

دولة ليبيا
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



الجامعة الإسلامية

كلية الشريعة والقانون / قسم الشريعة

الدراسات العليا / شعبة الفقه المقارن

بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الإجازة العالية (الماجستير)

بمنوان: المحيط الرضوي

للإمام محمد بن محمد السرخسي ت:

571هـ

**من أول كتاب أدب القاضي إحد نهاية باب : دعوى الطريق والمسيل
(دراسة وتحقيق)**

إعداد الطالب: إبراهيم أحمد مفتاح الفاوود إشراف: د. أحمد زايد عثمان

العام الجامعي : 1446هـ . 2024م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

سورة النساء، الآية 65

الإهداء

إلى من بلغه عملي - المتواضع - هذا، من قضاة المسلمين وحكامهم، وإلى والديّ
العزيزين - بارك الله في عمرهما -

﴿ وَقُلْ رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾

سورة الإسراء، الآية : 24

إلى أساتذتي، وأصدقائي، وزملائي وأحبتني أهدى هذا العمل .

كلمة شكر

أشكر الله - تعالى - أولاً وأخيراً أن وفقني وأعانني لإنجاز هذا العمل، ثم الشكر الجزيل لأستاذي المشرف الذي تفضل علي بقبوله الإشراف على هذا البحث، ولم يبخل علي بتوجيهاته ، ونصائحه، وخبراته، فجزاه الله خير الجزاء، وبارك الله له في عمره وعمله .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الكوادر العلمية بالجامعة الأسمرية، وأخص بالذكر رئيس مكتب الدراسات العليا بالجامعة، ورئيس قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون.

وإلى الزملاء الأعزاء في مرحلة الدراسة التمهيديّة، جزاهم الله جميعاً خير الجزاء، ووفقهم الله لكل ما يحب ويرضى من خَيْرِي الدنيا والآخرة .

وإلى كل من أعانني خلال فترة دراستي بدعوة صالحة ، أو كلمة طيبة، أسأل الله أن يتجاوز عنا وعنهم بفضلهم وكرمه.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا
ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له،
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ سورة آل عمران :

الآية: 102 ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا

وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ءِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ سورة النساء: الآية 1

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ

وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ سورة الأحزاب: الآية 70- 71. سلطان

سلطان

أما بعد،،

فإن أصدق الحديث كتاب الله، وخير الهدي هدي محمد - صلى الله

عليه وسلم - وشرّ الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة

وكل ضلالة في النار.

فإنه مما لاشك فيه أن الفقه الإسلامي من أجل العلوم قدراً، وأولها
 بعناية الدارسين، وهو خير ما صُرفت فيه الأعمار، وقطعت به الأوقات،
 وشغلت به الأنفس بعد عبادة رب الناس، ولقد حثنا نبينا محمد - صلى الله
 عليه وسلم - على طلب العلم فقال: "من يرد الله به خيراً يفقهه في
 الدين"⁽¹⁾، وقال في حديث آخر: "من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله
 له طريقاً إلى الجنة"⁽²⁾، وقال: " طلب العلم فريضة على كل مسلم "⁽³⁾،
 ولهذا انصرفت هم كثير من العلماء إلى التصنيف في هذا العلم الشريف
 قديماً وحديثاً، إذ هو من أفضل ما يتنافس فيه المتنافسون، وأشد ما يُقبل
 عليه الطالبون، تحقيقاً وتعليقاً ودراسةً .

ولما تفضّل عليّ المولى - عز وجل - صاحب الفضل العظيم
 وأكرمني بالتوفيق في دراستي بكلية الشريعة - شعبة الفقه المقارن - واجتياز
 امتحانات السنة التمهيديّة، بدأت أفكر في موضوع رسالتي ، وكان أملي أن
 يكون تحقيقاً لمخطوط في الفقه الإسلامي.

وحرصاً منّي على تنفيذ هذه الرغبة قُمت بمطالعة بعض فهارس
 المخطوطات في الفقه الإسلامي بحثاً وتثقيباً ، وفي ذات يوم أشار عليّ

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب العلم ، باب : العلم قبل القول والعمل ، رقم الحديث : 22 .

(2) أخرجه الترمذي في أبواب العلم ، باب : فضل طلب العلم ، حديث رقم 2646 ، وقال: حديث حسن .

(3) أخرجه ابن ماجه في المقدمة ، باب : فضل العلماء والحث على طلب العلم ، رقم : 224 .

بعض أصدقائي إلى مخطوط في الفقه فقلتُ في نفسي : عسى أن يكون فيه مطلبى ، وإذا بي أجده مخطوطاً كبيراً جداً في الفقه الحنفي وهو : "المحيط الرضوي لرضي الدين السرخسي " .

ومنذ ذلك الحين أخذت أبحث عن نُسخ لهذا الكتاب فلم أعثر إلا على نسختين منه إحداهما بالخط الفارسي، والأخرى بالخط العربي.

فألقيته كتاباً نفيساً ذا قيمة علمية، حسن التبويب والترتيب، مصنفاً على مذهب الإمام أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ، الأمر الذي يدل على مكانة مؤلفه ورسوخه في الفقه الحنفي ، مشتملاً على جميع أبواب الفقه ، محتويًا لكثير من المسائل الفقهية المقارنة ، ومما يمتاز به أيضاً إيراده للأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية ، ومن ثم عرضته على أهل الخبرة والتجربة، فاستشرت من أثق به ديناً، وأمانة ، ونصيحة ، فكل أشار علي بما قوى عزمي ومن ثم أسند إلي قسم الشريعة بكلية الشريعة والقانون جزءاً منه يبدأ من كتاب أدب القاضي وينتهي : بباب دعوى الطريق والمسيل.

فأقدمت على تحقيق الجزء الذي أسند إلي متوكلاً في ذلك على

المولى - عز وجل - .

• الأسباب الباعثة على دراسة وتحقيق هذا الكتاب:

تتمثل هذه الاسباب في النقاط الآتية:-

- الوقوف على جهود العلماء والثروة الفقهية التي تركوها ليعم النفع طلاب العلم .
- إبراز هذا المخطوط لطلبة العلم عامةً، وقضاة المسلمين خاصةً للاستفادة منه باعتبار أن الجزء المقصود تحقيقه يتناول فقه الأقضية والشهادات.
- التعرف على مسالك المؤلف ومنهجيته في كتابه من حيث تصوره للمسائل الفقهية المقارنة، وإيراده للأدلة وتوجيهها ومناقشتها .
- معرفة القيمة العلمية لهذا المؤلف .

● منهجية البحث:

هذا وقد قسمت هذا البحث إلى قسمين:

أولاً: القسم الدراسي، ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالمؤلف (رضي الدين السرخسي) ويشمل ثلاثة

مطالب وهي:

المطلب الأول: اسمه ، لقبه، مولده ، نسبه ، وفاته.

المطلب الثاني: شيوخه ، نشاطه العلمي.

المطلب الثالث: مصنفاة.

المبحث الثاني: عصر الامام ، مكانته العلمية ، ثناء العلماء عليه.

المطلب الأول: عصره.

المطلب الثاني: مكانته العلمية ، ثناء العلماء عليه.

المبحث الثالث: في وصف المخطوط، وقيمتة العلمية ، منهج المؤلف في

تأليفه المخطوط.

المطلب الأول: في وصف المخطوط.

المطلب الثاني: القيمة العلمية للمخطوط.

المطلب الثالث: منهج المؤلف في تأليفه للمخطوط.

المطلب الرابع: نماذج لنسخ المخطوط.

ثانياً: القسم التحقيقي: وقد تناولت فيه النقاط الآتية:

1-تفريغ المخطوط، وكتابته كتابة معاصرة على جهاز الحاسوب، مع مراعاة القواعد

الإملائية .

2-المقارنة بين النسختين وبيان الفروق بينها في الهامش، جاعلا من النسخة ذات

الخط العربي أمّا معبراً عنها بالأصل ، ثم قابلت عليها النسخة ذات الخط

الفارسي ورمزت لها بالرمز: (ف)، فإن كان هناك سقط من النسخة الأم لا

يستقيم المعنى بدونه أثبتته من النسخة الأخرى، ووضعت بين معكوفين مشيراً إليه

في الهامش، وإن كان السقط من النسخة (ف) وضعت بين معكوفين مشيراً إلى

ذلك في الهامش.

3-عزو الآيات القرآنية إلى سورها مع بيان رقم الآية .

4-تخريج الأحاديث النبوية والآثار، مع بيان الحكم على الحديث من حيث الصحة

والضعف، إن لم يكن في الصحيحين أو أحدهما ما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

5- وضعت كلمة (مسألة) أمام كل مسألة يذكرها المؤلف.

6-عزو الأقوال إلى مصادرها المعتمدة في المذهب ما أمكن، مع بيان معلومات

النشر عند ذكر المصدر لأول مرة، وذلك على النحو الآتي : اسم الكتاب، اسم

المؤلف، اسم المحقق إن وُجد، دار النشر، رقم الطبعة إن وُجد، ثم سنة النشر .

7- ترجمة الأعلام المذكورين في المخطوط بترجمة موجزة ما عدا أولئك العلماء المشهورين.

8- بيان معاني الألفاظ والكلمات الغريبة الواردة في المخطوط من المعاجم اللغوية والفقهية.

9- إعطاء نبذة عن المؤلفات التي يذكرها المؤلف.

10- دراسة بعض المسائل دراسة فقهية مقارنة .

11- بيان رقم لوحات النسخة الأم في نهاية كل لوحة .

12- وأخيراً ذيلت هذه الدراسة بفهارس اشتملت على الآتي : فهرس الآيات القرآنية الواردة

في المخطوط، ثم فهرس الأحاديث النبوية والآثار الواردة في المخطوط، ثم فهرس الأعلام الوارد ذكرهم فيه، ثم فهرس الكلمات والألفاظ الغريبة، ثم فهرس الأماكن، ثم فهرس الكتب، قائمة المصادر والمراجع ثم فهرس الموضوعات .

وبعد هذا فإنني لا أدعي الكمال في هذا العمل ، فالكمال لله وحده ولكني بذلت فيه كل ما وسعني من جهد ، على الرغم من الأعباء الأسرية كادت أن تكون حائلاً بيني وبين إتمامه ، فإن أصبت فمن الله التوفيق والعون ، وإن أخطأت فالله أسأل ان يشملني بواسع عفوه ومغفرته، وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم وأن يسدد خطاي ويهديني سواء السبيل ، وهو حسبي ونعم الوكيل ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على أشرف المرسلين نبينا وحبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

رموز استعملت أثناء الدراسة والتحقيق

﴿ ﴾ : لخصر الآيات القرآنية .

" " : لخصر النصوص المقتبسة حرفيا سواء كان حديثا أم قولا لأحد العلماء .

[] : لخصر ما كان ساقطا من النسخة الأصل إذا كان يقتضيه السياق ولا يستقيم

المعنى بدونه، ولخصر ما كان ساقطا من النسخة (ف) .

.../... : الرقم الذي قبل الخط المائل هو رقم جزء من كتاب وما بعده هو رقم الصفحة.

(....) : لبيان الكلمات الغير مقروءة في النسختين.

ص : صفحة .

هـ : هجري .

/ و : وجه اللوحة من المخطوط .

/ ظ : ظهر اللوحة من المخطوط .

ف : نسخة ذات الخط الفارسي .

القسم الدراسي

القسم الدراسي

وفيه تناول الباحث:

التعريف بالمؤلف ، وعصره الذي عاش فيه ، والتعريف بكتابه " المحيط الرضوي " .
ويحتوي على:

المبحث الأول : التعريف بالمؤلف " رضي الدين السرخسي " ويشمل ثلاثة مطالب ،
وهي :

المطلب الأول : اسمه ، لقبه ، مولده ، نسبه ، وفاته .

المطلب الثاني : شيوخه ونشاطه العلمي .

المطلب الثالث : مصنفاته .

المبحث الثاني : عصر الإمام مكانته العلمية وثناء العلماء عليه .

المطلب الأول : عصره .

المطلب الثاني : مكانته العلمية وثناء العلماء عليه .

المبحث الثالث : في وصف المخطوط ، وقيمته العلمية ، ومنهج المؤلف في تأليفه
للمخطوط .

كل ذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول : في وصف المخطوط .

المطلب الثاني : القيمة العلمية للمخطوط .

المطلب الثالث : منهج المؤلف في تأليفه للمخطوط .

المطلب الرابع : نماذج لنسخ المخطوط ومنهج للتحقيق .

المبحث الأول : التعريف بالإمام رضي الدين السرخسي

المطلب الأول : اسمه ، لقبه ، مولده ، نسبه ، وفاته .

اسمه ولقبه :

هو محمد بن محمد بن محمد ، رضي الدين بن العلا ، تاج الدين ، برهان الإسلام السرخسي (1).

مولده :

لم تذكر كتب التراجم التي وقفت عليها سنة مولده .

نسبه :

يُنسب - رحمه الله - إلى مدينة سرخس (2)، وهي مدينة كبيرة من مدن خراسان (3).

وفاته :

أقام - رحمه الله تعالى - مدّة في مدينة حلب (4) ، وبعد أن تحامل عليه بعض من أهلها ورموه بالعجز والتقصير تركها متجهاً إلى دمشق (5)، فأقام فيها حتى مرض هناك، وتوفي ، وكان ذلك في آخر جمعة من شهر رجب سنة 571هـ ، - رحمه الله رحمة واسعة (6).

(1) ينظر : الجواهر المضيئة ، 128/2 والأعلام للزركلي 24/7.

(2) سرخس: هي بلد جليل طيبة الثرى، افتتحها عبد الله السلمي في خلافة عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وهي من كورخراسان . ينظر : معجم البلدان 208/3.

(3) خراسان : بلاد كبيرة ، تشتمل على عدة قرى منها : نيسابور ، ومرو ، وسرخس . ينظر : معجم البلدان 350/2.

(4) حلب : مدينة واسعة ، كثيرة الخيرات ، تقع شمال بلاد الشام ، فتحها أبو عبيدة عامر بن الجراح - رضي الله عنه - صلحاً ، واتخذها الحمدانيون عاصمة لدولتهم . ينظر : معجم البلدان 282/2.

(5) دمشق : هي المدينة المشهورة ، عاصمة الدولة الأموية ، وتمتاز بكثرة الأنهار وجريان الماء في قنواتها . ينظر : معجم البلدان 463/2 ، وأثار البلاد وأخبار العباد 189/1 .

(6) ينظر: الجواهر المضيئة 130/2 ، وطبقات الحنفية 170،171/2 .

المطلب الثاني : شيوخه ونشاطه العلمي .

• شيوخه:

لم أعثر في كتب التراجم التي وقفت عليها إلا على اثنين من شيوخه، وهما :
1. علاء الدين بن أحمد بن أبي أحمد ، يكنى أبا بكر ، وهو من كبار أئمة الحنفية ،
نزيل بخاري⁽¹⁾ ، تفقّهت عليه ابنته فاطمة ، من تصانيفه : تحفة الفقهاء التي نالت
شرحاً وافياً من تلميذه وصهره الإمام الكاساني في كتابه المشهور بدائع الصنائع ،
توفي سنة 539 هـ⁽²⁾ .

2. عمر بن عبد العزيز بن مازه ، يكنى : أبا محمد ، المشهور بالصدر الشهيد علامة
عصره ، كان عارفاً بالخلاف ، ولد سنة 483 هـ ، له العديد من المصنفات منها:
شرح كتاب أدب القاضي للخصاف ، وشرح الجامع الصغير للشيباني ، قتل على يد
أحد الكفار سنة 536 هـ⁽³⁾ .

• نشاطه العلمي :

درس الإمام رضي الدين السرخسي - رحمه الله - بالمدرسة الحلاوية⁽⁴⁾ لما
قدم إلى حلب ، فتعصب عليه بعض أهلها من الفقهاء ، ورموه بالتقصير والعجز ،
فادعوا بأنّه لم يصنف المحيط ، وقالوا : إن حاله في الفقه يعجز عن ذلك ، فذهب
إلى دمشق فدرس بالخاتونية⁽⁵⁾ .

(1) بخارى : مدينة كبيرة ، وهي من أعظم مدن ما وراء النهر ، فتحها المسلمون سنة 53 هـ، وهي اليوم من مناطق
أوزبكستان ، ينظر : معجم البلدان 1/353 ، 354 .

(2) ينظر : طبقات الحنفية 2/140 ، والفوائد البهية ص158 .

(3) ينظر : الجواهر المضيئة 1/391 ، والأعلام للزركلي 5/51 .

(4) المدرسة الحلاوية : ذكر في التاريخ أن هذه المدرسة كانت كنيسة كبيرة ، وكانت معظمة عند النصارى ، وقيمت كذلك
إلى أن حاصر الصليبيون الإفرنج حلب سنة 518 هـ ، وملكها يومئذ ابن أرتق فهرب منها فتولى أمر البلاد بعده أبو الحسن
الخشاب ، فعمد الإفرنج إلى قبور المسلمين فنبشوها ، فلما بلغ القاضي ذلك عمد بعض الكنائس وجعلها مساجد منها
الحلاوية فصارت مسجداً واستمر الأمر كذلك حتى تولى البلاد نور الدين زنكي وجعلها مدرسة حنفية . ينظر : كنوز
الذهب في تاريخ حلب لأحمد بن خليل، الطبعة الأولى 1/440 .

(5) المدرسة الخاتونية : نسبة إلى خاتون أم شمس الملوك ، وهي مدرسة من أكبر مدارس الحنفية ، وأجودها ، وهذه
المدرسة عبارة عن مسجد على الشرف القبلي عند مكان يسمى صفاء صنعاء الشام وهو مشهور بدمشق ، فأوقفته ، وهذه
المحلة " الخاتونية " من محاسن دمشق ، وبجوارها دار الأمير الأصيل ابن منجك . ينظر : الدارس في تاريخ المدارس
384/1 .

المطلب الثالث : مصنفاته :

شيخ مثل السرخسي لا بد وأن تكون له مؤلفات ، وها هي بعضها:

- 1- المحيط الكبير : وهو مصنف كبير يربو على الأربعين مجلداً، ألفه لأبي المظفر خوارزم شاه .
- 2- المحيط الثاني : يقع في عشرة مجلدات .
- 3- المحيط الثالث : في أربعة مجلدات ، وهو محل الموضوع الدراسة والتحقيق .
- 4- المحيط الرابع : في مجلدين .
- 5- الوسيط .
- 6- الوجيز في الفتاوي، وقد رتبته على ترتيب الهداية، وهو تم تحقيقه بجامعة العراق.
- 7- الطريقة الرضوية⁽¹⁾ .

(¹) كشف الظنون ، لحاجي خليفة 2002/2.

المبحث الثاني: عصر الإمام رضي الدين السرخسي ، ومكانته العلمية ، وثناء العلماء عليه.

المطلب الأول : في عصره :

تتمثل دراسة عصر المؤلف في جانبين أساسيين هما :

الجانب الأول : الحالة السياسية في عصره .

الجانب الثاني : الحالة الاجتماعية .

الجانب الأول : الحالة السياسية :

لقد عاش الإمام محمد رضي الدين السرخسي - رحمه الله - حياته كلها في العصر العباسي الثاني ، وقد كانت الدولة العباسية في ذلك الوقت تعيش حالة من التدهور والضعف ، وبسببه فقدت الدولة سيطرتها على بعض البلاد ، فانقسمت الدولة إلى عدة دويلات صغيرة ، الأمر الذي شجع الأعداء حتى طمعوا في بلاد المسلمين ، ومن هنا بدأ الصليبيون في تنظيم حملات ضد المسلمين بهدف استيلائهم على البلاد الإسلامية ، ومن ثم استولوا على بيت القدس سنة 492هـ ، وقتلوا فيه زهاء ستين ألفاً من المسلمين ، واستمرت هذه الحملات الشعواء قرابة قرنين من الزمان ، كما استولوا أيضاً على الشام ، ففر الناس هاربين من الشام إلى العراق ، فلما سمع الناس ببغداد هذا الأمر هالهم ذلك وتباكوا ، فارتفع بكاء الناس حتى ندب الخليفة الفقهاء إلى الخروج إلى البلاد ليحرضوا الملوك على الجهاد⁽¹⁾.

الجانب الثاني : الحالة الاجتماعية :

بعد سقوط الدولة العباسية على يد المغول عام ستّة وخمسين وستمئة من الهجرة، انقسم الناس بحسب أحوالهم المادية والاجتماعية، فهناك طبقة الأغنياء والأمراء وتمثلت في الخلفاء، والوزراء، والتجار، وكانت هذه الطبقة تعيش في نعيم

(1) ينظر : البداية والنهاية 192/12، 193، وتاريخ الدولة العلية العثمانية : لمحمد فريد بيك ص 68 .

وتترف، وهناك طبقة على الضد من هذه وهي طبقة الفقراء، وتشمل عامة الرعية في ذلك الوقت من المزارعين من أصحاب الأراضي، والحرفيين من الحدادين والنجارين ، وغيرهم من أصحاب الحرف ، والرقيق والإماء ، وهناك الطبقة الوسطى بين الأغنياء والفقراء ، وتشمل كبار التجار ، وموظفي الدواوين ، ورجالات الجيش، وأمثالهم كانوا يتقاضون من الدولة مالاً راتباً متوسطاً ، ومنهم من يقوم بتعليم بعض أبناء الطبقة الغنية فينالون العطايا من أربابهم وذويهم⁽¹⁾.

المطلب الثاني : مكانته العلمية وثناء العلماء عليه :

يعدُّ الإمام رضي الدين السرخسي - رحمه الله - إماماً متقناً، ويشهد لذلك مصنفاته الكبيرة حجماً، الكثيرة عدداً ، ومنها مؤلفه : " المحيط الرضوي " : فقد أجاد فيه وأبدع ، وقد اثنى الكثير من العلماء عليه .

يقول الإمام اللكنوي² - رحمه الله - : " كان إماماً كبيراً جامعاً للعلوم العقلية والنقلية"⁽³⁾.

وقال عنه العزّي⁴ - رحمه الله - : "الإمام الفاضل رضي الدين السرخسي"⁽⁵⁾.

وقد أثنى ابن عابدين - رحمه الله - في حاشيته برد المحتار على الدر المختار على هذا الكتاب (المحيط الرضوي) بقوله: " وميز بعضهم المحيط الرضوي لرضي الدين السرخسي ، فإنه نذكر أولاً مسائل الأصول ثم النوادر ثم الفتاوى ونعم ما فعل⁽⁶⁾.

(1) ينظر : العصر العباسي الثاني ص53-72 .

² هو محمد بن عبد الحي اللكنوي ، المتوفى سنة 1304 هـ ، ينظر : الأعلام للزركلي 6 / 187 .

(3) ينظر : الفوائد البهية ص188 .

⁴ هو محمد بن محمد العامري القرشي ، الأعلامي الزركلي 4 / 179 .

(5) ينظر : نهر الذهب في تاريخ حلب ، لكامل الغزي 2/ 169 .

(6) رد المختار على الرد المختار لابن عابدين 69/1.

المبحث الثالث: في وصف المخطوط، وبيان قيمته العلمية، ومنهج المؤلف في تأليفه للمخطوط .

المطلب الأول : في وصف المخطوط :

بعد البحث والتحري وسؤال أهل الخبرة في ذلك تحصلنا - والحمد لله - على نسختين من المخطوط :

النسخة الأولى : وهي التي اعتمدت أصلاً في التحقيق، مكتوبة بخط مشرقى، وقد تميزت بوضوح كلماتها إلا نادراً، لون الخط أسود إلا عناوين الكتب والأبواب فقد كتبت باللون الأحمر ، وعدد لوحاتها (1800) لوحة ، وقياس كل صفحة من تلك اللوحات (16.5 سم * 11.5 سم)، وعدد أسطر كل صفحة (32) سطراً ، ويشمل كل سطر على (22) كلمة، وقد تزيد حتى تصل (25) كلمة .

ناسخها هو عبد الله بن محمد بن أحمد الدمشقي وفي ذلك يقول : " وكان الفراغ من تعليقه يوم السبت السابع عشر من شهر رمضان المعظم سنة سبعمائة وسبع عشرة من الهجرة بقلعة الجبل المحروسة جعلها الله حصناً وأماناً للخائفين إلى يوم الدين على يد الفقير المعترف بالزلل والخطأ غفر الله له ولوالديه ولصاحب الكتاب ، ولمن نظر فيه من المسلمين ، والحمد لله رب العالمين " .

وهذه النسخة ، لوضوحها ، ولقلة السقط فيها اعتمدها أصلاً ، وهي في أربع مجلدات مكان وجودها هو مكتبة فيض الله أفندي ، مفتي السلطنة العثمانية الواقعة بإسطنبول - تركيا ، تحت رقم (958).

النسخة الثانية : مكتوبة بخط فارسي ، بعض لوحاتها كثيرة السواد ، أقل وضوحاً من النسخة الأم ، ونادراً ما يوجد بها تصحيف في بعض الكلمات، عدد لوحاتها (1127) لوحة ، واشتملت كل لوحة على (35) سطراً، وبكل سطر (22) كلمة تقريباً، مكان وجودها: مكتبة فيض الله أفندي، مفتي السلطنة العثمانية، بإسطنبول - تركيا ، تحت رقم: (963).

المطلب الثاني : القيمة العلمية للمخطوط :

يعتبر هذا الكتاب من المصادر القيّمة في المذهب الحنفي، وذلك بما احتواه من أبواب شملت جميع أبواب الفقه ، كما أنه يُعتبر كتاباً في الفقه المقارن ، حيث يتناول فيه المؤلف أقوال الإمام وصاحبيه، كما قام بالمقارنة بين أقوال الإمام أبي حنيفة والشافعي، وقل ما يذكر الخلاف بين الحنفية والشافعية من جهة والإمام مالك من جهة أخرى .

وأما من جهة الترجيح فإن الإمام السرخسي غالباً ما يرجح رأي مذهب الأحناف مع بيان التعليل لذلك، هذا بالنسبة للخلاف العالي، أما الخلاف داخل المذهب فإنه لا يرجح قولاً على آخر، بل يكتفي بعزو كل قول لصاحبه، مع ذكر وجه كل قول .

المطلب الثالث : في منهج المؤلف في تأليفه :

تتمثل منهجية المؤلف من جانبين :

أولاً: منهجيته في الاستدلال :

يستدل المؤلف - رحمه الله - بالنصوص الشرعية ، فيستدل بكتاب الله -تعالى-

أولاً ، ثم بالسنة النبوية ، ثم الآثار الواردة عن الصحابة أو التابعين .

كما يستدل كذلك بالأدلة الأصولية كالقياس والاستحسان والاستصحاب .

ومن أهم المصادر التي اعتمدها المؤلف في كتابه هي كتب محمد بن الحسن

الشيبياني - رحمه الله - وهي : كتاب الأصل ، والجامعين الصغير والكبير .

ثانياً : منهجيته في ترتيب المسائل الفقهية ، والترجيح بين آراء الفقهاء :

انتهج الإمام رضي الدين السرخسي - رحمه الله - نهجاً مميزاً واضحاً في

كتابه " المحيط الرضوي " من حيث ترتيبه للمسائل الفقهية ، فقد قال - رحمه الله -

في طريقة ترتيبه :

" وبدأت كل كتاب بمسائل المبسوط لما أنها أصول مثبتة ، وأردفتها بمسائل النوادر ، والنوازل ؛ لما أنها من أصول المسائل منزوعة ، ثم أعقبتها بمسائل الجمع لما أنها من زبدة الفقه مجموعة ، ثم ختمتها بمسائل الزيادات لما أنها من فروع الجامع مزيدة "(1).

وأما منهجيته في الترجيح بين آراء الفقهاء فقد ذكرنا آنفاً بأن الإمام لم يكن يرجح في المسائل الخلافية إلا مذهب الحنفية .

ثالثاً : الكتب التي اعتمدها المصنف :-

الكتب التي اعتمدها المصنف في تأليفه لهذا الكتاب تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أولاً : مسائل ظاهر الرواية :

وهي المسائل التي رويت عن أصحاب المذهب وهم : أبو حنيفة، وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - ، وقد يلحق بهم زفر، والحسن بن زياد، وغيرهما ممن تفقه على أبي حنيفة ، ولكن الشائع أن ظاهر الرواية هي قول العلماء الثلاثة : أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف - رحمهم الله - أو قول بعضهم .

والكتب التي تُعرف بظاهر الرواية أو كتب الأصول ككتب محمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله - وهي ستة : المبسوط، والزيادات، والجامع الصغير، والجامع الكبير ، والسير الصغير، والسير الكبير ، وهذه الكتب سميت بظاهر الرواية ؛ لأنها رويت عنه بطريق الثقات إما متواترة أو مشهورة .

ثانياً : مسائل غير ظاهر الرواية :

هي المسائل التي ليست من ظاهر الرواية ، وهي مسائل مروية عن أصحاب المذهب المذكورين آنفاً ، إلا أنها ذُكرت في كتب أخرى لمحمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله - : كالرُقيات ، والهارونيات، والكيسانيات،

(1) ينظر : اللوحة "6" من النسخة الأم .

والجرجانيات⁽¹⁾. وسميت بغير ظاهر الرواية لأنها لم تُروَ عن محمد من طريق ثابت متواتر كالكتب التي سبق ذكرها من مسائل ظاهر الرواية ، ومنها ما ذُكر في كتب أخرى غير كتب محمد بن الحسن منها كتاب الأمالي المروي عن أبي يوسف - رحمه الله - ، وكذلك كتاب المجرد للحسن بن زياد اللؤلؤي - رحمه الله - ، ومنها ما روي بروايات مفردة مثل : رواية ابن سماعة ، وهشام بن عبيد ، وابن رستم وغيرهم ، وهي ما تعرف عند الأحناف بكتب النوادر ، وهي من الكتب المندثرة⁽²⁾، وسأترجم لهذه الكتب الأعلام عند ورودها في القسم التحقيقي بالهامش إن شاء الله .

ثالثا : المصادر التي حوت الفتاوى والوقائع :

وهي المسائل التي استنبطها المتأخرون من أصحاب محمد بن الحسن - رحمه الله - وتلاميذ تلاميذه ومن بعدهم ن وفي مقدمة هذه الفتاوى والوقائع كتاب النوازل لأبي الليث السمرقندي - رحمه الله - وهو مطبوع ، وكذلك الوقائع لأبي العباس الناطفي وغيرها⁽³⁾.

(1) الرقيات : هي المسائل التي جمعها محمد بن الحسن عندما كان قاضيا في الرقة ، والهارونيات : هي المسائل التي جمعها في ولاية هارون الرشيد - رحمه الله - ، والكيسانيات : مسائل رواها سليمان الكاساني عن محمد بن الحسن ، والجرجانيات : مسائل جمعها محمد في جرجان ، ينظر : كشف الظنون 1282/2.

(2) ينظر : الطبقات السنية 34/1، 35، 36، وكشف الظنون 1282/2 .

(3) ينظر : الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ص : 7، وكشف الظنون 1282/2.

نماذج من المخطوط

المنزلة والقرص والارض اذا ما افادته عليك تنبك واذا شيق فكان انبائه اولى فانحبا بوجها فاقبالا وقالوا ربنا
ما انت قورن فان ابدا الزيادة فقال الزيادة من الذوق والقول لرب التوب واو لم يكن فلست حاج لانه لما قال
اصل الشاعرة ان الذوق زيد من القيد فالظاهر ان التوب وان قالوا الذوق لا يزيد هذا القيد
صار الظاهر ان التوب هو ذوقها ذوق توب وقال بطنه واجشده من عندك بشي معلوم يجوز ان يفسر
كما الاستسنع خفا او فلسفة ولا يجوز استحسانه لان ما ليس عنده ولا تعال عليه الكتابه فلا يكون وفي الحرف
والفلسفة تعال يكون ولو دفع سميها وقال اقشره ورتبه بنفسه والذوق كان فاسدا لان الاستسنع
يجوز قلده لانه قد قيل وقد يعسر فيكون اجمل محمولا فان كان قد افسس معلوما عندنا لكان حيا
لان المعروف كالمشروط علقان والودع نوبا الى الشباع ليضعه بعضه وكان وان لم يتركها العصف لان قد
ما يصعب به منها هذا التوب مع وفها من المشاعين ثم اوردوا على ذلك المقدمان سدا للتوب والمغزوت
كالمشروط وان اختلفا فيها امره ان يصعبه بها لقول ربنا التوب مع ميبه لانه لو انكر الارض مثلا
كان الفلك قوله ويكذرا ان انكر وصفه وانا انكر وصفه المستصنع وقال ما امرتك بل هذا
لا يخلط لان الاختلاف لا يفيد لانه لو يدع عليه معنى لواقربه بل لانه لا ينتسب عن الاشارة
فلما انكر ذلك الاستسنع عليه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب ادب القاضي

تحتاج الى معرفة فضيلة القضاء وتفسير لغة وشريعة ومن يجوز قبلها القضاء منه ومن لا يجوز وجوان
التدخل في القضاء **اما** فضيلته فان القضاء من جملة منسفة وشعبة وعيادة شريفة اذا اتمت بقضاها
لقوله تعالى وان ليحكم بينهم بما ازل الله امرها لئلا يكون قوله تعالى ومن ليحكم بما ازل الله فاوليك
هم الفاسقون فقد الحق الوحيد تباركوا وما يليق الوعيد سائر الفرض ولان القضاء سبب لقطع المنازعة
والمشاحة من المسلمين فرض عقاب لان المنازعة متى استمدت الى الفساد وقطع الفساد وقطع
فكذلك ما يؤدى اليه الا انه فرض عقاب لان القضاء ما اقتضى لعينه وانما اقتضى لغيره وهو قطع المنازعة
وهذا المعنى يحصل باقتناء البعض فسقط عن الباقي كالجنان قائدها كدثرة وقديته عليه لما فيه من
كف الظالمين وضمة المظلومين واغاثة المساكين وتفسير كبر المكارم **واما** تفسير
لغة القضاء بعينه عن اشيا على لزوم لما فيه من الاثار ومن النقد يقال قضى القاضي بالانقطاع قد نزل
وعلى الامر والسالك تعالى ونفى زيان لا يعيد الا اياه اى امر وفي الشريعة يراى القضاء وحمل المشومات
وقطع المنازعات **واما** اهلية اهل القضاء من كان عالما بالكتاب والسنة واجتبا دالما
والمقابلة لقوله عليه السلام بعد ان جعل بين يديه قاسميا الى الجنب يرضى بامعان فان كان الله تعالى
فانما كماله في سنة رسول الله قال قال محمد بن علي بن الحسين في ذلك راي فقال عليه السلام الحمد لله الذي جعل
سؤله لما يرضى به رسول الله ولان القاضية امور القضاء بالحق قال الله تعالى يا داود وكذا جعلناك خليفة في الارض
فاحكم بين الناس بالحق وانما يكون القضاء بالحق ان كان عالما بالكتاب والسنة واجتبا دالما لان الحوادث
متعددة والشؤون معددة فلا يجب للقاضي في كل جاذبة شيئا يفصل بالخصومة محتاج الى استنباط الهي

من الشورى عليه وانما يمكنه ذلك اذا كان عالما بالاجتهاد **واما** الجدالة فليست بشرط الاهلية بل بشرط
الاولوية والافاضلية حتى ان القاصق قد يصلح قاضيا وهو رواية الخصاص حتى ان الفاسق لو قبل القضاء صير قاضيا
ولو قضى بغيره فضايق عندنا خلافا للشافعي وهذا بناء على ان كل من صلح شاعرا صلح قاضيا وعنده لا يصلح شاعرا
ولا يصلح قاضيا **واما** من يجوز تقلد القضاء منه ويجوز تقلد القضاء من السلطان والحاكم والحاكم فان
العصاة بقلده لا تجوز من جارية بعد ما اظهر الخلاف مع علي رضي الله عنه والحق مع علي في قوله
ولا تقلدوا الحكماء والجماعة على بلاد المسلمين فلو لم يكن تقليد القضاء منهم لكان الامر على الناس لعل لما يجوز
تقليد القضاء من السلطان الجائر اذا كان يدينه القاضي **واما** اذا كان لا يدينه فلا يجوز **واما**
يجوز دخوله في القضاء احلفوا فيه قبل هون الدخول فيه فحنا انما يدينه من ابناء الائمة والمرسلين والقضاء
الاشدين واعامة المظلومين واغاثة حذر الله واستيفاد حقوقه وتبليغ الحق والعدل لا يتركها
الاولوية السلمية من القضاء كماله من نفسه ومن جبر عليه تركه عليه ملك يستحقه ولا من سأل القضاء اجتهاد
تفهده ودرعه نجان مجتبا ولا لغير الرشيد وخير التوفيق من اجتهاد على القضاء فقد اعظم جعل الله وتوكل على
ربه ومن تكفل في اجتهاده فوجبه له منه الرشيد ووجبه له الصواب والعصم ان تقلد القضاء فحنا انما
زخمة والامتناع عنه عزيمته لانه يمكنه ان لا يجتبه في ذلك للاختلاف بعض امر به كما وصفه الاكابر
ظلموا حيل الاما وجوزوا القاضية هذا اذا كان في البلدة قوم يصلحون للقضاء فاذا لم يكن في البلدة غيره يصلح
للقتضاء تجب عليه بقلده ولو امتنع عنه اثم لانه امر من عتيا ولو كان في البلدة صلحون للقضاء فامتنعوا
جميعا فان كان السلطان حيث لا فصل للخصومات بنفسه ياتون لانه نصيب اجتهاد الله وان كان
السلطان حيث يصل بنفسه لا ياتون لانه لا نصيب اجتهاد الله تعالى ولا ياتون لانه لا نصيب اجتهاد الله
استمكون في الاثر لانه لو دعي في نصيب اجتهاد الله تعالى فلا ياتون لانه لا نصيب اجتهاد الله

باب القضاء بالاجتهاد

الاي في القضاء
فيه مقبول فضل فيما يقضى به وفضل في تقليد الصحابي واقوالهم وتقليد التابعين واقوالهم وفضل في
اجتهاد الراي **فصل** وينبغي للقاضي ان يقضى بما في كتاب الله تعالى فان لم يجد في كتاب الله تعالى
يقضى بما في السنة لانا امرنا بالتايعا قال الله تعالى ما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا فان لم
يجد فيما يقضى به جماع الصحابة قال عليه السلام عليكم بسنتي وسنة الخلفاء بعدتي حتى ولو اخرجوا عليهما
بالوليد فان كان بينهم اختلاف فان كان القاضي من اول الراي والنظر القسرين شراقا واهرا ودرج بعضها
كل بعض ونظر الى شئها بالحق واوجها الى الصواب واحسنها عنده وقضى به لقوله عليه السلام اتاكم
كتابي فاحكموا به وان لم تجدوا فيه فامروا بالعرف وان لم تجدوا فيه فامروا بالاجتهاد فان كان فيه اجماع التابعين
قضى به لان اجماع كل عصر حجة فلا يسه ان يخالفه فان كان فيه اختلاف بينهم يرضى قول بعضهم
ويقضى به وان لم يجد شيئا من ذلك فان كان من اول الاجتهاد قاسه على ما استنبه من الاجرام واجتهد رايه فيه
وخبرنا الصواب ثم يقضى رايه وان لم تكن من اجل الاجتهاد استفتى في ذلك فيلحقه بقول الفتوى ولا يقضى به علم

اللوحه الاولى من النسخة الاصل

القسم التحقيقي

ويشتمل على :

كتاب أدب القاضي

كتاب الشهادات

كتاب الرجوع عن الشهادات

كتاب التزكية

كتاب الاستحلاف

كتاب الدعوى

كتاب أدب القاضي

يحتاج إلى معرفة فرضية القضاء وتفسيره لغة وشريعة، ومن يجوز تقلد القضاء منه، ومن لا يجوز، وجواز الدخول في القضاء.

أما فرضيته: فالقضاء فريضة مُحَكَّمَةٌ، وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ، وعبادة شريفة⁽¹⁾، إذا أُقيمت بحقها؛ لقوله . تعالى . : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ (2) أمر، والأمر للوجوب، ويقول . تعالى . : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (3)، فقد ألحق الوعيد [بتاركه]⁽⁴⁾، وإنما يلحق الوعيد بتارك الفرض؛ ولأن القضاء سبب لقطع المنازعة والمشاجرة بين المسلمين⁽⁵⁾، فَرَضُ كَفَايَةٍ؛ لأن المنازعة متى امتدت أدت إلى الفساد، وقطع الفساد، ورفع فرض، فكَذَلِكَ مَا يُؤَدِّي إِلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ فَرَضُ كَفَايَةٍ؛ لأن القضاء ما افترض لعينه، وإنما افترض لغيره، وهو قطع المنازعة، وهذا المعنى يحصل بإقامة البعض فسقط عن الباقيين كالجهاد، وأنه عبادة شريفة، ورتبة عليّة؛ لما فيه من كف الظالمين، ونصرة المظلومين، وإغاثة الملهوفين، وتنفيذ كرب المكروبيين.

أما تفسيره لغة: فالقضاء⁽⁶⁾ يعبر به عن أشياء عن اللزوم؛ لما فيه من الإلزام⁽⁷⁾ ومن التقدير⁽⁸⁾، يقال: قضى القاضي بالنفقة، أي: قدرها، وعن الأمر قال الله . تعالى . : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾ (1) أي: أمر.

(1) ينظر: المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل، شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة . بيروت، الطبعة: بلا، سنة النشر: 1414 هـ، 60/16، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية . بيروت، الطبعة: الثانية، سنة النشر: 1928م، 9/7 .

(2) سورة المائدة، من الآية: 51.

(3) سورة المائدة، من الآية: 49.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: فيما بين المسلمين.

(6) في ف: أما تفسيره فالقضاء لغة.

(7) في ف: الالتزام.

(8) في ف: وعن التقدير.

وفي الشريعة: يُراد بالقضاء فصلُ الخصومات، وقطع المنازعات (2).

وأما أهليته: فأهل القضاء من كان عالماً بالكتاب والسنة، واجتهاد الرأي والمقايضة؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام- لمعاذ بن جبل (3) حين بعثه قاضياً إلى اليمن: "بم تقضي يا معاذ؟"، قال: بكتاب الله . تعالى .، قال: فإن لم تجد؟، قال: بسنة رسوله، قال: فإن لم تجد؟، قال: أجتهد في ذلك رأي، فقال -عليه الصلاة والسلام-: الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضى به رسوله (4)؛ ولأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، قال . تعالى .: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (5)، وإنما يمكنه القضاء بالحق إذا كان عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي؛ لأن الحوادث ممدودة، والنصوص معدودة، فلا يجد القاضي في كل حادثة نصاً يفصل به الخصومة فيحتاج إلى استنباط المعنى/ من المنصوص عليه، [806ظ] وإنما يُمكنه ذلك إذا كان عالماً بالاجتهاد (6).

(1) سورة الإسراء، من الآية: 23.

(2) ينظر: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الأميرية . القاهرة ، الطبعة الأولى ، 175/4، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي، دار الفكر . بيروت ، الطبعة الثانية ، 352/5 .

(3) معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائد بن عدي بن كعب بن عمرو الأنصاري الخزرجي ثم الجشمي ، كنيته : أبو عبد الرحمن ، وهو أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار ، شهد بدرًا وأحدًا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان عمره لما أسلم ثماني عشرة سنة ، توفي . رضي الله عنه . في طاعون عمواس ، سنة ثماني عشرة ، وقيل: سبع عشرة وهو الأصح . ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة 187/5 ، الإصابة في تمييز الصحابة 202/10.

(4) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب: ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم: (1327)، 616/3، وأبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم: (3592)، 327/2، وأحمد في المسند، حديث رقم: (242)، 230/5، وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بمتصل عندي، وقال البخاري في التاريخ الكبير: 277/2: لا يصح.

(5) سورة ص، من الآية: 25.

(6) ينظر: شرح كتاب أدب القاضي للخصاف ، تأليف حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري، تحقيق : محيي هلال سرحان، وزارة الأوقاف . العراق، الطبعة الأولى ، 128/1 ، 129 ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لزين الدين بن إبراهيم ، بن نجيم المصري ، دار المعرفة . بيروت، ط: بلا، 328/17 .

وأما العدالة فليست بشرط للأهلية، بل هي شرط الأولوية والأفضلية، حتى إن الفاسق قد يصلح قاضياً، وهو رواية الخصّاف⁽¹⁾ حتى إن الفاسق لو تقلّد القضاء يصير قاضياً، ولو قضى ينفذ قضاؤه عندنا⁽²⁾ خلافاً للشافعي⁽³⁾، وهذا بناءً على أن كل من صلح شاهداً صلح قاضياً؛ لأن القضاء يبتني على الشهادة، والفاسق يصلح شاهداً [عندنا]⁽⁴⁾، وعنده: لا يصلح يصلح شاهداً فلا يصلح قاضياً⁽⁵⁾.

وأما من يجوز تقلّد القضاء منه: ويجوز تقلّد القضاء من السلطان العادل والجائر جميعاً، فإن الصحابة تقلدوا الأعمال من معاوية⁽⁶⁾ بعد ما أظهر الخلاف مع عليّ رضي الله عنه . والحق مع عليّ في نوبته⁽⁷⁾؛ ولأنه غلبة الظلمة والجور⁽⁸⁾ على بلاد المسلمين، المسلمين، فلو لم يجز تقليد القضاء منهم لضاق الأمر على الناس، لكن إنما يجوز تقليد

(1) هو أحمد بن عمر، وقيل: عمرو بن مهير، وقيل: مهران، الشيباني، أبو بكر الخصّاف، حدّث عن أبي عاصم وأبي داود الطيالسي وجماعة، وكان فاضلاً حاسباً عارفاً بالفقه عند الخليفة المهدي، وله عدة مصنفات منها: كتاب الوصايا، وكتاب الشروط الكبرى، والشروط الصغرى، وكتاب أدب القاضي وغيرها، مات ببغداد سنة 261هـ. ينظر: الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية: 87/1، والطبقات السننية في تراجم الحنفية: 123/1، وسير أعلام النبلاء: 131/17.

(2) ينظر: البحر الرائق، 328/17.

(3) أبو عبد الله محمد بن إدريس الهاشمي القرشي المطلبلي، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، ولد في غزة عام 150هـ، أخذ عن مسلم بن خالد الزنجي، والإمام مالك -رحمه الله-، وقدم بغداد فاجتمع عليه علماءها وأخذوا عنه، ثم خرج إلى مكة، وفي سنة 198هـ عاد إلى بغداد ثم قصد مصر سنة 199هـ، ولم يزل بها ينشر العلم حتى توفي سنة 204هـ، ومن مصنفاته: الأم، والرسالة في أصول الفقه. ينظر: البداية والنهاية: 251/10، تاريخ بغداد: 56/2، وتذكرة الحفاظ: 361/1، وطبقات الشافعية للسبكي: 100/1.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: 1983م، 106/10، وجواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي الأسيوطي، الشافعي، باب: أدب القاضي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: 1417هـ، 284/2.

(6) معاوية بن أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي، الصحابي، أمير المؤمنين، ولد قبل البعثة بخمس سنين، وقيل: بسبع، وأمه هند بنت عتبة، يكنى: أبا عبد الرحمن، توفي سنة: 60هـ. ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب: 444/1، الإصابة في تمييز الصحابة: 151/6.

(7) هكذا وردت في النسختين، وكذلك في شرح كتاب أدب القاضي 131/1.

(8) في ف: الجور.

القضاء من السلطان الجائر إذا كان يمكنه القضاء [يحق] ⁽¹⁾، أما إذا كان لا يمكنه فلا يجوز ⁽²⁾.

وأما جواز دخوله ⁽³⁾ في القضاء فاختلّفوا فيه، قيل: يجوز الدخول فيه مختاراً؛ لما فيه من نيابة الأنبياء، والمرسلين، والخلفاء الراشدين، وإعانة المظلومين، وإقامة حدود الله، واستيفاء حقوقه وقيل: لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "من سأل القضاء وكلّ إلى نفسه، ومن أُجبر عليه نزل عليه ملك يسدّده" ⁽⁴⁾؛ ولأنّ من سأل القضاء اعتمد فقّهه وورعَه فصار معجباً فلا يُلهم الرشد، ويحرم التوفيق، ومن أكره على القضاء فقد اعتمَص بحبل الله، وتوكل على ربه، ومن توكل على الله فهو حسبه، فيلهمه للرشد ويوفقه للصواب ⁽⁵⁾.

والصحيح: أن تقلّد القضاء مختاراً رخصة، والامتناع عنه عزيمة؛ لأنه قلّ ما يمكنه الوفاء بحقه فيهلك للإخلال ببعض ما أمر به، كما وُصِفَ الأدميُّ ظلوماً بحمل الأمانة جهولاً بالعاقبة، وهذا إذا كان في البلدة قوم يصلحون للقضاء، فأما إذا لم يكن في البلدة غيره يصلح للقضاء يجب عليه تقلّده، ولو امتنع عنه يَأثم؛ لأنه افترض عيناً، ولو كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنعوا جميعاً، فإن كان السلطان بحيث لا يفصل الخصومات بنفسه يَأثمون؛ لأنه تضييع ⁽⁶⁾ أحكام الله، وإن كان السلطان بحيث يفصل بنفسه لا يَأثمون؛ لأنه لا

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 131/1، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني، تأليف: برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري، الحنفي، تحقيق: عبد الكريم الجندي، دار الكتب العلمية. بيروت، الطبعة الأولى، 6/8.

(3) في ف: الدخول.

(4) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الأحكام، باب: ما جاء عن رسول الله في القاضي، حديث رقم: (1323)، 610/3، وأبو داود داود بنحوه من حديث أنس بن مالك، كتاب: الأفضية، باب: طلب القضاء والتسرع إليه، حديث رقم: (3580)، 300/3، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب: ذكر القضاة، حديث رقم: (2309)، 774/2، وأحمد في مسنده، حديث رقم: (12205)، 118/3، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب القضاء، وما جاء فيه، حديث رقم: (22978)، 542/4، والحاكم في المستدرک، كتاب الأحكام، حديث رقم: (7021)، 92/4، وقال: صحيح الإسناد، وقال الترمذي: حديث حسن غريب، وضعفه الشيخ الألباني -رحمه الله- في الجامع الصغير، حديث رقم: (12389).

(5) ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 133/1، المحيط البرهاني 7/8.

(6) هكذا وردت في النسختين، والصواب: تضييع.

تضييع أحكام الله . تعالى .، ولو امتنع الكلُّ حتى قلّوا جاهلاً يشتركون في الإثم؛ لأنه يؤدي إلى تضييع أحكام الله . تعالى . فلا يحل لهم [السكوت]⁽¹⁾.

باب: القضاء بالعلم واجتهاد الرأي في القضاء

فيه فصول: **فصل:** فيما يقضي به، **وفصل:** في تقليد الصحابي وأقوالهم، وتقليد التابعين وأقوالهم، **وفصل:** في اجتهاد الرأي.

فصل: وينبغي للقاضي أن يقضي بما في كتاب الله . تعالى .، فإن لم يجده في كتاب الله . تعالى .، يقض بما في السنة؛ لأننا أمرنا باتباعهما، قال الله . تعالى .: ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾⁽²⁾، فإن لم يجد نصاً يقضي بإجماع الصحابة، قال -عليه الصلاة والسلام-: "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء بعدي عليها بالنواجز"⁽³⁾.

فإن كان بينهم اختلافٌ، فإن كان القاضي من أهل الرأي والنظر والتمييز ميّز أقوالهم، ورجح بعضها على بعض، ونظر إلى أشبهها⁽⁴⁾ بالحق، وأقربها إلى الصواب، وأحسنها عنده، وقضى به؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "أصحابي كالنجوم فبأيهم اقتديتم اهتديتم"⁽⁵⁾، فإن كان شيئاً لم يكن للصحابة فيه قول وكان فيه إجماع التابعين قضى به؛ لأن

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود البابردي، دار الفكر - بيروت، ط: بلا، 262/7، والبنابة شرح الهداية، تأليف: محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي، الحنفي العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 13/9

(2) سورة الحشر، من الآية: 7.

(3) أخرجه الترمذي في كتاب العلم، باب: ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع، حديث رقم: (2676)، 43/5، وأبو داود: كتاب السنة، باب: لزوم السنة، حديث رقم: (4607)، 18/7، وابن ماجه، باب: إتياع سنة الخلفاء الراشدين، حديث رقم: (42)، 15/1، وابن بطة في الإبانة الكبرى، في ذكر خلافة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، حديث رقم: (72)، 27/1، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(4) في ف: أشباهها.

(5) أخرجه ابن بطة العكبري في الإبانة الكبرى، من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- باب: ذم المرء والخصومات في الدين، الدين، والتحذير من أهل الجدل والكلام، حديث رقم: (702)، 564/2، والأجري في الشريعة، في ذكر فضل جميع الصحابة . رضي الله عنهم . حديث رقم: (1166)، 1690/4، وقال الشيخ الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، حديث رقم: (58)، 144/1، حديث موضوع.

لأن إجماع كل عصر حجة فلا يسعه أن يخالفه، فإن كان فيه اختلاف [بينهم]⁽¹⁾ يُرَجَّح قول بعضهم ويقضي به، وإن لم يجد شيئاً من ذلك، فإن كان من أهل الاجتهاد قاسه على ما شابهه من الأحكام واجتهد رأيه فيه وتحزى الصواب، ثم يقضي برأيه، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد يستفتي في ذلك فيأخذ بفتوى المفتي، ولا يقضي بغير علم، ولا يستحي عن السؤال⁽²⁾؛ كي لا يلحقه الوعيد المذكور⁽³⁾ في قوله -عليه الصلاة والسلام-: "القضاة ثلاثة، اثنان في النار، وواحد في الجنة، رجلٌ علم ففَضَى بما علم فهو في الجنة، ورجل جهل فيقضي بالجهل، ورجل علم ففَضَى بغير علم فهو في النار"⁽⁴⁾.

فصل: [في التقليد]⁽⁵⁾، وعن أبي حنيفة⁽⁶⁾ فيه ثلاث روايات: في رواية قال: أُلِّد من من كان من القضاة المهديين كأبي بكر، وعمر، وعثمان، وعليّ، والعبادلة الثلاثة⁽⁷⁾ وغيرهم -رضي الله عنهم- فأُلِّدْهم ولا أستحسن خلفهم برأي.

وفي رواية قال: أُلِّد جميع الصحابة، ولا أستحسن خلفهم لرأي إلا ثلاثة نفر: أنس بن مالك⁽⁸⁾، وأبو هريرة⁽¹⁾، وسمرة بن جندب⁽²⁾، وقيل له في ذلك فقال: أما أنس فقد اختلط

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: من السؤال، وهو الصواب.

(3) ينظر: المبسوط للسرخسي 161/16، والمحيط البرهاني 7/8، 8.

(4) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب: القاضي، حديث رقم: (1322)، 610/3، وأبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب: القاضي يخطئ، حديث رقم: (7335)، 425/4، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب: الحاكم يجتهد فيصيب الحق: حديث رقم: (2315)، 773/2، والنسائي في الكبرى، كتاب القضاء، باب: ذكر ما أعده الله للحاكم الجاهل، رقم: (5922)، 461/3، والبيهقي في الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: أثم من أفتى أو قضى بالجهل، حديث رقم: (20354)، 199/10، والحاكم في المستدرک، كتاب الأحكام، حديث رقم: (7012)، 90/4، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم، وصححه الألباني في صحيح الجامع: برقم: (466)، 43/17.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) النعمان بن ثابت التميمي بالولاء، الكوفي، أبو حنيفة، إمام الأحناف، أصله من فارس، ولد سنة 80هـ، أدرك بعضاً من الصحابة، وقال عنه عنه الشافعي: "الناس عيالٌ في الفقه على أبي حنيفة"، توفي سنة: 150هـ، من مصنفاته: مسند جمعه تلاميذه، والمخارج في الفقه. ينظر ترجمته في: الجواهر المضيئة، 26/1، ووفيات الأعيان، 415/5، والبداية والنهاية: 107/1.

(7) العبادة الثلاثة هم: عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن الزبير. رضي الله عنهم..

(8) أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد، بن حرام بن جندب، من بني النجار، خادم رسول الله. صلى الله عليه وسلم.، كان يتسمى يتسمى به، ويفتخر بذلك، كنيته: أبو حمزة، وكان عمره لما قدم رسول الله. صلى الله عليه وسلم. المدينة مهاجراً عشر سنين، وقيل: تسعاً، ودعا له النبي. صلى الله عليه وسلم. بكثرة المال والولد، توفي سنة: 91هـ، وقيل: 92هـ. ينظر: الاستيعاب 108/1، أسد الغابة 294/1.

اختلط عقله في آخر عمره وكان يستفتي من علقمة⁽³⁾، وأنا لا أقد علقمة، وكيف أقد من يستفتي منه؟! وأما أبو هريرة فإنه كان يروي كل ما يسمع من غير أن يتأمل في المعنى، ومن غير أن يعرف الناسخ والمنسوخ، أما سمرة فقد بلغني عنه أمر ساعني، والذي بلغني عنه أنه كان يتوسع في الأشربة المسكرة سوى الخمر، فلم نقلدهم في فتواهم⁽⁴⁾.
 أما فيما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - فنأخذ برأيهم⁽⁵⁾؛ لأن كل واحد [منهم]⁽⁶⁾ موثوق به فيما يروي⁽⁷⁾.

وفي الرواية الثالثة قال: أقد جميع الصحابة وأفتي بفتواهم وهو الظاهر من المذهب وهذا لا يخلو: إما أن قالوا ذلك جزافاً، أو سماعاً، أو اجتهاداً، ولا يظن بهم أنهم قالوا جزافاً، وإن كان سماعاً لزم كل واحد الانقياد له، وإن كان اجتهاداً فاجتهادهم أولى من اجتهاد غيرهم؛ لأنهم يوقفون للصواب ما لا يوقف غيرهم لذلك⁽⁸⁾.

وأما تقليد التابعين فعن أبي حنيفة فيه روايتان:

في رواية قال: من كان من أئمة التابعين وأفتى بزمَن الصحابة وزاحمهم في الفتوى وسوّغوا⁽⁹⁾ له الاجتهاد مثل: شريح⁽¹⁰⁾، والحسن⁽¹⁾، ومسروق بن أجدع⁽²⁾، وعلقمة، فأنا

(1) عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني، صحابي، كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية له، حفظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. الكثير، أسلم في السنة السابعة للهجرة، كان من أوعية العلم ومن كبار أئمة الفتوى، توفي سنة: 59 هـ. له ترجمة في: الاستيعاب 4/1768، وأسد الغابة 6/318.

(2) سمرة بن جندب بن هلال بن حريج بن مرة بن حزن بن عمر بن جابر، يكنى أبا سعيد، وقيل: أبا عبد الرحمن، سكن البصرة، غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم - غير غزوة، وكان شديداً على الخوارج وكان إذا أتى لواحد منهم قتله، وكان ابن سيرين، والحسن وفضلاء البصرة يثنون عليه، روى عن الشعبي، وابن أبي ليلى، والحسن البصري وغيرهم، توفي سنة 50 هـ، وقيل: سنة 58 هـ بالبصرة. ينظر: أسد الغابة: 2/554.

(3) لعله علقمة بن مجزز، ابن الأعور الكناني المدلجي: قائد من الصحابة، شهد اليرموك، وحضر الجابية، وكان عاملاً لعمر رضي الله عنه - على فلسطين، ومات غريقاً في طريقه إلى الحبشة غازياً، توفي سنة 20 هـ، ينظر: الإصابة: 5679، والأعلام للزركلي: 4/248.

(4) وهذه الرواية لاتصح عن أبي حنيفة، ينظر: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب صحيح مسلم، وشرح كتاب أدب القاضي 1/185.

(5) في ف: يأخذ برأيهم.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المحيط البرهاني 9/8.

(8) ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 1/186.

(9) في ف: شرعوا.

(10) الفقيه أبو أمية، شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي الكوفي القاضي، ويقال: إنه من أولاد الفرس الذين كانوا في اليمن، بل هو ممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم - وانتقل إلى اليمن في زمن الصديق، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم - مرسلأ، وعن ابن مسعود، وعلي بن أبي طالب،

أقلدهم؛ لأنهم لما بلغوا درجة الفتوى في زمن الصحابة، والصحابة سوّغوا⁽³⁾ لهم الاجتهاد، فصار قولهم كقول الصحابة. (4)

وفي ظاهر الرواية قال: لا أقلدهم، هم رجال اجتهدوا، ونحن رجال نجتهد، وإنما ذكر أقاويلهم في الكتب لا محتجاً بهم، بل بياناً أنه لم يستبد بهذا القول، بل سبقه غيره، وقال متبّعاً لا مُخترعاً⁽⁵⁾.

فصل: في الاجتهاد وحكمه

لابد من معرفة تقسيم الاجتهاد⁽⁶⁾، وأهلية الاجتهاد، وحكمه.

أما تفسيره: فالاجتهاد بذل المجتهد⁽⁷⁾ لطلب المفقود، وأما حدّه في الشرعيات فقال بعض مشايخنا: أن يكون عالماً بالكتاب والسنة وما يتعلق بهما من الأحكام الشرعية لا بجميع ما فيهما، وعارفاً⁽⁸⁾ بالإجماع والقياس، هذا هو الشرط لصيرورة الرجل مجتهداً؛ ليتمكنه استخراج الأحكام واستنباطها من الأدلة الشرعية، ولا يشترطون معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون بأرائهم⁽⁹⁾.

وقال بعضهم: يشترط مع هذا أن يكون عالماً⁽¹⁰⁾ بالفروع المبنية على اجتهاد السلف، كفروع أبي حنيفة، والشافعي، وهذا للتسهيل على الناس، فإن من سمع عامة ذلك وتفقه فيه

وعمر بن الخطاب رضي الله عنهم-، وروى عنه إبراهيم النخعي والشعبي ومجاهد، تولى القضاء لعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما- ثم عزله، ثم ولاة معاوية، فاستمر في القضاء إلى أن مات سنة 78هـ. ينظر: وفیات الأعيان: 460/2، والسير: 106-100/4، البداية والنهاية: 28-24/9. (1) الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد: تابعي، كان إمام أهل البصرة، وحبر الأمة في زمنه، وهو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء، وكان ثقةً وحجةً، ولد بالمدينة، وشبّ في كنف علي بن أبي طالب رضي الله عنه-، وسكن البصرة، وتوفي بها سنة: 110هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ: 71/1، وتهذيب التهذيب: 231/2.

(2) مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني الوادعي، أبو عائشة، محدث، قدم المدينة في أيام أبي بكر الصديق رضي الله عنه-، وسكن الكوفة، وكان أعلم بالفن من شريح القاضي، وشريح أبصر منه بالقضاء، توفي سنة 63هـ، روى عنه عامر الشعبي وإبراهيم النخعي. ينظر: والأسامي والكنى للإمام أحمد بن حنبل: 109/1، وتاريخ بغداد: 232/15، والإصابة في تمييز الصحابة: 291/6.

(3) في ف: شرعوا.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 188/1.

(5) المبسوط للسرخسي 4/11، وشرح كتاب أدب القاضي 188/1.

(6) في ف: فصل: لابد من معرفة تفسير الاجتهاد.

(7) في ف: المجهود. ولعلها الصواب.

(8) في ف: عرفه.

(9) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تأليف: سراج الدين عمر بن إبراهيم، بن نجيم الحنفي، تحقيق: أحمد عزو، دار الكتب العلمية. بيروت، الطبعة الأولى، 601/3.

(10) في ف: عارفاً.

يصير من أهل الاجتهاد، وقال بعضهم: من حفظ المبسوط⁽¹⁾ ومذهب المتقدمين⁽²⁾ فهو من من أهل الاجتهاد، وإذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهداً، ويجب عليه العمل باجتهاده ويحرم عليه تقليد غيره⁽³⁾.

أما حكمه: فقال أهل الحق بأن المجتهد قد يخطئ وقد يصيب في الشرعيات، وقال بعض مشايخنا⁽⁴⁾: إنه مصيب في اجتهاده بكل حال، ولكنه قد يخطئ [وقد يصيب في الشرعيات]⁽⁵⁾ فيما يؤدي إليه اجتهاده بأن كان عند الله بخلافه، وهو مروى عن أبي حنيفة، [فإنه روي عن أبي حنيفة]⁽⁶⁾، قال: كل مُجتهدٍ مُصِيبٌ، والحق عند الله⁽⁷⁾ واحد، ويفسره بما بما ذكرنا⁽⁸⁾.

وقال عامة المعتزلة وأكثر الأشعرية: إن كل مجتهد مصيب في الشرعيات، وهذا الاختلاف بناءً على أن عندهم الحق عند الله . تعالى . حقوق، وكل مجتهد متى أدى اجتهاده إلى شيء يكون صواباً في حقه عند الله . تعالى . لا في حق صاحبه، وعند أهل الحق الحق عند الله . [تعالى]⁽⁹⁾. واحد، والاجتهاد طلب ذلك الحق، فإن وجده يكون مصيباً، وإن لم يجده يكون مخطئاً ضرورة؛ وذلك لأن الشيء الواحد في زمان واحد/ في حق شخص واحد بجهة [807ظ] واحدة حلالاً وحراماً، صحيحاً وفاسدٌ من باب التناقض، فيجب تنزيه الشرع عن التناقض، والحل متى كان ثابتاً في زمان واحد، وشيء واحد، في حق شخص واحد لمصلحة معلومة،

(1) المبسوطات في المذهب الحنفي كثيرة، وقد أكثر المؤلف من النقل عن المبسوط، إلا أنه إذا عبر بالمبسوط فهو يقصد به إما المبسوط للشيباني أو المبسوط للسرخسي، والمراد به هنا المبسوط للشيباني وهو كتاب من كتب الفقه الحنفي، للإمام محمد بن الحسن الشيباني، الحنفي، المتوفى سنة: 189هـ، ويسمى أيضاً بالأصل في الفروع، وهو من كتب ظاهر الرواية، وسماه بالأصل؛ لأنه صنفه أولاً ثم أملاه على أصحابه، رواه عنه الجوزجاني وغيره. ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لحاجي خليفة 81/1، وهديّة العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين للبغدادي 450/1.

(2) المتقدمون عند الأحناف: من أدرك الإمام أبا حنيفة وصاحبيه، ينظر: الكواشف الجلية، ص44.

(3) تبيين الحقائق 176/4.

(4) مشايخنا: مصطلح عند الأحناف يقصد به: أكثر مشايخ وعلماء المذهب. ينظر: الفوائد البهية، ص413.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(6) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(7) في ف: عند الله تعالى.

(8) في ف: وتفسيره ما ذكرنا.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: المبسوط للسرخسي 133/16، والبنية شرح الهداية 83/9.

وتلك المصلحة قائمة في حق شخص آخر ظاهراً يكون تناقضاً، فأما عند اختلاف المصلحة فلا، وعند التصييص بالنقيضين في حق شخصين يعرف بدلالة الحال اختلاف المصلحة⁽¹⁾.
المصلحة⁽¹⁾.

فأما في غير المنصوص عليه فلا يجوز القول بالحلّ في حق شخص، والحزيمة في حق شخص آخر مثله في الحال، والمصلحة في حقه ظاهرة، وإلا على مصلحة باطنة يكون تناقضاً في الشرع.

ثم هل يجوز للصحابي المجتهد أن يجتهد في عصر النبي -عليه الصلاة والسلام-؟
قيل: لا يجوز؛ لأن اجتهاد غير النبي يحتمل الخطأ، وإنما يجب العمل به عند الضرورة، ولا ضرورة مع إمكان الوصول إلى الصواب بيقين، وهو الرجوع إلى النبي -عليه الصلاة والسلام-، وقيل: يجوز لحديث معاذ حين قال له رسول الله -عليه الصلاة والسلام-⁽²⁾: بم تقضي؟ قال: بكتاب الله -الحديث⁽³⁾.

وقال عامة العلماء: يجوز لمن كان بعيداً منه، ولا يجوز لمن كان قريباً منه، وهو الأصح؛ لأنه متى أمكنه الرجوع إلى جواب النبي -عليه السلام-⁽⁴⁾ قبل فوت حكم الحادثة، ورأي النبي أقوى من رأيه. ، فلا يجوز له ترك الأقوى مع القدرة عليه، كما لا يجوز الاجتهاد في زماننا مع إمكان الوصول إلى النص، وإن كان⁽⁵⁾ بعيداً منه، وهو بحال يفوت حكم الحادثة بالرجوع إلى النبي -عليه الصلاة والسلام- في السؤال عنه يجوز⁽⁶⁾ الاجتهاد لمساس الحاجة إليه، دلّ عليه أن النبي -عليه الصلاة والسلام- سوغ لمعاذ الاجتهاد حين بعثه

(1) البحر الرائق 45/7.

(2) في ف: -عليه السلام-.

(3) سبق تخريجه، ص30.

(4) في ف: - صلى الله عليه وسلم - ، قلت: ما ذكره المؤلف من اقتصاره على قوله: . عليه السلام . قد كرهه بعض أهل العلم؛ ولهذا قال الإمام النووي . رحمه الله . في شرحه لصحيح مسلم : ويستحب لكاتب أن يكتب عند ذكر النبي " . صلى الله عليه وسلم . " بكاملهما لا رمزاً إليهما ولا مقتصراً على أحدهما . ينظر : المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكرياء النووي ، دار إحياء التراث العربي . بيروت ، الطبعة الثانية ، 39/1.

(5) في ف: فإن كان .

(6) هكذا وردت في النسختين، والصواب: فيجوز الاجتهاد.

إلى اليمن؛ لأنه كان بعيداً عنه، ثم النبي -عليه الصلاة والسلام- هل كان يقضي بالاجتهاد فيما لم يوح إليه؟ قيل: إنّه غير جائز؛ لأن في اجتهاده تسبباً لتغيير الناس عن اتباعه والعمل بشريعته؛ لأن الناس متى سمعوا أنه يحكم في شريعته برأيه واجتهاده ربما يسبق إلى أوامهم أنه نصه من تلقاء نفسه، وذلك سبب النفرة والتفرُّق، إذ الطبع ينفر عن اتباع مثله، فلا يجوز أن يكون مأذوناً بما يُفْضَى إلى النفرة عنه⁽¹⁾.

وقال عامة العلماء: بأنه جائز عليه، وهو مأمور به، وهو مروى عن أبي يوسف⁽²⁾، والشافعي، لقوله . تعالى .: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾⁽³⁾ وهذا نصّ عام؛ ولما روي عن عمر رضي الله عنه - أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم - عن القُبلة للصائم هل تفتّره؟ فقال: أرايت لو تمضضت بماء ثم مجتته إن كان⁽⁴⁾ يضرك؟ قال: لا، قال: فبم إذا؟⁽⁵⁾، وهذا هو صورة القياس⁽⁶⁾؛ ولأن اجتهاده صواب بيقين؛ لأنه معصوم عن الخطأ في أمور الدين عند [أكثر]⁽⁷⁾ الأمة وعند الكل معصوم على القرار على الخطأ؛ واجتهاد غيره يحتمل، يحتمل، فلما جاز الاجتهاد لغيره فلا يُجوز اجتهاده أولى، واجتهاده إلهامٌ من الله . تعالى .، أو علم ضروري، فكان وحياً من الله . تعالى .، إلا أنه وحي⁽⁸⁾ بطريق الإلهام فيكون نَصَبَ

(1) شرح كتاب أدب القاضي 200/1، 201، والمحيط البرهاني 13/8، 14.

(2) الإمام المجتهد، العلامة المحدث، صاحب أبي حنيفة، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيش بن سعيد بن الجبير ابن معاوية الأنصاري الكوفي، ولي القضاء -رحمه الله- لثلاثة خلفاء، هم: المهدي، والهادي، والرشيدي، توفي ببغداد يوم الخميس وقت الظهر لخمس خلون من ربيع الأول سنة 182هـ، ومن مصنفاته: الخراج، والنوادر، وأدب القاضي، والأمالي وغيرها. ينظر: الطبقات السننية في تراجم الحنفية: 220/2، والفوائد البهية: ص225، والطبقات الكبرى لابن سعد: 489/8.

(3) سورة الحشر، من الآية: 2.

(4) في ف: أكان يضرك. وهو الصواب.

(5) في ف: فمّم إذا. أخرجه النسائي في الكبرى، كتاب الصيام، باب: المضمضة للصائم، حديث رقم: (3048)، 198/2، والبيهقي في الكبرى، كتاب الصيام، باب: من طلع الفجر وفي فيه شيء لفظه وأتم، حديث رقم: (8018)، 368/4، وأحمد في مسنده، حديث رقم: (372)، 439/1، والحاكم في المستدرک، كتاب الصوم، حديث رقم: (1531)، 596/1، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه .

(6) القياس لغة: إلحاق الشيء بالشيء وتقديره على مثاله، واصطلاحاً: هو الجمع بين المشتبهيين لاستخراج الحكم الذي يشهد به كل واحد منهم، الصحاح قيس 968/3، والتعريفات للرجزاني ص232.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(8) في ف: أوحى.

الشرع من الله . تعالى . لا من تلقاء نفسه، فلا يؤدي إلى التفتير، والله تعالى أعطى رسوله العلم بالأحكام بالطرق كلها ليكون علمه واسعاً ودرجته أرفع، فمن أنكر بعض طريق العلم له الذي هو أدق وأغمض وأثبت لغيره مع عدم العصمة عن الخطأ والزلل فقد بالغ في الخطأ والضلال. (1)

ثم لابد من معرفة فصلين:

أحدهما: إذا اتفق أصحابنا أبو حنيفة وصاحبا في شيء لا ينبغي للقاضي أن يخالفهم برأيه؛ لأن الحق لا يعدوهم، فإنّ أبا يوسف صاحب حديث⁽²⁾ حتى روي عنه أنه قال: "أحفظ عشرين ألف حديث من المنسوخ"⁽³⁾، فإذا كان يحفظ⁽⁴⁾ من المنسوخ هذا القدر فما ظنك في الناسخ!، وكان محمد⁽⁵⁾ صاحب فقه ومعنى، ولهذا قلّ رجوعه في المسائل، وكان مقدّماً في معرفة اللغة، وله معرفة بالأحاديث أيضاً، وأبو حنيفة - رحمه الله -⁽⁶⁾ كان في ذلك كلّهُ إلا أنه قلّت روايته لمذهب خاص له في باب الحديث: وهو أنه لا تحلّ رواية الحديث عنده إلا إذا كان يحفظ الحديث من حين سمع إلى أن يروي⁽⁷⁾.

والثاني: إذا اختلفوا فيما بينهم قال ابن المبارك⁽⁸⁾: يؤخذ بقول أبي حنيفة - رحمه الله -⁽¹⁾؛ لأنه كان من التابعين ، وزاحمهم في الفتوى، وقال المتأخرون⁽²⁾ من مشايخنا: إذا

(1) المبسوط للسرخسي 70/6.

(2) في ف: كان صاحب حديث.

(3) المحيط البرهاني 11/8.

(4) في ف: فإذا كان الحفظ.

(5) محمد بن الحسن بن فرقد، فقيه العراق، أبو عبد الله الشيباني، صاحب أبي حنيفة، وُلد بواسط ونشأ بالكوفة، وأخذ الفقه عن أبي حنيفة، وتمم الفقه على القاضي أبي يوسف، وأصله من قرية حرسنة بدمشق ، روى عن أبي حنيفة، ومالك بن أنس ، ودونَ الموطأ وحدث به، وأخذ عن الشافعي، له عدة كتب منها: الزيادات، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والحجة على أهل المدينة، ولي القضاء للرشيد بالرقعة ثم عزل منها، توفي سنة 187هـ. ينظر: الفوائد البهية: 163، والطبقات الكبير لابن سعد: 338/9، وسير أعلام النبلاء: 555/7.

(6) في ف: رضي الله عنه.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 190/1 ، والمحيط البرهاني 11/8 .

(8) عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي بالولاء، التميمي المروزي، أبو عبد الرحمن الحافظ، شيخ الإسلام المجاهد التاجر، صاحب الرحلات والتصانيف، أفنى عمره بالأسفار حاجاً ومتاجراً، وجمع الحديث، والفقه والعريية، كان من سكان خراسان، ولد

اجتمع اثنان منهم على شيء وفيهما/ أبو حنيفة يؤخذ بقولهما، وإن كان أبو حنيفة⁽³⁾ في [807] جانب، وهما في جانب، فإن كان القاضي من أهل الاجتهاد [والنظر تخير في ذلك، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد]⁽⁴⁾ يستفتي غيره فيأخذ بقوله بمنزلة العامي⁽⁵⁾.

وذكر الحسن بن زياد⁽⁶⁾: الجاهل بالعلم إذا استفتى فقيهاً فأفتاه⁽⁷⁾ أخذ بقوله، ولا يسعه أن يتعدى إلى غيره، وإن كان في المصر فقيهان سيان في الفتوى فاختلفا على⁽⁸⁾ شيء، فلينظر أيهما يقع في قلبه أنه أصوبهما وسعته أن يأخذ به، وإن كانوا ثلاثة فقهاء في مصر واتفقوا⁽⁹⁾ اثنان على شيء أخذ بقولهما، ولا يسعه أن يأخذ بقول الثالث، وإن اتفقوا ولم يختلف اثنان منهم على شيء اجتهد هو رأيه فيه، فأيتهم كان أصوب عنده عمل به، وليس له أن يعمل بقول غير واحد منهم⁽¹⁰⁾.

قال أبو العباس الناطفي⁽¹¹⁾ في أجناسه⁽¹⁾: هذا إذا كان المستفتي على مذهب أهل العراق، فأفتى⁽²⁾ عالم بقول أبي حنيفة رحمه الله-⁽³⁾، وأفتى عالم بقول أبي يوسف، وأفتى

سنة: 118 هـ ، وتوفي في العشرين من رمضان سنة: 181 هـ، ودفن بهيت، قال النسائي: أثبت الناس في الأوزاعي عبد الله بن المبارك. ينظر: تهذيب التهذيب: 334/5 ، وطبقات الحفاظ للسيوطي: 123/1، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب: 288/1.

(1) في ف: أبي حنيفة رضي الله عنه.

(2) المفصود بالمتأخرين عند الحنفية: من لم يدرك الأئمة الثلاثة ، وقيل: من عصر شمس الأئمة الحلواني إلى عصر حافظ الدين البخاري. ينظر: الفوائد البهية ، ص412.

(3) في ف: رضي الله عنه.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 192/1 ، والمحيط البرهاني 11/8.

(6) الحسن بن زياد اللؤلؤي، ولد في حدود سنة: 124 هـ، ونشأ في أسرة فقيرة، تفقه على أبي حنيفة وداود بن نصير، وحماد بن أبي حنيفة وزفر، من مؤلفاته: كتاب المجرد، وكتاب أدب القاضي، وكتاب الوصايا وغيرها، توفي رحمه الله تعالى- سنة: 204 هـ. ينظر: العبر: 345/1، والجواهر المضية: 56/2-57، وتاج التراجم: 151/15.

(7) في ف: فأفتاه بقول.

(8) في ف: في شيء.

(9) في ف: اتفق. وهو الصواب.

(10) ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 192/1.

(11) أحمد بن محمد بن عمر، أبو العباس الناطفي الطبري، فقيه حنفي، من أهل الرأي، نسبتبه إلى عمل الناطف، تتلمذ على أبي عبد الله الجرجاني، من تصانيفه: الواقعات، والأجناس، والأحكام، كلها في فروع الحنفية، وحدث عن أبي حفص بن شاهين، توفي أبو العباس بالري، سنة، 446 هـ. ينظر: الجواهر المضية، 113/1، والطبقات السنية، 143/1، والفوائد البهية، ص36، والأعلام للزركلي: 207/1.

وأفتى عالم بقول محمد ويقول (4) زفر (5) ، فإنه ليس له أن يأخذ بقول الشافعي أو مالك (6) ، وله أن يأخذ بقول القاضي إذا حكم عليه بخلاف مذهبه، وإن كان في المصر قوم من أهل الفقه شاورهم في ذلك؛ لأن الله . تعالى . أمر رسوله بذلك بقوله: ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ (7) ، والقاضي لا يكون أفطن من الرسول، فإن اتفقوا على شيء وكان رأيه (8) كرايهم فصل الحكم، فإن اختلفوا نظر في أقرب الأقاويل عنده من الحق وأمضى عند ذلك، ولا يعتبر كِبَرُ السِّنِّ ولا كثرة العدد؛ لأن الأصغر والواحد قد يُوقِّق للصواب في حادثة ما لا يُوقِّق الأكبر والجماعة، إما بكثرة فطنته وحفظه، أو لجودة خاطره وذكاء فهمه، ألا ترى أن عمر - رضي الله عنه- كان يشاور ابن عباس وكان يقول له: يا غواص غص، وكان إذا أصاب يقول: شنشنة (9)، أعرفها من أخزم (10)، وهذا مثلٌ يذكره العرب لمن أشبهه أباه (11)، وكان يأخذ بقوله، وكان عمر أكبر سنًا (12).

(1) الأجناس في الفروع ، لأبي العباس الناطفي ، وهو من كتب المذهب الحنفي ، جمعها لا على الترتيب ، ثم رتبها أبو الحسن الجرجاني على ترتيب الكافي . ينظر: كشف الظنون 11/1 ، هدية العارفين : 40/1 .

(2) في ف: وأفتى

(3) في ف: رضي الله عنه.

(4) في ف: يقول زفر .

(5) زُفر بن الهديل بن قيس العنبري بن تميم، فقيه كبير من أصحاب أبي حنيفة، أصله من أصبهان من بلاد فارس (إيران حالياً)، أقام بالبصرة، وولي القضاء بها، وبها توفي، جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث ، وغلب عليه الرأي، توفي سنة: 158هـ. ينظر: الطبقات السننية: 283/1، والسير: 38/8، والأعلام: 45/3.

(6) أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن عامر بن عمرو بن الحارث الأصبحي الحميري، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة، له الموطأ، ورسالته للرشيد، وغيرهما، توفي سنة: 179هـ ودفن بالبقيع. ينظر: ترتيب المدارك: 102/1، وصفوة الصفوة: 117/2 ، وتهذيب التهذيب: 5/10.

(7) سورة آل عمران، من الآية: 159.

(8) في ف: وإن كان رأيه.

(9) في ف: ششبة عرفها. والصواب: شنشنة: وهو الخُلق والطبيعة. ينظر: الصحاح في اللغة، مادة: شنش: 370/1.

(10) أخزم: هو أبو حاتم بن أخزم الطائي، وهو أول من قال هذا المثل. ينظر: تهذيب اللغة، خزم ، 453/2، ومعجم الشعراء ، لمحمد بن عمران المرزباني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط: الثانية ، 301/1، وهذا الأثر أخرجه البيهقي في الكبرى، باب: الاختيار في التعجيل بقسمة مال الفيء ، حديث رقم: (12817)، 358/6 .

(11) في ف: يشبه أباه.

(12) شرح كتاب أدب القاضي 193/1 ، 194 ، والمحيط البرهاني 12/8 .

وإذا اجتمع فقهاء البلدة على شيء، وكان رأيه خلاف ذلك، فلا ينبغي أن يعجل بالحكم حتى يكتب فيه إلى غيرهم ويشاورهم، ثم ينظر إلى أحسن ذلك فيعمل به؛ لأن المشورة بالكتاب من الغائب بمنزلة المشورة بالخطاب من الحاضر، فإن وافق رأيه رأيهم يقض به، وإن خالف رأيهم⁽¹⁾ قضى برأيه نفسه؛ لأن رأيه صواب عنده، ورأيه غيره لا، إلا أنه أمر بالمشورة في الابتداء؛ رجاء أن ينضم رأيه غيره إلى رأيه، فإن لم ينضم⁽²⁾ لا يدع رأيه برأيه غيره، وإن قضى برأيه غيره وهو يرى خلافه نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة، وعندهما: لا ينفذ قضاؤه حتى كان للسلطان⁽³⁾ أن ينقض قضاءه⁽⁴⁾.

لهما: أن رأي غيره خطأ عنده، فإن قضى برأيه غيره فقد قضى بما هو خطأ عنده فلا ينفذ قضاؤه⁽⁵⁾؛ كما في القبلة إذا تحرى جهة ثم ترك تلك الجهة وصلّى إلى جهة أخرى بتحرى غيره لا يجوز وإن أصاب القبلة، وكذلك⁽⁶⁾ إذا أودع عنده إنسان مالا ونسي المودع، وأراد المودع أن يضع زكاة ماله فيه لا يجوز؛ لأن عنده أنه غني، وكذلك إذا كان على رجل فائتة حديثة، فافتتح الصلاة⁽⁷⁾ ونسي الفائتة، فاقتدى به إنسان وعلم أن عليه فائتة، فصلاة فصلاة الإمام جائزة، وصلاة المقتدي باطلة⁽⁸⁾.

(1) في ف: وإن خالف رأيه رأيهم.

(2) في ف: فإذا لم ينضم.

(3) في ف: وكان للسلطان، وهو الصواب.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 192/1، والمحيط البرهاني 12/8.

(5) في ف: ولا ينفذ قضاءه.

(6) في ف: ولذلك.

(7) في ف: للصلاة.

(8) في ف: فاسدة. وكلاهما صحيح؛ لأن الفاسد والباطل في العبادات عند الأحناف بمعنى واحد. ينظر: الوجيز في أصول الفقه، تأليف: الدكتور: عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط: الخامسة، بيروت، 1417هـ، ص67. تبين الحقائق

له: أن القاضي قضى في موضع الاجتهاد فينفذ قضاؤه كما لو قضى برأيه، وهذا لأنه لم يتيقن بخطأ اجتهاد غيره؛ لأن المجتهد لا يقطع القول بأن الصواب فيما قاله ، بل عنده أن الأمر محتمل، فإذا كان محتملاً للصواب ترجح ذلك الاجتهاد باتصال⁽¹⁾ القضاء به ، فينفذ القضاء⁽²⁾.

وذكر أبو بكر الرازي⁽³⁾ الخلاف فيما إذا حكم بخلاف مذهبه وقد نسيه، فأما إذا ذكر مذهبه فلا يجوز حكمه بالإجماع، وأما إذا لم يكن للقاضي رأي وقت القضاء قضى برأي غيره⁽⁴⁾ ثم ظهر للقاضي رأي بخلاف ما قضى، قال أبو يوسف: لا ينقض قضاؤه، وقال محمد: ينقض⁽⁵⁾. ينقض⁽⁵⁾.

لمحمد : أن رأيه في حق وجوب القضاء عليه بمنزلة النص؛ لأنه يوجب القضاء عليه كالنص، ولو قضى برأيه ثم تبين نصٌ بخلافه ينقض قضاؤه، فكذا هذا.⁽⁶⁾

لأبي يوسف: أن رأي غيره عدم رأيه⁽⁷⁾، ألا ترى أنه يجب عليه القضاء برأي غيره

متى لم يكن له رأي، فصار كأنه قضى برأي/ نفسه ثم ظهر رأي بخلافه، ولو كان كذلك لا [808ظ] ينقض قضاؤه؛ لأن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، فكذلك هذا⁽⁸⁾.

(1) في ف: بإيصال.

(2) المحيط البرهاني 79/8 ، والبنية شرح الهداية 50/9 .

(3) الإمام الكبير الشان، أحمد بن علي الرازي ، المعروف بالجصاص، وهو لقب له، ذكره صاحب "الميزان" بلفظ: أبو بكر الجصاص، قال الخطيب: كان مشهوراً بالزهد والورع، درس الفقه على أبي حسن الكرخي بعد عودته إلى بغداد، ثم خرج إلى الأهواز، ثم عاد إلى بغداد سنة: 344هـ، تفقه عليه أبو بكر الخوارزمي والجرجاني وغيرهما، قال في الجواهر: وله مصنفات منها: أحكام القرآن، وشرح مختصر الطحاوي وغيرهما، توفي سنة: 370هـ. ينظر: الفوائد البهية: 27-28 ، وتاج التراجم: 14، وكشف الظنون: 20/1.

(4) في ف: يقضي برأي غيره.

(5) البحر الرائق 9/7 .

(6) العناية شرح الهداية 272/1، وحاشية رد المحتار 741/6.

(7) في ف: عند عدم رأيه.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 198/1 ، والبحر الرائق 277/6 .

باب: صفة الجلوس للقضاء

ويجلس القاضي للحكم في المسجد، وكذلك السلطان⁽¹⁾، وقال الشافعي: يكره⁽²⁾، وقال وقال مالك: إن تعمد الذهاب للمسجد لفصل القضاء⁽³⁾ فيه فيكره، وإن تقدم إليه الخصمان في المسجد فلا بأس به⁽⁴⁾.

والصحيح قولنا؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "إنما بُنيت المساجد لذكر الله والحكم"⁽⁵⁾ سوى بين العبادة والحكم، ورُوي أن النبي -عليه الصلاة والسلام- كان يفصل بين بين الخصوم في معتكفه، والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات⁽⁶⁾؛ ولأن القضاء في المسجد أنفى للثُّمة عن القضاة، وأسهل للناس في الدخول الدخول عليه، وأجدر أن لا يحجب عنه أحد، وأما المشرك فالنجاسة في اعتقاده لا على

(1) المحيط البرهاني 19/8 ، وتبيين الحقائق 178/4.

(2) ينظر : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، تأليف : شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 285/6 ، وجواهر العقود ومعين القضاة والمفتين والموقعين والشهود، 290/2.

(3) في ف: الخصومة.

(4) ينظر: التوضيح في شرح جامع الأمهات ، لخليل بن اسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، المالكي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم، الطبعة الأولى، 1429هـ ، 408/7.

(5) لم أفق عليه بهذا اللفظ، وإنما وقفت عليه بلفظ: "إنما بُنيت المساجد لما بُنيت له"، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، باب: النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد ، حديث رقم: (1290)، 82/2، وابن ماجه في السنن، كتاب المساجد والجماعات، باب: النهي عن إنشاد الضوال في المسجد، حديث رقم: (765)، 490/1 .

(6) قال الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام ، باب : من قضى ولاعن في المسجد ، حديث رقم: (18) : وقضى شريح والشعبي ، ويحيى بن معمر في المسجد، وقضى مروان على زيد بن ثابت . رضي الله عنه . باليمن عند المنبر .

ظاهر بدنه، ولا يصيب الأرض منه شيء، والحائض مسلمة، والظاهر أنها تحترز عن دخول المسجد في حالة الحيض، [وتُخبر أنها حائض، فإذا أخبرت القاضي لا يكلفها دخول المسجد]⁽¹⁾ لكن يخرج إليها، أو تأتي باب المسجد؛ لينظر في خصومتها، كما لو وقعت الخصومة في الدابة فإنه لا يمكن إحضارها في المسجد، لكن يخرج القاضي لسماع الدعوى والشهادة من الشهود والإشارة إليها، فكذا هذا⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -⁽³⁾: ينبغي للقاضي أن يجلس للحكم في المسجد الجامع؛ لأن في الخصوم الغرباء وأهل البلدة، [فينبغي أن يختار القاضي للجلوس موضعاً لا يخفى ذلك على الغرباء وأهل البلدة]⁽⁴⁾، والمسجد الجامع أشهر المواضع، ولا يخفى ذلك على أحد، ولا بأس أن يجلس في بيته ويأذن للناس، ولا يمنع أحداً من الدخول إليه، ويُجلس معه من كان يجلس معه في المسجد؛ لأنه لو جلس وحده تتمكن فيه تهمة الميل⁽⁵⁾.

ولا بأس أن يقعد في الطريق إذا كان الطريق لا يضيق بالمازة، فإذا كان يضيق فلا يقعد، بل يقعد في ناحية الطريق فينظر فيها، ولا يقضي ماشياً؛ لأنه يتفرق رأيه ويختل فهمه، ولا بأس مُتَكَنّاً؛ لأن الاتكاء يزيد في الفهم والرأي، لأن راحة النفس في الاتكاء أكثر من الراحة في الجلوس مستوياً؛ ولهذا لا يبطل خيار المخيرة بالاتكاء، إلا أن القضاء مستوي الجلوس أفضل؛ تعظيماً لأمر القضاء، وروي عن أبي يوسف أنه استُفتي⁽⁶⁾ عن مسألة وهو متكئٌ فاستوى وارتنى وتعمّم ثم أفتى؛ تعظيماً لأمر الفتوى⁽⁷⁾.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 299/1 .

(3) في ف: رضي الله عنه.

(4) ما بين معكوفين ساقط من: ف.

(5) شرح كتاب أدب القاضي، 309/1 .

(6) في ف: سُئِلَ.

(7) تبين الحقائق 178/4، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تأليف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط: بلا، 157/2 .

وإذا دخل القاضي المسجد هل يسلم على الناس؟ قيل: إن سلم فلا بأس، وإن ترك وسعه؛ لتبقى الهيبة وتكثر الجشمة⁽¹⁾، وإلى هذا مال الخصاف، وقيل: عليه أن يسلم ولا يسعه الترك، وهكذا إذا دخل على الوالي أو الأمير عليه أن يسلم؛ لأنه سنة فلا يسعه ترك السنة بسبب تقلد⁽²⁾ العمل⁽³⁾.

فأما إذا جلس ناحية من المسجد للفصل والحكم فلا يسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه؛ لأنه جلس للقضاء، فينبغي أن يشتغل بما جلس لأجله، والخصوم ما تقدموا إليه إلا لأجل الخصومة، فينبغي أن يشتغلوا بما جاءوا له، وعن هذا قال بعض مشايخنا: من هذا جرى الرسم أن الناس متى دخلوا على الولاة والأمراء لا يسلمون عليهم، وهم لا يسلمون على الناس. **والصحيح:** أن الناس يسلمون عليهم، وهم يسلمون على الناس، بخلاف القاضي⁽⁴⁾.

والفرق: أن الأمير إنما جلس للزيارة لا للحكم والفصل، وتحية الزائرين السلام.

فأما القاضي فإنما جلس للحكم لا للزيارة فلا يسلمون عليه، وإن سلموا عليه وهو في مجلس الحكم لا يجب عليه رد السلام، فإن رد فلا بأس؛ لأن رد السلام إنما يجب في أوانه⁽⁵⁾؛ لأنه جلس للحكم لا لرد السلام، ألا ترى أنه لو سلم على الصبي لا يستحق الجواب، وكذلك قيل: من جلس ليُفَقَّه تلامذته، أو جلس للذكر، أو التعليم⁽⁶⁾ فلا يكون السلام السلام في أوانه، فلا يستحق الجواب⁽⁷⁾.

(1) في ف: الحشمة، وهي الصواب، والحشمة: هي الحياء والانقباض. ينظر: المصباح المنير 1/138، ومختار الصحاح 1/167.

(2) في ف: تقليد.

(3) المحيط البرهاني 5/328.

(4) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلية، مجد الدين الحنفي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط سنة: 1356 هـ، 4/165، وحاشية رد المحتار 6/415.

(5) في ف: في أوانه لا في أوان غيره.

(6) في ف: لأنه جلس للذكر أو التعليم لا لرد السلام.

(7) حاشية رد المحتار 1/616.

وإذا دخل القاضي المسجد فيستحب أن يصلي ركعتين أو أربعاً [أولاً⁽¹⁾]؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "من دخل المسجد فليُحْيِه بركعتين"⁽²⁾، وإن شاء [صلى]⁽³⁾ أربعاً، والأربع أفضل؛ لأنها صلاة النهار، ويدعو الله [تعالى].⁽⁴⁾ أن يوفقه ويسدده للحق ويعصمه من معاصيه، ثم يجلس للحكم ويستقبل القبلة بوجهه؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "خير المجالس ما استقبل القبلة"⁽⁵⁾، وهكذا في عرف زمانهم، أما في زماننا جرى الرِّسْمُ أنَّ القاضي يُسند ظهره إلى المحراب [وهذا موافق لما روي أن النبي -عليه السلام- كان إذا فرغ من صلاته يُسند ظهره إلى المحراب]⁽⁶⁾، ويقول لأصحابه: "هل رأى أحدٌ منكم منكم رؤياً؟"⁽⁷⁾، وكذلك الخطيب يوم الجمعة يخطب على المنبر مستديراً القبلة، ويكون الأعوان⁽⁸⁾ أمامه من بعيد بحيث لا يسمعون ما يدور بينه وبين من يقدم إليه من الخصوم؛ لأن مجلس القاضي⁽⁹⁾ مجلس هيبه وحشمة، فيقفون بين يديه؛ ليكون أهيب في عيون الناظرين⁽¹⁰⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما وقفت عليه بلفظ: "من دخل المسجد فلا يجلس حتى يركع". متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الصلاة، باب: ما جاء في التطوع مثني، حديث رقم: (1110)، 389/1، ومسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، باب: استحباب تحية المسجد بركعتين وكرهية الجلوس قبل صلاتهما وأنها مشروعة في جميع الأوقات، حديث رقم: (1687)، 155/2.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) أخرجه الطبراني في الكبير، حديث رقم: (10781)، 389/10، والحاكم في المستدرک في حديث طويل بلفظ: "أشرف المجالس ما استقبل به القبلة"، كتاب الأدب، حديث رقم: (7706)، 270/4، وللحديث أطراف منها: "أكرم المجالس"، و"أشرف المجالس"، وقال الحاكم: حديث صحيح.

(6) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب: ما قيل في أولاد المسلمين، حديث رقم: (1320)، 465/1، وهو بعض من حديث طويل.

(8) الأعوان: هم الظهيرة على الأمر، ومفردها: عون، تقول ما أخلاني فلانٌ من مُعاونه. ينظر: تهذيب اللغة، مادة: عان: 378/1، والصحاح في اللغة، مادة: عون: 7/2.

(9) في ف: القضاء.

(10) شرح كتاب أدب القاضي 313/1، 314.

وإذا أراد أن يُجلس معه [قوماً] ⁽¹⁾ من أهل الفقه والأمانة أجلسهم قريباً منه؛ لأن أهل الفقه إنما يجلسون مع القاضي لأجل المشورة، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كانوا بالقرب منه، بخلاف الأعوان فإنهم يكونون ببعده منه؛ لأن الأعوان إنما يقفون لأجل الهيبة، وإنما تحصل الهيبة إذا كانوا ببعده منه، وكذلك أهل الأمانة يكونون بالقرب منه؛ لأن أهل الأمانة إنما حضروا لأجل الشهادة، وإكرام الشهود واجب، أو ليذكروا ⁽²⁾ القاضي ما جرى على لسانه لسانه وهذا يحصل بالقرب منه لا بالبعد عنه، ولا بأس أن يجلس ⁽³⁾ وحده إن كان عالماً بالقضاء، وإن كان جاهلاً يُستحب أن يجلس معه قومٌ من أهل الفقه؛ لأنه لا يؤمن أن يزلّ عن الحق فينبهوه على ذلك ⁽⁴⁾ ويضع القمطرة ⁽⁵⁾ عن يمينه؛ لأن فيه السجلات والمحاضر والصكوك، فيجب أن يكون مُعداً بين يديه، وقد أخرجها القيم وحملها بين يديه من منزله إلى المسجد، ويجلس كاتبه ناحية عنه حيث يراه حتى لا يُخدع بالرشوة فيزيد في ألفاظ الشهادة أو ينقص، ويتخذ كاتباً ورعاً مسلماً؛ لأن القاضي لا يجد بُدأً من الكتابة؛ لأن كل ما يحتاج إليه القاضي لا يمكنه أن يكتبه بنفسه، ويتخذ أعواناً يكونون بين يديه؛ لأن مجلس القضاء مجلس هيبية، ولو لم يتخذ أعواناً ربما يُستخفّ بالقاضي فتذهب مهابتُهُ؛ لأنه يحتاج إلى حضور الخصوم، وربما لا يمكنه الإحضار بنفسه ⁽⁶⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: أو يذكروا.

(3) في ف: بأن يجلس.

(4) في ف: عن ذلك.

(5) القمطرة: بكسر القاف وفتحها، وفتح الميم وسكون الطاء، وهو ما تُصان فيه الكتب. ينظر: مختار الصحاح، مادة: قمطر:

560/1، تاج العروس: مادة: قمطر: 3423/1.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 317/1، والاختيار لتعليق المختار 85/2.

باب: ما يفعله القاضي في مجلس القضاء

وينبغي للقاضي أن يتقي الله . تعالى . ويقضي بالحق، ولا يقضي لهوى يُضلّه، ولا لرغبة تُغره، ولا لرهبة تزجره بل يؤثر طاعة ربه ويعمل لمعاده، وطمعاً في جزيل ثوابه، وهرباً من أليم عذابه، فيتبع الحكمة وفصل الخطاب، واختلفوا في تأويل فصل الخطاب قيل: العلم بالقضاء، وقيل: المعرفة بوجوه القضاء، وقيل: الفصل بين الخصوم⁽¹⁾.

وإذا تقدم إليه الخصمان فالسنة أن يقعدا بين يديه جثواً⁽²⁾ هكذا وردت السنة⁽³⁾؛ ولأن القاضي لو أجلسهما في جانب واحد كان⁽⁴⁾ أحدهما أقرب إليه فتتعدم التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره تتعدم التسوية⁽⁵⁾ أيضاً؛ لفضل اليمين على الشمال⁽⁶⁾،

(1) ينظر: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر . بيروت، طبعة سنة: 1411هـ، 327/3.

(2) الجثو: هو الجلوس على الركبتين والقيام على أطراف الأصابع للخصومة: ينظر: مختار الصحاح مادة: جثا: 119/1، تهذيب اللغة: مادة: جثا: 40/4.

(3) جاء في الحديث أن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه - كانت بينه وبين أخيه عمرو بن الزبير خصومة، فدخل عبد الله بن الزبير على سعيد بن العاص وعمرو بن العاص - رضي الله عنهما - معه على السرير، فقال سعيد لعبد الله: "ها هنا، قال: لا، قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم - وسنة رسول الله أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم"، أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الأحكام، حديث رقم: (7029)، 94/4، وقال: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

(4) في ف: وكان.

(5) في ف: تتعدم به التسوية.

(6) في ف: اليسار.

وليس للقاضي أن يُفضّل أحدهما على الآخر، وينبغي أن يسوي بين الخصمين في الجلوس والنظر والمنطق؛ لأنه لو فضّل أحدهما [في ذلك] ⁽¹⁾ ينكسر قلب الآخر ويضعف، وربما يذهب ويترك حقّه مخافة جوره وميله، ولا يرفع صوته على أحدهما إلا أن يُسيئ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام-: "من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظته وإشارته" ⁽²⁾، ولا يرفع صوته ما لا يرفع الآخر/، ولا يشدّ على عضد أحدهما، أي لا يعين أحدهما ولا يلقنه؛ لأنه متى أعان أحدهما أو يلقنه حُجّته يضعف الآخر فيعجز عن الأداء بحجّته ⁽³⁾.

ويُكره أن يلوي ⁽⁴⁾ عنقه إلى أحد الخصمين، أي يُعرض عنه بعد ما كان مقبلاً عليهما عليهما، وهذا منهّي شرعاً؛ لأن فيه إعانة لأحد الخصمين ⁽⁵⁾، ومكسرة للآخر، وهو مأمور بالتسوية بينهما، ولو اعتراه همٌّ، أو نعاس، أو غضب، أو جوع، أو عطش، أو حاجة حيوانية كفّ عن القضاء؛ لقوله . عليه الصلاة والسلام .: "لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان" ⁽⁶⁾، وقوله - عليه الصلاة والسلام-: "لا يقضي القاضي إلا وهو شعبان ريان" ⁽⁷⁾ لم

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) أخرجه الدارقطني في سننه من حديث أم سلمة، كتاب الأفضية، وزاد: "ومقعد" حديث رقم، (10)، 203/4، والبيهقي في الكبرى بنحوه، كتاب آداب القاضي، باب: إنصاف الخصمين وحسن الإقبال عليهما، 135/10، وإسحاق ابن راهويه في مسنده: بلفظ: إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين المسلمين فليسوّ بينهم في النظر والمجلس والإشارة"، باب: إذا ابتلي أحدكم بالقضاء، رقم: (1846)، 82/4، وأبو يعلى في مسنده، حديث رقم: (6924)، 356/12، والطبراني في الكبير بنحوه من حديث أم سلمة -رضي الله عنها- كتاب الأفضية، رقم: (622)، 384/23، وقال الحافظ في الميزان: في سننه بكر بن سودة، وهو مجهول، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع، حديث رقم: (5322) 768/1.

(3) الاختيار لتعليل المختار 86/2، ومجمع الأئمة 159/2.

(4) في ف: أن يكون.

(5) في ف: أحد الخصمين.

(6) أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب القضاء، حديث رقم: (5063)، 450/11، والترمذي: باب لا يقضي القاضي وهو غضبان، حديث رقم: (7)، 620/3، وأبو داود، كتاب الأفضية، باب: القاضي يقضي وهو غضبان، رقم: (3591)، 330/3، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب القضاء، باب: الحال الذي ينبغي للحاكم اجتناب القضاء فيه، حديث رقم: (5962)، 474/3، وابن ماجه: كتاب الأحكام، باب: لا يحكم الحاكم وهو غضبان، حديث رقم: (2316)، 776/2، وأصله في الصحيحين من حديث أبي بكر، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(7) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: لا يقضي القاضي إلا وهو شعبان ريان، حديث رقم: (20282)، (20282)، 181/10، والدارقطني في سننه، كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، حديث رقم: (14)، 206/4، والطبراني في

لم يُرد به أن يكون لضبط الطعام، وإنما أراد ألا يكون به جوع مفرط؛ ولأن هذه الأشياء مما تورد خلافاً في الفهم والإدراك، ولهذا قال مشايخنا: إن القاضي لا ينبغي له أن يتطوع بالصوم في يوم الجلوس للقضاء؛ لأنه ربما يلحقه جوع مفرط عن ضعف رأيه فيعجز عن القضاء، ولا يبيع ولا يشتر في مجلس القضاء بنفسه⁽¹⁾؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه - أنه كتب إلى شريح "ألا تسار ولا تضار، ولا تبع ولا تبتاع في مجلس القضاء، ولا ترتش، ولا تقض بين اثنين وأنت غضبان"⁽²⁾؛ ولأن في مجلس القضاء زيادة هيبة وحشمة، والاشتغال بأمر لا خطر لها⁽³⁾ يزيل حشمة المجلس، أو يخل بها، ولا بأس بذلك في غير مجلس القضاء⁽⁴⁾.
وروي الحسن⁽⁵⁾ عن أبي حنيفة⁽⁶⁾ أنه يكره له ذلك، وهو قول الشافعي⁽⁷⁾؛ لأنه⁽⁸⁾ متى باع أو اشترى بنفسه⁽⁹⁾ فإنه يُحابي له بحشمة القضاء، والمحابة بحشمة القضاء رشوة فيكره، لنا: ما روي أن أبا بكر رضي الله عنه - أنه باشر البيع بنفسه بعد الخلافة؛ ولأن القاضي يحتاج إليه لإقامة مصالحه⁽¹⁰⁾، وتحقيق معاشه فلا يكره له كالنكاح، وإنما يبيع ويشترى مما يعلم أنه لا يحابيه، فأما إذا وقع عنده أنه يحابيه بحشمة القضاء فإنه يكره له أن يبيع ويشترى منه، ويشهد الجنازة، ويعود المريض؛ لما روي أن النبي - عليه الصلاة

الأوسط، حديث رقم: (4603)، 36/5، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد، كتاب الأحكام، باب: لا يقضي القاضي إلا وهو شعبان ريان، حديث رقم: (7000)، 194/4، وقال: فيه القاسم بن عبد الله بن عمر، وهو متروك كذاب.

(1) في ف: لنفسه.

(2) لم أقف على هذا الأثر في المصادر التي وقفت عليها.

(3) أي لا مثل لها ولا عوض. ينظر: لسان العرب، خطر، 249/4.

(4) الاختيار لتعليل المختار 86/2، والبحر الرائق 303/6.

(5) هو الحسن بن زياد، سبقت ترجمته، ص38.

(6) في ف: رضي الله عنه.

(7) ينظر: مغني المحتاج 391/4.

(8) في ف: أنه.

(9) في ف: لنفسه.

(10) في ف: مصلحته.

والسلام - كان يشهد الجنازة، ويعود المريض، ويجب الدعوة⁽¹⁾، ولكن لا يطيل مكثه في ذلك، ولا يُمكن أحداً أن يتكلم بشيء من الخصومات؛ لأن الخصم الآخر يتهمه⁽²⁾.

ويجب الدعوة العامة كالعُرس، والختان، ولا يجب الدعوة الخاصة كالعشرة وما دونها خاصة، وما فوقها عامة؛ لأن الدعوة العامة ما اتخذت من أجل⁽³⁾ القاضي، بل اتخذت للعامة، فلا يصير القاضي آكلاً لقضائه، والدعوة الخاصة اتُّخذت لأجل القاضي، فيكون المقصود هو القاضي فيصير آكلاً لقضائه، فيكون بمعنى الرشوة له⁽⁴⁾.

وقيل في الفرق بين الدعوة العامة والخاصة: يُنظر إن كان صاحب الدعوة بحال لو علم أن القاضي لا يحضر الدعوة لا يتخذ⁽⁵⁾ الضيافة فهذه دعوة خاصة، وإن كان يعلم أن القاضي لا يحضر يتخذ فهي عامة، وهذا إذا كان الأجنبي لم يتخذ الضيافة لأجله قبل القضاء، وإن كان يتخذ له الضيافة قبل القضاء لمصادقة بينهما تجنّبه بعد القضاء؛ لأن المودة الشائعة⁽⁶⁾ دلت على أن الضيافة للمصادقة لا للقضاء والمواصلة، وصار كالمستقرض إذا أهدى إلى المقرض⁽⁷⁾ شيئاً أو أضافه إن كان يجري ذلك بينهما قبل القرض القرض فلا بأس بالقبول وإلا فلا يقبل⁽⁸⁾.

ويجب الدعوة الخاصة من القرابة، ويقبل هديتهم؛ لأنه أمكن إحالتها إلى القرابة وصلة الرحم، فلا تورث التهمة هكذا ذكر الخصاف، ولم يُجل فيه خلافاً⁽⁹⁾.

وذكر الطحاوي⁽¹⁾ في مختصره⁽²⁾ خلافاً فقال: **عندهما** يجب الدعوة الخاصة للقریب، وعند **محمد**: لا يجب، والظاهر أنه يجب دعوة القريب بلا خلاف؛ بدليل أنه يقبل

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) تبیین الحقائق 179/4، والبحر الرائق 306/6.

(3) في ف: لأجل.

(4) المحيط البرهاني 34/8، ومجمع الأنهر 158/2.

(5) في ف: يتخذ.

(6) في ف: السابقة. ولعلها الصواب.

(7) في ف: للمقرض.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 352/1.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 352/1، 354، والمحيط البرهاني 34/8، ومجمع الأنهر 158/2.

هديته بالإجماع، فالدعوة أولى، هذا إذا لم تكن للقريب خصومة، فإن كان فلا يجبه، ولا يقبل هديته، ولا يضيّف القاضي أحد الخصمين، إلا أن يكون خصمه معه؛ لأن الإضافة/ والخلوة [809] به تورث التهمة⁽³⁾.

ويكره للقاضي أن يفتي في مجلس القضاء في الخصومات والدعاوى⁽⁴⁾.

وفي غير مجلس القضاء اختلفوا فيه: قيل: لا يكره؛ لأن في مجلس القضاء إنما كره لأنه يكون مشغولاً بالقضاء، فمتى أفتى يقع الخلل فيها، أو في أحدهما، وفي غير مجلس القضاء لا يكون مشغولاً بالقضاء فلا يورث خللاً في الفتوى، وقيل: يكره أيضاً؛ لأن الخصوم يقفون على مذهبه فيحترزون عنه⁽⁵⁾ بالحيل الباطلة، فيؤدي إلى إبطال حقوق الناس، وهذا المعنى شمل مجلس القضاء وغيره، ويكره أن يأذن لأحد الخصمين بأن يدخل [في]⁽⁶⁾ منزله؛ لأن ذلك مكسرة لخصمه، فأما من لم يكن معه⁽⁷⁾ خصومة فلا بأس أن يأذن له القاضي بالدخول عليه للسلام، ولحاجة تعرض⁽⁸⁾.

(1) أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي المصري الطحاوي، نسبة لقرية "طحا" في صعيد مصر، كنيته: أبو جعفر، ولد سنة 238هـ، وقيل: 239هـ، من شيوخه: محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، وخالد المزني وغيرهما، من مؤلفاته: شرح مشكل الآثار، واختلاف العلماء، وأحكام القرآن، توفي سنة: 321هـ بمصر. ينظر: سير أعلام النبلاء: 27/15، وفيات الأعيان: 71/1، والجواهر المضيئة: 27/1.

(2) مختصر الطحاوي في فروع الحنفية، للإمام أبي جعفر الطحاوي، الحنفي، ألفه كبيراً وصغيراً، ورتبه كترتيب مختصر المزني، وقد جمع فيه أصناف الفقه التي لا يسع للإنسان جهلها، وبين الجوابات عنها من قول أبي حنيفة وصاحبيه، وقد شرح هذا المختصر عدة شروح، فشرحه: شيخ الإسلام بهاء الدين السمرقندي، وشرحه الإمام شمس الأئمة السرخسي وغيرهما، ينظر: كشف الظنون 1627/2، وفيات الأعيان: 71/1، وسير أعلام النبلاء: 27/15، والجواهر المضيئة: 27/1.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 354/1، والبنية شرح الهداية 22/9.

(4) المبسوط للسرخسي 90/2.

(5) في ف: فيحترزون عليه، وجاء في المبسوط للسرخسي 85/6: "وأكره للقاضي أن يفتي للخصوم في القضاء كراهة أن يعلم الخصوم قوله فتحترز منه.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) في ف: له.

(8) المبسوط للسرخسي 90/2، والمحيط البرهاني 28/8.

باب: سماع الدعوى والشهادة

وينبغي للقاضي أن يُقدّم النساء على حدة، والرجال على حدة؛ لأن اختلاط الرجال بالنساء يؤدي إلى الفساد⁽¹⁾ حتى لو وقعت خصومة الرجل مع المرأة لابد أن يقدمهما⁽²⁾، فيجيب كل منهما جواب خصمه، فإن رأى أن يجعل للنساء يوماً على حدة فعل وهو الأحوط؛ لأنه أبعد من اختلاف النساء والرجال، وأبعد من اختلاط البعض ببعض، ويقدم الأول فالأول، لأن تقديم السابق أحق؛ لأن السبق [يصلح]⁽³⁾ للترجيح كما في الوصايا⁽⁴⁾، وقوله -عليه الصلاة والسلام-: "منى مناخ من سبق إليه"⁽⁵⁾.

وإن أراد أن يبتدئ⁽⁶⁾ بالغرباء [يبدأ]⁽⁷⁾؛ لأن قلب الغريب يكون مع أهله وولده، فمتى فمتى طال⁽⁸⁾ مكثه وتردده على باب القاضي يمل⁽¹⁾ ويكلّ على الخصومة، فينصرف إلى

(1) في ف: مما يؤدي إلى الفساد.

(2) في ف: يقدمهما.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) بدائع الصنائع 13/7.

(5) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحج، باب: منى مناخ من سبق، حديث رقم: (881)، 227/3، وابن ماجه: كتاب المناسك، باب: النزول بمنى، حديث رقم: (3006)، 1000/2، والبيهقي في سننه، كتاب الحج، باب: النزول بمنى، حديث رقم: (9609)، 226/5، والحاكم في مستدركه، كتاب المناسك، حديث رقم: (1714)، 466/1، وإسحاق بن راهويه في مسنده، باب: منى مناخ من سبق، حديث رقم: (1286)، 688/3، وقال الترمذي: حديث حسن، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وضعفه الألباني في ضعيف سنن الترمذي رقم: (648).

(6) في ف: يبدأ.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) في ف: كثر.

وطنه ويترك حقه، فيكون القاضي هو الذي ضيع حقه، فإن كان أضر ذلك بأهل المصر [بأن كانوا كثيراً جداً جعلهم كأهل المصر؛ لأن تقديم الغرباء على أهل المصر]⁽²⁾ مستحب، والإضرار بأهل المصر حرام، فكان ترك ما هو مستحب أولى من ترك ما هو حرام⁽³⁾.

وذكر الخصاف: لا يصدق القاضي في قوله: إنني غريب، عازم إلى الرجوع إلى وطنه، لكنه يسأل⁽⁴⁾ البينة على أنه غريب، هكذا عن محمد⁽⁵⁾؛ لأنه يدعي معنى تقدم به على غيره فيحتاج إلى إثباته بالبينة، ولكن لا يشترط العدالة في هذه الشهادة، وشهادة المستور تكفي، ومن أصحابنا من قال: بأن القاضي يسأله مع من بدأ⁽⁶⁾ السفر فيسأل الرفقة أنهم⁽⁷⁾ متى يخرجون، وأن فلاناً هل يخرج معهم؟ وهل استعد⁽⁸⁾ لأمر السفر؟ وكذلك لو قال المستأجر: أنا أريد السفر، وكذلك في أخذ الكفيل لما يأتي⁽⁹⁾.

وإذا اجتمع على باب القاضي أربابُ الشهود، والأيمان، والغرباء، والنساء، يقدم القاضي الشهود؛ لأننا أمرنا بإكرام الشهود وتوقيرهم؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي بهم الحقوق"⁽¹⁰⁾، وإن قدم أرباب الأيمان فله ذلك أيضاً⁽¹¹⁾؛ لأن فصل الخصوم باليمين أيسر؛ لأن في فصل الشهادة يحتاج إلى إثبات أسامي الشهود، والنظر في لفظ الشهادة وتعديل الشهود، وفي اليمين لا يحتاج إلى ذلك، فإن قدم الغرباء له

(1) في ف: مل.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) المبسوط للسرخسي 157/16.

(4) في ف: يسأله. ولعلها الصواب.

(5) في ف: هكذا روي عن محمد.

(6) في ف: يريد.

(7) هكذا وردت في النسختين، وكذلك في الفتاوى الهندية 321/3.

(8) في ف: اشتغل.

(9) المبسوط للشيباني 81/16، وشرح كتاب أدب القاضي 254/1.

(10) أخرجه القضاعي في مسنده بلفظ: "أكرموا الشهود فإن الله يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم"، باب: أكرموا الشهود، فإن الله يستخرج بهم الحقوق، رقم: (732)، 426/1، والعقيلي في الضعفاء الكبير، 84/3، وقال: هذا الحديث غير محفوظ، والخطيب في التاريخ، 385/1، وقال الذهبي: إن عبد الصمد حدث عن أبيه بهذا الحديث وهذا منكر، وما عبد الصمد بحجة، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع، حديث رقم: (1128).

(11) في ف: أرباب الأيمان فذلك النساء.

ذلك⁽¹⁾، وإن قدّم النساء على الكلّ فله ذلك؛ لأن أمر المرأة مبني على الستر، ومأمورة بالقرار بالقرار في البيت، وإنما خرجت لأجل العذر، فكان له أن يفصل خصومتها حتى تتصرف إلى بيتها فيكون ذلك سترًا لها، وإن تقدم الخصمان فالقاضي إن شاء ابتدأهما وقال: مالكما؟ وإن شاء سكت حتى تكلمًا؛ لأن في البداية⁽²⁾ بكلامهما نوع فائدة؛ لأنه متى أمهلها في الكلام تمكن كل واحد منهما في الإدلاء بحجته زيادة تمكين⁽³⁾.

ونكر الخصاف: يسألها القاضي؛ لأن مجلس القضاء مجلس هيبية وحشمة، فمن لم ير مثل هذا المجلس تحيّر⁽⁴⁾ ولا يمكنه أن يبين دعواه، [فينبغي للقاضي]⁽⁵⁾ أن يؤنسه بكلام بكلام يسأله حتى يقدر على الدعوى، وإذا تكلم أحدهما سكت الآخر، ليتمكن فهم دعوى المدعي، وإذا ادعى فالقاضي يأخذ بياضاً فيكتب الدعوى في تلك الرقعة بلفظه لا يزيد عليه ولا ينقص، وينظر فيه أصحح أم فاسد؟ فإن كان فاسداً يقول للمدعي: دعواك فاسدة فاذهب وصحّ دعواك.⁽⁶⁾

وإن كان صحيحاً فإن شاء سأل المدعي عليه جوابه، وإن شاء نظر إليه، وعلى قول الخصاف سأله وقال: ادعى عليك بكذا فماذا تقول/؟ فإن أقر يكتب إقراره والتاريخ في تلك [810ظ] الرقعة، وأمر المقرّ بالخروج عما أوجب عليه بإقراره، ثم إن عرفها القاضي كتب أنه أقر فلان ابن فلان، وإن عرف أحدهما ولم يعرف الآخر فمن عرفه أثبت معرفته، ومن لم يعرفه أرسل الكلام في حقه إرسالاً، وإن جحد المدعي عليه أثبت القاضي جحوده في الرقعة التي أثبت فيها دعوى المدعي؛ لأن الجحود مما يحتاج إلى معرفته من خلال الخصومة فإنه ربما ادعى الوديعة⁽⁷⁾ وجحد المدعي عليه الوديعة أصلاً ثم ادعى بعد ذلك الردّ أو الهلاك⁽¹⁾ فإنه

(1) في ف: فله ذلك.

(2) في ف: البداية.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 319/1.

(4) في ف: يتحير. وهي الصواب.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 319/1.

(7) في ف: فإنه ربما ادعى المدعي الوديعة.

فإنه لا يسمع منه هذه الدعوى، وإنما يكتب الدعوى والجحود بلفظهما أو عبارتهما، ولا يحوّل إلى لسان العربية إلا إذا أمكنه أن يحوّل من غير زيادة ونقصان، ومن غير أن يأتي بكلمة مبهمّة مشتركة تؤدي إلى الاشتباه، فإذا لم يمكنه بيّنه بلسانه، ويكتب التاريخ، وهذا الرسم⁽²⁾ رسم الخصاف⁽³⁾.

والقضاة اليوم على رسم أحسن من هذا، وهو: أن المدّعي من أتى باب القاضي يشاور بعض الوكلاء على باب القاضي حتى ينشره⁽⁴⁾ على الكاتب، ثم الكاتب يكتب دعواه على رقعة، واسمه، واسم خصمه، فإذا حضر خصمه تقدما على القاضي مع الرقعة، فيكون ذلك أيسر على القضاة، ولا يحتاج الخصم إلى كثير تردد من⁽⁵⁾ القضاء والكاتب، فإن⁽⁶⁾ جدد المدّعي عليه قال للمدّعي: ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه، فإن قال المدّعي: استخلفه، حلفه القاضي؛ لأن اليمين حق المدّعي كما بينة حقه⁽⁷⁾؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "شاهدك أو يمينه"⁽⁸⁾.

وإنما صارت البينة على المدعي، واليمين على من أنكر من زمن داود -عليه السلام- [يعد رفع السلسلة، وقصة السلسلة معروفة، فإنه روي عن داود]⁽⁹⁾ -عليه السلام- لما مرّ بفصل القضاء، نزلت السلسلة من السماء، فإذا تقدم الخصمان فالمُحَقّ منهما نزلت السلسلة له فينالها، والمبطل منهما تصعد السلسلة له فما ينالها، وكان يفصل به، فرفعت السلسلة، وكان سبب رفعها هو أن رجلاً أودع رجلاً دنائير ثم جدد المودع، وكان شيخاً معه

(1) في ف: والهالك.

(2) في ف: الاسم.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 321/1.

(4) في ف: يسره، الصواب: حتى يشير إلى الكاتب، ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 321 / 1 .

(5) في ف: بين. وهو الصواب.

(6) في ف: وإن.

(7) المحيط البرهاني 24/8، والفتاوى الهندية 324/3.

(8) لم أقف على الحديث بهذا اللفظ، وإنما ورد بلفظ: "شهادك أو يمينه" متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب: اليمين على المدعي عليه في الموال والحدود، 949/2، ومسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة، حديث رقم: (374)، 86/1.

(9) ما بين معكوفين سقط من: ف.

عصاً فاختصما إلى داود -عليه السلام- فاحتال المودع ونقر عصاه وجعل الدنانير في العصا، فلما اختصما وقام المدعي إلى السلسلة فناله، فقال المدعى عليه للمدعي: خذ عصاي حتى أنال السلسلة، فأخذه فناله، فكان مُحَقَّاً في جحوده ألا حق له قبله، فتحير داود -عليه السلام- فنزل جبريل صلوات الله عليه -⁽¹⁾ فأخبره بالقصة، فرفعت السلسلة فقطع داود -عليه السلام- عن القضاء⁽²⁾، فأمر الله . تعالى . أن يقضي ببينة المدعي ويمين المدعى عليه⁽³⁾.

فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة، إن قال حاضرة في المجلس فالقاضي لا يُحَلِّف المدعى عليه بالإجماع، وإن قال: حاضرة في البلدة لا يحلفه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف: يحلفه، وقول محمد مضطرب، ذكر القدوري⁽⁴⁾ كقول أبي حنيفة⁽⁵⁾ وذكر الخصاف الخصاف كقول أبي يوسف⁽⁶⁾.

لأبي يوسف: أن اليمين حقه بالنص، فإذا طالبه بإيفاء حقه يجيبه إلى ذلك، بخلاف ما لو كانت البينة حاضرة في المجلس؛ لأنه لا فائدة في تحليفه مع حضور البينة⁽⁷⁾.

لأبي حنيفة: أن اليمين كالحلف عن البينة، وإنما يصر إليه عند العجز عن الأصل، فإذا كانت المسألة مختلفاً فيها فالقاضي إن رأى أن يميل إلى قوله لا يحلفه، وإن رأى أن

(1) في ف: -عليه السلام-.

(2) هذه القصة ذكرها القرطبي في تفسيره لقوله . تعالى . : ﴿وَأَتَاكَ اللَّهُ الْمُلْكَ وَالْحِكْمَةَ﴾ ، 258/3، والثعلبي في الكشف والبيان، في بيان قول الله . تعالى . : ﴿وَأَتَاكَ اللَّهُ الْمُلْكَ وَالْحِكْمَةَ﴾ ، 53/2.

(3) ينظر: لسان الحكام في معرفة الأحكام ، تأليف : أحمد بن محمد ، أبو الوليد ، لسان الدين بن الشحنة ، الحلبي ، الناشر: البابي الحلبي . القاهرة ، ط: الثانية ، 220/1 .

(4) أحمد بن محمد بن أحمد بن حمدان، الإمام المشهور، أبو الحسن بن أبي بكر، الفقيه البغدادي، المعروف بالقدوري، ولد سنة 362هـ تفقه على أبي عبد الله الجرجاني، روى الحديث عن الحسن ابن محمد، كان فقيهاً صدوقاً، صنف من الكتب: المختصر المشهور فنفخ الله به خلقاً، وشرح مختصر الكرخي، وعنده كتاب اسمه: التجريد مشتمل على خلاف بين الحنفية وبين الشافعي، توفي سنة 428هـ. ينظر: الطبقات السنية: 127/1، والسير: 224/13، والجواهر المضية: 93/1.

(5) في ف: رضي الله عنه.

(6) تبين الحقائق 300/4، والبنية شرح الهداية 323/9، والبحر الرائق 210/7 .

(7) شرح كتاب أدب القاضي 326/1، والبنية شرح الهداية 323/9.

يميل إلى قولهما يحلّفه كما في الوكيل بغير رضا الخصم إذا وكّله وليس به عذر⁽¹⁾ المرض والسفر فالقاضي يجيبه⁽²⁾.

وذكر الخصاف: لا ينبغي للشاهد أن يبدأ بالشهادة عند القاضي حتى يقول القاضي بم تشهد؟ فيسأل القاضي واحداً عن واحد⁽³⁾ عن شهادته، وقال الطحاوي: لا بأس به⁽⁴⁾.

وجه رواية الخصاف: أن الشهادة قبل الطلب من علامات الكذب، قال -عليه الصلاة والسلام-: "ثم يفشو الكذب، فيشهد الرجل قبل أن يستشهد، ويحلف قبل أن يُستحلف"⁽⁵⁾ والكذب واجب الامتناع عنه، فكذا عما هو من علامات الكذب⁽⁶⁾.

وجه رواية الطحاوي: أن هذا خير / الشهداء؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "ألا [810و] أنبئكم بخير الشهداء؟ فقالوا: نعم يا رسول الله، قال: أن يشهد قبل أن يُطلب منه"⁽⁷⁾، فإذا⁽⁸⁾ كان هذا من خير الشهداء لا يستقيم أن يجعل هذا من علامات الكذب، وتأويل قول النبي -عليه الصلاة والسلام-⁽⁹⁾ قبل أن يستشهد [يعني]⁽¹⁰⁾ قبل أن يتحمّل، كما في قوله - تعالى -: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽¹¹⁾، فالمراد من الاستشهاد هو التحمّل⁽¹²⁾.

(1) في ف: وليس به ثمة عذر.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 326/1.

(3) في ف: فواحداً. وهي الصواب.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 327/1.

(5) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الشهادات، باب: ما جاء في لزوم الجماعة، حديث رقم: (2165)، 465/4، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: عشرة النساء، باب: ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر عمر فيه، حديث رقم: (9179)، 284/8، 182، وقال الترمذي: حديث حسن غريب صحيح من هذا الوجه.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 326/1.

(7) أخرجه مسلم في صحيحه بلفظ: "ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها"، من حديث زيد بن خالد الجهني، كتاب الأفضية، باب: بيان خير الشهود، رقم: (4591)، 132/5، والترمذي في السنن، كتاب الشهادات، باب: الشهداء أيهم خير؟، حديث رقم: (2295)، 543/4، وأبو داود في سننه بنحوه، كتاب الأفضية، باب: في الشهادات، حديث رقم: (3598)، 333/2، والنسائي في الكبرى، كتاب القضاء، باب: من خير الشهداء، حديث رقم: (6029)، 494/3، وابن ماجه بنحوه، كتاب الأحكام، باب: الرجل عنده الشهادة لا يعلم بها، حديث رقم: (2364)، 792/2، وصححه الشيخ الألباني -رحمهم الله- في السلسلة الصحيحة برقم: (3458).

(8) في ف: وإذا.

(9) في ف: صلى الله عليه وسلم.

(10) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(11) سورة البقرة، من الآية: 281.

(12) شرح كتاب أدب القاضي 326/1.

وإذا سأله القاضي يقول: بم تشهد؟ ولا يقول: كيف تشهد؟ لأن ذلك يكون شبه التلقين، ولا يُلقن الشهود شيئاً عندهما، وقال أبو يوسف: لا بأس أن يقول للشاهد: اشهد بكذا؛ لأن الشاهد قد يعجز عن أداء الشهادة على وجهها مع كونه شاهداً بالحق لهيئة المجلس، أو لعجزه عن التلفظ بلفظة الشهادة؛ فلو لم يقل له القاضي: أتشهد بكذا؟ أدى إلى إبطال حق الناس⁽¹⁾.

لهما: أن القاضي لم يعرف حقيقة المدعي فمتى لُقن الشاهد ربما شهد⁽²⁾ بتلقينه ولم تكن شهادة، فيكون التلقين من القاضي إعانة لأحد الخصمين بغير حق، وليس له ذلك، كما لا يلقن المدعي الدعوى⁽³⁾.

ولو اتهم الشهود فرّق الشهود إن رأى ذلك؛ لأنه متى جمعهم ربما يشهد أحدهم بشهادة فيتبعه⁽⁴⁾ الباقيون فيشهدون بشهادته، وربما لا تكون لهم شهادة فيفرقهم نفياً للتهمة⁽⁵⁾.

وذكر الخصاص: لو شهد شاهدٌ وفسر الشهادة على وجهها، ثم شهد الآخر فقال: أشهدُ على ما شهد⁽⁶⁾ صاحبي لا يقبل القاضي حتى يتكلم بشهادته؛ لأن هذا⁽⁷⁾، يحتمل أن يكون المراد منه أشهدُ على مثل شهادته من أوله أو من خلاله أو من آخره، فيضمن الشاهد شيئاً [لم يكن]⁽⁸⁾ في الشهادة، فيتحرز عن الوبال ويلبس على القاضي، والشهادة حجة حجة القاضي مع الاحتمال لا يجب القضاء بها⁽⁹⁾.

وقال بعض مشايخنا: المختار أنه ينظر إن كان الشاهد فصيحاً يمكنه بيان الشهادة على وجهها لا يقبل منه الاحتمال⁽¹⁰⁾، وإن كان أعجمياً غير فصيح يقبل منه الاحتمال⁽¹¹⁾،

(1) العناية شرح الهداية، 276/7. والبنية شرح الهداية 25/9.

(2) في ف: يشهد.

(3) المبسوط للسرخسي 87/16.

(4) في ف: فيتبع.

(5) المبسوط للسرخسي 87/16، وبدائع الصنائع 10/7.

(6) في ف: على مثل شهادة صاحبي.

(7) في ف: لأن هذا محتمل.

(8) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 333/1، 334.

(10) هكذا وردت في النسختين، والصواب: الإجمال.

(11) هكذا وردت في النسختين، والصواب: الإجمال.

بأن قال الثاني: أشهد بما شهد به، هذا إذا كان بحال لولا حشمة القضاء⁽¹⁾ يمكنه أن يُعبّر الشهادة بلسانه؛ لأنه بنى شهادته على شهادة صاحبه، والبناء يكون كالمبني.

وقال بعضهم: المختار أنه **ينظر**: إن أحسّ القاضي بخيانة من الشهود بشهادة الزور، كلّف كل شاهد أن يفسّر شهادته، وإن لم يحسّ شيئاً من الخيانة لا يكلف وبحكم في ذلك رأيه، هذا كما روي عن محمد أن القاضي إذا اتهم الشهود بشهادة الزور فرّق بينهم، وإن لم يتّهم لم يفرق، هذا إذا قال الثاني: أشهد بما شهد به الأول، فإن قال: أشهد على مثل شهادة الأول⁽²⁾ لا تقبل؛ لأن هذه الشهادة على الشهادة، وليست بشهادة على الحق؛ لأن (مثل) قد تكون صلة⁽³⁾، قال الله . تعالى . : ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ﴾⁽⁴⁾، أي ليس كهو شيء، فيصير هذا وقوله: أشهد على شهادة الأول [سواء] ⁽⁵⁾ فلا تقبل⁽⁶⁾.

ولو شهد شاهد بالكتاب نحو أن يكتب شهادته في بياض فتقرأ عليهم فيقول الشاهد: أشهد أن هذا المدعي جميع ما سمى ووصف في هذا الكتاب على المدعي عليه أو في يده بغير حق وواجب عليه تسليمه، تصح الشهادة⁽⁷⁾؛ لأن الشهادة ربما تكون طويلة، ولا يمكن للشاهد حفظها عن ظهر قلبه، ولو لم يشهد من الكتاب لبطل حق المدعي فيباح له ذلك⁽⁸⁾.

ثم إن كانت الشهادة على الحاضر يحتاج الشاهد الإشارة إلى ثلاثة مواضع: إلى المدعي، وإلى المدعي عليه، وإلى المشهود به، وإن كانت الشهادة على ميت حضر وصيّيه، أو غائب حضر نائبه، وينبغي أن يذكروا اسمه واسم أبيه وجده؛ لأن المعرفة لا تحصل باسم واحد؛ لأنه لا يقع به التمييز ولا يزول الاشتباه⁽⁹⁾، وبذكر الأبوين يقع التمييز، ويزول⁽¹⁰⁾

(1) في ف: مجلس القضاء.

(2) في ف: على مثل شهادته.

(3) جاء في المحيط البرهاني، 140/8: لأن كلمة مثل صفة في الكلام.

(4) سورة الشورى، من الآية: 9.

(5) ما بين معكوفين سقط من الأصل .

(6) المحيط البرهاني 140/8.

(7) في ف: تصح هذه الشهادة.

(8) المحيط البرهاني، 140/8.

(9) في ف: ولا يزول به الاشتباه.

(10) في ف: يزول به وهو الصواب.

الاشتباه؛ لأن الاثنين جماعة فيكون ذكر الاثنين كذكر العشرة والمائة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد⁽¹⁾.

وقال أبو يوسف : ذكر اسم الأب يكفي؛ لما عرف في كتاب الشروط، وإن ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته لا يكفي، لأن الصناعة ليست بشيء لازم، فإن الإنسان قد يشتغل بصناعة في زمان، ويشتغل بصناعة أخرى في زمان آخر، فلا يحصل بها التعريف، إلا إذا كانت صناعة يعرف بها لا بحاله/ فحينئذ يكفي؛ لأن التعريف شرط فبأي شيء حصل التعريف فقد حصل [811ظ] الشرط، هذا إذا لم يكن الرجل مشهوراً، فإن كان مشهوراً كشهرة أبي حنيفة⁽²⁾ وابن أبي ليلى⁽³⁾، ليلي⁽³⁾، لا يشترط ذكر النسبة؛ لأن المقصود من ذكر النسبة التعريف وهو حاصل⁽⁴⁾.

(1) المبسوط للسرخسي ، 186/16، والمحيط البرهاني 134/8 ، والفتاوى الهندية 383/3.

(2) في ف: أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(3) محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى ، الإمام مفتي الكوفة وقاضياها ، ولد سنة : نيفٍ وسبعين ، وكان نظير الإمام أبي حنيفة في الفقه ، ينظر : السير / 6 / 311 .

(4) المحيط البرهاني 134/8 ، والفتاوى الهندية 383/3.

باب: شرائط الدعوى والخصومة

مسألة: قضاة ثلاثة ببغداد، كل واحد منهم في موضع معلوم، فاختلف المتداعيان فيمن⁽¹⁾ يختصمان إليه منهم، يُنظر إن كان منزل المدعى والمدعى عليه في موضع واحد اختصما إلى ذلك القاضي الذي [هو]⁽²⁾ في موضعهما، فإن⁽³⁾ كان منزل كل واحد منهما في جانب قال أبو يوسف: ذلك إلى المدعي يذهب به حيث شاء؛ لأنه هو الطالب والمنشئ للخصومة⁽⁴⁾.

وقال محمد: هو إلى المدعى عليه، إنما أنظر إلى قاضي المدعى عليه فيختصمون إليه؛ لأنه هو الدافع للخصومة⁽⁵⁾.

ثم الدعوى لا يخلو: إما أن تكون في العقار أو في المنقول، فإن كانت في العقار ينبغي أن يسمي بلده، وموضعه، وحدوده؛ لأن الدعوى إنما تصح إذا كان المدعى به معلوماً، وإنما يصير معلوماً بذكر هذه الأشياء، وإن ذكر حدّين لا تقبل دعواه، قال مشايخ بلخ⁽⁶⁾ وهو رواية عن أبي يوسف: إن ذكر الحدّين⁽⁷⁾ متلازقين [بأن ذكر حدّين متلازقين]⁽⁸⁾ بأن ذكر حد اليمين والمغرب، أو حدّ اليسار⁽⁹⁾ والمشرق لا تقبل؛ لأنه قد يتفق المحدودان المحدودان في الغالب بحدّين متلازقين فلا يقع به التعريف، وإن ذكر حدّين متقابلين بأن ذكر حدّ اليمين واليسار تقبل؛ لأنه قل ما يتفق محدودان في حدّين متقابلين، بل يكون نادراً،

(1) في ف: فيما.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: وإن كان. وهو الصواب.

(4) جاء في المحيط البرهاني 285/8: وإن كان منزلهما مختلفاً، أحدهما من هذا الجانب والآخر من ذلك الجانب، قال أبو يوسف: ذلك إلى المدعى عليه.

(5) المحيط البرهاني 135/8.

(6) بلخ: مدينة عظيمة من أمهات بلاد خراسان، بناها منوچهر بن إيرج بن أفريدون، فتحها عبد الرحمن بن سمرة في أيام معاوية رضي الله عنه - ينظر: معجم البلدان: 479/1، وآثار البلاد وأخبار العباد: 33/1.

(7) في ف: حدّين.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف، والأولى إسقاطها.

(9) في ف: وحد اليسار.

فيصير ما بينهما معلوماً، فإن ذكر ثلاثة حدود، أو ذكر (1) الشهود ثلاثة حدود، وقالوا: لا نعرف الحد الرابع، تقبل دعواه والشهادة استحساناً(2).

وقال زفر (3): لا تقبل قياساً؛ لأنه قد يتفق المحددان في حدود ثلاثة فلا يقع به التعريف(4).

لنا: أنه قلّ ما يتفق محدودان في ثلاثة حدود، فلو اتفقا يكون نادراً فيقع به التعريف، كما في بني آدم يقع التعريف بذكر ثلاثة أشياء، الاسم، والنسبة إلى الأب والجد، ولو ذكر أربعة حدود وغلط في حدّ واحد قيل: تقبل دعواه، وقاسوا وقوع الغلط في أحد الحدود الأربعة(5).

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أنه لا تُقبل دعواه وهو الصحيح(6).

والفرق: أنه(7) متى غلط في أحد الحدود صار المدعى به شيئاً آخر، ونظيره: لو شهد شاهدان بالبيع وقبض المبيع(8)؛ لأنه متى ذكر أحد حدود دار أخرى - وقد تتفق تلك والدار المدعى بها في حدّين [آخرين](9) . فيحتمل أن يكون المدعى به تلك الدار التي ذكر أحد حدوده فلا تقبل، ومتى تركوا حداً واحداً لا يصير المدعى به شيئاً آخر(10).

ونظيره: لو شهد شاهدان بالبيع وقبض المبيع وتركوا ذكر الثمن جاز، ولو غلطوا في الثمن لا يجوز فكذاك هذا، وهذا إذا لم تكن الدار مشهورة، فإن كانت مشهورة معروفة مثل:

(1) في ف: وذكر.

(2) الاستحسان : هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم خر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول . ينظر: تشنيف المسامع بجمع الجوامع 57/3، والمحيط البرهاني 135/8.

(3) سبقت ترجمته، ص 39.

(4) بدائع الصنائع 222/6 .

(5) شرح كتاب أدب القاضي 339/1.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 339/1.

(7) في ف: والفرق بينهما.

(8) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 219/3 : ونظير هذا ما لو شهد الشاهدان بالبيع وقبض المبيع، وتركوا ذكر الثمن جاز .

(9) ما بين معكوفين . سقطت من: ف.

(10) البناءة شرح الهداية 318/9، والفتاوى الهندية 485/3.

دار عمرو بن حريب⁽¹⁾ بالكوفة، ومثل: دار الزبير بالبصرة، لا يقع التعريف إلا بذكر الحدود الحدود عند أبي حنيفة، وعندهما: يستغنى عن ذكر الحدود؛ لأن التعريف يقع بمجرد الاسم في بني آدم حالة الشهرة فكذلك في العقار⁽²⁾.

له: أن بالشهرة يصير أصل البقعة معلوماً، فأما المقدار فيبقى مجهولاً؛ لأنه مما يزداد وينقص، والاسم على حاله، والمقدار يقضي به بأصل⁽³⁾ البقعة فلا يصير⁽⁴⁾ المشهور المشهور به معلوماً بذكر الاسم بخلاف بني آدم؛ لأنه لا يتغير إلى زيادة ونقصان، فيقع التعريف بمجرد الاسم حالة الشهرة⁽⁵⁾.

وذكر الخصاف: لو قال الشهود: نشهد أن الدار في موضع كذا لهذا الرجل وملكه، ولكننا لا نعرف اسم حدودها، يقبل القاضي شهادتهم، فإذا أراد أن يحكم بذلك للمدعي بعث بالشهود ليمشوا على⁽⁶⁾ الحدود ويقفوا عليها، ويذهب المدعي بجماعة معهما/ من الشهود⁽⁷⁾ [811ظ] الشهود⁽⁷⁾ حتى يقفوا على الحدود بحضرتهم ويقولون: هذه حدود الدار التي شهدنا بها لهذا، [ثم الجماعة]⁽⁸⁾ يأتون القاضي فيشهدون بأسماء⁽⁹⁾ الحدود فيحكم للمدعي بهذه الدار، وكذلك وكذلك الضيعة وجميع العقارات على ما وصفت⁽¹⁰⁾.

مسألة: وإن ادعى داراً أو ضيعةً ولم يحد [ذلك]⁽¹¹⁾، وأقر المدعي عليه بذلك، واتفقا على الحدود، يقضى بذلك للمدعي [على المدعي]⁽¹²⁾ عليه بإقراره؛ لأن إقرارهما حجة

(1) في ف: حديث. وفي المحيط البرهاني 433/8: الحارث.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 220/3. والمحيط البرهاني 135/8.

(3) في ف: كأصل.

(4) في ف: ولا يصير.

(5) المبسوط للسرخسي 100/6، والعناية شرح الهداية 161/8، وحاشية رد المحتار 184/7.

(6) في ف: إلى. ولعلها الصواب.

(7) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 219/3: ويبعث المدعي بجماعة معهما من الشهود.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(9) في ف: على أسماء.

(10) شرح كتاب أدب القاضي 219/3، والمحيط البرهاني 299/8.

(11) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(12) ما بين معكوفين سقط من: ف.

على أنفسهما، وإن أقرّا بالشراء واختلفا في الحدود، فقال المدعي: هذه حدودها، وقال المدعى عليه: بل هذه حدودها، يتحالفان ويترادان؛ لأن هذا الاختلاف في مقدار المعقود عليه وذا يوجب التحالف بالنص (1).

وأما إذا كانت الدعوى والشهادة في المنقولات فلا يخلو: إما أن يكون (2) المدعى به قائماً في يد المدعى عليه أو هالكاً، فإن كان قائماً يكلف المدعى عليه بالإحضار، إلا إذا كان يلحقه مؤنة كثيرة بذلك ثم تُشترط الإشارة إليه (3)، ولا يحتاج إلى بيان الجنس والسن والحلية (4) والقيمة والصنعة؛ لأنه بالإشارة يصير معلوماً، فإن كان هالكاً لا تصح الدعوى إلا لإبـيان جنسه، وسنه، وصفته، وحليته، وقيمه؛ لأنه لا يصير معلوماً إلا بذكر هذه الأشياء (5).

شَرَطَ الخصاف بيان القيمة، وبعض القضاة لا يشترطون بيان القيمة؛ لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ملكه، بأن ورثه من غيره فيكون القول في القيمة للمنكر، وجه رواية الخصاف: أن العين إذا كانت مستهلكة حقيقة أو حكماً، بأن كانت غائبة كانت الخصومة في المالية والقيمة حقيقة، فلا بد من بيان القيمة (6).

فذكر في دعوى الأصل لو ادعى مسيل (7) ماء، أو طريقاً في دار رجل، وشهد الشهود أن له طريقاً ومسيل ماء فيها، ولم يبينوا (8) عرضه ولا طوله، ولم يقولوا بماء المطر أو غيره صح وله عرض باب الدار التي الطريق فيها، وفي المسيل يرجع إلى بيان رب الدار التي فيها، وقيل: المسألة فيما إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه، فأما إذا شهدوا ابتداء فلا

(1) شرح كتاب أدب القاضي 223/3، 224.

(2) في ف: إما إن كان.

(3) قال الخصاف في أدب القاضي 213/3: " لأن الشهود يحتاجون في الشهادة إلى الإشارة إلى ذلك الشيء إن كان قائماً".

(4) الحلية: بالكسر الصفة، والجمع: حُلَى، وحلية السيف زينته، المصباح المنير، حلا، ص80.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 223/3.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 224/3.

(7) المسيل: هو الموضوع الذي يجتمع فيه ماء المطر من كل جانب وقيل: مياه الأمطار إذا سالت، ينظر: تهذيب اللغة، مادة:

سال، 322/4، والصاحح في اللغة، مادة: سال: 327/1.

(8) في ف: ولم يثبتوا.

تُقبل؛ لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة، وجه رواية الكتاب بأن جهالة المشهود به إنما تمنع قبول الشهادة لتعذر القضاء بالمشهود به، وهنا أمكن القضاء به؛ لأن الطريق حالة الاشتباه مقدرٌ بعرض الباب، ألا ترى أن الشركاء متى اختلفوا في مقدار الطريق فإنه يقدر عرض الباب⁽¹⁾.

وفي المسيل القول لصاحب الدار بيمينه أنه لماء المطر، أو لماء الوضوء والغسالة، ومتى أمكن القضاء بالمشهود فجهالته لا تمنع قبول الشهادة، وصار كما لو شهدوا أنه باع قفيزاً⁽²⁾ من صبرة⁽³⁾ صحت الشهادة؛ لأنه أمكن القضاء به، فكذا هذا⁽⁴⁾.

مسألة: ولو ادعى على رجل أنه شق في أرضه نهراً، فساق⁽⁵⁾ الماء فيه إلى أرضٍ له ينتهي حدودُ هذه الأرض موضع هذا النهر من هذه الأرض، وأنه من الجانب الأيمن أو من الجانب الأيسر وبيّن⁽⁶⁾ قدر طول النهر وعرضه؛ لأن المدعى به لا يصير معلوماً إلا بها⁽⁷⁾.

ودعوى وضع الخشبة لا يصح ما لم يبيّن أن له موضع خشبة⁽⁸⁾، أو خشبتين، وبيّن وبيّن غلط الخشبة؛ [لأن هذا يتفاوت بين غلط الخشبة]⁽⁹⁾ وخفتها، وبين موضع الخشبة من الحائط⁽¹⁰⁾.

(1) المحيط البرهاني 16/9، 17.

(2) القفيز: مكيالٌ، وهو ثمانية مكايك، والمكوك: صاع ونصف، والجمع أقفزة، وقفزان. ينظر: المصباح المنير، مادة: قفز.

(3) الصبرة: ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن، ينظر: لسان العرب، مادة: صبر، 3044/1، وتاج العروس، مادة: صبر، 437/4.

(4) المبسوط للسرخسي 171/7، وحاشية رد المحتار 70/8.

(5) في ف: يساق.

(6) في ف: فيبين.

(7) المحيط البرهاني 17/9، والفتاوى الهندية 11/4.

(8) في ف: أن له حق وضع الخشبة.

(9) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(10) المحيط البرهاني 284/8، وحاشية رد المحتار 424/7.

مسألة: شفيعي المذهب إذا ادعى شفعة الجوار⁽¹⁾ على رجل، هل يقضي له القاضي القاضي بالشفعة أو لا؟ **قيل:** لا؛ لأن المدعي يدعي أنه لا حق له فيما يدعي، فإذا علم القاضي بذلك لا يلتفت إلى دعواه، **وقيل:** يقضي؛ لأنه لما طلب الشفعة فقد ركن إلى مذهبنا فتقبل دعواه إن كان يعتقد خلاف ذلك، كما في أحد الزوجين من أهل الذمة إذا رفع إلى القاضي أن زوجته محرمة منه، فالقاضي يفرق بينهما عند أبي يوسف ومحمد، لأنه ركن إلى ديننا، وإن كان يعتقد خلاف ذلك، **وقيل:** يسأله القاضي عن ذلك، فيقول: هل تعتقد وجوب الشفعة؟، فإن قال: نعم، يقضي، وإن قال: لا، دفعه عن مجلسه، ولا يسمع كلامه، وهذا أحسن الأقاويل⁽²⁾. والله أعلم.

(1) اختلف الفقهاء في ثبوت شفعة الجوار على مذهبين:

الأول: عدم ثبوت الشفعة بسبب الجوار، سواء كان الجار جانبياً أو علوياً، وهو مذهب جمهور العلماء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وهو قول جمع من الصحابة منهم: عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب. رضي الله عنهم. ، واستدلوا بما روي عن جابر. رضي الله عنه. ، قال: " قضى رسول الله. صلى الله عليه وسلم. بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة"، أخرجه البخاري في صحيحه، باب: بيع الشريك من شريكه، حديث رقم: (2213)، 79/3، وفي رواية عن جابر، قال: " إنما جعل رسول الله. صلى الله عليه وسلم. الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة"، أخرجه البخاري في صحيحه، باب: الشفعة فيما يقسم، حديث رقم (2257)، 87/3، وقالوا: إن هذه الروايات تفيد ثبوت الشفعة في كل ما هو باقٍ على شركته ولم يقسم، وأما ما قسم وحدد فلا شفعة في جاره فيه، وذلك لانقضاء الضرر عن الشريك، ويؤكد هذا رواية الحصر ب (إنما) ؛ لأنها لا تثبت المذكور وهو ثبوت الشفعة فيما لم يقسم، ونفي ما عداه. وهو المقسوم. ينظر: جواهر العقود 1/187، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح الأبي الأزهرى، الناشر: المكتبة الثقافية. بيروت، ط:بلا، 550/1، وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لابن عبد الرحمن بن محمد الحنبلي، الطبعة الأولى 431/5.

الثاني: وجوب الشفعة للجار الملاصق، ولكنها تجب مرتبة، يقدم أولاً الشريك في نفس المبيع، ثم الشريك في حق المبيع. وهو الخليط. ، وهو مذهب الحنفية، واستدلوا بنفس الأحاديث التي استدل بها الجمهور إلا أنهم يرون أن تلك الأحاديث لا تفيد الحصر، ومن الأدلة التي أستدلوا بها أيضاً: ما روي عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن رجلاً قال: يارسول الله: أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال صلى الله عليه وسلم: " الجار أحق بسقبه"، أخرجه النسائي في الكبرى بهذا اللفظ، باب: ذكر الشفعة وأحكامها، حديث رقم (6258)، والبخاري في صحيحه بنحوه، باب: عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، حديث رقم (2258)، وقالوا: الضرر كما يتحقق بالشركة فإنه يتحقق بسوء المجاورة. ينظر: العناية 371/9.

ويرى الباحث رجحان ما ذهب إليه جمهور العلماء؛ لقوة أدلتهم.

(2) المحيط البرهاني 285/8.

باب: أخذ الكتاب⁽¹⁾ والمترجم وإقامة الجواز⁽²⁾ على رأسه/ [ظ812]

وينبغي للقاضي أن يتخذ كاتباً من أهل العفاف، والصلاح، مسلماً، حراً، عدلاً؛ لأنه لو اشتغل بكتابة ما جرى بين يديه ليتذكره لنفسه يُشغله عن القضاء فيفوض إلى غيره من أهل الصلاح؛ لأن كتابة ما جرى بين يديه من باب الأمانة، وإنما يؤتمن الأمين دون الخائن، ويقعه حيث يرى ما يكتب؛ لأنه أنفى للتهمة والتخليط؛ لأنه ربما يخدع بالرشوة فيزيد أو ينقص فيما يكتب، فيؤدي إلى إبطال حقوق الناس، ويكتب خصومة كل خصمين، وشهادة شهودهما في صحيفة بيضاء، وهي المحضر؛ لأنه لا يمكنه الحفظ، فإذا نسي القاضي ذلك ينظر في الكتاب، فيتذكر فيحيي حقوق الناس⁽³⁾.

وينبغي للكاتب إذا كتب محضراً أن يكتب اسم المدعي، واسم أبيه وجده، وكنيته، وصناعته، وقبيلته، وما يعرف به؛ لأنه يحتاج إلى تعريف المدعي، وهذا أبلغ في التعريف، وإن كان القاضي [لا يعرفه]⁽⁴⁾ حَلَاهُ⁽⁵⁾ ليكون أبلغ في التعريف لا بأس به⁽⁶⁾.

فإذا حلاه فإنما يحليه بما يزينه لا بما يشينه؛ حتى إذا كان أعور لا يحليه به؛ لأن ذلك لا يذكر فيه، وكذلك المدعى عليه، فإن أقر المدعى عليه إن عرفهما القاضي يَكْتُبُ أقر فلان بن فلان، لفلان بن فلان، فإن لم يعرفهما كتب: أقر رجل ذَكَرَ أنه فلان ابن فلان، لرجل ذكر أنه فلان، وإن جحد كتب جحوده في الصحيفة التي كتب فيها الدعوى، وكذلك الشهود؛ لأنه يحتاج إلى معرفة الشهود للسؤال عنهم، ويكتب للشهود مواضع منازلهم، ومَحَالِّهم، ومصلياتهم؛ [لأن القاضي متى كان لا يعرف عدالة الشهود يحتاج إلى أن يتعرف من عدالتهم، وإنما يمكنه التعرف من أهل المَحَلَّة، ويخرج أسماء الشهود وحُلاهم، ومنازلهم،

(1) في ف: الكاتب. وهو الصواب.

(2) الجواز: بكسر الجيم: هو الشرطي، وقيل: هو صاحب المجلس، مأخوذ من جَزُرَ السوط وهو مقبضه، ينظر: تهذيب اللغة، مادة: جَزُرَ، 468/3، والصحاح في اللغة، مادة: جَزُرَ، وتاج العروس، مادة: جَلْحَزَ، 3688/1.

(3) المبسوط للسرخسي 90/16، ومجمع الأنهر 158/2.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) أي: وصفه.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 344/1.

ومصلياتهم في رقعة⁽¹⁾ ويشدّها في رأس المحضر للمسألة عنهم إن كان القاضي لا يعرفهم، وإن كان القاضي يعرفهم لم يحتج إلى ذلك فلا يكتب، وإن كان الشهود شهوداً على صكّ، أو سجدّ، أو وصية، أو وكالة في كتاب نسخ الكاتب ذلك الكتاب في المحضر؛ لأنه يحتاج إلى العرض على العلماء لطلب الفتوى منهم، فيجب أن يكتب حتى يمكنه أن يعرض عليهم⁽²⁾.

وإذا كتب الكاتب محضر امرأة وأراد أن يحليها فإنه ينبغي له أن يترك موضع الحلية حتى تصير إلى القاضي، فيكون القاضي هو الذي يحليها ويكتب حليتها في المحضر؛ لأن الكاتب وإن حلاها لا يستغني القاضي عن النظر في وجهها، فيكون نظر رجلين إليها، ولو حلاها القاضي فيكون فيه نظر رجل واحد، ونظر الواحد أيسر⁽³⁾ وما كان أيسر لهن⁽⁴⁾ فهو أفضل⁽⁵⁾.

وإن أملى القاضي على الكاتب أن يحليها جاز أيضاً؛ لأن في الحالتين نظر رجل واحد، وسواء كانت المرأة مدعية، أو مدعى عليها، أو كانت شاهدة فهو سواء؛ لأن معرفة الكل محتاج⁽⁶⁾ إليها، فيكتب حلية الكل، وللقاضي أن يفوض إلى الكاتب أن يحليها إذا كان الكاتب ورعاً عدلاً؛ لأن القاضي ربما لا يتفرغ إلى ذلك، وإذا قرأ المحضر على القاضي، نظر القاضي إلى وجه المرأة وحليتها فعارض به ما كتب الكاتب، ويعمل القاضي في ذلك ما هو أحوط وأيسر⁽⁷⁾.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 345/1، 346.

(3) هكذا وردت في النسختين، والصواب ما ورد في: ف، وهو أستر.

(4) في ف: أستر لهن. وهي الصواب.

(5) البحر الرائق 70/7 .

(6) في ف: يحتاج.

(7) في ف: وأستر. ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 346/1، 347 .

وإذا كتب الصحيفة وهي المحضر يطويها ويختمها بخاتمه؛ لأنه أصون في التغيير⁽¹⁾ وإلحاق زيادة به، أو نقصان عنه، ثم يكتب على ظهرها خصومة فلان بن فلان، في شهر كذا، في يوم كذا؛ لأن العنوان يوقفه على العلم بمحضر كل شخص⁽²⁾ من غير الحاجة إلى فض⁽³⁾ الختم وفتح الكتب كلها، ويجعل خصومة⁽⁴⁾ [خصوم] كل شهر في قمطرة قمطرة على حدة؛ لئلا يشق عليه الطلب لكثرة الكتب، ويكتب شهادة الشهود بمحضر من خصمه، ثم يعرض ما كتب هل زاد أو نقص؟، حتى لا يطعن الخصم بعد ذلك أنه زاد أو نقص، ويكلف الخصم أن يأتي بصحيفة يكتب فيها خصومته وحجته؛ لأن منفعة ذلك راجعة إليه فتكون الصحيفة عليه⁽⁵⁾.

فصل: ويتخذ مترجماً عن الشهود، وعن خصوم لا يعرف⁽⁶⁾ لسانهم، واثنان أفضل بعد أن يكون عدلاً عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- وأبي يوسف⁽⁷⁾، وقال محمد والشافعي: لا يجوز إلا رجلان، أو رجل وامرأتان، وكذلك المعدل، ورسول القاضي / إلى [812و] المعدل الواحد يكفي عندهما، وعند محمد والشافعي لا يجوز إلا اثنان، لمحمد: أن هذه شهادة معنى؛ لأن العلم للقاضي إنما يقع بقول العدل والمترجم، ولزيادة العدد أثر [في إفادة العلم]⁽⁸⁾؛ لأن بزيادة العدد يدخل الخبر في حد العيان، ولهذا يصير الخبر متواتراً لكثرة الرواة، فيشترط فيه العدد كما في الشهادة المحضة⁽⁹⁾.

(1) في ف: التعيين.

(2) في ف: خصم.

(3) في ف: نقض.

(4) في ف: ويجعل خصومة خصوم كل شهر.

(5) المبسوط للسرخسي 90/6، وبدائع الصنائع 12/7.

(6) في ف: لا يفقه.

(7) في ف: عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(8) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(9) ينظر: الأم، لمحمد بن إدريس بن العباس بن عثمان المطلبي، القرشي، المكي، دار المعرفة - بيروت، لبنان، ط: بلا، سنة سنة النشر: 1410 هـ، 220/6، والمحيط البرهاني 96/8، والفتاوى الهندية 373/3.

لهما: أن المترجم والرسول معبر لا شاهد مُظهر؛ لأنه ينقل عبارة غيره، ولهذا لم يشترط لقوله لفظة الشهادة فلا يشترط فيه العدد لإفادة العلم⁽¹⁾، كخبر الواحد في خبر الديانات⁽²⁾ والمعاملات حجة، وهذا لأن اشتراط زيادة العدد في الشهادة المحضة عرفناه نصاً نصاً لا قياساً؛ لأن زيادة رجل آخر لا يزداد السامع⁽³⁾ زيادة⁽⁴⁾ العلم إحاطة؛ لأن الخبر بهذا بهذا القدر لا يدخل في حد العيان⁽⁵⁾، بل يبقى في خبر الآحاد كما في أخبار الرسول⁽⁶⁾. ولا تُقبل ترجمة كافر، ولا مملوك؛ لأن بخبر الكافر والمملوك لا يقع العلم والطمأنينة كما في باب الديانات⁽⁷⁾.

والقاضي يقوم على رأسه الجُلُوز، والجُلُوزة هي المنع، وهو صاحب المجلس ليمنع من إساءة الأدب والتقدم إلى القاضي بالشغب، وبيده سوط لأنه يحتاج إلى تأديب السفهاء، وإنما يمكنه التأديب بالسوط، ويتخير رجلاً يقوم بين يديه ويدعو بالرقاع⁽⁸⁾، ولا ينبغي لمن يقوم بين يدي القاضي أن يسارَ أحداً من الخصوم في مجلس الحكم؛ لأنه نائب القاضي⁽⁹⁾.

(1) في ف: لا فائدة العلم.

(2) في ف: في باب الديانات.

(3) في ف: للسامع.

(4) في ف: مع زيادة علم.

(5) في ف: تحت العيان.

(6) الاختيار 143/2، والمحيط البرهاني 96/8.

(7) المبسوط للسرخسي 90/16، والمحيط البرهاني 97/8.

(8) الرقاع: جمع رقعة بالضم، وهي ما يُكتب فيها، ينظر: الصحاح في اللغة، مادة: رقع، 265/1، ولسان العرب، مادة: رقع،

131/8.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 71/2، 72.

باب: القاضي يقضي بعلمه

القاضي إذا علم بالمعينة، أو سماع، أو إقرار، أو مشاهدة الأقوال فإنه لا يقضي بعلمه في الحقوق الخالصة لله . تعالذ ، كحد الزنى، والسرقفة، وشرب الخمر بالإجماع؛ لأنه⁽¹⁾ في حقوق الله . تعالى . كل واحد من آحاد المسلمين يساوي القاضي، ثم غير القاضي القاضي إذا علم لا يمكنه إقامة الحد فكذلك القاضي إلا في السكران، فإنه إذا وجد سكران ووجد رجلاً به أمارات السكر فإنه ينبغي له أن يعزره؛ لأجل التهمة ولا يكون ذلك حداً⁽²⁾.

فأما في حقوق العباد نحو المال، والطلاق، والعتاق، والقصاص، والحقوق المركبة نحو حد القذف فعلى أربعة أوجه: [على وجهه]⁽³⁾ يقضي بعلمه بالإجماع، وهو ما إذا علم بعد تقلد القضاء في المصر الذي هو قاضٍ فيه، وفي ثلاثة أوجه وهي ما إذا علم قبل تقلد القضاء، أو بعده لكن⁽⁴⁾ في غير المصر الذي هو قاضٍ فيه، أو علم في حالة القضاء ثم عُزل، ثم أُعيد إلى القضاء، فعند أبي حنيفة : لا يقضي بذلك العلم، وعندهما والشافعي: يقضي⁽⁵⁾.

لهما: أن العلم الثابت للقاضي بالمعينة فوق علمه بالبينة العادلة؛ لأن احتمال الكذب وريب الإفك ممكن في البينة غير ممكن في المعينة، ثم إن كان له يقضي بالبينة العادلة فكذا له أن يقضي بعلمه المستفاد بالمعينة⁽⁶⁾.

له: أن العلم الحاصل له قبل التقليد علمٌ شهادةً وبينةً، لا علم قضاءً وحكومةً؛ لأن ذلك العلم غير مطلق له القضاء، حتى لو شهد عند قاضٍ آخر لا يقضي به، فلا ينقلب علم قضاءً بتقلده القضاء، وشهادة الفرد لا تصلح حجة على الغير في حقوق العباد، وصار كما

(1) في ف: لأن.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 95/1، 96 .

(3) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(4) في ف: ولكن.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 96/1، والمحيط البرهاني 47/8، وجواهر العقود 290/2، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج ، 148/10.

(6) المحيط البرهاني 47/8.

لو حصل له العلم بالبينة قبل تقلّد القضاء لا يقضي⁽¹⁾ بذلك العلم، فكذلك إذا علم بالمعينة⁽²⁾.

فأما العلم الحاصل له بعد التقلّد علم قضاء؛ لأنه مطلق له القضاء، فإذا علم ثم عُزل ثم تقلّد القضاء؛ فإنّ علم القاضي قد بطل بالعزل، فصار كأنه علم قبل تقلّد القضاء⁽³⁾.

النوادر⁽⁴⁾: ولو خرج القاضي من المصر ليشيع جنازة، أو خرج إلى ضيعة فعلم بسبب الحق، اختلف المشايخ فيه، على قول أبي حنيفة [قيل: إن لم يكن مقلداً على القرى يقضي]⁽⁵⁾، وهذا يدل على أن الوالي إذا قلّد رجلاً قضاء كورة⁽⁶⁾ كذا لا يصير قاضياً في سواد الكورة ما لم يقلّده قضاء تلك الكورة ونواحيها، وقيل: لا يقضي بذلك العلم وإن كان مقلداً على القرى، فهذا القائل جعل المصر شرطاً لنفاذ القضاء، وأشار محمد في باب كتاب القاضي: أن المصر يشترط⁽⁷⁾ لنفوذ القضاء، فإنه قال: ولا يقبل كتاب قاضي/ رستاق⁽⁸⁾، أو أو قرية؛ لأنه ليس بقاضٍ، وإنما يفصل على سبيل الصلح، فهذا دليل على أن القضاء في القرى لا ينفذ، وهكذا ذكر الخصاف؛ لأن القضاء من أعلام الدين، كالجمعة والعيدين، فيكون المصر شرطاً لنفذه، لأن القاضي في القرى ربما لا يتمكن من القضاء، فكان بمنزلة سائر الرعايا⁽⁹⁾.

[813ظ]

(1) في ف: فلا يقضي. وهو الصواب.

(2) المحيط البرهاني 49/8.

(3) المصدر نفسه .

(4) النوادر: هي مسائل مروية عن أصحاب المذهب الحنفي وهم: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وسميت بالنوادر بالنوادر؛ لأنها لم ترو بروايات مشهورة أو متواترة، وفي خلاف ظاهر الرواية، وهي: الكيسانيات، والهارونيات، وغيرها، والنوادر في المذهب ثمانٍ أو تسع منها: نوادر هشام، وابن سماعة، وابن رستم، وغيرها. ينظر: كشف الظنون 126/1.

(5) في ف: قبل أن يكون مقلداً على القرى لا يقضي بذلك العلم، وإن كان مقلداً على القرى يقض.

(6) الكورة: المدينة أو الصقع، وقيل: كل صقع يشتمل على عدة قرى. ينظر: الصحاح في اللغة: مادة: كور، 127/2، والمغرب في ترتيب المغرب، مادة: كور، 235/2، وتاج العروس، مادة: كور، 3470/1.

(7) في ف: شرط.

(8) رستاق: القرى المتعددة القريبة من بعضها، والجمع رساتيق. ينظر: لسان العرب، مادة: رستق، 116/10، وتاج العروس، مادة: رستق، 6361/1.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 102/3، 103، والمحيط البرهاني 48/8، والبحر الرائق 550/8.

وروى أبو يوسف في الأمالي⁽¹⁾: أنّ المصر ليس بشرط لنفوذ القضاء؛ لأنه يمكنه تنفيذه بالاستعانة بالوالي، ولو دفع القاضي مال اليتيم إلى آخر فجده قضى عليه من غير بينة؛ لأنه من حقوق العباد⁽²⁾.

وللقاضي أن يقضي بعلمه في حقوق العباد إذا علمه حالة القضاء، ولو باع القاضي مال الميت فعهدته على الذي باع له لما مرّ في البيوع، ولو جحد من اشترى⁽³⁾ منه منه أو باع قضى عليه؛ لأنّ العهدة لما لم ترجع إليه صار كالمعير لسانه ممن باع له⁽⁴⁾.

(1) الأمالي ، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم ، الحنفي ، المتوفى سنة 182 هـ ، وهو ما أملاه . رحمه الله . على أصحابه ، وهو من من كتب غير ظاهر الرواية عند الأحناف ، وهو من الكتب المندثرة . ينظر : كشف الظنون 1282/2 ، وهديّة العارفين 558/2 .

(2) شرح كتاب أدب القاضي 103/3 ، والبحر الرائق 550/8.

(3) جاء في المبسوط للسرخسي 106/16: فإن جحد المشتري منه البيع قضاء عليه.

(4) الفتاوى الهندية 344/3.

باب: القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظه

فيه فصول:

الأول: لو تقدم رجل إلى القاضي ومعه رجل فقال للقاضي: إنك قضيت لي على هذا الرجل بكذا من المال، أو بضيعة كذا، أو بحق من الحقوق، والقاضي لم يعرف⁽¹⁾ ذلك، فأقام عنده شهوداً عدولاً يشهدون أن القاضي أشهدهم أنه قضى لهذا المدعي على هذا الرجل الذي ادعاه، لا يقضى به عند أبي يوسف، رواه الحسن⁽²⁾ وبشر بن الوليد⁽³⁾ عنه⁽⁴⁾.

وقال **محمد:** يقضي به وينفذ؛ لأن الشهود لو شهدوا على قضية عند قاضٍ آخر ، فالقاضي الآخر ينفذ القضية ويحكم بهذه الشهادة، فكذا إذا شهدوا على قضية عنده؛ لأن البيّنة في الموضوعين قامت على السبب الموجب للحق ، وهو القضاء⁽⁵⁾.

لأبي يوسف أن الشهادة غير القضاء؛ والرجل إذا تحمل شهادة ثم نسي فشهد عنده شاهدان أنك تحملت هذه الشهادة وكنا حضوراً هناك، لا يسعه أن يقضي⁽⁶⁾ بقولهما ، فأولى ألا يجوز أن يقضي بقولهما إذا لم يذكر ذلك⁽⁷⁾.

فصل: القاضي إذا وجد إقرار رجل⁽⁸⁾، أو شهادة شهود في ديوانه وهو مختوم بختمه، بختمه، مكتوب بخطه، أو بخط كاتبه⁽⁹⁾ ، ولكنه لا يذكر تلك الشهادة، لا يقضي بتلك الشهادة عند **أبي حنيفة**، **وعندهما:** يقضي، وكذلك إذا وجد سجلاً في ديوانه مكتوباً بخطه

(1) في ف: يذكر. فهو الصواب.

(2) هو الحسن بن زياد وقد سبقت ترجمته، ص38.

(3) بشر بن الوليد بن خالد، أبو الوليد الكندي، أحد أعلام الأئمة المشهورين من علماء هذه الأمة، سمع من مالك بن أنس، وحماد بن زيد، وأبي يوسف، وكان من أصحابه، وعنه أخذ الفقه، ولي القضاء بعسكر المهدي ثم عزل، كان عالماً دينياً، وكان من المقدمين عند أبي يوسف، توفي سنة: 238هـ. ينظر: طبقات ابن سعد: 359/9، والطبقات السننية في تراجم الحنفية: 262/1.

(4) الفتاوى الهندية 340/3.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 104/3 .

(6) في ف: يشهد.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 104/3 .

(8) في ف: رجال.

(9) في ف: نائبه.

فيه: أتى قضيتُ بتلك⁽¹⁾ القضية وأنفذت القضاء بذلك لكن لم يذكره لا يمضي ذلك عند أبي حنيفة⁽²⁾ حتى يذكره، وعندهما يمضي، وكذلك في رواية الأخبار عن النبي -عليه الصلاة والسلام- إذا وجد سماعه مكتوباً في موضع لكن لا يذكره لا يحل له أن يزوي عنده⁽³⁾، وعندهما: يحل؛ لأن عنده الشرط بحلّ الرواية أن يحفظ الحديث عن ظهر قلبه، من حين سمع إلى أن يروي، وعندهما: هذا ليس بشرط⁽⁴⁾.

لهما: أن القاضي لا يمكنه حفظ جميع الخصومات، والقضايا، والشهادات، فلو شرط عليه حفظ الكلّ للقضاء أدى إلى إبطال حقوق الناس؛ لأنه ربما لا يجد المدعي شهوداً أخر على حقه إذا مات شهوده، وكذلك لو شرطنا حفظ المتن والأسانيد لحلّ الرواية -وذلك غير ممكن- أدى إلى سدّ باب رواية الأخبار⁽⁵⁾.

له: أن الخط والخاتم يشبه الخط والخاتم، فيحتمل أن يكون مزوراً فلا يحل له القضاء، وإطلاق القضاء بمجرد الخط والخاتم وأنه يحتمل أن يكون مزوراً يؤدي إلى إبطال الحقوق⁽⁶⁾، كما أن في اشتراط الحفظ إبطال حق المدعي، بل يلحق المدعي من إبطال حق يمكنه التحرز عنه، بأن يُشهد على قضيته شهوداً [كثراً]⁽⁷⁾ [حتى إذا نسي القاضي أثبت قضاءه بالشهادة، أو يُشهد على شهادة الشهود شهوداً]⁽⁸⁾ حتى إذا مات الأصول أمكنه الإثبات بالفروع، فكان⁽⁹⁾ ما قاله أبو حنيفة أحوط⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: بهذه.

(2) في ف: رضي الله عنه.

(3) أي: عند أبي حنيفة.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 105/3، والمحيط البرهاني 50/8.

(5) رواية الأخبار لا يشترط فيها عدد الرواة عند الحنفية، وإنما تشترط فيها العدالة، العناية 7 / 382، المحيط البرهاني 50/8.

(6) في ف: إبطال حق المدعي.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(9) في ف: وكان.

(10) المبسوط للسرخسي 92/16.

الرابع: إذا وجد خطه مكتوباً في صكّ في يَدَي رجل لكنه لا يذكر الشهادة، اختلف

المشايع فيه: قيل: إنه على هذا الخلاف، وقيل: لا يجوز/ بالاتفاق، فعلى هذا القول هما [813] يحتاجان إلى الفرق بين هذه والأولى، والفرق: إما أن يكون في خريطة القاضي وتحت ختمه يُؤمّن فيه الزيادة والنقصان، فالظاهر أنه غير مزور، والعمل بالظاهر جائز حالة الضرورة، فأما الصكّ يكون في يد الخصم فلا يُؤمّن عليه الزيادة والنقصان، حتى لو كان الصكّ في يد الشاهد حلّ له أداء الشهادة بمجرد الخط، كما في القاضي⁽¹⁾.

وذكر الخصاف: قال محمد: لو ضاع محضر رجل من ديوان القاضي، وفيه شهادة شهود له بحق من الحقوق، والقاضي لا يذكر ذلك، فشهد كاتباه على قضائه بشهادة شهود شهدوا عنده، فإنه لا يقبل، فَرَقُّ بين هذا وبين ما إذا ضاع من ديوان القاضي فشهد كاتباه أنه أمضى ذلك، فالقاضي يقبله، وكذلك⁽²⁾ إذا ضاع إقرار رجل [لرجل]⁽³⁾ فشهد الكاتبان عند القاضي أن هذا أقر عندك لهذا وقد سمعناه، قَبِلَهُ القاضي وقضى بشهادتهما⁽⁴⁾.

والفرق: [أن]⁽⁵⁾ في الأول الكاتبين لم يعلما⁽⁶⁾ السبب الموجب للحق؛ لأن الشهادة ليست بسبب موجب للحق، وإنما تصير سبباً إذا نقل إلى مجلس القضاء، والنقل إنما يكون بالأمر، والشاهدان لم يُشهِدَا الكاتبين على شهادتهما ولم يأمرهما بالنقل، وفي الفصلين الآخرين الكاتبان عاينا السبب الموجب للحق؛ [لأن قضاء القاضي والإقرار موجب، والكاتبان شهدا عند القاضي على السبب الموجب للحق]⁽⁷⁾ فنقبل، وصارا كرجلين سمعا إقرار رجل لرجل بحق، ولم يُشهِدِ المقرُّ الرجلين على إقراره⁽⁸⁾، ويمثله لو عاين رجلان رجلين آخرين

(1) شرح كتاب أدب القاضي 107/1.

(2) في ف: وكذا.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 107/1.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(6) في ف: يعاينا.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(8) في ف: على إقراره جاز لهما أن يشهدا على إقراره ويمثله لو عاين.

يُشْهَدَانِ رَجُلَيْنِ عَلَى شَهَادَتِهِمَا، [وَلَمْ يُشْهَدَاهُمَا] (1) لَا يَحِلُّ أَنْ يَشْهَدَا عَلَى شَهَادَتِهِمَا (2) رَجُلَيْنِ لَمَّا قَلْنَا (3).

وما وجد القاضي في ديوان قاضٍ كان قبله من إقرار، أو بينة، فإنه لا يعمل بشيء من ذلك، ولا ينفذه، حتى يستقبلوا الخصومة عنده؛ لأن العلم شرط للقضاء (4)، وما كان عند القاضي الأول فليس بمعلوم له، وهذه حجة لأبي حنيفة -رحمه الله- (5) على صاحبيه فيما إذا وجد القاضي سجلاً في ديوانه ولا يذكر ذلك، فإنه لا يمضي ذلك؛ لأنه إذا لم يذكر ولم يعلم صار بمنزلة ما لو كان ذلك السجل في ديوان قاضٍ آخر كان قبله؛ لأنه لا يعلمه في الموضوعين جميعاً، ولو أن قاضياً عُزل عن القضاء ثم رُدَّ بعد ذلك إلى القضاء فإنه لا يقضي بشيء مما كان في ديوانه الأول من القضاء لإنسان على إنسان إذا لم يذكره بالإجماع، وإن ذكره فذلك عند أبي حنيفة، خلافاً لهما وقد مرّت (6).

وإذا قامت البينة بحق لإنسان على إنسان فقبل أن يقضي بها عُزل، ثم أعيد إلى القضاء، فرفعت إليه تلك الخصومة، فإن المدعي يُكَلَّفُ إعادة البينة ذكر أو لم يذكر؛ فرقاً بين الإقرار والبينة (7).

والفرق: أن البينة لا توجب الحق بنفسها، وإنما توجب باتصال (8) القضاء بها ولم يوجد، فصار تقليد [هذا] (9) القاضي بعد ذلك وتقليد قاضٍ آخر سواء، ولو قُدد قاضٍ آخر لا لا يسعه أن يقضي بتلك البينة حتى يستقبلوا الخصومة ويعيدوا البينة (10).

(1) ما بين معكوفين ساقط من: ف.

(2) في ف: شهادة.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 106/3.

(4) في ف: شرط القضاء.

(5) في ف: رضي الله عنه.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 107/3، والفتاوى الهندية 341/3.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 106/3.

(8) في ف: بإيصال.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(10) شرح كتاب أدب القاضي 106/3.

باب: قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول

وللسلطان أن يعزل القاضي برتبة أو بغير رتبة، فإنه روي عن أبي حنيفة -رحمه الله-⁽¹⁾ أنه قال: لا يترك القاضي على القضاء إلا حولاً؛ لأنه متى اشتغل بذلك نسي العلم، فيعزله، ويستبدله حتى يشتغل هو بالدرس، فإذا مضى عليه حولٌ يقول السلطان له: لا فساد فيك، ولكني أخشى عليك أن تنسى العلم، فعُد وادرس العلم [ثانياً]⁽²⁾، ثم عد إلينا⁽³⁾ حتى نقأذك ثانياً⁽⁴⁾.

ومتى عُزل فالقاضي المقلد يبعث رجلين من ثقاته، والواحد يكفي، والاثنتان أحوط/، [814ظ] فيقبضان من المعزول ديوانه، وهي الخريطة⁽⁵⁾ التي فيها السجلات والصكوك، والمحاضر، ونصب الأوصياء والقيّم في أموال الوقف، وتقدير النفقات، وهذا لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما تكون في يد الخصم، والأخرى في ديوانه⁽⁶⁾؛ لأنه ربما يحتاج إليها في معنى من المعاني، وما في يد الخصم لا يؤمن عليها الزيادة والنقصان، ولا يمكن الاعتماد عليه، ثم إذا قبضا ديوان القاضي المعزول فنُسَخ السجلات يجمعان في خريطة، والصكوك يجمعان في خريطة، والمحاضر في خريطة، وكذلك نصب الأوصياء ونسخ قيّم الأوقاف فيجمعان كل نوع في خريطة؛ لأن القاضي المقلد يشتبه عليه، فلو لم يجمع كل نوع في خريطة، واحتاج القاضي إلى نوع من الجملة يحتاج إلى تفتيش جميع ذلك، فيعسر عليه الوصول⁽⁷⁾.

ويسألان القاضي المعزول شيئاً فشيئاً ليكشف لهما ما أشكل عليهما، ومتى قبضا ذلك يختمان عليه؛ احترازاً عن الزيادة والنقصان، والبياض الذي كتب عليه القاضي المعزول

(1) في ف: رضي الله عنه.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: ثم عد إلينا ثانياً.

(4) المحيط البرهاني 17/8، ولسان الحكام 219/1.

(5) الخريطة: الكيس يكون من الخرق والأدم تُشرح على ما فيها، ومنه خرائط السلطان وعماله. ينظر: المصباح المنير 167/1، لسان العرب 280/7.

(6) في ف: والأخرى تكون في ديوانه.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 258/1، 259، وتبيين الحقائق 177/4.

هذه النسخ إن كان من بيت المال دفع إليهما، وإن أبي أن يدفع يُجبر عليه؛ لأن ذلك إنما كان في يده لعمله، وقد صار العمل لغيره فلا يترك البياض في يده⁽¹⁾.

وإن كان من ماله، أو من مال الخصوم قيل: لا يجبر؛ لأنه ملكه أو وديعة عنده للخصوم، وقيل: يجبر وهو الصحيح؛ لأنه ما اتخذ للتمول بل للتبين، وكذلك الخصوم ما تركوا ذلك لعينه بل لعمله، وقد تحول العمل إلى غيره، وبأخذان ذلك بحضرة القاضي المعزول، فإن⁽²⁾ لم يحضر يجبر عليه؛ لأن المقلد لا يجب عليه أن يحضر بنفسه، [فكذلك المعزول لا يجب عليه أن يحضر بنفسه]⁽³⁾ ولكنه يبعث اثنين ليُسَلِّمَ الديوان إلى أميني المقلد، ويسأل أميني المقلد من أميني المعزول شيئاً فشيئاً؛ ليكشف [لهما ما أشكل]⁽⁴⁾ عليهما، وبأخذان الودائع وأموال اليتامى؛ لأن ذلك كله كان في يده بحكم عمله⁽⁵⁾.

ويكتبان أسماء المحبوسين؛ لأن القاضي إذا حبس رجلاً بحق وجب عليه أن يكتب اسمه، واسم أبيه، وجده، والسبب الذي حبس به الرجل، وتاريخ الحبس؛ لأنه ربما يحتاج إلى سماع بيّنة على الإفلاس بعد الحبس، فلا بد أن يكون ذلك معلوماً للقاضي، ثم القاضي المقلد يأخذ هذه النسخة من القاضي المعزول أيضاً، ويكتب تلك⁽⁶⁾ في تذكرته، ويجعله في قمطرة⁽⁷⁾ ويختمه بخاتمه، ويكتب التاريخ في تذكرته من التاريخ الذي أثبتته القاضي المعزول، المعزول، لا من وقت عمله؛ لأن هذا بناء على ذلك الحبس⁽⁸⁾.

ويسألان القاضي عن المحبوسين وعن أسباب الحبس، ثم يسأل المحبوسين عن أسباب حبسهم، ويجمع بينهم وبين الخصوم، فإن اتفق القاضي⁽⁹⁾ والمحبوس ومن حبس

(1) شرح كتاب أدب القاضي 262/1، الاختيار 85/2، والفتاوى الهندية 346/3.

(2) في ف: وإن.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) تبين الحقائق 177/4، والعناية شرح الهداية 265/7، والبنابة شرح الهداية 16/9.

(6) في ف: ذلك. ولعلها الصواب.

(7) في ف: قمطرته.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 263/1، والمحيط البرهاني 64/8.

(9) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 264/1: فإن اتفقت كلمة القاضي.

لأجله أعاده في الحبس، وإن اختلفوا فصل الخصومة بينهما بالحجة، ولا يلتفت إلى قول القاضي المعزول، فإن جمع بين الخصم والمحبوس، فإن أقر المحبوس وطلب من له حق حبسه أعاده إلى حبسه⁽¹⁾؛ لأن القاضي المعزول إنما كان حبسه بعد ظهور بغيه وظلمه، فجاز للمقلد أن يُقرّه في الحبس، وإن أنكر وقال: إنه يدعي عليّ شيئاً بغير حق، وحبسني بظلم لا يلتفت إلى قوله، لكن يُكَلَّف المدعي إقامة البينة، فإن أقام البينة وكان القاضي يعرف الشهود بالعدالة [أقرّه في الحبس، وإن لم يعرف الشهود بالعدالة]⁽²⁾، فقول القاضي المعزول فيه لا يكون حجة، لكنه يسأل عن حال الشهود ويأخذ منه كفيلاً [بنفسه]⁽³⁾ ويطلقه؛ لأنه لما لم تظهر عدالة الشهود لم يثبت عليه الحق بنفس الشهادة، فلا يمكنه الحبس ولا يطلقه بدون الكفيل، إلا أنه يجب الاحتياط فيه⁽⁴⁾ إلى أن تظهر عدالة الشهود، فإن ظهرت العدالة أعاده إلى الحبس وإلا فلا⁽⁵⁾.

وإن كان في المحبوسين قومٌ لا يظهر لهم خصم، فادّعوا أنهم حبسوا بغير حق، وأنه ليس خصماً⁽⁶⁾ فالقاضي⁽⁷⁾ قبل عذره، ويأمر منادياً ينادي كل يوم إذا جلس أن القاضي يقول: من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق [فليحضر]⁽⁸⁾ حتى يجمع بينه وبينه، فإن حضر وإلا من رأي القاضي أن يطلقه، وينادي كذلك أياماً [فإن حضر خصمٌ لأحد منهم جمع بينه وبينه، وإن لم يحضر]⁽⁹⁾ ينادي في ذلك أياماً على حسب ما يرى

(1) ور في شرح كتاب أدب القاضي 264/1: فأقر المحبوس وطلب المدعي حبسه أعاده القاضي المقلد إلى الحبس.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقط من: ف.

(4) في ف: ولا يطلقه لأن الاحتياط فيه.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 266/1، 267، والفتاوى الهندية 364/3.

(6) في ف: ليس لهم بخصم. وهي الصواب.

(7) في ف: أو القاضي. وهي الصواب.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(9) ما بين معكوفين سقط من: ف.

القاضي ولم يعجل بإطلاقهم، فإن لم يحضر لرجل منهم خصمٌ أخذ منهم كفيلاً بأنفسهم وأطلقهم بعد الثاني/، قيل: ما ذكر في هاتين المسألتين قولهما⁽¹⁾. [814و]

[فأما]⁽²⁾ على قول أبي حنيفة فلا يأخذ كفيلاً بناءً على مسألتين:

إحداهما: أن القاضي إذا قسم التركة على الورثة هل يحتاط بأخذ الكفيل من الورثة؟، **والثانية:** إذا قضى القاضي بالدين من التركة هل يحتاط بأخذ الكفيل من الغرماء؟ عند أبي حنيفة: [يحتاط، وعندهما: لا يحتاط، فكذا هذا، ويصح أن هذا قولهم جميعاً]⁽³⁾.

والفرق: لأبي حنيفة أن مسألة القسمة وقضاء الدين الحق ظاهرٌ لهذا الوارث ولهذا الغريم، وفي ثبوت الحق الآخر شك⁽⁴⁾، فلا يجوز تأخير هذا الحق إلى وقت الكفالة بأمر موهوم، وفي مسألة الكتاب⁽⁵⁾ الحق ثابت [بحق]⁽⁶⁾؛ لأنه حمل فعل القاضي المعزول على الصلاح والسداد، لكنه مجهول، فلا يكون أخذ الكفالة بحق موهوم⁽⁷⁾.

ثم إن الحبس لا يخلو: إما أن كان بسبب الدين، أو بسبب العقوبات الخالصة للعباد، وهو القصاص في النفس، أو في الطرف، أو بسبب العقوبات الخالصة لله . تعالى . ، وهو الزنى، والسرقه، وشرب الخمر، أو بسبب عقوبة مترددة بين حق الله . تعالى . وحق العبد، وهو حد القذف، فإن كان بسبب الدين ، فإن قال المحبوس: أقررت بألفٍ لفلان الفلاني⁽⁸⁾ عند القاضي فحبسني له، فالقاضي يأمر بإحضار خصمه، فإن حضر وعرفه القاضي أنه فلان بن فلان الفلاني، [أو شهد شهود على نسبه، فقال المحبوس: هذا ماله أحضرته، فقل

⁽¹⁾ شرح كتاب أدب القاضي 267/1، 268، والمحيط البرهاني 63/8.

⁽²⁾ في ف: وأما.

⁽³⁾ ما بين معكوفين سقط من: ف. ورد في شرح كتاب أدب القاضي 268/1، 269: أنه عند أبي حنيفة لا يحتاط، وعندهما يحتاط.

⁽⁴⁾ في ف: بثبوت الحق فلا شك.

⁽⁵⁾ المقصود من مسألة الكتاب هي أخذ الكفيل عن المحبوسين الذين لم يحضر لأحد منهم خصم.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽⁷⁾ شرح كتاب أدب القاضي 269/1، والمحيط البرهاني 64/8 .

⁽⁸⁾ في ف: لفلان الفلاني.

له: ليقبضه ويخرجني من السجن، فالقاضي يأمره بأداء المال إليه، وإن لم يعرف القاضي خصماً له أطلقه، وكذلك إذا قال المدعي: أمهلته مدة معلومة أطلقه، وإن لم يعرف القاضي أمرَ المدعي⁽¹⁾ أنه فلان بن فلان الفلاني⁽²⁾ فالقاضي يأمره بأداء المال إليه، ويتأني في إطلاقه، ثم يأخذ منه كفيلاً بنفسه في الوجهين ويطلقه؛ لجواز أنهما احتالا بحيلة، والخصم غيره، فيحتاط القاضي بأخذ الكفيل بنفسه ثم يطلقه⁽³⁾.

وإن كان الحبس بسبب القصاص، بأن قال المحبوس: إنما حُبستُ لأنِّي أقررت بالقصاص لفلان، يجمع القاضي بينه وبين خصمه وادّعاء خصمه⁽⁴⁾ ففي القصاص في النفس يُمكنه القاضي من استيفائه بإقراره⁽⁵⁾؛ لأنه لا تتمكّن فيه تهمة المواضعة، وفي القصاص في الطرف يمكنه من الاستيفاء بإقراره، لكن لا يعجل بإطلاقه؛ لأنه تمكّنت فيه تهمة المواضعة، فإنه يجوز أن يكون لإنسان آخر حق في نفسه، أو في ماله، فهو ببذل الطرف ليتخلص فيفوت حق ذلك الإنسان في نفسه، وينفلت فيهرب⁽⁶⁾ فيتأني في ذلك، وينادي ثم يأخذ منه كفيلاً بنفسه ويطلقه⁽⁷⁾.

وإن كان الحبس بسبب الحدود الخالصة لله . تعالى . ، بأن قال: إنني أقررت بالزنى عند القاضي المعزول أربع مرات، فحبسني ليقم عليّ الحد، فالقاضي لا يقيم عليه الحد؛ لأن الأقرار في مجلس القاضي المعزول لا تكون حجة في حق القاضي المولى، لكنه يستقبل الأمر، فإن أقر بالزنى أربع مرات في أربعة مجالس يقيم عليه الحد وإلا فلا، ثم يتأني في ذلك وينادي عليه، فإن حضر له خصم جمع بينهما، وإلا أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه،

(1) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 1/270: وإن أشكل على القاضي أمر المدعي.

(2) ما بين معكوفين ساقط من: ف.

(3) المحيط البرهاني 64/8 ، الفتاوى الهندية 347/3 .

(4) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 1/273: وإن ادّعاء ذلك الخصم ينظر.

(5) في ف: بإقراره؛ لأنه لا تتمكّن فيه تهمة المواضعة.

(6) في ف: ويهرب.

(7) المحيط البرهاني 65/8.

وإن رجع⁽¹⁾ عن الإقرار صحّ رجوعه، كما لو رجع عنه عند القاضي الأول، ولا يقيم عليه الحدّ، ولكن لا يطلقه لتوهم الحيلة، ولكنه ينادي ويتأّتى، ويأخذ منه كفيلاً بنفسه ويطلقه⁽²⁾.

وإن قال المحبوس: قامت عليّ بينة بالزنى فحبسني القاضي ليقيم عليّ الحدّ، فالقاضي لا يقيم عليه الحدّ بتلك البينة؛ لأن الشهادة القائمة عند القاضي المعزول لا تعتبر عند المؤلّي؛ لتقادم العهد، والشهادة على الزنى عند التقادم لا تكون حجة⁽³⁾.

وإن قال: إنما حبستُ لأنّي أقررت بالسرقة من فلان عند القاضي المعزول قطع يده، سواء تقادم العهد أم لم يتقادم؛ لأن الإقرار حجة في السرقة، ثم لا يعجل إطلاقه لتوهم الحيلة، وإن قال: قامت البينة عليّ بالسرقة عند القاضي المعزول، فالقاضي لا يقطع بتلك البينة⁽⁴⁾، لما بيّنا.

فإن⁽⁵⁾ قال: إنما حبستُ لأنّي قذفت هذا الرجل بالزنى، وصدقه ذلك الرجل، يحدّه ولا ولا يصح الرجوع عنه⁽⁶⁾.

وأما الودائع التي أودعها القاضي المعزول عند الرجل، فقال: عند فلان بن فلان كذا من المال، وهو لفلان بن فلان، فالقاضي المؤلّي يسأل المودّع عن/ هذا المال، فإن [815ظ] قال: دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان، أو قال: دفعه إليّ ولا أدري لمن هو، فالقاضي المؤلّي يقبل⁽⁷⁾ قول القاضي المعزول، ويكون المال للمقرّ له؛ لأن المال وصل⁽⁸⁾ إلى صاحب اليد من جهة القاضي المعزول، فكان المال في جهة القاضي المعزول⁽⁹⁾ وهو

(1) في ف: وإن كان رجع.

(2) المحيط البرهاني 65/8.

(3) المصدر نفسه .

(4) شرح كتاب أدب القاضي 275/1.

(5) في ف: وإن.

(6) المحيط البرهاني 65/8.

(7) في ف: لا يقبل.

(8) في ف: لأن المال إنما وصل إلى صاحب اليد.

(9) في ف: في يد القاضي المعزول معنى. وهو الصواب. وكذلك ورد في شرح كتاب أدب القاضي 277/1.

بالعزل التحق بسائر الرعايا، ومن في يده المال إذا أقر بذلك المال لإنسان يُقبل إقراره، فكذلك هذا، وهذا كمن في يده مال أقر أن هذا المال دفعه إلى فلان بن فلان، [يقول: هو ملك فلان]⁽¹⁾ يُؤمر صاحب اليد بالدفع إلى فلان المقرّ له؛ لأن صاحب اليد أقر أن اليد للدافع معني، والدافع يقرّ بالملك لإنسان آخر، فيصح إقراره ويُؤمر بالتسليم إليه، فكذا هذا⁽²⁾. هذا⁽²⁾.

وإن أنكر صاحب اليد ما قاله القاضي المعزول كُله فالقول قوله، وإن قال: دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان آخر، يُنظر إن بدأ صاحب اليد بالدفع، فقال: دفعه [إليّ]⁽³⁾ القاضي المعزول وهو لفلان آخر، فالقول قول القاضي المعزول، ويؤمر بالدفع إلى من أقر له القاضي المعزول؛ لأنه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له، فصار كأنّ المال في يد القاضي ثم أقر بأنه لفلان فلا يصح إقراره⁽⁴⁾.

وإن بدأ بالإقرار بأن قال: هذا المال لفلان آخر، ثم قال: دفعه إليّ القاضي المعزول، يُؤمر بالتسليم إلى المقرّ له، ويضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال، كمن أقرّ له القاضي المعزول؛ لأن إقراره الأول صحّ⁽⁵⁾؛ لأن المال في يده فيجب عليه التسليم إلى المقرّ له، وإذا وإذا قال بعد ذلك: دفعه إليّ القاضي، والقاضي [يقول]⁽⁶⁾ هو لفلان آخر، فقد أقر أن اليد [كان]⁽⁷⁾ للقاضي، والقاضي يقر بالملك لرجل⁽⁸⁾، فيصير هو بالإقرار الآخر مستهلكاً ذلك المال على الذي أقر له القاضي فيضمن⁽⁹⁾.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) المحيط البرهاني 67/7.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 278/1، والعناية شرح الهداية 268/7.

(5) في ف: أصح. ولعلها الصواب.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(8) في ف: لرجل آخر.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 278/1.

وإن⁽¹⁾ قال القاضي: على يد فلان عشرة آلاف درهم، أصابه فلان [اليتم] ⁽²⁾ من تركة والده فلان، وصدّقه صاحب اليد، فالقاضي المقلّد يقبل قول القاضي المعزول في ذلك؛ لأن المال في يده معنّى، ثم ينظر إن لم يدّع أحدٌ من الورثة هذا المال فهو لليتم المقر له⁽³⁾.

وإن ادعى الورثة أنهم لم يستوفوا حقهم، فالقول قولهم، ويكون المال مشتركاً بينهم وبين اليتيم؛ لأن اليد للقاضي المعزول [معنّى]⁽⁴⁾، وهو أقر أن هذا المال كان ملكاً [لأبيهم فيصبح⁽⁵⁾ إقراره بأنّ المال كان ملكاً]⁽⁶⁾ لأبيهم باعتبار يده، ولم يصح إقراره على سائر الورثة بالاستيفاء، فإذا لم يثبت الاستيفاء كان المال تركةً للميت، فيكون مقسوماً بين ورثته، لكن القاضي يحتاط لأمر الصبيّ، فيستحلفهم أنهم لم يستوفوا حقوقهم؛ لأن الصبيّ عجز عن النظر لنفسه، فالقاضي⁽⁷⁾ ينظر له، ألا ترى أن القاضي إذا قضى ديناً ميت فإنه يُحلف يُحلف غريمه بالله ما استوفى دينه ولا أبرأه؛ لأن الميت عجز عن النظر لنفسه، فنظر له القاضي، وكذلك لو كان عقاراً⁽⁸⁾ أو عرضاً⁽⁹⁾، فإن كان مالاً بصكٍّ على رجلٍ، وكان القاضي أشهد في الصك أنه لفلان اليتيم أصابه من تركة والده فلان، وأنّ سائر الورثة قد استوفوا حصتهم، كان هذا المال لليتم دون الورثة؛ لأن إشهادهم أنهم قد استوفوا حقوقهم من تركة والدهم من المال حُكّم عليه⁽¹⁰⁾ بذلك⁽¹¹⁾.

(1) في ف: فإن.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) العناية شرح الهداية 268/7، والبنابة شرح الهداية 18/9.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) هكذا وردت في النسختين، والصواب: فيصح، بدليل ما ورد بعدها.

(6) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(7) في ف: والقاضي.

(8) العقار: بالفتح هو: الأرض والضياع والنخل، الصحاح عقر 484/1.

(9) العرض: المتاع، وجمعها عروض، وهي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيواناً ولا عقاراً، الصحاح عرضاً

458/1.

(10) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 281/1: حُكّم عليهم بذلك.

(11) شرح كتاب أدب القاضي 281/1.

وما كان من حكم أخبر به القاضي المعزول وله بذلك شهود يُقبل منه قوله إذا شهد الشهود على حكمه، فكذا هذا إذا شهد الشهود على ما في الصك وهو الشهادة يُقبل قوله، فأما بمجرد الصك فلا يُقبل قوله⁽¹⁾.

ولو قال القاضي المعزول: صنعة كذا وقُف على كذا، ولم يقل: وقفها فلان الميت وهي في يد فلان، وصدّقه صاحب اليد أنفذه القاضي ولم يسأل القاضي المعزول عن التفسير من وقفها؟ لأنه إن سأل ربما فسّر ويقول: فلان الميت وقفها، فيجدد الورثة، فيتعذر على القاضي تنفيذ الحكم، فالقاضي لا يشتغل بما لا يفيد⁽²⁾.

مسألة: وإن ادعى الوصي في مال اليتيم، والقيم في مال الوقف، أن القاضي المعزول أجرها له مشاهرة⁽³⁾ كذا وكذا في كل شهر، ومسانهة كذا وكذا في كل سنة، فالقاضي المولى لا ينفذها، وكذلك إن زعم القاضي المعزول أنه فعل كذا لا يقبل قوله؛ لأن قوله في الحالين⁽⁴⁾ ليس بحجة، إلا إذا قامت البينة/ على فعل القاضي المعزول، فينفذه القاضي المولى؛ لأنه يثبت قول القاضي المعزول في حال قضائه، وقوله [في حال قضائه]⁽⁵⁾ حجة، ثم ينظر القاضي المولى في ذلك، فإن كان أجرٌ مثل عمله أو دونه ينفذ ذلك، وإن كان أكثر ينفذ مقدار أجر المثل، وتبطل الزيادة، ويجب عليه أن يرده إلى اليتيم إن كان استوفى الأجر؛ لأنه لا يحل للأول أن يعطي أكثر من أجر المثل، فيجب على الثاني أن يرده الزيادة على اليتيم؛ لأنه مأمور بالنظر له⁽⁶⁾.

مسألة: وإن قال الوصي، أو القيم: إنّي جمعتُ الغلات وبعثتها وأنفقتها⁽⁷⁾ في ضيعة كذا بأمر القاضي المعزول، وبقي في يديّ هذا القدر، فالقاضي المولى يقبل⁽⁸⁾ قوله في حق

(1) البحر الرائق 301/6.

(2) المحيط البرهاني 192/6 .

(3) المشاهرة : المعاملة شهراً بشهر كالمعاومة من العام، والمسانهة من السنة. تاج العروس، شهر 9 / 303 .

(4) في ف: في الحال.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 288/1، والمحيط البرهاني 70/8 .

(7) في ف: ونفقتها.

(8) في ف: لا يقبل.

ما في يده؛ لأنه أمين فيه، ولا يقبل في بيع الغلات وإنفاقها بأمر القاضي المعزول ويضمنه ذلك لليتيم والوقف؛ لأنه يدّعي لنفسه سبب الولاية، وبمجرد الدعوى لا يثبت سبب الولاية إلا إذا أقام البينة على إطلاق القاضي المعزول في حال قضائه، فحينئذ ينفذ⁽¹⁾.

وذكر الفقيه أبو جعفر⁽²⁾: إن كان الرجل معروفاً بالصّلاح لا يُضمّنه القاضي استحساناً؛ لأنه فعَل ما يفعله القاضي أن لو رفع إليه ، نظيره: الميت إذا كفّنه إنسان من تركته بدون إذن القاضي، وكذا إذا أخذ واحداً من صلحاء المحلّة غلات أوقاف المسجد، فأنفق عليه قدر ما لا بد منه، فإنه لا يضمن استحساناً، وهذا كله في الثمار والغلات التي تحصد بدون عقده، أما ما يحصل بعقده كغلة الحوانيت والدور فلا يجب عليه الضمان؛ لأنه لما لم يثبت إذن القاضي المعزول كان غاصباً، والغاصب إذا أجر المغصوب واستوفى الأجرة كانت الأجرة مملوكة له، فلا يتصور وجوب الضمان عليه، سواء كان معروفاً بالصّلاح أو لم يكن⁽³⁾.

والقاضي لا يكلف الوصي والقيم على التفسير شيئاً فشيئاً، ويكون القول قوله مع يمينه؛ لأنه في الإيجاب على التفسير إضرار به، فإنه إذا أقرّ بشيء لا يقبل قوله بعد ذلك في المصرف⁽⁴⁾، وليس للقاضي ولاية الإضرار، فلا يكون له ولاية الإيجاب، ولا ولاية التضمن والتغريم؛ لأنه وإن كان متّهماً بالخيانة لكن مجرد التهمة لا يكون سبباً للتضمن، فإذا تعدّر الجبر وتعدّر التضمنين يُحلّفه ويكفّ عنه⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ شرح كتاب أدب القاضي 289/1.

⁽²⁾ محمد بن عبد الله بن محمد ، الفقيه أبو جعفر ، البلخي ، كان يقال له من كماله في الفقه أبو حنيفة الصغير ، كان من أعلام الأئمة في مذهبه ، ويعرف بالهنداوني ، توفي سنة : 362 هـ . ينظر : الوافي بالوفيات 278/3.

⁽³⁾ شرح كتاب أدب القاضي 290/1 ، 291 .

⁽⁴⁾ في ف: الصرف.

⁽⁵⁾ شرح كتاب أدب القاضي 292/1 ، والمحيط البرهاني 69/8 .

باب: القاضي يقضى ثم يرى بعد ذلك خلافه

أو يقضى زماناً ثم يرى أنه ممن لا يجوز قضاؤه

ذكر الشعبي⁽¹⁾ قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم - يقضى بالقضاء، ثم ينزل القرآن بعد ذلك الذي قضى بخلافه، فلا يرد قضاءه ويستأنف، وهذا يدل على أن القاضي إذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم يتحول⁽²⁾ رأيه فإنه يقضى بالمستقبل⁽³⁾ بما هو أحسن عنده، ولا ينقض ما مضى من قضاؤه، لأن حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن، والنبى - عليه السلام - لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده، فهذا أولى، بخلاف ما إذا قضى باجتهاده في حادثة⁽⁴⁾، ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الأول⁽⁵⁾.

والفرق: أن القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص⁽⁶⁾ الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجوداً منزلاً، إلا أنه خفي عليه، وكان الاجتهاد في محل النص فلم يصح، والنبى - صلى الله عليه وسلم - حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محلّ لا نص فيه فصَحّ، وصار ذلك شريعة له، فإذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخاً لتلك الشريعة⁽⁷⁾.

وإذا قضى القاضي في حادثة اختلف الفقهاء فيها، وله مذهبٌ فيها/ ولكن نسي [816ظ] مذهبه وقضى بمذهب بعض الفقهاء، قال أبو حنيفة - رحمه الله -⁽⁸⁾: ينفذ القضاء، وقال

(1) عامر بن شراحيل بن ذي كبار، وذو كبار قيل من أقبال اليمن، الشعبي، الخُميري، أبو عمرو، من التابعين، يضرب به المثل بحفظه، ولد ونشأ ومات فجأة بالكوفة، استقضاه عمر بن عبد العزيز - رحمه الله -، وكان فقيهاً شاعراً. ينظر ترجمته: طبقات ابن سعد: 246/6، ووفيات الأعيان: 12/3، وتهذيب التهذيب: 65/5.

(2) في ف: ثم تحول.

(3) في ف: في المستقبل. ولعلها الصواب.

(4) في ف: في حادثة ثم تبين نص بخلافه فإنه ينقض ذلك القضاء، ورسول الله صلى الله عليه وسلم - قضى باجتهاده ونزل

...

(5) تبين الحقائق 222/6، والبحر الرائق 550/8، ومجمع الأنهر 738/2.

(6) في ف: والنص.

(7) تبين الحقائق 222/6، والبحر الرائق 550/8.

(8) في ف: رضي الله عنه.

أبو يوسف، ومحمد، والشافعي: لا ينفذ القضاء، وصورته: رجل قال لامرأته: أنت خلية، أو برية، أو بائنة، والقاضي ممن لا يرى⁽¹⁾ وقوع الثلاثة إلا بالبينة، فجعلها ثلاثاً، وأبانها منه، ثم تبين له مذهبه، فعنده يمضي ذلك؛ خلافاً لهما بناء على أن القاضي إذا كان عالماً بمذهب نفسه، وقضى بمذهب بعض الفقهاء جاز عنده؛ خلافاً لهما، وقد مرت⁽²⁾.

مسألة: ولو أن قاضياً قضى بين الناس زماناً، ثم علم أنه عبد، أو ذمي، أو محدود في قذف، أو أعمى، يرد قضاؤه؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل القضاء، ولو علم أنه فاسق، أو مرتشي، ذكر الخصاص أنه يُرد قضاؤه؛ وهو اختيار الطحاوي، وقال عامة مشايخنا: لا يرد قضاؤه، بناء على أن القاضي إذا فسق أو ارتشى لا ينعزل، وينفذ قضاؤه؛ خلافاً لهما لما بينا⁽³⁾.

وقال الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد⁽⁴⁾: إني أحفظ رواية عن أبي حنيفة⁽⁵⁾، وأبي يوسف أن القاضي إذا فسق ينعزل، والفقهاء إذا كان فاسقاً هل يجوز أن يستفتى منه؟ اختلف المشايخ فيه؛ قيل: لا بأس به؛ لأنه يكره أن يخطئه الفقهاء، فيفتي بما هو الصواب؛ احترازاً عن تخطئة الفقهاء له، وروي عن أبي حنيفة أنه كان يرى الحجر على ثلاثة فساق: الفقهاء، ومجاهيل الأطباء، ومفاليس المكارى⁽⁶⁾.

(1) في ف: ممن يرى.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 170/1، 171، والمحيط البرهاني 80/8، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج 144/10.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 171/1.

(4) إسماعيل بن علي بن الحسن بن محمد بن الحسن بن زنجويه، الرازي، أبو سعد السمان المعتزلي، كان إلى فقهه وإحاطته بمذهب أبي حنيفة. رحمه الله. عالماً بالقراءات والحديث والفرائض، توفي سنة: 445هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ 121/3، الجواهر المضية 156/1.

(5) في ف: رضي الله عنه.

(6) المفلس: الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال ولا مال له، شرح كتاب أدب القاضي 148/3، 149، وتبيين الحقائق 176/4.

مسألة: امرأة استقضيت فقضت بقضايا⁽¹⁾، جاز حكمها في كل شيء إلا في الحدود، والقصاص؛ [لأنها ليست من أهل الشهادة فيهما]⁽²⁾، فلا تكون أهلاً للقضاء فيهما⁽³⁾.

(1) اختلف الفقهاء في حكم تولية المرأة القضاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز تولية المرأة القضاء سواء كان في قضايا الأموال أم في قضايا الحدود والقصاص، أو غير ذلك، ويأثم المولي، وتكون ولايتها باطلة، وقضاؤها غير نافذ، ولو فيما تقبل فيه شهادتها، وهذا ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة، وزفر من الحنفية، ينظر: بدية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد القرطبي، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بلا 243/4، ومغني المحتاج 375/4، والمغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني لعبد الله بن قدامة المقدسي، دار الفكر - بيروت، ط: الأولى 41/9، وحاشية ابن عابدين 552/4، واستدلوا على ذلك بالكتب والسنة والإجماع:

أولاً: من الكتاب، قوله - تعالى -: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ النساء: 34، وقالوا أن الآية تفيد الحصر، أي حصر القوامة على الرجال؛ لأن المبتدأ المعرف بلام الجنس منحصر في خبره إلا أنه هنا حصر إضافي، أي: بالنسبة للنساء، فمعناه: القوامة للرجال على النساء لا العكس.

ثانياً: دليلهم من السنة: عن أبي بكر - رضي الله عنه - قال: لما بلغ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أهل فارس مكّوا عليهم بنت كسرى قال: " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة "، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب: كتاب النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى كسرى وقيصر، حديث رقم: (4425)، وقالوا في وجه الدلالة: إن النبي - صلى الله عليه وسلم - أخبر بخسران وعدم فلاح من ولوا عليهم امرأة، وفيه نهي على تولية المرأة الولايات العامة، والنهي يقتضي البطلان، وعلى هذا لا يجوز تولية المرأة القضاء.

ثالثاً: دليلهم من الإجماع: انعقد الاجماع على بطلان ولاية المرأة القضاء، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يول، ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم، امرأة قضاء ولا ولاية بلد .

القول الثاني: يجوز تولية المرأة القضاء، وإذا وليت تكون ولايتها صحيحة، وأحكامها نافذة، ولكن بما تقبل فيه شهادتها حتى في الدماء والفروج، واليه ذهب ابن جرير الطبري، وابن حزم الظاهري، ينظر الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لعلي بن محمد البصري، البغدادي، المعروف بالماوردي، تح: علي محمد عوض وآخرون، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى 156/6، والمحلّى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، القرطبي، الظاهري، دار الفكر للطباعة، 429/9، ودليلهم على ذلك بقياس الوصية على الوكالة، وقالوا: إن المرأة يجوز أن تكون وصية على من لا يحسن التصرف كما يجوز لها أن تكون وكيلة عن الغير، ولم يأت نص يمنعها ان تلي بعض الأمور؛ لذا يجب أن يثبت لها حق تولي القضاء.

القول الثالث: وهو مذهب الحنفية عدا زفر فإنهم يجوزون للمرأة تولي القضاء فيما تصح فيه شهادتها وهو ما عدا الحدود والقصاص، ينظر: حاشية ابن عابدين 552/4، واستدلوا بالمعقول وقالوا: إن القضاء يستقى من الشهادة، والمرأة من أهل الشهادة في غير الحدود والقصاص، فيجوز لها أن تقضي فيما يجوز لها أن تشهد فيه؛ لأن القضاء من باب الولاية.

(2) ما بين معكوفين ساقط من: ف.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 148/3، والفتاوى الهندية 361/3.

باب: [أخذ]⁽¹⁾ الرشوة والهدية في القضاء

أصله : قوله- عليه الصلاة والسلام-: " الراشي والمرتشي في النار"⁽²⁾، والرشوة على أربعة أوجه: في وجه حلال، وفي ثلاثة أوجه حرام.

أما الأول: وهو أن يرشوه لدفع خوفه عن نفسه، أو طمع ظالم في ماله ، فرشاه ببعض ماله حل الإيعاء، ولا يحل للأخذ الأخذ؛ لأن الكف عن الظلم واجب، فلا يجوز أخذ المال بمقابلته، إلا أن المعطي جعل المال وقاية لنفسه وحفظ سائر أمواله، وهذا جائز موافق للشرع؛ لأن صيانة النفس والمال عن التلف واجب، ولو دفع⁽³⁾ إنسان بينهما ودفع إليه بعض ماله ليوصله إلى الطلب لا بأس أن يفعل ذلك للأخذ⁽⁴⁾، ذكر عن مجاهد⁽⁵⁾ قال: "اجعل مالك جنة دون دينك، ولا تجعل دينك جنة دون مالك"⁽⁶⁾ ، وكان رسول الله- صلى الله عليه وسلم- يعطي المال من كان يخاف من لسانه، وكان يعطي الشعراء⁽⁷⁾، فهذا يدل على أن الإنسان إذا بذل مالا لرجل، يخاف من ظلمه أو من لسانه، أو لشاعر فلا بأس به⁽⁸⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) الحديث بهذا اللفظ : أخرجه الطبراني في الأوسط ، باب : من اسمه أحمد : برقم (2026) ، 296/2 ، وفي المعجم الصغير ، حديث رقم : (58) ، 57/1 ، والبزار في مسنده ، حديث رقم : (1037) ، 83/2 ، وقال هذا الحديث لا تعلمه يروى عن عبد الرحمن بن عوف إلا من هذا الوجه، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير وزياداته ، حديث رقم : (3146) ، 462/1 .

(3) في ف لو سعى. وهو الصواب.

(4) هكذا وردت في النسختين .

(5) مجاهد بن جبر ، أبو الحجاج المكي ، مولى بني مخزوم : تابعي، مفسر من أهل مكة، قال الذهبي: شيخ القراء والمفسرين، أخذ التفسير عن ابن عباس . رضي الله عنهما . قرأه عليه ثلاث مرات، وتنقل بالأسفار ، واستقر بالكوفة، يقال: إنه مات بمكة وهو ساجد سنة 103هـ، وقيل: 104هـ وهو ابن 83 سنة، ترجمته في: صفة الصفوة: 2 / 117، وسير أعلام النبلاء: 4 / 449، وتذكرة الحفاظ 1 / 92.

(6) هذا الأثر أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن مجاهد عن عثمان بن الأسود ، حديث رقم: (6528) ، 204/9 ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، في الرجل يصانع عن نفسه ، حديث رقم : (21992) ، 447/4 .

(7) وقد ورد في الحديث عن محمد بن المنكدر عن جابر . رضي الله عنه . قال : قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم : " كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله كتب له صدقة ، وما بقي به الرجل عرضه كتبت له صدقة ، وما أنفق من نفقة فعلى الله خلفها، إلا ما كان في بنين أو معصية" ، فقلت لمحمد بن المنكدر: "ما بقي به عرضه ؟ قال : يعطي الشاعر وذا اللسان المتقي، أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب البيوع ، حديث رقم : (101)، 28/3 ، والحاكم في المستدرک ، كتاب البيوع ، حديث رقم : (2311) ، 57/2 ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الشهادات ، باب: ما جاء في إعطاء الشعراء ، حديث رقم : (21132) ، 409/10 ، وأبو يعلى في مسنده ، حديث رقم : (2040) ، 36/4 ، ورده الذهبي بقوله: عبد الحميد ضعيف وضعفه الجمهور .

(8) شرح كتاب أدب القاضي 2 / 25 ، 26 ، والمحيط البرهاني 8 / 35 ، والبحر الرائق 6 / 286.

والثاني: وهو أن يرشوه ليسوي أمره عند السلطان لا يحل للأخذ الأخذ؛ لأن القيام بمعونة المسلمين واجب بدون ذلك، وهو [أن يأخذ]⁽¹⁾ المال لإقامة ما هو واجب عليه إقامته بدون، والحيلة في حلّ أخذ الرشوة أن يقول الرجل: استأجرتني يوماً إلى الليل لعملك ببديل معلوم فيستأجره فيكون صحيحاً، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل، وإن شاء استعمله في عمل آخر، وهل⁽²⁾ للمعطي الإيعاء بدون هذه الحيلة؟ ، قيل: لا يحل، لحديث لحديث ابن مسعود⁽³⁾ أن علقمة، ومسروقاً سألاه عن السحت ، قال: الرشوة، قالوا: في الحكم، قال: ذلك كفر⁽⁴⁾، أراد بها إذا استحل ذلك يكفر، وقيل: يحل، وهو الأصح كما في في الوجه الأول، هذا إذا أعطاه قبل أن يسوي أمره، أما إذا أعطاه بعد ما سوى أمره ونجاه عن ظلمه فيحل للمعطي الإيعاء؛ لأنه أنعم عليه بالنجاة من الظلم، وقد قال- عليه الصلاة والسلام-: "من أزلت إليه نعمة فليشكرها من غير فصل"⁽⁵⁾، ويحل للأخذ الأخذ ، وهو الأصح؛ لأن هذا برّ وصلة، وقاسوا هذه المسألة بما ذكر محمد في كتاب الصلاة، أن الإمام أو المؤذن إذا جمع له القوم شيئاً فأعطوه من غير أن يشترط عليهم فما أحسن هذا!، فقد سمّي ذلك حسناً، وإن كانوا لا يعطونه إلا بسبب الإمامة والأذان، لكن مع هذا جعل ذلك بمنزلة البر والصلة، فكذلك هذا⁽⁶⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: وهل يحل.

(3) عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن تميم، أبو عبد الرحمن الهذلي المكي، من السابقين الأولين، هاجر الهجرتين إلى الحبشة، شهد بدرًا، واحتز رأس أبي جهل، وكان أحد من جمع القرآن في عهد رسول الله- صلى الله عليه وسلم- قرأ عليه: علقمة، ومسروق، وأبو عبد الرحمن السلمي. ترجمته في: معرفة القراء الكبار، للذهبي 1/ 32 ، وتهذيب التهذيب 6/ 195.

(4) أخرجه الطبراني في الكبير من حديث ابن مسعود ، حديث رقم : (9098) ، 257/9 ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب آداب القاضي ، باب : التشديد في أخذ الرشوة وإعطائها ، حديث رقم : (20480) ، 234/10 ، وأبو يعلى في مسنده من حديث مسروق ، باب: ومن لم يحكم بما أنزل الله ، حديث رقم : (5143) ، 29/11 ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد 6/ 378 : رواه الطبراني من رواية شريك عن السري عن أبي الضحى ، والسري لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات.

(5) أخرجه البيهقي في الآداب ، حديث رقم : (197) ، 79/1 ، وفي شعب الإيمان ، فصل في المكافأة بالصنائع ، حديث رقم : (9115) ، 516/6 ، والقضاعي في مسند الشهاب ، حديث رقم : (376) ، 239/1.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 2/ 28 ، والمحيط البرهاني 8/ 35 ، والبنابة شرح الهداية 9/ 7 ، والبحر الرائق 6/ 286.

والثالث: لو رشاه ليسعى لتقلد القضاء من السلطان، فإنه يحرم الأخذ والإعطاء؛ لأنه إنما يرشوه ليأخذ من أموال الناس⁽¹⁾.

والرابع: لو رشا القاضي ليقضي له حرم الأخذ والإعطاء، سواء / كان القضاء⁽²⁾ [806] بحق أو بجور، أما الجور لأنه سبب للقضاء بالجور، وأما الحق فلأنه أخذ المال لإقامة ما هو واجب عليه بدونه، وإذا كان⁽³⁾ الأخذ حراماً يكون الإعطاء حراماً، لأنه تمكين من القبض، والتمكين من الحرام حرام، بخلاف ما إذا دفع الرشوة إلى ظالم يحل له الدفع؛ لأن به يدفع الظلم عن نفسه⁽⁴⁾ وعن ماله، وفي القاضي قصد المدعي بدفع الرشوة أن يصير المدعى به ملكاً وحقاً له، وهذا إنما يحصل إذا نفذ القضاء، وقضاء القاضي فيما ارتشى⁽⁵⁾ [باطل، فلا يصير ملكاً وحقاً له، وذكر الخصاص في أدب القاضي أن قضاء القاضي فيما ارتشى]⁽⁶⁾ لا ينفذ، وسجله يكون باطلاً؛ لأنه لما رشاه المدعي فقد استأجره، والقضاء بحق فرض عليه، والاستئجار على إقامة ما هو فرض لا يجوز، كالاستئجار على الطاعات، فأما قضاؤه في غير ما ارتشى **فالصحيح** أنه ينفذ لما مر⁽⁷⁾.

وإذا رشا الطالب، ولد القاضي، أو كاتبه، أو أحداً من أعوانه على أن يعين له⁽⁸⁾ عند القاضي ليقضي له وهو حق له، فقضى القاضي وهو لا يعلم بذلك، فالطالب آثم بما صنع، والقابض معاتب وهو حرام عليه، والقضاء نافذ؛ لأن القاضي لم يصر مستأجراً على القضاء؛ لأنه لم يأخذ الرشوة⁽⁹⁾.

(1) البناية شرح الهداية 7/9، والبحر الرائق 286/6.

(2) في ف: القضاء له.

(3) في ف: وإن كان.

(4) في ف: لأنه يدفع عن نفسه.

(5) أي: فيما أخذ من الرشوة.

(6) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 64/2، والبحر الرائق 285/6.

(8) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: يعينه.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 64/2.

ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ بواباً ليمنع⁽¹⁾ الناس من الدخول إليه حتى يأخذ قطعة؛ لأن ذلك رشوة يأخذها بتمكين القاضي، فيكون ذلك بمنزلة رشوة أخذها القاضي، لكن ينبغي أن يتخذ بواباً يحتسب في ذلك، وأن يُعطى كفايته كما يعطى القاضي⁽²⁾ من بيت المال⁽³⁾.
ولا يقبل القاضي الهدية من الأجنبي إذا كان لا يهدي إليه قبل القضاء؛ لأنه يحتمل أن الإهداء لأجل القضاء حتى يميل إليه متى وقعت الخصومة⁽⁴⁾.

وإذا قبل الهدية ماذا يصنع بها؟، قالوا: يرد إلى المهدي⁽⁵⁾ إن أمكنه الرد⁽⁶⁾، وإن لم يمكنه الرد على صاحبه يضعه في بيت المال⁽⁷⁾، هكذا ذكر محمد في السير الكبير⁽⁸⁾؛ لأنه روي أن أم كلثوم⁽⁹⁾ امرأة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أهدت طبيباً من طيب الحجاز لامرأة كلب الروم، فأهدت إليها جواهر، فدخل إليها عمر فرأى ذلك في يدها فقال: من أين لك هذا؟ فأخبرته بذلك، فقال عمر: ضعها في بيت المال، إنما أهدت إليك لأنك امرأة أمير المؤمنين، فجعلت تبكي إذ دخل عليها أبوها عليّ - رضي الله عنهم - فقال عمر:

(1) في ف: يمنع.

(2) في ف: كما يعطى كفاية القاضي من بيت المال.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 33/2، والبحر الرائق 303/6.

(4) المبسوط للسرخسي 159/16، وبدائع الصنائع 97/4.

(5) في ف: على المهدي.

(6) المحيط البرهاني 33/8.

(7) في ف: يضعه في مال بيت المال.

(8) السير الكبير في الفقه، للإمام محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة، المتوفى سنة: 189 هـ، وهو آخر مصنفاته مصنفاته، صنفه بعد انصرافه من العراق؛ ولهذا لم يروه عنه أبو حفص، وهو من كتب ظاهر الرواية له، وقد شرح عدة شروح، فشرحه الإمام شمس الأئمة السرخسي المتوفى سنة: 483 هـ، وشرحه جمال الدين البخاري الحصري، المتوفى سنة: 636 هـ. ينظر: كشف الظنون 1013/2، 1014.

(9) أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب. رضي الله عنهما.، ولدت قبل وفاة رسول الله. صلى الله عليه وسلم.، أمها فاطمة الزهراء الزهراء بنت رسول الله. صلى الله عليه وسلم.، تزوجها عمر. رضي الله عنهما. وولدت له زيد الأكبر ورقية، وتوفيت هي وابنها في وقت واحد، وصلى عليها عبد الله بن عمر. رضي الله عنه. ينظر: طبقات ابن سعد 429/10، الاستيعاب في معرفة الأصحاب 635/1، والإصابة في تمييز الصحابة 177/1.

بيني وبينك أبوك، فقصّ عليه القصة، فقال عليّ: لها من الجواهر بقدر قيمة طيبها، والباقي يرد في بيت المال⁽¹⁾.

وإن كان يهدى إليه قبل القضاء، فإن كان له خصومة لا ينبغي أن يقبل، نصّ عليه الخصاف، فإن لم يكن له خصومة، فإن كانت هذه الهدية مثل تلك الهدية أو أقل فإنه يقبلها؛ لأنه لا يكون آكلًا بقضائه؛ لأن سابقة الإهداء⁽²⁾ دلت على الإهداء للتودد والتحبب لا للقضاء، وإن كان أكثر رد الزيادة؛ لأنه إنما زاد لأجل القضاء ليميل إليه متى وقعت الخصومة، ويقبل الهدية من ذي الرحم المحرم⁽³⁾.

ثم الهدية على ثلاثة أوجه:

في وجه حلال للمهدي والقابض، بأن أهدى ابتغاء⁽⁴⁾ التودد والتحبب⁽⁵⁾، وقد قال . عليه الصلاة والسلام: " تهادوا تحابوا " ⁽⁶⁾ .

وفي وجه حلال من المهدي حرام على القابض، بأن يخاف من ظالم⁽⁷⁾ فيهدى إليه هدية، ليكف عنه ولا يظلم، ولا يشترط أنه إنما يُهدى إليه لهذا، ولكن يعلم أنما يُهدى لهذا؛ لأنه جعل المال وقاية لنفسه فحلّ له، والقابض أخذ لإقامة ما هو واجب عليه فحرم عليه⁽⁸⁾.

عليه⁽⁸⁾.

(1) لم أفق على هذه القصة في المصادر التي وقفت عليها.

(2) في ف: المهاداة.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 354/1، وبدائع الصنائع 9/7.

(4) في ف: لا ابتغاء.

(5) المحيط البرهاني 34/8.

(6) أخرجه البخاري في الأدب المفرد من حديث أبي هريرة . رضي الله عنه . باب: قبول الهدية ، حديث رقم : (594)، 293/1، والطبراني في الأوسط من حديث عائشة . رضي الله عنها . وهو بعض حديث ، باب : من اسمه أحمد، حديث رقم : (7240) 190/7 ، والبيهقي في الكبرى، كتاب الهبات ، باب : التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس ، حديث رقم : (11946)، 280/6، وفي شعب الإيمان ، حديث رقم : (8568) ، 301/11، وقال ابن حجر في بلوغ المرام 361/1 : إسناده حسن ، ووافقه الإمام الألباني في صحيح الجامع ، حديث رقم : (3004) .

(7) في ف: من غيره.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 35/2، والمحيط البرهاني 34/8.

وفي وجه حرام عليهما، بأن يُهدي إلى غيره لكي لا يعينه على السلطان على حاجته، هكذا ذكر الخصاف، وتأويله **عندنا** : إذا كان ذلك المقصود لا يحل⁽¹⁾ بحال من الأحوال، وإن حل يحل في جانب المُهدي، ويحرم على القابض⁽²⁾. والله أعلم [بالصواب]⁽³⁾.

[بالصواب]⁽³⁾.

⁽¹⁾ في ف مما لا يحل.

⁽²⁾ قلت : ما ذكره الخصاف . رحمه الله . يخالف ما ورد هنا ، فقد جاء في شرح كتاب أدب القاضي ما نصه : أن يهدي إلى غيره غيره كي يعينه عند السلطان على حاجته . ينظر : شرح كتاب أدب القاضي 35/2.

⁽³⁾ ما بين معكوفين سقطت من : ف.

باب: رزق القاضي وأعوانه

ولا بأس للقاضي أن يرتزق من بيت المال مقداراً بكفايته⁽¹⁾ وكفاية أهله، وأعوانه، ومن يمونهم؛ حتى لا تشره نفسه إلى/ أموال الناس؛ لما روي أن رسول الله - صلى الله عليه [817ظ] وسلم - لما بعث عتاب بن أسيد⁽²⁾ أميراً إلى مكة فرض له كل سنة أربعين أوقية⁽³⁾، وروي أن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - فرضا لأنفسهما من بيت المال ما يغنيهما⁽⁴⁾؛ ولأنه محبوس بحق العامة، فكان⁽⁵⁾ عاجزاً عن التكسب، فلو لم يأخذ كفايته لنفسه وعياله ومن يمونهم وأعوانه يحتاج إلى أن يأخذ من أموال الناس، وإن استعف وتنزّه كان أفضل له⁽⁶⁾؛ لأن القضاة من السلف منهم من ارتزق، منهم شريح، ومنهم من استعف وتنزّه، منهم مسروق، وعثمان - رضي الله عنه - لم يرتزق من بيت المال؛ لأنه كان صاحب ثروة ويسار، وكان يحتسب.

(1) في ف: كفايته.

(2) عتاب بن أسيد بن أبي العيص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة القرشي الأموي، يكنى: أبو عبد الرحمن، وقيل: أبو محمد، وأمه: زينب بنت عمرو بن أمية بن عبد شمس، أسلم يوم الفتح، واستعمله رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على مكة بعد الفتح، وكان عمره يوم استعمله عشرين سنة، روى عنه سعيد بن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، توفي يوم مات أبي بكر سنة 13هـ. ترجمته في: طبقات ابن سعد 34/6، والاستيعاب 314/1.

(3) الأوقية: وزن من الأوزان: وقيل: هو معيار يوزن به، وهي أربعون درهماً، والجمع: أواق وأواق. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب، مادة: وقى 367/2، لسان العرب، مادة، وقى، 401/15.

(4) أخرج البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب: رزق الحاكم والعاملين عليها، حديث رقم (6744)، 2619/6: عن عبد الله بن السعدي أنه قدم على عمر - رضي الله عنه - في خلافته، فقال له عمر: ألم أحدث أنك تلي من أعمال الناس أعمالاً، فإذا أعطيت الغمالة كرهتها؟، قلت: بلى، فقال عمر: ما تريد إلى ذلك؟ قلت: إن لي أفراساً وأعبداً وأنا بخير، وأريد أن تكون عمّالتي صدقة على المسلمين، قال عمر: فإنني كنت أردت الذي أردت، وكان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعطني العطاء فأقول: أعطه أفقر إليه مني، حتى أعطاني مرة فقلت: أعطه أفقر إليه مني، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: " خذ فتموله وتصدق به، فما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا سائل فخذ، وإلا فلا تتبّع نفسك".

(5) في ف: وكان.

(6) في ف: فيأخذ الرشوة، ولهذا قالوا: يستحب للإمام أن يقلد القضاة من له ثروة وهيبة؛ لكيلا يطمع في أموال الناس.

وتكلموا أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من أي مال رزقه ولم يكن يومئذ بيت المال؟!؛ [لأنه كان صاحب ثروة]⁽¹⁾؛ وإنما ظهرت في زمن عمر⁽²⁾، قيل: إنما رزقه من الفيء ما أفاء الله . تعالى .، وقيل: إنما رزقه من المال الذي أخذ من نصارى نجران⁽³⁾، ومن الجزية التي أخذها من مجوس [هجر]⁽⁴⁾، ويهود وهر⁽⁵⁾.

ثم القاضي هل يستحق الكفاية يوم البطالة؟ قال مشايخ بلخ: لا يستحق ويحط من الرزق بقدره⁽⁶⁾.

وقال مشايخ [ما وراء النهر]⁽⁷⁾: إنه يستحق ، وهو الأصح؛ لأن القاضي يستريح في هذا اليوم، ولا بد له من يوم يستريح فيه، حتى لا يمل وينظر في أموره، فيكون أقوى على فصل الخصومات في اليوم الذي يجلس [فيه]⁽⁸⁾ للفصل، فكان منفعة هذا اليوم راجعة إلى الخصوم ، فيستحق الكفاية، ألا ترى أنه يستحق ما يحتاج إليه في الليل وإن كان لا يفصل الخصومة في الليل لما قلنا!⁽⁹⁾.

نظيره: ما ذكر محمد في الوصايا أوصى برقبة نخلة لإنسان وثمرتها لآخر، وكانت النخلة تثمر سنة، ولا تثمر سنة أخرى، فإن نفقة النخيل في السنتين جميعاً على الموصى له⁽¹⁰⁾ بالثمرة، فكانت المؤنة عليه، فكذا هذا⁽¹⁾.

(1) سقطت من: ف ولعله الصواب.

(2) المقصود: ظهرت الدواوين في زمن عمر . رضي الله عنه .

(3) نجران : قرية بها أصحاب الأخدود ، وهي من مخاليف اليمن من ناحية مكة ، بناها نجران بن زيدان بن سبأ بن يشجب . ينظر : معجم البلدان ، 266/5 ، وآثار البلاد وأخبار العباد ، 49/1 .

(4) سقطت من: ف. وهجر : مدينة كبيرة ، قاعدة بلاد البحرين بينها وبين البصرة خمسة عشر يوماً على الإبل . ينظر : معجم البلدان ، 393/5 ، وآثار البلاد وأخبار العباد ، 112/1 .

(5) شرح كتاب أدب القاضي 15/2 ، العناية شرح الهداية 67/10 ، البنائة شرح الهداية 274/12 ، وهر : موضع من ساحل فارس . ينظر : معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع للأندلسي ، 483/2 .

(6) شرح كتاب أدب القاضي 15/2 ، وحاشية ابن عابدين 372/4 .

(7) يراد به ما وراء نهر جيحون ، من أنزه النواحي وأكثرها خيراً ، ومن كورها : بخارى ، وسمرقند . ينظر : آثار البلاد وأخبار العباد 557/1 .

(8) ساقطة من: ف.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 251/1 .

(10) في ف: فإن من نفقة النخيل في السنة الأخرى فتكون منفعة ذلك عائدة إلى الموصى له.

وينبغي للقاضي أن يتخذ قاسماً مسلماً عدلاً، رزقه⁽²⁾ من بيت المال، إن لم يقدر الذي قسم له أن يستأجره؛ لأنه إعانة للمسلمين، ولا يكره الناس على قسامه؛ لأنه لو فعل ذلك [تحكم]⁽³⁾ على الناس، ويطلب أجراً كثيراً فيتضرر به الناس، وإن اتخذ قاسمين فصاعداً لم يُشرك بينهما؛ لأنه متى أفرد كل واحد ولم يشرك بينهما لا يغلي كل واحد في الأجر، بل يكتفي بالقليل؛ خوفاً من العزل⁽⁴⁾.

(1) المحيط البرهاني 596/3، والبنية 503/11.

(2) في ف: يرزقه.

(3) ساقطة من: ف.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 106/4، البنية شرح الهداية 403/11، والبحر الرائق 168/8، مجمع الأنهر 488/2.

باب: القاضي ترفع إليه قضية قاضٍ آخر مما ينفذها وما لا ينفذها

قضاء القضاة التي ترفع إلى القاضي على أربعة أوجه:

أما الأول: كل قضاء وقع مخالفاً للكتاب والسنة، أو الإجماع فهو باطل؛ لأنه متى خالف هذه الأدلة كان باطلاً وضلالاً.

مثاله: لو قضى قاضٍ بشهادة شاهد ويمين⁽¹⁾، أو بالقتل بقسامة بأن عين الولي رجلاً أنه مثله، وحلف على ذلك، والقضاء بالمتعة، والقضاء بالنكاح المؤقت، والقضاء ببيع نصف عبد أعتق نصفه، والقضاء بحل متروك التسمية، ثم دفع⁽²⁾ إلى قاضٍ آخر لا يجوز له أن ينفذها، بل يجب عليه أن ينقضها؛ لأن القضاء بشهادة ويمين يخالف الكتاب وهو قوله . تعالى . : ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽³⁾ الآية، فالله . تعالى .⁽⁴⁾ . شرع الفصل بالقضاء بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين لا بغير ذلك، وهذا مما لا يعرف إلا نصاً، أو سماعاً، فيكون القضاء بشاهد ويمين مخالفاً للكتاب، والحديث⁽⁵⁾ شاذاً⁽⁴⁾ لا يجب العمل به

(1) وذهب المالكية إلى جواز القضاء بشاهد مع اليمين في الأموال ، ولا يقضى بذلك في النكاح والطلاق، أوجد ، ولا في دم عمد ، أو نفس إلا مع القسامة في النفس .

وقال ابن عبد البر . رحمه الله . في القضاء باليمين مع الشاهد : هو الذي لا يجوز خلافه عندي ؛ لتواتر الآثار به عن النبي . صلى الله عليه وسلم . ، وعمل أهل المدينة به قرناً بعد قرن .

وذهب الحنابلة إلى جواز القضاء بشاهد ويمين المدعي في المال وما يقصد به كالبيع والقرض والوصية ، وجناية الخطأ . ينظر : التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ، المتوفى سنة 463هـ ، تحقيق : مصطفى العلوي ، ومحمد البكري ، ط1387هـ . وزارة الأوقاف . الرباط ، 154/2 ، والمبدع في شرح المقنع ، تأليف : إبراهيم بن محمد بن عبد الله ، ابن مفلح ، دار عالم الكتب . الرياض ، ط1423هـ ، 197/10 .

(2) في ف: رفع . وهو الصواب .

(3) سورة البقرة: من الآية: 281 .

(4) في ف: والله تعالى .

(5) في ف: والحديث فيه شاذ، والحديث الشاذ هو : ما خالف فيه الراوي من هو أرجح منه . والصحيح أن الحديث صحيح ، ينظر : نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر ، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تح: عبد الله الرحيلي ، ط:الولي ، 70/1 .

على مخالفة الكتاب ومخالفة الإجماع، أيضاً فإنه لم يقض أحد من الصحابة بشاهد وبمين، إلا مروان بن الحكم⁽²⁾ وفعله لا يؤخذ ولا يعاب، فلا يكون مجتهداً فلم يعتبر خلاف الشافعي فيه⁽³⁾، والقتل بقسامة مخالف لإجماع الصحابة، فإن أحداً من الصحابة لم يقض بالقود بالقسامة، فلا يكون⁽⁴⁾/ خلاف مالك معتبراً⁽⁵⁾، وكذا القضاء بالمتعة⁽⁶⁾ فإن الصحابة أجمعت [817و] على فسادها، وصح رجوع ابن عباس عنه⁽⁷⁾، وروى عن عائشة أنها منسوخة نسختها آية الطلاق⁽⁸⁾، والعمل بالمنسوخ حرام⁽⁹⁾.

وإن قال⁽¹⁰⁾: تزوجتكم إلى شهر، عندنا بطل النكاح، وعند زفر صح وبطل التأقيت، فكان هذا موضع الاجتهاد، وإذا قضى القاضي فيه نفذ قضاؤه⁽¹¹⁾.

والقضاء ببيع نصف عبد قد أعتق نصفه مخالف لإجماع الصحابة، فإن الصحابة اتفقوا على أنه لا يجوز استدامة الرق [فيه]⁽¹²⁾، لكن اختلفوا فقال بعضهم: يخرج إلى العتق

(1) في ف: لا يجوز. وهو الصواب.

(2) مروان بن الحكم بن أبي العاص بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي، يكنى: أبا عبد الملك، خليفة أموي، ولد بمكة على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سنة اثنتين من الهجرة، شهد صفين، توفي سنة: 65 هـ ترجمته في: الاستيعاب 434/1، أسد الغابة 348/4، والإصابة 82/6.

(3) الأم 22/7، وجواهر العقود 400/2.

(4) في ف: ولا يكون.

(5) قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: إن بلغت الجناية النفس فلا يخلو: إما أن يكون ذلك في الحال أو بعد زمن، فإن كان في الحال وجب القصاص في النفس وسقط حكم الجرح، وإن كان بعد أيام وجب القتل بقسامة، وكل هذا في العمد، فإن كان أصل الجناية خطأ فلا قود فيها. ينظر: التلقين لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، البغدادي المالكي، تحقيق: محمد التطواني، دار الكتب العلمية، ط: الأولى 1425هـ، 187/2.

(6) في ف: يخالف الإجماع.

(7) قال الترمذي: في سننه، حديث رقم 1121: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن الزهر، عن عبد الله، والحسن ابني محمد ابن علي ابن أبي طالب أن رسول الله نهى عن متعة النساء، قال أبو عيسى: والعمل على هذا عند أصحاب رسول الله وإنما ورد عن ابن عباس شيء من الرخصة في المتعة ثم رجع فيه.

(8) أخرج أبو عبد الله الحاكم بسنده عن عبيد الله بن أبي مليكة قال: سألت عائشة. رضي الله عنها. عن متعة النساء فقالت: بيني وبينكم كتاب الله، قال: وقرأت هذه الآية: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ يُرْجُوهُمْ كَافِرُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾، فمن ابتغى وراء ما زوجه الله أو ملكه فقد عدا. مستدرک الحاكم، حديث رقم: (2305)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 127/3، 128.

(10) في ف: وإذا قال.

(11) شرح كتاب أدب القاضي 127/3، 128.

(12) ما بين معكوفين سقطت من: ف

بالسعاية⁽¹⁾ وإليه ذهب أبو حنيفة، وقال بعضهم: يعتق كله ، وإليه ذهب أصحابه، وكذا القضاء بحل متروك التسمية باطل⁽²⁾؛ لأنه مخالف للكتاب⁽³⁾.

والقضاء ببيع أم الولد نافذ عند أبي حنيفة، وعندهما باطل؛ بناء على أن الخلاف المعقود⁽⁴⁾ بين أهل الاجتهاد الأول هل يمنع الانعقاد في العصر الثاني بعده؟⁽⁵⁾ ، فعنده يمنع، وعندهما لا يمنع، وجواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة، فعند علي وجابر⁽⁶⁾ - رضي الله عنهما - يجوز، وعند عمر وبعض الصحابة - رضي الله عنهم - لا يجوز، ثم أجمع التابعون في العصر الثاني على أنه لا يجوز، فعندهما صارت المسألة إجماعية، فقد قضي في فصل مجمع عليه ولا يصح⁽⁷⁾، وعندهما⁽⁸⁾ : تبقى المسألة اجتهادية أبداً فقد قضي في فصل مختلف فيه⁽⁹⁾.

الثاني: في كل قضاء وقع في محل مختلف فيه اختلافاً معتبراً ينفذ قضاؤه بالإجماع، حتى لو رفع إلى قاضٍ آخر فقضى بإبطاله يكون باطلاً.

ولو رفع إلى قاضٍ ثالث فينفذ القضاء⁽¹⁰⁾ ويبطل الثاني؛ لأن القضاء الأول كان في موضع الاجتهاد، والقضاء في المجتهادات نافذ بالإجماع، وكان القضاء من الثاني مخالفاً

(1) السعاية: ماكلف العبد من العمل تنميماً لعنق نفسه ، ينظر: تاج العروس، سعي، 8432/1.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 129/3 ، المحيط البرهاني 39/4 ، والبحر الرائق 11/7 .

(3) إشارة إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ، سورة الأنعام ، من الآية :121.

(4) في ف: المقرر .

(5) في ف: بين أهل الاجتهاد في العصر الأول هل يمنع انعقاد الإجماع في العصر الثاني؟

(6) جابر بن عبد الله بن حرام الخزرجي الأنصاري السلمي ، صحابي ، كنيته : أبو عبد الله ، أبوه من الصحابة الأجلاء ، من أهل بيعة الرضوان ، كان راوياً للحديث ، روى عن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . : (1540) حديثاً ، وروى عن أبي بكر وعمر وعلي وطلحة . رضي الله عنهم . وغيرهم ، وروى عنه أولاده عبد الرحمن ، ومحمد ، وعقيل ، وغيرهم ، اختلف في سنة وفاته قيل : 74 هـ ، وقيل : 78 هـ . ترجمته في : الاستيعاب : 219/1 ، وأسد الغابة : 307/1 .

(7) في ف: لا ينفذ .

(8) في ف: وعنده

(9) في ف: مختلف فيه فصح . ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 125/3 ، 126 ، والبحر الرائق 11/7 .

(10) في ف: يبطل القضاء الأول.

للإجماع، فيكون باطلاً كالقضاء بجواز بيع الشرب⁽¹⁾ بغير أرض، وكالقضاء بالطلاق فيمن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً، وكالقضاء بشهادة الأب لابنه نافذ عند أبي يوسف؛ لأنه مختلف فيه⁽²⁾؛ لأن مالكاً . رحمه الله . يقول بجواز شهادة الأب لابنه⁽³⁾، والآثار فيه متعارضة، وعند محمد [باطل]⁽⁴⁾؛ لأنه قضى في موضع فيه نص بخلافه⁽⁵⁾.

وكالقضاء بالشفعة لصاحب الطريق دون صاحب الحائط، أو قضى بينهما نصفين ينفذ، وكالقضاء بالقرعة في رقيق⁽⁶⁾ أعتق الميت أحدهما بغير عينه ينفذ، وكالقضاء بالحل وعدم حرمة المصاهرة بالزنى أو بالحرمة نفذ قضاؤه، حتى ولو وطئ أم [امرأته]⁽⁷⁾ أو ابنتها، ابنتها، فخاصمته زوجته في ذلك إلى قاضي لا يرى حرمة المصاهرة بالزنى فقضى بالمرأة لزوجها⁽⁸⁾، ليس لقاضي آخر أن يبطل قضاء الأول بل ينفذه، نص عليه الخصاص⁽⁹⁾ وكذلك وكذلك محمد في المنتقى⁽¹⁰⁾؛ لأن هذا فصل مختلف فيه؛ لأن الصحابة اختلفوا في حرمة المصاهرة بالزنى، والعلماء والأحاديث فيها مختلفة، ثم هل يحل للزوج المقام معها؟، ينظر إن كان الزوج جاهلاً حل له المقام معها، فإن قضى بتحريمها نفذ قضاؤه، ولا يحل⁽¹¹⁾ له

(1) الشرب: بكسر الشين وسكون الراء هو النصيب من الماء ، وقيل: الحظ من الماء، يقال: له شرب من الماء أي : نصيب منه منه . ينظر: المصباح المنير ، شرب، 308/1، والصاحح ، شرب 350/1.

(2) المحيط البرهاني 83/8 . والفتاوى الهندية 393/5.

(3) قلت : قوله : لأن مالكاً . رحمه الله . يقول بجواز شهادة الأب لابنه ، يخالف ما ورد ، بل قد ورد في المدونة عن مالك . رحمه الله . بعدم جواز شهادة الأب لابنه ، ولا شهادة الابن لأبيه . ينظر: المدونة 20/4 ، والمقدمات الممهدة، لأبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، المتوفى سنة: 520هـ ، تحقيق: محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي . بيروت ، ط: الأولى 1408هـ ، 42/2 .

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) المحيط البرهاني 83/8، رد المحتار على الدر المختار 496/4.

(6) في ف: في رقة.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة ، تأليف: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الثانية ، 1424هـ ، 120/5 .

(9) شرح كتاب أدب القاضي 113/3 .

(10) المنتقى، للحاكم الشهيد، أبي الفضل محمد بن محمد بن أحمد، المتوفى سنة: 334هـ ، وفيه نوادر المذهب، وقال بعض العلماء: ولا يوجد المنتقى في هذه الأعصار، قال الحاكم: نظرت في ثلاثمائة جزء مؤلف مثل: الأمالي، والنوادر حتى انتقيت كتاب المنتقى. ينظر: كشف الظنون 1851/2.

(11) في ف: فلا يحل.

المقام معها؛ لأن المقضي له متى كان جاهلاً يتبع رأي القاضي، وإن كان عالماً ينظر إلى قضاء القاضي بتحريمها، والمقضي له يرى حلها نفذ القضاء بالإجماع، حتى لا يحل له المقام معها؛ لأن الزوج مقضي عليه فيتبع في القضاء عليه رأي القاضي، وإن قضى له بحلها والمقضي له يرى تحريمها⁽¹⁾ ينفذ قضاؤه؛ حتى يحل له المقام معها، **عندهما** وعند أبي أبي يوسف لا ينفذ؛ حتى لا يحل له المقام معها⁽²⁾، ذكر هذا الخلاف في النوادر⁽³⁾.

ونذكر في استحسان الأصل⁽⁴⁾، والسير الكبير: إن طلقها بلفظة الكناية، فرفع إلى قاضٍ يرى أن الكنايات رواجع ففضى له بالرجعة، حل له أن يراجعها. وإن كان رأيه خلاف ذلك. ولم يذكر خلافاً⁽⁵⁾ ففي ظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف⁽⁶⁾.

لأبي يوسف: أن القضاء في حق المقضي له فتوى؛ لأنه إلزام عليه⁽⁷⁾؛ لأنه مخير فيه، إن شاء راجع، وإن شاء لم يراجع، وبالفتوى لا يصير الحلال حراماً والبائن رجعيّاً، كما لو شهد شاهدان على رجل أنه قتل ولي هذا عمداً، وقضى له القاضي بالقود، والولي يعرف أن الشهود شهدو بزور، لا يحل له أن يقتله، فكذا هذا⁽⁸⁾.

لهما : أن القضاء إلزام في حق المقضي له من حيث الاعتقاد؛ لأنه ألزمه اعتقاد ثبوت الحل والرجعة، فيصير مقضياً عليه في/ حق الاعتقاد إن لم يكن مقضياً عليه في حق الاستفتاء، ولهذا لو كان جاهلاً ينفذ، فكذا إذا كان عالماً؛ لأن القضاء ملزم في حق الناس كافة، بخلاف الفتوى⁽⁹⁾؛ لأنه ليس بملزم لا من حيث القضاء⁽¹⁾ ولا من حيث الاستفتاء⁽²⁾.

(1) في ف: حرمتها.

(2) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 114/3: قال أبو يوسف: لا ينفذ القضاء، فيتبع رأي نفسه حتى لا يحل له المقام معها.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 114/3، والبحر الرائق 16/7.

(4) المقصود هو: كتاب الاستحسان من كتاب المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني.

(5) أي: لم يذكر محمد في الاستحسان خلافاً. ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 116/3.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 116/3.

(7) في ف: لا إلزام عليه.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 117/3، وتبيين الحقائق 188/4.

(9) المقصود بالفتوى عند الحنفية: بيان حكم المسألة أو الجواب عما يشكل من المسائل الشرعية. ينظر: الفاموس الفقهي، للدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر. دمشق، الطبعة: الثانية 1408هـ، 281/1.

ولو قال لامرأته : أنت طالق ألبتة وهو ينوي⁽³⁾ واحدة، ثم تزوجها على مهر جديد وشهود، ثم رافعه إلى القاضي ، فجعلها ثلاثاً وفرق بينهما، لا يسع للزوج أن يقربها، ولا يسعها أن تدعه [بجامعها]⁽⁴⁾؛ لأن هذا القضاء عليهما، وقد حصل في محل الاجتهاد؛ لأنها مختلفة بين الفقهاء، ومنهم من يجعلها واحدة، ومنهم من يجعلها ثلاثاً ، فنفذ قضاؤه⁽⁵⁾.

وكذا لو قال: لو تزوجت⁽⁶⁾ فلانة فهي طالق ثلاثاً، ثم تزوجها فخاصمته إلى قاضي لا يرى انعقاد هذه اليمين، فأجاز النكاح وأبطل الطلاق ، ليس لقاضي آخر أن يبطله ، بل ينفذه؛ لأن القضاء بفسخ اليمين قضاء في محل الاجتهاد ، فنفذ بالإجماع⁽⁷⁾.

وروي عن أبي يوسف لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالقة، فتزوج امرأة وهو ممن لا يرى الطلاق واقعاً، فرفعته امرأته إلى قاضي لا يرى الطلاق واقعاً، ف قضى بصحة النكاح، ثم تحول الرجل عن رأيه وصار ممن يرى الطلاق واقعاً، ثم تزوج امرأة أخرى، فإنه يمسك [المرأة]⁽⁸⁾ الأولى ويفارق الثالثة⁽⁹⁾؛ لأن القضاء⁽¹⁰⁾ بالطلاق في المرأة الأولى نفذ؛ لأنه وافق رأيه وكان في زعمه أن القاضي مصيب، والقاضي⁽¹¹⁾ متى نفذ في محل الاجتهاد لا ينقض، وفي حق [المرأة]⁽¹²⁾ الثانية القاضي ما قضى ببطلان الطلاق في حقها، وكلمة (كلّ) تعم النساء، فيبني الأمر على رأي نفسه، وكذلك القضاء بالسلم في الحيوان، وطلاق المكره،

(1) في ف: لا من حيث الاعتقاد.

(2) تبين الحقائق 188/4 .

(3) في ف: يرى واحدة.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 117/3.

(6) في ف: إن تزوجت.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 117/3.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) في ف: الثانية. وهو الصواب.

(10) في ف: لأن القضاء ببطلان الطلاق في المرأة الأولى ، وهو الصواب .

(11) في ف: والقضاء. وهو الصواب.

(12) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

والقضاء بقول القافة⁽¹⁾، والقضاء برد المنكوحة بالعيوب الخمسة⁽²⁾ ينفذ، سواء قضى بالجواز بالجواز أو بالرد؛ لأنه مختلف⁽³⁾ فيه⁽⁴⁾.

والثالث: القضاء في محل فيه قولٌ مهجور لا ينفذ؛ لأن القول المهجور ساقط الاعتبار في مقابلة قول الجمهور، وقوله يكون خلافاً لا اختلافاً، فإنه لما أجمع فقهاء الأمصار على شيء فقول واحد يخالف قولهم يكون خلافاً [لا اختلافاً]⁽⁵⁾، فمن قضى بقوله كان قضاءً في موضع الخلاف⁽⁶⁾.
الخلاف⁽⁶⁾.

والقضاء ينفذ في موضع الاختلاف لا في موضع الخلاف؛ لأنه مخالف للإجماع فكان باطلاً، مثاله: إذا كان القود بين رجل وامرأة، فعفت المرأة عن القود فأبطل ذلك قاضٍ، وقضى بالقود للرجل، قال: لا عفو للنساء [فيه]⁽⁷⁾، فإنه لا ينفذ، ولقاضي آخر أن ينفذ العفو ويبطل القود؛ لأن [بعض]⁽⁸⁾ من قال: لا حق للنساء في القصاص لا يصح⁽⁹⁾ عفوهن، هذا قول مهجور مخالف مخالف لقول الجمهور، ومخالف للكتاب؛ قال الله . تعالى . ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَكْدٌ ﴾⁽¹⁰⁾، أثبت لها الحق في ربع المتروك من غير فصل⁽¹¹⁾.

وكذلك رجل طلق امرأته ثلاثاً، أو طلقها واحدة وهي حُبلى، أو حائض، أو قبل الدخول بها، فقضى قاضٍ بأنه لا يقع شيء، أو تقع واحدة فهو باطل؛ لأنه إن كان على

(1) القافة : جمع قائف ، وهو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وبأبيه ، يقال : تقوّف فلاناً في المجلس أي : صار يأخذ عليه في كلامه . المصباح المنير ، مادة : قاف ، 519/2 ، وتاج العروس ، مادة : قيف ، 6084/1 .

(2) العيوب الخمسة التي ترد بها المنكوحة :

القرن : هو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يمنع لذة الجماع ، والرثيق : هو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن الجماع معه إلا أنه إن انسد بلحم أمكن علاجه ، والعفل : لحم يبرز في قُبَل المرأة يشبه الأدرّة ، وقيل : رغبة تحدث في الفرج عند الجماع ، والبخر : هو نتن الفرج ، والإفضاء : اختلاط مسلك البول والذكر .

(3) في ف: مجتهد فيه .

(4) شرح كتاب أدب القاضي 118/3 ، 119 .

(5) ما بين معكوفين سقطت من : ف .

(6) شرح كتاب أدب القاضي 110/3 ، وحاشية رد المحتار 492/4 .

(7) ما بين معكوفين ساقطة من : ف .

(8) ما بين معكوفين ساقطة من : ف .

(9) في ف: فلا يصح .

(10) سورة النساء، من الآية: 12 .

(11) شرح كتاب أدب القاضي 131/3 ، 132 .

قول أهل الزيغ إذا أوقع الثلاث، أو في حالة الحيض لا يقع أصلاً، وعلى قول الحسن البصري إذا أوقع الثلاث يقع واحدة، لكن كلا القولين باطل؛ لأنه مخالف لكتاب الله . تعالى ؛ وهو قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ ﴾ (1) ، والمراد منه الطلقة الثالثة(2).

ولو كان للمتقدمين قول في مسألة من غير إجماع، ثم قال واحد من المتأخرين فيها قولاً آخر مخالفاً لقول الأول، ففضى القاضي بقول المتأخرين [ينفذ](3)؛ لأن الناس يتفاوتون في حدة خاطر، وذكاء الفهم، فتصير المسألة مختلفة.

ولو كان فيها اختلاف المتقدمين على قولين، ففضى القاضي بقول ثالث، ينظر: إن كان مخالفاً لقول علماء زمانه لا ينفذ قضاؤه بالإجماع، وإن كان موافقاً له، قيل: إنه ينفذ، ومال إليه(4) الخصاص، وقيل: لا ينفذ، وإليه مال المحققون من أصحابنا(5)، وهذه مبنية على مسألة أصولية، أن أهل العصر إذا أجمعوا على شيء وانقضوا ثم خالفهم من بعدهم من العلماء، واتفقوا على قولٍ خلاف قول المتقدمين هل يصح منهم؟، قيل: يصح، وقيل: لا يصح، وهو الصحيح؛ لأن المتقدمين اختلفوا على قولين(6)، وتناظروا في كل واحدة(7) منهما منهما بالدلائل والحجج، فقد أجمعوا على أنه ليس هاهنا قول ثالث(8)، فصار كما لو أجمعوا أجمعوا على قول واحد(9).

(1) سورة البقرة: من الآية: 228.

(2) في ف: الباتنة. ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 137/3 ، 138.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: وإليه مال.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 140/3 ، 141.

(6) في ف: لما اختلفوا على قول.

(7) في ف: وتناظروا وأتى كل واحد منهم.

(8) في ف: ثابت.

(9) ينظر: الفصول في الأصول ، لأحمد بن علي ، أبو بكر الرازي الجصاص، وزارة الأوقاف الكويتية ، ط: الثانية ، سنة النشر: النشر: 1414هـ، 339/3، وقواطع الأدلة في الأصول ، لمنصور بن محمد بن عبد الجبار، المروزي ، في الإجماع وما يتصل به ، التحقيق: محمد حسن الشافعي ، دار الكتب العلمية . بيروت ، لبنان ، ط: الأولى ، سنة النشر: 1418هـ، 32/2.

ولو [أجمعوا]⁽¹⁾ على قول واحد، ثم أجمع من بعدهم على خلاف ذلك كانت المسألة مختلفة، فكذا هذا، بخلاف ما لو نقل عن المتقدمين قول واحد من غير إجماع؛ لأنهم ما تناظروا وما أجمعوا على انعدام قول آخر، فإذا ظهر قول بخلاف قولهم صارت المسألة مختلفة.

والرابع: إذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه، بأن قضى القاضي بحق على الغائب أو للغائب، هل ينفذ؟ فيه روايتان عن أصحابنا - رحمهم الله - وفي رواية لا ينفذ، وهكذا ذكر الخصاص⁽²⁾ وهو الصحيح؛ لأن محل القضاء فصل مجتهد فيه، ومتى كان نفس القضاء مختلفاً فيه لا يصير محل الخلاف موجوداً، فإذا قضى القاضي الآن⁽³⁾ وجد محل الاختلاف الاختلاف والاجتهاد، ولا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما على الآخر، حتى لو قضى القاضي على الغائب، ثم قضى قاضٍ آخر بنفاذ قضاء الأول ينفذ⁽⁴⁾.

وذكر في المفقود⁽⁵⁾ ما يدل على أنه ينفذ فإنه قال: لو جعل القاضي خصماً في كل كل حق للمفقود وجد صح، حتى لو أنفذ الخصومة وقضى للمفقود جاز؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه؛ لأن القضاء للغائب وعلى الغائب مختلف فيه⁽⁶⁾.

الفاسق إذا قضى فرفع إلى قاضٍ آخر فأبطله، ليس لقاضٍ ثالث أن ينفذه، والمحدود في القذف إذا قضى بعد التوبة، فرفع إلى قاضٍ آخر فنفته، ثم رفع إلى ثالث له أن ينقضه؛ لأن⁽⁷⁾ نفس قضاء الفاسق، وقضاء المحدود في القذف مختلف فيه⁽⁸⁾، عندنا قضاء الفاسق الفاسق ينفذ، وقضاء المحدود في القذف بعد التوبة، لا ينفذ⁽⁹⁾، وعند الشافعي على

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 142/3.

(3) جاء في تبیین الحقائق 189/4: فإذا قضى القاضي حينئذ.

(4) المحيط البرهاني 89/8، والبحر الرائق 14/7، وتبيين الحقائق 189/4.

(5) المقصود هو كتاب المفقود من المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني.

(6) البحر الرائق 176/5.

(7) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: لأنه

(8) البحر الرائق 176/5، وتبيين الحقائق 189/4.

(9) المحيط البرهاني 72/8.

العكس⁽¹⁾، فكان القضاء بينهما مجتهداً فيه؛ لا أن يكون القضاء منهما في محل الاجتهاد، فكان⁽²⁾ القضاء الثاني واقعاً في محل الاجتهاد فنفذ.

⁽¹⁾ جواهر العقود 291/2.

⁽²⁾ في ف: وكان.

باب: ما يحله القاضي⁽¹⁾ وما لا يحله

قضاء القاضي بالعقود والفسوخ بشهادة الزور، ينفذ ظاهراً وباطناً⁽²⁾، وعندهما **والشافعي لا ينفذ⁽³⁾، وصورته: شهد شاهد زور⁽⁴⁾ بنكاح امرأة أجنبية لرجل، فقضى القاضي بالنكاح بينهما ينفذ عنده، حتى [حلاً]⁽⁵⁾ للزوج وطؤها، خلافاً لهم⁽⁶⁾، حجتهم: أن القاضي مأمور بالقضاء بالحجة، والحجة هي البينة العادلة الصادقة، والصدق وجد ظاهراً لا باطناً، فكانت الحجة موجودة ظاهراً لا باطناً، فنفذ القضاء ظاهراً لا باطناً كما في الأملاك المرسلة⁽⁷⁾.**

له: أن القاضي مأمور بقطع المنازعة، والمشاجرة، وفصل الخصومة، والمبارمة⁽⁸⁾، ولا يمكنه قطع المنازعة إلا بتقديم النكاح بينهما بقضاء⁽⁹⁾ القضاء سابقاً عليه، حتى إن الزوج إذا طلب منها التمكين للاستمتاع يجوز عليهما التمكين، ولا يمتنع باعتبار الحرمة باطناً، فوجب أن يثبت النكاح والحل بينهما قطعاً للمنازعة، تصحيحاً للقضاء؛ كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألفٍ يُفدّم البيع؛ تصحيحاً لطلب الإعتاق، فكذلك هذا⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: ما يحله قضاء القاضي.

(2) وهذا هو قول أبي حنيفة . رحمه الله .، ينظر: تبين الحقائق 189/4.

(3) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، تحقيق: عبد العظيم النيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى 1428هـ، 353/5.

(4) في ف: شاهدا زور. وهو الصواب.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) الضمير هنا يعود إلى الصاحبين والإمام الشافعي . رحمه الله . .

(7) المبسوط للسرخسي 181/16، البحر الرائق 14/7.

(8) المبارمة: مأخوذة من البرم بالتحريك، وهي مصدر الفعل برم بالكسر والجمع أبرام، وأبرم الشيء: أحكمه، تقول: أبرمت العقد إبراماً أي أحكمته. الصحاح في اللغة، مادة: برم، 40/1، ولسان العرب، مادة: برم 43/12، المصباح المنير، مادة برم، 45/1.

(9) في ف: بمقتضى القضاء. ولعلها الصواب.

(10) البناية شرح الهداية 52/9، البحر الرائق 14/7.

وقضاء القاضي بشهادة الزور في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطناً بالإجماع، حتى لا يحل للمقضي له وطؤها إن كانت جارية، ولا لبسه إن كان ثوباً، ولا أكله إن كان طعاماً، ويحل للمقضي عليه ذلك سرّاً؛ لأنه لا يمكن القضاء بالملك إلا بسبب، ولا تعتبر بعض الأسباب بأولى من بعض، فتعذر القضاء بالملك له، وفي العقود والفسوخ السبب متعين، فأمكن إثباته بمقتضى القضاء سابقاً عليه تصحيحاً للقضاء⁽¹⁾.

ولو شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته بائناً بزور، ففضى القاضي بالفرقة بينهما، ثم تزوجها أحد الشاهدين بعد انقضاء العدة جاز عنده، وحل للزوج الثاني وطؤها سواء كان جاهلاً بحقيقة الحال أو عالماً، وعندهما: إن كان جاهلاً حل له وطؤها؛ لأنه يتبع الظاهر، ولا يكلف بما في الباطن، كما لو اشترى أمةً من رجل، ثم ظهر أن البائع لم يكن مالكاً لها لا بوصف وطئها بكونه حراماً، وإن كان عالماً بأن كان الزوج أحد الشاهدين لا تحل، فأما الزوج الأول لا يحل له وطؤها ظاهراً، حتى لو وطئها يكون زانياً عند القاضي ويقيم عليه الحد، ويحل في الباطن عند محمد، وعند أبي يوسف لا يحل؛ لأن الفرقة واقعة عند أبي حنيفة، فصار قوله شبهة فيحرم الوطء احتياطاً⁽²⁾.

ولو دخل بها الثاني وفارقها وانقضت عدتها فلا بأس بأن يتزوجها الأول بالإجماع، [819ظ] أما عنده؛ فلأن بالفرقة⁽³⁾ بالثلاث نفذ، وقد وجد المحلل والدخول في⁽⁴⁾ نكاح صحيح، وأما عندهما؛ فلأن نكاح الأول قائم، فكان تزوج⁽⁵⁾ الأول مرة أخرى إمساكاً لهما⁽⁶⁾ بحكم النكاح القديم، لكنهما يجددان النكاح حتى لا يتهمان في الناس، والشهادة في عتق الأمة نظير الشهادة في الطلاق فيما وصفت⁽⁷⁾.

(1) العناية شرح الهداية 252/3، والاختيار لتعليل المختار 89/2، والبحر الرائق 16/7.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 177/3، 178، والاختيار لتعليل المختار 88/2.

(3) في ف: القضاء بالفرقة.

(4) في ف: وهو الدخول في نكاح صحيح. وهو الصواب.

(5) في ف: تزويج.

(6) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 179/3: إمساكاً لها .

(7) شرح كتاب أدب القاضي 179/3.

وقضاء القاضي بالنكاح بشهادة الزور في معتدة الغير أو منكوحته لا ينفذ؛ لأنه تعذر تقديم النكاح عليه، وقضاء القاضي ببيع الأمة⁽¹⁾ بشهادة الزور ينفذ ظاهراً وباطناً عنده، حتى حل للمشتري غشيانها خلافاً لهما⁽²⁾.

ولو كان هو⁽³⁾ المدعي للبيع والمشتري ينكر وقامت بينة الزور على ذلك، فعند أبي أبي حنيفة⁽⁴⁾ هذا والأول سواء، وعندهما: إن رضي المشتري بذلك تحل؛ وإن لم يرض فلا تحل؛ لأن البيع انعقد بجانب⁽⁵⁾ المدعي برضاه، فنفذ شرط العقد، ويصير كأن القاضي تولى العقد من جانب آخر بغير رضاه، فتوقف⁽⁶⁾ على رضاه، فإن رضي نفذ، وإلا فلا، فلو أنه عازم على الخصومة ونقض البيع إن قدر، ثم وطئ الجارية، أو لبس الثوب، أو أكل الطعام، كان ذلك رضاً بالبيع، ولا يسعه الخصومة في نقضه؛ لأن البيع نفذ⁽⁷⁾ برضاه⁽⁸⁾.

وقضاء القاضي بشهادة الزور في النسب، والهبة، فعن أبي حنيفة، فيه روايتان: في رواية عن أبي حنيفة أنه ينفذ حتى يحل له أكل الميراث والموهوب، كما في الشراء والنكاح؛ لأن النسب معين بدعوى المدعي، فأمكن القضاء بالملك بالنسب، وفي رواية الخصاص عنه أنه لا ينفذ كما في الأملاك المرسلة، والرواية الأولى حيلة لمن لا وارث له أن يدعي شخصاً وهو مجهول النسب أنه ابنه أو ابنته، وأقام على ذلك شاهدي زور فيقضي القاضي بالنسب له⁽⁹⁾. والله أعلم.

(1) في ف: ببيع الأمة بألف.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 192/3، والبحر الرائق 16/7.

(3) في ف: هذا.

(4) في ف: رضي الله عنه.

(5) في ف: من جانب، وهو الصواب.

(6) في ف: فيتوقف.

(7) في ف: لأن البيع قد نفذ.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 194/3.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 183/3، والبحر الرائق 15/7.

باب: القاضي يقضي فيعزل فيطلب بشيء مما كان فعله

ولا يقبل قول القاضي المعزول بحق لا ببينة⁽¹⁾؛ لأنه حكى أمراً لا يملك استئنافه للحال.

ولو ادعى رجل على القاضي المعزول أنه قتل ابنه فلاناً ظلماً، أو أخذ مني بغير حق ودفعه إلى هذا، وقال المعزول: إنما قتل ابنه فلاناً ظلماً وبإقرار⁽²⁾ الخصم، فالقول له بلا يمين، ولا ضمان عليه؛ لأنهما اتفقا أنه فعل وهو قاضٍ، فصار الثابت بالموافقة كالثابت بالمعاينة⁽³⁾.

ولو عاينا أنه فعل وهو قاضٍ كان القول قوله بلا يمين؛ لأن القاضي أمين، ومن ضرورة كونه أميناً أن يكون قوله مقبولاً ولا يكون ضامناً، وهل ينتزع المال من يد المقضي له؟، إن صدق القاضي المعزول فيما يقول ينتزع من يده، ويدفع إلى المقضي عليه حتى يقيم المقضي له البينة على أن المعزول حكم له بذلك؛ لأنهم تصادقوا أن المال وصل إلى يده من يد المقضي عليه، وأن اليد كانت له، ثم المقضي له ادعى التملك منه وهو ينكر، وقول المعزول في الحال يقبل في حق دفع الضمان عن نفسه، لا في إلزام الحكم على الغير، وإن كذب القاضي المعزول وقال: المال مالي لم أخذه من هذا، ولا حكّم لي به المعزول فالقول قوله؛ لأن المال في يده، واليد دليل على الملك⁽⁴⁾.

ولو أخطأ القاضي في حكم [فلا يخلو]⁽⁵⁾: إما أن ظهر خطؤه في حقوق الله تعالى كالحدود، بأن ظهر أن الشهود عبيد، أو كفار، أو محدودون في قذف، ف ضمان ذلك على

(1) في ف: إلا ببينة. وهو الصواب.

(2) في ف: إنما قضيت به ببينة أو بإقرار الخصم. وهو الصواب.

(3) المحيط البرهاني 60/8.

(4) البحر الرائق 54/7.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

بيت المال؛ لأن القاضي عامل لجماعة المسلمين، وأن منفعة استيفاء الحدود عائدة إلى المسلمين، فكان ضمان خطئه في مال المسلمين⁽¹⁾.

وإن ظهر خطؤه في حقوق العباد فإن كان خطأً يمكن رده بأن قضى بملك⁽²⁾ أو إعتاق، فإنه يؤخذ من المقضي له ويرد على المقضي عليه؛ لأنه قضى مع فقد الحجة أصلاً، فكان قضاؤه باطلاً؛ بخلاف ما إذا قضى بالشهادة الكاذبة⁽³⁾ باطناً؛ لأنه مكلف بالقضاء/ بالبيننة الصادقة ظاهراً لا باطناً؛ لأنه لا وقوف للعباد على البواطن، وإن كان خطأً لا يمكن رده كالقضاء بالقصاص، واستوفى القصاص، تجب الدية على المقضي له في ماله؛ لأن القاضي عامل له؛ ولأن غُثم القضاء له وغُرمه عليه، هذا كله إذا أخطأ القاضي، وإن تعمد وأقر أنه تعمد ذلك كان الضمان عليه؛ لأن جنابة القاضي تكون سبباً لوجوب الضمان عليه، ويصير به فاسقاً فيعزل، وكذلك إذا أقر أنه قضى على هذا الرجل بقضية جور، أو أقر برشوة في حكم يغرم ويصير فاسقاً، ولا تنقضي تلك القضية؛ لأنه لا يصدق على ذلك إلا إذا صدقه المقضي له⁽⁴⁾.

(1) بدائع الصنائع 16/7، وحاشية ابن عابدين 51/7.

(2) في ف: بملك أو طلاق.

(3) في ف: شهادة كاذبة.

(4) بدائع الصنائع 16/7، وحاشية ابن عابدين 51/7-52.

باب: لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز

ويجوز للقاضي أن يقضي للمقلّد أو يقضي عليه، ألا ترى أن عليّاً قدّ شريحاً وخاصم عنده؛ ولأن القاضي المقلّد نائب عن المسلمين، وليس بنائب عن المقلّد؛ ولهذا لا يعزل بموت المقلّد؛ لأن له ولاية التقليد والعزل بإنابة المسلمين فيه لا بنفسه، وكذلك لو قضى لولد المقلّد، أو لوالده، أو لزوجته، ولا يجوز قضاؤه لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادته له، لأن مبنى القضاء على الشهادة ولا يصلح شاهداً لهؤلاء، فلا يصلح قاضياً لهم؛ لمكان التهمة، ويجوز له أن يقضي عليهم؛ لأنه لو شهد عليهم جاز، فذلك القضاء عليهم⁽¹⁾.

ويجوز أن يقضي لمن تقبل شهادته له كالأخ، والعم، وأولادهما، وكذلك لو قضى لأب امرأته، وأمها، وإن كانا قد ماتا لم يجز قضاؤه لهما إذا كانت امرأته ترث من ذلك شيئاً؛ لأنه لو شهد لهما في هذه الصورة لم يجز، فذلك إذا قضى لهما، وإن قضى لامرأة ابنه، أو لزوج ابنته، والمقضي له حيّ جاز، وإن كان ميتاً لم يجز إذا كان الابن والبنت ممن يرث لما قلنا⁽²⁾. والله أعلم.

(1) المحيط البرهاني 18/8، وبدائع الصنائع 8/7، الفتاوى الهنديّة 319/3.

(2) المبسوط للسرخسي 205/16.

باب: موت الخليفة والقاضي

ولو مات الخليفة، أو خلع⁽¹⁾ وُوِّلِيَّ غيره، بأن اجتمع الناس على خلعهِ والاستبدال به، وله قضاة وولاة لا ينزلون لموته؛ لأنهم يعملون للمسلمين، نصبوا للمسلمين، فكانوا نواباً عنهم⁽²⁾، والخليفة والوالي نائب عن المسلمين في تقليد هؤلاء، والمسلمون على حالهم، فيبقى نوابهم على حالهم، فكذلك لو مات والي مدينة وله عمال لا ينزلون؛ لأنهم نُصِّبوا لمصالح أهل المدينة فكانوا نواباً عنهم⁽³⁾.

ولو عزل الخليفة قاضياً من قضاة لا ينزل حتى يصل إليه كتاب عزله، أو يقدم قاضي مكانه؛ لأن الخطاب من الشرع بالأوامر والنواهي إنما يثبت حكمه في حق المخاطب إذا بلغه، فكذلك الخطاب من العبد فما لم يبلغه لا ينزل، والبلوغ بالعلم، وصار كما إذا عزل الوكيل، أو حجر على عبده المأذون لا ينزل الوكيل والعبد قبل العلم، ألا ترى أن والي الصلاة إذا عزل فلم يقدم والٍ [إلى]⁽⁴⁾ مكانه، فإنه يجمع⁽⁵⁾ بالناس إلى أن يقدم الوالي عليه، فإن علم القاضي بعزله قبل أن يقدم عليه آخر، اختلف المتأخرون فيه، فقيل: لا ينزل⁽⁶⁾ وإن علم بالعزل، ما لم يقدم عليه خطيب آخر، فكذلك هذا⁽⁷⁾.

ونص الخصاف في أدب القاضي أنه ينزل القاضي متى علم به، وإن لم يقدم عليه قاضٍ آخر، بخلاف الخطيب في الجمعة⁽⁸⁾.

والفرق: أن الجمعة مؤقتة فلو لم يجمع الناس بعد العلم تفوتهم الجمعة، وفي حق القاضي ليس شيئاً مؤقتاً يفوت بفوات الوقت، فإذا علم بعزله بكتاب أو بخبر ينزل⁽⁹⁾.

(1) في ف: أو عزل.

(2) في ف: نصبوا لمصالحهم وكانوا نواباً عنهم.

(3) في ف: وعلى هذا لو قِيمَ الوقف إذا أجز شيئاً ثم مات لا تبطل الإجارة؛ لأن القِيمَ نائب عن الأوقاف وهي على حالها، فلا يبطل العقد بموت النائب. وهذا ساقط من الأصل. ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 151/3، 152.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) أي يصلي بهم الجمعة والجماعات.

(6) في ف: لا ينزل ألا ترى أن الخطيب لا ينزل.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 153/3، والمحيط البرهاني 16/7.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 154/3.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 154/3.

باب: القاضي يستخلف⁽¹⁾ رجلاً، وما يجوز له من ذلك/

ولا يستخلف القاضي إذا مرض أو مات⁽²⁾ إلا بإذن الخليفة⁽³⁾؛ لأن الخليفة إنما فوض التصرف إليه برأيه لا برأي غيره، فلا يملك⁽⁴⁾ أن يستخلف غيره إلا بإذن الخليفة، كالوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره إلا بإذن موكله، وكذلك الخليفة إذا أمر القاضي أن يستخلف رجلاً يحكم فأمر رجلاً يحكم بين الناس جاز، فإن قضى خليفته ولم يكن أمره الإمام بذلك لم يجز، فإن أجاز⁽⁵⁾ القاضي قضاءه نفذ قضاؤه، وعند زفر لا يجوز؛ وهذا بناءً على أن الوكيل إذا وكل غيره بالتصرف ولم يكن مأذوناً فيه فتصرف الوكيل الثاني فأجاز الأول جاز [عدنا]⁽⁶⁾؛ خلافاً له؛ لأنه لما أجازته فقد حضر هذا التصرف رأي الأول، فصار كأن الأول تصرف بنفسه⁽⁷⁾.

مسألة: ولو استخلف عبداً، أو ذمياً، أو صبيّاً، أو مجنوناً، فقضى الخليفة فأجازته القاضي لا يجوز؛ لأنه لو أجاز شهادة هؤلاء لا يجوز، فالقضاء أولى؛ لأنه مبني على الشهادة⁽⁸⁾.

مسألة: ولو أن امرأة استقضيت فحكمت بأشياء جاز حكمها إلا في الحدود، والقصاص؛ اعتباراً للقضاء بالشهادة⁽⁹⁾.

ولو أمر الخليفة بأن يستخلف رجلاً يسمع من الخصوم ويثبتوا عنده البينة، ويسمع⁽¹⁰⁾ الإقرار ولا يقطع حكماً، فأمر القاضي رجلاً يقوم بذلك لا يجوز⁽¹¹⁾؛ لأن الخليفة

(1) في ف: باب استخلاف القاضي وتوليته غيره.

(2) في ف: أو سافر.

(3) في ف: إلا بإذن الخليفة إذا فوض التصرف إليه.

(4) في ف: ولا يملك.

(5) في ف: وإن أجاز.

(6) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 157/3، 160، بدائع الصنائع 16/7، وحاشية ابن عابدين 393/5.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 160/3.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 160/3، المحيط البرهاني 78/8، والفتاوى الهندية 361/3.

(10) في ف: ويكتب.

(11) في ف: لا يجوز ذلك.

لو أمر القاضي أن يسمع الدعوى والبيينة، ويكتب الإقرار ولا يحكم، بل يرفع الأمر إلى الخليفة حتى يقضي⁽¹⁾ به الخليفة كان صحيحاً، فكذلك في حق الخليفة، وإذا رفع إلى قاض لا يقضي بتلك البيينة حتى يعيدوا الشهادة بحضرة المدعي والمدعى عليه، هكذا نص عليه الخصاف⁽²⁾، فإن صحت⁽³⁾ الشهادة عنده قضى بتلك الشهادة وهذا فصل غفل الناس عنه، عنه، فإن نائب القاضي يسمع البيينة، ويكتب الإقرار ويبعث إلى القاضي، والقاضي يقضي بذلك، ولا ينبغي⁽⁴⁾ أن يقضي بتلك البيينة، بل عليه أن يكلف إعادة البيينة بين يديه؛ لأن من سمع البيينة وهو الخليفة لا يستفيد ولاته⁽⁵⁾ الحكم بتلك البيينة، فمن لم يسمع كيف يستفيد؟، وكذلك الإقرار بحضرة المقر والمقر له حتى يقر عنده بالحق فيحكم به، وإن كان الشهود شهدوا عند خليفته بالحق للمدعي ثم ماتوا أو غابوا فأعلمه خليفته أنهم شهدوا عنده على كذا وكذا، لم يقبل ذلك، ولم⁽⁶⁾ يحكم به⁽⁷⁾.

وكذلك لو أقر المدعي قبله بشيء عند خليفته ثم جحد، فأخبره خليفته أنه أقر لهذا⁽⁸⁾ لهذا⁽⁸⁾ بكذا وكذا لم يقبل القاضي ذلك؛ لأن من سمع البيينة والإقرار لم يستفد ولاية الحكم بذلك، فمن لم يسمع كان أولى، إلا أن يشهد مع خليفته غيره على إقراره فيقبل ذلك على طريق الشهادة⁽⁹⁾.

(1) في ف: حتى يقوم به الخليفة.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 158/3.

(3) في ف: فإذا صحت.

(4) في ف: ولا ينبغي له.

(5) في ف: ولاية الحكم.

(6) في ف: ولا يحكم به.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 158/3، والمحيط البرهاني، 91/8.

(8) في ف: أقر هذا.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 158/3،

باب: الخوارج⁽¹⁾ وأهل البغي يولون قاضياً

غلب البغاة على مدينة فاستعملوا عليها قاضياً فقضى بأشياء، ينظر: إن وُلِّوا قاضياً من أهل البغي والخوارج، لا ينفذ شيء من قضاياه؛ لأن ما يفعله قاضي الخوارج وأهل البغي لا يفعله على وجه الحكم، وإنما يفعله على وجه الاستحلال، فإنهم يستحلون دماءنا وأموالنا، فلم يكن ذلك على وجه الحكم وإن كان موافقاً للشريعة، وكذلك لو كتب هذا القاضي إلى قاضي أهل العدل في حق لرجل على رجل، فإنه لا يقضى به؛ لأنه لو قضى بنفسه لا ينفذ، فأولى أن لا يقضى بكتابه⁽²⁾.

وإن وُلِّوا قاضياً من أهل العدل ينفذ قضاؤه، حتى لو ظهر عليهم أهل العدل فرفع إلى قاضي أهل العدل نفذه؛ لأن ما يفعله على وجه الحكم، إلا أنه إنما يقوى على تنفيذ الحكم بالخوارج، وحكم القاضي ينفذ وإن كان بقوة أهل الظلم والجور، فقد جُوز قضاء المولى وإن كان لا يجوز قضاء مولى ولا يمتنع مثله، كالأب إذا ضرب ابنه فمات ضمن، والمعلم إذا ضرب ابنه بإذنه لا يضمن، والأب لو أقر على ابنه بمال لرجل لم يجز، ولو أذن لابنه الصغير في التجارة فأقر لإنسان بدين عليه جاز⁽³⁾.

النوادر: وذكر هشام⁽⁴⁾ في نوادره⁽⁵⁾ قال محمد: ولو وُلِّى قاضياً مشركاً على المسلمين ثم أسلم ذلك القاضي، فهو على قضاائه ولا يحتاج إلى تولية ثانية؛ لأن الكافر

(1) الخوارج: فرقة كبيرة من الفرق الاعتقادية الضالة، وقيل: كل من خرج عن الإمام الحق الذي اتفقت عليه الجماعة يسمى خارجياً، سواء كان الخروج في زمن الصحابة. رضي الله عنهم. أو بعدهم على التابعين بإحسان والأئمة في كل زمان، ومن عقائدهم الضالة أنهم يكفرون مرتكب الكبيرة، وأنه خالد في نار جهنم، وقيل في نشأتهم: إنها بدأت بالخروج على عثمان. رضي الله عنه. التي انتهت بقتله، وقيل: إنما بدأت بانفصالهم عن جيش علي. رضي الله عنه. وخرجهم عليه بعد التحكيم، وبهذا سموا بالخوارج، ولا يزال لهم وجود إلى اليوم. ينظر: الملل والنحل للشهرستاني، دار المعرفة، الطبعة سنة: 1404هـ. 113/1.

(2) المبسوط للسرخسي 135/10، والمحيط البرهاني 159/8، والفتاوى الهندية 307/3.

(3) بدائع الصنائع 142/7، والبنية شرح الهداية 51/3.

(4) هشام بن عبيد الله الرازي، فقيه حنفي، من أهل الرأي، أخذ عن أبي يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة، وكان داعياً إلى السنة، قال الذهبي: هشام أحد أئمة السنة، وفي داره مات محمد بن الحسن، توفي هشام سنة: 221هـ، ومن تصانيفه: كتاب الصلاة، والنوادر. ينظر: تذكرة الحفاظ 284/1، سير أعلام النبلاء 475/8.

(5) النوادر لهشام بن عبيد الله الرازي، المتوفى سنة: 221هـ، هو كتاب ألفه في المسائل المروية عن أصحاب المذهب الحنفي، ويسمى كتاب النوادر في الفقه، وهو أحد كتب النوادر التي جمعت المسائل المروية عن أصحاب المذهب التي لم تدون في كتب ظاهر الرواية. ينظر: كشف الظنون 1282/2، وهدية العارفين 508/2.

يصلح قاضياً فيما بينهم فصحت التولية؛ إلا أنه توقفت في حق المسلمين على إسلامه، فإذا أسلم نفذت التولية في حق المسلمين⁽¹⁾.

وقال محمد قاضٍ ارتد عن الإسلام، أو وائل ارتد، أو عميا، أو فسقاً، ثم رجعا إلى الإسلام، أو أبصرا، أو صلحا، فهو على قضائه على حاله؛ لأن تقلده القضاء قد صح، فهذا العارض على شرف الزوال فلا يبطل تقلده بذلك⁽²⁾. والله أعلم.

(1) المحيط الدرهمي 15/8، والبحر الرائق 283/6.

(2) المحيط الدرهمي 15/8.

باب: الخصمان يُحكَّمان بينهما حكماً

يحتاج إلى معرفة جواز التحكيم، وتفسيره، وحكمه، ومن يصلح حكماً، ومن لا يصلح حكماً وما يصلح التحكيم فيه، وما لا يصلح، وما يبطل التحكيم، وما لا يبطله، وما يصلح حكم المحكم فيه ، وما لا يصلح.

أما جواز التحكيم فثابت بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة⁽¹⁾، أما الكتاب فقوله .
 تعالى : ﴿ فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾⁽²⁾، أراد به أن يُحكَّم الزوجان حكماً؛
 لاختيار المقام أو الفرقة، فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جواز التحكيم في
 سائر الخصومات والدعاوى⁽³⁾.

وأما السنة: فما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم⁽⁴⁾ - " نزل على حكم سعد ابن
 معاذ⁽⁵⁾ في بني قريظة⁽⁶⁾ حتى سبى ذراريهم، وقتل مقاتليهم " ⁽⁷⁾، وعليه إجماع الصحابة،
 فإنه روي أنه لما وقع بين عمر وأبي بن كعب⁽⁸⁾ - رضي الله عنهما - خصومة أتيا زيد بن

(1) في ف: وإجماع الأمة.

(2) سورة النساء، من الآية : 35.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 58/4 ، والبنية 58/9.

(4) في ف: عليه السلام.

(5) سعد بن معاذ بن امرئ القيس، الأوسي الأنصاري، صحابي من الأبطال من أهل المدينة، يكنى أبا عمرو، أسلم بالمدينة بين
 العقبة الأولى والثانية على يد مصعب بن عمير، كانت له سيادة الأوس وحمل لواءهم يوم بدر، ورُمي بسهم يوم الخندق، فمات
 من إثر جرحه، ودفن بالبقيع وعمره سبع وثلاثين سنة، وحزن عليه النبي - صلى الله عليه وسلم - ، وفي الحديث: " اهتز عرش
 الرحمن لموت سعد بن معاذ". ترجمته في: طبقات ابن سعد: 2 / 3 ، والاستيعاب 181/1، وصفوة الصفة: 180 / 1 .
 (6) قريظة: قبيلة يهودية سكنت يثرب في الجاهلية إلى جانب النضير وهذال اليهوديتين، وتنسب إلى هذه القبيلة إحدى زوجات
 رسول الله . صلى الله عليه وسلم . وهي ریحانة بنت زيد النضرية، كان بينهم وبين رسول الله . صلى الله عليه وسلم . عهد ، فلما
 أتى الاحزاب نقضوا عهدهم وظاهروا المشركين على رسول الله . صلى الله عليه وسلم . فغزاهم في ذي القعدة لسنة خمس من
 الهجرة. طبقات ابن سعد 74/2.

(7) متفق عليه، أخرجه البخاري بلفظ : " نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ ... " ، كتاب مناقب الأنصار، باب : مناقب سعد بن معاذ ،
 حديث رقم (3593) ، 1376/3 ، ومسلم ، كتاب الجهاد والسير، باب: جواز قتال من نقض العهد، رقم : (4695) ، 160/5 .

(8) أبي بن كعب بن قيس، بن عبيد بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار، يكنى أبا الطفيل، وأبا المنذر، صحابي أنصاري، وكان
 قبل الإسلام حبراً من أخبار اليهود ، فلما أسلم صار من كتّاب الوحي، وشهد العقبة الثانية، وباع الرسول - صلى الله عليه وسلم - فيها، ثم
 شهد بدرًا، وتوفي بالمدينة في خلافة عمر - رضي الله عنهما - قيل سنة تسع عشرة.

ترجمته في: طبقات ابن سعد 59/3 ، الاستيعاب 1 / 21.

ثابت⁽¹⁾ - رضي الله عنه - وحكّاه، فقال زيد لعمر: هلاً أرسلت إليّ رسولاً حتى آتيك؟، فقال عمر: في بيته يؤتى الحكم⁽²⁾، ثم أراد زيد أن يضع وسادة لعمر، فقال عمر: أول جور منك، منك، ثم طالت الخصومة بينهما⁽³⁾ إلى أن توجه اليمين إلى عمر، فقال زيد لأبيّ بن كعب: لا يحلف أمير المؤمنين، فقال: "تجب عليّ اليمين ولا أحلف! أحلف وأخذ حقي"⁽⁴⁾؛ ولأننا متى لم نجوّز التحكيم ضاق الأمر على الناس؛ لأنه يشق على الناس الحضور مجلس الحكم، والجتو بين يدي القاضي للخصومة، فجوّز التحكيم للحاجة.

وأما تفسيره: فيصير غيره حكماً، فيكون الحكم⁽⁵⁾ بين الخصمين، كالقاضي في حق كافة الناس، وفي حق غيرهما بمنزلة المصالح، ويكون حكمه بمنزلة الصلح؛ لأنه إنما صار حكماً بتراضي الخصمين، وتراضيها يعمل في حقهما، ولا يعمل في حق غيرهما؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، لا على غيرهما، فنفذ تحكيمه⁽⁶⁾ عليهما لا على غيرهما، حتى لو طعن⁽⁷⁾ المشتري بعيب فحكم هو والبائع رجلاً فرده على البائع، لم يكن له أن يرده على البائع [الأول]⁽⁸⁾؛ لأنه ليس بحكم في حق البائع الأول، ويكون حكمه صلحاً في حق الأول، والرد بالعيب بغير قضاء يعد القبض شراءً جديداً في حق الثالث، وذلك يمنع الرد على البائع الأول، إلا إذا اصطلحوا جميعاً على حكمه، يرده عليه استحساناً⁽⁹⁾.

(1) زيد بن ثابت، الأنصاري الخزرجي، أبو خارجه، صحابي من أكابرهم، كان كاتباً للوحي، ولد بالمدينة ونشأ بمكة، وهاجر مع النبي - صلى الله عليه وسلم - وعمره إحدى عشرة سنة، تعلم وتفقّه في الدين، فكان رأساً بالمدينة في القضاء والفتوى، والفرائض، توفي سنة: 45هـ. ترجمته في: الاستيعاب 1/ 159، والعبر للذهبي: 1/ 53، والإصابة 2/ 592.

(2) في ف: يولّى الحكم.

(3) في ف: فيما بينهما.

(4) أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: القاضي لا يحكم بنفسه، حديث رقم: 20510، 243/10.

(5) في ف: فيكون الحكم فيما .

(6) في ف: تحكهما.

(7) في ف: ظفر .

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) الاختيار 2/ 93، والبنية 9/ 58، والفتاوى الهندية 3/ 397 .

وجه القياس: [أنه]⁽¹⁾ لا خصومة للبائع الثاني مع بائعه للحال، وإنما الخصومة في الحال بينه وبين المشتري [الثاني]⁽²⁾، فصار رضا البائع الأول بحكم الحكم وجوده وعدمه سواء، ولو عدم الرضا لم يرد عليه، فكذا هذا⁽³⁾.

- وجه الاستحسان: أن البائع الأول بعرض وبيد أن يصير خصماً بسبب هذا العيب في المال، فإنه متى رد على الثاني بعضاً للحال كان له أن يرده ويخاصم الأول، فإذا كان الأول بعرض أن يصير خصماً في المال لم يكن بمعزل عن هذه الخصومة في الحال، فصح تحكيمه للحال لقطع الخصومة وفصلها عنه في الحال، وصار الحكم/ في حقه بمنزلة [821ظ] القاضي، وصار كأنه رد على البائع الثاني بقضاء⁽⁴⁾.

والوكيل ببيع العبد إذا ظفر المشتري بعيب، فاصطلحا على حَكَمٍ فرده بعيب لا يحدث مثله جاز على الأمر في رواية، وفي رواية: جاز عليه دون الأمر، وإن كان عيباً يحدث مثله يلزم البائع⁽⁵⁾، إلا إذا حَكَمَا برضا الآخر؛ لأنه بمنزلة الإقالة⁽⁶⁾.

وأما حكم التحكيم فإنه لا يلزم قبل الحكم، ويلزم بعده، حتى إن لكل واحد أن يعزله قبل إمضاء الحكم لا بعده، لأنه صار قاضياً من جهتهما، فكان المحكَّم في حقهما بمنزلة القاضي المولَّى في حق السلطان، والسلطان لو عزل⁽⁷⁾ المولَّى قبل الحكم صح، وبعد القضاء لا يظهر العزل في حق ما أمضاه، فكذا هذا، ثم إنما ينفرد أحدهما بالعزل وإن كان الحكم يثبت باتفاقهما؛ لأنه [لو]⁽⁸⁾ لم يرض أحدهما بهذا الحكم في الابتداء لا يصح التحكيم،

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) المحيط البرهاني 123/8.

(4) المحيط البرهاني 128/8.

(5) في ف: مثله جاز يلزم البائع. وجاء في المحيط البرهاني 128/8: وإن كان يحدث مثله لم يرد على الموكل حتى يقيم البينة أن هذا العيب كان عند الموكل؛ لأنه صار حكماً في حقهم بتراضيه.

(6) المحيط البرهاني 128/8.

(7) في ف: عزل القاضي.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

التحكيم، فكذا له في الانتهاء لا ينتهي التحكيم؛ لأنه ليس في العزل إثبات ولاية⁽¹⁾ الغير، وإنما فيه إبطال ما يثبت للحكم من الولاية عليه بتحكيمة وتفويضه، وإبطال ما يثبت له من الولاية بتفويضه قبل القضاء جائز، كما في المضاربة والشركة⁽²⁾.

فإن حكم الحكم بشيء ثم رفع إلى قاضٍ آخر، فإن كان موافقاً لرأيه أنفذه، وإن كان مخالفاً لرأيه أبطله وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء، خلافاً لابن أبي ليلى، فرق⁽³⁾ بين هذا وبين ما إذا رفعت إلى قاضٍ⁽⁴⁾ آخر قضية فإنه ينفذه، وإن كان مخالفاً لرأيه إذا كان في فصل مجتهد فيه⁽⁵⁾.

والفرق : أن المحكم له ولاية على المحكمين لا على غيرهما، والقاضي إذا رفع إليه⁽⁶⁾ حكمهما غيرهما فلا يكون حجة عليه، فكان بمنزلة الصلح في حقه، فكان له أن يرده إذا كان مخالفاً لرأيه، فأما القاضي له ولاية على الناس كافة، فكان قضاؤه حجة على كافة، فلا يكون للقاضي المرفوع إليه أن يرده إذا صادف القضاء فصلاً مجتهداً فيه⁽⁷⁾.

مسألة: حكماً فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم، ثم حكم بخلاف رأي القاضي لم يجز؛ لأن القاضي أجاز المعدوم، وإجازة المعدوم باطل⁽⁸⁾.

وأما من يصلح حكماً ومن لا يصلح: فكل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكماً فيه، وما لا فلا، والمرأة تصلح حكماً، والصبي، والعبد، والمحدود في القذف، والأعمى لا يصلح حكماً؛ لأن الحكم في حق المحكمين بمنزلة القاضي، فكل من صلح شاهداً صلح

(1) في ف: ولاية على الغير.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 59/4 ، والمحيط البرهاني 121/8.

(3) في ف: و فرق.

(4) في ف: إلى قاضي قضية قاضي آخر.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 60/4 .

(6) في ف: والقاضي الذي رفع إليه.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 61/4 .

(8) المحيط البرهاني 125/8 ، والبحر الرائق 27/7.

قاضياً، وإلا فلا⁽¹⁾، وإنما يعتبر أهلاً للشهادة في حالين: حالة التحكيم، ووقت الحكم، حتى إذا لم يكن أهلاً للشهادة⁽²⁾ وقت الحكم⁽³⁾، ثم صار من أهل الشهادة وقت الحكم لا يصير حكماً، بأن حكماً عبداً، أو ذمياً، أو مرتداً، أو صيباً، ثم أسلم، أو أعتق، أو بلغ ثم حكم لم يجز، وكذلك إذا كان شاهداً وقت التحكيم ولم يبق شاهداً وقت الحكم لا يبقى حكماً؛ لأن الحكم في حقهما بمنزلة القاضي المولى، والقاضي يعتبر بصحة قضائه [كونه]⁽⁴⁾ من أهل الشهادة في الحالين، فكذا هذا⁽⁵⁾.

فرق بين هذا وبين ما إذا تحمل العبد شهادة ثم عتق وأدى تقبل شهادته؛ لأن التحمل نوع من العلم، وحصوله له والعبد في حق وقوع العلم له⁽⁶⁾ بالسمع أو بالمعاينة والحر سواء، وإذا صح التحمل أمكنه الأداء، فأما التحكيم فلا يصح حالة الرق؛ لأنه أمر بالقضاء، والأمر لطلب الأمور به، والمأمور به وهو القضاء من العبد غير متصور للحال فلا يصح الأمر، ولا يصح التحكيم معلقاً بالخطر، ولا مضافاً إلى المستقبل، بأن قال لعبد أو ذمي: إن أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا، أو قال لآخر: إذا أهلك الهلال فاحكم، لا يصح عند أبي يوسف، وعند محمد يصح⁽⁷⁾.

له: أن التحكيم ليس إلا تولية وتفويض فيصح معلقاً بالخطر، ومضافاً إلى وقت كما في التوكيل، والقضاء، والإمارة⁽⁸⁾.

لأبي يوسف: أن التحكيم تولية صورة، صلح معنى؛ لأنه لا يثبت إلا بتراضي الخصمين، وإنما يصار إليه لقطع الخصومة والمنازعة المتحققة بينهما، وليس حد الصلح إلا

(1) في ف: وإلا فلا يحل.

(2) في ف: من أهل الشهادة.

(3) في ف: التحكيم. وهي الصواب.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) المحيط البرهاني 117/8، والبحر الرائق 24/7.

(6) وجاء في المحيط البرهاني 118/8: والعبد في حق حصول العلم له.

(7) المحيط البرهاني 117/8، والفتاوى الهندية 398/3.

(8) المحيط البرهاني 118/8.

هذا، والصلح لا يصح معلقاً ولا مضافاً، والتولية تصح، ولا يصح بالشك والاحتمال بخلاف القضاء والإمارة بأن قال الخليفة لرجل: إذا قدمت [من] (1) الحج فأنت والي بغداد (2) جاز؛ لأنه تولية وتفويض حقيقة، أو اصطلاحاً على أن يحكم بينهما أول من يدخل المسجد لا يجوز؛ لأن المصالح عليه وهو الحكم مجهول، وجهالة المصالح عليه/ تمنع جواز الصلح، [821و] وكذلك الوكيل المجهول، وجهالة الوكيل تمنع جواز الوكالة، فإنه لو قال: أول من يدخل المسجد فقد وكلته ببيعه لا يجوز؛ لأنه أوجب الحق للمجهول (3).

مسألة: اصطلاحاً على حكم رجل لم يعلمه، فحكم بينهما جاز؛ لأنهما أعلماه لما تقدمنا إليه للحكومة فصار حكماً (4).

ولو حكماً رجلاً فلم يقبل لا يجوز (5) حكمه إلا بتجديد التحكيم؛ لأن التحكيم تولية وتفويض حقيقة، صلح معنى، وأي ذلك اعتبر إذا أبقى فإنه يبطل بالرد (6).

مسألة: ولو حكماه على أن يستفتي فلاناً ثم يقضي بينهما بما قال فلان جاز؛ لأن تقليد القضاء بشرط أن يستفتي فلاناً ويقضي به جائز، فكذلك التحكيم، ولو حكماه على أن يحكم في يومه، أو مجلسه يتوقت به؛ لأن توقيت القضاء (7) جائز، فكذلك التحكيم؛ لأن في التأقيت فائدة، لأن الرأي يتغير بتغير الوقت (8).

وأما ما يصح فيه التحكيم وما لا يصح: فيصح التحكيم فيما يملك ذلك بأنفسهما وهو حقوق العباد، ولا يصح فيما لا يملكه بأنفسهما، وهو حقوق الله تعالى؛ حتى يجوز التحكيم في الأموال، والطلاق، والعناق، والنكاح، والقصاص، وتضمن السرقة، ولا يجوز في

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) في ف: والي قضاء بغداد.

(3) المحيط البرهاني 118/8، وتبيين الحقائق 132/4، البحر الرائق 203/6.

(4) المحيط البرهاني 120/8.

(5) في ف: لا يحل.

(6) البحر الرائق 24/7، وحاشية ابن عابدين 428/5.

(7) في ف: لأن توقيت القضاء بالوقت جائز.

(8) المحيط البرهاني 119/8، البحر الرائق 27/7، والفتاوى الهندية 398/3.

حد الزنى، والسرقه، والقذف؛ لأن التحكيم تفويض، والتفويض يصح بما يملك المفوض بنفسه، ولا يصح فيما لا يملك كالتوكيل⁽¹⁾.

وذكر الخصاف: ولا يجوز حكم الحَكَم⁽²⁾ في حد، أو قصاص، فإنَّ حُكْم الحكم بمنزلة الصلح، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا، وحد القذف والقصاص⁽³⁾ استيفاؤهما بالصلح (...)⁽⁴⁾ فلا يجوز التحكيم فيهما⁽⁵⁾.

ذكر المبسوط: أنه يجوز التحكيم في القصاص؛ لأن التحكيم توليةً وتفويض⁽⁶⁾ في حقهما، إن كان صلحاً في حق غيرهما، وهما يملكان استيفاء القصاص، فيصح تفويضه إلى غيرهما⁽⁷⁾.

وينفذ حكم المحكم في سائر المجتهدات، نحو الكنايات، والطلاق، والعتاق، وهو الصحيح، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى؛ لكيلا يتجاسر العوام عليه، ولا يجوز حكمه في دم الخطأ؛ لأن العاقلة لم ترض به⁽⁸⁾، وحكم المحكم إنما ينفذ على من رضي بحكمه⁽⁹⁾.

وإن قضى بالدية على القاتل لا يجوز؛ لأن هذا الحكم مخالف للشرع، فإن الدية في قتل الخطأ على العاقلة، إلا أن يكون القاتل أقر بالقتل، فحينئذٍ يجوز حكمه بالدية عليه؛ لأن

(1) المحيط البرهاني 123/8.

(2) في ف: المحكم.

(3) في ف: والقصاص لا يجوز.

(4) كلمة غير مقروءة في النسختين.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 63/4.

(6) في ف: تفويض وتولية.

(7) العناية شرح الهداية 318/7، والبنية 60/9، والفتاوى الهندية 318/7.

(8) في ف: لم تخصص به.

(9) الفتاوى الهندية 397/3.

ما يجب بالاعتراف لا تحمله العاقلة، وإنما يجب على المقر، فكان حكمه موافقاً للشرع فنفذ⁽¹⁾.

مسألة: ادعى على ميت مالاً وورثته غيباً إلا واحداً، فحكماً رجلاً فأقام البينة، لا يجوز على الغائب، ويجوز⁽²⁾ على الحاضر كل ما في يده؛ لأن الحاضر رضي بحكمه دون الغائب، وحكم المحكّم إنما ينفذ على من رضي بحكمه لا غير، فثبت الدين بحكم المحكم في حق الحاضر لا في حق الغائب، فيستوفى من نصيب الحاضر، فصار كما لو ثبت الدين على الميت بإقرار الحاضر في [حق]⁽³⁾ الحاضر⁽⁴⁾.

وأما ما يبطل الحكومة ولا يبطلها: فالحكّم إنما يخرج [عن]⁽⁵⁾ الخصومة بأحد أسباب أسباب ثلاثة: - إما بالعزل، وإما بانتهاء الحكومة نهايتها⁽⁶⁾، بأن كان مؤقتاً بمضي الوقت، أو بخروجه من أن كان أهلاً للشهادة بأن عمي أو ارتد، وإن لم يلحق بدار الحرب كالقاضي⁽⁷⁾.

ولو غاب أو أغمي عليه وبرا منه، أو قدم من سفره، أو حُبس⁽⁸⁾، كان على حكمه؛ لأن هذه الأشياء لا تبطل الشهادة، فلا تبطل الحكومة، وكذا لو ولي القضاء ثم عُزل عنه فهو على حكومته؛ لأن العزل [لا يوجد من جهة المحكّمين، وإنما يوجد من جهة الوالي، وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكّمين]⁽⁹⁾ لا من جهة الوالي، وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر جاز؛ لأن التحكيم حصل مطلقاً وكان له الحكومة في الأماكن كلها⁽¹⁰⁾.

(1) المحيط البرهاني 123/8، والفتاوى الهندية 397/7.

(2) في ف: ويؤخذ.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) المحيط البرهاني 127/8.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: مدتها، وهو الصواب .

(7) المحيط البرهاني 120/8 ، وتبيين الحقائق 194/4، والبحر الرائق 28/7.

(8) في ف: أو حبس.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(10) المحيط البرهاني 120/8، والبحر الرائق 28/7.

مسألة: حَكَمَ الذميان ذمياً، ثم أسلم أحد الخصمين، خرج من الحكومة فيما بينهما، أراد به في الحُكْم على المسلم لا على الذمي، حتى لو حكم للذمي⁽¹⁾ على المسلم لا يجوز، وإن حكم للمسلم⁽²⁾ على الذمي يجوز، نص عليه في موضع آخر من المبسوط، فإنه [قال]⁽³⁾ [قال]⁽³⁾: مسلم وذمي حَكَمًا ذمياً جاز حكمه على الذمي دون المسلم؛ لأنه بإسلام أحدهما خرج من أن يكون شاهداً على المسلم، وبقي شاهداً للمسلم على الذمي، فكذا⁽⁴⁾ يخرج عن كونه حَكَمًا⁽⁵⁾ على المسلم، وبقي حَكَمًا/ للمسلم على الذمي، وقيل: لا يجوز للمسلم أيضاً؛ لأن كل واحد يرضى بنفوذ حكمه عليه بشرط أن ينفذ حكمه على الآخر⁽⁶⁾.

[822ظ]

وكذلك مسلم وذمي حَكَمًا مسلماً وذمياً، فإن حكماً للمسلم على الذمي جاز، وإن حكماً للذمي على المسلم لا يجوز؛ لأن شهادتهما على الذمي مقبولة، فيجوز حكمهما عليه، ولا شهادة للذمي على المسلم إن كان للمسلم على المسلم⁽⁷⁾ شهادة، فلم يجز حكم الذمي على المسلم، وبقي المسلم منفرداً بالحكم وقد رضيا بحكهما، فلا ينفرد أحدهما بالحكم، كما لو حَكَمًا عبداً وحرّاً فحكما لم يجز حكمهما؛ لأن حكم العبد لا يجوز، فبقي الحر منفرداً بالحكم وقد رضي بحكهما⁽⁸⁾ فلا ينفرد أحدهما به⁽⁹⁾.

مسألة: [حكم ذمي بين مسلمين فأجازاه، لا يجوز؛ كما لو حَكَمًا في الابتداء؛ لأن قضاءه وقع باطلاً ولا يلحقه (...)⁽¹⁰⁾، وإن رضي المقضي عليه فأقر به لزمه بإقراره وصلحه لا بحكم المحكم؛ لأن هذا صلح مستقل بينهما، فنفذ عليهما صلحهما بأنفسهما]⁽¹¹⁾.

(1) في ف: الذمي.

(2) في ف: المسلم.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: ولذا.

(5) في ف: محكماً.

(6) المحيط البرهاني 125/8، الفتاوى الهندية 397/3. نقلاً عن المبسوط للشيباني.

(7) في ف: على الذمي. وهو الصواب.

(8) في ف: بتحكيهما.

(9) المحيط البرهاني 125/8، الفتاوى الهندية 397/3.

(10) كلمة غير مقروءة في كلتا النسختين.

(11) ما بين معكوفين سقط من: ف .

مسألة: ذميان حَكَمًا ذميًّا فأسلم الحكم قبل الحكم فهو على حكومته؛ لأن بالإسلام لم يخرج من أهل الشهادة ، بل ازدادت شهادته⁽¹⁾.

مسألة: مسلم ومرتد حَكَمًا بينهما حكماً فحكم بينهما ثم قتل المرتد، أو ألحق⁽²⁾ بدار الحرب لم يجز حكمه عليه، ولو أسلم جاز عند أبي حنيفة⁽³⁾، وعندهما: جاز بكل حال؛ لأن لأن تحكيم المرتد غيره تصرف منه، فيتوقف عند أبي حنيفة [كسائر]⁽⁴⁾ التصرفات⁽⁵⁾.

مسألة: غاب خصمان فوكل كل واحد وكيلاً بخصومة، فحكم بينهما جاز؛ لأن القضاء على الوكيل قضاء على الموكل، وإن وكل أحدهما الحكم نفسه⁽⁶⁾، وقيل: خرج من الحكومة؛ لأنه صار خصماً [فيه]⁽⁷⁾، ومن تعين خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها، وقيل: عند أبي حنيفة ومحمد: لا يخرج حتى يخاصم عند القاضي؛ لأنه لا يصير خصماً بنفس التوكيل عندهما؛ لما عرف في الوكالة⁽⁸⁾.

مسألة: أحد الخصمين ابن الحكم، أو ممن لا تقبل شهادته له، لم يجز قضاؤه له، إلا أن يقضي على ابنه؛ لأنه لا تقبل شهادته له، وتقبل عليه، فكذا لا يصح قضاؤه له ويصح عليه⁽⁹⁾.

وأما ما يصح فيه حكم المحكم، وما لا يصح:

مسألة: حَكَمًا رجلاً فأجاز القاضي حكومته قبل⁽¹⁰⁾ الحكم، ثم حكم بخلاف رأي القاضي لم تجز [الإجازة]⁽¹⁾؛ لأن تحكيمهما لا يتوقف⁽²⁾ على إجازة القاضي فتكون إجازته

(1) الفتاوى الهندية 3/398.

(2) في ف: أو لحق بدار الحرب. وهي الصواب.

(3) في ف: رضي الله عنه.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) شرح فتح القدير، لكمال بن محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر- بيروت، لبنان، ط: بلا، سنة النشر: 2009م،

320/7، والبنابة شرح الهداية 63/9، والفتاوى الهندية 3/398.

(6) في ف: وكل أحدهما الحكم نفسه يجوز.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) المبسوط للسرخسي 10/19، والمحيط البرهاني 8/121.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 66/4.

(10) في ف: قبل أن يحكم.

باطلة، وكذلك إجازته حكم المحكم باطلة؛ لأنه إجازة المعدوم، فإذا بطلت إجازته وقد قضى الحكم بخلاف رأيه فكان للقاضي نقضه⁽³⁾.

مسألة: الإمام الذي استعمل القاضي يأمر⁽⁴⁾ رجلاً ممن تجوز شهادته أن يحكم بين رجلين جاز، وهو بمنزلة القاضي؛ لأن الإمام مَلِكٌ تفويض القضاء إليه في عامة المسلمين، فيملك تفويض القضاء إليه في حق اثنين⁽⁵⁾.

ولو أمر القاضي رجلاً⁽⁶⁾ يحكم بين رجلين لم يجز إلا بإذن الإمام له بالاستخلاف، إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم فيكون قضاءً فيه، أو يتراضى⁽⁷⁾ به الرجلان فيكون بمنزلة حكم حكماه؛ لأن الإمام لم يأذن بتفويض القضاء إلى غيره فلا يملك التفويض، فقد فعل الحكم ما لا يملكه، فيتوقف على إجازة من يملكه وهو القاضي، فإذا أجاز⁽⁸⁾ كالوكيل لا يملك التوكيل، فإن باع الوكيل الثاني ثم أجاز الوكيل الأول جاز⁽⁹⁾.

مسألة: حكماً رجلاً فلم يُوجَّه القضاء على أحدهما فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعد الإخراج فأجاز، جاز؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره؛ لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره، فإن فوض وحكم الثاني بغير رضاها فأجاز الحكم الأول لم يجز، إلا أن يجيزه الخصمان، من مشايخنا من قال: بأن قوله: فإن أجاز الحكم الأول لا يجوز، مما لا يكاد يصح، كالوكيل الأول إذا أجاز بيع الوكيل الثاني جاز، وكالقاضي إذا لم يؤذن له بالاستخلاف إذا أجاز حكم خليفته جاز⁽¹⁰⁾.

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) في ف: لا يوقف.

(3) المحيط البرهاني 125/8 ، والبحر الرائق 27/7 ، والفتاوى الهندية 399/3.

(4) في ف: وأمر .

(5) البحر الرائق 25/7.

(6) في ف: رجلاً أن .

(7) في ف: أو تراضى.

(8) في ف: أجاز نفذ.

(9) البناءة 63/9 ، والبحر الرائق 25/7.

(10) المحيط البرهاني 124/8 ، البناءة شرح الهداية 63/9 ، والفتاوى الهندية 400/3.

وذكر في السير⁽¹⁾: إذا نزل قومٌ على حكم رجل، فحكم غيره بغير رضاها لم يجز، ولو أجاز الأول حكمه جاز⁽²⁾.

وتأويل قوله: إن إجازته باطلة، أي إجازة تحكيمه وتفويضه إلى الثاني باطلة؛ لأن الإذن منه في التحكيم في الابتداء لا يصح، فكذا في الانتهاء، فأما إجازته الحكم الثاني يجوز كأنه باشر بنفسه، ومنهم من فرق بينهما⁽³⁾.

[822و]

والفرق/: [أن]⁽⁴⁾ الحكم لا يصلح⁽⁵⁾ لملك القضاء على الخصمين من غير رضاها، فلا يملك أيضاً إجازة قضاء الغير عليهما من غير رضاها، بخلاف إجازة القاضي حكم خليفته؛ لأن القاضي يملك القضاء بما قضى خليفته من غير رضا الخصمين، فجاز أيضاً إجازته قضاء خليفته من غير رضاها، وبخلاف إجازة الوكيل الأول البيع⁽⁶⁾ الثاني؛ لأن البيع ينعقد بدون العبارة بالتقاضي، فكان المقصود بالتوكيل حضور رأي الوكيل عند البيع لا عبارته، فإذا أجاز بيع الثاني فقد حضر رأيه عند البيع فصح، فأما الحكم لا يصح إلا بالعبارة، والخصمان رضيا بانعقاد الحكم بعبارته لا بعبارة⁽⁷⁾ غيره⁽⁸⁾.

مسألة: اتفقا على حكمين فحكم أحدهما لم يجز؛ لأن القضاء أمر يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، وهما رضيا برأيهما دون رأي أحدهما، فلم ينفرد أحدهما بالقضاء كوكيلي البيع والشراء، وكالإمام إذا فوض القضاء إلى اثنين لا ينفرد أحدهما به، فكذا هذا⁽⁹⁾.

(1) المقصود بالسير : هو كتاب السير للإمام محمد بن الحسن الشيباني، وقد سبق التعريف به ، ص 97.

(2) المحيط البرهاني 124/8.

(3) المحيط البرهاني 124/8، والفتاوى الهندية 400/3.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: لا يصح،

(6) في ف: بالبيع.

(7) في ف: بانعقاد الحكم بعبارة غيره.

(8) المحيط البرهاني 124/8، والفتاوى الهندية 400/3.

(9) المبسوط للسرخسي، 111/16، شرح كتاب أدب القاضي 62/4، والبحر الرائق 26/7.

مسألة: ولو كان أحد الحَكَمين عبداً لم يجز حكمهما؛ لأن العبد ليس من أهل القضاء فلا ينعقد حكمه، وحكم الحر بانفراده لا ينفذ؛ لأن الخصمين إنما رضيا بحكم اثنين، فلا ينفرد أحدهما بالحكم⁽¹⁾.

مسألة: حَكَمًا رجلاً فقاضى لأحدهما، ثم حَكَمًا آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده، وإن كان جوراً أبطله؛ لأن الحَكَم في حقهما بمنزلة القاضي، والقاضي يقضي برأيه [لا بما قضى به الحَكَم ، فلذا الثاني يقضي برأيه]⁽²⁾ لا بقضاء الأول.

مسألة: حَكَمًا رجلاً فحكم، فحَكَمًا آخر فحكم بينهما سوى ذلك ولا يعلم الأول ثم رفعاً إلى القاضي، فإنه ينفذ حكم الموافق لرأيه؛ لأن الأول لم يكن حَكَمًا في حق القاضي، فكان للقاضي أن يحكم⁽³⁾ فيه برأيه⁽⁴⁾.

وإذا رد الحَكَم⁽⁵⁾ الشهادة لتهمته، ثم اختصموا إلى آخر، أو قاضٍ، فزُكِّيت البينة يقضى؛ لأن الحَكَم لم يكن قاضياً في حق غير الخصمين، ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاضٍ من قضاة المسلمين، وإنما اتصل به واحد من الرعايا، فكان للقاضي إبطال هذا الرد إذا ثبتت⁽⁶⁾ العدالة عنده، بخلاف ما لو رد قاضٍ من القضاة شهادته للتهمة لا يقبلها قاضٍ آخر، لأن القضاء بالرد نفذ على كافة المسلمين، ولهذا لو قضى في فصل مجتهد فيه، ليس لقاضٍ آخر أن ينقضه وإن كان بخلاف⁽⁷⁾ رأيه⁽⁸⁾.

(1) شرح كتاب أدب القاضي 61/4، و المحيط البرهاني 118/8 ، والبحر الرائق 26/7.

(2) ما بين معكوفين سقط من الأصل. ينظر : شرح فتح القدير 321/7، والبحر الرائق 29/7، والفتاوى الهندية 399/3.

(3) في ف: أن يقضي فيه.

(4) المبسوط للسرخسي 63/21، والفتاوى الهندية 399/3.

(5) في ف: الحاكم.

(6) في ف: أثبتت. ولعلها الصواب.

(7) في ف: يخالف رأيه.

(8) حاشية رد المحتار 432/5، والبحر الرائق 28/7.

مسألة: مُحَكَّم حكم لأحدهما ثم رجع وقضى للآخر، فقضاؤه للأول نافذٌ، وللثاني⁽¹⁾ باطل؛ لأنه انتهت الحكومة بالقضاء الأول وخرج عن التحكيم، وقضى للثاني وليس بحكم فلا ينفذ حكمه⁽²⁾.

ولا يجوز كتاب الحَكم إلى القاضي بحكمه، كما لا يكتب القاضي إليه؛ [لأنه]⁽³⁾ كالرعية في حق القاضي، والقاضي لا يقبل كتاب الرعية، ولا يحكم الحَكم بكتاب قاضٍ [إلى قاضٍ]⁽⁴⁾؛ لأنه لم يكتب إليه، إلا إذا رضي الخصمان أن ينفذ الحَكم القضاء بينهما، فيجوز إنشاء الحُكم ابتداءً؛ لأنهما رضيا بحكومته⁽⁵⁾.

فصل: حَكَمًا رجلاً مادام في مجلسه، فقالوا: لم تحكم بيننا، وقال الحَكم: حكمت، فالحَكم مصدق مادام في مجلسه؛ لأنه حكى ما يملك استئنافه، فيملك الإقرار به، وجعل إقراره⁽⁶⁾ كإنشاء الحُكم، ولا يصدق⁽⁷⁾ بعده؛ لأنه لا يملك إنشاء الحُكم، فلا يملك الإقرار به⁽⁸⁾.

مسألة: أقام أحدهما البينة على الحَكم أنه حكم له، وأنه يجحد، تقبل بينته؛ لأن الحَكم بمنزلة القاضي في حقهما⁽⁹⁾.

ولو ادعى أن قاضي كذا قضى له بقضية، وأنه يجحد، تقبل بينته؛ لأنه ادعى حقاً على المدعي قبله بسبب صحيح؛ لأن القضاء لما كان سبباً لوجوب الحق فالمدعي أقام

(1) في ف: والثاني.

(2) المحيط البرهاني 123/8، البحر الرائق 27/7.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) المحيط البرهاني 123/8.

(6) في ف: قراره.

(7) في ف: فلا يصدق.

(8) المبسوط للسرخسي 63/21، وتبيين الحقائق 194/4، والفتاوى الهندية 399/3.

(9) الفتاوى الهندية 399/3.

بينته على سبب يوجب الحق على الخصم فيقبل، ولو أشهد الحاكم⁽¹⁾ أنه قضى بالبينة لفلان لفلان على فلان جاز، كما يجوز في القاضي.

مسألة: شهد شاهدان أن الحكم قضى لفلان على فلان بألفٍ، وشهد آخران للآخر [أن]⁽²⁾ الحكم أبراه من الألف المدّعاة والحكم غائب أو حاضر يقر أو ينكر فقضى⁽³⁾ بالبراءة؛ لأن المدعى عليه لما ادعى البراءة فقد حصل مقرأً بالدين، فوقع الاستغناء عن قبول بينة الطالب لإقراره بالدين، وإنما أثبت⁽⁴⁾ البراءة بعد ذلك فقضى بالبراءة كالقاضي⁽⁵⁾ المولّى⁽⁶⁾.

مسألة: ولو كانت الخصومة في دار، فشهد شاهدان أن [الحكم]⁽⁷⁾ قد قضى بها لهذا لهذا على هذا، وآخران للآخر بمتله، فإن كانت الدار في/ أيديهما يُقض بينهما؛ لأنه ليست لأحدى⁽⁸⁾ البينتين بأولى من الأخرى، فتعارضتا فتساقطتا، وتترك الدار في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما يُقض له، وإن كانت في يد أجنبي لم يرض بحكمه تترك في يده؛ لأن حكم الحكم لا ينفذ على غير المتحاكمين⁽⁹⁾.

(1) في ف: الحكم. ولعلها الصواب.

(2) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(3) في ف: يقضى.

(4) في ف: إلا أنه أثبت.

(5) في ف: كما في القاضي.

(6) المحيط البرهاني 122/8، والفتاوى الهندية 399/3.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) هكذا وردت في النسختين، والصواب: إحدى.

(9) المحيط البرهاني 122/8، والفتاوى الهندية 399/3.

باب: كتاب القاضي إلى القاضي

يحتاج في تفسير كتاب القاضي إلى القاضي، وإلى شرائط قبوله، وإلى ما يفعل المكتوب إليه بعد وصوله إليه، وإلى ما يجوز [فيه]⁽¹⁾ كتاب القاضي، و[إلى]⁽²⁾ ما لا يجوز يجوز فيه.

أما تفسيره: وهو ما إذا تقدم رجل إلى القاضي فسأله أن يقبل بينته على حق على رجل في بلد آخر؛ ليكتب إليه كتاباً إلى قاضي ذلك البلد، فالقاضي يسمع من شهوده على حقه الذي يدعي؛ لأن الحاجة ماسة إلى هذا، فإن الإنسان قد يبعد⁽³⁾ عليه الجمع بينه وبين خصمه والشهود في مجلس القاضي، فكان فيه حاجة ماسة إلى تجويز كتاب القاضي إلى القاضي، كما في الشهادة على الشاهد جعلت حجة لمكان مساس الحاجة⁽⁴⁾.

وذكر الخصاف: يجوز للقاضي أن يكتب كتاباً عند شطر الشهادة أو نصف شطرها، بأن أقام رجل عند القاضي شاهداً واحداً بحق له قبل رجل، أو شهدت له امرأة، أو شهادة على شهادة؛ لأن القاضي إنما يكتب عند كمال الحجة لأجل الضرورة، وهو تعذر الجمع بين خصمه وبين شهوده، هذه الضرورة هنا موجودة⁽⁵⁾؛ لأن الإنسان ربما يكون بعض بعض شهوده في هذه البلدة، وبعضهم في بلد أخرى، فيجوز الكتاب لأجل الحاجة⁽⁶⁾.

مسألة: ولو كان القاضي يعلم⁽⁷⁾ شيئاً من إقرار رجل لرجل [بحق]⁽⁸⁾ ما خلا الحدود، الحدود، والقصاص، فسأله صاحب الحق أن يكتب له بذلك [كتاباً]⁽⁹⁾ إلى قاضي بلد آخر والمطلوب هناك⁽¹⁰⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: يتعذر. ولعلها الصواب.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 282/3، الفتاوى الهندية 381/3.

(5) في ف: مأخوذة.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 295/3، الفتاوى الهندية 381/3.

(7) في ف: ولو أن القاضي علم.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) شرح كتاب أدب القاضي 295/3.

اختلف المشايخ فيه، قيل: إن كان علم به حالة⁽¹⁾ القضاء يكتب؛ لأنه يمكنه القضاء بهذا العلم فلا يمكنه⁽²⁾ الكتاب كان أولى، وإن كان علم [به]⁽³⁾ قبل القضاء عند أبي حنيفة لا يكتب كما لا يقضي، وعندهما: يكتب كما يقضي، وقيل: القاضي يكتب في الوجهين [جميعاً في قولهم]⁽⁴⁾ جميعاً، والصحيح هو الأول؛ لأن علمه قبل القضاء شهادة، والشهادة⁽⁵⁾ لا تقبل بالكتاب إلى القاضي⁽⁶⁾.

وإذا أراد القاضي أن يكتب إلى قاضٍ آخر، يكتب في الكتاب اسم المدعي، واسم أبيه واسم جده، وحليته، ونسبته إلى قبيلته، أو فخذ، أو إلى صناعته إن لم يكن من العرب، وكذلك يكتب اسم المدعى عليه؛ لأن التعريف يقع بذكر هذه الأشياء؛ لأنه قل ما يتفق رجلان في هذه الثلاثة أشياء، فإن ذكر اسمه واسم أبيه وجده، وترك ما سوى ذلك كفاه، وإن ذكر اسمه واسم أبيه، ولم يذكر اسم جده، أو نسبته إلى قبيلته⁽⁷⁾، أو إلى صناعته لم يجز عند أبي حنيفة⁽⁸⁾ وأبي يوسف، فإن كان في الفخذ رجلان بذلك الاسم والنسبة والتجارة لم يصح، لا الشركة⁽⁹⁾ لم تنقطع بينه وبين غيره⁽¹⁰⁾.

مسألة: فإن أقام⁽¹¹⁾ المدعى عليه بينة أن في القبيلة رجلاً آخر بهذا الاسم والنسبة، فإن كان حياً لا يقضى؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، وإن كان ميتاً فإنه ينظر إن كان ميتاً قبل الشهادة والشهود⁽¹²⁾ وكتاب القاضي صح الكتاب؛ لأن التعريف

(1) في ف: حاجة.

(2) في ف: فلأن يمكنه. وهو الصواب.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف. وهو الأولى.

(5) في ف: والشاهد لا تقبل شهادته بالكتاب إلى القاضي.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 295/3، 296.

(7) في ف: أو نسبه إلى قبيلة.

(8) في ف: لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف.

(9) في ف: لأن الشركة. وهو الصواب.

(10) شرح كتاب أدب القاضي 283/3، 284، البحر الرائق 72/5.

(11) في ف: وإن أقام.

(12) في ف: قبلت شهادة الشهود. وهو الصواب.

يحصل بهذا؛ لأن ذكر اسم فلان مطلقاً، ومطلق الاسم ينصرف إلى الحي دون الميت، وكأنهم ذكروا في الشهادة فلان بن فلان الحي فتعين الحي مطلوباً وإن كان حياً وقت الكتابة؛ لأن مطلق الاسم يتناولهما فيبقى الاشتباه، ثم إن شاء كتب أسامي الشهود الذين شهدوا عنده، وأنسابهم، وحُلاهم ومواضعهم، وإن شاء اكتفى بقوله: شهد بذلك عندي شهود عدول وقد عرفتهم، وأثبت معرفتهم، كما في القاضي إذا كتب السجل إن شاء أظهر فيه أسماء الشهود وأنسابهم، وإن شاء أخفى واكتفى بقوله: بعد ما ثبت عندي بشهادة شهود عدول، [كذا هذا]⁽¹⁾، ثم إذا كتب أسماء الشهود كتب فيه/ عدالتهم إن عرفهم بالعدالة، فإن⁽²⁾ فإن لم يعرفهم بالعدالة سأل عنهم، فإذا عدلوا كتب أنه قد سأل عنهم فعدلوا عنده، وعرفوا بخير وحُمدوا؛ لأن القاضي المكتوب إليه يحتاج إلى أن يقضي، وإنما يمكنه القضاء إذا ظهرت عدالة الشهود، فإن لم يكتب عدالة الشهود لا بأس به؛ لأن القاضي المكتوب إليه يتفحص عن حالة الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب بحق، فمتى ظهرت⁽³⁾ عدالتهم بخبر صدق حينئذ يقضي⁽⁴⁾.

وإذا كتب الكتاب يقرؤه⁽⁵⁾ على الشهود الذين شهدوا⁽⁶⁾ على الكتاب؛ لأن معرفة ما في الكتاب شرط عندهما، خلافاً لأبي يوسف، ويختم الكتاب بحضرتهم؛ لأنه لو لم يختم بحضرتهم يتوهم التبديل والتغيير، ويُشهدهم أن هذا كتابه إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا، وهذا خاتمه عليه، حتى لا يشتبه على الشهود حال المكتوب إليه⁽⁷⁾.

وأما شرائط قبوله فأشياء، إحداها: أنه لا يقبل القاضي المكتوب إليه حتى تقوم عليه البينة أنه كتاب القاضي، خلافاً للشعبي⁽⁸⁾؛ لأن كتاب القاضي حجة مُلزِمة، فإنه يجب عليه

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) في ف: وإن.

(3) في ف: الذي متى ظهرت عدالتهم.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 284، 285/3.

(5) في ف: يقرأ.

(6) في ف: أشهدهم.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 287/3، المحيط البرهاني 136/8، والاختيار 92/2.

(8) سبقت ترجمته، ص 91.

العمل به، والحجة لا تكون ملزمة إلا ببينة مظهره مبينة، بخلاف رسول القاضي إلى المزكي، ورسول المزكي إلى القاضي؛ لأن القضاء إنما يقع بشهادة الشهود المعدلة لا بالتعديل والتزكية، وبخلاف كتاب أهل الحرب بالاستئمان إلى أمير المسلمين يعتبر بغير بينة؛ لأنه غير ملزم؛ لأن الأمير⁽¹⁾ إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه⁽²⁾.

والثاني: أن يقرأ الكتاب عليهم، أو يخبرهم بما فيه حتى لو شهدوا أنه كتاب القاضي وخاتمه ولم يشهدوا بما فيه، لا يقبل هذه الشهادة عندهما، وعند أبي يوسف تقبل؛ لأن المشهود به الكتاب والختم، والكتاب والختم معلومان⁽³⁾ بالإشارة، وما فيه معلوم بالكتابة، فكان المشهود به معلوماً، وتوهم التبدل والتغيير من المدعي منتف بسبب ختم القاضي⁽⁴⁾.

لهما: أن التبدل والتغيير موهوم مع ختم القاضي متى كان الكتاب في يد المدعي؛ لأن الختم قد يشبه الخصومة⁽⁵⁾، ويتصور بصورته فيمنع قبول الشهادة إذا لم يشهدوا ما فيه، فيه، [كما لو شهدوا بمال في صك على رجل ولم يشهدوا بما فيه]⁽⁶⁾ لم تقبل؛ لتوهم التبدل والتغيير لما في ضمنه.

والثالث: أن يختم الكتاب بحضرتهم، ولا يقبل إذا كان غير مختوم، وقيل عند أبي يوسف يقبل، والصحيح أنه لا يقبل بالاتفاق؛ لأن الكتاب إذا لم يكن مختوماً يتوهم فيه التبدل والتغيير؛ لأنه في يد المدعي؛ ولأنه إذا كان غير مختوم فهو بمنزلة الصك، وعلم⁽⁷⁾ الشهود بما في الصك شرط لصحة الشهادة، فكذا علمهم بما في الكتاب شرط لصحة الشهادة، فأما إذا كان مختوماً فعلم الشهود بما في الكتاب ليس بشرط عند أبي يوسف؛ لما مر⁽⁸⁾.

(1) في ف: الأمير مخير.

(2) الاختيار 92/2، والبنية 40/9.

(3) في ف: معلومات.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 286/3، والاختيار 92/2، والبنية 40/9.

(5) في ف: قد يشبه الختم. وهو الصواب. ينظر: الاختيار 92/2.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) في ف: وعلى الشهود.

(8) الاختيار 92/2، والبنية 35/9.

وذكر الخصاف: لو أنكر خاتم القاضي الذي على الكتاب يقبل به بالإجماع؛ لأن هذا مما يبئلى به الناس⁽¹⁾.

والرابع: [أن يكون]⁽²⁾ عليه عنوانٌ ، بأن كَتَبَ: هذا الكتاب من فلان بن فلان بن فلان إلى فلان بن فلان بن فلان قاضي بلد كذا، حتى لو كتب اسم المكتوب إليه لا غير، أو اسمه واسم أبيه [لا غير]⁽³⁾، أو كَتَبَ⁽⁴⁾: هذا من فلان بن فلان إلى من وصل إليه كتابي كتابي هذا من قضاة المسلمين وحُكَّامهم [لا يصح الكتاب عندهما، خلافاً لأبي يوسف، ولو كتب: هذا من فلان بن فلان إلى قاضي بلد كذا فلان بن فلان، وإلى كل من وصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحُكَّامهم]⁽⁵⁾ يصح بالإجماع⁽⁶⁾.

له: أن ذكر الاسم والنسبة إنما يشترط للإعلام والتعريف، والقاضي في كل بلدٍ مشهور معروف، فتقع الغنية في حقه عن ذكر الاسم والنسبة، ألا ترى أن أبا حنيفة وابن أبي ليلى لما صاروا مشهورين وقع الاستغناء في حقهما لتعريفهما وإعلامهما، فكذا هذا⁽⁷⁾.

لهما: أن إعلام القاضي المكتوب إليه وتعريفه شرط، وإنما يصير معلوماً [أو]⁽⁸⁾ معروفاً بالاسم والنسبة ولم يوجد، بخلاف ما إذا سمى المكتوب إليه فلان بن فلان ثم قال: إلى كل من يصل إليه؛ لأن الأول قد صار معلوماً بذكر الاسم والنسبة، وما وراءه تبع له فأمكن إلحاقه به⁽⁹⁾.

(1) شرح كتاب أدب القاضي 316/3.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: وكتب هذا.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 315/3 ، 288 ، والاختيار 92/2 ، والبنية 39/9.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 288/3 .

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 288/3 ، الفتاوى الهندية 382/3.

والخامس: أن يكون داخل الكتاب اسم القاضي الكاتب، والمكتوب إليه، واسم أبيهما/ [824ظ] على عنوان الكتاب، حتى لو لم يكن داخل الكتاب اسميهما، وإن كان على عنوانه لم يقبله **عندهما**، خلافاً لأبي يوسف؛ لأن العنوان إذا كان على ظاهر الكتاب دون باطنه فليس تحت ختم القاضي، وما ليس تحت ختم القاضي يتوهم فيه التبديل والتغيير، ولا يعتبر كأصل الحادثة إذا لم يكن مختوماً بخاتمة، قالوا وهذا في زمانهم فأما في زماننا فالرسم قد تغير وصار العنوان على الظاهر دون الباطن، فيعمل به في زماننا، والأحوط ما قاله محمد، وإن كان فيه اسمها واسم أبيهما ولم ينسبهما إلى الجد بقبيلة، بخلاف اليهود؛ ولأن في القاضي وجد ما يقوم مقام النسبة إلى الجد وهو كونه قاضياً، فقامت النسبة إلى القضاء مقام النسبة إلى الجد، كما في الشهود قامت نسبتهم إلى الحرفة أو التجارة التي يعرف بها مقام النسبة إلى الجد، فإن كان فيه كنيتهما ولم يكن فيه أسماء أبيهما لا يقبل، إلا أن تكون كنيته معروفة كأبي حنيفة، أو أسماء⁽¹⁾ مشهورة كابن أبي ليلى؛ لأن التعريف بهذا يقع⁽²⁾.

ويقبل كتاب القاضي إلى الأمير الذي استعمله في مصره ذلك، - أصلح الله الأمير - ويقتصر على ذلك، وإن كان في مصر آخر لم يقبله حتى يكتب الأسماء والنسبة والختم، والقياس ألا يقبله إلا بالاسم، والنسبة، والختم، والشهادة؛ لأن هذا كتاب القاضي فيشترط فيه الأسماء، والنسبة، والختم، والشهادة، كما لو جاء من مصر آخر⁽³⁾.

وجه الاستحسان : أن العادة جارية أن القاضي يكتب إلى الوالي ويستعين به فيما يعجز عن إقامته بنفسه في كل وقت، ولو شرطنا الشهادة والختم يقع الناس في الحرج؛ لأن كل أحد لا يحضر مجلس الأمير فيشهد، والأمير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود أبداً فيقبل الكتاب للضرورة، لكن⁽⁴⁾ هذه العادة في المصر الواحد، فأما في مصرين بأن كان

(1) في ف: واسماً.

(2) المبسوط للسرخسي 101/16، المحيط البرهاني 150/8، والاختيار 92/2.

(3) المبسوط للسرخسي 194/16.

(4) في ف: ولكن.

القاضي في مصر والأمير في مصر آخر فلا عادة، فيردُّ إلى ما يقتضيه القياس فلا يقبل إلا أن يكون مختوماً ومعه شاهدان كما في كتاب القاضي⁽¹⁾.

وأما ما يفعل القاضي المكتوب إليه بالكتاب: فإذا جاء إلى القاضي كتاب قاضٍ آخر ينبغي له أن يجمع بين الذي جاء بالكتاب وبين خصمه، ثم يسأل الذي جاء به بينةً تشهد على أنه كتابه وخاتمه، فإن أقام المدعي بينة على ذلك سألهم هل قرئ عليهم أو ختم⁽²⁾ بحضرتهم؟، فإن شهدوا على ذلك قبله⁽³⁾.

ولا يقبل الكتاب إلا بمحضر خصمه؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة، ثم القاضي لا يقبل الشهادة على الشهادة إلا بمحضر الخصم، فكذلك الكتاب، ولا يفتحه إلا بمحضر خصمه، فإن فتح بغير محضر خصمه جاز؛ لأن القضاء إنما يقع بالشهادة بالكتاب وبما فيه لا بالفتح، ولكن الفتح سبب لإمكان القضاء، فكان بمنزلة أداء الشهادة من وجه، ثم يحزمه بعد قراءته ويختمه ويكتب عليه اسم صاحبه؛ لأن هذا الكتاب صار حجة للمدعي فكان بمنزلة السجلات والمحاضر⁽⁴⁾.

مسألة: ولو مات القاضي المكاتب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه، أو بعد الوصول قبل القراءة لم يقض به⁽⁵⁾.

وقال أبو يوسف في الأمالي: يقضى به، وهو قول الشافعي⁽⁶⁾، ولو وصل إليه ثم مات أو عزل قضى به بالإجماع⁽⁷⁾.

(1) تبين الحقائق 187/4، والمحيط البرهاني 150/8.

(2) في ف: وختم.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 312/3 .

(4) شرح كتاب أدب القاضي 312/3 .

(5) شرح كتاب أدب القاضي 317/3، والبنية 39/9 .

(6) قلت: وذهب المالكية إلى أنه إذا مات القاضي المكاتب أو عزل قبل وصول الكتاب لا يقبله المكتوب إليه، وبذلك قال الحنابلة. ينظر: الأم 228/6، الإرشاد إلى سبيل الرشاد، لمحمد بن أحمد أبو علي الهاشمي البغدادي، تحقيق: عبد الله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 504/1، والذخيرة، لأبي العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، الشهير بالقرافي، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي. بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة النشر: 1994م، 107/10.

(7) البحر الرائق 4/7، والفتاوى الهندية 391/3.

له⁽¹⁾: أن القاضي المكاتب بمنزلة الشاهد على الشهادة؛ لأنه ناقلُ شهادةِ الذين شهدوا عنده بالحق إلى القاضي المكتوب إليه، وتقبل الشهادة منه قد تم حين كتب⁽²⁾، فكان بمنزلة شهود الفروع إذا شهدوا ثم ماتوا قبل القضاء تقبل، فكذا هذا⁽³⁾.

لهما : هذا⁽⁴⁾ بمنزلة الشهادة على الشهادة، وأداء الشهادة قبل وصول الكتاب والقراءة لم يتم؛ لأن النقل والتحويل لم يتم، ولهذا لم يجب عليه القضاء؛ لأنه لم يثبت بالكتاب كلام القاضي، وإنما ثبت كلام الرعية، فصار كموت الشاهد قبل أداء الشهادة وبعد وصول الكتاب والقراءة، ثم أدى الشهادة حتى وجب عليه القضاء، فصار كموت الشاهد بعد الشهادة⁽⁵⁾.

مسألة: وإن عمي القاضي الكاتب، أو فسق، أو ارتد وصار في حال لا يجوز حكمه بعد وصول الكتاب قبل القضاء به لا ينفذه عندهما/، وعند أبي يوسف ينفذه؛ بناءً على أنه لو عمي شاهد الفرع بعد ما شهد قبل القضاء بشهادته كان على هذا الاختلاف، فكذا هذا⁽⁶⁾.

مسألة: ولو مات القاضي المكتوب إليه قبل القضاء، وجلس قاضٍ آخر مكانه لم يقض به، خلافاً للشافعي⁽⁷⁾؛ لأنه كُتب إلي غيره؛ لأن التعيين قد صح منه؛ لأن القضاة يتفاوتون في مراعاة الأمانات؛ لأنهم غير معصومين عن الخيانة فهم كالأمناء لأرباب

(1) هكذا وردت في النسختين، والصواب: لهما.

(2) في ف: يكتب.

(3) البناية 195/7، والمحيط البرهاني 147/8.

(4) في ف: أن هذا.

(5) المحيط البرهاني 147/8، وتبيين الحقائق 186/4.

(6) البناية 295/7، لسان الحكام 223/1.

(7) قال المالكية: إذا مات المكتوب إليه، فجاء الكتاب إلى الثاني لزم أن يحكم بما فيه، وذهب الحنابلة إلى أنه لو مات القاضي القاضي المكتوب إليه أو عزل قبل وصول الكتاب لم يعمل به من وُلِّي مكانه. ينظر: الأم 60/7، والإرشاد إلى سبيل الرشاد 504/1، والمعونة على مذهب عالم المدينة مالك بن أنس، لأبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية. مكة المكرمة، ط: بلا، 1512/1.

الأموال، والتعيين معتبر لأرباب الأموال فكذلك⁽¹⁾ في القضاة، وإذا صح التعيين لم يصر القاضي المُحَدَّث مكتوباً إليه، وغير المكتوب إليه لا يملك القضاء، بخلاف ما لو قال: إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأنه رضي بأمانة الكل، فالكل صار مكتوباً إليه⁽²⁾. ولا يقبل القاضي رسالةً من قاضٍ آخر وإن قامت عليها بينة، فَرَقُّ بين الرسالة والكتاب⁽³⁾.

والفرق : أن الكتاب من القاضي جعل كالكتاب⁽⁴⁾ للقاضي المكتوب إليه بالمشافهة، بالمشافهة، والكتاب صدر منه من موضع القضاء فكان الخطاب صادراً ووارداً منه من موضع القضاء [فصح]⁽⁵⁾ ، فأما الرسول ينقل عبارة المرسل وخطابه، فالنقل يقتصر على هذا الموضع، فيثبت خطاب المرسل في هذا الموضع، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاضٍ، وقول القاضي في غير موضع قضائه كواحد من الرعية⁽⁶⁾.

ونظير هذا: ما روي عن محمد أنه قال: مصر فيه قاضيان في كل جانب منه قاضٍ، فكتب أحدهما إلى الآخر⁽⁷⁾ يقبل كتابه، وأتى⁽⁸⁾ أحدهما إلى صاحبه وأخبره بالحادثة بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله؛ لأن في الوجه الأول جعل كأن الكتاب خاطبه في موضع القضاء [وفي الوجه الثاني خاطبه في غير موضع القضاء]⁽⁹⁾، كذا هذا⁽¹⁰⁾.

مسألة: وكذلك لو أن القاضيين التقيا في عمل أحدهما، أو في مصر ليس من عملهما فقال له: قد ثبت عندي لفلان بن فلان كذا، وكذا على فلان فاعمل به، لم يقبل ذلك

(1) في ف: وكذلك.

(2) لسان الحكام 223/1 ، تبين الحقائق 187/4.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 328/3 ، تبين الحقائق 187/4.

(4) في ف: كالخطاب.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 328/3 ، تبين الحقائق 187/4.

(7) في ف: إلى الآخر كتاباً .

(8) في ف: ولو أتى. وهو الصواب.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(10) شرح كتاب أدب القاضي 328/3 .

ولم ينفذه؛ لأن الخطاب أو السماع وجد في موضع لا ينفذ فيه قضاؤه، فصار كخطاب وسماع غير القاضي، ولا يجوز أن يُعتمد في قضاؤه، بخلاف كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن خطاب الكاتب إنما وجد في موضع ينفذ فيه قضاؤه ويثبت ذلك عند المكتوب إليه في موضع ينفذ فيه قضاؤه⁽¹⁾.

وهكذا ذكر الكرخي⁽²⁾: أنه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي وإن كانا⁽³⁾ في مصر مصر واحد، ولا يقبل كتاب قاضي رستاق أو قرية إلى قاضي⁽⁴⁾ مدينة فيها منبر وجماعة، أو كتاب الأمير الذي استعمل ذلك القاضي؛ لأن قاضي رستاق ليس بقاضٍ، وما يفعل يفعل على سبيل الصلح لا على سبيل القضاء، فإن قضاءه لا ينفذ، وكتاب غير القاضي لا يقبل، وهذه⁽⁵⁾ تدل على أن المصر شرط لنفوذ القضاء⁽⁶⁾.

مسألة: ولو كان رأي القاضي المكاتب مخالفاً لرأي القاضي المكتوب إليه قضى للمكتوب إليه برأيه نفسه، إلا أن يكون الأول قضى به فيمضيه الثاني؛ لأن القاضي الأول لم يقض بعد، بل حل محل الشاهد على الشهادة، ولو كان كذلك فإنه يتبع القاضي رأي نفسه⁽⁷⁾.

فُرّق بين الكتاب وبين السجل، فإنه إذا ورد على قاضٍ سجلٌ من قاضٍ آخر وهو لا يرى ذلك، وهو مما اختلف فيه العلماء فإنه ينفذ⁽⁸⁾.

(1) شرح كتاب أدب القاضي 330/3، 329، البناية 44/9.

(2) عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم، أبو الحسن الكرخي، من كرخ جدان، شيخ الحنفية بالعراق، انتهت إليه رئاسة المذهب بعد أبي حازم، تفقه عليه أبو بكر الرازي وغيره، من تصانيفه: المختصر، الجامع الكبير، الجامع الصغير، وغيرها، توفي سنة: 340 هـ. ينظر: تاريخ بغداد: 353/10، تاج التراجم 13/1، وطبقات الحنفية 110/1.

(3) في ف: وإن كان.

(4) في ف: إلا قاضي.

(5) في ف: وهذا.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 332/3، 331، المبسوط للسرخسي 188/16، والفتاوى الهندية 392/3.

(7) المحيط البرهاني 152/8.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 324/3، المحيط البرهاني 152/8.

والفرق: أن السجل لا يكون إلا بعد القضاء، والقضاء صادف محل الاجتهاد فنفذ، فلا يكون لآخر أن يبطله، فأما الكتاب يكون [قبل القضاء]⁽¹⁾ فإنما هو بمنزلة الشهادة، فكان للقاضي المكتوب إليه أن يبطله برأي نفسه، ولو سأل من المكتوب إليه كتاباً إلى قاضٍ آخر الذي انتهى إليه كتب له؛ لأن هذا القاضي صار كالقاضي الأول؛ لأن الشهادة الواقعة عند الأول صارت منقولة إلى المكتوب إليه حكماً، فصار كما لو شهدوا عنده حقيقةً وطلب المدعي منه أن يكتب له كتاباً فإنه يجيبه، فكذا هذا، وذلك لأن كتاب الأول إنما يصح لحاجته إلى إحياء حقه، وهذه الحاجة ماسة في حق القاضي الثاني، والثالث إذا كتب⁽²⁾ نسخ في كتابه كتاب القاضي الأول الذي كتبه إليه، وإن شاء حكاها له في كتابه إليه، لأنه يمكنه نقل ما يثبت عنده كالأول⁽³⁾.

[825ظ] ولو كتب القاضي له/ كتاباً ولم يدفعه إليه حتى جاء خصمه، لم يدفعه إليه ولم يقض له حتى يقيم البينة عليه؛ لأنه سمع البينة على خصم غائب فلا يجوز القضاء به.

وأما ما يقبل فيه كتاب القاضي وما لا يقبل: ولا يقبل كتاب القاضي في الحدود والقصاص؛ لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة، والحدود والقصاص لا تثبت بالشهادة على الشهادة، فكذا بكتاب القاضي، ويقبل فيما لا ينقل ويحوّل⁽⁴⁾، كالدور، والعقار، والنكاح، والطلاق، والوكالة، والوصية، ونحوها؛ لأن هذه الأشياء مما لا ينقل، [فلا حاجة إلى إحضار المدعي به والإشارة إليه، ولا يقبل فيما ينقل]⁽⁵⁾ ويحول كالعبد، والأمة، والدابة، والعروض عندهما⁽⁶⁾.

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) في ف: وإذا كتب.

(3) المحيط البرهاني 152/8، تبيين الحقائق 187/4، 188، والفتاوى الهندية 391/3.

(4) في ف: ولا يحول. وهو الصواب.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 290/3، بدائع الصنائع 8/7، والبنابة 45/9.

وعند أبي يوسف آخراً أن تقبل في العبد دون الأمة وغيرها؛ لأن الإباق يكثر في العبد؛ لأنه يخدم خارج البيت فيقدر على الإباق غالباً فتمس الحاجة إلى الكتاب؛ لأنه ربما لا يكون للمولى شهود في البلدة التي فيها العبد وشهوده لا يذهبون ثمة، فلو لم يجز الكتاب أدى إلى إبطال حقوق الناس، فأما الإباق من الجارية لا يكثر، فلا تمس الحاجة إلى الكتاب⁽¹⁾.

لهما: أنه يمكن توهم الشركة والجهالة في المقضي به وهو العبد؛ لأنه ربما يشاركه غيره في الاسم، والصفة، والحلية، وفي المقضي عليه، وهو الذي في يده العبد، وقطع هذه الجهالة [ممكناً]⁽²⁾ بالإحضار، والإشارة إليهما، فيجب إحضارهما في مجلس الحكم حتى تنتقع الشركة بالإشارة، فترجح جانب الجهالة فمنعت جواز الكتاب، كما في الأمة والدواب والعروض، والقياس لا يترك بمطلق الحاجة، وإنما يترك لضرورة ماسة، كما في إباحة الميتة، وليس هناك ضرورة ماسة؛ لأنه يمكنه أن يحمل شهوده إلى تلك البلدة، أو يُشهد الشهود على شهادتهم حتى يُحيي حقه، وصورة الكتاب في العبد الأبق أنه إذا أقام مولى⁽³⁾ بينة عند الحاكم في مصره أنه كان له عبدٌ أبق وقد أخذه فلان، كتب القاضي كتاباً إلى قاضي المصر الذي فيه الآخذ أنهم شهدوا له أن عبده له مبارك الهندي حليته كذا، وإقامته⁽⁴⁾ كذا، وأنه أبق منه، فإذا ورد هذا الكتاب على القاضي المكتوب إليه، أحضر⁽⁵⁾ العبد مع الذي في يده ثم فك الكتاب فنظر الغلام والكتاب، فإن وافق حلية الغلام ما في الكتاب ختم ذلك، ويجعل في عنق العبد من رصاص، حتى لا يتعرض له في أخذ الطريق بدعوى السرقة وغيره، ويقع الأمن عن التبديل والتغيير، ويأخذ منه كفيلاً ويدفع إليه

(1) شرح كتاب أدب القاضي 391/3 ، بدائع الصنائع 8/7 .

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) في ف: مولاه.

(4) في ف: قامته. وهو الصواب.

(5) في ف: أحضروا.

العبد فيذهب إلى حاكم مصره، فإن شهد شهوده أنه عبده، قضى له، وكتب إلى الحاكم⁽¹⁾ ليبراً كفيله⁽²⁾.

ويبني على هذا كتاب القاضي في نسب الابن، لا يقبل عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وصورته: رجل وامرأة ادعيا ابناً أو بنتاً وقالوا: وهو⁽³⁾ معروف النسب منّا، وهو في يد فلان بن فلان الفلاني في بلد كذا، قد استرقه فلان، نقيم البينة على ذلك عندك، ونأخذ كتابك بذلك إلى قاضي ذلك البلد، لا يكتب⁽⁴⁾ عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وكذلك الزوج يدعي المرأة، فعلى هذا فرق بين هذا وبين من ادعى النسب على الأب بأن قال: فلان بن فلان أبي، وهو في بلد كذا وهو يدفع نسبي، ولي بينة هاهنا على أنه أقر لي أني ابنه، أو أنه تزوج أمي، وأني ولدت منها على فراشه⁽⁵⁾، فأقام بينة على ذلك، وسأل كتابةً، يكتب له بذلك بالإجماع⁽⁶⁾.

والفرق: أن ثمة المقصود من ثبات النسب ليس هو انتزاع الولد منه، فلم يكن المشهود به شيئاً نقلياً، فيجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي، كما في الدين، وهنا المقصود من إثبات النسب انتزاع الولد من يده، فكان المشهود به شيئاً يُنقل من حجر إلى حجر، وفيما ينقل لا يقبل كتاب القاضي، وهذا الاختلاف في حالة الحياة، فأما بعد الوفاة فيكتب لكل واحدٍ يستحق نسباً، أو ميراثاً، أو تزويجاً بالإجماع؛ لأن بعد الوفاة المقصود إثبات المال، فإنه دينٌ، وفي الدين يكتب القاضي بالإجماع⁽⁷⁾.

(1) في ف: وكتب إلى ذلك.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 290/3، 291.

(3) في ف: هو. وهو الصواب.

(4) في ف: لا يكتب له.

(5) في ف: واني وارث منها على قرابته.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 294/3، والمحيط البرهاني 132/8، والفتاوى الهندية 382/3.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 300/3.

مسألة: رجل قال للقاضي: كان لفلان بن فلان الفلاني عليّ كذا وكذا درهماً، وقد دفعتها/ وأبرأني منها، أو وهبها لي، وهو في بلد كذا، فأخاف أن أصير⁽¹⁾ إلى ذلك البلد [825و] فيأخذني بهذا المال، ولي شهود هنا فاسمع منهم، واكتب لي إلى ذلك القاضي، فإنه لا يسمع من شهوده ولا يكتب له عند أبي يوسف، وعند محمد يكتب له⁽²⁾.

ولو قال: جحدني الاستيفاء، وخاصمني مرةً أخرى حتى يستوفي الحق مرتين، فأراد إقامة البينة على أنه أوفاه ليكتب الكتاب إلى ذلك القاضي، فإنه يسمع من شهوده ويكتب له⁽³⁾.

لمحمد: أن كتاب القاضي إنما جعل حجة؛ لمكان الحاجة، والحاجة هنا متحققة، فوجب أن يجعل حجة كما في تلك المسألة⁽⁴⁾.

لأبي يوسف: أن القاضي إنما يكتب الكتاب في خصومة توجهت إليه؛ لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها، وهنا لم تتوجه إليه الخصومة بل هي موهومة، فلو كتب كان مُهيّجاً للخصومة، وليس له تهييج الخصومة، وفي تلك الخصومة المسألة توجهت إليه، ألا ترى لو قال للقاضي: قد كان لهذا عليّ ألف درهم قد قبضها مني، ولي بينةً بقبض ذلك مني فاسأله عن ذلك، فإن أنكر أحضر شهودي، فإنه لا يسأله عن ذلك بالإجماع؛ لما قلنا، فيكون هذا حجة لأبي يوسف على محمد⁽⁵⁾.

مسألة: ولو قالت امرأة للقاضي: إن زوجي طلقني ثلاثاً، وتزوجت بزوج آخر بعد العدة، وإني أخاف أن ينكر الطلاق، وطلبت من القاضي أن يسأله⁽⁶⁾ حتى إذا أنكر أقام⁽¹⁾ عليه البينة، يسأله القاضي بالاتفاق، فيكون هذا حجةً لمحمد على أبي يوسف⁽²⁾.

(1) في ف: يصير.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 308/3، والفتاوى الهندية 394/3.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 308/3، المحيط البرهاني 154/8، الفتاوى الهندية 394/3.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 308/3، المحيط البرهاني 154/8.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 310/3، المحيط البرهاني 154/8.

(6) في ف: سأله.

باب: العدوى⁽³⁾ والإعداد

ذكر الخصاف: قال أبو يوسف: رجل ادعى على رجل دعوى وأراد عليه عدوى و[هو]⁽⁴⁾ في مصر، والقاضي لا يعلم أمحق [هو]⁽⁵⁾ أم مبطل؟ فإنه يعديه عليه ويبعث من يحضره استحساناً، والقياس: ألا يعديه بمجرد الدعوى؛ لأن الدعوى خبر محتمل، والمحتمل لا يكون حجة، فلا يثبت به ولاية الإعداد⁽⁶⁾.

وجه الاستحسان: أن ترك القياس بالآثار المشهورة جائز، وقد جاءت الآثار عن الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم - أنهم فعلوا ذلك من غير نكير، وقال . عليه الصلاة والسلام . : " إن الله تعالى لا يجمع أمتي على ضلالة"⁽⁷⁾.

وروي أن رجلاً من إراش⁽¹⁾ جاء إلى مكة بإبل فباعها من أبي جهل - لعنه الله - فمطّله، فقام في المسجد فقال: يا معشر قريش، إني رجل غريب وابن سبيل بعثتُ إبلًا من

(1) في ف: قامت.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 310/3، والفتاوى الهندية 394/3.

(3) العدوى: هي المعونة، يقال: استعدى فلان السلطان على ظالمه أي استعان به، فأعداه عليه، أي أعانه عليه، والتعدي هو مجاوزة الشيء . تهذيب اللغة، مادة: عدو 345/1، مختار الصحاح، مادة: عدو 466/1 .

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل، والمعنى لا يستقيم بدونها.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 303/2، والبنية 41/8.

(7) أخرجه الترمذي، كتاب الفتن، باب: لزوم الجماعة، حديث رقم (2167)، 466/4، وأبو داود بنحوه، كتاب الفتن والملاحم، باب: ذكر الفتن ودلائلها، حديث رقم (4253)، 98/4، وابن ماجه، كتاب الفتن، باب: السواد الأعظم، حديث رقم: (3950)، 1303/2، وهو بعض حديث، وقال الترمذي: حديث غريب من هذا الوجه، وسليمان المدني هو عندي سليمان بن سفيان، وصححه الألباني في صحيح الجامع، حديث رقم: (1848) .

أبي جهل، فمطلني وظلمني، فمن رجل يعدني عليه ويأخذ لي حقي، ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - في المسجد⁽²⁾، [فقال]⁽³⁾ رجل: ذلك الرجل يعديك عليه، فانطلق إليه⁽⁴⁾، فذكر له ذلك، فقام معه، وبعثت قريش في أثرهما رجلاً، وإنما فعلوا ذلك استهزاءً لما قد علموا بين رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وبين أبي جهل - عليه اللعنة - من العداوة، فأتى الباب فضربه، فقيل: من هذا؟، فقال: محمد، فخرج أبو جهل وما في وجهه رائحة من الذعر⁽⁵⁾ من الخوف، فقال: أعط هذا حقه، فقال: نعم، فدخل فأخرج حقه فأعطاه إياه، فجاء الرسول فأخبرهم، وجاء الرجل فوقف عليهم وقال: جزاه الله خيراً فقد أخذ لي حقي، فلم يتفرقوا أن جاء أبو جهل - عليه اللعنة - فقالوا: ويلك ما صنعت؟، فقال: والله ما هو⁽⁶⁾ إلا أن ضرب علي الباب فقال: محمد، فذاب⁽⁷⁾ فؤادي⁽⁸⁾ وإن معه لفحلاً ما رأيت مثل هامته وأنيابه لفحل قط، إن كاد لأكلني لو امتنعت، فوالله ما ملكت نفسي أن أعطيت حقه⁽⁹⁾.

وفي الحديث بيان جواز الإعداء لمجرد الدعوى⁽¹⁰⁾، إلا أن اليوم القاضي لا يقوم بنفسه؛ لكثرة الخصوم، أو لما⁽¹¹⁾ فيه من الاستخفاف به⁽¹²⁾.

وإن كان الخصم خارج المصر قالوا: إن كان قريباً من المصر بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضي ويجيب ويبيت في منزله أعدى عليه، ثم كيف يصنع

(1) إراش: بطن من كهلان القحطانية، وهم بنو إراش بن عمرو بن غوث بن مالك بن زيد بن كهلان. ينظر: نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب للقلقشندي 63/1، ومعجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر بن رضا الدمشقي 13/1.

(2) في ف: في المجلس جالس.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: فانطلق رجل إليه.

(5) الذعر: بالضم، الخوف والفرع، لسان العرب، مادة: ذعر 306/4، وقوله: ما في وجهه رائحة من الذعر: مجاز، يراد به إذا كان خائفاً. قال الزمخشري: ومن المجاز قولهم: أتانا وما في وجهه رائحة دم. ينظر: أساس البلاغة، رَوَحَ 379/1.

(6) في ف: فقال: فوالله ما هو.

(7) في ف: فذهب. وهو الصواب، هكذا في شرح كتاب أدب القاضي.

(8) في ف: فذاب فؤادي فخرجت.

(9) ينظر: السيرة النبوية لابن هشام 233/2، والسيرة النبوية لابن كثير 469/1.

(10) في ف: لمجرد الدعوى، ألا ترى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قام بنفسه بمجرد الدعوى.

(11) في ف: ولما فيه.

(12) شرح كتاب أدب القاضي 309/2.

القاضي؟، قيل : يأمر المدعي بإقامة البينة أن له عليه حقاً، ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء، بل لأجل الإحضار، كما في كتاب القاضي إلى القاضي، فإذا أقام البينة أمر إنساناً أن يحضر معه⁽¹⁾، فإذا حضر معه أمر المدعي بإعادة البينة، فإذا⁽²⁾ أعاد / البينة العادلة قضي بها عليه، وقيل: يحلفه القاضي، فإن نكل أقامه من مجلسه، وإن حلف أمر إنساناً أن يحضر خصمه، والأول أصح : وعليه أكثر القضاة⁽³⁾.

وذكر الخصاف: أن القاضي يدفع خاتمه لإحضار الخصم إذا كان في المصر⁽⁴⁾، ويبعث من يحضره إذا كان خارج المصر، والقضاة على عكس هذا، فإنهم يبعثون الراجل في المصر، ويدفعون العلامة خارج المصر، وبعض القضاة يختارون في العلامة دفع الخاتم، وبعضهم دفع الطينة⁽⁵⁾، وبعضهم دفع قطعة القرطاس، وهذا لأن الخصم ربما يكون بعيداً عن الخصم، فالمدعي تلحقه مؤنة الراجل ويريد أن يتحمل تلك المؤنة بنفسه فلا يلزمه⁽⁶⁾ شيء، **فقلنا** : بأن القاضي يبذل له علامة ليذهب بها فيريه⁽⁷⁾ خصمه ويشهد على ذلك، فإن أجاب الخصم وحضر مجلس الحكم، وإلا يبعث إليه القاضي من يحضره⁽⁸⁾.

ومؤنة الشخص على من تكون؟ اختلفوا فيه، قيل : تكون على بيت المال، وقيل : تكون على المتمرد وهو الصحيح؛ لأنه لما تمرد فقد تحقق منه بسبب وجوب ذلك الحق كالسارق إذا قُطع، فإن ثمن الدهن الذي يحسم به عروقه قد يكون عليه، كذا هذا⁽⁹⁾.

(1) في ف: خصمه. ولعلها الصواب.

(2) في ف: وإذا.

(3) المحيط البرهاني 43/8، لسان الحكام 220/1، والبحر الرائق 303/6 .

(4) في ف: يدفع الخصومة إذا كان في المصر.

(5) الطينة : هو ما يختم به ، ويقال : طُبعان الأمير ، بالضم ، أي: طينه الذي يختم به الكتب، ليكون علامة على حفظ ما في الكتاب أو الصك . تهذيب اللغة ، مادة : طعم 215/1 ، لسان العرب ، مادة : ختم 163/12 ، تاج العروس ، مادة : طبع 5417/1 .

(6) في ف: ولا يلزمه.

(7) في شرح كتاب أدب القاضي : ويربها خصمه. وهو الصواب.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 317/2 ، المحيط البرهاني 45/8.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 317/2، الفتاوى الهندية 337/3.

وإذا امتنع الخصم من الخصومة عزره؛ لأنه أساء الأدب فيما⁽¹⁾ يصنع فاستوجب⁽²⁾ فاستوجب⁽²⁾ التعزير، فيعززه القاضي إما بالضرب، أو بالصفع، أو بالحبس على قدر ما يرى، أو يعبس وجهه.

وكذلك إذا سكت ولم يقل: إني أَحْضُرُ أو لا أَحْضُرُ إلا أنه لم يحضر معه في الوقت المؤقت⁽³⁾ له؛ لأن السكوت في موضع الجواب يكون امتناعاً عما دعي إليه⁽⁴⁾.

باب: ما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدي عدل أو لا يضعه إذا خوصم فيه

الأصل فيه أن كل ما كان حقاً [الله . تعالى .]⁽⁵⁾ يثبت فيه الحيلولة⁽⁶⁾، وما لم يكن يكن حقاً لله . تعالى . لا تجب فيه الحيلولة إلا أن يسأل المدعي، فالعلاقة الفاصلة بين حق الله . تعالى . وحق العبد⁽⁷⁾ وهو⁽⁸⁾ إن أقام المدعي البينة ثم ترك لا يترك فهو حق الله . تعالى . ، وإذا تَرَكَ المدعي يترك⁽⁹⁾ فهو حق العبد، ثم مسأله على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تجب فيه الحيلولة مطلقاً ، وهو الفروج، **والثاني:** ما لا تجب فيه الحيلولة إلا إذا كان صاحب اليد متهماً ، وهو المنقول، **والثالث:** ما لا تجب فيه الحيلولة أصلاً ، وهو العقار.

أما القسم الأول فهو على ثلاثة أوجه: ادعى جارية في يدي رجل وادعت الأمة أنها حرة الأصل، أو أنها⁽¹⁰⁾ أعتقها مولاها، فهو على ثلاثة أوجه: إما إن لم يُقم [الشهود]

(1) في ف: بما يصنع.

(2) في ف: واستوجب.

(3) في ف: في الوقت الذي وقت له.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 325/2.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) الحيلولة: هي الحجز والمنع، يقال: حال النهر بيننا حيلولة أي حجز ومنع الاتصال. ينظر: المصباح المنير، مادة: حول 157/1 ، وتاج

العروس ، مادة: حول 7007/1.

(7) في ف: وبين حق العبد.

(8) هكذا في النسختين والأولى إسقاط الواو.

(9) في ف: لا يترك.

(10) في ف: أو أنه.

(1)، أو أقام شاهداً واحداً، أو أقام شاهدين مستورين، فإن لم يُقم بينةً وسأل القاضي الحيلولة إلى أن يحضر شهوده لا يجيبه القاضي إلى ذلك؛ لأن مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق في حق المدعى عليه فلا تثبت به الحيلولة؛ لما في الحيلولة من إزالة يد المدعى عليه من غير سبب الاستحقاق، فلا يجوز (2).

وأما إن أقام شاهداً واحداً **فينظر** إن قال: لا شاهد لي سوى هذا الشاهد لا يحول بينها وبين ذي اليد؛ لأنه لا فائدة في الحيلولة إلى المجلس الثاني (3)، بأن قال: لي شاهدٌ آخر في المصر آتي به في المجلس الثاني لا يحول بينهما قياساً؛ لأن شطر الحجة لا يكون حجة، فصار وجوده وعدمه بمنزلة نفي مجرد المدعى بلا حجة (4).

ويجوز استحساناً إذا كان الشاهد عدلاً؛ لأن قول الواحد العدل حجة في باب الديانات حقاً لله . تعالى . ، والحل والحرمة حق لله . تعالى . ، فجاز أن تجب به الحيلولة إلى المجلس الثاني؛ لأنه مفيد (5).

وإن أقام شاهدين مستورين ينبغي للقاضي أن يضع الجارية على يدي امرأة ثقة مأمونة تحفظها حتى يسأل عن الشهود، ولا يتركها في يد ذي اليد؛ لأن/ شهادة المستور [826و] حجة للاستحقاق، ألا ترى أن القاضي لو قضى بهذه الشهادة يجوز، فقد ظهر سبب الاستحقاق، ولو تركت الجارية في يديه ربما يطؤها؛ لأنه يزعم أنها له ويستحل وطأها، فيكون القاضي ممكناً من ارتكاب الحرام، وسواءً فيه كان المدعى عليه عدلاً أو غير عدل؛ لأن العدل إنما يتحرز من ارتكاب ما يعتقد حراماً في دينه، والمدعى عليه يعتقد حلالاً فلا يمنع من وطئها (6).

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) الفتاوى الهندية 3/378.

(3) في ف: لأنه لا يمكنه أن يقضي بشاهد واحد، فكان في الحيلولة إزالة يد المدعى عليه وتعطيل ملكه من غير سبب الاستحقاق.

(4) الفتاوى الهندية 3/378.

(5) المصدر نفسه .

(6) الفتاوى الهندية 3/378.

ولا يضعها على يدي ثقة بدون سؤال المدعي؛ لأن الحق في هذا للمدعي، ألا ترى أنه لو ترك الخصومة بعد إقامته البينة يترك⁽¹⁾.

وإن كانت الأمة في يدي⁽²⁾ امرأة ادعاها رجلٌ لا يضعها على يدي عدلٍ وإن سأل؛ لأن القاضي لا يخاف وقوع الوطاء الحرام .

وكذلك رجل ادعى على أيمٍ نكاحاً ، فالقاضي يكفلها ولا يضعها على يدي عدلٍ؛ لأنها حرة مالكة نفسها لا يخاف منها الوطاء الحرام، وكذلك لو كانت جاريةً بكرًا في منزل أبيها فالقاضي لا يعزلها؛ لأنه لا تهمة فيه، وإنما يعزل التي مع رجل يطؤها⁽³⁾.

مسألة: ولو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثاً، فأقامت على ذلك بينة والزوج ينكر، فالقاضي لا يخرجها من بيت الزوج، لكن يجعل معها امرأة ثقة مأمونة تحفظها، وتمنع زوجها منها⁽⁴⁾ حتى يسأل عن شهودها⁽⁵⁾.

وفي الأمة يخرجها من بيت المولى فيضعها على يدي عدلٍ، فهما يفترقان في ذلك الحكم⁽⁶⁾.

والفرق: أن شهود المرأة إن كانت كاذبة⁽⁷⁾ كانت منكوحة، وإن كانت صادقةً كانت معتدة، والمنكوحة لا تخرج من بيت الزوج، والمعتدة لا تخرج من بيت العدة، فأما شهود الأمة إن كانت كاذبة فأمّة [منكوحة]⁽⁸⁾، وللأمة أن تخرج من البيت، وإن كانت صادقة كانت حرة، وللحرة أن تخرج⁽⁹⁾، فإن⁽¹⁰⁾ عدلت البينة فرق بينهما، إلا أن الثابت بالبينة العادلة

(1) الفتاوى الهندية 378/3.

(2) في ف: في يد.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 201/3 ، والفتاوى الهندية 378/3.

(4) في ف: منه.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 198/3.

(6) المصدر نفسه .

(7) في ف: كذبة.

(8) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(9) في ف: أن تخرج أيضاً.

(10) في ف: وإن عدلت.

العادلة كالثابت بالمعينة، فإن لم تُعَدَّل وقالت المرأة: لي شهود آخرون أحضرهم⁽¹⁾ أيضاً، فإنها تترك على حالها حتى يبين أمرها؛ لأن بهذه الشهادة تجب ابتداء الحيلولة، فلأن تبقى كانت أولى⁽²⁾.

وكذلك امرأة مع رجل ادعت أنه تزوجها نكاحاً فاسداً، أو أقامت⁽³⁾ بينة على ذلك، وهو يزعم أنه تزوجها نكاحاً صحيحاً، فإنه يعزلها ويضعها بين يدي رجل عدل⁽⁴⁾.

وكذلك رجل ادعى أمة في يدي رجل وقال: بعثها من ذي اليد بيعاً فاسداً، و أقام على ذلك بينة، وقال ذو اليد: اشتريتها شراءً صحيحاً، أو قال: هي جاريتي ولم أشتريها منه فالقاضي يعزلها؛ لأنه [لو]⁽⁵⁾ زُكِّيت البينة كان الوطاء حراماً، فالقاضي يخاف وقوع الوطاء الحرام، قيل: إنما يعزلها في دعوى الشراء مخافة الوطاء المكروه؛ لأن الوطاء للمشتري شراءً فاسداً يكون مكروهاً لا حراماً⁽⁶⁾.

أما القسم الثاني : وهو إذا ادعى غلاماً في يدي رجل، أو دابة، أو عرضاً، أو منقولاً، وأقام على ذلك بينة، وسأل القاضي أن يضعه على يدي عدلٍ [لا يفعل]⁽⁷⁾؛ لأن اليد مقصود⁽⁸⁾ في العين، كما أن الملك مقصود، ثم لا يجوز استحقاق الملك بالبينة قبل⁽⁹⁾ ظهور العدالة، ولا يجوز [أيضاً]⁽¹⁰⁾ استحقاق اليد بالبينة قبل ظهور العدالة، وفي التزويج أمر الحيلولة⁽¹¹⁾ احتياطاً للحرمة، وقد انعدم هذا المعنى هنا فلا تخرج العين من يده، لكن يأخذ منه كفيلاً بنفسه وبالمدعي⁽¹²⁾ حتى لا يغيب ولا يُغيب العين، وإن كان المدعى عليه فاسقاً، أو

(1) في ف: أحضرتهم أيضاً.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 198/3.

(3) في ف: وأقامت بينة. وهو الصواب.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 204/3، والفتاوى الهندية 378/3.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 204/3، والفتاوى الهندية 378/3.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) في ف: مقصودة، وهو الصواب.

(9) في ف: بعد.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) في ف: بالحيلولة. وهو الصواب.

(12) جاء في شرح كتاب أدب القاضي 205/3: يأخذ منه كفيلاً بنفسه وبالمدعي به.

متلافاً مخوفاً على ما في يده أن يتلفه، أو يغيبه، فإنه يضعه على يدي عدل؛ لأنه⁽¹⁾ لا يؤمن أن يتلفه تعنتاً، فالقاضي يخرج من يده على وجه⁽²⁾ التعنت⁽³⁾.

وأما القسم الثالث: لو ادعى عقاراً في يدي رجل وأقام بينة، لا يأمره القاضي بالوضع في يدي رجل عدل ولا بالكفيل؛ لأنه لا يمكن تعيينه، إلا أن يكون أرضاً فيها شجر مثمر فيوضع على يدي عدل⁽⁴⁾.

مسألة: وكذلك جارية في يدي رجل ادعى رجل نصفها أنه ملكه فأقام على ذلك بينة، فالقاضي لا يخرجها⁽⁵⁾ من يدي ذي اليد؛ لأنه لو ثبتت الشركة فيها بالبينة فالقاضي لا يزيلها عن يده، ولكن يأمرها بالتهايؤ⁽⁶⁾، فقبل ظهور الشركة أولى ألا يزيل يده عنها⁽⁷⁾. وكذلك لو كانت جارية بين رجلين فقال أحدهما للقاضي: إن شريكي ليس بمؤتمن، وأخاف منه أن يواقع هذه الجارية، لا يضعها على يدي عدل⁽⁸⁾.

وكذلك لو قالت امرأة للقاضي: لست آمنُ على نفسي من زوجي أن يقربني في⁽⁹⁾ الحيض، فضعني على يدي رجل كلما حضت، لا يضعها⁽¹⁰⁾.

مسألة: رجلان تنازعا في جارية وهي في / أيديهما، وكل واحد فيهما يدعيها أنها [827ظ]

له، وحضرا القاضي، فالقاضي يدعيها في أيديهما ويقول لكل واحد: أقم البينة على دعواك؛ لأنها متى كانت في يديهما فكل واحد يمنع صاحبه من وطئها، وإن تنازعا فيها إلى أن

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) في ف: علي سبيل التعنت.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 205/3.

(4) في ف: على يدي عدل إذا خيف المطلوب على استهلاكه؛ لأن الثمر منقول، والمنقول مهياً للاستهلاك من المطلوب فيوضع. ينظر: شرح

كتاب أدب القاضي 202/3، والفتاوى الهندية 380/3.

(5) في ف: يخرجها من يد ذي اليد.

(6) التهايؤ: مأخوذ من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة، يقال: تهيأ القوم تهايؤاً، أي جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد:

النوبة. ينظر: المغرب في ترتيب المغرب، مادة: هيا 392/2، والمصباح المنير: مادة: هيا 645/2.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 207/3.

(8) المبسوط للسرخسي 173/2، وشرح كتاب أدب القاضي 207/3.

(9) في ف: في الحيض أن يقربني.

(10) شرح كتاب أدب القاضي 208/3، والمحيط البرهاني 116/8، والفتاوى الهندية 380/3.

يقيما البيئة، أمرهما القاضي أن يجتمعا على رجل يضعانها على يديه إلى أن تقوم لهم⁽¹⁾ بيئة؛ لكي تنقطع المنازعة، فإن أقام أحدهما بيئة على دعواه، ولم يقم الآخر، وَضَعَهَا عَلَى يَدِي عَدْلٍ إِلَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ كُلَّهَا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، وَادْعَى الْآخَرَ كُلَّهَا، فَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيْنَةً، وَضَعَهَا الْقَاضِي عَلَى يَدِي عَدْلٍ، فَكَذَا هَذَا⁽²⁾.

باب: الحبس والملازمة

يحتاج إلى معرفة مشروعية الحبس، وسببه، وكيفيته، ومتى يحبس؟، [ومن يحبس؟، ومن لا يحبس؟]⁽³⁾، ومتى يطلق؟.

أما مشروعيته : فلقوله . تعالى . ﴿ فَأَمْسِكُوهُمْ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّهِنَّ الْمَوْتُ ﴾⁽⁴⁾ الآية، وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حبس رجلاً في تهمة⁽⁵⁾، وروي أن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه⁽⁶⁾ - بنى سجناً وسمي نافعاً، فلم يكن حصيناً فانفلت الناس منه، ثم هدم وبني سجناً وسماه مخيساً⁽⁷⁾ حتى قال فيه شعراً:

(1) هكذا وردت في النسختين والصواب: لهما.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 208/3.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) سورة النساء ، من الآية: 15.

(5) أخرجه الترمذي في سننه بلفظ: " حبس رجلاً في تهمة ثم خلى سبيله" ، كتاب الدييات عن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . ، باب: الحبس في تهمة ، حديث رقم : (1417) ، 28/4 ، وأبو داود في سننه ، كتاب الأفضية ، باب : في الحبس في الدين وغيره ، حديث رقم : (3632) ، 350/3 ، والنسائي بلفظ : " حبس رجلاً في تهمة ثم خلى سبيله" ، كتاب قطع السارق ، باب: الحبس في تهمة ، حديث رقم : (7362) ، 328/4 ، وقال الترمذي : حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده : حديث حسن ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الضمان ، باب : ما جاء في الكفالة بيد من عليه حق ، حديث رقم: (11414) ، 127/6 .

(6) في ف: كرم الله وجهه.

(7) المخيس : الخيس بالكسر : الشجر المتألف ، والخيس بالفتح : مصدر قولك : خاست الحيفة أي أروحت ، ومنه قيل : خاس الطعام ، أي فسد ، وخاس به أي غدر به، المخيس بالفتح هو موضع التذليل ، والمخيس بالكسر : معناه المذلل ، وقيل: هو السجن؛ لأنه يُخيس المحبوسين. الصحاح في اللغة ، مادة : خيس 1/193 ، لسان العرب ، مادة : خيس 6/74 ، تاج العروس ، مادة : خيس 1/3926.

ألا ترى أنني كَيْساً مُكَيْساً بنيت بعد نافع مُخَيِّساً حصناً حصيناً وأميراً كَيْساً⁽¹⁾ ولأن المطلوب لما امتنع [من]⁽²⁾ إيفاء ما عليه، فقد حبس الطالب عن⁽³⁾ منافع ملكه مع القدرة على إيصاله إلى منافع ملكه بالإيفاء، فوجب أن يحبس المطلوب⁽⁴⁾ من جنس فعله⁽⁵⁾ وجنابته⁽⁶⁾، كما قال الله . تعالى . : ﴿ وَحَزَّوْاْ سَيِّئَةً سَيِّئَةً مِّثْلَهَا ﴾⁽⁷⁾.

وأما سببه: فهو ظهور مماطلته بالامتناع عن إيفاء الحق؛ لأنه متى ظهرت مماطلته، فقد ظهر ظلمه وحيفه؛ لقوله . عليه الصلاة والسلام .: "مطل الغني ظلم"⁽⁸⁾، فيجب حبسه عقوبة على ظلمه، حتى إذا ثبت على المدعى عليه مالٌ إما بإقراره⁽⁹⁾ أو ببينة فالقاضي لا يحبسه ما لم يطلب المدعي حبسه، خلافاً لشُرْح، ثم إذا ثبت الحق بإقراره فالقاضي لا يحبسه في أول مرة، بل يقول له: أعطه حقه، فإن عاد إليه حبسه، وإن ثبت بالبينة يحبسه في أول مرة⁽¹⁰⁾.

والفرق : أن الحبس إنما يجب باعتبار مماطلة الغني، فإذا أقر لم تظهر مماطلته؛ لأن من حجة المقر أن يقول: ظننت أنك تمهلني، فإن أبيت أوفيك حقك، أما بالجحود فظهرت مماطلته وظلمه وتمرده، **وأما كَيْفِيَّتُهُ** فلا ينبغي للقاضي أن يضرب محبوساً في دين ولا غيره، ولا يصفد، ولا يقيد، ولا يغل، ولا يمد، ولا يجرد، ولا يقيمه في الشمس؛ لأن العقوبة على المماطلة شرعت بالحبس لا غير؛ لأن المديون إنما حبس حقه لا غير، فيجازى

(1) الرجز لأمر المؤمنين علي بن أبي طالب . رضي الله عنه . في ديوانه ، ص 114 .

(2) ما بين معكوفين سقطت من : ف .

(3) في ف : من .

(4) في ف : يحبس المطلوب مجازاة على فعله .

(5) في ف : جرمه .

(6) المحيط البرهاني 232/8 .

(7) سورة الشورى، من الآية: 37 .

(8) متفق عليه . أخرجه البخاري في صحيحه في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب: مطل الغني ظلم ، حديث رقم :

(2270) ، 845/2 ، مسلم في المساقاة ، باب : تحريم مطل الغني وصحة الحوالة ، حديث رقم : (4085) ، 34/5 .

(9) في ف : بإقرار .

(10) المحيط البرهاني 232/8 ، والبنية 26/9 .

بحبسه؛ ليكون جزاؤه من جنس جنابته، فإذا خاف القاضي على المحبوس في السجن أن يفر من حبسه حوَّله إلى حبس اللصوص؛ لأن القاضي يحتاج إلى حفظه، فإذا كان يخاف منه الفرار من السجن حوله إلى حبس⁽¹⁾ اللصوص، إلا إذا كان يخاف عليه منهم لما بينه وبين اللصوص عداوة، وعرف أنه لو حوَّله إليهم لقصدوه لا يحول؛ لأن فيه إهلاكه⁽²⁾.

والمحبوس في السجن لا يمنع من دخول أهله وأقاربه عليه؛ لأننا متى منعنا أهله وأقاربه من الدخول عليه ليقوموا بحوائجه حال عجزه عن الإقامة بنفسه أدى إلى إتلافه، والحبس لم يشترط للإتلاف؛ ولأن المقصود من الحبس إيصال ذي الحق إلى حقه، وإطلاق أهله في الدخول عليه أبلغ في تحصيل هذا المقصود؛ لأنه يستعين بهم في قضاء ما عليه من الدين⁽³⁾.

ويجعل للنساء سجن على حدة؛ نفيًا لوقوع الفتنة على ما قيل: "باعدوا بين أنفاس النساء والرجال"⁽⁴⁾، ومتى حبسه القاضي يكتب اسمه، ونسبه، حتى يطالب السجن بتسليم ذلك إليه، والتعريف إنما يحصل بالاسم والنسبة، ويكتب اسم من يُحبس لأجله؛ لأنه لو لم يكتب⁽⁵⁾ ربما يجيء إنسان آخر فيدعي⁽⁶⁾ أنه حبسه في دينه ويخرجه ويهرب من القاضي والخصم غيره، ويكتب⁽⁷⁾ مقدار الحق عليه، لأنه ربما يجيء المحبوس بمال قليل، ويقول للقاضي: حبسني لهذا القدر من المال فيدفع إلى القاضي ويهرب، ويكتب التاريخ، فيكتب: حُبس فلان بن فلان بكذا وكذا درهمًا من يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا؛ لأنه ربما

(1) في ف: سجن.

(2) المحيط البرهاني 243/8 ، والفتاوى الهندية 414/3.

(3) المحيط البرهاني 243/8 ، العناية 279/7 ، والفتاوى الهندية 418/3.

(4) ذكره إسماعيل العجلوني في كشف الخفاء بلا سند ، رقم : (875) ، 319/1 ، قال : وقال القاري في كتابه الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة ، حديث رقم : (114) ، 146/1 غير ثابت ، وقال الإمام الألباني في السلسلة الضعيفة: لا اصل له ، حديث رقم (6296).

(5) في ف: لو يكتب.

(6) في ف: فادعى.

(7) في ف: ويثبت.

يحتاج إلى أن يسمع البينة على إفلاسه، وإنما يسمع بعد مدةٍ فلا بد وأن يعرف هل انقضت تلك المدة؟، وإنما يعرف بالتاريخ⁽¹⁾.

وأما متى يحبسه؟، فإنما يحبسه إذا عرف⁽²⁾ يساره من قبل، أو وجب⁽³⁾ الدين بدلاً عما هو مال كئمن متاع، أو بدل قرض حتى ثبت بما دخل⁽⁴⁾ في ملكه وزواله محتمل فحينئذ يحبسه؛ لأنه موسر امتنع عن إيفاء ما عليه⁽⁵⁾.

وإن اختلفا وزعم⁽⁶⁾ الطالب أنه موسر، وزعم المطلوب أنه معسر، ذكر الخصاف في أدب القاضي: القول قول المطلوب؛ لأن العسرة أصل في بني آدم، فالمطلوب متمسك بالأصل، والطالب يدعي أمراً عارضاً⁽⁷⁾.

وذكر في المبسوط: القول قول الطالب؛ لأنه متمسك بما هو ثابت في الأصل باتفاقهما وهو اليسار⁽⁸⁾.

مسألة : مَنْ عرف يساره من قبل، أو وجب⁽⁹⁾ الدين بدلاً عما هو مال⁽¹⁰⁾ كالمهر وبدل الخلع، وغيرهما، فقال المطلوب: أنا معسر، وقال الطالب: إنه موسر، فالقول قول المطلوب في ظاهر الرواية، فإنه ذكر في النكاح لو اختلف الزوجان فقال الزوج : أنا معسر وعليّ نفقة المعسرين، وقالت المرأة: لا بل أنت موسر وعليك نفقة الموسرين، فالقول قول الزوج⁽¹¹⁾.

(1) البحر الرائق 308/6، حاشية رد المحتار 379/5.

(2) في ف: عرف القاضي يساره.

(3) في ف: ولو وجب الدين.

(4) في ف: بم دخل في ملكه.

(5) الفتاوى الهندية 412/3 .

(6) في ف: فزعم.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 362/2، والمحيط البرهاني 233/8.

(8) المحيط البرهاني 234/8.

(9) في ف: وأما إذا وجب الدين.

(10) في ف: عما ليس بمال.

(11) شرح كتاب أدب القاضي 362/2، بدائع الصنائع 25/4، والبحر الرائق 490.

ونصّ في العتاق عبد بين شريكين⁽¹⁾ أعتقه أحدهما، فقال المعتق: أنا معسر لا سبيل لك علي، وقال الساكت: إنك موسر ولي أن أضمنّك، فالقول قول المعتق⁽²⁾.

وذكر في كتاب الكفالة: إذا مات المحال عليه، فقال الطالب: مات مفلساً وعاد الدين إليك، وقال المحيل: مات موسراً، فالقول قول الطالب، [وروي عن أبي حنيفة في النوادر القول قول الطالب]⁽³⁾؛ لأن دعوى العسار بها تتأخر المطالبة إلى وقت اليسار، بمعنى دعوى الأجل، ولو ادعى المطلوب الأجل في هذه الديون فأنكر⁽⁴⁾ الطالب، فالقول قول الطالب، فكذا هذا⁽⁵⁾.

ووجه ظاهر الرواية: أن المطلوب متمسك بالأصل، فإن الفقر والعسر [أصل]⁽⁶⁾ في بني آدم، والغنى عارض، فكان الطالب مدعياً أمراً عارضاً، والمطلوب متمسك بما هو في الأصل فيكون القول له، بخلاف دعوى الأجل؛ لأن الأجل لا يثبت إلا بشرط، والشرط أمر عارض، فكان مدعي الأجل مدعياً عارضاً، ودعوى العسار وإن كان بمعنى دعوى الأجل إلا أنه أجل يثبت من غير شرط، فكان⁽⁷⁾ بمنزلة دعوى الأجل في الكفالة لما كان يثبت في حق الكفيل من غير شرط كان القول قول مدعي الأجل، فكذا هذا⁽⁸⁾.

وأما متى يطلقه؟ ذكر في الأصل: ويسأل عنه بعدما حبسه شهرين، فإن أخبره ثقة بإعساره يخرج من السجن والبيان أحوط، وروي عن الحسن عن أبي حنيفة⁽⁹⁾: ما بين أربعة أشهر إلى ستة أشهر، وذكر الطحاوي شهراً، والصحيح أن هذا ليس بتقدير لازم في مدة الحبس، بل هو موكول إلى رأي القاضي، إن شاء سألته بعد مضي شهر إذا وقع في

(1) في ف: رجلين.

(2) المبسوط للسرخسي 112/7، شرح كتاب أدب القاضي 362/2.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: وأنكر.

(5) العناية 246/7، والبحر الرائق 267/6.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: وكان.

(8) بدائع الصنائع 174/7، والعناية 267/6.

(9) في ف: رضي الله عنه.

رأيه أن مثل هذا الرجل لا يتحمل مرارة الحبس وشدته ولو كان موسراً، وإن وقع في رأيه أن مثله قد يتحمل ذلك ويكتم المال ولا يظهره فيسأل عنه، فإذا⁽¹⁾ أثبت أنه معسر ثبتت النظرة إلى الميسرة، فلو استدام الحبس كان حيفاً وظلماً، فإن أخبره عدل أو اثنان بإعساره قبل الحبس فيه روايتان:

في رواية: يقبل قوله ويحبس⁽²⁾، وفي رواية الخصاف: لا يقبل ويحبسه، وإليه ذهب عامة مشايخنا، وهو الصحيح؛ لأن الخبر لم يشرع حجة لإبطال حقوق العباد، والحبس حق الطالب، فلا يسقط⁽³⁾ حقه بمجرد الخبر بدون قرينة الصدق، وبعد الحبس انضمت إلى الخبر قرينة الصدق، وهو الحبس؛ لأن احتمال مرارة الحبس وشدته وصغاره دلالة صادقة على صدق المخبر عن إعساره، والخبر الفرد قد يلحق بالشهادة إذا انضمت⁽⁴⁾ انضمت⁽⁴⁾ إليه قرينة لها أثر في تحقيق الصدق، ألا ترى أن إقرار اثنين من الورثة⁽⁵⁾ [بالدين]⁽⁶⁾ جعل بمنزلة الشهادة؛ لأنه انضم إلى الخبر ماله أثر في إيجاب الصدق، وهو إقرارهما على أنفسهما؛ لأنه⁽⁷⁾ شرط العدد في الورثة؛ لأن⁽⁸⁾ حال منازعة⁽⁹⁾.

فإن⁽¹⁰⁾ أقام الطالب البينة أنه موسر⁽¹¹⁾، [وأقام المطلوب البينة أنه معسر]⁽¹²⁾، فالقاضي يقبل بينة الطالب؛ لأن بينته مثبتة، وبينة المطلوب نافية، والبينات مشروعة للإثبات لا للنفي، ثم إذا أخرج القاضي من السجن بإعساره لا يمنع الطالب من الملازمة

(1) في ف: وإذا.

(2) في ف: ولا يحبسه. وهو الصواب.

(3) في ف: ولا يبطل.

(4) في ف: متى انضمت.

(5) في ف: من الورثة أن إقرار اثنين على مورثهم بالدين.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) في ف: إلا أنه.

(8) في ف: لأن الحال. وهو الصواب.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 367/2، 368، والاختيار 90/2.

(10) في ف: وإن.

(11) في ف: معسر.

(12) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

أي الدوران معه، وعن أبي حنيفة⁽¹⁾ لا يلازمه؛ [لأن]⁽²⁾ العسار معنى يوجب تأخير المطالبة؛ لأن المعسر مستحق النظرة⁽³⁾ إلى الميسرة، فصار كما لو استحق النظرة بالتأجيل، بالتأجيل، فلو أجله صاحب الدين لا يمكنه الملازمة، فكذا هذا⁽⁴⁾.

وجه ظاهر الرواية: قوله - عليه الصلاة والسلام - : " لصاحب الحق اليد واللسان"⁽⁵⁾، واللسان"⁽⁵⁾، أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضي؛ ولأن المال غادٍ ورائح، فربما يظهر له مال في كل ساعة، فيلازمه بالنهار حتى إذا وقع في يده مال يأخذه منه؛ حتى لا يتلفه أو يكتمه، ولهذا قالوا : لا يلازمه الليلي؛ لأن الليلي ليست بوقت للكسب⁽⁶⁾، فلا يتوهم⁽⁷⁾ وقوع وقوع المال في يده في الليلي، فالملازمة لا تفيد⁽⁸⁾، حتى لو كان الرجل يكتسب في الليلي فيلازمه في الليلي، هكذا قال أبو جعفر الفقيه⁽⁹⁾: إذا كان لرجل على امرأة حق فالمدعي لا يلازمها، لكن يبعث معها أميناً من أمنائه من النساء، جاريةً أو امرأةً حتى تلازمها⁽¹⁰⁾.

وذكر الخصاف رجلاً حبس غريماً له ثم غاب، فسأل القاضي عن المحبوس فوجده معسراً، يأخذ منه كفيلاً ويخلي سبيله؛ لأنه ربما يغيب الطالب ويخفي نفسه، ويريد به أن يطول حبسه، فيتصرف⁽¹¹⁾ ويأخذ منه كفيلاً نظراً للمدعي حتى لا يهرب، فإذا حضر المدعي يلازمه⁽¹²⁾. ولو أراد المدعي أن يلازمه، وقال المديون: احبسني⁽¹⁾: كان الرأي لصاحب الدين، وله أن يلازمه؛ لأن كليهما حقه، وطباع الناس في هذا مختلفة، رُبَّ إنسان يختار الحبس، ورب إنسان يختار الملازمة، فكان الخيار [له]⁽²⁾ نظراً له⁽³⁾.

(1) في ف: رضي الله عنه.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: للنظرة.

(4) المحيط البرهاني ، 541/3 ، والاختيار 90/2.

(5) أخرجه الدار قطني في سننه : كتاب : الأفضية والأحكام وغير ذلك ، حديث رقم (4553) ، 415/5 ، وأصله في الصحيحين بلفظ: " لصاحب الحق مقالاً " ، وقال الزيلعي في نصب الراية 166/4: باب : الحجر بسبب الدين ، حديث مرسل.

(6) في ف: الكسب.

(7) في ف: ولا يتوهم.

(8) في ف: فلا تفيد.

(9) سبقت ترجمته، ص 90 .

(10) المحيط البرهاني 240/8 ، البحر الرائق 313/6.

(11) في ف: فيتضرر. وهو الصواب.

(12) شرح كتاب أدب القاضي 373/2.

مسألة: وإذا مرض المحبوس مرضاً أضناه⁽⁴⁾، فإن كان له خادم يخدمه لم يخرج من الحبس؛ لأن الحبس مشروع؛ ليضجر قلبه فيسارع إلى قضاء الدين، [وبسبب المرض يزداد الضجر، وتزداد مسارعة إلى قضاء الدين]⁽⁵⁾، وليس في عدم الإخراج خوف الهلاك عليه؛ لأن المعالجة في السجن والمنزل سواء، وإن لم يكن له من يخدمه يخرج من السجن؛ لأنه إن لم⁽⁶⁾ يخرج يخاف عليه الهلاك، والمستحق قضاء الدين دون الهلاك، ولا يخرج المحبوس في الجمعة والأعياد؛ لأنه تتعدم فائدة الحبس وهو الضجر متى خرج لقضاء حوائجه الدينية والدنياوية⁽⁷⁾.

مسألة: ولو حبس⁽⁸⁾ غريم له آخر يطلب دينه، فالقاضي يخرج المطلوب من السجن؛ حتى يجمع بينه وبين هذا المدعي؛ لأن إبطال حق الأول في الحبس ليصل المدعي إلى إثبات حقه مشروع؛ لأنه لا يلزم القاضي أن يذهب بنفسه إلى السجن، أو يبعث نائباً يسمع خصومة المدعي عليه؛ لئلا يفوت حشمة القضاء ولا يتمكن في أمره تهمة، فإذا أخرج من السجن فأقام عليه بينة بما ادعى وعدلت، قضي عليه بالحق ثم يعيده إلى السجن، إلا أنه يكتب في ديوانه اسمه، وفيمن حبس له أيضاً مع الأول، حتى إذا جاء الأول وقال: استوفيت منه حقي فإنه لا يُخلَى سبيله لمكان حق الثاني⁽⁹⁾.

(1) في ف: أحبستني.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 374/2.

(4) الضنى: هو شدة المرض، والأض هو الشدة والمشقة. الصحاح، مادة: أضض 15/1، لسان العرب، مادة: ضنا 486/14

، تاج العروس، مادة: أضض 4570/1.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: ولو لم يخرج.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 375/2، تبيين الحقائق 182/4، البحر الرائق 308/6.

(8) في ف: ولو جاء. وهو الصواب.

(9) المبسوط للرخسي 89/20.

ولو أقر المحبوس بالدين للثاني بأن أقر⁽¹⁾ قبل القضاء عليه بالإفلاس يصح؛ لأنه قبل أن يفلسه القاضي لا يكون محبوساً⁽²⁾ عن التصرف فيما في يده، وإن أقر بعدما قضي عليه بالإفلاس فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما لا يصح في حق المال في يده⁽³⁾، ويصح فيما استحدثه من المال بعد ذلك؛ بناءً على أن القضاء بالإفلاس هنا قضاءً بالحجر عن التصرف في ماله، فأبو حنيفة⁽⁴⁾ لا يرى الحجر على الحر، وهما يريان ذلك، فالقضاء بالتفليس حجر عندهما عن التصرف فيما في يده؛ حتى لا يتلف حق الغرماء بتصرفه [لما يأتي في كتاب الحجر]⁽⁵⁾.

وأما من يحبس ومن لا يحبس: فلا يُحبس الأبوان، والجدان، والجدتان إلا في النفقة

لولدتهما؛ لقوله . تعالى/ . : ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾⁽⁶⁾ ، وليس الحبس من [828و] المعروف؛ ولأن في الحبس نوع عقوبة ابتداءً للوالد، ولا يجوز أن يعاقب الوالد⁽⁷⁾ بتفويت حق حق على الولد كالقصاص، بخلاف الحبس للنفقة؛ لأنها عقوبة وجبت لدفع الهلاك عن الولد؛ لأن في تركها إهلاك الولد، ويجوز أن يعاقب الوالد لدفع الهلاك عن الولد، كما لو صال الأب على الولد، كان للولد دفعه بالقتل؛ لأنه يتضمن دفع الهلاك عن نفسه، فكذا هذا⁽⁸⁾.

ويحبس الأب، والوصي، والوكيل، بدين على الصغير إلى أن يظهر أن لا مال على

الصغير⁽⁹⁾؛ لأن قضاء دين اليتيم واجب عليهم، [وقد امتنعوا عن إيفاء دين واجب عليهم]

(1) في ف: إن أقر .

(2) في ف: لا يصير محجوراً. ولعلها الصواب.

(3) هكذا وردت في النسختين ، والصواب: في حق المال الذي في يده.

(4) في ف: رضي الله عنه.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: المبسوط للسرخسي 89/20.

(6) سورة لقمان، من الآية: 14.

(7) في ف: الولد.

(8) المحيط البرهاني 8/235، الاختيار 2/91، البحر الرائق 6/315.

(9) في ف: إلا أن لا مال للصغير. ولعلها الصواب.

(1) مع القدرة على إيفائه، وإذا حبس الكفيل [بأمره] (2) أو لوزم، له أن يحبس المكفول عنه [أو أو يلزم ليخلصه عنه؛ لأن ما لزم الكفيل من جهة الطالب كان على المكفول عنه خلاصه] (3)؛ لأنه لما كفل بأمره فهو الذي أوقعه فيه، فعليه خلاصه، ولهذا يرجع الكفيل بما أدى عن الأصل فيحبسه أو يلزمه؛ ليؤدي المال إلى الطالب، فيتخلص عما لزمه من جهة الأصل (4).

مسألة: ويحبس المولى لمكاتبه وعبده المأذون؛ لأن هذا الحبس وجب لدفع الهلاك الحكمي عن المكاتب وهو الرق، فإن المكاتب لا يعتق إلا بالأداء، ولا يقدر على الأداء إلا بالمال، والعبد المأذون لا يقدر على تفرغ رقبته من الدين إلا بالمال، وفي شغل رقبته بالدين إهلاكه معنى، فكان في حبس المولى دفع الهلاك عنهما [معنى] (5) فيُشْرَع، كما في حبس الوالد لنفقة الولد، ولا يحبسان (6) لأنه أمكنه إيصال المولى إلى حقه من غير حبس لأن المكاتب متى امتنع عن أداء بدل المكاتب (7)، كان للقاضي فسخ الكتابة عليه، فتصل إليه الرقبة، ووصول الرقبة كوصول بدل المكاتب (8)، وبخلاف دين آخر فإنه يحبس المكاتب به للمولى؛ لأن المكاتب متى امتنع عن أداء دين آخر سوى بدل الكتابة ليس للقاضي أن يفسخ الكتاب عليه، فالقاضي لا يقدر على إيصال المولى إلى حقه إلا بالحبس، فكان له أن يحبسه، ولا يثبت للمولى على عبده المأذون المديون دين صحيح فلا يحبس له (9).

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: الأصل.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) المبسوط للسرخسي 161/20، البحر الرائق 238/6.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: ولا يحبسان له.

(7) في ف: الكتابة.

(8) في ف: الكتابة.

(9) المحيط البرهاني 236/8، البحر الرائق 315/6.

ولا يحبس العاقلة في الدين⁽¹⁾ والأرش⁽²⁾ إن كانت لهم أعطية في⁽³⁾ بيت المال، بل بل يعطى من أعطياتهم؛ لأن الدية تستوفى من العطايا، وأنه في يد الإمام وإن لم تكن⁽⁴⁾ لهم عطايا بأن كانوا من أهل البادية يحبسوا؛ لأن القسامة بحق مستحق عليهم لولي القتل، فإن امتنعوا عن الإيفاء مع القدرة يحبسون⁽⁵⁾.

ولا يحبس الغلام المراهق الذي لا أب له ولا وصي إن استهلك مالاً لرجل، ولكن ينصب القاضي وكيلاً عنه يؤدي دينه؛ لأن القاضي وليه قادر على أداء دينه⁽⁶⁾ أو نائبه، وللقاضي أن يحبس الصبي التاجر على وجه [التأديب]⁽⁷⁾ لا على وجه العقوبة؛ حتى لا يماطل حقوق العباد؛ لأن⁽⁸⁾ الصبي يؤدي لينزجر عن الأفعال الدنيئة ولا يعاقب⁽⁹⁾. والله أعلم.

(1) في ف: في الدية. وهي الصواب.

(2) الأرش: دية الجراحات، والجمع: أروش وإراش، وسمي أرشاً؛ لأنه من أسباب النزاع. ينظر: الصحاح، مادة: أرش 10/1، وتاج العروس، مادة: أرش 4203/1.

(3) في ف: أعطية في مال.

(4) في ف: وإن تكن.

(5) المبسوط للسرخسي 91/20، والمحيط البرهاني 237/8.

(6) في ف: دينه بنفسه.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) في ف: فإن.

(9) البحر الرائق 315/6، رد المحتار 426/5.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

يحتاج إلى معرفة كون الشهادة [حجة]⁽¹⁾، وأنواعها، وتفسيرها، لغةً ، وشريعةً، وركناتها، وشرط جوازها، وحكمها شريعةً.

أما كونها حجة؛ لقوله . تعالى .: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽²⁾، وقوله .

تعالى .: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾⁽³⁾، وقوله - عليه الصلاة والسلام : " البينة على

المدعي واليمين على من أنكر "⁽⁴⁾؛ ولأن الشهادة [لو]⁽⁵⁾ لم تشرع حجة ما توصل ذو حق

إلى إثبات حقه قبل غيره حالة التجاحد والتتكر؛ لأنه عجز عن إثبات حق بما يوجب على

[علم]⁽⁶⁾ يقين وإحاطة وهو الوحي، وهو منقطع⁽⁷⁾، وعجز عن إثبات حقه بخبره لأنه متهم

فيه؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعاً ومغناً، وخبر الشاهد صدر لا عن تهمة وعري عن عرض

ومنفعة، فيفيد غلبة الظن وطمأنينة القلب، فصارت [الشهادة]⁽⁸⁾ حجة / ضرورة إحياء [829ظ]

للحقوق⁽⁹⁾.

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) سورة البقرة، من الآية: 281.

(3) سورة الطلاق، من الآية: 2.

(4) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في السنن الصغرى ، كتاب الدعوى والبيانات ، باب : البينة على المدعي واليمين على من

أنكر ، حديث رقم : (3413) ، 9/9 ، وأصله في الصحيحين بلفظ : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " . قال

الحافظ في الفتح : 283/5 : هذه الزيادة : " واليمين على من أنكر " ليست في الصحيحين وإسنادها حسن . وصححه الألباني

في الإرواء ، حديث رقم : (1938) ، 6/357.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: لأنه منقطع.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) الاختيار 2/139.

وأما تفسيرها لغة: فالشهادة لغة: ضد الغيب والحقيقة⁽¹⁾؛ لأنها مأخوذة من المعاينة، أي: يعلم ما كان مشاهداً ومعايناً له⁽²⁾.

وفي الشريعة: عبارة عن الإخبار عما شاهد⁽³⁾ وعاین بلفظة الشهادة في مكان مخصوص وهو مجلس القضاء⁽⁴⁾.

وأما ركنها: فقول الشاهد: إن فلان على فلان كذا؛ لأن الشهادة تقوم به⁽⁵⁾.

وأما شرطها: فجوازها على الخصوص بمجلس القضاء ، حتى لا تصح الشهادة إلا في مجلس القضاء لما نبين⁽⁶⁾.

وأما حكمها: ثبوت⁽⁷⁾ المشهود به إذا اتصل به القضاء⁽⁸⁾.

وأما أنواعها فتلاثة: شهادة الفرد، وشهادة المثني، وشهادة الأربع، أما شهادة الفرد فليست بحجة فيما يطلع عليه الرجال؛ لأن الله . تعالى . شرط شهادة اثنين في الحقوق التي تطلع⁽⁹⁾ عليه؛ بقوله . تعالى . ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽¹⁰⁾؛ لأن قول المثني أبعد عن التهمة وأقرب إلى الصدق والطمأنينة⁽¹¹⁾.

(1) في ف: الخفية. قلت : جاء في معاجم اللغة : إن الشهادة هي : الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان، وقيل : هي الخبر الخبر القاطع، ومنه شهد الرجل بكذا ، والمشاهدة هي المعاينة، وشهده شهوداً أي : حضره ، وشهد له بكذا شهادة ، أي : أدى ما عنده من الشهادة. الصحاح ، شهد 371/1، وتاج العروس ، شهد 2062/1 .

(2) في ف: معاينة وشاهداً.

(3) في ف: شاهده.

(4) الاختيار 139/2 ، العناية 364/7 ، والبحر الرائق 55/7.

(5) جاء في البحر الرائق 55/7 : أن ركن الشهادة هو : لفظة أشهد ، بمعنى الخبر دون القسم .

(6) جاء في العناية شرح الهداية 365/7: وشرطها: العقل الكامل، والضبط ، والولاية ، والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، والإسلام إن كان المدعى عليه مسلماً.

(7) في ف: فثبوت ، وهو الصواب .

(8) ورد في العناية 365/7 : أن حكم الشهادة هو : وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها.

(9) في ف: التي يطلع عليها الرجال. وهو الصواب .

(10) سورة البقرة، من الآية: 281.

(11) العناية 364/7.

وتقبل شهادة امرأة حرة مسلمة فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة، والثنتان أحوط،
والثلاثة أحب، وقال مالك: يشترط اثنتان⁽¹⁾، وقال الشافعي: يشترط أربعة⁽²⁾، والصحيح
والصحيح قولنا؛ لما روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنه أجاز شهادة القابلة⁽³⁾؛
ولأن شهادتهن على الانفراد فيما لا يطلع عليه الرجال جعلت حجة ضرورة إحياء
للحقوق⁽⁴⁾ المتعلقة بما لا يطلع عليه الرجال، والقياس أن تكون شهادة الفرد حجة تامة
كما في باب الديانات؛ لرجحان الصدق في خبره باعتبار عقله ودينه، إلا أنه جعل العدد
شروطاً فيما يطلع عليه الرجال نصاً لا قياساً، فبقي هذا على نصية⁽⁵⁾ القياس، مع أن هنا
هنا مست الضرورة، إلا أنه لا يشترط العدد كيلا يكثر النظر إلى العورة⁽⁶⁾.

مسألة: وهل يشترط لفظة الشهادة؟، قال مشايخ خراسان: يشترط؛ لأن هذه شهادة
محضة؛ لأنها توجب على غيره حقاً لا على نفسه، وقال مشايخ العراق: لا يشترط؛ لأن
هذا خبر لم يشترط لقبوله العدد، فلا يشترط لقبوله لفظة الشهادة، و[في]⁽⁷⁾ بعض روايات
المبسوط: ولا تقبل في ذلك شهادة رجل واحد، وقد اختلف المشايخ فيه: قيل: تقبل؛ لأنه

(1) المدونة على مذهب مالك، تأليف: عبد السلام بن سعيد التتوخي، يكنى ابا سعيد، المعروف بسحنون، دار الكتب العلمية،
الطبعة الأولى، سنة النشر: 1415هـ، 94/2، والمعونة 1553/1.

(2) قلت: وذهب الحنابلة إلى أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في المكان الذي لا يطلع عليه إلا النساء. ينظر: الأم 92/7، والمغني
والمغني في فقه الإمام أحمد، 17/12، والشرح الممتع على زاد المستقنع، للإمام محمد بن صالح بن محمد بن عثمان، دار ابن
الجوزي، ط: الأولى، 414/15.

(3) أخرجه الطبراني في الأوسط من حديث حذيفة. رضي الله عنه.، باب: من اسمه أحمد، رقم (596)، 189/1، وقال:
لم يرو هذا الحديث عن الأعمش إلا محمد بن عبد الملك، والدارقطني في سننه، كتاب: الأقضية، باب: في المرأة تقتل إذا
ارتدت، حديث رقم: (100)، 232/4، والبيهقي في الكبرى، كتاب: الشهادات، باب: ما جاء في عددهن، رقم الحديث:
(20329)، 151/10، وقال: محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش، وبينهما رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن
المدائني.

(4) في ف: إحياء للحقوق؛ لأنه لو لم يجعل حجة لصاعت الحقوق.

(5) في ف: قضية.

(6) العناية 372/7، والاختيار 140/2، والبحر الرائق 61/7.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

تقبل فيه شهادة امرأة واحدة، فلأن تقبل فيه شهادة واحد أولى، ولا يقال يفسق بالنظر إلى ما لا يحل؛ لأنه يشكل بما لو شهد على ذلك رجل وامرأتان، أو رجلان تقبل⁽¹⁾.

وقيل: لا تقبل؛ لأن شهادة امرأة واحدة، إنما جعلت حجة باعتبار الضرورة، [الضرورة]⁽²⁾ اندفعت بشهادتهما، فلا حاجة إلى جعل شهادة الرجال حجة في ذلك، وفي الاستهلال لا تقبل شهادة المرأة الواحدة إلا في حق الصلاة عليه عند أبي حنيفة، **وعندهما يقبل⁽³⁾ في حق الميراث أيضا⁽⁴⁾.**

لهما: أن الرجال لا يحضرون بحالة الولادة عادةً فمست الحاجة⁽⁵⁾ إلى جعل شهادتهما حجة في⁽⁶⁾ إثبات النسب، واستحقاق الميراث [ضرورة لإحياء الحقوق]⁽⁷⁾.
له: إنه حل للرجال سماع صوته، فلا ضرورة إلى جعل شهادتهن حجة في حق إثبات النسب واستحقاق الميراث]⁽⁸⁾.

ولو جاءت المعتدة بالولد، وشهدت القابلة بالولادة، إن كان الحبل ظاهراً أو أقر الزوج به يقبل، ويقضى بنسب الولد منه، حتى يرث منه بالإجماع، وإن لم يكن الحبل ظاهراً، ولا أقر الزوج لا يقبل عند أبي حنيفة⁽⁹⁾، حتى لا يثبت النسب [ولا يرث]⁽¹⁰⁾.

(1) الاختيار 140/2 ، والعناية 376/7 ، البنائة 114/9 .

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) هكذا وردت في النسختين، والصواب: تقبل.

(4) المبسوط للسرخسي 106/6 ، والبنائة 111/9 .

(5) في ف: الضرورة.

(6) في ف: حجة في حق.

(7) العناية 364/7 ، والبنائة 111/9 .

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: العناية 364/7 .

(9) في ف: رضي الله عنه.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

لهما : أن ولادة المعتدة متى ثبتت ظهر أن النسب كان ثابتاً بالنكاح الماضي، لا أنه ثبت بالولادة ابتداءً ، وكان في قبول شهادتهما إظهار نسب ثابت قبل الولادة فقبلت، كما في حال قيام النكاح، أو كان الحبل ظاهراً⁽¹⁾.

له: أن إثبات النكاح، وأنه مما يطلع عليه الرجال، وشهادتهن فيما [لا]⁽²⁾ يطلع عليه الرجال لا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد، فمتى كان النكاح قائماً، أو كان الحبل ظاهراً فقد تأيدت شهادتهن بمؤيد ، فقبلت على النسب، ومتى لم يكن النكاح قائماً ولا الحبل ظاهراً ولم يتأيد بمؤيد لم تقبل⁽³⁾.

وأما شهادة المثني فشهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام، إلا في⁽⁴⁾ الحدود والقصاص، وقال **الشافعي:** لا تقبل إلا في الأموال وتوابعها⁽⁵⁾، **والصحيح قولنا؛** لأن المرأة ساوت/ الرجل فيما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو القدرة على الشهادة، [829و] والضبط، والحفظ، والأداء؛ لوجود القدرة وهو العقل المميز المدرك، واللسان الناطقة، فتفيد شهادتهن حصول غلبة الظن⁽⁶⁾ بخبرهن، لكن الشرع لم يعتبرها حجة؛ لأنهن منهيات عن الخروج والبروز⁽⁷⁾؛ لما فيه من سبب الفتنة والفساد، وسبب الفساد يجب نفيه وإعدامه، فروعيت الذكورة في أحد شرطي الشهادة، حسماً لمادة الفساد بقدر الإمكان⁽⁸⁾.

(1) العناية 357/4.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: فلم يقبل.

(4) في ف: إلا في الزنى، وشهادة رجل وامرأتين مقبولة.

(5) وذهب المالكية إلى أن شهادة الرجل والمرأتين تقبل في الأموال خاصة دون حقوق الأبدان، والنكاح ، والعنق ، والدماء ، والجراح، وذهب الحنابلة إلى أن شهادة الرجل والمرأتين مقبولة في الأموال وما يقصد به المال، كالبيع والقرض، والوصية، وجناية الخطأ ، ولا تجوز في الحدود والقصاص. ينظر: الأم 18/6 ، والتلقين 213/2 ، والحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، والمبدع في شرح المقنع، 333/8، الروض المبهج، لمحمد بن أحمد المالكي، دار الكتب العلمية، ط: 1420 هـ ، 110/1.

(6) في ف: غلبة الظن وطمأنينة القلب بصدق الشهود، بخلاف شهادة النساء وحدهن؛ لأن غلبة الظن تحصل بخبرهن.

(7) في ف: البروز والخروج.

(8) العناية 364/7.

ولا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص؛ لما روى الزهري⁽¹⁾ أنه قال: مضت السنة من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، والخليفين من بعده، أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص⁽²⁾؛ لا تمكنت⁽³⁾ في شهادتهن شبهة قصور من حيث غلبة السهو والنسيان، والحدود لا تثبت مع الشبهات، [والمال يثبت مع الشبهات]⁽⁴⁾.

ولا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود؛ خلافاً للشافعي⁽⁵⁾؛ لأن تهمة الكذب وريب الإفك في الشهادة على الشهادة، تمكنت من وجهين: من جهة الفروع، ومن جهة الأصول؛ لأن كل واحد منهما⁽⁶⁾ غير معصوم عن الكذب، فكانت شبهة الكذب في الشهادة أكثر، فلم يثبت بها ما بني على الدرء بالشبهة⁽⁷⁾.

وأما شهادة الأربع فلا تقبل⁽⁸⁾ في الزنى شهادة أقل من أربعة؛ لأن الله - تعالى - خص الزنى بأربعة شهداء؛ لقوله - تعالى - : ﴿ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾⁽¹⁾ الآية؛

(1) محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبيد الله بن مهاجر بن الحارث بن زهرة بن كلاب، يكنى: أبا بكر، المشهور بابن شهاب، وهو أول من دون الحديث، وأحد الحفاظ والفقهاء، تابعي من أهل المدينة، كان يحفظ 2200 حديث، نزل الشام واستقر بها، قال ابن الجزري: توفي بشغب وهو آخر حد الحجاز وأول حد فلسطين سنة: 124 هـ. ينظر: صفوة الصفوة: 1/194، الأعلام للزركلي: 1/97.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأفضية، باب: في شهادة النساء في الحدود، حديث رقم: (28714)، 533/5، وضعفه الإمام الألباني في إرواء الغليل، حديث رقم: (2682)، 8/295.

(3) في ف: لأنه تمكنت. وهو الصواب.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: الأصل للشيباني، والمبسوط السرخسي 16/114، والاختيار 2/140.

(5) قال الإمام مالك - رحمه الله - : الشهادة على الشهادة جائزة في الحدود، والطلاق، والفرية، وفي كل شيء من الأشياء، وذهب وذهب الحنابلة إلى أنه لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا في حق يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي، وهو حقوق الأدميين، أما في حقوق الله تعالى فلا.

وقال الشيخ ابن عثيمين - رحمه الله - : الصحيح أن الشهادة على الشهادة تقبل في الحدود وغيرها. ينظر: الأم للشافعي 6/250، المدونة 4/23، والشرح الممتع 15/463.

(6) الضمير هنا يعود على الأصول والفروع.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 4/501، والاختيار 2/150، والعناية 7/364.

(8) في ف: لا تقبل.

الآية؛ لأن ستر الفاحشة وكتمانها واجب، والإشاعة وإظهارها محظور؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام-: " من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله"⁽²⁾، والزنا أفحش الفواحش وأقبحها، فيكون ستره أوجب، وإشاعته في الحظر أكد وأثبت، فتعلق ظهوره بزيادة العدد في الإشهاد؛ احتياطاً للستر؛ وتحرزاً عن الإشاعة؛ لأن قل ما يتفق الوقوف في الزنا والإيلاج⁽³⁾ للجماعة⁽⁴⁾. والله أعلم.

(1) سورة النساء، من الآية: 15.

(2) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الحدود : باب: الإقرار بالزنا: حديث رقم: (697)، 64 / 3 ، والبيهقي في الصغرى ، كتاب الأشربة ، باب : صفة السوط والضرب، حديث رقم: (2719) ، 345/3 ، وضعفه الألباني في الإرواء ، حديث رقم : (2328) ، 363/7.

(3) في ف: وهو الإيلاج.

(4) الاختيار 140/2.

باب: من تجوز شهادته ومن لا تجوز

الأصل فيه ما رواه الخصاف بإسناده عن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي (1) - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيدته، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره" (2)، وكل هذا مذهبنا.

ولا تجوز شهادة الوالد لولده وولد ولده، وإن سفلوا، ولا شهادة الولد لوالده (3) وإن علوا؛ ولا لأمه وجداته وإن علون؛ لأن هذه شهادة تمكنت فيها تهمة الكذب والميل؛ لأن منافع الأملاك بينهما متصلة عرفاً وشرعاً (4) اتصالاً لا يمنع وضع الزكاة فيه، فتحمله على الكذب باعتبار اتصال منافع الأملاك، ويتهم بالميل [إليه] (5) وفور الشفقة (6) في حقه (7).

ولا تجوز شهادة أحد الزوجين لصاحبه؛ خلافاً للشافعي (8)؛ لأن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة؛ لأن بهذه (9) الشهادة يظهر معنى الملك نفسه (10) وهو إطلاق الانتفاع بمال صاحبه؛ لأن لكل واحد منهما مطلق الانتفاع بملك صاحبه عادة، فيجرُّ إلى نفسه نفعاً ومغناً فيكون (11) متهماً فيه، وتجوز شهادة الأخ لأخيه وأخته؛ لأن التهمة بينهما

(1) في ف: عن رسول الله.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه من قول إبراهيم النخعي . رحمه الله . ، في شهادة الولد لوالده ، حديث رقم : (22860) ، 531/4 ، وأبو يوسف في الآثار بنحوه من قول شريح . رحمه الله . باب : القضاء ، حديث رقم : (739) ، 62/1 .

(3) في ف: وأجداده وإن علو .

(4) في ف: شرطاً .

(5) ما بين معكوفين سقطت من : ف .

(6) في ف: الشفقة .

(7) شرح كتاب أدب القاضي 410/4 ، 411 ، بدائع الصنائع 272/6 ، والاختيار 147/2 .

(8) قال الإمام مالك . رحمه الله . : " لا تجوز شهادة الزوج لامرأته ، ولا المرأة لزوجها " ، وهو ما ذهب إليه الحنابلة . ينظر : الأم 43/7 ، المدونة 452/2 ، المغني 174/10 ، الشرح الممتع 438/15 .

(9) في ف: هذه .

(10) في ف: لنفسه .

(11) في ف: فيكون في نفسه .

منتقية؛ لظهور التحاسد بينهما، ولعدم اتصال منافع الأملاك وتفقد⁽¹⁾ القرائن الحاملة على على الميل والكذب⁽²⁾.

ولا تقبل شهادة محدود في قذف وإن تاب، خلافاً للشافعي⁽³⁾، وتقبل شهادة المحدود فيما سواه كالزنى والسرقه ونحوها؛ لأن في المحدود في القذف ورد نص خاص بالنهي عن قبول شهادته، وهو قوله . تعالى . ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾⁽⁴⁾، نهى عن قبول شهادة الذين رموا على سبيل التأبيد؛ لأنه لا يتصور إسهاد⁽⁵⁾ حالة الرمي؛ لأنهما لفظان مختلفان لا يمكن التلفظ بهما في حالة واحدة، وبعد التوبة هو من الذين رموا فتناوله النص، وفيما عداه لم يرد النص عن النهي عن قبول شهادته، وإنما لم تقبل⁽⁶⁾ شهادته لأجل الفسق، وبالتوبة ارتفع الفسق⁽⁷⁾.

ولا تجوز شهادة الأعمى والأخرس، وقال مالك⁽⁸⁾: تقبل شهادة الأعمى/ في [830و] المسموعات دون المعقولات، وقال زفر والشافعي: تقبل فيما يحل الشهادة بالشهرة والتسامع، كالنسب، والموت، والنكاح⁽⁹⁾، **والصحيح قولنا**؛ لأن الأعمى لا يعاين ولا يشاهد، وبناء الشهادة على المعاينة والمشاهدة؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - للشاهد:

(1) في ف: لفقذ. وهي الصواب

(2) شرح كتاب أدب القاضي 409/4 ، المبسوط السرخسي 12/16، البناية 445/5.

(3) قال الإمام مالك . رحمه الله . : تجوز شهادة المحدود في القذف إذا ظهرت توبته وحسنت حاله، وقال الحنابلة: لا تقبل شهادة المحدود في القذف حتى يتوب وتوبته إكذابه نفسه. الأم 47/7، المدونة 23/4 ، والهداية على مذهب الإمام أحمد ، لمحفوظ بن أحمد، الناشر: مؤسسة غراس ، ط: الأولى 596/1.

(4) سورة النور، من الآية: 4.

(5) في ف: شهادة.

(6) في ف: لا تقبل.

(7) المبسوط للشيباني 472/4، المحيط البرهاني 322/8 .

(8) المعونة 1557/1 ، والمدونة 93/2.

(9) قلت : وذهب الحنابلة إلى جواز شهادة الأعمى في المسموعات إذا تيقن الصوت ، وتجوز في المرئيات التي تحملها في العمى، إذا عرف الفاعل باسمه ونسبه ، وما يتميز به ، وأما الأخرس فلا تقبل شهادته. الأم 48/7 ، والمبدع في شرح المقنع . 319/8

"إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع"⁽¹⁾؛ لأنه تمكنت التهمة في شهادته؛ لأنه متى لم يعاين المشهود له والمشهود عليه لا تتقطع الشركة [بينهما]⁽²⁾ بين غيرهما، في الاسم والنسبة، فتمكن في شهادته تهمة الكذب، وأما الأخرس؛ فلأن لفظة [غير]⁽³⁾ الشهادة لا تقوم مقام الشهادة، فكذلك الإشارة لا تقوم مقام العبارة مع أن في الإشارة تهمة المغالطة⁽⁴⁾.

وإن عمي بعد التحمل فكذلك عندهما⁽⁵⁾.

وعند أبي يوسف والشافعي تقبل؛ لأن التحمل قد صح لوجود المعاينة والمشاهدة فهو من أهل الأداء؛ لوجود القدرة، النظر⁽⁶⁾، والعبارة⁽⁷⁾.

لنا : أن في الأداء يحتاج إلى التمييز بين الخصمين والإشارة إليهما، و[في]⁽⁸⁾ تمييزه تصور الخلاف والغلط⁽⁹⁾، ويمكن الاحتراز عنه في الجملة، فيجب اعتبار الإشارة إلى الخصمين؛ تحرزاً عن الالتباس، كالبصير إذا أدى الشهادة من وراء الحجاب بالاسم والنسبة لا تقبل للاشتباه والالتباس، فكذا هذا، بخلاف الشهادة على الميت؛ لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن لصاحب الحق، فقام الاسم والنسبة مقام الإشارة⁽¹⁰⁾.

فالحاصل : أن العمى إذا وجد في إحدى هذه الأحوال الثلاثة: حالة التحمل، وحالة الأداء، وحالة القضاء، تمنع صحة القضاء عندهما⁽¹¹⁾.

(1) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان ، حديث رقم : (10974) ، 455/7 ، والحاكم في المستدرک ، کتاب الأحکام ، حديث رقم : (98) ، 99/4 ، وقال: صحيح الإسناد وكله من حديث محمد بن سليمان بن مسمول ، ورده الذهبي بقوله: هذا حديث واهٍ ، فإن محمد بن سليمان ضعفه غير واحد.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) مبسوط السرخسي 251/16 ، الاختيار 146/2 ، البناءة 134/9.

(5) الاختيار 146/2.

(6) في ف: وهو النظر.

(7) الأم 48/7 ، البحر الرائق 77/7 ، الاختيار 146/2.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) في ف: بالغلط.

(10) المحيط البرهاني 322/8.

(11) المحيط البرهاني 322/8.

وعند أبي يوسف لا يمنع إلا في حالة التحمل، والموت بعد الأداء قبل القضاء لا يمنع، والخرس، والفسق، والجنون وغيرها من أسباب الجرح تمنع القضاء بكل حال، ولا تقبل شهادة الفاسق إلا إذا كان فاسقاً معروفاً بالتجنب عن الكذب تقبل؛ لأن الفاسق لا يبالي أن يميل إلى الكذب ويتجنب⁽¹⁾ عنه عادة، فتمكنت فيه زيادة تهمة يمكن الاحتراز عنه، حتى إذا علم القاضي أنه صدوق اللسان تقبل شهادته، ثم الأصل أن الإنسان إنما يصير فاسقاً بزوال العدالة، والعدالة إنما تزول بارتكاب الكبيرة، ولا يزول بارتكاب الصغيرة إلا أن يصرّ عليها؛ لأن الإنسان قد يجتنب عن الكبائر ولا يجتنب عن الصغائر؛ لأنه قل إنسان أن يجتنب عن الصغائر، فلو زالت⁽²⁾ العدالة بارتكاب الصغيرة [لانسد باب الشهادة]⁽³⁾ إلا أن يصرّ عليها؛ لأن الصغيرة [قد]⁽⁴⁾ تصير كبيرة مع الإصرار عليها؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : "لا صغيرة مع الإصرار، ولا كبيرة مع الاستغفار"⁽⁵⁾، ثم الحد الفاصل بين الصغيرة والكبيرة أن الكبيرة إذا كانت⁽⁶⁾ حراماً محضاً، كاللواط، والزنا، وشرب الخمر، والسرقة، والقتل بغير حق، وأكل مال اليتيم⁽⁷⁾.

والصغيرة ما لم تكن حراماً محضاً، كالغمزة، والقُبلة، والنظر بشهوة، وشرب المسكر سوى [شرب]⁽⁸⁾ الخمر، وأكل الربا، ولا تقبل شهادة آكل الربا إذا أدمن عليه، وكذلك مدمن الخمر والمسكر، لأن آكل الربا ليس بحرام محض، لأن عقد الربا مفيد

(1) في ف: ولا يجتنب عادة. ولعلها الصواب.

(2) في ف: ولو زالت.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) أخرجه البيهقي في الشعب، فصل: في محقرات الذنوب، حديث رقم (6882)، 406/9، والقضاعي في الشهاب، باب: ليس كبيرة بكبيرة مع الاستغفار ولا صغيرة بصغيرة مع الإصرار، حديث رقم: (752)، 204/2، وضعفه الإمام الألباني في ضعيف الجامع، حديث رقم: (5127)، 740/1.

(6) في ف: أن الكبيرة ما كان حراماً محضاً. وهو الصواب.

(7) المحيط البرهاني 323/8.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

للملك بعد اتصال القبض، والملك مبيح⁽¹⁾، فلم يكن حراماً محضاً، وكان ناقصاً⁽²⁾ في كونه كبيرة، فصار ملحقاً بالصغيرة⁽³⁾، فشرطنا الإدمان فيه لهذا، وشرب الخمر وإن كان حراماً محضاً إلا أن الإنسان قد يقع في شربه مرة، فمتى دام على شربه فهو مقيم مصير على المعصية، وإذا لم يدم عليه فهو تائب نادم على ما فعل مستغفر مما صنع⁽⁴⁾.

وحكى أبو بكر الرازي⁽⁵⁾ عن الكرخي: أن من يأكل في السوق بين يدي الناس، أو يمشي في السوق بسرّويل ليس عليه غيره، لا تقبل شهادته؛ لأنه تارك للمروءة، والحمية⁽⁶⁾ علامة على عدم المبالاة بأمر الشريعة⁽⁷⁾.

وفي المنتقى⁽⁸⁾ : ولا تقبل شهادة من جلس مجلس الفجور، والمجانة⁽⁹⁾ على الشراب وإن لم يسكره، وكذا لا تقبل شهادة من يتهم بالفسق والفجور، ويظن ذلك به، لقوله - عليه الصلاة والسلام - : "ولا تقبل شهادة لمتهم"⁽¹⁰⁾ ، ولا تقبل شهادة من يلعب بالحمام ويطرهن؛ لأن اللعب معصية؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : "كل لعب حرام"⁽¹¹⁾، وإنما ثبت له هذا الاسم بالإصرار عليه، والصغيرة بالإصرار تصير كبيرة⁽¹²⁾.

(1) جاء في المحيط البرهاني 313/8 : وقال بعضهم : بأن الربا ليس بحرام محض؛ لأن الربا يفيد الملك عندنا بعد اتصال القبض، والملك مبيح للأكل في غير الخمر إن كانت حرمة السبب يمنع الأكل.

(2) هكذا وردت في النسختين ، ولعل الصواب: ناقضاً ، وهكذا وردت في المحيط البرهاني 313/8.

(3) في ف: كالملاحق بالصغيرة. وهو الصواب . وهكذا جاء في المحيط البرهاني 313/8.

(4) المبسوط للسرخسي 131/6 ، المحيط البرهاني 313/8 .

(5) سبقت ترجمته، ص 41.

(6) الحمية: هي الأنفة والغيرة ، يقال: حميت عن كذا حميةً إذا أنفت منه، وفلان ذو حمية منكرة إذا كان ذا غضب وأنفة. تهذيب اللغة ، حمى 205/2 ، وتاج العروس ، حمى 1/8354.

(7) لسان الحكام 245/1.

(8) سبق التعريف بالكتاب.

(9) المجانة: الماجن هو الذي لا يبالي قولاً وفعلاً ، أي ما قيل له وما صنع ، والجمع: مجان ، وقيل: الماجن عند العرب الذي يرتكب المقابح المرديّة ، والفضائح المخزية ، والمجان: الواسع ، يقال: ماء مجان أي كثير واسع. مختار الصحاح، مجن 642/1، لسان العرب، مجن 8172/1.

(10) هذا الحديث رواه محمد بن الحسن الشيباني بلفظ: " لا شهادة لمتهم " ، ينظر : المبسوط 16 / 232 .

(11) لم أقف عليه في كتب الحديث التي وقفت عليها.

(12) المبسوط السرخسي 131/16 ، والمحيط البرهاني 314/8.

وروى ابن سماعه⁽¹⁾ عن أبي يوسف: أقبِلُ شهادة من يطير الحمام مقصصة يقاس بها، ومن لعب بالنرد، والشطرنج، [والأربعة عشر]⁽²⁾، واشتغل⁽³⁾ بها عن الصلاة، وقام عليها⁽⁴⁾، أو أكثر الحلف عليها بالباطل والزور ولا تقبل شهادته⁽⁵⁾.

ولا تقبل شهادة المغني والمغنية/، ولا النائحة؛ لأن الغناء والنياحة معصية؛ لقوله- [831ظ] عليه الصلاة والسلام-: " لعن الله المغنيات والنائحات " ⁽⁶⁾، وهذا الاسم إنما يثبت للمُصرِّ؛ ولأنه يكون سخيفاً في العادة، معلناً بالمعصية، وكذا تارك الجماعة والجمعة مجاناً لا سهواً؛ لأن حضور الجمعة فرض، والجماعة وإن كانت سنة مؤكدة إلا أنها ملحقة بالفرائض، حتى لو تركها أهل البلدة جاز للإمام المقاتلة معهم؛ لأنها من شعائر الإسلام وخصائص الدين، فصار تركها معصية، ثم اختلفوا قيل: ما لم يترك الجمعة ثلاث مرات رغبةً عنها لا تمنع قبول شهادته؛ لأن الثلاث أدنى الجمع، وليس لما زاد عليها شهادة، وقيل: إذا تركها مرة لا تقبل شهادته، وهكذا ذكر الخصاص، فأما إذا تركها بعذر كالمرض⁽⁷⁾، وبُعْده من المِصر، أو بتأويل بأن كان يفسق الإمام أو يتهمه ببدعة لا لا ترد شهادته؛ لأنه في الوجه الأول معذور، وفي [الوجه]⁽⁸⁾ الثاني يصير صاحب هوى، هوى، وشهادة صاحب الهوى تقبل إذا كان عدلاً في التعاطي.⁽⁹⁾

(1) محمد بن سماعه بن عبد الله بن هلال التميمي، يكنى: أبا عبد الله، حافظ للحديث، ثقة، تجاوز المائة وهو كامل القوة، وكان يصلي في اليوم مائتي ركعة، ولي القضاء لهارون الرشيد ببغداد، وضعف بصره فعزله المعتصم، وكان يقول بالرأي، وصنف كتباً منها: أدب القاضي، والنوادر عن أبي يوسف، توفي سنة: 233 هـ ترجمته في: تاريخ بغداد: 5/ 341، الجواهر المضيئة: 58/2.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: متشاغل بها.

(4) في ف: ما مر عليها.

(5) بدائع الصنائع 6/269، وتبيين الحقائق 4/222.

(6) لم أقف عليه في المصادر التي وقفت عليها .

(7) في ف: في المرض.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 4/415، بدائع الصنائع 6/269، المحيط البرهاني 8/314.

وتقبل شهادة أصحاب الأهواء سوى الخطابية⁽¹⁾؛ خلافاً لمالك⁽²⁾؛ لأنه مسلم عدل في تعاطيه؛ لأنه امتنع عن محذور دينه، وما وُجد من فسق الاعتقاد لا يدل على شهادة الزور؛ لأنه اعتقده مباحاً بتأويلٍ، فلا يدل على شهادة الزور التي يعتقدها حراماً في دينه، كشهادة الكافر على الكافر، وليس من الخطابية قوم من الروافض⁽³⁾ يستجيزون الشهادة بالزور⁽⁴⁾.

المنتقى: قال أبو يوسف . رحمه الله . : لا أجزى شهادة من شتم أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؛ لأن هذا جنون وسفه، ألا ترى أنه لا يفعل ذلك إلا الأسقاط⁽⁵⁾، والأوضاع، والأرذال من الناس، وشهادة السخيف لا تقبل، وأقبل شهادة الذين الذين تبرؤوا منهم؛ لأنهم يعتقدونه ديناً، وإن كانوا على باطل؛ لأنه لم يظهر فسقهم⁽⁶⁾.

(1) الخطابية : فرقة من الفرق الضالة، وأهل البدع، وهم أصحاب أبي الخطاب، محمد بن زينب الأجدع، الذي عزا نفسه إلى عبد الله جعفر الصادق، فلما وقف الصادق على غلوه الباطل في حقه تبرأ منه، ولعنه، وأمر أصحابه بالبراءة منه، فلما اعتزل عنه ادعى الإمامة لنفسه، وكان أبو الخطاب يعتقد أن الأئمة أنبياء، وكان يؤله جعفر، وهم يجيزون وضع الحديث لنصرة مذهبهم. ينظر: منهاج السنة لشيخ الإسلام ابن تيمية . رحمه الله . 305/2، والملل والنحل للشهرستاني 172/1.

(2) الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، لأبي عمر يوسف بن عبد البر القرطبي، تحقيق: سالم عطا وآخرين، دار الكتب العلمية . بيروت، ط: بلا، سنة النشر 2000م، 268/8، والنوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد، القيرواني المالكي، تحقيق: عبد الفتاح الحلو وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، سنة النشر: 1999، 292/8.

(3) الروافض : فرقة من الفرق الذين يغفلون في بعض أهل البيت ويدعون لهم العصمة، ويسمون بالاثني عشرية، وهي كبرى الفرق الشيعية، كالذين في إيران والعراق، وسموا بالاثني عشرية؛ لقولهم باثني عشر إماماً، دخل آخرهم السرداب بسامراء على حد زعمهم، وسموا بالروافض؛ لرفضهم إمامة الشيخين أبي بكر وعمر . رضي الله عنهما . وقيل : لرفضهم زيد بن علي لما ترصى على أبي بكر وعمر . رضي الله عنهم .، ونشأت هذه الفرقة عندما ظهر رجل يهودي اسمه: عبد الله بن سبأ اليهودي وادعى الإسلام، وزعم محبة أهل البيت، وغالى في علي . رضي الله عنه . حتى رفعه إلى مرتبة الألوهية . والعياذ بالله . .

قال الإمام المجدد محمد بن عبد الوهاب النجدي بعد أن عرض عقيدة الروافض في سب الصحابة . رضي الله عنهم . : فإذا عرفت أن الآيات تكاثرت في فضل الصحابة، والأحاديث المتواترة بمجموعها ناصّة على كمالهم، فمن اعتقد فسقهم، أو فسق مجموعهم وارتدادهم عن الدين، أو اعتقد حقيقة سبهم وإباحته فقد كفر بالله ورسوله. ينظر: أصول وتاريخ الفرق 150/1، والملل والنحل 161/1، وزعماء الإصلاح لأحمد أمين، ص 10، والتوحيد للشيخ الفوزان 121/1.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 416/4، والبنية 145/9، والبحر الرائق 93/7 .

(5) في ف: السقاط.

(6) الاختيار 148/2.

ولا تقبل شهادة الشتم للناس والحيوان؛ لأنها معصية كبيرة، ومن سألت عنه فقالوا مُتَّهَمه شتم أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فإنِّي لا أقبل قولهم وأجيز شهادته؛ لأن هذا يورث تهمة الكذب والفسق، والأول يورث تهمة الكذب ما لم يسمع شتمه⁽¹⁾.

ولا تقبل شهادة المخنث [إذا]⁽²⁾ أراد التخنث تخنثاً يحدثه الرجل باختياره لا خلقته؛ لأن التخنث معصية⁽³⁾؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "لعن الله المؤنث من الرجال والمذكرات من النساء"⁽⁴⁾.

ولا تقبل شهادة النخاسين⁽⁵⁾ والدالين؛ لأنهم يحرفون⁽⁶⁾ ويكذبون ولا يباليون بذلك، وذلك، وأما من كان عدلاً منهم فلا تسقط عدالته وشهادته بسبب الحرفة، وكذا شهادة العشار⁽⁷⁾ الذي يأخذ بغير حق؛ لأن الأخذ بغير حق يكون ظلماً وفسقاً⁽⁸⁾.

وشهادة أهل الصناعات إذا كانوا عدولاً قال بعض العلماء: لا تجوز لكثرة خلفهم في الوعد، وكثرة ما تجري الأيمان الفاجرة بينهم⁽⁹⁾.

(1) الاختيار 148/2.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) المبسوط للسرخسي 131/16، والمحيط البرهاني 314/8.

(4) لم أفق عليه بهذا اللفظ، وإنما وقفت عليه بلفظ: "لعن الله المخنثين من الرجال، والمترجلات من النساء"، وهو بعض حديث، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب: إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، حديث رقم: (5445)، 2207/5، والترمذي، باب: ما جاء في المتشبهات بالرجال من النساء حديث رقم: (2785)، وأبو داود، كتاب الأدب، باب: في الحكم في المخنثين، حديث رقم: (4932)، 438/4، والنسائي في الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب: لعن المترجلات من النساء، حديث رقم: (9251)، 396/5، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب: الحكم في المخنثين، حديث رقم: (4932)، 438/4.

(5) النخاس: من يبيع الرقيق، تاج العروس، مادة: نخس، 4454/1.

(6) في ف: يحارفون.

(7) العشار: هو قابض العُشْر، تقول: عَشَرَ القوم يعشرهم عُشراً، وعَشَرهم، أي أخذ عشر أموالهم. لسان العرب، عشر 568/4، وفي الشرع: هو من نصبه الإمام ليأخذ الصدقات من التجار المارين بأموالهم عليه. ينظر: البحر الرائق 249/2.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 414/4، 415، الاختيار 148/2، البناءة 150/9.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 418/4، البناءة 150/9.

وقال عامة العلماء: تجوز؛ لأن المجوز هو العدالة وقد وُجدت، وإقامة العدالة دلالة على الصدق بالمقالة⁽¹⁾ في الشهادة، والخلف في الوعد للمدافعة لا لتحقيق الكذب في المقالة إلا إذا اعتادوا ذلك فلا تقبل⁽²⁾.

وشهادة بائع الأكفان لا تقبل، قيل: هذا إذا ترصد لذلك العمل؛ لأنه حينئذٍ يتمنى الموت والطاعون، أما إذا كان يبيع الثياب [هكذا للتجارة]⁽³⁾ ويشتري منه الكفن تجوز شهادته⁽⁴⁾.

وشهادة القروي والأعرابي لا تجوز عند بعضهم⁽⁵⁾؛ لكثرة الجهل بهم في أمور الشريعة، وعند عامتهم لا تجوز⁽⁶⁾ إذا كان عدلاً عارفاً بكيفية الشهادة تحملاً وأداءً⁽⁷⁾.

وعن ابن عباس قال: "لا تقبل شهادة الأقف⁽⁸⁾، ولا تقبل له صلاة، ولا تؤكل له ذبيحة"⁽⁹⁾، وعند عامة العلماء تجوز شهادته، وتؤكل ذبيحته؛ لأن ترك السنة لا يوجب الفسق إذا لم يكن الترك رغبةً عن [ترك]⁽¹⁰⁾ السنة، حتى لو ترك الختان رغبةً عن السنة لا تقبل شهادته، وإباحة الذبيحة يعتمد ملة التوحيد وقد وجدت⁽¹¹⁾.

(1) في ف: في المقالة.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 418/4.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 419/4، البحر الرائق 89/7.

(5) أي: عند بعض العلماء.

(6) في ف: تجوز. وهو الصواب.

(7) البنائة 150/9، ولسان الحكام 245/1.

(8) الأقف: هو الذي لم يُختن، يقال: رجل أقف أي لم يختن، والقفلة بالضم: الغرلة، وقلفها الخائن قلفاً أي قطعه، الصحاح في اللغة، قلا 93/2، تاج العروس، قلف 6080/1.

(9) هذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الأفضية، باب: في شهادة الأقف، حديث رقم: (23333)، 21/5.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) شرح كتاب أدب القاضي 421/4، 422، لسان الحكام 245/1.

وفي نوادر ابن رستم⁽¹⁾: قال محمد في رجل أعمى صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يلقن فيأخذ به قال: هذا شر من الفاسق في الشهادة، وروي عن ابن أبي مالك⁽²⁾ عن أبي يوسف: أجزى شهادة المغفل ولا أجزى تعديله؛ لأن التعديل يحتاج فيه إلى إلى الرأي والتدبير (...)(⁽³⁾) عليه فيأخذ من غير علم وتمييز⁽⁴⁾.

ولا تقبل شهادة من عرف/ بالمجانة، قيل: المجانة من شتم أصحاب رسول الله - [831و] صلى الله عليه سلم - وقيل: نسبة⁽⁵⁾ بعض أفعاله وأقوله بالمجانين، ومن يُجَنُّ ساعة ويفيق ساعة فشهد في حال الصحة تقبل شهادته؛ لأن ذلك بمنزلة الإغماء، والإغماء لا يمنع قبول الشهادة، وقدّر بعض مشايخنا في جنونه بيوم أو يومين، حتى لو جن يوماً أو يومين ثم يفيق فشهادته جائزة في حالة الصحة⁽⁶⁾.

(1) إبراهيم بن رستم، أبو بكر المروزي، من مرو الشاهجان، فقيه حنفي من أصحاب محمد بن الحسن، أخذ عن محمد وغيره من أصحاب أبي حنيفة، وسمع من مالك والثوري، وعرض عليه المأمون القضاء فامتنع، من تصانيفه: النوادر، وقد كتبه عن محمد بن الحسن الشيباني، توفي بنيسابور سنة: 211هـ. ترجمته في: الجواهر المضيئة: 1/ 38، والفوائد البهية: ص9، وكشف الظنون 1981/2.

(2) الحسن بن أبي مالك، كنيته: أبو مالك، الفقيه الحنفي، تفقه على أبي يوسف القاضي، كان غزير العلم، واسع الرواية، وتفقه عليه محمد بن شجاع، توفي سنة 204هـ. ينظر: الجواهر المضيئة 204/1.

(3) كلمة غير مقروءة في النسختين.

(4) البحر الرائق 78/7.

(5) في ف: من نسبة.

(6) لسان الحكام 1/ 245، والبحر الرائق 78/7.

باب: شهادة رافع المغرم وجالب المغنم

أصله: أن كل شهادة جرّت مغنماً، أو دفعت مغرمًا لم تقبل؛ لأنه⁽¹⁾ تمكنت فيها تهمة الكذب؛ لوجود دليل التهمة، وشهادة المتهم مردودة؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "ولا شهادة للمتهم"⁽²⁾؛ ولأنه بخل بالصدق؛ ولأنه يصير به ذا غرض في الشهادة؛ ولأنه يجر إلى نفسه نفعاً ومغنماً، فلا يفيد رجحان الصدق في قوله، وشهادة المستأجر للأجير المستأجر، والمستعير للمعير بالمستعار لا تقبل، لأنه يجر إلى نفسه مغنماً؛ لأنه يُظهر معنى الملك لنفسه وهو ملك الانتفاع، وشهادة الأجير⁽³⁾ الخاص كأجير المياومة والمشاهرة لا تقبل لمن استأجره، وشهادة [الأجير]⁽⁴⁾ العام كالأجير المشترك مثل: الخياط، والصباغ، والقصار⁽⁵⁾، تُقبل لمن استأجره⁽⁶⁾.

والفرق بينهما: أن الأجير الخاص يستحق الأجرة بمجرد التسليم لنفسه إلى مستأجره⁽⁷⁾ وإن لم يستعمله المستأجر⁽⁸⁾، فكأن حال ما شهد له يستحق الأجرة عليه، فكان فكان في المعنى كأنه استأجره للشهادة، ولا كذلك الأجير المشترك؛ لأنه لا يستحق الأجرة إلا بالعمل، وحين شهد غير مشغول بعمل الإجارة، فلا يستحق الأجرة؛ ولأن الغالب من الأجير الخاص الميل إلى الأستاذ، والمناضلة على أستاذه فتمكنت في شهادته تهمة يمكن الاحتراز عنها، ولا كذلك الأجير المشترك⁽⁹⁾.

(1) في ف: لأنها . وهو الصواب.

(2) لم أوقف على هذا الحديث في المصادر التي وقفت عليها.

(3) في ف: أجير.

(4) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(5) القصار: من يدق الثوب ويبيضه. ينظر: المصباح المنير ، مادة : فصر 2/505.

(6) المحيط البرهاني 322/8 ، تبين الحقائق 227/4 ، والبحر الرائق 83/7.

(7) في ف: إلى من استأجره.

(8) في ف: الأجر.

(9) البناية 140/9 ، البحر الرائق 83/7.

قال أبو حنيفة⁽¹⁾ في المجرّد⁽²⁾: لا ينبغي للقاضي أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره⁽³⁾.

ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض فيما سوى الحدود، والقصاص، والنكاح؛ لأنه لا شركة بينهما في هذه الأشياء، وفيما عداها له شركة في المشهود به، فكان شاهداً له⁽⁴⁾ وجه فتمكنت فيه التهمة، ولا تقبل شهادة شريك العنان⁽⁵⁾ في تجارته⁽⁶⁾.

مسألة: شاة في يدي رجل قال الآخر: اذبحها، فذبحها، فأقام رجل شاهدين أحدهما الذابح أن ذا اليد اغتصبها منه، لا تقبل شهادة الذابح؛ لأنه يدفع عن نفسه مغرمًا؛ لأن الذابح إن لم يكن عالماً يكون الأمر غاصباً وقت الذبح، فمتى اختار المشهود له تضمين الذابح يرجع بما ضمن على الأمر متى جازت شهادته، فيكون دافعاً مغرمًا وإن كان عالماً يكون الأمر غاصباً لم يكن له حق الرجوع، ولكن للمشهود له خيار التضمين يضمن أيهما شاء، وفي التخيير نوع تخفيف للذابح؛ لأنه ربما لا يختار المشهود له تضمينه، فكان دافعاً مغرمًا معني⁽⁷⁾.

ولو شهد أبناء البائع أو أبواه أن الشفيع طلب الشفعة من المشتري، والدار⁽⁸⁾ في يدي المشتري وهو ينكر ذلك، لا تجوز شهادتهم؛ لأنهم يبعدون الدرك⁽⁹⁾ عن البائع، ألا

(1) في ف: رضي الله عنه.

(2) المجرّد للحسن بن زياد اللؤلؤي الحنفي، وهو من كتب ظاهر الرواية عند الأحناف، رواه عن أبي حنيفة، وهو من الكتب المندثرة. كشف الظنون 1282/2، وهدية العارفين 266/1.

(3) البناءة 140/9، حاشية رد المحتار 479/5.

(4) في ف: شاهداً لنفسه من وجه. وهو الصواب.

(5) العنان: مصدر "عَنَ"، بمعنى اعترض، يقال: عَنَ لي أمر أي: اعترض، وقيل: مأخوذة من عنان الفرس؛ لأن كل من الشريكين جعل عنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه. ينظر: المغرب، مادة: عَنَ 87/2، والمصباح المنير، مادة: عَنَ 433/2.

(6) العناية 407/7، والبناءة 142/9، 143.

(7) المبسوط للسرخسي 148/16، والمحيط البرهاني 369/8، والفتاوى الهندية 484/3.

(8) في ف: فالدار.

(9) الدَرَكُ: هو التبعة، يقال: ما لحقك من درك فعليّ خلاصه. ينظر: لسان العرب، مادة: درك، 419/10.

ترى أنه لو استحقت الدار من يدي المشتري يرجع بالثمن على البائع، [ولو استحقت من يدي الشفيع لا يرجع بالثمن على البائع] (1) ، وإنما يرجع به على المشتري ثم هو يرجع على البائع (2).

مسألة: شهد رجلان أن لهما ولفلان كذا درهماً على فلان، لم تجز شهادتهما؛ لأن المشهود به مشترك بينهما، فصارا شاهدين لأنفسهما في البعض، فبطل بعض الشهادة فيبطل الباقي؛ لأن نصيب فلان لا يمتاز من نصيبهما حتى لو نسا على قطع الشركة بأن شهدا أن لفلان عليه خمسمائة وجبت عليه بسبب على حدة، ولنا عليه خمسمائة وجبت [بسبب] (3) على حدة تقبل شهادتهما في حق فلان؛ لأنه لا شركة بينهما (4) فيما شهدا لفلان (5).

مسألة: قال عبد الله : [هذا] (6) الذي في يد زيد كان لعمرو، أو أودعني زيد فرددته عليه، ثم ادعى أحد ورثة عمرو العبد فشهد له عبد الله به، إن علم الإيداع والرد من جهة أخرى فُبلت شهادته/، وإن لم يعلم لا تقبل؛ لأن الرد متى كان ظاهراً فلم يدفع (7) [831ظ] عن نفسه مغزماً؛ [لأنه لا ضمان عليه، ومتى لم يكن الرد ظاهراً فقد دفع عن نفسه مغزماً] (8)؛ لأنه ربما يجيء مستحق آخر لهذه العين ويقيم البينة أنها (9) ملكه، كان للمستحق أن يضمّن عبد الله؛ لإقراره أن العين كانت في يده، فإنه كان (10) مُودع الغاصب في حق المستحق، وبهذه الشهادة يدفع الضمان عن نفسه؛ لأنّا متى قبلنا

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) المحيط البرهاني 299/7.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: لهما.

(5) المحيط البرهاني 333/8، والفتاوى الهندية 471/3 نقلاً عن الأصل للشيباني.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: فقد دفع عن نفسه مغزماً، وهو الصواب .

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) في ف: أنه ملكه.

(10) في ف: وإن كان.

شهادته، وقضينا بالعين لو ارث عمرو لا يكون للمستحق تضمين عبد الله؛ لأنه وصل إلى الوارث الغاصب فبراً مودعه من الضمان.

مسألة: زوّج الوكيلان أو الوليان امرأة، ثم شهدا على زوجها أنه طلقها، جازت شهادتهما؛ لأنهما لم يسعيا في نقض عقد قد تم بهما، وإنما شهدا بتصرف مبتدأ على الزوج بعد النكاح فيقبل، كوكيلي الشراء إذا شهدا على موكلهما بالإعتاق بعد الشراء تقبل، فكذا هذا.

النوادر: لو استأجر داراً شهراً، أو سكن⁽¹⁾ الشهر كله، ثم ادعى رجل الدار فشهد المستأجر وآخر معه له، فالقاضي يسأل المدعي عن الإجارة أكانت بأمره أم بغير أمره؟، فإن قال : كانت بأمرى لم يقبل شهادة المستأجر؛ لأنه مُستأجر شهد بالمستأجر للأجر، وإن قال: كانت بغير أمرى قبل شهادته؛ لأنه ليس بمستأجر في حقه، ولو لم يسكن الشهر كله لم تجز شهادته وإن لم يدع المدعي أن الإجارة كانت بأمره⁽²⁾.

مسألة: ولو شهد المستأجران على المدعي للدار لآجرهما لإثبات الإجارة⁽³⁾ أو لإنسان آخر على المؤجر لفسخ الإجارة، قال أبو حنيفة: جازت شهادتهما سواء كانت الأجرة رخيصة أو غالية؛ لأنهما يشهدان إثبات الأجرة⁽⁴⁾ للآجر لا بالملك في المستأجر له.

وقال أبو يوسف : [ترد]⁽⁵⁾ شهادتهما في فسخها؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما الأجرة، وإن كانا ساكنين في الدار بغير أجر جازت شهادتهما⁽⁶⁾.

(1) في ف: وسكن الشهر كله. وهو الصواب.

(2) المحيط البرهاني 358/8، وحاشية ابن عابدين 137/7، والفتاوى الهندية 470/3.

(3) جاء في حاشية ابن عابدين 137/7: أن المدعى للذي آجرهما لإثبات الإجارة.

وجاء في الفتاوى الهندية 470/3 : لو شهد المستأجران أن المدعى للذي آجرهما.

(4) في ف: بإثبات الأجرة.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) حاشية ابن عابدين 137/7 ، والفتاوى الهندية 470/3.

مسألة: ثلاثة نفر قتلوا رجلاً عمداً ، فشهد اثنان منهم لواحد على الولي أنه قد عفا عنه، قال محمد: هو جائز؛ لأنهما شهدا على فعل غيرهما⁽¹⁾.

وقال أبو يوسف: هو باطل؛ لأنهما بهذه الشهادة يجبران إلى أنفسهما مغنماً، وهو سقوط القصاص عنهما وانقلابه مالا بعفو الولي عن أحدهما⁽²⁾.

وكذلك لرجل على أربعة نفر مال ، فشهد اثنان لاثنتين أنه قد أبرأهما من المال، قال محمد: هو جائز⁽³⁾.

وقال أبو يوسف: هو باطل⁽⁴⁾.

مسألة: رجل وكّل ثلاثة نفر بقبض ماله، فشهد اثنان على الثالث بالقبض وهو جاحد، لم تجز شهادتهما، ولو وكل كل واحد منهم بقبضه على حدة جازت شهادتهما على الثالث بالقبض⁽⁵⁾.

والفرق : أنه إذا جمعهم في الوكالة كان للشاهدين أن يتبعا القابض بثلثي ما قبض، فيكون في أيديهما حتى يدفعاه⁽⁶⁾ إلى الموكل ، فيجراً بشهادتهما منفعة القبض إلى إلى أنفسهما، ولا كذلك إذا لم يجمعهم⁽⁷⁾ في الوكالة؛ لأنهم ليسوا شركاء في الوكالة.

مسألة: المقضي له بالدين في تركة الميت إذا شهد لورثة الميت بحق على⁽⁸⁾ رجل لا يجوز؛ لأنه [لم]⁽⁹⁾ يجر بهذه الشهادة إلى نفسه مغنماً وهو أنه تعلق حقه بهذا المال⁽¹⁰⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 159/26 ، والفتاوى الهندية 484/3.

(2) الفتاوى الهندية 484/3.

(3) حاشية ابن عابدين 168/7.

(4) المصدر نفسه .

(5) الفتاوى الهندية 472/3.

(6) في ف: يدفعوه.

(7) في ف: لم يجمعهما.

(8) في ف: الحق للميت على رجل.

(9) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(10) المحيط البرهاني 406/8.

مسألة: ثلاثة لهم دين على رجل، فشهد اثنان على الثالث أنه قد أبرأه من حصته؛ لا يجوز؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما شركته إذا قبضا حصتهما وهو بمنزلة ما لو قبضا، وقال محمد: إن كانا قد قبضا حصتهما فشهادتهما جائزة؛ لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما شركته⁽¹⁾.

مسألة: اقتسم الشركاء أرضاً بينهم، فصار في يد كل واحد منهم حصته، ثم شهد بعضهم على واحد منهم أنه أقر بما في يده لفلان، لا تقبل؛ لأنه يريد أن يخرج ذلك من يده؛ لأنه لا يردده⁽²⁾ بالعيب فيسلم له نصيبه الذي أخذ بالقسمة، كما لو شهد البائع أن المشتري أقر بالبيع لفلان لا تقبل، فكذا هذا.

ونكر الجرجاني⁽³⁾ في الأحاد: شهد رجلان من الورثة لرجل أنه ابن الميت وهو وارث معهما جازت؛ لأن هذه الشهادة تتضمن إثبات المشاركة فيما ورثاه عن أبيهما، فينقص بها ما استحقاه من الإرث، فلم تجر شهادتهما مغنماً، بل ضرراً ومغرمًا⁽⁴⁾.

مسألة: رجل مات وترك أربعة بنين وألف درهم، فاقتسموها، ثم جاءت جدة الميت معروفة تطلب حقها، فشهد اثنان من الورثة أن التركة ألفا درهم، وشهد اثنان أن التركة ألف درهم، لا تقبل شهادة⁽⁵⁾ الاثنين على الألف؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما الزيادة التي حصلت في أيديهما بشهادة الاثنين الآخرين، فيصير ذلك تهمة في دفع المشاركة.

(1) جاء في المحيط البرهاني 333/8: "قال محمد . رحمه الله . : إن كانا قد قبضا نصيبهما فشهادتهما باطلة، وإن كانا لم يقبضا فشهادتهما جائزة ."

(2) في ف: كيلا يردده بالعيب . وهو الصواب .

(3) محمد بن يحيى بن مهدي الجرجاني ، كنيته : أبو عبد الله ، فقيه من أعلام الحنفية ، من أهل جرجان ، سكن بغداد إلى أن توفي بها ، وكان يدرس فيها بمسجد قطيعة الربيع ، وتفقه عليه أبو الحسن القدوري وغيره ، توفي لعشر بقين من رجب سنة : 397هـ ، ومن تصانيفه : ترجيح مذهب أبي حنيفة . ينظر : تاريخ بغداد 433/3 ، ووفيات الأعيان : 508/1 .

(4) المحيط البرهاني 359/8.

(5) في ف: لا تقبل شهادتهما .

مسألة: رجل مات ولا يُعرف له ولد، فشهد اثنان [الرجلين] ⁽¹⁾ أنهما/ ابنا الميت، [832ظ] وادعى الشاهدان ⁽²⁾ أنهما ابنا الميت، وصدقهما المشهود لهما؛ لم تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة تتضمن جر منفعة؛ لأنهما يشهدان في مال مشترك ليتوصلا إلى تصحيح حقهما بقول من صح تصديقه بشهادتهما ⁽³⁾.

وذكر عليّ بن الجعد ⁽⁴⁾ عن أبي يوسف: لو كان الورثة صغاراً أو كباراً فتقاسم الكبار، ودفعوا نصيب الصغار إلى رجل، ثم شهدوا ⁽⁵⁾ أنه وصي الميت لم تجز شهادتهم؛ شهادتهم؛ لأنها تضمنت جر منفعة وهو تصحيح قسمتهم في حق الصغير، والقسمة من عقود التمليكات كالبيع، فصار كأنهم شهدوا لأنفسهم، ولو شهدوا قبل القسمة جاز، وجعله الحاكم وصياً.

مسألة: ولو شهد اثنان أن فلاناً أوصى بثلث ماله لفلان وفلان الميت، والميت ابن الشاهد [جاز، وجعله الحاكم وصياً].

مسألة: ولو شهد اثنان أن فلاناً أوصى بثلث ماله لفلان الميت، والميت ابن الشاهد، جاز، والتلث كله للحي **عندهما** ⁽⁶⁾، وعند أبي يوسف للحي النصف؛ لأن الموصي إذا لم يعلم بموت ⁽⁷⁾ أحدهما فقد قصد إيجاب نصف الثلث للحي، فلا يجوز إيجاب جميعه للحي ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽²⁾ في ف: الشاهدان أيضاً.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 404/8.

⁽⁴⁾ علي بن الجعد بن عبيد الجوهري ، أبو الحسن ، من أصحاب أبي يوسف ، توفي ببغداد سنة : 230 هـ ، وله أربع وتسعون سنة. ينظر : الجواهر المضيئة 355/1.

⁽⁵⁾ في ف: وشهدوا.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁷⁾ في ف: موجب.

⁽⁸⁾ تبیین الحقائق 190/6، والبحر الرائق 476/8.

لهما : أن إيجاب الوصية بالثلث للحيين⁽¹⁾ تناول كل واحد منهما على حدة بدليل أنه لو مات أحدهما قبل موت الموصي⁽²⁾ ينفرد الحي باستحقاق [جميع]⁽³⁾ الثلث، وإنما يصرف بين الحيين باعتبار المزاحمة⁽⁴⁾ لعدم أهلية استحقاقه تفرد الحي باستحقاق جميعه، جميعه، ولو شهد أنه أوصى لهذا الحي والميت بألف درهم لم يجز⁽⁵⁾.

وفي نوادر⁽⁶⁾ ابن سماعه عن محمد: إذا شهد أبناء البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري جاز، ولو شهدا أن المشتري سلمها للشفيع⁽⁷⁾ لم يجز؛ لأنهما يخرجان أباهما من رجوع المشتري عليه بعيبٍ أو غيره، وصارا كالبائع إذا شهد على المشتري أنه باعه من غيره، أو عتقه لم يجز؛ لأن شهادته أسقطت استرجاع الثمن منه فكان دافعاً مغرماً عن نفسه⁽⁸⁾.

مسألة : اشترى عبيد فاعتقهما، ثم اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن، فشهد المعتقان بالثمن لم تقبل؛ لأنهما يشهدان على ثمن أنفسهما، ولو شهد المعتقان بإيفاء الثمن أو بإبراء البائع من الثمن تقبل⁽⁹⁾، لأنهما شهدا على فعل غيرهما، ولم يجزاً إلى أنفسهما مغرماً⁽¹⁰⁾.

مسألة: ولو باع جارية من رجل وتبرأ من عيوبها وتقابضا، ثم ادعى رجل أنه اشتراها من المشتري، وادعى⁽¹¹⁾ المشتري أنه باعها من رجل فشهد له البائع بذلك لم تجز.

(1) في ف: للحي.

(2) في ف: الوصي.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: باعتبار المزاحمة، فإذا لم تثبت بالميت المزاحمة.

(5) الفتاوى الهندية 139/6.

(6) نوادر ابن سماعه: كتاب في الفقه الحنفي، لمحمد بن سماعه التميمي، كتبه عن شيخه أبي يوسف، ثم محمد بن الحسن، الجواهر المضئية، ص 168.

(7) في ف: للشفيع للمشتري جاز.

(8) المحيط البرهاني 299/7، 300، والفتاوى الهندية 477/3.

(9) في ف: لا يقبل.

(10) في ف: مغرماً. وهو الصواب، ينظر: الفتاوى الهندية 475/3.

(11) في ف: ادعى المشتري.

ولو شهد المودع، [أو المعير]⁽¹⁾، أو المستأجر للمدعي قبل الرد لم يجز، ولو شهد المرتهن لآخر جاز⁽²⁾.

والفرق بينهما: أنه ليس للمودع، [أو المعير]⁽³⁾، أو المستأجر أن يردها إلى صاحبها قبل انقضاء المدة، فكان فيها فسخ العقد فيدفع بشهادته ضمان الأجرة، أو ضمان الرد، فكان دافعاً مغرمًا، فأما المرتهن فله أن يرد الرهن على الراهن قبل استيفاء الدين، فلم تتضمن شهادته دفع مغرم ولا جر مغنم⁽⁴⁾.

ولو شهد المودع أو المستأجر لعبد صاحب الوديعة والمستأجر أن مولاه أعتقه أو أدبره أو كاتبه، والعبد يدعي ذلك جاز، ولو شهد ببيعه لا تجوز، لأن البيع خروج من ملكه إلى ملك غيره، فكان شهادةً بإثبات الملك لغيره، والعنق إزالة ملكه وإسقاطه، فكان شهادةً بالحق للعبد⁽⁵⁾.

ولو كان المبيع عبداً فشهد البائعان على المشتري أنه باعه لم يجز، ولو شهد أن مولاه أعتقه⁽⁶⁾، أو أدبره، أو كاتبه والعبد يدعي والمولى يجحد جاز.

والفرق بينهما: بأن العنق إتلاف الرق على ملك مولاه، ولهذا الولاء يكون⁽⁷⁾ له، فلم يخرج إلى ملك غيره، فلم يكن هناك دفع مغرم، وفي الشراء دفع مغرم، وهو امتناع حق الرد عليه.

وفي أدب القاضي للحسن⁽⁸⁾ في العنق أيضاً: لا تقبل شهادة البائع لما بيناه.

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) البحر الرائق 83/7.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: مغرم.

(5) البحر الرائق 83/7.

(6) في ف: أعتق.

(7) في ف: لا يكون له.

(8) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي، وقد سبقت ترجمته، وكتاب أدب القاضي هو من كتب المذهب الحنفي، هدية العارفين 1/266.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد رجلان شهدا على رجل أنه وصي فلان ليدفعا إليه مالاً للميت عليهما جاز، ولو شهدا أنه وكيل فلان ليدفعا المال إليه لا يجوز، وذكر الخصاص في أدب القاضي على عكسه، وقال في الوصي: لا يجوز، وفي الوكيل يجوز؛ والأول أصح، لأن للقاضي أن ينصب هذا وصياً عن الميت بدون شهادتهما فمنع شهادتهما أولى، ولا كذلك الوكيل؛ لأنه لا يصلح التوكيل إلا برضى فلان.

قال محمد: رجل أوصى لفقراء جيرانه، فشهد فقيران من جيرانه على ذلك جازت، ولو أوصى لفقراء أهل بيته، فشهد فقيران من أهل بيته لم تجز الشهادة أصلاً⁽¹⁾.

[832و]

والفرق : أنه لو قسم ما أوصى في بعض فقراء جيرانه/ دون بعضهم جاز، وبمثله في فقراء أهل بيته لم يجز الإخلال ببعضهم والإيصال إلى بعضهم، وفي وقف هلال⁽²⁾: رجل أوصى⁽³⁾ إلى فقراء جيرانه، فشهد رجلان من جيرانه على ذلك، أو شهدا أنه وقف على أصحاب أبي حنيفة وهما من أصحابه جازت شهادتهما⁽⁴⁾.

ولو وقف على فقراء قرابته فشهد رجلان من قرابته وهما فقيران أو غنيان لم تجز شهادتهما⁽⁵⁾.

والفرق : أن القرابة لا تنقطع، ولو افتقرا استحقا هذه الصدقة فنفس الشهادة أوجب⁽⁶⁾ جر منفعة لهما، ولا كذلك الجيران؛ لأنه ينقطع الجوار، والمذهب بالانتقال

(1) المحيط البرهاني 333/8.

(2) المقصود بوقف هلال : هو كتاب أحكام الوقف ، لهلال بن يحيى البصري الحنفي، كنيته: أبو بكر ، ويعرف بهلال الرأي، المتوفى سنة 245هـ ، وهذا كتاب مشهور بـ (وقف هلال) ، وله تصانيف أخرى منها: تفسير القرآن ، وكتاب الحدود ، وكتاب الشروط . ينظر: كشف الظنون 21/1 ، وهدية العارفين 209/2.

(3) في ف: وقف.

(4) عيون المسائل، لأبي الليث نصر بن محمد بن أحمد السمرقندي ، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الناشر: مطبعة أسعد ، بغداد ، ط: 1386هـ ، 208/1 ، والبحر الرائق 83/7.

(5) البحر الرائق 260/5.

(6) في ف: أوجب. وهو الصواب .

والتحول، فانظر الجبران⁽¹⁾ يوم تقسم الصدقة، وفي القرابة إلى يوم تختلف الغلة، فكان استحقاق القرب ثابتاً وقت حدوث الغلة فضمنت شهادته جر منفعة.

مسألة: ولو شهدا أنه وقف علينا، وعلى فلان⁽²⁾، ثم على الفقراء وما قبلنا⁽³⁾، وقبل فلان، لا تقبل عندهما.

وعند محمد: تقبل في حق فلان، ويكون له الثلث، والثلثان للفقراء، وهي فرع ما إذا أقر المريض لأجنبي ولوارث⁽⁴⁾ وأنكر الوارث الشركة.

وفي قضايا⁽⁵⁾ الأصل: لو شهد رجلان لرجلين بدين على الميت، وشهد صاحب الدين للشاهدين بدين على الميت أيضاً جاز عندهما؛ لأنه لا شركة لهم في الدين، وعند أبي يوسف: لا يجوز [لهم]⁽⁶⁾؛ لأنهم يشتركون في قسمة الدين⁽⁷⁾.

وروى ابن سماعة عن [محمد]⁽⁸⁾ أبي يوسف: لو شهد رجلان لرجلين بألف درهم على [رجل]⁽⁹⁾ حي، وشهد المشهود لهما للشاهدين على هذا الرجل بألف جاز في قولهم؛ لأنه لا شركة هنا في الدين، ولا كذلك⁽¹⁰⁾ القسمة⁽¹¹⁾.

مسألة: ولو شهد رجلان لرجلين بوصية الثلث، [وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية الثلث]⁽¹²⁾، أو بعبدٍ بعينه لم تجز شهادتهم، ولو شهدا لشاهديهما بهذه الأمة فشهادتهما جائزة⁽¹³⁾.

(1) في ف: فنظر في الجبران .

(2) في ف: أو على فلان.

(3) هكذا ورد في النسختين ، والصواب: ومن قبلنا.

(4) في ف: ولوارث بدين.

(5) في ف: وفي القضاء، والمقصود بقضايا الأصل هو كتاب القضية من الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 541/4.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) في ف: كذلك في.

(11) شرح كتاب أدب القاضي 544/4.

(12) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(13) شرح كتاب أدب القاضي 545/4.

وفي المجرّد: إذا كانت الوصية في جنس واحد لم تجز شهادتهم، وفي الجنسين جازت؛ لأن في الجنس صاروا شركاء فيه، وفي الجنسين لا.

وشهادة الوزان على قبض رب المال إذا كان حاضراً عند الوزن تجوز، فإن لم يكن حاضراً لم تجز، ولا تجوز شهادة الكيال في المكيال، وتجاوز شهادة الدراع في المدروع⁽¹⁾.

والفرق: أن ملك المشتري يتعين ويتميز بالكيل، بدليل أن الزيادة تكون للبائع فهما شهدا بما تعين الملك فيه بفعلهما، فتكون شهادة [على فعله]⁽²⁾ فلا تقبل، والمدروعات المبيع لا يتعين بالدرع بدليل أن الزيادة للمشتري، فلم تقع الشهادة على فعله فجازت.

مسألة: استأجر رجلين لبناء دارٍ وقد بنياها، فشهدا بالدار للمستأجر فثبتت الشهادة، وإن استأجرهما⁽³⁾ لهدمها وقد هدمها لم تقبل شهادتهما، وضمنا للمدعى عليه قيمة البناء؛ لأنه لو قبلت شهادتهما لرجعا بالضمان على الأمر، فقد جرا بهذه الشهادة منفعة لأنفسهما، ولا كذلك في البناء.

الفتاوى⁽⁴⁾: وقال أبو يوسف ومحمد: لو أخرج شهوداً إلى ضيعة اشتراها، فاستأجر دواباً لهم وركبوها، وأكلوا طعامه، إن لم يكن لهم قوة المشي ولا طاقة الكراء تقبل شهادتهم؛ لأنه لم تقع الإجارة لأجلهم مقصوداً، فلم يجروا بشهادتهم نفعاً، [وإن كان لهم قوة المشي والكراء لم تقبل شهادتهم]⁽⁵⁾؛ لأن الإجارة وقعت لهم مقصوداً، فلم يجروا بشهادتهم نفعاً، وكذلك إن لم يكن هياً الطعام لهم ولكن كان عنده طعام مهياً فقدم إليهم

(1) حاشية رد المحتار 138/7.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: ولو استأجرهما.

(4) الفتاوى: مجموعة من المسائل التي استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها، ولم يجدوا فيها رواية عن المتقدمين،

ينظر: الفتح المبين، ص 12.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

فأكلوا منه ثبتت شهادتهم، وإن كان هياهم لهم لا تقبل؛ لأنه لما لم يهيئ الطعام لأجلهم لم يقصد المبرة لهم فلا يورث التهمة⁽¹⁾.

وروى ابن سماعة عن محمد شهد زَوْجُ امرأة ورجل آخر أنها أقرت بالرق لفلان، وفلان يدعي ذلك، لا تقبل شهادة الزوج؛ لأنه (...)⁽²⁾ أن نكاحها باطل، ولا مهر لها عليه، فإن قال المولى: أنا أذنت لها بالنكاح لم تجز أيضاً؛ لأنه أراد تحويل الضمان إلى غيرها، ولو كان الزوج دفع إليها المهر، فإن دفع بإذن المولى جازت شهادته، وبغير إذن المولى لا تجوز.

الجامع⁽³⁾: وإذا شهد المستودعان لإنسان بكون الوديعة ملكاً له قبلت شهادتهما؛ لأنهما لا يجران⁽⁴⁾ إلى أنفسهما مغنماً ولا يدفعان مغرمًا؛ لأنه لا ضمان عليهما وهو مؤنة الرد ولا ناقضاً في شهادتهما؛ لأنه تكون هذه الشهادة منهما بياناً أنه كان المودع وكيلًا أو نائباً⁽⁵⁾ في الحفظ والإيداع من المدعي، فأمكنهما التوفيق، فلم يصر مناقضاً.

ولو شهد المستودعان على إقرار المدعي بالمال للمودع بعد ما/ أقام الشهادة [833ظ] على المال لم تقبل؛ لأنهما يبرئان أنفسهما عن الضمان؛ لأن المال صار مضموناً عليهما؛ لأنه ظهر أنهما كانا مودعي الغاصب؛ ولأنهما يجران إلى أنفسهما مغنماً، فإنهما بشهادتهما يستديمان اليد لأنفسهما، وسواء كان المال قائماً أو مستهلكاً؛ لأن للمستحق أن يضمنهما، فقد قصدا إثبات البراءة عن أنفسهما.

ولو شهدا بعد الرد على المودع قبلت الشهادة؛ لأن البراءة قد ثبتت بالرد عليه، فلم تتضمن هذه الشهادة نفعاً.

(1) جاء في المحيط البرهاني 292/8، ولسان الحكام 240/1: فإن كان الطعام مهياً عنده فقدم إليهم فأكلوا تقبل شهادتهم، وفيه نظر.

(2) كلمة غير مقروءة في النسختين.

(3) الجامع الكبير في الفروع، لمحمد بن الحسن الشيباني، وهو: جامع كبير قد اشتمل على عيون الروايات ومتون الدرايات، وشرح عدة شروح منها: شرح أبي الليث السمرقندي، كشف الظنون 567/1.

(4) في ف: لأنهما يجران.

(5) في ف: ونائباً.

مسألة: ولو شهد المرتهنان لإنسان بالملك في الرهن قبلت الشهادة؛ لأنهما أبطلا حق أنفسهما، ولا ضمان قبل الهلاك فانفتت التهمة، ولو شهدا بذلك بعد الهلاك لم تقبل؛ لأن الضمان قد تحقق ووجب، فهما يريدان إبطال الضمان، فلا يمكنهما، وض من القيمة للمدعي بإقرارهما أنه له⁽¹⁾.

ولو شهد الراهنان بالملك للمدعي لا تقبل؛ لأنهما قصدا إبطال عقد عقده فلم يملكا من غير رضا المرتهن، فلم تقبل؛ لأنه مناقض؛ لأنهما لما أقدا على الرهن فقد أقرأ بأن لهما ولاية الرهن، فإنه⁽²⁾ يثبت للمرتهن حق الحبس من جهتهما، وبشهادتهما أقرأ أنه لم يكن الأمر كذلك، فصارا مناقضين فلم تقبل، كما لو باع ثم شهدا أنه ملك لفلان⁽³⁾ لم تقبل ويضمنان القيمة للمدعي لإقرارهما⁽⁴⁾ له بالضمان⁽⁵⁾.

ولو شهد الغاصبان لإنسان بملك المغصوب، فلا يخلو: إما أن يشهدا قبل الرد أو بعده، أو بعد الهلاك قبل القضاء بالضمان، أو بعدهما، فلا تقبل شهادتهما في هذه الأوجه، إلا فيما شهدا بعد الرد على المغصوب منه فإنه يقبل؛ لأن المغصوب إذا كان قائماً في يده فهما بهذه الشهادة يبرئان أنفسهما عن الضمان⁽⁶⁾؛ لأن المغصوب يصير مضموناً عليهما بالقيمة، وإذا كان هالكاً ولم يقض بالضمان فهما يبطلان الضمان، فإذا قضى بالضمان فهما يثبتان الملك للمدعي فيما ضمنا فيحولان هذا الضمان على المدعي، ولهما في هذا التحول نوع منفعة؛ لأن الثاني ربما يكون أقل مناقشة في المطالبة

(1) البحر الرائق 274/8.

(2) في ف: وإنه.

(3) في ف: فلان.

(4) في ف: بإقرارهما.

(5) البحر الرائق 274/8، والفتاوى الهندية 480/3.

(6) في ف: بالضمان.

من الأول، فأما بعد الرد فتثبت البراءة عن الضمان بالرد فلا تتمكن هذه التهمة في الشهادة، وكذلك المشتريان شراءً فاسداً بمثل ذلك⁽¹⁾.

مسألة: ولو شهد المستقرضان لإنسان بملك المستقرض لم تقبل قبل الدفع وبعده؛ لأنهما قبل الدفع يحولان الضمان⁽²⁾ للمقرض إلى المدعي، ولهما في هذا التحويل نوع منفعة لما بينا، وبعد الدفع يسعيان في نقض عقدٍ قد تم بهما، وكذلك رد عين ما⁽³⁾ استقرض، لأن رد عينه ورد مثله سواء، فإنه⁽⁴⁾ قضى الدين وهو يريد إبطال ما قضى⁽⁵⁾ قضى⁽⁵⁾.

وروي عن أبي يوسف: إذا رد عين القرض تطلب الشهادة⁽⁶⁾؛ لأن عنده الملك لا لا يزول في القرض إلا بعد الاستهلاك.

وإذا شهد المشتري شراءً صحيحاً لإنسان بعد ما تقايلا العقد، أو رد بالعيب بالتراضي لم تقبل الشهادة؛ لأنه عقد جديد في حق ثالث، وهو يريد إبطال ذلك العقد فلا يملك به، كالبائع إذا شهد لغيره بملك ما باع، وإن كان⁽⁷⁾ الرد بقضاء، أو بغير قضاء قبل قبض، أو بخيار رؤية، أو شرط، قبلت هذه الشهادة؛ لأنه فسخ في حق الكل فلم يتضمن إبطال عقد تم به⁽⁸⁾.

ولو نقض البيع في هذه الوجوه والثلثين دين وحبسه ليسترد الثمن فشهادته مقبولة إن كان قائماً؛ لأنه رهن ما في يده بما بعده من الثمن فصار كالمرتهن.

(1) المحيط البرهاني 360/8، والفتاوى الهندية 380/3.

(2) في ف: يجوز لأن الضمان.

(3) في ف: مال استقرض.

(4) في ف: وإن.

(5) شرح فتح القدير 425/7، والفتاوى الهندية 380/3.

(6) في ف: إذا كان عيناً رد القرض تقبل الشهادة.

(7) في ف: وإذا كان.

(8) شرح فتح القدير 425/7.

ولو شهد بعد الهلاك لم تقبل؛ لأنه صار مضموناً، فإن كان الثمن عيناً والمبيع قائماً لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن المبيع مضمون عليه بقيمته لا بغيره وهو العين، ألا ترى أنه لو هلك في يده بعد الإقالة يضمن قيمته للبائع ويأخذ العين ولا تنتقض الإقالة، فأشبهه المغصوب، بخلاف ما لو كان الثمن ديناً؛ لأنه مضمون بغيره وهو الثمن، فأشبهه المرتهن، وشهادة المرتهن للمدعي مقبولة.

مسألة: ولو مات رجل وله على رجلين ألف درهم ديناً، فشهد الغريمان أن هذا الرجل ابنه لا يعلمان له وارثاً غيره، وشهد آخران ألا دين عليهما لرجل آخر وأنه أخو الميت لا يعلمان له وارثاً غيره قضي بشهادة الغريمين للابن؛ لأنه لا تهمة في شهادتهما، فإن للقاضي أن ينصب هذا الرجل وصياً عن الميت في قبض ديونه من الناس، وفي حفظ ماله وتثبت البراءة لهما بقبضه، فلم يكن ثبوت هذه الوصية⁽¹⁾ مضافاً إلى الشهادة، فلا تتمكن التهمة فيها⁽²⁾.

وإن شهد شهود الأخ بما ذكرنا/ قَبِلَ شهادة⁽³⁾ الابن وقضى القاضي للأخ لا [833و] يقضي بشهادتهما للابن؛ لأن الحق قد ثبت للأخ فهما يثبتان براءة المطالبة لأنفسهما في حق الأخ فلا تقبل، بخلاف ما قَبِلَ القضاء؛ لأن الدين كان قبل القضاء ملك الميت لا ملك الأخ، والأخ نائب عنه في القبض، وكذلك لو قضا الدين للأخ⁽⁴⁾ بأمر القضاء⁽⁵⁾ ثم شهد لم تقبل هذه الشهادة؛ لأننا لو قلنا⁽⁶⁾ لثبت لهما حق الرجوع على الأخ، ألا ترى

(1) في ف: الوصاية.

(2) جاء في الفتاوى الهندية 481/3: فشهد الغريمان لرجل أنه ابن الميت لا وارث له سواء، وشهد آخران سواهما لرجل آخر أنه أخو الميت.

(3) في ف: شهود الابن.

(4) في ف: إلى الأخ.

(5) في ف: بأمر القاضي، وهو الصواب .

(6) في ف: لو قبلنا، وهو الصواب .

أنهما لو قضياه دنائير لا تجوز شهادتهما [له]⁽¹⁾؛ لما فيها من إثبات حق الرجوع على الأخ، فكذا هذا⁽²⁾.

مسألة: ولو شهد الغريمان، أو الوارثان، أو الطالبان، أو الموصيان لهما بالمال، أو الوصيان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل وقبِل الوصية وموته ظاهر⁽³⁾، إن جحد الرجل الوصاية لا تقبل شهادتهما، وإن ادعى تقبل استحساناً لا قياساً؛ لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما نفعاً ومغماً⁽⁴⁾.

وجه الاستحسان: أن للقاضي أن ينصب هذا وصياً عن الميت بدون شهادتهما، فيجعل صيرورته وصياً مضافاً إلى نصب القاضي لا إلى شهادتهما⁽⁵⁾، فكان النفع حاصلًا له بشهادته، فكان بشهادته يجر إلى نفسه مغماً، فيكون في نفسه متهماً، وإذا لم يكن موته ظاهراً فشهد بالموت لم تقبل إلا شهادة غريمي الميت له عليهما بدين فإنه تقبل شهادتهما؛ لأنهما يثبتان على أنفسهما دفع مالهما إلى هذا الوصي، ولا منفعة لهما في البراءة عن الأداء؛ لأنه متى ظهر كذبهما بأن جاء الميت حياً فالقاضي ينقض قضاؤه ومن عداهما يثبت لنفسه ملكاً أو حقاً متعلقاً بالترك⁽⁶⁾.

مسألة: مات وترك عيناً⁽⁷⁾ قيمته ألف درهم لا مال له غيره، فأوصى بعنقه فشهد فشهد شاهدان من ورثته لرجل على الميت بدين خمسمائة لم تقبل، فإن شهدا بدين ألف تقبل⁽⁸⁾.

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) الفتاوى الهندية 481/3.

(3) المقصود بقوله: موته ظاهر أي: موته معروف. ينظر: البناءة 161/9.

(4) البناءة 160/9، والفتاوى الهندية 478/3.

(5) في ف: مضافاً على شهادته فكان النفع.

(6) البناءة 160/9.

(7) في ف: عبداً. وهي الصواب.

(8) المحيط البرهاني 534/8.

والفرق: أن الدين متى لم يستغرق العبد كان لهما نفعاً ومغناً في هذه الشهادة؛ لأنه لو قبلت شهادتهما يباع العبد بالدين فبطلت الوصية بالعتق فسلم لهما ما فضل عن الدين، ومتى استغرق الدين بقيمة العبد لا يسلم لهما من بدله شيء، فلم يجرّأ إلى نفسيهما مغناً⁽¹⁾.

وإن كان العبد وصية لرجل والمسألة بحالها قبلت في الحالين؛ لأن البيع بالدين لا يبطل الوصية؛ لأنهما بمنزلة حق الوارث؛ ولأنهما بهذه الشهادة يفوتان حق البيع لهما، وينتقل إلى القاضي⁽²⁾.

⁽¹⁾المحيط الدرهماني 8/534.

⁽²⁾المصدر نفسه.

باب: تغير حال الشاهد بعد الشهادة

مسألة: ولو شهد الصبي، والعبد، والكافر، على مسلم فُردت شهادتهم، ثم شهد بعد البلوغ والعتق والإسلام تقبل⁽¹⁾.

ولو ردت شهادة فاسق وأعادها بعد التوبة، أو شهد أحد الزوجين فردت شهادته لصاحبه فأعادها بعد البيونة⁽²⁾، أو شهد العبد لمولاه فردت شهادته، ثم شهد بعد العتق، أو المولى شهد لعبده فأعادها بعد العتق لا تقبل⁽³⁾.

والفرق: أن في الأول المردود ليس بشهادة؛ لفقد الأهلية فلم يصر مكذباً شرعاً⁽⁴⁾، فإذا صار من أهل الشهادة تقبل، وفي الثاني المردود شهادة؛ لأن أهلية الشهادة قائمة إلا أنها ردت لتهمة الكذب، فصار الشاهد مكذباً شرعاً في تلك الشهادة فلا تقبل [تلك]⁽⁵⁾ الشهادة أبداً.

مسألة: الأعمى إذا ردت شهادته ثم أبصر فشهد بها لم تقبل، فإن شهد وهو بصير ثم عمي فردت شهادته، ثم أبصر فشهد بها لم تقبل في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله -⁽⁶⁾، وإن شهد عند القاضي ثم عمي قبل القضاء، أو خرس، أو ذهب عقله،

(1) تبیین الحقائق 218/4.

(2) في ف: بعد التوبة.

(3) تبیین الحقائق 218/4.

(4) في ف: مكذباً في الشهادة شرعاً .

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) في ف: رضي الله عنه.

أو ارتد عن الإسلام بطلت شهادته؛ لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها، فلا بد من قيام الحجة وقت القضاء، وبحدوث هذه العوارض لم تبق الشهادة حجة وقت القضاء، وإن حدثت هذه العوارض بعد القضاء قبل الإمضاء ففي المال يمضي، وفي الحدود والقصاص لا يمضي⁽¹⁾.

والفرق: أن الإمضاء من القضاء في باب الحدود؛ لأن القضاء غير محتاج

[إليه]⁽²⁾ فيما شرع القضاء له وهو ظهور الحق في [حق]⁽³⁾ صاحب الحق؛ لأنه ظاهر

في حق صاحب الحق وهو الشرع بدون القضاء، ولا في حق نائبه لإثبات تمكنه من [834ظ] الاستيفاء؛ [لأنه متمكن من الاستيفاء]⁽⁴⁾ بدون القضاء، فيعتبر القضاء عدماً حكماً، فيكون حدوث هذه العوارض قبل القضاء حكماً فمنع الإمضاء، وفي باب المال القضاء محتاج إليه؛ لأنه لا يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه إلا بالقضاء ولا تنقطع المنازعة إلا بالقضاء، فكان القضاء موجوداً حقيقةً وحكماً، فحدثت هذه العوارض لا يؤثر في إبطال القضاء، والقصاص كالحدود استحساناً؛ لأن القصاص وإن كان حقاً للعبد لكنه مما يندرى بالشبهة، فجعل الإمضاء فيه من القضاء احتياطاً للدرء.

ولو مات الشهود أو غابوا قبل القضاء، أو بعد القضاء قبل الإمضاء؛ لا يمنع

الإمضاء في الكل إلا في الرجم؛ لأن الشبهة المتهمه وهو تمكن الجرح في الشهود، أو

الرجوع⁽⁵⁾ عن الشهادة غير مانعة من استيفاء الحدود؛ لأن الشبهة الموهمة ما يتوهم

وجوده في المستقبل من غير أن يكون عليه دليل، وهذا التوهم لا ينقطع أبداً ويعتريه

دائماً، فلو اعتبرنا هذا التوهم مانعاً من الاستيفاء ما أمكن استيفاء حد أبداً، فيؤدي إلى

(1) تبیین الحقائق 217/4 ، والجوهرة النيرة 229/2.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: والرجوع.

انسداد⁽¹⁾ باب الحدود [فلا يعتبر، ألا ترى أنه يتوهم الكذب في شهادة الشهود]⁽²⁾، لكن لما لم يقم عليه دليل لم يعتبر، فكذا هذا⁽³⁾.

والموت والغيبة في الرجم يمنع الإمضاء؛ لأن البداية في الرجم إنما تجب من الشهود⁽⁴⁾، وبالغيبية والموت فاتت إقامة الرجم فامتنع، والعبد إذا حُدَّ حد القذف ثم عتق فشهد، لا تقبل، والنصراني إذا حُدَّ حد القذف ثم أسلم فشهد تقبل⁽⁵⁾.

والفرق : أن رد الشهادة موجب القذف فإنه من تمام الحد، والنصراني حال ما قذف كان له شهادة فردت تنميماً للحد، وبالإسلام حدث⁽⁶⁾ له شهادة أخرى لم تكن وقت الحق، فأما⁽⁷⁾ العبد حال ما قذف لم تكن له شهادة، فتوقف القذف موجباً رد الشهادة على على حدوث الشهادة، وإن قذف النصراني فضرب بعض الحد ثم أسلم فضرب الباقي؛ تقبل شهادته؛ لأن رد الشهادة من تمام الحد، وما ضرب بعد الإسلام ليس بحد ؛ لأنه بعض الحدود⁽⁸⁾، فردُّ الشهادة [لا يصلح]⁽⁹⁾ تنمة له⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: السداد.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) الجوهرة النيرة 186/4.

(4) في ف: في الشهود.

(5) المحيط البرهاني 327/8، والعناية 402/7.

(6) في ف: حدثت . وهو الصواب.

(7) في ف: وأما العبد.

(8) في ف: الحد. وهو الصواب.

(9) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(10) الجامع الصغير 292/1، المبسوط للسرخسي 70/9، والمحيط البرهاني 327/8.

الفتاوى: رجل سُمع منه الحديث ثم ارتد، أو سمع رجل من نصراني حديثاً ثم أسلم، هل يروي عنه؟، قال أبو القاسم الصفار⁽¹⁾: لا، ألا ترى أن نصرانياً إذا أشهد على شهادته ثم أسلم، فإنه لا يجوز أن يشهد على شهادته.

مسألة: نصراني أسلم وكان فاسقاً في حال كفره، ثم شهد من ساعته بشهادة، كان القياس أن تقبل شهادته، لكن يتوقف فيها حتى يتبين حاله بعد الإسلام؛ لأن تهمة الكذب باقية⁽²⁾، ويصح تحمل الشهادة ممن له عقل وتمييز يفهم كلام الخصمين، أو يعلم ما يفعله، وإن كان عبداً، أو فاسقاً، أو كافراً، أو صغيراً، حتى إذا زالت هذه المعاني وحدث ضدها فشهد تقبل شهادته، حتى إن العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه، والمرأة لزوجها تقبل [شهادته]⁽³⁾ بعد العتق والبيونة، كالأعمى إذا تحمل الشهادة ثم شهد بعد ما أبصر تقبل.

ولو شهد وليس بأجير ثم صار أجيراً قبل القضاء بشهادته بطلت شهادته، فإن لم ترد شهادته⁽⁴⁾ حتى خرج من الإجارة ثم أعاد الشهادة تقبل شهادته؛ لأنه زال المانع وهو دليل التهمة والميل⁽⁵⁾.

وفي نوادر ابن رستم : قال محمد - رحمه الله - : لو شهد رجل لامرأة [يحق]⁽⁶⁾ ثم تزوجها قبل القضاء بطلت الشهادة⁽⁷⁾.

وذكر في المنتقى : لو شهد⁽¹⁾ لامرأته ثم طلقها وانقضت عدتها قبل القضاء ترد شهادته فإنه لا يقضى بها؛ إلا أن يعيدها فإن أعادها قضى بها⁽²⁾. والله أعلم.

(1) في ف: أبو القسم الصغار، أحمد بن عصمة، أبو القاسم الصفار البلخي، الملقب ب(حم) بفتح الحاء، فقيه محدث، تفقه على أبي جعفر الهنادوي وسمع منه الحديث، روى عنه أبو علي الحسن بن الصديق الوزغنجي، توفي سنة: 326هـ وهو ابن سبع وثمانين سنة. ترجمته في: الطبقات السنينة: 118/1، الجواهر المضينة: 78/1.

(2) في: ف: نافية.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: ولم ترد شهادته.

(5) عيون المسائل 303/1، المحيط البرهاني 320/8.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) الفتاوى الهندية 469/3.

باب: الشهادة بالتسامع

الشهادة بالشهرة والتسامع تقبل في أربعة أشياء بالإجماع وهي: النكاح، والنسب، والموت، والقضاء؛ لأن هذه الأشياء مما يشتهر ويستفيض، والشهرة والاستفاضة أقيمت مقام العيان والمشاهدة، كالأخبار إذا اشتهرت عن النبي - صلى الله عليه وسلم -⁽³⁾ كانت بمنزلة السماع [منه]⁽⁴⁾، ألا ترى أنا نشهد بوجود الخلفاء الراشدين وإن / لم ندركهم، ثم الشهرة في هذه الأشياء تثبت بطريقتين: إحداهما: حقيقة، والأخرى: حكمية⁽⁵⁾.

أما الحقيقية: فأن يخبره جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب فتشايع⁽⁶⁾ الأخبار واشتهرت.

وأما الحكمية: فأن يشهد عنده رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان بلفظة الشهادة [في النسب، والنكاح، والقضاء؛ لأن لفظة الشهادة]⁽⁷⁾ من اثنين توجب زيادة علم شرعاً لا

⁽¹⁾ في ف: ولو شهد.

⁽²⁾ مجمع الأنهر 2/197، وحاشية ابن عابدين 478/5.

⁽³⁾ في ف: عليه السلام.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁵⁾ المحيط البرهاني 8/300، والفتاوى الهندية 3/457.

⁽⁶⁾ هكذا ورد في النسختين، ولعل الصواب: فتشايعت.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين سقط من: ف.

يوجبه لفظ الخبر؛ حتى يثبت العلم للقاضي بلفظة الشهادة من اثنين كما يثبت بالمعاينة ولا يثبت بلفظة الخبر، فقامت شهادة اثنين مقام الخبر عن جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب في إثبات الشهرة والاستفاضة حكماً واعتباراً، ولكن هذا إذا شهد عنده عدلان على نسب رجلٍ من غير استشهاده وعَرَفًا حاله وسعه أن يُشهد⁽¹⁾.

وإن أقام هذا الرجل شاهدين على نسبه لم يسعه أن يشهد على نسبه، نصَّ عليه محمد في المبسوط²؛ لأنه لما لم⁽³⁾ يعتمد قوله في شهادته لم يعتمد على قول من اعتمد هذا الرجل على قوله، وفي الموت تثبت الشهرة بخبر الواحد العدل رجلاً كان أو امرأة، ولا يشترط فيه لفظ الشهادة؛ لأن الموت قد يتفق في موضع لا يحضره إلا الواحد، فلو لم تثبت الشهادة بقول الواحد لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت؛ فلهذه الضرورة تثبت الشهرة بقول الواحد؛ ولأن في اشتراط العدد في الموت حرجاً؛ لأنه لا يقوم بمباشرة أسبابه من الغسل وغيره إلا واحد، وليس في اشتراط العدد في النسب والنكاح وغير ذلك حرج؛ [لأنه يقع بين جماعة، فلو شرطنا العدد]⁽⁴⁾؛ لا يؤدي إلى إبطال الحقوق المتعلقة به، ولم يشترط لفظ الشهادة من الواحد؛ لأنه لا يفيد زيادة علم شرعاً من الواحد، ولهذا لا يحل القضاء بشهادة الواحد⁽⁵⁾.

ولو جاء خبر موت إنسان فصنعوا ما يصنع على الميت لم يسعك أن تشهد بموته حتى يخبرك ثقة أنه عاين موته؛ لأن المصائب قد تتقدم على الموت إما خطأ، أو غلطاً، أو حيلةً لقسمة المال، فلا تسمع الشهادة عليه ما لم يثبت الموت بخبر من يوثق به، والشهادة في الأملاك، والطلاق، والعتاق لا تحل بالشهرة والتسامع؛ خلافاً للشافعي⁽⁶⁾،

(1) المحيط البرهاني 304/8.

(2) المبسوط للشيباني 11 / 526 .

(3) في ف: لأنه إذا لم يعتمد.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) المحيط البرهاني 304/8-308.

للشافعي⁽¹⁾، والصحيح قولنا؛ لأن القياس يأبى جواز الشهادة في جميع الحوادث إلا بوقوع العلم للشاهد، إما بالمعاينة أو الإقرار العري عن التهمة، لكن⁽²⁾ تركنا القياس في بعض الحوادث التي تشتهر وقوعاً ودواماً، والطلاق، والأملك⁽³⁾، والعتاق مما لا يشتهر وقوعاً ولا يستفيض دواماً، فلا تجوز⁽⁴⁾ الشهادة فيه بالتسامع⁽⁵⁾.

ولا تقبل الشهادة على الولاء بالتسامع عندهما، وعند أبي يوسف آخراً تقبل، له : أن الولاء بمنزلة النسب؛ لقوله- عليه الصلاة والسلام- : " الولاء لحمة كلحمة النسب"⁽⁶⁾، النسب"⁽⁶⁾، ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة، فكذاك في الولاء؛ لأن له حكم النسب، النسب، ألا ترى أننا نقول : نافع⁽⁷⁾ مولى ابن عمر، وعكرمة⁽⁸⁾ مولى ابن عباس⁽⁹⁾.

لهما : أن الولاء يثبت بالعتق، والعتق يوقع على سبيل الخفية، والإخفاء في القرب أصل، والاستشهاد والإظهار مكروه، ولهذا الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل، وأما الشهادة بالشهرة والتسامع في الوقف فقيل: لا تجوز؛ لأن الوقف قرية، والإخفاء بالقرب

(1) قلت: وذهب المالكية وهو المشهور عندهم : جريانها في الدور، والنكاح، والولاء، والنسب، وكذلك الرضاع. ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبي محمد جلال الدين السعدي المالكي، المشهور بابن شاس، تح: حميد بن محمد، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1094/3، ونهاية المطلب 611/18.

(2) في ف: لكنا .

(3) في ف: والأملك والطلاق والعتاق.

(4) في ف: ولا تجوز.

(5) التسامع : أن يشتهر الشيء ويستفيض، وتتواتر به الأخبار، بدائع الصنائع 6 / 266، المحيط البرهاني 300/8.

(6) أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب: الولاء، رقم: 21232 : 294/10، والشافعي في مسنده: كتاب العتق: باب المكاتب والولاء، حديث رقم: 273، 72/2، والحاكم في المستدرک، كتاب الفرائض: باب: الولاء كلحمة النسب، رقم: 7990، 379/2، وقال: صحيح الإسناد، وعبد الرزاق في المصنف، حديث رقم: 20472 : 308/4، كلهم من طريق محمد بن الحسن الشيباني، وصححه الألباني في صحيح الجامع، برقم: 7157

(7) أبو عبد الله المدني، نافع مولى ابن عمر - رضي الله عنهما - ثقة، ثبت، فقيه مشهور، روى عن مولاه، وأبي هريرة، وعائشة. رضي الله عنهم.، وروى عنه: بنوه، والزهرى، ومالك، والليث، قال البخاري: أصح الأسانيد: مالك عن نافع عن ابن عمر، توفي سنة: 117هـ. ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات للنووي: 2 / 123، وتهذيب التهذيب: 10 / 412، طبقات الحفاظ: 50.

(8) عكرمة مولى ابن عباس، تابعي ثقة، يكنى: أبا عبد الله، من أهل الحفظ والإتقان، والملازمين للورع في السر والعلن، وكان ممن ممن يرجع إليه في علوم القرآن مع الفقه والنسك، يروي عن ابن عباس وعائشة وأبي هريرة. رضي الله عنهم. وغيرهم، توفي سنة: 107هـ. ترجمته في: طبقات ابن سعد: 282/7، وتهذيب الكمال: 106 / 34.

(9) المبسوط للرخسي 101/8، والفتاوى الهندية 30/5.

أكثر من الإعلان بها، وقيل: تجوز ، وهو الصحيح؛ لأنه لو لم يجز ذلك أدى⁽¹⁾ إلى استهلاك الأوقاف القديمة⁽²⁾.

مسألة: شهد أن فلان بن فلان مات، وأن هذا ابن أخيه ووارثه، فقاضى القاضي بالنسب والإرث، ثم أقام آخر بينة⁽³⁾ أنه ابن الميت ووارثه، ينقض الأول ويقضى للثاني؛ لأن الابن مقدم على ابن الأخ ، ولا تنافي بين الأول والثاني، فإن الإنسان يجوز أن يكون له ابن أخ وله ابن أيضاً، ينقض⁽⁴⁾ القضاء في حق الميراث لا في حق النسب، حتى يبقى الأول ابن عم له حتى يرث منه إذا مات ولم يترك وارثاً آخر أقرب منه، فإن أقام [الثاني] ⁽⁵⁾ البينة أن الميت فلان [بن فلان] ⁽⁶⁾ ونسبته إلى آخر غير الأب الذي نسبه إلى

إلى الأول، فإنه ينظر أنه إن ادعى أنه ابن أخيه لا ينقض القضاء الأول؛ لأنه لما ثبت [835ظ] نسبه من الأول خرج من أن يكون محلاً لإثباته من إنسان آخر، وليس في البينة الثانية زيادة إثبات، فالبينة⁽⁷⁾ الثانية قامت في غير محله فلا تقبل، ألا ترى أن رجلين تنازعا في مولود، فأقام أحدهما البينة، وقضى القاضي له بالولد، ثم أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني، وكذلك لو تنازعا/⁽⁸⁾ في نكاح امرأة، فأقام أحدهما البينة وقضى له بالنكاح، ثم أقام الآخر البينة لم تقبل⁽⁹⁾ بينة الثاني، فإن ادعى الثاني أنه ابنه أو أبوه تقبل [بينته]⁽¹⁰⁾ وينقض القضاء الأول في حق الميراث والنسب جميعاً؛ لأنه لا يتصور أن يكون للواحد أبوان حقيقة، إلا أن الولد [خلق]⁽¹¹⁾ من ماء أحدهما، فتعذر العمل بهما في حق

(1) في ف: أدى ذلك.

(2) المحيط البرهاني 305/8، والعناية 392/7.

(3) في ف: البينة.

(4) في ف: فينقض، وهو الصواب .

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: والبينة.

(8) في ف: تنازعا.

(9) في ف: لا تقبل.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

إثبات النسب حقيقة وهي البنوة والأبوة، فوجب العمل ببينة الابن أو الابن⁽¹⁾؛ لأن في بينته زيادة إثبات نسب⁽²⁾ في بينة ابن الأخ؛ لأن لابن زيادة قرب لم يدعه الأخ، فصار الابن منفرداً بهذه الزيادة، فصار سابقاً عليه في إثبات الزيادة، [فترجحت بينته بسبب إثبات الزيادة فيها]⁽³⁾.

مسألة : رجلان ادعى كل واحد منهما ولاء رجلٍ ميت، وأقاما بينة أن فلاناً الميت كان عبداً له وأنه أعتقه وأنه مولاه ووارثه، قضي⁽⁴⁾ بالولاء والميراث بينهما نصفين؛ لأن الولاء مما يحتمل الاشتراك فصار كالأموال.

ولو أقام أحدهما بينة على ذلك وقضى بالولاء والميراث له، ثم أقام آخر بينة على مثل ذلك لا تقبل بينة الثاني؛ لأن القاضي قضى بكل الولاء للأول، فبينة الثاني قامت على إبطال قضاء الأول؛ لأن إثبات⁽⁵⁾ الولاء لكل واحد منهما متعذر؛ لأن العتق من كل واحد على الكمال متعذر فلا يسمع، وصار هذا كالنسب في النكاح إذا أقام أحدهما بينة وقضى له، ثم أقام آخر بينة على مثله لم يسمع، فكذا هذا.

النوادر: ذكر في نوادر ابن رستم قال أبو حنيفة . رحمه الله .⁽⁶⁾: إذا سمعوا من [الناس]⁽⁷⁾ النكاح ولم يشهدوا النكاح جاز لهم أن يشهدوا به فيما بينهم وبين ربهم، ولكن لو أخبروا القاضي بذلك أنهم لم يحضروا العقد لا تقبل شهادتهم فيه، وأما [في]⁽⁸⁾ المهر فعن محمد روايتان: في رواية: لا يجوز لهم أن يشهدوا على تسمية الصداق بالأمر الظاهر بالسماع إلا أن يشهدوا على شهادة من حضر، وفي رواية هشام: يسعهم أن

(1) في ف: أو الأب. وهو الصواب.

(2) في ف: نسبه.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) في ف: قضيت.

(5) في ف: إثبات كل.

(6) في ف: رضي الله عنه.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

يشهدوا بالمهر إذا أخبروهم أنها زوجته على كذا وكذا من المهر، والشهادة على الدخول بالشهرة⁽¹⁾ والتسامع اختلفوا فيه: قيل: يجوز؛ لأن هذا الأمر يشهر وتتعلق به أحكام مشهورة من النسب، والمهر، والعدة، وثبوت الإحصان⁽²⁾.

باب : الشهادة بظاهر اليد

الشهادة على ملك اليمين لا تصح بالتسامع إلا إذا عاين سبب الملك أو دليل الملك، وسبب الملك الشراء من مالكة أو الإرث منه أو غيرهما، فيحل لمن عاين السبب أن يشهد بالملك للثاني، فأما دليل الملك فذكر محمد . رحمه الله .⁽³⁾ في المبسوط في اليد حتى لو رأى شيئاً في يد إنسان حل له أن يشهد بالملك له⁽⁴⁾.

وقال الشافعي⁽⁵⁾: اليد مع التصرف ، وبه أخذ الخصاف⁽⁶⁾، وقال أبو يوسف: إذا إذا رآه في يده إنما يحل له أن يشهد بالملك له إذا وقع، في قلبه أنه ملكه، أما إذا لم يقع فلا، ويجوز أن يكون هذا قول الكل، حتى إنه إذا كان في يده شيء والناس يقولون إنه ملكه وهو يتصرف فيه، لكن وقع في قلب الرائي أنه ملك غيره وهو يتصرف بأمره؛ فلا يحل⁽⁷⁾ له أن يشهد بالملك، فصار دليل الملك اليد مع الوقوع في قلبه أنه ملكه ، وبه نأخذ⁽⁸⁾؛ لأن يده محتملة أوجهاً شتى، يحتمل أنها كانت يد ملك، أو يد وديعة، أو عارية، عارية، أو إجارة، فلا تتعين يد ملك مع هذه الاحتمالات، إلا إن انضمت إليها شهادة

(1) في ف: بالشهود.

(2) المحيط البرهاني 303/8، البحر الرائق 75/7، وحاشية ابن عابدين 96/7.

(3) في ف: قال محمد في المبسوط.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 399/4 ، وتبيين الحقائق 216/4.

(5) نهاية المطلب 611/8.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 399/4 .

(7) في ف: لا يحل.

(8) قلت: وهو الشرط الذي اشترطه محمد . رحمه الله . في بعض الروايات .

القلب وغلبة الظن، فإنها ضرب حجة في الشريعة ، فترجحت يد الملك بهذه القرينة المرجحة ، فحل له الشهادة⁽¹⁾.

وذكر في الجامع الصغير⁽²⁾: رجل في يديه شيء سوى العبد والأمة فإنه يسعه أن أن يشهد أنه له، وفي العبد والأمة روايتان عن أبي حنيفة . رحمه الله .⁽³⁾: على رواية أبي يوسف أنه يحل له أن يشهد، وعلى رواية الجامع الصغير عن محمد عن أبي حنيفة: أنه لا يحل⁽⁴⁾.

وجه رواية أبي يوسف: أن يد المولى ثابتة على العبد والأمة تصرفاً وتقبلاً، واليد المتصرفة والمتقلبة العارية عن المنازعة من أقوى دليل وأوضحه على الملك.

[835و]

وجه رواية محمد: أن الحر قد يخدم الحر طوعاً واختياراً منه/ كما هو عبده عادةً، أو يخدمه عبد غيره بالإجارة، فصارت اليد متعارضة، فلا تصلح اليد فيهما دليل الملك، حتى لو عرف أنه رقيق يسعه أن يشهد بالملك له بحكم اليد، وهذا إذا كانا يُعبران عن أنفسهما، [فإن كانا لا يعبران عن أنفسهما]⁽⁵⁾ يسع الرائي أن يشهد أنه عبده، نص عليه في المنتقى⁽⁶⁾.

ثم المسائل على أربعة أوجه: إما أن يكون عاين الملك والمالك جميعاً، أو لم يعاينهما، أو عاين الملك دون المالك⁽⁷⁾، أو على عكسه، أما إذا عاينهما الملك بحدوده، والمالك بوجهه، أو عرفه بنسبه نَسَبَ الملك إليه يحل له أن يشهد بالملك إذا وقع في قلبه

(1) المحيط البرهاني 298/8، والفتاوى الهندية ، 454/3.

(2) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني، وهو كتاب قديم يشتمل على ألف وخمسمائة واثنيتين وثلاثين مسألة، وذكر الخلاف في مائة وسبعين مسألة، حتى قيل فيه: إن المرء لا يصلح للفتوى ولا القضاء إلا إذا علم مسائله. كشف الظنون 651/1.

(3) في ف: رضي الله عنه.

(4) الجامع الصغير 390/1.

(5) ما بين معكوفين ساقط من: ف.

(6) المحيط البرهاني 299/8، والاختيار 144/2 .

(7) في ف: أو عاين المالك دون الملك.

أنه ملكه؛ لأنه تحقق دليل الملك، وإن لم يعاينهما لم يحل له أن يشهد، فإن عاين المالك دون الملك يحل له أن يشهد بالملك له، وإن عاين الملك دون المالك بأن عاين ملكاً بحدوده يُنسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعاينه، فالقياس⁽¹⁾ ألا يحل؛ لأن هذه الشهادة بالملك للمالك، ثم الجهالة في المشهود به منع حل الشهادة، فالجهالة في المشهود له وجب أن يمنع الشهادة، وفي الاستحسان يحل؛ لأن نسب المالك مما يثبت بالشهرة والتسامع فتعين الملك ضرورة؛ كثبات النسب⁽²⁾ والملك معروف مشهور به فترفع الجهالة، لكن إنما تقبل الشهادة على الملك إذا لم يفسر الشاهد عند القاضي أو أطلق، أما إذا فسر فلا، كما قلنا في الشهادة [على الموت]⁽³⁾ بالتسامع⁽⁴⁾.

المنتقى: إذا شهدوا أنه مات على هذه الدابة فهي ميراث⁽⁵⁾، ولو شهدوا أن أب هذا المدعي مات وهذه الدار كانت له يوم مات، أو شهر مات، أو سنة مات فهو جائز له، ولو رُئي على حمار يوماً لم يشهدوا أنه له لاحتمال أنه ركبه بالعارية، ولو رآه على حمار خمسين يوماً فأكثر ووقع في القلب أنه له وسعه أن يشهد أنه له؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يركب دابة كبيرة إلا بالملك⁽⁶⁾.

(1) في ف: ففي القياس.

(2) في ف: ضرورة؛ لأن النسب والملك معروف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) حاشية ابن عابدين 217/7.

(5) في ف: فهو ميراث.

(6) جاء في البحر الرائق 77/7: الظاهر أن الإنسان لا يركب دابة مدة كبيرة إلا بالملك.

باب : الشهادة على الأبوين

وتقبل الشهادة على الأب ولا تقبل له؛ لأن التهمة متمكنة في الشهادة له؛ لأنه يُؤثر أبويه على الأجنبي، منتفية في الشهادة عليه؛ لأنه لا يُؤثر الأجنبي عليه.

مسألة: رجل وامرأته ولدت ولداً فادعت أنه من زوجها هذا، وجد الزوج ذلك، فشهد أبوه وابنه على أنه أقر الزوج⁽¹⁾ أنه من هذه المرأة تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان عليه⁽²⁾.

ولو شهد أبو المرأة وجدُّها على إقرار الزوج بذلك لم تقبل؛ لأنهما يشهدان لولدهما، ولو ادعى الزوج ذلك وجحدت المرأة فشهد عليها أبوها⁽³⁾ وجدُّها أنها ولدت منه، وأنها أقرت بذلك ، فيه روايتان في دعوى المبسوط: في رواية لم تجز شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لولدهما، وفي رواية تقبل شهادتهما ، وذكر نحوه في نوادر ابن رستم⁽⁴⁾.

قال محمد: رجل شهد لابن ابنه على أبيه تقبل شهادته؛ لأنه حين شهد عليه لم يصير جدًّا لولدهما⁽⁵⁾، وإنما يصير جدًّا بعد حكم الحاكم بشهادته، فحينئذٍ يصير جدًّا

(1) في ف: على إقرار الزوج، وهو الصواب .

(2) المحيط البرهاني 323/9.

(3) في ف: الأب.

(4) البحر الرائق 80/7، وحاشية ابن عابدين 131/7.

(5) هكذا وردت في النسختين ، والصواب: لولده.

بموجب الشهادة ، والشيء لا ينفي موجب نفسه، يدلُّ عليه أن الحوالة لما أوجبت براءة المحيل لم يجعل كأن البراءة متقدمة على الحوالة؛ لأن هذه البراءة موجب الحوالة [له] (1) فلا تنفي موجب نفسها (2).

الجامع : أصله: أن الشهادة تنزه عن الخيانة وتضان عن التهمة؛ لأنها من باب الأمانة.

شهادة ولد الملاعنة وولد أم ولده المولود على فراشه إذا أبقاه (3) لا تقبل للنافي؛ لأن نسب هذا الولد كان ثابتاً من الزوج والمولى قبل اللعان، والنفي من حيث الظاهر بحدوثه على فراشه، وباللعان أو النفي (4) انقطع النسب في حق بعض الأحكام، وهو الميراث والنفقة، ولم ينقطع في حق بعض الأحكام وهو عدم قبول الشهادة وحرمة المناكحة ووضع الزكاة فيه وفساد دعوة الغير، حتى لو ادعى إنسان آخر هذا الولد لم تصح دعواه وإن صدقه الولد الملاعن (5).

ولو ادعاه الملاعن يثبت نسبه منه، وإنما أبقينا النسب/ في حق هذه الأحكام [836ظ] احتياطاً لأمر الحرمة؛ لأنها مما يحتاط فيها، ولهذا تبطل بالشبهات فكذلك في الشهادة؛ لأنها مبنية على الاحتياط، والأمانة مصونة عن التهمة والخيانة (6).

مسألة: أمة جاءت بولدين توأمين باع المولى أحدهما وأعتقه المشتري، ثم شهد المعتق وآخر للبائع جازت الشهادة؛ لأن نسب هذا الولد لم يكن ثابتاً من البائع قبل البيع؛ لأنه لم يحدث على فراشه لعدمه، ولهذا لو ادعى المشتري هذا الولد صحت دعواه، فإن ادعى البائع بعد ذلك الولد الذي في يده انتقض العتق (7) وبطلت الشهادة؛ لأن ثبوت نسب

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) المصدران السابقان.

(3) في ف: نفاه. وهو الصواب.

(4) في ف: والنفي.

(5) الفتاوى الهندية 1/521.

(6) المحيط البرهاني 8/447.

(7) في ف: العقد.

نسب أحدهما لا ينفك ولا ينفصل عن الآخر؛ لأنهما توأمان علقا من ماء واحد، فمتى ثبت نسب الذي في ملكه منه ثبت نسب الآخر منه ضرورةً، فإذا ثبت النسب فيهما فمن ضرورته انتفاض البيع⁽¹⁾.

الأصل: أنه ينظر إن شهد بما يدعيه أبواه ولهما في ذلك جر منفعة وجر غنيمة سوى تصديقهما في الدعوى كان شاهداً لهما؛ فلا تقبل⁽²⁾، وإن لم يكن لهما فيه⁽³⁾ جلب منفعة سوى [مجرد]⁽⁴⁾ تصديقهما في الدعوى لا تقبل عند أبي يوسف؛ خلافاً لمحمد لما لما تبين، وإن شهد بما جرده⁽⁵⁾ إن كان عليه في ذلك مضرة محضة أو منفعة مشوبة بالمضرة [تقبل، وإن كانت منفعة محضة لا تقبل؛ لأن المنفعة متى كانت مشوبة بالمضرة]⁽⁶⁾ لا يكون الجاحد متعنتاً في الجحود، فلا تكون المنفعة حاصلة بشهادتهما لولد⁽⁷⁾؛ لأن الشهادة مع الجحود لم تشرع موجبة له حقاً، ومتى كانت منفعة محضة يكون الجاحد متعنتاً في الجحود فيجعل مدعياً حكماً؛ لأنه لا عبرة لتعنته⁽⁸⁾.

مسألة: رجلان شهدا على أبيهما أنه طلق أمهما ثلاثاً والأب جاحد، فإن كانت الأم تدعي الطلاق لا تقبل، وإن كانت تجحد تقبل؛ لأن لهما فيها منفعة عود بضعها إلى ملكها وخلصها عن ذل الاستفراش، لكنها منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فإنه يفوتها منفعة اقتضاء الشهوة والنفقة، والمنفعة متى كانت مجحودة مشوبة بالمضرة لا تمنع قبول

(1) البحر الرائق 4/132.

(2) في ف: ولا يقبل.

(3) في ف: فيها.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) في ف: يجرده.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) في ف: بشهادة الولد.

(8) المحيط البرهاني 8/344، والبحر الرائق 4/132.

الشهادة، ثم هذه الشهادة إنما تقبل بدون الدعوى؛ لأنها قامت على تحريم الفرج فإنه من [حقوق] (1) الله . تعالى . (2).

ولو شهدا لأبيهما (3) على امرأة له أنها قد ارتدت عن الإسلام يُنظر: إن كانت أمهم حية لا تقبل؛ لأنه إن كان الأب يدعيه فلأنهما يشهدان لأبيهما بسقوط جميع الصداق إن كان قبل الدخول بها، وسقط (4) نفقة العدة إن كان بعد الدخول، وإن كان يجده؛ لأنهما (5) يشهدان لأمهما بتحويل ما كان للمرأة من القسم لأمهما (6) وهذه منفعة محضة للأم، وإن كانت مجحودةً فمنعت قبول الشهادة (7).

وإن كانت أمهم ميتة لا تقبل إن كان الأب مدعياً لما بينا، وإن كان جاحداً تقبل؛ لأن منفعة سقوط نصف الصداق قبل الدخول، وسقوط [نفقة] (8) العدة منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة [فلا تمنع قبول الشهادة (9).

ولو شهدا على الأب أنه خال امرأته على الصداق والأب يدعي لا تقبل؛ لأن فيه منفعة سقوط الصداق وسقوط نفقة العدة، وإن كان جاحداً تقبل؛ لأن هذه منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة (10) ، وهي زوال ملك النكاح، وكذا لو شهدا عليه بالبيع وهو يجحد (11).

مسألة: رجل له امرأتان وله من أحدهما خمسة بنين، فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنا بامرأة أبيهم فهو على قسمين: إما إن كانت المرأة مدخولاً بها أو لا، وكل

(1) ما بين معكوفين سقطت من ف.

(2) المحيط البرهاني 343/8، و الفتاوى الهندية 482/3.

(3) في الأصل: على أبيهما، والصواب: ما أثبتته من : ف.

(4) في ف: وسقوط.

(5) في ف: فإنهما يشهدان.

(6) في ف: إلى أمهما.

(7) المحيط البرهاني 344/8.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(9) الفتاوى الهندية 156/2.

(10) ما بين معكوفين سقط من : ف.

(11) المحيط البرهاني 344/8، والبحر الرائق 81/7.

قسم لا يخلو: إما إن كانت المرأة مطاوعة، أو مكرهة، وكل وجهٍ على أربعة أوجه: إما إن كانت (1) الأم حية، أو ميتة، والأب جاحد لذلك أو مدعٍ، فصارت المسألة على ستة عشر وجهاً (2).

أما القسم الأول: وهو ما إذا لم يكن المرأة مدخولاً بها، فإن كانت مطاوعة وأمهم حية والأب مدعٍ لذلك أو جاحد لا تقبل شهادتهم؛ لأن [هذه] (3) الشهادة تقع للأب إن كان مدعياً من حيث إسقاط المهر عنه، والفرقة (4) وقعت ولقسم (5) والفرش خلص للأب بإقرار الأب لا بشهادتهم، وإن كان جاحداً فالشهادة تقع للأب؛ لأنه تحول القسم وخلص الفرش إلى أهمهم بشهادتهم لا بإقرار الزوج، ولها في (6) ذلك منفعة محضة لا تشوبها مضرة؛ لأنه (7) يندفع عنها ضرر المضرة، وصار كما لو شهد ابنه على طلاق ضرة الأم وهي حية لا تقبل؛ لجر المنفعة، وإن كانت الأم ميتة إن كان الأب يدعي لا تقبل شهادتهم، وإن كان يجحد تقبل؛ له: لأنه إن كان يدعي الشهادة/ [وقعت له] (8) من حيث إنه يسقط يسقط جميع المهر عن ذمته فينتفع الأب من شهادتهم، وإن كان يجحد فالشهادة قامت على الأب من حيث إسقاط ملك النكاح عن المشهود عليه بالزنى، ومنفعة سقوط المهر منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فلا تمنع قبول الشهادة، هذا إذا كانت [مطاوعة غير مدخولٍ بها، فأما إذا كانت مكرهة غير مدخولٍ بها فتقبل شهادتهم في فصل مجتهد فيه، وهو ما إذا كانت] (9) الأم حية والأب يجحد؛ لأن الفرقة وقعت بإقرار الأب لا بشهادتهم،

(1) هكذا وردت في النسختين، والصواب: إما أن تكون.

(2) البحر الرائق 60/7، والفتاوى الهندية 156/2.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) في ف: والقرعة.

(5) في ف: وقعت بالقسم. وهو الصواب.

(6) في ف: لهما في ذلك.

(7) في ف: لأنها.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

والمهر لا يسقط عن الأب متى كانت مكرهة؛ لأن الفرقة ما جاءت بمعنى من جهتها، فلم تقع الشهادة لأبيهم ولا لأمهم؛ إلا إذا كانت الأم حية والأب جاحد والشهادة وقعت للأم وهو خلوص الفراش والقسم لها بشهادتهم⁽¹⁾.

وأما القسم الثاني: وهي ما إذا كانت المرأة مدخولاً بها، فإن كانت مطاوعة لا تقبل شهادتهم إلا في فصل واحد وهو ما إذا كانت أمهم ميتة والأب يجحد ذلك؛ لأن الأب إن كان يدعي فالشهادة وقعت للأب؛ لأن الفرقة وإن وقعت، والفراش وإن خُصَّ للأم بإقرار الأب ولا يسقط⁽²⁾ شيء من المهر عنه، إلا أنه يدعي سقوط نفقة العدة فإنه يقول: الفرقة وقعت من جهتها بسبب هي عاصية في ذلك، والأب لا يصدق في ذلك من غير تصديق المرأة إلا ببينة، وإن كان الأب يجحد فالشهادة وقعت للأم؛ لأن الفراش والقسم خلص لها، وإن كانت الأم ميتة والأب يجحد فالشهادة قامت على الأب، وما يحصل للأب من سقوط نفقة العدة فتلك منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فلا تمنع قبول الشهادة، أما إذا كانت مكرهة تقبل شهادتهم إلا في فصل [واحد]⁽³⁾ وهو ما إذا كانت الأم حية والأب يجحد ذلك؛ لأنها متى كانت حية والأب يدعي فالفرقة وقعت بإقرار الأب، والفراش خلص للأم بإقراره أيضاً لا بشهادتهم، وإن كانت ميتة لا تنتفع بشيء فلا يسقط المهر ولا نفقة العدة متى كانت مكرهة فلم تقع الشهادة للأب، ولا للأم، إلا إذا كانت الأم حية والأب يجحد لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم شهدوا للأم بخلوص الفراش والقسم لها وإن لم تدع الأم هذه المنفعة؛ لأنها منفعة محضة لا يشوبها مضرة⁽⁴⁾.

مسألة: جارية لرجل شهد ابناها الحران البالغان أن مولاها أعتقها على مال وهي تدعي لا تقبل، وإن كانت منكراً تقبل؛ لأن ملكها رقبتها منفعة مشوبة بالمضرة وهي

(1) الفتاوى الهندية 156/2.

(2) في ف: فلا يسقط. وهو الصواب.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) المحيط البرهاني 344/8، و الفتاوى الهندية 156/2.

وجوب⁽¹⁾ المال عليها، فلم يمنع قبول الشهادة متى كانت محجوبة، ومنعت متى كانت مطلوبة، وفي العبد لا تقبل عند أبي حنيفة . رحمه الله .⁽²⁾ ؛ خلافاً لهما؛ [لأن الشهادة قامت على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى عنده؛ خلافاً لهما]⁽³⁾.

مسألة: جارية ادعت أن مولاها باعها من هذا الرجل بألف، وأنه أعتقها وأنكر المولى فشهد أبنائه⁽⁴⁾ جاز، ولو ادعى الأب البيع وعتاق المشتري لم تقبل، وتعتق الجارية بإقراره؛ لأن ما يحصل للأب من المنفعة وهي الثمن فتلك منفعة مشوبة بالمضرة؛ فلا تمنع قبول الشهادة متى كانت مجحودة، ومنعت متى كانت مطلوبة⁽⁵⁾.

مسألة: ادعى أنه اشترى هذه الجارية من فلان بمائة دينار وقبضها، وفلان كان اشترى من ذي اليد هذا بألف وقبضها وأنكر ذو اليد، فشهد ابناء بذلك كله، قضي بالبيعين على الأول بألف، وللأول على الثاني بمائة دينار؛ لأن في زعم البائع الأول والمشتري الأول أن الشهود شهدوا بزورٍ ولم يجر بينه وبين المشتري الأول بيع، وقضاء القاضي بالبيع بشهادة الزور بمنزلة بيع مستقبل **عندهما**، ففي زعمهما أنه يثبت بيع مستقبل بقضاء القاضي، [فصار كالمدعي للثمن، وعلى قول محمد لا يكون لهما أن يأخذاً ذلك؛ لأن عنده لم يثبت بيع مستقبل بقضاء القاضي]⁽⁶⁾، فإن صدقهم البائع الأول يثبت البيعان وبطلت الشهادة في حق الثاني؛ لأنهما يشهدان لأبيهما بثمن الجارية على المشتري الأول والأب يدعي ذلك، ويأخذ المشتري الآخر الجارية بإقرار البائع أنها له؛ لأنه أقر أنه باعها من الأول، والأول باعها من الثاني وصارت الجارية ملكاً له، فيؤمر

(1) في ف: وهو وجوب.

(2) في ف: رضي الله عنه.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 345/8، والفتاوى الهندية 475/3.

(4) في ف: ابناها.

(5) المحيط البرهاني 345/8.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

بالرد عليه ولا شيء على المشتريين؛ لأنه لم يبيعها من المشتري الآخر وأنكر⁽¹⁾ المشتري الأول الشراء، وإن كان الثمن ألفاً وخمسمائة، فذلك إن كانت الجارية مقبوضة⁽²⁾./ [837ظ]

وإن كانت غير مقبوضة للمشتري الآخر من الأول فالقياس⁽³⁾ أن يأخذ المشتري [الآخر]⁽⁴⁾ الجارية ولا يعطي ثمناً؛ لأن الذي في يده الجارية زعم أنه لم يبيع الجارية من المشتري الآخر إنما باعها⁽⁵⁾ من الأول، فلا يكون⁽⁶⁾ له حق الحبس، كما لو كان الثمنان الثمنان من جنسين مختلفين، وفي الاستحسان: يقبض المشتري الآخر من البائع الأول ويعطيه ألف درهم من الثمن الذي أقر به للمشتري الأول؛ لأن بيع المشتري الآخر إنما يثبت بتصديق البائع الأول، فإنه لو لم يصدق المشتري الآخر فيما ادعى لكان لا يثبت بيعه، ولا نسلم الجارية للمشتري الآخر، فكان بائعاً⁽⁷⁾ الجارية من المشتري الآخر، فكان بائعاً من حبس الجارية⁽⁸⁾ لاستيفاء الثمن، وإن كان⁽⁹⁾ ثمن الثاني دنانير أخذها المشتري الآخر مجاناً؛ لأن البائع [الأول]⁽¹⁰⁾ لا يدعي قبلة حقاً، ولا يأخذ الدنانير قصاصاً بالدرهم⁽¹¹⁾.

(1) في ف: فأنكر.

(2) المحيط البرهاني 350/8، والفتاوى الهندية 474/3.

(3) في ف: والقياس.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في الأصل: إنه باعها من الأول، والصواب ما أثبتته من: ف.

(6) في ف: ولا يكون.

(7) في ف: وكان مانعاً.

(8) في ف: مانعاً من حبس الجارية، وهو الصواب.

(9) في ف: إن كان.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) المحيط البرهاني 350/8، والفتاوى الهندية 474/3.

باب : ما يسع الشاهد أن يمتنع من أداء الشهادة وما لا يسع

المنتقى: رجل طُلب منه أن يكتب شهادته، أو يشهد⁽¹⁾ على عقد، فإن كان الطالب يجد غيره فللشاهد أن يمتنع وإلا فلا يسعه الامتناع ويلحقه المأثم؛ لأنه ليس في الأول تضييع الحقوق وفي الثاني تضييع الحقوق⁽²⁾.

هشام عن محمد: رجل له شهود كثيرة فدعا بعضهم ليقيم الشهادة، وهو يجد غيره فمن تقبل شهادته يسعه أن يمتنع، وإن لم يجد غيره ممن تقبل شهادته، أو كان ممن تقبل شهادته ولكن هذا الشاهد شهادته أسرع قبولاً يسعه أن يمتنع عن الأداء؛ لما قلنا⁽³⁾.

وذكر الخصاف: لو سمع رجل من رجل إقراراً لآخر وقال: لا تشهد علينا بما⁽⁴⁾تسمع منّا، ثم طلب المقر له منه الشهادة، من العلماء من قال: لا يحل له أن

(1) في ف: أو شهد.

(2) لسان الحكام 240/1، والبحر الرائق 59/7، وحاشية ابن عابدين 67/7.

(3) لسان الحكام 240/1.

(4) في ف: بما لم تسمع.

يشهد؛ لأن الشهادة أمانة وقد منعاه من تحمل الأمانة، وعند علمائنا تحل له الشهادة؛ لأنه حصل له العلم، فلو امتنع عن الشهادة صار كاتماً للشهادة، ولا يجوز أن يكتم الشهادة؛ لأنه منهى (1) عنه (2).

وتجوز شهادة المختبئ وصورتها: إذا كان لرجل على آخر حق فيقتر في السر ويجحد في العلانية، وعجز صاحب الحق عن الوصول إلى حقه، فاحتال لذلك فأخفى قوماً من العدول في بيته، ثم استحضر من عليه الحق فأقر بذلك سراً، فخرج وسمع الشهود حل لهم أن يشهدوا عند علمائنا؛ لأن العلم قد حصل، وقيل: لا يحل؛ لأن فيه تدليساً وغروراً، ولكن إنما تجوز هذه الشهادة إذا كان الشهود يرون وجهه ويعرفونه، فإن كانوا لا يرون وجهه ولكن يسمعون كلامه (3) لا يحل لهم أن يشهدوا، فإن شهدوا وفسروا للقاضي شهادتهم إلا إذا أحاطوا علماً به بأن رأوه (4) دخل بيتاً وعلموا أنه ليس في البيت غيره [و] (5) ليس لهذا البيت مسلك آخر، وسمعوا إقراره بحيث لا يشتبه عليهم حاله يحل لهم الشهادة، وكذلك رجل سمع صوت امرأة من وراء الحجاب فأقرت، وشهد عنده اثنان أنها فلانة، إن رأى شخصها جاز له أن يشهد على إقرارها، وإن لم ير شخصها لا يجوز (6).

قال أبو حنيفة . رحمه الله . (7): لا تجوز الشهادة على امرأة إذا لم يعرفها حتى يشهد عنده جماعة، وقال أبو يوسف: إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة [جاز] (1)؛ لأن الشهادة على المجهول باطلة (2).

(1) فيه إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ البقرة من الآية: 283

(2) شرح كتاب أدب القاضي 4/431، 432.

(3) في ف: ولكن يسمع كلامه.

(4) في ف: فإن رأوه.

(5) ما بين معكوفين سقط من الأصل .

(6) شرح كتاب أدب القاضي 4/431، 432، الاختيار 2/143.

(7) في ف: رضي الله عنه.

مسألة: ولو شهد عدلان عند شاهدي النكاح أن زوجها طلقها ثلاثاً، أو عند شاهدي شراء عبدٍ أن البائع كان أعتقه، لا يحل لشاهدي الشراء والنكاح⁽³⁾ أن يشهدا به، ولو شهد عدلان عند شاهدي الملك للمدعي⁽⁴⁾ أنه قد باع من صاحب اليد يحل لشاهدي الملك أن يشهدا بالملك للمدعي، ولا يلتفت إلى شاهدي البيع⁽⁵⁾.

والفرق: أن بعد البيع يجوز العود إلى قديم ملكه بالفسخ والإقالة، فالشهادة بالبيع لم تورث تهمة في الشهادة بالملك، فأما بعد العتق والطلاق الثلاث لا يتصور العود إلى قديم ملكه/ بالفسخ [والإقالة]⁽⁶⁾ فأورث شبهة [عدم]⁽⁷⁾ الملك فلا يسع له الشهادة بالملك.^[837و]

مسألة: ولو شهد عدلان عند شاهدي الدين أن المديون قضاه، قال **محمد:** يشهدان [أنه]⁽⁸⁾ كان ذلك عليه، ولا يشهدان أن ذلك عليه، هكذا ذكر الخصاص في أدب القاضي⁽⁹⁾.

وذكر هشام في نوادره قال **محمد:** إن [شاء]⁽¹⁰⁾ شهدا بذلك، وإن لم يشاء لم يشهدا وأخبرا الحاكم بشهادة الدين، وبمن أخبرهما بالقضاء⁽¹¹⁾.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) الاختيار 143/2، والفتاوى الهندية 453/3.

(3) في ف: لشاهدي النكاح والشراء.

(4) في ف: المدعي.

(5) المحيط البرهاني 297/8.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف. وهي مأخوذة من: أقال، وهو الفسخ، نقول: أقال البيع إقالة أي فسخه، وأما حدها شرعاً:

هي رفع العقد، وقيل: هي الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه. ينظر: العناية 486/6، ومختار الصحاح، مادة: قيل

، 560/1، ولسان العرب، مادة: قيل، 572/11.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) المحيط البرهاني 296/8، البحر الرائق 108/7.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) المحيط البرهاني 296/8.

وذكر في المنتقى: إذا شهد رجل بحق لرجل على آخر، ثم أخبره عدلان أنه قد قضاه حقه، فليس له أن يمتنع من الشهادة إذا سأله الطالب أن يشهد له بحقه؛ لأنه ليس إليه [بحق] (1) أن يسمع من الشهود وأن يحكم به، وكذلك إن شهد على نكاح امرأة، ثم أخبره رجلان عدلان أنه قد طلقها وجحدت المرأة النكاح، فسأله أن يشهد له، لم يكن له أن يمتنع من الشهادة، ولو كان الطالب أخبره بالطلاق أو بالقبض ثم دعاه إلى تلك الشهادة لم يشهد بها؛ لأن إقراره صدق في حقه (2).

وذكر الحسن في أدب القاضي: إن دعاهما المدعي إلى أداء الشهادة فقالا: ليس عندنا شهادة فيما تدعيه، ثم شهدا له بذلك الحق تقبل شهادتهما؛ لأنه يقول الشاهد (3): نسيتها ثم ذكرتها، وكذلك لو قالوا: كل شهادة نشهد بها لفلان على فلان فهي زور، ثم شهدا تقبل شهادتهما إن قالوا: لم نذكرها حيث قلنا: ليس لك عندنا شهادة ثم تذكرنا بعد ذلك (4).

وذكر الفقيه أبو الليث (5) في نوازل (6): لو أنكر الشاهد الشهادة ليس للقاضي أن يحلفه؛ لأنه متى احتيج إلى التحليف حتى يشهد فلو شهد لا تقبل؛ لأنه يصير فاسقاً بكتمان الشهادة (7).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: الأصل.

(2) المحيط البرهاني 296/8.

(3) في ف: للشاهد.

(4) المحيط البرهاني 528/8 ، والفتاوى الهندية 464/3.

(5) الفقيه أبو الليث السمرقندي، نصر بن محمد بن إبراهيم ، الإمام الكبير، صاحب الأقوال المفيدة، والتصانيف العديدة، توفي سنة: 383هـ، من تصانيفه: تفسير القرآن، والنوازل في الفقه. ترجمته في: تاريخ بغداد: 341 /5، والجواهر المضية: 2/58، وهديّة العارفين: 2/490.

(6) نوازل أبي الليث : هو كتاب جمع فيه صور وفتاوى جماعة من المشايخ بقوله : سئل نصر بن يحيى في كذا وكذا، فقال : كذا وكذا . ينظر: كشف الظنون 1282/2.

(7) البناية 342/9.

مسألة: رجل عنده شهادة لرجل وهو محدود في قذف يسعه أن يشهد ويكتم أنه عبد أو محدود، حتى يقضى للمشهود له بالمال الذي يدعيه؛ لأن قبول شهادته مجتهد فيه فيسعه أن يشهد⁽¹⁾.

ولو كان قاضي محدود في قذف لم يسعه أن يقضي على وجه الحكم ويكتم أنه محدود، ولكنه ينزعه من يد الغاصب حتى يدفعه إلى الطالب بمنزلة من ليس بقاضي، فيكون معيناً للطالب بأخذه؛ لأن المحدود والعبد ليسا من أهل القضاء حيث لا ينفذ قضاؤهما بالإجماع، ولكنهما من أهل الشهادة في الجملة⁽²⁾.

مسألة: رجل كانت عنده شهادة ووقفت⁽³⁾ الخصومة إلى قاضٍ غير عدل، يسعه أن يكتم الشهادة حتى يشهد عند قاضٍ عدل⁽⁴⁾.

مسألة: رجل كتب صكاً في بيع، أو إجارة، أو وقفٍ وشهد الشهود عليه بذلك، ثم قال: ما علمت المكتوب في الصك، أو قال⁽⁵⁾ الواقف: وقفت على أني متى احتجت⁽⁶⁾ إليه أبيعه، ولم يعلم أن الكاتب كتب⁽⁷⁾ في الصك هذا الشرط، ينظر: إن فُرئ عليه الصك الصك وهو يحسن العربية، وكتب فيه وقف صحيح، وبيع صحيح، وأقر هو بجميع ما فيه لا يقبل قوله؛ لأنه أقر بوقفٍ صحيح، وبيع صحيح، والوقف مع هذا الشرط لا يكون صحيحاً، وكذلك إقراره بالبيع بدون علمه بما فيه، وإن كان أعجمياً لا يعرف العربية

⁽¹⁾المحيط البرهاني 297/8.

⁽²⁾المصدر نفسه .

⁽³⁾ في ف: فوقعت، ولعلها الصواب .

⁽⁴⁾ البحر الرائق 58/7، والفتاوى الهندية 440/2.

⁽⁵⁾ في ف: لو قال الواقف.

⁽⁶⁾ في ف: احتاج.

⁽⁷⁾ في ف: لم يكتب.

ينظر: إن شهد أنه قرئ عليه بالفارسية وأقر بجميع ما فيه لا يقبل قوله، وإن لم يشهدوا بذلك يقبل (1).

مسألة: وقف على مكتب في قرية وعلى معلّم ذلك المكتب فغصب رجل هذا الوقف، فشهد بعض أهل هذه القرية على الوقف، وليس لهؤلاء الشهود أولادٌ في المكتب جازت شهادتهم؛ لأن الشهادة ما وقعت لهم، وكذلك لو شهد بعض أهل المسجد (2).

باب: اختلاف الشهادات

والمنطق فيه فصلان:

فصل: في الاختلاف في الزمان والمكان، **وفصل:** في الاختلاف في المنطق والبيان.

فصل: [أصله] (3) : اختلاف الشاهدين في الأوقات، والبقاع، والإنشاء والإقرار فيما فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة، إلا إذا كانت صيغة الإنشاء تخالف صيغة الإقرار فإنه يمنع قبول الشهادة، كما في القذف لما تبين، وفيما هو مجرد الفعل يقدح في

(1) المحيط البرهاني 191/6، والفتاوى الهندية 440/2.

(2) الفتاوى الهندية 479/3.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

الشهادة، وفيما هو فعل غير مقصود لا يقح في الشهادة؛ لأن القول مما يقع فيه التكرار، فجعل الثاني إخباراً عن الأول وتكراراً وتوفيقاً بينهما وتلفيقاً وكان المقول الأول⁽¹⁾ هو المحكي ثانياً، فكان المشهود [به]⁽²⁾ شيئاً واحداً، فأما الفعل الواحد لا تقع فيه الإعادة/ والتكرار، فيكون المفعول أولاً غير المفعول ثانياً، فلا يمكن أن يجعل الثاني إخباراً عن الأول، فكان المشهود به مختلفاً⁽³⁾.

ثم الاختلاف لا يخلو: إما أن يكون في الإنشاء والإقرار، أو في السبب⁽⁴⁾ والجهة، أو في الوقت والمكان، أما الاختلاف في الإنشاء والإقرار: لو شهد أحدهما بالقتل وشهد آخر بالإقرار بالقتل، أو شهد أحدهما بالغصب والإتلاف، والآخر بالإقرار به لا تقبل؛ لأن اختلافهما في الإنشاء والإقرار وقع في الفعل فمنع قبول الشهادة، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قتله عمداً بالسيف، والآخر أنه قتله بالسكين لم تقبل؛ لأن الفعل لم يتكرر باختلاف الآلة⁽⁵⁾.

ولو شهد أحدهما بالبيع، والآخر بالإقرار به، [أو أحدهما بالإقراض والآخر بالإقرار به]⁽⁶⁾ تقبل، وكذلك في الطلاق والعتاق بأن شهد أحدهما بالإيقاع، والآخر بالإقرار به؛ لأن صيغة الإنشاء والإقرار في هذه التصرفات واحدة، فإنه يقول في الإنشاء: بعْتُ أو أقرضتُ، وفي الإقرار: كنتُ بعْتُ وأقرضتُ فلم يمنع قبول الشهادة⁽⁷⁾.

ولو شهد أحدهما بإنشاء القذف، والآخر بالإقرار به لا تقبل وإن كان قولاً؛ لأن في القذف صيغة الإنشاء تخالف صيغة الإقرار به، فإنه يقول في الإنشاء: زنيته، أو يا

(1) في ف: أولاً.

(2) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(3) المبسوط للسرخسي 160/16، البحر الرائق 113/7.

(4) في ف: والسبب والجهة.

(5) المحيط البرهاني 474/8.

(6) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(7) البحر الرائق 110/7، وحاشية ابن عابدين 204/7.

زاني، وفي الإقرار يقول: [قد] (1) كنتُ قذفتُهُ وهما مختلفان؛ لأن أحدهما قذف مبتدأً والآخر حكاية عن القذف (2).

وأما الاختلاف في السبب بأن يشهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة لا تقبل؛ لأنهما يشهدان بعقدين مختلفين (3).

مسألة: ولو ادعى على رجلٍ بألف درهم، فشهد أحدهما على خمسمائة من ثمن عبدٍ قد قبضه، وشهد الآخر على خمسمائة من ثمن متاع قد قبضه، فإنه يقضى بخمسمائة، بخلاف ما لو شهد أنه اشترى منه هذا العبد ونقده الثمن، وشهد آخر أنه وهبه منه وسلمه إليه لا تقبل (4).

والفرق: أن [في] (5) حق العين الملك بسبب يخالف الملك بغير سبب، فإن الملك بغير سبب يكون ثابتاً من الأصل حتى تستحق الزوائد المنفصلة ويرجع الباعة بعضهم على بعض، والملك بسبب لا يكون ثابتاً من الأصل حتى لا يستحق الزوائد المنفصلة، ولا يرجع الباعة بعضهم على بعض، بل ملكاً حادثاً، فتعذر القضاء بالملك بسبب [اختلفهما فيه، فتعذر القضاء بغير سبب] (6)؛ [لأنهما لو شهدا به] (7)، فأما في حق الدين الثابت في المقبوض في الحالين ملك حادث، فبأي سبب ثبت الدين ثبت ملك حادث (8)، فلم يختلف الملك فلم يمنع قبول الشهادة، كاختلاف المقر والمقرله في السبب لم يمنع صحة الإقرار في حق العين والدين جميعاً؛ لأن الثابت بالإقرار ملك حادث، فكذا هذا.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) بدائع الصنائع 54/7.

(3) لسان الحكام 247/1، والفتاوى الهندية 505/3.

(4) المحيط البرهاني 528/8، والاختيار 135/2.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف. والصواب إسقاطها.

(8) في ف: ولي عليه ألف درهم ثمن متاع.

مسألة: شهد له شاهدان على رجل بألف ثمن جارية، وقال المدعي: إنما أشهدهما بذلك المشتري ولي عليه ثمن [متاع] (1) جازت شهادتهما؛ لأنه لم يكذبهما فيما شهدا به لما قال: تحملا الشهادة هكذا؛ لأن الثابت بشهادتهما كالثابت بالمعاينة (2).

ولو قال المشتري معاينة ومشاهدة: أنها ثمن جارية، وقال البائع: ثمن متاع يقضى به على المشتري؛ لأن الاختلاف في الجهة لا يمنع صحة الإقرار، فكذا هذا، ولو قال: لم تُشهدهما لا تقبل؛ لأنه كذبهما فيما شهدا به (3).

ونكر في الجامع: ولو ادعى داراً في يدي رجل أنه اشتراها من فلان أو ورثها، وشهوده شهدوا أنها له لا تقبل؛ لأن المدعي ادعى ملكاً حادثاً والشهود شهدوا بملك قديم؛ لأن الشهادة بملك مطلق شهادة بملك قديم، والملك القديم أكثر من الملك الحادث؛ لأن القديم سبب لاستحقاق الزوائد والحادث لا، فصار المدعي مكذباً شهوده في المفصل (4).

ولو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بملك بسبب ذكر في الأصل تقبل؛ لأن المدعي ادعى أكثر الملكين، والشهود شهدوا بأقلهما [فلم يصر مكذباً شهوده، كما لو ادعى ألفاً وخمسائة والشهود شهدوا] (5) بألف تقبل على الألف (6).

ولو كان المدعي ادعى الشراء، والشهود شهدوا بالهبة والقبض لا تقبل؛ لأن الشهادة خالفت الدعوى، إلا أن يوفق فيقول: اشتريته منه فعجزت عن إثباته، فشفعت إليه فوهبها لي [بعد ذلك] (7) ويأتي بالبينة على ذلك تقبل؛ لأن هذا التوفيق محتمل الدعوى والشهادة، فصح التوفيق، وزالت المخالفة، وصحت الهبة؛ لأن البائع بجحوده المبيع صار

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) المبسوط للسرخسي 80/20، والمحيط البرهاني 509/8، والفتاوى الهندية 496/3.

(3) الفتاوى الهندية 496/3.

(4) تبيين الحقائق 229/4، والبحر الرائق 106/7.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) البحر الرائق 107/7.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

فاسخاً له، فلما استوهب منه المشتري فقد أجابه بما لا يصح إلا بعد قبوله الفسخ فيضمن قبولاً للفسخ، كما لو قال الآخر: بعث منك هذا العبد، فقال المشتري: فهو حر يضمن قبولاً حتى عتق عليه، فكذا هذا (1).

وأما الاختلاف في الزمان والمكان: بأن شهدا أنه اشتراه [منه بألف إلا أنه شهد أحدهما أنه اشتراه منه منذ سنة] (2) وشهد الآخر أنه اشتراه منه منذ سنتين جازت الشهادة؛ وكذا إذا اختلف شاهدا الطلاق والعتاق في الوقت جازت الشهادة؛ لأن/ [838] الاختلاف في الوقت فيما هو مجرد القول لا القدر (3) في الشهادة، بخلاف ما لو اختلفا في الوقت [أو] (4) في النكاح لا تقبل شهادتهما؛ لأن الشهادة قامت على القول والفعل؛ لأنه لا بد للنكاح من حضرة الشهود، [وحضرة الشهود] (5) فعل، والفعل مما لا يتصور تكراره فيكون الثاني غير الأول، فأما الطلاق والعتاق بمجرد قول، فإنه مما يتكرر فيكون الثاني عين الأول.

وذكر في المنتقى: شهد أحدهما أنه أعتق أمته هذه فتزوجها، وشهد آخر أنه أقر أنه أعتقها وتزوجها بعتق لا يثبت النكاح؛ لأن الاختلاف في الإنشاء والإقرار لا يمنع الشهادة في العتق ويمنع (6) النكاح لما بينا (7).

مسألة: لو ادعى ثوباً في يدي رجل [أنه] (8) وهبه منه منذ عشرة، فشهد أحد شاهديه منذ عشرة، والآخر منذ خمسة عشر [لا تقبل؛ لأن المدعي أكذب شاهده الذي

(1) المحيط البرهاني 487/8.

(2) ما بين معكوفين سقطت من ف.

(3) في ف: والقدر.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: ويمنع في .

(7) المحيط البرهاني 55/4.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

شهد به منذ خمسة عشر⁽¹⁾، ولو لم يؤقت المدعي تقبل؛ لأن الشهادة وافقت دعوى المدعي، والاختلاف في الزمان فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة⁽²⁾.

مسألة: شهدا بالفعل واختلفا في المكان والزمان لا تقبل، ولو شهدا بالقول وبالفعل جميعاً، واختلفا في المكان والزمان، بأن شهدا بالرهن والقبض واختلفا في الزمان والمكان جازت الشهادة، وكذلك الهبة والصدقة، وقال محمد: إن شهدا⁽³⁾ على معاينة القبض والتسليم لم تجز، وإن شهدوا على إقرار الملك بالقبض [والمسلم]⁽⁴⁾ بالتسليم جازت⁽⁵⁾.

لمحمد: أن هذه شهادة قامت على القول والفعل وهو القبض، والاختلاف في الأوقات في الفعل يمنع قبول الشهادة، وفي القول لا؛ فوقع⁽⁶⁾ الشك في القبول فلا تقبل. **لهما:** أن القبض فعل إلا أنه يتكرر وقد يكون مرتين أو ثلاثاً⁽⁷⁾ مستنداً إلى عقدٍ عقدٍ وسببٍ واحدٍ، فيجعل الثاني تكرار الأول توفيقاً بينهما فتشابه القول، ولا كذلك القتل والغصب؛ لأنه لا يتكرر بسبب واحد⁽⁸⁾.

المنتقى: ولو شهد أحدهما أنه طلقها بالفارسية أو بالنَّبَطِيَّة، وقال الآخر: طلقها بالعربية لم تجز شهادتهما، ولو كان هذا في إقرار بمالٍ أجزأته؛ لأن لفظة الفارسية مع العربية في الطلاق [يختلفان]⁽⁹⁾ معنىً [ويحتملان وجوهاً شتى]⁽¹⁰⁾، وفي الإقرار بمال يتحدان معنىً⁽¹¹⁾.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) المبسوط للسرخسي 176/16، والمحيط البرهاني 531/8.

(3) في ف: إن شهدوا، وهي الصواب.

(4) ما بين معكوفين سقطت من ف.

(5) المبسوط للسرخسي 176/16.

(6) في ف: لا يوقع الشك.

(7) في ف: وثلاث.

(8) المبسوط للسرخسي 176/16.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) المحيط البرهاني 409/3، والبحر الرائق 110/7.

مسألة: ولو شهد شاهد أنه⁽¹⁾ قال لعبد: أنت حر، وشهد آخر أنه قال بالفارسية، بالفارسية، إذا أدى قبلت الشهادة؛ لأنه ليس له وجه غير العتق.

ولو قال لامرأته: إن طلقك فعدي حر، فشهد عليه شاهد أنه طلقها اليوم، وشهد آخر أنه طلقها أمس يقع الطلاق والعتاق؛ لأن الاختلاف في الأوقات في القول لا يمنع قبول الشهادة⁽²⁾.

ولو قال: إن ذكرت طلاقك أو سميت به أو تكلمت به فعدي⁽³⁾ حر، فشهد شاهد أنه طلقها اليوم، وشهد آخر أنه طلقها أمس تُطَلَّق المرأة ولا يعتق العبد؛ لأن شهادتهما قد اختلفت في الكلام فلم يثبت شرط العتق⁽⁴⁾.

ولو قال لامرأته: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، فشهد شاهد أنه⁽⁵⁾ كلمها غدوة، [وشهد]⁽⁶⁾ الآخر أنه كلمها عشية فإنها لا تطلق؛ لأن الكلام منه بمنزلة قوله: طلقك، وكذلك لو قال: إن تكلمت بطلاقك⁽⁷⁾.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فشهد شاهد أنه دخلها غدوةً، وشهد آخر أنه دخلها عشية لم تطلق؛ لأن الدخول منه فعل، واختلاف الوقت في الفعل يقدر في الشهادة، وكذلك لو جعل أمر امرأته بيدها شهراً، فشهد شاهد أنها اختارت نفسها يوم [الجمعة، وشهد آخر أنها اختارت نفسها]⁽⁸⁾ يوم الخميس لا تقبل شهادتهما؛ لأن الاختيار الاختيار منها فعل، والاختلاف في الوقت في الفعل يمنع قبول الشهادة⁽⁹⁾.

(1) في ف: أن.

(2) المحيط البرهاني 410/3.

(3) في ف: فعبد.

(4) المحيط البرهاني 410/3، وحاشية ابن عابدين 186/7.

(5) في ف: أنه كلمه، وشهد شاهد أنه كلمها.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) البحر الرائق 110/7، حاشية ابن عابدين 205/7.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(9) المحيط البرهاني 410/3، والبحر الرائق 110/7.

فصل: شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لا تقبل عند أبي حنيفة، وعندهما : تقبل على الألف، وكذلك لو شهد أحدهما أنه طلق امرأته ثلاثاً والآخر أنه طلقها واحدة، أو شهد أحدهما بواحدة والآخر باثنتين لا تقبل عنده، وعندهما : تقبل على الأقل⁽¹⁾.

لهما: اتفقا على ألف واحدة وعلى طلاق واحد إلا أنه تفرد أحدهما بالزيادة؛ لأن في الألفين ألفاً وزيادة، فيكون الشاهد بألفين شاهداً بألف ، فيقضى بالأقل.

له: أنهما اختلفا في الشهادة لفظاً ومعنى، أما لفظاً⁽²⁾ فظاهر، وأما معنى فلأن الشاهد بالألفين والثلاث لا يكون شاهداً بالألف الواحدة⁽³⁾؛ لأن الألف غير الألفين، والواحدة غير الثلاث؛ لأنه لا يعبر بكل واحد منهما عن الآخر، والألف والواحدة [لا يتناول واحد منهما عن الآخر والألف الواحدة]⁽⁴⁾؛ لأن اسم أحد العددين لا يتناول العدد/ [839ظ] الآخر، والألف والواحدة يندرجان في الألفين والثلاث ضمناً وتبعيضاً، ولا يثبتان⁽⁵⁾ بهما تصريحاً وتتصيصاً، فإذا لم يثبت المصرح والمفصح لا يثبت ما في ضمنه ضرورة⁽⁶⁾.

مسألة: ولو شهد أحدهما على ألف والآخر على ألف وخمسمائة، أو شهد أحدهما بمائة وخمسين والآخر بمائة تقبل، أو شهد⁽⁷⁾ أحدهما على تطلقة، والآخر على تطلقة ونصف، والمدعي يدعي الأكثر قضي بالأقل اتفاقاً؛ لأنهما اتفقا على الألف؛ لأنهما تلفظا بالألف⁽⁸⁾ وصرحا بها وتفرد أحدهما بزيادة خمسمائة، فيثبت الأقل باتفاقهما، باتفاقهما، وإن كان المدعي يدعي الأقل فشهادة الذي شهد بالأكثر باطلة؛ لأن المدعي كذبه في بعض ما شهد به، حتى لو قال: صدق لكني استوفيت خمسمائة وأبرأته منها

(1) البناية 168/9 ، والبحر الرائق 109/7، والاختيار 145/2.

(2) في ف: أما معنى.

(3) في ف: والواحدة.

(4) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(5) في ف: ولا يثبتان.

(6) المحيط البرهاني 468/8، وتبيين الحقائق 182/5.

(7) في ف: ولو شهد.

(8) في ف: تلفظا بألف.

صحت⁽¹⁾، بخلاف تكذيب المقرله المقر في بعض ما أقر به؛ لأن التكذيب تفسيق من المكذب، والفسق يمنع قبول الشهادة ولا يمنع صحة الإقرار⁽²⁾.

ولو شهد أحدهما بالعشرة والآخر بخمسة عشر لم تقبل عند أبي حنيفة وإن كان المدعي يدعي خمسة عشر، ولو شهد أحدهما بعشرين والآخر بخمسة وعشرين يقبل اتفاقاً على أقل المالين⁽³⁾.

والفرق: أن خمسة عشر اسم واحد وأنه غير العشرة لفظاً ومعنى، فأما الخمسة مع العشرين فاسمان مختلفان؛ لأن أحدهما معطوف على الآخر والمعطوف غير المعطوف عليه، فحصل الاتفاق على أقل المالين⁽⁴⁾.

مسألة: ولو شهد أحدهما على الصلح بمائة درهم، والآخر على الصلح ولم يسم شيئاً، وشهدا جميعاً أنه استوفى جميع ما صالحه عليه فهو جائز، وكذلك لو شهدا في الشراء بمثله؛ لأنهما شهدا بعنق⁽⁵⁾ واحدٍ حقيقة؛ لأن الساكت عن تسمية البديل ربما يسمى يسمي مثل ما سماه الناطق، فلا يصير المشهود به عقدين⁽⁶⁾ بالشك والاحتمال، فلم يختلف المشهود به، وصار كما لو لم يسميا البديل تقبل شهادتهما متى ذكرا قبض البديل⁽⁷⁾.

مسألة: شهد أحدهما بالبييض والآخر بالسود، والمدعي يدعي البييض؛ فُضي بالسود، ولو كان يدعي السود لا تقبل، وكذلك الحنطة الجيدة والرديئة على هذا؛ لأن الشاهدين اتفقا على الألف السود لفظاً ومعنى؛ لأن في البييض سواد وزيادة؛ لأن البييض

⁽¹⁾ في ف: صحت الشهادة.

⁽²⁾ المحيط البرهاني 467/8 ، 468 ، والبناية 170/9 ، وتبيين الحقائق 231/4.

⁽³⁾ البناية 170/9 .

⁽⁴⁾ المحيط البرهاني 467/8 ، 468 ، والبناية 170/9 .

⁽⁵⁾ في ف: بعقد. وهو الصواب.

⁽⁶⁾ في ف: عقدان.

⁽⁷⁾ المبسوط للسرخسي 26/21 ، والفتاوى الهندية 279/4.

عبارة عن الجودة [والسود عبارة عن] (1) الرديئة ، فقد اتفقا على أقل المالين، وتفرد أحدهما بزيادة صفة من حيث الجودة، فيعتبر بما لو تفرد أحدهما بزيادة قدر والمدعي يدعي أكثر المالين قضي بالأقل، فكذا هذا(2).

مسألة: ولو شهد أحدهما بالحنطة والآخر بالشعير لا تقبل اتفاقاً؛ لأن الحنطة مع الشعير جنسان مختلفان لفظاً ومعنى، فلا يكون على أحدهما إلا شاهد(3) واحد.

مسألة: ولو شهد أحدهما أنه طلق زوجته ثلاثاً، والآخر أنه قال لها: أنت علي حرام لا تقبل بالإجماع؛ لأنهما لفظان مختلفان لا يُعبر بأحدهما عن الآخر، ومعنى اللفظتين(4) وإن كان متحداً وهو البيونة ولكن المعنى يثبت باللفظ، فما لم يثبت باللفظ لا يثبت بالمعنى، ولا يثبت واحدٌ من اللفظين إلا بشاهدين(5).

ولو شهد أحدهما بالرجعي والآخر بالبائن تقبل على الرجعي؛ لأنهما اتفقا على لفظ الطلاق وتفرد أحدهما بزيادة صفة بينونة، فيقضى بما اتفقا عليه دون ما انفرد به أحدهما، وكذلك لو شهد أحدهما على تطليقة، والآخر على واحدة وعشرين قبلت على الواحدة؛ لأنهما اتفقا على الواحدة وتكلم(6).

مسألة: ولو شهد أحدهما أنه قال: إن دخلت فلانة وفلانة الدار فهما طالقان وقد دخلتا، وشهد الآخر أنه قال: إن دخلت فلانة الدار فهي طالق وقد دخلت فلا تقبل(7)، لأنهما شهدا بيمينين مختلفين(8)؛ لأنه شهد أحدهما أن شرط الحنث دخولهما، وشهد

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) المحيط البرهاني 468/8 ، والفتاوى الهندية 504/3.

(3) في الأصل: بشاهد ، والصواب ما أثبتته.

(4) في ف: اللفظين.

(5) البحر الرائق 112/7.

(6) في ف: تكلماً. وهو الصواب. ينظر: البحر الرائق 112/7.

(7) في ف: لا يقبل.

(8) في ف: مختلفين؛ لأنهما شهدا بشرطين مختلفين.

الآخر أن شرط الحنث دخول واحدة منهما، والشرطان المختلفان لا يتصوران إلا في يمينين مختلفين ولم يقم كل واحد فيهما إلا شاهداً واحداً⁽¹⁾.

ولو شهد أحدهما أنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق و فلانة معك، والآخر شهد أنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق تقبل؛ لأنهما اتفقا على أن شرط الحنث واحداً وهو دخول فلانة الدار واتفقا فيما وقع⁽²⁾ به الطلاق على واحدة، وتفرّد أحدهما بزيادة وهو وقوع الطلاق على الأخرى، ولم يثبت ما انفرد به أحدهما⁽³⁾.

المنتقى: ولو شهد أحدهما أنه طلقها واحدة بائنة، وشهد الآخر أنه طلقها ثلاثاً فهي واحدة فملك الرجعة⁽⁴⁾؛ لأنهما اتفقا على واحدة رجعية؛ لأن شاهد الثلاث شهد على واحدة مطلقة غير مقرونة بالإبانة، فقد اتفقا على أصل الطلاق، [وتفرد أحدهما]⁽⁵⁾ بوصف البيونة فثبت الأصل ولُغِيَ الوصف، وهذا قياس قولهما لا قول **أبي حنيفة**/.
رحمه الله .⁽⁶⁾؛ لأن عنده الشاهد بالثلاث لا يكون شاهداً بالواحدة⁽⁷⁾.

[839و]

مسألة: عبد اشترى وباع حتى لحقه دين، فأنكر مولاه أن يكون أذن له في التجارة، فشهد شاهد أن مولاه رآه يبيع البر فسكت عنه، وشهد آخر أنه رآه يبيع الرقيق فسكت عنه لم تقبل⁽⁸⁾.

ولو شهد أحدهما أن مولاه قال [له]⁽⁹⁾: اشتر البرّ وبيع، وقال الآخر: إنه قال [له]⁽¹⁾: اشتر الرقيق وبع تقبل هذه الشهادة على الإذن⁽²⁾.

⁽¹⁾المحيط البرهاني 406/3.

⁽²⁾ في ف: فيما يقع.

⁽³⁾المحيط البرهاني 406/3.

⁽⁴⁾ في ف: يملك الرجعة. وهو الصواب.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين ساقط من: ف.

⁽⁶⁾ في ف: رضي الله عنه .

⁽⁷⁾المبسوط للسرخسي 152/6، المحيط البرهاني 469/3.

⁽⁸⁾المحيط البرهاني 475/8، وحاشية ابن عابدين 205/7.

⁽⁹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

والفرق : أن السكوت إنما جعل إذناً شرعاً عند وجود التصرف ولم يثبت واحداً من التصرفين، فلم يجتمعا على الإذن فلم يثبت الإذن، فأما الأمر بالشراء في نوع يكون إذناً بالشراء في جميع الأنواع، والأمر بشراء البُرِّ والأمر بشراء الرقيق سيان في الإذن بالتجارة، فقد اجتمعا على الإذن له في التجارة فيثبت الإذن.

مسألة: شهد أحدهما على رجل أنه أقر أنه ساكنٌ لهذه الدار، وشهد الآخر أن الدار له لا تقبل، وإن شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له، وشهد الآخر أنه ساكن لها قضي بالدار؛ لأن السكنى لا تكون إلا بإقرار منه بأنه ساكن فقد شهد كلاهما على الإقرار، وفي الصورة الأولى لم يتفقا على الإقرار⁽³⁾.

الجامع الصغير: شهد شاهدان على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها [قُطِع]⁽⁴⁾ عند أبي حنيفة، وعندهما : لا يُقْطَع، فإن قال أحدهما: إنها بقرة، وقال الآخر: إنه ثور لم يقطع بالإجماع⁽⁵⁾.

لهما : أن هذا الاختلاف يمنع الشهادة في الغصب حتى لا يقضى بالمال فلأن يمنع الحكم بالحد أولى؛ لأنه يحتال لداره ما أمكن⁽⁶⁾.

له : أنه أمكن التوفيق بينهما؛ لأن البقرة قد يجتمع فيها لوان أحد جانبيها أسود والآخر أبيض، فرأى كل شاهدٍ جانباً على حدة، ويحتمل أن تَحْمُلَ⁽⁷⁾ هذه الشهادة كان⁽⁸⁾ في ظلم الليالي وهو العادة، والألوان تتشابه في ظلم الليالي ، بخلاف الذكورة والأنوثة؛

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ المحيط البرهاني 475/8.

⁽³⁾ حاشية ابن عابدين 205/7.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁵⁾ المحيط البرهاني 475/8.

⁽⁶⁾ الجامع الصغير 391/1 ، والمحيط البرهاني 475/8، والبنية 173/9.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁸⁾ في ف: كانت.

لأن اجتماعهما وتشابهما غير متصور، وبه فارق الغصب، لأنه يكون نهراً⁽¹⁾ جهاراً والشاهد يكون قريباً من الغاصب فلا تختلف⁽²⁾ [عليه]⁽³⁾ الألوان⁽⁴⁾.

الجامع: أصله: أن الشاهدين متى اختلفا لفظاً واتفقا معنىً بأن شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالعطية أو النحلة، أو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج فإنه تقبل شهادتهما؛ لأن اعتبار المعنى أولى من اعتبار اللفظ، وإن اختلفا لفظاً ومعنى لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما متى اختلفا معنىً كان المشهود به شيئين مختلفين، فلا يكون على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، وكذا لا بد للمدعي أن يدعي أحدهما، ومتى ادعى أحدهما فقد أكذب شاهده الآخر فلا يبقى إلا شاهد واحد⁽⁵⁾.

ثم المسائل على ثلاثة أوجه: إما أن ادعى من عليه الدين الإيفاء، أو الإبراء، أو الهبة منه، فإن ادعى إيفاء الدين فشهد أحد الشاهدين بالإقرار بالاستيفاء والآخر بالإبراء لا تقبل⁽⁶⁾؛ لأنهما اختلفا لفظاً ومعنى؛ لأن الإيفاء يوجب براءة بعوض، والإبراء يوجب براءة بغير عوض، فصار كما لو ادعى البيع فشهد أحدهما بالبيع والآخر بالهبة لا تقبل، فكذا هذا⁽⁷⁾.

ولو شهد الذي شهد بالبراءة أن صاحب الحق أقر أن الغريم برئ إليه من المال قبلت شهادتهما؛ لأنهما اتفقا على الإيفاء معنىً؛ لأن⁽⁸⁾ البراءة المضافة إلى الغريم إنما هي البراءة بالإيفاء، ولهذا يُكْتَب في صك الاستيفاء: وبرئ إليه مكان قوله استوفى منه،

(1) في ف: لأنه يكون بهذا جهاراً.

(2) في ف: فلا تشبهه.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(4) المحيط البرهاني 475/8.

(5) المحيط البرهاني 54/4، تبيين الحقائق 230/4، والبحر الرائق 109/7.

(6) في ف: والآخر بالإبراء توجب براءة بغير عوض اختلفا لفظاً ومعنى؛ لأن الإيفاء.

(7) تبيين الحقائق 229/4، والفتاوى الهندية 503/3.

(8) في ف: أن البراءة.

ولهذا لو أقر المكفول عنه أن الكفيل برئ إلى الطالب⁽¹⁾ مما كفل به⁽²⁾ كان له أن يرجع بذلك على المكفول عنه، كما⁽³⁾ لو أقر أنه استوفى، فإذا كان كل واحد من اللفظين مما مما يعبر به عن الآخر فقد اتفقا معنىً، فأما البراءة المضافة إلى صاحب الحق فلا يعبر بها عن الاستيفاء، فاختلفا معنىً⁽⁴⁾.

ولو شهد أحدهما بالاستيفاء والآخر بالتحليل، أو الإحلال، أو الهبة، أو الصدقة لا تقبل؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل للإبراء، فإنه كما يقال: أبرأته من الدين يقال: حلته ووهبته منه وصدقته عليه⁽⁵⁾.

ولو ادعى الإيفاء فشهد أنه أبرأه أو أحلله يقبل؛ لأن الغريم ادعى براءة مفسرة وهي البراءة بالإيفاء، والشهود شهدوا ببراءة مجتمعة تحتمل البراءة بالإيفاء وتحتمل البراءة بالإبراء، فكان ما شهدوا به داخلاً تحت الدعوى من وجه فلم يثبت التكذيب بالاحتمال⁽⁶⁾.

ولو شهدا بالهبة، أو الصدقة، أو النحلة، أو الإحلال لا تقبل؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في البراءة بالإبراء لا في البراءة بالإيفاء، والمدعي ادعى البراءة بالإيفاء، فلم يكن ما شهدا به داخلاً تحت الدعوى، فأما إذا ادعى الغريم الإبراء فشهد أحدهما بالإبراء [له] ⁽⁷⁾، أو التصديق، أو النحلة، أو الإحلال، أو التحليل تقبل؛ لأن هذه هذه الألفاظ تستعمل للإبراء بغير عوضٍ فقد اتفقا معنىً، وهبة الدين في حق المطلوب

(1) في ف: للطالب.

(2) في ف: بما كفل به.

(3) في ف: كما أنه.

(4) المحيط البرهاني 487/8، والفتاوى الهندية 504/3.

(5) المحيط البرهاني 487/8.

(6) المحيط البرهاني 487/8، وحاشية ابن عابدين 197/7.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

إبراء وإسقاط حق حتى يصح من غير قبول المطلوب، وتمليك من وجه حتى يرتد بالرد، والهبة والإبراء في حق المطلوب متفقان معنى⁽¹⁾.

ولو ادعى البراءة فشهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة لا تقبل؛ لأن الهبة والصدقة يختلفان لفظاً ومعنى؛ لأن الهبة⁽²⁾ يقصد بها التودد والتحبب والمكافاة من جهة الموهوب له، والصدقة يقصد بها ابتغاء رضا الله . تعالى . ونيل ثوابه وجنة من عذابه، ولهذا تجوز الهبة للغني والفقير، والصدقة لا تجوز إلا للفقير⁽³⁾.

ولو ادعى الإبراء أو التحليل فشهدا على الإقرار بالاستيفاء يسأل الغريم عن البراءة والتحليل أكانت بالاستيفاء أو بغيره؟ فإن قال: بالاستيفاء يقبل، وبغيره لا يقبل، وكذلك إن سكت لا تقبل؛ لأن المدعي [ادعى]⁽⁴⁾ براءة مجملة محتملة قد تكون بالإيفاء وقد تكون بالإبراء، والشهود شهدوا ببراءة مفسرة بالإيفاء فيطلب البيان من جهة المدعي، وأما إذا ادعى الغريم الهبة فشهد أحدهما بالهبة، والآخر بالصدقة لم تقبل؛ لما بينا⁽⁵⁾.

ولو شهد أحدهما بالبراءة والآخر بالنحلى أو العطية، أو التحليل⁽⁶⁾، أو الإحلال تقبل؛ لأن هبة الدين تذكر للبراءة بالإبراء، وهذه الألفاظ تستعمل للبراءة بالإبراء أيضاً؛ لأنها تستعمل للبراءة بغير عوض فقد اتفقا معنى.

ولو ادعى [أحدهما]⁽⁷⁾ الهبة، أو الصدقة، أو النحلى، أو الإحلال فشهدا⁽⁸⁾ بالاستيفاء لا تقبل؛ لأن المدعي ادعى براءة بغير عوض والشهود شهدوا ببراءة بعوض،

⁽¹⁾المحيط البرهاني 488/8، وحاشية ابن عابدين 205/7.

⁽²⁾في ف: الهبة إنما.

⁽³⁾المحيط البرهاني 488/8.

⁽⁴⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁵⁾المحيط البرهاني 488/8، البحر الرائق 110/7، حاشية بن عابدين 205/7.

⁽⁶⁾في ف: والعطية والتحليل.

⁽⁷⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁸⁾في ف: وشهدوا.

فلم يكن ما شهدا به داخلاً تحت الدعوى، وإذا⁽¹⁾ ادعى الكفيل الإيفاء فشهد له بالبراءة يقضى له بالبراءة، ويقضى للطالب بحقه على المطلوب، ولا رجوع للكفيل على المطلوب؛ لأن الثابت [بشهادة الشهود]⁽²⁾ براءة الكفيل؛ لأن البراءة محتملة للبراءة بالإيقاع⁽³⁾ فوق الاحتمال في الإيفاء، ودين الطالب كان ثابتاً قبل المكفول عنه فوقع الشك في الإبطال، فلا تبطل بالشك والاحتمال، فأما براءة الكفيل ثابتة بلا ريب واحتمال، كانت البراءة بالإيفاء أو الإبراء، فيقضى له بالبراءة بلا ارتياب ولا براءة⁽⁴⁾ للكفيل؛ لأنه ادعى شيئين: الإبراء عما كفل له وملك مثل ما في ذمته من الدين بالإيفاء، وقد اتفق الشاهدان على البراءة فثبتت ولم تقم الحجة على [ملك]⁽⁵⁾ ما في ذمته بالإيفاء⁽⁶⁾.

(1) في ف: ولو ادعى.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: بالإيفاء. وهو الصواب.

(4) في ف: ولا رجوع.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) المحيط الدرهماني 488/8.

باب : الشهادة على الشهادة

يحتاج إلى معرفة جواز الشهادة على الشهادة، ووقتها، وكيفية الإشهاد من الأصل، وكيفية الأداء من الفرع.

أما جوازها : فتأبث استحساناً لا قياساً؛ لأنه لا يقع العلم للفروع بأصل الحق على المطلوب بشهادة الأصول؛ لاحتمال تهمة الكذب في شهادة الأصول، والعلم يقيناً وإحاطةً شرطاً لصحة الشهادة بالنص⁽¹⁾.

وجه الاستحسان : أنا جوزنا الشهادة على الشهادة لتعامل الناس باعتبار الضرورة والحاجة، وهي ضرورة إحياء الحقوق وصونها عن الزهوق⁽²⁾، فإن شاهد الأصل قد يموت وقد يغيب ولا يكون للمشهود له على أصل الحق شهود آخر، فمتى لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إبطال الحقوق⁽³⁾.

وذكر الناطفي في واقعاته⁽⁴⁾: أن الشهادة على الشهادة في الوقف لا تجوز، والصحيح أنه تجوز؛ لما فيها من إحياء الوقف وصونه عن الاندراس⁽⁵⁾، ولا تجوز الشهادة على الشهادة في القصاص والحدود؛ خلافاً للشافعي⁽⁶⁾؛ لأنه تمكنت من شهادتهم شهادتهم زيادة تهمة وريبة وهي عدم الإشهاد من الأصول وقد أمكن الاحتراز عنها بحبسه من الشهود ولا ضرورة لعدم كثرة الوقوع والوجود، بخلاف غير الحدود؛ لأن التصرفات

(1) البناية 185/9، والبحر الرائق 120/7.

(2) الزهوق: مأخوذ من الفعل: زهق، والزاهق حرف من الأضداد، يقال للميت زاهق، وللسمين: زاهق، وزهق الباطل أي: بطل، والزهوق هو البطان. ينظر: الأضداد للأبباري 154/1.

(3) العناية 462/7، والبناية 185/9.

(4) الواقعات في فروع الحنفية، للإمام أحمد بن عمر الناطفي الحنفي، المتوفى سنة: 442هـ، كنيته: أبو العباس، وهو كتاب مختصر مشهور بالواقعات. ينظر: كشف الظنون 703/1.

(5) في ف: عن اندراسه.

(6) وذهب المالكية إلى جواز الشهادة على الشهادة في كل الأحكام من حقوق الله . تعالى .، وحقوق آدميين، والقصاص، والحدود، وذهب الحنابلة إلى أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا في حقوق آدميين. ينظر: الأم 53/7، الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي، تحقيق: الحبيب الطاهر، دار النشر: دار ابن حزم، ط: الأولى 976/2، الشرح الممتع 463/15.

مما يكثر وقوعها ووجودها فمست الضرورة إلى قبول هذه الشهادة فيها، فإن شهد⁽¹⁾ شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا ضرب فلاناً حداً في قذف تقبل، وذكر في كتاب الديات: أنها لا تقبل؛ لأن رد الشهادة من تمام القبول⁽²⁾ ولم يستوف بعد رد الشهادة/، فتكون شهادة على إيجاب الحد بهذا القدر، والشهادة على الشهادة لا تقبل على [840و] إيجاب الحد [ولم يستوف بعد رد الشهادة، فتكون الشهادة على إيجاب الحد]⁽³⁾ قلّ أو كثر⁽⁴⁾.

وجه هذه الرواية: أن الشهادة قامت على استقبال⁽⁵⁾ الحد لا على إيجابه؛ لأنهم شهدوا أنه⁽⁶⁾ حده حد القذف، فتصير⁽⁷⁾ الشهادة مردودة على إيجابه ضرورة إقامة الحد، والشهادة على الشهادة تقبل على استيفاء الحد⁽⁸⁾.

مسألة: شهدا على شهادة غيره، والفرعان لا يعرفان المشهود عليه، وجاءا بامرأة وقالوا: لا ندري هي هذه أم لا؟؛ فإنه يقول القاضي للمدعي: أقم شاهدين أنها فلانة المشهود عليها؛ لأن الشهادة على الحاضر لا تصح إلا بالإشارة؛ لاحتمال أن تكون [هي]⁽⁹⁾ امرأة أخرى، فوجب التوقف والتثبت فيها ويستكشف حالها بالطلب بإقامة البينة على تعيينها، وكذلك كتاب القاضي على القاضي لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: وإن شهد.

(2) في ف: من تمام الحد. وهو الصواب.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) المحيط البرهاني 203/6، لسان الحكام 248/1، والبحر الرائق 120/7.

(5) في ف: استيفاء الحد. وهو الصواب.

(6) في ف: أنهم.

(7) في ف: فتصير الشهادة مأخوذة ضرورة.

(8) المحيط البرهاني 395/8، البناية 186/9، حاشية ابن عابدين 499/5.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) الجامع الصغير 394/1، البناية 192/9.

وأما وقتها: فحالة العجز عن شهادة الأصل؛ فإنه ذكر في الجامع الصغير: الشهادة على الشهادة لا تجوز حتى يكون شاهد الأصل مريضاً أو على مسيرة سفر؛ لما بينا أن فيها زيادة تهمة أمكن الاحتراز عنها بحبسه من الشهود، فلا يتحمل إلا عند العجز عن الأصول وذلك بالمرض أو السفر وأقل مدته ثلاثة أيام⁽¹⁾.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن كانت المسافة لو غدا إلى القاضي وشهد لا يروح إلى منزله يجوز أن يشهد على شهادته؛ لأن إحياء حقوق المسلمين واجب ما أمكن، وهذا يوجب إحياء الحقوق؛ لأن الشاهد محتسب فلا يجوز أن يكلف ما فيه حرج، وفي البيوتة في غير منزله حرج، والظاهر أنه لا يتكلف لذلك لإقامة الحسبة وهذا حسن⁽²⁾.

وأما كيفية الإشهاد من الأصل: فذكر في الجامعين: ولا تجوز الشهادة على الشهادة حتى يقول الأصل: اشهدوا على شهادتي بذلك، أو اشهدوا أن فلاناً أقر عندي أن لفلان عليه ألف درهم فاشهدوا على شهادتي بذلك إذا احتج إليها؛ لأن الشهادة على الشهادة توكيل وتحميل، لأنه لا بد من نقل الشهادة إلى القاضي، والنقل لا بد [له]⁽³⁾ من التحميل، والتحميل لا يصح إلا بالأمر، ولهذا لو نهى الأصول الفروع عن الشهادة بعد الأمر والتحميل عملاً النهي في التبطل⁽⁴⁾.

ولو قال: اشهد على شهادتي فسمعها رجل آخر لم يجز [له]⁽⁵⁾ أن يشهد على شهادته؛ لأن التحميل شرط ولم يوجد في حقه، بخلاف القاضي إذا أشهد قوماً على قضية وسمع ذلك آخرون منه⁽⁶⁾ وسع السامعين⁽¹⁾ أن يشهدوا؛ لأن قضيته حجة بمنزلة الإقرار مشافهةً والمباينة⁽²⁾ بالمعاينة، فيصح التحمل من غير تحميل وتوكيل⁽³⁾.

(1) الجامع الصغير 393/1، وتبيين الحقائق 240/4، والبحر الرائق 120/7.

(2) لسان الحكام 248/1.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: في التعطيل. ينظر: الجامع الصغير 393/1، والاختيار 151/2، ولسان الحكام 248/1.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: منهم.

ولو قال: اشهدوا عليّ بذلك، أو قال: أشهدكم فاشهدوا، [أو فاشهدوا]⁽⁴⁾ بشهادتي لا يصح؛ لأنه لم يوجد التحميل؛ لأنه لم يأمرهم بنقل شهادته، بل أمرهم أن يشهدوا على فلان بأصل الحق وليس لهم بذلك؛ لأنهم لم يعلموا بوجود الحق على المشهود عليه⁽⁵⁾.

وأما كيفية الأداء من الفروع: فأن يقولوا عند الحاكم: يشهد فلان بن فلان على إقرار فلان بن فلان بكذا، أو أشهدني على شهادته، وأمرني أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته يحتاج إلى ذكر أربع شهادات؛ تنميماً للتحميل وتكميلاً للنقل والتحويل⁽⁶⁾.

ولا تجوز على شهادة رجل أقل من [شهادة]⁽⁷⁾ رجلين أو رجل وامرأتين، وقال مالك: تجوز شهادة واحد⁽⁸⁾، وقال الشافعي⁽⁹⁾: لا تجوز أقل من شهادة أربعة على شهادة واحد، والصحيح قولنا؛ لقول عليّ . رضي الله عنه .: "لا تقبل على شهادة الميت دون رجلين"⁽¹⁰⁾؛ ولأن الفرع ينقل شهادة الأصل إلى القاضي، والنقل لا يثبت بشهادة الفرد⁽¹¹⁾

(1) في ف: للسامعين.

(2) في ف: والمبالغة.

(3) الجامع الصغير 392/1، والعناية 465/7.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) تبين الحقائق 239/4، والبحر الرائق 121/7.

(6) الاختيار 151/2، وتبين الحقائق 239/4.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(8) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، لخلف بن القاسم الأزدي القيرواني، البرازعي المالكي، تحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط: الأولى 446/4.

(9) وذهب الحنابلة إلى جواز شهادة الرجل الواحد على شهادة الواحد. ينظر: الحاوي الكبير 220/17، والإقناع في فقه الإمام أحمد 447/7.

(10) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، حديث رقم: (19108)، 281/10.

(11) في ف: الفرع.

ويثبت بما يثبت به الأصل وهو الجمع والشفع، ولو شهد رجلان على شهادة رجلين جاز؛ لأنها قامت على شهادة كل أصل بشهادة رجلين⁽¹⁾.

ولو شهدا على شهادة رجل⁽²⁾ وأحدهما [يشهد]⁽³⁾ بنفسه أيضاً لم تجز؛ [لأن]⁽⁴⁾ شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة؛ لأنها لو قبلت أدى إلى أن يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق نصف الحق بشهادته وحده، وربع الحق بشهادته مع الآخر⁽⁵⁾ على شهادة الأصل الغائب، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق؛ لأنها شطر الحجة، فبقي على شهادة الأصل الغائب شاهد واحد، فلا يثبت نقل شهادة الأصل الغائب⁽⁶⁾.

الأصل/ أن الإشهاد متى صح ثم حدث في الأصول جرحٌ تبطل الشهادة؛ [841ظ] كالعَمى، والخرس، والجنون، والردة، فإنه يبطل الإشهاد؛ لأن الفرع إنما ينقل شهادة الأصل وقد⁽⁷⁾ بطلت الشهادة قبل القضاء بها، فلا يصح النقل من الفرع؛ ولأنه مأمور بنقل شهادة الأصل وقد بطلت وليس له شهادة، فلم يبق⁽⁸⁾ مأموراً بالنقل، وإن حصل⁽⁹⁾ في الأصول جرحٌ وجب التوقف والتثبت⁽¹⁰⁾ في شهادته، كالفسق فإنه لا يبطل شهادة الفرع، لكن يتوقف فيها، ويجوز القضاء بها؛ لأنه صح الأمر بهذا القدر، وإن حدث في الأصل ما ليس بجرح كالغيبية والموت فإنه لا يبطل الإشهاد، كما لو شهد الأصل ثم غاب

(1) المبسوط للسرخسي 137/16، 138، العناية 464/7.

(2) في ف: رجلين.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: مع آخر.

(6) المحيط البرهاني 396/8.

(7) في ف: فقد بطلت.

(8) في ف: فلم يبق الأمر ولم يبق مأموراً بالنقل.

(9) في ف: وإن حدث.

(10) في ف: والتثبيت.

أو مات لا تبطل الشهادة؛ لأننا لو جعلنا الغيبة والموت يبطلان الشهادة⁽¹⁾ والإشهاد أدى إلى إبطال حقوق الناس، فلم يُجعل مُبطلًا صيانةً لحقوقهم⁽²⁾.

مسألة: وإذا ارتد شاهدا⁽³⁾ الأصل ثم أسلما فشهد الفرع لا تقبل؛ لأن بالردة بطل الأمر بالإشهاد فيعتبر بما لو بطل بنهيه، ولو بطل الأمر بنهيه بعد الإشهاد لا تقبل بشهادة⁽⁴⁾ الفرع، فكذا هذا⁽⁵⁾.

مسألة: ولو أشهد الفاسق على شهادته ثم تاب⁽⁶⁾ فشهد الفرع تقبل، ولا يجب القضاء بها إلا عند التحري؛ لأنه لم يكن وقت الأمر بالنقل شهادته موجبة للقضاء، بل شهادة يتوقف فيها، فصح الأمر بفعل⁽⁷⁾ هذه الشهادة، ولا يصح بنقل شهادة موجبة للقضاء⁽⁸⁾.

مسألة: شهدا على شهادة فاسقين، فرد القاضي [الشهادة]⁽⁹⁾ لتهمة الأصول، ثم تاب شهود الأصل [لم تقبل شهادة الأصل والفرع؛ لأن المردود شهادة الأصل]⁽¹⁰⁾؛ لأن المنقول من الفروع شهادة الأصل، فيعتبر بما لو شهد الأصل بنفسه فرد القاضي شهادته بتهمة الكذب لا تقبل شهادته ولا شهادة فروعه في هذه الحادثة أبدأ، فكذا هذا⁽¹¹⁾.

(1) في ف: مبطلًا للشهادة.

(2) المحيط البرهاني 393/8، البحر الرائق 123/7.

(3) في ف: شاهد الأصل ثم أسلم.

(4) في ف: شهادة.

(5) المحيط البرهاني 401/8، والاختيار 152/2.

(6) في ف: مات.

(7) في ف: بنقل. وهو الصواب.

(8) المحيط البرهاني 401/8.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(10) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(11) المحيط البرهاني 401/8، والاختيار 152/2.

ولو رد شهادة الفرع لتهمة فيه ثم شهد الأصل تقبل في رواية؛ لأن المردود بشهادة⁽¹⁾ الفرع لا بشهادة الأصل⁽²⁾؛ لأن التهمة لم تتمكن في شهادته، [بل تمكنت]⁽³⁾ في نقل الفرع، وفي رواية لا تقبل؛ لأنه يُثبت شبهة الرد في شهادة الأصل؛ لأن قبول شهادة الفرع قبول شهادة الأصل، فيكون الرد لشهادة⁽⁴⁾ الفرع رداً لشهادة الأصل من وجه⁽⁵⁾.

مسألة: أشهد على شهادته كافرين أو عبيدين، ثم أسلما أو أعتقا جازت الشهادة؛ لأن الأمر بنقل الشهادة من الأصل قد صح؛ لأنه من أهل تحمل الشهادة وقت الأمر؛ لأنه من أهل المعرفة والتمييز فصح التحمل من الفرع؛ لتوهم أن يصيرا أهلاً للأداء في الثاني.

المنتقى: وتجوز شهادة الابن على شهادة أبيه وعلى كتابه وقضائه⁽⁶⁾.

وذكر الخصاص في أدب القاضي : أنه تجوز شهادة الابن على [شهادة]⁽⁷⁾ أبيه ولا تجوز شهادته على قضائه⁽⁸⁾.

والفرق: أن القضية⁽⁹⁾ فعل أبيه، [والابن قام مقام أبيه في الشهادة، والأب لو شهد على الحق تقبل فكذلك]⁽¹⁰⁾ الابن، والأب لو شهد على فعل نفسه لا تقبل، فكذا

(1) في ف: شهادة الفرع.

(2) في ف: شهادة الأصل.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: بشهادة الفرع.

(5) المحيط البرهاني 401/8 ، العناية 292/5.

(6) عيون المسائل 307/1، وحاشية ابن عابدين 502/5.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 66/4.

(9) في ف: القضاء.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

الابن، وقيل : هذا قول أبي يوسف، وما ذكر في المنتقى قول محمد؛ لأنه لا منفعة للأب في هذه الشهادة، ولا دفع مغرم ولا جلب مغنم⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المحيط البرهاني 341/8، الاختيار 152/2.

باب: الشهادة في الميراث والموت والنسب

لقبول الشرائط على الإرث شرائط أربعة: أحدها: أن يشهدوا أنه كان لمورثه، حتى لو قالوا: إنه لمورثه لا تقبل؛ لأنهم شهدوا بإثبات الملك والمالية للميت للحال وأنه محال⁽¹⁾.

والثاني: أن يشهدوا على الانتقال إلى الوارث، بأن شهدوا أنه كان لأبيه مات وتركه ميراثاً ولم يقل: إنه كان يملكه، أو شهدوا أنه كان في يديه⁽²⁾ يوم الموت فتقبل بالإجماع؛ لأن اليد عند الموت لا تكون⁽³⁾ إلا يد ملك؛ لأن يده عند الموت يد أمانة أو غصب تتقلب يد ملك إذا مات مجهولاً؛ لأنه يصير به مستهلكاً، فكانت الشهادة على اليد شهادة [على] ⁽⁴⁾ الملك وقت الموت، فثبت⁽⁵⁾ الانتقال إلى الوارث بطريق الضرورة، وكذلك لو أقام الوارث البينة على دارٍ أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي في يده، فإنه يأخذها، ولا يكلف إقامة البينة / على أنه مات وتركها ميراثاً له؛ لأن الإعارة والإيداع [841و] إثبات اليد في جهة الميت، فيصير ذلك إثباتاً ليد الميت عند الموت، وذلك بمنزلة التنصيص على الانتقال إلى الوارث⁽⁶⁾.

ولو شهدوا أنه كان لأبيه ولم يقولوا: إنه تركه ميراثاً له لم تقبل **عندهما**، وقال أبو يوسف: تقبل؛ لأن ملك الوارث هو عين ملك المورث⁽⁷⁾ حتى يرد بالعيب ويرد عليه، فصارت الشهادة بالملك للمورث⁽⁸⁾ شهادة بالملك للوارث⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ شرح الفتح القدير 460/7.

⁽²⁾ في ف: في يده.

⁽³⁾ في ف: لا تكون اليد ملك.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁵⁾ في ف: فيثبت.

⁽⁶⁾ الجامع الصغير 397/1، 398، والعناية 456/7.

⁽⁷⁾ في ف: الوارث.

⁽⁸⁾ في ف: المورث.

⁽⁹⁾ الجامع الصغير 397/1، والبنية 181 / 9 .

لهما: أن ملك الوارث في حق العين متجدد، ألا ترى أنه لو كانت صدقة للموروث⁽¹⁾ تحل للوارث وإن كان عيناً، ولو كانت جارية يلزمه الاستبراء فلا بد من ذكر النقل إلى الوارث، وإنما يملك رده بالعيب؛ لأنه قائم مقام المورث في العين، فيستحق ما كان مستحقاً للمورث⁽²⁾.

وذكر الحاكم في المختصر: لو أقام البينة في دار أنها لجدّه مات وتركها ميراثاً؛ لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث جده لا يعلمون له وارثاً غيره عندهما، وقال أبو يوسف: أفضي للجدّ وأضعها على يدى عدل حتى يصحوا [عدد]⁽³⁾ ورثة الجد⁽⁴⁾.

والثالث: أن يشهدوا أنه وارثه لا يعلمون له [وارثاً]⁽⁵⁾ غيره، فإنه يدفع إلى المدعي المال، ولا يكلف الشهود أن يقولوا: إنه لا وارث له على البتات؛ خلافاً لابن أبي ليلى؛ لأنه لا علم بنفي وارث غيره على القطع والبتات؛ لأنه لا يمكن أن يستصحبه جميع عمره بحيث لا يغيب عنه حتى يعلم أنه لا وارث له غيره يقيناً وإحاطةً، فكانت الشهادة بنفي وارث [مطلقاً]⁽⁶⁾ شهادة بما لا علم به فلا تقبل، وإن شهدوا أنه وارثه ولا وارث⁽⁷⁾ له له غيره على البتات لا تقبل هذه الشهادة قياساً؛ لأنه لا علم للشاهد بما شهد به، وتقبل استحساناً؛ لأنه أمكن أن يجعل قوله: [لا وارث له]⁽⁸⁾ غيره كناية عن قوله: لا يعلم له وارثاً غيره [فيجعل كذلك تصحيحاً لكلامه، وإن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره]⁽⁹⁾ بأرض كذا قال أبو حنيفة . رحمه الله .⁽¹⁰⁾ تقبل هذه الشهادة، وقالوا: لا تقبل حتى

(1) في ف: للمورث

(2) العناية 456/7.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) المبسوط للسرخسي 46/17، المحيط البرهاني 380/8.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: لا وارث.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) في ف: رضي الله عنه .

يشهدوا على الإطلاق أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره؛ [لأنهما خصا هذا المكان بالنفي، ولو علما أنه لا وارث له غيره]⁽¹⁾ في الأماكن كلها لم يكن لتخصيص هذا المكان بالنفي فائدة، فيثبت وجود وارث آخر في غير مكان النفي مقتضى⁽²⁾ فائدة التخصيص⁽³⁾.

له: أن وجود وارث آخر في مكان آخر غير ثابت بمقتضى فائدة التخصيص؛ لجواز أنهما إنما خصا هذا المكان بالنفي؛ لأنهما تفحصا عن الوارث في هذا المكان فلم يقفا عليه، ولم يتفحصا عن مكان آخر فسكتا عن النفي في مكان آخر [يسبب أنهما لم يتفحصا لا بسبب أنهما علما له وارثاً في مكان آخر]⁽⁴⁾.

ولو شهدوا بكونه وارثاً ولم يقولوا: لا نعلم له وارثاً غيره، فإن كان ممن يرث في حالٍ دون حالٍ لا يدفع المال إليه حتى لو تَوَمَّ القاضي فلم يعلم له وارثاً⁽⁵⁾ آخر فإنه يدفع المال إليه؛ لأن نفي وارث آخر لم يثبت بالشهادة ولا بما أقيم مقامها من تلوم القاضي، وإن كان ممن يرث على كل حالٍ نظر القاضي فاحتاط ثم قضى⁽⁶⁾ له بكله⁽⁷⁾.

والفرق بينهما: أن من هو وارث بكل حال فاستحقاق الإرث ثابت بكل حال ووقع⁽⁸⁾ الشك في حجب البعض، بأن كان معه وارث آخر يحجبه عن البعض، وإن لم [يكن]⁽⁹⁾ يستحق الكل فالثابت بكل حال لا يُزَال بالشك والاحتمال، فأما⁽¹⁰⁾ من يرث في

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقط من الأصل.

⁽²⁾ هكذا وردت في النسختين (مقتضى)، والصواب: بمقتضى.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 374/8.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 374/8.

⁽⁵⁾ في ف: وارثاً غيره.

⁽⁶⁾ في ف: يقضى.

⁽⁷⁾ المبسوط للسرخسي 52/17، البحر الرائق 45/7، وحاشية ابن عابدين 497/5.

⁽⁸⁾ في ف: ودفع.

⁽⁹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽¹⁰⁾ في ف: وأما.

حال دون حال وقع⁽¹⁾ الشك في استحقاق الكل لا في الحجب؛ فلا يدفع المال إليه بالشك، بالشك، وذكر القاضي يحتاط ويتلوم⁽²⁾ زماناً قدر ما يقع في غالب رأيه أنه لو كان له وارث آخر لظهر في مثل هذه المدة ولم يقدره بشيء⁽³⁾.

وذكر الطحاوي وقدّر لذلك حولاً⁽⁴⁾؛ لأن الغيبة قد تمتد إلى حول، قيل: هذا قولهما، وما ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة - رحمه الله .⁽⁵⁾؛ لأنه لا يرى التقدير بالاجتهاد إذا لم يكن فيه نص أو إجماع، بل هو موكول إلى رأي من ابتلي به، وهما يثبتان المقدار بالاجتهاد كما قالوا في التعزير، وفي الزوج والزوجة يقضى بأقل النصيبين عندهما، وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة . رحمه الله .⁽⁶⁾ [بأكثرهما]⁽⁷⁾.

لمحمد⁽⁸⁾: أن القاضي متى تلوم زماناً وقع في غالب رأيه أنه ليس له وارث آخر آخر يثبت النفي بدليله؛ لأن غلبة رأي القاضي حجة⁽⁹⁾.

لهما: أن انتفاء وارث آخر لم يثبت بحجة، وإنما يثبت بتلوم القاضي وظنه ورأيه وأنه لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن ثابتاً، والزيادة على أقل النصيبين لم تكن ثابتة فوق الشك باستحقاقهما، فلا يستحق⁽¹⁰⁾ بالشك ، فأما/ الأول فمتيقن فيه فيستحقه⁽¹¹⁾. [842ظ]

وفي رواية لأبي حنيفة . رحمه الله .⁽¹²⁾: للزوج⁽¹³⁾ ربع الثمن⁽¹⁾؛ لأنه متيقن فيها يجوز⁽²⁾ أن يكون معها ثلاث نسوة سواها ، وللميت ولد ، فيكون الثمن بينهما، وفي

(1) في ف: الشك وقع في استحقاق الكل.

(2) في ف: ويتلوم، والتلوم: المكوث والانتظار، يقال: تلوم في الأمر أي: انتظر، ينظر: القاموس المحيط، 1 / 1496 .

(3) العناية 344/7.

(4) المبسوط للسرخسي 46/17، نقلاً عن الطحاوي.

(5) في ف: رضي الله عنه.

(6) في ف: رضي الله عنه.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: العناية 334/7، والبنية 81/9.

(8) في ف: لهما.

(9) في ف: رأي القاضي حجة متى وقع الشك في دفع بعض المال.

(10) في ف: ولا يستحق.

(11) المحيط البرهاني 376/8، والفتاوى الهندية 489/3.

(12) في ف: رضي الله عنه.

(13) هكذا وردت في النسختين: للزوج، والصواب: للزوجة، ينظر: المبسوط للسرخسي 53/17، وبدائع الصنائع 276/6.

رواية: لها ربع التسع؛ لجواز أن يكون للميت ابنتان وأبوان وثلاث نسوة سواها، فتكون الفريضة من أربعة وعشرين وعالت إلى سبعة وعشرين، فيكون للنسوة ثلاثاً من سبعة وعشرين ، وذلك تُسَعُ فيكون بينهما الأربع⁽³⁾.

⁽¹⁾ قلت : إن للزوجة الربع فرضاً إن لم يكن هناك فرع وارث من الزوج ، فإن كان هناك فرع وارث من الزوج فإنها تحجب حجب نقصان فيكون ميراثها الثمن بدلاً من الربع سواء أكانت وحدها أو هناك نساء أخريات معها.

⁽²⁾ في ف: لجواز. وهو الصواب.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 376/8، وبدائع الصنائع 276/6.

[باب: الشهادة على إثبات الملك للمسبب] (1)

مسألة: دار في يدي رجل أقام آخر البينة أنها ميراث له ولأخيه من أبيهما والأخ غائب، يقضى له بالنصف ويترك نصف الغائب في يد ذي اليد إلى أن يحضر، ولا يستوثق منه عند أبي حنيفة، وعندهما: إن كان نو اليد منكراً نصيب الغائب وضع على يدي عدل، وإن كان مقراً يترك في يده (2).

لهما: أنه إن كان في الأصل غاصباً فقد وجب الأخذ منه، وإن كان أميناً فقد صار متعدياً بالجحد، فوجب الأخذ منه كالعروض (3).

له: أن اليد الثابتة لا تنتزع من غير حجة وضرورة، ولا ضرورة لأن القضاء وقع للميت، وقد ثبت احتمال الائتمان من جهة الميت، وبطل جحوده بقضاء القاضي ولا ضرورة؛ لأن العقار محفوظة بنفسها، ولا كذلك العروض؛ لأنها محتاجة إلى الحفظ، فإن حضر الغائب لم يحتج إلى إعادة البينة واستئناف القضاء، لكن يسلم النصف إليه بتلك البينة، وبذلك القضاء في ظاهر الرواية (4).

وروى الخصاف خلاف هذا، **والصحيح** ظاهر الرواية؛ لأن الاستحقاق وقع للميت، وأحد الورثة ينتصب خصماً عنه في ذلك بالإجماع، لكن في الاستيفاء يعمل لنفسه، فلا يصلح خصماً عنه في ذلك بالإجماع كما إذا أقام البينة بدين للميت (5).

مسألة: ادعى داراً في يدي رجل، فأقام البينة أن أباه اشتراها منه بألف درهم وقد مات أبوه والبائع يجحد البيع، كُلف الابن البينة على أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره، ولا

(1) ما بين معكوفين سقط من الأصل

(2) الجامع الصغير 1/379.

(3) المحيط البرهاني 8/376.

(4) الجامع الصغير 1/379، والمبسوط للسرخسي 47/17، والفتاوى الهندية 3/437.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 4/515، 516.

يكلف البينة على أنه مات أبوه وتركها ميراثاً له؛ لأن الوارث بهذه البينة أثبت بإقرار ذي اليد أن الدار كانت ملكاً لأبيه، فتقبل بينته وإن لم يسق الميراث إلى نفسه، ولو كانت الدار في يد غير البائع كلف كلاهما؛ لأنه لم تثبت بينته إقرار ذي اليد أن الملك كان لأبيه، وإنما أثبت إقرار البائع أنه كان لأبيه، ولا يصح إقرار البائع أن الملك كان لأبيه متى لم تكن الدار في يده⁽¹⁾.

مسألة: رجل ادعى داراً في يد عمه، وأقام البينة أنها دار جده تركها ميراثاً لأبيه وعمه، لا يعلمون له وارثاً غيرهما، وأن أباه مات وترك حصته ميراثاً له، وأقام الآخر البينة أن أخاه مات قبل أبيه، وأبوه ورث منه السدس، ثم مات أبوه فورثه هو تقبل بينة ابن الأخ ويجعل له نصف الدار؛ لأنه تعذر العمل بالبينتين؛ لأن البينة من ابن الأخ تثبت موت الجد سابقاً على موت أبيه، وبينة العم تثبت موت الجد لاحقاً والشيء الواحد لا يتصور سابقاً ولاحقاً، وإذا تعذر العمل بهما لا بد من الترجيح، فبينة ابن الأخ أرجح؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأن بينته أثبتت الملك في نصف الدار لأبيه أولاً ثم لنفسه ثانياً، ثم إن الملك للجد ثابت بإقرارهما فكانت بينته أكثر إثباتاً⁽²⁾.

فإن كان في يد الغلام ميراث من تركته سوى الدار، وكل واحد يدعي على صاحبه لا تقبل بينة واحد، وجعل الكل ميراثاً واحداً لأبيه؛ لأن البينتين استوتا في الإثبات؛ لأن العم أثبت للجد ميراثاً مما تركه ابن الأخ من تركة أبيه وهو السدس، ثم أثبت ذلك السدس لنفسه وابن الأخ أثبت لأبيه ميراثاً من مال الجد وهو نصف الدار الذي في يدي العم، ثم أثبت ذلك لنفسه، فقد استويا في إثبات الملك وفي اليد، وموت كل واحد منهما ظهر ولا يدرى أيهما كان سابقاً والآخر لاحقاً، فيجعل كأنهما ماتا معاً⁽³⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 164/16، والبحر الرائق 119/7.

(2) المحيط البرهاني 382/8.

(3) المصدر نفسه .

ولو ماتا معاً لا يرث أحدهما من صاحبه، ولكن يجعل مال كل واحد منهما لورثته الأحياء كما في الغرقى والحرقى، ومنها أن يبينوا وجه الاستحقاق، حتى لو قالوا: مات أخوه وتركها ميراثاً لم تقبل حتى يقولوا: لأبيه أولاد أو لهما؛ لأن [أسباب]⁽¹⁾ الوراثة مختلفة لما تبين⁽²⁾.

مسألة: رجل مات فأقام رجل شاهدين⁽³⁾ أن⁽⁴⁾ الميت فلان بن فلان ابن عمه ووارثه لا يعلمون [له وارثاً غيره يقضى له بميراثه؛ لأنه ثبت بالبينة كونه وارثاً، وإن أقام آخر شاهدين أنه ابن الميت ووارثه]⁽⁵⁾ لا يعلمون له وارثاً غيره فالميراث له؛ لأن الابن مقدم عليه ولا تنافي بين الثاني/ والأول، فإن الإنسان يجوز أن يكون له ابن وابن عم [842و] أيضاً⁽⁶⁾.

ولو أقام الثاني بينة أن الميت فلان بن فلان الفلاني، ونسبته إلى أب غير الأب الذي نسبه إليه الأول ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره، لم تقبل، ولم يحول النسب من أب إلى أب ومن فخذ إلى فخذ آخر؛ لأنه لما ثبت نسبه من الأول خرج من أن يكون محلاً لإثباته من إنسان آخر، فالبينة الثابتة⁽⁷⁾ قامت في غير محلة فلا تقبل، ألا ترى أن رجلين رجلين [لو]⁽⁸⁾ تنازعا في مولود وأقام أحدهما بالبينة⁽⁹⁾ وقضى القاضي له بالولد⁽¹⁰⁾، ثم

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ المحيط البرهاني 382/8.

⁽³⁾ في ف: بينة.

⁽⁴⁾ في ف: أن ابن عم الميت.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁶⁾ البحر الرائق 75/7.

⁽⁷⁾ في ف: الثانية.

⁽⁸⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁹⁾ في ف: البينة. وهو الصواب.

⁽¹⁰⁾ في ف: بالولد له.

أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني، وكذلك لو تنازعا في نكاح امرأة، فأقام أحدهما البينة وقضى القاضي له بالنكاح، ثم أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني لما قلنا، فكذا هذا⁽¹⁾.

الجامع: أصله: أن الشهود متى شهدوا بيد مُطلقة للمورث عند الموت أو بما يدل عليها تقبل وإلا فلا؛ لأن اليد المطلقة عند الموت تدل على الملك لما بيننا، واليد المطلقة إنما تثبت إما بفعل لا يتهياً إلا بالنقل والتحويل فيما يقبل النقل والتحويل؛ لأن اليد الثابتة إنما تثبت من كل وجه بزوال اليد الأولى، ولا تزول اليد الأولى إلا بالنقل والتحويل كالعقار ونحوه يثبت بفعل وتصرف لا يصدر إلا من المالك غالباً؛ لأنه لا يستفاد إلا بيد الملك⁽²⁾.

مسألة: مدعي الدار لو أقام بينة أن أباه مات فيها لم يكن شيئاً؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك ولا باليد؛ لأنه قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها الزائر والضيف، وكذلك لو شهدوا أنه مات على هذا البساط أو قاعد عليه، وكذلك لو شهدوا أنه كان في يده الدار حتى مات فيها، أو دخل فيها ومات لم تقبل؛ لأن اليد لا تثبت بالكينونة ولا بالدخول فيها، يدخل الدار ملتجئاً أو لدفع الحر والبرد، ألا ترى أنه لو أقر وذو اليد يدعي أنه كان فيها أو كان داخلها بها لا يكون إقراراً له بها، وإن شهدوا أنه ساكنها تقبل؛ لأن السكنى في الغالب إنما تكون من المالك، فإن اسم الساكن إنما يطلق على من إليه إسكان غيره والسكنى بنفسه، وإزعاج غيره، وفتح الباب وإغلاقه، فأما من يدخلها زائراً أو (مُسَلِّماً) فإنه لا يسمى ساكناً فكان فعلاً يوصف الملاك به غالباً؛ ولأن اليد على الدار تثبت بالسكنى، ولهذا لو أقر ذو اليد للمدعي أنه كان يسكنها كان إقراراً له بها، فأقيم مقام اليد المطلقة، وكذلك إن شهدوا أنه حامل هذا البساط، أو لأبس هذا القميص، أو لأبس هذا الخاتم؛ لأنه فعل لا يتهياً إلا بالنقل والتحويل وتصرف بيتي على اليد فيدل على الملك، وقيل في

⁽¹⁾المحيط البرهاني 372/8.

⁽²⁾المحيط البرهاني 372/8.

الخاتم: أن يشهدوا أنه كان في خنصره أو بنصره تقبل، وإلا فلا؛ لأن الخاتم لا يستعمل في غيرها استعمال الملك، والصحيح المذكور في الكتاب؛ لأن لبس الخاتم في أي أصبع كان لا يتهيأ إلا بالنقل والتحويل، وذلك يدل على اليد المطلقة، وإن شهدوا أنه راكب على هذه الدابة تقبل؛ لأن الركوب لا يفعل في الغالب إلا للتحويل وإن كان يتحقق من غير نقل وتحويل، وإن شهدوا أنه مات وهذا الثوب على رأسه لم يسمع، وكذلك هذا في الإقرار؛ لأن الوضع قد يكون من غيره فلا يوجد منه النقل والتحويل، فلا تثبت به اليد فوقع الشك في ثبوت يده فلا يثبت بالشك، حتى لو شهدوا أنه كان هو الواضع على رأسه يوم الموت تقبل؛ لأن الوضع فعل لا يتحقق إلا بالنقل والتحويل، فكان بمنزلة قولهم هو حامل له أو لابس له⁽¹⁾.

فصل: الجامع: رجل أقام بينة على رجل أنه أخوه لأبيه وأمه، أو جده، لا تقبل، حتى يدعي قبّله حقاً من ميراث أو نفقة وغيره، فحينئذ تقبل ويثبت النسب؛ لأن هذا دعوى على الأب؛ لأنه ما لم يثبت نسبه من الأب لا يصير أخاً وجداً له، ألا ترى أنه لو أقر به لم يلزمه، فكان مدعياً نسباً على الغائب فلا يصح، إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل إليه إلا بعد إثبات النسب على الغائب، فينتصب الحاضر خصماً على الغائب في إقامة البينة بالإنكار، وكذلك لو أقام البينة أنه قتله لا يقبل إلا أن يدعي حقاً؛ لأنه يدعي شيئاً على غيره وهو النسب من أبيه، فما لم يثبت نسبه من أبيه لا يثبت من الجد كما في دعوى الإخوة⁽²⁾.

وذكر الخصاص في أدب القاضي : أنه يصح دعوى الجد/ من غير أن يدعي حقاً [843ظ]

في الأبوة والبنوة⁽³⁾.

⁽¹⁾المحيط البرهاني 386/8، وشرح فتح القدير 459/7.

⁽²⁾شرح كتاب أدب القاضي 448/3، والمحيط البرهاني 315/9.

⁽³⁾شرح كتاب أدب القاضي 448/3.

ولو أقام البينة على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها ابنته وهو ينكر يثبت نسبه منه وإن لم يدع قبله حقاً؛ لأنه لو أقر به يصح إقراره فينتصب خصماً عن إقامة البينة عليه، وهذا لأنه بدعوى الأبوة والبنوة يدعي عليه حقاً، فإن الابن يدعي أن له حق الانتساب إليه، والأب يدعي على الابن وجوب الانتساب إلى نفسه شرعاً؛ قال - صلى الله عليه وسلم - في النسب: "من انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"⁽¹⁾، وكذلك تقبل البينة على الزوجية وإن لم يكن فيه دعوى مهر ولا نفقة؛ لأنه لو أقر به صح فينتصب خصماً في إقامة البينة، وهذا لأن نفس الزوجية حق فيدعي عليه حقاً⁽²⁾.

مسألة: ولو أقامت امرأة البينة على رجل أنه ابنها، أو أقام رجل البينة على امرأة أنها أمه تقبل ويثبت نسبه منها، وروي عن أبي يوسف في الأمالي: لا تقبل؛ لأنها لو أقرت بذلك لا يصح إقرارها؛ لأنها تحمل النسب على الغير، فلا ينتصب خصماً في إقامة البينة⁽³⁾.

وجه ظاهر الرواية: أن الأم أحد الأبوين، ثم الأب ينتصب خصماً في إقامة البينة عليه على النسب، فكذا الأم، فيجوز أن يثبت النسب من الأم وإن كان مما لا يثبت من الأب، ألا ترى أن ولد الزنى ثابت النسب من الأم دون الأب، ألا ترى أنها لو أقرت بالنسب لا يثبت؛ لأن سبب ثبوت النسب في جانبها الولادة، وأنه يحضر غيرها عند الولادة وهي القابلة، فشرط انضمام قول القابلة إلى قولها، فلا يصح إقرارها على الانفراد،

⁽¹⁾ أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الحدود ، باب: من ادعى إلى غير أبيه، أو تولى غير مواليه رقم : 2609 ، 2 / 870، وأحمد في مسنده ، رقم : 3038 ، 328/1 ، وصححه الشيخ الألباني - رحمهم الله- في صحيح سنن ابن ماجه ، حديث 5115.

⁽²⁾ شرح كتاب أدب القاضي 448/3، وبدائع الصنائع 223/6.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 317/9.

فأما في الإنكار فلا يُشترط انضمام قول الغير إلى قولها فيصح إنكارها والبيينة تسمع على المنكر⁽¹⁾.

مسألة: رجل التقط لقيطاً فادعت امرأة أنه أخوها تقبل بينتها؛ لأنها تدعي حق الحضانة عليه؛ لأن الأخت أحق بحضانتها وإمساكه من الملتقط، ولا يتوصل إلى إثبات هذا الحق إلا بعد ثبات نسبه من أبيها، فينتصب الحاضر خصماً على الغائب، وكذلك لو أقام البيينة على رجل أنه مولاه تقبل وإن لم يدع قبله مالاً أو حقاً؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، وللمولى حق الانتساب إليه، ولهذا لو أقر بالولاء صح ويلزمه كما في النسب، وفي النسب ينتصب خصماً وكذلك في الولاء وهكذا في ولاء الموالاة⁽²⁾؛ لأن ولاء الموالاة، وولاء العتاقة سواء؛ لأن ولاء العتاقة أقوى، والمولى لو ادعى أنه معتقه تقبل وكذلك لو ادعى أنه ابن معتق أبيه؛ لأنه تعلق به حق الولاء⁽³⁾.

الجامع: مسائله على فصلين: أحدهما: في الشهادة على النسب لاثنتين على التعاقب، والثاني: فيما يتضمن القضاء بالنسب إبطال الشهادة.

فصل: شهد رجلان لرجل أنه أخ الميت لأبيه وأمه ووارثه، لا يعلمان له وارثاً غيره فقضي، ثم شهد الآخر أنه ابن الميت ووارثه لا تقبل؛ لأنهما تناقضا في شهادتهما؛ لأنهما لما شهد الآخر أنه ابن الميت فقد زعما أن الأول لم يكن وارثاً، فإن الأخ لا يكون وارثاً مع الابن وأبطلاه ملكاً أوجباه للأخ، فإن مال الميت صار ملكاً للأخ بشهادتهما الأولى، فمتى قبلنا⁽⁴⁾ شهادتهما بالبنوة تبطل الملك للأخ لا تقبل، ويضمنان لابن ما أخذ الأخ،

⁽¹⁾ شرح كتاب أدب القاضي 3/453، 454.

⁽²⁾ ولاء الموالاة: هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول له: واليتك على أني إن متُّ فأرثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك وقبل الآخر منه.

ينظر: الجوهرة النيرة 2/116، والعناية 9/228.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 9/317.

⁽⁴⁾ هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: قلنا.

لأنهما زعما أننا أتلفنا على الابن بشهادتهما للأخ بغير حق، فيصدقان على أنفسهما ولا يصدقان على الأخ⁽¹⁾.

ولو شهد الآخر أنه أخوه لأبيه ووارثه لا يعلم له وارثاً غيره وغير الأول تقبل ويدخل الثاني مع الأول في الميراث، ولا ضمان على الشاهدين للأول ولم يغرمنا للثاني شيئاً، لأنهما لم يتناقضا في شهادتهما للثاني في أصل الوراثة؛ لأن الأول يرث مع الأخ الثاني؛ لأنهما شهدا للأول بالوراثة لا بالمال ولم يتناقضا في الوراثة، ولا يضمنان شيئاً؛ لأنهما ما أتلفا بشهادتهما شيئاً⁽²⁾.

مسألة: شهد اثنان أن فلاناً أخو الميت لأمه وأبيه لا نعلم وارثاً له غيره وقضي، وشهد آخران للآخر أنه ابنه ينتقض القضاء الأول؛ لأن الفريق الثاني لم يتناقضا في شهادتهما فقبلت وثبتت البنية بشهادتهما، فانتقض القضاء والوراثة للأخ ضرورة، فإن كان المال قائماً في يده دفع إلى الابن، وإن كان هالكاً فللابن الخيار/ إن شاء ضمن الأخ، [843و] وإن شاء ضمن الشاهدين، فإن ضمن الأخ لا يرجع على أحد، وإن ضمن الشاهدين رجعا على الأخ لما عرف⁽³⁾.

فصل: المنتقى: قال محمد: رجل مات وترك أخا لا يعلم له وارثاً غيره، فقال عبدان من رقيق الميت: إن الميت قد كان أعتقهما في صحته، وأن هذا الصبي ابنه، فصدقهما الأخ في ذلك لا تقبل شهادتهما، وهما عبدان للصبي، ويدفع جميع الميراث إلى الصبي بإقرار الأخ، ولا يثبت نسبه؛ لأن الأخ لما صدقهما في العتق والبنوة فقد أقر بشيئين بعتقهما وبأنه لا حق له في الميراث، إذ الابن مقدم عليه، فصح إقراره على نفسه

(1) الفتاوى الهندية 490/3.

(2) المصدر السابق.

(3) المحيط البرهاني 361/8، الفتاوى الهندية 490/3.

بنسب الصبي حتى يدفع المال إليه، ولم يصح إقراره على غيره بالعتق؛ لأنه لا ملك له فيهما فلم يعتقا ، فبطلت شهادتهما في حق إثبات النسب⁽¹⁾.

ولو كان مكان الغلام جارية جازت شهادتهما وثبت نسب الجارية، ويسعى العبدان لهما في نصف قيمتهما؛ لأنه أقر بأن حقه في نصف الميراث ، فصح إقراره بالعتق فعنقا كلا **عندهما**؛ لأن العتق لا يتجزأ عندهما ، فهما حران شهدا بالنسب، إلا أن العتق حصل في عبد مشترك ، فتجب السعاية للشريك الساكت⁽²⁾.

الجامع: مات رجل عن عبيدين وأمتين صغيرتين ولدتا في ملكه وابن عم، فأعتق ابن العم العبيدين ، فشهد العبدان أن الميت ادعى إحدى الأمتين ، هذه لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله . ، وتقبل **عندهما**، أما **عنده** فلأنا متى قبلنا شهادتهما في الابتداء احتجنا إلى إبطالها في الانتهاء أن الميت مات وترك بنتاً وابن عم، فيكون العبدان بينهما نصفين، فلا يعتق منهما نصيب البنت عنده؛ لأن **عنده** أحد الشريكين متى أعتق العبد المشترك لم يعتق نصيب الساكت، فيصير معتق البعض، ومعتق البعض عنده بمنزلة المكاتب، وشهادة المكاتب باطلة ، فلم نقبلها للابتداء قصراً للمسافة، و**عندهما**: متى أعتق أحد الشريكين العبد المشترك يعتق كله، وشهادة الحر مقبولة، فإن شهدا للآخرى بمثل ذلك قبل القضاء بالأولى لا تقبل أيضاً عند أبي حنيفة، و**عندهما** تقبل؛ لأن عنده يظهر في الانتهاء أن الميت ترك بنتين وابن عم، فيكون الثثان للبنتين فلا يعتقان **عنده**، و**عندهما**: يعتق الكل، وإذا قضي للأولى وأمر بتسليم نصف القيمة إليها، فإن كان ابن العم موسراً تقبل شهادتها، لأنه لم تجب للأولى عليهما سعاية ، فهما بشهادتهما لا يحولان

(1) حاشية ابن عابدين 476/5.

(2) المصدر نفسه .

ضامناً وجب عليهما تحويل إلى الثانية، وإن كان ابن العم معسراً ، فإن صدقتهما الأولى وجب عليهما السعاية في نصف قيمتهما للأولى ، والآن تتحول سدس قسمتهما إلى الثانية بإقرار الأولى لا بشهادتهما، ألا ترى أنهما لو لم يشهدا بذلك كان سدس السعاية متحولاً إلى الأخرى بإقرار الأولى، وإن جحدت الأولى لا تقبل شهادتهما ولم يضمننا، إلا أن تكون الثانية حرة بسبب آخر، فيضمنان لها السدس الذي أتلفا بالصرف إلى الأولى؛ لأنهما أقرا للأخرى بسدس قيمتها والأخرى تصدقهما في ذلك⁽¹⁾.

ولو شهدا للأولى أنها أخته لأبيه وأمه بعد القضاء بنسب الأولى لم تقبل اتفاقاً؛ لأننا متى قبلنا هذه بشهادة الأخرى في الابتداء يؤدي إلى إبطالها في الانتهاء؛ لأنه يظهر أن الميت مات وترك بنتاً وأختاً فإن الميراث بينهما نصفان ، ولا شيء لابن العم، فظهر أن ابن العم أعنتهما وكان لا يملك شيئاً منهما، فلم يصح عتقه فبقيا عبيدين، وشهادة العبد لا تقبل، ولو شهدا قبل القضاء للأولى لا تقبل شهادة الأول ولا الثاني⁽²⁾.

مسألة: شهدا أن فلاناً أخو الميت لأبيه وأمه ووارثه لا يعلم له وارثاً غيره وقضي به، وللميت على رجل دين فوهبه الأخ له أو تصدق عليه، أو أبرأه، أو وهب له عيناً من التركة، ثم شهد الموهوب له لآخر أنه ابن الميت لا تقبل ، وبطلت هبة الأخ وبراءته ، ويرد جميع ذلك على الابن؛ لأنه يجز بشهادته إلى نفسه مغرملاً لا مغنماً، فإنه زعم أن هبة الأخ له باطلة، وشهادة العدل إذا خلت عن التهمة تقبل، وصار كالمرتتهن إذا شهد بالرهن لغيره، فإن وهب له الأخ أو تصدق عليه بعوض وتقابضا ثم شهد بنسب الابن لا تقبل؛ لأنه بشهادته يريد إبطال ملك العوض على الواهب وإعادته إلى ملكه ثانياً، فكان بشهادته يجز إلى نفسه نفعاً ومغناً فلا تقبل/، وكان كالبائع وكالمشتري إذا شهد بالمبيع [844ظ] لغيره لم تقبل، فكذا هذا، ويأخذ المشهود له الهبة والصدقة والمُشْتَرَى إن كان قائماً وقيمته

⁽¹⁾المحيط البرهاني 512/8 .

⁽²⁾المحيط البرهاني 512/8 .

إن كان هالكاً؛ لأنه زعم أن الهبة والصدقة لم تصح وأن ما في يده ملك الابن، فيؤمر بالرد عليه إن كان قائماً ويرد قيمته إن كان هالكاً؛ لأنه قبضه بغير إذنه فكان غاصباً⁽¹⁾.

الزيادات⁽²⁾: أصله: أن العلم بالمشهود به شرط لصحة القضاء؛ لأن المقصود من القضاء هو الإلزام⁽³⁾ وذا لا يتصور بدون العلم به، [مسائله على فصلين: أحدهما: في وجوب القضاء، والثاني: في إمضاء القضاء]⁽⁴⁾.

فصل: شهدا أن هذا وارث فلان لا يعلم⁽⁵⁾ له وارث غيره، ولم يخبرا سبباً يرث به لا تقبل؛ لأن القاضي [لا]⁽⁶⁾ يتمكن من القضاء بالوراثة إلا بعد القضاء بسببها؛ لأنه يتعذر القضاء بالوراثة له مطلقاً والأسباب مختلفة⁽⁷⁾، فلا يتمكن من القضاء بسبب منها مع الجهالة فيتعذر القضاء أصلاً، وكذلك لو شهدوا أنه أخوه أو عمه أو مولاه لا تقبل؛ لأن الأخوة والعمومة مختلفة قد تتعلق⁽⁸⁾ بها العصوبة، وهو ما إذا كانت لأب أو لأم⁽⁹⁾ أو لأب، وقد تتعلق بها الفريضة وهي ما إذا كانت⁽¹⁰⁾ للأم وأحكامها مختلفة في الحجب، فلو قضي⁽¹¹⁾ لهذا ربما يأتي⁽¹²⁾ آخر فيدعي الميراث ولا يدري أن هذا حاجب الأول أو محجوب به، وكذا اسم المولى مشترك يتناول الأعلى والأسفل فيتعذر القضاء⁽¹³⁾، وكذا⁽¹⁴⁾ لو شهد أنه جده أو جدته؛ لأنه قد يكون صحيحاً وقد يكون فاسداً، ولو شهد أنه

(1) المصدر نفسه .

(2) الزيادات: هو أحد كتب محمد بن الحسن الشيباني، وهو كتاب مفقود . ينظر: كشف الظنون 1/81.

(3) في ف: وهو الإلزام بدون العلم بالمشهود به.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: لا يعلمان. وهو الصواب.

(6) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(7) في ف: لأن أسبابها مختلفة وأحكامها متفاوتة.

(8) في ف: فلا تتعلق.

(9) في ف: وأم. وهو الصواب.

(10) في ف: بأن كانت لأم.

(11) في ف: لو قضي له بالميراث.

(12) في ف: ربما يجيء آخر فيدعي.

(13) في ف: القضاء بالوراثة.

(14) في ف: وكذلك.

أبوه، أو أمه، (1) [أو ابنه] (2)، أو ابنته، [أو ابن ابنه] (3)، أو بنت ابنه يقبل؛ لأن الأبوة والبنوة لا تختلف أحكامهما (4).

فصل: ولو شهدوا أن قاضي بلد كذا قضى لهذا بأنه وارث الميت، وقالوا: لا ندري أن هذا وارث أم لا، تقبل؛ لأن مطلق فعل القاضي محمول على موافقة (5) الشرع، وهو أنه استقصى في بيان النسب ولم يُقدم على القضاء (6) إلا بعد العلم بالنسب [بحجة] (7)، ولكن ولكن يسأل القاضي المدعي عن سببه (8) [ويقضي] (9) له، وهذا السؤال ليس بشرط لنفاذ القضاء، ولكن لصيانة (10) القضاء عن النظر (11) لمن يجيء بعده ويدعي أنه هو الوارث ليعرف القاضي أنه حاجب للأول أم محجوب به، فإن جاء آخر وأقام البينة أنه وارث الميت نظر فيما أقر الأول به، فإن كان يجوز [أن يكون] (12) وارثاً مع هذا الثاني بحال جعلناه وارثاً معه، وإن لم يرث يقضى للثاني؛ لأنه [متى] (13) قضى بالوراثة يكون جميع المال للميت فلا يبطل قضاؤه إلا بالخطأ المتيقن به، وإنما يتيقن بالخطأ إما في البعض بأن بين الأول أنه ابن الميت وبين الثاني أنه أبوه فقد تحقق الخطأ بقدر السدس فيعطى للثاني السدس، أو ادعى الأول أنه أبو الميت وأقام الثاني البينة أنه أبوه كان الميراث

(1) في ف: وأمه.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) شرح فتح القدير 461/7، البحر الرائق 118/7.

(5) في ف: محمول على الصحة والسداد وموافقة للشرع والرشاد.

(6) في ف: فلا يكون إقدامه على القضاء.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) في ف: نسبه.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) في ف: لصون.

(11) في ف: والنظر.

(12) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(13) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

لثاني؛ لأن من ضرورة كون الثاني أباً له انتفاء⁽¹⁾ أبوة الأول، فإن قضي للثاني ثم أقام الأول بينة أنه أبوه لا تقبل؛ [لأنه لما قضي بالأبوة للثاني وذلك ينفي أبوة غيره]⁽²⁾ إلا أن يشهد شهوده أن القاضي⁽³⁾ قضي [له]⁽⁴⁾ بشهادة شهود أنه أبوه فحينئذ تقبل؛ [لأن الأول قد صار أباً قبل أن يقضي القاضي للثاني بالأبوة]⁽⁵⁾، والأبوة مما لا يحتمل التعدد⁽⁶⁾، فبعد ما تأكد الأول بالقضاء لا يتصور إثباتها لغيره⁽⁷⁾، كمن أقام بينة على نكاح امرأة وقضي له بها، ثم أقام⁽⁸⁾ آخر بينة أنها امرأته لا يقضى للثاني؛ لأن المشاركة لما لم تتحقق⁽⁹⁾ لا بد من ترجيح أحدهما على الأخرى⁽¹⁰⁾ فيرجح السابق⁽¹¹⁾، والقضاء الثابت⁽¹²⁾ الثابت⁽¹²⁾ يتعين ولا يجوز إبطاله بالشك، وإن [كان]⁽¹³⁾ القاضي الثاني قضي للأول بما أقام من البينة على قضاء القاضي الأول بأنه وارث الميت، ثم إن الثاني أقام البينة أنه أخ الميت أو ابنه والمقضي له الأول معنوه أو صبي جعل للأول أفضل الأشياء⁽¹⁴⁾ وللثاني أقل مما لا يكون⁽¹⁵⁾؛ لأن القضاء من الأول قد نفذ بيقين فلا يجوز إبطاله إلا بيقين مثله، ولا يقين إلا في الأقل، فإن كان⁽¹⁶⁾ الثاني يسقط بحال يجعله ساقطاً بالأول؛

(1) في ف: أباً له بالبينة العادلة.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في: أن القاضي الأول.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: لا يحتمل التعدد ولا يقبل التحول.

(7) في ف: إثباتها لغيره وتحويلها إليه.

(8) في ف: وأقام.

(9) في ف: تتحقق في الزوجية .

(10) في ف: الآخر.

(11) في ف: فترجحت المناكحة السابقة.

(12) في ف: النافذ.

(13) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(14) في ف: أفضل الأشياء في الميراث.

(15) في ف: مما يكون. ولعله الصواب.

(16) في ف: وإن كان.

لأنه ظالم لم⁽¹⁾ يتبين عنده سبب قضاء الأول يحمل⁽²⁾ ذلك على أفضل الجهات حتى لا لا يحتاج إلى نقض القضاء بالشك⁽³⁾.

باب: البيئتان قامتا على الشئيين المختلفين

مسألة: شهد شاهدان بالقرض وشاهدان بالمضاربة، فالبيئة لمدعي القرض؛ لأنه أمكن العمل بالبيئتين والتوفيق بينهما بأن يجعل كأنه دفع مضاربة ثم أقرضه؛ لأن القرض يردُّ على المضاربة، والمضاربة لا تردُّ على القرض؛ ولأن بيئة القرض أكثر إثباتاً فإنه يوجب الضمان، وبيئة المضاربة تنفي⁽⁴⁾، وما كان أكثر إثباتاً أولى بالقبول⁽⁵⁾.

المنتقى: ذكر أبو يوسف في الإملاء⁽⁶⁾: ولو شهد شاهدان على براءة الطالب بغير وقت، وشهد شاهدان على إقرار المطلوب بالدين، كانت البراءة أولى ما لم يؤقتوا للدين وقتاً بعدها؛ لأن البراءة تستدعي دَيْناً متقدماً ولا يعرف لأحدهما دين على صاحبه

(1) في ف: لأنه لما تبين عنده سبب قضاء الأول.

(2) في ف: حمل ذلك.

(3) في ف: القضاء بالشك أنها ميراث له ولأخيه من أبيه . ينظر: المحيط البرهاني 220/8، والبحر الرائق 118/7.

(4) في ف: تنفيه.

(5) الفتاوى الهندية 88/4 .

(6) الإملاء: هو كتاب من كتب الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم صاحب أبي حنيفة . رحمه الله . أملاه على تلاميذه على طريقة المحدثين، ولهذا سمي بالإملاء، يحتوي على ستة وثلاثين باباً ، ينظر : تاج التراجم 1 / 315 .

سوى ما شهد به [الشهود]⁽¹⁾، فوجب أن تكون البراءة منصرفة إليه؛ لأننا لو لم نصرف البراءة إليه احتجنا⁽²⁾ إلى إثبات دين آخر غير ما شهد به الشهود، وهذا ممتنع، فوجب إثبات البراءة بعد الدين؛ لأن هذا ثابت، وغيره لا⁽³⁾.

مسألة: ولو شهد شاهدان بوكالة رجل ببيع داره، وشهد آخران بالبيع، فالبيع باطل إلا أن توقت بينة البيع وقتاً بعد وقت الوكالة؛ لأن البيع لا يستدعي سابقة الوكالة؛ لأنه يصح بدونها؛ لأن⁽⁴⁾ بيع الفضولي صحيح موقوف نفاذه على إجازة مالكة، فلم يكن وقوعه بعد الوكالة ثابتاً من جهة اللفظ ولا من [جهة]⁽⁵⁾ مقتضاه ولا من مدلولاته، فلا يصح إثباته وبه فارق البراءة؛ لأنها لا تصح إلا بعد الدين، وكذلك الوكالة في الطلاق والعتاق على مثال البيع⁽⁶⁾.

ونذكر ابن رستم في نوادره عن محمد: القول قول المشتري إذا ادعى البيع بعد الوكالة؛ لأن الواجب على أصله تصحيح الشهاداتتين جميعاً⁽⁷⁾.

ولو شهد شاهدان على عزل الوكيل وهو حاضر، وشهد آخران على البيع، فبينه العزل أولى، والبيع باطل، إلا أن يكون وقت البيع قبل وقت العزل كالشهادة على البراءة وعلى الدين⁽⁸⁾.

مسألة: شهد شاهدان على النكاح وشاهدان على الطلاق، فالطلاق⁽⁹⁾ لازم للزوج، وكذلك العتاق في هذا مثل الطلاق؛ لأن ذلك إقرار من الزوج بالنكاح إلا أن يؤقتوا

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ في ف: لاحتجنا.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 455/8.

⁽⁴⁾ في ف: فإن

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁶⁾ المحيط البرهاني 455/8.

⁽⁷⁾ في ف: أيضاً جميعاً.

⁽⁸⁾ المحيط البرهاني 455/8، والبحر الرائق 115/7.

⁽⁹⁾ في ف: والطلاق لازم.

للطلاق وقتاً قبل النكاح فلا يجوز الطلاق؛ لأن الطلاق إسقاط الحق عن البضع إما حالاً أو مآلاً⁽¹⁾، ومتى تقدم على الحق لا يفيد [إسقاط]⁽²⁾ الحق أصلاً، وكان في ذكُر الطلاق الطلاق دلالة على التاريخ بعد النكاح، كالبراءة لما كانت تفيد إسقاط الدين دلت على التاريخ بعده، وعلى هذا القياس امرأة ادعت أن رجلاً تزوجها فأنكر الرجل، فشهد شاهدان أنه طلقها، فهذا الطلاق إقرار من الزوج⁽³⁾ اقتضاءً ودلالةً، ولو أغفل القاضي أن يسألها عن تاريخ البيع والطلاق والعتاق [بعد الوكالة أم قبلها حتى مات الشهود يجوز البيع والعتاق والطلاق]⁽⁴⁾ استحساناً؛ لأن ذكُر⁽⁵⁾ الطلاق يقتضي تقدم النكاح عليه فصار فصار كالتاريخ المفلوظ به، ولو شهدا أنه جعل أمر امرأته في يدها⁽⁶⁾ فطلقت نفسها، فأغفل القاضي أن يسألها أنها طلقت نفسها في المجلس أو بعد ما قامت عنه يجوز الطلاق فيه ولا يشبه هذا الوكالة؛ لأن اللفظ يدل على أنها طلقت في المجلس⁽⁷⁾.

وذكر الجرجاني في الأحاد قال محمد: ولو شهدا أنه اشترى هذا العبد من فلان ولم يذكر الثمن وأنه قبضه، ولم يذكرا متى قبضه حتى مات الشهود جاز؛ لأن البيع الواقع بغير ثمن بيع فاسد، فمتى ذكُرًا قبضه حصلت الشهادة بقبض عن بيع فاسد، فيصير كالشهادة بالغصب.

وروى ابن سماعة عن محمد: لو كانا حاضرين لم تقبل؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى ما يدعيه البائع من الثمن، وأنه باع بيعاً فاسداً من غير الثمن⁽⁸⁾ أو بيعاً صحيحاً، فلا

[845ظ]

(1) في ف: وإما مآلاً، وهي الصواب .

(2) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(3) في ف: من الزوج بالنكاح.

(4) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(5) في ف: لأن ذكره الطلاق.

(6) في ف: في يده.

(7) المحيط البرهاني 455/8.

(8) في ف: من غير ذكر الثمن.

تقبل الشهادة على المجهول، والدعوى حصلت في حق معلوم، فأما إذا ماتا فالوارث/ لا يعرف واحداً من الأمرين، فصار المطلوب بالشهادة إثبات الضمان على القابض.

مسألة: رجل مات فشهد شاهدان أنه كان أعتق عبده، أو طلق امرأته ثلاثاً ولا يدري أكان في صحة أو مرض، وقد وقتوا أو لم يؤقتوا فهو على المرض؛ لأن الأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها في أقرب أوقاتها، وأقرب الأوقات المرض⁽¹⁾.

مسألة: عبد في يدي رجل أقام البينة أنه له أعتقه، وأقام الآخر البينة أنه حر الأصل، وأنه والاه وعاقده، فصاحب الموالاة أولى من العتق؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنه يُثبت الحرية وعقد الموالاة⁽²⁾.

مسألة: رجل في يديه عبد فأقام ابنه بينة أن أباه وهبه له وهو صغير في عياله، وأقام⁽³⁾ العبد البينة أن أباه أعتقه فبينة العتق أولى؛ لأنه قبض بمعاينة، وبينة الهبة لم يعاينوا القبض، ولو شهدوا أنه وهبه لابنه الكبير هذا وقبضه وعاينوا قبضه إياه، وشهدت بينة العبد بإعتاقه جازت الهبة وبطل العتق⁽⁴⁾.

(1) المحيط البرهاني 456/8، وحاشية ابن عابدين 490/5.

(2) المبسوط للشيباني 213/4، 2014، والمحيط البرهاني 53/9.

(3) في ف: فأقام.

(4) المحيط البرهاني 53/9، والفتاوى الهندية 89/4.

باب: البينتان تعارضتا فتهاترتا⁽¹⁾ أو لم يتهاترا

أصله: أن كل بينتين لو تعارضتا في حالة واحدة تهاترتا وسقطتا؛ لظهور الكذب في إحداهما، فإذا بدأ الحاكم الحكم بإحداهما تعين الكذب في الأخرى؛ لأن باتصال القضاء بها ثبت أنها صادقة فتعين الكذب في ضدها ضرورة، ولو اجتمعتا في حالة لم تسقطا، فإذا بدأ الحاكم الحكم في أحدهما⁽²⁾ لا يتعين الكذب في الأخرى⁽³⁾.

مثال الأول: شهد شاهدان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة، وشهد آخران أنه طلق زينب في هذا اليوم بمكة فشهادتهما باطلة، ولو حكم الحاكم بإحداهما ثم جاءت الأخرى لا تقبل البينة الثانية؛ لأنه تعين الكذب فيها، ولو شهدت البينتان بذلك في يومين وبينهما من الأيام مقدار ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما، وكذلك لو

⁽¹⁾ التهاوتر : مشتق من الفعل : هتر ، وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، يقال : تهاتر الرجلان إذا ادعى كل واحد على الآخر باطلاً، وتهاترت البيئات إذا تساقطت وبطلت . ينظر: مختار الصحاح ، مادة: هتر 705/1.

⁽²⁾ في ف: بإحديهما.

⁽³⁾ المبسوط للرخسي 276/6، والبحر الرائق 114/7.

قال لامرأتين⁽¹⁾: أيتكما أكلت هذا الرغيف فهي طالق، فشهد شاهدان لكل واحدة منهما أنها أكلت الرغيف⁽²⁾ لا تقبل الشهاداتان؛ لأن القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين؛ لاستحالة أكل شخصين رغيفاً واحداً كله، ولو قضى بشهادة أحد الفريقين لا تقبل شهادة الفريق الثاني؛ لتعين الكذب فيها، وكذا لو أقام رجل البينة أن فلاناً قتل أباه يوم كذا فقضى القاضي بذلك له فإنه وارثه، ثم أقامت⁽³⁾ امرأة بينة أن أباه⁽⁴⁾ تزوجها بعد هذا اليوم لا تقبل بينتها، وبمثله لو أقام بينة أن أباه مات يوم كذا والمسألة بحالها تقبل بينتها فرق بين الموت والقتل⁽⁵⁾.

والفرق: أن بالقتل يتعلق حق لازم؛ لأن القتل ظلماً لا يعرى ولا ينفك عن قصاص أو دية، فيتضمن قبول بينة المرأة إبطال حق لازم؛ لاستحالة أن يكون مقتولاً في زمان ثم يبقى حياً فلم تقبل، فأما الموت فلا يتعلق به حق لازم؛ لأنه يرث الابن مع المرأة فلم تتضمن بينتها إسقاط حق الابن، فلم تتعارض البينتان في الإرث بين إسقاطه وإثباته فقبلت⁽⁶⁾.

النوادر: لو أقام رجل بينة أن هذا قتل أبي يوم النحر بمكة، فأقام ابن آخر أن فلاناً آخر قتل أباه يوم النحر بالكوفة، قبلت البينتان ويحكم لكل واحد منهما بنصف الدية، ولو كان المقتول اثنين⁽⁷⁾، والقاتل واحد بطلت الشهادة⁽⁸⁾.

(1) في ف: لامرأتين له .

(2) في ف: هذا الرغيف.

(3) في ف: قامت.

(4) في ف: أن أباه.

(5) المبسوط للسرخسي 154/6، والبحر الرائق 114/7، والفتاوى الهندية 514/3.

(6) حاشية ابن عابدين 404/5.

(7) في ف: اثنان.

(8) البحر الرائق 236/7، والفتاوى الهندية 513/3.

والفرق: أن المقتول متى كانا اثنين⁽¹⁾ فالمستحق [للواجب]⁽²⁾ بالقتل قصاصاً أو ديةً اثنان ، والتنافي يقع بين اثنين، ومتى [كان]⁽³⁾ المقتول واحداً فالمستحق للواجب بالقتل واحد، فلم يقع التنافي بين البينتين.

نظيره ما ذكره في الجامع: لو أقام الابن الأكبر البينة أن الابن الأوسط قتل أباه، والأوسط أقام البينة على الأصغر أنه قتل أباه، وأقام الأصغر البينة على الأكبر أنه قتل أباه، فهذه البينات مقبولة ويكون لكل واحد على صاحبه ثلث الدية؛ لأن المقتول واحد فيكون المستحق واحداً ، وسيأتي في باب الشهادة في القتل⁽⁴⁾.

قال **محمد:** رجل أقام البينة أنه أقرض فلاناً/ أمس ألف درهم، وأن فلاناً مات [845و] اليوم وله في ماله ألف⁽⁵⁾، وأقام ابن الميت بينة أن أباه مات قبل ذلك بشهر لا تقبل بينة الابن؛ لأنه لم تقم بينته على حق ، وإنما يريد بذلك إبطال حق المدعي، والبينة شرعت للإثبات لا للإبطال والنفي⁽⁶⁾.

ولو أقام الابن البينة أن هذا الرجل قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة، وأنه وارثه لا وارث له غيره، فأقامت امرأة البينة أنه تزوجها منذ خمس عشرة سنة وأن هؤلاء أولاده منها وورثته، قال **أبو حنيفة:** تقبل بينة المرأة ، ويثبت النسب استحساناً، ولا تقبل بينة الابن على القتل⁽⁷⁾.

ولو لم تأت بالولد والمسألة بحالها فالبينة بينة الابن استحساناً والميراث له دون المرأة؛ لأن في الأول بينة المرأة قامت على إثبات النسب والميراث لأولاده منها ، وبينة

(1) في ف: كان اثنين.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) الفتاوى الهندية 513/3.

(5) في ف: وله ألف في ماله.

(6) المحيط البرهاني 453/8، والفتاوى الهندية 514/3.

(7) المحيط البرهاني 453/8، والبحر الرائق 236/7، والفتاوى الهندية 514/3.

الابن لا تُتافي ذلك، فيثبت النسب والزوجية ضرورةً ، وبطلت بينة القتل ضرورة ثبوت الزوجية، وفي الثاني بينة المرأة قامت على الزوجية لا غيره، فلم يثبت⁽¹⁾ التتافي بين البينتين وثبت نسب الابن؛ لعدم التتافي فيه⁽²⁾.

مسألة: ولو أقام رجل البينة على رجل أنه قتل أباه عام أول عمداً، وأقام آخر بينة أنه باعه أمس عبداً بألف درهم ، روى أبو يوسف عن أبي حنيفة وهو قوله: أنه يقضى بالقود ويبطل البيع؛ لأن فيه صون دمه عن الهدر، وروى زفر عن أبي حنيفة: أنه يقضى بالبيع وبطل القود؛ لأن البيع أقرب حدوثاً والأصل في الحوادث أن يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر منها، وقال زفر: يبطل⁽³⁾ كلاهما للتتافي والتضاد بينهما⁽⁴⁾.

مسألة: أقام رجل البينة على رجل أنه قتل أباه منذ سنة، وأقام المدعى عليه أن المشهود بالقتل صلى بالناس العام الموسم أو صلى الجمعة، قال أبو حنيفة - رحمه الله -⁽⁵⁾: إذا كان شيئاً مشهوراً فالأحدث أولى، ولا تختلف الرواية عنه في ذلك⁽⁶⁾.

(1) في ف: ولا يثبت.

(2) البحر الرائق 7/236، وحاشية ابن عابدين 5/404.

(3) في ف: تبطل.

(4) الفتاوى الهندية 3/514.

(5) في ف: رضي الله عنه.

(6) في ف: في هذا. ينظر: البحر الرائق 7/236.

باب: الشهادة في البيع والشراء

مسألة: شهد شاهدان على دار في يد (1) زيد أن عمراً اشتراها منه، **ينظر:** إن سمياً الثمن تقبل؛ لأن المشهود به وهو المبيع والتمن معلوم، وإن لم يُسمياً الثمن أو اختلفا في الثمن ولم يشهدا بالاستيفاء لا تقبل؛ لأن الثمن مقضي به وهو مجهول، وجهالة المقضي به تمنع قبول الشهادة؛ لأنه لا يمكن للقاضي القضاء به، وإن شهدا بقبض الثمن يقبل؛ لأن الثمن غير مقضي به؛ لأنه لا يحتاج إلى الثمن متى كان مقضياً به وهو المبيع (2) معلوم.

والشهادة على الشراء **على وجهين:** إما أن يكون الشيء في يد البائع أو في يد غيره، فإن كان في يد البائع فالشهادة على الشراء المجرّد منه تقبل؛ لأن الملك للبائع ثابت بظاهر يده، فاستغنى المشتري عن إثبات الملك للبائع، وإنما حاجته إلى الشراء

(1) في ف: على دار في يدي زيد.

(2) في ف: مقضياً به مستوفى، وما كان مقضياً به وهو المبيع. ينظر: حاشية ابن عابدين 507/5.

المجرد [حتى]⁽¹⁾ يثبت الانتقال إليه، وإن كان الشيء في يد غيره لا تقبل الشهادة على الشراء إلا بإحدى ثلاثة: إما أن يشهدوا أنه اشتراه والبائع يملكه، أو يشهدوا أنه يملكه هذا المدعي اشتراه من فلان بكذا ونقده الثمن، أو يشهدوا أنه اشتراه من فلان بكذا [ونقده الثمن]⁽²⁾ أو شهدوا أنه اشتراه وقبضه؛ لأن الشهادة بالملك للمشتري شهادة بالملك⁽³⁾ للبائع اقتضاءً؛ لأن المشتري يملك من جهة فقد أثبت الملك [للبيع]⁽⁴⁾ ثم الشراء⁽⁵⁾ منه فصح، وإن شهدوا أنه باع وسلم تقبل في ظاهر الرواية⁽⁶⁾.

وروي عن **أبي حنيفة وأبي يوسف** أنه لا تقبل؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك للبائع؛ لأن الشهادة بالتسليم لا تكون شهادة بالملك له؛ لأن التسليم قد يكون من غير المالك، فلا يثبت الملك للبائع فلا يقضى بالشراء متى كان المبيع⁽⁷⁾ في يد غيره⁽⁸⁾.

وجه ظاهر الرواية: أن الشهادة بالتسليم شهادة بالملك للبائع؛ لأنه بالتسليم بحكم البيع يصير ملكاً⁽⁹⁾ بالضمان؛ لأنه يصير عاجزاً عن الرد إلى المالك، وعجز الغاصب عن الرد يفيد الملك للغاصب بالضمان⁽¹⁰⁾.

وأما إذا شهدوا أنه باعه وكان في يده ولم يشهدوا بالتسليم لا رواية فيه، واختلف

المشايع فيه قيل: تقبل؛ لأن الشهادة باليد عند سبب/ النقل شهادة بالملك، كما لو شهد [846ظ] أنه كان في يده عند الموت، وقيل: لا تقبل؛ لأن الشهادة⁽¹¹⁾ عند البيع ليست بشهادة

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: بملك.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: ثم اشترى.

(6) البحر الرائق 242/7.

(7) في ف: البيع.

(8) المحيط البرهاني 56/7.

(9) في ف: مالاً.

(10) المحيط البرهاني 52/7.

(11) في ف: الشهادة باليد.

للبائع؛ لأنه [إن]⁽¹⁾ لم تكن يده يد ملك [لا تتقلب يد ملك]⁽²⁾ بمجرد البيع؛ لأنه بمجرد البيع لا يعجز عن التسليم حقيقةً ما دام في يده فلا تتقلب يده يد ملك، بخلاف الشهادة باليد عند الموت؛ لأنه بالموت يعجز عن الرد وورثته يعجزون بالتجهيل فتتقلب يده يد ملك بالضمان⁽³⁾.

مسألة: أقام رجل البينة أنه اشتراها من فلان بألف، وقال البائع: لم أبع منك، ثم أقام البائع بينة أنه رد الدار عليه تقبل بينته وينقض بيعه؛ لأن التوفيق ممكن بأن يقول البائع: بعثت كما ادعى [إلا]⁽⁴⁾ أنه رد المبيع عليّ، فلا يؤدي إلى المناقضة حتى لو لم يوافق البائع على هذا الوجه لا تقبل؛ لأنه مناقض في الظاهر⁽⁵⁾.

مسألة: ادعى داراً في يدي رجل وأقام البينة أن أباه اشتراها منه بألف، وقد مات أبوه والبائع يجحد البيع، كلف الابن إقامة البينة على أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره، ولا يكلف [على]⁽⁶⁾ إقامة البينة على أنه مات أبوه وتركها ميراثاً له؛ لأن الوارث متى أثبت بالبينة إقرار ذي اليد أن الدار كانت⁽⁷⁾ لأبيه لا يحتاج إلى سوق الميراث، وإنما يحتاج إلى إقامة البينة أنه لا وارث له غيره⁽⁸⁾.

ولو كانت الدار في يد غير البائع كُلف كلاهما؛ لأنه لم يثبت إقرار ذي اليد أن الملك كان لأبيه، وإنما يثبت⁽⁹⁾ إقرار البائع أنها كانت لأبيه⁽¹⁰⁾ ولا عبرة لإقراره إذا لم يكن

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 56/7.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁵⁾ المحيط البرهاني 502/8 ، والبحر الرائق 41/7.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁷⁾ في ف: كانت لابنه.

⁽⁸⁾ البحر الرائق 119/7.

⁽⁹⁾ في ف: وإنما أثبت.

⁽¹⁰⁾ في ف: لابنه.

يكن المدعى في يده، فصار كأنه أقام الوارث البينة أنها كانت لأبيه ولم يقل مات وتركها ميراثاً [له] ⁽¹⁾، فإنه يحتاج إلى إثبات سوق الميراث عندهما؛ خلافاً لأبي يوسف، فكذا هذا ⁽²⁾.

مسألة: دار بين شريكين بميراث أو غيره فغاب أحدهما، فأقام الآخر البينة أنه اشترى من الغائب نصيبه؛ لا تقبل؛ بخلاف ما لو أقام البينة على الشراء من مورثه تقبل على الغائب، والحاضر خصم عنه وعن نفسه ⁽³⁾.

والفرق: أن في الوجه الأول الدعوى توجهت على الوارث لا على الميت، والحاضر لا ينتصب خصماً على الغائب فيما يدعى على الوارث، وفي الوجه الثاني الدعوى توجهت على الميت [وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى على الميت] ⁽⁴⁾.

مسألة: دار في يد رجل أقام آخر البينة على الشراء من زيد وهو غائب، وأقام ذو اليد البينة كذلك يقضى للخارج؛ لأن بينته قامت على خصم حاضر وهو ذو اليد؛ لأن ذا اليد يدعي الملك لنفسه فينتصب ⁽⁵⁾ خصماً على الغائب، وبينه [ذي] ⁽⁶⁾ اليد قامت لا على خصم فكانت بينة الخارج أولى، ثم ينظر: إن ثبت نقد الخارج الثمن بمعاينة ⁽⁷⁾ القاضي أو إقرار ⁽⁸⁾ البائع يسلم الدار إليه، ولا يكون لذي اليد حبس الدار لاستيفاء الثمن إن نقده؛ لأن ما نقد البائع ⁽⁹⁾ صار ديناً له على البائع عند الاستحقاق، وما في يده ملك

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

⁽²⁾ البحر الرائق 119/7.

⁽³⁾ المبسوط للسرخسي 170/16، والمحيط البرهاني 529/8.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁵⁾ في ف: لينتصب.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁷⁾ في ف: معاينة.

⁽⁸⁾ في ف: بإقرار.

⁽⁹⁾ هكذا وردت في النسختين: (البائع)، ولعل الصواب: للبائع.

غير المديون، وإن لم يثبت نقد الخارج الثمن يؤخذ منه الثمن ثم يؤمر بقبض الدار؛ نظراً لهما، ويأخذه ذو اليد إن ثبت نقد ثمنه بعلم القاضي أو بإقرار البائع لا بإقامة ذي اليد [البينة]⁽¹⁾؛ لأنه يقيم البينة على الغائب بإثبات دين عليه وليس عليه⁽²⁾ خصم حاضر، وما قبض حبس حقه وكان له أن يقاصه بحقه، فإن كان فيه فضل يوقف على الغائب ليحضر، فإن كانت الدار في يده رهينة أو شراءً ولم ينتقده الثمن تدفع إلى المدعي بالثمن ويمسك القاضي ليحضر الغائب⁽³⁾.

مسألة: اشترى جارية بألف وغاب قبل نقد الثمن ولا يدري [موضعه]⁽⁴⁾، وأقام البائع البينة على ذلك، يبيع القاضي الجارية على المشتري وينقد الثمن للبائع ويستوثق منه بكفيل بشرط إقامة البينة من البائع لا للقضاء بالشراء على الغائب، ولكن؛ لأنه ادعى إيجاب حفظ المال⁽⁵⁾ للغائب على القاضي وعلى القاضي حفظه؛ لأنه مما يخشى عليه التوى⁽⁶⁾ والتلف، فكان للقاضي أن لا يلتزم هذا الحفظ إلا بإقامة البينة على ذلك، وكان كرجل جاء بدابة إلى القاضي وقال: هذه لقطه فبِعها، فالقاضي لا يبيعه حتى يقيم البينة على ذلك؛ لما فيه من زيادة حفظ، وإيفاء الثمن هنا كان من القاضي على سبيل الحفظ؛ لأنه مضمونٌ بالمثل لا على سبيل قضاء دينه؛ لأن الثمن لم يثبت على المشتري وسيتوثق منه بكفيل؛ لجواز أنه نقد الثمن، وإن كان فيه وضعية فعلى المشتري؛ لأن الدين عليه ولم يؤد بعضه، وإن علم موضعه لا تباع؛ لأنه يمكنه أن يبعث إلى الغائب إذا

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ في ف: وليس عنه.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 54/9، والفتاوى الهندية 76/4.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁵⁾ في ف: مال.

⁽⁶⁾ التوى: أي: الهلاك.

خاف عليه التوي والتلف وليس له أن يبيع، وفيه ترك حفظ العين على الغائب. والله أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب/ (1).

باب: الشهادة على الوكالة

[فيه فصول] (2): أحدها: في الشهادة على إثبات الوكالة، والثاني: في اختلاف الشهادة على الوكالة، والثالث: في الشهادة على العزل.

فصل (3): شهدا على الوكالة ولا علم للوكيل إلا بخبرهما جاز؛ لأن توكيل الغائب جائز؛ لأن فك الحجر وإسقاطه كالإذن في التجارة يتم (4) بالموكل وحده، ولا تتوقف صحته على القبول من الوكيل إلا أنه يشترط (5) لثبوت الوكالة في حقه؛ لأنه بالامتنال بما بما وكل به تلحقه العهدة، فإن أنكر الوكيل وشهدا على قبوله وهو مطلوب يلزمه، لأن وكيل المطلوب مشهود عليه ، لأن الحق عليه لا لهُ، وتكذيب المشهود عليه لا يمنع قبول الشهادة بل شرط لقبولها فتقبل، ويجبر الوكيل على الخصومة مع الطالب وإن كان طالباً

(1) المحيط البرهاني 160/7 .

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: فيه فصول.

(4) في ف: فتمّ.

(5) في ف: يشترط عليه.

لا يخاصم بتلك الوكالة لأنه مشهود له؛ لأن الحق في الخصومة له لا للمطلوب، وتكذيب المشهود له شهوده يمنع قبول الشهادة⁽¹⁾.

مسألة: المطلوب غائب وحضر الطالب يدعي في داره حقاً، فشهد ابنا المطلوب أن أباهما وكل فلاناً بالخصومة والوكيل جاحد لا تقبل؛ لتوهم أن لأبيهما فيه جر منفعة؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومة فربما يكون الوكيل أهدى في إدلاء الحجة وإفحام الخصم بجده⁽²⁾، فتقع شهادة للأب معنى فلا تقبل⁽³⁾.

مسألة: شهدا أن أباهما أوصى إلى فلان، وفلان يجحد لا تقبل، وإن أقر تقبل، وكذلك دار في يدي رجل شهد ابنا الطالب أن أباهما وكل هذا بالخصومة ويجحد⁽⁴⁾ المطلوب أو يقر لم يجز؛ لأنه متى صار وكيلاً بالخصومة بإقرار المطلوب وجب أن يصح الإقرار من الوكيل⁽⁵⁾؛ لأن الوكالة بالخصومة وكالة بالإقرار، وفي الإقرار ضرر على الطالب فلا يصح على الغائب، وصار كالمودع إذا أقر بالوكالة بقبض العين لم يصح على الغائب، فكذا هذا⁽⁶⁾.

مسألة: شهد ذميان أن فلاناً الذمي وكل فلاناً بالخصومة في دار مسلم، والمسلم يقر بالوكالة أو [لا]⁽⁷⁾ تقبل، وإن كان في الدين تقبل؛ لأنه في العين أقر على الغائب؛ لأنه أثبت للوكيل حق قبض العين، وإقرار الإنسان على غيره باطل، وفي الدين أقر على

(1) المحيط البرهاني 156/8 ، والفتاوى الهندية 394/3 .

(2) في ف: بجده.

(3) المحيط البرهاني 352/8 ، والبحر الرائق 98/7.

(4) في ف: وجد .

(5) في ف: من الموكل.

(6) تبين الحقائق 227/4، البناءة 160/9.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من:ف.

نفسه؛ لأنه أقر بقبض⁽¹⁾ الحق في ماله، لأن ما يقبضه الوكيل مال المطلوب والإقرار الإنسان⁽²⁾ على نفسه صحيح⁽³⁾.

الجامع: ادعى رجل عند القاضي أن فلاناً وكله بكل حق [له]⁽⁴⁾، فأراد إثباته لا تسمع؛ لأن هذه بيينة قامت على الغائب ولم ينتصب عنه خصم حاضر؛ إلا أن يريد أن يسمع [شهادته]⁽⁵⁾ ليكتب إلى قاضٍ؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي ليس بقضاء، بل هو نقل، فلا يفتقر⁽⁶⁾ إلى حضرة الخصم، فإن قبلت بغير خصم جاز؛ لأن إنكار الخصم الخصم شرط لسماع البيينة عندنا، وعند الشافعي⁽⁷⁾ ليس بشرط، فكان إنكار الخصم شرطاً لسماع البيينة مختلفاً فيه، لأن نفس القضاء على الغائب مختلف فيه، فكان هذا قضاءً في مجتهد فيه فينفذ، فصار كالقضاء ببيع المدبر وقد مر شرحه في كتاب المفقود، فإن أحضر غريباً منكراً أو مودعاً ليرده سُمعت؛ لأن الحاضر انتصب خصماً على الغائب؛ لأن بينهما اتصال بسبب المداينة والمعاملة الجارية بينهما؛ لأن للحاضر على الغائب حق التقصي عن عهدة معاملته والتخلص عن تحمل أمانته، فيقوم إنكاره مقام إنكار الغائب حكماً؛ تحقيقاً لمصلحته، فإن أحضر بعده رجلاً آخر لم يحتج إلى إثبات الوكالة؛ لأن الثابت بالبيينة العادلة كالثابت بالمعاينة، ولو عاين توكيله ثبتت وكالته في حق الغرماء كافةً، فكذا هذا إذا ثبتت بالبيينة العادلة⁽⁸⁾.

مسألة: رجل جاء إلى القاضي وقال: إني فلان بن فلان ووكلت هذا الرجل بطلب كل حق لي، والقاضي يعرف الموكل جاز، وإن غاب والقاضي لا يعرفه فجاء

(1) في ف: بحق القبض في ماله.

(2) في ف: وإقرار الإنسان. وهو الصواب.

(3) المحيط البرهاني 426/5.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: ولا يفتقر.

(7) ينظر: الحاوي الكبير 16 / 293.

(8) المحيط البرهاني 441/8، والفتاوى الهندية 620/3.

الوكيل بخصمٍ وسأله القاضي أن يقيم البينة أن الموكل فلان بن فلان الفلاني⁽¹⁾؛ لأن الوكالة كانت صحيحةً بالمعينة إلا أنه تعذر القضاء بالوكالة بجهالة الموكل، فإذا زالت الجهالة بالبينة العادلة أمكنه القضاء بالوكالة⁽²⁾.

فصل: أصله: أن اختلاف الشاهدين في الأوقات والمكان لا يمنع قبول الشهادة/ في الوكالة؛ لأن الوكالة قول، والشهادة على الأقوال لا يضرها اختلاف الزمان والمكان كما في الطلاق والعتاق.

مسألة: شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة في دار كذا، وشهد آخر فيها وفي غيرها تقبل على ما اتفقا عليه؛ لأن حجة الوكالة قد تمت فيه⁽³⁾.

مسألة: شهد أحدهما أنه وكل هذا ببيعه، وشهد آخر أنه [وَكَّلَ]⁽⁴⁾ هذا وهذا لا تقبل⁽⁵⁾ شهادتهما، وكذلك بقبض الدين، ولو كان هذا في الخصومة والطلاق يصير ما اتفقا عليه وكيلاً⁽⁶⁾.

والفرق بينهما : أن لأحد الوكيلين أن ينفرد بالخصومة وبالطلاق، فصار كأنهما شهدا أنه وكَّلَ هذا لا غير، فصار المتفق عليه وكيلاً، وأحد الوكيلين لا ينفرد بالبيع فلم يتفقا على أن للمتفق عليه التفرد بالبيع؛ لأنهما يشهدان أن له حق البيع مع الآخر لا منفرداً، فلم يصر المتفق عليه وكيلاً بالبيع.

مسألة: شهد أحدهما أنه وكله بطلاق فلانة، [وشهد آخر أنه وكله بطلاق فلانة]⁽¹⁾ حَكَمَ بالمتفق عليها؛ لأنهما اتفقا على أن له التفرد بإيقاع الطلاق على التي اجتمعا عليها؛ لأن الوكيل بتطبيق امرأتين يملك تطبيق إحداهما⁽²⁾.

(1) هكذا وردت في النسختين، بدون ذكر جواب للشرط، وجاء في المحيط البرهاني 445/8: فلان ابن فلان الفلاني لا يقضى بالوكالة.

(2) المحيط البرهاني 445/8.

(3) المبسوط للسرخسي 18/19، والبحر الرائق 111/7.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: فلا يقبل.

(6) الفتاوى الهندية 572/3.

مسألة: شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه، وشهد آخر أنه وكله بأخذه، أو أنه أرسله ليأخذه له، فله أخذ الدين إن كان المطلوب مقراً بالدين وإلا فلا؛ لأنهما اتفقا معنىً، فإن الوكيل والمأمور⁽³⁾ والرسول في حق القبض سواء، إلا أنهما اختلفا لفظاً وذلك لا يمنع قبول الشهادة، كما لو شهد أحدهما بالنحلى والآخر بالعطية، أو أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية وإن جحدا لم يكن للوكيل إقامة البينة؛ لأن الرسول والمأمور⁽⁴⁾ بالقبض لا يكون له حق الخصومة فما اتفقا على حق الخصومة له، وكذلك لو شهد أحدهما (...)⁽⁵⁾ والآخر بأنه سلطه تقبل، وكذلك لو شهد أحدهما أنه وكله بقبض دينه، والآخر بأنه جراه⁽⁶⁾ في ذلك؛ لأن الجراية والوكالة والجري والوكيل سواء حتى لو قال لآخر: أنت جري يصير وكيلاً من غير نية⁽⁷⁾.

وإن شهد أحدهما أنه وكله بقبض دينه، والآخر⁽⁸⁾ أنه وكله بتقاضيه أو بطلبه منه تقبل؛ لأن التقاضي والقبض⁽⁹⁾ سواء في اللغة، والوكيل بالطلب يملك قبض الدين، وهذا كله توكيل بقبض الدين، فقد اتفقا معنىً واختلفا لفظاً، ثم إن أقر المطلوب بالدين كان للوكيل قبضه، وإن جحد يملك الإثبات عند **أبي حنيفة**، وعندهما: لا؛ بناءً على أن

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) المبسوط للسرخسي 24/19، والبحر الرائق 111/7.

(3) في ف: والمأمون. وهو تحريف.

(4) في ف: والمأمون. وهو تحريف.

(5) كلمة غير مقروءة.

(6) الجري: هو الوكيل والرسول، وسمي الوكيل جرياً؛ لأنه يجري مجرى موكله، والجمع: أجرياء، وجرى جرياً أي: وكله.

ينظر: الصحاح، جري، 89/1، وتهذيب اللغة، مادة: جرى 41/4.

(7) المبسوط للسرخسي 24/19، والبحر الرائق 111/7.

(8) في ف: وشهد آخر.

(9) في ف: بالقبض.

الوكيل بقبض الدين أو التقاضي عنده يملك الخصومة؛ خلافاً لهما، وإن قال (1) أحدهما: إنه وكيلٌ ، والآخر إنه وصي لا تقبل (2).

ولو قال: وصيٌّ في حياتي يكون وكيلًا؛ لأن الوصاية المطلقة تنصرف إلى ما بعد الموت، والوكالة تكون ثابتة في الحال، والوصاية تخالف الوكالة حكماً فقد اختلفا لفظاً ومعنى، فأما الوصاية في حياة الموصي فتكون وكالة معنىً ، فقد اتفقا على معنى الوكالة (3).

مسألة: شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة إلى قاضي الكوفة، وشهد الآخر إلى قاضي البصرة تقبل ويكون وكيلًا (4).

ولو شهد أحدهما أنه وكله أن يخاصم إلى فلان الفقيه، وقال الآخر: إلى فلان آخر تقبل (5).

والفرق: أن حكم الحكم توسط ، والمتوسطون في ذلك مختلفون؛ لاختلاف الذكاء والذهن والهداية والعلم في أحوال الناس، فالرضا بكون أحدهما [حكماً] (6) لكونه عالماً بحقيقة الحال لا يكون رضياً بالآخر، فكان (7) التقييد مفيداً، فصح تفرد كل واحد من الشاهدين بما شهد به فلا تقبل، فأما القاضي فإنما يحكم بحكم الشرع ، [وحكم الشرع] (8) أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وهذا لا يُختلف فيه، فلا يفيد (9) التقييد،

(1) في ف: ولو قال.

(2) البحر الرائق 111/7، وحاشية ابن عابدين 207/7.

(3) الفتاوى الهندية 565/3.

(4) المبسوط للسرخسي 24/19، والبحر الرائق 111/7.

(5) في ف: لا يقبل. ينظر: المبسوط للسرخسي 24/19، والبحر الرائق 145/7.

(6) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(7) في ف: وكان.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) في ف: ولا يفيد.

فلغى [التقييد]⁽¹⁾، فيكون التوكيل بالخصومة إلى قاضي بلده، فيكون وكيلاً بالخصومة إلى إلى قضاة البلاد كلها، وكذلك لو شهد أحدهما إلى قاضي كذا ، والآخر إلى فقيه كذا؛ لأن التعيين مقيد؛ لأنه متى وكله بالخصومة بين يدي القاضي لم يكن له أن يخاصم بين يدي الحكم ، وكذا على عكسه؛ لأن قضاء القاضي لازم على الكل بحيث لا يكون لغيره نقضه، وحكم الحَكَم غير لازم على الكل، والاختلاف في شرطٍ مقيدٍ يمنع قبول الشهادة⁽²⁾.

مسألة: شهدا⁽³⁾ على وكالة [في حق] ⁽⁴⁾ ثم رجعا، فالوكالة باقية ولا ضمان عليهما؛ لأنهما ما أتلفا عليه مالا ، وإنما أوجبا عليه حقاً ليس بمالٍ، والرجوع لا يظهر في حق المشهود له ، فبقيت الوكالة.

المنتقى: وكُل رجلين بالخصومة، فأقام/ المدعي على أحدهما شاهداً، وعلى الآخر [847و] شاهداً فهو جائز، وكذلك لو أقام على الموكل شاهداً، وعلى الوكيل شاهداً، أو أقام على الحي شاهداً وأقام على ورثته بعد موته شاهداً آخر جاز؛ لأن كل شاهد قام على خصم أحدهما أصيل في الخصومة والآخر نائب عنه⁽⁵⁾.

مسألة: شهدا⁽⁶⁾ على الوكالة ثم قال أحدهما: قد كان عزله أو قال⁽⁷⁾: لا تقبض تقبض حتى⁽⁸⁾ تستأمرني جازت على الوكالة وعند أبي يوسف: أنه لا تثبت الوكالة؛ لأنه

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ البحر الرائق 28/7.

⁽³⁾ في ف: شهد.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁵⁾ المحيط البرهاني 189/9 ، والفتاوى الهندية 41/4.

⁽⁶⁾ في ف: فصل: شهد على الوكالة.

⁽⁷⁾ في ف: أو قال الآخر.

⁽⁸⁾ في ف: على.

لم يشهد على وكالته في المستقبل إلا الواحد وهو الذي لم يشهد بالعزل، والذي يشهد بالعزل إنما شهد بالوكالة فيما قضى لا في المستقبل⁽¹⁾.

وجه ظاهر الرواية: أن حجة الوكالة قد تمت وتكاملت وهو شهادة رجلين، وحجة العزل لم تتم؛ لأن العزل لا يثبت بقول الواحد في هذه الحالة؛ لأنه يتضمن إبطال الشهادة؛ لأنه لا يمكن للقاضي أن يقضي بالشهادة مع قيام العزل وقت القضاء بالوكالة، وخبر الواحد حجة في إبطال الوكالة لا في إبطال الشهادة؛ لأن القضاء بالشهادة صار [حقاً]⁽²⁾ مستحقاً للمشهود له فلا يجوز إبطاله بقول الواحد، فصار كأنهما شهدا بالوكالة ولم يشهد أحدهما بالعزل⁽³⁾.

مسألة: شهد رجلان على أن فلاناً أخرج فلاناً من الوكالة ووكلا أباهما لا تقبل في حق أبيهما وينعزل الأول؛ لأنهما في حق التوكيل يشهدان لأبيهما وفي حق العزل يشهدان على الأجنبي⁽⁴⁾.

مسألة: وكَّله بتقاضي دين وغاب، فشهد ابنا الطالب أنه عزله وادعى المطلوب العزل تقبل؛ لأنهما يشهدان على أبيهما بتأخير حقه في الأداء إلى أن يحضر الطالب، وإن أنكر المطلوب العزل لا تقبل؛ لأن الشهادة في حقوق العباد لا تقبل من غير دعوى، وإذا لم يثبت العزل يدفع المال إلى الوكيل؛ خلافاً لزفر؛ لإقراره بالوكالة لأن الوكيل بالتقاضي يصير وكيلاً بالقبض، فقد أقر أن للوكيل حق القبض فيؤمر بالتسليم إليه⁽⁵⁾.

فإن جاء الطالب بعد دفع المال وأراد تضمين المطلوب فلا يخلو: إما أن ينكر الطالب الوكالة، أو يقر بالوكالة ويدعي العزل قبل الدفع، فإن أنكر الوكالة أصلاً ولم

⁽¹⁾المبسوط للسرخسي 18/19، والفتاوى الهندية 572/3.

⁽²⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽³⁾المبسوط للسرخسي 23/19.

⁽⁴⁾المصدر نفسه.

⁽⁵⁾المبسوط للسرخسي 138/19، والفتاوى الهندية 572/3.

يعرف ثبوتها إلا بإقرار المطلوب فله تضمين المطلوب؛ لأن إقراره يصح في حقه حتى يؤمر بتسليم المال إلى الوكيل، ولا يصح على الموكل في حق وقوع البراءة عن الدين متى دفع إلى الوكيل؛ لأنه على غيره، وإن عُرف ثبوتها بالبينة أو بإقرار الطالب لا يكون له تضمينه، وإن أقر الطالب بالوكالة أو ثبتت بالبينة، وادعى عزل الوكيل قبل الدفع لا يكون له تضمينه حتى يقيم البينة على العزل؛ لأن البراءة عن الدين تثبت للمطلوب من حيث الظاهر بالدفع إلى الوكيل والطالب يدعي العزل يريد إبطال البراءة فلا يصدق إلا ببينة، فإن أقام البينة على العزل سوى ولديه يضمن المطلوب المال؛ لأن العزل بعد الدفع لا يثبت بشهادة ابني الطالب؛ لأنهما يشهدان لأبيهما؛ لأنهما يعيدان الدين إلى المطلوب بعد ما ثبتت البراءة ظاهراً، بخلاف ما لو شهد⁽¹⁾ بالعزل قبل الدفع؛ لأنهما يشهدان على أبيهما بتأخر⁽²⁾ حقه⁽³⁾.

الجامع: الموكل يهودي والغريم مسلم، وجاء الوكيل بشهود نصارى لم تقبل؛ لأن هذه شهادة نصراني قامت بالوكالة على المسلم مقصوداً، فإن كان الغريم نصرانياً قضي؛ لأنها قامت على النصراني، فإن أحضر بعد ذلك غريماً مسلماً أخذه به؛ لأن شهادة النصراني قامت على [شهادة]⁽⁴⁾ النصراني مقصوداً وعلى الغريم المسلم تبعاً وحكماً؛ لأنه⁽⁵⁾ كان غائباً وقت الشهادة والنصراني ليس بخصم عنه؛ لأنه لا اتصال بينهما بالمعاملة، والوكالة في حق المسلم تثبت تبعاً وحكماً لثبوت الشهادة على النصراني وهذا جائز، كما لو شهد نصرانيان على عبد مأذون نصراني بالدين لرجل ومولاه مسلم تقبل، وإن كان المولى يتضرر به فإنه يباع بالدين؛ لأنه يلحقه الضرر حكماً لا مقصوداً، فكذا هذا⁽⁶⁾.

(1) في ف: بخلاف ما لو شهدا بالعزل قبل الدفع تقبل. وهو الصواب.

(2) في ف: بتأخير.

(3) الفتاوى الهندية 3/572.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: لأنه إذا كان.

(6) المحيط البرهاني 8/411.

مسألة: رجل ادعى أنه وصي نصراني، وأقام بينة نصرانية وأحضر خصماً مسلماً لا يقضى بالوصية قياساً كالوكالة؛ لأن الإيصاء توكيل بعد الوفاة، فيعتبر بالتوكيل حال الحياة ويقضى استحساناً [وهو]¹ قول **أبي يوسف ومحمد**؛ لأن موت النصراني لا يحضره المسلمون، والإيصاء غالباً إنما يكون عند حضرة الموت، فلو لم تقبل/ شهادة النصراني [848ظ] على المسلم في إثبات الموت والإيصاء أدى إلى ضياع حقوقهم المتعلقة بالموت والإيصاء⁽²⁾ فتقبل هذه الشهادة؛ صوناً لحقوقهم عن الضياع؛ بخلاف التوكيل حالة الحياة؛ لأنه يكون غالباً عند الناس في الأسواق فيحضره المسلمون، فلا ضرورة إلى قبول هذه الشهادة، وتخصيص قولهما بالذكر في الاستحسان يدل على أن قول **أبي حنيفة** خلاف **قولهما**: وقيل: لا بل الاستحسان قولهم جميعاً، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم فيما عداه، وكذلك لو أقام بينة نصرانية أنه ابن النصراني وأنه أبوه توفي وأحضر غريباً [مسلماً]⁽³⁾ يقر بالمال وأنكر نسبه لا تقبل قياساً؛ لأنها⁽⁴⁾ شهادة نصراني قامت على المسلم مقصوداً، وتقبل استحساناً؛ لأن سبب ثبات النسب المناكحة والولادة، والمسلمون لا يحضرون مناكحتهم وولادتهم فقبلت هذه الشهادة؛ لئلا يؤدي إلى ضياع حقوقهم المتعلقة بالنسب، فلو لم يحضر الخصم لا تقبل؛ لما عُرف⁽⁵⁾.

باب: الشهادة في الوصية بعد الموت

الشهادة على الوصية بدون العلم [لا تجوز]⁽⁶⁾؛ لأن كون المشهود به معلوماً للشاهد شرط لجواز الشهادة بالنص؛ لأن الوصية قد تكون عدلاً وحقاً وقد تكون جوراً وحيثاً، فإن كان مخالفاً للشرع فلا يحل له أن يشهد لها؛ لأنه إعانة على الإثم والعدوان ولا

(1) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(2) في ف: وبالإيصاء.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: ولأنها.

(5) المبسوط للسرخسي 189/16، والمحيط البرهاني 411/8.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

يتبين العدل من الجور إلا بعد العلم بما في كتاب الوصية، [وكذلك لو شهدا على وصية ولم تقرأ لهما، ولم تقرأ عليه⁽¹⁾، قال أبو حنيفة: إن كتب الصك أو الوصية]⁽²⁾ بخط قدام الشهود وقد عرف الشاهد ما كتب يسع له أن يشهد على ذلك إذا قال له: اشهد عليه، وإن لم يقل له: اشهد، لا يسعه؛ لأن كتاب الصك والإقرار قد يكون للتجربة والامتحان، وقد يكون ليعلم كيفية الصك أنه كيف يُكتب، ومع الاحتمال لا يسعه أن يشهد إلا إذا أمره [به]⁽³⁾؛ لأنه بالأمر بالشهادة ظهر أنه كان للاستيثاق على نفسه لا للتجربة والامتحان، وإن لم يعرف ما في الكتاب لا يسعه أن يشهد وإن شهد على ما فيه، إلا رواية عن أبي يوسف أنه قال: إذا كتب الصك بين يدي الشاهد وأودعه⁽⁴⁾ عنده وقال: اشهد عليه بما فيه وسعه أن يشهد عليه وإن لم يعرف ما فيه؛ لأنه إذا كان وديعةً عنده لا يتوهم التبديل والتغيير ويتوهم إذا لم يكن وديعةً عنده⁽⁵⁾.

ولو قال الشهود بعد ما قرأوا الصك: نشهد [عليه]⁽⁶⁾؟ فحرك رأسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم، وإن كان الشهود أميين لا يقرؤون فكتب إنسان الوصية أو الصك بمحضهم، ثم قال لهم: اشهدوا بما عليّ في هذه الوصية، أو بما في هذا لم يسعهم أن يشهدوا على ذلك؛ لأنهم [لم]⁽⁷⁾ يتحملوا الشهادة عن علم إذا لم يعلموا ما في الوصية والصك، وإن فسروا للقاضي ذلك [لم ينفذ القاضي ذلك]⁽⁸⁾، ولا يقبل بينة الوصاية إلا بمحضر من الخصم، [والخصم]⁽⁹⁾ هو الوارث أو غريم عليه دين أو حق، أو رجل له

(1) البحر الرائق 520/8.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(4) في ف: فأودعه.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 340/3، 341، والمبسوط للسرخسي 12/28.

(6) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(7) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(8) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(9) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

على الميت دين أو موسى له؛ لأن للوارث وللموصى⁽¹⁾ له حقاً في الميراث، ومن عليه دين للميت فالوصي⁽²⁾ يدعي عليه حق استيفاء الدين وهو منكر فيكون خصماً، ومن له دين [يدعي ديناً]⁽³⁾ [في]⁽⁴⁾ التركة والوصي ينكر فيقيم البينة على أنه وصي، ومتى ثبتت الوصاية يقيم المدعي البينة على الدين فيأخذه منه⁽⁵⁾.

وذكر الخصاف: لو أحضر واحد من الغرماء أو [من]⁽⁶⁾ الموصى لهم، وأقام البينة البينة على الوصاية وقضى له قال أبو حنيفة: يكلف الوصي إعادة البينة على كل غريم وموصى له إلا في الوصاية في أبواب البر، وقال أبو يوسف: لا يحتاج إلى إعادة البينة على كل غريم، ولم يذكر [قول]⁽⁷⁾ محمد، وقيل: قوله مع قول أبي يوسف.

لهما: أنه لما ثبت كتاب الوصاية ثبت جميع ما في الكتاب بالبينة العادلة، فصار كما ثبت جميعه بمعينة القاضي.

له: أن البينة على حق المرء لا تقبل إلا بحضوره ودعواه، وكُلُّ⁽⁸⁾ من كان حاضراً وقت إقامة البينة فطلبه⁽⁹⁾ يثبت حقه وما لا فلا، بخلاف الوصايا بأبواب البر؛ لأنها تنفذ بحق الميت، والوصي انتصب خصماً على الميت، فإن أحضر غريماً للميت⁽¹⁰⁾ عليه دين، فأقر بالوصاية لا تثبت الوصاية/ بإقراره ولا يأمر القاضي المدعى عليه بدفع ما عليه إلى الوصي⁽¹¹⁾.

(1) في ف: وللموصى له.

(2) في ف: فالوصي.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: على .

(5) شرح كتاب أدب القاضي 3/340، 341، والمبسوط للسرخسي 12/28.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) في ف: فكل.

(9) في ف: وطلبه.

(10) في ف: الميت.

(11) المحيط البرهاني 270/8 .

وذكر الخصاف أن البينة على إثبات الوصاية تقبل على المقر، وأكثر مشايخنا على أنها لا تقبل على المقر، وأكثر مشايخنا إذا أراد⁽¹⁾ إقامة البينة أحضر خصماً آخر جاحداً⁽²⁾.

فَرَّقُ بين الوصاية والوكالة، فإن الوكالة تثبت بإقرار المديون حتى يأمره القاضي بدفع المال إلى الوكيل⁽³⁾.

والفرق: أن الوصية لو ثبتت لتعدت إلى حق غير المقر؛ لأنه يتعلق بالموت أحكام من عتق أمهات الأولاد، والمديرين، وحلول الآجال، وولاية استيفاء الأموال، وإقراره لا يكون حجة في حق الغير فلم تثبت الوصية بإقراره، فأما الوكالة لو ثبتت اقتصر على ولا تتعدى إلى حق الغير؛ لأن الوكيل إن لم يكن وكيلاً من الغائب لا يسقط حق الغائب بقبض هذا الوكيل بل يبقى على حاله، فثبتت الوكالة بإقراره، وإن جحد المدعى عليه موت الموصي⁽⁴⁾ والمال ولم يكن للمدعي بينة على الوصية يقول القاضي: أقم البينة على موته حتى أجعل له وصياً يطالب بحقوق الميت ويجمع أمواله؛ لأن للقاضي أن يجعل للموتى أوصياء يحفظون أموالهم، فإن أقام بينة على موته ولم يجد بينة على الوصية فالقاضي بالخيار إن شاء جعله وصياً وإن شاء جعل غيره وصياً؛ لأن موته قد ظهر والوصاية لم تظهر، فصار⁽⁵⁾ المدعي وغيره سواء، وكذلك إذا أقر الغريم⁽⁶⁾ بموته وبالدين وأنكر الوصاية ولا بينة للمدعي على الوصاية.

مسألة: ولو شهدا أنه قال لفلان: عبدي هذا أو [عبدي]⁽⁷⁾ هذا وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة أن يعطوه أيهما شاء، وكذلك لو أوصى [به]⁽¹⁾ لأحد هذين

(1) في ف: وكذلك إذا أراد .

(2) المحيط البرهاني 270/8 .

(3) شرح كتاب أدب القاضي 343/3 ، والبحر الرائق 19/7.

(4) في ف: الموكل .

(5) في ف: وصار .

(6) في ف: للغريم .

(7) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

هذين الرجلين كان للورثة تعيين أحدهما، بخلاف ما لو شهدوا أنه أعتق عبديه لا يكون للوارث تعيين العتق في أحدهما بل يشيع العتق فيهما⁽²⁾.

والفرق: أن القياس ألا يكون للورثة بيان ما أجمله وما أهمله المورث؛ لأن الوارث لا يعلم مراد المُجمل فلعله عين⁽³⁾ ما أراده المجمل ولعله غير ما أراده المُجمل، فيكون تعيينه بياناً من وجه، وفسخاً ونقضاً لما أراده المجمل من وجه، والوصية قابلة للفسخ والمقصود منها متحد، وللوارث ولاية الفسخ [وإن شاء]⁽⁴⁾ مثله؛ لأنه قائم مقام المورث في الملك، فثبتت له ولاية التغيير، والعتق غير قابل للفسخ فلا تثبت ولاية التغيير حتى لو [أوصى]⁽⁵⁾ لمواليه⁽⁶⁾ وله موالى أعلى وموالى أسفل لا يكون للوارث ولاية التعيين⁽⁷⁾؛ لأن المقصود من الوصية يختلف⁽⁸⁾، ففعل الموصي أراد الموالى الأعلى فيكون قصده المجازاة على الإنعام، ولعل أراد الأسفل فيكون قصده زيادة الإنعام، فالوارث⁽⁹⁾ غير عالم بمراده فلا تكون له ولاية التعيين⁽¹⁰⁾.

المنتقى: رجل قال: عبدي فلان حر وهو وصي فمات، وشهد⁽¹¹⁾ شاهدان بالعتق والوصاية، وشهد المعتق وأحد الشاهدين للشاهد الآخر أن الميت أوصى له بألف، **ينظر:** إن شهد بذلك الشاهدان معاً عند القاضي أبطل كلاهما⁽¹²⁾؛ لأن العبد لم يعتق وقت

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) المبسوط للسرخسي 13/28.

(3) في ف: فلعله عين غير ما أراده المُجمل ولعل عين ما أراده المجمل.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: لأن المقصود لمواليه.

(7) في ف: التغيير.

(8) في ف: مختلف.

(9) في ف: والوارث.

(10) عيون المسائل 321/1.

(11) في ف: فشهد. وهو الصواب.

(12) في ف: أبطلها كلها.

الشهادة، ولو حكم القاضي بعق العبد ثم [شهد]⁽¹⁾ جازت الشهادة؛ لأنه عتق وقت الشهادة الثانية.

مسألة: رجلان شهدا أن فلاناً أوصى إليهما وإلى فلان تقبل شهادتهما للثالث ويجعل القاضي معه آخرين؛ لأن الشهادة بالوصاية⁽²⁾ شهادة لنفسيهما فلا تقبل، وبالشهادة لغيرهما شهادة لغيره فقبلت.

الزيادات: مات عن ثلاثة أعبدٍ لا مال له غيرهم، فشهد شاهدان أن الميت أوصى بهذا العبد لرجل، فلم يقض حتى شهد وارثان أنه أوصى بعبد آخر لآخر، وشهدا بالرجوع عن الأول جازت شهادتهما [والوصية]⁽³⁾ للثاني خاصة؛ لأنه تعلق حقهما بالمشهود به بعد الموت فيكون أبعد عن التهمة، وإن⁽⁴⁾ شهدا بالوصية للثاني ولم يشهدا⁽⁵⁾ بالرجوع عن الأول تحاصا في الثلث ولكل واحد نصيبه من العبد الذي أوصى له به؛ لأن الوصية تنفذ من الثلث، والثلث رقة واحدة، وقد استويا في استحقاقهما، ويقضى لكل واحد بنصفها من كل وصية، ولم تتمكن التهمة في شهادتهما؛ لأنهما في هذه الشهادة⁽⁶⁾ لا يبطلان

استحقاق العبد عليها في التصرف؛ لأن/ الاستحقاق يثبت بنفس⁽⁷⁾ البينة ما لم [849ظ] يتصل بها القضاء، فلا يكون هذا إبطالاً⁽⁸⁾.

وإن شهدا بعد القضاء للأول قبل القسمة أو بعدها لم تقبل شهادتهما، وكذلك على هذا لو شهدوا على عتق عبد آخر؛ لأنه تتضمن شهادتهما إبطال قضاء توجه عليهما

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) في ف: بالوصاية إليهما.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: فإن.

(5) في ف: ولم يشهد.

(6) في ف: بهذه الشهادة.

(7) في ف: لا يثبت بنفس البينة.

(8) المحيط البرهاني 434/8 ، والفتاوى الهندية 478/3 .

وإظهار خطأ القاضي في القضاء عليهما ، وذلك غير مسموع من المقضي عليه أصلاً⁽¹⁾.

ولو شهدا أنه أوصى بهذا العبد لرجل آخر وقالوا: رجع عن الأول⁽²⁾ أو لم يقولوا، فإن كان قبل القضاء يقبل، وإن شهدا على الرجوع فالعبد⁽³⁾ للثاني ، وإلا فبينهما نصفان؛ لأنه لم تتضمن شهادتهما إبطال القضاء المتوجه عليهما، ولا يجران إلى أنفسهما شيئاً من الثلث، وإن كان بعد القضاء قبل القسمة فإن لم يشهدا على الرجوع تقبل؛ لأنهما لا يبطلان الوصية الأولى، وإنما يتتصف العبد للمزاحمة، ولهذا لو رد أحدهما وصيته كان العبد كله للآخر⁽⁴⁾.

وإن شهدا على الرجوع لا تقبل في رواية الزيادات، وفي رواية المبسوط والجامع: أنها تقبل، قيل: اختلف الجواب لاختلاف موضوع المسألة، فَوَضِعُ المسألة في المبسوط والجامع أن القاضي لم يقض على الورثة بالوصية، [و] ⁽⁵⁾ لكن الوصية كانت معروفة، وقيل: ما ذكر في الزيادات قول محمد ، وما ذكر في المبسوط قولهما⁽⁶⁾.

لمحمد: أن في القبول بعض القضاء بالوصية الأولى فلا تقبل، وشهادتهما على الوصية الثانية لم تتضمن نقض القضاء المتوجه عليهما فقبلت، فقد شهدا بشهادتين بطلت احداهما وصحت الأخرى⁽⁷⁾.

لهما: أنهما بشهادتهما ما جرا إلى أنفسهما شيئاً من الثلث، فإن الثلث يكون بين العبدین فقد خلت شهادتهما عن التهمة فتقبل، وإن شهدا بعد القضاء والقسمة لا تقبل

⁽¹⁾ المحيط البرهاني 434/8 .

⁽²⁾ في ف: نرجع عن الأول. وهو الصواب.

⁽³⁾ في ف: والعبد.

⁽⁴⁾ المحيط البرهاني 434/8 ، وحاشية ابن عابدين 164/7.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽⁶⁾ حاشية ابن عابدين 164/7.

⁽⁷⁾ في ف: وصحت الأخرى؛ لأن احداهما تتفصل عن الأخرى.

شهادتهما شهدا على الرجوع أو لا؛ لأن القاضي لما قضى بالقسمة فشهادتهما تؤدي إلى إبطالها؛ لأنه قسم أثلاثاً وهما بهذه الشهادة يزعمان أن القسمة [يجب أن تكون] (1) أسداساً (2).

ولو قضى بالعبد للأول ثم شهد الوارثان أنه أعتقه قبل القسمة أو بعدها لم تقبل؛ لأن فيه إبطال القضاء الذي قضى عليهما بالوصية الأولى، وقيل في رواية (3) كتاب الوصايا (4): تقبل قبل القسمة لما بيّنا.

مسألة: شهد أجنبيان أنه أوصى لهذا بثالث ماله، ثم شهد الوارثان أنه أوصى بثالث ماله لآخر قبل القضاء أو بعده قبل القسمة جاز، وبعد القسمة لا يجوز كما في الفصل الأول، وإن (5) قضى بالتثالث للأول ثم شهد الوارثان أنه أعتق هذا العبد بعينه في مرضه لا تقبل، إلا أن العبد يسعى في قيمته [للوارثين، وذكر في الوصيا أنه تقبل شهادتهما] (6)؛ لأنهما يشهدان للعبد على الأول لا لنفسيهما، فلا تهمة في شهادتهما (7).

وجه الزيادات: أنه بالقضاء للأول وجب عليهما تسليم الثلث إلى الأول، فهما بشهادتهما أرادا إبطاله، فإن (8) العتق المنفذ في المرض يقدم على سائر الوصايا في الثلث، لكن يعتق العبد ويسعى؛ لأنه صار مشتركاً بين الموصى له والورثة، وإقرار أحد الشريكين بالعتق في العبد المشترك صحيح، فعتق وسعى في قيمته.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) المحيط البرهاني 434/8.

(3) في ف: في وصية.

(4) المقصود بالوصايا هو كتاب الوصايا من الأصل للشيباني.

(5) في ف: فإن قضى.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) المبسوط للسرخسي 78/28، والمحيط البرهاني 438/8.

(8) في ف: لأن العتق. ولعله الصواب.

مسألة: مات عن ثلاثة أعبدٍ وأقر الابن أن الميت أوصى لهذا الرجل بهذا العبد بين يدي القاضي، ثم شهد هو ورجل أجنبي قبل القضاء أنه أوصى بالعبد الآخر لآخر، تقبل ولا شيء للأول ، وبعد القضاء بإقراره لا تقبل⁽¹⁾.

والفرق: أن قبل القضاء الوصية الأولى ثبتت بالإقرار، وهي حجة قاصرة غير نافذة [على غيره]⁽²⁾، والوصية الثانية ثابتة بالبينة ، وهي حجة متعدية كاملة نافذة على الناس كافةً، فلا تثبت المزاحمة والمعارضة بينهما، فيقضى بالعبد لصاحب أقوى الحجتين وأكمل البرهانين، فأما بعد القضاء في قبول⁽³⁾ شهادتهما إبطال القضاء وإبطال الاستحقاق الثابت عليه فبطلت ، ولا كذلك قبل القضاء، وكذلك لو شهدا بذلك العبد لرجل آخر، [و]⁽⁴⁾ لا ضمان على الوارث إن دفع إلى الأول بقضاء؛ لأنه ملجأ فيه من جهة القاضي فصار فعله منقولاً إلى القاضي، وإن دفع⁽⁵⁾ بغير قضاء يضمن للثاني قيمته؛ لأنه مختار في الدفع فصار مستهلكاً على الثاني بالدفع إلى الأول⁽⁶⁾.

مسألة: الوارث أقر بالثالث للأول وقضي به، ثم شهد هو ورجل آخر لآخر⁽⁷⁾ فهو فهو للأول؛ لأنه يزعم أن الملك سالمٌ للأول بالوصية، فصار [به]⁽⁸⁾ مناقضاً في شهادته للثاني، والمناقض لا شهادة له، ولا يضمن الابن للثاني/؛ لأن مجرد إقراره غير متلف على الثاني شيئاً، وفعل القاضي لا يصلح موجباً للضمان على الوارث، ولو لم يقر الوارث ولكن شهد هو ورجل آخر للأول وقضي، ثم شهد رجل آخر للأول وقضي ، [ثم شهد ورجل آخر لآخر]⁽⁹⁾ جازت شهادتهما وتحاصا؛ لأنه ليس في الشهادة الثانية

⁽¹⁾المحيط البرهاني 437/8 .

⁽²⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽³⁾في ف: بقبول.

⁽⁴⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁵⁾في ف: فإن دفع.

⁽⁶⁾المحيط البرهاني 438/8 .

⁽⁷⁾في ف: هو ورجل آخر على الثاني.

⁽⁸⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁹⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

إبطال القضاء، والاستحقاق ثابت للأول [لا لهما] ⁽¹⁾، لأنهما استويا في الحجة، فتحصا فتحصا في الثلث، وذلك لا يكون إلا بعد استحقاق كل واحد فيهما جميع الثلث، بخلاف ما سبق من الإقرار؛ لأن البينة أقوى وأكمل حجة من الإقرار، ولا بد من إبطال القضاء والاستحقاق بالإقرار، وكذلك إذا كان الإقرار والشهادة في الدين، والجواب فيه كما [الجواب] ⁽²⁾ في العبد ⁽³⁾. والله أعلم بالصواب.

باب: شهادة الوصي للميت أو للوارث أو عليهما

مسألة: شهد الوصي للميت بدين أو وديعة لم تجز؛ لأنه هو القابض والمتصرف فيه، ولو شهد لوارث كبير بدين له على الميت لم تجز عند أبي حنيفة رحمه الله،

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽³⁾ المحيط الدرهماني 438/8 .

وعندهما: تجوز؛ لأنه ليس للموصي ولاية قبضه والتصرف فيه، بل هو بمعزل عنه، فصار كما لو شهد له بدين على أجنبي⁽¹⁾.

له: أنه تمكنت في شهادة⁽²⁾ تهمة إثارة بعض الورثة على البعض بشيء من ماله، [وهو لا يملك ذلك؛ لأنه قائم مقام الموصي، والموصي لا يملك إثارة بعض الورثة على بعض بشيء من ماله]⁽³⁾، فكذا من يقوم مقامه، ولو شهد وصي لوارث كبير بدين على أجنبي جاز لعدم التهمة؛ لأن الإيثارة حصل بمال الأجنبي فيملكه⁽⁴⁾ بحق ولا يجوز للصغير اتفاقاً⁽⁵⁾.

مسألة: ولو شهد رجلان لآخر على الميت بدين ألف، والآخران لهما بدين ألف، على الميت جاز؛ خلافاً لأبي يوسف، [وعلى هذا لو شهد ابنا هذا لهذين وابنا هذين لهذين لأبي يوسف]⁽⁶⁾: أن كل واحد من الفريقين فيما لصاحبه شاهد لنفسه من وجه؛ لأنه شهد لصاحبه بمال له فيه شركة؛ لأنه [إن]⁽⁷⁾ لم يكن بينهما شركة في أصل الدين فيما يقبضه أحدهما فلآخر⁽⁸⁾ أن يشاركه فيه؛ بخلاف ما لو شهدا⁽⁹⁾ بذلك حالة الحياة؛ لأن ما يأخذ أحدهما ليس للآخر أن يشاركه فيه⁽¹⁰⁾.

لهما: أن كل واحد من الفريقين شهد لصاحبه بما لا شركة له فيه؛ لأن دين كل فريق إنما وجب بسبب على حدة؛ ولهذا جازت هذه الشهادة حال حياة المدين، والمشاركة فيما لا يقبضه الآخر لا يثبت بهذه الشهادة، وإنما يثبت حكماً لضيق التركة بدليل أنه لو

(1) المبسوط للسرخسي، 82/28، وبدائع الصنائع 272/6، والاختيار 69/5.

(2) في ف: في شهادته. وهو الصواب.

(3) ما بين معكوفين ساقط من: ف

(4) في ف: فيما يملكه بحق.

(5) المبسوط للسرخسي، 82/28، والبنية 525/13.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) في ف: وللآخر.

(9) في ف: شهد

(10) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، علق عليه: أبو الوفا الأفغاني، الناشر:

لجنة إحياء المعارف النعمانية. الهند، ط: الأولى، 69/1.

كان في التركة سعة ليس له أن يشاركه فيما يقبضه الآخر، ولو شهد المشهود⁽¹⁾ لهما بدين لآخرين غير الشاهدين جاز؛ لأنهما بهذه الشهادة يضران [أنفسهما]⁽²⁾، والشهادة بما يضر الشاهد أصدق الشهادات، وأصوب المقالات، ولو شهدا لهما بوصية الثلث ثم شهد هذان للشاهدين بوصية الثلث⁽³⁾، أو السدس، أو بعبدٍ بعينه فشهادتهما باطلة؛ لأن كل فريق شهد بمال مشترك بينه وبين صاحبه بدليل أن المال وإن كثر لا تنتهي الشركة بينهم في الثلث؛ بخلاف المسألة المتقدمة لأن حال كثرة المال لا تثبت بينهم شركة فيما يأخذه كل فريق منهم، وإنما تثبت الشركة حكماً؛ لضيق المحل لا بشهادته⁽⁴⁾.

مسألة: ولو شهدا بوصية عبدٍ بعينه، وشهد هذان للشاهدين⁽⁵⁾ بوصية أمةٍ بعينها بعينها جاز ذلك؛ لأنه لم يشهد كل فريق بحال مشترك بوجه ما؛ لأن الوصية مختلفة.

[فصل]⁽⁶⁾: ولو شهد أحدهما أنه أوصى لفلان بثلث ماله، وشهدا لآخر أنه أوصى لأوصى له بثلث ماله، وقال: أعطوا منه فلاناً ألف درهم، قال محمد: يعطى الموصى له ثلث المال وينقص منه ألف درهم، فكأنه قضي⁽⁷⁾ له بثلث الألف؛ لأنهما اتفقا على الشهادة بالثلث، وانفرد أحدهما بشهادة الألف لفلان، فما اتفقا عليه تقبل، وما انفرد أحدهما يرد [به]⁽⁸⁾؛ لأن القائم به شهادة فردٍ، فصار⁽⁹⁾ بمنزلة ما لو استثنى أحدهما شيئاً

(1) في ف: الشهود. ولعله الصواب.

(2) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(3) في ف: أو الثلث جاز.

(4) في ف: لا بشهادتهما. ينظر: الفتاوى الهندية 159/6.

(5) في ف: وشهد شاهدان بوصية.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: أمضى.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) في ف: وصار.

شيئاً من الألف، فإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى/ لهذين بدراهمه، وشهد آخران أنه [850ظ] أوصى لهذين بدراهمه لم تجز شهادتهما⁽¹⁾.

ولو شهد شاهدان بدنانيه، آخران⁽²⁾ بدراهمه، أو اثنان⁽³⁾ بعبدٍ وآخران⁽⁴⁾ بدراهم بدراهم جازت الشهادة؛ لأن كل فريق شهد على عقد الوصية لا على الملك، ولا يمكن⁽⁵⁾ إثبات العقدين متى كان الموصى به⁽⁶⁾ واحداً، فثبتت الشهادتان، كما لو شهد أحد الفريقين ببيع هذا العبد من هذا، والآخر ببيعه من هذا، لم تقبل، [و]⁽⁷⁾ متى كان الموصى به مختلفاً فقد أمكن إثبات الوصيتين فتقبل⁽⁸⁾.

وإذا شهد الوصيان لرجل كبير أنه ابن الميت جاز، وإن كان صغيراً لم تجز قياساً؛ لأنه بقبض ميراثه فيكون⁽⁹⁾ متهماً فيها، وتقبل استحساناً على النسب [و]⁽¹⁰⁾ على التزويج؛ لأن المشهود به النسب والتزويج، واستحقاق الميراث إنما يثبت حكماً؛ لثبات النسب لا مقصوداً بالشهادة⁽¹¹⁾. والله تعالى أعلم.

(1) البحر الرائق 537/8.

(2) في ف: وشهد آخران ، وهو الصواب .

(3) في ف: أو الاثنان.

(4) في ف: والآخر .

(5) في ف: ولم يمكن .

(6) في ف: لأن الموصى به واحداً فبطلت الشهادتين.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) البحر الرائق 537/8.

(9) هكذا وردت في النسختين ، والصواب: يكون.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) البحر الرائق 537/8 ، الفتاوى الهندية 159/6.

باب: شهادة الوصي والوكيل بعد العزل

أصله⁽¹⁾: أن من صار خصماً في شيء خرج من أن يكون شاهداً في ذلك الشيء؛ لأن الشاهد أمين مؤتمن، والخصم منازع مخون، وبينهما تنافٍ مبين، والمتنافيان لا يجتمعان أبداً⁽²⁾.

مسألة: وصي أُخرج⁽³⁾ من الوصاية بعد قبول الوصاية لم تجز شهادته للميت أبداً؛ لأن بموت الموصي صار الوصي خصماً في حقه؛ لأن الوصاية خلافة في الولاية، ولهذا لو تصرف قبل العلم بالوصاية نفذ، ومن ضرورة صيرورته خلفاً ونائباً في التصرف صيرورته خصماً فيما كان الموصى به⁽⁴⁾ خصماً، وإذا صار خصماً خرج من أن يكون شاهداً، أو بعد ما خرج من أن يكون شاهداً في شيء لا يعود فيه شاهداً أبداً⁽⁵⁾.

والوكيل بعد ما أُخرج من الوكالة تجوز شهادته للموكل إن لم يكن خاصم عند القاضي عندهما⁽⁶⁾، [وعند أبي يوسف]⁽⁷⁾: لا يجوز، وإن كان خاصم ثم عزل لا تجوز شهادته بالإجماع؛ لأن عند أبي يوسف بنفس الوكالة صار خصماً؛ لأنه صار نائباً عنه في المخاصمة، ولهذا لو أقر على موكله في غير مجلس الحكم نفذ فصار بمنزلة الموصي، وعندهما لا يصير خصماً بنفس الوكالة ما لم يخاصم عند القاضي، لأن المخاصمة إنما تتحقق [بالمنازعة والمشاجرة عند القاضي، فإذا عزل قبل المخاصمة فقد]⁽⁸⁾ عزله قبل أن يصير خصماً، وسقوط الشهادة من ضرورة صيرورته خصماً، فإذا لم

(1) في ف: الزيادات: أصله .

(2) المبسوط للسرخسي 148/28، والمحيط البرهاني 439/8.

(3) في ف: خرج.

(4) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: الموصي.

(5) تبين الحقائق 175/6، والبنية 356/3.

(6) في ف: وعندهما.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

لم يصر خصماً لم تسقط الشهادة، أرأيت لو وكله بخصومة فقيل له: إنه شاهدك فعزله كما وكله فلا تسقط شهادته⁽¹⁾.

مسألة: قضى القاضي لرجل بشهادة أنه وكيل في كل خصومة، فخاصم الوكيل في ألفٍ ثم أخرج عن الوكالة، ثم جاء يشهد بمائة دينار للموكل⁽²⁾ إن قال الوكيل: كانت واجبة قبل قضاء [القاضي]⁽³⁾ بالوكالة بهذه الصفة، ألا ترى أن [في]⁽⁴⁾ دعوى حق آخر آخر لا يجتاح إلى إعادة الشهادة على الوكالة، فإذا جعله خصماً [في الكل]⁽⁵⁾ سقطت شهادته فيها، وإن زعم الوكيل أنها وجبت لموكله بعد القضاء جازت شهادته؛ لأن من كان وكيلاً في هذا المال لا يكون وكيلاً فيما كان واجباً للموكل وقت الوكالة كما قبل الوكالة؛ لأن المانع لم يظهر للقاضي وقت القضاء، فإن وكله بمحضر القاضي ثم خاصم في ألفٍ فعزل، ثم شهد للموكل⁽⁶⁾ بمائة دينار جازت⁽⁷⁾.

مسألة: أحد الوكيلين أثبت وكالته⁽⁸⁾، والآخر غائب، جازت لهما؛ لأن التوكيل واحدٌ وأنه حق للحاضر والغائب، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب⁽⁹⁾.

مسألة: قامت البينة على الوكالة فلم تزك ولم يقض بالوكالة، وأحضر الوكيل بينة يشهدون على رجل بحق للموكل لا تقبل قياساً؛ لأن بنفس الشهادة على الوكالة لا يصير خصماً ما لم يقض القاضي بها؛ لأن الشهادة لا توجب له شيئاً قبل القضاء، والبينة لا تقبل من غير خصمٍ وتقبل استحساناً؛ لأن الوكيل قد يحتاج⁽¹⁰⁾ إلى سماع بينته

(1) شرح كتاب أدب القاضي 347/4 ، العناية 114/8.

(2) في ف: بالموكل.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) ما بين معكوفين سقطت من ف.

(6) في ف: الموكل.

(7) المحيط البرهاني 442/8.

(8) في ف: الوكالة.

(9) الأصل للشيباني 542/4.

(10) في ف: لأن الوكيل لا يحتاج .

قبل القضاء بوكالته بأن كان⁽¹⁾ شهوده على الحق/ عازمين على السفر غير ماكثين على [850و] على الحضر، فربما يتأخر ظهور عدالة شهود الوكالة، فلو لم تقبل منه الشهادة على الحق يتضرر الموكل بفوات حقه، ولو قبلنا لم يتضرر به المطلوب؛ لأنه لا يقضي بها إلا بعد القضاء بالوكالة، ومتى قضي بوكالته تبين أن البيئة قامت على الحق عن خصم⁽²⁾.
ولو خرج⁽³⁾ شهود الوكالة، ثم حضر الموكل فأخرجه من الوكالة، أو جحد أنه وكله ثم شهد للموكل⁽⁴⁾ لا تقبل؛ لأن في زعم الوكيل أنه [الوكيل]⁽⁵⁾ كان وكيلاً وأنه خصم خصم بحق، والشاهد متى زعم أنه لا شهادة له في حادثة أبطل القاضي شهادته [فيها]⁽⁶⁾.

مسألة: قدم رجلاً إلى القاضي، وأقام بيينة أن فلاناً وكله، والمدعى عليه مقر بالحق، أو منكر⁽⁷⁾ ولم تزك البيينة حتى غاب المدعى عليه، فأحضر الوكيل رجلاً آخر يدعي قبلة حقاً للموكل، ثم زكيت البيينة، حكم بوكالته ولم يكلفه⁽⁸⁾ إعادتها على الثاني؛ لأن الشهود شهدوا بالوكالة بكل حق له⁽⁹⁾، وفي هذا كل مطلوب خصم حتى إذا قضى القاضي على الأول لا يحتاج إلى إعادة على الثاني، وكان حضور الثاني للقضاء كحضور الأول، وكان القضاء بالوكالة بكل حق هو له قضاء على الكل، وإن غاب الأول ولم يحضر الوكيل غيره ثم زكيت البيينة لم يحكم بوكالته؛ لأن البيينة لا يقضى بها إلا بمحضر من الخصم⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: وإن كان.

(2) في ف: على خصم.

(3) في ف: فلو خرج.

(4) في ف: الموكل.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف. وهو الصواب.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 216/8.

(7) في ف: وهو منكر.

(8) في ف: ولم يكلف.

(9) في ف: هو له.

(10) المحيط البرهاني 446/8، الفتاوى الهندية 405/3.

باب: الشهادة في الطلاق

فيه فصلان: فصل: في اختلاف النطق، وفصل: في الشهادة على الطلاق المبهم.

فصل: شهد أحدهما بالطلاق الرجعي، والآخر بالبائن تقبل على الرجعي؛ لأنهما اتفقا على أصل الطلاق، وتفرد أحدهما بزيادة صفة وهي البينونة، فيثبت ما اتفقا عليه، ويبطل ما انفرد به أحدهما، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه طلقها واحدة⁽¹⁾، [وشهد الآخر أنه أنه طلقها واحدةً وواحدةً، أو واحدةً ونصفاً]⁽²⁾، وكذلك لو شهد أحدهما على تطليقة والآخر على واحدة وعشرين، تقبل على الواحدة؛ لأنهما اتفقا عليها؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، وكان الأول مفصلاً عن الثاني⁽³⁾.

ولو شهد أحدهما على واحدة وشهد الآخر على النصف أو الثلث لا تقبل عند **أبي حنيفة . رحمه الله .**⁽⁴⁾؛ خلافاً لهما، كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة.

مسألة: شهد أحدهما أنه قال: إن دخلت فلانة وفلانة الدار فهما طالقان وقد دخلتا، وشهد الآخر أنه قال: إن دخلت الدار فهي طالق وقد دخلت لا تقبل؛ لأنهما شهدا على يمينين مختلفتين؛ لأن اليمين تختلف باختلاف الشرط والجزاء، فالشرط في الأولى⁽⁵⁾ دخولها والجزاء طلاقها، والشرط في الثاني دخول الواحدة والجزاء طلاقها ولم يتم على إحداهما شاهدان ، فلا يثبت⁽⁶⁾.

(1) في ف: إذا شهد أحدهما بواحدة ونصف.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) المحيط البرهاني 406/3.

(4) في ف: رضي الله عنه.

(5) في ف: والشرط في الأول ، وهو الصواب .

(6) المحيط البرهاني 406/3.

ولو شهد أحدهما أنه قال [لها]⁽¹⁾: إن دخلت الدار فأنت طالق وفلانة معك،
وشهد الآخر أنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق تقبل؛ لأنهما اتفقا على الشرط، ووجوده
في [حق]⁽²⁾ الواحدة ، وتفرد أحدهما بزيادة طلاق والأخرى ، فما اتفقا عليه يقع⁽³⁾.

فصل: شهدا أنه طلق إحدى امرأتيه بعينها وقد نسيها لا تقبل؛ لأنهما لم يشهدا
بما تحملا؛ لأنهما قالوا: نسيناه، وغلطنا ما تحملناه فلا تكون هذه شهادة⁽⁴⁾.

ولو شهدا أنه طلق إحداهما لا بعينها تقبل استحساناً ويجبر على البيان؛ لأنهما
شهدا كما تحملا وبيّنا للقاضي ما سمعا، والبيان الواقع بالشهادة كالبيان الثابت بالمعينة
والمشاهدة، ولو ثبت ذلك عند القاضي بالسماع والمشاهدة يقضى به ويجبر [على البيان]
(5) ، فكذا⁽⁶⁾ إذا ثبت بالشهادة⁽⁷⁾.

ولو شهد [واحد]⁽⁸⁾ على الطلاق قبل الدخول أو على الطلاق البائن، وطلبت
المرأة من القاضي أن يضعها على يدي عدلٍ ، إن كان الشاهد فاسقاً لا يضعها؛ لأنها لا
توجب حكماً، وإن كان⁽⁹⁾ عدلاً إن قالت⁽¹⁰⁾: الشاهد الآخر غائب لا يضع؛ لأنه ربما [لا]
[لا]⁽¹¹⁾ يحضر فلا يبطل حق الزوج بالشرط⁽¹²⁾، وإن قالت: حاضر يضع استحساناً؛
لأن قول الواحد العدل في باب الحرمات مقبول وأمر البضع يحتاج فيه، فيجوز بينهما

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) ما بين معكوفين سقطت في: ف.

(3) المحيط البرهاني 406/3.

(4) المبسوط للسرخسي 145/6 ، ومجمع الأنهر 526/1 .

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: فكذا أو كذا.

(7) المبسوط للسرخسي 145/6.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) في ف: فإن كان.

(10) في ف: إن كان الشاهد .

(11) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(12) في ف: بالشك.

[851ظ] احتياطاً، ولكن لا تجب الحيلولة؛ لأن سبب الحِلِّ قائم وهو النكاح حتى لو لم يحل/ بينهما لا بأس به، وكذلك⁽¹⁾ لو شهد شاهدان مستوران له أن يحول بينهما⁽²⁾؛ لأنها [إما]⁽³⁾ معتدة أو منكوحة فمسكنها بيت الزوج؛ ولأن مطلق الطلاق لا يحرم الوطء [ولا الخلوة]⁽⁴⁾. والله أعلم.

(1) في ف: فكذاك.

(2) في ف: يحول بينهما وإن كان بعد الدخول لا يحول بينهما .

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: المبسوط للسرخسي 272/6 .

باب: الشهادة بالعتق

المبسوط: فيه فصلان: **فصل:** في الشهادة على العتق المبهم، **وفصل:** في الطلاق على أحد الشريكين.

فصل: الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل بدون خصومته عند أبي حنيفة .
رحمه الله .⁽¹⁾، **وعندهما** تقبل، وفي عتق الأمة تقبل من غير دعواها بالإجماع⁽²⁾.

لهما: أن العتق حق لله . تعالى . بدليل أنه يثبت مع الجهالة ولا يمنع [التناقض]⁽³⁾ صحة دعواه، فتكون إقامته قربة وحسبة فيصح من غير دعوى كما في عتق الأمة.

له: أن العتق حق العبد خالصاً؛ لأن منفعتة عائدة إليه، وفوائده آيلة إليه على الخلوص وهي المالكية، والولايات، وإهالة⁽⁴⁾ الشهادات، ودفع استيلاء العين وتسلبه عن نفسه⁽⁵⁾، فتشترط دعواه؛ لثبوتها، بخلاف عتاق الأمة؛ لأنه حق لله تعالى على الخلوص لأنه سبب لتحريم الفرج وحظر البضع وذلك حق الله . تعالى . وهو حق العبد وهو المالكية، والولاية تثبت تبعاً [له]⁽⁶⁾ من حيث إنه سبب للحرمة لا مقصوداً، ولهذا لو ادعت ادعت وشهد ابناها لا تقبل الشهادة؛ لأنه بالدعوى صار ما هو حقها مقصوداً فلم يمكن جعله تبعاً لسبب الحرمة، والشهادة على حق الله . تعالى . تقبل من غير دعوى⁽⁷⁾.

مسألة: شهدا⁽⁸⁾ على رجل أنه أعتق أحد عبديه في صحته، لا يعتق عنده، **وعندهما:** يعتق ويجبران [على]⁽⁹⁾ أن يوقع العتق على أحدهما بعينه، وهذا بناء على أن

(1) في ف: رضي الله عنه.

(2) بدائع الصنائع 111/4.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: وأهلية. وهو الصواب.

(5) في ف: على نفسه. ولعله الصواب.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) بدائع الصنائع 111/4 ، وتبيين الحقائق 101/4 ، مجمع الأنهر 525/1.

(8) في ف: شهد على رجل.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

الدعوى في عتق العبد شرط **عنده**، ولم تصح الدعوى هنا لجهالة المدعي به فبطلت الشهادة، **وعندهما** ليست بشرط⁽¹⁾ فلم تبطل الشهادة، لفقد صحة الدعوى⁽²⁾.

وذكر في **الجامع**: أن في الأمتين تقبل **عنده**، وفي العبدین لا تقبل، وقال بعض مشايخنا: إن الشهادة على أحد الأمتين لا تقبل **عنده**؛ لأن الشهادة بعتق الأمة إنما تستغني عن الدعوى؛ لما فيه من تحريم [الفرج، وعتق]⁽³⁾ المبهم لا يوجب تحريم الفرج **عنده**، حيث لم يجعل الوطاء بياناً للعتق في غير الموطوءة⁽⁴⁾.

فلو شهدا في مرض موته أنه أعتق أحد عبديه، أو شهدا بعد موته أنه دبر أحدهما في مرضه أو في صحته تقبل استحساناً لا قياساً؛ لجهالة المدعي به، والاستحسان⁽⁵⁾ وجهان: أحدهما: أن الإعتاق في مرض الموت [وصية]⁽⁶⁾، وكذلك التدبير في الصحة أو في المرض وصية، فكان الخصم في تنفيذ [الوصية هو]⁽⁷⁾ الوصي الوصي هو الموصي و[الوصي]⁽⁸⁾ نائب عنه فكان المدعي معلوماً⁽⁹⁾.

والثاني: أن بالموت يشيع العتق فيهما جميعاً، فصار كل واحد منهما خصماً في [حق]⁽¹⁰⁾ نفسه، وإن شهدوا بعد موته أنه قال في حياته وصحته: أحدكما حر [فلا رواية فيه]⁽¹¹⁾، واختلفوا على قوله لاختلاف طريقي الاستحسان، فعلى طريق الوصية لم تقبل،

(1) في ف: ليست بشرط عنده، ولم تصح الدعوى ههنا لجهالة المدعي به فبطلت الشهادة عندهما.

(2) المبسوط للسرخسي 177/7، بدائع الصنائع 123/4، العناية 506/4-509.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) بدائع الصنائع 112/4، والبحر الرائق 269/4.

(5) في ف: وللاستحسان. وهو الصواب.

(6) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف. ولعله الصواب.

(9) بدائع الصنائع 123/4، البنائة 69/6.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(11) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

وعلى طريق الشيعو قبلت ، **والصحيح** أنها لا تقبل؛ لجواز أن يكون معلولاً بالعلتين،
فيتعدى بأحدهما في حق امتناع القبول⁽¹⁾.

مسألة: عبدان اثنان شهد شاهدان أن أحدهما أعتق نصيبه ولا يدرى المعتق
منهما لا تقبل؛ لأنهما شهدا على المجهول، فكذلك لو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق
عبده؛ لأن المستحق والمستحق عليه مجهول.

مسألة: شهدا أنه أعتق سالماً وهما لا يعلمان سالماً، وله عبد يُسمى سالماً
ويدعى العتق عتق.

ولو شهدا بالبيع على [هذا]⁽²⁾ الوجه لا يصح؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة
الإعتاق⁽³⁾، فكذا لا تمنع صحة الإشهاد، وجهالة المبيع تمنع صحة البيع، فكذا تمنع
صحة الشهادة به.

المنتقى: عن **أبي يوسف:** رجل اشترى عبداً فشهد شاهدان أنه كان حلف بعتق
كل مملوك يشتريه، فأعتقه القاضي ، ثم اشترى عبداً آخر، قال: يعتق الثاني بالشهادة
الأولى، وقال **أبو حنيفة:** لا يعتق الثاني حتى يجدد الشهود الشهادة؛/ بناءً على أن **عنده** [851و]
الشهادة على عتق العبد [لا]⁽⁴⁾ تقبل من غير دعوى، والثاني خَلِيٌّ عن الدعوى والشهادة،
والشهادة، وعند **أبي يوسف . رحمه الله .**⁽⁵⁾: تقبل من غير دعوى، والشهادة القائمة على
الأول قائمة على الثاني⁽⁶⁾، فإذا ولدت⁽⁷⁾ جارية الرجل ثلاثة أولاد في بطون مختلفة، فشهد
فشهد على الأول شاهد أنه أقر حين ولد الأكبر أنه ابنه، وشهد آخر أنه أقر بالثاني حين

⁽¹⁾ بدائع الصنائع 123/4 .

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ في ف: العتاق.

⁽⁴⁾ ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

⁽⁵⁾ في ف: وعند **أبي حنيفة** رضي الله عنه.

⁽⁶⁾ عيون المسائل 211/1 .

⁽⁷⁾ في ف: وإذا ولدت.

ولد أنه ابنه⁽¹⁾، وشهد آخر أنه أقر بالثالث حين ولد أنه ابنه، قال محمد: الأكبر [بمنزلة]⁽²⁾ عبد يباع، والثاني بمنزلة ابن أم الولد، والثالث ابنه إلا أن ينفيه؛ لأن الأول والأوسط تصادقا أن الجارية صارت أم ولدٍ بولادة الأوسط إلا أن الفراش لم يكن ثابتاً، وإنما ثبت بولادة الأوسط فثبتت أمومية الولد، ولم يثبت نسب الولد؛ لفقد الفراش ، وثبت نسب الثالث؛ لأنها ولدت الثالث، والفراش ثابت بشهادة الأول والأوسط⁽³⁾.

مسألة: رجل [مات و]⁽⁴⁾ ترك أخاً لا يعلم له وارثاً غيره، فقال عبدان من رقيق الميت: قد كان الميت أعتقنا في صحته ونحن نشهد أنه أقرّ أن هذا الغلام ابنه ، فقال الأخ: صدقتما في جميع ذلك، قال محمد: لا أجزى شهادتهما وهما عبدان للغلام، ويدفع جميع الميراث إلى الغلام وهو حر وأمه حرة، ولا أثبت نسبهما [من الميت؛ لأن الأخ لما صدقهما]⁽⁵⁾ في ذلك فقد عرف أن الوارث هو الغلام، وهو حر، ولا حق له في الميراث، فلم يعتق العبد بتصديقه ، وشهادة العبد لا تقبل، فلم يثبت النسب من الميت ، ولكن ثبت للغلام⁽⁶⁾ استحقاق الإرث باعتراف الأخ⁽⁷⁾.

ولو كان مكان الغلام جارية أجزت شهادتهما، وأثبتت نسب الجارية، ويسعى العبدان في قيمتهما⁽⁸⁾، ولا ضمان على الأخ فيها في قول محمد ؛ لأن الأخ يرث مع البنت، فيثبت له الملك في نصف العبدین ، فعتقا بتصديقه إياهما في الإعتاق فتقبل شهادتهما، وتثبت نسب الجارية بالبينة؛ إلا أن العبد المشترك متى عتق بإقرار شريكه

(1) في ف: أقر بالثاني أنه ابنه حين ولد.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) بدائع الصنائع 426/6، البحر الرائق 293/4.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) في ف: للعبد.

(7) حاشية ابن عابدين 476/5.

(8) في ف: نصف قيمتهما.

[يسعى العبد في نصيب شريكه] ⁽¹⁾ الساكت عندهما، وفي قياس قول أبي حنيفة لا تقبل شهادتها، ولا يثبت نسب الجارية؛ لأنهما بمنزلة المكاتب؛ لأن العتق يتجزأ ⁽²⁾ فيعتق نصف نصف نصيب الأخ، ومعتق البعض بمنزلة المكاتب، [وشهادة المكاتب] ⁽³⁾ لا تقبل ⁽⁴⁾.

فصل: ولو شهد أحد الشريكين مع أجنبي على شريكه بالعتق لا تقبل؛ لأنها شهادة لعبد أو لمكاتبه ويعتق العبد لإقراره ⁽⁵⁾.

مسألة: شهد أجنبيان على أحد الشريكين أن شريكه الغائب أعتق حصته من هذا العبد يحال بينه وبين الحاضر، ولا يحكم بعتقه حتى يقدم الغائب فيعاد على البينة ⁽⁶⁾ عند أبي حنيفة . رحمه الله . ⁽⁷⁾، **وعندهما** يعتق [العبد] ⁽⁸⁾ للحال، والحاضر خصم على الغائب، وهذا بناءً على أن الإعتاق يتجزأ عنده، فيكون هذا دعوى الحيلولة على الحاضر والغائب، **وعندهما:** لا يتجزأ، فتكون شهادةً على الحاضر والغائب، والحاضر يصلح خصماً على الغائب؛ لاتصال الملك بينهما فيحضر ⁽⁹⁾ خصماً ⁽¹⁰⁾.

مسألة: ولو شهد شاهدان أن المشتري أقر أن البائع أعتق العبد عُتق [من] ⁽¹¹⁾ مال المشتري؛ لأن إقراره مقبول في حقه، والعتق متى ثبت في حق شخص ثبت في حق الكل، ولا يثبت ⁽¹²⁾ الولاء لواحدٍ منهما؛ لأن كل واحد منهما يقول: عتق على الآخر،

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ في ف: لأن العتق عنده يتجزأ .

⁽³⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁴⁾ حاشية ابن عابدين 476/5.

⁽⁵⁾ المبسوط للسرخسي 223/7، بدائع الصنائع 96/4.

⁽⁶⁾ في ف: فتعاد عليه البينة. وهو الصواب.

⁽⁷⁾ في ف: رضي الله عنه.

⁽⁸⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁹⁾ في ف: فيحصل. ولعله الصواب.

⁽¹⁰⁾ المبسوط للسرخسي 124/7، الفتاوى الهندية 117/2.

⁽¹¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽¹²⁾ في ف: وثبت .

وكذلك لو أقر المشتري أن البائع دبره أو استولدها لا يبقى مملوكاً لواحد؛ [لأن]⁽¹⁾ المشتري يقول: ما تثبت الملك لي منه ، والبائع يقول: قد زال ملكي عنه، ويعتق بموت بموت البائع؛ لأن موجب قول المشتري هذا⁽²⁾.

ولو شهدا على أحد الشريكين أنه أقر بعق المملوك وهو موسر يضمن نصيب شريكه، والولاء له، لأن العتق ثبت عليه بحجة شرعية ، فلا ينتفي الولاء عنه بجحود⁽³⁾.

مسألة: عبد بين ثلاثة ، شهد اثنان منهما أن الثالث أعتق بألف، والثالث يصدقهما، والعبد يدعي العتق مجاناً تقبل الشهادة؛ لأنه شهادة بالمال على العبد لا بالعتق؛ لأنه ثابت بقول المولى ، فتقبل⁽⁴⁾.

ولو شهد ابنا أحد الشريكين أن أباهما أعتق العبد بغير جعل⁽⁵⁾ تقبل؛ لأنها شهادة على الأب، ولو أقام الأب/ بينة أنه أعتقه بألف أخذ بينته؛ لأن بينة الأب مثبتة [الزيادة]⁽⁶⁾، فتكون أزيد إثباتاً وإظهاراً⁽⁷⁾.

ولو شهد⁽⁸⁾ ابنا أحد الشريكين على الآخر أنه أعتقه أمته لا تقبل؛ لأنهما يشهدان لأمة أبيهما، وبثبتان للأب حق التضمين، فتكون شهادة للأب أيضاً، ولو شهدا على أبيهما أنه أعتقها⁽⁹⁾ قبلت⁽¹⁰⁾؛ لأنها شهادة على الأب بزوال⁽¹¹⁾ ملكه، فإن كان موسراً ثم

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) حاشية ابن عابدين 189/8.

(3) المبسوط للسرخسي 141/25.

(4) المصدر نفسه .

(5) الجعل لغة : ما جعل للإنسان من شيء على الشيء يفعله ، وقيل: ما يجعل للعامل على عمله، وشرعاً : العتق على مال، كأن يقول المولى لعبده : أنت حرّ على ألف . ينظر: البحر الرائق 277/4، الصحاح 1/93.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المبسوط للسرخسي 125/7.

(8) في ف: فلو شهد.

(9) في ف: أنه أعتقها.

(10) في ف: فثبت.

(11) في ف: بإزالة .

ثم ماتت الأمة وتركت مالاً وقد ولدت بعد العتق ولداً، وأراد الشريك استسعاء الولد ليس له ذلك وله⁽¹⁾ أن يضمن الشريك، ويرجع⁽²⁾ الشريك بذلك في تركة الأمة، وإن [لم]⁽³⁾ يترك يترك مالاً رجع بذلك على الولد؛ [لأن للولد]⁽⁴⁾ أن يسعى فيما على أمه؛ لأنه صار مكاتباً بكتابتها⁽⁵⁾.

فصل: عبدٌ في يدي رجل أقام بينةً أنه أعتقه وهو يملكه، وأقام آخر بينةً أنه أعتقه وهو يملكه، ينظر إن صدق العبد أحدهما فبينته أولى؛ لأن العتق حق العبد لا حق المولى، وإن كذبهما قالوا: ولاؤه بينهما نصفان⁽⁶⁾.

ولو أقام كل واحد منهما بينةً أنه أعتقه على ألف⁽⁷⁾ وهو يملكه قالوا: ولاؤه بينهما بينهما ولكل واحدٍ عليه ألف، ولا يعتبر تصديق العبد [ولاً]⁽⁸⁾ تكذيبه، وإن لم تذكر إحدى البينتين مالاً فبينة مدعي المال أولى صدقه العبد أم كذبه⁽⁹⁾.

مسألة: أمة في يدي رجل أقام بينةً أنه دبرها وهو يملكها، وأقام آخر بينةً أنها ولدت منه وهو يملكها، وأقام آخر بينةً على مثل ذلك فهي للذي في يديه⁽¹⁰⁾.

ولو أقام ذو اليد البينة أنه كاتبها على ألف وهو يملكها، وأقام آخر بينةً على [مثل]⁽¹¹⁾ ذلك [فهي]⁽¹²⁾ إن صدقت إحداها جعلتها مكاتبةً له، وإن كذبتهما جميعاً فهي مكاتبة لهما، وعليها لكل واحد منهما ألف، فإن عجزت جعلتها أمةً بينهما.

(1) في ف: فله.

(2) في ف: ورجع .

(3) ما بين معكوفين سقط من : ف.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) المبسوط للسرخسي 125/7، 126.

(6) المحيط البرهاني 53/9، والفتاوى الهندية 89/4.

(7) في ف: على ألف درهم .

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) المحيط البرهاني 53/9، والفتاوى الهندية 89/4.

(10) المبسوط للشيباني 221/4.

(11) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(12) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

ابن سماعة عن محمد: رجلٌ قال: كل مملوك أملكه أو أشتريه⁽¹⁾ إلى سنة فهو حر، فخاصمه عبد له في ملكه، فأقام⁽²⁾ البينة عليه بهذه اليمين فأعتقه القاضي، ثم اشترى عبداً في تلك السنة فخاصمه [إلى]⁽³⁾ القاضي يؤمر بإعادة البينة عليه؛ لأن البينة البينة كانت للأول على قوله: كل عبدٍ أملكه، لا على قوله: اشتريته⁽⁴⁾.

ولو أقام العبد المشتري البينة على ذلك فأعتقه، ثم اشترى آخر فخاصمه، قال أبو يوسف: لا يعتق القاضي الثاني حتى يعيد البينة، وقال محمد: لا يعيد البينة؛ لأن القضاء على الحالف بتلك اليمين بالبينة [وقع]⁽⁵⁾ لهما؛ لأن اليمين المضافة إلى الشراء تتناول اليمين المضافة إلى الملك القائم؛ لأن الشراء سبب الملك، فأما اليمين الواقعة على الملك القائم فلا تتناول اليمين المضافة إلى الملك⁽⁶⁾.

وكذلك لو قال: كل مملوك لي حر، فأقام مملوك بينة⁽⁷⁾ على إقراره فأعتقه القاضي، ثم جاء مملوك آخر، قال أبو يوسف: يعيد البينة، وقال محمد: لا يعيد البينة، فإن رجعا⁽⁸⁾ عن شهادتهما بعدما أعتقهما القاضي ضمنا قيمة الأول ولم يضمنا من قيمة الثاني شيئاً؛ لأنهما بشهادتهما⁽⁹⁾ أثبتا اليمين قصداً، واليمين الثابتة ثبتت ضمناً وتبعاً فلم يقصدا إتلاف الثاني فلا يضمنان، ويعتق القاضي كل عبد يشتريه الحالف بعد رجوعهما عن الشهادة في قول محمد⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: إن اشتريته. ينظر: المحيط البرهاني 185/3.

(2) في ف: وأقام.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: أشتريه.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) البحر الرائق 276/4.

(7) في ف: البينة.

(8) في ف: رجع.

(9) في ف: ما أثبتا.

(10) البناءة 72/6، والفتاوى الهندية 29/2.

ولو شهدوا أن المولى أعتق عبده فقضى القاضي به ثم رجعا وضمنا⁽¹⁾ القيمة،
[ثم شهد آخرا أن المولى أعتقه بعد ذلك لا تقبل شهادتهما بالإجماع]⁽²⁾.

ولو شهدا أنه أعتقه قبل ذلك لا تقبل عند أبي حنيفة، وعندهما : تقبل، لأنه
يصير كأن⁽³⁾ أربعة شهدوا بعتقه من الابتداء، ثم رجعا اثنان [وبقي اثنان]⁽⁴⁾ فقد بقي من
من يقوم بشهادته كل الحق، فيظهر⁽⁵⁾ أن القضاء بالضمأن وقع خطأ فظهر أن الضمان
لم يكن واجبا⁽⁶⁾.

لأبي حنيفة أن القضاء بالرجوع والضمان قد صح؛ لأنه حين رجعا الأولان لم يبق
على العتق⁽⁷⁾ شيء من الحجة فصح القضاء بالضمأن، فلا تنتقض الشهادة من بعد.

قال محمد: لو قال: سالم، وبديع، وميمون، أحرار، وأقام أحدهم⁽⁸⁾ البيينة على
ذلك ثم جاء آخر لا يعيد البيينة⁽⁹⁾؛ لأنه إعتاق واحد، ولو قال: سالم حر، وبديع وميمون
حر يعيد كل واحد البيينة؛ لأنه تحريرات مختلفة⁽¹⁰⁾.

الجامع: أصله: أن الحرية تصلح حجة للدفع، ولا تصلح حجة للاستحقاق؛ لأنها
ثابتة باعتبار الظاهر؛ فإن الحرية أصل في أولاد آدم؛ لأنهم تولدوا / وتفرعوا من أصلين
[حرين]⁽¹¹⁾.

[852و]

(1) في ف: ثم رجعا وضمن القيمة.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: كأنه.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) في ف: فظهر.

(6) شرح فتح القدير 491/7، والعناية 491/7.

(7) في ف: على العبد.

(8) في ف: أحدهما.

(9) في ف: البيينة على ذلك.

(10) المحيط البرهاني 51/4، حاشية ابن عابدين 415/4.

(11) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: بدائع الصنائع 256/6.

مسألة: ادعى⁽¹⁾ على رجل أنه عبده، وقال المدعى عليه: أنا حر الأصل، فالقول قوله؛ لأن الظاهر يشهد له، فإن أقام المدعي البينة أن نصف العبد له قضي له به، ولم يقض في النصف الثاني برقه ولا بعثق؛ لأنه لا يجوز أن يقضي بحرية⁽²⁾ أصلية⁽³⁾؛ لأن القاضي لما قضى بالرق⁽⁴⁾ في النصف فقد أبطل حرية الأصل في الباقي؛ الباقي؛ لأنها لا تتجزأ، ولا يجوز أن يقضي بحرية عارضة⁽⁵⁾؛ لأنها لا تبتني⁽⁶⁾ على الرق والرق والملك، وقد تعذر القضاء بها في النصف الثاني؛ لأنه للقضاء من⁽⁷⁾ المقضي له ولم يوجد، وإذا تعذر القضاء بالرق والحرية وجب التوقف في ذلك.

وقيل: أراد به في حق المدعي وإلا في حق الأحكام كالشهادة، والعبد يعتبر⁽⁸⁾ كله رقيقاً، فإن قتل العبد رجلاً خطأ فقال ولي المقتول: هو عبد، قيل للمقضي له: ادفع نصفك إليه أو افده ولا يقضى في النصف الباقي بشيء؛ لأن المولى مع المقضي له تصادقا على ثبوت حق ولي الجناية في النصف الذي قضى فيه بالرق وإن قال المولى: هو حر⁽⁹⁾ لم يقض له بشيء؛ لأنه لما زعم أن القاتل حر فقد أبرأ⁽¹⁰⁾ المقضي له عن جنايته، فإن أقام البينة على حرية تقبل وكانت أولى من بينة الرق⁽¹¹⁾.

ولو لم يجن العبد ولكن جني عليه قضى للمقضي له بنصف الجناية ووقف نصفها؛ لأن نصفه رقيق له ونصفه موقوف له، ولا تجوز شهادته ويحد حد العبيد؛ لأنه

(1) في ف: حرّ ادعى .

(2) في ف: بحريته.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: بالعتق.

(5) في ف: عارضية.

(6) في ف: تبنى.

(7) في ف: (في). ولعله الصواب.

(8) في ف: يصير.

(9) في ف: ولم يقض له .

(10) في ف: أقر .

(11) المحيط البرهاني 52/4، حاشية ابن عابدين 194/5.

وقع الشك في حرية النصف الباقي، فلا تثبت ولاية الشهادة، ولا يكمل حده بالشك وكان بمنزلة المكاتب⁽¹⁾. والله أعلم.

⁽¹⁾المحيط الدرهماني 52/4.

باب: الشهادة في القتل

الجامع: أصله: أن البينة حجة من حجج الشرع فيجب إعمالها، ولا يجوز تعطيلها وإهمالها إلا إذا تعذر⁽¹⁾، [ومتى]⁽²⁾ وقع التعارض والتمانع في السبب، وأمكن العمل بهما⁽³⁾ في ترتيب الحكم ودعوى السبب مجازاً عن دعوى الحكم، وهذا قول **أبي حنيفة** . **رحمه الله** .⁽⁴⁾، وقالوا: متى تعذر اعتبار السبب تهاوتت البيئتان ولا يعمل بهما؛ لأن الحكم لا يثبت بدون السبب⁽⁵⁾.

مسألة: رجل قتل ، وله ولدان، فأقام الأكبر على الأصغر بينة أنه قتل الأب عمداً، وأقام الأصغر بينة أن أجنبياً قتله عمداً ، فعند **أبي حنيفة** تقبل البيئتان ، ويقضى لكل واحد⁽⁶⁾ بنصف الدية على عاقلة خصمه، **وعندهما:** بينة الأكبر أولى، ويقضى على أخيه بالقود، وبينة الأصغر على الأجنبي باطلة⁽⁷⁾.

لهما: أن بينة الأكبر أكثر إثباتاً؛ لأنها توجب القود⁽⁸⁾ إن كان القتل عمداً، والدية⁽⁹⁾ إن كان خطأً ، وحرمان ميراث الأصغر وآخر⁽¹⁰⁾ أن جميع الميراث لنفسه، وبينة وبينة الأصغر [تثبت]⁽¹¹⁾ موجب القتل لا غير، وكانت بينة الأكبر أكثر إثباتاً فترجحت.

له: أن بينة الأكبر ليست بأكثر إثباتاً؛ لأنها تنفي ميراث الأصغر، لأن الحرمان انتفاءً، والبيينة تترجح بزيادة الإثبات ولا تترجح بزيادة النفي؛ لأنها موضوعة للإثبات دون

(1) في ف: إلا إذا متى تعذر.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: العمل بهما في حق الحكم يُعمل بهما.

(4) في ف: رضي الله عنه.

(5) بدائع الصنائع 232/6.

(6) في ف: لكل واحد منهما.

(7) البحر الرائق 369/8، الفتاوى الهندية 18/6.

(8) في ف: القتل.

(9) في ف: أو الدية.

(10) في ف: وإحراز جميع الميراث. وهو الصواب.

(11) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

النفى، ولئن كان في حرمان الميراث زيادة إثبات إلا أنها زيادة لا يتأكد بها المشهود به، ولا يتأبد القتل فلا تترجح بها البينة، كما لو أقام أحدهما بينةً على إقرار رجل بهذه العين له وبالقبض، والآخر أقام بينةً على الإقرار المجرد يقضى بالعين بينهما، وإن كان في بينة أحدهما زيادة إثبات وهو القبض إلا أن الإقرار لا يتأكد ولا يتأبد بالقبض فلم يعتبر ترجيحاً، فكذا هذا.

وإذا تساوى في الإثبات تهاترتا؛ لأن القتل لا يتكون⁽¹⁾ في محل واحد، فصار دعوى القتل مجازاً عن الحكم، وهو الدية صوتاً للدم عن الهدر، وأنه لا يستحق إلا دية واحدة، فيقضى لكل واحد بالنصف، ثم **عندهما** الميراث للمدعي ولم يذكر قول **أبي حنيفة**، **والصحيح عنده أن الميراث بينهما نصفان؛ لأن [سبب]**⁽²⁾ ميراث الأصغر ثابت ثابت بيقين وإحاطة وهو السبب، ووقع الشك في حرمانه عن الميراث إن كان قاتلاً صار محروماً، وإلا فلا، فلم يثبت الحرمان بالشك، فوجب قسمة الميراث بينهما باعتبار [853ظ] السبب لا باعتبار الدعوى والمنازعة.

فإن أقام كل واحد من الاثنين البينة على صاحبه لا تقبل البينتان **عندهما**، وعند **أبي حنيفة** يقضى بنصف الدية⁽³⁾ لكل واحد على صاحبه إن كان عمداً في ماله، وإن كان خطأ فعلى عاقلته، والميراث بينهما⁽⁴⁾.

لهما: أن كل واحد منهما أثبت القتل على صاحبه وحرمانه عن الميراث فاستويا في الإثبات فتهاترتا.

له: أن القاضي يجد لكل فريق مَحْمَلاً ما يطلق⁽⁵⁾ له أداء الشهادة لجواز أن أحدهما⁽⁶⁾ عاين الأكبر⁽⁷⁾، وجاء بطنه وأنفذه إلى الجانب الآخر، والفريق الثاني عاين

(1) في ف: لا يتكرر. وهو الصواب.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(3) في ف: القيمة.

(4) البحر الرائق 369/8، والفتاوى الهندية 19/6.

(5) في ف: فانطلق.

(6) في ف: لأحدهما.

(7) في ف: أن الأكبر.

الآخر جزّ رقبتة ، فلم يتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين ، فلا تتهاثر البينتان ، فيجب العمل بهما، وقد تعذر العمل في حق أحد حكمي القتل وهو القصاص ، فيجب العمل بهما في حق حكم الآخر وهو المال؛ صوناً لدمه عن الإهدار.

مسألة: البنون ثلاثة : أقام الأكبر البينة على الأوسط، والأوسط على الأصغر، والأصغر على الأكبر، يقضي لكل واحد بثلاث الدية على الذي أقام البينة في ماله إن كان عمداً، وعلى عاقلته إن كان خطأً، والميراث بينهما أثلاثاً؛ [لأن الدية مال⁽¹⁾]، وقد استوت دعاويهم وحججهم في نصف الدية والميراث، فكان هذا بمنزلة دار في يد إنسان تنازع فيها ثلاثة نفرٍ ادعى كل واحد نصفها، وأقام عليه بينة يقضى بينهم أثلاثاً، **وعندهما:** لكل واحد نصف الدية على الذي أقام البينة عليه والميراث بينهم؛ لأن التعارض لم يقع بين البيئات؛ لأن بينة كل واحد قامت على غير الذي قامت بينة صاحبه فلم يوجد شرط التهاثر وهو التعارض فقبلت، وكل واحد ادعى جميع الدية لنفسه ولصاحبه، وقد سقط نصيب صاحبه بالتكذيب فبقي النصف له، ويجوز أن يزداد على دية واحدة في مقتول واحد إذا تفرق إتلافه بأن قطع رجل يد إنسان، وآخر رجله، وآخر جز رقبتة خطأً فإنه تجب ثلاث ديات، فهنا اختلّف الجناة واحتمل أن يكون الإتلاف منهم وجد متفرقاً⁽²⁾.

[و]⁽³⁾إذا شهد كل فريق بمطلق القتل فتحصيله كذلك⁽⁴⁾، **فالجواب** ⁽⁵⁾ **عنه:** بلى، بلى، احتمل أن الإتلاف وجد منهم متفرقاً، واحتمل أنه وجد منهم مجتمعاً، فمقدار دية واحدة متيقن ، [و]⁽⁶⁾ **وقع الشك في الزيادة ، فلا تجب الزيادة بالشك.**

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ البحر الرائق 369/8، والفتاوى الهندية 19/6.

⁽³⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁴⁾ في ف: فيحصل ذلك. ولعله الصواب.

⁽⁵⁾ في ف: والجواب.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

فإن أقام الأكبر والأوسط البينة على الأصغر وأقام الأصغر عليهما تهاوتت البينتان **عندهما**، والميراث بينهما عند أبي حنيفة لهما على الأصغر نصف الدية⁽¹⁾، وله عليهما نصف الدية وله نصف الميراث، ولهما نصفه بينهما؛ لأنه ادعى الأصغر جميع الدية لنفسه لما ادعى أن الأكبر والأوسط قاتلان فهما ادعيا جميع الدية لأنفسهما لما ادعيا القتل على الأصغر، فيقضى بينهم أرباعاً، كثلاثة نفر تنازعوا في دار ادعى أحدهم جميعها، والآخران جميعها، وأقاموا البينة يقضى للمنفرد بالنصف وللآخرين بالنصف بينهما، فكذا هذا⁽²⁾.

ولو أقام الأصغر على الأوسط، والأوسط على الأصغر، يسأل الأكبر، فإن ادعى [على الأصغر يقض له بنصف الدية على الأصغر ونصف الميراث، وقضى لكل]⁽³⁾ واحد على صاحبه بربع الدية وربيع الميراث؛ لأن كل واحد منهما أثبتت بينته أن جميع الدية والميراث بينه وبين الأكبر نصفان، فقد⁽⁴⁾ تصادقا أن للأكبر نصف الدية، [والنصف]⁽⁵⁾ الآخر يدعيه كل واحد منهما لنفسه، فيكون بينهما، إلا أن ما أصاب الأكبر يضم إلى ما في يد الأوسط، فيقتسمان ذلك نصفين؛ لأن الأكبر أقر أن الأوسط يساويه في الاستحقاق.

وعندهما: يجب القود على الأصغر إن كان عمداً، والدية على عاقلته إن كان خطأ، ولا ميراث له، بل هو بين الأكبر والأوسط؛ لأن بينة الأصغر والأوسط تهاوتتا في حق ما بينهما لوقوع التعارض في حقهما، فتفرد الأكبر في إقامة⁽⁶⁾ البينة على الأصغر،

(1) في ف: نصف الدية بينهما.

(2) الفتاوى الهندية 91/6.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: وقد.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: بإقامة.

فتعين قاتلاه، ولو لم يدع على واحد منهما شيئاً فلا دية⁽¹⁾ له، وقضي لكل واحد من المدعين على صاحبه بربع الدية ، والميراث بينهما أثلاثاً؛ لأنهما أقرّا أن النصف للأكبر / [853و] وقد ارتد برده⁽²⁾ وتكذيبه ، فبقي التعارض في النصف الآخر، والأكبر صدقهما في الميراث بقدر الثلث وكذبهما في الزيادة على الثلث لما لم يدع⁽³⁾ القتل على واحد منهما، فلم يستحقا الزيادة⁽⁴⁾.

وإن ادعى الأكبر قتلها جميعاً فلا شيء له في الدية وله نصف الميراث، ونصفه بينهما، ولكل واحدٍ منهما ربع الدية على صاحبه؛ لأن الأكبر بدعواه القتل عليهما كذب شهودهما في البعض ، فلم يثبت حقه في الدية؛ لتكذيبه ويدعي جميع الميراث، والآخرا ن أقر له بالنصف فيأخذ النصف ولا يأخذ الزيادة بمجرد [الدعوى]⁽⁵⁾، والآخرا ن استويا في الحجة فيستويان في الاستحقاق، **وعندهما: البيئتان باطلتان والميراث بينهم⁽⁶⁾ أثلاثاً⁽⁷⁾.**

مسألة: ولو ترك المقتول ابناً وأخاً ، فأقام⁽⁸⁾ كل واحدٍ منهما بينة على صاحبه أنه قتله عمداً قضي ببينة الابن على الأخ ، وعليه القود؛ لأن الابن وارث بيقين ، ووقع الشك في حرمانه عن الميراث ، فلم يحرم بالشك، والأخ ليس بوارث ، فكان⁽⁹⁾ بمنزلة الأجنبي، [وكان الابن]⁽¹⁰⁾ خصماً عن الميت ، فقبلت بينته، والأخ ليس بخصم عن الميت ، فبطلت بينته⁽¹¹⁾.

(1) في ف: ولا دية.

(2) في ف: برده ، وهو الصواب .

(3) في ف: ما لم يدع.

(4) الفتاوى الهندية 91/6.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: بينهما.

(7) البحر الرائق 369/8، الفتاوى الهندية 19/6.

(8) في ف: وأقام.

(9) في ف: وصار.

(10) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(11) الفتاوى الهندية 19/6.

ولو أقام كل واحد من الابنين بينة على صاحبه يصدق⁽¹⁾ الأخ شهود أحدهما فتصديقه باطل، والحكم على ما مر؛ لأنه ليس بوارث⁽²⁾.

وإن أقام الأخ البينة أن الابنين قتلأ أباهما فالبينة بينة الأخ؛ لأنه أثبت بالبينة أنه هو الوارث، وأنهما ليسا بوارثين فقبلت بينته، وهذه كمسألة أول الباب لم تقبل بينته ولا ميراث له عندهما؛ لأن في بينتهما زيادة إثبات وهو حرمان الميراث، وليس في بينة الأصغر تلك الزيادة فترجحت بينتهما، وخرج الأصغر من أن يكون وارثاً، وعند أبي حنيفة . رحمه الله . [قبلت]⁽³⁾ وله ثلث الدية على الأجنبي، وعليه ثلثا الدية لأخويه؛ لأن لأن عنده بينتهما لا تترجح بسبب إثبات حرمان [الميراث]⁽⁴⁾؛ لما بينا ، فقبلت البيئات⁽⁵⁾ البيئات⁽⁵⁾ جميعاً⁽⁶⁾.

ولو أقام الأكبر على الأوسط، والأوسط على الأصغر، والأصغر على أجنبي⁽⁷⁾ قبلت البيئات⁽⁸⁾ عند أبي حنيفة وقضي لكل [واحد]⁽⁹⁾ بثلث الدية على صاحبه ولم يذكر يذكر الميراث، ويجب أن يكون الميراث بينهم أثلاثاً؛ لأن حرمان أحدهم عن الميراث لم يثبت، فإن القتل لم يقتصر على الورثة ، بل تعدى إلى الأجنبي، فسقط اعتبار القتل في حق حرمان الميراث ، فيقسم باعتبار النسب⁽¹⁰⁾؛ بخلاف ما لو كان القتل لا يعدو الورثة فإنه يقسم على قدر دعاويهم؛ لأنه تعذر القسمة باعتبار السبب ، لأن أحدهم محروم من الميراث.

(1) في ف: وصدق ، وهو الصواب .

(2) الفتاوى الهندية 6/19.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) في ف: البيئتان.

(6) الفتاوى الهندية 6/19.

(7) في ف: الأجنبي.

(8) في ف: البيئتان.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(10) في ف: السبب.

وعندهما: لا تقبل بينة الأصغر، ولا ميراث عليه⁽¹⁾، وعليه نصف الدية؛ لأنه خرج من أن يكون وارثاً ببينة الأوسط؛ لأنه تعين قاتلاً ببينة الأوسط؛ لأنه أثبت القتل عليه، وهو لم يثبت القتل على أحدٍ لأن بينته على الأجنبي لم تقبل؛ لأنه ليس فيها حرمان الميراث فترجحت بينتهما⁽²⁾. والله أعلم.

(1) في ف: لا ميراث له. وهو الصواب.

(2) الفتاوى الهندية 6/19.

باب: شهادة أهل الذمة

الجامع: شهادة أهل الذمة بعضهم لبعض مقبولة سواء اتفقت مللهم أو اختلفت، إلا أن يكونا من دارين مختلفتين بأن شهد رومي على هندي، أو هندي على رومي، وعند الشافعي⁽¹⁾ غير مقبولة، **والصحيح** قولنا؛ لأن⁽²⁾ الشهادة هي الخبر الصادر عن صدق وإيقان⁽³⁾، وقد ترجح الصدق في خبرهم بشهادة القلب والاطمئنان⁽⁴⁾؛ لوجود الداعي إلى الصدق، والصارف عن الإفك فيه، إذ الكذب محظور في جميع الأديان، والظاهر من كل عاقل متدين الاجتناب عما هو محظور دينه؛ لما أنه سبب المذمة في الدنيا، والعقوبة في الآخرة، والخبر الراجح حجة إلا أنه لا تقبل عند تباين الدارين؛ لأن في تباين⁽⁵⁾ الدارين أثراً في قطع الولايات؛ ولهذا لا يجري التوارث عنده وينقطع [به]⁽⁶⁾ النكاح؛ لعدم الفائدة⁽⁷⁾.

وتقبل شهادة الذمي على المستأمن وعلى عكسه [لا]⁽⁸⁾؛ لأن الذمي بعقد الذمة

التمزم / أحكامنا فصار منا⁽⁹⁾ داراً في حق أحكام الدنيا، وشهادة المستأمن لا تقبل على [854ظ] المسلم، ولا شهادة كافر على مسلم؛ لأنها من باب الولاية؛ لما فيها من تنفيذ القول على الغير، ولا ولاية⁽¹⁰⁾ ولا سبيل للكافر على المسلم⁽¹¹⁾؛ لقوله . تعالى . ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽¹²⁾.

(1) وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز شهادة أهل الذمة لبعضهم ولا لغيرهم. ينظر: الأم/6/513، النوادر والزيادات 424/8، والمغني 70/9.

(2) في ف: أن.

(3) في ف: وإفاء.

(4) في ف: والطمأنينة.

(5) في ف: لتباين.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) بدائع الصنائع 280/6، شرح كتاب أدب القاضي 447/4، والاختيار 149/2.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) في ف: مبادراً. ولعله الصواب.

(10) في ف: ولا ولاء.

(11) بدائع الصنائع 281/6، المبسوط للسرخسي 139/16، لسان الحكام 246/1.

(12) سورة النساء، الآية: 141.

وتقبل شهادة الكافر على العبد الكافر التاجر إن كان مولاه مسلماً، وعلى العكس لا تقبل؛ لأن في الأول قامت على إثبات أمر على الكافر؛ لأن الدَّيْن يثبت على العبد، واستحقاق مالية المولى غير مضاف إلى الشهادة؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين عليه استحقاق مالية المولى لا محالة بل تنفك عنه في الجملة، وفي الثاني الشهادة قامت على إثبات أمر على المسلم فلم تقبل، والوكيل مع الموكل بمنزلة العبد مع المولى (1).
 ولا تقبل شهادة كافرين على شهادة مسلمين وعلى عكسه تقبل؛ لأن [في] (2)
 الأول شهادة كافر قامت على مسلم؛ لأنها قامت على إثبات شهادة المسلم عند القاضي، وفي الثاني شهادة مسلم قامت على كافر (3).
 ولا تقبل شهادة كافرين على قضية (4) قاضٍ على كافر أو مسلم؛ لأنها قامت على
 على إثبات القضاء على القاضي فقد (5) قامت على إثبات أمر على المسلم فلا تقبل (6).
 (6).

مسألة: كافر في يده أمة ملكها من جهة مسلم، فشهد عليه كافرين أنها لكافر آخر أو لمسلم؛ لا تقبل **عندهما**، وقال أبو يوسفٍ آخرًا تقبل على الكافر خاصة؛ لأنها قامت على كافر ومسلم، وقد (7) أمكن القضاء بها في حق الكافر وهو المشتري؛ لأن الشهادة [و] (8) إن وقعت بملكٍ مطلق ولكن تعذر القضاء بالملك من الأصل؛ لما فيه من استحقاق الرجوع بالثمن على البائع وهو مسلم فيقضى بملكٍ حادثٍ للمدعي من جهة

(1) المحيط البرهاني 425/8 ، البحر الرائق 94/7.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) البحر الرائق 95/7.

(4) في ف: على قضاء.

(5) في ف: وقد.

(6) البحر الرائق 95/7 ، الفتاوى الهندية 517/3.

(7) في ف: فقد.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

المشتري بسبب جرى بينهما تصحيحاً للبيئة، كالشهادة بالدين على مسلم وكافر تقبل في حق الكافر (1).

لهما: أن الشهادة وقعت بملكٍ مطلق، والشهادة بملك مطلق شهادة بالملك له من الأصل حتى يستحق المدعى بزوائده، ويثبت رجوع الباعة بعضهم على بعض وقد تعذر (2) القضاء بالملك من الأصل للمشتري؛ لما فيه من استحقاق الرجوع بالثمن على البائع وهو مسلم، بخلاف الشهادة بالدين على مسلم وكافر؛ لأنه ليس [في] (3) القضاء بالدين على الكافر إثبات حق على المسلم (4).

مسألة: مات كافر على ألف (5) أو أمتين فاقتسما ثم أسلم أحدهما (6)، فشهد كافران بدين على أبيهما جاز في حصة الكافر لما بيّننا (7).

مسألة: ادعى مسلم وكافر على ميت كافر ديناً، وأقاما بيينة كافرة يعطى المسلم تمام حقه فإن بقي شيء فهو للكافر؛ لأن دين المسلم أكد ثبوتاً وأكثر ظهوراً؛ لأنه ظهر مطلقاً في حق الكافر [والمسلم] (8)، ودين النصراني لم يظهر في حق المسلم (9)؛ لما نبين. نبين.

مسألة: أوصى كافر إلى مسلم، فأقام [رجل] (10) بيينة كافرة بدين على الميت جازت؛ لأن هذه شهادة قامت على كافر وهو الميت لا على الوصي؛ لأن وجوب قضاء الدين على الوصي غير مضاف إلى الشهادة؛ لأن وجوب الدين على الكافر ينفك عن

(1) الفتاوى الهندية 517/3.

(2) في ف: ولو تعذر.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من ف.

(4) البحر الرائق 106/7، حاشية ابن عابدين 201/7.

(5) في ف: عن ألف.

(6) جاء في حاشية ابن عابدين 492/5: مات كافر فاقتسم ابناه تركته ثم أسلم أحدهما.

(7) المحيط البرهاني 408/8، حاشية ابن عابدين 492/5.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) في ف: في حق المسلم؛ لأن بينته ليست بحجة في حق المسلم.

(10) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

وجوب القضاء على الوصي بحال بأن لم يوص إليه، فيكون وجوب القضاء مضافاً إلى قبوله الوصاية لا إلى شهادة الكافر⁽¹⁾.

مسألة: شهد ذميّان بمال على ذمي، فأسلم المشهود عليه قبل القضاء لا يقضى؛ لأن الشهادة إنما تصير حجةً وقت القضاء، ووقت القضاء الشهود⁽²⁾ كفار والمشهود عليه عليه مسلم، فلا تصير حجةً⁽³⁾.

وإن أسلم المشهود عليه في الحدود وبعد القضاء قبل الإمضاء [ينفذه؛ لأن الإمضاء في باب الحدود من القضاء، وفي القصاص]⁽⁴⁾ في النفس وفيما دونها ينفذه قياساً، ولا ينفذه استحساناً لما عرف، وإذا لم ينفذه هل تجب الدية؟ ذكر الخصاص في أدب القاضي⁽⁵⁾: أن عند أبي يوسف تجب، وقيل: عند الكل تجب، وقيل: عند أبي حنيفة . رحمه الله .⁽⁶⁾ ينفذ القضاء بالقصاص فيما دون النفس ولا يقضى في الدية في النفس، وعندهما: يقضى بالدية فيهما؛ لأن تعدّد استيفاء القصاص هاهنا جاء بمعنى في المدعى عليه فصار نظير النكول، والقضاء بالنكول يصح فيما دون النفس لا في النفس عنده، وعندهما: يقضى بالدية بالنكول فيهما، وإذا أسلم السارق بعد القضاء قبل القطع فالقاضي يضمّنه المال ويدراً عنه القطع؛ لأن السرقة اشتملت على حكمين فيعمل بإسلامه في حق كل واحد من الحكمين، وإن جدد الشهادة بعد إسلام المشهود عليه قضي بها في الأموال⁽⁷⁾، والقصاص، وحد القذف، ولم يقض بها في الحدود الخالصة لله . تعالى .⁽⁸⁾

(1) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام ، ومعه حاشية الشرنبلالي، لمحمد بن فرامرز بن علي ، الشهير بملاخسرو، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، ط: بلا، 378/2.

(2) في ف: الشاهد.

(3) المبسوط للسرخسي 14/17، ودرر الحكام 378/2.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) شرح كتاب أدب القاضي 449/4.

(6) في ف: رضي الله عنه .

(7) في ف: عليه في الأموال.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 449/4.

والفرق: أن هذه الشهادة غير مردودة حقيقةً بإسلام المشهود عليه، لكن القاضي لما لم ينفذها عليه بعد إسلامه تصوّرت بصورة المردود⁽¹⁾ فأورثت ضرب شبهة، والشبهة كفت لدرء الحدود الخالصة وتثبت حقوق العباد مع الشبهات، وهذه المسألة لا توجد في المبسوط⁽²⁾، وإنما ذكرها الخصاف [في أدب القاضي]⁽³⁾.

مسألة: شهد زميان على زميٍّ بخرم، أو خنزير [فقضي]⁽⁴⁾ ثم أسلم الشاهدان ثم رجعا ضمنا⁽⁵⁾ قيمة الخنزير/ عند أبي يوسف، وعند محمد يضمنان قيمة الخمر؛ لأن [854] لأن الشهادة إتلاف حكماً فيعتبر بالإتلاف حقيقةً وحسباً، وفي إتلاف الحقيقي في ضمان الخمر خلاف بينهما، فكذا هذا⁽⁶⁾.

وإن أسلم المشهود عليه ثم رجعا ضمناً قيمة الخنزير دون قيمة الخمر؛ لأن المشهود عليه طالب في حق الشهود، فإن الحق له قبل الشهود، والطالب متى أسلم ثم رجعا ضمناً قيمة الخنزير دون قيمة الخمر، فكذا هذا⁽⁷⁾.

المنتقى: ذكر هشام عن محمد في شاهدين كافرين شهدا على كافر فعدلا، فأسلم الشاهدان والمشهود عليه قبل القضاء مكانهما⁽⁸⁾ يعيد الشهادة عليه، ولا يسأل عن تعديلها؛ لأن الشهادة قامت في حالة الكفر وقد أسلم المشهود عليه قبل القضاء، وما يمنع ابتداء الشهادة يمنع [ابتداء]⁽⁹⁾ القضاء، وإنما لا يعاد التعديل لأنهما عدلان في حالة الكفر، وبالإسلام لا يزداد إلا عدالة وثقة⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: المردودة. وهو الصواب.

(2) قوله: وهذه المسألة لا توجد في المبسوط، هو ما صرح به شمس الأئمة الحلواني . ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 449/4.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 452/4.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: ولم يضمن.

(6) المحيط البرهاني 605/8، البحر الرائق 129/7.

(7) المحيط البرهاني 605/8، البحر الرائق 129/7.

(8) في ف: وكأئهما. ولعلها الصواب.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(10) عيون المسائل 302/1.

باب: الشهادة على النصراني بعد موته بالدين لمسلم

الجامع: أصله: أن البينة المسلمة على الكافر [مقبولة، والبينة الكافرة] ⁽¹⁾ على المسلم مردودة؛ لأن الشهادة من باب الولاية والكرامة؛ لما فيها من تنفيذ القول وتسليطه على الغير، والمسلم أهل للولاية مستحق للكرامة [بالقربة والسلطنة، فكذا بالشهادة والحجة، والكافر مستحق للخزي والإهانة غير مستحق للكرامة والولاية] ⁽²⁾ على المسلم لا بالقربة والسلطنة، فكذا بالشهادة والحجة، وللکافر ولاية على الكافر بالقربة والسلطنة، فكذا بالشهادة ⁽³⁾.

مسألة: نصراني مات عن مائة درهم، [أقام مسلم] ⁽⁴⁾ عليه شاهدين نصرانيين بمائة درهم، وأقام مسلم ونصراني نصرانيين بمائة درهم يقضى بثلاث الدين للشريكين، وبثلاثهما ⁽⁵⁾ للمسلم المنفرد؛ لأن بينة المسلم بالنفرد حجة في حق شريك المسلم وهو النصراني، وبينة كل واحد من المسلمين ليست بحجة في حق صاحبه؛ لأنها كافرة فوق التعارض بين المسلمين في البينة، وخرج الشريك النصراني من الوسط والتساوي فتقسم المائة بينهما على قدر حقيهما، وأحدهما يدعي المائة والآخر يدعي خمسين فتقسم أثلاثاً، ثم ما أصاب المسلم يكون بينه وبين شريكه نصفين؛ لأنه أقر أنه يساويه في الاستحقاق ⁽⁶⁾.

ولو أن المنفرد نصراني والمسألة بحالها قضي بالمائة بينهم أثلاثاً، لكل واحد منهم ثلثها؛ لأن بينة المسلم حجة في حق النصراني، وبينة النصراني المنفرد ليست بحجة على المسلم، واستحق المسلم خمسين، وبقي خمسون، وقد تنازع فيه نصرانيان، وبينة

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ بدائع الصنائع 280/6.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁵⁾ في ف: وبثلاثيها، وهي الصواب.

⁽⁶⁾ المحيط البرهاني 409/8، حاشية ابن عابدين 475/5.

كل واحد منهما حجة على صاحبه فتعارضتا، [والنصراني المنفرد يدعي المائة]⁽¹⁾، والنصراني الشريك يدعي خمسين ، فتقسم أثلاثاً، فيأخذ النصراني الشريك ثلث الخمسين وذلك ستة عشر وثلث ، فيضمه إلى ما في يد شريكه ، فيقتسمان نصفين، وكذلك الجواب لو كان شهود الشريكين مسلمين ، وشهود المنفرد المسلم نصراني⁽²⁾ ، قضي بنصف المائة للمنفرد بنصفها⁽³⁾ لهما؛ لأن بينة كل واحد [حجة]⁽⁴⁾ في حق الآخر⁽⁵⁾.

مسألة: نصراني مات عن مائتي درهم⁽⁶⁾ وابنين نصرانيين، فأسلم أحدهما، فأقام [المسلم]⁽⁷⁾ شاهدين نصرانيين على الميت بدين مائة درهم يقضى به في نصيب الكافر، ولا يدخل الابن النصراني في نصيب أخيه المسلم، بخلاف ما إذا أقام الابن بينة على مسلم بدين لأبيه فإن الابن النصراني يشاركه في ذلك⁽⁸⁾.

والفرق: أن بينة المدعي ههنا حجة على الابن النصراني خاصة لا على الابن المسلم، فاستحق⁽⁹⁾ ما في يد النصراني من الميراث بما هو حجة في حقه غير حجة في حق [غيره]⁽¹⁰⁾، فلم يثبت الاستحقاق في حق المدعي، فصار ما في يده كالهالك، فأما في الدين فالاستحقاق ، ثبت لهما؛ لأن البينة المسلمة حجة في حقهما فاشتركا في الاستحقاق⁽¹¹⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) في ف: وشهود المسلم نصرانيين.

(3) في ف: ونصفها .

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: النصراني. ينظر: المحيط البرهاني 409/8.

(6) في ف: مائة درهم.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(8) المبسوط للسرخسي 17/26، المحيط البرهاني 409/8.

(9) في ف: واستحق.

(10) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(11) المحيط البرهاني 410/8.

المنتقى: مسلم قال: إن دخل عبدي هذه الدار فهو حر، وقال نصراني: امرأته طالق ثلاثاً إن دخل العبد الدار، ثم شهد نصرانيان أنه دخل الدار، إن كان العبد مسلماً فشهادتهما باطلة؛ لأنه شهادة على المسلم بالعتق، وإن كان العبد نصرانياً فشهادتهما على طلاق النصراني جائزة، وعلى العتق لا تجوز (1).

قال محمد: نصراني توفي وترك مملوكاً، فأسلم المملوك بعد موته، ثم شهد له نصرانيان أن مولاه كان أعتقه ولا مال له غيره، فأقام (2) مسلم شاهدين نصرانيين أن له على الميت ألف درهم تقبل شهادتهما، ويعتق العبد ويسعى للمسلم (3).

مسألة: نصراني مات وعليه دين لمسلم بينته نصرانية، وعليه دين لنصراني بينته نصرانية، قال **أبو حنيفة ومحمد وزفر:** يبدأ بدين المسلم؛ لأن دين المسلم ظهر بينة نصرانية مطلقاً في حق الميت وغريمه النصراني؛ لأن بينته حجة في حق النصراني، فأما دين النصراني فلم يظهر ثبوته في حق المسلم؛ لأن بينته ليست بحجة في حق المسلم (4) وكان دين المسلم أكثر ثبوتاً، وأزيد ظهوراً، فيقدم قضاء وإيفاء (5).

وقال أبو يوسف: يتحصان؛ لأن البينتين استويا في الإثبات واعتدلتا في الحجة على الميت، فاستوى الدينان في الثبوت في حق الميت فاستويا في الإيفاء (6).

مسألة: نصراني وجد في يده عبد فادعاه مسلم ونصراني، وأقام كل واحد بينة نصرانية فهو للمسلم بالإجماع، فأبو يوسف يحتاج إلى فرق (7) بين الحياة والموت (8).

(1) عيون المسائل 209/1، والفتاوى الهندية 521/3.

(2) في ف: وأقام.

(3) الفتاوى الهندية 521/3.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) حاشية ابن عابدين 473/5، والفتاوى الهندية 521/3.

(6) حاشية ابن عابدين 473/5.

(7) في ف: الفرق.

(8) الفتاوى الهندية 521/3.

والفرق: أن [في]⁽¹⁾ الحياة الشهادة أقيمت على العين، وفي قبول البيعة النصرانية إبطال حق المسلم عن العين فلا تجوز، [و]⁽²⁾ بعد الموت الشهادة أقيمت على الدين في ذمة الميت وأنه لا تبطل شهادة النصراني، وعلى رواية الحسن عن أبي يوسف العبد بينهما نصفان كما في الدين.

مسألة: [نصراني أقام بيعة نصرانية على امرأة نصرانية أنه تزوجها]⁽³⁾ في وقت كذا فقضيت بها له، ثم أقام مسلم بيعة أنه تزوجها في وقت بعد ذلك، لا يقضى بها له عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة: يقضى بها له؛ ولأنه لم يظهر ثبوت نكاحها في حق المسلم بالبيعة النصرانية⁽⁴⁾.

ولو أقام البيعة معاً قضي للمسلم⁽⁵⁾ عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف - رحمهما رحمهما الله - يقضى للنصراني⁽⁶⁾.

مسألة: نصراني مات وترك ابنين نصرانيين فأسلم أحدهما، ثم أقام نصراني عليه بيعة نصرانية بدين قال أبو حنيفة: أقضي له بنصف الدين في حصة النصراني، وقال أبو يوسف: أقضي ب كله في حصة النصراني ولا أقضي على المسلم بشيء⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁴⁾ الفتاوى الهندية 521/3.

⁽⁵⁾ في ف: ولو أقام البيعة مع قضاء المسلم.

⁽⁶⁾ الفتاوى الهندية 521/3.

⁽⁷⁾ المحيط الدرهماني 411/8.

باب: الشهادة على إسلام النصراني بعد موته

المبسوط: كافر مات⁽¹⁾ وله ابنان مسلم وكافر، فأقام المسلم بيئةً على موت الأب مسلماً، والكافر بيئةً على موته كافراً، يقضى بالإرث للمسلم مسلمةً كانت بيئة المسلم أو كافرة؛ لأن إحدى البيئتين توجب الحكم بإسلامه، والأخرى توجب الحكم بكفره، فترجحت بيئة الإسلام، كالمولود بين مسلم وكافر يحكم بإسلامه؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "الإسلام يعلو ولا يعلى"⁽²⁾، وكذلك لو ادعى، فالقول للمسلم إذا لم يقر بكفر أبيه؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الدار دار حرية وإسلام، فيقبل قول من يدعي حرية وإسلامه؛ ولهذا يُصلى على الميت بقول الابن، فإن أقر بكفره ثم ادعى أنه أسلم فالقول للكافر؛ لأنه متمسك بما هو ثابت في الأصل⁽³⁾.

ولو قال أحدهما: كان أبي مسلماً وأنا أيضاً، وقال الآخر: بلى، وأنا أسلمت قبل موته، وكذبه الآخر، فالميراث للمتفق على إسلامه في حياة أبيه؛ لأنه ظهر سبب حرمان أحدهما وهو الكفر، وهو يدعي سبب زوال الحرمان، والآخر ينكره، فلا يقبل قول المدعي إلا ببينة، وكان الأثبت⁽⁴⁾ للمتفق على كونه وارثاً، وكذلك الاختلاف في العتق والرق؛ لما بينا⁽⁵⁾.

مسألة: مسلمة قالت: [كان]⁽⁶⁾ زوجي مسلماً، وقال أولاده الكفار: لا، بل كافراً، وللميت أخ مسلم يصدّق المرأة، فالميراث⁽⁷⁾ للأخ والمرأة؛ لأنها ساوت الولد في دعوى

(1) في ف: كافر مسلم مات.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً: كتاب الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه؟، رقم الحديث (1354)، 92/2، والبيهقي في الكبرى، كتاب اللقطة، باب: ذكر بعض من صار مسلماً بإسلام أبيه أو أحدهما، رقم: (11935)، 205/6، والدارقطني: في سننه، كتاب النكاح، باب: المهر، رقم: (30)، 253/2.

(3) حاشية ابن عابدين 192/7.

(4) في: ف الإرث.

(5) حاشية ابن عابدين 192/7، والفتاوى الهندية 519/3.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: في الميراث.

سبب الاستحقاق؛ لأن المرأة لا تحجب عن الميراث بالولد ، فترجح دعواها بالإسلام، ألا ترى لو ترك ابناً كافراً وبناتاً مسلمة وأخاً مسلماً، فقالت البنت: مات أبي مسلماً فصدقها الأخ، وقال الابن: كان أبي كافراً فالقول للبنت؛ لما قلنا، فكذا هذا⁽¹⁾.

ولو لم تكن زوجة ولكن أخ وابن، والأخ يدعي الإسلام دون الابن فالميراث للابن؛ لأن الأخ المسلم لا يساوي الابن في سبب استحقاق الإرث؛ لأنه لا يرث مع الابن، فلا يمكن الترجيح بالإسلام؛ لأن الترجيح إنما يكون بعد المساواة في السبب ، فانفرد الابن بالاستحقاق⁽²⁾.

مسألة: بنت وأخ اختلفا ، فالقول لمدعي الإسلام، فكذلك الأب مع الابن؛ لأنهما

استويا في سبب استحقاق الإرث ، إذ كل واحد منهما يرث مع/ صاحبه ، فترجح بدعوى [855و] الإسلام⁽³⁾.

مسألة: ذميّ أقام ذميين على دار في يد ذميّ آخر أنها ميراث له عن أبيه

المسلم⁽⁴⁾ يقضى للمسلم؛ لأن بينة المسلم حجة على ذي اليد وعلى الذمي المنازع معه، وبينة⁽⁵⁾ الذمي ليست بحجة على المسلم، فكانت بينة المسلم أولى، وكما يصير ذو اليد مقضياً عليه [ببينة المدعيين، وكل واحد من المدعين يصير مقضياً عليه]⁽⁶⁾ في النصف النصف من جهة صاحبه؛ لأنه لو انفرد كل واحد منهما يقضى بجميعة، فإذا اجتمعا وتزاحما يقضى لكل واحد بنصفه على ذي اليد وعلى المزاحم معه، ولهذا لو أقام⁽⁷⁾

(1) الفتاوى الهندية 3/519.

(2) الفتاوى الهندية 3/519.

(3) المصدر نفسه .

(4) في ف: عن أبيه الذمي.

(5) في ف: في بينة .

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: إذا أقام.

أحدهما البينة على النصف الذي قُضي لصاحبه لا يسمع⁽¹⁾ ما لم يدع تلقي الملك من جهته، فإن كانت بينة الذمي مسلمة قضي بينهما؛ لاستوائهما في الحجة⁽²⁾.

المنتقى: ولا تقبل شهادة ذميين على ذمي أنه مسلم؛ لأنهما يزعمان أنه مرتد، وشهادة أهل الذمة على المرتد باطلة، وتقبل شهادة رجل وامرأتين من المسلمين على نصراني أنه مسلم وهو يجحد، ويجبره الإمام على الإسلام ولا يقتله، ولا يحبس؛ لأنه لا يقتل ولا يحبس بشهادة النساء⁽³⁾.

مسألة: نصراني مات وله ابنان أحدهما مسلم وآخر نصراني، وأقام المسلم نصرانيين أنه مات مسلماً، وأقام النصراني مسلمين أنه مات نصرانياً يقضى بالإرث للمسلم؛ لأنهما استويا في الحجة وترجحت⁽⁴⁾ بينة المسلم بالإسلام، ويصلى على الميت بقول ابنه المسلم أنه مات مسلماً لا بشهادة النصرانيين؛ لأنها ليست بحجة عليه، إلا أنني لما قضيت بالإرث للمسلم لا أجد بُدّاً من أن أجعله مسلماً⁽⁵⁾.

ولو شهد نصرانيان على نصراني أنه مات مسلماً فليس له ميراث يجب لأحد، لم تقبل شهادتهما، ولم يحكم بإسلامه؛ لأنها لا توجب استحقاق الإرث ليثبت إسلامه ضرورة استحقاق الإرث للمسلم، وليست بحجة في إثبات الإسلام أصلاً.

[ولو]⁽⁶⁾ قال الابن المسلم: أسلم [أبي]⁽⁷⁾ قبل موته وأنا وارثه، وقال النصراني: لم يسلم، فالقول للنصراني في الميراث؛ لأنه متمسك بما هو ثابت في الأصل باتفاقهما وهو الكفر، والإسلام بعد وجود الكفر أمر حادث عارض، فالقول لمن تمسك بالأصل، كالغريم

(1) في ف: ما لم يسمع.

(2) المبسوط للسرخسي 50/17، المحيط البرهاني 428/8.

(3) عيون المسائل 209/1، الفتاوى الهندية 517/3.

(4) في ف: فترجحت.

(5) المحيط البرهاني 412/8.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

إذا ادعى الإبراء والإيفاء، ويصلى عليه لقول ابنه المسلم، وكذلك⁽¹⁾ لو كان أبواه⁽²⁾ ذميين فقالا: مات ابننا كافراً، وقال أولاده وهم مسلمون: مسلماً، فالقول للولد ولا ميراث لأبويه؛ لأنهم استتوا⁽³⁾ في سبب الإرث ولم يعرف كفر الميت، فترجحت دعوى المسلم بسبب الإسلام⁽⁴⁾.

مسألة: نصراني مات وترك ابنين نصرانيين، فأسلم أحدهما، ثم جدد كل واحدٍ نسب⁽⁵⁾ صاحبه، فقامت بينة نصرانية على ذلك كله ينفذ كله للمسلم دون النصراني عند **أبي حنيفة**، وقال **أبو يوسف**: ينفذ ويقضى بالمال بينهما؛ لما عرف.

وقال **أبو يوسف**: نصراني مات وترك ابنين، فأسلم أحدهما بعد موته، وأقام⁽⁶⁾ نصراني بينة نصرانية أنه ابنه تقبل بينته على النسب، ويكون شريكاً لابنه النصراني في الميراث، ولا يشارك ابنه المسلم في نصيبه، وكذلك لو ترك ابناً واحداً فأسلم، ثم أقام نصراني بينة نصرانية أنه ابنه يقضى ببينته، ولا يعطى له شيء مما في يد المسلم، فإن ظهر للميت مال بعد ذلك أيضاً فهو للمسلم أيضاً، وإن مات المسلم وورث⁽⁷⁾ أخاه منه إن كان قد أسلم؛ لأن نسبه قد ثبت⁽⁸⁾.

ولو مات مولى النصراني الميت ولم يمت الابن المسلم، فميراثه بين المسلم والنصراني بعد أن كان قد أسلم؛ لأن هذا مال حدث الساعة، [وقال⁽⁹⁾ في النصراني إذا مات وترك ابناً نصرانياً فأسلم، ثم أقام نصراني بينة نصرانية أنه ابن الميت: لم أقض

(1) في ف: ولذلك.

(2) في ف: أبينا.

(3) في ف: لأنهما استتوا.

(4) المحيط البرهاني 412/8، والبحر الرائق 44/7.

(5) في ف: بسبب.

(6) في ف: ثم أقام.

(7) في ف: وورثه.

(8) المحيط البرهاني 415/8، الفتاوى الهندية 519/3.

(9) هذا القول عزاه برهان الدين البخاري في المحيط البرهاني لابن سماعه. ينظر: المحيط البرهاني 419/8.

بنسبه، وإن كان للميت ابن نصراني مع هذا الذي أسلم أثبتُ نسب هذا الثالث منه وأشركتُهُ فيما في أيديهما⁽¹⁾. والله أعلم بالصواب.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 416/8.

كتاب الرجوع عن الشهادات

يحتاج إلى معرفة مشروعية الرجوع [عن الشهادة]⁽¹⁾، وتفسيره لغة، وشريعة، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته: فلأن الرجوع عن الشهادة الباطلة رجوعٌ من الباطل إلى الحق، والرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل⁽²⁾.

وأما تفسيره: فهو نفي ما أثبتته، ونفي الإثبات رجوع عن الإثبات.

وأما ركنه: فقوله: شهدت بزور؛ لأن الرجوع يقوم به⁽³⁾.

فأما⁽⁴⁾ شرطه: فأن يكون الرجوع عند القاضي؛ لأن الرجوع عند غير القاضي لا

يصح حتى لو أقام/ المشهود عليه البينة على رجوع الشاهد إذا أنكر لا يقبل، فكذا [هذا]⁽⁵⁾، لا يحلف الشاهد أنه لم يرجع إلا أن يقول الشاهد عند القاضي: إنه رجع عند غيره، فيجعل هذا منه رجوعاً مبتدأً عند القاضي؛ لأن الرجوع مع كونه إقراراً على نفسه فسخ للشهادة⁽⁶⁾؛ لأنه بالرجوع يثبت ضد ما أثبتته بالشهادة، كفسخ⁽⁷⁾ البيع عبارة عن إثبات ضد ما ثبت⁽⁸⁾ بالبيع، فإذا كان⁽⁹⁾ فسخاً للشهادة شرط لصحته ما هو شرط لصحة الشهادة كما في فسخ البيع⁽¹⁰⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من ف:

(2) في ف: على الباطل. ينظر: الاختيار 153/2، والبنية 200/9.

(3) البنية 200/9.

(4) في ف: وأما، وهو الصواب .

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) في ف: فسخ الشهادة.

(7) في ف: يفسخ .

(8) في ف: ضد ما أثبت .

(9) في ف: وإن كان.

(10) المحيط البرهاني 537/8، والبنية 200/9.

وأما حكمه: فوجوب⁽¹⁾ التعزير عليه على كل حال وجب الضمان عليه أم لا؛ لأنه ارتكب الكبيرة وهو الكذب في الحاليين ولم يجب به [حد]⁽²⁾، فيجب التعزير، ووجوب الضمان مع التعزير بعد القضاء في باب الأموال لما نبين⁽³⁾.

(1) في ف: فوجب.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) المحيط البرهاني 537/8، البناءة 200/9.

باب: الرجوع عن الشهادة في باب المال

أصله: أن الشاهد بالشهادة تسبب في إتلاف المال على المشهود عليه؛ لأنه أزاله عن ملكه رقبةً ويداً ثقلباً وتصرفاً، فحصل⁽¹⁾ الإتلاف بالشهادة معنى لا بالقضاء؛ لأن القاضي صار مضطراً وملجأً في القضاء من جهة الشاهدين، فيكون الإتلاف بواسطة القضاء مضافاً إلى الشهادة، وإن⁽²⁾ أزاله بعوضٍ يعدله [فلا ضمان عليه؛ لأنه ليس بإتلاف معنى، وإن كان بعوضٍ لا يعدله]⁽³⁾ لم يضمن بقدر ما يقابله عوض، ويضمن الزيادة الخالية عن العوض⁽⁴⁾.

مسألة: شاهدان رجعا عن شهادتهما بمال بين يدي القاضي قبل القضاء لا يقضي، ولا يضمنان، وبعده⁽⁵⁾ يضمنان؛ لأن الشهادة لا تنتهض سبباً للإتلاف إلا بالقضاء؛ لأنه لا يتحقق قصر يده المشهود عليه إلا [بعد]⁽⁶⁾ القضاء⁽⁷⁾.

مسألة: رجع الشاهدان عند قاضٍ آخر يضمنهما؛ لأن الرجوع لا تتعلق صحته بقاضٍ دون قاضٍ، كالشهادة فإن لم يؤديه حتى دفعا إلى الأول وجدد الرجوع فقامت⁽⁸⁾ بينة على قضاء الآخر بالضمنان برجوعهما تقبل ويضمنهما؛ لأنها قامت على إثبات حق، وكذلك إذا قامت⁽⁹⁾ البينة على إقرارهما بالرجوع عند قاضٍ آخر ويضمنه إياها⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: فيجعل.

(2) في ف: فإن.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) المبسوط للسرخسي 346/16، الاختيار 153/2.

(5) في ف: وما بعده يضمنان.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) البحر الرائق 128/7.

(8) في ف: وقامت.

(9) في ف: لو قامت.

(10) حاشية ابن عابدين 242/7.

وإن ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه؛ لأن الرجوع لا يصح⁽¹⁾ ولا يصير موجباً للضمان إلا باتصال القضاء به كالشهادة، ولا يصح الرجوع عند الشرطي كالشهادة⁽²⁾.

مسألة: شهدا بعينٍ ثم رجعا ، ضمنا قيمتها ، قبضها المشهود له أم لا؛ لأن ضمان الرجوع ضمان إتلاف مقدر بالمثل إن كان المشهود به مثلياً، [وبالقيمة إن لم يكن مثلياً]⁽³⁾، وإن كان المشهود به ديناً فرجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون، [وبعد قبضه يضمنون]⁽⁴⁾؛ لأنهما أوجبا عليه ديناً ، فيجب في ذمتها مثل ذلك، ولا يستوفى منهما إلا إلا بعد قبض المشهود له؛ تحقيقاً للمعادلة⁽⁵⁾.

ولو شهدا أنه أبراه من الدين أو أوفاه ، فقصي به ثم رجعا ضمنا؛ لأنهما أزالا ملكه عن الدين بغير عوض ، فالضمان⁽⁶⁾ وإن كان عيناً، والعين فوق الدين في المالية، إلا أنه لا يمكن اعتبار المعادلة هنا في وصف العينية؛ لأننا لو اعتبرنا هذا التفاوت أدى إلى إبطال حق صاحب الدين أصلاً؛ لأن الدين بعد الإبراء والإيفاء لا يصير عيناً أبداً، فكان إبطال الوصف أهون من إبطال أصل الحق⁽⁷⁾.

ولو شهدا أنه أجله سنة فقصي به ، ثم رجعا قبل الحل أو بعده ضمنا، ورجعا به إلى المطلوب⁽⁸⁾ إلى أجله؛ لأنهما بالتأجيل فوتا إمكان أخذ الدين بغير حق، وأنه باقٍ

(1) في ف: لا يقبل.

(2) البحر الرائق 7/128، وحاشية ابن عابدين 7/242.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) الاختيار 2/154، وتبيين الحقائق 4/245.

(6) في ف: كالضمان. وهو الصواب.

(7) البحر الرائق 7/130، ومجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي

الحنفي ، الناشر: دار الكتاب الإسلامي ، ط: بلا ، 362/1.

(8) في ف: على المطلوب.

ما بقي التأجيل ، فيبقى الضمان⁽¹⁾، ولا يبرأ عن الضمان بعود إمكان الأخذ بمضيّ الأجل ما لم يصل المال إلى المالك، كالمودع⁽²⁾ إذا جدد الوديعة ثم أقر حتى عاد إمكان الأخذ الأخذ لا يبرأ عن الضمان ما لم تصل العين إلى المالك، حتى لو قبض الطالب الدين بعد مضيّ الأجل من المطلوب يبرأ الشاهدان عن الضمان، ورجعا به على المطلوب إلى أجله؛ لأن ضمان البدل يفيد الملك في المضمون كما في الغصب، ولما ملكا الدين قاما⁽³⁾ مقام المالك، والمالك لا يأخذ الدين من المطلوب إلا بعد محل الأجل، كما في الشاهدين⁽⁴⁾ فإن توي ما على المطلوب فمن مالهما؛ لأنه صار ملكاً [لهما]⁽⁵⁾ بالضمان، بالضمان، فيكون التوي والتلف عليهما/، ولو كان المديون أسقط الأجل⁽⁶⁾ لم يضمنا⁽⁷⁾. [856و]

مسألة: شهدا بمائة دينار وألف درهم، وعلى الألف [آخران]⁽⁸⁾ سواهما، فرجعوا جميعاً ، ضمن شهود الدنانير مائة دينار ونصف الألف، والفريق الآخر نصفها؛ لأن كل فريق أتلف هذا القدر.

مسألة: رجع الشاهدان في المرض وعليهما دين الصحة وماتا ، بدئ بدين الصحة؛ لأن ما وجب عليهما بالرجوع في المرض دين المرض؛ لأنه وجب بإقرارهما في المرض⁽⁹⁾.

مسألة: شهد شاهدان أن له على آخر ألفاً، وشهد آخران بأنه أبراه ، ثم رجعا، كلف المدعي الألف بإقامة البينة ثانياً، وخصمه في ذلك شهود البراءة الذين رجعوا

(1) في ف: بالضمان.

(2) في ف: كالمودع. ولعلها الصواب.

(3) في ف: فأقام.

(4) في ف: فكذلك الشاهدان.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) في ف: الأجر.

(7) البحر الرائق 7/130، وحاشية ابن عابدين 7/246، ومجمع الضمانات 1/362.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) البحر الرائق 7/129، وحاشية ابن عابدين 7/243.

فيضمّنهم الألف؛ لأن الشهادة بالبراءة قد بطلت في حق شاهدي⁽¹⁾ البراءة بالرجوع، فأمكن⁽²⁾ القضاء بإيجاب الدين في حق الشهود، فوجب القضاء ، فصار الدين واجباً في حقه⁽³⁾ ، فيضمنان للمدعي⁽⁴⁾ .

ولا يصح إقامة البينة على الدين إلا بحضور الشهود؛ لأن الاستحقاق لهذه البينة على الشهود لا على المدعى عليه ، فيشترط حضرة [الشهود لا حضرة]⁽⁵⁾ المدعى عليه، عليه، ولا يرجعان على المشهود له بالبراءة، لأن الشهادة بالبراءة قائمة في حقه، لأن الرجوع في حقه عن البراءة لم يصح⁽⁶⁾ .

الجامع⁽⁷⁾: أربعة شهدوا على آخر بأربعمائة، وقضي بها، فرجع واحد عن مائة، وآخر عن تلك المائة ومائة أخرى، وآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى ، فعلى الراجعين خمسون درهماً أثلاثاً؛ لأن الشهادة قائمة بقدر ثلاثمائة وخمسين؛ لأن القائم بقي شاهداً بأربعمائة، والراجع عن مائة بقي شاهداً بثلاثمائة، فبقي على ثلاثمائة حجة كاملة ، فلا يجب ضمانها على أحدٍ ، وبقي على المائة الزائدة شاهداً واحد ، وهو القائم على الشهادة بالكل، فبقي من تقوم بشهادته نصف الحق ، فبقي نصفها، فظهر أن التالف برجعهم نصف المائة ، فتجب على الراجعين ؛ لاستوائهم في إيجابها⁽⁸⁾ .

فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أربعاً، وضمنوا سوى الأول خمسين أيضاً أثلاثاً؛ لأنه بقي على الشهادة من يقوم به مائتان وخمسون؛ لأنه بقي على المائتين

(1) في ف: شاهد.

(2) في ف: وأمكن.

(3) في ف: في حقهم.

(4) البحر الرائق 131/7.

(5) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(6) البحر الرائق 131/7، وحاشية ابن عابدين 246/7.

(7) المقصود بالجامع هو الجامع الكبير لمحمد بن الحسن.

(8) البحر الرائق 132/7، والفتاوى الهندية 536/3.

شاهدان أحدهما الراجع عن المائة، والثاني الراجع عن المائتين⁽¹⁾، وبقي على المائة الزائدة إلى تمام ثلاثمائة شاهدٌ واحدٌ وهو الراجع عن مائة فبقي ببقائه نصف المائة وهو خمسون، فظهر أن التالف برجوعهم مائة وخمسون فيضمنون مائة أرباعاً؛ لأن كلهم رجعوا عن هذا، فضمن خمسين لا يجب على [الراجع]⁽²⁾ الأول؛ لعدم رجوعه عن المائة المائة الثالثة فيجب على الباقيين أثلاثاً⁽³⁾، والله أعلم.

(1) في ف: عن مائتين.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) البحر الرائق 7/132.

باب: الرجوع عن الشهادة في العقود⁽¹⁾

المبسوط: الشهود بالبيع وقبض الثمن إذا رجعوا ضمنوا قيمة المبيع لا الثمن المذكور؛ لأنهما أتفا عليه المبيع دون الثمن؛ لأن القضاء وقع بملك المبيع على البائع لا بملك الثمن له؛ لأن الثمن مقبوض؛ لأنهما شهدا بقبض الثمن؛ بخلاف ما لو شهدوا بالبيع ولم يشهدوا بقبض الثمن ثم شهدوا بعد القضاء بالبيع أنه قبض⁽²⁾ الثمن فقضى به ثم رجعا⁽³⁾ ضمنا الثمن؛ لأن الثمن صار مقضياً به وصار ملكاً للبائع على المشتري، فمتى شهدا بقبض الثمن ثم رجعا فقد أتفا عليه الثمن، كما لو شهدا بقبض الدين من الغريم ثم رجعا ضمنا⁽⁴⁾ الدين خاصة⁽⁵⁾.

مسألة: رجعا عن الشهادة ببيع العبد بعد القضاء، وقيمة العبد أكثر من الثمن ضمنا الفضل؛ لأنهما أزالا الفضل عن ملكه بغير عوض⁽⁶⁾.

ولو شهدا على استيفاء الثمن ينظر إن شهدا بالبيع [وإيفاء الثمن جملةً واحدةً ضمنا قيمة المبيع، وإن شهدا بالبيع]⁽⁷⁾ ثم شهدا بإيفاء الثمن ضمنا الثمن.

والفرق: أن في الأول الثمن غير مقضي به؛ لأنه قارن القضاء بإيجاب الثمن ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء فلا يمكن القضاء به، وإنما المقضي به المبيع [لا غير]⁽⁸⁾ فيضمنان قيمته، وفي الثاني الثمن صار مقضياً به؛ لأنه أمكن القضاء بإيجاب

(1) في ف: على العقود. ولعلها الصواب.

(2) في ف: قضى.

(3) في ف: ثم رجع.

(4) في ف: ضمن.

(5) مجمع الضمانات 760/2.

(6) الاختيار 155/2.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(8) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

الثلث؛ لأنه لم يقارن القضاء ما يوجب سقوطه ، فإذا شهدا باستيفاء الثلث فقد أزالا الثلث عن ملكه بغير عوض فيضمنانه، ولم يضمننا قيمة المبيع؛ لأن إزالته حصلت بعوض⁽¹⁾.

[857ظ]

مسألة: شهدا⁽²⁾ أنه باع عبده بألف، / وقيمته ألفان على أن البائع بالخيار، فمضت الثلاثة ثم رجعا ضمنا فضل القيمة، ولو كان البائع أوجب البيع في الثلاث لم يضمننا شيئاً⁽³⁾.

والفرق: أن [في]⁽⁴⁾ الشهادة بالبيع تسببت إلى زوال الملك، والإجازة مباشرة للزوال؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يوجب زوال الملك، وكانت الإجازة شرطاً معملاً للعلة⁽⁵⁾، والحكم يضاف إلى المباشرة لا إلى التسبب، وكان الزوال مضافاً ومحالاً إلى فعل البائع قبل انقضاء المدة، وبعده يكون مضافاً إلى الشهادة ، وقد أزالا فضل القيمة عن ملكه بغير عوض فيضمنانه.

مسألة: ولو شهدا أن الدار التي في يد الشفيع ملكه ، فقضي له بالشفعة ، ثم رجعا يضمننا القيمة عن ملكه بعوض يعدله⁽⁶⁾؛ لأن الأخذ بالشفعة أخذ بعوض، وإن كان كان الأول بنى وأمره القاضي بنقضه ، فيضمنان قيمة بنائه، ولهما نقضه؛ لأنهما أتلفا البناء بغير عوض يقابله ، فيضمنان قيمته، والمضمون يملك بالضمان⁽⁷⁾.

فصل: شهدا أنه وهب عبده من فلان وقبضه، ثم رجعا⁽⁸⁾ بعد القضاء ضمنا قيمته، وحق الرجوع في الموهوب لا يمنع التضمين؛ لأنهما أزالا عن ملك الواهب بغير

(1) المحيط البرهاني 57/7.

(2) في ف: شهد .

(3) بدائع الصنائع 286/6، ومجمع الضمانات 362/1.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: للعلة وكانت بمنزلة العلة.

(6) في ف: لم يضمننا، إلا أنهما أزالا ملكه بعوض يعدله.

(7) جاء في حاشية ابن عابدين 247/7: لو شهدا أن الدار التي في يد الشفيع ملكه، فقضي له بالشفعة ثم رجعا لم يضمننا.

(8) في ف: ثم رجع.

عوض، وقد عجزا عن رد العبد إلى الواهب؛ لأنهما لا يملكان الأخذ والانتزاع من الموهوب له فتحقق الإلتلاف معنىً، وكان للواهب تضمينها، وإن قدر الواهب على أخذ العبد من الموهوب له بالرجوع في الهبة فإنه⁽¹⁾ مذموم ملوم فيه شرعاً و عرفاً، وصار كغاصب الغاصب إذا أقر به للمالك وأنكر الأول كان للمالك تضمين الأول، وإن قدر المالك على أخذ المغصوب من الثاني؛ لأن الأول صار متلفاً ضامناً؛ لعجزه عن رده، فكذا هذا⁽²⁾.

فإن ضمنهما⁽³⁾ قيمته لا يرجع في هبته؛ لأنه وصل إليه العوض من الشاهد، وتعويض الأجنبي في قطع حق الرجوع في الهبة كتعويض الموهوب له لما عرف في كتاب الهبة، ولا يرجع الشاهدان⁽⁴⁾ على العبد؛ [لأنه]⁽⁵⁾ لما صار ملكاً للموهوب له بالهبة بالهبة لم يبق قابلاً للنقل من ملكه إلى ملك غيره إلا بتمليكه؛ لأن نفس العبد لم تصر له سالمة خالصة فلا تلحقه غرامة لازمة⁽⁶⁾.

ولو كان ابيضت عينه يوم قضي بالهبة ثم رجعا وقد انجلى البياض ضمنا قيمته أبيض منقوضاً؛ لأنه تعتبر قيمته يوم القضاء معيباً؛ لأن الإلتلاف حصل يومئذ تسبباً⁽⁷⁾. تسبباً⁽⁷⁾.

مسألة: شهدا على وكالة بقبض دينه، أو وديعته من فلان فقبضه وأنكر الموكل الوكالة بعد ما حضر ثم رجعا لم يضمنا؛ لأن الشاهد مسبب⁽⁸⁾ لتقويت إمكان القبض على الموكل، والوكيل مباشر لتقويت إمكان القبض؛ لأن بقبضه يفوت إمكان الأخذ على

(1) في ف: لأنه.

(2) البحر الرائق 130/7، حاشية ابن عابدين 246/7.

(3) في ف: ضمنا.

(4) في ف: ولا يرجع الشاهدان إلى ملك على العبد.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) الفتاوى الهندية 539/3.

(7) حاشية ابن عابدين 246/7، الفتاوى الهندية 539/3.

(8) في ف: سبب.

الموكل من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فيكون الضمان على المباشر لا على المسبب كالحافر مع الدافع⁽¹⁾.

مسألة: ادعى من له ألف على آخر أنه رهنه بها عبداً قيمته ألف، والمطلوب مقر بالدين، وشهد شاهدان بالرهن ثم رجعا لم يضمنا؛ لأنهما أزالا بعوض؛ لأن الرهن مضمون بالدين استيفاءً⁽²⁾.

ولو كان فيه فضل على الدين لم يضمنا مادام العبد حياً، فإن⁽³⁾ مات في يد المرتهن ضمنا الفضل على الدين؛ لأن حال قيام الرهن لا تمتاز⁽⁴⁾ الأمانة عن المضمون المضمون في حق الحبس، حتى صار الكل محبوساً فصار الفضل تبعاً للمضمون في حق زوال اليد والحبس، ولم يجب الضمان عليهما في المضمون هنا في الفضل والأمانة تبعاً له، وبعد هلاكه لا يبقى الفضل تبعاً للمضمون في حكمه؛ لأن قدر المضمون صار ملكاً للمرتهن بالاستيفاء قبل الهلاك، وقدر الفضل يصير ملكاً له فقد زالت التبعية فزال المانع من وجوب الضمان فيجب الضمان؛ لأنهما فوتا إمكان الأخذ على الراهن⁽⁵⁾.

ولو ادعى الراهن الرهن فأنكر المرتهن لم يضمنا الفضل؛ لأنهما أزالا يد الراهن عن الفضل برضاه⁽⁶⁾؛ لأنه رضي بالرهن، ويضمنان قدر الدين للمرتهن؛ لأنهما أقرأ أنهما أنهما أبطلا حقه في الدين بغير عوض لما رجعا عن الرهن والقبض جميعاً، فإنهما زعما أنه لم يصل إليه عوضه، فإن⁽⁷⁾ رجعا عن الرهن دون التسليم فإن قالوا: سلم إليه العبد وما رهنه لا يضمنان؛ لأن التسليم بإذن المالك بغير رهن [يكون]⁽⁸⁾ أمانةً، وبهلاك الأمانة

⁽¹⁾ تنبيه الحقائق 4/244، الفتاوى الهندية 3/572.

⁽²⁾ البحر الرائق 7/131، الفتاوى الهندية 3/539.

⁽³⁾ في ف: وإن.

⁽⁴⁾ في ف: الاعتبار الأمانة.

⁽⁵⁾ البحر الرائق 7/131، المبسوط للسرخسي 16/193.

⁽⁶⁾ في ف: برضا. وهو الصواب.

⁽⁷⁾ في ف: وإن.

⁽⁸⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

الأمانة لا يصير مستوفياً للدين، فيكون هلاك الدين بغير عوض، إلا أن المرتهن لما جدد الأمانة صار ضامناً بالجود، فإذا هلك يهلك مضموناً وله عليه مثله/ فيلتقيان قصاصاً⁽¹⁾.

[857و]

مسألة: لرجل على آخر ألف، وفي يد الطالب ثوب يساوي مائة يدعي أنه له، فأقام المطلوب شاهدين أنه رهنه إياه بالمال فقضي ثم هلك الثوب فذهب بمائة ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب، وينبغي أن يضمنا الدين أيضاً؛ لأنهما بالرجوع زعما أن الثوب [كان]⁽²⁾ ملك المرتهن فإنما⁽³⁾ أسقطا دينه بغير عوض حصل له وبغير رضاه⁽⁴⁾.

ولو كان المرتهن يقر أنه وديعة للمطلوب⁽⁵⁾، وقال الراهن: بل هو رهن والمسألة بحالها لم يضمنا؛ لأنهما أزالا يد الراهن برضاه فلا يضمنا للمرتهن دينه؛ لأنهما أسقطا دينه بعوض وهو الثوب الذي كان للراهن؛ لأنه عَقَدَ الرهن بقضاء القاضي؛ لأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود وينفذ ظاهراً وباطناً، ومتى⁽⁶⁾ ثبت عقد الرهن فقد هلك الثوب مضموناً بالمائة وله عليه مثله فيلتقيان قصاصاً⁽⁷⁾.

مسألة: ركب بغيراً لرجل إلى مكة يدعي الإجارة بخمسين، وأقام فعطب فادعى صاحب البعير الغصب ثم رجعا ضمنا قيمة البعير يوم عطب إلا مقدار ما أخذ صاحبه من الأجر؛ لأنهما أزالا يده عن البعير بغير حق وعوض⁽⁸⁾.

⁽¹⁾المبسوط للسرخسي 193/16، البحر الرائق 131/7.

⁽²⁾ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ في ف: فإنهما. ولعله الصواب.

⁽⁴⁾المبسوط للسرخسي 196/16، الفتاوى الهندية 539/3.

⁽⁵⁾ في ف: وديعة المطلوب.

⁽⁶⁾ في ف: فمتى.

⁽⁷⁾المبسوط للسرخسي 195/16.

⁽⁸⁾المبسوط للسرخسي 195/16، البحر الرائق 131/7.

مسألة: شهدا أنه أكرى دابته بمائة إلى موضع وأجر مثلها مائتان فركبها⁽¹⁾، ثم رجعا لم يضمننا الفضل إن ادعاه المستأجر بالإجارة وجد صاحب الدابة؛ لأنهما أتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد، وذلك لا يوجب الضمان، وإن ادعاه صاحب الإبل وجد المستأجر ضمنا له ما أداه ما فوق أجر البعير؛ لأن ما فوق أجر المثل أتلفاه⁽²⁾ بغير عوض فضمناه، ويقدر أجر المثل أتلفاه بعوض، فلم يضمناه⁽³⁾.

مسألة: ادعى المضارب نصف الريح فشهدا به ورب المال مقر بالثلث، ثم رجعا والريح لم يقبض لم يضمناه؛ لأن الريح متى كان ديناً فقد شهدا على رب المال بدين المضارب، وشاهدا الدين متى رجعا لا يضمنان، فإن⁽⁴⁾ قبضا واقتسما نصفين ثم رجع الشاهدان ضمنا نصف الريح⁽⁵⁾؛ لأن القول قول رب المال أنه شرط له الثلث لولا شهادتهما؛ لأن الريح يستفاد من جهته فهما بشهادتهما قد أتلفا على رب المال سدس الريح بغير رضاه وبغير عوض فيضمناه⁽⁶⁾ عند الرجوع، قيل: هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما، فأما ربح حصل بعد رجوعهما فإن كان رأس المال عوضاً⁽⁷⁾ فكذلك، وإن كان نقداً قرب المال يملك فسخها وكان راضياً باستحقاق الريح⁽⁸⁾.

مسألة: شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما ألف⁽⁹⁾ على أن الريح أثلاث، وصاحب الثلث يدعي النصف، وربحا قبل الشهادة واقتسما أثلاثاً ثم رجعا

(1) في ف: فركبا.

(2) في ف: أتلفاه عليه.

(3) تبين الحقائق 248/4، والبحر الرائق 131/7.

(4) في ف: وإن.

(5) في ف: سدس الريح.

(6) في ف: فيضمنانه، وهو الصواب .

(7) في ف: عوضاً. وهو الصواب.

(8) البحر الرائق 131/7، وحاشية ابن عابدين 247/7 .

(9) في ف: ألفاً.

[ضمناً]⁽¹⁾ لصاحب الثلث ما بين النصف والثلث وهو السدس؛ لأنهما أزالا هذا القدر على⁽²⁾ ملك صاحب الثلث بغير عوض، فإنه لولا شهادتهما كان يقسم بينهما نصفين على قدر رأس ماليهما، وما ربحا بعد الشهادة فلا ضمان عليهما؛ لأن الشركة وكالة فأعطي لها⁽³⁾ حكم الابتداء والإنشاء⁽⁴⁾، فصار كما لو أنشأ عقد الشركة بعد شهادتهما على هذا الشرط⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ في ف: عن. وهو الصواب.

⁽³⁾ في ف: له.

⁽⁴⁾ في ف: والإنشاء بعد الشهادة فلا ضمان عليهما .

⁽⁵⁾ البحر الرائق 131/7، حاشية ابن عابدين 247/7 .

باب: رجوع البعض [عن الشهادة] ⁽¹⁾ دون البعض

المبسوط: شهد عدد ثم رجع طائفة ، ينظر إلى من بقي، فإن بقيت شهادة تامة لم يضمن من رجع، وإن بقيت شهادة ناقصة ضمن الراجع بقدر ما يلزمه ؛ لأن شهادة اثنين كافية ⁽²⁾ للقضاء بالحق إلا أنه لضرورة المزاحمة ولاستواء أحوالهم واستقامة أقوالهم في المحجة أضيفت إلى الكل للقضية⁽³⁾، فإذا رجع واحد منهم فقد زالت المزاحمة وظهر أن القضية كانت مضافة إلى شهادة الباقي من الطائفة؛ ولهذا قيل: يعتبر بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع، ولا يعتبر البقاء بالابتداء ، فإن القاضي لو قضى بشهادة رجلين ثم رجع واحد ضمن نصف المال، ولا يثبت بشهادته/ وحده شيء من المال؛ لأن في الابتداء الحق لم يكن ثابتاً فلا يثبت إلا بحجة كاملة، وبعد ما ثبت فالثبوت أيضاً إلى الكل ، فلم يصر كل واحد متلفاً بالرجوع إلا بقدر ما أثبتته⁽⁴⁾.

[858ظ]

مسألة: شهد ثلاثة نفر ثم رجع واحد لم يضمن؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته جميع الحق فلم يصر الراجع متلفاً، وإنما أضيف الثبوت كله إلى شهادة الباقيين، فإن رجع اثنان ضمنا نصف المال؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته نصف الحق⁽⁵⁾.

مسألة: ولو شهد رجل وامرأتان ثم رجعا فعلى الرجل نصف الضمان وعلى المرأتين نصفه؛ لأنهما شطر الشهادة، ونصف الحجة بمنزلة رجل واحد، فإن رجعت امرأة

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ في ف: لأن شهادة ليس كافية.

⁽³⁾ في ف: القضية.

⁽⁴⁾ المبسوط للسرخسي 150/6، والمحيط البرهاني 541/8.

⁽⁵⁾ المبسوط للسرخسي 104/9.

فعلينا ربع المال؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، نصفه بشهادة ، الرجل وربعه بشهادة المرأة⁽¹⁾.

مسألة: شهد رجل وعشرة نسوة بمالٍ ثم رجعوا ، ضمن الرجل سدس المال، والنسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة، **وعندهما: النصف؛** لأن النسوة وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ، [وشهادتهن شطر الشهادة⁽²⁾].

والحجة له: أن كل اثنتين منهن قامتا مقام رجل واحد⁽³⁾ لقوله . تعالى :: ﴿ فَإِنَّ لَّكُمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾⁽⁴⁾، ألا ترى أنه يقضى بشهادة رجل وامرأتين كما يقضى بشهادة رجلين فكأنه شهد بذلك ستة رجال، رجع ثماني نسوة لا شيء عليهن لما عرف⁽⁵⁾. عرف⁽⁵⁾.

فإن رجعت امرأة بعد [ذلك]⁽⁶⁾ كان عليها وعلى الثماني ربع المال؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته ثلاثة أرباع المال ، وهو رجل وامرأتان⁽⁷⁾، وإن رجع الرجل وثمانى نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة؛ لأنهن لما كثرن⁽⁸⁾ قمن مقام رجل واحد، وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهما نصف الحق ، فيجعل اللاتي رجعن كأنهن لم يشهدن⁽⁹⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 187/16، وحاشية ابن عابدين 249/7.

(2) العناية 485/7، والبنية 205/9.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) سورة البقرة ، الآية: 282.

(5) المحيط البرهاني 541/8، والبنية 206/9.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: وامرأة. وهو الصواب.

(8) في ف: وإن كثرن.

(9) المحيط البرهاني 542/8.

مسألة: شهدا⁽¹⁾ رجلان وامرأة ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة؛ لأن المرأة لا شهادة لها فيما [لا]⁽²⁾ يطلع عليه إلا الرجال لا بانفرادها ولا حالة الاختلاط بالرجال؛ لأن الاثنتين منهن قامتا مقام رجل بالنص⁽³⁾.

مسألة: ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا فالضمان عليهم أثلاثاً، على المرأتين الثلث؛ لأن شهادة امرأتين حالة الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد، فكأنه⁽⁴⁾ شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا⁽⁵⁾.

مسألة: شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة، ضمن الرجل والمرأة نصف المال أثلاثاً في قياس قول **أبي حنيفة**، **وعندهما**: ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة؛ لأن شهادتهن شطر الحجة حيث لا تقبل إلا بانضمام رجل إليهن، فكان⁽⁶⁾ الثابت الثابت بشهادتهن نصف الحق، [وقد بقي من يقوم بشهادتهن نصف الحق]⁽⁷⁾ فلا شيء على الراجعة⁽⁸⁾.

له: أن كل اثنتين منهن قامتا مقام رجل واحد بالنص، فمن ضرورة ذلك كل امرأة قائمة مقام نصف رجل فصار كأنه شهد رجلان ونصف رجل حكماً، فإذا رجع رجل وامرأة فكأنه رجع رجل ونصف، وبقي رجل، فقد بقي ببقائه⁽⁹⁾ نصف الحق، والنصف الثاني

(1) في ف: شهد. وهو الصواب.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) المحيط البرهاني 541/8، والبنية 206/9.

(4) في ف: وكأنه.

(5) المبسوط للشيباني 526/4، والمحيط البرهاني 542/8.

(6) في ف: وكان.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) بدائع الصنائع 288/6، والبحر الرائق 133/7.

(9) في ف: بقاء الرجل.

تلف بشهادة رجل ونصف رجل فيضمنان أثلاثاً، فإن رجعا جميعاً فعند أبي حنيفة أخماساً، على النسوة ثلاثة أخماسه، وعندهما: أنصافاً، على النسوة نصفه لما عرف⁽¹⁾.

باب: الرجوع عن الشهادة في النكاح والطلاق

المبسوط: شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا ، ضمنا نصف المهر، وبعد الدخول لا يضمنان شيئاً خلافاً للشافعي⁽²⁾؛ لأنهما بالرجوع زعما أن النكاح قائم والطلاق غير واقع⁽³⁾، وقد حبست المرأة عن الزوج بقضاء القاضي، والمرأة متى صارت محبوسة عن الزوج لا بفعله لا يضمن الزوج المهر لها، ولولا الإشهاد⁽⁴⁾ بالطلاق وإلا لكان لا يجب على الزوج شيء من المهر، وإنما وجب عليه نصف المهر بشهادتهما ، والقاضي إنما أبطل وقصر يد الزوج عن نصف المهر وسلمه إلى المرأة بشهادتهما فيكون الإلتلاف مضافاً إلى شهادتهما ، فيضمنان بإقرارهما بالضمنان على أنفسهما⁽⁵⁾، ولا يضمنان بعد الدخول؛ لأن ملك النكاح / لا يضمن بالإلتلاف؛ لأنه ليس بمالٍ، والمهر وجب عليه [858و]

⁽¹⁾المحيط البرهاني 542/8.

⁽²⁾ قلت : وقد وافق المالكية في المشهور عندهم إلى ما ذهب إليه الحنفية في هذه المسألة، وذهب الإمام الشافعي إلى أنهما يضمنان جميع المهر، شهدا به قبل الدخول أبو بعده. ينظر: الإشراف 978/2، الحاوي الكبير 203/17.

⁽³⁾ في ف: والنكاح غير واقع.

⁽⁴⁾ في ف: ولولا شهادتهما. ولعله الصواب.

⁽⁵⁾ في ف: نفسيهما.

بالعقد وتأكد وتقرر بالدخول، ولا يسقط عن الزوج بصيرورة المرأة محبوسة عنه ، فلا ينضاف وجوبه ولا تأكده إلى الشهادة⁽¹⁾.

مسألة: شهد رجلان وامرأتان⁽²⁾ بالطلاق قبل الدخول، ثم رجع رجل وامرأة فعليهما ثمن المهر أثلاثاً، ثلثاه على الرجل، وثلثه على المرأة؛ لأن العبرة بالرجوع⁽³⁾ لبقاء من بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع نصف المهر [فبقي ربع نصف المهر]⁽⁴⁾ فيكون عليهما أثلاثاً⁽⁵⁾.

مسألة: شهد رجلان [بالطلاق ورجلان]⁽⁶⁾ بالدخول ، ثم رجع شاهداً الطلاق لا ضمان عليهما؛ لأنهما أوجبا نصف المهر، وشاهداً الدخول أوجبا جميع المهر، وقد⁽⁷⁾ بقي من يثبت بشهادته جميع الحق ، وهو شاهدي الدخول⁽⁸⁾ ، وإن رجع شاهداً الدخول لا لا غير يجب عليهما نصف المهر؛ لأنه ثبت بشهادة شاهدي الطلاق⁽⁹⁾ نصف المهر ، فيبقى ببقائهما على الشهادة نصف المهر، فيظهر أنه تلف بشهادة شاهدي الدخول نصف المهر، فإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شيء، ويجب على شاهدي الدخول الربع؛ لأنه مع صاحبه أثبت نصف المهر وقد بقي من يثبت بشهادته نصف ذلك النصف وهو الربع، فيجب عليه الربع جميعاً بعد القضاء⁽¹⁰⁾ ، فعلى شاهدي الدخول ثلاثة أرباع المهر، وعلى شاهدي الطلاق⁽¹¹⁾ ربعه؛ لأن شاهدي الدخول شهدا

(1) المبسوط للسرخسي 6/17، والاختيار 154/2.

(2) في ف: رجل وامرأتان.

(3) في ف: في الرجوع.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) الأصل للشيباني 526/4 ، والبحر الرائق 134/7، وحاشية ابن عابدين 256/7.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) في ف: فقد.

(8) في ف: شاهداً الدخول. وهو الصواب.

(9) في ف: الدخول.

(10) في ف: فإن رجعوا بعد القضاء .

(11) في ف: الدخول.

بجميع المهر ، فكانا شاهدين بالنصف الذي شهد به شاهدي⁽¹⁾ الطلاق لا محالة ، فقد تلف⁽²⁾ النصف بشهادة الفريقين، فينصف الضمان بينهما، والنصف الآخر تفرد به شاهدي الدخول فيقروا⁽³⁾ بضمانه⁽⁴⁾.

مسألة: شهدا على الطلاق، وآخران على الدخول، ولم يفرض لها مهر، [ثم]⁽⁵⁾ رجعوا، ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة، وشاهدا الدخول بقية المهر؛ لأن المتعة ثبتت بشهادة الفريقين، فيكون نصفها ثابتاً بشهادة شاهدي الطلاق ، فيعتبر قدر المتعة ثابتاً بشهادة الكل، فوجب نصفها على شاهدي الطلاق، والباقي وهو نصف مهر المثل ثبت بشهادة شاهدا الدخول ، فيكون عليهما⁽⁶⁾.

مسألة: شهدا أنه طلق امرأته ثلاثاً، وآخران أنه طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم رجعوا، فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير؛ لأنه لم يقض بشهادة الشهود الواحدة؛ لأنه لا يفيد؛ لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة، وحكم الثلاث حرمة غليظة، ولا يفيد القضاء بالحرمة الخفيفة مع القضاء بالحرمة الغليظة، والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد، ولو كان بعد الدخول ، ولا ضمان على أحد⁽⁷⁾.

مسألة: شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل الدخول بها على أنها أبرأته من المهر وهي تجدد، ثم رجعا ضمنا⁽⁸⁾ نصف المهر؛ لأنهما أوجبا عليها ذلك بغير عوض؛ لأن ما أدخل في ملكها من منافع البضع لا يصلح عوضاً عن المال؛ لأنها غير متقومة عند خروجها عن ملك الزوج؛ لأنه لا حاجة إلى إظهار خطر البضع عند زوال

(1) في ف: شاهدا. وهو الصواب.

(2) في ف: أتلّف.

(3) في ف: فيقر .

(4) البحر الرائق 134/7، حاشية ابن عابدين 256/7.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) البحر الرائق 135/7، والفتاوى الهندية 543/3.

(7) البحر الرائق 135/7.

(8) في ف: ضمنا لها .

المالك عنها، ولو كان دخل بها ضمنا كل المهر؛ لأن مهرها بعد الدخول جميع المهر، ومهرها بدل الخلع⁽¹⁾.

مسألة: شهدا أنه تزوج امرأة على ألف، ومهر مثلها خمسمائة، وشهد آخران أنه طلقها قبل الدخول ثم رجعوا، ضمن شهود الطلاق ربع الألف، وشهود النكاح ربعها؛ لأن شاهدي النكاح أوجبا على الزوج ألف درهم نصفها بعوض وهو مقدار مثلها، ونصفها بغير عوض وهو ما زاد عن مهر مثلها، فما أوجبا بعوض لا يضمنانه، وما أوجبا بغير عوض يضمنانه إلا أنه سقط نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول، وما سقط شائع في النصفين، فبقي عليهما ربع الألف، وأما شاهدا الطلاق فلأن نصف الألف سقط بالطلاق، والنصف الآخر ضمنه شاهدا التزويج، فلا يضمنانه، فبقي نصف النصف فيضمنانه؛ لأنهما أكدا هذا القدر على الزوج بعد وجوب⁽²⁾ سبب السقوط⁽³⁾.

ولو شهد آخران أيضاً بالدخول وألزمه القاضي [ثم رجعوا]⁽⁴⁾، فعلى شاهدي النكاح خمسمائة الفضل عن مهر المثل، وعلى شاهدي الدخول ثلاثة أرباع الخمسمائة الأخرى، وعلى شاهدي الطلاق ربعها⁽⁵⁾؛ لأن شاهدي النكاح تقردا بإيجاب نصف الألف الألف بغير عوض؛ لأن المسمى يجب بالتسمية، والتسمية ثابتة بشهادة شاهدي النكاح إلا أن الدخول شرط، وكان شاهدا الدخول صاحبي شرط، وشاهدا النكاح، صاحبي علة، والضمنان يجب على صاحب العدة⁽⁶⁾ كشهود اليمين مع شهود الشرط، بقي خمسمائة

[859ظ]

⁽¹⁾البحر الرائق 7/135، وحاشية ابن عابدين 7/256.

⁽²⁾ في ف: وجود.

⁽³⁾المبسوط للسرخسي 9/17، والفتاوى الهندية 3/543.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽⁵⁾ في ف: ربعها لأن شاهدي الطلاق ربعها.

⁽⁶⁾ هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: العلة.

نصفها تفرد بإيجابه شاهدا الدخول/ فتفردا بضمانه، [والنصف الآخر ثبت بشهادة الفريقين، فيكون ضمانه]⁽¹⁾ عليهما بنصفين⁽²⁾. والله أعلم بالصواب.

باب: الرجوع عن الشهادة في النكاح، والصلح عن النفقة والتمتعة

المبسوط: شهدا بالنكاح ثم رجعا، فإن كانت المرأة مدعية والزوج جاحد لا يضمنان للزوج سبباً⁽³⁾، إلا إذا كان مهر مثلها أقل من المسمى فإنهما يضمنان الفضل؛ لأنهما أوجبا المهر على الزوج بعوض يعدله وهو البضع؛ لأن منافع البضع جعلناها⁽⁴⁾ متقومة صالحة للعوض عن المال حال ورود العقد عليها؛ إظهاراً لخطر الأبدع المحرمة، وإعظاماً وإكراماً للآدمية، ولهذا يجوز للأب تزويج ابنه الصغير بمهر مثلها، والأب لا يملك إزالة مال الصغير إلا بعوض يعدله ويمثله، إلا أن الزيادة على مهر المثل خلت عن العوض فقد أتلفا شيئاً متقوماً بغير عوض فيضمنانه⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ في ف: نصفين. ينظر: المبسوط للسرخسي 9/17، والفتاوى الهندية 543/3.

⁽³⁾ في ف: شيئاً. وهو الصواب.

⁽⁴⁾ في ف: جعلنا.

⁽⁵⁾ البحر الرائق 133/7، وحاشية ابن عابدين 251/7.

وإن كان الزوج مدعياً والمرأة منكراً للنكاح ثم رجعا لم يضمنا للمرأة شيئاً؛ لأنهما بالشهادة أزالا ملكها عن البضع بعوض يعادله وهو مهر المثل⁽¹⁾.

مسألة: شهدا أنه طلق امرأته بائناً وفرق بينهما القاضي، ثم تزوجها أحد الشاهدين ثم رجع عن شهادته لا يُفرق بينه وبين المرأة عند **أبي حنيفة وأبي يوسف** أولاً، وقال آخرًا وهو قول **محمد** يفرق ولا يبطل الطلاق الأول⁽²⁾.

ولو شهدا ببيع جارية ثم رجعا يحل للمشتري وطؤها عند **أبي حنيفة** خلافاً لهما؛ بناءً على أن القضاء بالفرقة بشهادة الزور ينفذ باطناً عنده، خلافاً لهما.

ولو شهدا بقذف الزوج امرأته وفرق بينهما باللعان ثم رجعا لم يحل للزوج أن يطأها أبداً؛ لما عرف.

مسألة: شهدا أنه تزوج امرأة على مائة درهم والزوج مقر، وقالت المرأة: بل على ألف، وهي مهر مثلها، وقد دخل بها، ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة، فإن طلقها قبل الدخول لا يضمنان شيئاً **عندهما**، وقال **أبو يوسف**: لا يضمنان في كل حال، وهي فرع ما إذا اختلف الزوجان في مقدار المسمى فالقول قول من شهد له مهر المثل **عندهما**، وهنا مهر المثل يشهد للمرأة، فيكون القول قولها إن مهرها ألف، فكان المستحق لها على الزوج ألفاً، فهما بشهادتهما أبطلا عليها تسعمائة بغير عوض فيضمنانها لها بالرجوع، وعند **أبي يوسف** القول قول الزوج في الأحوال كلها، فيكون المسمى للمرأة مائة درهم، فهما بشهادتهما لم يبطلا عليها شيئاً⁽³⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 180/16 ، بدائع الصنائع 15/7.

(2) حاشية ابن عابدين 251/7.

(3) بدائع الصنائع 285/6 ، ومجمع الضمانات 761/2.

وعلى رواية الجامع: قبل الدخول بها لها الأكثر من المتعة ومن نصف ما أقر به الزوج، فإن كانت المتعة أكثر من الخمسين يضمننا الفضل إلى تمام المتعة؛ لأنهما أتلفا ذلك القدر عليها.

مسألة: شهد شاهدان أنه تزوج هذه المرأة على ألف وهو مهر مثلها، وقال الزوج: بغير تسمية فقضي ثم طلقها، ثم رجعا، فعليهما فضل ما بين المتعة إلى خمسمائة؛ لأن من زعمهما أنه لولا شهادتهما بالتسمية لكان الزوج يتخلص بالمتعة فالفضل على المتعة إنما وجب⁽¹⁾ بشهادتهما بغير عوض فيضمنانه⁽²⁾.

مسألة: شهد آخران على الدخول ثم رجعا، فعلى شاهدي الدخول خمسمائة مما أوجب عليه [خمسمائة خاصة؛ لأنه لولا شهادتهما لكان يبرأ الزوج عن خمسمائة مما أوجب عليه]⁽³⁾ بالطلاق قبل الدخول، فإنما بقي خمسمائة أخرى بشهادتهما بالدخول، فيكون ضمانها عليها خاصة، وعليهما وعلى شاهدي التسمية فضل ما بين المتعة والخمسمائة نصفان؛ لأن خمسمائة أخرى وجبت على الزوج بشهادة الفريقين إذ لولا شهادتهما لكان [الزوج]⁽⁴⁾ يتخلص عنها بالطلاق قبل الدخول بالمتعة⁽⁵⁾.

ولو شهد آخران على الطلاق فقضي ثم رجعوا، فعلى شاهدي الدخول خمسمائة؛ لأنه تفرد بها شاهدا الدخول فتفردا بضمانها، وعليهما وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة ونصف المهر⁽⁶⁾؛ لأنه لولا شهادتهم لتخلص الزوج بالمتعة، والفضل على المتعة وجب بشهادتهم، وعلى الفرق الثلاثة قدر المتعة أثلاثاً؛ لأن قدر المتعة وجب بشهادة الكل؛ لأن شاهدي الدخول شاهدان بألف فيكون شاهدان بقدر المتعة لا محالة، وشاهدا

[859و]

(1) في ف: وجبت.

(2) البحر الرائق 133/7 ، الفتاوى الهندية 543/3.

(3) ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) الفتاوى الهندية 543/3.

(6) في ف: إلى نصف المهر.

التسمية أوجباً عليه خمسمائة/ فيكون من جنس المتعة، وشاهدنا الطلاق أوجباً قدر المتعة؛ لأنهما زعما أن الفرقة جاءت قبل الدخول بها لا من جهة الزوج لولا شهادتهما، وإلا لتخلص الزوج منها بغير شيء وهذا مما يسقط المتعة، وإنما وجبت⁽¹⁾ المتعة بشهادتهما⁽²⁾.

شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بعد موت الزوج ضمنا لورثته نصف المهر؛ لأنهم قائمون مقام المورث، ولا ميراث للمرأة ادعت الطلاق أو لا، أقرت الورثة أنه طلقها أو لا، وهذا قول **أبي حنيفة** وقالوا: تترث ولا يضمن الشاهدان ميراثها، وهذا بناءً على أن قضاء القاضي بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهراً وباطناً **عنده**، خلافاً لهما⁽³⁾.

ولو شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا، ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث⁽⁴⁾.

فصل: [الجامع]⁽⁵⁾: شهدا أن المرأة صالحت زوجها من نفقتها كل شهر على عشرة، [والزوج يدعي على خمسة، والمرأة تدعي عشرة وقضى ثم رجعا، فإن كانت نفقة مثلها عشرة]⁽⁶⁾ أو أكثر لا ضمان عليهما، وإن كانت أقل ضمنا الفضل؛ لأنهما اتفقا على الصلح واختلفا في بدل الصلح، فيجعل القول قول من تشهد له نفقة المثل، كما في المهر **عندهما** فهاهنا نفقة مثلها كل شهر عشرة، فيكون القول قولها، وكان المستحق لها عشرة، فلم يتلفا عليها شيئاً⁽⁷⁾.

(1) في ف: وجب.

(2) المحيط البرهاني 550/8، البحر الرائق 133/7.

(3) البحر الرائق 135/7، وحاشية ابن عابدين 256/7.

(4) البحر الرائق 135/7.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المبسوط للسرخسي 17/7، والمحيط البرهاني 606/8.

وإن كان نفقة مثلها أقل فقد أتلفا على الزوج الفضل؛ لأن المستحق عليه قدر نفقة المثل، ولا يمكنه رد هذا الصلح فيما مضى فيضمنانه، ويمكن فسخ الصلح فيما يستقبل بأن يردها إلى نفقة مثلها فلا يضمنان فيما يستقبل⁽¹⁾.

مسألة: فرض القاضي للمرأة النفقة والمتعة، ثم شهدا بالاستيفاء وقضي ثم رجعا ضمنا للمرأة؛ لأن النفقة تصير ديناً بالقضاء أو بالرضا، فصارت نفقة ما مضى ديناً مستحقاً لها على الزوج، فهما أتلفا ذلك بغير عوض فيضمنانه، وكذلك قيل في نفقة الأقارب؛ لأنها لا تصير ديناً بقضاء القاضي، فما أتلفا شيئاً⁽²⁾.

وقيل: إنها متأولة، وتأويلها: أن القاضي قضى له وأمره بالاستدانة عليه؛ حتى يرجع بما استدان على المقضي عليه بالنفقة، وقد استدان وصار ديناً له على المقضي عليه، فقد شهدا عليه باستيفاء دين مستحق له على المقضي عليه فضمنا بالرجوع.

مسألة: تزوج امرأة بلا مهر وطلقها قبل الدخول، فشهدا أنه صالحها من المتعة على عبدٍ وقبضه وهي تنكر، ثم رجعا، لا يضمنان العبد، بل المتعة، وإن كان مهر مثلها عشرة⁽³⁾ ضمنا له خمسة دراهم؛ لأن القاضي لم يقض لها بالعبد؛ لأن القضاء بالعبد لها مع قبض العبد لا يفيد، فقد أتلفا بشهادتهما على المرأة المتعة لا العبد، بخلاف ما لو شهدا أنه صالحه من المتعة على عبدٍ وقضي لها بالعبد، ثم شهدا بقبض العبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد؛ لأنه حين ما قضى بالعبد ثم لم تقم الشهادة على قبض العبد فيفيد القضاء بالعبد لها، وصار حقها في العبد فضمنا قيمته بالرجوع⁽⁴⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 17/7، والمحيط البرهاني 606/8 .

(2) المحيط البرهاني 606/8، وحاشية ابن عابدين 256/7.

(3) في ف: عشرة دراهم.

(4) البحر الرائق 135/7، وحاشية ابن عابدين 256/7.

باب: الرجوع عن الشهادة في العتق والكتابة والتدبير

مسألة: شهدا بالإعتاق ثم رجعا ضمنا قيمة العبد؛ لأنهما أتلفا على العبد المولى⁽¹⁾ بغير عوض؛ لأنهما تسببا لإثبات العتق⁽²⁾.

ولو شهدا أنه دبر عبده فقصي ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير؛ لأنه بالتدبير فاته⁽³⁾ بعض المنافع من حيث التجارة بالإخراج عن ملكه، فانتقض ملكه ضمنا نقصانه بتقويتها، ومعرفة قدر نقصانه يأتي في كتاب الجنایات، فإن مات المولى والعبد يخرج

(1) في ف: العبد على المولى. وهو الصواب.

(2) البناية 209/9.

(3) في ف: فإنه.

من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبراً؛ لأنهما أزالاه⁽¹⁾ عن ملك الورثة بغير عوض؛ لأن التدبير انعقد سبباً للحرية للحال، وتأجلت الحرية إلى ما بعد الموت، وكان العتق مضافاً إليه فصارا متلفين له بالعتق فيضمنان قيمته مدبراً؛ لأنهما ضمنا ما نقصه التدبير مرة، فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى في ثلثيه، وضمن الشاهدان ثلث القيمة إذا عجل العبد الثلثين؛ لأنهما أزالا هذا القدر عن ملكه بغير عوض ولم يرجعا به/ على العبد؛ لأن قيمة هذا الثلث لم يكن ديناً للورثة على العبد، حتى إذا أدى الشاهد بدله يملكه بالضمان، وإن عجز العبد عن قيمة الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين، ويرجع الشاهدان بذلك على العبد عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنهما أزالا هذا القدر عن ملك الورثة بعوض مؤجل، فيعتبر بما لو شهدا ببيع عبده بثمن مؤجل ثم رجعا ضمنا الثمن للبايع ثم يرجعان به على المشتري؛ لأنهما أديا هذا الدين إلى [المشهود]⁽²⁾ له فيملكان بدله وهو الدين، [فكذا هذا]⁽³⁾.

مسألة: شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة فقضي به ثم رجعا⁽⁴⁾ ضمنا قيمته؛ لأنهما أزالا اليد المتصرفة المتقلبة للمولى عن العبد حتى عجز عن الانتفاع والارتفاق بملكه، فكان إتلافاً معنئاً، فينتهض سبباً للضمان كما في الغصب، بخلاف التدبير؛ لأنهما بإثبات التدبير ما أزالا ملك المولى رقبةً، ولا يداً، ولا انتفاعاً، وارتفاقاً، وإنما فوتا بعض المنافع، وهو انسداد باب البيع وانحسامه لا غير، فيضمنان نقصانه، ويستسعيانه بالكتابة على نجومهما؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك [إلى ملك]⁽⁵⁾، فيقومان مقام المالك في حق ملك بدل الرقبة، وهو بدل الكتابة، فأداء الضمان كمن

(1) في ف: أزالا.

(2) المشهود، وفي ف: الشهود، وهي تصحيف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: تبين الحقائق 249/4، البناية 209/9، درر الحكام 394/2.

(4) في ف: رجع.

(5) ما بين المعكوفين سقط من الأصل.

غصب مدبراً فقتل في يده فأدى ضمانه، له أن يرجع بالقيمة على القاتل؛ لأنه بأداء الضمان قام مقام المالك في ملك البديل، فكذا هذا⁽¹⁾.

ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه إليهما، فإذا أداه عتق والولاء للذي كاتبه؛ لأنهما⁽²⁾ لم يملكا رقبتة فحصل العتق على ملك المولى كالمكاتب إذا أدى بدل الكتابة إلى وارث المولى⁽³⁾ عتق، والولاء للذي كاتبه، [فكذا هذا]⁽⁴⁾، فإن عجز فرُد في الرق كان لمولاه؛ لأن الرقبة بقيت على ملكه، فإذا انفسخت الكتابة بالعجز بقيت على ملكه ورد ما أخذ من الشهود عليهم؛ لأن بانفساخ الكتابة ارتفع سبب الضمان وهو زوال اليد فزال الضمان⁽⁵⁾، كالعبد المغصوب إذا عاد من الإباق فإنه يرد المولى إلى ما أخذ من الإباق⁽⁶⁾، فكذا هذا⁽⁷⁾.

مسألة: شهدا أنه كاتب عبده على ألف⁽⁸⁾ إلى سنة وقيمته خمسمائة، ثم رجعا يُخَيَّر المولى بين تضمين الشاهدين وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله⁽⁹⁾؛ لأنه تصدى من كل واحد سبب الضمان من الشاهدين وهو إزالة اليد المتصرفه للمولى عند العبد بالكتابة ومن العبد الكتابة الصادرة برضا العبد وهي سبب لاتباعه ببديل الكتابة، فإن اختار المولى ضمان الشاهدين وقبض منهما القيمة لم يعتق المكاتب، حتى يؤدي ألفاً إلى الشاهدين؛ لأنهما بأداء الضمان يقومان مقام المولى في بدل الرقبة ويتصدقان بالفضل؛ لأنه ربح استفاده بكسب خبيث وهي شهادة الزور كما في الغصب، فهذا عندهما.

(1) تبين الحقائق 249/4، والبحر الرائق 136/7، وحاشية ابن عابدين 258/7.

(2) في ف: لأنه.

(3) في ف: مولى.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: وهو زوال يدا المولى في الضمان.

(6) في ف: من القيمة. وهو الصواب.

(7) مجمع الضمانات 761/2، وحاشية ابن عابدين 256/7،

(8) في ف: إلى ألف.

(9) في ف: إتباع العبد إلى أصله.

وعند أبي يوسف: يطيب له لما عرف⁽¹⁾.

فإن تقاضى المولى المكاتب وهو يعلم برجوع الشاهدين أو لا يعلم وهو رضى بالكتابة، ولا يضمن الشاهدان؛ لأنهما⁽²⁾ لا يتوالى ضمانان على محل واحد، فإذا اختار المولى بدل الكتابة فقد أبرأ الشاهدين عن الضمان ضرورة؛ لأن من ضرورة اختيار أحدهما إسقاط الآخر، كما في غاصب الغاصب، إلا إذا كانت الكتابة أقل من القيمة فله أن يأخذ المكاتب، ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة؛ لأنهما أزالا هذا القدر عن ملك المولى بغير رضاه، واختيار إتباع المكاتب ليس بإجازة للكتابة⁽³⁾؛ لأن الكتابة نافذة لازمة لازمة بقضاء القاضي، وإجازة الناقل⁽⁴⁾ لغو ضائع⁽⁵⁾.

ولو صرح بالإجازة لا يبرأ الشاهد عن ضمان الزيادة؛ لأنها غير عاملة بل هي لاغية عابثة، والإجازة بالدلالة أولى من ألا تكون عاملة مبرئة.

ولو شهدا أنه باع بألف إلى سنة والمسألة بحالها فكذاك الجواب في جميع تفاصيلها⁽⁶⁾.

مسألة: ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف وأنها قيمته، وقال المولى: كاتبته على ألفين، وأقام البينة⁽⁷⁾ وأداها ثم رجع الشهود ضمنوا ألف درهم للمكاتب؛ لأنهما أوجبا على المكاتب زيادة ألف بغير عوض حصل له، وإن كان المكاتب ينكر المكاتبه وادعى المولى على ألفين لا تقبل بينته عليه/ ويقال للمكاتب: إن شئت فامض على الكتابة أو [860و] دع؛ لأن القضاء بالكتابة مع جحود العبد لا يفيد؛ لأن المكاتب يملك فسخ الكتابة بأن

(1) البحر الرائق 7/136 .

(2) في ف: لأنه. وهو الصواب.

(3) في ف: الكتابة.

(4) في ف: الناقد.

(5) البحر الرائق 7/136، الفتاوى الهندية 3/545.

(6) المبسوط للسرخسي 17/21.

(7) في ف: وأقام البينة وقضي.

تعجز نفسه، ومتى فسخ الكتابة ارتفع العقد فلا يفيد القضاء بالكتابة مع جوده [فلم يقض بها] (1)، ولكنه يخير على هذه الرواية؛ لأن الجود ممن يملك الفسخ لم يجعل فسخاً بل تخييراً وتقويضاً، وعلى رواية الرهن لا يخير؛ لأنه اعتبر جوده فسخاً فانفسخت الكتابة بجوده (2).

ولو شهدا أنه عبد فلان فأعتقه على مال ثم رجعا لم يضمننا له شيئاً؛ لأن بدل العتق ما وجب بالشهادة، وإنما وجب بإيجاب المولى وقبول العبد والمولى مختار في هذا الإيجاب غير مضطر فيه من جهة الشاهد، فلا يكون وجوب هذا المال مضافاً إلى شهادته (3).

مسألة: شهدا أنه أعتق عبده على خمسمائة وقيمته ألف فقضي، ثم رجعا إن شاء ضمنّ الشاهدين (4) ورجعا على العبد بخمسمائة، وولاء العبد للمولى؛ لأنهما بشهادتهما أتلفا على المولى قيمة العبد وهي ألف وخمسمائة بغير عوض، وخمسمائة بعوض مؤجل وهو السعاية، فصار كما لو شهدا ببيع عبده بثمن مؤجل فرجعا ضمنا الثمن للبائع ثم رجعا به على المشتري، فكذا هذا (5).

مسألة: شهدا أنه أعتق عبده عام أول في رمضان وقضى القاضي بعتقه، ثم رجعا ضمنا قيمة العبد يوم أعتقه القاضي، وحكمه في حدوده وجزاء جنايته فيما بين رمضان إلى أن أعتقه القاضي حكم حرّ؛ لأن القاضي أثبت حرّيته من رمضان بالبينة، والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعينة (6).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) المبسوط للسرخسي 15/17، البحر الرائق 137/7، حاشية ابن عابدين 259/7.

(3) المبسوط للسرخسي 15/17، الفتاوى الهندية 558/3.

(4) في: ف: ضمنّ الشاهدين الألف.

(5) البحر الرائق 135/7، والفتاوى الهندية 75/4.

(6) المبسوط للسرخسي 24/17، والمحيط البرهاني 556/8، وحاشية ابن عابدين 257/7.

ولو عاينا⁽¹⁾ أنه أعتقه في رمضان كان حراً في رمضان، فكذا هذا، وفي حق إيجاب الضمان يعتبر حراً يوم القضاء؛ لأن التلف حصل يوم القضاء؛ لأن المنع والحيلولة بين المولى وعبدته حصل يوم القضاء⁽²⁾.

مسألة: شهدا أنه طلق امرأته عام أول في رمضان قبل الدخول بها وقضي به، وألزمه نصف المهر ثم رجعا وضمنا، ثم شهد آخران أنه طلقها عام أول في شوال قبل الدخول بها لا تقبل، ولا ينتفع به الأولان؛ لأنها صارت مبانةً بالطلاق [الأول]⁽³⁾ قبل الدخول، فلا يتصور تطليقها⁽⁴⁾ بعد ذلك، وكانت الشهادة الأخيرة باطلة، وبقي الضمان على الفريق الأول⁽⁵⁾.

ولو أقر الزوج بذلك رد على الشاهدين ما ضمنا، فكذلك إقرار المولى بالعتق، **قيل:** هذا عندهما خلافاً لأبي حنيفة؛ بناءً على نفاذ القضاء باطناً⁽⁶⁾، فمتى نفذ القضاء في رمضان باطناً⁽⁷⁾ عنده لم يصح إقراره بالطلاق أو بالعتق [في شوال من هذا العام]⁽⁸⁾، العام⁽⁸⁾، فبقي التلف مضافاً إلى شهادتهما لا إلى إقراره⁽⁹⁾، وعندهما لما لم ينفذ القضاء القضاء باطناً فبقي النكاح والرق إلى شوال باطناً فصح إقراره في شوال، وكان التلف مضافاً إلى إقراره لا إلى الشهادة⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: عاين.

(2) المحيط البرهاني 556/8، وحاشية ابن عابدين 257/7.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: طلاقها. وهو الصواب.

(5) في ف: على الفريق الأول بحاله بعد ذلك. ينظر: البحر الرائق 136/7، وحاشية ابن عابدين 257/7.

(6) في ف: باطلاً.

(7) في ف: باطلاً.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) في ف: لا لأنه.

(10) البحر الرائق 136/7، الفتاوى الهندية 543/3.

مسألة: شهدا أنه حلف بعقته إن دخل الدار [وشهد آخران أنه دخل الدار]⁽¹⁾، ثم رجعوا ضمن شهود اليمين؛ لأن العتق مضافٌ إلى إيجاب الحرية وهو قوله: أنت حر لا إلى شرط وهو الدخول⁽²⁾.

ولو شهدا بالتدبير وآخران بالعتق فرجعوا، فالضمان على شهود العتق؛ لأن القضاء بالتدبير مع العتق لا يفيد؛ لأن حكم التدبير بقاء الرق إلى وقت الموت، ولا يبقى الرق مع العتق البات المنجز فلا يقضى بالتدبير، [فإن قضي بشهادة التدبير]⁽³⁾ ثم شهد آخران بالعتق البات فقضى به، ثم رجعوا ضمن شهود التدبير ما نقصه التدبير، وشهود العتق قيمته مدبراً؛ لأن القضاء بالتدبير يفيد حكمه؛ لأنه ليس حالة القضاء بالتدبير شهادة قائمة بالعتق فأمكن القضاء بالتدبير، وقد نكثا⁽⁴⁾ وأدخلا نقصاً فيه [فضمننا نقصانه]⁽⁵⁾، وشاهدا العتق أزالا المدبر عن ملكه بغير عوض فيضمنان قيمته مدبراً.

باب: الرجوع عن الشهادة في الولاء والنسب والميراث

المبسوط: ادعى أنه ابن فلان والأب ينكر، فأقام البينة فقضى ثم رجعوا لا ضمان عليهم؛ لأنهم شهدوا بالنسب، والنسب ليس بمالٍ فلا يجوز تضمينه بالمال، وكذلك لو أقام البينة أن هذا مولاه أعتقه وهو / يقول: أنا حر الأصل ثم رجعوا، فكذلك لو مات مورثه ثم رجعوا أيضاً⁽⁶⁾.

(1) ما بين معكوفين سقط من الأصل .

(2) تحفة الفقهاء 367/3.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(4) في ف: مكثا.

(5) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(6) المبسوط للسرخسي 17/17.

ولو شهدوا أنه ابن هذا القتل لا وارث له غيره، والقاتل يقر بالقتل عمداً فقضي بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا، فلا ضمان عليهم في القصاص؛ لأنه ليس بمالٍ ويضمنوا⁽¹⁾ ما ورثه هذا الابن من القتل لورثته المعروفين، وعليهم التعزير؛ لأن الشهادة بالنسب بعد موت المورث وقعت على استحقاق المال وهو الميراث مقصوداً، وعلى إثبات النسب تبعاً؛ لأن النسب غير مقصود بالدعوى، وبهذا لا تصح دعوى النسب بعد الموت بدون دعوى الميراث في غير الأب والجد، فأما في حال حياة المورث النسب مقصوداً بالدعوى والشهادة؛ لأن النسب لا ينتهض مسبباً⁽²⁾ لاستحقاق المال في الحال، ولهذا تصح دعواه بدون دعوى الحق⁽³⁾.

مسألة: شهدا لرجل مسلم أن أباه مات مسلماً وعُرف كافرًا، وللميت ابن آخر كافر ثم رجعوا ضمنوا الميراث للكافر [الوارث]⁽⁴⁾؛ لأنهما شهدا بالنسب وبإسلام الأب بعد الموت، فكان المقصود هو استحقاق الميراث [لا]⁽⁵⁾ النسب والإسلام⁽⁶⁾.

مسألة: ادعى رجل نسب زوجين، وأقام البينة وقضى به وفرق بينهما، ثم رجع الشهود لا يصح رجوعهما، ولم يضمننا شيئاً ولا يطؤها الزوج؛ لأنهما لم يتلغا ماليتهما⁽⁷⁾ بشهادتهما؛ لأن ماليتهما قد تلفت بالإعتاق من المولى قبل شهادتهما، وإنما أثبتنا النسب عليهما للمدعي، وأتلفا ملك النكاح على الزوج، والنسب والنكاح ليسا بمال وقد قضى القاضي بالحرمة بينهما فلا يقربها، كما لو شهدا عليه بالطلاق بزورٍ لا يقربها، فكذا هذا.

(1) في ف: ويضمنون، وهو الصواب .

(2) في ف: سبباً، وهو الصواب .

(3) المبسوط للسرخسي 17/17 .

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) البحر الرائق 131/7 ، وحاشية ابن عابدين 247/7 .

(7) في ف: ماليتهما .

مسألة: صبيّة في يد رجل ادعى أنها أمته فشهدا أنه أقر أنها ابنته⁽¹⁾ فقضى القاضي به، ثم رجعا ضمنا قيمتها؛ لأن مالية الأمة إنما تلفت بشهادتهما بغير عوض، فإن ماتت عن مالٍ حل له أخذه؛ لأنه كسب أمته أو كسب ابنته فيملكه بالإرث أو بملك اليمين⁽²⁾.

مسألة: عبد صغير وأمة في يد رجل، فشهد شاهدان أنه⁽³⁾ ابنه، وشهد آخران أنه أعتق هذه الأمة وتزوجها على [ألف]⁽⁴⁾ وهو يجحد كله، فقضى ثم مات عن ابنين آخرين فقضى للمرأة بالمهر، وقسم الميراث ثم رجعوا فشهود الابن يضمنون قيمته للوارث⁽⁵⁾ إلا نصيب الابن منها، وبضمن شهود الأمة قيمتها إلا ميراث الأمة منها، ولا يضمنون غير ذلك إلا أن يكون المهر أكثر من مهر مثلها، فيضمنون [الفضل]⁽⁶⁾ إلا ميراثها منه؛ لأن القضاء بالنكاح وبالنسب بشهادة الزور ينفذ باطناً عند أبي حنيفة فيثبت [النكاح والنسب، فصارت قيمتها ميراثاً لهما فترفع حصتهما]⁽⁷⁾ من قيمتهما عن الشهود؛ لأنهما يصدقانهم في الشهادة يكذبانهم في الرجوع، فبقي القضاء ما ضمنا على حاله في حقهما، والشهادة بالنكاح وجدت حالة الحياة، وذلك لا يوجب استحقاق الميراث في الحال، فلا يكون استحقاق الميراث مضافاً إلى شهادتهم، حتى لو شهدوا بذلك بعد الموت يضمنون جميع القيمة للورثة⁽⁸⁾.

مسألة: مات عن عبيدين وأمة ومال، فالمسألة على قسمين:

(1) في ف: أمته.

(2) المبسوط للسرخسي 186/16، الفتاوى الهندية 546/3.

(3) في ف: أقر أبنه.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: للورثة.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) المبسوط للسرخسي 17/17، المحيط البرهاني 565/8، الفتاوى الهندية 547/3.

أحدهما: لو شهد شاهدان أن فلاناً أخوه ووارثه لا وارث له غيره فقضي له بالمال والعبدان والأمة، ثم شهد آخران أن أحد العبدان بعينه ابن للميت⁽¹⁾ فأعطي له الميراث كله، ثم شهد آخران أن العبد الثاني ابن الميت⁽²⁾ فقضي به أيضاً، فُسم المال بينهما نصفين، ثم شهد آخران أن الميت أعتق هذه الأمة وتزوجها في صحته فقضي به، وجعلت وراثته ثم رجع شاهداً الابن [الأول]⁽³⁾ ضمنا قيمته بين الابن الآخر والمرأة أثماناً، وكذلك لو لم يرجع شاهداً الابن الثاني ضمنا قيمته بين الابن الأول وبين المرأة أثماناً، ويضمنان ميراثه تماماً لأخيه دون المرأة؛ لأنهما أتلفا قيمته⁽⁴⁾ لأخيه والمرأة، وأتلف ميراثه لأخيه لا للمرأة؛ لأن حقها ثمن جميع المال، وقد استوفت ثمنها من جميع المال، وإنما صار⁽⁵⁾ متلفين للميراث؛ لأن الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة باستحقاق الميراث مقصوداً⁽⁶⁾.

ولو لم يرجعوا ورجع شاهداً المرأة ضمنا قيمتها وميراثها بين الابنين؛ لأنهما بالرجوع زعما أنهما أتلفا الأمة، وميراثها على الابنين وقد صدقهما الابنان في ذلك، وهذا إذا كذب بعضهم بعضاً، وأما إذا صدق بعضهم بعضاً في كونه وارثاً فلا يضمنان / لأحد [861و] شيئاً؛ لأنه يكذبهما في الرجوع، والمقر له متى كذب المقر في إقراره لم يلزمه شيء⁽⁷⁾.

وأما القسم الثاني: لو شهد على ذلك كله شاهدان، يُنظر: إن شهدا على كلاً متعاقباً ثم رجعا عن الشهادات كلها كان الضمان عليهما كذلك، وسواء رجعا معاً أو متعاقباً؛ لأن أصل الشهادة كان مختلفاً بعضهم قبل بعض، فصار كأن الشهود فرّق

(1) في ف: الميت.

(2) في ف: للميت.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: قيمتهما.

(5) في ف: صار.

(6) المبسوط للسرخسي 26/17، الفتاوى الهندية 547/3.

(7) المبسوط للسرخسي 26/17، والمحيط البرهاني 591/8، والفتاوى الهندية 547/3.

مختلفة؛ لأن كل واحد منهم صار مشهوداً به ومشهوداً عليه؛ ولهذا لم تنتقض هذه الشهادة بتكذيبهم.

وإن شهدا على ذلك كله معاً وبعضهم يكذب [بعضاً]⁽¹⁾ ثم رجعا، ضمنا ثمن الميراث من المال، وقيمتها للابن نصفين؛ لأن الفرق المختلفة بمنزلة الواحدة⁽²⁾ فيما بين الابنين والمرأة؛ لأن كل واحد منهم مشهود به ومشهود عليه، وتكذيب المشهود عليه الشهود؛ لا تبطل⁽³⁾ الشهادة وبضمنان من قيمة كل⁽⁴⁾ ابن لصاحبه سبعة أسهم من ثمانية، ثمانية، والثمن للمرأة، وكذلك لو رجعا عن الشهادة متعاقباً⁽⁵⁾.

مسألة: رجل له جاريتان ، لكل واحدة ولدٌ ولدته في ملكه، فشهد شاهدان لأحد الولدين أنه ادعاه وهو ينكر، وآخران لآخر بمثله، ففضي بالبنوة وأمومية الولد لهما ثم رجعا فلا يخلو: أما إن كانت الشهادة والرجوع حال حياة الولد، أو الشهادة حال حياته والرجوع بعد وفاته، أو كلاهما بعد وفاته، فإن كان كلاهما حال حياته ضمن كل شاهد قيمة الولد الذي شهد به ونقصان أمية⁽⁶⁾ أم الولد؛ لأنه أتلف على المشهود عليه ملكه في الولد المشهود به، ويمكن⁽⁷⁾ نقصاناً في أمه بسبب الاستيلاء، فإذا غرّه أو استهلكه الأب ثم مات لا وارث [له]⁽⁸⁾ غيرها، وكل واحد من الابنين يجحد صاحبه ، ضمن كل شاهدين للولد الآخر نصف قيمة أم الولد الذي شهد به؛ لأنهما أتلفا على الميت ملكه فيها؛ لأنها عتقت بعد موته بسبب شهادته ، فصارا ضامنين قيمتهما للميت، إلا أنهما ضمنا نقصان الاستيلاء للميت وأدياه إليه فلا يضمنان مرة أخرى، وإنما يضمنان الباقي،

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) في ف: الواحد.

(3) في ف: ولأنه لا تبطل.

(4) في ف: قيمة كل واحد.

(5) الفتاوى الهندية 547/3.

(6) في ف: قيمة أمية.

(7) في ف: يمكن.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

والباقي أم الولد، ويرجع شهدا كل ولد في ميراثه الذي ورثه بجميع ما أخذ منهم الولد في حياته؛ لأن كل ولد يزعم أنهما صادقان في الشهادة، وما أخذ الأب منهما أخذه بغير حق، وصار ذلك ديناً على الأب ، والولد الآخر يكذبه، وأحد الوارثين إذا أقر بدين [على الميت]⁽¹⁾ وكذبه الآخر، فإنه يستوفى ذلك من نصيبه خاصةً، والشاهد بالرجوع وإن كان يكذبه فيما أقر للشاهد، والإقرار يبطل تكذيب المقر له، إلا أن الإقرار بالمال هاهنا ما ثبت مقصوداً، وإنما ثبت ضمناً للنسب، والنسب لا يبطل بالتكذيب ، فكذلك ما ثبت ضمناً له، وصار كمن قال: اشتريت هذا العبد من فلان وكذبه [البائع]⁽²⁾ ، كان للبائع أن يصدقه بعد ذلك، ويأخذ الثمن؛ لأن الشراء مما لا يبطل بتكذيب البائع ، فكذلك الإقرار بالثمن ضمناً له⁽³⁾.

وإن كانت الشهادة حال حياة الولد والرجوع بعد وفاته ، ضمن كل شاهدين لمن لم يشهد له نصف قيمة الولد المشهود به، ونصف أمه غير أم الولد، ولم يضمنا الميراث؛ لأنهما لم يضمنا نقصان الاستيلاء للولد؛ لعدم رجوعهما حال حياته⁽⁴⁾.

وإن كان كلاهما بعد موته وله أخ لأب وأم⁽⁵⁾ ضمن كل فريق للذي لم يشهدوا له؛ له؛ لأنهما رقيقان بعد موت المولى؛ لأن الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة على استحقاق المال فأضيف التلف إلى شهادتهما، فضمنا الميراث أيضاً، ولم يضمنا للأخ شيئاً؛ لأن المقر له صار مستحقاً بشهادة غيرهما أيضاً بقضاء القاضي، فصار الشاهد مكذباً شرعاً بالقضاء، والإقرار إذا اتصل به تكذيب القاضي يبطل، وكذلك لو كان الشهود شاهدين شهدا بذلك كله والولدان صغيران، ثم كبر الولدان فصدق كل واحد منهما فيما شهد له به

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) المبسوط للسرخسي 27/17، الفتاوى الهندية 547/3.

(4) المبسوط للسرخسي 27/17.

(5) في ف: وأما أخ الأب وأم.

وكذبهما في الشهادة لأخيه ثم رجعا، فالحكم كما إذا ثبت نسب كل واحد بشهادة شاهدين؛ لأن الفرق وإن كان متحداً فالشهادة مختلفة بصيرورة كل واحد مشهوداً عليه⁽¹⁾.

ولو كان الولدان كبيرين [فشهدا أن المولى]⁽²⁾ قال في كلمة: هذا وابني من هاتين الجاريتين، وادعى ذلك الولدان وقضي بذلك ثم رجعا، فإن كانت الشهادة والرجوع حال حياة الولد ضمنا للوالد قيمة الولدين ونقصان [قيمة]⁽³⁾ الأمتين؛ لأنهما أزالا ملكه في الولدين، ومكنا نقصاناً في الجاريتين بسبب الاستيلاء، فإن أخذ ذلك منهما ثم مات الولد ولا وارث له غيرهما أخذاً من تركته جميع ما ضمنا؛ لأن الولدين زعما أنهما صادقان في الشهادة كاذبان في الرجوع، وما أخذه الأب أخذه بغير حق، وصار ذلك ديناً في تركته، ولم يضمننا للولدين شيئاً؛ لأن كل واحد صدق صاحبه في أنه ابن الميت؛ لأنهما ادعيا أن الأب ادعاهما بكلمة واحدة، ومتى صدق/ كل واحد صاحبه في ذلك فقد كذب الشاهدين فيما أقرا لهما من الضمان، فبطل إقرارهما⁽⁴⁾.

[862ظ]

ولو شهدا حال حياته ورجعا بعد موته لم يضمننا؛ لأنهما بالرجوع يقران لكل واحد [من الولدين]⁽⁵⁾ بقيمة صاحبه؛ إلا أن كل واحد منهما يكذبهما، فبطل إقرارهما⁽⁶⁾.
ولو شهدا ورجعا بعد موته عن أخ وهو وارثه ضمنا للأخ قيمة الولدين والأمتين، والميراث كله لما بيننا⁽⁷⁾.

المنتقى: ذكر عيسى بن أبان⁽¹⁾ في نوادره: رجل مات وترك أخاً لأبيه⁽²⁾ لا يعلم له وارثاً غيره، فادعى رجل أنه أخوه لأبيه وأمه، وأقام شاهدين أنه أخوه لأبيه، وشاهدين

(1) المحيط البرهاني 568/8، والفتاوى الهندية 547/3.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(4) المحيط البرهاني 569/8، والفتاوى الهندية 548/3.

(5) ما بين معكوفين سقط من : ف.

(6) الفتاوى الهندية 548/3.

(7) الفتاوى الهندية 548/3.

آخرين أنه أخوه لأمه، ففضى القاضي بأنه أخ لأب وأم فأعطاه جميع الميراث، ثم رجع الشهود كلهم ضمن شاهداً أخ لأب ثلثي الميراث، والآخران ثلثه؛ لأنه استحق بشهادة الأولين نصف الميراث فهو عليهما، واستحق بشهادة الآخرين سدس الميراث فهو عليهما، والثلث [الباقى استحق بشهادة الفريقين جميعاً]⁽³⁾ فهو عليهما نصفان؛ لاستوائهما في الإلتاف⁽⁴⁾.

ولو شهد شاهدان أنه أخ لأب، ففضى القاضي به فأعطاه [نصف المال، ثم شهد آخراً أنه أخ لأب ففضى به وأعطاه النصف الباقي]⁽⁵⁾، ثم رجعوا عن شهادتهم ضمن كل فريق نصف المال؛ لأنه لما اتصل القضاء بشهادته فقد أنف خاصة ما شهد به⁽⁶⁾.

ولو شهد شاهدان أنه أخ لأم ففضى به وأخذ سدس المال، ثم شهد آخراً أنه أخ لأب ففضى به وأخذ باقى المال، وشهدوا معاً وقضى بشهادتهم متعاقباً ثم رجعوا ضمن كل فريق ما قضى بشهادتهم أولاً، وكذلك الوصية على هذا المثل⁽⁷⁾.

مسألة: رجل مات وترك أخاً حراً مسلماً، وترك ابناً مملوكاً ذمياً، فادعى الابن أنه قد كان أسلم وأعتق قبل موت أبيه، وأقام شاهدين على العتق، وشاهدين آخرين على الإسلام، ففضى القاضي بذلك معاً، وجعل الميراث له، ثم رجع الشهود جميعاً فالضمان على الفريقين نصفان.

(1) عيسى بن أبان بن صدقة، فقيه العراق، يكنى: أبو موسى، قاضٍ من كبار فقهاء الحنفية، كان سريعاً بإنفاذ الحكم، صحب محمد بن الحسن الشيباني وتفقه على يديه، ولي القضاء بالبصرة عشر سنين، وتوفي بها سنة: 221هـ، له كتب منها: إثبات القياس، واجتهاد الرأي، والجامع في الفقه، والحجة الصغيرة، ترجمته في: سير أعلام النبلاء: 440/10، الفوائد البهية: 15/1، الأعلام للزركلي: 100/5

(2) في ف: أخاه بأبيه.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) المحيط الدرهماني 571/8.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) المحيط الدرهماني 574/8.

(7) المبسوط للسرخسي 552/3، الفتاوى الهندية 549/3.

ولو أقام شاهدي العتق أولاً، ثم أقام شاهدي الإسلام، ثم رجعوا فالضمان كله على شاهدي الإسلام؛ لأن استحقاق الميراث بشهادتهما خاصة.

مسألة: رجل مات وترك أخوين لأم، وأخاً لأب، وادعى رجل أنه أخوه لأبيه وأمه، وشهد له شاهدان أنه أخ لأب وشاهدان أنه أخ لأم، وأخذ الثلثين من الأخ لأب، ثم رجعوا، ضمن شاهداً أنه أخ لأب ثلاثة أرباع ما أخذه، والآخران رُبُعَهُ؛ لأنه استحق بشهادة [الأولين]⁽¹⁾ نصف ما أخذه، واستحق النصف الآخر بشهادة الفريقين⁽²⁾.

ولو ترك أخاً لأب، وأخاً لأم، ثم ادعى رجل أنه أخوه لأبيه وأمه، وأقام البينة كما وصفنا، وأخذ خمسة أسداس الميراث من الأخ لأب ثم رجع الشهود ضمن شاهداً أنه أخ لأب ثلاثة أسداس [الميراث من الأخ لأب]⁽³⁾ المأخوذ، وربع سدسه، وثلاثة أرباع سدسه⁽⁴⁾، والباقي عليهما؛ لأنه استحق بشهادة الأولين نصف المال فهو عليهما، وذلك سدسان ونصف، واستحق بشهادة الآخرين سدس المال وهو عليهما، وبقي سدس ونصف استحقه بشهادة الفريقين فهو عليهما⁽⁵⁾.

الجامع: أصله: أن المشهود به متى كان مستحقاً بشهادة غيره لم يضمن الشاهد الراجع؛ لأن التلف⁽⁶⁾ لا ينضاف إلى شهادته، وإذا لم يكن مستحقاً بشهادة غيره يضمن المشهود به؛ لأن تلفه انضاف إلى شهادته.

مسألة: رجل مات عن وديعة ألفٍ عند رجل مقر بها، أقام رجل شاهدين أنه عمه لأبيه وأمه لا يعلمان له وارثاً غيره، ففضي به [له]⁽⁷⁾، ثم أقام الآخر البينة أنه أخ الميت

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) المحيط البرهاني 574/8، والفتاوى الهندية 551/3.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: وربع سدسه وضمن الأخوين سدسه وثلاثة أرباع سدسه.

(5) الفتاوى الهندية 551/3.

(6) في ف: الثلث.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

لأبيه وأمه فإنه يقضى به، ويسترد المال من العم ويُدفع إليه؛ لأن هذه البيينة قامت على الخصم وهو العم؛ لأن المال في يده وهو يزعم أنه له، وينكر كونه أماً فينتصب خصماً، فإن أقام الآخر البيينة أنه ابن الميت لا يعلمان له وارثاً غيره يقض له ويرده الأخ على الابن، فإن رجعوا جميعاً ضمن [شهود] (1) الابن للأخ، ولا يضمن شهود الأخ للعم؛ لأن شاهدي الابن بشهادتهما أزالا ملك الأخ؛ لأن زوال ملك [الأخ] (2) غير مستحق عليه بشهادة غيرهما، فكان مضافاً إلى شهادتهما [لا غير] (3)، وزوال ملك العم مستحق بشهادة بشهادة شاهدي الابن وشاهدي الأخ، فكان ملكه زائلاً بشهادة أربعة نفر وقد بقي اثنان على الشهادة؛ لأن رجوع غيرهما يعمل في حق الغير لا في حقهما، فصارا كأنهما قائمان على الشهادة في حق شاهدي العم، فلم يصر التلف مضافاً إلى شهادتهما وشهود العم لا يضمنان للمودع وإن أزالا يده؛ لأن زوال يد المودع مستحق بشهادة شاهدي الأخ والابن؛ لأنه (4) لولا شهادتهما للعم لا يستحق زوال اليد/ بشهادة الأخ والابن، فكانت يد المودع [862و] زائلةً بشهادة ستة نفر، وقد بقي أربعة على الشهادة، وكذلك لو جاؤوا جميعاً وشهدوا جملة، قيل: ينبغي ألا يقضى بشهادة العم والأخ؛ لأنه ليس بخصم ووارث مع الابن.

قلنا: إنما يصيران محجوبين بالابن بعد القضاء بالنسب للابن، فأما قبل القضاء

فتصح دعواهما [النسب] (5) والوراثة وإقامتهما البيينة (6).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: ولأنه. وهو الصواب.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) الفتاوى الهندية 3/551.

باب: الرجوع عن الشهادة على الوصية

المبسوط: ادعى رجل أن فلانا الميت أوصى بالثلث من كل شيء، وأقام البينة ثم قضي (1) [فرجعوا] (2) ضمنوا جميع الثلث؛ لأنهما أزالا الثلث عن ملك الورثة، وكذلك لو شهدوا أنه أوصى له بالثلث في حياة الميت فلم يختصموا حتى مات فالموصى له لا يملك إثبات الوصية على الموصي في حياته، ولا على الورثة (3)؛ لأنه ليس بخصم (4).

قلنا: الشهادة إنما تصير موجبةً عند القضاء، فإذا وجد القضاء بعد الموت فكأنهما شهدا ابتداءً بالوصية بعد الموت فكانت مسموعة؛ لأنها قامت على خصم وهو الورثة قيل: [له] (5) أن الموصي يملك فسخ الوصية؛ لأنه جاحد (6) للوصية، والجحود ممن ممن يملك الفسخ يكون فسخاً (7).

قلنا: في جحود الموصي هل يكون فسخاً، روايتان: في رواية الوصايا يكون فسخاً وفي رواية الجامع لا يكون فسخاً، وكانت المسألة مبنية على رواية الجامع (8).

مسألة: شهدوا بعد موته أنه أوصى بهذه الجارية لفلان تخرج من ثلثه، فقضى له بها، فوطئها فولدت منه أو من غيره ثم رجعوا، ضمنوا قيمتها يوم قضي بها، ولا يضمنون العُقر (9) ولا قيمة الولد؛ لأن العقراء إنما تجب بدلاً عن استيفاء منافع البضع، وهي ملحقة ملحقة بالإجزاء، فدخلت في زوال (10) القيمة كسائر أجزائها، وأما الولد فلم يوجد منهما

(1) في ف: فقضى.

(2) في ف: ثم رجعوا.

(3) في ف: الوارث.

(4) المبسوط للسرخسي 18/17، الفتاوى الهندية 552/3.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: وهو جاحد.

(7) المبسوط للسرخسي 18/17، المحيط البرهاني 596/8،

(8) حاشية ابن عابدين 193/7.

(9) العُقر: هو مهر المرأة إذا وطئت على شبهة. الصحاح، عقر 484/1، لسان العرب، عقر 591/4.

(10) في ف: ضمان. ولعلها الصواب.

إزالة الملك واليد فيه بإتلاف الأم ، إنما منعا حدوثه في يده، فلم يضمن كما في الغصب⁽¹⁾.

وإن اختلف الشاهدان والورثة في قيمتها ينظر: إن كانت الجارية ميتة فالقول قول الشاهد؛ لأن الورثة يدعون عليه زيادة ضمان [وهو ينكر]⁽²⁾، وإن كانت قائمة فإنه بحكم الحال، فالقول قول من يشهد له الحال، فإن كانت قيمتها ألفين فالقول للورثة، وإن كانت ألفاً فللشاهد؛ لأن القيمة قائمة للحال ولم يوجد ما يسقطها فالظاهر دوامها وبقاؤها على ما كانت، والحال قد يدل على الماضي كالأجير والمستأجر إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه⁽³⁾.

ولو أقام الورثة البينة، أو الشاهدان أقاما البينة يؤخذ بها؛ لأن تحكيم الحال لا عبرة به متى قامت البينة بخلافه⁽⁴⁾.

الجامع: مات عن ثلاثة آلاف وابن، فشهد رجلان أن الميت أوصى لهذا الرجل بثلاث⁽⁵⁾، وآخران لآخر بمثله ، والابن جاحد، والموصى لهم بعضهم يقر⁽⁶⁾ وبعضهم [ينكر]⁽⁷⁾، فقاضى القاضي بالثلاث بينهم ثم رجعوا لم يضمنوا للابن شيئاً، فرق بين هذا وبين رجل في يده عبد فشهد شاهدان بأنه ملك هذا وقضى له، ثم شهد آخران بمثله على المقضى عليه فقضى به، ثم شهد آخران بمثله على الثالث فقضى به ، ثم رجعوا، ضمن كل فريق للمشهود عليه قيمة العبد⁽⁸⁾.

(1) المحيط البرهاني 596/8، والفتاوى الهندية 552/3.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) المحيط البرهاني 596/8، والفتاوى الهندية 552/3.

(4) الفتاوى الهندية 552/3.

(5) في ف: بثلاث ماله.

(6) في ف: يجحد.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) الفتاوى الهندية 552/3.

والفرق: أن في الأولى الابن مقضياً عليه بشهادة كل فريق؛ لأن كل واحد يدعي تلقي الملك من جهة الميت، فصار الميت مقضياً عليه أيضاً⁽¹⁾، وكل فريق يقول للوارث: الثالث ما أزيل عن ملكك بشهادتنا لا غير، وإنما أزيل بشهادة كل الفرق؛ لأننا لو لم نشهد [أصلاً]⁽²⁾ يصير الثالث زائلاً عن ملكك، فلم يصير التلّف مضافاً إلى شهادة كل فريق، وضمن كل فريق للباقيين ثلث الثلث بينهما نصفان؛ لأنهما أزالا عن ملكه ذلك القدر، وفي الثالثة كل واحد صار مقضياً عليه بشهادة الفريق الواحد؛ لأن القضاء بملك مرسل على إنسان يكون مقصوراً عليه، فيستحق الملك على كل واحد منهم بانفراده؛ لاحتمال تجدد الملك واستيفائه⁽³⁾ في حق كل واحد بانفراده، فيكون زوال الملك مضافاً إلى شهادة كل فريق، فيتعدد المتلف والإتلاف، فيتعدد الضمان.

مسألة: مات وترك عبيدين قيمة كل واحد ألف، وثلث ماله ألف، فشهد شاهدان

أنه أوصى لهذا الرجل بهذا العبد وقضي به، وشهد آخران أنه أوصى بهذا العبد الآخر لآخر، فالقاضي يرد نصف العبد الأول إلى الورثة ويقضي بنصف العبد الآخر للثاني، [863ظ] فإن رجع الشهود لم يضمنوا للوارث شيئاً؛ لأن شاهدي الأول إن أخرجوا⁽⁴⁾ العبد الأول وأزالا عن ملك الوارث فالفرق الثاني بشهادتهما أعاد العبد إلى يد الوارث، فيببر الأولان عن الضمان، كالمغصوب إذا وصل إلى يد المالك من جهة غير الغاصب يبرأ عن الضمان، وشاهدي الثاني إن أخرجوا العبد الثاني عن ملك الوارث فقد أدخلوا العبد الأول في ملكه؛ فإن الوصية لا تزيد عن الثلث، فكان الإخراج منوطاً بالإدخال، فكان إتلافاً بعوض يعادله، ويضمن كل فريق للموصى له الآخر نصف عبده؛ لأنه أتلف عليه نصف عبده بغير عوض⁽⁵⁾.

(1) في ف: فصار الميت مقضياً عليه، والوارث يدعي تلقي الملك من جهة الميت، وصار مقضياً .

(2) في ف: ولم نشهد أصلاً .

(3) في ف: استئنافه. ولعله الصواب.

(4) في ف: أخرج.

(5) المحيط البرهاني 602/8، والفتاوى الهندية 553/3.

ولو خرج العبدان من الثلث ضمن الفريق الثاني قيمة العبد الأول للموصى له الأول، وضمنا قيمة العبد الثاني للوارث أيضاً؛ لأنهما أتلفاه بغير عوض⁽¹⁾.

ولو كان الثلث ألفاً وخمسمائة وقيمة كل عبد ألف ضمنوا للموصى له الأول قيمة العبد الأول كاملة، ويضمنون للورثة نصف قيمة العبد الثاني؛ لأن النصف من العبد الأول لا يصلح عوضاً عن الثاني؛ لأنهما يقدران على إخراج نصف العبد الثاني من ملك الوارث من غير إدخال شيء من العبد الأول في ملكه؛ لأن ذلك يخرج من ثلث ماله، والنصف الآخر يصلح عوضاً؛ لأنهما لا يقدران عن إخراج عن ملك الوارث إلا بإدخال نصف العبد الأول في ملكه، فقد أتلفا نصفه بغير عوض و نصفه بعوض⁽²⁾.

ولو كان الثلث ألفين وقيمة العبد الأول ألف، وقيمة الثاني ألفان ضمن الآخران للموصى له قيمة عبده، ويضمنان للوارث نصف عبده؛ لأن النصف [الثاني]⁽³⁾ يخرج من ثلث ماله؛ لأن ثلث ماله ألفان، ونصفه لا يخرج، فكان نصفه عوضاً ونصفه لا، فقد أتلفا العبد الثاني نصفه بعوض ونصفه بغير عوض⁽⁴⁾.

مسألة: عبد في يد رجل ، شهد شاهدان أنه وهبه لرجل وسلمه إليه، وشهد آخران بمثله لآخر فقضي بينهما، ثم رجعا ضمنوا للواهب قيمة العبد كل فريق نصفها، ولا يضمنان للموهوب له؛ بخلاف الموصيين؛ لأن الوصية بعد الوصية صحيحة، فيكون العبد زائلاً عن ملك الوارث بشهادة كل فريق، فلكل فريق أن يدفع الضمان عن نفسه فيقول: العبد زال عن ملكك بشهادة الفريق الثاني لا بشهادتنا، فأما الهبة بعد الهبة فغير صحيحة⁽⁵⁾، فلا يكون العبد زائلاً عن ملكه بشهادة كل فريق ، بل اعتبر زائلاً بشهادة الكل⁽⁶⁾.

(1) المحيط البرهاني 604/8.

(2) المصدر نفسه .

(3) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(4) المحيط البرهاني 605/8.

(5) في ف: فغير مقبولة.

(6) المحيط البرهاني 562/8.

مسألة: مات وترك عبداً وقيمته ألف لا مال له غيره، وأوصى بعنقه، فشهد شاهدان من ورثته لرجل على الميت بدين خمسمائة لم تقبل، وإن شهدا بدين ألف تقبل؛ لأن الدين متى لم يستغرق قيمة العبد يجزان بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً؛ لأنهما يثبتان حق البيع لأنفسهما؛ لأنه متى ثبت الدين يباع العبد بالدين، وقبل ثبوته لا يباع؛ لأنه ثبت حق العتق للعبد بقدر الثلث، وفي البيع منفعة [لهما]⁽¹⁾؛ لأنه متى بيع العبد بالدين بطلت الوصية، فإذا قضي للغريم خمسمائة يبقى⁽²⁾ لهما خمسمائة، ومتى استغرق الدين بقيمة العبد لا يسلم لهما من ثمنه شيء، فلم يجزا بشهادتهما⁽³⁾ مغنماً، فلم يكن فيهما⁽⁴⁾ متهماً⁽⁵⁾.

وإن كان العبد وصية لرجل والمسألة بحالها قبلت في الحالتين؛ لأن حق البيع كان ثابتاً لهما قبل شهادتهما، فإنه كان لهما أن يسعياه بدينهما، ومتى قبلت شهادتهما ينتقل حق البيع ويتحول إلى القاضي، فيجران إلى أنفسهما ضرراً لا مغنماً⁽⁶⁾.

ولو شهدا بالوصية بالثلث لواحدٍ فقضي له به، فشهد آخران أنه رجع عن هذه الوصية، فأوصى بالثلث لهذا فقضي له، واسترد من الأول، ثم شهد آخران أنه رجع عن هذه الوصية وأوصى بالثلث لهذا [فقضي به]⁽⁷⁾، واسترد من الأوسط، ثم رجعا جميعاً ضمن الآخران للأوسط كل الثلث، وضمن الأوسطان للأول نصف الثلث، ولا يضمن الأولان شيئاً؛ لأن الآخرين أتلفا على الأوسط جميع الثلث بغير عوض؛ لأنه لولا شهادتهما للأصغر وإلا لسلم جميع الثلث للأوسط، والأوسطان أتلفا على الأول نصف

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: يقبل.

(3) في ف: فلم تجر الشهادة.

(4) في ف: فلا يكون فيها.

(5) المحيط البرهاني 534/8.

(6) المحيط البرهاني 534/8.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

الثالث بغير عوض؛ لأنه لولا شهادتهما للأوسط وإلا لكان الثالث للأكبر والأصغر نصفين؛ لأن بينة الأصغر أثبتت الوصية له، ولم تثبت رجوع الوصي عن وصية الأكبر، وبينة الأكبر لم تشهد على الأوسط والأصغر [بشيء⁽¹⁾]، وإنما شهدت على الوارث، ولم يضمننا للوارث كما قلنا⁽²⁾.

فصل: أصله: أن الوصيتين متى كانتا تخرجان من الثالث [لا تكون/ الأولى] ⁽³⁾ [863و]

عوضاً عن الثانية؛ لأنهما يقدران على إخراج [الملك من] ⁽⁴⁾ العبد وإزالته عن ملك الوارث الوارث من غير إدخال العبد الأول في ملكه، فلم يكن الإخراج منوطاً بالإدخال، فكان إتلافاً متعرياً عن العوض فانتهض موجباً للضمان، ومتى كانت الثانية لا تخرج من الثالث كان العبد الأول عوضاً عن الثاني؛ لأنهما لا يقدران على إخراج الثاني عن ملك الوارث إلا بإدخال الأول في ملكه، وكان الإخراج منوطاً بالإدخال غير منفكين في الحال، فكان الأول عوضاً عن الثاني فكان إتلافاً بعوض، وإن كان بعض الثاني يخرج من الثالث دون البعض بقدر ما يخرج لا يصلح عوضاً، ويقدر ما لا يخرج [لا] ⁽⁵⁾ يصلح عوضاً⁽⁶⁾.

مسألة: رجل مات عن ثلاثة أعبُدٍ قيمتهم سواء، فشهد شاهدان أنه أوصى بهذا

العبد لهذا وقضي له، ثم شهد آخران بالرجوع عنه وبالوصية لهذا⁽⁷⁾ العبد [الآخر] ⁽⁸⁾ لهذا لهذا وقضي له، ثم شهد آخران أنه أوصى بهذا العبد الثالث لثالث، ورجع عن الثاني وقضي به، ثم رجعوا فلا ضمان على شهود الأول لأحد، ويضمن شهود الثاني نصف

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽²⁾ الفتاوى الهندية 552/3.

⁽³⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف. وهو الصواب.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁶⁾ المحيط البرهاني 604/8.

⁽⁷⁾ في ف: بهذا. وهو الصواب.

⁽⁸⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

قيمة العبد الأول، ويضمن شهود الثاني للثالث⁽¹⁾ قيمة عبده، ولا ضمان للوارث على أحدٍ فهذه والأولى سواء⁽²⁾.

ولو شهدوا جملةً بما ذكرنا وعُدّلوا جملةً قضي بالثالث؛ لأنه ثبت الرجوع عن الوصية الأولى⁽³⁾ والأوسط بالبينة العادلة قبل القضاء لهما، فاستحق الثالث الثلث جملةً، فإن رجعوا بعد ذلك ضمن شهود الوارث للثالث⁽⁴⁾؛ لأنهما أتفا عليه الثلث بغير عوض، ولا شيء على شهود الأول والثاني؛ لأنه لم يتصل القضاء بشهادتهم، فلم تصر شهادتهم متصلة فلم تصر متلفةً، فإن أراد الأول يُضمّن شهود الثالث يقيم البينة عليهم بالوصية فيضمنهم ثم يرجع الشهود على الورثة، وإذا أراد الأول تضمين شهود الثاني يقيم البينة على الوصية فيقضى له عليهما بنصف قيمة العبد الأول⁽⁵⁾.

مسألة: رجل أوصى بثلث ماله لرجل ودفع إليه، فشهد شاهدان أنه رجع عن وصيته له فقضي بالثلث للوارث، ودفع إليه مرتين مرةً للورثة ومرةً للموصى له الأول⁽⁶⁾، بخلاف ما لو شهدا بالرجوع والوصية للثاني معاً والمسألة بحالها ضمنا ثلثاً واحداً للموصى له⁽⁷⁾.

والفرق: أن في الأولى أتفا الثلث مرتين [مرة]⁽⁸⁾ على الموصى له الأول؛ لأنهما لأنهما أقرّا أن الوصية الأولى كانت حقاً، وأن الثلث كان للموصى له الأول، إلى ملك

(1) في ف: شهود الثالث للثاني.

(2) المحيط البرهاني 434/8 ، الفتاوى الهندية 553/3.

(3) في ف: الأول.

(4) في ف: شهود الثالث للوارث.

(5) المحيط البرهاني 434/8.

(6) جاء في الفتاوى الهندية 553/3: قضي به للورثة ، ثم شهد هذان أنه أوصى بالثلث لأخر ، وقضي به، ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثلث مرتين ، مرةً للورثة ومرةً للموصى له الأول. وهذا هو الصواب ، لأن المعنى لا يستقيم إلا بهذه العبارة ، بل هكذا ورد في المحيط البرهاني 600/8.

(7) المصدر نفسه .

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

الوارث⁽¹⁾، فهما بشهادتهما بالوصية للثاني أتلفا الثلث على الوارث، وفي الثانية القضاء بالرجوع والوصية وجدا معاً، فلا يمكن للقاضي أن يقضي بعود الثلث إلى ملك الوارث مع قيام ما يمنع القضاء بالملك له، وهو قيام البينة على الوصية للثاني.

ولو شهدا بالرجوع عن الأولى والوصية للثاني معاً، وقضى ثم رجعا عن وصية الثاني، فالقاضي يسألهما عن شهادتهما عن الرجوع⁽²⁾ [لهما ثابتان عليهما أم لا؟]، فإن ثبتا على شهادتهما بالرجوع ضمنا الثلث للوارث؛⁽³⁾ لأنهما زعما أن الثلث للوارث فهما بشهادتهما للثاني أتلفا الثلث على الوارث، فإن رجعا بعد ذلك عن الرجوع ضمناً ثلثاً آخر للموصى له الأول؛ لأنهما رجعا عن شهادتهما بالرجوع بعدما ضمنهما القاضي للورثة، فقد أقر بالضمان على أنفسهما للموصى له الأول؛ وعلى الوارث ثبوت ولاية الاسترداد لما دفعا من الثلث إليه، فيصدقان على نفسيهما، ولا يصدقان على غيرهما، وإن لم يثبتا على الشهادة بالرجوع ضمناً الثلث للموصى له الأول، ولا يضمنان للوارث شيئاً، وإن لم يجيزا⁽⁴⁾ أمر الشهادة بالرجوع ولم يجرهما على البيان؛ لأن البيان غير مستحق عليهما؛ لأنه لا حق لغيره قبلهما، وقضى للوارث عليهما بالثلث؛ لأنهما أتلفا عليه ذلك بالشهادة بالوصية للثاني.

مسألة: مات وترك عبيدين كل واحد يساوي ألفاً، وثلث ماله ألف، فشهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد لهذا، وشهد آخران أنه رجع عن وصية الأول⁽⁵⁾، وأوصى بهذا العبد العبد لآخر ثم رجعوا، فلا ضمان على الشهود [للورثة]⁽⁶⁾؛ لأنه عاد عين هذا العبد إلى

(1) في ف: للموصى له الأول مرة للوارث؛ لأنهما لما شهدا بالرجوع عن الوصية الأولى وقضى القاضي بشهادتهما، ونقل الثلث من ملك الموصى له الأول إلى ملك الوارث.

(2) في ف: عن الرجوع ضمناً الثلث للوارث.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: يجزا.

(5) في ف: للأول.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

ملك الورثة فيبراً عن الضمان، ويضمن شهود الثاني للأول قيمة العبد؛ لأنهما أخرجوا العبد الأول عن ملكه بغير عوض⁽¹⁾.

فإن كان الثلث مثل قيمة العبدین والمسألة بحالها ضمن الآخران للوارث قيمة عبدٍ شهدوا به؛ لأنهما أزالا العبد الثاني عن ملك الورثة بغير عوض؛ لأن الوصيتين جميعاً يخرجان من الثلث، فلم يكن إخراج الثاني منوطاً بإدخال الأول، فلا يصلح العبد الأول عوضاً عن الثاني، ويضمن شهود الثاني/ للأول قيمة العبد⁽²⁾.

[864ظ]

وإن كان يبلغ ألفاً وخمسمائة والمسألة بحالها ضمنوا للموصى له الأول قيمة عبده كاملة لما بيّنّا، ويضمنون [نصف]⁽³⁾ قيمة العبد الآخر؛ لأنهما أزالا العبد الآخر عن ملك الورثة لكن نصفه بعوض ونصفه بغير عوض؛ لأن النصف من العبد الأول يصلح عوضاً عن الثاني؛ لأنهما لا يقدران على إخراج كل العبد الثاني عن جميع⁽⁴⁾ الورثة إلا بإدخال نصف العبد الأول في ملكهم؛ لأن الوصية لا تخرج إلا من جميع أحدهما ونصف الآخر⁽⁵⁾.

ولو كان الثلث ألفين، والعبد الأول يساوي ألفاً والثاني ألفين والمسألة بحالها ضمن الآخران للموصى له الأول قيمة عبده، ويضمنان للوارث قيمة نصف عبده؛ لأنهما أتلفا نصفه بغير عوض؛ لأن العبد الأول كله صار عوضاً عن نصف العبد الآخر، فكان هذا إتلافاً لنصف⁽⁶⁾ الثاني بعوضٍ ونصفه بغير عوض. والله أعلم بالصواب⁽⁷⁾.

(1) المحيط البرهاني 602/8 ، الفتاوى الهندية 553/3.

(2) المحيط البرهاني 602/8 .

(3) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(4) في ف: عن ملك.

(5) المحيط البرهاني 602/8 .

(6) في ف: لنصف العبد.

(7) المحيط البرهاني 602/8 .

باب: الرجوع عن الشهادة على الشهادة

المبسوط: وإذا شهد شاهدان على شهادة أربعة، وشاهدان على شهادة شاهدين بحق ففضي به ثم رجعوا، فعلى شاهدي الأربعة ثلث الضمان، وعلى الآخرين الثلث عند أبي يوسف، وقال محمد: على الفريقين نصفان؛ لأن الفروع بدل عن الأصول، وحال البديل لا يجوز (...)(1) على حال الأصل، ولو كان هذان الفرعان أصليين ثم رجعا مع الآخرين (2) فكان (3) الضمان نصفين، فكذا هذا(4).

لأبي يوسف أن التلف مضاف إلى الفروع؛ لأن الشهادة صدرت منهم على اختيار، والأصل في الفعل الصادر عن قادر مختارٍ أن يقتصر عليه، ولا ينضاف ولا يستند إلى غيره إلا في حالة الأخبار، وكان الفرع مباشرين للتلف والضرار، فوجب قسمة الضمان على عددهم، والفروع ستة في الحكم والاعتبار؛ لأن الثابت بشهادة اثنين على شهادة أربعة حكماً فيجب الضمان أثلاثاً، ولو شهد أربعة على شهادة شاهدين ضمنوا النصف(5).

مسألة: شهد الفرعان ففضى ثم رجع الأصلان والفرعان، فالضمان على الفرعين عندهما، وقال محمد: إن شاء ضمّن الأولين وإن شاء ضمّن الآخرين. ولو رجع الأولان دون الآخرين لم يضمنا عندهما، وقال محمد: هما ضامنان، فإن قالوا: لم نشهد الآخرين لم يضمنا.

لمحمد: أنه تصدى من كل واحد سبب التلف من الفروع وهو أداء الشهادة حقيقة، ومن الأصول هو نقل الفروع شهادة الأصول، فإن نقل(6) شهادة الأصول تثبت بإشهاد

(1) كلمة غير مقروءة في النسختين.

(2) في ف: عن الآخرين.

(3) في ف: لكان. وهو الصواب.

(4) المبسوط للسرخسي 19/17، البحر الرائق 137/7.

(5) المحيط الدرهماني 576/8.

(6) في ف: ناقل.

الأصول وأداء⁽¹⁾ الفروع، وهم مضطرون ملجأون⁽²⁾ من جهة الأصول في الأداء بعد الشهادة⁽³⁾، فإنهم لو امتنعوا من الأداء أثموا ، فاعتبر الأداء محالاً ومضافاً إلى الأصول حكماً⁽⁴⁾.

لهما: أن سبب التلف نقل شهادة الأصل، والأصول مسببون لهذا النقل، والفروع مباشرون له؛ لأنه تخلل بين نقل شهادة الأصول وبين أداء الفروع فعل فاعل مختار، وهو أداء الفروع الصادر منهم عن اختيار لا عن اضطرار، ولحوق المأثم لا يسلب الاختيار، ولا يصير الفرع آلة في النقل للأصل؛ لأن الإنسان لا يصير آلة للغير في التكلم؛ لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فبقي فعل الفروع مقصوراً عليهم، والمسبب مع المباشر إذا اجتمعا فالضمان على المباشر، كالدافع مع الحافر، ولو رجع الأصول دون الفروع لم يضمنوا؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته جميع الحق ، وهو شهادة الفروع⁽⁵⁾.

الجامع: شهدا على شهادة شاهدين لرجل آخر بألفٍ، وشهد آخران على شهادة واحدٍ عليه بألف، فقصي بشهادتهم ثم رجع أحد الذين شهدا على شهادة الشاهدين، وأخذ بشهادة اللذين شهدا على شهادة واحدٍ فعليهما ثلاثة أثمان الحق، تُمنان على الأول، وتُمن على الآخر؛ لأن الأولين أثبتا كل المال؛ لأنهما قاما مقام الشاهدين الأصليين، وآخران أثبتا نصف المال؛ لأنهما قاما مقام شاهد واحد ، فبقي ببقاء أحد الأولين على الشهادة نصف المال، ويبقى أحد الآخرين ربع المال، إلا أن هذا الربع شائع في النصفين في النصف الباقي والنصف الساقط؛ لأن النصف/ الثابت بشهادة الآخرين شائع في الكل، فيكون كل ربع أثبته أحدهما شائعاً في النصفين أيضاً، فصار الثُّمن منه داخلاً في النصف الباقي، والباقي نصف المال وتُمنه، وذلك خمسة أثمان المال، فظهر أن التالف

(1) في ف: وبأداء.

(2) في ف: مُلحون. ولعلها الصواب.

(3) في ف: الإشهاد.

(4) المحيط الدرهماني 575/8 ، وتبيين الحقائق 252/4 .

(5) المحيط الدرهماني 575/8 . .

برجوعهما ثلاثة أثمان المال⁽¹⁾، فيكون على الراجعين أثلاثاً؛ لأن الثابت بشهادة أحدهما ضعفُ الثابت بشهادة أحد الآخرين، فيكون عليه مثل ما على أحد الآخرين⁽²⁾.

ولو لم يرجع إلا واحد من الفريق الأول ضمن الربع؛ لأنه بقي ببقاء أحد الأولين نصف المال، وبقي ببقاء الآخرين نصف المال، إلا أن هذا النصف شائع في الكل في النصف الباقي والساقط، وكان الربع داخلاً في النصف الباقي والربع الساقط، وكان الباقي ثلاثة أرباع المال فيضمن الرابع ربعه⁽³⁾.

ولو رجع بعد هذا الفريق الآخر كلهم ضمنوا⁽⁴⁾ ربعاً؛ لأن التالف برجعهم نصف المال⁽⁵⁾ نصفه على الأول المنفرد ونصفه على الآخرين؛ لأن أحد الأولين أثبت بشهادته مثل ما أثبته الآخران بشهادتهما⁽⁶⁾.

ولو شهد كل فريق على شهادة شاهدين، ورجع واحد من هذا وواحد من ذلك ضمنا ثُمْنين ونصف، وذكر في المبسوط النصف وهذا جواز القياس⁽⁷⁾، والمذكور في الجامع جواز الاستحسان⁽⁸⁾.

وجه القياس: أن المال ثبت بشهادة الأربع، فإذا رجع كل واحد⁽⁹⁾ من كل فريق يبقى ببقاء القائمين الثابتين على الشهادة نصف الحق؛ لأنه بقي شطر الحجة، وكان الذهاب والتالف برجعهما نصف الحق.

(1) في ف: الحق.

(2) البحر الرائق 138/7.

(3) البحر الرائق 138/7.

(4) في ف: ضمنا.

(5) في ف: نصف المال وكان على الراجعين نصف المال.

(6) البحر الرائق 138/7.

(7) في ف: الاستحسان.

(8) البحر الرائق 138/7، وحاشية ابن عابدين 261/7.

(9) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإذا رجع واحد.

وجه الاستحسان: أنه لو رجع ثلاثة وبقي واحد يبقى ببقائه نصف الحق؛ لأنه شهد على شهادة اثنين فكان شرط الحجة، فبعزل⁽¹⁾ هذا النصف بقي النصف الآخر ثابتاً⁽²⁾ بشهادة القائم الآخر وبشهادة الراجعين، فكان الثابت بشهادة القائم نصف هذا النصف وهو ربع الكل؛ لأنه شهد على شهادة اثنين، [والشهادة على شهادة اثنين]⁽³⁾ شرط الحجة؛ لأنه لو انضم إليها مثلها وجب القضاء بها، والشهادة على شهادة الواحد لو انضم إليها مثلها لا يجب القضاء.

ولو شهد بشهادة نفسه ثبت نصف هذا النصف، فإذا شهد على شهادة واحد يثبت ربع هذا النصف، فربع هذا النصف ثبت بشهادته بيقين، والزيادة على الربع تثبت بشهادته في حال دون حال فيتتصّف، فصار الثابت بشهادة هذا القائم ربع هذا النصف ونصف ريعه، وذلك ثمن [ونصف ثمن]⁽⁴⁾ الكل، فيُضم ذلك إلى النصف المعزول، فظهر أن القائم بشهادة الثابتين خمسة أثمان المال ونصف ثمنه⁽⁵⁾، والتالف يرجوع الراجعين ثمان ونصف ثمنه⁽⁶⁾.

(1) في ف: فيعزل.

(2) في ف: ثبت.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: ثمنيه.

(6) المحيط الدرهماني 576/8.

باب: الرجوع عن الشهادة في القصاص

المبسوط: شهدا بالقصاص ثم رجعا بعد القتل والقطع ضمنا الدية⁽¹⁾ نفساً، أو دية في مالهم في ثلاث سنين في النفس، وفي سنتين فيما دونها؛ لأنهما تسببا لإتلاف⁽²⁾ نفس معصومة متقومة؛ لأنهما أسقطا عصمة المحل، وأوجبا إهدار الدم بواسطة اتصال القضاء بشهادتهما، ولو رجعا قبل القتل لم يضمنوا؛ لأن الإتلاف لم يتحقق⁽³⁾.

الجامع: أصله: أنه متى [ظهر كذب الشاهدين في المشهود به يضمن، لأنه ظهر أنه أزال المشهود به عن ملكه بغير عوض، والإتلاف بغير عوض حق⁽⁴⁾] موجب للضمان، وإنما يظهر كذبه بيقين بأن جاء المشهود بقتله حياً، أو ما⁽⁵⁾ يقوم مقام اليقين، كالبيئة العادلة أو رجوعه عن الشهادة⁽⁶⁾.

مسألة: ولو شهدا على رجل أنه قتل ولي هذا خطأ، وقبض كل الدية بقضاء ثم رجع المشهود بقتله حياً، فإن شاء العاقلة رجعا على الولي بالدية، وإن شاءوا على الشهود؛ لأنه تعدى⁽⁷⁾ من كل واحد منهما الإتلاف من الولي حساً وعياناً، وهو قبض مال الغير بغير حق، ومن الشاهد تسبباً وحكماً، وهو إلقاء القاضي إلى القضاء بإزالة المال عن ملك المقضي عليه، وأنه إتلاف معنى واعتباراً، كما لو أكره رجل على أن يهب ماله فوهبه وهلك في يد القابض/ كان للمكره الخيار إن شاء ضمن القابض، وإن شاء [865ظ]

ضمن المكره، فكذا هذا، فإن ضمنوا الشهود رجعا على الولي بالضمان وقد هلك

(1) الدية: هو المال الذي يعطى لولي الدم بدلاً عن النفس. ينظر: المصباح المنير: مادة: ودى، 654/2، والمغرب، مادة: ودى، 347/2.

(2) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: في إتلاف.

(3) الجوهرة النيرة 2/239، مجمع الضمانات 1/360.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: بما.

(6) البحر الرائق 7/130، وحاشية ابن عابدين 6/571.

(7) في ف: تصدى.

المضمون في يد الولي⁽¹⁾ فصار كالغاصب الأول، وإن ضمنوا الولي لم يرجع على أحد؛ لأنه سلم للولي بدل ما هو فلم يبق عليه غرم معني، فصار بمنزلة غاصب الغاصب⁽²⁾.

مسألة: ولو شهدا بقتل وليه عمداً فقتل المشهود عليه، ثم جاء المشهود بقتله حياً فورثة المقتول بالخيار إن شاءوا أخذوا الدية من الولي؛ لأنه قتله بغير حق وقد سقط عنه القصاص للشبهة فتلزمه الدية، وإن شاءوا أخذوها من الشهود؛ لأنهم أزالوا ملك المشهود عليه عن نفسه وأبطلوا حقن دمه، ولا يرجع الشهود على الولي عند أبي حنيفة، وعندهما يرجعون⁽³⁾.

لهما: أن الولي بالقتل أكد على الشاهد ضمناً⁽⁴⁾ على شرف السقوط والزوال؛ لأنه لأنه متى ظهر المشهود بقتله حياً ظهر أنه كان بالشهادة أبطل حقن دمه وأهدر عصمة نفسه، فكان متلفاً لدمه فاستند الضمان إليه، والولي بالقتل أكده على الشهادة فإنه لو لم يقتله لا يجب الضمان على الشاهد⁽⁵⁾.

له: أنه لا يجوز أن يرجع على الولي باعتبار أنه ملك المضمون؛ لأن المضمون دم وأنه لا يملك بالضمان؛ لأنه ليس بمالٍ، ولا يجوز أن يرجع باعتبار أنه أكد عليه ضمناً؛ لأنه حين قتل الولي لم يكن الضمان واجباً على الشاهد؛ لأنه إنما يضمن إذا ظهر المشهود بقتله حياً، وحين قتل الولي كانت شهادة قائمة غير منفسخة منتقضة، فلم يكن للولي⁽⁶⁾ بقتله مؤكداً مقررراً⁽⁷⁾ للضمان على الشاهد⁽⁸⁾.

(1) في ف: المولى.

(2) المحيط البرهاني 582/8، مجمع الضمانات 263/1.

(3) المحيط البرهاني 582/8.

(4) في ف: ضمناً.

(5) المحيط البرهاني 583/8.

(6) في ف: الولي. ولعله الصواب.

(7) في ف: معتمداً.

(8) المحيط البرهاني 583/8.

ولو شهدوا على إقرار القاتل بالقتل والمسألة بحالها فلا ضمان على الشهود؛ لأن كذب الشهود لم يظهر؛ إذ ليس من ضرورة حياته عدم الإقرار من القاتل، وكذلك لو كانوا شهود فروع⁽¹⁾.

مسألة: ولو شهدوا بنكاح امرأة بألفٍ وقضي به، ثم تبين أن الرجل أبوها من الرضاعة ردت [المرأة]⁽²⁾ المهر، ولا ضمان على الشهود؛ لأنه لم يظهر كذبهما؛ لجواز أن النكاح قد كان⁽³⁾، وإنما جاء التقصير من القاضي حيث لم يتفحص عن حال الزوج، وكذلك⁽⁴⁾ لو تبين أن الشاهدين عبدان لا ضمان عليهما⁽⁵⁾.

وكذلك لو شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها بألف فقضي به ودفعت الألف، ثم قامت بينة أنه طلقها ثلاثاً قبل شهادتهما فلا ضمان عليهما⁽⁶⁾.

وكذلك لو شهدا على رجل أن فلاناً أقرضه ألف درهم، ثم أقام المدعي عليه البينة أنه أبرأه ضمن الشاهدان؛ لأنه ظهر كذبهما بالشهادة بالبراءة، لأن ضرورة البراءة قبل الشهادة ألا يكون عليه قرض وقت الشهادة، فصار كمجيء المشهود⁽⁷⁾ بقتله حياً بخلاف الفصل الأول؛ لأنه ليس من ضرورة البراءة قبل الشهادة ألا يكون القرض حقاً له، فإذا ضمنا رجعا على المدعي؛ لأنه ظهر أن المدعي أخذ ما هو مملوك لهم، ولو شهدوا في الماضي لا يضمنان⁽⁸⁾.

(1) المحيط البرهاني 583/8.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: كان قائماً.

(4) في ف: ولذلك.

(5) البحر الرائق 135/7، ومجمع الضمانات 363/1، وحاشية ابن عابدين 256/7.

(6) مجمع الضمانات 363/1، وحاشية ابن عابدين 256/7.

(7) في ف: الشهود.

(8) البحر الرائق 129/7، ومجمع الضمانات 363/1.

باب: الرجوع عن الشهادة على العفو والصلح عن دم العمد

المبسوط: شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمنا، وعند الشافعي⁽¹⁾:
يضمنان الدية، والصحيح قولنا؛ لأن القصاص ليس بمال؛ لأن المال غير الآدمي، خلق لمصالح الآدمي [إلا]⁽²⁾ إذا ضرب عليه الرق والعبودية جزاءً على كفره، وإتلاف ما ليس بمالٍ لا يجوز أن يضمن بالمال؛ لما فيه من إجحاف لا انتصاف⁽³⁾.

مسألة: شهدا على العفو عن دم فيه مال أو جرح عمدٍ فيه مال، ثم رجعا ضمنا الدية وأرش الجراحة في ثلاث سنين أو سنة؛ لأنهما بشهادتهما أتلفا مالاً وهو الدية والأرش مؤجلاً فيضمنان كذلك⁽⁴⁾.

مسألة: شهدا أنه صالح من دم عمدٍ على ألف ثم رجعا، لم يضمنا أيهما كان المنكر للصلح، وقيل: إذا كان القاتل منكراً يجب أن يضمنا له الألف؛ لأنهما أوجبا عليه ألفاً بغير عوض؛ لأن القصاص لم يسلم للقاتل بشهادتهما، بل كان سالماً له قبل شهادتهما بإقرار الطالب بالعفو، كشاهدي الخلع على المرأة إذا رجعا ضمنا للمرأة بدل الخلع، والجواب عنه أن القاتل متى أنكر أصلاً فمن زعمه أن القصاص إنما سلم له بشهادتهما، فإنه زعم أن القصاص لم يكن سالماً له؛ لأن العفو والصلح/ لم يكن صادراً [865و] من الطالب، وإنما سلم له بقضاء القاضي، والقضاء وجب بشهادتهما، [فصار القصاص سالماً بشهادتهما]⁽⁵⁾ في زعم القاتل، فصار عوضاً عما أوجب عليه، بخلاف الخلع؛ لأن المرأة بعد ارتفاع ملك النكاح استفادت ملك منفعة البضع بملك الرقبة لا بالشهادة، فأما

(1) قلت : ذهب المالكية إلى أنه لو شهدا بالعفو، ففضى القاضي بذلك ثم رجعا فيغرمان الدية. ينظر: النوادر والزيادات 524/8، والحاوي الكبير 259/7.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) المبسوط للشيباني 517/4.

(4) البحر الرائق 137/7، وحاشية ابن عابدين 260/7.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

القاتل نفسه صارت مملوكة للطالب في حق الاستيفاء، وبالصلح يملكها من جهة الطالب
فصلح عوضاً عن المال⁽¹⁾.

ولو شهدا أنه صالحه على عشرين ألفاً والقاتل يجحد، فقضي ثم رجعا ضمنا
الفضل على الدية؛ لأنه عري إتلافه عن عوض.

مسألة: قال الطالب: عليه ألف⁽²⁾، وقال الخصم: بل عليه خمسمائة، فالقول
للمدعى عليه مع يمينه؛ لأنه منكر [للزيادة]⁽³⁾، فإن أقام الطالب بينة على ألفٍ فقضي ثم
رجعا ضمنا الخمسمائة الواجبة بشهادتهما⁽⁴⁾؛ لأن التالف بشهادتهم هذا القدر⁽⁵⁾.

(1) بدائع الصنائع 286/6، البحر الرائق 137/7.

(2) في ف: ألف درهم.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من ف.

(4) في ف: بشهادتهم.

(5) البحر الرائق 137/7، وحاشية ابن عابدين 260/7.

باب: الرجوع عن الشهادة في القتل بعد قطع طرف القاتل

الجامع: أصله: أن استيفاء القصاص وإمضاءه ملحق بالقضاء، حتى أن كل عارض يمنع القضاء يمنع الاستيفاء والإمضاء؛ لأن ملك القصاص ملك ضروري ثبت مع قيام المنافي وهو الحرية؛ لأنها منافية دافعة لاستيلاء الغير ومملكه الحر؛ لأنها منبئة⁽¹⁾ عن الصفاء والخلوص، فلا يتحقق الصفاء والخلوص إلا بانتفاء ملك الغير وسلطته عنه، فلا يظهر ملك القصاص إلا عند الاستيفاء؛ [استبقاءً]⁽²⁾ للنفوس المحترمة [صوناً]⁽³⁾ والدماء المحقونة⁽⁴⁾.

مسألة: ثلاثة شهدوا بالقتل عمداً، فقضى للولي بالقود، فقطع يده ثم رجع [واحد]⁽⁵⁾ منهم فالقود على حاله؛ لأن رجوع الواحد من الثلاثة قبل القضاء لا يمنع القضاء، [فلا يمنع الإمضاء بعد القضاء]⁽⁶⁾، فإن قتله⁽⁷⁾ الولي ثم رجع آخر فلا ضمان ضمان على الولي؛ لأن رجوع الشاهد لا يعمل في حق المشهود [له]⁽⁸⁾ وهو الولي، ويضمن الراجع الأول ربع الدية لليد⁽⁹⁾ في ماله، ثلثا ذلك في السنة الأولى، وثلثها⁽¹⁰⁾ في السنة الثانية؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته نصف حق اليد، وإنما أتلّف⁽¹¹⁾ بشهادة الراجعين نصفها، فيكون على كل واحد منهما ربع دية اليد ويجب في ماله؛ لأنه يجب باعترافه، وتلف النفس مضاف إلى شهادة الباقيين؛ لأنه حين قتل كان راجعاً عن شهادته

(1) في ف: مبنية.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف. ولعله الصواب.

(4) بدائع الصنائع 167/7.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) في ف: قَيْلَهُ. ولعله الصواب.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) في ف: اليد.

(10) في ف: ثلثيها.

(11) في ف: والتلف.

فلا يغرم من دية النفس شيئاً، ويضمن الراجع الثاني نصف دية النفس في ماله في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه؛ لأن التالف بشهادته نصف النفس؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته النصف، فإن رجع الآخر مع ذلك غرم نصف دية النفس في ثلاث سنين، ويضمن الراجع الأول فضل ما بين رُبع دية اليد إلى ثلثها؛ لأن اليد إنما استوفيت بشهادة ثلاثة نفر، فكانت الدية عليهم أثلاثاً، فظهر في [حق] (1) الآخرة أن الواجب على الراجع الأول ثلث دية اليد، وصار هذا كثلاثة نفر قطعوا يد رجل خطأً، ثم قتله اثنان قبل براء اليد، فعلى غير القاتل ثلث دية اليد، وعلى القاتلين دية النفس يدخل في ذلك دية اليد، فكذا هذا.

فإن وُجد شاهد (2) الثالثِ عبداً كانت دية اليد كاملة على الأول والثاني، [و] (3) دية [و] (3) دية النفس على عاقلة الأول في ثلاث سنين؛ لأنه لما ظهر أن الثالث كان عبداً ظهر أن القضاء حصل بشهادتهما (4)، فظهر أن القضاء بالقصاص وقع خطأً؛ لأنه قضي بشهادة الفرد؛ لأن الأول كان راجعاً حين قتله، والاستيفاء من القضاء، فلم يبق عند الإمضاء إلا شاهدٌ واحدٌ، والقضاء بشهادة الفرد يكون خطأً، فكذلك الإمضاء، ومن قتل إنساناً بقضاءٍ خطأً كان ضامناً؛ لأن القاضي متى أخطأ في قضائه كان قرار الضمان على المقضي له (5).

مسألة: ثلاثة شهدوا بالقتل العمد فقضي فقطع الولي يده، ثم رجع واحد فقطع رجله، ثم رجع آخر بطل القود على عامة الروايات؛ لأن رجوع اثنين من الثلاثة يمنع القضاء فيمنع الإمضاء، ثم لا يخلو: إما إن برئ من الجراحتين (6) أو مات، فإن برئ فعلى الأول ربع دية اليد؛ لأنه تلف بشهادة الراجعين نصف الدية؛ لأنه بقي من يقوم

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) في ف: والشاهد.

(3) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(4) في ف: حصل بشهادتهما فصارت اليد تالفة بشهادتهما.

(5) الفتاوى الهندية 3/555.

(6) في ف: الجراحين.

بشهادته نصف الدية، وعلى الثاني ربع دية اليد ونصف أرش الرّجل؛ لأنه حين استوفى الرّجلَ كان الأول راجعاً عن شهادته، فلم يتصل تلف الرجل بشهادته، وإنما تلف بشهادة الآخرين، فكان التلف/ بشهادة الراجع نصف الرجل⁽¹⁾.

[866ظ]

وإن كان الثالث عبداً كانت دية الرّجل على الولي، فإن مات منهما⁽²⁾ والثالث عبداً فعلى الراجعين نصف دية النفس، ونصفها على عاقلة الولي؛ لأن النفس⁽³⁾ تلفت بالجنايتين بجناية الولي وبجناية الشاهدين، والشهادة جناية واحدة؛ لأن الشهادة إنما تتم علة⁽⁴⁾ التلف بهما لا بأحدهما، فصار الراجعين كشخص واحد، فإن رجع الثالث ولم يظهر أنه عبد فإن برئ منهما فأرش اليد عليهم أثلاثاً، وأرش الرجل على الثاني والثالث نصفان، وإن مات من ذلك كله فالدية عليهم أثلاثاً، فكان⁽⁵⁾ بمنزلة ما لو قطع ثلاثة نفر يد رجل، ثم قطع اثنان منهم رجله ومات من الجنايتين، فالدية عليهم أثلاثاً، فكذا هذا⁽⁶⁾.

(1) الفتاوى الهندية 555/3.

(2) في ف: بينهما.

(3) في ف: لأن التلف.

(4) في ف: عليه.

(5) في ف: وكان.

(6) الفتاوى الهندية 555/3.

باب: الرجوع عن الشهادة على الجناية والعتق

المبسوط: عبدٌ قيمته ألف شهد شاهدان أنه قتل ولي هذا الرجل خطأً، وجدد المولى فقضي بالجناية، فلم (...) (1) حتى شهد آخران أنه أعتقه، والمولى ينكر فقضي على المولى بالدية، ثم رجع الشهود معاً ضمن شهود الجناية ألفاً، وشهود العتق عشرة آلاف، ألفٌ قيمة العبد، وتسعة آلاف تمام الدية؛ لأن شاهدي الجناية أتلفا قدر الألف؛ لأن القاضي قضى بالجناية بشهادتهما، ووقت القضاء بالجناية كان عبداً رقيقاً، وموجب جناية العبد دفع الرقبة وقيمتها ألف (2).

وأما شاهدا العتق فلأن القاضي قضى بالإعتاق بشهادتهما، والإعتاق يزيل ملك الرقبة، وبدل على اختيار الفداء فقد أتلفا ملك الرقبة وقيمتها ألف، وأتلفا بدل النفس باختيار الفداء وذلك عشرة آلاف، إلا أن قدر الألف من بدل النفس غرم شاهد الجناية فلا يغرم (3) شاهد الإعتاق فبقي تسعة آلاف (4).

فإن شهدوا بالعتق أولاً وقضي به، ثم شهد شهود الجناية أنه قتل هذا الرجل قبل العتق، والمولى كان عالماً به فقضي به ثم رجعوا ضمن شهود العتق ألفاً، وشهود الجناية عشرة آلاف؛ لأن شاهدي الإعتاق ما أثبتا اختيار الفداء؛ لأن الجناية لم تكن ظاهرة وقت القضاء بالعتق، فكان (5) القضاء بالإعتاق لا بالاختيار، فصارا متلفين قيمة العبد لا الدية، الدية، في المسألة المتقدمة الجناية كانت ظاهرة عند القاضي وقت القضاء بالعتق، فوقع القضاء بالإعتاق بالاختيار، فصارا متلفين قيمة العبد والدية (6).

(1) كلمة غير مقروءة في النسختين ، ولكن ورد في المحيط البرهاني 579/8 ، ما نصه : ولم يخير المولى بين الدفع والفداء حتى شهد آخران .

(2) المحيط البرهاني 579/8 .

(3) في ف: ولا يغرم .

(4) المحيط البرهاني 580/8 .

(5) في ف: وكان .

(6) المصدر السابق .

وأما شاهد الجناية فقد أوجباً الدية؛ لأن الجناية وإن كانت سابقة على الإعتاق، ولكن القضاء بالجناية لاحقاً عن القضاء بالإعتاق، والعبرة بحالة القضاء شرعاً لا حالة⁽¹⁾ الجناية؛ لأن الشهادة إنما تصير حجةً عند اتصال القضاء بها، والقضاء بالجناية وقع بحالة⁽²⁾ حرية العبد، فيكون موجبها الدية، وفي الأولى القضاء بالجناية وقع حال رق العبد وكان موجبها استحقاق الرقبة⁽³⁾.

وإن زُكِّوا جملة⁽⁴⁾ وقضي بها جملة، فالجواب كما لو قضي بشهادة الجناية أولاً؛ لأن الشهود شهدوا بالجناية سابقاً على العتق في المسألتين، وإذا وجب القضاء بشهادتهم معاً⁽⁵⁾ وجب القضاء بالجناية سابقاً كما شهدوا به؛ لأن القضاء يجب على نهج الشهادة وسُنَّتْها⁽⁶⁾.

مسألة: ولو شهدوا أن عبده قتل ولي هذا الرجل أول من أمس وهو⁽⁷⁾ يعلم، وشهد آخران أنه قال أمس: إن دخل عبدي الدار فهو حر، وشهد آخران أنه دخل الدار اليوم وقضي بها ثم رجعوا ضمن شهود اليمين أرش الجناية، وضمن شهود الجناية ألف درهم ولا شيء على شهود الدخول؛ لأن شهود الدخول ما أثبتوا إيجاب⁽⁸⁾ العتق واختيار الفداء، وشهود اليمين أثبتوا صيغة إيجاب العتق، فصاروا مثبتين للعتق عند الشرط، فإذا قضي القاضي بالجناية والعتق معاً صار كأنه قضى بالجناية سابقاً وبالعتق لاحقاً؛ لأن الشهادة بالجناية وقعت سابقاً، ويمثله لو شهد شاهدان أنه قال لعبده: أمرك بيدك، وشهد

(1) في ف: لا بجهالة.

(2) في ف: حال.

(3) المحيط البرهاني 580/8.

(4) في ف: تركوا جميعاً.

(5) في ف: جميعاً.

(6) في ف: وسننتها.

(7) في ف: وهم.

(8) في ف: إثبات.

آخراً أنه أعتق نفسه ثم رجعوا ضمن شهود التفويض⁽¹⁾ [؛ لأن شهود التفويض]⁽²⁾ لم يثبتوا صيغة الإعتاق؛ لأن بالتفويض لا يعتق العبد ما لم يباشر الإعتاق/⁽³⁾.

مسألة: مرتدة ادعت على رجل أنك تزوجتني على ألفين وأنا مسلمة، ودخلت بي [وطلقتني]⁽⁴⁾، ثم ارتدت، وشهد شاهدان بالنكاح على ألفين، وشاهدان أنه دخل بها وطلقها وطلقها أمس وأنها ارتدت اليوم فقضي بشهادتهم معاً، أو قضي بشهادة النكاح قبل شهادة الدخول ثم رجعوا فلا ضمان على شهود النكاح، ويضمن شهود الدخول ألفين؛ لأن شهود النكاح ما أتلفوا شيئاً؛ لأن القاضي كلف الزوج بأداء شيء من المهر؛ لأنه قارنه المبرئ والمسقط للمهر عن الزوج، وهو ردة المرأة قبل الدخول بها، كما لو عاين القاضي نكاحها ثم عاين ردتها قبل ظهور الوجوب لا يقضى على الزوج [بالمهر]⁽⁵⁾؛ لقيام المسقط للحال، وكما لو أقام البينة على الدين، وأقام المديون البينة على الإبراء لا يقضى عليه بشيء، وشاهدا الدخول أوجبا المهر؛ لأنهما أوجبا الدخول، والردة بعد الدخول ليس بمسقط للمهر، فصارا متلفين على الزوج الألفين⁽⁶⁾.

ولو قضي بشهادة الدخول أولاً ثم رجعوا ضمن شهود الدخول مقدار مهر مثلها، وشهود النكاح الفضل الذي شهدوا به على مهر مثلها وهو ألف؛ لأن حال ما شهدوا بالدخول والطلاق لم يكن ثمة تسمية، فصار قاضياً لمهر⁽⁷⁾ المثل، فضمننا ذلك القدر بالرجوع، وحين قضي بالنكاح مع التسمية كان الدخول مقضياً به، وردة المرأة بعد الدخول

(1) في ف: الإعتاق.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) المحيط البرهاني 581/8 والفتاوى الهندية 556/3.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) المحيط البرهاني 553/8 والفتاوى الهندية 553/8.

(7) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: بمهر.

غير مسقط، فلم يقارن المسقط القضاء بالمهر وهنا يحصل القضاء بالمهر بشهادة شهود النكاح، فلم يضمنوا قدر مهر المثل، وضمنوا ما زاد عليه⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المحيط البرهاني 553/8 .

كتاب التزكية

التزكية مشروعة، والعدالة مشروطة في الشهادة المستورة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾⁽¹⁾، فقد شرط العدالة في الشهادة، والعدالة إنما تعرف بالامتحان والتجربة، أو بالسؤال والتعرف عن حاله عند اشتباهه واستتاره، وروي⁽²⁾ أن رجلين شهدا عند عمر - رضي الله عنه - فقال: إني لا أعرفكما، ولا يضركما إذا لم أعرفكما، فأتيا بمن يعرفكما، فجاءا برجل فقال عمر لذلك الرجل: هل تعرفهما؟ فقال: نعم، فقال: أكنت معهما في السفر الذي تتبين به جواهر الناس؟ فقال: لا، فقال: أكنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما؟ فقال: لا، فقال: أعاملتهما بالدرهم والدنانير؟ فقال: لا، فقال: يا ابن أخي إنك [إذا]⁽³⁾ لم تعرفهما⁽⁴⁾، "، فعمر لم يقض قبل السؤال؛ ولأن رجحان الصدق على الكذب في خبر من ليس بمعصوم عن الإفك إنما يعرف بالعدالة ظاهراً، لأن العدالة عبارة عن الانزجار والاجتناب عن الفسق والأباطيل، والاستقامة على حدود الدين، والعدالة لا تعرف إلا بما ذكرنا⁽⁵⁾.

(1) سورة الطلاق، الآية: (2).

(2) في ف: وقد روي.

(3) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(4) أخرجه البيهقي في الكبرى: كتاب أدب القاضي: باب: من يرجع إليه في السؤال يجب أن تكون معرفته باطنة متقدمة، 125/10، والعقيلي في الضعفاء الكبير: في ترجمة الفضل بن زياد، 454/3، وقال: الفضل بن زياد عن شيبان لا يعرف إلا بهذا وفيه نظر.

(5) المبسوط للسرخسي 177/16.

باب: معرفة العدالة

للعدالة شرائط منها: أن يكون ملازماً للجماعة محافظاً عليها؛ لأن المخلص إنما يميز من المنافق بالمحافظة والمواظبة على الجماعات، وكذلك العدل من الفاسق⁽¹⁾.

ومنها: أن يكون معروفاً بصحة الملازمة⁽²⁾ في الدينار والدرهم؛ لأن ترداد الرجل وصيانتة وورعه وديانته إنما يعرف بصحة معاملته؛ لقول عمر - رضي الله عنه -: "لا يضرنكم طنطنة"⁽³⁾ الرجل في صلاته، انظروا إلى حاله عند درهمه وديناره"⁽⁴⁾.

ومنها: أن يكون مؤدياً للأمانات مجتنباً عن الغدر والخيانة⁽⁵⁾؛ لأن الشهادة عند⁽⁶⁾ الشاهد أمانة، فيُستدل [يأداء]⁽⁷⁾ سائر الأمانات على [أداء]⁽⁸⁾ هذه الأمانة على وجهها.

ومنها: أن يكون صدوق اللسان قليل اللغو والهذيان، حتى إذا اعتاد الكذب وتعود الهذي لا تقبل شهادته؛ لأنه [لا]⁽⁹⁾ يؤمن أن يكذب في الشهادة متى اعتاد الكذب في المقالة، فأما إذا كان يقع فيه أحياناً قبلت شهادته؛ لأنه لا يسلم أحد من الذنوب.

[867ظ]

(1) الاختيار 150/2.

(2) في ف: المعاملة. وهو الصواب.

(3) الطنطنة: كثرة الكلام والتصويت به، وقيل: هي الكلام الخفي. ينظر: تهذيب اللغة: مادة: طنن: 390/4، لسان العرب: مادة: طنن، 268/3.

(4) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما وقفت عليه بلفظ: "لا يضرنكم طنطنة الرجل بالليل. يعني صلاته. فإن الرجل من أدى الأمانة إلى من اتتمنه، من سلم المسلمون من لسانه ويده" أخرجه ابن أبي الدنيا في مكارم الأخلاق، رقم 269.

(5) في ف: الخيانات.

(6) في ف: عن.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

ومنها: ألا يكون معاقراً للنبذ ، يعني مداوماً له، وهو ألا يشرب مع الناس، وإن كان يشرب وحده في السر⁽¹⁾ لاستمرار الطعام لا تسقط عدالته؛ لأنه بهذا لا يصير تاركاً للمروءة فلا يميل إلى الكذب بل يستتكف عنه، مخافة ذهاب ماء وجهه، وعدم الإصغاء إلى قوله.

ومنها: ألا يلعب بشيء من الملاهي، وهذا ينظر: إن كانت مستشعة بين الناس كالمزامير، والطنابير لم تجز شهادته، وإن لم تكن مستشعة نحو الحداء⁽²⁾، وضرب القضيب جازت شهادتهم⁽³⁾ إلا أن⁽⁴⁾ يتفاحش بأن يرقصون معه فيدخل في حد المعاصي المعاصي والكبائر، فحينئذ تسقط العدالة⁽⁵⁾.

ومنها: ألا يكون قاذفاً للمحسّنات؛ لأن قاذف المحسّنات ملعون بالنص⁽⁶⁾، فمن فمن يكون ملعوناً في الدنيا والآخرة كيف يكون مقبول الشهادة؟!⁽⁷⁾.

والأمور التي تسقط بها العدالة كثيرة يطول تعدادها وإحصاؤها فلا بد من الفاصل بينها، واختلفوا فيه قيل: [أن]⁽⁸⁾ يكون مجتنباً عن الكبائر [كلها]⁽⁹⁾ ومحترزاً عما لا يحل في الشريعة غالباً، حتى لو لم يحترز عما لا يحل في الشريعة غالباً فليس يعدل⁽¹⁰⁾ وإن كان عامة أفعاله موافقةً للشريعة، ويكون حافظاً للمروءة فهو عدل وإلا فلا⁽¹¹⁾.

(1) في ف: الستر.

(2) الحداء : بضم المهملة هو سوق الأبل والغناء لها، وقيل: ما ينشد للإبل عند سوقها ، يقال : حدوت إبلي وحدوت بابلي، لسان العرب، حداً 54/1.

(3) في ف: شهادته. ولعله الصواب.

(4) في ف: إلا أن يكون.

(5) المحيط البرهاني 316/8، والبحر الرائق 88/7.

(6) فيه إشارة إلى قوله . تعالى . ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْسِنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ .

(7) بدائع الصنائع 269/6 ، والاختيار 150/2.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) في ف: بعذر.

(11) البحر الرائق 89/7.

وأحسن ما قيل فيه: أن يكون مجتنباً عن الكبائر كلها، ولا يكون مصراً على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطئه، وأن يعتاد الصدق ويجتنب الكذب ديانةً ومروءةً، وسئل محمد . رحمه الله .: مَن العدل؟ فقال: الذي لا تظهر (1) منه ريبةٌ، وقال: ومن شرب النبيذ ولعب بالشطرنج وهو متأول على وجه التدبير أقبل شهادته، ومن لم يؤد زكاة ماله ويحج (2) إن كان صالحاً تقبل شهادته؛ لأن الحج والزكاة ليس لهما وقت معين، وما كان له وقت مبين (3) فأخره عن وقته أقبل شهادته (4).

(1) في ف: لم تظهر .

(2) في ف: ولم يحج .

(3) في ف: معين . ولعله الصواب .

(4) شرح كتاب أدب القاضي 8/3، حاشية ابن عابدين 113/7.

باب: المسألة عن الشهود

التزكية نوعان: تزكية السر، وتزكية العلانية.

أما تزكية السر فينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود من هو أوثق الناس، وأورعهم [ديانة⁽¹⁾]، وأعظمهم وأكثرهم أمانة وخبرةً، وأعلمهم بالتمييز فطنةً فيوليه المسألة؛ لأن القاضي مأمور بالتفحص عن العدالة، فيجب عليه المبالغة والاحتياط فيها، [ثم يكتب في رقعة أسماء الشهود جملة، وأنسابهم، وحلاهم، وقبائلهم، ومحالهم، ومصلاهم، حتى لا تتمكن فيه الشبهة]⁽²⁾؛ لأنه يتوهم أن يتفق في تلك المحلة رجالان على ذلك الاسم والنسبة⁽³⁾، وينفذ تلك الرقعة على يد أمينه مختومةً إلى ذلك المزكي، ولا يطلع أحداً⁽⁴⁾ على ما في يد أمينه؛ حتى لا يعلم فيخدع بالرشوة⁽⁵⁾.

وذكر في المنتقى عن محمد: رجل شهد عند القاضي وهو على رأس خمسين فرسخاً من بلد القاضي، فبيعت أميناً بجعل ليسأل المعدل عن الشاهدين، والجعل على المدعي؛ لأن الأمين عامل له، ألا ترى أن الصحيفة التي يكتب فيها قضيتها⁽⁶⁾ على المدعي، ثم ينظر المزكي في ذلك ويتعرف أحوال الشهود ممن يعرف حالهم، فيسأل عنهم أهل الثقة والأمانة من جيرانهم، وأهل محلتهم، وإن لم يكن في جيرانهم من يصلح للمسألة عنهم من أهل الثقة يسأل عن⁽⁷⁾ أهل أسواقه؛ لأنهم أعرف بحاله، فإذا قال المسؤول عنه: عنه: هو عدل عندي جائز الشهادة كتب في آخر الرقعة بأنه عدل رضاً⁽⁸⁾ عندي جائز

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) في ف: الشبه.

(4) في ف: أحد.

(5) المحيط البرهاني 95/8، والاختيار 142/2.

(6) في ف: في قضيتها، والصواب قضيتها.

(7) هكذا وردت في النسختين، والصواب: عنه.

(8) في ف: مرضي.

الشهادة، وإذا⁽¹⁾ كان بخلاف ذلك كتب أنه غير عدل ولا مرضي، ورد تلك الرقعة إلى القاضي في السر⁽²⁾.

والعدد في المزكي، ورسول القاضي إلى المزكي، والمترجم على الشهادة ليس بشرط **عندهما**، [ولكن]⁽³⁾ الواحد يكفي، والاثنتان **أحوط**، قال **محمد**: شرط حتى لا تثبت العدالة بقول الواحد، ولا تجوز في تزكية السر في الزنى إلا أربعة، وكذلك الجرح يثبت بقول الواحد **عندنا**؛ خلافاً **لمحمد** أن في التزكية والتعديل معنى الشهادة؛ لأن الشهادة لا تصير حجة إلا بالعدالة، فيشترط فيها العدد كما في الشهادة؛ لأن لزيادة العدد أثراً في زيادة العلم، فيشترط فيه العدد؛ ليكون أبلغ وأكمل في إفادة العلم⁽⁴⁾.

لهما: أن هذا خبر/ وليس بشهادة؛ لأنه لا يوجب حقاً على الغير، فلا يشترط فيه [867و]

العدد، كخبر الواحد في باب الديانات والمعاملات؛ لأن خبر الواحد العدل يفيد العلم ظاهراً، والعلم ظاهراً⁽⁵⁾ يكفي لإثبات العدالة، ولهذا يجوز للقاضي أن يقضي إذا عرف عدالتهم، وفي الشهادة إنما شرط العدد نصاً لا قياساً، وإذا أتاه كتاب التعديل واحتاط القاضي، وأراد أن يسأل من غيره أيضاً يدفع إليه ربما يعتمد⁽⁶⁾ على قول الأول، ولا يبالغ في التفحص عن ذلك، فإذا أتى الثاني بمثل ما جاء به الأول فقد أنفذ ذلك⁽⁷⁾.

وأما تزكية العلانية: فقال **محمد** . [رحمه الله] .⁽⁸⁾: ويسأل في العلانية بعد التزكية التزكية في السر، وهو أن يحضر القاضي المزكي بعد ما زكى الشهود في السر أن يزيهم بين يدي القاضي، ويشير إليهم فيقول: هؤلاء عدول عندي؛ إزالةً للالتباس،

(1) في ف: وإن.

(2) الفتاوى الهندية 373/3.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) المحيط البرهاني 97/8، والفتاوى الهندية 373/3.

(5) في ف: بالظاهر.

(6) في ف: يسأل من غيره؛ لأنه متى أعلمه ربما يعتمد. ولعله الصواب.

(7) المحيط البرهاني 104/8، والفتاوى الهندية 530/3.

(8) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

واحترازاً عن التبديل والتزوير، واليوم وقع الاكتفاء بتزكية السر، لما في تزكية العلانية من بلاء وفتنة، وتعزير وخذعة؛ لأنه ربما يكون الشاهد فاسقاً فلا يخبر من يعرف حال الشاهد للمزكي أنه فاسق في العلانية، إما سترأ عليه، حتى لا يؤدي إلى الفضيحة، أو انقواء من شره؛ لأنه ربما يحمله ذلك على الضغينة والعداوة فيما بينهم⁽¹⁾.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أن العدد في تزكية [العلانية]⁽²⁾ شرط عند الكل؛ لأن هذه في معنى الشهادة [فإنها تختص بمجلس القاضي، وتزكية السر ليست في معنى الشهادة]⁽³⁾، ولهذا لم تشترط أهلية الشهادة لتزكية السر، وتشترط أهلية الشهادة لتزكية العلانية⁽⁴⁾.

ولو قال المزكي: لا أعلم منه إلا خيراً تقبل⁽⁵⁾ منه إذا كان عالماً، وإلا توقف⁽⁶⁾ توقف⁽⁶⁾ في ذلك⁽⁷⁾.

قال محمد: غريب نزل بين أظهر قوم ستة أشهر فلم يروا منه إلا خيراً جاز لهم أن يعدلوه؛ لأن حال الرجل في الفسق والعدالة يتبين لمضي ستة أشهر ظاهراً⁽⁸⁾.
وقال أبو يوسف آخراً: إذا مكث سنة ولم يعرفوا منه إلا خيراً جاز لهم أن يعدلوه؛ لأن الوقوف على حال الإنسان إنما يكون بالتجربة والامتحان، والمدة التي تصلح للتجربة والاختبار السنة الكاملة كما في العنين. والإصابة⁽⁹⁾.

(1) الاختيار 142/2، وتبيين الحقائق 211/4، والعناية 380/7.

(2) ما بين معوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معوفين ساقطة من الأصل.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 27/3.

(5) في ف: لم تقبل منه.

(6) في ف: ولا توقف.

(7) عيون المسائل 307/1، والبحر الرائق 64/7.

(8) شرح كتاب أدب القاضي 51/3، والبحر الرائق 65/7.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 52/3، والمحيط البرهاني 97/8.

ويقول المزكي في الشاهد المجروح: والله أعلم، ولا يزيد على هذا؛ لأن في ذكر فسقه هتك ستره عليه وقد أمرنا بالستر⁽¹⁾ على المسلم، ولا يقول القاضي للمدعي: جرح شهودك، ولكن يقول: زني في شهودك، أو يقول: لم يُحمد شهودك عندي؛ لأن هذا أقرب إلى الستر، ومتى عرف المزكي عدالته لا يمسك عن الإخبار بما فيه إذا كان القاضي عدلاً، فإن كان جائراً، أو جاهلاً، فلا بأس بأن يمسك عنه؛ لأنه إذا عدّله ربما يقضي بجور [وجهل]⁽²⁾، [وهتك ستر]⁽³⁾، وإن عرفه بفسق ومجانة⁽⁴⁾ إن عرف أنه لو لم يخبر⁽⁵⁾ القاضي بما فيه [خبره غيره]⁽⁶⁾ أمسك عن هتكه وإشاعته، وإن عرف أنه لو لم يخبر هو يعدّله غيره فيقضي به القاضي لا يسعه أن يمسك بل عليه أن يخبر القاضي بما فيه؛ لأنه ربما يؤدي إلى الخطأ، وصيانة القاضي عن الخطأ واجب⁽⁷⁾.

مسألة: رجلان عدلان، أو رجلٌ وامرأتان عدلاً رجلاً وسع للسامع أن يعدله إذا وقع في قلبه أن الأمر على ما قالوا إذا لم يقدم⁽⁸⁾ العهد⁽⁹⁾.

ولو ثبتت عدالة [الشهود]⁽¹⁰⁾ عند القاضي [وقضى بشهادتهم، ثم شهدوا عند القاضي]⁽¹¹⁾ في حادثة أخرى إن كان العهد قريباً لا يشتغل بتعديله، وإن كان بعيداً يشتغل به؛ لأن الظاهر من حال الإنسان ألا يتغير في زمان⁽¹²⁾ قريب، ويتغير في زمان

(1) في ف: الستر.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: جهالة.

(5) في ف: يجيز.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) عيون المسائل 223/1، وشرح كتاب أدب القاضي 27/3.

(8) في ف: يتقدم. وهو الصواب.

(9) شرح كتاب أدب القاضي 27/3.

(10) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(11) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(12) في ف: من حال. ولعله الصواب.

بعيد، وفي الحد الفاصل بينهما قولان⁽¹⁾: أحدهما: أنه مقدر بستة أشهر، والثاني: أنه موكول إلى رأي القاضي، فإن رأى أن يجدد التعديل يفعل، وإن رأى أن يكتفي بالأول [يعمل]⁽²⁾.

قال إسماعيل⁽³⁾ بن حماد ناقله **أبي حنيفة**: أربعة شهود لا يسأل عن عدالتهم: شاهدا ردّ الطينة، وشاهدا تعديل العلانية، وشاهدا الغربية، وشاهدا الأشخاص؛ لأن القاضي لو اشتغل [بتعديل]⁽⁴⁾ شهود⁽⁵⁾ الغربية، أو الأشخاص لا يقطع المسافر عن الرفقة وليعرف⁽⁶⁾ الخصم فلا يفيد، وشاهدا ردّ الطينة أو الخاتم قد مرّ في أدب القاضي في باب العدوى والإعداء⁽⁷⁾.

وقال **محمد بن سماعة**: أنا أسأله عن شاهدي ردّ الطينة والأشخاص؛ لأن فيها إلزام حق على الغير، لا بد من العدالة⁽⁸⁾، وليس في نديم⁽⁹⁾ الغريب وتزكية العلانية التزام التزام شيء على الغير/.

[868ظ]

⁽¹⁾ شرح كتاب أدب القاضي 52/3، حاشية ابن عابدين 531/3.

⁽²⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽³⁾ إسماعيل بن حماد بن الإمام أبي حنيفة النعمان: فقيه حنفي، ولي القضاء الجانب الشرقي من بغداد، وقضاء البصرة، والرقعة، له مصنفات منها: الجامع في الفقه في مذهب جده، والرد على القدرية، ومناقب أبي حنيفة-خ- توفي- رحمه الله- سنة: 201هـ. ترجمته في: تاريخ بغداد: 243/6، والجواهر المضيئة: 148/1، والأعلام للزركلي: 313/1.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁵⁾ في ف: بشهود.

⁽⁶⁾ في ف: ولعرف.

⁽⁷⁾ البحر الرائق 68/7، حاشية ابن عابدين 84/7.

⁽⁸⁾ في ف: حق على الغير وفيما فيه إلزام على الغير لا بد من العدالة .

⁽⁹⁾ في ف: تقديم. وهو الصواب.

باب: من يجوز تعديله ومن لا يجوز

المبسوط⁽¹⁾: قال محمد: " كم من رجل أقبل شهادته ولا أقبل تعديله؛ لأنه يحسن أن يؤدي ما يسمع ولا يحسن التعديل، ويقبل تعديل الوالد لولده، والولد لوالده، وكل ذي محرم لرحمه"، أراد به تعديل السر؛ لأن تعديل السر ليس بشهادة إنما هو إخبار، وهؤلاء في الإخبار سواء، بخلاف تعديل العلانية؛ لأنه من باب الشهادة، ويقبل تعديل المرأة لزوجها وغيره إذا كانت امرأة برزة تخالط الناس وتعاملهم؛ لأن لها خبرة بأمورهم، ومعرفة بأحوالهم فيقيد السؤال والتعديل [في أمور الدين]⁽²⁾ فيستوي فيه الأنثى⁽³⁾ والذكور، كرواية كرواية الأخبار ورؤية هلال رمضان خصوصاً في تعديل النسوان؛ لأن المرأة أعرف بأحوال النسوان⁽⁴⁾ في بيوتهن، وإن كانت امرأة مخدرة غير برزة لا يكون لها خبرة ولا تعرف أحوال الناس⁽⁵⁾ إلا حال زوجها وولدها، فلا يكون تعديلها معتبراً فلا يفيد السؤال عنها⁽⁶⁾.

وتزكية السر تقبل من الأعمى، والعبد، والصبي، والمحدود في القذف **عندهما**، وعند محمد لا تقبل؛ بناءً على أن هذا إخبار **عندهما**، وخبر هؤلاء في أمور الدين مقبول ملحوظ، وعند محمد شهادة، وشهادة هؤلاء غير مقبولة⁽⁷⁾.

وتزكية العلانية لا تقبل إلا ممن كان من أهل الشهادة؛ لأنها شهادة، وإذا عدل المشهود عليه شهود المدعي إن قال: صدقوا في شهادتهم، أو قال: هم عدول في شهادتهم يقضى عليه بالمال بإقراره لا بالشهادة؛ لأن ذلك إقرار منه بالمال؛ لأنه إنما

(1) في ف: النوادر.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) في ف: الإناث. وهو الصواب.

(4) في ف: النساء.

(5) في ف: النساء.

(6) البحر الرائق 66/7، حاشية ابن عابدين 75/7.

(7) الفتاوى الهندية 528/3.

يكون الشاهد صادقاً أو عدلاً فيما شهد به إذا كان الحق واجباً عليه، وإن قال: هم عدول لم يزد عليه⁽¹⁾ ذكر في الجامع الصغير: أنه لا يصح هذا التعديل؛ لأن من زعم المدعي وشهوده أن المدعى عليه في الجحود ظالم كاذب، وتزكية الكاذب [و] ⁽²⁾ الفاسق لا تصح⁽³⁾، وقال في كتاب التزكية: ويجوز تعديل المشهود عليه إذا كان من أهله؛ لأن تعديل المشهود عليه بمنزلة تعديل المزكي⁽⁴⁾، بل أبلغ وأوثق، وإقراره بكون الشاهد عدلاً لا لا يكون إقراراً بوجود الحق على نفسه لا محالة؛ لجواز أن يكون عدلاً إلا أنه أوهم فأخطأ في شهادته، ألا ترى أنه لو شهد عليه واحد فقال المشهود عليه: هو عدل لا يجعل إقراراً منه؛ لأنه مع كونه عدلاً يتوهم منه النسيان والخطأ، وهذا إذا جحد الخصم، فإن كان ساكتاً وهو من أهل التعديل صح منه التعديل، قيل: هذه الرواية فيما إذا سكت، وتلك الرواية فيما إذا جحد؛ توفيقاً بين الروايتين⁽⁵⁾.

وإذا عرف القاضي أحد الشاهدين بالعدالة ولا يعرف الآخر فزكى أحدهما الآخر، قيل: تقبل، وقيل: لا تقبل؛ لأنه متهم فيه⁽⁶⁾.

ويجوز تعديل شهود الفروع الأصول في ظاهر الرواية؛ لأن الفرع نائب عن الأصل في نقل عبارته إلى مجلس القاضي، فإذا نقل انتهى حكم النيابة، فصار هو بمنزلة الأجانب فيصح تعديله، وروي عن محمد أن تعديلهما للأصل لا يصح؛ لأنهما متهمان فيه⁽⁷⁾.

⁽¹⁾المحيط البرهاني 94/8، تبين الحقائق 212/4.

⁽²⁾ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽³⁾الجامع الصغير 392/1.

⁽⁴⁾في ف: تعديل المزكي، ألا ترى أنه لو شهد عليه واحد بمنزلة تعديل المزكي.

⁽⁵⁾المحيط البرهاني 94/8، البناءة 119/9.

⁽⁶⁾الاختيار 152/2.

⁽⁷⁾مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخي زاده، الناشر: دار إحياء التراث العربي، ط: بلا 213/2.

ولو سألهما القاضي عن عدالة الأصل فقالا: لا نخبرك، فالقاضي لا يقبل شهادتهما على شهادته، وإن قال⁽¹⁾ للقاضي⁽²⁾: سل عن الأصل فإنه عدل، لم يقبل ذلك في ظاهر الرواية⁽³⁾.

وروي عن أبي يوسف: القاضي يقبل شهادتهما ويسأل عن الأصل؛ لأن هذا ليس بجرح في شهادة الأصول؛ لأن هذا أمر محتمل، يحتمل أنه جرح في شهادته الأصول، ويحتمل أنه توقف في حالهم، فلا يثبت الجرح بالشك⁽⁴⁾.

ولو قالوا: لا نعرفه أعدل أم لا؟ قيل: كذلك الجواب؛ لأن هذا جرح في شهادة الأصول⁽⁵⁾، وشهادتهم مجروحة مقدوحة، ألا ترى أنهما لو قالوا للقاضي: إنا ننتهمه في الشهادة لم يقبل شهادتهما على شهادته، فكذا هذا، وقيل: يقبل القاضي شهادتهما ويسأل عن الأصول؛ لأن الأصل بقي مستورا، وشهادة المستور مقبولة⁽⁶⁾.

وشهود الكفار يعدلهم المسلمون [، فإن لم يعرفهم المسلمون، يسأل المسلمون]⁽⁷⁾

[868و] ⁽⁷⁾ عن عدول المشركين، ثم يسأل أولئك عن/ الشهود؛ لأن التزكية أحد شطري ما تتوقف تتوقف عليه الشهادة، إذ بدونها لا تكون الشهادة حجة، ولم يكن للكافر أهلية الحجة كالقضاء والإمارة⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ في ف: وإن قال الفرع.

⁽²⁾ في ف: القاضي، وجاء في الفتاوى الهندية 3 / 526 : وإن قال المدعي للقاضي : سل عن الأصل .

⁽³⁾ الفتاوى الهندية 3/526.

⁽⁴⁾ المحيط البرهاني 399/8 ، والفتاوى الهندية 3/526.

⁽⁵⁾ في ف: شهادة الأصول ، فصار كما لو حضر الأصول.

⁽⁶⁾ مجمع الأنهر 2/213 ، والفتاوى الهندية 3/526.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁸⁾ الاختيار 2/142، والفتاوى الهندية 3/372.

باب: الطعن والجرح في الشهود

المبسوط: عدّله واحدٌ وجرحه آخر أعاد المسألة عند محمد؛ لأنّ عنده العدالة والجرح لا يثبت بقول الواحد، فصار وجودهما وعدمهما بمنزلة، وعندهما الجرح أولى؛ لأنّ التعديل والجرح يثبت بقول الواحد **عندهما**، ويرجح الجرح على التعديل؛ لأنّ الجارح⁽¹⁾ في الجرح اعتمد على الدليل وهو العيان والمشاهدة، والمعدل في التعديل لم يعتمد على الدليل؛ لأنّ العدالة إنّما تثبت بالانزجار عن ارتكاب محظور دينه، وذلك فيما لا يُوقف عليه، وإنّما اعتمد على الظاهر من حيث إنّ العدالة أصلٌ في الإنسان، فيرجح خبر الجارح على خبر المعدل، فصار كما لو عدله اثنان وجرحه اثنان، فإنّ عدله ثالث صار التعديل أولى؛ لأنّه ثبت التعديل بما هو حجة كاملة في الشرع، والجرح لا، فإنّ جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل أولى⁽²⁾.

مسألة: عدّله جماعة وجرحه اثنان فالجرح أولى؛ لأنّه لا يثبت التعديل بزيادة العدد على الاثنتين، ألا ترى لو شهد اثنان⁽³⁾ بالعين لرجل، وشهد عشرة بتلك العين لآخر لآخر يستويان، فصار كأنه جرح اثنان وعدل اثنان⁽⁴⁾.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أن الركوب في البحر إلى الهند سبب الجرح؛ لأنّه خاطر بدينه ونفسه وسكن دار الحرب وكثر سوادهم وعددهم وتشبّه بهم؛ لينال بذلك مالاً ويرجع إلى أهله غنياً، فإذا كان لا يبالي أن يخاطر بدينه ونفسه فلا يؤمن [من]⁽⁵⁾ أن يأخذ من عرض الدنيا ويشهد بالزور، وكذلك في التجارة في قرى فارس فإنهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون⁽⁶⁾.

(1) في ف: لأن الجرح.

(2) المبسوط للسرخسي 165/10 ، وشرح كتاب أدب القاضي 38/3، والاختيار 150/2.

(3) في ف: لو شهد اثنان، فالجرح أولى؛ لأنّه لا يثبت الترجيح بزيادة العدد على الاثنتين، ألا ترى لو شهد اثنان.

(4) الاختيار 150/2.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 19/3 ، 20.

ولا تقبل شهادة أشرف العراق؛ لأنهم قوم يتعصبون، وإذا نابت أحداً نائبة أتى سيد قومه [فيشهد له سيد قومه]⁽¹⁾ ويشفع، فلا يؤمن أن يشهد بالزور⁽²⁾.

فصل: لو أقام المدعى عليه بينة على جرح شهود، فإن كان جرحاً لا يدخل تحت الحكم، كما لو قال: إنهم فسقة، أو زنادقة، أو استأجر المدعي الشهود في هذه الشهادة، أو أقر الشهود أنهم شهدوا بباطل وبزور، أو أقروا إنما يدعيه المدعي باطل لا تقبل بينته، وإن كان جرحاً يدخل في الحكم كما لو أقام البينة أنهم زنوا، أو شربوا الخمر، أو سرقوا، أو أنهم عبيد، أو محدودون في قذف، أو أنهم شركاء في المشهود به، أو أقر المدعي أن شهوده شهدوا بزور، أو أقر أنه استأجرهم على هذه الشهادة تقبل بينته⁽³⁾.

وقال ابن أبي ليلى والشافعي: تقبل في الفصلين، والصحيح قولنا؛ لأن البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم؛ لأنها شرعت للإثبات، والجرح المجرد لا يدخل تحت الحكم؛ لأن الجرح والقدح حرام؛ لما فيه من إظهار الفاحشة وإشاعتها، وإشاعة الفاحشة حرام بالنص⁽⁴⁾، إلا أن يتضمن حقاً للشرع، وهو إقامة الحد، أو حقاً للعباد، وهو وجوب وجوب المال، فإن تضمن ذلك يصح، وإلا فلا⁽⁵⁾.

فإن قال المدعى عليه: إنني صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال، ودفعته إليهم على ألا يشهدوا عليّ بهذا المال، فإذا شهدوا فعليهم أن يردوا⁽⁶⁾ ما أخذوا، وأقام على ذلك بينة قبلت وبطلت شهادتهم؛ لأنه ادعى حقاً له فيصح، ولو قال: لم أسلم إليهم مال الصلح لم تقبل⁽⁷⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 38/3.

(3) المحيط البرهاني 108/8، الاختيار 161/2.

(4) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾، سورة النور، من الآية: 19.

(5) المحيط البرهاني 108/8.

(6) في ف: يردوا عليّ.

(7) المحيط البرهاني 108/8.

مسألة: قال الخصم: الشاهدان عبدان، وقالوا: نحن حرّان، وعرف القاضي حريتهما لا يلتفت إلى قول المشهود عليه؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، فإن كان لا يعرفهما وكانا مجهولين لا تقبل شهادتهما حتى يأتيا بالبينة على الحرية؛ لأن الناس في الأصل أحرار إلا في [أربع مواضع: إحداها هذا؛ لقول عمر - رضي الله عنه -: "الناس أحرار إلا في"]⁽¹⁾ أربعة: في الشهادة، والحدود/، والعقل، والقصاص"⁽²⁾؛ ولأن حرية مجهول [869ظ] النسب ثابتة باستصحاب الحال من حيث إن كلهم أولاد [آدم]⁽³⁾ وحواء، وهما كانا حرّين، والثابت باستصحاب الحال حجة⁽⁴⁾ للدفع لا للاستحقاق؛ لما عرف، فإن أخبر واحد القاضي بحريتهما قبل شهادتهما؛ لأن الثابت بالظاهر يصلح حجة للدفع والاستحقاق جميعاً عند زفر والشافعي [، فإذا اكتفى القاضي بالسؤال]⁽⁵⁾ عن الشهود ولم يشتغل بتكليف المدعي بإقامة البينة على الحرية، فقد أمضى حكماً في موضع الاجتهاد فينفذ، والأحوط: ألا يقبل قولهما إلا ببينة، فإن أتيا بالبينة حكم بعقوبتهما، ومضى ذلك على المولى؛ لأنه انتصب عنه خصم⁽⁶⁾ حاضر وهو المشهود عليه؛ لأن المشهود له ادعى حرية الشاهد على المشهود [عليه]⁽⁷⁾، فإنه سبب لثبوت حقه على المشهود عليه، ومن ادعى حقاً على الحاضر بسبب [على]⁽⁸⁾ الغائب ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب⁽⁹⁾.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لو لم تعدل شهود المدعي فسأل المدعي عليه القاضي أن يقضي برد شهادتهم؛ حتى لا يشهدوا عند قاضي آخر فإنه يقضي بذلك،

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ هذا الأثر رواه محمد بن الحسن الشيباني في كتابه الأصل عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه .

⁽³⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁴⁾ في ف: يصلح حجة.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁶⁾ في ف: عنه حكم.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين سقط من الأصل.

⁽⁸⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁹⁾ الحاوي الكبير 7 / 126 ، المبسوط للسرخسي 157/16، والمحيط البرهاني 106/8.

ولو شهدا عند قاضٍ آخر بذلك، ثم سأل المدعى عليه القاضي أن يكتب برد⁽¹⁾ شهادتهم إلى هذا القاضي فإنه لا يجيبه إلى ذلك.

وقال محمد في الكيسانيات⁽²⁾: إذا رد شهادة شاهد فقال المدعي: أنا آتي بعدلين تعدل شهودي في هذه المسألة لم يقبل ذلك. والله أعلم.

(1) في ف: يردّ.

(2) الكيسانيات: كتاب فيه المسائل التي رواها سليمان بن سعيد الكيساني عن محمد . رحمه الله . . كشف الظنون 1525/2.

كتاب الاستحلاف

يحتاج إلى معرفة شرعية اليمين، وتفسيرها، وركنها، وشرطها⁽¹⁾، وحكمها، أما مشروعيتها فإنها مشروعة في الدماء، والأموال، والحقوق بالمال؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : " لو ترك الناس ودعواهم لادعى قومٌ دماء قومٍ وأموالهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽²⁾، وروي أن الحضرمي والكندي اختصما إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في مواريث درست، قال - عليه الصلاة والسلام - للمدعي منهما: " ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه"⁽³⁾؛ ولأن⁽⁴⁾ المنازعة والمشاجرة متى وقعت بين اثنين لأبد من فصلها وقطعها؛ لأنها متى امتدت إلى الفساد⁽⁵⁾، وقطع مادة الفساد وقلعها واجبٌ، والفصل إنما شرع بالبينة العادلة، أو اليمين الرادعة، وهو تفسير قوله :تعالى .: ﴿وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾⁽⁶⁾؛ أي البينة على المدعي واليمين على من أنكر⁽⁷⁾.

وأما تفسيرها: فاليمين عبارة عن القوة؛ لما مرّ في كتاب الأيمان، ومعنى القوة هنا أن يتقوى الحالف في إنكاره بأن تتدفع دعوى المدعي عنه للحال⁽⁸⁾.

وأما ركنها: فذكر اسم الله . تعالى . مقروناً بالخبر، وأما شرطها: المنكر؛ لأن اليمين إنما تتوجه على المنكر بالنص؛ لأنها شرعت ليصل المدعي إلى حقه عند النكول؛ لأن فائدة الاستحلاف هو النكول؛ لما نبين، ثم إذا توجهت اليمين على المنكر إن شاء

(1) في ف: وشرائطها.

(2) سبق تخريجه، ص 172.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب: الأيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين، رقم: (223) ، 123/1، والترمذي في سننه، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي، رقم: (1340) ، 18/3 ، وأبو داود: كتاب الأيمان والنذور، باب: فيمن حلف يميناً ليقتطع بها، رقم: (3244)، 240/2 ، والنسائي في الكبرى: كتاب القضاء ، باب: التوسعة للحاكم أن لا يزرع المدعي عما يلفظ، رقم: (8946)، 424/5، وقال الترمذي: حديث حسن غريب صحيح.

(4) في ف: فلأن.

(5) هكذا وردت في النسختين ، والصواب: أدت إلى الفساد.

(6) سورة ص: الآية: 18.

(7) الجامع الصغير 388/1، والجوهرة النيرة 212/2.

(8) الفتاوى الهندية 13/4.

حلف⁽¹⁾، وإن شاء تورع عنه وفدى يمينه بالمال؛ تحرزاً عن القيل والقال؛ فإن عثمان - رضي الله عنه - افتدى عن اليمين وترك سبعة آلاف درهم؛ تحرزاً عن القيل والقال⁽²⁾.

وأما حكمها: انقطاع الخصومة بينهما؛ حتى لا تُسمع دعوى المدعي بعد ذلك إذا لم يكن له بينة، ثم اليمين وضعت لإزالة التهمة عن نفسه؛ لجواز أن يكون المدعي صادقاً فيلحق المدعى عليه التهمة عن دعواه، وإن كان كاذباً في إنكاره يستعظم اليمين بالله تعالى، فلا يقدم على حلفه فيقر بما عليه من الحق، وإن كان شاكاً مرتاباً فيما يُدعى عليه ينبغي أن يُرضي خصمه، ولا يعجل بيمينه، ويصالحه، ولا يعانده، وإن كان أكبر رأيه أن دعواه حق لا يسعه أن يحلف، وإن كان أكبر رأيه أن دعواه باطلة يسعه أن يحلف؛ لأن أكبر الرأي حجة عند فقد الأدلة⁽³⁾. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب/.

[869و]

(1) في ف: حلف صادقاً.

(2) الفتاوى الهندية 4/13.

(3) تبين الحقائق 4/300، والفتاوى الهندية 4/13.

باب: كيفية الاستحلاف

المبسوط: ومن توجهت عليه اليمين فالقاضي يحلفه بالله، ولا يحلفه بغير الله؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : "لا تحلفوا بأبائكم، ولا بالطواغيت، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر"⁽¹⁾، وقوله عليه- عليه الصلاة والسلام-: "ملعون من حلف بالطلاق، أو حلف به"⁽²⁾، ويحلفه بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم⁽³⁾ الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية؛ لأن التخليط في اليمين من حيث اللفظ أبلغ⁽⁴⁾ في الزجر، والردع عن اليمين الكاذبة؛ لأنه ربما لا يتحرى ولا يتجاسر على الحلف كاذباً حالة التخليط، فكان التخليط من حيث اللفظ حسناً، فإن اكتفى بالأول أجزاءه⁽⁵⁾.

وقال أبو حنيفة في المجرد: إن لم يتهمه القاضي اقتصر⁽⁶⁾ على قوله: بالله الذي لا إله إلا هو، فإن اتهمه تغلّطت يمينه⁽⁷⁾، وليس من شرطه استقبال القبلة، ودخول المسجد، وعند الشافعي التخليط [من حيث المكان]⁽⁸⁾ حسن⁽⁹⁾، والصحيح: قولنا؛ لأن التخليط من حيث المكان يحتاج إلى [مدة طويلة]⁽¹⁰⁾: ولو اشتغل القاضي به في كل حادثة يقع في حرج ومشقة، ويؤدي إلى تعطيل حقوق الناس⁽¹¹⁾.

(1) متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الأيمان والنذور : باب: كيف يستحلف؟، برقم: (2673) ، 180/3 ، ومسلم في صحيحه ، كتاب الأيمان: باب: النهي عن الحلف بغير الله، رقم: (1646) ، 1266/3 ، ولفظه عندهما: "فليحلف بالله أو ليصمت".

(2) ذكره العجلوني في كشف الخفاء ، بلا سند ، برقم : (2334) ، 1331/4 ، وسكت عنه ولم يعزه لأحد.

(3) في ف: العزيز الحكيم.

(4) في ف: ابلغ وأكمل.

(5) المبسوط للسرخسي 118/16 ، والفتاوى الهندية 16/4.

(6) في ف: اقتصر القاضي.

(7) تبين الحقائق 302/4.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) الحاوي الكبير 107/17.

(10) في ف: المكان الحسن.

(11) المبسوط للسرخسي 118/16 ، وتبين الحقائق 302/4.

ويحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، واليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى -عليهما السلام-، ولا يحلف بالله مطلقاً؛ لأن النصراني يقول: المسيح ابن الله، واليهودي يقول: عزيز ابن الله . تعالى .، ولكنهم يقرّون بأن الله أنزل الإنجيل والتوراة، والمجوسيّ بالله الذي خلق النار على قول محمد؛ لأنه يعتقد تعظيم النار، فتغلّظ يمينه بما يعتقد تعظيمه وهو النار كما في النصراني واليهودي، وعندهما: يحلفه بالله لا غير؛ لأن تغليظ اليمين بغير الله . تعالى . لا يجوز، إلا أن في حق النصراني واليهودي ورد نصّ وهو حديث ابن سوريا (1) أن النبي صلى الله عليه وسلم - حلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى (2)، والنص الوارد في التغليظ بكتاب الله فيه من الحرمة ما ليس للنار، ولا يكون وارداً في النار دلالةً، وغيرهم من أهل الشرك يحلفهم بالله لا غير، ولا يحلفه بالله الذي خلق الوثن والصنم؛ لأن في تغليظ اليمين بالصنم تعظيم له من وجه، وقد أمرنا بإهانتته؛ لأن بعض الناس اتخذته إلهاً، ولم نؤمر بإهانة النار؛ لأنه لم يتخذها أحد إلهاً؛ ولهذا جوز محمد التغليظ بذكر النار، ولم يجوز بذكر الصنم (3).

واستحلاف الأخرس أن يقول القاضي: عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق، ويشير الأخرس برأسه أي نعم، و[لا] (4) يُستحلف بالله ما لهذا عليك شيء (5)، فيشير فيشير الأخرس برأسه أي نعم؛ لأن الإشارة من الأخرس إذا كانت معروفة من النفي والإثبات بمنزلة العبارة من الناطق في سائر الأحكام [فكذا] (6) في حق الحلف (7).

(1) هو عبد الله بن سوريا الأعور ، كان من أبحار اليهود فأسلم ، ثم ارتد عن الإسلام ، فأنزل الله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الرُّسُولُ لَا يَحْزُنكَ الَّذِينَ يُسْرِعُونَ فِي الْكُفْرِ ﴾ ، سورة المائدة ، الآية : 41 ، ينظر : البداية والنهاية 101/9 .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب : رجم اليهود أهل الذمة في الزنا، رقم: (3212) ، 74/9 ، وأبو داود في سننه ، كتاب الحدود ، باب: في رجم اليهوديين، رقم : (4450) ، 560/2 ، والنسائي في الكبرى ، كتاب الرجم ، باب: إقامة الإمام الحد على أهل الكتاب إذا تحاكموا إليه ، رقم : (7218) ، 855/2 ، وابن ماجه في سننه ، كتاب الحدود ، باب: بما يستحلف أهل الكتاب ، رقم : (2328) ، 780/2 .

(3) شرح كتاب أدب القاضي 199/2 ، والاختيار 114/2 ، ومجمع الأنهر 259/2 .

(4) ما بين معكوفين ساقطة من : ف .

(5) في ف : ألف .

(6) ما بين معكوفين ساقطة من : ف .

(7) الاختيار 114/2 ، والفتاوى الهندية 17/4 .

مسألة: القاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال: نعم، لا يكون يمينا؛ لأنه يصير كأنه قال: احلف، وذلك لا يكون حلفاً، فكذا الأخرس.

ولو قال: عليك عهد الله فقال: نعم يكون يمينا؛ لأنه يصير⁽¹⁾ كأنه قال: عليّ عهد الله إن كان لهذا عليّ كذا⁽²⁾.

ثم الاستحلاف على قسمين: أحدهما: على العقود والمعاملات الشرعية، والآخر: على الأفعال الحسية⁽³⁾.

أما الأول: وهو أن القاضي يحلفه على الحاصل بالعقد بالله ما له قبلك ما ادعى من الحق، ولا يحلفه على السبب [وهو البيع، والإجارة، والكفالة، ونحوها، وروي عن أبي يوسف: أنه يحلفه على السبب]⁽⁴⁾ بالله ما اشترت وما استأجرت ونحوه؛ إلا أن يعرض للقاضي فيقول: كم من مشترٍ أو مستأجر يفسخ [العقد]⁽⁵⁾، فيحلفه على الحاصل به⁽⁶⁾.

وجه ظاهر الرواية: أنه متى حلفه على العقد ربما يتضرر به، فإن انفسخ العقد بينهما بالمفاسخة والمناقضة، أو تبرأ⁽⁷⁾ عن موجهه بالبراءة بالإيفاء والاستيفاء فلا يمكنه على العقد؛ لأنه يحث في يمينه فيقضى عليه بالنكول وهو برئ من موجهه فيتضرر به، ومتى حلفه على الحاصل يمكنه أن يحلف صادقاً فلا يتضرر به، وكان النظر في تحليفه على الحاصل⁽⁸⁾.

(1) في ف: لا يصير.

(2) المحيط البرهاني 178/8.

(3) الاختيار 114/2.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) الاختيار 114/2.

(7) في ف: ببرأ.

(8) المحيط البرهاني 165/8.

ولو حلفه القاضي على العقد والحاصل جميعاً احتياطاً⁽¹⁾ كان له ذلك، بأن يقول:

[870ظ]

بالله ما بعث منه هذه الدار/ التي ادعى بالثمن الذي سمّاه⁽²⁾.

ثم الاستحلاف على العقود الشرعية أنواع منها: الاستحلاف على الدين: فيحلفه

بالله ما لهذا عليه من الدين والقرض قليل ولا كثير.

وروى حماد عن أبي حنيفة: أنه لا يذكر القليل والكثير، وهو قول ابن أبي ليلى؛

لأن اسم الدين والقرض يتناول ما له عليه قليلاً أو كثيراً، فلا معنى لذكرهما.

وجه ظاهر الرواية: أن ذكر القليل⁽³⁾ أحوط؛ لأنه ربما يكون أدى بعض الدين، أو

أو أبرأه عن البعض، فمتى لم يذكر القليل والكثير لا يبالي من [اليمين على جميع]⁽⁴⁾

الدين؛ لأنه لا يحنت في يمينه، فإنه ليس عليه جميع الدين⁽⁵⁾.

ومنها: الاستحلاف على البيع: يحلف [البائع]⁽⁶⁾ بالله ما هذه الدار للمدعي بهذا

الشراء الذي ادّعاه وبالثمن⁽⁷⁾ الذي سمّاه، فيحلفه على المبيع والثمن جميعاً؛ لجواز أن يقر

يقر الجاحد بالبيع بعد ما حلف ويختلفان في الثمن فيجب التحالف، فمتى حلفه على

المبيع وحده يحتاج إلى تحليفه مرةً أخرى، ومتى حلفه عليهما لا يحتاج إلى تحليفه مرة

أخرى في التحالف، فكان في الاستحلاف عليهما تقليل اليمين، فكان [هذا]⁽⁸⁾ أولى، فإن

ادعى البائع البيع، وأنكر المشتري أنه⁽⁹⁾ ادعى أنه سلّم المبيع ولم يقبض الثمن منه⁽¹⁰⁾

⁽¹⁾ في: ف واحتياطاً .

⁽²⁾ الفتاوى الهندية 18/4 .

⁽³⁾ في ف : القليل والكثير .

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل .

⁽⁵⁾ المحيط البرهاني 173/8 .

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقطت من :ف .

⁽⁷⁾ في ف: باليمين .

⁽⁸⁾ ما بين معكوفين سقطت من :ف .

⁽⁹⁾ في ف: إن .

⁽¹⁰⁾ في ف: منه الثمن .

يحلّف المشتري بالله ما قبلك⁽¹⁾ هذه الدار ولا ثمنها، فإن ادعى أنه سلّم المبيع ولم يقبض الثمن يحلّفه بالله ما هذه الدار لك، ولا الثمن الذي سماه عليك⁽²⁾؛ لجواز أن يقرّ⁽³⁾ الجاحد الجاحد بالشراء [بعد]⁽⁴⁾ ما حلف ثم يختلفان في المبيع، فيقول: اشتريت داراً أخرى فيجب فيجب التحالف، فكان في التحليف على المبيع والثمن تقليل اليمين⁽⁵⁾.

ومنها: الإجارة، والمزارعة، والمعاملة، يحلّفه بالله ما بينك وبينه إجارة في هذه الدار قائمة، أو زراعة في هذه الأرض قائمة لازمة اليوم إلى الوقت الذي ادعاه بهذا الأجر الذي سماه، فإن ادعى عليه أجرة الدار وجدد يحلّفه بالله ما له قبلك هذا الأجر الذي سماه من إجارة هذه الدار لهذا الوقت الذي ادعى؛ لأنه متى حلّفه على الأجرة لا غير ربما يتأول الحالف أنه لا أجرة عليه بسبب شيء آخر، أو بسبب وقت آخر، فكان الاحتياط⁽⁶⁾ في ذكر الدار والوقت جميعاً⁽⁷⁾.

ومنها: الشفعة لو اختلفا في الطلب يحلف الشفيع لقد طلبت شفعة هذه الدار حين علمت بالشراء، وأشهدت على ذلك بحضرة الدار أو المشتري أو البائع⁽⁸⁾. ولو ادعى الشفعة بالجوار، والمدعى عليه لا يرى الشفعة بالجوار، ذكر الخصاف: أن القاضي يحلّفه على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار التي⁽⁹⁾ سماها بكذا؛ لأنه متى حلّفه بالله ما له قبله شفعة وهو لا يرى الشفعة بالجوار يكون صادقاً في يمينه، فيؤدي إلى إبطال حق المدّعي، فيحلّفه على السبب؛ نظراً للمدّعي⁽¹⁰⁾.

(1) هكذا وردت في النسختين ، والصواب : ما له قبلك .

(2) في ف: ما هذه الدار لك ولا ثمنها .

(3) في ف: أن يقول .

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل .

(5) المحيط البرهاني 173/8 .

(6) في ف: الاحتياط والنظر .

(7) البحر الرائق 215/7، حاشية ابن عابدين 462/7 .

(8) تحفة الفقهاء 53/3 .

(9) في ف: الذي .

(10) شرح كتاب أدب القاضي 29/4 .

نظيره: امرأة ادعت على زوجها أنه آلى منها، ومضت مدة الإيلاء، ووقعت الفرقة بيننا وطلبت من القاضي تحليفه، وقالت للقاضي: إنه ممن يرى أن المولى يوقف بعد الأربعة أشهر، فيحلف أنها ليست ببائن منه، ولا يحنث، فيحلفه القاضي على السبب (1) : ما قلت لها والله ما أقربك من كذا على ما ادعت، فإن نكل عن اليمين أبانها منه بتطبيقه؛ نظراً لها (2).

وكذلك لو ادعى على رجل أنه كسر إبريق فضة له، أو صبّ في طعامه ماءً فاسدة، فعندنا له الخيار إن شاء أمسكه ولا شيء له عليه، وإن شاء دفعه إلى الجاني ويرجع عليه بجميع قيمته، أو بمثله إن كان مثلياً، وعند الشافعي (3) لا يضمن إلا النقصان (4).

فلو قال المدعي للقاضي: إن هذا ممن يرى ضمان النقصان، فإنه يحلفه على السبب بالله ما فعلت كذا وكذا على ما ادّعاه، وكذا امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة، فأنكر الزوج، وهو شفعوي المذهب لا يرى النفقة للمبثوثة يحلفه بالله ما هي معتدتك (5).

مسألة: ولو ادعى شفعوي المذهب شفعة الجوار على رجل هل يقضى له بالشفعة؟ [قيل: لا، وقيل: يقضى له] (6)؛ لأنه لما طلب الشفعة فقد ركن إلى مذهبنا فتقبل فتقبل دعواه، كأحد الزوجين من أهل الذمة إذا رفع إلى القاضي أن زوجته محرمة عليه، فالقاضي يفرق بينهما عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنه ركن إلى ديننا وإن كان يعتقد خلاف ذلك (7).

(1) في ف: على السبب بالله .

(2) الفتاوى الهندية 19/4.

(3) ينظر: البيان في فقه الإمام الشافعي، لأبي الخير يحيى بن سالم العمراني الشافعي، تح: قاسم النوري، الناشر: دار المنهاج . جدة، ط: الأولى 308/5.

(4) مجمع الضمانات 359/1.

(5) المحيط البرهاني 746/8، البحر الرائق 322/19.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المحيط البرهاني 80/8.

وقيل: القاضي يسأله ويقول: هل تعتقد وجوب الشفعة بالجوار؟ فإن قال: نعم

[870و]

يقضى له، وإلا فلا، وهذا أحسن الأقاويل/.

ومنها: الوديعة، والعارية ينظر: إن كانت قائمة في يد المدعى عليه يحلفه بالله ما هذا الثوب لهذا المدعى الذي يدعيه، ولا يحلفه على العقد بالإجماع في الأمانة، **وقيل:** الأحوط أن يحلفه بالله [ما] (1) هذا الثوب لهذا ولا عليك تسليمه، ولا تسليم شيء منه إلى المدعى من الوجه الذي يدعيه؛ لاحتمال أنه أخذه من يد المدعى وهو ملك غيره، فمضى حلفه على الملك لا غير يحلف صادقاً، فيجب تحليفه على الملك والتسليم؛ حتى لا يتجاسر على الحلف، وإن كان معيناً أو مستهلكاً يحلفه بالله ما له قبلك هذا الثوب، ولا قيمته؛ لاحتمال أن يكون قائماً فيجب عليه تسليم عينه، ويحتمل أن يكون هالكاً فيجب [عليه] (2) تسليم قيمته، فيجب تحليفه عليهما احتياطاً (3).

ومنها: الطلاق والعتاق، فإنه يحلف الزوج بالله ما هي طالق منك ثلاثاً في هذا النكاح، **قال الحسن:** يحلفه بالله ما هي بائنٌ منك اليوم بثلاث تطليقات في هذا النكاح، وكذلك العتق في الأمة يحلف بالله ما هي حرة الساعة لما ادعت من العتق؛ لأن الطلاق الثلاث إنما يوجب التفريق في هذا النكاح؛ لأن ثبوت الحلّ بعد التزويج بزواج آخر متوهم، والعتق في الأمة كذلك؛ لأن حدوث الرق بالسببي بعد الارتداد متصور، والعتق السابق لا يمنع الرق في الملك (4) الحادث؛ بخلاف العبد؛ لأنه إذا عتق لا يتصور الرق من بعد؛ لأن الردة منه توجب القتل حتماً، قال أبو يوسف: كل حق يجب على غير المدعى عليه مثل قتل الخطأ يحلفه بالله ما قتلت فلاناً؛ لأن ذمته بريئة فارغة من الدية؛ لأن الدية تجب على العاقلة فيحلف على البراءة من السبب الموجب (5) وهو القتل (6).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) المحيط البرهاني 170/8.

(4) في ف: الملك في الرق. ولعله الصواب.

(5) في ف: الموجب للدية.

(6) عيون المسائل 217/1، المحيط البرهاني 166/8.

وأما القسم الثاني: وهو الاستحقاق⁽¹⁾ على الأفعال الحسيّة وهي نوعان: نوع: يستحلف على الحاصل لا على السبب كالغصب، والسرقه، إن كان المغصوب والمسروق قائماً يحلفه بالله ما هذا الثوب لهذا ولا عليك تسليمه، ولا تسليم شيء منه إلى المدعي، وإن كان مستهلكاً قيل: يحلفه⁽²⁾ على القيمة لا غير، وقيل: يحلفه على الثوب والقيمة جميعاً عند أبي حنيفة، وعندهما يحلفه على القيمة؛ بناءً على أن عندهما الحق في القيمة لا في العين، وعنده الحق في العين لا في القيمة ما لم يقض القاضي بالقيمة أو يتراضيا عليها، حتى لو اصطاحا على أكثر من قيمته جاز عنده خلافاً لهما⁽³⁾.

مسألة: ولو جاء الغاصب بثوب زُطّي⁽⁴⁾ وقال: هو الذي غصبتَه، وقال رب الثوب: لا، بل غصبت ثوباً مروياً⁽⁵⁾، فإنه يستحلف الغاصب بالله أن هذا ثوبه الذي غصبتَه إياه، وما غصبت ثوباً مروياً، وكان يجب أن يستحلف على ثوب مروياً لا غير؛ لأن المدعى عليه يستحلف على ما يدعيه المدعي لا على ما أقر به، إلا أنه جمع بينهما للتأكيد، وإن لم يكن شرطاً في الاستحلاف⁽⁶⁾.

مسألة: ولو ادعى على رجل أنه خرق ثوبه، أو أفسد متاعه، أو هدم حائطه، أو ذبح شاته، أو فقأ عين عبده، أو دابته، أو جنى على شيء من ماله فنقصه، إن كان النقصان فاحشاً فصاحبه بالخيار، وإن كان يسيراً أو أراد المدعي استحلافه فيحلفه بالله ما له عليك قيمة النقصان، وهي كذا التي ادعى ولا شيء منها، وإن كان الثوب غائباً

(1) هكذا في النسختين، والصواب: الاستحلاف.

(2) في ف: يستحلف.

(3) الاختيار 115/2.

(4) الزط: جيل من الناس، والواحد زطّي، مثل الزنج والزنجي، والروم والرومي، قال الزهري: هو جيل من أهل الهند إليهم تنسب الثياب الزطية. ينظر: لسان العرب، زطط 308/7.

(5) مرو: من أشهر مدن خراسان، وأقدمها وأكثرها خيراً، بناها ذو القرنين، تبعد عن نيسابور سبعين فرسخاً، والنسبة إليها: مروزي، مروزي، تقول: الثوب مروزي، وهذا على غير القياس. ينظر: معجم البلدان: 113/5، وأثار البلاد وأخبار العباد: 186/1.

(6) الاختيار 115/2، الفتاوى الهندية 139/5.

فالقاضي يقول للمدعي: كم نقص هذا الخرق ثوبك؟ بيّنه حتى أحلفه عليه؛ لأن الدعوى لا تصح إلا بعد معرفة [المدعى عليه به، ومعرفة] (1) الغائب ببيان القيمة والصفة (2).

وأما النوع الثاني: وهو ما إذا ادعى رجل أنه وضع على حائطه خشبةً، أو بنى عليه بناءً، أو أجرى على سطحه، أو في داره ميزاباً، أو فتح في حقه باباً، أو رمى في أرضه ميتةً، أو تراباً، أو نحو ذلك مما يوجب على صاحبه نقله، وأراد استحلافه على ذلك، فإنه يحلفه على السبب بالله ما فعلت هذا؛ لأنه ليس في التحليف على السبب هنا ضررٌ بالمدعى عليه؛ لأنه بعد ما ثبت هذا الحق للمدعي، وهو استحقاق رفع هذه الأشياء عن أرضه، ولا يتصور سقوطه بسبب من الأسباب، فإنه لو أذن له في الابتداء أن يضع الخشبة على حائطه، أو يلقي الميتة في أرضه كان ذلك إعارَةً منه، فمتى بدا له كان له أن يطالب برفعه، وإن باع منه ذلك لا يجوز؛ لأن هذا بيع الحق (3)، وبيع الحق لا يجوز (4).

وكذلك إن ادعى رجل أنه شق في أرضه نهراً، فساق الماء فيه إلى أرضه، وصحح دعواه ببيان حدود أرضه، وبيان موضع النهر/ من هذه الأرض وقدّر طولها [871ظ] وعرضه، ثم أراد استحلافه يحلفه (5) على السبب بالله: ما أحدثت هذا في أرضه؛ لأنه ليس في تحليفه على السبب ضرر بالمدعى عليه (6).

وإن ادعى صاحب الخشبة على صاحب الحائط أنه كان لي على هذا الحائط خشبة، فوقع أو قلعتة، فصاحب الحائط يمنعه من وضع الخشب عليه، وصحح دعواه ببيان عدده، وصفته، وموضعه من الحائط، ثم أراد استحلافه على السبب؛ لجواز أن

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) البحر الرائق 216/7، حاشية ابن عابدين 463/4.

(3) في ف: على الحق .

(4) الاختيار 115/2.

(5) في ف: استحلفه.

(6) المحيط الدرهماني 196/8، الفتاوى الهندية 11/4.

يكون طرحه وقّعه بحق، فإن لم يكن له حق وضع الخشبة لكن يحلّفه على الحاصل بالله ما لهذا في هذا الحائط موضع هذه الخشبة، وهو كذا وكذا خشبة في موضع كذا أو كذا من الحائط⁽¹⁾ حقّ واجبٌ.

وكذلك إن ادعى مسيل ماءً، أو طريقاً في دار رجل، يحلّفه على الحاصل بالله ما له هذا الحق الذي ادعاه في هذه الدار التي في يده.

وكذلك إذا ادعى على رجل أنه حفر في أرضه حُفَيْرَةً أضر ذلك بأرضه، يحلّفه على الحاصل بالله ما له هذا الذي ادعاه، ولا يحلّفه على السبب؛ لأن فيه ضرراً بالمدعى عليه؛ لجواز أنه أبرأه عن ذلك وأوفاه النقصان⁽²⁾. والله أعلم بالصواب.

(1) في ف: هذا الحائط.

(2) المحيط الدرهماني 195/8.

باب: من تتوجه عليه اليمين ومن لا تتجه عليه

المبسوط: قال أبو حنيفة ومحمد لا يحلف المدعى عليه إلا بطلب المدعى تحليفه، وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: يحلفه بدون طلبه؛ حتى لا يحلف الشفيع: بالله لقد طلبت الشفعة حين علمت بالشراء، ولا يحلف المرأة إذا بلغت فاخترت الفرقة: بالله لقد اخترت الفرقة حين بلغت، ولا يحلف المشتري في الرد بالعيب بالله إنك لم ترض بهذا العيب، وعرضت علي البيع منذ رأيتَه إلا بطلب الخصم، وعندهما يحلفه بدون طلب الخصم، وإن كان المدعي غائباً يحلف المدعى عليه بالإجماع، بأن أخذ عبداً أبقاً وحسبه، ثم أقام رجلاً بينةً أنه عبده لا يقضى له ما لم يحلفه بالله: ما بعته، ولا وهبته، ولا خرج عن ملكك بوجه، وكذلك القاضي لا يفرض النفقة في مال⁽¹⁾ زوجها الغائب، ما لم يحلفها بالله ما أعطاك نفقتك حين خرج⁽²⁾.

لهما: أن القاضي نصب ناظراً للمسلمين، وتام النظر أن يحلفه⁽³⁾ بدون الطلب من المدعي؛ لأنه ربما لا يعرف المدعي الرضا بالأسباب لا بالتصريح⁽⁴⁾.

لنا: أن القاضي نصب لفصل الخصومة وإطفائها، لا لتهييجها وإنشائها، وتحليف المدعى عليه بدون طلب المدعي إنشاءً الخصومة، وليس له ذلك، وجهل المدعي بوجوه الرضا لا يعتبر رضاً؛ لأنه جهلٌ في دار الإسلام؛ بخلاف ما لو كان المدعي غائباً؛ لأنه عاجز عن طلب اليمين لنفسه⁽⁵⁾، فكان للقاضي أن يطلب ذلك؛ نظراً للغائب؛ لأنه نصب ناظراً لمن عجز عن النظر لنفسه⁽⁶⁾.

(1) في ف: ملك.

(2) المبسوط للسرخسي 222/16.

(3) في ف: أن يحلفه بالله.

(4) في ف: إلا بالتصريح. ولعله الصواب. ينظر: الفتاوى الهندية 23/4.

(5) في ف: بنفسه.

(6) المبسوط للسرخسي 71/11.

ولو استمهل المدعى عليه في اليمين، قالوا: يجب أن يمهله برضا المدعى؛ لأن اليمين حقه، فلا يملك القاضي تأجيل حقه إلا برضاه⁽¹⁾.

ولا يحلف الأب على تزويج ابنته الصغيرة متى أنكر عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وإن كانت البنت كبيرة لا يستحلف بالإجماع، ولا يمين على الأب فيما يدعي على ابنه الصغير، وكذلك لا يمين على الوصي فيما يدعي على ميت مالاً أو حقاً؛ لأن اليمين إنما كان لرجاء النكول الذي هو بدل، أو إقرار، والأب والوصي لا يملكان البديل والإقرار، فلا يفيد الاستحلاف⁽²⁾.

وكذلك لو ادعى أن فلاناً مات وأوصى إلى هذا الرجل، [وأنكره الرجل]⁽³⁾، وادعى أنه وكيل فلان وأنكره، أو ادعى المضارب على رجل أنه استبضع لك في كذا، فإنه لا يستحلف المدعى عليه؛ لأن المدعى به لم يكن حقاً لازماً؛ لأنه لو أقر به لم يجبر على القبول، ولا يصير وصياً ووكيلاً، وشرط صحة الدعوى أن يكون حقاً لازماً، فإذا⁽⁴⁾ لم يكن لازماً لم يصح⁽⁵⁾.

وكذلك لو ادعى أن فلاناً الميت أوصى إليّ، [وإلى]⁽⁶⁾ هذا الرجل، أو ادعى أن فلاناً الغائب وكنتي، وهذا الآخر تقبّض الدين، وأنكر الآخر الوكالة والرضا⁽⁷⁾، لا يستحلف على ذلك/، ولا يمين على الوكيل؛ لأنه نائب، والنيابة لا تجري في [871 و] الاستحلاف⁽⁸⁾.

⁽¹⁾المحيط البرهاني 177/8.

⁽²⁾البحر الرائق 125/3، الفتاوى الهندية 25/4.

⁽³⁾ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽⁴⁾في ف: فإن.

⁽⁵⁾المحيط البرهاني 205/8، الفتاوى الهندية 25/4.

⁽⁶⁾ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁷⁾في ف: الوصاية.

⁽⁸⁾المحيط البرهاني 205/8.

ويستحلف العبد المأذون، والمجور، والمكاتب؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول، ونكول هؤلاء صحيح، وقال بعض العلماء: للمولى أن يمنع العبد المدعي (...)(1) العبد [المجور عليه](2)؛ لما فيه من إبطال حقه في الاستخدام، [كما أن للمولى أن يمنع الأمة الأمة المزوجة من الزوج كيلا يفوت حقه في الاستخدام](3)، فكذا هذا(4).

وإن كان صبياً محجوراً، ولم يكن للمدعي بينة فلا يكون(5) له حق إحضاره إلى باب القاضي؛ لأنه لا تتوجه عليه اليمين؛ لأنه لو نكل لا يقضى عليه بنكوله، وإن كان له بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك كان له حق إحضاره؛ لأن الصبي يؤخذ بضمان أفعاله، والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه لكن يحضر معه أبوه؛ لأن الصبي لا يلي بنفسه شيئاً، فيحضر الأب؛ حتى إذا ألزمه(6) شيء يؤمر الأب بالأداء عنه من ماله(7).

والصبي المأذون هل يستحلف؟ [عن محمد فيه روايتان: في رواية هذا الكتاب أنه يستحلف](8)؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول، والنكول بدل أو إقرار، وكلاهما منه صحيح إذا كان من صنيع التجار، وفي رواية: لا يستحلف؛ لأنه لا يتعلق بيمينه مآثم ولا مغرم وهو الكفارة، فلا يبالي أن يحلف كاذباً فلا يفيد(9) تحليفه، والكافر يستحلف؛ لأنه يتعلق بيمينه مآثم؛ لأن الكذب محظور في الأديان كلها، واختلفوا في الدين المؤجل هل تتوجه اليمين على المدعى عليه؟ قيل: تتوجه، واستدلوا بالعبد المجور، وقيل: لا تتوجه، وهو الأظهر، وفرقوا بينهما(10).

(1) الكلمة غير مقروءة في كلتا النسختين.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 192/2، 193.

(5) في ف: لا يكون.

(6) في ف: لزم.

(7) المحيط البرهاني 184/8.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) في ف: فلا يقبل.

(10) لسان الحكام 232/1، وحاشية ابن عابدين 405/7.

والفرق: هو أن التأخر والتأجل في الدين المؤجل ثبت بدليل موجب للتأخير، وهو التأجيل من صاحب الدين فتأخرت المطالبة مطلقاً، فلم يبق الأداء واجباً، وفي العبد المحجور لم تتأخر المطالبة بدليل موجب للتأخير، ألا ترى أنه لو كفل به إنسان صح، وبطالب به في الحال، ولكن تأخرت المطالبة ضرورة العسرة، فلا يظهر التأخر في حق توجه اليمين، كما لو ادعى ديناً على معسر حر وجده، فإنه تتوجه اليمين عليه، فكذا هذا⁽¹⁾.

مسألة: رجل حلف بعنق عبده ألا يزني أبداً، فادعى العبد عند القاضي أنه قد زنى بعد يمينه، وعققت، أو ادعى⁽²⁾ القاذف على المقذوف أنه صدقه أنه قد زنى، لا يستحلف المدعى عليه في رواية الحدود⁽³⁾؛ لأن المعتبر الحكم المتعلق بالزنى لا مقصود مقصود المدعي، والحكم المتعلق بالزنى الحد والاستحلاف لا يجري فيه، وفي رواية الخصاف: يستحلف؛ لأن مقصود⁽⁴⁾ القاذف إسقاط الحد عن نفسه، وهو مقصود العبد إثبات الحرية، وكلاهما يثبت مع الشبهات، بدليل أنه ثبت بشهادة رجل وامرأتين، فيجري فيه الاستحلاف⁽⁵⁾.

ولو أراد المدعي استحلاف المدعى عليه، [فقال المدعى عليه]⁽⁶⁾: قد حلفنتي على هذه الدعوى عند قاضي كذا، وأنكر المدعي ذلك، وطلب المدعى عليه يمينه، فالقاضي يحلفه، كونه⁽⁷⁾ ادعى شيئاً لو أقر به لزمه⁽⁸⁾ المدعى عليه به؛ لأن المستحق عليه يمين واحدة، ولهذا جرى الرسم أن المدعى عليه إذا حلف فإن القاضي يبذل له

⁽¹⁾ المحيط البرهاني 183/8.

⁽²⁾ في ف: وادعى.

⁽³⁾ في ف: وفي رواية الحدود.

⁽⁴⁾ في ف: لأن مقصود المدعي.

⁽⁵⁾ المحيط البرهاني 183/8.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

⁽⁷⁾ في ف: لأنه.

⁽⁸⁾ في ف: لو أقر به المدعي لزمه. ولعله الصواب.

الخط؛ حتى لا يحلفه مرة أخرى، فإذا أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف له أن يُحلف المدعى عليه على المال، وإن نكل عن اليمين لم يحلف المدعى عليه؛ لأنه أقر أنه لا حق له قبله⁽¹⁾.

ولو قال المدعى عليه: [أن المدعى]⁽²⁾ أبرأني من هذه الدعوى، فحلفه أنه⁽³⁾ ما ما أبرأني منها فإنه يحلفه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يحلف عليه⁽⁴⁾.

مسألة: رجل مات وترك بنتاً، وأخاً، ومالاً، فقالت البنت: المال كله لي، اشتراه لي بمالي وكان وكيلي، والأخ يدعي أن المال كله للأب، فاليمين على الأخ لا على البنت؛ لأنها أقرت بأن الأب هو الذي اشتراه، فيكون القول هو قول الأخ أن ذلك كله للميت مع يمينه⁽⁵⁾.

[مسألة]⁽⁶⁾: رجل أودع عند رجلٍ دراهم في كيس، أو متاعاً في صندوق، ولم يزنه ولم يعده على المودع، ثم ادعى أنه أكثر من ذلك، فلا ضمان ولا يمين عليه؛ لأنه لا يدعي عليه تضييعاً، حتى لو ادعى التضييع أو الخيانة فعليه اليمين⁽⁷⁾.

فصل: وإذا توجهت اليمين على الورثة يستحلف الكل، ويمين الواحد لا تتوب عن الباقيين، وإذا توجهت اليمين لهم على غيرهم/ فاستحلاف أحدهم كاستحلاف الباقيين⁽⁸⁾.

[872ظ]

(1) درر الحكام 337/2.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) في ف: فحلف.

(4) المبسوط للسرخسي 216/20.

(5) المحيط البرهاني 112/9، والفتاوى الهندية 95/4.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من ف.

(7) الجوهرة النيرة 350/1، الفتاوى الهندية 346/4.

(8) الفتاوى الهندية 31/4.

والفرق: أن كل واحد منهم لا ينتصب خصماً عن نفسه وعن الباقيين في الحلف؛ لأن النيابة لا تجري في الحلف، وأحدهم ينتصب خصماً عن نفسه وعن الباقيين فيما يدعي على الميت؛ لأن النيابة تجري في الاستحلاف، فيصير استحلاف أحدهم كاستحلاف الكل.

وكذلك لو ادعى رجل على أحد الشريكين حقاً من شركتهما فله أن يحلفهما. ولو ادعى أحد شريكي المفاوضة⁽¹⁾، أو العنان حقاً على رجل للشركة فاستحلفه أحدهما لم يكن للآخر أن يستحلفه⁽²⁾.

وكذلك لو ادعى عشرة نفر على رجل حقاً بسبب الشراء، فلكل واحد أن يستحلف؛ لأن أحد المشتريين لا ينتصب خصماً عن الباقيين، فإن كان في الورثة صغير، [أو]⁽³⁾ غائب، وقد ادعى على الميت حقاً يحلف البالغون الحضور، ويؤخر الصغير حتى يدرك، والغائب حتى يحضر⁽⁴⁾ ثم يحلفان؛ لأنه تعذر تحليف الصغير والغائب، فيؤخر إلى أن يمكنهما التحليف.

مسألة: رجل اشترى غلاماً فادعى إنسان أن الغلام كان له، وأنه أعتقه منذ سنة، يُسأل المدعي البينة على ما يدعي من الملك دون العتق؛ لأنه إذا أقام البينة على الملك ثبت الملك بإقراره، وإن لم يكن [له]⁽⁵⁾ بينة فله أن يستحلف المشتري على دعوى الملك؛ لأن الدعوى قد صح⁽⁶⁾، فنتوجه اليمين⁽⁷⁾.

(1) المفاوضة: هي الشركة في كل شيء، يقال: تفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع، وشرعاً: هي شركة يتساوى فيها الأطراف مالم يتصرفوا، ينظر: القاموس الفقهي 291/1، تاج العروس، مادة: فيض، 4700/1، ولسان العرب، مادة: فوض، 210/7.

(2) الفتاوى الهندية 31/4.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: يقدم.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) هكذا وردت في النسختين، والصواب: صحت.

(7) المحيط البرهاني 267/9.

وروى ابن سماعه عن محمد في رجل تزوج امرأة وابنتها في عقدين، ثم قال: لا أدري أيتها الأولى، فإنه يحلف لكل واحدة منهما بالله ما تزوجها قبل صاحبته، والقاضي يبتدئ بأيهما⁽¹⁾ شاء، وإن شاء أقرع بينهما، فإن حلف لأحدهما ثبت نكاح الأخرى، وإن نكل للأولى لزمه وبطل نكاح الأخرى، يعني إذا ادعت كل واحدة منهما أن نكاحها أول⁽²⁾.

مسألة: رجل في يده عبد، أو عرض، ادعى رجلان كل واحد منهما أنه غصبه منه، أو البيع، أو الهبة منه، فأقر به لأحدهما ودفع العين إلى المقر له، أو نكل عن اليمين، فلآخر أن يستحلفه؛ لأنه ادعى عليه شيئاً لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، وإن ادعى كل واحد منهما الوديعة، والعارية في هذه العين فأقر بها⁽³⁾ لأحدهما ودفعها إليه، عند أبي يوسف ليس للآخر أن يستحلفه؛ لأنه لو أقر به لا يلزمه الضمان؛ لأن الإلتلاف على الآخر إنما حصل بدفع العبد إلى المقر له، والدفع حصل بقضاء القاضي جبراً، فلا يوجب الضمان عليه، وعند محمد يستحلفه؛ لأنه لو أقر به لزمه الضمان؛ لأنه بعقد الوديعة التزم الحفظ، فالتزم الضمان بترك الحفظ، فمتى أقر به لإنسان فقد سلطه على الأخذ، فقد صار تاركاً للحفظ الواجب عليه ومضيعاً لها فيضمن، كما لو دل سارقاً على وديعة، فإذا أنكر يستحلف عليه⁽⁴⁾.

وإن ادعى⁽⁵⁾ كل واحد منهما ملكاً مطلقاً قبله فأقر به لأحدهما، ودفع إليه ليس للآخر أن يستحلفه؛ لأنه لو أقر به لا يضمن للآخر؛ لأن عند محمد لا يدعي عليه ضماناً بترك حفظ واجب عليه بالعقد⁽⁶⁾، فلا يضمن للذي جرده إذا دفع العين إلى المقر

(1) في ف: بأيتها. ولعله الصواب.

(2) المحيط البرهاني 287/8، والفتاوى الهندية 447/3.

(3) في ف: به.

(4) المبسوط للسرخسي 77/18، المحيط البرهاني 181/8.

(5) في ف: بأن ادعى.

(6) في ف: العقد.

له، ألا ترى أن من ادعى عبداً في يد إنسان فأقر به لابنه الصغير، أو قال: أنا مودع فيه من جهة فلان، فأقام البينة تندفع عنه الخصومة واليمين، فإذا لم يضمن لا يستحلف⁽¹⁾، فإن جحد لهما جميعاً فطلب كل واحد منهما يمينه فالقاضي يحلفه لكل واحد منهما على دعواه، ويبدأ بأيهما شاء، وإن تشاحاً في ذلك أقرع بينهما؛ تطيباً لقلبهما، ونفياً لتهمة الميل عن نفسه، لا أن يكون ذلك واجباً عليه، كما لو اجتمع الخصوم عند القاضي كان له أن يبدأ بفصل خصومة [أيهم]⁽²⁾ شاءوا، وإن شاء أقرع، فكذا هذا، فإن حلفه لأحدهما فنكل عن اليمين فالقاضي يحلفه للآخر، ولا يقضي بالنكول للأول، ولو أقر به لأحدهما قضى به للأول⁽³⁾.

والفرق: بين النكول والإقرار: أن الإقرار موجب الحق بنفسه، ولا يتوقف على قضاء القاضي، فحين أقر به للأول ثبت الحق له فيؤمر بالتسليم إليه، وأما النكول ليس بإقرار صريحاً ولا دلالة، لكن يصير إقراراً حكماً بقضاء القاضي بإنزاله مقرراً، فحين نكل للأول⁽⁴⁾ لم يثبت الإقرار، فلا يثبت الحق فلا يقضي⁽⁵⁾، فلو قضى بنكوله للأول ينفذ قضاؤه؛ لأن القضاء وقع في محل الاجتهاد، فإن من العلماء من قال: بأن المدعى عليه متى نكل لأحدهما فالقاضي يقضي له؛ لأن النكول/ إقراراً دلالةً فنفذ قضاؤه ودفع إلى [872و] الأول⁽⁶⁾.

فإن قال الآخر: استحلفه لي، فإنه إنما احتال بهذا ليدفع اليمين عن نفسه، فالقاضي يستحلفه [له]⁽⁷⁾ بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته⁽⁸⁾، ولا أقل منها، فإن

(1) في ف: لم يستحلف.

(2) في ف: أيهما.

(3) المحيط البرهاني 181/8.

(4) في ف: الأول.

(5) في ف: ولا يقضي.

(6) حاشية ابن عابدين 437/7.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) في ف: ولا قيمته وهو كذا.

حلف فلا شيء عليه، وإن نكل ألزمه القاضي القيمة له، وإن قال الآخر: حلف لي بالله ما هذا العبد لي، فالقاضي لا يستحلفه على ذلك؛ لأنه لو أقر به بعد ما صار العبد للأول لا يقبل قوله، فلا يفيد استحلافه⁽¹⁾.

ولو ادعى أحدهما أنه اشتراه منه، وادعى الآخر أنه رهنه، أو استأجره منه بألف درهم، فأقر به للمرتهن أو للمستأجر أولاً، فقال صاحب الشراء: حلفه⁽²⁾ لي بالله ما باعه منه فإنه يحلفه له؛ لأن بيع المرهون والمستأجر بعقد صحيح لازم في حق البائع؛ لأنه ملكه، وليس للمستأجر والمرتهن أيضاً حق الفسخ، فيملك البائع الإقرار به فيفيد الاستحلاف⁽³⁾، فإن حلف انتهى الكلام، فإن نكل ثبت البيع، ويثبت⁽⁴⁾ الخيار للمشتري إن شاء صبر إلى أن يفتك الرهن وتمضي المدة في الإجارة، وإن شاء فسخ؛ لأنه لم يرض بتأخير حقه، فإن أقر لصاحب الشراء أولاً فقال المرتهن أو المستأجر: حلف لي بالله ما رهنه أو أجره⁽⁵⁾ منه: لم يكن عليه في ذلك يمين؛ لأن بعد البيع لا يملك الرهن والإجارة، فلا يملك الإقرار به فلا يفيد الاستحلاف، وكذلك لو كانا مدعين الإجارة فأقر بها لأحدهما لم يحلف الآخر؛ لأن إجارة المستأجر لا تصح على الأجر⁽⁶⁾.

⁽¹⁾العناية 497/8 ، البناءة 133/10.

⁽²⁾ في ف: حلف.

⁽³⁾ في ف: يفيد عن الاستحلاف.

⁽⁴⁾ في ف: وثبت.

⁽⁵⁾ في ف: ولا أجره .

⁽⁶⁾ في ف: على الآخر. ولعله الصواب. ينظر: الفتاوى الهندية 204/8.

باب: الوكيل، أو الوارث، أو الوصي إذا أراد استحلاف الغريم أو الموعد وإقامة البينة عليهما

المبسوط: ادعى رجل على رجل أنه وكّله فلانُ الغائب بقبض دينه، أو وديعته عنده منه، وبالخصومة فيه، فهو على أربعة أوجه: إما إن أقرّ المديون بالوكالة والدين جميعاً، أو جردهما، أو أقر بالوكالة وجدد المال، أو أقر بالمال وجدد الوكالة⁽¹⁾.

فإن أقر بهما أمر بدفع [المال]⁽²⁾ إليه، ولم يكن هذا قضاءً على الغائب، حتى إذا حضر الغائب وأنكر الوكالة كان له أن يأخذ ماله من المدعى عليه؛ لأن إقراره ينفذ عليه دون غيره⁽³⁾.

وإن جدد كلاهما ذكر الخصاص: أن القاضي يكلف المدعي بإقامة البينة على إقرار الرجل بالمال، وبالوكالة له بقبض المال، والصحيح أنه يكلف بإقامة البينة على الوكالة، فيثبت كونه خصماً، ولا حاجة إلى إقامة البينة على إقرار الرجل بالمال ليثبت كونه خصماً له، فمتى ثبت كونه خصماً له بإقامة البينة على الوكالة، فبعد ذلك إن أقام البينة على المال تقبل، ويكون هذا قضاءً على الغائب، حتى لو حضر وأنكر ذلك لا شيء له؛ لأن المدعى عليه انتصب خصماً عنه في إثبات الوكالة عليه؛ لأن ما يدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر، فينتصب هو خصماً على الغائب، وإن لم يكن له بينة على المال وأراد استحلافه، فالقاضي يحلفه بالله ما لفلان بن فلان الفلاني ولا باسمه عليك هذا المال ولا شيء منه؟ لأنه لما أثبت الوكالة بالبينة صار خصماً مطلقاً، وإن لم يكن للمدعي بينة على الوكالة وأراد استحلافه، فالقاضي يحلفه بالله ما نعلم أن

⁽¹⁾ لسان الحكام 235/1 ، والبحر الرائق 183/7.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من:ف.

⁽³⁾ تبیین الحقائق 281/4 ، والدر المختار 532/5.

فلاناً الذي باسمه المال وكله بقبضه؛ لأنه [لو]⁽¹⁾ ادعى عليه معنىً لو أقرّ به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه⁽²⁾.

وإن أقر المدعى عليه بالوكالة وأنكر المال، صار المدعي خصماً في حق استحلافه على المال، وأخذ المال منه متى نكل أو أقر به، ولم يصّر خصماً في حق الخصومة، حتى لو أقام البينة على المدعى عليه لا تسمع؛ لأن المدعي إنما يصير خصماً بالوكالة، والوكالة تثبت بإقرار المدعى عليه، وإقراره حجةً على نفسه غير حجة على الغائب، فلا تثبت⁽³⁾ الوكالة في حق الغائب⁽⁴⁾.

نظيره: رجلٌ ادعى أن فلاناً وكله بطلب كل حق له على هذا، وأن له عليه ألف درهم، فأقر المدعى عليه بالوكالة وأنكر المال، له أن يستحلفه ولم يكن خصماً في إقامة البينة أن هذا المال عليه/، ولو حلفه وجاء الغائب وأنكر الوكالة فالقول قوله، فكذا هذا، بخلاف الوكالة الثابتة بالبينة؛ لأن البينة حجة مطلقة فالقضاء بها يتعدى على الكافة، والإقرار حجة [قاصرة]⁽⁵⁾ فالقضاء به يقتصر على المقضي عليه⁽⁶⁾.

[873ظ]

وأما إذا أقر بالمال وجدد الوكالة، فإن أقام البينة على الوكالة صار خصماً مطلقاً فيؤمر بتسليم المال إليه، وإن لم تكن له بينة وأراد استحلافه يحلفه على ما قلنا، فإن حلف انتهى، وإن نكل تثبت الوكالة في حق أخذ المال لا في الخصومة⁽⁷⁾.

مسألة: رجل عليه دين، أو وديعة عنده لميت غائب، فلا يخلو: إما إن حضر الوارث، أو الوصي⁽⁸⁾، أو الوكيل، أو المشتري، فإن حضر الوارث وادعى أن أباه توفي

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 157/2، 158.

(3) في ف: ولا تثبت.

(4) شرح كتاب أدب القاضي 158/2.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) شرح كتاب أدب القاضي 158/2.

(7) الفتاوى الهندية 404/3.

(8) في ف: القاضي.

ولم يترك وارثاً غيره، وأنكر المدعى عليه ذلك وأراد الوارث استحلافه، قيل: لا يستحلف عند أبي حنيفة، وعندهما يستحلف، والصحيح أنه يستحلف بالله ما يعلم أن فلاناً مات وأنه ابنه كما في الوكالة؛ لما تبين، وإن حلف كلف الابن إقامة البينة على وفاة أبيه⁽¹⁾، وأنه وارثه، وإن نكل صار مقراً بالنسب والموت، كما لو أقر بذلك صريحاً، فالقاضي يجعل الابن خصماً في حق التحليف على المال وأخذه منه، لا في⁽²⁾ إقامة البينة على إثبات المال.

وأما الوصي إذا حضر وادعى أن فلان ابن فلان توفي، وأوصى إليّ بقبض دينه الذي عليه⁽³⁾، ووديعته عنده، وصدّقه صاحب اليد، فإنه يؤمر بتسليمه إليه كما في الوارث، وإن حضر الوكيل وادعى أنه وكيل فلان الغائب وكله بقبض دينه ووديعته، فإن صدقه المدعى عليه في ذلك يؤمر بدفع الدين إليه، ولا يؤمر بدفع الوديعة إليه، وفي الوارث والوصي يؤمر بدفع الدين والعين إليه⁽⁴⁾.

والفرق: أن الوديعة عين مال مملوك للمودع فما دام المودع حياً كان ملكه، وكان إقرار المودع بثبوت حق القبض للوكيل إقراراً منه في ملك العين⁽⁵⁾ فلا يقبل، وإذا مات المودع صار الملك للوارث، فلم يكن هذا إقراراً بثبوت حق القبض للوارث في ملك العين⁽⁶⁾، وللقاضي ولاية نصب الوصي في تركة الميت، وولاية أمر المودع بدفع الوديعة إليه، فإذا أقر أنه وصيه أمضاه وأمره بدفع الوديعة إليه.

وأما المشتري إذا حضر وادعى عيناً في يدي رجل أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدّقه صاحب اليد، فلا يأمر القاضي بالتسليم إليه؛ لأن المشتري⁽⁷⁾ سبب متجدد

(1) في ف: ابنه.

(2) في ف: لا في حق .

(3) هكذا وردت في النسختين ، ولعل الصواب : الذي له.

(4) الفتاوى الهندية 404/3.

(5) في ف: الغير.

(6) في ف: الغير.

(7) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: الشراء.

متجدد يحدث لملك المال، وكان المشتري مدعياً الملك بسبب جديد، فلا بد للقاضي أن يقضي بالملك والسبب، ومتى قضى بالملك والسبب كان هذا قضاءً على الغائب بإقرار ذي اليد، وهذا لا يجوز بخلاف الإرث؛ لأنه ليس بسبب متجدد لملك المال، بل هو بقاءً على ملك الوارث بطريقة الاستحلاف، فلا يكون هذا قضاءً على الغائب⁽¹⁾.

مسألة: رجل أقر أن هذا المال الذي هو [مكتوب]⁽²⁾ في هذا الصك باسمه لفلان بن فلان، وأن اسمه عارية في ذلك، وأنه قد وكله بقبضه وبالخصومة فيه صح، فقد شرط دعوى الوكالة بقبضه؛ لصحة دعوى المال في ظاهر الرواية؛ لأن أصل الدين قد يكون مملوكاً للإنسان ولا يكون له حق القبض، كالثمن في بيع الوكيل مملوك للموكل، ولا يكون له حق القبض، فكذا هذا، وإن ثبت كون الدين مملوكاً، لكن هذا لا يثبت له حق القبض لا محالة؛ لجواز أن يكون المقر وكيلاً عنه في المداينة والمعاينة⁽³⁾.

(1) لسان الحكام 228/1.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) المحيط الدرهماني 212/8، والفتاوى الهندية 403/3.

باب: ما لا يستحلف فيه

المبسوط: ولا يستحلف في الحدود إلا في السرقة؛ لأن [المقصود]⁽¹⁾ من اليمين النكول، والنكول بدلٌ أو إقرار فيه شبهة، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة؛ لأنه يحتال لدريئها، ألا ترى أنه لا تقام بكتاب القاضي إلى القاضي، وبالشهادة على الشهادة، وشهادة رجل وامرأتين، [فكذا]⁽²⁾ لا تقوم بالنكول⁽³⁾.

ويستحلف في السرقة إذا طلب/ المدعي الضمان⁽⁴⁾ يحلّفه بالله ما له عليك هذا [873و] المال، ولا شيء منه، فإن نكل يضمنه المال ولا يقطع؛ لأن المال يثبت بالشبهات، فجاز أن يثبت بالنكول⁽⁵⁾.

ولا يستحلف في أشياء سبعة عند أبي حنيفة وهي: النكاح، والرجعة، والإيلاء، والنسب، والرق، والولاء، والاستيلاء، وعندهما يستحلف⁽⁶⁾؛ لأن النكول في باب⁽⁷⁾ المال إنما صار حجة؛ لكونه إقراراً؛ لأن الناكل ممتنع عن اليمين الكاذبة عادةً، فيصير معترفاً بالحق دلالةً، لأن الكاذب في الإنكار مقرٌّ ضرورة، والإقرار يصح في هذه الأشياء المخصوصة⁽⁸⁾.

له: إنا توافقنا على شرع الاستحلاف؛ لفائدة القضاء بالنكول، والقضاء بالنكول هنا متعذر؛ لأنه لا يجوز أن يجعل النكول إقراراً؛ لأنه لو صار إقراراً صار إنكاره كذباً، والكذب حرام، ولا يجوز أن يجعل النكول بدلاً؛ لأن البدل والإباحة لا تجري في هذه

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ المبسوط للسرخسي 117/16.

⁽⁴⁾ في ف: للضمان.

⁽⁵⁾ المبسوط للسرخسي 117/16.

⁽⁶⁾ في ف: وعندهما يستحلف لهما.

⁽⁷⁾ في ف: أن النكول.

⁽⁸⁾ المبسوط للسرخسي 117/16.

الأشياء؛ لأن الأبخاع والنفوس محترمة لعينها حقاً لله . تعالى . وللعبد، فلا يباح بإباحة العبد، فأما المال معصوم يحترم؛ حقاً للعبد على الخلوص فيباح بإباحته، ثم عندهما كل سبب⁽¹⁾ أقر به المدعى عليه يثبت من غير دعوى كالبنوة، والأبوة، والزوجية، والولاء يستحلف عليه، وكل سبب⁽²⁾ لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المال كالأخوة، والعمومة، ونحو ذلك لا يستحلف؛ لأن الاستحلاف لرجاء النكول الذي هو اعتراف شرعاً⁽³⁾.

ولو أقر أنه أخوه أو عمه لا يثبت؛ لأنه يجعل النسب على الغير، فكان هذا إقراراً على الغير، فلا يصح إلا إذا ادعى بسببه⁽⁴⁾ مالاً أو حقاً، بأن ادعى أنه أخ المدعى عليه عليه لأبيه، وأن أباهما مات وترك مالاً في يده، أو كان زمنياً معسراً وادعى النفقة عليه، أو ادعى حقاً وقال: بأن هذا الصغير الذي التقطته أخي، وأنكر⁽⁵⁾ ذو اليد، أو ادعى رجلاً⁽⁶⁾ حق الرجوع بأن وُهب لإنسان هبة فأراد الواهب الرجوع فيها، فقال الموهوب له: أنا أخوك فيستحلفه بالإجماع؛ لأن المقصود هنا إثبات المال والحق لا النسب، والاستحلاف يجري في⁽⁷⁾ المال والحق إن كان لا يجري في النسب⁽⁸⁾.

(1) في ف: نسب.

(2) في ف: نسب. وهو الصواب.

(3) المبسوط للسرخسي 117/16.

(4) في ف: نسبه.

(5) في ف: فأنكر.

(6) في ف: بطلان.

(7) في ف: فيه.

(8) المحيط الدرهماني 169/8 ، الفتاوى الهندية 16/4.

باب: اليمين على العلم والبتات

المبسوط: أصله: أن الاستحلاف على فعل نفسه يكون على البتات، وعلى فعل غيره يكون على العلم، أصله: حديث القسامة فإن النبي صلى الله عليه وسلم: " استحلف اليهود على فعلهم على البتات بالله ما قتلتم⁽¹⁾، واستحلفهم على فعل غيرهم [على العلم]⁽²⁾ بالله ما علمتم قاتلهم"⁽³⁾، وعلى فعله وفعل غيره كما في دعوى الشراء، والإجارة، والإجارة، والهبة ونحوها، فاليمين على البتات، خلافاً لابن أبي ليلى؛ لأن اعتبار فعله يوجب اليمين على البتات، واعتبار فعل غيره يوجب اليمين على العلم، إلا⁽⁴⁾ أن إيجاب اليمين على البتات أولى؛ لما فيها زيادة زجر وردع عن اليمين الفاجرة؛ لأنه ربما اشتراه وهو لا يعلم بالشراء، فلا يحنث في اليمين على العلم⁽⁵⁾.

مسألة: رجلٌ قدّم رجلاً إلى القاضي، فادعى أن له على أبيه ديناً، ومات أبوه وترك ميراثاً في يديه، فإن أنكر الموت فالقاضي يحلفه على العلم بالله ما تعلم أن أباك مات؛ لأنه على فعل غيره، وإن أقر بالموت وأنكر الدين حلفه بالله ما تعلم أن لهذا على أبك هذا المال، ولا شيء منه، فإن حلف انتهى، وإن نكل استوفي الدين من نصيبه؛ لأن النكول بدل أو إقرار، وكلاهما يصحان في حق نفسه دون غيره، بخلاف ما لو أقام المدعي البينة على الدين يستوفي من جميع التركة؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً فيما يدعى على الميت، فصارت البينة القائمة على الواحد كالقائمة على جميع الورثة، فيثبت الدين في جميع التركة⁽⁶⁾.

(1) في ف: قتلتم.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه، باب: إكرام الكبير، ويبدأ الأكبر بالكلام، رقم: (6142)، 34/8، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، رقم: (4356)، 98/5.

(4) في ف: لأن.

(5) البناية 313/11، مجمع الأنهر 362/2.

(6) المحيط الدرهماني 218/8، والفتاوى الهندية 407/3.

ولو أقر بالموت والدين، وأنكر وصول التركة [إليه]⁽¹⁾، حلفه⁽²⁾ على البتات بالله ما وصل إليك من ميراث أبيك المال الذي يدعي، ولا شيء منه؛ لأنه يحلفه على فعل نفسه فيكون على البتات، وإن أنكر الدين ووصول التركة إليه حلفه بالله ما وصل إليك هذا المال ولا شيء منه، فإذا حلف وأراد الطالب أن يحلفه على الدين فقال الابن: كيف تحلفني وما في يدي شيء⁽³⁾ من/ التركة؟، قال الخصاف: لا يقبل قوله، ويحلفه على [874ظ] الدين على علمه؛ لأن الحاجة إلى إثبات الدين، وفي إثبات الدين [لا تقع الحاجة إلى وصول شيء من التركة، قال الخصاف: لا يقبل قوله ويحلفه، وفي إثبات الدين]⁽⁴⁾ فائدة فائدة فإنه متى استحلف فأقر أو نكل ثبت الدين، فبعد ذلك إذا ظهر للأب وديعة، أو بضاعة عند إنسان لا تقع الحاجة إلى الإثبات، وكان فيه فائدة منتظرة مرتقبة⁽⁵⁾.

وقال بعض مشايخنا: ليس له أن يحلفه، ولو أقام البينة قبلت بينته؛ لأن اليمين على طرف لسانه، فمتى ظهر المال أمكنه أن يحلفه، فأما البينة فربما لا يمكنه إقامتها في كل وقت؛ لغيبه الشهود ونحو ذلك، فسمعت منه البينة قبل ظهور المال ولا يحلفه قبل ظهور المال، هذا إذا حلفه على الوصول أولاً ثم على الدين⁽⁶⁾.

فأما إذا أراد استحلافه على الدين والوصول جميعاً، قيل: يستحلف يميناً واحدة بالله ما وصل إليه هذا المال ولا شيء منه من تركة أبيه، ولا تعلم أن لهذا الرجل على أبيك ديناً من الوجه الذي يدعي⁽⁷⁾، وقال عامة مشايخنا: يحلف مرتين؛ لأنه إنما يجمع بين اليمينين إذا كانتا من جنس واحد وسببها متحد، وهنا اختلف الجنس؛ فإن اليمين على

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: حلفوه.

(3) في ف: وليس في يدي شيء.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) المحيط الدرهماني 219/8.

(6) المحيط الدرهماني 219/8.

(7) في ف: تدعي.

البتات لا تجانس اليمين على العلم، وسببها مختلف فلا يجمع بينهما، بخلاف القسامة لأن سببها متحد وهو القتل، لكن يحلف مرة على الوصول على البتات ويحلف مرة على الدين، وكذلك إذا أنكر الموت والوصول [على البتات]⁽¹⁾، [فعدت عامة مشايخنا: يحلف مرتين على الموت على العلم، ومرة على الوصول على البتات]⁽²⁾.

مسألة: رجل ادعى داراً في يد رجل فأراد أن يستحلفه، فقال المدعى عليه: هذه الدار ورثتها عن أبي، فعليّ اليمين على العلم، وقال المدعى: بل وصلت إليك من غير ميراث، فعليك اليمين على البتات، فإنه يحلفه على البتات؛ لأن سبب استحقاق اليمين على البتات قد تقرّر، وهو ظهور الدار في يده، فيكون خصماً لهذا المدعى، فبقوله⁽³⁾: وصلت إليّ من جهة الميراث يريد إسقاط اليمين⁽⁴⁾ عن نفسه، فلا يقبل ذلك منه إلا بحجة، فإن قال المدعى عليه للقاضي: احلف هذا⁽⁵⁾ المدعى أنها لم تصل إليّ بالميراث، بالميراث، حلفه القاضي بالله ما تعلم أنها وصلت إليه من قبل ميراث أبيه؛ لأنه [لو]⁽⁶⁾ ادعى عليه شيئاً لو أقر به لزمه، وسقطت يمين البتات على المدعى عليه، فإن حلف المدعى عليه لم يثبت وصول الدار إلى المدعى عليه بجهة الميراث، وتوجهت يمين البتات عليه، فإن نكل ثبت الوصول بجهة الميراث، فحينئذ يستحلف المدعى عليه على العلم⁽⁷⁾.

مسألة: رجل اشترى من رجل جاريةً أو غيرها، وقبضها منه، ثم ادعى رجلٌ أنه اشتراها من البائع قبل أن يشتريه هذا منه، فإنه يحلفه صاحب اليد على علمه على

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف، والصواب: إسقاطها.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل. ينظر: المحيط البرهاني 219/3، والفتاوى الهندية 407/3.

(3) في ف: وقوله.

(4) في ف: يمين البتات.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لهذا.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ولعله الصواب.

(7) البحر الرائق 217/7.

السبب بالله⁽¹⁾ [ما تعلم]⁽²⁾ أن هذا الرجل اشتراها من البائع قبل أن يشتريه منه؛ لأن المدعي يدعي عليه شيئاً لو أقر به لزمه فإن أنكر يستحلف على علم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير، فإن قال ذو اليد للقاضي: قد يشتريه إنسانٌ ثم ينقض البيع، وأنا أخاف أن أقر بالشراء مخافة أن يلزمني القاضي⁽³⁾، يحلّفه الآن على الحاصل بالله ما هذا الشيء بالوجه الذي يدعي؛ لأنه لما عرض فقد طلب النظر من القاضي فيجب النظر له⁽⁴⁾.

مسألة: أودع دابة عند رجل فركبها المستودع، ثم هلكت الدابة، فقال المستودع: هلكت بعد ما نزلت عنها، وقال المودع: لا بل هلكت قبل النزول، فالقول قول المودع مع يمينه؛ لأن المستودع أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الخلاف، وادعى ما يبرئه، فلم يصدق في البراءة إلا ببينة، كما لو قال: أكلتُ مالك بإذنك، ثم كيف يستحلف المودع؟ قال: والحلف على العلم بالله ما يعلم أنها هلكت بعد النزول؛ لأنه يستحلف على فعل غيره وهو عود المودع إلى الوفاق⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ في ف: بالله العظيم.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ في ف: فالقاضي. وهو الصواب.

⁽⁴⁾ المحيط الدرهماني 212/8.

⁽⁵⁾ الفتاوى الهندية 23/4.

باب: النكول عن اليمين

المبسوط: [ويجوز]⁽¹⁾ القضاء بالنكول في باب الأموال، ولا يردّ إلى اليمين المدعي⁽²⁾، وقال الشافعي . رحمه الله . : لا يقضى بالنكول⁽³⁾، لكنه ترد اليمين إلى المدعي، فإن يحلف⁽⁴⁾ يأخذ المال وإلا فلا، والصحيح قولنا؛ لأن النكول دل على رجحان الكذب في إنكاره؛ لأنه لو كان صادقاً في إنكاره لأقدم على الحلف، إذ لو لم يحلف يفوت ماله؛ لأن عندنا يقضى بمجرد النكول، وعنده تنقل اليمين إلى المدعي⁽⁵⁾، فيقضى له بالمال، فهذا صادق للمدعي عليه عن النكول إذ لو كان صادقاً في إنكاره؛ لأن حبّ المال يحمله/ على اليمين الكاذبة (...)⁽⁶⁾ صيانةً للمال، وكيف لا يحمله على اليمين الصادقة!، فلما امتنع عن اليمين غلب على ظن القاضي أنه إنما امتنع عن اليمين الكاذبة، فظهر كونه مبطلاً وكون المدعي محقاً، فوجب على القاضي تمكين المدعي من أخذ المال؛ دفعاً للظلم عنه، ويجوز رد اليمين على وجه الصلح⁽⁷⁾.

وذكر في الجامع الصغير: أن الصلح على اليمين جائز؛ حتى لا يكون له أن يستحلف على ذلك أبداً، فلما جاز الصلح جاز أيضاً رد اليمين على المدعي على وجه الصلح⁽⁸⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(2) في ف: ولا ترد اليمين على المدعي. ولعله الصواب.

(3) أما عند المالكية فلا يحكم بمجرد النكول في القتل العمد ولا في الجراحات، ولا في سائر الحقوق، والحنابلة: يقضى بالنكول في حق الأدمي، أما في حقوق الله فلا يقضى بالنكول، ينظر: الأم 7 / 41، المعونة 1 / 1550، الشرح الممتع 15 / 473.

(4) في ف: فإن حلف.

(5) في ف: إلى المدعي فيحلف غالباً.

(6) كلمة غير مقروءة في النسختين

(7) شرح كتاب أدب القاضي 2/ 59، العناية 8/ 177.

(8) لسان الحكام 1/ 227، نقلاً عن الجامع الصغير.

ونذكر في المنتقى: لو قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال المدعى عليه: إن حلفت أنها لك على أديتها إليك، فحلف وأداها إليه على الشرط الذي شرط⁽¹⁾، فله أن يستردها منه ما لم يؤدها بغير شرط⁽²⁾؛ لأن التملك المعلق بشرط لا يصح، والمرسل والمنجز يصح⁽³⁾.

ولو قال المغصوب منه: كان قيمة ثوبي مائة، وقال الغاصب: لا أدري ما قيمته، ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويجبر على البيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهولة، فإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه في الزيادة، فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضاً أن⁽⁴⁾ قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب منه، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب، فالغاصب بالخيار إن شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه، وإن شاء ردّ الثوب وأخذ القيمة؛ لأنه لا يمكن القضاء بمائة درهم؛ لأنه قد حلف الغاصب ولا القضاء بأقل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأنه أقر بغصب ثوب مجهول⁽⁵⁾ الجنس، فلم يدر القاضي أقل ما يصلح قيمة له، فلم يبق وجه إلا رد اليمين إلى المغصوب منه؛ لأنه مدعى عليه من وجه⁽⁶⁾ من حيث إن الأصل الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب، فإن الإقرار بقيمة مجهولة صحيح، وإنما الحاجة إلى فصل الخصومة، واليمين إنما شرعت لفصل الخصومة، ويجوز أن تفصل الخصومة بيمين المدعى عليه من وجه، وهذه من خواص هذا الكتاب⁽⁷⁾.

(1) في ف: اشتراط.

(2) في ف: بعد شرط.

(3) البحر الرائق 204/7، حاشية ابن عابدين 549/5.

(4) في ف: لأن.

(5) في ف: مغصوب.

(6) في ف: من كل وجه.

(7) البحر الرائق 204/7.

ولا يقضى بالنكول في الحدود؛ لأن في الحدود لو رجع بعد الإقرار صح؛ ولأنها لا تقام بحجة فيها شبهة⁽¹⁾.

ولا يقضى بالنكول [في القصاص]⁽²⁾ في النفس ، بل يحبس حتى يحلف، وفي الطرف يقضى بالنكول بالقصاص عند أبي حنيفة ، وعندهما يقضى بالنكول في الفصل⁽³⁾ بالدية، وفيما دون النفس بالأرش⁽⁴⁾.

لهما: أن النكول حجة فيها شبهة العدم؛ لاختلاف العلماء في كونه حجة، والقصاص عقوبة تدرئ بالشبهات، فلا يثبت [القصاص]⁽⁵⁾ بحجة فيها شبهة العدم، [والمال يثبت بحجة فيها شبهة العدم]⁽⁶⁾.

له: أن النكول أنزل بدلاً شرعاً؛ لحاجة البازل إلى جوازه، وهي صيانة نفسه عن اليمين الكاذبة المهلكة، وهذه الحاجة لا تتدفع إلا بالبدل⁽⁷⁾؛ لأننا لو أنزلناه مقراً كذبه في إنكاره، والضرر الذي يلحقه بالتكذيب فوق الضرر الذي يلحقه بالبدل، والطرف قابل للبدل لدفع الهلاك عن نفسه، كقطع اليد إذا وقعت فيها الأكلة، وكقلع السن إذا اشتكى وجعاً، وهنا في البدل⁽⁸⁾ دفع الهلاك عن نفسه، وهو اليمين الكاذبة المهلكة؛ لأن حب الطرف يحمله على اليمين الكاذبة فكيف لا يصرفه عن اليمين الصادقة!، فدل نكوله على أنه كاذب في اليمين، بخلاف النفس؛ لأن إهلاك النفس بيقين⁽⁹⁾ لدفع الهلاك عن نفسه غالباً غالباً لا يجوز⁽¹⁰⁾.

(1) المحيط البرهاني 7/9 ، الفتاوى الهندية 27/4 .

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: النفس. وهو الصواب.

(4) البحر الرائق 204/7.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: الاختيار 13/2.

(7) في ف: إلا بالنكول.

(8) في ف: التبديل.

(9) في ف: متيقن. ولعله الصواب.

(10) المحيط البرهاني 167/8.

فصل: النكول نوعان: حقيقةً، وحكماً، أما حقيقةً: فأن يقول المدعى عليه: لا

أحلف، فالقاضي يقول له ثلاث مرات: احلف وإلا قضيت عليك بالمال لنكول (.....)(1)، وأبلغ في إبداء العذر، فإن قضى القاضي بنكوله في المرة الأولى نفذ قضاؤه؛ لأن نكوله متعين للورع عن اليمين الكاذبة، فقد وجد دليل القضاء، ولكن الإمهال وترك الاستعجال أولى، فإن قال في المرة الأولى: لا أحلف، ثم قال في المرة الثانية: أحلف، ثم قال في المرة الثالثة: لا أحلف، يقضى عليه بالنكول؛ لأن بقوله(2) في المرة الثانية: أحلف لم يصر موفياً حقه في اليمين؛ بخلاف ما إذا استمهل المدعى عليه من المدعي ثلاثة أيام بعد ما قال في المرة الأولى: لا أحلف، ثم جاء بعد مضي المدة فأبى اليمين، فالقاضي يستقبل عرض اليمين(3) عليه ثلاث مرات؛ لأن عرض اليمين إنما يبقى معتبراً إذا بقي الاستحلاف حقاً مستحقاً للمدعي، ففي الأول بقي حقاً مستحقاً للمدعي فبقي عرض اليمين معتبراً، [وفي الثانية لم يبق حقاً مستحقاً للمدعي، في المهلة، فلا يبقى عرض اليمين معتبراً/](4).

[875ظ]

ولو قال المدعى عليه بعد ما نكل [عن اليمين](5) ثلاث مرات: أنا أحلف، يحلّفه يحلّفه قبل القضاء بالنكول، وبعد القضاء لا يحلّفه؛ لأن قبل القضاء أثره في إبطال كلام المدعي فاعتبر، بعد القضاء(6) أثره في القضاء فلم يعتبر، وصار كرجوع الشهود [قبل القضاء](7) معتبر وبعده لا؛ لما فيه من إبطال القضاء(8).

(1) كلمتان غير مقروعتين في النسختين .

(2) في ف: بقول.

(3) في ف: عليه عرض اليمين.

(4) ما بين معكوفين سقط من الأصل. ينظر: شرح كتاب أدب القاضي 260/2، والمبسوط للسرخسي 52/18.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: وبعد القضاء، وهو الصواب .

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) لسان الحكام 227/1، والاختيار 111/2.

ولو قال: لا أقر ولا أنكر، لا يحلّفه ويحبسه (1) عند أبي حنيفة، وعندهما هو منكر؛ لأنه لما نفى الإقرار [أولاً بقوله: لا أقر، صار منكرًا ضرورةً؛ للقضاء بينهما، فقوله: لا أنكر بعد نفيه الإقرار] (2) يقع لغواً، كقوله: أنكر ولست بمنكر، ولو قال ذلك على عكسه يكون مقراً بالإجماع (3).

له: أنه لم يظهر منه الإنكار؛ لأنه بقي الإقرار والإنكار جميعاً، واليمين مشروعة في حق المنكر بالنص، فيحبس إلى أن يأتي بكلام لا تضادّ فيه.

وأما النكول حكماً: وهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات ويسكت كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلاً؛ لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه، ألا ترى أنه لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضي مجيباً له، كذا هذا، وهذا إذا لم تكن بلسانه آفة، فإن كان في لسانه آفة تمنعه عن الجواب، أو بأذنه آفة تمنعه عن السماع لا يجعل امتناعه عن اليمين [نكولاً] (4) حكماً؛ لأنه ما لم يسمع ويقدر على الجواب لا يصير ظالماً، فلا يجعل نكوله (5) حكماً (6).

ولو سأله القاضي عن دعواه فسكت ولم يجبه، فالقاضي يأمر المدعي أن يأخذ منه كفيلاً؛ حتى يسأل عن حاله هل به آفة تمنعه عن السمع والكلام؟، فإن ظهر أنه لا آفة به وأعادته إلى مجلس القاضي وادعى وهو ساكت، فالقاضي يعرض عليه اليمين ثلاثاً ويقضي عليه بالنكول (7).

(1) في ف: ولا يحبسه.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) عيون المسائل 219/1، وحاشية ابن عابدين 548/5.

(4) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(5) في ف: نكولاً.

(6) المحيط البرهاني 177/8، والفتاوى الهندية 14/4.

(7) المحيط البرهاني 177/8.

مسألة: رجل ادعى عيناً في يد رجل فقضى عليه بالنكول عن اليمين، [ثم ادعى]⁽¹⁾ آخر تلك العين أن ذا اليد غصبها منه يستحلف ذو اليد؛ لأن الاستحلاف للثاني مفيد القضاء للثاني بإيجاب قيمة العين عليه متى نكل، فإن نكل يقضى بقيمة العين ما خلا العقار **عندهما**، فإنه لا يضمن للثاني ولا يمين عليه؛ لأن العقار لا يضمن **عندهما**؛ خلافاً لمحمد فلا فائدة في الاستحلاف⁽²⁾.

فإن ادعى عيناً في يد الوارث وديعةً عند أبيه، أو غصباً فاستحلف على علمه فنكل قضي⁽³⁾ عليه، ثم جاء آخر وادعى لم يستحلف؛ لأنه لا فائدة في الاستحلاف، فإنه فإنه لو نكل لا يضمن للثاني شيئاً؛ لأنه بالنكول يصير مقراً على أنه ضييع الوديعة على الثاني بإقراره على الأول⁽⁴⁾ ضمناً للنكول، إلا أنه لم يكن ملزماً للحفظ حتى يضمن بالتضييع⁽⁵⁾؛ لأنه لم يقبل الوديعة بل حصل المال في يده أمانةً من غير إيداع، ومثل هذا لا يضمن بترك الحفظ، بخلاف الفصل⁽⁶⁾ الأول فإن هناك يصير ملتزماً للحفظ وقد أتلّف بإقراره للأول في حق الثاني فيضمن فيفيد الاستحلاف، وهذا إذ لم يكن في يد الابن تركة سوى العين⁽⁷⁾.

قال الفقيه أبو جعفر البلخي⁽⁸⁾: إنه يستحلف الوارث للثاني؛ لأن الثاني ادعى [على]⁽⁹⁾ الميت تجهيل الوديعة بترك البيان وأنه سبب للضمان، ولو كان مدعياً على الميت ديناً وأنكر الوارث يستحلف؛ لأن الاستحلاف يفيد إذا كان في يده تركة وبيّن أنه

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) لسان الحكام 286/1.

(3) في ف: فقضى.

(4) في ف: للأول.

(5) في ف: للتضييع.

(6) في ف: بخلاف القضاء. ولعله الصواب.

(7) في ف: سوى العين، فإن كانت في يده تركةً سوى العين. ينظر: المحيط البرهاني 185/8.

(8) محمد بن عبد الله بن محمد، أبو جعفر البلخي، الهنداوي، كان من براعته في الفقه يقال له: أبو حنيفة الصغير، وكان شيخ

تلك الديار في زمانه، توفي ببخارى سنة: 362هـ. ينظر: تاج التراجم: 29/1، العبر: 152/1.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

يمكنه الرجوع عن النكول بالحلف قبل القضاء، وبعده لا يمكنه؛ لأن النكول دليل محتمل،
فما لم يتصل به القضاء لا يكون حجة موجبة كالبيينة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المحيط البرهاني 8/185.

باب: التحالف عند اختلاف المتعاقدين

المبسوط: وإذا اختلف المتبايعان في الثمن حال قيام السلعة، والثمن دين والسلعة عين مقبوضة⁽¹⁾ تحالفاً نصاً وقياساً؛ لقوله . عليه الصلاة والسلام .: " إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وتراداً"⁽²⁾؛ ولأن كل واحد منهما مدّع ومنكر؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر، والمشتري يدعي تسليم المبيع بأقل الثمن والبائع ينكر، وإن كانت السلعة مقبوضة تحالفاً نصاً لا قياساً؛ لأن البائع إن كان مدعياً ومنكراً فالمشتري ليس بمدع؛ لأن المبيع سالم له ملكاً ويداً، [وكان مدّعياً ضرورة]⁽³⁾ لا معنى، فيكون البائع منكراً صورة لا معنى، واليمين لا تتوجه على المنكر صورةً لكنهما تحالفاً نصاً، فيحلف البائع بالله ما باعه بألف⁽⁴⁾، **والصحيح** رواية الأصل؛ لأنه إنما يحلف على دعوى خصمه لا على دعوى نفسه، والبائع ادعى ألفين فمتى كان باعه بألف وتسعمائة لا يدعي ألفين⁽⁵⁾؛ لأنه يعلم أن المشتري لا يبالي من الحلف على ألفين؛ لأنه لا يحنت في يمينه/، وكذلك المشتري لو اشتراه بألف وزيادة لا يدعي البيع بألف؛ لعلمه أنه يحلف [875و] البائع على الألف، فلا يحنت فلم تجب اليمين باعتبار هذا الوهم وفيه نوع خلاف للسنة⁽⁶⁾، ولا يفسخ البيع بنفس التحالف ما لم يتفاسخا، أو يفسخ القاضي بينهما؛ لأن قوله -عليه الصلاة والسلام-: "تراداً" هو عبارة عن الفسخ، ثم يقول لهما القاضي: ماذا

(1) في ف: غير مقبوضة.

(2) أخرجه مالك في الموطأ رواية محمد بن الحسن الشيباني: كتاب البيوع في التجارات والسلم، باب: الاختلاف في البيع بين البائع والمشتري، برقم: (786): 278/1، ولفظه عنده: "أیما بیعان تبايعا، فالقول قول البائع، أو يردان"، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، 139/2، والطبراني في الكبير، رقم: (10365)، 174/10، والحاكم في مستدرکه، كتاب البيوع، 45/2، وقال: صحيح الإسناد.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: ما باعه بألف كما يدعيه المشتري، ويحلف المشتري بالله ما اشتريته بألفين كما في البائع، وذكر في الزيادات: يحلفه البائع بالله ما باعه بألف كما يدعيه المشتري ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتريته بألفين؛ ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين كما يدعيه البائع، ولقد اشتراه بألف. ينظر: العناية 207/8، مجمع الأنهر 263/2.

(5) في ف: ألفاً.

(6) في ف: السنة.

تريدان؟ فإن طلبا الفسخ أو أحدهما يفسخ العقد بينهما؛ قطعاً للمنازعة، فإن لم يطلبها تركهما حتى يصطلحا على شيء؛ لأن العقد لا يفسخ بالتحالف ولا يفسد وإن صار الثمن مجهولاً؛ لأن هذه جهالة طارئة، والجهالة الطارئة لا تفسد، ويبدأ بيمين البائع في قول أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف آخر، وهو قول محمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة يبدأ بيمين المشتري؛ لأن اليمين وظيفة المنكر، والمشتري أشدهما إنكاراً؛ لأن البائع يطالبه بتسليم الثمن أولاً وهو منكر، وهو لا يطالب البائع بتسليم المبيع للحال، فمن كان أشد إنكاراً كانت البداية بيمينه أولى، حتى لو كان البيع مقابضةً أو صرفاً يبدأ بيمين أيهما شاء؛ لاستوائهما⁽¹⁾ في الإنكار؛ ولأن المشتري هو المبدأ [بحقوق العقد فإنه هو المبدأ]⁽²⁾ بتسليم الثمن، فيكون هو [المبدأ]⁽³⁾ بالتحالف⁽⁴⁾؛ لأنه أشدهما إنكاراً، وعلى العبارة الثانية يبدأ بيمين المشتري؛ لأنه هو المبدأ بتسليم حقوق العقد⁽⁵⁾.

ولو اختلفا في البيع والثمن جميعاً ذكر في كتاب الوكالة: أنه يبدأ بيمين من بدأ بالدعوى؛ لأنهما استويا في الإنكار فوجب الترجيح بالبداية، فجعل البادئ منهما مدعياً والآخر منكرًا، كما لو ادعى زيد على عمرو ألف درهم، وأنكر عمرو، ثم ادعى عمرو على زيد ألفي درهم⁽⁶⁾، وأنكر زيد، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، ويبدأ بيمين عمرو؛ لأن زيدا سبقه في الدعوى وإن كان زيداً أشدهما إنكاراً؛ لأنه أنكر ألفي درهم، بخلاف ما لو اختلفا في الثمن؛ لأن البائع منكر صورةً ومعنىً، فكان أشد إنكاراً، وإن ادعى معاً يبدأ بيمين البائع؛ لأنه أشدهما إنكاراً معنىً؛ لأنه ينكر زيادة المبيع، والمبيع

(1) في ف: واستوائهما.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: بالتحالف لأنه من حقوق العقد؛ لأنه وجب بسبب البيع. ولو اختلفا في المبيع حتى وجب التحالف، فإنه يبدأ بيمين البائع على العبارة الأولى.

(5) بدائع الصنائع 259/6، تبين الحقائق 307/4، الاختيار 120/2.

(6) في ف: ألف درهم.

أصل في البيع ، والتمن كالبيع له حتى يجوز الفسخ باعتبار المبيع، ولا يجوز باعتبار الثمن⁽¹⁾.

وفي رواية أخرى عن **أبي يوسف**: القاضي بالخيار يبدأ بيمين أيهما شاء، وإن شاء أقرع بينهما⁽²⁾.

وإن اختلفا في جنس العقد بأن ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة، أو في جنس الثمن بأن ادعى أحدهما الدراهم والآخر الدنانير، ذكر **محمد** في الجامع وقال: لا يتحالفان، قال مشايخنا: المذكور في الجامع قولهما، وعند **محمد** يتحالفان، وهو الصحيح لما نبين، وإن اختلفا في الثمن والسلعة هالكة، فإن كانت⁽³⁾ السلعة واحدة وهي هالكة عند المشتري، أو خارجة عن ملكه⁽⁴⁾، أو صارت بحال يمنع الفسخ، بأن ازدادت زيادة متصلة متصلة أو منفصلة، أو جنى المشتري عليها، فالقول قول المشتري **عندهما**، ولا يتحالفان إذا كان الثمن ديناً، وعند **محمد** و**الشافعي**⁵ يتحالفان ويترادان القيمة؛ لأن كل واحد يدعي يدعي عقداً غير ما يدعيه صاحبه وصاحبه ينكر؛ لأن العقد بألف غير العقد بألفين، ولهذا لو شهد أحدهما على البيع بألف، والآخر بألفين لا تقبل؛ لاختلاف المشهود به، فصار كل واحد مدعياً أو منكرًا⁽⁶⁾.

لهما أن اليمين حجة المنكر حقيقةً بالنص، والبائع ليس بمنكر حقيقة؛ لأن المشتري ليس بمدّعٍ معنيٍّ؛ لأن السلعة سالمة له ملكاً ويداً، فلا يكون البائع منكرًا معنيٍّ، وأيهما أقام البينة قضي له؛ لأن البائع مدّعٍ حقيقةً، والمشتري مدّعٍ صورةً، والدعوى صورةً تكفي لقبول البينة ، ولا تكفي لتوجه اليمين على خصمه؛ لأن الشاهد لا يقف إلا على

⁽¹⁾ الاختيار 120/2.

⁽²⁾ تبين الحقائق 305/4.

⁽³⁾ في ف: فكانت.

⁽⁴⁾ في ف: ماله.

⁽⁵⁾ ينظر: الأم 6 / 245 .

⁽⁶⁾ تبين الحقائق 307/4، والاختيار 120/2.

الظاهر، والمنكر يقف على حقيقة ضميره، وصار⁽¹⁾ كالمودع أقام البينة على رد الوديعة، تقبل لكونه مدعياً [صورة]⁽²⁾، ولا يحلف المودع على الإنكار صورةً، وإن أقام⁽³⁾ البينة فالبينة للبائع؛ لأنها أكثر إثباتاً⁽⁴⁾.

ولو ماتا أو أحدهما فاختلف الورثة قبل القبض لا يتحالفان؛ لأن التحالف ثابت نصاً لا قياساً، والنص ورد بلفظ المتبايعين ولم يوجد اختلاف المتبايعين عند الموت⁽⁵⁾، وعند محمد يتحالفان؛ لأن الوارث قائم مقام المورث في حقوق العقد.

مسألة: ولو اشترى عبيدين [وقبضهما]⁽⁶⁾، وهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن، فالقول للمشتري عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً، وعند أبي يوسف القول للمشتري/ في حصة الميت ويتحالفان في الحي، وعند [876ظ] محمد يتحالفان فيهما ويتراذان القائم وقيمة الهالك؛ لأن عنده هلاك الكل لا يمنع التحالف، وهلاك البعض أولى⁽⁷⁾.

لأبي يوسف أن المانع من التحالف هو الهالك، فيقدر⁽⁸⁾ الامتناع بقدر المانع، وذلك لأن المقصود من التحالف هو الفسخ، [والفسخ إن تعذر في الهالك لم يتعذر في القائم، لأبي حنيفة أن التحالف]⁽⁹⁾ بعد القبض ثبت نصاً لا قياساً، والنص إنما ورد بالتحالف عند قيام السلعة، وهي اسم لجميع⁽¹⁰⁾ أجزائها، فإذا [هلك البعض]⁽¹¹⁾ فات،

(1) في ف: فصار.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: وإن أقام.

(4) الاختيار 121/2.

(5) في ف: بعد الموت.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) الأصل للشيباني 175/5، الجامع الصغير 339/1.

(8) في ف: فينفذ.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(10) في ف: بجميع.

(11) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

فعاد الأمر إلى أصل⁽¹⁾ القياس، وعلى هذا الخلاف إذا انتقص أو جنى عليه المشتري⁽²⁾.
المشتري⁽²⁾.

واختلفوا في تفسير قول **أبي حنيفة**: إلا أن يشاء البائع أن يأخذ [من ثمن]⁽³⁾ الحي، ولا يأخذ من ثمن المشتري شيئاً، قيل معناه: حينئذ لا يحلف المشتري، وقيل معناه: حينئذ يتحالفان وهو الأظهر؛ لأن حكم ما بعد الاستثناء [بخالف]⁽⁴⁾ حكم ما قبله، وما قبله القول للمشتري، فيجب أن يكون ما بعده القول للبائع، ومتى وجب يمين البائع وجب يمين المشتري، وإنما تحالفاً؛ لأنه متى رضي البائع أن [لا]⁽⁵⁾ يأخذ من ثمن الهالك [شيئاً] يترك الدعوى في الهالك⁽⁶⁾، فيجعل كأن الهالك لم يكن، والبيع لم يرد إلا على القائم، وتفسير التحالف على قول **أبي يوسف** قيل: يتحالفان على القائم⁽⁷⁾ لا غير، والصحيح أنهما يتحالفان عليهما كما هو قول **محمد**، وهكذا ذكر محمد في الجامع: فيحلف المشتري أولاً [بالله ما اشتريتهما بألفين، وإن نكل لزمه، وإن حلف يحلف البائع بالله]⁽⁸⁾ ما بعتهما بألف، فإن نكل قضي عليه، وإن حلف يفسخ العقد في القائم وسقط ثمنه، ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقر به، وهو أن يقسم الثمن على قدر قيمتهما يوم القبض، وإن استويا يلزم المشتري نصف الثمن الذي أقر به⁽⁹⁾.

وإن اختلفا سقط من الثمن بقدر قيمة القائم، ويلزمه حصة الهالك بقدر قيمته أيضاً، وكذلك إذا اختلفا في الإجارة قبل استيفاء شيء من المنفعة، فإنهما يتحالفان

(1) في ف: أمر القياس.

(2) بدائع الصنائع 260/6، المحيط البرهاني 448/6، 449.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(8) ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

(9) بدائع الصنائع 260/6، تبين الحقائق 309/4.

ويترادان؛ لأن المعقود عليه قائم، وإن اختلفا⁽¹⁾ بعد استيفاء جميع المنفعة لا يتحالفان بالإجماع، ويكون القول للبائع⁽²⁾؛ لأن الإجارة بمعنى البيع؛ لأنها معاوضة مال بمال، فالنص الوارد في البيع وارد هنا دلالة⁽³⁾.

وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المنفعة لا يتحالفان عندهما، وعند أبي يوسف يتحالفان في القائم ويكون القول للمشتري⁽⁴⁾ فيما استوفى من المنفعة فأبو يوسف مرّ على على أصله، وأبو حنيفة مرّ على أصله، ومحمد فرّق بينهما⁽⁵⁾.

والفرق: أن في البيع الهلاك يمنع الفسخ على التهمة⁽⁶⁾، فلا يمنع التحالف، وفي الإجارة يمنع الفسخ على القيمة؛ لتعذر القيمة فيمنع التحالف، ومتى وجب التحالف في الإجارة يبدأ بيمين الآجر⁽⁷⁾ على قول أبي يوسف الأول؛ لأنه بمنزلة البائع، وعلى قوله الآخر وهو قول محمد يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه بمنزلة المشتري، كذلك في المزارعة لو اختلف المزارع ورب الأرض في البذر والربيع قبل المزارعة تحالفا وتراداً، ويبدأ بيمين من كان البذر من قبله؛ لأن المزارعة⁽⁸⁾ بمنزلة الإجارة وقد مرت في المزارعة مع فروعها، وكل ما يمنع الفسخ يمنع التحالف وما لا فلا، خلافاً لمحمد لأن التحالف يراد للفسخ، إذ ليس للتحالف حكم آخر سوى الفسخ⁽⁹⁾.

مسألة: باع من رجلين⁽¹⁰⁾، ثم باع أحدهما نصيبه من شريكه، ثم اختلفوا في

الثمن، فالقول للشريك البائع في نصيبه، ويتحالفان على الحصة التي لم تُبَّع، قيل: هذا

(1) في ف: اختلف.

(2) في ف: للمستأجر. وهو الصواب.

(3) للاختيار 122/2، مجمع النهر 266/2.

(4) في ف: للمستأجر. وهو الصواب.

(5) تبين الحقائق 311/4.

(6) في ف: على القيمة.

(7) في ف: الآخر.

(8) في ف: فإن المزارعة.

(9) تبين الحقائق 311/4.

(10) في ف: رجلان.

عند أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة⁽¹⁾ لا يتحالفان أصلاً إلا أن يرضى البائع أخذ البعض، البعض، وعند محمد البائع مع كل واحد من المشتريين يتحالفان؛ بناءً على أن تعذر الفسخ في نصيب أحد المشتريين يمنع الفسخ عند أبي حنيفة فيمنع⁽²⁾ التحالف إلا أن يرضى البائع؛ لأننا إنما منعناه عن الفسخ؛ لنفي ضرر عيب الشركة، فإذا رضي به كان له الاسترداد بالتحالف، وعند أبي يوسف لم يمنع الفسخ في نصيب الآخر فلم يمنع التحالف، وعند محمد تعذر الفسخ لا يمنع التحالف⁽³⁾.

ولو تبايعا عرضاً بعرض فهلك⁽⁴⁾ أحدهما ثم اختلفا في القائم تحالفاً؛ لأن المقصود من التحالف هو الفسخ، وفسخ العقد ممكن بعد هلاك أحد العوضين، ولو اختلفا بعد هلاك السلعة فادعى البائع أن الثمن عين، وادعى المشتري أن الثمن دين، لا يتحالفان؛ لأن المبيع في جانب البائع هالك فيكون الثمن للمشتري؛ لأن الملك فيه يستفاد من جهته⁽⁵⁾.

وإن ادعى المشتري أن الثمن عين، وادعى البائع أنه دين تحالفاً؛ لأن البيع في جانبه قائم والفسخ متصور، فيحلف المشتري؛ لإنكاره ما/ (...)⁽⁶⁾ البائع، ويحلف البائع لدعوى المشتري⁽⁷⁾.

ولو تحالفا وتفاصلا العقد وقد هلك أحد العوضين في يد الآخر ردّ مثله إن كان مثلياً، [وقيمته إن لم يكن مثلياً]⁽⁸⁾؛ لأنه بقي مقبوضاً في يده من غير عقدٍ فصار كالغاصب⁽⁹⁾.

(1) في ف: وعند محمد.

(2) في ف: ويمنع.

(3) الأصل للشيباني 195/5.

(4) في ف: وهلك.

(5) بدائع الصنائع 261/6، البحر الرائق 223/7.

(6) كلمة غير مقروءة في النسختين.

(7) بدائع الصنائع 260/6.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) البحر الرائق 223/7.

وذكر فيما دون الأصل: لو قال: اشتريت منك هذا الثوب بعشرة دراهم على أنه عشرة أذرع، فوجده ثمانية، وقال البائع: شرطت لك أنه ثمانية، كان القول للبائع والبينة على المشتري؛ لأنهما اختلفا في صفة المبيع؛ لأن الذراع في الذريعات يجري مجرى الصفة متى لم يذكر لكل ذراع ثمناً، واختلفهما في صفة المبيع لا يوجب التحالف إلا في السلم؛ لأنه ادعى زيادة في المبيع أنكرها البائع، فيكون القول له، كما لو ادعى أنه اشتراه على أنه جيد وأنكر البائع، فالقول له إلا في السلم⁽¹⁾.

ولو قال المشتري: اشتريت منك بعشرة على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، تحالفا وترادفاً؛ لأنهما اختلفا في مقدار الثمن؛ لأن المشتري يقول: اشتريت عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم؛ لأن الذرع يكون قدراً وأصلاً متى ذكر له حصة من الثمن وقد وجدت ثمانية فعلى الثمن ثمانية، والبائع يقول: لا بل الثمن عليك عشرة، والاختلاف في مقدار الثمن يوجب التحالف⁽²⁾.

وذكر في شركة الأصل⁽³⁾: لو ادعى رجلٌ على أحد المتفاوضين شيئاً، أو تأخير دين، أو تسليم شفعة فأراد استحلاف الآخر يستحلف على علمه؛ لأن ما يلزم أحدهما بالمداينة⁽⁴⁾، أو بالإقرار، أو بالنكول، يلزم الآخر بحكم الوكالة عنه، فقد ادعى عليه معنى⁽⁵⁾ لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول، ولو نكل قضي عليه بالمال، فيقدر استحلاف أيهما شاء ويستحلف على علمه؛ لأنه لا يستحلف على فعل غيره⁽⁶⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 22/26، الفتاوى الهندية 5/116.

(2) المبسوط للسرخسي 22/26.

(3) المقصود بشركة الأصل: هو كتاب الشركات من الأصل للشيباني.

(4) في ف: بالمعينة.

(5) في ف: حكماً.

(6) المبسوط للسرخسي 354/11، البحر الرائق 5/185.

مسألة: رجلان قال كل واحد منهما لرجل: أودعتك هذه الأمة، فقال المودع: لا أدري لأيكما هذه الأمة، يحلف المودع لكل واحد منهما ألبتة؛ لأن كل واحد ادعى على المودع عيناً في يده لنفسه، وأنكر المودع ما ادعاه عليه؛ لأنه أقر بالأمة لأحدهما [لا] (1) بعينه، والمقر له لا يصل إلى حقه، فصار وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم الإقرار أصلاً يحلف لكل واحد منهما على البتات، فكذا هذا، فإن حلف توقف الأمة حتى يصطلحا في ذلك أو تقوم لأحدهما بينة، وقال الشافعي: يحلف على العلم إذا ادعى [على] (2) المودع العلم بمالكها (3).

الجامع: اشترى أمة فماتت بعد القبض، فقال المشتري: اشتريتها بألف وهذا الوصيف (4)، وقيمتها خمسمائة، وقال البائع: بعثتها بألفين، فالقول للمشتري في ثلثي الجارية أنه اشتراها بألف مع يمينه، ويتحالفان في ثلثها وهو حصة الوصيف؛ لأنه ادعى المشتري أن بدل الجارية بعضه دين وبعضه عين، ولكل بعض (5) حكم نفسه، ففي ثلثها بدلها دين فالقول للمشتري، وفي ثلثها (6) عين فيتحالفان، ويحلف كل واحد منهما على جملتها (7)، يحلف المشتري بالله ما شترتها بألفين، ويحلف البائع بالله ما بعثها بألف ولهذا (8) الوصيف؛ لأنه لو حلف البائع على [بيع] (9) ثلثها بالوصيف، أو حلف المشتري المشتري على اشتراء ثلثها بثلاث الألف ربما لا يحنث في يمينه، بأن ينوي في ذلك بيع بعضها بانفراده، فالأحوط تحليف كل واحد منهما على جملتها، وإذا اختلفا غرم المشتري

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) الفتاوى الهندية 358/4.

(4) الوصيف: هو الخادم غلاماً كان أو جارية، يقال: وصف الغلام، إذا بلغ حد الخدمة، والجمع: وُصفاء. ينظر: الصحاح في اللغة، مادة: وصف، 281/2، ولسان العرب، مادة: وصف، 356/9.

(5) في ف: نقض. ولعله الصواب.

(6) في ف: ثلثها.

(7) في ف: الجملة.

(8) في ف: وهذا. وهو الصواب.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

ثلث قيمة الجارية [مع الألف وأخذ قيمة الوصيف؛ لأنه فسخ البيع في ثلث الجارية] (1)، ولزمه ردّه وقد عجز عن ردّه فغرم قيمته، وعند محمد يتحالفان في الكل لما عرف (2).

وإن اختلفا على عكس ما ذكرنا، فالقول للمشتري مع يمينه وتلزمه ألفان؛ لأن البائع يدعي شراء الوصيف بثلث الجارية، والمشتري ينكر ويدعي أن بدل الجارية كله ثمن دين، فيكون القول له، ولا يمين على البائع؛ لأن المشتري لا يطلب يمينه؛ لأنه يزعم أن البيع (3) هو الجارية وقد هلك (4).

وإن ادعى البائع البيع بألفين، والمشتري بمائة دينار ووصيف، فالقول للمشتري مع يمينه في حصة المائة دينار إذا قُسمت الجارية عليها وعلى الوصيف؛ لأن ثمنها ألفان (5)، ويتحالفان في حصة الوصيف؛ لأن ثمنها عين، ويغرم قيمتها مع المائة دينار (6).

مسألة: ادعى المشتري بألفٍ ومائة دينار، والبائع بألفين، فالقول للمشتري مع

يمينه؛ لأن الاختلاف وقع في الثمن والسلعة هالكة، وكذلك إذا ضم إلى الدراهم شيئاً [877ظ] مكيلاً، أو موزوناً، أو معدوداً بغير عينه وهو بمنزلة الثمن، وما كان معيناً فهو ممتنع، فيحلف البائع في قدره بالإجماع على ما وصفنا (7).

الزيادات: وهي مسائل باب السلسلة، وأنها مبنية على أصول: أحدها: ادعى البائع بيع العبد من آخر والعنتق عليه، والثاني: ادعى البيع والعنتق في نصف العبد، والثالث:

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) الفتاوى الهندية 34/4.

(3) هكذا وردت في النسختين .

(4) البحر الرائق 223/7، والفتاوى الهندية 34/4.

(5) في ف: دين.

(6) الفتاوى الهندية 34/4.

(7) المحيط البرهاني 443/6، والفتاوى الهندية 34/4.

ادعى [البيع]⁽¹⁾ بمائة دينار والعتق، والمشتري أقر بالشراء بألف درهم وأنكر العتق،
والرابع: لو تصادقا على بيع نصف العبد، ثم أعتق البائع الباقي قبل التسليم⁽²⁾.

أما الأول: فلو ادعى على آخر أنه باع منه هذا العبد وأعتقه، وأنكرهما المشتري،
يحلف المشتري على الشراء أولاً، فإن نكل ثبت شراؤه ثم يحلف على العتق؛ لأن البائع
يدعي عليه تأكد الثمن⁽³⁾، وتحول المبيع إلى ضمان المشتري بالعتق؛ لأن به يصير
قابضاً، فإن نكل ثبت العتق وتأكد الثمن وولأوه عليه، وإن حلف لم يعتق، وإن حلف على
الشراء لم يحلف بعده على العتق؛ لأنه لم يثبت الملك للمشتري، فلا فائدة في تحليفه على
العتق؛ لأنه متى نكل لا يعتق [عليه]⁽⁴⁾، ولكن يعتق على البائع بإقراره أنه مالكة أعتقه
وولأوه موقوف؛ لأن كل واحد نفى العتق عن نفسه، وإن كان العبد في يد المشتري فإنه
يحلف على الشراء، ولا يحلف على العتق؛ لأنه لا تُسمع دعوى البائع العتق قبل القبض؛
لأنه إنما يسمع؛ لما فيه من إثبات القبض، والقبض ثابت معاينة فلا ينتصب⁽⁵⁾ خصماً
في دعوى العتق، ولا يحلف على عتق العبد من غير دعوى، فإن نكل بقي العبد مملوكاً
له، وإن حلف على الشراء عاد العبد إلى البائع وعتق بإقراره وولأوه موقوف⁽⁶⁾.

والثاني: لو ادعى البائع البيع والعتق في نصف العبد، وأنكرهما المشتري، يحلف
المشتري على الشراء [بإالله]⁽⁷⁾، فإن نكل يحلف على العتق، فإن نكل عتق عليه؛ وإن
حلف على العتق فعند أبي حنيفة يسعى العبد في جميع قيمته [للبيع]⁽⁸⁾، وكذلك عندهما
عندهما إذا كان المشتري معسراً يسعى لهما في نصيبهما، وإن كان موسراً فليس للبائع

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) المحيط البرهاني 443/6.

(3) في ف: اليمين

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: فلا يثبت.

(6) المحيط البرهاني 467/6.

(7) ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

استسعاء العبد؛ بناءً على أن أحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالعتق يسعى العبد للشاهد عنده بكل حال، وعندهما على هذا التفصيل⁽¹⁾.

ولو ادعى المشتري الشراء والعتق في نفسه، وأنكر البائع ذلك [قبل]⁽²⁾ القبض، فإن كان البائع موسراً لا تُسمع دعواه؛ لأنهما تصادقا ألاّ عقد بينهما؛ لأن البائع ينكر العقد أصلاً، والمشتري بدعوى العتق على البائع يقر بانفساخ العقد؛ لأن عتق أحد الشريكين إذا كان موسراً لا يوجب السعاية⁽³⁾ على العبد لشريكه، والمبيع لا يجوز أن يكون مضموناً على البائع بالقيمة؛ لأنه مضمون بالثمن، ولهذا لو قبله البائع لا يضمن القيمة، فلا يكون قائماً بنفسه ولا بقيام بدله، وإن كان البائع معسراً تُسمع دعوى المشتري؛ لأنه وجبت السعاية على العبد، فيكون البيع قائماً بقيام بدله وهو القيمة فلا يفسخ العقد، ويتخير المشتري بين الفسخ والإمضاء، [ثم القاضي يقول له: ماذا تريد الفسخ أو الإمضاء؟]⁽⁴⁾، فإن أراد الفسخ لا يسمع دعواه؛ [خلوها عن الفائدة، وإن أراد الإمضاء يسمع دعواه]⁽⁵⁾، فيحلف البائع على البيع والعتق، فإن نكل ثبت ما ادعاه المشتري، وكان وكان له أن يستسعي العبد في نصف قيمته، وإن حلف عليهما انتقياً وكان العبد للبائع، وإن كان العبد في يد المشتري تُسمع دعواه سواء كان البائع موسراً أو معسراً؛ لأن المبيع بعد القبض يجوز أن يصير مضموناً على البائع بالقيمة، كما لو أتلفه، فالمشتري بدعوى⁽⁶⁾ العتق عليه يدعي عليه ضمان القيمة فيسمع.

والثالث: لو قال البائع: بعثُ منك هذا العبد بمائة دينار وأعتقه، وقال المشتري: اشتريته لألف درهم وما أعتقه، فعندهما يبدأ بيمين المشتري على العتق قبل يمين

⁽¹⁾الفتاوى الهندية 402/6.

⁽²⁾ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽³⁾في ف: السراية.

⁽⁴⁾ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽⁵⁾ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁶⁾في ف: يدعي.

التحالف؛ لأن البائع ادعى هلاك المبيع بالإعتاق⁽¹⁾، وهلاكه بعد القبض يمنع التحالف **عندهما** وتحوّله إلى ضمان المشتري، وكان البائع يدعي سقوط التحالف والتحول/ إلى ضمان المشتري، فإن نكل عتق وسقط التحالف ويكون القول للمشتري في الثمن مع يمينه، فإن حلف على العتق حينئذٍ يتحالفان [في الثمن]⁽²⁾ فيبدأ بيمين المشتري، فإن نكل لزمه مائة دينار والعبد له، وإن حلف يحلف البائع على دعوى المشتري، فإن نكل فله الألف، وإن حلف فسخ العقد بينهما يعتق العبد؛ لأن البائع أقر بحريّة [عبد]⁽³⁾ غيره ثم ملكه، فينفذ إقراره ويكون ولاؤه موقوفاً؛ وعند **محمد** يبدأ بالتحالف؛ لأن⁽⁴⁾ هلاك المبيع عنده لا يمنع التحالف، واختلافهما في العقد سابق على اختلافهما في العتق، فيترتب الاستحلاف على ترتيب اختلافهما في الدعوى⁽⁵⁾.

والرابع: لو تصادقا على بيع نصف عبد ثم أعتق البائع الباقي قبل التسليم، فإن كان معسراً وجبت السعاية ولم ينتقض البيع، وللمشتري الخيار، وإن كان موسراً انتقض البيع **عندهما**، وهو أحد الروايتين عند **أبي حنيفة**؛ لأن الضمان متعين، وضمان القيمة لا يجب على البائع قبل التسليم فينتقض، وفي رواية **ابن سماعة عن أبي حنيفة** لا ينتقض حتى يختار المشتري تضمينه؛ لأن الواجب أحدهما إما الضمان وإما السعاية⁽⁶⁾، ويتعين باختياره فلا ينتقض ما لم يختَر الضمان، ومتى انتقض البيع في هذا حكماً، أو بنقض المشتري فلا سعاية للبائع على العبد⁽⁷⁾ **عندهما**، كان العبد كله له وأعتق بعضه، وفي

(1) في ف: والإعتاق.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: فإن.

(5) المحيط البرهاني 468/6.

(6) في ف: أو السعاية.

(7) في ف: على البيع.

أوضح الروائتين عن أبي حنيفة أنه تجب السعاية؛ لأنه صار كأنّ كله له فأعتق بعضه بعده⁽¹⁾، ومسائله على خمسة فصول:

الفصل الأول: ادعى على آخر أنه باعه عبده منه بمائة دينار وأعتقه، وقال المشتري: ما اشتريته إلا نصفه بخمسمائة درهم، وما أعتقتُ العبد، يحلف المشتري على الشراء والعتق؛ لأن البائع ادعى عليه شراء الكل والقبض بالإعتاق، والمشتري ينكرهما، فإن نكل عنهما لزمناه والولاء له، ثم **عندهما** يبدأ بيمين العتق، فإن نكل عن العتق وعتق عليه يحلف على شراء الكل، وإنما يحلف على دعوى البائع وإن سقط التحالف بالعتق؛ لأنه لو حلف على دعوى نفسه يحتاج إلى تحليفه على دعوى صاحبه، وعند محمد يبدأ بيمين المشتري⁽²⁾؛ لأن إعتاق المشتري عنده لا يمنع التحالف⁽³⁾.

وإن حلف عليهما عتق نصف العبد على البائع بإقراره بعتق العبد الصادر ممن هو مالك له، ولا سعاية عليه للبائع، لأنه ادعى قيمة الثمن على المشتري، فيكون متبرئاً عن السعاية ونصف ولائه موقوف؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه، وعند أبي يوسف الولاء كله للمشتري؛ لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ، ويخير⁽⁴⁾ في النصف الذي يدعي شراءه، شراءه، فإن نقض البيع فيه عتق على البائع أيضاً بغير شيء؛ لأن البائع أبرأ العبد من السعاية، حيث يدعي على المشتري جميع الثمن، فإن أمضى [البيع]⁽⁵⁾ فيه فله ذلك، ويسعى [العبد له]⁽⁶⁾ في نصف قيمته؛ لأن المشهود عليه بالعتق يستوجب السعاية سواء كان شريكه موسراً أو معسراً، ويتصدق بما زاد على خمسمائة إن أخذ بها دراهم؛ لأنه ربح

⁽¹⁾المحيط البرهاني 469/6.

⁽²⁾ في ف: بيمين الشراء.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 469/6، البحر الرائق 219/7.

⁽⁴⁾ في ف: ويتجزأ.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين ساقة من: ف.

ما لم يضمن؛ لأن المبيع لم يكن في ضمانه، وإن أخذها دنانير لم يتصدق؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس⁽¹⁾.

فإن قال البائع: لا أسلم له ببيع نصف العبد، يقال للبائع: احلف أنت أيضاً بالله، بعث منه⁽²⁾ النصف بخمسائة، وهذه يمين التحالف لأن المشتري قد حلف، فقد أخرجنا يمين البائع لاحتمال بطلان التحالف، فإذا لم يمتنع وجب تحليف البائع، فإن نكل لم يكن له سوى الخمسائة، وإن حلف فسخ العقد وعتق النصف الآخر على البائع أيضاً بشهادته على صاحبه بالعتق ولا سعاية له؛ لأنه يتبرأ من السعاية ويقول: حقي في الثمن قبل المشتري، طعن عيسى بن حماد⁽³⁾ وقال: ينبغي ألا يتحالفان هنا؛ لأن التحالف إنما شرع لدفع الضرر منهما، وفي شرع التحالف هنا ضرر بالبائع؛ لأنه لم يسلم له شيء إلا الثمن [ولا السعاية]⁽⁴⁾، قلنا: معنى دفع الضرر بالتحالف أن يعود إلى كل واحد منهما ملكه،

وهنا إذا فسخ العقد في النصف/ عاد إلى البائع وعتق عليه بإقراره، فلا يلحقه الضرر [878ظ] بالتحالف، وإنما يلحقه بحكم إقراره، فإن نكل المشتري عن اليمين بالشراء وحلف على العتق يلزمه العبد بمائة، وهو حر كله، ويسعى للمشتري في نصف قيمته لا غير؛ لأنه أقر المشتري في الابتداء أن نصفه عتق بإقرار البائع بغير شيء؛ لأن إقراره صادف ملكه فلا يصح رجوعه عنه، فيعتق نصيبه أيضاً بالسعاية؛ لأنه مشهود عليه بالعتق⁽⁵⁾.

وإن حلف على الشراء ونكل عن العتق، فقد لزمه الشراء في نصفه وعليه ثمنه، وعتق نصفه بنكوله، وأما النصف الآخر فإن كان موسراً فعليه الأقل من قيمته، [ونصف

⁽¹⁾المحيط البرهاني 469/6 ، 470.

⁽²⁾ في ف: منك.

⁽³⁾عيسى بن حماد بن مسلم بن عبد الله التجيبي بالولاء، المصري: محدث، وثقة، كان يلقب بزغبة، بضم الزاي، قيل: إن زغبة لقب أبيه، وقيل: زغبة لقبه، بقي من تصانيفه "جزء في الحديث"-خ.

ينظر: العبر: 452/1، وتهذيب الكمال: 537/4، الأعلام للزركلي: 102/5.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁵⁾المحيط البرهاني 470/6.

الثلث للبايع؛ لأن المشتري أقر بنصف القيمة بالعتق، والبايع يدعي نصف الثمن فعليه العتق⁽¹⁾، لا متيقن⁽²⁾ به والأكثر مشكوك فيه، وإن كان معسراً فلا شيء للبايع سوى نصف الثمن؛ لأن المشتري وإن أقر بالعتق إلا أن إعتاق الموسر⁽³⁾ لا يوجب الضمان فلم يصر مقراً بالضمان، ولا سعاية على العبد؛ لأن البايع أبرأ العبد عن السعاية حيث ادعى الثمن على المشتري، وكذلك الجواب إن كان المشتري قبض العبد إلا أنه لا خيار للمشتري في نقض البيع في النصف الذي ادعى أنه اشتراه، ويسعى في نصف قيمته، ولا يتصدق بالفضل دنانير كانت أو دراهم، ولا يتحالفان ما لم يرض البايع؛ خلافاً لمحمد لأن السلعة تغيرت في يد المشتري وضمانه فيطيب له الفضل؛ لأنه حصل في ضمانه⁽⁴⁾.

الفصل الثاني: لو ادعى المشتري الإعتاق على البايع وهو ينكره، فللبايع أن يحلف المشتري على الشراء أولاً؛ لأن الشراء أسبق من العتق، ولا يبدأ بيمين البايع؛ لأنه لا يفيد التحالف؛ لأن فائدة تحليفه النكول.

ولو أقر البايع وقال: أعتقتُ بعد ما بعْتُ وكان إعتاقي باطلاً يُسمع، ثم كيف يحلف المشتري؟، قيل: يحلف بالله ما اشتريته بمائة دينار كما يدعيه البايع، ولا يزداد عليه؛ لأن يمين التحالف غير ساقطة عن المشتري؛ لأن في زعمه أن البيع في نصف العبد تحول من العين إلى القيمة وهي السعاية بإعتاق البايع، فكان المبيع قائماً بقيام بدله وهي القيمة، فبقي التحالف في زعمه.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقط من الأصل.

⁽²⁾ في ف: لأنه متيقن. وهو الصواب.

⁽³⁾ في ف: المعسر. ولعله الصواب.

⁽⁴⁾ المحيط الدرهماني 470/6.

وقال القاضي أبو حازم⁽¹⁾: يحلف بالله ما اشتريته بمائة دينار، وقد اشتريتُ نصفه بخمسمائة كما تدعيه أنت؛ لأن هلاك المبيع متردد محتمل بين أن يكون قبل القبض أو بعده؛ لأنه لا يمكن إثبات العتق من جهة البائع لإنكاره⁽²⁾، وعتق العبد بإقرار المشتري فيصير المشتري قابضاً للعبد بإعتاقه، فيكون هلاك المبيع بعد القبض، ويحتمل العتق من البائع باعتبار زعم المشتري فيكون هالكاً قبل القبض، فيحلف المشتري على دعوى نفسه وعلى دعوى البائع جميعاً؛ عملاً بالشبهين، فإن نكل لزمه العبد بمائة دينار وعتق كله نصفه بسعاية؛ لأن في زعمه أنه عتق عليّ بإعتاق البائع، فقد أقر بأشراء كل العبد⁽³⁾، وإن تضمن رجوعه عن الإقرار بالعتق يكن رجوعه يصح في حقه حتى يصح الشراء، ولا يصح في حق بطلان العتق ووجوب السعاية؛ حتى لا يسعى العبد للمشتري إلا في النصف خاصة، ونصفه بلا سعاية عند أبي حنيفة، وكذلك عندهما إن كان البائع معسراً، وإن كان موسراً لا يسعى في شيء؛ لأن أحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالعتق يسعى للشاهد بكل حال عنده، وعندهما لا يسعى، إلا [في حال]⁽⁴⁾ إعسار المشهود عليه، فإن حلف المشتري على الشراء فله أن يحلف البائع على العتق، فإن نكل ظهر العتق من جهته في عبدٍ باع⁽⁵⁾ نصفه ثم أعتقه قبل التسليم، فيخير المشتري؛ لأنه تغير في يد البائع حيث يحول إلى السعاية وهذا عند أبي حنيفة، وكذلك عندهما إن كان البائع معسراً، فإن كان موسراً انتقض البيع وهو حر على البائع؛ لأن المبيع فات لا إلى خلف⁽⁶⁾، فإن حلف البائع على العتق وجب للبائع على المشتري خمسمائة التي أقر بها؛

(1) عبد الحميد بن عبد العزيز بن عبد المجيد السكوني، القاضي أبو حازم، البصري ثم البغدادي، الحنفي، تفقه عليه أبو جعفر الطحاوي، ولي قضاء الشام والكوفة، وكان عالماً بمذهب أبي حنيفة. رحمه الله. من تصانيفه: أدب القاضي، وكتاب المحاضر والسجلات، ولباب الفرائض، توفي سنة: 292هـ. ترجمته في: تاج التراجم: 11/1، وهدية العارفين: 261/1.

(2) في ف: بإنكاره.

(3) في ف: فيعد ذلك إقراره بأشراء كل العبد.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) في ف: قد باع.

(6) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: حلف.

لأنه تغيرت السلعة⁽¹⁾ من جهة المشتري بإقراره بالعتق فيلزمه البيع، وعتق العبد عليه، ولا يسعى لواحدٍ منهما في شيء؛ لأن البائع زعم أن حقه قبل المشتري في الثمن لا في السعاية، وعتق نصيب/ المشتري مضافاً إلى إقراره، فلا يكون له على العبد سعاية، ولا [878و] خيار للمشتري في شيء من العبد، ولا يتحالفان لهلاك السلعة من جهة المشتري؛ إلا أن يرضى البائع فيتحالفان وقد كان المشتري حلف فيحلف البائع فإن نكل أخذ خمسمائة⁽²⁾.

وإن حلف فسخ البيع عند أبي حنيفة، وكذلك عند أبي يوسف إذا كان البائع معسراً، وإن كان موسراً فلا سعاية على العبد ولا تحالف؛ لأن السلعة مستهلكة بإقرار المشتري بالعتق، وعند محمد يتحالفان وعلى المشتري نصف القيمة؛ لأن هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف، فإن كان المشتري قبض العبد قبل اختلافهما وكذلك⁽³⁾ الجواب، إلا أن المشتري لا يتصدق بفضل نصف القيمة على نصف الثمن، ولا يحلف البائع على دعوى المشتري العتق؛ لأنه لا يدعي عليه إلا نصف القيمة إن كان موسراً، ولو استحلّف فإنما يستحلّف في هذا خاصة ولا يمين عليه بالتحالف؛ لأنه لا يفسخ البيع بسبب السعاية الواجبة على العبد؛ لأنها وجبت بعد القبض⁽⁴⁾.

الفصل الثالث : لو ادعى البائع على المشتري الإعتاق ثم ادعاه المشتري على البائع، يحلف المشتري على الشراء والعتق؛ لأن البائع بادئ بالدعوى فتتوجه اليمين كلّها على المشتري ابتداءً، فإن نكل فيهما لزمه العبد بمائة دينار، وعتق كله عليه كأنه⁽⁵⁾ أقر به، فإن حلف عليهما فله أن يحلف [البائع]⁽⁶⁾ على العتق؛ لأن نصف العبد بقي على ملكه، فإن نكل فقد أقر بعتق العبد على ما مرّ.

(1) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب : السعاية، وهو ما يقتضيه السياق.

(2) المحيط البرهاني 471/6، والبحر الرائق 258/4.

(3) في ف: فكذاك. وهو الصواب.

(4) البحر الرائق 219/7.

(5) في ف: لأنه أقر به.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

وإن حلف البائع عتق نصفه بغير شيء ونصفه بالسعاية، والمشتري بالخيار؛ لأنه تغيّر المبيع من العين إلى القيمة حكماً لا بصنع أحدٍ، فكان بمنزلة ما لو تعيّب في يد البائع من غير صنع أحد، فإن اختار البيع⁽¹⁾ فللبائع منح⁽²⁾ السعاية، ويتحالفان عند أبي حنيفة، وكذلك عندهما إلا إذا كان موسراً فلا سعاية للمشتري، وإن كان الاختلاف بعد القبض فالجواب كما ذكرنا في الفصل الأول، ولا يجري التحالف إلا عند محمد بخلاف الفصل الأول.

الفصل الرابع: ولو بدأ المشتري فقال: ما اشتريتُ منك إلا نصفه بخمسمائة درهم وأعتقه، ثم قال البائع: بعثُ كله بمائة دينار، أو أعتقته أنت، يحلف المشتري على الأمرين جميعاً، وإنما يحلف على العتق لحقّ العبد؛ لأن العبد يزعم أنه عتق من قبله فإن ولاءه له، وفي الفصل المتقدم يحلف على العتق بدعوى البائع⁽³⁾.

والفرق: أن⁽⁴⁾ الاستحلاف على العتق بدعوى البائع يوجب تأكد الثمن وتقرّره ويجعل المبيع في ضمان المشتري، ويبرمه وهنا تأكد الثمن، ودخل في ضمان المشتري من غير استحلافه؛ لأن الإقرار بالعتق منه⁽⁵⁾ بدءاً يكون استهلاكاً منه، وبالاستهلاك يتأكد الثمن ويدخل في ضمانه، فلا فائدة في استحلافه، وإن نكل ظهراً جميعاً، وإن حلف لا يظهر الشراء إلا في النصف فلا خيار له؛ لأنه تغيّر المبيع بقوله، وهو إقراره بالعتق بدءاً فلا يتحالفان إلا إذا رضي البائع.

الفصل الخامس: ولو ادعى كل واحد منهما العتق بيعاً، بأن خرج الكلامان منهما معاً يجعل المشتري بادئاً بالدعوى وقد مرّ جوابه؛ لأن دعوى المشتري العتق أنفذ وأحق؛ لأنه مالك للتصرف إحاطةً وبقيناً، وملك البائع في مظنة الشك والاحتمال فجعلنا دعواه

(1) في ف: البائع.

(2) في ف: منه.

(3) في ف: بحق العبد. ينظر: المحيط البرهاني 469/6.

(4) في ف: أن ثمة .

(5) في ف: منه بالعتق.

أسبق؛ لأنها⁽¹⁾ أحق؛ لأن الأصل أن كل تصرفين إذا اقترنا وتقابلا وأحدهما أنفذ وألزم يجعل الأنفذ أسبق وأحق، كمن تزوج حرّة وأمة جاز نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة؛ لأن نكاح الحرة أنفذ وألزم فجعلناه أسبق وأحق، فكذا هذا.

مسألة: ولو قال البائع بعد اختلافهما في المبيع: العبد حر إن لم أكن بعتة بمائة دينار، ثم قال المشتري: العبد حر إن كنتُ اشتريته منك إلا نصفه⁽²⁾ بخمسائة، أو بدأ المشتري وحلف ثم حلف البائع، أو حلفا جميعاً، فالجواب فيه كما لو أقر بإنشاء العتق على التفصيل/ الذي ذكرنا.

[879ظ]

ولو لم يتناكر البيع حتى بدأ البائع فقال: إن كنتُ لم أبعه منك بمائة دينار فهو حرّ، وقال المشتري: إن كنتُ [اشتريته]⁽³⁾ منك إلا نصفه بخمسائة فهو حرّ، أو بدأ⁽⁴⁾ المشتري ثم ثنى البائع، أو خرج الكلامان معاً، وهو بمنزلة ما لو بدأ المشتري بدعوى العتق، وقد مرّ جوابه؛ لأن الخصومة إنما تتم وتصح بمقالة المشتري، فصار المشتري بما قال مدعياً على البائع أنه كاذبٌ في يمينه، فيعتق العبد عليه، فأول كلامه لا يصير شهادة بالعتق؛ لعدم المنازعة فيتوقف على أجره⁽⁵⁾، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك بإنكار⁽⁶⁾ بإنكار⁽⁶⁾ الشراء من المشتري قد تحققت الخصومة ووقعت المنازعة، فيصير البائع مدعياً عليه العتق⁽⁷⁾ بدعواه السابقة أنه كاذب في يمينه، فيصيران شهادة بالعتق في سلعة واحدة⁽⁸⁾، فكأنهما ادعيا معاً.

(1) في ف: لكونها .

(2) في ف: إلا بصفة، وهو تصحيف.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: وبدأ.

(5) في ف: أخذه. ولعله الصواب.

(6) في ف: بإنكاره. وهو الصواب.

(7) في ف: بالعتق.

(8) في ف: ساعة واحدة.

باب: التحالف في إقرار البائع بملك المبيع⁽¹⁾ لغيره

المبسوط: أصله: أن المضمون متى تعذر ردّه بفعل المالك بيرا الضمين عن الضمان؛ لأن المالك صار قابضاً للمضمون بالاستهلاك، ومتى تعذر ردّه بفعل غيره يتقرر عليه الضمان ويتأكد، ولو قال البائع: الجارية التي بعثها ملك هذا الرجل وكنتي ببيعها، وقال المقر له: كنت بعثها منك بمائة دينار وقبضتها ثم بعثها لنفسك، فالجارية⁽²⁾ فالجارية⁽²⁾ للمشتري بتصادقهما وتوافقهما، فإن كانت الجارية غير معروفة للمقر له يتحالفان؛ لأن المقر يدعي الأمر بالبيع والمقر له ينكره، والمقر له يدعي البيع [منه]⁽³⁾ والتمن عليه والمقر ينكره، فكان كل واحد منهما⁽⁴⁾ منكرًا [ومقرًا]⁽⁵⁾، ويبدأ بيمين المقر؛ لأن في البداية بيمينه تقليل الثمن؛ لأن في نكوله سقوط اليمين عن المقر له؛ لأنه متى ثبت البيع [منه]⁽⁶⁾ بنكوله سقطت الوكالة، وليس في نكول المقر له سقوط اليمين عن المقر؛ لجواز أنه وكّله ثم باعه منه، فإن حلف غرم المقر قيمتها؛ لأن الردّ امتنع بفعله وهو بيعه وتسليمه من غيره لا بفعل المقر له؛ بدليل أنه لو أنكر [المقر له البيع منه]⁽⁷⁾ وجدد الوكالة لم يرد⁽⁸⁾ الجارية عليه؛ لأنها إذا لم تكن معروفة للمقر له صح البيع من حيث الظاهر وتعلق بها حق المشتري؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أن يتصرف في ملك نفسه، وصار الثمن الذي على المشتري للمقر؛ لأنه ملك الجارية بأداء الضمان من حين قبضها⁽⁹⁾.

(1) في ف: بملك البيع.

(2) في ف: والجارية.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) في ف: كل واحد منهما مدعيًا.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) في ف: ثم يرد.

(9) الفتاوى الهندية 35/4.

وإن كانت الجارية معروفة للمقر له، قيل: يتحالفان كما لو كانت مجهولة، والصحيح أنه يحلف المقر دون المقر له، وقد نص محمدٌ عليه في آخر هذا الباب؛ لأن المقر له يدعي المقر⁽¹⁾ البيع منه واليمين عليه وأنكره المقر وهو لا يدعي على المقر له⁽²⁾ براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه لا ضمان عليه، ومقصوده من دعوى الوكالة براءة نفسه عن الضمان، فإذا لم يكن عليه ضمان فلا طائل تحت هذه الدعوى فلا فائدة في تحليفه، ولا يغرم المقر قيمتها؛ لأن الرد امتنع بإقرار المقر له بالبيع منه إذ لولاه لأخذ الجارية، ألا ترى أن من باع جارية ثم أقر أنها لغيره وهي معروفة للمقر له يردّها عليه، ولو لم تكن معروفة لا يردّها وكان فوات الرد بفعله فلا يضمن المقر، وأخذ الثمن إن شاء، وإلا فهو موقوف في يد البائع على تصديق المقر له؛ لأن المقر زعم أن الثمن ملك المقر له⁽³⁾ فكذب المقر له فيه، إلا أن المقر مصرّ على إقراره؛ لأنه أقر له بثمن الجارية بسبب البيع، والبيع لم يُفسخ فبقي مصرّاً على إقراره، فمتى عاد إلى تصديقه يأخذه، وإن كانت الجارية هالكة فالقيمة لازمة للمقر له مجهولة كانت أو معروفة؛ لأن الرد لم يمتنع بإقراره بل لهلاكها⁽⁴⁾.

ولو لم يبيعها ولكن كاتبها والمسألة بحالها يتحالفان، سواء كانت الجارية معروفة للمقر له أو لا، أما تحليف المقر له فظاهر، وأما المقر له⁽⁵⁾ فإنه يحلف على دعوى الجارية/ متى كانت مجهولة، لأنها تدّعي أن الكتابة وقعت بإذنه، ومتى أدّت إليه بدل الكتابة⁽⁶⁾ والمقر له ينكر ذلك فيحلف، وإن كانت مجهولة وقد تحالفا لم تنقض الكتابة، ويضمن المقر له قيمتها؛ لأنه تعذر الرد بفعله [وهو الكتابة]⁽⁷⁾ وعتقت بالأداء إليه

(1) هكذا وردت في النسختين، والصواب: على المقر.

(2) في ف: على المقر.

(3) في ف: المقر. وهو الصواب.

(4) الفتاوى الهندية 35/4، 36.

(5) في ف: المقر.

(6) في ف: الكتابة بعق.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

[الولاء له] ⁽¹⁾؛ لأنه ملكها بأداء الضمان من وقت القبض، وإن كانت معروفة لم يضمن وتُنقِض الكتابة؛ لأن المكاتبه عاجزة عن أداء بدل الكتابة؛ لعدم من تؤدي إليه؛ لأن المقر له أنكرو وقوع الكتابة له، والمقر يقول: كنت وكيلاً في كتابتك؛ وبدل الكتابة يؤدي إلى الموكل لا إلى الوكيل، والعجز عن أداء بدل الكتابة يوجب فسخها، بخلاف ثمن المبيع؛ لأن المشتري يؤدي إلى العاقد؛ لأن حق القبض له، وإن عجز فالعجز عن الثمن لا يوجب فسخ البيع ⁽²⁾.

ولو كان المقر أعتقها والمسألة بحالها إن كانت مجهولة صح، وعليه قيمتها والولاء له، وإن كانت معروفة فلا شيء عليه والولاء موقوف؛ لأن كل واحد منهما مقر بالولاء لصاحبه وصاحبه ينكر، فالمقر يقول: أعتقته بأمرك ولك ولاؤها، والمقر له يقول: أعتقت عن نفسك ولك ولاؤها.

ولو كان المقر دبّرهما ⁽³⁾ فأيهما مات عتقت بكل حال؛ لتصادقهما عليه؛ لأن المقر المقر له يزعم أن المقر له ⁽⁴⁾ دبّرهما ملك نفسه، والمقر يزعم أني دبّرتهما عنه بإذنه، فتكون الجارية مدبرة للمقر له، إلا أنه لما ادعى أنها مدبرتي فقد علق عتقها بموتي أيضاً وهو مالك لها، فصح التعليق، فقد تصادقا على عتقها بموتهما أيضاً ⁽⁵⁾ كان، والجواب في الولاء والضمان ما مرّ في الإعتاق.

وإن كان المقر استولدها وقال: هي أمته زوجنيها، وقال المقر ⁽⁶⁾: بعته بمائة دينار، فهي أم ولد والولد حرّ؛ لتصادقهما على حرّيتها؛ لأن المقر له يقول: استولد ملك

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ الفتاوى الهندية 37/3.

⁽³⁾ في ف: ردّها، والتدبير: هو عتق العبد عن دُبُر، وهو أن يقول له: أنت حرّ بعد موتي، وهو مدبّر، ودبرت العبد إذا علقت عتقه بموتك. ينظر: تارح العروس 2813/1، ولسان العرب، دبر 268/4.

⁽⁴⁾ في ف: لأن المقر يزعم أن المقر دبّرهما. وهو الصواب.

⁽⁵⁾ في ف: بموت أيهما. وهو الصواب.

⁽⁶⁾ في ف: المقر له. وهو الصواب.

نفسه فعلق حراً، والمقر يقول: استولدتها بملك النكاح فالولد علق رقيقاً للمقر له⁽¹⁾، إلا أنه أقر بعنقه فعتق بإقراره، وتعتق الأم بموت الواطئ ولا تعتق بموت المقر له؛ لأنه يقول: استولدها المقر بملك اليمين، وصارت أم ولد له فلا تعتق بموت غير مولاها، وتعتق بموت الواطئ؛ لإقرار المقر له بذلك.

ولو تصادقا على الإيداع فادعى المودع أنه أمره بالبيع وقد باعه، وقال المودع: بعت منك بمائة دينار وبعته لنفسك، والجارية ماتت في يد المشتري فعلى المقر قيمتها في جميع الأحوال؛ لأنه مودع تعدى في الأمانة بالتسليم إلى الغير، ثم ادعى البراءة عن الضمان بالأمر بالبيع ولم يثبت لما حلف المنكر⁽²⁾.

(1) في ف: المقر.

(2) الفتاوى الهندية 35/4.

كتاب الدعوى

يحتاج إلى معرفة مشروعية الدعوى، وتفسيره، وركنه، ومعرفة المدعي من المدعى عليه، وشرط جوازه، وحكمه شريعةً.

أما مشروعيته؛ فقوله . تعالى . : ﴿ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ ﴾⁽¹⁾، هي البينة⁽²⁾ على المدعي واليمين على من أنكر، وروى محمد بن الحسن⁽³⁾ - رحمه الله - بإسناده إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر "⁽⁴⁾.

وأما تفسيره لغةً: فالدعوى في اللغة: عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه [مطلقاً]⁽⁵⁾ حالة المنازعة والمسالمة⁽⁶⁾، [يقال: ادعى يدعى إذا أضاف الشيء إلى نفسه⁽⁷⁾، وفي الشريعة: يراد به إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة والمشاجرة]⁽⁸⁾.

فأما ركنه: فما هو تفسيره ، وهو إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة، بأن يقول: هذه العين لي.

وأما معرفة المدعي والمدعى عليه فاختلفاً فيه، قيل: المدعي من يدعي ما ليس بثابت، والمدعى عليه: من تمسك بما هو ثابت، فإن الملك ثابتٌ لذي اليد بظاهر اليد، ولا يُعرف ثبوت الملك للخارج؛ لافتقاده⁽⁹⁾ اليد المتصرفه والحجة المبينة⁽¹⁰⁾.

(1) سورة ص : الآية: 17 .

(2) في ف: أي البينة.

(3) في ف: وروى ابن الحسن.

(4) سبق تخريجه.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: المشاجرة.

(7) البحر الرائق 7/191.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف. جاء في المعجم الوسيط 287/1: الدعوى اسم ما يُدعى ، وفي القضاء : قول يطلب به الإنسان إثبات حق على غيره.

(9) في ف: لافتقار.

(10) تبين الحقائق 4/291.

وإذا ادعى ديناً على رجل فالرجل هو المنكر؛ لأنه ادعى ما ليس بثابت، فإنه ادعى شغل ذمته بالدين، والذمم في الأصل خلقت بريئة خالية من الحقوق، والمديون⁽¹⁾ متمسك بما هو ثابت، وهو فراغ ذمته، فإذا ادعى الإيفاء والإبراء⁽²⁾ صار مدعى عليه؛ لأنه ادعى ما ليس بثابت، وهو فراغ ذمته عن الدين بعد ما ثبت شغلها بتصادقهما وتوافقهما، فينقلب مدعى عليه.

ولو ادعى رجلان داراً في يديهما يكون كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه، [مدعى فيما في يد صاحبه، ومدعى عليه فيما في يده]⁽³⁾، وقيل: المدعى من إذا أنكر⁽⁴⁾

أنكر⁽⁴⁾ الدعوى يُترك وذاك، والمدعى عليه: من إذا تركه لا يُترك، وذاك بل يُجبر [880ظ] عليه، وقد أشار محمد: أن المدعى من لا يكفيه مجرد الإنكار فيصير خصماً، والمدعى عليه: من يكفيه مجرد الإنكار فيصير خصماً، فإنه إذا كان عيناً في يد رجل فقال [له]⁽⁵⁾ آخر: هذه العين ليست ملكك، فلا يصير خصماً حتى تُسمع⁽⁶⁾ بينته ما لم يدع الشيء لنفسه، ولو قال المدعى عليه: هذا ليس لك يصير خصماً بمجرد الإنكار حتى تسمع بينته على أنه له وإن لم يدع لنفسه؛ لأنه لما بقي الملك له وثبت⁽⁷⁾ الملك له بظاهر يده، فكان مدعى اقتضاءً إن لم يكن مدعى نصاً وإفصاحاً⁽⁸⁾.

وأما شرط جوازها: فهو أن تكون الدعوى في مجلس القضاء على خصم حاضر، وأن يكون المدعى به معلوماً؛ لأنه إذا كان مجهولاً لا يمكن الشهادة والقضاء [به]⁽⁹⁾ وإن

(1) في ف: والديون.

(2) في ف: أو الإبراء.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: ترك.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: لا تسمع.

(7) هكذا وردت في النسختين بإثبات الواو، والصواب: حذفها.

(8) البحر الرائق 7/193.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

لم يلزم المدعي به المطلوب، حتى لو لم يلزم ذلك المطلوب بأن ادعى أنه وكيل فلان فإنه لا تُسمع دعواه إذا أنكر؛ لأنه يمكنه عزله في الحال، وإن كانت الدعوى غير صحيحة فادعى المدعى عليه الدفع هل يسمع منه من غير تصحيح الدعوى؟ اختلفوا فيه، **والصحيح:** أن مدعي الدفع يطالب بتصحيح الدعوى أولاً ثم بإثبات الدفع⁽¹⁾.

وأما حكمه واستحقاق الجواب على خصمه إما بلا وإما بنعم، فإن أقر يثبت المدعى به، وإن أنكر يقول القاضي للمدعي: ألك بينة؟، فإن قال: لا، يقول: لك يمينه، وأصله قصة الحضرمي والكندي فإنهما اختلفا في شيء بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال للمدعي منهما: ألك بينة؟ قال: لا، فقال: لك يمينه ليس لك غير ذلك⁽²⁾، ولو سكت المدعى [عليه]⁽³⁾ ولم يجب بلا أو نعم فالقاضي يجعله منكراً، حتى لو أقام المدعي عليه البينة يسمع؛ لأن الإنكار ثابت ظاهراً⁽⁴⁾.

(1) المحيط البرهاني 160/8، البحر الرائق 191/7.

(2) سبق تخريجه، ص 424.

(3) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(4) البحر الرائق 191/7، والفتاوى الهندية 3/4.

باب: ما يمنع صحة الدعوى وما لا يمنع

المبسوط: أصله أنه متى ثبت عند الحاكم تعارض القولين المتناقضين⁽¹⁾ من المدعي في الدعوى مُنع سماع الدعوى، كما لو ثبت عنده اختلاف القولين من الشهود منع قبول الشهادة؛ لأن الحكم يستند إلى موافقة الدعوى والشهادة، فكل ما له أثر في قدح الشهادة وتجريحها أثر في منع استماع الدعوى وتبطلها، وكل قولين أمكن التوفيق والتفريق بينهما لا يمنع استماع الدعوى والشهادة؛ صوتاً لنطقه عن اللغو والهذي، وحملًا لعبارته عن الصحة والسداد باعتبار عقله ودينه⁽²⁾.

مسألة: الوكيل بالخصومة لو أقر على موكله أنه قبض دينه، ثم ادعى عليه ديناً لموكله لم تقبل دعواه؛ لوجود إقرارين متضادين منه، فيكون مكذباً لنفسه لوأحد منهما، ولو قال: هذا لي، ثم قال: هو لموكلتي كنتُ فيه وكيلاً تقبل⁽³⁾.

ولو قال: هذا لفلان فإنه قد وكله بالخصومة فيه ثم أقام بينة أنه له لم تقبل، وكذلك لو قال: لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه؛ إلا أن يقول: وكلني الأول ثم باعه من فلان ثم وكلني الثاني فيُقبض للآخر؛ لأن ملك فلان تجوز إضافته إلى وكيله من حيث إنه يتصرف فيه وكيله، كالمستأجر يضيف الدار المستأجرة إلى نفسه بالسكنى، فأما ملكه لا يجوز أن يضيفه إلى غيره؛ لأنه لم يكن لفلان ملك تصرف فيه، فأمكن التوفيق بين كلامه⁽⁴⁾ في الأولى دون الثانية⁽⁵⁾.

ولو قال: هذا لي، ثم أقام البينة أنه اشتراه منه أو وهبه يُقبل، ولو قال أولاً: اشتريته من فلان وورثتها⁽⁶⁾ عن أبيه ثم أقام البينة أنه لا يقبل⁽⁷⁾.

(1) في ف: المتناقضين.

(2) الاختيار 126/2، البحر الرائق 41/7.

(3) البحر الرائق 154/6، الفتاوى الهندية 63/4.

(4) في ف: كلاميه.

(5) البحر الرائق 154/6، بدائع الصنائع 274/6.

(6) في ف: أورثها.

(7) هكذا في النسختين، والصواب: أقام البينة أنه له لا تقبل.

والفرق: أن قوله: هذا لي لا يجوز أن يعبر عن ملك أصلي قديم وعن ملك حادث جديد، ألا ترى أنه يصح أن يقول: هو لي؛ لأنني اشتريته وورثته، فأما الشراء والإرث يفيد ملكاً حادثاً، [ويملك حادثاً] ⁽¹⁾ لا يعبر عن ملك قديم، ألا ترى أنه لا يصح أن يقول: ورثت ملكي [ويصح أن يقول ورثت] ⁽²⁾.

المنتقى: ذكر محمد في الكيسانيات: لو قال المدعي: ليس لي بينة على دعوي بهذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل؛ لأنه أمكن التوفيق بينهما؛ لأنه يحتمل/ أن يكون كانت له ⁽³⁾ بينة ولكن نسيها ⁽⁴⁾.

[880و]

وفي نوادر ابن شجاع قال أبو حنيفة: إذا قال المدعي: ليس لي بينة على هذا الحق، ثم أقام البينة على ذلك لم تقبل؛ لأنه أكذب بينته، وإن قال: ليس لي عند فلان شهادة، [ثم جاء به] ⁽⁵⁾ فشهد له لم تقبل ⁽⁶⁾.

وفي أدب القاضي للحسن بن زياد قال أبو حنيفة: تقبل شهادته؛ لأنه يحتمل أن يكون له شهادة عنده وقد نسيها ⁽⁷⁾.

وفي نوادر ابن رستم قال محمد: إذا قال: لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له تقبل؛ لأنه يقول: نسيته ⁽⁸⁾.

ولو قال: لا أعلم لي حقاً ولا أعلم لي حجة، ثم ادعى حقاً أو جاء بحجة قبلت منه؛ لإمكان الخفاء عليه، وإن قال: ليس لي حق، أو ليست لي حجة، ثم يخاصم فيه لم تقبل دعواه وتقبل بينته؛ لأن في الحجة يحتمل الخفاء، وفي نفي الحق لا احتمال ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقط من : ف.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من:ف.

⁽³⁾ هكذا في النسختين، والصواب : كانت لي بينة.

⁽⁴⁾ الاختيار 126/2 .

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁶⁾ الاختيار 126/2 ، لسان الحكام 227/1.

⁽⁷⁾ الاختيار 126/2.

⁽⁸⁾ الاختيار 126/2، تبين الحقائق 225/6.

⁽⁹⁾ في ف: لا احتمال. ينظر: الاختيار 126/2، البحر الرائق 522/8.

ابن سماعة عن محمد لو قال: هذه الدار ليست لي، أو لعبدٍ في يده: ليس هذا لي، ثم أقام البينة أنها له يقضى له؛ لأن قوله: ليس هذا لي لم يُثبت حقاً لأحد، وكل إقرار لا يثبت به حق لإنسان فهو ساقط، ألا ترى لو قال الزوج: هذا الولد ليس مني ونفاه وتلاعنا على نفي الولد انقطع نسبه منه⁽¹⁾، ثم قال: هو ابني، يصدّق كأنه يقول: ليس ابني، لم يثبت نسبه من غيره فأسقط حكم نفسه، [وإنما]⁽²⁾ ثبوت نسبه من غيره يمنع ثبوته ثبوته منه⁽³⁾.

ونكر هشام عن محمد: رجل قال: مالي بالرّي⁽⁴⁾ حقٌّ في دارٍ وأرضٍ، ثم ادعى وأقام البينة في دارٍ في يد إنسان بالرّي يقبل، فإن قال: ليس لي بالرّي في رستاق كذا في يد فلان دارٍ، ولا أرضٍ، ولا حقٌّ، ولا دعوى، ثم أقام البينة أن له في يديه دار أو أرض؛ لا يقبل، إلا أن يقيم البينة أنه أخذه منه بعد الإقرار⁽⁵⁾.

مسألة: رجل في يده دار فقال له رجلٌ: ادفع إليّ هذه الدار أسكنها، أو [أعطني]⁽⁶⁾ هذه الدابة أركبها، أو ناولني هذا الثوب ألبسه فأبى أن يدفعها إليه، ثم ادعاها ادعاها السائل أنها له صح؛ لأنه يحتمل أن يقول: إنما قلتُ ادفع إليّ لأسكنها أو أركبها بحكم الملك لا بحكم العارية⁽⁷⁾.

(1) في ف: نسبه عنه.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) الاختيار 126/2 ، تبين الحقائق 225/6.

(4) الري: مدينة مشهورة من امهات البلاد وأعلام المدن ، كثيرة الغلات ، بناها هوشبخت كيو مرث ، وقيل : راز بن خراسان ، لأن النسبة إليها رازي، وهي مدينة عجيبة في فضاء من الأرض، ودور هذه المدينة كلها تحت الأرض، ومن نواحيها: البهزان، والخوار. ينظر: آثار البلاد 375/1.

(5) الاختيار 126/2 ، الفتاوى الهندية 64/4.

(6) ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

(7) المحيط البرهاني 162/9 ، الاختيار 126/2 .

مسألة: رجل استأجر داراً ولم يعلم بحالها، فقال: هذه دار أبيك مات وتركها ميراثاً لك، لا تقبل دعواه، وكذلك لو اشترى جاريةً مُنتقبةً فلما كشفت⁽¹⁾ نقابها قال المشتري: هذه جاريتي ولم أعرفها للنقاب، لا تقبل بينته ودعواه⁽²⁾.

مسألة: وإن اشترى متاعاً في جراب مدرج، أو ثوباً في لفافة، فلما أخرجه، أو سبّره قال: هذا متاعي، تقبل دعواه وبينته⁽³⁾.

والفرق: أن المعهود في الجدار والجارية النظر إليها قبل البيع، فأقدمه على الاستتجار والشراء [اعتراف]⁽⁴⁾ بالملك لغيره ضمناً له، فهذه دعوى تقدّمها التّكذيب من جهته، فلا تقبل، فأما الثياب الملفوفة أو الموضوعة في الجراب [فلا يوقف عليها إلا بعد فتح الجراب ونشره، والمعهود في ذلك أنه يفتح الجراب]⁽⁵⁾ وينشر اللفافة بعد البيع، فلا يمكن معرفتها وقت المساومة، حتى لو أمكنه معرفته في الثياب وقت المساومة لا تقبل بينته، وكل ما يمكن معرفته وقت المساومة لا تقبل دعواه فيه، وما يمكن⁽⁶⁾ معرفته عند المساومة تقبل دعواه⁽⁷⁾.

وفي الجامع [الصغير]⁽⁸⁾: إذا بيع متاع إنسان بين يديه وهو ينظر، لا يصح؛ لأن سكوته يحتمل الرضا والسخط، وقال ابن أبي ليلى: سكوته إجازة منه للبيع⁽⁹⁾.

وفي الفتاوى لأبي الليث: لو باع عقاراً وابنه وامرأته حاضر تعلم به، وتصرف المشتري فيه زماناً، ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه⁽¹⁰⁾ وقت البيع، اتفق

(1) في ف: كشف.

(2) في ف: لا تقبل دعواه وبينته. ينظر: عيون المسائل 206/1، حاشية ابن عابدين 88/8.

(3) عيون المسائل 206/1، والفتاوى الهندية 69/4.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: لا يمكن، وهو الصواب.

(7) الفتاوى الهندية 69/4.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) الاختيار 551/8، وتبيين الحقائق 104/4، والبحر الرائق 551/8.

(10) في ف: ابنه.

مشايخنا أنه لا تُسمع مثل هذه وهو [تلبس] (1) محضٌ، وحضوره عند البيع (2) وتركه فيما يصنع إقراراً منه أنه ملك البائع، وألا حق له في المبيع، وجُعل سكوته في هذه الحالة كالإفصاح بالإقرار دلالةً؛ قطعاً للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس (3).

مسألة: باع ضيعةً ثم أقام بينةً أنه كان وقفاً عليه (4) وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض؛ لأن إقدامه على البيع إقراراً منه بأنه ملكه، وإن أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك، وإن أقام البينة على ذلك، [قيل] (5): تقبل؛ لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير غير الدعوى، ومتى قُبلت ينتقض البيع، وقيل: لا تقبل وهو الصواب والأحوط؛ لأن ههنا بإقامة البينة على كون الضيعة موقوفة عليه يدعي فساد البيع وحقاً لنفسه (6)، فلا تسمع للتناقض (7).

مسألة: رجلٌ ادعى داراً في يدي رجلٍ أنها له، فلما جرده قال المدعى للقاضي:

إن هذه/ دار وبيّنتي غُيب، ولكني اسأله (8) أن يبيعه منّي فسأله فأبى أن يبيعه فهو على [881ظ] دعواه؛ لأنه فسّر ذلك كمن (9) اشترى أرضاً فيها نخلاً، فقال الشفيع: سلّم الأرض (10) إليّ وإلا ادعيث النخل أيضاً بالشفعة فهو على شفّعتة (11).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: البائع.

(3) تبين الحقائق 222/6.

(4) في ف: ثم ادعى أنها كانت وقفاً عليه.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) أي: يدعي حقاً لنفسه.

(7) الاختيار 127/2، وتبين الحقائق 222/6، والبحر الرائق 551/8.

(8) في ف: ولكن أسألها.

(9) في ف: فمن.

(10) في ف: سلم النخل والأرض.

(11) المحيط البرهاني 159/9.

مسألة: رجل ادعى على رجل أنه أخذ منه مالا مسمّى، فأقام المدعى عليه البينة بأن المدعي أقر بأن هذا المال المسمى أخذه منه فلانٌ وأنكر⁽¹⁾ المدعي لا تبطل دعواه؛ لأن له أن يقول: أخذه ذلك منه ثم ردّه عليه وأخذه هذا المدعى عليه، فأمكنه التوفيق بينهما⁽²⁾.

ولو شهدوا أنه أقر أن فلاناً وكيل هذا المدعى عليه أخذ منه هذا المال فهذا إكذابٌ لبينته؛ لأن قوله: أخذه وكيله فهذا إبراءٌ لفلان ودعوى على وكيله⁽³⁾.

ولو قال المدعى عليه: لم يكن للمدعي عليّ شيء قط، ثم أقام المدعي البينة، ثم أقام المدعى عليه البينة أنه [قد]⁽⁴⁾ قضاها، تقبل منه؛ لأنه لم يكن لك عليّ شيء قط ولكن ولكن افتديتُ من خصومتك⁽⁵⁾.

ولو قال: لم يكن بيني وبينك معاملة في شيء، فإنه لا تقبل بيئته على القضاء⁽⁶⁾، قال أبو يوسف: لو قال: لم تجر بيني وبينه⁽⁷⁾ معاملة، ولكن أخبرني شهودي شهودي هؤلاء أنه ادعى عليّ حقاً، ثم قال: اشهدوا أنّي قد أبرأته ولم تجر بيني وبينه معاملة قبل ذلك منه⁽⁸⁾.

ولو قال المدعى عليه للمدعي: ما كانت لك عليّ ألف قط وقد ادعيت هذه الألف أمس فدفعتها إليك، فقال: ما قبضت منك شيئاً فصالحه من دعواه على خمسمائة، ثم أقام

(1) في ف: وأنكره.

(2) المحيط البرهاني 160/9، وحاشية ابن عابدين 450/5.

(3) الفتاوى الهندية 57/4.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) المحيط البرهاني 510/8، الفتاوى الهندية 65/4.

(6) قال الدردير . رحمه الله . في الشرح الكبير : إن أنكر المطلوب المعاملة من أصلها ، بأن قال : لا معاملة بيني وبينه فالبينة على المدعي تشهد بالحق على المطلوب، ثم بعد إقامتها لا تقبل من المطلوب بيئته القضاء لذلك الحق؛ لأن إنكاره أصل المعاملة تكذيب لبيئته بالقضاء ، بخلاف قوله: لا حق أو لا دين لك عليّ ، فأقام المدعي بيئته بالدين فأقام المدعى عليه بيئته بالقضاء فتقبل، إذ كلامه ليس فيه تكذيب لبيئته. ينظر: الشرح الكبير 151/4.

(7) في ف: بينك.

(8) المحيط البرهاني 510/8، الفتاوى الهندية 65/4.

المدعى عليه البينة على الدفع لم تقبل، ولا يرجع عليه⁽¹⁾ بشيء؛ لأن هذا إنما فدى يمينه⁽²⁾.

ولو قال المدعى عليه للمدعي: صدقت قد كانت لك علي ألف لكتي قد قضيتها أمس والمسألة بحالها، رجع عليه بالألف التي قضاها، وكان الصلح باطلاً؛ لأن هنا لم يكن على المدعى عليه يمين، فلم يكن افتداءً عن اليمين⁽³⁾.

الجامع: مسائله على أربعة أوجه:

الأول: لو قال: هذا العبد لفلان، ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف ولم يوقه⁽⁴⁾ سُمعت؛ لأنه أمكن التوفيق بينهما، لأن إقراره بالملك للبائع يؤكد شراءه؛ لأن الشراء إنما يصح من المالك فلا يصير متناقضاً، وإنما تثبت المناقضة بينهما إذا اتحد وقت الشراء والإقرار⁽⁵⁾، وفي اتحاده شك واحتمال؛ لجواز أن يكون الشراء بعد الإقرار فلا تثبت المناقضة بالاحتمال⁽⁶⁾.

والثاني: لو قال: هو لفلان اشتريته منه أمس [موصولاً وأقام بينة قبلت استحساناً، وإن قال: مفصلاً بأن قال: هو لفلان و سكت، ثم قال: اشتريته منه أمس]⁽⁷⁾، لا تقبل؛ لأن قوله: هذا العبد لفلان حقيقته إخبار عن قيام الملك للحال؛ لأنه مستعمل للحال حقيقة، إلا أنه قد يراد به الماضي مجازاً؛ لأن الشيء قد يسمى باسم الماضي كما يقال: هذا ثوب فلان بما عيّنه، وهذا ثوب أمس خلعيه، ويراد به أنه كان لفلان ثم انتقل إليّ، فكذا هذا، قوله: اشتريته أمس يراد به كان لفلان ثم صار لي بالشراء، ودلالة إرادة المجاز

(1) في ف: إليه.

(2) المحيط البرهاني 159/9.

(3) المحيط البرهاني 159/9.

(4) في ف: لم يوقته. ولعله الصواب.

(5) في ف: وقت البينة والإقرار.

(6) المحيط البرهاني 504/8، الفتاوى الهندية 63/4.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

هي قرينة ذكر أمس، فكان هذا بيان تعبير لا بيان تقرير فيصح موصولاً لا مفصلاً، كالاستثناء والشرط بخلاف الفصل الأول؛ لأن لفظ (كان) يستعمل للماضي لا للحال⁽¹⁾.

والثالث: لو قال: هو لفلان، ومكث شهراً ثم أقام بينةً أنه اشتراه منه ولم يؤقت البينة، تقبل؛ لأنه أمكن التوفيق؛ لاحتمال أنه كان لفلان رأس الشهر ثم اشتراه منه بعد ذلك، وإذا احتتمل الشراء بعد الإقرار وقبله يحمل على الموافقة ويصان عن المناقضة⁽²⁾.

وعن محمد رجلٌ في يده دار، فأقر رجل آخر أن هذه الدار لمن هي في يده أنا بعثها منه بألف درهم موصولاً بإقراره، وأنكر صاحب اليد الشراء وقال: الدار لي، فأقام المقر البينة أن الدار داره، تُقبل بينته، ولو قال ذلك مفصلاً لا تقبل بينته على أن الدار له⁽³⁾.

والرابع: لو قال: هذا لفلان لا حق لي فيه، ثم أقام بينةً بعد حين على الشراء منه لا تقبل، حتى يؤقت الشهود بعده فتقبل⁽⁴⁾؛ لأنه متى لم يجرّد الإقرار لم يُعَرِه⁽⁵⁾ عن البراءة، فقد نفى أن يكون له فيه حق، فلماً ادّعى الشراء فقد ادعى لنفسه⁽⁶⁾ حقاً، وبين النفي والإثبات مضادةٌ ومناقضةٌ، ولا تزول هذه المناقضة إلا إذا اختلف⁽⁷⁾ وقت الشراء والإقرار، فإن أطلق الشراء احتتمل الشراء بعد الإقرار وقبله، [فلا تزول المناقضة بالاحتمال، وإذا وقّت الشهود بالشراء بعد الإقرار]⁽⁸⁾ فقد زالت المناقضة/ بالبينة العادلة [881و] وتحققت الموافقة، فقبلت البينة⁽⁹⁾.

(1) بدائع الصنائع 223/6.

(2) المحيط البرهاني 504/8، والفتاوى الهندية 63/4.

(3) الفتاوى الهندية 63/4، 64.

(4) جاء في المحيط البرهاني: فإن وقتوا للشراء وقتاً بعد الإقرار قبلت شهادتهم.

(5) في ف: يعريه.

(6) في ف: لبينته.

(7) في ف: اختلفت الأوقات.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(9) المحيط البرهاني 505/8.

ولو قال: جميع ما في يدي لفلان، ثم ادعى المقر له بعد أيام عبداً في يده أنه كان في يده يوم أقر، وأنكر المقر كونه في يده، فالقول للمقر؛ لأن في كينونة هذا العبد في يده وقت الإقرار شكاً واحتمالاً؛ لاحتمال أنه ملكه بعد الإقرار، فوقع الشك في قطع يده عنه، واليد ثابتة له فلا يقطع بالشك؛ لأن اليد المتصرفه تصلح حجة للدفع، بخلاف ما لو قال: لا حق لي فيما في يد فلان ثم ادعى بعد حين عبداً أنه غصبه منه، لم تقبل بينته؛ لأن المناقضة بين الإقرار والدعوى ثابتة حقيقةً، فلا تزول هذه المناقضة [ما]⁽¹⁾ لم يختلف وقت العقد والإقرار وفي ذلك احتمال؛ لأنه احتتمل حدوث الغصب بعد الإقرار فلا تتناوله البراءة السابقة، واحتتمل البقاء فلا تزول المناقضة ولا تنقطع يده بالاحتمال⁽²⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من : ف.

⁽²⁾ المحيط الدرهماني 505/8، الفتاوى الهندية 67/4.

باب: ما يكون إكذاباً للشهود وما لا يكون إكذاباً لهم

المنتقى: أصله: أن جحود الشيء كفسخه ورفعها فيما يقبل الفسخ والرفع؛ لأن

الجحود إخبار عن النفي والعدم، فيصير مكذباً للبيئة القائمة على ثبوته⁽¹⁾.

مسألة: امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها وأنكر الرجل ذلك، ثم ادعى تزويجها

وأقام البيئة، تقبل، ولا يشبه النكاح البيع في هذا، حتى لو جحد البيع ثم أقام البيئة عليه لا تقبل⁽²⁾.

والفرق: أن البيع مما يقبل الفسخ فيفسخ بجحوده السابق، فيكون جحوده السابق

إقراراً بعدم البيع، فيصير مكذباً لشهوده، والنكاح لا يقبل الفسخ قصداً فلا يكون جحوده

اعترافاً بعدم النكاح، فلا يصير جحوده السابق مكذباً [لشهوده]⁽³⁾، ألا ترى لو ادعى أنه

تزوج هذه المرأة على ألف، أو على هذا العبد وأنكرت المرأة ذلك، فأقام بيئة أنه تزوجها

على ألفين أو على هذين العبدين، تقبل ويكون ذلك مهراً لها؛ لأنه ما أكذب شهوده في

المهر، ولو كان هذا في البيع لم تقبل بينته؛ لأنه قد أكذبهم⁽⁴⁾.

مسألة: رد المشتري الجارية المعيبة بعيب فجدد البائع البيع، فأقام المشتري البيئة

على الشراء منه وهي عوراء، فأقام البائع البيئة أنه قد برأ إليه من العور، لم تقبل بينته

على البراءة عند أبي حنيفة؛ لأن جحوده البيئة أولاً يكون إنكاراً للبراءة⁽⁵⁾ من العيب

فيصير مكذباً لشهوده⁽⁶⁾.

وقال أبو يوسف: تقبل؛ لجواز أن يقول: أبرأني ولم أبعه حيث طلبته، فطلبت إليه

البيع فأبرأني فلم يصر مكذباً لشهوده⁽⁷⁾.

(1) في ف: على ثبوت.

(2) المحيط البرهاني 102/9، الفتاوى الهندية 66/4.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) المحيط البرهاني 102/9.

(5) في ف: البراءة.

(6) المحيط البرهاني 165/9.

(7) المحيط البرهاني 165/9.

مسألة: رجل أقام بيئته على شيء أنه في يد رجل وهو له ففضي له به، ثم أقام صاحب اليد البيئته على المدعي بأنه أقر عند غير القاضي أنه لا حق له فيه إن قامت هذه البيئته قبل القضاء بطلت بيئته المدعي، وبعد القضاء لم يبطل القضاء؛ لأن القضاء وقع صحيحاً ظاهراً فلا تبطل بإكذاب المدعي شهوده، كما لو فسق الشهود، أو عُموا، أو ارتدوا بعد القضاء.

ولو قضى القاضي للمدعي بالمدعى به؛ لنكول المدعى عليه، ثم أقام المدعى عليه البيئته أنه كان اشتراه منه قبل الخصومة يقضى له به؛ لأنه يكون له⁽¹⁾ ولا يكون إكذاباً لشهود الشراء⁽²⁾.

الجامع: مسائله على فصول: فصل: في اختلاف الدعوى والشهادة - وفصل: في تكذيب البيئته وفصل: في تكذيب الإقرار.

فصل: أصله: أن الشهادة متى خالفت الدعوى لا يقبل قول⁽³⁾ التوفيق إن أمكنه التوفيق؛ لأن المخالفة بينهما ثابتة حقيقةً وقع الشك في زوالها، لاحتمال التوفيق وعدمه، فلا يحكم بالزوال [ما لم يقد دليل الدليل]⁽⁴⁾، وهو التوفيق والتأليف، مثاله: ادعى ألف درهم وشهد الشهود بألف وخمسمائة، لا تقبل ما لم يوفق المدعي فيقول: كان لي عليه ألف وخمسمائة كما لو شهد به الشهود، إلا أنني استوفيت منه خمسمائة، أو/ أبرأته عنها [882ظ] ولم يعلم الشهود بذلك، لا تقبل؛ لأن الاختلاف متى زال بالتوفيق فقد زال التكذيب والتفسيق للشهود⁽⁵⁾.

(1) في ف: لأن نكوله. وهو الصواب.

(2) البحر الرائق 205/7، حاشية ابن عابدين 439/7.

(3) في ف: قبل. ولعله الصواب.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) البحر الرائق 104/7.

مسألة: ادعى داراً في يد رجل أنه اشتراها من فلان أو ورثها، وشهده شهداً⁽¹⁾ أنها له، لا تقبل؛ لأنهم شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي؛ لأنه ادعى ملكاً حادثاً؛ لأن الشراء سبب حادث فيكون الملك المستفاد به حادثاً، والشهود شهدوا بملك قديم، وهما مختلفان، فإن الملك المطلق يثبت من الأصل متى يُستحق المدعي بزوائده، فلا يرجع الباعة بعضهم على بعض، والملك القديم أكثر من الحادث؛ لأن فيه إثبات الملك في الأصل والزوائد جميعاً، ولا كذلك في الملك الحادث، والتوفيق بين الشهادة والدعوى متعذر؛ لأن الحادث لا يتصور أن يصير قديماً، ولا القديم حادثاً فلا تقبل الشهادة⁽²⁾.

ولو ادعى ملكاً مطلقاً فشهدوا بالسبب تقبل إذا ادعى المدعي أيضاً؛ لأنهم شهدوا بأقل مما ادعاه فهذا لا يمنع قبول الشهادة⁽³⁾.

فصل: أن في تكذيب الحجة⁽⁴⁾ إبطالها؛ لأن في تكذيب الشهود تفسيقهم، ومتى زعم أنهم فسقة بارتكاب الكذب والإفك صاروا⁽⁵⁾ فسقة، وشهادة الفاسق مردودة، وتكذيب المقر في إقراره لا يبطل إقراره؛ لأن الفسق لا يمنع صحته؛ لأنه ملزم⁽⁶⁾ عليه.

مسألة: أقام البينة أنها داره فقضي له، فقال المقضي له: هي لفلان لا حق لي فيها وصدقه المقر له، لم يكن إكذاباً للشهود حتى لا يرد الدار على المقضي عليه، ولا شيء على المقر؛ لأنه أمكن الجمع والتوفيق بين إقراره والدعوى والشهادة؛ لأنها تحتمل أنها صارت ملكاً للمقر له بتمليكها إياه بعد القضاء، ويُحتمل أنها كانت له قبل القضاء فوقع الشك في بطلان القضاء، فلا تبطل بالشك، ولئن لم⁽⁷⁾ يكن بين القضاء والإقرار

(1) في ف: شهدوا. وهو الصواب.

(2) المحيط البرهاني 458/8، البحر الرائق 108/7.

(3) المحيط البرهاني 458/8.

(4) في ف: أصله أن في تكذيب الحجة.

(5) في ف: فصاروا.

(6) في ف: ملتزم.

(7) في ف: فلو لم.

زماناً يتصور ويكوّن فيه التمليك، ولكن تحتّم أن المقر باعها قبل الخصومة من المقر له على أنه بالخيار ثلاثة أيام، حتى لم تُزل عنه ملكه ثم انقضت مدة الخيار⁽¹⁾ [يعد القضاء وصارت مملوكةً له، ومتى أمكن التوفيق بين الإقرار والشهادة]⁽²⁾ لم يصير مكذباً لشهوده⁽³⁾.

ولو أقر بذلك قبل القضاء بطلت الشهادة؛ لأنه وقع الشك في صحة الدعوى والشهادة⁽⁴⁾ فبطلت، فلا يجوز القضاء بالشك⁽⁵⁾.

ولو قال: هي لفلان ما كانت لي قط وصدقه المقر له تُرد إلى المقضي عليه، لأنه متى لم تكن له قط لا يتصور بيعه وهبته منه بعد القضاء، فكان هذا إكذاباً منه للشهود، وإقراراً ببطلان القضاء والحق له فيبطل القضاء، وهذا حكم بالبطلان [ببقيين]⁽⁶⁾ أو بحجة ظاهرة، لا بالشك، ولا شيء للمقر له على المقر؛ لأنه متى لم تكن له قط لا يصح إقراره بأنها لفلان؛ لأنه لم تصادف ملكه فقد أقر بالدار لفلان، ثم ادعى ما يبطله وقد صدقه المقر له في ذلك، والحق له، فيصح تصديقه وبطل إقراره، كمن أقر بألف لرجل ثم قال: ليست عليّ وصدقه المقر له في النفي، وإن كذبه [المقر]⁽⁷⁾ له في قوله: ما كانت لي قط وقال: الدار كانت للمقر له ولكنه وهبها لي بعد القضاء، فهي للمقر له [في قوله]⁽⁸⁾، والمقر ضامنٌ من قيمتها للمقضي عليه؛ لأنه أقر بها لفلان وصح إقراره لمصادقته ملكه من حيث الظاهر وصارت ملكاً للمقر له، ويقول: ما كانت لي قط رجوع عما أقر له؛ لأنه نفى ملكه فيها أبداً، والإقرار من غير المالك لا يصح، فإذا كذبه المقر

(1) في ف: مدة الشهادة.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) المحيط البرهاني 508/8، البحر الرائق 98/7.

(4) في ف: وإشهاده.

(5) المحيط البرهاني 508/8.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

له في الرجوع لا يصح رجوعه، وبقوله⁽¹⁾: ما كانت لي قط أكذب شهوده وأقر ببطلان القضاء، إلا أنه عجز عن ردها إلى المقضي عليه فيضمن قيمتها⁽²⁾.

قيل: إن هذا قول محمد؛ لأن غصب العقار يتحقق عنده، وعندهما لا يتحقق فينبغي ألا يضمن، والصحيح أن يضمن عند الكل؛ لأن العقار يُضمن بالشهادة الباطلة والأقول الكاذبة عند الكل، فإنه لو شهد شاهدان بدار لإنسان ثم رجعا ضمنا قيمة الدار للمقضي عليه، وهذا لأن الشهادة قول، والعقار يضمن بالأقوال كما يُضمن بالعقود؛ لأنها مؤثرة في إزالة الملك، فتكون متلفةً تسبباً⁽³⁾.

كذلك لو بدأ بالنفي ثم بالإقرار بأن قال: ما كانت لي قط ولكنها لفلان؛ لأن المقر قصد صحة إقراره/ ونفاذ كلامه فيجب تصحيحه، وقد أمكن تصحيحه بأن يُجعل الإقرار [882و] مقدماً على النفي، [والكلام يحتمل التقديم والتأخير]⁽⁴⁾ فيُجعل كأنه قال: هي لفلان ما كانت لي قط؛ تصحيحاً لإقراره، هذا إذا ذكر الإقرار موصولاً بالنفي، وإن ذكره مفصلاً عنه لا يصح؛ لأن هذا بيان تعيين⁽⁵⁾ لا بيان تقرير، فيصح موصولاً مفصلاً⁽⁶⁾؛ لأنه متى فصل بينهما بالسكوت لا يُصدق في الإقرار؛ لأنه أقر بعد ما نفى الملك عن نفسه من الأصل، إلا إذا قال المقر: وهبها لي وسلّم في غير مجلس القضاء يصح إقراره⁽⁷⁾.

ولو قال ذلك في مجلس القضاء لا يحكم بصحة إقراره؛ لأن القاضي علم أنه لم يجر بينهما هبة بعد القضاء، هذا كله إذا أقر بعد القضاء، فإن أقر بذلك قبل القضاء لا يُقضى بها للمقر له إلا أن يقول: بعثها منه ووهبتها له بعد شهادتهم موصولاً به؛ لأنه

(1) في ف: ويقول.

(2) المحيط البرهاني 508/8، البحر الرائق 105/7، والفتاوى الهندية 333/3.

(3) المحيط البرهاني 508/8، وتبيين الحقائق 110/4.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: تعبير.

(6) في ف: لا مفصلاً. وهو الصواب.

(7) المحيط البرهاني 507/8، البحر الرائق 105/7، والفتاوى الهندية 501/3.

ليس ههنا تكذيبُ الشهود، فإذا لم يقل هذا لا يمكن تصحيح القضاء، فلا يحكم بالصحة بالشك⁽¹⁾.

فصلٌ: أصله: أن تكذيب الشهود فيما شهدوا به يوجب بطلان شهادتهم، كما لو شهدوا بألفين والمدعي يدعي ألفاً، لا تقبل؛ لأن ذلك يوجب فسقهم وقدهم في الكل، وتكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يوجب بطلان الإقرار فيما صدقه، لأن فسق المقر لا يقدر في صحة إقراره، فيرد إقراره بقدر التكذيب ويصح بقدر التصديق.

مسألة: أقر بدارٍ في يده أنها لفلان، فقال فلانٌ: لم تكن لي قط، ولكنها لفلان وصدقه فلانٌ فهي للمقر له الثاني، بخلاف البينة إذا كذب المقر له⁽²⁾ المقضي له في إقراره له يردّ الدار على المقضي عليه⁽³⁾.

والفرق: أن المقر له الأول كذبه في قوله أنها له، فصدّقه في قوله أنها ليست لي، وتكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر له لا يوجب بطلان إقراره فيما صدقه، فبقي النفي عن المقر تصحيحاً فثبت للثالث؛ لأن الثالث يدّعيها ولا ينازعها أحدٌ في البينة⁽⁴⁾، [وفي مسألة الشهادة المقضي له]⁽⁵⁾ بإقراره أنها ما كانت لي، ولكنها لفلان كذبه شهوده في بعض ما شهدوا له، [فإن الشهود شهدوا أنها له وليست للمقضي عليه، والمقضي له يقول: ما كانت لي قط، كذبهم في شهادتهم أنها له]⁽⁶⁾، ويقول: لكنها لفلان صدّقهم في أنها ليست للمقضي عليه، وتكذيب الشهود في بعض شهادتهم توجب بطلان شهادتهم، [كما لو شهدوا بألفين والمدعي يدعي ألفاً، لا تقبل، فكذا هذا]⁽⁷⁾.

⁽¹⁾المحيط البرهاني 508/8، البحر الرائق 105/7، وحاشية ابن عابدين 196/7.

⁽²⁾ في ف: إذا كذب المقر له المقضي له.

⁽³⁾ البحر الرائق 39/7.

⁽⁴⁾ في ف: في بينة المقضي له.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: الفتاوى الهندية 205/4، 206.

مسألة: دارٌ في يدي رجل أقام خارجَ البينة أنها داره ميراثاً عن أبيه وقضي له، فأقام آخر البينة أنه اشتراها من أب المدعي في حياته وصدّقه المقضي له، تُرد إلى المقضي عليه؛ لأن المقضي له [أقر أول مرة أنه ورث هذه الدار من أبيه] (1)، ثم أقر (2) أن أباه باعها من مدعي الشراء حال حياته، ومتى باعها حال حياته لا يتصور إرثاً من أبيه فتعذر الجمع بينهما، فصار مكذباً شهوده فيما شهدوا له فانقض القضاء (3). والله أعلم.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) في ف: متى أقر.

(3) المبسوط للسرخسي 44/17.

باب: الدعوى والبينة في شيء فيدخل المتصل به تبعاً⁽¹⁾

المنتقى: قال محمد: رجل ادعى داراً مبنية في يدي رجلٍ، فأقام بينةً أن الدار له، قضي بالأرض والبناء للمدعي؛ لأن البناء تبعٌ للأرض متصلٌ بها، والبينة على الأصل توجب الحق للمدعي في البيع المتصل به، إذ التبغ لا يخالف الأصل، فإن أقام المدعي عليه البينة أن البناء له وأنا بِنَيْتِهِ فالقاضي يسأل بينة المدعي عن البناء، فإن قالوا: إنه للمدعي لم تقبل بينة المدعي عليه، وإن قالوا: لا ندري لمن البناء إلا أنا نشهد أن الأرض للمدعي، قضي بالأرض له وبالبناء للمدعي عليه، وأمر بهدمه وسلّم الأرض للمدعي؛ لأن القاضي لم يقض بالبناء على المدعي عليه بالبينة مقصوداً، وإنما قضي عليه بالبناء تبعاً للأرض؛ [لأنه متصل بها، وإن كان شهود المدعي شهدوا أن الدار للمدعي/ وسكتوا، [883ظ] ثم قالوا قبل القضاء: إن البناء ليس له وإنما هو للمشهود عليه، ينظر إن قالوا قبل أن يتفرقوا من مجلس القاضي فُبلت شهادتهم وضمنوا قيمة البناء للمدعي عليه؛ لأنهم حين شهدوا على الدار فقد شهدوا على البناء فقد أثبتوا الحق في البناء فإذا تفرقوا فقد استهلكوا⁽²⁾، وإن قالوا: لا ندري لمن البناء لم يضمنوا شيئاً؛ لأن ذلك ليس بإكذاب منهم شهادتهم، وكذلك لو شهدوا بألفين ثم قالوا: إنما له ألفٌ، فالقياس باطلٌ]⁽³⁾.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل شهد عليه شاهدان على دارٍ في يده قالوا قبل القضاء: إنما شهدنا على العرصة أجزت شهادتهما ولا يكون هذا رجوعاً، ولو قالوا ذلك بعد القضاء ضمناهما قيمة البناء؛ لأنهما استدركا قبل القضاء بالملك، والتلف حيث يحصل إنما حصل بالقضاء بالملك له لا بالشهادة، فأما قبل القضاء ما تلف على المشهود عليه شيءٌ؛ لأن البناء لم يصير محكوماً به للمشهود له فقد حصل الإلتاف

⁽¹⁾ في ف: تبعاً وضمناً.

⁽²⁾ في ف: فقد استهلكوا.

⁽³⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 149/9، والبحر الرائق 130/7.

بشهادتهما فقد ضمنا؛ ولأن التناقض وإن لم يوجد إلا أن البيان واجبٌ عليهما قبل القضاء، فإذا لم يبينا لا يقبل البيان [من بعد] (1).

ولو أقام المدعي البينة أن الدار له، وأقام آخر أن البناء له، قضي بالأرض لمدعي الدار وبالبناء بين المدعيين نصفين؛ لأنهما استويا في البينة على البناء، لأن الشهادة على الأرض شهادة على البناء ضمناً واقتضاءً [لما] (2) بينا، وإن أقام المدعي عليه البينة أن البناء بناؤه قبل القضاء أو بعده لم تقبل؛ لأنه صار مقضياً عليه بالبناء أصلاً لا مقصوداً (3).

ولو شهد شهود المدعي للدار على الأرض وقالوا: لا ندري لمن البناء، قضي بالأرض (4) له، وبالبناء كله لمدعي البناء خاصة، وكذلك النخل، والشجر، والثمر، والخاتم، والفص، والسيف، والحلية فيما وصفنا لك (5).

[وإن شهدوا أن أرض هذه الدار للمدعي ولم يزيدوا عليه شيئاً، يُقضى بالأرض له ويتبعها البناء، والنخل، والشجر من غير أن يكونوا شهدوا على البناء، وكذلك لو شهدوا أن هذه الحلقة الفضة لفلان، أو هذا الجفن (6) يدخلُ الفص والحلية فيه تبعاً بغير شهادة عليه (7).

ولو قضي القاضي بذلك كله للمدعي، ثم أقام المدعي عليه البينة أن البناء، والشجر، والفص، والحلية له تقبل ويقضى بذلك كله له (8).

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف. ينظر: عيون المسائل 208/1، والمحيط البرهاني 444/8، والبحر الرائق 130/7.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: أصلاً ومقصوداً. ينظر: والمحيط البرهاني 149/9.

(4) في ف: قضي بالبناء.

(5) في ف: في جميع ما وصفنا لك.

(6) الجفن: الغمد.

(7) المبسوط للسرخسي 76/18.

(8) ما بين معكوفين سقط من: ف.

مسألة: رجلٌ قال: هذه الدار وهذه الأرض لفلان، ثم أقام بينة أن البناء، والنخل، والشجر له، لم تقبل بينته، ولو قال: هذه الدار أو هذه الأرض لفلان وبنائها ونخلها وشجرها لي فإن أقام البينة أن البناء والنخل له تقبل؛ لأن القاضي لم يقض عليه بالبناء؛ لأنه ما أقر به صريحاً ولا ضمناً ولا تبعاً⁽¹⁾، فلم يصر مقضياً عليه فجاز القضاء له، بخلاف الأولى؛ لأنه صار مقضياً عليه؛ لأنه أقر بالبناء والنخل تبعاً للأرض⁽²⁾.

ولو أقام بينة على الأرض وفيها زرع، ثم أقام المدعى عليه البينة أن الزرع له تُقبل والزرع له، فلا يشبه الزرع في هذا النخل؛ لأن النخل والشجر من الأرض، ولهذا يدخل في بيع الأرض تبعاً حتى لا يقابله شيء من الثمن، ولو احترق قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن، فأما الزرع لا يدخل في بيع الأرض تبعاً، ولهذا لو اشترى أرضاً بزرعها فلم يقبضها حتى ذهب الزرع ذهب بحصته من الثمن⁽³⁾.

(1) في ف: ولا تبعاً بل ادعاه لنفسه.

(2) تبين الحقائق 16/5، والفتاوى الهندية 164/4.

(3) الفتاوى الهندية 164/4.

القسم الثاني: فيمن ينتصب خصماً ومن لا ينتصب [ومن تندفع عنه الخصومة]⁽¹⁾

باب: من يكون خصماً [ومن لا يكون]⁽²⁾

المبسوط : مسأله على أربعة أقسام:-

أحدها: من يكون خصماً في البينة واليمين⁽³⁾، [والثاني]⁽⁴⁾: من لا يكون خصماً فيهما⁽⁵⁾، [والثالث]⁽⁶⁾: من يكون خصماً في البينة لا في اليمين، [والرابع]: من يكون خصماً في اليمين⁽⁷⁾ لا في البينة.

أما الأول⁽⁸⁾: فذكر في إجازات [الأصل]⁽⁹⁾: لو قال المستأجر: استأجرتُ هذه الدابة من الكوفة إلى بغداد، وقال رب الدابة: إلى قصر هبيرة⁽¹⁰⁾، وهي نصف طريق بغداد وأقاما⁽¹¹⁾ البينة، فالبينة بينة المستأجر، وله أن يحلف رب الدابة⁽¹²⁾.

وأما الثاني⁽¹³⁾: فذكر في وكالة [الأصل]⁽¹⁴⁾: لو ادعى على رجل أنك اشتريت هذا العبد من وكيلي [فلان]⁽¹⁵⁾، فأقر المشتري بالشراء وأنكر الوكالة والوكيل غائب، لم تقبل بينة المدعي أنه كان وكيله بالبيع، ولا يحلفه أنه لم يكن وكيله.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(3) في ف: فلان وهو غائب.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: خصماً في البينة واليمين.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(8) في ف: الأولى.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف. والمقصود هو كتاب الإجازات من المبسوط للشيباني.

(10) قصر هبيرة: قصر بناه يزيد بن هبيرة لما ولي العراق، يبعد اثني عشر فرسخاً من بغداد، غربي نهر الفرات، مات قبل أن يتم القصر. ينظر: أحسن التقاسيم في معرفة الأقاليم: باب: إقليم العراق: 121/1، معجم البلدان: 365/4.

(11) في ف: وأقام.

(12) المبسوط للسرخسي 172/15، المحيط البرهاني 550/7.

(13) في ف: والثاني.

(14) ما بين معكوفين سقطت من: ف. لعل المقصود هو كتاب الوكالة من الأصل للشيباني.

(15) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

[وذكر في الصلح: رجل ادعى عبداً في يدي رجل وأنكره المدعى عليه، فجاء آخر وصالح مع المدعى على دراهم ودفعها إليه على أن يكون العبد له، ثم جاء هذا المصالح الذي العبد في يديه وأقام البينة أن العبد كان للمدعى، لم تُقبل بينته ولا يحلّفه عليه.

وأما الثالث: ذكر هشام في نوادره: رجلٌ ادعى عبدين في يد رجل فأنكر ذو اليد، ثم صالحه من دعواه على أحدهما بعينه، ثم أراد أن يأخذ الآخر ليس له ذلك، ولا أن يحلف المدعى عليه بالله ما هو للمدعى، ولكن المدعى لو أقام البينة على أن العبد له أخذ العبد الباقي، وذكر في بيوع الأصل: ⁽¹⁾ الوكيل بالشراء إذا أراد أن يردها بالعيب، فادعى البائع رضا الأمر بالعيب فأنكر الوكيل فلا يمين على الوكيل، ولكن لو أقام البينة على رضا الأمر تقبل ويبطل الرد ⁽²⁾.

وأما الرابع: ذكر في الزيادات: رجل اشترى عبداً وقبضه، ثم أقر ⁽³⁾ أنه كان للمقر للمقر له حتى يرجع بالثمن على البائع، لم تقبل بينته، وله أن يحلّف البائع بالله ما كان للمقر له.

المنتقى: المستبضع ⁽⁴⁾ [خصم عن المبضع] ⁽⁵⁾ حتى لو ادعى أنه باع [عبد] ⁽⁶⁾ البضاعة بأمر مولاه، وقال المشتري: قد بعته بغير أمر مولاه، فالقول للمستبضع ويُدفع العبد إلى المشتري، وكذا المشتري من الغاصب [يكون] ⁽⁷⁾ خصماً عن الغاصب، حتى لو أقام البينة أنه عبد فلان باعه من الغاصب إيّاه يُقضى له؛ لأن المشتري ينتصب خصماً

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽²⁾ المبسوط للشيباني 200/5، البحر الرائق 22/6.

⁽³⁾ في ف: ثم أقر به كان لفلان، ودفع إلى المقر له، ثم أقام البينة.

⁽⁴⁾ الاستبضاع لغة: مصدر من الفعل ابضع، يقال: استبضع الشيء أي جعله بضاعة، وشرعاً: ما يدفعه المالك لإنسان يبيع فيه ويتجر؛ ليكون الربح كله للمالك ولا شيء للعامل. ينظر: القاموس الفقهي 37/1، المغرب مادة: بضع 77/1.

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف.

على البائع في إثبات ملك⁽¹⁾ البائع [في المبيع]⁽²⁾ لاتصال بينهما في سببية الملك وهو البيع [لما عرف]⁽³⁾، وكذا المعتق في المرض خصماً على الميت؛ لأنه بمنزلة المكاتب له، والمعتق في الصحة ليس بخصمٍ عنه؛ لأنه نفذ العتق في الكل⁽⁴⁾.

ولو ادعى مملوكاً ليس في يده أنه له، وقال المملوك: أنا مملوك فلان الغائب، فإن أقام العبد البينة على ذلك لا يبقى خصماً له؛ لأنه صار مملوكاً للغائب، والمملوك لا ينتصب خصماً عن مولاه، وإن لم يقم بينةً على ذلك يكون خصماً [له]⁽⁵⁾ حتى تُسمع بينة بينة المدعى عليه⁽⁶⁾ ويُقضى به له؛ [لأنه مجهول النسب ادعى عليه إنسان أنه مملوكه وأثبتته بالبينة]⁽⁷⁾، بخلاف ما لو كان العبد في يد رجل أقر بأنه مملوك لرجل آخر لا يصدق؛ لأنه لما أقر بالرق فقد أقر بسقوط يده عن نفسه، وصار في يد صاحب اليد فسقط اعتبار قوله⁽⁸⁾.

الجامع: ادعى رجل أنه فقاً عين عبده والعبد حيٌّ، لا تسمع الدعوى والبينة إلا بحضرة العبد، وعن القاسم بن معن⁽⁹⁾ أنه يُقبل في حق الأرش كما في [مسألة]⁽¹⁰⁾ الدابة؛ الدابة؛ [لأن البينة في حق الأرش قامت على الخصم وهو الفاقئ، والصحيح قولنا]⁽¹¹⁾؛ لأن القضاء في الملك في العبد متعذر؛ لأن العبد هو الخصم؛ لأنه ادعى الملك

(1) في ف : الملك.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) المحيط البرهاني 186/9، والفتاوى الهندية 40/4.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) في ف: المدعى عليه على العبد.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) المحيط البرهاني 186/9، والفتاوى الهندية 40/4.

(9) هو القاسم بن معن بن عبد الرحمن بن صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم - عبد الله بن مسعود، الإمام الفقيه المجتهد، قاضي الكوفة، ومفتيها في زمانه، أبو عبد الله الهدلي المسعودي الكوفي، ولد بعد سنة: 100هـ، حدث عن هشام بن عروة وغيره، وهو من أصحاب أبي حنيفة، توفي سنة: 174هـ. ترجمته في: تذكرة الحافظ: 239/1، وسير أعلام النبلاء: 198/8.

(10) كلمة غير مقروءة في النسختين.

(11) ما بين معكوفين سقط من: ف.

عليه وهو في يد نفسه [؛ لأن لكل آدمي يداً على نفسه (...)]⁽¹⁾، والأصل فيه الحرية،⁽²⁾ ولهذا كان القول قوله إنه حر الأصل، والعبد غائب وليس عنه خصم حاضر، حاضر، وتعذر القضاء بالأرث له بدون الملك؛ لأنه لا يجوز أن يكون الأرث لإنسان والعبد لآخر، ولما تعذر القضاء بهما وبأحدهما توقّف القضاء إلى أن يحضر العبد⁽³⁾.

ولو لم يكن العبد حياً تسمع ويقضى بأرث العيب؛ لأنه لا يد للميت، وكان هذا بمنزلة عبد صغير لا يعبر عن نفسه [فيكون في يد المولى]⁽⁴⁾، فأمكن القضاء بالملك في العبد⁽⁵⁾ وبالأرث له⁽⁶⁾.

ولو أقام البينة أنه فقاً عين برذون⁽⁷⁾ له، تقبل؛ لأنه ليس للبرذون يد نفسه⁽⁸⁾، ولم ولم يعرف كونه في يد ثالث وليست له منازع، فكان القول قول المدعي إنّه له، فأمكن القضاء له، وإراءة البرذون للقاضي ليس بشرط لصحة الدعوى؛ لأنه ربما لا يمكنه إراءة البرذون وإحضاره إلا بكلفة⁽⁹⁾ ومشقة وتلقه مؤنة، حتى لو كان حاضراً يجب إراءته للقاضي أنه فقاً عينه أم لا، كما لو ادعى على رجل أنه شجّه فأقام عليه بينة، لا يقضى بأرث الشجّة ما لم ير القاضي شجّة رأسه؛ لأن لصدق دعواه علامة، ويقضى له بربع قيمته، ومن الشاة بما ينقص، ومن الآدمي بنصف الدية لما يأتي في كتاب الجنایات، فإن جاء الرجل بالبرذون مفقوء العين وقال: البرذون ملكه لم يقض له بالأرث إلا ببينة يقيمها على الملك له⁽¹⁰⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقط من الأصل.

(2) ما بين معكوفين ساقط من الأصل.

(3) المحيط البرهاني 174/9، والفتاوى الهندية 37/4.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) في ف: بالملك في العبد من حين الجنایة.

(6) المحيط البرهاني 176/9، والفتاوى الهندية 37/4.

(7) البرذون: هو البيذون التركي من الخيل، والجمع: برادين، الأثنى برذونة. ينظر: المغرب، مادة الباء مع الراء: 71/1.

(8) في ف: على نفسه.

(9) في ف: بكلفة ومؤنة.

(10) المحيط البرهاني 174/9.

وإن ادعى عليه فقاً عينه وهو حينئذٍ⁽¹⁾ ملكه فحينئذٍ يأخذ الأرش؛ لأن ظاهر اليد على البرذون للحال يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق؛ لاحتمال أن من في يده البرذون ملكه للحال من جهة المقضي له بعد ما فُقِنَتْ عينه، فإن أقام صاحب البرذون بينة أنه له، وأن الفاقئ فقاً عينه وهو يملكه، وأقام المدعى عليه البينة على أنه له، وأن ذا اليد فقاً عينه، فتكون بينته أولى؛ لأنه خارج [، والآخر ذو اليد]⁽²⁾، وبينة الخارج أولى في الملك المطلق⁽³⁾. والله أعلم بالصواب.

(1) في ف: يؤمّنذ.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(3) الفتاوى الهندية 37/4.

باب: ما يدفع به الخصومة عن نفسه وما لا يدفع

المبسوط: ادعى شيئاً في يد غيره فقال ذو اليد: إنه وديعة من فلان، أو عارية، أو إجارة، أو رهناً عندي، أو وكلني بحفظه، قال علماؤنا: لا تندفع عنه الخصومة إلا بالبينة، وقال ابن أبي ليلى: تندفع بدون البينة، وقال ابن شبرمة⁽¹⁾: لا تندفع بالبينة أيضاً⁽²⁾.

ولو أقام البينة تندفع عنه الخصومة عندهما، وقال أبو يوسف: إن كان الرجل معروفاً بالاحتيال لا تسمع منه البينة، وإن لم يكن معروفاً بذلك تُسمع⁽³⁾.

وإن قال الشهود: إنا نعرفه بوجهه ولا نعرف اسمه ونسبه تقبل شهادتهم عند أبي حنيفة، وعند محمد لا تقبل⁽⁴⁾.

وإن قالوا: لا نعرفه بوجهه لا تُقبل، ذكره في الجامع، وهذه المسألة تُسمى مُمَسَّة⁽⁵⁾ دَوَّارة في الكتب؛ لأن للعلماء فيها خمسة أقاويل، والصحيح قولنا؛ لأن ذا اليد ينتصب خصماً للخارج ظاهراً باعتبار⁽⁶⁾ كون المال في يده وتحت تصرفه ظاهراً؛ لأن اليد المتصرفه والقدرة المحتوية على المال دلالة الملك ظاهراً⁽⁷⁾، ويد الوديعة والعارية عارضة غير ساطعة، فإذا ادعاها فقد أراد دفع الخصومة عن نفسه بأمر عارض، والمدعي ينكره فيكون القول له؛ لآته متمسك متشبت بدليل ظاهر⁽⁸⁾.

(1) عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان بن المنذر من بني بكر ابن سعد بن خبّية، ولد في أواخر عهد معاوية، روى عن أنس بن مالك، وأبي زرعة وغيرهم من التابعين، وروى عن الشعبي، قال حماد بن زيد: ما رأيتُ كوفياً أفقه من ابن شبرمة، تولى القضاء بالكوفة في عهد أبي جعفر المنصور، توفي سنة: 144هـ. ترجمته في: تهذيب التهذيب: 250/5، وتقريب التهذيب: 422/1.

(2) المبسوط للسرخسي 37/17، الاختيار 116/2.

(3) المبسوط للسرخسي 38/17.

(4) الاختيار 116/2، والبحر الرائق 228/7.

(5) هذه المسألة تسمى بالمخمسة؛ لأن للعلماء فيها خمسة أقوال، وقيل: لأن صورها خمسة وهي: الوديعة، والإجارة، والإعارة، والرهن، والغصب. ينظر: البحر الرائق 228/7.

(6) في ف: لا اعتبار.

(7) في ف: ظاهره فكان مالاً لما في يده ظاهراً.

(8) بدائع الصنائع 231/6.

وجه قول **أبي يوسف** أن المعروف بالاحتياط والافتعال يحتال بهذه الحيلة [قبطلت]⁽¹⁾.

مسألة: إنسانٌ يغيب عن البلدة فيدفع إليه ما في يده حتى يودعه عنده بين يدي شهود، ثم يقيم البينة على الإيداع عنده، فينبغي ألاّ تندفع عنه الخصومة بهذه البينة⁽²⁾؛ حتى لا يؤدي إلى إبطال حقوق الناس⁽³⁾.

لهما: أن ذا اليد أثبت كونه مستودعاً بالبينة العادلة؛ لأنه انتصب خصماً عن الغائب، لأنه ادعى حقاً على الحاضر، وهو⁽⁴⁾ سقوط حقه في الخصومة بسبب ادعاه على الغائب وهو إيداعه فقبلت البينة، والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالخصومة⁽⁵⁾.

ولو ثبت كونه مودعاً بالمعينة اندفعت عنه الخصومة، فكذا هذا؛ لأن المودع لا يكون خصماً فيما يُدعى عليه؛ لأنه مأمور بالحفظ لا بالخصومة، وتوهم الاحتياط بتلك الحيلة ساقط الاعتبار عند قيام البينة⁽⁶⁾.

وجه قول **محمد** أن الخصومة توجهت على ذي اليد فما لم يحولها إلى غيره لا تندفع عنه، ولم يصح تحويله إلى غيره بجهالة ذلك العين فيبقى هو خصماً.

لأبي حنيفة أن ذا اليد محتاج إلى إثبات الإيداع من غير المدعي؛ لاندفاع الخصومة إلى غيره⁽⁷⁾؛ لأن ذلك ليس عليه، ومتى عرف المودع بوجهه [أمكنه إثبات الإيداع من غير المدعي بالبينة العادلة؛ لأن القاضي لو عاين أنه أودعه هذا المال غير

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: الاختيار 116/2.

⁽²⁾ في ف: إلاّ بهذه البينة.

⁽³⁾ جاء في الفتاوى الهندية 44/4: قد يأخذ مال إنسان غصباً ثم يدفع سراً إلى من يريد أن يغيب عن البلدة حتى يودعه بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه فيقيم ذو اليد بينة على أن فلاتاً أودعه فيبطل حقه ويدفع خصومة المالك.

⁽⁴⁾ في ف: وهو خروج.

⁽⁵⁾ في ف: بالمعينة. ولعله الصواب. ينظر: المحيط البرهاني 274/8.

⁽⁶⁾ الاختيار 116/2.

⁽⁷⁾ في ف: الخصومة عنه غير محتاج إلى تحويل الخصومة.

المدعي وعرف وجهه⁽¹⁾ ولم يعرف اسمه ونسبه تندفع عنه الخصومة، فكذا إذا أثبت عنده بالبينة العادلة، بخلاف ما إذا لم يعرف بوجهه؛ لأنه لم يثبت الإيداع⁽²⁾ من جهة غير المدعي؛ لجهالته من كل وجه⁽³⁾.

مسألة: أقام ذو اليد البينة أن المدعي أقر أنه لفلان ، فقال ذو اليد: أودعني

فلان ذلك، فلا خصومة، وكذلك لو قال المدعي: اشتريْتُ من فلانٍ وقد قبضته/، فقال ذو اليد ، أودعني فلان فلا خصومة بينهما؛ لأنهما تصادقا أن المدعي [به]⁽⁴⁾ وصل إلى ذي ذي اليد من جهة غير المدعي، وأن يده ليست بيد خصومة⁽⁵⁾.

المنتقى: ولو قال ذو اليد: إن فلاناً أودعنيها، فقال المدعي: قد كان فلان أودعها ولكنه وهبها منك بعد ذلك، أو باعها [منك]⁽⁶⁾، فالقاضي يستحلف المدعي عليه ما وهبها له فلان ولا باعها منه، فإن نكل عن اليمين جعله خصماً له؛ لأنه لو أقر به جعله خصماً له، فكذلك إذا نكل⁽⁷⁾.

الفتاوى: رجلٌ أقام بينةً على دارٍ في يد رجل، ثم أقام المدعي عليه البينة على أن نصفها ملكي ونصفها وديعةٌ في يده⁽⁸⁾ من جهة فلان، حتى لو بطل دعواه في هذا النصف بطل في الكل؛ لتعذر التمييز بينهما⁽⁹⁾.

مسألة: ادعى على آخر مائتي درهم وأنه استوفى مائة وخمسين وبقي عليه خمسون فأثبته بالبينة، ثم أقام المدعي عليه البينة أنه أوفاه الخمسين لا تقبل حتى يقولوا: هذه الخمسون التي يدعي؛ لأن في مائة وخمسون خمسون موجودة⁽¹⁰⁾.

(1) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(2) في ف: لأنه ثبت الإيداع.

(3) مجمع الأنهر 271/2.

(4) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(5) البحر الرائق 231/7 ، والفتاوى الهندية 50/4.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(7) الفتاوى الهندية 46/4.

(8) في ف: في يدي. هو الصواب.

(9) المحيط البرهاني 244/9.

(10) البحر الرائق 40/7 ، وحاشية ابن عابدين 30/7.

مسألة: رجل ادعى جارية في يد رجل فقال المدعى عليه: إنها كانت أمة لفلان، وأنه أعتقها منذ عشر سنين، وقد تزوجتها⁽¹⁾ وهي حرة، وأثبت ذلك بالبينة يكون دفعاً؛ لأنه لأنه أثبت العتق في الأمة وهو خالص حق الله . تعالى .، وكل إنسان خصم في خالص حق الله . تعالى . سوى الحدود، ويدعي النكاح⁽²⁾ لنفسه وذلك خالص حقه، وللإنسان ولاية ولاية إثبات حق نفسه.

مسألة: أخوان أحدهما صغير والآخر كبير وقد مات أبوهما عنهما، فكبر الصغير وادّعى⁽³⁾ على آخر محدوداً في يده وأقاما⁽⁴⁾ البينة، [فقال المدعى عليه: إنه اشترى هذا المحدود من هذا]⁽⁵⁾ الكبير ووصى هذا الصغير حين كان صغيراً، فأنكر ذلك ذلك وأنكر الوصي الوصاية، وأقام البينة على إقراره أنه كان وصياً له.

مسألة: باع بحكم الوصاية لا تقبل حتى يقول الشهود: إنه كان وصياً من جهة أبيه أو أمه، وأنه باع ذلك عند الحاجة إليه بثمن مثله، ولا فائدة في إثبات إقراره بذلك⁽⁶⁾.

الجامع: مسائله على ثلاثة فصول:-

فصل: في الدعوى فيما إذا كانت العين قائمة في يد ذي اليد، **وفصل:** فيما إذا كانت هالكة، **وفصل:** فيما إذا كانت زائدة أو ناقصة.

فصل: مسائله على أربعة أوجه:-

أما إذا ادعى ملكاً مرسلًا ولم يدع معه فعلاً، أو ادعى ملكاً مرسلًا فعلاً، لا يخلو ذلك: إما أن يسمي فاعله، أو لم يُسمِّ فاعله، ومتى سمى فاعله فلا يخلو: إما أن ادعى الفعل على ذي اليد، أو على غيره.

(1) في ف: تزوجها.

(2) في ف: المناكح.

(3) في ف: فادّعى.

(4) في ف: أقام.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) حاشية ابن عابدين 502/7.

فإن ادعى ملكاً مرسلًا ولم يدع معه فعلاً، بأن ادعى داراً في يد رجلٍ وأقام البينة على أنها ملكه، وأقام ذو اليد البينة أن فلاناً أسكنها إياه وسلّمها إليه تقبل؛ لأن الإسكان والإعارة سواءً، فصار كأنه أثبت العارية بالبينة العادلة، وكذلك لو قالوا: أسكنها والدار يومئذٍ في يد المدعى عليه، أو قالوا: أسكنها والآن [الدار]⁽¹⁾ في يد هذا ولم يشهدوا بالتسليم؛ لأن الشهادة بالإسكان والدار في يد الساكن يوم الإسكان شهادة بالتسليم إليه، وكذلك شهدوا بالإسكان والقبض ثابت معاينةً للساكن، فيحال على الإسكان بحكم الدلالة، لأن القبض إذا ظهر عقيب عقد معاملة يضاف إليه ما لم يظهر سبب آخر، كما لو شهدوا بالهبة والدار في يد المدعى يُقضى بالهبة؛ لأن القبض ثابت له معاينةً فيحال على الهبة⁽²⁾.

وإن قالوا: كانت في يد ثالثٍ يومئذٍ لا تتدفع عنه الخصومة؛ لأن الإسكان لها يصبح بالقبض من جهة المُسكن كالعارية والهبة، ولم يثبت القبض من جهة المسكن بالشهادة ولا بالمعاينة؛ لأن القبض المعايين ثابت من جهة غير المسكن لا من جهته؛ فصار كما لو شهدوا أنه أسكنها فلاناً، إلا أنه سلّمها إليه رجل آخر، فكانت هذه شهادة بإسكانٍ باطل، فلا تتدفع الخصومة عنه⁽³⁾.

والثاني: إن ادعى ملكاً وفعلاً وسمّى فاعله، بأن قال: الدار داري كان غضبها وأخذها منّي فلان: أودعنيها⁽⁴⁾، أو غضبئها منه ونحوه، لا تتدفع عنه الخصومة، كما لو ادعى ملكاً مرسلًا ولم يدع معه فعلاً⁽⁵⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) المحيط البرهاني 204/9.

(3) المحيط البرهاني 204/9.

(4) في ف: وقال ذو اليد: أنها لفلان أودعنيها.

(5) البناية 379/9.

وإن ادعى الفعل على ذي اليد بأن قال: غصبها مني ذو اليد، أو أجرها، أو رهنها منه، وادعى ذو اليد أنها وديعة، أو عارية من جهة فلان، وأقام البينة على ذلك لا تتدفع الخصومة [عنه] (1)؛ لأن ذا اليد انتصب خصماً بدعوى الفعل عليه لا بظاهر يده، فإن حضر (2) والمقر له، وأقام البينة على ذلك قُبلت بينته؛ لأن الغائب لم يصر مقضياً عليه ولا مدعياً تلقى الملك من جهته/، فإن أقام البينة أنه اشتراها من ذي اليد ونقد الثمن [885ظ] وقبضها، وأقام ذو اليد البينة على الوصول إليه من جهة أخرى تتدفع الخصومة، ولو لم يدع القبض لا تتدفع؛ لأن دعوى الشراء تنتهي بالقبض، ولو لم يدع القبض بقي التسليم مستحقاً على البائع، فصار مدعياً على ذي اليد فعلاً، فانتصب خصماً بدعوى الفعل عليه (3).

وكذلك لو أقر المدعى عليه بالبيع من المدعى والتسليم إليه، ثم أقام البينة أن فلاناً أودعه تتدفع الخصومة؛ لأن الثابت بتصادقهما بالمعينة كالثابت بالبينة العادلة.

ولو ثبت الشراء والقبض من المدعى بالبينة العادلة، ثم ثبتت الوديعة من ذي اليد بالبينة الكاشفة تتدفع عنه الخصومة؛ لأنه غير مناقضٍ في دعوى الإيداع؛ لاحتمال أنه باع المدعى (4) من غيره ثم المشتري أودع ذا اليد، فقُبلت بينته على الإيداع، إلا أن يعلم القاضي أن الغائب غصبها فسلمها إليه؛ لأنه علم أن يد ذا اليد مبطل، فكان عليه نقضها بخلاف ما لو علم القاضي أن الغائب أودعها لم يأخذها من يده حتى يحضر الغائب؛ لأنه لم يعلم بكون [يد] (5) ذي اليد مُبطله؛ لجواز أن [يكون] (6) المدعى باع من الغائب،

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) في ف: فإن حضروا.

(3) المحيط البرهاني 212/9، والفتاوى الهندية 48/4.

(4) في ف: المدعى.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

أو أجرها منه والغائب أودعه إياه⁽¹⁾ فلا يُنقضه بالشك، وذكر أن في دعوى الصدقة من ذي اليد لا تندفع الخصومة ببينة الوديعة.

والثالث: إن ادعى فعلاً ولم يسم فاعله، بأن قال المدعي: غَصَبَ أو أخذ منِّي فإنه تندفع الخصومة.

وإن قال: سُرِق منِّي والمسألة بحالها [لم]⁽²⁾ تندفع عنهما خلافاً لمحمد وزُفر⁽³⁾.
لهما: أنه ادعى الفعل على المجهول، والدعوى على المجهول باطلّة، وإذا لَعَتْ دعوى الفعل بقي مدّعياً ملكاً مطلقاً فتندفع عنه الخصومة⁽⁴⁾.

لنا: أن في السرقة تعيّن كون ذي اليد سارقاً ظاهراً؛ لأننا متى عيّنّا ذا اليد سارقاً سقط القطع أصلاً؛ [لأنه يبقى خصماً للمدعي فيقضى له بالمسروق فيصِل المسروق إلى المدعي، فمتى عرف السارق بعد ذلك لا تقطع يده]⁽⁵⁾، ومتى لم يُعيّنه تقطع يده؛ لأنه لم يَصِل المسروق إلى المدعي، والحدود يُحتال لِذَرْئِها ما أمكن، فعيّنّا كون ذي اليد سارقاً احتيالياً، لدرء الحد، إلا أن المدعي لم يعينه نصاً انتداباً إلى ما ندبه الشرع، وهو الستر والكتم والميل إلى الدرء والهدم⁽⁶⁾، بخلاف الغصب؛ لأننا متى عيّنّا كون ذي اليد غاصباً أو لم نعيّنه⁽⁷⁾ لا يصير سبباً لوجوب الحد⁽⁸⁾.

ولو أقر المدعي أن العين وصلت إلى يده من جهة الغائب بالإيداع فلا رواية فيه عن أصحابنا، وقال مشايخنا: بأنه تندفع الخصومة عنه؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت بالبينة⁽⁹⁾.

(1) في ف: إياها. وهو الصواب.

(2) ما بين معكوفين ساقط من الأصل.

(3) البحر الرائق 231/7، والفتاوى الهندية 49/4.

(4) بدائع الصنائع 231/6، البناية 379/9.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) في ف: والعدم.

(7) في ف: لم يكن بعينه.

(8) المحيط الدرهماني 230/9.

(9) المحيط الدرهماني 230/9.

ولو أقام [البينة] ⁽¹⁾ على ذي اليد أنها داره اشتراها من عبد الله ونفذه الثمن، وقال وقال ذو اليد: أودعنيها عبد الله فلا خصومة بينهما؛ لأن الوصول إليه من جهة عبد الله ثبت بتصادقهما بإقرار ذي اليد نصاً، وإقرار المدعي ضرورةً ظاهر ⁽²⁾؛ لأن الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والآن اشتراها في يد ذي اليد، فالظاهر أنه وصل إلى يده من جهة عبد الله؛ فإن قال ذو اليد: أودعنيها عمرو وكيل عبد الله بأمر عبد الله لم تندفع الخصومة إلا ببينة؛ لأن وصول الدار إلى ذي اليد لم يثبت من جهة عبد الله؛ لإنكار ذي اليد، ولا من جهة عمرو لإنكار المدعي، وكذلك لو أقام البينة أن عبد الله دفعها إلى عمرو، ولم يشهدوا أن عمراً دفعها إلى ذي اليد لا دفع عبد الله إلى عمرو ولم يثبت دفعه إلى ذي اليد لم تندفع الخصومة؛ لأن الدافع للخصومة دفع عمرو الدار إلى ذي اليد، لا دفع عبد الله إلى عمرو، ولم يثبت دفعه إلى ذي اليد، ولذي اليد أن يحلف المدعي عما يعلم ⁽³⁾ أن عمراً دفعها إليه، فإن حلف فهو خصم، وإن نكل فلا خصومة بينهما حتى يحضر عمرو ⁽⁴⁾.

فصل: أصله: من ادعى ديناً على إنسان بسبب تلف عينٍ تلفت وتوَّيت في يده لا تندفع الخصومة عن المدعي عليه بإقامة البينة أن العين ⁽⁵⁾ كانت لغيره؛ لأن الدين إنما يجب في الذمة فينتصب المدعي عليه خصماً للمدعي؛ لقيام ذمته لا لقيام يده على العين، وذمته قائمة لا يمكن جعلها لغيره فيبقى خصماً له، بخلاف ما لو كانت العين قائمة في يده فإنه تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة أنها كانت لغيره؛ لأنه إنما انتصب خصماً بظاهر يده وقد أمكنه جعل يده لغيره بالاستتابة، فإذا أثبتتها بالبينة لغيره اندفعت عنه الخصومة، ثم المسائل على وجهين/:

[885و]

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ في ف: ظاهرة.

⁽³⁾ في ف: ما يعلم.

⁽⁴⁾ المحيط الدرهماني 228/9.

⁽⁵⁾ في ف: لأن العين.

أحدهما: في الهلاك، والآخر: في القتل.

أما الأول: عبدٌ مات في يد رجل، فأقام آخر البينة أنه عبده، وأقام ذو اليد البينة أنه كان لفلان في يده، لم تقبل وعليه قيمته؛ لأنه ادعى عليه ديناً في ذمته بسبب تلف عين كانت في يده، فإنه ادعى أنه كان غاصباً للعبد، أو مودع الغاصب وقد هلك العبد عنده فصار ضامناً بقيمته، وصارت قيمته ديناً في ذمته، فلا تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة أنه كان لغيره.

فإن صدق الغائب المدعى عليه يرجع بما ضمن في الوديعة، [أو الإجارة، والرهن، لا في الغصب، والعارية؛ لأن المودع عامل للمودع فإن منفعة الحفظ] (1) عائدة إليه، والمرتهن عامل للراهن فإنه يسقط دينه بهلاك المرهون، فكانت منفعة الرهن عائدة إلى الراهن (2)، والمستأجر عامل لنفسه من وجه وللأجر (3) من وجه؛ لأن منفعة قبض المستأجر عائدة إليهما، إلا أن ما للأجر (4) عين، وما للمستأجر منفعة، والعين [خير] (5) من المنفعة؛ لأنها تبقى، والمنفعة تفنى كما وجدت وتلاشت، فترجحت منفعة الأجر على المستأجر فكان عاملاً للأجر (6)، ومن عمل لغيره ولحقه ضمان فيه كان قرار الضمان على المعمول له؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه (7).

فأما الغاصب والمستعير عامل لنفسه؛ لأن منفعة قبضهما عائدة إليهما، فكان قرار الضمان عليهما (8).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: إلى الرهن.

(3) في ف: والآخر.

(4) في ف: مال الأجر.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: الآخر.

(7) المحيط البرهاني 231/9.

(8) حاشية ابن عابدين 496/7.

ولو أبقَ العبدُ والمسألة بحالها لا تتدفع أيضاً؛ لأن الإباق بمنزلة الهلاك؛ لكونه معجز الانتفاع به كالهالك⁽¹⁾.

والثاني: أمةٌ في يد رجلٍ قتلها عبدٌ رجلٍ خطأً، فأقام ذو اليد البينة أنها كانت وديعة فلانٍ عنده، يُقال لمولى العبد: أفدِه أو ادفع، فإن دفع فأقام رجل البينة أن الجارية كانت له، وأقام ذو اليد البينة على ما ادعى فلا خصومة بينهما إن أراد أخذ العبد، وإن أراد القيمة قضي بها [له]⁽²⁾؛ لأن العبد قام مقام الجارية لحماً ودماً، فكأنها قائمة بعينها جسماً⁽³⁾.

ولو كانت الجارية قائمة في يده بعينها لم يبق له خصماً، فكذلك بدلها، فأما القيمة وجبت⁽⁴⁾ في ذمته بسبب عين تالفة في يده فلا تتدفع الخصومة، فإذا قضي عليه بالقيمة بالقيمة ثم حضر الغائب فصدّقه كان حكم الرجوع كما مرّ، وإذا رجع صار العبد للمرجوع عليه، وفي موضعٍ لا يرجع فيكون⁽⁵⁾ العبد [يضمانه لما عُرف، وإن لم يقتلها ولكن قطع يدها فدفعت به، ثم حضر المدعي والمسألة بحالها فلا خصومة]⁽⁶⁾ بينهما في الرقبة ولا في في الأرش؛ لأن العبد بدل اليد، وكان الأرش قائماً مقامه⁽⁷⁾.

ولو ذهب عين العبد في يد ذي اليد، ثم أقام مدّعي العبد البينة أنّه عبده، فطلب الأرش وأخذ الجارية والمسألة بحالها، فلا خصومة ولا يقضى عليه بشيء؛ لأنه تعذر القضاء بالعبد للمدعي؛ لأن باليد أثبت الإيداع في العبد⁽⁸⁾، وأنه قائم في يده فيثبت الإيداع، والمودع لا ينتصب خصماً فيما يستحق على المودع، وإنما ينتصب خصماً فيما

(1) في ف: كالهلاك. ينظر: المحيط البرهاني 208/9.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) البحر الرائق 229/7، والفتاوى الهندية 48/4.

(4) في ف: وجبت ديناً.

(5) هكذا وردت في النسختين. ولعل الصواب: لكون.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المحيط البرهاني 212/9.

(8) في ف: في اليد.

يستحق له، فإذا تعذر القضاء بالعبد تعذر القضاء بالأرث؛ لأن بدل الطرف لا يملك إلا بملك الأصل، ولا يُشبه هذا موت العبد في يد المستودع؛ لأن الإيداع في حق [العبد]⁽¹⁾ لم يثبت لهلاكه وذهابه، فأمكن القضاء بملك العبد، وللمدعي قبيل⁽²⁾ الموت وبالقيمة بدلاً عنه⁽³⁾.

ولو كانت جارية فولدت ثم ماتت، فأقام المدعي البينة أنها جاريته ولدت في ملكه، فأقام ذو اليد البينة على الوديعة قبل الولادة، فإنه يقضى للمدعي بقيمة الجارية، ولا يُقضى في الولد بشيء حتى يحضر الغائب؛ لأنه أمكن القضاء بملك الجارية للمدعي بدون الولد؛ لأنه يجوز أن تكون الجارية ملكاً لإنسان والولد لآخر، كما إذا أوصى بما في بطن جاريته لإنسان تكون الجارية لإنسان والولد للموصى له، فأما لا يجوز أن يكون الطرف لإنسان والأرث لآخر، فكان من ضرورة تعذر القضاء بملك العبد تعذر القضاء بالأرث⁽⁴⁾.

فصل: عبدٌ أقام البينة على ذي اليد أنه أعتقه وهو يملكه، فأقام ذو اليد البينة أنه وصل إليه من جهة فلانٍ آخر، وقضى القاضي بالعتق، ثم جاء المقر له، لم تقبل بينته أنه عبده؛ لأنه صار مقضياً عليه بالعتق؛ لأن القضاء بالعتق على ذي اليد قضاءً بالعتق على الناس كافة؛ لأن في العتق حقاً لله . تعالى . ؛ لأن حقوق الله تعالى مما تزداد بالعتق من إقامة الجُمع، والأعياد، [والحج]⁽⁵⁾، والزكوات، والحدود، والعقوبات، ولهذا لم يُجز استرقاق الحر برضاه؛ لما في استرقاقه [إبطال]⁽⁶⁾ حق الله . تعالى .، فانصب كل واحد من المسلمين خصماً في إثبات حقوقه/ من حيث إن الكل عبده، خلفاء على وجه الأرض [886ظ]

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) هكذا وردت في النسختين . ولعل الصواب: بملك العبد للمدعي قبيل الموت.

(3) المحيط البرهاني 210/9، والبحر الرائق 229/7.

(4) المحيط البرهاني 210/9، والبحر الرائق 229/7.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

عنه، فصارت دعوى العتق على ذي اليد كالدعوى على كافة الناس، فصار كلهم مقضياً عليهم، والملك في العبد حق المولى، إلا أن في مراعاة حق الله . تعالى . في العتق مراعاة لحق العبد، وهو صيرورته أهلاً للتمليك، والشهادة، والولاية، فكان مراعاة حق الله . تعالى . واعتباره أولى⁽¹⁾.

مسألة: ولو أن العبد⁽²⁾ أقام البينة أن فلاناً أعتقه، وأقام صاحب اليد البينة أن فلاناً ذلك أودعه، تقبل بينته وتبطل بينة العبد؛ لأن بينة العتق قامت على الغائب وليس عنه خصم حاضر؛ لأنها قامت على المودع، والمودع ليس بخصم على المودع فيما يستحق عليه، ولا يُحال بينه وبين العبد قياساً؛ لأن الحيلولة من حكم العتق، والعتق لم يثبت بهذه البينة فلا تجب الحيلولة، ويحال بينهما استحساناً؛ لأن في العتق حق الله . تعالى . وحق العبد، فقبلنا بينة العتق في حق الحيلولة وقصر يده عنه؛ مراعاة لحق الله . تعالى . ؛ لأنه مما يُحتاط فيه حتى لا يستعمله ذو اليد كرهاً، أو قهراً بإعارة، أو إجارة، أو رهناً، ولم يقض بالعتق حتى يحضر الغائب لما فيه من حقوق العبد؛ مراعاةً للحقين توفيراً⁽³⁾ على الأمرين حفظهما بقدر الإمكان، كما لو أقامت المرأة شاهداً واحداً على الطلاق الثلاث، ويؤخذ من العبد كفيلاً بنفسه، استيثاقاً حتى لا يهرب، فإذا حضر الغائب فإن أعاد العبد البينة عليه عتق، وإلا فهو عبدٌ ورق؛ لأن البينة الأولى قامت على غير خصمٍ فعطلت، فإن ادعى العبد حرية الأصل فالقول له بلا بينة؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه بحكم الفطرة؛ لأن الناس كلهم خُلقت فطرياً وأصولهم على الحرية؛ لأنهم أولاد آدم وحواء، والرق أمر عارضٌ بالكفر اعترض على البينة، فكان العبد متمسكاً بالأصل، وذو اليد يدعي أمراً عارضاً فكان القول قول من تمسك بالأصل⁽⁴⁾.

(1) المبسوط للشيباني 211/4، البحر الرائق 230/7.

(2) في ف: ولأن العبد.

(3) في ف: تحقيقاً.

(4) المبسوط للسرخسي 311/17، والفتاوى الهندية 50/4.

فإن أقام ذو اليد البينة أنه أودعه فلان وهو يملكه قُبِلت؛ لأنه لا عبرة للظاهر متى جاءت بضده البينة؛ لأنه متى زالت يد ذي اليد عن العبد فلا يتهيأ له إعادة اليد الحافظة الباقية إلا بعد إثبات الملك للغائب فيه⁽¹⁾، فانتصب المودع خصماً عن الغائب في إثبات الملك؛ لأنه مأمورٌ بالحفظ، والمأمور بالشيء مأمور بما لا يتم ذلك إلا به، فالبينة القائمة عليه كالقائمة من الغائب⁽²⁾.

فإن أقام العبد البينة أيضاً أنه حر الأصل قبلت بينة ذي اليد ومنع العبد منه، لأن بينة العبد قامت على غير خصم⁽³⁾، واستوثق من العبد بكفيل، فإن حضر الغائب قيل للعبد: أعد بيئتك عليه، فإن أعادها قضي بعثقه وإلا فهو عبدٌ، ولا يحتاج الغائب إلى إعادة البينة؛ لأن المودع انتصب خصماً عن المودع في إثبات الملك، فكأنه أقام المودع البينة [بنفسه]⁽⁴⁾، ولو كان كذلك لا يكلف بإعادة البينة، فكذا هذا⁽⁵⁾.

(1) في ف: فيه بالنيابة.

(2) المحيط البرهاني 225/9.

(3) في ف: قامت على خصم وبينة ذي اليد قامت على خصم .

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) المحيط البرهاني 225/9، والفتاوى الهندية 50/4.

باب: إقرار ذي اليد وغيره بالمدعى به للغائب قبل إقامة المدعي البينة أو بعده

الجامع: مسائله على فصول:-

فصل: في إقرار ذي اليد به، وفصل: في بيعه، وفصل: في الإرث [منه]⁽¹⁾.

فصل: أقام خارج البينة على شراء العبد من ذي اليد، ثم أقر ذو اليد بالعبد لغيره، فهذا لا يخلو: إما إن أقر بعد إقامة المدعي البينة، أو بعد ما أقام شاهداً واحداً، أو قبل إقامة البينة⁽²⁾.

فإن أقر بالعبد للغائب بعد إقامة المدعي البينة لم يقض له حتى يحضر الغائب بدفع العبد إليه، ويقضى عليه بالبينة [من غير تكليف للمدعي بإعادة البينة، وهذا كبيئته]⁽³⁾ قامت على الموكل يقضى بها على الوكيل وكذلك على عكسه؛ لأن بينة المدعي صحت على ذي اليد من حيث الظاهر، وإقرار ذي اليد ببطلانها لم يصح في حق المدعي؛ لئلا يتضرر به، فإنه يحتاج إلى إعادة البينة، وربما لا يمكنه إعادة البينة، وصح إقراره بالملك للغائب والخصومة له، فصار المقر له في حق المدعي بمنزلة الوكيل بالخصومة من جهة ذي اليد/⁽⁴⁾.

[886و]

ولو وكل ذو اليد رجلاً بالخصومة مع المدعي قبل القضاء [له بالعبد لا يكلف المدعي إعادة البينة، فكذا هذا، فإن أقام المقر له البينة أنه عبده قبل القضاء]⁽⁵⁾ للمدعي للمدعي أو بعده تقبل وتبطل بينة المدعي؛ لأن بينته تقبل لإبطال بينة المدعي لا لإثبات الملك [له]⁽⁶⁾ مقصوداً؛ لأن الملك واليد للمقر له في زعم المقر، [ولكن]⁽⁷⁾ هذه البينة تُبين

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) المحيط البرهاني 256/8، الفتاوى الهندية 424/3.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) المحيط البرهاني 256/8.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

تُبَيَّنَ أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ قَامَتْ عَلَى خَصْمٍ وَذَلِكَ يَقْبَلُ، كَمَا لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ [كُفَّارٌ أَوْ عَبِيدٌ، فَإِذَا ثَبَتَ بَيِّنَتَهُ أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ] (1) قَامَتْ عَلَى غَيْرِ خَصْمٍ بَطَلَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ، فَإِنْ أَعَادَ الْمُدْعَى الْبَيِّنَةَ عَلَى الْغَائِبِ (2) يُقْضَى لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرِ الْمُدْعَى مُقْضِيًا [عَلَيْهِ] (3) مِنْ جِهَةِ الْمَقْرَ لَهْ، فَتَقْبَلُ بَيِّنَتَهُ لِيَصِيرَ الْمَقْرَ لَهُ مُقْضِيًا عَلَيْهِ بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمُدْعَى مُحْتَاجًا إِلَى إِقَامَةِ (4) الْبَيِّنَةِ لِإِثْبَاتِ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ الَّتِي أَقَامَهَا عَلَى ذِي الْيَدِ كَافِيَةٌ لِثَبُوتِ الْمَلِكِ [لَهُ] (5)، وَلَكِنْ إِنَّمَا يَقْبَلُ لِيَصِيرَ لَهُ (6) مُقْضِيًا عَلَيْهِ، فَلَا تَقْبَلُ بَيِّنَتَهُ بَيِّنَتَهُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى الْمُدْعَى (7).

وَإِنْ أَقَامَ بَعْدَ الْقَضَاءِ بَيِّنَةَ الْغَائِبِ لِلْغَائِبِ لَا تَقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى صَارَ مُقْضِيًا عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ [الْغَائِبِ] (8) الْمَقْرَ لَهْ، وَأَمَّا إِذَا أَقْرَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِلْغَائِبِ (9) بَعْدَ مَا أَقَامَ الْمُدْعَى شَاهِدًا وَاحِدًا، ثُمَّ حَضَرَ الْمَقْرَ لَهُ دُفِعَ إِلَيْهِ الْعَبْدُ، وَيُقَالُ لِلْمُدْعَى: أَقِمْ شَاهِدًا آخَرَ، فَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا آخَرَ يُقْضَى لَهُ بِهِ وَيَكُونُ قَضَاءً عَلَى الْمَقْرَ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ الْمَقْرَ لَهُ فِي حَقِّ الْمُدْعَى كَالْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ لَمَّا بَيَّنَّا (10).

وَلَوْ أَقَامَ الْمُدْعَى شَاهِدًا وَاحِدًا عَلَى ذِي الْيَدِ ثُمَّ وَكَّلَ ذُو الْيَدِ الْمَقْرَ لَهُ بِالْخُصُومَةِ، وَأَقَامَ الْمُدْعَى شَاهِدًا آخَرَ عَلَى الْوَكِيلِ تُقْبَلُ، وَيُقْضَى لِلْمُدْعَى عَلَى ذِي الْيَدِ، فَكَذَا هَذَا.

(1) مَا بَيْنَ مَعْكَوْفَيْنِ سَاقِطَةٌ مِنْ: ف.

(2) فِي ف: عَلَى الْغَائِبِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِبَيِّنَةِ الْغَائِبِ.

(3) مَا بَيْنَ مَعْكَوْفَيْنِ سَاقِطَةٌ مِنْ: ف.

(4) فِي ف: إِعَادَةٌ.

(5) مَا بَيْنَ مَعْكَوْفَيْنِ سَقَطَتْ مِنْ: ف.

(6) فِي ف: بِهِ. وَهُوَ الصَّوَابُ.

(7) الْمَحِيطُ الْبِرْهَانِيُّ 255/8.

(8) مَا بَيْنَ مَعْكَوْفَيْنِ سَاقِطَةٌ مِنْ: ف.

(9) فِي ف: لِلْغَائِبِ لَا تَقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى صَارَ مُقْضِيًا عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْمَقْرَ لَهْ.

(10) الْمَحِيطُ الْبِرْهَانِيُّ 255/8.

وإن لم يقر⁽¹⁾ حتى أقام المقر له بيئته أنه عبده أودعه لا يقضى للمدعي إلا أن يقيم شاهداً آخر ويعيد الأول شهادته ليُقضى له على المقر [له]⁽²⁾، ولا يقضى ببيئته المقر المقر له بعد؛ لأنه ظهر ببيئته المقر له أن بيئته المدعي قامت على غير خصم، فكانت باطلة، فلا بد من إقامة [البيئته]⁽³⁾ ثانياً ليستحق العبد، فإذا أقام البيئته ثانياً صار المقر له مقضياً عليه، فلا تقبل بيئته بعد ذلك.

فإن أقام المدعي [البيئته]⁽⁴⁾ أنه عبده، فقضى له، ثم أقام ذو اليد البيئته أنه عبده فلان أودعه لا تُسمع؛ لأنه صار مقضياً عليه ببيئته المدعي، ولهذا⁽⁵⁾ أقام المقر البيئته على الملك لنفسه بعد القضاء للمدعي لا تقبل بيئته.

وأما إذا أقر ذو اليد للغائب قبل إقامة المدعي البيئته، ثم حضر المقر له وصدقه، فأقام المدعي البيئته على المقر له يقضى له به، ويكون قضاءً على المقر له حتى لا تقبل بيئته من بعد؛ لأنه صح إقراره في حق المدعي؛ لأنه ليس في تصحيحه إبطال حق على المدعي، وهو إبطال بيئته، فكان الخصم هو المقر له.

فصل: رجلان أقاما البيئته على عبد في يد رجل كل واحد يدعي أنه أودعه، فأقر لأحدهما فلا يخلو: إما إن أقر بعد إقامتهما البيئته، أو قبل إقامتهما البيئته، أو بعد ما أقام كل واحد شاهداً واحداً، أو بعد ما أقام أحدهما شاهدين⁽⁶⁾.

فإن أقر أحدهما بعد إقامتهما البيئته قبل القضاء لهما دفع إلى المقر له؛ لأن إقراره بالملك لأحدهما صحيح؛ لمصادفته ملكه من حيث الظاهر، ولم يصح إقراره في حق بطلان بيئته الآخر لما بينا، ولا ضرر لأحدهما في دفع العبد إلى المقر له فيُدفع إليه، فإن

(1) في ف: وإن بقي.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: ولهذا لو أقام.

(6) المحيط البرهاني 256/8، الفتاوى الهندية 90/4.

عُدلت البيّنات فهو بينهما، ولا تبطل بيّنة المقر له؛ لأنّه متى ظهر أنّ الشهود كانوا عدولاً يثبت الاستحقاق لهما من وقت أداء الشهادة، وقد تساويا في الحجة فيقضى لهما، فظهر أنّ إقرار المقر وتصديق المقر له كان باطلاً؛ لأنّه ظهر أنّه أقر ولم يكن مالكاً وقت الإقرار؛ لأنّ إقراره كان بعد أداء الشهادة.

وإن أقر لأحدهما ثم أقاماً⁽¹⁾ البيّنة يقضى لغير المقر له؛ لأنّ البيّنة لم تُظهر أنّ الاستحقاق لهما كان ثابتاً وقت الإقرار؛ لأنّ الاستحقاق [لا]⁽²⁾ يقتصر على وقت⁽³⁾ أداء الشهادة ولا يستند إلى ما قبله، فلا يظهر أنّ إقراره صدر منه وهو غير مالِك⁽⁴⁾ يومئذٍ، فلا يظهر بطلان إقراره، فصار المقر له ذو اليد وصاحبُهُ خارجاً، فكانت بيّنة الخارج أولى في الملك المطلق.

وإن أقام كل واحدٍ شاهداً واحداً، ثم أقر لأحدهما دفع إليه، وقيل للآخر: أقم شاهداً آخر فإن أقام يُقضى له؛ لأنّ المقر له انتصب خصماً؛ لأنّ الملك واليد له، وخرج [887ظ] ذو اليد من أن يكون خصماً له لانقطاع ملكه، وافتقاد⁽⁵⁾ يده بإقراره لأحدهما، فصار المقرّ له ذو اليد وصاحبه خارجاً⁽⁶⁾.

وإن لم يقض حتى جاء المقر له بشاهد آخر قضي بينهما؛ لأنّ إقرار ذي اليد لا يبطل شهادة المقر له، فبقيت شهادة شاهده الأول صحيحةً، فإذا انضاف إليه شاهدٌ آخر تكاملت الحجة، فقد استويا في الحجة، فاستويا في الاستحقاق، فإن لم يقض حتى أعاد الخارج شاهده الأول، أو أقام شاهدين مُستقلّين قضي بكلّه له، وإن أقام المقرّ له شاهده

(1) في ف: أقام.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: على حال.

(4) في ف: غير ملكه.

(5) في ف: افتقار. ولعله الصواب.

(6) البحر الرائق 238/7، الفتاوى الهندية 90/4.

الأول وشاهداً آخر على الخارج قبل أن يقضى للخارج أو بعده لا تُسمع منه؛ لأنّه مقضياً (1) عليه ببينة الخارج (2).

ولو قال غير المقر له: مات شاهدي الأول أو غاب، قيل له: هات بآخر ويُقضى لك بالبعد؛ لأنّ الموت والغيبة لا تبطل الشهادة الماضية المؤدّاة أو المعدّلة، فيحتاج إلى إقامة شاهد آخر لتتكمّل الحجة، إلّا أن يقيم المقر له [شاهداً آخر لتتكمّل الحجة، إلّا أن يُقيم المقر له] (3) شاهداً آخر، أو شاهدين مُستقلّين (4) فيكون بينهما نصفين، بخلاف ما لو أقام الخارج شاهدين مستقلّين (5) قضي بكله [له] (6).

والفرق: أنّ للخارج حق استئناف الخصومة مع المقر له، حتى يستحقّ العبد على المقر له بالكلية؛ لأنّ المدعى به في يد المقر (7)، والمقر له يزعم أنّه له، وإبراء ذي اليد عن الخصومة (8)، وإذا برئ ذو اليد عن الخصومة صار المقر له ذا اليد حقيقةً وحكماً، وبقي صاحبه خارجاً، فتكون بينة الخارج أولى، فأما ليس للمقر له حق استئناف الخصومة مع الخارج (9)؛ للاستحقاق عليه؛ لأنّ ما يدّعيه المقر له في يده لا في يد المدّعي، فلا يمكنه استئناف الخصومة معه، فهي على الخصومة الأولى، فهما خارجان في الخصومة الأولى فيقضى بينهما، وفي رواية: أو يقيم شاهدين مستقلّين، فيكون العبد كلّ له، كما في غير المقر له (10).

(1) في ف: صار مقضياً عليه. وهو الصواب.

(2) المحيط البرهاني 261/9، الفتاوى الهندية 90/4.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: مستقلّين.

(5) في ف: مستقلّين.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 258/8، الفتاوى الهندية 90/4.

(7) في ف: المقر له.

(8) جاء في المحيط البرهاني 258/8: والفرق بينهما: وهو أن لغير المقر له أن يستأنف الخصومة مع المقر له ويبرئ المقر عن الخصومة.

(9) جاء في المحيط البرهاني 258/8: فأما المقر له لا يمكنه أن يجعل للذي ليس بمقر له خصماً، فيستأنف الخصومة معه، لأنّه لا يد لغير المقر له.

(10) المحيط البرهاني 258/8.

فإن لم يقرّ ذو اليد لأحدهما حتى قضى به بينهما، ثم أقام أحدهما البيينة أنّ العبد له لا تُسمع؛ لأنّ كلّ واحد منهما صار مقضياً عليه في نصف العبد الذي صار لصاحبه؛ لأنّ كل واحد أقام البيينة على الملك في جميع العبد⁽¹⁾، والبيينة العادلة توجب حقيقة الملك إذا اتّصل بها القضاء، فقبل القضاء أوّجَبَ حقّ الملك، فيستحقّ كل واحدٍ منهما ذلك الحقّ بالقضاء، فصار مقضياً في النصف الذي قضى لصاحبه، ودعوى المقضي عليه وبيئته لا تُسمع⁽²⁾.

فإن لم تُزكَّ بيينة أحدهما، أو لم تتمّ حتى قضى للآخر، ثم أعاد الآخر البيينة العادلة على أنّ العبد له، قضى له على المقر له⁽³⁾؛ لأن من لم تقم له البيينة لم يصر مقضياً عليه؛ لأنّه لا ملك ولا حقّ في العبد المقضي به فتُسمع بيئته⁽⁴⁾.

فأما إذا أقام أحدهما البيينة ولم يُقم الآخر، فأقرّ ذو اليد لغير المقيم يُدفع إليه، ويُقضى ببيئته⁽⁵⁾ غير المقر له من غير أن يُكلّف إعادتها، ويكون قضاءً على المقر دون المقر له؛ لأن البيينة قامت على المقر والخصومة توجهت عليه، ولم يكن المقر له وكياًً عنه بالخصومة، فلم ينتصب خصماً عنه فلا يكون مقضياً عليه، حتّى لو أقام المقر له البيينة أنّه عبده أوّده ذا اليد يُقضى له، وإن لم يُقض له حتّى أعاد غير المقر له شهوده بطلت بيئته المقر له ويقضى بالعبد للآخر؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه ببيئته المقر له فمتى أعادها [فقد]⁽⁶⁾ نفذ إقرار ذي اليد؛ لأنّه إنما لم ينفذ إقراره لئلا تبطل بيئته المدعي، فلا يلزمه إعادة البيينة ثانياً، فإذا رضي بالإعادة والحق له برّى ذو اليد من خصومته،

(1) في ف: في الجميع .

(2) الفتاوى الهندية 90/4.

(3) في ف: المقضي عليه.

(4) الفتاوى الهندية 90/4.

(5) في ف: ببيئته.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

وخرج من أن يكون خصماً له فنفذ إقراره، فصار الملك واليد للمقر له حقيقةً وحكماً، فكانت بينة الخارج أولى⁽¹⁾.

فصل: ادعى عبداً⁽²⁾ في يد رجلٍ وأنكره، فباعه ذو اليد وسلّم، ثم قبله وديعةً، فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إمّا إن علم القاضي بما صنع ذو اليد، أو لم يعلم ولكن أقر به المدعي، أو لم يعلم القاضي ولم يُقر به المدعي، فإن علم القاضي بذلك أو صدّقه⁽³⁾ المدعي فيه تندفع عنه الخصومة، بخلاف ما إذا أقر ذو اليد بالعبد للغائب أنه أودعه إياه لا تندفع⁽⁴⁾. تندفع⁽⁴⁾.

والفرق: أن الإقرار إخبارٌ يحتل الصدق والكذب، فيجعل كذباً في حق المدعي؛

لئلا ييطل حقه في الخصومة مع ذي اليد، فأما البيع إنشاءً تصرفٍ، وإيجاده/ لا يحتل [887] الصدق والكذب، وقد صادف ملكه من حيث الظاهر، فيفيد زوال ملكه ظاهراً، فإذا علم القاضي بزوال ملكه، أو صدّقه المدعي فيه لم يبق خصماً له؛ لأن إقراره حجة عليه؛ لانتهاء التهمة، وإن لم يعلم القاضي ببيعه ولم يقر به المدعي، وأقام ذو اليد البينة عليه لا تُقبل، ولم تندفع عنه الخصومة؛ لأنها قامت على غير خصم؛ لأن المدعي ينتصب⁽⁵⁾ خصماً في إنكار البيع؛ لأن حكم إنكاره لا يخصه، وهو ببطلان حقه في الخصومة مع ذي اليد يتعدى إلى غير وهو الغائب؛ لأنه متى ثبت بيعه من الغائب يثبت على الغائب حقوق البيع وأحكامه، فلم يكن المدعي مختصاً بحكم إنكاره كإنكار أجنبي آخر، ومتى فقد

(1) الفتاوى الهندية 90/4.

(2) في ف: عبد.

(3) في ف: وصدقه. ولعلها الصواب.

(4) المحيط البرهاني 253/8، حاشية رد المحتار 205/7.

(5) في ف: لم ينتصب.

الإنكار في الاعتبار فهذه بينة قامت⁽¹⁾ على الغائب، وليس عنه خصم حاضر فلا تُقبل⁽²⁾.

فإن قضي للمدعي، ثم جاء المشتري وأقام البينة على الشراء لم تُقبل؛ لأن المشتري يدعي الملك من جهة المقضي عليه، فيصير هو مقضياً عليه أيضاً ضرورة؛ لأن القضاء بالملك على ذي اليد يكون قضاءً بالملك على من يدعي تلقي الملك من جهته، والبينة لا تُسمع من المقضي عليه، وكذلك لو ترك الأول الدعوى، وادّعاه رجل آخر، وأقام ذو اليد البينة على البيع والتسليم وبالقبول وديعة لم تندفع الخصومة⁽³⁾.

مسألة: ولو ادّعى عبداً في يدي رجلٍ فقال: بعته من فلان ولم يقبضه، فأقام البينة عليه لا تُقبل، كما لو أقام البينة على البيع، والقبض، والإيداع؛ لأنه في الحالين يثبت بيعاً على الغائب، وليس عنه خصم حاضر مُنكر لما بيّن.

فصل: رجلان ادّعى كل واحدٍ على ذي اليد أنها داره ورثها عن أبيه، والمدعي عليه عمّ أحدهما، فمات ذو اليد وورثه ابنُ الأخ، فأقاما البينة حال حياته وزكّيت البينتان بعد موته، قضي بينهما؛ لأنّ بالتركية ظهر أنّ بينته كانت عادلة، وظهر أنّ التركة كانت مشغولة؛ لأنه ثبت له بإقامة البينة العادلة حق ملك في الدار، وكوّن التركة مشغولةً بحق الأجنبي يمنع الإرث، كما لو كانت مشغولةً بالدين المستغرق، أو الوصية، فبقيت على حكم ملك [اليد]⁽⁴⁾ للميت ولم تصر موروثة لابن العمّ خارجاً⁽⁵⁾.

وإن ادّعى حال حياة العمّ، وأقاما البينة [بعد وفاته يُقض للأجنبي؛ لأنه حين مات العمّ لم تكن الدار مشغولةً بحق الأجنبي؛ لأنّ مجرد الدعوى بدون البينة لا توجب حقاً له]

(1) في ف: قائمة.

(2) المحيط البرهاني 256/8 ، الفتاوى الهندية 423/3.

(3) الفتاوى الهندية 423/3.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) المحيط البرهاني 269/8 ، والبحر الرائق 238/7.

(1)، ولهذا جاز إقرار المدعى عليه لغيره في هذه الحالة، وينفذ بيعه وسائر تصرفاته، فورثها ابن الأخ وصار ذا اليد.

فإن أقام الأجنبي [البينة] (2) بعده على أنّ الكلّ له ورثها لا تُقبل؛ لأنّ كلّ واحد منهما صار مقضياً عليه في نصف صاحبه؛ لأنّ كلّ واحد أقام البينة أنّ جميع (3) الدار له، وبينة المقضي عليه فيما صار مقضياً عليه لا تُقبل، إلا أن يدعى تلقي الملك من جهته، فإن زُكيت بيّنة الأجنبي بعد موت العمّ دون بيّنة ابن الأخ قضي بالدار له؛ لأنّ حق الأجنبي قد ظهر، وحق ابن الأخ عسى يظهر، وعسى لا يظهر، فلا يُؤخر حقّ ظاهر بحق عسى يظهر أو بيّد (4).

فإن زُكيت بيّنة ابن الأخ بعده لا يُقضى له؛ لأنّ القضاء بالدار للأجنبي تضمّن (5) إبطال بيّنة ابن الأخ وردّها، والبيّنة المردودة في قضية لا يجوز القضاء بها في تلك القضية، فإن أعاد ابن الأخ البيّنة يُقضى له؛ لأنّ ابن الأخ لم يصر مقضياً عليه ببيّنة [الأجنبي]؛ لأنها ما قامت عليه، وإنّما بطلت بينته بصيرورة (6) القضاء بالدار للأجنبي، وما صارت مردودة بتهمة الفسق، وقد زالت تلك الضرورة متى أعاد البيّنة على الأجنبي والبيّنة عادلة فتكون مقبولة؛ ولأنّ بيّنة ابن الأخ قامت على الأجنبي لا على العمّ، فتكون هذه قضية أخرى مستأنفة على الأجنبي لا على العمّ فتقبل، ولا تُقبل بيّنة الأجنبي بعده؛ لأنّه صار مقضياً عليه ببيّنة (7) ابن الأخ (8).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: كلّ.

(4) المحيط البرهاني 389/8، الفتاوى الهندية 494/3.

(5) في ف: يضمن.

(6) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: بصيرورة.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) المحيط البرهاني 389/8.

فإن زكيت بينة ابن الأخ دون بينة الأجنبي وهو بمنزلة الأجنبي كما ذكرنا⁽¹⁾.

وإن أقام الأجنبي البينة حال حياة العمّ، وأقام ابن الأخ بعد موته يُقضى بينهما،

وإن أقام ابن الأخ حال حياة العمّ والأجنبي بعد موته يُقضى للأجنبي، وتبطل/ بينة ابن [888ظ] الأخ⁽²⁾.

والفرق: أن في الأول العمّ مات والدار مشغولة بحق الأجنبي لما بيّنّا، فمُنِع

الإرث فلم يَصِرْ ابن الأخ ذا اليد، وفي الثاني مات العمّ والدار مشغولة بحق الأجنبي؛

فصارَتْ موروثةً لابن الأخ فصار ذا اليد، فإن أقام ابن الأخ بيّنةً بعده لا تُقبل؛ لأنّه صار

مقضيّاً عليه ببينة الأجنبي⁽³⁾.

ولو أقام كلُّ واحدٍ شاهداً واحداً ثم مات العمّ، فأقام كلُّ واحدٍ شاهداً آخر، كان

بمنزلة ما لو أقام كلُّ واحدٍ شاهدين في حال حياة العمّ؛ لأنّه ما امتنع الإرث هنا لكونها

مشغولةً بحق الأجنبي؛ لأنّ إقامة⁽⁴⁾ الشاهد الواحد لا تُثبت حقاً، ولكن امتنع الإرث

لمعنى⁽⁵⁾ آخر، وهو أنّه لو ورث ابن الأخ يبطل ما أقام الأجنبي من الشاهد وتلزمه

الإعادة؛ لأنّه تبدّل المالك⁽⁶⁾ بمجرد قول يحتمل الصدق، والكذب لا يُجوّز إبطال بينة

الأجنبي فامتنع الإرث؛ صيانةً لبينة الأجنبي عن البطلان، وصار كما لو أقرّ العمّ لابن

الأخ حال حياته، ودفع الدار إليه بعدما أقام كلُّ واحدٍ منهما شاهداً، ثم أقام الأجنبي

شاهداً آخر يُقضى له بالدار، فكذا هذا⁽⁷⁾. والله أعلم.

(1) في ف: فيما ذكرنا. وهو الصواب. ينظر: المصدر السابق.

(2) المحيط البرهاني 8/389.

(3) المصدر السابق.

(4) في ف: بإقامة.

(5) في ف: بمعنى.

(6) في ف: الملك.

(7) المحيط البرهاني 8/389، 390.

باب: إقرار المدعى عليه بالإرث أو بالوصية في المدعى به

الجامع: مسأله على فصول: أحدها: في إقرار ذي اليد بالإرث⁽¹⁾، والثاني: في الوصية، والثالث: في إقرار الوارث بوارث بعد قتل المورث.

فصل: أصله: أن قضاء القاضي للمدعي بنصيب الميت⁽²⁾ من المال المشترك ينصرف إلى نصيب الميت خاصة، لا إلى نصيب شائع من الأنصباء كلها؛ تحريماً لجواز القضاء، وتصوناً وتحفظاً عن الإبطال، كالبيع من أحد الشريكين ينصرف إلى نصيبه خاصة، تحريماً لجواز البيع وصوناً له عن الفساد⁽³⁾.

مسألة: دار في يد رجل يدعيها كلها لنفسه، أقام رجل البينة أنها داره ورثها من أبيه لا وارث له غيره، وأقام أخ ذي اليد البينة أنها دار أبيه مات وتركها ميراثاً له ولأخيه، يقضى بثلاثة أرباعها للأجنبي، وبريعها للأخ، ولا يشاركه ذو اليد فيه؛ لأن بينة كل واحد منهما شهدت بملك جميع الدار لأبيه، وانتصب كل واحد منهما خصماً عن الميت في إثبات الملك له في جميع الدار، فقد استويا في الدعوى والحجة، وهما خارجان فيقضى بينهما نصفين، إلا أن أخ ذي اليد يزعم أن الربع له والربع لأخيه ذي اليد بالإرث، وذو اليد يجحد ذلك، فقد ضيع بجحوده⁽⁴⁾ نصيبه، ولا منازعة لغيره في ربه؛ لأن أخ ذي اليد لا يدعي إلا الربع، والأجنبي يدعي كل الدار وأثبتته بالبينة، فيقضى به للأجنبي، والقضاء بالربع للأجنبي يُصرف⁽⁵⁾ إلى نصيب ذي اليد خاصة، فلا يشارك ذا اليد في نصيب أخيه، وكذلك إذا أقر ذو اليد أن الدار ميراث بعد قيام البينة قبل القضاء لم يتغير الحكم؛

(1) في ف: بالإرث لغيره.

(2) في ف: للميت. وهو الصواب.

(3) المحيط البرهاني 97/9.

(4) في ف: بالجحود.

(5) في ف: انصرف.

لأنّ الأخ صار مستحقاً للربع بالبينة، وإقرار ذي اليد يوضح تَضَمُّنَ إبطال بينة أخيه؛ لأنّه يصير ذا اليد مع أخيه؛ لأنّ التركة في يد أحد الورثة كأنّها في يد الكلّ حكماً، وبينة ذي اليد في الملك المطلق والميراث لا تُقبل مع بينة الخارج، فلم يصح إقراره⁽¹⁾.

فإن أقر قبل إقامة البينة يُقض بالدار كلّها للأجنبي؛ لأنّ إقراره لا يُبطل على أخيه حقاً؛ لأنّ الحق لم يثبت له بعدُ فصَحَّ إقراره في حق أخيه، فصارا جميعاً ذا اليد، فكانت بينة الخارج أولى.

فإن أقام الأجنبي البينة وحده وقضى للأجنبي، ثم حضر أخ ذي اليد، وأقام البينة على الإرث بينه وبين ذي اليد، يقض له بنصف الدار، ولا يُشاركه ذو اليد فيه؛ لأنّ الأخ أقام البينة على ملك جميع الدار، والأجنبي صار ذا اليد للحال، فكانت بينة الخارج أولى، إلا أنّ الأخ لم يدّع لنفسه إلا نصف الدار، فيُقضى له بالنصف ويُترك النصف الآخر في يد الأجنبي، فإن كان على الميت دينٌ صرف النصف الآخر من الدار إليه؛ لأنّه/ قامت البينة على استحقاق الكلّ للميت، إلا أنّه ترك نصفه في يد المقضى عليه؛ لعدم المنازع [888و] وفقد المستحق، فإذا ظهر الدين للميت [فقد]⁽²⁾ ظهر المستحق له فيُصرف [إليه]⁽³⁾.

وإن أقام الأجنبي البينة على ذي اليد وهو يدّعي لنفسه، ثم أقرّ بالإرث بينه وبين أخيه وقضى بالدار للأجنبي، ثم حضر الأخ وأقام البينة على الإرث قضي⁽⁴⁾ له بنصف الدار، وإن أقرّ قبل إقامة الأجنبي البينة، ثم أقام البينة فقضى للأجنبي، ثم حضر الأخ فأقام البينة على الإرث بينه وبين أخيه لا يُقض بشيء.

والفرق: أنّ إقرار ذي اليد قبل إقامة الأجنبي البينة صحّ في حق أخيه؛ لأنّه لا تُبطل عليه حقاً ولا يلحق به ضرراً قصداً، فصار كميراث ظاهر، فأحد الورثة ينتصب

(1) المحيط البرهاني 388/8.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: فقضي.

خصماً عن بقية الورثة في التركة، فصار كأن التركة في يد الكلّ، فصار أخُ الغائب مقضياً عليه لذي اليد فلا تُقبل بينته، فما صار مقضياً عليه، وإقرار ذي اليد بعد إقامة الأجنبي البينة [لم] (1) يصح في حق الأخ؛ لأنّه يتضمّن إلحاق الضرر بأخيه؛ لأنّه يريد أن يجعل القضاء المتوجه عليه واقعاً على أخيه الغائب، حتى لا تُسمع بينته متى حضر، فلم يصِرْ مقضياً عليه، فبقي خارجاً، والأجنبي صار ذا اليد فكانت بينة الآخر أولى.

مسألة: دارٌ بين ثلاثةٍ مُشاعّة، مات أحدُهم، فأقام رجلٌ البينة أنّه أخ الميت لا يعلمون له وارثاً غيره، ففضي له بنصيب الميت، ثم جاء آخر وادّعى أنّه ابن الميت [و] (2) صدّقه الشريكان وكذّبه الآخر، فليس للابن أن يدخل مع الشريكين في نصيبهما؛ لأنّ الشريكين أقرّوا له بنصيب الميت؛ لأنّه امتاز نصيبه بالقضاء، ونصيب الميت صار ملكاً للأخ بالقضاء بالبينة، فيكون إقراراً على الغير فلا يصح، والابن يدّعي أنّ ما في يد الأخ له، فلا يُصدّق إلاّ بحجة، بخلاف ما لو استولى الأخ عليه بلا بينة والمسألة بحالها فله أن يشاركهما في نصيبهما؛ لأنّ القاضي عاين ثلث الدار في يد الأخ، ولم يثبت كونه غاصباً بإقرارهما، فلا ينزع نصيب الميت من يده إلاّ بحجة، والدار مشتركة مشاعّة، فلا يتميز نصيب البعض عن البعض إلاّ بالقسمة، أو بالقضاء ولم يوجد فبقي نصيب الميت شائعاً في الكلّ، فكان في يد كل واحد منهم ثلث نصيب الميت، فكان للابن أن يأخذ من كلّ واحد من المُقرّين ثلث ما في يده (3).

فإن كان القاضي قضى للأخ ثم اقتسم هو والشريكان الدار (4) بقضاءٍ أو غيره وباقي المسألة بحالها، فللابن ثلث ما في يد كلّ واحد من الشريكين؛ لأنّ بالقسمة وصل

(1) ما بين معكوفين سقطت من : ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) المحيط البرهاني 97/7.

(4) في ف: والدار.

إلى كل واحد منهما ثلث ما في يد الأخ، وقد أقرّا ذلك⁽¹⁾ للابن، فلزمهما التسليم إليه، كمن أقر بمالٍ في يد الغير ثم ملكه، يُؤمّر بالتسليم⁽²⁾ إلى المقر له، فكذا هذا⁽³⁾.

ولو كان ممّا يُكّال، أو يُوزن، أو يُعدّ، فليس له ذلك؛ لأنّ القسمة في ذوات الأمثال إقرارٌ محضٌ، فلم يصل⁽⁴⁾ إلى يد المقر شيءٌ مما كان في يد الأخ⁽⁵⁾.

فصل: مسأله على أقسام:

القسم الأول: رجل مات وترك ثلاثة أعبُدٍ قيمتهم سواء، فأقرّ الوارث بعبدٍ بعينه لرجلٍ وصيّةً، وأقام الآخر البيّنة أنّه أوصى له بعبدٍ آخر بعينه وقضى له، لم يأخذ المقر له شيئاً؛ لأنّه تعدّر تنفيذ الوصيّتين جميعاً؛ لأنهما يزيدان على الثلث، ويتعدّر تنفيذهما في نصف الموصى به⁽⁶⁾؛ لأنّ الوصيّة الثابتة بالبيّنة ثابتة بحجة متكاملة⁽⁷⁾ نافذة في حقّ حقّ الناس كافّة، والوصيّة الثابتة بالإقرار ثابتة بحجة متقاصرة غير نافذة على غير المقر له، فلا تكون ثابتة في حقّ الموصى به بالبيّنة، وكان القضاء بالوصية الثابتة بالبيّنة أولى⁽⁸⁾.

نظيره: رجل مات وترك ألفاً، فادّعى رجلٌ أنّ له على الميت ألفاً وصدّقه الورثة، فأقام الآخر البيّنة أنّ له على الميت ألفاً يُقضى [له]⁽⁹⁾ بالألف للمقيم بالبيّنة⁽¹⁰⁾ لا للمقر له، فكذا هذا⁽¹⁾.

(1) هكذا وردت في النسختين، والصواب: بذلك.

(2) في ف: بتسليمه.

(3) المحيط البرهاني 98/7.

(4) في ف: ولم يقبل.

(5) المحيط البرهاني 98/9.

(6) في ف: الموصى له.

(7) في ف: كاملة.

(8) المحيط البرهاني 434/8، الفتاوى الهندية 478/3.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(10) في ف: البيّنة. وهو الصواب.

ولو أنّ الوارث اشتراه من المستحق بالعبد المقر به في الوصية بناءً على زعم البائع يغرم الوارث للمقر له قيمة ما باع؛ لأنّ في زعم البائع أنّ ما باع لم يصّر ملكاً للبائع بالوصية بل هو باقٍ على حكم ملك الميت؛ لأنّه غير [موصىّ به] (2) في زعمه، ولكن زعمه وإقراره لا ينفذ ما لم يدخل العبد في ملكه، فجاز بيعه، كمن اشترى عبداً أو أقرّ بحرّيته جاز، وعتق عليه متى دخل في ملكه، فكذا هذا، ويغرم قيمته للمقرّ له؛ لأنّ في زعمه أنّ ما اشترى ملك الميت، والشراء منه كان احتيالياً؛ لتخليص المغصوب من يد الغاصب، فيلزمه تسليم بدله إلى المقر له/ بالوصية؛ لأنّ المانع من نفاذ وصيته قد زال [889ظ] حيث عاد إليه الميراث، فنفذ إقراره بالوصية، وقد عجز عن تسليمه إلى المقر له ليسلمه إلى الموصى له (3) بالبيينة فضمن قيمته.

والقسم الثاني: مات وترك عبداً قيمته ألف درهم، فقال الوارث: إنّّه أوصى به لفلان وقد أجازته، وأقام رجلٌ البيينة أنّ له على الميت ألفاً ديناً فقضى له وبيع العبد بالدين والوارث منكر، ثم إنّّه ملك العبد بسبب لم يكن للمقر عليه سبيل؛ لأنّ للقاضي ولاية بيع المنقول على الموصى له للحفاظ عليه حال عجز الموصى له عن الحفاظ بنفسه، ولهذا كان للقاضي ولاية بيع العبد على الكبير الغائب؛ حفظاً لما عليه، فإن حفظ الدراهم أيسر من حفظ العبد، فنفذ (4) بيع القاضي في زعم الوارث وزعم المقر له، فتحوّلت الوصية من العبد إلى بدله وهو ثمنه، وكان حق الموصى له في ثمنه، وثمنه لم يصل إلى المقر بعد، حتى لو وصل إليه بسبب يلزمه الردّ إلى المقر له؛ بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنّه ليس للقاضي نقل الوصية من العبد إلى غيره، وكانت الوصية باقيةً في عين العبد، فإذا عاد إليه يُؤمر بتسليمه إلى المقر له بالوصية، فإن وجد شهود الدّين عبيداً فتمنّ العبد

(1) بدائع الصنائع 232/7.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: إلى الغرماء.

(4) في ف: فينفذ.

للموصى له؛ لأنَّه ظهر أنَّ القضاء صدر لا عن حجة⁽¹⁾ فبطل القضاء، لكن لم يبطل بيعه؛ لقيام ولايته، فيتحوّل حق الموصى له إلى ثمنه، فإن مات الغريم فورثه المقرّ، أو شيئاً من ماله أخذَه المقر له؛ لأنَّه زعم⁽²⁾ الوارث أنَّ ألفاً صارت ديناً للموصى له على الغريم، والدّين مقدّم على الميراث، فما لم يُوفّ حق الموصى له لا يسلم له شيء من تركة الغريم⁽³⁾.

والقسم الثالث: مات وترك ثلاثة أعبدٍ قيمتهم سواء، فأقر الوارث لرجل بعبدٍ بعينه وصيّةً وصدّقه المقر له، وقامت بينةٌ أنّه أوصى بهذا العبد الآخر لآخر وجده الوارث، فأعتق المقرّ له عبده قبل القضاء بالبينّة نفذ عتقه؛ لأنّ عتقه صادف ملكه؛ لأنّ قبل القضاء التّلت سالم للوارث فنّفذ إقراره بالوصيّة، وصار التّلت ملكاً للموصى له ظاهراً، فلا يظهر بالقضاء بالوصيّة بالبينّة أنّ العتق كان باطلاً؛ لأنَّه لم يقض بعين العبد المعتق للموصى له بالبينّة، بل قضي له بغيره، إلّا أنّه ما لم يسلم الأكبر للوارث لا يسلم الأصغر للمقر له، فكان في معنى البذل عنه، وباستحقاق بدل المعتق لا يبطل العتق؛ لأنَّه لا يظهر أنّه أعتق ما لا يملكه، فإن قضي ببينّة الآخر بعد عُزم المعتق قيمة ما أعتق للوارث؛ لأنّ الوارث إنّما أقر بالأصغر للموصى له بشرط أن يسلم له الأكبر، وقد زال الأكبر عن ملكه بالقضاء، فيزول الأصغر عن ملك المقر له وقد عجز عن ردّه بالعتق، فيلزمه⁽⁴⁾ ردّ قيمته، كمن اشترى عبداً أقر أنّه ملك البائع ودفع الثمن إليه، فاستحقه رجلٌ، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع، وإن أعتقه بعد القضاء لم ينفذ العتق؛ لأنّ بالقضاء زال الأكثر عن ملك الوارث ظاهراً؛ لأنّ في زعمه أنّ القضاء نفذ ظاهراً، وإذا

(1) في ف: أصدره عن حجة.

(2) في ف: في زعم.

(3) العناية 468/10، البناءة 452/13.

(4) في ف: ويلزمه.

زال الأكبر عن ملكه خرج الأصغر من أن يكون محلاً للوصية، فلم يصح إقراره ظاهراً بوصية الأصغر، فقد أعتق ملك الوارث فلا ينفذ⁽¹⁾.

فإن مَلَكَ الوارث العبدَ المشهود به أمر بتسليم المقر به إلى المقر له، ولا ينفذ إعتاقه، بخلاف ما إذا أوصى بعبدٍ لرجل وعليه دينٌ محيط، فأعتقه الموصى له ثم أبرأ الغرماء الميت ينفذ عتقه⁽²⁾.

والفرق: أن ثَمَّةَ ليس للتركة مالكٌ ظاهرٌ، فتوقف الإعتاق على مالكٍ خفيٍّ يُستظهر، فإذا ظهر الملك للموصى له بإبراء الغرماء للميت نفذ عتقه، وههنا للعبد المقر به مالكٌ ظاهرٌ وهو الوارث، ولهذا لو أعتقه الوارث نفذ⁽³⁾، فتوقف العتق على المالك الظاهر، فمتى بطل إقرار الوارث بالقضاء انتقض سببُ الملك للموصى له، فظهر أن الإعتاق صادق، ملك الغير، إلا أن الوارث لما أُجبر على الإقرار أمر بدفع العبد إلى المقر له بإقرارٍ وُجد منه بعد العتق، فكان العتق حاصلًا قبل الملك⁽⁴⁾.

فصل: مسأله على قسمين:-

الأول: أم الولد إذا قتلت سيدها وله ثلاثة بنين، فأقر أحدهم أنه كان لها ابن من أبيهم مات بعد القتل، سقط القصاص وإن كذبتة الجارية؛ لأنه أقر بما يوجب سقوط القصاص؛ لأنه زعم أن البنين بعد موت الأب أربعة، وأن القصاص صار موروثاً بينهم أرباعاً، فصار⁽⁵⁾ لابن القاتلة على أمه ربع القصاص، وسقط ذلك عنها بالأمية، ويسعى/ [889و] في ثلثي قيمتها للباقيين؛ لأنه لم ينفذ إقرار المقر على الجاحدين ولا يسعى [للمقر]⁽⁶⁾ في شيء إن كذبتة؛ لأن إقراره لم يصح في حقها في حق لزوم المال عليها وإن صح في

(1) الفتاوى الهندية 152/4.

(2) المحيط البرهاني 259/9، والفتاوى الهندية 152/4.

(3) في ف: نفذ عتقه.

(4) المبسوط للسرخسي 63/11، والمحيط البرهاني 259/9.

(5) في ف: قضي.

(6) ما بين معكوفين سقط من : ف.

حق سقوط القصاص؛ لأنه إقرارٌ على نفسه؛ لأنه مالك لإسقاط القصاص عنها بالعفو وغيره، وإن صدقته تسعى له في ثلاثة وعشرين سهماً [من ستة وعشرين]⁽¹⁾ من ثلث القيمة، ثلاثة تسقط عنها، وتسعى في ثلاثة وعشرين للمقر؛ لأنَّ في زعمهما أنَّ ربع القصاص انقلب مالاً، وقد مات ابؤها وترك ثلاثة إخوة، فيكون للأُم من هذا الربع السدس، والباقي بين الإخوة أثلاثاً، فجعلنا نصيب ابنها على ستة؛ لأنها أقل حساب يخرج منه السدس للأُم من ذلك سهم، بقي خمسة لا تسقيم على ثلاثة فاضرب في ستة، فصار ثمانية عشر، للأُم ثلاثة، بقي خمسة عشر يضمُّ إلى ثلاثة الأرباع، فصار تسعة وستين، لكل ابن ثلاثة وعشرون، وللأم ثلاثة، فصار الكلُّ اثنين وسبعين⁽²⁾.

ولو كان البنون أربعة فمات أحدهم، فأقر أحدهم أنَّ الجارية أم الميت وهذا الغلام ابنه سعت في ثلثي قيمتها للباقيين بكلِّ حال؛ لأنَّ إقرار المقر لم يصحَّ في حق الجاحدين؛ لأنه يتضمَّن تنقيص حقهما عن الثلثين، فبقيت البنون ثلاثة فللجاحدين الثلثان.

وأما المقرُّ إن كذبه الغلام والجارية بطل حق المقر؛ لأنَّ إقراره صح في حق سقوط القصاص عنها، فلم يصح في حق وجوب المال⁽³⁾ عليها إلا بتصديقها؛ لأنه إقرارٌ عليها، وإن صدقاه يسعى للمقر في ربع قيمتها؛ لأنهم تصادقوا أنَّ القصاص انقلب مالاً، وأنَّ حق المقر في ربع قيمتها، [ويُقسم ما بقي من رقبته]⁽⁴⁾، وهو نصف السدس بينها وبين الغلام على ستة، فبطل عنها سهمٌ، وتؤدي ما بقي إلى الغلام؛ لأنَّ المقر زعم أنَّ الربع الذي هو نصيب ابن الميت صار ميراثاً بين الجارية وابنها، السدس للأُم، والباقي للغلام، وإلا أنَّ الجاحدين أخذوا سدس القيمة من حق الميت بغير حق ظلماً، فبقي من حق ابن الميت نصف السدس، فيكون للجارية والغلام ستة، فاحتجنا إلى حساب له ربع

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقط من الأصل.

⁽²⁾ المبسوط للسرخسي 179/27.

⁽³⁾ في ف: وجوب المال له.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

ونصف سدس، وأقله اثني عشر، للجاحدين ثلثا المال ثمانية، وللمقر رُبعه ثلاثة، بقي سهمٌ ، وذلك نصف سدس الكلّ بين الغلام والجارية على ستة، فانكسر بالسدس، ستة⁽¹⁾ في اثني عشر، فصار المال كلّه اثني وسبعين ، فمنه تصح المسألة⁽²⁾.

وإن كذب الغلام البنوة وصدقت الجارية يسعى للمقر في الربع، ويُقسم نصفُ السدس الباقي بين المقر والجارية على ثمانية، خمسة للمقر وثلاثة لها؛ لأنّه لمّا كذبه الغلام بطل إقراره ولم يثبت نسبه، فصار كأنّ ابن الميت ترك أمّا وثلاثة إخوة، ولم يترك من المال إلا نصفَ سدسٍ قيمتها، للأُم السدس من ذلك، بقي خمسة بين الإخوة أثلاثاً فانكسر، فاضرب ثلاثة في ستة فيصير ثمانية عشر، للأُم ثلاثة، ولكل أخ خمسة.

قيل⁽³⁾: ينبغي ألاّ لا يكون للمقر من الباقي شيءٌ؛ لأنّه يزعم أنّ نصيب الابن الميت لأمه وأبيه فلا ميراث له؛ قيل له: تأويلُ المسألة إذا رجع المقر عن إقراره أنّ الغلام ابنه حتى يبطل نصيب الغلام، فيكون نصيب الميت بين الأمّ والإخوة.

وقيل: الجوابُ صحيحٌ على الإطلاق ، وهو الصحيح؛ لأنّ المقر أقر بالنسب بعد الموت، والإقرار بالنسب بعد الموت إقرارٌ بالمال؛ كما أنّ الشهادة⁽⁴⁾ بالنسب بعد الموت شهادةٌ بالمال حتى لو رجعا ضمنا، والإقرار بالمال يبطل بالردّ والتكذيب، فصار بمنزلة العدم فيما هو حق الغلام، ولم يبطل في حق المقر بتكذيب الغلام.

(1) في ف: واضرب ستة.

(2) الفتاوى الهندية 213/4.

(3) في ف: فإن قيل.

(4) في ف: لأن الشهادة.

القسم الثالث: في ترجيح إحدى البيئتين على الأخرى

[890ظ]

باب: الخارج وذو اليد أقاما البيئتين/

المبسوط: مسأله على فصلين:

أحدهما: في دعوى اليد. والثاني: في دعوى الملك.

فصل: رجلان ادعى كل واحد منهما داراً أنّها في يده، ولم يُعرف ذو اليد منهما، كان كل واحد منهما مدّعياً ومدعى عليه، فلو أقاما البيئتين جعل في يد كل واحد نصف المدعى؛ لأنّ الثابت بالبيئتين العادلة كالثابت بالمعينة، وإثبات اليد على المحل أمر مقصود كالملك، فاحتج إلى إثباتها [بالبيئتين] (1) كالملك (2).

وإن أقام أحدهما البيئتين ثبتت له اليد، وصار هو المدعى عليه، وإن لم تقم لواحد منهما البيئتين، فعلى كل واحد منهما اليمين؛ لأنّ دعوى اليد بمنزلة دعوى الملك؛ لأنّ بها يتمكن من الانتفاع بالملك، فإن حلفا توفقت هذه الدار إلى أن تُعرف حقيقة الحال؛ لأنّهما لما حلفا برئ كل واحد عن دعوى صاحبه، والقاضي لم يعرف كونها في يد أحدهما فتوقف إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكل أحدهما لا يقضى للحالف باليد؛ لأنّ القاضي لا يعرف كون الدار في يد الناكل، والنكول بدل وإقرار، وذلك إنما يصح من الإنسان بما في يده، لكن يمنع الناكل من التعرض (3) لهذه الدار (4).

مسألة: رجل في يده دار أقام البيئتين أنها في يده منذ سنتين، وأقام الخارج البيئتين أنّها له منذ سنة، قضى للخارج؛ لأنّ بيئته اليد لا تُعارض بيئته الملك، فإنّ اليد محتملة تحتمل أن تكون بحق بأن تكون يد عين الملك، أو أن تكون بغير حق، فلم تصر بيئته صاحب اليد دافعةً لبيئته الخارج (5).

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) المبسوط للسرخسي 35/17، المحيط البرهاني 103/9.

(3) في ف: التعريض.

(4) المبسوط للسرخسي 35/17، المحيط البرهاني 103/9.

(5) المبسوط للسرخسي 54/17، بدائع الصنائع 242/6.

مسألة: ولو أقام بينةً على عبد في يد رجل أنه كان في يده أمس لا تُقبل، ورُوي عن أبي يوسف في الأمالي⁽¹⁾ أنها تُقبل، ويؤمر المدعى عليه بردّ ما في يده؛ لأنّ الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة أو بالإقرار⁽²⁾.

ولو عاين القاضي أنّه كان في يد المدعي أمس، أو سمع إقرار المدعى عليه بذلك يأمره بالردّ إلى المدعي، فكذا هذا⁽³⁾.

وجه ظاهر الرواية: أنّ يد المدعي عليه على المدعى به للحال ثابتةٌ بيقين، وكونه في يد المدعي أمس محتملٌ متردّدٌ بين أن يكون يد ملك، أو يد غصبٍ، أو وديعة، أو عارية، أو إجارةٍ، فلا يمكن القضاء بكونه في يده أمس بحقٍ، فلا يجوز نقض اليد الثابتة بيقين بالشك أو الاحتمال⁽⁴⁾.

فإن شهدا⁽⁵⁾ أنّ ذا اليد أخذ منه، أو أنّه أبقَ منه فأخذه تُقبل؛ لأنّ الأخذ سببٌ موجبٌ للردّ؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : "على اليد ما أخذت حتى تردّ"⁽⁶⁾، فوجد ما يوجب نقض اليد الثابتة فيجب نقضها ورفعها، وهنا لم يثبت الأخذ من المدعى بمقتضى الشهادة؛ لأنّ الشهادة واقعةٌ باليد بالأخذ⁽⁷⁾، وهي محتملة بين كونها محقّة⁽⁸⁾ ومبطلّة، فلا يجب القضاء بالشك، فلا تنتقض اليد الثابتة بالشك⁽⁹⁾.

(1) الأمالي: هو أحد كتب أبي يوسف قد نقلها عن شيخه أبي حنيفة، وقيل: كتبها عنه تلاميذه، وهي من الكتب المندثرة. ينظر:

الجواهر المضيئة 525/1، كشف الظنون 1281/2.

(2) في ف: أو الإقرار. ينظر: المبسوط للسرخسي 36/17.

(3) المبسوط للسرخسي 36/17، المحيط البرهاني 465/8.

(4) المحيط البرهاني 465/8.

(5) في ف: شهد.

(6) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما وقفت عليه بلفظ: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في أنّ العارية مؤداة، حديث رقم: (1266)، 558/3، وأبو داود، كتاب البيوع، باب: في تضمين العور، حديث رقم: (3561)، 296/3، والنسائي، كتاب العارية والوديعة، حديث رقم: (5751): 333/5، وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب: العارية حديث رقم: (2400): 802/2، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع، حديث رقم: (3737).

(7) في ف: لا بالأخذ.

(8) في ف: محقّقه.

(9) المحيط البرهاني 465/8.

فصل: خارجان أقاما البيّنة على ملك مطلق في شيء في يد ثالث، أو على الشراء من واحد بلا تاريخ، أو تاريخهما سواءً، يُقضى بالملك منهما⁽¹⁾ نصفان، وهو أحد قَوْلِي الشافعي، وفي قولٍ منه: بها تُردّ⁽²⁾ البيّنتان، وفي قولٍ يُقضى لمن خرجت القرعة له⁽³⁾؛ **والصحيح** قولنا؛ لما روى محمد -رحمه الله- بإسناده إلى تميم بن طرفة⁽⁴⁾ الداري⁽⁵⁾: أن رجُلين اختصما إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في بعير، فأقام كلُّ واحدٍ منهما البيّنة شاهدين أنه بعيرُهُ، فقضى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بينهما نصفين⁽⁶⁾؛ ولأنّ البيّنتين حجتان⁽⁷⁾ ظاهراً؛ لأنّ الحكم يتعلّق بدليل الصدق وهو العقل والدين الدّاعيان الدّاعيان إلى الصدق، والصّارفان عن الإفك لا بحقيقة الصدق؛ لأنّها من الضمائر والسرائر، والأصل في الحُجج الشرعية متى أمكن إعمالها لا يجوز إهدارها وإهمالها، إذ إعمالُ الدليل من وجهٍ أولى من تعطيله وإهماله، كالنّصين إذا تعارضاً يُعمل بهما من وجهٍ إذا أمكن، ولا يُصارُ إلى تعطيلهما وإهمالهما، وهنا أمكن العمل بالبيّنتين من وجهٍ؛ لأنّ المشهود به يقبل التجزئ والتبعيض فقضينا بينهما بالتصنيف؛ عملاً بالدليلين بقدر

(1) هكذا وردت في النسختين، والصواب: لهما.

(2) في ف: فرق.

(3) قلت: وذهب المالكية إلى أنه يقضى بأعدل البيّنتين، وإن تساويا في العدالة خلفا، فإن نكل أحدهما حكم به للحالف، فإن خلفا يقسم بينهما، وقال الحنابلة: إن تساوت البيّنتان من كل وجه تساقطتا، فيقرع بينهما. ينظر: التلّفين 2/215، جواهر العقود 2/400، كشاف القناع 6/393.

(4) تميم بن طرفة الطائي، تابعي، كوفي، قليل الحديث، ثقة، يروى عن عدي بن حاتم، وجابر بن سمرة، وروى عنه السماك، وسعيد بن المسيب وغيرهم، توفي في زمن الحجاج سنة: 94هـ.

ينظر: العبر: 1/20، تهذيب التهذيب: 1/450.

(5) في ف: الطائي. وهو الصواب .

(6) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الأفضية، باب: الرجلان يدعيان شيئاً وليس لهما بيّنة، حديث رقم: (3618)، 3/311، والنسائي: كتاب القضاة، باب: القضاء فيما لم تكن له بيّنة، حديث رقم: (5424)، 8/248، وابن ماجة: كتاب الأحكام، باب: الرجلان يدعيان سلعة، وليس بينهما بيّنة، حديث رقم: (2330)، 2/780، والحاكم: كتاب الأحكام، حديث رقم: (7032)، 4/94، والبيهقي في الكبرى: كتاب الدعوى والبيّنات، باب: المتداعيان يتنازعان شيئاً في أيديهما معاً، ويقوم كل واحد منهما بيّنة، 10/257، وابن حبان في صحيحه: كتاب القضاء، حديث رقم: (5068)، 11/457، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(7) في ف: حجة.

الإمكان، كما لو شهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد [الزيد، وشهد آخر أن أوصى بهذا العبد] (1) لعمرو، يُقضى بالملك لهما، بخلاف ما لو أقاما جميعاً البينة على نكاح امرأة تهاترتا؛ لأنه تعدّر الجمع بين البينتين؛ لأنّ المشهود به لا يقبل التجزئ والتبعيض، وتعدّر إثبات الملك لكل واحدٍ منهما على الكمال؛ لما فيه من اجتماع رجلين على امرأة واحدة، وهذا لا يجوز (2).

وكذلك على هذا الخلاف دارّ في يد رجل، أقام آخر البينة أنّها له أجرها من ذي اليد، وأقام آخر البينة أنّها له أودعها ذا اليد، قضى/ بينهما؛ لأن كل واحد منهما أقام [890و] البينة على ملك الدار، وعلى أنه دفعها إليه، فاستويا في الدعوى والحجة، فاستويا في الاستحقاق (3).

فإن أقام أحدهما [بينة] (4) أنّ ذا اليد غصبها منه، وأقام آخر أنّ ذا اليد أقر أنه أودعها، أو غصبها يقض لمدعي الغصب وهو الأول (5)؛ لأنّ صاحب الغصب أثبت بيئته بطلان إقراره؛ لأنّ إقرار الغاصب بكون المغصوب وديعة، أو مغصوباً لغير المغصوب منه باطل؛ لأنه إقرار في ملك الغير (6).

مسألة: الخارجان مع ذي اليد إذا أقاما البينة على الملك المطلق، أو أرخا تاريخهما سواء، يُقضى ببينة الخارج، وقال الشافعي: يُقضى ببينة ذي اليد (7)؛ **والصحيح** قولنا؛ لأنّ بينة الخارج أكثر إظهاراً وأزيد إيضاحاً من بينة ذي اليد؛ لأنّ بينة الخارج مُظهِرة كاشفة موضحة الملك من كل وجه؛ لأنّ الملك لم يكن ظاهراً كاشفاً له أصلاً،

(1) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(2) شرح كتاب أدب القاضي 226/3، 227، والاختيار 118/2.

(3) المبسوط للسرخسي 40/17.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أولى.

(6) المبسوط للسرخسي 40/17.

(7) نهاية المحتاج في شرح المنهاج 366/8.

وبينة ذي اليد مُظهرة الملك له من وجه؛ لأنه⁽¹⁾ ملكه كان ظاهراً من وجهٍ بظاهر اليد المتصرفة الدالة على ملك الرقبة قبل إقامة الخارج البينة، وإظهار الظاهر لا يُتصور، وكانت بينة الخارج أكثر إظهاراً واستحقاقاً، فيكون أحقّ قبُولاً؛ لأنها في حق الزيادة حُجّة خَلِيَتْ وَعَرِيَتْ عن المعارض⁽²⁾، فيجب العمل بهما⁽³⁾ في حقّ تلك الزيادة، ثم يجب العمل العمل بها في الباقي ضرورةً أنّها لا تقبل الوصف بالتجزئ، وصاحبها اليد إذا أقام كل واحد منهما البينة أنّها داره، فإنّه يُقضى لكل واحدٍ منهما بما في يد صاحبه؛ لأنه خارج في ذلك النصف⁽⁴⁾.

ولو أقام أحدهما البينة يُقضى له بما في يد صاحبه، ويُترك ما في يده قضاءً ترك، ولو لم يكن لهما بينةٌ قضي بينهما نصفان قضاءً ترك، حتى لو أقام البينة على صاحبه بعد ذلك تقبل⁽⁵⁾.

المنتقى: دارٌ في يد رجلٍ ، أقام رجلان كل واحد منهما بينةً أنّها داره أجرها إياه شهراً بعشرة دراهم، وقد سكنها ذو اليد شهراً، فالدار بينهما نصفان، ويأخذان منه عشرة دراهم، فتكون بينهما استحساناً؛ لأنّ الأجرة تجب بمقابلة استيفاء المنفعة وهو السكنى وقد سكن شهراً ، فتلزمه أجرة شهرٍ واحدٍ، والقياس أن يأخذ كل واحدٍ منهما عشرة دراهم؛ لأنّ [كل]⁽⁶⁾ واحد أثبتت بينته أجرة شهرٍ عشرة دراهم⁽⁷⁾.

مسألة: أقام أحدهما البينة على الإرث، والآخر على الملك المطلق، يُقضى بينهما؛ لأنّ الوارث يحتاج إلى إثبات الملك لمورثه ملكاً مطلقاً؛ لأنه قائم مقام مورثه،

(1) في ف: لأن. وهو الصواب.

(2) في ف: العارض.

(3) في ف: بها. وهو الصواب.

(4) المحيط البرهاني 260/9.

(5) المحيط البرهاني 260/9، وبدائع الصنائع 240/6، 241، والبحر الرائق 234/7.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المحيط البرهاني 83/9، والفتاوى الهندية 90/4.

[فصار كما لو حضر مورثه⁽¹⁾ وادعى ملكاً مطلقاً مع هذا المدعى يُقضى بينهما نصفان، فكذا هذا⁽²⁾].

مسألة: أقام أحدهما على الإرث⁽³⁾، وأقام الآخر على التملك من مورث مدعي الإرث بسبب صحيح، قضى بالتمليك؛ لأن التملك بالشراء أو بالهبة يكون حال حياة المورث، والإرث يكون بعد مماته، فكان التملك بالشراء سابقاً والإرث لاحقاً، فيكون الأسبق أولى.

الجامع: أصله: أن الخارجين متى أقام أحدهما البينة على الغصب والإيداع على صاحبه فيما في يد ثالث، فأقام آخر البينة على الملك المطلق، يُقضى لصاحب الغصب أو الإيداع؛ لأنّ الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالإقرار أو بالمعينة. ولو ثبت بإقرار صاحبه، أو بالمعينة أنّه كان غاصباً، أو مُودعاً من جهة المدعى لا تصح دعواه أنّه كان مالكا؛ لأنّ المالك لا يكون غاصباً أو مُودعاً، وإذا بطلت دعواه لا تقبل بينته.

مسألة: دار في يدي رجلين، أصغر وأكبر، أقام خارجي البينة عليهما أنّها داره، يُقضى للأجنبي⁽⁴⁾ بالنصف ولهما بالنصف؛ لأنّ بينة كلّ واحد من صاحبي اليد لا تقبل فيما في يده؛ لأنّه ذو اليد، وتقبل فيما في يد صاحبه؛ لأنّه خارج فيه، وبينة الأجنبي تقبل فيما في يديهما، فقد اجتمع فيما [في]⁽⁵⁾ يد كلّ واحد منهما بينة الأجنبي وبينة صاحبه، فيقضى بينهما نصفان، فحصل للأجنبي مما في يد كلّ واحد منهما رُبع الدار، فصار له نصفها، ولكلّ واحد ربع ما في يد صاحبه⁽⁶⁾.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) المحيط البرهاني 31/9.

(3) في ف: الأرض.

(4) في ف: أنّها داره وأقام كل واحد منهما البينة أنّها داره يقضى بالأجنبي.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) المحيط البرهاني 28/9.

وإن أقام الأجنبي البينة أنها داره غصبها منه الأكبر، وأقام كل واحد منهما البينة أنها له يُقضى للأجنبي بثلاثة أرباع الدار، والرُّبع للذي لم يدَّع عليه الغصب، ولا شيء للغاصب؛ لأنه لا تقبل فيما في يد الأصغر إلا ببينة الغصب؛ لأنه ذو اليد الأكبر مشهوداً عليه بالغصب، وبينة المشهود عليه بالغصب لا تقبل، وتقبل بينة مدَّعي الغصب لِمَا بيَّنَّا، فيُقضَى بجميع ما في يده للأجنبي، وفيما في يد الأكبر لا تقبل بينته؛ لأنه ذو اليد، وتقبل بينة/ الأصغر والأجنبي فيه؛ لأنهما خارجان ولم يدَّع أحدهما على صاحبه غصباً، [891ظ] فيُقضَى بينهما نصفان، وعلى هذا قالوا في ثلاثة أقاموا البيئات في أحدهم الغصب على أحد⁽¹⁾ بعينه أنه يُقضَى بين مدَّعي الغصب وبين من لا يدعي الغصب عليه نصفان⁽²⁾.

وكذلك إذا أقام رجل البينة على ذي اليد أنها داره وأقام خارج آخر البينة أنها داره، غصبها منه، أو أودعها هذا المقيم للبينة⁽³⁾ أولاً، قضى بالدار كلها للآخر؛ لأنهما خارجان أقام أحدهما البينة أنها داره⁽⁴⁾، غصبها منه الأكبر، وأقام الأكبر البينة أنها داره غصبها منه الأجنبي المدَّعي، فأقام الأصغر البينة أنها داره فُضي بالنصف للأجنبي وبالنصف بينهما؛ لأنَّ بينة الأجنبي والأكبر قد استويا على إثبات الغصب، فلم تبطل بينة الأكبر، [فصار كأنه أقام كل واحد منهم البينة على ملك المطلق لا غير، ولو أقام الأجنبي البينة بالغصب على الأكبر]⁽⁵⁾، وأقام الأكبر البينة [بالغصب]⁽⁶⁾ على الأصغر، الأصغر، وأقام الأصغر⁽⁷⁾ البينة أنها له، قضى بثلاثة أرباع الدار للأجنبي ويبقى الربع للأصغر؛ لأنَّ بينة الأكبر قد بطلت؛ لأنَّ الأجنبي أثبت عليه غصباً⁽⁸⁾، فبقي الأجنبي

(1) في ف: أحدهم.

(2) المحيط البرهاني 27/9 ، 28.

(3) في ف: البينة.

(4) في ف: أحدهما البينة على غصب صاحبه، فبطلت بينة الآخر وإن أقام الأجنبي البينة أنها داره.

(5) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(6) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(7) في ف: الآخر.

(8) في ف: اثبت عليه غصباً والأكبر لم ثبت عليه غصباً.

منفرداً بإقامة البينة فيما في يد الأصغر، فيُقضَى له بجميع ما في يده، وتبقى بينة الأجنبي والأصغر فيما في يد الأكبر وهما مسموعان؛ لأنَّهما خارجان فيُقضَى بينهما نصفان، وليس للأكبر أن يأخذ الربع الذي أخذه الأصغر منه؛ لأنَّه لم يكن غاصباً [فيما في يد الأكبر؛ لأنَّ الأصغر يقول له: إنَّما أثبتَّ عليَّ الغصب فيما في يدي لا فيما في يدك؛ لأنَّه لا يتصوَّر أن أكونَ غاصباً] (1) لما في يدك، ولم يبق من النصف الذي كنتُ غاصباً فيه في يدي شيءٌ.

وإن أقام الأجنبي البينة أنَّ الأكبر غصبها، والأكبر أقام البينة أنَّ الأصغر غصبها إيَّاه، والأصغر أقام البينة أنَّ الأجنبي غصبها، فُضِيَ بما في يد الأكبر للأصغر، [وبما في يد الأصغر] (2) للأجنبي، ولا شيء للأكبر؛ لأنَّ بينة الأكبر بطلت فيما في يد الأصغر؛ لأنَّ الأجنبي أثبت عليه غصباً (3)، فبقي الأجنبي منفرداً بإقامة البينة فبقي له، وما في يد الأكبر لا تُقبل بينته فيه، وبطلت بينة الأجنبي فيه أيضاً؛ لأنَّ الأصغر أثبت عليه غصباً، [والأجنبي لم يثبت عليه غصباً] (4)، فبقي الأصغر منفرداً بإقامة البينة، فيُقضَى له بجميع ما في يد الأكبر (5).

ولو أقام الأجنبي البينة أنَّ الدار له غصبها الأكبر، وأقام الأكبر البينة بالغصب عليه، وأقام الأصغر البينة على غصب الأجنبي بما (6) في يد الأكبر (7)، وما في يد الأصغر بين الأكبر والأجنبي نصفان (8).

ولو أقام الأجنبي البينة أنَّهما غصباه وأقام كل واحد بينة بالغصب على صاحبه فالنصف للأجنبي، والنصف لهما (9).

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(3) في ف: عليه غصباً والأجنبي لم يثبت عليه غصباً.

(4) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(5) المحيط البرهاني 29/9.

(6) في ف: ما. ولعلها الصواب.

(7) في ف: في يد الأكبر للأصغر.

(8) المحيط البرهاني 27/9.

(9) في ف: والنصف لهما كما عُرف.

باب: التأقيت في الدعوى والبينة

المبسوط: [الدعوى لا تخلو: إمّا أن تكون في ملكٍ مطلقٍ، أو في ملكٍ بسبب والعين في يد ثالث، أو في يد أحدهما، أو في أيديهما، وكلُّ وجهٍ] (1) لا يخلو: إمّا إن أرخا، أو [لم] (2) يُؤرّخا، أو أرخا تاريخهما سواء، أو أحدهما أسبق.

أمّا إذا ادّعى ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث، ولم يؤرّخا، أو أرخا تاريخهما سواء يُقضى بينهما نصفان؛ لأنّه لم يثبت سبّق أحدهما فبقي دعوى ملكٍ مطلق، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق ذكر الكرخي (3) في مختصره (4)، أنّ الأسبق أولى بالاتفاق؛ لأنّ السبق أثبت أثبت الملك في وقتٍ لا ينازعه الآخر فيه؛ لأنّ دعوى ملكٍ مطلقٍ دعوى التملك من جهة المدّعى عليه؛ لأنّ ما يستحقه على ذي اليد [من الملك الثابت بظاهر يده يُعتبر استحقاقاً للملك على ذي اليد] (5)، فيكون تملكاً من جهته، والتاريخ معتبرٌ في دعوى التملك، كما لو ادّعى التملك بالشراء من جهة المدّعى عليه (6).

وروي أصحابُ الأمالي عن محمد أنّ الأسبق (7) أولى في قوله الأول، وفي قوله الآخر هو بينهما؛ لأنّه لا عبرة للتاريخ في دعوى ملكٍ مطلق؛ لأنّه دعوى لأوليّة الملك معنّى حتى يستحقّها/ بزوائدها المنفصلة كالنتاج، والمقصود من إثبات التاريخ إثبات زيادة [891] الاستحقاق على خصمه؛ لتترجّح بينته على بينة الخصم، وإثبات زيادة الاستحقاق لا يتصور في دعوى أوليّة الملك على أحد، وكان التقديم والتأخر في دعوى الملك المطلق سواء (8).

(1) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) هو أبو الحسن الكرخي، وقد سبق ترجمته.

(4) مختصر الكرخي في فروع الحنفية للإمام أبي الحسين عبد الله بن الحسين بن دلال الكرخي، وقد شرحه الإمام القدوري، وأبو بكر الجصاص، وغيرهما. ينظر: كشف الظنون 1634/2.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) المحيط البرهاني 48/9، تبين الحقائق 319/4، حاشية ابن عابدين 17/8.

(7) في ف: السبق.

(8) تبين الحقائق 319/4.

وإن أرخ أحدهما ولم يُؤرّخ الآخر فعند أبي حنيفة يُقضى بينهما ولا عبرة بالتاريخ، وعند أبي يوسف المؤرّخ أولى، وعند محمد المبهم أولى⁽¹⁾.

محمد: أن المبهم أسبقهما⁽²⁾ وقتاً من حيث المعنى؛ لأن دعوى مطلق الملك دعوى أوليّة الملك، فيكون ملكه ثابتاً كما حدثت العين⁽³⁾، والمؤرّخ ادّعى أوليّة الملك منذ أرخ، فيكون ملك غير المؤرّخ⁽⁴⁾ سابقاً، والمؤرّخ لاحقاً، فصار كما لو كان أسبقهما تاريخاً نصّاً⁽⁵⁾.

أبي يوسف: أن المؤرّخ ملكه بيقين في ذلك الوقت، ومدّعي الملك لم يستيقن بثبوته من الأصل، فكان التاريخ أولى كما لو ادّعى الشراء⁽⁶⁾.

أبي حنيفة: أنه يجوز أن الأجر⁽⁷⁾ لو وُقت كان تاريخه أسبق وأقدم، فوقع الاحتمال في التاريخ أنه متأخر أو متقدم، فسقط اعتباره ويجب إهداره، فصار كما لو أقام البينة على مطلق الملك [؛ ولأن دعوى مطلق الملك]⁽⁸⁾ تحتمل دعوى التملك من المدعي قبله، فيكون ملكه لاحقاً، كما لو ادّعى الشراء قضى به لذي اليد، وتحتمل دعوى أوليّة الملك، فيكون ملكه سابقاً، فوقع التعارض في السبق واللحق، فسقط اعتبار التاريخ ويجعل كأنهما ملكاً معاً؛ بخلاف ما لو ادّعى الشراء؛ لأنهما اتفقا⁽⁹⁾ على حدوث الملك وتلقيه من واحد ولا بدّ للحدوث من تاريخ؛ لأنه قد يتقدّم وقد يتأخّر، فكان صاحب التاريخ أولى، هذا كلّه إذا كان العين في يد ثالث⁽¹⁰⁾.

(1) تبين الحقائق 319/4، حاشية ابن عابدين 18/8.

(2) في ف: لأسبقهما، ولعله الصواب.

(3) في ف: حدثت العين وانخلعت.

(4) في ف: فيكون غير ملك المؤرّخ.

(5) تبين الحقائق 319/4.

(6) تبين الحقائق 319/4.

(7) في ف: الآخر. وهو الصواب.

(8) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(9) في ف: أثبتا.

(10) تبين الحقائق 319/4، حاشية ابن عابدين 18/8.

وإن كان في يد أحدهما ولم يُؤرّخا، أو أرّخا تاريخها سواء فالخارج أولى؛ خلافاً للشافعي⁽¹⁾ لما بيّنّا⁽²⁾.

وإن كان تاريخ أحدهما أسبق فهو أولى عندهما وهو قول محمدٍ أولاً، وقال محمدٌ آخرًا: هو بينهما ولا عبرة بالتاريخ عنده إلا في النتاج الذي ذكر ابن سماعة لما بيّنّا⁽³⁾.

وإن أرّخ أحدهما ولم يُؤرّخ الآخر، أو أرّخ الخارج سنةً وشكّ شهود ذي اليد في السنة و السنّتين، قضى للخارج عندهما، وكذلك لو أرّخ ذو اليد سنتين، وشكّ شهود الخارج في السنة والسنّتين، وعند أبي يوسف [بينة صاحب الوقت أولى؛ لأنّ عنده للتاريخ عبرة بكلّ حال، فيقضى للمؤرّخ منهما، وعند أبي حنيفة⁽⁴⁾ لا عبرة بالتاريخ حالة الانفراد⁽⁵⁾ فقد اجتمع خارج وذو اليد تنازعا في ملك مطلق، فيكون الخارج أولى، وعند محمد لا عبرة بالتاريخ أصلاً فسقط، فبقي دعوى مطلق الملك فكان للخارج⁽⁶⁾.

وإن كان للعين⁽⁷⁾ في أيديهما وأرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق [وعندهما أسبق]⁽⁸⁾ فعندهما لأسبقهما تاريخاً، كدارٍ في يد رجل أقام أحدهما البينة على الملك منذ سنة، والآخر على الملك منذ سنتين يُقضى لصاحب السنّتين، وعند محمد هو بينهما ولا عبرة بالتاريخ⁽⁹⁾.

(1) جاء في المدونة عن مالك . رحمه الله . أنها للذي هي في يده إذا تكافأت البينتان في العدالة، قال ابن القاسم: وعليه اليمين، وإليه ذهب الحنابلة.

(2) حاشية ابن عابدين 18/8، البحر الرائق 241/7.

(3) في ف: كما بيّنّا. ينظر: حاشية ابن عابدين 18/8، البحر الرائق 239/7.

(4) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(5) قلت : هذا قول أبي حنيفة . رحمه الله . آخرًا . ينظر : تبين الحقائق 319/4 ، 320.

(6) المحيط البرهاني 30/9 ، البحر الرائق 239/7.

(7) في ف: العين . وهو الصواب .

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف . والصواب إسقاطها .

(9) تبين الحقائق 320/4.

ولو أقام أحدهما على ملك الثلاث⁽¹⁾ منذ سنة، والآخر على ملك الثلثين منذ سنتين، يقضى لكل واحد بما ادعى؛ لأنه أمكن القضاء بالثلثين مع القضاء بالثلث، وإن أرخ أحدهما دون الآخر، فعندهما لا عبرة بالوقت ويكون بينهما، وقال أبو يوسف هو للمؤرخ، هذا كله في دعوى ملك مطلق⁽²⁾.

وإن كان⁽³⁾ الدعوى في ملكٍ بسببِ كالشراء، أو الهبة⁽⁴⁾ والإرث فلا يخلو: إما إن إن ادعى تلقي الملك من اثنين، [أو من واحدٍ، فإن ادعى تلقي الملك من اثنين]⁽⁵⁾ بالشراء بالشراء أو بالميراث، فإن أقام أحدهما البينة أنه ميراثٌ له عن أخيه، وأقام الآخر البينة أنه ميراثٌ عن أبيه، وكذلك الشراء فالجواب فيه كما ذكرنا في دعوى ملكٍ مطلقٍ؛ لأن كل واحد يحتاج إلى إثبات الملك لمملكه فكأن المالك⁽⁶⁾ إن حضرا وادعى ملكاً مطلقاً⁽⁷⁾.

وإن ادعى تلقي الملك من واحدٍ والعين في يده ولم يُؤرخا، أو أرخا تاريخهما [سواء، فهو بينهما، وإن كان تاريخ]⁽⁸⁾ أسبق فهو له، وكذا إن كان أحدهما أرخ دون الآخر فهو للمؤرخ بالإجماع؛ لأن التاريخ معتبرٌ في دعوى الملك بسبب، فقد سبق بيع أحدهما، وبيع الآخر معنىً حادث ولا يُعلم تاريخه فيحكم به للحال⁽⁹⁾.

وإن كان العين في يد أحدهما يُقضى لذي اليد، إلا أن/ يُؤرخا وتاريخ أحدهما [892ظ] أسبق، يُقضى لأسبقهما⁽¹⁰⁾ تاريخاً؛ لأنه يُحمل قبضه على قبض البيع، والبيع حادث ولم

(1) في ف: الثلث. وهو الصواب.

(2) تبين الحقائق 320/4.

(3) هكذا في النسخين، ولعل الصواب: وإن كانت.

(4) في ف: والهبة.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(6) في ف: فكأن المالك. وهو الصواب.

(7) ينظر: تحفة الفقهاء، تأليف: محمد بن أحمد أبو بكر بن علاء الدين السمرقندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط:

ط: الثانية، 185/3.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(9) تحفة الفقهاء 185/3.

(10) في ف: لأحدهما.

يُعرف تاريخُهما، فيُجعل كأنَّ بيعَ صاحبِ القبضِ أسبق، وإذا كان تاريخ الخارج أسبق فحينئذٍ يثبت الملك للخارج بيقين، فيجب نقض يده الثابتة بيقين⁽¹⁾.

وأربع مسائل يستوي فيها صاحب الوقت وغير الوقت:

إحداها: رجلان ادّعىا شراء دارٍ واحدة من رجلين، ويقول ذو اليد: الدار داري وأقاما البينة، ووقّعت إحدى البينتين ولم تُؤقت الأخرى، فإنّه يُقضى بينهما⁽²⁾.

والثانية: رجلٌ أقام البينة على دارٍ أنّها كانت لأبيه وتركها ميراثاً له منذ سنةٍ، وأقام الآخر البينة أنّ هذه الدار كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له، ولم يذكر التاريخ فهو بينهما⁽³⁾.

والثالثة: دابةٌ في يد رجلٍ ادّعاها رجلان، فأقام كلّ واحد منهما البينة أنّها دابته [نتجت عنده]⁽⁴⁾، ووقّعت بينة أحدهما [ولم تُؤقت بينة الآخر، يُقضى بينهما⁽⁵⁾.

والرابعة: الخارجان أقاما البينة أنّها له، ووقّعت بينة أحدهما⁽⁶⁾ دون الأخرى، يُقضى بينهما عند **أبي حنيفة**، ذكره في الأصل، وقال **أبو يوسف**: يُقضى لصاحب الوقت، ذكره في الإملاء⁽⁷⁾، وهو قول **أبي حنيفة** في المجرّد⁽⁸⁾، وقال **محمد** في رواية ابن ابن سماعة: يُقضى للذي لم يُؤقت⁽⁹⁾.

(1) المحيط البرهاني 49/9، البحر الرائق 240/7، الفتاوى الهندية 88/4.

(2) قلت: وهو قول محمد. رحمه الله. ينظر: المحيط البرهاني 30/9.

(3) المبسوط للسرخسي 80/17، تحفة الفقهاء 185/3.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) المحيط البرهاني 124/9، البحر الرائق 244/7، البناية 405/9.

(6) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(7) سبق التعريف بالكتاب.

(8) سبق التعريف بالكتاب.

(9) المحيط البرهاني 30/9، تحفة الفقهاء 185/3، البناية 386/9.

المنتقى: رجلان أقام كل واحد منهما بينةً على شيء [أنه] ⁽¹⁾ في يده منذ كذا، أحدهما يدعي منذ شهر، والآخر منذ جُمعة، يُجعل في يد مدعي آخرهما ⁽²⁾ وقتاً؛ لأنَّ بيينة بيينة الجمعة قاضية على بيينة الشهر؛ لجواز أنَّ اليد كانت ثابتةً فزالت بسبب صحيح واستحقاق جديدٍ بالبيّنات وحجج شرعية، فما كان أرجح وأصدق كان بالقبول أولى [وأحقُّ] ⁽³⁾.

مسألة: خارجٌ أقام البيينة على دارٍ في يد رجلٍ أنها كانت لأبيه مات منذ سنة وتركها ميراثاً له، فأقام ذو اليد البيينة أنها كانت لأبيه مات منذ سنتين وتركها ميراثاً له، فهي للخارج؛ لأنَّ البينتين [إنما] ⁽⁴⁾ وقتتا موت أبيهما، ولم تُؤقتا ملكهما ⁽⁵⁾، فصار كما لو أقام رجل ⁽⁶⁾ البيينة أنها داره اشتراها [من فلان] ⁽⁷⁾ منذ سنة وهو يملكها، وأقام ذو اليد البيينة أنها داره اشتراها من فلان منذ سنتين وهو يملكها، فهي للمدعي؛ لأنَّ البيينة لم تُؤقت ملك البائع ⁽⁸⁾.

عن **أبي يوسف** رجلٌ ادّعى داراً في يد رجلٍ أنها له من سنة، وشهدت البيينة أنها له منذ عشر سنين لا تُقبل؛ لأنه أكذبها في التأقيت، ولو كان على العكس تُقبل؛ لأنَّهم ⁽⁹⁾ لأنَّهم ⁽⁹⁾ صدّقهم في سنة وادّعى الزيادة، وفي الأولى كذبهم في الزيادة ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽²⁾ في ف: أحدهما.

⁽³⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 313/9، الفتاوى الهندية 94/4.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁵⁾ في ف: ملك أبيهما.

⁽⁶⁾ في ف: على رجل.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽⁸⁾ المحيط البرهاني 30/9.

⁽⁹⁾ في ف: لأنه. وهو الصواب.

⁽¹⁰⁾ البحر الرائق 243/7، حاشية ابن عابدين 492/5.

مسألة: خارجان أقام كل واحد منهما البينة على دارٍ في يد ثالثٍ أن أباه مات وتركها ميراثاً له وأرخا موت أبيهما، قال أبو حنيفة: هي لأسبقهما تاريخاً؛ لأن ملكه أقدم فيكون آكد وأحكم، وقال أبو يوسف: هي بينهما؛ لأن بينة أحدهما⁽¹⁾ لم يؤقتوا ملك أبيهما، ولعل أدناهما وأقربهما موتاً أقدمهما وأسبقهما ملكاً.

وكذلك إذا أقام أحدهما البينة على الشراء من ثالث منذ سنة، والآخر أقام البينة عليه بالشراء منذ سنتين من آخر، فإنه يُقضى لأولهما وقتاً عند أبي حنيفة؛ لأنه أسبق ملكاً، وقال أبو يوسف: يُقضى بينهما؛ لأن ملك البيعين لا أدري أيهما أسبق وأقدم⁽²⁾.

(1) في ف: لأن بينتهما.

(2) في ف: وأقدم فيما لو ادعيا تلقي الملك بجهة واحدة. ينظر: المحيط البرهاني 530/8.

باب: اختلاف البيّنات في البيع [والشراء]⁽¹⁾ ونحوه

المبسوط⁽²⁾: مسائله على فصلين: أحدهما: فيما إذا ادّعى تلقّي الملك بجهة واحدة، والثاني: فيما إذا ادّعى بجهتين⁽³⁾.

فصل: مسائله لا تخلو: إمّا إذا ادّعى⁽⁴⁾ الشراء من واحد، أو ادّعى الشراء من اثنين، وكُلّ وجه لا يخلو: إمّا أن تكون العين في يد ثالث، أو في يد أحدهما، أو في يديهما⁽⁵⁾.

فإن ادّعى الشراء من واحد والعين في يد ثالث، وأقام كل واحد منهما بينة على الشراء منه ونقده الثمن ولم يُورّخا، أو أرّخا⁽⁶⁾ تاريخهما على السواء/ إن شاء أخذ كل واحد نصفها بنصف الثمن المسمّى، وإن شاء ترك؛ لأنّ البيّنات قامت على أمرٍ حادث ولم يُعرف سبق أحدهما، فيُجعل كأنهما وقعا معاً فيُحكم بينهما، فتعدّر إثبات موجب الشراء لكل واحد منهما على الكمال، ويتخيّر المشتريان في ذلك؛ [لأنّه يدعي شراء الكلّ، فلا يرضى بالنصف مع الشركة وهي عيبٌ، فإن اختار أخذه رجع كل واحد بنصف الثمن]⁽⁷⁾؛ لأنّ نصف المبيع لم يسلم له، وإن اختار أحدهما الردّ والآخر الأخذ قبل تخيير الحاكم فله أخذ الجميع، وبعد تخييره ليس له إلا النصف؛ لأنّ قضاء القاضي بالمبيع بينهما تضمّن فسخ عقده في النصف، فلا يعود إلا بالتحديد كما لو قضى القاضي للشفيعين بالدار المشفوعة، ثم سلم أحدهما لم يكن للآخر إلا النصف، وقبله له الكلّ،

[892و]

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 530/8.

(2) المقصود بالمبسوط هو كتاب المبسوط للسرخسي.

(3) المحيط البرهاني 29/9.

(4) في ف: إن ادّعى.

(5) في ف: أيديهما. ينظر: المحيط البرهاني 29/9.

(6) في ف: وأرّخا.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

وقبل⁽¹⁾ التخيير استحق الكلّ بحكم العقد، وإنما يعود إلى النصف بحكم المزاحمة، وقد انقطعت المزاحمة بردّ صاحبه فيُقضى له بالكلّ، وإن أرخا فالأسبق أولى⁽²⁾.

وإن أرخ أحدهما يُقضى للمؤرخ؛ لأنه ثبت الملك للمؤرخ في ذلك الوقت، ولغير المؤرخ احتمال أن يكون بعده⁽³⁾، فلا يقضى له بالشك بل هو أمرٌ حادثٌ، والأصل في الحوادث أنه يُحكم بحدوثها حال ظهورها إذا لم يتضمّن الحكم بحدوثها للحال بعض ما هو ثابت بالعيان⁽⁴⁾.

وإن كان العين في يد أحدهما ولم يُؤرخا، أو أرخا على السواء أو لم يُؤرخ أحدهما، فصاحب اليد أولى؛ لأنّ له يداً ثابتة ومُعينة، فكان الحكم بحدوث شراء ذي اليد وظهوره للحال متضمناً نقض ما هو ثابت يقيناً ومُعينة، وهذا لا يجوز؛ لأنّ الحادث يحتمل أن يكون سابقاً وأن يكون لاحقاً، فلا تُنقض الثابتة⁽⁵⁾ بالشك، فلم يحكم بحدوثه للحال، فلم يثبت سبق شراء المؤرخ، فقد استويا في الاستحقاق، فيترجح صاحب اليد باليد كما في النتاج، إلا أن يشهدوا أنّ شراء المؤرخ كان قبل شراء ذي اليد، فيكون للمؤرخ؛ لأنّه ثبت سبق شرائه بالبينة العادلة، فجاز أن تُنقض اليد الثابتة بالمعينة⁽⁶⁾.

وإن كانا أرخا فهو للأسبق منهما؛ لأنه ثبت سبقه بالحجة المبيّنة⁽⁷⁾، وإن كان العين في أيديهما يُقضى بينهما في الفصول، إلا إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو لأسبقهما، وإن ادّعىا الشراء من اثنين يُقضى بينهما نصفين، إلا إذا كانت الدار في يد أحدهما قضي بها للآخر، وصاحب التاريخ الأسبق أولى؛ لأنّ المشتري يدّعي تلقّي الملك

(1) في ف: قيل.

(2) المبسوط للسرخسي 314/16، الجوهرة النيرة 214/2.

(3) في ف: أن يكون قبله واحتمل أن يكون بعده.

(4) المبسوط للسرخسي 314/16، البناية 394/9.

(5) في ف: اليد الثابتة.

(6) المحيط الدرهماني 182/4.

(7) في ف: المثبتة.

من جهة بائعه⁽¹⁾، والملك غير ثابت لبائعه باتفاق⁽²⁾ ضمنه، فكان محتاجاً⁽³⁾ إلى إثبات الملك لبائعه، فيُجعل كأنّ البائعين حضرا وأقاما البينة، يُقضى بينهما إذا لم يكن في يديهما، وإن كان في يد أحدهما يقضى للخارج، ولو أرخا⁽⁴⁾ فهو للأسبق منهما، فكذا هذا، هذا، بخلاف ما لو كان البائع واحداً؛ [لأنهما]⁽⁵⁾ اتفقا على ملك البائع، فلا يحتاج إلى أن يجعل كأنّ البائع حضر بنفسه، بل يحتاجان إلى إثبات سبب نقل الملك إلى نفسيهما، وقد استويا فيه فيقضى بينهما⁽⁶⁾.

فصل: فإن ادعى أحدهما الشراء من زيد بألفٍ، والآخر الهبة من آخر وقبضها منه والعين في يد ثالثٍ قضي بينهما، وكذلك إذا ادعى ثالثٌ ميراثاً عن أبيه، وادعى رابعٌ صدقةً من آخر قضي بينهم أرباعاً؛ لأنهم يدعون الملك بجهات مختلفة من أشخاص متفرقة، فصاروا كأنّ المالكين حضروا وأقاموا البينة على أملاكٍ مطلقة⁽⁷⁾.

وإن كان العين في يد أحدهما يُقضى للخارج إلا في أسبق التاريخ فهو للأسبق⁽⁸⁾.

للأسبق⁽⁸⁾.

وإن كان في أيديهما يقضى بينهما إلا في أسبق التاريخ فهو له، وهذا إذا كان المدعى به ممّا لا يُقسَم كالعبد والدّابة، فأماً فيما يُقسَم كالدار والعقار فإنه يقضى لمدعى الشراء، إلا⁽⁹⁾ أنّ مدعى الهبة أثبت بالبينة الهبة في الكلّ، ثم استحق الآخر نصفه بالشراء، واستحقاق نصف الهبة في مشاعٍ يَحْتَمِلُ القسمة يُبطل الهبة بالإجماع، فقامت

(1) في ف: من جهة بالغة.

(2) في ف: لا تباع.

(3) في ف: محتاط.

(4) في ف: وإن أرخا.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) المبسوط للسرخسي 58/17، المحيط البرهاني 60/7.

(7) البحر الرائق 242/7.

(8) البناية 387/9، البحر الرائق 242/7، حاشية ابن عابدين 31/8.

(9) في ف: لأن. وهو الصواب.

بينة مدّعيها على هبة باطلّة فلا تُقبل، وإن ادّعى الشراء والهبة من واحد والعين في يد ثالث فالشراء أولى؛ لأنّ الشراء يفيد الملك [بِنفسه متصلاً به، والهبة لا تفيد الملك] (1) إلاّ عند القبض، وكان حكمه مُتراخياً عنها، فكان الشراء سابقاً في إفادة/ الملك؛ ولأنّ الشراء يفيد الملك بعوض (2)، فإذا احتجنا إلى نقض أحدهما كان ما أوجب الملك بغير عوض، وفيه تقليل النقص [أولى من نقض ما أوجب الملك بعوض، وفيه تكثير النقص] (3) وهو النقص في العوضين، إلا إذا أُرّخ أحدهما فالمؤرّخ أولى؛ لأنّ العقود حوادث، والأصل في الحوادث أنّه يُحكم بحدوثها للحال إذا لم تتضمّن نقض ما هو ثابت، والحكم بحدوث الشراء أو الهبة للحال لا يتضمن تفويت ما هو ثابت وهو اليد لأحدهما؛ لافتقادهما، فيعتبر حادثاً للحال، والمؤرّخ سابق على الحال فيعتبر سابقاً (4).

وإن كان في يد أحدهما يُقضى لذي اليد؛ لأنّهما استويا في إثبات الاستحقاق ولأحدهما يد، فيترجح باليد، وكذلك إن أُرّخ أحدهما؛ لأنّ صاحب (5) اليد ثابتة بيقين فلا تنقض بالشك، والحكم بحدوث العقد للحال يتضمن ما هو ثابت فلا يجوز؛ لأنّه ثابت باستصحاب الحال (6).

وإن كان في أيديهما يُقضى بينهما؛ لأنّ يد كل واحد منهما ثابتة في النصف، فلم يجز نقض يده بالاحتمال؛ اعتباراً بما لو كانت ثابتة في الكل (7).

مسألة: ولو ادّعى أحدهما هبةً مقبوضةً من زيد، والآخر صدقةً مقبوضةً منه أيضاً، أو كلاهما ادّعى هبةً مقبوضةً فهي بينهما؛ لأنهما استويا في كونهما تبرّعاً، [و] (8)

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: بعوض والهبة بغير عوض.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) البحر الرائق 239/7، حاشية ابن عابدين 31/8 الفتاوى الهندية 87/4.

(5) في ف: يد صاحب اليد.

(6) البحر الرائق 241/7، الفتاوى الهندية 38/4.

(7) البحر الرائق 241/7، حاشية ابن عابدين 31/8.

[و] (1) في افتقارهما إلى القبض فلا تترجّح الصدقة على الهبة باعتبار أنّها لازمة، والهبة لا؛ لأنّ الهبة لذي الرّحم محرم (2) لازمة كالصدقة فاستويا، وهبة الأجنبي إن لم تكن لازمة ففيها عوضٌ مشروطٌ عُرفاً، حتى لو عوّضها (3) ينقطع حق الرجوع فيها للواهب، فتصير لازمةً بالزيادة والنقصان، ففي الصدقة إن كان نقض ملك لازم ففي الهبة نقض ملك بعوضٍ فاستويا، والشراء أولى من الرهن، وكذلك الهبة بعوض أولى من الرهن؛ لأنّ الشراء أقوى؛ لأنّه يفيد الملك بعوضٍ للحال، والرهن لا يفيد الملك أصلاً للحال، فيكون أقوى وأدنى، والرهن أولى من الهبة والصدقة، والقياس أنّ الهبة أولى؛ لأنّها تثبت الملك في الحال، والرهن لا يُثبت (4).

وجه الاستحسان: أنّ الرهن إن كان لا يفيد الرهن في الحال لكنه يفيد الملك في المآل بعوضٍ، وأنه عقدٌ لازمٌ منبرمٌ مضمونٌ متغرم، والهبة بخلافه، فيكون الرهن أقوى وأحكم (5).

والشراء أولى من النكاح عند محمد؛ لأنّ الشراء معاوضة من كلّ وجهٍ، والنكاح معاوضة من وجه؛ [لأنّه لا ماليّة في بدله وهي منافع البُضع، فكان الشراء أقوى، وعند أبي يوسف هما سواء؛ لأنّ النكاح وإن كان معاوضة من وجه] (6)، لكنه عقدٌ لازمٌ متأكد لا يحتمل الفسخ والنقض، فكان المهر واجباً بعقدٍ لازمٍ وسببٍ متأكدٍ، فكان فوق الشراء من هذا الوجه، وباعتبار قصور المعاوضة دونه فاستويا واعتدلاً (7).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) هكذا في النسختين ، ولعل الصواب : لذي الرحم المحرم.

(3) في ف: عَرَضَهَا.

(4) بدائع الصنائع 239/6 ، وتبيين الحقائق 96/5 ، والبحر الرائق 241/7.

(5) بدائع الصنائع 239/6 .

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) البحر الرائق 240/7، وحاشية ابن عابدين 14/8 ، ومجمع الأنهر 275/2.

مسألة: ولو أقام الخارج البينة على شراء دارٍ بعينها من ذي اليد بألفٍ، ونقده⁽¹⁾ الثمن، وأقام ذو اليد البينة على الشراء من المدعي بألفٍ، ونقد الثمن، تهاترت البينتان **عندهما** وتترك الدار في يد ذي اليد⁽²⁾.

وقال **محمد:** يُقضى بالبينتين ويقضى بالدار للخارج المدعي؛ لأنّ البيئات حُجج الشرع فيجب اعتبارها وإعمالها ما أمكن، وقد أمكن [بأن يُجعل]⁽³⁾ كأنّ الخارج باع من صاحب اليد⁽⁴⁾ وسلّمه إليه، ثم باع صاحبُ اليد منه، فلم يسلم إليه، فيؤمر بالتسليم إليه⁽⁵⁾.

لهما: أنّ الأصل في الحوادث أنّه يُحكم بحدوثها وظهورها للحال، والشراء أمرٌ حادث، فيُجعل كأنّهما حدثا معاً للحال متى جهل التاريخ بينهما، كما لو ادّعى الشراء من ثالثٍ وأقاما البينة، جعل كأنّهما وقعا معاً، ولو وقعا معاً بطلاً، كما في الإقرارين⁽⁶⁾ للثنتين إذا صدرا معاً بطلاً.

وإذا أُرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فإن كان تاريخ الخارج أسبق وقد شهد الشهود بالشراء والقبض جميعاً، يُقضى بها لذي اليد بالإجماع؛ لأنّه ثبت سبقُ شراء الخارج على شراء ذي اليد بالبينة العادلة، فصار كأنّه اشتراها الخارج منه وقبضها منه، ثم باعها من ذي اليد وسلّم إليه، فإن شهدوا بالشراء دون القبض، فكذاك **عندهما**، وعند **محمد** يُقضى للخارج؛ لأنّه صار كأنّ الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض، وبيع العقار قبل القبض لا يصح **عنده**، فيبقى على ملك الخارج، **وعندهما** يبيع العقار قبل القبض جائز فيجوز البيعان، فإن كان تاريخ صاحب اليد أسبق يُقضى بها للخارج، ويُقضى بالعقدين شهدوا

[893و]

(1) في ف: ونقد.

(2) المبسوط للسرخسي 113/17، والفتاوى الهندية 77/4.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: ذي اليد.

(5) المبسوط للسرخسي 113/17، والمحيط البرهاني 41/9.

(6) في ف: الإقرار.

بالقبض أم لا؛ لأنه يُجعل كأنَّ صاحب اليد اشترى أولاً ثم باع من الخارج وسلّم إليه،
والآن نراه في يد ذي اليد، فيؤمر بتسليمها إلى الخارج⁽¹⁾.

مسألة: أمة في يدي رجل أقام آخر البينة أنه اشتراها منه بألفٍ، وأقامت الأمةُ
البينة أن مولاها الذي في يديه أعتقها، أو دبّرها، أو استولدها، ولم يُؤقتوا، قضي بعتقها؛
لأنه متى جهل التاريخ بينهما يُجعل كأنهما وقعا معاً، ولو وقعا معاً فالعتق أولى؛ لأنه
يثبت بنفس الإيجاب ولا يفتقد إلى القبول، والشراء لا يفيد الملك إلا بعد قبول المشتري،
فحين وُجد القبول فالأمة حرةٌ، وكان الشراء باطلاً والعتق صحيحاً، وصار كما لو ادّعى
أحدهما الشراء والآخر الهبة فالشراء أولى؛ لأنه يفيد الملك بنفسه، والهبة تفيد الملك عند
القبض، فحين وُجد القبض فالموهوب زائلٌ عن ملك الواهب بالشراء، فلم تصح الهبة،
وكذلك إن وُقّنت بينة الشراء دون العتق فالعتق أولى؛ لأنّ العتق قبضٌ حكماً، وليس
للشراء قبضٌ أصلاً، فصار كأنهما ادّعيا تلقي الملك من واحدٍ ولأحدهما تاريخ وللاخر
قبضٌ مشهودٌ به فهو أولى، فكذا هذا⁽²⁾.

وإن وقتنا⁽³⁾ قضي للأسبق، كما لو ادّعيا الشراء من واحدٍ والشيء في يد أحدهما
كان أسبقهما تاريخاً أولى، وإن كان المشتري قبضٌ وهو⁽⁴⁾ أولى حتى تقوم البينة على
العتق قبل البيع؛ لأنّ للمشتري قبضاً معاييناً حساً، وللاخر قبضاً حكماً، فيكون القبض
حساً وعياناً أولى، كالأمة في يد إنسانٍ ادّعت العتق والمولى ادّعى الملك، فالقول له؛
لأنها مقبوضة في يده حساً، وذكر في باب دعوى العتاق في الاستيلاء أن بينة الأب
أولى⁽⁵⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 113/17 ، والبحر الرائق 246/7.

(2) المبسوط للسرخسي 59/17 ، والمحيط البرهاني 50/9.

(3) في ف: أفتأ.

(4) في ف: فهو، وهو الصواب؛ لأنها جواب شرط.

(5) المحيط البرهاني 51/9.

ولو أقام رجلُ البينة على الشراء من ذي اليد، وأقام آخر على الشراء والعتق، فالعتقُ أولى؛ لأنَّ لمدعي العتق قبضاً مشهوداً به وهو العتق، فإنَّه قبضٌ للمشهود به حكماً، ولا قبضٌ للآخر أصلاً، فكان صاحب القبض أولى، كما لو ادَّعى الشراء ولأحدهما قبضٌ فهو أولى، فكذا هذا⁽¹⁾.

مسألة: أمّة في يد رجل أقام رجلُ البينة أنّها أمّته دبرها منذ سنة، وأقام آخر البينة أنّها أمّته منذ شهر، وأنَّه أعتقها البتة منذ شهر، يُقضى للمدبر؛ لأنَّه أسبقهما تاريخاً، وعند محمدٍ آخراً يُقضى لمدعي العتق؛ لأنَّه لا عبرة بالتاريخ عنده فكانت بينتُهُ أكثر إثباتاً⁽²⁾.

المنتقى: رجل في يديه عبدٌ أقام رجل البينة أنه اشتراه منه بألف، وأقام ذو اليد بينةً أنّه باعه من رجلٍ آخر بألفين، فالبينة بينة الخارج.

ولو شهد شهود ذي اليد أنّ مدعي الشراء كفل بالألفين عن المدعي عليه بالشراء، فبينّة ذي اليد أولى؛ لأنَّ إقدامه على الكفالة اعترافٌ منه ببيع ذي اليد قبل شرائه.

ولو اجتمع بينة الصلح وبينة البراءة من الدعوى، أو بينة البيع مع بينة البراءة، فبينّة الصلح وبينّة البيع أولى؛ لأنَّ البراءة قد تكون بعد الصلح والبيع، وبينّة الدين مع بينة⁽³⁾ البراءة، فبينّة البراءة أولى⁽⁴⁾.

الفتاوى: أقامت المرأة البينة على دارٍ في يد الزوج أنّها لها غصبها منها، وأقام الزوج بينةً أنّها داره اشتراها منها، قيل: يُقضى بها للمرأة؛ لأنَّ الدار والمرأة [في يد]⁽⁵⁾

(1) المحيط البرهاني 50/9 ، الفتاوى الهندية 75/4 .

(2) المبسوط للسرخسي 105/17 .

(3) في ف: وبينة.

(4) الفتاوى الهندية 278/4 .

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

الزوج، فكانت هي خارجية، وقيل: يُقضى بها للزوج؛ لأنه لا تنافي بين البينتين، فيثبت الغصب أولاً ثم الشراء آخراً [فتقنلان]⁽¹⁾.

الجامع: أصله: أن البينتين إذا تعارضتا وتقابلتا ولا تاريخ بينهما تهاترتا **عندهما**؛ لأنه إذا لم يُعرف سبق إحداهما [هدر العمل بها، ولا يجوز إثبات سبق إحداهما]⁽²⁾؛ تحريماً لجواز العقد؛ لأن ذلك ظاهر حال المتصرف مع جواز أن يكون الأمر بخلافه، والثابت بظاهر الحال يصلح حجةً للدفع ولا يصلح حجةً للاستحقاق على الغير⁽³⁾، ومتى تعذر القضاء بالبينتين تهاترتا⁽⁴⁾.

وعند **محمد** نُصَحَّ العقود ما أمكن؛ لأن الأصل في الحجج أعمالها واعتبارها لا إهمالها وإهدارها، وقد أمكن هنا أعمالها بتصحيح العقود مترادفةً متعاقبةً لما تبين تصويرها وتكونها؛ لأنَّ تصحيح تصرف العاقل المتدين واجبٌ، وتنزيهه عن العبث والفساد لازمٌ، ثم المسائل مشتملة على أقوال: **أحدها:** في المنازعة بين الخارج وذو اليد، **والثاني:** في المنازعة بين الخارجين وذو اليد⁽⁵⁾.

فصل: مسائله على قسمين: إما إن شهد كل واحد من البينتين بالشراء دون القبض، شهدوا⁽⁶⁾ بهما جميعاً.

أما **القسم الأول:** فدارٌ في يد رجل [أقام رجل]⁽¹⁾ البينة أنها داره اشتراها من ذي اليد بألفٍ، وأقام ذو اليد البينة أنها داره اشتراها من المدعي بألفٍ، تهاترت البينتان **عندهما**؛ لأنه تعذر القضاء بهما/؛ لتعذر تقديم أحد الشرائعين على الآخر⁽²⁾. [894ظ]

⁽¹⁾ ما بين معكوفين سقطت من: ف. ينظر: المحيط البرهاني 81/9.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽³⁾ في ف: على العين.

⁽⁴⁾ بدائع الصنائع 232/6 .

⁽⁵⁾ ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرامز بن علي، الشهير بملاخسرو، دار إحياء الكتب العربية، ط: بلا، 347/2.

⁽⁶⁾ في ف: وإن شهدوا. والصواب: وإما أن شهدوا.

وقال محمد: يُقضى بهما، فيُجعل كأنَّ صاحب اليد اشترى أولاً وقبض، ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه، فيؤمر بالتسليم إليه، فإن قامت البيئتان على نقد الثمن فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه، وإن لم تقم صار الثمنان قصاصاً والدار للخارج⁽³⁾.
وأما القسم الثاني: لو زكى كلُّ بيئته⁽⁴⁾ قبض الدار والمسألة بحالها تهاترت البيئتان عندهما، وتُركت الدار في يد ذي اليد⁽⁵⁾.

وعند محمد يُقضى بهما، فيُجعل القبض المعين لأحدهما آخر القبضين، [ويُجعل ذو اليد آخر القبضين]⁽⁶⁾، ويُجعل ذو اليد آخر المشتريين، فيُجعل كأنَّ الخارج⁽⁷⁾ اشترى أولاً وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض، فيُقضى بالدار له⁽⁸⁾.

ولو أقام الخارج البيئته أنه اشتراها من ذي اليد بخمسائة [درهم]⁽⁹⁾، وأقام ذو اليد البيئته أنه اشتراها من الخارج بألفٍ ولم يتعرّضوا للقبض، بطلتَا عندهما.

وعند محمد تُجعل لذي اليد؛ لأنه يُجعل القبض المعين أوّل القبضين وصاحبه صاحب أوّل العقدین؛ لأنَّ في تقديم⁽¹⁰⁾ أحد الشراءين إفساد⁽¹¹⁾ الآخر، فإنَّ متى قدّمنا شراء ذي اليد يصير كأنَّه اشتراه أولاً بألفٍ وقبضها، ثم باعها بخمسائة قبل نقد الثمن، فيصير الخارج مشترياً ما باع [بأقل مما باع]⁽¹²⁾ قبل نقد الثمن، فلم يصح شراؤه، ومتى

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: الأصل.

(2) المبسوط للسرخسي 313/16، المحيط البرهاني 401/9.

(3) الاختيار 117/2، العناية 275/8، البناءة 398/9.

(4) في ف: بيئته. ولعلها الصواب.

(5) تبیین الحقائق 322/4.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ولعله الصواب.

(7) في ف: كالخارج.

(8) تبیین الحقائق 322/4.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(10) في ف: تعيين.

(11) في ف: أفراد.

(12) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

قدّمنا شراء الخارج يصير بائعاً العقار قبل القبض فإنه فاسدٌ عنده، إلا أنه ليس للخارج قبضٌ مشاهدٌ معاينٌ، فجعل القبض المعاين لذي اليد أول القبضين؛ تصحيحاً للعقدين؛ لأنّ العمل بالعيان أولى من العمل بما ليس بعيان⁽¹⁾.

ولو ذكر الشهود القبض تهاترتا عندهما، وعند محمد يجعل كأنّ صاحب اليد باع أولاً وسلّم، ثم اشترى آخرًا وقبض؛ لأنّ فيه تصحيح العقدين؛ لأنّه يصير كأنّ الخارج اشترى أولاً بخمسائة وقبض، ثم باع من ذي اليد بألفٍ وسلّمه، فيكون الثاني شري ما باع بأقل مما باع بعد القبض قبل نقد الثمن فيجوز⁽²⁾.

ولو كان شراء الخارج بأكثر ولم يذكر الشهود المقبوض، يجعل شراء ذي اليد أولاً ثم باع بأكثر بعد القبض، فصحّ البيعان فيؤمر بتسليم الدار إلى الخارج، وتصير الخمسائة بمثلها قصاصاً وعلى الخارج خمسائة أخرى.

ولو ذكروا التقابض تهاترتا عندهما، وعند محمد يجعل شراء ذي اليد أولاً [استحساناً]⁽³⁾؛ لأنّ في تقديم شراء ذي اليد تصحيح العقدين؛ لأنّه يصير الخارج مشترياً ما باع بأكثر مما باع عنده، وفي تقديم شراء الخارج إفساد أحدهما وهو شراء ذي اليد؛ لأنّه شري ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فكان تقديم شراء ذي اليد أولى⁽⁴⁾.

فصل: خارجان تنازعا في دارٍ في يد ثالثٍ، وادّعى كلّ واحد منهما البيع من صاحبه، فأقاما البينة تهاترت البيتان عندهما، ولا يُقضى بشيء استحساناً، والقياس: القضاء⁽⁵⁾ بالدار بينهما؛ لأنّ البينتين قامتا على إثبات البيع وإثبات الملك في جميع الدار، ولا يمكن القضاء بإثبات البيعين؛ لأنّه لما جهل التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا

(1) بدائع الصنائع 234/6، البناية 172/8.

(2) بدائع الصنائع 233/6، 234، البناية 398/9.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) بدائع الصنائع 234/6 .

(5) في ف: يُقضى .

معاً، ولو وقعا معاً بطلا؛ لاستحالة كون الشخص الواحد في وقت واحد لشيء واحد بائعاً ومشترياً، فلا تقبل البيئتان على إثبات البيع، وتقبل على إثبات الملك لهما، كما لو أقام كل واحد البيئته على الدار له ولم يدع البيع، يُقضى بالدار بينهما، فكذا هذا⁽¹⁾.

وجه الاستحسان: أن كل فريق سبب⁽²⁾ نفسه إلى السهو والغفلة؛ لأنّ الفريقين انفقا على أنّ البيعين كانا في وقتين، إلا أنّهما جهلاه ونسياه، وشهادة المغفل لا تقبل، كما لو شهد أنّ فلاناً أعتق عبده وسمّاه، إلاّ أنا نسينا ذلك، فكذا هذا⁽³⁾.

وعنده⁽⁴⁾: يقضى بالدار بينهما، وشراء كل واحد منهما النصف من صاحبه والثلثن قصاص⁽⁵⁾؛ لأنّ القضاء بالعقدين غير ممكن؛ لأنّ أحدهما إذا اشترى من صاحبه صاحبه لم يصح بيعه قبل القبض، فيقضى بشراء واحد، فصار كأن كل واحد منهما باع نصفها واشترى منه نصفها، ويجوز أن يكون كل واحد بائعاً ومشترياً للشيئين في وقت واحد⁽⁶⁾.

ولو ذكروا القبض فكذلك **عندهما**، **وعنده** الدار بينهما نصفان، ولكل واحد على صاحبه جميع الثمن؛ لأنّه لم يستحق كل واحد منهما شيئاً من المبيع⁽⁷⁾.

وذكر محمد: وله الخيار، **والصحيح** ألا خيار له؛ لأنّ كل واحد أثبت على صاحبه الشراء في الكل، إلا أنّ النصف منه إنما استحق على كل واحد [منهما]⁽⁸⁾ ببيعه ببيعه من صاحبه، فإنّ كل واحد [صار]⁽⁹⁾ بائعاً نصفه من صاحبه، فلم يثبت في حق

(1) المحيط البرهاني 47/9، وبدائع الصنائع 237/6.

(2) في ف: نسب. وهو الصواب.

(3) المحيط البرهاني 47/9.

(4) أي: وعند محمد. رحمه الله..

(5) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: مقاصة.

(6) المحيط البرهاني 47/9.

(7) في ف: البيع.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

كل واحد/ شراء⁽¹⁾ النصف، فلم يستحق على كل واحد شيء من المبيع، وصار كمن اشترى عبداً ثم باع نصفه من غيره لا يثبت للمشتري الخيار، فكذا هذا؛ بخلاف ما لو ادعى كل واحد الشراء على ذي اليد، وأقاما⁽²⁾ البينة قضي بينهما، ويُخَيَّر⁽³⁾ كل واحد؛ لأن كل واحد أثبت على صاحب اليد الشراء في الكل، فصار في حق المدعى عليه الملك ثابتاً في الكل، ثم استحق عليه نصفه ببينة خصمه، فثبت الخيار بسبب الاستحقاق، وبخلاف البيع فله الخيار فيه؛ لأن كل واحد من المدعين في البيع مُعترف⁽⁴⁾ بالخيار لخصمه؛ لأنه يقول: بعته الكل ولم يسلم له إلا النصف، فثبت الخيار باعترافه، وفي الشراء كل واحد منكر البيع من صاحبه فلم يعترف بالخيار فلم يثبت⁽⁵⁾.

وإن ادعى أحدهما البيع من صاحبه بألف، وادعى الآخر بخمسائة لم يقض بشيء **عندهما** ذكرا قبضاً أم لا، وعند **محمد** إن ذكروا القبض جعل كأن البائع باع بخمسائة أولاً ثم باعه صاحبه بألف وسلم؛ لأننا متى قدمنا البيع بأكثر على البيع بأقل بطل البيع [يأقل]⁽⁶⁾؛ لأنه صار مشترياً ما باع بأقل⁽⁷⁾ مما باع قبل نقد الثمن، ومتى قدمنا البيع بأقل صحّ البيعان؛ لأن الثاني صار مشترياً ما باع بأقل مما باع وذلك جائز، فكان تقديم ما فيه تصحيح العقدین⁽⁸⁾ أولى، فتصير الخمسائة قصاصاً، ويُؤمَّر مَنْ عليه عليه الألف بأداء خمسائة أخرى⁽⁹⁾.

(1) في ف: لإشراء.

(2) في ف: فأقاما.

(3) في ف: ويُجبر.

(4) في ف: معنوق.

(5) المحيط البرهاني 47/9.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) في ف: بأكثر.

(8) في ف: للعقدین.

(9) المحيط البرهاني 47/9.

فإن لم يذكروا القبض لم يصحّ القضاء بالبيعين؛ لأنّ أيّهما قدمناه لم يصح بيع الآخر؛ لأنّه باع ما لم يقبض، فقضينا ببيع واحد منهما، وخيرنا كل واحد منهما؛ لأنّ كل واحد باع من صاحبه جميع العبد ولم يسلم إليه إلا النصف.

فصل: أصله: أنّ البيّنة إذا شهدت بالعقد لا بالقبض فإنّه يجعل القبض المعايين لأحدهم أوّل القبوض بحكم عقودٍ مشتبهةٍ، ويُجعل صاحب القبض أوّل المشتريين؛ تصحيحاً للأشورية، وتنزيهاً لها عن الفساد، وإذا شهدت البيّنة بالعقد والقبض جميعاً، يُجعل القبض المعايين المشاهد آخر القبوض بحكم عقودٍ مشتبهةٍ، ويجعل [صاحب] (1) القبض آخر المشتريين؛ لأنّ القبض متى ظهر عقيب فإنّه يُحال بالقبض على العقد؛ لأنّه ظهر عقيب سببه، [والحكم متى ظهر عقيب سببه] (2) يُحال بالحكم عليه، كمن جرح رجلاً ومات يُحال بالموت على الجرح، إلّا إذا كان في جعله آخر القبوض إفساد بعض العقود، فإنّه يُجعل أوّل القبوض؛ تصحيحاً للعقود (3).

مسألة: دارٌّ في يدي رجلٍ يُسمّى محمداً، أقام بكرٌ البيّنة على الشراء من هذه المرأة بألفٍ، وأقامت المرأة البيّنة على الشراء من بكرٍ بألفٍ، وأقام ذو اليد البيّنة على الشراء من بكرٍ [بألفٍ] (4) ولم يذكروا القبض، فبيّنة محمدٍ مقبولة ويُقضى بالشراء من بكرٍ، وبيّنة بكرٍ والمرأة باطلتان عندهما؛ لأنّ كل واحد منهما ادّعى الشراء من جهة صاحبه ولم يُؤرّخا فتعارضتا فتهاترتا وتدافعتا، فصار كأنهما لم يقيما البيّنة أصلاً، وإنما تفرّد محمدٌ بإقامة البيّنة ولا دافع لبيّنته؛ لأنّه لم يدّع أحدٌ الشراء من جهته فنُقِبل بيّنته (5).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) ما بين معكوفين ساقط من الأصل.

(3) المحيط الدرهماني 38/9.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) المحيط الدرهماني 42/9، الفتاوى الهندية 77/4.

وعند محمد يُقضى بشراء بكرٍ من المرأة، وبشراء محمد من بكرٍ، ولا يُقضى بشراء المرأة؛ لأنّ الدار وإن كانت في يد محمد حقيقةً [ولكنّها]⁽¹⁾ في يد بكرٍ حكماً؛ لأنّ محمداً اعترف بأنّ اليد والملك في هذه الدار كان لبكر؛ لأنّه ادّعى تلقي الملك من جهته، فيكون معترفاً له باليد، فصار كما لو كانت الدار لبكر حقيقةً، فيُجعل القبض المعايين أول قبوض بحكم هذه الأثرية، وتقدّم شراء بكر من المرأة يُجعل كأنّ بكرًا اشترى أولاً من المرأة وقبض، ثم ادّعى محمدُ والمرأة الشراء من بكرٍ وأقاما البينة، فيكون صاحب اليد أولى⁽²⁾.

ولو كانت الدار في يد بكرٍ والمسألة بحالها، فكذلك عندهما، وعند محمد يُقضى بشراء بكرٍ من المرأة، ثم يتنازع فيها محمد والمرأة وهما خارجان فيقضى بينهما ويجبران⁽³⁾.

ولو كانت الدار في يد المرأة لا يقضى⁽⁴⁾ بشيء عندهما، قيل: ينبغي أن يُقضى بشراء بكرٍ على المرأة، ثم يشتري محمد من بكرٍ؛ لأنّ بيع العقار قبل القبض جائز عندهما⁽⁵⁾.

قلنا: امتناع جواز شراء محمد من بكرٍ [؛ لعدم الملك]⁽⁶⁾ لا لعدم القبض؛ لأنّ

بينة بكرٍ/ على المرأة لما بطلت عندهما للتعارض والتهاتر لم يثبت لبكرٍ ملكٌ بالبينة ولا بإقرار المرأة؛ لأنّها إن كانت تدّعي أنّها تلقت الملك من بكرٍ، فبكرٌ أقر بمثل ذلك للمرأة

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف،

⁽²⁾ المحيط البرهاني 42/9، والفتاوى الهندية 77/4.

⁽³⁾ المحيط البرهاني 42/9، والفتاوى الهندية 77/4.

⁽⁴⁾ في ف: ولا يُقضى.

⁽⁵⁾ المحيط البرهاني 42/9، والفتاوى الهندية 77/4.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

أيضاً، فبطل إقرارهما وبيئتهما للتعارض والتدافع، وإذا لم يثبت الملك لبكرٍ صار بائعاً من محمدٍ ما لا يملكه فلم يصح⁽¹⁾.

وعند محمد يُقضى بشراء المرأة أولاً من بكرٍ ثم بشراء بكرٍ منها، ولا يُقضى بشراء محمد؛ لأنّ عنده القبض المعاین يُجعل أول القبض بحكم الشراء، فصار كأنّها اشترت أولاً من بكرٍ وقبضت ثم باعت من بكرٍ ولم تسلّم إليه، فتؤمر بالتسليم إليه، ثم بكر⁽²⁾ صار بائعاً من محمدٍ ما اشترى قبل القبض، وعنده بيع العقار قبل قبضه لا يجوز⁽³⁾.

وإذا شهدوا بالأشربة والقبوض جميعاً والمسألة بحالها فإن كانت الدار في يد محمد، [فَعِنْدَهُمَا يُقْضَى بِشْرَاءِ] ⁽⁴⁾ محمد وتهاترت بينة بكرٍ والمرأة؛ لأنّ بينتهما متعارضة متعارضة متدافعة، وبينه محمد خلت من ⁽⁵⁾ المعارضة⁽⁶⁾.

وعند محمد يُقضى بالعقود كلّها؛ لأنّه يَجْعَلُ القبض المعاین آخر القبض بحكم الشراء، فيُجعل كأنّ المرأة اشترت أولاً من بكرٍ وقبضت ثم باعت من بكرٍ وقبض، ثم باع من محمدٍ وقبض، فتجوز الأشربة كلّها، ويُقضى بالأثمان كلّها، وإن كانت الدار في يد بكرٍ فعندهما⁽⁷⁾ بينته وبينه محمد مقبولة، وعند محمد يقضى بجواز البيوع كلّها، فيُجعل كأنّ المرأة اشترت أولاً من بكرٍ وقبضت، ثم باعت من بكرٍ وقبض، ثم باع من محمد ولم يُسلّم فتردّ الدار على محمد⁽⁸⁾.

⁽¹⁾المحيط البرهاني 42/9، والفتاوى الهندية 77/4.

⁽²⁾ في ف: من بكر.

⁽³⁾المحيط البرهاني 42/9، والفتاوى الهندية 77/4.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁵⁾ في ف: عن.

⁽⁶⁾المحيط البرهاني 42/9.

⁽⁷⁾ في ف: فعند محمد.

⁽⁸⁾المحيط البرهاني 42/9.

وإن كانت الدار في يد المرأة، عندهما يقضى بشراء محمد منه⁽¹⁾، فتقبل بينة بكرٍ ولم تقبل في الفصلين الأولين.

والفرق: لهما أن هنا لو لم تقبل بينة بكرٍ لا يجوز شراء محمد من بكرٍ؛ لأن الدار ليست في يده حقيقةً ولا حكماً لما⁽²⁾ بيئاً، فكان في قبول بينته جواز شراء محمد، فترجّحت بينة بكرٍ على بينة المرأة فقبلت، وفي الفصلين الدار في يد بكرٍ حقيقةً أو حكماً؛ لإقرار محمد أن اليد في هذه الدار كانت لبكرٍ لما ادّعى تلقّي الملك من جهته، فجاز شراء محمد من بكرٍ من غير بينة، فكانت بينة بكرٍ مساويةً لبينتها فتهاترتا⁽³⁾.

مسألة: حرٌّ في يده عبدٌ، أقام مكاتبَ البينة أن عبده باع من هذه المرأة بألفٍ، وأقامت [المرأة]⁽⁴⁾ البينة على البيع من المكاتب بعشرة أكرار⁽⁵⁾ حنطة، فأقام الحرّ البينة أنه اشتراه من المكاتب بهذا الوصف وشهدوا بالأشربة دون القبوض، فعندهما يقضى للحرّ وتبطل بينة المرأة والمكاتب للتعارض، ويُفرد الحرّ بإقامة البينة⁽⁶⁾.

وعند محمد يقضى ببيع المرأة من المكاتب، ثم المكاتب من الحرّ، وبينة المكاتب على بيعه من الحرّ باطلة؛ لأن الحرّ بينته تُثبت الملك لنفسه، والمكاتب بينته تُثبت⁽⁷⁾ الملك لغيره، فكانت بينة الحرّ أولى؛ لأنه أشبه بالمدّعيين، ولأن يد الحرّ كيد المكاتب لما ادّعى الشراء وتلقّي الملك [منه]⁽⁸⁾، فيجعل قبض المكاتب أول القبضين بحكم البيعين المشتبهين، وإنما يكون قبضه أول القبضين إذا كان بيع المرأة سابقاً على بيع المكاتب،

(1) في ف: بشراء بكرٍ من المرأة، ثم بشراء محمد منه.

(2) في ف: كما.

(3) المحيط البرهاني 43/9.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) الأكرار: جمع كُرٍّ بضم الكاف، وهو كيلٌ معروف لأهل العراق، وهو ستون قفيزاً، والقفيز: ثمانية مكايك، والمكوك: صاع ونصف. ينظر: المصباح المنير، مادة: كز، 530/2، المغرب في ترتيب المعرب، مادة: كز، 214/2.

(6) المحيط البرهاني 43/9، الفتاوى الهندية 77/4.

(7) في ف: ثم.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

فيُقضى ببيع المرأة منه أولاً، ثم الحرّ والمكاتب ادّعىا الشراء من المرأة، وللحرّ قبض مُعين فكان أولى⁽¹⁾.

ولو كان العبد في يد المكاتب يقضي بشراء الحرّ عندهما، وكذلك عند محمد؛ لأنّ عنده يقضي [ببيع]⁽²⁾ المرأة من المكاتب أولاً؛ لأن قبض المكاتب يُجعل أولّ القبضين⁽³⁾ بحكم البيعين المشتبهين، فوجب تقديم بيع المرأة منه، ثم تنازع المكاتب والحرّ، فتكون بينة الحرّ أولى؛ لأنّه يثبت الملك لنفسه، والمكاتب يثبت الملك لغيره وهي المرأة⁽⁴⁾.

وإن كان في يد المرأة لا يُقضى بشيء عندهما؛ لِنَهَاتُر⁽⁵⁾ بينة المرأة والمكاتب؛ لأنّ كل واحد منهما ادّعى على صاحبه مثل ما ادّعى صاحبه عليه، ولمّا بطلت بينهما صار المكاتب بائعاً من الحرّ ما لا يملكه [، أو صار بائعاً المنقول قبل القبض، فلا يجوز بيعه؛ لعدم الملك ولعدم القبض، وعند محمد يقضى ببيع المكاتب]⁽⁶⁾ من المرأة ثمّ يبيعهما منه، ثم لا يصح بيعه من الحرّ؛ لأنّه يُجعل كأنّ المكاتب باع من المرأة أولاً وقبضه، ثم باعت من المكاتب ولم تُسلم إليه، فتؤمر بالتسليم إليه، وبطل بيع [المكاتب]⁽⁷⁾ [المكاتب]⁽⁷⁾ من الحرّ؛ لأنه بيع قبل القبض⁽⁸⁾.

وإن شهدوا بالأشربة والقبوض⁽⁹⁾ جميعاً / والعبد في يد الحرّ، فعندهما بينة المرأة [895و] والمكاتب باطلتان؛ لأنهما متهاترتان، وبينة الحرّ مقبولة؛ لأنّ الحرّ ادّعى تلقي الملك من

(1) المحيط البرهاني 43/9، الفتاوى الهندية 77/4.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: القبضة.

(4) المحيط البرهاني 43/9، الفتاوى الهندية 78/4.

(5) في ف: لتهاترت.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) المحيط البرهاني 44/9.

(9) في ف: والقبض.

المكاتب، فكان مقراً أنه استفاد الملك والقبض من جهته، فصار كونه في يد الحر كونه في يد المكاتب، فيجوز بيعه من الحر، فصار كأن الحر تفرد بإقامة البينة⁽¹⁾.

وعند محمد البينات كلها مقبولة، والعقود بالصحة محكمة، ويؤمر المكاتب بتسليم العبد إلى الحر؛ لأن الشهود متى شهدوا بالأشربة والقبوض يجعل القبض المعايين آخر القبوض، والقبض المعايين للحر، فيجعل قبضه آخر القبوض، فيجعل كأن المكاتب باع أولاً من المرأة وقبضت، ثم المرأة باعت من المكاتب وقبضت، ثم المكاتب من الحر وقبضت؛ لأن فيه صحة العقود⁽²⁾.

وإن كان في يد المكاتب قضي به للحر عندهما، وعند محمد يقضى بالعقود كلها على ما وصفنا، ويؤمر بتسليم العبد إلى الحر⁽³⁾.

وإن كان في يد المرأة عندهما يقضى ببيع المرأة من المكاتب، ثم المكاتب من الحر؛ لأن في بينة المرأة زيادة إثبات؛ لأن بينتها تثبت حقاً للحر وهو جواز شرائه من المكاتب؛ لأنه لا يجوز شراء الحر من المكاتب ما لم يثبت بيع المرأة من المكاتب؛ لأنه يصير بائعاً ما لا يملكه وما ليس في يده، فترجحت بينتها على بينة المكاتب، فصارت أولى بالقبول وبطلت بينة المكاتب⁽⁴⁾.

وعند محمد يقضى بالعقود كلها، ويجعل كأن المكاتب باعها وسلم، ثم المرأة منه، ثم المكاتب من⁽⁵⁾ الحر، ثم وصل إلى يد المرأة فيجب نقض قبضها، فقد ترك محمد أصله في هذه المسألة، فإنه لم يجعل القبض المعايين آخر القبوض بحكم البيع؛ لأن عنده إنما يجعل القبض المعايين آخر القبوض إذا كان فيه تصحيح العقود كلها، وهنا متى جعلنا القبض المعايين للمرأة آخر القبوض فسد بيع المكاتب من الحر؛ لأنه صار بائعاً

(1) المحيط البرهاني 44/9.

(2) المحيط البرهاني 44/9.

(3) المحيط البرهاني 44/9، الفتاوى الهندية 78/4.

(4) المحيط البرهاني 44/9، 45.

(5) في ف: ثم .

المنقول قبل القبض، فجعلنا ترتيب البيوع على المنهج الذي ذكرنا؛ تصحيحاً للبيوع كلها⁽¹⁾.

ولو كان الحرّ يدعي البيع من المكاتب بمائة دينار والمسألة بحالها، وهو في [يد]⁽²⁾ الحرّ ولم يذكروا القبض بقضاء⁽³⁾ ببيع الحرّ منه عندهما؛ لتهاوتت بيئتا الآخرين وتدافعهما لاستوائهما في الإثبات، وإنّما تفرد الحرّ بإقامة البينة أنّه باع من المكاتب بمائة دينار فيقبل، وكذلك عند محمد؛ لأنّه يجعل صاحب القبض المعايين وهو الحرّ صاحب أوّل العقدَيْن؛ لأنّ القبض مما يؤكّد البيع ويقدر على تسليمه، فقد باع الحرّ ما يقدر على تسليمه فصحّ، والمكاتب والمرأة باعا ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح، فكان بيع الحرّ أكد وأثبت، فكان القضاء بالمتأكد أحقّ⁽⁴⁾.

ولو كان في يد المكاتب فكذلك عندهما؛ لتهاوتت بيئتا المكاتب والمرأة وتدافعهما⁽⁵⁾؛ وتدافعهما⁽⁵⁾؛ ولتعرّي بيئتا الحرّ عن المعارضة والمدافعة⁽⁶⁾.

وعند محمد يُقضى بالعبد للمكاتب نصفه من الحرّ ونصفه من المرأة بنصف الثمن، ثم يُقضى ببيع المكاتب منها كلّها؛ لأنّ الحرّ والمرأة خارجان وقد استويا في إقامة البينة على بيعهما من المكاتب، فيُقضى بالعبد كلّها للمكاتب، ويؤمر بتسليمه إلى المرأة؛ لأنّ المكاتب أثبت بيعه منها بالبينة العارية عن المعارضة، ولا خيار للمكاتب في البيعين الأوّلين؛ لأنّه خرج عن ملكه ببيعه من المرأة فسقط خياره، وإنّما قدّم بيع الحرّ والمرأة لأنّ القبض المعايين للمكاتب، فيجعل قبضه أوّل القبض بحكم البيع، وإنّما يصير قبضه أوّل

⁽¹⁾المحيط البرهاني 45/9.

⁽²⁾ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

⁽³⁾ في ف: يُقضى. وهو الصواب.

⁽⁴⁾المحيط البرهاني 44/9.

⁽⁵⁾ في ف: ولتدافعها.

⁽⁶⁾المحيط البرهاني 44/9.

القبوض إذا قدّمنا بيع الحرّ [والمرأة]⁽¹⁾ من المكاتب، فصار كأنّهما باعا العبد من المكاتب وقبضه⁽²⁾.

وإن كان في يد المرأة قضي ببيع الحرّ من المكاتب عندهما، وكذلك عند محمد؛ لأنّ الحرّ والمرأة أقاما البيّنة على البيع من المكاتب والحرّ خارج والمرأة صاحبة اليد، فكانت بيّنة الخارج أولى⁽³⁾.

ولو ذكروا القبض والمبيع في يد الحرّ قضي ببيعه من المكاتب ويُسلم إليه؛ لكونه غصباً في يد الحرّ عندهما، وعند محمد كذلك؛ لأنّه يجعل كأنّ الحرّ باع من المكاتب، والمكاتب باع من المرأة، ثم المرأة من المكاتب وسلّمت إليه، ثم عاد إلى يد الحرّ بالوديعة، أو الغصب فيؤمر بتسليمه إلى المكاتب؛ لأنّه تعدّر أن يجعل القبض المعايين هنا آخر القبوض بحكم البيع؛ لأنّ في تقديم بيع الحرّ جواز البيوع كلّها، وفي تقديم بيع المرأة أو المكاتب فساد بيع الحرّ؛ لأنّه متى قدّمنا بيع المكاتب /أو المرأة [يصير الحرّ مقضياً عليه بيّنة المرأة]⁽⁴⁾، أو المكاتب، والمقضي عليه لا تقبل بيّنته على ملكٍ مطلقٍ، فيصير بائعاً ما لا يملكه فلا يجوز، فصار تقديم بيع الحرّ أولى؛ ولأنّ بيع الحرّ آكد؛ لأنّه متأكد قبضه بالحسّ والعيان، وللمكاتب والمرأة قبضٌ بالحسّ والبيان، [والثابت بالمشاهدة والعيان فوق الثابت بالخبر والبيان]⁽⁵⁾ كرجلين أقاما البيّنة على الشراء والقبض والقبض من واحدٍ، ولأحدهما قبض معايين، كان هو أولى⁽⁶⁾.

وكذلك إن كان في يد المكاتب عندهما، وكذلك عند محمد؛ لأنّه يجعل كأنّ الحرّ باع من المكاتب أولاً وسلّمه إليه، ثم باع المكاتب من المرأة وسلّم إليها، ثم باعت المرأة

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) المحيط البرهاني 45/9.

(3) المحيط البرهاني 44/9، الفتاوى الهندية 78/4.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) الفتاوى الهندية 78/4.

من المكاتب وسلّمت إليه، فأمكن أن يُجعل القبض المعايين أول القبوض مع جواز البيع⁽¹⁾.

وإن كان في [يد]⁽²⁾ المرأة يُترك المبيع في يدها، وتهاوتت بينة المكاتب والمرأة، ويُقضى للحرّ على المكاتب بالثمن **عندهما**؛ لأنّ الحرّ لا يدّعي حقاً في العبد، فلا حاجة إلى القضاء بالعقد، وإنّما يدّعي الثمن على المكاتب، ويمكنه أخذ الثمن من المكاتب من غير أن يسلم العبد إليه؛ لأنّه قد سلم إليه مرّة، وعند محمد يُقضى بالعقود كلّها؛ لأنّ في تقديم بيع المرأة فساد العقود، وفي تقديم بيع الحرّ من المكاتب جوازها، فكان تقديم بيع الحرّ أولى⁽³⁾.

مسألة: دارّ في يد آخر⁽⁴⁾ أقام البينة أنّها داره باعها من المكاتب بألف، وأقام المكاتب البينة أنّها داره باعها من هذه المرأة بألف، وأقامت المرأة أنّها باعتها من الحرّ بألف ولم يذكروا القبض، تهاوتت البينتان كلّها **عندهما**، وكذلك لو أقاموا البينة على القبض أيضاً؛ لأنّ كل واحد منهما انتصب بائعاً ومُشترياً، ومُدّعياً ومُدّعى عليه في وقت واحد؛ لأنّه متى جهل التاريخ بينهما يُجعل كأنّهما وقعا معاً، والواحد لا يصلح بائعاً ومُشترياً في وقت واحد.

وعند محمد إذا لم يذكروا القبض يُقضى ببيع المرأة من الحرّ، وببيع الحرّ من المكاتب، وإذا ذكروا القبوض يُقضى بالعقود كأنّ الحرّ باع من المكاتب [ثم المكاتب]⁽⁵⁾ من المرأة، ثم المرأة من الحرّ، فيكون قبض الحرّ آخر القبوض بحكم البيع مع تصحيح البيوع كلّها، فكان هذا أولى.

(1) في ف: البيوع. ينظر: المحيط البرهاني 43/9.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) المحيط البرهاني 43/9.

(4) في ف: حرّ، ولعلها الصواب؛ لأنه قال بعد ذلك: عند محمد إذا لم يذكروا القبوض يقضى ببيع المرأة من الحرّ.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

ولو أقام الحرّ البينة على الشراء من المكاتب بألفٍ، والمكاتب على الشراء من المرأة، والمرأة من الحرّ بألفٍ، فالبيّنات مُتَهاترةٌ متباطلةٌ **عندهما** ذكروا القبض أم لا؛ لأنّ كل واحد منهما حصل بائعاً ومُشترىً في وقتٍ واحدٍ وفيه تصادُّ⁽¹⁾.

وعند **محمد** إن لم يذكروا القبض فُضِيَ بشراء الحرّ من المكاتب وقبضه؛ لأنّ القبض المعاین يُجعل أوّل القبض، ثم بشراء المرأة من الحرّ ولم تقبض، فيكون شراؤها صحيحاً؛ لأنّه صدر بعد قبض المبيع، ولم يصح شراء المكاتب؛ لأنّه وقع قبل قبض المرأة [المبيع]⁽²⁾، وإذا ذكروا القبض يُصَحِّحُ الكلُّ كأنّ المرأة اشترت أولاً من الحرّ، ثم المكاتب من المرأة، ثم الحرّ من المكاتب؛ لأنّ للحرّ⁽³⁾ قبضا معاينا، فيُجعل الحرّ آخر المشتريين.

مسألة: أمةٌ في يد رجل أقام [ذو اليد]⁽⁴⁾ البينة أنّه اشتراها من هذا بألفٍ وقبضها، وأقام المدّعى عليه البينة على الشراء البينة على الشراء [منه بخمسمائة والقبض، وأقام آخر البينة على الشراء]⁽⁵⁾ والقبض من ذي اليد بألفٍ، يُقضى له **عندهما** وتهاترت بينة الأولين للتعارض والتدافع، ويُقضى للذي لا معارضة في حقه.

وعند **محمد** يُقضى بشراء ذي اليد من الذي يُنازعه أوّل مرة، ثم يُقضى بشراء المدّعين من ذي اليد ويُخيّر المشتريان؛ لأنّنا لو بدأنا بشرائهما من ذي اليد وجب القضاء به بينهما، ثم لا يصح شراء ذي اليد الأمة كلّها من أحدهما، وإذا جعلنا كما قلنا صحّ شراؤهما بعدُ، فكان هذا أكثر تصحيحاً، فكان أولى.

⁽¹⁾ في ف: تضاد ، ولعلها الصواب.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽³⁾ في ف: ثم الحرّ .

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁵⁾ ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

باب: الرجلان يقيمان البينة على شيء في أيديهما

المبسوط: رجلان في أيديهما دابةً أو متاع، فأقام كل واحد منهما بينةً على أنه له، يُقضى لكل واحد بما في يد الآخر؛ لأن كل واحد خارج عما في يد الآخر، فقد اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد، والدعوى في الملك المطلق، فتكون بينة الخارج أولى⁽¹⁾. وإن أقام كل واحد منهما بينةً أنه له نتيجةً في ملكه فهو بينهما نصفان؛ لأن كل واحد من النصفين [اجتمع]⁽²⁾ بيينة الخارج وبينة ذي اليد، والدعوى في النتاج، فتكون بينة ذي اليد أولى⁽³⁾.

المنتقى: دارٌ في يدي رجلين/ أقام أحدهما البينة أن له نصف هذه الدار مقسوماً، [896] وأقام الآخر البينة أن له نصفها مشاعاً، والنصف⁽⁴⁾ لمدعي المقسوم والباقي بينهما؛ لأن مدعي المشاع كان في يده نصف مشاع فلا تُقبل بيئته فيه؛ لأنه صاحب اليد، وتقبل فيه بينة صاحبه؛ لأنه خارج والنصف المقسوم في أيديهما، وقد استويا في البينة⁽⁵⁾. قال محمدٌ في رجلين في أيديهما دارٌ فادّعى أحدهما جميعها، وادعى الآخر نصفها، وأقاما البينة على ذلك فالدار لمدعي الجميع؛ لأن شهود مدعي النصف إنما شهدوا له بالنصف؛ لمعاينتهم ومشاهدتهم⁽⁶⁾ الدار في يديه وفي يد صاحبه⁽⁷⁾. ولو شهد شهود صاحب النصف أنها كانت ميراثاً بينهما نصفين من أبيهما، وأقام الآخر البينة على الجميع فالدار بينهم أرباعاً؛ لأنهم لما شهدوا على الميراث شهدوا له⁽⁸⁾ بالنصف مما في يد صاحبه⁽⁹⁾.

(1) شرح كتاب أدب القاضي 236/3.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. والصواب: اجتمع فيه بينة الخارج وبينة اليد.

(3) شرح كتاب أدب القاضي 236/3.

(4) في ف: فالنصف. ولعله الصواب.

(5) الفتاوى الهندية 498/3.

(6) في ف: ومشاهدتهما.

(7) شرح كتاب أدب القاضي 237/3، والمحيط البرهاني 85/9.

(8) في ف: أن له.

(9) المحيط البرهاني 87/9.

ولو شهدت إحدى البينتين على أنّهما اشتريا من فلانٍ بينهما نصفان، وشهدت الأخرى على شراء الجميع، فالدار بينهما نصفان؛ لأنّ البينتين تهاترتا وتكاذبتا في شراء الجميع، فيبطل حق مدّعي الجميع في الجميع⁽¹⁾.

مسألة: دارٌ في يد أخوين فادّعى أحدهما كلّها⁽²⁾، وادّعى الآخر أنّها ميراث بينهما بينهما من أبيهما، فللمدّعي كلّها ثلاثة أرباعها، [ولآخر رُبُعها]⁽³⁾، وكذلك إن أقاما البينة البينة على ما ادّعيا؛ لأنّه صار النصف الذي في يد مدّعي الكلّ ميراثاً بينهما نصفان، فالنصف الذي في يد مدّعي⁽⁴⁾ الميراث لمدّعي الكلّ، فإن أقام آخر البينة أنّها داره فاستحقها ثم وهبها لمدّعي الكلّ فلا شيء لأخيه فيها، فإن وهبها لمدّعي الميراث أخذ أخوه⁽⁵⁾ نصفها؛ لأنّه أقرّ أنّها كانت ميراثاً لأبيهما⁽⁶⁾.

(1) المحيط البرهاني 87/9.

(2) في ف: ثلثها.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: المدّعي.

(5) في ف: الأخوة.

(6) في ف: بينهما. ولعله الصواب. ينظر: الفتاوى الهندية 91/4.

باب: دعوى الرهط ودعواهم مختلفة

المبسوط: مسأله على قسمين: إمّا إن كان المدّعي به في يد غريم⁽¹⁾، أو في أيديهم.

أما القسم الأول: فادّعى رجلان داراً في يد ثالث، ادّعى أحدهما كلّ الدار، والآخر نصفها، وأقاما جميعاً البينة على ما ادّعيا، فعند أبي حنيفة لصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ، ولصاحب النصف رُبعها⁽²⁾.

وعندهما لصاحب الجميع ثلثاها ولصاحب النصف ثلثها؛ لأنّ عنده يُقسّم على طريق المنازعة، وعندهما على سبيل العول والمضاربة لما عُرف، دلائلهم في حساب الوصايا ، فالقسمة⁽³⁾ على طريق المنازعة: أن تُجعل الدار على أربعة أسهم بحاجتنا⁽⁴⁾ إلى حسابٍ له نصف، ولنصفه نصفٌ صحيحٌ، وأقلُّ ذلك أربعة، فنقول: لا منازعة لمدّعي النصف فيما زاد علي النصف ويدّعيه صاحب الجميع، فيكون له نفي⁽⁵⁾ النصف الآخر، وذلك سهمان استوت منازعتُهما فيه، فيقضى بينهما نصفين لكلِّ واحدٍ منهم سهم⁽⁶⁾.

وأما القسمة على طريق العول⁽⁷⁾ والمضاربة: أن يضرب مدّعي الجميع بالكلِّ وذلك سهمان، ومدّعي النصف بالنصف وذلك سهمٌ، فتصير الدار بينهما على ثلاثة أسهم⁽⁸⁾.

(1) في ف: في يد غيرهم. وهو الصواب.

(2) المبسوط للسرخسي 63/17.

(3) في ف: القسمة.

(4) في ف: لحاجتنا. وهو الصواب.

(5) في ف: نصف. وهو الصواب.

(6) المبسوط للسرخسي 63/17 ، البحر الرائق 246/7.

(7) العول: ارتفاع الحساب إلى الفرائض، وقيل: العول هو الزيادة، تقول عالت الفريضة أي: زادت سهامها، واصطلاحاً: هو الزيادة على الفرائض عند تضايق المستحقين ، ينظر: الجوهرة النيرة 312/2 ، تهذيب اللغة: مادة: عال، 375/1، وتاج العروس : مادة : عول ، 7363/1.

(8) البحر الرائق 246/7.

وإن كانت الدار في أيديهما يُقضى بالكلِّ لصاحب الجميع؛ لأنَّ مدَّعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحبه؛ لأنَّ نصفها في يده، ومدَّعي الكلِّ يدَّعي ما في يد صاحبه [؛ لأنَّ نصفها في يده، ومدَّعي الكلِّ يدَّعي ما في يد صاحبه] (1)، فكانت بينته أولى [؛ لأنه خارج] (2).

مسألة: دارٌ منزلٌ منها في يد رجلٍ، ومنزلٌ (3) في يد آخر، ادَّعى على أحدهما جميع الدار، والآخر نصفها، [فلمدعي] (4) الكل ما في يده ونصف ما في يد الآخر؛ لأنَّ مدَّعي النصف أقر بنصف ما في يده لصاحبه [لمَّا قال: الدار بيننا نصفان، وادَّعى نصف ما في يد صاحبه، وصاحبه] (5) يُنكر ما يدَّعيه ويُصدقه فيما أقر به، فيصح إقراره، ولا تصح دعواه إلاً ببينة، فيؤمر بنصف ما في يده إلى مدَّعي الكلِّ (6).

ولو كانت الدار في أيديهما شائعاً كانت بينهما نصفين؛ لأنه ما أقر بشيء مما في يديه (7) لصاحبه؛ لأنه أقر بنصفٍ شائعٍ، وفي يده نصف شائع كما أقر به، بخلاف الأولى، لأنه أقر بنصف الدار شائعاً، فيكون مُقرّاً له بنصفٍ شائعٍ من المنزل الذي [في يده؛ لأنَّ هذا المنزل الذي] (8) أقر لصاحبه من ذلك نصفٌ شائعٌ/كلُّه في يده ليس شيء [897ظ] منها في يد صاحبه (9).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: البحر الرائق 246/7، 247.

(3) في ف: ومنزل منهما.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) ما بين معكوفين ساقط من الأصل.

(6) المبسوط للسرخسي 287/20.

(7) في ف: مما في يده.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) المبسوط للسرخسي 287/20.

مسألة: دارٌ سُفُّها في يد أحدهما والعُلُوُّ في يد آخر، وطريق العلو في الساحة، فادَّعى كل واحد أنّ الدار له، فالدار لصاحب السُّفْل إلا العُلُوُّ [وطريقه] (1) فإنّه لصاحبه؛ لأنّ كل واحد يدعي ما في يده (2) ولا يصدّق فيما في يد صاحبه إلا ببينة (3).

مسألة: دارٌ في يد رجلٍ ادّعى رجلٌ جميعها والآخر ثلثيها، والآخر نصفها، وأقاموا البينة، فعند أبي حنيفة لصاحب الجميع سبعة من اثني عشر، ولصاحب الثلثين (4) ثلاثة، ثلاثة، ولصاحب النصف سهمان (5).

وعندهما الدار بينهم على ثلاثة عشر، لصاحب الجميع ستة، ولصاحب الثلثين أربعة، ولصاحب النصف ثلاثة، فالقسمة على طريق المنازعة أنّه لا منازعة لصاحب الثلثين، والنصف فيما وراء الثلثين وذلك أربعة أسهم، فيكون لصاحب الجميع [، ولا منازعة لصاحب النصف] (6) فيما وراء النصف إلى الثلثين وذلك سهمان، فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفان؛ لاستوائهما في المنازعة فيه لكل واحد سهم، بقي النصف وذلك ستة أسهم استوى (7) منازعتهم فيها، فيكون بينهم أثلاثاً، لكل واحد سهمان (8).

فأمّا القسمة على طريق العول والمضاربة: أن يضرب مدّعي الجميع بالكلّ وذلك ستة أسهم، وصاحب الثلثين بالثلثين وذلك أربعة أسهم، وصاحب النصف بالنصف وذلك ثلاثة أسهم، فيصير ثلاثة عشر (9).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: ما في يده وما في يد صاحبه، فيصدق فيما في يده.

(3) الفتاوى الهندية 92/4.

(4) في ف: الثلث.

(5) المحيط البرهاني 84/9، الجوهرة النيرة 219/2.

(6) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

(7) هكذا في النسختين.

(8) المحيط البرهاني 84/9.

(9) المحيط البرهاني 84/9، الجوهرة النيرة 219/2.

ولو كانت الدار في أيديهم ولا بينة لهم حلف كل واحد على دعوى صاحبه، فإن حلفوا فالدار بينهم أثلاثاً؛ لأن كل واحد منهم قطع يمينه دعوى صاحبه، فصار الحال فيما بعد الحلف كالحال قبله، وقبل الحلف الدار بينهم أثلاثاً؛ لاستوائهم في احتواء اليد على الدار، فكذاك بعد الحلف⁽¹⁾.

وإن حلف صاحب الجميع ونكلا ، فالدار لصاحب الجميع؛ لأنه⁽²⁾ [يُقضى]⁽³⁾ بنكولهما له، وإن حلف صاحب الثلثين ونكلا أخذ سدسها من صاحب [الجميع، وسدسها من صاحب]⁽⁴⁾ النصف مع ما في يده وهو الثلث؛ لأنهما قضي بنكولهما له بالثلث مما في أيديهما، وإن حلف صاحب النصف ونكلاً فله ما في يده، ويأخذ نصف سدس من صاحب الجميع ونصف سدس من صاحب الثلثين؛ لأنه بقي إلى تمام النصف السدس، وذلك السدس في أيديهما نصفان⁽⁵⁾.

ولو حلف مدعي الجميع ومدعي الثلثين، ونكل مدعي النصف، فعند أبي حنيفة يسلم لمدعي الجميع نصف ما في يد صاحب النصف [يلا منازعة؛ لأن مدعي الجميع يدعي جميع ما في يد صاحب النصف]⁽⁶⁾، ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده؛ لأنّ ثلث الدار في يده إلى تمام دعواه الثلث ، وهو سهمان في أيديهما نصفان، فيكون نصف الثلث في يد صاحب النصف، فقد سلم نصف ما في يده لمدعي الجميع، والنصف الآخر استوت منازعتها فيه، فيجعل بينهما نصفين، فيقسم ما في يد صاحب النصف بينهما أرباعاً⁽⁷⁾.

(1) المحيط البرهاني 84/9 ، والجوهرة النيرة 218/2، والفتاوى الهندية 91/4.

(2) في ف: فإنه. وهو الصواب.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) المحيط البرهاني 84/9 ، والجوهرة النيرة 218/2.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) الفتاوى الهندية 91/4.

وعندهما يُقسَمُ أثلاثاً، ثلثاه لمدّعي الجميع، وثلثه⁽¹⁾ لمدّعي الثلثين لما عُرِف⁽²⁾.

ولو حلف مدّعي النصف ومدّعي الكلّ ونكل مدّعي الثلثين، فعنده يُقسَم ما في يده على ثمانية أسهم، لمدّعي النصف سهمٌ، وسبعة لمدّعي الكلّ، وعندهما يُقسَم أخماساً، خُمُسٌ لمدّعي النصف، وأربعة أخماسه لمدّعي الكلّ على ما عُرِف⁽³⁾.

ولو حلف مدّعي النصف ومدّعي الثلثين ونكل مدّعي الجميع، فما⁽⁴⁾ في يده يُقسَم على أربعةٍ، سهمٌ لمدّعي النصف، وسهمان لمدّعي الثلثين، ويبقى لمدّعي الكلّ سهمٌ بلا منازعة؛ لأنّ مدّعي النصف يدّعي رُبْع ما في يده وذلك سهمٌ، ومدّعي الثلثين يدّعي نصف ما في يده وذلك سهمان، فإن أقاموا جميعاً البينة أو نكلوا جميعاً فعند أبي حنيفة لصاحب النصف الثمن، [ولصاحب الثلثين الرُبْع]⁽⁵⁾، ولصاحب الجميع خمسة عشر من أربعة وعشرين⁽⁶⁾.

وعندهما يُقسَم على مائةٍ وثمانين سهماً، لصاحب النصف سبعةً وعشرون، ولصاحب الثلثين خمسون [جميعاً]⁽⁷⁾، ولصاحب الجميع مائةً وثلاثة، فالقسمة على طريق المنازعة: أن مدّعي⁽⁸⁾ الثلثين يدّعي نصف ما في يد مدّعي النصف، ومدّعي الكلّ الكلّ يدّعي جميع ما في يده، فالنصف سلّم لصاحب الكلّ بلا منازعة، والنصف الآخر استوت منازعتها فيه فيتتصف بينهما لهذا الثلث⁽⁹⁾ على أربعة، فصار كلّه اثني عشر، ثم مدّعي النصف يدّعي سهماً مما في يد صاحب الثلثين، وسهماً في يد صاحب الكلّ/

[897و]

(1) في ف: ثلاثة.

(2) الفتاوى الهندية 91/4.

(3) المصدر نفسه .

(4) في ف: فيما.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) المبسوط للسرخسي 327/16 ، الفتاوى الهندية 91/4.

(7) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(8) في ف: أو مدّعي.

(9) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: هذا الثلث.

لتمّ دعواه، فقد سلّم لمدعي الكلّ ثلاثة أسهم بلا منازعة، [و] ⁽¹⁾ بقي سهم استوت منازعتها فيه، فيُنصّف بينهما وقد انكسر بالنصف فأضعف؛ ليزول الكسر، فصار جميع الدار على أربعة وعشرين سهماً، في يد كلّ واحد منهم ثمانية أسهم، وإذا صحّحنا المخرج، ثم استؤنف الحساب، فأما ما في يد صاحب النصف فمدعي الثلثين يدعي نصف ما في يد مدّعي النصف وذلك أربعة، بقيت أربعة أخرى وسلم لمدعي الجميع بلا منازعة، وأربعة استوت منازعتها فيها، فتكون [بينهما نصفين، فيكون] ⁽²⁾ لمدّعي الجميع ستة، ولمدّعي الثلثين سهمان ⁽³⁾.

وأما ما في يد صاحب الثلثين فمدّعي النصف يدّعي ربع ما في يده وذلك سهمان، فسنة أسهم سلم لمدعي الكل بلا منازعة، بقي سهمان استوت منازعتها فيها فيُنصّف بينهما، فيكون لكلّ واحد سهم، فصار لمدّعي الكلّ سبعة، ولمدّعي النصف سهم ⁽⁴⁾.

وأما ما في يد صاحب الجميع فصاحب النصف يدّعي ربع ما في يده، وذلك سهمان، ومدّعي الثلثين يدّعي نصف ما في يده وذلك أربعة، بقي سهمان سلم له بلا منازعة، فحصل لمدّعي الكلّ مما في يد مدّعي [النصف ستة، ومما في يد مدّعي] ⁽⁵⁾ الثلثين سبعة، وبقي له مما في يده سهمان، فجميع ذلك خمسة عشر، وحصل لمدّعي النصف مما في يد مدّعي [الثلثين سهم، ومما في يد مدّعي] ⁽⁶⁾ الكلّ سهمان وذلك

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ البحر الرائق 249/7 ، الفتاوى الهندية 91/4.

⁽⁴⁾ المبسوط للسرخسي 156/18 .

⁽⁵⁾ ما بين معكوفين سقط من: ف.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

ثلاثة⁽¹⁾، وحصل لمدعي الثلثين مما في يد مدعي النصف سهمان، ومما في يد مدعي الكل أربعة وذلك ستة⁽²⁾.

وأما القسمة على طريق العول والمضاربة: فأما ما في يد مدعي النصف فمدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده، فيضرب فيه بسهم، ويضرب مدعي الكل بسهمين وقد انكسر على ثلاثة، وأما ما في يد مدعي الثلثين فمدعي النصف يدعي ربع ما في يده، فيضرب هذا بسهم، ومدعي الكل بأربعة فانكسر ما في يده على الخمس، وأما ما في يد مدعي الكل فمدعي النصف يدعي رُبع ما في يده، ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده، فانكسر الحساب على الثلث، والرُبع، والخمس، فاضرب ثلاثة في أربعة فتكون اثني عشر، ثم اضرب اثني عشر في خمسة فتصير ستين، ثم تضرب ستين في ثلاثة؛ لأن الدار في أيديهم أثلاثاً، فتصير مائة وثمانين، كل ثلث ستون، فنُلت ما في يد مدعي النصف لمدعي الثلثين وذلك عشرون، وثلاثه لمدعي الكل وذلك أربعون، وخمس ما في يد مدعي الثلثين لمدعي النصف وذلك اثنا عشر، وأربعة أخماسه لمدعي الكل وذلك ثمانية وأربعون، ونصف ما في يد مدعي الكل لمدعي الثلثين⁽³⁾ وذلك ثلاثون، ورُبعه لمدعي النصف وذلك⁽⁴⁾ خمسة عشر، فحصل لمدعي الجميع مرةً أربعون، ومرة ثمانية وأربعون، وبقي في يده خمسة عشر، فجميع ذلك مائة وثلاثة أسهم، وحصل لمدعي الثلثين مرةً عشرون، ومرة ثلاثون وذلك خمسون، وحصل لمدعي النصف مرةً اثنا عشر، ومرة خمسة عشر، وذلك سبعةً وعشرون⁽⁵⁾.

مسألة: دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم النصف، والآخر الثلث، والآخر السدس، وتجادوا فيما بينهم، يُترك لصاحب النصف والثلث ما في أيديهما، ويُترك الثلث الذي في

(1) في ف: ثلثة.

(2) المبسوط للسرخسي 157/18 .

(3) في ف: الثلثين. وهو الصواب.

(4) في ف: الذي.

(5) المبسوط للسرخسي 326/16، 327 .

يد مدعي السدس نصفه له ونصفه موقوف؛ لأنه أقر أن له سدس الدار قضي له، وأنه في يده فيصدق فيما ادعى، وأقر أن السدس الآخر⁽¹⁾ ليس له، ولكن لم يقر⁽²⁾ به لصاحب النصف نصاً ولا ضرورة؛ [لأنه ليس من ضرورته]⁽³⁾ ألا يكون لمدعي النصف، بل يجوز⁽⁴⁾ أن يكون لغيره، فكان موقوفاً⁽⁵⁾ إلى أن يقيم صاحب النصف البينة عليه، فكان بمنزلة ثوب في يد إنسان ادعى رجل أنه له، وقال ذو اليد: ليس لي ولا له، لا يدفع إلى المدعي حتى يقيم البينة؛ لأنّ ذا اليد لم يقر له، فكذا هذا، فإن قامت البينة لصاحب النصف أخذ من يد كل واحد نصف سدس حتى يتم له نصف الدار؛ لأنه ادعى نصف السدس فيما في يد كل واحد منهما؛ لأنه ادعى نصف الدار شائعاً، فيكون مدعياً سدساً شائعاً في جميع الدار، وفي بعض التعاليق بأن الاستحقاق يكون في السدس الموقوف، وبه قال [بعض]⁽⁶⁾ مشايخنا على ما ذكره في الزيادات: باع نصف الدار وأودعه النصف النصف الآخر ثم استحق نصف الدار يجعل من الوديعة، فكذا هذا⁽⁷⁾.

المنتقى: أقام رجل البينة على دار في يد رجل أنه اشترى منه ثلثها بمائة دينار، وأقام آخر البينة أنه اشترى نصفها بألف درهم، فعند أبي حنيفة لصاحب الثلثين السدس خاصة، والباقي بينهما نصفان، فيكون له ثلاثة أسداس ونصف سبعة أثمان الثمن؛ لأنه نقص من الثلثين الثمن، وللآخر سدسان ونصف بخمسة أسداس الثمن؛ لأنه نقص من حقه سدس النصف.

[898ظ]

(1) في ف: من الأخر.

(2) في ف: لم يقر.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: لجواز. ولعله الصواب.

(5) في ف: موقوفاً في يده.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المحيط الدرهماني 86/9، الفتاوى الهندية 91/4.

وعندهما لصاحب الثلثين أربعة أسباع الدار ستة⁽¹⁾ أسباع الثمن؛ لأنه نقص من الثلثين [سُبُع]⁽²⁾ فيحطّ من الثمن سُبُع، وللآخر⁽³⁾ ثلاثة أسباع الدار لستة أسباع الثمن إذا إذا رضي كل واحد منهما أن يأخذ ذلك.

مسألة: رجل أقام بينة على دار في يد رجل أنّها له، وأقام آخر أنّها له ولصاحب اليد اشتريها من فلان، وقبضاها منه وهو يملكها، يكون ثلثاها لمدعي الجميع، وثلثاها لمدعي النصف، بخلاف ما لو ادعى أجنبي أنّها كلّها له، وادعى أخ صاحب اليد أنّها بينه وبين صاحب اليد ميراث لهما من أبيهما، يُقضى للأجنبي بثلاثة أرباعها، وللأخ بربعها⁽⁴⁾.

والفرق: أنّ الوارث ينتصب خصماً عن جميع الورثة وعن الميت، فقضى له بحصته مما يستحقه الميت بتلك الشهادة وهو النصف.

ولو لم يكن له في الميراث شريك يُقضى له بنصف الدار على ملك الميت، فإذا أقر أنّ له شريكاً يُقضى له بالربّع، فأما في الشراء فلا يكون أحدهما خصماً عن⁽⁵⁾ الآخر، فتقبل بينته على ما ادّعاه لنفسه، وهو ادّعى النصف والأجنبي ادّعى الكلّ وتخريجه على نحو ما مرّ⁽⁶⁾.

مسألة: ثلاثة إخوة في أيديهم دار، فأقام أحدهم البينة على أنّها داره اشتراها من فلان، وأقام الآخر البينة أنّها كانت لأبيهم تركها ميراثاً لهم ولرباع غائب، فإنّه يُقضى بثلثها لمدعي الشراء مما في يد⁽⁷⁾ الآخرين، ويُقضى بنصف الثلث الذي في يد مدعي الشراء للابن، وبربعه له، ويوقف ربع الغائب.

(1) في ف: لستة. والصواب: وستة أسباع الثمن.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: والآخر.

(4) الفتاوى الهندية 92/4.

(5) في ف: في.

(6) الفتاوى الهندية 92/4.

(7) في ف: أيدي.

ولو كان الرابع حاضراً، وأقام هؤلاء الثلاثة البينة أنّ الدار بينهم وبين مدّعي الدار أرباعاً اشتروها من فلانٍ أرباعاً، فإنّه (1) لا تُقبل بينة مدّعي الدار كلّها؛ لأنّه لما قامت عليه البينة أنّه اشتراها مع إخوته الثلاث أرباعاً فقد أقر بذلك، فصار كأنّه أقر أنّ الدار بينهم أرباعاً.

مسألة: ثلاثة نفرٍ في أيديهم قلنسوة (2)، ادّعى أحدهم قطنها، وادّعى الآخر بطانتها، وادّعى الآخر كلّها، وأقام كل واحد البينة على دعواه، فالقلنسوة كلّها لمدّعي الكلّ، وبضمن لمدّعي البطانة نصف قيمة البطانة، وبضمن لصاحب القطن نصف ما فيها من القطن؛ لأنّ مدّعي الكلّ استحق ظهارتها، والقطن والبطانة يكون في أيدي (3) الثلاثة ويدّعي كل واحد منهما اثنان (4)، فلا تُقبل بينة كل واحد منهما على الثلث الذي في يده، وتُقبل على ما في يد صاحبه، فصار القطنُ بين مدّعي القلنسوة ومدّعي القطن نصفين، وقد صار (5) مستهلكاً في القلنسوة فيضمن، وكذلك البطانة صارت بين مدّعي القلنسوة ومدّعي البطانة نصفان؛ لأنّه لم يدع ظهارتها، وقد صارت البطانة مستهلكة في قلنسوته، فضمن نصف قيمته (6).

(1) في ف: فإنّها.

(2) القلنسوة: هي لباس الرأس، وقيل: هي البرنس: وهو قلنسوة طويلة كان النساك يلبسونها في صدر الإسلام. ينظر: مختار الصحاح، مادة: برنس، ص50، والصحاح للجوهري مادة: برنس، 66/3.

(3) في ف: في يد.

(4) في ف: ابنان. وجاء في المحيط البرهاني 84/9: وأما البطانة فلا يدعيها مدعي القطن، وإنما يدعيها صاحبها فيكون بينهما.

(5) في ف: كان.

(6) المحيط البرهاني 84/9.

باب: دعوى النتاج وما هو في معناه

المبسوط: فيه فصلان:

أحدهما: في معرفة النتاج، والثاني: في إقامة البينة على النتاج، وعلى سببه.

فصل: النتاج عبارة عن أولية الملك؛ لأنّ الملك للنتاج ثبت أولاً لا يسبقه أحد في الملك، فكلّ [سبب] (1) يُشعر بأولية الملك [كان بمنزلة النتاج، وما لا فلا، وكل ما لا يتكرر فيه سبب الملك] (2) ولا يصنع مرتين فهو كالنتاج؛ لأنّه لا يتصور التملك على ذي اليد بذلك السبب، وكلّ ما يتكرر فيه سبب الملك ويصنع مرتين لكن (3) بمعنى النتاج؛ لأنّه يحتمل التملك على ذي اليد، بأنّ نقضه الخارج، أو كسره، أو أفسده ثم يصنعه مرةً أخرى، فيصير متمكناً عليه ملك الصنعة، وإن كان مشكلاً هل يتكرر [أو لا يتكرر] (4) فيه روايتان:

في رواية أبي حفص (5): أنّه أحقه بما يتكرر؛ لأنّه وقع الشك [في ثبوت أولية الملك] (6)، فوقع الشك في معنى (7) النتاج فلم يلحق به (8).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) في ف: لم يكن، ولعله الصواب.

(4) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(5) أحمد بن حفص، أبو حفص البخاري الحنفي، فقيه المشرق، وهو شيخ ما وراء النهر، ارتحل وصحب محمد بن الحسن مدّة، وبرز في الرأي، ولد سنة: 150هـ، وتوفي ببخارى في المحرم سنة: 217هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء 313/8، الجواهر المضيئة 67/1.

(6) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(7) في ف: أولية.

(8) البناية 396/9.

وفي رواية أبي سليمان⁽¹⁾: ألحقه بما لا يتكرر؛ لأنه إن كان مما تتكرر صناعته، يجب نقض يده، وإن كان مما [لا]⁽²⁾ يتكرر لا يجب نقض يده، فلا يُنقض بالشك، والبناء/، وغرسُ الشجر، والقطنُ النابت، وزرع الحبوب والحنطة⁽³⁾ يتكرر⁽⁴⁾.

[898و]

قالوا: وتأويل هذا بأن زرعَ ذو اليد الحنطة في أرضه، وصار حبًّا ثم غصب الخارج ذلك الحبَّ وزرعه في أرضه، فخرج منه حنطةٌ، فكانت الزراعة مُكرّرةً في أصل هذه الحنطة، وهذه عينُ الحنطةِ الأولى حكماً؛ لأنَّ سبب وجودها الحنطة الأولى.

وتشويبة⁽⁵⁾ اللحم، وكتابة المصحف، واختطاط⁽⁶⁾ الدار، وضرب اللبن، والخياطة، والقطع، والحشو، والصباغة⁽⁷⁾ تتكرر؛ لأنَّ اللحم يُشوى ولا يُبالغ في النضج، ثم يُشوى مرةً مرةً أخرى ويبالغ في النضج، والمصحف، واللوح الذي يُكتب عليه ثم يذهب أمره ويندرس بمضي الأزمنة فيُكتب ثانياً، والملك بسبب الاختطاط مما يتكرر، فإنَّ الغانمين إذا فتحوا بلدةً وقسموها فيما بينهم، ثم ارتدوا، أو غلبوا عليها بأهل الحرب ثم فُتح ثانياً، فإنَّه يُقسم ثانياً، والملك الثابت للمسلم بالاستيلاء أولية الملك [وإن كان مملوكاً للكافر من قبل؛ لأنه بالاختطاط زال سببُ أولية الملك]⁽⁸⁾ للكافر؛ لأنه زالت يده عنه حقيقةً وحكماً بالاستيلاء، فكان الثابت للمسلم أولية الملك، ألا ترى أن النَّسج فيما يتكرر من الغاصب

(1) موسى بن سليمان، أبو سليمان الجوزجاني، فقيه حنفي، أصله من جوزجان من كور بلخ بخراسان، تفقه واشتهر ببغداد، عرض عليه المأمون القضاء فقال: يأمر المؤمنين: احفظ حقوق الله في القضاء، ولا تول على أمانتك مثلي، فأبى والله غير مأمون الغضب، ولا أرضى لنفسه أن أحكم في عباده، فأعفاه، له تصانيف، منها: السير الصغير، الصلاة، والرهن، توفي سنة: 200 هـ. الجواهر المضيئة 186/2.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) في ف: الحنطة والحبوب. تقديم وتأخير.

(4) الجوهرة النيرة 215/2، البحر الرائق 244/7.

(5) في ف: تسوية. وهو تصحيف.

(6) الاختطاط من الخطة، والخطة بالكسر هي الأرض يختطها الرجل لنفسه، وهو أن يجعل عليها علامة بالخط ليُعلم أنه اختارها لبيئتها داراً. الصحاح للجوهري 177/1.

(7) في ف: والصباغة.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

سبب أولية الملك في المنسوج⁽¹⁾ وإن كان مملوكاً لغيره من قبل؛ لأنَّ سبب أولية الملك للأوّل⁽²⁾ وهو النَّسْجُ قد زال بالنقص، فثبت للثاني أولية الملك⁽³⁾.

والخياطة تُفَنَّقُ ثم تخاط مرّة أخرى، والقَطْعُ يتكرر في موضع آخر إن كان لا يتكرر في الموضع الأوّل، فإنّ الواسع يُضَيِّقُ والضَيِّقُ يُوسِّعُ، وذلك كافٍ للملك في الخياطة.

وإيجاد الجُبْنِ، والطحين، والعصير، وجزّ الصوف، وغزل القطن [لإيجاد الجبن]⁽⁴⁾ يتكرر⁽⁵⁾، والنَّسْجُ في الثوب المُتَّخَذُ من عزل القطن، والابرسيم⁽⁶⁾ لا يتكرر، وفي [الثوب]⁽⁷⁾ المنسوج من الصوف والشعر يتكرر مرّة أخرى⁽⁸⁾.

مسألة: صوفٌ في يد رجلٍ، فادعى خارجيٌّ أنّه صوفٌ جُزِّ في ملكه، وأقام ذو اليد كذلك، فُضِيَ لذي اليد؛ لأنَّ الجزَّ مما لا يتكرر، فكان بمعنى النتاج، ومتى استحق أصل الولد فُضِيَ له بالأصل والولد جميعاً، ولم يُنظر إلى ادّعاء ذي اليد نتاج الولد، كدابةٍ لها نتاجٌ وُلِدَ في يد رجلٍ، فأقام الخارجُ البينة أنّها دابتهُ وُلِدَتْ في ملكه⁽⁹⁾، وأقام ذو اليد كذلك، فُضِيَ بها [وولدها]⁽¹⁰⁾ للخارج⁽¹¹⁾.

(1) في ف: المنتج.

(2) في ف: الأوّل.

(3) البناية 396/9.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ولعله الصواب.

(5) في ف: لا يتكرر.

(6) الأبرسيم: بفتح الألف والسين، وكسر الباء، هو الحرير الخام؛ لأن الأبرسيم إذا طبخ صار حريراً. ينظر: المصباح المنير،

مادة: حر، 129/1، وتاج العروس، مادة: برسم، 7619/1.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) البناية 396/9، الجوهرة النيرة 215/2.

(9) في ف: وولدها نتج في ملكه.

(10) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(11) المحيط البرهاني 126/9، البحر الرائق 244/7.

وكذلك لو تعارضت البينتان في الشاة والصوف المجزوز منها، قضي بها للخارج؛ لأن دعواهما في الأم دعوى مطلق الملك؛ لأنهما لم يذكرا للأم نتاجاً ولا شيئاً من أسباب الملك، وفي مطلق⁽¹⁾ الملك الخارج أولى، فاستحق الشاة ومعها الولد والصوف؛ لأنه يظهر أنّ ولادة هذا الولد وجز هذا الصوف كان في ملكه، لا في ملك ذي اليد⁽²⁾.

فصل: رجل ادعى حيواناً في يد آخر أنه ملكه نتج في ملكه، وأقام البينة، وأقام ذو اليد البينة أنه ملكه نتج في ملكه، قضي لذي اليد استحساناً⁽³⁾؛ لما روى جابر بن عبد الله⁽⁴⁾ أنّ رجلاً ادعى ناقةً في يدي رجلٍ، وأقام البينة أنّها ناقته [، وأقام الذي هي في يده بيده البينة أنّها ناقته]⁽⁵⁾ نتجها، فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للذي هي في يديه⁽⁶⁾، وهذا حديث مشهور رواه ثقات بأسانيد متصلة، فصارت مسألة النتاج مخصوصة بهذا الحديث عن الحديث المشهور وهو قوله - عليه الصلاة والسلام -: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽⁷⁾.

والقياس الخفي يدل عليه، وهو أنّ دعوى النتاج دعوى أولية الملك [، واليد لا تدل على أولية الملك]⁽⁸⁾ بل تدل على الملك المطلق، فاستوت البينتان في إثبات أولية الملك، فترجّحت بينة ذي اليد بزيادة الصدق؛ لأنّ يده تدل على صدق مقالة شهوده؛ لأنها

(1) في ف: ولا مطلق.

(2) في ف: في ملكية ذكر اليد. ينظر: المبسوط للسرخسي 68/17، الفتاوى الهندية 84/4.

(3) العناية 270/8، تبين الحقائق 320/4.

(4) هو جابر بن عبد الله الأنصاري وقد سبقت ترجمته.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) أخرجه الدار قطني: كتاب الأقضية والأحكام، باب: كتاب عمر. رضي الله عنه. إلى أبي موسى الأشعري. رضي الله عنه. - حديث رقم: (21)، 209/4، والبيهقي: كتاب دعاوى والبيئات، باب: المتداعيان يتنازعان شيئاً في يد أحدهما ويقيم كل واحد منهما على ذلك بينة، حديث رقم: (12014)، 256/10، وقال الحافظ ابن حجر في البلوغ: 292/1: في إسناده ضعف.

(7) سبق تخريجه.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

دليل الملك⁽¹⁾، والبينة دليلُ الصدق، فتأكد وترجَّح معنى الصدق في بينة ذي اليد، فصارت بينته أرجح وأزيد صدقاً باعتبار اليد في النتاج، فكانت أولى بالقبول، سواء أرخا أم لم يُورخا، أو كان تاريخ الخارج أسبق، إلا على تفصيلٍ سنذكره؛ لأنَّه لا عبرة بالتاريخ⁽²⁾ مع النتاج [؛ لأنَّ النَّتاج]⁽³⁾ يستوعب كلَّ تاريخٍ؛ لأنَّه عبارة عن أولية الملك لا لا يسبقه أحدٌ في الملك، وإن أرخا وقتين مختلفين ووافق سنَّ الدابة تاريخُ الخارج قضي للخارج؛ لأنَّ الحال يشهد بصدق بينته وبظهور كذب بينة الآخر⁽⁴⁾.

وإن وافق تاريخ ذي اليد، أو كان مُشكلاً، أو خالفهما قضي لذي اليد؛ لأنَّه لم يظهر كذب إحدى البينتين بيقين، وكذلك الخارجان أقاما البينة/ على حيوان⁽⁵⁾ في يد آخر [899ظ] آخر على هذا الوجه، يُقضى بينهما أرخا أو لم يُورخا، إلا إذا خالف السنَّ تاريخُ أحدهما فيُقضى للآخر⁽⁶⁾.

وإن كان مُشكلاً أو خالفهما قضي بينهما؛ لأننا لم نتيقن بكذب إحدى البينتين؛ لجواز أن يكون شراء⁽⁷⁾ هذه الدابة موافقاً للوقتين، وقد استويا في الدعوى والحجة، فيُقضى فيُقضى لهما، وفي رواية: إن خالفهما لا يُقضى لأحدهما؛ لأنَّ القاضي تيقن بكذب البينتين جميعاً⁽⁸⁾.

مسألة: عبدٌ في يد رجلٍ أقام ذو اليد البينة أنَّه اشتراه من فلانٍ، وأنَّه وُلِدَ في [ملك بائعه، وأقام الخارج البينة أنَّه اشتراه من فلانٍ آخر، وأنَّه وُلِدَ في] ⁽⁹⁾ ملكه يُقضى لذي

(1) في ف: البينة.

(2) في ف: للتاريخ.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) المبسوط للسرخسي 121/17، العناية 278/8.

(5) في ف: جواز.

(6) المبسوط للسرخسي 121/17 .

(7) في ف: سن. وهو الصواب.

(8) المبسوط للسرخسي 121/17، العناية 279/8.

(9) ما بين معكوفين سقط من الأصل.

اليد؛ لأنهما استويا في إثبات النتاج لمملكه، فكأن المملكين حضرا وأثبتنا ذلك، ولأحدهما يد يقضى له، إذ لا فرق بين أن يدعي أولية الملك لنفسه، وبين أن يدعي تملكه⁽¹⁾، كما في دعوى مطلق الملك⁽²⁾.

مسألة: الخارج وذو اليد أقاما البينة على نتاج العبد، والخارج يدعي الإعتاق أيضاً فهو أولى، وكذلك لو ادّعه وهو في يد ثالث وأحدهما يدعي الإعتاق أيضاً؛ لأن بينة النتاج مع العتق أكثر إثباتاً؛ لأنها أثبتت أولية الملك على وجه [لا يستحق عليه الملك أصلاً، وبينة ذي اليد أثبتت أولية الملك على وجه]⁽³⁾ يتصور استحقاق ذلك عليه، بخلاف ما لو ادّعى الخارج العتق مع مطلق الملك، وذو اليد ادّعى النتاج فبينة ذي اليد أولى؛ لأنهما لم يستويا في إثبات أولية الملك؛ لأن الخارج ما أثبت أولية الملك، فلم تعتبر أولية العتق للنتاج⁽⁴⁾.

وكذلك لو ادّعى الخارج التدبير والاستيلاء مع النتاج أيضاً، وذو اليد النتاج [لا غير، فأمّا إذا ادّعى الخارج التدبير والاستيلاء مع النتاج وذو اليد مع النتاج]⁽⁵⁾ يدعي عتقاً باتاً فهو أولى⁽⁶⁾.

ولو ادّعى ذو اليد التدبير والاستيلاء مع النتاج، والخارج ادّعى عتقاً باتاً مع النتاج، فالخارج أولى؛ لأن بينة العتق أثبتت أولية الملك على وجه يتصور استحقاقه رقبة

(1) في ف: مملكه.

(2) بدائع الصنائع 235/6، الفتاوى الهندية 83/4.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(4) في ف: للترجّح. ينظر: البحر الرائق 244/7، الفتاوى الهندية 83/4.

(5) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(6) البحر الرائق 244/7، الفتاوى الهندية 83/4.

وبدأ بقضاء القاضي بالملك قناً⁽¹⁾ ويستحق عليه يداً⁽²⁾ بالإجارة والإعارة والنكاح بل قضى حقاً⁽³⁾ ، فكانت بينة العتق أكثر إثباتاً وأزید صدقاً⁽⁴⁾.

ولو أقام كل واحد البينة أنه عبده كاتبه وهو في يد أحدهما، فهو مكاتبٌ لهما يُؤدي الكتابة إليهما؛ لأنّ تصادقهما وتوافقهما على أنه مكاتبٌ تصادقٌ على أنه ليس في يد أحدهما، فإنّ المكاتب في يد نفسه، فإنّ المولى يُخلى⁽⁵⁾ سبيله ولا يضمُّه إلى نفسه بخلاف المعتق؛ لأنّ الحرّ قد تثبُّت عليه الأيدي، فإنّ المولى يضمّ المعتق الصغير أو الكبير إلى نفسه، إذا خاف عليه أوفى⁽⁶⁾ بحقه؛ ليقوم بخدمته، فيجب اعتبارُ يد أحدهما، والتدبير أولى من الكتابة، حتّى لو أقام أحدهما البينة على الملك [والتدبير، والآخر على الملك]⁽⁷⁾ والكتابة، فبينة التدبير أولى؛ لأنّ التدبير بمعنى النَّتاج؛ لأنّه لا يحتمل الفسخ، والكتابة قابلةٌ للفسخ، فبينة مدّعي النَّتاج أولى.

ولو اختلفا في الجارية، فادّعى كل واحد منهما أنها وُلدت في ملكه من أمته هذه، فُضِيَ بها لذي اليد؛ لأنّ الولادة لا تتكرر ولا تُتَنَّى، فقد اختلفا في أولية الملك، فيُقضَى لصاحب اليد⁽⁸⁾.

مسألة: عبدٌ⁽⁹⁾ في يدي رجلٍ، أقام آخر البينة أنه وُلد في ملكه، وأقام آخر أنه عبده وُلد في ملكه من أمته هذه، يُقضَى بها للمضيف إلى أمته؛ لأنّهما خارجان ادّعى

(1) القن من العبيد هو الذي ملك هو وأبواه. ينظر: المغرب، قنن 197/2، تهذيب اللغة، قن، 3/129.

(2) في ف: بدءاً.

(3) في ف: بلا قضاءٍ حقاً.

(4) المحيط البرهاني 119/9، البحر الرائق 244/7، الفتاوى الهندية 83/4.

(5) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: فإن كان المكاتب في يد نفسه، فإنّ المولى يخلى سبيله.

(6) في ف: أوفاه .

(7) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(8) الأصل للشيباني 223/4.

(9) في ف: عبديّ.

أولية الملك في الولد بالولادة، ولأحدهما يدٌ على الأم، والولد يُملك [بملك] (1) الأصل؛ لأنه لا بُدَّ للولادة من الأم، فتترجَّح بينة ذي اليد على (2) بينة الآخر، فإن أقام ذو اليد أيضاً بينةً بينةً على مثل ما أقام المضيفُ إلى أمته، فُضي به لذي اليد؛ لأنَّ له يداً على الأم والولد جميعاً، ولا يدَ لأحد الخارجين على واحدٍ فتترجَّح بينة ذي اليد (3).

ولو أقام الخارجان البينة أنه عبده وُلد في ملكه من أمته وعبده هذين، قضي به بينهما (4)، وهو ابن العبدَيْن والأمتين عند أبي حنيفة، وعندهما يكون من العبدَيْن دون الأمتين؛ لأنَّ عند أبي حنيفة يثبتُ النسب من الكلِّ، وعند محمد لا يثبت أكثر من ثلاثة، وعند أبي يوسف لا يثبت أكثر من اثنين، وهي تُعرف في كتاب النسب (5).

مسألة: في يد رجلٍ شاةٌ، وفي يد آخرٍ أخرى، أقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً أنَّ الشاة التي في يد صاحبه شاةٌ نتجت من شاته التي في يده، فُضي لكل واحدٍ بشاة صاحبه (6).
صاحبه (6).

وروي عن أبي يوسف أنها لا تُقبل هذه البينة، قيل: هذا قولُ الكلِّ؛ لأنَّ إحدى البينتين كاذبة بيقين، فيترك ما في يد كل واحد في يده (7).

وجه ظاهر الرواية: أنه إنما تُقبل البينتان إذا كانت أسنانُ الشاة مشكِّلةً وسنَّهما

مُشْتَبَهَةٌ (8)، ويحتمل أن تكون واحدة منها أمًّا للأخرى بِمَرَأَى العَيْنِ/، أمَّا إذا كانت إحداهما [899و] لا تصلح أمًّا للأخرى فلا تُقبل هذه البينة وولادة البنت؛ لأنَّها إن كان لا يتصور فاتباع

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: على الأم على بينة الآخر.

(3) البحر الرائق 243/7، حاشية ابن عابدين 35/8.

(4) هكذا وردت في النسختين، وقد جاء في حاشية ابن عابدين 35/8: ما نصه: برهن كلُّ من الخارجين أنه عبده ولد من أمته وعبده هذين ينصف وهو ابن عبدَيْن وأمتين.

(5) حاشية ابن عابدين 35/8.

(6) الفتاوى الهندية 84/4.

(7) عيون المسائل للسمرقندي 204/1.

(8) في ف: مشتهبة.

الأم ولدها الارتضاع⁽¹⁾ يُتصوّر، بأن كبرت البنت وولدت ونزل لها لبنٌ، والأم لم تترك عادتها في الارتضاع، فارتضعت من لبن بنتها، فعاين أحدُ الفريقين ارتضاع الأم لبِن بنتها، وعاين الفريق الآخر حقيقة ولادة البنت من الأم، فيجد⁽²⁾ القاضي محملاً يُطَلَقُ للشاهد أداء الشهادة، فوجب قبول البينتين، كما لو شهد فريقان بنتاً دابةً واحدةً من دابّتين، أو من دابة واحدة مراراً تُقبل الشهادة؛ لأنَّ القاضي وجد⁽³⁾ لذلك محملاً مطلقاً لأداء الشهادة، فكذا هذا⁽⁴⁾.

ولو أقام بينةً أنّ الشاة التي في يديه شاته ولدت في ملكه، وأن شاة صاحبه له ولدتها شاته عنده، وأقام آخر البينة على مثله، قضي لكل واحدٍ بالشاة التي في يديه؛ لأنّ كلّ واحد منهما ادّعى الملك بالنتاج في الشائتين جميعاً، وبينة ذي اليد أولى في النتاج؛ بخلاف المسألة الأولى؛ لأنّه ادّعى كلّ واحد منهما ملكاً مطلقاً فيما في يده، وملكاً بالنتاج فيما في يد صاحبه، والنتاج أولى من العارف⁽⁵⁾.

مسألة: شاة في يد رجلٍ، أقام آخر البينة أنّها شاته نتجت في ملكه فقضى له، ثم أقام آخر البينة على النتاج والملك يقضى للمدّعي، إلا أن يعيد المدّعي له البينة على هذا المدّعي أيضاً، فيكون هذا أولى منه؛ لأنّ بينة الأول ليست بقائمة في الحال ولا على المدّعي، فلا تصير بينته مدفوعةً بالبينة الأولى، فمتى أعاد بينته تكون بينته الآن بينة ذي اليد، ومن الآخر بينة الخارج، فذو اليد أولى، فإن لم يُعد البينة حتى قضي لهذا المدّعي ثم أعاد البينة، نُقِضَ قضاؤه ورُدَّ عليه، وكذلك لو استحقه من يده خارجيّ بالملك المرسل وقضى به، ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج، يُقضى له ويُنقَضَ القضاء الأول؛

(1) في ف: في الارتضاع.

(2) في ف: فيحدث.

(3) في ف: وجه.

(4) الفتاوى الهندية 84/4.

(5) المبسوط للرخسي 77/17.

لأنّ بينته تُبَيّن أنّ القضاء الأول كان باطلاً؛ لأنّ بينة ذي اليد أولى بالقضاء بها من بينة الخارج، وبينه الخارج باطلةً بمقابلة بينة ذي اليد⁽¹⁾.

مسألة: أمة في يد رجل أقام آخر البينة أنّ قاضي كذا قضى له⁽²⁾ بالشهادة على هذا، وأقام ذو اليد أنّها أمته ولدت في ملكه، يقضى للذي قضى له **عندهما**، وقال محمد: لذي اليد، ولو شهدوا ولم يفسّروا أنّ القضاء كان بالشهادة، أو بسبب آخر فقول محمد مثل قولهما⁽³⁾.

محمد: أنّ شهود المدّعي بيّنوا أنّ القضاء كان بالملك المطلق، وأنّ الشهادة قامت على الملك المطلق؛ لأنّهم شهدوا أنّه إنّما قضى بالملك له بشهادة الشهود أنّها له، فصار كما إذا بيّنوا أنّ القاضي⁽⁴⁾ [كان قضى]⁽⁵⁾ بشهادة شهودٍ شهدوا على الملك المطلق، والتاريخ أولى من العارف؛ بخلاف ما لو أبهموا القضاء؛ لأنّ القضاء يحتمل أنّه كان بالشراء، أو بالإقرار من جهة ذي اليد، فلا يجوز نقض قضائه بذلك الاعتبار، فلا يُنقض القضاء الأول إلا بالشك⁽⁶⁾.

لهما: أنّ القضاء الأول بالملك قد يكون بقيام البينة على الملك المطلق والنتاج، فيجوز نقض قضائه بهذا الاعتبار، وقد يكون بالشراء، أو بإقرار ذي اليد، فلا يجوز نقض قضائه بذلك⁽⁷⁾، فوقع الشك في جواز نقضه فلا يُنقض بالشك، كما لو شهدوا القضاء وأبهموا⁽⁸⁾.

(1) المبسوط للسرخسي 77/17 ، 78.

(2) في ف: له بها.

(3) المحيط البرهاني 122/9.

(4) في ف: القضاء.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) المحيط البرهاني 122/9.

(7) في ف: بهذا الاعتبار.

(8) المحيط البرهاني 122/9.

فصل: قُطِنُ ثابِتٌ في أرضٍ، فأقام ذو اليد البينة أنها أرضه، وأنه زرع هذا القطن فيها، فأقام الخارجُ البينة أنها أرضه وزرعه يُقضى للخارج؛ لأنه مما يكرّر ويُتّى، وكذلك إذا اختلفا في البناء فادّعى كلُّ واحد أنه بني على أرضه⁽¹⁾.

ولو شهدوا أنّ هذه الحنطة من زرعٍ حُصد من زرع⁽²⁾ فلان المدّعي، لم يكن للمدّعي أخذ الحنطة، وفي رواية أبي حفصٍ يكون له؛ لأنّ الشهادة بالحصد من زرعه⁽³⁾ شهادةٌ بالأخذ من يده اقتضاءً؛ لأنّ الأرض في يده، فما فيها يكون في يده أيضاً، فيكون المأخوذ في يده، ومن غصبَ من إنسانٍ شيئاً يجبُ عليه ردهُ⁽⁴⁾.

وجه ظاهر الرواية: أنه لم يثبت الأخذ من يده بهذه الشهادة لا نصّاً ولا اقتضاءً؛ لأنّ كونَ المأخوذ في يد [ذي اليد]⁽⁵⁾ بحكم اليد على الأرض لا يدلّ على أنه أخذه ضرورةً؛ لجواز أن يكون الزرع في يد⁽⁶⁾ إنسانٍ والملك لغير صاحب الأرض، بأن زرعه بأمره أو بغير أمره؛ لأنّ الإنسان متى غصب أرضَ غيره وزرعه ببذره بأمره⁽⁷⁾، يكون الخارج ملكاً للزارع⁽⁸⁾، فلم يشهدوا بملك الحنطة لصاحب الأرض، وعلى هذا إذا شهدوا أنّ أنّ هذا/ الشيء أخذ من يد فلانٍ ولم يعنوا الأخذ، ففي رواية أبي حفصٍ⁽⁹⁾: له الأخذ، [900ظ] وفي رواية أبي سليمان⁽¹⁰⁾: لا يكون للمدّعي الأخذ وهو الأصحّ؛ لجواز أنّ الأخذ غيره، وقد أودع عند ذي اليد ولم ينقله من موضعٍ إلى موضعٍ حتى يصير غاصباً، فلم يتعيّن

(1) المبسوط للسرخسي 73/17، المحيط البرهاني 130/9.

(2) في ف: من أرض.

(3) في ف: من أرضه.

(4) المبسوط للسرخسي 67/17.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) في ف: أرض.

(7) في ف: بأمره ببذره.

(8) في ف: المزارع.

(9) سبقت ترجمته.

(10) سبقت ترجمته.

هو آخذاً لا نصاً ولا اقتضاءً، فلا يجب [عليه] ⁽¹⁾ ردُّه، ولو أنَّهم شهدوا أنَّه أخذه من يده يُقضى له ⁽²⁾.

ولو شهدوا أنَّ هذا التمر خرج من نخله وهو يملكه، أو هذا التمر من نخله فُضي له، كما لو شهدوا أنَّ هذا العبد ولدته أمُّه وهو يملكها؛ لأنَّ الشهادة بأخذ التمر من نخله شهادةً بملك الثمر له اقتضاءً؛ لأنَّ ملك النخل سببٌ لملك التمر لا محالةً، كملك الأمِّ سببٌ لملك [الولد، فأما ملك الأرض ليس بسبب لملك] ⁽³⁾ الزرع؛ لأنَّ الحنطة تبع البذر ويتولَّد منه دون الأرض، ألا ترى أنَّ الغاصب إذا بذر الأرض كان الخارج منها له، فلم تكن الإضافة إلى الأرض دليلَ الاستحقاق ⁽⁴⁾.

ولو قالوا: هذه الحنطة من زرع كان في أرضه، لا يُقضى له؛ لأنَّه قد يكون في أرضه زرعٌ غيره ونخلٌ غيره وكرمٌ غيره، فإن غرسها الغاصبُ أو زرعها فلم يشهدوا بملك هذه الأشياء له، وإنَّما شهدوا بكونها في يده، من قبل ⁽⁵⁾ باطلة، فهذه أولى ⁽⁶⁾.

ولو شهدوا أنَّه غَزَلَ هذا من قطن فلانٍ وهو يملكه ونَسَجَ، فعلى الغاصب قطنٌ ⁽⁷⁾ قطنٌ ⁽⁷⁾ مثله والثوب للغاصب، إلَّا أن يقول المالك: أنا أمرُّه بالغزل والنسج، فيأخذ عينه؛ عينه؛ لأنَّ ملك القطن ثبت للمدعي ⁽⁸⁾، وقد ثبت غزل ذي اليد ونسجه بغير أمره، وهذا مما يقطع ملك المالك من القطن إلَّا بإذنه، فبقيت عينه على ملكه ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽²⁾ المحيط البرهاني 130/9.

⁽³⁾ ما بين معكوفين سقط من الأصل.

⁽⁴⁾ المبسوط للسرخسي 73/17، الفتاوى الهندية 87/4.

⁽⁵⁾ في ف: والشهادة من قبل.

⁽⁶⁾ المبسوط للسرخسي 73/17، بدائع الصنائع 236/6.

⁽⁷⁾ في ف: إلَّا أنَّ قطن مثله.

⁽⁸⁾ في ف: للمدعي بهذه الشهادة.

⁽⁹⁾ المحيط البرهاني 131/9، الفتاوى الهندية 87/4.

ولو شهدوا أنّ هذه الحنطة من زرع هذا، وهذا الزبيب من كرم هذا، يُقضى للمدّعي، [طَعَنَ] (1) عيسى (2) وقال: لا يُقضى، كما لو أقام البينة على أنّ هذا التمر (3) من كرمٍ كان في أرضه (4)، لا يُقضى له؛ **والصحيح قول محمدٍ، وفرقٌ بين هذا وبين ما إذا شهدوا أنّ هذا جلد، أو لحم، أو صوف شاته، لا يُقضى للمدّعي (5).**

والفرق: أنّ الحنطة والتمر متولّد متفرّع من الزرع والنخل، فيكون تبعاً للأصل، فمُلك بملك الأصل، فتكون الشهادة بملك الأصل شهادة بملك الفرع والتّبّع، فأما الجلد واللحم وأطراف الدّابة ليست بتّبّعٍ لها، حُلقت مع الدّابة بعضٌ من أعضائها ما دامت قائمة متصلة بها، وبعد المزايلة والمباينة صارت أصلاً بنفسها؛ لأنّها تقوم بنفسها لا متولدة متفرعة عنها؛ ولأنّه يحتمل أنّ الشاة سلّخت ثم بيع الجلد من إنسان (6)، فيكون هذا جلد شاته ولم يكن مملوكاً له، فلم يشهدوا بملك الجلد له وإن أضافوه إلى شاته، وهذا لأنّ الإضافة للتعريف لا تقتضي كون الجلد ملكاً لصاحب الشاة، إذ التعريف يقع لشاة في ملكه ويقع لشاة كانت ملكاً له (7)، فعلى هذا إذا شهدوا أنّ هذا تمر (8) نخله لا يُقضى بالتمر له، كما في هذه المسألة، بخلاف ما لو شهدوا أنّ هذا التمر من نخله، فإنّه يُقضى له بالتمر؛ لأنّ كلمة (من) كلمة تبعيضٍ وليست بكلمة تعريفٍ، فقد شهدوا أنّ التمر بعض ملكه، وبعض ملكه يكون مالكاً له خصوصاً إذا كان تابعاً له (9).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) لعله عيسى بن حماد وقد سبقت ترجمته.

(3) في ف: الثمن.

(4) في ف: في أرضه أو هذه الحنطة من زرع كان في أرضه.

(5) المبسوط للسرخسي 73/17، المحيط البرهاني 131/9.

(6) في ف: من الشاة.

(7) في ف: له ملكاً.

(8) في ف: ثمن.

(9) بدائع الصنائع 236/6.

فإن أقر ذو اليد أنه من كرمٍ في أرض المدّعي، أو من زرعٍ في أرضه، أو كان في أرضه يُقضى للمدّعي؛ لأنه أقر أنه كان في يد المدّعي لما أقر أنه كان في أرضه، ولو ثبت إقراره أنه كان في يد المدّعي بالبينة العادلة، يُقضى له به، فكذا إذا ثبت إقراره أنه كان في يد المدّعي بالبينة العادلة (1) أولى.

مسألة: جلدٌ في يده فأقام آخر البينة أنه سلّخه في ملكه، وأقام ذو اليد البينة على مثله، فهو لذي اليد؛ لأنه بمعنى النتاج؛ لأنّ السلّخ لا يتكرر ولا يُنتى (2).

مسألة: شاةٌ مسلوخةٌ في يد رجلٍ جلدُها وسقطها في يد آخر، فأقام الذي الشاة في يده بينةً أنّ الشاة، والجلد، والسقط كلّ له، وأقام الذي في يده السقط البينة على مثله، يقضى لكل واحدٍ بما في يد صاحبه؛ لأنّ كل واحد منهما يدّعي الملك المطلق، وكلّ واحدٍ خارجٌ عمّا في يد صاحبه ذو اليد فيما في يده، وبينة الخارج في الملك المطلق أولى (3).

مسألة: أقام البينة أنّ الشاة المسلوخة في يد فلان ملكه، ضحّى بها وسلخها، وأقام الذي في يده على مثله قضي للخارج؛ لأنّهما ادّعى الملك المطلق (4).

مسألة: أقام البينة على دجاجٍ في يد الغير أنه له فرّخ في ملكه، وأقام ذو اليد البينة على ذلك أيضاً، فهو لذي اليد؛ لأنه في معنى النتاج، إذ لا فرق بين ولادة الدواب وولادة الطيور في أولية الملك وفي أنها لا تتكرر (5).

مسألة: دجاجةٌ في يد رجلٍ، أقام آخر البينة أنّ البيضة التي خرجت من هذه كانت له، يُقضى له ببيضةٍ مثلها لا بالدّجاجة؛ لأنّهم لم يشهدوا بالملك في الدجاجة لا تنصيصاً

(1) في ف: بالمعينة أولى.

(2) المبسوط للسرخسي 76/17، والفتاوى الهندية 86/4.

(3) المبسوط للسرخسي 76/17، المحيط البرهاني 128/9، والفتاوى الهندية 86/4.

(4) الفتاوى الهندية 86/4.

(5) المبسوط للسرخسي 76، 77/17، والبحر الرائق 245/7.

[900و] ولا اقتضاءً، إلا أن تكون البيضة⁽¹⁾ ملكاً لإنسانٍ لا يُوجب أن يكون الفرخُ/ ملكاً للحاضر⁽²⁾، كحنطةٍ غصبها فزرعها يكون الزرع للغاصب، ويُقضى له ببيضةٍ مثل بيضته؛ لأنّه أثبت ملك البيضة ولم تصل إليه البيضة بل احتُسبت عند ذي اليد، فيضمن مثلها، بخلاف ما إذا شهدوا أنّ هذا العبد ولدته جاريته بقضاء العبد له⁽³⁾ لَمَّا مرَّ⁽⁴⁾.

مسألة: باضت الدجاجةُ المغصوبةُ بيضتين، فحضنت الدجاجةُ أحدهما وخرج فرخٌ، وحضن الغاصب الأخرى تحت دجاجةٍ أخرى فخرج فرخٌ، فالدجاجةُ المغصوبةُ وفرخُها الذي حضنته للمغصوب منه، والفرخ الذي حضن [الغاصب]⁽⁵⁾ له؛ لأنّ البيضة [التي]⁽⁶⁾ حضنت الدجاجةُ بنفسها لا صُنِعَ لأحدٍ فيه، فيملك [الفرخ]⁽⁷⁾ صاحبُها، كالريح إذا هبّت بحنطةٍ إنسانٍ فألقتهَا في أرض إنسانٍ ونبت الزرعُ يكون لمالك الحنطة، فكذا هذا، وما حضنه الغاصب فهو له؛ لأنّه حصل بصنعه⁽⁸⁾.

المنتقى: روى ابن سماعة عن محمد رجلٌ في يديه ثوبٌ، أقام رجلٌ البينة أنّه نسجَ نصفه، وأقام ذو اليد البينة أنّه نسجَ نصفه، يُنظر إن عُرف النصف فلكلّ واحد منهما نصفه⁽⁹⁾ الذي نسجَهُ، وإن لم يُعرفا فكلُّه للخارج⁽¹⁰⁾.

(1) في ف: لأنّ كون البيضة. وهو الصواب.

(2) في ف: ملكاً له.

(3) في ف: يقضى بالعبد له.

(4) البحر الرائق 245/7، حاشية ابن عابدين 37/8.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) المبسوط للسرخسي 76، حاشية ابن عابدين 37/8.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(10) الفتاوى الهندية 85/4.

قُلْتُ: لم يَجْعَلِ الثوبَ كُلَّهُ لِلذِي نَسَجَ النصفَ الأول؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ السَّدي (1)
بِالنَّسجِ فَقَالَ: لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمَنسُوجُ لِلأَوَّلِ وَالسَّدي لِلآخِرِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ السَّديُّ
قَلِيلًا مِثْلَ مَا يَنْزِلُ لِلثوبِ.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ فِي يَدَيْهِ شَاتَانِ بِيضَاءَ وَسودَاءَ، أَقَامَ رَجُلٌ الْبَيْنَةَ أَنَّ الْبِيضَاءَ لَهُ
وَوَلَدَتِ السُّودَاءَ فِي مَلِكِهِ، وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيْنَةَ أَنَّ السُّودَاءَ وُلِدَتْ الْبِيضَاءَ فِي مَلِكِهِ، قَالَ:
يُقْضَى لِلْمَدَّعِيِ بِالسُّودَاءِ وَهِيَ الْبِنْتُ، وَلَا يُقْضَى لَهُ بِالْأُمِّ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى نِتَاجَ الْبِنْتِ فِي
مَلِكِهِ، وَذُو الْيَدِ لَمْ يَدَّعِ النِتَاجَ فِيهَا، بَلْ ادَّعَى فِيهَا مَلِكًا مُطْلَقًا، فَكَانَتْ بَيْنَةَ مَدَّعِيِ النِتَاجِ
أُولَى، وَرُويَ أَنَّ أبا يوسُفَ قَالَ: تَبْطُلُ الْبَيْنَتَانِ وَيَقَرُّ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ؛ لَمَّا قُلْنَا (2).

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ فِي يَدِهِ لَوْلُؤَةٌ، أَقَامَ رَجُلٌ الْبَيْنَةَ أَنَّهُ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ صَدْفَةٍ (3) مِنَ الْبَحْرِ،
الْبَحْرِ، وَأَقَامَ ذُو الْيَدِ الْبَيْنَةَ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ، فَإِنَّهَا لَذِي الْيَدِ؛ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ النِتَاجِ؛ لِأَنَّهَا لَا
تَخْرُجُ مِنْ صَدْفَةٍ مَرَّتَيْنِ.

(1) السَّدي: هو ما يمد طولاً في النسج، يقال أسديتُ الثوبَ أقمت سداه. المصباح المنير، سدي 271/1.

(2) المبسوط للسرخسي 77/17، والبحر الرائق 245/7.

(3) الصدفة: غشاء خلق في البحر تضمُّه صدفتان مفروجتان عن لحم فيه روح، ويسمى المحارة، وفي مثله يكون اللؤلؤ الجوهري،
وصدْفُ الدرة غشاؤها. ينظر: لسان العرب، مادة: صدف، 187/9، ومختار الصحاح، مادة: صدف، 375/1.

باب: دعوى البيع والشراء

المنتقى: مسأله على فصول: أحدها: في دعوى البيع [البات⁽¹⁾]، والثاني: في دعوى العقدين، والثالث: في دعوى البيع بشرط الخيار.

فصل: ادعى البائع الإكراه على البيع، والمشتري ادعى الطواعية والرضا وأقام البينة، قال بعض المتأخرين: بينة الطواعية أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأنها تُثبت الرضا، وبينة الإكراه تنفيه؛ لأن الإكراه عبارة عن عدم الرضا، بخلاف ما لو أقام أحدهما البينة على إدخال شرط فاسد في العقد، والآخر على عدمه؛ لأن إدخال شرط فاسد شيء زائد، وأمر حادث، فكانت بينته مثبتة شيئاً زائداً فكانت أولى، نظيرها منصوص عليه في المضاربة⁽²⁾.

[لو أقام رب المال البينة على أنها⁽³⁾] دفع إليه مضاربة، وأن يكون له زيادة مائة درهم، وأقام الآخر البينة أنه شرط له النصف لا غير، فالبينة القائمة على الزيادة [وإن كانت⁽⁵⁾] مثبتة للفساد أولى⁽⁶⁾.

ولو أقام أحدهما البينة أنه دفع إليه بالنصف، وأقام الآخر⁽⁷⁾ أنه دفع إليه مضاربة مضاربة ولم يشترط شيئاً، فالبينة المثبتة للشرط أولى؛ لأن فيها إثباتاً وهو يقتضي الصحة، وقال بعضهم: إن بينة الإكراه أولى، وهو رواية عن أبي يوسف في المنتقى⁽⁸⁾.

وذكر في المنتقى مطلقاً أن بينة الفساد أولى؛ لأنها مثبتة لزيادة أمر حادث وهو الإكراه، وإدخال المفسد فيه.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) قلت: جاء في المحيط البرهاني 238/9: أن بينة الإكراه أولى بالقبول.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: أنه. وهو الصواب.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) بدائع الصنائع 110/6، الفتاوى الهندية 324/4.

(7) في ف: آخر.

(8) المبسوط للسرخسي 90/22، بدائع الصنائع 110/6، الفتاوى الهندية 324/4.

وإن كان القول لمن يدعي الطوعية كما في المزارعة، القول قول من يدعي شرط النصف الخارج، والبينة بينة من يدعي النصف وزيادة؛ لأنها مثبتة للزيادة ظاهراً وإن كانت مثبتة للفساد، وكذا إن ادعى أحدهما إقراراً بدين طائعاً، والآخر يدعي عن إكراه كان القول لمن يدعي الطوع⁽¹⁾، والبينة لمن يدعي الإكراه، فإن كانت بينة الطوعية مثبتة للمال⁽²⁾ وبينة الإكراه تنفيه، ولكن الظاهر ما بيننا وإن كان/ سبباً للفساد كما في [901ظ] المزارعة⁽³⁾.

ولو اختلف المتبايعان فادعى أحدهما بيع الوفاء، والآخر بيع البتات، تُقبل بينة مدعي الوفاء؛ لأنه خلاف الظاهر في البياعات، فكان أكثر إثباتاً⁽⁴⁾.

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: اشترى من آخر جاريةً، ثم ادعى أنه باعها من بائعها بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن، وادعى البائع أنهما تقايلا، فالقول لمن ينكر الإقالة؛ لأن دعوى المشتري البيع الفاسد لا تسمع ولا بيئته، ولو كانت دعوى الإقالة من المشتري بعد نقد الثمن، فكل واحد منهما اليمين على صاحبه.

مسألة: ادعى داراً في يدي رجلٍ أنها له اشتراها من فلانٍ، وقبضها ولم يُسمياً ثمناً، فإني أسألها قبضها بأمره أو بغير أمره؟، فإن قالوا: لا تزيد⁽⁵⁾ على هذا، لا أقبلُ شهادتهما، وإن ماتا ولم يسلمها⁽⁶⁾ فهو على أنه قبضها بأمر البائع، وأقضي له بالدار؛ لأن هذا وإن لم يسم الثمن فهو بيع فاسدٌ يملك بالقبض، فإن جاء الغائب يخاصم المستحق قضيتُ بها له⁽⁷⁾.

(1) في ف: الطوعية.

(2) في ف: الحال.

(3) حاشية ابن عابدين 132/7.

(4) المحيط الدرهماني 69/7، حاشية ابن عابدين 385/1.

(5) في ف: لا تزيد. ولعله الصواب.

(6) في ف: ولم يسألها. وهو الصواب.

(7) المحيط الدرهماني 363/8.

ذكر هشامٌ في نوادره عن محمدٍ: رجلٌ ادَّعى داراً في يدي⁽¹⁾ رجلٍ وجد المدَّعي عليه، فباعها المدَّعي عليه قبل إقامة البينة، فبيعهُ جائزٌ، وإن باعها بعد إقامة البينة نَنظُر إن قدر على المشتري أبطل البيع، وإن لم يقدر عليه وعدلت البينة يُخَيَّر المدَّعي⁽²⁾ فإن شاء أخذ من البائع قيمتها، وإن شاء وقف حتى يقدم المشتري.

قال أبو يوسف: رجلٌ ادَّعى داراً في يدي رجلٍ أنها له اشتراها من فلانٍ، وفلانٌ غائبٌ، أو حاضرٌ مُنكرٌ، تُقْبَل بينتهُ، وهذا بمنزلة من ادَّعى داراً في يدي رجلٍ أنها له اشتراها من فلانٍ، وكان فلانٌ اشتراها من صاحب اليد، فُبِلت بينتهُ⁽³⁾.

وإن ادَّعى أنه اشتراها له فلانٌ المدَّعي عليه، لم تُقْبَل بينتهُ، وهو قول أبي حنيفة -رحمه الله-، قال أبو يوسف: لو صدَّقه صاحب اليد وقال: كنتُ بعثتها من وكيلك، أو من بائعك فلان وهو غائبٌ، لكن أودعنيها فلا خصومة بينهما، وكذلك لو جاء رجلٌ بصكٍّ باسم غيره على رجلٍ فقال: هذا المال الذي عليك باسم هذا الرجل لي قد أقر لي به فلانٌ، فإن أنكر المدعي عليه ذلك فهو خصمٌ، تُقْبَل بينة المدَّعي ويُقضى له بالمال، وإن أقرَّ بالمال للرجل الذي الصكُّ باسمه لا تُقْبَل بينتهُ⁽⁴⁾.

وروي عن أبي حنيفة أنه قال: لا تُقْبَل بينتهُ في الوجهين.

وكذلك دارٌ في يدي ورثةٍ، ادَّعى رجلٌ شراء نصيب أحدهم وهو غائبٌ، فإن أقر الحاضرون بنصيب الغائب والحق فيها وأنكروا شراء المدَّعي لا تُقْبَل بينتهُ، وإن أنكروا الحق للغائب فُبِلت بينة⁽⁵⁾ المدَّعي⁽⁶⁾.

(1) في ف: في أيدي.

(2) في ف: المشتري.

(3) المحيط البرهاني 185/9، الفتاوى الهندية 39/4.

(4) المحيط البرهاني 185/9.

(5) في ف: بينته.

(6) المحيط البرهاني 185/9.

مسألة: رجلٌ أقام بينةً على آخر أنه اشترى منه نصف داره مُشاعاً⁽¹⁾ بألف درهم، وأقام ربَّ الدار البينة أنه باعها⁽²⁾ نصفها معلوماً بألفي درهم، قال: أجبَلْ له النصف المعلوم بألفي درهم، ونصف النصف الباقي مشاعاً⁽³⁾ بألف درهم، وأقام المشتري البينة أنه اشترى نصفها مقسوماً بمائة درهم، فإنه يُقضى له بعُشر النصف بخمسمائة، ويُقضى له بتسعة أعشار النصف المقوم تسعين درهماً، والعُشر الباقي منه بخمسمائة؛ لأنَّ البائع قد أقام البينة على فضل ثمن، فكان أكثر إثباتاً.

فصل: قال محمد: لو قال: بعْتُك هذا الثوب بعشرة دراهم، واستأجرتني عليه فصَبَعْتُهُ لك بصَبْغِكَ، وقال الآخر: الثوبُ ثوبي لم أشتريه منك ولم أستأجرِكَ، فالثوب للمقر له مصبوغاً وليس لمُدَّعي البيع شيءٌ، إلا أن يقيم البينة على الاستئجار فله الأجر؛ لأنَّه أقر له بالملك بعوضٍ، والمقر له يصدِّقه في الملك، فصَحَّ، ويكذِّبه في العوض فلم يُجب.

مسألة: رجلٌ في يديه دقيقٌ، فقال الآخر: بعْتُك كذا حنطة وأمرتني فطحنتُها لك، فخذ الدقيق وادفع إليَّ الثمن، وقال الآخر: أعطيتُك حنطة كانت عندي ولم أشتريها منك وأمرتكَ فطحنتها، فالقول قوله مع يمينه على ما ادَّعى الآخر من الثمن، والبينة بينة من في يده⁽⁴⁾ الدقيق؛ لأنَّه مدَّعٍ للثمن، وكذلك كلُّ شيءٍ تغيَّر عن حاله إلى حال غيره واختلفا واختلفا فيه، فالقول⁽⁵⁾ قولُ الخارج [مع يمينه]⁽⁶⁾، وإن كان لم يتغيَّر أو يتحوَّل عن الحالة الحالة الأولى فالقول قول صاحب اليد، كما إذا غسله، أو (.....)⁽⁷⁾ أو صَبَعَهُ أسود ثم

(1) في ف: متاعاً.

(2) في ف: اشتراها.

(3) في ف: مشاعاً بخمسمائة، ولو أقام البائع البينة أنه باعه عشرها.

(4) في ف: يدعي أنها في يده.

(5) في ف: فالقول فيه.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) كلمة غير مقروءة في النسختين.

قال: بعثته منك وأمرتني ففعلتُ به هذا، وقال الخارجُ: بل هو ثوبي دفعته إليه وأمرتُك بالذي فعلتُ، فلصاحب اليد أن يُمسك، ويُنقض البيع استحساناً، وذلك أنّه (1) متى تغيّر عن حاله باتّصال الصبغ به، أو بالطحن [ونحوه] (2) بأمر الخارج، فقد خرج من يد صاحب اليد، وصار الخارجُ قابضاً له (3).

أمّا باتّصاله (4) بملكه بالبيع كما إذا قال: ازرع أرضي ببذرك/، أو ادفع (5) إلى [901] صائغ فضة، وقال: اجعلها خاتماً وزد من فضّتك دانقاً (6)، يصير قابضاً للبذر ولزيادة الفضة، فكذا هذا، أو باستهلاكه بأمره (7).

وإن لم يتغيّر عن حاله فلم يتصل بملكه شيءٌ، فلم يصير الخارجُ قابضاً، ألا ترى لو باع جاريةً فلم يقبضها المشتري حتى سقاها دواءً، أو قطع منها عرقاً، أو حجمها، أو كان المبيع دابةً فأخذ من حافرها، أو نزعها، أو كان نعلاً فحذاه فقال الآخر: قد أمرتُك بذلك ولم اشترها منك ولكن هي لي، فالقول لصاحب اليد حتى أنّ له أن يمسكها وينقض البيع، وإنّما هذا على أفعال الناس، فكذا هذا.

فصل: هشام عن محمد عبدٍ في يدي (8) رجل، أقام رجلان كلّ واحدٍ منهما البيّنة أنّه عبده باعه إيّاه على أنّه بالخيار فيه ثلاثة أيام، فإن أمضى (9) البيع، أو أمضى أحدهما ورضي به الآخر، لزم المشتري لكلّ واحدٍ منهما ألف درهم؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما

(1) في ف: لأّته.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) المحيط البرهاني 132/9.

(4) في ف: لاتّصاله.

(5) في ف: دَفَع.

(6) الدانق: بفتح النون وكسرهما، من الأوزان، وجمعها: دانق. ينظر: المصباح المنير، مادة: دنق، 201/1، لسان العرب: مادة دنق: 105/10.

(7) المحيط البرهاني 91/7، الفتاوى الهندية 240/5.

(8) في ف: يد.

(9) في ف: أمضيا. وهو الصواب.

أثبت البيع بالبينة بالسبب الموجب⁽¹⁾ للثمن كله [له]⁽²⁾ وهو المبيع، إلا أنه لم يجب تسليم تسليم الثمن قبل سقوط الخيار؛ لوجود المانع وهو الخيار، فإذا سقط الخيار ارتفع المانع، فوجب عليه لكل واحدٍ منهما ألف درهم؛ لأنّ كلّ واحد ادّعى ألفاً كاملةً وأثبتها بالبينة ولا تضاداً بين البينتين، إذ⁽³⁾ الجمع بينهما ممكنٌ، بأن باع منه أحدهما ثم اشتراه من المدّعي المدّعي الثاني بعد ما تداولته الأيدي، وإن أمضى أحدهما البيع ونقض الآخر فلمخيّر نصف الثمن، وللناقض العبدُ كله؛ لأنّه لم يبق للممّضي منازعة معه، وأما للمخيّر نصف الثمن ذكّره في العيون؛ لأنّ العبد لو سلّم للمشتري بأن ساعد الأوّل في الإمضاء، استحق على المشتري ألفاً كاملةً، فإذا لم يسلم له وسلّم للناقض لم يجب على المشتري ما يستحق عليه عند سلامة العبد⁽⁴⁾.

وذكّر في المنتقى: لا شيء للمخيّر من الثمن؛ لأنّه لمّا أجاز البيع صار بائعاً للعبد، وصار الآخر مستحقاً له، فصار كما لو اشترى عبداً، فأقام رجلٌ البينة أنّه عبده، فإنّه يُقضى له ويبطل الثمن عن المشتري إن كان لم يدفعه، فكذا هذا.

وإن لم يمضيا البيع ومضت مدّة الخيار أخذًا العبدَ بينهما نصفين، ولا شيء على المشتري؛ لأنّ التنازع وقع في العين لا في الثمن، وتضايق العين غير الحقين⁽⁵⁾، فيُقضى فيُقضى بينهما نصفين⁽⁶⁾.

وإن لم يُقيما البينة وصدّقهما ذو اليد، ولا يعلم أيّما أوّل، إن أمضيا⁽⁷⁾ البيع أخذ كلّ واحد منهما ألف درهم، وإن لم يمضيا البيع ومضت مدّة الخيار أخذًا العبدَ بينهما نصفين، وغرم المشتري لكل واحد منهما نصف قيمته⁽⁸⁾.

(1) في ف: المؤخر.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) في ف: بل.

(4) الفتاوى الهندية 4/76.

(5) في ف: عن الحقين. ولعله الصواب.

(6) الفتاوى الهندية 4/76.

(7) في ف: إن أمضى.

(8) الفتاوى الهندية 4/76.

وإن أمضى أحدهما ولم يمضه⁽¹⁾ الآخر يأخذ المجيز [الألف كلهما، ويأخذ الآبي العبد كله] ⁽²⁾، وإن لم يجيزا البيع ولم ينقضاه حتى قضى القاضي بينهما، ثم أجاز أحدهما البيع فالمشتري بالخيار، إن شاء ردّ على الناقض نصف العبد وأمسك نصفه ودفعت إلى المجيز نصف الثمن، وإن شاء ردّ العبد إليهما⁽³⁾.

مسألة: عبد في يدي رجلٍ أقام رجلان كل واحد منهما بيّنة أنّه باعه من صاحب اليد بيعاً فاسداً، فالعبد لهما، فإن مات العبد في يد المشتري فعليه قيمتان، وإن كانت البينتان شهدتا على معاينة العقد والقبض، والعبد مستهلك، أخذاً قيمةً واحدةً بينهما نصفان⁽⁴⁾.

(1) في ف: ولم يمض.

(2) ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

(3) المحيط الدرهماني 76/4.

(4) المحيط الدرهماني 83/9، الفتاوى الهندية 75/4.

باب: الدعوى في الميراث والدَّيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ وَلِلْمَيِّتِ

المنتقى: هشامٌ عن محمد في امرأةٍ مدركةٍ زوّجها أبوها فمات زوجها، فجاءت تدعي الميراث، ننظر إن قالت: [كُنْتُ] (1) أمرتُ أبي بالتزويج ثبت النكاح وورثت؛ لأنّ تزويج الأب قد ظهر (2)، وإنّما يوجب استحقاق الإرث إذا اتّصل به إذنُها، وقد ثبت اتّصال الإذن بالنكاح باعترافهما (3)، فقد ادّعت الإرث بعد أن اعترفت أنّ إنكاح الأب سببٌ موجبٌ للإرث، فاستحققت الإرث (4).

فإن قالت: [ما] (5) أمرته، ولكن أجزتُ تزويجه لم يثبت ولا ميراث لها؛ لأنّها اعترفت أنّ السبب لم ينعقد موجباً للإرث، وادّعت أمراً عارضاً وهو الإجازة اللاحقة بالمناكحة السابقة، فما لم تظهر الإجازة اللاحقة بالبينّة العادلة لا يثبت استحقاق الإرث (6).

مسألة: رجلٌ ادعى أنّه تزوّج هذه المرأة فجحدت ذلك، ثم مات الرجلُ فجاءت تدعي ميراثها، فلها الميراث، وكذلك لو كانت المرأة ادّعت النكاح وجحدته الرجل، ثم ماتت فطلب الرجلُ ميراثها، وزعم أنّه كان تزوّجها، فله الميراث؛ لأنّه أمكن التوفيق بينهما؛ لجواز أنّه تزوّجها / بعد جحودها (7).

[902ظ]

ولو ادّعت على زوجها أنّه طلقها ثلاثاً وأنكره الزوج، ثم ماتت فطلبت ميراثها منه، أو كانت أكذبت نفسها قبل موته وزعمت أنّه لم يطلقها، فلا ميراث لها؛ لأنّها اعترفت بارتفاع سبب الإرث (8) وهو الزوجية، والرجوع عن الإقرار لا يُسمع في حق الغير (9).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) في ف: سببٌ قد ظهر.

(3) في ف: باعترافها . ولعلها الصواب.

(4) عيون المسائل 204/1.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) عيون المسائل 204/1، والمحيط البرهاني 405/9.

(7) المحيط البرهاني 163/3، والفتاوى الهندية 72/4.

(8) في ف: استحقاق الإرث.

(9) المحيط البرهاني 101/9، والفتاوى الهندية 72/4.

مسألة: امرأة ادّعت على زوجها بعد وفاته ألف درهم من مهرها، وذلك مهر مثلها، وقال الورثة: قد علمنا أنّ أبانا تزوجها ولا ندري ما مهرها، وحلّفوا عند أبي يوسف ومحمد ما يعلمون [ما] (1) مهرها، فلها أقلّ الصداق عشرة دراهم؛ لأنّ ذلك متيقن، والزيادة مشكوكٌ فيها (2).

مسألة: ولو اشترى رجلٌ من رجلٍ عبداً، فمات المشتري والعبدُ جميعاً، وادعى البائعُ الثمن على ورثته، فقالت الورثة: ما ندري ما ثمنه، وحلّفوا أنهم لا يعلمون ما ثمنه، حبسهم القاضي حتى يُقرّوا بشيء، أو يحول بينهم وبين المال، ويضعه على يدي عدلٍ، حتى يُبينوا ما على أبيهم من الثمن، بمنزلة رجلٍ أقر أنّ لرجلٍ على أبيه ديناً وقال: لا أعلم ما هو، فلا بُدَّ [من] (3) أن يُقر بشيء، وإلاّ يحول (4) القاضي بينه وبين تركة أبيه، فكذا هذا.

مسألة: رجلٌ ادّعى قبَلَ ميّت ألف درهم وضخّ (5)، وللميت ابنان، فأقر أحدهما أنّها أنّها وضخّ، وأقر الآخر أنّها غلّة، قال محمد: يأخذ الألف كلّها من المقر بالوضخ، ويرجع [هو] (6) على أخيه بخمسائة درهم غلّة.

مسألة: رجلٌ مات وترك ألفاً وابناً (7)، وادّعى رجلٌ أنّ تلك الألف له وديعةً عند أبيه، فصدّقه الوارث ودفعها إليه بغير قضاء، ثم أقام رجلٌ البينة أنّ له على الميت ألف درهم ديناً وكذبهما في الوديعة، فأئيّهما ضمن لم يرجع على صاحبه بشيء، فإن ظهرت

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) البحر الرائق 197/7.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) في ف: ولا يحول.

(5) في ف: وضخ. والصواب وضخّ: وهو الدرهم الصحيح، ينظر: الصحاح في اللغة: مادة: وضخ: 283/2، والمصباح المنير:

مادة: وضخ، 662/2.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) في ف: ابنان.

الوديعة بعد ذلك وقد ضمن الوارثُ المالَ فلا سبيلَ له عليها؛ لأنَّه أقرَّ أنَّه وديعة لهذا الرجل، فصار المقر له بالوديعة أحقَّ بالمال من الوارث⁽¹⁾.

ولو ادَّعى ألفاً على أبيه ديناً فصدَّقه الوارث ودفع الألف إليه بغير قضاءٍ، ثم أقام الغريمُ البينةَ على المدين، فله أن يُضمَّنَ أيَّهما شاء، فإن [ضمَّن الوارث رجوع بما]⁽²⁾ ضمَّنه على الآخذ منه؛ لأنَّه لم يُقرَّ بأنَّ هذا المال بعينه له، بل أقرَّ له بدينٍ في ذمة الميت⁽³⁾.

ولو كان الوارث دفع الألف إليه بأمر القاضي في الوديعة، أو الدَّين، ثم أقام رجلاً البينة على الميت بدينٍ ألفٍ، فلا ضمان له على الوارث، ويأخذ من القابض ما قبض؛ لأنَّ الوارث مُجبر [على]⁽⁴⁾ الدَّفع، فلم يصر مستهلكاً بالدَّفع.

⁽¹⁾ الاختيار 35/3.

⁽²⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽³⁾ مجمع الأنهر 709/1.

⁽⁴⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

القسم الرابع: في الاستحقاق بالأيدي

باب: الرجلان يتداعيان الشيء بالأيدي

المنتقى: ذكر هشام عن أبي يوسف في رجلين على دابة في سرج⁽¹⁾ واحدٍ فهي بينهما، وإن كان أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لصاحب السرج؛ لأنّ في الأول استويا في اليد والتصرف والركوب، وليس أحدهما بتابع للآخر من حيث الظاهر، وفي الثاني لم يستويا في اليد والتصرف؛ لأنّ المتصرف صاحبُ السرج، والرديف تابعٌ له، وإن كان أحدهما راكباً والآخر آخذاً باللجام⁽²⁾، فالراكب أولى؛ لأنّه هو المتصرف فيه⁽³⁾.

ولو كان رجلٌ جالسٌ على بساطٍ والآخر متعلقٌ به، وهما يدعيانه، فهو بينهما ، أي يُترك في أيديهما؛ لاستوائهما في اليد، وإذا ادّعى رجلٌ السفينة وهو راكبها، والآخر ممسكٌ بسكانها، وآخر يجذف فيها، وآخر يمدّها، فهي بينهم، إلاّ من يمدّها فلا شيء له؛ لأنّه لا يد له فيها⁽⁴⁾.

مسألة: سفينةٌ فيها دقيقٌ ورجلان فيها، فادّعى كلّ واحدٍ منهم السفينة وما فيها، وأحدهم معروفٌ ببيع الدقيق، والآخر ملاحٌ⁽⁵⁾ معروف، فالدقيق لمن هو معروف ببيعه، والسفينة للملاح⁽⁶⁾.

وروي عن أبي يوسف في رجلٍ اصطاد طائراً في دار رجلٍ، فإن اتفقا على أنّه على أصل الإباحة فهو للصائد، سواءً اصطاده على الهواء أو على الشجر؛ لأنّ الصيد

(1) السرج: هو رجل الدابة، والجمع سروج، وأسرج الفرس أي وضع عليها السرج، والسراج بائع السروج. ينظر: لسان العرب: مادة: سرج: 297/2، تهذيب اللغة: مادة: سرج: 459/3.

(2) اللجام: ما تقاد به الدابة، وقيل: هي الحديدة القائمة في الشكيمة. ينظر: تاج العروس: مادة: لجم ، 4047/1، والصحاح: مادة: شكاء، 365/1.

(3) عيون المسائل 204/1، وتبيين الحقائق 325/4 ، العناية 406/9.

(4) العناية 406/9، والجوهرة النيرة 220/2.

(5) الملاح: هو صاحب السفينة، وقيل: هو السّفان الذي يجزي السفينة. ينظر: الصحاح في اللغة: مادة: ملح، 199/2، والمصباح المنير: مادة: ملح، 579/2.

(6) البحر الرائق 227/7 ، ومجمع الأنهر 270/2 ، وحاشية ابن عابدين 565/5.

إِنَّمَا يُمْلِكُ بِالْأَسْتِيْلَاءِ وَالْإِحْرَازِ، وَلَا يُمْلِكُ بِحُصُولِهِ وَقَعُودِهِ عَلَى حَائِطٍ أَوْ شَجَرٍ، فَمَلِكٌ⁽¹⁾ بِالْأَخْذِ⁽²⁾.

وإن اختلفا فقال ربُّ الدار: كنتُ اصطدتهُ قبلك، أو ورثتهُ، وأنكر الصائدُ، فإن كان أخذه من الهواء فهو له؛ لأنَّه لا يد لصاحب الدار على الهواء، وكان القولُ قولَ صاحب اليد حقيقةً، وإن أخذه من داره وشجره، فالقولُ قولُ صاحب اليد؛ لأنَّ يده ثابتةٌ على الشجر والحائط، فإن⁽³⁾ أخذه من محلٍّ في يده كان القولُ قولَ صاحب اليد⁽⁴⁾.

وإن اختلفا في أخذه من الهواء والجدار فالقول [قول] ⁽⁵⁾ صاحب الدار؛ لأنَّ الظاهر أنَّ ما في داره في يده، فترجَّح جانبه باعتبار الظاهر⁽⁶⁾.

روى هشامٌ عن محمدٍ قال: لو أنَّ كئاساً⁽⁷⁾ في منزل رجلٍ، وعلى عنق الكئاس قطيفة⁽⁸⁾ أو نحوها، فادعى كل واحد منهما [أنَّها له]⁽⁹⁾، فهي لصاحب المنزل؛ لأنَّ الظاهر يشهد له، لأنَّ الظاهر لا تُحمل القطيفة إلى داره، واليدُ صورةٌ وإن كانت للكئاس لكنَّها معنًى وحكماً لصاحب المنزل⁽¹⁰⁾.

مسألة: رجلٌ دَخَلَ بَيْتَ رَجُلٍ وَمَعَهُ مَالٌ، فَقَالَ رَبُّ الدَّارِ: هَذَا مَالِي أَخَذْتَهُ مِنْ مَنْزِلِي، أَوْ خَرَجَ مِنْ دَارِهِ وَعَلَى عُنُقِهِ مَتَاعٌ، قَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ مَعْرُوفاً

(1) في ف: فيملك، وهو الصواب.

(2) بدائع الصنائع 256/6، ولسان الحكام 239/1، والبحر الرائق 194/6.

(3) في ف: فإذا .

(4) بدائع الصنائع 256/6، ولسان الحكام 239/1.

(5) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(6) بدائع الصنائع 256/6.

(7) الكئاس: مأخوذٌ من الكئس: وهو كسح القمامة عن وجه الأرض، وكئس الشيء: أزال وسخه. ينظر: لسان العرب: مادة:

كئس: 197/6، تهذيب اللغة: مادة: كئس: 328/3.

(8) القطيفة: دثارٌ له خُمْل، وجمعه: قطائف، وقُطِفَ بضمِّين. ينظر: المصباح المنير، مادة: قطف، 509/2، ومختار الصحاح،

مادة: قطف، 560/1.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(10) عيون المسائل 205/1، والفتاوى الهندية 97/4.

بصناعة شيء من الأشياء كالحمال يحمل الزيت فَدْخَلَ على⁽¹⁾ رقبته زيتاً، أو ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الإسقاط، فالقول قوله؛ لأنّ الظاهر يشهد له، وإن كان لا يُعرف بصناعة فهو لصاحب اليد⁽²⁾.

وقال أبو حنيفة القول قول ربّ الدار، ولا يُصدّق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه وهي مما يلبس⁽³⁾.

مسألة: خَائِطٌ يَخِيطُ ثوباً في دار رجلٍ، فتنازعا في الثوب، فالقول لصاحب الدار؛ لأنّه في يده والظاهر يشهد له؛ لأنّه جرت العادة بخياطة الثوب في دار غيره، فكانت يد صاحب الدار أظهرَ بحكم شهادة العادة⁽⁴⁾.

وذكر محمدٌ في المأذون الكبير⁽⁵⁾: لو أجز عبده من قصّارٍ، أو خبّازٍ [ونحوه]⁽⁶⁾، [ونحوه]⁽⁶⁾، فوجد المولى معه متاعاً في طريقٍ فاختلف فيه هو والمستأجر، قال أبو يوسف: إن كان ذلك المتاع من صناعة المستأجر فالقول له، وإن لم يكن من صناعته فالقول للمولى، وإن كان في منزل المستأجر فالقول للمستأجر في الوجهين جميعاً، وكذلك الحرّ لو أجز نفسه من رجلٍ ثم اختلفا في متاعٍ معه، فهو على هذا التفصيل⁽⁷⁾.

مسألة: غلام رجلٍ موسرٍ على عنقه بَدْرَةٌ⁽⁸⁾ فيها عشرة آلاف درهم، وهو في دار معسرٍ، لا شيء له وهما يدعيان البدره، قال محمد: البدره لصاحب اليسار؛ لأنّ الظاهر يشهد له، والترجيح يقع باعتبار الظاهر⁽⁹⁾.

(1) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: وعلى رقبته.

(2) البحر الرائق 227/7، والفتاوى الهندية 97/4.

(3) المحيط البرهاني 109/9، والفتاوى الهندية 96/4.

(4) المحيط البرهاني 109/9.

(5) المأذون الكبير: هو كتاب في الفقه الحنفي، من تأليف محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة. ينظر: كشف الظنون 1282/2.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(7) المحيط البرهاني 110/9، والفتاوى الهندية 96/4.

(8) البدره: ما توضع فيه الدراهم، وإنما سميت بدره الدراهم بدره؛ لامتلائها.

ينظر: الصحاح في اللغة: مادة: بدر: 34/1، تاج العروس: مادة: بدر، 2495/1.

(9) الاختيار 119/2، وحاشية ابن عابدين 518/15.

هشام عن محمد: في قطار⁽¹⁾ إبلٍ على البعير الأول رجلٌ راكبٌ، وعلى وسطها رجلٌ، وعلى آخرها رجلٌ، فادعى كلُّ واحدٍ القطار كَلَّهُ، فكلَّ واحد البعير الذي هو راكبه؛ لأنَّه في يده وتصرفه، واليد المتصرفه تدل عليه⁽²⁾، وما بين البعير الأول والأوسط للأول؛ للأول؛ لأنَّ الأول قائدٌ لما بينه وبين الأوسط⁽³⁾، والاثنتين⁽⁴⁾ الأول والأوسط نصفان؛ لأنَّ لهما فيه تصرفاً بالقود فاستويا فيه، فاستويا في الاستحقاق بظاهر اليد والتصرف، وليس للآخر إلا ما ركبه؛ لأنَّه ليس له يد وتصرف إلا فيما ركبه⁽⁵⁾.

فإن قامت لهم بينةٌ فما ركبه كل واحد منهم بين الآخرين نصفان، وما بين الأوسط والآخر نصفه للآخر ونصفه بين الأول والأوسط نصفان، وأصله: أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد، فيستحق كل واحد منهم ما هو خارج فيه، ويستحق على كل واحد منهم ما هو في يده، ثم الخارجان يستويان في الاستحقاق؛ لاستوائهما في إقامة البينة⁽⁶⁾.

مسألة: رجلٌ يقود القطار من الإبل، ورجلٌ راكبٌ بعيراً منها، فادعى الراكب والقائد الإبل كَلَّها، وإن⁽⁷⁾ كانت على الإبل حمولةُ الراكب فالإبل كَلَّها له، وإثماً القائد أجيرٌ⁽⁸⁾، وإن كانت الإبل (.....)⁽⁹⁾ فللراكب البعير الذي هو عليه، والباقي للقائد، وقال في رجلٍ يقود بقراً، أو غنماً، أو بطاً ورجلٌ يسوقها، فادعى السائق والقائد ذلك كَلَّه، فالكلُّ للسائق ولا شيء منها للقائد، إلا أن يقودها بشاة⁽¹⁰⁾ معه فله الشاة وحدها⁽¹¹⁾.

(1) القطار: أن تُشدَّ الإبل على نسق واحد، خلف واحدٍ، وقطر الإبل بقطرها قريب بعضها إلى بعض على نسق واحد. لسان العرب، قطر 105/5.

(2) في ف: على الملك.

(3) في ف: وبين الأوسط والقيادة تصرفٌ، فكانت له يد متصرفه على ذلك، وليس للأوسط تصرف فيه، فيكون للأول.

(4) في ف: والآخرين. وهو الصواب.

(5) الاختيار 119/2، والفتاوى الهندية 94/4.

(6) الفتاوى الهندية 96/4.

(7) في ف: فإن.

(8) في ف: الأجير.

(9) كلمة غير مقروءة في النسختين.

(10) في ف: كشاة. ولعلها الصواب.

(11) حاشية ابن عابدين 565/5، والفتاوى الهندية 96/4.

باب: دعوى الحائط

المبسوط: الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب: اتصال تربيعة⁽¹⁾، واتصال ملاصقة ومجاورة، ووضع جذع، ومحاذاة بناء، ولا علامة لليد في الحائط سوى هذا، فأولاهم صاحب التربيعة، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع، فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة⁽²⁾.
المحاذاة⁽²⁾.

أما **القسم الأول:** فحائط بين دارين يدعيه⁽³⁾ صاحباهما، فإن كان متصلاً ببناء أحدهما/ اتصال تربيعة، أو ملاصقة، وليس للآخر اتصال، فصاحب الاتصال أولى؛ لأنه في يده، والظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه، وإن كان متصلاً ببنائهما اتصال تربيعة أو ملاصقة، فهو بينهما؛ لاستوائهما في اليد الثابتة على الحائط بحكم الاتصال بالأرض والبناء⁽⁴⁾.

[903ظ]

وإن كان اتصال أحدهما اتصال تربيعة، واتصال الآخر اتصال ملاصقة⁽⁵⁾، فصاحب التربيعة أولى؛ لأن له مع الاتصال نوع استعمال؛ لأن صاحب التربيعة مستعمل للحائط المتنازع فيه؛ لأن قوام الحائط بقدر التربيعة إنما يكون بالحائط المتنازع فيه، لما تبين صورة اتصال التربيعة، فكان له نوع استعمال مع الاتصال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال؛ لأن له مجاورة لا غير، والاتصال مع الاستعمال أولى؛ كما إذا تنازع رجلان في دابة وأحدهما راكب عليها، والآخر متعلق بلجامها، فالراكب أولى؛ لأن له مع الاستعمال اتصالاً، فيكون في احتواء اليد عليها أولى⁽⁶⁾ وأخوى، فكذا هذا⁽⁷⁾.

(1) في ف: ترتيب.

(2) تبين الحقائق 327/4، ومجمع الأنهر 283/2، وحاشية ابن عابدين 54/8.

(3) في ف: يدعيها.

(4) حاشية ابن عابدين 54/8، والفتاوى الهندية 97/4.

(5) في ف: ملاصقة.

(6) في ف: أقوى.

(7) البناية 406/9، والجوهرة النيرة ، 220/2 ، وحاشية ابن عابدين 54/8.

وإن كان لأحدهما اتصال تربيعة، وللآخر عليه جذوع، فالحائط لصاحب الاتصال، ويكون لصاحب الجذوع موضع جذوعه؛ لأنّ للاتصال دليل سبق اليد؛ لأنّ التربيعة يكون حال البناء، والبناء يكون سابقاً على وضع الجذوع، فيكون أسبق يداً في الحائط من صاحب الجذوع، فصار كرجلين ادّعى وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فالسابق أولى، فكذا هذا، إلاّ أنّه لا يرفع جذوع الآخر، بخلاف ما لو أقام البينة أنّ الحائط له، فإنّه يرفع جذوع الآخر؛ لأنّ البينة حجةً متكاملةً تصلح حجةً للاستحقاق على الغير، كما تصلح حجةً للدفع، فأما الملك لصاحب التربيعة [ثبت] (1) بنوع من الظاهر وهو سبق [يده] (2)، فكان بمنزلة الملك الثابت بظاهر اليد، فيصلح حجةً للدفع، ولا يصلح حجةً للاستحقاق على الغير؛ لأنّها ليست بحجة على الغير، وروى الطحاوي أنّ الكل لصاحب الاتصال (3).

وإن كان لأحدهما اتصال ملازقة، وللآخر عليه جذوع، فصاحب الجذوع أولى؛ لأنّهما استويا في الاتّصال، وترجح صاحب الجذوع بالاستعمال؛ لأنّ وضع [الجذوع] (4) استعمالاً للحائط، ولا استعمال لصاحب الاتصال بالملاصقة (5) إنّما له تعلق ومجاورة، فيكون المستعمل أولى، كما لو تنازعا في ثوبٍ وأحدهما لابسه والآخر متعلق به (6).

وصورة اتصال التربيعة: مداخلة اللين بعضه على بعضٍ إن كان الحائط من مدرٍ (7) أو آجرٍ (8)، وهو أن يكون أنصاف لبن كل واحدٍ من الحائطين متداخلاً على الحائط [الآخر] (9).

(1) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(2) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(3) البناية 410/9، وبدائع الصنائع 257/6، نقلاً عن الطحاوي.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: بالملازقة.

(6) بدائع الصنائع 257/6، حاشية ابن عابدين 54/8.

(7) مدر: المدر مُحَرَّكَةٌ هي قِطْعُ الطين اليابس المتماسك، أو الطين العلك الذي لا رمل فيه، وواحدُها مَدْرَةٌ.

ينظر: التهذيب في اللغة: مادة: مدر، 456/4، تاج العروس: مادة: مدر، 3478/1.

(8) الأجر: بمد الهمزة، هو اللين إذا طبخ، والتشديد أشهر من التخفيف، والواحدة: آجر. ينظر: المصباح المنير: مادة: الألف مع الجيم،

6/1، ولسان العرب: مادة: آجر، 10/4.

(9) ما بين معكوفين ساقطة من: ف. ينظر: العناية 411/9.

وإن كان الحائط من خشبٍ أن يكون رأس ساجة⁽¹⁾ أحدهما مركباً على ساجة الآخر، وإذا نقب الحائط [وأدخل] ⁽²⁾ لا يكون تريبياً⁽³⁾.

وعن أبي الحسن الكرخي⁽⁴⁾ اتصال التريب : أن يكون الحائط المتنازع فيه طرفاً موصولاً بالحائطين، والحائطان موصولان بحائط الدار؛ لأنه إذا كان كذلك يصير الجميع شيئاً واحداً، فإذا حكّم له بالبعض حكّم له بالكل⁽⁵⁾.

فأما إذا كان الاتصال من جانبٍ واحدٍ فقد قال: إنّ صاحب الجذوع أولى؛ لأنّ صاحب الجذوع مستعملٌ له، فلا يسقط حكم استعماله إلا بوجود الاتصال على وجهٍ يُصير الجميع شيئاً واحداً⁽⁶⁾.

وذكر الطحاوي إذا كان متصلاً من جانبٍ واحدٍ يقع به الترجيح؛ وهو الصحيح، فيكون هو أولى من صاحب الجذوع؛ لأنّ الاتصال وإن كان من جانبٍ واحدٍ يدلّ ذلك على سبق اليد، ويسبق اليد يقع الترجيح⁽⁷⁾.

وروي عن أبي يوسف: إذا اشترى داراً بحقوقها، ثم أقيمت البينة باستحقاق الحائط، ننظر: إن كان متصلاً بأحد الجانبين ببناء حائط المدعي لم يرجع على البائع بشيء؛ لأنه إذا كان متصلاً ببناء غيره لم يدخل في البيع، فلم يكن مبيعاً، وإن لم يكن [متصلاً]⁽⁸⁾ ببناء المدعي وهو متصل ببناء الدار المبيعة، فله أن يرجع على البائع بحصته من الثمن؛ لأنه قد دخل في البيع، فإذا استحق رجوع بحصته، وإن كان متصلاً

(1) الساجة: ضربٌ عظيم من الشجر لا ينبت إلا بالهند، ويُجلبُ منها كل ساجةٍ مشرّجةٍ مربعة: وهي الخشبة المنحوتة المهيأة لأساس البناء. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب: مادة: السين مع الواو، 419/1، تاج العروس: مادة: سوج، 302/2.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(3) العناية 411/9، الفتاوى الهندية 98/4.

(4) سبقت ترجمته، ص 145.

(5) تبيين الحقائق 327/4، والفتاوى الهندية 98/4.

(6) بدائع الصنائع 257/6 نقلاً عن الطحاوي، وتبيين الحقائق 327/4.

(7) بدائع الصنائع 257/6 نقلاً عن الطحاوي، والفتاوى الهندية 98/4.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

ببناء الدار المبيعة من جانب واحد، ولجاره عليه جذوع لم يرجع بشيء⁽¹⁾، فهذا التفريع يوافق رواية الكرخي؛ لأنّ الاتصال من جانب واحد لا يقع به الترجيح⁽²⁾.

وأما القسم الثاني: حائط بين دارين يدّعيه/ صاحبهما، ولم يكن متصلاً ببناء [903و] أحدهما، فلا يخلو: إمّا إن كان لأحدهما عليه جذوع، أو لهما، فإن كان لأحدهما عليه جذوع وسقوف فهو أولى به؛ لأنّ الحائط بُني لوضع الجذوع والسقيف⁽³⁾، فصاحب الجذوع الجذوع والسقوف مستعمل للحائط، والآخر ليس بمستعمل، والاستعمال دليل على الملك وهو أدل⁽⁴⁾ على الملك من اليد، فيكون القضاء به أولى، كما إذا تنازعا في ثوبٍ وأحدهما لابس⁽⁵⁾ والآخر متعلق به، فإنّه يُقضى للابس؛ لأنّ اللبس أدلّ على الملك من التعلق به⁽⁶⁾.

وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شيء للآخر، اختلف المشايخ فيه، قيل: هو بينهما؛ لأنّ الحائط لا يبتنى⁽⁷⁾ لوضع جذع واحد لما نبين⁽⁸⁾، فلا يقع به الترجيح، وقيل: لا، بل يترجح به؛ لأنّ الحائط قد بُني لوضع جذع واحد وإن كان غير غالب⁽⁹⁾.

وإن كان لهما عليه جذوع، إن كان لكل واحد منهما ثلاثة فصاعداً فهو بينهما، ولا عبرة بكثرة الجذوع لأحدهما؛ لأنّ الحائط يُبنى لهذا القدر من الجذوع عادةً، فلا تعتبر كثرة الجذوع بعد ذلك⁽¹⁰⁾؛ لأنّ زيادة الاستعمال لا تثبت زيادة الاستحقاق؛ لأنّه⁽¹¹⁾ زيادة

(1) في ف: عليه بشيء.

(2) بدائع الصنائع 6/258 .

(3) في ف: السقيف عليه.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: لا بينة.

(6) بدائع الصنائع 5/14 .

(7) في ف: لا يُبنى.

(8) في ف: كما تبين.

(9) المبسوط للسرخسي 160/17، تبين الحقائق 4/326.

(10) في ف: لغير ذلك.

(11) في ف: لأن. ولعلها الصواب.

الدليل لا رُجحان الدليل وتأييده، وزيادة الدليل لا يقع [بها]⁽¹⁾ الترجيح، كما إذا أقام أحدهما أحدهما شاهدين والآخر أربعة، وكما لو تنازعا في ثوبٍ في أيديهما إلا أن ما في يد أحدهما أكثر⁽²⁾.

وإن كان لأحدهما ثلاثة وللآخر⁽³⁾ جذعان، ففيه روايتان: في إحداهما يقضى به به بينهما؛ لأنه يُمكن السقيف على الجذعين كما يمكن على الثلاثة، وفي الرواية الأخرى: صاحبُ الثلاثة أولى، وإليه أشار محمدٌ في الأصل، فإنه قال: أُستَحْسِنُ في الجذع الواحد ونحوه، ونحو الجذع الواحد جذعٌ آخر مثله لا ثلاثة أجزاع؛ لأنَّ الحائط إنما يُبنى للسقيف، والسقيف عادةً إنما يكون بثلاثة، فأما السقيف على جذعين فلا يكون إلا نادراً⁽⁴⁾.

وإن كان لأحدهما عشر خشباتٍ، وللآخر خشبةً واحدةً، فلكل واحد ما تحت خشبته استحساناً، والقياس أن يكون بينهما⁽⁵⁾.

وقال في كتاب الإقرار: الحائط لصاحب العشرة إلا موضع الخشبة، [و]⁽⁶⁾ هو الصحيح.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يُقضى بالحائط بينهما على أحد عشر سهماً؛ لأنَّ هذا قضاءً بالظاهر، وهذا مستعملٌ جزءاً من أحد عشر جزءاً من الحائط، والآخر [مستعمل] ⁽⁷⁾ عشرة أجزاء، فيقضى على قدر استعمالهما⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ بدائع الصنائع 257/6 .

⁽³⁾ في ف: الآخر.

⁽⁴⁾ حاشية ابن عابدين 579/5، والفتاوى الهندية 98/4.

⁽⁵⁾ المبسوط للسرخسي 90/17، والمحيط البرهاني 136/9.

⁽⁶⁾ ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

⁽⁷⁾ ما بين معكوفين سقط من الأصل .

⁽⁸⁾ الفتاوى الهندية 98/4.

وجه رواية الإقرار: أنّ استعمال الحائط يكون بوضع الجذوع عادةً، وبناء السقف على الجذع، [و] (1) لا يستعمل لوضع الجذوع عليه من غير التسقيف عليها، ولا يمكن التسقيف والبناء على خشبة واحدة عادةً، بل يكون على الشذوذ والندور (2) وأمكن على خشباتٍ، فكان صاحب الخشبات مستعملاً للحائط، وصاحب الخشبة الواحدة ليس بمستعملٍ بل هو متعلق به، فكان القضاء به للمستعمل أولى، إلاّ أنّه (3) لا تُنزع الخشبة؛ لأنّنا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر، والظاهر يصلح حجةً للدفع ولا يصلح حجةً للإبطال، فكان الحائط لصاحب الجذوع، وللآخر حق وضع الخشبة فقط؛ بخلاف ما إذا تنازعا بغير (4) عليه حمل لأحدهما، وللآخر إداوة (5)، وقضي بالحمل لصاحب البعير، وجب نزع الإداوة وإن كان هذا الاستحقاق باليد (6).

والفرق: أنّ وضع الإداوة لا يجوز استحقاقه في ملك الغير ابتداءً مؤبداً، وإنما يجوز استحقاقه من جهة المالك مؤقتاً، فإذا ظهر الاستحقاق أمر بالإزالة، فأما (7) وضع الخشبة الواحدة يجوز استحقاقه على التأييد إذا شرط ذلك في أصل القسمة.

وجه رواية الدعوى: أنّ كل واحد منهما مستعمل للحائط بخشبهته؛ لأنّ حمل الخشبة على الحائط استعمالاً للحائط من غير أن يُبنى عليه، إلاّ أنّ استعمال أحدهما أكثر، فيجب القضاء بقدر الاستعمال.

واختلف المتأخرون على هذه الرواية أن ما بين الجذوع لمن يكون؟ قيل: يكون بينهما نصفين، وقيل: يكون على أحد عشر جزءاً، فأما إذا كان الحائط طويلاً وكل واحد

(1) ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

(2) في ف: النُدرة . لعلها الصواب.

(3) في ف: لأته. وهو الصواب.

(4) في ف: في بعير. وهو الصواب.

(5) الإداوة: إناء صغير من جلد يتخذ للماء، وقيل: إنما تكون إداوةً من جلدَيْنِ قوبل أحدهما بالآخر، والجمع: أداوي. ينظر:

تاج العروس: مادة: الهمزة مع الدال، 8267/1، ولسان العرب: مادة: أدا، 24/4.

(6) بدائع الصنائع 257/6.

(7) في ف: وأما.

منهما ينفرد ببعض الحائط في الاتصال ووضع الجذوع، قضي لكل واحد منهما بما يُورِي مساحته⁽¹⁾ من الحائط؛ لأنّ تصرف كل واحد منهما ممتاز منفردٌ، مستقلٌّ متحدٌ، وبالتصرف ثبتت اليد، فيُقضى لكل واحد بما في يده، ولا يُنظر إلى عدد الجذوع؛ لأنّه لا حاجة إلى اعتبار عدد الجذوع ههنا، وما بينهما من القضاء يُقضى بينهما نصفين؛ لأنّه/ [904ظ] لا يدّ لأحدهما فيه، فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر.

مسألة: لأحدهما عليه هرادي⁽²⁾، وهو القصب، أو بوارِي، فهو بينهما؛ لأنّ وضع الهرادي ليس باستعمال الحائط⁽³⁾؛ لأنّ الحائط لا يُبنى لوضع الهرادي؛ لأنّه لا يمكن التسقيف عليه، وإنما توضع الهرادي للاستظلال ودفع حرارة الشمس والبرد، والحائط لا يُبنى لهذا، فكان بمنزلة ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوبٌ مبسوطٌ للاستعمال، ولا شيء للآخر، يُقضى بينهما، فكذا هذا⁽⁴⁾.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع، وللآخر هرادي، يُقضى به لصاحب الجذوع؛ لأنّ صاحب الجذوع مستعملٌ للحائط، وصاحب الهرادي متعلقٌ به، ولكن لا يؤمر بنزع الهرادي؛ لأنّ هذا قضاءً بالظاهر، والظاهر لا يصلح حجة للإبطال⁽⁵⁾.

مسألة: لأحدهما خشبٌ عليه، وللآخر سترة⁽⁶⁾، فالحائط الأسفل لصاحب الخشب، ولصاحب السترة سترته، وتفسير السترة: هو ما يوضع للفصل بين الدارين فوق السطح؛ لأنّ وضع الجذوع سبقَ نَصَبَ⁽⁷⁾ السترة؛ لأنّه توضع الجذوع على الحائط أولاً، ثم

(1) في ف: ساحته.

(2) هرادي: الهرادي جمع هُرديّة بضم الهاء، وهي قصبات تُضمُّ ملوية بطاقات الكرم، يُرسل عليها قضبان الكرم.

ينظر: تهذيب اللغة: مادة: هَرَدَ: 301/2، المغرب: مادة: هر: 381/2.

(3) في ف: للحائط. وهو الصواب.

(4) الجامع الصغير 384/1، تبين الحقائق 327/4.

(5) تبين الحقائق 327/4.

(6) في ف: عليه حائط سترة.

(7) في ف: لصاحب.

ثم تُبنى عليه السترة، فكانت يده أسبق فكان به أحق، وإنما تُنزع السترة؛ لأنّ القضاء [بالحائط] ⁽¹⁾ بالظاهر حتى لو كان بالبينة يُرفع ⁽²⁾.

ولو تنازعا في الحائط والسترة جميعاً فهما لصاحب الجدوع؛ لأنّ السترة مبنية على الحائط، ومنّ قُضي له بشيء فالظاهر أنّ ما فوقه يكون له؛ لأنّه ⁽³⁾ في يده، كصاحب السُّفل مع صاحب العلو إذا تنازعا في السقف وما عليه، فهو لصاحب السُّفل ⁽⁴⁾.

مسألة: ⁽⁵⁾ حُصّ يدعيه اثنان والقمط ⁽⁶⁾ إلى أحدهما، فبينهما عند أبي حنيفة، وعندهما لصاحب القمط، وعلى هذا الخلاف إذا كان وجه البناء أو الطاقات المعمولة في الحائط إلى أحدهما ⁽⁷⁾.

لهما: ما روي أنّ رجلين تنازعا في حصّ، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم - حذيفة بن اليمان ⁽⁸⁾ فقاضى بالحصّ لمن إليه القمط، وذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم - فرضية ⁽⁹⁾؛ لأنّ الظاهر أنّ الإنسان إذا بنى الحصّ يجعل القمط ووجه البناء

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من : ف.

⁽²⁾ المبسوط للسرخسي 90/17.

⁽³⁾ في ف: لأنّ.

⁽⁴⁾ حاشية ابن عابدين 55/8، الفتاوى الهندية 98/4.

⁽⁵⁾ الحصّ: هو البيت من القصب، والجمع: أخصاص، قال الفزاري:

الخص فيه تقرّ أعيننا خير من الأجر والكمد

ينظر: الصحاح في اللغة: مادة : حصّ، 174/1، المصباح المنير، مادة : حصّ، 171/1.

⁽⁶⁾ القمط: بكسر القاف: ما يشدّ به الأخصاص، ومنه قماط الصبيّ: وهي الخرقّة العريضة التي تُلفّ عليه إذا قمط.

ينظر: الصحاح: مادة : قمط، 15/2، تاج العروس: مادة: قمط، 4980/1.

⁽⁷⁾ المبسوط للسرخسي 90/17، حاشية ابن عابدين 55/8.

⁽⁸⁾ حذيفة بن اليمان العبسي، كنيته: أبو عبد الله، من كبار الصحابة، وصاحبُ سرِّ رسول الله صلى الله عليه وسلم - شهد الخندق وما بعدها، بعدها، كما شهد فتوح العراق، وله بها آثار شهيرة، استعمله عمر رضي الله عنه - على المدائن، فلم يزل بها حتى مات بعد بيعة علي رضي الله عنه - بأربعين يوماً.

ينظر: تهذيب التهذيب: 219/2، الإصابة: 317/1.

⁽⁹⁾ لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما وقفت عليه بلفظ: "أصبت وأحسنّت" بدل قوله: "رضيه".

أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب: الرجلان يدعيان في حصّ، حديث رقم: (2343): 785/2، والدارقطني في السنن، حديث رقم: (89): 229/4، والبيهقي في الكبرى: كتاب الأحكام، باب: من استعمل الدلالة فقال: "هو للذي إليه الدواخل ومعاهد القمط" حديث رقم (11150)، 67/6، والطبراني في الكبير، حديث رقم: (2087)، 260/2، وابن قانع في معجم الصحابة، باب: اختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم -، حديث رقم: (262)، 440/1. وضعفه الألباني في صحيح وضعيف سنن ابن ماجه، وقال: ضعيف جداً.

البناء والطاقت إلى داره، ولا يجعل إلى دار جاره؛ لأنه وقت شد⁽¹⁾ القمط يقوم على سطحه لشد الخص؛ لأنه لا يتمكن من ذلك بالقيام في دار غيره، فيكون القمط له باعتبار الظاهر⁽²⁾.

له: أن هذا أمرٌ محتملٌ، فإن الإنسان تارةً يجعل وجه البناء إلى داره، وتارةً إلى دار غيره وإلى الطريق؛ ليتحمل⁽³⁾ بذلك، ولئري غيره محاسن بنائه، وتارةً يجعل قمط الخص إلى ملكه، وتارةً إلى ملك جاره؛ ليكون مستويًا من جانبه⁽⁴⁾، فيُطَيِّنه أو يُجصِّصه⁽⁵⁾، وهذا معتادٌ أيضاً بين الناس، والحديث محتمل، يحتمل أنه كان قضي بالخص لصاحب القمط بالبينة أو بالإقرار، لا بسبب القمط، وإنما ذكر صاحب القمط؛ لتعريف أحدهما من الآخر، [لا]⁽⁶⁾ لأن القضاء وقع لأجله، وإذا كان محتملاً لهذا فلا يكون حجةً مع الاحتمال⁽⁷⁾.

مسألة: جذوعٌ شاخصةٌ إلى دار رجلٍ، ليس له أن يجعل عليها كنيفاً⁽⁸⁾ إلا برضا صاحب الدار؛ لأن الدار وهواها ملكٌ لصاحب الدار، وفي البناء شغل هواء داره ابتداءً من غير دليل يدل على أن له ولاية الشغل، وليس لصاحب الدار قطعها إذا أمكنه البناء والتسقيف عليها؛ لأن الظاهر أنه أشخص بحق إذا كان قديماً؛ لأنه متى أمكنه البناء

(1) في ف: سد.

(2) المبسوط للسرخسي 90/17، حاشية ابن عابدين 55/8.

(3) في ف: ليحتمل. وهو الصواب.

(4) في ف: في جانبه.

(5) التجصيص: مأخوذٌ من الجصّ بضمّ الجيم وكسرهما، وهو ما يُبنى به، ومنه جصص البناء طلا به، وهو من كلام العجم، ولغة أهل الحجاز هي: القص. ينظر: الصحاح: مادة: جص، 92/1، وتهذيب اللغة: مادة: جص، 428/3.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المبسوط للسرخسي 90/17.

(8) الكنيف: مأخوذٌ من كَنَفَهُ أي حاطه وصانه، واكتفوه وكنفوه أي أحاطوا به، والكنيف: السائر، وفيه قيل للسائر كنيفاً: أي سائر. سائر.

ينظر: مختار الصحاح: مادة: كنف، 586/1، المغرب: مادة: كنف، 235/2.

عليها يجري في ذلك منازعةً، فالظاهر أنه ما جعل الأحق⁽¹⁾، بأن شرط وقت القسمة بأن يُنزل⁽²⁾ الجذوع ليبنى عليها صاحب الجذوع، ولكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، فلو ثبت له حق البناء ثبت له استحقاق وشغل هواء في دار غيره، فلا يكون له ذلك، ويجوز أن يستحق التسقيف عليها يوماً من الدهر، فكان إبقاؤها مفيداً⁽³⁾.

وإن لم يكن البناء عليها أن كانت⁽⁴⁾ جذوعاً صغاراً، أو جذعاً واحداً، يُنظر: إن كان قطعها يضر ببقية الجذوع ويضعفها لا يملك القطع، وإن لم يضر له أن يطالبه بالقطع؛ لأن مثل هذا قد يَشَخَّصُ بغير حق؛ لأن الظاهر إن ترك⁽⁵⁾ الجذوع للبناء عليها والانتفاع بها، فإذا لم يمكن البناء عليها [دل⁽⁶⁾] ذلك على أن الترك بغير حق للقطع؛ لأنه قل ما تَقَعُ المنازعة في مثل هذا، فرق بين هذا وبين الشجرة إذا تدلت أغصانها في دار آخر يُطالب بقطعها مطلقاً⁽⁷⁾.

والفرق: أن كون الأغصان في دار الغير لا يجوز أن يستحق بأصل القسمة ابتداءً؛ لأن قسمة الدار والأرض بشرط ترك الأغصان في دار آخر غير متعارف، بل متعارف بشرط⁽⁸⁾ القطع، فلم يستحق تبقية الأغصان، وشرط ترك الجذوع إلى دار الآخر ليبنى عليها صاحب الجذوع/ وقت القسمة معتاد متعارف، فجاز أن يستحق ذلك بأصل [904] القسمة، وليس لصاحب الدار أن يُعَلِّق على أطراف هذه الجذوع شيئاً؛ لأنها ملك لغيره، فلا يجوز أن ينتفع بها بغير إذنه⁽⁹⁾.

(1) في ف: إلّا بحق. وهو الصواب.

(2) في ف: بأن يترك. ولعله الصواب.

(3) حاشية ابن عابدين 58/8، الفتاوى الهندية 99/4.

(4) في ف: بأن كانت. وهو الصواب.

(5) في ف: أن يترك. وهو الصواب.

(6) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(7) المبسوط للسرخسي 6/27، وحاشية ابن عابدين 58/8، والفتاوى الهندية 99/4.

(8) في ف: شرط.

(9) المبسوط للسرخسي 35/15.

النوادر: إذا كان له خشبٌ على حائط⁽¹⁾ رجلٍ، فقال صاحب الحائط [صاحب]⁽²⁾ الخشب: ارفع خشبك عن حائطي، يُنظر: إن لم يتنازعا في الحائط ذَكَرَ الخصَّاف في كتاب السجلات أنه ليس لصاحب الحائط أن يزيل خشبه عن حائطه، وفي ظاهر الرواية أن يزيله⁽³⁾.

وجه ما ذكر الخصاف: أن الإقرار حجةٌ ظاهرة قاصرة، فتكون بمنزلة اليد⁽⁴⁾، والقضاء متى كان بظاهر اليد لا يُؤمر برفع الخشبة، فكذا هذا.

وفي ظاهر الرواية له أن يزيله؛ لأن الإقرار على المقر حجة مطلقاً كالبينة بل فوق البينة؛ لأنه يثبت حكمه بنفسه من غير قضاءٍ والبينة لا؛ لهذا فإذا اجتمع الشهادة والإقرار فُضِيَ بالإقرار، ولو ثبت استحقاق الحائط بالبينة أُمِرَ صاحبُ الخشبة بالإزالة، فكذا إذا ثبت بالإقرار.

وإن تنازعا في الحائط فُضِيَ بالحائط لصاحب الدار في ظاهر الرواية، وقيل: ذكر محمدٌ في الدعوى ما يدلُّ على أن الحائط لصاحب الساباط؛ لأنه متصرفٌ في الحائط وصاحبُ الدار لا، فكان المتصرف أولى، كدابةٍ تنازع فيها اثنان أحدهما راكبٌ، والآخر متعلق بلجامها، كان الراكب أولى⁽⁵⁾.

وجه ظاهر الرواية: أن الحائط متصل بملكه، وبالاتصال ثبتت اليد، فكان الحائط في يده؛ ولجواز أن يكون الحائط له وللآخر وضع الخشبة في ابتداء الملك بالقسمة، فإنه قد نُقِسِمَ⁽⁶⁾ الدار بين شخصين ويبقى لأحدهما للجدوع محمولة على الأرض، ويستحق إبقاء ذلك على التأييد.

(1) في ف: ساباط على حائط، والساباط: سقيفةٌ بين حائطين تحتها طريق، والجمع: سوابيط، ينظر: العباب الزاخر: مادة: سبط، 260/1، والمصباح المنير، مادة: سب، 264/1.

(2) ما بين معكوفين ساقطة من الأصل.

(3) في ف: يزيل.

(4) في ف: العبد.

(5) حاشية ابن عابدين 59/8، الفتاوى الهندية 100/4.

(6) في ف: فإنه قيل نُقِسِمَ.

مسألة: حائطٌ لرجلين، ولأحدهما عليه عشرُ خشباتٍ، وللآخر عليه أربع خشباتٍ، فأراد صاحبُ الأربع أن يُلحقها تمام عشر خشباتٍ مثل صاحبه، فلهُ ذلك، وإن أراد أن يزيد على العشرة فليس له ذلك، وكذلك إذا كانت جذوع أحدهما مرتفعة وجذوع الآخر مُستقلّةً، فأراد أن يرفع⁽¹⁾ بإزاء جذوع صاحبه فله ذلك؛ لأنّهما إذا استويا⁽²⁾ في الحائط تساويا في الانتفاع به⁽³⁾.

وإن كان لأحدهما عليه خشبٌ ولا شيء للآخر عليه، فأراد أن يحمل عليه مثل خشب شريكه اختلفوا فيه، قيل: له ذلك؛ لأنّ الحائط ملكهما، فكان لكل واحد منهما حق الانتفاع به، وقيل: ليس له ذلك⁽⁴⁾.

والفرق: بين هذه المسألة وبين المتقدمة: أنه يجوز أن يكون هذا مستحقاً لأحدهما من أصل الملك، وذلك حالة القسمة، بأن يخرج الحائط في نصيب أحدهما، فيكون أصله ملكاً له⁽⁵⁾، وللآخر حق الوضع للخشب عليه؛ بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنّه لما كان لكل واحدٍ عليه خشبات، دلّ ذلك على أنّ أصله ملكٌ لهما في الابتداء، إذا كان جذوع أحدهما مرتفعة وجذوع الآخر مُستقلّةً، وإن أراد أن ينقّب الحائط لينزل فيه الخشب هل له ذلك؟ قيل: ليس له ذلك؛ لأنّ فيه إخلالاً بالحائط⁽⁶⁾.

وقال أبو عبد الله الجرجاني⁽⁷⁾: يُفتى بأنّ له ذلك؛ لأنّ الخشب في الحائط يقويه ولا يُدخل فيه وهناً، وقيل: يُنظر: إن كان ذلك مما يوجب وهناً لم يكن له ذلك، وإن كان مما لا يدخل فيه وهناً فله ذلك⁽⁸⁾.

(1) في ف: يرفعها.

(2) في ف: تساويا.

(3) حاشية ابن عابدين 54/8، والفتاوى الهندية 100/4.

(4) حاشية ابن عابدين 61/8.

(5) في ف: ملكاً لهم.

(6) حاشية ابن عابدين 58/8، والفتاوى الهندية 100/4.

(7) سبقت ترجمته، ص 191.

(8) حاشية ابن عابدين 58/8، والفتاوى الهندية 100/4.

وإن كان لأحدهما سقفٌ على أعلاه ولا شيء للآخر عليه، فأراد صاحبُ السقف أن ينزل عن ذلك ويضع الخشب دونه، يُنظر إن لم ينهدم الحائط ولم يبنياه فعلى الاختلاف الذي ذكرنا، وإن انهدم ثم أعاده أو نقضاه ثم بنياه، فله ذلك؛ لأنَّ حقَّه في الأعلى، فإذا رضي بأن يجعله أسفل فله ذلك؛ لأنَّه أقلُّ ضرراً بالحائط، ومن رضي دون حقه فله ذلك⁽¹⁾.

الفتاوى: حائطٌ بين شريكين وليس لأحدهما عليه سقفٌ، فأذن أحدهما لصاحبه أن يسقفَ عليه، ثم بدَّاه فأراد أن ينقصه، اختلف المتأخرون فيه: قيل: ليس له ذلك؛ لأنَّ الوضع على ملكه مشتركٌ، فمن حيث إنه ملك شريكه كان لشريكه أن ينقصه، ومن حيث إنَّه ملكه لا يكون له حقُّ النَّقض بالشك، كما لو كانت الأرض بين شريكين زرع أحدهما بعضه⁽²⁾ بإذن شريكه ليس له أن يقلع، وكما لو كان⁽³⁾ الدار بين شريكين سكنها أحدهما أحدهما بإذن شريكه⁽⁴⁾.

وقيل: له ذلك؛ لأنَّ ملكه لا يزول بإذنه، فلو بقي التسقيف أدى إلى إبطال ملكه معنًى بخروجه من أن يكون مشقفاً به⁽⁵⁾، إذ لا تجوز المهايأة في تسقيف الحائط، ولا يُمكن قسمته بخلاف الأرض؛ لأنَّ حقَّ الشريك/ الآخر لا يبطل، بل يحصل بالقسمة، فإنَّ [905ظ] الزراع يقول: نُقاسم الأرض فلعلَّ يخرج الزرع في نصيبي، وفي الدار يتوصل إلى حقه بالمهايأة.

⁽¹⁾اللسان الحكام 409/1.

⁽²⁾ هكذا وردت في النسختين، والصواب: بعضها.

⁽³⁾ هكذا وردت في النسختين، والوجهان صحيحان.

⁽⁴⁾اللسان الحكام 409/1.

⁽⁵⁾ في ف: منتقياً به. وهو الصواب.

باب: العلو والسفل

المبسوط: فيه فصول: **فصل:** في تصرف صاحب العلو والسفل فيهما، **[وفصل⁽¹⁾]:** في الانهدام والبناء والرجوع بما اتفق⁽²⁾ أحدهما، **وفصل:** في المنازعة والمصالحة فيهما.

فصل: وليس لصاحب السفل هدم سفله؛ لأن في نقض السفل نقض العلو، وليس له نقض العلو، وليس له أن يفتح فيه كوة⁽³⁾، ولا يدخل فيه جذعاً لم يكن قبل ذلك إلا برضا صاحب العلو، وكذلك ليس لصاحب العلو أن يحدث على علوه بناءً، أو يضع جذعاً، أو يشرع كنيفاً لم يكن له عند **أبي حنيفة**، **وعندهما** له ذلك إذا لم يضر بالآخر؛ لأنه تصرف في خالص ملكه، وحق الآخر متعلق به، وكل تصرف لا يضر بصاحبه لا يمنع عنه لوقوعه في خالص ملكه، والملك مطلق له، وكل تصرف يضر به يمنع عنه؛ لأنه محجور عن الإضرار بالغير.

وله: أن حق صاحب العلو متعلق بالسفل باعتبار قيام العلو بالسفل، وحق صاحب السفل متعلق بالعلو باعتبار كونه متعلقاً له، دافعاً للمطر وحرّ الشمس عن السفل، فكان حق كل واحد منهما متعلقاً بالآخر حقاً لازماً، فكان بمنزلة الشريك فيه، فتصرفه لاقى عيناً في حق غيره، فلا يكون له إلا بإذن صاحب الحق، كالراهن إذا أراد أن يتصرف في المرهون.

وكذلك حائط مشترك ليس عليه جنوع، فانهدم فبنياه، ليس لأحدهما أن يضع عليه خشبةً، أو يبني عليه سترّة، أو يفتح فيه كوة؛ لأنه تصرف في الملك المشترك، فلا

⁽¹⁾ ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

⁽²⁾ في ف: بما أنفق. وهو الصواب.

⁽³⁾ الكوة: بفتح الكاف وضمها، وهي الثقب النافذ في الحائط، وجمع المفتوح: كَوَات، وجمع المضموم: كُوى.

ينظر: المصباح المنير: مادة: كوى، 545/2، لسان العرب: مادة: كوى، 14/3.

يملك إلا بإذن شريكه، فعلى هذا لو أراد صاحبُ الدار أن يبني فيها تنوراً⁽¹⁾ للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين، أو رَحَى للطحن، أو مَدَقَاتٍ⁽²⁾ للقصارين، له ذلك في القياس؛ لأنه تصرفٌ في ملكه⁽³⁾.

وفي الاستحسان اختلف المشايخ فيه: فأفتى أكثرهم أنه ليس له ذلك، ويُمنع منه إذا كان هذا ضرراً بيئياً؛ لأنَّ ذلك يُضِرُّ بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه، فإنَّ تنور الخباز يأتي منه الدخان الكثير الشديد، ورحَى الطحن، ودق القصارين يوجب ضعف البناء ووهناً فيه⁽⁴⁾.

وإن أراد أن يعمل في داره حماماً له ذلك؛ لأنَّ ذلك لا يصير إلا بالنداوة⁽⁵⁾، والنداوة يمكن التحرز عنها بأن يبني بين داره وجاره حائطاً ينوره⁽⁶⁾.

فصل: انهدم السُّفل والعلو، لا يُجبر صاحب السُّفل على البناء؛ لأنَّ الإنسان لا يُجبر على عمارة ملكه لأجل نفسه، ولا يجوز أن يُجبر رعايةً لحق صاحب العلو؛ لأنَّ حقه لم يتلف بتعدّي صاحب السُّفل حتى يضمن، ولصاحب العلو بناء السُّفل؛ لأنه إذا لم يُمكنه الانتفاع بملكه إلا ببناء السُّفل صار مأذوناً بالبناء شرعاً ليصل إلى حقه، إذ فيه نظرٌ له، وليس فيه ضررٌ بصاحب السُّفل، ويقوم إذن الشرع مقام إذن صاحب السُّفل، ويمنع صاحبه من السكنى حتى يعطيه قيمته؛ لأنه كان مضطراً في البناء لإحياء حقه، ولم يكن متبرعاً فيه، فكان له أن يمنع صاحبه من الانتفاع بملكه، فإذا أدى إليه قيمة

(1) التنور: الذي يُخبز فيه، وقيل: الكانون الذي يُخبز فيه.

ينظر: المصباح المنير: مادة تنر، 77/1، وتاج العروس: مادة: تنر، 2559/1.

(2) المدقات: جمع مدق، وهو الدق، مصدر من قولك: دقتُ الدواء دقته دقاً، وقيل: أن تضرب الشيء بالشيء حتى تهمشه، والمدق والمدقة: ما دقت به الشيء. ينظر: لسان العرب: مادة: دق، 100/10، مختار الصحاح: مادة: دق، 218/1.

(3) البحر الرائق 33/7، حاشية ابن عابدين 327/5.

(4) المحيط البرهاني 388/7، البحر الرائق 32/7.

(5) الندوة: من الندى وهو البلل، والندى: ما يسقط بالليل، والبلبة بالكسر يُقال لها الندوة. ينظر: مختار الصحاح: مادة: بلل،

73/1، لسان العرب: مادة: ندى، 313/15.

(6) تبين الحقائق 4/196، البحر الرائق 33/7.

البناء يملك البناء عليه؛ لأنّه لا سبيل إلى نقض البناء؛ لأنّ الباني غير متعدّد في البناء، فيعدّ هذا إمّا أن يمتلك صاحب البناء الأرض، أو صاحب الأرض البناء، وتملك البناء أهون؛ لأنّه تبع للأرض فيملكه بالقيمة، وعن الطحاوي حتى يعطيه ما أنفق في السفل؛ لأنّه أنفق بإذن الشرع، فإنّه يقوم مقام إذنه، فصار كما لو أنفق بإذن صاحب السفل. (1)

فإن كان صاحب السفل هو الذي هدمه فاستحسن بعض المتأخرين وقالوا: إن بنى بأمر القاضي رجع بما أنفق، وإن بنى بغير أمره رجع بقيمة البناء، وعليه الفتوى لما بيّنّا في كتاب النفقات، فإن كان صاحب السفل هو الذي هدمه كلف إعادته؛ لأنّه أتلف محلاً تعلّق به حق الغير فيضمن ذلك الحق، فضمّانه ببناء السفل، فإنّ ذلك الحق إنّما يعود ببناء السفل، هذا كالرهن إذا أتلف المرهون يضمن قيمته، فكذا هذا، بخلاف ما إذا هدم أجنبي السفل لا يجبر على البناء بل يضمن قيمته؛ لأنّ الأصل في الضمان هو إيجاب المثل، والبناء لا يماثل البناء فضمّناه قيمته؛ لأنّها مثله معنىً، وكذلك الرهن لا يجبر على رهن عبدٍ آخر؛ لأنّه لا يماثل الأوّل فضمن القيمة، أمّا هنا لا يمكن تضمين [905] القيمة؛ لأنّها لا تماثل حقه؛ لأنّ حقه هو القدرة على بناء العلو، وذلك لا يثبت بضمّان القيمة (2).

وإذا بنى صاحب السفل السفل يعود مثل حقه وهو القدرة على بناء العلو، فأجبرناه على البناء، وليس فيه ضرر على صاحب السفل، وإيجاب ضمان زائد على ما أتلف؛ لأنّ السفل له على أنّ صفة بنائه عقار، أو حمّام مشترك انهدم وصار ساحة، أو حائط انهدم ليس لأحدهما عليه جذوع فبنّى أحدهما لم يرجع على شريكه بشيء؛ لأنّه غير مضطر في البناء (3)، فإنّه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقسم الساحة وإلا

(1) حاشية ابن عابدين 64/8، الفتاوى الهندية 103/4.

(2) الفتاوى الهندية 103/4.

(3) في ف: إلى البناء. وهو الصواب.

يُبن بينهما فيبني في نصيبه، فيمكنه التوصل إلى حقه بدون الجبر على البناء، ولما لم يكن مضطراً في البناء لا يصير مأذوناً شرعاً⁽¹⁾ بالبناء⁽²⁾.

وإن كان على الحائط لهما جذوعٌ لا يكون متطوعاً في البناء، ويرجع بنصف قيمته؛ لأنّ لكل واحد من الشريكين حقاً في نصيب صاحبه وهو الحملُ عليه، فلو جازت القسمة لسقط حق الآخر؛ لأنّ بالقسمة والبناء في نصيبه لا يتوصل إلى هذا الحق؛ لأنّ له وضع الجذوع على النصيبين جميعاً؛ لأنّ الأُس⁽³⁾ بعد القسمة نصفان، إذا بنى فيه⁽⁴⁾ حائطاً قلّ ما يحمل الجذوع؛ فكان مضطراً في البناء على نصيب صاحبه ليتوصل إلى حقه في وضع الجذوع في نصيب صاحبه، كصاحب العلو في بناء السفّل.

وقيل: إن كان موضع الحائط عريضاً يكن متطوعاً ولا يرجع؛ لأنّه يحتمل القسمة وأمكنه البناء في نصيبه، وإن كان دقيقاً لا يحتمل القسمة والبناء في نصيبه لا يكون متطوعاً ويرجع، وفي الكتاب: لا فصل بينهما؛ وهو الصحيح؛ لما قلنا⁽⁵⁾.

ولو قال شريكه: أنا أضع الحمولة عليه، ذكر في الفتاوى أنّه يرجع عليه، وإن كان للبانى⁽⁶⁾ عليه جذوعٌ دون الآخر لم يذكره محمد في الكتاب، وذكر الخصاص في كتاب النفقات: أنّه لا يكون متطوعاً ويرجع، كما إذا كان لهما عليه جذوعٌ.

فصل: الجذوع، والهرادي، والبواري، والطين، والأزج⁽⁷⁾ لصاحب السفّل، ولصاحب العلو الوطي والقرار [على ذلك]⁽⁸⁾؛ لأنّ ذلك محمولٌ على [ملك]⁽⁹⁾ صاحب السفّل،

(1) في ف: شروعاً .

(2) البحر الرائق 30/7.

(3) الأُس: أصل البناء، والجمع: إساس، وأس البناء مبتدؤه، والأُس: أصل كل شيء، الصحاح أسس 13/1.

(4) في ف: بنى فيها.

(5) بدائع الصنائع 264/6.

(6) في ف: للثاني.

(7) الأزج: بضم الزاي: هو ضربٌ من الأبنية يُبنى طولاً، وقيل: الأزج هو السقف، والجمع: أزج وأزاج.

ينظر: الصحاح في اللغة: مادة: أزج، 11/1، المصباح المنير: مادة: أزج، 13/1.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

فكان صاحب المحلّ أحق به، كما لو تنازعا في متاع محمولٍ على بعير أحدهما؛ ولأنّ صاحب السُّفل أسبق والظاهر يشهد له.

فإن تنازعا في السقف وفي الحائط الذي فوق السقف، اختلف المشايخ فيه: **قيل:** يكون لصاحب السُّفل؛ لأنّ ذلك محمولٌ على الجذوع الموضوعة على سقفه فتكون له، كما [لو]⁽¹⁾ اختلفا في الجذوع، **وقيل:** لا تكون له، وعليه الفتوى؛ لأنّ الاستحقاق إنّما يثبت بثبت بالحمل على ملكه بيقين، والجذوع محمولةٌ موضوعةٌ على ملكه بيقين؛ لأنّ السُّفل ملكه بيقين، فيستحق الجذوع باعتبار الظاهر، والجذوع التي عليها السقف والحائط مملوكة له من حيث الظاهر لا بيقين، فلا يستحق بها الحائط الأعلى المحمول عليها؛ لأنّ الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق⁽²⁾.

ولو كان في السُّفل رَوْشَنٌ⁽³⁾، ولصاحب العلو على الروشن طريقٌ، فاختصما في الروشن، كان لصاحب السُّفل، ولصاحب العلو عليه طريقٌ ومرورٌ؛ لأنّ الروشن محمولٌ على ملك صاحب السُّفل، فكان له، ولكن لا يمنع صاحب العلو من المرور؛ لأنّ الظاهر أنّ له حق المرور، ويجوز أن يكون حق [المرور]⁽⁴⁾ ثابتاً في أصل القسمة⁽⁵⁾.

مسألة: ثلاثة نفرٍ لأحدهم سُفل، وللثاني علو، وللثالث على العلو علوٌ، فانهدمت الأبنية، فقال كل واحد منهم لصاحبه: لك السفلى ولي العلو، يحلف كل واحد منهم لصاحبه بالله أنّ هذه الأرض ليست ملكاً، ولا يجب عليه بناؤه؛ لأنّه ادّعى معنىً لو أقر به لزمه، فإذا اختلفوا يُقال لكل واحد منهما: إن شئتَ فلأَن تبنِي السُّفل، وتبني عليه بما

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) الفتاوي الهندية 103/4.

(3) الروشن: هو شبه الكوة يُجعل في البيت يدخل منه الضوء، وهي فارسية. ينظر: تاج العروس: مادة: رغف، 5878، مختار

الصالح: مادة: الرء مع الواو، 267/1.

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) الفتاوي الهندية 103/4.

ادّعت من العلو، ويمنع⁽¹⁾ صاحبه من الانتفاع به إلى أن يدفع إليك ما نفقت⁽²⁾، وإن
شئت فدع⁽³⁾.

(1) في ف: وتمنع . ولعلها الصواب.

(2) هكذا في النسختين ، والصواب: أنفقت.

(3) الفتاوي الهندية 103/4.

باب: دعوى الطريق والمسيل

المبسوط: فيه فصول: فصل: في الطريق، وفصل: في الميزاب، والمسيل، والساقية، وفصل: في إقرار بعض/ الورثة بحق الطريق والمسيل، وفصل: في تغيير [906ظ] المسيل، وتبديل المسيل، وتغييره.

فصل: باب رجل في دار آخر، أو كان له باب مفتوح في حائطه على زقاق، فادعى حق الطريق والمرور فيه، فلصاحب الدار وأهل الزقاق أن يمنعه⁽¹⁾ من المرور فيه حتى يقيم البينة؛ لأنه يدعي حقاً في ما في يد الغير، فلا يثبت إلا ببينة، وفتح الباب لا يدل على حق المرور؛ لأن كل واحد يمكنه فتح الباب في ملكه؛ لأنه تصرف في ملكه، فلا يصير سبباً في استحقاق الطريق على الغير، فإن شهد الشهود أنه كان يمر فيه لا يقضى له؛ لأن هذه شهادة [بيد]⁽²⁾ ماضية، والشهادة بيد ماضية باطلة.

وإن شهدوا أن له طريقاً فيها، ولم يبينوا عرضه ولا طوله، تُقبل، قيل: هذا إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه؛ لأن الإقرار بالمجهول جائز، فأما الشهادة ابتداءً على المجهول باطلة؛ والصحيح: أنها تُقبل؛ لأن الشهادة مرتفعة ضمناً واقتضاءً؛ لأن موضع [المرور]⁽³⁾ بين الناس مقدرٌ بقدر عرض الباب وارتفاعه إلى السماء مقدار طول الباب، فيقضي القاضي بذلك القدر، فصار معلوماً شرعاً وعرفاً وإن كان مجهولاً بياناً، كما لو اختلف الشركاء في الطريق⁽⁴⁾.

فصل: ميزابٌ منسوبٌ إلى دار رجل، فاختلفا في حق إجراء الماء وإسالته، فإن كان في حال عدم جريان الماء، لا يستحق إجراء الماء وإسالته إلا ببينة لما بيّنا في الطريق⁽⁵⁾.

(1) في ف: يمنعه. وهو الصواب.

(2) س ما بين معكوفين قطت من الأصل.

(3) ما بين معكوفين سقطت من الأصل.

(4) بدائع الصنائع 6/258، العناية 9/442.

(5) حاشية ابن عابدين 8/69، الفتاوى الهندية 4/104.

وحكى الفقيه أبو الليث في نوازله عن أصحابنا المتأخرين أنّهم استحسنا (1) أنّه كان الميزاب قديماً وكان تصويب السطح إلى داره، وعُلم أنّ التصويب كان قديماً فله حق المسيل؛ لأنّ هذه دلالة، وإقامة البينة على ذلك متعذرة (2).

وإن اختلفا في حال جريان الماء قيل: القول لصاحب الميزاب ويستحق إجراء الماء؛ لأنّه متصرف، [إذ التصرف في الميزاب] (3) إنما يكون بمنزلة التصرف في الساقية، وقيل: يستحق، وفرّقوا بينه وبين الساقية (4).

والفرق: أنّ المطر الذي يجري في الميزاب ليس بملكه [له] (5)، فلم يترجح به، وفي الساقية ملكه، ألا ترى أنّه يحصل بفعله، فجاز أن يترجح به.

مسألة: اشترى داراً وتحت هذه الدار سرداب، أو بئر بالوعة (6) من دار أخرى بجانبها، فإن كان للبائع يؤمر له برفعه، وإن كان للأجنبي فإن استحقها ببينة أقامها على [أن] (7) ذلك حق واجب له، كان هذا قديماً في الدار المشتراة فللمشتري أن يردّها على البائع؛ لأنّه باع أرض هذه الدار بسفّلها وفوقها إلى السماء، وإن لم يستحق بالبينة لكن يُعرف أنّ بناءه قديم، ويُعرف اتصاله بملك مدّعيه، واختلفوا فيه: قيل: لا يستحق، وقيل: يستحق على حسب الاختلاف في الميزاب والدولاب (8).

(1) هكذا وردت في النسختين، ولعل الصواب: استحسنا أنّه إن كان.

(2) حاشية ابن عابدين 70/8، الفتاوى الهندية 104/4.

(3) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(4) حاشية ابن عابدين 70/8.

(5) ما بين معكوفين سقطت من: ف.

(6) بالوعة: هي ثقب في وسط الدار ينزل فيه الماء. ينظر: المصباح المنير: مادة: بلع، 61/1، مختار الصحاح: مادة: بلع، 73/1.

(7) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(8) الدولاب: العجلة التي تديرها الدابة التي يستقى عليها. المصباح المنير، دولاب 198/1، الصحاح، جنحة 104/1. الفتاوى الهندية 32/3.

فإن أقام البينة أن له حق المسيل، وبينوا أنه لماء المطر من هذا الميزاب، فهو لماء المطر، وليس له أن يسيل ماء الاغتسال والوضوء فيه، وإن⁽¹⁾ بينوا أنه لماء الاغتسال والوضوء فهو لذلك⁽²⁾، وليس له أن يسيل ماء المطر فيه؛ لأنهما مختلفان ومتفاوتان في القدر، والكثرة، والمدة، فإن ماء الاغتسال والوضوء يكون طول السنة في كل زمانٍ، [ولكن] ⁽³⁾ لا يكون في الكثرة مثل ماء المطر، [وماء المطر]⁽⁴⁾ يكون في أوقات مخصوصة من السنة، ولكن يكون أكثر من الاغتسال والوضوء، فلا يستحق إلا قدر ما شهدوا به⁽⁵⁾.

وإن قالوا: له فيها حق مسيل ماءٍ، ولم يُبينوا ألماء المطر أو غيره؟ صحّ، والقول لربّ الدار مع يمينه أنه لماء المطر، أو لماء الوضوء والغسالة؛ لأنّ بالشهادة ثبت له حق أصل المسيل، ولم يثبت وصفه وكيفيته، فيرجع في البيان إلى ربّ الدار، كما لو قامت البينة على غصب الثوب فُبلت، ويرجع في طوله، وعرضه، وقيمته إلى قول الغاصب مع يمينه؛ لأنّ هذا أمرٌ يجري فيه البذل والإقرار، فتجري فيه اليمين عند الإنكار⁽⁶⁾.

وقال بعض مشايخنا: لا تُقبل هذه الشهادة في المسيل، وتُقبل في الطريق؛ لأنّ الطريق معلومٌ شرعاً وعرفاً لما بيّننا⁽⁷⁾، والمسيل ليس بمعلومٍ؛ لأنّ لسيل الماء نوعين وهما جنسان مختلفان؛ لعظم التفاوت بينهما وتفاخُشه، فتعذر القول بالعموم، وتعذر القضاء بأحدهما؛ لأنه مجهولٌ، فكانت الشهادة قائمةً على أمرٍ مجهولٍ فلا تُقبل، فتكون المسألة

محمولةً على ما إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه بدلالة قوله/ أنه يرجع في البيان إليه، [906و]

(1) في ف: وإن لم . وهو الصواب.

(2) في ف: كذلك.

(3) ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) بدائع الصنائع 258/6 ، وحاشية ابن عابدين 70/8.

(6) المبسوط للسرخسي 172/17، والمحيط البرهاني 140/9.

(7) في ف: كما بيّننا.

وإنما يرجع في البيان إلى المشهود عليه إذا كان المشهود به إقراراً بشيء مجهول؛ لأنّه هو المُجْمَلُ⁽¹⁾، فأما إذا كان المشهود به ثابتاً بالبينة لا بإقراره لا يرجع في البيان إليه⁽²⁾.

وإذا ادّعى النّهر في أرض رجلٍ، أو وضع خشبة على حائطه، لا يصحّ⁽³⁾، ما لم يُبيّن موضع النّهر من هذه الأرض، ويبين حق وضع خشبة أو خشبتين وغلظهما؛ لتفاوتهما في القلة والكثرة، والمضرة في الثقل والخفة⁽⁴⁾.

مسألة: ادّعى أحدهما أنّ له حق إجراء الماء في هذه الساقية من دولابه من ملك الغير إلى قُرَاجِهِ، فإن اختلفا في حال [عدم جريان الماء لا يستحق إلا ببينة، فإن اختلفا حال جريان] ⁽⁵⁾ الماء، فالقول قولُهُ؛ بخلاف الميزاب ، وقد بيّننا الفرق⁽⁶⁾.

وإن شهدوا أنّه كان أمس الماء جارياً في هذه الساقية إلى أرضه، لا تُقبل، إلا في رواية **أبي يوسف**؛ بناءً على أداء الشهادة (بيد كابت)⁽⁷⁾ لا تُقبل، خلافاً له.

المنتقى: وكذلك لو شهدوا أنّ هذه النّاقوة⁽⁸⁾ كانت أمس موضوعةً على نهر هذا، ويوم الخصومة لم تكن موضوعةً⁽⁹⁾.

وإن شهدوا أنّه كان لهذا المدّعي أمس الماء جارياً من هذا النّهر [إلى أرضه]⁽¹⁰⁾، فقطعه صاحبُ هذا النهر، أو شهدوا أنّ الماء كان يجري في تلك النّاقوة إلى أرضه،

(1) في ف: المحمل.

(2) المحيط البرهاني 140/9 ، وحاشية ابن عابدين 70/8.

(3) في ف: لم يصحّ.

(4) المحيط البرهاني 17/9 .

(5) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(6) حاشية ابن عابدين 69/8 ، والفتاوى الهندية 104/4 .

(7) هكذا وردت في النسختين ، ولعلها كلمة غير عربية .

(8) الناقوة: هي الخشبة المنقورة التي يجري فيها الماء في الدواليب، أو تُعرض على النّهر، أو على الجدول؛ ليجري الماء فيها من من جانب إلى جانب. والجمع: ناوقات. ينظر: المغرب: مادة: النون مع الواو: 333/2.

(9) المحيط البرهاني 140/9 .

(10) ما بين معكوفين سقط من: ف.

فجاءت الريح فأسقطت النَّاقَةَ، أو جاء السَّيْلُ فاحتلَّ النَّاقَةَ وذهب بها، والمدعي يدعي ذلك، فإنَّه يُقضى للمدعي أن يعيد النَّاقَةَ بالإجماع⁽¹⁾.

فصل: دارٌ بين ورثة، أقر بعضهم أن لفلان فيها طريقاً، أو مسيل ماءً، لم يكن له أن يُمرَّ (2) أو يُسِيلَ حتى يتفقوا، إلاَّ أنَّه (3) لا يمكنه الانتفاع بالطريق والمسيل في نصيب نصيب المقر؛ لأنَّ الدار مشتركة بين جميع الورثة، وليس له حق الانتفاع بنصيب سائر الورثة؛ لأنَّ إقرار البعض لا يصح على البعض ولكن تُقسم الدار، فإن وقع الطريق والمسيل في نصيب المقر فللمقر له (4) الإسالة والاستطراق، فإن وقع (5) في نصيب الساكت يضرب المقر له بقيمة الطريق والمسيل (6)، فيكون بينهما على ذلك؛ لأنَّه أقر له بحق المرور ويسيل الماء لآ برقبة الطريق، حتى لو أقر برقبة الطريق فحينئذ يضرب المقر له بقدر ذرعان الطريق، والمقر بقدر ذرعان نصيبه سوى ذرعان الطريق، ويجب أن يكون هذا على قولهما⁽⁷⁾.

فأما على قول محمدٍ فيجب أن يضرب المقر له بنصف قيمة الطريق والمسيل، والمقر [بقيمة]⁽⁸⁾ جميع نصيبه إلا قدر قيمة نصف الطريق؛ قياساً على مسألة الإقرار⁽⁹⁾.

مسألة: دارٌ بين رجلين فيها عشر بيوت، أقر أحدهما ببيتٍ بعينه لرجلٍ، لا يصح وتُقسم الدار، وعندهما يضرب المقر له بجميع ذرعان البيت⁽¹⁰⁾، [وعند محمدٍ]⁽¹⁾ يضرب المقر له بنصف ذرعان البيت على ما عُرف في كتاب الإقرار⁽²⁾.

(1) المحيط البرهاني 143/9، 144.

(2) في ف: أن يمد.

(3) في ف: لأنَّه.

(4) في ف: فالمقر له.

(5) هكذا وردت في النسختين، والصواب: وإن وقع.

(6) في ف: والمسيل على حصة المقر، والمقر بحصته سوى الطريق والمسيل.

(7) الفتاوي الهندية 105/4.

(8) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(9) الفتاوي الهندية 105/4.

(10) في ف: البيت في نصيب المقر.

فصل: قناة لرجل في دار آخر أراد أن يجعلها ميزاباً، ليس [له] (3) ذلك إلا
 برضا صاحب الدار، وكذلك لو أراد أن يجعل الميزاب قناةً، إلا إذا لم يكن عليه ضررٌ
 بيّن؛ لأنّ القناة تكون تحت الأرض، وصورته: أن يكون ماء سطحه ينزل من سطحه في
 حائطه، ويدخل تحت أرض صاحب الدار في قناة، ثم يخرج منها إلى سكة، والماء يجري
 تحت الأرض في قناة، والميزاب يكون على وجه الأرض، فمتى أراد أن يجعل القناة ميزاباً
 فقد أراد انتفاعه بوجه الأرض، وفي ذلك ضررٌ بصاحب الدار لا محالة، ومتى أراد أن
 يجعل الميزاب قناةً فقد أراد هدم حائطي النهر وفي ذلك ضررٌ، [حتى] (4) لو لم يكن فيه
 ضررٌ بأن كان لا يحتاج إلى هدم حائطي النهر، بأن كان (5) واسعاً كان له ذلك، قيل: هذا
 إذا كان له حق المسيل لا ملك الرقبة، فإن كان له رقبة المسيل بأن كان في داره دُرعان
 معلومةً ومملوكةً، فله أن يتصرف فيه كيف شاء، وليس له أن ينقل الميزاب عن موضعه،
 أو يرفعه، أو يَضَعَهُ، ولا أن يجعله ميزاباً أطول أو أعرض، ولا أن يسيل فيه ماء سطح
 آخر (6).

أمّا النقل؛ فلائته لا يجوز أن يستعمل مكاناً ليس له حقّ الشُّغل (7)، وأمّا الرفع؛
 فلائته استحق حمل الميزاب على بعض الحائط، فلا يجوز أن يستحق الحمل على
 جميعه؛ ولأنّ صبّ الماء من الأعلى أضرّ من صبّه من الأسفل.

وأمّا السُّفل؛ فلائته لا يمكنه ذلك إلا بعد هدم بعض الحائط،/، فلا يجوز أن
 يستحق الحمل على بعضه؛ ولأنّ صبّ الماء من الأعلى أضرّ من الأسفل.

(1) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(2) المحيط البرهاني 142/9، الفتاوي الهندية 200/4.

(3) ما بين المعكوفين سقط من الأصل .

(4) ما بين معكوفين ساقطة من: ف.

(5) في ف: فإن كان.

(6) المبسوط للسرخسي 95/17، المحيط البرهاني 142/9.

(7) في ف: في السُّفل. ولعله الصواب.

وأما السُّئل؛ فلأنَّه لا يمكنه ذلك إلا بعد هدم بعض الحائط المشترك.

وأما الإطالة؛ فلأنَّه يأخذ زيادة الهواء، والهواء ملك الغير؛ ولأنَّه يُنصبّ الماء في مكان آخر ليس له حق الصّبّ في ذلك المكان.

وأما الاقتصار؛ فلأنَّه إذا كان طويلاً لا يترشّش منه على الحائط، فإذا كان قصيراً يترشّش منه الماء على جوانبه فيؤدي إلى الضرر، وليس لأهل الدار أن يبنوا بناءً يَسدُّ مسيله؛ لأنَّهم أرادوا إبطال حقه في المسيل، وإن أرادوا أن يبنوا بناءً يُسيلُ ماؤه على ظهره فلم ذلك؛ لأنَّه لا ضرر لصاحب المسيل؛ لأنَّه لا فرق بين أن يسيل الماء على ظهر داره، وبين أن يسيل في صحن داره، فكذلك في الطريق لو أراد صاحبُ الدار أن يبنّي في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس له ذلك.

ولو أراد أن يبنّي ما يصعد على البناء ويمشي ليس له ذلك؛ لأنَّ فيه تكليف ومشقة الصعود والطلع، فإن ترك له مقدار عرض باب الدار وبنّى ما سوى ذلك، قلَّه ذلك؛ لأنَّ حقه في قدر عرض باب الدار، وما سوى ذلك لا حق له فيه، فلا يُمنع من التصرف لحقه، وعمارة السطح الذي يسيل عليه الماء على صاحب الميزاب؛ لأنَّ ذلك حصل بتسييله الماء⁽¹⁾.

المنتقى: رجلٌ له قناةٌ عليها أشجارٌ لقومٍ، فأراد صاحبُ القناة أن يصرف قناته عن هذا النهر، ويحفر له موضعاً آخر، قال: إذا كان الشجر عليها قديماً لا يدري من غرس، فليس لصاحب القناة أن يصرف الماء عن هذا النهر؛ لأنَّ للأشجار التي عليه⁽²⁾ حق الشرب من هذا الماء، وإن باعَ صاحبُ القناة [القناة]⁽³⁾ كان صاحب الشجر شفيحاً جواراً؛ لأنَّ له موضع أصول الشجر.

(1) حاشية ابن عابدين 70/8، والفتاوى الهندية 106/4.

(2) في ف: على حافتيه.

(3) ما بين معكوفين ساقة من: ف.

قال محمدٌ - رحمه الله - قنأةٌ جاريةٌ، ومحتقرها وبعضُ أنهارها في ساحة دار رجلٍ، أو محتقرها في أرض [رجلٍ وعلى الأرض] (1) حائطٌ محيطٌ، فادّعى صاحبُ الأرض أو الدار ذلك، فما كان في الدار فهو لصاحب الدار؛ لأنّه بمنزلة بناءٍ على ظهرها، فيكون في يده، وما كان في الأرض فهو لصاحب القنأة إذا لم يعلم في يد من هؤلاء (2)، إلا إذا كان صاحب الأرض قد زرعها وحصد زرعها فهو له؛ لأنّه إذا زرعها فقد صارت في يده . والله أعلم بالصواب.

(1) ما بين معكوفين سقط من: ف.

(2) في ف: هو . وهو الصواب.

الفهارس العامة

- * فهرس الآيات القرآنية.
- * فهرس الأحاديث النبوية والآثار.
- * فهرس الأعلام.
- * فهرس المفردات اللغوية والمصطلحات الفقهية.
- * فهرس الأبيات الشعرية.
- * فهرس الأماكن والقبائل والفرق.
- * فهرس الكتب.
- * فهرس المصادر والمراجع.
- * فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
110	228	البقرة	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ ... ﴾
172/103/60	281	البقرة	﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ... ﴾
360	282	البقرة	﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ... ﴾
42	159	آل عمران	﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ... ﴾
109	12	النساء	﴿ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ... ﴾
177	15	النساء	﴿ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ... ﴾
161	15	النساء	﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّهِنَّ الْمَوْتُ ... ﴾
	141	النساء	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾
124	35	النساء	﴿ فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ... ﴾
29	47	المائدة	﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمَنفِسُونَ ﴾
26	49	المائدة	﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ... ﴾
29	23	الإسراء	﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ... ﴾
180	4	النور	﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ... ﴾
169	15	لقمان	﴿ وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ... ﴾
428	20	ص	﴿ وَفَصَلَ الْخُطَابِ ﴾
30	26	ص	﴿ يٰدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ... ﴾
62	11	الشورى	﴿ لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ ... ﴾

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
161	40	الشورى	﴿ وَحَزَّوْنَا سِتَّةً سِتَّةً مِّثْلَهَا ... ﴾
36	2	الحشر	﴿ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ ۗ ﴾
33	7	الحشر	﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ۗ ... ﴾
172	2	الطلاق	﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ... ﴾

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
181	" إذا علمت مثل الشمس "
174	" أجاز شهادة القابلة "
94	" اجعل مالك جنة "
551	" اختصما في بعير "
446	" إذا اختلف المتبايعان "
39	" رأيت لو تميمضت بماء "
455	" استحلّف اليهود "
33	" أصحابي كالنجوم "
56	" أكرموا الشهداء "
60	" ألا أنبئكم بخير الشهداء "
51	" ألا تسار "
340	" الإسلام يعلو ولا يعلى "
172	" البينة على المدعي "
94	" الراشي والمرتشي "
34	" القضاة ثلاثة "
428	" ألك بينة ؟ فقال : لا ، فقال : لك يمينه "
426	" الناس أحرار إلا في أربعة "
213	" الولاء لحمة كلحمة النسب "
153	" إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة "
431	" إن النبي - صلى الله عليه وسلم - حلفه بالله "
636	" إن رجلين تنازعا في خص "
45	" إنما بنيت المساجد "
98	" أهدت طيبا من طيب الحجاز "

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
163	" باعدوا بين أنفاس "
30	" بم تقضي يا معاذ؟ "
98	" تهادوا تحابوا "
60	" ثم يفشوا الكذب "
161	" حبس رجلاً في تهمة "
48	" خير المجالس "
95	" سألاه عن السحت قال : الرشوة "
58	" شاهد لك أو يمينه "
550	" على اليد ما أخذت "
33	" عليكم بسنتي "
100	" فرضاً لأنفسهما من بيت المال "
602	" قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم - للذي هي في يده "
183	" كل لعب حرام "
179	" لا تجوز شهادة الوالد لولده "
430	" لا تحلفوا بأبائكم "
187	" لا تقبل شهادة الأقف "
251	" لا تقبل على شهادة الميت دون رجلين "
177	" لا شهادة للنساء "
182	" لا صغيرة مع الإصرار "
413	" لا يغرنكم طنطة الرجل في صلاته "
51	" لا يقضي القاضي إلا هو شبعان "
51	" لا يقضي القاضي بين اثنين "
167	" لصاحب الحق اليد "
184	" لعن الله المغنيات "
186	" لعن الله المؤنث من الرجال "

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
162	"مطل الغي ظلم"
430	"ملعون من حلف بالطلاق"
50	"من ابتلى بالقضاء"
95	"من أزلت إليه نعمة"
178	"من أصاب من هذه القاذورات"
265	"من انتسب إلى غير أبيه"
47	"من دخل المسجد"
32	"من سأل القضاء وكل إلى نفسه"
55	"منى مناخ"
124	"نزل على حكم سعد"
48	"هل رأي أحد منكم رؤيا؟"
125	"هلا أرسلت إليّ رسولاً"
183	"ولا تقبل شهادة للمتهم"
189	"ولا شهادة لمتهم"
412	"إني لا أعرفكما"

فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم
188	إبراهيم بن رستم
44	أبو بكر الجصاص
124	أبي بن كعب بن قيس
599	أحمد بن حفص
53	أحمد بن سلامة " الطحاوي "
209	أحمد بن عصمة " الصفار "
31	أحمد بن عمر الشيباني
59	أحمد بن محمد " القدوري "
41	أحمد بن محمد بن عمر الناظفي
420	إسماعيل بن حماد
92	إسماعيل بن علي
97	أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب - رضي الله عنه -
34	أنس بن مالك بن النضر
77	بشر بن الوليد
551	تميم بن طرفة
105	جابر بن عبد الله " الأنصاري "
636	حذيفة بن اليمان
188	الحسن بن أبي مالك
41	الحسن بن زياد
35	الحسن بن يسار " البصري "
42	زفر بن الهديل
125	زيد بن ثابت

• لا يشمل هذا الفهرس إلا الأعلام التي وردت في القسم التحقيقي ، والأرقام تشير إلى صفحة الترجمة

الصفحة	اسم العلم
124	سعد بن معاذ
34	سمرة بن جندب
35	شريح بن الحارث
91	عامر بن شراحيل
481	عبد الحميد بن عبد العزيز
63	محمد عبد الرحمن بن أبي ليلى
34	عبد الرحمن بن صخر " أبو هريرة "
40	عبد الله بن المبارك
517	عبد الله بن شبرمة
431	عبد الله بن سوريا
95	عبد الله بن مسعود
148	عبيد الله بن الحسين " الكرخي "
101	عتاب بن أسيد
213	عكرمة مولى بن عباس
35	علقمة بن مجزر
195	علي بن الجعد
383	عيسى بن أبان
480	عيسى بن حماد
514	القاسم بن معن
42	مالك بن أنس " الإمام مالك "
94	مجاهد بن جبر
31	محمد بن إدريس " الإمام الشافعي "
40	محمد بن الحسن الشيباني
184	محمد بن سُماعة
90	محمد بن عبد الله " أبو جعفر البلخي "

الصفحة	اسم العلم
177	محمد بن عبد الله " الفقيه أبو جعفر "
194	محمد بن مسلم " الزهري "
194	محمد بن يحيى " الجرجاني "
104	مروان بن الحكم
35	مسروق بن الأجداع
30	معاذ بن جبل
31	معاوية بن أبي سفيان
600	موسى بن سليمان
213	نافع مولى ابن عمر
230	نصر الدين السمرقندي " أبو الليث "
34	النعمان بن ثابت " الإمام أبو حنيفة "
122	هشام الرازي
39	يعقوب بن إبراهيم " أبو يوسف "

فهرس المفردات اللغوية والمصطلحات الفقهية

الصفحة	الكلمة
601	الإبريسم
630	الآجر
600	اختطاط
634	الإداوة
170	الأرش
645	الآنج
645	الأسُّ
513	الأستبضاع
65	الاستحسان
48	الأعوان
229	أقال
187	الأقلف
580	أكرار
101	الأوقية
649	البالوعة
627	البذرة
515	البرذون
637	التجصيص
488	التدبير
643	التنور
277	التهاثر
160	التهايو
50	الجنو

الصفحة	الكلمة
289	الجريّ
318	الجُعل
70	الجلواز
414	الحذاء
46	الحشمة
67	الحلية
183	الحمية
156	الحيلولة
81	الخريطة
636	الخصّ
619	الدانق
190	الدرك
649	الدولاب
400	الدية
154	الذّعر
75	الرستاق
73	الرقاع
646	الروشن
248	الزهوق
639	الساباط
631	الساجة
614	السّدي
625	السّرج
105	السّعاية
106	الشّرب

الصفحة	الكلمة
42	شنشنة
68	الصبرة
614	الصدفة
168	الضنى
413	الطنطنة
155	الطينة
153	العدوى
88	العرض
186	العشّار
88	العقار
387	العقر
190	العنان
589	العول
107	الفتوى
109	القافة
189	القصار
628	القطار
626	القطيفة
68	القفيز
598	القلنسوة
636	القُمط
49	القمطرة
605	القن
39	القياس
626	الكتّاس

الصفحة	الكلمة
637	الكنيف
642	الكوّة
75	الكورة
625	اللجام
113	المبارمة
36	المتقدمون
183	المجانة
161	المخيس
630	مدر
643	المدقات
89	المسانهة
67	المسيل
89	المشاهرة
37	المشايع
445	المفاوضة
625	الملاح
651	الناوقة
186	النخّاس
643	النّداوة
635	الهرادي
40	والمتأخرون
474	الوصيف
623	الوضّح
266	ولاء الموالة

فهرس الأبيات الشعرية

الصفحة	القائل	عدد الأبيات	البحر	أول البيت
161	علي بن أبي طالب	1	الرجز	ألا ترى

فهرس الأماكن والقبائل والفرق

الاسم	الصفحة
أراش	153
بلاد ما وراء النهر	101
بلخ	64
الخطابية	185
الخوارج	122
الروافض	185
الريّ	495
الزطيّ	437
قريظة	124
قصر هبيرة	512
مرو	437
نجران	101
هجر	101
وهر	101

فهرس الكتب

الصفحة	اسم الكتاب
41	الأجناس في فروع الحنفية
198	أحكام الوقف
76	الأمالي
273	الإملاء
216	الجامع الصغير
201	الجامع الكبير
269	الزيادات
97	السير الكبير في الفقه
200	الفتاوى
427	الكيسانيات
627	المأذون الكبير
36	المبسوط
190	المجرد
53	مختصر الطحاوي في فروع الحنفية
557	منتصر الكرخي
106	المنتقى
75	النوادر
196	النوادر لابن سماعه
122	النوادر للرازي
230	النوازل
248	الواقعات في فروع الحنفية

• لا يشمل هذا الفهرس الكتب التي وردت في القسم الدراسي ، ولا التي في الهوامش .

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

1. الإبانة عن شريعة الفرقة الناجية ومجانبة الفرق المذمومة ، لأبي عبد الله عبيد الله محمد بن بطة العكبري، تحقيق : د: عثمان الأثيوبي، دار الراية - الرياض ، ط : الثانية ، 1418 هـ .
2. الآثار ، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ، ت : 182 هـ ، تحقيق : أبو الوفا ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : بلا .
3. آثار البلاد وأخبار العباد ، لذكرياء بن محمد بن محمود القزويني ، ت : 682 هـ ، دار صادر - بيروت ، ط : بلا .
4. اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ، الناشر : لجنة إحياء المعارف النعمانية بالهند ، ط : الأولى ، علق عليه أبو الوفاء الأفغاني .
5. الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود الموصلي الحنفي ، ت : 683 هـ ، علق عليه : الشيخ محمود أبو دقيقة ، مطبعة الحلبي - القاهرة ، تاريخ النشر : 1356 هـ ، ط : بلا .
6. الآداب ، لأحمد بن حسين بن علي الخراساني ، البيهقي ، ت : 458 هـ ، اعتني به وعلق عليه : أبو عبد الله السعيد المندوه ، مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1408 هـ .
7. الأدب المفرد ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفى سنة : 256 هـ ، تحقيق : علي عبد الباسط مزيد ، وعلي عبد المقصود رضوان ، مكتبة الخانجي - القاهرة ، الطبعة الأولى : 1423 هـ .

8. الإرشاد إلى سبيل الرشاد ، لمحمد بن أحمد بن أبي موسى الشريف الهاشمي البغدادي ، ،
ت : 428 هـ ، تحقيق : د: عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، ط :
الأولى ، 1419 هـ .
9. الأسماء والكنى ، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ، ت : 241 هـ ، تحقيق : عبد
الله بن يوسف الجديع ، مكتبة دار الأقصى - الكويت ، الطبعة الأولى ، 1406 هـ .
10. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر
القرطبي ، تح : سالم محمد عطا وآخرون ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : بلا ،
سنة النشر : 2000 م .
11. أسد الغابة في معرفة الصحابة ، لعز الدين بن الأثير أبي الحسن علي بن محمد
الجزري ، المتوفى سنة : 630 هـ ، تحقيق : علي محمد معوض ، وعادل أحمد عبد
الموجود ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى 1415 هـ .
12. الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، للقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي
المالكي ، ت : 422 هـ ، تح : الحبيب الطاهر ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى :
1420 هـ .
13. الإصابة في تمييز الصحابة ، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ت : 852 هـ ،
تحقيق : علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، بيروت ، تاريخ النشر : 1412 هـ .
14. الأصل - المعروف بالمبسوط ، لمحمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، ت : 189 هـ ،
تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي ، ط : بلا .
15. أصول الفقه ، لعبد الكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الخامسة . بيروت ،
1417 هـ .

16. الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، لخير الدين الزركلى ، دار العلم للملايين ، الطبعة الخامسة عشر 2002 م .
17. الأم ، لمحمد بن ادريس بن العباس بن عثمان ، المطلبي ، القرشي ، الشافعي ، ت : 204 هـ ، دار المعرفة - بيروت ، سنة النشر : 1410 هـ ، ط : بلا .
18. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لزين الدين بن إبراهيم ، بن نجيم المصري ، ت : 970 هـ ، دار الكتاب الإسلامي - بيروت ، ط : بلا .
19. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، الشهير بابن رشد الحفيد ، ت : 595 هـ ، الناشر : دار الحديث - القاهرة ، ط : بلا .
20. البداية والنهاية ، لعماد الدين أبو الفداء ، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي ، ت : 774 هـ ، تح : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، دار هجر للطباعة والنشر - الجيزة ، الطبعة الأولى ، 1417 هـ ،
21. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين ، أبو بكر بن مسعود الكاساني ، الحنفي ، ت : 587 هـ ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، 1406 هـ .
22. البناية شرح الهداية ، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي ، الحنفي ، بدر الدين العيني ، ت : 855 هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1420 هـ .
23. البيان في فقه الإمام الشافعي ، لأبي الخير ، يحيى بن سالم العمراني ، الشافعي ، تح : قاسم النوري ، الناشر : دار المنهاج - جدة ، ط : الأولى .
24. تاج التراجم ، لأبي الفداء ، زين أبو العدل قاسم قطلويغا ، الجمالي ، الحنفي ، ت : 879 هـ ، تح : محمد خير رمضان يوسف ، دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولى : 1413 هـ ،

25. تاج العروس من جواهر القاموس ، لمحمد مرتضى الزبيدي ، تحقيق مجموعة من المحققين ، دار الهداية ، ط : بلا .
26. تاريخ بغداد ، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي ، ت : 463 هـ ، تح : الدكتور : بشار عواد معروف ، دار الغرب الإسلامي - بيروت ، الطبعة الأولى 1422 هـ .
27. التاريخ الكبير ، لمحمد بن إسماعيل البخاري ، تح : السيد هاشم الندوي ، دار الفكر ، ط : بلا .
28. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ، لعثمان بن علي بن محجن البارعي ، فخر الدين الزيلعي ، الحنفي ، ت : 743 هـ ، والحاشية لشهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي ، ت : 1021 هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة ، الطبعة الأولى 1313 هـ .
29. تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، سنة النشر : 1983 م .
30. تذكرة الحفاظ ، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، ت : 748 هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى : 1419 هـ .
31. التعليقات الحسان علي صحيح ابن حبان وتمييز سقيمة من صحيحه وشأذه من محفوظه ، مؤلف الأصل : محمد بن حبان بن أحمد بن معاذ ، التميمي ، الدارمي ، ت : 354 هـ ، ترتيب : أبو الحسن علي بن بلبان ، الحنفي ، ت : 739 هـ ، ومؤلف التعليقات : العلامة : محمد ناصر الدين الألباني ، ت : 1420 هـ ، دار باوزير للنشر ، جدة ، الطبعة الأولى ، 1424 هـ .

32. تقريب التهذيب ، لأبي الفضل ، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ، ت : 852 هـ ، تح : محمد عوامة ، دار الرشيد - سوريا ، الطبعة الأولى ، 1406 هـ .
33. تقريب المدارك وتقريب المسالك ، لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى ، ت : 544 هـ ، تح : ابن تاويت الطنجي ، وعبد القادر الصحراوي ، ومحمد بن شريفة ، وغيرهم ، مطبعة فضالة ، المغرب ، الطبعة الأولى .
34. التلقين ، لمحمد عبد الوهاب البغدادي ، ت 422 هـ ، تح : محمد ، بو خبزة التطواني ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى : 1425 هـ .
35. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد ، لأبي عمر ، يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري ، ت : 463 هـ ، تح : مصطفى بن أحمد العلوي وآخرون ، وزارة عموم الأوقاف - الرباط ، ط : بلا .
36. تهذيب التهذيب ، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، الشافعي ، ت : 852 هـ ، دار الفكر - بيروت ، الطبعة الأولى 1404 هـ .
37. تهذيب اللغة ، لمحمد بن أحمد البستي ، تح: شرف الدين أحمد ، دار الفكر - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1975 م .
38. التهذيب في اختصار المدونة ، لخلف بن أبي القاسم الأزدي ، القيرواني ، البرازعي المالكي ، تح : محمد الأمين ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، دبي ، الطبعة الأولى .
39. التوضيح في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب ، المالكي ، تح: أحمد عبد الكريم، ط: الأولى ، 1429 هـ .

40. الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، لصالح بن عبد السميع الآبي الأزهري ، الناشر: المكتبة الثقافية ، بيروت ، ط : بلا .
41. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وسننه وأيامه ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، تح : محمد زهير ناصر ، دار طوق النجاة ، ط : الأولى ، 1422 هـ .
42. الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي ، شمس الدين القرطبي ، ت : 671 هـ ، تح : أحمد البرذوني ، وإبراهيم الطفيش ، دار الكتب المصرية - القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1384 هـ ،
43. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، لشمس الدين ، محمد بن أحمد بن علي المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري ، الشافعي ، ت : 880 هـ ، تح : مسعد عبد الحميد السعدني ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1417 هـ .
44. الجواهر المضئية في طبقات الحنفية ، لعبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي ، الحنفي ، ت : 775 هـ ، الناشر : منير محمد كتب خانة - كراتشي ، ط : بلا .
45. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، المالكي ، ت : 1230 هـ ، دار الفكر ، ط : بلا .
46. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، لعبد الرحمن بن محمد الحنبلي ، الطبعة الأولى .
47. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، لابن عابدين ، دار الفكر للطباعة - بيروت ، ط : الثانية .

48. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، لعلي بن محمد بن محمد البصري ،
البغدادي ، الشهير بالماوردي ، ت : 450 هـ ، تح : علي محمد عوض ، وعادل أحمد
عبد الموجود ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : الأولى ، 1419 هـ .
49. درر الحكام شرح غرر الأحكام ، لمحمد بن فرامرز بن علي ، الشهير بملا خسرو ، ت
: 885 هـ ، دار إحياء الكتب العربية ، ط : بلا .
50. الذخيرة ، لشهاب الدين ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ، الشهير بالقرافي ،
ت : 684 هـ ، تح : محمد حجي ، وسعيد أعراب ، ومحمد بو خبزة ، دار الغرب
الإسلامي - بيروت ، ط : الأولى ، 1994 م .
51. الروض المبهج شرح نظم بستان فكر المنهج في تذييل المنهج ، لأبي عبد الله محمد بن
أحمد بن محمد المالكي ، ت : 1072 هـ ، تح : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار
الكتب العلمية - بيروت ، ط : بلا ، 1420 هـ .
52. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة ، لأبي عبد الرحمن محمد
ناصر الدين الألباني ، ت : 1420 هـ ، دار المعارف - المملكة العربية السعودية ،
الطبعة الأولى : 1412 هـ .
53. السلسلة الصحيحة ، لمحمد ناصر الدين الألباني ، ت : 1420 هـ ، مكتبة المعارف ،
الرياض ، ط : بلا .
54. السنن ، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي ، الدار قطني ، ت : 385 هـ ،
تح : شعيب الأرنؤوط وجماعة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط : الأولى ، 1424 هـ .
55. سنن ابن ماجه ، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، ت : 273 هـ ، تح : محمد
فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، ط : بلا .

56. سنن أبي داوود ، لأبي داوود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي ، ت : 275 هـ ،
تح : محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية - بيروت ، ط : بلا .
57. سنن الترمذي ، لمحمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك ، الترمذي ، أبو
عيسى ، ت : 279 هـ ، تح : أحمد شاكر وآخرون ، مطبعة البابي الحلبي - مصر ،
الطبعة الثانية : 1395 هـ .
58. السنن الكبرى ، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني ، النسائي ، ت :
303 هـ ، تح : حسن الشلبي ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، ط الأولى ، 1412 هـ .
59. السنن الكبرى ، لأحمد بن حسين بن علي بن موسى الخراساني ، البيهقي ، ت : 458
هـ ، تح : محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : الثالثة ، 1424
هـ .
60. سير أعلام النبلاء ، لشمس الدين محمد بن أحمد عثمان الذهبي ، ت : 748 هـ ، دار
الحديث - القاهرة ، ط : 1427 هـ .
61. السيرة النبوية ، لأبي الفداء ، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، الدمشقي ، ت :
474 هـ ، تح : مصطفى عبد الواحد ، دار المعرفة - بيروت ، ط : بلا .
62. السيرة النبوية ، لعبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري ، ت : 213 هـ ، تح :
طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل ، بيروت ، ط ، بلا .
63. شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لعبد الحي بن أحمد العكري الدمشقي ، ت :
1089 هـ ، دار الكتب العلمية ، ط : بلا .
64. الشرح الممتع على زاد المستنقع ، لمحمد بن صالح العثيمين ، ت : 1421 هـ ، دار
ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ، 1422 هـ ،

65. شرح فتح القدير ، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، ت : 681 هـ ، دار الفكر - بيروت ، ط : بلا ، سنة النشر 2009 م .
66. شرح كتاب أدب القاضي للخصاف ، ت : 261 هـ . ، لبرهان الأئمة حسام الدين عبد العزيز بن مازة ، البخاري ، المعروف بصدر الشهيد ، ت : 536 ، تح : محيي هلال سرحان ، وزارة الأوقاف ، الجمهورية العراقية ، الطبعة الأولى ، 1397 هـ .
67. شعب الإيمان ، لأبي بكر أحمد بن حسين البيهقي ، ت : 458 هـ ، تحقيق : محمد الزغلول ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : الأولى ، 1410 هـ .
68. الصحاح ، لإسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1987 م .
69. صحيح ابن حبان ، لمحمد بن حبان بن أحمد التميمي ، البستي ، ت : 354 هـ ، تح : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثانية 1414 هـ .
70. صحيح الجامع الصغير للسيوطي ، تحقيق : العلامة محمد ناصر الدين الألباني ، ت : 1420 هـ ، أشرف على طبعه : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، ط : بلا .
71. صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين ، مسلم بن الحجاج القشيري ، النيسابوري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ط : بلا .
72. صفة الصفوة ، لجمال الدين ، عبد الرحمن بن علي بن الجوزي ، ت : 597 هـ ، تح : أحمد بن علي ، دار الحديث ، القاهرة ، ط : بلا .
73. الضعفاء الكبير ، لأبي جعفر ، محمد بن عمر بن موسى العقيلي ، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى 1404 هـ .
74. ضعيف الجامع الصغير للسيوطي ، تحقيق : العلامة محمد ناصر الدين الألباني ، أشرف على طبعة : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، ط : بلا .

75. طبقات الحفاظ ، لعبد الرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي ، ت : 911 هـ ،
دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : الأولى ، 1403 هـ .
76. الطبقات السننية في تراجم الحنفية ، لتقي الدين بن عبد القادر التميمي ، الداري العزي ،
ت : 1010 هـ ، ط : بلا .
77. طبقات الشافعية ، لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة ، تحقيق :
الحافظ عبد العليم ، الناشر عالم الكتب ، بيروت ، ط : الأولى ، 1407 هـ .
78. الطبقات الكبير ، لمحمد بن سعد بن منيع الزهري ، ت : 230 هـ ، تحقيق : علي
محمد عمر ، مكتبة الخانجي ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1421 هـ .
79. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم
بن شاس الجذامي السعدي ، المالكي ، ت : 616 هـ ، تح : حميد بن محمد لحر ،
دار الغرب الإسلامي - بيروت ، الطبعة الأولى ، 1423 هـ .
80. العناية شرح الهداية ، لأبي محمد بن محمد بن محمود ، أكمل الدين البابر تي ، ت :
786 هـ ، دار الفكر ، ط : بلا .
81. عيون المسائل ، لأبي الليث نصر بن محمد بن أحمد السمرقندي ، ت : 373 هـ ،
تحقيق : صلاح الدين الناهي ، الناشر : مطبعة أسعد - بغداد ، ط : بلا .
82. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، للشيخ نظام وجماعة من
علماء الهند ، دار الفكر - بيروت ، سنة النشر : 1411 هـ ، ط : بلا .
83. الفصول في الأصول ، لأحمد بن علي بن أبي بكر الرازي ، الجصاص ، الحنفي ، ت
: 370 هـ ، وزارة الأوقاف - الكويت ، ط : الثانية ، 1414 هـ .
84. الفقه على المذاهب الأربعة ، لعبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، ت : 1360 هـ
، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1424 هـ ،

85. الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، لأبي الحسنات اللكنوي ، تحقيق : محمد بدر الدين ، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة .
86. القاموس الفقهي ، للدكتور : سعدي أبو جيب ، دار الفكر - دمشق الطبعة الثانية ، 1408 هـ .
87. قواطع الأدلة في الأصول ، لأبي المظفر ، منصور بن محمد بن عبد الجبار المروزي ، السمعاني التميمي ، الحنفي ثم الشافعي ، ت : 489 هـ ، تحقيق : محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط : الأولى ، 1418 هـ .
88. كشف الخفاء ومزيل الألباس ، لإسماعيل بن محمد بن عبد الهادي ، الجراحي العجلوني دمشقي ، ت : 1162 هـ ، تحقيق : عبد الحميد بن أحمد الهنداوي ، ط : الأولى ، 1420 هـ .
89. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، لمصطفى عبد الله القسطنطيني الرومي ، الحنفي ، ت : 1067 هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : الأولى ، سنة النشر : 1418 هـ .
90. لسان الحكام في معرفة الأحكام ، لأحمد بن محمد بن محمد ، لسان الدين الثقفي ، الحلبي ، ت : 882 هـ ، الناشر : البابي الحلبي ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1393 هـ .
91. لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي ، المصري ، دار صادر ، بيروت ، ط : الأولى .
92. المبدع في شرح المقنع ، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح ، ت : 484 هـ ، دار العالم للكتب - الرياض ، ط : بلا سنة النشر 1423 هـ .
93. المبسوط ، لشمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهيل السرخسي ، ت : 483 هـ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط : بلا .

94. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، الشهير بشيخي زاده ، ت : 1078 هـ ، دار إحياء التراث العربي ، ط : بلا .
95. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، لنور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي ، ت : 807 هـ ، تح : حسام الدين القدسي ، مكتبة القدسي - القاهرة ، ط : بلا .
96. مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي ، ت : 1030 هـ ، تح : محمد سراح ، وعلي جمعة ، دار الكتاب الإسلامي ط : بلا .
97. المحلى بالآثار ، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي ، الظاهري ، ت : 456 هـ ، دار الفكر .
98. المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، لبرهان الدين ، محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري ، الحنفي ، ت : 616 هـ ، تحقيق : عبد الكريم الجندي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1424 هـ .
99. مختار الصحاح ، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، تح : محمود خاطر ، الناشر : مكتبة لبنان ، بيروت ، ط : بلا .
100. المدونة علي مذهب مالك ، لعبد السلام بن سعيد التنوخي ، كنيته : أبو سعيد ، المعروف بسحنون ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1415 هـ .
101. المستدرک علی الصحیحین ، للإمام الحافظ أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، ت : 405 هـ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط : بلا .
102. مسند أبي يعلى ، لأحمد بن علي بن المثني بن يحيي بن عيسى التميمي ، الموصلی ، ت : 307 هـ ، تح : حسين سليم أسد ، دار المأمون للتراث - دمشق ، الطبعة الأولى ، 1404 هـ .

103. مسند إسحاق بن راهويه ، لإسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي ،
المروزي ، الشهير بابن راهويه ، ت : 238 هـ ، تحقيق : عبد الغفور البلوشي ، مكتبة
الإمام - المدينة المنورة ، ط : الأولى ، 1412 هـ .
104. مسند الإمام أحمد بن حنبل ، لأحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد
الشبلي ، ت : 241 هـ ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، وعادل مرشد ، مؤسسة الرسالة ،
الطبعة الأولى ، 1421 هـ .
105. مسند البزار (المطبوع باسم البحر الزخار) ، لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد
الخالق البزار ، ت : 292 هـ ، تحقيق : محفوظ الرحمن ، وعادل بن سعد ، وصبري عبد
الخالق ، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة ، الطبعة الأولى 2009 م .
106. مسند الشهاب ، لمحمد بن سلامة بن جعفر حكيمون القضاعي ، المصري ، ت
454 هـ ، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة
الثانية 1407 هـ .
107. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، لأحمد بن محمد بن علي المقري
الفيومي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ط : بلا .
108. المعجم الأوسط ، لسليمان بن أحمد اللخمي الطبراني ، ت : 360 هـ ، تحقيق :
طارق عوض ، وعبد المحسن الحسيني ، دار الحرمين - القاهرة ، ط : بلا .
109. معجم البلدان ، لشهاب الدين ، ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي ، ت 626 هـ
، دار صادر - بيروت ، الطبعة الثانية 1995 م .
110. معجم الشعراء ، لمحمد بن عمران المرزباني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،
لبنان ، ط : الثانية .

111. المعجم الصغير ، لسليمان بن أحمد الطبراني ، ت : 360 هـ ، تح : محمود شكور ، المكتب الإسلامي - بيروت ، الطبعة الأولى 1405 هـ .
112. المعجم الكبير ، لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي ، الطبراني ، ت : 360 هـ ، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد لسلفي ، مكتبة ابن تيمية - القاهرة ، الطبعة الثانية .
113. معجم قبائل العرب القديمة والحديثة ، لعمر بن رضا بن محمد بن راغب كحالة الدمشقي ، ت : 1408 هـ ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، ط : السابعة 1414 هـ .
114. معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضيع ، لأبي عبيد عبد الله بن عبد العزيز بن محمد البكري الأندلسي ، ت : 487 هـ ، الناشر : عالم الكتب ، بيروت ، ط : الثالثة 1403 هـ .
115. معرفة القراء الكبار على الطبقات والأعصار ، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايمن الذهبي ، ت : 748 هـ ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى 1417 هـ .
116. المعونة على مذهب عالم المدينة " مالك بن أنس " ، لعبد الوهاب بن علي نصر الثعلبي البغدادي ، المالكي ، ت : 422 هـ ، تح : حميش عبد الحق ، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة ، ط : بلا .
117. المغرب في ترتيب المعرب ، لناصر الدين بن علي المطرز ، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب ، الطبعة الأولى 1979 م .
118. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، الشافعي ، ت : 977 هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط : الأولى ، 1415 هـ .

119. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، لعبد الله بن أحمد قدامة المقدسي ، ت : 620 هـ ، دار الفكر ، بيروت ، ط : الأولى 1405 هـ .
120. المقدمات الممهّدات ، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، ت : 520 هـ ، تحقيق : محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى 1408 هـ .
121. الملل والنحل ، لمحمد بن عبد الكريم بن أبي بكر الشهرستاني تحقيق : محمد الكيلاني ، دار المعرفة - بيروت ، ط : بلا ، سنة النشر 1404 هـ .
122. منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية ، لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الحنبلي ، دمشق ، ت : 728 هـ ، تحقيق : محمد رشاد سالم ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الطبعة الأولى 1406 هـ .
123. الموطأ ، لمالك بن أنس الأصبحي المدني ، ت : 179 هـ ، تحقيق : تقي الدين الندوي ، دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولى 1413 هـ .
124. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي ، لجمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي ، ت 762 هـ ، تحقيق : محمد عوامة ، مؤسسة الريان - بيروت ، الطبعة الأولى 1418 هـ .
125. نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب ، لأبي العباس أحمد بن علي القلقشندي ، ت : 821 هـ ، تحقيق : إبراهيم الأبياري ، دار الكتب للبنانيين ، بيروت ، ط : الثانية ، 1400 هـ .
126. نهاية المطلب في دراية المذهب ، لعبد الملك ، عبد الله بن يوسف الجويني ، أبو المعالي ، الملقب بإمام الحرمين ، ت 478 هـ ، تحقيق : عبد العظيم الديب ، دار المنهاج ، الطبعة الأولى 1428 هـ .

127. النهر الفائق شرح كنز الدقائق ، لسراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ،
ت 1005 هـ ، تحقيق : أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة
الأولى 1422 هـ .

128. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، لعبد الله بن أبي
زيد عبد الرحمن القيرواني ، المالكي ، ت 386 هـ ، تحقيق : عبد الفتاح الحلو ، ومحمد
حجي وآخرين ، دار الغرب الإسلامي - بيروت ، الطبعة الأولى 1999 م .

129. الهداية على مذهب الإمام أحمد ، لمحفوظ بن أحمد ، تح : عبد الحفيظ هميم ،
وماهر ياسين ، الناشر : مؤسسة غراس ، ط : الأولى .

130. هدية العارفين ، لإسماعيل بن محمد أمين الباباني البغدادي ، ت 1399 هـ ،
الناشر : وكالة المعارف - تركيا ، ط : بلا .

131. الوافي بالوفيات ، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي ، ت 764 هـ ، تحقيق
: أحمد الأرنؤوط ، وتركي مصطفى ، دار إحياء التراث - بيروت ، ط : بلا .

132. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن
إبراهيم بن خلکان البرمكي ، ت 681 هـ ، تحقيق : إحسان عباس ، دار صادر -
بيروت ، الطبعة 1900 - 1994 م .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
4	المقدمة
6	الأسباب الباعثة على دراسة وتحقيق الكتاب.
9	منهجية البحث
12	رموز الرسالة
13	القسم الدراسي
16	التعريف بالمؤلف
16	اسمه ولقبه
16	مولده
16	نسبه
16	وفاته
17	شيوخه
17	نشاطه العلمي
18	مصنفاته
19	عصر المؤلف
20	مكانته العلمية
20	ثناء العلماء عليه
21	وصف المخطوط
22	القيمة العلمية للمخطوط
22	منهجية المؤلف في التأليف
22	منهجيته في ترتيب المسائل والترجيح بين آراء الفقهاء
23	الكتب التي اعتمدها المصنف
25	القسم التحقيقي
25	كتاب أدب القاضي

الصفحة	الموضوع
30	باب : القضاء بالعلم واجتهاد الرأي في القضاء
42	باب : صفة الجلوس للقضاء
47	باب : ما يفعله القاضي في مجلس القضاء
52	باب : سماع الدعوى والشهادة
61	باب : شرائط الدعوى والخصومة
67	باب : أخذ الكاتب والمترجم وإقامة الجلواز على رأسه
71	باب : القاضي يقضي بعلمه
74	باب : القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظه
78	باب : قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول
88	باب: القاضي يقضي ثم يرى بعد ذلك خلافه أو يقضي زماناً ثم يرى انه ممن لا يجوز قضاؤه
91	باب : أخذ الرشوة والهدية في القضاء
97	باب : رزق القاضي وأعوانه
100	باب : القاضي ترفع إليه قضية قاض آخر مما ينفذها وما لا ينفذها
110	باب : ما يحلّه القاضي وما لا يحله
113	باب : القاضي يقضي فيعزل فيطلب بشيء مما كان فعله
115	باب : لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز
116	باب : موت الخليفة والقاضي
117	باب : القاضي يستخلف رجالا وما يجوز له من ذلك
119	باب : الخوارج وأهل البغي يولّون قاضيا
121	باب : الخصمان يُحكّمان بينهما حكما
136	باب : كتاب القاضي إلى القاضي
150	باب : العدوى والإعداد
153	باب : ما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدي عدل أولاً يضعه إذا خوصم فيه

الصفحة	الموضوع
158	باب : الحبس والملازمة
169	كتاب الشهادات
176	باب : من تجوز شهادته ومن لا تجوز
186	باب : شهادة رافع المغرم وجالب المغنم
204	باب : تغير حال الشاهد بعد الشهادة
208	باب : الشهادة بالتسامع
213	باب : الشهادة بظاهر اليد
216	باب : الشهادة على الأبوين
224	باب : ما يسع الشاهد أن يمتنع من أداء الشهادة وما لا يسع
229	باب : اختلاف الشهادات
244	باب : الشهادة على الشهادة
251	باب : الشهادة في الميراث والموت والنسب
256	باب : الشهادة على إثبات الملك للمُسبَّب
269	باب : البيئتان قامتا على الشئيين المختلفين
273	باب : البيئتان تعارضتا فتهاترتا أو لم يتهاترا
277	باب : الشهادة في البيع والشراء
282	باب : الشهادة على الوكالة
291	باب : الشهادة في الوصية بعد الموت
300	باب : شهادة الوصي للميت أو للوارث أو عليهما
303	باب : شهادة الوصي والوكيل بعد العزل
306	باب : الشهادة في الطلاق
309	باب : الشهادة بالعتق
320	باب : الشهادة في القتل
327	باب : شهادة أهل الذمة
332	باب : الشهادة على النصراني بعد موته بالدين لمسلم

الصفحة	الموضوع
336	باب : الشهادة على إسلام النصراني بعد موته
341	كتاب الرجوع عن الشهادات
343	باب : الرجوع عن الشهادة في باب المال
348	باب : الرجوع عن الشهادة في العقود
355	باب : رجوع البعض عن الشهادة دون البعض
358	باب : الرجوع عن الشهادة في النكاح والطلاق
362	باب : الرجوع عن الشهادة في النكاح ، والصلح عن النفقة والمتعة
367	باب : الرجوع عن الشهادة في العتق والكتابة والتدبير
373	باب : الرجوع عن الشهادة في الولاء والنسب والميراث
383	باب : الرجوع عن الشهادة على الوصية
392	باب : الرجوع عن الشهادة على الشهادة
396	باب : الرجوع عن الشهادة في القصاص
399	باب : الرجوع عن الشهادة على العفو والصلح عن دم العمد
401	باب : الرجوع عن الشهادة في القتل بعد قطع طرف القاتل
404	باب : الرجوع عن الشهادة على الجناية والعتق
408	كتاب التزكية
409	باب : معرفة العدالة
412	باب : المسألة عن الشهود
417	باب : من يجوز تعديله ومن لا يجوز
420	باب : الطعن والجرح في الشهود
424	كتاب الاستحلاف
426	باب : كيفية الاستحلاف
136	باب : من تتوجه عليه اليمين ومن لا تتوجه عليه
445	باب : الوكيل ، أو الوارث ، أو الوصي إذا أراد استحلاف الغريم ، أو المودع وإقامة البينة عليهما

الصفحة	الموضوع
449	باب : ما لا يستحلف فيه
451	باب : اليمين على العلم والبتات
455	باب : النكول عن اليمين
461	باب : التحالف عند اختلاف المتعاقدين
481	باب : التحالف في إقرار البائع بملك البيع لغيره
485	كتاب الدعوى
488	باب : ما يمنع صحة الدعوى وما لا يمنع
497	باب : ما يكون إكذاباً للشهود وما لا يكون إكذاباً لهم
504	باب : الدعوى والبيينة في شيء فيدخل المتصل به تبعاً وضمناً
507	القسم الثاني : فيمن ينتصب خصماً ومن لا ينتصب، ومن تدفع عنه الخصومة
507	باب : من يكون خصماً ومن لا يكون
512	باب : ما يدفع به الخصومة عن نفسه وما لا يدفع
525	باب : إقرار ذي اليد بالمدعى به للغائب قبل إقامة المدعى البيينة أو بعده
535	باب : إقرار المدعى عليه بالإرث أو بالوصية في المدعى به
544	القسم الثالث : في ترجيح إحدى البينتين على الأخرى
544	باب : الخارج وذو اليد أقاما البيينة
552	باب : التأقيت في الدعوى والبيينة
559	باب : اختلاف البيينات في البيع والشراء ونحوه وفيه فصلان:
582	باب : الرجلان يقيمان البيينة على شيء في أيديهما
584	باب : دعوى الرهط ودعواهم مختلفة
594	باب : دعوى النتاج وما هو في معناه
609	باب : دعوى البيع والشراء
616	باب : الدعوى في الميراث والدين على الميت وللميت

الصفحة	الموضوع
619	القسم الرابع : في الاستحقاق بالأيدي
619	باب : الرجلان يتداعيان الشيء بالأيدي
623	باب : دعوى الحائط
636	باب : العلو والسفل
642	باب : دعوى الطريق والمسيل