد بكذا) فلا يكفي أنا عالم ونحوه (وأشهدك) أو أشهدتك (أو أشهد على شهادتي) أو إذا استشهدت على شهادتي فقد أذنت لك أن تشهد ونحو ذلك (أو) بأن (يسمعه يشهد) بما يريد أن يتحمله عنه (عند قاض) أو محكم. قال البلقيني: أو نحو أمير <ص: 275> أي: تجوز الشهادة عنده لما مر فيه. قال: إذ لا يؤدي عنده إلا بعد التحقق فأغناه ذلك عن إذن الأصل له فيه (أو) بأن يبين السبب كأن (يقول) ولو عند غير حاكم (أشهد أن فلان على فلان ألفا من ثمن مبيع أو غيره) لأن إسناده للسبب يمنع احتمال التساهل فلم يحتج لإذنه أيضا. وهل يتعين هنا أن يسمع منه لفظ أشهد أو يكفي مرادفه بكل محتمل؟ وقياس ما سبق التعيين وعليه يدل المتن وإن أمكن الفرق بأن المدار هنا ليس إلا على تبين السبب لا غير (وفي هذا) الأخير (وجه) أنه لا بد من إذنه،

لأنه قد يتوسع في العبارة ولو دعي للأداء لأحجم ويتعين ترجيحه فيما لو دلت القرائن القطعية من حال الشاهد على تساهله وعدم تحريره للعبارة (ولا يكفي سماع قوله لفلان على فلان كذا أو أشهد بكذا أو عندي شهادة بكذا) وإن قال شهادة جازمة لا أتمارى فيها لاحتمال هذه الألفاظ الوعد والتجوز كثيرا (وليبين الفرع عند الأداء جهة التحمل) كأشهد أن فلانا يشهد بكذا وأشهدهني أو سمعته يشهد به عند قاض أو يبين سببه ليتحقق القاضي صحة شهادته إذ أكثر الشهود لا يحسنها هنا (فإن لم يبين) جهة التحمل (ووثق القاضي بعلمه) وموافقته له في هذه المسألة فيما يظهر (فلا بأس) إذ لا محذور نعم يسن له استفصاله (ولا يصح التحمل على شهادة مردود الشهادة) بمانع قام به مطلقا أو بالنسبة لتلك الواقعة لعدم الثقة بقوله ولأن بطلان الأصل يستلزم بطلان الفرع (ولا) يصح (تحمل) الخشى ما دام إشكاله ولا تحمل (النسوة) ولو على مثلهن في نحو ولادة، لأن الشهادة على الشهادة مما يطلع عليه الرجال غالبا وشهادة الفرع إنما تثبت شهادة الأصل لا ما شهد به الأصل ومن ثم لم يصح تحمل فرع واحد عن أصل واحد فيما يثبت بشاهد ويمين وإن أراد المدعي أن يحلف مع الفرع (فإن مات الأصل أو غاب أو مرض لم يمنع شهادة الفرع) لأن ذلك غير نقص بل هو أو نحوه السبب في قبول شهادة الفرع كما سيذكره وإنما قدمه هنا توطئة لقوله (وإن حدث) بالأصل (ردة أو فسق أو عداوة) بينه وبين المشهود عليه أو تكذيب الأصل له كأن قال نسيت التحمل أو لا أعلمه قبل الحكم ولو بعد أداء الفرع (منعت) شهادة الفرع، لأن كلا من غير الأخيرة >ص: 276< لا يهجم دفعة فيورث ريبة فيما مضى إلى التحمل ولو زالت هذه الأمور اشترط تحمل جديد أما بعد الحكم فلا يؤثر إلا إذا كان قبل استيفاء عقوبة أخذا مما يأتي في الرجوع قال البلقيني (وجنونه كموته على الصحيح) فلا يؤثر، لأنه لا يوقع ريبة في الماضي ومثله عمى وخرس وكذا إغماء إن غاب وإلا انتظر زواله لقربه أي: باعتبار ما من شأنه لكن بشكل عليه ما قدمه في ولي النكاح من التفصيل إلا أن يفرق بخلاف نحو المرض لا ينتظر زواله، لأنه لا ينافي الشهادة.

(تنبيه) أطلقوا الجنون هنا وقيده في الحضانة كما مر فهل يتأتى هنا ذلك التفصيل أو يؤدي عنه هنا حال الجنون مطلقا كل محتمل والثاني أقرب وعليه فيفرق بينه وبين الإغماء برجاء زواله غالبا خلاف الجنون وبين ما هنا والحضانة بأن الحق ثم ثابت له فلا ينتقل عنه إلا عند تحقق ضياع المحضون، وحنون يوم في سنة لا يضيعه (ولو تحمل فرع فاسق أو عبد) أو صبي (فأدى وهو كامل قبلت) شهادته كالأصل إذا تحمل ناقصا ثم أدى كاملا (وتكفي شهادة اثنين على) كل من (الشاهدين) كما لو شهدا على إقرار كل من رجلين فلا يكفي شهادة واحد على هذا وواحد على هذا ولا واحد على واحد في هلال رمضان (وفي قول يشترط لكل رجل أو امرأة اثنان) لأنهما إذا شهدا على أصل كانا كشرط البينة فلا يجوز قيامهما بالشطر الثاني (وشطر قبولها) أي: شهادة الفرع على الأصل (تعسر) الأصل (أو تعذر الأصل بموت أو عمى) فيما لا يقبل فيه الأعمى <ص: 277> (أو مرض) غير إغماء لما مر فيه (يشق) معه (حضوره) مشقة ظاهرة بأن يجوز ترك الجمعة كما قاله الإمام وإن اعترض ومن ثم كانت أعذار الجمعة أعذارا هنا، لأن جميعها يقتضي تعسر الحضور قال الشيخان. وكذا سائر الأعذار الخاصة بالأصل فإن عمت الفرع أيضا كالمطر والوحل لم يقبل واعترضه الإسنوي وغيره بأنه قد يتحمل المشقة لنحو صداقة دون الأصل ويرد بأن المحل محل حاجة ومع شمول العذر لهما ينتفي كونه محل حاجة كما هو ظاهر. (أو غيبة لمسافة عدو) يعني لفوقها كما في الروضة وغيرها، لأن ما دونه في حكم البلد (وقيل) لمسافة (قصر) لذلك ويرد بمنعه في هذا الباب وإنما اشترطوها في غيبة ولي النكاح، لأنه يمكنه التوكيل بلا مشقة بخلاف الأصل هنا ومر في التزكية قبول شهادة أصحاب المسائل بها عن آخرين في البلد وإن قلنا إنها شهادة على شهادة في البلد لمزيد الحاجة لذلك ولو حضر الأصل قبل الحكم تعينت شهادته، لأن القدرة عليه تمنع الفرع ويتجه أن الحكم كذلك لو عاده القاضي كما لو برئ من مرضه. وإن فرق ابن أبي الدم ببقاء العذر هنا لا ثم، لأنه بحضور القاضي عنده لم يبق هناك عذر حتى يقال إنه باق وليس ما ذكرنا هنا تكرارا مع ما مر آنفا من أن نحو موت الأصل وحنونه وعماه لا يمنع شهادة الفرع، لأن ذلك

في بيان طريان العذر وهذا في مسوغ الشهادة على الشهادة وإن علم ذلك من هذا كما مرت الإشارة إليه (وأن يسمى) الفرع (الأصول) في شهادته عليهم تسمية تميزهم ليعرف القاضي حالهم ويتمكن الخصم من القدر فيهم وفي وجوب تسمية قاض شهد عليه وجهان و صوب الأذرعى الوجوب في هذه الأزمنة لما غلب على القضاة من الجهل والفسق (ولا يشترط أن يزكيه الفروع) ولا أن يتعرضوا لصدقه فيما شهد به بل لهم إطلاق الشهادة والقاضي يبحث عن عدالته (فإن زكوهم قبل) ذلك منهم إن تأهلوا للتعديل إذ لا تهمة وإنما لم تقبل تزكية أحد شاهدين في واقعة للآخر، لأنه قام بأحد شطري الشهادة فلا يقوم بالآخر وتزكية الفرع للأصل من تنمة شهادة الفرع ولذا شرطت على وجه.

(تنبيه) تفنن هنا بجمع الأصول والفروع تارة وإفراد كل أخرى <ص: 278> (ولو شهدوا على شهادة عدلين أو عدول ولم يسموهم لم يجز) أي: لم يكف، لأنه يسد باب الجرح على الخصم.

(فصل) في الرجوع عن الشهادة وشرط جريان أحكامه الآتية أن لا يكون ثم حجة غيره أخذاً من قولهم لو شهدا على خصم فأقر بالحق قبل الحكم فالحكم بالإقرار لا بالشهادة لكن مر في الرجوع عن الإقرار بالزنا وقد قامت به بينة تفصيل ينبغي أن يأتي هنا من أن الحكم إن أسند للينة جرت أحكام الرجوع فيه أو للإقرار فلا إذا (رجعوا) أو من يكمل النصاب به أو مات مورثه الذي شهد له كما مر في مبحث التهمة (عن الشهادة) التي أدوها بين يدي الحاكم (قبل الحكم) بشهادتهم ولو بعد ثبوتها بناء على الأصح السابق أنه ليس بحكم مطلقاً خلافاً للزركشي الباحث أنه كالرجوع بعد الحكم وإن قلنا إنه ليس بحكم نعم لا يبعد قوله أيضاً، قولهم بعد الحكم محله فيما يتوقف على الحكم فأما ما يثبت وإن لم يحكم أي: كرمضان فالظاهر أنه كما بعد الحكم ا هـ. بأن صرحوا بالرجوع ومثله شهادتي باطلة أو لا شهادة لي فيه وفي أبطالتها أو فسختها أو رددتها وجهان ويتجه أنه غير رجوع إذ لا قدرة له على إنشاء إبطالها الذي هو ظاهر كلامه بخلاف ما لو قال هي باطلة أو منقوضة أو مفسوخة، لأنه إخبار بأنها لم تقع صحيحة من أصلها وبخلاف ما لو قال أردت بأبطالتها

مثلا أنها باطلة في نفسها ثم رأيت من أطلق ترجيح أن ذلك رجوع ويتعين حمله على ما ذكرته أخرا. وقوله للحاكم بعد شهادته عنده: توقف عن الحكم. يوجب توقفه ما لم يقل له احكم، لأنه لم يتحقق رجوعه نعم إن كان عاصيا وجب سؤاله عن سبب توقفه كما علم مما مر. (امتنع) الحكم بها لزوال سببه كما لو طرأ مانع من قبول الشهادة قبله إن كان نحو فسق أو عداوة أو صار المال له بموت المشهود له وهو وارثه كما مر لا نحو موت أو جنون أو عمى كما قاله الأذرعى ولأنه لا يدري أصدقوا في الأول أو الثاني ويفسقون ويعزرون إن قالوا تعمدنا ويحدون للقذف إن كانت بزنا <ص: 279> وإن ادعوا الغلط وتقبل البينة بعد الحكم بشهادتهما برجوعهما قبله وإن كذباها كما تقبل بفسقهما وقته أو قبله بزمن لا يمكن فيه الاستبراء ولا تقبل بعده برجوعهما من غير تعرض لكونه قبله أو بعده فيما يظهر ثم رأيت أبا زرعة قال في فتاويه ما ملخصه تقبل البينة بالرجوع، لأنه إما فاسق أو مخطئ ثم إن كان قبل الحكم امتنع أو بعده فإن كانت بمال غرماء وبقي الحكم ا ه. فعلم أنه ليس لهما بعد الرجوع وإن ثبت بالبينة وكذباها العود للشهادة مطلقا، لأنهما إما فاسقان إن تعمدتا أو مخطئان وقد صرحوا بأن المخطئ لا تسمع منه إعادة الشهادة لكن بقيد مر أوائل الباب ويظهر أنه لا يأتي هنا.

(أو) رجعوا (بعده) أي: الحكم (وقبل استيفاء مال استوفى) أو قبل العمل بإثر عقد أو حل أو فسخ عمل به، لأن الحكم تم وليس هذا مما يسقط بالشبهة (أو) قبل استيفاء (عقوبة) لأدمي كقود وحد قذف أو لله كحد زنا وشرب (فلا) تستوفى، لأنها تسقط بالشبهة (أو بعد) أي: بعد استيفائها (لم ينقض) لجواز كذبهم في الرجوع فقط وليس عكس هذا أولى منه والثابت لا ينقض بأمر محتمل وبه يبطل ما قيل: بقاء الحكم بغير سبب خلاف الإجماع قال السبكي وليس للحاكم أن يرجع عن حكمه إن كان بعلمه أو بيينة كما قاله غيره ووجهه أن حكمه إن كان باطن الأمر فيه كظاهره نفذ ظاهرا وباطنا وإلا بأن لم يتبين الحال نفذ ظاهرا فلم يجز له الرجوع إلا إن بين مستنده فيه كما علم مما مر في القضاء، ومحل ذلك في الحكم بالصحة بخلاف الثبوت والحكم بالموجب، لأن كلا منهما لا

يقتضي صحة الثابت ولا المحكوم به، لأن الشيء قد يثبت عنده ثم ينظر في صحته ولأن الحكم بالصحة يتوقف على ثبوت استيفاء شروطها عنده ومنها ثبوت ملك العاقد أو ولايته فحينئذ جاز له بل لزمه أن يرجع عن حكمه بها إن ثبت عنده ما يقتضي رجوعه عنه كعدم ثبوت ملك العاقد ويقبل قوله بأن لي فسق الشاهد فينقض حكمه ما لم يتهم وقوله أكرهت على الحكم قبل ولو بغير قرينة على الإكراه ^{٥٠} وقضية النظائر أنه لا بد منها إلا أن يفرق بأن فخامة منصب القاضي اقتضت ذلك وعليه فمحلها في مشهور بالعلم والديانة لا كنت فاسقا أو عدوا للمحكوم عليه مثلا لاتهامه به (فإن كان المستوفى قصاصا) في نفس أو طرف (أو قتل ردة أو رجم زنا أو جلده) أي: الزنا ومثله جلد القذف (ومات) <ص: 280> من القود أو الحد ثم رجعوا. (وقالوا) كلهم (تعمدنا) وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا أو جهلنا ذلك وهو ممن لا يخفى عليهم أو ظننا أننا نجرح بأسباب فيما يتجه لي وإن بحث الرافعي أنهم مخطئون، لأن هذا لا عذر لهم فيه بوجه إلا إن كانت الأسباب أو بعضها ظاهرة لكل أحد وعليه قد يحمل كلام الرافعي أو قال كل منهم تعمدت ولا أعلم حال صاحبي أو اقتصر كل على قوله تعمدت (فعلهم) ما لم يعترف ولي القاتل بحقيقة ما شهد به عليه (قصاص) بشرطه ومنه أن يكون جلد الزنا يقتل غالبا ويتصور بأن يشهدا به في زمن نحو حر ومذهب القاضي يقتضي الاستيفاء فورا وإن أهلك غالبا وعلمنا ذلك وبهذا يجاب عن تنظير البلقيني فيه كابن الرفعة وأفهم قوله قصاص أنه يراعى فيه المماثلة فيحدون في شهادة الزنا حد القذف ثم يرحمون (أو) للتنويع لا للتخيير لما قدمه أن الواجب أولا القود، والدية بدل عنه لا أحدهما (دية مغلظة) في مالهم موزعة على عدد رؤوسهم لنسبة إهلاكه إليهم وخرج بتعمدنا أخطأنا فعليهم دية مخففة في مالهم إلا إن صدقتهم العاقلة أما لو قال أحدهم تعمدت وتعمد صاحبي وقال صاحبه أخطأت أو قال تعمدت وأخطأ صاحبي أو قال أخطأنا فيقتل الأول فقط، لأنه أقر بموجبه دون الثاني ولو رجع أحدهما فقط وقال تعمدنا قتل أو تعمدت فلا واعترضه البلقيني بأنه كشريك القاتل بحق ويجاب بمنع ذلك <ص: 281> فإن الشاهد الباقي غير حجة فليس قاتلا بحق بل الراجع حينئذ كشريك المخطئ بجامع

أن كلا لا قود عليه لقيام الشبهة في فعله لا ذاته كما علم مما مر في الجراح وعلم منه أيضا أن محل هذا ما لم يقل الولي علمت تعمدهم وإلا فالقود عليه وحده.

(وعلى القاضي قصاص إن) رجع وحده و (قال تعمدت) لاعترافه بموجه فإن آل الأمر للدية فكلها مغلظة في ماله، لأنه قد يستقل بالباشرة فيما إذا قضى بعلمه بخلاف ما إذا رجع هو والشهود فإنه يشاركونهم كما يأتي على أن الرافي بحث استواءهما (وإن رجع هو وهم فعلى الجميع قصاص وإن قالوا تعمدنا) وعلمنا إلى آخره لنسبة هلاكه إليهم كلهم (فإن قالوا: أخطأنا فعليه نصف دية) مخففة (وعليهم نصف) كذلك توزيعا على المباشرة والسبب (ولو رجع مزك) وحده أو مع من مر (فالأصح أنه يضمن) بالقود أو الدية، لأنه بالتزكية يلجئ القاضي للحكم المقتضي للقتل ويفرق بينه وبين ما يأتي في شاهد الإحصان بأن الزنا مع قطع النظر عن الإحصان صالح للإلجاء وإن اختلف الحد والشهادة مع قطع النظر عن التزكية غير صالحة أصلا فكان الملجئ هو التزكية وبه يندفع ما لجمع هنا. <ص: 282> ولو رجع الأصل وفرعه اختص الغرم بالفرع، لأنه الملجئ كالمزكي (أو) رجع (ولي وحده) دون الشهود (فعليه قصاص أو دية) كاملة، لأنه المباشر للقتل وبحث البلقيني أنه لا أثر لرجوعه في قطع الطريق، لأن الاستيفاء لا يتوقف عليه بل لا يسقط بعفوه كما مر (أو) رجع الولي (مع الشهود) أو مع القاضي والشهود (فكذلك) لأنه المباشر فهم كالممسك مع القاتل (وقيل هو وهم شركاء) لكن عليه نصف الدية إن وجبت لتعاونهم على القتل

(ولو شهدا بطلاق بائن) بخلع أو ثلاث ولو لرجعية كما بحثه البلقيني (أو رضاع) محرم (أو لعان وفرق القاضي) بين المشهود عليه وزوجته ويؤخذ منه أن الكلام في حي فلا غرم في شهود بائن على ميت كما أفهمه كلامهم هذا مع علتهم الآتية إذ لا تفويت فقول البلقيني لم أر من تعرض له أي: صريحا (فرجعا دام الفراق) لما مر أن قولهما في الرجوع محتمل والقضاء لا يرد بمحتمل وبحث البلقيني أنه لا يكفي التفريق بل لا بد من القضاء بالتحريم ويترتب عليه التفريق، لأنه قد يقضي به من غير حكم بتحريم كما في النكاح الفاسد ويجاب بما مر أن الأصح أن تصرف القاضي في أمر رفع إليه وطلب منه فصله حكم منه

كقسمة مال المفقود ولا شك أن التفريق هنا مثلها فلا يحتاج لما ذكره قبل قوله: دام الفراق غير مستقيم في البائن فإنه لا يدوم فيه ا ه. وهو فاسد فإن المراد دوامه ما لم يوجد سبب يرفعه والبائن كذلك (وعليهم) حيث لم يصدقهم الزوج ولا شهدوا بعوض خلع يساوي مهر المثل بناء على ما في الروضة عن ابن الحداد وغيره <ص: 283> ولا كان الزوج قنا كلاه، لأنه لا ملك له والسيد لا تعلق له ببضع زوجة عبده وإعادة ضمير الجمع على الاثنين سائغ (مهر المثل) ساوي المسمى أو لا، لأنه بدل البضع الذي فوتاه عليه فإن كان مجنوناً أو غائباً طالب وليه أو وكيله (وفي قول) عليهم (نصفه) فقط (إن كان) الفراق (قبل وطء) لأنه الذي فوتاه وأجيب بأن النظر في الإلتاف لبذل المتلف لا لما قام به على المستحق ولهذا لو أبرأته عنه رجع بكله وخرج بالبائن الرجعي فإن راجع فلا غرم إذ لا تفويت والأوجب كالبائن وتمكنه من الرجعة لا يسقط حقه ألا ترى أن من قدر على دفع متلف ماله فسكت لا يسقط حقه من تغريمه لبدله وبه يجاب عما للبلقيني هنا (ولو شهدا بطلاق وفرق) بينهما (فرجعا فقامت بينة) أو ثبت بحجة أخرى (أنه) لا نكاح بينهما كأن ثبت أنه (كان بينهما رضاع محرم) أو أنها بانّت من قبل (فلا غرم) عليهما إذ لم يفوتا عليه شيئاً فإن غرماً قبل البينة استردا (ولو رجع شهود مال) عين ولو أم ولد شهدا بعقها أو دين وإن قالوا غلطنا (غرّموا) للمحكوم عليه قيمة المتقوم ومثل المثلي بعد غرّمه لا قبله. وهل يعتبر فيها وقت الشهادة <ص: 284> لأنها السبب أو الحكم، لأنه المفوت ؟ حقيقة كل محتمل والأقرب الأول في الشاهد والثاني في الحاكم ولا رجوع في الشهادة بالاستيلاء إلا بعد موت السيد وبالتعليق إلا بعد وجود الصفة (في الأظهر) لأنهم أحالوا بينهم وبين ماله ومن ثم لو فوتوه كبذلهم يعادل المبيع لم يغرّموا كما قاله الماوردي واعتمده البلقيني وشذ ابن عبد السلام ومن تبعه في قوله من سعى برجل لسلطان فغرّمه شيئاً رجع به على الساعي كشاهد رجع وكما لو قال هذا لزيد بل لعمره ا ه. والفرق واضح إذ لا إلتاف من الساعي شرعاً (ومتى رجعوا كلهم وزع عليهم الغرم) بالسوية إن اتحد نوعهم وإن ترتب رجوعهم أو زادوا على النصاب (أو) رجع (بعضهم وبقي نصاب) كأحد ثلاثة في

غير زنا (فلا غرم) لبقاء الحجة (وقيل يغرم قسطه) لأن الحكم مستند للكل (وإن نقص النصاب ولم تزد الشهود عليه) كأن رجع أحد اثنين (فقسط) من النصاب وهو النصف يغرمه الراجع (وإن زاد) عدد الشهود على النصاب كاثنين من ثلاثة (فقسط من النصاب) فعليهما نصف لبقاء نصف الحجة (وقيل من العدد) فعليهما ثلثان لاستوائهم في الإتلاف (وإن شهد رجل وامرأتان) فيما يثبت بهم ثم رجعوا (فعليه نصف وهما نصف) على كل واحدة ربع، لأنهما كرجل وأخذ منه أنهم يتوزعون الأجرة كذلك وفيه نظر والفرق واضح فإن مدار الأجرة على التعب وهو يختلف باختلاف الأشخاص ومدار الحكم على الإلجاء وهو وليس كذلك والخشى كالأنثى (أو) شهد رجل (وأربع في رضاع) ونحوه مما يثبت بمحضهن ثم رجعوا (فعليه ثلث وهن ثلثان) لما تقرر أن كل ثنتين برجل وهن ينفردن بهذه الشهادة فلم يتعين الشطر (فإن رجع هو أو ثنتان) فقط (فلا غرم في الأصح) لبقاء النصاب (وإن شهد هو وأربع) من النساء (بمال) ورجع الكل (فقبل كرضاع) فعليه الثلث أو هو وحده فعليه النصف كما علم من قوله أولا فقسط ويدل له أيضا قوله (والأصح) أنه (هو) عليه (نصف وهن) عليهن (نصف) لأنه النصف وهن وإن كثرن كنصف إذ لا يقبلن منفردات في المال (سواء رجعن معه أو) مر أن هذا لغة (وحدهن) بخلاف الرضاع يثبت بمحضهن (وإن رجع ثنتان إلخ) <ص: 285> (الأصح) أنه (لا غرم) عليهما لبقاء النصاب ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لزمها الخمس (و) الأصح (أن شهود إحصان) مع شهود زنا (أو) شهود (صفة مع شهود طلاق وعتق لا يغرمون) إذا رجعوا بعد الرجم ونفوذ الطلاق أو العتق وإن تأخرت شهادتهم عن الزنا والتعليق أما شهود الإحصان فلما مر فيهم أول الفصل رجعوا مع شهود الزنا أو وحدهم وأما شهود الصفة فلأنهم لم يشهدوا بطلاق ولا عتق وإنما أثبتوا صفة فقط هي شرط لا سبب والحكم إنما يضاف للسبب لا للشرط

كتاب الدعوى

وهي لغة: الطلب والتمني ومنه قوله تعالى {ولهم ما يدعون} وجمعها دعاوى بفتح الواو وكسرهما كفتاوى وشرعا قيل: إخبار عن سابق حق أو باطل للمخبر على

غيره بمجلس الحكم وقيل: إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به وهو الأشهر وكأنهم إنما لم يذكروا المحكم هنا مع ذكرهم له فيما بعد، لأن التعريف للدعوى حيث أطلقت وهي لا يتبادر منها إلا ذلك (والبيّنات) جمع بينة وهم الشهود، لأن بهم يتبين الحق وجمعوا لاختلاف أنواعهم كما مر والدعوى حقيقتها لا تختلف والأصل فيها قوله تعالى {وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم} الآية وخبر الصحيحين {لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه} وفي رواية سندها حسن {الينة على المدعي واليمين على من أنكر} ومعناه توقف <ص: 286> استحقاق المدعي على الينة لضعف جانبه بادعائه خلاف الأصل وبراءة المدعى عليه على اليمين لقوة جانبه بأصل براءته ولما كان مدار الخصومة على خمسة الدعوى والجواب واليمين والنكول والينة ذكرها كذلك

(تشرط الدعوى عند قاض) أو محكم أو سيد (في) غير مال مما لا تسمع فيه شهادة الحسبة سواء أكان في غير عقوبة كنكاح ورجعة وإيلاء وظهار وعيب نكاح أو بيع أو في (عقوبة) لآدمي (كقصاص وحد قذف) ولا يجوز للمستحق الاستقلال به لعظم خطره أما عقوبة لله تعالى فهي وإن توقفت على القاضي أيضا لكن لا تسمع فيها الدعوى، لأنها ليست حقا للمدعي نعم لقاذف أريد حده المدعى على المقذوف وطلب حلفه على أنه لم يزن ليسقط الحد عنه إن نكل وما يوجب تعزيرا لحق الله تعالى تسمع الدعوى فيه إن تعلق بمصلحة عامة كطرح حجارة بطريق ومر أنه يجب الأداء عند نحو وزير وقضيته صحة الدعوى عنده كذا قيل وفيه نظر، لأن الذي مر أنه لا يلزمه الأداء عنده إلا إذا توقف استيفاء الحق عليه وحينئذ فالأداء لهذه الضرورة لا يستدعي توقفه على دعوى وبهذا يرد إيراد شارح لهذا وجواب آخر عنه وقضية قوله يشترط أنه لو استوفاه بدون قاض لم يقع الموقع وهو كذلك إلا في صور مرت في استيفاء القصاص وكل ما تقبل فيه شهادة الحسبة لا يحتاج فيه لدعوى بل لا تسمع على ما مر ومنه قتل من لا وارث له <ص: 287> أو قذفه إذ الحق فيه للمسلمين وقتل قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه، لأنه لا

يتوقف على طلب وخرج بالعقوبة وما معها المال، لأن لمالكة ونحوه أخذه ظفرا من غير دعوى كما قال.
(وإن استحق) شخص (عينا) عند آخر بملك وكذا بنحو إجارة أو وقف أو وصية بمنفعة كما بحثه جمع أو ولاية كأن غصبت عين لموليه وقدر على أخذها (فله أخذها) مستقلا به (إن لم يخف فتنة) عليه أو على غيره كما هو ظاهر سواء أكانت يده عادية أم لا كأن اشترى مغبوبا لا يعلمه نعم من أئتمنه المالك كوديع يمتنع عليه أخذ ما تحت يده من غير علمه، لأن فيه إرعابا له بظن ضياعها ومنه يؤخذ حرمة كل ما فيه إرعاب للغير ودليله أن {زيد بن ثابت نام في حفر الخندق فأخذ بعض أصحابه سلاحه فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ترويع المسلم} من يومئذ ذكره في الإصابة لكن يشكل عليه ما رواه أحمد أن {أبا بكر خرج تاجرا ومعه بدریان نعيمان وسويبط فقال له أطعمني قال حتى يجيء أبو بكر فذهب لأناس ثم وباعه لهم موريا أنه قنه بعشر قلائص فجاءوا وجعلوا في عنقه حبلا وأخذوه فبلغ ذلك أبا بكر رضي الله عنه فذهب هو وأصحابه إليهم فأخذوه منهم ثم أخبر النبي صلى الله عليه وسلم فضحك هو وأصحابه من ذلك حتى بدا سنه} وقد يجمع بحمل النهي على ما فيه ترويع لا يحتمل غالبا كما في القصة الأولى والإذن على خلافه كما في الثانية، لأن نعيمان الفاعل لذلك معروف بأنه مضحك مزاح كما في الحديث ومن هو كذلك الغالب أن فعله لا ترويع فيه كذلك عند من يعلم بحاله ورواية ابن ماجه أن الفاعل سويبط لا تقاوم رواية أحمد السابقة فتأمل ذلك فإني لم أر من أشار لشيء منه مع كثرة المزاح بالترويع وقد ظهر أنه لا بد فيه من التفصيل الذي ذكرته، ثم رأيت الزركشي قال في تكميله نقلا عن القواعد: إن ما يفعله الناس من أخذ المتاع على سبيل المزاح حرام وقد جاء في الحديث {لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا} جعله لاعبا من جهة أنه أخذه بنية رده وجعله جادا، لأنه روع أخاه المسلم بفقد متاعه ا هـ. وما ذكرته أولى وأظهر كما هو واضح وفي نحو الإجارة المتعلقة بالعين يأخذ العين ليستوفي المنفعة منها وفي الذمة يأخذ قيمة المنفعة التي استحقها من ماله ويظهر من كلام بعضهم أنه لا يستأجر بها وقياس ما يأتي من شراء غير الجنس بالنقد أنه يستأجر ويظهر أنه يلزمه

الاقتصار على ما يتيقن أنه قيمة لتلك المنفعة أو يسأل عدلين يعرفانها ويعمل بقولهما (وإلا) بأن خاف فتنة أي: مفسدة تفضي إلى محرم كأخذ ماله لو اطلع عليه بأن غلب ذلك على ظنه وكذا إن استويا كما بحثه جمع (وجب الرفع) ما دام مريدا للأخذ (إلى قاض) <ص: 288> أو نحوه لتمكنه من الخلاص به

(أو دينا) حالا (على غير ممتنع من الأداء طالبه) ليؤدي ما عليه (ولا يحل أخذ شيء له)، لأن له الدفع من أي ماله شاء فإن أخذ شيئا لزمه رده وضمنه إن تلف ما لم يوجد شرط التقاص (أو على منكر) أو من لا يقبل إقراره على ما بحثه البلقيني ورد بقول مجلي من له مال على صغير لا يأخذ جنسه من ماله اتفاقا هـ ويجاب بحمل هذا إن صح على ما إذا كان له بينة يسهل بها خلاص حقه (ولا بينة) له عليه أو له بينة وامتنعوا أو طلبوا منه ما لا يلزمه أو كان قاضي محله جائرا لا يحكم إلا برشوة فيما يظهر في الأخيرتين (أخذ جنس حقه من ماله) ظفرا لعجزه عن حقه إلا بذلك فإن كان مثليا أو متقوما أخذ مماثله من جنسه لا من غيره. (وكذا غير جنسه) أي: غير جنس حقه ولو أمة (إن فقده) أي: جنس حقه (على المذهب) للضرورة نعم إن وجد نقدا تعين ولو أنكر كون ما وجده ملكه <ص: 289> لم يجز أخذه قطعا ولو كان المدين محجورا عليه بفلس أو ميتا وعليه دين لم يأخذ إلا قدر حصته بالمضاربة إن علمها أي: وإلا احتاط (أو على مقر ممتنع) ولو مماطلا (أو منكر وله بينة فكذا) له الاستقلال بأخذ حقه لما في الرفع من المؤنة والمشقة (وقيل يجب الرفع إلى قاض) لإمكانه وأطال جمع في الانتصار له وخرج باستحق عينا الزكاة، لأنها وإن تعلقت بعين المال شائعة فيه كما مر فإذا امتنع المالك من أدائها لم يكن للمستحقين وإن انحصروا إذا ظفروا بجنسها من ماله الظفر بها لتوقف إجزائها على النية وقضيته أنهم لو علموه عزل قدرها ونواها به جاز للمحصورين الظفر حينئذ والوجه خلافه، لأنه لا يتعين للزكاة بذلك إذ له الإخراج من غيره (وإذا جاز الأخذ) ظفرا (فله) بنفسه لا بوكيله وإن كان الذي له تافه القيمة أو اختصاصا كما بحثه الأذرعي ولو قيل بجواز الاستعانة به لعاجز عن نحو الكسر بالكلية لم يبعد (كسر باب ونقب جدار) للمدين وليس مرهونا ولا مؤجرا

مثلا ولا لمحجور عليه وغيرهما مما (لا يصل إلى المال إلا به) لأن من استحق شيئا استحق الوصول إليه ولا يضمن ما فوته كمتلف مال صائل تعذر دفعه إلا بإتلافه ونازع جمع في جواز هذا مع إمكان الرفع للحاكم ويرد بأن تعدي المالك أهدر ماله ومن ثم امتنع ذلك في غير متعدد لنحو صغر. قال الأذرعِي وفي غائب معذور وإن جاز الأخذ (ثم <ص: 290> المأخوذ من جنسه) أي: جنس حقه (يتملكه) أي: يتموله ويتصرف فيه بدلا عن حقه وظاهره كالروضة والشرحين أنه لا يملكه بمجرد الأخذ لكن قال جمع يملكه بمجردة واعتمده الإسنوي وغيره، لأن الشارع أذن له في قبضه فكان كإقباض الحاكم له وهو متجه وأوجه منه الجمع بحمله على ما إذا كان بصفته أو بصفة أدون فحينئذ يملكه بمجرد أخذه بنية الظفر إذ لا يجوز له نية غيره كرهنه بحقه وحمل ما أفهمه كلامهما على غير الصفة بأن كان بصفة أرفع إذ هو كغير الجنس فيما يأتي فيه فلا يملكه وإنما يملك ما يشتريه بثمنه بمجرد الشراء فإذا كان دراهم مكسرة وظفر بصحاح لم يملكها ولا يبيعها بمكسرة بل بدنانير ثم يشتري بها المكسرة فيملكها بمجرد الشراء وبهذا الجمع يظهر تأويل قولهما يملكه بما ذكرناه مع فرضه في الحالة الثانية بأن يقال معنى يملكه يتصرف فيه أما الأولى فلا يحتاج فيها بعد الأخذ ظفرا إلى تملك أي: تصرف ولا لفظ.

(و) المأخوذ (من غيره) أي: الجنس أو منه وهو بصفة أرفع كما تقرر (يبيعه) بنفسه أو مأذونه للغير لا لنفسه اتفاقا أي: ولا لمحجوره كما هو ظاهر لامتناع تولي الطرفين وللتهمة هذا إن لم يتيسر علم القاضي به لعدم علمه ولا بينة أو مع أحدهما لكنه يحتاج لمؤنة ومشقة وإلا اشترط إذنه (وقيل يجب رفعه إلى قاض يبيعه) مطلقا، لأنه غير أهل للتصرف في مال غيره بنفسه ولا يبيعه إلا بنقد البلد ثم إن كان من جنس حقه يملكه وإلا اشترى جنس حقه لا بصفة أرفع وملكه (والمأخوذ) من الجنس وغيره (مضمون عليه) أي: الأخذ، لأنه أخذه لحظ نفسه (في الأصح فيضمنه) حيث لم يملكه بمجرد أخذه (إن تلف قبل <ص: 291> يملكه) أي: الجنس (و) قبل (بيعه) أي: غير الجنس بل ويضمن ثمنه إن تلف بعد البيع وقبل شراء الجنس به فليبادر بحسب الإمكان فإن آخر فنقصت قيمته ضمن

النقص ولو نقصت وارتفعت وتلف ضمن الأكثر قبل التملك لمالكه (ولا يأخذ) المستحق (فرق حقه إن أمكن الاقتصار) على قدر حقه لحصول المقصود به فإن زاد ضمن الزيادة إن أمكن عدم أخذها وإلا كأن كان له مائة فرأى سيفا بمائتين لم يضمن الزائد لعذره ويقتصر فيما يتجزأ على بيع قدر حقه وكذا في غيره إن أمكن وإلا باع الجميع ثم يرد الزائد لمالكه بنحو هبة إن أمكنه وإلا أمسكه إلى أن يمكنه (وله أخذ مال غريم غريمه) بأن يكون لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله فلزيد أخذ ما له على عمرو من مال بكر وإن رد عمرو إقرار بكر له أو جحد بكر استحقاق زيد على عمرو وشرط المتولي أن لا يظفر بمال الغريم وأن يكون غريم الغريم جاحدا ممتنعا أيضا. قال الأذرعى أو مماطلا ويلزمه أن يعلم الغريم بأخذه حتى لا يأخذ ثانيا وإن أخذ كان هو الظالم ولا يلزمه إعلام غريم الغريم <ص: 292> إذ لا فائدة فيه ومن ثم لو خشي أن الغريم يأخذ منه ظلما لزمه فيما يظهر إعلامه ليظفر من مال الغريم بما يأخذه منه ثم التصريح بذلك اللزوم وهو ما ذكره شارح وهو زيادة إيضاح وإلا فالتصوير المذكور يعلم منه علم الغريمين أما علم الغريم فمن قولهم وإن رد عمرو إقرار بكر له أما علم غريمه فمن قولهم أو جحد بكر إلى آخره فاندفع ما يقال الغريم قد لا يعلم بالأخذ فيأخذ من مال غريمه فيؤدي إلى الأخذ منه مرتين وغريمه قد لا يعلم بذلك فيأخذ منه الغريم فيؤدي إلى ذلك أيضا ووجه اندفاعه أن المسألة مصورة بالعلم فلا يرد ذلك.

(فرع) له استيفاء دين له على آخر جاحد له بشهود دين آخر له عليه قضى من غير علمهم وله جحد من جحده إذا كان له على الجاحد مثل ما له عليه أو أكثر منه فيحصل التقاص وإن لم توجد شروطه للضرورة فإن كان له دون ما للآخر عليه جحد من حقه بقدره وفي الأنوار عن فتاوى القفال لو مات مدين فأخذ غريمه دينه من بعض أقاربه ظلما فللماخوذ منه الرجوع على تركة الميت، لأن له مالا على الظالم وللظالم دين في التركة فيأخذ منها ما له على الظالم كمن ظفر بغير جنس حقه من مال مدينه ا ه وفيه نظر كما قاله بعضهم ولعله من حيث التشبيه المذكور فلو قال كمن ظفر بمال غريم غريمه اتجه ما قاله (والأظهر أن المدعي) <ص: 293> وشرطه أن يكون

معينا معصوما مكلفا أو سكرانا وإن حجر عليه بسفه فيقول ووليي يستحق تسلمه (من يخالف قوله الظاهر) وهو براءة الذمة (والمدعى عليه) وشرطه ما ذكر (من يوافقه) أي: الظاهر واستشكل بأن الوديع إذا ادعى الرد أو التلف يخالف قوله الظاهر مع أن القول قوله ورد بأنه يدعى أمرا ظاهرا هو بقاءه على الأمانة ويرده ما في الروضة وغيرها أن الأمناء الذين يصدقون في الرد بيمينهم مدعون، لأنهم يدعون الرد مثلا وهو خلاف الظاهر لكن اكتفي منهم باليمين، لأنهم أثبتوا أيديهم لغرض المالك وقدم في دعوى الدم والقسامة شرط المدعى والمدعى عليه في ضمن شروط الدعوى ولا يختلف الأظهر ومقابله في أغلب المسائل وقد يختلفان كما في قوله. (فإذا أسلم زوجان قبل وطء فقال) الزوج (أسلمنا معا فالنكاح باق وقالت) الزوجة بل أسلمنا (مرتباً) فلا نكاح (فهو مدع) لأن إسلامهما معا خلاف الظاهر وهي مدعى عليها لموافقتهما الظاهر فتحلف هي ويرتفع النكاح وفي عكس ذلك لا نكاح أيضا ويصدق في سقوط المهر بيمينه (و) من (ادعى نقدا) خالصا أو مغشوشا أو دينا مثليا أو متقوما <ص: 294> (اشترط) فيه لصحة الدعوى وإن كان النقد غالب نقد البلد (بيان جنس ونوع وقدر وصحة و) هي بمعنى أو (تكسر) وغيرها من سائر الصفات (إن اختلفت بهما) يعني بكل واحد من المتقابلين ومقابله (قيمة) كالف درهم فضة خالصة أو مغشوشة أشرفية أطلابه بها، لأن شرط الدعوى أن تكون معلومة كما مر وما علم وزنه كالدينار ولا يشترط التعرض لوزنه ولا يشترط ذكر القيمة في المغشوش بناء على الأصح أنه مثلي فقول البلقيني يجب فيه مطلقا ممنوع ومر فيه أول البيع بسط فراجعه أما إذا لم يختلف بهما قيمة فلا يجب ذكرها إلا في دين السلم.

(تنبيه) لا تسمع دعوى دائن مفلس ثبت فلسه أنه وجد مالا حتى يبين سببه كإرث واكتساب وقدره ومن له غريم غائب لا بد أن يقول لي غريم غائب الغيبة الشرعية ولي بينة تشهد بذلك ويأتي أن الدعوى إنما تسمع غالبا على من لو أقر بالمدعى به قبل (أو) ادعى (عينا) حاضرة بالبلد يمكن إحضارها بمجلس الحكم أما غيرها فقد مر قبيل القسمة بما فيه (تنضبط) بالصفات مثلية أو متقومة (كحيوان) وحبوب (وصفها) وجوبا (بصفة السلم)، لأنه لا تتميز التميز

الكامل إلا بذلك <ص: 295> (وقيل يجب معها ذكر القيمة) احتياطا وقضيته أنه لا تجب في متقوم ولا مثلي منضبط لكن ناقضاه في القضاء على الغائب فنقلا عن الأصحاب وجوبها في المتقوم دون المثلي ومر ما فيه فإن لم ينضبط بالصفات كجوهره أو ياقوته أو جواهر أو يواقيت وجب ذكر القيمة قال الماوردي مع جنس ونوع ولون اختلف ولا تسمع بأن له في ذمته نحو ياقوته، لأنه لا يثبت فيها نعم إن ذكر السبب كأسلمت له دينارا في ياقوته أو أطالبه به لفساد السلم أو ادعى إتلافا أو حيلولة وطلب القيمة وقدرها سمعت واعترض الزركشي وغيره زيادته على أصله معها بأن الثاني يكتفي بها وحدها كما بينه الرافعي ولو وجبت قيمة المغصوب للحيلولة كفى ذكرها وحدها على الأوجه، لأنها الواجبة الآن ولا بد أن يصرح في مذبوحة وحامل بأن قيمتها مذبوحة أو حاملا كذا ومر في القضاء على الغائب ما يجب في ذكر العقار والدعوى في مؤجر على المستأجر وإن كان لا يخاصم، لأنه بيده الآن دون مؤجره.

(فإن تلفت) العين (وهي متقومة) بكسر الواو (وجب ذكر القيمة) مع الجنس كما بحثه جمع كعبد قيمته كذا بل قال البلقيني مع ذكر صفات السلم وبسطه لكن المعتمد الأول، لأنها الواجبة حينئذ بخلاف المثلية لا بد من ذكر صفاتها ليجب مثلها وقضية ذلك الاكتفاء في المتقومة التالفة بذكر القيمة وحدها وقد تسمع الدعوى بالمجهول في صور كثيرة كوصية وإقرار، لأن المقصود ثبوت الأصل لا غير ودية وغرة لانضباطهما شرعا وممر أو مجرى ماء بملك الغير بل يكفي مجرد تحديده إن لم ينحصر حقه في جهة منه وعليه يحمل إطلاق الهروي عدم وجوب تحديده أي: ذكر قدره <ص: 296> وإلا وجب بيان قدره وعليه حمل إطلاق غيره وجوب بيانه بل قد لا تتصور إلا مجهولة وذلك فيما يتوقف تعيينه على القاضي كغرض مهر ومتمعة وحكومة ورضخ قال الغزي ومن تبعه ودعوى زوجة أو قريب النفقة رد بأن واجب الزوجة مقدر لا اجتهاد فيه ونفقة القريب للمستقبل لا تسمع الدعوى بها وللماضي ساقطة وبعد فرض القاضي معلومة ويجب أن نفقة الزوجة يتوقف تقديرها على النظر في إعسار الزوج وغيره وذلك خاص بالقاضي فسمعت على أن منها نحو الأدم وهو غير مقدر لإنباطه بالعادة

ونظر القاضي وما ذكر في القريب يتصور بمطالبته بنفقته الآن فتسمع دعواه بأنه امتنع من إنفاقي الآن مع احتياجي له ويشترط للدعوى أيضا كونها ملزمة كما علم مما مر بأن يكون المدعى به لازما فلا تسمع بدين حتى يقول وهو ممتنع من أدائه ولا بنحو بيع أو هبة أو إقرار حتى يقول وقبضته بإذن الواهب أو أقبضنيه ويلزم البائع أو المقر التسليم إلي وبزيد المشتري إن لم ينقد الثمن وها هو ذا أو الثمن مؤجل ولا برهن بأن قال هذا ملكي رهنته منه بكذا إلا إن قال وأحضرتة فيلزمه تسليمها إلي إذا قبضه واعتمد البلقيني في فتاويه وغيرها أن دعوى المرتهن الرهن لا تسمع إلا إن ادعى القبض المعتبر قال وذكر النووي في التحالف في القراض والجعالة ما يقتضي خلاف ذلك والمعتمد ما ذكره هنا هـ. وأخذ الغزي من ذلك أنه لا تسمع دعوى المؤجر على المستأجر بالعين قبل مضي المدة، لأنه لا يمكنه أن يقول ويلزمه التسليم إلي ورد بأنه قد يريد التصرف في الرقبة فيمنعه المستأجر بدعوى الملك فيتجه صحة دعواه وأنه منعه من بيعها بغير حق وقيم بينة بذلك وأن لا يناقضها دعوى أخرى وليس من ذلك من أثبت إعساره وأنه لا مال له ظاهرا ولا باطنا ثم ادعى على آخر بمال له، لأنه إن أطلقه فواضح لاحتمال حدوثه وإن أرخه بزمن قبل ثبوت الإعسار فلأن المال المنفي فيه ما يجب الأداء منه وهذا ليس كذلك، لأن الغرض أن المدعى عليه منكر

ولا تسمع دعوى دائن ميت على من تحت يده مال للميت <ص: 297> مع حضور الوارث فإن غاب أو كان قاصرا والأجنبي مقر به فللحاكم أن يوفيه منه وعلى هذا حمل قول السبكي للوصي والدائن المطالبة بحقوق الميت أي: بالرفع للقاضي ليوفيهما مما يثبت له ولو ادعى ولم يقل سله جواب دعواي أو نحوه جاز للقاضي سؤاله وله أن يستفصله عن وصف أطلقه لا شرط أهمله بل يلزمه الإعراض عنه حتى يصح دعواه كما مر. وليس له سماع الدعوى بعقد أجمع على فساده إلا لنحو رد الثمن وله سماعها بمختلف فيه ليحكم فيه بما يراه بخلاف الشفعة لا تسمع دعواه إلا فيما يراه، لأنها مجرد دعوى فتبطل برده لها بخلاف العقد الفاسد لا بد من الحكم بإبطاله وبحث الغزي سماعها فيها إن قال المشتري: إن طالبها يعارضني

فيما اشتريته بلا حق فيمنعه من معارضته وحينئذ ليس له الدعوى بها عند من يراها (أو) ادعى رجل ويأتي أن المرأة مثله في ذلك وكان الاقتصار عليه، لأنه الغالب (نكاحاً) في الإسلام (لم يكف الطلاق على الأصح بل يقول نكحتها) نكاحاً صحيحاً (بولي مرشداً) أو سيد يلي نكاحها أو بهما في مبعضة (وشاهدي عدل ورضاها إن كان يشترط) لكونها غير مجبرة وبإذن وليي إن كان سفيهاً أو سيدي إن كان عبداً، لأن النكاح فيه حق الله تعالى وحق الآدمي فاحتيط له كالقتل بجامع أنه لا يمكن استدراكهما بعد وقوعهما وإنما لم يشترط ذكر انتفاء الموانع كرضاع، لأن الأصل عدمها أما إذا لم يشترط رضاها كمجبرة فلا يتعرض له بل لمزوجها من أب أو جد أو لعلمها به أنه إن ادعى عليها <ص: 298> قال البلقيني: وقوله مرشداً ليس صريحاً في عدل فينبغي تعيينه ورده الزركشي بأن المراد بمرشداً من دخل في الرشد أي: صلح للولاية وهو أعم لتناوله العدل والمستور والفاسق إن قلنا يلي وفيه نظر بل المراد بمرشداً عدل وإنما أثره، لأنه الواقع في لفظ خير لا نكاح إلا بولي مرشداً وأما بحثه أنه لا يحتاج لوصف الشاهدين بالعدالة لانعقاده بالمستورين وتنفيذ القاضي لما شهدا به ما لم يدع شيئاً من حقوق الزوجية فلا بد من التزكية أ. ه. فيرد بأن ذلك إنما هو في نكاح غير متنازع فيه وأما المتنازع فيه فلا يثبت إلا بعدلين فتعين ما قالوه قال القمولي ولا يشترط تعيين الشهود إلا إن زوج الولي بالإجماع أو وفيه نظر بل لا يصح كما هو ظاهر أما نكاح الكفار فيكفي فيه الإقرار ما لم يذكر استمراره بعد الإسلام فيذكر شروط تقرير.

(فرع) ادعت زوجية وذكرت ما مر فأنكر فحلفت ثبتت زوجيتها ووجبت مؤنها وحل له إصابتها، لأن إنكار النكاح ليس بطلاق قاله الماوردي وحل إصابتها باعتبار الظاهر لا الباطن إن صدق في الإنكار (فإن كانت) الزوجة (أمة) أي: بها رق (فالأصح وجوب ذكر) ما مر مع ذكر إسلامها إن كان مسلماً و (العجز عن طول) أي: مهر لحره (وخوف عنت) وأنه ليس تحته حره تصلح ولو أجابت دعواه النكاح بأنها زوجته من منذ سنة فأقام آخر بينة بأنها زوجته من شهر حكم بها للأول، لأنه ثبت بإقرارها نكاحه فما لم يثبت الطلاق لا حكم للنكاح الثاني (أو) ادعى (عقداً مالياً كبيع)

ولو سلما (وهبة) ولو لأمة <ص: 299> (كفى الإطلاق في الأصح)، لأنه دون النكاح في الاحتياط نعم لا بد في كل عقد نكاح أو غيره أريد إثبات صحته من وصفه بالصحة مع ما مر.

(فرع) بحث الأذرعى أن المدعوى بنحو ريع الوقف على الناظر لا المستحق وإن حضر ففي وقف على معينين مشروط لكل منهم النظر في حصته لا بد من حضورهم وإن كان الناظر عليهم القاضي المدعى عنده فالمدعوى عليهم قال ومن هذا القبيل الدعوى على بعض الورثة مع حضور الباقيين ونازعه الغزي بأن المتجه سماع المدعوى على البعض في المسألتين لكن لا يحكم إلا بعد إعلام الباقيين بالحال وللسبكي كلام طويل فيما إذا كانت الدعوى لميت أو غائب أو محجور عليه تحت نظر الحاكم أو لبيت المال أو على أحد هؤلاء ثم استقر رأيه على أن القاضي <ص: 300> لا يتوجه عليه دعوى أصلا ولا على نائبه بل لا بد أن ينصب الشافعي من يدعي ومن يدعى عليه عنده أو عند غيره فيما يتعلق بوقف أو مال نحو يتيم أو بيت مال وتخصيصه نصب ذلك بالقاضي الشافعي إنما هو باعتبار ما كان في تلك الأزمنة من اختصاصه بالنظر في هذه الأمور دون غيره من الثلاثة وأما الآن فالنظر في ذلك متعلق بالحنفي لا غير فليختص ذلك به

(ومن قامت عليه بينة) بحق (ليس له تحليف المدعي) على استحقاق ما ادعاه، لأنه تكليف حجة بعد حجة فهو كالطعن في الشهود نعم له تحليف المدين مع البينة بإعساره لجواز أن له مالا باطنا وكذا لو شهدت له بينة بعين وقالوا لا نعلمه باع ولا وهب فلخصمه تحليفه أنها ما خرجت عن ملكه بوجه أما المدعى عليه كأن أقام عليه بينة ثم قال لا تحكم عليه حتى تحلفه فبحث الرافعي بطلان بينته لاعترافه بأنها مما لا يجب الحكم بها ورده المصنف بأنه قد يقصد ظهور إقدامه على يمين فاجرة مثلا فينبغي أن لا تبطل أ. ه. ولا نظر فيه خلافا لمن زعمه (فإن ادعى) عليه (أداء) له (أو إبراء) منه أو أنه استوفاه (أو شراء عين) منه (أو هبتها وإقباضها) أي: إنه وهبه إياها وأقبضها له (حلفه) أي: مدعي نحو الأداء مقيم البينة عليه (على نفيه) أي: الأداء وما بعده لاحتماله هذا إن ادعى حدوث شيء من ذلك <ص: 301> قبل قيام البينة والحكم أو بينهما ومضي زمن إمكانه وإلا

لم يلتفت إليه خلافا لما اعتمده الأذرعى والبلقيني والزركشي من تحليفه إذا ادعى بعد الحكم وقوع ذلك قبله، لأنه لو أقر به نفعه ولم يكن المدعي حلف مع شاهده أو يمين الاستظهار وإلا لم يحلف كما صوبه البلقيني من وجهين أطلقاهما، لأنه قد تعرض في يمينه لاستحقاقه الحق فلا يحلف بعدها على نفي ما ادعاه الخصم ولا تسمع دعوى إبراء من الدعوى، لأنه باطل وتقبل دعوى أجير لم يثبت أنه بغير عرفة يومها بحيث لا يمكنه وصوله إليها عادة الحج من غير بينة ولا يمين، ومطلقة ثلاثا أنها تحلت من غير بينة ولا يمين أيضا (وكذا لو ادعى خصمه عليه (علمه بفسق شاهده) أو نحوه من كل ما يبطل الشهادة (أو كذبه) فإنه يحلف على نفيه (في الأصح)، لأنه لو أقر به بطلت شهادته له وسيعلم مما يأتي أن كل ما لو أقر به نفع خصمه لخصمه تحليفه على نفيه نعم لا يتوجه حلف على شاهد أو قاض ادعى كذبه قطعاً وإن كان لو أقر نفعه، لأنه يؤدي إلى فساد عام ولو نكل عن هذه اليمين حلف المدعى عليه وبطلت الشهادة ومر في الإقرار أن للمقر تحليف المقر له إذا ادعى أنه إنما أشهد على رسم القبالة ولو أجاب المدعى عليه بعين بلا أمنعك منها لم يكن له المنع ولم تقبل بينته إلا إذا حلف أنها حين قوله ذلك لم تكن بيده. (وإذا استمهل) من قامت عليه البينة أي: طلب الإمهال (ليأتي بدافع) وفسره وإلا وجب استفساره إن كان عامياً أي: أو مخالفاً لمذهب الحاكم كما هو ظاهر، لأنه قد يعتقد ما ليس بدافع دافعا (أمهل) وجوباً لكن بكفيل وإلا فبالترسيم عليه إن خيف هربه (ثلاثة أيام) ومكن من سفر ليحضره إن لم تزد المدة على الثلاث، لأنها مدة قريبة لا يعظم الضرر فيها ولو أحضر بعد الثلاث شهود الدافع أو شاهداً واحداً أمهل ثلاثة أخرى للتعديل أو التكميل كما صرح به الماوردي لكن ضعفه البلقيني ولو عين جهة ولم يأت ببينتها ثم ادعى أخرى عند انقضاء مدة المهلة واستمهل لها لم يمهل أو أثناءها أمهل بقيتها

(ولو ادعى رق بالغ) عاقل مجهول النسب ولو سكرانا (فقال أنا حر) في الأصل <ص: 302> ولم يكن قد أقر له بالملك قبل وهو رشيد على ما مر قبيل الجعالة (فالقول قوله) بيمينه وإن تداولته الأيدي بالبيع وغيره لموافقته

الأصل وهو الحرية ومن ثم قدمت بينة المرق على بينة الحرية، لأن الأولى معها زيادة علم بنقلها عن الأصل أما لو قال أعتقني هو أو غيره فيحتاج للينة وإذا ثبتت حرته الأصلية بقوله رجع مشتريه على بائعه بثمنه وإن أقر له بالملك، لأنه بناه على ظاهر اليد (أو ادعى (رق صغير) أو مجنون كبير (ليس في يده) وكذبه صاحب اليد (لم تقبل إلا ببينة) أو نحوها كعلم قاض ويمين مردودة، لأن الأصل عدم الملك (أو في يده) أو يد غيره وصدقه (حكم له به إن) حلف لعظم خطر الحرية و (لم يعرف استنادها) فيهما (إلى التقاط) ولا أثر لإنكاره إذا بلغ، لأن اليد حجة بخلاف المستندة للتقاط، لأن اللقيط محكوم بحرته ظاهرا كما مر في بابه وذكرت هنا تنميما لأحوال المسألة فلا تكرار (ولو أنكر الصغير وهو مميز) كونه قنه (فإنكاره لغو)، لأن عبارته ملغاة (وقيل كبالغ)، لأنه يعرف نفسه وكذا لا يؤثر إنكاره بعد كماله، لأنه حكم برقه فلا يرتفع ذلك إلا بحجة (ولا تسمع دعوى دين مؤجل في الأصح) إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال نعم إن كان بعضه حالا ادعى بكنه ليطالبه ببعضه وإن قل ويكون المؤجل تبعا قاله الماوردي واستشكل بما لا يجدي وبحث البلقيني صحة الدعوى بقتل خطأ أو شبه عمد على القاتل وإن استلزمت الدية مؤجلة، لأن القصد ثبوت القتل ومن ثم صحت دعوى عقد بمؤجل قصد بها إثبات أصل العقد قاله الماوردي وهو متجه، لأن المقصود منها مستحق في الحال. ونقل بعضهم عن ابن أبي الدم أنه نازعه وبعضهم أنه استحسنته ولعل كلامه اختلف. ولو ادعى دينا على معسر وقصد إثباته ليطالبه به إذا أيسر فظاهر كلامهم أنها لا تسمع مطلقا <ص: 303> واعتمده الغزي وقضية ما تقرر عن الماوردي سماعها، لأن القصد إثباته ظاهرا مع كونه مستحقا قبضه حالا بتقدير يساره القريب عادة ويجري ذلك فيمن له دين على عبد يتبع به بعد العتق هل تسمع الدعوى عليه به أو لا ثم رأيت البلقيني قال: والأقرب تشبيه هذه الدعوى بالدين على من تحقق إعساره وقال قبل ذلك الذي يظهر أنه يعطى حكم الحال أخذا من تصحيحهم الحوالة عليه به المستلزمة أن ما عليه من الدين له حكم الحال لا المؤجل للجهل بوقت استحقاقه ومر أن من شروط الدعوى أن لا ينافيها دعوى أخرى ومنه أن لا يكذب أصله فلو ثبت إقرار

رجل بأنه عباسي فادعى ولده أنه حسني لم تسمع دعواه ولا بينته كما أفتى به ابن الصلاح.

(تنبيه) هذه الشروط الثلاثة المعلومة مما سبق العلم والإلزام وعدم المناقضة معتبرة في كل دعوى ويزيد عليها في الدعوى على من لا يحلف ولا يقبل إقراره ولي بينة أريد أن أقيمها فلو طلق امرأة ثم نكحت آخر فادعى الأول أنه نكحها في عدته لم تسمع دعواه حتى يقول ولي بينة أريد أن أقيمها على أني طلقها يوم كذا فلم تنقض عدتي وفي الدعوى لعين بنحو بيع أو هبة على من هي بيده واشتريتها أو اتبعتها من فلان وكان يملكها أو وسلمنيها، لأن الظاهر أنه إنما يتصرف فيما يملكه وفي الدعوى على الوارث بدين ومات المدين وخلف تركة تفي بالدين أو بكذا منه وهي بيد هذا وهو يعلم المدين أي: أو لي به بينة وتسمع الدعوى في عقد بيع فاسد قطعاً لرد الثمن وفي مختلف فيه ليحكم بما يراه كشفة الجوار كما مر ولو ادعى عليه ألفاً قرصاً فقال بل ثمننا مثلاً لزمه الألف لاتفاقهما عليها فلم ينظر لاختلافهما في السبب ولا تبطل دعواه بقوله شهودي فسقة أو مبطلون فله إقامة بينة أخرى والحلف وقول البائع المبيع وقف مثلاً مسموع كبينة إن لم يصرح حال المبيع بملكه وإلا سمعت دعواه لتحليف المشتري أنه باعه وهو ملكه والله أعلم.

(فصل) في جواب الدعوى وما يتعلق به إذا (أصر)

المدعى عليه على السكوت عن جواب الدعوى) الصحيحة وهو عارف أو جاهل أو حصلت له دهشة ونبه فلم يتنبه كما أفاد ذلك كله قوله أصر، وتنبيهه عند ظهور كون سكوته لذلك واجب وعرف بذلك بالأولى أن امتناعه عنه كسكوته (جعل كمنكر ناكل) فيما يأتي فيه بقيده وهو أن يحكم القاضي بنكوله أو يقول للمدعي احلف فحينئذ يحلف ولا يمكن الساكت من الحلف لو أرادته ويسن له تكرير أجبه ثلاثاً وسكوت أخرس عن إشارة مفهومة أو كتابة أحسنها كذلك ومثله أصم لا يسمع أصلاً وهو يفهم الإشارة وإلا فهو كمجنون على ما مر فيه في باب الحجر. <ص:

<304

(تنبيه) يقع كثيرا أن المدعى عليه يجيب بقوله يثبت ما يدعيه فتطالب القضاة المدعي بالإثبات لفهمهم أن ذلك جواب صحيح وفيه نظر ظاهر إذ طلب الإثبات لا يستلزم

اعترافا ولا إنكارا فتعين أن لا يكتفى منه بذلك بل يلزم بالتصريح بالإنكار أو الإقرار (فإن ادعى) عليه (عشرة) مثلا (فقال لا يلزمني العشرة لم يكف) في الجواب (حتى يقول ولا بعضها وكذا يحلف) إن توجهت اليمين عليه، لأن مدعي العشرة مدع بكل جزء منها فلا بد أن يطابق الإنكار واليمين دعواه وإنما يطابقانها إن نفى كل جزء منها (فإن حلف على نفي العشرة واقتصر عليه فناكل) عما دون العشرة (فيحلف المدعي على استحقاق دون عشرة بجزء) وإن قل من غير تجديد دعوى (ويأخذه) لما يأتي أن النكول مع اليمين كالإقرار نعم إن نكل المدعى عليه عن العشرة وقد اقتصر القاضي في تحليفه على عرض اليمين عليها فقط لم يحلف المدعي على استحقاق ما دونها إلا بعد تجديد دعوى ونكول الخصم، لأنه إنما نكل عنها فلا يكون ناكلا عن بعضها هذا إن لم يسند المدعى به لعقد وإلا كان ادعت أنه نكحها بخمسين وطالبته بها كفاه نفي العقد بها والحلف عليه فإن نكل لم تحلف هي على أنه نكحها بدون الخمسين <ص: 305> لأنه ينافي دعواها أولا وهو النكاح بالخمسين فيجب مهر المثل ولو ادعى عليه مالا فأنكر وطلب منه اليمين فقال لا أحلف وأعطى المال لم يلزمه قبوله من غير إقرار وله تحليفه، لأنه لا يأمن أن يدعي عليه بما دفعه بعد وكذا لو نكل عن اليمين وأراد المدعي أن يحلف يمين الرد فقال خصمه أنا أبذل المال بلا يمين فيلزمه الحاكم بأن يقر وإلا حلف المدعي.

(وإذا ادعى مالا مضافا إلى سبب كأقرضتك كذا كفاه في الجواب لا تستحق) أنت (علي شيئا) أو لا يلزمني تسليم شيء إليك (أو) ادعى عليه (شفعة كفاه) في الجواب (لا تستحق علي شيئا) ولا نظر لكون العامة لا يعدون الشفعة مستحقة على المشتري (أو لا تستحق تسليم الشقص) ولا يشترط التعرض لنفي تلك الجهة، لأن المدعي قد يصدق فيها ولكن عرض ما أسقطها من نحو أداء أو إبراء أو إعسار أو عفو في الثانية فإن نفاها كذب وإن أقر بها لم يجد بينة فاقتضت الضرورة قبول إطلاقه، ومر في بابها كيفية دعواها وجواب دعوى الوديعة على تودعني أو لا تستحق علي شيئا أو هلكت أو دفعتها دون قوله لم يلزمني دفع أو تسليم شيء إليك، لأنه لا يلزمه ذلك بل التولية وجواب دعوى ألف صداقا لا يلزمني تسليم شيء

إليها إن لم يقر بالزوجة وإلا لم يكفه وقضي عليه بمهر المثل إلا إن ثبت خلافه وقد شنعوا على جهة القضاة بمبادرتهم إلى فرض مهر المثل بمجرد عجزها عن حجة بما ادعته والصواب سؤاله فإن ذكر قدرا غير ما ادعته تحالفا فإن حلفا أو نكلا وجب مهر المثل أو حلف أحدهما فقط قضي له بما ادعاه ويكفي في جواب دعوى الطلاق أنت وزوجتي والنكاح لست زوجتي ولا يكون طلاقا فلو صدقها سلمت له ولو أنكروا وحلف حل له نحو <ص: 306> أختها وليس له تزوج غيره حتى يطلقها أو يموت وتنقضي عدتها وينبغي للحاكم أن يرفق به ليقول إن كنت نكحتها فهي طالق (ويحلف على حسب جوابه هذا) ليتطابق الحلف والجواب (فإن أجاب بنفي السبب المذكور حلف عليه) ليتطابق اليمين الجواب (وقيل له حلف بالنفي المطلق) كما لو أجاب به ويرده وضوح الفرق أو بالطلاق فكذلك ولا يكلف التعرض لنفي السبب فإن تعرض له جاز لكن لو أقام المدعي به بينة لم تسمع بينة المدعى عليه بأداء أو إبراء، لأنه كذبها بنفيه للسبب من أصله وعلم مما تقرر أنه لو ادعى دينا وهو مؤجل ولم يذكر الأجل كفى الجواب بلا يلزمي تسليمه الآن ويحلف عليه ولو ادعى على من حلف لا يلزمي تسليم شيء إليك بأن حلفك إنما كان لإعسار والآن أيسرت سمعت دعواه ويحلف له ما لم تتكرر دعواه بحيث يظن منه التعنت.

(تنبيه) ما تقرر من الاكتفاء بلا تستحق علي شيئا استثنوا منه مسائل منها ما إذا أقر بأن جميع ما في داره ملك زوجته ثم مات فأقامت بينة بذلك فقال الوارث هذه الأعيان لم تكن موجودة عند الإقرار فإنه يحلف لا أعلم أن هذه ولا شيئا منها كان موجودا في البيت إذ ذاك ولا يكفي حلفه على أنها لا تستحقها

(ولو كان بيده مرهون أو مكري وادعاه مالكة كفاه) في الجواب (لا يلزمي تسليمه)، لأنه جواب مفيد ولا يلزمه التعرض للملك (فلو اعترف) له (بالملك وادعى الرهن أو الإجارة) وكذبه المدعي (فالصحيح أنه لا يقبل) في دعوى الرهن والإجارة (إلا ببينة)، لأن الأصل عدمهما (فإن عجز عنها وخاف أولا إن اعترف بالملك) للمدعي (جده) مفعول خاف (الرهن أو الإجارة فحيلته أن يقول) في الجواب (إن

ادعيت ملكا مطلقا فلا يلزمي تسليم) <ص: 307> لمدعك
(وإن ادعيت مرهونا) أو مؤجرا عندي (فاذكره لأجيب)
(وإذا ادعى عليه عينا) عقارا أو منقولا (فقال ليس هي لي
(أو) أضافها لمن لا تمكن مخاصمته كقوله (هي لرجل لا
أعرفه أو لابني الطفل) أو المجنون أو السفیه سواء أزد
على ذلك أنها ملكه أو وقف عليه أو لا كما هو ظاهر. (أو
وقف على الفقراء أو مسجد كذا) وهو ناظر عليه (فالأصح
أنه لا تنصرف الخصومة) عنه (ولا تنزع العين) منه، لأن
الظاهر أن ما في يده ملكه أو مستحقه وما صدر عنه
ليس بمزيل ولم يظهر لغيره استحقاق كذا قالوه هنا وقد
ينافيه قولهما عن الجويني وأقراه لو قال للقاضي بيدي
مال لا أعرف مالكة فالوجه القطع بأن القاضي يتولى
حفظه ويجب بحمل هذا على ما إذا قاله لا في جواب
دعوى وحينئذ يفرق بأن هنا قرينة تؤيد اليد وهي ظهور
قصد الصرف بذلك عن المخاصمة فلم يقو هذا الإقرار
على انتزاعها من يده بخلافه ثم فإنه لا قرينة تؤيد يده
فعمل بإقراره (بل يحلفه المدعي) لا على أنها لنحو ابنه
بل على (أنه لا يلزمه التسليم) للعين رجاء أن يقر أو ينكل
فيحلف المدعي وتثبت له العين في الأولين في المتن
والبديل للحيلولة في البقية وله تحليفه كذلك (إن) كان
للمدعي بينة أو (لم تكن) له (بينة) كما سيعلم من كلامه
الآتي وفيما إذا كان له بينة وأقامها يقضي له بها كذا
أطلقوه وسيأتي فيه تفصيل عن البغوي ونازع البلقيني في
هذه الصور وأطال بما ليس هذا محل بسطه مع الجواب
عنه.

(وإن أقر به) أي: المذكور (لمعين حاضر) بالبلد (تمكن
مخاصمته وتحليفه) <ص: 308> جمع بينهما أيضا وإلا
فأحدهما مغن عن الآخر لاستلزامه له ثم التقييد لإفادة أنه
إذا أقر به لمن لا تمكن مخاصمته وهو المحجور لا تنصرف
الخصومة عنه بل تنصرف عنه لوليه وإنما هو ليترتب عليه
قوله (سئل فإن صدقه صارت الخصومة معه) لصيرورة اليد
له (وإن كذبه ترك في يد المقر) لما مر في الإقرار أي:
وحينئذ لا تنصرف الخصومة عنه كما هو ظاهر عملا
بالظاهر نظير ما مر (وقيل يسلم إلى المدعي) إذ لا طالب
له سواء وزيفه الإمام بأن القضاء له بمجرد الدعوى محال
(وقيل يحفظه الحاكم لظهور مالك) له كما مر في الإقرار

وفي الأنوار عن فتاوى القفال لو ادعى دارا في يد آخر وأقام شاهدا ثم ثانيا فقال المدعى عليه قبل شهادته هي لزوجتي سمعه القاضي وحكم بها للمدعي ثم تدعى الزوجة عليه قيل وهو مشكل، لأن المدعى عليه معترف بأنها لغيره فكيف تتوجه الدعوى عليه ا ه ويرد بأنه مقصر بسكوته عن ذلك حتى سمعت الدعوى وشهادة الأول فلم يقبل منه الصرف للغير وبهذا يرد قول المستشكل فكيف تتوجه الدعوى عليه ؟ وبيانه أنها توجهت وسمعت هي ثم شهادة الأول فقبول الثاني والحكم تميم لا ابتداء دعوى عليه. وفي فتاوى البغوي إن أقامها فأقر ذو اليد بالعين لآخر قبل الحكم للمدعي حكم بها من غير إعادتها في وجه المقر له إن علم أن المقر متعنت في إقراره وإلا أعادها في وجهه قال الأزرعي: والظاهر أنه لا بد من إعادة الدعوى في وجهه أيضا

(وإن أقر) به (ل) معين (غائب فالأصح انصراف الخصومة عنه ويوقف الأمر حتى يقدم الغائب)، لأن المال بظاهر الإقرار للغائب إذ لو قدم وصدقه أخذه وصارت الخصومة معه (فإن كان للمدعي بينة) ووجدت شروط القضاء على الغائب (قضى) له (بها) و سلمت له العين قيل هذا تهافت، لأن الوقف ينافيه ما فرعه عليه وعبارة أصله سالمة منه ا ه. ولا تهافت فيه، لأنه بان بهذا التفريع أن قبله مقدر هو حيث لا بينة ومثل هذا ظاهر لا يعترض بمثله إلا ليتنبه للمراد المتبادر من العبارة بأدنى تأمل (وهو قضاء على غائب فيحلف) المدعي (معها) يمين الاستظهار كما مر، لأن المال صار له بحكم الإقرار (وقيل) بل قضاء (على حاضر) <ص: 309> فلا يمين.

(تنبيه) أطلقوا الغائب وقيدوا الحاضر بالبلد فاقتضى أن المراد بالغائب الغائب عن البلد ولو لدون مسافة العدوى ثم قالوا وهو قضاء على غائب فاقتضى أنه بمسافة العدوى وحينئذ تنافى مفهوم الحاضر والغائب فيمن بدون مسافة العدوى والذي يتجه فيه أنه كالحاضر فإن سهل سؤاله وجب ورتب عليه ما مر وإن لم يسهل وقف الأمر إلى حضوره ولا تسمع عليه حجة إلا نحو تعزز أو توار ثم انصراف الخصومة عنه في الصور السابقة والوقف إلى قدوم الغائب إنما هو بالنسبة للعين المدعاة أما بالنسبة لتحليفه فلا إذ للمدعي طلب يمينه أنه لا يلزمه التسليم

إليه فإن نكل حلف المدعي وأخذ بدل العين المدعاة بناء على الأظهر السابق أواخر الإقرار أنه لو أقر له به غرم له بدله للحيلولة بينهما بإقراره الأول ولو أقام المدعي بينة بدعواه والمدعى عليه بينة بأنها للغائب عمل بينته إن ثبتت وكالته وإلا لم تسمع بالنسبة لثبوت ملك الغائب. والحاصل أن المقر متى زعم أنه وكيل الغائب احتاج في ثبوت الملك للغائب إلى إثبات وكالته وأن العين ملك الغائب فإن أقامها بالملك فقط لم تسمع إلا لدفع التهمة عنه <ص: 310> وكذا لو ادعى لنفسه حقا فيها كرهن مقبوض وإجارة فتسمع بينته أنها ملك فلان الغائب، لأن حقه لا يثبت إلا إن ثبت ملك الغائب فيثبت ملكه بهذه البينة ووقع هنا لغير واحد من الشراح ما لا ينبغي فاحذره.

(تنبيهان) الأول: قال المدعى عليه هي لي وفي يدي فأقام المدعي بينة وحكم الحاكم له بها ثم بان أنها ليست في يد المدعى عليه فالذي يتجه أنه لا ينفذ إن كان ذو اليد حاضرا وينفذ إن كان غائبا ووجدت شروط القضاء على الغائب. الثاني: علم مما مر أن من يدعي حقا لغيره وليس وكيفا ولا وليا لا تسمع دعواه ومحلله إن كان يدعي حقا لغيره غير منتقل إليه بخلاف ما إذا كان منتقلا منه إليه أي: أو كان عينا لمدينه له بها تعلق كما علم مما مر ويأتي في ضابط الحالف فمن الأول ما لو اشترى أمة ثم أراد أن يثبت على بائعه أنه أقر بأنها مغصوبة من فلان بخلاف ما لو ادعى فساد البيع لإقراره قبله بغصبها، لأنه هنا يثبت حقا لنفسه هو فساد البيع وإنما سمعت بينته بإقراره قبل البيع أنها عتيقة، لأنه لا يثبت حقا لآدمي ومنه دعوى دائن مائة أن لها مهرا على زوجها ودعوى زوجة دينا لزوجها فلا تسمعان وإن كان لو ثبت ذلك تعلق به حق الدائن ونفقتها في الثانية ومن الثاني ما لو اشترى سهما شائعا من ملك وأثبت في غيبة البائع أن ما اشتراه منه هو الذي خصه من تركة أبيه فادعى أخوه أن أبانا وهبني ذلك الملك كله هبة لازمة وأقام بينة بذلك فأقام المشتري شاهدا بأن الأب رجع في الهبة سمعت دعواه وبينته فيحلف مع شاهده، لأنه يدعي ملكا لغيره منتقلا منه إليه كالوارث فيما يدعيه لمورثه بخلاف غريم الغريم قاله ابن الصلاح <ص: 311> ومنه ما مر قبيل التنبيه الأول في دعوى الرهن والإجارة ومنه ما لو أقر من له أخ بملك

لابنه فلان ثم مات فادعى الأخ أنه الوارث وأن المقر بنوته ولد على فراش فلان وأثبت ذلك ثبت نسب المقر به ممن ولد على فراشه وبطل إقرار الميت بنوته ومنه ما لو ادعى دارا بيد بكر وأنه اشتراها من زيد المشتري لها من عمرو المشتري لها من بكر فأنكر سمعت بينته بالبيعين

(وما قبل إقرار عبد) أي: قن (به كعقوبة) لآدمي من قود أو حد قذف أو تعزيز (فالدعوى عليه وعليه الجواب) ليرتب الحكم على قوله لقصور أثره عليه دون سيده أما عقوبة لله تعالى فلا تسمع الدعوى بها مطلقا كما مر (وما لا) يقبل إقراره به (كأرش) لعيب وضمن متلف (فعلى السيد) الدعوى به والجواب، لأن متعلقه الرقبة وهي حق السيد دون القن فلا تسمع به عليه ولا يحلف كالمتعلق بذمته، لأنه في معنى المؤجل نعم الدعوى والجواب على الرقيق في نحو قتل خطأ أو شبه عمد بمحل اللوث مع أنه لا يقبل إقراره به وذلك لتعلق الدية برقبته إذا أقسم الولي وقد يكونان عليهما كما في نكاحه ونكاح المكاتبه لتوقف ثبوته على إقرارهما

(فصل) في كيفية الحلف وضابط الحالف وما يتفرع عليه (تغلظ) ندبا، وإن لم يطلبه الخصم، بل، وإن أسقط كما قاله القاضي (يمين مدع) اليمين المردودة ومع الشاهد. (و) يمين (مدعى عليه) إن لم يسبق لأحدهما حلف بنحو طلاق أنه لا يحلف يمينا مغلظة <ص: 312> ويظهر تصديقه في ذلك من غير يمين، لأنه يلزم من حلفه طلاقه ظاهرا فساوى الثابت بالبينه (فيما ليس بمال ولا يقصد به مال) كنكاح وطلاق وإيلاء ورجعة ولعان وعتق وولاء ووكالة ولو في درهم وسائر ما مر مما لا يثبت برجل وامرأتين، وذلك، لأن اليمين موضوعة للزجر عن التعدي فغلظ مبالغة وتأكيذا للردع فيما هو متأكد في نظر الشرع وهو ما ذكر، وما في قوله: (و) في (مال) أو حقه كخيار وأجل (يبلغ نصاب زكاة) وهو كما قاله مائتا درهم أو عشرون دينارا، وما عداهما لا بد أن تبلغ قيمته أحدهما، واعترض بأن نص الأم والمختصر أن العبرة بالذهب لا غير واعتمده البلقيني، ويجاب بأنه لا يظهر هنا لتعين الذهب معنى فلذا أعرضنا عنه أي: وما أوهم التعيين يحمل على أنه تصوير لا غير لا في اختصاص ولا فيما دون نصاب أو حقه كإن اختلف

متبايعان في ثمن فقال البائع: عشرون والمشتري عشرة، لأن التنازع إنما هو في عشرة وذلك، لأنه حقير في نظر الشرع، ولهذا لم تجب فيه مواساة، نعم إن رآه لنحو جراءة الحالف فعله وبحث البلقيني أن له فعله بالأسماء والصفات مطلقا (وسبق بيان التخليط في اللعان) بالزمان وكذا المكان في غير نحو مريض وحائض، ويظهر أن يلحق بالمرض سائر أعدار الجماعة، وأن التخليط به حينئذ حرام، لكن يشكل على ذلك أن المخدرة يغلظ عليها به، وإن قلنا: لا تحضر للدعوى عليها، وقد يفرق بأن نحو المرض عذر حسي بخلاف التخدير وغيرهما، نعم التخليط بحضور جمع أقلهم أربعة وبتكرير اللفظ لا يعتبر هنا ويسن بزيادة الأسماء والصفات أيضا، وهي معروفة، ومر أوائل الأيمان أن ما يذكر فيها من الطالب الغالب المدرك المهلك معترض بأنه لا توقيف فيها وأسماء الله لا يجوز إطلاقها إلا بتوقيف، وإن هذا لا يأتي إلا على كلام الباقلاني أو الغزالي المشترطين انتفاء الإشعار بالنقص دون التوقيف، والجواب بأن هذا من قبيل <ص: 313> اسم المفاعلة الذي غلب فيه معنى الفعل دون الصفة فالتحق بالأفعال التي لا تتوقف إضافتها على توقيف، ولذا توسع الناس فيها غير صحيح، أما أولا فهي ليست من ذلك القبيل لفظا وهو واضح، ولا معنى وكونها تقتضي تعلقا تؤثر فيه لا يختص بها بل أكثر الأسماء التوفيقية كذلك، وأما ثانيا فمن الذي صرح على طريقة الأشعري بأن الأسماء أو الصفات التي من باب المفاعلة لا تقتضي توقيفا، بل الفعل لا بد فيه من التوقيف لكن الفرق بينه وبين الاسم والصفة أن هذين لا بد من ورود لفظهما بعينه ولا يجوز اشتقاقهما من فعل أو مصدر ورد كما صرحوا به بخلاف الفعل لا يشترط ورود لفظه، بل يكفي ورود معناه أو مرادفه، بل عدم إشعاره بالنقص وإن لم يردا، وهذا وإن لم أر من صرح به كذلك إلا أنه ظاهر من فحوى عبارات الأصوليين فتأمل. ويسن أن تقرأ عليه آية آل عمران {إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا} وأن يوضع المصحف في حجره، ويحلف الذمي بما يعظمه مما نراه نحن لا هو ولا يجوز التحليف بنحو طلاق أو عتق، بل يلزم الإمام عزل من فعله أي: إن لم يكن يعتقدده كما هو ظاهر، وقد يختص التخليط بأحد الجانبين كما إذا ادعى قن على سيده عتقا أو كتابة فأنكره

السيد فتغلظ عليه إن بلغت قيمته نصابا فإن رد اليمين على القن غلظ عليه مطلقا، لأن دعواه ليست بمال (ويحلف على البت) وهو الجزم فيما ليس بفعله ولا فعل غيره كإن طلعت الشمس أو إن كان هذا غرابا فأنت طالق نعم المودع إذا ادعى الوديعة التلغ ورد اليمين وعليه يحلف على نفي العلم مع أن التلغ ليس من فعل أحد و (في فعله) نفيًا أو إثباتًا لإحاطته بفعل نفسه أي: من شأنه ذلك، وإن كان ذلك الفعل وقع منه حال جنونه مثلا كما أطلقوه (وكذا فعل غيره إن كان إثباتًا) كبيع وإتلاف وغضب لسهولة الوقوف عليه (وإن كان نفيًا) غير محصور (فعلى نفي العلم) كلا أعلمه فعل كذا <ص: 314> ولا أعلمك ابن أبي لعسر الوقوف على العلم به، ويفرق بينه وبين عدم جواز الشهادة بالنفي غير المحصور بأنه يكتفى في اليمين بأدنى ظن بخلاف الشهادة فلا بد فيها من الظن القوي القريب من العلم كما مر، أما المحصور فقضية تجوزهم الشهادة به، لأنه كالإثبات في سهولة الإحاطة بذاته أنه يحلف عليه بتا بالأولى قال البلقيني: وقد يكلف الحلف على البت في فعل غيره النفي كحلف البائع أنه لم يابق عبده مثلا وكحلف مدعي النسب اليمين المردودة أنه ابنه وحلف مدين أنه معسر وأحد الزوجين اليمين المردودة أن صاحبه به عيب ورد الأول بأنه حلف على فعل عبده، والحلف فيه ولو نفيًا يكون بتا، والثاني يرجع إلى أنه ولد على فراشه، وهو إثبات والحلف فيه بت، وإن لم يكن فعله، والثالث نفي لملك نفسه على شيء مخصوص، والرابع فعله تعالى فهو حلف على فعل الغير إثباتًا قال: والضابط أنه يحلف بتا في كل يمين إلا فيما يتعلق بالوارث فيما ينفيه، وكذا العاقلة بناء على أن الوجوب لا في القاتل ويرد عليه مسائل مرت في الوكيل في القضاء على الغائب وفي الوكالة فيما لو اشترى جارية بعشرين، وأن المشتري لو طلب من البائع أن يسلمه المبيع فادعى عجزه الآن عنه فأنكر المشتري، فإنه يحلف على نفي العلم بعجزه

(ولو ادعى دينا لمورثه فقال: أبرأني) منه أو استوفاه أو أحال به مثلا (حلف على) البت إن شاء كما مر أو على (نفي ال بالبراءة)، لأنه حلف على نفي فعل الغير ويشترط هنا وفي كل ما يحلف المنكر فيه على نفي العلم التعرض

في الدعوى لكونه يعلم ذلك قال البلقيني: ومحلّه إن علم المدعي أن المدعى عليه يعلمه، وإلا لم يسعه أن يدعي أنه يعلمه. أه أي: لم يجر له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يوجه إطلاقهم بأنه قد يتوصل به إلى حقه إذا نكل المدعى عليه فيحلف هو فسومح له فيه (ولو قال: جنى عبدك) أي: قنك (علي بما يوجب كذا فالأصح حلفه على البت) إن أنكر، لأن قنه ماله، وفعله كفعل نفسه، ولذا سمعت الدعوى عليه واعترضه الأذرعى وغيره بأن الجمهور على المقابل وفي قن مجنون أو يعتقد وجوب طاعة الأمر بحلف بتا قطعاً، لأنه كالبهيمّة المذكورة في قوله: (قلت ولو قال: جنت بهيمتك) <ص: 315> على زرعي مثلاً (حلف على البت قطعاً والله أعلم)، لأنه إنما ضمن لتقصيره في حفظها، فهو من فعله ومن ثم لو كانت بيد من يضمن فعلها كمستاجر ومستعير كانت الدعوى والحلف عليه فقط كما بحثه الأذرعى وغيره وسبقهم إليه ابن الصلاح في الأجير. (ويجوز البت بظن مؤكد يعتمد) ذلك الظن (خطه) إن تذكر، وإلا فلا، وعبارة أصل الروضة مؤكداً يحصل من خطه، والمعنى واحد (أو خط أبيه) أو مورثه الموثوق به بحيث يترجح عنده بسببه وقوع ما فيه، وظاهر أن ذكر المورث تصوير فقط فلو رأى بخط موثوق به أن له كذا على فلان أو عنده كذا جاز له اعتماده ليحلف عليه بخلاف ما إذا استوى الأمران، ومن القرائن المجوزة للحلف أيضاً نكول خصمه أي: الذي لا يتورع مثله عن اليمين، وهو محق فيما يظهر ثم رأيت البلقيني أشار لذلك (ويعتبر) في اليمين موالة كلماتها عرفاً ثم يحتمل أن المراد به عرفهم فيما بين الإيجاب والقبول في البيع ويحتمل أن المراد به عرفهم في الخلع، بل أوسع ولعله الأقرب، لأن العقود يحتاط لها أكثر، وطلب الخصم لها من القاضي وطلب القاضي لها ممن توجهت عليه و (نية القاضي) أو نائبه أو المحكم أو المنصوب للمظالم وغيرهم من كل من له ولاية التحليف (المستحلف) وعقيدته مجتهداً كان أو مقلداً دون نية الحالف وعقيدته مجتهداً كان أو مقلداً أيضاً لخبر مسلم {اليمين على نية المستحلف} وحمل على الحاكم، لأنه الذي له ولاية الاستحلاف، ولأنه لو اعتبرت نية الحالف لضاعت الحقوق أما لو حلفه نحو الغريم ممن ليس له ولاية الاستحلاف أو حلف هو ابتداءً، فالعبرة بنيته، وإن أثم

بها إن أبطلت حقا لغيره، وعليه يحمل خبر مسلم {يمينك ما يصدقك عليه صاحبك}

(تنبيه) معنى يعتبر في غير الأخيرة يشترط وفيها يعتمد (فلو وري) <ص: 316> الحالف بالله ولم يظلمه خصمه كما بحثه البلقيني (أو تأول خلافها) أي: اليمين (أو استثنى) أو وصل باللفظ شرطا مثلا (بحيث لا يسمعه القاضي لم يدفع إثم اليمين الفاجرة) وإلا لبطلت فائدة اليمين من أنه يهاب الإقدام عليها خوفا من الله تعالى، أما من حلف بنحو طلاق فتنفعه التورية والتأويل، وإن رأى القاضي التحليف به على ما اعتمده الإسنوي ونقله عن الأذكار ورد بأنه وهم إذ ليس فيه الغاية المذكورة، بل كلامه يقتضي أن محله فيمن لا يراه، وهو ظاهر، وأما من ظلمه خصمه في نفس الأمر كأن ادعى على معسر فحلف لا يستحق علي شيئا أي: تسليمه الآن فتنفعه التورية والتأويل، لأن خصمه ظالم إن علم ومخطئ إن جهل، وهي قصد مجاز لفظه دون حقيقته، كماله عندي درهم أي: قبيلة كذا قاله شارح، والذي في القاموس إطلاقه على الحديدية، ولم يذكر القبيلة، وهو الأنسب هنا أو قميص أي: غشاء القلب أو ثوب أي: رجوع، وهو هنا اعتقاد خلاف ظاهر لفظه لشبهة عنده واستشكل الاستثناء بأنه لا يمكن في الماضي إذ لا يقال: أتلفت كذا إن شاء الله، وأجيب بأن المراد رجوعه لعقد اليمين ومر عن الإسنوي في الطلاق ما له تعلق بذلك وخرج بحيث لا يسمع ما إذا سمعه فيعزره ويعيد اليمين ولو وصل بها كلاما لم يفهمه القاضي منعه وأعادها (و) ضابط من تلزمه اليمين في جواب الدعوى أو النكول أنه كل (من توجهت عليه يمين) أي: دعوى صحيحة كما بأصله أو المراد طلبت منه يمين ولو من غير دعوى كطلب قاذف ادعى <ص: 317> عليه يمين المقذوف أو وارثه أنه ما زنى، وحينئذ فعبارته أحسن من عبارة أصله فزعم أنها سبق قلم ليس في محله (لو أقر بمطلوبها) أي: اليمين أو الدعوى، لأن مؤداهما واحد (لزمه) وحينئذ فإذا ادعى عليه بشيء كذلك (فأنكر) حلف للخبر السابق {واليمين على من أنكر} ولا ينافي هذا الضابط حكايتهما له في الروضة وأصلها بقليل، لأنهما لم يريدوا إلا أنه أطول مما قبله فلا يحتاج إليه لا أنه غير ما قبله، بل هو شرح له ثم كل منهما أغلبي إذ عقوبة الله تعالى كحد زنا وشرب لا

تحليف فيها، لامتناع الدعوى بها كما مر في شهادة الحسبة، ولو قال: أبرأني عن هذه الدعوى لم يلزمه يمين على نفيه، لأن الإبراء من المدعى لا معنى له ولو علق طلاقها بفعلها فادعته وأنكر فلا يحلف على نفي العلم بوقوعه، بل إن ادعت فرقة حلف على نفيها على ما مر في الطلاق بما فيه أنه لا يقبل قولها في ذلك، وإلا فلا ولو ادعى عليه شفعة فقال إنما اشتريت لابني لم يحلف، ولو ظهر غريم بعد قسمة مال المفلس بين غرمائه فادعى أنهم يعلمون دينه لم يحلفوا، ولو ادعت أمة الوطاء وأميه الولد فأنكر السيد أصل الوطاء لم يحلف ومر في الزكاة أنه لا يجب على المالك فيها يمين أصلاً، ولو ادعى على أبيه أنه بلغ رشيداً، وأنه كان يعلم ذلك وطلب يمينه لم يحلف مع أنه لو أقر به انعزل، وإن لم يثبت رشيد الابن بإقرار أبيه، أو على قاض أنه زوجه مجنونة فأنكر لم يحلف مع أنه لو أقر قبل، أو الإمام على الساعي أنه قبض زكاة فأنكر لم يحلف أيضاً،

ولو ثبت لزيد دين على عمرو فادعى على خالد أن هذا الذي بيدك لعمرو فقال: بل لي لم يحلف لاحتمال رده اليمين على زيد ليحلف فيؤدي لمحذور هو إثبات ملك الشخص بيمين غيره، ولو قصد إقامة بينة عليه لم تسمع ونظر فيه شيخنا، والنظر واضح فقد قال ابن الصلاح: لو أقر خالد أن الثوب لعمرو وبيع في الدين <ص: 318> ولو كان له حق على ميت فأنثته وحكم له به ثم جاء بمحضر يتضمن ملكاً للميت وأراد أن يثبت له لبيعه في دينه، ولم يوكله الوارث في إثباته، فالأحسن القول بجواز ذلك أ. ه. وصرح بمثله السبكي فقال: للوارث والوصي والدائن المطالبة بحقوق الميت أ. ه. ومر أن قولهم ليس للدائن أن يدعي على من عليه دين لغريمه الغائب أو الميت، وإن قلنا: غريم الغريم غريم لا يخالف ذلك للفرق بين العين والدين، وكذا يقال: فيما مر في ثاني التبيين السابقين أنفاً، لأن ذاك في الدين كما علمت، وخرج بلو أقر إلى آخره نائب المالك كوصي ووكيل فلا يحلف، لأنه لا يقبل إقراره، نعم لو جرى عقد بين وكيلين تحالفاً كما مر، وهذا مستثنى أيضاً، وكالوصي فيما ذكر ناظر الوقف فالدعوى على أحد هؤلاء ونحوهم، إنما هي لإقامة البينة إذ إقرارهم لا يقبل ولا يحلفون إن أنكروا، ولو على نفي العلم إلا أن

يكون الوصي وارثا، ولو أوصت غير زوجها فادعى آخر أنه ابن عمها ولا بينة له لم تسمع دعواه على الوصي والزوج، لأنها إنما تسمع غالبا على من لو أقر بالمدعى به قبل وهنا لو صدقه أحدهما لم يقبل، لأن النسب لا يثبت بقوله، نعم إن كان الزوج معتقا أو ابن عم أخذ بإقراره بالنسبة للمال، وإن أنكر خصم وكالة مدع لم يحلفه على نفي العلم بها، لأن له طلب إثباتها، وإن أقر بها (و) مما يستثنى أيضا من الضابط أنه (لا يحلف قاض على تركه الظلم في حكمه ولا شاهد أنه لم يكذب) لارتفاع منصبهما عن ذلك، وإن كانا لو أقر انتفع المدعى به وعدل عن تصريح أصله بهذا الاستثناء، لأنه غير صحيح لخروج هذا من قوله: توجهت عليه دعوى لما مر أن هذين لا تسمع عليهما الدعوى بذلك، وخرج بقوله في حكمه <ص: 319> غيره فهو فيه كغيره (ولو قال مدعى عليه: أنا صبي) في وقت يحتمل ذلك (لم يحلف)، لأن يمينه تثبت صباحا، والصبي لا يحلف (ووقف) الأمر (حتى يبلغ) ثم يدعى عليه، وإن كان لو أقر بالبلوغ في وقت احتماله قبل، ومن ثم قيل: هذه المستثنيات من الضابط، نعم لو صبي كافر أنبت فادعى استعجال الإنبات بدواء حلف فإن نكل قتل (واليمين تفيد قطع الخصومة في الحال لا براءة) من الحق للخبر الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم "أمر حالفا بالخروج من حق صاحبه" أي: كأنه علم كذبه كما رواه أحمد (فلو حلفه ثم أقام بينة) بمدعاه أو شاهدا ليحلف معه (حكم بها)، وكذا لو ردت اليمين على المدعى فنكل ثم أقام بينة لاحتمال أن نكوله تورع ولقول جمع تابعين البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة رواه البخاري والحصص في خبر {شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك} إنما هو حصر لحقه في النوعين أي: لا ثالث لهما، وأما منع جمعهما بأن يقيم الشاهدين بعد اليمين، فلا دلالة للخبر عليه، وقد لا تفيده البينة كما لو أجاب مدعى عليه بوديعة بنفي الاستحقاق وحلف عليه فلا يفيد المدعى إقامة بينة بأنه أودعه، لأنها لا تخالف ما حلف عليه من نفي الاستحقاق، ولو اشتملت الدعوى على حقوق فله التحليف على بعضها دون بعض لا على كل منها يمينا مستقلة إلا إن فرقتها في دعاوي بحسبها كما قاله الماوردي ولا يكلف جمعها في دعوى واحدة، ولو أقام بينة ثم قال: هي كاذبة

أو مبطله سقطت هي لا أصل الدعوى، ولو ثبت لجمع حق على واحد حلف لكل يميناً ولا تكفي يمين واحدة وإن رضوا بها بخلاف ما لو أنكر ورثة ميت دعوى دين عليه وردوا اليمين على المدعي، فإنه يحلف لهم يميناً واحدة، ويوجه بأن خصمه في الحقيقة إنما هو الميت وهو واحد (ولو قال) من توجهت له يمين أبرأتك عنها سقط حقه منها، لكن في هذه الدعوى لا غير فله استئناف دعوى وتحليفه، وإن قال (المدعى عليه) الذي طلب تحليفه: (قد حلفني مرة) على هذه الدعوى عند قاض آخر أو أطلق، لكن ينبغي ندب الاستفسار حينئذ (فليحلف أنه لم يحلفني) عليها (ممكن) من ذلك ما لم تكن له بينة ويريد إقامتها فيمهل له <ص: 320> ثلاثة أيام (في الأصح)، لأن ما قاله محتمل ولا يجاب المدعي لو قال: قد حلفني أبي لم أحلفه فليحلف على ذلك لئلا يتسلسل الأمر فإن نكل حلف المدعى عليه يمين الرد، واندفعت الخصومة عنه ولا يجاب لحلفه يمين الأصل إلا بعد استئناف دعوى، لأنهما الآن في دعوى أخرى، أما لو قال: حلفني عندك فإن تذكر منع خصمه عنه ولم تفده إلا البينة، وإلا حلفه ولا تنفعه البينة بالتحليف لما مر أن القاضي لا يعتمد بينة بحكمه بدون تذكره، ولو قال للمدعي: قد حلفت أبي أو بائعي على هذا مكن من تحليفه على نفي ذلك أيضاً فإن نكل حلف هو، وكذا لو ادعى على مقر له بدار في يد المقر فقال: هي ملكي لا ملك المقر لك فقال: قد حلفته فاحلف أنك لم تحلفه فيمكن من تحليفه

(وإذا) أنكر مدعى عليه فأمر بالحلف فامتنع و (نكل) عن اليمين (حلف المدعي) بعد أمر القاضي له اليمين المردودة إن كان مدعياً عن نفسه لتحويل اليمين إليه (وقضى له) بالحق أي: مكن منه إذ الذي في الروضة وأصلها أنه لا يحتاج بعد اليمين إلى القضاء له به (ولا يقضى له بنكوله) أي: الخصم وحده ومخالفة أبي حنيفة وأحمد فيه ردت بنقل مالك رضي الله عنهم في موطنه الإجماع قبلهما على خلاف قولهما وصح أنه صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق، وترد اليمين في كل حق يتعلق بالآدمي، ولو ضمنا كما في صورة القاذف لا في محض حق الله تعالى كما لا يحكم القاضي فيه بعلمه

(والنكول) يحصل بأمور منها (أن يقول) بعد عرض اليمين عليه: (أنا ناكل أو يقول له القاضي احلف فيقول: <ص: 321> لا أحلف) لصراحتها فيه، ومن ثم لو طلب العود للحلف ولم يرض المدعي لم يجب كما اعتمدها، وإن نازع فيه جمع ورجح البلقيني أنه لا بد من الحكم، لأنه مجتهد فيه وسيعلم مما يأتي في مسألة الهرب أن محل قولهما هنا لم يجب ما إذا وجه القاضي اليمين على المدعي ولو بإقباله عليه ليحلفه فقول شيخنا كغيره هنا فإنه يردّها، وإن لم يحكم به مرادهم وإن لم يصرح بالحكم به لما صرحوا به في مسألة الهرب بقولهم للخصم بعد نكوله إلى آخر ما يأتي الصريح في أنه لا يسقط حقه من اليمين بمجرد النكول، وحينئذ استوت هذه ومسألة السكوت الآتية في أنه لا بد من حكم القاضي حقيقة أو تنزيلا فإن قلت: بل يفترقان في أن هذا قبل الحكم التنزيلي يسمى ناكلا بخلاف الساكت قلت: ليس لاختلافهما في مجرد التسمية فائدة هنا فإن قلت: يمكن تأويل قولهم الآتي بعد نكوله أي: بالسكوت ويبقى ما هنا على إطلاقه أنه لا يحتاج إلى حكم، ولو تنزيلا قلت: يمكن لولا قول الروضة ومقتضاه التسوية إلخ فتأمل. ومن النكول أيضا أن يقول له: قل بالله فيقول: بالرحمن كذا أطلقوه ويظهر تقييده أخذا مما يأتي فيمن توسم فيه الجهل بأن يصر عليه بعد تعريفه بأنه يجب امثال ما أمر به الحاكم، وكلامهم هنا صريح في الاكتفاء بالحلف بالرحمن

وهو ظاهر خلافا للبلقيني وفي قل: بالله فقال: واللاه أو تالله وجهان والمعتمد أنه ليس بناكل، وكذا في عكسه لوجود الاسم، وإنما التفاوت في مجرد الصلة فلم يؤثر، ولو امتنع من التغليظ بشيء مما مر فناكل على المعتمد خلافا للبلقيني (فإن سكت) بعد عرض اليمين عليه لا لنحو دهشة (حكم القاضي بنكوله) بأن <ص: 322> يقول له جعلتك ناكلا أو نكلتك بالتشديد، لامتناعه ولا يصير هنا ناكلا بغير حكم، ومنه ما يأتي، لأن ما صدر عنه ليس صريح نكول ويسن للقاضي عرضها عليه ثلاثا، وهو في الساكت أكد، ولو توسم فيه جهل حكم النكول عرفه به وجوبا بأن يقول له: إن نكولك يوجب حلف المدعي وأنه لا تسمع بينتك بعده بأداء أو نحوه فإن حكم عليه ولم يعرفه نفذ، لأنه المقصر بعدم تعلمه حكم النكول (وقوله) أي: القاضي

(للمدعي) بعد امتناع المدعى عليه أو سكوته (احلف) أو أتحلف ولو بإقباله عليه ليحلفه، وإن لم يقل له احلف على المنقول المعتمد (حكم) منه (بنكوله) أي: نازل منزلة قوله حكمت بنكوله فليس للمدعى عليه أن يحلف إلا إن رضي المدعي، وبما تقرر هنا وفيما مر علم أن للخصم بعد نكوله العود إلى الحلف، وإن كان قد هرب وعاد ما لم يحكم بنكوله حقيقة أو تنزيلاً، وإلا لم يعد له إلا إن رضي المدعي فإن لم يحلف لم يكن للمدعي حلف المردودة لتقصيره برضاه بحلفه، ولو هرب الخصم من مجلس الحكم بعد نكوله وقبل عرض القاضي اليمين على المدعي امتنع على المدعي حلف المردودة كما علم مما تقرر، وله طلب يمين خصمه بعد إقامة شاهد واحد، وحينئذ لا ينفعه إلا البيعة الكاملة فإن حلف الخصم سقطت الدعوى، وليس له تجديدها في مجلس آخر ليقيم البيعة لتقصيره، ولو نكل في جواب وكيل المدعي ثم حضر الموكل فله أن يحلفه بلا تجديد دعوى

(واليمين المردودة) من المدعى عليه أو القاضي على المدعي (في قول) أنها (كبينة) يقيمها المدعي، لأنها حجة مثلها أي: غالباً (و) في (الأظهر) إنها (كإقرار المدعى عليه)، لأنه بنكوله توصل للحق فأشبهه إقراره <ص: 323> (ف) عليه يجب الحق بفراغ المدعي من يمين الرد من غير افتقار إلى حكم كما مر، و (لو أقام المدعى عليه بعدها بيعة) أو حجة أخرى (بأداء أو إبراء) أو نحوهما من المسقطات (لم تسمع)، لتكذيبه لها بإقراره وقال في محل آخر: تسمع وصح الإسني الأول والبلقيني الثاني وبسط الكلام عليه وتبعه الزركشي فصوبه، لأنه إقرار تقديري لا تحقيقي فلا تكذيب فيه واعتراض بأن ظاهر كلام الشيخين تفريع السماع على الضعيف أنها كالبيعة، وهو متجه فالمعتمد ما في المتن ونقل الدميري عن علماء عصره أنهم أفتوا بسماعها فيما إذا كان المدعى عينا قال: وأشار إليه المتن بقوله: بأداء أو إبراء وأفتى ابن الصلاح فيمن ادعى حصة من ملك بيد أخيه إرثاً فأنكر فحلف المدعي المردودة وحكم له فأقام المدعى عليه بيعة بأن أباه أقر له به وحكم له به بأنه يتبين بطلان الحكم السابق ونظر فيه الغزي بأن قياس كون المردودة كإقرار المدعى عليه أن لا تسمع بيئته ا هـ. ويرده ما تقرر عن الدميري ويوجه

بأن العين أقوى من الدين وأن الإقرار هنا ليس حقيقيا من كل وجه (فإن لم يحلف المدعي ولم يتعلل بشيء) بأن لم يبد عذرا ولا طلب مهلة أو قال: أنا ناكل مطلقا أو سكت وحكم القاضي بنكوله أخذا مما مر، نعم يلزم الحاكم هنا سؤاله عن سبب امتناعه بخلاف المدعى عليه، لأن امتناعه يثبت للمدعي حق الحلف والحكم بيمينه فلا يؤخر حقه بالبحث والسؤال بخلاف امتناع المدعي وأيضا فالمدعى عليه بمجرد امتناعه من اليمين يتحول الحق للمدعي فامتنع على القاضي التعرض لإسقاطه بخلاف نكول المدعي فإنه لا يجب به حق لغيره فيسأله القاضي عن سبب امتناعه (سقط حقه من اليمين) لإعراضه فليس له العود إليها في هذا المجلس وغيره، وإلا لأضره ورفع كل يوم إلى قاض (وليس له مطالبة الخصم) إلا أن يقيم بينة كما لو حلف المدعى عليه، ومحلّه إن توقف ثبوت الحق على يمين المدعي، وإلا لم يحتج ليمينه كما إذا ادعى ألفا من ثمن مبيع فقال المشتري: أقبضتك إياها فأنكر البائع فيصدق بيمينه <ص: 324> فإن نكل أيضا ألزم بالألف لا للحكم بالنكول، بل لإقراره بلزوم المال بالشراء ابتداء، ومثله ما إذا ولدت وطلقها ثم قال: ولدت قبل الطلاق فاعتدي فقالت: بل بعده فيصدق بيمينه فإن نكل وحلفت فلا عدة، وإن نكلت أيضا اعتدت لا للنكول، بل لأصل بقاء النكاح وأثاره فيعمل به ما لم يظهر دافع (وإن تعلل) المدعي (بإقامة بينة أو مراجعة حساب) أو الفقهاء أو بإرادة ترو (أمهل) وجوبا على الأوجه (ثلاثة أيام) فقط لئلا يضر بالمدعى عليه فيسقط حقه من اليمين بعد مضي الثلاثة من غير عذر (وقيل أبدا) لأن اليمين حقه فله تأخيرها كالبينة ولا تجاهه انتصر له بأن الجمهور عليه، لكن فرق الأولون بأن البينة قد لا تساعد ولا تحضر واليمين إليه

(وإن استمهل المدعى عليه حين استحلف لينظر حسابه) أو طلب الإمهال وأطلق كما فهم بالأولى (لم يمهل) إلا برضا المدعي، لأنه مجبور على الإقرار أو اليمين بخلاف المدعي فإنه مختار في طلب حقه فله تأخيره (وقيل) يمهل (ثلاثة) من الأيام للحاجة وخرج بينظر حسابه ما لو استمهل لإقامة حجة بنحو أداء فإنه يمهل ثلاثا كما مر (ولو استمهل في ابتداء الجواب) لينظر في الحساب أو يسأل الفقهاء مثلا

(أمهل إلى آخر المجلس) إن رآه القاضي كما اقتضاه كلامهما وجرى عليه جمع والقول بأن المراد إن شاء المدعي، رده البلقيني بأن هذا لا يحتاج إليه، لأن للمدعي ترك الدعوى من أصلها ^{هـ}. وفيه نظر، لأن مراد ذلك القول إن شاء المدعي إمهاله، وإلا لم يمهل، وإنما الذي يرد أن هذه مدة قريبة جداً، وفيها مصلحة للمدعى عليه من غير مضرة على المدعي فلم يحتج لرضاه، وعلى الأول يتجه أن محله ما لم يضر الإمهال بالمدعي لكون بينته على جناح سفر كما هو ظاهر، ويظهر أن المراد مجلس القاضي وكالنكول ما لو أقام شاهداً ليحلف معه فلم يحلف فإن علل امتناعه بعذر أمهل ثلاثة أيام، وإلا فلا (تنبيه) ادعى عليه ولم يحلفه وطلب منه كفيلاً حتى يأتي بيينة لم يلزمه، واعتياد القضاة خلافه حمله الإمام على ما إذا خيف هربه أما بعد إقامة شاهد وإن لم يعدل فيطالب بكفيل <ص: 325> فإن امتنع حبس للامتناع لا لثبوت الحق (ومن طولب) بجزية بعد إسلامه فقال: وقد كان غاب أسلمت قبل تمام السنة وقال العامل: بل بعدها حلف المسلم فإن نكل أخذت منه لتعذر ردها فإن ادعى ذلك وهو حاضر لم يقبل وأخذت منه أو (بزكاة فادعى دفعها إلى ساع آخر أو غلط خالص) أو مسقطاً آخر ندب تحليفه فإن نكل لم يطالب بشيء. (و) أما إذا (ألزمناه اليمين) على خلاف المعتمد السابق (فنكل وتعذر رد اليمين) لعدم انحصار المستحق (، فالأصح) على هذا الضعيف (أنها تؤخذ منه) لا للحكم بالنكول، بل لأن ذلك هو مقتضى ملك النصاب والحوال، ولو ادعى ولد مرتزق البلوغ بالاكتلام ليثبت اسمه حلف فإن نكل لم يعط لا للقضاء بالنكول، بل، لأن الموجب لإثبات اسمه، وهو الحلف لم يوجد، ولو نكل مدعى عليه بمال ميت بلا وارث أو نحو وقف عام أو على مسجد حبس إلى أن يحلف أو يقر، وكذا لو ادعى وصي ميت على وارثه أنه أوصى بثلث ماله للفقراء مثلاً فأنكر ونكل عن اليمين فيحبس إلى أن يقر أو يحلف (ولو ادعى ولي صبي) أو مجنون، ولو وصياً أو قيماً (ديناً له) على آخر (فأنكر ونكل لم يحلف المولي) كما لا يحلف مع الشاهد بعد إثبات الحق لإنسان يمين غيره فيوقف إلى كماله (وقيل: يحلف)، لأنه بمنزلته (وقيل: إن ادعى مباشرة سببه) أي: ثبوته بمباشرته لسببه (حلف)، لأن العهدة تتعلق

به وهذا هو المعتمد، لأنه الذي رجاه في الصداق واعتمده
الإسنوي وغيره ورد بأن ما قاله ثم لا يخالف ما هنا، لأنه
إنما يحلف على فعل نفسه، والمهر يثبت ضمنا لا مقصودا،
وكذا البيع بخلاف غيرهما، وإن تعلق بمباشرته، وهو ما هنا
ويجاب بأنه حيث تعلقت العهدة بمباشرته لتسببه مع عجز
المولى عن إثباته ساغ للمولى إثباته بيمينه المتعلقة بفعل
نفسه رعاية لمصلحة المولى، بل ضرورته ومر في القضاء
على الغائب حكم ما لو وجب لمولى على مولى دين، ولو
ادعى لموليه دينا وأثبتته فادعى الخصم نحو أداء أخذ منه
حالا وأخرت اليمين على نفي العلم إلى كمال المولى كما
مر

(فرع) علم مما قدمته في التنبيه الذي قبل الفصل أنه لو
أقام خارج بينة تشهد له بالعين فادعى ذو اليد أنه اشتراها
ممن اشتراها من المدعي وأقام شاهدا جاز له أن يحلف
معه لا سيما إن امتنع بئعه من الحلف، لأنه، وإن أثبت بها
ملكا لغيره لكنه لما انتقل منه إليه كان بمنزلة إثباته ملك
نفسه، ونظيره الوارث فإنه يثبت بها ملكا لغيره منتقلا منه
إليه بخلاف غريم الغريم، ونظيره قولهم: لو أوصى له بعين
في يد غيره فللموصى له أن يدعي بها ويحلف مع الشاهد
أو اليمين المردودة

(فائدة) قد لا تسمع البينة من مدعى عليه كفت يمينه كما
يأتي في الداخل بقيدته <ص: 326>

(فصل) في تعارض البينتين (ادعيا) أي: اثنان أي: كل
منهما (عينا في يد ثالث) لم يسندها إلى أحدهما قبل البينة
ولا بعدها (وأقام كل منهما بينة) بها (سقطتا) لتعارضهما ولا
مرجح فكان لا بينة فيحلف لكل منهما يمينا فإن أقر ذو
اليد لأحدهما قبل البينة أو بعدها رجحت بينته، ولو زاد
بعض حاضري مجلس قبل إلا إن اختفت القرائن الظاهرة
على أن البقية ضابطون له من أوله إلى آخره وقالوا: لم
نسمعها مع الإصغاء إلى جميع ما وقع وكان مثلهم لا
ينسب للغفلة في ذلك، فحينئذ يقع التعارض كما هو ظاهر،
لأن النفي المحصور يعارض الإثبات الجزئي كما صرحوا به
(وفي قول يستعملان) صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان
فتنزع من ذي اليد وحينئذ (وفي قول يقسم) المال بينهما
نصفين لخبر أبي داود بذلك وحمله الأول على أن العين
كانت بيدهما (وفي قول يقرع) بينهما ويرجح من خرجت

قرعته لخبر فيه مرسل له شاهد، وأجاب الأول بحمله على أنه كان في عتق أو قسمة (وفي قول يوقف) الأمر (حتى يتبين أو يصطلحا) لإشكال الحال فيما يرجى انكشافه (و) على التساقط (لو كانت) العين (في يدهما وأقاما بينتين) فشهدت بينة الأول له بالكل ثم بينة الثاني له به (بقيت) بيدهما (كما كانت) إذ لا أولوية لأحدهما، نعم يحتاج الأول لإعادة بينة للنصف الذي بيده لتقع بعد بينة الخارج بالنسبة لذلك النصف، ولو شهدت بينة كل منهما له بالنصف الذي بيد صاحبه حكم له به وبقيت بيدهما لا بجهة سقوط >ص: 327< ولا ترجيح بيد لانتساح يد كل بينة الآخر أما إذا لم يكن بيد أحد وشهدت بينة كل له بالكل فيجعل بينهما، ويحل التساقط إذا وقع تعارض حيث لم يتميز أحدهما بمرجح، وإلا قدم، وهو بيان نقل الملك على ما يأتي قبيل قوله: وأنها لو شهدت بملكه أمس إلى آخره ثم اليد فيه للمدعي أو لمن أقر له به أو انتقل له منه ثم شاهدان مثلا على شاهد ويمين ثم سبق تاريخ ملك أحدهما بذكر زمن أو بيان أنه ولد في ملكه مثلا ثم بذكر سبب الملك وتقدم أيضا ناقلة عن الأصل على مستصحة له ومن تعرضت، لأن البائع مالك عند البيع ومن قالت نقد الثمن أو هو مالك الآن على من لم يذكر ذلك لا بالوقف ولا بينة انضم إليها الحكم بالملك على بينة ملك بلا حكم على المعتمد كما قاله الإسنوي وغيره خلافا للبغيوي كما يأتي

وممن جزم بالأول أبو زرعة وغيره، وظاهر كلامه في فتاويه أول الدعاوى أنه لا فرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب، وهو ظاهر، لأن أصل الحكم لا يرجح به فأولى حكم فيه زيادة على الآخر، أما لو تعارض حكمان بأن أثبت كل أن معه حكم القاضي لكن أحدهما بالموجب والآخر بالصحة، فالوجه تقديم الثاني، لأنه يستلزم ثبوت الملك بخلاف الأول ومر قبيل العارية أن القاضي إذا أجمل حكما بأن لم يثبت استيفاءه بشروطه حمل حكمه على الصحة إن كان عالما ثقة أمينا، وقد ذكر المصنف أكثر هذه المرجحات بذكر مثلها فقال:

(ولو كانت) العين (بيده) تصرفا أو إمساكا (فأقام غيره بها) أي: بملكها من غير زيادة (بينة و) أقام (هو) بها (بينة) بينت سبب ملكه أم لا أو قالت: كل اشتراها أو غصب بها من الآخر (قدم) من غير يمين (صاحب اليد) ويسمي المداخل

وإن حكم بالأولى قبل قيام الثانية، لأنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك كما رواه أبو داود وغيره ولترجح بينته، وإن كانت شاهداً أو يمينا والأخرى شاهدين بيده ومن ثم لو شهدت بينة المدعي بأنه اشتراها منه أو من بائعه مثلاً أو أن أحدهما غصبها قدم لبطلان اليد حينئذ ولا يكفي قولهما: يد الداخل غاصبة على ما ذكره جمع ويوجه بأنه مجرد إفتاء، ولو قالت: غصبها منه، والثانية اشتراها منه قدمت لبيانها النقل الصحيح، وكذا لو قالت: يده بحق، لأنها تعارض الغصب <ص: 328> فيبقى أصل اليد هذا ما أفتى به ابن الصلاح في ميت عن دار ادعى ناظر بيت المال أنها له غصبها الميت وأقام به بينة، والوارث أن يده بحق كمورثه إلى موته، وأقام به بينة صدق، لأن مع بينته زيادة علم، وهو حصول الملك له. وفيه نظر، لأن بينة الغصب معها زيادة علم فهي ناقلة وتلك مستصحبة على أن قولها بحق أمر محتمل وسيأتي ومثله لا يقبل من الشاهد على ما مر بما فيه، ولو أقام بينة بأن الداخل أقر له بالملك قدمت ولم تنفعه بينته بالملك إلا إن ذكرت انتقالاً ممكناً من المقر له إليه وتقدم من قالت: اشتراه من زيد وهو يملكه على من قالت: وهو في يده أو وتسلمه منه وبحث أن ذات اليد أرجح من قائلة وتسلمه منه ومن انتزع شيئاً بحجة صار ذا يد فيه بالنسبة لغير الأول فلو ادعى عليه آخر وأقام بينة مطلقة أعاد بينته ورجحت بيده، ولو أجاب ذو اليد باشتريتها من زيد فأثبت المدعي إقرار زيد لها قبل الشراء فأثبت المدعي عليه إقرار المدعي بها لزيد قبل الشراء، وجهل التاريخ أقرب بيد المدعي عليه، لأن يده لم يعارضها شيء، ولو أقامت بنت واقف وقف محكوم به بينة بأنه ملكها إياه وأقبضه لها قبل وقفه لم يفدها شيئاً لترجح الوقف باليد قبل وبحكم الحاكم وإنما يتجه هذا إن كان الترجيح من مجموع الأمرين أما إذا قلنا: أن حكم الحاكم غير مرجح فالذي يتجه تقديم بينتها ولا عبرة باليد، لأن بينة التملك نسختها وأبطلتها ولا يعارضه ما يأتي عن شيخنا قبيل ما لو مات عن ابنين مسلم ونصراني، لأن بينتها هنا رفعت يد الواقف صريحاً بخلافه فيما يأتي، ولو ادعى لقيطا بيد أحدهما وأقام كل بينة استويا، لأنه لا يدخل تحت اليد (ولا تسمع بينته إلا بعد) بينة (المدعي)، وإن لم تعدل، لأن الحجة إنما تقام على خصم وقيل: تسمع لغرض

التسجيل قال الزنجاني: وعليه العمل اليوم في سائر الآفاق وأفهم المتن أنها لا تسمع بعد الدعوى وقبل البينة، لأن الأصل في جانبه اليمين فلا يعدل عنها ما دامت كافية وبحث البلقيني سماعها لدفع تهمة نحو سرقة ومع ذلك لا بد من إعادتها بعد بينة الخارج

(فرع) اختلف الزوجان في أمتعة البيت، ولو بعد الفرقة ولا بينة لاختصاص لأحدهما بيد فلكل تحليف الآخر <ص: 329> فإذا حلفا جعل بينهما، وإن صلح لأحدهما فقط أو حلف أحدهما فقط قضى له كما لو اختص باليد وحلف، وكذا وارثاهما ووارث أحدهما والآخر (ولو أزيلت يده بينة) حسا بأن سلم المال لخصمه أو حكما بأن حكم عليه به فقط (ثم أقام بينة بملكه مستندا إلى ما قبل إزالة يده) حتى في الحالة الثانية فيما يظهر خلافا لابن الأستاذ ونظيره لبقاء يده يرد بأنها بعد الحكم بزوالها لم يبق لها أثر (واعذر بغيبة شهوده) أو جهله بهم أو بقبولهم مثلا (سمعت وقدمت) إذ لم تزل إلا لعدم الحجة، وقد ظهرت فينقض القضاء، واشترط الاعتذار هنا مع أنه لم يظهر من صاحبه ما يخالفه ليسهل نقض الحكم (وقيل: لا) تسمع ولا ينقض الحكم لإزالة يده فلا يعود وزيفه القاضي أبو الطيب بأنه خلاف الإجماع وليس هنا نقض اجتهاد باجتهاد، لأن الحكم إنما وقع بتقدير أن لا معارض فإذا ظهر عمل به، وكأنه استثنى من الحكم وخرج بمستندا إلى آخره شهادتها بملك غير مستند فلا تسمع

(ولو قال الخارج هو ملكي اشتريته منك فقال) الداخل: (بل) هو (ملكي وأقاما بينتين) بما قاله (قدم الخارج) لزيادة علم بينته بالانتقال، ولذا قدمت بينته لو شهدت أنه ملكه، وإنما أودعه أو أجره أو أعاره للداخل أو أنه باعه أو غصبه منه وأطلقت بينة الداخل، ولو قال كل للآخر: اشتريته منك وأقام بينة ولا تاريخ قدم ذو اليد، ولو تداعيا دابة أو أرضا أو دارا لأحدهما متاع عليها <ص: 330> أو فيها أو الحمل أو الزرع باتفاقهما أو بينة قدمت على البينة الشاهدة بالملك المطلق لانفراده بالانتفاع، فاليد له وبه فارق ما لو كان لأحدهما على العبد ثوب، لأن المنفعة في لبسه للعبد لا لصاحبه فلا بد له فإن اختص المتاع ببيت فاليد فيه فقط

ولو قال أخذت ثوبي من دارك فقال: بل هو ثوبي أمر حيث لا بينة له برده إليه، لأنه ذو يد كما لو قال: قبضت منه ألفا لي عليه أو عنده فأنكر فيؤمر برده إليه، ولو قال: أسكنته داري ثم أخرجته منها، فاليد للساكن لإقرار الأول له بها فيحلف أنها له، وقوله: زرع لي إعانة أو إجارة ليس فيه إقرار له بيد، ولو تنازع مكر ومكثر في متصل بالدار كرف أو سلم مسمر حلف الأول أو في منفصل كمتاع حلف الثاني للعرف، وما اضطرب فيه كغير المسمر من الأولين والغلق بينهما إذا تحالفا إذ لا مرجح وأفتى ابن الصلاح في شجر فيها بأن اليد للمتصرف فيه، ومن ثم لو تنازع خياط وذو الدار في مقص وإبرة وخيط حلف، لأن تصرفه فيها أكثر بخلاف القميص فيحلف عليه صاحب الدار، وبهذا أعني التصرف يفرق بين هذا وبين الأمتعة المتنازع فيها بين الزوجين وإن صلح لأحدهما

(ومن أقر لغيره بشيء) حقيقة أو حكما كأن ثبت إقراره به، وإن أنكره (ثم ادعاه لم تسمع) دعواه (إلا أن يذكر انتقالا) ممكنا من المقر له إليه، لأن الإقرار يسري للمستقبل أيضا، وإلا لم يكن له كبير فائدة وهل يجب بيان سبب الانتقال في هذا ونظائره نقل فيه في المطلب تخالفا بين الأصحاب ومال إلى اشتراط البيان تبعا للقفال وغيره للاختلاف في أسباب الانتقال وبحث غيره التفصيل بين الفقيه الموافق للقاضي وغيره كما ذكره في الإخبار بتنجس الماء ويرد بأنه يحتاط لما نحن فيه بما لم يحتط بمثله ثم، بل لا جامع بين المحليين إذ وظيفة الشاهد التعيين والقاضي النظر في المعينات ليرتب عليها مقتضاها وقال الزركشي: نص في الأم على أنه لا يشترط بيان السبب، وعليه الجمهور ومر قبيل فصل الشهادة على الشهادة <ص: 331> ما يعلم منه المعتمد في ذلك ودخل في قولي كأن إلى آخره ما لو ادعى عليه صنعة في يده فأنكر فأقام المدعي بينة أنه أقر له بها من شهر فأقام ذو اليد بينة أنها ملكه فلا تدفع بينة المدعي لعدم ذكر سبب الانتقال ولاحتمال اعتماد البينة ظاهر اليد فيقدم إقراره ومر في الإقرار أنه لو قال: وهبته له وملكه لم يكن إقرارا بالقبض لجواز اعتقاده حصوله بمجرد العقد وحينئذ فتقبل دعواه به بعد هذا الإقرار من غير ذكر انتقال

(ومن أخذ منه مال بينة ثم ادعاه لم يشترط ذكر الانتقال في الأصح)، لأن البينة لم تشهد إلا على التلقي حالا فلم يتسلط أثرها على الاستقبال وبه فارق ما مر في المقر، وقضيته أنها لو أضافت لسبب يتعلق بالمأخوذ منه كانت كالإقرار، وهو ما بحثه البلقيني (والمذهب أن زيادة عدد) أو نحو عدالة شهود (أحدهما لا ترجح) بل يتعارضان لكمال الحجة من الطرفين، و لأن ما قدره الشرع لا يختلف بالزيادة والنقص كدية الحر وبه فارق تأثر الرواية بذلك، لأن مدارها على أقوى الظنين، ومنه يؤخذ أنه لو بلغت تلك الزيادة عدد التواتر رجحت، وهو واضح لإفادتها حينئذ العلم الضروري، وهو لا يعارض قال البغوي ويرجح بحكم الحاكم فيما لو أقاما بينتين إحداهما محكوم بها ورده الإسنوي وغيره بأن المعتمد خلافه فيتعارضان ولا يعمل بواحدة منهما إلا بمرجح آخر، وهذا فائدة التعارض، وليس منها نقض الحكم، لأنه باق إذ لم يتعين الخطأ فيه، وإنما العمل به متوقف على مرجح له، وهذا هو المراد من بحث السبكي ومن تبعه أنه إذا قامت بينة بخلاف البينة التي حكم بها لم ينقض حكمه. (وكذا لو كان لأحدهما رجلان وللآخر رجل وامرأتان) أو أربع نسوة فيما يقبلن فيه لكمال الحجة من الطرفين أيضا (فإن كان للآخر شاهد ويمين رجح الشاهدان) والشاهد والمرأتان والأربع النسوة فيما يقبلن فيه (في الأظهر) للإجماع على قبول من ذكر دون الشاهد واليمين، نعم إن كان معهما يد قدما بين سبب أو لا لاعتضادهما بها كما مر وبحث شيخنا أنهما لو تعرضا لغصب هذا لما في يده والشاهدان لملكه قدم الشاهد واليمين، لأن معهما زيادة علم قال: ويحتمل العكس، لأن الثانية حجة اتفاقا مع قوة دلالة اليد. ولعل هذا أقوى (ولو شهدت) البينة (لأحدهما) أي: متنازعين في عين بيدهما أو يد ثالث أو لا بيد أحد (بملك من سنة و) شهدت بينة أخرى (للآخر) بملكه لها (من أكثر) من سنة، وقد شهدت كل بالملك حالا أو قالت لا: نعلم مزيلا له لما يأتي أن الشهادة لا تسمع بملك سابق إلا مع ذلك، فالأظهر ترجيح الأكثر، لأنها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى وفي وقت تعارضها فيه فيتساقطان في محل التعارض، ويعمل بصاحبة الأكثر فيما لا تعارض فيه والأصل في كل ثابت دوامه أما إذا كانت بيد متقدمة التاريخ >ص:

332 < فيقدم قطعا أو متأخرته فسيأتي، وقد ترجح بتأخر التاريخ وحده كأن ادعى شراء دار بيد غيره وأقام به بينة، وقد بانست مستحقة أو معيبة وأراد ردها واسترداد الثمن، وأقام ذو اليد بينة بأنه وهبها من المدعي ولم يؤرخا تعارضتا فلو أرختا حكم بالأخيرة على ما أفتى به القفال (ولصاحبها) أي: المتقدمة (الأجرة والزيادة الحادثة من يومئذ) أي: من يوم ملكه بالشهادة، لأنها فوائد ملكه، نعم لو كانت العين بيد الزوج أو البائع قبل القبض لم تلزمه أجرة كما علم مما مر في بابيهما

(ولو أطلقت بينة) بأن لم تتعرض لزمن الملك (وأرخت بينة) ولا يد لأحدهما واستويا في أن لكل شاهدين مثلا ولم تبين الثانية سبب الملك (، فالمذهب أنهما سواء) فيتعارضان، ومجرد التاريخ ليس بمرجح، لاحتمال أن المطلقة لو فسرت فسرت بما هو أكثر من الأولى، نعم لو شهدت إحداهما بدين، والأخرى بالإبراء من قدره رجحت هذه، لأنه إنما يكون بعد الوجوب، والأصل عدم تعدد الدين، ولو أثبت إقرار زيد له بدين فأثبت زيد إقراره بأنه لا شيء له عليه لم يؤثر، لاحتمال حدوث الدين بعد، و لأن الثبوت لا يرتفع بالنفي المحتمل ومن ثم قال في البحر لو أثبت أنه أقر له بدار فادعى أن المقر له قال: لا شيء لي فيها احتمل تقديم الأول وإن كانت اليد للثاني لرجوع الإقرار الثاني إلى النفي المحض، أما إذا كان لأحدهما يد أو شاهدان وللآخر شاهد ويمين فتقدم اليد والشاهدان، وكذا المبينة لسبب الملك كنتج أو أثمر أو نسج أو حلب من ملكه أو ورثه من أبيه ولا أثر لقولها: بنت دابته من غير تعرض لملكها،

(و) المذهب (أنه لو كان لصاحب متأخرة التاريخ يد) لم يعلم أنها عادية (قدمت) سواء أذكرتا أو إحداهما الانتقال لمن تشهد له من معين أم لا، وإن اتحد ذلك المعين <ص: 333> لتساوي البينتين في إثبات الملك حالا فيتسايطان وتبقى اليد في مقابلة الملك السابق، وهي أقوى سواء أشهدت كل بوقف أم ملك كما أفتى به المصنف كابن الصلاح واقتضاه قول الروضة: بينتا الملك والوقف يتعارضان كبينتي الملك قال البلقيني: وعلى ذلك العمل ما لم يظهر أن اليد عادية باعتبار ترتبها على بيع صدر من أهل الوقف أو بعضهم ا هـ. واعتمده غيره وفي

الأنوار عن فتاوى القفال ما يؤيده وبه يعلم أنه لو ادعى في عين بيد غيره أنه اشتراها من زيد من منذ سنتين فأقام الداخل بينة أنه اشتراها من زيد من منذ سنة قدمت بينة الخارج، لأنها أثبتت أن يد الداخل عادية بشرائه من زيد ما زال ملكه عنه ولا نظر، لاحتمال أن زيदा استردها ثم باعها للآخر، لأن هذا خلاف الأصل والظاهر ويؤيده ما يأتي في شرح قول المتن: حكم للأسبق، نعم يؤخذ مما يأتي في مسألة تعويض الزوجة أنه لا بد أن يثبت الخارج هنا أنها كانت بيد زيد حال شرائه منه، وإلا بقيت بيد من هي بيده، وسيأتي في التنبيه في الفصل الآتي ما يعلم منه ذلك فإن ادعاه أعني الاسترداد فعليه البينة به، وأن محل العمل باليد ما لم يعلم حدوثها وإلا كما هنا فهي في الحقيقة للأول فهو الداخل ومن ثم لو اتحد تاريخهما أو أطلقتهما أو إحداهما قدم ذو اليد، لأنه لم يثبت حدوث يده وعلى ذلك يدل كلام غير البلقيني أيضا كجمع متقدمين لكن ظاهر كلام العزيز أو صريحه كجمع آخرين تقدم ذي اليد الصورية هنا، وإن تأخر تاريخ يده، ويجري ذلك في نظائره من دعواهما إجارة أو نحوها، واعتمد شيخنا كغيره الأول فقال فيمن ابتاعا شيئا من وكيل بيت المال وأقام كل بينة البيع الصحيح هو الأول كما أفاده كلام جمع متقدمين عددهم لسبق التاريخ مع الاتفاق على أن الملك لبيت المال <ص: 334> ولا عبرة بكون اليد للثاني وبهذا يقيد إطلاق الروضة وأصلها وغيرهما تقديم الداخل وإن كانت بينة الخارج أسبق وقول السبكي إنما يقدم سبق التاريخ على اليد إذا اعترف الداخل بأن العين كانت بيد البائع حين بيعه للخارج أو قامت به بينة تفقه منه،

(و) المذهب (أنها لو شهدت بملكه أمس ولم تتعرض للحال لم تسمع حتى يقولوا: ولم يزل ملكه أو لا نعلم مزيلا له) أو تبين سببه، لأن دعوى الملك السابق لا تسمع فكذا البينة، ولأنها شهدت له بما لم يدعه، وليس في قول الشاهد: لم يزل ملكه شهادة بنفي محض، لأن الشيء قد يتقوى بانضمامه لغيره كشهادة الأعشار، وقد تسمع الشهادة، وإن لم تتعرض للملك حالا كما يأتي في مسألة الإقرار كأن شهدت أنها أرضه وزرعها أو دابته نتجت في ملكه أو هذا أثمرته نخلته في ملكه أو هذا الغزل من قطنه أو الطير من بيضه أمس أو بأن هذا ملكه أمس

اشتراه من المدعى عليه أو أقر له به أو ورثه أمس،
وكان شهدت بأنه اشترى هذه من فلان، وهو يملكها أو
نحوه فتقبل، وإن لم تقل إنها الآن ملك المدعي أو بأن
مورثه تركه له ميراثا أو بأن فلانا حكم له به فتقبل وذلك،
لأن الملك ثبت بتمامه فيستصحب إلى أن يعلم زواله
بخلافها بأصله لا بد أن ينضم إليها إثباته حالا، وكان ادعى
رق شخص بيده فادعى آخر أنه كان له أمس، وأنه أعتقه
فتقبل بينته بذلك، لأن القصد بها إثبات العتق وذكر الملك
السابق وقع تبعا، وكان قال: عن عين بيد غيره هي لي
ورثتها من أبي ولا وارث له غيري فشهدا له بذلك، وقالوا:
نحن من أهل الخبرة الباطنة فيقضى له بها، لأنها إذا ثبتت
إرثا استصحب حكمه فإن سكتا عن: نحن من أهل الخبرة
ولم يعلمهما الحاكم كذلك توقف ثم إن ثبت أنه وارث وأن
الدار ميراث أبيه نزعنا من ذي اليد وتعرف الحاكم الحال
حتى يتبين أنه لو كان له وارث آخر لظهر فحينئذ يسلمها
إليه، ولو قال: لخصمه كانت بيدك أمس لم يكن إقرارا،
ولو قال من بيده عين: اشتريتها من فلان من منذ شهر
وأقام به بينة فقالت زوجة: البائع ملكي تعوضتها منه من
منذ شهرين، وأقامت به بينة فإن ثبت أنها بيد الزوج حال
التعويض حكم بها لها، وإلا بقيت بيد من هي بيده الآن
(تنبيه) قضية قولنا أو بأن فلانا حكم له به إلى آخره <ص:
335> رد ما نقله الزركشي حيث قال: لو لم تشهد بملك
أصلا ولكن شهدت على حاكم في زمن متقدم أنه ثبت
عنده الملك كعادة المكاتب في هذا الزمان قال بعض
المتأخرين: لم أر فيه نقلا ويحتمل التوقف، لأن الحكم بها
بغير مستند حاضر، بل اعتمادا على استصحاب ما ثبت في
زمن ماض مع احتمال زواله وظهور اليد الحاضرة على
خلافه اه. فما علل به ممنوع لما تقرر أن الملك حيث
ثبت بتمامه لا يضر كونه في زمن ماض ولا عبرة باحتمال
يخالف الاستصحاب فيه الأقوى من غيره كما يومئ إليه
قوله: باليد فضلا عن الملك، لأن اليد قد تكون عادية
بخلاف كانت ملكك أمس، لأنه صريح في الإقرار له به
أمس فيؤاخذ به

(وتجاوز الشهادة)، بل تجب فيما يظهر إن انحصر الأمر فيه
على أن الجواز قد يصدق بالوجوب (بملكه الآن استصحابا
لما سبق من إرث وشراء وغيرهما) اعتمادا على

الاستصحاب لأن الأصل البقاء وللحاجة لذلك. وإلا لتعسرت الشهادة على الأملاك السابقة إذا تطاول الزمن ومحلّه إن لم يصرح بأنه اعتمد الاستصحاب، وإلا لم تسمع عند الأكثرين، نعم إن بت شهادته وذكر ذلك تقوية لمستنده أو حكاية للحال لم يضر على ما مرّ ونبه الأذرعى على أنه لا تجوز الشهادة بملك نحو وارث أو مشتر أو متهب إلا إن علم ملك المنتقل عنه قال الغزي: وأكثر من يشهد بهذا يعتمد مجرد الاستصحاب جهلا. (ولو شهدت) بينة (بإقراره) أي: المدعى عليه (أمس بالملك له) أي: المدعى (استديم) حكم الإقرار، وإن لم تصرح بالملك حالا إذ لولاه لبطلت فائدة الأقرار وفارق الشهادة بالملك المتقدم بأن ذاك شهادة بأمر يقيني فاستصحب وهذه بأمر ظني، فإذا لم ينضم له الجزم حالا لم يؤثر (ولو أقامها) أي: الحجة (بملك دابة أو شجرة) من غير تعرض لملك سابق (لم يستحق ثمرة موجودة) يعني ظاهرة (ولا ولدا منفصلا) عند الشهادة، لأنهما ليسا من أجزاء العين، ولذا لا يدخلان في بيعها، ولأن البينة لا تثبت الملك، بل تظهره فكفى تقدمه عليها بلحظة فلم يستحق ثمرا وتاجا حصلا قبل تلك اللحظة (ويستحق الحمل) والثمر غير الظاهر الموجود عند الشهادة (في الأصح) تبعا للأم والأصل كما لو اشتراها ولا عبرة باحتمال كون ذلك لغير مالك الأم والشجرة بنحو وصية، لأنه خلاف الأصل أما إذ تعرضت لملك سابق على حدوث ما ذكر فيستحقه فعلم أن حكم الحاكم لا ينعطف على ما مضى لجواز أن يكون ملكه لها <ص: 336> حدث قبل الشهادة

(ولو اشترى شيئا) وأقبض ثمنه (فأخذ منه بحجة) أي: بينة (مطلقة) بأن لم تصرح بتاريخ الملك (رجع على بائعه) الذي لم يصدقه ولا أقام بينة بأنه اشتراه من المدعى، ولو بعد الحكم به (بالبين) لمسيس الحاجة لذلك في عهدة العقود مع أن الأصل أنه لا معاملة بين المشتري والمدعى ولا انتقال منه إليه فيستند الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء، وخرج بحجة التي هي البينة هنا كما تقرر ما لو أخذ منه بإقراره أو بحلف المدعى بعد نكوله، لأنه المقصر، وبمطلقة ما لو أسندت الاستحقاق إلى حالة العقد فيرجع قطعاً وقال البلقيني لا حاجة له بل لو أسندت لما بعد العقد رجع أيضا على مقتضى كلام الأصحاب خلافا للقاضي،

لأن المسندة لذلك الزمن حكمها بالنسبة لما قبله حكم المطلقة، وببائعه بائع بائعه فلا رجوع له عليه، لأنه لم يتلق منه، ويلم يصدقه ما لو صدقه على أنه ملكه فلا يرجع عليه بشيء لا اعترافه بأن الظالم غيره، نعم لا يضر قوله ذلك له في الخصومة ولا إن قاله معتمدا فيه على ظاهر اليد وادعى ذلك فيرجع عليه مع ذلك لعذره، ومن ثم لو اشترى قنا وأقر بأنه قن ثم ادعى بحرية الأصل وحكم له بها رجع بثمنه ولم يضر اعترافه برقه، لأنه معتمد فيه على الظاهر، ولو أقر مشتر لمدع ملك المبيع لم يرجع على بائعه بالثمن ولا تسمع دعواه عليه بأنه ملك للمقر له حتى يقيم به بينة ويرجع عليه بالثمن <ص: 337> نعم له تحليفه أنه ليس ملكا للمقر له فإن أقر أوخذ به (وقيل: لا) يرجع المشتري على بائعه بالثمن (إلا إذا ادعى) المدعي على المشتري (ملكا سابقا على الشراء) لينتفي احتمال الانتقال من المشتري إليه وأطال البلقيني في الانتصار له، وإن لم يقله أحد قبل القاضي، وأن الأول يلزمه محال عظيم هو أن المشتري يأخذ التناج والثمرة والزوائد المتصلة كلها وهو قضية صحة المبيع، ويرجع على البائع بالثمن وهو قضية فساد المبيع، ويرده ما مر من تعليل الرجوع وليست الزوائد كالثمن، بل هي كالعين، وقد تقرر أولا أن حكمها غير حكم زوائدها قال: ومحل الخلاف إن قبض المشتري المبيع، وإلا رجع بالثمن قطعا تنزيلا لذلك منزلة هلاك المبيع قبل القبض

(ولو ادعى ملكا) لدار مثلا بيد غيره (مطلقا) بأن لم يذكر له سببا (فشهدوا له) به (مع) ذكر (سببه لم يضر) ما زادوه في شهادتهم، لأن سببه تابع له، وهو المقصود وقد وافقت البينة فيه الدعوى، نعم لا يكون ذكرهم للسبب مرجحا، لأنهم ذكروه قبل الدعوى به فإن أعاد دعوى الملك وسببه فشهدوا بذلك رجحت حينئذ وفي الأنوار عن فتاوى القفال لو ادعى شراء عين فشهدت بينة له بملك مطلق قبلت، لكن رد بأن الصحيح أنها لا تسمع حتى تصرح له بالشراء، وفيه نظر، بل الأوجه الأول إذ لا فرق بين هذه وما في المتن من حيث إن الشاهدين في كل منهما لم يصرحا بما يناقض الدعوى، ويؤيده قولهم أن حالف الشاهد الدعوى في الجنس أي: الشامل للنوع والصنف بل والصفة كما هو ظاهر ردا وفي القدر حكم بالأقل من الدعوى والبينة ما

لم يكذبهما المدعي (وإن ذكر سببا وهم سببا آخر ضر) في شهادتهم لمناقضتها الدعوى ويفرق بين هذا، وما لو قال له: علي ألف من ثمن عبد فقال: المقر له لا، بل من ثمن دار بأنه يغتفر في الإقرار ما لا يغتفر في الشهادة المشترط فيها المطابقة للدعوى لا فيه.

(فرع) أقر الراهن بالرهن لأجنبي فإن أرخت بينة المقر له بما قبل الرهن أخذه كله أو بما بعده لم يكن له إلا ما فضل عن الدين فإن أطلقت بينة الإقرار وأرخت بينة الرهن أو أطلقت تعارضتا ولم يثبت رهن ولا إقرار كما أفتى به ابن الصلاح، لكن نازعه في القوت، ولا تقبل الشهادة بنفي إلا إن حصر كلم يكن بمحل كذا وقت أو مدة كذا فتقبل، وإن لم تكن لحاجة

(فصل في اختلاف المتداعيين) في نحو عقد أو إسلام أو عتق إذا اختلفا في قدر ما اكرت من دار أو أجرته أو هما كأن (قال أجرتك البيت) شهر كذا مثلا (بعشرة) مثلا (فقال: بل) أجرنتي (جميع الدار) المشتملة عليه (بالعشرة) أو بعشرين (وأقاما بينتين) أطلقنا أو إحداهما أو اتحد تاريخهما <ص: 338> وكذا إن اختلف تاريخهما واتفقا على أنه لم يجر إلا عقد واحد (تعارضتا) فيسقطان على الأصح لتناقضهما في كيفية العقد الواحد فيتخالفان ثم يفسخ العقد كما علم مما مر في البيع (وفي قول: يقدم المستأجر)، لاشتمال بينته على زيادة هي أكثر من جميع الدار كما لو شهدت بينة بألف وبينة بألفين يجب ألفان، وفرقوا بأنه لا تنافي بينهما بخلافه هنا فإن العقد واحد، وكل كيفية تنافي الأخرى، أما إذا اختلف تاريخهما ولم يتفقا على ذلك فتقدم السابقة ثم إن كانت هي الشاهدة بالكل لغت الثانية أو ببعض أفادت الثانية صحة الإجارة في الباقي، وألحق الرافعي بحثا بالمختلفين في هذا المطلقين أو إحداهما إذا لم يتفقا على ذلك لجواز الاختلاف حينئذ فيثبت الزائد بالبينة الزائدة، ولك أن تقول: مجرد احتمال الاختلاف لا يفيد، وإلا لم يحكم بالتعارض في أكثر المسائل، لكن يؤيده بل يصرح به قول المتن الآتي: وكذا إن أطلقنا أو إحداهما إلا أن يجاب بأن العقد الموجب للثمن تعدد ثم يقينا فساعد احتمال اختلاف الزمن فعملوا به لقوة مساعده، وأما هنا فليس فيه ذلك فلم يؤثر فيه مجرد جواز الاختلاف

(ولو ادعيا) أي: كل من اثنين (شيئا في يد ثالث) فإن أقر به لأحدهما سلم إليه، وللآخر تحليفه إذ لو أقر به له أيضا غرم له بدله، وإن أنكر ما ادعياه ولا بينة حلف لكل منهما يمينا وترك في يده (و) إن ادعيا شيئا على ثالث و (أقام كل منهما بينة) إحداهما بأنه غصبه منه، والأخرى بأنه أقر أنه غصبه منه قدمت الأولى، لأنها أثبتت الغصب بطريق المشاهدة فكانت أقوى ولا يغرم شيئا للمقر له، لأن الملك للأول إنما ثبت بالبينة فهي الحائلة بين المقر له وبين حقه بزعمه أو (أنه اشتراه) <ص: 339> منه، وهو يملكه أو وسلمه إليه أو تسلمه منه والمبيع بغير يده، وإلا كما هو الفرض المعلوم من قول المتن بيد ثالث لم يحتج لذكر ذلك كما يأتي (ووزن له ثمنه فإن اختلف تاريخ حكم للأسبق) منهما تاريخا، لأن معها زيادة علم لأن الثاني اشتراه من الثالث بعد ما زال ملكه عنه، ولا نظر لاحتمال عوده إليه، لأنه خلاف الأصل، بل والظاهر واستثنى البلقيني ما لو ادعى صدور البيع الثاني في زمن الخيار وشهدت بينة به فتقدم، وللأول الثمن وما لو تعرضت المتأخرة لكونه ملك البائع وقت البيع، وشهدت الأولى بمجرد البيع فتقدم المتأخرة أيضا أي: كما نقلاه وأقراه، وحاصله أن من شهدت من البينتين بملك المدعي للبائع وقت البيع أو للمشتري الآن أو بنقد الثمن دون الأخرى قدمت ولو متأخرة، لأن معها زيادة علم و لأن التعرض للنقد يوجب التسليم، والأخرى لا توجه لبقاء حق الحبس للبائع فلا تكفي المطالبة بالتسليم ويأتي أول التنبيه الآتي ما له تعلق بذلك أيضا، وخرج بقوله: ووزن له ثمنه ما لو لم تذكره فإذا ذكرته إحداهما قدمت ولو متأخرة، لأنها تعرضت لموجب التسليم كذا قاله، لكن أطال البلقيني في رده (وإلا) يختلف تاريخهما بأن أطلقنا أو إحداهما أو أرختا بتاريخ متحد (تعارضتا) فيتساقطان ثم إن أقر لهما أو لأحدهما فواضح، وإلا حلف لكل يمينا ويرجعان عليه بالثمن، لثبوته بالبينة، وسقوطهما إنما هو فيما تعارضتا فيه، وهو العقد فقط، ومحلله إن لم يتعرضا لقبض المبيع، وإلا قدمت بينة ذي اليد <ص: 340> ولا رجوع لواحد منهما بالثمن، لأن العقد قد استقر بالقبض وبما قرره في هذه والتي قبلها علم أن حكمهما واحد في التعارض وتقديم الأسبق، وكان المتن إنما خالف أسلوبهما الموهم لتخالف أحكامهما لأجل

الخلافة، ويجري ذلك في قول واحد اشتريتها من زيد وآخر اشتريتها من عمرو على الوجه المذكور، وأقاما بينتين كذلك فيتعارضان ويصدق من العين بيده فيحلف لكل منهما أو يقر.

(تنبيه) لا يكفي في الدعوى كالشهادة ذكر الشراء إلا مع ذكر ملك البائع إذا كان غير ذي يد أو مع ذكر يده إذا كانت اليد له ونزعت منه تعدياً أو مع قيام بينة أخرى بأحدهما يوم البيع، وبصيران كينة واحدة، وكذا كل ما ذكره شرط، لو تركته بينة وقامت به أخرى كأقرت امرأة لفلان وقت كذا بمحل كذا فشهد آخران بأنها فلانة وإنما تسمع البينة بالملك المطلق إن كان المدعى بيد المدعي أو بيد من لم يعلم ملكه ولا ملك من انتقل منه إليه أو لم يكن بيد أحد، وفيما عدا ذلك قد تسمع، لكن لا يعمل بها كما لو انتزع خارج عينا من داخل بينة فأقام الداخل بينة بملكها مطلقاً فإنها تسمع، وفائدتها معارضة بينة الخارج فقط لترد العين إلى يده، ولو أقام بينة بأن هذا رهني وأقبضني داره في ربيع الأول سنة كذا وآخر بينة بأنه أقر لي بها تلك السنة ولم يذكروا شهراً قال ابن الصلاح: تعارضتا، لأن الرهن يمنع صحة الإقرار فلا يثبت رهن ولا إقرار كما مر آنفاً بما فيه

(ولو قال كل منهما) والمبيع في يد المدعى عليه (بعته بكذا)، وهو ملكي، وإلا لم تسمع الدعوى فأنكر (وأقاماهما) أي: البينتين بما قالاه وطالباه بالثمن (فإن اتحد تاريخهما تعارضتا) وتساقتا، لامتناع كونه ملكاً في وقت واحد لكل وحده فيحلف لكل كما لو لم يكن لواحد منهما بينة، وإن كان لأحدهما بينة قضى له وحلف للآخر (وإن اختلف) تاريخهما (لزمه الثمنان) لإمكان دعواهما ومن ثم اشترط اتساع الزمن للعقد الأول <ص: 341> ثم الانتقال للبائع الثاني ثم للعقد الثاني، وإلا حلف لكل (، وكذا) يلزمه الثمنان (إن أطلقنا أو) أطلقت (إحدهما) وأرخت الأخرى (في الأصح)، لاحتمال اختلاف الزمن وحيث أمكن الاستعمال فلا إسقاط وفارقت هذه ما قبلها بأن العين تضيق عن حقهما مع فتعارضتا، والقصد هنا الثمنان والذمة لا تضيق عنهما فوجبا وشهادة البينتين على إقراره كهي على البيعين فيما ذكر وفي الأنوار عن فتاوى القفال لو شهدا أنه باع عاقلاً وآخراً أنه مجنون ذلك اليوم عمل بالأولى أو أنه

باع مجنوناً قدماً وفي فتاوى القاضي نحوه وهو لو قالت بينة: أقر بكذا يوم كذا فقالت أخرى: كان مجنوناً في ذلك الوقت قدمت، لأن معها زيادة علم وقيده البغوي بمن لم يعرف له أنه يجن وقتاً ويفيق وقتاً، وإلا تعارضتا، ولو أقام بينة بأن هذه الدار التي بيدك وقفها أبي علي، وهو مالك حائز يومئذ فأقام ذو اليد بينة بأنها ملكه قدم ما لم تقم بينة أخرى بأنه غصبها من الواقف، لأنه ذو اليد حينئذ، ولو ظهر في موقوف محكوم بصحته بعد ثبوت ملك الواقف وحيازته مكتوب محكوم بصحته يشهد بالملك والحيازة لآخر قبل صدور الوقف لم يبطل الوقف بمجرد ذلك كما أفتى به شيخنا قال: لأنه يجوز بتقدير صحته أن يكون الملك انتقل من صاحبه إلى الواقف لا سيما واليد للواقف أو من قام مقامه كما هو ظاهر السؤال. ولا يعارضه ما مر قبيل قوله: وأنها لو شهدت بملكه أمس لتحقق أن اليد عادية ثم فلم ينظر، لاحتمال الانتقال بخلافه هنا، ولو شهدت بينة على منكر الشراء له بثمن جزاف قبلاً إن قالاً جلال لا إن جذفاً، لأن الجزاف حلال وحرام، ولو أقام بينة بأن هذه التي بيدك ملكي فأخذها فأقام آخر أخرى بأنه اشتراها ممن كانت بيده، وهي ملكه حينئذ حكم بها لهذا لزيادة علم بينته وتقدم بينة قالت: ملك أبيه وقد ورثه على بينة قالت: ملك أبي خصمه وهو وارثه لجواز كونه وارثاً ولا يرث المدعي لدين مستغرق، فليس فيه تصریح بملكه بخلافه في وقد ورثه.

(تنبيه) الأولى، بل المتعين أن يقال: بدل لدين مستغرق لنحو إقراره به لآخر بعد موت أبيه، وذلك لما هو معلوم أن الدين لا يمنع الإرث، وقد يقال في أصل التعليل: لأن هذا ليس فيه التنصيص على تلقي ملك هذا عن الأب، لأنه لم يشهد بإرث شيء خاص بخلاف وقد ورثه فإنه نص على أنه متلق ملكه من أبيه فلا احتمال فيه بخلاف ذاك (ولو مات) إنسان (عن ابنين مسلم ونصراني <ص: 342> فقال كل منهما مات على ديني) فأرثه ولا بينة (فإن عرف أنه كان نصرانياً صدق النصراني) بيمينه، لأن الأصل بقاء كفره (وإن أقام بينتين مطلقتين) بما قالاه (قدم المسلم)، لأن مع بينته زيادة علم بالانتقال، والأخرى مستصحية، وكذا كل ناقلة ومستصحية، ومنه تقديم بينة الجرح على بينة التعديل (وإن قيدت) إحداهما (أن آخر كلامه إسلام) أي:

كلمته، وهي الشهادتان (وعكسته الأخرى) فقيدت أن آخر كلامه النصرانية كثالث ثلاثة ويظهر أنه لا يكتفى هنا بمطلق الإسلام والتنصر إلا من فقيه موافق للحاكم على ما مر في نظائره بما فيه ثم رأيتهم قالوا: يشترط في بينة النصراني أن تفسر كلمة التنصر وفي وجوب تفسير بينة المسلم كلمة الإسلام وجهان ونقل ابن الرفعة والأذرعى عدم الوجوب عن جمع ثم رجح الوجوب لا سيما من شاهد جاهل أو مخالف للقاضي (تعارضتا) وتساقطتا لتناقضهما إذ يستحيل موته عليهما فيحلف النصراني، وكذا لو قيدت بينته فقط وقيد البلقيني التعارض بما إذا قالت: كل آخر كلمة تكلم بها ومكثنا عنده إلى أن مات، وأما إذا اقتصر على آخر كلمة تكلم بها فلا تعارض فيه، لاحتمال أن كلا اعتمدت ما سمعته منه قبل ذهابها عنه ثم استصحت حاله بعدها، ولو قالت بينة الإسلام: علمنا تنصره ثم إسلامه قدمت قطعاً (وإن لم يعرف دينه وأقام) كل منهما (بينه أنه مات على دينه تعارضتا) أطلقنا أم قيدنا لفظه عند الموت لاستحالة أعمالهما، فإن قيدت واحدة وأطلقت الأخرى فهل يتعارضان أيضاً أو تقدم بينة المسلم احتياطاً للإسلام، لأنه حيث ثبت لا يرفع إلا بيقين ولم يوجد كل محتمل وجري شارح في تقييد بينة النصراني فقط على التعارض وكأنه أخذه من نظيره في المسألة السابقة، لكن الفرق واضح فإن تقييدها ثم قوي بعلم تنصره قبل فعارض بينة الإسلام لقوته حينئذ، وهذا مفقود في مسألتنا، ومع ذلك فظاهر إطلاقهم التعارض في الصورتين وإذا تعارضتا، أو لا بينة لأحدهما وحلف كل للآخر يمينا في الصورتين، والمال بيدهما أو بيد أحدهما تقاسماه نصفين إذ لا مرجح، أو بيد غيرهما فالقول قوله، ثم <ص: 343> التعارض إنما هو بالنسبة لنحو الإرث بخلاف نحو الصلاة عليه وتجهيزه كمسلم ودفنه في مقابرنا ويقول المصلي عليه في النية والبدعاء: إن كان مسلماً، وظاهر كلامهم وجوب هذا القول ويوجه بأن التعارض هنا صيره مشكوكاً في دينه فصار كالاختلاط السابق في الجنائز، ولو قالت بينة: مات في شوال وأخرى في شعبان قدمت، لأنها ناقلة ما لم تقل الأولى رأيتة حياً أو يبيع مثلاً في شوال، وإلا قدمت على المعتمد أو برئ من مرضه الذي تبرع فيه

وأخرى مات فيه قدمت الأولى على الأوجه خلافا لقول ابن الصلاح بالتعارض، لأنها ناقلة
(ولو مات نصراني عن ابنين مسلم) حالة الاختلاف
(ونصراني فقال المسلم: أسلمت بعد موته) أي: الأب
(فالميراث بيننا فقال النصراني: بل) أسلمت (قبله) فلا إرث
لك (صدق المسلم بيمينه)، لأن الأصل استمراره على دينه
فيحلف ويرث، ومثله كما بأصله وحذفه للعلم به مما ذكره،
المفهم أنه لا فرق في تصديق المسلم بين اتفاقهما على
وقت موت الأب وعدمه لو اتفقا على موت الأب في
رمضان وقال المسلم: أسلمت في شوال والنصراني في
شعبان (، وإن أقامهما) أي: البينتين بما قالاه (قدم
النصراني)، لأن بينته ناقلة عن الأصل الذي هو التنصر إلى
الإسلام قبل موت الأب فهي أعلم وقيده البلقيني بما إذا
لم تقل بينة المسلم علمنا تنصره حال موت أبيه وبعده
ولم تستصحب فإن قالت: ذلك قدمت، وإلا لزم الحكم
بردته عند موت أبيه والأصل عدم الردة، وفيه نظر، وقياس
ما يأتي في رأينا حيا في شوال التعارض فيحلف المسلم
ثم رأيت غير واحد جزم به (فلو اتفقا) أي: الابنان (على
إسلام الابن في رمضان وقال المسلم: مات الأب في
شعبان وقال النصراني: مات (في شوال صدق النصراني)
بيمينه، لأن الأصل بقاء الحياة (وتقدم بينة المسلم على
بينته) إن أقاما بينتين بذلك، لأنها ناقلة من الحياة إلى
الموت في شعبان والأخرى مستصحبة الحياة إلى شوال،
نعم إن قالت: رأينا حيا في شوال تعارضتا كما قالاه
فيحلف النصراني أما إذا لم يتفقا على وقت الإسلام
فيصدق المسلم كما مر لأصل بقائه على دينه >ص:
344< وتقدم بينة النصراني، لأنها ناقلة ما لم تقل بينة
المسلم عاينا الأب ميتا قبل إسلامه فيتعارضان ويحلف
المسلم، ونظير ما تقرر في رأينا حيا وعائنا ميتا شهادة
بينة بأن أبا مدع مات يوم كذا فورثه وحده فأقامت امرأة
بينة بأنه تزوجها يوم كذا اليوم بعد ذلك اليوم ثم مات
بعده فتقدم بينتها، لأن معها زيادة علم ومن ثم لو شهدا
بموته وأخران بحياته بعد ذلك قدمت بينة الحياة لزيادة
علمها، وقد يشكل بذلك قول ابن الصلاح: لو شهدت بينة
بأنه برئ من مرضه الفلاني ومات من غيره وأخرى بأنه
مات منه تعارضتا بخلاف ما لو شهدت بينة بأنه مات في

رمضان سنة كذا فأقام بعض الورثة بينة بأنه أقر له بكذا سنة كذا لسنة بعد تلك فإن بينة موته في رمضان مقدمة ا هـ. فتقديم هذه يشكل بما تقرر إلا أن يجب بأنه لا يلزم من شهادتها بإقراره رؤيته فليس معها زيادة علم، بل المثبتة لموته أعلم بخلاف الشاهدة بالتزوج وبالحياة بعد الموت ثم ما أطلقه في الأولى لو قيل فيه بناء على اعتماده محله في بينتين استوتا أو تقاربتا في معرفة الطب، وإلا قدمت العارفة به دون غيرها لم يبعد، ولو مات عن أولاد وأحدهم عن ولد صغير فوضعوا يدهم على المال فلما كمل ادعى بمال أبيه وبارث أبيه من جده فقالوا: مات أبوك في حياة أبيه فإن كان ثم بينة عمل بها وإلا فإن اتفق هو وهم على وقت موت أحدهما واختلفا في أن الآخر مات قبله أو بعده حلف من قال بعده، لأن الأصل دوام الحياة، وإلا صدق في مال أبيه، وهم في مال أبيهم ولا يرث الجد من ابنه، وعكسه فإذا حلفا أو نكلا جعل مال أبيه له ومال الجد لهم ذكره شيخنا

(ولو مات عن أبوين كافرين وابنين مسلمين) بالغين (فقال كل) من الفريقين: (مات على ديننا صدق الأبوان باليمين)، لأنه محكوم بكفره ابتداء تبعا لهما فيستصحب حتى يعلم خلافه (وفي قول: يوقف) الأمر (حتى يتبين) الحال (أو يصطلحوا) لتساوي الحالين بعد بلوغه، وبه زالت التبعية واعترضه البلقيني بما لا يصح وفي عكس ذلك إن عرف للأبوين كفر سابق وقالا أسلما قبل بلوغه أو أسلم هو أو بلغ بعد إسلامنا وأنكر الابنان ولم يتفقوا على وقت الإسلام في الثالثة صدق الابنان لأصل بقاء الكفر، وإن لم يعرف للأبوين كفر أو اتفقوا على وقت الإسلام في الثالثة صدق الأبوان عملا بالظاهر وأصل بقاء الصبا، ولو شهدت بأن هذا لحم مذكاة أو لحم حلال وعكست أخرى قدمت الأولى كما أخذه بعضهم من قولهم: يقبل قول المسلم في لحم جاءه به المسلم إليه هذا لحم ميتة، لأن اللحم <ص: 345> في الحياة محرم الآن فيستصحب حتى تعلم ذكاته فعلم أن الأولى ناقله عن الأصل فقدمت، ومثل ذلك فيما يظهر بينة شهدت بالإفشاء وأخرى بعدمه ولم يمض بينهما ما يمكن فيه الالتحام فتقدم الأولى، لأن معها زيادة بالنقل عن الأصل وبه يرد على من أفتى بتعارضهما (ولو شهدت) بينة (أنه أعتق في مرضه) الذي مات فيه (سالما وأخرى) أنه

أعتق فيه (غانما ولكل واحد ثلث ماله) ولم تجز الورثة (فإن اختلف تاريخ) للبينتين (قدم الأسبق) لما مر أن تصرفه المنجز يقدم السابق منه فالسابق وهكذا، ولأن معها زيادة علم (وإن اتحد) التاريخ (أقرع) بينهما لعدم مزية أحدهما، نعم إن اتحد بمقتضى تعليق وتنجز كان أعتقت سالما فغانم حر ثم أعتق سالما فيعتق غانم معه بناء على تقارن الشرط والمشروط، وهو الراجح تعين السابق من غير إقراع، لأنه الأقوى والمقدم في الرتبة كما مر في نكاح المشرك. (وإن أطلقتا) أو إحداهما (قيل يقرع) بينهما، لاحتمال المعية والترتيب وأطال البلقيني والزركشي وغيرهما في الانتصار له نقلا ودليلا ومن ثم صحه في الروضة في موضع (وقيل: في قول يعتق من كل نصفه قلت: المذهب يعتق من كل نصفه، والله أعلم)، لاستوائهما، والقرعة ممتنعة لئلا تخرج بالرق على السابق الحر فيلزم إرقاق حر وتحرير رقيق فوجب الجمع بينهما، لأنه العدل ولا نظر للزوم ذلك في النصف، لأنه أسهل منه في الكل (ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعقق سالم، وهو ثلثه) أي: ثلث ماله (ووارثان حائزان) أو غير حائزين، وإنما ذلك قيد لما بعده (أنه رجع عن ذلك ووصى بعقق غانم، وهو ثلثه ثبتت) الوصية الثانية (لغانم)، لأنهما أثبتا للمرجوع عنه بدلا يساويه فلا تهمة، وكون الثاني أهدي لجمع المال الذي يرثونه عنه بالولاء بعيد فلا يقدر تهمة، أما إذا كان دون ثلثه فلا يقبلان فيما لم يثبتا له بدلا للتهمة وفي الباقي خلاف تبعض الشهادة، وقد مر (فإن كان الوارثان) الحائزان (فاسقين لم يثبت الرجوع)، لأن شهادة الفاسق لغو (فيعتق سالم) بشهادة الأجنبيين، لأن الثلث يحتمله ولم يثبت الرجوع عنه (و) يعتق (من غانم) قدر ما يحتمله (ثلث ماله بعد سالم)، وهو ثلثاه بإقرار الوارثين الذي تضمنته شهادتهما له وكان سالما قد هلك أو غصب من التركة مؤاخذه للورثة بإقرارهم <ص: 346> أما غير الحائزين فيعتق من غانم قدر ثلث حصتهما (تمة) في فروع يعلم أكثرها مما مر لو باع دارا ثم قامت بينة حسبة أن أباه وقفها، وهو يملكها عليه ثم على أولاده انتزعت من المشتري ورجع بثمنه على البائع، ويصرف له ما حصل في حياته من الغلة إن صدق الشهود، وإلا وقفت فإن مات مصرا صرفت لأقرب الناس إلى الواقف قاله

الرافعي كالقفال ومرت الإشارة إليه في مبحث شهادة الحسبة ولو شهدا بدين وأخران بالبراءة منه وأطلقتا أو إحداهما قدمت البراءة كما مر، وإن أرختا فالمتأخرة، والأوجه فيما لو شهد واحد بالمال وآخر به ثم بالبراءة منه أن الشهادة بالمال تمت، وهذا شاهد بالبراءة فيحلف معه مدعيها، ويجب تفصيل سبب الشهادة في مسائل، ولو من فقيه موافق على المعتمد لاختلاف أئمتنا أنفسهم في ذلك منها الإكراه وقول الغزالي وغيره: يكفي إطلاقه من فقيه لا يشتهر عليه أي: موافق ضعيف كما يعلم مما مر بما فيه أواخر الشهادات والسرقة ما لم يقصد المسروق منه مجرد التغريم والرشد وانقضاء العدة والرضاع والقتل وكل مختلف في موجهه كالطلاق، والنكاح والبلوغ بالسن فإن لم يقل بالسن لم يحتج لتفصيل، وكونه وارث فلان أو يستحق وقف كذا أو نظره أو الشفعة في كذا وكون هذا وقفا أو وصية فلا بد من بيان المصرف أي: إلا في شهادة الحسبة فيما يظهر وزعم الأصححي أنه لا يكفي هذا وقف على مسجد كذا إلا إن عينا الواقف، وهو بعيد، بل لا وجه له، وكون نحو البائع زائل العقل وبرأته من دين فلان كما رجحه الغزي ورجح غيره الاكتفاء بإطلاقه وقولهما: أوصى له بكذا فيذكران أنه بيده حتى مات ومن عهد له جنون وعقل فقامت بينة بأنه حال بيعه مثلا عاقل وأخرى بأنه مجنون تعارضتا إن أرختا بوقت واحد أو أطلقتا أو إحداهما، وكذا إن جهل حاله، والفعل يصدر من العاقل والمجنون فإن لم يعرف له إلا عقل قدمت بينة الجنون، لأنها ناقلة أو إلا جنون قدمت بينة العقل لذلك، ولو شهدت بينة بإعسار من جهل حاله وأخرى ببساره قدمت إن بينت ما أيسر به وسببه، وأنه باق معه إلى الآن أما إذا علم أحدهما فتقدم الناقلة عنه وكذا بينة السفه والرشد فإن علم أحدهما قدمت الناقلة عنه، وإلا كأن شهدت بسفه أول بلوغه والأخرى برشده قدمت فإن لم تقيد بأول بلوغه قدمت الأولى، لأن الأصل الغالب الرشد، وعليه يحمل إطلاق ابن الصلاح تقديمها قال: كالجرح قال، ولو تكررت بينتا يسار وإعسار كلما شهدت واحدة بواحد منهما شهدت الأخرى بضده قدمت المتأخرة إلا أن يظن أن بينة الإعسار مستصحة إعساره الأول، ولو قامت بينة باحتياج نحو يتيم لبيع ماله، وأن قيمته مائة وخمسون فباعه القيم به، وحكم

حاكم بصحة البيع ثم قامت أخرى بأنه بيع بلا حاجة أو بأن قيمته مائتان نقض الحكم وحكم بفساد البيع عند ابن الصلاح قال، لأنه إنما حكم <ص: 347> بناء على سلامة البيئة من المعارض ولم تسلم فهو كما لو أزيلت يد داخل بيئة خارج ثم أقام ذو اليد بيئة فإن الحكم ينقض لذلك وخالفه السبكي قال، لأن الحكم لا ينقض بالشك إذ التقويم حدس وتخمين، وقد تطلع بيئة الأقل على عيب فمعها زيادة علم، وإنما نقض في المقيس عليه لأجل اليد أي: الثابتة قبل، ولقولهم: لو شهدا بأن قيمة المسروق عشرة وشهد آخران بأنها عشرون وجب الأقل، لأنه المتيقن بخلاف نظيره في الوزن، لأن مع بيئة الأكثر زيادة علم ا هـ.

وأطال غيرهما كولده التاج وأبي زرعة في فتاويه في الإجارة وغيرها الكلام في المسألة حتى زعم التاج أن المسألة في الرافعي فيها قولان من تخريج ابن سريج، وهو عجيب منه فإن صورة الرافعي في أمرين محسوسين، وهما الموت في رمضان أو شوال ومسألتنا في أمرين تخمينيين وشتان ما بينهما على أنه اختلف في الراجح من ذينك القولين فرجح الحجازي في مختصر الروضة أخذاً من عبارتها النقض ونبه غيره من مختصريها على أنه مبني على ضعيف، وأنه على الصحيح لا يتصور فيه نقض وعلى كل فلا شاهد في واحد من هذين لما نحن فيه لما علمت من بعد ما بين التخمينيات والمحسوسات، ومما يتعجب منه أيضاً زعم بعضهم أن المسألة في التنبيه وغيره، وهذا والذي يتعين اعتماده أخذاً من تعليل السبكي بالشك وبه يصرح قوله: في فتاويه في الرهن لا يبطل بقيام البيئة الثانية مهما كان التقويم الأول محتملاً ووفقاً لأبي زرعة وغيره، وإن وافق السبكي والإسنوي والأذرعي وغيرهما حمل الأول على ما إذا بقيت العين بصفاتها وقطع بكذب الأولى والثاني على ما إذا تلفت ولا تواتر أو لم يقطع بكذب الأولى واعتمد شيخنا كلام ابن الصلاح ورد كلام السبكي فقال: ويجاب بأننا لا نسلم أن ذلك نقض بالشك، وما قالوه قبل الحكم بخلاف مسألتنا، ولهذا لو وقع التعارض فيها قبل البيع والحكم امتنعنا كما صرح هو به أي: خلافاً لبعضهم ا هـ. ونفي تسليم ذلك بإطلاقه غير متضح، والفرق بين ما قبل الحكم وما بعده واضح كيف والدوام يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء؟ وأيضا فالتعارض قبل

الحكم محرم له وعدمه موجب له فإذا وقع واجبا ثم عورض وجب أن لا ينظر لمعارضه إلا إن كان أرجح على أن السبكي جوز عند التعارض قبل الحكم البيع بالأقل بعد إشتهاره ما لم يوجد راغب بزيادة وبهذا يعلم ما في إطلاق شيخنا عنه منع البيع عند التعارض ويجري ذلك كله في نظائر هذه المسألة، وبحث السبكي أن القول قول القيم في الإشهار وأن ما باع به ثمن المثل، وكذا نحو وكيل وعامل قراض قال، وإنما صدق المولى إذا ادعى بعد كماله عليه البيع بلا مصلحة، لأنها المسوغة للبيع كما يحتاج الوكيل لإثبات الوكالة، وثن المثل من صفات البيع فإذا ثبت جوازه له صدق في صفته لادعائه الصحة وادعاء غيره الفساد. وفيه نظر ظاهر، بل الذي يتجه أنه لا بد من إثباته الإشهار وثن المثل، وليس كالوكيل وغيره لأن نحو الوكيل لا يكلف إثبات مصلحة، فثن المثل أولى، وأما القيم أو الوصي فيكلفها، لأنه لم يتصرف بإذن المالك، فكذا ثمن المثل وفرقه المذكور يرد بأن ثمن المثل مسوغ أيضا، وكون هذا الشيء يباع لحاجة المولى من صفات البيع أيضا فجعله الثمن صفة والحاجة مسوغة كالتحكم <ص: 348> فتأمل. ونظره لادعائه الصحة يلزم عليه أنه لا يكلف إثبات المصلحة لادعائه الصحة أيضا فمحل تصديق مدعي الصحة حينئذ حيث لم يكلف إثبات مسوغ البيع، ولو شهدت بينة بأن فلانا حكم لهذا به وبينه بأن آخر حكم به لآخر ف قيل يحكم بالحكم الأخير، لأنه ناسخ وقيل: يتعارضان فيتساقطان أي: ويرجح بواحد مما مر مما يمكن مجيئه هنا فإن اتحد الحاكم ف قيل: كذلك وقيل: يلغى الثاني والذي يتجه أنه لا فرق، وأن الحكمين حيث اختلف تاريخهما قدم السابق إلا أن يرجح الثاني بشيء مما مر نظير ما مر في البينتين، وزعم النسخ هنا مشكل جدا إلا على القول المردود أنه ينفذ باطنا، وإن لم يكن باطن الأمر كظاهره فإن لم يؤرخا كذلك تعارضا نظير ما مر في البينتين أيضا (فصل) في القائف الملحق للنسب عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به، وهو لغة متبع الأثر والشبه من قفوته تبعته، والأصل فيه خبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم {دخل على عائشة رضي الله عنها ذات يوم مسرورا فقال: ألم تري أن مجززا أي: بجيم وزاءين معجمتين المدلجي دخل علي فرأى أسامة بن زيد وزيدا

عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض} قال أبو داود: كان أسامة أسود وزيد أبيض قال الشافعي رضي الله عنه: فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، لأنه صلى الله عليه وسلم لا يقر على خطأ ولا يسر إلا بحق (شرط القائف) ما تضمنه قوله: (مسلم عدل) أي: إسلام وعدالة وغيرهما من شروط الشاهد السابقة ككونه بصيرا ناطقا رشيدا غير عدو لمن ينفي عنه ولا بعض لمن يلحق به، لأنه حاكم أو قاسم قال في المطلب عن الأصحاب سميعة ورده البلقيني، وهو متجه (مجرب) للخبر الحسن {لا حكيم إلا ذو تجربة} وكما يشترط علم الاجتهاد في القاضي، وفسر أصله التجربة بأن يعرض عليه ولد في نسوة غير أمه ثلاث مرات ثم في نسوة هي فيهن فإذا أصاب في الكل فهو مجرب ا هـ. وهو صريح في اشتراط الثلاث واعتماده في الروضة وأصلها، وهو ظاهر، وإن أطال البلقيني في اعتماد الاكتفاء بمرة، وكونه مع الأم غير شرط <ص: 349> بل للأولوية فيكفي الأب مع رجال، وكذا سائر العصبه والأقارب واستشكل البارزي خلو أحد أبويه من الثلاثة الأول بأنه قد يعلم ذلك فلا يبقى فيهن فائدة، وقد يصيب في الرابعة اتفاقا قال: فالأولى أن يعرض مع كل صنف ولد لواحد منهم أو في بعض الأصناف ولا يخص به الرابعة فإذا أصاب في الكل علمت تجربته حينئذ ا هـ. وكون ذلك أولى ظاهرا، وحينئذ فلا ينافي كلامهم (والأصح اشتراط) وصفين آخرين علما من العدالة المطلقة وصرح بهما للخلاف فيهما وهما الحرية والذكورة فلا يكفي الإلحاق إلا من (حر ذكر) لما تقرر أنه حاكم أو قاسم (لا عدد) فيكفي على الأصح قول واحد لذلك (ولا كونه مدلجيا) أي: من بني مدلج، فيجوز كونه من سائر العرب بل العجم، لأن القيافة علم فمن علمه عمل به

(فإذا تداعيا مجهولا) لقيطا أو غيره (عرض عليه) مع المتداعيين إن كان صغيرا لما قدمه في الإقرار أن العبرة في الكبير بمن صدقه (فمن ألحقه به لحقه) كما مر في اللقيط والمجنون كالصغير قال البلقيني: وكذا مغمى عليه ونائم وسكران لم يتعد، وإلا لم يعرض، لأنه كالصاحي ويصح انتسابه، وكون النائم كذلك بعيد جدا، وقضية كلامهما هنا أنه لا فرق بين أن يكون لأحدهما عليه يد وأن لا لكن

الذي استحسنة الرافي أن يد الالتقاط لا تؤثر ويد غيره
مقدم صاحبها إن تقدم استلحاقه على استلحاق منازعة،
وإلا استويا فيعرض عليه

(وكذا لو اشتركا في وطء) لامرأة وألحق به البلقيني
استدخال مائهما أي: المحترم (فولدت ممكنا منهما وتنازعا
بأن وطئا بشبهة) كأن ظنها كل زوجته أو أمته وللشبهة
صور أخرى ذكر بعضها عطفًا للخاص على العام فقال: (أو)
وطئا (مشتركة لهما) في طهر واحد، وإلا فهو للثاني كما
يؤخذ من كلامه الآتي قياسًا لتعذر عوده إلى هذا، لأن
بينهما صورًا لا يمكن عوده إليها (أو وطئ زوجته فطلق
فوطئها آخر بشبهة أو نكاح فاسد) كأن نكحها في العدة
جاهلا بها (أو) وطئ (أمته فباعها فوطئها المشتري ولم
يستبرئ واحد منهما) فيعرض عليه، ولو مكلفا ويلحق بمن
ألحقه منهما، وإن أنكر، لأن الحق فيه لله تعالى أو أنكر،
لأن الولد صاحب حق في النسب فلا يسقط حقه بإنكار
الغير بخلاف المجهول فإن لم يكن قائف أو تحير اعتبر
انتساب الولد بعد كماله وعمل بإلحاق القائف لما مر في
الخبر، ولاستحالة انعقاد شخص من ماء شخصين كما أجمع
عليه الأطباء وبرهنوا عليه قال البلقيني: ولو كان الاشتباه
للاشتراك في الفراش <ص: 350> لم يعتبر إلحاق القائف
إلا بحكم حاكم ذكره الماوردي وحكاه في المطلب في
ملخص كلام الأصحاب (وكذا لو وطئ) بشبهة (منكوحة)
لغيره نكاحًا صحيحًا كما بأصله واستغنى عنه بقوله الآتي:
في نكاح صحيح (في الأصح) ولا يتعين الزوج للإلحاق
للاشتباه ولا يثبت ذلك حتى يعرض على القائف إلا ببينة
بوطء الشبهة فلا يكفي اتفاق الزوجين والواطئ، لأن الولد
له حق في النسب، وليس ذلك حجة عليه هذا ما ذكره
الرافي هنا، لكن اعتمد البلقيني ما اقتضاه كلامه في
اللعان أنه يكفي ذلك الاتفاق وكالبينة تصديق الولد المكلف
لما تقرر أن له حقا (فإذا ولدت لما بين ستة أشهر وأربع
سنين من وطئهما وادعياه) أو لم يدعيه (عرض عليه) أي:
القائف لإمكانه منهما (فإن تخلل بين وطئهما حيضة ف)
الولد (للثاني)، وإن ادعاه الأول لظهور انقطاع تعلقه به، إذ
الحيض أمانة ظاهرة على البراءة منه (إلا أن يكون الأول
زوجا في نكاح صحيح) والثاني واطئا بشبهة أو نكاح فاسد
فلا ينقطع تعلق الأول، لأن إمكان الوطاء مع فراش النكاح

الصحيح قائم مقام نفس الوطاء، والإمكان حاصل بعد الحيضة بخلاف ملك اليمين والنكاح الفاسد فإنهما لا يثبتان الفراش إلا بعد حقيقة الوطاء (وسواء فيهما) أي: المتنازعين (اتفقا إسلاما وحرية أم لا) كما مر في اللقيط، لأن النسب لا يختلف مع صحة استلحاق العبد هذا إن أحقه بنفسه، وإلا كأن تداعيا أخوة المجهول فيقدم الحر لما مر أن شرط من يلحق بغيره أن يكون وارثا حائزا ويحكم بحريته، وإن أحقه بالعبد لاحتمال أنه ولد من حرة، ولو ألحق قائف بشبه ظاهر وقائف بشبه خفي قدم، لأن معه زيادة حذق وبصيرة وقيل: يقدم الأول وأبدي شارح احتمالا أنه يعرض على ثالث ويلحق بمن وافقه منهما كما قيل بمثله في اختلاف جواب المفتين ويرد بأن القائف حاكم بخلاف المفتي فلا يقاس به، وفيما إذا ادعاه مسلم وذمي يقدم ذو البينة نسبا <ص: 351> ودينا، وإلا وقد أحقه القائف بالذمي تبعه نسبا فقط فلا يحضنه

كتاب العتق

أي: الإعتاق المحصل له، وهو إزالة الرق عن الآدمي من عتق سبق أو استقل ومن عبر بإزالة الملك احتاج لزيادة لا إلى ملك تقربا إلى الله تعالى ليخرج بقيد الآدمي الطير والبهائم فلا يصح عتقهما على الأصح وقال ابن الصلاح: الخلاف فيما يملك بالاصطياد، أما البهائم الإنسية فإعتاقها من قبيل سوائب الجاهلية، وهو باطل قطعاً هـ. ورواية أبي نعيم أن أبا المرداء كان يشتري العصافير من الصبيان ويرسلها تحمل إن صحت على أن ذلك رأي له وبقيد لا إلى مالك الوقف، لأنه مملوك له تعالى، ولذا ضمن بالقيمة، وما بعده لتحقيق الماهية لا لإخراج الكافر لصحة عتقه وإن لم يكن قرية على أن قصد القرية يصح منه وإن لم يصح له ما قصده، وأصله قبل الإجماع قوله تعالى {فك رقبة}، وخبر الصحيحين {من أعتق رقبة مؤمنة} وفي رواية {أمرأ مسلما أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج} وصح خبر {أيما امرئ مسلم أعتق لله امرأ مسلما كان فكا له من النار وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكا له من النار} وبه يعلم أن عتق الذكر أفضل وفي رواية {من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداء له من النار}

وخصت الرقبة بالذكر، لأن الرق كالغل الذي فيها، وهو قرية <ص: 352> إجماعاً ولم يذكره اكتفاء بما سيذكره في الكتابة بالأولى ويسن الاستكثار منه كما جرى عليه أكابر الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وأكثر من بلغنا عنه ذلك عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فإنه جاء عنه أنه أعتق ثلاثين ألف نسمة وعن غيره أنه أعتق في يوم واحد ثمانية آلاف عبد،

أركان العتق

وأركانه ثلاثة عتيق وصيغة ومعتق، ولكونه الأصل بدأ به فقال: (إنما يصح من) حر كامل الحرية مختار (مطلق التصرف) ولو كافراً حربياً كسائر التصرف المالي فلا يصح من مكاتب ومبعض ومكره ومحجور عليه، ولو بفلس، نعم تصح وصية السفية به وعتقه قن الغير بإذنه وعتق مشترك قبل قبضه وإمام لقن بيت المال كما يأتي وولي لقن موليه عن كفارة مرتبة على ما مر وراهن موسر لمرهون ووارث موسر لقن التركة، وبهذا علم أن شرط العتيق أن لا يتعلق به حق لازم غير عتق يمنع بيعه كرهن والراهن معسر بخلاف نحو إجارة واستيلاء، ولو قال بائع لمشتري قن منه شراء فاسداً: أعتقه فأعتقه لم يعتق على البائع على ما قاله الماوردي، لأنه إنما أذن بناء على أنه ليس بملكه ورد بأن العتق لا يندفع بالجهل، إذ العبرة فيه كسائر العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف، ومن ثم صرحوا بأنه لو قال غاصب عبد لملكه أعتق عبدي هذا فأعتقه جاهلاً نفذ على المالك، وبهذا يزيد اتضاح ضعف كلام الماوردي (ويصح تعليقه) بصفة محققة ومحتملة بعوض وغيره كجنون السيد لما فيه من التوسعة لتحصيل القرية <ص: 353> نعم عقد التعليق ليس قرية بخلاف التدبير، أما العتق نفسه فقرية مطلقاً ويجري في التعليق بفعل المبالي وغيره هنا ما مر في الطلاق، ولا يشترط لصحة التعليق إطلاق التصرف لصحته من نحو رهن معسر ومفلس ومرتد قيل: وقف المسجد تحرير ولا يصح تعليقه ورد بأن حد العتق السابق يخرج هذا فلا يرد على المتن، وأفهم صحة تعليقه أنه لا يتأثر بشرط فاسد كأن شرط لخيار له أو توقيته فيتأبد، نعم إن اقترن بما فيه عوض أفسده ورجع بقيمته نظير ما مر في النكاح، وليس لمعلقه رجوع بقول بل بنحو بيع ولا يعود بعوده ولا يبطل تعليقه

بصفة بعد الموت بموت المعلق، فليس للوارث تصرف فيه إلا إن كان المعلق عليه فعله، وامتنع منه بعد عرضه عليه <ص: 354>.

(فرع) أفتى القلعي في إن حافظت على الصلاة فأنت حر بأنه يعتق إن حافظ عليها أي: الخمس أداء، وإن لم يصل غيرها فيما يظهر سنة كاستبراء الفاسق أو ه. ويطرد النظر فيما لو أخل بها لعذر، والقياس أن العذر إذا أباح إخراجها عن الوقت كإنقاذ مشرف على هلاك لم يؤثر، وإلا أثر (و) تصح (إضافته إلى جزء) من الرقيق معين كيد، ويظهر ضبطه بما مر في الطلاق مما يقع بإضافته إليه أو مشاع كبعض أو ربع (فيعتق كله) الذي له من موسر ومعسر سراية نظير ما مر في الطلاق، وذلك لخبر أحمد وأبي داود بذلك وصح عن ابن عباس رضي الله عنهما ولم يعرف له مخالف من الصحابة، وقد لا يعتق كله بأن وكل وكيلاً في إعتاق عبده فأعتق نصفه فيعتق فقط واستشكله الإسنوي بأنه لو وكله شريكه في عتق نصيبه فأعتقه الشريك سري لنصيبه قال: فإذا حكم بالسراية إلى ملك الغير هنا ففي ملك الموكل أولى ويجاب بأن الذي سري إليه العتق هنا ملك المباشر للإعتاق فكفى فيه أدنى سبب وأما ثم <ص: 355> فالذي يسري إليه غير ملك المباشر فلم يقو تصرفه لضعفه على السراية، إذ الأصح فيها كما قاله الزركشي أن العتق يقع على ما أعتقه ثم على الباقي بها، وهو وجه من ترجيح الدميري لمقابله أنه يقع على الجميع دفعة واحدة إذ تفرقة الشيخين التي ذكرناها وأجبنا عنها تقتضي ترجيحهما لما رجحه الزركشي أما إذا كان لغيره فسبأتي، ويشترط في الصيغة لفظ يشعر به أو إشارة أخرس أو كتابة (وصريحه)، ولو من هازل ولاعب (تحرير وإعتاق) أي: ما اشتق منهما لورودهما في القرآن والسنة متكررين، أما نفسيهما كانت تحرير فكتابة كانت طلاق وأعتقك الله أو عكسه صريح على تناقض فيه كطلقك الله وأبرأك الله، وفارق نحو باعك الله وأقالك الله وزوجك الله فإنها كنايات لضعفها بعدم استقلالها بالمقصود بخلاف تلك، ولو كان اسمها حرة قبل الرق عتقت بيا حرة ما لم ينو ذلك الاسم، وقول ابن الرفعة لا تعتق عند الإطلاق مردود بأن هذا فيمن اسمها ذلك عند النداء، ولو زاحمته امرأة فقال: تأخري يا حرة فبانت أمته لم تعتق

كما أفتى به الغزالي ويشكل عليه ما مر في نظيره من الطلاق إلا أن يجاب بأن هنا معارضا قويا هو غلبة استعمال حرة في نحو ذلك بمعنى العفيفة عن الزنا ولا كذلك ثم، ولو قيل: له أمتك زانية فقال: بل حرة وأراد عفيفة قبل، وكذا إن أطلق فيما يظهر القرينة القوية هنا، ولو قال لمكاس خوفا منه على قنه هذا حر لم يعتق عليه باطنا قال الإسنوي: ولا ظاهرا كما اقتضاه كلامهم في أنت طالق لمن يحلها من وثاق بجامع وجود القرينة الصارفة فيهما، وهو أوجه من تصويب الدميري خلافا كما لو قيل: له أطلقت زوجتك فقال: نعم قاصدا الكذب ويرد قياسه بأن الاستفهام منزل فيه الجواب على السؤال كما صرحوا به فلم ينظر فيه لقصده ويفرض المساواة <ص: 356> ليس هنا قرينة على القصد بخلاف مسألتنا وعند الخوف لا فرق بين قصده الكذب في إخباره وأن يطلق اكتفاء بقرينة الخوف وقول بعضهم: يعتق عند الإطلاق يحمل على ما إذا لم يقله خوفا إذ لا قرينة، وقوله لغيره أنت تعلم أنه حر إقرار بحريته بخلاف أنت تظن، ولو قال لقنه افرغ من العمل قبل العشاء، وأنت حر وقال: أردت حرا من العمل دين أي:، لأن القرينة هنا ضعيفة بخلافها في حل الوثاق، لأن استعمال الطلاق فيه شائع بخلاف الحرية في فراغ العمل أو أنت حر مثل هذا العبد، وأشار إلى عبد آخر عتق الأول أو مثل هذا عتقا الأول بالإنشاء والثاني بالإقرار، ومن ثم لو كذب لم يعتق باطنا (وكذا فك رقبة) أي: ما اشتق منه فإنه صريح (في الأصح) لوروده في القرآن، وترجمة الصريح صريحة وإشارة الأخرس هنا كهي في الطلاق

(ولا يحتاج) الصريح (إلى نية) كما هو معلوم وذكر توطئة لقوله مع أنه معلوم أيضا لئلا يتوهم من تشوف الشارع إليه وقوعه بها من غير نية (وتحتاج إليها كناية)، وإن احتفت بها قرينة، لاحتمالها، ويظهر أن يأتي في مقارنة النية لها نظير ما مر في الطلاق، وهي أي: الكناية كثيرة، وضابطها كل ما أنبأ عن فرقة أو زوال ملك، فمنها (لا ملك) أو لا يد أو لا أمر أو لا إمرة أو لا حكم أو لا قدرة (لي عليك ولا سلطان) لي عليك (ولا سبيل) لي عليك و (لا خدمة) لي عليك زال ملكي عنك (أنت) بفتح التاء أو كسرهما مطلقا إذ لا أثر للحن هنا (سائبة أنت مولاي) أي:

سيدي أنت لله لإشعارها بإزالة الملك مع اجتماعها لغير،
ووجهه في مولاي أنه مشترك بين العتيق والمعتق، وكذا يا
سيدي <ص: 357> كما رجحه في الشرح الصغير ورجح
الزركشي أنه لغو قال: لأنه إخبار بغير الواقع أو خطاب
تلطف فلا إشعار له بالعتق أو ه. وفيه نظر، وهل أنت
سيدي كذلك أو يقطع فيه بأنه كناية؟ كل محتمل وقوله:
أنت ابني أو أبي أو بنتي أو أمي إعتاق إن أمكن من
حيث السن، وإن عرف كذبه ونسبه من غيره ويا ابني
كناية (، وكذا كل) لفظ (صريح أو كناية للطلاق) أو للظهار
هو كناية هنا كما مر مع ما يستثنى منه كاعتد واستبر
رحمك للعبد فإنه لغو، وإن نوى العتق لاستحالة، ومن ثم
لو قال لقنه أعتق نفسك فقال السيد: أعتقتك كان لغوا
أيضا بخلاف نظيره في الطلاق وعلم مما تقرر أن الظهار
كناية هنا لا ثم (وقوله: لعبدك أنت حرة ولأمتك أنت حر
صريح) تغليباً للإشارة

(ولو قال) له: (عتقتك إليك) عبارة أصله جعلت عتقتك إليك
وكانه حذفه لعدم الاحتياج إليه، وهو متجه وفاقاً للبلقيني
لكنه عبر بمحتمل، وقول الزركشي لا بد منه فيه نظر (أو
خيرتك) من التخيير، وقول أصله في بعض نسخه حررتك
مردود بأنه صريح تنجيز كما مر (ونوى تفويض العتق إليه
فأعتق نفسه في المجلس) أي: مجلس التخاطب أي: بأن لا
يؤخر بقدر ما ينقطع به الإيجاب عن القبول كذا قيل:
ويظهر ضبطه بما مر في الخلع، لأن ما هنا أقرب إليه
منه إليه إلى نحو المبيع فهو كتفويض الطلاق إليها (عتق)
كما في الطلاق فيأتي هنا ما مر في التفويض ثم جعلت
خيرتك إليك صريح في التفويض لا يحتاج لنية، وكذا عتقتك
إليك، فقوله: ونوى قيد في خيرتك فقط، ولو قال: وهبتك
نفسك ناويا العتق عتق من غير قبول أو التمليك عتق إن
قبل فوراً كما في ملكتك نفسك، ولو أوصى له برقبته
اشترط القبول بعد الموت (أو) قال: (أعتقتك على ألف أو
أنت حر علي ألف فقبل) فوراً (أو) قال له العبد: أعتقني
على ألف فأجابته عتق في الحال ولزمه الألف) في الصور
الثلاث كالخلع، بل أولى لتشوف الشارع للعتق فهو من
جانب المالك معاوضة فيها شوب تعليق ومن جانب
المستدعي <ص: 358> معاوضة فيها شوب جعالة، وإن
كان تمليكا إذ يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المقصود

ويأتي في التعليق بالإعطاء ونحوه هنا ما مر في خلع الأمة قيل: قوله في الحال لغو وإنما ذكره في أعتقتك على كذا إلى شهر فقبل فإنه يعتق حالا والعوض مؤجل فلعله انتقل نظره إلى هذه الآية. وليس بسديد، بل له فائدة ظاهرة هي دفع توهم توقف العتق على قبض الألف على أن ترجيه ما ذكر غفلة عن كون المصنف ذكره عقب ذلك، وحيث فسد بما يفسد به الخلع كأن قال: على خمر مثلا أو على أن تخدمني أو زاد أبدا أو إلى صحتي مثلا عتق وعليه قيمته حينئذ أو تخدمني عشرين سنة مثلا عتق ولزمه ذلك فلو خدمه نصف المدة ثم مات فلسيده في تركته نصف قيمته ولا يشترط النص على كون المدة تلي العتق خلافا للأذرعى لانصرافها إلى ذلك ولا تفصيل الخدمة عملا بالعرف نظير ما مر في الإجارة

(ولو قال: بعتك نفسك بألف) في ذمتك حالا أو مؤجلا تؤديه بعد العتق (فقال: اشتريت، فالمذهب صحة البيع) كالكتابة، بل أولى، لأن هذا ألزم وأسرع (ويعتق في الحال) عملا بمقتضى العقد، وهو عقد عتاقة لا بيع فلا خيار فيه وخرج بقوله بألف قوله: بهذا فلا يصح، لأنه لا يملكه (والولاء للسيد) لما تقرر أنه عقد عتاقة لا بيع وعليه لو باعه >ص: 359< بعض نفسه سرى عليه ولا حط هنا، لضعف شبهه بالكتابة.

(تنبيه) أفتى بعض تلامذة ابن عبد السلام بصحة بيع وكيل بيت المال عبده لنفسه وخالفه الأصفهاني شارح المحصول، وصوب التاج السبكي الأول نظرا إلى أنه ليس مجانا، بل بعوض فلا تضييع فيه على بيت المال، بل له العتق بغير عوض إذا أذن له فيه الإمام، وقد ذكرنا أنه لو جاءنا قن مسلم فللإمام دفع قيمته من بيت المال ويعتقه عن كافة المسلمين. الآية ومرة في العارية أن المعتمد المنع ومما يدل له قولهم: أن الإمام في مال بيت المال كالولي في مال اليتيم، والولي يمتنع عليه التبرع كما يعلم مما يأتي في الكتابة كهذا البيع ولو بأضعاف قيمته، لأن ما يكتسبه قبل العتق ملك لبيت المال وبعد العتق لا يدري حاله ولا حجة فيما ذكر عنهما، لأن ذلك لضرورة خوف ارتداده لو رد إليهم، ولو قيل لسيد قن لمن هذا المال فقال لهذا الغلام وأشار له لم يعتق

وإنما كان قوله لغيره: بعني هذا إقرارا له بالملك، لأن إضافة الملك لمن عرف رقه تجوز يقع كثيرا بخلاف البيع، فإنه لا يكون إلا من مالك حقيقة (ولو قال لحامل) مملوكة له هي وحملها: (أعتقتك) وأطلق (أو أعتقتك دون حملك عتقا)، لأنه جزء منها، وعتقه بطريق التبعية لا السراية، لأنها في الأشخاص دون الأشخاص، وإنما لم يضر استثنائه ولقوة العتق بخلاف البيع (ولو أعتقه عتق) إن نفخت فيه الروح، وإلا لغا على المعتمد (دونها) وفارق عكسه بأنه لكونه فرعها تتصور تبعيته لها ولا عكس، وقوله: مضغة هذه الأمة حرة إقرارا بانعقاد الولد حرا فإن زاد علقته بها مني في ملكي كان إقرارا بكون الأمة أم ولد (ولو كانت لرجل والحمل لآخر) بنحو وصية (لم يعتق أحدهما بعتق الآخر)، لأنه لا استتباع مع اختلاف المالكين (وإذا كان بينهما عبد) أو أمة (فأعتق أحدهما كله أو نصيبه) كنصبي منك حر، وكذا نصفك حر، وهو يملك نصفه، والخلاف في هذه هل العتق انحصر في نصيبه أو شاع فعتق ربعه ثم سرى لربعه؟ لا فائدة له في غير نحو التعليق (عتق نصيبه) <ص: 360> مطلقا وفي عتق نصيب شريكه تفصيل

(فإن كان معسرا) عند الإعتاق (بقي الباقي لشريكه) ولا سراية لمفهوم الخبر الآتي، نعم إن باع شقفا بشرط الخيار له ثم أعتق باقيه، والخيار باق سري، وإن أعسر بحصة المشتري لكنه بالسراية يقع الفسخ فلا شركة حينئذ حقيقة فلا يرد (وإلا) يكن معسرا بأن ملك فاضلا عن جميع ما يترك للمفلس ما يفي بقيمته (سرى إليه) أي: نصيب شريكه ما لم يثبت له الاستيلاء بأن استولدها <ص: 361> مالكة معسرا لخبر الصحيحين {من أعتق شركا له في عبد، وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق} وقيس بما فيه غيره مما مر ويأتي وفي رواية للدارقطني {ورق منه ما رقى} قال الحفاظ: ورواية السعاية مدرجة فيه وبفرض ورودها حملت جمعا بين الأحاديث على أنه يستسعي لسيدته الذي لم يعتق بمعنى يخدمه بقدر نصيبه لئلا يظن أنه يحرم عليه استخدامه (أو إلى ما أيسر به) من قيمته ليقترب حاله من الحرية، ولو كان لثلاثة فأعتق اثنان منهم نصيبهما معا،

وأحدهما موسر فقط قوم جميع ما لم يعتق عليه وحده (وعليه قيمة ذلك يوم الإعتاق) أي: وقته، لأنه وقت الإلتلاف كجناية علي قن سرت لنفسه تعتبر قيمته يومها لا يوم موته كذا أطلقه شارح، وهو غفلة عما مر في المتن في الغصب من قوله: فإن جنى وتلف بسرابة، فالواجب الأقصى وبما صرح به من أن الواجب هنا قيمة البعض لا بعض القيمة صرح به جمع متقدمون ويظهر أن يأتي هنا ما مر في نظير ذلك من الصداق إلا أن يفرق بأن الزوجة امتازت بأحكام في مقابلة كسرهما لا تأتي في غيرها فلا بعد أن تجب هنا قيمة البعض، لأنه المتلف دون بعض القيمة، وإن أوجبناه ثم لما تقرر من التميز

تقع السراية بنفس الإعتاق

(وتقع السراية بنفس الإعتاق) للخبر الظاهر فيه، و لأن ما يترتب على السراية في حكم الإلتلاف والقيمة تجب بسبب الإلتلاف فيعطى حكم الأحرار عقب العتق، وإن لم يؤد القيمة (وفي قول) لا يقع الإعتاق إلا (بأداء القيمة) أو الاعتياض عنها لخبر الصحيحين {إن كان موسرا يقوم عليه قيمة عدل ثم يعتق} وأجابوا بأنه إنما يدل على أن العتق بالتقويم لا بالدفع، وحينئذ فيدل للأول، لأنه إنما تم، لأنه صار متلفا، وإنما يتلف بالسراية (وفي قول) يوقف الأمر رعاية للجانبين فعليه (إن دفعها) أي: القيمة (بان أنها) أي: السراية حصلت <ص: 362> (بالإعتاق)، وإلا بان أنه لم يعتق (واستيلاد أحد الشريكين الموسر يسري) إلى حصة شريكه كالعتق، بل أولى، لأنه فعل، وهو أقوى، ولذا نفذ من محجور عليه دون عتقه كما بحثه الأذرعى ومن مريض من رأس المال، وإعتاقه من الثلث إما من المعسر فلا يسري كالعتق إلا من والد الشريك، لأنه ينفذ منه إيلادها كلها (وعليه) أي: الموسر (قيمة) ما أيسر به من (نصيب شريكه)، لأنه أتلفه بإزالة ملكه عنه (وحصته من مهر المثل)، لاستمتاعه بملك غيره إن تأخر الإنزال عن تغييب الحشفة كما هو الغالب، وإلا لم تلزمه حصة مهر، لأن الموجب له تغييب الحشفة في ملك غيره، وهو منتف لما يأتي أن السراية تقع بنفس العلوق، واعتماد جمع وجوبها مطلقا مبني على ضعيف كما يعلم من التعليل الآتي بوقوع العلوق في ملكه وبذلك يندفع الفرق بين هذا وما مر في الأب بأنه إنما قدر الملك فيه لحرمة، ويجب مع ذلك في

بكر حصته من أرش البكارة (وتجري الأقوال) السابقة (في وقت حصول السراية) إذ العلق هنا كالإعتاق ثم (فعلى الأول)، وهو الحصول بنفس العلق (والثالث)، وهو التبين (لا تجب قيمة حصته من الولد)، لأنه على الأول انعقد حرا لوقوع العلق في ملكه، وعلى الثالث نزل استحقاق السراية منزلة حصول الملك، وعلى الثاني تجب (ولا يسري تدبير) لبعضه من مالك كل أو بعض إلى الباقي، لأنه ليس إتلافا لجواز بيع المدير فيموت السيد بعق ما دبره فقط، لأن الميت معسر، وحصوله في الحمل ليس سراية، بل تبعا كعضو منها

لا يمنع السراية دين مستغرق

(ولا يمنع السراية دين) حال (مستغرق) بدون حجر (في الأظهر)، لأنه مالك لما في يده نافذ التصرف فيه ولذا نفذ إعتاقه قال البلقيني: ولا حاجة لمستغرق في جريان الخلاف فإذا أوجبت السراية مائة، وهي عنده وعليه خمسون لم يسر على الضعيف إلا في خمسين، ولو كان بالدين الحال رهن لازم ليس له غيره ولا يفضل منه شيء لم يسر قطعا، ولو علق وهو مستقل ثم وجدت الصفة، وهو محجور عليه لم يسر بناء على الأصح أن العبرة في نفوذ العتق بحالة وجود الصفة (ولو قال لشريكه <ص: 363> الموسر أعتقت نصيبك فعليك قيمة نصيبي فأنكر) ولا بينة (صدق المنكر بيمينه) إذ الأصل عدم العتق (فلا يعتق نصيبه) إن حلف، وإلا حلف المدعي واستحق قيمة نصيبه ولا يعتق نصيب المنكر، لأن الدعوى إنما سمعت عليه لأجل القيمة فقط، وإلا فهي لا تسمع على آخر أنك أعتقت حتى يحلف، نعم إن كان مع الشريك شاهد آخر قبلا حسبة أي: إن كان قبل دعواه القيمة كما بحثه الزركشي لتهمته حينئذ (ويعتق نصيب المدعي بإقراره إن قلنا: يسري بالإعتاق) مؤاخذا له بإقراره، وتقيدهما له بما إذا حلف المنكر أو المدعي اليمين المردودة معترض بأنه لا وجه له إذ لو نكلا معا، فالحكم كذلك لوجود العلة وهي إقراره (ولا يسري إلى نصيب المنكر)، وإن أيسر المدعي، لأنه لم ينشئ عتقا فهو كقول شريك لآخر اشترت نصيبي وأعتقته فأنكر فإنه يعتق نصيب المدعي ولا يسري (ولو قال لشريكه) المعسر أو الموسر: (إن أعتقت نصيبك فنصيبي حر) فقط أو زاد (بعد نصيبك فأعتق الشريك) المقول له

نصيبه (وهو موسر سرى إلى نصيب الأول إن قلنا: السراية بالإعتاق)، وهو الأصح (وعليه قيمته) أي: نصيب المعلق ولا يعتق بالتعليق، لأن السراية أقوى منه، لأنها قهرية تابعة لعتق الأول لا مدفع لها، والتعليق قابل للدفع ببيع ونحوه، وإذا اجتمع سببان لا يمكن اجتماعهما قدم أقواهما، وبهذا فارق ما وقع لهما في الوصايا قبيل الركن الرابع من التسوية بينهما لإمكانها أما لو كان المعتق معسرا فيعتق على كل نصفه تنجيزا في الأول وبمقتضى التعليق في الثاني (فلو قال) لشريكه: إن أعتقت نصيبك (فنصبي حر قبله) أو معه أو حال عتقه (فأعتق الشريك) المخاطب نصفه (فإن كان المعلق معسرا عتق نصيب كل عنه) المنجز حالا والمعلق قبله ولا سراية وخص المعلق بالإعسار، لأنه لا فرق في الآخر بين المعسر والموسر (والولاء لهما) لاشتراكهما في العتق (، وكذا إن كان المعلق موسرا وأبطلنا الدور) اللفظي الآتي بيانه بالنسبة للقبلية إذ لا يتأتى إلا فيها، وهو الأصح يعتق نصيب كل عنه ولا سراية، لأن اعتبار المعية والحالية بمنعها والقبلية ملغاة لاستحالة الدور المستلزم هنا سد باب عتق الشريك فيصير التعليق معها كهو مع المعية والحالية. (وإلا) يبطل الدور في صورة القبلية (فلا يعتق شيء) على واحد منهما إذ لو نفذ إعتاق المخاطب عتق نصيب المعلق قبله فيسري فيبطل عتقه فلزم من عتقه عدمه لتوقف الشيء على ما يتوقف عليه <ص: 364> ولكونه يوجب الحجر على المالك المطلق التصرف في إعتاق نصيب نفسه من غير موجب، ولا نظير له ضعفه الأصحاب، هذا كله إن لم ينجز المعلق عتق نصيبه، وإلا عتق عليه قطعا وسرى بشرط (ولو كان) أي: وجد (عبد لرجل نصفه ولآخر ثلثه ولآخر سدسه فأعتق الآخران) بكسر الخاء كما بخطه لكن ليوافق كلام أصله لا للتقييد إذ لو أعتق اثنان منهم أي: اثنين كانا فالحكم كذلك كما في الروضة وغيرها (نصبيهما) بالثنية (معا) بأن لم يفرغ أحدهما منه قبل فراغ الآخر أو علقاه بصفة واحدة أو وكلا وكلا فأعتقه بلفظ واحد. (فالقيمة) للنصف الذي سرى إليه العتق (عليهما نصفان على المذهب)، لأن ضمان المتلف يستوي فيه القليل والكثير وكما لو مات من جراحاتهما المختلفة، وبهذا فارق ما مر في الأخذ بالشفعة، لأنه من فوائد الملك وثمراته فوزع بحسبه، وهذا ضمان

متلف كما تقرر هذا إن أيسرا بالكل فإن أيسر أحدهما قوم عليه نصيب الثالث قطعاً، وإن أيسرا بدون الواجب سرى لذلك القدر بحسب يسارهما فإن تفاوتاً في اليسار سرى على كل بقدر ما يجد

شرط السراية

(وشرط السراية) أمور أحدها اليسار كما علم مما مر ثانيها (إعتاقه) أي: مباشرته أو تملكه بدليل التفريع الآتي (باختياره)، ولو بتسببه فيه كأن اتهب بعض قريبه أو قبل الوصية له به نعم يأتي في تعجيز السيد آخر الفصل الآتي ما يعكر على ذلك، وخرج بذلك ما لو عتق عليه بغير اختياره وزعم أنه خرج به عتق المكره، وهم، لأن ذاك شرط لأصل العتق، وما هنا شرط للسراية مع وقوع العتق ثم عتقه عليه بغير اختياره له صور كثيرة <ص: 365> منها الإرث (فلو ورث بعض ولده) مثلاً (لم يسر) ما عتق منه إلى باقيه، لما تقرر أن سبيل السراية سبيل غرامة المتلف ولم يوجد منه صنع ولا قصد إتلاف، ومنها الرد بالعيب فلو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه كأن باع بعض ابن أخيه بثوب ومات، ووارثه أخوه ثم اطلع مشتري الشقص على عيب فيه ورده فلا يسري كالإرث فإن وجد الوارث بالثوب عيباً ورده واسترد الشقص عتق عليه وسرى على المعتمد لاختياره فيه، وقد تقع السراية من غير اختيار كأن وهب لقرن بعض قريب سيده فقبله فيعتق ويسري على ما يأتي وعلى سيده قيمة باقية، ويجاب بأن فعل عبده كفعله كما مر في الدعوى عليه ثم رأيت ما يأتي قريباً، وهو صريح فيما ذكرته ثالثاً قبول محلها للنقل فلا يسري للنصيب الذي ثبت له الاستيلاء أو الموقوف أو المنذور عتقه أو اللازم عتقه بموت الموصي أو المرهون بل لو رهن نصف قن لا يملك غيره فأعتق نصفه غير المرهون لم يسر للمرهون، رابعها أن يوجد العتق لنصيبه أو للكل فلو قال: أعتقت نصيب شريكي لغا، نعم بحث في المطلب أنه كناية فإذا نوى به عتق حصته عتقت وسرت، لأنه يعتق بعثتها فصح التعبير به عنها، خامسها أن يكون النصيب العتيق يمكن السريان إليه فلو استولد شريك معسر حصته ثم باشر عتقها موسراً لم يسر منها للبقية، (والمريض) في عتق التبرع (معسر إلا في ثلث ماله) <ص: 366> فإذا أعتق في مرض موته نصيبه ولم يخرج من

الثالث غيره فلا سراية، وكذا إن خرج بعض حصة شريكه أو كلها، لكن قال الزركشي: التحقيق أنه كالصحيح فإن شفى سرى، وإن مات نظر لثله عند الموت فإن خرج بدل السراية من الثالث نفذ، وإلا بأن رد الزائد وفارق المفلس لتعلق حق الغرماء، أما غير التبرع كأن أعتق بعض قنه عن كفارة مرتبة بنية الكفارة بالكل فإنه يسري ولا يقتصر على الثالث (والميت معسر) مطلقا فلا سراية عليه، لانتقال تركته لورثته بموته (فلو أوصى بعتق نصيبه) من قن فأعتق بعد موته (لم يسر)، وإن خرج كله من الثالث للانتقال المذكور، ومن ثم لو أوصى بعتق بعض عبده لم يسر أيضا، نعم إن أوصى بالتكميل سرى، لأنه حينئذ استبقى لنفسه قدر قيمته من الثالث، وقد يسري كما لو كتبا أمتهما ثم ولدت من أحدهما واختارت المضي على الكتابة ثم مات، وهي مكاتبة، فيعتق نصيب الميت ويسري ويأخذ الشريك من تركة الميت القيمة، ولو أوصى بصرف ثلثه في العتق فاشترى الموصى منه شقفا وأعتقه سرى بقدر ما بقي من الثالث، لأن الوصية تناولت السراية

(فصل) في العتق بالبعضية إذا (ملك) ولو قهرا >ص: 367< (أهل تبرع أصله) من النسب، وإن علا الذكور، والإناث (أو فرعه)، وإن سفل كذلك (عتق) عليه إجماعا إلا داود الظاهري، ولا حجة له في خبر مسلم {لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه}، لأن الضمير راجع للشراء المفهوم من يشتريه لرواية فيعتق عليه. والولد كالوالد بجامع البعضية، ومن ثم قال صلى الله عليه وسلم: {فاطمة بضعة مني}، أما بقية الأقارب فلا يعتقون بذلك. وخبر {من ملك ذا رحم محرم فقد عتق عليه} ضعيف. وخرج بأهل تبرع، والمراد به الحر كله، ولا يصح الاحتراز عن الصبي، والمجنون، لما يأتي أنهما إذا ملكاه عتق عليهما وكذا من عليه دين مستغرق كما علم مما مر. مكاتب ملكه بنحو هبة، وهو يكسب مؤنته فله قبوله فيملكه، ولا يعتق عليه لئلا يكون الولاء له وهو محال. ومبعض ملكه ببعضه الحر لتضمن العتق عنه الإرث، والولاء وليس من أهلها وإنما عتقت أم ولد المبعوض بموته، لأنه حينئذ أهل للولاء لانقطاع الرق بالموت وما لو ملك ابن أخيه فمات وعليه دين مستغرق وورثه أخوه فقط وقلنا بالأصح أن الدين لا يمنع الإرث فقد ملك ابنه ولم يعتق

عليه، لأنه ليس أهلاً للتبرع فيه، لتعلق حق الغير به، وقد يملكه أهل التبرع، ولا يعتق في صور ذكرها شارح، ولا تخلو عن نظر

(ولا) يصح أن (يشترى) من جهة الولي (لطفل) ومجنون وسفيه (قريبه) الذي يعتق عليه، لأنه لا غبطة له فيه (ولو وهب) القريب (له أو أوصى له <ص: 368> به فإن كان) الموهوب أو الموصى به (كاسبا) أي: له كسب يكفيه (فعلى الولي) وجوبا (قبوله ويعتق) على المولى، إذ لا ضرر عليه ولا نظر لاحتمال عجزه فتجب نفقته، لأنه خلاف الأصل مع أن المنفعة محققة، والضرر مشكوك فيه (وينفق) عليه (من كسبه) لاستغنائه عن قريبه (وإلا) يكن كسابا (فإن كان الصبي) ونحوه (معسرا وجب) على الولي (القبول)، لأن المولى لإعساره لا نفقة عليه، ولا نظر لاحتمال يساره لما مر (ونفقته في بيت المال) إن كان مسلما، وليس له منفق غير المولى، أما الذمي فينفق عليه منه، لكن قرضا على ما قاله في موضع وقالا في آخر تبرعا (أو موسرا حرم) قبوله، ولا يصح، لتضرره بإنفاقه عليه هذا كله إذا وهب مثلا له كله فلو وهب له بعضه، وهو كسوب، والمولى موسر لم يقبله عليه، لئلا يعتق نصيبه ويسري فتلزمه قيمة شريكه ويفرق بينه وبين قبول العبد لبعض قريب سيده، وإن سرى على ما يأتي بأن العبد لا يلزمه رعاية مصلحة سيده من كل وجه فصح قبوله إذا لم تلزم السيد النفقة، وإن سرى، لتشوف الشارع للعتق، والمولى تلزمه رعاية مصلحة المولى من كل وجه فلم يجز له التسبب في سراية تلزمه قيمتها

(تنبيه) فرضه الكلام في الكاسب إنما هو على جهة المثال مع أنه لا يتأتى إلا في الفرع، لأن الأصل تجب نفقته، وإن كان كسوبا، والمراد أنه متى لم تلزم المولى نفقته لإعساره، أو لكسب الفرع، أو لكون الأصل له منفق آخر لزم الولي القبول وإلا فلا

(ولو ملك في مرض موته قريبه) الذي يعتق عليه (بلا عوض) كإرث (عتق) عليه (من ثلثه) فلو لم يكن له غيره لم يعتق إلا ثلثه (وقيل): يعتق (من رأس المال) وهو المعتمد كما في الروضة، والشرحين واعتمده البلقيني وغيره فيعتق جميعه، وإن لم يملك غيره، لأنه لم يبذل مالا، والملك زال بغير رضاه (أو ملكه بعوض بلا محاباة)

بأن كان بثمان مثله (فمن ثلثه) يعتق ما وفى به، لأنه فوت ثمنه على الورثة من غير مقابل (ولا يرث) هنا، إذ لو ورث لكان عتقه تبرعا على وارث فيبطل، لتعذر إجازته لتوقفها على إرثه المتوقف على عتقه المتوقف عليها فتوقف كل من إجازته وإرثه على الآخر فامتنع إرثه بخلاف من يعتق من رأس المال لعدم التوقف. (فإن كان عليه) أي: المريض (دين) مستغرق له عند موته (فقيل: لا يصح الشراء)، لئلا يملكه من غير عتق (، والأصح صحته)، إذ لا خلل فيه (ولا يعتق، بل يباع للدين) <ص: 369> إذ موجب الشراء الملك، والدين لا يمنع منه وعتقه معتبر من الثلث، والدين يمنع منه وكذا يصح شراء مآذون عليه ديون بعض سيده بإذنه، ولا يعتق إن أعسر سيده بخلاف ما لو أيسر كما في المطلب عن الأصحاب، لأنه كالمرهون بالدين، أما إذا كان الدين غير مستغرق فيعتق منه ما يخرج من الثلث بعد وفائه، أو مستغرقا وسقط بنحو إبراء فيعتق منه ما يفي بثلث المال، حيث لا إجازة فيهما (أو ملكه (بمحاباة) من بائعه له كان اشتراه بخمسين، وهو يساوي مائة (فقدرها)، وهو خمسون في هذا المثال (كهبة) فيحسب نصفه من رأس المال على المعتمد السابق (والباقي من الثلث) (ولو وهب لعبد) أي: قن غير مكاتب ولو مبعضا (بعض) أي: جزء (قريب) أي: أصل وفرع (سيده فقبل وقلنا يستقل به) أي: القبول من غير إذن السيد إذا لم تلزمه نفقته، وهو الأصح (عتق وسرى وعلى سيده قيمة باقيه)، إذ الهبة له هبة لسيدة وقبوله كقبول سيده شرعا هذا ما جزم به الرافعي هنا واستشكله في الروضة ثم بحث عدم السراية، لأنه دخل في ملكه قهرا كالإرث وجريا عليه في الكتابة قال الرافعي: وقول الغزالي بالسراية لم أجده في النهاية، ولا غيرها واعتمده البلقيني وقال: السراية غريبة ضعيفة لا يلتفت إليها رادا بذلك تصويب الإسنوي لها لما مر أن فعل عبده كفعله، وفي الرد نظر لما قدمته آنفا أن العبد تصرفه كتصرف سيده من وجه دون وجه، لأنه ليس نائبا عنه حتى تلزمه رعاية مصلحته من كل وجه، ولا مستقلا حتى يلزمه رعاية ذلك أصلا. فراعوا مصلحة السيد من وجه فمنعوه القبول إذا لزمه النفقة ومصلحة القريب من وجه وهو صحة قبوله، والسراية إذا لم تلزمه النفقة ولتنزيلهم فعل العبد منزلة فعل السيد في الحلف وغيره مما مر لم

يتمحض فعله للقهر على السيد فاتضح ما في المتن،
والجواب عن بحث الروضة المذكور فتأمله. أما إذا كان
السيد بحيث تلزمه نفقة البعض فلا يصح قبول العبد له
جزما، وأما المكاتب فيقبل، ولا يعتق على السيد، لأن
الملك له نعم إن عجز عتق البعض ولم يسر، لعدم اختيار
السيد مع استقلال المكاتب، وإن كان هو المعجز له، لأنه
إنما قصد التعجيز، والملك حصل ضمنا، وأما المبعوض وثم
مهاياة ففي نوبته لا عتق، وفي نوبة السيد كالقن فإن لم
تكن مهاياة فما يتعلق به قن وبسيده فيه ما مر

(فصل) في الإعتاق في مرض الموت وبيان القرعة
في العتق إذا (أعتق) تبرعا (في مرض موته عبدا لا يملك
غيره) عند موته (عتق ثلثه)، لأن المريض إنما ينفذ تبرعه
من ثلثه، نعم إن مات في حياة السيد مات كله حرا على
الأصح، ومن ثم لو وهبه فأقبضه فمات، والسيد حي مات
على ملك الموهوب له، ومن فوائد موته حرا <ص: 370>
في الأولى انجرار ولاء ولده من موالى أمه إلى معتقه
(فإن كان عليه دين مستغرق) وأعتقه تبرعا أيضا (لم يعتق
منه شيء) ما دام الدين باقيا، لأن العتق حينئذ كالوصية،
والدين مقدم عليها، ومن ثم لو أبرأ الغرماء منه، أو تبرع
به أجنبى عتق ثلثه، أما إذا كان نذر إعتاقه في صحته
ونجزه في مرضه فيعتق كله كما لو أعتقه عن كفارة
مرتبة. وخرج بالمستغرق غيره فالباقي بعده كأنه كل المال
فينفذ العتق في ثلثه

(ولو أعتق) في مرض موته (ثلاثة) معا كقوله: أعتقتكم (لا
يملك غيرهم قيمتهم سواء) ولم تجز الورثة (عتق أحدهم)
يعني تميز عتقه (بقرعة)، لأنها شرعت لقطع المنازعة
فتعينت طريقا ولخبر مسلم {أن أنصاريأ أعتق ستة
مملوكين له عند موته لا يملك غيرهم فجزأهم صلى الله
عليه وسلم أثلاثا ثم أعتق اثنين وأرق أربعة} قال في
البحر: والمراد جزأهم باعتبار القيمة، لأن عبيد الحجاز لا
تختلف قيمتهم غالبا. ويدخل الميت منهم في القرعة فإن
قرع رق الآخرين وبان أنه مات حرا فيتبعه كسبه ويورث
وتتعين القرعة فلا يجوز اتفاقهم على أنه إن طار غراب
فهذا حر أو من وضع صبي يده عليه حر. (وكذا لو قال:
أعتقت ثلثكم أو ثلثكم حر) فيقرع لتجتمع الحرية في واحد،
لأن إعتاق بعض القن كإعتاقه كله فصار كقوله: أعتقتكم

(فلو قال: أعتقت ثلث كل عبد) منكم (أقرع) لما مر (وقيل: يعتق من كل ثلثه)، ولا إقراع لتصريحه بالتبويض، وهو القياس لولا تشوف الشارع إلى تكميل العتق المتوقف على القرعة ولو قال: ثلث <ص: 371> كل حر بعد موتي عتق ثلثه، ولا قرعة، لأن العتق بعد الموت لا يسري (، والقرعة) علمت مما مر في القسمة وتحصل في هذا المثال بأحد شيئين: الأول (أن تؤخذ ثلاث رقاع متساوية) ثم (يكتب في ثنتين رق، وفي واحدة عتق)، لأن الرق ضعف الحرية (وتدرج في بنادق كما سبق) ثم (وتخرج واحدة باسم أحدهم فإن خرج العتق عتق ورق الأخران) بفتح الخاء (أو الرق رق وأخرجت أخرى باسم آخر) فإن خرج العتق عتق ورق الثالث وإلا فالعكس. ويجوز الاقتصار على رقتين في واحدة رق، وفي أخرى عتق كما رجحه البلقيني كالإمام قال:، إذ ليس فيه إلا أن رقعة الرق إذا خرجت على عبد تدرج في بندقتها مرة أخرى فتكون الثلاث أرجح فقط وقال ابن النقيب: كلامهم يدل على وجوب الثلاث. ا هـ. والأول أوجه (و) ثانيهما أنه (يجوز أن تكتب أسماؤهم) في الرقاع (ثم تخرج رقعة) والأولى إخراجها (على الحرية) لا الرق، لأنه أقرب إلى فصل الأمر (فمن خرج اسمه عتق ورقا) أي: الباقيان لانفصال الأمر بهذا أيضا. وقضية عبارته أن الأول أولى، لكن الذي صوبه جمع متقدمون أن الأولى الثاني، لأن الإخراج فيه مرة واحدة بخلافه في الأول فإنه قد يتكرر. (وإن) لم تكن قيمتهم سواء كأن (كانوا ثلاثة قيمة واحد مائة وآخر مائتان وآخر ثلثمائة أقرع) بينهم (بسهمي رق وسهم عتق) بأن يكتب في رقتين رق، وفي واحدة عتق ويفعل ما مر (فإن خرج العتق لذئ المائتين عتق ورقا) أي: الباقيان، لأنه به يتم الثلث (أو) لذئ (الثلثمائة عتق ثلثاه)، لأنهما الثلث ورق باقيه، والأخران (أو) خرجت (للأول عتق ثم يقرع للآخرين بسهم رق وسهم عتق) في رقتين (فمن خرج) العتق على اسمه منهما (تم) منه الثلث) فإن خرجت للثاني عتق نصفه، أو للثالث فثلثه. وتجوز الطريق الأخرى هنا أيضا فإن خرج اسم الأول عتق ثم تخرج أخرى فإن خرج اسم الثاني عتق نصفه، أو الثالث عتق ثلثه

(وإن كانوا) أي: المعتقون معا (فوق ثلاثة) لا يملك غيرهم (وأمكن توزيعهم بالعدد، والقيمة) في جميع الأجزاء (كسنة

قيمتهم سواء). ومثلهم ستة قيمة ثلاثة مائة مائة وثلاثة
خمسون خمسون فيضم كل خسيس لنفيس (جعلوا اثنين
اثنين) أي: جعل كل اثنين جزءا وفعل كما مر في الثلاثة
المستويين في القيمة (أو) أمكن توزيعهم (بالقيمة دون
العدد) في كل الأجزاء كخمسة قيمة أحدهم مائة واثنين
مائة واثنين مائة جعل الواحد جزءا، والاثنان جزءا، والاثنان
جزءا ثالثا، أو في بعضها (كسنة قيمة أحدهم مائة وقيمة
اثنين مائة و) قيمة (ثلاثة مائة جعل الأول جزءا، والثلاثة
جزءا) وأقرع كما سبق <ص: 372> وفي عتق الاثنين إن
خرج وافق ثلث العدد ثلث القيمة فقوله: دون العدد صادق
بعض الأجزاء في مقابلته للمثبت قبله في جميع الأجزاء
فلا اعتراض على المتن، ولا مخالفة بينه وبين ما في
الروضة وأصلها من جعل السنة المذكورة مثلا للاستواء
في العدد دون القيمة، نظرا إلى أن القيمة مختلفة فلا
يمكن التوزيع بها في الكل، بخلاف العدد فإنه يمكن
الاستواء فيه، وإن كان للنظر إلى القيمة في ذلك دخل،
ومن ثم قال الشارح المحقق: لا يتأتى التوزيع بالعدد دون
القيمة أي: مع قطع النظر عنها أصلا وأجاب شيخنا عن هذا
التناقض بين المتن وأصله، والروضة وأصلها بأن مثال
السنة المذكور صالح لإمكان التوزيع بالقيمة دون العدد،
نظرا إلى عدم تأتي توزيعها بالعدد مع القيمة <ص: 373>
ولعكسه، نظرا إلى عدم تأتي توزيعها بالقيمة مع العدد
وهو يرجع لما قدمناه، إذ عدم التأتي في كل من الأمرين
إنما هو بالنظر لما مر فتأمل. ولك أن تقول: لا منافاة
بينهما من وجه آخر، وهو أن المتن وأصله عبرا بالتوزيع،
والروضة وأصلها إنما عبرا بالتسوية، وبين التوزيع، والتسوية
فرق واضح لصدقها في السنة المذكورة ولو مع قطع
النظر عن القيمة، بخلافه فصح جعل الروضة وأصلها لها
مثالا لما ذكرناه وجعل المتن وأصله لها مثالا لما ذكرناه
فتأمله أيضا ليتضح لك أن قول الشارح: لا يتأتى التوزيع
بالعدد دون القيمة لا ينافي قول الروضة وأصلها: وإن أمكن
التسوية بالعدد دون القيمة كسنة إلى آخره
(وإن تعذر) توزيعهم (بالقيمة) وبالعدد بأن لم يكن لهم ولا
لقيمتهم ثلث صحيح (كأربعة قيمتهم سواء ففي قول
يجزؤون ثلاثة أجزاء واحد) جزء (وواحد) جزء (واثنان) جزء،
لأنه الأقرب إلى فعله صلى الله عليه وسلم (فإن خرج

العتق لواحد) سواء أكتب العتق، والرق أم الأسماء (عتق) كله (ثم أقرع) بين الثلاثة الباقيين بعد تجزئتهم أثلاثا (ليتم الثلث) فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثه هذا ما دلت عليه عبارة الشيخين وصرح به في التهذيب، وهو يرد ما فهمه جمع من الشراح من بقاء الاثنيين على حالهما ثم ترددا فيما إذا خرجت للاثنين هل يعتق من كل سدسه أم يقرع بينهما ثانيا فمن قرع عتق ثلثه ؟ زاد الزركشي أن الأول مقتضى كلامهم، لأنهم جعلوا الاثنيين بمثابة الواحد (أو) خرج العتق (للاثنين) المجمعولين جزءا (رق الآخرا ثم أقرع بينهما) أي الاثنيين (فيعتق من خرج له العتق وثلث الآخر)، لأنه بذلك يتم الثلث. (وفي قول يكتب اسم كل عبد في رقعة) فالرقاع أربع ثم يخرج على العتق واحدة بعد أخرى إلى أن يتم الثلث (فيعتق من خرج) أولا (و) تعاد الرقعة بين الباقيين فمن خرجت له ثانياً بان أن ثلثه هو الباقي من الثلث فيعتق (ثلث الباقي)، وهو القارع ثانياً، لأن هذا أقرب إلى فصل الأمر، وفي بعض النسخ الثاني بالمثلثة، والنون وصوبت (قلت: أظهرهما الأول والله أعلم) لما مر أن تجزئتهم ثلاثة أجزاء أقرب لما مر في الخبر (والقولان في استحباب)، لأن المقصود يحصل بكل. (وقيل) وانتصر له بأنه نص الأم وقضية كلام الأكثرين (في إيجاب) للأقربى المذكورة، أما إذا أعتق عبدا مرتبا فلا قرعة بل يعتق الأول فالأول إلى تمام الثلث

(وإذا أعتقنا بعضهم) أي: الأرقاء (بقرعة فظهر مال) آخر للميت لم يعلم وقت القرعة (وخرج كلهم من الثلث عتقوا) أي: بان عتقهم وأنهم أحرار تجري عليهم أحكام الأحرار من حين إعتاقه (و) من ثم كان (لهم كسبهم) ونحوه كإرش جنابة ومهر أمة. وتبعية ولدها لها (من يوم) أي: وقت (الإعتاق) وبطل نكاح أمة زوجها الموارث بالملك ويلزمه مهرها إن وطئها ويكمل حد من جلد كقن ويرجم إن كان محصنا (ولا يرجع <ص: 374> الموارث بما أنفق عليهم) مطلقا وإن أطال البلقيني في ترجيح تفصيل فيه، لأنه أنفق على أن لا يرجع كمن نكح فاسدا يظن الصحة لا يرجع بما أنفق قبل التفريق ويظهر أنهم يرجعون عليه بما استخدمهم فيه لا بما خدموه له، وهو ساكت أخذا مما مر في غصب الحر (وإن خرج) من الثلث (بما ظهر عبد)، أو بعضه، أو أكثر منه (آخر أقرع) بينه وبين من بقي منهم

فمن قرع عتق أيضا (ومن عتق) ولو (بقرعة حكم بعته من يوم الإعتاق) لا القرعة، لأنها مبينة للعتق لا مثبتة له، بخلاف الموصى بعته فإنه يقوم وقت الموت، لأنه وقت الاستحقاق (وتعتبر قيمته حينئذ) أي: حين إذ عتق لما تقرر أنه بان بها أنه حر قبلها (وله كسبه) ونحوه مما مر (ومن يومئذ غير محسوب من الثلث) لحدوثه على ملكه (ومن بقي رقيقا قوم يوم الموت)، لأنه وقت استحقاق الوارث هذا إن كانت القيمة يومه أقل، أو لم تختلف ليوافق ما في الروضة وأصلها من أنه يعتبر أقل قيمة من وقت الموت إلى قبض الورثة للتركة، لأنها إن كانت وقت الموت أقل فالزيادة على ملكهم، أو وقت القبض أقل فما نقص قبل ذلك لم يدخل في ملكهم فلا يحسب عليهم كمغصوب أو ضائع من التركة قبل أن يقبضوه (وحسب) على الوارث (من الثلثين هو وكسبه الباقي قبل الموت) ظاهر لكسبه (لا الحادث بعده) فلا يحسب عليه، لحدوثه على ملكه فلا يقضى دين المورث منه

(فلو أعتق ثلاثة لا يملك غيرهم قيمة كل) منهم (مائة فكسب أحدهم مائة) قبل موت السيد (أقرع فإن خرج العتق للكاسب عتق وله المائة)، لما مر أن من عتق له كسبه من حين عتقه (وإن خرج لغيره عتق ثم أقرع) بين الكاسب، والآخر ليتم الثلث (فإن خرجت) القرعة (لغيره عتق ثلثه) وبقي ثلثاه مع المكتسب وكسبه للورثة وذلك ضعف ما فات عليهم (وإن خرجت له) أي: للمكتسب (عتق ربه وتبعه ربع كسبه)، لأنه يجب أن يبقى لهم ضعف ما عتق، ولا يحصل إلا بذلك فجملة ما عتق مائة وخمسة وعشرون وما بقي مائتان وخمسون، وأما الخمسة، والعشرون التي هي ربع كسبه فغير محسوبة كما مر وحذف من أصله طريقة ذلك بالجبر، والمقابلة لخفائها <ص: 375>

(فصل) في الولاء. بفتح الواو، والمد من الموالة أي: المعاونة، والمقاربة، وهو شرعا عصوبة ناشئة عن حرية حدثت بعد زوال ملك متراخية عن عصوبة النسب تقتضي للمعتق وعصبته الإرث وولاية النكاح، والصلاة عليه، والعقل عنه، والأصل فيه قبل الإجماع الأخبار الصحيحة نحو إنما {الولاء لمن أعتق} {الولاء لحمة كلحمه النسب} بضم اللازم وفتحها (من عتق عليه) خرج به من أقر بحرية قن

ثم اشتراه فإنه يحكم عليه بعتقه ويوقف ولاؤه، ومن أعتق عن غيره، أو عن كفارة غيره بعوض، أو غيره، وقد قدر انتقال ملكه للغير قبيل عتقه فولأؤه لذلك الغير. ووقع في شرح فصول ابن الهائم للمارديني وشيخنا أنه إذا أعتق عن الغير بغير إذنه يكون المولاء للمالك، بخلاف ما إذا كان بإذنه، أو بغير إذنه، لكن في معرض التكفير فإنه يعتق عمن أعتق عنه، والمعتق نائب عنه في الإعتاق. أ هـ. وهو عجيب لتوقف الكفارة على النية المتوقفة على الإذن، وقد اتفقت عباراتهم على أن لغير المكفر التبرع عنه بالتكفير بإذنه فقولهم: بإذنه صريح في توقف التكفير عنه بالإعتاق وغيره على إذنه وكذا كل ما يحتاج للنية لا يفعل عن الغير إلا بإذنه كإخراج زكاة الفطر وغيرها فاحفظ ذلك فإنه مهم. نعم يصح حمل كلامهما على عتق أجنبي عن كفارة الغير الميت إذا كانت مرتبة بناء على ما في الروضة وأصلها في الأيمان وجرى عليه في شرح المروض أن للأجنبي العتق عنه فيها لكنه في شرح منهجه فرع ما فيها على تعليل المنع في المخيرة بسهولة التكفير بغير إعتاق أي، وليس الأمر كذلك وإنما السبب اجتماع بعد العبادة عن النيابة وبعد الولاء للميت وجزم بذلك في شرح البهجة فقال: لا يؤدي أجنبي إعتاقا عنه ولو في مرتبة وعمله بما ذكر، فإن قلت: يحمل كلامهما على عتق الوارث عنه قلت: يمكن بل يتعين بدليل تعليل شيخنا بأن المعتق نائب عنه في الإعتاق، ومن أعتقه الإمام من عبيد بيت المال فإن ولاءه للمسلمين <ص: 376> كذا قيل، وهو ضعيف لتصريحهم بأن الإمام لا يجوز له العتق، لأنه كولي اليتيم، ومن ثم كان الوجه من اضطراب أنه ليس له بيع عبد بيت المال من نفسه كما مر، نعم مر أنفا عتقه في صورة فيمكن حمل ذلك عليها (رقيق بإعتاق) منجز، أو معلق، ومنه بيع العبد من نفسه لما مر أنه عقد عتاقة (أو كتابة، أو تدبير) ولكون العتق في هذه اختياريًا وفيما بعدها قهريًا غير العاطف على ما في نسخ، وفي بعضها العطف بالواو في الكل وكثير منها العطف بها فيما عدا الكتابة وكان وجهه أنه جعل المباشرة الحقيقية قسما وما عداها أقساما آخر فقال: (واستيلاد وقرابة وسراية فولأؤه له)، للخبرين المذكورين (ثم لعصبته) المتعصبين بأنفسهم الأقرب فالأقرب كما مر في الفرائض للخبر السابق، والترتيب إنما هو

بالنسبة لفوائد الولاء المترتبة عليه من إرث وولاية تزويج وغيرهما لا لثبوته فإنه يثبت لعصبته معه في حياته، ومن ثم لو تعذر إرثه به دونهم ورثوا به كما لو أعتق مسلم نصرانيا ومات في حياته وله بنون نصارى فإنهم المذنب يرثونه ثم المنتقل إليهم الإرث به لا إرثه فإن المولى لا ينتقل كما أن نسب الإنسان لا ينتقل بموته، وسببه أن نعمة الولاء تختص به، ومن ثم قالوا: الولاء لا يورث بل يورث به، أما العصبية بغيره كالبنات مع الابن ومع غيره كهي مع الأخت فلا ترث به

(ومن ثم لا ترث امرأة بولاء)، لأن الولاء أضعف من النسب المترابي وإذا تراخى النسب ورث المذکور فقط ألا ترى أن ابن الأخ، والعم وبنهما يرثون دون أخواتهم! (إلا من عتيقها و) كل منتم إليه بنسب، أو ولاء نحو (أولاده)، وإن سفلوا (وعتقائه) وعتقاء عتقائه وهكذا، لأنه صلى الله عليه وسلم {جعل الولاء على بريرة لعائشة رضي الله عنهما} ولأن نعمة إعتاقها شملتهم كما شملت المعتق فاستتبعوه في الولاء وهذه أبسط مما في الفرائض >ص: 377< فلا تكرر. وخرج بمنتم من علقته به عتيقة بعد العتق من حر أصلي فإنه لا ولاء عليه لأحد (فإن عتق عليها أبوها ثم أعتق عبدا فمات بعد موت الأب بلا وارث) له ولا للأب بأن مات عنها وحدها (فماله للبنات) لا لكونها بنت معتقه بل، لأنها معتقة معتقه، أما إذا مات عنها وعن نحو أخي أبيها فماله له، ولا شيء لها، لأنه عصبية نسب، وهو مقدم على معتق المعتق وهذه التي يقال أخطأ فيها أربعمئة قاض، لأنهم رأوها أقرب مع أن لها عليه عصوبة فورثوها وغفلوا عن أن المقدم في الولاء المعتق فعصبته فمعتقه فعصبته فمعتق معتقه فعصبته وهكذا وحكى الإمام غلط أولئك أيضا فيما إذا اشترى أخ وأخت أباهما فعتق عليهما ثم أعتق قنا ومات ثم مات العتيق فقالوا: ميراثه لهما لاشتراكهما في الولاء، وهو غلط بل الإرث له وحده (والولاء لا على العصبات) كالنسب فلو مات معتق عن ابنين وثبت لهما ولاء العتيق فمات أحدهما عن ابن فولاء العتيق لابن، لأنه لو قدر موت العتيق حينئذ لم يرثه إلا الابن ولو مات المعتق عن ثلاث بنين ثم مات أحدهم عن ابن وآخر عن أربعة وآخر عن خمسة فالولاء بين العشرة بالسوية فيرثون العتيق أعشارا لاستواء قريهم (ومن مسه

رق) فعتق (فلا ولاء عليه إلا لمعتقه وعصبته) ثم بيت المال دون معتق أصوله، لأن ولاء المباشرة لقوته يقطع ولاء الاسترسال وهذا مستثنى مما مر أن الولاء على العتيق وفروعه، وإن سفلوا وكذا من أبوه حر أصلي فلا ولاء عليه لموالي أمه، لأن الانتساب للأب، ومن ثم لو تزوج عتيق بكرة أصلية ثبت الولاء على الولد لموالي أبيه (ولو نكح عبد معتقة فأنت بولد فولأؤه لموالي الأم)، لأنهم أنعموا عليه لعتقه بعقتها (فإن أعتق الأب انجر) الولاء أي: بطل وانقطع من حين عتق الأب عن موالي الأم (إلى مواليه)، لأن الولاء فرع النسب إلى مواليه، والنسب إليه، وإن علا دونها وإنما ثبت لمواليتها عند تعذره من جهة الأب برقه فإذا أمكن بعته عاد لموضعه <ص: 378> فإن انقرضوا فليت المال ولا يعود لموالي الأم ولو كان معتق الأب هو الابن نفسه فسيأتي (ولو مات الأب رقيقا وعتق الجد) أبو الأب، وإن علا دون أبي الأم (انجر) الولاء (إلى مواليه) أي: الجد، لأنه كالأب ويستقر بعدهم لبيت المال (فإن أعتق الجد، والأب رقيقا انجر) لموالي الجد (فإن أعتق الأب بعده) أي: بعد انجراره لموالي الجد (انجر) من موالي الجد (إلى مواليه) أي: الأب، لأنه إنما انجر لموالي الجد لرقه فإذا عتق عاد لمواليه، لأنه أقوى ثم بعد مواليه لبيت المال (وقيل): لا ينجر لموالي الجد بل (يبقى لموالي الأم حتى يموت الأب) رقيقا (فينجر إلى موالي الجد)، لأنه ما بقي مانع فإذا مات زال المانع ولو ملك هذا الولد الذي من العبد، والعتيقة (أباه جر ولاء إخوته لأبيه) من موالي الأم (إليه)، لأن أباه عتق عليه فثبت له الولاء عليه وعلى أولاده من أمه وعتيقة أخرى (وكذا ولاء نفسه) يجره إليه (في الأصح) كإخوته (قلت: الأصح المنصوص لا يجره والله أعلم) بل يبقى لموالي أمه وإلا لثبت له على نفسه وهو محال، ومن ثم ثبت للسيد على قن كاتبه، أو باعه نفسه وأخذ منه النجوم، أو الثمن

كتاب التدبير

هو لغة: النظر: في عواقب <ص: 379> الأمور وشرعا: تعليق عتق بالموت وحده، أو مع شيء قبله من الدبر، لأن الموت دبر الحياة ولا يرد عليه العتق من رأس المال في إذا مت فأنت حر قبل موتي بشهر، أو يوم مثلا

فمات فجأة، لأنه ليس تعليقا بالموت وإنما يتبين به أنه عتق قبله فعلم أنه متى علقه بوقت قبل الموت، أو بعده كان محض تعليق لا تدبير فلا يرجع فيه بالقول قطعاً ويعتق من رأس المال إن خلا الوقت عن مرض الموت، أو زاد على مدته كما يأتي وأصله قبل الإجماع تقريره صلى الله عليه وسلم لمن دبر غلاماً لا يملك غيره عليه. وأركانها: مالك وشرطه: تكليف إلا في السكران واختيار، ومحل، وشرط كونه قنا غير أم ولد كما يعلمان من كلامه، وصيغة وشرطها: الإشعار به لفظاً كانت، أو كتابة، أو إشارة وهي صريح أو كناية و (صريحه) ألفاظ: منها (أنت حر بعد موتي، أو إذا مت، أو متى مت فأنت حر)، أو عتق (أو أعتقتك)، أو حررتك (بعد موتي) ونحو ذلك من كل ما لا يحتمل غيره. ونزع البلقيني في إذا مت أعتقتك، أو حررتك بأنه وعد نحو إن أعطيتني ألف درهم طلقتك ويجاب بأن ما بعد الموت لا يحتمل الوعد، بخلاف ما في الحياة علي أن ما أطلقه في طلقته مر فيه ما يردده (وكذا دبرتك، أو أنت مدير على المذهب)، لأن التدبير معروف في الجاهلية وقرره الشرع واشتهر في معناه فلا يستعمل في غيره وبه فارق ما يأتي في كاتبتك أنه لا بد أن يضم له فإذا أدبت فأنت حر، أو نحوه. ويصح تدبير نحو نصفه، أو بعضه فيعينه وارثه ولا يسري لا نحو يده كما اقتضاه كلام الرافعي واعتمده الزركشي وغيره ويفرق بينه وبين العتق بأنه أقوى <ص: 380> فأثر التعبير فيه بالبعض عن الجملة، بخلاف التدبير، ومن ثم لو قال: إن مت فيدك حرة فمات عتق كله، لأن هذا يشبه العتق المنجز من حيث لزومه بالموت، بخلاف دبرتها

(ويصح بكناية عتق) وهي ما يحتمل التدبير وغيره (مع نية كخليت سبيلك بعد موتي) أو إذا مت فأنت حرام، أو مسيب ونحو ذلك، لأنه نوع من العتق فدخلته كنياته، ومن الكناية هنا صريح الوقف كحبستك بعد موتي، فإن قلت: هذا صريح في الوصية بالوقف من الثلث بعد الموت كما مر وما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره قلت: الوصية، والتدبير متحدان، أو قريان من الاتحاد كما يعلم مما يأتي فصحت نية التدبير بصريح الوصية القريبة لذلك

(ويجوز) التدبير (مقيدا) بصفة (كإن مت في هذا الشهر، أو) هذا (المرض فأنت حر) فإن وجدت الصفة المذكورة ومات عتق وإلا فلا. ونبه بقوله: في هذا الشهر على أنه لا بد من إمكان حياته المدة المعينة عادة فنحو إن مت بعد ألف سنة فأنت حر باطل (ومعلقا) على شرط آخر غير الموت (كإن دخلت) الدار (فأنت حر بعد موتي)، لأنه إما وصية، أو تعليق عتق بصفة وكل منهما يقبل التعليق (فإن وجدت الصفة ومات عتق وإلا) توجد (فلا) يعتق.

(ويشترط الدخول قبل موت السيد) كما هو صريح لفظه فإن مات قبل الدخول بطل التعليق فعلم أنه لا يصير مدبرا إلا بعد الدخول (فإن قال: إن)، أو إذا (مت ثم دخلت فأنت حر) كان تعليق عتق بصفة و (اشترط دخول بعد الموت) عملا بقضية ثم، ومن ثم لو أتى بالواو وأطلق <ص: 381> أجزاء الدخول قبل الموت، ومن جعلها كثم جرى على الضعيف أنها للترتيب كما أفاده كلامهما في الطلاق (وهو) أي: الدخول بعد الموت (على التراخي) بمعنى أنه لا يشترط فيه الفور لا أنه يشترط التراخي، وإن كان قضية ثم. ويوجه بأن خصوص التراخي لا غرض فيه يظهر غالبا فألغوا النظر إليه، بخلاف الفور في الفاء، إذ لو عبر بها اشترط اتصال الدخول بالموت، ومن التدبير المقيد لا المعلق خلافا لبعضهم أن يقول: إذا مت، أو متي، أو إن مت فأنت حر وإن، أو إذا، أو متي دخلت، أو شئت مثلا فإن نوى شيئا عمل به وإلا حمل على الدخول، أو المشيئة عقب الموت، لأنه السابق إلى الفهم هنا من تأخير المشيئة عن ذكره وهنا في شرح الإرشاد الكبير ما يتعين الوقوف عليه. وأخذت من اعتبارهم السابق إلى الفهم هنا ما أفيتت به فيمن قال في مرض موته: عبدي مدبر على، والدتي فإن السابق إلى الفهم منه أنه علق عتقه على خدمتها بعد موته إلى أن تموت فيعتق حينئذ.

(وليس للوارث بيعه) <ص: 382> ونحوه من كل مزيل للملك (قبل الدخول) وعرضه عليه، إذ ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان للميت أن يبطله، نعم له تنجيز عتقه كما صوبه شارح، لأن القصد عتقه كيف كان وفيه نظر إذا كان يخرج كله من الثلث لما يلزم عليه من إبطال المولاء للميت وهذا مقصود أي مقصود فالذي يتجه حينئذ أنه لا ينفذ منه، فإن قلت: لو استغرق ونوى بالعتق تنفيذ وصية

الميت فلم لم ينفذ لبقاء الولاء على حاله للميت حينئذ ؟ قلت: لا يتصور وقوع العتق للميت إلا إن عتق بما علق عليه وعتق الوارث وإن نوى به ذلك أجنبي عما علق عليه بكل تقدير فلغا ثم رأيت البغوي أطلق أنه ليس له إعتاقه ثم قال: ويمكن أن يقال: يعتق عن الميت ويمكن بناؤه على أن إجارة الوارث تنفيذ فيجوز ويكون عتقه عن الميت أو تمليك فلا يجوز كما لا يجوز بيعه. ا هـ. وهو صريح في أن الأصحاب على منع إعتاق الوارث وأن ما ذكره عقبه بحث له وفيه نظر ظاهر كما علم مما قررته، لأنه إن كان يخرج من الثلث كما هو الغرض فليس هنا إجارة حتى يقال بنائه على أنها تنفيذ، أو تمليك، وإن لم يخرج منه لم يصح على ما قاله أيضا لما تقرر أن العتق إنما يقع عن الميت إن عتق بالصفة التي علق عليها، وأما لو علقه بصفة فنجزه الوارث فهذا عتق مبتدأ فلا يجري فيه خلاف التنفيذ، والتمليك بل يكون لغوا لما مر أنه لو صح لم يمكن وقوعه للميت وأنه يلزم عليه إبطال حقه من الولاء الذي قصده. فإن قلت: سلمنا ضعف كلام البغوي بل وأنه لا وجه له، لكن ما المانع أن تنجز الوارث هنا كتجزئه عتق المكاتب فإنه لا يمنع العتق عن الكتابة بل يكون الولاء للسيد كما سيعلم مما يأتي آخر الكتابة فيما لو مات عن ابنين وعبد ؟ قلت: الفرق بين الصورتين واضح، لأن التعليق بصفة لا يمنع التصرف في رقبة القن لجواز رفعه من أصله بنحو البيع، بخلاف المكاتب، لأن الكتابة لازمة فيه كالاستيلاء وحينئذ يكون تنجز العتق فيها موافقا للزومها فوقع تنجز الوارث مؤكدا لها لا رافعا كتجزئ المورث، بخلاف المعلق عتقه فإن سبب عتقه ضعيف لجواز رفعه كما تقرر فلم يقع تنجز الوارث مؤكدا بل رافعا ويلزم من كونه رافعا كونه إنشاء مبتدأ، وقد تقرر امتناع رفعه لاستلزامه رفع ولاء الميت الذي قصده بتعليقه لعتقه. ولو خرج بعضه فقط من الثلث فظاهر أنه يصح التنجز منه فيما لم يخرج منه ولزمه قيمته، ولا يسري عليه لما يلزم عليه من إبطال حق الولاء للميت في البعض، أما ما لا يزيل الملك كإيجار فله ذلك، وأما لو عرض عليه الدخول فامتنع فله ما لم يرجع بيعه لا سيما إذا كان عاجزا لا منفعة فيه فيصير كلا عليه

(ولو قال: إذا مت ومضى شهر) أي: بعد موتي (فأنت حر) فهو تعليق عتق بصفة أيضا (فللوارث استخدامه) وكسبه (في الشهر) كما له ذلك فيما مر قبل الدخول لبقائه على ملكه (لا بيعه) ونحوه لما مر <ص: 383> وسبق ما يعلم منه أن الصورتين ليستا تدبيراً، لأن المعلق عليه ليس هو الموت وحده بل مع ما بعده

(ولو قال: إن) أو إذا (شئت)، أو أردت مثلا (فأنت حر إذا مت، أو فأنت (مدبر، أو أنت) مدبر إن، أو إذا شئت، أو أنت (حر بعد موتي إن شئت اشترطت المشيئة) أي: وقوعها في حياة السيد (متصلة) بلفظه في غير الأخيرة وقد أطلق بأن يأتي بها في مجلس التواجب قبل موت السيد نظير ما مر في الخلع لاقتضاء الخطاب ذلك، إذ هو تمليك كالبيع، والهبة، ومن ثم لو انتفى ذكر المشيئة كأن ذكر بدلها نحو دخول، أو انتفى الخطاب كأن شاء عبدي فلان فهو مدبر لم يشترط فور، وإن كان جالسا معه لأنه مجرد تعليق، أما لو صرح بوقوعها بعد الموت، أو نواه فيشترط وقوعها بعده بلا فور وبالموت في الأخيرة ما لم يرد قبله لما مر في نظيرها أنفا في نحو: إن مت فأنت حر إن شئت، لأنها مثلها في التبادر السابق <ص: 384> وفي نحو أنت مدبر إن دخلت إن مت لا بد من تقدم الموت كما هو المقرر في اعتراض الشرط على الشرط. وحمل المتن على ما قررته متعين كما يتضح بمراجعة شرحي للإرشاد الكبير، وإن لم أر أحدا من شراحه تعرض لذلك (فإن قال: متى)، أو مهما مثلا (شئت فللتراخي)، لأن نحو متى موضوع له، لكن بشرط وقوع المشيئة قبل موت السيد ما لم يصرح بما مر، أو ينوه

(ولو قال) أي: قال كل من شريكين (لعهدهما إذا متنا فأنت حر لم يعتق حتى يموتا) لتوجد الصفتان ثم إن ماتا معا كان تعليق عتق بصفة لا تدبيراً، لأنه تعليق بموتين، أو مرتبا صار نصيب آخرهما موتا بموت أولهما مدبرا، لأنه حينئذ معلق بالموت وحده، بخلاف نصيب أولهما (فإن مات أحدهما فليس لوارثه بيع نصيبه) ونحوه من كل مزيل للملك، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك وله نحو استخدامه وكسبه وفارق ما لو أوصى بإعتاق عبد فإن الكسب بعد الموت له، لأنه يجب إعتاقه فورا فكان مستحقه حال الاكتساب (ولا يصح تدبير) مكره و (مجنون)

حال جنونه (وصبي لا مميز وكذا مميز في الأظهر)، لأن عبارتهم لغو لرفع القلم عنهم (ويصح من) مفلس و (سفيه)، وإن حجر عليهما كما مر الثاني في بابه، إذ لا ضرر فيه مع صحة عبارتهما، ومن سكران (وكافر أصلي) ولو حربيا كما يصح استيلاده وتعليقه العتق بصفة لصحة عبارته وملكه. (وتدبير المرتد مبني على أقوال ملكه) كما مر في بابه فعلى الأصح إن أسلم بانت صحته وإلا فلا (ولو دبر) قنا (ثم ارتد) السيد (لم يبطل) تدبيره (على المذهب) فإذا مات مرتدا عتق العبد، لأن الردة لا تؤثر فيما سبقها مع الصيانة لحقه عن الضياع، وعتقه من ثلثه، وإن كان ماله فيئا لا إرثا، لأن الشرط بقاء الثلثين لمستحقيهما، وإن لم يكونوا ورثة (ولو ارتد المدبر لم يبطل) تدبيره، لأن إهداره لا يمنع كونه مملوكا ولو حارب مدبر لمسلم أو ذمي فسبي لم يجز استرقاقه، لأن فيه إبطالا لحق السيد (ولحربي حمل مدبره) الكافر الأصلي من دارنا (إلى دارهم)، وإن دبره عندنا وأبى الرجوع معه، لأن أحكام الرق جميعها باقية فيه، بخلاف المكاتب لا يحمله إلا برضاه لاستقلاله، أما المسلم، والمرتد <ص: 385> فيمنع من حملهما كما لا يجوز له شراؤهما

(ولو كان لكافر عبد مسلم فدبره) بعد إسلامه ولم يزل ملكه عنه (نقض) تدبيره (وبيع عليه) لما في بقاء ملكه عليه من الإذلال وهذا عطف بيان للمراد بالنقض بين به حصوله بمجرد البيع عليه من غير توقفه على لفظه (ولو دبر كافر كافرا فأسلم) العبد (ولم يرجع السيد) في التدبير بأن لم يزل ملكه عنه (نزع من سيده) واستكسب له في يد عدل دفعا للذل عنه، ولا يباع لتوقع حرته (وصرف كسبه إليه) أي: السيد كما لو أسلمت مستولדתه (وفي قول يباع)، لئلا يبقى في ملك كافر (وله) أي: السيد غير السفیه ولوليه (بيع المدبر) وكل تصرف يزيل الملك، لأنه صلى الله عليه وسلم {باع مدبر أنصاري في دين عليه} رواه الشيخان وروى مالك في الموطأ، والشافعي، والحاكم وصححه عن عائشة أنها باعت مدبرة لها سحرتها ولم ينكر عليها، ولا خالفها أحد من الصحابة واحتمال البيع في الأول للدين ردوه بأنه لو كان كذلك لتوقف على طلب الغرماء ولم يثبت، فإن قلت: كيف يصح هذا مع قول الراوي في دين عليه ؟ قلت: مجرد كون المبيع فيه لا يفيد أنه لأجله

فحسب لتوقفه حينئذ على الحجر عليه وسؤال الغرماء في بيعه ولم يثبت واحد منهما على أن قضية عائشة كافية في الحجية

(والتدبير تعليق عتق بصفة)، لأن صيغته صيغة تعليق (وفي قول وصية) للعبد بالعتق نظرا إلى أن إعتاقه من الثلث (فلو باعه) مثلا السيد (ثم ملكه لم يعد التدبير على المذهب)، لأن كلا من التعليق، والوصية يبطله زوال الملك وكما لا يعود الحنث في اليمين (ولو رجع عنه بقول) ومثله إشارة أحرص مفهومة وكتابة (كأبطلته فسخته نقضته رجعت فيه صح) الرجوع (إن قلنا) بالضعف أنه (وصية) لما مر في الرجوع عنها (وإلا) نقل وصية بل تعليق عتق بصفة كما هو الأصح (فلا) يصح بالقول كسائر التعليقات (ولو علق مدبر، أو مكاتب) أي: عتق أحدهما (بصفة صح) كما يصح تدبير وكتابة المعلق عتقه بصفة، والتدبير، والكتابة بحالهما (و) من ثم (عتق بالأسبق من) الوصفين (الموت)، أو أداء النجوم (والصفة) تعجلا للعتق فإن سبقت الصفة المعلق بها عتق بها، أو الموت فيه عن التدبير، أو الأداء فيه عن الكتابة (وله وطء مدبرة) لبقاء ملكه فيها كالمستولدة مع أنه لم يتعلق بها حق لازم <ص: 386> (ولا يكون) وطؤه لها (رجوعا) عن التدبير، لأنه قد يؤدي إلى العلق المحصل لمقصود التدبير، وهو عتقها، بخلاف نحو البيع (فإن أولدها بطل تدبيره)، لأن الاستيلاء أقوى منه، إذ لا يعتبر من الثلث، ولا يمنع منه الدين فرفعه كما يرتفع النكاح بملك اليمين

(ولا يصح تدبير أم ولد) لما تقرر أن الإيلاد أقوى، والأضعف لا يدخل على الأقوى (ويصح تدبير مكاتب) كما يصح تعليق عتقه بصفة (وكتابة مدبر) لموافقها لمقصود التدبير فيكون كل منهما مدبرا مكاتبا ويعتق بالأسبق من الوصفين: موت السيد وأداء النجوم ويبطل الآخر إلا إن كان هو الكتابة فلا تبطل أحكامها بل يتبع العتق كسبه وولده كما قاله ابن الصباغ في الأولى مخالفا فيه أبا حامد وغيره. وقيس بها الثانية وفرق بعضهم واعتمده ابن المقرئ ويوجه بأن طروها أوجب ضعفها فبطلت أحكامها أيضا وسيعلم مما يأتي قريبا أنه إذا كان الأسبق الموت لم يعتق كله إلا إن وسعه الثلث وإلا فقد ما يسعه فقط

(فصل) في حكم حمل المدبرة والمعلق عتقها بصفة وجناية المدبر وعتقه إذا (ولدت مدبرة) ولدا (من نكاح، أو زنا لا يثبت للولد حكم التدبير في الأظهر)، لأنه عقد يقبل الرفع فلا <ص: 387> يسري للولد الحادث بعده كالرهن، بخلاف الاستيلاد. وخرج بولدت ما لو كانت حاملا عند موت السيد فيتبعها جزما (ولو دبر حاملا) يملكها وحملها ولم يستثنه (ثبت له) أي: الحمل وإن انفصل في حياة السيد (حكم التدبير على المذهب)، لأنه كبعض أعضائها (فإن ماتت) الأم في حياة السيد بعد انفصاله، أو قبله ثم انفصل حيا (أو رجع في تدبيرها) بالفعل إن تصور، أو (بالقول) على القول به (دام تدبيره)، وإن اتصل (وقيل: إن رجع، وهو متصل فلا) يدوم تدبيره بل يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير. وفرق الأول بقوة العتق وما يؤول إليه ولو خصص الرجوع بها دام قطعاً أما إذا استثناه فلا يتبعها ويفرق بينه وبين ما مر في العتق بقوته كما تقرر ومحل ذلك إن ولدته قبل الموت وإلا تبعها، لأن الحرة لا تلد إلا حراً أي: غالباً ويعرف كونها حاملاً حال التدبير بما مر أول الوصايا (ولو دبر حملاً) وحده (صح) تدبيره كما يصح إعتاقه دونها، ولا يتعدى إليها، لأنه تابع (فإن مات) السيد (عتق) الحمل (دون الأم) لما تقرر أنه تابع (، وإن باعها) مثلاً حاملاً (صح) البيع (وكان رجوعاً عنه) أي: عن تدبيره كما لو باع المدبر ناسياً لتدبيره (ولو ولدت المعلق عتقها) بصفة ولداً من نكاح، أو زناً (لم يعتق الولد)، لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يتعد له كالرهن، والوصية (وفي قول إن عتقت بالصفة عتق) كولد أم الولد وجوابه ما تقرر أن هذا قابل للفسخ. وتعميم جريان الخلاف هو ما صرح به المصنف في تصحيح التنبية، وهو قياس ما مر في ولد المدبرة، ومن ثم يأتي هنا على المعتمد <ص: 388> نظير تفصيله السابق ثم خلافاً لقطع ابن الرفعة بالتبعية فيما إذا اتصل عند التعليق وقطع غيره بها أيضاً إذا اتصل بوجود الصفة، وقد عتقت بها وإن حدث بعد التعليق، ومحل ما ذكر في المتصل بالتعليق ما إذا بقي، أو بطل بموتها قبل الانفصال أو بغيره بعده، بخلاف ما لو بطل بغيره قبله فلا تبعية ولم يبين المصنف هذا التفصيل على المعتمد للعلم به مما قدمه في ولد المدبرة كما تقرر فلا اعتراض عليه

(ولا يتبع) عبدا (مدبرا ولده) قطعاً وفارق الأم بأنه يتبعها
دونه رقا وحرية فكذا في سبب الحرية (وجنايته) أي: المدبر
(كجناية قن) فيما مر فيها من قتله، أو بيعه ويبطل التدبير،
أو فداء السيد له ويبقى التدبير، والجناية عليه كهي على
قن، ولا يلزم سيده أن يشتري بما أخذه من قيمته من
يدبره (ويعتق) المدبر (بالموت) أي: موت السيد محسوبا
(من الثلث كله، أو بعضه بعد الدين) غير المستغرق لخبر
فيه الأصح وقفه على راويه ابن عمر رضي الله عنهما
ولأنه تبرع يلزم بالموت كالوصية، أما إذا كان مستغرقا فلا
يعتق منه شيء. وجيلة عتق كله أنت حر قبل مرض موتي
يوم، وإن مت فجأة فقبل موتي يوم فإذا <ص: 389>
مات بعد التعليقين بأكثر من يوم عتق من رأس المال،
وإن لم يكن له غيره ولو كان عليه دين مستغرق، لأن
عتقه وقع في الصحة (ولو علق) في صحته (عتقا على
صفة تختص بالمرض كأن دخلت) الدار (في مرض موتي
فأنت حر عتق) عند وجود الصفة (من الثلث) كما لو نجز
عتقه حينئذ (وإن احتملت) الصفة (الصحة) أي: الوقوع فيها
كالمرض بأن لم يقيد الصفة به كأن دخلت فأنت حر بعد
موتي (فوجدت في المرض فمن رأس المال) يعتق (في
الأظهر) نظرا لحالة التعليق، لأنه عنده لم يثبم بإبطال حق
الورثة هذا إن وجدت الصفة بغير اختياره أي: السيد كطلوع
الشمس وإلا فمن الثلث قطعاً لاختياره العتق في المرض
ولو علقه كاملاً فوجدت، وهو محجور عليه بفلس فكما
ذكر، أو مجنون، أو سفیه عتق قطعاً وفارقاً ذينك بأن
الحجر فيهما لحق الغير، بخلاف هذين (ولو ادعى عبده
التدبير فأنكره فليس برجوع)، وإن جوزنا الرجوع بالقول
كما أن جحود الردة، والطلاق ليس إسلاماً ورجعة. وقالوا في
موضع آخر: إنه رجوع، والمعتمد ما هنا (بل يحلف) السيد
أنه ما دبره لاحتمال أنه يقر، فإن نكل حلف العبد وثبت
تدبيره وله رفع اليمين بإزالة ملكه عنه (ولو وجد مع مدبر
مال)، أو اختصاص (فقال: كسبته بعد موت السيد وقال
الوارث): بل (قبله صدق المدبر بيمينه)، لأن اليد له، ومن
ثم لو قالت عن ولدها: ولدته بعد موت السيد فهو حر
وقال الوارث: بل قبله صدق، لأنها بدعواها حرته نفت أن
يكون لها عليه يد، لأن الحر لا يدخل تحت اليد وإنما
سمعت دعواها لمصلحة الولد. (وإن أقاما بينتين) بما قاله

(قدمت بينته) لاعتضادها باليد ولو شهدت بينة الوارث أن ما بيده كان بها في حياة السيد <ص: 390> وقال المدبر: كان بيدي لفلان صدق المدبر

كتاب الكتابة

من الكتب أي: الجمع لما فيها من جمع النجوم. وأصل النجم هنا الوقت الذي يحل فيه مال الكتابة وهي شرعا: عقد عتق بلفظها معلق بمال منجم بوقتين معلومين فأكثر وتطلق على المخارجة السابقة قبيل الجراح وهي إسلامية، إذ لا تعرفها الجاهلية

ومخالفة للقياس من وجوه: بيع ماله بماله، وثبوت مال في ذمة قن لمالكة ابتداء، وثبوت ملك للقن. وجازت بل ندبت مع ذلك للحاجة، إذ السيد قد لا يسمح به مجانا، والعبد قد لا يستفرغ وسعه في الكسب إلا بعدها لإزالة رقه، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا}، والخبر الصحيح {من أعان مكاتبا في زمن كتابته في فك رقبتة أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله}. وكانت كالمخارجة من أعظم مكاسب الصحابة رضي الله عنهم لخلوهما عن أكثر الشبهات التي في غيرهما. وأركانها: قن، وسيد، وصيغة، وعوض (هي مستحبة إن طلبها رقيق أمين قوي على كسب) يفى بمؤنته ونجومه كما يدل عليه السياق فساوى قول أصله: الكسب على أنه محتمل أيضا وذلك، لأن الشافعي رضي الله عنه فسر الخير في الآية بهذين واعتبر أولهما، لئلا يضيع ما يحصله، ومنه يؤخذ أن المراد بالأمين هنا من لا يضيع المال، وإن لم يكن عدلا لنحو ترك صلاة ويحتمل أن المراد الثقة، لكن يشترط أن لا يعرف بكثرة إنفاق ما بيده في الطاعة، لأن مثل هذا لا يرجى له عتق بالكتابة وثانيهما، والطلب ليوثق منه بتحصيل النجوم ولم تجب خلافا لجمع من السلف لظاهر الأمر في الآية، لأنه بعدم الحظر، وهو بيع ماله بماله للإباحة ونديها من دليل آخر (قيل: أو غير قوي)، لأنه إذا عرفت أمانته يعان بالصدقة، والزكاة ورد بأن فيه ضررا على السيد، ولا وثوق بتلك الإعانة قيل: أو غير أمين، لأنه يبادر للحرية ورد بأنه يضيع ما يكسبه (ولا تكره بحال) بل هي مباحة <ص: 391> وإن انتفيا، والطلب، لأنها قد تفضي للعتق لكن بحث البلقيني كراهتها لفاسق يضيع كسبه في الفسق ولو

استولى عليه السيد لامتنع من ذلك قال هو وغيره: بل قد ينتهي الحال للتحريم أي: وهو قياس حرمة الصدقة، والقرض إذا علم من أخذهما صرفهما في محرم ثم رأيت الأذرعى بحثه فيمن علم منه أنه يكتسب بطريق الفسق، وهو صريح فيما ذكرته، إذ المدار على تمكنه بسببها من المحرم

صيغة الكتابة

(وصيغتها) لفظ، أو إشارة أخرس، أو كتابة تشعر بها وكل من الأولين صريح، أو كناية فمن صرائحها (كاتبتك)، أو أنت مكاتب (على كذا) كالف (منجما) بشرط أن يضم لذلك قوله: (إذا أديته) مثلا (فأنت حر)، لأن لفظها يصلح للمخارجة أيضا فاحتيج لتمييزها بإذا وما بعدها، والتعبير بالأداء للغالب من وجود الأداء في الكتابة وإلا فيكفي كما قال جمع أن يقول: فإذا برئت أو فرغت ذمتك منه فأنت حر أو ينوي ذلك. ويأتي أن نحو الإبراء يقوم مقام الأداء فالمراد به شرعا هنا فراغ الذمة. وحذف إلى الذي صرح به غيره، لأنه غير شرط، نعم إن صرح به لم يكف الأداء لو كيله فيما يظهر، لأن الأداء إليه نفسه مقصود فلم يتم الوكيل فيه مقامه، بخلاف القاضي في نحو الممتنع، لأنه منزل منزلته شرعا (وبين) وجوبا قدر العوض وصفته بما مر في السلم كما يأتي، نعم إن كان بمحل العقد نقد غالب لم يشترط بيانه كالبيع و (عدد النجوم) استوت أو اختلفت، نعم لا يجب كونها ثلاثة كما يأتي (وقسط كل نجم) أي: ما يؤدي عند حلول كل نجم، لأنها عقد معاوضة فاشترط فيه معرفة العوض كالبيع وابتداء النجوم من العقد. والنجم الوقت المضروب، وهو المراد هنا ويطلق على المال المؤدى فيه كما يأتي في قوله: إن اتفقت النجوم

(تنبيه) مما يلغز به هنا عقد معاوضة يحكم فيه لأحد المتعاقدين بملك العوض، والمعوض معا، وهو هذا >ص: 392< فإن السيد يملك النجوم فيه بمجرد العقد مع بقاء المكاتب على ملكه إلى أداء جميع النجوم وإلغاز بعضهم عنه بمملوك لا مالك له مبني على ضعف أن المكاتب مع بقاءه على الرق لا مالك له (ولو ترك لفظ التعليق) للحرية بالأداء (ونواه) بما قبله (جاز) لاستقلال السيد بالعتق المقصود، نعم الفاسدة لا بد فيها من التلفظ به (ولا يكفي

لفظ كتابة بلا تعليق، ولا نية على المذهب) لما مر أنها تقع على المخارحة أيضا وبه فارق ما مر في التدبير ومر ثم فرق آخر (ويقول) فورا نظير ما مر في البيع (المكاتب) لا أجنبي بل، ولا وكيل العبد فيما يظهر، لأنه لا يصير أهلا للتوكيل إلا بعد قبولها (: قبلت) مثلا كغيره من عقود المعاوضة ويكفي استيجاب وإيجاب ككاتبي على كذا فيقول: كاتبتك. وإنما لم يكف الأداء بلا قبول كالإعطاء في الخلع، لأن هذا أشبه بالبيع من ذاك وفرق شارح بما فيه نظر وبما فرقت به بينهما يعلم الفرق بين عدم صحة قبول الأجنبي هنا لا ثم قيل: قول أصله: العبد أولى، لأنه إنما يصير مكاتبا بعد، وهو غفلة عن نحو {إني أراني أعصر خمرا} وعن اتفاق البلغاء على أن المجاز أبلغ (وشرطهما) أي: السيد، والقن (تكليف) واختيار فيهما ولو أعميين وقيد الاختيار يعلم مما مر في الطلاق (والطلاق) للتصرف في السيد لما تقرر أنها كالبيع فلا تصح من محجور عليه ولو بفلس <ص: 393> ولو بإذن الولي وزعم أنه مطلق التصرف في مال موليه فاسد بل تصرفه فيه مقيد بالمصلحة، ولا من مكاتب لعبده ولو بإذن السيد وكذا لا تصح من مبعوض، لعدم أهليتهما للولاء، وفي العبد فلا تصح كتابة عبد صغير، أو مجنون، نعم إن صرح بالتعليق بالأداء فأدى إليه أحدهما عتق بوجود الصفة لا عن الكتابة فلا يرجع السيد عليه بشيء وكذا في سائر أقسام الكتابة الباطلة، ولا مأذون له في التجارة حجر عليه الحاكم في أكسابه ليصرفها في دينه كالمؤجر، والمرهون الآتين وتصح كتابة عبد سفیه كما بحثه جمع واعترضوا ما أوهمه المتن من عدم صحتها بأنه لم يذكره أحد ونقلوا الأول عن مقتضى كلامهم ووجهه بأن الأداء لم ينحصر في الكسب فقد يؤدي من الزكاة وغيرها ويؤيده صحة كتابة عبد مرتد، وإن أوقفنا تصرفه ويصح أدائه في الردة (وكتابة المريض) مرض الموت محسوبة (من الثلث) ولو بأضعاف قيمته، لأن كسبه ملك السيد (فإن كان له مثلاه) أي: مثلا قيمته عند الموت (صحت كتابة كله) سواء كان ما خلفه مما أداه الرقيق أم من غيره لخروجه من الثلث (فإن لم يملك غيره وأدى في حياته مائتين) كاتبه عليهما (وقيمته مائة عتق) كله لبقاء مثليه للورثة وهذا كالمثال لما قبله (وإن أدى مائة) كاتبه عليها (عتق ثلاثاه)، لأن قيمة ثلثه مع المائة

المؤداة مثلا ما عتق منه أما إذا لم يخلف غيره ولم يؤد إلا بعد موت السيد ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث فيصح في ثلثه فقط فإذا <ص: 394> أدى حصته من النجوم عتق

(ولو كاتب مرتد) قنه ولو مرتدا أيضا (بني على أقوال ملكه، فإن وقفناه)، وهو الأظهر (بطلت على الجديد) المبطل لوقف العقود، وهو الأصح أيضا وعلى القديم لا تبطل بل توقف، فإن أسلم بان صحتها وإلا فلا هذا إن لم يحجر الحاكم عليه وقلنا لا حجر عليه بنفس المردة وإلا بطلت قطعا وقيل: لا فرق ومرت هذه في المردة ضمن تقسيم فلا تكرر وتصح من حربي وغيره

(ولا تصح كتابة) من تعلق به حق لازم نحو (مرهون) وجان تعلق برقبته مال، لأنه معرض للبيع فينافيها وإنما صح عتقه، لأنه أقوى (ومكرى) أي: سواء استؤجرت عينه، أو سلم عما في الذمة فيما يظهر، وإن كان للمؤجر إبداله، نظرا للحالة الراهنة ويحتمل التخصيص بالأول، لأنه المتبادر من قولهم: مكرى، ومن تعليلهم له بقولهم: لأن منافعه مستحقة للمستأجر فينافيها أيضا ومثله موصى بمنفعته بعد موت الموصي ومغصوب لا يقدر على انتزاعه (وشرط العوض كونه ديناً)، إذ لا ملك له يرد العقد عليه موصوفا بصفات السلم، نعم الأوجه أنه يكفي نادر الوجود هنا (مؤجلا)، لأنه المأثور سلفا وخلفا ولأنه عاجز حالا ولم يكتف بهذا عما قبله قال ابن الصلاح: لأن دلالة الالتزام لا يكتفى بها في المخاطبات وهذان وصفان مقصودان. ا هـ. وفيه نظر، لأن دلالة المؤجل على الدين <ص: 395> من دلالة التضمن لا الالتزام، لأن مفهوم المؤجل شرعا دين تأخر وفاؤه فهو مركب من شيئين ودلالة التضمن يكتفى بها في المخاطبات فالأحسن في الجواب أنه تصریح بما علم من المؤجل (ولو منفعة) في الذمة كما يجوز جعلها ثمنا وأجرة فتجوز على بناء دارين في ذمته موصوفتين في وقتين معلومين، لكن لما لم تخل المنفعة في الذمة من التأجيل، وإن كان في بعض نجومها تعجيل كان التأجيل فيها الذي أفاده المتن وغيره شرطا في الجملة لا مطلقا لا على خدمة شهرين متصلين، أو منفصلين، وإن صرح بأن كل شهر نجم، لأنهما نجم واحد <ص: 396> إذ المنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأجيلها، ومن ثم لم يصح

على ثوب يؤدي نصفه بعد سنة ونصفه بعد سنتين، أما إذا لم يكن ديناً، فإن كان غير منفعة عين لم تصح الكتابة وإلا صحت على ما تقرر ويأتي (ومنجماً بنجمين) ولو إلى ساعتين، وإن عظم المال (فأكثر)، لأنه المأثور أيضاً نظير ما تقرر ولما مر أنها مشتقة من ضم النجوم بعضها إلى بعض وأقل ما يحصل به الضم اثنان

(وقيل: إن ملك) السيد (بعضه وباقيه حر لم يشترط أجل وتنجيم)، لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه حالاً ورد بأن المنع تعبد اتباعاً لما جرى عليه الأولون، لأنها خارجة عن القياس فيقتصر فيها على ما ورد ونقل شارح في هذه وجهين عن الروضة وأصلها بلا ترجيح، وهم (ولو كاتب قنه <ص: 397> على) منفعة عين مع غيرها مؤجلاً نحو (خدمة شهر) مثلاً من الآن (ودينار) في أثنائه، وقد عينه كيوم يمضي منه (عند انقضائه)، أو خياطة ثوب صفته كذا في أثنائه، أو عند انقضائه (صحت) الكتابة، لأن المنفعة مستحقة حالاً، والمدة لتقديرها، والدينار إنما تستحق المطالبة به بعد المدة التي عينها لاستحقاقه وإذا اختلف الاستحقاق حصل تعدد التنجيم، ولا يضر حلول المنفعة لقدرته عليها حالاً فعلم أن الأجل إنما هو شرط في غير منفعة يقدر على الشروع فيها حالاً، وأن الشرط في المنافع المتعلقة بالعين اتصالها بالعقد، بخلاف الملزمة في الذمة وإن شرط المنفعة التي توصل بالعقد ويمكن الشروع فيها عقبه ضمنية نجم آخر إليها كالمثال المذكور وأن شرطه تقدم زمن الخدمة فلو قدم زمن الدينار على زمن الخدمة لم تصح. ويتبع في الخدمة العرف فلا يشترط بيانها (أو) كاتبه (على أن يبيعه كذا)، أو يشتري منه كذا (فسدت) الكتابة، لأنه كبيعتين في بيعة (ولو قال: كاتبتك وبعتك هذا الثوب بألف ونجم الألف) بنجمين فأكثر ككاتبتك وبعتك هذا بألف إلى شهرين تؤدي منهما خمسمائة عند انقضاء الأول، والباقي عند انقضاء الثاني (وعلق الحرية بأدائه) وقبلهما العبد معاً، أو مرتباً (فالمذهب صحة الكتابة) بقدر ما يخص قيمة العبد من الألف الموزعة عليها وعلى قيمة الثوب تفريقاً للصفقة وإن أطال البلقيني في رد ذلك وما يخص العبد يؤديه في النجمين مثلاً (دون البيع) <ص: 398> لتقدم أحد شقيه على أهلية العبد لمبايعة السيد

(ولو كاتب) عبيدين كما علم بالأولى، أو (عبيدا) صفقة واحدة (على عوض) واحد منجم بنجمين مثلا (وعلق عتقهم بأدائه) ككاتبكم على ألف إلى شهرين إلى آخر ما مر (فالنص صحتها) لاتحاد مالك العوض مع اتحاد لفظه فهو كبيع عبيد بثمان واحد (ويوزع) المسمى (على قيمتهم يوم الكتابة)، لأنه وقت الحيلولة بينهم وبين السيد (فمن أدى) منهم (حصته عتق) لاستقلال كل منهم، ولا يقال: علق العتق بأدائهم، لأن الغلب في الكتابة الصحيحة حكم المعاوضة ولهذا يعتق بالإبراء مع انتفاء الأداء (ومن عجز) منهم (رق) لذلك (وتصح كتابة بعض من باقيه حر) بأن قال: كتبت ما رق منك لا بعضه، لما يأتي وذلك لإفادتها الاستقلال المقصود بالعقد (فلو كاتب كله)، أو تعرض لكل من نصفيه وقدم الرق لما مر أن الشرط تقدم ما يصح، وإن علم حرية باقيه (صح في الرق في الأظهر) تفريقا للصفقة فإذا أدى قسط الرق من القيمة عتق (ولو كاتب بعض رقيق فسدت إن كان باقيه لغيره ولم يأذن) في كتابته، لعدم استقلاله حينئذ. وأفاد تعبيره بالفساد أنها تعطي أحكام الكتابة الفاسدة فيما يأتي خلاف تعبير أصله بالبطلان، إذ هذا الباب يفترق فيه الفاسد من الباطل (وكذا إن أذن) فيها (أو كان له على المذهب)، لأنه حيث رق بعضه لم يستقل بالكسب سفرا وحضرا فينافي مقصود الكتابة، وقد تصح كتابة البعض كأن أوصى بكتابة عبد، أو كاتبه، وهو مريض ولم يخرج من الثلث إلا بعضه ولم تجز الورثة وكذا لو أوصى بكتابة البعض، أو كان الباقي موقوفا على مسجد، أو جهة عامة على ما بحثه الأذرعى، أو كاتب البعض في مرض موته وهو ثلث ماله (ولو كاتباه) أي: عبدهما استوي ملكهما فيه أم اختلف (معا، أو وكلا) من يكاتبه، أو وكل أحدهما الآخر (صح) ذلك (إن اتفقت النجوم) جنسا وصفة <ص: 399> وعددا وأجلا (وجعل) عطف على صح (المال على نسبة ملكيهما) صرحا بذلك أم أطلقا، لئلا يؤدي إلى انتفاع أحدهما بمال الآخر، فإن انتفى شرط مما ذكر بأن جعله على غير نسبة الملكين فسدت (فلو عجز) المكاتب (فعجزه أحدهما) وفسخ الكتابة (وأراد الآخر إبقاءه) أي: العقد في حصته وإنظاره (فكابتداء عقد) على البعض أي: هو مثله فلا يجوز ولو بإذن الشريك كما مر (وقيل: يجوز)، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء (ولو أبرأ) أحد المكاتبين

العبد (من نصيبه) من النجوم (أو أعتقه) أي: نصيبه منه، أو كله (عتق نصيبه) منه (وقوم) عليه (الباقي) وعتق عليه وكان الولاء كله له (إن كان موسرا)، وقد عاد رقه بأن عجزه فعجزه الآخر كما علم مما قدمته في مبحث السراية فلا اعتراض عليه وذلك لما مر ثم ولأنه لما أبراه من جميع ما يستحقه أشبه ما لو كاتب جميعه وأبراه من النجوم، أما إذا أعسر، أو لم يعد الرق وأدى نصيب الشريك من النجوم فيعتق نصيبه عن الكتابة ويكون الولاء لهما. وخرج بالإبراء، والإعتاق ما لو قبض نصيبه فلا يعتق، وإن رضي الآخر بتقديمه، لأنه ليس له تخصيص أحدهما بالقبض

(فصل) في بيان ما يلزم السيد ويسن له ويحرم عليه وما لولد المكاتب، والمكاتب من الأحكام وبيان امتناع السيد من القبض، ومنع المكاتب من التزوج، والتسري وبيعه للمكاتب، أو لنجومه وتوابع لما ذكر (يلزم السيد) <ص: 400> أو وارثه مقدما له على مؤن التجهيز (أن يحط عنه) في الكتابة الصحيحة لا الفاسدة (جزءا من المال) المكاتب عليه (أو يدفعه) أي: جزءا من المعقود عليه بعد أخذه، أو من جنسه لا من غيره كالزكاة إلا إن رضي (إليه) لقوله تعالى {وأتوهم من مال الله الذي آتاكم}، والأمر للوجوب، إذ لا صارف عنه، بخلاف الكتابة كما مر ولو أبراه من الكل فلا وجوب كما أفهمه المتن وكذا لو كاتبه في مرض موته، وهو ثلث ماله أو كاتبه على منفعته (والحط أولى) من الدفع، لأنه المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم ولأن الإعانة فيه محققة، والمدفوع قد ينفقه في جهة أخرى، ومن ثم كان الأصل هو الحط، والإيتاء إنما هو بدل عنه (و) الحط (في النجم الأخير أليق)، لأنه أقرب إلى تحصيل مقصود العتق وحينئذ فينبغي أن أليق بمعنى أفضل. (، والأصح أنه يكفي) فيه (ما يقع عليه الاسم) أي: اسم مال (ولا يختلف بحسب المال) قلة وكثرة، لأنه لم يصح فيه توقيف. وخبر أن المراد في الآية ربع مال الكتابة الأصح وقفه علي راويه علي كرم الله وجهه فلعله من اجتهاده. وادعاء أن هذا لا يقال من قبل الرأي فهو في حكم المرفوع ممنوع. (و) الأصح (أن وقت وجوبه قبل العتق) أي: يدخل وقت أدائه بالعقد ويتضيق إذا بقي من النجم الأخير قدر ما يفي به من مال الكتابة، لما مر <ص: 401> أنه ليس القصد به إلا الإعانة على العتق،

فإن لم يؤد قبله أدى بعده وكان قضاء (ويستحب الربع) للخبر المار ولقول ابن راهويه أجمع أهل التأويل أنه المراد من الآية (وإلا) يسمح به (فالسبع) اقتداءً بابن عمر رضي الله عنهما (ويحرم) على السيد (وطء مكاتبته) كتابة صحيحة لاختلال ملكه كالرجعية فلو شرط في الكتابة أن يطأها فسدت. وكالوطء كل استمتاع حتى النظر، ولا يرد عليه، لما مر في الحج أنه حيث حرم الموطء للذات حرمت مقدماته ومثلها المبعضة (ولا حد) لشبهة الملك، لكن يعزر إن علم تحريمه كهي إن طاوعته (ويجب مهر) واحد ولو في مرات، وإن طاوعته للشبهة أيضا (والولد) منه (حر نسيب)، لأنها علقت به في ملكه (ولا تجب قيمته على المذهب) لانعقاده حرا على أن حق الملك في ولدها للسيد وإن حملت به من عبدها على ما يأتي (وصارت) به (مستولدة مكاتبه)، إذ مقصودهما واحد هو العتق (فإن) أدت النجوم عتقت عن الكتابة وتبعها كسبها وولدها، وإن (عجزت عتقت بموته) عن الاستيلاء وعتق معها ما حدث لها بعد الاستيلاء من الأولاد، فإن مات قبل عجزها عتقت <ص: 402> لكن عن الكتابة كما لو نجز عتق مكاتبته (وولدها) أي: المكاتبه لا بقيد الاستيلاء الرقيق الحادث بعد الكتابة وقبل العتق (من نكاح، أو زنا مكاتب) أي: يثبت له حكم المكاتب (في الأظهر يتبعها رقا وعتقا)، لأنه من كسبها فيتبعها في ذلك كولد المستولدة، نعم لا يتبعها لو عتقت لا بجهة الكتابة بأن رقت ثم عتقت بجهة أخرى (وليس عليه) أي: الولد (شيء) من النجوم، إذ لا التزام منه (والحق) أي: حق الملك (فيه) أي: الولد (للسيد) لا للأم، ومن ثم لو وطئه السيد لو كان أنثى لم يلزمه مهر وخولف. قضية هذا في أرش الجناية عليه الآتي، لأنه بدل جزئه الآيل للحرية فأعطي حكمه، وفي حل معاملته له على ما بحثه كالذي قبله البلقيني، لأنه قد يكون سببا لإعائه على العتق، ومن ثم وقف فاضل كسبه كما يأتي (وفي قول) الحق (لها) أي: المكاتبه، لأنه مكاتب عليها وقضية كلام أصل الروضة <ص: 403> أن ولدها من عبدها ملك لها قطعاً كولد مكاتب من أمته ونازع فيه البلقيني بل قال: إنه وهم وفرق بأن المكاتب يملك أمته، والولد يتبع أمه في الرق وولدها إنما جاءه الرق من جهتها لا من جهة أبيه الذي هو عبدها (فلو قتل بقيمته) تجب (لذي الحق) منهما (،

والمذهب أن أرش جناية عليه) أي: الولد فيما دون النفس (وكسبه ومهره) إذا كان أنثى ووطئت بشبهة (ينفق) أراد بالنفقة ما يشمل سائر المؤن (منها) أي: الثلاثة (عليه وما فضل وقف، فإن عتق فله وإلا فللسيد) كما أن كسب الأم لها إن عتقت وإلا فللسيد

(ولا يعتق شيء من المكاتب حتى يؤدي الجميع) أي: جميع المال المكاتب عليه ما عدا ما يجب إيتاؤه، أو يبرأ منه، أو تقع الحوالة به لا عليه للخبر الصحيح {المكاتب عبد ما بقي عليه درهم} (ولو أتى) المكاتب ومثله في جميع الأحكام الآتية المدين فيما يظهر (بمال فقال السيد: هذا حرام)، أو ليس ملكك (ولا بينة) له بذلك (حلف المكاتب) أنه ليس بحرام أو (أنه حلال)، أو أنه ملكه وصدق عملا بظاهر اليد، نعم إن كان الأصل فيه التحريم كالحم قال له: هذا حرام وجب استفصاله على الأوجه، فإن قال: إنه ميتة فقال: بل حلال صدق السيد، لأن الأصل عدم التذكية كمنظيره في السلم ويظهر أن محله ما لم يقل: ذكيتة وإلا صدق لتصريحهم بقبول خبر الفاسق، والكافر عن فعل نفسه كقوله: ذبحت هذه الشاة وعلى هذا يحمل ما بحث أنه ينبغي تصديق العبد. وأما توجيه إطلاقه بتشوف الشارع للعتق ففيه نظر ظاهر كما يعلم من كلامهم على قطعة اللحم المرمية مكشوفة، أو في إناء (ويقال للسيد: تأخذه، أو تبرئه عنه) أي: عن قدر، وهو خبر بمعنى الإنشاء لتعنته، نعم فيما إذا أقر بحرمة إن عين له مالكا وقبضه لزمه دفعه له مؤاخذه له بإقراره، وإن لم يعين أمر بإمساكه إلى تبين صاحبه ومنع من التصرف فيه، فإن كذب نفسه وقال: هو للمكاتب قبل ونفذ تصرفه فيه (فإن أبى قبضه القاضي) وعتق المكاتب إن لم يبق عليه شيء، أما إذا كان <ص: 404> له بينة بما يقوله فلا يجبر على قبضه وسمعت، وإن لم يعين المغصوب منه، لأن له غرضا ظاهرا بالامتناع من الحرام (فإن نكل المكاتب) عن الحلف (حلف السيد) وكان كإقامته البينة

(ولو خرج المؤدى) من النجوم (مستحقا)، أو زيفا (رجع السيد ببذله) لفساد القبض (فإن كان) ما خرج مستحقا، أو زيفا (في النجم الأخير) مثلا (بان) ولو بعد موت المكاتب، أو السيد (أن العتق لم يقع) لبطلان الأداء (وإن كان) السيد (قال عند أخذه) أي: متصلا بالقبض: (أنت حر) أو أعتقتك،

لأنه بناه على ظاهر الحال، وهو صحة الأداء، وقد بان خلافه، أما لو قال ذلك منفصلاً عن القبض، والقرائن الدالة على أنه إنما رتبته على القبض فلا يقبل منه قوله أنه بناه على ظاهر الحال كما رجحاه وقول الغزالي: لا فرق قيده ابن الرفعة بما إذا قصد الإخبار عن حاله بعد أداء النجوم فإن قصد إنشاء العتق برئ وعتق وتبعه البلقيني وزاد أن حالة الإطلاق كحالة قصد الإنشاء ونوزع فيه وأنه في الحالين يعتق عن جهة الكتابة ويتبعه كسبه وأولاده ولو قال له المكاتب: قلته إنشاء فقال: بل إخباراً صدق السيد للقرينة قال الرافعي: وهذا السياق يقتضي أن مطلق قول السيد محمول على أنه حر بما أدى وإن لم يذكر إرادته. ا هـ. ونظير ذلك من قيل له: أطلقت امرأتك؟ فقال: نعم طلقته، ثم قال: ظننت أن ما جرى بيننا طلاق، وقد أفطيت بخلافه فلا يقبل منه إلا بقرينة (وإن خرج معيباً فله رده)، أو رد بدله إن تلف، أو بقي، وقد حدث به عيب عنده (وأخذ بدله)، وإن قل العيب <ص: 405>، لأن العقد إنما يتناول السليم وبرده أو بطلب الأرش يتبين أن العتق لم يحصل، وإن كان قال له عند الأداء: أنت حر كما مر، فإن رضي به وكان في النجم الأخير بان حصول العتق من وقت القبض (ولا يتزوج) المكاتب (إلا بإذن سيده)، لأنه عبد كما مر في الخبر (ولا يتسرى) يعني لا يطاق مملوكته، وإن لم ينزل (بإذنه على المذهب) لضعف ملكه وما وقع لهما في موضع مما يقتضي جوازه بالإذن مبني على الضعيف أن القن غير المكاتب يملك بتمليك السيد ويظهر أنه ليس له الاستمتاع بما دون الوطاء أيضاً (وله شراء الجواري للتجارة) توسعا له في طرق الاكتساب (فإن وطئها) ولم يبال بمنعنا له (فلا حد) عليه

والولد) من وطئه (نسيب) لاحق به لشبهة الملك، ولا مهر، لأنه المالك، وإن ضعف ملكه (فإن ولدته في) حال بقاء (الكتابة) لأبيه، أو مع عتقه (أو بعد عتقه)، لكن (لدون ستة أشهر) منه (تبعه رقا وعتقا) ولم يعتق حالا لضعف ملكه ومع كونه ملكه لا يملك نحو بيعه، لأنه ولده، ولا يعتق عليه لضعف ملكه بل يتوقف عتقه على عتقه وهذا معنى قولهم: إنه تكاتب عليه (ولا تصير مستولدة في الأظهر)، لأنها علفت بمملوك (وإن ولدته بعد العتق لفوق ستة أشهر)، أو لسته أشهر من العتق كما في الروضة، ولا

تخالف، لأنه لا بد من لحظة فالمتن اعتبرها في بعض الصور كما يعلم مما قرره في قوله: وكان يطؤها. والروضة حذفها، لأنها معلومة فتغليط المتن هو الغلط (وكان يطؤها) ولو مرة مع العتق، أو بعده وأمكن كون الولد من الوطاء بأن كان لسته أشهر فأكثر منه وبما تقرر من فرض ولادته بعد العتق بستة أشهر، أو أكثر يعلم أن التقييد بالإمكان المذكور وإنما هو في صورة الأكثر فقط، وأما إذا قارن الوطاء العتق فيلزم الإمكان منه، لأن الغرض أنه لسته بعد العتق فتأمله <ص: 406> (فهو حر وهي أم ولد) لظهور العلوق بعد الحرية تغليبا لها فلا ينظر لاحتماله قبلها، فإن انتفى شرط مما ذكر بأن لم يطأها مع العتق ولا بعده، أو ولادته لدون ستة أشهر من الوطاء لم تكن أم ولد لعلوقها به في حال عدم صحة إيلاده (ولو عجل) المكاتب (النجوم) قبل وقت حلولها أو بعضها قبل محله (لم يجبر السيد على القبول إن كان له في الامتناع) من قبضها (غرض) صحيح نظير ما مر في السلم (كمؤنة حفظه) أي: مال النجوم إلى محله، أو علفه كما بأصله وما قبله يغني عنه، لأنه مثال (أو خوف عليه) لنحو نهب، وإن كاتبه في وقته، لما في الإيجاب حينئذ من الضرر وكذا لو كان يؤكل عند المحل طريا قال البلقيني: أو، لئلا تتعلق به زكاة (وإلا) يكن له غرض صحيح في الامتناع (فيجبر) على القبول، لأن للمكاتب غرضا صحيحا فيه وهو العتق، أو تقريبه من غير ضرر على السيد ولم يقولوا هنا بنظير ما مر أنفا من الإيجاب على القبض، أو الإبراء فيحتمل أن يكون هذا كذلك، وهو ما رجحه البلقيني وحذف هنا للعلم به من ثم وعليه فارق ذلك ما مر في السلم من عدم الإيجاب على الإبراء بأن الكتابة موضوعة على تعجيل العتق ما أمكن لتشوف الشارع إليه فضيق فيها بطلب الإبراء ويحتمل الفرق لحلول الحق ثم لا هنا (فإن أبي) قبضه لعجز القاضي عن إجباره أو لكونه لم يجده (قبضه القاضي) عنه وعتق المكاتب إن حصل بالمؤدى شرط العتق، لأنه نائب الممتنع كما لو غاب وإنما لم يقبض دين الغائب في غير هذا، لأن الغرض هنا العتق ولا خيرة للسيد فيه وثم سقوط الدين عنه وبقاؤه في ذمة المدين أصلح للغائب من أخذ القاضي له، لأن يده عليه يد أمانة ولو أتى به في غير بلد العقد ولنقله إليها مؤنة، أو كان نحو خوف لم يجبر وإلا أجبر قاله الماوردي.

(ولو عجل بعضها) أي: النجوم قبل المحل (ليبرئه من الباقي) أي بشرط ذلك من أحدهما ووافقه الآخر (فأبرأه) مع الأخذ (لم يصح الدفع، ولا الإبراء) للشروط الفاسد، لأنه يشبه ربا الجاهلية كان أحدهم إذا حل دينه قال لمدينه: اقض، أو زد، فإن لم يقضه زاد في الدين، والأجل فعلى السيد رد المأخوذ، ولا عتق، نعم لو أبرأه عالما بفساد الدفع صح وعتق كما بحثه الزركشي كالأذرعى أخذا من كلام المصنف ويجري ذلك في كل دين عجل بهذا الشرط (فرع) أوصى بنجوم المكاتب فعجز فعجزه الموصى له لم ينفذ وكان ردا منه للوصية أخذا من قول الماوردي: ما يؤديه بعد ذلك يكون للورثة (ولا يصح بيع النجوم)، لأنه بيع ما لم يقبض. وما يتطرق السقوط إليه كالمسلم فيه بل أولى، للزومه من الطرفين (و) كذا لا يصح (الاعتياض عنها) من المكاتب كما صحاه هنا <ص: 407> لعدم استقرارها، لكن اعتمد الإسنوي وغيره ما جريا عليه في الشفعة من صحته للزومها من جهة السيد مع تشوف الشارع للعتق (فلو باع) ها السيد لآخر (وأدا) ها المكاتب (إلى المشتري لم يعتق في الأظهر) وإن تضمن المبيع الإذن في قبضها، لأن المشتري يقبض لنفسه بحكم الشراء الفاسد فلم يصح قبضه فلا عتق (ويطالب السيد المكاتب) بها (و) يطالب (المكاتب المشتري بما أخذ منه)، لما تقرر من فساد قبضه. وفارق المشتري الوكيل بأنه يقبض لنفسه كما تقرر، ومن ثم لو علما فساد المبيع وأذن له السيد في قبضها كان كالوكيل فيعتق يقبضه

(ولا يصح بيع رقبته) أي: المكاتب كتابة صحيحة بغير رضاه (في الجديد) كالمستولدة وفارق المعلق عتقه بصفة بأن ذلك يشبه الوصية فجاز الرجوع عنه، بخلاف المكاتب. وشراء عائشة لبريرة رضي الله عنهما مع كتابتها كان بإذن بريرة ورضاهما فيكون فسخا منها ويرشد له أمره صلى الله عليه وسلم بعثها ولو بقيت الكتابة لعتقت بها فإن الأصح على القديم أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع بل تنتقل للمشتري مكاتبا. وبحث البلقيني صحة بيعه بشرط العتق وينازع فيه قولهما لا يصح بيعه بيعا ضمنيا ولكنه خالف في هذه أيضا وبحث أيضا جواز بيعه لنفسه كبيع من غيره برضاه فيكون فسخا للكتابة كما تقرر (فلو باع) ه السيد (فأدى النجوم إلى المشتري ففي عتقه القولان) السابقان في بيع نجومه

أظهرهما المنع (وهبته) وغيرها (كبيعه) فتبطل بغير رضاه أيضا وكذا الوصية به إن نجزها لا إن علقها بعدم عتقه (وليس له بيع ما في يد المكاتب وإعتاق عبده) أي: عبد المكاتب (وتزويج أمته) وغير ذلك من التصرفات، لأنه معه في المعاملات كأجنبي وذكر التزويج هنا لينبه على امتناع غيره بالأولى، وفي النكاح لغرض آخر فلا تكرر (ولو قال) له (رجل: أعتق مكاتبك) عنك وكذا إن أطلق فيما يظهر (على كذا) سواء أقال: علي أم لا خلافا لمن قيد بالأول (ففعل عتق ولزمه ما التزم) كما لو قال ذلك في المستولدة، وهو بمنزلة فداء الأسير، أما لو قال: أعتقه عني على كذا فقال: أعتقه عنك فلا يعتق عن السائل بل عن المعتق، ولا يستحق المال ولو <ص: 408> علق عتقه على صفة فوجدت عتق كما مر وبرئ عن النجوم فيتبعه كسبه

(فصل) في بيان لزوم الكتابة من جانب وجوازها من جانب وما يترتب عليهما وما يطرأ عليها من فسخ، أو انفساخ وجنابته، أو الجنابة عليه وما يصح من المكاتب وما لا يصح (الكتابة) الصحيحة كما يعلم من كلامه الآتي (لازمة من جهة السيد)، لأنها لحظ المكاتب فقط فكان كالمرتهن، والسيد كالراهن. ويعلم من لزومها من جهته أنه (ليس له فسخها)، لكن صرح به ليرتب عليه قوله: (إلا أن يعجز عن الأداء) عند المحل ولو عن بعض النجم فله فسخها فتنفسخ بغير حاكم، ولا تنفسخ بمجرد عجزه من غير فسخ، نعم لا أثر لعجزه عما يجب حطه فيرفع الأمر للحاكم ليلزم السيد بالإيتاء، والمكاتب بالأداء أو يحكم بالتقاص إن رآه للمصلحة وإنما لم يحصل التقاص بنفسه، لعدم وجود شرطه الآتي إلا إن غاب كما يأتي، أو امتنع مع القدرة من الأداء فللسيد فسخها حينئذ (وجائزة للمكاتب فله ترك الأداء وإن كان معه وفاء)، لأن الحظ له <ص: 409> (فإذا عجز نفسه) بقوله: أنا عاجز عن كتابتي مع تركه الأداء ولو مع القدرة عليه وهذا تصوير، والمدار إنما هو على الامتناع مع القدرة فمتى امتنع من الأداء عند المحل (فلسيد) ولو على التراخي (الصبر، والفسخ بنفسه، وإن شاء بالحاكم)، لأنه مجمع عليه فلم يتوقف على حاكم لكنه أكد فيما يظهر (وللمكاتب)، وإن لم يعجز نفسه (الفسخ) لها (في الأصح) كما أن للمرتهن فسخ الرهن وإذا عاد للرق فأكسابه كلها

للسيد إلا اللقطة كما مر (ولو استمهل المكاتب) السيد (عند حلول) النجم الأخير، أو غيره لعجزه عن الأداء حينئذ (استحب) له استحبابا مؤكدا (إمهاله) إعانة له على العتق أولا لعجز لزمه الإمهال بقدر إخراج المال من محله ووزنه ونحو ذلك ويظهر أنه يلزمه، لما يحتاج إليه كأكل وقضاء حاجة وأنه لا تتوسع الأعذار هنا توسعها في الشفعة، والرد بالعيب، لأن الحق هنا واجب بالطلب فلم يجز تأخيره إلا للأمر الضروري ونحوه، ومن ثم يظهر أن المدين في الدين الحال بعد مطالبة الدائن له كالمكاتب فيما ذكر، لأنه يلزمه الأداء فورا بعد الطلب (فإن أمهل) ه (ثم أراد) السيد وفهم أن الضمير للعبد غلط (الفسخ فله)، لأن الحال لا يتأجل (وإن كان) له دين ثابت على مليء، أو (معه عروض أمهله) وجوبا ليستوفيه، أو (ليبيعها) لقرب مدتها وعظيم مصلحتها (فإن عرض كساد)، أو غيره (فله أن لا يزيد في المهلة على ثلاثة أيام) لتضرره لو لزمه إمهال أكثر من ذلك ويفرق بينه وبين ضبط ما يليه بدون يومين بأن مانع البيع لا ضابط له فقد يزيد ثمنه وقد ينقص فأنيط الأمر فيه بما يطول عرفا، وهو ما زاد على الثلاثة، وأما الغائب فالمدار فيه على ما يجعله كالحاضر وما لا فلا. وقد تقرر فيما مر أن ما دون المرحلتين كالحاضر، بخلاف ما فوق ذلك وبهذا يتجه اعتماد ما في المتن دون ما اقتضاه كلام الروضة وأصلها أولا أنه إنما يلزمه إمهال دون يومين كما لو غاب ماله المذكور في قوله (وإن كان ماله غائبا أمهله) وجوبا (إلى الإحضار إن كان دون مرحلتين)، لأنه بمنزلة الحاضر (وإلا) بأن غاب لمرحلتين فأكثر (فلا) يلزمه إمهال لطول المدة وللسيد الفسخ (ولو حل النجم)، ثم غاب بغير إذن السيد، أو حل (وهو) أي: المكاتب (غائب) عن المحل الذي يلزمه الأداء فيه إلى مسافة قصر <ص: 410> لا دونها على الأوجه الذي اعتمده الزركشي كما لو غاب ماله ونقله بعضهم عن ابن الرفعة في كفايته. فبحثه في مطلبه أنه لا فرق فيه نظر، وإن اعتمده شيخنا (فلسيد الفسخ) بلا حاكم، وإن غاب بإذنه أو عجز عن الحضور لنحو خوف أو مرض وذلك، لتعذر الوصول إلى الغرض وكان من حقه أن يحضر أو يبعث المال، والإذن قبل الحلول لا يستلزم الإذن له في استمرار الغيبة ولو أنظره بعد الحلول وسافر بإذنه، ثم رجع لم يفسخ حالا، لأن المكاتب غير مقصر

حينئذ بل حتى يعلمه بالحال بكتاب قاضي بلد سيده إلى قاضي بلده بعد ثبوت مقدمات ذلك ويحلف أن حقه باق ويذكر أنه ندم على الإذن، والإنظار وأنه رجع عنهما ويظهر أن ذكر الندم غير شرط. ومخالفة البلقيني في بعض ما ذكرته ضعيفة (ولو كان له مال حاضر فليس للقاضي الأداء منه) بل يمكن السيد من الفسخ حالا، لأنه ربما لو حضر امتنع من الأداء، أو عجز نفسه

(ولا تنفسخ) الكتابة ولو فاسدة (بجنون)، أو إغماء (المكاتب) ولا بالحجر عليه لسفه للزومها من أحد الطرفين كالرهن، ثم إن لم يكن له مال <ص: 411> جاز للسيد الفسخ فيعود قنا وتلزمه مؤنته ما لم يبين له مال يفي فينقض فسخه ويعتق قال الإمام: واستحسنه في يد السيد وإلا مضى الفسخ كما لو غاب ماله، ثم حضر، وإن كان له مال أتى الحاكم وأثبت عنده الكتابة وحلول النجم وطالب به وحلف يمين الاستظهار على بقاء استحقاقه (و) حينئذ (يؤدي) إليه (القاضي) من ماله (إن وجد له مالا) ولم يستقل السيد بالأخذ ولو من المحجور وظهرت المصلحة له في العتق بأن لم يضع به على المعتمد، لأنه ينوب عنه، لعدم أهليته، بخلاف غائب له مال حاضر، أما إذا لم تظهر المصلحة له فيه فلا يجوز للحاكم الأداء <ص: 412> عنه ولا للسيد الاستقلال بالأخذ

(ولا) تنفسخ (بجنون)، أو إغماء (السيد)، ولا بموته، أو الحجر عليه للزومها من جهته (ويدفع) المكاتب النجوم (إلى وليه) إذا جن، أو حجر عليه، أو وارثه إذا مات، لأنه قائم مقامه (ولا يعتق بالدفع إليه) أي: المجنون، لعدم أهليته فيسترده المكاتب لبقائه بملكه، نعم لا يضمه لو تلف في يده لتقصيره بالدفع له بل للولي تعجيزه إذا لم يبق بيده شيء، فإن قلت: مر في الطلاق أن الجنون لا يوجب اليأس وإن اتصل بالموت، لأن ضرب المجنون كضرب العاقل فقياسه هنا الاعتداد بأخذ المجنون قلت: ممنوع، لأن المدار هنا على أخذ مملك، والمجنون ليس من أهله، بخلاف نحو الضرب

(ولو قتل) المكاتب (سيده) عمدا (فلوارثه قصاص، فإن عفا على دية، أو قتل خطأ)، أو شبه عمد (أخذها) أي: الوارث الدية (مما معه) ومما سيكسبه إن لم يختر تعجيزه، لأن السيد مع المكاتب في المعاملة كأجنبي فكذا الجناية.

وقضية المتن وجوب الدية بالغة ما بلغت واعتمده البلقيني ونقله عن الأم وأطال في رد ما اقتضاه كلام الروضة وأصلها من وجوب الأقل من قيمته وأرث الجناية كالجناية على أجنبي ويأتي الفرق بينهما على الأول (فإن لم يكن) في يده شيء أصلاً، أو يفى بالأرث (فله) أي: الوارث (تعجيزه في الأصح)، لأنه يستفيد به رده إلى محض الرق وإذا رق سقط الأرث فلا يتبع به إذا عتق كمن ملك عبداً له عليه دين (أو قطع) المكاتب (طرفه) أي: السيد (فاقتصاصه، والدية كما سبق) في قتله له (ولو قتل) المكاتب (أجنبياً، أو قطعه) عمداً وجب القود، فإن اختار العفو (فعفا على مال، أو كان) ما فعله (خطأً)، أو شبه عمد (أخذ مما معه ومما سيكسبه) إلى حين عتقه وكان وجه ذكره لهذا هنا دون جنايته على السيد أن السيد لما ملك تعجيزه عند العجز بنفسه من غير مراجعة قاض لم يكلف وارثه الصبر لأكسابه المستقبلية، بخلاف الأجنبي فإنه لو لم يتعلق بها لضاع حقه، أو احتاج إلى كلفة الرفع للقاضي (الأقل من قيمته، والأرث)، لأنه يملك تعجيز نفسه <ص: 413> فلا يبقى للأرث تعلق سوى رقبته فلزمه الأقل من قيمتها، والأرث وفارق ما مر في جنايته على سيده بأن حق السيد يتعلق بذمته دون رقبته، لأنها ملكه فلزمه كل الأرث بما في يده كدين المعاملة، بخلاف جنايته على الأجنبي إنما تتعلق برقبته فقط كما تقرر (فإن لم يكن معه شيء) قدر الواجب (وسأل المستحق)، وهو المجني عليه، أو وارثه (تعجيزه عجزه القاضي) قال القاضي، أو السيد: وبحث ابن الرفعة أخذاً من كلام التنبيه، ومن أن بيع المرهون في الجناية لا يحتاج إلى فك الرهن أنه لا يحتاج هنا لتعجيز بل يتبين بالبيع انفساخ الكتابة. اهـ. ويوجه إطلاقهم بأن قضية الاحتياط للعتق التوقف على التعجيز، والفرق بينه وبين الرهن وإنما يعجزه فيما يحتاج لبيعه في الأرث فقط إلا أن لا يتأتى بيع بعضه على الأوجه (وبيع) منه (بقدر الأرث) فقط إن زادت قيمته عليه، لأنه الواجب (فإن بقي منه شيء بقيت فيه الكتابة) فإذا أدى حصته من النجوم عتق، ولا سراية (وللسيد فداؤه) بأقل الأمرين ويلزم المستحق القبول لتشوف الشارع للعتق (وإبقاؤه مكاتباً ولو أعتقه بعد الجناية، أو أبرأه) عن النجوم (عتق) إن كان السيد موسراً في مسألة الإعتاق أخذاً من

كلامهم في إعتاق المتعلق برقبته مال (ولزمه الفداء) بالأقل، لأنه فوت رقبته، بخلاف ما لو عتق بالأداء بعد الجناية

(ولو قتل المكاتب بطلت) كتابته (ومات رقيقا) لفوات محل الكتابة فللسيد ما يتركه بحكم الملك لا الإرث ويلزمه تجهيزه، وإن لم يخلف وفاء (ولسيده قصاص على قاتله) العامد (المكافئ) له <ص: 414> لبقائه بملكه (وإلا) يكافئه (فالقيمة) له هي الواجبة له عليه، لأنها جنائية على قنه، فإن قتله سيده لم يلزمه إلا الكفارة كما بأصله وحذفه للعلم به مما قدمه في بابها، بخلاف ما لو قطع طرفه فإنه يضمنه له ولو قطع المكاتب طرف أبيه المملوك له قطع طرفه به ولم تراع شبهة الملك، لأن حرمة الأبوة أقوى منها

(ويستقل) المكاتب (بكل تصرف لا تبرع فيه ولا خطر) كمعاملة بثمن مثل، لأن في ذلك تحصيلا للعتق المقصود (وإلا) بأن كان فيه تبرع كبيع بدون ثمن مثل ونحوه من كل محسوب من الثلث لو وقع في مرض الموت، أو خطر كالبيع نسيئة ولو بأكثر من قيمته، وإن أخذ رهنا وكفيلا على ما ذكرناه هنا (فلا) يستقل به، لأن أحكام الرق جارية عليه. ونقل البلقيني عن النص امتناع تكفيره بالمال مع أنه لا تبرع فيه وأن ما تصدق به عليه مما يؤكل، ولا يباع عادة له التبرع به لخبر بريرة وبحث أن له نحو قطع السلعة مما الغالب فيه السلامة، وإن كان فيه خطر. (ويصح) ما فيه تبرع وخطر (بإذن سيده في الأظهر)، لأن المنع إنما هو لحقه وكإذنه قبوله منه تبرعه عليه، أو على مكاتب له آخر بأداء ما عليه، نعم ليس له عتق ووطء وكتابة ولو بإذنه كما يأتي

(ولو اشترى) كل، أو بعض (من يعتق على سيده صح) ولا يعتق على السيد لاستقلال المكاتب بالملك (فإن عجز وصار لسيدة عتق) عليه لدخوله في ملكه، ولا يسري البعض في صورته إلى الباقي، وإن اختار سيده تعجيزه، لما مر في العتق (أو) اشترى من يعتق (عليه) لو كان حرا (لم يصح بلا إذن) من سيده، لأنه تكاتب عليه كما يأتي (و) شراؤه له (بإذن) منه (فيه القولان) في تبرعاته أظهرهما الصحة (فإن صح) الشراء (تكاتب عليه) فيتبعه رقا وعتقا، وليس له نحو بيعه (ولا يصح إعتاقه وكتابته) لقنه (بإذن) من

سيده (على المذهب) لتضمنهما الولاء، وليس من أهله، نعم لو أعتقه عن سيده، أو غيره بإذنه صح <ص: 415> وكان الولاء للسيد

(فصل) في بيان ما تفارق فيه الكتابة الباطلة الفاسدة وما توافق أو تباين فيه الفاسدة الصحيحة وتخالف المكاتب وسيده، أو وارثه وغير ذلك (الكتابة الفاسدة لشرط) فاسد كأن شرط أن كسبه بينهما، أو تأخر عتقه عن الأداء (أو عوض) فاسد كأن كاتبه على نحو خمر (أو أجل فاسد) كأن يؤجل بمجهول أو يجعله نجما واحدا، أو لغير ذلك كأن يكتب بعض الرقيق (كالصحيحة في استقلاله) أي: المكاتب (بالكسب)، لأنه يعتق فيها بالأداء أيضا، وهو إنما يحصل بالتمكن من الاكتساب. وخرج بها الباطلة وهي ما اختل بعض أركانها كاختلال بعض شروط العاقدين السابقة وكالعقد بنحو دم وكفقد إيجاب، أو قبول فهي لغو إلا في تعليق عتق إن وقعت ممن يصح تعليقه وكذا يفترقان في نحو الحج، والعارية، والخلع (و) في (أخذ أرش الجناية عليه و) في أخذ أمة ما وجب لها من (مهر) عقد صحيح عليها، أو وطء (شبهة)، لأنهما في معنى الاكتساب (وفي أنه يعتق بالأداء) للسيد عند المحل بحكم التعليق لوجود الصفة ولكون المقصود بالكتابة العتق لم تتأثر بالتعليق الفاسد، ومن ثم لم يشاركه عقد فاسد في إفادة ملك أصلا (و) في أنه (يتبعه) إذا عتق (كسبه) الحاصل بعد التعليق وولده من أمته ككسبه، لكن لا يجوز له بيعه، لأنه تكاتب عليه ويعتق إذا عتق وكذا ولد المكاتب كتابة فاسدة. وقضية كلامهما أن نفقته على السيد كفطرتة، لكن قال الإمام والغزالي <ص: 416> تسقط عنه وجزم به غيرهما وله معاملته (وكالتعليق) بصفة (في أنه لا يعتق بإبراء) عن النجوم، ولا بأداء من الغير عنه تبرعا، أو وكالة، ولا بالأداء لوكيل السيد لتعذر حصول الصفة وأجزأ في الصحيحة، لأن الم أغلب فيها المعاوضة، والأداء، والإبراء فيها واحد (و) في أن كتابته (تبطل بموت سيده) قبل الأداء لجوازها من الجانبين ولعدم حصول المعلق عليه، ولا يعتق بالأداء للوارث، بخلاف الصحيحة، نعم إن قال: إن أدت لي، أو لوارثي لم تبطل (و) في أنه (يصح) نحو بيعه وهبته وإعتاقه عن الكفارة و (الوصية برقبته)، وإن ظن صحة الكتابة، لأن العبرة بما في نفس الأمر (و) في أنه (لا

يصرف إليه سهم المكاتبين)، لأنها جائزة من الجانبين فالأداء فيها غير موثوق به، وفي أنه يمنعه من السفر، ولا يطؤها، ولا يعتق بتعجيل النجوم وبما تقرر علم أن في كل من الصحيحة، والفاسدة عقد معاوضة وأن المقلب في الصحيحة معنى المعاوضة وفي الفاسدة معنى التعليق (وتخالفهما) أي: الفاسدة الصحيحة، والتعليق (في أن للسيد فسخها) بالفعل كالبيع، والقول كأبطلتها فلا يعتق بأداء بعد الفسخ، لأن تعليقها في ضمن معاوضة لم يسلم فيها العوض كما يأتي فلم تلزم. وإطلاق الفسخ فيها فيه تجوز، لأنه إنما يكون في صحيح وقيد بالسيد، لأنه يمتنع عليه الفسخ في الصحيحة كما قدمه وكذا في التعليق، وأما العبد فيجوز له الفسخ في الصحيحة، والفاسدة دون التعليق (و) في أنها تبطل بنحو إغماء السيد، والحجر عليه بسفه كما يأتي لا فلس، بخلاف نحو إغماء العبد، والحجر عليه وفي (أنه لا يملك ما يأخذه) لفساد العقد (بل يرجع) فيما إذا عتق بالأداء (المكاتب به) أي: بعينه (إن) بقي وإلا فبمثله في المثلي وقيمته <ص: 417> في المتقوم إن (كان متقومًا) يعني له قيمة كما بأصله فليس المراد قسيم المثلي، أما ما لا قيمة له كخمر فلا يرجع بعد تلفه على سيده بشيء، نعم بحث شارح أن له أخذ محترم غير متقوم كجلد ميتة لم يدبغ (وهو) أي: السيد يرجع (عليه) أي: المكاتب (بقيمته)، لأن فيها معنى المعاوضة وقد تلف المعقود عليه بالعتق، إذ لا يمكن رده فهو كتلف مبيع فاسد في يد المشتري يرجع على البائع بما أدى ويرجع البائع عليه بالقيمة وتعتبر القيمة هنا (يوم العتق)، لأنه يوم التلف. ولو كاتب كافر كافر على فاسد مقصود كخمر وقبض في الكفر فلا تراجع كما علم مما مر في نكاح المشرك (فإن تجانسا) أي: ما يرجع به العبد وما يستحقه السيد عليه بأن كانا دينين نقدين واتفقا جنسا ونوعا وصفة واستقرارا وحلولا (فأقوال التقاص) الآتية (ويرجع صاحب الفضل به) إن فضل شيء، لأنه حقه، أما إذا عتق لا بأداء بأن أعتقه السيد لا عن الكتابة ولو عن كفارته، ومثل ذلك لو باعه، أو وهبه، أو رهنه، أو أوصى برقبته ولم يقيد بعجزه فإنه يصح ويكون فسخا لها فلا يتبعه كسب، ولا ولد ومما تخالف الصحيحة فيه أنه لا يجب فيها إيتاء ولا تصح الوصية بنجومها، ولا تمنع رجوع الأصل <ص: 418>، ولا

تحرم النظر على السيد، ولا توجب عليه مهرا بوطئه لها، وفي صور أخرى تبلغ ستين صورة (قلت: أصح أقوال التقاص سقوط أحد الدينين بالآخر) أي: يقدره منه إن اتفقا في جميع ما مر وكانا نقدين (بلا رضا) من صاحبهما، أو من أحدهما، لأن طلب أحدهما الآخر بمثل ما له عليه عبث وهذا فيه شبهه ببيع تقديرا، والنهي عن بيع الدين بالدين إما مخصوص بغير ذلك، لأنه يغتفر في التقديري ما لا يغتفر في غيره، وأما محله في بيع الدين لغير من عليه (والثاني) إنما يسقط (برضاهما)، لأنه يشبه الحوالة (والثالث) يسقط (برضا أحدهما)، لأن للمدين أن يؤدي من حيث شاء (والرابع لا يسقط)، وإن تراضيا (والله أعلم)، لأنه يشبه بيع الدين بالدين. أما إذا اختلفا جنسا، أو غيره مما مر فلا تقاص كما لو كانا غير نقدين وهما متقومان مطلقا، أو مثليان لا إن حصل به عتق لتشوف الشارع إليه، أما لو اتفقا أجلا ففي وجه رجحه الإمام وتبعه البلقيني واستشهد له بنص الأم التقاص وفي آخر المنع ورجحه البغوي كالقاضي واقتضاه كلام الشرح الصغير لانتفاء المطالبة ولأن أجل أحدهما قد يحل بموته قبل الآخر ولو تراضيا بجعل الحال قصاصا عن المؤجل لم يجز كما رجحاه وحمل على ما إذا لم يحصل به عتق وإلا جاز كما أفاده كلام الأم وقياسه تقييد الوجهين المذكورين بذلك أيضا (فإن فسخها السيد) <ص: 419> أو العبد (فليشهد) ندبا احتياطا، لئلا يتجاحدا (ولو أدى) المكاتب (المال فقال السيد) له (: كنت فسخت) قبل أن تؤدي (فأنكره) العبد أي: أصل الفسخ، أو كونه قبل الأداء (صدق العبد بيمينه)، لأن الأصل عدم ما ادعاه السيد فلزمته البينة (والأصح بطلان) الكتابة (الفاسدة بجنون السيد وإغمائه، والحجر عليه) بالسفه (لا بجنون العبد)، لأن الحظ له فإذا أفاق وأدى المسمى عتق وثبت التراجع (ولو ادعى كتابة فأنكر) (سيده، أو وارثه صدقا) أي: كل منهما باليمين، لأن الأصل عدمها (وحلف الوارث على نفي العلم)، والسيد على البت كما علم مما مر ولو ادعاه السيد وأنكر العبد جعل إنكاره تعجيزا منه لنفسه، نعم إن اعترف السيد مع ذلك بأداء المال عتق بإقراره ويتجه أن محل ما ذكر في الإنكار إن تعمد من غير عذر (ولو اختلفا في قدر النجوم) أي: الأوقات، أو ما يؤدي كل نجم (أو صفتها) أراد بها ما يشمل

الجنس، والنوع، والصفة وقدر الأجل، ولا بينة، أو لكل منهما بينة (تحالفا) كما مر في البيع، نعم إن كان خلاهما يؤدي لفسادها كأن اختلفا هل وقعت على نجم واحد، أو أكثر؟ صدق مدعي الصحة بيمينه نظير ما مر ثم (ثم) بعد التحالف (إن لم يكن) السيد (قبض ما يدعيه لم تنسخ الكتابة في الأصح) قياسا على البيع (بل إن لم يتفقا) على شيء (فسخ القاضي) الكتابة لا هما، لأنه يحتاج لنظر واجتهاد كالفسخ بالعنة وبه فارق ما مر في نحو البيع، لأنه منصوص عليه فاندفعت كما قاله الزركشي تسوية الإسنوي وغيره بين ما هنا، والبيع. (وإن كان) السيد (قبضه) أي: ما ادعاه بتمامه (وقال المكاتب: بعض المقبوض) لم تقع به الكتابة وإنما هو (وديعة) أودعته إياه ولم أدفعه عن جهة الكتابة (عتق) لاتفاقها على وقوع العتق على التقديرين (ويرجع هو) أي: العبد (بما أدى) جميعه (و) يرجع (السيد بقيمته) أي: العبد، لأنه لا يمكن رد العتق (وقد يتقاصان) إن وجدت شروط التقاص السابقة بأن تلف المؤدى وكان هو، أو قيمته من جنس قيمة العبد وصفتها (ولو قال: كاتبتك وأنا مجنون، أو محجور علي) بسفه طراً (فأنكر العبد) وقال: بل كنت عاقلاً (صدق السيد) بيمينه كما بأصله (إن عرف سبق ما ادعاه)، لأن الأصل بقاؤه فقوي جانبه، ومن ثم صدق مع كونه يدعي الفساد على خلاف القاعدة وإنما لم يصدق من زوج بنته، ثم ادعى ذلك، وإن عهد له، لأن الحق تعلق بثالث، بخلاف هنا (وإلا) يعرف ذلك (فالعبد) هو المصدق بيمينه، لأن الأصل ما ادعاه (ولو قال) السيد. (: وضعت عنك النجم الأول، أو قال): وضعت (البعض فقال) المكاتب (: بل) وضعت (الآخر، أو الكل صدق السيد) بيمينه، لأنه أعرف بإرادته وفعله، والصورة أن النجمين >ص: 420< اختلفا قدرا وإلا لم يكن للخلاف فائدة (ولو مات عن ابنين وعبد فقال) لهما وهما كاملان (: كاتبني أبوكما، فإن أنكرا) ذلك (صدقا) بيمينهما على نفي علمهما بكتابة الأب وهذا علم من قوله أنفا: أو وارثه وأعاده ليرتب عليه قوله: (وإن صدقاه) أو قامت بذلك بينة (فمكاتب) عملا بقولهما، أو البينة (فإن أعتق أحدهما نصيبه) أو أبرأه عن نصيبه من النجوم (فالأصح) أنه (لا يعتق)، لعدم تمام ملكه (بل يوقف، فإن أدى نصيب الآخر عتق كله وولأه للأب)، لأنه عتق بحكم كتابته ثم ينتقل لهما سواء (وإن عجز

قوم على المعتق إن كان موسرا) وقت العجز وولاؤه كله له (وإلا) يكن موسرا (فنصيبه حر، والباقي قن للآخر قلت: بل الأظهر) الذي قطع به الأصحاب (العتق) في الحال، لما أعتقه (والله أعلم) كما لو كاتب عبدا وأعتق أحدهما نصيبه، لكن لا سراية هنا، لأن الوارث نائب الميت، وهو لا سراية عليه، ومن ثم لو عتق نصيب الآخر بأداء، أو إعتاق أو إبراء كان الولاء على المكاتب للأب، ثم لهما عصوبة على ما مر، وإن عجزه بشرطه عاد قنا، ولا سراية لما تقرر أن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها، والميت لا سراية عليه (وإن صدقه أحدهما فنصيبه مكاتب) مؤاخذه له بإقراره. واغتفر التبعض في الكتابة للضرورة كما لو أوصى بكتابة عبد فلم يخرج إلا بعضه (ونصيب المكذب قن) إذا حلف على نفي العلم بكتابة أبيه استصحابا لأصل الرق فنصف الكسب له ونصفه للمكاتب (فإن أعتقه المصدق) أي: كله، أو نصيبه منه (فالمذهب أنه يقوم عليه إن كان موسرا) لزعم منكر الكتابة أنه رقيق كله لهما فإذا أعتق صاحبه نصيبه سرى إليه عملا بزعمه كما لو قال لشريكه: أعتقت نصيبك وأنت موسر فإننا نؤاخذه ونحكم بالسراية إلى نصيبه، لكن لما ثبتت السراية في هذه بمحض إقرار ذي النصيب لم تجب له قيمة، وأما في مسألتنا فهي إنما تثبت استلزاما لزعم المنكر لا لإقراره فكانت إتلافا لنصيبه فوجبت قيمته له. وخرج بأعتق عتقه عليه بأداء، أو إبراء فلا يسري

كتاب أمهات الأولاد

(كتاب أمهات) بضم الهمزة وكسرها مع فتح الميم وكسرها جمع أم وأصلها أمهة كما في الصحاح فهو جمع للفرع دون الأصل، لكن لما كان ما يثبت للفرع يثبت لأصله غالبا تسمح الشارح فجعلها نقلا عنه جمعا لأمهة وكأنه قربه مما قيل: هذا الجمع مخالف للقياس، لأن مفردة اسم جنس مؤنث بغير تاء ونظيره سماء وسموات ويجمع على أمهات لكن الأول غالب في الناس، والثاني غالب في غيرهم (الأولاد) ختم بأبواب العتق تفاؤلا وختمها بهذا، لأنه قهري فهو أقواها، لكن لشائبة قضاء الوطر فيه توقف ابن عبد السلام في كونه قرية ويجب أن للوسائل حكم المقاصد فلا بعد مع ذلك في كونه قرية >ص:

422 > والأصل فيه الأخبار الصحيحة منها {أنه صلى الله عليه وسلم استولد مارية القبطية بإبراهيم} وقال: أعتقها ولدها أي: أثبت لها حق الحرية، لأنه انعقد حراً إجماعاً، ومن ثم لما تناظر ابن سريج وابن داود الظاهري في بيعها فقال ابن داود: أجمعنا على أنها تباع قبل الولادة فيستصحب قال ابن سريج: أجمعنا على أنها لا تباع ما دامت حاملاً فيستصحب فانقطع ابن داود، لكن كان من الممكن أن يجيب بأن المنع هنا لطرو سبب هو الحمل وما طراً لسبب زال بزواله لحدوث تنجس المال الكثير بتغيره، وقد يرد زواله، لأن السبب ليس هو مجرد حملها به بل كون جزئها ثبت له الحرية ابتداءً منجزة فسرت إليها تبعاً، لكن منتظرة كما هو شأن تراخي التابع عن متبوعه وهذا الوصف لم يزل فكان الحق ما استدل به ابن سريج. (إذا) أثرها على إن، لأنها تختص بالمشكوك، والموهوم، والنادر، بخلاف إذا للمتيقن، والمظنون، ولا شك أن إقبال الإماء كثير مظنون بل متيقن ونظيره {إذا قمتم إلى الصلاة}، {وإن كنتم جنبا} خص الوضوء بإذا لتكرره وكثرة أسبابه، وإلجنا به بان لندرته ولكثرة اللهو عن الموت حتى صار كأنه منسي مشكوك فيه أتى بان معه في نحو {ولئن متم} وأتى بإذا في {وإذا مس الناس ضر} مع أن الموضوع لإن نحو {، وإن تصبهم سيئة} لندرته مبالغة في تخويفهم وإخبارهم بأنه لا بد أن يمسه شيء من العذاب، وإن قل كما أشار إليه تنكير ضر ولفظ المس (أجل) حر كله وكذا بعضه ولو مجنوناً ومكرها ومحجور سفه وكذا فلس على المنقول الذي اعتمده البلقيني كابن الرفعة، لكن رجح السبكي خلافه وتبعه الأذرعى والزركشي. وخرج بالحر المكاتب <ص: 423> فلا تعتق بموته أمته ولا ولدها، لما مر أنه ليس من أهل الولاء (أمته) أي: من له فيها ملك، وإن قل، لما قدمه في العتق بقوله: واستيلاء أحد الشريكين الموسر يسري ومثله استيلاء أصل أحدهما ولو كانت مزوجة، أو محرمة، أو مسلمة، وهو كافر ويحال بينه وبينها كما لو أسلمت مستولده أو حبلت من غير فعله كأن استدخلت ذكره، أو ماء المحترم (فولدت) في حياة السيد، أو بعد موته بمدة يحكم بثبوت نسبه منه، وفي هذه الصورة الأوجه كما رجحه بعضهم أنها تعتق من حين الموت فتملك كسبها بعده (حياً أو ميتاً) بشرط أن ينفصل

كله على ما اقتضاه. قولهما في العدد تبقى أحكام الجنين مع انفصال بعضه كمنع إرثه وعدم إجزائه عن الكفارة ووجوب الغرة بالجناية على الأم حينئذ وكونه يتبعها في نحو البيع، والهبة، والعتق. إهـ. وصرح غيرهما بأنه لا يثبت له حكم المنفصل إلا في مسألتين: الصلاة عليه إذا علمت حياته قبل انفصال كله، وإن مات قبل ذلك، والقود ممن حز رقبتة، وقد علمت حياته قبل ذلك أيضا، لكن قال غير واحد: إن انفصال الكل لا يشترط هنا أيضا وهو صريح. قوله (أو ما تجب فيه غرة) كأن وضعت عضوا منه، وإن لم تضع الباقي، أو مضغة فيها تخطيط ظاهر ولو للقوايل، بخلاف ما إذا لم يكن فيها تخطيط كذلك، وإن قلن: لو بقي لتخطط وإنما انقضت به العدة، لأن الغرض ثم براءة الرحم <ص: 424> وهنا ما يسمى ولدا (عتقت) هو ناصب إذا عند الجمهور، والمحققون على أن ناصبها شرطها (بموت السيد) ولو بقتلها له للخبر الصحيح {أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته، وفي رواية عن دبر منه}. وروى البيهقي عن عمر رضي الله عنه أن السقط كغيره، وقد لا تعتق بموته كأن ولدت منه أمة له مرهونة، أو جانية تعلق برقبتها مال، أو لعبد المدين المأذون له في التجارة، أو لمورثه، وقد تعلق بالتركة دين، وهو معسر ومات كذلك وكان نذر مالها التصدق بها أو بثمنها، ثم استولدها ورد استثناء هذه بزوال ملكه عنها بمجرد النذر، وكان أوصى بعتق أمة تخرج من ثلثه فأولدها الموارث فلا ينفذ إيلاده مع أنها ملكه، لئلا تبطل الوصية وكان وطئ صبي له تسع سنين أمته فولدت لأكثر من ستة أشهر فيلحقه، وإن لم يحكم ببلوغه قال البلقيني: وظاهر كلامهم أنه لا يثبت استيلاده أي: ويفرق بأنه يحتاط للنسب ما لا يحتاط لغيره

(تنبيه) القياس بموته، لكن، لما أوهم العتق وإن انتقلت عنه بمسوغ شرعي أظهر الضمير ليبين أنها إنما تعتق إن كان سيدها وقت الموت (أو) أحبل (أمة غيره)، أو حبلت منه <ص: 425> (بنكاح) ولم يغر بحريتها لما قدمه في خيار النكاح، أو زنا (فالولد رقيق) لسيدها، لأنه يتبع أمه رقا وحرية (ولا تصير أم ولد إذا ملكها)، لأن أمية الولد إنما تثبت لها تبعا لحرية، وهو قن، نعم إن ملكها وهي حامل منه بنكاح عتق عليه الولد كما بأصله، وحذفه لما قدمه

في العتق مما يشمله وكملكها ما لو ملكها فرعه كأن نكح حر أمة أجنبي ثم ملكها ابنه، أو عبد أمة ابنه، ثم عتق فلا يفسخ النكاح فلو أولدها ثبت الاستيلاء وانفسخ النكاح كما صحه البلقيني (أو) حبلت منه أمة الغير (بشبهة) منه بأن ظنها زوجته الحرة، وإن كانت زوجته الأمة بأن تزوج حرة وأمة فوطئ الأمة يظن أنها الحرة، أو أمته كما بأصله وكأنه حذفه للعلم بما خرج به، وهو ما لو ظنها زوجته الأمة فإن الولد رقيق من قوله أولا بنكاح وكالشبهة نكاح من غر بحريتها كما مر أنفا (فالولد حر) عملا بظنه وعليه قيمته لسيدها وخرج بتفسير الشبهة بما ذكر شبهة الملك كالمشتركة، وقد مرت أنفا، والطريق كأن وطئها بجهة قال بها عالم فلا تؤثر حرته لانتفاء ظنها (ولا تصير أم ولد إذا ملكها في الأظهر)، لأنها علقت به في غير ملكه فلا نظر لحرية <ص: 426> الولد. وكملكه ما له حق الملك فيه كأمة مكاتبه وأمة ابنه إذا لم يستولدها الابن

(فرع) نزع أمة بحجة، ثم أحبلها، ثم أكذب نفسه لم يقبل قوله وإن وافقه المقر له لكنه يغرم له نقصها وقيمتها، والمهر وتعتق بموته ويوقف ولاؤها، فإن لم يجد حجة فحلف المنكر وأحبلها، ثم أكذب نفسه وأقر بها له فكما مر كذا ذكره في الدعاوى وسكتا عما لو أولدها الأول، ثم الثاني، ثم أكذب الثاني نفسه، والأوجه ثبوت إيلادها للأول، لاتفاقهما عليه آخرا ويلزم الثاني له قيمة الولد، والمهر، والنقص (وله وطء أم الولد) إجماعا ما لم يقم به مانع ككونها محرمة، أو مسلمة، وهو كافر، أو موطوءة ابنه أو مكاتبته، أو كونه مبعضا <ص: 427> وإن أذن له مالك بعضه فيما يظهر من إطلاقهم خلافا للبلقيني، ثم رأيت شارحا رد عليه بما أشرت إليه من كلام الروضة وغيره

(و) له (استخدامها وإجارتها) وإعارتها (وأرش جناية عليها) وعلى أولادها التابعين لها وله قيمتهم إذا قتلوا لبقاء ملكه على الكل وإنما لم تجز إجارة الأضحية المنذورة لخروجها عن الملك وصرح أصله بأن له قيمتها إذا قتلت وكأنه اكتفى عنه بدخوله في أرش جناية عليها، لأنهم قد يطلقون الأرش على بدل النفس (وكذا) له ولو مبعضا (تزويجها بغير إذننا في الأصح)، لأنه يملكها من غير مانع فيه، بخلاف كافر في مستولده المسلمة (ويحرم بيعها) ومثلها ولدها التابع لها كما علم من كلامه، ولا يصح بل لو حكم به

قاص نقض على ما حكاه الروياني عن الأصحاب، لأنه مخالف لنصوص وأقيسة جلية وصح {أمهات الأولاد لا يبعن <ص: 428> ولا يرهن، ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فإذا مات فهي حرة} صحح المدارقطني، والبيهقي وقفه على عمر رضي الله عنه وابن القطان رفعه، وهو المقدم، لأن مع راويه زيادة علم وخبر جابر رضي الله عنه {كنا نبيع سراريننا أمهات الأولاد، والنبي صلى الله عليه وسلم حي لا نرى بذلك بأسا} إما منسوخ أو منسوب له صلى الله عليه وسلم استدللا واجتهادا فقدم ما نسب إليه من النهي المذكور قولا ونصا ولأن ما كان فيه من خلاف في العصر الأول فقد انقطع وصار مجمعا على منعه كذا قلاه هنا لكنهما صححا في محل آخر عدم نقضه، لأن المسألة اجتهادية، والأدلة فيها متقاربة وتصح كتابتها ونحو بيعها من نفسها وأخذ منه الزركشي صحة بيعها ممن تعتق عليه كأصلها وفرعها وفيه نظر، إذ الأول عقد عتاقة لا بيع، بخلاف الثاني ويصح بيع المرهونة، والجانية وأم ولد المكاتب كما مر (ورهنها)، لأنه يسلط على البيع (وهبتها) ولو مرهونة وجانية، لأنها تنقل الملك (ولو ولدت من زوج رقيقا (أو) من (زنا)، أو من شبهة بأن ظن كونها زوجته الأمة كما علم مما مر <ص: 429> بعد الاستيلاد (فالولد للسيد يعتق)، وإن ماتت أمه (بموته) ويمتنع نحو بيعه (كهي)، لأن الولد يتبع أمه رقا وحرية وكذا في سببها اللازم، نعم لو غر بحريتها <ص: 430> كان ولده منها حرا وعليه قيمته. وخرج بزواج وزنا ولدها من السيد فهو حر، وإن ظنها زوجته الأمة. ومر أن إدخال الكاف على الضمير فيه نوع شذوذ سهله إيثار الاختصار (وأولادها قبل الاستيلاد من زوج، أو زنا لا يعتقون بموت السيد وله بيعهم) لحدوثهم قبل سبب الحرية اللازم ونظيره ما لو أولد معسر مرهونة فبيعت في الدين ثم ولدت من زوج، أو زنا، ثم ملكها فلا يعتق ولدها بموته، لحدوثه قبل سبب الحرية اللازم

(فرع) أفتى القاضي فيمن أقر بوطء أمته فادعت أنها أسقطت منه ما تصير به أم ولد بأنها تصدق إن أمكن ذلك بيمينها وحكى ابن القطان فيه وجهين رجح منهما الأذرعى تصديقه، وإن اعترف بالحمل ما لم تمض مدة لا يبقى الحمل فيها مجتئا ولو ادعى ورثة سيدها مالا له

بيدها قبل موته فادعت تلفه أي: قبل الموت صدقت بيمينها كما نقله الأزرق وكلام النهاية يؤيده أما دعواها تلفه بعد الموت فيظهر عدم تصديقها فيه، لأن يدها عليه حينئذ يد ضمان، لأنه ملك الغير وهي حرة. وتقبل شهادة الأب على ابنه بإقراره بالاستيلاء، وإن تضمنت الشهادة لولد الولد، لأنها تابعة، والمقصود الشهادة على ولده بالاستيلاء وتسمع دعواها على السيد الإيلاء <ص: 431> إن أرادت إثبات أمية الولد لا نسبه (وعتق المستولدة) ولو في المرض، وإن نجز عتقها فيه، أو أوصى بعقها من الثلث كما بينته في شرح الإرشاد مع الفرق بينه وبين ما مر في حجة الإسلام وكذا أولادها الحادثون بعد الاستيلاء (من رأس المال) مقدما على الديون، والوصايا للخبر السابق عنه صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم يا ربنا لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانتك حمدا يوافي نعمك <ص: 432> ويكافئ مزيدك حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه كما تحب يا ربنا وترضى حمدا كالذي نقول وخيرا مما نقول يملأ السموات، والأرض وما شئت ربنا من شيء بعد أهل الثناء، والمجد أحق ما قال العبد: وكلنا لك عبد لا مانع لما أعطيت، ولا معطي، لما منعت، ولا ينفع ذا الجد منك الجد، وصل اللهم، وسلم وبارك أفضل صلاة وأفضل سلام وأفضل بركة على عبدك ونبيك ورسولك النبي الأمي وأزواجه وذريته وعلى آله وأصحابه وأنصاره وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين كما صليت وباركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين إنك حميد مجيد، وكما يليق بعظيم شرفه وكماله ورضاك عنه وما تحب وترضى له عدد معلوماتك ومداد كلماتك أبد الأبددين ودهر الداهرين كلما ذكرك وذكره الذاكرون وكلما غفل عن ذكرك وذكره الغافلون وعلينا معهم برحمتك يا أرحم الراحمين سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

أسألك اللهم بجلال وجهك وباهر قدرتك وواسع جودك وكرمك أن تنفع بهذا الشرح المسلمين منفعة عامة وأن تمن علي بالإخلاص فيه، ليكون ذخيرة لي إذا جاءت الطامة، وأن لا تعاقبني فيه، ولا في غيره من سائر أثاره بقبيح ما جنيت من الذنوب وعظيم ما اقترفت من العيوب إنك أرحم الراحمين وأكرم الأكرمين، دعواهم فيها سبحانك

اللهم وتحتيتهم فيها سلام وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين.