كتاب المجموع

شركة أبناء شريف الأنصاري
للطباعة والنشر والتوزيع
صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية
الخندق الغميق - ص.ب: 11/8355
تلفاكس: 655015 - 632673 - 00961 1 659875
بيروت - لبنان

• الدار النموذجية
بوليفار د. نزيه البزري - ص.ب: 221
تلفاكس: 720624 - 729259 - 00961 7 729261
صيدا - لبنان

• المطبعة العصرية
كفر جرة - طريق عام صيدا جزين
00961 7 230841 - 07 230195
تلفاكس: 655015 - 632673 - 00961 1 659875
صيدا - لبنان

الطبعة الأولى
هـ 1437 - 2016

Copyright© all rights reserved
جميع الحقوق محفوظة للناشر
لا يجوز نشر، أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي نحو، أو بأي طريقة، سواء كانت الكترونية، أو بالتصوير، أو التسجيل، أو خلاف ذلك، إلا بموافقة كتابية من الناشر مقدما.

alassrya@terra.net.lb
E. Mail alassrya@cyberia.net.lb
info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت
www.alassrya.com

المجموع
شرح المهذب

للإمام أبي زكريا محيي الدين
ابن شرف النووي

ضبط نصّه وعلّق عليه

محمد بن رياض الأحمد

الجزء الثالث عشر

كتاب السير والجهاد

قال المصنف رحمه الله تعالى: من أسلم في دار الحرب ولم يقدر على إظهار دينه، وقدر على الهجرة، وجبت عليه الهجرة لقوله عز وجل: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ تَوَفَّىٰهُمُ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ ظَالِمِىٓ أَنفُسِهِمْ قَالُوا۟ فِيمَ كُنتُمْ قَالُوا۟ كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِى ٱلْأَرْضِ ۚ قَالُوٓا۟ أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ ٱللَّهِ وَٰسِعَةً فَتُهَاجِرُوا۟ فِيهَا ۚ فَأُو۟لَٰٓئِكَ مَأْوَىٰهُمْ جَهَنَّمُ ۖ وَسَآءَتْ مَصِيرًا﴾ [النساء: ٩٧] وروي «أن النبي ﷺ قال: أنا بريء من كل مسلم مع مشرك»[(١)] فإن لم يقدر على الهجرة لم يجب عليه، لقوله عز وجل: ﴿إِلَّا ٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلْوِلْدَٰنِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا فَأُو۟لَٰٓئِكَ عَسَى ٱللَّهُ أَن يَعْفُوَ عَنْهُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ عَفُوًّا غَفُورًا﴾، وإن قدر على أظهار الدين ولم يخف الفتنة في الدين لم تجب عليه الهجرة، لأنه لما أوجب الهجرة على المستضعفين دل على أنه لا تجب على غيرهم، ويستحب له أن يهاجر لقوله عز وجل ﴿لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ ۘ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ﴾ [المائدة: ٥١] ولأنه إذا أقام في دار الشرك كثر سوادهم، ولأنه لا يؤمن أن يميل إليهم، ولأنه ربما ملك الدار فاسترق ولده.

فصل: والجهاد فرض، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ ۖ﴾ [البَقَرَة: ٢١٦] وقوله تعالى: ﴿وَجَٰهِدُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ﴾ [التَّوبَة: ٤١] وهو فرض على الكفاية إذا قام به من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لقوله عز وجل: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ ۖ﴾ [البقرة: ٢١٦] ﴿وَجَٰهِدُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ﴾ [التوبة: ٤١] ﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ ۚ فَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ دَرَجَةً ۚ وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ ۚ﴾ [النساء: ٩٥] ولو كان فرضًا على الجميع لما فاضل بين من فعل وبين من ترك، ولأنه وعد الجميع بالحسنى فدل على أنه ليس بفرض على الجميع. وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ بعث إلى بني لحيان وقال: ليخرج من كل رجلين رجل ثم قال للقاعدين: أيكم خلف الخارج في أهله وماله بخير كان له مثل نصف أجر الخارج»[(٢)] ولأنه لو جعل فرضًا على الأعيان لاشتغل الناس به عن العمارة وطلب المعاش، فيؤدي ذلك إلى خراب الأرض وهلاك الخلق.

فصل: ويستحب الإكثار منه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «سئل رسول الله ﷺ أي الأعمال أفضل؟ قال: الإيمان بالله ورسوله، وجهاد في سبيل الله»[(٣)] وروى أبو

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٦٤٥) والترمذي في سننه برقم (١٦٠٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨٩٦) وأحمد في المسند (٣/ ١٥).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٦) ومسلم في صحيحه برقم (٨٣) (١٣٥) وأحمد في المسند (٢/ ٢٦٤).

سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ قال: يا أبا سعيد من رضي بالله ربًا، وبالإسلام دينًا، وبمحمد ﷺ نبيًا، وجبت له الجنة. فقال: أعدها يا رسول الله، ففعل ثم قال: وأخرى يرفع الله بها للعبد مائة درجة في الجنة ما بين كل درجتين كما بين السماء والأرض، قلت: وما هي يا رسول الله قال: الجهاد في سبيل الله، الجهاد في سبيل الله»[١] وروى أبو هريرة رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ قال: والذي نفسي بيده لوددت أن أقاتل في سبيل الله فأقتل، ثم أحيا فأقتل، ثم أحيا فأقتل، وكان أبو هريرة يقول ثلاثًا: أشهد أن رسول الله ﷺ قالها ثلاثًا»[٢] وروى: «أن النبي ﷺ غزا سبعًا وعشرين غزوة، وبعث خمسًا وثلاثين سرية.

فصل: وأقل ما يجزىء في كل سنة مرة، لأن الجزية تجب في كل سنة مرة، وهي بدل عن القتال، فكذلك القتال. ولأن في تعطيله في أكثر من سنة يطمع العدو في المسلمين، فإن دعت الحاجة في السنة إلى أكثر من مرة وجب لأنه فرض على الكفاية فوجب منه ما دعت الحاجة إليه، فإن دعت الحاجة إلى تأخيره لضعف المسلمين أو قلة ما يحتاج إليه من قتالهم من العدة أو للطمع في إسلامهم ونحو ذلك من الأعذار، جاز تأخيره، لأن النبي ﷺ أخر قتال قريش بالهدنة، وأخر قتال غيرهم من القبائل بغير هدنة، ولأن ما يرجى من النفع بتأخيره أكثر مما يرجى من النفع بتقديمه فوجب تأخيره.

فصل: ولا يجاهد أحد عن أحد بعوض وغير عوض، لأنه إذا حضر تعين عليه الفرض في حق نفسه، فلا يؤديه عن غيره كما لا يحج عن غيره وعليه فرضه.

فصل: ولا يجب الجهاد على المرأة، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «سألت رسول الله ﷺ عن الجهاد فقال: جهادكن الحج، أو حسبكن الحج»[٣] ولأن الجهاد هو القتال وهن لا يقاتلن، ولهذا رأى عمر بن أبي ربيعة امرأة مقتولة فقال:

إن من أكبر الكبائر عندي ... قتل بيضاء حرة عطبول
كتب القتل والقتال علينا ... وعلى الغانيات جر الذيول

ولا يجب على الخنثى المشكل، لأنه يجوز أن يكون امرأة، فلا يجب عليه بالشك، ولا يجب على العبد لقوله عز وجل: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ﴾ [التوبة: ٩١]، والعبد لا يجد ما ينفق، وروي: «أن النبي ﷺ كان إذا أسلم عنده رجل لا يعرفه قال: أحر هو أو مملوك؟ فإن قال: أنا حر. بايعه على الإسلام والجهاد، وإن قال: أنا مملوك، بايعه على الإسلام ولم

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨٨٤) والنسائي في سننه (٦/١٩).
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٩٧٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٨٧٦).
(٣) تقدم.

يبايعه على الجهاد»[١] ولأنه عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلا يجب على العبد كالحج.

فصل: ولا يجب على الصبي والمجنون، لما روى علي كرم الله وجهه: أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»[٢] وروى عروة بن الزبير قال: «رد رسول الله ﷺ يوم بدر نفرًا من أصحابه استصغرهم، منهم عبدالله بن عمر. وهو يومئذ ابن أربع عشرة سنة، وأسامة بن زيد، والبراء بن عازب، وزيد بن ثابت، وزيد بن أرقم، وعرابة بن أوس، ورجل من بني حارثة، فجعلهم حرسًا للذراري والنساء»[٣] ولأنه عبادة على البدن، فلا يجب على الصبي والمجنون كالصوم والصلاة والحج.

فصل: ولا يجب على الأعمى لقوله عز وجل: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١] ولا يختلف أهل التفسير أنها في سورة الفتح أنزلت في الجهاد، ولأنه لا يصلح للقتال فلم يجب عليه، وإن كان في بصره شيء ـ فإن كان يدرك الشخص وما يتقيه من السلاح ـ وجب عليه لأنه يقدر على القتال، وإن لم يدرك ذلك لم يجب عليه، لأنه لا يقدر على القتال. ويجب على الأعور، والأعشى وهو الذي يبصر بالنهار دون الليل، لأنه كالبصير في القتال، ولا يجب على الأعرج الذي يعجز عن الركوب والمشي للآية، ولأنه لا يقدر على القتال. ويجب عليه إذا قدر على الركوب والمشي لأنه يقدر على القتال، ولا يجب على الأقطع والأشل لأنه يحتاج في القتال إلى يد يضرب بها، ويد يتقي بها، وإن قطع أكثر أصابعه لم يجب عليه، لأنه لا يقدر على القتال، وإن قطع الأقل وجب عليه، لأنه يقدر على القتال. ولا يجب على المريض الثقيل للآية، ولأنه لا يقدر على القتال ويجب على من به حمى خفيفة أو صداع قليل، لأنه يقدر على القتال.

فصل: ولا يجب على الفقير الذي لا يجد ما ينفق في طريقه فاضلًا عن نفقة عياله لقوله عز وجل: ﴿وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ﴾ [التوبة: ٩١] فإن كان القتال على باب البلد أو حواليه وجب عليه، لأنه لا يحتاج إلى نفقة الطريق، وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة، ولم يقدر على مركوب يحمله لم يجب عليه، لقوله عز وجل: ﴿وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ إِذَا مَآ أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَآ أَجِدُ مَآ أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوا۟ وَّأَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ ٱلدَّمْعِ حَزَنًا أَلَّا يَجِدُوا۟ مَا يُنفِقُونَ﴾ [التوبة: ٩٢] ولأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلم تجب من غير مركوب كالحج. وإن بذل له الإمام ما يحتاج إليه من مركوب وجب عليه أن يقبل ويجاهد، لأن ما يعطيه الإمام حق له،

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٧/ ١٥٠).
(٢) تقدم.
(٣) انظر صحيح البخاري برقم (٣٩٥٥، ٣٩٥٦).

وإن بذل له غيره لم يلزمه قبوله، لأنه اكتساب مال لتجب به العبادة فلم يجب، كاكتساب المال للحج والزكاة.

فصل: ولا يجب على من عليه دين حال أن يجاهد من غير إذن غريمه، لما روى أبو قتادة ﷺ: «أن رجلًا أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن قتلت في سبيل الله كفر الله خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: إن قتلت في سبيل الله صابرًا محتسبًا، مقبلًا غير مدبر، كفر الله خطاياك إلا الدين، كذلك قال لي جبريل»[(١)] ولأن فرض الدين متعين عليه، فلا يجوز تركه لفرض على الكفاية يقوم عنه غيره مقامه، فإن استناب من يقضيه من مال حاضر جاز لأن الغريم يصل إلى حقه، وإن كان من مال غائب لم يجز، لأنه قد يتلف فيضيع حق الغريم. وإن كان مؤجلًا ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز أن يجاهد من غير إذن الغريم، كما يجوز أن يسافر لغير الجهاد. والثاني: أنه لا يجوز لأنه يتعرض للقتل طلبًا للشهادة فلا يؤمن أن يقتل فيضيع دينه.

فصل: وإن كان أحد أبويه مسلمًا لم يجز أن يجاهد بغير إذنه، لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص ﷺ قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ يستأذنه في الجهاد فقال: أحي والداك؟ قال: نعم قال: ففيهما فجاهد»[(٢)] وروى عبدالله بن مسعود ﷺ قال: «سألت النبي ﷺ أي الأعمال أفضل؟ فقال: الصلاة لميقاتها قلت: ثم ماذا؟ قال: بر الوالدين قلت: ثم ماذا؟ قال: الجهاد في سبيل الله»[(٣)] فدل على أن بر الوالدين مقدم على الجهاد، ولأن الجهاد فرض على الكفاية ينوب عنه فيه غيره، وبر الوالدين فرض يتعين عليه، لأنه لا ينوب عنه فيه غيره، ولهذا قال رجل لابن عباس ﷺ: إني نذرت أن أغزو الروم، وإن أبوي منعاني فقال: أطع أبويك، فإن الروم ستجد من يغزوها غيرك. وإن لم يكن له أبوان وله جد أو جدة لم يجز أن يجاهد من غير إذنهما كالأبوين لأنهما كالأبوين في البر. وإن كان له أب وجد أو أم وجدة فهل يلزمه استئذان الأب مع الجدة أو استئذان الجدة مع الأم؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه لأن الأب والأم يحجبان الجد والجدة عن الولاية والحضانة. والثاني: يلزمه وهو الصحيح عندي، لأن وجود الأبوين لا يسقط بر الجدين ولا ينقص شفقتهما عليه وإن كان الأبوان كافرين جاز أن يجاهد من غير إذنهما، لأنهما متهمان في الدين، وإن كانا مملوكين فقدقال بعض أصحابنا: أنه يجاهد من غير إذنهما لأنه لا إذن لهما في أنفسهما،

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨٨٥) والنسائي في سننه (٦/ ٣٤) والترمذي في سننه برقم (١٧١٢) وأحمد في المسند (٥/ ٢٩٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٠٠٤) ومسلم في صحيحه برقم (٢٥٤٩) وأبو داود في سننه برقم (٢٥٢٩) والنسائي في سننه (٦/ ١٠) والترمذي في سننه برقم (١٦٧١).

(٣) تقدم.

فلم يعتبر إذنهما لغيرهما قال الشيخ الإمام: وعندي أنه لا يجوز أن يجاهد إلا بإذنهما لأن المملوك كالحر في البر والشفقة، فكان كالحر في اعتبار الإذن، وإن أراد الولد أن يسافر في تجارة أو طلب علم جاز من غيرأذن الأبوين لأن الغالب في سفره السلامة.

فصل: وإن إذن الغريم لغريمه أو الوالد لولده ثم رجعا أو كانا كافرين فأسلما ـ فإن كان ذلك قبل التقاء الزحفين ـ لم يجز الخروج إلا بالإذن، وإن كان بعد التقاء الزحفين ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يجوز أن يجاهد إلا بالإذن لأنه عذر يمنع وجوب الجهاد، فإذا طرأ منع من الوجوب كالعمى والمرض والثاني: أنه يجاهد من غير إذن لأنه اجتمع حقان متعينان وتعيين الجهاد سابق فقدم، وإن أحاط العدو بهم تعين فرض الجهاد وجاز من غير إذن الغريم ومن غير إذن الأبوين، لأن ترك الجهاد في هذه الحالة يؤدي إلى الهلاك فقدم على حق الغريم والأبوين.

فصل: ويكره الغزو من غير إذن الإمام أو الأمير من قبله، لأن الغزو على حسب حال الحاجة، الإمام والأمير أعرف بذلك. ولا يحرم لأنه ليس فيه أكثر من التغرير بالنفس، والتغرير بالنفس يجوز في الجهاد.

فصل: ويجب على الإمام أن يشحن ما يلي الكفار من المسلمين بجيوش يكفون من يليهم، ويستعمل عليهم أمراء ثقات من أهل الإسلام مدبرين، لأنه إذا لم يفعل ذلك لم يؤمن إذا توجه في جهة الغزو أن يدخل العدو من جهة أخرى، فيملك بلاد الإسلام. وإن احتاج إلى بناء حصن أو حفر خندق فعل، لأن النبي ﷺ حفر الخندق، وقال البراء بن عازب «رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ينقل التراب حتى وارى التراب شعره، وهو يرتجز برجز عبدالله بن رواحة وهو يقول:

اللهم لولا أنت ما اهتدينا ولا تصدقنا ولا صلينا
فأنزلن سكينة علينا وثبت الأقدام إن لاقينا»[1]

وإذا أراد الغزو بدأ بالأهم فالأهم، لقوله عز وجل: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ ٱلۡكُفَّارِ﴾ [التوبة: ١٢٣] فإذا استوت الجهات في الخوف، اجتهد وبدأ بأهمها عنده.

فصل: وإذا أراد الخروج عرض الجيش ولا يأذن لمخذل ولا لمن يعاون الكفار بالمكاتبة، لقوله عز وجل: «لو خرجوا فيكم ما زادوكم إلا خبالا، ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة» قيل في التفسير: لأوقعوا بينكم الاختلاف، وقيل: لأشرعوا في تفريق جمعكم، ولأن في حضورهم إضرار بالمسلمين، ولا نستعين بالكفار من غير حاجة لما روت عائشة رضي الله عنها «أن رسول الله ﷺ خرج إلى بدر فتبعه رجل من المشركين فقال له: تؤمن بالله ورسوله قال: لا، قال: فارجع فلن

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤١٠٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٨٠٣).

أستعين بمشرك»[١] فإن احتاج أن يستعين بهم ـ فإن لم يكن من يستعين به حسن الرأي في المسلمين ـ لم نستعن به لأن ما يخاف من الضرر بحضورهم أكثر مما يرجى من المنفعة، وإن كان حسن الرأي في المسلمين جاز أن نستعين بهم، لأن صفوان بن أمية شهد مع رسول الله ﷺ في شركه حرب هوازن، وسمع رجلًا يقول: غلبت هوازن وقتل محمد، فقال: بفيك الحجر، لرب من قريش أحب إلي من رب من هوازن» وإن احتاج إلى أن يستأجرهم جاز، لأنه لا يقع الجهاد له وفي القدر الذي يستأجر به وجهان: أحدهما: لا يجوز له أن تبلغ الأجرة سهم راجل، لأنه ليس من أهل فرض الجهاد، فلا يبلغ حقه سهم راجل كالصبي والمرأة، والثاني وهو المذهب: أنه يجوز لأنه عوض في الإجارة فجاز أن يبلغ قدر سهم الراجل كالأجرة في سائر الإجارات، ويجوز أن يأذن للنساء لما روت الربيع بنت معوذ قالت: «كنا نغزو مع رسول الله ﷺ فنخدم القوم نسقيهم الماء، ونرد الجرحى والقتلى إلى المدينة»[٢] ويجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان لأن فيهم معاونة، ولا يأذن لمجنون لأنه يعرضه للهلاك من غير منفعة، وينبغي أن يتعاهد الخيل فلا يدخل حطبًا، وهو الكسير، ولا قمحًا وهو الكبير، ولا ضرعا وهو الصغير، ولا أعجف وهو الهزيل، لأنه ربما كان سببًا للهزيمة، ولأنه يزاحم به الغانمين في سهمهم. ويأخذ البيعة على الجيش أن لا يفروا لما روى جابر رضي الله عنه قال: «كنا يوم الحديبية ألف رجل وأربعمائة، فبايعناه تحت الشجرة على أن لا نفر، ولم نبايعه على الموت، يعني النبي ﷺ»[٣] ويوجه الطلائع ومن يتجسس أخبار الكفار، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يوم الخندق: «من يأتينا بخبر القوم؟» فقال الزبير: أنا فقال: «إن لكل نبي حواري وحواريي الزبير»[٤] والمستحب أن يخرج يوم الخميس لما روى كعب بن مالك قال: «قلما كان رسول الله ﷺ يخرج في سفر إلا يوم الخميس»[٥] ويستحب أن يعقد الرايات، ويجعل تحت كل راية طائفة، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «أن أبا سفيان أسلم فقال رسول الله ﷺ: يا عباس أحبسه على الوادي حتى تمر به جنود الله فيراها ـ قال العباس: فحبسته حيث أمرني رسول الله ﷺ ومرت به القبائل على راياتها حتى مر به رسول الله ﷺ في الكتيبة الخضراء، كتيبة فيها المهاجرون والأنصار لا

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨١٧) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٣٢) والترمذي في سننه برقم (١٥٥٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٣٢) وأحمد في المسند (٦/ ٦٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٨٨٢) وأحمد في المسند (٦/ ٣٥٨).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨٥٦) والترمذي في سننه برقم (١٥٩٤) والنسائي في سننه (٧/ ١٤٠) وأحمد في المسند (٣/ ٣٤١).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٧١٩) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤١٥).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٤١٨) ومسلم في صحيحه برقم (٢٧٦٩).

يرى منهم إلا الحدق من الحديد، فقال: من هؤلاء يا عباس؟ قال: قلت: هذا رسول الله ﷺ في المهاجرين والأنصار، فقال ما لأحد بهؤلاء من قبل، والله يا أبا الفضل لقد أصبح ملك ابن أخيك الغداة عظيمًا»[١] والمستحب أن يدخل إلى دار الحرب بتعبية الحرب لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «كنت مع النبي ﷺ يوم فتح مكة فجعل خالد بن الوليد على أحدى المجنبتين وجعل الزبير على الأخرى وجعل أبا عبيدة على الساقة وبطن الوادي»[٢] ولأن ذلك أحوط للحرب وأبلغ في إرهاب العدو.

فصل: وإن كان العدو ممن لم تبلغهم الدعوة لم يجز قتالهم حتى يدعوهم إلى الإسلام، لأنه يلزمهم الإسلام قبل العلم، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥] ولا يجوز قتالهم على ما لا يلزمهم، وإن بلغتهم الدعوة فالأحب أن يعرض عليهم الإسلام، لما روى سهل بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ لعلي كرم الله وجهه يوم خيبر: «إذا نزلت بساحتهم فادعهم إلى الإسلام، وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لئن يهدي الله بهداك رجلًا واحدًا خير لك من حمر النعم»[٣] وإن قاتلهم من غير أن يعرض عليهم الإسلام جاز، لما روى نافع قال «أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون» وروي «وهم غافلون»[٤].

فصل: فإن كانوا ممن لا يجوز إقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم إلى أن يسلموا لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[٥] وإن كانوا ممن يجوز إقرارهم على الكفر بالجزية، قاتلهم إلى أن يسلموا أو يبذلوا الجزية، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] وروى بريدة رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا بعث أميرًا على جيش أو سرية قال: إذا أنت لقيت عدوًا من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال، فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم، وكف عنهم، ادعهم إلى الدخول في الإسلام، فإن أجابوك فاقبل منهم، وكف عنهم، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار الهجرة، فإن فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين، فإن دخلوا في الإسلام وأبوا أن يتحولوا إلى دار الهجرة، فأخبرهم أنهم كأعراب

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٢٨٠).
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٨٠).
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٩٤٢) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤٠٦).
(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٤١) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٣٠).
(٥) تقدم.

المؤمنين الذين يجري عليهم حكم الله تعالى، ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة شيء حتى يجاهدوا مع المؤمنين، فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم، وإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فإن فعلوا فأقبل منهم وكف عنهم، وإن أبوا فاستعن بالله عليهم ثم قاتلهم»[١] ويستحب الاستنصار بالضعفاء لما روى أبو الدرداء ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ائتوني بضعفائكم فإنما تنصرون وترزقون بضعفائكم»[٢] ويستحب أن يدعو عند التقاء الصفين لما روى أنس ﷺ قال: «كان رسول الله ﷺ إذا غزا قال: اللهم أنت عضدي وأنت ناصري وبك أقاتل»[٣] وروى أبو موسى الأشعري أن رسول الله ﷺ «كان إذا خاف أمرًا قال: اللهم أني أجعلك في نحورهم وأعوذ بك من شرورهم»[٤] ويستحب أن يحرض الجيش على القتال لما روى أبو هريرة ﷺ: «أن النبي ﷺ قال: يا معشر الأنصار هذه أوباش قريش قد جمعت لكم إذا لقيتموهم غدًا فاحصدوهم حصدًا»[٥] وروى سعد ﷺ قال: «نثل لي رسول الله ﷺ كنانته يوم أحد وقال: ارم فداك أبي وأمي»[٦] ويستحب أن يكبر عند لقاء العدو لما روى أنس ﷺ: «أن النبي ﷺ غزا خيبر، فلما رأى القرية قال: الله أكبر، خربت خيبر، إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين» قالها ثلاثًا[٧]، ولا يرفع الصوت بالتكبير، لما روى أبو موسى الأشعري قال: «كان رسول الله ﷺ في غزوة فأشرفوا على واد، فجعل الناس يكبرون ويهللون: الله أكبر، الله أكبر، يرفعون أصواتهم فقال: يا أيها الناس إنكم لا تدعون أصم ولا غائبًا، إنما تدعون قريبًا سميعًا إنه معكم»[٨].

فصل: وإذا التقى الزحفان ولم يزد عدد الكفار على مثلي عدد المسلمين ولم يخافوا الهلاك، تعين عليهم فرض الجهاد لقوله عز وجل: ﴿ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِاْئَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفَيْنِ﴾ [الأنفال: ٦٦] وهذا أمر بلفظ الخبر، لأنه لو كان خبرًا لم يقع الخبر بخلاف المخبر، فدل

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٣١) وأبو داود في سننه برقم (٢٦١٢) والترمذي في سننه برقم (١٦١٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٥٨) وأحمد في المسند (٥/ ٣٥٨).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٥٩٤) والترمذي في سننه برقم (١٧٠٢) والنسائي في سننه (٦/ ٤٩) وأحمد في المسند (٥/ ١٩٨) والبيهقي في سننه (٣/ ٣٤٥).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٦٣٢) والترمذي في سننه برقم (٣٥٨٤) وأحمد في المسند (٣/ ١٨٤).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٥٣٧) وأحمد في المسند (٤/ ٤١٤).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٨٠).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٠٥٧) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤١١).

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦١٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٣٦٥).

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٢٠٥) ومسلم في صحيحه برقم (٢٧٠٤).

على أنه أمر المائة بمصابرة المائتين، وأمر الألف بمصابرة الألفين، ولا يجوز لمن تعين عليه أن يولي إلا متحرفًا لقتال، وهو أن ينتقل من مكان إلى مكان أمكن للقتال، أو متحيزًا إلى فئة، وهو أن ينضم إلى قوم ليعود معهم إلى القتال والدليل عليه قوله عز وجل: «يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفًا فلا تولوهم الأدبار، ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفًا لقتال أو متحيزًا إلى فئة فقد باء بغضب من الله، وسواء كانت الفئة قريبة أو بعيدة والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه: «أنه كان في سرية من سرايا رسول الله ﷺ فحاص الناس حيصة عظيمة وكنت ممن حاص، فلما برزنا قلت: كيف نصنع، وقد فررنا من الزحف، وبؤنا بغضب ربنا؟ فجلسنا لرسول الله ﷺ قبل صلاة الفجر، فلما خرج قمنا وقلنا: نحن الفرارون، فقال: لا بل أنتم العكارون، فدنونا فقبلنا يده، فقال: أنا فئة المسلمين»[(١)] وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «أنا فئة كل مسلم»[(٢)] وهو بالمدينة وجيوشه في الآفاق. فإن ولى غير متحرف لقتال أو متحيز إلى فئة أثم وارتكب كبيرة، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ قال: الكبائر سبع أولهن الشرك بالله، وقتل النفس بغير حقها، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم بدارًا أن يكبروا، وفرار يوم الزحف، ورمي المحصنات، وانقلاب إلى الأعراب»[(٣)] فإن غلب على ظنهم أنهم إن ثبتوا لمثليهم هلكوا ففيه وجهان: أحدهما: أن لهم أن يولوا لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البَقَرَة: ١٩٥] والثاني: أنه ليس لهم أن يولوا وهو الصحيح لقوله عز وجل: ﴿إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾ [الأنفَال: ٤٥] ولأن المجاهد إنما يقاتل ليقتل أو يقتل، وإن زاد عدد الكفار على مثلي عدد المسلمين فلهم أن يولوا، لأنه لما أوجب الله عز وجل على المائة مصابرة المائتين دل على أنه لا يجب عليهم مصابرة ما زاد على المائتين، وروى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أنه قال: من فر من اثنين فقد فر، ومن فر من ثلاثة فلم يفر»[(٤)] وإن غلب على ظنهم أنهم لا يهلكون فالأفضل أن يثبتوا حتى لا ينكسر المسلمون وإن غلب على ظنهم أنهم يهلكون ففيه وجهان: أحدهما: أنه يلزمهم أن ينصرفوا لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البَقَرَة: ١٩٥]، والثاني: أنه يستحب أن ينصرفوا ولا يلزمهم، لأنهم أن قتلوا فازوا بالشهادة، وإن لقي رجل من المسلمين رجلين من المشركين في غير الحرب ـ فإن طلباه ولم يطلبهما ـ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٦٤٧) والترمذي في سننه برقم (١٧١٦) وأحمد في المسند (٢/ ٥٨).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٤/ ١٧١).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٤/ ١٦٩).

فله أن يول عنهما لأنه غير متأهب للقتال، وإن طلبهما ولم يطلباه ففيه وجهان: أحدهما: أن له أن يولي عنهما لأن فرض الجهاد في الجماعة دون الانفراد، والثاني: أنه يحرم عليه أن يولي عنهما، لأنه مجاهد لهما فلم يول عنهما كما لو كان مع جماعة.

فصل: ويكره أن يقصد قتل ذي رحم محرم «لأن رسول الله ﷺ وسلم منع أبا بكر رضي الله عنه من قتل ابنه»[١] فإن قاتله لم يكره أن يقصد قتله كما لا يكره إذا قصد قتله وهو مسلم، وإن سمعه يذكر الله عز وجل أو رسوله ﷺ بسوء لم يكره أن يقتله لأن أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قتل أباه وقال لرسول الله ﷺ: سمعته يسبك[٢] ولم ينكره عليه.

فصل: ولا يجوز قتل نسائهم ولا صبيانهم إذا لم يقاتلوا، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن قتل النساء والصبيان»[٣] ولا يجوز قتل الخنثى المشكل لأنه يجوز أن يكون رجلًا ويجوز أن يكون امرأة، فلم يقتل مع الشك، وإن قاتلوا جاز قتلهم، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال: من قتل هذه؟ فقال رجل: أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفي، فلما رأت الهزيمة فينا أهوت إلى سيفي أو إلى قائم سيفي لتقتلني، فقتلتها، فقال النبي ﷺ: ما بال النساء؟ ما شأن قتل النساء؟»[٤] ولو حرم ذلك لأنكره النبي ﷺ ولأنه إذا جاز قتلهن إذا قصدن القتل وهن مسلمات فلأن يجوز قتلهن وهن كافرات أولى.

فصل: وأما الشيخ الذي لا قتال فيه ـ فإن كان له رأي في الحرب ـ جاز قتله، لأن دريد بن الصمة كان شيخًا كبيرًا، وكان له رأي، فإنه أشار على هوازن يوم حنين إلا يخرجوا معهم بالذراري، فخالفه مالك بن عوف فخرج بهم فهزموا فقال دريد في ذلك:

أمرتهم أمري بمنعرج اللوى فلم يستبينوا الرشد إلا ضحى الغد

وقتل ولم ينكر النبي ﷺ قتله، ولأن الرأي في الحرب أبلغ من القتال لأنه هو الأصل، وعنه بصدد القتال، ولهذا قال المتنبي:

الرأي قبل شجاعة الشجعان هو أول وهي المحل الثاني
فإذا هما اجتمعا لنفس حرة بلغت من العلياء كل مكان

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٣/ ٢٢٣) والبيهقي في سننه (٨/ ١٨٦).
(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٢٧).
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٠١٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٤٤) وأبو داود في سننه برقم (٢٦٦٨) والترمذي في سننه برقم (١٥٦٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٤١) وأحمد في المسند (٢/ ٢٢).
(٤) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١١/ ٣٨٨).

ولربما طعن الفتى أقرانه بالرأي قبل تطاعن الفرسان

وإن لم يكن له رأي ففيه وفي الراهب قولان أحدهما: أنه يقتل لقوله عز وجل: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ولأنه ذكر مكلف حربي، فجاز قتله بالكفر كالشاب، والثاني: أنه لا يقتل لما روى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال ليزيد بن أبي سفيان وعمرو بن العاص وشرحبيل ابن حسنة لما بعثهم إلى الشام: «لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ، وستجدون أقوامًا حبسوا أنفسهم على الصوامع فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم»[(١)] ولأنه لا نكاية له في المسلمين فلم يقتل بالكفر الأصلي كالمرأة.

فصل: ولا يقتل رسولهم لما روى أبو وائل قال: «لما قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة قال: إن هذا وابن أثل قد كانا أتيا رسول الله ﷺ رسولين لمسيلمة، فقال لهما رسول الله ﷺ: «أتشهدان أني رسول الله قالا: لا، نشهد أن مسيلمة رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: لو كنت قاتلًا رسولًا لضربت أعناقكما، فجرت سنة أن لا تقتل الرسل»[(٢)].

فصل: فإن تترسوا بأطفالهم ونسائهم ـ فإن كان في حال التحام الحرب ـ جاز رميهم، ونتوقى الأطفال والنساء، لأنا لو تركنا رميهم جعل ذلك طريقًا إلى تعطيل الجهاد، وذريعة إلى الظفر بالمسلمين، وإن كان في غير حال الحرب ففيه قولان أحدهما: أنه يجوز رميهم لأن ترك قتالهم يؤدي إلى تعطيل الجهاد والثاني: أنه لا يجوز رميهم لأنه يؤدي إلى قتل أطفالهم ونسائهم من غير ضرورة، وإن تترسوا بمن معهم من أسارى المسلمين ـ فإن كان ذلك في حال التحام الحرب ـ جاز رميهم ويتوقى المسلم، لما ذكرناه، وإن كان في غير التحام الحرب لم يجز رميهم قولًا واحدًا، والفرق بينهم وبين أطفالهم ونسائهم أن المسلم محقون الدم لحرمة الدين، فلم يجز قتله من غير ضرورة، والأطفال والنساء حقن دمهم لأنهم غنيمة للمسلمين، فجاز قتلهم من غير ضرورة، وإن تترسوا بأهل الذمة أو بمن بيننا وبينهم أمان كان الحكم فيه كالحكم فيه إذا تترسوا بالمسلمين، لأنه يحرم قتلهم كما يحرم قتل المسلمين.

فصل: وإن نصب عليهم منجيقًا أو بيتهم ليلًا وفيهم نساء وأطفال جاز، لما روى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف ـ وإن كانت لا تخلو من النساء والأطفال. وروى الصعب بن جثامة قال: «سألت النبي ﷺ عن الذراري من المشركين يبيتون فيصاب من نسائهم وذراريهم فقال: هم

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٣٥٨).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٣٩٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٦٢) والبيهقي في سننه (٩/ ٢١١).

منهم»[١] ولأن الكفار لا يخلون من النساء والأطفال، فلو تركنا رميهم لأجل النساء والأطفال بطل الجهاد، وإن كان فيهم أسارى من المسلمين نظرت ـ فإن خيف منهم أنهم أن تركوا قاتلوا أو ظفروا بالمسلمين ـ جاز رميهم، لأن حفظ من معنا من المسلمين أولى من حفظ من معهم، وإن لم يخف منهم نظرت ـ فإن كان الأسرى قليلًا ـ جاز رميهم، لأن الظاهر أنه لا يصيبهم والأولى أن لا نرميهم لأنه ربما أصاب المسلمين، وإن كانوا كثيرًا لم يجز رميهم، لأن الظاهر أنه يصيب المسلمين، وذلك لا يجوز من غير ضرورة.

فصل: ويجوز قتل ما يقاتلون عليه من الدواب، لما روي أن حنظلة بن الراهب عقر بأبي سفيان فرسه فسقط عنه، فجلس على صدره فجاء ابن شعوب فقال؛

لأحمين صاحبي ونفسي بطعنة مثل شعاع الشمس

فقتل حنظلة واستنفد أبا سفيان، ولم ينكر النبي ﷺ فعل حنظلة، ولأن بقتل الفرس يتوصل إلى قتل الفارس.

فصل: وإن احتيج إلى تخريب منازلهم وقطع أشجارهم ليظفروا بها جاز ذلك، وإن لم يحتج إليه نظرت ـ فإن لم يغلب على الظن أنها تملك عليهم، جاز فعله وتركه، وإن غلب على الظن أنها تملك عليهم ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأنها تصير غنيمة فلا يجوز إتلافها، والثاني: أن الأولى أن لا يفعل، فإن فعل جاز، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ حرق نخل بني النضير وقطع البويرة فأنزل الله عز وجل: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ وَلِيُخْزِيَ ٱلْفَٰسِقِينَ﴾ [الحشر: ٥].

فصل: ويجوز للمسلم أن يؤمن من الكفار آحادًا لا يتعطل بأمانهم الجهاد في ناحية، كالواحد والعشرة والمائة وأهل القلعة، لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «ما عندي شيء إلا كتاب الله عز وجل وهذه الصحيفة عن النبي ﷺ أن ذمة المسلمين واحدة، فمن أخفر مسلمًا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين»[٢] ويجوز للمرأة من ذلك ما يجوز للرجل لما روى ابن عباس رضي الله عنهما عن أم هانىء رضي الله عنها: «أنها قالت: يا رسول الله يزعم ابن أمي أنه قاتل من أجرت، فقال رسول الله ﷺ قد أجرت من أجرت يا أم هانىء»[٣] ويجوز ذلك للعبد لما روى

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٥٧) ومسلم في صحيحه برقم (٧١٩) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٦٣) والنسائي في سننه (١/ ١٢٦) والترمذي في سننه برقم (٢٧٣٤) وابن ماجه في سننه برقم (١٣٧٩) وأحمد في المسند (٦/ ٣٤٣).

عبدالله بن عمرو: «أن النبي ﷺ قال: يجير على المسلمين أدناهم»[١] وروى فضل بن يزيد الرقاشي قال: «جهز عمر بن الخطاب رضي الله عنه جيشًا كنت فيه فحصرنا قرية من قرى رام هرمز فكتب عبد منا أمانا في صحيفة وشدها مع سهم ورمى به إليهم، فأخذوها وخرجوا بأمانه، فكتب بذلك إلى عمر رضي الله عنه فقال: العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم» ولا يصح ذلك من صبي ولا مجنون ولا مكره، لأنه عقد فلم يصح منهم كسائر العقود، فإن دخل مشرك على أمان واحد منهم ـ فإن عرف أن أمانه لا يصح ـ حل قتله لأنه حربي، ولا أمان له، وإن لم يعرف أن أمانه لا يصح فلا يحل قتله إلى أن يرجع إلى مأمنه لأنه دخل على أمان. ويصح الأمان بالقول وهو أن يقول: أمنتك أو أجرتك أو أنت آمن أو مجار أو لا بأس عليك أو لا خوف عليك أو لا تخف أو مترس بالفارسية، وما أشبه ذلك، لأن النبي ﷺ قال يوم فتح مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»[٢] وقال لأم هانىء: «قد أجرت من أجرت»[٣] وقال أنس لعمر رضي الله عنه في قصة هرمزان: ليس لك إلى قتله من سبيل، قلت له تكلم لا بأس عليك فأمسك عمر. وروى زر عن عبدالله أنه قال: أن الله يعلم كل لسان، فمن أتى منكم أعجميًا وقال: مترس فقد أمنه. ويصح الأمان لما روى أبو سلمة قال: قال عمر رضي الله عنه: والذي نفس عمر بيده لو أن أحدكم أشار بأصبعه إلى مشرك ثم نزل إليه على ذلك وقتله لقتلته. فإن أشار إليه بالأمان ثم قال: لم أرد الأمان قبل قوله، لأنه أعرف لما أراده، ويعرف المشرك أنه لا أمان له ولا يتعرض له إلى أن يرجع إلى مأمنه، لأنه دخل على أنه آمن، وإن أمن مشركًا فرد الأمان لم يصح الأمان، لأنه إيجاب حق لغيره بعقد فلم يصح مع الرد كالإيجاب في البيع والهبة. وإن أمن أسيرًا لم يصح الأمان لأنه يبطل ما ثبت للإمام فيه من الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء، وإن قال: كنت أمنته قبل الأسر، لم يقبل قوله لأنه لا يملك عقد الأمان في هذه الحال فلم يقبل إقراره به.

فصل: وإن أسر امرأة حرة أو صبيًا حرًا رق بالأسر، لأن النبي ﷺ قسم سبي بني المصطلق واصطفى صفية من سبي خيبر، وقسم سبي هوزان، ثم استنزلته هوازن فنزل، واستنزل الناس فنزلوا وإن أسر حر بالغ من أهل القتال فللإمام أن يختار ما يرى من القتل والاسترقاق والمن والفداء، فإن رأى القتل قتل لقوله عز وجل: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ولأن النبي ﷺ قتل يوم بدر ثلاثة

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٧٥١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٦٨٥) وأحمد في المسند (٢/ ٢١١).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٨٠) وأبو داود في سننه برقم (١٨٧١) وأحمد في المسند (٢/ ٢٩٢).

(٣) تقدم.

من المشركين من قريش: مطعم بن عدي، والنضر بن الحارث، وعقبة بن أبي معيط، وقتل يوم أحد أبا عزة الجمحي، وقتل يوم الفتح ابن خطل، وإن رأى المن عليه جاز لقوله عز وجل: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤] ولأن النبي ﷺ من على أبي عزة الجحمي، ومن على ثمامة الحنفي، ومن على أبي العاص بن الربيع. وإن رأى أن يفادي بمال أو بمن أسر من المسلمين فادى به لقوله عز وجل: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤] وروى عمران بن الحصين رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ فادى أسيرًا من عقيل برجلين من أصحاب أسرتهما ثقيف»[(١)] وإن رأى أن يسترق ـ فإن كان من غير العرب نظرت ـ فإن كان ممن له كتاب أو شبه كتاب ـ استرقه لما روي عن ابن عباس أنه قال في قوله عز وجل: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧] وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل فلما كثروا واشتد سلطانهم أمر الله عز وجل في الأسارى ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ فجعل الله سبحانه وتعالى للنبي ﷺ والمؤمنين في أمر الأسارى الخيار، أن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا استعبدوهم، وإن شاؤوا فادوهم. فإن كان من عبدة الأوثان ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أنه لا يجوز استرقاقه لأنه لا يجوز اقراره على الكفر بالجزية، فلم يجز الاسترقاق كالمرتد. والثاني: أنه يجوز لما رويناه عن ابن عباس، ولأن من جاز المنّ عليه في الأسر جاز استرقاقه كأهل الكتاب، وإن كان من العرب ففيه قولان قال في الجديد: يجوز استرقاقه لما روى معاذ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «لو كان الاسترقاق ثابتًا على العرب لكان اليوم وإنما هو أسر وفداء»[(٢)] فإن تزوج عربي بأمة فأتت منه بولد فعلى القول الجديد: الولد مملوك، وعلى القديم: الولد حر ولا ولاء عليه لأنه حر من الأصل.

فصل: ولا يختار الإمام في الأسير من القتل والاسترقاق والمن والفداء إلا ما فيه الحظ للإسلام والمسلمين، لأنه ينظر لهما فلا يفعل إلا ما فيه الحظ لهما، فإن بذل الأسير الجزية وطلب أن تعقد له الذمة ففيه وجهان أحدهما: أنه يجب قبولها كما يجب إذا بذل وهو غير الأسر، وهو ممن يجوز أن تعقد لمثله الذمة، والثاني: أنه لا يجب لأنه يسقط بذلك ما ثبت من اختيار القتل والاسترقاق والمن والفداء، وإن قتله مسلم قبل أن يختار الإمام ما يراه عزر القاتل لافتياته على الإمام ولا ضمان عليه لأنه حربي لا أمان له، وإن أسلم حقن دمه لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[(٣)] وهل يرق بالإسلام؟ أو يبقى الخيار فيه بين الاسترقاق والمن والفداء؟ فيه قولان أحدهما: أنه لا يرق بل يبقى

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٤١).
(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٧٤).
(٣) تقدم.

الخيار في الباقي لما روى عمران بن الحصين ﷺ: «أن الأسير العقيلي قال: يا محمد أني مسلم ثم فاداه برجلين»[١] ولأن ما ثبت الخيار فيه بين أشياء إذا سقط أحدها لم يسقط الخيار في الباقي ككفارة اليمين إذا عجز فيها عن العتق، فعلى هذا إذا اختار الفداء لم يجز أن يفادي به إلا أن يكون له عشيرة يأمن معهم على دينه ونفسه، وإن أسر شيخ لا قتال فيه ولا رأي له في الحرب ـ فإن قلنا: أن يجوز قتله، فهو كغيره في الخيار بين القتل، والاسترقاق، والمن، والفداء، وإن قلنا: لا يجوز قتله فهو كغيره إذا أسلم في الأسر وقد بيناه.

فصل: وإن رأى الإمام القتل ضرب عنقه لقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرۡبَ ٱلرِّقَابِ﴾ [محمد: ٤] ولا يمثل به لما روى بريدة قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميرًا على جيش أو سرية قال: اغزوا بسم الله، قاتلوا من كفر بالله، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تغلوا»[٢] ويكره حمل رأس من قتل من الكفار إلى بلاد المسلمين لما روى عقبة بن عامر: «أن شرحبيل ابن حسنة وعمرو بن العاص بعثا بريدا إلى أبي بكر الصديق ﷺ برأس يناق البطريق فقال: أتحملون الجيف إلى مدينة رسول الله ﷺ؟ قلت: يا خليفة رسول الله إنهم يفعلون بنا هكذا، قال: لا تحملوا إلينا منهم شيئًا»[٣] وإن اختار استرقاقه كان للغانمين، وإن فاداه بمال كان للغانمين، وإن أراد أن يسقط منهم شيئًا من المال لم يجز إلا برضا الغانمين لما روى عروة بن الزبير: «أن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة أخبراه أن رسول الله ﷺ جاءه وفد هوازن مسلمين فقال: أن إخوانكم هؤلاء جاؤونا تائبين وأني قد رأيت أن أرد إليهم، فمن أحب منكم أن يطيب ذلك فليفعل، ومن أحب منكم أن يكون على حقه حتى نعطيه أياه من أول ما يفيء الله علينا فليفعل، فقال الناس: قد طيبنا لك يا رسول الله»[٤] قال الزهري: أخبرني سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ: «رد ستة آلاف سبي من سبي هوازن من النساء والصبيان والرجال إلى هوازن حين أسلموا» وإن أسر عبد فرأى الإمام أن يمن عليه لم يجز إلا برضا الغانمين، وإن رأى قتله لشره وقوته قتله وضمن قيمته للغانمين، لأنه مال لهم.

فصل: وإن دعا مشرك إلى المبارزة فالمستحب أن يبرز إليه مسلم، لما روي: «أن عتبة وشيبة ابني ربيعة والوليد بن عتبة دعوا إلى المبارزة فبرز إليهم حمزة بن عبد المطلب وعلي بن أبي طالب وعبيدة بن الحارث»[٥] ولأنه إذا لم

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ١٣٢).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣١٣١).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٧٤٣) ومسلم في صحيحه برقم (٣٠٣٣).

يبرز إليه أحد ضعفت قلوب المسلمين وقويت قلوب المشركين، فإن بدأ المسلم ودعا إلى المبارزة لم يكره. وقال أبو علي بن أبي هريرة: يكره لأنه ربما قتل وانكسرت قلوب المسلمين، والصحيح أنه لا يكره، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ سئل عن المبارزة بين الصفين فقال: لا بأس» ويستحب أن لا يبارز الأقوى في الحرب، لأنه إذا بارز ضعيف لم يؤمن أن يقتل فيضعف قلوب المسلمين، وإن بارز ضعيف جاز، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأن القصد من المبارزة إظهار القوة، وذلك لا يحصل من مبارزة الضعيف، والصحيح هو الأول، لأن التغرير بالنفس يجوز في الجهاد، ولهذا يجوز للضعيف أن يجاهد كما يجوز للقوي، والمستحب أن لا يبارز إلا بإذن الأمير ليكون ردءًا له إذا احتاج، فإن بارز بغير إذنه جاز، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، لأنه لا يؤمن أن يتم عليه ما ينكسر به الجيش، والصحيح أنه يجوز لأن التغرير في النفس في الجهاد جائز، وإن بارز مشرك مسلمًا ـ فإن بارز من غير شرط ـ جاز لكل أحد أن يرميه لأنه حربي ولا أمان له، وإن شرط أن لا يقاتله غير من برز إليه لم يجز رميه وفاء بشرطه، فإن ولى عنه مختارًا أو مثخنًا أو ولى عنه المسلم مختارًا أو مثخنًا جاز لكل أحد رميه، لأنه شرط الأمان في حال القتال، وقد انقضى القتال فزال الأمان، وإن استنجد المشرك أصحابه في حال القتال فأفدوه، أو بدأ المشركون بمعاونته فلم يمنعهم، جاز لكل أحد رميه، لأنه نقض الأمان، وإن أعانوه فمنعهم فلم يقبلوا منه فهو على أمانه، لأنه لم ينقض الأمان ولا أنقضى القتال، وإن لم يشترط، ولكن العادة في المبارزة أن لا يقاتله غير من يبرز إليه، فقد قال بعض أصحابنا إنه يستحب أن لا يرميه غيره، وعندي أنه لا يجوز لغيره رميه وهو ظاهر النص، لأن العادة كالشرط، فإن شرط أن لا يقاتله غيره ولا يتعرض له إذا انقضى القتال حتى يرجع إلى موضعه وفى له بالشرط، فإن ولى عنه المسلم فتبعه ليقتله جاز لكل أحد أن يرميه لأنه نقض الشرط فسقط أمانه.

فصل: وإن غرر بنفسه من له سهم في قتل كافر مقبل على الحرب فقتله استحق سلبه، لما روى أبو قتادة قال: «خرجنا مع رسول الله ﷺ يوم حنين فرأيت رجلًا من المشركين علا رجلًا من المسلمين، فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه، فأقبل علي فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت، ثم أدركه الموت، فقال رسول الله ﷺ: من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه، فقصصت عليه فقال رجل: صدق يا رسول الله وسلب ذلك الرجل عندي فأرضه، فقال أبو بكر رضي الله عنه لا ها الله! إذًا لا يعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله فيعطيك سلبه، فقال رسول الله ﷺ: صدق فأعطه إياه، فأعطاني إياه فبعت الدرع فابتعت به مخرفًا في بني سلمة، وأنه لأول مال تأثلته في الإسلام»[1]

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣١٤٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٥١) وأبو =

فإن كان ممن لا حق له في الغنيمة ـ كالمخذل والكافر إذا حضر من غير أذن ـ لم يستحق، لأنه لا حق له في السهم الراتب، فلأن لا يستحق السلب وهو غير راتب أولى، فأن كان ممن يرضخ له كالصبي والمرأة والكافر إذا حضر بالإذن ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يستحق لما ذكرناه. والثاني: أنه يستحق لأن له حقًا في الغنيمة فأشبه من له سهم، وإن لم يغرر بنفسه في قتله بأن رماه من وراء الصف فقتله لم يستحق سلبه، وإن قتله وهو غير مقبل على الحرب كالأسير والمثخن والمنهزم لم يستحق سلبه، وقال أبو ثور: كل مسلم قتل مشركًا استحق سلبه، لما روى أنس ﷺ: أن النبي ﷺ قال: «من قتل كافرًا فله سلبه»[(١)] ولم يفصل. وهذا لا يصح لأن ابن مسعود ﷺ قتل أبا جهل وكان قد أثخنه غلامان من الأنصار[(٢)]، فلم يدفع النبي ﷺ سلبه إلى ابن مسعود، وإن قتله وهو مول ليكر استحق السلب، لأن الحرب كر وفر. وإن اشترك اثنان في القتل اشتركا في السلب لاشتراكهما في القتل وإن قطع أحدهما يديه أو رجليه وقتله الآخر ففيه قولان أحدهما أن السلب للأول، لأنه عطله. والثاني: أن السلب للثاني، لأنه هو الذي كف شره دون الأول، لأن بعد قطع اليدين يمكنه أن يعدو أو يجلب، وبعد قطع الرجلين يمكنه أن يقاتل إذا ركب، وإن غرر من له سهم فأسر رجلًا مقبلًا على الحرب وسلمه إلى الإمام حيًا ففيه قولان، أحدهما: لا يستحق سلبه، لأنه لم يكف شره بالقتل. والثاني: أنه يستحق لأن تغريره بنفسه في أسره ومنعه من القتال أبلغ من القتل، وإن من عليه الإمام أو قتله استحق الذي أسره سلبه، وإن استرقه أو فاداه بمال ففي رقبته وفي المال المفادى به قولان: أحدهما: أنه للذي أسره، والثاني: أنه لا يكون له لأنه مال حصل بسبب تغريره فكان فيه قولان كالسلب.

فصل: والسلب ما كان يده عليه من جنة الحرب، كالثياب التي يقاتل فيها، والسلاح الذي يقاتل به، والمركوب الذي يقاتل عليه، فأما ما لا يد له عليه كخيمته، وما في رجله من السلاح والكراع، فلا يستحق سلبه، لأنه ليس من السلب، وأما ما في يده مما لا يقاتل به كالطوق والمنطقة والسوار والخاتم، وما في وسطه من النفقة ففيه قولان: أحدهما: أنه ليس من السلب لأنه ليس من جنة الحرب. والثاني: أنه من السلب لأن يده عليه فهو كجنة الحرب، ولا يخمس السلب لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد ﷺ: «أن رسول الله ﷺ قضى في السلب للقاتل ولم يخمس السلب»[(٣)].

= داود في سننه برقم (٢٧١٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٣٧) والترمذي في سننه برقم (٢٨٣٧) وأحمد في المسند (٥/ ٢٩٥).

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٧٠٩) وأحمد في المسند (١/ ٤٠٣).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٥٣) وأبو داود في سننه برقم (٢٧١٩) وأحمد في المسند (٦/ ٢٦).

فصل: وإن حاصر قلعة ونزل أهلها على حكم حاكم جاز، لأن بني قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فحكم بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم، فقال رسول الله ﷺ: «لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة»[1] ويجب أن يكون الحاكم حرًا مسلمًا ذكرًا بالغًا عاقلًا عدلًا عالمًا، لأنه ولاية حكم فشرط فيها هذه الصفات كولاية القضاء، ويجوز أن يكون أعمى لأن الذي يقتضي الحكم هو الذي يشتهر من حالهم وذلك يدرك بالسماع فصح من الأعمى كالشهادة فيما طريقه الاستفاضة، ويكره أن يكون الحاكم حسن الرأي فيهم لميله إليهم، ويجوز حكمه لأنه عدل في الدين، وإن نزلوا على حكم حاكم يختاره الإمام جاز، لأنه لا يختار الإمام إلا من يجوز حكمه، وإن نزلوا على حكم من يختارونه لم يجز إلا أن يشترط أن يكون الحاكم على الصفات التي ذكرناها، وإن نزلوا على حكم اثنين جاز لأنه تحكيم في مصلحة طريقها الرأي فجاز أن يجعل إلى اثنين كالتحكيم في اختيار الإمام، وإن نزلوا على حكم من لا يجوز أن يكون حاكمًا، أو على حكم من يجوز أن يكون حاكمًا فمات، أو على حكم اثنين فماتا أو مات أحدهما، وجب ردهم إلى القلعة لأنهم نزلوا على أمان فلا يجوز أخذهم إلا برضاهم ولا يحكم الحاكم إلا بما فيه مصلحة للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء، وإن حكم بعقد الذمة وأخذ الجزية ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يجوز إلا برضاهم، لأنه عقد معاوضة فلا يجوز من غير رضاهم. والثاني: يجوز لأنهم نزلوا على حكمه، وإن حكم أن من أسلم منهم استرق، ومن أقام على الكفر قتل جاز، وإن حكم بذلك ثم أراد أن يسترق من حكم بقتله لم يجز، لأنه لم ينزل على هذا الشرط، وإن حكم عليهم بالقتل ثم رأى هو والإمام أن يمن عليهم جاز، لأن سعد بن معاذ رضي الله عنه حكم بقتل رجال بني قريظة، فسأل ثابت الأنصاري رسول الله ﷺ أن يهب له الزبير بن باطا اليهودي ففعل، فأن حكم باسترقاقهم لم يجز أن يمن عليهم إلا برضا الغانمين، لأنهم صاروا مالًا لهم.

فصل: ومن أسلم من الكفار قبل الأسر عصم دمه وماله، لما روى عمر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[2] فإن كانت له منفعة بإجارة لم تملك عليه لأنها كالمال، وإن كانت له زوجة جاز استرقاقها على المنصوص، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز كما لا يجوز أن يملك ماله ومنفعته. وهذا خطأ لأن منفعة البضع ليست بمال، ولا تجري مجرى المال، ولهذا لا يضمن بالغصب بخلاف المال والمنفعة. وإن كان له ولد صغير لم يجز استرقاقه لأن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤١٢١) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٦٨) وأبو داود في سننه برقم (٥٢١٥) وأحمد في المسند (٣/ ٢٢).

(٢) تقدم.

حاصر بني قريظة فأسلم ابنا شعية فأحرز بإسلامهما أموالهما وأولادهما، ولأنه مسلم فلم يجز استرقاقه كالأب. وإن كان له حمل من حربية لم يجز استرقاقه، لأنه محكوم بإسلامه فلم يسترق كالولد، وهل يجوز استرقاق الحامل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأنه إذ لم يسترق الحمل لم يسترق الحامل، إلا ترى أنه لما لم يجز بيع الحر لم يجز بيع الحامل به. والثاني: أنه يجوز لأنها حربية لا أمان لها.

فصل: وإن أسلم رجل وله ولد صغير تبعه الولد في الإسلام لقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱتَّبَعَتۡهُمۡ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلۡحَقۡنَا بِهِمۡ ذُرِّيَّتَهُمۡ﴾ [الطُّور: ٢١] وإن أسلمت امرأة ولها ولد صغير تبعها في الإسلام لأنها أحد الأبوين فتبعها الولد في الإسلام كالأب. وإن أسلم أحدهما والولد حمل تبعه في الإسلام لأنه لا يصح إسلامه بنفسه، فتبع المسلم منهما كالولد، وإن أسلم أحد الأبوين دون الآخر تبع الولد المسلم منهما لأن الإسلام أعلى، فكان إلحاقه بالمسلم منهما أولى، وإن لم يسلم واحد منهما فالولد كافر، لما روى أبو هريرة ﷺ: أن النبي ﷺ قال: «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه»[1] فإن بلغ وهو مجنون فأسلم أحد أبويه تبعه في الإسلام، لأنه لا يصح إسلامه بنفسه، فتبع الأبوين في الإسلام كالطفل، وإن بلغ عاقلًا ثم جن ثم أسلم أحد أبويه ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يتبعه لأنه زال حكم الاتباع ببلوغه عاقلًا فلا يعود إليه. والثاني: أن يتبعه وهو المذهب، لأنه لا يصح إسلامه بنفسه فتبع أبويه في الإسلام كالطفل.

فصل: وإن سبي المسلم صبيًا ـ فإن كان معه أحد أبويه ـ كان كافرًا لما ذكرناه من حديث أبي هريرة ﷺ، وإن سبي وحده ففيه وجهان: أحدهما: أنه باق على حكم كفره، ولا يتبع السابي في الإسلام، وهو ظاهر المذهب، لأن يد السابي يد ملك فلا توجب إسلامه كيد المشتري، والثاني: أنه يتبعه لأنه لا يصح إسلامه بنفسه، ولا معه من تبعه في كفره، فجعل تابعًا للسابي لأنه كالأب في حضانته وكفالته فتبعه في الإسلام.

فصل: وإن وصف الإسلام صبي عاقل من أولاد الكفار لم يصح إسلامه على ظاهر المذهب، لما روى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستقيظ وعن الصبي حتى يحتلم»[2] ولأنه غير مكلف فلم يصح إسلامه بنفسه كالمجنون فعلى هذا يحال بينه وبين أهله من الكفار إلى أن يبلغ، لأنه إذا ترك معهم خدعوه وزهدوه في الإسلام، فإن بلغ ووصف الإسلام حكم بإسلامه، وإن وصف الكفر هدد

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٣٥٩) ومسلم في صحيحه برقم (٢٦٥٨).

(٢) تقدم.

وضرب وطولب بالإسلام، وإن أقام على الكفر رد إلى أهله من الكفار، ومن أصحابنا من قال: يصح إسلامه لأنه يصح صومه وصلاته فصح إسلامه كالبالغ.

فصل: وإن سبيت امرأة ومعها ولد صغير لم يجز التفريق بينهما وقد بيناه في البيع، وإن سبي رجل ومعه ولد صغير ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يجوز التفريق بينهما لأنه أحد الأبوين فلم يفرق بينه وبين الولد الصغير كالأم، والثاني: أنه يجوز أن يفرق بينهما، لأن الأب لا بد أن يفارقه في الحضانة لأنه لا يتولى حضانته بنفسه، وإنما يتولاها غيره، فلم يحرم التفريق بينهما، بخلاف الأم فإنها لا تفارقه في الحضانة، فإنه إذا فرق بينهما ولهت بمفارقته فحرم التفريق بينهما.

فصل: وإن سبي الزوجان أو أحدهما انفسخ النكاح لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: أصبنا نساء يوم أوطاس فكرهوا أن يقعوا عليهن، فأنزل الله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فاستحللناهن. قال الشافعي رحمه الله: سبى رسول الله ﷺ أوطاس وبني المصطلق وقسم الفيء، وأمر أن لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها، وإن كان الزوجان مملوكين فسبيا أو أحدهما فلا نص فيه، والذي يقتضيه قياس المذهب أن لا ينفسخ النكاح، لأنه لم يحدث بالسبي رق وإنما حدث انتقال الملك فلم ينفسخ النكاح، كما لو انتقل الملك فيهما بالبيع، ومن أصحابنا من قال: ينفسخ النكاح لأنه حدث سبي يوجب الاسترقاق، وإن صادف رقا، كما أن الزنا يوجب الحد، وإن صادف حدًا.

فصل: إذا دخل الجيش دار الحرب فأصابوا ما يؤكل من طعام أو فاكهة أو حلاوة واحتاجوا إليه جاز لهم أكله من غير ضمان، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنا نصيب من المغازي العسل والفاكهة فنأكله ولا نرفعه»[1] وسئل ابن أبي أوفى عن طعام خيبر فقال: «كان الرجل يأخذ منه قدر حاجته» ولأن الحاجة تدعو إلى ما يؤكل، ولا يوجد من يشتري منه مع قيام الحرب، فجاز لهم الأكل. وهل يجوز لهم الأكل من غير حاجة؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة: أنه لا يجوز كما لا يجوز في غير دار الحرب أكل مال الغير بغير إذنه من غير حاجة. والثاني: أنه يجوز، وهو ظاهر المذهب، وقول أكثر أصحابنا لما روى عبدالله بن مغفل رضي الله عنه قال: «دلي جراب من شحم يوم خيبر فأتيته فالتزمته ثم قلت: لا أعطي من هذا أحدًا اليوم شيئًا فالتفت فإذا برسول الله ﷺ يتبسم إلي»[2] ولو لم يجز أكل ما زاد على الحاجة لنهاه عن منع ما زاد على الحاجة، ويخالف طعام الغير بأن ذلك لا يجوز أكله من غير ضرورة، وهذا يجوز أكله من

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣١٤٥) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٠١).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣١٥٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٧٢).

غير ضرورة قطعًا، وطعام الغير يأكله بعوض وهذا يأكله بغير عوض، فجاز أن يأكله من غير حاجة. ولا يجوز لأحد منهم أن يبيع شيئًا منه لأن حاجته الى الأكل دون البيع، وإن باع شيئًا منه نظرت ـ فإن باعه من بعض الغانمين وسلمه إليه ـ صار المشتري أحق به، لأنه من الغانمين وقد حصل في يده ما يجوز له أخذه للأكل فكان أحق به، فإن رده إلى البائع صار البائع أحق به لما ذكرناه في المشتري، وإن باعه من غير الغانمين وسلمه إليه وجب على المشتري رده إلى الغنيمة لأنه ابتاعه ممن لا يملك بيعه وليس هو من الغانمين فيمسكه لحقه، فوجب رده إلى الغنيمة.

فصل: ويجوز أن يعلف منه المركوب وما يحمل عليه رحله من البهائم لأن حاجته إليه كحاجته، ولا يدهن منه شعره ولا شعر البهائم، لأنه لا حاجة به إليه، ولا يعلف منه ما معه من الجوارح كالصقر والفهد، لأنه لا حاجة به إليه، وإن خرج إلى دار الإسلام ومعه بقية من الطعام ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يلزمه ردها في المغنم، لأنه مال اختص به من الغنيمة فلا يجب رده فيها كالساب. والثاني: أنه يجب ردها لأنه إنما أجيز أخذه في دار الحرب للحاجة، ولا حاجة إليه في دار الإسلام، ومن أصحابنا من قال: إن كان كثيرًا وجب رده قولًا واحدًا، وإن كان قليلًا فعلى القولين، والصحيح هو الأول. ولا يجوز تناول ما يصاب من الأدوية من غير حاجة، وإن دعت الحاجة إليه جاز تناوله، ويجب ضمانه لأنه ليس من الأطعمة التي يحتاج إليها في العادة، ولا يجوز له لبس ما يصاب من الثياب لما روى رويفع بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين، حتى إذا أعجفها ردها فيه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبًا من فيء المسلمين، حتى إذا أخلقه رده فيه»[1] ولأنه لا يحتاج إليه في العادة، فإن لبسه لزمته أجرته لأنه كالغاصب.

فصل: ويجوز ذبح ما يؤكل للأكل ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، والمذهب الأول، لأنه مما يؤكل في العادة فهو كسائر الطعام. ولا يجوز أن يعمل من أهبها حذاء، ولا سقاء، ولا دلاء، ولا فراء، فإن اتخذ منه شيئًا من ذلك وجب رده في المغنم، وإن زادت بالصنعة قيمته لم يكن له في الزيادة حق، وإن نقص لزمه أرش ما نقص لأنه كالغاصب.

فصل: وإن أصابوا كتبًا فيها كفر لم يجز تركها على حالها، لأن قراءتها والنظر فيها معصية، وإن أصابوا التوراة والإنجيل لم يجز تركها على حالها، لأنه لا حرمة لها لأنها مبدلة، فإن أمكن الانتفاع بما كتب عليه إذا غسل كالجلود غسل

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٥٨) وأحمد في المسند (٤/١٠٨) وابن حبان في صحيحه برقم (١٦٧٥ موارد).

وقسم مع الغنيمة، وإن لم يمكن الانتفاع به إذا غسل كالورق مزق ولا يحرق، لأنه إذا حرق لم يكن له قيمة فإذا مزق كانت له قيمة فلا يجوز إتلافه على الغانمين.

فصل: وإذا أصابوا خمرًا وجب إراقتها كما يجب إذا أصيبت في يد مسلم، فإن أصابوا خنزيرًا فقد قال في «سير الواقدي»: يقتل إن كان به عدو، فمن أصحابنا من قال: أن كان فيه عدو قتل لما فيه من الضرر، وإن لم يكن فيه عدو لم يقتل، لأنه لا ضرر فيه، ومنهم من قال: يجب قتله بكل حال، لأنه يحرم الانتفاع به فوجب إتلافه كالخمر، وإن أصابوا كلبًا فإن كان عقورًا قتل، لما فيه من الضرر، وإن كان فيه منفعة دفع إلى من ينتفع به من الغانمين أو من أهل الخمس: وإن لم يكن فيهم من يحتاج إليه خلي، لأن اقتناءه لغير حاجة محرم وقد بيناه في البيوع.

فصل: وإن أصابوا مباحًا لم يملكه الكفار كالصيد، والحجر، والحشيش، والشجر، فهو لمن أخذه كما لو وجده في دار الإسلام، وإن وجد ما يمكن أن يكون للمسلمين ويمكن أن يكون للكفار، كالسيف، والقوس، عرف سنة فإن لم يوجد صاحبه فهو غنيمة.

فصل: وإن فتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات ـ فإن لم يمنع الكفار عنها ـ فهو لمن أحياه كموات دار الإسلام، وإن منعوا عنها كان للغانمين، لأنه يثبت لهم بالمنع عنها حق التملك، فانتقل ذلك الحق إلى الغانمين كما لو تحجروا مواتًا للإحياء، ثم صارت الدار للمسلمين، وإن فتحت صلحًا على أن تكون الأرض لهم لم يجز للمسلمين أن يملكوا فيها مواتًا بالإحياء لأن الدار لهم فلم يملك المسلم فيها بالإحياء.

فصل: وما أصاب المسلمون من مال الكفار وخيف أن يرجع إليهم ينظر فيه ـ فإن كان غير الحيوان ـ أتلف حتى لا ينتفعوا به ويتقووا به على المسلمين، وإن كان حيوانًا لم يجز إتلافه من غير ضرورة، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل عصفورًا فما فوقها بغير حقها سأله الله تعالى عن قتلها، قيل: يا رسول الله وما حقها؟ قال: أن تذبحها فتأكلها ولا تقطع رأسها فترمي بها»[1] وإن دعت إلى قتله ضرورة بأن كان الكفار لا خيل لهم وما أصابه المسلمون خيل، وخيف أن يأخذوه ويقاتلونا عليه، جاز قتله، لأنه إذا لم يقتل أخذه الكفار وقاتلوا به المسلمين.

فصل: إذا سرق بعض الغانمين نصابًا من الغنيمة ـ فإن كان قبل أخراج الخمس ـ لم يقطع لمعنيين: أحدهما: أن له حقًا في خمسها. والثاني: أن له حقًا

(١) أخرجه النسائي في سننه (٧/ ٢٣٩) وأحمد في المسند (٢/ ١٦٦) والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٣٣).

في أربعة أخماسها، وإن سرق بعد إخراج الخمس نظرت ـ فإن سرق من الخمس ـ لم يقطع لأن له حقًا فيه، وإن سرق من أربعة أخماسها نظرت ـ فإن سرق قدر حقه أو دونه ـ لم يقطع، لأن له في ذلك القدر شبهة، وإن كان أكثر من حقه ففيه وجهان: أحدهما: أنه يقطع، لأنه لا شبهة له في سرقة النصاب. والثاني: أنه لا يقطع لأن حقه شائع في الجميع فلم يقطع فيه، وإن كان السارق من غير الغانمين نظرت ـ فإن كان قبل إخراج الخمس ـ لم يقطع لأن له حقًا في خمسها، وإن كان بعد اخراج الخمس ـ فإن سرق من الخمس ـ لم يقطع لأن له فيه حقًا، وإن سرق ذلك من أربعة أخماسها ـ فإن كان في الغانمين من للسارق شبهة في ماله كالأب والابن ـ لم يقطع، لأن له شبهة فيما سرق، وإن لم يكن له فيهم من له شبهة في ماله قطع لأنه لا شبهة له فيما سرق.

فصل: وإن وطىء بعض الغانمين جارية من الغنيمة لم يجب عليه الحد، وقال أبو ثور: يجب، وهذا خطأ لأن له فيها شبهة، وهو حق التملك، ويجب عليه المهر لأنه وطء يسقط فيه الحد على الموطوءة للشبهة، فوجب المهر على الواطىء، كالوطء في النكاح الفاسد. وإن أحبلها ثبت النسب للولد وينعقد الولد حرًا للشبهة، وهل تقسم الجارية في الغنيمة؟ أو تقوم على الواطىء؟ فيه طريقان، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا أنه إذا ملكها صارت أم ولد قومت عليه، وإن قلنا: إنها لا تصير أم ولد له لم تقوم عليه، وقال أبو إسحاق: تقوم على القولين، لأنه لا يجوز قسمتها كما لا يجوز بيعها، ولا يجوز تأخير القسمة لأن فيه إضرارًا بالغانمين، فوجب أن تقوم. وإن وضعت فهل تلزمه قيمة الولد ينظر فيه، فإن كان قد قومت عليه، لم تلزمه لأنها تضع في ملكه، وإن لم تكن قومت عليه لزمه قيمة الولد لأنها وضعته في غير ملكه.

فصل: ومن قتل في دار الحرب قتلًا يوجب القصاص، أو أتى بمعصية توجب الحد، وجب عليه ما يجب في دار الإسلام، لأنه لا تختلف الداران في تحريم الفعل فلم تختلفا فيما يجب به من العقوبة.

فصل: وإن تجسس رجل من المسلمين للكفار لم يقتل، لما روي عن علي كرم الله وجهه قال: «بعثني رسول الله ﷺ أنا والزبير والمقداد وقال: انطلقوا حتى تأتوا (روضه خاخ) فإن فيها ظعينة معها كتاب فخذوه منها، فانطلقنا حتى أتينا الروضة، فإذا بالظعينة فقلنا: أخرجي الكتاب فأخرجته من عقاصها، فأتينا به رسول الله ﷺ فإذا فيه: من حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه إلى أناس بمكة يخبرهم ببعض أمور رسول الله ﷺ، فقال: يا حاطب ما هذا؟ قال: يا رسول الله لا تعجل علي إنما كنت امرأ ملصقًا فأحببت أن أتخذ عندهم يدًا يحمون بها قرابتي. ولم أفعل ذلك ارتدادًا عن ديني، ولا أرضى الكفر بعد الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أما أنه قد صدق، فقال عمر: دعني يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق، فقال: إنه قد شهد بدرًا. فقال سفيان بن عيينة فأنزل الله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ عَدُوِّى

وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَآءَ﴾، وقرأ سفيان إلى قوله: ﴿فَقَدْ ضَلَّ سَوَآءَ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الممتحنة: ١][(١)].

فصل: إذا أخذ المشركون مال المسلمين بالقهر لم يملكوه، وإذا استرجع منهم وجب رده إلى صاحبه لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»[(٢)] وروى عمران بن الحصين رضي الله عنه قال: «أغار المشركون على سرح رسول الله ﷺ فذهبوا به، وذهبوا بالعضباء وأسروا امرأة من المسلمين، فركبتها وجعلت لله عليها إن نجاها الله لتنحرنها، فقدمت المدينة وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فقال: بئس ما جزيتها لا وفاء لنذر في معصية الله عز وجل، ولا فيما يملكه ابن آدم»[(٣)] فإن لم يعلم به حتى قسم دفع إلى من وقع في سهمه العوض من خمس الخمس، ورد المال إلى صاحبه لأنه يشق نقض القسمة.

فصل: وإن أسر الكفار مسلمًا وأطلقوه من غير شرط فله أن يغتالهم في النفس والمال، لأنهم كفار لا أمان لهم، وإن أطلقوه على أنه في أمان ولم يستأمنوه ففيه وجهان: أحدهما، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا أمان لهم لأنهم لم يستأمنوه. والثاني ـ وهو ظاهر المذهب: أنهم في أمانه لأنهم جعلوه في أمان، فوجب أن يكونوا منه في أمان، وإن كان محبوسًا فأطلقوه واستحلفوه أنه لا يرجع إلى دار الإسلام لم يلزمه حكم اليمين، ولا كفارة عليه إذا حلف، لأن ظاهره الإكراه، فإن ابتدأ وحلف أنه إن أطلق لم يخرج إلى دار الإسلام ففيه وجهان أحدهما: أنها يمين إكراه، فإن خرج لم تلزمه كفارة، لأنه لم يقدر على الخروج إلا باليمين، فأشبه إذا حلفوه على ذلك. والثاني: أنه يمين اختيار، فإن خرج لزمته الكفارة لأنه بدأ بها من غير إكراه، وإن أطلق ليخرج إلى دار الإسلام وشرط عليه أن يعود إليهم أو يحمل لهم مالًا لم يلزمه العود، لأن مقامه في دار الحرب لا يجوز، ولا يلزمه بالشرط ما ضمن من المال، لأنه ضمان من مال بغير حق، والمستحب أن يحمل لهم ما ضمن ليكون ذلك طريقًا ألى إطلاق الأسرى.

الشرح: السير جمع سيرة، وهي الطريقة، والمقصود: الكلام في الجهاد وأحكامه، والمهاجرة من أرض إلى أرض هي ترك الأولى للثانية، والجهاد مشتق من الجهد وهو المشقة، وقوله: «غير أولي الضرر» هم الأعمى والأعرج والمريض، والسرية: القطعة من الجيش من خمسين إلى أربعمائة، والمهدنة هي ترك الحرب، وقوله: «حسبكن الحج» أي يكفيكن الحج، وقوله: «حرة عطبول» الحرة الخالصة الحسب البرية من الريب، والعطبول: المرأة الحسناء مع تمام خلق وتمام طول،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٠٠٧) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤٩٤) وأبو داود في سننه برقم (٢٦٥٠) والترمذي في سننه برقم (٣٣٠٥) وأحمد في المسند (١/ ٧٩).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

وقوله: «كتب القتل» أي فرض وأوجب، والغانيات جمع غانية وهي التي استغنت بزوجها عن غيره، والزحف: الجيش، والتغرير بالنفس: المخاطرة والتقدم على غير ثقة، وقوله: «يشحن» أي يملأ، والسكينة: الوقار والطمأنينة، والخبال: الفساد، والطلائع: جمع طليعة وهو ما يبعث أمام الجيش لينظر إلى العدو، والتجسس: طلب الأخبار والبحث عنها، والكتيبة: القطعة من الجيش، من أربعمائة إلى ألف، وقوله: «وهم غارون» أي غافلون على غير علم ولا حذر، والعصمة: المنع، وقوله: «عن يد» أي عن قوة وقهر، والأوباش: الجماعات، وقوله: «فحاص الناس حيصة» أي حادوا عن القتال وانهزموا، والعكارون: الكرارون، والذراري: الأطفال والصغار الذين لم يبلغوا الحلم، وقوله: «فمن أخفر مسلمًا» أي نقض عهده وذمته، والتأثل: اتخاذ أصل المال، والرضخ: العطاء، والجلبة: رفع الصوت، والوله: ذهاب العقل من الحزن، وعنوة: أي قهرًا.

فصل: في وجوب الجهاد، وبيان فروض الكفايات، وفيه أطراف:

الطرف الأول: في مختصر يتعلق بابتداء الأمر بالجهاد وغيره، قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله: لما بعث رسول الله ﷺ أمر بالتبليغ والإنذار بلا قتال، واتبعه قوم بعد قوم، وفرضت الصلاة بمكة، ثم فرض الصوم بعد الهجرة بسنتين، واختلفوا في أن الزكاة فرضت بعد الصوم أم قبله، ثم فرض الحج سنة ست، وقيل: سنة خمس، وكان القتال ممنوعًا منه في أول الإسلام وأمروا بالصبر على أذى الكفار، فلما هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة، وجبت الهجرة على من قدر، فلما فتحت مكة، ارتفعت الهجرة منها إلى المدينة، ونفي وجوب الهجرة من دار الحرب على ما سنذكره إن شاء الله تعالىٰ، ثم أذن الله سبحانه وتعالىٰ في القتال للمسلمين إذا ابتدأهم الكفار بقتال، ثم أباح القتال ابتداء، لكن في غير الأشهر الحرم، ثم أمر به من غير تقييد بشرط ولا زمان

وقد اتفق العلماء أن النبي ﷺ لم يعبد صنمًا قط، والأنبياء قبل النبوة معصومون من الكفر، واختلفوا في العصمة من المعاصي، وأما بعد النبوة فمعصومون من الكفر، ومن كل ما يخل بالتبليغ، وما يزري بالمروءة، ومن الكبائر، واختلفوا في الصغائر فجوزها الأكثرون، ومنعها المحققون وقطعوا بالعصمة منها، وتأولوا الظواهر الواردة فيها، واختلفوا في أن نبينا ﷺ هل كان قبل النبوة يتعبد على دين نوح وإبراهيم أم موسى أم عيسى، أم يتعبد لا ملتزمًا دين واحد من المذكورين، والمختار أنه لا يجزم في ذلك بشيء، إذ ليس فيه دلالة على عقل ولا ثبت فيه نص ولا إجماع.

واختلف أصحابنا في شرع من قبلنا، هل هو شرع لنا إذا لم يرد شرعنا بنسخ ذلك الحكم؟ والأصح أنه ليس بشرع لنا، وقيل: بلى، وقيل: شرع إبراهيم فقط، وبعث رسول الله ﷺ وله أربعون سنة، وقيل: أربعون ويوم، فأقام في مكة بعد النبوة ثلاث عشرة سنة، وقيل: عشرًا، وقيل: خمس عشرة، والصحيح الأول، ثم هاجر إلى المدينة، فأقام بها عشرًا بالإجماع، ودخلها رسول الله ﷺ ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول، وتوفي ﷺ ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول سنة إحدى عشرة من الهجرة ومنها ابتداء التاريخ، ودفن ليلة الأربعاء، وقيل: ليلة الثلاثاء، ومدة مرضه ﷺ الذي توفي فيه اثنا عشر يومًا، وقيل: أربعة عشر، وغسله علي والعباس والفضل وقثم وأسامة وشقران رضي الله عنهم، وكفن في ثلاثة أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة، وصلى عليه المسلمون أفرادًا، بلا إمام، ودخل قبره علي والعباس والفضل وقثم وشقران، ودفن في اللحد وجعل فيه تسع لبنات، ودفن في الموضع الذي توفي فيه، وهو حجرة عائشة، ثم دفن عنده أبو بكر، ثم عمر رضي الله عنهما، ولم يحج ﷺ بعد الهجرة إلا حجة الوداع سنة عشر، وسميت حجة الوداع لأنه ودع الناس فيها ﷺ، واعتمر ﷺ أربع عمر، واختلفوا هل فرض الحج سنة ست أو خمس أو تسع، وأول ما وجب الإنذار والدعاء إلى التوحيد، ثم فرض الله تعالىٰ من قيام الليل ما ذكره في أول سورة المزمل، ثم نسخه بما في أواخرها، ثم نسخه بإيجاب الصلوات الخمس ليلة الإسراء بمكة بعد النبوة بعشر سنين وثلاثة أشهر ليلة سبع وعشرين من رجب، وكان ﷺ مأمورًا بالصلاة إلى بيت المقدس مدة مقامه بمكة وبعد الهجرة ستة عشر شهرًا أو سبعة عشر، ثم أمره الله تعالىٰ باستقبال الكعبة.

ذكر بعض الأمور المشهورة بعد الهجرة على ترتيب السنين:

السنة الأولى: فيها بنى ﷺ مسجده ومساكنه، وآخى بين المهاجرين والأنصار، وشرع الأذان وأسلم عبد الله بن سلام.

السنة الثانية: فيها حولت القبلة إلى الكعبة، قال محمد بن حبيب الهاشمي: حولت في الظهر يوم الثلاثاء نصف شعبان، كان ﷺ في أصحابه، فحانت صلاة الظهر في منازل بني سلمة، فصلى بهم ركعتين من الظهر في مسجد القبلتين إلى القدس، ثم أمر في الصلاة باستقبال الكعبة وهو راكع في الركعة الثانية، فاستدار واستدارت الصفوف خلفه ﷺ، فأتم الصلاة، فسمي مسجد القبلتين، وفي شعبان منها فرض صوم رمضان، وفيها فرضت صدقة الفطر، وفيها كانت غزوة بدر في رمضان، وفي شوال منها تزوج عائشة، وفيها تزوج علي فاطمة.

السنة الثالثة: فيها غزوات وأربع سرايا، منها غزوة أحد يوم السبت السابع من شوال، ثم غزوة بدر الصغرى في هلال ذي القعدة، وفيها غزوة بني النضير، وحرمت الخمر بعد غزوة أحد، وتزوج حفصة، وتزوج عثمان أم كلثوم، وولد الحسن بن علي.

السنة الرابعة: فيها غزوة الخندق وذكرها جماعة في الخامسة، والصحيح أنها في الرابعة، ويقال لها: الأحزاب أيضًا، وكان حصار الأحزاب المدينة خمسة عشر يومًا ثم هزمهم الله تعالى، وفيها قصرت الصلاة ونزل التيمم، وتزوج أم سلمة.

السنة الخامسة: فيها غزوة ذات الرقاع في أول المحرم وبها صلى صلاة الخوف، وهي أول صلوات الخوف، ثم غزوة دومة الجندل، وغزوة بني قريظة.

السنة السادسة: غزوة الحديبية وبيعة الرضوان، وغزوة بني المصطلق، وكسفت الشمس، ونزل الظهار.

السنة السابعة: فيها غزوة خيبر، وتزوج أم حبيبة وميمونة وصفية، وجاءته مارية وبغلته دلدل، وقدم جعفر وأصحابه من الحبشة، وأسلم أبو هريرة، وعمرة القضاء.

السنة الثامنة: فيها غزوة مؤتة، وذات السلاسل، وفتح مكة في رمضان، وولد إبراهيم، وتوفيت زينب، وغزوة حنين والطائف، وفيها غلاء السعر، فقالوا: سعر لنا.

السنة التاسعة: فيها غزا تبوك، وحج أبو بكر ﷺ بالناس، وتوفيت أم كلثوم والنجاشي، وتتابعت الوفود، ودخل الناس في دين الله أفواجًا.

السنة العاشرة: فيها حجة الوداع، ووفاة إبراهيم، وإسلام جرير، ونزل ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ وغزواته ﷺ بنفسه خمسة وعشرون غزوة، وقيل: سبع وعشرون، وسراياه ست وخمسون، وقيل غير ذلك. والله أعلم.

الطرف الثاني: في وجوب الجهاد:

قد يكون فرض كفاية، وقد يتعين كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ، وهل كان فرض كفاية في عهد رسول الله ﷺ، أم فرض عين؟ فيه وجهان: أصحهما: فرض كفاية لقوله تعالىٰ: ﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ﴾ [النساء: ٩٥] الآية وأما اليوم فهو ضربان:

أحدهما: أن يكون الكفار مستقرين في بلدانهم، فهو فرض كفاية، فإن امتنع الجميع منه، أثموا، وهل يعمهم الإثم، أم يختص بالذين يدنوا إليه؟ وجهان.

والأصح أنه يأثم كل من لا عذر له كما سيأتي بيان الأعذار إن شاء الله تعالىٰ. والله أعلم.

وإن قام من فيه كفاية، سقط عن الباقين. وتحصل الكفاية بشيئين:

أحدهما: أن يشحن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بإزائهم من الكفار، وينبغي أن يحتاط بإحكام الحصون وحفر الخنادق ونحوهما، ويرتب في كل ناحية أميرًا كافيًا يقلده الجهاد وأمور المسلمين.

الثاني: أن يدخل الإمام دار الكفر غازيًا بنفسه، أو بجيش يؤمر عليهم من يصلح لذلك، وأقله مرة واحدة في كل سنة، فإن زاد فهو أفضل، ويستحب أن يبدأ بقتال من يلي دار الإسلام من الكفار، فإن كان الخوف من الأبعدين أكثر، بدأ بهم، ولا يجوز إخلاء سنة عن جهاد إلا لضرورة، بأن يكون في المسلمين ضعف وفي العدو كثرة، ويخاف من ابتدائهم الاستئصال، أو لعذر بأن يعز الزاد وعلف الدواب في الطريق، فيؤخر إلى زوال ذلك، أو ينتظر لحاق مدد، أو يتوقع إسلام قوم، فيستميلهم بترك القتال، هذا ما نص عليه الشافعي، وجرى عليه الأصحاب رحمهم الله، وقال الإمام: المختار عندي في هذا مسلك الأصوليين، فإنهم قالوا: الجهاد دعوة قهرية، فيجب إقامته بحسب الإمكان حتى لا يبقى إلا مسلم أو مسالم، ولا يختص بمرة في السنة، ولا يعطل إذا أمكنت الزيادة، وما ذكره الفقهاء حملوه على العادة الغالبة، وهي أن الأموال والعدد لا تتأتى لتجهيز الجنود في السنة أكثر من مرة، ثم إن تمكن الإمام من بث الأجناد للجهاد في جميع الأطراف، فعل، وإلا فيبدأ بالأهم فالأهم، وينبغي له أن يرعى النصفة بالمناوبة بين الأجناد في الإغزاء، ويسقط الوجوب في هذا الضرب بأعذار.

منها: الصغر والجنون والأنوثة، وللإمام أن يأذن للمراهقين والنساء في الخروج، وأن يستصحبهم لسقي الماء ومداواة المرضى ومعالجة الجرحى، ولا يأذن للمجانين بحال، ولا جهاد على الخنثى.

ومنها: المرض، فلا جهاد على من به مرض يمنعه من القتال والركوب على دابة، ولا على من لا يمكنه القتال إلا بمشقة شديدة، ولا اعتبار بالصداع ووجع الضرس والحمى الخفيفة ونحوها.

ومنها: العرج، فلا جهاد على من به عرج بين وإن قدر على الركوب ووجد دواب، وقيل: يلزمه الجهاد راكبًا، والصحيح الأول، وسواء العرج في رجل أو رجليه، ولا اعتبار بعرج يسير لا يمنع المشي، ولا جهاد على أشل اليد، ولا من فقد معظم أصابعه بخلاف فاقد الأقل.

ومنها: العمى، فلا جهاد على أعمى، ويجب على الأعور والأعشى وعلى ضعيف البصر إن كان يدرك الشخص، ويمكنه أن يتقي السلاح.

ومنها: الفقر، فلا جهاد على من عجز عن سلاح وأسباب القتال، ويشترط أن يجد نفقة طريقه ذهابًا ورجوعًا، فإن لم يكن له أهل ولا عشيرة، ففي اشتراط نفقة الرجوع وجهان سبقا في الحج، فإن كان القتال على باب البلد، أو حواليه، سقط اشتراط نفقة الطريق، ويشترط وجدان راحلة إن كان سفره مسافة القصر، ويشترط كون جميع ذلك فاضلًا عن نفقة من يلزمه نفقته، وسائر ما ذكرناه في الحج، وكل عذر يمنع وجوب الحج، يمنع وجوب الجهاد إلا أمن الطريق، فإنه شرط هناك ولا يشترط هنا، لأن مبنى الغزو على ركوب المخاوف، هذا إن كان الخوف من طلائع الكفار، وكذا لو كان من متلصصي المسلمين على الصحيح، ولو بذل للفاقد ما يحتاج إليه، لم يلزمه قبوله، إلا أن يبذله الإمام، فيلزمه أن يقبل ويجاهد، لأن ما يعطيه الإمام حقه، ولا يلزم الذمي الجهاد، والحاصل أن الجهاد لا يجب إلا على مسلم بالغ عاقل ذكر حر مستطيع، ولا جهاد على رقيق وإن أمره سيده، إذ ليس القتال من الاستخدام المستحق للسيد، ولا يلزمه الذب عن سيده عند خوفه على روحه إذا لم نوجب الدفع عن الغير، بل السيد في ذلك كالأجنبي، وللسيد استصحابه في سفر الجهاد وغيره ليخدمه ويسوس دوابه، والمدبر والمكاتب ومن بعضه حر لا جهاد عليهم.

فرع: مما يمنع وجوب الجهاد الدَّين، فمن عليه دين حال لمسلم أو ذمي ليس له أن يخرج في سفر جهاد أو غيره إلا بإذنه، وله أن يمنعه السفر لتوجه المطالبة به، والحبس إن امتنع، وإن كان معسرًا، فليس له منعه على الصحيح، إذ لا مطالبة في الحال، ولو استناب الموسر من يقضي دينه من مال حاضر، فله الخروج، وإن أمره بالقضاء من مال غائب، فلا، ومتى أذن صاحب الدين، فله الخروج، ويلتحق بأصحاب فرض الكفاية، وفيه احتمال للإمام، وإن كان الدين مؤجلًا، فله أن يخرج في سفر لا يغلب فيه الخطر على ما سبق في التفليس، وهل لصاحب الدين منعه من سفر الجهاد؟ فيه خمسة أوجه: أصحها: لا، والثاني: نعم، إلا أن يقيم كفيلًا بالدين، والثالث: له المنع إن لم يخلف وفاء، والرابع: له المنع إن لم يكن من المرتزقة، والخامس: له ذلك إن كان الدين يحل قبل رجوعه، وركوب البحر كسفر الجهاد على الأصح.

فرع: من أحد أبويه حي، يحرم عليه الجهاد إلا بإذنه، أو بإذنهما إن كانا حيين مسلمين، ولا يحتاج إلى إذن كافر، والأجداد والجدات كالوالدين، وقيل: لا يشترط إذن الجد مع وجود الأب، ولا الجدة مع وجود الأم، والأول أصح، وليس للوالد منع الولد من حجة الإسلام على الصحيح، وله المنع من حج التطوع، وأما سفره لطلب العلم، فإن كان لطلب ما هو متعين، فله الخروج بغير إذنهما، وليس

لهما المنع، وإن كان لطلب ما هو فرض كفاية، بأن خرج لطلب درجة الفتوى وفي الناحية مستقل بالفتوى، فليس لهما المنع على الأصح،فإن لم يكن هناك مستقل، ولكن خرج جماعة، فليس لهما على المذهب، لأنه لم يوجد في الحال من يقوم بالمقصود، والخارجون، فلا يظفرون بالمقصود، وإن لم يخرج معه أحد، لم يحتج إلى إذن، ولا منع لهما قطعًا، لأنه يدفع الإثم عن نفسه، كالفرض المتعين عليه، وقيد بعضهم هذه الصورة بما إذا لم يمكنه التعلم في بلده، ويجوز أن لا يشترط ذلك، بل يكفي أن يتوقع في السفر زيادة فراغ أو إرشاد أستاذ أو غيرهما، كما لم يقيد الحكم في سفر التجارة بمن لم يتمكن منها ببلده، بل اكتفي بتوقع زيادة ربح، أو رواج، وأما سفر التجارة وغيره، فإن كان قصيرًا، فلا منع منه بحال، وإن كان طويلًا، نظر إن كان فيه خوف ظاهر، كركوب بحر أو بادية مخطرة، وجب الاستئذان على الصحيح، ولهما المنع، وإن كان الأمن غالبًا، فالأصح أنه لا منع ولا يلزمه الاستئذان، والولد الكافر في هذه الأسفار كالمسلم، بخلاف سفر الجهاد، فإنه متهم فيه، والرقيق كالحر على الصحيح لشمول معنى البر والشفقة.

فرع: من خرج للجهاد بإذن صاحب الدين أو الوالدين، ثم رجعوا عن الإذن، أو كان الأبوان كافرين، فخرج ثم أسلما، ولم يأذنا، وعلم المجاهد الحال، فإن لم يشرع في القتال، ولم يحضر الوقعة لزمه الانصراف إلا أن يخاف على نفسه أو ماله أو يخاف انكسار قلوب المسلمين، فلا يلزمه، فإن لم يمكنه الانصراف للخوف، وأمكنه أن يقيم في قرية في الطريق حتى يرجع الجيش، لزمه أن يقيم، وأوهم في «الوسيط» خلافًا في وجوب الإقامة هناك، وحكى ابن كج قولًا: أنه لا يلزمه الانصراف، والمشهور الأول، وإن علم بعد الشروع في القتال، فأربعة أوجه: أصحها: تجب المصابرة، ويحرم الانصراف، والثاني: يجب الانصراف، والثالث: يتخير بين الانصراف والمصابرة، والرابع: يجب الانصراف إن رجع صاحب الدين دون الأبوين إن رجع، لعظم شأن الدين ومن شرط عليه الاستئذان، فخرج بلا إذن، لزمه الانصراف ما لم يشرع في القتال، لأن سفره سفر معصية إلا أن يخاف على نفسه أو ماله، فإن شرع في القتال، فوجهان مرتبان، وهذه الصورة أولى بوجوب الانصراف، لأن أول الخروج معصية، ولو خرج عبد بغير إذن سيده، لزمه الانصراف ما لم يحضر الوقعة، فإن حضر، فلا، قال الروياني: يستحب الرجوع.

فرع: لو مرض من خرج للجهاد أو عرج، أو فني زاده، أو هلكت دابته، فله أن ينصرف ما لم يحضر الوقعة، وكذا الحكم لو كان العذر حاصلًا وقت الخروج، فإن حضر الوقعة، فهل يلزمه الثبات أم له الرجوع؟ وجهان: أصحهما: الثاني، قال

الإمام: والوجهان إذا لم يورث انصرافه فشلًا في الجند، فإن أورثه، حرم الرجوع قطعًا، وفي «التهذيب» في صورة موت الدابة يلزمه القتال راجلًا إن أمكنه ذلك، وإلا فلا، وقيل: إذا انقطع عنه سلاحه، أو انكسر، لزمه القتال بالحجارة إن أمكنه.

فرع: حيث جوزنا الانصراف لرجوع الأبوين أو صاحب الدين عن الإذن، أو لحدوث المرض ونحوه، فليس للسلطان حبسه، قال الشافعي رحمه الله: إلا أن يتفق ذلك لجماعة، ويخشى من انصرافهم خلل في المسلمين، ولو انصرف لذهاب نفقة، أو هلاك دابة، ثم قدر على النفقة والدابة في بلاد الكفار، لزمه الرجوع للجهاد، وإن كان فارق بلاد الكفر، لم يلزمه الرجوع، وعن نصه أن من خرج للجهاد، وبه عذر مرض وغيره، ثم زال عذره، وصار من أهل فرض الجهاد، لم يكن له الرجوع عن الغزو، وكذا لو حدث العذر، وزال قبل أن ينصرف.

فرع: من شرع في قتال ولا عذر له، لزمه المصابرة، وعبر الأصحاب عن هذا بأن الجهاد يصير متعينًا على من هو من أهل فرض الكفاية بالشروع، ولو اشتغل شخص بالتعلم، وأنس الرشد فيه من نفسه، هل يحرم عليه قطعه؟ وجهان: أحدهما: نعم، فيلزمه الاتمام، قاله القاضي حسين، وأصحهما: لا، لأن الشروع لا يغير حكم المشروع فيه بخلاف بالجهاد، فإن رجوعه يؤدي إلى التخذيل، وهل يجب إتمام صلاة الجنازة إذا شرع فيها؟ وجهان: قال القفال: لا، وقال الجمهور: نعم، وهو الأصح، قال الغزالي: الأصح أن العلم وسائر فروض الكفاية تتعين بالشروع.

الضرب الثاني: الجهاد الذي هو فرض عين، فإذا وطىء الكفار بلدة للمسلمين، أو أطلوا عليها، ونزلوا بابها قاصدين، ولم يدخلوا، صار الجهاد فرض عين على التفصيل الذي نبينه إن شاء الله تعالىٰ، وعن ابن أبي هريرة وغيره أنه يبقى فرض كفاية، والصحيح الأول، فيتعين على أهل تلك البلدة الدفع بما أمكنهم، وللدفع مرتبتان:

إحداهما: أن يحتمل الحال اجتماعهم وتأهبهم واستعدادهم للحرب، فعلى كل واحد من الأغنياء والفقراء التأهب بما يقدر عليه، وإذا لم يمكنهم المقاومة إلا بموافقة العبيد، وجب على العبيد الموافقة، فينحل الحجر عن العبيد حتى لا يراجعوا السادات، وإن أمكنهم المقاومة من غير موافقة العبيد، فوجهان: أصحهما: أن الحكم كذلك، لتقوى القلوب، وتعظم الشوكة، وتشتد النكاية، والثاني: لا ينحل الحجر عنهم للاستغناء عنهم، والنسوة إن لم تكن فيهن قوة دفاع لا يحضرن، وإن كان فعلى ما ذكرنا في العبيد، ويجوز أن لا يحوج المزوجة إلى إذن الزوج،

كما لا يحوج إلى إذن السيد، ولا يجب في هذا النوع استئذان الوالدين وصاحب الدين.

المرتبة الثانية: أن يتغشاهم الكفار، ولا يتمكنوا من اجتماع وتأهب، فمن وقف عليه كافر، أو كفار، وعلم أنه يقتل إن أخذ، فعليه أن يتحرك، ويدفع عن نفسه بما أمكن، يستوي فيه الحر والعبد، والمرأة والأعمى، والأعرج، والمريض، ولا تكليف على الصبيان والمجانين، وإن كان يجوز أن يقتل ويؤسر، ولو امتنع لقتل، جاز أن يستسلم، فإن المكاوحة والحالة هذه استعجال القتل، والأسر يحتمل الخلاص، ولو علمت المرأة أنها لو استسلمت امتدت الأيدي إليها، لزمها الدفع وإن كانت تقتل، لأن من أكره على الزنى لا تحل له المطاوعة لدفع القتل، فإن كانت لا تقصد بالفاحشة في الحال وإنما يظن ذلك بعد السبي، فيحتمل أن يجوز لها الاستسلام في الحال، ثم تدفع حينئذ، ولو كان في أهل البقعة كثرة، خرج بعضهم وفيهم كفاية، ففي تحتم المساعدة على الآخرين وجهان: أصحهما: الوجوب، لأن الواقعة عظيمة، وأما غير أهل تلك الناحية، فمن كان منهم على دون مسافة القصر، فهو كبعضهم، حتى إذا لم يكن في أهل البلدة كفاية، وجب على هؤلاء أن يطيروا إليهم، وإن كان فيهم كفاية، ففي وجوب المساعدة عليهم الوجهان، ومن كان على مسافة القصر، إن لم يكن في أهل البلدة والذين يلونهم كفاية، وجب عليهم أن يطيروا إليهم، فإن طار إليهم من تحصل به الكفاية، سقط الحرج عن الباقين، وهذا معنى قول البغوي: إذا دخل الكفار دار الإسلام، فالجهاد فرض عين على من قرب، وفرض كفاية في حق من بعد، وعلى هذا فحكم أهل الأعذار على ما ذكرناه في الضرب الأول وفيه وجه، أنه يجب على جميعهم المساعدة والمسارعة وليكن هذا في الأقربين ممن هو على مسافة القصر، وإن كان في أهل البلدة والذين يلونهم كفاية، فالأصح أنه لا يجب على الذين فوق مسافة القصر المساعدة، لأنه يؤدي إلى إيجاب على جميع الأمة، وفي ذلك حرج من غير حاجة، والثاني: يجب على الأقربين فالأقربين بلا ضبط حتى يصل الخبر بأنهم قد دفعوا وأخرجوا، وليس لأهل البلدة، ثم الأقربين فالأقربين إذا قدروا على القتال أن يلبثوا إلى لحوق الآخرين، ولا يشترط وجود المركوب فيمن دون مسافة القصر، وفيمن على مسافة القصر فما فوقها وجهان: أصحهما: الاشتراط، كالحج، والثاني: لا، لشدة الخطب، ويشترط فيمن فوق مسافة القصر ودونها وجود الزاد على الأصح، إذ لا استقلال بغير زاد، ولا معنى لإلزامهم الخروج مع العلم بأنهم سيهلكون، ولو نزل الكفار على خراب، أو جبل في دار الإسلام بعيد عن الأوطان

والبلدان، ففي نزوله منزلة دخول البلدة وجهان أطلقهما الغزالي، والذي نقله الإمام عن الأصحاب أنه ينزل منزلته، لأنه من دار الإسلام، واختار هو المنع، لأن الدار تشرف بسكن المسلمين، فإذا لم يكن مسكنًا لأحد، فتكليف المسلمين التهاوي على المتالف بعيد.

فرع: لو أسروا مسلمًا، أو مسلمين، فهل هو كدخول دار الإسلام؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن إزعاج الجنود لواحد بعيد، وأصحهما: نعم، لأن حرمته أعظم من حرمة الدار، فعلى هذا لا بد من رعاية النظر، فإن كانوا على قرب دار الإسلام، وتوقعنا استخلاص من أسروه لو طرنا إليهم، فعلنا، وإن توغلوا في بلاد الكفر ولا يمكن التسارع إليهم، وقد لا يتأتى خرقها بالجنود، اضطررنا إلى الانتظار، كما لو دخل منهم ملك عظيم الشوكة طرف بلاد الإسلام، لا يتسارع إليه آحاد الطوائف.

الطرف الثالث: في بيان فروض الكفاية:

هي كثيرة مفرقة في أبوابها، كغسل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، وكذا صلاة الجماعة والأذان والعيد إذا قلنا: إنهن فرض كفاية، وكذا التقاط المنبوذ وغير ذلك، وفروض الكفاية أمور كلية تتعلق بها مصالح دينية أو دنيوية لا ينتظم الأمر إلا بحصولها، فيطلب الشارع تحصيلها، ولا يطلب تكليف واحد فواحد بها، بخلاف فرض العين، فإن كل واحد مكلف بتحصيله، وفروض الكفاية أقسام، منها ما يتعلق بأصل الدين، وهو إقامة الحجة العلمية، ومعناها أنه كما تجب إقامة الحجة القهرية بالسيف، يجب أن يكون في المسلمين من يقيم البراهين، ويظهر الحجج، ويدفع الشبهات، ويحل المشكلات، ومنها ما يتعلق بالفروع، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والمراد منه: الأمر بواجبات الشرع، والنهي عن محرماته، فهو فرض كفاية، فإن نصب لذلك رجل، تعين عليه بحكم الولاية، وهو المحتسب، ولقد أحسن أقضى القضاة الماوردي ترتيب الأمر بالمعروف وتقسيمه، فجعله ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يتعلق بحقوق الله تعالىٰ، وهو نوعان، أحدهما: يؤمر به الجميع دون الأفراد، كإقامة الجمعة حيث تجتمع شروطها، فإن كانوا عددًا يرون انعقاد الجمعة بهم، والمحتسب لا يراه، فلا يأمرهم بما لا يجوزه، ولا ينهاهم عما يرونه فرضًا عليهم، ويأمرهم بصلاة العيد، وهل هو واجب أم مستحب؟ وجهان.

والصحيح وجوب الأمر، وإن قلنا: صلاة العيد سنة، لأن الأمر بالمعروف هو الأمر بالطاعة، لا سيما ما كان شعارًا ظاهرًا. والله أعلم.

النوع الثاني: يؤمر به الآحاد، مثل إن أخر بعض الناس الصلاة عن وقتها،

فإن قال: نسيتها، حثه على المراقبة، ولا يعترض على من أخرها والوقت باق لاختلاف العلماء في فضل التأخير.

الضرب الثاني: ما يتعلق بحق آدمي، وينقسم إلى عام، كالبلد إذا تعطل شربه، أو انهدم سوره، أو طرقه أبناء السبيل المحتاجون وتركوا معونتهم، فإن كان في بيت المال مال، لم يؤمر الناس بذلك، وإن لم يكن، أمر أهل المكنة برعايتها. وإلى خاص، كمطل المدين الموسر، فالمحتسب يأمره بالخروج عنه إذا استعداه صاحب الدين، وليس له الضرب والحبس.

الثالث: الحقوق المشتركة، كأمر الأولياء بإنكاح الأكفاء، وإلزام النساء أحكام العدد، وأخذ السادة بحقوق الأرقاء، وأصحاب البهائم بتعهدها، وأن لا يستعملوها فيما لا تطيق، وذكر في المنكرات أن من يغير هيئة عبادة، كجهره في صلاة سرية وعكسه، وزيادة في الأذان، يمنعه وينكر عليه، ومن تصدى للتدريس، أو الوعظ وليس هو من أهله، ولا يؤمن اغترار الناس به في تأويل أو تحريف، أنكر عليه المحتسب، وشهر أمره لئلا يغتر به، وإذا رأى رجلًا واقفًا مع امرأة في شارع يطرقه الناس، لم ينكر عليه، وإن كان في طريق خال، فهو موضع ريبة، فينكر ويقول: وإن كانت محرمًا لك، فصنها عن مواقف الريب، ولا ينكر في حقوق الآدميين، كتعديه في جدار جاره إلا باستعداء صاحب الحق، وينكر على من يطيل الصلاة من أئمة المساجد المطروقة، وعلى القضاة إذا حجبوا الخصوم، وقصروا في النظر والخصومات، والسوقي الذي يختص بمعاملة النساء تختبر أمانته، فإن ظهرت منه خيانة، منع من معاملتهن، وهذا باب لا تتناهى صوره.

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية بإجماع الأمة، وهو من أعظم قواعد الإسلام، ولا يسقط عن المكلف لكونه يظن أنه لا يفيد، أو يعلم بالعادة أنه لا يؤثر كلامه، بل يجب عليه الأمر والنهي، فإن الذكرى تنفع المؤمنين، وليس الواجب عليه أن يقبل منه، بل واجبه أن يقول كما قال الله تعالىٰ: ﴿مَّا عَلَى ٱلرَّسُولِ إِلَّا ٱلْبَلَٰغُ﴾ [المائدة: ٩٩] قالوا: ومن أمثلته: أن يرى مكشوف بعض عورته في حمام ونحو ذلك، ولا يشترط في الآمر والناهي كونه ممتثلًا ما يأمر به، مجتنبًا ما ينهى عنه، بل عليه الأمر والنهي في حق نفسه، وفي حق غيره، فإن أخل بأحدهما، لم يجز الإخلال بالآخر، ولا يختص الأمر والنهي بأصحاب الولايات والمراتب، بل ذلك ثابت لآحاد المسلمين وواجب عليهم، قال إمام الحرمين: والدليل عليه إجماع المسلمين، فإن غير الولاة في الصدر الأول كانوا يأمرون الولاة وينهونهم مع تقرير المسلمين إياهم وترك توبيخهم على التشاغل بذلك بغير ولاية، ويدل عليه قول

النبي ﷺ في صحيح مسلم: «من رأى منكم منكرًا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه» قال أصحابنا: وإنما يأمر وينهى من كان عالمًا بما يأمر به وينهى عنه، وذلك يختلف بحسب الأشياء، فإن كان من الواجبات الظاهرة، والمحرمات المشهورة، كالصلاة والصيام والزنى والخمر ونحوها، فكل المسلمين علماء بها، وإن كان من دقائق الأقوال والأفعال، ومما يتعلق بالاجتهاد، لم يكن للعوام الابتداء بإنكاره، بل ذلك للعلماء، ويلتحق بهم من أعلمه العلماء بأن ذلك مجمع عليه، ثم العلماء إنما ينكرون ما أجمع على إنكاره، أما المختلف فيه فلا إنكار فيه، لأن كل مجتهد مصيب، أو المصيب واحد ولا نعلمه، ولا إثم على المخطىء، لكن إن ندبه على جهة النصيحة إلى الخروج من الخلاف، فهو حسن محبوب، ويكون برفق، لأن العلماء متفقون على استحباب الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة ثابتة، أو وقوع في خلاف آخر، وذكر الماوردي خلافًا في أن من قلده السلطان الحسبة، هل له حمل الناس على مذهبه فيما اختلف العلماء فيه إذا كان المحتسب مجتهدًا أم ليس له تغيير ما كان على مذهب غيره؟ والأصح أنه ليس له تغييره لما ذكرناه، ولم يزل الخلاف بين الصحابة والتابعين في الفروع، ولا ينكر أحد على غيره مجتهدًا فيه، وإنما ينكرون ما خالف نصًا، أو إجماعًا، أو قياسًا جليًا.

وأما صفة النهي عن المنكر ومراتبه، فضابطه قوله ﷺ: «فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه» فعليه أن يغير بكل وجه أمكنه، ولا يكفي الوعظ لمن أمكنه إزالته باليد، ولا تكفي كراهة القلب لمن قدر على النهي باللسان، وقد سبق في كتاب الغصب صفة كسر الملاهي وجملة متعلقة بالمنكرات، وينبغي أن يرفق في التغيير بالجاهل وبالظالم الذي يخاف شره، فإن ذلك أدعى إلى قبول قوله، وإزالة المنكر، وإن قدر على من يستعين به ولم يمكنه الاستقلال، استعان ما لم يؤد ذلك إلى إظهار سلاح وحرب، فإن عجز، رفع ذلك إلى صاحب الشوكة، وقد تقدم هذا في كتاب الصيال، فإن عجز عن كل ذلك، فعليه أن يكرهه بقلبه، قال أصحابنا وغيرهم: وليس للآمر والناهي البحث والتنقيب والتجسس واقتحام الدور بالظنون، بل إن رأى شيئًا غيره، قال الماوردي: فإن غلب على ظن المحتسب أو غيره استسرار قوم بالمنكر بأمارة وآثار ظهرت، فذلك ضربان، أحدهما: أن يكون فيه انتهاك حرمة يفوت تداركها، بأن يخبره من يثق بصدقه أن رجلًا خلا برجل ليقتله، أو بامرأة ليزني بها، فيجوز التجسس والإقدام على الكشف والإنكار، والثاني: ما قصر عن هذه الرتبة، فلا يجوز فيه الكشف والتجسس.

واعلم أنه لا يسقط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا بأن يخاف منه على

نفسه أو ماله، أو يخاف على غيره مفسدة أعظم من مفسدة المنكر الواقع. والله أعلم.

فصل: ومن فروض الكفاية إحياء الكعبة بالحج في كل سنة، هكذا أطلقوه، وينبغي أن تكون العمرة كالحج، بل الاعتكاف والصلاة في المسجد الحرام، فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك.

ومنها: ما يتعلق بمصالح المعايش وانتظام أمور الناس، كدفع الضرر عن المسلمين، وإزالة فاقتهم، كستر العورة، وإطعام الجائعين، وإغاثة المستغيثين في النائبات، فكل ذلك فرض كفاية في حق أصحاب الثروة والقدرة إذا لم تف الصدقات الواجبة بسد حاجاتهم، ولم يكن في بيت المال ما يصرف إليها، فلو انسدت الضرورة، فهل يكفي ذلك أم تجب الزيادة إلى تمام الكفاية التي يقوم بها من تلزمه النفقة؟ حكى الإمام فيه وجهين.

وأما الحرف والصناعات وما به قوام المعايش، كالبيع والشراء والحراثة، وما لا بد منه حتى الحجامة والكنس، فالنفوس مجبولة على القيام بها، فلا تحتاج إلى حث عليها وترغيب فيها، لكن لو امتنع الخلق منها، أثموا وكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم، فهي إذن من فروض الكفاية.

فصل: ومن فروض الكفاية ما يتعلق بالدين، وبصلاح المعيشة، كتحمل الشهادة وأدائها، وإعانة القضاة على استيفاء الحقوق ونحو ذلك، وكتجهيز الموتى غسلًا وتكفينًا وصلاة ودفنًا ونحو ذلك.

فصل: من العلوم ما يتعين طلبه وتعلمه، ومنها فرض كفاية.

فمن المتعين: ما يحتاج إليه لإقامة مفروضات الدين، كالوضوء والصلاة والصيام وغيرها، فإن من لا يعلم أركان الصلاة وشروطها لا يمكنه إقامتها، وإنما يتعين تعلم الأحكام الظاهرة دون الدقائق والمسائل التي لا تعم بها بلوى، وإن كان له مال زكوي، لزمه تعلم ظواهر أحكام الزكاة، قال الروياني: هذا إذا لم يكن له ساع يكفيه الأمر.

ومن يبيع ويشتري ويتجر يتعين عليه معرفة أحكام التجارات، وكذا ما يحتاج إليه صاحب كل حرفة يتعين عليه تعلمه، والمراد الأحكام الظاهرة الغالبة دون الفروع النادرة والمسائل الدقيقة. وأما فرض الكفاية، فالقيام بعلوم الشرع فرض كفاية، ويدخل في ذلك: التفسير والحديث على ما سبق في الوصية، ومنها: أن ينتهي في معرفة الأحكام إلى حيث يصلح للفتوى والقضاء كما سنذكره في أدب القاضي إن شاء الله تعالىٰ، وهناك يتبين أن المجتهد في الشرع مطلقًا يفتي، وأن

المتبحر في مذهب بعض الأئمة المجتهدين يفتي أيضًا على الصحيح، ولا يكفي أن يكون في الاقليم مفت واحد، لعسر مراجعته، واعتبر الأصحاب فيه مسافة القصر، وكأن المراد أن لا يزيد ما بين كل مفتيين على مسافة القصر، وأما العلوم العقلية، فمنها ما هو فرض كفاية، كالطب والحساب المحتاج إليه، وقسمة الوصايا والمواريث، قال الغزالي: ولا يستبعد عد الطب والحساب من فروض الكفاية، فإن الحرف والصناعات التي لا بد للناس منها في معايشهم، كالفلاحة فرض كفاية، فالطب والحساب أولى، وأما أصول العقائد، فالاعتقاد المستقيم مع التصميم على ما ورد به القرآن والسنة فرض عين، وأما العلم المسمى علم الكلام، فليس بفرض عين، ولم يكن الصحابة رضي الله عنهم يشتغلون به، قال الإمام: ولو بقي الناس على ما كانوا عليه في صفوة الإسلام لما أوجبنا التشاغل به، وربما نهينا عنه، فأما اليوم وقد ثارت البدع، فلا سبيل إلى تركها تلتطم، ولا بد من إعداد ما يدعى به إلى المسلك الحق، وتزال به الشبه، فصار الاشتغال بأدلة العقول فرض كفاية، فأما من استراب في أصل من أصول الاعتقاد، فيلزمه السعي في إزاحته حتى تستقيم عقيدته.

ولا يتعين تعلم كيفية الوضوء والصلاة وشبههما إلا بعد وجوب ذلك، فإن كان بحيث لو صبر إلى دخول الوقت لم يتمكن من إتمام تعلمها مع الفعل في الوقت، فهل يلزمه التعلم قبل الوقت؟ تردد فيه الغزالي، والأصح: ما جزم به غيره أنه يلزمه، كما يلزم السعي إلى الجمعة قبل الوقت لمن بعد منزله، وإذا كان ما تعلق به الوجوب على الفور، كان تعلم كيفيته على الفور، وإن كان على التراخي، كالحج، فتعلم الكيفية على التراخي، وأما علم القلب، كالحسد والعجب والرياء وشبهها، فقد قال الغزالي: معرفة حدودها وأسبابها وطبها وعلاجها فرض عين وقال غيره: فيه تفصيل، ضمن رزق قلبًا سليمًا من هذه الأمراض المحرمة كفاه ذلك، ومن لم يسلم وتمكن من تطهير قلبه بغير تعلم العلم المذكور، وجب تطهره، وإن لم يتمكن إلا بتعلم، وجب، وقد سبق في كتاب الصلاة وجوب تعليم الصغار على أوليائهم، ومن فرض الكفاية، معرفة أصول الفقه والفقه، والنحو واللغة والتصريف، وأسماء الرواة، والجرح والتعديل، واختلاف العلماء واتفاقهم، وقد يكون من العلم مستحب، كالتبحر في أصول الأدلة بالزيادة على القدر الذي يحصل به فرض الكفاية، وكتعلم العامي نوافل العبادات لغرض العمل، لا لما يقوم به المجتهدون من تمييز الفرض من النفل، فإن ذلك فرض كفاية في حقهم، قال صاحب «الحاوي»: وإنما يتوجه فرض الكفاية في العلم على من جمع أربعة شروط وهي: أن يكون مكلفًا، وممن يتقلد القضاء، لا عبدًا ولا امرأة، وأن لا يكون بليدًا، وأن يقدر على الانقطاع إليه بأن تكون له كفاية، ويدخل الفاسق في الفرض ولا يسقط

به، لأنه لا تقبل فتواه للمستفتين، وفي دخول المرأة والعبد وجهان: لأنهما أهل للفتوى دون القضاء.

واعلم أن تعليم الطالبين، وإفتاء المستفتين فرض كفاية، فإن لم يكن من يصلح إلا واحدًا وكان هناك جماعة، ولا يحصل الغرض إلا بكلهم، تعين عليهم، وإذا كان هناك غير المفتي، هل يأثم بالرد؟ وجهان: أصحهما: لا، وينبغي أن يكون المعلم كذلك، ويستحب الرفق بالمتعلم والمستفتي، فهذه أنواع العلوم الشرعية، ووراءها أشياء تسمى علومًا، منها: محرم ومكروه ومباح، فالمحرم، كالفلسفة والشعبذة والتنجيم والرمل وعلوم الطبائعيين، وكذا السحر على الصحيح، فكل ذلك محرم، وتتفاوت دركات تحريمه. والمكروه: كأشعار المولدين المشتملة على الغزل والبطالة. والمباح: كأشعار المولدين التي ليس فيها سخف، ولا شيء مما يكره، ولا ينشط إلى الشر أو يثبط عن الخير ولا يحث عليه، أو يستعان به عليه. والله أعلم.

فرع: إذا تعطل فرض كفاية، أثم كل من علم به، وقدر على القيام به، وكذا من لم يعلم، وكان قريبًا من الموضع يليق به البحث والمراقبة، قال الإمام: ويختلف هذا بكبر البلد وصغره، وقد يبلغ التعطل مبلغًا ينتهي خبره إلى سائر البلاد، فيجب عليهم السعي في التدارك، وفي الصورة دليل على أنه لا يجوز الإعراض والإهمال، ويجب البحث والمراقبة على ما يليق الحال.

فرع: إذا قام بالفرض جمع لو قام به بعضهم يسقط الحرج عن الباقين، كانوا كلهم مؤدين للفرض، ولا مزية للبعض على البعض، وإذا صلى على الجنازة جمع، ثم آخرون، كانت صلاة الآخرين فرض كفاية كالأولين.

وللقائم بفرض الكفاية مزية على القائم بفرض العين من حيث إنه أسقط الحرج عن نفسه وعن المسلمين، وقد قال إمام الحرمين في كتابه «الغياثي»: الذي أراه أن القيام بفرض الكفاية أفضل من فرض العين، لأنه لو ترك المتعين، اختص هو بالإثم، ولو فعله، اختص بسقوط الفرض، وفرض الكفاية لو تركه، أثم الجميع، وفرض الكفاية لو فعله، سقط الحرج عن الجميع، وفاعله ساع في صيانة الأمة عن المأثم، ولا يشك في رجحان من حل محل المسلمين أجمعين في القيام بمهم من مهمات الدين. والله أعلم.

فصل: في كيفية الجهاد وما يتعلق به، وفيه أطراف:

الأول: في قتال الكفار، وفيه مسائل: إحداها: يكره الغزو بغير إذن الإمام أو الأمير المنصوب من جهته، ولا يحرم، وإذا بعث سرية، أمر عليهم أميرًا، ويأمرهم

بطاعته، ويوصيه بهم، ويسن أن يأخذ البيعة عليهم أن لا يفروا، وأن يبعث الطلائع، ويتجسس أخبار الكفار، ويستحب خروجهم يوم الخميس أول النهار، وأن يعقد الرايات، ويجعل كل فريق تحت راية، ويجعل لكل طائفة شعارًا حتى لا يقتل بعضهم بعضًا بياتًا، وأن يدخل دار الحرب بتعيينه الحرب، لأنه أحوط وأهيب، وأن يستنصر بالضعفاء، وأن يدعو عند التقاء الصفين، وأن يكبر من غير إسراف في رفع الصوت، وأن يحرض الناس على القتال وعلى الصبر والثبات.

الثانية: لا يقاتل من لم تبلغه الدعوة حتى يدعوه إلى الإسلام، وأما من بلغتهم الدعوة، فيستحب أن يعرض عليهم الإسلام، ويدعوهم إليه، ويجوز بياتهم بغير دعاء، ثم الذين لا يقرون بالجزية، يقاتلون، وتسبى نساؤهم، وتغنم أموالهم حتى يسلموا، والذين تقبل منهم الجزية يقاتلون حتى يسلموا، أو يبذلوا الجزية.

الثالثة: تجوز الاستعانة بأهل الذمة وبالمشركين في الغزو، ويشترط أن يعرف الإمام حسن رأيهم في المسلمين، ويأمن خيانتهم، وشرط الإمام والبغوي وآخرون شرطًا ثالثًا، وهو أن يكثر المسلمون بحيث لو خان المستعان بهم، وانضموا إلى الذين يغزوهم، لأمكننا مقاومتهم جميعًا، وفي كتب العراقيين وجماعة أنه يشترط أن يكون في المسلمين قلة، وتمس الحاجة إلى الاستعانة، وهذان الشرطان كالمتنافيين، لأنهم إذا قلوا حتى احتاجوا لمقاومة فرقة إلى الاستعانة بالأخرى، فكيف يقاومونهما؟

والصواب: لا منافاة، فالمراد أن يكون المستعان بهم فرقة لا يكثر العدو بهم كثرة ظاهرة، وشرط صاحب «الحاوي» أن يخالفوا معتقد العدو، كاليهود مع النصارى، قال: وإذا خرجوا بشروطه، اجتهد الأمير فيهم، فإن رأى المصلحة في تميزهم ليعلم نكايتهم، أفردهم في جانب الجيش بحيث يراه أصلح، وإن رآها في اختلاطهم بالجيش لئلا تقوى شوكتهم، فرقهم بين المسلمين. والله أعلم.

ثم إن حضر الذمي بإذن الإمام، استحق الرضخ، إلا أن يكون استأجره، فلا يستحق غير الأجرة، وإن نهاه عن الحضور، فحضر، فلا شيء له، وللإمام تعزيزه إذا رآه، وإن لم ينهه، ولم يأذن له، لم يرضخ له على الأصح.

الرابعة: يجوز الاستعانة بالعبد إذا أذن سيده، وأن يستصحب المراهقين إذا كان فيهم جلادة وغناء في القتال، وكذا لمصلحة سقي الماء، ومداواة الجرحى، ويستصحب النساء لمثل ذلك كما سبق، وفي جواز إحضار نساء أهل الذمة وصبيانهم قولان، أحدهما: نعم، كالمسلمين، والثاني: لا، إذا كان لا قتال فيهم ولا رأي ولا يتبرك بحضورهم.

الخامسة: يمنع المخذل من الخروج في الجيش، فإن خرج، رده، فلو قاتل، لم يستحق شيئًا، ولو قتل كافرًا، لم يستحق سلبه، والمخذل من يخوف الناس، بأن يقول: عدونا كثير، وخيولنا ضعيفة، ولا طاقة لنا بهم، ونحو ذلك، وفي معناه المرجف والخائن، فالمرجف: من يكثر الأراجيف، بأن يقول: قتلت سرية كذا، أو لحقهم مدد للعدو من جهة كذا، أو لهم كمين في موضع كذا، والخائن: من يتجسس لهم، ويطلعهم على العورات بالمكاتبة والمراسلة، وحكى الروياني وجهًا، أنه يسهم للمخذل إذا لم ينهه الإمام، ووجهًا أنه يرضخ له، والصحيح الذي قطع به الأصحاب، لا سهم ولا رضخ مطلقًا.

السادسة: لا يجوز أن يستأجر الإمام ولا أحد الرعية مسلمًا للجهاد، لأنه إن لم يكن متعينًا عليه، فمتى حضر الصف، تعين، ولا يجوز أخذ أجرة عن فرض العين، وعن الصيدلاني أنه يجوز للإمام أن يستأجره، ويعطيه أجرة من سهم المصالح، والصحيح الأول، لكن الإمام يرغب في الجهاد ببذل الأهبة والسلاح من بيت المال، أو من مال نفسه، فينال ثواب الإعانة، ويقع الجهاد عن المباشر، وكذا إذا بذل أهبته واحد من الرعية من ماله، قال الأصحاب: وما يدفع إلى المرتزقة من الفيء، وإلى المطوعة من الصدقات حقوقهم المرتبة، وليس أجرة، وجهادهم واقع عنهم، ولو أكره الإمام جماعة على الخروج والجهاد، لم يستحقوا أجرة لما ذكرنا من وقوع الجهاد عنهم، وامتناع استئجارهم، هكذا أطلقوه، وقال البغوي: إن تعين عليهم الجهاد، فالحكم كذلك، وإلا فلهم الأجرة من حين أخرجهم إلى أن حضروا الوقعة، وأطلق مطلقون أنه لو عين الإمام رجلًا، وألزمه بغسل الميت ودفنه، لم يكن له أجرة، واستدرك الإمام فقال: هذا إذا لم يكن للميت تركة، ولا في بيت المال اتساع، فإن كان له تركة، فمؤنة تجهيزه في تركته، وإلا ففي بيت المال إن اتسع، فيستحق المكره الأجرة، والتفصيلان حسنان، فليحمل عليهما الإطلاقان.
وهل يجوز للإمام استئجار عبيد المسلمين؟ قال الإمام: إن جوزنا استئجار الحر، فكذا العبد، وإلا فوجهان بناء على أنه لو وطىء الكفار دار المسلمين هل يتعين على العبيد الجهاد؟ إن قلنا: نعم، فهم من أهل فرض الجهاد، فإذا وافوا الصف، وقع الجهاد عنهم، فيكون استئجارهم كالأحرار، وإلا فيجوز استئجارهم، وإن أخرج الإمام العبيد قهرًا، لزمت أجرتهم من يوم الإخراج إلى أن يعود كل عبد إلى يد سيده، هكذا أطلقه البغوي وغيره، وينبغي أن يبنى ذلك على الوجهين إن قلنا: إنهم من أهل فرض الجهاد، فكالأحرار، أما الذمي فللإمام أن يستعمله للجهاد بمال يبذله له، وهل طريقه الإجارة أم الجعالة؟ وجهان: أحدهما: الجعالة، لجهالة العمل،

وأصحهما: الإجارة، وتحتمل جهالة العمل، لأن المقصود القتال، ولو كان جعالة لجاز للذمي الانصراف متى شاء، وهو بعيد، وعلى هذا وجهان: أحدهما: لا يجوز أن يبلغ بالأجرة سهم راجل، وكان حاصل هذا الوجه الحكم بالانفساخ والرد إلى أجرة المثل إن بان زيادة الأجرة على سهم، وإلا ففي الابتداء لا يعلم سهم الراجل من الغنيمة، والصحيح أنه لا حجر في قدر الأجرة، كسائر الإجارات، وهل لآحاد المسلمين استئجار الذمي للجهاد؟ وجهان: أصحهما: المنع، لأن الآحاد لا يتولون المصالح العامة، وقد يكون في حضوره مفسدة يعلمها الإمام دون الآحاد.

فرع: لو أخرج الإمام أهل الذمة، استحب أن يسمي لهم أجرة، فإن ذكر شيئًا مجهولًا، بأن قال: نرضيكم، أو نعطيكم ما تستعينون به، وجبت أجرة المثل، وإن أخرجهم وحملهم على الجهاد كرهًا، وجبت أجرة المثل، وإن خرجوا راضين، ولم يسم لهم شيئًا، فهذا موضع الرضخ، وفي محله أقوال سبقت في قسم الغنيمة، وأما الأجرة الواجبة، مسماة كانت أو أجرة المثل، فهل تؤدى من خمس الخمس سهم المصالح من هذه الغنيمة أو غيرها، أم من أصل الغنيمة، أم من أربعة أخماسها؟ أوجه: أصحها: الأول، وهو نصه في «المختصر» وقطع به جماعة.

فرع: لو أخرجهم قهرًا، ثم خلى سبيلهم قبل وقوفهم في الصف، أو هربوا ولم يقفوا، لم يجب لهم إلا أجرة الذهاب، وإن تعطلت منافعهم في الرجوع، لأنهم يتصرفون حينئذ كيف شاؤوا، ولو وقف المقهورون ولم يقاتلوا، فهل لهم أجرة مدة الوقوف؟ وجهان: أصحهما: لا، فعلى هذا إن لم يكن عليهم حبس وقهر، فلا شيء لهم، وإلا ففيه الخلاف في أن منفعة الحر هل تضمن بالحبس والتعطيل دون الاستيفاء؟ولو استأجر الذمي فلم يقاتل، ففي استحقاقه الوجهان.

السابعة: فيمن يمتنع قتله من الكفار في الحرب، فيكره للغازي قتل قريبه، فإن كان القريب محرمًا ازدادت الكراهة، فإن سمع أبًا، أو قريبًا آخر يذكر الله تعالىٰ، أو رسوله ﷺ بسوء، لم يكره قتله، ويحرم قتل نساء الكفار وصبيانهم والمجانين والخناثى، فإن قاتلوا، جاز قتلهم، ولو أسر منهم مراهق، وشككنا في بلوغه، كشفت عانته، فإن كان أنبت، حكم ببلوغه، وإلاّ فهو صبي، وقد سبق في كتاب الحجر قولان في أن الإنبات بلوغ أم دليل بلوغ، فإن قال المأسور: استعجلت الشعر بالدواء، فإن قلنا: هو بلوغ، لم يقبل قوله، بل يحكم ببلوغه، وإن قلنا: دليل البلوغ وهو الأظهر، فيصدق بيمينه، ويحكم بالصغر، هكذا نص عليه وبه أخذ الأصحاب وذكروا فيه إشكالين، أحدهما: أن اليمين تعمل في النفي وهذه لإثبات الاستعجال، وأجيب بأنا فعلناه لحقن الدم، وقد يخالف القياس لذلك، ولهذا قبلنا

جزية المجوس دون نكاحهم، والثاني: كيف يحلف من يدعي الصبى، فقال بعض الأصحاب: اليمين احتياط أو استظهار لا واجبة، وقال الجمهور: لا بد منها، لأن الدليل الظاهر موجود، فلا يترك بمجرد قوله، وقد سبق في الحجر أن المعتبر الشعر الخشن دون اللين، وأن في إلحاق شعر الإبط والوجه الخشن بالعانة وجهين: ونبات الشارب كاللحية، ولا أثر لاخضراره.

الثامنة: في جواز قتل الراهب، شيخًا كان أو شابًا، والأجير والمحترف المشغول بحرفته، والشيخ الضعيف والأعمى والزمن، ومقطوع اليد والرجل قولان، أظهرهما: الجواز. وقيل: يقتل الأجير والمحترف قطعًا، فإن كان فيهم من له رأي يستعين الكفار برأيه وتدبير الحرب، قتل قطعًا، ثم الذي يفهم من كلام الأصحاب أنه لا فرق بين أن يحضر ذو الرأي في صف القتال، أو لا يحضر في أنه يجوز قتله، ولا بين أن يقدر على الأخرق منهم في صف القتال، أو يدخل بعض بلادهم، فيجده هناك في أن في قتله القولين، وفي السوقة طريقان، المذهب: القطع بقتلهم، والثاني: على القولين، فإن جوزنا قتل هؤلاء، جاز استرقاقهم، وسبي نسائهم وصبيانهم، واغتنام أموالهم، وإلاّ فالمذهب أنهم يرقون بنفس الأسر كالنساء، وقيل: قولان، كأسير إذا أسلم قبل الاسترقاق، ففي قول: يتقين رقه، وفي قول: للإمام أن يرقه وأن يمن عليه، أو يفاديه، وقيل: لا يجوز استرقاقهم، بل يتركون ولا يتعرض لهم، ويجوز سبي نسائهم وصبيانهم على الأصح، وقيل: لا يجوز، وقيل: يجوز سبي نسائهم دون صبيانهم، لأنهم أبعاضهم، وأجرى بعضهم الخلاف في اغتنام الأموال، قال الإمام: من منع اغتنام أموال السوقة، فقد قرب من خرق الإجماع، ولو ترهبت امرأة، ففي جواز سبيها وجهان بناء على قتل الراهب.

فرع: لا يجوز قتل رسول الكفار.

التاسعة: يجوز للإمام محاصرة الكفار في بلادهم، والحصون والقلاع، وتشديد الأمر عليهم بالمنع من الدخول والخروج، وإن كان فيهم النساء والصبيان، واحتمل أن يصيبهم، ويجوز التحريق بإضرام النار ورمي النفط إليهم، والتغريق بإرسال الماء، ويبيتهم وهم غافلون، ولو تترسوا بالنساء والصبيان، نظر إن دعت ضرورة إلى الرمي والضرب، بأن كان ذلك في حال التحام القتال ولو تركوا لغلبوا المسلمين، جاز الرمي والضرب، وإن لم تكن ضرورة، بأن كانوا يدفعون بهم عن أنفسهم واحتمل الحال تركهم، فطريقان: أصحهما: على قولين: أحدهما: يجوز رميهم، كما يجوز نصب المنجنيق على القلعة وإن كان يصيبهم، ولئلا يتخذوا ذلك ذريعة إلى تعطيل الجهاد، والثاني: المنع، وهذا أصح عند القفال، ومال إلى ترجيح الأول مائلون.

والطريق الثاني: القطع بالجواز ورد المنع إلى الكراهة، وقيل: في الكراهة على هذا قولان، ولو تترسوا بهم في القلعة، فقيل: هذه الصورة أولى بالجواز، لئلا يتخذ ذلك حيلة إلى استبقاء القلاع لهم، وفي ذلك فساد عظيم، وقيل: قولان، وإن عجزنا عن القلعة إلا به.

ولو كان في البلدة أو القلعة مسلم، أو أسير، أو تاجر، أو مستأمن، أو طائفة من هؤلاء، فهل يجوز قصد أهلها بالنار والمنجنيق وما في معناهما؟ فيه طرق، المذهب: أنه إن لم يكن ضرورة، كره ولا يحرم على الأظهر لئلا يعطلوا الجهاد بحبس مسلم فيهم، وإن كانت ضرورة، كخوف ضررهم، أو لم يحصل فتح القلعة إلا به، جاز قطعًا، والطريق الثاني: لا اعتبار بالضرورة، بل إن كان ما يرمى به يهلك المسلم، لم يجز، وإلاّ فقولان: والثالث وبه أجاب صاحب «الشامل»: إن كان عدد المسلمين الذين فيهم مثل المشركين، لم يجز رميهم، وإن كان أقل، جاز، لأن الغالب أنه لا يصيب المسلمين، والمذهب: الجواز، وإن علم أنه يصيب مسلمًا وهو نصه في «المختصر» لأن حرمة من معنا أعظم حرمة ممن في أيديهم، فإن هلك منهم هالك، فقد رزق الشهادة، قاله أبو إسحاق، ولو رمى بشيء منها إلى القلعة، أو البلدة، فقتل مسلمًا، فإن لم يعلم أن فيها مسلمًا، لم يجب إلاّ الكفارة، وإن علم، وجبت الدية والكفارة، حكاه الروياني.

فرع: لو تترس الكفار بمسلمين من الأسارى وغيرهم، نظر إن لم تدع ضرورة إلى رميهم واحتمل الحال الإعراض عنهم، لم يجز رميهم، فإن رمى رام، فقتل مسلمًا قال البغوي: هو كما لو قتل مسلمًا في دار الحرب، إن علمه مسلمًا لزمه القصاص، وإن ظنه كافرًا فلا قصاص وتجب الكفارة، وفي الدية قولان، وإن دعت ضرورة إلى رميهم، بأن تترسوا بهم في حال التحام القتال وكانوا بحيث لو كففنا عنهم ظفروا بنا، وكثرت نكايتهم فوجهان: أحدهما: لا يجوز الرمي إذا لم يمكن ضرب الكفار إلاّ بضرب مسلم، لأن غايته أن نخاف على أنفسنا، ودم المسلم لا يباح بالخوف بدليل صورة الإكراه، والثاني وهو الصحيح المنصوص، وبه قطع العراقيون: جواز الرمي على قصد قتال المشركين، ويتوقى المسلمين بحسب الإمكان، لأن مفسدة الإعراض أكثر من مفسدة الإقدام، ولا يبعد احتمال طائفة للدفع عن بيضة الإسلام ومراعاة للأمور الكليات، فإن جوزنا الرمي، فرمى وقتل مسلمًا، فلا قصاص، فتجب الكفارة، وفي الدية طرق، أصحها: وظاهر النص، وبه قال المزني وابن سلمة: إن علم أن المرمي مسلم، وجبت، وإلا فلا، والثاني قاله أبو إسحاق: إن قصده بعينه، وجبت، سواء علمه مسلمًا أم لا، وإلا فلا، والثالث: قولان مطلقًا، والرابع قاله ابن الوكيل: إن علم أن هناك مسلمًا، وجبت، وإلا

فقولان: وإن لم نجوز الرمي، فرمى وقتل، ففي وجوب القصاص طريقان، أحدهما قولان، كالمكره، والثاني: يجب قطعًا، كالمضطر إذا قتل رجلًا ليأكله، بخلاف المكره، فإنه ملجأ، ولأن هناك من يحال عليه وهو المكره.

ولو تترس الكفار بذمي أو مستأمن أو عبد، فالحكم في جواز الرمي والدية والكفارة كما ذكرنا، لكن حيث تجب دية، يجب في العبد قيمته، وفي «التهذيب» أنه لو تترس كافر بترس مسلم، أو ركب فرسه، فرماه مسلم فأتلفه، فإن كان في غير التحام، أو في التحام وأمكنه أن يتوقى الترس والفرس، ضمن، وإن لم يمكنه في الالتحام الدفع إلا بإصابته، فإن جعلناه كالمكره، لم يضمن، لأن المكره في المال يكون طريقًا في الضمان، وهنا لا ضمان على الحربي حتى يجعل المسلم طريقًا، وإن جعلناه مختارًا، لزمه الضمان.

العاشرة: في حكم الهزيمة، إذا التقى الصفان، قد أطلق الغزالي أنه إن كان في انهزامه كسر المسلمين، لم يجز الانهزام بحال، وإلاّ ففيه التفصيل الآتي إن شاء الله تعالىٰ، ولم يتعرض الجمهور لذلك بل قالوا: إذا التقى الصفان، فله حالان، أحدهما: أن لا يزيد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين بل كانوا مثلي المسلمين أو أقل، فتحرم الهزيمة والانصراف إلاّ متحرفًا لقتال، أو متحيزًا إلى فئة، فالمتحرف: من ينصرف ليكمن في موضع، ويهجم، أو يكون في مضيق، فينصرف ليتبعه العدو إلى متسع سهل للقتال، أو يرى المصلحة في التحول إلى مضيق، أو يتحول من مقابلة الشمس والريح إلى موضع يسهل عليه القتال. والمتحيز إلى فئة: من ينصرف على قصد أن يذهب إلى طائفة يستنجد بها في القتال، وسواء كانت تلك الطائفة قليلة أو كثيرة، قريبة أو بعيدة، وقيل: يشترط قربها، والصحيح الأول، وعلى هذا هل يلزمه تحقيق عزمه بالقتال مع الفئة المتحيز إليها؟ وجهان: أصحهما: لا، لأن العزم مرخص، فلا حجر عليه بعد ذلك، والجهاد لا يجب قضاؤه، وفي كلام الإمام، أن التحيز إنما يجوز إذا استشعر المتحيز عجزًا محوجًا إلى الاستنجاد لضعف المسلمين، ولعل ما حكيناه عن الغزالي أخذه من هذا، ولم يشترط الأصحاب ما ذكراه وكأنهم رأوا ترك القتال والانهزام في الحال مجبورًا بعزمه، وكل واحد من التحرف والتحيز يتضمن العزم على العود إلى القتال، والرخصة منوطة بعزمه، ولا يمكن مخادعة الله تعالىٰ في العزم، هذا الذي ذكرناه من تحريم الهزيمة إلاّ لمتحرف أو متحيز هو في حال القدرة، أما من عجز بمرض ونحوه، أو لم يبق معه سلاح، فله الانصراف بكل حال، ويستحب أن يولي متحرفًا أو متحيزًا، فإن أمكنه الرمي بالأحجار، فهل تقوم مقام السلاح؟ وجهان: قلت: أصحهما: تقوم. والله أعلم.

ولو مات فرسه وهو لا يقدر على القتال راجلًا، فله الانصراف، ومن غلب على ظنه أنه إن ثبت قتل، هل له الانصراف؟ وجهان: الصحيح: المنع، ثم المتحيز إلى فئة بعيدة لا يشارك الجيش فيما يغنمونه بعد مفارقته، ولا يبطل حقه مما غنموه قبل مفارقته، هكذا نص عليه، وبمثله أجاب في المتحرف، ومنهم من أطلق بأن المتحرف يشارك، ولعله فيمن لم يبعد، ولم يغب، والنص فيما إذا تحرف، ثم انقطع عن القوم قبل أن يغنموا، وهل يشارك المتحيز إلى فئة قريبة فيما غنموه بعد مفارقته؟ وجهان: أصحهما: نعم، لبقاء نصرته والاستنجاد به، فهو كالسرية القريبة تشارك الجيش فيما غنمه.

الحالة الثانية: إذا زاد عدد الكفار على مثلي المسلمين، جاز الانهزام، وهل يجوز انهزام مئة من أبطالنا من مائتين، وواحد من ضعفاء الكفار؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنهم يقاومونهم لو ثبتوا، وإنما يراعى العدد عند تقارب الأوصاف، والثاني: نعم، لأن اعتبار الأوصاف يعسر، فتعلق الحكم بالعدد، ويجري الوجهان في عكسه، وهو فرار مئة من ضعفائنا من مئة وتسعة وتسعين من ضعفائهم، فإن اعتبرنا العدد، لم يجز، وإن اعتبرنا المعنى، جاز، وإذا جاز الفرار، نظر إن غلب على ظنهم أنهم إن ثبتوا ظفروا، استحب الثبات، وإن غلب على ظنهم الهلاك، ففي وجوب الفرار وجهان: وقال الإمام: إن كان في الثبات الهلاك المحض من غير نكاية، وجب الفرار قطعًا، وإن كان فيه نكاية فوجهان.

فرع: لقي مسلم مشركين، إن طلباه، فله الفرار، وإن طلبهما ولم يطلباه، فهل له أن يولي بعد ذلك؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأن فرض الجهاد والثبات إنما هو في الجماعة، ولو ولّى النساء، لم يأثمن، فلسن من أهل فرض الجهاد، نص عليه، كما لا إثم على صبي ومغلوب على عقله إذا وليا، ويأثم السكران، ولو قصد الكفار بلدًا، فتحصن أهله إلى أن يجدوا قوة ومددًا، لم يأثموا، إنما الإثم على من ولى بعد اللقاء.

قلت: قال صاحبا «الحاوي» و«البحر»: تجوز الهزيمة من أكثر من المثلين، وإن كان المسلمون فرسانًا والكفار رجالة، وتحرم الهزيمة من المثلين وإن كان المسلمون رجالة والكفار فرسانًا، وهذا الذي قالاه فيه نظر، ويمكن تخريجه على الوجهين السابقين في أن الاعتبار بالمعنى أم بالعدد. والله أعلم.

فصل: المبارزة جائزة، ولو خرج كافر وطلبها، استحب الخروج إليه، وابتداء المبارزة، لا مستحب ولا مكروه، وقال ابن أبي هريرة: تكره، وأطلق ابن كج استحبابها، والصحيح الأول، وإنما تحسن المبارزة ممن جرب نفسه وعرف قوته

وجرأته، فأما الضعيف الذي لا يثق بنفسه، فتكره له المبارزة ابتداء وإجابة، نص عليه، وفيه وجه: أنه يحرم، والصحيح الأول، ويستحب أن لا يبارز إلا بإذن الأمير، فلو بارز بغير إذنه، جاز على الصحيح، وبه قطع الجمهور، لأن التغرير بالنفس في الجهاد جائز، والثاني: يحرم، لأن للإمام نظرًا في تعيين الأبطال.

فصل: نقل رؤوس الكفار إلى بلاد الإسلام، فيه وجهان: أحدهما: لا يكره للإرعاب، والثاني وهو الصحيح، وبه قطع العراقيون والروياني: يكره، ولم يتعرض الجمهور للفرق بين كافر فيه نكاية وغيره، وقال صاحب «الحاوي»: لا يكره، إن كان فيه نكاية، بل يستحب.

الطرف الثاني: في سبي الكفار واسترقاقهم، وفيه مسائل:

إحداها: نساء الكفار وصبيانهم إذا وقعوا في الأسر، رقوا، وكان حكمهم حكم سائر أموال الغنيمة، فالخمس لأهل الخمس، والباقي للغانمين، والعبيد إذا وقعوا في الأسر، كانوا كسائر أموال الغنيمة، لا يتخير الإمام فيهم، لأن عبد الحربي مال له، واحتج له الشيخ أبو علي بأن عبد الحربي لو أسلم في دار الحرب، ولم يخرج، ولا قهر سيده، لا يزول ملك الحربي عنه، وإذا سباه المسلمون، كان عبدًا مسلمًا، ولا يجوز المن عليه، ويسترق، ولولا أنه مال يخلى سبيله، كالحر، ولما جاز استرقاقه، هكذا ذكره ابن الحداد، وصرح بأنه ليس للإمام قتل العبيد، ولا المن عليهم، وتابعه الأصحاب على هذا، وفي «المهذب» أنه لو رأى الإمام قتله لشره وقوته، قتله وضمن قيمته للغانمين، وأما الرجال الأحرار الكاملون إذا أسروا، فالإمام مخير بين أن يقتلهم صبرًا بضرب الرقبة، لا بتحريق وتغريق، ولا يمثل بهم، أو يمن عليهم بتخلية سبيلهم، أو يفاديهم بالرجال، أو بالمال، أو يسترقهم، ويكون مال الفداء ورقابهم إذا استرقوا، كسائر أموال الغنيمة، وليس هذا التخيير للتشهي، بل يلزم الإمام أن يجتهد ويفعل من هذه الأمور الأربعة ما هو الحظ للمسلمين، فإن لم يظهر له وجه الصواب في الحال وتردد، حبسهم حتى يظهر، وسواء في الاسترقاق كان الأسير كتابيًا أو وثنيًا، وقال الإصطخري: يحرم استرقاق الوثني، لأنه لا يقر بالجزية، والصحيح الأول، وسواء كان الكافر من العرب، أو غيرهم على الجديد المشهور، وفي القديم لا يجوز استرقاق العرب، وهل يجوز استرقاق بعض شخص؟ وجهان: أصحهما: نعم، قال البغوي: فإن منعناه، فضرب الرق على بعضه، رق كله، وكان يجوز أن يقال: لا يرق شيء، وإذا اختار الفداء، جاز بالمال سلاحًا كان أو غيره، ويجوز بأسارى المسلمين، فيرد مشركًا بمسلم، أو مسلمين، أو مشركين بمسلم، ويجوز أن يفديهم بأسلحتنا التي في أيديهم، ولا يجوز أن يرد أسلحتهم التي في أيدينا بمال يبذلونه،

كما لا يجوز أن يبيعهم السلاح، وفي جواز ردها بأسارى المسلمين وجهان.

فرع: لو قتل مسلم أو ذمي الأسير قبل أن يرى الإمام رأيه فيه، عزر ولا قصاص ولا دية، لأنه لا أمان له وهو حر إلى أن يسترق، ولذلك يجوز أن يخلى سبيله، والأموال لا ترد إليهم بعد الاغتنام، ولو وقع في الأسر صبي أو امرأة، فقيل: وجبت القيمة، لأنه صار مالًا بنفس الأسر، ثم إن سبي الصبي وحده، فهو محكوم بإسلامه تبعًا للسابي، ففيه قيمة عبد مسلم، وإن كان قاتله عبدًا، لزمه القصاص.

فرع: لو أسر بالغ له زوجة، لم ينفسخ عقد نكاحه بالأسر، فإن فاداه الإمام، أو من عليه، استمرت الزوجية، وإن استرقه، ارتفع النكاح حينئذ، وإن أسر صبي له زوجة، انفسخ النكاح بنفس أسره.

فرع: لو أسر كافر ومعه زوجته وصبيانه، يخير الإمام فيه دونهم.

المسألة الثانية: إذا أسلم الأسير وهو رجل حر مكلف قبل أن يختار الإمام فيه شيئًا، عصم دمه، وهل يصير رقيقًا بنفس الإسلام؟ فيه طريقان، أصحهما: على قولين، أحدهما: نعم، لأنه أسير محرم القتل فأشبه الصبي، وأظهرهما: لا يرق، بل للإمام أن يسترقه، أو يمن، أو يفادي، والطريق الثاني: القطع بالتخيير، لأنه كان ثابتًا، فلا يزول، فإن اختار الفداء، فشرطه أن يكون له فيهم عز أو عشيرة يسلم بها ديته ونفسه، وسواء قلنا: يرق، أو يجوز إرقاقه، فأرقه، كان غنيمة، وكذا لو فاداه بمال، كان غنيمة، ولو أسلم قبل أسره والظفر به، عصم دمه وماله، سواء أسلم وهو محصور وقد قرب الفتح، أو أسلم في حال أمنه، وسواء أسلم في دار الحرب، أو الإسلام، ويعصم أيضًا أولاده الصغار عن السبي، ويحكم بإسلامهم تبعًا له، والحمل كالمنفصل، فلا يسترق تبعًا لأمه، وهل يعصم إسلام الجد ولد ابنه الصغير؟ فيه أوجه: أصحها: نعم، والثاني: لا، والثالث: إن كان الابن ميتًا، عصم، وإلاّ فلا، والمجنون من أولاده، كالصغير، فلو كان بلغ عاقلًا، ثم جن، عصمه أيضًا على الصحيح.

ولو أسلمت المرأة قبل الظفر بها، عصمت نفسها ومالها وأولادها الصغار، وحكى الفوراني في الأولاد قولًا، وهو شاذ مردود، وأما الأولاد البالغون العقلاء، فلا يعصمهم إسلام الأب لاستقلالهم بالإسلام، وهل يعصم إسلامه قبل الأسر زوجته عن الاسترقاق؟ نص أنه يجوز استرقاقها، ونص أن المسلم لو أعتق كافرًا، فالتحق بدار الحرب، لا يجوز استرقاقه، فقيل: فيهما قولان، أحدهما: لا تسترق زوجته ولا عتيقه لئلا يبطل حقه، كما لا يغنم ماله، والثاني: يسترقان لاستقلالهما،

والمذهب تقرير النصين، لأن الولاء لا يرتفع وإن تراضيا بخلاف النكاح، ويجري الخلاف في استرقاق حربية نكحها مسلم وهو في دار الحرب، فإن قلنا: لا يعصمها وكانت حاملًا عند إسلامه، ففي جواز استرقاقها وجهان: أحدهما: المنع، لأن الحمل محكوم بإسلامه، فلا تملك دونه كما لا تباع دونه، وأصحهما: نعم، لأنها حربية، فأشبهت غيرها، وإذا استرقت، فإن كان قبل الدخول، انقطع النكاح في الحال، لأنه زال ملكها عن نفسها، فملك الزوج أولى، ولأنها صارت أمة كافرة، ولا يجوز إمساك أمة كافرة للنكاح، وقيل: يستمر النكاح وإن استرقت، حكاه صاحب «التقريب» والصحيح الأول، وإن كان بعد الدخول فوجهان: أصحهما: انقطاع النكاح، والثاني: يتوقف مدة العدة، فإن أعتقت، وأسلمت قبل انقضاء العدة، استمر النكاح، وكذا لو أعتقت ولم تسلم، لأن إمساك الحرة الكتابية للنكاح جائز، فلو أسلمت ولم تعتق، فإن كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة، فله إمساكها، وإلا ففي جواز إمساكها وجهان: ولو أسلم بعد ما استرقت زوجته الحامل، حكم بإسلام الحمل، ولم يبطل رقه، ولو أسلمت حامل تحت حربي، لم تسترق هي ولا ولدها، لأنهما مسلمان.

فرع: لو استأجر مسلم دار حربي في دار الحرب، ثم غنمها المسلمون، أو استأجر حربيًا رقيقًا، أو حرًا، فاسترق، لم تنقطع الإجارة، بل يبقى للمستأجر استحقاق المنفعة، لأن منافع الأموال مملوكة ملكًا تامًا مضمونة، كأعيان الأموال بخلاف منفعة البضع، فإنها تستباح، ولا تملك ملكًا تامًا، ولهذا لا تضمن باليد، وقيل: في انقطاع الإجارة خلاف كانقطاع النكاح.

فرع: يجوز سبي منكوحة الذمي إذا كانت حربية، وينقطع به نكاحه، وأما سبي عتيقه واسترقاقه فيبنى على استرقاق عتيق المسلم، إن جوزناه، فهنا أولى، وإلاّ فوجهان: أصحهما: يجوز، لأن الذمي لو التحق بدار الحرب، استرق، فعتيقه أولى، ولو أعتق ذمي عبدًا، ثم نقض السيد العهد وصار حربيًا، فالصحيح أن ولاءه على عتيقه لا يبطل، حتى لو عتق كان ولاؤه باقيًا عليه، ولمعتقه أيضًا الولاء على عتيقه، ولو ملك عتيقه، فأعتقه، كان لكل واحد منهما الولاء على الآخر، وفي وجه يبطل باسترقاقه ولاؤه على عتيقه، كما يبطل ملكه على عبده.

فرع: إذا سبي الزوجان معًا، أو سبي أحدهما، انفسخ النكاح، صغيرين كانا أو كبيرين، واسترق الزوج، وسواء كان قبل الدخول أو بعده، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ ولقوله ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع» ولم يفرق، ولأن الرق يزيل ملكها عن نفسها، فعصمة النكاح أولى بالزوال، وإن

كان الزوجان رقيقين، فغنما، أو أحدهما، ففي انقطاع النكاح وجهان: سواء أسلما أم لا، أصحهما: لا ينقطع إذا لم يحدث رق، وإنما انتقل من شخص إلى شخص، فأشبه البيع وغيره، والثاني: ينقطع، لحدوث السبي، ولهذا لو سبيت مستولدة، صارت قنة، ومنهم من قطع بالأول.

المسألة الثالثة: لو كان لمسلم على حربي دين، فاسترق، لم يسقط الدين، فلو كان الدين للسابي، ففي سقوطه الوجهان فيمن كان له دين على عبد غيره فملكه، وإذا لم يسقط، قضى من الغنيمة بعد استرقاقه ويقدم الدين على الغنيمة، كما يقدم على الوصية، وإن زال ملكه بالرق، كما أن الدين على المرتد يقضى من ماله، وإن أزلنا ملكه، ولأن الرق كالموت والحجر، وكلاهما يعلق الدين بالمال، فإن غنم المال قبل استرقاقه، ملكه الغانمون، ولم يقض منه الدين، كما لو انتقل ملكه بوجه آخر، وإن غنم مع استرقاقه، فوجهان: أحدهما: يقدم الدين، كما يقدم في التركة، وأصحهما: تقدم الغنيمة، لتعلقها بالعين، كما يقدم حق المجني عليه على حق المرتهن، وليس من المعية أن يقع الاغتنام مع الأسر، لأن المال يملك بنفس الأخذ، والرق لا يحصل بنفس الأسر في الرجال الكاملين، ولكن يظهر ذلك في النسوة، وفيما إذا وقع الاغتنام مع إرقاق الإمام بعد الأسر، وإذا لم يوجد مال يقضي منه الدين، فهو في ذمته إلى أن يعتق، وهل يحل الدين المؤجل بالرق؟ وجهان مرتبان على الخلاف في الحلول بالإفلاس، وأولى بالحلول، لأنه يشبه الموت من حيث إنه يزيل الملك، ويقطع النكاح، هذا إن كان الدين لمسلم، فإن كان لذمي، فمثله أجاب الإمام، وقال: دين الذمي محترم، كعين ماله، وذكر البغوي فيه وجهين: وإن كان الحربي، واسترق المدين، فالمحكي عن القاضي حسين وهو الظاهر: سقوط الدين وفيه احتمال للإمام، هذا إذا استرق من عليه الدين، أما إذا استرق من له الدين، فلا تبرأ ذمة المدين، بل هو كودائع الحربي المسبي، هذا لفظه في «الوسيط» ولم ينص والحالة هذه على حال من عليه الدين، وذكر الإمام هذا الجواب فيما إذا استقرض مسلم من حربي، أو اشترى منه شيئًا والتزم الثمن ثم استرق المستحق، قال: لا يسقط، وفي «التهذيب» أنه لو كان لحربي على حربي دين، واسترق من أحدهما، سقط لزوال ملكه، قال: ولو قهر المدين رب الدين، سقط، لأن الدار دار حرب، حتى إذا قهر العبد سيده يصير حرًا ويصير السيد عبدًا له، ولو قهرت أمرأة زوجها، ملكته، وانفسخ النكاح، وقد يفهم من هذه الجملة أنه إن كان دين المسترق على مسلم، طولب به، كما يطالب بودائعه، لأنه ملتزم، وإن كان على حربي، سقط، لأن المستحق زال ملكه، والحربي غير ملتزم حتى يطالب،

ولو اقترض من حربي، أو التزم بالشراء ثمنًا، ثم أسلما، أو قبلا الجزية، أو الأمان، فالاستحقاق مستمر، وكذا يبقى مهر الزوجة إذا أسلما إن لم يكن خمرًا ونحوه، ولو سبق المستقرض إلى الإسلام أو الأمان، فالنص أن الدين يستمر، كما لو أسلما، ونص أنه لو ماتت زوجة حربي، فجاءنا مسلمًا، أو مستأمنًا، فجاء ورثتها يطلبون مهرها، لم يكن لهم شيء، وللأصحاب طريقان، أحدهما: فيهما قولان، أظهرهما: يبقى الاستحقاق، وعلى هذا تبتنى قواعد نكاح المشركات، والثاني: المنع، لأنه يبعد أن يمكن الحربي من مطالبة مسلم أو ذمي، والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وحمل النص الثاني على من أصدقها خمرًا، وقبضته في الكفر، ولو أتلف حربي مالًا على حربي، أو غصبه، ثم أسلما، أو أسلم المتلف، فوجهان: أصحهما: لا يطالبه بالضمان، لأنه لم يلتزم شيئًا، والإسلام يجب ما قبله، والإتلاف ليس عقدًا يستدام، ولأن الحربي لو قهر حربيًا على ماله ملكه، والإتلاف نوع من القهر، ولأن إتلاف مال الحربي لا يزيد على إتلاف مال المسلم، وهو لا يوجب الضمان على الحربي، والثاني: يطالب، لأنه لازم عندهم، فكأنهم تراضوا عليه، ويزيد على هذا ما نقل عن القاضي حسين أن الحربي لو جنى على مسلم، فاسترق، فأرش الجناية في ذمته، قال الإمام: هذا إخلال من ناقل، أو هفوة من القاضي.

المسألة الرابعة: إذا سبيت امرأة وولدها الصغير، لم يفرق بينهما في القسمة، بل يقومهما، فإن وافقت قيمتهما نصيب أحد الغانمين، جعلهما له، وإلاّ اشترك فيهما اثنان، أو باعهما، وجعل ثمنهما في المغنم، فإن فرق بينهما في القسمة، ففي صحتها قولان كما سبق في البيع، فإن صححنا، فعن صاحب «الحاوي» أن المتبايعين لا يقران على التفريق، بل يقال لهما: إن تراضيتما ببيع الآخر ليجتمعا في الملك، فذاك، وإلاّ فسخنا البيع، وقال ابن كج: يقال للبائع: يتطوع بتسليم الآخر، أو يفسخ البيع، فإن تطوع، فامتنع المشتري من القبول، فسخ البيع، ولو رضيت الأم بالتفريق، لم يرتفع التحريم على الصحيح رعاية لحق الولد، وأم الأم عند عدم الأم كالأم، فلو كان له أم وجدة، فبيع مع الأم، فلا تحريم، وإن بيع مع الجدة، وقطع عن الأم، حرم على الأظهر، والأب كالأم على الأظهر أو الأصح، وفي الأجداد والجدات من جهة الأب أوجه: ثالثها: يجوز التفريق بينه وبين الأجداد دون الجدات، لأنهن أصلح للتربية، ولا يحرم التفريق بينه وبين سائر المحارم، كالأخ والعم وغيرهما، على المذهب، وقيل: هم كالأب، ولو كان له أبوان، حرم التفريق بينه وبين الأب، ويجوز التفريق للضرورة، مثل أن تكون الأم حرة، فيجوز

بيع الولد، ولو كانت الأم لواحد والولد لآخر، فلكل منهما بيع ملكه منفردًا، وقد سبق في كتاب البيع أن التحريم هل ينتهي لسن التمييز أم يبقى إلى البلوغ؟ قولان، أظهرهما: الأول.

الطرف الثالث: في إتلاف أموالهم: إن احتاج المسلمون إلى إتلاف أموال الكفار، كتخريب بناء، وقطع شجر، ليكفوا عن القتال أو ليظفروا بهم، فلهم ذلك، وإن لم يحتاجوا، نظر إن لم يغلب على ظنهم حصول ذلك المال للمسلمين، جاز إتلافه مغايظة لهم وتشديدًا عليهم، وإن غلب على الظن حصوله، كره الإتلاف، ولا يحرم على الأصح، هذا إذا دخل الإمام دارهم مغيرًا ولم يمكنه الاستقرار فيها، فأما إذا فتحها قهرًا، فيحرم التخريب والقطع، لأنها صارت غنيمة، وكذا لو فتحها صلحًا على أن تكون لنا، أو لهم، ولو غنمنا أموالهم وانصرفنا، وخفنا الاسترداد، فإن كانت غير حيوان، جاز إتلافها، لئلا يأخذوها فيتقووا بها، وأما الحيوان، فإن قاتلونا عليه واحتجنا في القتال إلى عقره لدفعهم أو للظفر بهم، جاز، وإن غنمنا خيلهم وماشيتهم، ولحقونا وخفنا الاسترداد، أو ضعف بعضها، وتعذر سوقها، لم يجز عقرها وإتلافها، لكن تذبح للأكل، وإن خفنا أنهم يأخذون الخيل، ويقاتلوننا عليها، ويشتد الأمر، جاز إتلافها، ولو لحقونا ومعنا نساؤهم وصبيانهم، وخفنا استردادهم، لم يجز قتلهم قطعًا.

فرع: لو ظفرنا بكتب لهم مما يحل الانتفاع به، كطب وشعر ولغة وحساب وتواريخ، فلها حكم سائر الأموال، فتباع أو تقسم، وما حرم الانتفاع به، ككتب الكفر والهجو والفحش المحض، لم يترك بحاله بل إن كان في رق أو كاغد ثخين وأمكن غسله، غسل، ثم هو كسائر الأموال، فإن لم يمكن، أبطلت منفعته بتمزيق، ثم الممزق كسائر الأموال، وعن القاضي أبي الطيب أنها تمزق أو تحرق، وضعفوا الإحراق لما فيه من التضييع، لأن للمزق قيمة وإن قلت، وكتب التوراة والإنجيل مما يحرم الانتفاع به، لأنهم بدلوا وغيروا، وإنما نقرها في أيديهم كما نقر الخمر.

فرع: إذا دخلنا دارهم غزاة، قتلنا الخنازير، وأرقنا الخمور، وتحمل ظروفها إلا أن لا تزيد قيمتها على مؤنة حملها، فنتلفها، وإن وقع كلب ينتفع به للاصطياد أو للماشية والزرع، فحكى الإمام عن العراقيين أن للإمام أن يسلمه إلى واحد من المسلمين، لعلمه بحاجته إليه، ولا يحسب عليه، واعترض بأن الكلب منتفع به، فليكن حق اليد فيه لجميعهم، كما أن من مات وله كلب لا يستبد به بعض الورثة، والموجود في كتب العراقيين أنه إن أراده بعض الغانمين، أو أهل الخمس ولم ينازعه غيره، سلم إليه، وإن تنازعوا، فإن وجدنا كلابًا وامكنت القسمة عددًا، قسم،

وإلا أقرع بينهم، وهذا هو المذهب وقد سبق في الوصية أنه تعتبر قيمتها عند من يرى لها قيمة، وتعتبر منافعها فيمكن أن يقال به هنا.

الطرف الرابع: في الاغتنام: قد سبق في كتاب قسم الغنيمة أن الغنيمة: المال المأخوذ من الكفار بالقهر وإيجاف خيل وركاب، والفيء: ما حصل منهم بلا قتال، وإذا دخل واحد أو شرذمة دار الحرب مستخفين، وأخذوا مالًا على صورة السرقة، فوجهان: أحدهما وبه قطع الغزالي، وادعى الإمام أنه المذهب المعروف: أنه ملك من أخذه خاصة، والأصح الموافق لكلام الجمهور: أنه غنيمة مخمسة، وقد قال الأصحاب: لو غزت طائفة بغير إذن الإمام متلصصين وأخذت مالًا، فهو غنيمة مخمسة، وفي «التهذيب» أن الواحد إذا دخل دار الحرب، وأخذ مال حربي بقتال، أخذ منه الخمس، والباقي له، وإن أخذه على جهة السوم، ثم جحده، أو هرب، فهو له، ولا يخمس، وهذه الصورة قريبة من السرقة، والمأخوذ على صورة اختلاس كالمأخوذ على صورة السرقة، وقال صاحب «الحاوي»: هو غنيمة، وعن أبي إسحاق أنه فيء، لأنه بغير إيجاف خيل، وليكن الوجه القائل باختصاص السارق والمختلس مخصوصًا بما إذا دخل واحد أو نفر يسير دار الحرب، وأخذوا، فأما إذا أخذ بعض الجيش بسرقة أو اختلاس، فيشبه أن يكون غلولًا، ويدل عليه أن الروياني نقل أن ما يهديه الكافر إلى الإمام، أو إلى واحد من المسلمين والحرب قائمة، لا يملكه المهدى إليه بكل حال، وإذا لم يختص المهدى إليه بالهدية، فأولى أن لا يختص سارق بمسروق.

فرع: المال الضائع الذي يؤخذ في دارهم على هيئة اللقيطة، إن كان مما يعلم أنه للكفار، فالصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور: أنه غنيمة، لا يختص به الآخذ، وقال الإمام والغزالي: هو لمن أخذه بناء على أن المسروق لمن أخذه، فإن أمكن كونه للمسلمين، بأن كان هناك مسلمون، أو أمكن أن يكون ضالة بعض الجيش، وجب تعريفه، ثم بعده يعود خلاف الجمهور والإمام في أنه غنيمة أم للآخذ؟ وأما صفة التعريف، فقال الشيخ أبو حامد: يعرفه يومًا أو يومين، ويقرب منه قول الإمام: يكفي بلوغ التعريف إلى الأجناد إذا لم يكن هناك مسلم سواهم، ولا ينظر إلى احتمال مرور التجار، وفي «المهذب» و«التهذيب» يعرفه سنة، ولفظ «التهذيب»: أنه لو وجد ضالة في دار الحرب لحربي، فهي غنيمة، فالخمس لأهله، والباقي له ولمن معه، ولو وجد ضالة لحربي في دار الإسلام، لم يختص هو بها، بل تكون فيئًا، وكذا لو دخل صبي، أو امرأة منهم بلادنا، فأخذه رجل، يكون فيئًا، وإن دخل منهم رجل، فأخذه مسلم، كان غنيمة، لأن لأخذه مؤنة، وللإمام الخيار

فيه، فإن استرقه، كان الخمس لأهله، والباقي لمن أخذه بخلاف الضالة، لأنها مال للكفار حصل في أيدينا بلا قتال.

فرع: المباحات التي لم يملكها أحد، كالحطب والحشيش والحجر والصيد البري والبحري، من أخذها، ملكها كدار الإسلام، قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «المختصر»: إلا أن يكون مصنوعًا أو صيدًا مقرطًا أو موسومًا، فلا يكون لمن أخذه، يعني إلا أن يكون حجرًا مصنوعًا بنقر أو نقش، أو منحوتًا، والمقرط: في أذنه قرط، ويروى مقرطق، وهو الذي جز صوفه، وجعل على هيئة القرطق، فهذه الأحوال آثار للملك والدار للكفار، فالظاهر أنها كانت لهم، فتكون غنيمة، فإن أمكن كونها لمسلم، فهي كسائر الضوال يجب تعريفها كما سبق.

فصل: للغنيمة أحكام:

أحدها: يجوز التبسط بتناول أطعمتها، وبعلف الدواب قبل القسمة بلا عوض، فيحتاج إلى بيان جنس المأخوذ، والمنفعة المعتبرة، والأخذ ومكان الأخذ، أما جنسه، فهو القوت وما يصلح به القوت، واللحم والشحم وكل طعام يعتاد أكله على العموم، ولعلف الدواب التبن والشعير وما في معناهما، وذكر الإمام فيما ليس بقوت، ولكن يؤكل غالبًا، كالفواكه، وجهين. وقطع الجمهور بجواز التبسط في الجميع، وأما الفانيد والسكر والأدوية التي تندر الحاجة إليها، ففيها أوجه: الصحيح وبه قال الجمهور: لا تباح لندور الحاجة، فإن احتاج إليها مريض منهم، أخذ قدر حاجته بقيمته، وينبغي أن يقال: يراجع أمير الجيش فيه، والثاني: تباح للحاجة بلا عوض، والثالث: أن ما لا يؤكل إلا تداويًا، يحسب عليه، وما يكون للتداوي وغيره، لا يحسب عليه، وأما المنفعة المعتبرة، فمنفعة الأكل والشرب والعلف، وفي جواز أخذ الشحم والدهن لتوقيح الدواب، وهو مسحها بالمذاب، وهو المغلي ولجربها وجهان: أحدهما: الجواز، كعلفها، والأصح المنصوص: المنع، كالمداواة، وعلى الأول ينبغي أن يجوز الادهان بها، ولا يجوز إطعام البزاة والصقور منها بخلاف الدواب المحتاج إليها للركوب والحمل.

ولا يجوز أخذ سائر الأموال ولا الانتفاع بها، كلبس ثوب وركوب دابة، فلو خالف، لزمته الأجرة، كما تلزمه القيمة إذا أتلف بعض الأعيان، فإن احتاج لبرد وغيره، قال الروياني: يستأذن الإمام ويحسب عليه، ويجوز أن يأذن في لبسه بالأجرة مدة الحاجة، ثم يرده إلى المغنم، ولا يجوز استعمال السلاح إلا أن يضطر إليه في القتال، فإذا انقضت الحرب، رده إلى المغنم، ويجوز ذبح الحيوان المأكول للحمه، كتناول الأطعمة، وقيل: لا يجوز، لندور الحاجة إليه، والصحيح الأول،

ثم قال الجماهير: لا فرق بين الغنم وسائر الحيوانات المأكولة، وأشار الإمام إلى تخصيص الذبح بالغنم، وصرح به الغزالي، والصواب الأول. ثم ما يذبح يجب رد جلده إلى المغنم، إلا ما يؤكل مع اللحم، ويحرم على الذابح أن يتخذ من جلده سقاء أو حذاء أو شراكًا، فإن فعل، وجب رد المصنوع كذلك ولا شيء له في الصنعة، بل إن نقص، لزمه الأرش، وإن استعمله، لزمه الأجرة ومتى ذبح ما يجوز ذبحه، هل تلزمه قيمته لندور الحاجة؟ وجهان: الصحيح: المنع، كالأطعمة، ودعوى الندور ممنوعة.

أما الأخذ وقدر المأخوذ، فيجوز أخذ العلف والطعام لمن يحتاج إليه، فلو كان معه ما يغنيه عنهما، هل له الأخذ؟ وجهان: أحدهما: لا، لاستغنائه، وأصحهما: نعم، لإطلاق الأحاديث، وكل من أخذ، فليأخذ كفايته، ولا بأس باختلاف قدر ما يأخذون بحسب الحاجة، قال البغوي: ولهم التزود لقطع مسافة بين أيديهم، ولو أكل فوق حاجته، لزمه قيمته، نص عليه، ولو كان معه دابتان فأكثر، فله أخذ علفهن، وفي وجه لا يأخذ إلا علف واحدة، كما لا يسهم إلا لفرس، والصحيح الأول، ولو أخذ غانم فوق حاجته، وضيف به غانمًا أو غانمين، جاز، وليس فيه إلا أنه تولى إصلاح الطعام لهم وليس له أن يضيف به غير الغانمين، فإن فعل، لزم الآكل الضمان، ويكون المضيف كمن قدم طعامًا مغصوبًا إلى ضيف فأكله، فينظر أعلم الحال أم جهله، والحكم ما سبق في كتاب الغصب، ولو أتلف بعض الغانمين من طعام الغنيمة شيئًا، كان كإتلافه مالًا آخر، فيلزمه رد القيمة إلى المغنم، لأنه لم يستعمله في الوجه المسوغ شرعًا، وما يأخذه لا يملكه بالأخذ، لكن أبيح له الأخذ، كالضيف، ذكره الإمام.

ولو لحق الجيش مدد بعد انقضاء القتال وحيازة المال، هل لهم التبسط في الأطعمة؟ وجهان: أصحهما: المنع، وبه قطع البغوي، ووجه الجواز مظنة الحاجة وعزة الطعام هناك، ومن دخل من الغانمين دار الإسلام وقد فضل مما أخذه شيء، ففي وجوب رده إلى المغنم ثلاثة أقوال: أظهرها: يجب، لزوال الحاجة والمأخوذ متعلق حق الجميع، والثاني: لا، لإباحة الأخذ، والثالث: إن كان قليلًا لا يبالى به، ككسر الخبز وبقية التبن في المخالي، لم يرد، وإلا فيرد، ومتى وجب الرد، فإن لم تقسم الغنيمة، رده إلى المغنم، وإن قسمت، رده إلى الإمام، فإن أمكن قسمته كما قسمت الغنيمة، فعل، وإن لم يكن لنزارة ذلك القدر ولتفرق الغانمين، قال الصيدلاني: يجعل في سهم المصالح، أما مكان الأخذ والتبسط، فهو دار الحرب، فإذا انتهوا إلى عمران دار الإسلام، وتمكنوا من الشراء، أمسكوا، ولو خرجوا عن

دار الحرب، ولم ينتهوا إلى عمران دار الإسلام فوجهان: أصحهما: جواز التبسط، لبقاء الحاجة، والثاني: المنع، لأن مظنة الحاجة دار الحرب فنياط الحكم به وعكسه، ولو وجدوا سوقًا في دار الحرب: وتمكنوا من الشراء، فقد طرد الغزالي فيه الوجهين لانعكاس الدليلين، وقطع الإمام بالجواز وقال: لم أر أحدًا منع التبسط بهذا السبب، ونزلوا دار الحرب في إباحة الطعام منزلة السفر في الرخص، فإنها وإن ثبتت لمشقة السفر، فالمرفه الذي لا كلفة عليه يشارك فيها، وذكر أنه لو كان لجماعة من الكفار معنا مهادنة، وكانوا لا يمتنعون من مبايعة من يطرقهم من المسلمين، فالظاهر وجوب الكف عن أطعمة المغنم في دارهم، لأنها وإن لم تكن مضافة إلى دار الإسلام، فهي في قبضة الإمام بمثابة دار الإسلام فيما نحن فيه للتمكن من الشراء منهم.

فرع: ليس للغانم أن يقرض ما أخذه من الطعام والعلف لغير الغانمين ولا أن يبيعه، فإن فعل، لزم الآخذ رده إلى المغنم، فلو أقرضه غانمًا آخر فوجهان: الصحيح عند الجمهور وهو المنصوص: أن للمقرض مطالبة المقترض بعينه أو بمثله من المغنم، لا من خالص ماله، لأنه إذا أخذه صار أحق به، ولم تزل يده عنه إلا ببدل. والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد، ورجحه الإمام: أنه لا مطالبة، ولا يلزمه الرد، لأن الآخذ من جملة المستحقين، وإذا حصل في يده، فكأنه أخذه بنفسه، والوجهان متفقان أنه ليس قرضًا محققًا، لأن الآخذ لا يملك المأخوذ حتى يملكه لغيره، فعلى الأول: لو رد عليه من خالص ملكه، لم يأخذه المقرض، لأن غير المملوك لا يقابل بالمملوك حتى إذا لم يكن في المغنم طعام آخر، سقطت المطالبة، وإذا رد من المغنم، الأول أحق به لحصوله في يده، وعلى هذا إذا دخلوا دار الإسلام، انقطعت حقوق الغانمين عن أطعمة المغنم، فيرد المستقرض على الإمام، وإذا دخلوا دار الإسلام وقد بقي عين المستقرض في يد المقترض، بني على أن الباقي من طعام المغنم هل يجب رده إلى المغنم؟ إن قلنا: نعم، رده إلى المغنم، وإلا، فإن جعلنا للقرض اعتبارًا، رده إلى المقرض، وإلا لم يلزمه شيء.

فرع: لو باع غانم ما أخذه لغانم آخر، فهذا إبدال مباح بمباح، وهو كإبدال الضيفان لقمة بلقمة، وكل واحد منهما أولى بما صار إليه، ولو تبايعا صاعًا بصاعين، لم يكن ذلك ربا، لأنه ليس بمعاوضة محققة.

فرع: مقتضى ما تكرر أن المأخوذ مباح للغانم غير مملوك أنه لا يجوز له أن يأكل طعام نفسه، ويصرف المأخوذ إلى حاجة أخرى بدلًا عن طعامه، كما لا يتصرف الضيف فيما قدم إليه إلا بالأكل.

فرع: قال الإمام: لو قل الطعام، واستشعر الأمير الازدحام والتنازع فيه، جعله تحت يده، وقسمه على المحتاجين على قدر حاجاتهم، وله أن يمنع من معه كفايته مزاحمة المحتاجين.

الحكم الثاني: سقوط حق الغانمين بالإعراض وفيه مسائل:

إحداها: يسقط حق الغانم بالإعراض عن الغنيمة، وتركها قبل القسمة، لأن المقصود الأعظم من الجهاد إعلاء الدين، والذب عن الملة، والغنيمة تابعة، فمن أعرض عنها، فقد محض عمله للمقصود الأعظم، ولو قال أحدهم: وهبت نصيبي للغانمين، فإن أراد الإسقاط، سقط حقه، وإن أراد التمليك، فوجهان: أصحهما: عند صاحب «الشامل»: الصحة، وبه قال أبو إسحاق، وأقواهما: المنع وبه قال ابن أبي هريرة، وأما بعد القسمة فيستقر الملك، ولا يسقط بالإعراض، كسائر الأملاك، ولو أفرز الخمس، ولم يقسم الأخماس الأربعة فوجهان: ويقال: قولان، الأصح المنصوص: يصح الإعراض، لأنه لم يتعين حقه، والثاني خرجه ابن سريج: لا يصح، لأن حقهم تميز عن الجهات العامة، فصار كمال مشترك، ولو قال: اخترت الغنيمة، هل يمنع ذلك من صحة الإعراض وجهان: أشبههما: نعم، ولو أعرض جميع الغانمين فوجهان: أصحهما: يصح إعراضهم، فيصرف الجميع إلى مصرف الخمس، لأن المعنى المصحح للإعراض يشمل للواحد والجمع، وأما أصحاب الخمس فغير ذوي القربى جهات عامة لا يتصور فيها إعراض، وفي صحة إعراض ذوي القربى وجهان: أحدهما: نعم، كالغانم، وأصحهما: لا، لأنهم يستحقونه بلا عمل، فأشبه الإرث، ولو كان من الغانمين محجور عليه بفلس، صح إعراضه، لأن اختيار التملك كالاكتساب، فلا يلزمه، ولأن الإعراض يمحض جهاده للآخرة، فلا يمنع منه، ولو أعرض محجور عليه بسفه، قال الإمام: ففي صحة إعراضه تردد، ولعل الظاهر: المنع، فلو فك حجره قبل القسمة، صح إعراضه، ولا يصح إعراض صبي عن الرضخ، ولا إعراض وليه، فإن بلغ قبل القسمة، صح إعراضه، ولا يصح إعراض العبد عن رضخه، ويصح إعراض سيده، لأنه حقه، ولا يصح إعراض مستحق السلب عنه على الأصح، لأنه متعين كالوارث، وكنصيبه بعد القسمة.

فرع: من أعرض من الغانمين، قدر كأنه لم يحضر، وضم نصيبه إلى المغنم، وقيل: يضم إلى الخمس خاصة، والصحيح الأول، ولو مات غانم ولم يعرض، انتقل حقه إلى ورثته، فإن شاؤوا طلبوا، أو أعرضوا.

المسألة الثانية: في وقت ملك الغانمين الغنيمة ثلاثة أوجه: أصحها: لا يملكون إلا بالقسمة، لكن لهم أن يتملكوا بين الحيازة والقسمة، لأنهم لو ملكوا لم

يصح إعراضهم، كمن احتطب، ولأن للإمام أن يخص كل طائفة بنوع من المال، ولو ملكوا، لم يصح إبطال حقهم عن نوع بغير رضاهم، والثاني: يملكون بالحيازة والاستيلاء التام، لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من المال سبب للملك، ولأن ملك الكفار زال بالاستيلاء، ولو لم يملكوا، لزال الملك إلى غير مالك، لكنه ملك ضعيف يسقط بالإعراض، والثالث: موقوف، فإن سلمت الغنيمة حتى قسموها، بان أنهم ملكوا بالاستيلاء، وإلا فإن تلفت، أو أعرضوا، تبينا عدم الملك، فعلى هذا قال الإمام: لا نقول بان بالقسمة أن حصة كل واحد بعينها، صارت ملكه بالاستيلاء، بل نقول: إذا اقتسموا، بان أنهم ملكوا الغنيمة ملكًا مشاعًا، ثم بالقسمة تميزت الحصص، وقيل: يتعين بالقسمة أن كل واحد ملك حصته على التعين، وهو ضعيف. واعلم أن في كلام الأصحاب تصريحًا بأن الغانمين وإن لم يملكوا الغنيمة، فمن قال منهم: اخترت ملك نصيبي، ملكه، وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة، فإذًا الاعتبار باختيار التملك لا بالقسمة، وإنما تعتبر القسمة لتضمنها اختيار التملك.

فرع: ذكروا هنا وفي كتاب الزكاة أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم، فيخص بعضهم ببعض الأنواع وببعض الأعيان، وحينئذ فقولنا: تملك بالقسمة، معناه في غالب الأمر، وهو إذا رضي الغانم بالقسمة، أو قبل ما عينه له الإمام، فأما إذا رد، فينبغي أن يصح رده، وذكر البغوي فيه خلافًا، فقال: إذا أفرز الإمام الخمس، وأفرز نصيب كل واحد منهم، أو أفرز لكل طائفة شيئًا معلومًا، فلا يملكونه قبل اختيار التملك على الأصح، حتى لو ترك بعضهم حقه، صرف إلى الباقين.

فرع: لو سرق بعض الغانمين من الغنيمة قبل إفراز الخمس، لم يقطع، حرًا كان أو عبدًا، لأن له حقًا في خمس الخمس وفي الأخماس الأربعة، وإن سرق بعد إفراز الخمس، نظر إن سرق منه، فلا قطع، وإن سرق من الأخماس قدر نصيبه أو أكثر ولم تبلغ الزيادة نصابًا، فلا قطع، وكذا إن بلغته على الأصح، لأن حقه متعلق بجميع الغنيمة لجواز إعراض الباقين، فيكون الجميع له، وعلى كل حال يسترد المسروق، وإن تلف، فبدله، ويجعل في المغنم، ولو غل من الغنيمة بعض الغانمين، عزر، وإن سرق غير الغانمين، نظر إن كان له في الغانمين ولد أو والد أو عبد، فهو كسرقة الغانم، وإلا فإن سرق قبل إفراز الخمس، فهو كسرقته مال بيت المال، لأن فيه مالًا لبيت المال، وإن سرق بعد إفراز الخمس، فإن سرق من الأخماس الأربعة، قطع، وإن سرق من الخمس قبل إخراج خمسه، أو سرق من خمس المصالح بعد إفرازه، فهو سرقة مال بيت المال، وإن سرق من أربعة

أخماسه، لم يقطع إن كان من أهل استحقاقها، وإلا فيقطع على الأصح، ووجه المنع أنه يجوز أن يصير منهم.

فرع: لو وطىء أحد الغانمين جارية من الغنيمة قبل القسمة، فلا حد عليه، وفي قول قديم، يحد، والمشهور الأول، لأن له شبهة، لكن يعزر إن كان عالمًا، وإن كان جاهلًا لقرب عهده بالإسلام نهي عنه، ويعرف حكمه، وإذا لم يجب الحد، وجب المهر، ثم ينظر إن كان الغانمون محصورين يتيسر ضبطهم، ففي قدره وجهان: أحدهما: كل المهر، والصحيح المنصوص: أنه يغرم منه حصة الخمس وحصة غيره من الغانمين وتسقط حصته، وفي قول: إن وقعت الجارية في حصة الواطىء، فلا شيء عليه، وخرج الإمام وجهًا أنها إن وقعت في حصة غيره، وجب له المهر، والمذهب ما سبق عن المنصوص، وإن كان الغانمون غير محصورين، ومعناه أن يعسر ضبطهم لكثرتهم، نظر إن أفرز الإمام الخمس، وعين لكل طائفة شيئًا، وكانت الجارية معينة لمخصوصين، فإن وطىء بعضهم بعد اختيارهم تملكها، فهذا وطء جارية مشتركة، فيغرم من المهر قسط شركائه، وإن وطىء قبل اختيارهم التملك، فقيل: هو كما بعد الاختيار، والمذهب أنه كما لو كانوا محصورين في الأصل، إلا أنه لا يخمس المهر هنا، بل يوزع عليهم، فيسقط قسط الواطىء، ويلزمه قسط الباقين، وإن لم يفرز الإمام، ولا عين شيئًا، غرم الواطىء كل المهر، وضم إلى المغنم، وقسم بين الجميع، فيعود إلى الواطىء حصته، ولا يكلف الإمام أن يضبطهم ويعرف حصته لما فيه من المشقة بخلاف ما لو كانوا محصورين وسهل الضبط، قال الإمام: وليكن هذا الذي ذكره الأصحاب مخصوصًا بما إذا طابت نفس الواطىء بغرم الجميع، فإن قال: أسقطوا حصتي، فلا بد من إجابته.

أما إذا أحبلها، فحكم الحد والمهر ما ذكرنا، ويزيد أمور:

منها: الاستيلاد، فإن كان موسرًا، ففي نفوذه في نصيبه طريقان، المذهب أنه لا ينفذ، وبه قطع العراقيون وكثير من غيرهم، فعلى هذا إن ملك الجارية بسهمه، أو بسبب آخر في وقت، ففي نفوذ الاستيلاد قولان يطردان في نظائره، الأظهر: النفوذ، وبه قطع البغوي، وقال صاحب «الحاوي»: إن كانوا محصورين، ولم يغنموا غير تلك الجارية، نفذ الاستيلاد في حصته قطعًا بخلاف ما إذا كان في الغنيمة غيرها، فإنه يحتمل أن يجعل الإمام الجارية لغيره، وإذا ثبت استيلاد نصيبه، سرى ليساره إلى الباقي، وهل تحصل السراية بنفس العلوق، أم بأداء قيمة نصيب الشريك؟ قولان موضعهما كتاب العتق، قال الإمام والغزالي: ويحصل اليسار بحصته من المغنم لغيرها، فإن لم تف حصته من غير تلك الجارية بالقيمة، سرى

بقدر الحصة، وكان يمكن أن يخرج ذلك على أن الملك في الغنيمة هل يحصل قبل القسمة؟ إن قلنا: لا، لم يكن موسرًا يدل عليه أن الإمام ذكر أن الحكم بغناه موقوف على أن لا يعرض ويستقر ملكه، فإن أعرض، تبينا أنه لم يكن غنيًا، ولا تقول: حق السراية يلزمه أن يتملك، لأن التملك كابتداء كسب، ومتى حكمنا بالاستيلاد في الحال، أو بعد وقوعه في حصته، لزمه القيمة، ثم هو في سقوط حصته، وأخذ الجميع بحسب انحصار القوم، وعدم انحصارهم على ما ذكرنا في المهر، وإن لم نحكم بالاستيلاد، فإن تأخرت القسمة حتى وضعت، جعلت في المغنم ودخلت في القسمة، فإن دخلها نقص بالولادة، لزمه الأرش، وأما قبل الوضع، فهي حامل بحر، وبيع الحامل بحر لا يصح على الأصح كما سبق في البيع، وإذا جعلنا القسمة بيعًا، لم يمكن إدخالها في القسمة، فهل تقوم عليه، وتؤخذ منه قيمتها، وتجعل في المغنم، لأنه بالإحبال حال بين الغانمين وبينها بيعًا وقسمة، أم تسلم إليه بحصته إن احتملتها، أم يجوز إدخالها في القسمة للضرورة؟ فيه خلاف، أما إذا كان معسرًا، فإن كانوا محصورين، أو غير محصورين، وأفرز الإمام الجارية لطائفة، ففي ثبوت الاستيلاد في حصته الخلاف المذكور في حصة الموسر، فإن أثبتناه، فلا سراية، وإن كانوا غير محصورين ولم يفرزها، فلا استيلاد في الحال، فإن وقعت في حصته، ثبت الاستيلاد حينئذ، وإن حصل له بعضها، ثبت في ذلك البعض.

ومنها: الولد، وهو حر نسيب، وهل تلزمه قيمته؟ يبنى على أن الجارية هل تقوم عليه؟ إن قلنا: نعم، فلا، لأنها ملكه حين الولادة، وإن قلنا: لا، فنعم، لأنه منع رقه بوطئه، ثم حكم قيمة الولد حكم المهر، هذا إذا كان موسرًا وثبت الاستيلاد في كلها، فإن كان معسرًا وثبت في حصته ولم يسر، فهل ينعقد الولد حرًا كله أم قدر حصته حر والباقي رقيق؟ قولان أو وجهان: أحدهما: كله حر، لأن الشبهة تعم الجارية، وحرية الولد تثبت بالشبهة وإن لم يثبت الاستيلاد، ولهذا لو وطىء جارية غيره وهو يظنها أمته أو زوجته الحرة، انعقد الولد حرًا وإن لم يثبت الاستيلاد، ووجه الثاني أنه تبع للاستيلاد وهو متبعض بخلاف الشبهة فإنها ناشئة من ظن لا يتبعض، فعلى هذا لو ملك باقي الجارية بعد ذلك بقي الرق فيه، لأنها علقت في غير ملكه برقيق، وإن قلنا: جميعه حر، ففي ثبوت الاستيلاد في باقيها إذا ملكه قولان، لأنه أولدها حرًا في غير ملك، وهذا الخلاف في تبعيض حرية الولد يجري فيما إذا أولد أحد الشريكين المشتركة وهو معسر، فإن قلنا: جميعه حر، لزم المستولد قيمة حصة الشركاء من الولد، وهذا هو الأصح، وكذا قاله القاضي أبو

الطيب والروياني وغيرهما، وسواء في ترجيح حرية جميعه استيلاد أحد الغانمين واستيلاد أحد الشريكين، وسئل القاضي حسين عمن أولد امرأة، نصفها حر، ونصفها رقيق بنكاح أو زنى، كيف حال الولد؟ فقال: يمكن تخريجه على الوجهين في ولد المشتركة من الشريك المعسر، ثم استقر جوابه على أنه كالأم حرية ورقًا، قال الإمام: وهذا هو الوجه، لأنه لا سبب لحريته إلا حرية الأم فيتقدر بها، ثم ما ذكرناه من ثبوت الاستيلاد في حصة المعسر، والخلاف في حال الولد موضعه ما إذا انحصر المستحقون، فإن لم ينحصروا، فقال البغوي: إن قلنا عند الانحصار: كل الولد حر، أخذ منه قيمته، وجعلت في المغنم، وقسم على الجميع، وإن قلنا: الحر بعضه، كان كله هنا رقيقًا، ثم الإمام يجتهد حتى تقع الأم والولد في حصة الواطىء، فإن وقعا فيها، فهي أم ولد والولد حر، وإن وقع البعض، ثبت الاستيلاد بقدره، وعتق من الولد بقدر ما يملك، هذا كلام البغوي، ولك أن تقول: قد سبق أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم، ولا يشترط رضى الغانمين ولا الإقراع، وحينئذ فلا حاجة إلى سعي واجتهاد، بل ينبغي أن يقال: يوقعهما في حصته، أو يوقع بعضهما. وقوله: وعتق من الولد بقدر ما ملك ينبغي أن يجيء فيه الخلاف في أن الولد يعتق كله أو بالحصة، فلعله فرعه على وجه التبعيض أو أراد أن قدر الحصة يعتق قطعًا وفي الباقي الخلاف.

وجميع ما ذكرنا إذا كان الاستيلاد قبل القسمة واختيار التملك، وسواء كان قبل إفراز الخمس أم بعده، وقبل القسمة بين الغانمين إذا كانت الجارية من الأخماس الأربعة، فلو كان بعد القسمة وبعد اختيار التملك، فهو كوطء جاريته أو جارية غيره أو مشتركة، ولا يخفى حكمه، ولو كان بعد القسمة وقبل اختيار التملك، فهو كما قبل القسمة، وفيه وجه أنهم إن كانوا محصورين، أو أفرزت الجارية لطائفة محصورين، فهو كما بعد القسمة واختيار التملك، وقد سبق نظيره، ولو وطىء أحدهم بعد إفراز الخمس جارية من الخمس، فكوطء الأجنبي، ولو وطىء أجنبي جارية من الخمس، أو قبل إفراز الخمس، ففي وجوب الحد وجهان: أصحهما: يجب، كوطء جارية بيت المال بخلاف ما لو سرق مال بيت المال، لأنه يستحق فيه النفقة دون الإعفاف، والثاني: لا، لأنه لمصالح المسلمين، وإن وطىء الأجنبي جارية من الأخماس الأربعة، حد إلا أن يكون له في الغانمين ولد.

المسألة الثالثة: إذا أسر من يعتق على بعض الغانمين، ورق بنفس الأسر أو بإرقاقه، فالنص أنه لا يعتق قبل القسمة، واختيار التملك، ونص فيما لو استولد بعض الغانمين جارية من المغنم أنه يثبت الاستيلاد كما سبق، فقيل: فيهما قولان

بناء على أن الغنيمة تملك بالحيازة أم لا؟ إن قلنا: نعم، نفذ، أو غرم القيمة وجعلت في المغنم، وإلا فلا، وقيل: بتقرير النصين، لقوة الاستيلاد، ولهذا ينفذ استيلاد المجنون واستيلاء جارية ابنه دون الإعتاق، وسواء ثبت الخلاف أم لا، فالمذهب منع العتق في الحال، فإن وقع في نصيبه، واختار تملكه، أو وقع بعضه واختاره، عتق عليه ونظر إلى يساره وإعساره في تقويم الباقي، وقال صاحب «الحاوي»: إن انحصروا، أو لم يكن في الغنيمة غير قريبه، ملك حصته، وإن لم يختر التملك، وعلى هذا لا يقوم عليه الباقي، لأنه دخل في ملكه بغير اختياره، ولو أعتق بعض الغانمين عبدًا منها، ففي ثبوت العتق في الحال ما ذكرنا من عتق القريب، كذا نقله البغوي وغيره، وقال صاحب «الحاوي»: لا يعتق بحال بخلاف عتق القريب، فإنه يثبت بلا اختيار وهو أقوى مما يثبت باختيار، ولهذا يعتق على المحجور عليه قريبه إذا ملكه، ولو أعتق، لم ينفذ.

فرع: لو كان الغانمون طائفة يسيرة، ووقع في الغنيمة من يعتق عليهم جميعًا، لم يتوقف العتق إلا على اختيارهم التملك، ويجيء وجه أنه لا حاجة إلى الاختيار، وإذا اختاروا جميعًا، لم يفرض فيه تقديم بعض على بعض.

فرع: دخل مسلم دار الحرب منفردًا، وأسر أباه، أو ابنه البالغ، لم يعتق منه شيء في الحال، لأنه لا يصير رقيقًا بنفس الأسر، فإن اختار الإمام قتله أو المن أو الفداء، فذاك، وإن اختار تملكه، نظر إن لم يختر الآسر التملك، لم يعتق على الصحيح، وإن اختار، صار له أربعة أخماسه، فيعتق عليه، ويقوم الخمس لأهل الخمس إن كان موسرًا، ولو أسر أمه، أو بنته البالغة، رقت بنفس الأسر، فإذا اختار الآسر التملك، كان الحكم ما ذكرنا، وألحق ابن الحداد الابن الصغير بالأم، وهو هفوة عند الأصحاب، لأن المسلم يتبعه ولده الصغير في الإسلام، فلا يتصور منه سببه، ولو أسر أباه في القتال، زاد النظر في أن الأسير إذا رق هل يكون من السلب؟ وفيه خلاف سبق في الغنائم.

الحكم الثالث: في حكم الأرض: أرض الكفار وعقارهم تملك بالاستيلاء، كما تملك المنقولات، وأما مكة ففتحت صلحًا، هذا مذهب الشافعي والأصحاب رحمهم الله، وقال صاحب «الحاوي»: عندي أن أسفلها دخل خالد بن الوليد رضي الله عنه عنوة، وأعلاها فتح صلحًا، والصحيح الأول، فدورها وعراصها المحياة مملوكة، كسائر البلاد، فيصح بيعها ولم يزل الناس يتبايعونها، وأما سواد العراق، فقال أبو إسحاق: فتح صلحًا، والصحيح المنصوص أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فتحه عنوة، وقسمه بين الغانمين، ثم استطاب قلوبهم واسترده، واختلف الأصحاب فيما فعله

بأرضه على وجهين: الصحيح الذي قاله الأكثرون، ونص عليه في كتاب الرهن، وفي سير الواقدي: أنه وقفها على المسلمين وآجره لأهله، والخراج المضروب عليه أجرة منجمة تؤدى كل سنة، والثاني وبه قال ابن سريج: أنه باعه لهم والخراج ثمن منجم، فعلى هذا يجوز رهنه وهبته وبيعه، وعلى الصحيح: لا يجوز ذلك، ويجوز لأهله إجارته بالاتفاق مدة معلومة، ولا تجوز إجارته مؤبدًا على الأصح بخلاف إجارة عمر رضي الله عنه مؤبدًا، فإنها احتملت لمصلحة كلية، ولا يجوز لغير سكانه أن يزعج ساكنًا ويقول: أنا استغله وأعطي الخراج، لأنه ملك بالإرث المنفعة أو الرقبة، هذا حكم الأرض التي تزرع وتغرس، فأما ما في حد السواد من المساكن والدور، فالمذهب جواز بيعها، لأن أحدًا لم يمنع شراءها، وهل يجوز لمن في يده الأرض تناول ثمر أشجارها؟ إن قلنا: الأرض مبيعة، فكذا الشجر والثمر، وإن قلنا: مستأجرة، فوجهان: أحدهما: يجوز له تناولها للحاجة، ويحتمل ذلك كما يحتمل التأييد، وأصحهما: المنع، بل الإمام يصرفها وأثمانها إلى مصالح المسلمين.

وأما حد السواد، فأطلق جماعة أنه من عبادان إلى حديثة الموصل طولًا، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضًا، وهو بالفراسخ مئة وستون فرسخًا طولًا، وثمانون عرضًا، وفي هذا الإطلاق تساهل لما قد علم أن أرض البصرة كانت سبخة أحياها عثمان بن أبي العاصي وعتبة بن غزوان رضي الله عنهما بعد فتح العراق، وهي داخلة في هذا الحد ولا بد من استثنائها، وقد أطلق البغوي أن البصرة لا تدخل في حكم السواد وإن كانت داخلة في حده، وقال صاحب «الحاوي»: حضرت الشيخ أبا حامد وهو يدرس في تحديد السواد فأدخل فيه البصرة ثم أقبل علي وقال: هكذا تقول؟ قلت: لا إنما كانت مواتًا أحياها المسلمون، فأقبل على أصحابه وقال: علقوا ما يقول، فإن أهل البصرة أعرف بها، ولكن في إطلاق استثناء البصرة تساهل أيضًا، والصحيح ما أورده صاحب «المهذب» وغيره أن البصرة ليس لها حكم السواد إلا في موضع من شرقي دجلتها يسمى: الفرات، وموضع من غربي دجلتها يسمى: نهر الصراة.

فرع: ما يؤخذ من خراج هذه الأرض يصرفه الإمام في مصالح المسلمين الأهم فالأهم، ويجوز صرفه إلى الفقراء والأغنياء من أهل الفيء وغيرهم، وقدر الخراج في كل سنة على كل جريب شعير درهمان، وجريب الحنطة أربعة دراهم، وجريب الشجر وقصب السكر ستة، والنخل ثمانية، والكرم عشرة، وقيل: النخل عشرة، والزيتون اثنا عشر درهمًا.

فرع: لو رأى الإمام اليوم أن يقف أرض الغنيمة كما فعل عمر رضي الله عنه، جاز إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنها بعوض أو بغير عوض، فإن امتنع بعضهم، فهو أحق بماله، وكذا المنقولات والصبيان والنساء لا يجوز رد شيء منها إلى الكفار إلا بطيب أنفس الغانمين، لأنهم ملكوها، قال الإمام: وليس للإمام أن يأخذ الأرض قهرًا وإن كان يعلم أنهم يتوانون بسببها في الجهاد، ولكن يقهرهم على الخروج إلى الجهاد بحسب الحاجة.

فصل: في ترك القتال والقتل بالأمان: قد تقتضي المصلحة الأمان لاستمالته إلى الإسلام، أو إراحة الجيش، أو ترتيب أمرهم، أو للحاجة إلى دخول الكفار، أو لمكيدة وغيرها، وينقسم إلى عام وهو ما تعلق بأهل اقليم أو بلد، وهو عقد الهدنة، ويختص بالإمام وولاته، وسيأتي في بابه إن شاء الله تعالىٰ، وإلى خاص وهو ما تعلق بآحاد، ويصح من الولاة والآحاد، والباب معقود لهذا وفيه مسائل:

إحداها: إنما يجوز لآحاد المسلمين أمان كافر، أو كفار محصورين، كعشرة ومائة، ولا يجوز أمان ناحية وبلدة، وفي «البيان» أنه يجوز أن يؤمن واحد أهل قلعة، ولا شك أن القرية الصغيرة في معناها، وعن الماسرجسي أنه لا يجوز أمان واحد لأهل قرية وإن قل عدد من فيها، والأول أصح، وضابطه أن لا ينسد به باب الجهاد في تلك الناحية، فإذا تأتى الجهاد بغير تعرض لمن أمن، نفذ الأمان، لأن الجهاد شعار الدين والدعوة القهرية، وهو من أعظم مكاسب المسلمين، ولا يجوز أن يظهر بأمان الآحاد انسداده أو نقصان يحس، قال الإمام: ولو أمن مئة ألف من الكفار، فكل واحد لم يؤمن إلا واحدًا، لكن إذا ظهر انسداد أو نقصان، فأمان الجميع مردود، ولك أن تقول: إن أمنوهم معًا فرد الجميع ظاهر، وإن أمنوهم متعاقبين، فينبغي أن يصح أمان الأول فالأول إلى ظهور الخلل، على أن الروياني ذكر أنه لو أمن كل واحد واحدًا، جاز، وإن كثروا حتى زادوا على عدد أهل البلدة.

وسواء كان الكافر المؤمن في دار الحرب، أو في حال القتال أو الهزيمة، أو عند مضيق، بل يصح الأمان ما دام الكافر ممتنعًا، فأما بعد الأسر، فلا يجوز للآحاد أمانه ولا المن عليه، ولو قال واحد من المسلمين: كنت أمنته قبل هذا، لم يقبل بخلاف ما لو أقر بأمان من يجوز أمانه في الحال، فإنه يصح، ولو قال جماعة: كنا أمناه، لم يقبل أيضًا لأنهم يشهدون على فعلهم، ولو قال واحد: كنت أمنته، وشهد به اثنان، قبلت شهادتهما.

فرع: في جواز عقد المرأة استقلالًا وجهان.

الثانية: يصح الأمان من كل مسلم مكلف مختار، فيصح أمان العبد المسلم

وإن كان سيده كافرًا، والمرأة والخنثى، والفقير والمفلس، والمحجور عليه بسفه، والمريض والشيخ الهرم، والفاسق وفي الفاسق وجه ضعيف، ولا يصح أمان كافر وصبي ومجنون ومكره، وفي الصبي المميز وجه كتدبيره.

الثالثة: ينعقد الأمان بكل لفظ يفيد الغرض، صريح أو كناية، فالصريح: أجرتك، أو أنت مجار، أو أمنتك، أو أنت آمن، أو في أماني، أو لا بأس عليك، أو لا خوف عليك، أو لا تخف، أو لا تفزع، أو قال بالعجمية: مترس، وقال صاحب «الحاوي»: لا تخف، لا تفزع. كناية. والكناية، كقوله: أنت على ما تحب، أو كن كيف شئت، وتنعقد بالكتابة والرسالة، سواء كان الرسول مسلمًا أو كافرًا، وبالإشارة المفهمة من قادر على العبارة. وبناء الباب على التوسعة. فأما الكافر المؤمن فلا بد من علمه وبلوغ خبر الأمان إليه، فإن لم يبلغه، فلا أمان، فلو بدر مسلم فقتله، جاز وإذا خاطبه بالأمان، أو بلغه الخبر، فرده، بطل، وإن قبل، أو كان قد استجار من قبل، تم الأمان، ولا يشترط قبوله لفظًا، بل تكفي الإشارة والأمارة المشعرة بالقبول، فإن كان في القتال، فينبغي أن يترك القتال، فلو سكت، فلم يقبل ولم يرد، قال الإمام: فيه تردد، والظاهر: اشتراط قبوله، وبه قطع الغزالي، واكتفى البغوي بالسكوت، ولو قال الكافر: قبلت أمانك، ولست أؤمنك فخذ حذرك، قال الإمام: هو رد للأمان، لأن الأمان لا يثبت في أحد الطرفين دون الآخر، ويصح تعليق الأمان بالأعذار، ولو أشار مسلم إلى كافر في القتال، فانحاز إلى صف المسلمين، وتفاهما الأمان، فهو أمان، وإن قال الكافر: ظننت أنه يؤمنني، وقال المسلم: لم أرده، فالقول قول المسلم ولا أمان، ولكن لا يغتال، بل يلحق بمأمنه، وكذا لو دخل بأمان صبي أو مجنون أو مكره، وقال: ظننت صحته، أو ظننته بالغًا، أو عاقلًا، أو مختارًا، ولو قال: علمت أنه لم يرد الأمان، فقد دخل بلا أمان، وكذا لو قال: علمت أنه كان صبيًا وأنه لا أمان للصبي، ولو مات المسلم المشير قبل البيان، فلا أمان ولا اغتيال.

فرع: ما ذكرناه من اعتبار صيغة الأمان هو فيما إذا دخل الكافر بلادنا بلا سبب، فلو دخل رسولًا، فقد سبق أن الرسول لا يتعرض له، ولو دخل ليسمع الذكر، وينقاد للحق إذا ظهر له، فكذلك، وقصد التجارة لا يفيد الأمان، ولكن لو رأى الإمام مصلحة في دخول التجار، فقال: من دخل تاجرًا، فهو آمن، جاز، ومثل هذا الأمان لا يصح من الآحاد، ولو قال: ظننت أن قصد التجارة يفيد الأمان، فلا أثر لظنه ويغتال إذ لا مستند له، ولو سمع مسلمًا يقول: من دخل تاجرًا، فهو آمن، فدخل وقال: ظننت صحته، فالأصح أنه لا يغتال.

الرابعة: شرط الأمان أن لا يزيد على أربعة أشهر، وفي قول: يجوز ما لم يبلغ سنة، فلو زاد على الجائز، بطل الزائد، ولا يبطل في الباقي على الأصح تخريجًا من تفريق الصفقة، قال الروياني: وإذا أطلق حمل على أربعة أشهر، ويبلغ بعدها المأمن، ويشترط أن لا يتضرر به المسلمون، فلو أمن جاسوسًا، أو طليعة لم ينعقد الأمان، قال الإمام: وينبغي أن لا يستحق تبليغ المأمن، لأن دخول مثله خيانة، فحقه أن يغتال، ولو أمن آحادًا على مدارج الغزاة، وعسر بسببه مسير العسكر واحتاجوا إلى نقل الزاد، فهو مردود للضرر، ولا يشترط لانعقاد الأمان ظهور المصلحة، بل يكفي عدم المضرة.

الخامسة: إذا انعقد الأمان، صار المؤمن معصومًا عن القتل والسبي، فلو قتل، قال الإمام: الوجه عندنا أنه يضمن بما يضمن به الذمي، وهو لازم من جهة المسلمين، فليس للإمام نبذه، فإن استشعر منه خيانة، نبذه، لأن المهادنة تنبذ بذلك، فأمان الآحاد أولى وهو جائز من جهة الكافر ينبذه متى شاء، ولا يتعدى الأمان إلى ما خلفه بدار الحرب من أهل ومال، وأما ما معه منهما، فإن تعرض له، اتبع الشرط، وإلا فلا أمان فيه على الأصح، لقصور اللفظ.

السادسة: الأسير في أيدي الكفار إذا أمن بعضهم مكرهًا، لم يصح، وإن أمنه مختارًا، لم يصح أيضًا على الأصح، لأنه مقهور في أيديهم، وقال الإمام: إن أمن من هو في أسره، لم يصح، لأنه كالمكره معه، وإن أمن غيره، ففيه الوجهان، فإن أبطلنا، فهل يصح ويلزم في حق الآمن؟ وجهان: أصحهما: المنع.

فرع: المسلم إن كان ضعيفًا في دار الكفر لا يقدر على إظهار الدين، حرم عليه الإقامة هناك، وتجب عليه الهجرة إلى دار الإسلام، فإن لم يقدر على الهجرة، فهو معذور إلى أن يقدر، فإن فتح البلد قبل أن يهاجر، سقط عنه الهجرة، وإن كان يقدر على إظهار الدين، لكونه مطاعًا في قومه، أو لأن له هناك عشيرة يحمونه، ولم يخف فتنة في دينه، لم تجب الهجرة، لكن تستحب، لئلا يكثر سوادهم، أو يميل إليهم، أو يكيدوا له، وقيل: تجب الهجرة، حكاه الإمام، والصحيح الأول.

فرع: الأسير المقهور متى قدر على الهرب، لزمه، ولو أطلقوا أسيرًا بلا شرط، فله أن يغتالهم قتلًا وسبيًا وأخذًا للمال، وإن أطلقوه على أنه في أمان منهم وهم في أمان منه، حرم عليه اغتيالهم، وإن أطلقوه على أنه في أمان منهم، ولم يستأمنوه، فالصحيح المنصوص أن الحكم كذلك، وعن ابن أبي هريرة: أن له اغتيالهم، ولو تبعه قوم بعد خروجه، فله قصدهم وقتلهم في الدفع بكل حال، ولو أطلقوه وشرطوا عليه أن لا يخرج من دارهم، لزمه الخروج وحرم الوفاء بالشرط،

فإن حلفوه أن لا يخرج، فإن حلف مكرهًا، خرج ولا كفارة، لأنه لم تنعقد يمينه، ولا طلاق عليه إن حلفوه بالطلاق، وإن حلف ابتداء بلا تحليف ليتوثقوا به ولا يتهموه بالخروج، نظر إن حلف بعدما أطلقوه، لزمه الكفارة بالخروج، وإن حلف وهو محبوس أن لا يخرج إذا أطلق، فالأصح أنه ليس يمين إكراه، قال البغوي: ولو قالوا: لا نطلقك حتى تحلف أن لا تخرج، فحلف، فأطلقوه، لم يلزمه كفارة بالخروج، ولو حلفوه بالطلاق، لم يقع، كما لو أخذ اللصوص رجلًا وقالوا: لا نتركك حتى تحلف أنك لا تخبر بمكاننا، فحلف، ثم أخبر بمكانهم، لا يلزمه الكفارة، لأنه يمين إكراه، وليكن هذا تفريعًا على أن التخويف بالحبس إكراه.

وعلى الأحوال لا يغتالهم، لأنهم أمنوه، ولو كان عندهم عين مال لمسلم، فأخذها عند خروجه ليردها على مالكها، جاز، فإن شرطوا الأمان في ذلك المال، فهل يصير مضمونًا عليه؟ فيه طريقان، أحدهما: أنه على القولين فيما إذا أخذ المغصوب من الغاصب ليرده على مالكه، وعن القفال: القطع بالمنع، لأنه لم يكن مضمونًا على الحربي بخلاف المغصوب. ولو شرطوا عليه أن يعود إليهم بعد الخروج إلى دار الإسلام، حرم عليه العود، ولو شرطوا أن يعود، أو يبعث إليهم مالًا فداء، فالعود حرام وأما المال، فإن شارطهم عليه مكرهًا، فهو لغو، وإن صالحهم مختارًا، لم يجب بعثه، لأنه التزام بغير حق، لكن يستحب، وفي قول: يجب، لئلا يمتنعوا من إطلاق الأسارى، وفي قول قديم: يجب بعث المال، أو العود إليهم، والمشهور الأول، وبه قطع الجمهور، قال صاحب «البيان»: والذي يقتضي المذهب أن المبعوث إليهم استحبابًا أو وجوبًا لا يملكونه، لأنه مأخوذ بغير حق، ولو اشترى منهم الأسير شيئًا ليبعث إليهم ثمنه، أو اقترض، فإن كان مختارًا، لزمه الوفاء، وإن كان مكرهًا، فثلاث طرق، المذهب والمنصوص: أن العقد باطل، ويجب رد العين، كما لو أكره مسلم مسلمًا على الشراء، والثاني: الصحة ويلزم الثمن، لأن المعاملة مع الكفار يتساهل فيها، والثالث: قولان، الجديد: البطلان، والقديم: أنه مخير بين رد العين ورد الثمن، ولو لم يجر لفظ بيع، بل قالوا: خذ هذا، وابعث كذا من المال، فقال: نعم، هو كالشراء مكرهًا، ولو أعطوه شيئًا ليبيعه في دار الإسلام، ويبعث إليهم ثمنه، فهو وكيل يجب عليه ما على الوكيل.

السابعة: إذا بارز مسلم كافرًا بإذن الإمام، أو بغير إذنه وقلنا بالأصح: إنه يجوز، وشرط المتبارزان أن لا يعين المسلمون المسلم، ولا الكفار الكافر إلى انقضاء القتال وجب الوفاء بالشرط، ولم يجز لمن في الصف الإعانة، ثم إن هرب أحدهما، أو قتل المسلم، جاز للمسلمين قصد الكافر، لأن الأمان كان إلى انقضاء

القتال وقد انقضى، فإن شرط الأمان إلى العود إلى الصف، وفى به، فإن ولى المسلم عنه، فتبعه ليقتله، أو ترك قتال المسلم وقصد الصف، فلهم قتله لنقضه الأمان، ولو أثخن، جاز قتله أيضًا لانقطاع القتال، وإذا قصد قتل المثخن، منع، وقيل: فإن شرط له التمكين منه، فهو شرط باطل، لما فيه من الضرر، وهل يفسد به أصل الأمان؟ وجهان: ولو خرج المشركون لإعانة المشرك، خرج المسلمون لإعانة المسلم، فإن كان الكافر استنجدهم، جاز قتله معهم، وكذا لو خرجوا بغير استنجاده فلم يمنعهم، وإن خرجوا بغير إذنه، ومنعهم، فلم يمتنعوا، جاز قتلهم ولم يجز التعرض له، هذا كله إذا شرطا الأمان، فإن لم يشرط، ولكن اطردت عادة المتبارزين بالأمان، فهو كالمشروط على الأصح، فإن لم يشرط، ولم تجر عادة، فللمسلمين قتله.

فرع: لو أثخن المسلم الكافر، فهل يجوز قتله أم يترك؟ وجهان: نقلهما ابن كج، وينبغي أن يقال: إن شرط الأمان إلى انقضاء القتال، جاز قتله، وإن شرط أن لا يتعرض للمثخن، وجب الوفاء بالشرط.

الثامنة: مسألة العلج، وهو الكافر الغليظ الشديد، سمي به لأنه يدفع بقوته عن نفسه، ومنه سمي العلاج لدفعه الداء وصورتها أن يقول كافر للإمام: أدلك على قلعة كذا على أن تعطيني منها جارية كذا، فيعاقده الإمام، فيجوز وهي جعالة بجعل مجهول غير مملوك احتملت للحاجة، ولو قال الإمام ابتداء: إن دللتني على هذه القلعة، فلك منها جارية كذا، فكذلك الحكم، وسواء كانت المعينة حرة أم أمة لأن الحرة ترق بالأسر، ولو شرط العلج أو الإمام جارية مبهمة، جاز على الصحيح، ويشترط كون الجعل مما يدل عليه العلج، فلو قال: أعطيك جارية مما عندي، أو ثلث مالي، لم يصح كونه مجهولًا كسائر الجعالات، ولو قال مسلم: أدلك على أن تعطيني منها جارية كذا، أو ثلث ما فيها، فوجهان: أصحهما: عند الإمام: لا يجوز، لأن فيه أنواع غرر، فلا تحتمل مع المسلم الملتزم للأحكام بخلاف الكافر، فإن الحاجة تدعو إليه، لأنه أعرف بقلاعهم وطرقهم غالبًا، والثاني: يجوز، وبه قال العراقيون للحاجة، فقد يكون المسلم أعرف وهو أنصح، ولأن العقد متعلق بالكفار، قال الإمام: والوجهان مفرعان على تجويز استئجار المسلم للجهاد، وإلا فلا تصح هذه المعاملة مع مسلم، ولا يستحق أجرة المثل، ثم إذا فتحنا القلعة بدلالة العلج، وظفرنا بالجارية، سلمناها إليه، ولا حق فيها لغيره، وإن دلنا، وفتحناها بغير دلالته، لم يستحقها على الأصح، وإن لم نفتحها، فإن علق الشرط بالفتح، فلا شيء له، وإلا فأوجه: أصحها: لا يستحق شيئًا، والثاني: يستحق أجرة

المثل، والثالث: يرضخ له، والرابع: إن كان القتال ممكنًا والفتح متوقعًا قريبًا، استحق، وإن لم يتوقع إلا باحتمال نادر، فلا، أما إذا قاتلنا، فلم نظفر، فلا شيء له على المذهب، ولو تركناها، ثم عدنا، ففتحناها بدلالته، فله الجارية على الصحيح، وإن فتحناها بطريق آخر، فلا شيء له على الصحيح، ولو فتحها طائفة أخرى بالطريق الذي دلنا عليه، فلا شيء له عليهم، لأنه لم يجر معهم شرط.

فرع: إذا لم يكن في القلعة تلك الجارية، فلا شيء له، وكذا لو كانت وماتت قبل الشرط، وإن ماتت بعد الشرط، فالمذهب أنها إن ماتت بعد الظفر، وجب بدلها، لأنها حصلت في يد الإمام، فتلفت من ضمانه، وإن ماتت قبل الظفر، فلا شيء له، وقيل: قولان في الحالين، فإن قلنا: يجب البدل، فما البدل؟ بناه الإمام على مقدمة في جعل الجعالة، فقال: إذا جعل الجعل عينًا، كثوب وعبد، وتمم العامل العمل والعين تالفة، فإن تلفت قبل إنشاء العمل، نظر إن علم العامل تلفها، فلا شيء له، لأن المعاقدة كانت مقصورة على تلك العين، فإذا عمل عالمًا بتلفها، كان كالمتبرع، وإن جهل، فله أجرة المثل لعدم التبرع، وإن تلفت بعد العمل، نظر إن لم يطالبه العامل بتسليمها، فهل يرجع بقيمة العين أو أجرة المثل؟ قولان بناء على أن الجعل المعين مضمون ضمان العقد، أم ضمان اليد؟ وفيه قولان، كالصداق، قال الإمام: ولا يبعد عندي القطع بأن الجعل يضمن ضمان العقد، لأنه ركن في الجعالة وليس الصداق ركنًا في النكاح، وإن تلف بعد المطالبة وامتناع الجاعل من التسليم، فإن قلنا بضمان اليد، فالحكم كما سبق، وإن قلنا: ضمان العقد، فقال القاضي حسين: التلف بعد الامتناع كإتلاف الجاعل، فيكون في قول: كتلفه بآفة فينفسخ العقد ويرجع العامل بأجرة المثل، وفي قول: كإتلاف الأجنبي، فيتخير العامل بين الفسخ والإجارة إذا عرفت المقدمة، فبدل الجارية حيث حكمنا به هو أجرة المثل إن قلنا بضمان العقد، وقيمتها إن قلنا بضمان اليد، هكذا قاله الإمام، ولكن الأظهر من قولي الصداق وجوب مهر المثل، والموجود لجمهور الأصحاب هنا قيمة الجارية، ثم محل الخلاف إذا كانت جارية معينة، فإن كانت مبهمة ومات كل من فيها من الجواري، وأوجبنا البدل، فيجوز أن يقال: يرجع بأجرة المثل قطعًا، لتعذر تقويم المجهول، ويجوز أن يقال: تسلم إليه قيمة من تسلم إليه قبل الموت، ثم البدل الواجب هل يجب في مال المصالح أم في أصل الغنيمة؟ فيه الخلاف المذكور في الرضخ.

فرع: إذا شرط جارية مبهمة ولم يوجد إلا جارية، سلمت إليه، وإن وجد جوار، فللإمام التعيين، ويجبر العلج على القبول، لأن المشروط جارية وهذه

جارية، كما أن للمسلم إليه أن يعين ما شاء بالصفة المشروطة، ويجبر المستحق على القبول، ولو شرط جارية معينة، فلم يجد فيها شيئًا سوى تلك الجارية، فهل تسلم إليه؟ وجهان: أصحهما: نعم، وفاء بالشرط، والثاني: لا، لأن سعينا حينئذ يكون للعلج خاصة، والخلاف فيما إذا لم يمكن أن يتملك القلعة، ويديم اليد عليها، لكونها محفوفة ببلاد الكفر، فإن أمكن، وجب الوفاء قطعًا.

فرع: لو وجدنا الجارية مسلمة، نظر إن أسلمت قبل الظفر وهي حرة، لم يجز استرقاقها، وعن ابن سريج أن فيه قولًا: أنها تسلم إلى العلج، لأنه استحقها قبل الإسلام، والمذهب الأول، وإن أسلمت بعد الظفر، فإن كان الدليل مسلمًا، وصححنا هذه المعاقدة معه، أو كافرًا وأسلم، سلمت إليه، وإلا فيبنى على شراء الكافر عبدًا مسلمًا، إن جوزناه، سلمناها إليه، ثم يؤمر بإزالة الملك، وإن لم نجوزه، لم تسلم إليه، وإذا لم تسلم إليه بعد الإسلام، ففي وجوب بدلها طريقان، أحدهما: طرد الخلاف في الموت، لاشتراكهما في تعذر التسليم، والثاني: القطع بالوجوب، والمذهب وجوب البدل، وإن ثبت الخلاف وهو فيما إذا أسلمت بعد الظفر أظهر منه فيما إذا أسلمت قبله، لأنها إذا أسلمت بعده تكون مملوكة.

فرع: جميع ما ذكرناه فيما إذا فتحت عنوة، فإن فتحت صلحًا، نظر إن كانت الجارية المشروطة خارجة عن الأمان، بأن كان الصلح على أمان صاحب القلعة وأهله ولم تكن الجارية من أهله، سلمت إلى العلج، وإن كانت داخلة في الأمان، أعلمنا صاحب القلعة بشرطنا مع العلج وقلنا له: إن رضيت بتسليمها إليه، غرمنا لك قيمتها وأمضينا الصلح، وتكون القيمة من بيت المال، قاله البغوي، وفي «الشامل»: أنها على الخلاف في الرضخ، وإن لم يرض، راجعنا العلج، فإن رضي بقيمتها أو بجارية أخرى، فذاك، وإلا قلنا لصاحب القلعة: إن لم تسلمها، فسخنا الصلح، ونبذنا عهدك، فإن امتنع، رددناه إلى القلعة، واستأنفنا القتال، هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور، وعن أبي إسحاق أن الصلح في الجارية فاسد، لأنها مستحقة.

فرع: لو كان الإمام نازلًا بجنب قلعة وهو لا يعرفها فقال: من دلني على قلعة كذا، فله منها جارية، فقال له علج: هي هذه التي أنت عندها، قال ابن كج: المذهب أنه يستحق تلك الجارية إذا فتحت، كما لو قال: من جاءني بعبدي الآبق، فله كذا، فجاء به إنسان من البلد.

المسألة التاسعة: إذا دخل كافر دار الإسلام بأمان أو ذمة، كان ما معه من المال والأولاد في أمان، فإن شرط الأمان في المال والأهل، فهو تأكيد ولا أمان لما خلفه بدار الحرب، فيجوز اغتنام ماله وسبي أولاده هناك، وعن صاحب

«الحاوي» أنه إن قال: لك الأمان، ثبت الأمان في ذريته وماله، وإن قال: لك الأمان في نفسك، لم يثبت في الذرية والمال، وأطلق الجمهور قالوا: وقد يفترق المالك والمملوك في الأمان، ولهذا لو دخل مسلم دار الحرب بأمان، فبعث معه حربي مالًا لشراء متاع، كان ماله في أمان حتى يرده، وإن لم يكن المالك في أمان، وكذا لو بعثه مع ذمي دخل دار الحرب بأمان، وفي قول: لا يكون مع الذمي في أمان، لأن أمان الذمي باطل، والمشهور الأول، لأن الحربي اعتقد صحته، فوجب رده إليه، ولو دخل حربي دارنا بأمان أو ذمة أو لرسالة فنقض العهد ولحق بدار الحرب، ومن أسباب النقض أن يعود ليتوطن هناك، فلا يسبى أولاده عندنا، وإن مات فأبلغوا، فإذا بلغوا وقبلوا الجزية، تركوا، وإلا بلغوا المأمن، وما خلفه عندنا من وديعة ودين من قرض أو غيره، فهو في أمان لا يتعرض له ما دام حيًا، هذا هو الصحيح، وفيه وجه أنه ينتقض الأمان في ماله لانتقاضه في نفسه، لأنه يثبت في المال تبعًا، ووجه ثالث: أنه إذا لم يتعرض للأمان في ماله، حصل الأمان فيه تبعًا، فينتقض فيه تبعًا، وإن ذكره في الأمان لم ينتقض، قال الإمام: فإذا قلنا بالصحيح، فللكافر أن يدخل دار الإسلام من غير تجديد أمان لتحصيل ذلك المال، والدخول له يؤمنه، كالدخول لرسالة وسماع كلام الله تعالىٰ، ولكن ينبغي أن يعجل في تحصيل غرضه، ولا يعرج على غيره، وكذا لا يكرر العود لأخذ قطعة من المال في كل مرة، فإن خالف، تعرض للقتل والأسر، وهذا الذي ذكره الإمام محكي عن ابن الحداد، وقال غيره: ليس له الدخول، وثبوت الأمان في المال لا يوجب ثبوته في النفس، وإن قلنا: لا يبقى الأمان في ماله كان فيئًا، قال الإمام: والخلاف في ماله المخلف بعد التحاقه بدار الحرب فأما إذا فارق المال ولم يلتحق بعد بدار الحرب، فالوجه الجزم ببقاء الأمان، ويحتمل طرد الخلاف، وإذا نبذ المستأمن العهد، وجب تبليغه المأمن، ولا يتعرض لما معه بلا خلاف، هذا حكم ما تركه في حياته، فلو مات هناك أو قتل وقلنا بالصحيح، وهو بقاء الأمان فيه في حياته، فقولان: أحدهما: يكون فيئًا، وأظهرهما: أنه لوارثه، فإن لم يكن وارث، فهو فيء قطعًا، ولو مات عندنا، فقيل بطرد القولين، والمذهب: القطع برده إلى وارثه، لأنه مات والأمان باق في نفسه، فكذا في ماله، وهناك انتقض في نفسه، فكذا في ماله، فإن كان وارثه حربيًا، فعلى الخلاف في أن الذمي والحربي هل يتوارثان؟ ولو خرج المستأمن إلى دار الحرب غير ناقض للعهد بل لرسالة أو تجارة ومات هناك، فهو كموته في دار الإسلام، ولو التحق بدار الحرب ناقضًا للعهد، فسبي واسترق، بني على ما إذا مات، فإن قلنا: إذا مات يكون لوارثه، وقف، فإن عتق، فهو له، وإن

مات رقيقًا فقولان: أحدهما: يصرف إلى وارثه كما لو مات حرًا، وأظهرهما: يكون فيئًا، لأن الرقيق لا يورث، وإن قلنا: إذا مات يكون فيئًا، فهنا قولان، أحدهما: هذا، والثاني وبه قطع ابن الصباغ: يوقف لاحتمال أن يعتق ويعود بخلاف الموت، فإن عتق، سلم إليه، وإلاّ فهو فيء على الأصح، وقيل: للسيد، قال الإمام: وإذا صرفناه إلى الورثة، احتمل أن يصرف إليهم إرثًا، ولا يلزم الكفار، تفضيل شرعنا في منع التوريث من رقيق، ويحتمل أن لا يصرف إليهم إرثًا، بل لأنهم أخص به، وإذا قلنا بالتوريث، فهل يرثون إذا مات أم يستند استحقاق الورثة إلى ما قبل جريان الرق؟ فيه احتمالان للإمام، وإذا قلنا: الصرف إلى الورثة، فلهم دخول الإسلام لطلب ذلك المال بغير أمان، ويجيء فيه الوجه السابق في صاحب المال.

فرع: دخل مسلم دار الحرب بأمان، فاقترض منهم شيئًا، أو سرق وعاد إلى دار الإسلام، لزمه رده، لأنه ليس له التعرض لهم إذا دخل بأمان.

العاشرة: إذا حاصرنا قلعة أو بلدة، فنزلوا على حكم الإمام، جاز، وكذا لو نزلوا على حكم غيره، وشرطه كونه مسلمًا ذكرًا حرًا مكلفًا عدلًا، لأنه ولاية حكم، كالقضاء، لكن يجوز أن يكون أعمى، لأن المقصود هنا الرأي، فهو كالشهادة بالاستفاضة تصح من الأعمى، وأطلقوا أنه يشترط كونه عالمًا، وربما قالوا: فقيهًا، وربما قالوا: مجتهدًا، قال الإمام: ولا أظنهم شرطوا أوصاف الاجتهاد المعتبرة في المفتي، ولعلهم أرادوا التهدي إلى طلب الصلاح وما فيه النظر للمسلمين، ويكره أن يكون الحكم حسن الرأي في الكفار، ويجوز أن ينزلوا على حكم اثنين، أو على حكم من يختاره الإمام، أو من يتفقون عليه مع الإمام، ولا يجوز على حكم من يختارونه إلاّ إذا شرطوا الأوصاف المشروطة، ولو استنزلهم على أن يحكم فيهم بكتاب الله تعالىٰ، كره ذلك، لأن هذا الحكم ليس منصوصًا في كتاب الله تعالىٰ فيحصل منه اختلاف، هكذا ذكره الروياني، قال البغوي: ولو استنزلهم على أن ما يقضي الله تعالىٰ فيهم ينفذه، لم يجز، لأنهم لا يعرفون الحكم فيهم وإذا نزلوا على حكم اثنين، فليتفقا على الحكم، فإن اختلفا، لم ينفذ إلاّ أن تتفق الطائفتان على حكم، ولو مات أحد الحكمين، أو نزلوا على حكم واحد، فمات قبل الحكم، أو نزلوا على حكم من لا يجوز حكمه، ردوا إلى القلعة إلى أن يرضوا بحكم حاكم في الحال، ولا يجوز للحاكم أن يحكم إلاّ بما فيه الحظ للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء، وحكى الروياني وجهًا، أنه لا يجوز الحكم بالمن على جميعهم، واستغربه، ولو حكم بما يخالف الشرع، كقتل النساء والصبيان، لم ينفذ، ولو حكم بقتل المقاتلة وسبي الذرية وأخذ الأموال، جاز. وتكون الأموال غنيمة،

لأنها مأخوذة بالقهر، وإن حكم باسترقاق من أسلم منهم، وقتل من أقام منهم على الكفر، أو باسترقاق من أسلم، ومن أقام على الكفر، جاز، وينفذ حكم الحاكم على الإمام، فلا يجوز أن يزيد على حكمه في التشديد، ويجوز أن ينقص منه ويسامح، فإذا حكم بغير القتل، فليس له القتل، وإن حكم بالقتل، فله المن، وليس له الاسترقاق على الأصح، لأنه ذل مؤبد، وإن حكم بالاسترقاق، فليس له المن إلاّ برضى الغانمين، لأنه صار مالًا لهم، وإن حكم بقبول الجزية، فهل يجبرون عليه؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأنه حكمه وقد التزموه، فإن قلنا: لا يجبرون، بلغوا المأمن، وإن قلنا: يجبرون، فامتنعوا، فهم كأهل الذمة إذا امتنعوا من بذل الجزية بعد قبولها، وسيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالىٰ، وطرد الوجهان فيما لو حكم بالمفاداة، ومن أسلم منهم قبل الحكم، حقن دمه وماله، ولم يجز استرقاقه بخلاف الأسير فإنه في قبضة الإمام، ومن أسلم بعد الحكم بالقتل، امتنع قتله، فإن كان قد حكم بقتل الرجال وسبي النساء والذرية، لم يندفع بإسلام الرجال إلاّ قتلهم، وهل يجوز استرقاق المحكوم بقتله إذا أسلم؟ نقل الروياني وغيره أنه لا يجوز، لأنهم لم ينزلوا على هذا الشرط فيطلقهم، ولا يفاديهم بمال، ويجيء على تجويز استرقاقه لو لم يسلم أنه يجوز استرقاقه بعد الإسلام أيضًا، ولو حكم بالإرقاق، فأسلم المحكوم عليه قبل الإرقاق جاز إرقاقه، على الأصح.

فرع: حاصرنا قلعة، فصالح زعيمها على أمان مئة شخص منهم، صح للحاجة، ويعين الزعيم مئة، فإن عد مئة وأغفل نفسه، جاز قتله.

باب الأنفال

قال المصنف رحمه الله تعالى: يجوز لأمير الجيش أن ينفل لمن فعل فعلًا يفضي إلى الظفر بالعدو، كالتجسيس، والدلالة على طريق أو قلعة، أو التقدم بالدخول إلى دار الحرب، أو الرجوع إليها بعد خروج الجيش منها، لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ كان ينفل في البدأة الربع، وفي القفول الثلث»[1] وتقدير النفل إلى رأي أمير الجيش، لأنه بذل لمصلحة الحرب فكان تقديره إلى رأي الأمير، ويكون ذلك على قدر العمل، لأن النبي ﷺ جعل في البدأة الربع، وفي القفول الثلث، لأن التغرير في القفول أعظم، لأنه يدخل إلى دار الحرب والعدو منه على حذر، وفي البدأة يدخل والعدو منه على غير حذر.

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٥٦١) والنسائي في سننه (٧/ ١٣١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٥٢) وأحمد في المسند (٥/ ٣١٩).

ويجوز شرط النفل من بيت مال المسلمين، ويجوز شرطه من المال، الذي يؤخذ من المشركين، فإن جعل في بيت مال المسلمين كان ذلك من خمس الخمس، لما روى سعيد بن المسيب قال: كان الناس يعطون النفل من الخمس. ولأنه مال يصرف في مصلحة المسلمين فكان من خمس الخمس، ولا يجوز أن يكون مجهولًا، لأنه عوض في عقد لا تدعو الحاجة فيه إلى الجهل به، فلم يجز أن يكون مجهولًا، كالجهل في رد الآبق، وإن كان النفل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولًا، لأن النبي ﷺ جعل في البدأة الربع، وفي القفول الثلث. وذلك جزء من غنيمة مجهولة.

فصل: وإن قال الأمير: من دلني على القلعة الفلانية فله منها جارية، فدله عليها رجل نظرت ـ فإن لم تفتح القلعة ـ لم يجب للدليل شيء. ومن أصحابنا من قال: يرضخ له لدلالته، والمذهب الأول، لأنه لما جعل له الجارية من القلعة صار تقديره: من دلني على القلعة وفتحت، كانت له منها جارية، لأنه لا يقدر على تسليم الجارية إلا بالفتح، فلم يستحق من غير الفتح شيئًا، وإن فتحت عنوة ولم تكن فيها جارية لم يستحق شيئًا، لأنه شرط معدوم، وإن كانت فيها جارية سلمت إليه ولا حق فيها للغانمين، ولا لأهل الخمس، لأنه استحقها بسبب سابق للفتح، وإن أسلمت الجارية قبل القدرة عليها لم يستحقها، لأن إسلامها يمنع من استرقاقها، ويجب له قيمتها، لأن النبي ﷺ صالح أهل مكة على أن يرد إليهم من جاء من المسلمات، فمنعه الله عز وجل من ردهن، وأمره أن يرد مهورهن.

وإن أسلمت بعد القدرة عليها. فإن كان الدليل مسلمًا ـ سلمت إليه، وإن كان كافرًا ـ فإن قلنا: أن الكافر يملك العبد المسلم بالشراء ـ استحقها ثم أجبر على أزالة الملك عنها، وإن قلنا: أنه لا يملك، دفع إليه قيمتها. وإن أسلم الدليل بعد ذلك لم يستحقها، لأنه أسلم بعد ما انتقل حقه إلى قيمتها. وإن فتحت والجارية قد ماتت ففيه قولان: أحدهما: أن له قيمتها لأنه تعذر تسليمها فوجب قيمتها، كما لو أسلمت. والثاني: أنه لا يجب له قيمتها لأنه غير مقدور عليها، فلم يجب قيمتها، كما لو لم تكن فيها جارية. وإن فتحت صلحًا نظرت ـ فإن لم تدخل الجارية في الصلح ـ كان الحكم فيها كالحكم إذا فتحت عنوة، فإن دخلت في الصلح ففيه وجهان، أحدهما ـ وهو قول أبي إسحاق: أن الجارية للدليل، وشرطها في الصلح لا يصح، كما لو زوجت امرأة من رجل ثم زوجت من آخر. والثاني: أن شرطها في الصلح صحيح لأن الدليل لو عفا عنها أمضينا الصلح فيها، ولو كان فاسدًا لم يمض إلا بعقد مجدد. فعلى هذا إن رضي الدليل بغيرها من جواري القلعة، أو رضي بقيمتها، أمضينا الصلح، وإن لم يرض ورضي أهل القلعة بتسليمها فكذلك، وإن امتنع أهل القلعة من دفع الجارية وامتنع الدليل من الانتقال إلى البدل ردوا إلى القلعة، وقد زال الصلح، لأنه اجتمع أمران متنافيان، وتعذر الجمع بينهما، وحق الدليل سابق ففسخ الصلح. ولصاحب القلعة أن

يحصن القلعة كما كانت من غير زيادة، وإن فتحت بعد ذلك عنوة كانت الجارية للدليل، وإن لم تفتح لم يكن له شيء.

فصل: إذا قال الأمير قبل الحرب: من أخذ شيئًا فهو له، فقد أومأ فيه إلى قولين: أحدهما: أن الشرط صحيح، لأن النبي ﷺ قال يوم بدر: «من أخذ شيئًا فهو له»[1] والثاني وهو الصحيح: أنه لا يصح الشرط، لأنه جزء من الغنيمة، شرطه لمن لا يستحقه من غير شرط، فلا يستحقه بالشرط، كما لو شرطه لغير الغانمين، والخبر ورد في غنائم بدر وكانت لرسول الله ﷺ يضعها حيث شاء.

الشرح: الأنفال جمع نفل وهي الغنيمة، وأصل الغنيمة الربح والفضل، والبدأة: السرية التي ينفذها الإمام أول ما يدخل بلاد العدو، والرجعة: التي ينفذها بعد رجوع الأولى.

قال في البيان: واحد الأنفال: نفل، يقال: بتحريك الفاء وسكونها. وإنما سمي بذلك؛ لأنه زائد على السهم الراتب، كما سميت صلاة التطوع نافلة؛ لأنها زائدة على الصلاة الواجبة.

والنفل: أن يعلق الإمام أو الأمير على الجيش استحقاق مال من الغنيمة بفعل يفضي إلى الظفر بالعدو؛ بأن يقول: من دلنا على القلعة الفلانية، أو من فتحها، أو من تقدم في السرية الفلانية.. فله كذا. فإذا فعل رجل ذلك، استحق ما شرطه له الإمام.

إذا ثبت هذا: فالنفل عندنا غير مقدر، بل هو إلى رأي أمير الجيش، ويختلف باختلاف قلة العمل وكثرته.

مسألة: النفل مستحق من خمس الخمس؛ لما رُوِيَ عن سعيد بن المسيب أنه قال: كانوا يعطون النفل من الخمس، ومعناه: من خمس الخمس. ولأنه مال يدفع لمصلحة المسلمين، فأشبه ما يصرف في المساجد والقناطر.

وما رُوِيَ في الخبر: أنه نفل في البدأة الربع، وفي القفول الثلث، فله تأويلان:

أحدهما: أنه شرط لكل واحد منهم قدر ربع سهمه الذي يصيبه في البدأة، وقدر ثلث سهمه الذي يصيبه في القفول.

والثاني ـ وعليه أكثر أهل العلم ـ: أنه جعل لهم في البدأة قدر ربع ما يغنمون بعد الخمس، وقدر ثلث ذلك في القفول، ويخرجه في الحالين من الخمس؛ لما

---

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (١٠/ ٢٢٦) والبيهقي في سننه (٩/ ١١٣).

رُوِيَ عن رجل من فهر: أنه قال: «شهدت النَّبيّ ﷺ، نفل في البدأة الربع، وفي الرجعة الثلث بعد الخمس».

فإن قيل: قد رُوِيَ عن ابن عمر: أنه قال: «كنت في سرية فنفلهم رسول الله ﷺ، بعيرًا بعيرًا، وبلغت سهامهم اثني عشر بعيرًا»، وهذا أكثر من خمس الخمس؟

قلنا: فيه تأويلان:

أحدهما: أنه كان في الغنيمة غير الإبل، فخرجت الإبل التي صرفها في النفل من خمس خمس تلك الغنيمة.

والثاني: أن الإبل التي صرفها في النفل، لم تكن تخرج من خمس تلك الغنيمة، وإنما تممها رسول الله ﷺ، من سهم المصالح في بيت المال، وللإمام أن يفعل ذلك. وأمَّا دفع رسول الله ﷺ، في هذا النفل بعيرًا بعيرًا، فله تأويلان أيضًا: أحدهما: أنه كان قد شرط لهم بعيرًا بعيرًا.

والثاني: أنه كان قد شرط لهم نصف سدس سهامهم، فبلغ سهم كل واحد منهم اثني عشر بعيرًا، وكان نصف سدس سهمه بعيرًا.

مسألة: إذا قال الإمام أو الأمير على الجيش: من دلنا على القلعة الفلانية فله منها الجارية الفلانية وسماها، أو قال: له منها جارية ولم يسمها، فإن ذلك جعالة صحيحة؛ فإن قيل: كيف صحت هذه الجعالة بمال لا يملكه الباذل وهو مجهول أيضًا؟

فالجواب: أن الجعالة إنما تفتقر إلى عوض معلوم يملكه الباذل، إذا عقد ذلك في أموال المسلمين، فأما إذا عقد في أموال المشركين، فيصح أن يكون العوض مجهولًا لا يملكه الباذل، كما روي: «أن النَّبيّ ﷺ نفل في البدأة الربع، وفي القفول الثلث»، وإنما يأخذونه من خمس الخمس وإن كان غير مملوك وقت العقد ولا معلوم.

قال أصحابنا البغداديون: ولا فرق بين أن يكون الدليل مسلمًا أو كافرًا.وقال الخراسانيون: إن كان الدليل مسلمًا، فهل يصح هذا العقد معه؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يصح؛ لأن الشافعي إنما نص فيها على دلالة العلج، والعلج لا يكون إلا كافرًا. ولأنه عقد فيه نوع غرر فلم يجز مع المسلمين، كسائر العقود.

والثاني: يصح، وهو المشهور؛ لأنه عقد جعالة يصح مع الكافر فصح مع المسلم، كالجعالة على رد الآبق. وإنما نص الشافعي رحمه الله على دلالة العلج؛ لأنه هو الذي يعرف طرقهم في الغالب.

إذا ثبت هذا، فدلهم رجل على هذه القلعة، فينظر فيه: فإن لم تفتح القلعة، لم يستحق الدليل شيئًا.

ومن أصحابنا من قال: يرضخ له لدلالته. وليس بشيء؛ لأنه لما قال: من دلنا على القلعة الفلانية فله جارية منها، فالظاهر أنه جعل له الجارية بشرطين: الدلالة والفتح، فإذا لم يوجد أحدهما، لم يستحق شيئًا.

وإن فتحت القلعة، نظرت: فإن فتحت عنوة وكان الشرط على جارية معلومة وهي فيها، أو كان الشرط على جارية مجهولة وليس في القلعة غير جارية واحدة، فإن كانت الجارية كافرة، سلمت إلى الدليل، سواء كان مسلمًا أو كافرًا، ولا يستحق أهل الخمس ولا الغانمون منها شيئًا؛ لأن الدليل استحقها بسبب سابق، وسواء كانت حرة أو أمة للمشركين. وإن أسلمت الجارية الحرة قبل أسرها، لم تسلم إلى الدليل سواء كان مسلمًا أو كافرًا؛ لأن إسلامها قبل أسرها يمنع من استرقاقها.

قال أبُو العباس: وفيها قول آخر: أنها تسلم إلى الدليل؛ لأنه قد استحقها قبل إسلامها. وليس بشيء.

فإذا قلنا: لا تسلم إليه. فهل يستحق الدليل شيئًا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يستحق شيئًا؛ لأنها صارت كالمعدومة.والثاني ـ وهو قول أصحابنا البغداديين، وهو الأصح ـ: أنه يستحق قيمتها؛ لأن الشَّرع لما منع استرقاقها لإسلامها، أوجب دفع قيمتها، كما أن النَّبيّ ﷺ لما صالح أهل مكة على أن يرد إليهم من جاءه من المسلمات ومنعه الله تَعالَى من ردهن، أمره برد مهورهن إليهم.

وإن أسلمت بعد ما أسرت، فإن كان الدليل مسلمًا، سلمت إليه. وإن كان كافرًا.فإن قلنا: يصح شراء الكافر للجارية المسلمة، سلمت إليه، وأجبر على إزالة ملكه عنها.وإن قلنا: لا يصح شراؤه لها لم تسلم إليه، وسَلَّم إليه قيمتها، وقسمت بين الغانمين.

فإن فتحت عنوة، وكانت الجارية قد ماتت، ففيه قولان: أحدهما: أن للدليل قيمتها؛ لأن تسليمها قد تعذر بموتها، فوجبت له قيمتها كما لو أسلمت. والثاني: لا يجب له قيمتها؛ لأنه إنما استحقها بعينها، فإذا ماتت، لم يستحق شيئًا، كما لو قال: من رد عبدي الآبق فله هذا العبد، فمات العبد المبذول.

هذا نقل أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: إن ماتت قبل الظفر بها، لم يستحق الدليل شيئًا. وإن ماتت بعد الظفر بها، وأرادوا قبل تسليمها إليه، فهل يستحق قيمتها؟ فيه قولان.

وإن لم يكن في القلعة من المال غير الجارية ففيه وجهان، حكاهما المسعوديُّ

في «الإبانة»: أحدهما: تسلم إلى الدليل للشرط السابق. والثاني: لا تسلم إليه؛ لأن هذا تنفيل، ولا يجوز للإمام أن ينفل جميع الغنيمة، وهذه الجارية جميع الغنيمة.

وإن فتحت القلعة صلحًا، نظرت: فإن شرط على أن يكون جميع ما فيها لنا، أو كان الصلح على أن ما في القلعة لأهلها إلا الجارية، فهو كما لو فتحت القلعة عنوة.

وإن كان على أن لصاحب القلعة أهله وعشيرته أو من يختاره منها، وكانت الجارية من أهله وعشيرته أو ممن اختاره، قال الشيخ أبُو حامد: فإن أبا إسحاق قال: الصلح صحيح والجعالة صحيحة، ثم يقال للدليل: هذه الجارية التي جعلناها لك قد صالحنا عليها، أفترضى بقيمتها؟ فإن رضي بقيمتها دفعت إليه القيمة وأمضينا الصلح. وإن لم يرض إلا بالجارية قيل لصاحب القلعة: صالحناك على ما جعلناه لغيرك، أفتسلم الجارية ونعطيك قيمتها؟ فإن سلمها سلمت إلى الدليل، ودفع إلى صاحب القلعة قيمتها، وأمضينا الصلح. وإن لم يسلمها صاحب القلعة قيل له: صالحناك على شيء ولا يمكن الوفاء به، فترد عليك ونتركك حتى تمتنع كما كنت، وتصير حربًا لنا.

وأمَّا الشيخ أبُو إسحاق: فحكى فيها وجهين: أحدهما ـ وهو قول أبي إسحاق المَروَزِيُّ ـ: أن الجارية للدليل، وشرطها في الصلح لا يصح. والثاني: شرطها في الصلح صحيح؛ لأن الدليل لو عفا عنها، أمضي الصلح ولو كان العقد فاسدًا لافتقر إلى عقد آخر.

فرع: إذا قال الأمير: من دلنا على القلعة، فله منها جارية، فدله عليها اثنان أو ثلاثة أو أكثر، استحقوا الجارية، كما قلنا في رد العبد الآبق.

فرع: قال في «الأم»: إذا قال الإمام قبل التقاء الفريقين: من أخذ شيئًا فهو له بعد الخمس، فذهب بعض الناس إلى جوازه؛ لأن النَّبيّ ﷺ قال يوم بدر: «من أخذ شيئًا فهو له» قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا الحديث لا يثبت، والصحيح في السنة: أنه يقسم الخمس لأهل الخمس وأربعة أخماسها للغانمين، ولو قال قائل بذلك كان مذهبًا، فأومأ فيه إلى قولين: أحدهما: يكون على ما شرطه الإمام ـ وبه قال أبو حَنِيفَة ـ لما ذكرناه من الخبر يوم بدر.

والثاني: لا يصح شرط الإمام في ذلك؛ لقوله ﷺ: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»، وهذا يقتضي: اشتراكهم فيها من غير تخصيص، وهو قول النَّبيّ ﷺ في يوم بدر؛ لأن الغنائم كلها كانت له يومئذ برمتها.

باب قسم الغنيمة

قال المصنف رحمه الله تعالى: والغنيمة ما أخذ من الكفار بإيجاف الخيل والركاب، فإن كان فيها سلب للقاتل أو مال لمسلم سلم إليه لأنه استحقه قبل الاغتنام، ثم يدفع منها أجرة النفال والحافظ، لأنه لمصلحة الغنيمة فقدم، ثم يقسم الباقي على خمسة أخماس: خمس لأهل الخمس، ثم يقسم أربعة أخماسها بين الغانمين لقوله عز وجل: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] فأضاف الغنيمة إلى الغانمين ثم جعل الخمس لأهل الخمس، فدل على أن الباقي للغانمين. والمستحب أن يقسم ذلك في دار الحرب، ويكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر، لأن النبي ﷺ قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء، قريب من بدر، وقسم غنائم بني المصطلق على مياههم، وقسم غنائم حنين بأوطاس، وهو واد من أودية حنين. فإن كان الجيش رجالة سوى بينهم، وإن كانوا فرسانًا سوى بينهم، وإن كان بعضهم فرسانًا وبعضهم رجالة جعل للراجل سهمًا وللفارس ثلاثة أسهم، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم، للرجل سهم وللفرس سهمان» ولا يفضل من قاتل على من لم يقاتل، لأن من لم يقاتل كالمقاتل في أرهاب العدو، ولأنه أرصد نفسه للقتال. ولا يسهم لمركوب غير الخيل، لأنه لا يلحق بالخيل في التأثير في الحرب من الكر والفر، فلم يلحق بها في السهم. ويسهم للفرس العتيق وهو الذي أبواه عربيان، وللبرذون وهو الذي أبواه أعجميان، وللمقرف وهو الذي أمه عربية وأبوه عجمي، وللهجين وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ قال: «الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة» ولأنه حيوان يسهم له فلم يختلف سهمه باختلاف أبويه كالرجل، وإن حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجف فقد قال في الأم: «قيل لا يسهم له وقيل يسهم له» من أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: أنه لا يسهم له، لأنه لا يغني غناء الخيل، فلم يسهم له كالبغل. والثاني: يسهم له لأن ضعفه لا يسقط سهمه كضعف الرجل. وقال أبو إسحاق: أن أمكن القتال عليه أسهم له، وإن لم يمكن القتال عليه لم يسهم له، لأن الفرس يراد للقتال عليه، وهذا أقيس، والأول أشبه بالنص. ولا يسهم للرجل لأكثر من فرس لما روى ابن عمر رضي الله عنه: «أن الزبير حضر يوم حنين بأفراس فلم يسهم له النبي ﷺ إلا لفرس واحد»[1] ولأنه لا يقاتل إلا على فرس واحد فلا يسهم لأكثر

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٢٢٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٦٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٣٣) والترمذي في سننه برقم (١٥٥٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٥٤) وأحمد في المسند (٢/ ٢).

منه، وإن حضر بفرس والقتال في الماء أو على حصن استحق سهمه، لأنه أرهب بفرسه فاستحق سهمه، كما لو حضر به القتال ولم يقاتل، ولأنه قد يحتاج إليه إذا خرجوا من الماء والحصن.

فصل: فإن غصب فرسًا وحضر به الحرب استحق للفرس سهمين لأنه حصل به الإرهاب، وفي مستحقه وجهان أحدهما: أنه له. والثاني: أنه لصاحب الفرس بناء على القولين في رد الدراهم المغصوبة، أحدهما: أنه للغاصب. والثاني أنه للمغصوب منه. وإن استعار فرسًا أو استأجره للقتال فحضر به الحرب استحق به السهم، لأنه ملك القتال عليه، وإن حضر دار الحرب بفرس وانقضت الحرب ولا فرس معه، بأن نفق أو باعه أو أجره أو أعاره أو غصب منه لم يسهم له. وإن دخل دار الحرب راجلًا ثم ملك فرسًا أو استعاره وحضر به الحرب استحق السهم، لأن استحقاق المقاتل بالحضور، فكذلك الاستحقاق بالفرس. وإن حضر بفرس وعار الفرس إلى أن انقضت الحرب لم يسهم له. ومن أصحابنا من قال: يسهم له لأنه خرج من يده بغير أختياره، والمذهب الأول، لأن خروجه من يده يسقط السهم وإن كان بغير اختياره كما يسقط سهم الراجل إذا ضل عن الوقعة وإن كان بغير اختياره.

فصل: ومن حضر الحرب ومرض ـ فإن كان مرضًا يقدر معه على القتال، كالسعال، ونفور الطحال، والحمى الخفيفة ـ أسهم له لأنه من أهل القتال، ولأن الإنسان لا يخلو من مثله، فلا يسقط سهمه لأجله. وإن كان لا يقدر على القتال لم يسهم له لأنه ليس من أهل القتال، فلم يسهم له كالمجنون والطفل.

فصل: ولا حق في الغنيمة لمخذل، ولا لمن يرجف بالمسلمين، ولا لكافر حضر بغير إذن، لأنه لا مصلحة للمسلمين في حضورهم. ويرضخ للصبي، والمرأة، والعبد، والمشرك إذا حضر بالأذن، ولم يسهم لهم، لما روى عمير قال: «غزوت مع النبي ﷺ وأنا عبد مملوك، فلما فتح الله على نبيه خيبر قلت: يا رسول الله سهمي، فلم يضرب لي بسهم، وأعطاني سيفًا فتقلدته، وكنت أخط بنعله في الأرض، وأمر لي من خرثي المتاع»[(١)] وروى يزيد بن هرمز بن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله: «هل كان رسول الله ﷺ يغزو بالنساء؟ وهل كان يضرب لهن بسهم؟ فكتب إليه ابن عباس: كان رسول الله ﷺ يغزو بالنساء، فيداوين الجرحى، ويحذين من الغنيمة، وأما سهم؟ فلم يضرب لهن بسهم»[(٢)].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٧٣٠) والترمذي في سننه برقم (١٥٥٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٥٥) وأحمد في المسند (٥/ ٢٢٣) والحاكم في المستدرك (٢/ ١٣١) والبيهقي في سننه (٦/ ٣٣٢).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٨١٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٧٢٨) والترمذي في سننه برقم (١٥٥٦) والنسائي في سننه (٧/ ١٢٨) وأحمد في المسند (١/ ٢٤٨).

فصل: وتقدير الرضخ إلى اجتهاد أمير الجيش، ولا يبلغ به سهم راجل، لأنه تابع لمن له سهم، فنقص عنه كالحكومة لا يبلغ به أرش العضو. ومن أين يرضخ لهم؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يرضخ لهم من أصل الغنيمة، لأنهم أعوان المجاهدين، فجعل حقهم من أصل الغنيمة كالنفال والحافظ. والثاني: أنه من أربعة أخماس الغنيمة، لأنهم من المجاهدين فكان حقهم من أربعة أخماس الغنيمة. والثالث: أنه من خمس الخمس، لأنهم من أهل المصالح فكان حقهم من سهم المصالح.

فصل: وإن حضر أجير في إجارة مقدرة بالزمان ففيه ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يرضخ له مع الأجرة، لأن منفعته مستحقة لغيره فرضخ له كالعبد، والثاني: أنه يسهم له مع الأجرة، لأن الأجرة تجب بالتمكين والسهم بالحضور، وقد وجد الجميع. والثالث: أنه يخير بين السهم والأجرة، فإن اختار الأجرة رضخ له مع الأجرة، وإن اختار السهم أسهم له وسقطت الأجرة، لأن المنفعة الواحدة لا يستحق بها حقان. واختلف قوله في تجار الجيش فقال في أحد القولين: يسهم لهم لأنهم شهدوا الوقعة، والثاني: أنه لا يسهم لهم، لأنهم لم يحضروا للقتال. واختلف أصحابنا في موضع القولين، فمنهم من قال: القولان إذا حضروا ولم يقاتلوا، وأما إذا حضروا فقاتلوا فإنه يسهم لهم قولًا واحدًا ومنهم من قال: القولان إذا قاتلوا فأما إذا لم يقاتلوا فإنه لا يسهم لهم قولًا واحدًا.

فصل: وإذا لحق بالجيش مدد أو أفلت أسير ولحق بهم نظرت ـ فإن كان قبل انقضاء الحرب، وحيازة الغنيمة ـ أسهم لهم لقول عمر ﷺ: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[1] وأن كان بعد انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة لم يسهم لهم، لأنهم حضروا بعد ما صارت الغنيمة للغانمين. وإن كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة ففيه قولان أحدهما: أنه لا يسهم لهم، لأنهم لم يشهدوا الوقعة. والثاني: أنه يسهم لهم لأنهم حضروا قبل أن يملك الغانمون.

فصل: وإن خرج أمير في جيش وانفذ سرية من الجيش إلى الجهة التي يقصدها، أو إلى غيرها، فغنمت السرية، شاركهم الجيش. وإن غنم الجيش شاركتهم السرية، لأن النبي ﷺ حين هزم هوازن بحنين أسرى أوطاس سرية، وغنمت فقسم غنائمهم بين الجميع. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المسلمون يد على من سواهم، يسعى بذمتهم أدناهم، ويرد عليهم أقصاهم، وترد سراياهم على قاعدهم»[2] ولأن الجميع جيش واحد فلم يختص بعضهم بالغنيمة. وإن أنفذ سريتين إلى جهة واحدة من طريق أو طريقين اشترك الجيش والسريتان فيما يغنم كل واحد منهم، لأن الجميع جيش واحد.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٥٠).

(٢) تقدم.

وإن أنفذ سريتين إلى جهتين شارك السريتان الجيش فيما يغنمه، وشارك الجيش السريتين فيما يغنمان. وهل تشارك كل واحدة من السريتين السرية الأخرى فيما تغنمه؟ فيه وجهان، أحدهما: أنها لا تشارك، لأن الجيش أصل السريتين، وليست أحدى السريتين أصلًا للأخرى. والثاني وهو الصحيح: أنها تشارك لأنهما من جيش واحد. وإن أنفذ الأمير سرية من الجيش وأقام هو مع الجيش فغنمت السرية لم يشاركها الجيش المقيم مع الأمير، لأن النبي ﷺ بعث السرايا من المدينة فلم يشاركها أهل المدينة فيما غنموا، ولأن الغنيمة للمجاهدين، والجيش مقيم مع الأمير ما جاهدوا فلم يشارك السرية فيما غنمت، والله أعلم.

الشرح: الغنيمة المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بإيجاف الخيل والركاب. قال البغوي: سواء ما أخذناه من أيديهم قهرًا وما استولينا عليه بعدما هزمناهم في القتال وتركوه.

وحِلّ الغنيمة مختص بهذه الأمة زادها الله شرفًا، وكانت في أول الإسلام لرسول الله ﷺ خاصة، يصنع فيها ما يشاء، وعليه يحمل إعطاؤه ﷺ من لم يشهد بدرًا، ثم نسخ ذلك، فجعل خمسها مقسومًا خمسة أسهم كالفيء، قال الله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ. . .﴾ [الأنفال: ٤١] وجعل أربعة أخماسها للغانمين.

ويعرض في أموال الغنيمة النفل والرضخ والسلب والقسمة، ويحصل بيانها في أربعة أطراف:

الطرف الأول: النَّفَل بفتح النون والفاء، وهو زيادة مال على سهم الغنيمة، يشرطه الإمام أو أمير الجيش لمن يقوم بما فيه نكاية زائدة في العدو، أو توقُّع ظفر، أو دفع شر، وذلك كالتقدم على طليعة، أو التهجم على قلعة، أو الدلالة عليها، وكحفظ مكمن، وتجسس حال وشبهها. وإنما ينفِّل إذا مست حاجة لكثرة العدو وقلّة المسلمين، واقتضى الحال بعث السرايا وحفظ المكامن، ولذلك نفَّل رسول الله ﷺ في بعض الغزوات دون بعض. ثم الكلام فيمن شرط له، وفي محل المشروط وقدره.

أما الأول، فيجوز كونه شخصًا معينًا وجماعة، ويجوز أن يطلق فيقول: من فعل كذا فله كذا.

وأما محله، فيجوز أن يشرط النَّفَل من مال المصالح المرصدة ببيت المال، وحينئذٍ يشترط كونه معلومًا، ويجوز أن يشرطه مما سيغنم ويؤخذ من الكفار في هذا القتال، وحينئذٍ يذكر جزءًا كثلث أو ربع وغيرهما، ويحتمل الجهالة للحاجة. وإذا نفَّل من الغنيمة، فمم ينفَّل؟ فيه أوجه: ويقال: أقوال: أصحها: من خمس خمسها. والثاني: من أصلها. والثالث: من أربعة أخماسها.

وأما قدره، فليس له حد مضبوط، فيجتهد الإمام ويجعله بقدر العمل وخطره، وقد صح في كتاب الترمذي وغيره، أن النبي ﷺ كان ينفّل في البدأة الربع، وفي الرجعة الثلث، وفي رواية الترمذي «القفول» بدل «الرجعة»، وقيل: البدأة: السرية الأولى، والرجعة: الثانية. وقال الجمهور: البدأة: السرية التي يبعثها الإمام قبل دخوله دار الحرب مقدمة له، والرجعة: التي يأمرها بالرجوع بعد توجّه الجيش إلى دار الإسلام. ونقص البدأة، لأنهم مستريحون لم يطل بهم السفر، ولأن الكفار في غفلة، ولأن الإمام من ورائهم يستظهرون به، والرجعة بخلافهم في كل ذلك. واختلفوا في المراد بالحديث بحسب اختلافهم في محل النفل، فقيل: المراد، ثلث خمس الخمس، أو ربعه. وقيل: ثلث الجميع، أو ربعه. وقيل: ثلث أربعة أخماسها، أو ربعها. وقيل: المراد: أنه يزاد نصيب كل شخص من الغنيمة مثل ثلثه أو ربعه، ويجوز الزيادة على الثلث، والنقص عن الربع بالاجتهاد.

فرع: إذا قال الأمير: من أخذ شيئًا فهو له، لم يصح شرطه على الأظهر.

فرع: من ظهر منه في الحرب مبارزة وحسن إقدام وأثر محمود، أعطي سهمه، وزيد من سهم المصالح ما يليق بالحال.

الطرف الثاني: في الرضخ.

فالصبي، والعبد، والمرأة، والخنثى، والزمن، والذمي، لا يسهم لهم، لكن يرضخ لهم، وهذا الرضخ مستحق على المشهور. وفي قول: مستحب. ويجتهد الإمام في قدره، ولا يبلغ به سهم راجل إن كان من يرضخ له راجلًا. وإن كان فارسًا، فوجهان بناءً على أنه هل يجوز أن يبلغ تعزير الحرِّ حد العبيد؟ وبالمنع قطع الماوردي. وسواء حضر العبد بإذن سيده، والصبي بإذن وليه، والمرأة بإذن زوجها، أم بغير إذنهم. وإن حضر الذمي بغير إذن الإمام، لم يستحق شيئًا على الصحيح، بل يعزِّره الإمام آن ذلك. وإن حضر بإذنه، فإن كان استأجره، فله الأجرة فقط، وإلاّ، فله الرضخ على الصحيح. وقيل: لا شيء له. وقيل: إن قاتل، استحق، وإلا، فلا. وإذا حضر نساء أهل الذمة بإذن الإمام، فلهن الرضخ على الأصح.

فرع: يفاوت الإمام بين أهل الرضخ بحسب نفعهم، فيرجِّح المقاتل ومَن قتاله أكثر على غيره، والفارس على الراجل، والمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطاش على التي تحفظ الرجال، بخلاف سهم الغنيمة، فإنه يستوي فيه المقاتل وغيره، لأنه منصوص عليه. والرضخ بالاجتهاد، كدية الحر وقيمة العبد.

فرع: في محل الرضخ للعبيد والصبيان والنساء، ثلاثة أقوال: أظهرها: من أربعة أخماس الغنيمة. والثاني: من أصلها. والثالث: من خمس الخمس، وأهل

الذمة كالعبيد على المذهب. وقيل: يرضخ لهم من خمس الخمس قطعًا. وحيث رضخنا من أصل الغنيمة يبدأ به كالسلب، ثم يقسم الباقي خمسًا وأربعة أخماس.

فرع: إذا انفرد العبيد والنساء والصبيان بغزوة وغنموا، خُمّست. وفي الباقي أوجه: أصحها: يقسم بينهم كما يقسم الرضخ على ما يقتضيه الرأي من تسوية وتفضيل. والثاني: يقسم كالغنيمة، للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم. والثالث: يرضخ لهم منه، ويجعل الباقي لبيت المال. وخصص البغوي هذا الخلاف بالصبيان والنساء، وقطع في العبيد بكونه لسادتهم، وحكى أنه لو سبى مراهقون أو مجانين صغارًا، حكم بإسلامهم تبعًا لهم. أما إذا كان مع أهل الرضخ واحد من أهل الكمال، فيرضخ لهم، والباقي لذلك الواحد.

فرع: لا يخمس ما أخذه الذميون من أهل الحرب، لأن الخمس حق يجب على المسلمين كالزكاة.

فرع: من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره، رضخ له مع السهم، كذا ذكره المسعودي والبغوي، ومنهم من ينازع كلامه فيه. وقيل: يزاد من سهم المصالح ما يليق بالحال.

فرع: لو زال نقص أهل الرضخ، فعتق العبد، وأسلم الكافر، وبلغ الصبي قبل انقضاء دار الحرب، أسهم لهم. وإن كان بعد انقضائها، فقد أطلق الماوردي أنه ليس لهم إلا الرضخ، وينبغي أن يجيء فيما بين انقضاء الحرب وحيازة المال، الخلاف الآتي فيمن حضر في هذا الحال.

الطرف الثالث: في السَّلَب.

هو للقتال، والكلام في سبب استحقاقه ومستحقه ونفسه وكيفية إخراجه من الغنيمة. أما سبب استحقاقه، فقال في «الوسيط» في ضبطه: هو ركوب الغرر في قهر كافر مقبل على القتال بما يكفي شرَّه بالكلية، وفيه قيود:

أحدها: ركوب الغرر. فلو رمى من حصن أو من وراء الصف كافرًا، وقتله، لم يستحق سلبه، وكذا لو رمى من صف المسلمين إلى صف الكفار، فقتل رجلًا.

القيد الثاني: إقبال الكافر على القتال، وليس المراد اشتغاله بالقتال حين قتله، لأنهما لو تقاتلا زمانًا ثم هرب فقتله المسلم في إدباره، قال الأصحاب: استحق سَلبَه. ولا يشترط أيضًا أن تكون مقاتلته مع قاتله، بل لو قصد كافر مسلمًا، فجاء مسلم آخر من ورائه فقتله، استحق سلبَه، بل المرعيُّ ما ذكره أصحابنا العراقيون، أن يقتله مقبلًا أو مدبرًا والحرب قائمة. فأما إذا انهزم جيش الكفار فاتَّبعهم فقتل كافرًا، فلا يستحق سلبه، لأن بهزيمتهم اندفع شرهم، وما دامت الحرب قائمة فالشر

متوقع، والمولي لا تؤمن كرَّته. ولو قتل كافرًا وهو أسير في يده، أو نائم، أو مشغول بأكل أو نحوه، أو مثخن زائل الامتناع، لم يستحق سلبه.

القيد الثالث: قهره بما يكفي شره بالكلية بقتل، أو إثخان، أو إزالة امتناع، بأن يعميَه، أو يقطع يديه ورجليه. ولا يلحق به قطع يد أو رجل. فلو قطع يديه أو رجليه، أو يدًا ورجلًا، فهو إثخان على الأظهر، وهو رواية المزني، وبه قطع جماعة. ولو اشترك جماعة في قتله أو إثخانه، فالسلَب لهم. وفي وجه: أنه لو وقع بين جماعة لا يرجى نجاته منهم، لم يختص قاتله بسلبه، لأنه زال شره بالوقوع بينهم. قال أبو الفرج الزاز: لو أمسكه واحد وقتله آخر، فالسلب بينهما، لاندفاع شره بهما، وكأن هذا فيما إذا منعه الهرب ولم يضبطه. فأما الإمساك الضابط، فإنه أسر، وقتل الأسير لا يستحق به السلب. ولو أثخنه، فقتله آخر، فالسلب للمثخن. ولو جرحه فلم يثخنه، فقتله آخر، فالسلب للثاني. ولو أسره، ففي استحقاقه سلبه قولان: أحدهما: لا، لأنه لم يدفع كل شره. وأظهرهما: نعم، لأنه أصعب من القتل وأبلغ في القهر، ولأن الإمام يتمكن فيه من القتل وغيره. ثم الإمام يتخير في الأسير الذي ليس من الذرية بين القتل والاسترقاق والمن والفداء كما يأتي إن شاء الله تعالى. فإن أرقه، فهل لمن أسره رقبته؟ أو فاداه، هل له مال الفداء؟ اطرد فيه القولان. وقيل: وجهان: ويشبه أن يكون الأظهر هنا المنع، لأن اسم السلب لا يقع عليه.

فرع: لو كان الكافر المقتول امرأة أو صبيًا، إن كان لا يقاتل، لم يستحق سلبه، لأن قتله حرام. وإن كان يقاتل، استحق سلبه على الأصح، والعبد كالصبي. وقيل: بالاستحقاق قطعًا.

فصل: فأما استحقاق السلب، فكل من يستحق سهم الغنيمة، يستحق السلب. والمذهب أن العبد والمرأة والصبي يستحقونه، ولا يستحقه الذمي على المذهب، وإذا قلنا: لا تستحق المرأة، فكان القاتل خنثى، وقف السلب حتى يتبين. وإذا حضر الذمي بغير إذن الإمام، فلا سلب له قطعًا، ولا سلب للمخذِّل قطعًا. والتاجر إذا قلنا: لا سهم له، كالصبي.

فصل: وأما نفس السلب، فما عليه من ثياب بدنه والخف والرانَيْن، وما عليه من آلات الحرب، كالدرع والمغفر والسلاح، ومركوبه الذي يقاتل عليه، وما عليه من سرج ولجام ومقود وغيرها، وكذا لو كان ممسكًا عنانه وهو يقاتل راجلًا. وفيما عليه من الزينة، كالطوق، والسوار، والمنطقة، والخاتم، والهميان، وما فيه من النفقة، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: ليست سلبًا، كثيابه وأمتعته المخلَّفة في

خيمته. وأظهرهما: أنها سلب، لأنها مسلوبة. والجنيبة التي تقاد بين يديه، فيها هذا الخلاف. وقيل بالمنع. والأصح، أنها سلب، صححه الروياني وغيره. قال أبو الفرج الزاز: فعلى هذا، لا يستحق إلا جنيبة واحدة، فعلى هذا يبقى النظر إذا قاد جنائب في أن السلب، أيَّتها، يرجع إلى تعيين الإمام، أم يقرع؟

والحقيبة المشدودة على فرسه، وما فيها من الدراهم والامتعة ليست سلبًا على المذهب. وقيل: كالمنطقة.

فصل: وأما كيفية إخراج السلب، ففي تخميسه قولان: المشهور: لا يخمس. والثاني: يخمس، فيدفع خمسه لأهل الخمس، وباقيه للقاتل، ثم يقسم باقي الغنيمة.

فرع: لا فرق في استحقاق السلب، بين أن يقتل كافرًا مبارزة، وبين أن ينغمر في صف العدو فيقتله، ولا بين أن يقول الإمام: من قتل فله السلب وبين أن لا يقول.

الطرف الرابع: في قسمة الغنيمة. من أحكام قسمتها ما يتعلق بهذا الموضع، ومنها ما يتعلق بكتاب السِّيَر.

فمما يتعلق بهذا الباب، أنه إذا أراد الإمام أو أمير الجيش القسمة، بدأ بالسلب فأعطاه للقاتل تفريعًا على المشهور أن السلب لا يخمس، ثم يخرج المؤن اللازمة، كأجرة حمال وحافظ وغيرها، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية، ويأخذ خمس رقاع، فيكتب على واحدة: لله تعالى أو للمصالح، وعلى أربع: للغانمين، ويدرجها في بنادق متساوية ويجفِّفها، ويخرج لكل قسم رقعة، فما خرج عليه: سهم الله تعالى، جعله بين أهل الخمس على خمسة أسهم، ومنه يكون النفل على الأصح، ويقسم الباقي على الغانمين، ويقدم القسمة بين الغانمين على قسمة الخمس، لأنهم حاضرون محصورون، ومنها يكون الرضخ على الأظهر. وسواء في القسمة، المنقول والعقار، لعموم الآية.

فصل: فيمن يستحق السهم: من شهد الوقعة بنيَّة الجهاد، استحقه، قاتل أو لم يقاتل، إذا كان ممن يسهم له، ويتعلق بهذا الأصل صور:

إحداها: من حضر قبل انقضاء القتال، استحق. وإن حضر بعد حيازة المال، فلا وإن حضر بعد انقضائه، وقبل حيازة المال، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: لا يستحق. والثاني: بلى. وقيل: إن خيف رجعة الكفار، استحق. وإلا، فلا. ولو أقاموا على حصن وأشرفوا على فتحه، فلحق مدد قبل الفتح، شاركوهم. وإن فتحوا ودخلوا آمنين، ثم جاء المدد، لم يشاركوهم.

الصورة الثانية: غاب في أثناء القتال منهزمًا ولم يعد حتى انقضى القتال، فلا حقَّ له. وإن عاد قبل انقضائه، استحق من المحوز بعد عوده دون المحوز قبل عوده، كذا ذكره البغوي، وقياسه أن يقال فيمن حضر قبل انقضاء القتال: لا حق له في المحوز قبل حضوره. كذا نقله أبو الفرج الزاز عن بعض الأصحاب، وإن كنا أطلقناه في الصورة السابقة.

قلت: هذا الذي نقله أبو الفرج متعين، وكلام من أطلقه محمول عليه. والله أعلم.

وإن ولَّى متحرِّفًا لقتال أو متحيزًا إلى فئة، استحق على تفصيل مذكور في «كتاب السّير» ومن هرب ثم ادعى أنه كان متحرِّفًا أو متحيزًا، قال الغزالي: يصدق بيمينه. وقال البغوي: إن لم يعد إلا بعد انقضاء القتال، لم يصدق، لأن الظاهر خلافه. وإن عاد قبله، صدق بيمينه. فإن حلف، استحق من الجميع. وإن نكل، لم يستحق إلا من المحوز بعد عوده.

الصورة الثالثة: مات بعضهم قبل الشروع في القتال، فلا حق له. ولو مات فرسه أو سرق أو عار أو خرج من يده ببيع أو هبة ونحوهما، لم يستحق سهم الفرس. وفيما إذا عار وجه ضعيف. ولو مات رجل بعد انقضاء الحرب وحيازة المال، انتقل حقه إلى ورثته. ولو مات فرسه في هذه الحال، استحق سهم الفرس. ولو مات الرجل بعد انقضاء الحرب وقبل الحيازة، انتقل حقه إلى ورثته على الأصح. ولو مات فرسه في هذا الحال، استحق سهم الفرس على الأصح. ولو مات في أثناء القتال، سقط حقه على المنصوص. ونصّ في موت الفرس في هذا الحال أنه يستحق سهم الفرس. وللأصحاب طرق. أصحها: تقرير النصين، لأن الفارس متبوع، والفرس تابع. وقيل: قولان فيهما. وقيل: إن حيز المال بقتال جديد، فلا استحقاق فيهما. وإن أفضى ذلك القتال إلى الحيازة، استحق فيهما.

الصورة الرابعة: إذا شهد الوقعة صحيحًا، ثم مرض مرضًا لا يمنع القتال، كالحمى الخفيفة والصداع، أو مرضًا يرجى زواله، لم يبطل حقه. وإن كان غير ذلك، كالزمانة والفالج، ففي بطلان حقه قولان أو وجهان: أظهرهما: لا يبطل. ولو خرج في الحرب، استحق على المذهب. ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه. وحكي عن بعض أصحاب الإمام أن المعتبر رجاء الزوال قبل انجلاء القتال. وإذا لم يستحق المريض، رضخ له. والمرض بعد انقضاء القتال وقبل حيازة المال، على الخلاف السابق.

الصورة الخامسة: المخذِّل للجيش، يمنع الخروج مع الناس وحضور الصف.

فإن حضر، لم يعط سهمًا ولا رضخًا. ولا يلحق الفاسق بالمخذّل على الصحيح، وقيل: يلحق، لأنه لا يؤمَن تخذيله.

قلت: كذا قطع الجمهور، أن المخذِّل لا رضخ له. وقال الجرجاني في «التحرير»: إن حضر بإذن الإمام، رضخ له. والله أعلم.

فصل: بعث الإمام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده، فغنمت، لم يشاركها الإمام ومن معه من الجيش.

ولو بعث سريتين إلى جهتين، لم تشارك إحداهما الأخرى. فلو أوغلتا في ديار الكفار، والتقتا في موضع، اشتركتا فيما غنمتا بعد الاجتماع. ولو بعثهما إلى جهة واحدة، فإن أمّر عليهما أميرًا واحدًا، أو كانت إحداهما قريبة من الأخرى، بحيث تكون كل واحدة عونًا للأخرى، اشتركتا، وإلا، فلا. ولو دخل الإمام أو الأمير دار الحرب، وبعث سرية في ناحية، فغنمت، شاركهم جيش الإمام. ولو غنم الجيش، شاركته السرية، لاستظهار كلٍّ بالآخر. ولو بعث سريتين إلى جهة، اشترك الجميع فيما يغنم كل منهم. ولو بعثهما إلى جهتين، فكذلك على الصحيح. وقيل: لا شركة بين السريتين هنا.

ثم ذكر ابن كج والإمام أن شرط الاشتراك أن يكونوا بالقرب مترصدين للنصرة. وحد القرب: أن يبلغهم الغوث والمدد منهم إن احتاجوا، ولم يتعرض أكثر الأصحاب لهذا، واكتفَوا باجتماعهم في دار الحرب.

فعلى الأول، لو كانت إحداهما قريبة، والأخرى بعيدة، اختصت القريبة بالمشاركة.

فرع: بعث الإمام جاسوسًا، فغنم الجيش قبل رجوعه، شاركهم على الأصح، وبه قال الداركي، لأنه فارقهم لمصلحتهم، وخاطر بما هو أعظم من شهود الوقعة.

فصل: إذا شهد الأجير مع المستأجر الوقعة، نظر، إن كانت الإجارة لعمل في الذمة بغير تعيين مدة، كخياطة ثوب وبناء حائط، استحق السهم قطعًا. وإن تعلقت بمدة معينة، بأن استأجره لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهرًا، فنقل الغزالي والبغوي: أنه إن لم يقاتل، فلا سهم له، وإن قاتل فثلاثة أقوال: وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقاتل، أو لا. وكذلك أطلقها الشافعي رحمه الله في «المختصر». أظهرها: له السهم، لحضور الوقعة. والثاني: لا. وعلى هذين، يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة. والثالث: يخيَّر بين الأجرة والسهم. فإن اختار الأجرة، فلا سهم. وإن اختار السهم، فلا أجرة.

قال صاحب «الإفصاح»: هذا الثالث هو فيما إذا استأجر الإمام لسقي الغزاة

وحفظ دوابهم من سهم الغزاة من الصدقات، فيخيِّره الإمام أما أجير آحاد الناس، فلا يجيء فيه هذا القول، لأن الإجارة لازمة، إلا أن يكون الجاري بينهما صورة جعالة. وقال الأكثرون: يجري القول الثالث في كل أجير، كما أطلقه الشافعي رحمه الله، لأن لزوم الإجارة لا يختلف. ثم على الثالث، إذا اختار السهم، ففيما يسقط من الأجرة وجهان: أحدهما: قسطها من وقت دخول دار الحرب. وأصحهما: من وقت شهود الوقعة. وأما وقت تخييره، فنقل في «الشامل» عن الأصحاب أنهم قالوا: يخيَّر، إما قبل القتال، وإما بعده. فيقال قبله: إن أردت القتال، فاطرح الأجرة، وإن أردت الأجرة فاطرح الجهاد. ويقال بعده: إن كنت قصدت الجهاد، فلا أجرة لك، وإن كنت قصدت الأجرة، فخذها ولا سهم لك. والمراد أنه يحصل الغرض بكل واحد منهما، إلا أنه يخيَّر في الحالتين جميعًا.

فرع: إذا أسهمنا للأجير، فله السلب إذا قتل. وإن لم نسهم، فوجهان: وعلى هذا، يرضخ له على الصحيح كالعبد. وقيل: لا، لأنه لم يسهم له، وهو من أهله، بخلاف العبد.

فرع: هذا المذكور في الأجير لغير الجهاد. فأما الاجير للجهاد، ففي صحة استئجار الذمي والمسلم كلام يأتي في «السِّيَر» إن شاء الله تعالى. فإن صحت الإجارة، فله الأجرة، ولا سهم ولا رضخ، وإلا، فلا أجرة. وفي سهم الغنيمة وجهان: أحدهما: يستحقه، لشهوده الوقعة. والثاني: المنع، وبه قطع البغوي، قاتل، أم لا، لأنه أعرض عنه بالإجارة.

فصل: تجار العسكر وأهل الحرف، كالخياطين، والسراجين، والبزَّازين، والبقَّالين، وكل من خرج لغرض تجارة أو معاملة، إذا شهدوا الوقعة، ففي استحقاقهم السهم طرق. المذهب أنهم إن قاتلوا، استحقوا، وإلا، فلا، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وقيل: بالاستحقاق مطلقًا، وهو الأصح عند الروياني، وبالمنع مطلقًا. وإذا لم نسهم لهم، فلهم الرضخ على الأصح.

فصل: إذا أفلت أسير من الكفار، وشهد الوقعة مع المسلمين، فإن كان من هذا الجيش، استحق السهم، قاتل، أم لا؟ وإن أسر من جيش آخر، فهل يستحق لشهوده الوقعة، أم لا لعدم قصده الجهاد؟ قولان: ثم قيل بطرد القولين، قاتل، أم لا. والمذهب والمنصوص في «المختصر» أنهما إذا لم يقاتل، فإن قاتل، استحق قطعًا. هذا إذا أفلت قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة. فإن أفلت بعد الحرب وقبل الحيازة، فعلى ما سبق في لحوق المدد. وإن أفلت بعد الحيازة، قال في «الشامل»: إن قلنا: تملك الغنيمة بالحيازة، فلا سهم له، وإلا، فهو كما لو أفلت

قبل الحيازة ولم يقاتل. وإذا لم يسهم له، ففي الرضخ الخلاف السابق.

فصل: أسلم كافر، والتحق بجيش الإسلام، فشهد الوقعة، يسهم له إن قاتل قطعًا، وكذا إن لم يقاتل على الصحيح، لأنه قصد إعلاء كلمة الإسلام، وشهد الوقعة. وفي «الرقم» للعبادي: أنه لا يستحق.

فصل: سبق أن الغنيمة يبدأ منها بالسلَب والمؤن، ثم يقسم الباقي خمسة أقسام، ويجعل أربعة أخماسها للغانمين، فيسوَّى بينهم في ذلك، ولا يفضل بعضهم إلا بشيئين: أحدهما: النقصان المقتضي للرضخ، تفريعًا على الاظهر: أنه من أربعة أخماسها. والثاني: أن الفارس يفضل على الراجل، فيعطى الفارس ثلاثة أسهم، سهمين لفرسه، وسهمًا له، ويعطى الراجل سهمًا. ويتعلق بهذا الأصل مسائل:

إحداها: راكب البعير، والفيلِ، والحمارِ، والبغلِ، لا يلحق بالفارس، لكن يعطى الراكب سهمه، ويرضخ لهذه الدواب، ويكون رضخ الفيل أكثر من رضخ البغل، ورضخ البغل أكثر من رضخ الحمار، ولا يبلغ رضخها سهم فرس، ويرضخ للصبي والذمي الفارسين أكثر مما يرضخ لو كانا راجلين.

المسألة الثانية: سواء في الخيل العتيق، وهو الذي أبواه عربيان، والبرذون، وهو الذي أبواه أعجميان، والهجين، وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية، والمقرف، وهو الذي أبوه عجمي وأمه عربية، لأن الكر والفرَّ يقع منها كلها، ولا يضر تفاوتها، كالرجال. وفي قول شاذ: لا يسهم للبرذون، بل يرضخ له.

المسألة الثالثة: ليتعهد الإمام الخيل إذا أراد دخول دار الحرب، فلا يدخل إلا فرسًا شديدًا، ولا يُدخل حُطَمًا، وهو الكسير، ولا قحمًا، وهو الهرم، ولا ضرعًا، وهو الصغير الضعيف، ولا أعجف رازحًا. والأعجف: المهزول. والرازح: هو بيِّن الهزال.

فلو أدخل بعضهم شيئًا منها، نظر إن نهى الإمام عن إدخاله وبلغه النهي، لم يسهم لفرسه، وإن لم ينه، أو لم يبلغه النهي، فقولان: أحدهما: يسهم له كالشيخ الضعيف. وأظهرهما: لا، لأنه لا فائدة فيه، بل هو كَلٌّ، بخلاف الشيخ فإنه ينتفع برأيه ودعائه. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا خلاف في المسألة، بل القول الأول محمول على ما إذا أمكن القتال عليه، والثاني إذا لم يمكن.

المسألة الرابعة: من حضر بفرسين، لم يسهم إلا لواحد على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى بعضهم قولًا أنه يسهم لفرسين ولا يزاد.

المسألة الخامسة: يسهم للفرس المستعار والمستأجر، فيكون السهم للمستعير والمستأجر. وحكي وجه: أنه للمعير. وأما الفرس المغصوب. فالمذهب أنه يسهم

له، ويكون سهمه للغاصب. وقيل: للمغصوب منه. وقيل: لا يسهم له، لأن إحضاره حرام، فهو كالمعدوم.

المسألة السادسة: إذا كان القتال في ماءٍ أو حصن وقد أحضر فرسه، أسهم لفرسه، لأنه قد يحتاج إلى الركوب، نص عليه، وحمله ابن كج على ما إذا كانوا بالقرب من الساحل، واحتمل أنه يخرج ويركب. فإن لم يحتمل الحال الخروج، فلا معنى لإعطاء سهم الفرس.

المسألة السابعة: حضر اثنان بفرس مشترك بينهما، فهل يعطى كل منهما سهم فرس، لأن معه فرسًا قد يركبه، أم يعطيان سهم فرس واحد مناصفة، أم لا يعطيان للفرس شيئًا لأنه لم يحضر واحد منهما بفرس تام؟ فيه أوجه.

ولو ركب اثنان فرسًا، وشهدا الوقعة، فهل لهما ستة أسهم لأنهما فارسان؟ أم سهمان لأنهما راجلان لتعذر الكرِّ والفرِّ؟ أم أربعة أسهم، سهمان لهما وسهمان للفرس؟ فيه ثلاثة أوجه: وبالله التوفيق.

واختار ابن كج في «التجريد» وجهًا رابعًا حسنًا أنه إن كان فيه قوة الكرِّ والفرِّ مع ركوبهما، فأربعة أسهم، وإلاّ، فسهمان.

ومن مسائل الباب: لو دخل دار الحرب راجلًا، ثم حصّل فرسًا ببيع أو إعارة أو غيرهما، وحضر به الحرب، أسهم له. قال صاحب «العدة»: ولو حضر فارسًا، فضاع فرسه، فأخذه رجل وقاتل عليه، فأسهم المقاتل له وللفرس، كان سهما الفرس لمالكه، لأنه شهد الوقعة وفرسه حاضر ولم يوجد منه اختيار إزالة يد، فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه، ويفارق المغصوب حيث قلنا: سهم الفرس للغاصب على المذهب، لأن المالك لم يشهد الوقعة.

ومنها: الأعمى، والزَّمِن، ومقطوع اليدين والرجلين، المذهب: أنه لا يسهم لهم، لكن يرضخ. وحكى الجرجاني في استحقاقهم السهم قولين.

ولو شرط الإمام للجيش أن لا يخمس عليهم، فشرطه باطل، ويجب تخميس ما غنموا، وسواء شرط ذلك لضرورة، أم لا. وحكى ابن كج وجهًا أنه إن شرطه لضرورة، لم يخمس، وهذا شاذ باطل.

ولو غزت طائفة بغير إذن الإمام فغنمت، خمس على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى ابن كج وجهًا: أنه لا يخمس، وهو باطل. ولو كان معه فرس فلم يركبه ولم يعلم به، قال ابن كج: لم يسهم له بلا خلاف. قال: ولو علم به ولم يركبه بحال، فلا سهم له. قال: وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه ولم يحتج إليه. والله أعلم.

باب قسم الخمس

قال المصنف رحمه الله تعالى: ويقسم الخمس على خمسة أسهم، سهم لرسول الله ﷺ وسهم لذوي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] فأما سهم رسول الله ﷺ فإنه يصرف في مصالح المسلمين. والدليل عليه ما روى جبير بن مطعم رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ حين صدر من خيبر تناول بيده نبذة من الأرض، أو وبرة من بعيره وقال: والذي نفسي بيده ما لي مما أفاء الله إلا الخمس، والخمس مردود عليكم»[(١)] فجعله لجميع المسلمين. ولا يمكن صرفه إلى جميع المسلمين إلا بأن يصرف في مصالحهم. وأهم المصالح سد الثغور لأنه يحفظ به الإسلام والمسلمين ثم الأهم فالأهم.

فصل: وأما سهم ذوي القربى فهو لمن ينتسب إلى هاشم والمطلب ابني عبد مناف، لما روى جبير بن مطعم رضي الله عنه قال: «لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب؟ جئت أنا وعثمان فقلنا: يا رسول الله، هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله فيهم، أرأيت أخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وإياهم منك بمنزلة واحدة قال: أنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعه»[(٢)] ويسوي فيه بين الأغنياء والفقراء، لأن رسول الله ﷺ أعطى منه العباس وكان موسرًا، يعول عامة بني عبد المطلب» ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث، ويشترك فيه الرجال والنساء لما روى عبدالله بن الزبير رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ أسهم لأم الزبير في ذوي القربى»[(٣)] ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع، فاستوى فيه الذكر والأنثى كالميراث، وجعل للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال المزني وأبو ثور: يسوي بين الذكر والأنثى، لأنه مال يستحق باسم القرابة فلا يفضل الذكر فيه على الأنثى كالمال المستحق بالوصية للقرابة، وهذا خطأ، لأنه مال يستحق بقرابة الأب بالشرع ففضل الذكر فيه على الأنثى، كميراث ولد الأب، ويدفع ذلك إلى القاصي

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٦٩٤) والنسائي في سننه (٦/ ٢٦٢) وأحمد في المسند (٢/ ١٨٤) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٢٢٩) وأحمد في المسند (٤/ ٨١) وأبو داود في سننه برقم (٢٩٧٨) والنسائي في سننه (٧/ ١٣٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٨١).

(٣) تقدم.

منهم والداني. وقال أبو إسحاق: يدفع ما في كل إقليم إلى من فيه منهم، لأنه يشق نقله من إقليم إلى إقليم، والمذهب الأول لقوله عز وجل: ﴿وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] فعم ولم يخص، ولأنه حق مستحق بالقرابة فاستوى فيه القاصي والداني كالميراث.

فصل: وأما سهم اليتامى فهو لكل صغير فقير لا أب له، فأما من له أب فلا حق له فيه، لأن اليتيم هو الذي لا أب له. وليس للبالغ فيه حق، لأنه لا يسمى بعد البلوغ يتيمًا. والدليل عليه قوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم»[1] وليس للغني فيه حق، لأن اليتيم هو الذي لا أب له غنيًا كان أو فقيرًا، والمذهب الأول، لأن غناه بالمال أكثرمن غناه بالأب، فإذا لم يكن لمن له أب فيه حق فلأن لا يكون لمن له مال أولى.

فصل: وأما سهم المساكين فهو لكل محتاج من الفقراء والمساكين، لأنه إذا افرد المساكين تناول الفريقين.

فصل: وأما سهم ابن السبيل فهو لكل مسافر أو مريد لسفر في غير معصية وهو محتاج، على ما ذكرناه في الزكاة.

فصل: ولا يدفع شيء من الخمس إلى كافر لأنه عطية من الله تعالى، فلم يكن للكافر فيها حق كالزكاة، ولأنه مال مستحق على الكافر بكفره فلم يجز أن يستحقه الكافر وبالله التوفيق.

باب قسم الفيء

قال المصنف رحمه الله تعالى: الفيء هو المال الذي يؤخذ من الكفار من غير قتال، وهو ضربان أحدهما: ما انجلوا عنه خوفًا من المسلمين، أو بذلوه للكف عنهم، فهذا يخمس ويصرف خمسه إلى من يصرف إليه خمس الغنيمة، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الحشر: ٧]، والثاني: ما أخذ من غير خوف كالجزية، وعشور تجاراتهم، ومال من مات منهم في دار الإسلام ولا وارث له، ففي تخميسه قولان، قال في القديم: لا يخمس، لأنه مال أخذ من غير خوف، فلم يخمس كالمال المأخوذ بالبيع والشراء. وقال في الجديد: يخمس ـ وهو الصحيح للآية. ولأنه مال مأخوذ من الكفار بحق الكفر، لا يختص به بعض المسلمين، فوجب تخميسه كالمال الذي انجلوا عنه. وأما أربعة أخماسه كانت لرسول الله ﷺ في حياته، والدليل على قوله عز وجل: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ ولا ينتقل ما ملكه إلى ورثته لما روى أبو

(١) تقدم.

هريرة ﷺ: أن النبي ﷺ قال: «لا تقتسم ورثتي دينارًا ولا درهمًا، ما تركته بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي فإنه صدقة»[١] وروى مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر ﷺ: «أنه قال لعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف: أنشدكم بالله أيها الرهط، هل سمعتم رسول الله ﷺ قال: إنا لا نورث ما تركنا صدقة، إن الأنبياء لا تورث؟ فقال القوم: بلى قد سمعناه، ثم أقبل على علي وعباس فقال: أنشدكما بالله هل سمعتما أن رسول الله ﷺ قال: ما تركناه صدقة وإن الأنبياء لا تورث؟ فقالا: نعم»[٢] أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود. واختلف قول الشافعي رحمه الله فيما يحصل من مال الفيء بعد موت رسول الله ﷺ فقال في أحد القولين: يصرف في المصالح، لأنه مال راتب لرسول الله ﷺ فصرف بعد موته في المصالح كخمس الخمس، فعلى هذا يبدأ بالأهم، وهو سد الثغور، وأرزاق المقاتلة، ثم الأهم فالأهم. وقال في القول الثاني: هو للمقاتلة لأن ذلك كان لرسول الله ﷺ لما كان فيه من حفظ الإسلام والمسلمين، ولما كان له في قلوب الكفار من الرعب، وقد صار ذلك بعد موته في المقاتلة فوجب أن يصرف إليهم.

فصل: وينبغي للإمام أن يضع ديوانًا يثبت فيه أسماء المقاتلة وقدر أرزاقهم، لما روى أبو هريرة ﷺ قال: «قدمت على عمر ﷺ من عند أبي موسى الأشعري بثمانمائة ألف درهم، فلما صلى الصبح اجتمع إليه نفر من أصحاب رسول الله ﷺ فقال لهم: قد جاء للناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الإسلام، أشيروا علي بمن أبدأ منهم، فقالوا: بك يا أمير المؤمنين، إنك ولي ذلك قال: لا، ولكن أبدأ برسول الله ﷺ ثم الأقرب، فالأقرب إليه، فوضع الديوان على ذلك»[٣] ويستحب أن يجعل على كل طائفة عريفًا لأن النبي ﷺ: «جعل عام خيبر على كل عشرة عريفًا»[٤] ولأن في ذلك مصلحة، وهو أن يقوم العريف بأمورهم، ويجمعهم في وقت العطاء، وفي وقت الغزو، ويجعل العطاء في كل عام مرة أو مرتين، ولا يجعل في كل شهر، ولا في كل أسبوع، لأن ذلك يشغلهم عن الجهاد.

فصل: ويستحب أن يبدأ، بقريش لقوله ﷺ: «قدموا قريشًا ولا تتقدموها»[٥] ولأن النبي ﷺ منهم. فإنه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٧٧٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٦٠) وأبو داود في سننه برقم (٢٩٧٤) وأحمد في المسند (٢/ ٢٤٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٠٩٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٥٧) وأبو داود في سننه برقم (٢٩٦٣) والترمذي في سننه برقم (١٦١٠).

(٣) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥/ ١٦٩).

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٤/ ١٥٨).

(٥) تقدم.

فهر بن مالك بن النضر بن كنانة. واختلف الناس في قريش، فمنهم من قال: كل من ينتسب إلى فهر بن مالك فهو من قريش، ومنهم من قال: كل من ينتسب إلى النضر بن كنانة فهو من قريش، ويقدم من قريش بنو هاشم، لأنهم أقرب قبائل قريش إلى رسول الله ﷺ ويضم إليهم بنو المطلب، لأن النبي ﷺ قال: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد. وشبك بين أصابعه»[١] وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: «حضرت رسول الله ﷺ يعطيهم، فإذا كان السن في الهاشمي قدمه على المطلبي، وإذا كان في المطلبي قدمه على الهاشمي، ثم يعطي بني عبد شمس وبني نوفل ابني عبد مناف، ويقدم بني عبد شمس على بني نوفل، لأن عبد شمس أقرب إليه لأنه أخو هاشم من أبيه وأمه، ونوفل أخوه من أبيه»[٢] وأنشد آدم بن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز:

عبد شمس لا تهنها إنما ... عبد شمس عم عبد المطلب
عبد شمس كان يتلو هاشمًا ... وهما بعد لأم ولأب
يا أمين الله إني قائل ... قول ذي بر ودين وحسب

ثم يعطي بني عبد العزى، وبني عبد الدار، ويقدم عبد العزى على عبد الدار، لأن فيهم أصهار رسول الله ﷺ فإن خديجة بنت خويلد منهم، ولأن فيهم من حلف المطيبين، وحلف الفضول. وهما حلفان كانا من قوم قريش اجتمعوا فيهما على نصر المظلوم، ومنع الظالم. وروت عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ قال: شهدت حلف الفضول، ولو دعيت إليه لأجبت»[٣] وعلى هذا يعطى الأقرب فالأقرب، حتى تقضى قريش، فإن استوى اثنان في القرب قدم أسنهما، لما رويناه من حديث عمر في بني هاشم وبني المطلب، فإن استويا في السن قدم أقدمهم هجرة وسابقة، فإذا انقضت قريش قدم الأنصاري على سائر العرب، لما لهم من السابقة، والآثار الحميدة في الإسلام، ثم يقسم على سائر العرب، ثم يعطى العجم، ولا يقدم بعضهم على بعض إلا بالسن والسابقة دون النسب.

فصل: ويقسم بينهم على قدر كفايتهم، لأنهم كفوا المسلمين أمر الجهاد، فوجب أن يكفوا أمر النفقة، ويتعاهد الإمام في وقت العطاء عدد عيالهم، لأنه قد يزيد وينقص، وبتعرف الأسعار وما يحتاجون إليه من الطعام والكسوة، لأنه قد يغلوا ويرخص، ليكون عطيتهم على قدر حاجتهم، ولا يفضل من سبق إلى الإسلام أو إلى الهجرة على غيره، لأن الاستحقاق بالجهاد، وقد تساووا في الجهاد فلم يفضل بعضهم على بعض كالغانمين في الغنيمة.

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) أخرجه أحمد في المسند (١/ ١٩٣) والبخاري في الأدب المفرد برقم (٥٦٧) وابن حبان في صحيحه برقم (٤٣٧٣).

فصل: ولا يعطى من الفيء صبي ولا مجنون، ولا عبد، ولا امرأة ولا ضعيف لا يقدر على القتال، لأن الفيء للمجاهدين وليس هؤلاء من أهل الجهاد. وإن مرض مجاهد [فإن] كان مرضًا يرجى زواله أعطي، لأن الناس لا يخلون من عارض مرض، وإن كان مرضًا لا يرجى زواله سقط حقه من الفيء، لأنه خرج عن أن يكون من المجاهدين. وإن مات المجاهد وله ولد صغير أو زوجة ففيه قولان: أحدهما: أنه لا يعطى ولده ولا زوجته من الفيء شيئًا لأن ما كان يصل إليهما على سبيل التبع لمن يعولهما وقد زال الأصل وانقطع التبع. والثاني: أنه يعطى الولد إلى أن يبلغ وتعطى الزوجة إلى أن تتزوج، لأن في ذلك مصلحة، فإن المجاهد إذا علم أنه يعطى عياله بعد موته توفر على الجهاد. وإذا علم أنه لا يعطى اشتغل بالكسب لعياله وتعطل الجهاد، فإذا قلنا بهذا فبلغ الولد ـ فإن كان لا يصلح للقتال، كالأعمى والزمن ـ أعطى الكفاية كما كان يعطى قبل البلوغ، وإن كان يصلح للقتال وأراد الجهاد فرض له، وإن لم يرد الجهاد لم يكن له في الفيء حق، لأنه صار من أهل الكسب. وإن تزوجت الزوجة سقط حقها من الفيء، لأنها استغنت بالزوج، وإن دخل وقت العطاء فمات المجاهد انتقل حقه إلى ورثته، لأنه مات بعد الاستحقاق فانتقل حقه إلى الوارث.

فصل: وإن كان في الفيء أراض كان خمسها لأهل الخمس، فأما أربعة أخماسها فقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (تكون وقفًا) فمن أصحابنا من قال: هذا على القول الذي يقول أنه للمصالح، فإن المصلحة في الأراضي أن تكون وقفًا. لأنها تبقى فتصرف غلتها في المصالح. وأما إذا قلنا: أنها للمقاتلة فإنه يجب قسمتها بين أهل الفيء، لأنها صارت لهم. فوجبت قسمتها بينهم كأربعة أخماس الغنيمة. ومن أصحابنا من قال: تكون وقفًا على القولين، فإن قلنا: أنها للمصالح صرفت غلتها في المصالح وإن قلنا: أنها للمقاتلة صرفت غلتها في مصالحهم لأن الاجتهاد في مال الفيء إلى الإمام. ولهذا يجوز أن يفضل بعضهم على بعض، ويخالف الغنيمة، فإنه ليس للإمام فيها الاجتهاد، ولهذا لا يجوز أن يفضل بعض الغانيمن على بعض. وبالله التوفيق.

الشرح: الفيء ما جلا عنه الكفار خوفًا من المسلمين إذا سمعوا خبرهم أو لضرٍّ أصابهم، وجزية أهل الذمة وما صولح عليه أهل بلد من الكفار، وعشور تجاراتهم المشروطة عليهم إذا دخلوا دار الإسلام، ومال من مات أو قتل على الردة، ومال من مات من أهل الذمة عندنا، ولا وارث له، وكل ذلك مخمس على ما سنفصله إن شاء الله تعالى. هذا هو المذهب. وحكي عن القديم: أن مال المرتد لا يخمس. فقيل: يختص هذا القول بالمرتد، ويخمس ما سواه قطعًا، لأن المرتد يستصحب به حكم الإسلام، كما يؤمر بقضاء الصلوات وتلزمه الحدود. وقيل: ما تركوه خوفًا من المسلمين يخمس قطعًا، وفيما سواه يطرد القول القديم، وبهذا

الطريق قال الأكثرون. ومنهم من طرد في جميع مال الفيء قولين. الجديد: يخمس كالغنيمة. والقديم: المنع، لأنه لم يقاتل عليه، كما لو صولحوا على الضيافة، فإنه لا حق لأهل الخمس في مال الضيافة، بل يختص به الطارقون. قال البغوي: وحيث قلنا: لا يخمس، فحكم جميع المال حكم الأخماس الأربعة على قولنا بالتّخميس، وفي مصرفها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى. قال الروياني في «الحلية»: لو صالحونا على مال عند القتال، فهو غنيمة.

قال في البيان: قد ذكرنا أن الغنيمة تقسم على خمسة أسهم، وقد مَضَى الكلام في قسمة أربعة أخماسها بين الغانمين، وأمَّا خمسها: فإنه يقسم عندنا على خمسة أسهم: سهم لرسول الله ﷺ، وسهم لذوي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل.

وقال أبُو العالية الرياحي: يقسم الخمس على ستة أسهم: سهم لله يصرف في رتاج الكعبة وزينتها، وخمسة أسهم على ما ذكرناه.

وقال مالك: خمس الغنيمة موكول إلى اجتهاد الإمام.

وقال أبو حنيفة: خمس الغنيمة يقسم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل، ويسقط سهم النَّبيّ ﷺ بموته. وأمَّا سهم ذوي القربى: فقد كان لذوي القربى الذين كانوا في عهد رسول الله ﷺ، وقد سقط بموتهم. فقال بعض أصحابه: كان يفرقه عليهم بمعنى الفقر والمسكنة، لا على جهة استحقاقهم له بالقرابة، ويسقط بموتهم.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية.

فموضع الدليل منها على أبي العالية: أن الله تعالى قسم الخمس على خمسة أسهم، وأبو العالية يقسمه على ستة.

وموضع الدليل منها على مالك: أن الله أضاف الخمس إلى جميع الأصناف المذكورين في الآية، فلا يجوز صرفه إلى غيرهم.

وعلى أبي حنيفة: أن الله جعل لنبيه، سهمًا ولذوي القربى سهمًا في خمس الغنيمة، فاقتضى أن ذلك على التأبيد.

إذا ثبت هذا: فإن سهم النَّبيّ ﷺ، يصرف عندنا بعد موته في مصالح المسلمين.

ومن الناس من قال: يكون للإمام أن يصرفه في نفقته ونفقة عياله؛ إذ هو خليفة رسول الله ﷺ.

ومن الناس من قال: يصرف إلى باقي الأصناف المذكورين في الآية.

دليلنا: ما رَوَى جبير بن مطعم: أن النَّبيّ ﷺ قال: «مالي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود عليكم» وهذا يقتضي رده على جميع المسلمين، ولا يمكن ذلك إلا إذا صرف إلى مصالحهم.

فأما سهم ذوي القربى: فإنه لمن ينتسب إلى هاشم والمطلب ابني عبد مناف ولأن عبد مناف كان له خمسة أولاد: هاشم جد النَّبيّ ﷺ، والمطلب جد الشافعي رحمه الله، وعبد شمس جد عثمان بن عفان رضي الله عنه، ونوفل جد جبير بن مطعم رضي الله عنه، وأبو عمرو ولا عقب له. فقسم النَّبيّ ﷺ سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب دون بني عبد شمس وبني نوفل. قال جبير بن مطعم: «فأتيت أنا وعثمان إلى النَّبيّ ﷺ، وقلنا له: يا رسول الله، هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم، أرأيت إخواننا من بني المطلب، أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة؟ فقال له النَّبيّ ﷺ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه.

إذا ثبت هذا: فإنه يشترك في هذا السهم الأغنياء والفقراء من ذوي القربى؛ لأن النَّبيّ ﷺ كان يعطي منه العباس بن عبد المطلب وكان موسرًا، وكان يعول أكثر بني عبد المطلب.

ويستحقه الرجال والنساء منهم، لأن النَّبيّ ﷺ أسهم لأم الزبير منه. ولأنه مستحق بالقرابة، فاشترك فيه الرجال والنساء، كما لو وصى بماله لقرابته.ولا يفضل رجل على رجل، ولا امرأة على امرأة، كما قلنا في الوصية للقرابة.

ويعطى الرجل مثل حظ الأنثيين.

وقال المزني وأبو ثور: يسوى بين الرجل والمرأة؛ لأنه مال مستحق بالقرابة، فلا يفضل فيه الذكر على الأنثى كالوصية للقرابة. وهذا خطأ؛ لأنه مال مستحق بقرابة الأب بالشَّرعِ، ففضل فيه الذكر على الأنثى، كميراث ولد الأب.

فقولنا: بقرابة الأب احتراز من ميراث الإخوة من الأم. وقولنا: بالشَّرعِ احتراز من الوصية للقرابة.

ويدفع ذلك إلى من ينتسب إلى هاشم والمطلب من أولادهما أولاد أولادهما وإن سفلوا من الأعلى والأسفل، من قبل البنين دون أولاد البنات؛ لأن أولاد البنات ينسبون إلى آبائهم دون أمهاتهم.

فرع: ومتى لاح درهم من خمس الخمس، فهو لجميع ذَوِي القربى في جميع أقاليم الأرض.

وقال أبو إسحاق: ينفرد من كان في إقليم من ذوي القربى بما حصل من خمس الخمس في مقر ذلك الإقليم؛ لأنه يشق نقل ما حصل في إقليم إلى جميع ذَوِي القربى في جميع الأقاليم.

والمنصوص هو الأول؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية. فجعل خمس الخمس لجميع ذَوِي القربى، فاقتضى اشتراكهم فيه. ولأنه مال مستحق بالقرابة، فاستوى فيه القاصي والداني، كالميراث. وما ذكره أبو إسحاق من المشقة، فلا يلزم الإمام تفريقه على ما قرره، ولكن إذا حصل سهم لذوي القربى في مقر إقليم، فرقه على ذَوِي القربى في ذلك الإقليم، وإذا حصل سهم لذوي القربى في إقليم غيره، فرقه أيضًا على ذوي القربى فيه، ثم كذلك في جميع الأقاليم، ثم يقابل بين ما فرقه عليهم في كل إقليم وبين عددهم، فإن كان قد وصل إلى كل من في إقليم قدر حقه في جميع الأقاليم، فلا كلام، وإلا رد الفضل على من بقي له، كالرجل إذا دفع زكاته إلى الإمام فليس على الإمام أن يوصل زكاة الرجل الواحد إلى جميع الأصناف، بل لو أوصلها إلى رجل واحد أجزأ، ولكن على الإمام أن يساوي بين الأصناف فيما يعطيهم من زكاة الرعية كلها.

وأمَّا سهم اليتامى: فإنه يصرف إلى كل صغير لا أب له إذا كان محتاجًا؛ لأن اليتيم من بني آدم من فقد الأب، والبالغ لا يسمى يتيمًا؛ لقوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم» وهل يدخل فيه الصغير الذي لا أب له إذا كان غنيًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يدخل فيه؛ لأن اليتم في بني آدم: فقد الأب، وذلك يقع على الغني والفقير. والثاني: لا يدخل فيه؛ لأن غناه بالمال أكثر من غناه بالأب.

إذا ثبت هذا: فإن سهم اليتامى يصرف إلى القاصي والداني من اليتامى في جميع الأقاليم على المنصوص، ولكن لا يكلف الإمام النقل من إقليم إلى إقليم، بل على ما ذكرناه في ذَوِي القربى. وعلى قول أبي إسحاق: يختص يتامى كل إقليم بما يحصل في مغزاهم.

وهل يختص يتامى المرتزقة بهذا السهم؟ فيه وجهان: أحدهما: قال القفال: يختصون به، كما يختص المرتزقة بأربعة أخماس الغنيمة. والثاني: قال عامة أصحابنا: لا يختصون به؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] ولم يفرق.

وأما سهم المساكين: فإنه يصرف إلى الفقراء والمساكين؛ لأنهما متقاربان في المعنى، فمتى ذكر أحدهما تناولهما، وإن ذكرا معًا قسم بينهما.

ويصرف هذا السهم إلى الفقراء والمساكين في جميع الأقاليم، ولكن لا يكلف الإمام النقل من إقليم إلى إقليم، بل بالحساب على المنصوص. وعلى قول أبي إسحاق: يختص مساكين كل إقليم وفقراؤه بما يحصل من هذا السهم في مغزاهم.

وقال أبو عليّ في «الإفصاح»: إن اتسع سهم اليتامى والمساكين لجميع يتامى البلدان ومساكينهم، وإلا فرق على حسب الإمكان.

وأمَّا سهم ابن السبيل: فهو لكل مسافر أو منشئ للسفر وهو محتاج، على ما مضى في الزكاة.

ولا يفضل سهم على سهم، كما قلنا في سهام الأصناف في الصدقات.

ويقسم سهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل على جميع الصنف على قدر حاجاتهم، على ما ذكرناه في الصدقات.

ولا يجوز دفع شيء من الخمس إلى كافر من جميع الأصناف؛ لأنه عطية من الله، فلم يكن للكافر فيها حق، كالزكاة.

فرع: يعم بالعطاء الحاضر في موضع حصول الفيء والغائب عنه على الصحيح. وقال أبو إسحاق: ما حصل في إقليم، دفع إلى من فيه، لمشقة النقل. واحتجوا للصحيح بظاهر الآية، وبالقياس على الإرث. وأما المشقة، فيأمر الإمام أمناءَه في كل أقليم بضبط مَن فيه، ولا يلزمه نقل ما في كل إقليم إلى جميع الأقاليم، بل الحاصل في كل إقليم يضبط، يفرَّق على ساكنيه. فإن لم يكن في بعضها شيء، أو لم يف بمن فيه، نقل قدر الحاجة. قال الرافعي: ولو كان الحاصل قدرًا لو وزِّع لم يسدّ مسدًّا، قدّم الأحوج، ولا يستوعب للضرورة.

فرع: في تعميم اليتامى والمساكين وابن السبيل، وتخصيص الحاصل في كل إقليم وناحية بأهله، الخلاف في أهل القربى، حكاه الشيخ أبو حامد وغيره.

فرع: سبق في باب الوصية: أن عند الانفراد يدخل الفقراء في اسم المساكين، وعكسه، ولفظ المساكين هنا مفرد، فيدخل فيه الفقراء، وحينئذٍ مقتضى القول بوجوب تعميم مساكين الإقليم أو العالم تناولُ الفقراء أيضًا، وهذا مقتضى كلام بعضهم. ومنهم من يقول: يجوز الصرف إلى الفقراء، لأنهم أشد حاجة، وهذا لا يقتضي تناولهم.

فرع: يجوز أن يفاوت بين اليتامى، وكذا في المساكين وأبناء السبيل، لأن هؤلاء يستحقون بالحاجة، فتراعى حاجاتهم، بخلاف ذوي القربى، فإنهم يستحقون بالقرابة.

فرع: لا يشترط أن يكون هؤلاء الأصناف الثلاثة من المرتزقة على الصحيح

المعروف. وعن القفال اختصاصه بيتامى المرتزقة، وذكر الماوردي مثله في المساكين وأبناء السبيل.

فرع: إذا فقد بعض الأصناف، وزّع نصيبه على الباقين كالزكاة، إلا سهم رسول الله ﷺ، فإنه للمصالح كما ذكرنا.

فرع: لا يجوز الصرف إلى كافر.

فرع: لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من اليتامى، ولا من المساكين، ولا من أبناء السبيل، كما قلنا في الزكاة إذا فرّقها الإمام.

فصل: وأما أربعة أخماس الفيء، ففي مصرفها ثلاثة أقوال: أظهرها: أنها للمرتزقة المرصدين للجهاد. والثاني: للمصالح. والثالث: أنها تقسم كما يقسم الخمس، فيقسم جميع الفيء على الخمسة الذين ذكرناهم، وهذا غريب. فعلى الثاني: نبدأ بالأهم فالأهم. وأهمها تعهد المرتزقة. وكذا حكم خمس الخمس. فالقولان الأولان متفقان على أن المصرف المرتزقةُ، وإنما يختلفان فيما فضل عنهم.

فرع: وللإمام في القسمة على المرتزقة وظائف:

إحداها: يضع ديوانًا. قال في «الشامل»: وهو الدفتر الذي يثبت فيه الأسماء. فيحصي المرتزقة بأسمائهم، وينصب لكل قبيلة أو عدد يراه عريفًا ليعرض عليه أحوالهم، ويجمعهم عند الحاجة ويثبت فيه قدر أرزاقهم.

الثانية: يعطي كل شخص قدر حاجته، فيعرف حاله وعدد من في نفقته وقدر نفقتهم وكسوتهم وسائر مؤنتهم، ويراعي الزمان والمكان، وما يعرض من رخص وغلاء، وحال الشخص في مروءته وضدّها، وعادة البلد في المطاعم، فيكفيه المؤونات ليتفرغ للجهاد، فيعطيه لأولاده الذين هم في نفقته أطفالًا كانوا أو كبارًا، وكلما زادت الحاجة بالكبر، زاد في حصته. وهل يدفع إليه ما يتعهد منه الأولاد؟ أم يتولى الإمام تعهدهم بنفسه؟ أو بنائب له؟ فيه قولان: أظهرهما: الأول. وحكى الحناطي وأبو الفرج الزاز وجهًا أنه لا يعطي الأولاد شيئًا، لأنهم لا يقاتلون، وهذا شاذ ضعيف وإذا كان له عبد يقتنيه للزينة أو للتجارة، لم يعط له. وإن كان يقاتل معه أو يحتاج إليه في الغزو لسياسة الدواب ونحوها، أعطي له، وكذا لو كان له عبد يخدمه وهو ممن يخدَم، بل لو لم يكن له عبد واحتاج إليه، أعطاه الإمام عبدًا، ولا يعطي إلا لعبد واحد. وفي الزوجات، يعطي للجماعة. وإذا نكح جديدة، زاد في العطاء، لأن نهايتهن أربع، والعبيد لا حصر لهم، وكأن هذا في عبيد الخدمة. فأما الذين يتعلق بهم مصلحة الجهاد، فينبغي أن يعطيَ لهم وإن كثروا.

فرع: يعطى المرتزق مؤنة فرسه، بل يعطى الفرس إذا كان يقاتل فارسًا ولا فرس له، ولا يعطى للدواب التي يتخذها زينة ونحوها.

فرع: يعطى كل منهم بقدر حاجتهم، ولا يفضَّل أحد منهم بشرف نسب أو سبق في الإسلام أو الهجرة وسائر الخصال المرضية، بل يستوون كالإرث والغنيمة. وفي وجه: يفضَّل إذا اتسع المال.

الثالثة: يستحب أن يقدم في الإعطاء وفي إثبات الاسم في الديوان قريشًا على سائر الناس، وهم ولد النضر بن كنانة، بن خزيمة، بن مدركة، بن إلياس، بن مضر، بن نزار، بن معدّ، بن عدنان. قال الأستاذ أبو منصور: هذا قول أكثر النسابين، وبه قال الشافعي وأصحابه، وهو أصح ما قيل. وقيل: هم ولد إلياس. وقيل: ولد مضر. وقيل: ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة. ثم يقدم من قريش الأقرب فالأقرب إلى رسول الله ﷺ، وهو: محمد، بن عبد الله، بن عبد المطلب بن هاشم، بن عبد مناف، بن قصي، بن كلاب، بن مرة، بن كعب، بن لؤي، بن غالب، بن فهر، بن مالك بن النضر، بن كنانة، فيقدم بني هاشم، وبني المطلب على سائر قريش، ثم بني عبد شمس وبني نوفل أخوي هاشم، ويقدم منهما بني عبد شمس، لأنه أخو هاشم لأبويه، ونوفل أخوه لأبيه، ثم بني عبد العزى وبني عبد الدار ابني قصي يقدم منهما بني عبد العزّى، لأنهم أصهار رسول الله ﷺ، فإن خديجة رضي الله عنها بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى، ثم بني زهرة بن كلاب أخي قصي، ثم بني تيم وبني مخزوم أخوي كلاب، ويقدم منهما بني تيم، لمكان أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعائشة رضي الله عنها من رسول الله ﷺ، ثم بني جمح وبني سهم، وهما من ولد هصيص بن كعب، وبني عدي بن كعب ـ وهصيصٌ وعدي أخوا مرة بن كعب ـ وقدّم عمر رضي الله عنه من هؤلاء القبائل الثلاث بني جمح؛ وسوَّى بين بني سهم وبني عدي، كما يسوَّى بين بني هاشم وبني المطلب. قال الشافعي رحمه الله: وقدم المهدي أمير المؤمنين في زمانه بني عدي على بني جمح وبني سهم، لمكان عمر رضي الله عنه، والذي فعله عمر رضي الله عنه كان تواضعًا منه. ثم يقدم بني عامر بن لؤي، ثم بني الحارث بن فهر. فإذا فرغ من قريش، بدأ بالأنصار، ثم يعطي سائر العرب. هكذا رتب الأصحاب، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله. وفي «أمالي» السرخسي: أن هذا محمول على الذين هم أبعد من الأنصار، فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله ﷺ من الأنصار، فيقدمون عليهم. ومتى استوى اثنان في القرب، قدِّم أسنُّهما. فإن استويا في السن، فأقدمهما إسلامًا وهجرة.

وقد عكس أقضى القضاة الماوردي هذا، فقال في «الأحكام السلطانية»

: يقدم بالسابقة في الإسلام. فإن تقاربا فيه، قدم بالدِّين. فإن تقاربا فيه، قدم بالسن، فإن تقاربا فيه، قدم بالشجاعة. فإن تقاربا فيه، فوليُّ الأمر بالخيار بين أن يرتِّبهم بالقرعة، أو برأيه واجتهاده، وهذا الذي قاله هو المختار. والله أعلم.

ثم بعد العرب، يعطى العجم. وفي «المهذب» و«التهذيب»: أن التقديم فيهم بالسن والفضائل، ولا يقدم بعضهم على بعض بالنسب، وفيه كلامان:

أحدهما: أن العجم قد يعرف نسبهم، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه القرب والبعد أيضًا.

الثاني: أنا قدمنا في صفة الأئمة في الصلاة عن إمام الحرمين: أن الظاهر رعاية كل نسب يعتبر في الكفاءة في النكاح، وسنذكر إن شاء الله تعالى، أن نسب العجم مرعيٌّ في الكفاءة على خلاف فيه، فليكن كذلك هنا.

قال الأئمة: وجميع الترتيب المذكور في هذه الوظيفة، مستحب لا مستحق.

الرابعة: لا يثبت في الديوان اسم صبي، ولا مجنون، ولا امرأة، ولا عبد، ولا ضعيف لا يصلح للغزو، كالأعمى، والزمن، وإنما هم تبع للمقاتل إذا كانوا في عياله، يعطى لهم كما سبق، وإنما يثبت في الديوان الرجال المكلفين المستعدين للغزو، وإذا طرأ على المقاتل مرض أو جنون، فإن رجي زواله، أعطي ولم يسقط اسمه، وإلاّ أسقط اسمه. وفي إعطائه الخلاف الآتي في زوجة المقاتل بعد موته، وأولى بالإعطاء.

فرع: من مات من المرتزقة، هل ينقطع رزق زوجته وأولاده لزوال المتبوع؟ أم يستمرُّ ترغيبًا للمجاهدين؟ قولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: الثاني. فعلى هذا، ترزق الزوجة إلى أن تتزوج، والأولاد إلى أن يبلغوا ويستقلّوا بالكسب، أو يرغبوا في الجهاد فيثبت اسمهم في الديوان. ومن بلغ منهم وهو أعمى أو زمن، رُزق على هذا القول كما كان يُرزق قبل البلوغ، هذا في ذكور الأولاد. وأما الإناث، فمقتضى كلامه في «الوسيط» أنهن يرزقن إلى أن يتزوجن.

الخامسة: يفرِّق الأرزاق في كل عام مرة، ويجعل له وقتًا معلومًا لا يختلف. وإذا رأى مصلحة أن يفرق مشاهرة ونحوها، فعل. وإذا اقتصر في السنة على مرة، فيشبه أن يقال: يجتهد، فما اقتضته الحال وتمكن فيه من الإعطاء في أول السنة أو آخرها، فعله، وعلى هذا ينزَّل قوله في «الوجيز»: يفرق في أول كل سنة، وقول الآخرين: يفرق في آخر كل سنة.

فرع: إذا مات واحد من المرتزقة بعد جمع المال وانقضاء الحول، صرف نصيبه إلى ورثته ولا يسقط هذا الحق بالإعراض عنه على الظاهر، كذا قاله الإمام.

وإن مات بعد جمع المال وقبل تمام الحول، فقولان: ويقال: وجهان: أظهرهما: يصرف قسط ما مضى إلى ورثته كالاجرة. والثاني: لا شيء لهم، كالجعل في الجعالة، لا يستحق قبل تمام العمل. وإن مات قبل جمع المال وبعد الحول، فظاهر النص: أنه لا شيء للورثة، وبه قال القاضي أبو الطيب وآخرون، وبه قطع البغوي. وقال الشيخ أبو حامد: يصرف نصيبه مما سيحصل إلى ورثته. وإن مات قبل جمع المال وقبل انقضاء الحول، فإن قلنا: إذا مات بعد الحول لا يستحق، فهنا أولى، وإلاّ، ففي قسط ما مضى الخلاف فيما إذا مات قبل الحول وبعد جمع المال. هذا كله إذا كان العطاء مرة في السنة. فإن رأى الإعطاء في السنة مرتين فصاعدًا، فالاعتبار بمضي المدة المضروبة.

فصل: جميع ما ذكرناه في المنقولات من أموال الفيء. فأما الدُّور والأرض، فقد قال الشافعي رحمه الله: هي وقف للمسلمين تستغلُّ وتقسم غلتها في كل عام كذلك أبدًا. هذا نصه. فأما أربعة أخماس الفيء، فمن الأصحاب من يقول: الحكم بأنها وقف مفرع على أنها للمصالح، فأما إن جعلناها للمرتزقة، فتقسم بينهم كالمنقولات وكالغنيمة. والأصح جريان هذا الحكم، سواء قلنا: للمصالح أو للمرتزقة، لتبقى الرقبة مؤبَّدة، وينتفع بغلتها المستحق كل عام، بخلاف المنقولات، فإنها معرَّضة للهلاك، والغنيمة بعيدة عن نظر الإمام واجتهاده، لتأكد حق الغانمين. فإذا قلنا بالوقف، فوجهان: أحدهما: المراد به التوقف عن قسمة الرقبة، دون الوقف الشرعي. وأصحهما: أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة. فعلى هذا، وجهان: أحدهما: يصير وقفًا بنفس الحصول، كما يرق النساء والصبيان بالأسر. وأصحهما: لا، لكن الإمام يقفها. وإن رأى قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها، فله ذلك. وقول الشافعي رحمه الله: هي وقف، أي: تجعل وقفًا. وأما خمسه، فسهم المصالح لا سبيل إلى قسمته، بل يوقف وتصرف غلته في المصالح، أو يباع ويصرف ثمنه إليها، والوقف أولى ويجيء الوجه السابق، أنه يصير وقفًا بنفس الحصول. وسهم ذوي القربى، فيه الخلاف المذكور في الأخماس الأربعة، تفريعًا على أنها للمرتزقة. وسهم اليتامى والمساكين وابن السبيل، يرتب على سهم ذوي القربى. إن قلنا: إنه وقف، فهنا أولى، ولأن ذوي القربى متعيّنون، وإلا، فالأصح أنه وقف. وقيل: لا. وإذا تأملتَ هذه الاختلافات في الأخماس الأربعة، ثم في الخمس، علمتَ أن المذهب أن الجميع وقف، وهو الموافق لنص الشافعي رحمه الله.

فصل: إذا زادت الأخماس الأربعة على حاجات المرتزقة، فإن قلنا: إنها للمرتزقة، وهو الأظهر، صرف الفاضل إليهم أيضًا على قدر مؤوناتهم. وفي جواز

صرف شيء منه إلى إصلاح الحصون وإلى الكراع والسلاح ليكون عدة لهم، وجهان: أصحهما: نعم. فإن قلنا: إنها للمصالح، صرف الفاضل إلى باقي المصالح، كإصلاح الحصون والكراع والسلاح. وإن فضل شيء، ففي جواز صرفه إليهم وجهان: ويجوز صرفه إليهم عن كفاية السنة القابلة بلا خلاف.

باب الجزية

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يجوز أخذ الجزية ممن لا كتاب له، ولا شبه كتاب، كعبدة الأوثان: لقوله عز وجل: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] **فخص أهل الكتاب بالجزية، فدل على أنها لا تؤخذ من غيرهم. ويجوز أخذها من أهل الكتابين، وهم اليهود والنصارى للآية، ويجوز أخذها ممن بدل منهم دينه، لأنه وإن لم تكن لهم حرمة بأنفسهم فلهم حرمة بآبائهم. ويجوز أخذها من المجوس، لما روى عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»(١) وروى أيضًا عبد الرحمن بن عوف: «أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر» واختلف قول الشافعي رحمه الله: هل كان لهم كتاب أم لا؟ فقال: فيه قولان، أحدهما: أنه لم يكن لهم كتاب، والدليل عليه قوله عز وجل. ﴿وَهَٰذَا كِتَٰبٌ أَنزَلْنَٰهُ مُبَارَكٌ فَٱتَّبِعُوهُ وَٱتَّقُواْ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٥٥﴾ أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا وَإِن كُنَّا عَن دِرَاسَتِهِمْ لَغَٰفِلِينَ﴾ والثاني: أنه كان لهم كتاب، والدليل عليه ما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: (كان لهم علم يعلمونه، وكتاب يدرسونه، وإن ملكهم سكر فوقع على ابنته أو أخته، فاطلع عليه بعض أهل مملكته فجاؤوا يقيمون عليه الحد فامتنع فرفع الكتاب من بين أظهرهم، وذهب العلم من صدورهم).**

فصل: وإن دخل وثني في دين أهل الكتاب نظرت ـ فإن دخل قبل التبديل ـ أخذت منه الجزية، وعقدت له الذمة لأنه دخل في دين حق، وإن دخل بعد التبديل نظرت ـ فإن دخل في دين من بدل ـ لم يؤخذ منه الجزية، ولم تعقد له الذمة، لأنه دخل في دين باطل. وإن دخل في دين من لم يبدل ـ فإن كان ذلك قبل النسخ بشريعة بعده أخذت منه الجزية، لأنه دخل في دين حق، وإن كان بعد النسخ بشريعة بعده، لم تؤخذ منه الجزية. وقال المزني رحمه الله: تؤخذ منه، ووجهه أنه دخل في دين يقر عليه أهله، وهذا خطأ، لأنه دخل في دين باطل فلم تؤخذ منه

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١/ ٢٧٨) والشافعي في مسنده (٢/ ١٣٠) وعبد الرزاق في المصنف (٦/ ٦٨) والبيهقي في سننه (٩/ ١٨٩).

الجزية، كالمسلم إذا ارتد. وإن دخل في دينهم ولم يعلم أنه دخل في دين من بدل أو في دين من لم يبدل كنصارى العرب، وهم بهراء وتنوخ وتغلب، أخذت منهم الجزية، لأن عمر ﷺ أخذ منهم الجزية باسم الصدقة، ولأنه أشكل أمره فحقن دمه بالجزية احتياطًا للدم. وأما من تمسك بالكتب التي أنزلت على شيث، وإبراهيم، وداود، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنهم يقرون ببذل الجزية لأنهم أهل كتاب فأقروا ببذل الجزية، كاليهود والنصارى. والثاني: لا يقرون لأن هذه الصحف كالأحكام التي تنزل بها الوحي. وأما السامرة، والصابئون، ففيهم وجهان أحدهما: أنه تؤخذ منهم الجزية. والثاني: لا تؤخذ، وقد بيناهما في كتاب النكاح. وأما من كان أحد أبويه وثنيًا والآخر كتابيًا فعلى ما ذكرناه في النكاح. وإن دخل وثني في دين أهل الكتاب وله ابن صغير، فجاء الإسلام وبلغ الابن واختار المقام على الدين الذي انتقل إليه أبوه، أخذت منه الجزية، لأن تبعه في الدين فأخذت منه الجزية، وإن غزا المسلمون قومًا من الكفار لا يعرفون دينهم، فادعوا أنهم من أهل الكتاب، أخذت منهم الجزية، لأنه لا يمكن معرفة دينهم إلا من جهتهم، فقبل قولهم. وإن أسلم منهم اثنان وعدلا وشهدا أنهم من غير أهل الكتاب نبذ إليهم عهدهم لأنه بان بطلان دعواهم.

فصل: وأقل الجزية دينار لما روى معاذ بن جبل ﷺ قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، وأمرني أن آخذ من كل حالم دينارًا أو عدله معافريًا»[١] وإن التزم أكثر من دينار عقدت له الذمة وأخذ بأدائه لأنه عوض في عقد منع الشرع فيه من النقصان عن دينار، وبقي الأمر فيما زاد على ما يقع عليه التراضي، كما لو وكل وكيلًا في بيع سلعة، وقال: لا تبع بما دون دينار. فإن امتنع قوم من أداء الجزية باسم الجزية وقالوا: تؤدى باسم الصدقة، ورأى الإمام أن يأخذ باسم الصدقة جاز لأن نصارى العرب قالوا لعمر ﷺ: «لا نؤدي ما تؤدي العجم، ولكن خذ منا باسم الصدقة، كما تأخذ من العرب، فأبى عمر ﷺ وقال: لا أقركم إلا بالجزية، فقالوا: خذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين، فأبى عليهم، فأرادوا اللحاق بدار الحرب فقال زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة لعمر: أن بني تغلب عرب، فخذ منهم ما قد بذلوا، ولا تدعهم أن يلحقوا بعدوك، فصالحهم على أن يضعف عليهم الصدقة»[٢] وإن كان ما يؤخذ منهم باسم الصدقة لا يبلغ الدينار، وجب إتمام الدينار، لأن الجزية لا تكون أقل من دينار. وإن أضعف عليهم الصدقة فبلغت دينارين فقالوا: أسقط عنا دينارًا وخذ منا دينارًا باسم الجزية، وجب أخذ الدينار، لأن الزيادة وجبت لتغيير الاسم، فإذا رضوا بالاسم وجب إسقاط الزيادة.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٢١٦).

فصل: والمستحب أن يجعل الجزية على ثلاث طبقات فيجعل على الفقير المعتمل دينارًا وعلى المتوسط دينارين، وعلى الغني أربعة دنانير، لأن عمر ﷺ بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة فوضع عليهم ثمانية وأربعين، وأربعة وعشرين، واثني عشر[١]. ولأن بذلك يخرج من الخلاف، لأن أبا حنيفة لا يجيز إلا كذلك.

فصل: ويجوز أن يضرب الجزية على مواشيهم، وعلى ما يخرج من الأرض، من ثمر أو زرع. فإن كان لا يبلغ ما يضرب على الماشية وما يخرج من الأرض دينارًا لم يجز، لأن الجزية لا تجوز أن تنقص عن دينار. وإن شرط أنه إن نقص عن دينار تمم الدينار جاز لأنه يتحقق حصول الدينار. وإن غلب على الظن أنه يبلغ الدينار ـ ولم يشترط أنه لو نقص الدينار تمم الدينار ـ ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجوز، لأنه قد ينقص عن الدينار. والثاني: أنه يجوز، لأن الغالب في الثمار أنها لا تختلف. وإن ضرب الجزية على ما يخرج من الأرض فباع الأرض من مسلم صح البيع، لأنه مال له، وينتقل ما ضرب عليها إلى الرقبة، لأنه لا يمكن أخذ ما ضرب عليها من المسلم لقوله ﷺ: «لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخراج»[٢] لأنه جزية فلا يجوز أخذها من المسلم، ولا يجوز إقرار الكافر على الكفر من غير جزية فانتقل إلى الرقبة.

فصل: وتجب الجزية في آخر الحول، لأن النبي ﷺ كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم في كل سنة دينار[٣]، وروى أبو مجلز: أن عثمان بن حنيف وضع على الرؤوس على كل رجل أربعة وعشرين في كل سنة[٤]. فإن مات أو أسلم بعد الحول لم يسقط ما وجب، لأنه عوض عن الحقن والمساكنة، وقد استوفى ذلك فاستقر عليه العوض، كالأجرة بعد استيفاء المنفعة، فإن مات أو أسلم في أثناء الحول ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يلزمه شيء لأنه مال يتعلق وجوبه بالحول، فسقط بموته في أثناء الحول كالزكاة. والثاني وهو الصحيح أنه يلزمه من الجزية بحصة ما مضى، لأنها تجب عوضًا عن الحقن والمساكنة، وقد استوفى البعض فوجب عليه بحصته كما لو استأجر عينًا مدة واستوفى المنفعة في بعضها ثم هلكت العين.

فصل: ويجوز أن يشترط عليهم في الجزية ضيافة من يمر بهم من المسلمين، لما روي أن النبي ﷺ صالح أكيدر دومة من نصارى أيلة على ثلثمائة دينار، وكانوا ثلثمائة رجل، وإن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين[٥]. وروى

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ١٦٥).
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) تقدم.
(٥) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٤٢٨) والبيهقي في سننه (٩/ ١٩٥).

عبد الرحمن بن غنم قال: كتبت لعمر بن الخطاب ﷺ حين صالح نصارى أهل الشام: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا كتاب لعبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين، من نصارى مدينة كذا أنكم لما قدمتم علينا سألناكم الأمان لأنفسنا، وذرارينا، وأموالنا، وشرطنا لكم أن ننزل من يمر بنا من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم»[١] ولا يشرط ذلك عليهم إلا برضاهم لأنه ليس من الجزية. ويشترط عليهم الضيافة بعد الدينار، لحديث أكيدر دومة، لأنه إذا جعل الضيافة من الدينار لم يؤمن أن لا يحمل من بعد الضيافة مقدار الدينار، ولا تشترط الضيافة إلا على غني أو متوسط، وأما الفقير فلا تشترط عليه وإن وجبت عليه الجزية، لأن الضيافة تتكرر فلا يمكنه القيام بها. ويجب أن تكون أيام الضيافة من السنة معلومة، وعدد من يضاف من الفرسان والرجالة وقدر الطعام والأدم والعلوفة معلومًا، ولأنه من الجزية فلم يجز مع الجهل بها، ولا يكلفون إلا من طعامهم وإدامهم، لما روى أسلم: أن أهل الجزية من أهل الشام أتوا عمر بن الخطاب ﷺ فقالوا: أن المسلمين إذا مروا بنا كلفونا ذبح الغنم والدجاج في ضيافتهم، فقال: أطعموهم مما تأكلون ولا تزيدوهم على ذلك» ويقسط ذلك على قدر جزيتهم، ولا تزاد أيام الضيافة على ثلاثة أيام، لما روي أن النبي ﷺ قال: «الضيافة ثلاثة أيام»[٢] وعليهم أن يسكنوهم في فضول مساكنهم وكنائسهم، لما روي عبد الرحمن بن غنم في الكتاب الذي كتب على نصارى الشام: «وشرطنا أن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين من ليل ونهار، وأن توسع أبوابها للمارة وأبناء السبيل»[٣] فإن كثروا وضاق المكان قدم من سبق فإذا جاؤوا في وقت واحد أقرع بينهم لتساويهم، وإن لم تسعهم هذه المواضع نزلوا في فضول بيوت الفقراء من غير ضيافة.

فصل: ولا تؤخذ الجزية من صبي لحديث معاذ قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن آخذ من كل حالم دينارًا أو عدله معافريًا»[٤] ولأن الجزية تجب لحقن الدم، والصبي محقون الدم، وإن بلغ صبي من أولاد أهل الذمة فهو في أمان، لأنه كان في الأمان فلا يخرج منه من غير عناد، فإن اختار أن يكون في الذمة ففيه وجهان، أحدهما: أنه يستأنف له عقد الذمة، لأن العقد الأول كان للأب دونه، فعلى هذا جزيته على ما يقع عليه التراضي. والثاني: لا يحتاج إلى استئناف عقد لأنه تبع الأب في الأمان، فتبعه في الذمة، فعلى هذا يلزمه جزية أبيه وجده من

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٢٠٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٠١٩) ومسلم في صحيحه برقم (٤٨) وأبو داود في سننه برقم (٣٧٤٨) والترمذي في سننه برقم (١٩٦٧) وابن ماجه في سننه برقم (٣٦٧٥).

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

الأب، ولا يلزمه جزية جده من الأم، لأنه لا جزية على الأم فلا يلزمه جزية أبيها.

فصل: ولا تؤخذ الجزية من مجنون، لأنه محقون الدم فلا تؤخذ منه الجزية كالصبي. وإن كان يجن يومًا ويفيق يومًا لفق أيام الأفاقة فإذا بلغ قدر سنة أخذت منه الجزية، لأنه ليس تغليب أحد الأمرين بأولى من الآخر، فوجب التلفيق. وإن كان عاقلًا في أول الحول ثم جن في أثنائه، وأطبق الجنون، ففي جزية ما مضى من أول الحول قولان كما قلنا فيمن مات أو أسلم في أثناء الحول.

فصل: ولا تؤخذ الجزية من امرأة لما روى أسلم: «أن عمر ﷺ كتب إلى أمراء الجزية أن لا يضربوا الجزية على النساء، ولا تضربوا إلا على من جرت عليه الموسى»[(١)] ولأنها محقونة الدم فلا تؤخذ منها الجزية كالصبي، ولا تؤخذ من الخنثى المشكل لجواز أن يكون امرأة. وإن طلبت امرأة من دار الحرب أن تعقد لها الذمة وتقيم في دار الإسلام من غير جزية جاز، لأنه لا جزية عليها، ولكن يشترط عليها أن تجري عليها أحكام الإسلام. وإن نزل المسلمون على حصن فيه نساء بلا رجال فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يعقد لهن لأن دماءهن محقونة، فعلى هذا يقيمون حتى يفتحوا الحصن ويستبقوهن. والثاني: أنه يجوز أن يعقد لهن الذمة وتجري عليهن أحكام المسلمين كما قلنا في الحربية إذا طلبت عقد الذمة، فعلى هذا لا يجوز سبيهن وما بذلن من الجزية كالهدية، وإن دفعن أخذ منهن وإن امتنعن لم يخرجن من الذمة.

فصل: ولا يؤخذ من العبد ولا من السيد بسببه لما روي عن عمر ﷺ أنه قال: لا جزية على مملوك. ولأنه لا يقتل بالكفر فلم تؤخذ منه الجزية كالصبي والمرأة، ولا تؤخذ ممن نصفه حر ونصفه عبد، لأنه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالعبد. ومن أصحابنا من قال: فيه وجه آخر، أنه يؤخذ منه بقدر ما فيه من الحرية، لأنه يملك من المال بقدر ما فيه من الحرية. وإن أعتق العبد نظرت ـ فإن كان المعتق مسلمًا ـ عقدت له الذمة بما يقع عليه التراضي من الجزية، وإن كان ذميًا ففيه وجهان، أحدهما: أنه يستأنف له عقد الذمة بما يقع عليه التراضي من الجزية، لأن عقد المولى كان له دون العبد. والثاني: يلزمه جزية المولى لأنه تبعه في الأمان فلزمه جزيته.

فصل: وفي الراهب الفاني قولان بناء على القولين في قتلهما ـ فإن قلنا: يجوز قتلهما ـ أخذت منهما الجزية، ليحقن بها دمهما. وإن قلنا: أنه لا يجوز قتلهما لم تؤخذ منهما لأن دمهما محقون، فلم تؤخذ منهما الجزية كالصبي والمرأة، وفي الفقير الذي لا كسب له قولان، أحدهما: أنه لا تجب عليه الجزية،

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ١٩٥).

لأن عمر ﷺ جعل أهل الجزية طبقات، وجعل أدناهم الفقير المعتمل فدل على أنها لا تجب على غير المعتمل، ولأنه إذا لم يجب خراج الأرض في أرض لا نبات لها لم يجب خراج الرقاب في رقبة لا كسب لها، فعلى هذا يكون مع الأغنياء في عقد الذمة، فإذا أيسر استؤنف الحول. والثاني: أنها تجب عليه لأنها تجب على سبيل العوض فاستوى فيه المعتمل وغير المعتمل كالثمن والأجرة، ولأن المعتمل وغير المعتمل يستويان في القتل بالكفر. فاستويا في الجزية. فعلى هذا ينظر إلى الميسرة، فإذا أيسر طولب بجزية ما مضى، ومن أصحابنا من قال: لا ينظر لأنه يقدر على حقن الدم بالإسلام، فلم ينظر كما لم ينظر من وجبت عليه كفارة ولا يجد رقبة وهو يقدر على الصوم، فعلى هذا يقول له: إن توصلت إلى أداء الجزية خليناك، وإن لم تفعل نبذنا إليك العهد.

فصل: ويثبت الإمام عدد أهل الذمة وأسماءهم، ويحليهم بالصفات التي لا تتغير بالأيام، فيقول: طويل، أو قصير، أو ربعة، أو أبيض، أو أسود، أو أسمر، أو أشقر، أو أدعج العينين، أو مقرون الحاجبين، أو أقنى الأنف. ويكتب ما يؤخذ من كل واحد منهم، ويجعل على كل طائفة عريفًا ليجمعهم عند أخذ الجزية، ويكتب من يدخل معهم في الجزية بالبلوغ، ومن يخرج منهم بالموت والإسلام، وتؤخذ منهم الجزية برفق كما تؤخذ سائر الديون، ولا يؤذيهم في أخذها بقول، ولا فعل، لأنه عوض في عقد، فلم يؤذهم في أخذه بقول ولا فعل كأجرة الدار، ومن قبض منه جزيته كتبت له براءة، لتكون حجة له إذا احتاج إليها.

فصل: وإن مات الإمام أو عزل وولى غيره ولم يعرف مقدار ما عليهم من الجزية رجع إليهم في ذلك، لأنه لا تمكن معرفته مع تعذر البينة إلا من جهتهم، ويحلفهم استظهارًا، ولا يجب، لأن ما يدعونه لا يخالف الظاهر، فإن قال بعضهم: هو دينار، وقال بعضهم: هو ديناران أخذ من كل واحد منهم ما أقر به، لأن اقرارهم مقبول، ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض، لأن شهادتهم لا تقبل. وإن ثبت بعد ذلك بإقرار أو بينة أن الجزية كانت أكثر، استوفى منهم، فإن قالوا: كنا ندفع دينارين، دينارًا عن الجزية، ودينارًا هدية، فالقول قولهم مع يمينهم، واليمين واجبة، لأن دعواهم تخالف الظاهر. وإن غاب منهم رجل سنين ثم قدم وهو مسلم، وادعى أنه أسلم في أول ما غاب. ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يقبل قوله ويطالب بجزية ما مضى في غيبته في حال الكفر، لأن الأصل بقاؤه على الكفر. والثاني: أنه يقبل لأن الأصل براءة الذمة من الجزية.

الشرح: سميت الجزية جزية لأنها قضاء عما عليهم، وقوله: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» أي خذوهم على طريقهم أي أمنوهم وخذوا عنهم الجزية، والسنة: الطريق، والنبذ: الرمي، والعدل: المثل المساوي للشيء، وقوله: «أدعج العينين» الدعج شدة سواد المقلة وشدة بياض بياضها، وقوله: «مقرون الحاجبين»: هو التقاء طرفيهما، والاستظهار: الأخذ بالجزم واليقين.

فصل: في الجزية: وفيه طرفان:

الطرف الأول: في أركانها وهي خمسة:

الركن الأول: نفس العقد، وكيفيته أن يقول الإمام أو نائبه: أقررتكم، أو أذنت لكم في الإقامة في دار الإسلام على أن تبذلوا كذا، وتنقادوا لأحكام الإسلام. وهل يشترط التعرض لقدر الجزية؟ وجهان: أحدهما: لا، ويجب الأقل، وأصحهما: نعم، كالثمن والأجرة. وهل يشترط التعرض لكفهم اللسان عن الله تعالىٰ ورسوله ﷺ ودينه؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنه داخل في الانقياد، ويشترط من الذمي لفظ، كقبلت، أو رضيت بذلك، ولو قال الذمي: قررني بكذا، فأجابه الإمام، تم العقد، ولا يصح عقد الذمة مؤقتًا على المذهب، لأنه خلاف مقتضاه، ومن صحح، قاسه على الهدنة، ولو قال: أقركم ما شئت، أو أقركم ما أقركم الله، أو إلى أن يشاء الله، لم يصح على المذهب، وقيل: على الخلاف في المؤقت بمعلوم وعكسه، وجعل هذا أولى بالصحة، وهو خلاف ما قاله الأصحاب. ولو قال: أقركم ما شئتم، جاز، لأن لهم نبذ العقد متى شاؤوا، فليس فيه إلا التصريح بمقتضاه، قال الأصحاب: ولو قال في الهدنة: هادنتكم ما شئتم، لم يصح، لأنه يجعل الكفار محكمين على المسلمين.

فرع: إذا طلبت طائفة تقر بالجزية عقد الذمة، وجبت إجابتهم، وفي «البيان» وغيره وجه: أنها لا تجب إلا إذا رأى الإمام فيها مصلحة كما في الهدنة، وهذا شاذ متروك، فلو خاف غائلتهم، وأن ذلك مكيدة منهم، لم يجبهم.

فرع: إذا عقدت الذمة مع إخلال بشرط، لم يلزم الوفاء، ولم تجب الجزية المسماة، لكن لا يغتالون، بل يبلغون المأمن، ولو بقي بعضهم على ذلك العقد عندنا سنة أو أكثر، وجب عليه لكل سنة دينار، ولو دخل حربي دارنا وبقي مدة، فاطلعنا عليه فوجهان: الصحيح الذي حكاه الإمام عن الأصحاب: أنا لا نأخذ منه شيئًا لما مضى بخلاف من سكن دارًا غصبًا، لأن عماد الجزية القبول، وهذا حربي لم يلتزم شيئًا، وخرج ابن القطان وجهًا آخر: أنه تؤخذ منه جزية ما مضى، وعلى الوجهين: لنا قتله واسترقاقه، وأخذ ماله، ويكون فيئًا، ولو رأى الإمام أن يمن عليه، ويترك أمواله وذريته له، جاز بخلاف سبايا الحرب وأموالها، لأن الغانمين ملكوها، فاشترط استرضاؤهم، فإن كان الكافر كتابيًا، وطلب عقد الذمة بالجزية، فهل يجيبه ونعصمه؟ تقدم على هذا حكم الأسير إذا كان كتابيًا، وطلب عقد الذمة بعد الأسر، وفي تحريم قتله حينئذ قولان، أظهرهما: التحريم، لأن بذل الجزية يقتضي حقن الدم، كما لو بذلها قبل الأسر، فعلى هذا في استرقاقه وجهان:

أحدهما: يحرم أيضًا، ويجب تقريره بالجزية كما قبل الأسر، وأصحهما: لا يحرم، لأن الإسلام أعظم من قبول الجزية، والإسلام بعد الأسر لا يمنع الاسترقاق، وماله مغنوم سواء قلنا: يحرم، أم لا. إذا عرفت هذا فبدل الداخل الذي أطلقنا عليه الجزية وجب قبولها على المذهب، وقيل: وجهان: كالأسير.

فرع: اطلعنا على كافر في دارنا، فقال: دخلت لسماع كلام الله تعالىٰ، أو لرسالة، صدق ولا يتعرض له، سواء كان معه كتاب أم لا، وفيما إذا لم يكن معه احتمال للإمام، ثم نقل ابن كج عن النص أنه مدعي الرسالة إن اتهم، حلف، وفي «البحر» أنه لا يلزم تحليفه، ويمكن الجمع بين الكلامين، ولو قال: دخلت بأمان مسلم، فهل يطالب ببينة لإمكانها غالبًا أم يصدق بلا بينة كدعوى الرسالة، لأن الظاهر أنه لا يدخل بغير أمان؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني، قال الروياني: وما اشتهر أن الرسول آمن هو في رسالة فيها مصلحة للمسلمين من هدنة وغيرها، فإن كان رسولًا في وعيد وتهديد، فلا أمان له، ويتخير الإمام فيه بين الخصال الأربع كأسير.

الركن الثاني: العاقد، ولا يصح عقد الذمة إلا من الإمام، أو من فوضه إليه، وفي كتاب ابن كج وجه: أنه يصح عقدها من آحاد الرعية، كالأمان، وهذا شاذ متروك، لكن لو عقدها أحد الرعية، لم يغتل المعقود له، بل يلحقه بمأمنه، فإن أقام سنة فأكثر، فهل يلزمه لكل سنة دينار؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما لو فسد عقد الإمام، وأصحهما: لا، لأنه لغو.

الركن الثالث: المعقود، له خمسة شروط:

أحدها: العقل، فلا جزية على مجنون، لأنها لحقن الدم، وهو محقون، وفي «البيان» وجه: أن عليه الجزية، كالمريض والهرم، وليس بشيء، فإن كان يجن ويفيق، نظر إن قل زمن جنونه، كساعة من شهر، أخذت منه الجزية، وإن كثر بأن يقطع يومًا ويومًا، أو يومين، فأوجه: أصحها: تلفق أيام الإفاقة، فإذا تمت سنة، أخذت الجزية، والثاني: لا شيء عليه، كمن بعضه رقيق، والثالث: حكمه كالعاقل وما يطرأ ويزول كالإغماء، والرابع: يحكم بموجب الأغلب، فإن استوى الزمان، وجبت الجزية، والخامس: إن كان في آخر السنة عاقلًا، أخذت الجزية وإلا فلا، أما إذا كان مفيقًا، ثم جن بعد انتصاف السنة، فهو كموته في أثناء السنة، وإن كان مجنونًا فأفاق في أثناء السنة افتتح سنة، وسنذكرهما إن شاء الله تعالىٰ. ولو وقع في الأسر من يجن ويفيق، قال الإمام: إن غلبنا حكم المجنون، رق ولا يقتل، وإن غلبنا حكم الإفاقة، لم يرق بالأسر، والظاهر الحقن، ويتجه أن تعتبر حالة الأسر، وهذا هو الأصح عند الغزالي.

الشرط الثاني: البلوغ، فلا جزية على صبي، وإذا بلغ ولد ذمي، فهو في أمان، فلا يغتال، بل يقال له: لا نقرك في دار الإسلام إلا بجزية، فإن لم يبذل الجزية، ألحقناه بمأمنه، وإن اختار بذلها، فهل يحتاج إلى استئناف عقد، أم يكفي عقد أبيه؟ وجهان: أصحهما: عند العراقيين وغيرهم: الأول، فإن اكتفينا بعقد أبيه، لزمه مثل جزية أبيه، فإن كانت أكثر من دينار وقال: لا أبذل الزيادة، فطريقان، أحدهما: هو كذمي عقد بأكثر من دينار، ثم امتنع من بذل الزيادة، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالىٰ، والثاني: القطع بالقبول، لأنه لم يعقد بنفسه حتى يجعل بالامتناع ناقضًا للعهد، وإن قلنا: يستأنف معه عقد، رفق به الإمام ليلتزم ما التزم أبوه، فإن امتنع من الزيادة، عقد له بالدينار، وسواء اكتفينا بعقد أبيه، أم احتجنا إلى الاستئناف، فلا فرق بين أن يكون الأب قد قال: التزمت هذا عن نفسي وفي حق ابني إذا بلغ، وبين أن لا يتعرض للابن، ولو بلغ الابن سفيهًا وبذل جزية أبيه وهي فوق دينار، فهل تؤخذ منه؟ وجهان حكاهما البغوي، وليكونا بناء على أنه يكتفي بعقد أبيه أم يستأنف؟ إن اكتفينا، أخذنا، وإلا فهو كسفيه جاء يطلب عقد الذمة، ولا شك أنه يجاب ولا يشترط إذن وليه، لأن فيه مصلحة حقن الدم، لكن لو التزم أكثر من دينار، قال القاضي حسين: تلزمه الزيادة وإن لم يأذن الولي بناء على أن العهد لا يدخل تحت الولاية، حكاه الإمام عنه، ولم يرتضه، وقال: الحقن ممكن بدينار، فينبغي أن يمتنع من بذل الزيادة، وذكر الروياني نحوه، وفي «التهذيب» الجزم بأنه لا تؤخذ الزيادة وإن أذن الولي، وقال الغزالي: يصح عقد السفيه بالزيادة لحقن الدم تشبيهًا بما إذا كان على السفيه قصاص، وصالح المستحق على أكثر من قدر الدية، لم يكن للولي منعه، وزاد فقال: للولي أن يعقد له بالزيادة، وليس للسفيه المنع، كما يشتري له الطعام بثمن غال صيانة لروحه، وفرق الإمام بين هاتين المسألتين والجزية وقال: صيانة الروح لا تحصل في المسألتين إلا بالزيادة، وهنا بخلافه، والمذهب أنه لا يصح عقد السفيه والولي بالزيادة، وإذا اختار السفيه الالتحاق، واختار الولي عقد الذمة، فالمتبع اختيار السفيه، ذكره الروياني وصاحب «البيان».

الشرط الثالث: الحرية، فلا جزية على عبد ولا على سيده بسببه، ومن بعضه رقيق كالعبد، وقيل: يجب من الجزية بقسط حريته، والصحيح الأول، لأنه غير مقتول بالكفر، كمن تمحض رقه، وإذا أعتق العبد، فإن كان من أولاد من لا يقر بالجزية، فليسلم، وإلا فليبلغ المأمن، وإن كان ممن يقر، فليسلم أو ليبذل الجزية، وإلا فليبلغ المأمن، سواء أعتقه مسلم أو ذمي، فإن أعتقه ذمي، فهل تؤخذ منه جزية

سيده أم جزية عصبته، لأنهم أخص به، أم يستأنف له عقد؟ فيه أوجه.

الشرط الرابع: الذكورة، فلا جزية على امرأة وخنثى، فإن بانت ذكورته، فهل تؤخذ منه جزية السنين الماضية؟ وجهان.

ولو جاءتنا امرأة حربية، فطلبت عقد الذمة بجزية، أو بعثت بذلك من دار الحرب، أعلمها الإمام أنه لا جزية عليها، فإن رغبت مع ذلك في البذل، فهذه هبة لا تلزم إلا بالقبض، وإن طلبت الذمة بلا جزية، أجابها الإمام، وشرط عليها التزام الأحكام. ولو حاصرنا قلعة، فأرادوا الصلح على أن يؤدوا الجزية عن النساء دون الرجال، لم يجابوا، فإن صولحوا عليه، فالصلح باطل، وإن لم يكن فيها إلا النساء فطلبن عقد الذمة بالجزية، فقولان نص عليهما في «الأم» أحدهما: يعقد لهن، لأنهن يحتجن إلى صيانة أنفسهن عن الرق، كما يحتاج الرجال للصيانة عن القتل، فعلى هذا يشترط عليهن أن تجرى عليهن أحكام الإسلام، ولا يسترققن، ولا يؤخذ منهن شيء، وإن أخذ الإمام مالًا، رده، لأنهن دفعنه على اعتقاد أنه واجب، فإن دفعنه على علم، فهو هبة، والحكم على هذا القول كما ذكرنا في حربية بعثت من دار الحرب تطلب الذمة، والقول الثاني: لا تعقد لهن، ويتوصل الإمام إلى الفتح بما أمكنه، وإن عقد لم يتعرض لهن حتى يرجعن إلى القلعة، فإذا فتحها، سباهن، لأن الجزية تؤخذ لقطع الحرب، ولا حرب في النساء والصبيان، ولأنهن قد قربن من مصيرهن غنيمة، فلا يعرض عنهن بعد تحمل التعب والمؤنة، والقولان متفقان على أنه لا يقبل منهن جزية، ولا يوجد أحد إلزام، هذا ما نقله الأصحاب في جميع طرقهم، وشذ عنهم الإمام فنقل في الخلاف وجهين وجعلهما في أنه هل يلزم قبول الجزية وترك إرقاقهن؟ وضعف وجه اللزوم، وذكر الروياني الطريقة المشهورة، ثم حكى ما ذكره الإمام عن بعض الخراسانيين، ولعله أراد به الإمام، ثم قال: وهو غلط، ولو كان في القلعة رجل واحد، فبذل الجزية، جاز، وصارت النساء تبعًا له في العصمة، هكذا أطلقه مطلقون، وخصه الإمام والغزالي بما إذا كن من أهله، وهذا أحسن.

فرع: عقد الذمة يفيد الأمان للكافر نفسًا ومالًا وعبيده من أمواله، قال الإمام: وليس له أن يستتبع من النساء والصبيان والمجانين من شاء، لأنه يخرج عن الضبط، ولكن لا بد من تعلق واتصال، فيستتبع من نسوة الأقارب وصبيانهم ومجانينهم من شاء، بأن يدرجهم في العقد شرطًا، وسواء المحارم وغيرهم، فإن أطلق، لم يتبعوه، ومن له مصاهرة من النساء والصبيان والمجانين لهم حكم الأقارب على الأصح، وقيل: كالأجانب، وفي دخول الأولاد الصغار في العقد عند

الإطلاق وجهان: أصحهما: الدخول اعتمادًا على القرينة، والزوجات كالأولاد الصغار، وقيل: كنساء القرابة.

فرع: إذا بلغ الصبي، أو أفاق المجنون، أو عتق العبد، زالت التبعية، ولزمتهم الجزية وابتداء الحول من حين حدثت هذه الأحوال، فإن اتفق ذلك في نصف حول أهلهم الذميين مثلًا، فإذا تم حول أهلهم، ورغب هؤلاء في أن يؤدوا نصف الجزية، فذاك، وإلا فإن شاء الإمام أخذ جزيتهم عند تمام حولهم، وإن شاء أخر حتى يتم حول ثان لأهلهم، فيأخذ منهم جزية سنة ونصف لئلا تختلف الأحوال.

فرع: لو دخلت حربية دارنا بغير تبعية ولا أمان ولا طلب أمان، جاز استرقاقها، وكذا الحكم في الصبي، كما يجوز قتل الكافر إذا دخل، كذلك قال الإمام، وكل حكم بجزية في القتال بجزية فيمن يظفر به من غير ذمة ولا أمان.

فرع: عن نصه إذا صالحنا قوم على أن يؤدوا الجزية عن صبيانهم ومجانينهم ونسائهم سوى ما يؤدون عن أنفسهم، فإن شرطوا أن يؤدوا من مال أنفسهم، جاز، وكأنهم قبلوا جزية كثيرة، وإن شرطوه من مال الصبيان والمجانين، لم يجز أخذه.

الشرط الخامس: كونه كتابيًا، فالكفار ثلاثة أصناف:

أحدها: أهل كتاب، ومنهم: اليهود والنصارى، فيقرون بالجزية، فلو زعم قوم أنهم متمسكون بصحف إبراهيم وزبور داود صلى الله عليهما وسلم، فهل يقرون بالجزية؟ وجهان: أصحهما: نعم، ومنهم من قطع به، ولا تحل مناكحتهم وذبيحتهم على المذهب عملًا بالاحتياط في المواضع الثلاثة، وقيل بطرد الخلاف في حل الذبيحة والمناكحة إلحاقًا لكتبهم بكتاب اليهود، وحكي ذلك عن القاضي أبي الطيب وغيره، وإذا ألحقناهم باليهود، فإن تحققنا صدقهم، أو أسلم اثنان منهم، وشهدوا بذلك، فذاك، وعن صاحب «الحاوي» أن المعتبر قول جماعة تحصل الاستفاضة بقولهم، وإن شككنا في أمرهم، كالمجوس.

الصنف الثاني: المجوس، فيقرون بالجزية، وهل كان لهم كتاب أم شبهة كتاب؟ قولان سبقا في النكاح، أظهرهما: الأول وقطع به بعضهم.

الصنف الثالث: من ليس له ولا شبهة، كعبدة الأوثان والملائكة والشمس، ومن في معناهم، فلا يقرون بالجزية، سواء فيهم العربي والعجمي.

فرع: اليهود والنصارى يقرون بالجزية، مهما دخل آباؤهم في اليهود أو التنصر قبل تبدل ذلك الدين، ولا فرق بين أولاد المبدلين وغيرهم، ولو دخل وثني في يهودية أو نصرانية بعد مبعث نبينا ﷺ، لم يقروا، هم ولا أولادهم، لأنهم

تمسكوا بدين باطل، وقال المزني: يقرون، والتهود بعد بعثة عيسى ﷺ كالتهود والتنصر بعد بعثة نبينا ﷺ على الأصح، وقد ذكرناه في النكاح، وإن دخلوا فيه بعد التبديل وقبل النسخ، فطريقان، أحدهما: إن تمسك بما لم يحرف، قرر، وإن تمسك بمحرف، لم يقرر هو ولا أولاده، وهل في الأولاد قولان، وبهذا الطريق قال العراقيون والبغوي وآخرون، والثاني: يقرون بلا تفصيل ولا خلاف، وهذا الطريق يدير الحكم على الدخول قبل النسخ وبعده، وهو اختيار ابن كج، والقاضي أبي الطيب، والإمام، والروياني، قال القاضي أبو الطيب: لا أحفظ الشرط المذكور للشافعي، إنما فرق في كتبه بين ما قبل نزول القرآن وما بعده، وهذا أصح، قال الإمام: لأنهم وإن بدلوا فمعلوم أنه بقي فيه ما لم يبدل، فلا تنحط عن شبهة كتاب المجوس، أو تغليبًا لحقن الدم، ولو لم نعرف أدخلوا قبل النسخ أو بعده، أو قبل التبديل أو بعده، قررناهم بالجزية كالمجوس.

فرع: المذهب أن السامرة والصابئين إن خالفوا اليهود والنصارى في أصول دينهم فليسوا منهم، وإلا فمنهم، وهكذا نص عليه، وعليه يحمل النصان الآخران، وقيل: قولان مطلقًا، وقيل: تؤخذ منهم الجزية قطعًا، وهذا فيما إذا لم يكفرهم اليهود والنصارى، فإن كفروهم، لم يقروا قطعًا، فإن أشكل أمرهم، ففي تقررهم احتمالان ذكرهما الإمام، الأصح: الجواز.

فرع: لو أحاط الإمام بقوم، فزعموا أنهم أهل كتاب، أو أن آباءهم تمسكوا بذلك الدين قبل التبديل، قررهم بالجزية، لأنه لا يعرف الأمر إلا من جهتهم، قال ابن الصباغ: ويشترط عليهم إن بان خلاف قولهم، نبذ عهدهم وقاتلهم، وإن ادعاه بعضهم دون بعض، عامل كل طائفة بمقتضى قولها، ولا يقبل قول بعضهم على بعض، فلو أسلم منهم اثنان، وظهرت عدالتهما، وشهدا بخلاف دعواهم، نبذ عهدهم، هذا لفظ جماعة وقال الإمام: يتبين أنه لا ذمة لهم، وهل يغتالهم لتلبيسهم علينا أم يلحقهم بالمأمن؟ فيه تردد، والظاهر: اغتيالهم لتدليسهم، وكذا لو أسلم من السامرة أو الصابئين اثنان، فشهدا بكفرهم.

فرع: من أحد أبويه كتابي والآخر وثني، فيه طرق، والمذهب: تقريره، سواء كان الكتابي الأب أو الأم، وقيل: قولان، وقيل: لا يقرر، وقيل: يلحق بالأب، وقيل: بالأم.

فرع: توثن نصراني وله أولاد صغار، فإن كانت أمهم نصرانية، استمر لهم حكم التنصر، فتقبل منهم الجزية بعد بلوغهم، وإن كانت وثنية، ففي تقريرهم بالجزية قولان، أظهرهما: نعم، لأنه ثبت لهم علقة التنصر فلا تزول، وحقيقة

القولين ترجع إلى أن توثنه هل يستتبع أولاده؟ فإن أتبعناهم، لم يغتالوا، لأنهم كانوا في أمان، ولم تؤخذ منهم جزية، وأما أبوهم، فيبنى حكمه على ما سبق في كتاب النكاح أنه هل يقنع منه بالعود إلى دينه أم لا يقنع إلا بالإسلام، فإن أباهما، فيقتل أم يلحق بالمأمن؟ قولان الأظهر: الثاني.

فرع: الولد المنعقد من مرتدين، هل هو مسلم، أم مرتد، أم كافر أصلي؟ فيه أقوال سبقت في الردة، فإن قلنا: مسلم، فبلغ وصرح بالكفر، فمرتد، وإن قلنا: أصلي، فالصحيح أنه لا يقر بجزية.

فرع: يهود خيبر كغيرهم في ضرب الجزية عليهم، وسئل ابن سريج رحمه الله عما يدعونه أن عليًا رضي الله عنه كتب لهم كتابًا بإسقاطها، فقال: لم ينقل ذلك أحد من المسلمين، وفي «البحر» أن ابن أبي هريرة أسقط الجزية عنهم، لأن النبي ﷺ ساقاهم، وجعلهم بذلك خولًا، قال: وهذا شيء تفرد به، والمساقاة معاملة لا تقتضي إسقاط الجزية.

فصل: الزمن والشيخ الفاني، والأجير والراهب والأعمى تضرب عليهم الجزية كغيرهم على المذهب والمنصوص، لأن الجزية كأجرة الدار، وقيل: إن قلنا: لا يقتلون، فلا جزية، كالنساء، وأما الفقير العاجز عن الكسب، فالمشهور المنصوص في عامة كتبه، أن عليه جزية، وفي قول: موسر، أخذناها منه، وإلا فهي في ذمته حتى يوسر، وكذا حكم الحول الثاني وما بعده، وفي وجه: لا يمهل ولا يقر في دارنا، بل يقال: إما أن تحصل الجزية بما أمكنك، وإما أن نبلغك المأمن، لأنه قادر على رفع الجزية بالإسلام، وإذا قلنا: لا يجب، عقدنا له الذمة على شرط إجراء الأحكام عليه، وبذل الجزية عند القدرة، فإذا أيسر، فهو أول حوله، هكذا قاله الأصحاب، وأشار الإمام إلى أن ابتداء الحول من وقت العقد.

فرع: الجاسوس الذي يخاف شره، لا يقر بالجزية.

الركن الرابع: المكان القابل للتقرير بلاد الإسلام حجاز وغيره، فالحجاز مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها أي: قراها، قال الإمام: قال الأصحاب: الطائف ووج، وهو وادٍ بالطائف، وما يضاف إليهما منسوبة إلى مكة معدودة من أعمالها، وخيبر من مخاليف المدينة. ثم الحجاز ضربان: حرم مكة وغيره، أما غيره، فيمنع الكفار من الإقامة به، وفي منعهم من الإقامة في الطرق الممتدة في بلاد الحجاز وجهان حكاهما الإمام، الصحيح وهو مقتضى إطلاق الجمهور: نعم، لأنها من الحجاز، والثاني: لا، لأنها ليست مجتمع الناس، ولا موضع إقامة، ولا يمنعون من ركوب بحر الحجاز، لأنه ليس موضع إقامة، ويمنعون من الإقامة في سواحله في

الجزائر المسكونة في «البحر» ومتى دخل كافر الحجاز بغير إذن الإمام، أخرجه وعزره إن علم أنه ممنوع من دخوله، وإن استأذن في دخوله، أذن له إن كان في دخوله مصلحة للمسلمين، كرسالة أو عقد هدنة أو ذمة، أو حمل متاع يحتاج إليه المسلمون، وإن كان دخوله لتجارة ليس فيها كثير حاجة للمسلمين، لم يأذن له إلاّ بشرط أن يأخذ من تجارته شيئًا، هكذا أطلقه جماعة، وحكوه عن النص، وفي «التهذيب» أنه يشرط عليه شيئًا، وهو إلى رأي الإمام، ولعله أراد أن قدر المشروط إلى رأي الإمام، لا أصل الشرط فلا يخالف ما أطلقه غيره.

ولا يمكن من دخل بالإذن أن يقيم أكثر من ثلاثة أيام، ويشرط عليه ذلك عند الدخول، ولا يحسب من الثلاثة يوم الدخول والخروج، ولو كان له ديون، حصلت بمعاملاته بعد الدخول، أو من وجه آخر ولم يمكن قبضها في الحال، أمر أن يوكل مسلمًا بقبضها، وأخرج هو، ولو كان ينتقل من قرية إلى أخرى ويقيم في كل واحدة ثلاثة أيام، لم يمنع وأما حرم مكة زاده الله شرفًا، فيمنع الكافر من دخوله، ولو كان مجتازًا، فإن جاء برسالة والإمام في الحرم، بعث إليه من يسمعه، ثم يخبر الإمام، أو خرج إليه الإمام ويتعين عليه ذلك إذا قال الكافر: لا أؤدي الرسالة إلا مشافهة، وإن جاء كافر ليناظره ليسلم، خرج إليه من يناظره، وإن حمل ميرة، خرج إليه الراغبون في الشراء، وإن كان لذمي مال في الحرم، أو دين، وكل مسلمًا ليقبضه ويسلمه إليه، وإن بذل الكافر على الدخول مالًا، لم يجبه إليه، فإن فعل، فالصلح فاسد، فإن دخل، أخرج وثبت العوض المسمى بخلاف الإجارة الفاسدة، فإنه إنما تثبت فيها أجرة المثل، لأنه هنا استوفى المعوض وليس لمثله أجرة، وإن دخل ولم ينته إلى الموضع المشروط، وجبت الحصة من المسمى، ولو دخل كافر بغير إذن الإمام، أخرج وعزر إن كان علم، فلو مات فيه، لم يدفن فيه، فإن دفن، نبش وأخرج، فإن تقطع، ترك، وفي «البحر» وجه أنه تجمع عظامه إن أمكن وتخرج، وبهذا قطع الإمام، وبالأول قال الجمهور، ولو مرض فيه، لم يمرض فيه، بل ينقل وإن خيف من النقل موته، ولو مرض كافر في الحجاز خارج الحرم، قال: إن أمكن نقله بلا مشقة عظيمة عليه، كلف الانتقال، فإن خيف عليه الموت، ترك حتى يبرأ، وإن لم يخف الموت، ولكن تناله مشقة عظيمة، فالأصح تكليفه الانتقال، وجواب جمهور الأصحاب أنه لا ينقل مطلقًا، فلو مات في الحجاز وتعذر نقله، دفن فيه، ولفظ الإمام أنا نواريه مواراة الجيف، وإن كان في طرف الحجاز، نقل لسهولته، وأطلق أكثرهم أنه يدفن فيه، وقالوا: إذا جاز تركه في الحجاز للمرض، فللموت أولى، وذكر البغوي تفصيلًا جيدًا وهو أنه إن أمكن نقله قبل أن يتغير، نقل ولم

يدفن فيه، وإن خيف عليه التغير، دفن للضرورة، وإذا دفن حيث لا يؤذن فيه، هل ينبش ويخرج عند التمكن؟ وجهان حكاهما الإمام، والصحيح: المنع، وبه قطع الجمهور، فعلى هذا قال الإمام: لا يبعد أن لا يرفع نعش قبره، وأما حرم المدينة فلا يلحق بحرم مكة فيما ذكرنا، لكن استحسن الروياني أن يخرج منه إذا لم يتعذر الإخراج ويدفن خارجه، أما غير الحجاز، فيجوز تقرير الكفار فيه بالجزية ولكل كافر دخوله بالأمان، وإذا استأذن كافر في الدخول، لم يؤذن له إلا لحاجة، لأنه لا يؤمن أن يجس، أو يطلع على عورة، ويتولد من اطلاعه فساد، أو يفتك بمسلم، ويؤذن له إذا كان في دخوله مصلحة للمسلمين، كرسالة وعقد ذمة أو هدنة، وإن كان يدخل لتجارة، فللإمام أن يأذن له إذا رأى ذلك، ويأخذ من تجارته شيئًا كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ.

وإذا دخل لبعض هذه الأغراض فليكن مكثه بقدر الحاجة، وليس لكافر أن يدخل مساجد هذه البلاد بغير إذن، ولا يؤذن له في دخولها لأكل ولا نوم، لكن يؤذن لسماع القرآن أو الحديث والعلم، قال الروياني: وكذا لحاجته إلى مسلم، أو حاجة مسلم إليه، وإذا دخل بلا إذن إن كان جاهلًا فمعذور ويعرف، وإن كان عالمًا، عزر، وقيل: لا يعزر إلا أن يشرط عليه أن لا يدخل بلا إذن، وجلوس القاضي في المسجد إذن للكافر في الدخول، وإذا كان له خصومة. وهل يفرق بين كونه جنبًا وغيره؟ وجهان سبقا في كتاب الصلاة، والصحيح الأشهر أنه يكفي إذن آحاد المسلمين في دخول كل المساجد، وقال الروياني: لا يكفي في الجامع إلا إذن السلطان، وفي مساجد القبائل والمحال وجهان: أحدهما: يشترط إذن من له أهلية الجهاد، وأصحهما: يكفي إذن من يصح أمانه، وإذا قدم وفد من الكفار، فالأولى أن ينزلهم الإمام في دار مهيأة لذلك، أو في فضول مساكن المسلمين، فإن لم يتيسر، فله انزالهم في المسجد، ويجوز تعليمهم القرآن إذا رجي إسلامهم، ولا يجوز إذا خيف استخفافهم، وكذا القول في تعليم أحاديث النبي ﷺ والفقه والكلام، ولا يمنعون من الشعر والنحو، قال الروياني: ومنعه بعض الفقهاء، لئلا يتطاولوا به على مسلم لا يحسنه.

فرع: من دخل منهم لتجارة أو رسالة لم يمكن من إظهار خمر ولا خنزير، ولا يأذن له الإمام في حملها إلى دار الإسلام.

الركن الخامس: المال المعقود عليه، وفيه مسائل:

إحداها: أقل الجزية دينار لكل سنة، هذا هو المنصوص الموجود في كتب الأصحاب، وذكر الإمام أن الأقل دينار، أو اثنا عشر درهمًا نقرة خالصة مسكوكة،

يتخير الإمام بينهما، ولا يلزم الإمام أن يخيرهم بأقل الجزية، بل يستحب أن يماكس حتى يأخذ من الغني أربعة دنانير، ومن المتوسط دينارين، وقال الإمام: موضع المماكسة ما إذا لم يعلم الكافر جواز الاقتصار على دينار، فإن علم، تطلب الزيادة استماحة، فإن امتنعوا من بذل ما زاد على دينار، وجب تقريرهم بالدينار سواء فيه الغني والفقير، ولو عقد بأكثر من دينار، ثم علم أن الزيادة غير لازمة، لزمه ما التزم، كمن اشترى شيئًا أكثر من ثمن مثله، فإن امتنع من الزيادة، فوجهان: أحدهما: يقنع بالدينار، وأصحهما: أنه ناقض للعهد بذلك، كما لو امتنع من أداء أصل الجزية، وحينئذ هل يبلغ المأمن أم يقتل؟ قولان سنذكرهما إن شاء الله تعالىٰ، فإن بلغ المأمن وعاد، فطلب العقد بدينار، أجبناه، هكذا ذكره البغوي، وأطلق الإمام أنه إذا قبل الزيادة، ثم نبذ العهد إلينا لا يغتال، وإذا طلب تجديد عقد بالدينار، لزم إجابته، ثم إن كان النبذ بعد مضي سنة، لزمه ما التزم، وإن كان في أثنائها، لزمه بقسطه تفريعًا على المذهب فيما إذا مات الذمي في أثناء السنة.

فرع: نص أنه لو شرط على قوم أن على فقيرهم دينارًا، ومتوسطهم دينارين، وغنيهم أربعة، جاز، والاعتبار في هذه الأحوال بوقت الأخذ لا بوقت العقد، ولا بما يطرأ، وإن قال بعضهم: أنا متوسط أو فقير، قبل قوله إلا أن تقوم بينة بخلافه.

المسألة الثانية: لو مات الذمي، أو أسلم بعد مضي السنة، لم تسقط الجزية كسائر الديون، فتؤخذ من تركته ومنه إذا أسلم، ولو مضت سنون ولم يؤد الجزية، أخذت منه ولم تتداخل كالديون، ولو مات أو أسلم في أثناء السنة، فهل يجب قسط ما مضى كالأجرة أم لا يجب شيء كالزكاة؟ قولان أظهرهما: الأول، وقيل: تجب قطعًا، وقيل: عكسه، وقيل: لا تجب في الموت، وفي الإسلام القولان، فإن أوجبنا، فهل للإمام أن يطالب في أثناء السنة بقسط ما مضى؟ وجهان أصحهما: لا، ويقرب منه ما ذكره البغوي هل للإمام أن يشترط تعجيلها؟ وجهان: وجه الجواز إلحاقها بالأجرة، ومتى مات وعليه جزية، أخذت من تركته مقدمة على الوصية، كسائر الديون، فتؤخذ من تركته، ومنه إذا أسلم، فلو كان معها دين آدمي، فالمذهب والمنصوص أنه يسوى بينها وبينه، وقيل: فيه الأقوال الثلاثة في اجتماع دين الله تعالى ودين الآدمي هل يقدم ذا أم ذاك أم يستوي، وفي «الوسيط» طريقة حازمة بتقديم الجزية، وهو غلط.

المسألة الثالثة: يستحب للإمام إذا أمكنه أن يشرط على أهل الذمة إذا صولحوا في بلدانهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين، وشرط الضيافة يكون لجميع الطارقين، ولا يختص بأهل الفيء، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل:

في اختصاصهم وجهان: وهل الضيافة زيادة مقصودة في نفسها أم محسوبة من الجزية وجهان أصحهما: وأشهرهما: أنها زيادة وراء أقل الجزية، فعلى هذا إن قبلوها، لزم الوفاء، وجرت مجرى الزيادة على دينار، وإن قلنا: إنها من الجزية فعلمنا في آخر السنة أن ما ضيفوا به لا ينقص عن دينار فذاك، وإن نقص، لزمهم تتميمه، وإذا شرطنا الضيافة، ثم رأى الإمام نقلها إلى الدنانير، فليس له ذلك على الأصح إلا برضاهم، فإن ردت إلى الدنانير، فهل يبقى للمصالح العامة، أم يختص بأهل الفيء؟ وجهان: أصحهما: الاختصاص، كالدنانير المضروبة، وتشترط الضيافة على الغني والمتوسط، وفي الفقير أوجه: أصحها: لا تشترط عليه، والثاني: بلى، والثالث: تشترط على المعتمل دون غيره ويتعرض الإمام عند اشتراط الضيافة لأمور منها: أن يبين عدد أيام الضيافة في الحول، كمائة يوم أو أقل أو أكثر، وفي «البحر» أنه لو لم يذكر عدد الأيام في الحول وشرط ثلاثة أيام مثلًا عند قدوم كل قوم، فوجهان: إن جعلناها جزية، لم يجز، وإلا فيجوز.

ومنها: بيان عدد الضيفان من الفرسان والرجالة، وعن «الحاوي» أن التعرض لعدد الضيفان إنما يشترط إذا جعلنا الضيافة من الجزية، فإن جعلناها وراءها، جاز أن لا يبين العدد، ثم إن تساووا في الجزية، تساووا في الضيافة، وإن تفاوتوا، فاوت بينهم، فيجعل على الغني ضيافة عشرين مثلًا، وعلى المتوسط عشرة، والفقير إن قلنا باشتراطها عليه خمسة، وفي وجه يسوي بينهم في الضيافة، وإن تفاوتوا في الجزية، ولو شرط عدد الضيفان على جميعهم، وقال: تضيفون في كل سنة ألف مسلم، قال الروياني: يكفي ذلك، ثم هم يوزعونها أو يتحمل بعضهم عن بعض.

ومنها: بيان ذلك الطعام والادام وجنسهما، فيقول: لكل واحد كذا من الخبز، وكذا من السمن أو الزيت، ويتعرض لعلف الدواب من التبن أو الحشيش أو القت، ولا يحتاج إلى ذكر قدر العلف، وإن ذكر الشعير، بين قدره، وإطلاق العلف لا يقتضي الشعير، نص عليه.

ومنها: منزل الضيفان من فضول منازلهم أو كنائسهم، أو بيوت الفقراء الذين لا يضيفون، وليكن الموضع بحيث يدفع الحر والبرد، ولا يخرجون أهل المنازل منها.

ومنها: أن يبيّن مدة مقام الضيف، ولا يزيد على ثلاثة أيام، وقال ابن كج: يشترط على المتوسط ثلاثة أيام، والغني ستة، قال الإمام: وإذا حصل التوافق على الزيادة، فلا منع، ولا يفرق بين الطبقات في جنس الطعام.

فرع: لو أراد الضيف أن يأخذ منهم ثمن الطعام، لم يلزمهم، ولو أراد أن

يأخذ الطعام ويذهب به ولا يأكله، فله ذلك بخلاف طعام الوليمة، لأن هذه معاوضة، وتلك مكرمة، ولا يطالبهم بطعام الأيام الثلاثة في اليوم الأول ولو لم يأتوا بطعام اليوم، فهل للضيف المطالبة من الغد، إن جعلنا الضيافة محسوبة من الدينار، فله ذلك، وإلا فلا. ولا تلزمهم أجرة الطبيب والحمام وثمن الدواء، ولو تنازعوا في إنزال الضيف، فالخيار له، ولو تزاحم الضيفان على ذمي، فالخيار له، ولو قل عددهم، وكثر الضيفان، فالسابق أحق، فإن تساووا، أقرع، وليكن للضيفان عريف يرتب أمرهم.

فصل: تؤخذ الجزية على سبيل الصغار والإهانة، بأن يكون الذمي قائمًا، والمسلم الذي يأخذها جالسًا، ويأمره بأن يخرج يده من جيبه، ويحني ظهره ويطأطىء رأسه، ويصب ما معه في كفة الميزان، ويأخذ المستوفي بلحيته ويضرب في لِهزِمته: وهي مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن من اللحي، وهذا معنى الصغار عند بعضهم، وهل هذه الهيئة واجبة أم مستحبة؟ وجهان: أصحهما: مستحبة، ويبنى عليهما أنه هل يجوز أن يوكل الذمي مسلمًا بأداء الجزية، وأن يضمنها مسلم عن ذمي، وأن يحيل ذمي بها على مسلم، فإن أوجبنا إقامة الصغار عند أداء الجزية، لم يجز، وإن قلنا: المقصود تحصيل ذلك المال، ويحصل الصغار بالتزامه المال والأحكام كرهًا، جاز، والضمان أولى بالصحة، لأنه لا يمنع مطالبة الذمي وإقامة الصغار عليه، ولو وكل ذمي ذميًا بالأداء، قال الإمام: الوجه طرد الخلاف، ولو وكل مسلمًا في عقد الذمة له، جاز، لأن الصغار يرعى عند الأداء دون العقد.

فصل: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه طلب الجزية من نصارى العرب وهم: تنوخ وبهراء وبنو تغلب، وهم قبائل من العرب تنصروا لا يعلم متى تنصروا، وهم مقرون بالجزية، فقالوا: نحن عرب لا نؤدي ما يؤدي العجم، فخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض، يعنون الزكاة، فقال عمر رضي الله عنه: هذا فرض المسلمين، فقالوا: زد ما شئت بهذا الإسم لا باسم الجزية، فراضاهم على أن تضعف عليهم الزكاة، قال الأصحاب: ولم يخالف عمر أحد من الصحابة رضي الله عنهم، فصار كالإجماع، وعقد الذمة لهم مؤبدًا، فليس لأحد نقض ما فعله، قالوا: وفيه إشكال من وجهين: أحدهما: أنه ربما كان فيهم من يقل ماله الزكوي، فيكون المأخوذ منه أقل من دينار، وربما قلت أموالهم الزكوية، فينقص المأخوذ عن دينار لكل رأس، الثاني: أنه وإن وفى المأخوذ بدينار لكل رأس، فربما كان فيهم من لا يملك مالًا زكويًا فيكون قد قرر بلا جزية، ولا يجوز ذلك، وإن بذل غيره أكثر من دينار، كما لو قال واحد: خذوا مني عشرة دنانير على أن لا جزية على تسعة معي، ولم ينقل أنه رضي الله عنه سأل عن هذه

الأمور، وأجيب عن الأول بأن فعله ﷺ محمول على أن المأخوذ لا ينقص عن دينار لكل رأس، أو أنه شرط عليهم الإتمام إن نقص، وقيل: احتمل ذلك، لأنه إن نقص في وقت فربما زاد في وقت فتجبر الزيادة النقص، وعن الثاني، بأن المأخوذ من أصحاب أموال الزكوية مأخوذ عنهم وعن الآخرين، ولبعضهم أن يلتزم عن نفسه وعن غيره، وغرضنا تحصيل دينار عن كل رأس، هذا ما ذكره ابن أبي هريرة والأكثرون، وقال أبو إسحاق: لا يجوز، لأن فيه تقرير بعضهم بلا مال، وأجري الوجهان فيما لو التزم واحد عشر دنانير عنه وعن تسعة، إذا تقرر هذا، فلو طلب قوم من أهل الكتاب أن يؤدوا الجزية باسم الصدقة، ولا يؤدوها باسم الجزية، فللإمام إجابتهم إذا رأى ذلك، ويسقط عنهم الإهانة واسم الجزية، ويأخذ ضعف الصدقة، وسواء في هذا العرب والعجم، وقيل: يختص الجواز بالعرب لشرفهم، والصحيح الأول، ويشترط عليهم بمال الزكاة وقدرها، ويكفي أن يقول الإمام: جعلت عليكم ضعف الصدقة، أو صالحتكم على ضعف الصدقة، والمأخوذ جزية تصرف مصرف الفيء، ولا يؤخذ شيء من أموال الصبيان والمجانين والنسوة وينظر في الحاصل هل يفي بدينار عن كل رأس؟ فإن لم يف، زاد إلى ثلاثة أضعاف فأكثر، وهل يدخل الفقير في التوزيع؟ فيه الخلاف السابق في أنه تؤخذ منه جزية أم لا، ولو كثروا وعسر عددهم لمعرفة الوفاء بالدينار، فهل يجوز الأخذ بغلبة الظن؟ وجهان: أصحهما: لا، بل يشترط تحقق أخذ دينار عن كل رأس، ويجوز الاقتصار على قدر الصدقة وعلى نصفها إذا حصل الوفاء بالدينار، واستحب جماعة زيادة شيء على قدر الصدقة لإسقاط اسم الجزية، ولم يستبعد الإمام المنع لما فيه من تشبيههم بالمسلمين في المأخوذ، وحط الصغار بلا غرض مالي، وإذا شرط ضعف الصدقة، وزاد على دينار، ثم سألوا إسقاط الزيادة وإعادة اسم الجزية، اجيبوا على الصحيح.

فرع: يأخذ من خمس من الإبل شاتين، ومن عشر أربعًا، ومن خمس وعشرين بنتي مخاض، ومن أربعين شاة شاتين، ومن ثلاثين بقرة تبيعتين، ومن عشرين دينارًا دينارًا، ومن مائتي درهم عشرة دراهم، ومما سقت السماء الخمس، ومما سقي بالنواضح العشر، ومن الركاز خمسين، وعلى هذا القياس، ومن مائتي بعير ثمان حقاق أو عشر بنات لبون، ولا يفرق فيؤخذ أربع حقاق وخمس بنات لبون، كما لا يفرق في الصدقة، ومن ستين بقرة أربعة أتبعة لا ثلاث مسنات، ومن ست وأربعين بعيرًا حقتين فإن لم يجدهما فبنتي لبون مع الجيران، ومن ست وثلاثين بنتي لبون، فإن لم يجد فبنتي مخاض مع الجيران، وفي تضعيف الجبران وجهان:

أحدهما: تضعف، فيؤخذ مع كل بنت مخاض شاتان، أو عشرون درهمًا، فإن لم نجد في مال صاحب الست والثلاثين بنت لبون وعندة حقاق، أخذنا حقتين ورددنا جبرانين ولا يضعف الجبران هنا قطعًا، ويخرج الإمام الجبران من الفيء كما يصرفه إذا أخذه إلى الفيء، وهل يؤخذ من بعض النصاب قسطه من واجب النصاب، كشاة من عشرين ونصف شاة من عشر؟ فيه قولان، أظهرهما: لا، والثاني: نعم، رواه البويطي، فعلى هذا يؤخذ من مئة شاة ونصف شاة ثلاث شياه، ومن سبعة أبعرة ونصف ثلاث شياه، ومن خمس وثلاثين بقرة تبيع ومسنة، وأجرى الخلاف في الأوقاص، هل يحط عنهم أم يجب قسط المأخوذ في حقهم، وقيل: إن أدى الأخذ من الوقص إلى التشقيص مع التضعيف لم يؤخذ، وإلا فيؤخذ.

فرع: إذا ضرب الجزية على ما يحصل من أرضهم من ثمر وزرع باسم الصدقة، فباع أرضهم، صح بيعه، فإن بقي مع البائع ما بقي الحاصل منه بالمشروط عليه، فذاك، وإلاّ انقلبت الجزية إلى رقبة البائع، وأما المشتري، فإن كان مسلمًا، فلا شيء عليه فيما اشتراه، وإن كان ذميًا، فإن كانت الجزية على رقبته، فكذلك، وإن كانت على حاصل أرضه، زاد الواجب بما اشتراه.

فصل: إذا استأذن حربي في دخول دار الإسلام، أذن له الإمام إن كان يدخل لرسالة، أو حمل ميرة، أو متاع تشتد حاجة المسلمين إليه، قال الإمام: ولا يجوز توظيف مال على رسول، ولا على مستجير لسماع كلام الله تعالى، لأن لهما الدخول بلا إذن، وإن كان يدخل لتجارة لا تشتد الحاجة إليها، جاز للإمام أن يأذن له ويشرط عليه عشر ما معه من مال التجارة، ولو دخل غير تاجر بأمان مسلم، لم يطالب بشيء، وقيل: إن دخل الحجاز، وجب دينار، لعظم حرمته، ولو رأى الإمام أن يزيد المشروط على العشر، جاز على الأصح، ويجتهد فيه كما في زيادة الجزية على دينار، ولو رأى أن يحط الضريبة عن العشر، ويردها إلى نصف العشر فما دونه، فله ذلك، وله أن يشرط في نوع من تجارتهم نصف العشر، وفي غيره العشر، ولو رأى أن يأذن لهم بغير شيء، جاز على الأصح، وبه قطع الجمهور، لأن الحاجة تدعو إليه لاتساع المكاسب وغيره، ثم إن كان المشروط أن يأخذ من تجارة الكافر، أخذ، سواء باع أم لا، وإن كان المشروط أن يأخذ من ثمن تجارته، لم يأخذ حتى يبيع، وأما الذمي، فله أن يتجر فيما سوى الحجاز من بلاد الإسلام، ولا يؤخذ من تجارته شيء، قال في «البيان»: إلا أن يشترط عليه مع الجزية شيء من تجارته، فلو أراد أن يدخل الحجاز، ويتجر فيه، فقد ذكر الغزالي في «الوجيز» خلافًا في أنه هل يؤخذ منه شيء؟ ولا وجود لهذا الخلاف في شيء من كتب

الأصحاب، ولم يذكره الإمام والغزالي في «الوسيط» بل الذي نقله الأصحاب أن الذمي في الحجاز كالحربي في سائر بلاد الإسلام، وما يؤخذ من الذمي لا يؤخذ في كل سنة إلا مرة، كالجزية، وكذا الحربي إذا أخذت منه الضريبة مرة لا تؤخذ ثانيًا حتى يمضي إذا كان يطوف في بلاد الإسلام بأجر أو يكتب له وللذمي براءة حتى لا يطالب في بلد آخر قبل الحول، فإن رجع إلى دار الحرب، ثم عاد في الحول، فهل تؤخذ كل مرة أم لا تؤخذ إلاّ مرة؟ وجهان: أصحهما: الثاني وهو ظاهر نصه، والإمام بالخيار فيما يضربه بين استيفائه دفعة أو دفعات، ثم ما ذكرنا من أخذ المال من تجارة الحربي أو الذمي هو فيما إذا شرط الإمام عليه، فأما إذا أذن لحربي في دار الإسلام، أو لذمي في دخول الحجاز بلا شرط، فوجهان: أحدهما: تؤخذ، حملًا للمطلق على المعهود، وأصحهما: المنع، لأنهم لم يلتزموا.

فرع: المرأة التابعة للزوج أو القريب في عقد الذمة إذا ترددت متجرة في الحجاز، أو في غير الحجاز، حكمها حكم الذمي.

فصل: إذا صالحنا طائفة من الكفار على أن تكون أرضهم لهم، ويؤدوا خراجًا عن كل جريب في كل سنة كذا، جاز ويستمر ملكهم ويكون المأخوذ جزية تصرف مصرف الفيء، والتوكيل بإعطائه كالتوكيل بإعطاء الجزية، ويشترط أن يبلغ قدرًا يخص كل واحد من أهل الجزية منه دينارًا إذا وزع على رؤوسهم، ويلزمهم ذلك زرعوا أم لا، ولا يؤخذ من أرض صبي ولا مجنون ولا امرأة، ولهم بيع تلك الأرض وهبتها وإجارتها، وإذا أجر بعضهم بعضها لمسلم بقي الخراج على المكري، ويلزم المستأجر الأجرة، وإن باع لمسلم، انتقل الواجب إلى رقبة البائع ولا خراج على المشتري، ولو أسلموا بعد الصلح، سقط الخراج، ويلزمهم أن يؤدوا عن الموات الذي يمنعوننا منه دون ما لا يمنعون منه، ولو أحيوا منه شيئًا بعد الصلح، لم يلزمهم شيء لما أحيوا إلاّ إذا شرط عليهم أن يؤدوا عما يحيون، ولو صالحناهم على أن الأرض لنا ويسكنونها ويؤدون عن كل جريب، فهو عقد إجازة، والمأخوذ أجرة، فتجب معها الجزية ولا يشترط أن تبلغ دينارًا عن كل رأس، وتؤخذ من أرض النساء والصبيان والمجانين، ويجوز توكيل المسلم في أدائها، وليس لهم بيع تلك الأرض ولا هبتها، ولهم إجارتها.

الطرف الثاني: في أحكام عقد الذمة: فإذا صح عقدها، لزمنا شيء، ولزمهم شيء، أما ما يلزمنا فأمران:

أحدهما: الكف عنهم، بأن لا يتعرض لهم نفسًا ومالًا، ويضمنهما المتلف،

ولا يتعرض لكنائسهم على تفصيل سنذكره إن شاء الله تعالىٰ، ولا تتلف خمورهم وخنازيرهم إلا إذا أظهروها، فمن أراق أو قتل من غير إظهار، عصى، ولكن لا ضمان، ولو باع ذمي لمسلم خمرًا، أريقت على المسلم ولا ثمن للذمي، وإن غصبها من ذمي، وجب ردها على الصحيح، وعليه مؤنة الرد، قال البغوي: ولو كان لمسلم على ذمي دين، فقضاه، وجب القبول إذا لم يعلم أن المؤدى ثمن محرم، فإن علم، بأن باع الخمر بين يديه وأخذ ثمنها، فهل يجبر على قبوله؟ وجهان: أصحهما: لا يجبر، وهو المنصوص، بل لا يجوز القبول، ولو كان لذمي على ذمي دين، ورهن به خمرًا، لم يتعرض لهما، كما لو باعه الخمر، فإن وضعاها عند مسلم، لم يكن له إمساكها، ولو كان لمسلم على ذمي دين، فرهن به خمرًا، لم يجز.

الأمر الثاني: يلزم الإمام دفع من قصدهم من أهل الحرب إن كانوا في دار الإسلام، فإن كانوا مستوطنين دار الحرب وبذلوا الجزية، لم يجب الذب عنهم، وإن كانوا منفردين ببلدة في جوار الدار، وجب الذب على الأصح، هذا إذا جرى العقد مطلقًا، فإن جرى بشرط أن يذب أهل الحرب، وجب الوفاء بالملتزم وفيه احتمال للإمام، وإن جرى بشرط أن لا يذب عنهم، فإن كانوا مع المسلمين، أو في موضع إذا قصدهم أهل الحرب كان مرورهم على المسلمين، فسد الشرط، وكذا العقد على الصحيح، وإن كانوا منفردين ولا يمر أهل الحرب بهم، صح الشرط، وحكى الإمام وجهًا أن شرط ترك الذب فاسد مطلقًا، والصحيح الأول، وهل يكره؟ فيه نصان حملوهما على حالين، فإن طلب الإمام الشرط، كره، لأن فيه إظهار ضعف المسلمين، وإن طلب أهل الذمة، فلا، ويجب دفع المسلمين وأهل الذمة عنهم، كما يجب دفع أهل الحرب، فإن لم يدفع عنهم حتى مضى حول، لم تجب جزيته، كما لا تجب الأجرة إذا لم يوجد التمكن من الانتفاع، ولو أغار أهل الحرب على أهل الذمة، وأخذوا أموالهم، ثم ظفر الإمام بهم، فاسترجعها، لزمه ردها على أهل الذمة، فإن أتلفوا، فلا ضمان عليهم، كما لو أتلفوا مال المسلمين، ومن أغار من بيننا وبينه هدنة وأتلف أموال أهل الذمة، ضمن، فإن نقضوا العهد وامتنعوا، ثم أغاروا وأتلفوا لهم مالًا أو نفسًا، ففي الضمان قولان، كأهل البغي.

فصل: وأما ما يلزمهم: فخمسة أمور:

الأمر الأول: في الكنائس والبيع، فالبلاد التي في حكم المسلمين قسمان:

أحدهما: ما أحدثه المسلمون، كبغداد والكوفة والبصرة، فلا يمكن أهل الذمة من إحداث بيعة وكنيسة وصومعة راهب فيها، ولو صالحهم على التمكن من

إحداثها، فالعقد باطل، والذي يوجد في هذه البلاد من البيع والكنائس وبيوت النار لا ينقض لاحتمال أنها كانت في قرية أو برية فاتصل بها عمارة المسلمين، فإن عرف إحداث شيء بعد بناء المسلمين، نقض.

الثاني: بلاد لم يحدثوها ودخلت تحت أيديهم، فإن أسلم أهلها، كالمدينة واليمن، فحكمها كالقسم الأول، وإلاّ فإما أن تفتح عنوة أو صلحًا، الضرب الأول: ما فتح عنوة، فإن لم يكن فيها كنيسة، أو كانت وانهدمت، أو هدمها المسلمون وقت الفتح أو بعده، فلا يجوز لهم بناؤها، وهل يجوز تقريرهم على الكنيسة القائمة؟ وجهان: أصحهما: لا، وبه قطع جماعة، الثاني: ما فتح صلحًا وهو نوعان، أحدهما: فتح على أن رقبة الأرض للمسلمين، وهم يسكنونها بخراج، فإن شرطوا إبقاء البيع والكنائس، جاز، وكأنهم صالحوا على أن الكنائس لهم وما سواها لنا، وإن صالحوا على إحداثها أيضًا، جاز، ذكره الروياني وغيره، وإن أطلقوا، لم تبق الكنائس على الأصح، الثاني: ما فتح على أن البلد لهم يؤدون خراجه، فيقرون على الكنائس ولا يمنعون من إحداثها فيه على الأصح، لأن الملك والدار لهم، ويمكنون فيها من إظهار الخمر والخنزير والصليب، وإظهار ما لهم من الأعياد، وضرب الناقوس، والجهر بالتوراة والانجيل، ولا شك في أنهم لا يمنعون من إيواء الجاسوس، وتبليغ الأخبار، وما يتضرر به المسلمون في ديارهم، وحيث قلنا: لا يجوز الإحداث، وجوزنا إبقاء الكنيسة، فلا منع من عمارتها إذا استرمت، وهل يجب إخفاء العمارة؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن إظهارها زينة تشبه الاستحداث، وأصحهما: لا، فيجوز تطيينها من داخل وخارج، ويجوز إعادة الجدار الساقط، وعلى الأول يمنعون من تطيين خارجها، وإذا أشرف الجدار على الخراب، فلا وجه إلاّ أن يبنوا جدارًا داخل الكنيسة، وقد تمس الحاجة إلى جدار ثالث ورابع، فينتهي الأمر إلى أنه لا يبقى من الكنيسة شيء، ويمكن أن يكتفي من يوجب الإخفاء بإسبال ستر تقع العمارة وراءه، أو بإيقاعها في الليل، وإذا انهدمت الكنيسة المبقاة، فلهم إعادتها على الأصح، ومنعها الإصطخري وابن أبي هريرة، فإن جوزنا، فليس لهم توسيع خطتها على الصحيح، ويمنعون من ضرب الناقوس في الكنيسة، كما يمنعون من إظهار الخمر، وقيل: لا يمنعون تبعًا للكنيسة، وهذا الخلاف في كنيسة بلد صالحناهم على أن أرضه لنا، فإن صالحناهم على أن الأرض لهم، فلا منع قطعًا كما سبق، قال الإمام: وأما ناقوس المجوس، فلست أرى فيه ما يوجب المنع، وإنما هو محوط وبيوت يجمع فيها المجوس جيفهم، وليس كالبيع والكنائس، فإنها تتعلق بالشعار.

الأمر الثاني: في البناء، فيمنعون من إطالته ورفعه على بناء جيرانهم من المسلمين، فإن فعلوا، هدم، هذا هو المذهب، وحكى ابن كج قولًا آخر: أن لهم الرفع، فعلى المذهب الاعتبار ببناء جاره على الصحيح، وفي وجه: لا يطيل على بناء أحد من المسلمين في ذلك المصر، وسواء كان بناء الجار معتدلًا أو في غاية القصر، وللإمام احتمال فيما هو في غاية القصر، ثم المنع لحق الدين لا لمحض حق الجار، فيمنع ولو رضي الجار، وهذا المنع واجب، وقيل: مستحب، ويمنعون من المساواة على الأصح، ولو كان أهل الذمة في موضع منفرد، كطرف من البلد منقطع عن العمارة، فلا منع من رفع البناء على الصحيح، ولو ملك ذمي دارًا رفيعة البناء، لم يكلف هدمها، فإن انهدمت، فأعادها، منع من الرفع، وفي المساواة الوجهان، ولو فتحت بلدة صلحًا على أنها للمسلمين، لم تهدم أبنيتهم الرفيعة فيها ويمنعون من الإحداث، ذكره البغوي.

الأمر الثالث: يمنعون من ركوب الخيل على الصحيح، لأن فيه عزًا، وحكى ابن كج أن لا منع، كما لا منع من ثياب نفيسة، واستثنى الشيخ أبو محمد البراذين، وفي البغال وجهان: أحدهما: المنع، وبه قال الفوراني والإمام والغزالي، وأصحهما: لا منع، وبه قطع كثيرون، ولا منع من الحمر وإن كانت رفيعة القيمة، وإذا ركبوا، لم يركبوا السروج بل الأكف، ويركبون عرضًا، وهو أن يجعل الراكب رجليه من جانب واحد، وعن الشيخ أبي حامد أن لهم الركوب على استواء، ويحسن أن يتوسط، فيفرق بين أن يركب إلى مسافة قريبة في البلد أو إلى مسافة بعيدة فيمنع في الحضر، ويكون ركابهم من خشب لا حديد، وجوز ابن أبي هريرة الحديد، ويمنعون من تقلد السيوف وحمل السلاح، ومن لجم الذهب والفضة، وذكر ابن كج أن هذا كله في الذكور البالغين، فأما النساء والصغار، فلا يلزمون الصغار، كما لا جزية عليهم.

فرع: لا يترك لذمي صدر الطريق، بل يلجأ إلى أضيقه إذا كان المسلمون يطرقون، فإن خلت الطرق عن الزحمة، فلا حرج، وليكن الضيق بحيث لا يقع في وهدة، ولا يصدمه جدار، ولا يوقر، ولا يصدر في مجلس إذا كان فيه مسلمون، ولا يجوز لمسلم أن يوادهم، ولا أن يبدأ من لقيه منهم بسلام، وإن بدأ الذمي به، فلا يجيبه، ذكره البغوي.

الأمر الرابع: يؤخذ أهل الذمة في دار الإسلام بالتميز في اللباس، بأن يلبسوا الغيار، وهو أن يخيطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونه لونها، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل، هكذا أطلق، ويشبه أن يقال: لا يختص بالكتف، والشرط

الخياطة في موضع لا يعتاد، وإلقاء منديل ونحوه، كالخياطة، ثم الأولى باليهود العسلي، وهو الأصفر، وبالنصارى الأزرق أو الأكهب، ويقال له: الرمادي، وبالمجوس الأسود أو الأحمر، ويؤخذون أيضًا بشد الزنار، وهو خيط غليظ على أوساطهم خارج الثياب، وليس لهم إبداله بمنطقة ومنديل ونحوهما، وإن لبسوا قلانس، ميزت عن قلانس المسلمين بذؤابة، أو علم في رأسها، وإذا دخلوا حمامًا فيه مسلمون، أو تجردوا عن الثياب، فليكن عليهم جلاجل، أو في أعناقهم خواتيم حديد، أو رصاص لا ذهب وفضة، هكذا ذكره الجمهور، وقال في «المهذب»: يجعل في عنقه خاتم ليتميز في الحمام وفي الأحوال التي يتجرد فيها، وبين العبارتين تفاوت ظاهر، وإذا كان لهم شعر، أمروا بجز النواصي، ومنعوا من إرسال الضفائر، والجمع بين الغيار والزنار تأكيد ومبالغة في شهرهم، ويجوز أن يقتصر الإمام على اشتراط أحدهما، وهل تؤخذ النساء بالغيار، وشد الزنار، والتميز في الحمام؟ وجهان: أصحهما: نعم، والثاني: لا، لندور خروجهن، فلا حاجة إلى التميز، فعلى الأصح قال الشيخ أبو حامد: يجعل الزنار فوق الإزار، وفي «التهذيب»: وغيره تحته لئلا يصف بدنها، وأشار بعضهم إلى اشتراط ظهور شيء منه.

والتميز في الحمام يبنى على أنه هل يجوز لهن دخوله مع المسلمات؟ قال البغوي: والأصح منعه، وقد يفهم من هذا السياق أن للمسلمات دخوله بلا حجر، لكن نقل الروياني وغيره عن ابن أبي هريرة أنه قال: لا يجوز لهن دخوله إلاّ لضرورة.

وإذا خرجت ذمية بخف، فليكن أحد خفيها أسود والآخر أبيض أو أحمر، ولا يشترط التميز بكل هذه الوجوه، بل يكفي بعضها.

فرع: للذمي أن يتعمم ويتطلس على الصحيح. ويلبس الديباج على الأصح، كرفيع القطن والكتان، وذكر الغزالي وجهين في أن أصل الغيار واجب أم مستحب؟ والذي يوافق كلام الجمهور وإطلاقهم الوجوب.

الأمر الخامس: الانقياد للحكم، فيلزم أهل الذمة الانقياد لحكمنا، هكذا إطلقه الأصحاب، وحكى الإمام عن العراقيين أن المراد أنهم إذا فعلوا ما يعتقدون تحريمه، يجري عليهم حكم الله تعالى فيه، ولا يعتبر رضاهم، وذلك كالزنى والسرقة، فإنهما محرمان عندهم كشرعنا، وقد بينا حكمهما في البابين، وذكرنا الفرق بين أن يزني بمسلمة، ويسرق مال مسلم، أو يزني بذمية، ويسرق مال ذمي، وأما ما يعتقدون حله، فقد سبق أن حد الشرب لا يقام على ذمي على الأصح وإن رضي بحكمنا، ولو نكح مجوسي محرمًا له، لم يتعرض له، فإن رفعوا إلينا ورضوا

بحكمنا، حكمنا، وهل يجب الحكم؟ فيه القولان المعروفان، ويلزمهم كف اللسان، والامتناع من إظهار المنكرات، كإسماع المسلمين شركهم، وقولهم ثالث ثلاثة، واعتقادهم في المسيح وعزير صلى الله عليهما وسلم، وإظهار الخمر والخنزير والناقوس وأعيادهم وقراءتهم التوراة والإنجيل، وإحداثهم الكنائس في بلادنا، وإطالتهم البناء، وتركهم مخالفة لما شرط، فإن أظهروا شيئًا من هذه، منعوا وعزروا ولكن لا ينتقض به عهدهم، سواء شرط الامتناع منها في العقد أم لا، فإن شرط عليهم الانتقاض بهذه الأسباب، فقال الإمام: يبنى ذلك على الخلاف في صحة عقد الذمة مؤقتًا، إن صححناه، صح العقد، فينتقض إذا أظهروا، وإن لم نصححه، فسد العقد من أصله، والحكاية عن الأصحاب أنه لا ينتقض، بل يفسد الشرط، ويتأبد العقد، ويحمل ما جرى على تخويفهم، وينتقض، بل يفسد الشرط، ويتأبد العقد، ويحمل ما جرى على تخويفهم، وينتقض عهدهم بقتالهم المسلمين، سواء شرط عليهم الامتناع منه أم لا، هذا إذا لم تكن شبهة، فلو أعانوا البغاة، وادعوا أنهم لم يعرفوا الحال، فقد سبق بيانه في قتال البغاة، ولو منعوا الجزية، أو امتنعوا من إجراء أحكام الإسلام عليهم، انتقض عهدهم، هكذا قاله الأصحاب، قال الإمام: هذا إذا منع مع القدرة، فأما العاجز إذا استمهل فلا ينتقض عهده، قال: ولا يبعد أن يقال: تؤخذ الجزية من الموسر الممتنع قهرًا، ولا يجعل الامتناع ناقضًا كسائر الديوان، ويخصص ما قاله الأصحاب بالمتغلب المقاتل، قال: وأما الامتناع من إجراء الأحكام، فإن امتنع هاربًا، فلا أراه ناقضًا، وإن امتنع راكبًا إلى قوة وعدة، فنيبغي أن يدعى إلى الانقياد، فإن نصب القتال، انتقض عهده بالقتال، ثم أسد الإمام ما ذكره من الاحتمال إلى ما تقدمه، فحكى عن القاضي حسين حصر الانتقاض في القتال، ونقل ابن كج قولين في امتناعهم من إجراء الأحكام، وعن «الحاوي» أن الامتناع من البدل نقض العهد من الواحد والجماعة، والامتناع من الأداء مع الاستمرار على الالتزام نقض من الجماعة دون الواحد، لأنه يسهل إجباره عليه، ولو زنى ذمي بمسلمة، أو أصابها باسم نكاح، أو تطلع على عورة المسلمين ونقلها إلى دار الحرب، أو فتن مسلمًا عن دينه، ودعاه إلى دينهم، ففي انتقاض عهده طرق، أصحها: أنه إن لم يجر ذكرها في العقد، لم ينتقض، وإلا فوجهان: ويقال: قولان، أصحهما: لا ينتقض قطعًا، والثالث: إن شرط، انتقض، وإلا فوجهان: وهل المعتبر في الشرط الامتناع من هذه الأفعال، أم انتقاض العهد إذا ارتكبها؟ صرح الإمام والغزالي بالثاني، وكثيرون بالأول، ولا يبعد أن يتوسط فيقال: إن شرط الانتقاض، فالأصح الانتقاض، وإلا، فالأصح خلافه، وألحق

بالخصال الثلاث إيواء عيون الكفار، وأما قطع الطريق والقتل الموجب للقصاص، فالمذهب أنهما كالزنى بمسلمة، وقيل: كالقتال، ولا يلحق بالمنابذة التوثب على رفقة، أو شخص معين، وليجر الطريقان فيما لو قذف مسلمًا، وسواء قلنا: ينتقض العهد، أو ينتقض، فقد قال البغوي: يقام عليهم موجب ما فعلوه من حد أو تعزير، ثم يجري على مقتضى الانتقاض كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وإذا قتل الذمي لقتله مسلمًا، أو لزنى وهو محصن، فهل يصير ماله فيئًا تفريعًا على الحكم بالانتقاض؟ وجهان.

وأما ذكر رسول الله ﷺ بالسوء إذا جهروا به، وطعنهم في الإسلام ونفيهم القرآن، فالمذهب أنه كالزني بمسلمة ونحوه، وقيل: ينتقض قطعًا، كالقتال، وفي محل الخلاف طريقان، أحدهما: أنه فيما إذا ذكر الذمي سواء يعتقده ويتدين به، كتكذيب ونحوه، فأما ما لا يعتقده، ولا يتدين به، بأن طعن في نسب رسول الله ﷺ، أو نسبه إلى الزنى، فليلتحق بالقتال، وينتقض العهد به قطعًا سواء شرط عليه الكف عنه أم لا، وأصحهما: أن الخلاف فيما إذا ذكر ما لا يتدين به، فأما ما يتدين به، فلا ينتقض بإظهاره قطعًا، ومن هذا نفيهم القرآن.

واعلم أن ذكرهم الله تعالى كذكرهم رسول الله ﷺ بطريق الأولى، فيجري فيه الخلاف، صرح به الروياني وغيره، ولكنهم جعلوا إظهار الشرك، وقولهم: ثالث ثلاثة، ومعتقدهم في المسيح وعزير، كإظهارهم الخمر، فلا ينتقض قطعًا، مع أن جميع هذا يتضمن ذكر الله تعالى بالسوء، ولا يستقيم هذا إلا على الطريق الثاني، وهو أن السوء الذي يتدين به لا ينقض قطعًا، ونقل صاحب «الشامل» وغيره عن أبي بكر الفارسي أنه قال: من شتم منهم النبي ﷺ، قتل حدًا، لأن النبي ﷺ قتل ابن خطل والقينتين، وزيفوه وقالوا: إنهم كانوا مشركين لا أمان لهم.

فرع: حيث حكمنا بانتقاض العهد، هل يبلغهم المأمن؟ قولان، أحدهما: نعم، كمن دخل بأمان صبي، وأظهرهما: لا، بل يتخير الإمام بين قتله واسترقاقه، والمن والفداء، لأنه كافر لا أمان له، والقولان في الانتقاض بغير قتال، فأما إذا نصبوا القتال، وصار حربًا لنا في دارنا، فلا بد من دفعهم، والسعي في استئصالهم. ولو أسلم من انتقض عهده قبل أن يختار الإمام شيئًا، قال الأصحاب: لا يجوز استرقاقه بخلاف الأسير، لأنه لم يحصل في يد الإمام بالقهر، فخف أمره، وهل يبطل أمان النساء والصبيان تبعًا كما يثبت تبعًا؟ وجهان: أصحهما: لا، إذا لم توجد منهم خيانة ناقضة، فعلى هذا لا يجوز سبيهم، ويجوز تقريرهم في دارنا، فإن طلبوا الرجوع إلى دار الحرب، أجيب النساء دون الصبيان، إذ لا حكم لقولهم قبل

البلوغ، فإن كان الطالب ممن يستحق الحضانة، أجيب إليه، وإلا فلا، ولو نبذ ذمي إلينا العهد، واختار اللحوق بدار الحرب، بلغناه المأمن على المذهب، وأجرى القاضي حسين فيه القولين، لأنه كافر لا أمان له.

فرع: المسلم إذا ذكر الله تعالى بما يقتضي الكفر، أو كذب رسول الله ﷺ، فهو مرتد، فيدعى إلى الإسلام، فإن عاد وتاب، قبلت توبته، ولو كذب على رسول الله ﷺ عمدًا، فعن الشيخ أبي محمد أنه يكفر ويراق دمه، قال الإمام: وهذه زلة، ولم أر ما قاله لأحد من الأصحاب، والصواب أنه يعزر، ولا يكفر، ولا يقتل، وما روي أن رجلًا أتى قومًا وزعم أنه رسول رسول الله ﷺ، فأكرموه، فأمر رسول الله ﷺ بقتله، محمول على أن الرجل كان كافرًا، ومن قذف النبي ﷺ وصرح بنسبته إلى الزنى، فهو كافر باتفاق الأصحاب، فإن عاد إلى الإسلام فثلاثة أوجه: أحدها: قاله الأستاذ أبو إسحاق: لا شيء عليه، لأنه مرتد أسلم، والثاني قاله أبو بكر الفارسي: يقتل حدًا، لأنه حد قذف،فلا يسقط بالتوبة، والثالث قاله الصيدلاني: يجلد ثمانين جلدة، ثم في كلام الإمام والغزالي أنا إذا قلنا: يثبت حد القذف، فعفا أحد بني أعمامه، فينبغي أن يسقط، أو يقول: هم لا ينحصرون، فهو كقذف ميت ليس له ورثة خاصون، ولا يبعد تخريج وجوب الحد على القولين في وجوب القصاص بقتل مثل هذا الشخص، وقد يقال: كل واحد من بني الأعمام غير وارث، بل الإرث للأقرب، ولا يكاد يعرف الأقرب ممن في الدنيا، ويقع النظر في أن عفو بعض الورثة هل يؤثر؟ ووراءه نظر آخر، وهو أن حد قذفه هل يورث؟ فيجوز أن يقال: لا يورث، كما لا يورث المال، أما إذا لم يقذف صريحًا، لكن عرض، فقال الإمام: الذي أراه أنه كالسب الصريح في اقتضاء الكفر لما فيه من الاستهانة.

ولو قذف نبيًا غير نبينا، فهو كقذف نبينا ﷺ.

باب عقد الذمة

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يصح عقد الذمة إلا من الإمام أو ممن فوض إليه الإمام، لأنه من المصالح العظام، فكان إلى الإمام. ومن طلب عقد الذمة وهو ممن يجوز إقراره على الكفر بالجزية وجب العقد له، لقوله عز وجل: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ﴾ **ثم قال:** ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] **فدل على أنهم إذا أعطوا الجزية وجب الكف عنهم، وروى بريدة رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ كان إذا بعث**

أميرًا على جيش قال: إذا لقيت عدوًا من المشركين فادعهم إلى الدخول في الإسلام، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، وإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم»[١] ولا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين، بذل الجزية، والتزام أحكام المسلمين في حقوق الآدميين، في العقود، والمعاملات، وغرامات المتلفات. فإن عقد على غير هذين الشرطين لم يصح العقد، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ والصغار هو أن تجري عليهم أحكام المسلمين، ولا فرق بين الخيابرة وغيرهم في الجزية، والذي يدعيه الخيابرة أن معهم كتابًا من علي بن أبي طالب كرم الله وجهه بالبراءة من الجزية لا أصل له، ولم يذكره أحد من علماء الإسلام، وأخبار أهل الذمة لا تقبل، وشهادتهم لا تسمع.

فصل: وإن كان أهل الذمة في دار الإسلام أخذوا بلبس الغيار وشد الزنار والغيار أن يكون فيما يظهر من ثيابهم ثوب يخالف لونه لون ثيابهم كالأزرق والأصفر ونحوهما، والزنار أن يشدوا في أوساطهم خيطًا غليظًا فوق الثياب، وإن لبسوا القلانس جعلوا فيها خرقًا ليتميزوا عن قلانس المسلمين. لما روى عبد الرحمن بن غنم في الكتاب الذي كتبه لعمر حين صالح نصارى الشام: «فشرطنا أن لا نتشبه بهم في شيء من لباسهم من قلنسوة، ولا عمامة، ولا نعلين، ولا فرق شعر، وأن نشد الزنانير في أوساطنا»[٢] لأن الله عز وجل أعز الإسلام، وأهله، وندب إلى إعزاز أهله، وأذل الشرك وأهله، وندب إلى إذلال أهله، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «بعثت بين يدي الساعة بالسيف، حتى يعبد الله ولا يشرك به شيء، وجعل الصغار والذل على من خالف أمري»[٣] فوجب أن يتميزوا عن المسلمين لنستعمل مع كل واحد منهم ما ندبنا إليه، وإن شرط عليهم الجمع بين الغيار والزنار أخذوا بهما، وإن شرط أحدهما أخذوا به، لأن التمييز يحصل بأحدهما، ويجعل في أعناقهم خاتم ليتميزوا به عن المسلمين في الحمام، وفي الأحوال التي يتجردون فيها عن الثياب، ويكون ذلك من حديد أو رصاص أو نحوهما، ولا يكون من ذهب أو فضة لأن في ذلك إعظامًا لهم. وإن كان لهم شعر أمروا بجز النواصي، ومنعوا من إرساله كما تصنع الأشراف والأخيار من المسلمين، لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر على نصارى الشام: «وشرطنا أن نجز مقادم رؤوسنا» ولا يمنعون من لبس العمائم والطيلسان لأن التمييز يحصل بالغيار والزنار، وهل يمنعون من لبس الديباج؟

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ٥٠، ٩٢).

فيه وجهان، أحدهما: أنهم يمنعون لما فيه من التجبر والتفخيم والتعظيم. والثاني: أنهم لا يمنعون كما لا يمنعون من لبس المرتفع من القطن والكتان، وتؤخذ نساؤهم بالغيار والزنار، لما روي أن عمر كتب إلى أهل الآفاق: «أن مروا نساء أهل الأديان أن يعقدن زنانيرهن، وتكون زنانيرهن تحت الإزار، لأنه إذا كان فوق الإزار انكشفت رؤوسهن واتصفت أبدانهن»[١] ويجعلن في أعناقهن خاتم حديد، ليتميزن به عن المسلمات في الحمام كما قلنا في الرجال، وإن لبسن الخفاف جعلن الخفين من لونين ليتميزن عن النساء المسلمات، ويمنعون من ركوب الخيل لما روي في حديث عبد الرحمن بن غنم: «شرطنا أن لا نتشبه بالمسلمين في مراكبهم»[٢] وإن ركبوا الحمير والبغال ركبوها على الأكف دون السروج، ولا يتقلدون السيوف، ولا يحملون السلاح، لما روي عن عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر: «ولا نركب بالسروج، ولا نتقلد بالسيوف، ولا نتخذ شيئًا من السلاح ولا نحمله»[٣] ويركبون عرضًا من جانب واحد، لما روى ابن عمر أن عمر كان يكتب إلى عماله يأمرهم أن يجعل أهل الكتاب المناطق في أوساطهم، وإن يركبوا الدواب عرضًا على شق.

فصل: ولا يبدؤون بالسلام ويلجؤون إلى أضيق الطرق، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا لقيتم المشركين في طريق فلا تبدؤوهم بالسلام، واضطروهم إلى أضيقها»[٤] ولا يصدرون في المجالس لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر: «وأن نوقر المسلمين، ونقوم لهم من مجالسنا إذا أرادوا الجلوس» ولأن في تصديرهم في المجالس إعزازهم لهم وتسوية بينهم وبين المسلمين في الإكرام فلم يجز ذلك.

فصل: ويمنعون من إحداث بناء يعلو بناء جيرانهم من المسلمين، لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى»[٥] وهل يمنعون من مساواتهم في البناء؟ فيه وجهان، أحدهما: أنهم لا يمنعون، لأنه يؤمن أن يشرف المشرك على المسلم. والثاني: أنهم يمنعون لأن القصد أن يعلو الإسلام، ولا يحصل ذلك مع المساواة. وإن ملكوا دارًا عالية أقروا عليها، وإن كانت أعلى من دور جيرانهم، لأنه ملكها على هذه الصفة، وهل يمنعون من الاستعلاء في غير محلة المسلمين؟ فيه وجهان، أحدهما: أنهم لا يمنعون، لأنه يؤمن مع البعد أن يعلو على المسلمين.

---

(١) انظر كتاب الأموال (١/ ٥٥).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢١٦٧) والترمذي في سننه برقم (١٦٠٢).

(٥) علقه البخاري في صحيحه (٣/ ٢٥٨) ووصله البيهقي في سننه (٦/ ٢٠٥) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٥٢).

والثاني: أنهم يمنعون في جميع البلاد، لأنهم يتطاولون على المسلمين.

فصل: ويمنعون من إظهار الخمر، والخنزير، وضرب النواقيس، والجهر بالتوراة والإنجيل، وإظهار الصليب، وإظهار أعيادهم، ورفع الصوت على موتاهم، لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر ﷺ على نصارى الشام: «شرطنا أن لا نبيع الخمور، ولا نظهر صلباننا ولا كتبنا في شيء من طرق المسلمين ولا أسواقهم، ولا نضرب نواقيسنا إلا ضربًا خفيًا، ولا نرفع أصواتنا بالقراءة في كنائسنا في شيء من حضرة المسلمين، ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا، ولا نرفع أصواتنا على موتانا».

فصل: ويمنعون من إحداث الكنائس والبيع والصوامع في بلاد المسلمين، لما روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال: «أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه كنيسة»[(١)] وروى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر على نصارى الشام: «إنكم لما قدمتم علينا شرطنا لكم على أنفسنا أن لا نحدث في مدائننا ولا فيما حولها ديرًا، ولا قلاية، ولا كنيسة، ولا صومعة راهب»[(٢)] وهل يجوز إقرارهم على ما كان منها قبل الفتح؟ ينظر فيه ـ فإن كان في بلد فتح صلحًا، واستثنى فيه الكنائس والبيع ـ جاز إقرارهما، لأنه إذا جاز أن يصالحوا على أن لنا النصف ولهم النصف، جاز أن يصالحوا على أن لنا البلد إلا الكنائس والبيع. وإن كان في بلد فتح عنوة أو فتح صلحًا، ولم تستثن الكنائس والبيع ففيه وجهان أحدهما: أنه لا يجوز كما لا يجوز إقرار ما أحدثوا بعد الفتح.

والثاني: أنه يجوز، لأنه لما جاز إقرارهم على ما كانوا عليه من الكفر، جاز إقرارهم على ما يبنى للكفر، وما جاز تركه من ذلك في دار الإسلام إذا انهدم فهل يجوز إعادته؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري وأبي علي ابن أبي هريرة: أنه لا يجوز لما روى كثير بن مرة قال: سمعت عمر بن الخطاب ﷺ يقول: قال رسول الله ﷺ: «لا تبنى الكنيسة في دار الإسلام ولا يجدد ما خرب منها»[(٣)] وروى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر بن الخطاب على نصارى الشام: «ولا يجدد ما خرب منها» ولأنه بناء كنيسة في دار الإسلام فمنعه منه كما لو بناها في موضع آخر. والثاني: أنه يجوز لأنه لما جاز تشييد ما تشعث منها جاز إعادة ما انهدم. وإن عقدت الذمة في بلد لهم ينفردون به لم يمنعوا من أحداث الكنائس والبيع والصوامع، ولا من إعادة ما خرب منها، ولا يمنعون من إظهار الخمر، والخنزير، والصليب، وضرب الناقوس، والجهر بالتوراة

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٢٠١).
(٢) تقدم.
(٣) أخرجه ابن عدي في الكامل (٣/ ١١٩٩).

والإنجيل، وإظهار ما لهم من الأعياد، ولا يؤخذون بلبس الغيار، وشد الزنانير، لأنهم في دار لهم فلم يمنعوا من إظهار دينهم فيه.

فصل: ويجب على الإمام الذب عنهم، ومنع من يقصدهم من المسلمين والكفار، واستنقاذ من أسر منهم، واسترجاع ما أخذ من أموالهم، سواء كانوا مع المسلمين أو كانوا منفردين عنه في بلد لهم، لأنهم بذلوا الجزية لحفظهم وحفظ أموالهم. فإن لم يدفع عنهم حتى مضى حول لم تجب الجزية عليهم، لأن الجزية للحفظ، وذلك لم يوجد فلم يجب ما في مقابلته، كما لا تجب الأجرة إذا لم يوجد التمكين من المنفعة. وإن أخذ منهم خمر أو خنزير لم يجب استرجاعه، لأنه يحرم فلا يجوز اقتناؤه في الشرع، فلم تجب المطالبة به.

فصل: وإن عقدت الذمة بشرط أن لا يمنع عنهم أهل الحرب نظرت ـ فإن كانوا مع المسلمين أو في موضع إذا قصدهم أهل الحرب كان طريقهم على المسلمين ـ لم يصح العقد لأنه عقد على تمكين الكفار من المسلمين، فلم يصح. وإن كانوا منفردين عن المسلمين في موضع ليس لأهل الحرب طريق على المسلمين صح العقد، لأنه ليس فيه تمكين الكفار من المسلمين، وهل يكره هذا الشرط؟ قال الشافعي رحمه الله في موضع: يكره، وقال في موضع: لا يكره، وليست المسألة على قولين، وإنما على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال: يكره. إذا طلب الإمام الشرط، لأن فيه إظهار ضعف المسلمين. وإن أغار أهل الحرب على أهل الذمة، وأخذوا أموالهم، ثم ظفر الإمام بهم، واسترجع ما أخذوه من أهل الذمة وجب على الإمام رده عليهم. وإن أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم، لم يضمنوا لأنهم، لم يلتزموا أحكام المسلمين، وإن أغار من بيننا وبينهم هدنة على أهل الذمة، وأخذوا أموالهم، وظفر بهم الإمام واسترجع ما أخذوه، وجب رده على أهل الذمة. وإن أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم وجب عليهم الضمان، لأنهم التزموا بالهدنة حقوق الآدميين، وإن نقضوا العهد وامتنعوا في ناحية ثم أغاروا على أهل الذمة، واتلفوا عليهم أموالهم، وقتلوا منهم، ففيه قولان، أحدهما: أنه يجب عليهم الضمان. والثاني: لا يجب كالقولين فيما يتلف أهل الردة إذا امتنعوا وأتلفوا على المسلمين أموالهم أو قتلوا منهم.

فصل: وإن تحاكم مشركان إلى حاكم المسلمين نظرت ـ فإن كانا معاهدين ـ فهو بالخيار بين أن يحكم بينهما، وبين أن لا يحكم، لقوله عز وجل: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾ [المَائدة: ٤٢] ولا يخالف أهل العلم أن هذه الآية نزلت فيمن وادعهم رسول الله ﷺ من يهود المدينة، قبل فرض الجزية. وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه. وإن دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور. وإن كان ذميين نظرت ـ فإن كانا على دين واحد ـ ففيه قولان، أحدهما: أنه بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم، لأنهما كافران، فلا يلزمه الحكم بينهما كالمعاهدين. وإن حكم بينهما لم يلزمهما حكمه. وإن دعا أحدهما ليحكم بينهما،

لم يلزمه الحضور. والقول الثاني: أنه يلزمه الحكم بينهما، وهو اختيار المزني لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يلزمه دفع ما قصد كل واحد منهما بغير حق، فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين. وإن حكم بينهما لزمهما حكمه، وإن دعا أحدهما ليحكم بينهما لزمه الحضور. وإن كانا على دينين كاليهودي والنصراني ففيه طريقان: أحدهما: أنه على القولين كالقسم قبله، لأنهما كافران، فصارا كما لو كانا على دين واحد. والثاني: قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يجب الحكم بينهما قولًا واحدًا، لأنهما إذا كانا على دين واحد فلم يحكم بينهما تحاكما إلى رئيسهما، فيحكم بينهما. وإذا كانا على دينين لم يرض كل واحد منهما برئيس الآخر فيضيع الحق. واختلف أصحابنا في موضع القولين، فمنهم من قال: القولان في حقوق الآدميين وفي حقوق الله تعالى. ومنهم من قال القولان في حقوق الآدميين وأما حقوق الله تعالى فإنه يجب الحكم بينهما قولًا واحدًا، لأن لحقوق الآدميين من يطالب بها، ويتوسل إلى استيفائها، فلا تضيع بترك الحكم بينهما، وليس لحقوق الله تعالى من يطالب بها، فإذا لم يحكم بينهما ضاعت. ومنهم من قال: القولان في حقوق الله تعالى، فأما في حقوق الآدميين فإنه يجب الحكم بينهما قولًا واحدًا، لأنه إذا لم يحكم بينهما في حقوق الآدميين ضاع حقه، واستضر، ولا يوجد ذلك في حقوق الله تعالى، فإن تحاكم إليه ذمي ومعاهد ففيه قولان كالذميين، وإن تحاكم إليه مسلم وذمي أو مسلم ومعاهد لزمه الحكم بينهما قولًا واحدًا، لأنه يلزمه دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر، فلزمه الحكم بينهما، ولا يحكم بينهما إلا بحكم الإسلام لقوله تعالى: «وان احكم بينهم بما أنزل الله» لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ﴾ [المَائدة: ٤٢] وإن تحاكم إليه رجل وامرأة في نكاح ـ فإن كانا على نكاح لو أسلما عليه لم يجز إقرارهما عليه، كنكاح ذوات المحارم ـ حكم بابطاله، وإن كانا على نكاح لو أسلما عليه جاز إقرارهما عليه حكم بصحته، لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وقالت امرأت فرعون﴾ فأضاف إلى فرعون زوجته، وقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ﴾ [المَسَد: ٤] فأضاف إلى أبي لهب زوجته، ولأنه أسلم خلق كثير على أنكحة في الكفر فأقروا على أنكحتهم، فإن طلقها أو آلى منها أو ظاهر منها حكم في الجميع بحكم الإسلام.

فصل: وإن تزوجها على مهر فاسد، وسلم إليها بحكم حاكمهم، ثم ترافعا إلينا، ففيه قولان، أحدهما: يقرون عليه، لأنه مهر مقبوض فأقرا عليه كما لو اقبضها من غير حكم. والثاني: أنه يجب لها مهر المثل، لأنها قبضت عن اكراه بغير حق، فصار كما لو لم تقبض.

فصل: ومن أتى من أهل الذمة محرمًا يوجب عقوبة نظرت ـ فإن كان ذلك محرمًا في دينه، كالقتل، والزنا، والسرقة، والقذف ـ وجب عليه ما يجب على المسلم، والدليل عليه ما روى أنس ﷺ: «أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها بحجر، فقتله

رسول الله ﷺ بين حجرين»[١] وروى ابن عمر أن النبي ﷺ: «أتي بيهوديين قد فجرا بعد أحصانهما، فأمر بهما فرجما»[٢] ولأنه محرم في دينه، وقد التزم حكم الإسلام بعقد الذمة، فوجب عليه ما يجب على المسلم وإن كان يعتقد إباحته كشرب الخمر لم يجب عليه الحد، لأنه لا يعتقد تحريمه فلم يجب عليه عقوبة كالكفر، فإن تظاهر به عزر، لأنه إظهار منكر في دار الإسلام فعزر عليه.

فصل: إذا امتنع الذمي من التزام الجزية، أو امتنع من التزام أحكام المسلمين، انتقض عهده، لأن عقد الذمة لا ينعقد إلا بهما، فلم يبق دونهما. وإن قاتل المسلمين انتقض عهده سواء شرط عليه تركه في العقد أو لم يشرط، لأن مقتضى عقد الذمة الأمان من الجانبين، والقتال ينافي الأمان فانتقض به العهد، وإن فعل ما سوى ذلك نظرت ـ فإن كان مما فيه إضرار بالمسلمين ـ فقد ذكر الشافعي رحمه الله ستة أشياء، وهو أن يزني بمسلمة أو يصيبها باسم النكاح، أو يفتن مسلمًا عن دينه، أو يقطع عليه الطريق، أو يؤدي عينًا لهم، أو يدل على عوراتهم. وأضاف إليه أصحابنا أن يقتل مسلمًا، فإن لم يشرط الكف عن ذلك في العقد لم ينتقض عهده لبقاء ما يقتضي العقد من التزام أداء الجزية، والتزام أحكام المسلمين، والكف عن قتالهم. وإن شرط عليهم الكف عن ذلك في العقد ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا ينتقض به العهد، لأنه لا ينتقض به العهد من غير شرط، فلا ينتقض به مع الشرط، كإظهار الخمر: والخنزير، وترك الغيار. والثاني: أنه ينتقض به العهد، لما روي: أن نصرانيًا استكره امرأة مسلمة على الزنا، فرفع إلى أبي عبيدة بن الجراح فقال: ما على هذا صالحناكم وضرب عنقه[٣]. ولأن عقوبة هذه الأفعال تستوفى عليه من غير شرط، فوجب أن يكون لشرطها تأثير، ولا تأثير إلا ما ذكرناه من نقض العهد، فإن ذكر الله عز وجل، أو كتابه، أو ذكر رسول الله ﷺ أو دينه بما لا ينبغي، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق. في حكمه حكم الثلاثة الأولى، وهي الامتناع من التزام الجزية، والتزام أحكام المسلمين، والاجتماع على قتالهم. وقال عامة أصحابنا: حكمه حكم ما فيه ضرر المسلمين، وهي الأشياء السبعة، أن لم يشترط في العقد الكف عنه لم ينقض العهد، وإن شرط الكف عنه فعلى الوجهين، لأن في ذلك إضرارًا بالمسلمين لما يدخل عليهم من العار فألحق بما ذكرناه مما فيه إضرار بالمسلمين، ومن أصحابنا من قال: من سب رسول الله ﷺ وجب قتله، لما روي أن رجلًا قال لعبد الله ابن عمر: سمعت راهبًا يشتم رسول الله ﷺ فقال: «لو سمعته لقتلته، إنا لم نعطه الأمان على هذا» وإن أظهر من منكر دينهم ما لا

---

(١) تقدم.

(٢) انظر ما سيأتي.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٩/ ١١٥).

ضرر فيه على المسلمين، كالخمر، والخنزير، وضرب الناقوس، والجهر بالتوراة والإنجيل، وترك الغيار، لم ينتقض العهد، شرط أو لم يشرط. واختلف أصحابنا في تعليله فمنهم من قال: لا ينتقض العهد، لأنه إظهار ما لا ضرر فيه على المسلمين، ومنهم من قال: ينتقض، لأنه إظهار ما يتدينون به، وإذا فعل ما ينتقض به العهد ففيه قولان، أحدهما: أنه يرد إلى مأمنه، لأنه حصل في دار الإسلام بأمان، فلم يجز قتله قبل الرد إلى مأمنه، كما لو دخل دار الإسلام بأمان صبي. والثاني وهو الصحيح: أنه لا يجب رده إلى مأمنه، لأن أبا عبيدة بن الجراح قتل النصراني الذي استكره المسلمة على الزنا، ولم يرده إلى مأمنه، ولأنه مشرك لا أمان له فلم يجب رده إلى مأمنه كالأسير، ويخالف من دخل بأمان الصبي، لأن ذلك غير مفرط، لأنه اعتقد صحة عقد الأمان فرد إلى مأمنه، وهذا مفرط لأنه نقض العهد فلم يرد إلى مأمنه، فعلى هذا يختار الإمام ما يراه من القتل، والاسترقاق، والمن، والفداء، كما قلنا في الأسير.

فصل: ولا يمكن مشرك من الإقامة في الحجاز، قال الشافعي رحمه الله: هي مكة، والمدينة، واليمامة، ومخاليفها. قال الأصمعي: سمي حجازًا لأنه حاجز بين تهامة ونجد والدليل عليه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «اشتد برسول الله ﷺ وجعه فقال: أخرجوا المشركين من جزيرة العرب»[1] وأراد الحجاز. والدليل عليهم ما روى أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قال: آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ: «أخرجوا اليهود من الحجاز، وأهل نجران من جزيرة العرب»[2] وروى ابن عمر أن عمر رضي الله عنه أجلى اليهود والنصارى من الحجاز، ولم ينقل أن أحدًا من الخلفاء أجلى من كان باليمن من أهل الذمة، وإن كانت من جزيرة العرب فإن جزيرة العرب في قول الأصمعي من أقصى عدن إلى ريف العراق في الطول، ومن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام في العرض. وفي قول أبي عبيدة ما بين حفر أبي موسى الأشعري إلى أقصى اليمن في الطول، وما بين النهرين إلى السماوة في العرض. قال يعقوب: حفر أبو موسى على منازل من البصرة من طريق مكة، على خمسة أو ستة منازل. وأما نجران فليست من الحجاز، ولكن صالحهم رسول الله ﷺ على أن لا يأكلوا الربا فأكلوه، ونقضوا العهد، فأمر بإجلائهم فأجلاهم عمر، ويجوز تمكينهم من دخول الحجاز لغير الإقامة لأن عمر رضي الله عنه أذن لمن دخل منهم تاجرًا في مقام ثلاثة أيام، ولا يمكنون من الدخول بغير أذن الإمام لأن دخولهم إنما أجيز لحاجة المسلمين، فوقف على رأي الإمام، فإن استأذن في الدخول ـ فإن كان للمسلمين فيه منفعة بدخوله، لحمل ميرة، أو أداء رسالة، أو عقد ذمة، أو عقد هدنة ـ أذن فيه لأن فيه مصلحة للمسلمين، فإن

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣١٦٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٣٧).
(٢) أخرجه أحمد في المسند (١/ ١٩٥) والبيهقي في سننه (٩/ ٢٠٨).

كان في تجارة لا يحتاج إليها المسلمون لم يؤذن له إلا بشرط أن يأخذ من تجارتهم شيئًا، لأن عمر ﷺ أمر أن تؤخذ من أنباط الشام من حمل القطنية من الحبوب العشر، ومن حمل الزيت والقمح نصف العشر، ليكون إلى رأيه، فإن دخل للتجارة فله أن يقيم ثلاثة أيام ولا يقيم أكثر منها، أكثر للحمل. وتقدير ذلك إلى رأي الإمام، لأن أخذه باجتهاده، فكان تقديره لحديث عمر ﷺ، ولأنه لا يصير مقيمًا بالثلاثة ويصير مقيمًا بما زاد. وإن أقام في موضع ثلاثة أيام، ثم انتقل إلى موضع آخر وأقام ثلاثة أيام، ثم كذلك ينتقل من موضع إلى موضع، ويقيم في كل موضع ثلاثة أيام جاز، لأنه لم يصر مقيمًا في موضع، ولا يمنع من ركوب بحر الحجاز، لأنه ليس بموضع للإقامة، ويمنع من المقام في سواحله، والجزائر المسكونة فيه، لأنه من بلاد الحجاز. وإن دخل لتجارة فمرض فيه ولم يمكنه الخروج أقام حتى يبرأ، لأنه موضع ضرورة، وإن مات فيه وأمكن نقله من غير تغير لم يدفن فيه، لأن الدفن إقامة على التأبيد، وإن خيف عليه التغير في النقل عنه، لبعد المسافة، دفن فيه لأنه موضع ضرورة.

فصل: ولا يمكن مشرك من دخول الحرم لقوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨] والمسجد الحرام عبارة عن الحرم، والدليل عليه قوله عز وجل. ﴿سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا مِّنَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ إِلَى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْأَقْصَا﴾ [الإسراء: ١] وأراد به مكة لأنه أسرى به من منزل خديجة، وروى عطاء أن النبي ﷺ قال: «لا يدخل مشرك المسجد الحرام» فإن جاء رسولًا خرج إليه من يسمع رسالته، وإن جاء لحمل ميرة خرج إليه من يشتري منه، وإن جاء ليسلم خرج إليه من يسمع كلامه، وإن دخل ومرض فيه لم يترك فيه، وإن مات لم يدفن فيه، وإن دفن فيه نبش وأخرج منه للآية، ولأنه إذا لم يجز دخوله في حياته فلئن لا يجوز دفن جيفته فيه أولى، وإن تقطع ترك لأن النبي ﷺ لم يأمر بنقل من مات فيه منهم ودفن قبل الفتح، وإن دخل بغير إذن ـ فإن كان عالمًا بتحريمه ـ عزر. وإن كان جاهلًا أعلم، فإن عاد عزر. وإن أذن له في الدخول بمال لم يجز، فإن فعل استحق عليه المسمى، لأنه حصل له المعوض ولا يستحق عوض المثل وإن كان فاسدًا، لأنه لا أجرة لمثله، والحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال، ومن طريق العراق على تسعة أميال، ومن طريق الجعرانة على تسعة أميال، ومن طريق الطائف على عرفة على سبعة أميال، ومن طريق جدة على عشرة أميال.

فصل: وأما دخول ما سوى المسجد الحرام من المساجد فإنه يمنع منه من غير إذن لما روى عياض الأشعري أن أبا موسى وفد إلى عمر ومعه نصراني فأعجب عمر خطه فقال: قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتابًا فقال: إنه لا يدخل المسجد، فقال: لم أجنب هو؟ قال: لا هو نصراني، قال: فانتهره عمر[1]. فإن

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٢٠٤).

دخل من غير إذن عزر لما روت أم غراب قالت: «رأيت عليًا كرم الله وجهه على المنبر وبصر بمجوسي فنزل فضربه، وأخرجه من باب كندة» فإن استأذن في الدخول فإن كان لنوم أو أكل لم يؤذن له، لأنه يرى ابتذاله تدينًا فلا يحميه من أقذاره، وإن كان لسماع قرآن أو علم فإن كان ممن يرجى إسلامه ـ أذن له لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦] ولأنه ربما كان ذلك سببًا لإسلامه وقد روي أن عمر ﷺ سمع أخته تقرأ (طه) فأسلم[1]. وإن كان جنبًا ففيه وجهان، أحدهما: أنه يمنع من المقام فيه لأنه إذا منع المسلم إذا كان جنبًا فلئن يمنع المشرك أولى. والثاني: أنه لا يمنع لأن المسلم يعتقد تعظيمه فمنع، والمشرك لا يعتقد تعظيمه فلم يمنع وإن وفد قوم من الكفار ولم يكن للإمام موضع ينزلهم فيه، جاز أن ينزلهم في المسجد، لما روي أن النبي ﷺ أنزل سبي بني قريظة والنضير في مسجد المدينة وربط ثمامة بن أثال في المسجد.

فصل: ولا يمكن حربي من دخول دار الإسلام من غير حاجة، لأنه لا يؤمن كيده، ولعله يدخل للتجسيس، أو شراء سلاح، فإن استأذن في الدخول لأداء رسالة، أو عقد ذمة، أو هدنة، أو حمل ميرة ـ وللمسلمين إليها حاجة ـ جاز الإذن له من غير عوض، لأن في ذلك مصلحة للمسلمين. وإذا انقضت حاجته لم يمكن من المقام، فإن دخل من غير ذمة ولا أمان فللإمام أن يختاره ما يراه من القتل، والاسترقاق، والمن، والفداء. والدليل عليه ما روى ابن عباس في فتح مكة ومجيء أبي سفيان مع العباس إلى رسول الله ﷺ «أن عمر دخل وقال: يا رسول الله هذا أبو سفيان قد أمكن الله منه، من غير عقد ولا عهد، فدعني أضرب عنقه فقال العباس: يا رسول الله إني قد أجرته» ولأنه حربي لا أمان له فكان حكمه ما ذكرناه كالأسير. وإن دخل وادعى أنه دخل لرسالة قبل قوله لأنه يتعذر إقامة البينة على الرسالة، وإن ادعى أنه دخل بأمان مسلم ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يقبل قوله، لأنه لا يتعذر أقامة البينة على الأمان. والثاني: أنه يقبل قوله وهو ظاهر المذهب، لأن الظاهر أنه لا يدخل من غير أمان. وإن أراد الدخول لتجارة ـ ولا حاجة للمسلمين إليها ـ لم يؤذن له إلا بمال يؤخذ من تجارته، لأن عمر ﷺ أخذ العشر من أهل الحرب، ويستحب أن لا ينقص عن ذلك، اقتداء بعمر ﷺ، فإن نقص باجتهاده جاز، لأن أخذه باجتهاده فكان تقديره إليه، ولا يؤخذ ما يشترط على الذمي في دخول الحجاز في السنة إلا مرة، كما لا تؤخذ الجزية منه في السنة إلا مرة، وما يؤخذ من الحربي في دخول دار الإسلام فيه وجهان، أحدهما: أنه يؤخذ في كل سنة مرة كأهل الذمة في الحجاز. والثاني: أنه يؤخذ في كل مرحلة لأن الذمي تحت يد الإمام، ولا يفوت ما شرط عليه

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٣/ ٨٥) والبزار في مسنده برقم (٢٤٩٤ كشف).

بالتأخير، والحربي يرجع إلى دار الحرب، فإذا لم يؤخذ منه فات ما شرط عليه، وإن شرط أن يؤخذ من تجارته أخذ منه، باع أو لم يبع. وإن شرط أن يؤخذ من ثمن تجارته فكسد المتاع ولم يبع لم يؤخذ منه، لأنه لم يحصل الثمن. وإن دخل الذمي الحجاز أو الحربي دار الإسلام ولم يشرط عليه في دخوله مال لم يؤخذ منه شيء، ومن أصحابنا من قال: يؤخذ من تجارة الذمي نصف العشر، ومن تجارة الحربي العشر، لأنه قد تقرر هذا في الشرع بفعل عمر ﷺ، فحمل مطلق العقد عليه، والمذهب الأول، لأنه أمان من غير شرط المال فلم يستحق به مال كالهدنة.

الشرح: عقد الذمة، ويقال لها: الموادعة، والمعاهدة، وهي جائزة بنصوص الكتاب والسنة والإجماع، وقوله: «عن بد» أي عن قهر، والطيلسان هو الرداء يشتمل به الرجل على كتفيه ورأسه وظهره، والأكف جمع إكاف وهو آلة تجعل على الحمار يركب عليها بمنزلة السرج، والشعانين عيدهم الأول قبل فصحهم بأسبوع، والباعوث: استسقاؤهم يخرجون بصلبانهم إلى الصحراء يستسقون، والدير والقلاية متعبداتهم تشبه الصومعة، والميرة: الطعام الذي يمتاره الإنسان.

فصل: عقد الذمة فيه طرفان:

الطرف الأول: في شروطها وهي أربعة:

الأول: أن يتولاه الإمام أو نائبه فيه، هذا في مهادنة الكفار مطلقًا، أو أهل إقليم، كالهند والروم، ويجوز لوالي الإقليم المهادنة مع أهل قرية أو بلدة في إقليمه للمصلحة، وكأنه مأذون فيه بتفويض مصلحة الإقليم إليه. ولو عقد الهدنة واحد من الرعية، فدخل قوم ممن هادنهم دار الإسلام، لم يقروا، لكن يلحقون بمأمنهم، لأنهم دخلوا على اعتقاد أمانه.

الثاني: أن يكون للمسلمين إليه حاجة وفيه مصلحة، بأن يكون في المسلمين ضعف لقلة عدد أو مال، أو بعد العدو، أو يطمع في إسلامهم لمخالطتهم المسلمين، أو في قبولهم الجزية، أو في أن يعينوه على قتال غيرهم، وإذا طلب الكفار الهدنة، فإن كان فيها ضرر على المسلمين فلا يخفى أنهم لا يجابون، وإلا فوجهان: أحدهما: تجب إجابتهم، والصحيح: لا تجب، بل يجتهد الإمام ويفعل الأصلح، قال الإمام: وما يتعلق باجتهاد الإمام لا يعد واجبًا، وإن كان يتعين عليه رعاية الأصح.

الثالث: أن يخلو عن الشروط الفاسدة، فإن عقدها على أن لا ينتزع أسرى المسلمين منهم، أو يرد إليهم المسلم الذي أسروه، وأفلت منهم، أو شرط ترك مال مسلم في أيديهم، فهذه شروط فاسدة، وكذا لو شرط أن يعقد لهم الذمة على أقل

من دينار، أو على أن يقيموا بالحجاز، أو يدخلوا الحرم، أو يظهروا الخمور في دارنا، أو شرط أن يرد عليهم إذا جئن مسلمات، وكذا لو عقد بشرط التزام مال، فإن دعت ضرورة إلى بذل مال، بأن كانوا يعذبون الأسرى في أيديهم ففديناهم، أو أحاطوا بنا وخفنا الاصطدام، فيجوز بذل المال، ودفع أعظم الضررين بأخفهما، وفي وجوب بذل المال عند الضرورة وجهان بناء على وجوب دفع الصائل.

ولا يملك الكفار ما يأخذونه، لأنه مأخوذ بغير حق، قاله في «المهذب» وإذا جرى في المهادنة شرط فاسد، فسد به العقد على الصحيح، وبه قطع ابن الصباغ وغيره.

الرابع: أن يقتصر على المدة المشروعة، ثم لا يخلو إما أن يكون بالمسلمين ضعف، أو يكون، فإن لم يكن ورأى الإمام المصلحة في الهدنة، هادن أربعة أشهر فأقل، ولا يجوز أكثر من سنة قطعًا، ولا سنة على المذهب ولا ما بينهما وبين أربعة أشهر على الأظهر، وإن كان بالمسلمين ضعف، جازت الزيادة إلى عشر سنين بحسب الحاجة، ولا تجوز زيادة على العشر، لكن إن انقضت المدة والحاجة باقية، استؤنف العقد، وقيل: تجوز الزيادة على عشر بحسب الحاجة، وقيل: لا يجوز أكثر من سنة، وقيل: لا يجوز أكثر من أربعة أشهر، وهذه أوجه شاذة مردودة، فإذا قلنا: لا تجوز الزيادة على عشر، فهادن مطلقًا، فالعقد فاسد، وقيل: ينزل عند ضعف المسلمين على عشر، وعند القوة قولان، أحدهما: ينزل على سنة، والثاني: على أربعة أشهر، ويجوز أن لا يوقف الإمام الهدنة، ويشرط انقضاءها متى شاء، لأن النبي ﷺ هادن يهود خيبر وقال: «أقركم الله» لكن لو اقتصر الإمام على هذه اللفظة، أو قال: هادنتكم إلى أن يشاء الله. فسد العقد، لأن النبي ﷺ يعلم ما عند الله بالوحي بخلاف غيره، ولو قال: هادنتكم ما شاء فلان، وهو مسلم عدل ذو رأي، فإذا نقضها، انتقضت، ولو قال: ما شاء فلان منكم، لم يجز، لأن الكافر لا يحكم على المسلمين.

فرع: إذا زاد قدر مدة الهدنة على الجائز، بأن زاد عند الضعف على عشر سنين، أو احتاج إلى أربع مثلًا، فزاد، بطل العقد في الزائد، وفي الباقي قولًا تفريق الصفقة، وقيل: يصح فيه قطعًا لعدم العوض ولأنه يتسامح في معاقدة الكفار.

فرع: إذا طلب الكافر الأمان ليسمع كلام الله تعالى، وجبت إجابته قطعًا كما سبق، قال الإمام: وهل يمهل لذلك أربعة أشهر أم يقال: إذا لم يفصل الأمر بمجالس يحصل فيها البيان التام يقال له: الحق بمأمنك؟ فيه تردد أخذته من فحوى كلام الأصحاب، والأصح: المنع.

الطرف الثاني: في أحكامها: فمتى فسد العقد لزيادة المدة، أو لالتزام مال أو غيرهما، لا يمضى بل يجب نقضه، لكن لا يجوز اغتيالهم، بل يجب إنذارهم وإعلامهم، وإذا وقع صحيحًا، وجب الوفاء بالكف عنهم إلى انقضاء المدة، أو صدور خيانة منهم تقتضي الانتقاض، وإذا مات الإمام الذي عقدها، أو عزل، وجب على الإمام الذي بعده امضاؤه، فإن رآه فاسدًا، قال الروياني: إن كان فساده من طريق الاجتهاد، لم يفسخ، وإن كان بنص أو اجماع، فسخه، وينبغي للإمام إذا هادن أن يكتب عقد الهدنة ويشهد عليه ليعمل به من بعده، ولا بأس أن يقول فيه: لكم ذمة الله تعالى وذمة رسوله ﷺ وذمتي، ومتى صرحوا ينقض العقد، أو قاتلوا المسلمين، أو آووا عينًا عليهم، أو كاتبوا أهل الحرب، أو قتلوا مسلمًا، أو أخذوا مالًا، أو سبوا رسول الله ﷺ، انتقض عهدهم، ولا يفتقر إلى أن يحكم الحاكم بنقضه، قال الإمام: والمضرات التي اختلف في انتقاض عقد الذمة بها تنقض الهدنة بلا خلاف، لأن الهدنة ضعيفة غير متأكدة ببذل الجزية، وإذا انتقض عهدهم، جاز قصد بلدهم وتبييتهم والإغارة عليهم إن علموا أن ما فعلوه ناقض، وكذا إن لم يعلموا على الأصح، وقيل: لا يقاتلون إلا بعد إنذارهم، وينبغي أن يقال: إذا لم يعلموا أنه خيانة لا ينتقض العهد إلا إذا كان المفعول مما لا يشك في مضادته للهدنة، كالقتال، ثم ما ذكرنا من قصدهم والإغارة عليهم هو إذا كانوا في بلادهم، فأما من دخل دارنا بأمان أو مهادنة، فلا يغتال وإن انتقض عهده، بل يبلغ المأمن، هذا إذا نقض جميعهم العهد، فإن نقضه بعضهم، نظر إن لم ينكر الآخرون على الناقضين بقول ولا فعل، بل ساكنوهم وسكتوا، انتقض عهدهم أيضًا. وإن أنكروا بقول أو فعل، بأن اعتزلوهم أو بعثوا إلى الإمام بأنا مقيمون على العهد، لم ينتقض، هكذا أطلقه جماهير الأصحاب، ووراءه شيئان غريبان، أحدهما: قال الإمام: لو بدت خيانة بعضهم وسكت الآخرون، كان للإمام أن ينبذ إليهم، والثاني في كتاب ابن كج: أنه لو نقض السوقة العهد ولم يعلم الرئيس والأشراف بذلك ففي انتقاض العهد في حق السوقة وجهان: وجه المنع: أنه لا اعتبار بعقدهم فكذا بنقضهم، وأنه لو نقض الرئيس وامتنع الأتباع وأنكروا، ففي الانتقاض في حقهم قولان، وجه النقض: أنه لم يبق العقد في حق المتبوع، فكذا التابع، والصحيح ما سبق، وإذا انتقض في حق بعضهم، فإن تميزوا، فذاك، وإلا فلا يبيتهم الإمام، ولا يغار عليهم إلا بعد الإنذار، ويبعث إلى الذين لم ينقضوا ليتميزوا أو يسلموهم، فإن لم يفعلوا مع القدرة صاروا ناقضين أيضًا، ومن أخذ منهم واعترف بأنه من الناقضين، أو قامت عليه بينة، لم يخف حكمه، وإلا فيصدق بيمينه أنه لم ينقض،

وأما عقد الذمة فنقضه من البعض ليس نقضًا من الباقين بحال.

فرع: إذا استشعر الإمام ممن هادنه خيانة وظهرت أمارة تدل على خيانتهم، فقال الشيخ أبو حامد: ينتقض عهدهم، والصحيح المنصوص: أنه لا ينتقض، بل للإمام أن ينبذ إليهم عهدهم، وحكي قول: أنه لا ينبذه كما لا ينبذ عقد الذمة بالتهمة، وحكي وجه في نبذ الذمة بالتهمة، والمذهب الفرق، وإذا نبذه فلا بد من إنذارهم وإبلاغهم المأمن، لكن من عليه حق آدمي من مال أو حد قذف أو قصاص، يستوفى منه أولًا، والمعتبر في إبلاغ الكافر المأمن أن يمنعه من المسلمين ومن أهل عهدهم، ويلحقه بدار الحرب، واكتفى ابن كج بإلحاقه بأول بلاد الكفر وقال: لا يلزم إلحاقه ببلده الذي يسكنه فوق ذلك إلا أن يكون بين أول بلاد الكفر وبلده الذي يسكنه بلد للمسلمين يحتاج إلى المرور عليه، وفي «البحر» أنه لو كان له مأمنان، لزم الإمام إلحاقه بمسكنه منهما، ولو كان يسكن بلدين، فالاختيار للإمام، وفي هذا ما ينازع في الاكتفاء بأول بلاد الكفر، ولو لم تظهر أمارة يخاف بسببها منهم نبذ العهد، ولا اعتبار الوهم المحض، حكي ذلك عن نصه في «الأم».

فرع: إذا هادن الإمام مدة لضعف وخوف اقتضاها، ثم زال الخوف وقوي المسلمون، وجب الوفاء بما جرى.

فرع: قال في «الحاوي»: يجب على الذين هادنهم الإمام الكف عن قبيح القول والعمل في حق المسلمين، وبذل الجميل منهما، فلو كانوا يكرمون المسلمين، فصاروا يهينونهم، أو يضيفون النزيل ويصلونهم، فصاروا يقطعونهم، أو يعظمون كتاب الإمام، فصاروا يستخفون به، أو نقصوا عما كانوا يخاطبون به، سألهم الإمام عن سبب فعلهم، فإن اعتذروا بما يجوز قبول مثله، قبله، وإن لم يذكروا عذرًا، أمرهم بالرجوع إلى عادتهم، فإن امتنعوا، أعلمهم بنقض الهدنة ونقضها.

فصل: إذا شرط رد المرأة إذا جاءتنا منهم مسلمة، لم يجز بحال، وشرط رد الرجل إذا هاجر مسلمًا جائز في الجملة، والفرق أنه لا يؤمن أن يصيبها زوجها الكافر، أو أن تزوج كافرًا، ولأنها عاجزة عن الهرب وأقرب إلى الافتتان، فإذا عقد الإمام هدنة، فإما أن يشرط أن لا يرد من جاء مسلمًا، أو يطلق، أو يشرط الرد، فإن شرط أن لا يرد، فلا رد ولا غرم، وكذا لو خص النساء، يمنع الرد، وإن أطلق فهل يغرم الإمام مهر من جاءت مسلمة؟ قولان، أظهرهما: لا، وقيل: إن كان قبل الدخول وجب الغرم قطعًا، قال ابن الصباغ: هذا سهو من قائله، وإن شرط الرد، نظر إن أطلق فقال: بشرط أن نرد من جاءنا منهم، ففي وجوب الغرم القولان، وقد

يقال: إن أوجينا عند الإطلاق، فهنا أولى، وإلاّ فقولان: ولو صرح بشرط رد النساء، فهو فاسد، وفي فساد العقد به ما سبق، فإن لم يفسده، ففي الغرم الخلاف السابق بالترتيب، ويتفرع على وجوب الغرم مسائل:

منها: المغروم، وهو المبذول من صداقها، وقال الماوردي: عندي أنه هو الأقل من مهر المثل والمبذول، والصحيح الأول، وبه قال الجمهور، ولو لم يدفع إليها شيئًا، فلا شيء له، ولو لم يدفع إلاّ بعضه، لم يستحق إلاّ ذلك القدر، ولو كان أعطاها أكثر من المسمى، لم يستحق الزيادة، كما لا يستحق ما أطعمها وكساها وأنفقه في العرس، لأنه متبرع به، ولأنه ليس بدل البضع الذي حلنا بينه وبينه.

ومنها: لا يثبت الغرم بمجرد قوله: أعطيتها صداقها، بل ينظر إن أنكرت النكاح، فهي المصدقة وعليه البينة، وإن صدقته وأنكرت القبض، ففي «الشامل» وغيره: أنها تصدق باليمين، وعليه البينة، وقال الروياني: لا يمين عليها، لأن الصداق على غيرها، وقال الشيخ أبو حامد: يفحص الإمام عن مهر مثلها، فقد يعرفه من تجار المسلمين الذين دخلوا دار الحرب، ومن الأسارى، ثم يحلف الرجل أنه أصدقها ذلك القدر وسلمه، ولو ادعى الدفع وصدقته، فقد نقل الإمام عن العراقيين أن إقرارها كالبينة، وقالوا: تعسر إقامة البينة على ما يجري بين الكفار، ورأى الإمام أن يعتمد قولها ولا يجعله حجة علينا.

ومنها: محل الغرم سهم المصالح، وحكى ابن كج وجهًا أنه إن كان للمرأة مال، أخذ منها، والصحيح الأول، فإن هاجرت إلى بلد فيه الإمام، غرم المهر، وإن هاجرت إلى بلد فيه نائبه، فكذلك، وهل المعتبر نائبه في عقد الهدنة، أم في بيت المال؟ وجهان: وإن هاجرت إلى بلد ليس فيه الإمام ولا نائبه، فعلى أهل البلد منعها حسبة ولا يغرمون المهر، قال ابن كج: وليس على الإمام والحالة هذه رد المهر، كما لو جاء رجل إلى غير بلد الإمام لا يلزمه أن يخلي بينه وبين من يطلبه، والأحسن ما حكاه البغوي وغيره: أنه إن قال عند المهادنة: من جاءني منكم مسلمًا رددته، لم يلزمه شيء، لأنها ما جاءته، وإن قال: من جاء المسلمين، أو من جاءنا، وجب.

ومنها: لو وهبته الصداق، أو أبرأته فعلى الخلاف في التشطر.

ومنها: إذا جاءت مسلمة، ثم أسلم الزوج، نظر إن أسلم قبل انقضاء عدتها، فالنكاح مستمر، وليس لها طلب المهر، وإن أخذه قبل الإسلام، لزمه رده إذا زالت الحيلولة، وإن لم يسلم حتى انقضت عدتها، نظر إن أخذ المهر قبل الإسلام، لم

يسترجع منه، وصار بالقبض كالمستهلك في الشرك، وإن لم يأخذه، فإن طالبت به قبل إسلامه، استقر له المهر لحصول الحيلولة بإسلامها، ومنعنا إياها منه، وعن أبي إسحاق أنه لا مهر له، والصحيح الأول، وإن لم يطالب بها قبل إسلامه، فلا شيء له، لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين، ولا مطالبة بالمهر بعد البينونة، فلو كانت الصورة بحالها، ولم يكن أعطاها المهر، فلما أسلم بعد انقضاء العدة أخذت المهر بسبب المسيس، فهل تغرم له ذلك؟ فيه احتمالان للإمام، وجعلهما الغزالي وجهين: أرجحهما: المنع، هذا إذا كان إسلامها بعد الدخول، فإن جاءت مسلمة قبل الدخول وأسلم الزوج بعدها، لم يكن له طلب المهر، لأنه أسلم بعد البينونة.

ومنها: لو جاء في طلبها غير زوجها، كأبيها وعشيرتها، لم يغرم شيئًا، لأن المعتبر طلب من كان له ملك البضع، أو طلب وكيله ورسوله، ولو جاءنا الزوج ولم يطلبها، لم يغرم أيضًا، وينبغي أن يكون الطلب في العدة، فأما إذا بانت بانقضاء العدة، فلا أثر للطلب.

ومنها: إذا دخلت كافرة، رددناها سواء طلبها زوجها أو محارمها، فإن أسلمت بعد دخولها، فهو كما لو جاءت مسلمة في أنا لا نردها وفي غرم المهر، وقيل: في الغرم وجهان: ولو ارتدت بعد الإسلام، وجاء الزوج يطلبها، نظر إن طلبها بعد قتلها، لم نغرم شيئًا لحصول الحيلولة بالقتل، وإن طلبها قبل القتل، لم نردها لوجوب قتلها، وفي الغرم وجهان: أصحهما: يجب لحصول الحيلولة بالإسلام.

ومنها: لو جاءتنا مسلمة، فجنت، أو جاءتنا مجنونة ثم أفاقت وأسلمت، فحكمها في الرد والغرم حكم العواقل، وإن جاءت مجنونة تصف الإسلام أو لا تصفه، وأخبر عنها أنها وصفته ولم نعلم، أو وصفته قبل الجنون أم فيه، أو لم نخبر عنها بشيء، لم ترد لاحتمال الإسلام قبل الجنون، ولا غرم لاحتمال أنها لم تسلم حينئذ، فلا نغرم بالشك، فإن أفاقت وأقرت بالإسلام، غرمنا، وإلاّ رددناها ولا غرم، ولو علمنا أنها لم تزل مجنونة، فينبغي أن ترد.

ومنها: إذا جاءت صبية مميزة وهي تصف الإسلام لا نردها، لأنا وإن لم نصحح إسلامها فنتوقعه، فيحتاط لحرمة الكلمة، وقيل: ترد، والصحيح الأول، ولا غرم في الحال على الأصح، وقيل: الأظهر كالمجنونة، فإن بلغت ووصفت الكفر، رددناها، وإن وصفت الإسلام غرمنا.

ومنها: لو جاءت رقيقة منهم مسلمة، فلا ترد على سيدها ولا زوجها، ويحكم

بعتقها إن فارقتهم ثم أسلمت، لأنها إذا جاءت مراغمة لهم، ملكت نفسها بالقهر فتعتق، كعبد قهر سيده الحربي، فإنه يصير حرًا، وهل يغرم لسيدها قيمتها من سهم المصالح إذا جاء يطلبها؟ فيه طريقان، المذهب: أنه على القولين، والثاني: لا غرم قطعًا، لأن الحيلولة حصلت بالعتق والقهر قبل الإسلام، ومن قال بالمذهب، قال: المانع هو الإسلام، فإنها لو كانت حرة كافرة لم يمنع زوجها، ولو أسلمت، ثم فارقتهم، وهاجرت مسلمة، فقال البغوي: لا تصير حرة، لأنهم في أماننا، وأموالهم محرمة علينا، فلا يزول الملك عنها بالهجرة بخلاف ما إذا هاجرت، ثم أسلمت، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، فملكت نفسها بالقهر، ولم يتعرض جماعة لهذا التفصيل، وأطلقوا الحكم بالعتق، ويجوز أن يؤخذ به، لأن الهدنة جرت معنا لا معها، كما سنذكره إن شاء الله تعالىٰ في الرجل إذا جاءنا مسلمًا ورددناه، أن له التعرض لهم، ثم قال الشيخ أبو إسحاق: لا ترد إلى سيدها لإسلامها وشركه، ولكن نغرم له قيمتها، كما لو غصب منهم مال وتلف، واعترض صاحب «البيان» وقال: الذي يقتضيه المذهب أنا لا نغرم القيمة ويأمره بإزالة الملك عنها، كأمة كافر أسلمت، ونعود إلى هذا الكلام والتفصيل إن شاء الله تعالىٰ، وإذا كانت الأمة مزوجة، ففي غرم المهر القولان، فإن قلنا بغرامة المهر والقيمة، نظر إن حضر الزوج والسيد معًا، أخذ كل واحد حقه، وإن جاء أحدهما فقط فثلاثة أوجه: أصحهما: نغرم حق الطالب، والثاني: لا نغرم شيئًا، لأن حق الرد مشترك ولم يتم الطلب، والثالث: نغرم للسيد إن انفرد بالطلب، ولا نغرم للزوج لأن حق الرد في المزوجة للسيد آكد، ألا ترى أنه يسافر بها بخلاف الزوج، فإن كان زوج الأمة عبدًا، فلها خيار الفسخ إذا عتقت، فإن فسخت النكاح، لم نغرم المهر لأن الحيلولة حصلت بالفسخ، وإن لم تفسخ وأوجبنا غرم المهر، فلا بد من حضور الزوج والسيد جميعًا، وطلب الزوج المرأة والسيد المهر، فإن انفرد أحدهما، لم نغرم لأن البضع غير مملوك للسيد، والمهر غير مملوك للعبد.

ومنها: إنما نغرم إذا طلبها الزوج فمنعناها بسبب الإسلام، أما إذا مات قبل الطلب، فلا غرم، وكذا لو مات الزوج قبل أن يطلبها منا وإن كان قد دخل دار الإسلام، ولو مات أحدهما بعد الطلب والمنع، لم يسقط الغرم، فإن كان هو الميت، صرف المهر إلى ورثته، وإن قتلت قبل الطلب، فلا غرم، كما لو ماتت، وإن قتلت بعده، ثبت الغرم، ثم نقل الإمام أنه يكون على القاتل، لأنه المانع بالقتل، ورأى أن يفصل فيقال: إن قتلها على الاتصال بالطلب، فالحكم ما ذكروه، وإن تأخر القتل، فقد استقر الغرم علينا بالمنع، فلا أثر للقتل بعده، وفي الحالتين لا

حق للزوج فيما على القاتل من قصاص ودية، لأنه لا يرثها، ولو جرحها شخص قبل الطلب، ثم طلبها الزوج وقد انتهت إلى حركة المذبوحين، فهو كالطلب بعد الموت، وإن بقيت فيها حياة مستقرة، فهل الغرم على الجارح، أم في بيت المال لأن المنع في الحياة؟ وجهان: أصحهما: الثاني، ولا يسقط الغرم، بأن يطلقها بعد طلبها، وأما قبله، فإن خالعها، أو طلقها طلاقًا بائنًا، فلا غرم، لأنه ترك باختياره، قال الروياني: وكذا لو ملكها أن تطلق نفسها على الفور، وقد يلائم هذه القاعدة أن يقال: يشترط كون الطلب على الفور، وإن طلقها رجعيًا، أو طلقها، فأسلمت وهي في عدة الرجعية، ثم جاء الزوج يطلبها، فالصحيح المنصوص أنا إنما نغرم له إذا راجعها لظهور قصد الإمساك بالرجعة، وإن كانت رجعة الكافر المسلمة لا تصح، قال الإمام: وخرج المحققون قولًا أنه يستحق المهر بمجرد الطلب بلا رجعة، لأنها فاسدة، فلا معنى لاشتراطها.

فرع: جميع ما ذكرناه هو في رد النساء الحرائر، أما الإماء والصبيان والمجانين، فلا يردون لضعفهم، ولا يجوز الصلح بشرط ردهم، ولا غرم في ترك ردهم، كما في غير ذوات الأزواج، فإذا بلغ الصبي، وأفاق المجنون، فإن وصفا الإسلام، فذاك، وإن وصفا كفرًا لا يقر أهله عليه، فإما أن يسلما، وإما أن يردا إلى مأمنهما، وإن وصفا كفرًا يقر أهله، فإما أن يسلما وإما أن يقبلا الجزية، وإما أن يردا إلى مأمنهما. وأما الذكور البالغون العقلاء، فنقل الإمام في رد العبد وجهين: الصحيح الذي ذكره الجمهور: لا يرد، لأنه جاء مسلمًا مراغمًا لهم، والظاهر أنهم يسترقونه ويهينونه ولا عشيرة له تحميه، والثاني: يرد، والمنع في النساء لخوف الفاحشة، وهل يعتق العبد الذي جاء مسلمًا؟ قال في «الحاوي»: إن غلبهم على نفسه ثم أسلم وهاجر، عتق، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، وإن أسلم، ثم غلبهم على نفسه وجاءنا، نظر إن فعل ذلك قبل أن هادناهم، فكذلك، لأنه غلب في حال الإباحة، وإن فعله بعد الهدنة، لم يعتق، لأن أموالهم محرمة حينئذ لا يملكها بالقهر، ثم لا يرد إلى السيد، وإن لم يعتق، ولا يمكن من استرقاقه، فإن أعتقه وإلاّ باعه الإمام لمسلم، أو دفع قيمته من بيت المال، وأعتقه عن المسلمين كافة، وولاؤه لهم. وأما الحر، فإن لم تكن له عشيرة وغلب على الظن أنه يذل ويهان، ففي رده طريقان، الصحيح طرد الوجهين في رد العبد، والثاني: يرد قطعًا لأن الحرية في الجملة مظنة القدرة، فإن قلنا: يرد، قال الإمام: لا يبعد أن يقال: على الإمام أن يشرط عليهم أن لا يهينوا المسلم المردود، فإن أهانوه كانوا ناقضين للعهد، وإن كان للحر عشيرة وطلبته، رد كما رد النبي ﷺ أبا جندل رضي الله عنه على سهيل بن عمرو، لأن الظاهر أنهم يحمونه، وأما كون عشيرته

تؤذيه بالتقييد ونحوه، فلا اعتبار به، فإنهم يفعلونه تأديبًا في زعمهم، وإن طلبه عين عشيرته، لم يرد إلاّ إذا كان الطالب ممن يقدر المطلوب على قهره والإفلات منه، وعلى هذا حمل رد النبي ﷺ أبا بصير رضي الله عنه، وإن لم يطلبه أحد، فلا رد كما لا غرم إذا لم يطلب أحد المرأة، قال الأصحاب: ومعنى الرد أنه لا منع من الرجوع، ويخلى بينه وبين من يطلبه، لا أنه يجبر على الرجوع، وهذا معنى رد النبي ﷺ أبا جندل وأبا بصير رضي الله عنهم ولا يبعد تسمية التخلية ردًا كما في رد الوديعة، ولو شرط الإمام في الهدنة أن يبعث إليهم من جاءه مسلمًا، فمن الأصحاب من قال: يجب الوفاء بشرطه، ومقتضى هذا أن لا يعتبر الطلب، ونقل الروياني عن النص أنه يفسد العقد بهذا الشرط، وذكر أنهم لو طلبوا من جاء منهم وهو مقيم على كفره، مكناهم منه، وأنهم لو كانوا شرطوا أن يقوم برده عليهم، وفينا بالشرط، ولا يجب على المطلوب أن يرجع إليهم، ولذلك لم ينكر النبي ﷺ على أبي بصير رضي الله عنه امتناعه، فإن اختار الإقامة في دار الإسلام، لم يمنع، ويقول الإمام للطالب: لا أمنعك منه إن قدرت عليه، ولا أعينك إن لم تقدر، وعن النص أنه يستحب أن يقول للمطلوب سرًا: لا ترجع، وإن رجعت فاهرب إذا قدرت، وللمطلوب أن يقتل الطالب، ولنا أن نرشده إلى قتله تعريضًا لا تصريحًا، لأن الإمام إنما التزم بالهدنة أن يمتنع عنهم، ويمنع الذين يعادونهم وهم المسلمون يومئذ، فأما من أسلم بعد، فلم يشترط على نفسه، ولا تناوله شرط الإمام، لأنه ليس في قبضته، وفيه احتمال للإمام أنه ليس له التعرض لمن عصم الإمام دمه وماله، ولهذا من جاءنا مسلمًا ولم يطلب، يلزمه بعقد الهدنة ما لزمنا.

فرع: عن «البحر»: كافر تحته عشر نسوة أسلمن، وهاجرن، وجاء يطلبهن، يؤمر باختيار أربع، ويعطى مهورهن على قول غرامة المهر، والمستولدة إذا جاءت مسلمة كالأمة والمكاتبة إن اقتضى الحال عتقها كذلك وتبطل الكتابة وإلاّ فهي على كتابتها، فإن أدت، عتقت وللسيد الولاء، وإن عجزت ورقت حسب ما أخذ من مال الكتابة بعد إسلامها من ضمانها ولا يحسب منه ما أخذ قبل الإسلام، فإن بلغ المحسوب عليه قدر القيمة، فقد استوفى حقه وعتقت، وولاؤها للمسلمين، وهل يرد عليها من بيت المال؟ قولان بناء على أنا هل نغرم للسيد قيمة الأمة، وإن كان المؤدى أكثر من القيمة، لم يسترجع الفاضل من سيدها، وإن كان أقل، فللسيد تمام القيمة، ويكون ذلك من بيت المال.

فصل: إذا عقد الهدنة بشرط أن يردوا من جاءهم منا مرتدًا، ويسلموه إلينا، لزمهم الوفاء، فإن امتنعوا، كانوا ناقضين للعهد، فإن عقدت بشرط أن لا يردوا من جاءهم، ففي جوازه قولان، أظهرهما وأشهرهما: الجواز، والثاني: المنع، بل لا

بد من استرداده لإقامة حكم المرتدين عليه، وقال الماوردي: الصحيح عندي صحة الشرط في الرجال دون النساء، لأن الأبضاع يحتاط لها، ويحرم على الكافر من المرتدة ما يحرم من المسلمة، وربما حاول تنزيل القولين على الصنفين، فإن أبطلنا الشرط وأوجبنا الرد، فالذي عليهم التمكين والتخلية دون التسليم، وكذا الحكم لو جرت المهادنة مطلقًا من غير تعرض لرد المرتد، وحيث لا يلزمهم التمكين والتسليم، يلزمهم مهر من ارتد من نساء المسلمين، وقيمة من ارتد من رقيقهم، ولا يلزمهم غرم من ارتد من الرجال الأحرار، ولو عاد المرتدون إلينا، لم نرد المهور، ونرد القيم، لأن الرقيق بدفع القيمة يصير ملكًا لهم، والنساء لا يصرن زوجات، وحيث يجب التمكين دون التسليم تمكنوا، فلا غرم عليهم، سواء وصلنا إلى المطلوبين أم لا، وحيث يجب التسليم يطالبهم به عند الإمكان، فإن فات التسليم بالموت، لزمهم الغرم، وإن هربوا، نظر إن هربوا قبل القدرة على التسليم، فلا غرم، وبعدها يجب الغرم، وإذا قلنا: لا تسترد المرتدة، غرم الإمام لزوجها ما أنفق من صداقها، لأنا بعقد الهدنة حلنا بينه وبينها، ولولاه، لقاتلناهم حتى يردوها، وإن قلنا: تسترد، فتعذر ذلك فقال الغزالي: نغرم له أيضًا، ويشبه أن يكون الغرم لزوج المرتدة مفرعًا على الغرم لزوج المسلمة المهاجرة، ولم أره مصرحًا به، وقد يشعر كلام الغزالي بخلافه، ثم لو جاءتهم امرأة منا مرتدة، وهاجرت إلينا امرأة منهم مسلمة، وطلبها زوجها، فلا نغرم له المهر، بل نقول: هذه بهذه، ويجعل المهرين قصاصًا، ويدفع الإمام المهر إلى زوج المرتدة، ويكتب إلى زعيمهم ليدفع مهرها إلى زوج المهاجرة، هذا إن تساوى القدران، فإن كان مهر المهاجرة أكثر، صرفنا مقدار مهر المرتدة منه إلى زوجها والباقي إلى المهاجرة، وإن كان مهر المرتدة أكثر، صرفنا مقدار مهر المهاجرة إلى زوجها، والباقي إلى زوج المرتدة، وبهذه المقاصة فسر مفسرون قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَٰجِكُمْ إِلَى ٱلْكُفَّارِ فَعَاقَبْتُمْ فَـَٔاتُوا۟ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَٰجُهُم مِّثْلَ مَآ أَنفَقُوا۟﴾ [الممتحنة: ١١].

فصل: على الإمام منع من يقصد أهل الهدنة من المسلمين والذميين، وليس عليه منع الحربيين، ولا منع بعضهم من بعض لأن الهدنة لمجرد الكف لا للحفظ بخلاف الذمة. ولو أتلف مسلم أو ذمي على مهادن نفسًا أو مالًا، ضمنه، وإن قذفه عزر، وعليهم بإتلاف مال المسلم الضمان، وبقتله القصاص، وبالقذف الحد. ولو أغار أهل الحرب عليهم، ثم ظفر الإمام بأهل الحرب، فاستنقذ منهم أموال أهل الهدنة، لزمه ردها إليهم، وفي إقامة حد السرقة، والزنى على المعاهد، وانتقاض عهده بالسرقة خلاف سبق في آخر الباب الأول من كتاب السرقة، وبالله التوفيق.

باب الهدنة

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يجوز عقد الهدنة لأقليم أو صقع عظيم إلا للإمام، أو لمن فوض إليه الإمام، لأنه لو جعل ذلك إلى كل واحد لم يؤمن أن يهادن الرجل أهل إقليم والمصلحة في قتالهم، فيعظم الضرر، فلم يجز إلا للإمام، أو للنائب عنه. فإن كان الإمام مستظهرًا نظرت ـ فإن لم يكن في الهدنة مصلحة ـ لم يجز عقدها لقوله عز وجل: ﴿فَلَا تَهِنُوا۟ وَتَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ وَٱللَّهُ مَعَكُمْ﴾ [محمد: ٣٥] وإن كان فيها مصلحة بأن يرجوا إسلامهم، أو بذل الجزية، أو معاونتهم على قتال غيرهم، جاز أن يهادن أربعة أشهر، لقوله عز وجل: ﴿بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ۝١ فَسِيحُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [التوبة: ١ ـ ٢] ولا يجوز أن يهادنهم سنة فما زاد، لأنها مدة يجب فيها الجزية، فلا يجوز إقرارهم فيها من غير جزية، وهل يجوز فيما زاد على أربعة أشهر وما دون سنة؟ فيه قولان أحدهما: أنه لا يجوز لأن الله تعالى أمر بقتال أهل الكتاب إلى أن يعطوا الجزية لقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ﴾ وأمر بقتال عبدة الأوثان إلى أن يؤمنوا لقوله عز وجل: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ثم أذن في الهدنة في أربعة أشهر وبقي ما زاد على ظاهر الآيتين، والقول الثاني: أنه يجوز لأنها مدة تقصر عن مدة الجزية، فجاز فيها عقد الهدنة كأربعة أشهر وإن كان الإمام غير مستظهر، بأن كان في المسلمين ضعف وقلة، وفي المشركين قوة وكثرة أو كان الإمام مستظهرًا لكن العدو على بعد ويحتاج في قصدهم إلى مؤنة مجحفة، جاز عقد الهدنة إلى مدة تدعو إليها الحاجة، وأكثرها عشر سنين، لأن رسول الله ﷺ: «هادن قريشًا في الحديبية عشر سنين» ولا يجوز فيما زاد على ذلك، لأن الأصل وجوب الجهاد إلا فيما وردت فيه الرخصة، وهو عشر سنين، وبقي ما زاد على الأصل وإن عقد على عشر سنين وانقضت ـ والحاجة باقية ـ استأنف العقد فيما تدعو الحاجة إليه، وإن عقد على أكثر من عشر سنين بطل فيما زاد على العشر، وفي العشر قولان بناء على تفريق الصفقة في البيع، وإن دعت الحاجة إلى خمس سنين لم تجز الزيادة عليها. فإن عقد على ما زاد على الخمس سنين بطل العقد فيما زاد، وفي الخمس قولان، فإن عقد الهدنة مطلقًا من غير مدة لم يصح، لأن إطلاقه يقتضي التأبيد، وذلك لا يجوز. وإن هادن على أن له أن ينقض إذا شاء جاز، لأن النبي ﷺ وادع يهود خيبر وقال: «أقركم ما أقركم الله» وإن قال غير النبي ﷺ: هادنتكم إلى أن يشاء الله تعالى، وأقررتكم ما أقركم الله تعالى، لم يجز، لأنه لا طريق له إلى معرفة ما عند الله تعالى، ويخالف الرسول ﷺ فإنه كان يعلم ما عند الله تعالى بالوحي، وإن هادنهم ما شاء فلان وهو رجل مسلم أمين عالم، له رأي جاز، فإن شاء فلان أن

ينقض نقض، وإن قال: هادنتكم ما شئتم لم يصح، لأنه جعل الكفار محكمين على المسلمين. وقد قال البني ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى» ويجوز عقد الهدنة على مال يؤخذ منهم لأن في ذلك مصلحة للمسلمين، ولا يجوز بمال يؤدى إليهم من غير ضرورة، لأن في ذلك إلحاق صغار بالإسلام فلم يجز من غير ضرورة فإن دعت إلى ذلك ضرورة بأن أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الاصطلام أو أسروا رجلًا من المسلمين وخيف تعذيبه، جاز بذل المال لاستنقاذه منهم، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن الحارث بن عمرو الغطفاني رئيس غطفان قال النبي ﷺ: «إن جعلت لي شطر ثمار المدينة وإلا ملأتها عليك خيلًا ورجلًا فقال النبي ﷺ: حتى أشاور السعديين يعني سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وأسعد بن زرارة، فقالوا: أن كان هذا بأمر من السماء فتسليم لأمر الله عز وجل، وإن كان برأيك فرأينا تبع لرأيك وإن لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ما كنا نعطيهم في الجاهلية تمرة إلا شراء أو قراء وكيف وقد أعزنا الله بك؟[1]. فلم يعطهم شيئًا، فلو لم يجز عند الضرورة لما رجع إلى الأنصار ليدفعوه إن رأوا ذلك، ولأن ما يخاف من الاصطلام وتعذيب الأسير أعظم في الضرورة من بذل المال فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما، وهل يجب بذل المال؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في وجوب الدفع عن نفسه، وقد بيناه في الصول. فإذا بذل لهم على ذلك مال لم يملكوه لأنه مال مأخوذ بغير حق فلم يملكوه كالمأخوذ بالقهر.

فصل: ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمات لأن النبي ﷺ عقد الصلح بالحديبية، فجاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط مسلمة، فجاء أخواها فطلباها فأنزل الله عز وجل: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠] فقال النبي ﷺ: «إن الله تعالى منع من الصلح في النساء»[2] ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك فيصيبها، ولا يؤمن أن تفتن في دينها لنقصان عقلها، ولا يجوز عقدها على رد من لا عشيرة له من الرجال تمنع عنه، لأنه لا يأمن على نفسه في إظهار دينه فيما بينهم ويجوز عقدها على رد من له عشيرة تمنع عنه، لأنه يأمن على نفسه في إظهار دينه، ولا يجوز عقدها مطلقًا على رد من جاء من الرجال مسلمًا لأنه يدخل فيه من يجوز رده ومن لا يجوز.

فصل: وإن عقدت الهدنة على ما لا يجوز مما ذكرناه، أو عقدت الذمة على ما لا يجوز من النقصان عن دينار في الجزية، والمقام في الحجاز، أو الدخول إلى الحرم، أو بناء كنيسة في دار الإسلام، أو ترك الغيار، أو إظهار الخمر والخنزير في دار الإسلام، وجب نقضه لقوله ﷺ: «من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو رد»[3] ولما روي عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال: «ردوا الجهالات

---

(١) انظر السيرة النبوية لابن هشام (٣/ ٢٣٩).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

إلى السنة» ولأنه عقد على محرم فلم يجز الإقرار عليه كالبيع بشرط باطل أو عوض محرم.

فصل: وإن عقدت الهدنة على ما يجوز إلى مدة وجب الوفاء بها إلى أن تنقضي المدة ما أقاموا على العهد لقوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المَائدة: ١] ولقوله تعالى: ﴿وَبَشِّرِ الَّذِينَ كَفَرُوا بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: ٣] ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدتُّم مِّنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: ٤] ولقوله عز وجل: ﴿فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧] وروى سليمان بن عامر قال: «كان بين معاوية وبين الروم هدنة فسار معاوية في أرضهم كأنه يريد أن يغير عليهم فقال عمر بن عبسة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحل عقدة ولا يشدها حتى يمضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء» قال: فانصرف معاوية ذلك العام[1]. ولأن الهدنة عقدت لمصلحة المسلمين فإذا لم نف لهم عند قدرتنا عليهم، لم يفوا لنا عند قدرتهم علينا، فيؤدي ذلك إلى الإضرار بالمسلمين. وإن مات الإمام الذي عقد الهدنة وولى غيره لزمه إمضاؤه، لما روي أن نصارى نجران أتوا عليًا كرم الله وجهه وقالوا: «أن الكتاب كان بيديك، والشفاعة إليك، وإن عمر أجلانا من أرضنا فردنا إليها، فقال علي: أن عمر كان رشيدًا في أمره، وأني لا أغير أمرًا فعله عمر رضي الله عنه».

فصل: ويجب على الإمام منع من يقصدهم من المسلمين ومن معهم من أهل الذمة لأن الهدنة عقدت على الكف عنهم، ولا يجب عليه منع من قصدهم من أهل الحرب ولا منع بعضهم من بعض، لأن الهدنة لم تعقد على حفظهم، وإنما عقدت على تركهم، بخلاف أهل الذمة، فإن أهل الذمة عقدت على حفظهم، فوجب منع كل من يقصدهم. ويجب على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة ضمان أنفسهم وأموالهم والتعزير بقذفهم، لأن الهدنة تقتضي الكف عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم، فوجب ضمان ما يجب في ذلك.

فصل: إذا جاءت منهم حرة بالغة عاقلة مسلمة مهاجرة إلى بلد فيه الإمام أو نائب عنه، ولها زوج مقيم على الشرك وقد دخل بها وسلم إليها مهرًا حلالًا، فجاء زوجها في طلبها، فهل يجب رد ما سلم إليها من المهر؟ فيه قولان، أحدهما: يجب لقوله عز وجل ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا﴾ [المُمتَحنَة: ١٠] ولأن البضع مقوم حيل بينه وبين مالكه، فوجب رد بدله كما لو أخذ منهم مالًا وتعذر رده، والقول الثاني وهو الصحيح، وهو اختيار المزني، أنه لا يجب لأن البضع ليس بمال، والأمان لا يدخل فيه إلا المال، ولهذا لو أمن

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٧٥٩) والترمذي في سننه برقم (١٥٨٠) وأحمد في المسند (٤/ ١١١) والبيهقي في سننه (٩/ ٢٣١).

مشركًا لم تدخل امرأته في الأمان، ولأنه لو ضمن البضع بالحيلولة لضمن بمهر المثل كما يضمن المال عند تعذر الرد بالمثل بقيمته، ولا خلاف أنه لا يضمن البضع بمهر المثل فلم يضمن بالمسمى، وأما الآية فأنها نزلت في صلح رسول الله ﷺ بالحديبية قبل تحريم رد النساء، وقد منع الله تعالى من ذلك بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ [المُمتَحنَة: ١٠] فسقط ضمان المهر، فإن قلنا: لا يجب رد المهر، فلا تفريع، وإن قلنا: أنه يجب وعليه التفريع وجب ذلك في خمس الخمس لأنه مال يجب على سبيل المصلحة فوجب في خمس الخمس، وإن لم يكن قد دفع إليها المهر لم يجب له المهر، لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟﴾ [المُمتَحنَة: ١٠] وهذا لم ينفق، وإن دفع إليها مهرًا حرامًا كالخمر والخنزير لم يجب له شيء، لأنه لا قيمة لما دفع إليها فصار كما لو لم يدفع إليها شيئًا، فإن دفع إليها بعض مهرها لم يجب له أكثر منه: لأن الوجوب يتعلق بالمدفوع فلم يجب إلا ما دفع وإن جاءت إلى بلد ليس فيه إمام ولا نائب عنه، لم يجب رد المهر، لأنه في سهم المصالح، وذلك إلى الإمام أو النائب عنه فلم يطالب به غيره.

فصل: وإن جاءت مسلمة عاقلة ثم جنت، وجب رد المهر لأن الحيلولة حصلت بالإسلام، وإن جاءت مجنونة ووصفت الإسلام، ولم يعلم هل وصفته في حال عقلها أو في حال جنونها؟ لم ترد إليه لجواز أن يكون وصفته في حال عقلها، فإذا ردت إليهم خدعوها وزهدوها في الإسلام فلم يجز ردها احتياطًا للإسلام، وإن أفاقت ووصفت الكفر وقالت: أنها لم تزل كافرة، ردت إلى زوجها، وإن وصفت الإسلام لم ترد، فإذا جاء الزوج في طلبها دفع إليه مهرها لأنه حيل بينهما بالإسلام، وإن طلب مهرها قبل الإفاقة لم يدفع إليه، لأن المهر يجب بالحيلولة، وذلك لا يتحقق قبل الإفاقة لجواز أن تفيق وتصف الكفر فترد إليه، فلم يجب مع الشك.

فصل: فإن جاءت صبية ووصفت الإسلام لم ترد إليهم، وإن لم يحكم بإسلامها. لأنا نرجو إسلامها، فإذا ردت إليهم خدعوها وزهدوها في الإسلام، فإن بلغت ووصفت الكفر قرعت، فإن أقامت على الكفر ردت إلى زوجها، فإن وصفت الإسلام دفع إلى زوجها المهر، لأنه تحقق المنع بالإسلام، فإن جاء يطلب مهرها قبل البلوغ ففيه وجهان، أحدهما: أنه يدفع إليه مهرها لأنها منعت منه بوصف الإسلام، فهي كالبالغة. والثاني: أنه لا يدفع لأن الحيلولة لا تتحقق قبل البلوغ، لجواز أن تبلغ وتصف الكفر فترد إليه فلم يجب المهر كما قلنا في المجنونة.

فصل: وإن جاءت مسلمة ثم ارتدت لم ترد إليهم لأنه يجب قتلها، وإن جاء زوجها يطلب مهرها ـ فإن كان بعد القتل ـ لم يجب دفع المهر، لأن الحيلولة حصلت بالقتل، وإن كان قبل القتل ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجب، لأن المنع وجب بحكم الإسلام، والثاني: لا يجب لأن المنع وجب لإقامة الحد لا بالإسلام.

فصل: وإن جاءت مسلمة ثم جاء زوجها ومات أحدهما ـ فإن كان الموت بعد

المطالبة بها ـ وجب المهر، لأن الحيلولة حصلت بالإسلام، وإن كان قبل المطالبة لم يجب، لأن الحيلولة حصلت بالموت.

فصل: فإن أسلمت ثم طلقها الزوج ـ فإن كان الطلاق بائنا ـ فهو كالموت، وقد بيناه وإن كان رجعيًا لم يجب دفع المهر، لأنه تركها برضاه، وإن راجعها ثم طالب بها وجب دفع المهر، لأنه حيل بينهما بالإسلام. وإن جاءت مسلمة ثم أسلم الزوج ـ فإن أسلم بعد انقضاء العدة ـ لم يجب المهر لاجتماعهما على النكاح، وإن أسلم بعد انقضاء العدة ـ فإن كان قد طالب بها قبل انقضاء العدة ـ وجب المهر، لأنه وجب قبل البينونة. وإن طالب بعد انقضاء العدة لم يجب، لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين.

فصل: وإن هاجرت منهم أمة وجاءت إلى بلد فيه الإمام نظرت ـ فإن فارقتهم وهي مشركة ثم أسلمت ـ صارت حرة، لأنا بينا أن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، فملكت نفسها بالقهر فإن جاء مولاها في طلبها لم ترد عليه، لأنها أجنبية منه لا حق له في رقبتها، ولأنها مسلمة فلا يجوز ردها إلى مشرك. وإن طلب قيمتها فقد ذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله فيها قولين، كالحرة إذا هاجرت وجاء الزوج يطلب مهرها. والصحيح أنه لا تجب قيمتها قولًا واحدًا وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله، لأن الحيلولة حصلت بالقهر قبل الإسلام، وتخالف الحرة فإنها منعت بالإسلام، والأمة منعت بالملك، وقد زال الملك فيها قبل الإسلام. وإن أسلمت وهي عندهم ثم هاجرت لم تصر حرة، لأنهم في أمان منا، وأموالهم محظورة علينا، فلم يزل الملك فيها بالهجرة، فإن جاء مولاها في طلبها لم ترد إليه لأنها مسلمة فلم يجز ردها إلى مشرك، وإن طلب قيمتها وجب دفعها إليه كما لو غصب منهم مال وتلف، وإن كانت الأمة مزوجة من حر فجاء زوجها في طلبها لم ترد إليه، وإن طلب مهرها فعلى القولين في الحرة، وإن كانت مزوجة من عبد فعلى القولين أيضًا إلا أنه لا يجب دفع المهر إلا أن يحضر الزوج فيطالب بها، لأن البضع له فلا يملك المولى المطالبة به، ويحضر المولى ويطالب بالمهر، لأن المهر له فلا يملك الزوج المطالبة به.

فصل: وإن هاجر منهم رجل مسلم ـ فإن كان له عشيرة تمنع عنه ـ جاز له العود إليهم، والأفضل أن لا يعود، وقد بينا ذلك في أول السير، فإن عقد الهدنة على رده وإختار العود لم يمنع، لأن النبي ﷺ «أذن لأبي جندل وأبي بصير في العود» وإن اختار المقام في دار الإسلام لم يمنع، لأنه لا يجوز أجبار المسلم على الانتقال إلى دار الشرك، وإن جاء من يطلبه قلنا للمطالب: أن قدرت على رده لم نمنعك منه، وإن لم تقدر لم نعنك عليه، ونقول للمطلوب في السر: أن رجعت إليهم ثم قدرت أن تهرب منهم وترجع إلى دار الإسلام، كان أفضل، لأن النبي ﷺ رد أبا بصير فهرب منهم، وأتى النبي ﷺ وقال: «قد وفيت لهم ونجاني الله منهم».

فصل: ومن أتلف منهم على مسلم مالًا وجب عليه ضمانه، وإن قتله وجب عليه القصاص، وإن قذفه وجب عليه الحد، لأن الهدنة تقتضي أمان المسلمين في النفس والمال والعرض، فلزمهم ما يجب في ذلك ومن شرب منهم الخمر أو زنى لم يجب عليه الحد، لأنه حق الله تعالى، ولم يلتزم بالهدنة حقوق الله تعالى، فإن سرق مالًا لمسلم ففيه قولان أحدهما: أنه لا يجب عليه القطع، لأنه حد خالص لله تعالى فلم يجب كحد الشرب والزنا. والثاني: أنه يجب عليه، لأنه حد يجب لصيانة حق الآدمي، فوجب عليه كحد القذف.

فصل: إذا نقض أهل الهدنة عهدهم بقتال، أو مظاهرة عدو، أو قتل مسلم، أو أخذ مال، انتقضت الهدنة لقوله عز وجل: ﴿فَمَا ٱسْتَقَٰمُوا۟ لَكُمْ فَٱسْتَقِيمُوا۟ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧] فدل على أنهم إذا لم يستقيموا لنا لم نستقم لهم لقوله عز وجل: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْـًٔا وَلَمْ يُظَٰهِرُوا۟ عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوٓا۟ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ [التوبة: ٤] فدل على أنهم أن ظاهروا علينا أحدًا لم نتم إليهم عهدهم، ولأن الهدنة تقتضي الكف عنا، فانتقضت بتركه، ولا يفتقر نقضها إلى حكم الإمام بنقضها، لأن الحكم إنما يحتاج إليه في أمر محتمل، وما تظاهروا به لا يحتمل غير نقض العهد. وإن نقض بعضهم وسكت الباقون ـ ولم ينكروا ما فعل الناقض ـ انتقضت الهدنة في حق الجميع، والدليل عليه أن ناقة صالح عليه السلام عقرها (القدار العيزار بن سالف) وأمسك عنها القوم فأخذهم الله تعالى جميعهم به فقال الله عز وجل: ﴿فَدَمْدَمَ عَلَيْهِمْ رَبُّهُم بِذَنۢبِهِمْ فَسَوَّىٰهَا ﴿١٤﴾ وَلَا يَخَافُ عُقْبَٰهَا﴾ [الشمس: ١٤ ـ ١٥] ولأن النبي ﷺ وادع بني قريظة وأعان بعضهم أبا سفيان بن حرب على حرب رسول الله ﷺ في الخندق، وقيل: أن الذي أعان منهم ثلاثة: حيي بن أخطب وأخوه وآخر معهم، فنقض النبي ﷺ عهدهم وغزاهم، وقتل رجالهم، وأسبى ذراريهم، ولأن النبي ﷺ هادن قريشًا بالحديبية، وكان بنو بكر حلفاء قريش، وخزاعة حلفاء رسول الله ﷺ فحاربت بنو بكر خزاعة، وأعان نفر من قريش بني بكر على خزاعة، وأمسك سائر قريش، فجعل النبي ﷺ ذلك نقضًا لعهدهم، وسار إليهم حتى فتح مكة، ولأنه لما كان عقد بعضهم الهدنة أمانًا لمن عقد ولمن أمسك، وجب أن يكون نقض بعضهم نقضًا لمن نقض ولمن أمسك، وإن نقض بعضهم العهد وأنكر الباقون، أو اعتزلوهم، أو راسلوا إلى الإمام بذلك، انتقض عهد من نقض وصار حربًا لنا بنقضه، ولم ينتقض عهد من لم يرض، لأنه لم ينقض العهد ولا رضى بفعل من نقض، فإن كان من لم ينقض مختلطًا بمن نقض أمر من لم ينقض بتسليم من نقض، إن قدروا، أو بالتميز عنهم، فإن لم يفعلوا أحد هذين مع القدرة عليه انتقضت هدنتهم، لأنهم صاروا مظاهرين لأهل الحرب، وإن لم يقدروا على ذلك كان حكمهم حكم من أسره الكفار من المسلمين، وقد بيناه في أول السير. وإن أسر الإمام قومًا منهم وادعوا أنهم ممن لم ينقض العهد وأشكل عليه حالهم قبل قولهم لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهتهم.

فصل: وإن ظهر منهم من يخاف معه الخيانة، جاز للإمام أن ينبذ إليهم عهدهم، لقوله عز وجل: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ﴾ [الأنفال: ٥٨] ولا تنتقض الهدنة إلا أن يحكم الإمام بنقضها لقوله عز وجل: ﴿فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨] ولأن نقضها لخوف الخيانة وذلك يفتقر إلى نظر واجتهاد، فافتقر إلى الحاكم، وإن خاف من أهل الذمة خيانة لم ينبذ إليهم، والفرق بينهم وبين عقد أهل الهدنة أن النظر في عقد الذمة وجب لهم، ولهذا إذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم، فلم ينقض لخوف الخيانة، والنظر في عقد الهدنة لنا، ولهذا لو طلبوا الهدنة كان النظر فيها إلى الإمام، وإن رأى عقدها عقد، وإن لم ير عقدها لم يعقد فكان النظر إليه في نقضها عند الخوف، ولأن أهل الذمة في قبضته فإذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها وأهل الهدنة خارجون عن قبضته، فإذا ظهرت خيانتهم ولم يمكن استدراكها، فجاز نقضها بالخوف ـ ولو لم يظهر منهم ما يخاف معه الخيانة ـ لم يجز نقضها، لأن الله تعالى أمر بنبذ العهد عند الخوف، فدل على أنه لا يجوز مع عدم الخوف، ولأن نقض الهدنة من غير سبب يبطل مقصود الهدنة، ويمنع الكفار من الدخول فيها، والسكون إليها. وإذا نقض الهدنة عند خوف الخيانة ولم يكن عليهم حق، ردهم إلى مأمنهم، لأنهم دخلوا على أمان فوجب ردهم إلى المأمن، وإن كان عليهم حق استوفاه منهم ثم ردهم إلى مأمنهم.

فصل: إذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان في تجارة، أو رسالة ثبت له الأمان في نفسه وماله، ويكون حكمه في ضمان النفس والمال وما يجب عليه من الضمان والحدود حكم المهادن، لأنه مثله في الأمان، فكان مثله فيما ذكرناه وإن عقد الأمان ثم عاد إلى دار الحرب في تجارة أو رسالة فهو على الأمان، في النفس والمال، كالذمي إذا خرج إلى دار الحرب في تجارة أو رسالة. وإن رجع إلى دار الحرب بنية المقام وترك ماله في دار الإسلام انتقض الأمان في نفسه، ولم ينتفض في ماله فإن قتل أو مات انتقل المال إلى وارثه. وهل يغنم أم لا؟ فيه قولان، قال في «سير الواقدي» ونقله المزني: أنه يغنم ماله، وينتقل إلى بيت المال فيئًا وقال في المكاتب: يرد إلى ورثته. فذهب أكثر أصحابنا إلى أنها على علم قولين أحدهما: أنه يرد إلى ورثته هو اختيار المزني، والدليل عليه أن المال لوارثه ومن ورث مالًا ورثه بحقوقه، وهذا الأمان من حقوق المال فوجب أن يورث. والقول الثاني: أنه يغنم وينتقل إلى بيت المال فيئًا، ووجهه أنه لما مات انتقل ماله إلى وارثه وهو كافر لا أمان له في نفسه ولا في ماله فكان غنيمة، وقال أبو علي بن خيران: المسألة على اختلاف حالين، فالذي قال: يغنم، إذا عقد الأمان مطلقًا ولم يشرط لوارثه، والذي قال: لا يغنم إذا عقد الأمان لنفسه ولوارثه، وليس للشافعي رحمه الله ما يدل على هذه الطريقة. وأما إذا مات في دار الإسلام فقد قال في سير الواقدي: إنه يرد إلى ورثته. واختلف أصحابنا فيه

فمنهم من قال: هو أيضًا على قولين كالتي قبلها، والشافعي نص على أحد القولين ومنهم من قال يرد إلى وارثه قولًا واحدًا. والفرق بين المسألتين أنه إذا مات في دار الإسلام مات على أمانه فكان ماله على الأمان، وإذا مات في دار الحرب فقد مات بعد زوال أمانه فبطل في أحد القولين أمان ماله. فإذا استرق زال ملكه عن المال بالاسترقاق وهل يغنم؟ فيه قولان، أحدهما: يغنم فيئًا لبيت المال، والقول الثاني أنه موقوف لأنه لا يمكن نقله إلى الوارث، لأنه حي، ولا إلى مسترقه لأنه مال له أمان، فإن عتق دفع المال إليه بملكه القديم، وإن مات عبدًا ففي ماله قولان حكاهما أبو علي بن أبي هريرة أحدهما أنه يغنم فيئًا ولا يكون موروثًا، لأن العبد لا يورث. والثاني: أنه لوارثه لأنه ملكه في حريته.

فصل: فإن اقترض حربي من حربي مالًا ثم دخل إلينا بأمان أو أسلم فقد قال أبو العباس: عليه رد البدل على المقرض، لأنه أخذه على سبيل المعاوضة، فلزم البدل، كما لو تزوج حربية ثم أسلم قال: ويحتمل أنه لا يلزمه البدل، فإن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال في النكاح: إذا تزوج حربي حربية ودخل بها وماتت ثم أسلم الزوج، أو دخل إلينا بأمان فجاء وارثها يطلب ميراثه من صداقها، أنه لا شيء له، لأنه مال فائت في حال الكفر، قال: والأول أصح. ويكون تأويل المسألة أن الحربي تزوجها على غير مهر، فإن دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرق منهم مالًا أو اقترض منهم مالًا وعاد إلى دار الإسلام، ثم جاء صاحب المال إلى دار الإسلام بأمان وجب على المسلم رد ما سرق أو اقترض لأن الأمان يوجب ضمان المال في الجانبين، فوجب رده.

الشرح: أصل الهدنة السكون، والمهادنة الموادعة والمتاركة، ومستظهرًا أي غالبًا، وقوله: «جنحوا إلى السلم» أي مالوا إلى جانب الصلح، والاصطلام: الاستئصال بالقتل، وقوله: «ولم يظاهروا عليكم» أي لم يعاونوا، وقوله: «أو ينبذ إليهم على سواء» أي يطرح إليهم عهدهم حتى يكون هو وهم في العلم سواء، وأصله الوسط، وحقيقته: العدل، وقوله: «أجلانا» أي أخرجنا، وزهدوها: أي قللوا رغبتها.

قال في البيان: الهدنة والمهادنة والمعاهدة والموادعة شيء واحد؛ وهو: العقد مع أهل الحرب على الكف عن القتال مدة، بعوض وبغير عوض. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ١] إلى قوله: ﴿فَأَتِمُّوٓاْ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ [التوبة: ٤].

ورُوِي: «أن النَّبيَّ ﷺ صالح سهيل بن عمرو على ترك القتال عشر سنين»، إذا ثبت هذا: فلا يصح عقد الهدنة لجميع المشركين، أو لصقع إلا للإمام أو للوالي من قبله على إقليم يهادن أهل إقليمه.

فأما آحاد الرعية: فلا يجوز لهم ذلك؛ لأن ذلك من الأمور العظام التي تتعلق بمصلحة المسلمين، فلو جوزنا ذلك لآحاد الرعية، لتعطل الجهاد.

فإذا أراد الإمام أن يعقد الهدنة مع جميع المشركين، أو مع أهل إقليم أو صقع عظيم، نظرت: فإن كان مستظهرًا عليهم، ولم ير مصلحة في عقد الهدنة، لم يجز له عقدها، بل يقاتلهم إلى أن يسلموا، أو يبذلوا الجزية إن كانوا من أهل الكتاب؛ لقوله تعالى: ﴿وَجَٰهِدُواْ بِأَمۡوَٰلِكُمۡ وَأَنفُسِكُمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾ [التوبة: ٤١] ولقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩] الآية. فأمر بالجهاد والقتال، والأمر يحمل على الوجوب. ولقوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُواْ وَتَدۡعُوٓاْ إِلَى ٱلسَّلۡمِ وَأَنتُمُ ٱلۡأَعۡلَوۡنَ﴾ [محمد: ٣٥].

وإن رأى الإمام مع استظهاره المصلحة في الهدنة؛ بأن يرجو أن يسلموا، أو يبذلوا الجزية، أو يعينوه على قتال غيرهم، جاز له أن يعقد لهم الهدنة أربعة أشهر فما دونها؛ لقوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ﴾ [التوبة: ١] إلى قوله تعالى: ﴿فَسِيحُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ﴾ [التوبة: ٢].

ولا يجوز للإمام أن يعقد الهدنة مع استظهاره سنة فما زاد؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥]. وهذا عام في جميع الأوقات، إلا ما خصه الدليل. ولأن السنة مدة تجب فيها الجزية، فلم يجز إقرارهم فيها بغير جزية. وهل يجوز عقد الهدنة فيما زاد على أربعة أشهر ودون السنة؟ فيه قولان: أحدهما: لا يجوز؛ لعموم الأمر بالقتال إلا ما خصه الدليل، ولم يرد الدليل إلا في أربعة أشهر. والثاني: يجوز؛ لأنها مدة تقصر عن مدة الجزية، فجاز فيها عقد الهدنة، كأربعة أشهر.

وإن كان الإمام غير مستظهر على المشركين؛ أما لقلة عدد المسلمين، أو كثرة عدد المشركين، أو لضعف ثبات المسلمين في القتال، أو لقلة ما في يده من المال بالنسبة لما يحتاج إليه من المال في قتالهم، فللإمام أن يهادنهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلۡمِ فَٱجۡنَحۡ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١] والسلم: الصلح.

وله أن يهادنهم مع استظهارهم ما يرى فيه المصلحة من السنة وما زاد عليها إلى عشر سنين لما رُوِيَ: «أن النَّبيَّ ﷺ صالح سهيل بن عمرو في الحديبية على ترك القتال عشر سنين، وكتب في الكتاب: هذا ما صالح عليه محمد بن عبد الله سهيل بن عمرو: على وضع القتال عشر سنين» وإنما هادنهم هذه المدة؛ لأنه جاء إلى المدينة ليقيم لا ليقاتل، وكان بمكة مسلمون مستضعفون، فهادنهم حتى أظهر من بمكة إسلامه، فكثر المسلمون فيهم.

قال الشعبي: لم يكن في الإسلام فتح مثل صلح الحديبية.

هذا ترتيب الشيخ أبي إسحاق وابن الصبَّاغ. وذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»: أن القرآن ورد بجواز الهدنة أربعة أشهر، وعقد النَّبيّ ﷺ الهدنة مع سهيل بن عمرو عشر سنين، ثم نقض الهدنة قبل انقضاء العشر.

واختلف أصحابنا في ذلك: فمنهم من قال: نقض النَّبيّ ﷺ الهدنة، نسخ للهدنة فيما زاد على أربعة أشهر.

ومنهم من قال: ليست بنسخ. وهو الأصح؛ لأن النَّبيَّ ﷺ عقد الهدنة سنة ست من الهجرة عشر سنين على أن يعود معتمرًا سنة سبع ويقيم بمكة ثلاثًا، فعاد في سنة سبع واعتمر، وأخلت له قريش مكة وخرجوا منها، فقال لهم: «إنِّي أريد أن أتزوج فيكم وأطعم»، فقالوا: لا حاجة لنا في طعامك فاخرج، فخرج فسار إلى سرف على عشرة أميال من مكة، فتزوج ميمونة وبنى بها في ذلك الموضع، وأقام على الهدنة بعد ذلك قدر سنة، ثم وقع بعد ذلك بين بني بكر وبين خزاعة شر، وكانت خزاعة حلفًا للنبي ﷺ وبنو بكر حلفًا لقريش، فأعانت قريش حلفاءها على حلفاء رسول الله ﷺ فانتقضت هدنتهم، فسار إليهم النَّبيّ ﷺ وفتح مكة. فثبت أن الهدنة فيما زاد على أربعة أشهر غير منسوخة، لأن النَّبيَّ ﷺ أقام على الهدنة قدر سنتين.

فإذا قلنا: إن الهدنة منسوخة فيما زاد على أربعة أشهر، لم يجز عقدها فيما زاد على أربعة أشهر لا لحاجة ولا لضرورة. وإن قلنا: إنه ليس بمنسوخ، فإن زاد الإمام عقد الهدنة كحاجة الضرورة؛ بأن كان المدد بعيدًا عنه ويخاف سير المشركين، فكم المدة التي يجوز عقد الهدنة إليها؟ فيه وجهان.

أحدهما: يجوز عقدها لأقل من السنة، ولا يجوز إلى سنة؛ لأن السنة مدة الجزية، فلا يجوز إقرارهم فيها من غير عوض.

والثاني: يجوز عقدها لسنة؛ لأنهم إنما لا يجوز إقرارهم في دار الإسلام سنة بغير عوض، وأمَّا الهدنة، فهي كف عن القتال، فجاز إلى سنة من غير عوض.

وإن كان ذلك لضرورة؛ بأن كان العدو قد نزل على المسلمين وخافهم الإمام، ففي المدة قولان:

أحدهما: لا تجوز إلا إلى سنة. والثاني: تجوز إلى عشر سنين.

ولا يجوز عقد الهدنة إلى أكثر من عشر سنين بحال، بلا خلاف على المذهب. وقال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل: يجوز ذلك على ما يراه الإمام، كما يجوز الصلح على أداء الخراج من غير تقدير مدة.

دليلنا: أن الله تَعالَى أمر بالقتال عامًا في جميع الأوقات، وإنما خصصناه بما قام عليه الدليل، ولم يقم الدليل إلا في عشر سنين؛ بفعل النَّبيّ ﷺ في صلح الحديبية، فبقي ما زاد على مقتضى عموم الأمر. فإن عقد الهدنة إلى أكثر من عشر سنين، لم يصح العقد فيما زاد على العشر.

وهل يصح العقد في العشر؟ على القولين، بناء على تفريق الصفقة. ومن أصحابنا الخراسانيين من قال: يصح في العشر، وتبطل فيما زاد قولًا واحدًا؛ لأنه يجوز فيما بين المسلمين والكفار ما لا يجوز بين المسلمين وحدهم. والأول هو المشهور.

إذا ثبت هذا: فإن المسعودي قال في «الإبانة»: إذا طلب المشركون عقد الهدنة، فالظاهر: أنه لا يجب على الإمام عقدها؛ إذ لا منفعة للمسلمين في ذلك. ومن أصحابنا من قال: إذا رأى الإمام المصلحة في ذلك؛ بأن يرجو إسلامهم، وجب عليه ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦] الآية.

مسألة: وإذا عقد الإمام الهدنة مطلقًا، لم يصح العقد؛ لأن الإطلاق يقتضي التأبيد، والهدنة لا يصح عقدها على التأبيد. هذا نقل أصحابنا العراقيين.

وقال الخراسانيون: يصح العقد، فإن كان الإمام مستظهرًا، انصرف إلى أربعة أشهر في أحد القولين، وإلى سنة في الثاني. وإن كان غير مستظهر، انصرف العقد إلى عشر سنين.

فرع: وإن هادنهم الإمام إلى غير مدة على أن له أن ينقض متى شاء، جاز؛ لأن النَّبيَّ ﷺ صالح أهل خيبر مطلقًا، ولكن قال: «أقركم ما أقركم الله تعالى». وفي بعض الأخبار: «أقركم ما شئنا». فإن قال غير النَّبيّ ﷺ: أقركم ما أقركم الله أو إلى أن يشاء الله، لم تصح الهدنة؛ لأن ذلك لا يعلم إلا بالوحي، وقد انقطع الوحي بموت النَّبيّ ﷺ.

وإن قال: هادنتكم إلى أن يشاء فلان وهو رجل، مسلم، أمين، عاقل، له رأي جاز، فإذا شاء فلان أن ينقض، نقض. وإن قال: هادنتكم إلى أن تشاءوا أو إلى أن يشاء رجل منكم، لم يصح؛ لأنه جعل الكفار محكمين على الإسلام، وقد قال النَّبيّ ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه».

فرع: وإن دخل رجل من دار الحرب إلى دار الإسلام برسالة، أو بأمان، أو لحمل ميرة يحتاجها المسلمون، أو تاجرًا، قال الشيخُ أبو حامد: فإنه يجوز للإمام أن يقره في دار الإسلام ما دون السنة بغير عوض؛ لأنه في حكم العقود، ولا يجوز

له أن يقره سنة؛ لأن الجزية تجب فيها. فإذا قارب السنة، قال له الإمام: إقرارك في دار الإسلام سنة بلا عوض لا يجوز، فإن كان وثنيًا، أمره أن يلحق بدار الحرب. وإن كان كتابيًا، قال له: إما أن تلحق بدار الحرب، أو تعقد لك الذمة وتبذل الجزية.

وقال ابن الصبَّاغ: يجوز له أن يقره أربعة أشهر بلا عوض، ولا يجوز له أن يقره سنة بغير عوض. وهل له أن يقره ما زاد على أربعة أشهر ودون السنة بغير عوض؟ على القولين في الهدنة مع استظهار الإمام.

فرع: ويجوز عقد الهدنة إلى مدة على أن يؤخذ من الكفار مال؛ لأن في ذلك مصلحة للمسلمين.

وأمَّا عقد الهدنة على مال يؤخذ من المسلمين، فإن لم يكن هناك ضرورة، لكن كان الإمام محتاجًا إلى ذلك؛ بأن بلغه سير العدو وخافهم، أو كانوا قد ساروا ولم يلتقوا، أو التقوا ولم يظهروا على المسلمين ولا خيف ظهورهم، فلا يجوز بذل العوض لهم؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ ۚ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ ۖ وَعْدًا عَلَيْهِ حَقًّا فِى ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ وَٱلْقُرْءَانِ ۚ﴾ [التوبة: ١١١].

قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فأخبر الله تعالى: أن المؤمنين إذا قتلوا أو قُتلوا، استحقوا الجنة، فاستوى الحالتان في الثواب، فلم يجز دفع العوض لدفع الثواب، ولأن في ذلك إلحاق صغار بالمسلمين، فلم يجز من غير ضرورة.

وإن كان هناك ضرورة بأن أسروا رجلًا من المسلمين، فيجوز للإمام ولغيره أن يبذل مالًا لتخليصه؛ لأن النَّبيَّ ﷺ فادى العقيلي برجلين من أصحابه بعدما أسلم العقيلي واسترق وحصل من جملة الأموال، فدلَّ على جواز بذل الأموال لاستنقاذ الأسارى من المسلمين.

وإن كان المسلمون في حصن، وأحاط المشركون بهم ولم يمكنهم الخروج منه ولا المقام فيه، أو التقى المسلمون والمشركون في مكان، وأحاط المشركون بهم من جميع الجهات، وكان المسلمون قليلًا والمشركون كثيرًا، وخاف الإمام هلاك المسلمين، أو التقوا وخاف الإمام هزيمة المسلمين، فيجوز له في هذه المواضع أن يبذل للمشركين مالًا ليتركوا قتالهم.

مسألة: ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمات منهم إلينا؛ لما رُوِيَ: «أن النَّبيَّ ﷺ عقد الصلح في الحديبية، ثم جاءته بعد ذلك أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط مسلمة، فجاء أخواها يطلبانها، فأراد النَّبيّ ﷺ أن يردها عليهما،

فمنعه الله من ردها بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ﴾ [الممتحنة: ١٠] الآية فقال النَّبيّ ﷺ: إن الله تَعالَى قد منع من الصلح في النساء» ولم يردها عليهم، ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك، أو تفتن عن دينها لنقصان عقلها.

واختلف أصحابنا على أي وجه عقد النَّبيّ ﷺ الهدنة: فقال أبو إسحاق: يحتمل معاني: أحدها: أنه كان عقدها بشرط أن يرد عليهم من جاءه من المسلمات، وكان ذلك الشرط صحيحًا حال العقد، إلا أن الله تعالى نسخه ومنع من ردهن بالآية.والثاني: أنه كان شرط ردهن في العقد، ولكن كان ذلك الشرط فاسدًا، وهل كان النَّبيّ ﷺ علم فساده؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه لم يكن علم فساده، بل ظنه صحيحًا، ثم بين الله تعالى فساده. والنَّبيّ ﷺ يجوز عليه الخطأ لكن لا يقر عليه، وغير النَّبيّ ﷺ يجوز عليه الخطأ ويقر عليه. والوجه الثاني: أنه كان علم فساده، ولكن اضطر إلى ذلك العقد فعقده، واعتقد أنه لا يفي به ولكن اعتقد أنه يفي بموجبه وهو: رد المهر. والاحتمال الثالث: أنه كان عقد الهدنة مطلقًا من غير شرط رد المسلمات، ولكن العقد اقتضى الكف والأمان وأن نكف عن أموالهم ليكفوا عن أموالنا، والبضع يجري مجرى الأموال.

هذا ترتيب الشيخ أبي حامد. وقال المسعودي في «الإبانة»: هل كان شرط النَّبيّ ﷺ رد المسلمات؟ فيه قولان، وفائدة ذلك نذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فرع: ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمين منهم إلينا، ممن لا عشيرة له تمنع عنه. ويجوز عقدها على رد من جاء من المسلمين منهم إلينا، ممن له عشيرة تمنع عنه. ولا يجوز عقدها على رد من جاء من المسلمين منهم إلينا مطلقًا؛ لأنه يدخل فيه من له عشيرة ومن لا عشيرة له؛ لأن من لا عشيرة له يخاف عليه أن يفتن عن دينه؛ ولهذا تجب عليه الهجرة. ومن له عشيرة تمنع عنه لا يخاف عليه أن يفتن عن دينه؛ ولهذا يستحب له أن يهاجر ولا يجب عليه.

إذا ثبت هذا: فإن عقدت الهدنة على ما لا يجوز، مثل: أن عقدت على بذل مال لهم في غير حال الضرورة، أو على أن لا يردوا ما حصل في أيديهم من أموال المسلمين، أو على أن نرد إليهم من جاءنا من المسلمين والمسلمات، وما أشبه ذلك، أو عقدت الذمة على ما لا يجوز عقدها عليه، كان العقد فاسدًا؛ لقوله ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا، فهو رد» ورُوِي عن عمر رضي الله عنه: أنه قال: ردوا الجهالات إلى السنة.

وإن عقدت الهدنة عقدًا صحيحًا، وجب الوفاء بها إلى انقضاء مدتها؛ لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، ولقوله تعالى: ﴿فَأَتِمُّوٓاْ إِلَيۡهِمۡ عَهۡدَهُمۡ إِلَىٰ مُدَّتِهِمۡۚ﴾

[التوبة: ٤]، وقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَقَٰمُوا۟ لَكُمْ فَٱسْتَقِيمُوا۟ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧].

وإذا عقد الإمام الهدنة، ثم مات أو عزل، ثم ولي إمام بعده، وجب عليه الوفاء بما عقده الإمام قبله؛ لما رُوِيَ: أن نصارى نجران قالوا لعلي كرم الله وجهه: إن الكتاب بيديك، والشفاعة إليك، وإن عمر قد أجلانا من أرضنا، فردنا إليها، فقال علي: إن عمر كان رشيدًا في أمره، وإني لا أغير أمرًا فعله عمر. ولأن الأول فعله باجتهاده، فلم يجز لمن بعده نقضه باجتهاده.

فرع: إذا عقد الإمام الهدنة لقوم من المشركين، فعليه أن يمنع عنهم كل من قصدهم من المسلمين وأهل الذمة؛ لأن عقد الهدنة اقتضى ذلك. ويجب على المسلمين وأهل الذمة ضمان ما أتلفوه عليهم من نفس ومال، والتَّعزِير بقذفهم، ولا يجب على الإمام أن يمنع بعضهم من بعض، ولا يمنع عنهم أهل الحرب؛ لأن الهدنة لم تعقد على حفظهم، وإنما عقدت على ترك قتالهم، بخلاف أهل الذمة؛ فإنهم قد التزموا أحكام المسلمين، فلذلك وجب على الإمام منع كل من قصدهم، وهؤلاء لم يلتزموا أحكام المسلمين.

مسألة: إذا جاءت منهم حرة مسلمة إلى بلد فيه الإمام أو نائب عنه، فقد ذكرنا: أنه لا يجوز ردها إليهم. فإن جاء بعض قرابتها، مثل أبيها أو أخيها يطلبها، فإنها لا ترد إليه، ولا يجب أن يرد إليه مهرها. فإن كان لها زوج وجاء يطلبها، فإنها لا ترد إليه، وهل يجب على الإمام أن يرد إليه مهرها؟ فيه قولان: أحدهما: يجب؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ﴾ الآية إلى قوله: ﴿وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟﴾ [الممتحنة: ١٠]. والثاني: لا يجب وهو اختيار الشافعي، والمزني، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ـ وهو الأصح، لأن البضع ليس بمال، والأمان لا يدخل فيه إلا المال، ولهذا: لو أمن مشركًا، لم تدخل امرأته في الأمان. ولأنه لو ضمن البضع بالحيلولة، لضمنه بمهر المثل، ولا خلاف أنه لا يضمنه بمهر المثل.

وهذان القولان مأخوذان من كيفية هدنة النَّبيّ ﷺ بالحديبية: فإن قلنا: إنه كان شرط في العقد رد من جاءه من المسلمات، ثم نسخه الله تعالى ونهاه عن ردهن، وأمره برد مهرهن، فعلى هذا: لا يجب على غير النَّبيّ ﷺ من الأئمة رد المهر؛ لأن ذلك إنما لزم النَّبيّ ﷺ بالشرط. وإن قلنا: إن النَّبيّ ﷺ كان عقد الهدنة مطلقًا، واقتضى الإطلاق الكف عن المال، والبضع يجري مجرى المال، وجب على غيره من الأئمة رد المهر، لأن هذا يوجد في منع غير النَّبيّ ﷺ من ردها إليهم.

قال ابن الصبَّاغ: ورأيت بعض أصحابنا ذكر: أنه إن كان قبل الدخول، وجب رد المهر قولًا واحدًا؛ لأن المرأة إذا أسلمت قبل الدخول تحت الكافر، سقط

مهرها.قال: وهذا سهو من هذا القائل؛ لأن كلامنا في رد الإمام المهر: من سهم المصالح، فأما المرأة: فلا يجب عليها رد ما غلبت عليه الكفار.

ولو كانت أمة فجاءت مسلمة، فإنه يحكم بحريتها.

إذا ثبت هذا: فتكلم الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في تفسير هذه الآية وهي قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ﴾ [الممتحنة: ١٠] فمعنى قوله: ﴿فَٱمْتَحِنُوهُنَّ﴾ أي: اختبروهن ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ﴾ [الممتحنة: ١٠]، يعني: إن ظننتم ذلك بقولهن، والعلم يعبر به عن الظن؛ لأنه جار مجراه في وجوب العمل به ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ لأن بالإسلام وقع التحريم بينهن وبين الكفار. فإن كان قبل الدخول. فقد انفسخ النكاح، وإن كان بعد الدخول، وقف الفسخ على انقضاء العدة. ﴿وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ﴾ وهو: رد المهر ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ أباح الله تعالى للمسلمين التزوج بهن، وأراد: إذا كان قبل الدخول أو بعد الدخول وبعد انقضاء العدة وقبل إسلام زوجها الأول ﴿إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ يعني: مهورهن ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ وهن المسلمات إذا ارتددن عن الإسلام، وأراد: قبل الدخول أو بعد الدخول إذا لم ترجع إلى الإسلام قبل انقضاء عدتها ﴿وَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقُواْ﴾ وأراد بذلك: أن المسلمة إذا ارتدت وهربت إلى دار الحرب، أو الذمية إذا نقضت العهد ولحقت بدار الحرب، والزوج مقيم في دار الإسلام، فلزوجها أن يطالبهم بمهرها. وإذا جاءت منهم امرأة مسلمة إلى دار الإسلام، فلزوجها أن يطالبهم بمهرها.

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُواْ مَآ أَنفَقُواْ ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [الممتحنة: ١٠]. قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يحتمل هذا تأويلين:

أحدهما: أنه أراد بذلك المسلمة إذا ارتدت وهربت إلى دار الحرب وزوجها في دار الإسلام، وجاءت امرأة منهم مسلمة، وجاء زوجها يطلبها، فإن الإمام يكتب إلى ملك الكفار فيقول: ادفعوا مهر المرأة التي هربت من عندنا إليكم إلى زوج المرأة التي هربت من عندكم إلينا، ونحن ندفع إليكم مهر المرأة التي هربت من عندكم إلينا إلى زوج المرأة التي هربت من عندنا إليكم. فإن تساوى المهران، فلا كلام، وإن اختلفا، رجع صاحب الفضل بما بقي له، فالمعاقبة المقاصة.

والتأويل الثاني: أنه أراد بذلك: أن المرأة إذا هربت إلى دار الحرب مرتدة،

فلم يرد على زوجها مهرها، فإن المسلمين إذا غنموا منهم غنيمة، وجب دفع مهرها إلى زوجها من تلك الغنيمة.

قال المسعودي في «الإبانة»: إذا ارتدت امرأة منا وهربت إليهم، فإن كان الإمام قد اشترط أن من جاءهم منا كافرًا لم يردوه علينا، لم تسترد تلك المرأة، وغرم الإمام مهرها لزوجها؛ لأنه هو الذي حال بينه وبينها بعقد الهدنة.

فرع: إذا جاءت منهم امرأة مسلمة، وجاء زوجها في طلبها، فإن قلنا: لا يجب رد مهرها، فلا تفريع، وإن قلنا: يجب رد مهرها عليه، فإنما يجب ذلك إذا كان الزوج قد سمى لها مهرًا صحيحًا ودفعه إليها، فأما إذا لم يسم لها مهرًا صحيحًا، أو سمى لها مهرًا صحيحًا ولم يدفعه إليها، أو سمى لها مهرًا فاسدًا كالخمر والخنزير سواء دفعه أو لم يدفعه، فلا يجب رده إليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟﴾ [الممتحنة: ١٠] وهذا لم ينفق.

قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وإنما يرد الإمام عليه ما دفعه إليها مهرًا، فأما ما أنفقه على العرس أو ما دفعه إليها بالنفقة والكسوة، فلا يجب رده إليه؛ لأن ذلك ليس ببدل عن البضع، وإنما هو بدَّل عن التمكين من الاستمتاع بها؛ ولا يجب ذلك إلا إذا جاءت إلى بلد فيه الإمام أو النائب عنه ومنع منها، فيجب دفعه من سهم المصالح؛ لأنه من المصالح. فأما إذا جاءت إلى بلد ليس فيه الإمام ولا النائب عنه وإنما فيه المسلمون، ثم جاء زوجها يطلبها، وجب عليهم منعه منها؛ لأن ذلك أمر بالمعروف، ولا يجب رد مهرها إلى زوجها؛ لأنه لا نظر لهم في سهم المصالح. هذا نقل أصحابنا العراقيين.

وقال المسعودي في «الإبانة»: إن كان الإمام شرط أن من جاءني منكم مسلمًا رددته، لم يجب غرامة مهرها؛ لأنها لم تجئ إليه. وإن كان قد شرط أن من جاء المسلمين منكم مسلمًا رددناه، غرم مهرها.

فرع: وإن قبضت صداقها من زوجها، ثم وهبته له، ثم أسلمت وجاءت إلى بلد فيه الإمام، وجاء زوجها يطلبها، فهل يجب رده عليه؟ فيه قولان بناء على القولين في غير المدخول بها إذا وهبت لزوجها صداقها وطلقها قبل الدخول، فهل يجب عليها أن تغرم نصفه له؟ فيه قولان.

فرع: إذا جاءت امرأة منهم وجنت، نظر فيها: فإن أسلمت عندهم ثم جاءت عاقلة ثم جنت، أو جاءت إلى دار الإسلام عاقلة ثم أسلمت ثم جنت، فإنه لا يجوز ردها إليهم؛ لأن إسلامها قد صح، ويجب رد مهرها؛ لأن الحيلولة حصلت بالإسلام.

وإن جاءت مجنونة ولم يعلم إسلامها قبل الجنون إلا أنها وصفت الإسلام في حال جنونها، فإنه لا يجوز ردها إليهم؛ لجواز أن تكون قد أسلمت قبل جنونها، ولا يجب رد مهرها إليهم قبل إفاقتها؛ لجواز أنها وصفت الإسلام في حال جنونها. فإن أفاقت ووصفت الإسلام، وجب رد مهرها، وإن وصفت الكفر، ردت إلى زوجها، ولم يجب رد مهرها.

وإن جاءت وهي مجنونة ولم يعلم إسلامها قبل جنونها ولا وصفت الإسلام حال جنونها، قال الشيخ أبو حامد: فإنه لا يجوز ردها؛ لأن الظاهر منها لما جاءت إلى دار الإسلام أنها قد أسلمت. ولا يجب رد مهرها قبل الإفاقة؛ لجواز أنها غير مسلمة. فإن أفاقت ووصفت الإسلام، وجب رد مهرها، وإن وصفت الكفر، ردت، ولم يجب رد مهرها.

فرع: وإن جاءت منهم صغيرة ووصفت الإسلام، فإنه لا يجوز ردها إليهم وإن لم يحكم بإسلامها؛ لأن الظاهر أنها تصف الإسلام بعد البلوغ، فإذا ردت إليهم فتنوها وزهدوها عن الإسلام. فإذا بلغت ووصفت الإسلام، رد مهرها إلى زوجها، وإن وصفت الكفر، قرعت وأنبت، فإن أقامت على ذلك، ردت إلى زوجها. وإن جاء زوجها يطلبها قبل بلوغها، فهل يجب رد مهرها؟

قال الشيخ أبو حامد وابن الصبَّاغ: فيه قولان، وحكاهما الشيخ أبو إسحاق وجهين:

أحدهما: لا يجب رده إليه، لأنا لم نتحقق إسلامها، فلم يجب رد مهرها، كالمجنونة.

والثاني: يجب رده إليه، لأن وصفها الإسلام منع ردها إليه، فوجب دفع مهرها إليه كالبالغة. فعلى هذا: إذا بلغت ووصفت الكفر، ردت إليه واسترجع منه ما دفع إليه من المهر.

فرع: وإن قدمت امرأة مسلمة منهم ثم ارتدت، لم ترد إليهم؛ لأنه يجب قتلها. فإن جاء زوجها يطلبها، فإن جاء بعد قتلها، لم يجب رد مهرها إليه؛ لأن الحيلولة بينهما حصلت بالقتل، وإن طلبها قبل قتلها، ففيه وجهان، حكاهما الشيخ أبو إسحاق:

أحدهما: لا يجب دفعه إليه؛ لأن منعه منها لإقامة الحد عليها لا بالإسلام.

والثاني ولم يذكره ابن الصبَّاغ غيره: أنه يجب دفعه إليه؛ لأن الحيلولة بينهما حصلت بحكم الإسلام.

فرع: وإن جاءت امرأة منهم مسلمة ولها زوج، فمات أو ماتت، نظرت: فإن

مات، أو ماتت قبل وصول الزوج إلى دار الإسلام أو بعد وصوله له وقبل مطالبته بها، لم يجب رد المهر؛ لأن الحيلولة بينهما حصلت بالموت. وإن وصل إلى البلد وطالب بها، ثم مات أو ماتت، وجب رد المهر؛ لأن الحيلولة وجدت حال الحياة. فإن كانت هي الميتة، وجب دفع المهر إليه، وإن كان الزوج هو الميت، دفع المهر إلى ورثته.

فرع: إذا جاءت منهم امرأة مسلمة، أو كافرة ثم أسلمت، ثم طلقها الزوج، نظرت: فإن كان الطلاق بائنًا، فإن طلقها قبل المطالبة، لم يجب دفع المهر إليه؛ لأن الحيلولة حصلت بإبانته لها لا بالمنع. وإن طالب بها فمنع، ثم أبانها، وجب دفع المهر إليه؛ لأنه لما طالب بها فمنع، استحق المهر، فلم يسقط ذلك بالبينونة.

وإن طلقها طلاقًا رجعيًا، قال الشيخ أبو حامد: فإن طلقها بعد المطالبة والمنع، وجب دفع المهر إليه؛ لأنه استحقه بالمنع، فلم يسقط بالطلاق الرجعي. فإن طلقها قبل المطالبة، لم يجب دفع المهر إليه؛ لأنه غير ممسك لها زوجة، فإن راجعها في عدتها ثم طالب بها، وجب دفع المهر إليه.

وذكر الشيخ أبو إسحاق: إذا طلقها طلاقًا رجعيًا، لم يجب المهر؛ لأنه تركها برضاه. ولعله أراد: إذا طلقها قبل المطالبة.

فرع: إذا جاءت منهم امرأة مسلمة ثم أسلم زوجها، فإن كان بعد الدخول، نظرت: فإن أسلم قبل انقضاء عدتها، فهما على النكاح، ولا يجب له المهر. فإن كان قد طالب بمهرها قبل إسلامه وأخذه، رده؛ لأن البضع قد عاد إليه. وإن أسلم بعد انقضاء عدتها، فقد وقعت الفرقة بينهما، وأمَّا المهر: فإن كان قد طالب بها قبل إسلامه وأخذه، لم يرده، وإن طالب بها قبل إسلامه فمنع منها، ثم أسلم قبل أن يأخذ مهرها، وجب دفع المهر إليه؛ لأنه قد وجب له بمنعها منه قبل إسلامه، فلم يسقط بإسلامه.

وحكى القاضي أبو الطيب في «المجرد» عن أبي إسحاق وجهًا آخر: أنه لا مهر له؛ لأنه لم يستقر له بالقبض، فهو كما لو أسلم قبل قبض العوض في البيع الفاسد، فإنه لا يستحق قبضه. والأول أصح. وإن أسلم قبل أن يطالب بها، لم يجب دفع المهر إليه؛ لأنه لما أسلم، التزم أحكام الإسلام، وليس من أحكام الإسلام المطالبة بالمهر لأجل الحيلولة بالإسلام. وهكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصبَّاغ.

وذكر الشيخ أبو إسحاق: إذا أسلم بعد انقضاء العدة، فإن كان قد طالب بها قبل انقضاء العدة، وجب المهر؛ لأنه قد وجب قبل البينونة. وإن لم يطالب إلا بعد انقضاء العدة، لم يجب؛ لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين. فيأتي على

تعليل الشيخ أبي إسحاق هذا: أن المرأة إذا دخل بها وأسلمت وجاءت إلى بلاد الإسلام، ولم يطالب بها زوجها إلا بعد انقضاء عدتها، أنه لا يجب دفع المهر.

وإن أسلم الزوج قبل الدخول، فذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»: أن حكمه حكم ما لو أسلم بعد انقضاء عدتها وكانت مدخولًا بها، فتقع الفرقة بينهما، وأمَّا المهر: فإن طالب بها ثم أسلم، وجب له المهر، فإن أسلم ثم طالب بها، لم يجب له المهر. وذكر ابن الصبَّاغ: أنه لا يجب له المهر؛ لأنها بانت بإسلامها. فإذا أسلم بعد ذلك، لم يكن له المطالبة بالمهر.

فرع: كل موضع قلنا: يجب فيه دفع المهر إليه، فإنما يجب دفعه إليه إذا صادقته المرأة على الزوجية، وأنها قبضت منه المهر الذي ادعاه. وإن أنكرت عين النكاح، لم يقبل قوله حتى يقيم شاهدين، ذكرين، مسلمين، عدلين. فإن أقام شاهدًا وأراد أن يحلف معه، أو أقام شاهدًا وامرأتين، لم يثبت النكاح؛ لأن النكاح لا يثبت بذلك.

وإن صادقته على الزوجية، أو أقام البينة عليها واختلفا فيما قبضته منه من الصداق، وأقام على ذلك شاهدًا وحلف معه، أو شاهدًا وامرأتين، حكم له به؛ لأنه مال. وإن لم يكن معه بينة، قال ابن الصبَّاغ: فالقول قولها مع يمينها؛ لأن الأصل عدم القبض.

وذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»: أنهما إذا اختلفا، قال الشافعي: نظر الإمام قدر مهر مثل المرأة ويمكن معرفة ذلك من التجار المسلمين الذين يدخلون دار الحرب، أو من أسارى المسلمين الذي يتخلصون منهم واستحلف الرجل أنه أصدقها ذلك القدر، وسَلَّمه إليها؛ لأنه لا يجوز أن يكون أصدقها أقل من مهر مثلها. فإن أقامت بينة بعد ذلك أنه كان أصدقها أقل من ذلك، استرجع منه الفضل، وإن أقام بينة أنه أصدقها أكثر منه، سلم إليه الفضل.

فرع: وإن جاءت أمة لهم مسلمة إلى بلد فيه الإمام، فقد صارت حرة؛ لأنها ملكت نفسها بالقهر، فإن جاء مولاها يطلبها، فإنها لا ترد إليه؛ لأنها قد صارت حرة، وهل يجب رد قيمتها؟ قال الشيخ أبو حامد: فيه قولان، كما قلنا في المهر.

وقال القاضي أبو الطيب: لا يجب دفع القيمة إليه قولًا واحدًا؛ لأنها صارت حرة، وليس المانع الإسلام، كما لو أسلمت قبل الدخول ثم جاء زوجها يطلب مهرها.

قال ابن الصبَّاغ: والأول أصح؛ لأن الإسلام هو المانع من ردها إليه، ولو كانت حرة غير مسلمة، لم يمنع منها. وقول القاضي: أنها إذا أسلمت قبل الدخول،

لم يجب دفع المهر إليه ليس بصحيح، بل في وجوب دفع المهر إليه بإسلامها قبل الدخول قولان، وإنما لا يجب إذا أسلم الزوج؛ لأنه التزم أحكام الإسلام.

هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصبَّاغ. وأمَّا الشيخ أبو إسحاق فقال: إن فارقتهم وهي مشركة ثم أسلمت، صارت حرة؛ لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، ولا يجوز ردها إلى سيدها، وهل يجب رد قيمتها؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على قولين.

والثاني: لا يجب قولًا واحدًا، وهو الصحيح. وإن أسلمت وهي عندهم ثم هاجرت، لم تصر حرة؛ لأنهم في أمان منا، وأموالهم محظورة علينا، فلم يزل الملك فيها بالهجرة. فإن جاء سيدها يطلبها، لم ترد إليه؛ لأنها مسلمة، فلم يجز ردها إلى مشرك، فإن طالب بقيمتها، وجب دفعها إليه، كما لو غصب منهم مال وتلف. قلت: والذي يقتضي المذهب في هذا: أنه لا يجب دفع قيمتها إليه من بيت المال، بل يؤمر بإزالة ملكه عنها ببيع أو غيره؛ لأنه لا يحكم لها بحرية، فتكون كأمة الكافر إذا أسلمت وهي تحت يده.

فإن كانت هذه الأمة مزوجة فجاء زوجها يطلبها، فإنها لا ترد إليه، فإن كان قد دفع مهرها إلى سيدها، فإن كان زوجها حرًا، فهل يجب دفع المهر إليه؟ على القولين. وإن كان زوجها عبدًا، فلها أن تختار الفسخ إذا أعتقت، فإن فسخت النكاح، لم يجب رد مهرها؛ لأنا لم نحل بينه وبينها، وإنما حال بينهما الفسخ، وإن لم تختر الفسخ، وجب رد مهر مثلها، ولكن لا يجب رده إلا إن حضر العبد وطالب بها وحضر سيده وطالب بالمهر؛ لأن المهر له.

هذا ترتيب أصحابنا البغداديين، وقال الخراسانيون: إذا جاءت منهم الأمة مسلمة، فجاء زوجها في طلبها، لم نغرم له مهرها؛ لأنه غير مالك لبضعها على الحقيقة. ولو جاء سيدها، لم نغرم له شيئًا؛ لأنا نقول له: قد عقدت عليها عقدًا جعلت غيرك أحق بها منك. وإن جاء الزوج والسيد، غرمنا قيمتها لسيدها، ومهرها لزوجها.

مسألة: وإن أسلم حر منهم وهاجر إلى دار الإسلام، فإن كانت له عشيرة تمنع عنه، جاز له العودة إليهم. فإن لم تكن له عشيرة تمنع عنه، لم يجز له الرجوع إليهم.

وإن عقد الإمام الهدنة على رد من جاء من الرجال مسلمًا ممن له عشيرة، فأسلم رجل منهم له عشيرة وهاجر إلى الإمام وجاء من يطلبه، فإنه يرده إليهم؛ لما رُوِيَ أن النَّبيَّ ﷺ رد أبا بصير وأبا جندل على من جاء يطلبهما، ولسنا نريد بالرد

أنه يكرهه على الرجوع؛ لأنه لا يجوز إجبار المسلم على الإقامة في دار الحرب، ولكن الإمام يقول لطالبه: لا نمنعك من رده إن قدرت، ولا نعينك عليه، ويقول للمسلم في الظاهر: إن اخترت الرجوع، لم نمنعك منه. ويشار عليه في الباطن: أن يهرب من البلد إذا علم أنه قد جاء من يطلبه، فإن جاء من يطلبه وأخذه، أشير عليه في الباطن: أن يهرب منه في الطريق. وعلى هذا يحمل ما روي: أن النَّبيَّ ﷺ رد أبا بصير وأبا جندل. أي: خلى بينهم وبين الرجوع؛ لا أنه أكرههما. وقيل: إن أبا بصير قتل اثنين في الطريق ورجع وقال: قد وفيت لهم يا رسول الله، ونجاني الله منهم. هذا نقل أصحابنا العراقيين.

وقال المسعودي في «الإبانة»: إذا جاء من يطلبه، فإن كان له أب شفيق أو قرابة يعلم أنه لا يستذل بينهم، رد إليهم. وإن لم يكن له قرابة، وخفنا أن يستذل بينهم، لم يرد إليهم.

وأمَّا كيفية الرد: فإن كان الإمام قد شرط لهم أن كل من أتى مسلمًا حمله إليهم، وجب حمله إليهم، وإن شرط أن يخلي بينه وبينه، لم يجب حمله، وخلي سبيله، ثم يحملونه إن شاؤوا. ولا بأس أن يشار على المطلوب بقتل طالبه أو الهرب منه تعريضًا لا تصريحًا؛ لأجل العهد؛ لما رُوِيَ: أن عمر رضي الله عنه قال لأبي جندل حين رد إلى أبيه: إن دم الكافر مثل دم الكلب يعرض له بقتل طالبه الكافر.

فرع: وإن جاء صبي منهم ووصف الإسلام وجاء من يطلبه، لم يجز رده إليهم؛ لأنه إن لم يكن له عشيرة، ربما قتل، وإن كانت له عشيرة، ربما فتن عن دينه إذا بلغ.

وهكذا: إن جاء منهم مجنون فوصف الإسلام في حال جنونه، لم يجز رده إليهم؛ لئلا يفتنوه عن دينه. وكذلك لو لم يصف الإسلام؛ لأن الظاهر أنه مسلم.

فإذا بلغ الصبي، وأفاق المجنون، ووصفا الإسلام، فإن لم يكن لهما عشيرة تمنع عنهما، لم يجز له ردهما. وإن كان لهما عشيرة تمنع منهما، جاز له ردهما. وإن كانا وصفا الكفر، رددناهما إلى مأمنهما.

فرع: قال الشيخ أبو حامد وابن الصبَّاغ: وإن جاءنا عبد لهم مسلم، ثم جاء سيده يطلبه، لم يجز رده إليه؛ لأنه قد صار حرًا بقهره لسيده، وهل يجب رد قيمته إليه؟ فيه قولان، كما قلنا في مهر المرأة.

وعلى ما ذكره الشيخ أبو إسحاق في الأمة: إن فارقهم مشركًا ثم أسلم، صار حرًا، وهل يجب رد قيمته؟ على الطريقين، الصحيح: لا يجب قولًا واحدًا. وإن أسلم عندهم، لم يصر حرًا، ولم يجز رده إليهم، بل يجب رد قيمته.

مسألة: إذا عقد الإمام الهدنة لقوم من المشركين فقاتلوا المسلمين، أو آووا عينًا عليهم، أو كاتبوا أهل الحرب بأخبارهم، أو قتلوا مسلمًا أو ذميًا، أو أخذوا لهم مالاً. انتقضت هدنتهم، فيجوز للإمام غزوهم وقتالهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَقَـٰمُوا۟ لَكُمْ فَٱسْتَقِيمُوا۟ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧] فدلَّ على أنهم إذا لم يستقيموا لنا، لم نستقم لهم. ولقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ عَـٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْـًٔا وَلَمْ يُظَـٰهِرُوا۟ عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوٓا۟ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ﴾ [التوبة: ٤] فدلَّ على أنهم إذا ظاهروا علينا، لم نتم لهم عهدهم إلى مدتهم.

ولا يفتقر نقض الهدنة هاهنا إلى حكم الإمام بنقضها؛ لأن ما تظاهروا به لا يحتمل غير نقض الهدنة.

وإن نقض الهدنة بعض المعاهدين دون بعض، نظرت في الذين لم ينقضوا: فإن لم ينكروا على الناقضين بقول ولا فعل، انتقضت هدنتهم جميعًا؛ ولأنه لما كان عقد الواحد للهدنة عقدًا لجميعهم؛ بدليل: أن سهيل بن عمرو لما عقد الهدنة له ولمشركي قريش، وعقد أبو سفيان الأمان له ولقريش، كان نقض الواحد نقضًا له وللراضي بنقضه.

وإن نقض بعضهم العهد، وأنكر الباقون على الناقضين نقضهم بقول أو فعل ظاهر، أو اعتزلوهم، أو أرسلوا إلى الإمام بأنا منكرون ما فعلوه مقيمون على العهد، انتقض العهد في حق الناقضين دون الآخرين؛ لأن المنكرين لم ينقضوا العهد ولا رضوا بنقضه. فإن كان الذين لم ينقضوا غير مختلطين بالناقضين، غزا الإمام الناقضين دون الذين لم ينقضوا. وإن كانوا مختلطين بهم، لم يجز أن يبيتهم ويقتلهم؛ لأنه يقتل من نقض ومن لم ينقض، بل يرسل إلى الذين لم ينقضوا بأن يتميزوا عن الناقضين أو بتسليم الناقضين إن قدروا، فإن لم يفعلوا أحد هذين الأمرين مع القدرة عليه، انتقضت الهدنة في حق الجميع؛ لأنهم صاروا مظاهرين لأهل الحرب. فإن لم يقدروا على أحدهما، كان حكمهم حكم الأسارى من المسلمين مع المشركين.

ومن اعترف منهم أنه نقض العهد، أو قامت عليه البينة، فلا كلام. ومن لم تقم عليه البينة أنه نقض وادعى أنه لم ينقض، قبل قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم نقضه.

إذا ثبت هذا: وفعلوا ما يوجب النقض، نظرت: فإن كان ذلك الفعل لا يجب به حق؛ مثل: أن آووا عينًا للمشركين على المسلمين، أو كاتبوا المشركين بأخبار المسلمين، فقد صاروا حربًا لنا، ويجب ردهم إلى مأمنهم، ولا شيء عليهم فيما فعلوه.

وإن فعلوا ما يجب به حق، فإن كان الحق محضًا للآدمي، كالقصاص، وضمان المال، وحد القذف، استوفي منهم؛ لأن عقد الهدنة اقتضى الكف عن أموالنا وأعراضنا وأموالهم وأعراضهم، فإذا لم يكفوا، لزمهم الضمان. وإن كان الحق محضًا لله تعالى؛ بأن زنوا بمسلمة، أو شربوا الخمر، لم يجب عليهم الحد؛ لأنهم لم يلتزموا بالهدنة حقوق الله تعالى. وإن كان الحق لله إلا أنه يتعلق بحق الآدمي؛ بأن سرق سارق منهم نصابًا من مال مسلم أو ذمي أو معاهد من حرز مثله، فهل يجب عليه القطع؟ فيه قولان، مَضَى ذكرهما.

فرع: وإن ظهر من المعاهدين أمارة تدل على نقضهم وغدرهم، قال الشيخ أبو حامد: انتقضت هدنتهم. وقال الشيخ أبو إسحاق وابن الصبَّاغ: جاز للإمام أن ينبذ إليهم عهدهم، وهو المنصوص؛ لأن الشافعيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ قال: ينبذ إليهم عهدهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨].

قال ابن الصبَّاغ: ولا يكفي أن يقع في نفس الإمام خوف منهم حتى يكون ذلك عن دلالة. قال الشيخ أبو إسحاق: ولا تنتقض الهدنة هاهنا إلا بحكم الإمام بنقضها؛ لقوله تعالى: ﴿فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ﴾ [الأنفال: ٥٨].

فإن خاف الإمام من أهل الذمة الخيانة، لم ينبذ إليهم عهدهم؛ لأن عقد الذمة معاوضة يقتضي التأبيد، فلم ينتقض بخوف الخيانة، وعقد الهدنة مؤقت ويقتضي الكف عن القتال، فإذا خيف منهم الخيانة، جاز نقضه.

مسألة: إذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان، فإن الأمان ينعقد له ولماله وأولاده الصغار؛ لأن الأمان يقتضي الكف عن ذلك. فإن عقد الأمان لنفسه وماله وأولاده الصغار، كان ذلك تأكيدًا.

فإن رجع إلى دار الحرب وترك ماله في دار الإسلام، فإن رجع إليها بإذن الإمام لشغل له ثم يعود له أو برسالة من الإمام، فإن الأمان يكون باقيًا لنفسه وماله، كالذمي إذا رجع إلى دار الحرب تاجرًا. وإن رجع إلى دار الحرب ليستوطنها، انتقض أمانه في حق نفسه، ولم ينتقض في ماله وأولاده الصغار الذين في دار الإسلام؛ لأن الأمان قد ثبت في حق الجميع، فإذا انتقض في حق نفسه، لم ينتقض في ماله وأولاده الصغار، كأم الولد إذا بطل حقها بموتها، لم يبطل حق ولدها.

وأما ولده الصغير: فإنه ما لم يبلغ، فهو في أمان، فإن بلغ، قيل له: قد كنت في أمان تبعًا لغيرك، والآن فقد زال تبعك لغيرك، فإما أن تسلم وإما أن تعقد الذمة ببذل الجزية إن كان من أهل الجزية وإما أن تلحق بدار الحرب.

وأما ماله: فيحفظ له، فإن مات أو قتل في دار الحرب، انتقل إلى ورثته

الحربيين، ولا ينتقل إلى ورثته من أهل الذمة. وهل يبطل حكم الأمان في ماله؟ فيه قولان: أحدهما: لا يبطل الأمان وبه قال أحمد، وهو اختيار المزني لأن من ورث مالًا، ورثه بحقوقه، والأمان من حقوقه، فورث. وإن لم يكن له وارث، كان فيئًا. والثاني: يبطل الأمان في ماله وبه قال أبو حنيفة، وهو اختيار أبي إسحاق المروزي لأنه لما مات، انتقل إلى وارثه وهو كافر لم يكن بيننا وبينه أمان، فلم يكن له أمان، كسائر أمواله. فإذا قلنا بهذا: فنقل المزني أنه يكون مغنومًا.

قال أصحابنا: وليس هذا على ظاهره؛ لأن الغنيمة ما أخذ بالقهر والغلبة، وهذا أخذ بغير قهر ولا غلبة، فيكون فيئًا. وقال أبو علي ابن خيران: ليست على قولين، وإنما هي على اختلاف حالين:

فحيث قال: يغنم أراد: إذا عقد الأمان لنفسه ولم يشترطه لوارثه بعده.وحيث قال: لا يغنم أراد: إذا شرط الأمان لنفسه ولوارثه بعده. والطريق الأول أصح. وإن مات أو قتل في دار الحرب، وله أولاد صغار في دار الإسلام، فهل يبطل الأمان فيهم؟ على الطريقين في ماله.وكذلك الحكم في الذمي إذا نقض الذمة ولحق بدار الحرب وترك ماله وأولاده الصغار في دار الإسلام، فهو كالحربي على ما مَضَى.

فرع: وإن دخل الحربي علينا بأمان ومعه مال أو اكتسب مالًا في دار الإسلام، ومات في دار الإسلام وهو على أمانه، قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في السير: فإن ماله يرد إلى وارثه. واختلف أصحابنا فيها: فمنهم من قال: فيه قولان، كما لو رجع إلى دار الحرب للاستيطان.ومنهم من قال: يرد إلى وارثه قولًا واحدًا؛ لأنه مات على أمان، فكان الأمان باقيًا في المال.

فإذا رجع إلى دار الحرب للاستيطان فمات فيها، فقد مات بعد بطلان الأمان في حق نفسه، فبطل في ماله في أحد القولين، وإن رجع إلى دار الحرب للاستيطان، ولكن رجع بإذن الإمام لتجارة أو رسالة، فمات في دار الحرب، ففي ماله الذي في دار الإسلام الطريقان فيه إذا مات في دار الإسلام وهو على الأمان.

فرع: وإن دخل الحربي إلينا بأمان، فرجع إلى دار الحرب للاستيطان، وترك ماله في دار الإسلام وأسر، فإن ملكه لا يزول بالأسر، فإن فادى به الإمام أو منّ عليه، فماله باق على ملكه، وإن قتله، فهو كما لو مات أو قتل في دار الحرب على ما مَضَى، وإن استرقه، زال ملكه عن ماله؛ لأن الاسترقاق يزيل التملك وهل يبطل الأمان في ماله؟ يبنى على القولين فيه إذا مات في دار الحرب: فإذا قلنا: يبطل، نقل إلى بيت المال. وإن قلنا: لا يبطل، كان ماله موقوفًا ولا ينتقل إلى وارثه؛ لأنه حي.

فإن عتق، كان المال له. وإن مات على الرق، قال أكثر أصحابنا: ينتقل إلى بيت المال فيئًا؛ لأن العبد لا يورث. وحكى الشيخ أبو إسحاق: أن أبا علي بن أبي هريرة حكى قولًا آخر: أنه لوارثه؛ لأنه ملكه في حريته.

فرع: وإن دخل الحربي بأمان، فنقض العهد ورجع إلى دار الحرب للاستيطان وترك ماله، ثم رجع إلى دار الإسلام بغير أمان ليأخذ ماله، فهل يجوز سبيه؟ قال ابن الحداد: لا يجوز سبيه؛ لأنا لو سبيناه، أبطلنا ملكه وأسقطنا حكم الأمان في ماله. فمن أصحابنا من وافقه، ومنهم من خالفه، وقال: يجوز سبيه؛ لأن أمانه في نفسه قد بطل، وبثبوت الأمان في ماله لا يثبت الأمان لنفسه، كما لو أدخل ماله إلى دار الإسلام بأمان، فإن الأمان لا يثبت لنفسه. ولهذا: لو أرسل ماله بضاعة مع رجل له أمان في نفسه ولما معه من المال، فإن الأمان لا يثبت لصاحب المال.

فرع: إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، فدفع إليه حربي مالًا ليشتري به شيئًا من دار الإسلام، فإن مال الحربي يكون في أمان؛ لأن المسلم يصح أمانه وقد أخذه على ذلك. وإن دخل الذمي دار الحرب بأمان، فدفع إليه الحربي مالًا ليشتري به شيئًا من دار الإسلام، فرجع الذمي به إلى دار الإسلام، فقد حكى الربيع فيه قولين: أحدهما: يكون الأمان لذلك المال، كما لو كان دفعه إلى مسلم. والثاني: لا يكون له أمان؛ لأن أمان الذمي لا يصح.

قال أصحابنا: هذا القول من كيس الربيع، بل يجب رده إلى الحربي قولًا واحدًا؛ لأن الذمي وإن لم يصح أمانه إلا أن الحربي قد اعتقد صحة الأمان لماله، فوجب رده إليه، كما لو دخل الحربي بأمان صبي.

مسألة: وإن دخل المسلم دار الحرب بأمان، فاقترض من حربي مالًا أو سرقه، أو كان أسيرًا فخلوه وأمنوه، فسرق لهم مالًا وخرج، وجب عليه رده. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه.

دليلنا: أنه منهم في أمان فكانوا منه في أمان فلزمه رده، كما لو اقترض أو سرق من ذمي مالًا.

فرع: وإن اقترض حربي من حربي مالًا، فأسلم المستقرض أو دخل إلينا بأمان، وجاء المقرض يطالبه بما أقرضه، قال أبو العباس: لزمه أن يرد عليه ما أقرضه، كما قال الشافعيُّ رحمه الله: إذا تزوج حربي بحربية فأصدقها، ثم أسلما وجاءا إلى دار الإسلام، لزمه المهر، فإذا لزمه المهر في حال الشرك، وجب أن يلزمه رد القرض في حال الشرك.

قال أبو العباس: ويحتمل قولًا آخر: أنه لا يلزمه رد القرض؛ لأن الشافعيَّ،

قال: إذا تزوج حربي بحربية ودخل بها، ثم أسلم وخرج إلى دار الإسلام فماتت، فجاء ورثتها يطالبونه بمهرها، لم يلزمه مهرها؛ لأنه فات في حال الشرك.

قال أبو العباس: وهذا ضعيف في القياس، ويشبه أن يكون تأويل هذا: أنه تزوجها بغير مهر، فلا يلزمه شيء؛ لأنه فات في حال الشرك.

فرع: قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «حرملة»: إذا أهدى المشرك إلى الأمير أو إلى رجل من المسلمين هدية والحرب قائمة، كانت غنيمة؛ لأنه أهدى ذلك خوفًا من الجيش. وإن أهدى إليه قبل أن يرتحلوا من دار الإسلام، لم تكن غنيمة، وينفرد بها المهدى إليه. وبه قال محمد بن الحسن. وقال أبو حنيفة: تكون للمهدى إليه بكل حال.

دليلنا: أنه مال حصل بظهور الجيش، فأشبه ما أخذوه قهرًا.

فرع: قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في الأسارى: لو أخذ مشرك جارية مسلم، فوطئها وأتت منه بولد، ثم ظهر المسلمون عليه، كانت الجارية والولد للمسلم. فإن أسلم واطئها، دفع ثمن الجارية إلى مالكها، ويأخذ من واطئها عقرها وقيمة أولادها يوم سقطوا. قال أبو العباس: أما قوله: إن الجارية والولد ملك للمسلم فلأن المشرك لم يملكها بالحيازة، فهو كالغاصب، إلا أنه لم يلزمه المهر؛ لأنه ليس من أهل الضمان للمسلم؛ ولهذا: لو أتلفها، لم يلزمه ضمانها. وأما قوله: إذا أسلم واطئها دفع ثمن الجارية إلى مالكها، ولزمه عقرها وقيمة أولادها، فتأويلها: أن يكون وطئها بعدما أسلم، فيكون عليه المهر، والولد حر للشبهة؛ وهو قوله ﷺ: «من أسلم على شيء، فهو له» ولزمه قيمة الولد؛ لأنه أتلفه بالشبهة.

فرع: وإن دخل حربي دار الإسلام، وابتاع عبدًا مسلمًا ورجع به إلى دار الحرب، ثم ظهر المسلمون عليه، فإن قلنا: لا يصح ابتياع الكافر للعبد المسلم، رد إلى من باعه، وإن قلنا: يصح ابتياعه له، كان غنيمة.

وإن أوصي بعبد مسلم لكافر، فإن قلنا: يصح شراؤه له، صحت الوصية له به، وإن قلنا، لا يصح شراؤه له، ففي الوصية له به وجهان: أحدهما: لا يصح، كالشراء. فعلى هذا: إن أسلم الموصى له قبل موت الموصي، لم يكن له أن يقبل الوصية؛ لأنها قد وقعت باطلة.

والثاني: إن قلنا: إن الوصية موقوفة، فإن أسلم الموصى له قبل موت الموصي، فله أن يقبل الوصية. وإن مات الموصي قبل إسلام الموصى له، لم يكن له أن يقبل الوصية؛ لأن لزوم الوصية حال موت الموصي، فاعتبر حال الموصى له بتلك الحال.

وإن أوصي بعبد كافر لكافر، صحت الوصية، فإن أسلم العبد قبل موت الموصي، فهو كما لو أوصى له بعبد مسلم على ما مَضَى، وإن أسلم بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له به، بني على القولين: متى يملك الموصى له الوصية؟

فإن قلنا: إنه يملك بالموت، أو نتبين بالقبول أنه ملكه بالموت، صحت الوصية. وإن قلنا: تملك بالقبول، كانت مبنية على القولين في الشراء.

باب خراج السواد

قال المصنف رحمه الله تعالى: سواد العراق ما بين عبادان إلى الموصل طولًا ومن القادسية إلى حلوان عرضًا. قال الساجي هو اثنان وثلاثون ألف ألف جريب. وقال أبو عبيد: هو ستة وثلاثون ألف ألف جريب. وفتحها عمر ﷺ وقسمها بين الغانمين، ثم سألهم أن يردوا ففعلوا، والدليل عليه ما روى قيس بن أبي حازم البجلي قال: كنا ربع الناس في القادسية فأعطانا عمر ﷺ ربع السواد وأخذناها ثلاث سنين، ثم وفد جرير بن عبد الله البجلي إلى عمر ﷺ بعد ذلك فقال: «أما والله لولا أني قاسم مسؤول لكنتم على ما قسم لكم، وأرى أن تردوا على المسلمين. ففعلوا» ولا تدخل في ذلك البصرة، وإن كانت داخلًا في حد السواد، لأنها كانت أرضًا سبخة فأحياها عمرو بن العاص الثقفي وعتبة بن غزوان بعد الفتح إلا مواضع من شرقي دخلتها، تسميها أهل البصرة: الفرات ومن غربي دخلتها نهر يعرف بنهر المرة واختلف أصحابنا فيما فعل عمر ﷺ فيما فتح من أرض السواد، فقال أبو العباس وأبو إسحاق باعها من أهلها، وما يؤخذ من الخراج ثمن، والدليل عليه أن من لدن عمر إلى يومنا هذا تباع وتبتاع من غير إنكار. وقال أبو سعيد الإصطخري: وقفها عمر ﷺ على المسلمين، فلا يجوز بيعها ولا شراؤها، ولا هبتها، ولا رهنها، وإنما تنقل من يد إلى يد، وما يؤخذ من الخراج فهو أجرة وعليه نص في سير الواقدي، والدليل عليه ما روى بكير بن عامر عن عامر قال: «اشترى عتبة بن فرقد أرضًا من الخراج فأتى عمر فأخبره فقال: ممن اشتريتها؟ قال: من أهلها، قال: فهؤلاء أهلها المسلمون، أبعتموه شيئًا؟ قالوا: لا قال: فاذهب فاطلب مالك» فإذا قلنا: أنه وقف فهل تدخل المنازل في الوقف؟ فيه وجهان أحدهما: أن الجميع وقف، والثاني: أنه لا يدخل في الوقف غير المزارع، لأنا لو قلنا أن المنازل دخلت في الوقف أدى إلى خرابها، وأما الثمار فهل يجوز لمن هي في يده الانتفاع بها؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجوز، وعلى الإمام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها في مصالح المسلمين والدليل عليه ما روى الساجي في كتابه عن أبي الوليد الطيالسي: أنه قال: أدركت الناس بالبصرة ويحمل إليهم التمر من الفرات، فيؤتى به ويطرح على حافة الشط ويلقي عليه

الحشيش، ولا يطير ولا يشتري منه إلا أعرابي، أو من يشتريه فينبذه، وما كان الناس يقدمون على شرائه. والوجه الثاني: أنه يجوز لمن في يده الأرض الانتفاع بثمرتها، لأن الحاجة تدعو إليه، فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول.

فصل: ويؤخذ الخراج من كل جريب شعير درهمان، ومن كل جريب حنطة أربعة دارهم، ومن كل جريب شجر وقضب وهو الرطبة ستة دراهم: واختلف أصحابنا في خراج النخل والكرم، فمنهم من قال: يؤخذ من كل جريب نخل عشرة دارهم، ومن كل جريب كرم ثمانية دراهم، لما روى مجاهد عن الشعبي أن عمر بن الخطاب ﷺ بعث عثمان بن حنيف فجعل على جريب الشعير درهمين، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم، وعلى جريب الشجر والقضب ستة دراهم وعلى جريب الكرم ثمانية دراهم، وعلى جريب النخل عشرة دراهم، وعلى جريب الزيتون اثني عشر. ومنهم من قال: يجب على جريب الكرم عشرة، وعلى جريب الزيتون اثنا عشر، ومنهم من قال: يجب على جريب الكرم عشرة، وعلى جريب النخل ثمانية، لما روى أبو قتادة عن لاحق بن حميد. يعني أبا مجلز قال: بعث عمر بن الخطاب ﷺ عثمان بن حنيف وفرض على جريب الكرم عشرة، وعلى جريب النخل ثمانية وعلى جريب البر أربعًا وعلى جريب الشعير درهمين، وعلى جريب القضب ستة، وكتب بذلك إلى عمر ﷺ فأجازه ورضي به، وروى عباد بن كثير عن قحزم قال: «جبى عمر ﷺ العراق مائة ألف ألف» وسبعة وثلاثين ألف ألف، وجباها عمر بن عبد العزيز مائة ألف وأربعة وعشرين ألف ألف وجباها الحجاج ثمانية عشر ألف ألف» وما يؤخذ من ذلك يصرف في مصالح المسلمين، الأهم فالأهم، لأنه للمسلمين فصرف في مصالحهم والله أعلم.

الشرح: الخراج: الأتاوة وهو ما يؤخذ من الأرض أو من الكفار بسبب الأمان، والجريب: قطعة من الأرض معلومة المساحة، والسبخة هي المتغيرة التربة التي لا تنبت شيئًا، وقوله: «لا يطير» أي لا تطير عليه السهام في المقاسمة بالقرعة لأنهم كانوا لا يرونه حلالًا، وقوله: «فأجازه» أي قبله وحكم به.

قال في البيان: سواد العراق من الموصل إلى عبادان في الطول، ومن القادسية إلى حلوان في العرض. ولا تدخل البصرة في حكم أرض السواد وإن دخلت في هذا الحد؛ لأنها كانت أرضًا سبخة وأحياها عثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان بعد الفتح، إلا موضعًا من شرقي دجلتها يسمى الفرات، ومن غربي دجلتها يسمى نهر المرأة، فإنه داخل في حكم أرض السواد.

وإنما سميت هذه الأرض أرض السواد؛ لأن الجيش لما خرجوا من البادية، رأوا هذه الأرض والتفاف شجرها فسموها السواد. ولا خلاف أن عمر ﷺ فتحها عنوة وردها إلى أهلها، واختلف الناس في كيفية ردها إلى أهلها:

فمذهب الشافعي: أنه قسمها بين الغانمين، ثم استنزل الغانمين عنها برضاهم، فنزلوا عنها وردوها إلى أهلها. وقال الأوزاعي ومالك: لم يقسمها، وإنما صارت وقفًا بنفس الغنيمة. وقال أبو حنيفة: لم يقسمها بين الغانمين، وإنما أقرها في أيدي أهلها وهم المجوس، وضرب عليهم الجزية.

دليلنا: ما رُوِيَ: عن جرير بن عبد الله البجلي أنه قال: كانت بجيلة ربع الناس يوم القادسية، فقسم لهم عمر ربع السواد، فاستغلوها ثلاث سنين أو أربعًا، ثم قدمت على عمر، فقال عمر: لولا أنِّي قاسم مسؤول، لتركتكم على ما قسم لكم، ولكني أرى أن تردوها عليّ، قال: فعاوضني عن حقي نيفًا وثمانين دينارًا. فثبت أنها لم تصر وقفًا، وإنما قسمها وعاوضه عن حقه.

فإن قيل: فقد ملكوها بالقسمة، فكيف استردها منهم؟فالجواب: أنه لم يكرههم على الرد، وإنما سألهم أن يردوها برضاهم، فمنهم من طابت نفسه برد حقه بغير عوض، ومنهم من لم يرد نصيبه إلا بعوض؛ بدليل ما رُوِيَ: أن أم كرز قدمت على علي ﷺ فقالت: إن أبي قتل يوم القادسية، وإن سهمه ثابت ولا أترك حقي، فقال عمر: قد علمت ما فعل قومك، فقالت: لا أترك حقي حتى تركبني ناقة ذلولًا عليها قطيفة حمراء، وتملأ كفي ذهبًا. قال: ففعل عمر لها ذلك، فعدت الدنانير التي في كفها، فإذا هي ثمانون دينارًا.

وهذا كما رُوِيَ: أن وفد هوازن لما سبيت ذراريهم، وفدوا إلى النَّبيّ ﷺ وسألوه أن يرد عليهم، فخيرهم بين الأحساب والأموال، فاختاروا الأحساب، فقال: «أما نصيبي ونصيب أهلي، فهو لكم، وأسأل سائر الناس» فسأل الناس أن يردوا عليهم عن طيب أنفسهم، فردوه عليه. وأمَّا قول عمر: لولا أنِّي قاسم مسؤول، لتركتكم على ما قسم لكم، فله تأويلان:

أحدهما: أنه رأى إن تركهم على ما قسم لهم من تلك الأرض، انشغلوا بعمارتها عن الجهاد، وتعطل الجهاد؛ لأن أكثر الصحابة قد كان غنم منها.

والثاني: أنه نظر في العاقبة وخشي أن من جاء بعد ذلك من المسلمين لا شيء لهم؛ لأن أرض السواد قد صارت لأولئك الذين غنموا، فأحب عمر أن يكون لمن يأتي من المسلمين فيها نفع؛ بدليل: ما رَوَى زيد بن أسلم، عن أبيه: أن عمر ﷺ قال: لولا أنِّي أخشى أن يبقى الناس بيانًا لا شيء لهم، لتركتكم على ما قسم لكم، ولكني أحب أن يلحق آخر الناس أولهم، وتلا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغۡفِرۡ لَنَا وَلِإِخۡوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَا تَجۡعَلۡ فِي قُلُوبِنَا غِلّٗا لِّلَّذِينَ ءَامَنُواْ رَبَّنَآ إِنَّكَ رَءُوفٞ رَّحِيمٌ﴾ [الحشر: ١٠] قال: يعني ما تركوا لنا وخلفوا علينا.

والبيان : أن يتساوى الناس في الشيء، إما في الغنى أو في الفقر.

إذا ثبت هذا : فاختلف أصحابنا فيما فعله عمر ﷺ في أرض السواد: فقال أبو العباس وأبو إسحاق: باعها إلى أهلها المجوس بثمن مجهول القدر، يؤخذ منهم في كل سنة جزء معلوم؛ لأن الناس يتبايعون في أرض السواد من عهد عمر ﷺ إلى وقتنا هذا ولا ينكره أحد من العلماء، فثبت أنه باعها منهم. فعلى هذا: يجوز بيعها وهبتها ورهنها. وقال أبو سعيد الإصطخري وأكثر أصحابنا: وقفها على المسلمين، ثم أجرها من المجوس على أجرة مجهولة القدر، يؤخذ منهم كل سنة شيء معلوم. وهذا هو المنصوص في «سير الواقدي»؛ لما رُوِي عن سفيان الثوري أنه قال: جعل عمر ﷺ أرض السواد وقفًا على المسلمين ما تناسلوا. ورَوَى بكير بن عامر: أن عتبة بن فرقد اشترى أرضًا من أرض السواد، فأتى عمر ﷺ فأخبره، فقال: ممن اشتريتها؟ فقال: من أهلها، فقال: فهؤلاء أهلها المسلمون، أبعتموه شيئا؟ قالوا: لا، قال: فاذهب واطلب مالك.

وأمَّا قوله: إنها تباع من غير إنكار فغير صحيح؛ لما رَوَيْنَاهُ من حديث عمر. وقال شبرمة: لا أجيز بيع أرض السواد، ولا هبتها، ولا وقفها. فعلى هذا: لا يجوز بيعها ولا وقفها ولا هبتها.

فإن قيل: فالبيع عندكم لا يصح إلا بثمن معلوم، وكذلك الإجارة لا تصح إلا إلى مدة معلومة وأجرة معلومة، فكيف صح بيعها أو إجارتها على ما ذكرتم؟ فالجواب: أن البيع لا يصح إلا بثمن معلوم، والإجارة لا تصح إلا إلى مدة معلومة وبأجرة معلومة إذا كانت المعاملة في أموال المسلمين، فأما إذا كانت في أموال الكفار، فلا يفتقر إلى ذكر ذلك؛ لما رُوِيَ: «أن النَّبيَّ ﷺ نفل في البدأة الربع، وفي الرجعة الثلث» وهذا عوض مجهول؛ لأنه معاملة في أموال الكفار.

فإذا قلنا: إنها مبيعة إليهم، فالمنازل في أرض السواد دخلت في البيع.

وإن قلنا: إنها وقف، فهل دخلت المنازل في الوقف؟ فيه وجهان: أحدهما: أنها وقف، كالمزارع. والثاني: أنها لم تدخل في الوقف؛ لأنا لو قلنا: إنها دخلت في الوقف، أدى إلى خرابها. قال الشيخ أبو إسحاق: وأمَّا الثمار: فهل يجوز لمن هي في يده الانتفاع بها؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، وعلى الإمام أن يأخذها ويبيعها، ويصرف ثمنها في مصالح المسلمين؛ لما رُوِيَ: عن أبي الوليد الطيالسي أنه قال: أدركت الناس بالبصرة يحمل إليهم التمر من الفرات، فلا يقدمون على شرائه. والثاني: يجوز لمن في يده الأرض الانتفاع بثمرتها؛ لأن الحاجة تدعو إليه، فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول.

وعندي: أن هذين الوجهين إنما يكونان في ثمرة الأشجار التي كانت موجودة في أرض السواد يوم ردها عمر رضي الله عنه إلى أهلها.

فإذا قلنا: إن الأرض وقف، وأجرها ممن هي في يده؛ لأن الأرض إذا استأجرها إنسان وفيها أشجار، لم تدخل الأشجار في الإجارة، ولم يملك المستأجر ثمرتها، فتكون على الوجه الأول غير داخلة في الإجارة، بل هي وقف على المسلمين، فتصرف في مصالح المسلمين.

وعلى الوجه الثاني: دخلت في الإجارة؛ لموضع الحاجة إلى ذلك.فأما إذا قلنا: إن عمر باعها، فإن الأشجار الموجودة يوم البيع وما غرس فيها بعد ذلك ملك لمن ملك الأرض، وثمرتها ملك له وجهًا واحدًا.

مسألة: وأمَّا مساحة أرض أهل السواد: فقد مسحها عثمان بن حنيف وارتفعت اثنين وثلاثين ألف جريب.

وقال أبو عبيد: ارتفعت ستة وثلاثين ألف ألف جريب.وأمَّا قدر ما يؤخذ منها من الخراج في كل سنة: فإنه يؤخذ من جريب الشعير درهمان، ومن جريب الحنطة أربعة دراهم، ومن جريب الشجر والقضب ستة دراهم، ومن جريب النخل ثمانية دراهم، ومن جريب الكرم عشرة دراهم.ومن أصحابنا من قال: يؤخذ من جريب الكرم ثمانية دراهم، ومن جريب النخل عشرة دراهم.

والأول هو المشهور: لما روي: أن عمر رضي الله عنه بعث إلى الكوفة ثلاثة: عمار بن ياسر أميرًا على الجيش والصلاة، وعبد الله بن مسعود قاضيًا وحافظًا لبيت المال، وعثمان بن حنيف ماسحًا. وفرض لهم كل يوم شاة، نصفها مع السواقط لعمار بن ياسر، والنصف الآخر بين عبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف، ثم قال: وإن قرية يؤخذ منها كل يوم شاة لسريع خرابها. فمسح عُثمانَ بن حنيف أرض السواد وضرب عليها الخراج، فجعل على جريب الشعير درهمين، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم، وعلى جريب الرطبة والشجر ستة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم، وأنفذه إلى عمر رضي الله عنه، فرضي به وأجازه.

ووافقنا أبو حنيفة في هذا كله إلا في الشعير والحنطة؛ فإنه قال: يؤخذ من جريب الشعير قفيز ودرهم، ومن جريب الحنطة قفيز ودرهمان.وقال أحمد: يؤخذ من كل واحد منهما قفيز ودرهم.

دليلنا: ما ذكرناه من الخبر؛ فإنه لم يجعل عليهم قفيزًا.

وما يؤخذ من الخراج يصرف في مصالح المسلمين، الأهم فالأهم؛ لأنه للمسلمين، فصرف في مصالحهم.

وأمَّا مبلغ ما جبي من أرض العراق: فقد ذكر الشيخ أبو إسحاق: أن عمر بن الخطاب ﵁ بلغ جباؤها معه ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف درهم.

وذكر الشيخ أبو حامد وابن الصبَّاغ: أن عمر بن الخطاب جباها في كل سنة مائة ألف ألف وستين ألف ألف درهم، ولم يزل يتناقص حتى بلغ زمن الحجاج ثمانية عشر ألف ألف درهم، فلما ولي عمر بن عبد العزيز، عاد في السنة الأولى إلى ثلاثين ألف ألف درهم، وفي السنة الثانية إلى ستين ألف ألف درهم، وقال: لئن عشت، لأبلغن به إلى ما كان في أيام عمر بن الخطاب ﵁، فمات في تلك السنة. هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصبَّاغ.

وأمَّا الشيخ أبو إسحاق: فذكر: أن عمر بن عبد العزيز جباها مائة [ألف] وأربعة وعشرين ألف ألف درهم.

كتاب الحدود

باب حد الزنا

قال المصنف رحمه الله تعالى: الزنا حرام وهو من الكبائر العظام، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ وروى عبد الله قال: «سألت النبي ﷺ: أي الذنب أعظم عند الله عز وجل؟ قال: أن تجعل لله ندا وهو خلقك، قلت: إن ذلك لعظيم قال: قلت ثم أي؟. قال: أن تقتل ولدك مخافة أن يأكل معك، قال: قلت ثم أي؟ قال: أن تزاني حليلة جارك»[(١)].

فصل: إذا وطىء رجل من أهل الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد، وغير ملك، ولا شبهة ملك، وهو عاقل بالغ مختار، عالم بالتحريم، وجب عليه الحد، فإن كان محصنًا وجب عليه الرجم، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قال عمر: لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائلهم ما نجد الرجم في كتاب الله، فيضلون، ويتركون فريضة أنزلها الله، ألا إن الرجم إذا أحصن الرجل وقامت البينة، أو كان الحمل أو الاعتراف، وقد قرأتها: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة» وقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا[(٢)]. ولا يجلد المحصن مع الرجم، لما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما قالا: «كنا عند رسول الله ﷺ فقام إليه رجل فقال: إن ابني كان عسيفًا على هذا، فزنى بامراتي، فقال: على ابنك جلد مائة، وتغريب عام، واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها فاعترفت فرجمها[(٣)]، ولو وجب الجلد مع الرجم لأمر به.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٤٧٧) ومسلم في صحيحه برقم (٨٦) (١٤١) وأبو داود في سننه برقم (٢٣١٠) والترمذي في سننه برقم (٣١٨٢) والنسائي في سننه (٧/ ٨٩) وأحمد في المسند (١/ ٣٨٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٨٣٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٩١) وأبو داود في سننه برقم (٤٤١٨) والترمذي في سننه برقم (١٤٣٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٥٣).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٨٥٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٩٧) وأبو =

فصل: والمحصن الذي يرجم هو أن يكون بالغًا عاقلا حرا وطىء في نكاح صحيح، فإن كان صبيا أو مجنونا لم يرجم، لأنهما ليسا من أهل الحد وإن كان مملوكًا لم يرجم، وقال أبو ثور إذا أحصن بالزوجية رجم، لأنه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع في السرقة، وهذا خطأ لقوله عز وجل: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النِّساء: ٢٥] فأوجب مع الإحصان خمسين جلدة، وروى أبو هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد»[(١)] ولأن الرجم أعلى من جلد مائة فإذا لم يجب على المملوك جلد مائة فلئن لا يجب الرجم أولى، ويخالف القطع في السرقة، فإنه ليس في السرقة حد غير القطع فلو أسقطناه سقط الحد، وفي ذلك فساد، وليس كذلك الزنا فإن فيه حدا غير الرجم، فإذا أسقطناه لم يسقط الحد وأما من لم يطأ في النكاح الصحيح فليس بمحصن وإذا زنى لم يرجم لما روى مسروق عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»[(٢)] ولا خلاف أن المراد بالثيب الذي وطىء في نكاح صحيح، واختلف أصحابنا: هل يكون من شرطه أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ، والعقل، والحرية أم لا؟ فمنهم من قال: ليس من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال، فلو وطىء وهو صغير، أو مجنون، أو مملوك، ثم كمل فزنى رجم، لأنه وطء أبيح للزوج الأول فثبت به الإحصان كما لو وطىء بعد الكمال، ولأن النكاح يجوز أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطء، ومنهم من قال: من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال، فإن وطىء في حال الصغر أو الجنون، أو الرق، ثم كمل وزنى لم يرجم، وهو ظاهر النص، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة، والرجم»[(٣)] فلو جاز أن يحصن الوطء في حال النقصان لما علق الرجم بالزنا، ولأن الإحصان كمال فشرط أن يكون وطؤه في حال الكمال، فعلى هذا إذا وطىء في نكاح صحيح ـ فإن كانا حرين بالغين عاقلين ـ صارا محصنين، فإن كانا

= داود في سننه برقم (٤٤٤٥) والنسائي في سننه (٨/ ٢٤٠) والترمذي في سننه برقم (١٤٣٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٤٩) وأحمد في المسند (٤/ ١١٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٥٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٠٣) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٧٠) وأحمد في المسند (٢/ ٤٩٤).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٩٠) وأبو داود في سننه برقم (٤٤١٥) والترمذي في سننه برقم (١٤٣٤) وأحمد في المسند (٥/ ٣١٣).

مملوكين أو صغيرين أو مجنونين لم يصيرا محصنين، وإن كان أحدهما حرًا بالغًا عاقلًا، والآخر مملوكًا أو صغيرًا أو مجنونًا ففيه قولان، أحدهما: أن الكامل منهما غير محصن وهو الصحيح لأنه لما جاز أن يجب بالوطء الواحد الرجم على أحدهما دون الآخر جاز أن يصير أحدهما بالوطء الواحد محصنًا دون الآخر. والقول الثاني: أنه لا يصير واحد منهما محصنًا، كوطء الشبهة. ولا يشترط في إحصان الرجم أن يكون مسلمًا، لما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أتى يهوديين زنيا فأمر برجمهما»[(١)].

فصل: وإن كان غير محصن نظرت ـ فإن كان حرًا جلد مائة وغرب سنة، لقوله عز وجل: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] وروى عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قال: «خذوا عني خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[(٢)] وإن كان مملوكًا جلد خمسين ـ عبدًا كان أو أمة ـ لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] فجعل ما على الأمة نصف ما على الحرة، لنقصانها بالرق، والدليل عليه أنها لو أعتقت كمل حدها، والعبد كالأمة في الرق، فوجب عليه نصف ما على الحر. وهل يغرب العبد بعد الجلد؟ فيه قولان أحدهما أنه لا يغرب، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد»[(٣)] ولم يذكر النفي، ولأن القصد بالتغريب تعذيبه بالإخراج عن الأهل، والمملوك لا أهل له، والقول الثاني: أنه يغرب وهو الصحيح، لقوله عز وجل: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] ولأنه حد يتبعض فوجب على العبد كالجلد، فإذا قلنا أنه يغرب ففي قدره قولان، أحدهما: أنه يغرب سنة، لأنها مدة مقدرة بالشرع فاستوى فيها الحر والعبد كعدة العنين، والثاني: أنه يغرب نصف سنة للآية، ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كالجلد.

فصل: وإن زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن وزنى، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب، لأنهما حدان يجبان بالزنا فتداخلا، كما لو وجب حدان وهو بكر، والثاني: أنه لا يدخل فيه لأنهما حدان مختلفان، فلم يدخل أحدهما في الآخر كحد السرقة والشرب، فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يغرب، لأن التغريب يحصل بالرجم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٦٣٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٩٩) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٤٦) والترمذي في سننه برقم (١٤٣٦) وابن ماجه في سننه برقم (١٥٥٦) ومالك في الموطأ (٢/ ٨١٩) وأحمد في المسند (٢/ ٥).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

فصل: والوطء الذي يجب به الحد أن يغيب الحشفة في الفرج، فإن أحكام الوطء تتعلق بذلك، ولا تتعلق بما دونه، وما يجب بالوطء في الفرج من الحد يجب بالوطء في الدبر، لأنه فرج مقصود فتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل، ولأنه إذا وجب بالوطء في القبل ـ وهو مما يستباح. فلئن يجب بالوطء في الدبر وهو مما لا يستباح أولى.

فصل: ولا يجب على الصبي والمجنون حد الزنا لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»[١] ولأنه إذا سقط عنه التكليف في العبادات والمآثم في المعاصي، فلئن يسقط الحد ومبناه على الدرء والإسقاط أولى، وفي السكران قولان، وقد بيناهما في الطلاق.

فصل: ولا يجب على المرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٢] ولأنها مسلوبة الاختيار، فلم يجب عليها الحد كالنائمة. وهل يجب على الرجل إذا أكره على الزنا؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو المذهب: أنه لا يجب عليه، لما ذكرناه في المرأة. والثاني: أنه يجب لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار.

فصل: ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنا، لما روى سعيد بن المسيب قال: «ذكر الزنا بالشام، فقال رجل: زنيت البارحة، فقالوا: ما تقول؟ قال: ما علمت أن الله عز وجل حرمه، فكتب. يعني عمر. إن كان يعلم أن الله حرمه فحدوه، وإن لم يكن قد علم فأعلموه، فإن عاد فارجموه»[٣] وروي أن جارية سوداء رفعت إلى عمر رضي الله عنه، وقيل: أنها زنت فخفقها بالدرة خفقات وقال: أي لكاع زنيت؟ فقالت: من غوش بدرهمين، تخبر بصاحبها الذي زنى بها، ومهرها الذي أعطاها، فقال عمر رضي الله عنه: ما ترون؟ وعنده علي وعثمان وعبد الرحمن بن عوف، فقال علي رضي الله عنه: أرى أن ترجمها، وقال عبد الرحمن: أرى مثل ما رأى أخوك، فقال لعثمان: ما تقول؟ قال: أراها تستهل بالذي صنعت، لا ترى بأسًا وإنما حد الله على من علم أمر الله عز وجل، فقال: صدقت»[٤] فإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه. فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين. لم يقبل قوله، لأنا نعلم كذبه، وإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بادية بعيدة من المسلمين أو كان مجنونًا فأفاق، وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله، لأنه يحتمل ما يدعيه، فلم

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٤٠٣).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٤٠٣) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٣٨).

يجب الحد. وإن وطىء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وادعى أنه جهل تحريمه ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يقبل دعواه إلا أن يكون قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في موضع بقية من المسلمين، كما لا يقبل دعوى الجهل، إذا وطئها من غير إذن الراهن. والثاني: أنه يقبل قوله لأن معرفة ذلك تحتاج إلى فقه.

فصل: وإن وجد امرأة في فراشه فظنها أمته أو زوجته فوطئها لم يلزمه الحد، لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة.

فصل: وإن كان أحد الشريكين في الوطء صغيرًا والآخر بالغًا أو أحدهما مستيقظًا والآخر نائمًا أو أحدهما عاقلًا والآخر مجنونًا أو أحدهما عالمًا بالتحريم والآخر جاهلًا؛ أو أحدهما مختارًا والآخر مستكرهًا، أو أحدهما مسلمًا والآخر مستأمنًا، وجب الحد على من هو من أهل الحد، ولم يجب على الآخر، لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد، وانفرد الآخر بما يسقط الحد، فوجب الحد على أحدهما، وسقط عن الآخر. وإن كان أحدهما محصنًا والآخر غير محصن، وجب على المحصن الرجم، وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم، والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب، وإن أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدي: «أن رجلًا أقر أنه زنى بامرأة فبعث النبي ﷺ إليها فجحدت، فحد الرجل»[1] وروى أبو هريرة رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال: «على ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[2] فأوجب الحد على الرجل، وعلق الرجم على اعتراف المرأة.

فصل: وإن استأجر امرأة ليزني بها فزنى بها، أو تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها، وجب عليه الحد، لأنه لا تأثير للعقد في إباحة وطئها، فكان وجوده كعدمه، وإن ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان، أحدهما: أنه يجب عليه الحد، لأن ملكه لا يبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد. والثاني: أنه لا يجب عليه الحد، وهو الصحيح، لأنه وطء في ملك فلم يجب به الحد، كوطء أمته الحائض: ولأنه لا يختلف المذهب أنه يثبت به النسب، وتصير الجارية أم ولد له، فلم يجب به الحد، فإن وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد، وقال أبو ثور: إن علم بتحريمها وجب عليه الحد، لأن ملك البعض لا يبيح الوطء، فلم يسقط الحد، كملك ذات رحم محرم. وهذا خطأ لأنه اجتمع في الوطء ما يوجب الحد وما يسقط، فغلب الإسقاط، لأن مبنى الحد

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٤٦٦) وأحمد في المسند (٥/ ٣٣٩).

(٢) تقدم.

على الدرء والإسقاط. وإن وطىء جارية ابنه لم يجب عليه الحد، لأن له فيها شبهة، ويلحقه نسب ولدها، فلم يلزمه الحد بوطئها.

الشرح: الزنى لغة: يطلق على وطء المرأة من غير عقد شرعي وعلى مباشرة المرأة الأجنبية. وشرعًا: وطء الرجل المرأة في القبل من غير المِلك وشبهته. أو هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر. والحد هو العقوبة المقدرة في الشرع لفاعل تلك الكبيرة، وقوله: «أن تجعل لله ندًّا» الند: هو المثل والنظير، والعسيف: الأجير، والإحصان: العفاف عن الزنا، واللكع: اللئيم، والدرء: الدفع.

أما الأحكام: فالزنا من المحرمات الكبائر، وموجب للحد.

فصل: فيما يوجب الحد، ومعرفة الحد: وضابط الموجب أن إيلاج قدر الحشفة من الذكر في فرج محرم يشتهى طبعًا لا شبهة فيه سبب لوجوب الحد، فإن كان الزاني محصنًا، فحده الرجم ولا يجلد معه، وقال ابن المنذر من أصحابنا: يجلد، ثم يرجم، وإن كان غير محصن، فواجبه الجلد والتغريب، وسواء في هذين الرجل والمرأة، ويشترط في المحصن هنا ثلاث صفات، إحداها: التكليف، فلا حد على صبي ولا مجنون، لكن يؤدبان بما يزجرهما، الثانية: الحرية، فليس الرقيق والمكاتب وأم الولد ومن بعضه رقيق محصنين، الثالثة: الوطء في نكاح صحيح، ويكفي تغييب الحشفة، ولا يشترط كونه ممن ينزل، ويحصل بوطء في الحيض والإحرام، وعدة الشبهة، ولا يحصل بالوطء بملك اليمين، وهل يحصل بالوطء بشبهة أو في نكاح فاسد؟ قولان، المشهور وبه قطع الجمهور: لا، وهل يحصل بوطء زوجة قبل التكليف والحرية؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور، وهو ظاهر النص: لا، فلا يجب الرجم على من وطىء في نكاح صحيح وهو صبي أو مجنون أو رقيق، ثم زنى بعد كماله، وحكي وجه ثالث أنه يحصل بوطء الصبي دون الرقيق، ووجه رابع عكسه، فإن شرطنا وقوعه في حال الكمال، فهل يشترط كون الزاني الآخر كاملًا حينئذ؟ فيه ثلاثة أقوال، أظهرها: لا، فلو كان أحدهما كاملًا دون الآخر، صار الكامل محصنًا، لأنه حر مكلف وطىء في نكاح صحيح، والثاني: نعم، فلو كان أحدهما غير كامل، لم يصر الكامل محصنًا، والثالث: إن كان نقص الناقص بالرق، صار الكامل محصنًا، وإن كان بصغر أو جنون، فلا، وقال الإمام: هذا الخلاف في صغيرة أو صغير لا يشتهيه الجنس الآخر، فإن كان مراهقًا، حصل قطعًا.

فرع: إذا زنى البكر بمحصنة، أو المحصن ببكر، رجم المحصن منهما، وجلد الآخر وغرب.

فـرع: الرقيق يجلد خمسين، سواء فيه القن والمكاتب وأم الولد، ومن بعضه حر، وفيمن نصفه حر ونصفه رقيق وجه أنه يحد ثلاثة أرباع حد الحر، ووجه ثالث أنه إن كان بينه وبين سيده مهايأة ووافق نوبة نفسه فعليه حد الحر، وإلا فحد العبد، والصحيح الأول، وهل يغرب العبد نصف سنة أم سنة أم لا يغرب؟ أقوال، أظهرها: الأول.

فصل: في تغريب الحر وفيه مسائل:

إحداها: تغرب المرأة كما يغرب الرجل، لكن هل تغرب وحدها؟ وجهان: أصحهما: لا، هكذا أطلق مطلقون الوجهين، وخصهما الإمام والغزالي بما إذا كان الطريق آمنًا، فعلى هذا يشترط محرم أو زوج يسافر معها، وفي النسوة الثقات عند أمن الطريق وجهان: وربما اكتفى بعضهم بواحدة ثقة، وشرط بعضهم أن يكون معها زوج أو محرم، فإن قلنا بالأصح، فتطوع الزوج، أو محرم بالسفر، أو وجدت نسوة ثقات يسافرن فذاك، وإن لم يخرج المحرم ولا الزوج إلا بأجرة، أعطي أجرة، وهل هي في مالها أم في بيت المال؟ وجهان كأجرة الجلاد، أصحهما: الأول، وإن امتنع من الخروج بأجرة، لم يجبر على الأصح كما في الحج، فعلى هذا قياس اشتراط المحرم أن يؤخر التغريب حتى يتيسر، وذكر الروياني أنها تغرب، ويحتاط الإمام في ذلك، وإن قلنا بالإجبار وهو محكي عن ابن سريج فاجتمع محرمان أو محرم وزوج فأيهما يقدم؟ لم يتعرض الأصحاب.

الثانية: يغرب الزاني إلى مسافة القصر، وقيل: يجوز دونها، وقيل: يكفي التغريب إلى موضع لو خرج المبكر إليه، لم يرجع بيومه، لإطلاق لفظ التغريب، والصحيح الأول، ولو رأى الإمام التغريب إلى فوق مسافة القصر، فعل، وقال المتولي: إن كان على مسافة القصر موضع صالح لم يجز التغريب إلى ما فوقه، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، غرب عمر رضي الله عنه إلى الشام، وعثمان رضي الله عنه إلى مصر، والبدوي يغرب عن حِلَّته وقومه، ولا يمكن من الإقامة بينهم، ولو عين السلطان جهة لتغريبه، فطلب الزاني جهة غيرها، فهل يجاب أم يتعين ما عينه الإمام؟ وجهان: أصحهما: الثاني، قال البغوي: لا يرسله الإمام إرسالًا بل يغربه إلى بلد معين، وإذا غرب إلى بلد معين، فهل يمنع من الانتقال إلى بلد آخر؟ وجهان: أصحهما: لا، وبه قطع المتولي واختاره الإمام.

الثالثة: قال البغوي: لا يمكن المغرب من أن يحمل معه أهله وعشيرته، لأنه لا يستوحش حينئذ، وله أن يحمل جارية يتسرى بها، وما يحتاج إليه للنفقة، وقال المتولي: لو خرج معه عشيرته، لم يمنعوا.

الرابعة: الغريب إذا زنى، يغرب من بلد الزنى تنكيلًا، وإبعادًا عن موضع الفاحشة، ولا يغرب إلى بلده ولا إلى بلد بينه وبين بلده دون مسافة القصر، ولو رجع هذا الغريب إلى بلده فهل يمنع؟ وجهان: أصحهما: نعم، ثم هذا في غريب له وطن، فإن لم يكن، بأن هاجر حربي إلى دار الإسلام، ولم يتوطن بلدًا، قال المتولي: يتوقف الإمام حتى يتوطن بلدًا ثم يغربه، ولو زنى مسافر في طريقه، غرب إلى غير مقصده.

الخامسة: إذا رجع المغرب إلى البلد الذي غرب منه، رد إلى الموضع الذي غرب إليه، وهل تستأنف المدة أم يبنى؟ وجهان: أصحهما: تستأنف، وهما راجعان إلى أنه هل يجوز تفريق سنة التغريب.

السادسة: لا يعتقل في الموضع الذي غرب إليه، لكن يحفظ بالمراقبة والتوكيل به، فإن احتيج إلى الاعتقال خوفًا من رجوعه، اعتقل.

السابعة: لو زنى ثانيًا في البلد المغرب فيه، غرب إلى موضع آخر، قال ابن كج: وتدخل بقية مدة الأول، لأن الحدين من جنس فيتداخلان.

الثامنة: لو أراد الحاكم تغريبه، فخرج بنفسه، وغاب سنة، ثم عاد، قال ابن كج: قال بعض الأصحاب: يكفيه ذلك، والصحيح خلافه، لأن المقصود التنكيل، ولا يحصل إلا بتغريب الإمام.

التاسعة: قال ابن كج: مؤنة المغرب بقدر مؤنة الحضر في ماله. وما زاد في بيت المال، وهذا غريب. قلت: الصواب أن الجميع في ماله. والله أعلم.

العاشرة: يجوز تقديم التغريب على الجلد.

فرع: ذكر الروياني أن الأصح أنه لا يلزم المغرب أن يقيم في بلد الغربة حتى يكون كالحبس له، فلا يكون من الضرب في الأرض، لأنه كالنزهة، ومما يناسب التغريب النفي في قطع الطريق، وسيأتي إن شاء الله تعالى، وثبت في الحديث نفي المخنثين وهو تعزير.

فرع: ليس من شرط الإحصان الإسلام، فإذا زنى ذمي مكلف حر وطىء في نكاح صحيح، رجم، ولو ارتد محصن، لم يبطل إحصانه، فلو زنى في الردة أو بعد الإسلام، رجم.

فصل: قولنا: إيلاج الفرج في الفرج، يدخل فيه اللواط، وهو من الفواحش الكبائر، فإن لاط بذكر، ففي عقوبة الفاعل قولان، أظهرهما: أن حده حد الزنى، فيرجم إن كان محصنًا، ويجلد ويغرب إن لم يكن محصنًا، والثاني: يقتل محصنًا كان أو غيره، وفي كيفية قتله أوجه: أحدها: بالسيف كالمرتد، والثاني: يرجم

تغليظًا عليه، والثالث. يهدم عليه جدار، أو يرمى من شاهق حتى يموت أخذًا من عذاب قوم لوط ﷺ. قلت: أصحهما: بالسيف. والله أعلم.

وأما المفعول به، فإن كان صغيرًا أو مجنونًا أو مكرهًا، فلا حد عليه، ولا مهر، لأن منفعة البضع غير متقومة، وإن كان مكلفًا طائعًا، فإن قلنا: إن الفاعل يقتل، قتل المفعول به بما يقتل الفاعل، وإن قلنا: حده حد الزنى، جلد المفعول به وغرب محصنًا كان أو غيره، وإن وطىء امرأة أجنبية في دبرها، فطريقان: أصحهما: أنه كاللواط بذكر، فيجيء في الفاعل القولان، وتكون عقوبة المرأة الجلد والتغريب على الأصح، وقيل: هو زنى في حقها، فترجم المحصنة، وتجلد وتغرب غيرها، ولو لاط بعبده، فهو كاللواط بأجنبي، ولو وطىء زوجته أو أمته في دبرها، فالمذهب أن واجبه التعزير، وقيل: في وجوب الحد قولان، كوطء الأخت المملوكة.

فرع: المفاخذات ومقدمات الوطء، وإتيان المرأة المرأة، لا حد فيها، ولو وجدنا رجلًا وامرأة أجنبيين تحت لحاف، ولم يعرف غير ذلك، لم نحدهما، ويجب التعزير في هذه الصور، ولو وجدنا بامرأة خلية حبلًا، أو ولدت وأنكرت الزنى، فلا حد.

والاستمناء حرام، وفيه التعزير، ولو مكن امرأته أو جاريته من العبث بذكره، فأنزل، قال القاضي حسين في أول فتاويه: يكره، لأنه في معنى العزل.

فصل: أما قولنا: المشتهى طبعًا، فيحترز عن صورتين، إحداهما: إذا أولج في فرج ميتة، فلا حد في الأصح، الثانية: إتيان البهيمة حرام وفي واجبه أقوال، أظهرها: التعزير، والثاني: القتل محصنًا كان أو غيره، والثالث: حد الزنى، فيفرق بين المحصن وغيره، وقيل: واجبه واجب اللواط، وقيل: التعزير قطعًا، فإن قلنا: يقتل، ففي كيفيته الخلاف السابق في اللواط، وفي قتل البهيمة ثلاثة أوجه: أصحها: تقتل المأكولة دون غيرها، وسواء أتاها في دبرها أو قبلها، وقيل: إن أتاها في دبرها، لم نقتلها، وهل يحل أكلها إذا كانت مأكولة فذبحت؟ وجهان: أصحهما: نعم، وقيل: يحل قطعًا، فإن قلنا: لا يحل أكلها، أو كانت غير مأكولة، فهل يجب ضمانها إذا كانت لغير الفاعل؟ وجهان: أصحهما: نعم، فعلى هذا هل الضمان على الفاعل أم في بيت المال، أصحهما: الأول كالوجهين في أجرة الجلاد، وإن قلنا: يحل أكلها، ففي التفاوت بين قيمتها حية ومذبوحة الوجهان، ولو مكنت امرأة قردًا من نفسها، كان الحكم كما لو أتى الرجل بهيمة، حكاه البغوي وغيره، ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة عدول، وقيل: إن قلنا: الواجب التعزير، كفى عدلان، وهو ضعيف مخالف للنص.

فصل: أما قولنا: لا شبهة فيه، فالشبهة ثلاثة أقسام، في المحل والفاعل والجهة. أما الشبهة في المحل، فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة، وأمته قبل الاستبراء، وجارية ولده، لا حد فيه، ولو وطىء أمته المحرمة عليه بمحرمية رضاع أو نسب أو مصاهرة، كأخته منهما وبنته وأمه من رضاع، وموطوءة أبيه وابنه، لم يجب الحد على الأظهر، ولو وطىء جارية له فيها شرك، أو أمته المزوجة، أو المعتدة من غيره، أو المجوسية والوثنية، أو أسلمت أمة ذمي فوطئها قبل أن تباع، فلا حد على المذهب، وقيل: فيه القولان، فإن قلنا: لا حد، ثبت النسب والمصاهرة، وإلا فلا، وقيل: يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد بلا خلاف.

وأما الشبهة في الفاعل، فمثل أن يجد امرأة في فراشه، فيطأها ظانًا أنها زوجته أو أمته، فلا حد، وإذا ادعى أنه ظن ذلك، صدق بيمينه، نص عليه، وسواء كان ذلك ليلة الزفاف أو غيرها، ولو ظنها جارية له فيها شرك، فكانت غيرها، وقلنا: لا يجب الحد بوطء المشتركة، قال الإمام: فيه تردد، يجوز أن يقال: لا حد، لأنه ظن ما يسقط الحد، ويجوز أن يقال: يحد، لأنه علم التحريم، وإنما جهل وجوب الحد، وكان من حقه أن يمتنع. قلت: هذا الثاني هو الظاهر الجارية على القواعد في نظائره. والله أعلم.

أما الشبهة في الجهة، فقال الأصحاب: كل جهة صححها بعض العلماء، وأباح الوطء بها، لا حد فيها على المذهب، وإن كان الواطىء يعتقد التحريم، وذلك كالوطء في النكاح بلا ولي، كمذهب أبي حنيفة، وبلا شهود كمذهب مالك، ونكاح المتعة، وقيل: يجب في النكاح بلا ولي على ما يعتقد تحريمه دون غيره، وقيل: يجب على من اعتقد الإباحة أيضًا، كما نحد الحنفي على شرب النبيذ، ولو وطىء المرهونة بإذن الراهن، وجب الحد على الصحيح.

فرع: لو تزوج بنته أو غيرها من محارمه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو من طلقها ثلاثًا، أو من لاعنها، أو نكح من تحته أربع خامسة، أو نكح أختًا على أخت، أو معتدة أو مرتدة، أو نكح ذات زوج، أو نكح كافر مسلمة ووطىء عالمًا بالحال، وجب الحد، لأنه وطء صادف محلًا لا ملك له فيه ولا شبهة ملك، وهو مقطوع بتحريمه، فتعلق به الحد، وحكى ابن كج فيمن نكح أخته من رضاع، ووطىء وادعى جهل التحريم، قولين في تصديقه، ولا خلاف أنه لا يقتل في الأخت من النسب، ولو نكح وثنية أو مجوسية، قال البغوي: وجب الحد، وقال الروياني في «جمع الجوامع»: لا حد في المجوسية للخلاف، ولو ادعى الجهل بكونها معتدة، أو مزوجة، حلف إنكان ما يدعيه ممكنًا، ولا حد، نص عليه، وعن القاضي أبي

حامد أنه نقل أن اليمين مستحبة، ولو قالت المرأة: علمت أني معتدة أو مزوجة، حدت، وإن لم يحد الواطىء، ولو استأجر امرأة، فزنى بها، لزمهما الحد، ولو أباحت له الوطء لزمهما الحد، ولو أباح وطء جاريته لغيره، فعلى ما ذكرنا في الرهن، ولو زنت خرساء بناطق، أو عكسه، أو زنى بامرأة له عليها قصاص، لزمهما الحد، ويقبل إقرار الأخرس، ولو زنى مكلف بمجنونة، أو مراهقة، أو نائمة، حد، ولو مكنت مكلفة مجنونًا أو مراهقًا، أو استدخلت ذكر نائم، لزمها الحد، ولو قال: زنيت بها، فأنكرت، لزمه حد الزنى وحد القذف، ولو زنى في دار الحرب، وجب عليه الحد، والمشهور أن للإمام أن يقيمه هناك إن لم يخف فتنة، وفي قول: لا يقيمه هناك.

فصل: يشترط لوجوب الحد كون الفاعل مختارًا مكلفًا، فلو أكره رجل على الزنى، فزنى لم يجب الحد على الأصح، ولا حد على صبي ولا مجنون، ومن جهل تحريم الزنى لقرب عهد بالإسلام، أو لأنه نشأ ببادية بعيدة عن المسلمين، لا حد عليه، ومن نشأ بين المسلمين وقال: لم أعلم التحريم، لم يقبل قوله، ولو علم التحريم، ولم يعلم تعلق الحد به، فقد جعله الإمام على التردد الذي ذكره فيمن وطىء من يظنها مشتركة فكانت غيرها.

والصحيح الجزم بوجوب الحد، وهو المعروف في المذهب، والجاري على القواعد. والله أعلم.

فصل: يشترط للحد ثبوت الزنى عند القاضي ببينة أو إقراره، ويستحب لمن ارتكب كبيرة توجب الحد لله تعالى أن يستر على نفسه، وهل يستحب للشهود ترك الشهادة في حدود الله تعالى؟ وجهان: أصحهما: لا، لئلا تتعطل.

وإذا ثبت الحد، لم يجز العفو عنه ولا الشفاعة فيه، وإذا أقر على نفيه بزنى، ثم رجع عنه سقط الحد، وهل يستحب له الرجوع؟ وجهان: أحدهما: نعم، كالستر ابتداء، والثاني: لا، لأن الهتك قد حصل.

ولو قال: زنيت بفلانة، فهو مقر بالزنى قاذف لها، فإن أنكرت، أو قالت: كان تزوجني، لزمه حد زنى وحد القذف، فإن رجع، سقط حد الزنى وحده، ولو قال: زنيت بها مكرهة، لم يجب حد القذف، ويجب مع حد الزنى المهر، ولا يسقط المهر بالرجوع، ولو رجع بعد ما أقيم بعض الحد، ترك الباقي، ولو قتله شخص بعد الرجوع، ففي وجوب القصاص وجهان نقلهما ابن كج، وقال: الأصح لا يجب، وبه قال أبو إسحاق لاختلاف العلماء في سقوط الحد بالرجوع، ولو رجع بعد ما جلد بعض الحد، فأتم الإمام الحد، فمات منه، والإمام يعتقد سقوط الحد

بالرجوع، فنقل ابن القطان في وجوب القصاص قولين، فإن قلنا: لا يجب، فهل يجب نصف الدية، أم يوزع على السياط؟ قولان، وقال ابن كج: عندي لا قصاص، والرجوع كقوله: كذبت، أو رجعت عما أقررت به، أو ما زنيت، أو كنت فاخذت، أو لمست فظننته زنى، ولو شهدوا على إقراره بالزنى، فقال: ما أقررت، أو قال بعد حكم الحاكم بإقراره: ما أقررت فالصحيح أنه لا يلتفت إلى قوله، لأنه تكذيب للشهود والقاضي، وعن أبي إسحاق والقاضي أبي الطيب: يقبل، لأنه غير معترف في الحال، وإن قال: لا تقيموا علي الحد، أو هرب، أو امتنع من الإستسلام، فهل هو رجوع؟ وجهان: أصحهما: لا، لكن يخلى في الحال ولا يتبع، فإن رجع فذاك، وإلا أقيم عليه الحد، ولو أتبع الهارب، فرجم، فلا ضمان، لأن النبي ﷺ لم يوجب عليهم في قضية ماعز رضي الله عنه شيئًا، والرجوع عن الإقرار بشرب الخمر، كالرجوع عن الإقرار بالزنى، وفي الرجوع عن الإقرار بالسرقة وقطع الطريق خلاف يأتي في السرقة إن شاء الله تعالى.

فرع: لو تاب من ثبت زناه، فهل يسقط الحد عنه بالتوبة؟ قولان، أظهرهما وهو الجديد: لا يسقط، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى إسقاط الحدود والزواجر، ثم قيل: القولان فيمن تاب قبل الرفع إلى القاضي، فأما بعده، فلا يسقط قطعًا، وقيل: هما في الحالين.

فرع: إذا ثبت زناه ببينة، لم يسقط الحد برجوع ولا بالتماس تركا لحد، ولا بالهرب ولا غيرها، هذا هو المذهب، وفيه خلاف حكاه الإمام، ولو أقر بالزنى، ثم شهد عليه أربعة بالزنى، ثم رجع عن الإقرار، هل يحد؟ وجهان: قال ابن القطان: نعم، وأبو إسحاق: لا، إذ لا أثر للبينة مع الإقرار وقد بطل الإقرار.

فرع: الكلام في عدد الشهود لزنى ورجوع بعضهم أو كلهم مذكور في كتاب الشهادات، وهناك يذكر إن شاء الله تعالى كيفية الشهادة وأنه يتشرط تفسير الزنى بخلاف القذف، فإنه لو قال: زنيتَ، كان قاذفًا لحصول العار، وهل يشترط في الإقرار بالزنى التفسير كالشهادة أم لا كالقذف؟ وجهان.

وسواء شهدوا بالزنى في مجلس، أو مجالس متفرقة، ولو شهدوا ثم غابوا، أو ماتوا، فللحاكم أن يحكم بشهادتهم ويقيم الحد. وتقبل الشهادة بالزنى بعد تطاول الزمن، ولو شهد أربعة على امرأة بالزنى، وشهد أربع نسوة أنها عذراء، فلا حد للشبهة، ولو قذفها قاذف، لم يلزمه حد القذف لوجود الشهادة، واحتمال عود البكارة، وكذا لا يجب حد القذف على الشهود، ولو أقامت هي أربعة على أنه أكرهها على الزنى وطلبت المهر، وشهد أربع نسوة أنها عذراء، فلا حد عليه

للشبهة، وعليه المهر، لأنه يثبت مع الشبهة، ولا يجب عليها حد القذف لشهادة الشهود، ولو شهد اثنان أنه وطئها بشبهة، وأربع نسوة أنها عذراء، فلا حد عليه للشبهة ويجب المهر، ولو شهد أربعة عليها بالزنى، وشهد أربع نسوة أنها رتقاء، فليس عليها حد الزنى، ولا عليهم حد القذف لأنهم رموا من لا يمكنه الجماع، ولو شهد أربعة بالزنى وعين كل واحد منهم زاوية من زوايا بيت، فلا حد على المشهود عليه، وفي وجوب حد القذف على الشهود خلاف يأتي إن شاء الله تعالى لأنه لم يتم عددهم في زنية. ولو شهد اثنان أن فلانًا أكره فلانة على الزنى، لم يثبت الزنى، وهل يثبت المهر؟ يبنى على أنه إذا شهد بالزنى أقل من أربعة هل عليهم حد القذف، إن قلنا: لا، وجب المهر، وإلا فلا، ولو شهد اثنان أنه زنى بها مكرهة، وآخر أنه زنى بها طائعة، لم يجب عليها حد الزنى، وهل يجب على الرجل؟ يبنى على أن شاهدي الطواعية هل عليهما حد القذف للمرأة، قولان، إن قلنا: نعم، وهو الأظهر، فلا، لأن الشاهدين فاسقان، وإن قلنا: لا، وجب على الأصح، لاتفاقهم على زناه، وكذلك يجب عليه المهر، ولا خلاف أنه لا يجب حد القذف على شاهدي الإكراه، ولا يجب حد القذف للرجل.

فصل: في استيفاء الحد، فيه طرفان:

الطرف الأول: في كيفيته، وفيه مسائل:

إحداها: إقامة الحدود على الأحرار إلى الإمام، أو من فوض إليه الإمام، وإذا أمر باستيفائه، جاز للمفوض إليه، ولا يجب حضور الإمام، سواء ثبت بالبينة أو الإقرار، ولا حضور الشهود إذا ثبت بالبينة، لكن يستحب حضورهم وابتداؤهم بالرجم، ويستحب أن يستوفى بحضرة جماعة أقلهم أربعة.

الثانية: لا يقتل المحصن بالسيف، لأن المقصود التمثيل به وتنكيله بالرجم فيرجم، وليس لما يرجم به تقدير، لا جنسًا ولا عددًا، فقد تصيب الأحجار مقاتله، فيموت سريعًا، وقد تبطىء موته، ولا يرمى بصخرة تذفف، ولا يطول تعذيبه بالحصيات الخفيفة، بل يحيط الناس به فيرمونه من الجوانب بحجارة معتدلة ومدر ونحوها حتى يموت، فإن كان رجلًا لم يحفر له عند الرجم سواء ثبت زناه بالبينة أم بالإقرار، وفي المرأة أوجه: أحدها: يستحب أن يحفر لها إلى صدرها ليكون أستر لها، والثاني: لا يستحب، بل هو إلى خيرة الإمام، وأصحها: إن ثبت زناها بالبينة يستحب أن يحفر، وإن ثبت بالإقرار، فلا ليمكنها الهرب إن رجعت.

الثالثة: الصحيح الذي قطع به الجمهور أن الرجم لا يؤخر للمرض، لأن نفسه مستوفاة، فلا فرق بينه وبين الصحيح، وقيل: إن ثبت بالإقرار، أخر حتى يبرأ، لأنه

ربما رجع في أثناء الرمي فيعين ذلك على قتله، ومثل هذا الخلاف يعود في أنه هل يرجم في شدة الحر والبرد؟ وإن كان الواجب الجلد، فإن كان المرض مما يرجى زواله، أخر حتى يبرأ، وكذا المحدود والمقطوع في حد وغيره لا يقام عليه حد آخر حتى يبرأ، وفي وجه: لا يؤخر، بل يضرب في المرض بحسب ما يحتمله من ضرب بعثكال وغيره، ولو ضرب كما يحتمله، ثم برأ هل يقام عليه حد الأصحاء؟ وجهان حكاهما ابن كج، وليكونا مبنيين على أنه هل تؤخر إقامة الجلد أم تستوفي بحسب الإمكان؟ إن قلنا بالأول، فالذي جرى ليس بحد، فلا يسقط كما لو جلد المحصن لا يسقط الرجم، وإن قلنا بالثاني، لم يعد الحد، وإن كان المرض مما لا يرجى زواله، كالسل والزمانة، أو كان مخدجًا وهو الضعيف الخلقة الذي لا يحتمل السياط، لم يؤخر إذ لا غاية تنتظر، ولا يضرب بالسياط، بل يضرب بعثكال عليه مئة شمراخ، وهو الغصن ذو الفروع الخفيفة، ولا يتعين العثكال، بل له الضرب بالنعال وأطراف الثياب، كذا حكاه ابن الصباغ والروياني وغيرهما، فلو كان على الغصن مئة فرع، ضرب به دفعة واحدة، وإن كان عليه خمسون، ضرب به مرتين، وعلى هذا القياس، ولا يكفي الوضع عليه، بل لا بد مما يسمى ضربًا، وينبغي أن تمسه الشماريخ، أو ينكبس بعضها على بعض لثقل الغصن، ويناله الألم، فإن لم تمسه، ولا انكبس بعضها على بعض، أو شك فيه، ولم يسقط الحد، وفي «النهاية» وجه ضعيف أنه لا يشترط الإيلام، ولا تفرق السياط على الأيام وإن احتمل التفريق، بل يقام عليه الممكن ويخلى سبيله، ولو كان لا يحتمل السياط المعتبرة في جلد الزنى، وأمكن ضربه بقضبان وسياط خفيفاة فقد تردد فيه الإمام وقال: ظهر كلام الأصحاب أنه يضرب بالشماريخ، والذي أراه أنه يضرب بالأسواط، لأنه أقرب إلى صورة الحد، ولو برأ قبل أن يضرب بالشماريخ، أقيم عليه حد الأصحاء، وإن برأ بعد، لم يعد عليه، وفي إقامة الضرب بالشماريخ مقام الضربات والجلد بالسياط مزيد كلام نذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى.

فرع: يؤخر قطع السرقة إلى البرء، ولو سرق من لا يرجى زوال مرضه، قطع على الصحيح، لئلا يفوت الحد، ولو وجب حد القذف على مريض، قال ابن كج: يقال للمستحق: اصبر إلى البرء، أو اقتصر على الضرب بالعثكال، وفي «التهذيب» أنه يجلد بالسياط، سواء يرجى زوال مرضه أم لا، لأن حقوق الآدمي مبنية على الضيق، وجلد الشرب كجلد الزنى.

فرع: الرابعة: لا يقام الجلد في حر ولا برد شديدين، بل يؤخر إلى اعتدال الوقت، وكذا القطع في السرقة بخلاف القصاص وحد القذف، وأما الرجم، فإن

ثبت بالبينة، لم يؤخر، لأنه مقتول، وكذا إن ثبت بالإقرار على الصحيح.

فرع: لو جلد الإمام في مرض أو شدة حر، أو برد، فهلك المجلود بالسراية، فالنص أنه لا يضمن، ونص أنه لو ختن أقلف في شدة حر أو برد، فهلك، ضمن، فقيل في وجوب الضمان فيهما: قولان، وقيل: بظاهر النصين وهو الأصح، لأن الجلد ثبت بالنص، والختان بالاجتهاد، فإن أوجبنا الضمان، فهل يضمن جميعه أم نصفه؟ وجهان: وهل الضمان على عاقلة الإمام أم في بيت المال؟ قولان سبقا، قال الإمام: إن لم نوجب الضمان فالتأخير مستحب قطعًا، وإن أوجبناه فوجهان: أحدهما: أن التأخير واجب، وضمناه لتركه الواجب، والثاني: يجوز التعجيل ولكن بشرط سلامة العاقبة كما في التعزير، وفي عبارة الغزالي ما يشعر بأن الراجح استحباب التأخير، وفي «المهذب» وغيره الجزم بأنه لا يجوز التعجيل في شدة الحر والبرد، ويجوز أن يقال بوجوب التأخير مع الاختلاف في وجوب الضمان، كما يجب على آحاد الناس تفويض رجم الزاني المحصن إلى الإمام مع الاختلاف في ضمانه لو بادر بقتله. قلت: المذهب وجوب التأخير مطلقًا. والله أعلم.

ولو عجل جلد المريض قبل برئه، فهلك، ففي ضمانه الخلاف في الجلد في الحر والبرد بلا فرق.

الطرف الثاني: في بيان مستوفيه.

فإن كان المحدود حرًا، فالمستوفي الإمام، أو من فوض إليه كما سبق، هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب، وحكي عن القفال رواية قول: إنه يجوز للآحاد استيفاؤه حسبة، كالأمر بالمعروف، وليس بشيء. وإن كان مملوكًا، فلسيده إقامة الحد عليه، وله تفويضه إلى غيره، ولا يحتاج إلى إذن الإمام فيه، وسواء العبد والأمة، وخرج ابن القاص قولًا في العبد كأنه ألحقه بالاجبار على النكاح ولم يوافق عليه، بل قطع الأصحاب بأن له إقامته عليهما، ويجوز للإمام أيضًا إقامته على الرقيق، ومن بدر إليه منهما وقع الموقع، وهل الأولى للسيد أن يقيمه بنفسه ليكون أستر، أم الأولى تفويضه إلى الإمام، ليخرج من خلاف أبي حنيفة في إلحاقه بالحر؟ وجهان نقلهما الشيخ أبو خلف الطبري.

ولو تنازع في إقامته الإمام والسيد، فأيهما أولى؟ فيه احتمالات للإمام أظهرها: الإمام لعموم ولايته، والثاني: السيد لغرض إصلاح ملكه، والثالث: إن كان جلدًا فالسيد، وإن كان قتلًا أو قطعًا، فالإمام، لأن إعمال السلاح بصاحب الأمر أليق، والعبد المشترك يقيم حده ملاكه، وتوزع السياط على قدر الملك، فإن حصل كسر، فوض المنكسر إلى أحدهم، وهل يغربه السيد إن قلنا بتغريب العبد؟

وجهان: أصحهما: نعم، لأنه بعض الحد، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه، كالقن والمكاتب، كالحر على الصحيح، وعن ابن القطان، كالقن، ومن بعضه حر لا يحده إلا الإمام، وهل إقامة السيد الحد بالولاية على ملكه، كولاية التزويج، أم تأديبًا وإصلاحًا، كمعالجته بالفصد والحجامة؟ وجهان:

فرع: فيما يقيمه السيد على رقيقه من العقوبات، أما التعزير، فله ذلك في حقوق الله تعالى، كما يؤدبه لحق نفسه، وفيه وجه ضعيف، لأن التعزير غير مضبوط، فيفتقر إلى اجتهاده، وأما الحدود، فله الجلد في الزنى والقذف والشرب، وفي الشرب وجه، لأن للسيد في بضع أمته وعبده حقًا، فإنه لا يتزوج إلا بإذنه بخلاف الشرب، وقياس هذا الفرق مجيء الوجه في جلد القذف، وهل له قطعه في السرقة والمحاربة، وقتله في الردة؟ وجهان: الأصح المنصوص: نعم، لإطلاق الخبر، ومنهم من جزم بجواز القطع، وأجرى ابن الصباغ وجماعة هذا الخلاف في القطع والقتل قصاصًا، وفي «التهذيب» أن الأصح أن القطع والقتل إلى الإمام.

فرع: في أحوال السيد إن جمع شروط الولاية أقام الحد، وإن كان السيد امرأة، فهل تقيمه هي أم السلطان أم وليها؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وللفاسق والمكاتب والكافر إقامته على رقيقهم على الأصح بناء على أن سبيله سبيل الإصلاح، وفي كتاب ابن كج أن السيد لا يحد عبيد مكاتبه على المذهب، وإن قلنا: يحدهم المكاتب إذ لا تصرف له فيهم، وفيه أنه ليس لكافر أن يحد عبده المسلم بحال، وهل يقيم الأب والجد والوصي والقيم الحد على رقيق الطفل؟ وجهان: وقيل: لا يجوز لغير الأب والجد وفيهما الوجهان، ويشبه أن يقال: إن قلنا: الحد إصلاح، فلهم إقامته، وإن قلنا: ولاية، ففيه الخلاف، وهل يجوز كون السيد جاهلًا؟ وجهان بناء على أنه إصلاح أم ولاية؟ ويشترط كونه عالمًا بقدر الحد وكيفيته.

فرع: العقوبة التي يقيمها السيد على عبده، يقيمها إذا أقر العبد عنده بموجبها، فلو شاهده السيد، فله إقامتها على الأصح، وله سماع البينة بذلك على الأصح، لأنه يملك إقامة هذا الحد، فيسمع بينته كالإمام، وعلى هذا ينظر تزكية الشهود، ويشترط كونه عالمًا بصفاتهم، وأحكام الحدود، وقيل: ليس له سماعها، وإنما يحده بعد ثبوته عند الإمام.

فرع: قذف رقيق زوجته الرقيقة، هل يلاعن بينهما السيد كما يقيم الحد؟ وجهان: ولو قذف العبد سيده، فله إقامة الحد عليه، ولو قذف السيد عبده، فله رفع الأمر إلى القاضي ليعزره، ولو زنى ذمي، ثم نقض العهد واسترق، لم يسقط عنه

الحد، ويقيمه الإمام لا السيد، لأنه لم يكن مملوكًا يومئذ، ولو زنى عبد، فباعه سيده، فإقامة الحد إلى المشتري اعتبارًا بحال الاستيفاء.

فرع: من قتل حدًا بالرجم وغيره، غسل وكفن، وصلي عليه، ودفن في مقابر المسلمين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: واللواط محرم لقوله عز وجل: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الأعراف: ٨٠] **فسماه فاحشة. وقد قال عز وجل:** ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأنعام: ١٥١] **ولأن الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحدًا، فدل على تحريمه ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد، وفي حده قولان أحدهما وهو المشهور من مذهبه، أنه يجب فيه ما يجب في الزنا، فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب، وإن كان محصنًا وجب عليه الرجم، لما روى أبو موسى الأشعري** ﷺ **أن النبي** ﷺ **قال: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان»**(١) **ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا. والقول الثاني: أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به، لما روى ابن عباس** ﷺ **أن النبي** ﷺ **قال: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»**(٢) **ولأن تحريمه أغلظ، فكان حده أغلظ، وكيف يقتل؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل في الخبر فانصرف إطلاقه إلى القتل بالسيف، والثاني أنه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا.**

فصل: ومن حرمت مباشرته في الفرج بحكم الزنا واللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] **ولأن النبي** ﷺ **قال: «لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان»**(٣) **فإذا حرمت الخلوة بها فلئن تحرم المباشرة أولى، لأنها أدعى إلى الحرام، فإن فعل ذلك لم يجب عليه الحد لما روى ابن مسعود** ﷺ **«أن رجلًا جاء إلى النبي** ﷺ **فقال: إني أخذت امرأة في البستان وأصبت منها كل شيء غير أني لم أنكحها فاعمل بي ما شئت، فقرأ عليه:** ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَىِ ٱلنَّهَارِ وَزُلَفًا مِّنَ ٱلَّيْلِ ۚ إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [هود: ١١٤]**»**(٤)**. ويعزر عليه، لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير.**

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٣٣).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٤٦٢) والترمذي في سننه برقم (١٤٥٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٦١) وأحمد في المسند (١/ ٣٣) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٣١).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢٦) ومسلم في صحيحه برقم (٢٧٦٣) والترمذي في سننه برقم (٣١١٤) وابن ماجه في سننه برقم (١٣٩٨) وأحمد في المسند (١/ ٣٨٥).

فصل: ويحرم إتيان المرأة المرأة لما روى أبو موسى الأشعري أن النبي ﷺ قال: «إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان»[(١)] ويجب فيه التعزير دون الحد، لأنها مباشرة من غير إيلاج فوجب بها التعزير دون الحد كمباشرة الرجل المرأة فيما دون الفرج.

فصل: ويحرم إتيان البهيمة لقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] فإن أتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنا، ففيه ثلاثة أقوال أحدها: أنه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أتى بهيمة فاقتلوه، واقتلوها معه»[(٢)] وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه»[(٣)] وكيف يقتل؟ على الوجهين في اللواط. والقول الثاني: أنه كالزنا فإن كان غير محصن جلد وغرب، ومن كان محصنًا رجم، لأنه حد يجب بالوطء، فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا. والقول الثالث: أنه يجب فيه التعزير، لأن الحد يجب للردع عما يشتهى، وتميل إليه النفس، ولهذا وجب في شرب الخمر ولم يجب في شرب البول، وفرج البهيمة لايشتهى فلم يجب فيه الحد. وأما البهيمة فقد اختلف أصحابنا فيها، فمنهم من قال: يجب قتلها، لحديث ابن عباس وأبي هريرة، ولأنها ربما أتت بولد مشوه الخلق، ولأنها إذا بقيت كثر تعيير الفاعل بها، ومنهم من قال: لا يجب قتلها لأن البهيمة لا تذبح لغير مأكلة، وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن أبي عمرو وهو ضعيف، وحديث أبي هريرة يرويه علي بن مسهر، وقال أحمد رحمه الله إن كان روى هذا الحديث غير علي وإلا فليس بشيء، ومنهم من قال: إن كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت، وإن كانت مما لا تؤكل لم تذبح، لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة، فإن قلنا: إنه يجب قتلها وهي مما يؤكل ففي أكلها وجهان، أحدهما: أنه يحرم لأن ما أمر بقتله لم يؤكل كالسبع، والثاني أنه يحل أكلها لأنه حيوان مأكول، ذبحه من هو من أهل الذكاة، وإن كانت البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها، إن كانت مما لا تؤكل، وضمان ما نقص بالذبح إذا قلنا أنها تؤكل لأنه هو السبب في إتلافها وذبحها.

فصل: وإن وطىء امرأة ميتة وهو من أهل الحد ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجب عليه الحد، لأنه إيلاج في فرج محرم ولا شبهة له فيه فأشبه إذا كانت حية، والثاني: أنه لا يجب لأنه لا يقصد فلا يجب فيه الحد.

فصل: ويحرم الإستمناء لقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰ

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٤٦٤) والترمذي في سننه برقم (١٤٥٥) والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٥٦) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٣٣).

(٣) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٣/ ١٢٦).

﴿أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] **ولأنها مباشرة تفضي إلى قطع النسل فحرم كاللواط، فإن فعل عزر، ولم يحد لأنها مباشرة محرمة من غير إيلاج فأشبهت مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج. وبالله التوفيق.**

الشرح: قال في البيان: اللواط محرم وهو إتيان الذكور في أدبارهم وهو من الكبائر؛ لقوله تعالى: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ﴾ [النمل: ٥٤] فسماه فاحشة، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأعراف: ٣٣]، ولأن الله تعالى قال: ﴿أَتَأْتُونَ ٱلذُّكْرَانَ مِنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٦٥﴾ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم ۚ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ﴾ [الشعراء: ١٦٥ ـ ١٦٦] فوبخهم الله تعالى على ذلك وسماهم بذلك عادين، ولأن الله تعالى عاقب على هذا الفعل في الدنيا بما لم يعاقب على ذنب؛ قال الله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَآءَ أَمْرُنَا جَعَلْنَا عَٰلِيَهَا سَافِلَهَا﴾ [هود: ٨٢].

ورَوَى حذيفة: «أن جبريل عليه الصلاة والسلام احتمل أرضهم فرفعها حتى سمع أهل سماء الدنيا صوت كلابهم، وأوقد تحتهم نارًا، وقلبهم عليها».

وروى ابن عبَّاس: أن النَّبيَّ ﷺ قال: «لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط ـ قالها ثلاثًا ـ من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به». وأجمع المسلمون على تحريمه.

إذا ثبت هذا: فمن فعله وهو ممن يجب عليه الحد، وجب عليه الحد، وفي حده قولان: أحدهما: يقتل، بكرًا كان أو ثيبًا وبه قال ربيعة ومالك وأحمد وإسحاق ولما رَوَى ابن عبَّاس رضي الله عنهما: أن النَّبيَّ ﷺ قال: «لعن الله من يعمل عمل قوم لوط ثلاثًا ثم قال: من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به».

وروي أن خالد بن الوليد وجد رجلًا في بعض ضواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة، فكتب بذلك إلى أبي بكر رضي الله عنه، فذكر أبو بكر ذلك للصحابة رضي الله عنهم، فكان علي كرم الله وجهه أشدهم فيه قولًا، فقال: هذا ذنب لم تعص الله به أمة من الأمم إلا أمة واحدة وقد علمتم ما صنع الله بها، وأرى أن يحرق بالنار. فكتب أبو بكر بذلك إلى خالد فأحرقه، فأخذ بذلك ابن الزبير في إمارته.ورُوِي عن علي رضي الله عنه: أنه أحرق لوطيًّا. ورُوِي عنه أنه قال: يرجم.

وعن ابن عبَّاس روايتان: إحداهما: أنه يرجم. والثانية: أنه ينظر أطول حائط في تلك القرية، فيرمى منه منكسًا، ثم يتبع بالحجارة. ورُوِي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: يرمى عليه حائط.وهذا إجماع من الصحابة رضي الله عنهم على قتله، وإن اختلفوا فيما يقتل به.

والقول الثاني: أنه كالزنى في الفرج، فيجلد ويغرب إن كان بكرًا، ويرجم إن كان ثيبًا. وهو المشهور من المذهب وبه قال الحسن البصري، وعطاء، والنخعي، وقتادة، والأوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد.

هذا مذهبنا، وقال أبو حنيفة: لا يجب فيه الحد، وإنما يجب فيه التَّعزِير.قال الشيخ أبو حامد: ولا يوافقه على هذا المذهب أحد.

وأمَّا المسعودي في «الإبانة»: فقال: خرج في هذا قولًا ثالثًا في إتيان البهيمة، وليس بمشهور. وما ذكرنا للقولين دليل على أبي حنيفة. فأما إذا قلنا: إنه كالزاني في الفرج، فلا كلام. وإذا قلنا: إنه يقتل بكل حال، قال الشيخ أبو إسحاق: فكيف يقتل؟ فيه وجهان، حكاهما المسعودي في «الإبانة» قولين: أحدهما: أنه يقتل بالسيف؛ لأن إطلاق القتل ينصرف إلى القتل بالسيف، كما قلنا في قتل الردة. والثاني: يقتل بالرجم؛ لأنه قتل يجب بالزِّنَى، فكان بالرجم، كقتل الثيب إذا زنَى في الفرج.

فرع: وإذا وطئ امرأة أجنبية في دبرها، فاختلف أصحابنا فيه: فقال الشيخ أبو إسحاق والمسعودي في «الإبانة»: هو كما لو وطئها في قبلها.

وقال الشيخ أبو حامد: هو كما لو وطئ رجل في دبره؛ لأنهما فرجان محرمان لا يستباحان بحال. فإن وطئ امرأته في دبرها، فاختلف أصحابنا فيه: فقال الشيخ أبو حامد وبعض أصحابنا الخراسانيين: لا يجب عليه الحد قولًا واحدًا؛ لأنها محل لشهوته، ولأنه مختلف في إباحته، فكان مالك يبيحه.

وقال بعض أصحابنا الخراسانيين: هو كما لو وطئ أخته في ملكه، هل يجب عليه الحد؟ على قولين.

فإن لاط الرجل بعبده، فاختلف أصحابنا الخراسانيون فيه: فمنهم من قال: هو كما لو لاط بعبد غيره؛ لأنه لا يستباح بحال.ومنهم من قال: هو كما لو وطئ أخته في ملكه، فيكون على قولين.

فرع: ومن حرمت مباشرته بالوطء في الفرج بحكم الزِّنَى واللواط، حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] وهذا ليس بواحد منهم. وقولنا: بحكم الزِّنَى احتراز من امرأته الحائض والمحرمة والصائمة.

فإن باشر من يحرم عليه مباشرته فيما دون الفرج بشهوة، لم يجب عليه الحد؛ لحديث الرجل الذي أخبر النَّبيّ ﷺ أنه أصاب من امرأة كل شيء غير الجماع، ولم يوجب عليه الحد. ويجب عليه التَّعزِير؛ لأنه معصية لا حد فيها ولا كفارة.

فرع: ويحرم إتيان المرأة المرأة؛ لقوله ﷺ: «إذا أتت المرأة المرأة، فهما زانيتان». فإن ساحقت المرأة المرأة، لم يجب عليها الحد. وقال مالك: يجب على كل واحدة منهما حد؛ وهو مائة جلدة.

دليلنا: أنها مباشرة لا إيلاج فيها، فلم يجب فيها الحد، كما لو باشر الرجل المرأة فيما دون الفرج. ويعزران؛ لأنها معصية لا حد فيها ولا كفارة.

مسألة: ويحرم إتيان البهيمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦].

فإن فعل ذلك من يجب عليه حد الزِّنَى، فما الذي يجب عليه؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يجب قتله، بكرًا كان أو ثيبًا وبه قال أبو سلمة بن عبد الرحمن لما رَوَى ابن عبَّاس: أن النَّبيَّ ﷺ قال: «من أتى بهيمة، فاقتلوه، واقتلوا البهيمة» قيل لابن عبَّاس: ما شأن البهيمة تقتل؟ فقال: لأنها ترى، فيقال: هذه وهذه، وقد فعل بها ما فعل. وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النَّبيَّ ﷺ قال: «من وقع على بهيمة، فاقتلوه، واقتلوا البهيمة». ولأن هذا الفرج لا يستباح بحال، فغلظ فيه الحد.

فعلى هذا: كيف يقتل؟ فيه وجهان: أحدهما: بالسيف. والثاني: بالرجم، وقد مضى دليلهما.

والقول الثاني: أنه كالزنى في فرج المرأة، فيجلد ويغرب إن كان بكرًا، ويرجم إن كان ثيبًا؛ لأنه فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل، ففرق فيه بين البكر والثيب كفرج المرأة.

والثالث: أنه لا يجب فيه الحد، وإنما يجب فيه التَّعزِير، وبه قال أكثر أهل العلم؛ لأن الحد إنما يجب بالإيلاج في فرج يبتغي منه كمال اللذة، وفرج البهيمة مما تعافه النفس ولا يفعله إلا السفهاء، فلم يجب به الحد، كشرب البول.ومن أصحابنا الخراسانيين من قال: لا يجب فيه التَّعزِير قولًا واحدًا.

وأمَّا البهيمة المفعول بها، فاختلف أصحابنا فيها: فذكر الشيخ أبو حامد: أنها إن كانت مما تؤكل، فلا خلاف أنها تذبح. ولأي معنى تذبح؟ فيه وجهان: أحدهما: تذبح؛ لكي لا تلد ولدًا مشوهًا؛ لما رُوِيَ: أن راعيًا أتى بهيمة فولدت ولدًا مشوهًا. والثاني: أنها تذبح؛ لئلا يقال: هذه وهذه قد فعل بها؛ لما رَوَيْنَاهُ عن ابن عبَّاس رضي الله عنهما.

فإذا ذبحت، فهل يحل أكلها؟ يبنى على العلتين: فإن قلنا: تذبح لئلا تأتي بولد مشوه، حل أكلها. وإن قلنا: تذبح لكي لا يعير بها، لم يحل أكلها. وإن كانت مما

لا يحل أكلها، فهل تذبح؟ فيه وجهان: أحدهما: تذبح؛ لما ذكرناه من العلتين في التي يؤكل لحمها.والثاني: لا تذبح؛ لأن النَّبيَّ ﷺ نهى عن ذبح الحيوان إلا لمأكلة، وهذه تذبح لا لمأكلة.

وذكر الشيخ أبو إسحاق وابن الصبَّاغ: هل تذبح البهيمة المفعول بها؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يجب ذبحها للخبرين. والثاني: لا يجب ذبحها؛ لأن البهيمة لا تذبح لغير مأكلة، والخبرين ضعيفان.والثالث: إن كانت مما يؤكل، وجب ذبحها. وإن كانت مما لا يؤكل، لم يجب ذبحها.

فإذا قلنا: يجب ذبحها وكانت مملوكة، فهل يحل أكلها؟ فيه وجهان. فإذا قلنا: يجب ذبحها، فذبحت، نظرت: فإن كان الذي فعل بها مالكها، فلا ضمان عليه، كما لو أتلفها. وإن فعل بها غيره، فهل يجب عليه ضمانها؟ فيه وجهان، حكاهما المسعودي في «الإبانة»: أحدهما: لا يجب عليه ضمانها؛ لأنها تقتل حدًا، كما يقتل المملوك حدًا. والثاني: يجب عليه ضمانها، وهو قول العراقيين من أصحابنا؛ لأنه حيوان أتلف من غير جناية. فعلى هذا: إن كانت مما لا يؤكل، وجب عليه جميع قيمتها. وإن كانت مما يؤكل، فإن قلنا: لا يحل أكلها، وجب عليه جميع قيمتها. وإن قلنا: يحل أكلها، وجب عليه ما بين قيمتها حية ومذبوحة. وعلى من يجب؟ فيه وجهان، حكاهما أبو علي الطبري والمسعودي في «الإبانة»: أحدهما: يجب في بيت المال؛ لأنها قتلت في مصلحة المسلمين. والثاني: يجب على الفاعل بها، وهو المشهور من المذهب؛ لأنه هو السبب في إتلافها.

باب إقامة الحد

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يقيم الحدود على الأحرار إلا الإمام أو من فوض إليه الإمام لأنه لم يقم حد على حر على عهد رسول الله ﷺ إلا بإذنه، ولا في أيام الخلفاء إلا بإذنهم، ولأنه حق الله تعالى يفتقر إلى الاجتهاد، ولا يؤمن في استيفائه الحيف، فلم يجز بغير إذن الإمام. ولا يلزم الإمام أن يحضر إقامة الحد، ولا أن يبتدىء بالرجم، لأن النبي ﷺ أمر برجم جماعة، ولم ينقل أنه حضر بنفسه، ولا أنه رماهم بنفسه، فإن ثبت الحد على عبد بإقراره. ومولاه حر مكلف عدل. فله أن يجلده في الزنا والقذف والشرب لما روى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[1] وقال عبد الرحمن بن أبي ليلى: «أدركت بقايا الأنصار وهم يضربون الوليدة من

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٤٧٣) وأحمد في المسند (١/ ٩٥).

ولائدهم في مجالسهم إذا زنت»[١] وهل له أن يغربه؟ فيه وجهان أحدهما: أنه لا يغرب إلا الإمام لما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد، ولا يثرب عليها، ثم إذا زنت فليجلدها الحد، ولا يثرب عليها، ثم إذا زنت فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعر»[٢] فأمر بالجلد دون النفي، والثاني وهو المذهب: أن له أن يغرب، لحديث علي كرم الله وجهه، ولأن ابن عمر جلد أمة له زنت ونفاها إلى فدك، ولأن من ملك الجلد ملك النفي كالإمام، وإن ثبت عليه الحد بالبينة ففيه وجهان أحدهما: أنه يجوز، لأنه يجوز أن يقيم عليه الحد، وهو المذهب، لأنا قد جعلناه في حقه كالإمام، وكذلك في إقامة الحد عليه بالبينة، والثاني: أنه لا يجوز، لأنه يحتاج إلى تزكية الشهود، وذلك إلى الحاكم، فعلى هذا إذا ثبت عند الحاكم بالبينة جاز للسيد أن يقيم الحد من غير إذنه، وهل له أن يقطعه في السرقة؟ فيه وجهان أحدهما: أنه لا يملك من جنس القطع، ويملك من جنس الجلد وهو التعزير. والثاني: أنه يملك وهو المنصوص في البويطي لحديث علي كرم الله وجهه، ولأن ابن عمر قطع عبدًا له سرق، وقطعت عائشة ﵂ أمة لها سرقت. ولأنه حد فملك السيد إقامته على مملوكه كالجلد، وله أن يقتله بالردة على قول من ملك اقامة الحد على العبد، وعلى قول من منع القطع: يجب أن لا يجوز له القتل، والصحيح أن حفصة ﵂ قتلت أمة لها سحرتها، والقتل بالسحر لا يكون إلا في كفر، ولأنه حد فملك المولى إقامته على المملوك كسائر الحدود، وإن كان المولى فاسقًا ففيه وجهان أحدهما أنه يملك إقامة الحد لأنه ولاية تثبت بالملك، فلم يمنع الفسق منها كتزويج الأمة. والثاني: أنه لا يملكه لأنه ولاية في إقامة الحد فمنع الفسق منها، كولاية الحاكم. وإن كانت امرأة فالمذهب أنه يجوز لها إقامة الحد، لأن الشافعي استدل بأن فاطمة ﵂ جلدت أمة لها زنت، وقال أبو علي ابن أبي هريرة: لا يجوز لها لأنها ولاية على الغير فلا تملكها المرأة كولاية التزويج، فعلى هذا فيمن يقيم وجهان، أحدهما: أنه يقيمه وليها في النكاح قياسًا على تزويج أمتها، والثاني: أنه يقيمه الإمام لأن الأصل في إقامة الحد هو الإمام، فإذا سقطت ولاية المولى ثبت الأصل، وإن كان للمولى مكاتب ففيه وجهان ذكرناهما في الكتابة.

فصل: والمستحب أن يحضر إقامة الحد جماعة لقوله عز وجل: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] والمستحب أن يكونوا أربعة لأن الحد يثبت بشهادتهم، فإن كان الحد هو الجلد وكان صحيحًا قويًا والزمان معتدل، أقام الحد ولا يجوز تأخيره، فإن الفرض لا يجوز تأخيره من غير عذر، ولا يجرد ولا يمد، لما روي عن عبد لله بن مسعود أنه قال: «ليس في هذه الأمة مد، ولا تجريد، ولا

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٤٥).

(٢) تقدم.

غل ولا صفد»[١] ويفرق الضرب على الأعضاء، ويتوقى الوجه والمواضع المخوفة، لما روي هنيدة بن خالد الكندي أنه شهد عليًا كرم الله وجهه أقام على رجل حدًا وقال للجلاد: «اضربه وأعط كل عضو منه حقه، واتق وجهه ومذاكيره»[٢] وعن عمر أنه أتي بجارية قد فجرت فقال: «اذهبا بها واضرباها، ولا تخرقا لها جلدًا»[٣] ولأن القصد الردع دون القتل. وإن كان الحر شديدًا، أو كان مريضًا مرضًا يرجى برؤه، أو كان مقطوعًا، أو أقيم عليه حد آخر، ترك إلى أن يعتدل الزمان، ويبرأ من المرض أو القطع، ويسكن ألم الحد لأنه إذا اقيم عليه الحد في هذه الأحوال أعان على قتله، وإن كان نضو الخلق لا يطيق الضرب. أو مريضًا لا يرجى برؤه، جمع مائة شمراخ فضرب به دفعة واحدة، ولما روى سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبي ﷺ من الأنصار: «أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى، فدخلت عليه جارية لبعضهم فوقع عليها، فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه ذكر لهم ذلك. وقال: استفتوا لي رسول الله ﷺ فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا: ما رأينا بأحد من الضر مثل الذي هو به، لو حملناه إليك يا رسول الله لتفسخت عظامه، ما هو إلا جلد على عظم، فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة»[٤] لأنه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يتلف به، ولا يمكن تركه لأنه يؤدي إلى تعطيل الحد قال الشافعي رحمه الله: ولأنه إذا كانت الصلاة تختلف باختلاف حاله فالحد بذلك أولى، وإن وجب الحد على امرأة حامل لم يقم عليها الحد حتى تضع، قد بيناه في القصاص.

فصل: وإن أقيم الحد في الحال التي يجوز فيها إقامته فهلك منه لم يضمن، لأن الحق قتله، وإن أقيم في الحال التي لا يجوز إقامته. فإن كانت حاملًا فتلف منه الجنين. وجب الضمان، لأنه مضمون فلا يسقط ضمانه بجناية غيره، وإن تلف المحدود. فقد قال: إذا أقيم الحد في شدة حر أو برد فهلك لا ضمان عليه. وقال في «الأم» إذا ختن في شدة حر أو برد فتلف وجبت على عاقلته الدية. فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، وجعلها على قولين، أحدهما: لا يجب لأنه هلك من حد. والثاني: أنه يجب لأنه مفرط ومنهم من قال: لا يجب الضمان في الحد لأنه منصوص عليه، ويجب في الختان لأنه ثبت بالاجتهاد. وإن قلنا: أنه يضمن ففي القدر الذي يضمن وجهان، أحدهما: أنه يضمن جميع الدية لأنه مفرط. والثاني: أنه يضمن نصف الدية لأنه مات من واجب ومحظور فسقط النصف ووجب النصف.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٣٧٣) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٢٦).
(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٣٧٠) والبيهقي في سننه (٨/ ٣٢٧).
(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٣٤٧) والبيهقي في سننه (٨/ ٣٢٧).
(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٤٧٢).

فصل: وإن وجب التغريب نفي إلى مسافة يقصر فيها الصلاة لأن ما دون ذلك في حكم الموضع الذي كان فيه من المنع من القصر والفطر والمسح على الخف ثلاثة أيام، فإن رجع قبل إنقضاء المدة رد إلى الموضع الذي نفي إليه، فإن انقضت المدة فهو بالخيار بين الإقامة وبين العود إلى موضعه. وإن رأى الإمام أن ينفيه إلى أبعد من المسافة التي يقصر فيها الصلاة كان له ذلك، لأن عمر ﷺ غرب إلى الشام، وغرب عثمان ﷺ إلى مصر وإن رأى أن يزيد على سنة لم يجز، لأن السنة منصوص عليها، والمسافة مجتهد فيها، وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال يغرب إلى حيث ينطلق عليه اسم الغربة، وإن كان دون ما تقصر إليه الصلاة لأن القصد تعذيبه بالغربة، وذلك يحصل بدون ما تقصر إليه الصلاة، ولا تغرب المرأة إلا في صحبة ذي رحم محرم، أو امرأة ثقة في صحبة مأمونة. وأن لم تجد ذا رحم محرم ولا امرأة ثقة، تتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها، ومن أين يستأجر؟ فيه وجهان، من أصحابنا من قال؛ يستأجر من مالها لأنه حق عليها، فكانت مؤنته عليها، وإن لم يكن لها مال استؤجر من بيت المال. ومن أصحابنا من قال: يستأجر من بيت المال، لأنه حق لله عز وجل، فكانت مؤنته من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها.

فصل: وإن كان الحد رجمًا . وكان صحيحًا والزمان معتدل . رجم لأن الحد لا يجوز تأخيره من غير عذر، وإن كان مريضًا مرضًا يرجى زواله أو الزمان مسرف الحر أو البرد، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يؤجل رجمه لأن القصد قتله فلا يمنع الحر والبرد والمرض منه. والثاني: أنه لا يؤخر لأنه ربما رجع في خلال الرجم وقد أثر في جسمه الرجم، فيعين الحر والبرد والمرض على قتله، وإن كان امرأة لم ترجم حتى تضع لأنه يتلف به الجنين.

فصل: فإن كان المرجوم رجلًا لم يحفر له، لأن النبي ﷺ لم يحضر لماعز ولأنه ليس بعورة وإن كان امرأة لما روى بريدة قال: «جاءت امرأة من غامد إلى رسول الله ﷺ فاعترفت بالزنا فأمر فحفر لها إلى صدرها ثم أمر برجمها»[1] لأن ذلك أستر لها.

فصل: وإن هرب المرجوم من الرجم . فإن كان الحد ثبت بالبينة . اتبع ورجم، لأنه لا سبيل إلى تركه، وإن ثبت بالإقرار لم يتبع لما روى أبو سعيد الخدري قال: «جاء ماعز إلى رسول الله ﷺ فقال: إن الأخر زنى. وذكر إلى أن قال: اذهبوا بهذا فارجموه فأتينا به مكانًا قليل الحجارة، فلما رميناه اشتد من بين أيدينا يسعى فتبعناه، فأتى بنا حرة كثيرة الحجارة فقام ونصب نفسه،

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٩٥) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٣٣) وأحمد في المسند (٥/ ٣٤٧).

فرميناه حتى قتلناه، ثم اجتمعنا إلى رسول الله ﷺ فأخبرناه فقال رسول الله ﷺ: سبحان الله فهلا خليتم عنه حين سعى من بين أيديكم»[1] وإن وقف وأقام على الإقرار رجم، وإن رجع عن الإقرار لم يرجم، لأن رجوعه مقبول، وبالله التوفيق.

الشرح: قوله: «الوليدة» الأمة، والتثريب: التعيير والاستقصاء في اللوم، والغل: شد العنق بحبل أو غيره، والصفد: القيد وهو الغل في العنق أيضًا، وقوله: «نضو الخلق» أي مهزول، والشمراخ واحد الشماريخ وهو العثكال الذي يكون عليه البسر والرطب، وقوله: «حتى أضنى» أي مرض، وقوله: «بسرف الحر» أي مفرط في شدة الحر.

قال في البيان: إذا وجب حد الزِّنَى أو السرقة أو الشرب على حر، لم يجز استيفاؤه إلا للإمام أو لمن فوض إليه الإمام ذلك؛ لأن الحدود في زمن رسول الله ﷺ وفي زمن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، لم تستوف إلا بإذنهم، ولأن استيفاءها يفتقر إلى نظر واجتهاد، فلا يصح استيفاؤها إلا من الإمام أو النائب عنه.

وأمَّا حد القذف: فيصح استيفاؤه للإمام، فإن تحاكم المتقاذفان إلى رجل من الرعية يصلح أن يكون حاكمًا، فهل يصح حكمه فيه واستيفاؤه له؟ فيه وجهان، نذكرهما في موضعهما إن شاء الله.

مسألة: ويجوز للإمام أن يحضر موضع الرجم، ولا يلزمه الحضور.وحكي: أن أبا حنيفة قال: يلزمه الحضور.

وإن ثبت الزِّنَى بالبينة، لم يلزم البينة حضور الرجم، فإن حضروا، لم يلزمهم البداية بالرجم. وكذلك إذا حضر الإمام، لم يلزمه البداية بالرجم، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: يلزم البينة الحضور ويلزمهم البداية بالرجم، ثم الإمام، ثم الناس. وإن ثبت الزِّنَى باعتراف الزاني، لزم الإمام البداية بالرجم، ثم الناس.

فرع: والمستحب للإمام إذا أراد أن يقيم الحد: أن يحضره طائفة من المسلمين يشهدون إقامته؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]. واختلف الناس في عددهم: فمذهبنا: أن الطائفة هاهنا أربعة.

وذهب ابن عبَّاس إلى أن الطائفة هاهنا واحد فما فوقه. وذهب عطاء وأحمد إلى: أن الطائفة هاهنا اثنان فما فوقهما. وذهب الزهري إلى أنها ثلاثة. وذهب ربيعة إلى أنها خمسة. وذهب الحسن البصري إلى أنها هاهنا عشرة.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٩٤) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٣١) وأحمد في المسند (٣/ ٢).

دليلنا: أن الأربعة هو العدد الذي يثبت به الزِّنَى، فوجب أن يكونوا هم العدد الذين يحضرون إقامة الحد.

قال الشيخ أبو حامد: قال الشافعي: جعل الطائفة هاهنا أربعة فأكثر، وفي صلاة الخوف ثلاثة فأكثر، وقوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ﴾ [التوبة: ١٢٢] واحدًا فأكثر.

مسألة: وإن وجب الحد على مملوك، فللمولى أن يجعل إقامة الحد على ذلك إلى الإمام أو إلى النائب عنه.

وإن أراد أن يقيم ذلك بنفسه، فإن كان حد الزِّنَى أو القذف أو الشرب وجب على المملوك بإقراره، جاز للمولى إقامته. وبه قال جماعة من الصحابة، ومن التابعين: الحسن والنخعي وعلقمة والأسود. ومن الفقهاء: مالك وسفيان والأوزاعِي.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز للمولى إقامة الحد على مملوكه، وإنما يجوز له تعزيره.

دليلنا: ما روى علي بن أبي طالب أن النَّبيَّ ﷺ قال: «أقيموا الحدود على من ملكت أيمانكم». ورَوَى أبو هريرة: أن النَّبيَّ ﷺ قال: «إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها، فليجلدها الحد ولا يثرب عليها، ثم إذا زنت، فليجلدها الحد ولا يثرب عليها، ثم إذا زنت الثالثة فتبين زناها، فليبعها ولو بحبل من شعر». ومعنى قوله: لا يثرب عليها أي: لا يوبخها ولا يعيرها. وقيل: معناه لا يبالغ في جلدها حتى تدمى.

فرع: وهل للمولى أن يغرب مملوكه بالزِّنَى؟ إذا قلنا: يجب عليه التغريب، ففيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي العباس: أنه ليس له أن يغربه، وإنما يغربه الإمام؛ لقوله ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم، فليجلدها الحد» ولم يذكر التغريب.

والثاني وهو المذهب: أن للمولى أن يغربه؛ لقوله ﷺ: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» والتغريب من الحد. ولما رويناه عن ابن عمر.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن من أصحابنا من قال: يغربه من جلده، فإن جلده الإمام، غربه. وإن جلده المولى، غربه. وإن شهدت البينة على المملوك بما يوجب الحد، فهل يملك المولى سماعها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك ذلك؛ لأن البينة تحتاج إلى البحث عن العدالة، وذلك أمر يفتقر إلى الاجتهاد، فكان إلى الحاكم. فعلى هذا: يسمع الحاكم البينة، فإذا ثبت عدالتها وحكم بها الحاكم، أقام المولى الحد.

والثاني: أن للمولى أن يسمع البينة بذلك، ويقيم بها الحد، وهو المذهب؛ لأن من جاز له إقامة الحد، جاز له سماع البينة فيه، كالحاكم. وأمَّا البحث عن العدالة: فيمكن المولى ذلك كما يمكن الحاكم.

وهل للمولى أن يقيم الحد بعلمه؟ هو كالحاكم: هل له أن يقضي في الحدود بعلمه؟ على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: وهل للمولى أن يقطع مملوكه في السرقة؟ فيه وجهان: أحدهما: قال أبو العباس: ليس له ذلك؛ لأن ما يقطع به السارق مختلف فيه، فافتقر إلى الحاكم، بخلاف الحد في الزِّنَى؛ فإنه مجمع على سببه، ولأن السيد يملك على عبده من جنس الجلد في الحد؛ وهو التَّعزِير، ولا يملك عليه من جنس القطع.

والثاني: يجوز له القطع، وهو المنصوص؛ لقوله ﷺ: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» ولم يفرق. ولأن ابن عمر رضي الله عنهما وأرضاهما قطع عبدًا له سرق. وقطعت عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أمة لها سرقت. ولا مخالف لهما في الصحابة. ولأن من ملك إقامة حد الزِّنَى، ملك إقامة حد السرقة، كالحاكم. وإن ارتد المملوك، فليس للسيد أن يقتله على قول أبي العباس، وله أن يقتله على المنصوص؛ لأن حفصة رضي الله عنها قتلت أمة لها سحرتها. والقتل بالسحر لا يكون إلا بالردة.

فرع: وأمَّا المولى الذي يملك إقامة الحد على مملوكه. فلا خلاف على المذهب: أن المولى إذا كان رجلًا، بالغًا، عاقلًا، عالمًا، مسلمًا، حرًا، عدلًا، فله إقامة الحد على مملوكه؛ لما ذكرناه. وهل للوصي أن يقيم الحد على رقيق الصغير؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي في «الإبانة» بناء على أن له تزويج أمته أو عبده؟ فيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي إسحاق: إن كان المولى يقيم الحد بنفسه، فيحتاج أن يكون عدلًا، عالمًا، قويًا، له بطش. فإن وكل من يقيم له الحد، فيحتاج أن يكون عدلًا، عاقلًا، عالمًا. وإن كان فاسقًا أو جاهلًا، لم يكن له إقامة الحد؛ لأنها ولاية في إقامة الحد، فمنع الفسق والجهل منه، كولاية الحاكم.

والثاني: يجوز أن يكون فاسقًا جاهلًا، وهو المنصوص في القديم؛ لقوله ﷺ: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم». وهذا خطاب يعم الجميع، ولأنها ولاية بحق الملك، فلم يمنع الفسق والجهل منها، كولاية النكاح.

وهل للكافر أن يقيم الحد على مملوكه؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون، وتعليلهما ما ذكرناه في الفاسق. وهل للمرأة أن تقيم الحد على مملوكها؟ فيه وجهان: أحدهما وهو المذهب: أن لها أن تقيم الحد؛ لما رُوِيَ: أن فاطمة بنت

رسول الله ﷺ جلدت أمة لها زنت، وقطعت عائشة أمة لها سرقت. ولا مخالف لهما في الصحابة.والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه ليس لها ذلك؛ لأنه ولاية على الغير، فلم تملكه المرأة، كولاية النكاح.

فعلى هذا: فيمن يقيم الحد على مملوكها وجهان: أحدهما: ولي المرأة، كما يزوج أمتها. والثاني: لا يملكه إلا الحاكم؛ لأن ذلك يستفاد بالولاية العامة وبولاية الملك، فإذا بطلت ولاية الملك في ذلك، بقيت الولاية العامة في ذلك؛ وهي ولاية الحاكم.

وإن كان المولى مكاتبًا، فهل له أن يقيم الحد على مملوكه؟ فيه وجهان: أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه ليس من أهل الولاية.

والثاني: له ذلك؛ لأنه يستفاد بالملك، فملكه المولى، كسائر التصرفات. وإن كان عبد بين اثنين شريكين، لم يجز لأحدهما أن يقيم عليه الحد بغير إذن شريكه؛ لأنه ليس له أن يحكم في ملك شريكه.

مسألة: إذا كان المحدود بكرًا، نظرت فيه: فإن كان صحيحًا قويًا، والزمان معتدل الحر والبرد، فإنه يجلد ولا يجرد ولا يقيد. وقال أبو حنيفة: يجرد عن الثياب.

دليلنا: ما رُوِي عن ابن مسعود: أنه قال: ليس في هذه الأمة مد، ولا تجريد، ولا غل، ولا صفد. ولا مخالف له في الصحابة.

ويفرق الضرب على أعضائه ويتوقى الوجه والمذاكير؛ لما روى أبو هريرة: أن النَّبيَّ ﷺ قال: «إذا ضرب أحدكم، فليتوق الوجه». ورُوِي: أن عليًّا كرم الله وجهه حد رجلًا، فقال للجلاد: اضربه وأعط كل عضو منه حقه، واتق وجهه ومذاكيره. ورُوِي ذلك عن ابن عمر. ولأن الوجه يتبين فيه الشين، والمذاكير مقتل. وهل يتوقى الرأس؟ فيه وجهان: أحدهما وهو قول الماسرجسي واختيار ابن الصبَّاغ: أنه يتوقاه؛ لأنه مقتل، ويخاف منه العمى وزوال العقل. وكذلك الخاصرة مثله. والثاني وهو قول أكثر أصحابنا: أنه لا يتوقى الرأس؛ لما رُوِي عن أبي بكر الصدِّيق رضي الله عنه: أنه قال للجلاد: اضرب الرأس؛ فإن الشيطان فيه، ولأنه يكون مغطى في العادة فلا يخاف تشويهه، ولأن ضربه بالسوط لا يخاف منه الموت.

ويضرب بسوط بين سوطين، لا جديد فيجرح، ولا خلق فلا يؤلم؛ لما رُوِيَ: أن النَّبيَّ ﷺ أراد أن يجلد رجلًا، فأتي بسوط خلق، فقال: «فوق هذا» فأتي بسوط جديد، فقال: «بين هذين» فأتي بسوط قد لان فضرب به. وكذلك رُوِي عن علي وعمر رضي الله عنهما.

ويضرب ضربًا بين ضربين، فلا يرفع الجلاد يده حتى يرى بياض إبطه، ولا يضعها وضعًا يسيرًا، ولكن يرفع ذراعه ويضرب؛ لما رُوِي عن علي رضي الله عنه: أنه قال: سوط بين سوطين، وضرب بين ضربين. وعن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، أنهم قالوا للجلاد: لا ترفع يدك حتى يرى بياض إبطك. ولأنه إذا رفع يده، وقع الضرب شديدًا، وربما جرحه، وإذا وضع يده وضعًا يسيرًا، لم يحصل به الألم.

ويضرب الرجل قائمًا، وتترك له يده يتقي بها، ولا يقيد ولا يمد ولا يجرد عن ثيابه، بل يترك عليه قميص أو قميصان، ولا تترك عليه جبة محشوة ولا فرو؛ لأنه يمنع من وصول الألم إليه. وتجلد المرأة جالسة.

وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: تجلد قائمة، كالرجل.

دليلنا: ما رُوِي عن علي رضي الله عنه: أنه قال: تضرب المرأة جالسة، ولأن ذلك أستر لها.

وتشد عليها امرأة ثيابها في حال الضرب؛ لئلا ينكشف بدنها، وتضرب ضربًا بين ضربين، لما رَوَيْنَاهُ عن علي رضي الله عنه. ورُوِي: أن جارية أقرت عند عمر رضي الله عنه بالزِّنَى، فقال: أذهبت الجارية حسنها وجمالها. ثم قال لرجلين: اضرباها ولا تخرقا لها جلدًا.

وإن كان البكر مريضًا أو مقطوعًا أو محدودًا، أخر جلده حتى يبرأ من مرضه أو قطعه ويسكن ألم حده الأول، وكذلك: إن كان الزمان شديد الحر أو البرد، أخر جلده إلى أن يعتدل الزمان؛ لأن المقصود من جلده النَكَال والردع لا القتل، فلو جلدناه في هذه الأحوال، لم يؤمن أن يموت من ذلك.

وإن كان نضو الخلق لا من علة لكنه نحيف الخلقة، أو كان به مرض لا يرجى زواله كالمسلول والزمن، فإنه لا يحد حد الأقوياء، ولكن يضرب بإثكال النخل؛ وهو قضبانه. فيجمع مائة شمراخ، فيضرب بها دفعة واحدة، أو يضرب بأطراف الثياب والنعال. وقال مالك: لا يضرب إلا بالسوط مائة مفرقة، فإن لم يمكن، أخر جلده. وقال أبو حنيفة: يجمع مائة سوط، ويضرب بها دفعة واحدة. دليلنا: ما رَوَى أبو داود بإسناده، عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، «أنه أخبره بعض أصحاب النَّبيّ ﷺ من الأنصار: أنه اشتكى رجل منهم حتى ضني، فعاد جلده على عظمه، فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش إليها، فوقع عليها، فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه، أخبرهم بذلك، وقال: استفتوا لي رسول الله ﷺ فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا: ما رأينا أحدًا من الناس نزل به من الضر مثل الذي هو به، فلو حملناه إليك، لتفسخت عظامه، ولم يبق عليه إلا جلد على عظم، فقال النَّبيّ ﷺ:

خذوا مائة شمراخ واضربوه بها ضربة واحدة» وهذا نص في موضع الخلاف. ولأنه لا يمكن ضربه بالسوط؛ لأنه يؤدي إلى تلفه، ولا يمكن تركه؛ لأنه يؤدي إلى تعطيل الحد. فإن سرق نضو الخلق أو المريض الذي لا يرجى زوال مرضه، فهل يقطع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يقطع؛ لأنه ليس المقصود من الحد القتل، كما أنه ليس المقصود من الجلد القتل، فلما لم يجز جلده بالسوط، لم يجز قطعه. والثاني: يقطع، وهو المذهب؛ لأنه لا يمكننا أن نقطعه قطعًا لا يخاف منه؛ إذ كل القطع يخاف منه السراية، فتركه يؤدي إلى إسقاط الحد، بخلاف الجلد.

فرع: وإن وجب الجلد على امرأة وهي حبلى، لم تجلد حتى تضع؛ لأن جلدها ربما كان سببًا لتلف ولدها، وربما كان سببًا لتلفها؛ لأنها تضعف بالحمل. وكذلك: إذا ولدت، لم يجز حدها ما دامت نفساء؛ لأن خروج الدم منها يضعفها، فهي كالمريضة.

إذا ثبت هذا: فكل موضع قلنا: يجوز فيه إقامة الحد فأقامه الإمام فمات المحدود، لم يجب ضمانه؛ لأن الحق قتله.

وكل موضع قلنا: لا يجوز إقامة الحد فيه فأقامه الإمام فيه، فإن كانت المرأة حاملًا ثم تلف حملها، وجب على الإمام ضمانه؛ لأنه متعد بذلك. فإن لم يعلم الإمام بكونها حاملًا، فهل يجب ضمانه في ماله أو في بيت المال؟ فيه قولان مَضَى توجيههما. وإن علم الإمام بكونها حاملًا، ففيه طريقان: أحدهما: من أصحابنا من قال: يجب ضمانه في ماله قولًا واحدًا؛ لأن بيت المال إنما يحمل خطأ الإمام، وهذا عمد إليه. والثاني: منهم من قال: فيه قولان، وهو الأصح؛ لأن إتلاف الجنين لا يتأتى فيه العمد المحض، وإنما يتلف بعمد الخطأ.

وإن تلف المحدود، فقد نص الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ على أن الإمام إذا أقام الحد على رجل في شدة حر أو برد، فمات المحدود، أنه لا يجب ضمانه.

ونص الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ على أنه إذا أمر الخاتن، فختنه في شدة حر أو برد، فمات المختون، وجب ضمانه.

فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين: أحدهما: لا يجب عليه ضمانه؛ لأنه تلف بما هو مستحق عليه. والثاني: يجب عليه ضمانه؛ لأنه تعدى بذلك.

ومنهم من قال: لا يجب عليه ضمان المحدود؛ لأن الحد منصوص عليه، ويجب عليه ضمان المختون؛ لأن الختان مجتهد فيه. فإذا قلنا: يجب الضمان، فكم يجب؟ فيه وجهان: أحدهما: يجب جميع الدية؛ لأنه مفرط. والثاني: لا يجب عليه

نصف الدية؛ لأنه مات من واجب ومحظور.وفي محل الوجوب قولان: أحدهما: في ماله. والثاني: في بيت المال.

مسألة: ويغرب البكر الحر سنة مع الجلد، وفي العبد قولان، وقد مَضَى الدليل عليهم.

ولا تجوز الزيادة على السنة للخبر. وأقل مسافة التغريب ما تقصر إليه الصلاة.وقال أبو عليّ بن أبي هريرة: يكفي التغريب إلى دون مسافة القصر؛ لقوله ﷺ: «وتغريب عام». ولم يفرق. والمذهب الأول؛ لأن ما دون مسافة القصر في حكم بلد الإقامة.وإن رأى الإمام أن يغرب إلى أكثر من مسافة القصر، جاز؛ لأن عمر رضي الله عنه غرب من المدينة إلى الشام، وغرب عثمان رضي الله عنه منها إلى مصر.

وإن كان الزاني غريبًا في البلد الذي زنَى فيه، لم يقنع منه بالإقامة في تلك البلد، بل يخرج منها إلى بلد تقصر إليه الصلاة من البلد الذي زنَى فيه. فإن أراد أن يرجع إلى وطنه وبينهما مسافة القصر أو أكثر، منع من ذلك؛ لأن المقصود بالتغريب تعذيبه، وذلك لا يحصل برجوعه إلى وطنه. وهل يجزئ التغريب سنة متفرقة؟ يحتمل أن يكون على وجهين، كتعريف اللقطة سنة متفرقة.

فإذا انقضت السنة، كان بالخيار: بين أن يرجع إلى وطنه، وبين أن لا يرجع؛ لأن الواجب قد حصل.

فرع: وهل تغرب المرأة وحدها؟ فيه وجهان، حكاهما المسعوديُّ في «الإبانة»: أحدهما: تغرب وحدها؛ لأنه سفر واجب، فهو كالهجرة. والثاني: لا تغرب وحدها؛ لقوله ﷺ: «لا تسافر المرأة إلا ومعها زوجها، أو ذو رحم محرم لها».

فإذا قلنا بهذا: فهل يجب على ذي رحمها أن يسافر معها؟ فيه وجهان: أحدهما: قال أكثر أصحابنا: لا يلزمه السفر معها؛ لأن السفر وجب عليها، فلم يجب على ذي رحمها، كما قلنا في سفرها للحج. والثاني: قال أبو العباس: يلزمه الخروج معها، ولا يمتنع أن يجب على الإنسان قطع مسافة لأجل الغير، كما لو أمر الإمام قومًا في الغزو وكان على طريقهم عدو يخافونه، فإن على الإمام أن يبعث معهم جيشًا ليجوزوا بهم على ذلك العدو.

والأول أصح. فعلى هذا: أن تطوع ذو رحمها بالخروج معها، أو لم يتطوع ولكن وجدت امرأة ثقة فتطوعت بالخروج معها وكان الطريق آمنًا، لزمها السفر بذلك.

وإن لم يتطوع ذو رحمها بالخروج، ولا وجدت امرأة ثقة تطوع بالخروج معها

في طريق مأمون، فإنه يستأجر ذو رحمها أو امرأة ثقة لتخرج معها. ومن أين يستأجر؟ فيه وجهان: أحدهما: من مالها؛ لأن ذلك واجب عليها، فإن لم يكن لها مال، فمن بيت المال؛ لأن في ذلك مصلحة. والثاني: يستأجر من بيت المال؛ لأنه حق الله تعالى فكانت مؤنته من بيت المال، فإن لم يكن فيه شيء، أو كان ولكنه يحتاج إليه لما هو أهم من ذلك، كان من مالها؛ لأن ذلك واجب عليها.

مسألة: وإن كان الزاني ثيبًا، نظر فيه: فإن كان صحيحًا قويًا، والزمان معتدل الحر والبرد، رجم. وإن كان مريضًا، أو كان في شدة حر أو برد، فاختلف أصحابنا فيه: فقال ابن الصبَّاغ: إن ثبت زناه بالبينة، رجم. وإن ثبت بإقراره، ففيه وجهان: أحدهما: يؤخر رجمه إلى أن يبرأ من مرضه ويعتدل الزمان؛ لأنه لا يؤمن أن يرجع عن إقراره بعد أن رجم بعض الرجم، فيؤدي ذلك مع المرض الشديد أو مع شدة الحر أو البرد إلى إتلاف نفسه.

والثاني: يرجم ولا يؤخر؛ لأن الزِّنَى قد ثبت عليه ووجب رجمه، فلم يؤخر كما لو ثبت زناه بالبينة. وما ذكره الأول: يبطل بالزِّنَى إذا ثبت بالبينة؛ فإنه يجوز أن يرجع الشهود بعد أن رجم بعض الرجم، فيسقط عنه الرجم، ومع هذا لا يؤخر الرجم.

وقال الشيخ أبو إسحاق: هل يؤخر الرجم مع شدة المرض أو شدة الحر أو البرد؟

فيه وجهان، ولم يفرق بين أن يثبت الزنى بالبينة أو بالإقرار، إلا أن تعليله يدل على أنه أراد إذا ثبت الزِّنَى بالإقرار؛ لأنه قال: يؤخر؛ لأنه ربما يرجع عن إقراره في حال الرجم.

وقال الشيخ أبو حامد: إن كان مريضًا، فإن الرجم يؤخر بكل حال، سواء كان مما يرجى زواله أو مما لا يرجى زواله. وإن كان في شدة الحر أو البرد، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يرجم في الحال. الثاني: إن ثبت بالإقرار، لم يرجم، وإن ثبت بالبينة، رجم، ودليلهما ما مَضَى. الثالث: إن ثبت زناه بالبينة، أخر رجمه، وإن ثبت بالإقرار، رجم، لأنه هتك نفسه بإقراره. والأول أصح.

فرع: وإذا أريد رجم الزاني، نظرت: فإن كان رجلًا، لم يحفر له، سواء ثبت زناه بالبينة أو بالإقرار؛ لأن النَّبيَّ ﷺ لم يحفر لماعز بن مالك. فيدور الناس حوله ويرجمونه. وإن كان المرجوم امرأة، فهل يحفر لها؟ اختلف أصحابنا فيه:

فقال الشيخ أبو حامد: إن ثبت زناها بالبينة، حفر لها؛ لأنها عورة. وإن ثبت زناها بإقرارها، لم يحفر لها؛ لأنها ربما هربت فيكون رجوعًا، ولا يمكنها ذلك.

وقال القاضي أبو حامد: إن ثبت زناها بالبينة، فهو بالخيار: بين أن يحفر لها وبين أن لا يحفر لها. وإن ثبت زناها بإقرارها، لم يحفر لها. وقال القاضي أبو الطيب: هو بالخيار: بين أن يحفر لها أو لا يحفر لها، وسواء ثبت زناها بالبينة أو بالإقرار؛ لأن النَّبيَّ ﷺ حفر للغامدية إلى ثدييها، ولم يحفر للجهنية. وكان ثبت زناهما بالإقرار.

وقال الشيخ أبو إسحاق: يحفر للمرأة، ولم يفرق بين أن يثبت زناها بالبينة أو بالإقرار؛ لأن ذلك أستر لها.

فرع: وإن وجب الرجم على امرأة حبلى، لم ترجم حتى تضع؛ لما ذكرناه في الغامدية والجهنية.

ورُوِي: أن عمر رضي الله عنه، أراد أن يرجم امرأة حاملًا، فقال له معاذ رضي الله عنه: إن كان لك سبيل عليها، فليس لك سبيل على ما في بطنها فتركها.

فإن وجد للولد من ترضعه، رجمت بعد ما تسقيه الأم اللِّبَأ، لأنه لا يعيش إلا بذلك. وإن لم توجد له من ترضعه، لم ترجم حتى تفطمه؛ لما ذكرناه في الخبر في الغامدية.

فرع: وإن هرب المرجوم في حال الرجم، نظرت: فإن ثبت زناه بالبينة، اتبع ورجم إلى أن يموت؛ لأنه لا سبيل إلى تركه.

وإن ثبت زناه بإقراره، لم يتبع؛ لما رُوِيَ: أن ماعز بن مالك لما وجد ألم الحجارة، فر من بين أيديهم، فتبعوه ورجموه حتى مات، ثم ذكروا ذلك للنبي ﷺ فقال النَّبيّ ﷺ: «هلا خليتموه حين سعى من بين أيديكم». ولأنه لو رجع عن إقراره، لقبل رجوعه، فكان الظاهر من حاله: أنه لما هرب منهم، أنه رجع عن إقراره.

فإن هرب ولم يصرح بالرجوع، فتبعوه ورجموه حتى قتلوه، لم يجب عليهم ضمانه؛ لأن النَّبيَّ ﷺ لم يوجب عليهم ضمان ماعز بن مالك. ولأن هربه يحتمل الرجوع وغيره، فلم يجب عليهم الضمان بالشك.

فرع: ويغسل المرجوم ويصَلَّى عليه إن كان مسلمًا. وقال مالك: لا يصَلَّى عليه.

دليلنا: «أن النَّبيَّ ﷺ أمر بالغامدية فرجمت، وصَلَّى عليها، ودفنت». وأمرهم أن يصلوا على الجهنية، فقال عمر رضي الله عنه وأرضاه: نصلي عليها وقد زنت؟ فقال رسول الله ﷺ: «لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة، لوسعتهم، وهل وجدت شيئًا أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى».

فرع: ويكره إقامة الحد في المسجد. وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: لا يكره.

دليلنا: ما رُوِيَ «أن النَّبيَّ ﷺ نهى أن يستقاد في المسجد، وأن تنشد فيه الأشعار، وأن تقام فيه الحدود». فإن أقيم الحد في المسجد، سقط به الفرض؛ لأن النهي يعود إلى المسجد لا إلى الحد، فسقط به الفرض، كالصلاة في الدار المغصوبة.

باب حد القذف

قال المصنف رحمه الله تعالى: القذف محرم، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله عز وجل، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات»[(١)].

فصل: إذا قذف بالغ عاقل مختار مسلم أو. كافر التزم حقوق المسلمين من مرتد أو ذمي أو معاهد. محصنًا ليس بولد له بوطء يوجب الحد: وجب عليه الحد، فإن كان حرًا جلد ثمانين جلدة، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النُّور: ٤] وإن كان مملوكًا جلد أربعين لما روى يحيى بن سعيد الأنصاري قال: «ضرب أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مملوكًا افترى على حر ثمانين جلدة، فبلغ ذلك عبد الله بن عامر بن ربيعة فقال: أدركت الناس من زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وإلى اليوم فما رأيت أحدًا ضرب المملوك المفتري على الحر ثمانين قبل أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم»[(٢)] وروى خلاس أن عليًا كرم الله وجهه قال في عبد قذف حرًا نصف الحد، ولأنه حد يتبعض فكان المملوك على النصف من الحر كحد الزنا.

فصل: وإن قذف غير محصن لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النُّور: ٤] فدل على أنه إذا قذف غير محصن لم يجلد، والمحصن الذي يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتمع فيه البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والعفة عن الزنا. فإن قذف صغيرًا، أو مجنونًا، لم يجب به عليه الحد، لأن ما يرمى به الصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد، فلم يجب الحد على القاذف، كما لو قذف بالغًا عاقلًا

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٨٢٨) وعبد الرزاق في المصنف (٧/ ٤٣٧) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٥١).

بما دون الوطء. وإن قذف كافرًا لم يجب عليه الحد، لما روى ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «من أشرك بالله فليس بمحصن»[1] وإن قذف مملوكًا لم يجب عليه الحد، لأن نقص الرق يمنع كمال الحد فيمنع وجوب الحد على قاذفه، وإن قذف زانيًا لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النُّور: ٤] فأسقط الحد عنه إذا ثبت أنه زنى، فدل على أنه إذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد، وإن قذف من وطىء في غير ملك وطئًا محرمًا لا يجب به الحد، كمن وطىء امرأة ظنها زوجته أو وطىء في نكاح مختلف في صحته، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجب عليه الحد، لأنه وطء محرم لم يصادف ملكًا فسقط به الإحصان كالزنا. والثاني: أنه يجب لأن وطأه لا يجب به الحد فلم يسقط به الإحصان كما لو وطىء زوجته وهي حائض.

فصل: وإن قذف الوالد ولده، أو قذف الجد ولد ولده، لم يجب عليه الحد. وقال أبو ثور: يجب عليه الحد لعموم الآية، والمذهب الأول، لأنه عقوبة تجب لحق الآدمي فلم يجب للولد على الوالد كالقصاص. وإن قذف زوجته فماتت وله منها ولد سقط الحد، لأنه لما لم يثبت له عليه بالإرث عن أمه وإن كان لها ابن آخر من غيره وجب له، لأن حد القذف يثبت لكل واحد من الورثة على الإنفراد.

فصل: وإن رفع القاذف إلى الحاكم وجب عليه السؤال عن إحصان المقذوف لأنه شرط في الحكم، فيجب السؤال عنه كعدالة الشهود، ومن أصحابنا من قال: لا يجب لأن البلوغ والعقل معلوم بالنظر إليه والظاهر الحرية والإسلام والعفة. وإن قال القاذف أمهلني لأقيم البينة على الزنا، أمهل ثلاثة أيام لأنه قريب، لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَمَسُّوهَا بِسُوٓءٍ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ﴾ [هُود: ٦٤] ثم قال: ﴿تَمَتَّعُوا۟ فِى دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هُود: ٦٥].

فصل: وإن قذف محصنًا ثم زنى المقذوف أو وطىء وطئًا زال به الإحصان سقط الحد عن القاذف، وقال المزني وأبو ثور: لا يسقط لأنه معنى طرأ بعد وجوب الحد: فلا يسقط ما وجب من الحد كردة المقذوف وثيوبة الزاني وحريته، وهذا خطأ لأن ما ظهر من الزنا يوقع شبهة في حال القذف، ولهذا روي أن رجلًا زنى بامرأة في زمان أمير المؤمنين عمر ﷺ فقال: والله ما زنيت إلا هذه المرة، فقال له عمر: «كذبت إن الله لا يفضح عبده في أول مرة» والحد يسقط بالشبهة، وأما ردة المقذوف ففيها وجهان أحدهما: أنها تسقط الحد. والثاني: أنها لا تسقط لأن الردة تدين، والعادة فيها الإظهار وليس كذلك الزنا، فإنه يكتم، فإذا ظهر دل على تقدم أمثاله، وأما ثيوبة الزاني وحريته فإنها لا تورث شبهة في بكارته ورقه في حال الزنا.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢١٦) والدارقطني في سننه (٣/ ١٤٧).

فصل: ولا يجب الحد إلا بصريح القذف، أو بالكناية مع النية فالصريح مثل أن يقول: زنيت أو يا زاني. والكناية كقوله: يا فاجر أو يا خبيث، أو يا حلال بن الحلال. فإن نوى به القذف وجب به الحد، لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح، كالطلاق والعتاق، وإن لم ينو به القذف لم يجب به الحد سواء كان ذلك في حال الخصومة أو غيرها، لأنه يحتمل القذف وغيره، فلم يجعل قذفًا من غير نية كالكناية في الطلاق والعتاق.

فصل: وإن قال لطت أو لاط بك فلان باختيارك فهو قذف، لأنه قذفه بوطء يوجب الحد فأشبه للقذف بالزنا، وإن قال: يا لوطي وأراد به أنه على دين قوم لوط: لم يجب به الحد، لأنه يحتمل ذلك، وإن أراد أنه يعمل عمل قوم لوط وجب الحد، وإن قال لامرأته يا زانية، فقال: بك زنيت لم يكن قولها قذفًا له من غير نية، لأنه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانيًا، بأن وطئها وهو يظن أنها زوجته، وهي تعلم أنه أجنبي، ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفي الزنا، كما يقول الرجل لغيره: سرقت، فيقول: معك سرقت، ويريد أني لم أسرق كما لم تسرق، ويجوز أن يكون معناه ما وطئني غيرك: فإن كان ذلك زنا فقد زنيت. وإن قال لها: يا زانية فقالت: أنت أزنى مني، لم يكن قولها قذفًا له من غير نية، لأنه يجوز أن يكون معناه ما وطئني غيرك، فإن كان ذلك زنا فأنت أزنى مني، لأن المغلب في الجماع فعل الرجل، وإن قال لغيره: أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس، لم يكن قذفًا من غير نية، لأن لفظة (أفعل) لا تستعمل إلا في أمر يشتركان فيه، ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية، وما ثبت إن فلانًا زان: ولا أن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم، وإن قال: فلان زان وأنت أزنى منه، أو أنت أزنى زناة الناس، فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه.

فصل: وإن قال لامرأته: يا زاني فهو قذف لأنه صرح بإضافة الزنا إليها وأسقط الهاء للترخيم كقولهم في مالك: يا مال وفي حارث: يا حار. وإن قال لرجل يا زانية فهو قذف، لأنه صرح بإضافة الزنا إليه وزاد الهاء للمبالغة، كقولهم علامه ونسابة وشتامة ونوامة فإن قال: زنأت في الجبل فليس بقذف من غير نية لأن الزنأ هو الصعود في الجبل والدليل عليه قول الشاعر:

وارق إلى الخيرات زنئًا في الجبل

وإن قال زنأت ولم يذكر الجبل فيه وجهان، أحدهما: أنه قذف، لأنه لم يقرن به ما يدل على الصعود. والثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة رحمه الله أنه إن كان من أهل اللغة فليس بقذف وإن كان من العامة فهو قذف لأن العامة لا يفرقون بين زنيت وزنأت.

فصل: وإن قال: زنى فرجك أو دبرك أو ذكرك فهو قذف لأن الزنا يقع بذلك. وإن قال زنت عينك أو يدك أو رجلك فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من

قال: هو قذف، وهو ظاهر ما نقله المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنه أضاف الزنا إلى عضو منه فأشبه إذا أضاف إلى الفرج، ومنهم من قال: ليس بقذف من غير نية، وأخطأ المزني في النقل، لأن الزنا لا يوجد من هذه الأعضاء حقيقة، ولهذا قال النبي ﷺ: «العينان تزنيان واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه»[1] فإن قال: زنى بدنك، ففيه وجهان، أحدهما: أنه ليس بقذف من غير نية لأن الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة، فلم يكن صريحًا في القذف. والثاني: أنه قذف لأنه أضاف إلى جميع البدن، والفرج داخل فيه. وإن قال: لا ترد يد لامس، لم يكن قاذفًا لما روي أن رجلًا من بني فزارة قال للنبي ﷺ: «إن امرأتي لا ترد يد لامس»[2] ولم يجعله النبي ﷺ قاذفًا. وإن قال: زنى بك فلان، وهو صبي لا يجامع مثله، لم يكن قاذفًا لأنه لا يوجد منه الوطء الذي يجب به الحد عليها، وإن كان صبيًا يجامع مثله فهو قذف، لأنه يوجد منه الوطء الذي يجب به الحد عليها، وإن قال لامرأته: زنيت بفلانة أو زنت بك فلانة لم يجب به الحد، لأن ما رماها به لا يوجب الحد.

فصل: وإن أتت امرأته بولد فقال: ليس مني: لم يكن قاذفًا من غير نية، لجواز أن يكون معناه ليس مني خلقًا أو خلقًا أو من زوج غيري، أو من وطء شبهة أو مستعار. وإن نفى نسب ولده باللعان فقال رجل لهذا الولد: لست بابن فلان، لم يكن قذفًا لأنه صادق في الظاهر أنه ليس منه، لأنه منفي عنه. قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا أقر بنسب ولد فقال له رجل: لست بابن فلان، فهو قذف. وقال في الزوج إذا قال للولد الذي أقر به: لست بابني، أنه ليس بقذف. واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: إن أراد القذف فهو قذف في المسألتين. وإن لم يرد القذف فليس بقذف في المسألتين وحمل جوابه في المسألتين على هذين الحالين، ومن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى، وجعلهما على قولين، أحدهما: أنه ليس بقذف فيهما، لجواز أن يكون معناه لست بابن فلان، أو لست بابني خلقًا أو خلقًا. والثاني: أنه قذف لأن الظاهر منه النفي والقذف. ومن أصحابنا من قال: ليس بقذف من الزوج، وهو قذف من الأجنبي، لأن الأب يحتاج إلى تأديب ولده فيقول لست بابني مبالغة، في تأديبه. والأجنبي غير محتاج إلى تأديبه فجعل قذفًا منه.

فصل: وإن قال لعربي يا نبطي فإن أراد نبطي اللسان أو نبطي الدار ـ لم يكن قذفًا، وإن أراد نفي نسبه من العرب، ففيه وجهان، أحدهما: أنه ليس بقذف، لأن الله تعالى علق الحد على الزنا، فقال: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النُّور: ٤] وشهادة الأربعة يحتاج إليها في إثبات الزنا. والثاني أنه يجب به الحد لما

(١) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٤١٢).
(٢) تقدم.

روى الأشعث بن قيس أن النبي ﷺ قال: «لا أوتى برجل يقول إن كنانة ليست من قريش إلا جلدته»[١] وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «لا حد إلا في اثنتين، قذف محصنة، ونفى رجل من أبيه»[٢].

فصل: ومن لا يجب عليه الحد لعدم إحصان المقذوف أو للتعريض بالقذف من غير نية عزر،لأنه آذى من لا يجوز أذاه، وإن قال لامرأته استكرهت على الزنا ففيه وجهان، أحدهما: أنه يعزر لأنه يلحقها بذلك عار عند الناس. والثاني: أنه لا يعزر لأنه عار عليها في الشريعة بما فعل بها مستكرهة.

فصل: وما يجب بالقذف من الحد أو التعزير بالأذى فهو حق للمقذوف، يستوفى إذا طالب به ويسقط إذا عفا عنه، والدليل عليه ما روي أن النبي ﷺ قال: «أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم، كان يقول: تصدقت بعرضي»[٣] والتصدق بالعرض لا يكون إلا بالعفو عما يجب له، ولأنه لا خلاف أنه لا يستوفى إلا بمطالبته، فكان له العفو كالقصاص، وإن قال لغيره: اقذفني فقذفه ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا حد عليه، لأنه حق له فسقط بإذنه كالقصاص. والثاني: أنه يجب عليه الحد، لأن العار يلحق بالعشيرة، فلا يملك الإذن فيه: وإذا أسقط الإذن وجب الحد، ومن وجب له الحد أو التعزير لم يجز أن يستوفي إلا بحضرة السلطان، لأنه يحتاج إلى الاجتهاد ويدخله التخفيف، فلو فوض إلى المقذوف لم يؤمن أن يحيف للتشفي.

فصل: وإن مات من له الحد أو التعزير . وهو ممن يورث . انتقل ذلك إلى الوارث، وفيمن يرثه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يرثه جميع الورثة لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال. والثاني: أنه لجميع الورثة إلا لمن يرث بالزوجية، لأن الحد يجب لدفع العار، ولا يلحق الزوج عار بعد الموت، لأنه لا تبقى زوجية. والثالث: أنه يرثه العصبات دون غيرهم، لأنه حق ثبت لدفع العار، فاختص به العصبات كولاية النكاح، وإن كان له وارثان فعفا أحدهما ثبت للآخر جميع الحد. لأنه جعل للردع، ولا يحصل الردع إلا بما جعله الله عز وجل للردع، وإن لم يكن له وارث فهو للمسلمين، ويستوفيه السلطان.

فصل: وإن جن من له الحد أو التعزير لم يكن لوليه أن يطالبه باستيفائه، لأنه حق يجب للتشفي ودرك الغيظ، فأخر إلى الإفاقة كالقصاص، وإن قذف مملوكًا كانت المطالبة بالتعزير للمملوك دون السيد، لأنه ليس بمال، ولا له بدل هو مال: فلم يكن للسيد فيه حق كفسخ النكاح إذا عتقت الأمة تحت عبد. وإن مات المملوك ففي التعزير ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يسقط لأنه لا يستحق عنه بالإرث،

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٦١٢) وأحمد في المسند (٥/ ٢١١).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٥٢).

(٣) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة برقم (٦٢).

فلا يستحق المولى، لأنه لو ملك بحق الملك لملك في حياته. والثاني: أنه للمولى لأنه حق ثبت للمملوك فكان المولى أحق به بعد الموت، كمال المكاتب. والثالث: أنه ينتقل إلى عصباته لأنه حق ثبت لنفي العار، فكان عصباته أحق به.

فصل: وإن قذف جماعة نظرت. فإن كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناة كأهل بغداد. لم يجب الحد، لأن الحد يجب لنفي العار، ولا عار على المقذوف، لأنا نقطع بكذبه، ويعزر للكذب، وإن كانت جماعة يجوز أن يكونوا كلهم زناة نظرت ـ فإن كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد ـ وجب لكل واحد منهم حد، وإن قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان، قال في القديم: يجب حد واحد، لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد، كما لو قذف امرأة واحدة، وقال في الجديد: يجب لكل واحد منهم حد، وهو الصحيح، لأنه ألحق العار بقذف كل واحد منهم. فلزمه لكل واحد منهم حد. كما لو أفرد كل واحد منهم بالقذف. فإن قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هي على قولين، كما لو قذف رجلين أو امرأتين، ومنهم من قال: يجب حد واحد قولًا واحدًا. لأن القذف هنا بزنًا واحد، والقذف هناك بزناءين. فإن ـ وجب عليه حد لإثنين ـ فإن وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحا ـ قدم السابق منهما، لأن حقه أسبق، وإن وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معًا وتشاحا أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة، وإن قال لزوجته يا زانية بنت الزانية ـ وهما محصنتان ـ لزمه حدان، ومن حضر منهما وطالبت بحدها حد لها، وإن حضرتا وطالبتا بحدهما ففيه وجهان، أحدهما: أنه يبدأ بحد البنت لأنه بدأ بقذفها. والثاني: وهو المذهب ـ أنه يبدأ بحد الأم لأن حدها مجمع عليه، وحد البنت مختلف فيه لأن عند أبي حنيفة لا يجب على الزوج بقذف زوجته حد: ولأن حد الأم آكد، لأنه لا يسقط إلا بالبينة وحد البنت يسقط بالبينة وباللعان، فقدم آكدهما.

فصل: وإن وجب حدان على حر لاثنين فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الأول، لأن الموالاة بينهما تؤدي إلى التلف، وإن كان الحدان على عبد ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجوز الموالاة بينهما. كما لو كانا على حر. والثاني: أنه يجوز لأن الحدين على العبد كالحد الواحد.

فصل: وإن قذف اجنبيًا فحد، ثم قذفه ثانيًا بذلك الزنا عزر للأذى ولم يحد، لأن أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضي الله عنه، ثم أعاد القذف وأراد أن يجلده فقال له علي كرم الله وجهه: إن كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك، فترك عمر رضي الله عنه جلده[1]، ولأنه قد حصل التكذيب بالحد، وإن قذفه بزنًا ثم قذفه بزنًا آخر قبل أن يقام عليه الحد ففيه قولان، أحدهما: أنه يجب عليه حدان، لأنه

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٣٤).

من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون. والثاني: يلزمه حد واحد وهوالصحيح، لأنهما حدان من جنس واحد لمستحق واحد فتداخلا، كما لو زنى ثم زنى. وإن قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا إضافة إلى ما قبل اللعان، ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجب عليه الحد، لأن اللعان في حق الزوج كالبينة، ولو أقام عليها البينة ثم قذفها لم يلزمه الحد، فكذلك إذا لاعنها. والثاني: أنه يجب عليه الحد، لأن اللعان إنما يسقط إحصانها في الحالة التي يوجد فيها وما بعدها ولا يسقط فيما تقدم، فوجب الحد بما رماها به. وإن قذف زوجته وتلاعنا ثم قذفها أجنبي وجب عليه الحد، لأن اللعان يسقط الإحصان في حق الزوج: لأنه بينة يختص بها فأما في حق الأجنبي فهي باقية على إحصانها فوجب عليه الحد بقذفها، وإن قذفها الزوج ولاعنها ولم تلاعن فحدت، ثم قذفها الأجنبي بذلك الزنا ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا حد عليه، لأنه قذفها بزنًا حدت فيه فلم يجب كما لو أقيم عليها الحد بالبينة. والثاني: أنه يجب لأن اللعان يختص به الزوج، فزال به الإحصان في حقه، وبقي في حق الأجنبي.

فصل: إذا سمع السلطان رجلًا يقول: زنى رجل، لم يقم عليه الحد لأن المستحق مجهول، ولا يطالبه بتعيينه، لقوله عز وجل: ﴿لَا تَسْـَٔلُوا۟ عَنْ أَشْيَآءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾ [المَائدة: ١٠١] لأن الحد يدرأ بالشبهة، ولهذا قال ﷺ: «ألا سترته بثوبك يا هزال»[(١)] وإن قال: سمعت رجلًا يقول: إن فلانًا زنى لم يحد، لأنه ليس بقاذف، وإنما هو حاك، ولا يسأله عن القاذف لأن الحد يدرأ بالشبهة، وإن قال: زنى فلان، فهل يلزم السلطان أن يسأل المقذوف؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه يلزمه لأنه قد ثبت له حق لا يعلم به فلزم الإمام إعلامه، كما لو ثبت له عنده مال لا يعلم به، فعلى هذا إن سأل المقذوف فأكذبه وطالب بالحد حد، وإن صدقه حد المقذوف، لأن النبي ﷺ قال: «يا أنيس اغد على امرأة هذا؛ فإن اعترفت فارجمها»[(٢)]، والوجه الثاني: أنه لا يلزم الإمام إعلامه لقوله ﷺ: «ادرؤوا الحد بالشبهات»[(٣)].

فصل: إذا قذف محصنًا وقال: قذفته وأنا ذاهب العقل ـ فإن لم يعلم له حال جنون ـ فالقول قول المقذوف مع يمينه أنه لا يعلم أنه مجنون، لأن الأصل عدم الجنون. وإن علم له حال جنون، ففيه قولان بناء على القولين في المقذوف إذا قذفه، ثم اختلفا في حياته أحدهما: أن القول قول المقذوف، لأن الأصل الصحة. والثاني: أن القول قول القاذف، لأنه يحتمل ما يدعيه. والأصل حمى

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق (١٩/ ١٧١/ ٢) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (٢٣١٦).

الظهر، ولأن الحد يسقط بالشبهة، والدليل عليه قوله ﷺ: ادرؤوا الحدود بالشبهات، وادرؤوا الحدود ما استطعتم»، ولأن يخطىء الإمام في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة.

فصل: وإن عرض بالقذف وادعى المقذوف أنه أراد قذفه وأنكر القاذف: فالقول قوله، لأن ما يدعيه محتمل، والأصل براءة ذمته.

فصل: وإن قال لمحصنة: زنيت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة ـ فإن عرف أنها كانت نصرانية أو أمة ـ لم يجب الحد، لأنه أضاف القذف إلى حال هي فيها غير محصنة. وإن قال لها: زنيت، ثم قال: أردت في الوقت الذي كنت فيه نصرانية أو أمة، وقالت المقذوفة: بل أردت قذفي في هذا الحال، وجب الحد، لأن الظاهر أنه أراد قذفها في الحال، فإن قذف امرأة وادعى انها مشركة أو أمة، وادعت أنها أسلمت أو أعتقت، فالقول قول القاذف: لأن الأصل بقاء الشرك والرق، وإن قذف امرأة وأقر أنها كانت مسلمة وادعى أنها ارتدت وأنكرت المرأة ذلك، فالقول قولها، لأن الأصل بقاؤها على الإسلام. وإن قذف مجهولة وادعى أنها أمة أو نصرانية، وأنكرت المرأة ففيه طريقان ذكرناهما في الجنايات.

فصل: وإن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها وأنكر، فشهد شاهدان أنه قذفها جاز أن يلاعن، لأن إنكاره للقذف لا يكذب ما يلاعن عليه من الزنا، لأنه يقول: إنما أنكرت القذف، وهو الرمي بالكذب، وما كذبت عليها لأني صادق أنها زنت، فجاز أن يلاعن: كما لو ادعى على رجل أنه أودعه مالًا فقال المدعى عليه ما لك عندي شيء، فشهد شاهدان أنه أودعه، فإن له أن يحلف، لأن إنكاره لا يمنع الإيداع، لأنه قد يودعه ثم يتلف فلا يلزمه شيء.

الشرح: القذف لغة: الرمي، ومنه القذف بالحجارة وغيرها ثم استعمل في الرمي بالمكاره كالزنى واللواط ونحوهما، لعلاقة المشابهة بينهما وهي الأذى. وشرعًا: الرمي بزنى أو لواط أو شهادة بأحدهما ولم تكمل البينة أو نفي نسب موجب للحد فيهما، وقوله: «التولي يوم الزحف» التولي: الإدبار فرارًا من القتال، والزحف: هو المشي إلى القتال، وقوله: «افترى» أي كذب، والعرض: موضع الذم والمدح من الإنسان، والعشيرة: القبيلة، والحيف: الجور والظلم، والردع: الكف، وقوله: «حمى الظهر» أي منعه.

أما الأحكام: فالقذف من الكبائر، ويتعلق به الحد بالنص والإجماع، ويشترط لوجوب الحد على القاذف كونه مكلفًا مختارًا، فلا حد على صبي ومجنون ومكره، ويعزر الصبي والمجنون الذي له نوع تمييز، وسواء في هذا المسلم والذمي والمعاهد، فإن كان القاذف حرًا، فحده ثمانون جلدة، وإن كان رقيقًا، أو مكاتبًا، أو مدبرًا، أو أم ولد، أو بعضه حر فأربعون جلدة، ويشترط كون المقذوف محصنًا،

وقد سبق في كتاب اللعان بيان ما يحصل به إحصانه، ولا يحد الأب والجد بقذف الولد وولد الولد، وقال ابن المنذر: يحد.

ومن ورث من أمه حد قذف على أبيه، سقط، ومن قذف شخصًا بزنيتين، فالمذهب أن عليه حدًا واحدًا وقد سبق إيضاحه في اللعان، ولو قال لرجل: يا زانية، أو لامرأة: يا زاني، فقد سبق في اللعان أنه قذف، وكذا لو خاطب خنثى بأحد اللفظتين، ولو قال له: زنى فرجك وذكرك، فقذف صريح، ولو قال: زنى فرجك، أو قال: زنى ذكرك، قال صاحب «البيان»: الذي يقتضيه المذهب أن فيه وجهين:

أحدهما: قذف صريح، والثاني: كناية، كما لو أضاف الزنى إلى يد رجل أو امرأة، وصرائح القذف وكناياته سبقت في اللعان.

فصل: قال الأصحاب: حد القذف وإن كان حق آدمي، ففيه مشابهة حدود الله تعالى في مسائل:

إحداها: لو قال له: اقذفني، فقذفه، ففي وجوب الحد وجهان الأصح: لا، وقول الأكثرين: لا يجب.

الثانية: لو استوفى المقذوف حد القذف، لم يقع الموقع، كحد الزنى لو استوفاه أحد الرعية، وفي وجه ضعيف: يقع الموقع كما لو استقل المقتص بقتل الجاني.

الثالثة: ينشطر بالرق كما سبق، وحقوق الآدمي لا تختلف، قالوا: لكن المغلب فيه حق الآدمي لمسائل منها: أنه لا يستوفى إلا بطلبه بالاتفاق، ويسقط بعفوه، ويورث عنه، ولو عفا عن الحد على مال، ففي صحته وجهان.

فرع: من التعريض في القذف أن يقول: ما أنا بابن اسكاف ولا خباز، ولو قال: يا قواد، فليس صريحًا في قذف زوجة المخاطب، لكنه كناية، ولو قال: يا مؤاجر، فليس بصريح في قذف المخاطب على الصحيح الذي قاله الجمهور، وقال ابن ابراهيم المروذي عن شيخه التيمي: هو صريح في قذفه بالتمكين من نفسه، لاعتياد الناس القذف به، وقيل: هو صريح من العامي فقط، ولو رماه بحجر، فقال: من رماني فأمه زانية، فإن كان يعرف الرامي، فقاذف، وإلا فلا.

فصل: الرمي بالزنى لا في معرض الشهادة يوجب حد القذف، فأما في معرض الشهادة، فينظر إن تم العدد وثبتوا، أقيم حد الزنى على المرمي، ولا شيء عليهم، وإن لم يتم العدد، بأن شهد اثنان أو ثلاثة، فهل يلزمهم حد القذف؟ قولان، أظهرهما: نعم، وهو نصه قديمًا وجديدًا، لأن عمر رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين

شهدوا، ولئلا تتخذ صورة الشهادة ذريعة إلى الوقيعة في أعراض الناس، ولو شهد على زنى امرأة زوجها مع ثلاثة، فالزوج قاذف، لأن شهادته عليها بالزنى لا تقبل، وفي الثلاثة القولان، ولو شهد أربع نسوة أو ذميون، أو عبيد، أو فيهم امرأة، أو عبد، أو ذمي، فالمذهب أنهم قذفة، فيحدون، لأنهم ليسوا من أهل الشهادة، فلم يقصدوا إلا العار.

وقيل: فيهم القولان، وصور الإمام المسألة فيما إذا كانوا في ظاهر الحال بصفة الشهود، ثم بانوا عبيدًا أو كفارًا، ومراده أن القاضي إذا علم حالهم لا يصغي إليهم فيكون قولهم قذفًا محضًا لا في معرض شهادة، ولو شهد أربعة فساق، أو فيهم فاسق، نظر إن كان فسقهم مقطوعًا به، كالزنى والشرب، فقيل: فيهم القولان.

وقيل: لا يحدون قطعًا وهو الأصح عند القاضي أبي حامد لأن نقص العدد متيقن، وفسقهم إنما يعرف بالظن، والحد يسقط بالشبهة، وإن كان فسقهم مجتهدًا فيه، كشرب النبيذ، لم يحدوا قطعًا، وفي معنى الفسق المجتهد فيه، ما إذا كان فيهم عدو للمشهود عليه، لأن رد الشهادة بالعداوة مجتهد فيه، ولو حددنا العبيد الذين شهدوا، فعتقوا وأعادوا الشهادة، قبلت، ولو لم يتم العدد، فحددنا من شهد، ثم عاد من يتم به العدد فشهدوا، لم تقبل شهادتهم، كالفاسق ترد شهادته ثم يتوب ويعيدها، لا تقبل، وهذا الخلاف المذكور هو فيمن شهد في مجلس القاضي، أما من شهد في غير مجلسه، فقاذف بلا خلاف، وإن كان بلفظ الشهادة.

فرع: لو شهد أربعة بالشروط المعتبرة، ثم رجعوا، لزمهم حد القذف لأنهم ألحقوا به العار سواء تعمدوا أو أخطؤوا، لأنهم فرطوا في ترك التثبت، وقيل: في حدهم القولان، لأنهم شهود، والمذهب الأول، ولو رجع بعضهم، فعلى الراجح الحد على المذهب، وقيل: بالقولين، وأما من أصر على الشهادة، فلا حد عليه، وقيل: بالقولين، والمذهب الأول، وسواء الرجوع بعد حكم القاضي بالشهادة وقبله، ولو شهد أكثر من أربعة، فرجع بعضهم، إن بقي أربعة فلا حد على الراجعين، وإلا فعلى الراجعين الحد.

فرع: شهد واحد على إقراره بالزنى، ولم يتم العدد، فطريقان، أحدهما: في وجوب حد القذف عليه القولان، والمذهب: القطع بأن لا حد، لأنه لا حد على من قال لغيره: أقررت بأنك زنيت، وإن ذكره في معرض القذف والتعيير.

فرع: تقاذف شخصان، لا يتقاصان، لأن التقاص إنما يكون عند اتفاق الجنس والصفة، وقد سبق معظم مسائل الباب في كتاب اللعان.

باب حد السرقة

قال المصنف رحمه الله تعالى: ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الإسلام نصابًا من المال الذي يقصد إلى سرقته من حرز مثله لا شبهة له فيه وجب عليه القطع والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المَائدة: ٣٨] ولأن السارق يأخذ المال على وجه لا يمكن الأحتراز منه ولو لم يجب القطع عليه لأدى ذلك إلى هلاك الناس بسرقة أموالهم ولا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس لما روى جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع، ومن انتهب نهبة مشهورة فليس منا»[(١)] ولأن المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالأستغاثة بالناس وبالسلطان فلم يحتج في ردعه إلى القطع ولا يجب على من جحد أمانة أو عارية لأنه يمكن أخذ المال منه بالحكم فلم يحتج إلى القطع.

فصل: ولا يجب على صبي ولا على مجنون لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق»[(٢)] وروى ابن مسعود ﷺ أن رسول الله ﷺ أتي بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها[(٣)]. وهل يجب على السكران؟ فيه قولان ذكرناهما في الطلاق. ولا يجب على مكره لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[(٤)] ولأن ما أوجب عقوبة الله عز وجل على المختار لم يوجب على المكره ككلمة الكفر ولا تجب على الحربي لأنه لم يلتزم حكم الإسلام وهل يجب على المستأمن؟ فيه قولان ذكرناهما في السير.

فصل: ولا يجب فيما دون النصاب والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار لما روت عائشة ﷺ قالت: «كان رسول الله ﷺ لا يقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا»[(٥)] فإن سرق غير الذهب قوم بالذهب لأن النبي ﷺ قدر النصاب بالذهب فوجب أن يقوم غيره به. وإن سرق ربع مثقال من الخلاص وقيمته دون

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٣٩١) والترمذي في سننه برقم (١٤٤٨) والنسائي في سننه (٨/ ٨٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٩١) وأحمد في المسند (٣/ ٣٨٠).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٦٤).

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٨٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٨٤) وأحمد في المسند (٦/ ٣٦) وأبو داود في سننه برقم (٤٣٨٣) والترمذي في سننه برقم (١٤٤٥) والنسائي في سننه (٨/ ٨٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٨٥).

ربع دينار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري وأبي علي بن أبي هريرة أنه لا يقطع لأن النبي ﷺ نص على ربع دينار وهذا قيمته دون ربع دينار. والثاني وهو قول عامة أصحابنا أنه يقطع لأن الخلاص يقع عليه اسم الدينار وإن لم يصرف لأنه يقال دينار خلاص كما يقال دينار قراضة. وإن نقب اثنان حرزًا وسرقا نصابين قطعا لأن كل واحد منهما سرق نصابا، وإن أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئًا قطع الذي أخرج دون الآخر لأنه هو الذي انفرد بالسرقة فإن اشتركا في سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما وقال أبو ثور يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان في القتل وجب القصاص عليهما وهذا خطأ لأن كل واحد منهما لم يسرق نصابًا ويخالف القصاص فإنا لو لم نوجب على الشريكين جعل الاشتراك طريقًا إلى إسقاط القصاص وليس كذلك السرقة فإنا إذا لم نوجب القطع على الشريكين في سرقة نصاب لم يصر الاشتراك طريقًا إلى إسقاط القطع لأنهما لا يقصدان إلى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما فإذا اشتركا في نصابين أوجبنا القطع وإذا نقب حرزًا أو سرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمنًا آخر ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: وهو قول أبي العباس أنه يجب القطع لأنه سرق نصابًا من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه في دفعة واحدة. والثاني وهو قول أبي إسحاق أنه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك. والثالث وهو قول أبي علي بن خيران أنه إن عاد وسرق الثمن الثاني بعد ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه. وإن سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل ظهور خرابه.

فصل: ولا يجب القطع فيما سرق من غير حرز لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رجلًا من مزينة قال: «يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل؟ قال: ليس في شيء من الماشية إلا ما آواه المراح وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع»[1] فأسقط القطع في الماشية إلا ما آواه المراح وفي الثمر المعلق إلا ما آواه الجرين فدل على أن الحرز شرط في إيجاب القطع ويرجع في الحرز إلى ما يعرفه الناس حرزًا فما عرفوه حرزًا قطع بالسرقة منه وما لا يعرفونه حرزًا لم يقطع بالسرقة منه لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه إلى العرف كالقبض والتفرق في البيع وإحياء الموات فإن سرق مالًا مثمنًا كالذهب والفضة والخز والقز من البيوت أو الخانات

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٣٩٠) والنسائي في سننه (٨/ ٨٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٩٦) وأحمد في المسند (٢/ ١٨٠) والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٨١) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٦٣).

الحريزة والدور المنيعة في العمران ودونها أغلاق وجب القطع، لأن ذلك حرز مثله. وإن لم يكن دونها أغلاق فإن كان في الموضع حافظ مستيقظ وجب القطع لأنه محرز به وإن لم يكن حافظ أو كان فيه حافظ نائم لم يجب القطع لأنه غير محرز فإن سرق من بيوت في غير العمران كالرباطات التي في البرية والجواسق التي في البساتين ـ فإن لم يكن فيها حافظ ـ لم تقطع مغلقًا كان الباب أو مفتوحًا لأن المال لا يحرز فيه من غير حافظ وإن كان فيها حافظ فإن كان مستيقظًا قطع السارق مغلقًا كان الباب أو مفتوحًا لأنه محرز به وإن كان نائمًا فإن كان مغلقًا قطع لأنه محرز وإن كان مفتوحًا لم يقطع لأنه غير محرز وإن سرق متاع الصيادلة والبقالين من الدكاكين في الأسواق ودونها أغلاق أو درابات وعليها قفل أو سرق أواني الخزف ودونها شرايح القصب فإن كان الأمن ظاهرًا قطع السارق لأن ذلك حرز مثله وإن قل الأمن فإن كان في السوق حارس قطع لأنه محرز به وإن لم يكن حارس لم يقطع لأنه غير محرز وإن سرق باب دار أو دكان قطع لأن حرزه بالنصب وإن سرق حلقة الباب وهي مسمرة فيه قطع لأنها محرزة بالتسمير في الباب وإن سرق آجر الحائط قطع لأنه محرز بالتشريج في البناء وإن سرق الطعام أو الدقيق في غرائر شد بعضها إلى بعض في موضع البيع قطع على المنصوص فمن أصحابنا من قال إن كان في موضع مأمون في وقت الأمن فيه ظاهر ولم يمكن أخذ شيء منه إلا بحل رباطه أو فتق طرفه قطع لأن العادة تركها في موضع البيع ومن أصحابنا من قال لا يقطع إلا أن يكون في بيت دونه باب مغلق، وهو الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في غير العراق، وإن سرق حطبًا شد بعضه إلى بعض بحيث لا يمكن أن يسل منه شيء إلا بحل رباطه قطع لأنه محرز بالشد. وإن كان متفرقًا لم يقطع لأنه غير محرز ومن أصحابنا من قال لا يقطع إلا أن يكون في بيت دونه باب مغلق مجتمعًا كان أو متفرقًا وإن سرق أجزاعًا ثقالًا مطروحة على أبواب المساكن قطع لأن العادة فيها تركها على الأبواب.

فصل: وإن نبش قبرًا وسرق منه الكفن ـ فإن كان في برية ـ لم يقطع لأنه ليس بحرز للكفن وإنما يدفن في البرية للضرورة، وإن كان في مقبرة تلي العمران قطع لما روى البراء بن عازب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه، ومن نبش قطعناه»[1] ولأن القبر حرز للكفن. وإن كان الكفن أكثر من خمسة أثواب فسرق ما زاد على الخمسة لم يقطع، لأن ما زاد على الخمسة ليس بمشروع في الكفن فلم يجعل القبر حرزًا له. كالكيس المدفون معه. وإن أكل السبع الميت وبقي الكفن ففيه وجهان، أحدهما: أنه ملك للورثة يقسم عليهم، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأبي علي الطبري، لأن ذلك المال

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٤٣).

ينتقل إليهم بالإرث، وإنما اختص الميت بالكفن للحاجة، وقد زالت الحاجة فرجع إليهم، والثاني: أنه لبيت المال لأنهم لم يورثوه عند الموت فلم يرثوه بعده.

فصل: وإن نام رجل على ثوب فسرقه سارق قطع، لما روي أن صفوان بن أمية قدم المدينة فنام في المسجد متوسدًا رداءه، فجاءه سارق فأخذ رداءه من تحت رأسه، فأخذ صفوان السارق فجاء به النبي ﷺ، فأمر رسول الله ﷺ بقطع يده، فقال صفوان: إني لم أرد هذا، هو عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «فهلا قبل أن تأتيني به؟»[1] ولأنه محرز به. وإن زحف عنه في النوم فسرق لم يقطع لأنه زال الحرز فيه، وإن ضرب فسطاطًا وترك فيه مالًا فسرق وهو فيه، أو على بابه نائم أو مستيقظ، قطع. لأن عادة الناس إحراز المتاع في الخيم على هذه الصفة، وإن لم يكن صاحبه معه لم يقطع السارق، لأنه لا يترك الفسطاط بلا حافظ.

فصل: وإن كان ماله بين يديه. وهو ينظر إليه فتغفله رجل وسرق ماله ـ قطع لأنه سرق من حرزه، وإن نام أو اشتغل عنه أو جعله خلفه بحيث تناله اليد فسرق لم يقطع، لأنه سرقه من غير حرز، وإن علق الثياب في الحمام ولم يأمر الحمامي بحفظها فسرقت لم يضمن الحمامي، لأنه لا يلزمه حفظها، ولا يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز لأن الحمام مستطرق، وإن أمر الحمامي بحفظها فسرقت. فإن كان الحمامي مراعيًا ـ لم يضمن لأنه لم يفرط، ويقطع السارق لأنه سرق من حرز. وإن نام الحمامي أو تشاغل عن الثياب فسرقت ضمن الحمامي، لأنه فرط في الحفظ، ولم يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز.

فصل: فإن سرق ماشية من الرعي نظرت. فإن كان الراعي ينظر إليها ويبلغها صوته إذا زجرها ـ قطع السارق، لأنها في حرز، وإن سرق والراعي نائم، أو سرق منها ما غاب عن عينه بحائل، لم يقطع، لأن الحرز بالحفظ، وما لا يراه غير محفوظ، وإن سرق ما لا يبلغها صوته لم يقطع، لأنها تجتمع وتفترق بصوته، وإذا لم يبلغها صوته لم تكن في حفظه، فلم يجب القطع بسرقته، وإن سرق ماشية سائرة أو جمالًا مقطرة ـ فإن كان خلفها سائق ينظر إليها جميعها ويبلغها صوته إذا زجرها ـ قطع لأنها محرزة به، وإن سرق ما غاب عن عينه أو ما لم يبلغه صوته لبعده لم يقطع، لما ذكرناه في الراعية، وإن كان مع الجمال قائد إذا التفت نظر إلى جميعها وبلغها صوته إذا زجرها، وأكثر الالتفات إليها قطع، لأنها محرزة بالقائد، وإن سرق ما لا ينظر إليه إذا التفت أو لا يبلغه صوته، أو لم يكثر الالتفات إليها لم يقطع، لأنه سرق من غير حرز، وإن كانت الجمال باركة ـ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٣٩٤) والنسائي في سننه (٨/ ٦٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٩٥) وأحمد في المسند (٣/ ٤٠١).

فإن كان صاحبها ينظر إليها ـ قطع السارق، لأنها محرزة بحفظه، وإن سرق وصاحبها نائم ـ فإن كانت غير معقلة ـ لم يقطع لأنها غير محرزة، وإن كانت معقلة قطع، لأن عادة الجمال إذا نام أن يعقلها، وإن كان على الجمال أحمال كان حرزها كحرز الجمال، لأن العادة ترك الأحمال على الجمال.

فصل: ولا يجب القطع إلا بأن يخرج المال من الحرز بفعله، فإن دخل الحرز ورمى المال إلى خارج الحرز، أو نقب الحرز وأدخل يده أو محجنًا معه فأخرج المال قطع، وإن دخل الحرز وأخذ المال ودفعه إلى آخر خارج الحرز قطع، لأنه هو الذي أخرجه فإن أخرجه ولم يأخذ منه الآخر فرده إلى الحرز لم يسقط القطع، لأنه وجب القطع بالإخراج فلم يسقط بالرد، وإن بط جيبه أو كمه فوقع منه المال أو نقب حرزًا فيه طعام فانثال قطع. لأنه خرج بفعله، وإن كان في الحرز ماء جار فترك فيه المال حتى خرج إلى خارج الحرز قطع، لأنه خرج بسبب فعله. فإن تركه في ماء راكد فحركه حتى خرج المال قطع، لما ذكرناه، وإن حركه غيره لم يقطع لأنه لم يخرج المال بفعله، وإن تفجر الماء وخرج المال ففيه وجهان، أحدهما: أنه يقطع، لأنه سبب لخروجه، والثاني: أنه لا يقطع، لأن خروجه بالانفجار الحادث من غير فعله، وإن وضع المال في النقب في وقت هبوب الريح فأطارته الريح إلى خارج الحرز قطع، كما لو تركه في ماء جار، وإن وضعه ولا ريح ثم هبت ريح فأخرجته ففيه وجهان كما قلنا فيما لو تركه في ماء راكد فتفجر الماء فخرج به، فإن وضع المال على حمار ثم قاده أو ساقه حتى خرج من الحرز قطع. لأنه خرج بسبب فعله، وإن خرج الحمار من غير سوق ولا قود ففيه وجهان، أحدهما: أنه يقطع، لأن عادة البهائم إذا أثقلها الحمل أن تسير، والثاني: أنه لا يقطع، لأنه سار باختياره، وإن ثقب الحرز وأمر صغيرًا لا يميز بإخراج المال من الحرز، فأخرجه قطع، لأن الصغير كالآلة، وإن دخل الحرز وأخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان أحدهما: أنه لا يقطع، لأنه استهلكها في الحرز، ولهذا يجب عليه قيمتها فلم يقطع، كما لو أخذ طعامًا فأكله، والثاني: أنه يقطع لأنه أخرجه من الحرز في وعاء فأشبه إذا جعلها في جيبه ثم خرج. وإن أخذ طيبًا فتطيب به ثم خرج ـ فإن لم يمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ـ لم يقطع، لأنه استهلكه في الحرز. فصار كما لو كان طعامًا فأكله، وإن أمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يقطع، لأن استعمال الطيب إتلاف له فصار كالطعام إذا أكله في الحرز، والثاني: أنه يقطع لأن عينه باقية، ولهذا يجوز لصاحبه أن يطالبه برده.

فصل: ولا يجب القطع حتى ينفصل المال عن جميع الحرز، فإن سرق جذعًا أو عمامة فأخذ قبل أن ينفصل الجميع من الحرز، لم يقطع، لأنه لا ينفرد بعضه عن بعض، ولهذا لو كان في طرف منه نجاسة لم تصح صلاته فيه، فإذا لم يجب القطع فيما بقي من الحرز لم يجب فيما خرج منه، وإن ثقب رجلان حرزًا

فأخذ أحدهما المال ووضعه على باب الثقب وأخذه الآخر، ففيه قولان، أحدهما: أنه يجب عليهما القطع، لأنا لو لم نوجب القطع عليهما صار هذا طريقًا إلى إسقاط القطع، والثاني: أنه لا يقطع واحد منهما وهو الصحيح لأن كل واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز، وإن نقب أحدهما الحرز ودخل الآخر وأخرج المال ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان كالمسألة قبلها، ومنهم من قال: لا يجب القطع قولًا واحدًا؛ لأن أحدهما نقب ولم يخرج المال والآخر أخرج المال من غير حرزه.

فصل: وإن فتح مراحًا فيه غنم فحلب من ألبانها قدر النصاب وأخرجه، قطع لأن الغنم مع اللبن في حرز واحد فصار كما لو سرق نصابًا من حرزين في بيت واحد.

فصل: فإن دخل السارق إلى دار فيها سكان ينفرد كل واحد منهم ببيت مقفل فيه مال ففتح بيتًا، وأخرج المال إلى صحن الدار قطع، لأنه أخرج المال من حرز، وإن كانت الدار لواحد وفيها بيت فيه مال، فأخرج السارق المال من البيت إلى الصحن، فإن كان باب البيت مفتوحًا وباب الدار مغلقًا ـ لم يقطع لأن ما في البيت محرز بباب الدار، وإن كان باب الدار مفتوحًا، وباب البيت مغلقًا قطع، لأن المال محرز بالبيت دون الدار، وإن كان باب البيت مفتوحًا وباب الدار مفتوحًا لم يقطع، لأن المال غير محرز، وإن كان باب البيت مغلقًا وباب الدار مغلقًا ففيه وجهان أحدهما: أنه يقطع لأن البيت حرز لما فيه، فقطع كما لو كان باب الدار مفتوحًا، والثاني: أنه لا يقطع لأن البيت المغلق في دار مغلقة حرز في حرز فلم يقطع بالإخراج من أحدهما، كما لو كان في بيت مقفل صندوق مقفل فأخرج المال من الصندوق ولم يخرجه من البيت.

وإن سرق الضيف من مال المضيف نظرت فإن سرقه من مال لم يحرزه عنه لم يقطع لما روى أبو الزبير عن جابر قال: أضاف رجل رجلًا فأنزله في مشربة له فوجد متاعًا له قد اختانه فيه فأتى به أبا بكر ﷺ فقال: خل عنه فليس بسارق وإنما هي أمانة اختانها. ولأنه غير محرز عنه فلم يقطع فيه، وإن سرقه من بيت مقفل قطع لما روى محمد بن حاطب أو الحارث: أن رجلًا قدم المدينة فكان يكثر الصلاة في المسجد وهو أقطع اليد والرجل فقال له أبو بكر ﷺ: ما ليلك بليل سارق. فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حليًا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق أهل هذا البيت الصالح فمر رجل بصائغ فرأى عنده حليًا فقال: ما أشبه هذا الحلي بحلي آل أبي بكر فقال للصائغ: ممن اشتريته؟ فقال: من ضيف أبى بكر فأخذ فأقر فجعل أبو بكر ﷺ يبكي فقالوا: ما يبكيك من رجل سرق؟ فقال: ابكي لغرته بالله تعالى فأمر به فقطعت يده ولأن البيت المغلق حرز لما فيه فقطع بالسرقة منه.

فصل: ولا يجب القطع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر

والسرجين سواء سرقه من مسلم أو من ذمي لأن القطع جعل لصيانة الأموال وهذه الأشياء ليست بمال فإن سرق إناء يساوي نصابًا فيه خمر ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يقطع لأن ما فيه يجب إراقته ولا يجوز إقراره فيه. والثاني: أنه يقطع لأن سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه كما لو سرق إناء فيه بول.

فصل: وإن سرق صنمًا أو بربطًا أو مزمارًا فإن كان إذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع، لأنه لا قيمة لما فيه من التأليف. وإن كان إذا فصل يصلح لمنفعة مباحة، ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه يقطع لأنه مال يقوم على متلفه، والثاني: أنه لا يقطع، لأنه آلة معصية فلم يقطع بسرقته كالخمر، والثالث وهو قول أبي علي بن أبي هريرة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه إن أخرجه مفصلًا قطع، لزوال المعصية، وإن أخرجه غير مفصل لم يقطع، لبقاء المعصية، وإن سرق أواني الذهب والفضة قطع، لأنها تتخذ للزينة لا للمعصية.

فصل: وإن سرق حرًا صغيرًا لم يقطع لأنه ليس بمال، وإن سرقه وعليه حلي بقدر النصاب ففيه وجهان أحدهما: أنه يقطع لأنه قصد سرقة ما عليه من المال، والثاني: أنه لا يقطع، لأن يده ثابتة على ما عليه، ولهذا لو وجد لقيط ومعه مال كان المال له فلم يقطع كما لو سرق جملًا وعليه صاحبه، وإن سرق أم ولد نائمة ففيه وجهان أحدهما: أنه يقطع لأنها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الأموال. والثاني: أنه لا يقطع لأن معنى المال فيها ناقص لأنه لا يمكن نقل الملك فيها، وإن سرق عينًا موقوفة على غيره ففيه وجهان كالوجهين في أم الولد، وإن سرق من غلة وقف على غيره قطع، لأنه مال يباع ويبتاع، وإن سرق الماء ففيه وجهان، أحدهما: أنه يقطع لأنه يباع ويبتاع، والثاني: أنه لا يقطع لأنه لا يقصد إلى سرقته لكثرته.

فصل: ولا يقطع فيما له شبهة لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[1] فإن سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روي: «أن عاملًا لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كتب إليه يسأله عمن سرق من مال بيت المال، قال: لا تقطعه، فما من أحد إلا وله فيه حق»[2] وروى الشعبي أن رجلًا سرق من بيت المال، فبلغ عليًا كرم الله وجهه فقال: «إن له فيه سهمًا، ولم يقطعه»[3] وإن سرق ذمي من بيت المال قطع، لأنه لا حق له فيه، وإن كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقه سارق قطع، لأن بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين، وإن سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع، لأن له فيه حقًا، وإن سرق فقير من غلة وقف على الفقراء

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ١٨).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٨٢).

لم يقطع، لأن له فيه حقًا، وإن سرق منها غني قطع، لأنه لا حق له فيها.

فصل: وإن سرق رتاج الكعبة أو باب المسجد أو تأزيره قطع، لما روي عن عمر ﷺ أنه قطع سارقًا سرق قبطية من منبر رسول الله ﷺ، ولأنه مال محرز بحرز مثله لا شبهة له فيه. وإن سرق مسلم من قناديل المسجد أو من حصره لم يقطع، لأنه جعل ذلك لمنفعة المسلمين، وللسارق فيها حق، وإن سرق ذمي قطع، لأنه لا حق له فيها.

فصل: ومن سرق من ولده أو من ولد ولده وإن سفل، أو من أبيه أو من جده وإن علا لم يقطع، وقال أبو ثور: يقطع لقوله عز وجل: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] فعم ولم يخص وهذا خطأ لقوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[1] وللأب شبهة في مال الابن، وللابن شبهة في مال الأب، لأنه جعل ماله كما له في استحقاق النفقة ورد الشهادة فيه، والآية تخصها بما ذكرناه، ومن سرق ممن سواهما من الأقارب قطع لأنه لا شبهة له في ماله، ولا يقطع العبد بسرقة مال مولاه، وقال أبو ثور: يقطع لعموم الآية وهذا خطأ، لما روى السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب ﷺ وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضري فقال: «إن غلامي هذا سرق فاقطع يده، فقال عمر: ما سرق؟ فقال: مرآة امرأتي، فقال له: أرسله، خادمكم أخذ متاعكم ولكن لو سرق من غيركم قطع»[2] ولأن يده كيد المولى، بدليل أنه لو كان بيده مال فادعاه رجل كان القول فيه قول المولى، فيصير كما لو نقل ماله من زاوية داره إلى زاوية أخرى، ولأن له في ماله شبهة في استحقاق النفقة فلم يقطع كالأب والابن، وإن سرق من غيره قطع لقول عمر ﷺ، ولأنه لا شبهة له في مال غيره، وإن سرق أحد الزوجين من الآخر ما هو محرز عنه ففيه ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع في السرقة كالإجارة، والثاني: أنه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج، والزوج يملك أن يحجر عليها ويمنعها من التصرف، على قول بعض الفقهاء، فصار ذلك شبهة، والثالث: أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة، ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج، لأن للزوجة حقًا في مال الزوج بالنفقة، وليس للزوج حق في مالها، ومن لا يقطع من الزوجين بسرقة مال الآخر لا يقطع عبده بسرقة ماله، لقول عمر ﷺ في سرقة غلام الحضرمي الذي سرق مرآة امرأته: «أرسله فلا قطع عليه، خادمكم أخذ متاعكم» ولأن يد عبده كيده، فكانت سرقته من ماله كسرقته.

فصل: وإن كان له على رجل دين فسرق من ماله ـ فإن كان جاحدًا له، أو

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٨٣٦) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٨١).

مماطلًا له ـ لم يقطع لأن له أن يتوصل إلى أخذه بدينه، وإن كان مقرًا مليًا قطع، لأنه لا شبهة له في سرقته، وإن غصب مالًا فأحرزه في بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابًا من مال الغاصب، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يقطع لأنه هتك حرزًا كان له هتكه لأخذ ماله، والثاني: أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب، والثالث: أنه إن كان ما سرقه متميزًا عن ماله قطع، لأنه لا شبهة له في سرقته، وإن كان مختلطًا بماله لم يقطع، لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه، فلم يقطع وإن سرق الطعام عام المجاعة نظرت ـ فإن كان الطعام موجودًا ـ قطع، لأنه غير محتاج إلى سرقته، وإن كان معدومًا لم يقطع، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا قطع في عام المجاعة أو السنة»[1] ولأن له أن يأخذه فلم يقطع فيه.

فصل: وإن نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق منها مالًا للمستأجر قطع، لأنه لا شبهة له في ماله، ولا في هتك حرزه؛ وإن نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مالًا للمستعير ففيه وجهان أحدهما: أنه لا يقطع، لأن له أن يرجع في العارية، فجعل النقب رجوعًا. والثاني هو المنصوص: أنه يقطع لأنه أحرز ماله بحرز بحق فأشبه أذا نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق مال المستأجر. وإن غصب رجل مالًا أو سرقه وأحرزه فجاء سارق فسرقه ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يقطع، لأنه حرز لم يرضه مالكه. والثاني: أنه يقطع لأنه سرق ما لا شبهة له فيه من حرز مثله.

فصل: وإن وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق، بعد ما رفع إلى السلطان لم يسقط القطع، لما روي: «أن النبي ﷺ أمر في سارق رداء صفوان أن تقطع يده، فقال صفوان: إني لم أرد هذا، هو عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «فهلّا قبل أن تأتيني به؟»[2] ولأن ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة في الوجوب فلم يؤثر في الحد، كما لو زنى وهو عبد فصار حرًا قبل أن يحد أو زنى وهو بكر فصار ثيبًا قبل أن يحد، وإن سرق عينًا قيمتها ربع دينار فنقصت قيمتها قبل أن يقطع لم يسقط القطع لما ذكرناه، وإن ثبتت السرقة بالبينة فأقر المسروق منه بالملك للسارق، أو قال: كنت أبحته له، سقط القطع، لأنه يحتمل أن يكون صادقًا في إقراره، وذلك شبهة فلم يجب معها الحد، وإن ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهبه منه أو أباحه له وأنكر المسروق منه، ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه في حق المسروق منه، لأنه خلاف الظاهر، بل يجب تسليم المال إليه، وأما القطع فالمنصوص أنه لا يجب، لأنه يجوز أن يكون صادقًا وذلك شبهة فمنعت وجوب الحد، وذكر أبو إسحاق وجهًا آخر

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٠/ ٢٤٢).

(٢) تقدم.

أنه يقطع، لأنا لو أسقطنا القطع بدعواه أفضى إلى أن لا يقطع سارق وهذا خطأ لأنه يبطل به إذا ثبت عليه الزنا بامرأة وادعى زوجيتها فإنه يسقط الحد، وإن أفضى ذلك إلى إسقاط حد الزنا، وإن ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب، فالمنصوص في السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فيدعي، وقال فيمن قامت البينة عليه أنه زنى بأمة ومولاها غائب: «إنه يحد ولا ينتظر حضور المولى» فاختلف أصحابنا فيه على ثلاثة مذاهب، أحدها وهو قول أبي العباس بن سريج رحمه الله، أنه لا يقام عليه الحد في المسألتين حتى يحضر، وما روي في حد الزنا سهو من الناقل، وجهه أنه يجوز أن يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد، بأن يقول المسروق منه: كنت أبحته له، ويقول مولى الأمة: كنت وقفتها عليه، والحد يدرأ بالشبهة فلا يقام عليه قبل الحضور، والثاني وهو قول أبي إسحاق: أنه ينقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى، فيكون في المسألتين قولان، أحدهما: أنه لا يحد لجواز أن يكون عند الغائب شبهة، والثاني: أنه يحد لأنه وجب الحد في الظاهر فلا يؤخر، والثالث وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل: أنه يحد الزاني، ولا يقطع السارق على ما نص عليه، لأن حد الزنا لا تمنع الإباحة من وجوبه، والقطع في السرقة تمنع الإباحة من وجوبه، وإن ثبتت السرقة والزنا بالإقرار فهو كما لو ثبتت بالبينة فيكون على ما تقدم من المذاهب ومن أصحابنا من قال: فيه وجه آخر أنه يقطع السارق ويحد الزاني في الإقرار وجهًا واحدًا، والصحيح أنه كالبينة، وإذا قلنا أنه ينتظر قدوم الغائب ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحبس لأنه قد وجب الحد وبقي الاستيفاء، فحبس كما يحبس من عليه القصاص إلى أن يبلغ الصبي ويقدم الغائب، والثاني: أنه إن كان السفر قريبًا حبس إلى أن يقدم الغائب، وإن كان السفر بعيدًا لم يحبس، لأن في حبسه إضرارًا به، والحق لله عز وجل فلم يحبس لأجله.

فصل: وإذا ثبت الحد عند السلطان لم يجز العفو عنه ولا تجوز الشفاعة فيه لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «أتي رسول الله ﷺ بسارق قد سرق فأمر به فقطع، فقيل: يا رسول الله ما كنا نراك تبلغ به هذا قال: لو كانت فاطمة بنت محمد لأقمت عليها الحد»[1] وروى عروة قال: شفع الزبير في سارق فقيل: حتى يأتي السلطان قال: إذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله ﷺ[2]. ولأن الحد لله فلا يجوز فيه العفو والشفاعة.

فصل: وإذا وجب القطع قطعت يده اليمنى فإن سرق ثانيًا قطعت رجله اليسرى فإن سرق ثالثًا قطعت يده اليسرى، فإن سرق رابعًا قطعت رجله اليمنى، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في السارق: وإن سرق فاقطعوا يده ثم

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٠/ ٢٢٦) ومالك في الموطأ (٢/ ١٧٤).

إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»[١] وإن سرق خامسًا لم يقتل لأن النبي ﷺ بين في حديث أبي هريرة ما يجب عليه في أربع مرات، فلو وجب في الخامسة قتل لبين، ويعزر لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فعزر فيها.

فصل: وتقطع اليد من مفصل الكف لما روي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا: «إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع» ولأن البطش بالكف وما زاد من الذراع تابع ولهذا تجب الدية فيه ويجب فيما زاد الحكومة، وتقطع الرجل من مفصل القدم وقال أبو ثور تقطع الرجل من شطر القدم لما روى الشعبي قال: كان علي عليه السلام يقطع الرجل من شطر القدم ويترك له عقبًا ويقول ادع له ما يعتمد عليه. والمذهب ما ذكرناه والدليل عليه ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقطع القدم من مفصلها ولأن البطش بالقدم ويجب فيها الدية فوجب قطعه.

فصل: وإن سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى، فإن كانت له يمين عند السرقة فذهبت بآكلة أو جناية سقط الحد ولم ينتقل الحد إلى الرجل والفرق بين المسألتين أنه إذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضو الذي يقطع بعدها، وإذا سرق وله يمين تعلق القطع بها، فإذا ذهبت زال ما تعلق به القطع فسقط وإن سرق وله يد ناقصة الأصابع قطعت لأن اسم اليد يقع عليها، وإن لم يبق غير الراحة ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يقطع وينتقل الحد إلى الرجل، لأنه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها، ولهذا لا يضمن بأرش مقدر فصار كما لو لم يبق منها شيء. والثاني: أنه يقطع ما بقي لأنه بقي جزء من العضو الذي تعلق به القطع فوجب قطعه كما لو بقيت أنملة فإن سرق وله يد شلاء فإن قال أهل الخبرة: إنها إذا قطعت انسدت عروقها قطعت، وإن قالوا لا تنسد عروقها لم تقطع لأن قطعها يؤدي إلى أن يهلك.

فصل: وإذا قطع فالسنة أن يعلق العضو في عنقه ساعة، لما روى فضالة بن عبيد قال: «أتى النبي ﷺ بسارق فأمر به فقطعت يده، ثم أمر فعلقت في رقبته»[٢] ولأن في ذلك ردعًا للناس، ويحسم موضع القطع لما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ أتى بسارق فقال: اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع فأتي به فقال: تب إلى الله تعالى فقال: تبت إلى الله تعالى، فقال: تاب الله عليك»[٣] والحسم هو أن يغلي الزيت غليًا جيدًا ثم يغمس فيه موضع القطع

---

(١) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٦/ ٤١٠) والدارقطني في سننه (٣/ ١٨١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٤١١) والترمذي في سننه برقم (١٤٤٧) والنسائي في سننه (٨/ ٩٢) وابن ماجه في سننه برقم (٤٩٨٢) وأحمد في المسند (٦/ ١٩).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٨١) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٧٥) والدارقطني في سننه (٣/ ١٠٢).

لتنحسم العروق وينقطع الدم، فإن ترك الحسم جاز لأنها مداواة فجاز تركها وأما ثمن الزيت وأجرة القاطع فهو في بيت المال لأنه من المصالح،، فإن قال: أنا أقطع بنفسي ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يمكن كما لا يمكن في القصاص، والثاني: إنه يمكن لأن الحق لله تعالى والقصد به التنكيل وذلك قد يحصل بفعله، بخلاف القصاص فإنه يجب للآدمي للتشفي فكان الاستيفاء إليه.

فصل: وإن وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره فاعتقد أنها يمينه أو اعتقد أن قطعها يجزىء عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهان، أحدهما: وهو المنصوص أنه يجزئه عن اليمين، لأن الحق لله تعالى ومبناه على المساهلة فقامت اليسار فيه مقام اليمين، والثاني: أنه لا يجزئه لأنه قطع غير العضو الذي تعلق به القطع فعلى هذا إن كان القاطع تعمد قطع اليسار وجب عليه القصاص في يساره وإن قطعها وهو يعتقد أن قطعها يجزئه عن اليمين وجب عليه نصف الدية.

فصل: إذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله وقطع، ولا يمنع أحدهما الآخر، لأن الضمان يجب لحق الآدمي والقطع يجب لله تعالى، فلا يمنع أحدهما الآخر كالدية والكفارة.

الشرح: السرقة لغة الأخذ خفية، وشرعًا: أخذ مال الغير خفية ظلمًا من حرز مثله بشروط معينة. وهي موجبة للقطع بالنص والإجماع، وقوله: «نصابًا من المال» النصاب: الأصل، والخلاص: ما أخلصته النار من الذهب، والحريسة هي الشاة المسروقة من المرعى، والأغلاق: جمع غلق وهو المغلاق الذي يغلق به الباب، والرباطات جمع رباط وهو ما يسكنه النساك والعباد، والجواسق جمع جوسق وهو منظر يبنى في البساتين، والدرابات هي شباك من خيوط تجعل على الدكاكين بالنهار، وقوله: «فانثال» أي نصب، والمشربة هي الغرفة، والبربط: آلة من آلات اللهو، والسنة: هي الجدب والقحط.

فصل: فيما يوجب القطع، وهو السرقة ولها ثلاثة أركان:

أحدها: المسروق، وله ستة شروط:

أحدها: أن يكون نصابًا، وهو ربع دينار من الذهب الخالص، فلا قطع فيما دونه، ويقطع بربع دينار قراضة بلا خلاف، ولو سرق دينارًا مغشوشًا، فإن بلغ خالصه ربعًا، قطع، وإلا فلا، ولو سرق دراهم أو غيرها، قوم بالذهب، وحكي أن ابن بنت الشافعي رحمهما الله اختار مذهب داود، وهو أنه يجب القطع بسرقة القليل، ولا يعتبر نصاب. قلت: هذا غلط مخالف للأحاديث الصحيحة الصريحة في اعتبار ربع دينار. والله أعلم.

والاعتبار بالذهب المضروب، فبه يقع التقويم، حتى لو سرق شيئًا يساوي ربع

مثقال من غير المضروب، كالسبيكة وحلي لا تبلغ ربعًا مضروبًا بالقيمة، فلا قطع على الأصح، وبه قال الإصطخري وأبو علي ابن أبي هريرة والطبري، وصححه الإمام وغيره، وجزم به العبادي، ولو سرق خاتمًا وزنه دون ربع، وقيمته بالصنعة تبلغ ربعًا، فلا قطع على الصحيح، والخلاف في المسألتين راجع إلى أن الاعتبار بالوزن أو بالقيمة، وأما التبر الذي إذا خلص نقص، فلا قطع في سرقة ربع منه، بل يشترط أن يخلص منه ربع، ولو سرق فلوسًا ظنها دنانير، قطع إن بلغت قيمتها نصابًا، وإلا فلا، ولو سرق دنانير ظنها فلوسًا لا تبلغ قيمتها نصابًا، قطع، ولو سرق ثوبًا خسيسًا وفي جيبه ربع دينار، أو ما تبلغ قيمته نصابًا ولم يعلم بالحال، وجب القطع على الأصح، لأنه أخرج نصابًا من حرزه بقصد السرقة.

فرع: لو أخرج نصابًا من حرز دفعتين فصاعدًا، نظر إن تخلل اطلاع المالك وإعادته الحرز بإصلاح النقب أو إغلاق الباب، فالإخراج الثاني سرقة أخرى، فإن كان المخرج في كل دفعة دون النصاب، لم يجب القطع، وإن لم يتخلل الاطلاع والإعادة، ففيه أوجه: أصحها: يجب القطع، والثاني: لا، والثالث: إن عاد وسرق ثانيًا بعد ما اشتهر خراب الحرز، وعلم به الناس أو المالك، فلا قطع، وإن عاد قبله، قطع، والرابع: إن عاد تلك الليلة، قطع، وإن عاد في ليلة أخرى، فلا، والخامس: إن لم يطل الفصل بين الإخراجين، قطع، وإن طال، فلا، والسادس: إن كان يخرج شيئًا فشيئًا، ويضعه خارج البيت أو خارج الباب، حتى تم نصابًا ولم يفارق الحرز، قطع، وإن ذهب بالمسروق أولًا إلى بيته ونحوه مسرعًا وعاد ولو مع قرب الفصل، فلا قطع.

فرع: انثيال الحنطة ونحوها عند فتح أسفل وعائه أو نحوه، هل هو كإخراجه باليد؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه خرج بسبب لا مباشرة، والسبب ضعيف فلا يقطع به، وأصحهما: نعم، لأنه بفعله هتك الحرز، فعلى هذا لو أخرج بيده أو انثال دفعة ما يساوي نصابًا، قطع، وإن أخرجه شيئًا فشيئًا على التواصل، أو انثال كذلك، قطع على المذهب، وقيل: وجهان: ولو طَرَّ جيبه أو كمه، فسقطت الدراهم شيئًا فشيئًا فكانثيال الحبوب، ولو أخذ طرف منديل أو جذع، وأخرجه من الحرز جرًا، قطع، لأنه شيء واحد، ولو أخرج نصفه وترك النصف الآخر في الحرز لخوف أو غيره، فلا قطع وإن كان حصة المخرج أكثر من نصاب، لأنه مال واحد، ولم يتم إخراجه.

فرع: لو جمع من البذر المبثوث في الأرض ما بلغ نصابًا، فإن لم تكن الأرض محرزة، فلا قطع، وإن كانت فوجهان: أصحهما: يقطع، لأن الأرض تعد

بقعة واحدة، والبذر المفرق فيها كأمتعة في زوايا بيت، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان إحراز الأرض.

فرع: لو أخرج اثنان من حرز نصابًا أو أكثر ولم يبلغ نصابين، فلا قطع عليهما وإن أخرجا ما يبلغ نصابين، قطعا جميعًا، وإن انفرد كل واحد بإخراج، قطع من بلغ ما أخرجه نصابًا دون من لم يبلغ ما أخرجه نصابًا.

فرع: قال الإمام: إذا كان المسروق عرضًا تبلغ قيمته بالاجتهاد ربع دينار فقد يوجد للأصحاب أنه يجب الحد، والذي أرى الجزم به أنه لا يجب ما لم يقطع المقومون ببلوغها نصابًا، وللمقومين قطع واجتهاد، والقطع من جماعة لا يزلون معتبر، ومن جماعة لا يبعد الزلل منهم فيه احتمالان، أحدهما: يكفي، كما تقبل الشهادة مع احتمال الغلط، والثاني: المنع، لأن الشهادة تستند إلى معاينة، وقال الروياني في «جمع الجوامع»: لو شهد عدلان بسرقة، فقوم أحدهما المسروق نصابًا، والآخر دونه، فلا قطع، وأما المالك فإن رضي بأقل القيمتين فذاك وله أن يحلف مع الذي شهد بالأكثر ويأخذه، ولو شهدا بأنه نصاب، وقومه آخران بدونه، فلا قطع، ويؤخذ في الغرم بالأقل، وقال أبو حنيفة بالأكثر.

فرع: القيمة تختلف بالبلاد والأزمان، فيعتبر في كل مكان وزمان قيمة ذلك المكان والزمان.

فرع: ادعى السارق نقص قيمة المسروق عن النصاب، لم يقطع، فإن قامت بينة بأن قيمته نصاب، قطع.

فرع: نقصت قيمة المسروق في الحرز عن نصاب، بأن أكل بعضه، أو أحرقه، وأخرج دون نصاب، فلا قطع، وإن نقص بعد الإخراج، قطع، ولو شق الثوب في الحرز، أو ذبح الشاة في الحرز، ثم أخرجه، فعليه ضمان النقص، وإن كان المخرج نصابًا، قطع، وإلا فلا.

فرع: سواء كان النصاب المسروق لواحد أو لجماعة، فيجب القطع إذا اتحد الحرز.

الشرط الثاني: أن يكون مملوكًا لغير السارق، فلا قطع على من سرق مال نفسه من يد غيره، كيد المرتهن والمستأجر والمستعير والمودع وعامل القراض والوكيل والشريك، فلو أخذ مع ماله نصابًا آخر، لزمه القطع، ولو سرق ما اشتراه من يد البائع في زمن الخيار أو بعده، فلا قطع، وإن سرق معه مالًا آخر، فإن كان قبل أداء الثمن، قطع، وإن كان بعده، فلا قطع على الأصح، كمن سرق من دار اشتراها، ولو وهب له شيء، فسرقه بعد القبول وقبل القبض، فالصحيح أنه لا

قطع، بخلاف ما لو أوصى له بشيء فسرقه قبل موت الموصي، فإنه يقطع، وإن سرق بعد موت الموصي وقبل القبول، بني على أن الملك في الوصية بماذا يحصل؟ إن قلنا: بالموت، لم يقطع، وإلا قطع، ولو أوصى بمال للفقراء، فسرقه فقير بعد موته، لم يقطع، كسرقة المال المشترك وإن سرقه غني، قطع.

فرع: لو طرأ الملك في المسروق قبل إخراجه من الحرز، بأن ورثه السارق، أو اشتراه، أو اتهبه وهو في الحرز، فلا قطع، وإن طرأ الملك بعد إخراجه من الحرز، لم يسقط القطع، لكن لو وقع ذلك قبل الرفع إلى القاضي لم يمكن استيفاء القطع بناء على أن استيفاء القطع يتوقف على دعوى المسروق منه ومطالبته بالمال كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ادعى السارق أن ما أخذه على صورة السرقة ملكه، فقال: كان قد غصبه مني، أو من مورثي، أو كان وديعة لي عنده، أو عارية، أو كنت اشتريته منه، أو وهبه لي وأذن لي في قبضه، أو أذن لي في أخذه، لم يقبل قوله في المال، بل يصدق المأخوذ منه بيمينه في نفي الغصب والبيع والهبة، وبلا يمين في قوله: أذن لي في أخذ ماله، ويسقط القطع بدعوى الملك على الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور، وفيه وجه أو قول مخرج، ويجري الخلاف فيما لو ادعى أن المسروق منه عبده، وهو مجهول النسب، أو أن الحرز ملكه غصبه منه المسروق منه، وفيما إذا شهد عليه بزنى، فادعى أن المرأة زوجته، أو كانت أمة، فقال: باعنيها مالكها، ورأى الإمام الأصح في حد الزنى أنه لا يسقط بهذه الدعوى بناء على المذهب فيما إذا قامت بينة أنه زنى بأمة فلان الغائب أنه يحد، ولا ينتظر حضور الغائب بخلاف مثله في السرقة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يجري فيمن قطع يد إنسان وادعى أنه أذن له في قطعها، بل يقتص منه بلا خلاف، لأن القطع حق آدمي، فهو كالمال، ولو أقر المسروق منه أن المال كان ملك السارق، فلا قطع بلا خلاف، وإذا قلنا: بالمنصوص، فسرق شخصان، وادعيا أن المسروق ملكهما، لم يقطعا، وإن ادعاه أحدهما لنفسه أولهما وأنكره الآخر، واعترف بالسرقة، فلا قطع على المدعي، وفي المنكر وجهان: أصحهما: يقطع، ولو قال أحدهما: هذا ملك شريكي وأخذت معه بإذنه، وأنكر الشريك، فالذي نقله الأصحاب أنه كالصورة المتقدمة، لا قطع على من يدعي ملك الشريك، وفي الآخر الوجهان، وقال البغوي: ينبغي أن يقال: يقطع المنكر، وفي المدعى الوجهان، ولو سرق عبد وادعى أن المسروق ملك سيده، فإن صدقه السيد، فلا قطع، وكذا إن كذبه على الأصح.

فرع: قال الإمام: يجري الخلاف في دعوى الملك إذا ظهرت صورة السرقة، فإن سرق من حرز هو بما فيه في يد رجل، ولم تقم بينة مفصلة، فقال السارق: هو ملكي، فعلى قولنا بسقوط القطع ببقاء النزاع بينهما في المال، فيصدق المأخوذ منه بيمينه، وإن قلنا: لا يسقط القطع بالدعوى، فإن حلف المسروق منه، ثبت القطع مع المال، ويجيء الخلاف في أن القطع يثبت باليمين المردودة، والأصح ثبوته كما سنذكره إن شاء الله تعالى، ويجري أيضًا فيما لو قامت بينة مفصلة يثبت مثلها في السرقة، فقال السارق: كان أباحه، أو وهبه، أو باعه لي، واعتمد الشهود ظاهر الحال، أما إذا قال: لم يزل ملكي وكان غصبنيه، أو قال: ما سرقت أصلًا، فهذا يناقض قول الشهود ويكذبهم، فهل يسقط به الحد تفريعًا على أن الدعوى التي لا تكذبهم مسقطة؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم، قال ابن كج: موضع الخلاف في أن القطع يسقط بدعوى السارق الملك ما إذا حلف المسروق منه على نفي الملك الذي يدعيه، أما لو نكل حلف وحلف السارق، فيستحق المال، ويسقط عنه القطع بلا خلاف، ولو نكل السارق أيضًا، فيشبه أن يجيء فيه الخلاف.

الشرط الثالث: أن يكون محترمًا، فلو سرق خمرًا، أو كلبًا، أو جلد ميتة غير مدبوغ، فلا قطع، سواء سرقه مسلم أم ذمي، لأنه ليس بمال، فلو كان الإناء الذي فيه الخمر يساوي نصابًا، قطع على الأصح المنصوص، وإن كان فيه بول، فالمذهب وجوب القطع، وطرد صاحب «البيان» فيه الوجهين، وطردهما فيما يستهان به، كقشور الرمان، وهو بعيد، بل الصواب القطع بالوجوب، ولو سرق آلات الملاهي، كالطنبور والمزمار، أو صنمًا، فإن كان لا يبلغ بعد الكسر والتغيير نصابًا، فلا قطع، وإن بلغه، قطع على الأصح عند الأكثرين منهم العراقيون والروياني، لأنه سرق نصابًا من حرز، واختار الإمام وأبو الفرج الزاز أنه لا قطع من الملاهي فأشبه الخمر، ولأنه غير محرز، لأن كل أحد مأمور بإفساد الآت الملاهي، ويجوز الهجوم على الدور لكسرها وإبطالها، ولأنه لا يجوز إمساكها، فهي كالمغصوب يسرق من حرز الغاصب، ثم الوجهان فيما إذا قصد السرقة، أما إذا قصد بإخراجها أن يشهد تغييرها وإفسادها، فلا قطع بلا خلاف، ولو كسر ما أخذه في الحرز، ثم أخرجه وهو يبلغ نصابًا، قطع على المذهب، ولو سرق آنية ذهب أو فضة، ففي «المهذب» و«التهذيب» إنه يقطع لأنها تتخذ للزينة، والوجه ما قاله صاحب «البيان» أنه يبنى على اتخاذها، إن جوزناه قطع، وإلا فلا، كالملاهي، وكذا ذكره الإمام، لكنه رأى نفي القطع بعيدًا.

الشرط الرابع: أن يكون الملك تامًا قويًا وفيه مسائل:

إحداها: إذا سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالهما المشترك، فهل يقطع؟ قولان، أظهرهما: لا، لأن له في كل قدر جزءًا وإن قل، فيصير شبهة، كوطء المشتركة، فعلى هذا لو سرق ألف دينار له منه قدر دينار شائعًا، لم يقطع، والثاني: نعم، إذ لا حق له في نصيب الشريك، فعلى هذا ثلاثة أوجه: قال الأكثرون: إن كان المال بينهما بالسوية، فسرق نصف دينار فصاعدًا، فقد سرق من الشريك نصابًا، وإن كان ثلثاه للسارق، فإذا سرق ثلاثة أرباع فقد سرق منه نصابًا، والثاني: إنما يجعل سارقًا لنصاب من الشريك إذا زاد المأخوذ على قدر حقه بنصاب، فلو كان بينهما مناصفة، فسرق نصف المال وزيادة ربع دينار، أو كان ثلثاه للسارق، فسرة ثلثيه وزيادة لا تبلغ ربع دينار، فلا قطع، والثالث: إن كان المشترك مما يجبر على قسمته، كالحبوب وسائر المثليات، فلا قطع حتى يزيد المأخوذ على قدر حصته بنصاب، وإن كان مما لا يجبر فيه، كالثياب، فإذا سرق نصف دينار إن اشتركا بالسوية أو ثلاثة أرباع دينار إن كان الثلثان للسارق، قطع.

الثانية: إذا سرق من مال بيت المال، نظر إن سرق مما أفرز لطائفة مخصوصين وليس السارق منهم، قطع، قال الإمام: وكذا الفيء المعد للمرتزقة تفريعًا على أنه ملكهم، وإن سرق من غيره، فأوجه: أحدها وهو مقتضى إطلاق العراقيين: لا قطع، سواء كان غنيًا أو فقيرًا، وسواء سرق من الصدقات، أو مال المصالح، والثاني: يقطع، وأصحها: التفصيل، فإن كان السارق صاحب حق في المسروق، بأن سرق فقير من الصدقات، أو مال المصالح، فلا قطع، وإن لم يكن صاحب حق فيه، كالغني، فإن سرق من الصدقات، قطع، وإن سرق من المصالح، فلا قطع على الأصح، لأنه قد يصرف ذلك إلى عمارة المساجد والرباطات والقناطير فينتفع بها الغني والفقير، أما إذا سرق ذمي مال المصالح، فالصحيح أنه يقطع، لأنه مخصوص بالمسلمين، ولا ينظر إلى إنفاق الإمام عليهم عند الحاجة، لأنه إنما ينفق للضرورة، وبشرط الضمان، ولا ينظر إلى انتفاعه بالقناطر والرباطات، لأنه إنما ينتفع تبعًا، وفي وجه: لا قطع، واختاره البغوي وقال: ينبغي أن لا يكون إنفاق الإمام عليه بشرط الضمان، قال: وهذا في مال المصالح، أما لو سرق من مال من مات ولم يخلف وارثًا فعليه القطع، لأن إرث للمسلمين خاصة، ولو كفن مسلم من بيت المال، فسرق نباش كفنه، قطع إذا لم يبق لغير الميت فيه حق، كما لو كساه حيًا.

الثالثة: إذا سرق ستر الكعبة وهو محرز بالخياطة عليه، فالمذهب وجوب القطع وبه قطع الجمهور ونقل ابن كج فيه قولين، والمعروف الأول، وألحقوا باب المسجد وجذعه وتأزيره وسواريه، فأوجبوا القطع بسرقتها، قالوا: ولا قطع بسرقة

ما يفرش في المسجد من حصير وغيره، ولا في القناديل المسرجة، لأنها معدة لانتفاع الناس، والقناديل التي لا تسرج، ولا يقصد منها إلا الزينة كالأبواب، هذه طريقة الجمهور، ورأى الإمام تخريج وجه في الأبواب والسقوف، لأنها من أجزاء المسجد، والمسجد مشترك وذكر في الحصر والقناديل ونحوها ثلاثة أوجه: ثالثها: الفرق بين ما يقصد به الاستضاءة أو الزينة، وكل هذا في المسلم، أما الذمي إذا سرق الباب أو الحصير أو غيرهما، فيقطع بلا خلاف، وذكر الفوراني في سرقة بكرة اليد المسبلة أنه يقطع، وكذا حكاه البغوي قال: والوجه عندي أنها كحصير المسجد، لأنها لمنفعة الناس.

الرابعة: لو سرق مالًا موقوفًا، أو مستولدة وهي نائمة، أو مجنونة، وجب القطع على الأصح بخلاف المكاتب، لأنه في يد نفسه، وكذا من بعضه حر، ولو سرق من غلة الأرض الموقوفة أو ثمرة شجرة موقوفة، قطع بلا خلاف، فلو كان للسارق استحقاق، أو شبهة استحقاق، بأن وقف على جماعة، فسرقه أحدهم، أو سرق أبو بعض الموقوف عليهم، أو ابنه، أو وقف على الفقراء، فسرق فقير، فلا قطع بلا خلاف.

فرع: الصحيح وجوب الحد على من زنى بجارية بيت المال، وإن لم يجب القطع بسرقة مال.

الشرط الخامس: أن لا يكون فيه شبهة استحقاق للسارق وفيه مسائل:

احداها: سرق مستحق الدين مال المدين، نص أنه لا قطع، فقيل بإطلاقه، والأصح: التفصيل، فإن أخذه لا بقصد استيفاء الحق، أو بقصده، والمدين غير جاحد ولا مماطل، قطع، وإن قصده وهو جاحد أو مماطل، فلا قطع، ولا فرق بين أن يأخذ من جنس حقه، أو من غيره، وقيل: يختص بمن أخذ جنس حقه، والصحيح الأول، ولو أخذ زيادة على قدر حقه، فلا قطع على الصحيح، لأنه إذا تمكن من الدخول والأخذ، لم يبق المال محرزًا عنه، وقيل: إن بلغت الزيادة نصابًا وهي مستقلة، قطع.

الثانية: من يستحق النفقة بالبعضية على المسروق منه، لا يقطع بسرقة ماله، ويقطع بسرقة مال الأخ وسائر الأقارب، ولو سرق أحد الزوجين مال الآخر، إن لم يكن محرزًا عنه، فلا قطع، وإلا فثلاثة أقوال، أظهرها: يقطع، والثاني: لا، والثالث: يقطع الزوج دون الزوجة، وقيل: يقطعان بلا خلاف، قال الأصحاب: ومن لا يقطع بسرقة مال شخص، لا يقطع عبده بسرقة مال ذلك الشخص، فلا يقطع العبد بسرقة مال أبي سيده وابنه، وفي قطع عبد أحد الزوجين بسرقته مال الآخر

الخلاف، وفي وجه يقطع العبد وإن لم يقطع سيده، ورجحه الإمام، والصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور هو الأول، لأن يد العبد كيد السيد، ولو سرق مكاتب أحد الزوجين مال الآخر وقلنا: لا قطع على العبد فوجهان: كما لو سرق المكاتب مال سيده، ففيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى، وعن القاضي حسين أنا إذا لم نقطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر، ينبغي أن لا يقطع ولد أحدهما بسرقة مال الآخر، وغلط القاضي في ذلك، ولو كان لرجل زوجتان، سرقت إحداهما مال الأخرى، أو سرق مال زوجة أبيه، أو ابنه، فالمذهب وجوب الحد، ولا يقطع العبد بسرقة مال سيده بخلاف ما لو زنى بجاريته، والمدبر وأم الولد ومن بعضه حر في كل ذلك كالقن، وكذا المكاتب في الأصح، ولا خلاف أن السيد لا يقطع بما في يد مملوكه وإن قدرنا له ملكًا، ولو سرق ممن بعضه مملوكه ما ملكه ببعضه الحر، قال القفال: لا يقطع، وقال الشيخ أبو علي: يقطع.

الثالثة: لو أخذ المال على صورة السرقة على ظن أن المأخوذ ملكه، أو ملك أبيه، أو ابنه أن الحرز ملكه، فلا قطع على الأصح للشبهة.

فرع: في صور يتوهم أنها شبهة، وليست مؤثرة، فلا أثر لكون المسروق مباح الأصل، كالحطب والحشيش والصيد ومال المعدن، ولا لكونه معرضًا للفساد، كالرطب والتين والرياحين والشواء والهريسة والجمد والشمع المشتعل، ولو سرق عينًا فقطع، ثم سرقها من المالك الأول أو غيره، قطع ثانيًا، ولا يشترط كون المسروق في يد المالك، بل السرقة من يد المودع والمرتهن والوكيل وعامل القراض والمستعير والمستأجر، يوجب القطع، والخصم فيها المالك، وإذا قلنا: الماء لا يملك، فلا قطع بسرقته، وإن قلنا: يملك، قطع في الأصح، ووجه المنع أنه تافه، ويجري الوجهان في سرقة التراب، لأنه لا تقصد سرقته لكثرته، ويجب القطع بسرقة المصحف وكتب التفسير والحديث والفقه، وكذا الشعر الذي يحل الانتفاع به، وما لا يحل الانتفاع به لا قطع فيه إلا أن يبلغ الجلد والقرطاس نصابًا، ويجب القطع بسرقة قرون الحيوان.

الشرط السادس: كونه محرزًا، فلا قطع في سرقة ما ليس بمحرز، ويختلف الحرز باختلاف الأحوال والأموال، والتعويل في صيانة المال وإحرازه على شيئين، أحدهما: الملاحظة والمراقبة، والثاني: حصانة الموضع ووثاقته، فإن لم يكن للموضع حصانة، كالموضوع في صحراء، أو مسجد، أو شارع، اشترط مداومة اللحاظ، وإن كان له حصانة، وانضم إليها اللحاظ المعتاد، كفى، ولم تشترط مداومته، ويحكم في ذلك العرف، وتفضيله بمسائل:

إحداها: الاصطبل حرز الدواب مع نفاستها وكثرة قيمتها، وليس حرزًا للثياب والنقود، والصفة في الدار وعرصتها حرزان للأواني وثياب البذلة دون الحلي والنقود، لأن العادة فيها الإحراز في المخازن، وكذا الثياب النفيسة تحرز في الدور، وفي بيوت الحانات وفي الأسواق المنيعة، والمتبن حرز للتبن دون الأواني والفرش.

واعلم أن ما كان حرزًا لنوع كان حرزًا لما دونه، وإن لم يكن حرزًا لما فوقه.

المسألة الثانية: إذا نام في صحراء، أو مسجد، أو شارع على ثوبه، أو توسد عيبته أو متاعه، أو اتكأ عليه، فسرق الثوب من تحته، أو العيبة، أو أخذ المنديل من رأسه، أو المداس من رجله، أو الخاتم من أصبعه، وجب القطع، لأنه محرز به، ولو زال رأسه عما توسده، أو انقلب في النوم عن الثوب وخلاه، فلا قطع بسرقته، ولو رفع السارق النائم عن الثوب أولًا، ثم أخذه، فلا قطع، ولو وضع متاعه أو ثوبه بقربه في الصحراء أو المسجد، فإن نام أو ولاه ظهره، أو ذهل عنه بشاغل، لم يكن محرزًا، وإن كان متيقظًا يلاحظه فتغفله السارق، وأخذ المال، قطع على الصحيح، وهل يشترط أن لا يكون في الموضع زحمة الطارقين؟ وجهان: أحدهما: لا، وتكفي الملاحظة، لكن لا بد بسبب الزحمة من مزيد مراقبة وتحفظ، وأصحهما: نعم، وتخرجه الزحمة عن كونه محرزًا، وأجري الوجهان في الخباز والبزاز وغيرهما إذا كثرت الزحمة على حانوته، قال الإمام: ولو وضع المتاع في شارع، ولاحظه جمع، صار عدد اللاحظين في معارضة عدد الطارقين، كلاحظ في الصحراء في معارضة طارق، ويشترط كون الملاحظ بحيث يقدر على المنع لو اطلع على سارق إما بنفسه، وإما بالاستغاثة، فإن كان ضعيفًا لا يبالي به السارق، والموضع بعيد عن الغوث، فليس بحرز، بل الشخص شائع مع ماله، وينبغي أن لا يفرق بين كون الصحراء مواتًا أو غيره.

واعلم أن الركن الأول في كونه محرزًا الملاحظة، فلا تكفي حصانة الموضع على أصل الملاحظة، حتى إن الدار المتفردة في طرف البلد لا تكون حرزًا وإن تناهت في الحصانة، وكذا القلعة المحكمة، لأنه إذا لم يكن الموضع على أصل الملاحظة، حتى إن الدار المنفردة في طرف البلد لا تكون خطر، لكن لا يحتاج مع الحصانة إلى دوام الملاحظة بخلاف ما ذكرنا في الصحراء.

فرع: لو أدخل يده في جيب إنسان أو كمه، وأخذ المال، أو طر جيبه أو كمه، وأخذ المال، قطع، لأنه محرز به، وساء ربطه من داخل الكم، أم من خارجه أم لم يربطه، وإن أخذه من رأس منديل على رأس، قال البغوي: إن كان قد شده عليه، قطع، وإلا فلا.

المسألة الثالثة: الدار إن كانت منفصلة عن العمارات، بأن كانت في بادية، أو في الطرق الخراب من البلد، أو في بستان، فليست بحرز إن لم فيها أحد، سواء كان الباب مفتوحًا أو مغلقًا، فإن كان فيها صاحبها، أو حافظ آخر، نظر إن كان نائمًا والباب مفتوح، فليست حرزًا، وإن كان مغلقًا فوجهان: الذي أجاب به الشيخ أبو حامد ومن تابعه: أنه محرز، والذي يقتضيه إطلاق الإمام والبغوي خلافه.

قلت: الذي قاله أبو حامد أقوى، وجزم الرافعي في «المحرر» بأنه غير محرز. والله أعلم.

وإن كان من فيها متيقظًا، فالأمتعة فيها محرزة، سواء كان الباب مفتوحًا أو مغلقًا، لكن لو كان ممن لا يبالي به وهو بعيد عن الغوث، فالحكم على ما ذكرناه في الملحوظ بعين الضعيف في الصحراء، وإن كانت الدار متصلة بدور أهله، نظر إن كان الباب مغلقًا وفيها صاحبها، أو حافظ آخر، فهي حرز لما فيها ليلًا ونهارًا متيقظًا كان الحافظ أو نائمًا، وإن كان الباب مفتوحًا، فإن كان من فيها نائمًا لم يكن حرزًا ليلًا قطعًا، ولا نهارًا في الأصح، وقيل: حرز نهارًا في زمن الأمن من النهب وغيره، وإن كان من فيها متيقظًا لكنه لا يتم الملاحظة بل يتردد في الدار، فتغفله إنسان فسرق، لم يقطع على الأصح المنصوص للتقصير بإهمال المراقبة من فتح الباب، ولو كان يبالغ في الملاحظة بحيث يحصل الإحراز المراقبة مع فتح الباب، ولو كان يبالغ فيا لملاحظة بحيث يحصل الإحراز بمثله في الصحراء، فانتهز السارق فرصة، قطع بلا خلاف، ولو فتح صاحب الدار بابها، وأذن للناس في الدخول كشراء متاعه، كما يفعله من يخبز في داره فوجهان: لأن الزحمة تشغل، فأما إذا لم يكن فيها أحد، فالمذهب وبه قطع البغوي: أنه إن كان الباب مغلقًا، فهو حرز بالنهار في وقت الأمن، وليس حرزًا في وقت الخوف ولا في الليل، وإن كان مفتوحًا، لم يكن حرزًا أصلًا، ومن جعل الدار المنفصلة عن العمارات حرزًا عند إغلاق الباب فأولى أن يجعل المتصلة بها عند الإغلاق حرزًا، وإذا ادعى السارق أن صاحب الدار نام، أو ضيع ما فيها وأعرض عن اللحاظ، فقال الغزالي: يسقط القطع بمجرد دعواه، كما في دعوى الملك، ويجيء فيه الوجه المذكور هناك.

واعلم أن الأمر في كل هذا مبني على العادة الغالبة في الإحراز. وعلى هذا الأصل، قال الأصحاب: النقد والجوهر والثياب لا تكون محرزة إلا بإغلاق الباب عليها، وأمتعة العطارين والبقالين والصيادلة إذا تركها على باب الحانوت ونام فيها، أو غاب عنه، فإن ضم بعضها إلى بعض وربطها بحبل، أو علق عليها شبكة، أو وضع لوحين على باب الحانوت مخالفين، كفى ذلك إحرازًا في النهار، لأن الجيران

والمارة ينظرونها، وإن تركها مفرقة ولم يفعل شيئًا مما ذكرناه، لم تكن محرزة، وأما بالليل، فلا تكون محرزة إلا بحارس. قال الروياني: والبقل والفجل قد يضم بعضه إلى بعض، ويطرح عليه حصير، ويترك على باب الحانوت وهناك حارس ينام ساعة، ويدور ساعة، فيكون محرزًا، وقد يزين العامي حانوته أيام العيد بالأمتعة النفيسة، ويشق عليه رفعها ليلًا، فيتركها، ويلقي عليها نطعًا، وينصب حارسًا، فتكون محرزة بخلاف سائر الأيام، لأن أهل السوق يعتادون ذلك، فيقوى بعضهم ببعض، والثياب على باب حانوت القصار والصباغ، كأمتعة العطارين، هذا فيما ينقل في العادة إلى داخل بناء ويغلق عليه باب، فأما الأمتعة الثقيلة التي يشق نقلها، كالحطب، فهي محرزة بأن يشد بعضها إلى بعض، وكذلك الخزف والقدور تحرز بالشرائح التي تنصب على وجه الحانوت، وإن تركت متفرقة لم تكن محرزة، وفي وجه لا يكفي الشد، بل يشترط أن يكون عليها باب مغلق، أو يكون على سطح محوط، والأول أصح حيث جرت العادة به، وكذا الطعام في الغرائر في موضع البيع محرزًا إذا شد بعضها إلى بعض بحيث لا يمكن أخذ شيء منه إلا بحل الرباط، أو فتق بعض الغرائر، نص عليه الشافعي رحمه الله، والحطب والقصيل على السطح المحوط محرزان، والأجذاع الثقال على أبواب المساكين محرزة، وقال البغوي: متاع البقال في الحانوت في الليل محرز في وقت الأمن إذا كان الباب مغلقًا، وفي غير وقت الأمن لا بد من حارس، ومتاع البياع والبزار، لا يكون محرزًا إلا بالحارس، وأن الكدس في الصحراء والبذر المستتر بالتراب، والزرع والقطن، قصيلًا كانا، أو اشتد الحرب وخرج الجوزق ليست محرزة إلا بحارص، وفي «جمع الجوامع» للروياني أن الزرع في المزراع محرز وإن لم يكن حارس، وفي تعليقة الشيخ إبراهيم المروذي أن الزرع إذا كان قصيلًا لا يحتاج إلى حارس لأنه يحفظ مثله في العادة، وهذا يجري في البذر المستتر، ولو كانت هذه الأشياء في محوط فهي كالثمار في البساتين، والثمار على الأشجار إن كانت في برية لا تكون محرزة إلا بحارس، وفي الكرم والبساتين المحوطة كذلك إن كانت بعيدة عن الطرق والمساكن، وإن كانت متصلة بها، والجيران يراقبونها في العادة، فهي محرزة، وإلا فيحتاج إلى حارس. والأشجار في أفنية الدور محرزة. وفي البرية تحتاج إلى حارس، والحنطة في مطامير المفازة، والتبن في المتبن، والثلج في المثلجة، والجمد في المجمدة في الصحراء غير محرزة إلا بحارس، وباب الدار والحانوت والمغلاق والحلقة على الباب محرزة بالتركيب والتسمير، وكذا لآجر إذا سرق من صحن الدار، أو استخرجه من الجدار داخلًا أو خارجًا، ليلًا أو نهارًا، وجب

القطع. والشرط في كونها محرزة أن تكون الدار بحيث تحرز ما فيها، ولو كان باب الدار مفتوحًا، فدخل داخل، وقلع باب بيت وأخرجه، فعن أبي إسحاق أنه لا قطع، كما لو أخذ متاعًا منها، وقال الأكثرون: يقطع. والباب محرز بالتركيب كباب الدار، والقفل على الباب محرز كالباب والحلقة، وقال ابن سلمة: ليس بمحرز، لأنه للإحراز به لا لإحرازه، والأول أصح.

المسألة الرابعة: الخيام بربطها وتنضيد الأمتعة فيها له تأثير في الاستغناء عن دوام اللحاظ المعتبر في الأمتعة الموضوعة في الصحراء، لكنها ليست كالدور في الحصانة، لأنها في نفسها قابلة للسرقة، فإذا ضرب في صحراء خيمة، وآوى إليها متاعًا، فسرق منها، أو سرقت هي، نظر إن لم يشد أطنابها، ولم يرسل أذيالها، فهي وما فيها كالمتاع الموضوع في الصحراء، وإن شدها بالأوتاد وأرسل أذيالها، فإن لم يكن صاحبها فيها، فلا قطع، وقيل: الخيمة محرزة دون ما فيها، والصحيح الأول، وإن كان صاحبها في نفسها مستيقظًا، أو نائمًا، أو نام بقربها، وجبا لقطع بسرقتها أو سرقة ما فيها لحصول الإحراز في العادة، قال الأئمة: والشرط أن يكون هناك من يتقوى به، فأما إذا كان في مفازة بعيدة عن الغوث وهو ممن لا يبالي به، فليس بحرز، ولو ضرب خيمة بين العمارة، فهو كالمتاع الموضوع بين يديه في السوق، وهل يشترط إسبال باب الخيمة ذا كان من فيها نائمًا؟ وجهان: أصحهما: لا، ولو شدها بالأوتاد ولم يرسل أذيالها وكان يمكن دخولها من كل وجه، فهي محرزة وما فيها ليس بمحرز، هكذا ذكروه، وقد يفهم منه أن الأمتعة والأحمال إذا شد بعضها ببعض تكون محرزة بعض الإحراز، وإن لم يكن هناك خيمة، ولو أن السارق يجيء النائم في الخيمة، ثم سرق، فلا قطع، لأنها لم تكن حرزًا حين سرق.

المسألة الخامسة: المواشي في الأبنية المغلقة الأبواب محرزة إن اتصلت بالعمارة، سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن، للعادة، وإن كانت في برية، لم تكن محرزة إلا إذا كان صاحبها فيها مستيقظًا، أو نائمًا، فإن كلب الباب مفتوحًا، اشترط كونه مستيقظًا، ويكفي أن يكون المراح من حطب أو حشيش، وأما في غير الأبنية فلها أحوال:

أحدها: أن تكون الإبل ترعى في صحراء، فهي محرزة إذا كان معها حافظ يراها جميعًا، ويبلغها صوته، فإن لم ير بعضها، لكونه في وهدة أو خلف جبل أو حائط، فذلك البعض غير محرز، ولو نام، أو تشاغل لم تكن محرزة، ولو لم يبلغ صوته بعضها ففي «المهذب» وغيره أن ذلك البعض غير محرز، وسكت آخرون عن

اعتبار بلوغ الصوت اكتفاء بالنظر، لأنه إذا قصد ما يراه أمكنه العدو إليه، وحكم الخيل والبغال والحمير وهي ترعى حكم الإبل. وكذا الغنم إذا كان الراعي على نشز من الأرض يراها جميعًا فهي محرزة إذا بلغها صوته، وإن كانت متفرقة.

الثاني: أن تكون سائرة، أما الإبل فإن كانت مقطورة يسوقها سائق، فمحرزة إن انتهى نظره إليها، وإن كان يقودها اشترط أن ينظر إليها كان ساعة، وينتهي نظره إليها إذا التفت، فإن كان لا يرى البعض لحائل جبل أو بناء، فذلك البعض غير محرز، وحكى ابن كج وجهًا أنه لا يشترط انتهاء النظر إلى آخرها، وليجيء هذا في سوقها. ولو ركب الحافظ أولها فهو كقائدها، ول ركب غير الأول، فهو لما بين يديه كسائق، ولما خلفه كقائد، وحيث يشترط انتهاء نظره إليها ففي اشتراط بلوغ الصوت ما سبق، وقد يستغنى بنظر المارة عن نظره إذا كان يسيرها في سوق مثلًا، أما إذا لم تكن مقطورة، بأن كانت تساق أو تقاد، فمنهم من أطلق أنها غير محرزة، لأنها لا تسير هكذا غالبًا، وبهذا قطع البغوي وقال صاحب الإفصاح: المقطورة وهده سواء، وبهذا أخذ الروياني، المعتبر أن تقرب منه. ويقع نظره عليها، ولا تعتبر صورة القطر، فإن اعتبرناه، فيشترط أن لا يزيد القطار الواحد على تسعة للعادة الغالبة، فإن زاد فهي كغير المقطورة. ومنهم من أطلق ذكر القطر ولم يقيد بعدد، والأصح توسط ذكره أبو الفرج السرخسي فقال: في الصحراء لا يتقيد بعدد، وفي العمران يعتبر ما جرت العادة بأن يجعل قطارًا، وهو ما بين سبعة إلى عشرة، فإن زاد، لم تكن الزيادة محرزة، والخيل والبغال والحمير والغنم السائرة، كالإبل السائرة إذا لم تكن مقطورة، ولم يشترطوا القطر فيها، لكنه معتاد في البغال، ويختلف عدد الغنم المحرزة بالواحد بالبلد والصحراء.

الثالث: أن تكون الإبل مناخة، فإن لم يكن معها أحد، فليست محرزة، وإن كان معها صاحبها، فإن كانت معقولة، لم يضر نومه ولا اشتغاله عنها، لأن في حل المعقولة ما يوقظ النائم والمشتغل، وإن لم تكن معقولة اشترط أن ينظر إليها ويلاحظها.

فرع: الطعام على دابة محرزة محرز، فيقطع سارقه سواء سرقه من الوعاء، أو مع الوعاء، أو مع الدابة، ولو ساق بقرة وتبعها عجلها، فإنما يكون العجل محرزًا إذا قرب منه بحيث يراه إذا التفت، وأن يلتفت كل ساعة كما سبق في قائد القطار، وعن المسعودي أن الغنم المرسلة في سكة تشرع إليها أبواب الدور لا تكون محرزة حتى تأوي إلى موضع، وليكن هذا فيما إذا كثرت، وتعذرت الملاحظة، ومن دخل مراحًا، وحلب الغنم، أو جز صوفها وأخرج منه نصابًا، قطع.

المسألة السادسة: إذا نبش قبرًا وسرق منه الكفن، فالمذهب وجوب القطع في الجملة، وبه قطع الجمهور، وحكى ابن خيران وابن الوكيل قولًا آخر أنه لا قطع فيه بحال، لأنه موضوع للبلى لا للإحراز، ويتفرع على المذهب صور:

إحداها: إن كان القبر في بيت محرز، قطع بسرقة الكفن منه، وكذا لو كانت المقبرة محفوفة بالعمارة يندر تخلف الطارقين عنها في زمن يتأتى فيه النبش، أو كان عليها حراس مرتبون، ولو كان القبر في مفازة وبقعة ضائعة، فوجهان: أحدهما: ليس بحرز، وبه قطع صاحب «المهذب» والغزالي وعزاه إلى جماهير الأصحاب، لأن السارق يأخذ من غير خطر، والثاني واختاره القفال واقاضي، ورجحه العبادي: القبر حرز للكفن حيث كان، لأن النفوس تهاب الموتى، ولو كان القبر في بيت محرز فسرق الكفن حافظ البيت، فعلى الوجه الأول لا قطع، وعلى الثاني: يجب، ولو كان القبر في مقابر البلاد الواقعة على طرف العمارة، فإن كان لها حارس، وجب القطع، وإلا فوجهان: أصحهما: يجب أيضًا، لأنه حرز في العادة.

الثانية: لو وضع في القبر شيء سوى الكفن، قال الإمام: إن كان القبر في بيت، تعلق القطع بسرقته، وإن كان في المقابر فوجهان: أصحهما: وبه قطع الجمهور: لا قطع للعادة، بخلاف الكفن، لأن الشرع قطع فيه النباش، وجعله محرزًا لضرورة التكفين والدفن، وخص الإمام الوجه الآخر بما إذا كان من جنس الكفن، كثوب وضع فيه، وكما لو كفن في زيادة على خمسة أثواب، ففي الزيادة على الخمسة التي تلي الميت الوجهان، وليس الوجه مختصًا فقد حكاه الروياني فيما لو وضع في القبر مضربة، أو وسادة للميت، وعن بعضهم أنه أجراه فيما لو وضع معه دراهم أو دنانير، بل في «الرقم» للعبادي أن القفال أوجب القطع فيما لو دفن معه مال في برية، والتابوت الذي يدفن فيه كالأكفان الزائدة والزيادة على ما استحب تطييب الميت به، كسائر الأموال، وعن الماسرجسي أنه يقطع بالقدر المستحب كالكفن.

الثالثة: إذا كفن من تركته، فلمن الكفن؟ فيه أوجه: أصحها: للورثة، لكن يقدم الميت فيه كقضاء دينه وإن كان الملك للورثة، وعلى هذا لو سرقه بعض الورثة، أو ولد بعضهم، فلا قطع، والثاني: يبقى على ملك الميت لحاجته إليه وإن كان لا يثبت له الملك ابتداء، كما يبقى الدين عليه وإن لم يثبت عليه ابتداء، والثالث: أن الملك فيه لله عز وجل، فإن قلنا: الملك فيه للوارث، فهو الخصم في السرقة، وإن قلنا: للميت، فهل الخصم الوارث أم الحاكم؟ وجهان: وإن قلنا: لله عز وجل، فالخصم الحاكم، هذا ما ذكره الأصحاب، وقال الإمام: إن كان من

يقول: الملك لله تعالى أو للميت، يقول: يتعين رده بعد ما أخذه النباش إلى الميت، ولا يجوز للوارث إبداله، فالتفريع والخلاف في أن الخصم من هو صحيح، لكن هذا قول عري عن التحصيل، والوجه عندي أن للوارث إبداله بعد انفصاله عن الميت، وحينئذ يجب الجزم بأن الخصم لا غير، ولول أكل الميت سبع، أو ذهب به سيل، وبقي الكفن، فإن قلنا: إنه ملك الورثة، اقتسموه، وإن قلنا: ملك الميت، فالأصح أنه يجعل في بيت المال لمصالح المسلمين، والثاني: أنه للورثة، وإن قلنا: لله تعالى، جعل في بيت المال قطعًا، هذا كله إذا كفن من تركته، فإن كفنه أجنبي، أو كفن من بيت المال، فلمن الملك فيه؟ فيه طريقان: أحدهما: على الأوجه، والثاني: يبقى للأجنبي، أو على حكم بيت المال، ويكون كالعارية. قلت: هذا أصح. والله أعلم.

والقول في أن الخصم في السرقة من هو، وفي أنه لو أكله سبع إلى من يرد الكفن؟ مبني على الخلاف في الملك.

فرع: كفن سيد عبده، فهل الكفن ملك السيد أم لا يملكه أحد؟ وجهان: أصحهما: الأول، ولو سرق الكفن وضاع، كفن ثانيًا من التركة، فإن لم يكن، فهو كمن مات ولا تركة له.

وإنما يقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر، أما إذا أخرجه من اللحد إلى فضاء القبر، وتركه هناك لخوف أو غيره، فلا يقطع، هكذا نص عليه الشافعي رحمه الله، ويجوز أن يخرج على الخلاف في الإخراج من بيت إلى صحن الدار.

فصل: إذا كان الحرز ملكًا للسارق، نظر إن كان في يد المسروق منه بإجارة، فسرق منه المؤجر، قطع، لأن المنافع مستحقة للمستأجر، وفي هذا الاستدلال إعلام بأن التصوير فيمن استحق بالإجارة إيواء المتاع دون من استأجر أرضًا للزراعة فآوى إليها ماشية، وإن كان الحرز في يده بإعارة وسرق المعير منه مال المستعير، قطع على الأصح المنصوص، وقيل: لا، وقيل: إن دخل الحرز بنية الرجوع عن العادة فلا قطع، وإن دخل بنية السرقة قطع، ولو أعار عبدًا لحفظ مال، أو رغي غنم، ثم سرق مما يحفظه عبده، فقيل: يقطع قطعًا، وقيل: فيه الأوجه، ولو أعار قميصًا، فلبسه المستعير، وطرّ المعير جيبه، وأخذ ما فيه، قطع ولو كان الحرز في يده بغصب، فسرق مالك الحرز منه، فلا قطع، لأن دخوله جائز فليس محرزًا عنه، وإن سرق منه أجنبي، لم يقطع على الأصح، ولو اشترى الحرز، وسرق منه قبل القبض مال البائع، فإن لم يكن أدى الثمن، قطع، وإلا فلا على الأصح، ولو غصب مالًا. أو سرقه وضعه في حرزه، فجاء مالك المال، وسرق من ذلك الحرز

مالًا للغاصب، فلا قطع على الأصح، لأن له دخول الحرز وهتكه لأخذ ماله، وخصص جماعة الوجهين بما إذا كان مال الغاصب متميزًا لا عن ماله، سواء أخذه وحده أم مع مال نفسه، فأما إذا كان مخلوطًا به بحيث لا يتميز أحدهما، فلا قطع قطعًا، وهذا تفريع على أن المال المشترك لا يقطع به الشريك، ولو سرق أجنبي المال المغصوب أو المسروق، لم يقطع على الأصح.

فصل: سرق طعامًا في عام القحط والمجاعة، فإن كان يوجد عزيزًا بثمن غال، قطع، وإن كان لا يوجد ولا يقدر عليه، فلا قطع، وعلى هذا يحمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه: لا قطع في عام المجاعة.

الركن الثاني: نفس السرقة، وهي أخذ المال على وجه الخفية، فلا قطع على من أخذ عيانًا، كالمختلس والمنتهب، فالمختلس: هو من يعتمد الهرب، والمنتهب: الذي يعتمد القوة والغلبة، ولا يقطع المودع إذا جحد، وفيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في إبطال الحرز، وقد يكون بالنقب وفتح الباب، وقد يكون بتغييبه عن نظر الملاحظ، وفيه صور:

الصورة الأولى: إذا نقب، ثم عاد وأخرج نصابًا في ليلة أخرى، فإن علم صاحب الحرز بالنقب، أو كان ظاهرًا يراه الطارقون، وبقي كذلك، فلا قطع، لانتهاك الحرز، وإلا فيقطع على الأصح، وبه قال ابن سريج وغيره، كما لو نقب وأخرج المال آخر، ولو نقب واحد، ودخل آخر الحرز وأخرج المال في الحال، أو بعده لم يقطع واحد منهما، ويضمن الأول الجدار، والثاني ما أخذه، وقيل: في وجوب القطع على الثاني قولان، والمذهب الأول، فلو كان في الدار حافظ قريب من النقب، وهو يلاحظ المتاع فهو محرز به، فيقطع الآخذ، وإن كان الحافظ نائمًا، لم يقطع في الأصح كما سبق فيمن نام في الدار وبابها مفتوح.

الصورة الثانية: تعاون شريكان على النقب، وأخرجا نصابين، بأن أخرج كل واحد نصابًا، أو حملًا متاعًا يساوي نصابين، لزمهما القطع، وإن تعاونا على النقب، وانفرد أحدهما بالإخراج، فالقطع على المخرج خاصة، وحكى الإمام في المخرج وجهًا شاذًا جدًا، ولو نقب واحد، ودخل مع آخر، وأخرجا المال، قطع الجامع بين النقب والإخراج دون الآخر، ولو اشتركا في النقب ولم يخرجا إلا نصابًا، فقد سبق أنه لا قطع على واحد منهما، ولو أخرج أحدهما بعد الاشتراك في النقب ثلثًا، والآخر سدسًا، قطع صاحب الثلث دون الآخر، وفيما يحصل به الاشتراك في النقب وجهان: أحدهما: لا يحصل بأخذ آلة واحدة ويستعملاها معًا،

وكما لا يحصل الاشتراك في قطع اليد إلا بأن يمرا حديدة واحدة، وأصحهما: تحصل الشركة وإن أخذ هذا لبنات وهذا لبنات.

الصورة الثالثة: الشريكان في النقب، إذا دخل أحدهما ووضع المتاع قريبًا من النقب، أو دخل أحد السارقين ووضعه قريبًا من باب الحرز، وأدخل الآخر يده وأخذه، فالقطع على الثاني المخرج دون الأول، وكذا لو وقف أحدهما على طرف السطح، ونزل الآخر وجمع الثياب وربطها بحبل، فرفعها الواقف، فالقطع عليه لا على الأول، وعليهما الضمان. ولو وضع الداخل المتاع خارج الحرز أو الباب، وأخذه الآخر، فالقطع على المخرج دون الآخذ، ولو وضع المتاع على وسط النقب، فأخذه الآخر وأخرجه وهو يساوي نصابين فقولان: أحدهما: يقطعان. وأظهرهما: لا قطع على واحد منهما، ولو ناول الداخل الخارج في فم النقب، قال الروياني: لا يقطع واحد منهما، ذكره بعد حكايته القولين المذكورين، ويشبه أن يكون هذا تفريعًا على الأظهر. وإلا فلا فرق، ولو نقب اثنان ودخلا، وأخذ أحدهما المال وشده على وسط الآخر، فخرج به الآخر. فالقطع على هذا الآخر دون الأول، ولو أن الآخر آخذ المال فأخرجه والمتاع في يده، قطع المحمول. وفي الحامل وجهان: أصحهما: لا يقطع، لأنه ليس بحامل للمال، ولهذا لو حلف لا يحمل طبقًا، فحمل رجلًا حاملًا طبقًا، لا يحنث، ولو نقب زمن وأعمى، وأدخل الأعمى الزمن فأخذ المال، وحمله الأعمى وأخرجه. قطع الزمن، وفي الأعمى الوجهان، قال صاحب «البيان»: ولو أن الأعمى حمل الزمن وأدخله، فدل الزمن الأعمى على المال، وأخذه، وخرج به، قطع الأعمى، ولا يقطع الزمن على الأصح، ولو نقب واحد ودخل، فوضع المتاع على وسط النقب، فأخذه آخر، أو دخل غير الناقب ووضعه في الوسط، فأخذه الناقب، فلا قطع على واحد منهما.

فرع: لا فرق في هتك الحرز بين النقب، وكسر الباب. وقلعه، وفتح المغلاق والقفل، وتسور الحائط، فيجب القطع بأخذ المال في جميع هذه الأحوال.

الطرف الثاني: في وجوه النقل وفيه مسائل:

إحداها: رمى المال إلى خارج الحرز من النقب أو الباب، أو من فوق الجدار، لزمه القطع، سواء أخذه بعد الرمي، أو تركه فضاع أو أخذه غيره، وقيل: إن لم يأخذه، فلا قطع، فعلى هذا لو أخذه معينه، ففيه تردد للإمام، والصحيح الأول، ولو أدخل يده في النقب، أو أدخل فيه محجنًا، وأخرج المتاع، قطع، ولو أرسل محجنًا أو حبلًا في رأسه كلاب من السطح، وأخرج به ثوبًا، أو إيناء ونحوه، قطع.

الثانية: لو أتلف المال في الحرز بأكل أو إحراق، فلا قطع. ولو ابتلع في الحرز جوهرة أو دينارًا فثلاثة أوجه: أصحها: أنها إن خرجت منه بعد ذلك، قطع. وإلا فلا، والثاني: لا يقطع مطلقًا، والثالث: يقطع، ونقل الغزالي وجهًا رابعًا أنه إن أخذها بعد الانفصال عنه، قطع، وإلا فلا، ولم أره لغيره، ولو أخذ الطيب، فتطيب به في الحرز، ثم خرج، فإن لم يمكن أن يجمع منه ما يبلغ نصابًا، فلا قطع، وكذا إن أمكن على الأصح، لأن استعماله يعد إهلاكًا، كأكل الطعام.

الثالثة: لو كان في الحرز ماء جارٍ، فوضع المتاع عليه حتى خرج، قطع على الصحيح، وإن كان الماء راكدًا، وحركه حتى خرج به، فهو كالجاري، وإن حركه غيره، فخرج، فالقطع على المحرك، وإن زاد الماء بانفجار أو مجيء سيل، فخرج به، لم يقطع على الأصح، ولو كان في بستان أترج والماء يدخل من أحد طرفيه، ويخرج من الآخر، فجمع نارًا وقودًا ووضعه على الماء حتى دخل وعلا الدخان، فأسقط الأترج في الماء. وخرج من الطرف الآخر، فأخذه أو رمى الأشجارع بحجارة من خارج البستان حتى تناثرت الثمار في الماء وخرجت من الجانب الآخر، لم يقطع على الصحيح، ولو كانت الريح تهب، فعرض المتاع حتى خرجت به، أو وضعه على طرف النقب، فطارت به الريح، قطع، ولا أثر لمعاونة الريح، كما أنها لا تمنع وجوب القصاص وحل الصيد والحالة هذه، ولو كانت الريح راكدة، فوضعه على طرف النقب، فهبت وأخرجته، فلا قطع على الأصح.

الرابعة: لو وضع متاعًا في حرز على ظهر دابة، وسيرها بسوق أو قود حتى خرجت، أو عقد اللؤلؤة على جناح طائر وطيره، قطع على المذهب، وبه قطع الأصحاب، وفي «البيان» وجه، ولو كانت الدابة في السير، فوضع المتاع عليها فخرجت به، فلا قطع، فهو كما لو سيرها، ولو لم تكن سائرة ولا سيرها، بل كانت واقفة، فوضع المتاع عليها، فسارت وخرجت به، فلا قطع على الأصح، لأن لها اختيارًا في السير، وقيل: لا قطع بلا خلاف، وقيل: إن سارت في الحال، قطع.، وإلا فوجهان: وقيل: إن وقفت، ثم سارت، فلا قطع، وإن سارت في الحال فوجهان: ولو أخرج شاة، فتبعها أخرى أو سخلتها، ولم تكن الأولى نصابًا، ففيه هذا الخلاف، والمذهب أنه لا قطع في الصورتين، وفي دخول السخلة في ضمانه وجهان: ولو نقب الحرز، ثم أمر صبيًا لا يميز بإخراج المال، فأخرجه، فقال الجمهور: يجب القطع على الآمر قطعًا، وقيل: على الخلاف في خروج البهيمة التي كانت واقفة، وإن كان مميزًا وله اختيار صحيح ورؤية، فلا قطع، لأنه ليس آلة له، والعبد الأعجمي كالصبي الذي لا يميز.

الخامسة: لو سرق عبدًا صغيرًا لا يميز، قطع إن كان محرزًا، وإنما يكون محرزًا إذا كان في دار السيد، أو بفناء داره، فإن بعد عنها، ودخل سكة أخرى، فليس بمجرز، وسواء في المحرز بفناء الدار كان وحده، أو كان يلعب مع الصبيان، لأنه لا يعد مضيعًا، وسواء حمله نائمًا أو مستيقظًا، أو دعاه فتبعه، لأنه كالبهيمة يساق أو يقاد، ويجيء فيه الخلاف في تسيير البهيمة والمجنون والأعجمي الذي لا يميز كصغير لا يميز، وإن كان الصغير مميزًا، فسرقه نائمًا أو سكران أو مضبوطًا، فعلى ما ذكرناه في غير المميز، ولو دعاه وخدعه فتبعه باختياره، فليس بسرقة، بل هو خيانة، ولو أكرهه بالسيف حتى خرج من الحرز، قطع على الأصح، ولو حمل عبدًا قويًا قادرًا على الامتناع، فلم يمتنع، فلا قطع، ولو حمله نائمًا أو سكران، قال الإمام: الوجه عندي الجزم بثبوت يده عليه حتى لو تلف قبل التيقظ، ضمنه، لأن المنقول لا يتوقف ثبوت اليد عليه على الاستيلاء والتمكن من المقاومة عند طلب الاسترداد، قال: وفي تحقيق السرقة نظر، لأن مثل هذا العبد محرز بيده وقوته، هكذا ذكر المسألة الإمام الغزالي في «الوسيط» على الترديد، وأطلق في «الوجيز» أنه لا قطع، قال الإمام: ولو جلس حيث لا مستغاث يصاح به، وهو يلاحظ متاعه، فتغفله ضعيف، وأخذ المال، ولو شعر به صاحب المال لطرده، فهل نقول: لا قطع، كما لو أخذه قوي لا يبالي بصاحب المال، أم نقول: يختلف الحكم بحسب اختلاف الآخذين؟ الظاهر عندنا أنه يختلف.

السادسة: الحر لا يضمن باليد، فلا قطع بسرقته وإن كان طفلًا، لأنه ليس بمال، فلو كان مع الصبي مال، أو في عنقه قلادة تبلغ نصابًا، فلا قطع أيضًا على الأصح، لأنه في يد الصبي ومحرز به فلم يخرجه من حرزه، هكذا أطلق الجمهور الوجهين: وصورهما الإمام فيما لو كان الصبي نائمًا أو مربوطًا عند الحمل، قال: ويجريان في أن من حمله على غير صورة السرقة هل تدخل الثياب التي عليه في ضمانه؟ ولو حمل حرًا مستقلًا وأخرجه من الحرز وعليه ثيابه، أو معه مال آخر، قال الإمام: تقدم عليه مسألة وهي أنه لو نام على بعير عليه أمتعة، فجاء سارق فأخذ بزمامه، وأخرجه عن القافلة، وجعله في مضيعة، وفيه أربعة أوجه: أحدها: يجب القطع، لأنه أخرج نصابًا من الحرز والمأمن إلى المضيعة، والثاني: لا قطع، لأن البعير وما عليه محرز بالراكب ولم يخرجه من يده، والثالث: إن كان الراكب قويًا لا يقاومه السارق لو انتبه فلا قطع، وإن كان ضعيفًا لا يبالي به السارق، قطع ولا أثر ليد الضعيف، والرابع وهو الأصح، ولم يذكر كثيرون سواه: إن كان الراكب حرًا، فلا قطع، لأن المتاع والبعير في يده، وإن كان عبدًا، قطع، لأن العبد في نفسه مسروق يتعلق به القطع، ثم بنى الإمام على هذا الخلاف خلافًا حكاه في أن

المستقبل إذا حمله حامل، هل يدخل ما عليهمن الثياب تحت يد الحامل؟ قال: والقول بدخولها بعيد، وهو في الحر القوي أبعد منه في الضعيف، قال: وحيث لا تثبت يد الحامل على الثياب فلا سرقة، وحيث أثبتنا يده، والمحمول قوي، ففي السرقة وجهان: والمذهب: أنه لا تثبت السرقة، وأن ما مع الحر لا يدخل في يد الحامل، لأن يد المحمول ثابتة على ما معه، ولهذا نقول: ما يوجد مع اللقيط يحكم بأنه في يده.

فرع: لو سرق حليًا من عنق صبي، أو سرق ثيابه، قطع، وفي الموضع الذي يكون العبد الصغير محرزًا، ولو سرق قلادة من عنق كلب، أو سرقها مع الكلب، قطع، وحرز الكلب كحرز الدواب.

الطرف الثالث: في المحل المنقول إليه

فلا قطع بنقل المتاع من بعض زوايا الحرز إلى بعضها، ولو نقل من بيت إلى صحن الدار، نظر إن كان باب البيت مغلقًا وباب الدار مفتوحًا، قطع، لأنه أخرجه من حرزه، وجعله في محل الضياع، وإن كان باب البيت مفتوحًا وباب الدار مغلقًا، فلا قطع، وإن كان البابان مغلقين، فلا قطع على الأصح المنصوص، وقيل: يقطع، وقيل: إن كان الصحن حرزًا، لم يقطع، وإلا فيقطع، وإن كان باب البيت والدار مفتوحين فالمال ضائع إذا لم يكن محرزًا باللحاظ، فلا قطع، وهذه الصور الأربع ظاهرة التصوير إذا لم يوجد من السارق تصرف في باب الدار، بأن تسور الجدار ودخل، أما إذا فتح باب الدار المغلق، ثم أخرج المتاع من البيت إلى الصحن، فالحرز الذي يهتكه السارق في حكم الحرز الدائم بالنسبة إليه، فيكون كما لو نقل إلى الصحن وباب الدار مغلق، هذا ما رآه الإمام أصح، فإن أغلق الباب بعد فتحه، فهو أظهر، وجميع ما ذكرنا في دار هي وبيوتها لواحد، فلو سكنها جماعة، وانفرد كل واحد بحجرة أو بيت وفي معناها الخانات والمدارس والرباطات، فهو في حق من لا يسكن الخان كدار يختص بها واحد، حتى إذا سرق من حجرها أو صحنها ما يحرزه الصحن، وأخرج من الخان، قطع، وإن أخرج من البيوت والحجر إلى صحن الخان فوجهان: أحدهما: يقطع بكل حال، لأن الصحن ليس حرزًا لصاحب البيت بل هو مشترك بين السكان، كالسكة المشتركة بين أهلها، وبهذا قطع صاحب «المهذب» وجماعة، والثاني وبه قطع الغزالي والبغوي وغيرهما: أنه كالإخراج من بيوت الدار إلى صحنها، فيفرق بين أن يكون باب الخان مفتوحًا أو مغلقًا، ويقرب من هذا ما حكي عن الشيخ أبي محمد أنه إن كان نهارًا، قطع، وإن كان ليلًا، فلا، لأن الباب يكون مغلقًا، وأما إذا سرق أحد السكان، فإن سرق من العرصة، فلا

قطع، لأنها مشتركة وما فيها غير محرز عنهم، قال الإمام: هذا إذا كان فتح الباب هينًا على من يخرج منها، بأن كان موثقًا بسلاسل ونحوها، أما إذا كان موثقًا بالمغاليق وله مفتاح بيد حارس وكان يحتاج مخرج المتابع إلى معاناة وما يحتاج إليه من يحاول الدخول من خارج، ففيه تردد، وإن أخرجه من بعض البيوت إلى الصحن، وكان باب البيت مغلقًا، والصحن في حق السكان كسكة منسدة بالإضافة إلى الدور، ولا فرق بين أن يكون باب الخان مفتوحًا أو مغلقًا، كما لو كان على السكة باب لا فرق بين أن يكون مغلقًا أو مفتوحًا.

فرع: سرق الضيف مال المضيف من موضع محرز عنه، قطع، وإن سرقه من غير محرز عنه، لم يقطع، ولو سرق جار من طرف حانوت جاره حيث يحرز بلحاظ الجيران، فلا قطع، لأنه محرز به لاعنه.

فرع: دخل رجل الحمام مغتسلًا، فسرق، لم يقطع، فإن دخل سارقًا وهناك حافظ الحمامي أو غيره، قطع، فإن كان نائمًا أو معرضًا، أو لم يكن أحد، فلا قطع، قال البغوي وغيره: إنما يقطع بسرقة ثوب من دخل الحمام إذا استحفظ الحمامي فحفظه، فإن لم يستحفظه، فلا ضمان على الحمامي بترك الحفظ، ولا قطع على السارق، وإن استحفظه، فلم يحفظ، ضمن ولا قطع على السارق.

فرع: أذن صاحب الدكان الناس في دخوله للشراء، فمن دخل مشتريًا وسرق، لم يقطع، ومن دخل سارقًا، قطع، وإن لم يأذن في دخوله، قطع كل داخل.

الركن الثالث: السارق، وشرطه التكليف والاختيار والالتزام، فلا قطع على صبي ومجنون ومكره وحربي، وفي السكران الخلاف السابق في الطلاق وغيره، ويقطع المسلم والذمي بسرقة مال المسلم والذمي، وكذا يحد الذمي إذا زنى، ثم في «التهذيب» وغيره أنا إذا ألزمنا حاكمها الحكم بينهم أقام عليه الحد وقطعه، وإن لم يرض وإن لم يلزمه الحكم، لم يحده ولم يقطعه إلا برضاه، سواء سرق من مسلم أو ذمي، وإن كان يجب الحكم بين المسلم والذمي بلا خلاف، لأن القطع حق الله تعالى، لاحق المسروق منه، وأشار الإمام إلى الجزم بأنه يقطع إذا سرق مال مسلم ولا يتوقف على رضاه، وذكر أنه إذا سرق مال ذمي، لم يقطع حتى يترافعوا إلينا، ويجيء القولان في إجبار الممتنع إذا جاءنا الخصم، قال: ولو زنى بمسلمة، ففي كلام بعض الأصحاب أن الحد على القولين، قال الإمام: وهذا غلط، والصواب الجزم بإقامة الحد قهرًا، وإن كان ذلك لله تعالى، لأنا لو فوضنا الأمر إلى رضاه، لجر ذلك فضيحة عظيمة، وغايتنا أن نحكم بنقض العهد، وإذا طلب تجديده، وجب التجديد، وكيف قدر الخلاف، فالمذهب أنه لا يشترط رضاه على الإطلاق، كما

سبق في بابي الزنى والنكاح، وأما المعاهد ومن دخل بأمان، ففيه أقوال، أظهرها عند الأصحاب، وهو نصه في أكثر كتبه: لا يقطع، لأنه لم يلتزم، فأشبه الحربي، والثاني: يقطع كالذمي، وكحد القذف والقصاص، والثالث وهو حسن: إن شرط عليه في العهد قطعه إن سرق، قطع، وإلا فلا، ومنهم من اكتفى على هذا القول بأن يشرط عليه أن لا يسرق، ومنهم من قطع بالتفصيل، ومنهم من قطع بنفي القطع، ولا خلاف أنه يسترد المسروق أو بدله إن تلف، ولو سرق مسلم مال معاهد، قال الإمام: التفصيل فيه كالتفصيل في معاهد سرق مال مسلم، ولو زنى معاهد بمسلمة فطريقان، أحدهما: أن في حد الزنى الخلاف، كالقطع، والثاني: الجزم بأن لا حد، لأنه محض حق لله تعالى لا يتعلق بخصومة آدمي وطلبه، وهذا موافق لنقل العراقيين والبغوي، وفي انتقاض عهد المعاهد بالسرقة أوجه: ثالثها: إن شرط أن لا يسرق، انتقض، وإلا فلا.

فرع: سواء في وجوب القطع الرجل والمرأة والعبد الآبق وغيره.

فصل: فيما تثبت به السرقة: تثبت بثلاث حجج، إحداها: اليمين المردودة، فإذا ادعى عليه سرقة توجب القطع، فأنكر وحلف، فلا شيء عليه، وإن نكل، ردت اليمين على المدعي، فإذا حلف، وجب المال والقطع، هكذا نقله الإمام عن الأصحاب، وكذا ذكره الغزالي وإبراهيم المروذي، لأن اليمين المردودة كالإقرار وكالبينة، وكلاهما يوجب القطع، ، والذي ذكره صاحبا «الشامل» و«البيان» وغيرهما أنه لا يثبت بها القطع، لأنه حق لله تعالى، فأشبه ما لو قال: أكره أمتي على الزنى، فحلف المدعي بعد نكول المدعى عليه، يثبت المهر دون حد الزنى.

الحجة الثانية: الإقرار، فإذا أقر بسرقة توجب القطع، أجري عليه حكمها، ولا يشترط تكرير الإقرار، فلو أقر ثم رجع، فالمذهب أنه لا يقبل في المال، وأنه يقبل في سقوط القطع، فلو رجع بعد قطع بعض اليد، سقط الباقي، فإن كان يرجى برؤه، فذاك وإلا فللمقطوع قطع الباقي لئلا يتأدى به، ولا يلزم الإمام ذلك. ولو أقر اثنان بسرقة نصابين، ثم رجع أحدهما، سقط القطع دون الآخر، والرجوع عن الإقرار بقطع الطريق، كالرجوع عن الإقرار بالسرقة، ولو أقر بإكراه أمة على الزنى، ثم رجع، فالمذهب سقوط الحد دون المهر.

فرع: إذا أقر ابتداء من غير تقدم دعوى بأنه سرق من زيد الغائب سرقة توجب القطع، فهل يقطع في الحال، أم ينتظر حضور زيد ومطالبته؟ وجهان: أصحهما: الثاني، لأنه ربما حضر، وأقر أنه كان أباحه المال، فيسقط الحد وإن كذبه السارق، والحد يسقط بالشبهة، فتأخيره أولى، ولو أقر بإكراه جارية غائب على الزنى

فوجهان: أصحهما: يحد للزنى ولا يؤخر، لأنه لا يتوقف على طلبه، ولو حضر وقال: كنت أبحتها له، لم يسقط الحد، وقال ابن سريج: يؤخر لاحتمال أنه يقر بأنه وقف عليه تلك الجارية، قال الإمام: وعلى الأول لو قال المالك: كنت بعتها، أو وهبتها، وأنكر المقر، ينبغي أن لا يسقط الحد، وعلى قياسه ينبغي أن لا يسقط الحد إذا أقر بوقف الجارية، وكذبه المقر.

وإذا قلنا: لا يقطع حتى يحضر الغائب، فهل يحبس؟ فيه أوجه: أحدها: نعم، كمن أقر بقصاص لغائب أو صبي، والثاني: إن قصرت المسافة وتوقع قدومه على قرب، حبس، وإلا فلا، والثالث: إن كانت العين تالفة، حبس للغرم، وإن كانت باقية، أخذت منه، ثم يفرق بين طول المسافة وقصرها، ولو أقر بغصب مال غائب، لم يحبس، لأن الحاكم لا مطالبة له بمال الغائب.

فرع: لو أقر عبد بسرقة موجبة للقطع، قطع، وفي قبوله في المال أقوال، أظهرها: لا يقبل، والثاني: يقبل، والثالث: إن كان المال في يده، قبل، وإن تلف، فلا، والرابع: عكسه، هذا إذا كان المال في يده، أما إذا كان في يد السيد، أو أجنبي، فلا يقبل إقراره فيه بلا خلاف، ولو أقر بسرقة دون النصاب، لم يقبل بلا خلاف إلا أن يصدقه سيده.

فرع: متى رفع إلى مجلس القضاء، واتهم بما يوجب عقوبة لله تعالى، فللقاضي أن يعرض له بالإنكار، ويحمله عليه، فلو أقر بذلك ابتداء، أو بعد الدعوى، فهل يعرض له بالرجوع؟ فيه أوجه: الصحيح الذي قطع به عامة الأصحاب: نعم، للحديث الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز رضي الله عنه بعد إقراره بالزنى: «لعلك قبلت» والثاني: لا، ونقله الإمام عن الجمهور، وليس كما قال، والثالث: إن لم يكن عالمًا بجواز الرجوع، عرض له، وإلا فلا، فعلى الأول هل يستحب للقاضي التعريض؟ وجهان: أحدهما: نعم، للحديث، وأصحهما: لا، لأن النبي ﷺ ترك التعريض في أكثر الأوقات. والتعريض في الزنى: لعلك فاخذت، أو لمست، أو قبلت. وفي شرب الخمر: لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكر. وفي السرقة: لعلك غصبت، أو أخذت بإذن المالك، أو من غير حرز ونحوها، ولا يحمله القاضي على الرجوع تصريحًا بأن يقول: ارجع عن الإقرار، أو اجحده، وإذا ثبت الحد بالبينة لا يحمله على الإنكار، وأما حقوق الآدمي، فلا يعرض له بالرجوع عن الإقرار بها، حتى لا يعرض في السرقة بما يسقط الغرم، إنما يسعى في دفع القطع، وهل للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في حدود الله تعالى؟ وجهان.

فرع: قال الإمام الرافعي: في الحديث «من أتى شيئًا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله»: هذا دليل على أنه لا يجب على من قارف موجب حد إظهاره للإمام، قال: وكان شيخي يقطع به، وفيه احتمال إذا قلنا: الحد لا يسقط بالتوبة.

الحجة الثالثة: الشهادة، فيثبت القطع بشهادة رجلين، ولا يثبت برجل وامرأتين، فلو شهد رجل وامرأتان بالسرقة، أو شاهد وحلف المدعي معه، ثبت المال ولا يثبت القطع، كما لو علق الطلاق أو العتق على غصب أو سرقة، فشهد رجل وامرأتان على الغصب أو السرقة، ثبت المال دون الطلاق والعتق، وقيل: في ثبوت المال في السرقة قولان، والمذهب الأول، ولا تقبل في السرقة شهادة مطلقة لاختلاف المذاهب فيها، فيشترط بيان السارق بالإشارة إليه إن كان حاضرًا، أو ذكر اسمه ونسبه بحيث يتميز إن كان غائبًا، ويكفي عند حضوره أن يقول: سرق هذا، وحكى ابن كج وجهًا أنه يشترط أن يقول: هذا بعينه، وليس بشيء، ويشترط أن يبين المسروق والمسروق منه، وكون السرقة من حرز بتعيين الحرز أو صفته، وعن القاضي أبي الطيب وغيره، أن الشاهد يقول أيضًا، ولا أعلم له فيه شبهة، قال صاحب «الشامل»: وليكن هذا تأكيدًا، لأن الأصل عدم الشبهة، ويشترط أن تتفق شهادة الشاهدين، فلو شهد أحدهما أنه سرق بكرة، والآخر أنه سرق عشية، أو أحدهما بسرقة كبش أبيض، والآخر بكبش أسود، فهما شهادتان على سرقتين مختلفتين، فلا قطع، وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما، فيغرمه، ولو شهد اثنان أنه سرق كذا غدوة، وشهد آخران أنه سرق عشية، فالبينتان متعارضتان، فلا يحكم بواحدة منهما، وفي الصورة الأولى لا يقال: متعارضتان، لأن الحجة لم تتم، فلو لم تتوارد الشهادتان على معين، بل قال بعضهم: سرق كبشًا غداة، وقال بعضهم: سرق كبشًا عشية، فإن كان الذي شهد واحدًا وواحدًا، فلا قطع، وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما، ويأخذ الغرم، أو معهما ويأخذ غرم ما شهدا به جميعًا، وإن شهد اثنان واثنان، وجب القطع، وغرم ما شهد به هذان وهذان، لكمال الحجتين، ولو شهد واحد بسرقة كبش، وآخر بسرقة كبشين، ثبت الواحد وتعلق به القطع إن بلغ نصابًا، ولو شهد واحد بسرقة ثوب قيمته ربع دينار، وشهد آخر بسرقة ذلك الثوب، وقومه بثمن دينار، لم يقطع ويغرم ثمن دينار، وللمشهود له أن يحلف مع شاهد الربع ويستحقه، ولو شهد اثنان بسرقته وقالا: قيمته ربع، وشهد آخران بسرقته وقالا: قيمته ثمن، لم يقطع، وللمشهود له الثمن، ولو شهد أحدهما بسرقة ثوب أبيض قيمته ربع، والآخر بسرقة ثوب أسود قيمته ثمن، فلا قطع، ولا يثبت بهما شيء لاختلافهما، وله أن يحلف مع أحدهما، وإن شهد اثنان واثنان تمت الشهادتان، فيقطع ويغرم الربع والثمن معًا.

فرع: كما يشترط التفصيل في الشهادة بالسرقة يشترط في الإقرار بها، فلا قطع على من أقر بالسرقة مطلقًا، لأنه قد يظن غير السرقة سرقة، واسم السرقة يقع على ما يقطع به وعلى غيره، وفي الشهادة على الزنى يشترط التفصيل، وكذا في الإقرار به على الأصح.

فرع: الشهادة بالسرقة إن ترتبت على دعوى المسروق منه أو وكيله، فذاك، وإن شهد الشهود على سبيل الحسبة، فهل تقبل شهادتهم؟ وجهان: أصحهما: نعم، فعلى هذا إن كان المسروق منه غائبًا، فالنص أنه لا يقطع حتى يحضر الغائب، ونص فيما لو شهد أربعة بالزنى بجارية غائب أنه يحد، ولا ينتظر حضور الغائب، فقيل: قولان فيهما، وقيل: ينتظر المالك في الصورتين، وغلطوا ناقل نص الزنى أو تأولوه، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن حد الزنى لا يسقط بإباحة الوطء، وحد السرقة يسقط بإباحة المال، فربما كان الغائب أباحه فانتظر اعترافه، ولأن القطع متعلق حق الآدمي، فإنه شرع حفظًا لماله، فاشترط حضوره، فإن قلنا: لا يقطع ولا يحد في الحال، فهل يحبس؟ فيه الخلاف السابق فيمن أقر بسرقة مال غائب، أو بالزنى بجارية غائب، وأشار الإمام إلى أن الظاهر عند الأصحاب أنه يحبس لما يتعلق به من حق الله تعالى، وإذا لم يقطع حتى حضر المالك، فإن لم يطلب المال، أو اعترف بما يسقط القطع، فلا قطع، وإن طلب ولم تظهر شبهة، فإن قلنا: شهادة الحسبة مقبولة، قطع، وهل تجب إعادة الشهادة لثبوت المال؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال، والثاني: لا، ويثبت الغرم تبعًا، وإن قلنا: غير مقبولة، فلا بد من إعادة البينة للمال، والأصح أنها لا تعاد للقطع.

فرع: سرق مال صبي أو مجنون، قال ابن كج: إن انتظرنا حضور الغائب واعتبرنا طلبه، انتظر بلوغه وإفاقته، وإلا قطعناه في الحال.

فرع: إذا قلنا: يسقط الحد بدعوى الملك، فهل يستفصله القاضي سعيًا في سقوط الحد؟ فيه تردد للإمام.

فصل: في الواجب على السارق، وهو شيئان:

أحدهما: رد المال إن كان باقيًا، وضمانه إن تلف، سواء في ذلك الغني والفقير.

الثاني: القطع، فتقطع من السارق والسارقة يده اليمنى، فإن سرق ثانيًا، قطعت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثًا، قطعت يده اليسرى، فإن سرق رابعًا، قطعت رجله اليمنى، فإن سرق بعد ذلك، عزر، ونقل الإمام عن القديم قولًا، أنه يقتل للحديث، والمشهور التعزير، والحديث منسوخ أو مؤوَّل على أنه قتله لاستحلاله،

أو لسبب آخر، وتقطع اليد من الكوع، والرجل من المفصل بين الساق والقدم، ويمد العضو مدًا عنيفًا حتى ينخلع، ثم يقطع بحديدة ماضية، ويمكن المقطوع جالسًا ويضبط لئلا يتحرك، ويحسم موضع القطع بأن يغمس في زيت أو دهن مغلي، لتنسد أفواه العروق وينقطع الدم، وهل هذا حق لله تعالى وتتمة للحد، أم هو حق للمقطوع ونظر له؟ وجهان: أصحهما: الثاني، فعلى الأول يتركه الإمام، ويكون ثمن الدهن ومؤنة الحسم على الخلاف في مؤنة الجلاد، وإن قلنا بالأصح، فالمؤنة على المقطوع، ولو تركه السلطان، فلا شيء عليه، وحينئذ يستحب للسارق أن يحسم ولا يجب، لأن في الحسم ألمًا شديدًا وقد يهلك الضعيف، والمداواة بمثل هذا لا تجب بحال، وقيل: للإمام إجباره والصحيح الأول، ويستحب للإمام أن يأمر بالحسم عقب القطع، ولا يفعله إلا بإذن السارق إلا على قول من أجبره، والسنة أن تعلق اليد المقطوعة في عنقه، ثم الذي يوجد في كتب الجمهور أنها تعلق ساعة، وأطلقوا ولم يفوضوه إلى رأي الإمام، وحكى الإمام وجهًا أنها لا تعلق، ووجهًا تعلق ثلاثًا ووجهًا الأمر فيه إلى رأي الإمام، وهذه الأوجه غريبة ضعيفة.

فرع: لو كان على يمينه أصبع زائدة، فوجهان: أحدهما: لا تقطع، بل تقطع رجله اليسرى، وأصحهما: تقطع ولا يبالى بالزيادة، لأن المراد التنكيل بخلاف القصاص، فإن مقصوده المساواة، ولو كانت اليمين شلاء، فإن قال أهل الخبرة: إن قطعت لا ينقطع الدم، لم تقطع، ويكون كمن لا يمين له، وإن قالوا: ينقطع، قطعت واكتفي بها، ولو كانت ناقصة أربع أصابع، اكتفينا بها لحصول الإيلام والتنكيل، وإن لم يبق إلا الكف، أو بعض الكف بلا أصابع، ففي الاكتفاء بذلك وجهان: أو قولان، أصحهما: الاكتفاء لما ذكرنا، وطرد القاضي أبو حامد الوجهين فيما لو كانت يمينه بلا إبهام.

فرع: من لا يمين له، تقطع رجله اليسرى كما ذكرنا، ولو سرق ويمينه سليمة، فسقطت بآفة أو جناية، سقط عنه القطع، وقيل: يعدل إلى الرجل، كما لو فات محل القصاص يعدل إلى بدله، وهو الدية، والصحيح الأول، لأن القطع تعلق بها، ولو سرق مرارًا ولم يقطع، اكتفي بقطع يمينه عن الجميع، كمن زنى، أو شرب مرات يلزمه حد واحد.

فرع: بدر أجنبي، فقطع يمين السارق بغير إذن الإمام، لا قصاص عليه، لأنها مستحقة القطع، فلو سرى إلى النفس، فلا ضمان، لأنها متولدة من مستحق، لكن يعزر المبادر لافتئاته على الإمام، هكذا أطلقوه، ويشبه أن يجعل وجوب القصاص على الخلاف في قتل الزاني المحصن ولو قطع يساره جان، أو قطعها

الجلاد عمدًا، وجب القصاص على القاطع، ولا يسقط عن السارق قطع اليمين، فلو قال القاطع: لم أعلم أنها يساره، حلف ولزمته الدية، ولو قال الجلاد للسارق: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها، فطريقان، قال القاضي أبو الطيب وآخرون: إن قال المخرج: ظننتها اليمين، أو أن اليسار تجزىء، سقط بها القطع على الأظهر، فإن قلنا: لا يسقط، فقال القاطع: علمت أنها اليسار، وأنها لا تجزىء، لزمه القصاص، وإن قال: ظننتها اليمين، أو أنها تجزىء، لزمه الدية، وقال الشيخ أبو حامد: يراجع القاطع أولًا، فإن قال: علمتها اليسار وأنها لا تجزىء، لزمه القصاص وبقي القطع واجبًا في اليمين، وإن قال: ظننتها اليمين، أو أن اليسار تجزىء، لزمه الدية، وفي سقوط قطع اليمين القولان، وكلام الإمام وغيره يوافق هذا الطريق، إلا أن القصاص إنما يلزم القاطع، وإن علم الحال إذا لم يوجد من المخرج قصد بذل وإباحة، ولو سقطت يسار السارق بآفة بعد وجوب قطع اليمين، فقال أبو اسحاق: يسقط قطع اليمين في قول كما في مسألة غلط الجلاد، وغلطه الأصحاب وقالوا: لا يسقط.

فرع: لو كان لمعصمه كفان نقل الإمام عن الأصحاب أنهما تقطعان، ولا يبالى بالزيادة، كالأصبع الزائدة، واختار هو أن يفصل، فإن تميزت الأصلية، وأمكن الاقتصار على قطعها، لم تقطع الزائدة، وإلا فتقطع، فلو أشكل الحال، قال الإمام: فالذي رأيته للأصحاب أنهما يقطعان، ويوافقه ما في فتاوى القفال أن الكفين الباطشتين تقطعان جميعًا، لأنهما في حكم يد، ولهذا لا تجب فيهما ديتان، لكن في «التهذيب» أنه تقطع في السرقة إحداهما، فإن سرق ثانيًا، قطعت الأخرى، ولا تقطعان بسرقة واحدة بخلاف الأصبع الزائدة، لأنه لا يقع عليها اسم يد وهذا أحسن، قال: ولو كان يبطش بأحدهما، قطعت الباطشة دون الأخرى، وإن سرق ثانيًا، قطعت رجله، فلو صارت الأخرى باطشة، فسرق ثانيًا، قطعت هي لا الرجل، فإن سرق ثالثًا، قطعت الرجل.

باب حد قاطع الطريق

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: من شهر السلاح وأخاف السبيل في مصر أو برية وجب على الإمام طلبه لأنه إذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به في قتل النفوس وأخذ الأموال، فإن وقع قبل أن يأخذ المال ويقتل النفس عزر وحبس على حسب ما يراه السلطان، لأنه تعرض للدخول في معصية عظيمة فعزر كالمتعرض للسرقة بالنقب، والمتعرض للزنا بالقبلة وإن أخذ نصابًا محرزًا

بحرز مثله ممن يقطع بسرقة مال وجب عليه قطع يده اليمنى ورجله اليسرى، لما روى الشافعي عن ابن عباس أنه قال في قطاع الطريق: «إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف»[1] ونفيهم إذا هربوا أن يطلبوا حتى يؤخذوا وتقام عليهم الحدود لأنه ساوى السارق في أخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه في قطع اليد وزاد عليه بإخافة السبيل بشهر السلاح فغلظ بقطع الرجل فإن لم يكن له اليد اليمنى وله الرجل اليسرى قطع الرجل لأن الحد تعلق بهما فإذا فقد أحدهما تعلق الحد بالباقي كما قلنا في السارق إذا كانت له يد ناقصة الأصابع وإن لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى انتقل القطع إلى اليد اليسرى والرجل اليمنى لأن ما يبدأ به معدوم فتعلق الحد بما بعده، وإن أخذ دون النصاب لم يقطع وخرج أبو علي بن خيران قولًا آخر أنه لا يعتبر النصاب كما لا يعتبر التكافؤ في القتل في المحاربة في أحد القولين وهذا خطأ لأنه قطع يجب بأخذ المال فشرط فيه النصاب كالقطع في السرقة، فإن أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة أو أخذ من جمال مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع لأنه قطع يتعلق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة.

فصل: وإن قتل ولم يأخذ المال انحتم قتله ولم يجز لولي الدم العفو عنه لما روى ابن عباس ﷺ قال: «نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المال قتل» والحد لا يكون إلا حتمًا ولأن ما أوجب عقوبة في غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كأخذ المال يغلظ بقطع الرجل. وإن جرح جراحة توجب القود فهل يتحتم القود؟ فيه قولان أحدهما: أنه يتحتم لأن ما أوجب القود في غير المحاربة انحتم القود فيه في المحاربة كالقتل. والثاني: أنه لا يتحتم لأنه تغليظ لا يتبعض في النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة.

فصل: وإن قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن أصحابنا من قال: يصلب حيًا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت، وحكى أبو العباس ابن القاص في التشخيص عن الشافعي، ﷺ قال: يصلب ثلاثا قبل القتل ولا يعرف هذا للشافعي، والدليل على أنه يصلب بعد القتل قوله ﷺ: «إذا قتلتم فأحسنوا القتلة»[2] وإن كان الزمان بردًا أو معتدلًا صلب بعد القتل ثلاثا، وإن كان الحر شديدًا وخيف عليه التغير قبل الثلاث حنط وغسل وكفن وصلي عليه، وقال أبو علي بن أبي هريرة رحمه الله: يصلب إلى أن يسيل صديده وهذا خطأ لأن في ذلك تعطيل أحكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة والدفن. وإن مات فهل يصلب. فيه وجهان، أحدهما:

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ٨٦) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٨٣).

(٢) تقدم.

وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يصلب لأن الصلب تابع للقتل وصفة له، وقد سقط القتل فسقط الصلب، والثاني وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يصلب لأنهما حقان فإذا تعذر أحدهما لم يسقط الآخر.

فصل: وإن وجب عليه الحد ولم يقع في يد الإمام طلب إلى أن يقع فيقام عليه الحد لقوله عز وجل: ﴿أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المَائدة: ٣٣] وقد روينا عن ابن عباس أنه قال: «ونفيهم إذا هربوا أن يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود»[(١)].

فصل: ولا يجب ما ذكرناه من الحد إلا على من باشر القتل أو أخذ المال فأن من حضر ردءًا لهم أو عينًا فلا يلزمه الحد لقوله ﷺ: «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنًا بعد إحصان، أو قتل نفس بغير حق»[(٢)] ويعزر لأنه أعان على معصية فعزر وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال وجب على من قتل القتل وعلى من أخذ المال القطع لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده.

فصل: إذا قطع قاطع الطريق اليد اليسرى من رجل وأخذ المال قدم قطع القصاص سواء تقدم على أخذ المال أو تأخر، لأن حق الآدمي آكد، فإذا اندمل موضع القصاص قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لأخذ المال، ولا يوالي بينهما لأنهما عقوبتان مختلفتان فلا تجوز الموالاة بينهما، وإن قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وأخذ المال وقلنا: إن القصاص يتحتم نظرت ـ فإن تقدم أخذ المال سقط القطع الواجب بسببه لأنه يجب تقديم القصاص عليه لتأكد حق الآدمي، وإذا قطع للآدمي زال ما تعلق الوجوب به لأخذ المال فسقط وإن تقدمت الجناية لم يسقط الحد لأخذ المال فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى لأنه استحق بالجناية فيصير كمن أخذ المال وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى فتعلق باليد اليسرى والرجل اليمنى.

فصل: وإن تاب قاطع الطريق بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله عز وجل: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المَائدة: ٣٤] فشرط في العفو عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم فدل على أنهم إذا تابوا بعد القدرة لم يسقط عنهم، وإن تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بالمحاربة وهو انحتام القتل والصلب وقطع الرجل للآية، وهل يسقط قطع اليد؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يسقط لأنه قطع عضو وجب بأخذ المال في المحاربة فسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع الرجل والثاني: وهو قول أبي إسحاق إنه لا يسقط لأنه

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

قطع يد لأخذ المال فلم يسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع السرقة.

فصل: فأما الحد الذي لا يختص بالمحاربة ينظر فيه. فإن كان للآدمي وهو حد القذف ـ لم يسقط بالتوبة لأنه حق للآدمي فلم يسقط بالتوبة كالقصاص، وإن كان لله عز وجل وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر. ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يسقط بالتوبة لأنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف، والثاني: أنه يسقط وهو الصحيح والدليل عليه قوله عز وجل في الزنا: ﴿فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُواْ عَنْهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ١٦] **وقوله تعالى في السرقة:** ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٩] **وقوله ﷺ: «التوبة تجب ما قبلها»**(١) **ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كحد قاطع الطريق، فإن قلنا: إنها تسقط نظرت فإن كانت وجبت في غير المحاربة لم تسقط بالتوبة حتى يقترن بها الإصلاح في زمان يوثق بتوبته لقوله تعالى:** ﴿فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُواْ عَنْهُمَآ﴾ [النساء: ١٦] **ولقوله تعالى:** ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِۚ﴾ [المائدة: ٣٩] **فعلق العفو بالتوبة والإصلاح ولأنه قد يظهر التوبة للتقية فلا يعلم صحتها حتى يقترن بها الإصلاح في زمان يوثق فيه بتوبته، وإن وجبت عليه الحدود في المحاربة سقطت بإظهار التوبة والدخول في الطاعة، لأنه خارج من يد الإمام ممتنع عليه، فإذا أظهر التوبة لم تحمل توبته على التقية.**

الشرح: قوله: «شهر السلاح» أي سله وأخره عن غمده، وأخاف السبيل أي الطريق، والمصر: البلد العظيم، والشوكة: شدة البأس والحدة في السلاح، وانحتم أي وجب ولم يسقط بالعفو ولا الفداء، وقوله: «أو ينفوا من الأرض» أي يطردوا، وردءًا أي عونًا، وقوله: «الصلب» أصل الصلب سيلان الصليب وهو الصديد والودك.

فصل: قطاع الطرق: فيه أطراف:

الطرف الأول: في صفتهم، وتعتبر فيهم الشوكة، والبعد عن الغوث، وأن يكونوا مسلمين مكلفين، فالكفار ليس لهم حكم القطاع وإن أخافوا السبيل، وقيل: والمراهقون لا عقوبة عليهم، ويضمنون المال والنفس، كما لو أتلفوا في غير هذا الحال، وأما الشوكة، فقطاع الطريق طائفة يترصدون في المكامن للرفقة، فإذا رأوهم، برزوا قاصدين الأموال معتمدين في ذلك على قوة وقدرة يتغلبون بها، وفيهم شرعت العقوبات الغليظة التي سنصفها إن شاء الله تعالى، وأما الذين لا يعتمدون قوة، ولكن ينتهزون ويختلسون، ويولون معتمدين على ركض الخيل، أو

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٢١).

العدو على الأقدام، كما يتعرض الواحد والنفر اليسير لأخذ القافلة فيسلبون شيئًا، فليسوا بقطاع، وحكمهم في الضمان والقصاص حكم غيرهم، ولو خرج واحد أو شرذمة يسيرة، فقصدهم جماعة يغلبونهم بقوتهم، فهم قطاع وإن لم يكثر عددهم، لاعتمادهم على الشوكة والنجدة بالإضافة إلى الواحد والشرذمة، كذا نقله الإمام عن طرق الأصحاب، ويقرب منه ما ذكره ابن كج أنه لو أقام خمسة أو عشرة في كهف، أو شاهق جبل، فإن مر بهم قوم لهم شوكة وعدة، لم يتعرضوا لهم، وإن مر قوم قليلو العدد، قصدوهم بالقتل وأخذ المال، فحكمهم حكم قطاع الطريق في حق الطائفة اليسيرة، وإن تعرضوا للأقوياء وأخذوا شيئًا، فهم مختلسون، ورأى الإمام أن يفصل القول في الرفقة اليسيرة والواحد، فيقال: إن كان خروجهم في مثل ذلك الطريق يعد تضييعًا وتغريرًا بالنفس والمال، فالمتعرضون لهم ليسوا بقطاع، وينزل خروجهم في هذه الحالة كترك المال في موضع لا يعد حرزًا، وأقام الإمام ما رآه وجهًا، ولو كانت الرفقة يتأتى منهم دفع القاصدين ومقاومتهم، فاستسلموا حتى قتلوا وأخذت أموالهم، فالقاصدون لهم ليسوا بقطاع، لأن ما فعلوه لم يصدر عن شوكتهم، بل الرفقة ضيعوا، هكذا أطلقه الأصحاب، ويجوز أن يقال: ليست الشوكة مجرد العدد والعدة، بل تحتاج مع ذلك إلى اتفاق كلمة ومتبوع مطاع وعزيمة على القتال، والقاصدون للرفقة هكذا يكونون في الغالب، والرفقة لا تجتمع كلمتهم، ولا يضبطهم مطاع، ولا عزم لهم على القتال، وخلوهم عن هذه الأمور يوقعهم في التخاذل لا عن قصد منهم، فينبغي أن لا يجعلوا مضيعين، ولا يخرج قاصدوهم عن كونهم قطاعًا، ولو أن الرفقة قاتلوهم، ونالت كل طائفة من الأخرى، فهل هم قطاع؟ فيه احتمالان للإمام، أصحهما: نعم، وبه جزم الغزالي، وأما البعد عن الغوث، فإنما اشترط ليمكنهم الاستيلاء والقهر مجاهرة وذلك إنما يتحقق غالبًا في المواضع البعيدة عن العمارة، ولو خرج جماعة في المصر، فحاربوا، أو أغار عسكر على بلدة أو قرية، أو خرج أهل أحد طرفي البلد على الطرف الآخر وكان لا يلحق المقصودين غوث لو استغاثوا، فهم قطاع طريق، وإن كان يلحقهم غوث، فهم منتهبون ليسوا قطاعًا، وامتناع لحاق الغوث لضعف السلطان أو لبعده وبعد أعوانه، وقد يغلب أهل الفساد في مثل هذه الحالة، فلا يقاومهم أهل العفة، وتتعذر عليهم الاستغاثة، ولو دخل جماعة بالليل دارًا وكابروا، ومنعوا أصحاب الدار من الاستغاثة مع قوة السلطان وحضوره، فالأصح أنهم قطاع، وبه قطع القفال والبغوي، والثاني: أنهم سراق، والثالث: مختلسون.

فرع: لا يشترط في قطاع الطريق الذكورة، بل لو اجتمع نسوة لهن شوكة

وقوة، فهن قاطعات طريق، ولا يشترط أيضًا شهر السلاح، بل الخارجون بالعصي والحجارة قطاع، وذكر الإمام أنه يكفي القهر وأخذ المال باللكز، والضرب بجمع الكف، وفي «التهذيب» نحوه، وكلام جماعة يقتضي أنه لا بد من آلة، ولا يشترط العدد، بل الواحد إذا كان له فضل قوة يغلب بها الجماعة، وتعرض للنفوس والأموال مجاهرًا، فهو قاطع طريق.

الطرف الثاني: في عقوبتهم:

فإذا علم الإمام من رجل، أو من جماعة أنهم يترصدون للرفقة، ويخيفون السبيل، ولم يأخذوا بعد مالًا، ولا قتلوا نفسًا، طلبهم، وعزرهم بالحبس وغيره، قال ابن سريج: والحبس في هذه الحال في غير موضعهم أولى، لأنه أحوط وأبلغ في الزجر والإيحاش، وإن أخذ قاطع من المال قدر نصاب السرقة، قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى، فإن عاد مرة أخرى، قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى، وإنما يقطع من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة، وسواء كان النصاب لواحد أو لجماعة الرفقة كما سبق في السرقة، وإن كان المأخوذ دون نصاب، فلا قطع، وقال ابن خيران: فيه قولان، كالقولين في قتل قاطع الطريق، هل تعتبر فيه الكفاءة، لأنه فارق السرقة في اشتراط الحرز فكذا في النصاب، والمذهب الأول، لقوله ﷺ: «القطع في ربع دينار فصاعدًا» وما ادعاه في الحرز ممنوع، بل الذي قاله الأصحاب: أنه لو كان المال ضائعًا تسير به الدواب بلا حافظ، فلا قطع، ولو كانت الجمال مقطورة ولم تتعهد كما شرطنا فيها، لم يجب القطع، وإن قتل قاطع الطريق، قتل، وهو قتل متحتم ليس سبيله، سبيل القصاص، وإن جمع بين القتل وأخذ المال، قتل وصلب، ويعتبر في المال كونه نصابًا، ويجيء فيه خلاف ابن خيران، هذا هو المذهب، وخرج ابن سلمة قولًا: أنه تقطع يده ورجله ويقتل ويصلب، وحكى صاحب «التقريب» قولًا: أنه إن قتل وأخذ نصابًا، قطع وقتل، ولم يصلب، وإن قتل وأخذ دون نصاب، لم يقطع بل يقتل ويصلب، وفي كيفية القتل والصلب إذا اجتمعا قولان، أظهرهما: يقتل ثم يصلب، وعلى هذا كم يترك مصلوبًا؟ وجهان: أصحهما: وهو نصه: ثلاثًا، فإذا مضى الثلاث، وسال صليبه، وهو الودك، أنزل، وإلا فوجهان: أحدهما: لا ينزل بل يترك حتى يسيل صليبه، وأصحهما: ينزل، ويكفي ما حصل من النكال، ولو خيف التغير قبل الثلاث هل ينزل؟ وجهان: أصحهما: نعم، وبه قال الماسرجسي وغيره، والوجه الثاني من الأصل يترك مصلوبًا حتى يسيل صديده ويتهرأ ولا ينزل بحال، والوجهان متفقان على أن يصلب على خشبة ونحوها، وهو الصحيح، وعن ابن أبي هريرة أنه يطرح على الأرض حتى

يسيل صديده، قال الإمام وذكر الصيدلاني: أنه يترك حتى يتساقط، وفي القلب منه شيء، فإني لم أره لغيره، وإذا قلنا: ينتظر سيلان الصليب، لم نبال نتنه، ولفظ البغوي في حكاية وجه ابن أبي هريرة أنه يترك حتى يسيل صديده إلا أن يتأذى به الأحياء، وما ذكره الإمام أقرب إلى سياق ذلك الوجه.

والقول الثاني في كيفية القتل: أنه يصلب حيًا، ثم يقتل، وعلى هذا كيف يقتل، أيترك بلا طعام وشراب حتى يموت، أم يجرح حتى يموت، أم يترك مصلوبًا ثلاثًا، ثم ينزل ويقتل، فيه أوجه: ويعرف بهذا أن الصلب على هذا القول يراد به صلب لا يموت منه، وتقدم في كتاب الجنائز حكم الصلاة عليه، وأن الخلاف السابق في إنزاله عن الخشبة بعد ثلاث وتركه جار تفريعًا على القول الثاني، أما إذا لم يأخذ مالًا ولا قتل، ولكن كثر جمع القاطعين، وكان ردءًا لهم، وأرغب الرفقة عليه، كما لا حد في مقدمات الزنى، ولو أخذ بعضهم أقل من نصاب، فكذلك الحكم إذا شرطنا النصاب، ولا يكمل نصابه بما أخذه غيره، وفيما يعاقب به الردء وجهان: أصحهما: يعزره الإمام باجتهاده بالحبس أو التغريب أو سائر وجوه التأديب، كسائر المعاصي، والثاني: يغربه بنفيه إلى حيث يرى، وليختر جهة يحف بها أهل النجدة من أصحاب الإمام، وإذا عين صوبًا، منعه العدول إلى غيره، وعلى هذا هل يعزر في البلد المنفي إليه بضرب وحبس وغيرهما، أم يكفي النفي؟ وجهان.

فرع: من اجتمع عليه قتل وصلب، فمات، فهل يجب صلبه؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن القتل والصلب مشروعان، تعذر أحدهما فوجب الآخر، والثاني: لا، وبه قال الشيخ أبو حامد، وينسب إلى النص، لأنه تابع للقتل، فسقط بسقوط المتبوع.

الطرف الثالث: في حكم هذه العقوبة وهو أمران:

الأول: السقوط بالتوبة، وقد سبق أن قاطع الطريق إذا هرب، يطلب ويقام ما يستوجبه من حد أو تعزير، فلو تاب قبل القدرة عليه، سقط ما يختص بقطع الطريق من العقوبات على المذهب، وقيل: قولان، وإن تاب بعد القدرة، لم يسقط على المذهب، وقيل: قولان، وهل تؤثر التوبة في إسقاط حد الزنى والسرقة والشرب في حق غير قاطع الطريق، وفي حقه قبل القدرة وبعدها؟ فيه قولان سبقا، الأظهر: لا يسقط، صححه الإمام والبغوي وغيرهما، وهو منسوب إلى الجديد لإطلاق آية الزنى، وقياسًا على الكفارة، ورجح جماعة من العراقيين السقوط.

ثم ما يسقط بالتوبة في حق قاطع الطريق قبل القدرة يسقط بنفس التوبة، وأما

توبته بعد القدرة، وتوبة الزاني والسارق فوجهان: أحدهما: كذلك، ويكون إظهار التوبة كإظهار الإسلام تحت السيف، والثاني: يشترط مع التوبة إصلاح العمل ليظهر صدقه فيها، ونسب الإمام هذا الوجه إلى القاضي حسين، والأول إلى سائر الأصحاب، والذي ذكره جماعة من العراقيين والبغوي والروياني هو ما نسبه إلى القاضي، واحتجوا بظاهر القرآن، قال الله تعالى في قطاع الطريق: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ﴾ [المائدة: ٣٤] لم يذكر غير التوبة، وقال في الزنى: ﴿فَإِن تَابَا وَأَصۡلَحَا فَأَعۡرِضُواْ عَنۡهُمَآۚ﴾ [النساء: ١٦] وفي السرقة: ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعۡدِ ظُلۡمِهِۦ وَأَصۡلَحَ﴾ [المائدة: ٣٦] قال الإمام: معرفة إصلاح العمل بأن يمتحن سرًا وعلنًا، فإن بدا الصلاح، أسقطنا الحد عنه، وإلا حكمنا بأنه لم يسقط، قال الإمام: وهذا مشكل، لأنه لا سبيل إلى حقيقته، وإن خلي، فكيف يعرف صلاحه، ويشبه أن يقال تفريعًا على هذا: إذا أظهر التوبة، امتنعنا من إقامة الحد، فإن لم يظهر ما يخالف الصلاح، فذاك، وإن ظهر، أقمنا عليه الحد، وقد ذكرنا في باب حد الزنى في موضع القولين في سقوط الحد بالتوبة طريقين، أحدهما: تخصيصهما بمن تاب قبل الرفع إلى القاضي، فإن تاب بعد الرفع، لم يسقط قطعًا، والثاني: طردهما في الحالين، وقد يرجع هذا الخلاف إلى أن التوبة بمجردها تسقط الحد، أم يعتبر الإصلاح، إن اعتبرناه اشترط مضي زمن يظهر به الصدق، فلا تكفي التوبة بعد الرفع.

فرع: إذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة، فإن كان قد قتل، سقط عنه انحتام القتل، فللولي أن يقتص، وله العفو هذا هو المذهب، وفيه وجه شاذ يسقط القصاص، فلا يبقى عليه شيء أصلًا، وحكي وجه أنه يسقط بالتوبة القصاص وحد القذف، لأنهما يسقطان بالشبهة، كحدود الله تعالى، ونقله ابن القطان في القذف قولًا قديمًا، وليس بشيء، وإن كان قد قتل وأخذ المال، سقط الصلب، وانحتام القتل، وبقي القصاص، وضمان المال، وفي القصاص ما ذكرنا، وإن كان قد أخذ المال، سقط قطع الرجل، وكذا قطع اليد على المذهب.

الأمر الثاني في حكم قتله، فإذا قتل قاطع الطريق خطأ، بأن رمى شخصًا فأصاب غيره، أو شبه عمد، لم يلزمه القتل، وتكون الدية على عاقلته، وإن قتل عمدًا، فقد سبق أنه يتحتم قتله، واختلفوا في حكم قتله، فقالت طائفة وهو الأصح: هذا قتل فيه معنى القصاص ومعنى الحدود، لأنه في مقابلة قتل ولكن لا يصح العفو عنه ويتعلق استيفاؤه بالسلطان، وما المغلب من المعنيين؟ فيه قولان، وقال آخرون: هل يتمحض حقًا لله تعالى أم فيه أيضًا حق آدمي؟ قولان، أظهرهما: الثاني، ويقال على هذا القول: أصل القتل في مقابلة القتل، والتحتم حق لله تعالى، ويتفرع على هذا الخلاف صور.

منها: لو قتل قاطع الطريق من لا يكافئه، كابنه وعبد وذمي، فإن لم يراع معنى القصاص وحق الآدمي، قتلناه حدًا ولم نبال بعدم الكفاءة، وإن راعيناه، لم نقتله به وأوجبنا الدية أو القيمة، ولو قتل عبد نفسه، فقال ابن أبي هريرة والقاضي حسين: هو على الخلاف، وقال أبو إسحاق: لا يقتل قطعًا، كما لا يقطع إذا أخذ مال نفسه، واختاره الصيدلاني.

ومنها: لو مات، فإن راعينا القصاص أخذنا الدية من تركته، وإلا فلا شيء فيها.

ومنها: لو قتل في قطع الطريق جماعة، فإن راعينا القصاص، قتل بواحد وللباقين الديات، فإن قتلهم مرتبًا، قتل بالأول، ولو عفا ولي الأول، لم يسقط ذكره البغوي، وإن لم نراع القصاص، قتل بهم، ولا دية.

ومنها: لو عفا الولي على مال إن راعينا القصاص، سقط القصاص ووجب المال، وقتل حدًا كمرتد وجب عليه قصاص، وعفي عنه، وإن لم نراعه، فالعفو لغو.

ومنها: لو تاب قبل القدرة، لم يسقط القصاص إن راعينا معناه ويسقط الحد، وإلا فلا شيء عليه.

ومنها: لو قتل بمثقل، أو بقطع عضو، فإن راعينا القصاص، قتلناه بمثل ما قتل، وإلا فيقتل بالسيف، كالمرتد.

ومنها: لو قتله شخص بغير إذن الإمام إن راعينا القصاص، لزمه الدية لورثته ولا قصاص، لأن قتله متحتم، ويجيء فيه وجه، وإن لم نراعه، فليس عليه إلا التعزير لافتئاته على الإمام.

فرع: إذا جرح قاطع الطريق جرحًا ساريًا، فهو قاتل، وقد سبق حكمه، وإن جرح جرحًا واقفًا، نظر إن كان مما لا قصاص فيه كالجائفة، فواجبه المال ولا قتل، وإن كان مما فيه قصاص، كقطع يد ورجل، قوبلت بمثله، وهل يتحتم القصاص في الجراحة؟ فيه أقوال، أظهرها: لا، كما لا كفارة، والثاني: نعم، والثالث: يتحتم في اليدين والرجلين دون الأنف والأذن والعين وغيرها، قال ابن الصباغ: لو قطع يد رجل ثم قتله، فإن قلنا: الجراحة لا تتحتم، فهو كما لو قطعه في غير المحاربة ثم قتله فيها، وسيأتي إن شاء الله تعالى. وإن قلنا: يتحتم، قطع ثم قتل. ولو قطع في المحاربة وأخذ المال، نظر إن قطع يمينه، فإن قلنا: لا يتحتم وعفا، أخذ دية اليد، وقطعنا يمين المحارب ورجله اليسرى حدًا، وإن لم يعف، أو قلنا: يتحتم، قطعت يمينه بالقصاص وقطعت رجله حدًا، كما لو قطع الطريق ولا

يمين له، وإن قطع يساره، فإن قلنا: لا يتحتم وعفا، أخذ الدية، وقطعت يده اليمنى ورجله اليسرى، وإن لم يعف، أو قلنا: بالتحتم، قطعت يساره، وتؤخر قطع اليمين والرجل اليسرى حتى تندمل اليسار، ولا يوالى بين عقوبتين.

فصل: يوالى على قاطع الطريق بين قطع يده ورجله، لأن قطعهما عقوبة واحدة، كالجلدات في الحد الواحد، وإن كان مقطوع اليمين، قطعت رجله اليسرى ولا تجعل اليد اليسرى بدلًا عن اليمنى، فإن كان مفقود اليد اليمنى والرجل اليسرى، قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى، ولو قطع يسار انسان وسرق، قطعت يساره قصاصًا وأمهل إلى الاندمال ثم تقطع يمينه عن السرقة ولا يوالى، لأنهما عقوبتان مختلفتان، وقدم القصاص، لأن العقوبة التي هي حق آدمي آكد من التي هي حق الله تعالى، لأنها تسقط بما لا تسقط به عقوبة الآدمي بخلاف الحقوق المالية، فإن فيها ثلاثة أقوال في أنه يقدم حق الله تعالى أم الآدمي، أم يستويان لاستوائهما في التأكد وعدم السقوط بالشبهة، ولو وجب قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى بقطع الطريق، وقطع اليد اليسرى بقصاص، قدم قطع اليسرى قصاصًا، ثم يمهل إلى الاندمال، ثم يقطع العضوان لقطع الطريق، ولو استحقت يمينه بقصاص وقطع للطريق، فإن عفا مستحق القصاص، قطعت يمينه مع رجله اليسرى حدًا، وإلا فيقدم القصاص، وتقطع الرجل اليسرى عن الحد، وتقطع عقيب القصاص، وقيل: يمهل بها إلى الاندمال، والأول أصح، ولو استحقت يده اليمنى ورجله اليسرى بقصاص وقطع طريق، نظر إن عفا مستحق القصاص، قطع العضوان عن الحد، وإن اقتص فيهما، سقط الحد لفوات محله الذي تعلق به، ولو قطع العضوين في قطع الطريق وأخذ المال، فإن قلنا: الجراحة في قطع الطريق لا تتحتم، فهو كما لو قطع العضوين في غير المحاربة وقطع أيضًا الطريق، وإن قلنا: تتحتم، قطعناهما قصاصًا، وسقط الحد، كذا ذكره الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما، وسووا بين قطع العضوين قبل أخذ المال وبعده، قال صاحب «المهذب»: إن قلنا بالتحتم، فإن تقدم أخذ المال، واقتص في العضوين، سقط الحد، وإن تقدم قطع العضوين، ثم أخذ المال، لم يسقط بالقصاص حد قطع الطريق، بل تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى.

فصل: اجتمع عليه عقوبات آدميين، كحد قذف وقصاص عضو وقصاص نفس، فإن حضر المستحقون وطلبوا حقوقهم جميعًا، جلد، ثم قطع، ثم قتل، ويبادر بالقتل بعد القطع، ولا يبادر بالقطع بعد الجلد إن كان مستحق القتل غائبًا، لأنه قد يهلك بالموالاة فيفوت قصاصه، وإن كان حاضرًا وقال: عجلوا القطع وأنا أبادر بالقتل بعد القطع، فوجهان: أحدهما: يبادر، لأن التأخير كان حقه وقد رضي

بالتقديم. وأصحهما: المنع خوفًا من هلاكه بالموالاة، ورأى الإمام تخصيص الوجهين بمن خيف موته بالموالاة بحيث يتعذر قصاص النفس لانتهائه إلى حركة المذبوح، ورأى الجزم بالمبادرة إذا أمكن استيفاء القصاص بعد القطع، أما إذا لم يجتمعوا على الطلب، فإن أخر مستحق النفس حقه، جلد، فإذا برأ، قطع، وإن أخر مستحق الطرف حقه، جلد، ويتعذر القتل لحق مستحق الطرف، وعلى مستحق النفس الصبر حتى يستوفي مستحق الطرف حقه، قال الغزالي: ولو مكن مستحق النفس من القتل، وقيل لمستحق الطرف: بادر وإلا ضاع حقك لفوات محله، لم يكن بعيدًا، ولو بادر مستحق النفس فقتله، كان مستوفيًا حقه، ورجع مستحق الطرف إلى الدية، ولو أخر مستحق الجلد حقه، فقياس ما سبق أن يصبر الآخران، وإذا اجتمع عليه حدود قذف لجماعة، حد لكل واحد حدًا، ولا يوالى بل يمهل بعد كل حد حتى يبرأ، هكذا ذكره البغوي وغيره، لكنه سبق في القصاص أنه يوالى بين قطع الأطراف قصاصًا، وقياسه أن يوالى بين الحدود، وذكروا تفريعًا على الأول الوجهين فيما لو وجب على عبد حدان لقذف شخصين، هل يوالى؟ أصحهما: عند البغوي: لا، لأنهما حدان، والثاني: نعم، لأنهما كحد حر، قال الروياني: هذا أقرب إلى المذهب، وأما ترتيب حدود القذف فينبغي أن يقال: إن قذفهم مرتبًا، حد للأول فالأول، وإن قذفهم بكلمة وقلنا بالأظهر: إنه يتعدد الحد، أقرع.

فرع: اجتمع عليه حدود لله تعالى، بأن شرب وزنى وهو بكر، وسرق، ولزمه قتل بردة، قدم الأخف فالأخف، وتجب رعاية هذا الترتيب والإمهال سعيًا في إقامة الجميع، وأخفها حد الشرب، ثم يمهل حتى يبرأ، ثم يجلد للزنى، ويمهل، ثم يقطع، فإذا لم يبق إلا القتل، قتل ولم يمهل، وحكى أبو بكر الطوسي وجهًا: أنه إذا كان فيها قتل يوالى بلا إمهال، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، ولو اجتمع معها أخذ مال في محاربة، قطعت يده ورجله بعد جلد الزنى، وهل يوالى بين قطع اليد والرجل أم يؤخر قطع الرجل حتى تندمل اليد؟ وجهان: أحدهما: يؤخر لأن اليد مقطوعة عن السرقة، والرجل عن المحاربة ولا يوالى بين حدين، وأصحهما: وهو المنصوص: يوالى، لأن اليد تقع عن المحاربة والسرقة، فصار كما لو انفردت المحاربة، ولو اجتمعت عقوبات لله تعالى ولآدمي، بأن انضم إلى هذه العقوبات حد قذف، قدم حد القذف على حد الزنى، نص عليه، واختلفوا لم قدم؟ فقال أبو إسحاق وجماعة: لأنه حق آدمي، وقال ابن أبي هريرة: لأنه أخف، والأول أصح عند الأصحاب، وفيما يقدم من حد الشرب والقذف وجهان بناء على المعنيين، ويجريان في حد الزنى وقصاص الطرف والإمهال بعد كل عقوبة إلى الاندمال على

ما ذكرنا، ولو كان الواجب بدل قتل الردة قتل قصاص، فالقول في الترتيب والإمهال كذلك، ولو اجتمع الرجم للزنى وقتل قصاص، فهل يقتل رجمًا بإذن الولي ليتأدى الحقان، أم يسلم إلى الولي ليقتله قصاصًا؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو كان الواجب قتل محاربة، فهل يجب التفريق بين الحدود المقامة قبل القتل؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه متحتم القتل، فلا معنى للإمهال بخلاف قتل الردة والقصاص، فإنه يتوقع الإسلام والعفو، وأصحهما: نعم، لأنه قد يموت بالموالاة، فتفوت سائر الحدود، ولو اجتمع قتل محاربة مع قصاص في غير محاربة، نظر إن سبق قتل المحاربة، قتل حدًا، ويعدل صاحب القصاص إلى الدية، وإن سبق قتل القصاص، خير الولي فيه، فإن عفا، قتل وصلب للمحاربة، وإن اقتص، عدل لقتل المحاربة إلى الدية، وهل يصلب؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا مات المحارب قبل قتله، ولو سرق ثم قتل في المحاربة، فهل يقطع للسرقة ويقتل للمحاربة، أم يقتصر على القتل والصلب، ويندرج حد السرقة في حد المحاربة؟ وجهان.

فرع: من زنى مرارًا وهو بكر، حد لها حدًا واحدًا، وكذا لو سرق، أو شرب مرارًا، وهل يقال: تجب حدود ثم تعود إلى حد واحدة أم لا يجب إلا حد، وتجعل الزنيات كالحركات في زنية واحدة؟ ذكروا فيه احتمالين، ولو زنى أو شرب فأقيم عليه الحد، ثم زنى أو شرب، أقيم عليه حد آخر، فإن لم يبرأ من الأول، أمهل حتى يبرأ، ولو أقيم عليه بعض الحد فارتكب الجريمة ثانيًا، دخل الباقي في الحد الثاني، وإذا زنى فجلد، ثم زنى قبل التغريب جلد ثانيًا وكفاه تغريب واحد، ولو جلد خمسين، فزنى ثانيًا، جلد مئة وغرب ودخل في المائة والخمسون الباقية، ولو زنى وهو بكر، ثم زنى قبل أن يحد وقد أحصن، فهل يكتفى بالرجم ويدخل فيه الجلد أم يجمع بينهما؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام والغزالي: الأول، وأصحهما: عند البغوي وغيره: الثاني، لاختلاف العقوبتين، وعلى هذا فهل يجلد مئة ويغرب عامًا ثم يرجم، أم يجلد ويرجم، ويدخل التغريب في الرجم؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو زنى عبد، فعتق قبل الحد، وزنى ثانيًا، فإن كان بكرًا، جلد مئة وغرب عامًا، وإن كان محصنًا، جلد خمسين، ثم رجم، هكذا أطلقه البغوي، ويشبه أن يكون على الخلاف فيمن زنى وهو بكر، ثم زنى وهو محصن. ولو زنى ذمي محصن، ثم نقض العهد واسترق، فزنى ثانيًا، ففي دخول الجلد في الرجم الوجهان، قال البغوي: الأصح: المنع، فيجلد خمسين ثم يرجم، وإن قلنا: بتغريب العبد، ففي اندراج التغريب في الرجم الوجهان.

فصل: لا يثبت قطع الطريق إلا بشهادة رجلين ويشترط في الشهادة التفصيل

وتعيين قاطع الطريق ومن قتله أو أخذ ماله، وتقاس صوره بما سبق في الشهادة على السرقة، ولو شهد اثنان من الرفقة، نظر إن لم يتعرضا لقصد المشهود عليه نفسًا ومالًا، قبلت شهادتهما، وليس على القاضي أن يبحث عنهما هل هما من الرفقة أم لا، فإن بحث، فلهما أن لا يجيبا، وإن لم يثبتا على الشهادة وإن قالا: قطع هذا وهؤلاء علينا الطريق، فأخذوا مالنا ومال رفقتنا، لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما ولا في حق غيرهما، وقيل: في حق غيرهما قولان، والمذهب الأول، لأنهما صارا عدوين، قال الماسرجسي وغيره: لو شهد رجلان بوصية لهما فيها نصيب أو إشراف، لم تقبل في شيء، وإن قالا: نشهد بها سوى ما يتعلق بنا من المال والإشراف، قبلت شهادتهما.

فصل: يحسم موضع القطع من قاطع الطريق كما سبق في السارق، ويجوز أن تحسم اليد، ثم تقطع الرجل، وأن تقطعا جميعًا، ثم تحسما، قال العبادي في «الرقم»: إن قلنا: إن قتل قاطع الطريق يراعى فيه معنى القصاص، لزمه الكفارة، وإن قلنا: حد محض، فلا كفارة.

باب حد الخمر

قال المصنف رحمه الله تعالى: (كل شراب أسكر كثيره حرم قليله وكثيره والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المَائدة: ٩٠] **واسم الخمر يقع على كل مسكر والدليل عليه ما روى ابن عمر** رضي الله عنه **أن النبي** ﷺ **قال: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام»**[(١)] **وروى النعمان بن بشير** رضي الله عنه **أن النبي** ﷺ **قال: «إن من التمر لخمرًا وإن من البر لخمرًا وإن من الشعير لخمرًا وإن من العسل خمرًا»**[(٢)] **وروى سعد** رضي الله عنه **أن النبي** ﷺ **قال: «أنهاكم عن قليل ما أسكر كثيره»**[(٣)] **وروت أم المؤمنين عائشة** رضي الله عنها **قالت: قال رسول الله** ﷺ: **«ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام»**[(٤)].

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٠٠٣) وأبو داود في سننه برقم (٣٦٧٩) والنسائي في سننه (٨/ ٢٩٦) والترمذي في سننه برقم (١٨٦١) وأحمد في المسند (٢/ ٢٩).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٧٦) والترمذي في سننه برقم (١٨٧٢) وابن ماجه في سننه برقم (٣٣٧٩) وأحمد في المسند (٤/ ٢٦٧).

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٨/ ٣٠١) وابن حبان في صحيحه برقم (٥٣٧٠) والدارقطني في سننه (٤/ ٢٥١) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٩٦).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٨٧) والترمذي في سننه برقم (١٨٦٦) وأحمد في المسند (٦/ ٧١).

فصل: ومن شرب مسكرًا وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد فإن كان حرًا جلد أربعين جلدة لما روى أبو ساسان. قال: «لما شهد على الوليد بن عقبة قال عثمان لعلي ﷺ دونك ابن عمك فاجلده، قال: قم يا حسن فاجلده. قال: فيم أنت وذاك ولّ هذا غيري قال: ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت فقال: قم يا عبد الله بن جعفر فاجلده فجلده وعلي ﷺ يعد ذلك فعد أربعين، وقال: جلد رسول الله ﷺ في الخمر أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة»[1] وإن كان عبدًا جلد عشرين لأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا فإن رأى الإمام أن يبلغ بحد الحر ثمانين وبحد العبد أربعين جاز لماروى أبو وبرة الكلبي قال: «أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر ﷺ فأتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلي وطلحة والزبير ﷺ. فقلت: إن خالد بن الوليد ﷺ يقرأ عليك السلام ويقول: إن الناس قد انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة فيه قال عمر: هم هؤلاء عندك فسلهم. فقال علي ﷺ: تراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون. فقال عمر: بلغ صاحبك ما قال فجلد خالد ثمانين، وجلد عمر ثمانين، قال: وكان عمر إذا أتى بالرجل القوي المنهمك في الشراب جلده ثمانين وإذا أتى بالرجل الضعيف الذي كانت منه الزلة جلده أربعين»[2] فإن جلده أربعين ومات لم يضمن لأن الحق قتله، وإن جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لأن نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير، وإن جلد إحدى وأربعين فمات ففيه قولان، أحدهما: أنه يضمن نصف ديته لأنه مات من مضمون وغير مضمون فضمن نصف ديته كما لو جرحه واحد جراحة وجرح نفسه جراحات، والثاني: أنه يضمن جزءًا من أحد وأربعين جزءًا من الدية لأن الأسواط متماثلة فقسطت الدية على عددها، وتخالف الجراحات فإنها لا تتماثل وقد يموت من جراحة ولا يموت من جراحات، ولا يجوز أن يموت من سوط ويعيش من أسواط، وإن أمر الإمام الجلاد أن يضرب في الخمر ثمانين فجلده إحدى وثمانين ومات المضروب ـ فإن قلنا: إن الدية تقسط على عدد الضرب ـ سقط منها أربعون جزءًا لأجل الحد ووجب على الإمام أربعون جزءًا لأجل التعزير ووجب على الجلاد جزء، وإن قلنا: إنه يقسط على عدد الجناية ففيه وجهان، أحدهما: يسقط نصفها لأجل الحد ويبقى النصف، على الإمام نصفه وعلى الجلاد نصفه، لأن الضرب نوعان مضمون وغير مضمون فسقط النصف بما ليس بمضمون ووجب

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧٠٧) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٨٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٧١) وأحمد في المسند (١/ ٨٢).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٣٢٠) والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٧٥).

النصف بما هو مضمون والثاني: أنه تقسط الدية ثلاثًا فسقط ثلثها بالحد وثلثها على الإمام وثلثها على الجلاد لأن الحد ثلاثة أنواع فجعل لكل نوع الثلث.

فصل: ويضرب في حد الخمر بالأيدي والنعال وأطراف الثياب على ظاهر النص لما روى أبو هريرة ﷺ: «إن رسول الله ﷺ أتي برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله ﷺ: اضربوه قال؛ فمنا الضارب بيده ومنا الضارب بنعله ومنا الضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض الناس: أخزاك الله فقال رسول الله ﷺ: لا تقولوا هكذا ولا تعينوا عليه الشيطان، ولكن قولوا: رحمك الله»[(١)] ولأنه لما كان أخف من غيره في العدد وجب أن يكون أخف من غيره في الصفة، وقال أبو العباس وأبو إسحاق: يضرب السوط، ووجهه ما روي أن عليًا ﷺ: «لما أقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد الله بن جعفر: أقم عليه الحد، قال فأخذ السوط فجلده حتى انتهى إلى أربعين سوطًا فقال له أمسك»[(٢)] وإن قلنا إنه يضرب بغير السوط فضرب بالسوط أربعين سوطًا فمات ضمن لأنه تعدى بالضرب بالسوط، وكم يضمن؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يضمن بقدر ما زاد ألمه على ألم النعال، والثاني: أنه يضمن جميع الدية لأنه عدل من جنس إلى غيره فأشبه إذا ضربه بما يجرح فمات منه.

فصل: والسوط الذي يضرب به سوط بين سوطين ولا يمد ولا يجرد ولا تشد يده لما روي عن ابن مسعود ﷺ أنه قال: «ليس في هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد»[(٣)].

فصل: ولا يقام الحد في المسجد لما روى ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ نهى عن إقامة الحد في المسجد[(٤)]، ولأنه لا يؤمن أن يشق الجلد بالضرب فيسيل منه الدم أو يحدث من شدة الضرب فينجس المسجد، وإن أقيم الحد في المسجد سقط الفرض لأن النهي لمعنى يرجع إلى المسجد لا إلى الحد فلم يمنع صحته كالصلاة في الأرض المغصوبة.

فصل: إذا زنى دفعات حد للجميع حد واحدًا وكذلك إن سرق دفعات أو شرب الخمر دفعات حد للجميع حدًا واحدًا لأن سببها واحد فتداخلت، وإن اجتمعت عليه حدود بأسباب بأن زنى وسرق وشرب الخمر وقذف لم تتداخل لأنها حدود وجبت بأسباب فلم تتداخل، وإن اجتمع عليه الجلد في حد الزنا والقطع في

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٧٧) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٧٧) وأحمد في المسند (٢/ ٢٩٩).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

السرقة أو في قطع الطريق قدم حد الزنا تقدم الزنا أو تأخر، لأنه أخف من القطع، فإذا تقدم أمكن استيفاء القطع بعده، وإذا قدم القطع لم يؤمن أن يموت منه فيبطل حد الزنا، وإن اجتمع عليه مع ذلك الشرب أو حد القذف قدم حد الشرب وحد القذف على حد الزنا، لأنهما أخف منه وأمكن للاستيفاء، وإن اجتمع حد الشرب وحد القذف ففيه وجهان، أحدهما: أنه يقدم حد القذف لأنه للآدمي، والثاني: أنه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لأنه أخف من حد القذف، فإذا أقيم عليه حد لم يقم عليه حد آخر حتى يبرأ من الأول، لأنه إذا توالى عليه حدان لم يؤمن أن يتلف، وإن اجتمع عليه حد السرقة والقطع في قطع الطريق قطعت يمينه للسرقة وقطع الطريق، ثم تقطع رجله لقطع الطريق، وهل تجوز الموالاة بينهما؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه تجوز لأن قطع الرجل مع قطع اليد حد واحد. فجاز الموالاة بينهما، والثاني: أنه لا يجوز قطع الرجل حتى تندمل اليد، لأن قطع الرجل لقطع الطريق، وقطع اليد للسرقة وهما سببان مختلفان فلا يوالي بين حديهما، والأول أصح لأن اليد تقطع لقطع الطريق أيضًا فأشبه إذا قطع الطريق ولم يسرق، وإن كان مع هذه الحدود قتل ـ فإن كان في غير المحاربة أقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينهما، فإذا فرغ من الحدود قتل، وإن كان القتل في المحاربة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق: أنه يوالي بين الجميع والفرق بينه وبين القتل في غير المحاربة أن القتل في غير المحاربة غير متحتم، وربما عفى عنه فتسلم نفسه، والقتل في المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة، والوجه الثاني: أنه لا يوالي بينهما لأنه لا يؤمن إذا والى بين الحدين أن يموت في الثاني فيسقط ما بقي من الحدود.

الشرح: الخمر لغة: كل ما خامر العقل أي غطاه من أي مادة كان. وشرعًا: كل ما أسكر سواء كان عصيرًا أو نقيعًا من العنب أو غيره أو مطبوخًا أو غير مطبوخ. والسّكْر: هو اختلاط العقل. والمُسْكر: هو الشراب الذي جعل صاحبه سكران، والسكران: خلاف الصاحي، وقوله: «الميسر» أي القمار، والأنصاب: الأصنام، والأزلام: القداح، والرجس: القذر والنتن، والطرب: خفة تعتري الإنسان من شدة فرح أو حزن، والفرق: مائة وعشرون رطلًا، وانهمكوا في الخمر أي لجوا فيها، وقوله: «هذى» أي تكلم بالهذيان وهو ما لا حقيقة له من الكلام، وقوله: «افترى» أي كذب، وقوله: «أخزاك الله» أي أذلك وأهانك.

أما الأحكام: فشرب الخمر من كبائر المحرمات، قال الأصحاب: عصير العنب إذا اشتد وقذف بالزبد حرام بالإجماع، وسواء قليله وكثيره، ويفسق شاربه ويلزمه الحد، ومن استحله كفر، وعصير الرطب النيء، كعصير العنب النيء، كذا ذكره البغوي وطائفة، وحكاه الروياني عن بعضهم واستغربه، واختار كونه كسائر

الأشربة، أما سائر الأشربة المسكرة، فهي في التحريم ووجوب الحد عندنا كعصير العنب، لكن لا يكفر مستحلها، لاختلاف العلماء فيها، وذكر الأصحاب خلافًا في أن اسم الخمر هل يتناولها؟ والأكثرون على المنع، وكل شراب حكمنا بتحريمه، فهو نجس، وبيعه باطل، وما لا يسكر من الأنبذة لا يحرم، لكن يكره شرب المنصف والخليطين للحديث الناهي عنهما، والمنصف: ما عمل من تمر ورطب، وشراب الخليطين ما عمل من بسر ورطب، وقيل: ما عمل من تمر وزبيب، وسبب النهي أن الإسكار يسرع إليه بسبب الخلط قبل أن يتغير طعمه، فيظن الشارب أنه ليس بمسكر ويكون مسكرًا، وهذا كالنهي عن الانتباذ في الأوعية التي كانوا ينبذون فيها، كالدباء وهو القرع، والحنتم وهو جرار خضر، والنقير وهو جذع ينقر ويتخذ منه إناء، والمزفت وهو المطلي بالزفت وهو القار، ويقال له: المقير، لأن هذه الأوعية يشتد فيها ولا يعلم به بخلاف الأسقية من الأدم.

وفي الباب طرفان: الطرف الأول: في الشراب الموجب للحد، فكل ملتزم لتحريم المشروب شرب ما يسكر جنسه مختارًا بلا ضرورة ولا عذر، لزمه الحد، فهذه خمسة قيود:

الأول: الملتزم، فلا حد على صبي ومجنون وحربي، والمذهب أن الذمي لا يحد بالخمر، وأن الحنفي يحد بشرب النبيذ وإن كان لا يعتقد تحريمه، ويأتي في الشهادة إن شرب الحنفي النبيذ هل يفسق به وترد شهادته؟ إن شاء الله تعالى.

الثاني: قولنا: شرب ما يسكر جنسه يخرج بلفظ الشرب ما لو احتقن، أو استعط بالخمر، فلا حد، لأن الحد للزجر، ولا حاجة فيه إلى الزجر، وقيل: يحد، وقيل: يحد في السعوط دون الحقنة، والأول أصح، ويتعلق بكون المشروب مسكرًا في جنسه صور:

منها: أنه يدخل فيه النبيذ ودردي الخمر والثخين منها إذا أكله بخبز، أو ثرد فيها وأكل الثريد، أو طبخ بها، وأكل المرق، فيحد بكل ذلك، ولا يحد بأكل اللحم المطبوخ بها، ولا بأكل خبز أو معجون عجن بها على الصحيح فيهما، وعلى هذا قال الإمام: من شرب كوز ماء فيه قطرات خمر والماء غالب، لم يحد لاستهلاك الخمر.

الثالث: كون الشارب مختارًا، فلا حد على من أوجر قهرًا، والمذهب أنه لا يحد من أكره حتى شرب، وذكر ابن كج فيه وجهين.

الرابع: أن لا يكون مضطرًا، فلو غص بلقمة، ولم يجد ما يسيغها غير الخمر، وجب عليه إساغتها بالخمر ولا حد، وحكى إبراهيم المروذي في تحريم

الإساغة وجهين لعموم النهي، والمذهب الأول، وأما شربها للتداوي والعطش والجوع إذا لم يجد غيرها ففيه أوجه: أصحها: والمنصوص وقول الأكثرين: لا يجوز لعموم النهي، ولأن بعضها يدعو إلى بعض. والثاني: يجوز كما يجوز شرب البول والدم لذلك وكما يتداوى بالنجاسات، كلحم الحية والسرطان والمعجون فيه خمر. والثالث: يجوز للتداوي دون العطش والجوع، ورجحه الروياني. والرابع: عكسه، لأن دفع العطش موثوق به في الحال، وهذا هو الصحيح عند الإمام، ونقل اتفاق الأصحاب على تحريم التداوي، قال: وبلغنا عن آحاد من المتأخرين نسب بجوازه من غير تدوين في كتاب. والخامس: يجوز للعطش دون الجوع لأنها تحرق كبد الجائع ثم الخلاف في التداوي مخصوص بالقليل الذي لا يسكر، ويشترط خبر طبيب مسلم، أو معرفة المتداوي إن عرف، ويشترط أن لا يجد ما يقوم مقامها، ويعتبر هذان الشرطان في تناول سائر الأعيان النجسة، ولو قال الطبيب: يتعجل بها الشفاء، فالأصح أنه كرجاء الشفاء، ثم قال القاضي حسين والغزالي: لا حد على المتداوي وإن حكمنا بالتحريم لشبهة الخلاف، وقال الإمام: أطلق الأئمة المعتبرون أقوالهم في طرقهم أن التداوي حرام موجب للحد، وإذا جوزنا الشرب للعطش، لزمه الشرب، كتناول الميتة للمضطر ولا حد، وإذا لم نجوزه، ففي الحد الخلاف كالتداوي.

الخامس: أن لا يكون له عذر في الشرب، فلو شرب قريب عهد بالإسلام وادعى جهل التحريم، لم يحد، فلو قال: علمت التحريم وجهلت الحد، وجب الحد، ولو شرب خمرًا وهو يظن أنه يشرب غير مسكر في جنسه، فلا حد وإن سكر منه لم يلزمه قضاء الصلوات، كالمغمى عليه، وإن علم أنه من جنس المسكر، وظن أن ذلك القدر لا يسكر، حد، ولزمه قضاء الصلوات الفائتة في السكر.

فرع: إنما يجب الحد إذا ثبت الشرب بإقراره أو شهادة رجلين، وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه يجب أيضًا إذا علمنا شربه المسكر، بأن رأيناه شرب من شراب إناء شرب منه غيره فسكر، وليكن هذا مبنيًا على أن القاضي يقضي بعلمه، ولا تعويل على النكهة وظهور الرائحة منها، ولا على مشاهدة سكره وتقيئه الخمر، لاحتمال غلط أو إكراه، ثم صيغة المقر والشاهد إن كانت مفصلة بأن قال: شربت الخمر، أو شربت ما شرب منه غيري، فسكر منه، وأنا به عالم مختار، وفصل الشاهد كذلك، فذاك، وإن قال: شربت الخمر، أو ما شربه غيري فشرب منه فسكر منه، واقتصر عليه، أو شهد اثنان أنه شرب الخمر من غير تعرض للعلم والاختيار، فوجهان: أحدهما: لا حد، لاحتمال الجهل والإكراه، كما لا بد من التفصيل في

الزنى، وبهذا قال القاضي أبو حامد واختاره الإمام، وأصحهما: وأشهرهما وظاهر النص وبه قطع بعضهم: يجب الحد، لأن إضافة الشرب إليه حاصلة، والأصل عدم الإكراه، والظاهر من حال الآكل والشارب العلم بما يشربه، وصار كالإقرار بالبيع والطلاق وغيرهما، والشهادة عليها لا يشترط فيها تعرض للاختيار والعلم بخلاف الزنى فإنه يطلق على مقدماته، وفي الحديث: «العينان تزنيان».

فروع: ما يزيل العقل من غير الأشربة، كالبنج، حرام لكن لا حد في تناوله، ولو احتيج في قطع اليد المتآكلة إلى زوال عقله هل يجوز ذلك؟ يخرج على الخلاف في التداوي بالخمر.

والأصح: الجواز، وقد سبق في مسائل طلاق السكران ومن زال عقله ما يقتضي الجزم به، ولو احتاج إلى دواء يزيل العقل لغرض صحيح جاز تناوله قطعًا كما سبق هناك. والله أعلم.

الند المعجون بالخمر نجس، قال ابن الصباغ: ولا يجوز بيعه، وكان ينبغي أن يجوز، كالثوب النجس، لإمكان تطهيره بنقعه في الماء، ومن يتبخر به هل يتنجس؟ فيه وجهان: كدخان النجاسة.

الطرف الثاني: في الحد الواجب في الشرب: وهو أربعون جلدة على الحر، وعشرون على الرقيق، واختار ابن المنذر أنه ثمانون، وهل يجوز أن يضرب بالأيدي والنعال وأطراف الثياب والسوط، أم يتعين ما عدا السوط، أم يتعين السوط؟ فيه ثلاثة أوجه: الصحيح الأول، وهو جواز الجميع، ولو رأى الإمام أن يبلغ به ثمانين أو ما بينها وبين الأربعين، جاز على الأصح، فعلى هذا هل الزيادة تعزير أم حد؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: تعزير، لأنها لو كانت حدًا لم يجز تركها، وتركها جائز، فعلى هذا هو تعزيرات على أنواع من هذيان يصدر منه ونحوه، والثاني: أن الزيادة حد، لأن التعزير لا يكون إلا على جناية مخففة، ثم كان ينبغي أن لا ينحصر في ثمانين وتجوز الزيادة عليها وهي غير جائزة بالاتفاق، وعلى هذا حد الشرب مخصوص بأن يتحتم بعضه، ويتعلق بعضه باجتهاد الإمام.

فصل: في كيفية الجلد في الزنى والقذف والشرب: وهو بسوط معتدل الحجم بين القضيب والعصا، وبه تعتبر الخشبات، ولا يكون رطبًا ولا شديد اليبوسة، خفيفًا لا يؤلم، ويضرب ضربًا بين ضربين، فلا يرفع الضارب يده فوق رأسه بحيث يبدو بياض إبطه، لأنه يشتد ألمه، ولا يضع السوط عليه وضعًا، فإنه لا يؤلم، ولكن يرفع ذراعه ليكسب السوط ثقلًا، فإن كان المجلود رقيق الجلد يدمى بالضرب الخفيف، لم يبال به ويفرق السياط على الأعضاء، ويتقي الوجه والمقاتل، كثغرة

النحر والفرج ونحوهما، وهل يجتنب الرأس؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: لا، لأنه مستور بالشعر بخلاف الوجه، ولا تُشد يدُه بل تترك يداه ليتقي بهما، ولا يلقى على وجهه، ولا يمد، ولا يجرد عن الثياب بل يترك عليه قميص أو قميصان، ولا يترك عليه ما يمنع الألم من جبة محشوة وفروة، ويجلد الرجل قائمًا، والمرأة جالسة وتلف، أو تربط عليها ثيابها، ويتولى لف ثيابها امرأة، وأما الضرب، فليس من شأن النساء، فيتولاه رجل، ويوالي بين الضربات، ولا يجوز أن يفرق، فيضرب في كل يوم سوطًا أو سوطين، لأنه لا يحصل به إيلام وتنكيل وزجر، ولو جلد في الزنى في يوم خمسين متوالية، وفي يوم يليه خمسين كذلك، أجزأ، قال الإمام في ضبط التفريق: إن كان بحيث لا يحصل من كل دفعة ألم له وقع، كسوط أو سوطين في كل يوم، لم يجز، وإن كان يؤلم ويؤثر بماله وقع، فإن لم يتخلل زمن يزول فيه الألم الأول، كفى وإن تخلل، لم يكف على الأصح.

فرع: لا يقام حد الشرب في السكر، بل يؤخر حتى يضيق.

فرع: لا تقام الحدود في المسجد ولا التعزير، فإن فعل، وقع الموقع، كالصلاة في أرض معصوبة.

باب التعزير

قال المصنف رحمه الله تعالى: من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التي لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصي عزر على حسب ما يراه السلطان، لما روى عبد الملك بن عمير قال: سئل علي كرم الله وجهه عن قول الرجل: يا فاسق يا خبيث قال: «هن فواحش فيهن التعزير وليس فيهن حد»[1] روي عن ابن عباس: «أنه لما خرج من البصرة استخلف أبا الأسود الديلي فأتى بلص نقب حرزًا على قوم فوجدوه في النقب فقال: مسكين أراد أن يسرق فأعجلتموه، فضربه خمسة وعشرين سوطًا وخلى عنه»[2] ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود، فإن كان على حر لم يبلغ به أربعين، وإن كان على عبد لم يبلغ به عشرين لما روي أن النبي ﷺ قال: «من بلغ بما ليس بحد حدًا فهو من المعتدين»[3] وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى: «لا

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٥٣) وابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ٥٦٠).
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ٤٧٧).
(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٣٢٧).

تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطًا» وروي عنه ثلاثين سوطًا، وروي عنه ما بين الثلاثين إلى الأربعين سوطًا؛ ولأن هذه المعاصي دون ما يجب فيه الحد فلا تلحق بما يجب فيه الحد من العقوبة، وإن رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه إذا لم يتعلق به حق آدمي، لما روي أن النبي ﷺ قال: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود»[(١)] وروى عبد الله بن الزبير أن رجلًا خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج الحرة الذي يسقون به النخيل، فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اسق أرضك الماء ثم أرسل الماء إلى جارك، فغضب الأنصاري فقال: يا رسول الله وأن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال: يا زبير اسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، فقال الزبير: فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥][(٢)] ولو لم يجز ترك التعزير لعزره رسول الله ﷺ على ما قال.

فصل: وإن عزر الإمام رجلًا فمات وجب ضمانه لما روى عمر بن سعيد عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «ما من رجل أقمت عليه حدًا فمات فأجد في نفسي أنه لا دية له إلا شارب الخمر، فإنه لو مات وديته، لأن النبي ﷺ لم يسنه»[(٣)] ولا يجوز أن يكون المراد به إذا مات من الحد فإن النبي ﷺ حد في الخمر فثبت أنه أراد من الزيادة على الأربعين، ولأنه ضرب جعل إلى اجتهاده فإذا أدى إلى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته.

فصل: وإن كان على رأس بالغ عاقل سلعة لم يجز قطعها بغير إذنه فإن قطعها قاطع بإذنه فمات لم يضمن، لأنه قطع بإذنه، وإن قطعها بغير إذنه فمات وجب عليه القصاص لأنه تعدى بالقطع. وإن كانت على رأس صبي أو مجنون لم يجز قطعها لأنه جرح لا يؤمن معه الهلاك. فإن قطعت فمات منه نظرت ـ فإن كان القاطع لا ولاية له عليه ـ وجب عليه القود لأنها جناية تعدى بها، وإن كان أبًا أو جدًا وجبت عليه الدية، وإن كان وليًا غيرهما ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لأنه قطع منه ما لا يجوز قطعه، والثاني أنه لا يجب القود لأنه لم يقصد القتل وإنما قصد المصلحة فعلى هذا يجب عليه دية مغلظة لأنها عمد خطأ وبالله التوفيق.

الشرح: التعزير لغة: المنع والرد، واصطلاحًا: التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٧٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٠٧) وأبو داود في سننه برقم (٤٤٨٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٦٩) وأحمد في المسند (١/ ١٢٥).

وهو مشروع في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، سواء كانت من مقدمات ما فيه حد، كمباشرة أجنبية بغير الوطء، وسرقة ما لا قطع فيه، والسب والإيذاء بغير قذف، أو لم يكن، كشهادة الزور والضرب بغير حق، والتزوير، وسائر المعاصي، وسواء تعلقت المعصية بحق الله تعالى أم بحق آدمي، ثم جنس التعزير من الحبس أو الضرب جلدًا أو صفعًا إلى رأي الإمام، فيجتهد ويعمل ما يراه من الجمع بينهما والاقتصار على أحدهما، وله الاقتصار على التوبيخ باللسان على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى. قال الإمام: قال الأصحاب: عليه أن يراعي الترتيب والتدريج، كما يراعيه دافع الصائل، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها مؤثرًا كافيًا، وأما قدر التعزير، فإن كان من غير جنس الحد، كالحبس، تعلق باجتهاد الإمام، وإن رأى الجلد فيجب أن ينقص عن الحد، وفي ضبطه أوجه: أحدها: أنه يفرق بين المعاصي وتقاس كل معصية بما يناسبها من الجناية الموجبة للحد، فيعزر في الوطء المحرم الذي لا يوجب حدًا، وفي مقدمات الزنى دون حد الزنى، وفي الإيذاء والسب بغير قذف دون حد القذف، وفي إدارة كأس الماء على الشرب تشبيهًا بشاربي الخمر دون حد الخمر، وفي مقدمات السرقة دون حد الزنى، وعلى هذا فتعزير الحر يعتبر بحده، والعبد بحده، والوجه الثاني: أن جميع المعاصي سواء ولا يزاد تعزير على عشر جلدات للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد» والثالث وهو الأصح عند الجمهور وظاهر النص: أنه تجوز الزيادة على عشرة بحيث ينقص عن أدنى حدود المعزر، فلا يزاد تعزير حر على تسع وثلاثين جلدة، ولا العبد على تسع عشرة، والحديث قال بعضهم: إنه منسوخ، واستدل بعمل الصحابة رضي الله عنهم بخلافه من غير إنكار، والرابع: يعتبر أدنى الحدود على الإطلاق، فلا يزاد حر ولا عبد على تسع عشرة، والخامس حكاه البغوي: الاعتبار بحد الحر، فيبلغ بالحر والعبد تسعًا وثلاثين.

فصل: من الأصحاب من يخص لفظ التعزير بضرب الإمام أو نائبه للتأديب في غير حد، ويسمي ضرب الزوج زوجته، والمعلم الصبي، والأب ولده تأديبًا لا تعزيرًا، ومنهم من يطلق التعزير على النوعين وهو الأشهر، فعلى هذا مستوفي التعزير الإمام والزوج والأب والمعلم والسيد، أما الإمام فيتولى بالولاية العامة إقامة العقوبات حدًا وتعزيرًا، والأب يؤدب الصغير تعليمًا وزجرًا عن سيء الأخلاق، وكذا يؤدب المعتوه بما يضبطه، ويشبه أن تكون الأم في زمن الصبي في كفالته كذلك كما ذكرنا في تعليم أحكام الطهارة والصلاة والأمر بها والضرب عليها أن الأمهات كالآباء، والمعلم يؤدب الصبي بإذن الولي ونيابة عنه، والزوج يعزر زوجته

في النشوز وما يتعلق به، ولا يعزرها فيما يتعلق بحق الله تعالى، والسيد يعزر في حق نفسه وكذا في حق الله تعالى على الأصح، وإذا أفضى تعزير إلى هلاك، وجب الضمان على عاقلة المعزر، ويكون قتله شبه عمد، فإن كان الإسراف في الضرب ظاهرًا وضربه بما يقصد به القتل غالبًا، فهو عمد محض، وحكى الإمام عن المحققين تفريعًا على هذه القاعدة أن المعزر إذا علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح، لم يكن له الضرب المبرح ولا غيره، أما المبرح، فلأنه مهلك، وليس له الإهلاك، وأما غيره، فلا فائدة فيه.

فصل: الجناية المتعلقة بحق الله تعالى خاصة، يجتهد الإمام في تعزيرها بما يراه من ضرب أو حبس، أو اقتصار على التوبيخ بالكلام، وإن رأى المصلحة في العفو، فله ذلك، وإن تعلقت الجناية بحق آدمي فهل يجب التعزير إذا طلب؟ وجهان: أحدهما: يجب، وهو مقتضى كلام صاحب «المهذب» كالقصاص، والثاني: لا يجب، كالتعزير لحق الله تعالى، وهذا هو الذي أطلقه الشيخ أبو حامد وغيره، ومقتضى كلام البغوي ترجيحه، وقال الإمام: قدر التعزير وما به التعزير إلى رأي الإمام، ولا تكاد تظهر جنايته عند الإمام إلا ويوبخه، ويغلظ له القول، فيؤول الخلاف إلى أنه هل يجوز الاقتصار على التوبيخ؟ ولو عفا مستحق العقوبة عن القصاص أو الحد أو التعزير، فهل للإمام التعزير؟ فيه أوجه: أحدها: لا، لأنه أسقطها، والثاني: نعم، لأن فيه حقًا لله تعالى ويحتاج إلى زجره وزجر غيره عن مثل ذلك، وأصحها: إن عفا عن الحد، فلا تعزير، وإن عفا عن تعزير، عزر، لأن الحد مقدر لا نظر للإمام فيه، فإذا سقط، لم يعدل إلى غيره، والتعزير يتعلق أصله بنظره، فلم يؤثر فيه إسقاط غيره.

كتاب الأقضية

باب ولاية القضاء وآداب القضاة

قال المصنف رحمه الله تعالى: القضاء فرض على الكفاية والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص:٢٦] وقوله عز وجل: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨] وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأن النبي ﷺ حكم بين الناس وبعث عليًا كرم الله وجهه إلى اليمن للقضاء بين الناس، ولأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم حكموا بين الناس وبعث عمر رضي الله عنه أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضيًا وبعث عبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضيًا ولأن الظلم في الطباع فلا بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم، فإن لم يكن من يصلح للقضاء إلا واحد تعين عليه ويلزمه طلبه، وإذا امتنع أجبر عليه لأن الكفاية لا تحصل إلا به، فإن كان هناك من يصلح له غيره نظرت ـ فإن كان خاملًا وإذا ولي القضاء انتشر علمه ـ استحب أن يطلبه لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم، وإن كان مشهورًا فإن كانت له كفاية كره له الدخول فيه لماروي أن النبي ﷺ قال: «من استقضي فكأنما ذبح بغير سكين»[1] ولأنه يلزمه بالقضاء حفظ الأمانات وربما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه، وإن كان فقيرًا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه لأنه يكتسب كفاية بسبب مباح، وإن كان جماعة يصلحون للقضاء اختار الإمام أفضلهم وأورعهم وقلده فإن اختار غيره جاز لأنه تحصل به الكفاية، وإن امتنعوا من الدخول فيه أثموا لأنه حق وجب عليهم فأثموا بتركه كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهل يجوز للإمام أن يجبر واحدًا منهم على الدخول فيه أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه ليس له إجباره لأنه فرض على الكفاية فلو أجبرناه عليه تعين عليه، والثاني: إن له إجباره لأنه إذا لم يجبر بقي الناس بلا قاض وضاعت الحقوق وذلك لا يجوز.

فصل: ومن تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز أن يأخذ عليه رزقًا لأنه فرض تعين عليه فلا يجوز أن يأخذ عليه مالًا من غير ضرورة، فإن لم يكن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٧١) والترمذي في سننه برقم (١٣٢٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٠٨) وأحمد في المسند (٢/ ٢٣٠).

له كفاية فله أن يأخذ الرزق عليه، لأن القضاء لا بد منه، والكفاية لا بد منها، فجاز أن يأخذ عليه الرزق فإن لم يتعين عليه فإن كانت له كفاية كره أن يأخذ عليه الرزق لأنه قربة فكره أخذ الرزق عليها من غير حاجة، فإن أخذ جاز لأنه لم يتعين عليه، وإن لم يكن له كفاية لم يكره أن يأخذ عليه الرزق لأن أبا بكر الصديق ﷺ لما ولي خرج برزمة إلى السوق فقيل: ما هذا؟ فقال: أنا كاسب أهلي، فأجروا له كل يوم درهمين. وعن عمر ﷺ أنه قال: «أنزلت نفسي من هذا المال منزلة ولي اليتيم ومن كان غنيًا فليستعفف ومن كان فقيرًا فليأكل بالمعروف»[(١)] وبعث عمر ﷺ إلى الكوفة عمار بن ياسر واليًا وعبد الله بن مسعود قاضيًا وعثمان بن حنيف ماسحًا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها وأطرافها لعمار، والنصف الآخر بين عبد الله وعثمان لأنه لما جاز للعامل على الصدقات أن يأخذ مالًا على العمالة جاز للقاضي أن يأخذ على القضاء ويدفع إليه مع رزقه شيء للقرطاس، لأنه يحتاج إليه لكتب المحاضر ويعطى لمن على بابه من الأجرياء لأنه يحتاج إليهم لإحضار الخصوم كما يعطى ما يحتاج إليه العامل على الصدقات من العرفاء، ويكون ذلك من سهم المصالح لأنه من المصالح.

فصل: ولا يجوز أن يكون القاضي كافرًا ولا فاسقًا ولا عبدًا ولا صغيرًا ولا معتوهًا لأنه إذا لم يجز أن يكون واحدًا من هؤلاء شاهدًا فلئن لا يجوز أن يكون قاضيًا أولى. ولا يجوز أن يكون امرأة لقوله ﷺ: «ما أفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»[(٢)] ولأنه لا بد للقاضي من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم، والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها، ولا يجوز أن يكون أعمى لأنه لا يعرف الخصوم والشهود، وفي الأخرس الذي يفهم الإشارة وجهان كالوجهين في شهادته، ولا يجوز أن يكون جاهلًا بطريق الأحكام لما روي أن النبي ﷺ قال: «القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو في الجنة، وأما اللذان في النار فرجل عرف الحق فجار في حكمه فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»[(٣)] ولأنه إذا لم يجز أن يفتي الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلئن لا يجوز أن لايقضي بينهم وهو يلزمهم الحكم أولى، ويكره أن يكون القاضي جبارًا عسوفًا، وان يكون ضعيفًا مهينًا لأن الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته، والضعيف يطمع فيه الخصم وينشط عليه، ولهذا قال

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٢٩٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٤٢٥) والترمذي في سننه برقم (٢٢٦٢) والنسائي في سننه (٨/ ٢٢٧) وأحمد في المسند (٥/ ٣٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٧٣) والترمذي في سننه برقم (٦٣٢٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣١٥) والبيهقي في سننه (١٠/ ١١٦).

بعض السلف: وجدنا هذا الأمر لا يصلحه إلا شدة من غير غنف، ولين من غير ضعف.

فصل: ولا يجوز ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو تولية من فوض إليه الإمام لأنه من المصالح العظام، فلا يجوز إلا من جهة الإمام فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكمًا ليحكم بينهما جاز لأنه تحاكم عمر وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم واختلف قوله في الذي يلزم حكمه فقال في (أحد القولين) لا يلزم الحكم إلا بتراضيهما بعد الحكم، وهو قول المزني رحمه الله تعالى، لأنا لو ألزمناهما حكمه كان ذلك عزلًا للقضاة وافتياتًا على الإمام، ولأنه لما اعتبر تراضيهما في الحكم اعتبر رضاهما في لزوم الحكم، والثاني: أنه يلزم بنفس الحكم لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي الذي ولاه الإمام واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم، فمنهم من قال: يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام، ومنهم من قال: يجوز في الأموال. فأما في النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم.

فصل: ويجوز أن يجعل قضاء بلد إلى اثنين وأكثر على أن يحكم كل واحد منهم في موضع، ويجوز أن يجعل إلى أحدهما القضاء في حق وإلى الآخر في حق آخر، وإلى أحدهما في زمان وإلى الآخر في زمان آخر، لأنه نيابة عن الإمام فكان على حسب الاستنابة. وهل يجوز أن يجعل إليهما القضاء في مكان واحد في حق واحد وزمان واحد؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يجوز لأنه نيابة فجاز أن يجعل إلى اثنين كالوكالة، والثاني: أنه لا يجوز لأنهما قد يختلفان في الحكم فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة.

فصل: ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله عز وجل: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ﴾ [ص: ٢٦] والحق ما دل عليه الدليل، وذلك لا يتعين في مذهب بعينه، فإن قلد على هذا الشرط بطلت التولية لأنه علقها على شرط وقد بطل الشرط فبطلت التولية.

فصل: وإذا ولي القضاء عن بلد كتب له العهد بما ولي لأن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن، وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه لأنس حين بعثه إلى البحرين كتابًا وختمه بخاتم رسول الله ﷺ وروى حارثة بن مضرب أن عمر كتب إلى أهل الكوفة: «أما بعد فإني بعثت إليكم عمارًا أميرًا وعبد الله قاضيًا ووزيرًا فاسمعوا لهما وأطيعوا، فقد آثرتكم بهما. فإن كان البلد الذي ولاه بعيدًا أشهد له على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية، وإن كان قريبًا بحيث يتصل به الخبر في التولية ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه يجب الإشهاد لأنه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع، والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري

أنه لا يجب الإشهاد لأنه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر إلى الإشهاد، والمستحب للقاضي أن يسأل عن أمناء البلد ومن فيه من العلماء، لأنه لا بد له منهم فاستحب تقدم العلم بهم، والمستحب أن يدخل البلد يوم الإثنين لأن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الإثنين، والمستحب أن ينزل وسط البلد ليتساوى الناس كلهم في القرب منه ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد ليعلموا التولية وما فرض إليه.

فصل: فإذا أذن له من ولاه أن يستخلف فله أن يستخلف، وإن نهاه عن الاستخلاف لم يجز له ان يستخلف لأنه نائب عنه فتبع أمره ونهيه، وإن لم يأذن له ولم ينهه نظرت فإن كان ما تقلده يقدر أن يقضي فيه بنفسه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه يجوز أن يستخلف لأنه ينظر في المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره، والثاني: وهو المذهب أنه لا يجوز لأن الذي ولاه لم يرض بنظر غيره، وإن كان ما ولاه لا يقدر أن يقضي فيه بنفسه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لأن تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه إذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر عليه كما أن توكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه إذن له في استنابة غيره. وهل له أن يستخلف فيما يقدر عليه أن يقضي فيه بنفسه؟ فيه وجهان، أحدهما: إن له ذلك لأن ما جاز له أن يستخلف فيه البعض جاز أن يستخلف في الجميع كالإمام، والثاني: أنه لا يجوز لأنه إنما أجيز له أن يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب أن يكون مقصورًا على ما عجز عنه.

فصل: ولا يجوز أن يقضي ولا يولي ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيًا في حكم في غير عمله فإن فعل شيئًا من ذلك في غير عمله لم يعتد به لأنه لا ولاية له في غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية.

فصل: ولا يحكم لنفسه. وإن اتفقت له حكومة مع خصم تحاكما فيها إلى خليفة له، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحاكم مع أبي بن كعب إلى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان رضي الله عنه مع طلحة إلى جبير بن مطعم، وتحاكم علي رضي الله عنه مع يهودي في درع إلى شريح، ولأنه لا يجوز أن يكون شاهدًا لنفسه فلا يجوز أن يكون حاكمًا لنفسه، ولا يجوز أن يحكم لوالده وإن علا ولا لولده وإن سفل، وقال أبو ثور يجوز. وهذا خطأ لأنه متهم في الحكم لهما كما يتهم في الحكم لنفسه، وإن تحاكم إليه والده مع ولده فحكم لأحدهما فقد قال بعض أصحابنا إنه يحتمل وجهين، أحدهما: أنه لا يجوز كما لا يجوز إذا حكم له مع أجنبي، والثاني: أنه يجوز لأنهما استويا في التعصيب فارتفعت عنه تهمة الميل، وإن أراد أن يستخلف في أعماله والده وولده جاز لأنهما يجريان مجرى نفسه ثم يجوز أن يحكم في أعماله فجاز أن يستخلفهما للحكم في أعماله، وأما إذا فوض الإمام إلى رجل أن يختار قاضيًا لم يجز أن يختار والده أو ولده لأنه لا يجوز أن يختار نفسه فلا يجوز أن يختار والده أو ولده.

فصل: ولا يجوز أن يرتشي على الحكم لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم»[١] ولأنه أخذ مال على حرام فكان حرامًا كمهر البغي، ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة أن يهدي إليه قبل الولاية، لما روى أبو حميد الساعدي قال: «استعمل رسول الله ﷺ رجلًا من بني أسد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي إلي فقام النبي ﷺ على المنبر فقال: ما بال العامل نبعثه على بعض أعمالنا فيقول: هذا لكم وهذا أهدي إلي، ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى إليه أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئًا إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته»[٢] فدل على أن ما أهدي إليه بعد الولاية لا يجوز قبوله، وأما من كانت له عادة بأن يهدي إليه قبل الولاية برحم أو مودة فإنه إن كانت له في الحال حكومة لم يجز قبولها منه، لأنه لا يأخذ في حال يتهم فيه، وإن لم يكن له حكومة فإن كان أكثر مما كان يهدي إليه أو أرفع منه لم يجز له قبولها لأن الزيادة حدث بالولاية، وإن لم يكن أكثر ولا أرفع مما كان يهدي إليه جاز قبولها لخروجها عن تسبب الولاية، والأولى أن لا يقبل لجواز أن يكون قد أهدى إليه لحكومة منتظرة.

فصل: ويجوز أن يحضر الولائم لأن الإجابة إلى وليمة غير العرس مستحبة وفي وليمة العرس وجهان، أحدهما: أنها فرض على الأعيان، والثاني: أنها فرض على الكفاية ولايخص في الإجابة قومًا دون قوم، لأن في تخصيص بعضهم ميلًا وتركًا للعدل فإن كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور في حق الجميع لأن الإجابة إلى الوليمة إما أن تكون سنة أو فرضًا على الكفاية أو فرضًا على الأعيان إلا أنه لا يستضر بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض عليه ويستضر بتركه جميع المسلمين فوجب تقديم القضاء.

ويجوز أن يعود المرضى ويشهد الجنائز ويأتي مقدم الغائب لقوله ﷺ: «عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع»[٣] وعاد النبي ﷺ سعدًا وجابرًا وعاد غلامًا يهوديًا في جواره وعرض عليه الإسلام فأجاب، وكا يصلي على الجنائز فإن كثرت عليه أتى من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم، والفرق بينه وبين حضور الولائم حيث قلنا: إنها إذا كثرت عليه ترك الجميع لأن الحضور في الولائم لحق أصحابها فإذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل إلى من يحضره، والحضور في هذه الأشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ما قدر عليه.

فصل: ويكره أن يباشر البيع والشراء بنفسه لما روى أبو الأسود المالكي عن

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٣٣٦) وأحمد في المسند (٢/ ٣٨٧) والحاكم في المستدرك (٤/ ١٠٣) وابن حبان في صحيحه برقم (٥٠٧٦).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «ما عدل وال اتجر في رعيته أبدًا»[١] وقال شريح: شرط علي عمر رضي الله عنه حين ولاني القضاء ان لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشي ولا أقضي وأنا غضبان. ولأنه إذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن أن يحابي فيميل إلى من حاباه، فإن احتاج إلى البيع والشراء وكل من ينوب عنه ولا يكون معروفًا به، فإن عرف أنه وكيله استبدل بمن لا يعرف به حتى لا يحابى فتعود المحاباة إليه، فإن لم يجد من ينوب عنه تولى بنفسه لأنه لا بد له منه، فإذا وقعت لمن بايعه حكومة استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لأنه إذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن أن يميل إليه.

فصل: ولا يقضي في حال الغضب ولا في حال الجوع والعطش ولا في حال الحزن والفرح، ولا يقضي والنعاس يغالبه، ولا يقضي والمرض يقلقه، ولا يقضي وهو يدافع الأخبثين، ولا يقضي وهو في حر مزعج ولا في برد مؤلم، لما روى أبو بكرة أن النبي ﷺ قال: لا ينبغي للقاضي أن يقضي بين اثنين وهو غضبان»[٢] وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان»[٣] ولأن في هذه الأحوال يشتغل قلبه فلا يتوفر على الاجتهاد في الحكم، وإن حكم في هذه الأحوال صح حكمه لأن الزبير ورجلًا من الأنصار اختصما إلى رسول الله ﷺ في شراج الحرة فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اسق زرعك ثم أرسل الماء إلى جارك، فقال الأنصاري: أن كان ابن عمتك يا رسول الله فغضب رسول الله ﷺ حتى احمر وجهه وقال للزبير؛ إسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم أرسله إلى جارك»[٤] فحكم في حال الغضب.

فصل: والمستحب أن يجلس للحكم في موضع بارز يصل إليه كل أحد ولا يحتجب من غير عذر لما روي أن النبي ﷺ قال: «من ولي من أمر الناس شيئًا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره»[٥] والمستحب أن يكون المجلس فسيحًا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز، وأن يكون موضعًا لا يتأذى فيه بحر أو برد أو دخان أو رائحة منتنة، لأن

---

(١) أخرجه أحمد بن منيع كما في المطالب العالية (٢/ ٢٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٧١٥٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٥٨٩) والترمذي في سننه برقم (١٣٣٤) والنسائي في سننه (٨/ ٢٣٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣١٦) وأحمد في المسند (٥/ ٣٦).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ٢٠٦) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٠٦).

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٩٤٨) والترمذي في سننه برقم (١٣٣٣) والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٣).

عمر ﷺ كتب إلى أبي موسى الأشعري ﷺ: «وإياك والقلق والضجر»[١] وهذه الأشياء تفضي إلى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة فإن حكم مع هذه الأحوال صح الحكم كما يصح في حال الغضب، ويكره أن يجلس للقضاء في المسجد لما روى معاذ ﷺ أن النبي ﷺ قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم، ورفع أصواتكم وخصوماتكم، وحدودكم وسل سيوفكم، وشراءكم وبيعكم»[٢] ولأن الخصومة يحضرها اللغط والسفه فينزه المسجد عن ذلك، ولأنه قد يكون الخصم جنبًا أو خائفًا فلا يمكنه المقام في المسجد للخصومة، فإن جلس في المسجد لغير الحكم فحضر خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روى الحسن البصري قال: «دخلت المسجد فرأيت عثمان ﷺ قد ألقى رداءه ونام فأتاه سقاء بقربة ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما» وإن جلس في البيت لغير الحكم فحضره خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روت أم سلمة ﷺ قالت: «اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار في مواريث متقادمة فقضى رسول الله ﷺ بينهما في بيتي»[٣].

وإن احتاج إلى أجرياء لإحضار الخصوم اتخذ أجرياء أمناء ويوصيهم بالرفق بالخصوم، ويكره أن يتخذ حاجبًا لأنه لا يؤمن أن يمنع من له ظلامة أو يقدم خصمًا على خصم، فإن دعت الحاجة إلى ذلك اتخذ أمينًا بعيدًا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من الخصوم، ولا يكره للإمام أن يتخذ حاجبًا لأن يرقد كان حاجب عمر والحسن البصري كان حاجب عثمان وقنبر كان حاجب علي ﷺ، ولأن الإمام ينظر في جميع المصالح فتدعوه الحاجة إلى أن يجعل لكل مصلحة وقتًا لا يدخل فيه كل أحد.

فصل: ويستحب أن يكون له حبس لأن عمر ﷺ اشترى دارًا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنًا، واتخذ علي ﷺ سجنًا، وحبس عمر ﷺ الحطيئة الشاعر فقال:

ماذا تقول لأفراخ بذي مرخ ... حمر الحواصل لا ماء ولا شجر
ألقيت كاسبهم في قعر مظلمة ... فارحم عليك سلام الله يا عمر

فخلاه، وحبس عمر آخر فقال:

يا عمر الفاروق طال حبسي ... ومل مني إخوتي وعرسي
في حدث لم تقترفه نفسي ... والأمر أضوا من شعاع الشمس

ولأنه يحتاج إليه للتأديب ولاستيفاء الحق من المماطل بالدين، ويستحب أن

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ٢٠٦) والبيهقي في سننه (١٠/ ١١٩).
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

يكون له درة للتأديب، لأن عمر ﷺ كانت له درة يؤدب بها الناس.

فصل: وإن احتاج إلى كاتب اتخذ كاتبًا لأن النبي ﷺ كان له كتاب منهم علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت ﷺ ومن شرطه أن يكون عارفًا بما يكاتب به القضاء من الأحكام وما يكتبه من المحاضر والسجلات، لأنه إذا لم يعرف ذلك أفسد ما يكتبه بجهله. وهل من شرطه أن يكون مسلمًا عدلًا؟ فيه وجهان، أحدهما: أن ذلك شرط فلا يجوز أن يكون كافرًا لأن أبا موسى الأشعري قدم على عمر ﷺ ومعه كاتب نصراني فانتهره عمر ﷺ وقال: «ولا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله ولا تعزوهم وقد أذلهم الله» ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم، ولا يجوز أن يكون فاسقًا لأنه لا يؤمن أن يخون، والوجه الثاني: أن ذلك يستحب لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه فيؤمن فيه من الخيانة.

فصل: ولا يتخذ شهودًا معينين لا تقبل شهادة غيرهم لأن في ذلك تضييقًا على الناس وإضرارًا بهم في حفظ حقوقهم، ولأن شروط الشهادة لا تختص بالمعينين فلم يجز تخصيصهم بالقبول.

فصل: ويتخذ قومًا من أصحاب المسائل ليتعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود، وينبغي أن يكونوا عدولًا برآء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من العصبية في نسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل، أو تزكية غير عدل، وأن يكونوا وافرى العقول ليصلوا بوفور عقولهم إلى المطلوب، ولا يسترسلوا فيسألوا عدوًا أو صديقًا، لأن العدو يظهر القبيح ويخفي الجميل، والصديق يظهر الجميل ويخفي القبيح، وإن شهد عنده شاهد نظرت فإن علم عدالته قبل شهادته، وإن علم فسقه لم يقبل شهادته، ويعمل في العدالة والفسق بعلمه، وإن جهل إسلامه لم يحكم حتى يسأل عن إسلامه ولا يعمل في إسلامه بظاهر الدار كما يعمل في إسلام اللقيط بظاهر الدار، لأن أعرابيًا شهد عند النبي ﷺ برؤية الهلال فلم يحكم بشهادته حتى سأل عن إسلامه، ولأنه يتعلق بشهادة إيجاب حق على غيره فلا يعمل فيه بظاهر الدار، ويرجع في إسلامه إلى قوله لأن النبي ﷺ رجع إلى قول الأعرابي، وإن جهل حريته ففيه وجهان، أحدهما: وهو ظاهر النص أنها ثبتت بقوله، لأن الظاهر من الدار حرية أهلها كما أن الظاهر من الدار إسلام أهلها ثم يثبت الإسلام بقوله فكذلك الحرية، والثاني: وهو الأظهر أنها لا تثبت بقوله، والفرق بينها وبين الإسلام أنه يملك الإسلام إذا كان كافرًا فقبل إقراره به، ولا يملك الحرية إذا كان عبدًا فلم يقبل إقراره بها، وإن جهل عدالته لم يحكم حتى تثبت عدالته لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] ولا يعلم أنه مرضي قبل السؤال، وروى سليمان عن حريث قال: شهد رجل عند عمر بن الخطاب ﷺ فقال له عمر ﷺ: إني لست أعرفك ولا يضرك أني لا أعرفك فاتني بمن يعرفك، فقال

رجل: أنا أعرفه يا أمير المؤمنين فقال: بأي شيء تعرفه قال: العدالة قال: هو جارك الأدنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه؟ قال: لا قال: فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع؟ قال: لا قال: فصاحبك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق: قال: لا قال: لست تعرفه، ثم قال للرجل: ائتني بمن يعرفك[1]. ولأنه لا يؤمن أن يكون فاسقًا فلا يحكم بشهادته، وإن أراد أن يعرف عدالته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ويذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد أو ولد، ويذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوًا لا تقبل شهادته عليه ويذكر قدر ما يشهد به لأنه قد يكون ممن يقبل قوله في قليل ولا يقبل قوله في كثير، ويبعث ما يكتبه مع أصحاب المسائل ويجتهد أن لا يكون أصحاب المسائل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال في تعديل الشهود، ولا عند المشهود عليه حتى لا يحتال في جرح الشهود، ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم، ولا عند المسؤولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الأعداء في الجرح ولا الأصدقاء في التعديل، ويجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطؤ على الجرح والتعديل. قال الشافعي رحمه الله: ولا يثبت الجرح والتعديل إلا باثنين، ووجهه أنه شهادة فاعتبر فيها العدد، واختلف أصحابنا هل يحكم القاضي في الجرح والتعديل بأصحاب المسائل أو بمن عدل أو جرح من الجيران؟ فقال أبو إسحاق: يحكم بشهادة الجيران لأنهم يشهدون بالجرح والتعديل، فعلى هذا يجوز أن يقتصر على قول الواحد من أصحاب المسائل، ويجوز بلفظ الخبر ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ثم يسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط في العدد ولفظ الشهادة، وحمل قول الشافعي رحمه الله في العدد على الجيران، وقال أبو سعيد الإصطخري: يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو ظاهر النص لأن الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عندهم فحكم بشهادة أصحاب المسائل، فعلى هذا لا يجوز أن يكون أصحاب المسائل أقل من اثنين ويجوز أن يكون من يخبرهم من الجيران واحدًا إذا وقع في نفوسهم صدقه، ويجب أن يشهد أصحاب المسائل عند الحاكم على شرط الشهادة في العدد ولفظ الشهادة، وحمل قول الشافعي رحمه الله في العدد على أصحاب المسائل، وإن بعث اثنين فعادا بالجرح حكم بالجرح وإن عادا بالتعديل حكم بالتعديل، وإن عاد أحدهما بالتعديل وعاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما في جرح ولا تعديل، ويبعث ثالثًا فإن عاد بالجرح كملت بينة الجرح، وإن عاد بالتعديل كملت بينة التعديل، وإن شهد اثنان بالجرح واثنان بالتعديل حكم بالجرح لأن شاهدي الجرح يخبران عن

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ١٢٥).

أمر باطن وشاهدي العدالة يخبران عن أمر ظاهر، فقدم من يخبر بالباطن كما لو شهد اثنان بالإسلام وشهد آخران بالردة. وإن شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح لأن بينة الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل، ولا يقبل الجرح إلا مفسرًا وهو أن يذكر السبب الذي به جرح ولأن الناس يختلفون فيما يفسق به الإنسان ولعل من شهد بفسقه شهد على اعتقاده، والحاكم لا يعتقد أن ذلك فسق والجرح والتعديل إلى رأي الحاكم فوجب بيانه لينظر فيه، ولا يشهد بالجرح من يشهد من الجيران وأهل الخبرة إلا أن يعلم الجرح بالمشاهدة في الأفعال كالسرقة وشرب الخمر أو بالسماع في الأقوال كالشتم والقذف والكذب وإظهار ما يعتقده من البدع أو استفاض عنه ذلك بالخبر لأنه شهادة على علم، فأما إذا قال: بلغني أو قيل لي: إنه يفعل أو يقول أو يعتقد لم يجز أن يشهد به لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزّخرُف: ٨٦] قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولا تقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول هو عدل على ولي، فمن أصحابنا من قال: يكفي أن يقول هو عدل وهو قول أبي سعيد الإصطخري لأن قوله: عدل يقتضي أنه عدل عليه وله، وما ذكره الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ذكره على سبيل الاستحباب، ومنهم من قال: لا يقبل حتى يقول: عدل لي وعلي، وهو قول أبي إسحاق لأنه قوله عدل لا يقتضي العدالة على الإطلاق لأنه قد يكون عدلًا في شيء دون شيء وإذا قال: عدل علي ولي دل على العدالة على الإطلاق.

فصل: ولا يقبل التعديل إلا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته بالشاهد. لأن المقصود معرفة العدالة في الباطن ولا يعلم ذلك ممن لم يتقدم به معرفته، ويقبل الجرح ممن تقدمت معرفته به وممن لم يتقدم معرفته، لأنه لا يشهد في الجرح إلا بما شاهد أو سمع أو استفاض عنه وبذلك يعلم فسقه.

فصل: وإن شهد مجهول العدالة فقال المشهود عليه: هو عدل، ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجوز للحاكم أن يحكم بشهادته لأن البحث عن العدالة لحق المشهود عليه وهو قد شهد له بالعدالة، والثاني: أنه لا يحكم لأن حكمه بشهادته حكم بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد، ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق الله تعالى، ولهذا لو رضي المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته.

فصل: وإن ثبت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان ثم شهد عند الحاكم بحق نظرت فإن كان بعد زمان قريب حكم بشهادته ولم يسأل عن عدالته، وإن كان بعد زمان طويل ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحكم بشهادته لأن الأصل بقاء العدالة، والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يحكم بشهادته حتى يعيد السؤال عن عدالته لأنه مع طول الزمان يتغير الحال.

فصل: وإن شهد عنده شهود وارتاب بهم فالمستحب أن يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم، ويسأل كل واحد منهم على الإنفراد عن صفة التحمل ومكانه

وزمانه، لما روي أن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال ففرقهم وسألهم فاختلفوا، فدعا عليهم فنزلت عليهم نار من السماء فأحرقتهم. وإن فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم، وإن اتفقوا وعظهم لما روى أبو حنيفة رحمه الله قال: كنت جالسًا عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة فجاءه رجل فادعى على رجل حقًا فأنكره فأحضر المدعي شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذي تقوم به السموات والأرض لقد كذبا علي في الشهادة، وكان محارب بن دثار متكئًا فاستوى جالسًا وقال؛ سمعت ابن عمر يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول؛ «إن الطير لتخفق بأجنحتها، وترمي بما في حواصلها من هول يوم القيامة، وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار» فإن صدقتما فاثبتا، وإن كذبتما فغطيا على رؤوسكما وانصرفا. فغطيا رؤوسهما وانصرفا[1].

فصل: والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عِمرَان: ١٥٩] . قال الحسن: إن كان رسول الله ﷺ عن مشاورتهم لغنيا ولكن أراد الله تعالى أن يستن بذلك الحكام، ولأن النبي ﷺ شاور في أسارى بدر فأشار أبو بكر بالفداء وأشار عمر رضي الله عنه بالقتل. وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن أبا بكر رضي الله عنه كان إذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة أهل الرأي والفقه دعا رجالًا من المهاجرين ورجالًا من الأنصار ودعا عمر وعثمان وعليًا وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، فمضى أبو بكر على ذلك ثم ولي عمر رضي الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر، فإن اتفق أمر مشكل شاورهم فيه، فإن اتضح له الحق حكم به فإن لم يتضح أخره إلى أن يتضح ولا يقلد غيره لأنه مجتهد فلا يقلد. وقال أبو العباس: إن ضاق الوقت وخاف الفوت بأن يكون الحكم بين مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم كما قال في القبلة إذا خاف فوت الصلاة وقد بينا ذلك في كتاب الصلاة، وإن اجتهد فأداه اجتهاده إلى حكم فحكم به ثم بان له أنه أخطأ ـ فإن كان ذلك بدليل مقطوع به كالنص والإجماع والقياس الجلي ـ نقض الحكم لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ردوا الجهالات إلى السنة، وكتب إلى أبي موسى «لا يمنعنك قضاء قضيت به ثم راجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء وإن الرجوع إلى الحق أولى من التمادي في الباطل»[2] ولأنه مفرط في حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه.

فصل: وإن ولي قضاء بلد وكان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ، لأنه حكم ممن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط برقم (٧٦١٦).

(٢) تقدم.

كالحكم من بعض الرعية، وإن كان يصلح للقضاء لم يجب عليه أن يتتبع أحكامه لأن الظاهر أنها صحيحة فإن أراد أن يتتبعها من غير متظلم فهل يجوز له ذلك أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو اختيار الشيخ أبي حامد الإسفراييني: أنه يجوز لأن فيه احتياطًا، والثاني: أنه لا يجوز لأنه يشتغل بماض لا يلزمه عن مستقبل يلزمه وإن تظلم منه متظلم قال أسأل إحضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما لأنه ربما قصد أن يبتذله ليحلف من غير حق، وإن قال لي عليه مال من معاملة أو غصب أو إتلاف أو رشوة أخذها منه على حكم أحضره. وإن قال: حكم علي بشهادة عبدين أو فاسقين ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحضره إذا ادعى عليه مالًا« والثاني: أنه لا يحضره حتى يقيم بينة بما يدعيه لأنه لا تتعذر إقامة البينة على الحكم، فإن حضر وقال: ما حكمت عليه إلا بشهادة حرين عدلين فالقول قوله لأنه أمين، وهل يحلف؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبى سعيد الإصطخري: أنه لا يحلف لأنه عدل والظاهر أنه صادق، والثاني: أنه يحلف لأنه أمين ادعى عليه خيانة فلم يقبل قوله من غير يمين كالمودع إذا ادعى عليه خيانة وأنكرها وإن قال: جار علي في الحكم نظرت فإن كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه كما ينقض على نفسه إذا حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد، وإن كان مما يسوغ فيه الاجتهادكثمن الكلب وضمان ما أتلف على الذمي من الخمر لم ينقضه كما لا ينقض على نفسه ما حكم فيه الاجتهاد لأنا لو نقضنا ما يسوغ فيه الاجتهاد لم يستقر لأحد حق ولا ملك لأنه كلما ولى حاكم نقض ما حكم به من قبله فلا يستقر لأحد حق ولا ملك.

فصل: وإذا خرج إلى مجلس الحكم فالمستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله ﷺ وهو ما روت أم سلمة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته يقول: اللهم إني أعوذ بك من أن أزل أو أزل أو أضل أو أضل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل علي»[(١)]. والمستحب أن يجلس مستقبل القبلة لقوله ﷺ: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»[(٢)] ولأنه قربة فكانت جهة القبلة فيها أولى كالأذان، والمستحب أن يقعد وعليه السكينة والوقار من غير جبرية ولا استكبار، لما روي أن النبي ﷺ رأى رجلًا وهو متكىء على يساره فقال: «هذه جلسة المغضوب عليهم»[(٣)]. ويترك بين يديه القمطر مختومًا ليترك فيه ما يجتمع من المحاضر والسجلات، ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد ما يكتبه فإن غلط في شيء رده عليه.

فصل: والمستحب أن يبدأ في نظره بالمحبسين لأن الحبس عقوبة وعذاب،

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥٠٩٤) والترمذي في سننه برقم (٣٤٢٧) والنسائي في سننه (٨/ ٢٦٨) وابن ماجه في سننه برقم (٣٨٨٤) وأحمد في المسند (٦/ ٣٠٦).

(٢) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٠/ ٣٨٩).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٨٤٨) وأحمد في المسند (٤/ ٣٨٨).

وربما كان فيهم من تجب تخليته، فاستحب البداية بهم، ويكتب أسماء المحبسين وينادى في البلدان القاضي يريد النظر في أمر المحبسين في يوم كذا فليحضر من له محبوس، فإذا حضر الخصوم أخرج خصم كل واحد منهم فإن وجب إطلاقه أطلقه وإن وجب حبسه أعاده إلى الحبس، فإن قال المحبوس: حبست على دين وأنا معسر فإن ثبت إعساره أطلق، وإن لم يثبت إعساره أعيد إلى الحبس، فإن ادعى صاحب الدين أن له دارًا وأقام على ذلك البينة فقال المحبوس: هي لزيد سئل زيد فإن أكذبه بيعت الدار وقضى الدين لأن إقراره يسقط بإكذابه وإن صدقه زيد نظرت فإن أقام زيد بينة أن الدار له حكم له بالدار ولم تبع في الدين، لأن له بينة ويدًا بإقرار المحبوس ولصاحب الدين بينة من غير يد، فقدمت بينة زيد، وإن لم يكن لزيد بينة ففيه وجهان أحدهما: أنه يحكم بها لزيد ولا تباع في الدين لأن بينة صاحب الدين بطلت بإكذاب المحبوس وبقي إقرار المحبوس بالدار لزيد والثاني: أنه لا يحكم بها لزيد وتباع في الدين لأن بينة صاحب الدين شهدت للمحبوس بالملك وله بقضاء الدين من ثمنها فإذا أكذبها المحبوس سقطت البينة في حقه ولم تسقط في حق صاحب الدين.

فصل: ثم ينظر في أمر الأوصياء والأمناء لأنهم يتصرفون في حق من لا يملك المطالبة بماله وهم الأطفال، فإذا ادعى رجل أنه وصي للميت لم يقبل قوله إلا ببينة لأن الأصل عدم الوصية فإن أقام على ذلك بينة فإن كان عدلًا قويًا أقر على الوصية، وإن كان فاسقًا لم يقر على الوصية لأن الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية وإن كان عدلًا ضعيفًا ضم إليه غيره ليتقوى به، وإن أقام بينة أن الحاكم الذي كان قبله انفذ الوصية إليه أقره ولم يسأل عن عدالته، لأن الظاهر أنه لم ينفذ الوصية إليه إلا وهو عدل، فإن كان وصيًا في تفرقة ثلثه فإن لم يفرقه فالحكم في إقراره على الوصية على ما ذكرناه، وإن كان قد فرقه فإن كان عدلًا لم يلزمه شيء، وإن كان فاسقًا فإن كانت الوصية لمعينين لم يلزمه شيء لأنه دفع الموصى به إلى مستحقه، وإن كانت الوصية لغير معينين ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يغرم لأنه دفع المال إلى مستحقه فأشبه إذا كانت الوصية لمعينين، والثاني: أنه يغرم ما فرقه لأنه فرق ما لم يكن له تفرقته فغرمه كما لو فرق ما جعل تفرقته إلى غيره.

فصل: ثم ينظر في اللقطة والضوال وأمر الأوقاف العامة وغيرها من المصالح ويقدم الأهم فالأهم لأنه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها.

الشرح: القضاء في اللغة: الحكم والفصل، وفي الاصطلاح: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات وقطع المنازعات، وقوله: «خاملًا» الخامل الساقط الذي لا نباهة له، والمعتوه: الناقص العقل، والرزمة: الكارة من الثياب، والعسف: الظلم، والمهين: الحقير، والعنف ضد الرفق، والعهد: الوصية، وقوله:

«آثرتكم بهما» أي فضلتكم بهما وخصصتكم بهما دون غيركم، والمخرف: البستان، والقلق: الانزعاج، وقوله: «لا يتوفر» أي لا يستوفيه ويتمه، والبارز: الظاهر، والفاقة: الحاجة والفقر، والأجرياء هو الوكيل والرسول، والحطيئة: الرجل القصير، والشحناء: العداوة، والأدنى: الأقرب، والتواطؤ: التوافق، والريب: الشك، والابتذال: الامتهان، والقمطر هو وعاء الكتب، والسجلات: الكتب التي تجمع المحاضر.

فصل: في التولية والعزل، وفيه طرفان:

الطرف الأول: في التولية، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع، فإن قام به من يصلح، سقط الفرض عن الباقين، وإن امتنع الجميع، أثموا، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء، وقيل: لا يجبر، والصحيح: الأول، ثم من لا يصلح للقضاء تحرم توليته، ويحرم عليه التولي والطلب، وأما من يصلح، فله حالان:

أحدهما: أن يتعين للقضاء، فيجب عليه القبول، ويلزمه أن يطلبه ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملًا، ولا يعذر بأن يخاف ميل نفسه وخيانتها، بل يلزمه أن يقبل ويحترز، فإن امتنع، عصا، وهل يجبر؟ وجهان الصحيح نعم، وبه قال الأكثرون، كما يجبر على القيام بسائر فروض الكفاية عند التعين، فإن قيل: امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلق بالمصالح العامة، ويشبه أن تكون كبيرة، فيفسق به، ويخرج عن الأهلية، فكيف يولى ويجبر، فالجواب أنه يمكن أن يقال: إنه يؤمر بالتوبة أولًا، فإذا تاب، ولي.

الحال الثاني: أن يكون هناك غيره ممن يصلح، فذلك الغير إما أن يكون أصلح، وأولى منه، وإما مثله، وإما دونه فإن كان أصلح منه، بني على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل، وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء، والأصح الإنعقاد، لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة. وفي القضاء خلاف مرتب، وأولى بالإنعقاد، فإن لم نجوز للمفضول القضاء حرمت توليته، وحرم عليه الطلب والقبول، وإن جوزناه، جاز القبول. وأما الطلب، فمكروه، وقيل: حرام، وإن كان الأصلح لا يتولى، فهو كالمعدوم، وأما إذا كان هناك مثله، فله القبول، ولا يلزمه على الأصح، فربما قام به غيره وأما الطلب، فإن كان خامل الذكر، ولو تولى، اشتهر وانتفع الناس بعلمه، استحب له الطلب على الصحيح، وقال القفال: لا يستحب. وإن كان مشهورًا ينتفع الناس بعلمه، فإن لم يكن له كفاية ولو ولي، حصلت كفايته من بيت المال، قال الأكثرون: يستحب، وقيل: لا يستحب ولا

يكره، وإن كان له كفاية، فالصحيح أن الطلب مكروه، وقيل: الأولى تركه، ثم كما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول، ولو ولي بلا طلب، وعلى هذا حمل امتناع السلف. وإن كان هناك من هو دونه، فإن لم نجوز تولية المفضول، فقد تعين عليه، وإن جوزناها، استحب له القبول. وفي الوجوب الوجهان، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه، وهكذا حيث استحببنا الطلب والتولي أو أبحناهما، فذلك عند الوثوق، وغلبة الظن بقوة النفس، وأما عند الخوف، فيحترز.

فرع: التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا لم يكن هناك قاض متول فإن كان، نظر، إن كان غير مستحق لجور أو جهل، فهو كما لو لم يكن، وإن كان مستحقًا والطالب يروم عزله، فالطلب حرام، والطالب مجروح، ذكره الماوردي.

فرع: ما ذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل، فلو بذل مالًا ليتولى، فقد أطلق ابن القاص وآخرون أنه حرام وقضاؤه مردود، والصحيح تفصيل ذكره الروياني وهو أنه إن تعين عليه القضاء أو كان ممن يستحب له، فله بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ، وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال، وإن لم يتعين ولم يكن مستحبًا، جاز له بذل المال ليتولى، ويجوز له البذل بعد التولية لئلا يعزل، والآخذ ظالم بالأخذ، وأما بذل المال لعزل قاض، فإن لم يكن بصفة القضاة، فمستحب لما فيه من تخليص الناس منه، ولكن أخذه حرام على الآخذ، وإن كان بصفتهم فحرام. فإن فعل، وعزل الأول، وولي الباذل، قال ابن القاص: توليته باطلة، والمعزول على قضائه، لأن العزل بالرشوة حرام، وتولية المرشي والراشي حرام، وليكن هذا عند تمهد الأصول الشرعية، فأما عند الضرورات، وظهور الفتن، فلا بد من تنفيذ العزل والتولية جميعًا، كتولية البغاة.

فرع: طرق الأصحاب متفقة على أن النظر في تعين الشخص للقضاء وعدم تعينه إلى البلد والناحية لا غير، ومقتضاه أنه لا يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرى ليس بها صالح، ولا قبوله إذا ولي ويجوز أن يفرق بينه وبين القيام بسائر فروض الكفاية المحوجة إلى السفر، كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما، فإن تلك يمكن القيام بها، والعود إلى الوطن، وعمل القضاء لا غاية له.

المسألة الثانية: في صفات القاضي والمفتي وفيها فصلان:

الفصل الأول: في صفات القاضي وله ثمانية شروط: أحدها: الحرية. والشرط الثاني: الذكورة. والشرط الثالث: الاجتهاد، فلا يجوز تولية جاهل بالأحكام الشرعية وطرقها المحتاج إلى تقليد غيره فيها، وإنما يحصل أهلية الاجتهاد لمن علم أمورًا: أحدها: كتاب الله تعالى، ولا يشترط العلم بجميعه، بل مما يتعلق

بالأحكام، ولا يشترط حفظه عن ظهر القلب، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه. الثاني: سنة رسول الله ﷺ لا جميعها، بل ما يتعلق منها بالأحكام، ويشترط أن يعرف منها العام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمبين، والناسخ والمنسوخ، ومن السنة المتواتر والآحاد، والمرسل والمتصل، وحال الرواة جرحًا وتعديلًا. الثالث: أقاويل علماء الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم إجماعًا واختلافًا. الرابع: القياس فيعرف جليه وخفيه، وتمييز الصحيح من الفاسد. الخامس: لسان العرب لغة وإعرابًا، لأن الشرع ورد بالعربية وبهذه الجهة يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه وتقييده، وإجماله وبيانه. قال أصحابنا: ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، وزاد الغزالي تخفيفات ذكرها في أصول الفقه منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب، فيراجعه إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب.

ومنها: أنه لا يشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع، بأن يعلم أنه وافق بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفي في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل.

ومنها: أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون للعالم منصب الاجتهاد في باب دون باب، وعد الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الإعتقاد. قال الغزالي: وعندي أنه يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها.

الشرط الرابع: البصر، فلا يصح تولية أعمى وفي «جمع الجوامع» للروياني وجه أنه يجوز، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور، لأنه لا يعرف الخصوم والشهود.

الشرط الخامس: التكليف، فلا يصح تولية الصبي.

الشرط السادس: العدالة فلا يصح تولية فاسق ولا كافر ولو على الكفار، قال الماوردي: وما جرت به عادة الولادة من نصب حاكم بين أهل الذمة، فهو تقليد

رئاسة وزعامة لا تقليد حكم وقضاء، ولا يلزمهم حكمه بإلزامه بل بالتزامهم.

الشرط السابع: أن يكون ناطقًا سميعًا، فلا يجوز تقليد أخرس لا تعقل إشارته، وكذا إن عقلت على الصحيح، ولا أصم لا يسمع أصلًا، فإن كان يسمع إذا صيح به، جاز تقليده.

الشرط الثامن: الكفاية، فلا يصح قضاء مغفل اختل رأيه ونظره بكبر أو مرض ونحوهما. ولا يشترط أن يحسن الكتابة على الأصح. ويستحب أن يكون وافر العقل حليمًا متثبتًا ذا فطنة وتيقظ، كامل الحواس والأعضاء، عالمًا بلغة الذين يقضي بينهم، بريئًا من الشحناء والطمع، صدوق اللهجة، ذا رأي ووفاء، وسكينة ووقار، وأن لا يكون جبارًا يهابه الخصوم، فلا يتمكنون من استيفاء الحجة، ولا ضعيفًا يستخفون به، ويطمعون فيه، وأن يكون قرشيًا، ورعاية العلم والتقى أولى من رعاية النسب.

فرع: إن عرف الإمام أهليته ولاه، وإلا فيبحث عن حاله، فلو ولى من لم تجتمع فيه الشروط مع العلم بحاله، أثم المولي والمتولي ولم ينفذ قضاؤه، وإن أصاب، هذا هو الأصل في الباب. قال في «الوسيط»: لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلًا أو فاسقًا لئلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده أنا ننفذ قضاء قاضي البغاة لمثل هذه الضرورة، وهذا حسن، لكن في بعض الشروح أن قاضي البغاة إذا كان منهم، وبغيهم لا يوجب فسقًا كبغي أصحاب معاوية رضي الله عنه، جاز قضاؤه، وإن أوجب الفسق، كبغي أهل النهروان، لم يجز.

وذكر أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ، أجابه إليه، ونفذ قضاؤه، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه زياد، فقالت: إن لم يقض لهم خياركم قضى شراركم.

فرع: من لا تقبل شهادته من أهل البدع، لا يصح تقليده القضاء قال الماوردي: وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع، أو لا يقول بأخبار الآحاد، وكذا حكم نفاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلًا، بل يتبعون النصوص، فإن لم يجدوا، أخذوا بقول سلفهم، كالشيعة، فإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام، ويبنون الأحكام على عموم النصوص وإشاراتها، جاز تقليدهم على الأصح.

الفصل الثاني في المفتي: ومتى لم يكن في الموضع إلا واحد يصلح للفتوى، تعين عليه أن يفتي، وإن كان هناك غيره، فهو من فروض الكفايات، ومع هذا فلا يحل التسارع إليه، فقد كانت الصحابة رضي الله عنهم مع مشاهدتهم الوحي يحيل بعضهم على

بعض في الفتوى، ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن. ثم نتكلم في ثلاث جمل إحداها في المفتي، فيشترط إسلامه وبلوغه وعدالته، فالفاسق لا تقبل فتواه، ويلزمه أن يعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط في المفتي أيضًا التيقظ، وقوة الضبط، فلا يقبل ممن تغلب عليه الغفلة والسهو، ويشترط فيه أهلية الاجتهاد، فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها لم يكن له أن يفتي بها، ولا لغيره أن يقلده، ويأخذ بقوله فيها، وقيل: يجوز، وقيل: إن كان نقليًا، جاز، وإن كان قياسيًا، فلا، والصحيح الأول. والعالم الذي لم يبلغ غاية الاجتهاد كالعامي في أنه لا يجوز تقليده على الصحيح. وموت المجتهد هل يخرجه عن أن يقلد ويؤخذ بقوله؟ وجهان الصحيح: أنه لا يخرج، بل يجوز تقليده كما يعمل بشهادة الشاهد بعد موته، ولأنه لو بطل قوله بموته، لبطل الإجماع بموت المجمعين، ولصارت المسألة اجتهادية، ولأن الناس اليوم كالمجمعين على أنه لا مجتهد اليوم، فلو منعنا تقليد الماضين، لتركنا الناس حيارى.

فرع: ليس لمجتهد أن يقلد مجتهدًا لا ليعمل به، ولا ليفتي به، ولا إذا كان قاضيًا ليقضي به، سواء خاف الفوت لضيق وقت أم لا. وقال ابن سريج: له التقليد إذا ضاق الوقت ليعمل به، لا ليفتي، وقياسه أن لا يجوز للقضاء وأولى. وفي «الشامل» و«التهذيب» طرد قول ابن سريج في القضاء وصورة الضيق فيه: أن يتحاكم مسافران والقافلة ترتحل، ومن قال به، فقياسه طرده في الفتوى.

فرع: هل يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى، أو سئل عنها مرة أخرى، أم يعتمد اجتهاده الأول؟ وجهان كما سبق في القبلة. أصحهما: لزوم التجديد، وهذا إذا لم يكن ذاكرًا لدليل الأولى، ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه، فإن كان ذاكرًا، لم يلزمه قطعًا، وإن تجدد ما يوجب الرجوع، لزمه قطعًا. والله أعلم.

فرع: المنسوب إلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك ثلاثة أصناف:

أحدها: العوام وتقليدهم الشافعي مثلًا مفرع على تقليد الميت وقد سبق.

والصنف الثاني: البالغون لرتبة الاجتهاد، وقد ذكرنا أن المجتهد لا يقلد مجتهدًا وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي، لأنهم جروا على طريقته في الاجتهاد، واستعمال الأدلة، وترتيب بعضها على بعض، ووافق اجتهادهم اجتهاده وإذا خالف أحيانًا لم يبالوا بالمخالفة.

والصنف الثالث: المتوسطون وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد في أصول الشرع. لكنهم وقفوا على أصول الإمام في الأبواب وتمكنوا من قياس ما لم يجدوه

منصوصًا له على ما نص عليه، وهؤلاء مقلدون له تفريعًا على تقليد الميت، وهكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليدًا له، والمعروف للأصحاب أنه لا يقلدهم في أنفسهم، لأنهم مقلدون، وقد نجد ما يخالف هذا فإن أبا الفتح الهروي وهو من أصحاب الإمام يقول في الأصول: مذهب عامة أصحابنا أن العامي لا مذهب له، فإن وجد مجتهدًا قلده. وإن لم يجده، ووجد متبحرًا في مذهب، فإنه يفتيه على مذهب نفسه، وإن كان العامي لا يعتقد مذهبه. وهذا تصريح بأنه يقلد المتبحر في نفسه. وإذا اختلف متبحران في مذهب لاختلافهما في قياس أصل مذهب إمامهما، ومن هذا يتولد وجوه الأصحاب، فنقول: أيهما يأخذ العامي؟ فيه ما سنذكره في اختلاف المجتهدين إن شاء الله تعالى، وإذا نص صاحب المذهب على الحكم والعلة، ألحق بتلك العلة غير المنصوص بالمنصوص، وإن اقتصر على الحكم، فهل يستنبط المتبحر العلة ويعدي الحكم بها، قال محمد بن يحيى: لا، والأشبه بفعل الأصحاب جوازه، لأنهم ينقلون الحكم، ثم يختلفون في علته، وكل منهم يطرد الحكم في فروع علته.

فرع: ذكر الشيخ أبو إسحاق أنه إذا نص الإمام في واقعة على حكم، وفي أخرى شبهها على خلافه لا يجوز نقل قوله من إحداهما إلى الأخرى وتخريجهما على قولين، وأن ما يقتضيه قوله لا يجعل قولًا له إلا إذا لم يحتمل، كقوله: ثبتت الشفعة في الشقص من الدار، فيقال: قوله: في الحانوت كذلك والمعروف في المذهب خلاف ما قاله، لكن الأولى أن يقال: إنه قياس أصله أو قياس قوله، ولا يقال: هو قوله.

فرع: للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ متأول عنده زجرًا وتهديدًا في مواضع الحاجة.

والمراد ما ذكره الصيمري وغيره قالوا: إذا رأى المفتي المصلحة أن يقول للعامي ما فيه تغليظ وهو لا يعتقد ظاهره، وله فيه تأويل، جاز زجرًا، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول، فرأيت في عينيه إرادة القتل فمنعته، أما الثاني، فجاء مسكينًا قد قتل، فلم أقنطه، قال الصيمري: وكذا إن سأله، فقال: إن قتلت عبدي، فهل علي قصاص، فواسع أن يقال: إن قتلته قتلناك، فعن النبي ﷺ: «من قتل عبده قتلناه» ولأن القتل له معانٍ وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة. والله أعلم.

الجملة الثانية في المستفتي، فيلزمه سؤال المفتي عند حدوث مسألته، وإنما يسأل من عرف علمه وعدالته، فإن لم يعرف العلم، بحث عنه بسؤال الناس، وإن

لم يعرف العدالة، فقد ذكر الغزالي فيه احتمالين أحدهما: أن الحكم كذلك، وأشبههما الاكتفاء، لأن الغالب من حال العلماء العدالة، بخلاف البحث عن العلم، فليس الغالب من الناس العلم، ثم ذكر احتمالين في أنه إذا وجب البحث، يفتقر إلى عدد التواتر، أم يكفي إخبار عدل أو عدلين؟ أصحهما: الثاني.

فرع: إذا وجد مفتيين فأكثر هل يلزمه أن يجتهد، فيسأل أعلمهم؟ وجهان: قال ابن سريج: نعم، واختاره ابن كج والقفال، لأنه يسهل عليه، وأصحهما: عند الجمهور أنه يتخير، فيسأل من شاء، لأن الأولين كانوا يسألون علماء الصحابة رضي الله عنهم مع تفاوتهم في العلم والفضل، ويعملون بقول من سألوه من غير إنكار، قال الغزالي: فإن اعتقد أن أحدهم أعلم، لم يجز أن يقلد غيره، وإن كان لا يلزمه البحث عن الأعلم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بزيادة علم.

فرع: وإذا استفتى وأجيب، فحدثت له تلك الحادثة ثانيًا، فإن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع، فلا حاجة إلى السؤال ثانيًا، وكذا لو كان المقلد ميتًا وجوزناه، وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس أو شك والمقلد حي، فوجهان: أحدهما: لا يحتاج إلى السؤال ثانيًا، لأن الظاهر استمراره على جوابه، وأصحهما: يلزمه السؤال ثانيًا.

فرع: لو اختلف عليه جواب مفتيين، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعلم، اعتمده، وإلا فأوجه: أصحها: يتخير، ويأخذ بقول أيهما شاء، والثاني: يأخذ بأغلظ الجوابين، والثالث: بأخفهما، والرابع: بقول من يبني قوله على الأثر دون الرأي، والخامس: بقول من سأله أولًا.

ومن آداب المستفتي أن لا يسأل المفتي وهو قائم، أو مشغول بما يمنعه من تمام الفكر، وأن لا يقول إذا أجابه: هكذا قلت أنا، وأن لا يطالب بالدليل، فإن أراد معرفته، سأل عنه في وقت آخر. وإذا سأل في رقعة، فليكن كاتبها حاذقًا، ليبين مواضع السؤال، وينقط مواضع الاشتباه، وليتأمل المفتي الرقعة كلمة كلمة، وليكن اعتناؤه بآخر الكلام أشد، لأنه موضع السؤال، وليتثبت في الجواب وإن كانت المسألة واضحة، وأن يشاور من في مجلسه ممن يصلح لذلك إلا أن يكون فيها ما لا يحسن إظهاره. وله أن ينقط من الرقعة مواضع الإشكال، وأن يصلح ما فيها من خطأ ولحن فاحش، وإذا رأى في آخر بعض السطور بياضًا، شغله بخطه، لئلا يلحق فيه بعد جوابه شيء، وليبين المفتي بخطه، وليكن قلمه بين قلمين. ولو كتب مع الجواب حجة من آية أو حديث فلا بأس، ولا يعتاد ذكر القياس، وطرق الاجتهاد. فإن تعلقت الفتوى بقاض، فحسن أن يومىء إلى الطريق للاجتهاد، وإذا رأى في

الفتوى جواب من لا يصلح للفتوى، لم يفت معه. قال الصيمري: وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة وبغير إذنه، ولا يحبسها إلا بإذنه، واستحبوا أن يكون السؤال بخط غير المفتي.

فرع: متى تغير اجتهاد المجتهد، دار المقلد معه، وعمل في المستقبل بقوله الثاني، ولا ينقض ما مضى، ولو نكح المجتهد امرأة، ثم خالعها ثلاثًا، لأنه رأى الخلع فسخًا، ثم تغير اجتهاده قال الغزالي: يلزمه مفارقتها، وأبدى ترددًا فيما لو فعل المقلد مثل ذلك، ثم تغير اجتهاد مقلده، قال: والصحيح أن الجواب كذلك، كما لو تغير اجتهاد المقلد في الصلاة، فإنه يتحول. ولو قال مجتهد للمقلد والصورة هذه: أخطأ بك من قلدته، فإن كان الذي قلده أعلم من الثاني، أو استويا، فلا أثر لقوله، وإن كان الثاني أعلم، فالقياس أنا إن أوجبنا تقليد الأعلم، فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده، وإلا فلا أثر له.

فرع: لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدوَّن، وإذا دونت المذاهب، فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب؟ إن قلنا: يلزمه الاجتهاد في طلب الأعلم، وغلب على ظنه أن الثاني أعلم ينبغي أن يجوز، بل يجب وإن خيرناه، فينبغي أن يجوز أيضًا، كما لو قلد في القبلة هذا أيامًا، وهذا أيامًا. ولو قلد مجتهدًا في مسائل، وآخر في مسائل أخرى، واستوى المجتهدان عنده أو خيرناه، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز، وكما أن الأعمى إذا قلنا: لا يجتهد في الأواني والثياب له أن يقلد في الثياب واحدًا، وفي الأواني آخر، لكن الأصوليون منعوا منه للمصلحة. وحكى الحناطي وغيره عن أبي إسحاق فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه أن يفسق به، وعن ابن أبي هريرة أنه لا يفسق، وبالله التوفيق.

فيستحب للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي، ليتمكن من الفهم عنه، وقد استوعبت آداب العالم والمعلم في أول شرح «المهذب» وذكرت فيه ما لا ينبغي لطالب علم أن يخفى عليه شيء منه، قال الخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي: ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال المفتين، فمن صلح لها، أقره، ومن لم يصلح، منعه، وأمره أن لا يعود، ويواعده على العود، وطريقه في ذلك أن يسأل العلماء المشهورين من أهل عصره عن حاله، ويعتمد خبرهم، وينبغي أن يكون المفتي مع شروطه السابقة متنزهًا عن خوارم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن، رصين الفكر، حسن التصرف والاستنباط، وسواء الحر والعبد، والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله: وينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لا تؤثر فيه القرابة والعداوة، وجر النفع، ودفع الضر، لأنه في حكم

من يخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص، فكان كالراوي لا كالشاهد وفتواه لا يرتبط بها إلزام بخلاف حكم القاضي. قال: ووجدت عن صاحب «الحاوي» إن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصًا معينًا، صار خصمًا معاندًا، ترد فتواه على من عاداه، كما ترد شهادته. قال الصيمري: ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج، ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه، وذكر الخطيب هذا ثم قال: وأما الشراة وهم بضم الشين المعجمة، والرافضة الذين يسبون السلف، ففتاويهم مردودة، وأقاويلهم ساقطة. ومن كان من أهل الفتوى وهو قاض، فهو كغيره، فلا يكره له الفتوى هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور، وقيل: له أن يفتي في العبادات وغيرها، مما لا يتعلق بالأحكام، وفي الأحكام وجهان: وقال ابن المنذر: يكره فتواه في الأحكام دون غيرها، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصح به المسائل الحسابية الفقهية؟ وجهان: حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، وصاحبه أبو منصور البغدادي.

ويشترط في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس، حافظًا مذهب إمامه، ذا خبرة بقواعده، وأساليبه ونصوصه، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لا يحل له الفتوى بمجرد ذلك، ولو وقعت له واقعة، لزمه أن يستفتي فيها، ويلتحق به المتصرف البحاث في الفقه من أئمة الخلاف، وفحول المناظرين، لأنه ليس أهلًا لإدراك حكم الواقعة استقلالًا، لقصور آلته، ولا من مذهب إمام لعدم حفظه له على الوجه المعتبر. وإذا استفتى العامي عما لم يقع، لم يجب جوابه ولا يجوز للمفتي أن يتساهل في فتواه، ومن عرف بذلك، لم يجز أن يستفتى، وتساهله قد يكون بأن لا يتثبت، ويسرع بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر، فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه، فلا بأس بالإسراع، وعلى هذا يحمل ما نقل عن الماضين من المسارعة، وقد يكون تساهله بأن تحمله أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرمة المكروهة، والتمسك بالشبهة طلبًا للترخيص على من يروم نفعه، أو التغليظ على من يروم ضره، ومن فعل هذا، فلا وثوق به. وأما إذا صح قصده، فاحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها، ولا تجر إلى مفسدة، ليخلص بها المستفتي من وريطة يمين ونحوها، فذلك حسن، وعله يحمل ما جاء عن بعض السلف من هذا. وينبغي أن لا يفتي في كل حال تغير خلقه، وتشغل قلبه، وتمنعه التثبت والتأمل كحالة الغضب أو الجوع أو العطش والحزن والفرح الغالب، والنعاس، والملالة، والمرض المقلق، والحر المزعج، ومدافعة الأخبثين ونحو ذلك، ومتى أحس بشغل قلبه، وخروجه عن الاعتدال، لم يفت، فإن أفتى في شيء

من هذه الأحوال وهو يعتقد أن ذلك لم يمنعه من إدراك الصواب، صحت فتواه، وإن كان مخاطرًا. والأولى للمتصدي للفتوى أن يتبرع بذلك، ويجوز أن يأخذ عليه رزقًا من بيت المال إلا إذا تعين عليه، وله كفاية، فالصحيح أنه لا يجوز. ثم إن كان له رزق لا يجوز له أخذ أجرة، وإن لم يكن له رزق، لم يجز له أخذ أجرة من أعيان المستفتين كالحاكم. واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في حيلة، فقال: يقول للمستفتي: يلزمني أن أفتيك قولًا، ولا يلزمني أن أكتب لك، فإن استأجره على الكتابة، جاز، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروهًا، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر ولو لم يكن فتوى، لئلا يكون آخذًا زيادة بسبب الإفتاء. قال الصيمري والخطيب وغيرهما: ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقًا من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم، جاز.

وأما الهدية، فقال أبو المظفر السمعاني من أصحابنا: ويجوز له قبولها بخلاف الحاكم، لأنه يلزمه حكمه قال الشيخ أبو عمرو: وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد، كما في الحاكم وسائر ما لا يقابل بالأعواض. قال الخطيب: وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام ما يغنيه عن التكسب، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالأيمان والإقرار والوصايا ونحوها، إلا إذا كان من أهل بلد اللافظ أو نازلًا منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة، وليس للمفتي والعامل على مذهب الإمام الشافعي في المسألة ذات الوجهين أو القولين أن يفتي أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر وهذا لا خلاف فيه، بل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر منهما إن علمه، وإلا فبالذي رجحه الشافعي، فإن لم يكن رجح أحدهما ولا علم السابق، لزمه البحث عن أرجحهما، فيعمل به، فإن كان أهلًا للترجيح، اشتغل به متعرفًا ذلك من نصوص الشافعي ومآخذه وقواعده، وإلا فلينقله عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة، فإن لم يحصل له ترجيح بطريق، توقف. وأما الوجهان فيتعرف أرجحهما بما سبق إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد، وإذا كان أحدهما منصوصًا للشافعي، والآخر مخرجًا، فالمنصوص هو الراجح المعمول به غالبًا، كما إذا رجح الشافعي في أحد القولين، بل هذا أولى. ولو وجد من ليس أهلًا للترجيح خلافًا للأصحاب في الأرجح من القولين أو الوجهين، فليعتمد ما صححه الأكثر، والأعلم والأورع، فإن تعارض أعلم وأورع، قدم الأعلم، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح، اعتبر صفات الناقلين للقولين، والقائلين للوجهين فما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على ما رواه الربيع الجيزي وحرملة، كذا نقله

الخطابي من أصحابنا عن أصحابنا، إلا أنه لم يذكر البويطي، وزدته أنا لكونه أجل من الربيع، وأقدم من المزني، وأخص بالشافعي منه. قال الشيخ أبو عمرو: ويترجح أيضًا ما وافق أكثر أئمة المذاهب. وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان، أحدهما كقول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وجهين: قال الشيخ أبو حامد: المخالف لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أرجح، فلو لم يطلع الشافعي على معنى مخالف لما خالفه، والصحيح أن الموافق أولى، وبه قال القفال، وهذا إذا لم نجد مرجحًا مما سبق. ولو تعارض جزم مصنفين، فهو كتعارض الوجهين، فيرجع إلى البحث كما سبق، ويرجح أيضًا بالكثرة، فإذا جزم مصنفان بشيء، وجزم ثالث مساوٍ لأحدهما بخلافهما، رجحناهما عليه.

واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أتقن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالبًا إن لم يكن دائمًا وهذا مما يتعلق بما نحن فيه. ومما ينبغي أن يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومظنته، والآخر جاء مستطردًا في باب آخر.

واعلم أن هذا الكتاب الذي اختصرته وهذبته محصل لك جميع ما ذكرته ولا أقول هذا تبجحًا بل نصيحة للمسلمين ومناصحة للدين، وهما واجبان علي وعلى سائر المكلفين.

واعلم أنه يكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله: فيه قولان، أو وجهان: أو خلاف ونحو ذلك، فإن هذا ليس جوابًا صحيحًا للمستفتي، ولا يحصل به مقصوده، وهو بيان ما يعمل به لما ذكرنا، بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح، فإن لم يظهر له الراجح، انتظر ظهوره، أو امتنع من الإفتاء في المسألة، كما فعله كثير من أصحابنا وغيرهم.

واعلم أنه متى كان قولان قديم وجديد، فالعمل على الجديد إلا في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة قد أوضحتها مفصلة في أول شرح «المهذب» مع ما يتعلق بها ويترتب بها، ويترتب عليها، وبالله التوفيق، وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل، فحسن أن يرتب الجواب على ترتيب الأسئلة، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب، فإنه خطأ بالاتفاق، وليس له أن يكتب الجواب على ما يعلمه من صورة الواقعة إذا لم يكن في الرقعة تعرض له، بل يذكر جواب ما في الرقعة فإن أراد الجواب على خلاف ما فيها، فليقل، وإن كان الأمر كذا، فجوابه كذا، وإذا كتب الجواب، أعاد نظره فيه وتأمله، وإذا كان هو المبتدىء بالإفتاء في الرقعة، قال الصيمري وغيره: فالعادة قديمًا وحديثًا أن يكتب في الناحية اليسرى، لأنه أمكن.

قال الصيمري وغيره: ولو كتب وسط الرقعة، أو في حاشيتها، فلا عتب عليه، ولا يكتب فوق البسملة بحال.

ويستحب عند إرادة الإفتاء أن يستعيذ من الشيطان ويسمي الله تعالى ويحمده، ويصلي على النبي ﷺ، ويقول: لا حول ولا قوة إلا بالله، ويقول: رب اشرح لي صدري الآية، ويستحب أن يكتب في أول فتواه: الحمد لله، أو الله الموفق، أو حسبنا الله، أو حسبي الله ونحو ذلك، نقل ذلك الصيمري عن كثيرين، قال: وحذفه آخرون. قال: ولا يدع أن يختم جوابه بقوله: والله أعلم، أو وبالله التوفيق ونحوه. قال: ولا يقبح أن يقول: الجواب عندنا، أو الذي عندنا، أو الذي نذهب إليه كذا، لأنه من أهله قال: وإذا كان السائل قد أغفل الدعاء للمجيب، أو الصلاة على رسول الله ﷺ في آخر الفتوى، ألحق المفتي ذلك بخطه فإن العادة جارية به، ويكتب بعد: والله أعلم، ونحوه: كتبه فلان، أو فلان ابن فلان الفلاني، فينتسب إلى ما يعرف به من قبيلة أو بلد أو غيرهما، ثم ينتسب إلى المذهب، فيقول الشافعي أو الحنفي ونحوهما، قال الصيمري: وإن كانت الفتوى تتعلق بالسلطان، دعا له، فقال: وعلى السلطان أو على ولي الأمر وفقه الله، أو أصلحه، أو سدده، أو شد أزره، ولا يقول: أطال الله بقاءه، فإنه ليس من ألفاظ السلف. وقد نقل النحاس اتفاق العلماء على كراهية أطال الله بقاءك. وقد أوضحت هذه اللفظة وما يتعلق بها ويشبهها في آخر كتاب «الأذكار».

وينبغي أن يختصر جوابه، ويكون بحيث يفهم للعامة فهمًا جليًا، قال الصيمري والخطيب وغيرهما: وإذا سئل عمن قال: أنا أصدق من محمد بن عبد الله، أو الصلاة لغو ونحو هذه العبارات، فلا يبادر بقوله: هذا حلال الدم، أو عليه القتل، بل يقول: إن ثبت هذا بإقراره، أو ببينة، استتابه السلطان، فإن تاب، قبلت توبته، وإلا فعل كذا وكذا وأشبع القول فيه، وإن سئل عن شيء يحتمل وجوهًا يكفر ببعضها دون بعض قال: يسأل القائل، فإن قال: أردت كذا، فالجواب كذا، وإن قال: أرددت كذا، فالجواب كذا. وإذا سئل عمن قتل أو قلع سنًا أو عينًا، احتاط في الجواب، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص، وإذا سئل عمن فعل ما يقتضي تعزيره، ذكر ما يعزر به، فيقول: ضربه السلطان ما بين كذا وكذا، ولا يزاد على كذا، وينبغي أن يلصق الجواب بآخر الاستفتاء، ولا يدع بينهما فرجة مخافة أن يزيد السائل شيئًا يفسد الجواب. وإذا كان موضع الجواب ورقة ملصقة، كتب على موضع الإلصاق، وإذا ضاق آخر الورقة عن الجواب، لم يكتبه في ورقة أخرى، بل في ظهر هذه أو حاشيتها وأيهما أولى؟ فيه ثلاثة أوجه: ثالثها: هما سواء، والراجح أن حاشيتها أولى، وبه قطع الصيمري وغيره، وليحذر أن يميل في فتواه مع

المستفتي أو خصمه، ووجوه الميل معروفة. ومنها أن يكتب ما له دون ما عليه، وليس له أن يعلم أحدهما ما يدفع به حجة صاحبه، وإذا ظهر له أن الجواب خلاف غرض المستفتي، وأنه لا يرضى بكتابته في ورقته، اقتصر على مشافهته بالجواب، ويجب عليه عند اجتماع الرقاع أن يقدم الأسبق فالأسبق، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء، فإن تساووا وجهل السابق، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة، والمسافر الذي شد رحله، ويتضرر بتخلفه عن رفقته إلا إذا كثر المسافرون والنساء بحيث يتضرر غيرهم تضررًا ظاهرًا، فيقدم حينئذ بالسبق، ثم القرعة، ثم لا يقدم أحدًا إلا في فتيا واحدة.

قال الصيمري وغيره: إذا سئل عن ميراث، فالعادة أن لا يشترط في الورثة عدم الرق والكفر والقتل وغيرهما مما يمنع الإرث، بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما إذا أطلق الإخوة والأخوات، ولا بد أن يقول في الجواب: من أبوين أو أب أو أم، وإذا سئل عن المنبرية وهي زوجة وأبوان وبنتان، لا يقول: للزوجة الثمن، ولا التسع، لأنه لم يطلقه أحد من السلف، بل يقول: لها الثمن عائلًا، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهمًا، أولها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين، وإذا كان في المذكورين من لا يرث أفصح بسقوطه، فقال: وسقط فلان، فإن كان سقوطه في حال دون حال، قال: وسقط فلان في هذه الحالة ونحو ذلك، لئلا يتوهم أنه لا يرث بحال. قال: وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسخات. قال الصيمري وغيره: وحسن أن يقول: تقسم التركة بعد إخراج ما يجب تقديمه من دين أو وصية إن كانا. قالوا: وإذا رأى في الرقعة فتوى غيره ممن هو أهل للإفتاء، وخطه موافق لما عنده، كتب تحته الجواب صحيح، أو جوابي مثل هذا، أو بهذا أقول وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق. وإن كان فيها خط من ليس بأهل، قال الصيمري وغيره: لم يفت معه، لأن ذلك تقرير للخطأ، بل يضرب عليه، وينهر المستفتي، ويعرفه قبح ما فعله، وأنه كان واجبًا عليه البحث عن أهل الفتوى. وإن رأى فيها اسم من لا يعرفه، سأل عنه، فإن لم يعرفه، فله الامتناع خوفًا مما قلناه. والأولى أن يأمر صاحبها بإبدالها، فإن أبى، أجابه شفاهًا، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها، ولم تكن فتياه خطأ، امتنع من الإفتاء معه.

وهل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء، نظر إن كان منتسبًا إلى مذهب، بني على وجهين: حكاهما القاضي حسين في أن العامي هل له مذهب أم لا؟ أحدهما: لا، لأن المذهب لعارف الأدلة، فعلى هذا له أن يستفتي من شاء، وأصحهما: عند القفال له مذهب، فلا تجوز مخالفته. وإن لم يكن منتسبًا، بني على

وجهين: حكاهما ابن برهان بفتح الباء من أصحابنا في أن العامي هل يلزمه التقيد بمذهب معين؟ أحدهما: لا، فعلى هذا هل له أن يقلد من شاء أم يبحث عن أسد المذاهب، فيقلد أهله وجهان: كالبحث عن الأعلم. والثاني وبه قطع أبو الحسن إلْكِيَا: يلزمه. وهو جار في كل من يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم، لئلا يتلقط رخص المذاهب بخلاف العصر الأول، ولم تكن مذاهب مدونة، فيتلقط رخصها. فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهبًا يقلده في كل شيء، وليس له التمذهب بمجرد التشهي، ولا بما وجد عليه أباه، هذا كلام الأصحاب. والذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزمه التمذهب بمذهب، بل يستفتي من شاء، أو من اتفق، لكن من غير تلقط للرخص. ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقطه. وإذا استفتى وأفتاه المفتي، فقال أبو المظفر السمعاني: لا يلزمه العمل به إلا بإلزامه، قال: ويجوز أن يقال: يلزمه إذا أخذ في العمل به، وقيل: يلزمه إذا وقع في نفسه صحته، قال: وهذا أولى الأوجه، والمختار ما نقله الخطيب وغيره، أنه إذا لم يكن هناك مفت آخر، لزمه بمجرد فتواه، وإن لم تسكن نفسه، وإن كان هناك آخر لم يلزمه بمجرد إفتائه، إذ له أن يسأل غيره، وحينئذ فقد يخالفه، فيجيء فيه الخلاف السابق في اختلاف المفتيين، وينبغي للمستفتي أن يبدأ من المفتين بالأسن الأعلم وبالأولى فالأولى فإن أراد جمعهم في رقعة، وإن أراد إفرادهم في رقاع، بدأ بمن شاء، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة، ويدعو في الورقة لمن يستفتيه، ويدفع الورقة إلى المفتي منشورة، ويأخذها منشورة، فيريحه من نشرها وطيها. وإذا لم يجد صاحب الواقعة مفتيًا في بلده ولا غيره، ولا من ينقل حكمها، قال الشيخ أبو عمرو: هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية، وحكمها حكم ما قبل ورود الشرع، والصحيح في كل ذلك أن لا تكليف ولا حكم في حقه أصلًا، فلا يؤاخذ إذا صاحب الواقعة شيء بصنعه. فهذا آخر النبذ التي يسر الله الكريم إلحاقها وهي وإن كانت طويلة بالنسبة إلى هذا المختصر فهي قصيرة بالنسبة إلى ما ذكرته في شرح «المهذب»، وموضع بسطها والزيادات والفروع هناك. وهذا الفصل مما يكثر الاحتياج إليه، فلهذا بسطناه أدنى بسط. والله أعلم.

المسألة الثالثة: يستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف، فإن لم يأذن، فله حالان أحدهما: أن يطلق التولية، ولا ينهاه عن الاستخلاف، فإن أمكنه القيام بما تولاه، كقضاء بلدة صغيرة، فليس له الاستخلاف على الأصح، وإن لم يمكنه كقضاء بلدتين أو بلد كبير، فله الاستخلاف في القدر الزائد على ما يمكنه، وليس له الاستخلاف في الممكن على الأصح، والقياس فيما إذا أذن له أن يكون

في القدر المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرح بالاستخلاف في الجميع، وقطع ابن كج بالجواز في الكل عند مطلق الإذن. الحال الثاني: أن ينهاه عن الاستخلاف، فلا يجوز الاستخلاف، فإن كان ما فوضه إليه لا يمكنه القيام به، فقال القاضي أبو الطيب: هذا النهي كالعدم، والأقرب أحد أمرين إما بطلان التولية، وبه قال ابن القطان، وإما اقتصاره على الممكن، وترك الاستخلاف.

وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام، أما في الأمور الخاصة، كتخليف وسماع بينة، فقطع القفال بجوازه للضرورة، وقال غيره: هو على الخلاف، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين.

فروع: أحدها: يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي، قال الشيخ أبو محمد وغيره: فإن فوض إليه أمرًا خاصًا، كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى إن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سماع البينة ونقلها دون الحكم، كفاه العلم بشروط سماع البينة ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد.

الثاني: قال الروياني في «التجربة»: نص الشافعي رحمه الله في «المبسوط» يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من يخالفه، والمعروف في المذهب خلافه، لأن الحاكم يعمل باجتهاده حتى لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده، ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز، وكذا إذا جوزنا تولية المقلد للضرورة، فاعتقاد المقلد في حقه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشرط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده، فلو خالف وشرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة قال في «الوسيط»: له الحكم في المسائل التي اتفق عليها الإمامان دون المختلف فيها، وهذا حكم منه بصحة الاستخلاف، لكن قال الماوردي وصاحبا «المهذب» و«التهذيب» وغيرهم: لو قلد الإمام رجلًا القضاء على أن يقضي بمذهب عينه، بطل التقليد. ومقتضى هذا بطلان الاستخلاف هناك، وفي فتاوى القاضي حسين أن الإمام الحنفي لو ولى شافعيًا بشرط أن لا يقضي بشاهد ويمين، ولا على غائب، صحت التولية، ولغا الشرط، فيقضي بما أدى إليه اجتهاده، ومقتضى هذا أن لا يراعى الشرط هناك، قال الماوردي: ولو لم تجر صيغة الشرط، بل قال الإمام: قلدتك القضاء، فاحكم بمذهب الشافعي، ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة، صح التقليد، ولغا الأمر والنهي، وفيه احتمال، قال: ولو قال: لا تحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد، جاز، وقد قصر عمله على باقي الحوادث، وحكى وجهين فيما لو قال: لا تقض فيهما بقصاص أنه يلغو أم يكون منعًا له في الحكم في القصاص نفيًا وإثباتًا.

الثالث: حيث منعنا الاستخلاف، فاستخلف فحكم الخليفة باطل، لكن لو تراضى خصمان بحكمه، كان كالمحكم وليس للقاضي إنفاذ حكمه، بل يستأنف الحكم بينهما، وإذا جوزنا الاستخلاف، فاستخلف من لا يصلح للقضاء، فحكمه باطل أيضًا، ولا يجوز إنفاذه.

المسألة الرابعة: إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد، نظر إن خص كل واحد بطرف منه، أو بزمان، أو جعل أحدهما قاضيًا في الأموال، والآخر في الدماء والفروج، جاز، قال ابن كج: وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه، وإن عمم ولايتهما مكانًا وزمانًا وحادثة، فإن شرط عليهما الاجتماع في الحكم، لم يجز، لأن الخلاف يكثر في محل الاجتهاد، فتتعطل الحكومات، وإن أثبت لكل واحد الاستقلال فوجهان: أحدهما: لا يجوز كالإمامة العظمى، فعلى هذا إن ولاهما معًا، بطلت توليتهما، وإن ولاهما متعاقبين، صحت تولية الأول دون الثاني، وأصحهما: الجواز، كالوكيلين والوصيين. فعلى هذا لو تنازع الخصمان في إجابة داعي القاضيين يجاب من سبق داعيه، فإن جاءا معًا أقرع، وإن تنازعا في اختيار القاضيين، فقد أطلق الغزالي أنه يقرع، وقال الماوردي: القول قول الطالب دون المطلوب، فإن تساويا، حضرا عند أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب فالأصح أنه يقرع، وقيل: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما وإن أطلق نصب قاضيين، ولم يشرط اجتماعهما، ولا استقلالهما، قال صاحب «التقريب»: يحمل على إثبات الاستقلال تنزيلًا للمطلق على ما يجوز، وقال غيره: التولية باطلة حتى يصرح بالاستقلال.

المسألة الخامسة: هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلًا غير القاضي، وهل لحكمه بينهما اعتبار، قولان أظهرهما عند الجمهور نعم، وخالفهم الإمام والغزالي، فرجحا المنع، وقيل: القولان في الأموال فقط، فأما النكاح واللعان، والقصاص، وحد القذف وغيرها، فلا يجوز فيها التحكيم قطعًا، والمذهب طرد القولين في الجميع، وبه قطع الأكثرون، ولا يجزىء في حدود الله تعالى على المذهب، إذ ليس لها طالب معين، وفي «التهذيب» وغيره ما يقضي ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها وليس بشيء، وقيل: القولان في التحكيم في حقوق الآدميين مخصوصان بما إذا لم يكن في البلد قاض، فإن كان لم يجز، وقيل: هما إذا كان قاض وإلا فيجوز قطعًا والمذهب طردهما في الحالين، فإذا جوزنا التحكيم اشترط في المحكم صفات القاضي، ولا ينفذ حكمه إلا على من رضي بحكمه حتى لا تضرب دية الخطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه، ولا يكفي رضى القاتل، وقيل: يكفي، والعاقلة تبع

له، والصحيح الأول. قال السرخسي: الخلاف مخصوص بقولنا تجب الدية على الجاني، ثم تحملها العاقلة، فإن قلنا: تجب عليها ابتداء لم تضرب عليهم إلا برضاهم قطعًا وهذا حسن. قال السرخسي: وإنما يشترط رضا المتحاكمين إذا لم يكن أحدهما القاضي نفسه، فإن كان، فهل يشترط رضا الآخر؟ فيه اختلاف نص، والمذهب أنه لا يشترط، وليكن هذا مبنيًا على جواز الاستخلاف إن جاز، فالمرجوع إليه نائب القاضي. قال: ويشترط على أحد الوجهين كون المتحاكمين بحيث يجوز للمحكم أن يحكم لكل واحد منهما، فإن كان أحدهما ابنه أو أباه، لم يجز. وليس للمحكم الحبس، بل غايته الإثبات والحكم وقيل: يحبس وهو شاذ وهل يلزم حكمهما بنفس الحكم كحكم القاضي أم لا يلزمه إلا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: الأول، ومتى رجع أحدهما قبل الحكم، امتنع الحكم حتى لو أقام المدعي شاهدين، فقال المدعى عليه: عزلتك، لم يكن له أن يحكم. وقال الإصطخري: إن أحسن المدعى عليه بالحكم فرجع، ففي تمكينه من الرجوع وجهان خرَّجهما، والمذهب الأول، وإذا جوزنا التحكيم في غير الأموال، فخطب امرأة، وحكما رجلًا في التزويج، كان له أن يزوج، قال الروياني: وهذا هو الأصح، واختيار الأستاذين أبي إسحاق الإسفراييني، وأبي طاهر الزيادي وغيرهما من المشايخ، وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لها ولي خاص من نسيب أو معتق، وشرط في بعض الشروح أن لا يكون هناك قاض، وحكى صاحب «العدة» القاضي أبو المكارم الطبري ابن أخت الروياني وجهين في اشتراطه. وليكن هذا مبنيًا على الخلاف في أنه هل يفرق في التحكيم بين أن يكون في البلد قاض أم لا، وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره.

المسألة السادسة: في أحكام منثورة تتعلق بالتولية: يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة وناحية خالية عن قاض، فإن عرف حال من يوليه عدالة وعلمًا، فذاك، وإلا أحضره، وجمع بينه وبين العلماء ليعرف علمه، ويسأل عن سيرته جيرانه وخلطاءه، فلو ولى من لا يعرف حاله، لم تنعقد توليته، وإن علم بعد ذلك كونه بصفة القضاة، ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة، وإن لم يكن المجعول إليه صالحًا للقضاء، لأنه وكيل محض، وكذا لو فوض إلى واحد من المسلمين اختيار قاض، ثم ليس له أن يختار والده ولا ولده، كما لا يختار نفسه. ولو قال لأهل بلد: اختاروا رجلًا منكم، وقلدوه القضاء، قال ابن كج: جاز على الأصح. ويشترط في التولية تعيين محل ولايته من قرية، أو بلدة، أو

ناحية، ويشترط تعيين المولى، فلو قال: وليت أحد هذين أو من رغب في القضاء ببلدة كذا من علمائها، لم يجز. ولو قال: فوضت القضاء إلى فلان وفلان، فهذا نصب قاضيين. وفي «الأحكام السلطانية» للقاضي الماوردي: إن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة، وهو المشافهة باللفظ، والمراسلة، والمكاتبة عند الغيبة، ويجيء في المراسلة والمكاتبة خلاف كما سبق في الوكالة، وإن كان المذهب الصحة كما ذكره. وفيه أن صريح اللفظ: وليتك القضاء، واستخلفتك، واستنبتك، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر، كقوله: اقض بين الناس، أو احكم ببلدة كذا، وهو ملحق بالصرائح، كما في الوكالة. وفيه أن الكنايات: اعتمدت عليك في القضاء، أو رددته إليك، أو اعتمدت، أو فوضت، أو وكلت، أو أسندت، وينبغي أن يقترن بها ما يلحقها بالصرائح ولا يكاد يتضح فرق بين: وليتك القضاء، وفوضته إليك.

وفيه أن عند المشافهة يشترط القبول على الفور، وفي المراسلة والمكاتبة لا يشترط الفور، وقد سبق في الوكالة خلاف في اشتراط القبول، وأنه إذا اشترط، فالأصح أنه لا يعتبر الفور فليكن هكذا هنا.

فرع: يجوز تعميم التولية وتخصيصها، إما في الأشخاص بأن يوليه القضاء بين سكان محلة أو قبيلة، أو في خصومات شخصين معينين، أو ولاه القضاء بين من يأتيه في داره أو في مسجده من الخصوم، وإما في الحوادث بأن يوليه القضاء في الأنكحة دون الأموال أو عكسه، أو في قدر معين من المال، وإما في طرف الحكم بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البينة أو عكسه، وإما في الأمكنة وهو ظاهر، وإما في الأزمنة بأن يوليه سنة أو يومًا معينًا، أو يومًا سماه من كل أسبوع. وحكى ابن كج وجهًا أنه إذا قال: وليتك سنة، بطلت التولية كما في الإمامة، والمذهب الأول كالوكالة، ولو كان كالإمامة، لما جاز باقي التخصيصات. ومن ولي القضاء مطلقًا، استفاد سماع البينة والتحليف، وفصل الخصومات بحكم بات أو إصلاح عن تراض، واستيفاء الحقوق والحبس عند الحاجة والتعزير، وإقامة الحدود، وتزويج من ليس لها ولي حاضر، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء والنظر في الضوال وفي الوقف حفظًا للأصول، وإيصالًا للغلات إلى مصارفها بالفحص عن حال المتولي إذا كان لها متول، وبالقيام به إذا لم يكن. قال الماوردي: ويعم نظره في الوقوف العامة والخاصة، لأن الخاصة ستنتهي إلى العموم والنظر في الوصايا وتعيين المصروف إليه إن كانت لجهة عامة بالقيام بها إن لم يكن وصي، وبالفحص عن حاله إن كان، والنظر في الطرق، والمنع من التعدي فيها بالأبنية، وإشراع ما لا يجوز إشراعه قال القاضي أبو سعد الهروي: ونصب المفتين والمحتسبين وأخذ

الزكوات. وفصل الماوردي أمر الزكوات، فقال: إذا أقام الإمام لها ناظرًا خرجت عن عموم ولاية القاضي، وإلا فوجهان: ويشبه أن يطرد هذا التفصيل، في المحتسبين، وكذا القول في إقامة صلاة الجمعة والعيد، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جباية الجزية والخراج بالتولية المطلقة على الأصح.

الطرف الثاني في العزل والانعزال وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا جن، أو أغمي عليه، أو عمي، أو خرس، أو خرج عن أهلية الضبط والاجتهاد لغفله أو نسيان لم ينفذ حكمه، وكذا لو فسق على الأصح، فلو زالت هذه الأحوال، ففي عود ولايته من غير تولية مستأنفة وجهان سبقا في كتاب الوصايا، الأصح، لا يعود، وقطع السرخسي بعودها في صورة الإغماء. ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو فسقه، فولى قاضيًا، ثم بان خلافه، لم يقدح في تولية الثاني.

المسألة الثانية: في الحال الذي يجوز فيه عزله، فإن ظهر منه خلل، فللإمام عزله، قال في «الوسيط»: ويكفي فيه غلبة الظن. وإن لم يظهر خلل، نظر إن لم يكن من يصلح للقضاء، لم يجز عزله، ولو عزله، لم ينعزل، وإن كان هناك صالح، نظر إن كان أفضل منه، جاز عزله وانعزل المفضول بالعزل، وإن كان مثله أو دونه، فإن كان في العزل به مصلحة من تسكين فتنة ونحوها، فللإمام عزله به، وإن لم يكن فيه مصلحة، لم يجز، فلو عزله، نفذ على الأصح مراعاة لطاعة السلطان، ومتى كان العزل في محل النظر، واحتمل أن يكون فيه مصلحة، فلا اعتراض على الإمام فيه، ويحكم بنفوذه وفي بعض الشروح أن تولية قاض بعد قاض هل هي عزل للأول؟ وجهان: وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان.

فرع: هل ينعزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل؟ قيل: قولان كالوكيل، والمذهب القطع بأنه لا ينعزل قبله، لعظم الضرر في نقض أقضيته، ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظًا، أو كتب إليه: أنت معزول، أو عزلتك، فأما إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي هذا، فأنت معزول، فلا ينعزل قبل أن يصله الكتاب قطعًا، وإن كتب إذا قرأت كتابي فأنت معزول، لم ينعزل قبل القراءة، ثم إن قرأ بنفسه انعزل، وكذا إن قرىء عليه على الأصح، لأن الغرض إعلامه بصورة الحال. ولو كان القاضي أميًا وجوزناه، فقرىء عليه، فالانعزال أولى.

فرع: للقاضي أن يعزل نفسه، كالوكيل وفي «الإقناع» للماوردي أنه إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا بعلم من قلده.

المسألة الثالثة: فيمن ينعزل بموت القاضي وانعزاله، فينعزل به كل مأذون له في شغل معين، كبيع على ميت أو غائب، وسماع شهادة في حادثة معينة، وأما من استخلفه في القضاء، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: ينعزل كالوكيل، والثاني: لا، للحاجة، وأصحها: ينعزل إن لم يكن القاضي مأذونًا له في الاستخلاف، لأن الاستخلاف في هذا لحاجته، وقد زالت بزوال ولايته، وإن كان مأذونًا له فيه لم ينعزل إن كان قال: استخلف عني فامتثل، وإن قال: استخلف عن نفسك، أو أطلق، انعزل، ولو نصبه الإمام نائبًا عن القاضي، قال السرخسي: لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله، لأنه مأذون له من جهة الإمام، وفيه احتمال، ويتخرج على هذا الخلاف أن القاضي هل له عزل خليفته.

فرع: القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم الغزالي كالخلفاء، والمذهب الذي قطع به الأصحاب الجزم بأنهم لا ينعزلون بموت القاضي وانعزاله، لئلا تتعطل أبواب المصالح وهم كالمتولي من جهة الواقف.

فرع: القضاة والولاة لا ينعزلون بموت الإمام الأعظم، وانعزاله لشدة الضرر في تعطيل الحوادث.

المسألة الرابعة: إذا قال القاضي بعد الانعزال: كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل إلا ببينة، وهل تقبل شهادته بذلك مع آخر؟ وجهان قال الإصطخري: نعم، والصحيح باتفاق الأصحاب المنع، لأنه يشهد على فعل نفسه، فعلى هذا لو شهد مع غيره أن حاكمًا جائز الحكم حكم بكذا، ولم يضف إلى نفسه، قبلت شهادته على الأصح، كما لو شهدت المرضعة برضاع محرم، ولم يذكر فعلها. ووجه المنع أنه قد يريد نفسه، فوجب البيان، ليزول اللبس، والوجهان مفرعان على أنه لو قامت البينة على حكم حاكم، قبلت ولا يشترط تعيينه، وهذا هو المذهب والمعروف، وأشار بعضهم إلى وجه آخر، فعلى هذا الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما. ثم يجوز أن يقال: الوجهان فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه، فإن علم، فهو كما لو أضاف. ويجوز أن يقال: هما إذا علم، فإن لم يعلم قبل قطعًا لجواز إرادة غيره. وعلى هذا الاحتمال لو شهد المعزول أن حاكما حكم بكذا، وشهد معه آخر أن المعزول حكم به، وجب أن نقبل، لأنا على هذا التقدير لا نعتني إلا بتصحيح الصيغة.

ولو شهد المعزول أنه ملك فلان، أو أن فلانًا أقر في مجلس حكمي بكذا، قبلت شهادته، لأنه لم يشهد على فعله، وقول القاضي في غير محل ولايته: حكمت لفلان بكذا، كقول المعزول. وأما إذا قال قبل العزل: حكمت بكذا، فيقبل لقدرته

على الإنشاء في الحال وحتى لو قال على سبيل الحكم: نساء القرية طوالق من أزواجهن، قبل قوله، ولا حاجة إلى حجة.

فرعان: ذكرهما الهروي، أحدهما: قال القاضي المعزول: المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه أيام قضائي ليحفظه لزيد، وقال الأمين: إنه لعمرو، وما قبضته منك، فالقول قول الأمين، وإن وافقه على القبض منه، فالقول قول القاضي. والثاني: يجوز أن يكون الشاهدان بحكم القاضي هما اللذان شهدا عنده، وحكم بشهادتهما، لأنهما يشهدان على فعل القاضي. قال الأستاذ أبو طاهر: وعلى هذا تفقهت، وأدركت القضاة.

المسألة الخامسة: ليس على القاضي تتبع أحكام القاضي قبله، لأن الظاهر منها السداد، وله التتبع على أحد الوجهين، واختاره الشيخ أبو حامد احتياطًا. وإذا جاءه متظلم على القاضي المعزول، وطلب إحضاره، لم يسارع إلى إجابته، فقد يقصد ابتذاله، بل يسأله عما يريد منه، فإن ذكر أنه يدعي عليه عينًا، أو دين معاملة، أو إتلاف أو غصب، أحضره، وفصل خصومتهما، كغيرهما. ولو قال: أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة، أو أخذ مني مالًا بشهادة عبدين أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته، ودفعه إلى فلان، فكذلك الجواب، لأن هذا الأخذ كالغصب، وأما فلان الذي ادعى الدفع إليه، فإن قال: أخذته بحكم المعزول لي، لم يقبل قوله، ولا قول المعزول له، بل يحتاج إلى بينة تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه، وإن لم يكن بينة، انتزع منه المال، وإن اقتصر على أنه لي، ولم يتعرض الآخذ من المدعي لحكم المعزول، فالقول قوله بيمينه، ولو لم يتعرض المتظلم للآخذ، بل قال: حكم علي بشهادة عبدين ونحوهما، فقد حكى الغزالي وجهًا أن دعواه لا تسمع، ولا يصغى إليه وهذا الوجه خطأ لا نعرفه لأحد من الأصحاب، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة، وبينته محكوم بها، ولكن هل يحضر المعزول بمجرد دعواه وجهان: أصحهما: نعم كغيره، والثاني: لا يحضره إلا ببينة تقوم بما يدعيه، أو على إقرار المعزول بما يدعيه، لأن الظاهر جريان أحكامه على الصواب، فيكفي هذا الظاهر حتى تقوم بينة بخلافه، وعلى هذا فليس المراد أن البينة تقام في غيبته، ويحكم بها لكن الغرض أن يكون إحضاره ثبت فيقيم المدعي شهودًا يعرف القاضي بهم أن لدعواه أصلًا وحقيقة، ثم إذا حضر المعزول ادعى المدعي، وشهد الشهود في وجهه، فإن أحضر بعد البينة أو من غير بينة، فأقر، طولب بمقتضاه، وإن أنكر صدق بيمينه على الأصح عند العراقيين والروياني كالمودع وسائر الأمناء، وقيل: يصدق بلا يمين، وبه قال ابن القاص، والإصطخري، وصاحب «التقريب»

والماوردي، وصححه الشيخ أبو عاصم، والبغوي. ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال أو دم حتى إذا ادعى عليه أنه قتل ظلمًا بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على بينة، وأنه إذا أنكر هل يحلف؟ ولو ادعى على نائب المعزول في القضاء، فهو كالدعوى على المعزول، وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء، فقال: أخذت هذا المال أجرة عملي، فصدقه المعزول، لم ينفعه تصديقه، بل يسترد منه ما يزيد على أجرة المثل، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل؟ وجهان: أحدهما: لا، بل عليه البينة بجريان ذكر الأجرة. والثاني: نعم، لأن الظاهر أنه لا يعمل مجانًا. قال الإمام: والخلاف مبني على أن من عمل لغيره ولم يسم أجرة، هل يستحقها؟

فرع: لو ادعى رجل على القاضي الباقي على قضائه، نظر إن ادعى ما لا يتعلق بالحكم، حكم بينهما خليفته أو قاضٍ آخر، وإن ادعى ظلمًا في الحكم، وأراد تغريمه، لم يمكن، ولا يحلف القاضي ولا تغني إلا البينة، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور، وأراد تغريمه، لأنهما أمينان شرعًا. ولو فتح باب تحليفهما لتعطل القضاء، وأداء الشهادة، وكذا الحكم لو قال للقاضي: قد عزلت، فأنكر وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع هذا كسائر الأمناء إذا ادعيت خيانتهم.

فصل: في جامع آداب القضاء: فيه أطراف:

الطرف الأول: في آداب متفرقة وهي عشرة:

الأدب الأول: أن يكتب الإمام كتاب العهد لمن ولاه القضاء، ويذكر فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به، ويعظه فيه، فإن كان يبعثه إلى بلد آخر، نظر إن كان بعيدًا لا ينتشر الخبر إليه، فليشهد شاهدين على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب ويقرآنه، أو يقرؤه الإمام عليهما، فإن قرأ غير الإمام، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه، ثم يخرج الشاهدان معه، فيخبران بالحال هناك، قال الأصحاب: وليس هذا على قواعد الشهادات، إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادة. ولو أشهد ولم يكتب، كفى، فإن الاعتماد على الشهود وإن كان البلد قريبًا ينتشر الخبر إليه ويستفيض، فإن أشهد شاهدين يخرجان معه كما ذكرنا، فذاك، وإلا ففي الاكتفاء بالاستفاضة وجهان: أحدهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق، لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة كالوكالة والإجارة، وأصحهما: الاكتفاء، وبه قال الإصطخري: إذ لم ينقل عن رسول الله ﷺ، ولا عن الخلفاء الإشهاد، ومن الأصحاب من أطلق الوجهين، ولم يفرق بين البلد البعيد والقريب، ويشبه أن لا يكون خلاف، ويكون

التعويل على الاستفاضة، ولا يجوز اعتماد مجرد الكتابة بغير استفاضة، ولا إشهاد هذا هو المذهب والمفهوم من كلام الجمهور. وذكر الغزالي في اعتماده وجهين:

الأدب الثاني: إذا أراد الخروج إلى بلد قضائه، سأل عن حال من فيه العدول والعلماء، فإن لم يتيسر، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد، فإن لم يتيسر، سأل حين يدخل، ويستحب أن يدخل يوم الإثنين.

وأن يكون عليه عمامة سوداء، فقد صح أن النبي ﷺ دخل مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء، وأن ينزل في وسط البلد أو الناحية، لئلا يطول الطريق على بعضهم، وإذا دخل، فإن رأى أن يشتغل في الحال بقراءة العهد، فعل، وإن رأى أن ينزل منزله، ويأمر مناديًا ينادي يومًا فأكثر أو أقل على حسب صغر البلد أو كبره أن فلانًا جاء قاضيًا، وأنه يخرج يوم كذا لقراءة العهد، فمن أحب، فليحضر، فإذا اجتمعوا، قرأ عليهم العهد، وإن كان معه شهود، شهدوا ثم ينصرف إلى منزله، ويستحضر الناس، ويسألهم عن الشهود والمزكين سرًا وعلانية. قال الأصحاب: ويتسلم ديوان الحكم وهو ما كان عند القاضي قبله من المحاضر والسجلات، وحجج الأيتام والأوقاف، وحجج غيرهم المودعة في الديوان، لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه، ثم إذا أراد النظر في الأمور نظر أولًا في المحبوسين هل يستحقونه أم لا؟ ويأمر قبل أن يجلس للنظر فيهم من ينادي يومًا فأكثر على حسب الحاجة أن القاضي ينظر في المحبوسين يوم كذا، فمن له محبوس، فليحضر، ويبعث إلى الحبس أمينًا ليكتب اسم كل محبوس وما حبس به، ومن حبس له في رقعة. وذكر القاضي أبو الطيب أنه يبعث أمينين وهو أحوط. فإذا جلس في اليوم الموعود، وحضر الناس، صبت الرقاع بين يديه، فيأخذ رقعة وينظر في الاسم المثبت فيها، ويسأل عن خصمه فمن قال: أنا خصمه بعث معه ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويحضره، وهكذا يحضر من المحبوسين من يعرف أن المجلس يحتمل النظر في أمرهم وفي «أمالي» السرخسي أنه يقرع بينهم للابتداء.

وإذا اجتمع عنده المحبوس وخصمه، سأل المحبوس عن سبب حبسه، وجوابه يفرض على وجوه، منها أن يعترف أنه حبس بحق، فإن كان ما حبس به مالًا، أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر، فعلى ما سبق في التفليس، فإن لم يؤد ولم يثبت إعساره، رد إلى الحبس، وإن أدى أو ثبت إعساره نودي عليه، فلعل له خصمًا آخر، فإن لم يحضر أحد خلي، وإن كان ما حبس به حدًا، أقيم عليه، وخلي كما ذكرناه. ومنها أن يقول: شهدت على بينة، فحبسني القاضي ليبحث عن حال الشهود، ففي جواز الحبس بهذا السبب خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: لا يحبس به،

أطلقه، وإلا رده، وبحث عن حال الشهود، ومنها أن يقول: حبست بخمر أو كلب أتلفته على ذمي، وهذا القاضي لا يعتقد التغريم بذلك، فالأظهر أنه يمضيه، والثاني: يتوقف، ويسعى في اصطلاحهما على شيء. ومنها أن يقول: حبست ظلمًا، فإن كان الخصم معه، فعلى الخصم البينة، ويصدق المحبوس بيمينه، فإن ذكر خصمًا غائبًا، فقيل: يطلق قطعًا، والأصح أنه على وجهين: فإن قلنا: لا يطلق حبس، أو يؤخذ منه كفيل، ويكتب إلى خصمه في الحضور، فإن لم يفعل، أطلق حينئذ، وإن قال: لا خصم لي أصلًا، أو قال: لا أدري فيم حبست، نودي عليه لطلب الخصم، فإن لم يحضر أحد، حلف وأطلق قال في «الوسيط»: وفي مدة المناداة لا يحبس، ولا يخلى بالكلية، بل يرتقب، وحيث أطلق الذي ادعى أنه مظلوم لا يطالب بكفيل على الأصح.

فرع: لو كان قد حبسه الأول تعزيرًا قال الغزالي: أطلقه الثاني، ولم يتعرض الجمهور لهذا، فإن بانت جنايته عند الثاني، ورأى إدامة حبسه، فالقياس الجواز.

فرع: فإذا فرغ من المحبوسين، نظر في الأوصياء، فإذا حضر من ادعى أنه وصي، بحث الحاكم عن شيئين أحدهما أصل الوصاية، فإن أقام بينة أن القاضي المعزول نفذ وصايته، وأطلق تصرفه، قرره، ولم يعزله إلا أن يطرأ فسقه ونحوه وينعزل، فينزع المال منه، وإن شك في عدالته فوجهان: قال الإصطخري: يقر المال في يده، لأن الظاهر الأمانة، وقال أبو إسحاق: ينتزعه حتى تثبت عدالته، وإن وجده ضعيفًا، أو كان المال كثيرًا لا يمكنه القيام بحفظه، والتصرف فيه، ضم إليه من يعينه، والثاني تصرفه في المال، فإن قال: فرقت ما أوصى به، نظر إن كانت الوصية لمعينين، لم يتعرض له، لأنهم يطالبون إن لم يكن وصلهم، وإن كانت لجهة عامة، فإن كان عدلًا أمضى تصرفه ولم يضمنه، وإن كان فاسقًا، ضمنه لتعديه بالتفريق بغير ولاية صحيحة، ولو فرق الثلث الموصى به غير الوصي خوفًا عليه من أن يضيع، نظر إن كانت الوصاية لمعينين، وقع الموقع، لأن لهم أن يأخذوه بلا واسطة، وإلا فيضمن على الأصح.

فرع: ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال، وتفرقة الوصايا، فمن تغير حاله بفسق أو غيره، فعلى ما ذكرناه في الأوصياء ومن لم يتغير حاله، أقره، قال الروياني: وله أن يعزله ويولي غيره بخلاف الأوصياء، لأن الأمين يولى من جهة القاضي بخلاف الوصي.

فرع: ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها، وفي اللقط والضوال، فما لا يجوز تملكه للملتقط، أو يجوز ولم يختر تملكه بعد الحول، حفظه على صاحبه،

أو باعه، وحفظ ثمنه لمصلحة المالك، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال، وله أن يخلطها بمثلها فإذا ظهر المالك، غرم له من بيت المال.

فرع: ليقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات استخلف من ينظر في تلك الحالة أو فيما هو فيه.

الأدب الثالث: يرتب القاضي بعد المذكورات أمر الكتاب والمزكين والمترجمين، أما الكتاب فللحاجة إلى كتابة المحاضر والسجلات، والكتب الحكمية، لأن القاضي لا يتفرغ لها غالبًا. ويشترط في الكاتب أن يكون عارفًا بما يكتبه من المحاضر وغيرها، وأن يكون مسلمًا عدلًا. وفي «المهذب» وجه أن الإسلام والعدالة ليسا بشرط بل مستحبان، لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه، وليس بشيء. ويستحب أن يكون فقيهًا وافر العقل، عفيفًا عن الأطماع، جيد الخط، ضابطًا للحروف، وأن يجلسه القاضي بين يديه ليملي عليه، ويشاهد ما يكتبه. وأما المزكون فسيأتي فيهم فصل مفرد إن شاء الله تعالى. وأما المترجمون، فللحاجة إلى معرفة كلام من لا يعرف القاضي لغته من خصم أو شاهد، ويشترط في المترجم التكليف والحرية والعدالة، لأنه ينقل إلى القاضي قولًا لا يعرفه، فأشبه الشاهد والمزكي بخلاف الكاتب، ولهذه العلة شرطنا العدد فيه وفي المزكي.

قال الأصحاب: فإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين، قبلت الترجمة من رجلين أو من رجل وامرأتين، وانفرد الإمام باشتراط رجلين، واختاره البغوي لنفسه. وأما النكاح والعتق وسائر ما لا يثبت إلا برجلين، فيشترط في ترجمته رجلان، وفي الزنا هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة؟ قولان كالشهادة على الإقرار بالزنا، وقيل: يكفي رجلان قطعًا، ولو كان الشاهدان أعجميين فهل يكفي لهما مترجمان أم يشترط لكلٍ مترجمان؟ قولان كشهود الفرع، وبالأول قطع العبادي في «الرقم»، ويجوز أن يكون المترجم أعمى على الأصح، لأنه يفسر اللفظ، ولا يحتاج إلى معاينة وإشارة بخلاف الشهادة، وإذا كان بالقاضي صمم، واحتاج إلى من يسمعه فثلاثة أوجه أصحها: يشترط العدد كالمترجم، والثاني: لا، لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم، والحاضرون بخلاف المترجم. والثالث: إن كان الخصمان أصمين، اشترط، لأن غيرهما لا يعتني اعتناءهما، وإن كانا سميعين، فلا. فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي، وما يقوله الخصم، فحكى الروياني عن القفال، أنه لا يشترط فيه العدد، وإذا شرطنا العدد. اشترط لفظ الشهادة على الأصح، فيقول: أشهد أنه يقول كذا، ومن منع، قال: ليست بشهادة محققة، وإذا لم يشترط العدد،

اشترطت الحرية على الأصح، كهلال رمضان، ولا يسلك به مسلك الروايات وليجري الخلاف في لفظ الشهادة والحرية مع بعده من المترجم، ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسماع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم.

فرع: إذا لم يجد القاضي كفاية، فله أن يأخذ رزقًا من بيت المال ليتفرغ للقضاء، وإن وجدها وتعين عليه، لم يجز أخذ شيء، وإلا فيجوز. ويستحب ترك الأخذ، ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء، وفي فتاوي القاضي حسين وجه أنه يجوز، والمذهب الأول وبه قطع الجمهور، وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال شيئًا مع رزق القاضي لثمن ورق المحاضر والسجلات، ولأجرة الكاتب، فإن لم يكن في بيت المال شيء أو احتيج إليه لما هو أهم، فإن أتى المدعي بورقة تثبت فيها خصومته وشهادة الشهود، وبأجرة الكاتب، فذاك، وإلا فلا يجبر عليه، لكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يثبت ما جرى، فقد تنسى شهادة الشهود وحكم نفسه، وليكن رزق القاضي بقدر كفايته وكفاية عياله على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة وغيرهما، وكذا الإمام يأخذ لنفسه ما يليق به من الخيل والغلمان، والدار الواسعة، ولا يلزمه الاقتصار على ما اقتصر عليه رسول الله ﷺ والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم، لأنه قد بعد العهد بزمن النبوة التي كانت سبب النصر وإلقاء الرعب والهيبة في القلوب، فلو اقتصر الإمام اليوم على ذلك، لم يطع، وتعطلت الأمور.

ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه، أو رزقه أهل ولايته، أو واحد منهم فالذي خرَّجه صاحب «التلخيص» أنه لا يجوز له قبوله، وقد سبق في الأذان أنه يجوز أن يكون رزق المؤذن من مال الإمام، أو أحد الرعية، ويجوز أن يفرق بأن ذلك لا يورث تهمة وميلًا في المؤذن بخلاف القاضي، وكما يرزق الإمام القاضي من بيت المال يرزق أيضًا من يرجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين كالأمير والمفتي والمحتسب، وإمام الصلاة والمؤذن، ومن يعلم الناس القرآن، ومن يقيم الحدود والقاسم، وكاتب الصكوك، فإن لم يكن في بيت المال شيء، لم يعين قاسمًا ولا كاتبًا لئلا يغالي بالأجرة وألحق بهؤلاء المقوم، وفي المترجم وجهان: أصحهما: يرزق من بيت المال كهؤلاء، والثاني: لا، كالوكيل قاله ابن القاص، وأبو زيد، وعلى هذا فمؤنة ما يترجم به للمدعي عليه على المدعى عليه، والمسمع كالمترجم، ففي مؤنته الوجهان، وهما جاريان في المزكي، والقول في الشاهد يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

الأدب الرابع: يستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحًا بارزًا نزهًا لا يؤذي فيه حر ولا برد وريح وغبار ودخان، فيجلس في الصيف حيث يليق به، وكذا في الشتاء

وزمن الرياح، واستحب أبو عبيد بن حربويه وغيره من الأصحاب أن يكون موضع جلوسه مرتفعًا كدكة ونحوها ليسهل عليه النظر إلى الناس، وعليهم المطالبة، وحسن أن يوطأ له الفراش، وموضع الوسادة، ليعرفه الداخل، ويكون أهيب عند الخصوم، وأرفق بالقاضي لئلا يمل، والمستحب أن يكون مستقبل القبلة، ولا يتكىء، ويستحب أن لا يتخذ المسجد مجلسًا للقضاء، فإن اتخذ، كره على الأصح، لأنه ينزه عن رفع الأصوات، وحضور الحيض، والكفار والمجانين وغيرهم ممن يحضرون مجلس القضاء، والثاني: لا يكره كما لا يكره الجلوس فيه لتعليم القرآن وسائر العلوم والإفتاء، وإذا أثبتنا الكراهة، فهي في إقامة الحد أشد، وكراهة اتخاذه مجلسًا للقضاة كراهة تنزيه، فإن ارتكبها لم يمكن الخصوم من الاجتماع فيه والمشاتمة ونحوها، بل يقعدون خارجه، وينصب من يدخل خصمين خصمين، ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها، فلا بأس بفصلها، وإذا جلس للقضاء ولا زحمة، كره أن يتخذ حاجبًا على الأصح، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته على الصحيح.

الأدب الخامس: يكره أن يقضي في كل حال يتغير فيه خلقه، وكمال عقله لغضب أو جوع أو شبع مفرطين أو مرض مؤلم، وخوف مزعج، وحزن وفرح شديدين، وغلبة نعاس أو ملال أو مدافعة أحد الأخبثين، أو حضور طعام يتوق إليه، ثم قال الإمام والبغوي وغيرهما: الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى، وظاهر كلام آخرين أنه لا فرق، ولو قضى في هذه الحال، نفذ.

فصل: إذا أقر المدعى عليه أو نكل، فحلف المدعي، ثم يسأل المدعي القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو نكل، وحلف المدعي، لزمه إجابته. ولو أقام بينة بما ادعاه، وسأل القاضي الإشهاد عليه، لزمه أيضًا في الأصح، ولو حلف المدعى عليه، وإن سأله الإشهاد ليكون حجة له، فلا يطالبه مرة أخرى، لزمه إجابته، وسأله أحد المتداعيين أن يكتب له محضرًا بما جرى ليحتج به إذا احتاج، نظر إن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال، ولم يأت به الطالب، لم يلزمه إجابته وإن كان فهل يجب أم يستحب؟ وجهان أصحهما: الاستحباب، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب، وإن طلب أن يحكم له بما ثبت، لزمه الحكم، فيقول: حكمت له به، أو أنفذت الحكم به، أو ألزمت خصمه الحق، وإذا حكم، فطلب الإشهاد على حكمه، لزمه الإشهاد، وإن طلب أن يكتب له به سجلًا، فعلى التفصيل والخلاف المذكور في كتابة المحضر، ونقل ابن كج وجهًا ثالثًا أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل الوقوف وأموال المصالح، فلا يجب في الحال والحقوق

الخاصة، وسواء أوجبنا الكتابة أم استحببناها، فيحتاج إلى بيان المكتوب، وأنه كيف يضبط ويحفظ، أما الأول، فالمكتوب محضر وسجل، أما المحضر، فصورته: بسم الله الرحمٰن الرحيم حضر القاضي فلان ابن فلان، وأحضر معه فلان ابن فلان، ويرفع في نسبهما ما يفيد التمييز، وهذا إذا عرفهما القاضي، ويستحب مع ذلك التعرض لحليتهما طولًا وقصرًا في القد، وسمرة وشقرة في الوجه، ويصف منهما الحاجب والعين والفم والأنف. وإن لم يعرفهما، كتب: حضر رجل ذكر أنه فلان ابن فلان، وأحضر معه رجلًا ذكر هذا المحضر أنه فلان ابن فلان ابن فلان، ولا بد والحالة هذه من التعرض لحليتهما، ثم يكتب: وادعى عليه كذا من عين أو دين بصفتهما، فأقر المدعى عليه بما ادعى، فإن أنكر، وأقام المدعي بينة كتب، فأحضر المدعي فلانًا وفلانًا شاهدين، وسأل القاضي استماع شهادتهما، فسمعها في مجلس حكمه، وثبت عنده عدالتهما، وسأله أن يكتب محضرًا بما جرى، فأجابه إليه، وذلك في تاريخ كذا، ويثبت على رأس المحضر علامته من الحمدلة وغيرها، ويجوز أن يبهم الشاهدين فيكتب: وأحضر عدلين شهدا له بما ادعاه، ولو كان مع المدعي كتاب فيه خط الشاهدين، كتب تحت خطهما: شهد عندي بذلك، وأثبت علامته في رأس الكتاب، واكتفى به عن المحضر، جاز، وإن كتب المحضر، وضمنه ذلك الكتاب، جاز، وعلى هذا قياس محضر يذكر تحليف المدعى عليه أو المدعي بعد نكول المدعى عليه.

وأما السجل، فصورته: بسم الله الرحمٰن الرحيم هذا ما أشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا في تاريخ كذا أنه ثبت عنده كذا، فأقر فلان لفلان، أو بشهادة فلان وفلان، وقد ثبتت عدالتهما عنده، أو بيمينه بعد نكول المدعى عليه، وأنه حكم بذلك لفلان على فلان، وأنفذه بسؤال المحكوم له. ويجوز أن يكتب: ثبت عنده ما في كتاب هذه نسخته، وينسخ الكتاب إلى آخره، ثم يكتب: وإنه حكم بذلك وكيفية التعرض لنسب المتداعيين وحليتهما على ما ذكرنا في المحضر. وفي تعليق الشيخ أبي حامد أن ابن خيران لم يجوز للقاضي التسجيل إذا لم يعرف المتداعيين، والصحيح الأول، وإذا كان المتداعيان، أو أحدهما امرأة، واحتاج إلى إثبات الحلية، فليكن النظر لذلك، كالتحمل للشهادة، وأما أنه كيف يضبط ويحفظ، فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر والسجلات نسختين يدفع إلى صاحب الحق إحداهما غير مختومة، وتحفظ الأخرى في ديوان القضاء مختومة، ويكتب على رأسها اسم الخصمين، ويضعها في خريطة أو قمطر، وهو السِّفط الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات، ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أراد أن يقوم، ختمه بنفسه، أو

ختمه أمين وهو ينظر، ثم أمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني وينظر في الختم، ويفكه بنفسه أو يفكه أمينه، وهو ينظر ويضع فيه كتب اليوم الثاني كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي الأسبوع، فإن كثرت، جعلها إضبارة وكتب عليها: خصومات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا وسجلاته، ويعزلها. وإن لم يكتب، تركها حتى يمضي شهر، ثم بعزلها، فإذا مضت سنة، جمعها، وكتب عليها: كتب سنة كذا ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة، ويجعلها في موضع لا يعلمه غيره، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى أخذه بنفسه، ونظر أولًا إلى ختمه وعلاماته.

فرع: قال الهروي: إن أوجبنا التسجيل على القاضي، لم يجز له أخذ الأجرة عليه، وإلا فيجوز. وأطلق بعضهم القول بالجواز، وهو موافق لمنع الوجوب، وهو الأصح، وكذا استئجار المفتي ليكتب الفتوى.

الأدب السادس: يستحب للقاضي المشاورة وإنما يشاور العلماء الأمناء، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحد دليله فيتأملها القاضي ويأخذ بأرجحها عنده، ثم الذين يشاورهم إن شاء أقعدهم عنده، وإن شاء أقعدهم ناحية، فإذا احتاج استدعاهم. قلت: الأول أولى. والله أعلم.

ثم المشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر، وتعارض الآراء، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي، فلا مشاورة فيه وإذا حضر المستشارون، فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يبتدئون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان حكمًا يجب نقضه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وذكر الغزالي أنهم يحضرون قبل خروجه، وهذا وإن كان لم يتعرض له الجمهور يوجه بأنهم بانتظاره أولى كما في الصلاة.

الأدب السابع: يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه، بل يوكل من لا يعرفه الناس، فإن عرفوه بوكالته أبدله، فإن لم يجد من يوكله، عقد بنفسه للضرورة، فإن وقعت خصومة لمعاملة، أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفًا من أن يميل إليه، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء، بل يعم الإجارة وسائر المعاملات، بل نص في «الأم» أنه لا ينظر في نفقة عياله ولا أمر ضيعته، ويكل إلى غيره ليتفرغ قلبه.

فصل: يحرم على القاضي الرشوة، ثم إن كان له رزق في بيت المال، لم يجز أخذ عوض من الخصوم، فإن لم يكن، فقال الشيخ أبو حامد: لو قال للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقًا، جاز، ومثله عن القاضي أبي الطيب وغيره، وهذا نحو ما نقل الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت

المال وهو محتاج، ولم يتعين عليه القضاء، فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله، وإن تعين، قال أصحابنا: لا يجوز الأخذ وجوزه صاحب «التقريب» وأما باذل الرشوة، فإن بذلها ليحكم له بغير الحق، أو يترك الحكم بحق حرم عليه البذل، وإن كان ليصل إلى حقه، فلا يحرم كفداء الأسير.

وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها ولا يقبلها، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال، حرم قبول هديته في محل ولايته، وهديته في غير محل ولايته، كهدية من عادته أن يهدى له قبل الولاية لقرابة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح، وحكى ابن الصباغ في تحريمها وجهًا وهو مقتضى إطلاق الماوردي، وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية، فإن زاد المهدي على القدر المعهود، صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية، وحيث حكمنا بأن القبول ليس بحرام، فله الأخذ والتملك، والأولى أن يثبت عليها أو يضعها في بيت المال، وحيث قلنا بالتحريم، فقبلها، لم يملكها على الأصح، فعلى هذا لو أخذها، قيل: يضعها في بيت المال، والصحيح أنه يردها على مالكها، فإن لم يعرفه، جعلها في بيت المال.

فرع: قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقًا، والهدية جائزة في بعض الأحوال، فيطلب الفرق بين حقيقتيهما مع أن الباذل راض فيهما، والفرق من وجهين: أحدهما ذكره ابن كج: أن الرشوة هي التي يشرط على قابلها الحكم بغير الحق، أو الامتناع عن الحكم بحق، والهدية: هي العطية المطلقة. والثاني قال الغزالي في «الإحياء»: المال إما يبذل لغرض آجل فهو قربة وصدقة، وإما لعاجل، وهو إما مال، فهو هبة بشرط ثواب، أو لتوقع ثواب، وإما عمل، فإن كان عملًا محرمًا، أو واجبًا متعينًا، فهو رشوة، وإن كان مباحًا فإجارة أو جعالة، وإما للتقرب والتودد إلى المبذول له، فإن كان بمجرد نفسه، فهدية، وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب، فهو هدية، وإن كان بالقضاء والعمل، فهو رشوة.

الأدب الثامن: في تأديبه المسيئين عمن أساء الأدب في مجلسه من الخصوم بأن صرح بتكذيب الشهود، أو ظهر منه مع خصمه لدد، أو مجاوزة حد، زجره ونهاه، فإن عاد، هدده وصاح عليه، فإن لم ينزجر، عزره بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وإغلاظ القول، أو ضرب وحبس، ولا يحبسه بمجرد ظهور اللدد، وعن الإصطخري أنه على قولين. وفي «يتيمة اليتيمة» أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط إذ الضرب بالسياط من شأنه الحدود. وهذا الذي ادعاه غير مقبول، بل الضرب بالسياط جائز في غير الحدود، ألا ترى أن لفظ الشافعي رحمه الله في تعزير القاضي شاهد الزور حيث قال: عزره ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطًا. ومثال اللدد أن تتوجه

اليمين على الخصم، فيطلب يمينه، ثم يقطعها عليه، ويزعم أن له بينة، ثم يحضره ثانيًا وثالثًا، ويفعل كذلك، وكذا لو أحضر رجلًا، وادعى عليه وقال: لي بينة وسأحضرها، ثم فعل ذلك ثانيًا وثالثًا إيذاء وتعنتًا. ولو اجترأ خصم على القاضي وقال: أنت تجور أو تميل، أو ظالم، جاز أن يعزره وأن يعفو، والعفو أولى إن لم يحمل على ضعفه، والتعزير أولى إن حمل عليه.

فرع: شهادة الزور من أكبر الكبائر، ومن ثبت أنه شهد بزور، عزره القاضي بما يراه من توبيخ وضرب وحبس، وشهر حاله، وأمر بالنداء عليه في سوقه إن كان من أهل السوق، أو قبيلته إن كانت له قبيلة، أو مسجده تحذيرًا للناس منه، وتأكيدًا لأمره، وإنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد إن تيقن القاضي، بأن شهد أن فلانًا زنى بالكوفة يوم كذا، وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد. هكذا أطلقه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى، ولم يخرجوه على أن القاضي هل يحكم بعلمه، ولا يكفي قيام البينة بأنه شاهد زور، فقد تكون هذه بينة زور.

الأدب التاسع: لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه، ولا لمملوكه القن وغيره القن، ولا لشريكه فيما له فيه شرك، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شرك، ولا يقضي لأحد من أصوله وإن علوا، ولا فروعه وإن نزلوا، ولا لمملوك أحدهم، ولا لشريكه، فإن فعل، لم ينفذ على الصحيح. ولو أراد أن يقضي لهم بعلمه، لم ينفذ قطعًا، وإن جوزنا قضاءه بعلمه للأجانب، ويجوز أن يقضي على أصوله وفروعه، كما يشهد عليهم. وفصل البغوي الحكم للولد وعليه، فقال: له أن يحلف ابنه على نفي ما يدعى عليه، لأنه قطع للخصومة لا حكم له، وله أن يسمع بينة المدعي على ابنه، ولا يسمع بينة الدفع من ابنه، وهل له أن يحكم بشهادة ابنه؟ وجهان: لأنه يتضمن تعديله، فإن عدله شاهدان، فالمتجه أنه يقضي، ولو تحاكم إليه أبوه وابنه، هل له الحكم لأحدهما؟ وجهان في «المهذب» أصحهما: لا، وبه قطع البغوي. ومتى وقعت له خصومة، أو لأحد هؤلاء الذين يمنع حكمه لهم، قضى فيها الإمام، أو قاضي بلدة أخرى، أو نائبه، وفي النائب وجه ضعيف.

فرع: لا يقضي على عدوه على الصحيح، وبه قطع الجمهور، كالشهادة عليه، وجوزه الماوردي في كتابه «الأحكام السلطانية» لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة.

فرع: تولى وصي اليتيم القضاء هل له أن يسمع البينة ويحكم له؟ وجهان: أصحهما: نعم، وبه قال القفال، ومنعه ابن الحداد.

الأدب العاشر: فيما ينقض من قضائه وقضاء غيره، وذلك يتعلق بقواعد:

إحداها: الأصول التي يقضي بها القاضي، ويفتي بها المفتي كتاب الله تعالى، وسنة رسول الله ﷺ، والإجماع، والقياس، وقد يقتصر على الكتاب والسنة، ويقال: الإجماع يصدر عن أحدهما، والقياس يرد إلى إحدهما. وأما قول الواحد من الصحابة ﷺ. فإن لم ينتشر فيهم، فقولان: القديم أنه حجة، والجديد ليس بحجة، ثم قال أبو بكر الصيرفي والقفال القولان إذا لم يكن معه قياس، فإن كان معه قياس ولو ضعيف احتج به قطعًا، ورجح على القياس القوي، وقال الأكثرون في الجميع القولان، فإن قلنا بالقديم، وجب الأخذ به، وترك القياس، وفي تخصيص العموم به وجهان: وإن قلنا بالجديد، فهو كقول آحاد المجتهدين، لكن لو تعارض قياسان أحدهما وافق قول صحابي، قال الغزالي: قد تميل نفس المجتهد إلى الموافق ويرجح عنده.

وقد صرح الشيخ أبو إسحاق في «اللمع» وغيره من الأصحاب بالجزم بالأخذ بالموافق. والله أعلم.

وإن انتشر قول الصحابي، فله ثلاثة أحوال: أحدها: أن يخالفه غيره، فعلى الجديد هو كاختلاف سائر المجتهدين، وعلى القديم هما حجتان تعارضتا، فإن اختص أحد الطرفين بكثرة عدد، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ﷺ، ترجح، نص عليه في القديم في غير علي وألحق الجمهور بهم عليًا، ومنهم من لم يلحقه، لأن الثلاثة كانوا في دار الهجرة والصحابة متوافرون، وكانوا في حكمهم وفتواهم يتشاورون، وعلي ﷺ انتقل إلى الكوفة، وتفرقت الصحابة. وإن لم يوجد واحد من الأمرين في واحد من الطرفين، أو وجد في أحدهما أحدهما، وفي الآخر الآخر، فهما سواء. ولو كان في أحدهما أبو بكر أو عمر، وفي الآخر عثمان أو علي ﷺ، فهل يستويان، أم يرجح طرف الشيخين؟ وجهان: ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين، فيستويان في وجه، ويقدم طرف أبي بكر ﷺ في وجه.

الحال الثاني: أن يوافقه سائر الصحابة ﷺ، ويقولوا بما قاله، فهذا إجماع منهم على الحكم، ولا يشترط فيه انقراض عصر المجمعين على الأصح، ولا يتمكن أحدهم من الرجوع، بل يكون قوله الأول مع قول سائر المجمعين حجة عليهم، كما هو حجة على غيرهم.

الحال الثالث: أن يسكتوا، فلا يصرحوا بموافقته ولا مخالفته فاختار الغزالي في «المستصفى» أنه ليس بحجة. والصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب أنه حجة، لأنهم لو خالفوه، لاعترضوا عليه، لكن هل هو إجماع أم حجة غير إجماع؟

وجهان: قال الروياني: هذا إذا لم يظهر أمارات الرضى ممن سكت، فإن ظهرت فإجماع بلا خلاف، قالوا: والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة أو إجماعًا، وهل يفرق في كونه حجة وإجماعًا بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى، أو حكمًا من إمام أو قاض؟ فيه طرق قال ابن أبي هريرة: فإن كان فتوى، فحجة، وإن كان حكمًا، فلا، لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب، ولعل السكوت لذلك. وقال أبو إسحاق عكسه، لأن الحكم يصدر عن مشاورة ومراجعة، وقال الأكثرون: لا فرق، وكانوا يعترضون على الإمام كغيره، فقد خالفوا أبا بكر رضي الله عنه في الحد، وعمر رضي الله عنه في المشركة. ومختصر هذا الاختلاف أوجه: الصحيح: أنه حجة، والثاني: حجة وإجماع، والثالث: ليس بحجة، والرابع: من المفتي حجة، ومن الحاكم لا، الخامس: عكسه هذا إذا نقل السكوت، أما إذا لم ينقل قول ولا سكوت، فيجوز أن لا يلحق بهذا، ويجوز أن يستدل به على السكوت. قلت: المختار أن عدم النقل كنقل السكوت، لأنه الأصل والظاهر. والله أعلم.

القاعدة الثانية: اختلفت عبارات الأصحاب في تفسير القياس، والأقرب إلى كلام الشافعي رحمه الله أن القياس نوعان جلي وغيره، وأما الجلي: فهو الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتفي احتمال مفارقتهما، أو يبعد، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ﴾ [الزلزلة: ٧] الآية، وما فوق النقير بالنقير في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾ [النساء: ١٢٤] ونظائره، فإن فروع هذه الأحكام أولى من الأصول، وبعض الأصحاب لا يسمي هذا قياسًا، ويقول: هذه الإلحاقات مفهومة من النص، وأما غير الجلي فما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعده كل البعد، فمنه ما العلة فيه مستنبطة، كقياس الأرز على البر بعلة الطعم، وقال ابن القاص: هو من الجلي، والصحيح الأول، ومنه قياس الشبه، وهو أن يشبه الحادثة أصلين إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة فيه، وإما في الأحكام كالعبد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال في بعضها، فيلحق بما المشاركة فيه أكثر، وربما سمي قياس الشبه خفيًا والذي قبله غير الجلي واضحًا، وربما خص الجلي ببعض الأول، وهو ما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل.

القاعدة الثالثة: المسائل الفروعية الاجتهادية إذا اختلف المجتهدون فيها طريقان أشهرهما قولان، أظهرهما: المحق فيها واحد، والمجتهد مأمور بإصابته، والذاهب إلى غيره مخطىء، والثاني: أن كل مجتهد مصيب، والطريق الثاني القطع

بالقول الأول، وبه قال أبو إسحاق، والقاضي أبو الطيب، فإن قلنا: المصيب واحد، فالمخطىء مغدور غير آثم، بل مأجور، لقوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم، فأصاب، فله أجران، وإذا اجتهد، فأخطأ، فله أجر».

وقال الشيخ أبو إسحاق في «اللمع» قال ابن أبي هريرة: يأثم، والصواب الأول، وفيما يؤجر عليه وجهان عن أبي إسحاق أحدهما ـ وهو ظاهر النص، واختيار المزني ـ: يؤجر على قصده الصواب، ولا يؤجر على الاجتهاد، لأنه أفضى به إلى الخطأ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به، والثاني يؤجر عليه، وعلى الاجتهاد جميعًا. وإذا قلنا: كل مجتهد مصيب، فهل نقول: الحكم والحق في حق كل واحد من المجتهدين ما ظنه، أم الحق واحد، وهو أشبه مطلوب إلا أن كلًا منهم مكلف بما ظنه لا بإصابة الأشبه؟ وجهان: اختار الغزالي الأول، وبالثاني قطع أصحابنا العراقيون، وحكوه عن القاضي أبي حامد والداركي.

فرع: متى حكم القاضي بالاجتهاد، ثم بان له الخطأ في حكمه، فله حالان:

أحدهما: إن تبين أنه خالف قطعيًا كنص كتاب، أو سنة متواترة، أو إجماع، أو ظنًا محكمًا بخبر الواحد، أو بالقياس الجلي، فيلزمه نقض حكمه. وهل يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال ليترافعا إليه، فينقض الحكم؟ وجهان: قال ابن سريج: لا يلزمه إن علما أنه بان له الخطأ، فإن ترافعا إليه، نقض، وقال سائر الأصحاب: يلزمه وإن علما أنه بان له الخطأ، وهذا هو الصحيح، لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض وإن بان الخطأ. هذا في حقوق الآدميين، وأما ما يتعلق بحدود الله تعالى، فيبادر إلى تداركه إذا بان له الخطأ، وما لا يمكن تداركه سبق حكم ضمانه.

الحال الثاني: إن تبين له بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به، وأنه الصواب، فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانيًا، ولا ينقض ما حكم به أولًا، بل يمضيه، ثم ما نقض به قضاء نفسه نقض به قضاء غيره، وما لا، فلا. ولا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره، وإنما ينقضه إذا رفع إليه، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه، ولو كان المنصوب للقضاء قبله لا يصلح للقضاء، نقض أحكامه كلها، وإن أصاب فيها، لأنها صدرت ممن لا ينفذ حكمه، هذا هو القول الجمليُّ فيما يَنقض ولا يُنقض. ثم تكلموا في صور، منها لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين، ومدة العدة، فوجهان أشهرهما وظاهر النص، نقضه، لمخالفة القياس الجلي، لأنه يجعل حيًا في المال، فلا يقسم بين ورثته، فلا يجعل ميتًا في النكاح. والثاني: لا ينقض كغيره من الاجتهاديات، قال الروياني:

هذا هو الصحيح. وقرب من هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس، أو بسقوط الحد عمن نكح أمه ووطئها، ومنها حكم الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوزه، وفي ذكاة الجنين، ومنع القصاص في القتل بالمثقل، وصحة النكاح بلا ولي، أو بشهادة فاسقين، أو حكم غيره بصحة بيع أم الولد، وثبوت حرمة الرضاع بعد حولين، وصحة نكاح الشغار والمتعة، وقتل المسلم بالذمي، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف، وجريان التوارث بين المسلم والكافر، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما قاله ابن أبي ليلى، وفي نقض هذه الأحكام وجهان: قال الروياني: الأصح لا نقض، لأنها اجتهادية، والأدلة متقاربة، ومن نقض، قال: فيها نصوص وأقيسة جلية، وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد.

فرع: ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفى أنه لا يقبله ولا ينفذه، وأما ما لا ينقض ويرى غيره أصوب منه، فنقل ابن كج عن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يعرض عنه، ولا ينفذه، لأنه إعانة على ما يعتقده خطأ. وقال ابن القاص: لا أحب تنفيذه. وفي هذا إشعار بتجويز التنفيذ، وقد صرح السرخسي بنقل الخلاف، فقال: إذا رفع إليه حكم قاض قبله، فلم ير فيه ما يقتضي النقض، لكن أدى اجتهاده إلى غيره، فوجهان: أحدهما: يعرض عنه، وأصحهما: ينفذه، وعلى هذا العمل كما لو حكم بنفسه، ثم تغير اجتهاده تغيرًا لا يقتضي النقض، وترافع خصماء الحادثة إليه فيها، فإنه يمضي حكمه الأول، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه.

فرع: إذا استقضي مقلد للضرورة، فحكم بمذهب غير مقلده، قال الغزالي في الأصول: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء بل عليه اتباع مقلده، نقض حكمه، وإن قلنا: له تقليد من شاء، لم ينقض.

فصل: حكم القاضي ضربان: أحدهما: مما ليس بإنشاء، وإنما هو تنفيذ لما قامت به حجة، فينفذ ظاهرًا لا باطنًا، فلو حكم بشهادة زور بظاهري العدالة، لم يحصل بحكمه الحل باطنًا، سواء كان المحكوم به مالًا أو نكاحًا أو غيرهما، فإن كان نكاحًا، لم يحل للمحكوم له الاستمتاع، ويلزمها الهرب والامتناع ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها، فإن وطىء، قال الشيخ أبو حامد: هو زان ويحد، وخالفه ابن الصباغ والروياني، لأن أبا حنيفة رحمه الله يجعلها منكوحة بالحكم، وذلك شبهة للخلاف في الإباحة، وإن كان المحكوم به الطلاق، حل للمحكوم عليه وطؤها إن تمكن، لكن يكره، لأنه يعرض نفسه للتهمة والحد ويبقى التوارث بينهما، ولا تبقى النفقة للحيلولة، ولو تزوجت لآخر، فالحل مستمر للأول، فإن وطئها

الثاني جاهلًا بالحال، فهو وطء شبهة، ويحرم على الأول في العدة، وإن كان الثاني عالمًا، أو نكحها أحد الشاهدين ووطىء، فوجهان: أحدهما: يحد، ولا يحرم على الأول في العدة، والأشبه أنه وطء شبهة لما سبق.

الضرب الثاني: الانشاءات كالتفريق بين المتلاعنين، وفسخ النكاح بالعيب، والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك، فإن ترتبت على أصل كاذب، بأن فسخ بعيب قامت بشهادة زور، فهو كالضرب الأول، وإن ترتبت على أصل صادق، فإن لم تكن في محل اختلاف المجتهدين، نفذ ظاهرًا وباطنًا، وإن كان مختلفًا فيه، نفذ ظاهرًا، وفي الباطن أوجه: أصحها: عند جماعة، منهم البغوي، والشيخ أبو عاصم: النفوذ مطلقًا لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع، والثاني: المنع، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق، واختاره الغزالي. والثالث: إن اعتقده الخصم أيضًا، نفذ باطنًا، وإلا فلا، هذه الأوجه تشبه الأوجه في اقتداء الشافعي بالحنفي وعكسه، فإن منعنا النفوذ باطنًا مطلقًا، أو في حق من لا يعتقده لم يحل للشافعي الأخذ بحكم الحنفي بشفعة أو بالتوريث بالرحم إذا لم نقل به نحن، وعلى هذا هل يمنعه القاضي لاعتقاد المحكوم له أم لا، لاعتقاد نفسه؟ وجهان أصحهما: الثاني. ومن قال بالمنع، فقد يقول لا ينفذ القضاء في حقه لا ظاهرًا ولا باطنًا.

فرع: هل تقبل شهادته بما لا يعتقده كشافعي بشفعة الجوار؟ وجهان في «التهذيب». قلت: الأصح القبول. والله أعلم.

فرع: قال للقاضي رجلان: كانت بيننا خصومة في كذا، فحكم القاضي فلان بيننا بكذا، ونحن نريد أن تستأنف الحكم بيننا باجتهادك، ونرضى بحكمك، فهل يجيبهما أم يتعين إمضاء الحكم الأول، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟ وجهان: حكاهما ابن كج، الصحيح الثاني.

فصل: في آداب منثورة. يستحب أن يدعو أصدقاءه الأمناء، ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه ليسعى في إزالتها، ويستحب أن يكون راكبًا في مسيره إلى مجلس حكمه، وأن يسلم على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دخل، وأن يدعو إذا جلس، ويسأل الله تعالى التوفيق والتسديد، وأن يقوم على رأسه أمين ينادي هل من خصم؟ ويرتب الناس، ويقدم الأول فالأول قال ابن المنذر: يستحب أن يكون حصينًا لمكان النساء، ويجوز أن يعين للقضاء يومًا أو يومين على حسب حاجة الناس ودعاويهم، وأن يعين وقتًا من النهار، فإن حضر خصمان في غير الوقت المعين، سمع كلامهما إلا أن يكون في صلاة، أو حمام، أو على طعام ونحوه، فيؤخره قدر ما يفرغ. ويستحب أن يكون للقاضي درة يؤدب بها إذا احتاج، ويتخذ

سجنًا للحاجة إليه في التعزير، واستيفاء الحق من المماطل. وهذه فروع تتعلق بالحبس قال ابن القاص: إذا استشعر القاضي من المحبوس الفرار من الحبس، فله نقله إلى حبس الجرائم، ولو دعا المحبوس زوجته أو أمته إلى فراشه فيه، لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال، فإن امتنعت، أجبرت الأمة، ولا تجبر الزوجة الحرة، لأنه لا يصلح للسكنى، والزوجة الأمة تجبر إن رضي سيدها. ولو قال مستحق الدين: أنا ألازمه بدلًا عن الحبس، مكن، لأنه أخف إلا أن يقول الغريم: تشق علي الطهارة والصلاة بسبب ملازمته، فاحبسني، فيحبس. وسبق الخلاف في أن الأب هل يحبس بدين ولده، وقياس حبسه أن يحبس المريض، والمخدرة، وابن السبيل منعًا لهم من الظلم. وعن أبي عاصم العبادي أنهم لا يحبسون، بل يوكل بهم ليترددوا ويتمحلوا. قال: ولا يحبس أبو الطفل ولا الوكيل والقيم في دين لم يجب بمعاملتهم، ولا يحبس الصبي ولا المجنون، ولا المكاتب بالنجوم، ولا العبد الجاني، ولا سيده ليؤدي أو يبيع، بل يباع عليه إذا وجد راغب، وامتنع من البيع والفداء، ونقل الهروي وجهين في حبس كل غريم قدرنا على ماله، وتمكنا من بيعه. وأجرة السجان على المحبوس وأجرة الوكيل على من وكل به إذا لم يكن في بيت المال مال، وصرف إلى جهة أهم من هذه.

الطرف الثاني: في مستند قضائه، وفيه مسائل:

إحداها: يقضي بالحجة بلا شك، فلو لم يكن حجة، وعلم صدق المدعي، فهل يقضي بعلمه؟ طريقان: أحدهما: نعم قطعًا، وأشهرهما قولان، أظهرهما عند الجمهور: نعم، لأنه يقضي بشهادة شاهدين، وهو يفيد ظنًا، فالقضاء بالعلم أولى، والجواب عما احتج به المانع من التهمة أن القاضي لو قال: ثبت عندي وصح لدي كذا، لزمه قبوله بلا خلاف، ولم يبحث عما ثبت به وصح، والتهمة قائمة، وسواء على القولين ما علمه في زمن ولايته ومكانها، وما علمه في غيرهما، فإن قلنا: لا يقضي بعلمه، فذلك إذا كان مستنده مجرد العلم، أما إذا شهد رجلان تعرف عدالتهما، فله أن يقضي ويغنيه علمه بها عن تزكيتهما، وفيه وجه ضعيف للتهمة. ولو أقر بالمدعي في مجلس قضائه. قضى، وذلك قضاء بإقرار لا بعلمه، وإن أقر عنده سرًا، فعلى القولين، وقيل: يقضي قطعًا. ولو شهد عنده واحد، فهل يغنيه علمه عن الشاهد الآخر على قول المنع؟ وجهان: أصحهما: لا. وإذا قلنا: يقضي بعلمه، فذلك في المال قطعًا وكذا في القصاص، وحد القذف على الأظهر، ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب، وقيل: قولان، ولا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف، بل إذا علم أن المدعي أبرأه عما ادعاه، وأقام به بينة، أو أن المدعي

قبله حي، أو رآه قبله غير المدعى عليه، أو سمع مدعي الرق بعتقه، ومدعي النكاح يطلقها ثلاثًا، وتحقق كذب الشهود، امتنع من القضاء قطعًا. وكذا إذا علم فسق الشهود، ثم إن الأصحاب مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين بما ادعى عليه مالًا وقد رآه القاضي أقرضه ذلك، أو سمع المدعى عليه أقر بذلك، ومعلوم أن رؤية الإقراض، وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء، فيدل أنهم أرادوا بالعلم الظن المؤكد لا اليقين.

المسألة الثانية: إذا رأى القاضي ورقة فيها ذكر حكمه لرجل، وطلب منه إمضاءه والعمل به، نظر إن تذكره أمضاه على المذهب، وبه قطع الجمهور، وفي أمالي أبي الفرج الزاز إنه على القولين في القضاء بعلمه، وإن لم يتذكره، لم يعتمده قطعًا لإمكان التزوير، وكذا الشاهد لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر، فلو كان الكتاب محفوظًا عنده، وبعد احتمال التزوير والتحريف، كالمحضر والسجل الذي يحتاط فيه القاضي على ما سبق، فالصحيح والمنصوص والذي عليه الجمهور أنه لا يقضي به أيضًا ما لم يتذكر، لاحتمال التحريف، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لا يشهد، وفيهما وجه حكاه الشيخ أبو محمد وغيره أنه يجوز إذا لم يتداخله ريبة. وفي جواز رواية الحديث اعتمادًا على الخط المحفوظ عنده وجهان: أحدهما: المنع، ولا تكفيه رواية السماع بخطه أو خط ثقة، والصحيح الجواز، لعمل العلماء به سلفًا وخلفًا، وباب الرواية على التوسعة، ولو كتب إليه شيخ بالإجازة، وعرف خطه، جاز له أن يروي عنه تفريعًا على اعتماد الخط، فيقول: أخبرني فلان كتابه، أو في كتابه، أو كتب إلي وهذا على تجويز الرواية بالإجازة وهو الصحيح، ومنعها القاضي حسين.

وقد منعها أيضًا الماوردي في «الحاوي» ونقل هو منعها عن الفقهاء، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، ولكن أظهر قوليه، والمشهور من مذاهب السلف والخلف، والذي عليه العمل صحة الإجازة، وجواز الرواية بها، ووجوب العمل بها. ثم هي سبعة أنواع قد لخصتها بفروعها وأمثلتها وما يتعلق بها في «الإرشاد» في مختصر علوم الحديث، وأنا أذكر منها هنا رموزًا إلى مقاصدها تفريعًا على الصحيح، وهو جوازها.

الأول: إجازة معين لمعين، كأجزتك رواية صحيح البخاري، أو ما اشتملت عليه فهرستي وهذه أعلى أنواعها.

الثاني: إجازة غير معين لمعين، كأجزتك مسموعاتي أو مروياتي والجمهور على أنه كالأول، فتصح الرواية به، ويجب العمل بها، وقيل بمنعه مع قبول الأول.

الثالث: أن يجيز لغير معين بوصف العموم، كأجزت المسلمين، أو كل أحد

أو من أدرك زماني ونحوه، فالأصح أيضًا جوازها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وصاحبه الخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا، وغيرهم من الحفاظ. ونقل الحافظ أبو بكر الحازمي المتأخر من أصحابنا أن الذين أدركهم من الحفاظ كانوا يميلون إلى جوازها.

الرابع: إجازة مجهول أو لمجهول، كأجرتك كتاب السنن وهو يروي كتبا من السنن، أو أجزت لزيد بن محمد وهناك جماعة كذلك، فهذه باطلة. فإن أجاز لمسمين معينين لا يعرف أعيانهم ولا أنسابهم ولا عددهم، صحت، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هذا الحال.

الخامس: الإجازة لمعدوم، كأجزت لمن يولد لفلان أو لفلان، ومن يولد له، فالصحيح بطلانها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وجوزه الخطيب وغيره. والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الصحيح، وبه قطع القاضي أبو الطيب، ونقله الخطيب عن شيوخه كافة.

السادس: إجازة ما لم يسمعه المجيز، ولم يتحمله بوجه ليرويه المجاز له إذا تحمله المجيز، وهي باطلة قطعًا.

السابع: إجازة المجاز وهي صحيحة عند أصحابنا، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلام من أصحابنا وغيرهم، منهم الدارقطني وأبو نعيم الأصفهاني، والشيخ أبو الفتح نصر المقدسي وغيرهم من أصحابنا. وإذا كتب الإجازة، استحب أن يتلفظ بها، ولو اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة، صحت كالقراءة عليه مع سكوته. والله أعلم.

فرع: إذا رأى بخط أبيه أن لي على فلان كذا، أو أديت إلى فلان كذا، قال الأصحاب: فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتمادًا على خط أبيه إذا وثق بخطه وأمانته. قال القفال: وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة: لفلان علي كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به، بل يؤديه من التركة، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم وعام، ولأنهما يتعلقان به، ويمكن التذكر فيهما، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين، فجاز اعتماد الظن فيه حتى لو وجد بخط نفسه أن لي على فلان كذا، أو أديت إلى فلان دينه، لم يجز الحلف حتى يتذكر قاله في «الشامل».

فرع: قال الصيمري: ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة، ليستعين بها على التذكر، ويقرب من هذا ذكر التاريخ، وموضع التحمل، ومن كان معه حينئذ، ونحو ذلك.

المسألة الثالثة: شهد عنده عدلان أنك حكمت لزيد بكذا، وهو لا يذكره، لم يحكم بقولهما إلا أن يشهدا بالحق بعد تجديد دعوى، وعن ابن القاضي تخريج قول: إنه يمضي الحكم الأول بشهادتهما، والمذهب الأول، ولو شهد أنك تحملت الشهادة في واقعة كذا، ولم يتذكر، لم يجز أن يشهد، وهذا بخلاف رواية الحديث، فإن الراوي لو نسي، جاز له أن يقبل الرواية ممن سمعها منه على الصحيح، وفيها وجه حكاه ابن كج وعلى الصحيح الفرق ما سبق أن باب الرواية على التوسعة، ولهذا يقبل من العبد والمرأة، ومن الفرع مع وجود الأصل وغير ذلك وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف، ولا يقول: لم أحكم. وهل للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم أنه لا يعرف حكم القاضي؟ قال صاحب «التهذيب»: يحتمل وجهين: ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاض آخر قبل شهادتهما، وأمضى حكم الأول إلا إذا قامت بينة بأن الأول أنكر حكمه، وكذبهما، فإن قامت بينة بأنه توقف، فوجهان: أوفقهما لكلام الأكثرين أنه يقبل شهادتهما، وقال الأودني وصاحب «المهذب»: لا تقبل، لأن توقفه يورث تهمة وعلى هذا لو شهد عدلان أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة، لم يجز الحكم بشهادة الفروع.

المسألة الرابعة: ادعى على القاضي أنك حكمت لي بكذا. قال الأصحاب: ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر، ويحلفه كما لا يحلف الشاهد إذا أنكر الشهادة. وعن القاضي حسين أنا إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار، فله تحليفه ليحلف المدعي إن نكل هذا إذا ادعى عليه وهو قاض، فإن ادعى عليه بعد عزله، أو في غير محل ولايته عند قاض، فنقل الإمام أنه يجوز سماع البينة، ولا يقبل إقراره. ولا يحلف إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار، وإن قلنا: كالبينة، حلف، ولك أن تقول: سماع الدعوى على القاضي معزولًا، كان أو غيره بأنه حكم ليس على قواعد الدعاوى الملزمة، وإنما يقصد بها التدرج إلى إلزام الخصم، فإن كان له بينة، فليقمها في وجه الخصم، وينبغي أن لا يسمع على القاضي بينة، ولا يطالب بيمين، كما لو ادعى على رجل أنك شاهدي.

الطرف الثالث: في التسوية وفيه مسائل: المسألة الأولى: ليسو القاضي بين الخصمين في دخولهما عليه، وفي القيام لهما، والنظر فيهما والاستماع، وطلاقة الوجه، وسائر أنواع الإكرام، فلا يخص أحدهما بشيء من ذلك، ويسوي في جواب سلامهما، فإن سلما، أجابهما معًا، وإن سلم أحدهما، قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر، فيجيبهما، وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل، وذكروا أنه لا بأس أن يقول للآخر: سلم، فإذا سلم، أجابهما، وكأنهم احتملوا هذا الفصل محافظة على

التسوية، وحكى الإمام أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقًا واستبعده. ويسوي بينهما في المجلس، فيجلس أحدهما عن يمينه، والآخر عن شماله إن كانا شريفين، أو بين يديه وهو الأولى على الإطلاق، فلو كان أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا، فالصحيح ـ وبه قطع العراقيون ـ أنه يرفع المسلم في المجلس، والثاني يسوي. ويشبه أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام، ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب.

المسألة الثانية: ليقبل عليهما بمجامع قلبه، وعليه السكينة، ولا يمازح أحدهما، ولا يضاحكه، ولا يشير إليه، ولا يساره، ولا ينهرهما، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعلا ما يقتضي التأديب، ولا يتعنت الشهود بأن يقول: لم تشهدون؟ وما هذه الشهادة؟ ولا يلقن المدعي الدعوى بأن يقول: ادع عليه كذا، ولا المدعى عليه الإقرار والإنكار، ولا يجري المسائل إلى النكول على اليمين، وكذا لا يلقن الشاهد الشهادة، ولا يجرئه إذا مال إلى التوقف، ولا يشككه، ولا يمنعه إذا أراد الشهادة هذا في حقوق الآدميين، وأما في حدود الله تعالى، فالقاضي يرشد إلى الإنكار على ما هو موضح في موضعه، وإذا كان يدعي دعوى غير محررة، قال الإصطخري: يجوز أن تبين له كيفية الدعوى الصحيحة، وقال غيره: لا يجوز، وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين قال في «العدة»: أصحهما: الجواز، ولا بأس بالاستفسار بأن يدعي دراهم، فيقول: أهي صحاح أم مكسورة؟ ويستحب إذا أراد الحكم أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قامت البينة عليك بكذا، ورأيت الحكم عليك ليكون أطيب لقلبه، وأبعد عن التهمة، ونص في «الأم» أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم، ويؤخر الحكم اليوم واليومين إذا سألهما، فجعلاه في حل من التأخير، فإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخر.

المسألة الثالثة: إذا جلسا بين يديه، فله أن يسكت حتى يتكلما، وله أن يقول: ليتكلم المدعي منكما، وأن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه، كان أولى، فإذا ادعى المدعي، طالب خصمه بالجواب، وقال: ما تقول؟ وفيه وجه ضعيف أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي، ثم ينظر في الجواب إن أقر بالمدعى، فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه، وحينئذ يحكم، بأن يقول له: أخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك وما أشبههما. وهل يثبت المدعى بمجرد الإقرار، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ وجهان أحدهما: يفتقر كالثبوت بالبينة، وأصحهما: لا، لأن دلالة الإقرار

على وجوب الحق جلية، والبينة تحتاج إلى نظر واجتهاد هكذا ذكرت المسألة، ولا يظهر الخلاف فيها، لأنه إن كان الكلام في ثبوت المدعى به في نفسه، فمعلوم لأنه لا يتوقف على الإقرار، فكيف على الحكم بعد الإقرار؟ وإن كان المراد المطالبة والإلزام، فلا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار وللقاضي الإلزام، وإن أنكر المدعى عليه، فللقاضي أن يسكت، وله أن يقال للمدعي: ألك بينة، وقيل: لا يقول ذلك، لأنه كالتلقين والصحيح الأول، فإن قال المدعي: لي بينة، وأقامها، فذاك، وإن قال: لا أقيمها، وأريد يمينه، مكن منه، وإن قال: ليس لي بينة حاضرة فحلف القاضي المدعى عليه ثم جاء ببينة سمعت، وإن قال: لا بينة لي حاضرة، ولا غائبة، سمعت أيضًا على الأصح، لأنه ربما لم يعرف، أو نسي، ثم عرف أو تذكر، وقيل: لا يسمع للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه تأويلًا، ككنت ناسيًا أو جاهلًا. ولو قال: لا بينة لي، واقتصر عليه، فقال البغوي: هو كقوله لا بينة لي حاضرة، وقيل: كقوله لا حاضرة ولا غائبة، فيكون فيه الوجهان، ولو قال: شهودي عبيد أو فسقة، ثم أتى بعدول، قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء.

فرع: حكى الهروي وجهين في أن الحق يجب بفراغ المدعي من اليمين المردودة، أم لا بد من حكم الحاكم، أو أشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة كالبينة أم كالإقرار؟.

المسألة الرابعة: إذا ازدحم جماعة مدعين، فإن عرف السبق، قدم الأسبق فالأسبق، والاعتبار سبق المدعي دون المدعى عليه، وإن جاؤوا معًا، أو جهل السبق، أقرع، فإن كثروا وعسر الإقراع، كتب أسماءهم في رقاع، وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدة واحدة، ويسمع دعوى من خرج اسمه في كل مرة، ويستحب أن يرتب ثقة يكتب أسماءهم يوم قضائه ليعرف ترتيبهم، ولو قدم الأسبق غيره على نفسه، جاز، والمفتي والمدرس يقدمان عند الازدحام أيضًا بالسبق أو بالقرعة، ولو كان الذي يعلمه ليس من فروض الكفاية، فالإختيار إليه في تقديم من شاء. ولا يقدم القاضي مدعيًا بشرف ولا غيره إلا في موضعين، أحدهما: إذا كان في المدعين مسافرون مستوفزون وقد شدوا الرحال، ليخرجوا ولو أخروا، لتخلفوا عن رفقتهم، فإن قلوا، قدموا على الصحيح، وإلا فلا، بل يعتبر السبق بالقرعة. والثاني لو كان في الحاضرين نسوة، ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن، قدمهن على الصحيح بشرط أن لا يكثرن. وينبغي أن لا يفرق بين أن يكون المسافر والمرأة مدعيًا، أو مدعى عليه. ثم تقديم المسافر والمرأة ليس بمستحق على الصحيح، بل

هو رخصة لجواز الأخذ به، وهذا ظاهر نصه في «المختصر» ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق.

ثم لا يخفى أن المراد تقديم المسافر على المقيمين، والمرأة على الرجال، فأما المسافرون بعضهم مع بعض، وكذا النسوة، فالرجوع فيهم إلى السبق أو القرعة.

فرع: المقدم بالسبق أو القرعة لا يقدم إلا في دعوى واحدة، لئلا يطول على الباقين، فإن كان له دعوى أخرى، فليحضر في مجلس آخر، أو ينتظر فراغ القاضي من حكومات سائر الحاضرين، وحينئذ تسمع دعواه الثانية إن لم يضجر القاضي، ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على الذي ادعى عليه الدعوى الأولى أو على غيره، وفيه وجه ضعيف أن الزيادة على الأولى مسموعة إذا اتحد المدعى عليه، وعلى هذا قال في «الوسيط»: تسمع إلى ثلاث دعاوى، ومنهم من أطلق، ولا خلاف أنه يسمع على المدعى عليه دعوى ثان وثالث، لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد، ونقل ابن كج هنا وجهين غريبين ضعيفين أحدهما: أن المقدم بدعوى لا تسمع منه الثانية إلا في مجلس آخر، وإن فرغ القاضي من دعاوي الحاضرين، وعليهم بعد ذلك ترفيهه. الثاني: لا يسمع على الواحد إلا دعوى شخص واحد. وأما المقدم بالسفر، فيحتمل أن لا يقدم إلا بدعوى، ويحتمل أن يقدم بجميع دعاويه، لأن سبب تقديمه أن لا يتخلف عن رفقته، ويحتمل أن يقال: إذا عرف أن له دعاوى، فهو كالمقيمين، لأن تقديمه بالجميع يضر غيره، وتقديمه بدعوى لا يحصل الغرض.

المسألة الخامسة: تنازع الخصمان، وزعم كل واحد أنه هو المدعي، نظر إن سبق أحدهما إلى الدعوى، لم يلتفت إلى قول الآخر: إني كنت المدعي، بل عليه أن يجيب ثم يدعي إن شاء. وإن لم يسبق وتنازعا، سأل العون، فمن أحضره العون فهو المدعى عليه، فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بينة لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه، وإن استوى الطرفان، أقرع، فمن خرجت قرعته ادعى، وقيل: يقدم القاضي أحدهما باجتهاده.

المسألة السادسة: قد سبق في باب الوليمة الخلاف في أن الإجابة إليها واجبة أم مستحبة؟ وذلك في غير القاضي. أما القاضي، فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتهما ولا وليمتهما، لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه، فيميل إليه قلبه، وأما وليمة غير الخصمين، فثلاثة أوجه: أحدها: تحرم عليه الإجابة إليها، والثاني: تجب إذا أوجبناها على غيره، والثالث وهو الصحيح: لا تحرم ولا تجب، بل

تستحب بشرط التعميم، فإن كثرت وقطعته عن الحكم، تركها في حق الجميع، ولا يخص بعض الناس، لكن لو كان يخص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمة، فنقل ابن كج عن نص الشافعي رحمه الله أنه لا بأس بالاستمرار، وتكره إجابته إلى دعوة اتخذت لأجل القاضي خاصة أو للأغنياء ودعي فيهم، ولا يكره إلى ما اتخذ للجيران وهو منهم، أو للعلماء ودعي فيهم. واعلم أن إجابة غير وليمة العرس من الدعوات مستحبة، وظاهر ما أطلقه الأصحاب ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضًا، وإن كان الاستحباب في الوليمة آكد، ومنهم من خص الاستحباب بالوليمة، وبه قال ابن القاص.

فرع: لا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر ويجوز أن يضيفهما معًا على الصحيح، ومنعه أبو إسحاق، لأنه قد يتوهم كل واحد أن المقصود بالضيافة صاحبه، وأنه تبع، وهذا يشكل بسائر وجوه التسوية.

المسألة السابعة: له أن يشفع لأحدهما، وأن يؤدي المال عمن عليه، لأنه ينفعهما.

المسألة الثامنة: يعود المرضى، ويشهد الجنائز، ويزور القادمين، وإذا لم يمكنه الاستيعاب، فعل الممكن من كل نوع، ويخص به من عرفه، وقرب منه. قال القاضي أبو حامد: هو كإجابة الوليمة يعم الجميع أو يترك الجميع، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، لأن معظم المراد بهذه الأنواع الثواب، ولا فرق في هذه الأنواع بين المتخاصمين وغيرهما هكذا قاله الأكثرون. وفي أمالي أبي الفرج أنه لا يعود الخصم ولا يزوره إذا قدم، لكن يشهد جنازته.

الطرف الرابع: في البحث عن حال الشهود وتزكيتهم وفيه مسائل:

الأولى: لا يجوز للقاضي أن يتخذ شهودًا معينين لا يقبل شهادة غيرهم، لما فيه من التضييق على الناس.

الثانية: إذا شهد عنده شهود، نظر إن عرف فسقهم، رد شهادتهم، ولم يحتج إلى بحث، وإن عرف عدالتهم، قبل شهادتهم، ولا حاجة إلى التعديل، وإن طلبه الخصم وفيه وجه سبق في القضاء بالعلم، وإن لم يعرف حالهم، لم يجز قبول شهادتهم، والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل، سواء طعن الخصم فيهم، أو سكت ولو أقر الخصم بعدالتهما، ولكن قال: أخطأ في هذه الشهادة، فوجهان: أحدهما: يحكم بشهادتهما بلا بحث عنهما، لأن البحث لحقه، وقد اعترف بعدالتهما، وأصحهما: لا بد من البحث والتعديل لحق الله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله،

والتعديل لا يثبت بقول واحد. وإن صدقهما فيما شهدا به، قضى القاضي بإقراره بالحق، واستغنى عن البحث عن حالهما، وكذا لو شهد واحد فصدقه، ولو شهد معلوما العدالة، ثم أقر المشهود عليه بما شهدا به قبل حكم القاضي، فهل يستند الحكم إلى الإقرار دون الشهادة أم إليهما جميعًا؟ وجهان حكاهما الهروي، قال: والصحيح منهما الأول، والثاني حكاه الفوراني في المناظرة، وذكر الهروي أنه لو بعد الحكم بشهادتهما، فقد مضى الحكم مستندًا إلى الشهادة، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له أم قبله، وفيما قبل التسليم وجه ضعيف، وأنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة: ما تشهد به علي فأنت عدل صادق، لم يكن ذلك إقرارًا، لكنه تعديل للشاهد إن كان من أهل التعديل.

فرع: إذا جهل القاضي إسلام الشاهد، لم يقنع بظاهر الدار، بل يبحث عنه، ويكفي فيه قول الشاهد. ولو جهل حريته بحث أيضًا، ولا يكفي فيه قوله على الأصح، لأنه لا يستقل بها بخلاف الإسلام، وحكى ابن كج وجهًا أن الاستزكاء لا يجب مطلقًا إلا إذا طلبه الخصم وليس بشيء.

فرع: قال في «العدة»: إذا استفاض فسق الشاهد بين الناس، فلا حاجة إلى البحث والسؤال، ويجعل المستفيض كالمعلوم.

الثالثة: ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل، فالمزكون هم المرجوع إليهم ليبينوا حال الشهود، وأصحاب المسائل هم الذين يبعثهم إلى المزكين، ليبحثوا ويسألوا، وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي بالمزكين، ثم المخبرون عن فسق الشهود وعدالتهم ضربان، أحدهما: من نصبه الحاكم للجرح والتعديل مطلقًا أو في واقعة خاصة، فيسمع الشهادة عليهما، وما ثبت عنده أنهاه إلى القاضي. والثاني من يشهد بالعدالة أو الفسق، ثم من هؤلاء من يشهد أصالة، ومنهم من يشهد على شهادة غيره، والأول قد يعرف الحال فيشهد، وقد لا يعرف فيأمره القاضي بالبحث ليعرف فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس من يبحث عنه ويخالطه، ليعرف إفلاسه فيشهد، وأما الثاني، فهو شاهد فرع، والقياس أنه لا يشهد إلا عند غيبة الأصل، أو تعذر حضوره، وكذا ذكره الهروي، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما ينازع فيه. وإذا أراد الحاكم البحث عن حال الشهود، كتب اسم الشاهد، وكنيته إن اشتهر بها، وولاءه إن كان عليه ولاء، واسم أبيه وجده وحليته وحرفته وسوقه ومسجده، لئلا يشتبه بغيره، فإن كان مشهودًا وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، كفى، ويكتب أيضًا اسم المشهود له، والمشهود عليه، فقد يكون بينهما ما يمنع شهادته له، أو عليه من قرابة أو عداوة.

وفي قدر المال وجهان: أحدهما: لا يكتبه، لأن العدالة لا تتجزأ، والصحيح المنصوص أنه يذكره، لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير، وأما دعوى الأول أن العدالة لا تتجزأ، فقد حكى أبو العباس الروياني في ذلك وجهين: وبنى عليهما أنه لو عدل، وقد شهد بمال قليل، ثم شهد في الحال بمال كثير هل يحتاج إلى تجديد تزكية ويكتب إلى كل مزك كتابًا، ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفي كل كتاب عن غير من دفعه إليه وغير من بعثه إليه احتياطًا، ثم إذا وقف القاضي على ما عند المزكين، فإن كان جرحًا لم يظهره، وقال للمدعي: زدني في الشهود، وإن كان تعديلًا، عمل بمقتضاه، ثم حكى الأصحاب والحالة هذه وجهين في أن الحكم بقول المزكين، أم بقول أصحاب المسائل؟ قال أبو إسحاق: بقول المزكين، لأن أصحاب المسائل شهود على شهادة، فكيف تقبل مع حضور الأصل؟ وإنما هم رسل وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحدًا، فإن عاد بالجرح، توقف القاضي، وإن عاد بالتعديل، دعا مزكيين ليشهدا عنده بعدالة الشاهد، ويشيرا إليه، ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص. قال الإصطخري: إنما يحكم بقول أصحاب المسائل، ويبنى على ما ثبت عندهم بقول المزكين. قال ابن الصباغ: وهذا وإن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة، لأن المزكي لا يكلف الحضور، وقول الإصطخري أصح عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب وغيرهما. قالوا: وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل، فإن وصفاه بالفسق، فعلى ما سبق، وإن وصفاه بالعدالة أحضر الشاهدين ليشهدا بعدالته، ويشيرا إليه وإذا تأملت كلام الأصحاب، فقد تقول: ينبغي أن لا يكون في هذا خلاف محقق، بل إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل، فحكم القاضي مبني على قوله، ولا يعتبر العدد، لأنه حاكم، وإن أمره بالبحث، بحث ووقف على حال الشاهد، وشهد بما وقف عليه، فالحكم أيضًا مبني على قوله، لكن يعتبر العدد، لأنه شاهد، وإن أمره بمراجعة مزكيين، فصاعدًا وبأن يعلمه بما عندهما، فهو رسول محض، والاعتماد على قولهما فليحضرا ويشهدا. وكذا لو شهد على شهادتهما، لأن الشاهد الفرع لا يقبل مع حضور الأصل.

فرع: من نصب حاكمًا في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة، ومن شهر بالعدالة أو الفسق، اشترط فيه صفات الشهود، ويشترط مع ذلك العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما، وأن يكون المعدل خبيرًا بباطن حال من يعدله لصحبة أو جوار أو معاملة ونحوها، قال في «الوسيط»: ويلزم القاضي أن يعرف أن المزكي خبير بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا علم من عادته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة، ثم ظاهر لفظ الشافعي رحمه الله اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة، لأنه لا يمكن

الاختبار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال: شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم في المعرفة الباطنة. ويمكن الاختبار في مدة يسيرة، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط، بل لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لا تحصل إلا بذلك، ويوضح هذا ما ذكرنا أن القاضي يأمر بالبحث، ليعرف حال الشاهد فيزكيه، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة، وتضرر المتداعيان بالتأخير الطويل. أما الجرح، فيعتمد فيه المعاينة أو السماع، فالمعاينة أن يراه يزني أن يشرب الخمر، والسماع بأن يسمعه يقذف، أو يقر على نفسه بزنا أو شرب خمر، فإن سمع من غيره، نظر إن بلغ المخبرون حد التواتر جاز الجرح لحصول العلم، وكذا إن لم يبلغ التواتر، لكن استفاض، جاز الجرح أيضًا، صرح به ابن الصباغ والبغوي وغيرهما. ولا يجوز الجرح بناء على خبر عدد يسير، لكن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة، وذكر البغوي تفريعًا على قول الإصطخري في أن الحكم بقول أصحاب المسائل أنه يجوز أن يعتمد فيه أصحاب المسائل خبر واحد من الجيران إذا وقع في نفوسهم صدقه، وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه؟ وجهان أحدهما: نعم، فيقول مثلًا: رأيته يزني، وسمعته يقذف. وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة: استفاض عندي. والثاني ـ هو المذكور في «الشامل» ـ: لا حاجة إليه، وليس للحاكم أن يقول: من أين عرفت حاله، وعلى أي شيء بنيت شهادتك؟ كما في سائر الشهادات، وهذا أقيس ويحكى عن ابن أبي هريرة، والأول أشهر. ولا يجعل الجارح بذكر الزنى قاذفًا للحاجة، كما لا يجعل الشاهد قاذفًا، فإن لم يوافقه غيره، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنى هل يجعلون قذفة؟ فيه القولان.

ولو أخبره بعدالته من يحصل بخبره الاستفاضة وهم من أهل الخبرة بباطن من يعدلون، لم يبعد أن يجوز له تعديله بذلك، وتقام خبرتهم مقام خبرته، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته.

فرع: وينبغي أن يكون المزكون وافري العقول لئلا يخدعوا وبرآء من الشحناء والعصبية في النسب والمذهب ويجتهد في إخفاء أمرهم لئلا يشهروا في الناس بالتزكية، وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي؟ وجهان أصحهما: نعم فيقول: أشهد أنه عدل.

فرع: لا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر، وفيه وجه ضعيف. وعن كتاب حرملة أنه لو شهد اثنان، وعدلهما آخران لا يعرفهما القاضي، وزكى الآخرين مزكيان للقاضي، جاز. ولو زكى ولده أو والده لم يقبل على الصحيح، وبه قطع العبادي وغيره.

فرع: لا تثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي على الصحيح، لأن الخط لا يعتمد في الشهادة كما سبق، وجوزه القاضي حسين للاعتماد على الرقعة، قال في «الوسيط» تفريعًا على الأول: يكفي رسولان مع الرقعة، وأن الصحيح وجوب المشافهة وهذا ظاهر إن كان القاضي يحكم بشهادة المزكين، فأما إن ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح، فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي.

فرع: لا يقبل الجرح المطلق، بل لا بد من بيان سببه، ولا حاجة إلى بيان سبب التعديل، لأن أسبابه غير منحصرة، وفيه وجه ضعيف حكاه في العدة، وليس بشيء والأصح أنه يكفي أن يقول: هو عدل. وقيل: ويشترط أن يقول: عدل علي ولي، وهو ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» لكن تأوله الأولون أو جعلوه تأكيدًا لا شرطًا. ولا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيرًا، أو لا أعلم منه ما ترد به الشهادة.

المسألة الرابعة: إذا ارتاب القاضي بالشهود، أو توهم غلطهم لخفة عقل وجدها فيهم، فينبغي أن يفرقهم، ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمل الشهادة عامًا وشهرًا ويومًا وغدوة أو عشية، ومكان محلة وسكة، ودار وصفة، ويسأل أتحمل وحده أم مع غيره وأنه كتب شهادته أم لا، وأنه كتب قبل فلان أم بعده، وكتبوا بحبر أم بمداد ونحو ذلك، ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم، ويقف إن لم تتفق. وإذا أجابه أحدهم، لم يدعه يرجع إلى الباقين حتى يسألهم القاضي لئلا يخبرهم بجوابه ومتى اتفقوا على الجواب، أو لم يتعرضوا للتفصيل، ورأى أن يعظهم، ويحذرهم عقوبة شهادة الزور، فعل، فإن أصروا، وجب القضاء إذا وجد شروطه، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإن لم يجد فيهم خفة ولا ريبة، فالصحيح الذي عليه الجمهور أنه لا يفرقهم، لأن فيه غضًا منهم. وقال الروياني: يفرقهم، وقال البغوي: إن فرقهم، بمسألة الخصم، فلا بأس، ثم إن التفريق والاستفصال جعله الغزالي بعد التزكية، والصحيح الذي عليه العراقيون وغيرهم أنه قبل الاستزكاء، فإن اطلع على عورة، استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم، وإن لم يطلع، فإن عرفهم بالعدالة، حكم، وإلا فحينئذ يستزكي، وهل هذا التفريق والاستفصال واجب أم مستحب؟ فيه أوجه الصحيح الذي ذكره ابن كج والبغوي، وعامة الأصحاب وهو الموافق للفظ «المختصر» أنه مستحب والثاني واجب، قاله الإمام والغزالي. قالا: ولو تركه وقضى مع الارتياب، لم ينفذ. والثالث: إن سأل الخصم وجب، وإلا فلا.

الخامسة: تقدم بينة الجرح على بينة التعديل، لزيادة علم الجارح، فلو انعكس الأمر بأن قال المعدل: قد عرفت السبب الذي ذكره الجارح، لكنه تاب منه، وحسنت حاله، قدمت بينة التعديل، لأن مع المعدل هنا زيادة علم، كذا ذكره جماعة، منهم صاحب «الشامل» وقول الواحد لا يقبل في الجرح فضلًا عن تقديمه.

السادسة: عدل الشاهد، ثم شهد في واقعة أخرى، فإن لم يطل الزمان، حكم بشهادته، ولا يطلب تعديله ثانيًا، وإن طال، فوجهان: أصحهما: يطلب تعديله ثانيًا، لأن طول الزمان يغير الأحوال، ثم يجتهد الحاكم في طوله وقصره.

السابعة: شهادات المسافرين والمجتازين من القوافل، كشهادة غيرهم في الحاجة إلى التعديل، فإن عدلهما مزكيان في البلد، أو عدل مزكيان اثنين من القافلة، ثم هما عدلا الشاهدين، قبلت شهادتهما وإلا فلا.

الثامنة: سأل القاضي عن الشهود في غير محل ولايته، فعدلوا ثم عاد إلى محل ولايته، قال ابن القاص: له الحكم بشهادتهم إن جوزنا القضاء بالعلم، وخالفه أبو عاصم وآخرون، وقالوا: القياس منعه، كما لو سمع البينة خارج ولايته.

التاسعة: عدل شاهد، والقاضي يتحقق فسقه بالتسامع، قال الإمام: الذي يجب القطع به أنه يتوقف ولا يقضي.

العاشرة: تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق، لأن البحث عن حال الشهود، ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالى.

باب ما يجب على القاضي في الخصوم والشهود

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا حضر خصوم واحد بعد واحد قدم الأول فالأول، لأن الأول سبق إلى حق له فقدم على من بعده كما لو سبق إلى موضع مباح، وإن حضروا في وقت واحد أو سبق بعضهم وأشكل السابق أقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة قدم لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه، فإن ثبت السبق لأحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز لأن الحق له فجاز أن يؤثر به غيره كما لو سبق إلى منزل مباح، ولا يقدم السابق في أكثر من حكومة لأنا لو قدمناه في أكثر من حكومة استوعب المجلس بدعاويه وأضر بالباقين. وإن حضر مسافرون ومقيمون في وفد واحد نظرت فإن كان المسافرون قليلًا وهم على الخروج قدموا لأن عليهم ضررًا في المقام ولا ضرر على المقيمين. وحكى بعض أصحابنا فيه وجهًا آخر أنهم لا يقدمون إلا بإذن المقيمين لتساويهم في الحضور، وظاهر النص هو الأول. وإن كان المسافرون مثل المقيمين أو أكثر لم يجز تقديمهم من غير رضى

المقيمين لأن في تقديمهم إضرار بالمقيمين والضرر لا يزال بالضرر، وإن تقدم إلى الحاكم اثنان فادعى أحدهما على الآخر حقًا فقال المدعى عليه: أنا جئت به وأنا المدعي قدم السابق بالدعوى لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل وللسابق بالدعوى حق السبق فقدم.

فصل: وعلى الحاكم أن يسوي بين الخصمين في الدخول والإقبال عليهما والاستماع منهما لما روت أم سلمة ﵂ «أن النبي ﷺ قال: من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه ولفظه وإشارته ومقعده»[١] وكتب عمر ﵁ إلى أبي موسى الأشعري: «آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك»[٢] ولأنه إذا قدم أحدهما على الآخر في شيء من ذلك انكسر الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته، والمستحب أن يجلس الخصمان بين يديه لما روى عبد الله بن الزبير قال: «قضى رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي»[٣] ولأن ذلك أمكن لخطابهما، وإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا ففيه وجهان، أحدهما: أنه يسوي بينهما في المجلس كما يسوي بينهما في الدخول والإقبال عليهما والاستماع منهما، والثاني: أنه يرفع المسلم على الذمي في المجلس لما روي أن عليًا ﵁ حاكم يهوديًا في درع إلى شريح فقام شريح من مجلسه وأجلس عليًا كرم الله وجهه فيه فقال علي ﵁: لولا اني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تسووا بينهم في المجالس» لجلست معه بين يديك[٤]. ولا يضيف أحدهما دون الآخر لما روي أن رجلًا نزل بعلي بن أبي طالب ﵁ فقال له: ألك خصم؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يضيفن أحد الخصمين إلا ومعه خصمه»[٥] ولأن في إضافة أحدهما إظهار الميل وترك العدل، ولا يسار أحدهما ولا يلقنه حجة لما ذكرناه، ولا يأمر أحدهما بإقرار لأن فيه إضرارًا به ولا بإنكار لأن فيه إضرارًا بخصمه. وإن ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة فهل له أن يلقنه كيف يدعي؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه يجوز لأنه لا ضرر على الآخر في تصحيح دعواه، والثاني: أنه لا يجوز لأنه ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته، وله أن يرد عن أحدهما ما عليه لأن في ذلك نفعًا لهما، وله أن يشفع لأحدهما لأن الإجابة إلى المشفوع إليه إن شاء شفعه وإن

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ١٣٥) والدارقطني في سننه (٤/ ٢٠٥) وأبو يعلى في مسنده (١٢/ ٣٥٦).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢/ ٣٢٦) والبيهقي في سننه (١٠/ ٣٥).

(٤) أخرجه الحاكم في الكنى كما في التلخيص الحبير (٤/ ٤٦٩).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٣٠٠) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٣٧).

شاء لم يشفعه، وإن مال قلبه إلى أحدهما او أحب أن يفلح أحدهما على خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لأنه لا يمكنه التسوية بينهما في المحبة والميل بالقلب، ولهذا قلنا: يلزمه التسوية بين النساء في القسم ولا يلزمه التسوية بينهن في المحبة والميل بالقلب».

فصل: ولا ينتهر خصمًا لأن ذلك يكسره ويمنعه من استيفاء الحجة، وإن ظهر من أحدهما لدد أو سوء أدب نهاه فإن عاد زبره وإن عاد عزره، ولا يزجر شاهدًا ولا يتعنته لأن ذلك يمنعه من الشهادة على وجهها ويدعوه إلى ترك القيام بتحويل الشهادة وأدائها وفي ذلك تضييع للحقوق.

فصل: فإن كان بين نفسين حكومة فدعا أحدهما صاحبه إلى مجلس الحكم وجبت عليه إجابته لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَاۚ﴾ [النُّور: ٥١] فإن لم يحضر فاستعدى عليه الحاكم وجب عليه أن يعديه لأنه إذا لم يعده أدى ذلك إلى إبطال الحقوق، فإن استدعاه الحاكم فامتنع من الحضور تقدم إلى صاحب الشرطة ليحضره، وإن كان بينه وبين غائب حكومة ولم يكن عليه بينة فاستعدى الحاكم عليه فإن كان الغائب في موضع فيه حاكم كتب إليه لينظر بينهما، وإن لم يكن حاكم وهناك من يتوسط بينهما كتب إليه لينظر بينهما، وإن لم يكن من ينظر بينهما لم يحضره حتى يحقق الدعوى لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وثمن الكلب وقيمة خمر النصراني فلا يكلفه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضى به، ويخالف الحاضر في البلد حيث قلنا أنه يحضر قبل أن يحقق المدعي دعواه لأنه لا مشقة عليه في الحضور، فإن حقق الدعوى على الغائب أحضره لما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب إلى المهاجر بن أمية أن ابعث إلى بقيس بن مكشوح في وثاق فأحلفه خمسين يمينًا على منبر رسول الله ﷺ ما قتل داذويه[1]. ولأنا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقًا إلى إبطال الحقوق فإن استعداه على امرأة فإن كانت برزة فهي كالرجل، لأنها كالرجل في الخروج للحاجات، وإن كانت غير برزة لم تكلف الحضور بل توكل من يخاطب عنها، وإن توجهت عليها يمين بعث إليها من يحلفها لأن النبي ﷺ قال: «يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فبعث من يسمع إقرارها ولم يكلفها الحضور.

الشرح: قوله: «آس بين الناس» أي أصلح، والشرف العلو والرفعة، والشريف: الرفيع المنزلة العالي القدر والحسب، والحيف: الجور، وقوله: «أن يفلح» أي يغلب، واللدد: شدة الخصومة، والزبر: الزجر والمنع، وقوله: «لا يتعنته» أي يطلب زلته.

---

(١) انظر الطبقات لابن سعد (٦/ ٦٤).

قال في البيان: المستحب: للقاضي أن يقدم رجلًا إلى مجلس حكمه، يكتب أسماء الحاضرين للدعوى، الأول فالأول. فإذا حضر القاضي وقد حضر هناك جماعة من الخصوم، أو حضروا بعد جلوسه في مجلس الحكم، فإنه يقدم الأول في الحضور في الحكم؛ لأن له مزية بالسبق، والاعتبار بسبق المدعي في الحضور دون المدعى عليه؛ لأن الحق للمدعي.

وإن حضر مدعيان أو مدعون في وقت واحد، أو سبق بعضهم بعضًا، وأشكل السابق منهم، أقرع الحاكم بينهم، فمن خرجت له القرعة، قدم. وإن شاء الحاكم، كتب اسم كل واحد منهم في رقعة، وجعلها بين يديه مطوية، ومد يده إلى واحدة منها، فمن خرج اسمه، قدمه في الحكم؛ لأنه لا مزية لبعضهم على بعض.

وإن ثبت التقديم لأحدهم بالسبق أو بالقرعة، فاختار من ثبت له التقديم أن يقدم غيره على نفسه، جاز؛ لأن الحق له.

فإذا ثبت التقديم لواحد، فنظر الحاكم في خصومة بينه وبين رجل، فقال له المدعي: لي دعوى أخرى، لم يسمع منه؛ لأنه قد قدمه لسبقه في خصومة، فيقدم من بعده، ويقول له: اجلس حتى إذا لم يبق أحد من الحاضرين، نظرت في دعواك هذه. فإذا نظر فيهم واحدًا بعد واحد، فقال الأخير بعد أن نظر بينه وبين خصمه: لي دعوى أخرى، لم يسمع منه هذه الدعوى حتى يسمع الدعوى الثانية من الأول؛ لأنه قد سبق إليها، ثم يسمع الدعوى الثانية من الأخير. هذا ترتيب أصحابنا العراقيين.

وقال الخراسانيون: إذا ثبت التقديم لواحد وله خصمان، لم يقدم إلا في الدعوى على أحدهما، ولا يمكن من الدعوى على الثاني حتى تخرج له القرعة الثانية، وإن أراد أن يدعي بالدعوى الثانية على الخصم الذي ادعى عليه بالأولى، فهل يمكن منها قبل خروج القرعة له ثانيًا؟ فيه وجهان.

مسألة: وإن حضر عند القاضي مسافرون ومقيمون للحكم، نظرت: فإن سبق المسافرون، قدمهم لسبقهم.

وإن حضر المسافرون والمقيمون في وقت واحد، فإن كان المسافرون قليلين لا يدخل على المقيمين ضرر بتقديمهم وهم على الخروج، جاز للحاكم أن يقدمهم على المقيمين. وحكى الشيخ أبو إسحاق وجها آخر: أنه لا يجوز له تقديمهم إلا برضا المقيمين؛ لتساويهم في الحضور.

والأول هو المنصوص؛ لأن الله تعالى خص المسافرين بالتخفيف في العبادة، فجاز للحاكم تقديمهم.

قال ابن الصباغ: وإن سبق المقيمون المسافرين في الحضور، والمسافرون قليلون، جاز للحاكم تقديم المسافرين؛ لما ذكرناه.

وإن كان المسافرون كثيرون يساوون أهل البلد أو يزيدون عليهم، لم يجز للحاكم تقديمهم على المقيمين؛ لأن على المقيمين ضررًا بتقديمهم عليهم. قال المسعودي في «الإبانة»: وكذلك إذا حضر رجال ونساء في وقت واحد، جاز للحاكم أن يقدم النساء على الرجال.

فرع: فإن حضر خصمان عند القاضي، فادعى أحدهما على الآخر بدعوى، فقال المدعى عليه: أنا الذي أحضرته لأدعي عليه، قدم السابق بالدعوى؛ لأنه قد ثبت له السبق بالدعوى، فإن أجاب عن دعواه، كان له أن يدعي عليه.

وإن حضر خصمان وادعى كل واحد منهما على الآخر دفعة واحدة، فقد حكى ابن المنذر اختلاف الناس فيه: فمنهم من قال: يقرع بينهما. ومنهم من قال: يقدم الحاكم من شاء. ومنهم من قال: يصرفهما الحاكم إلى أن يصطلحا. ومنهم من قال: يسمع منهما، ويحلف كل واحد منهما: أنه سبق صاحبه. قال الشيخ أبو حامد: ولا نص فيها، والذي يجيء على أصلنا: أنه يقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، فأقرع بينهما، كما لو جاءا في وقت واحد.

مسألة: ويسوي الحاكم بين الخصمين في دخولهما عليه، فلا يقدم أحدهما على الآخر في الدخول عليه للحكم، وفي الإقبال عليهما، ورد السلام، والاستماع منهما، ولا يرفع صوته على أحدهم دون الآخر.

فإن كان الخصمان مسلمين أو كافرين، أجلسهما بين يديه وإن كان أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا، ففيه وجهان، حكاهما الشيخ أبو إسحاق والمسعودي في «الإبانة»: أحدهما: يسوي بينهما في المجلس كما يسوي بينهما في دخولهما عليه وإقباله عليهما.

والثاني ولم يذكره الشيخ أبو حامد والصباغ غيره: أنه يرفع المسلم عليه في المجلس.

إذا ثبت هذا: فاختلف أصحابنا في ذلك: واجب أو مستحب؟

فذكر الشيخ أبو حامد: أنه يجب على الحاكم أن يسوي بينهما في الدخول والإقبال والاستماع والمجلس؛ لأن الشافعي رحمه الله قال: وينبغي للقاضي أن ينصف بين الخصمين في المدخل عليه للحكم والإنصات.

وقال ابن الصباغ: هو مستحب غير واجب.

فرع: قال الشافعي: ولا ينبغي أن يضيف الخصم دون خصمه. وجملة ذلك:

أنه لا يجوز للقاضي أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر؛ولأنه إذا ضيف أحدهما، انكسر قلب الآخر، وربما لا يمكنه استيفاء حجته.

ولا يسار أحدهما دون الآخر؛ لأن ذلك يكسر قلب الآخر.ولا يجوز له أن يلقن أحدهما حجته؛ لأن عليه أن يسوي بينهما، وإذا لقن أحدهما الإقرار، أضر به، وإن لقنه الإنكار، أضر بخصمه الآخر.

وكذلك لا يجوز له أن يلقن الشاهد الامتناع من الشهادة إذا أراد أن يشهد؛ لأن فيه إضرارًا بالمشهود له، ولا يلقنه الشهادة إذا رآه ممتنعًا منها؛ لأن فيه إضرار بالمشهود عليه.

ويجوز للقاضي أن يدفع ما وجب على أحد الخصمين من مال نفسه؛ لأن في ذلك نفعًا لهما، ويجوز له أن يشفع لأحدهما إلى الآخر بالإنظار أو بالإسقاط.

ولا يجب على القاضي أن يسوي بين الخصمين في محبة القلب، بل لو أحب أحدهما ولم يظهر منه ذلك بقول ولا فعل، لم يأثم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ [النساء: ١٢٩].

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أي: لا تتبعوا أفعالكم أهواءكم.وإذا ثبت هذا في النساء؛ لأنه لا يمكنه ذلك، ثبت بين الخصمين مثله.

فرع: ولا يجوز للقاضي أن ينتهر الخصمين أو أحدهما، ولا يصيح عليهما؛ لأنه إذا فعل ذلك، انكسر قلب من انتهره، وربما منعه ذلك من استيفاء حجته.

فإن بان من أحد الخصمين لدد، وهو: الالتواء في الخصومة وشدة الخصومة، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ أَلَدُّ ٱلْخِصَامِ﴾ [البقرة: ٢٠٤]، وقال الله تعالى: ﴿وَتُنذِرَ بِهِۦ قَوْمًا لُّدًّا﴾ [مريم: ٩٧]، وذلك بأن لا يستوي على وجهة واحدة؛ مثل: أن يسأل الحاكم أن يستحلف له خصمه، فلما استحلفه بعض اليمين، قال له: اقطع اليمين، فلي بينة أقيمها، فانصرف، ثم عاد ورفعه ثانيًا ولم يقم عليه بينة وما أشبه ذلك، فإذا فعل الخصم ذلك مرة، نهاه الحاكم عن ذلك، فإن عاد إليه، زجره بالكلام، فإن فعله ثالثا، أدبه بالضرب أو بالحبس على ما يرى فيه من المصلحة.

فإن أغلظ الخصم للحاكم بالقول؛ مثل أن يقول: جرت علي في الحكم أو حكمت علي بغير حق وما أشبه ذلك، فعلى الحاكم ما يرى فيه من المصلحة من تعزيره أو ترك تعزيره. فإن كان الخصم جاهلًا يرى أن ترك تعزيره للعجز عنه، عزره؛ لئلا ينبسط عليه بأكثر من ذلك. وإن كان عاقلًا، إلا أنه أخطأ في ذلك، زجره بالكلام.

ولا يتعنت شاهدًا، وهو: أن الحاكم متى شهد عنده شاهدان وتوسم فيهما

سيما الخير والعدالة، لم يفرقهما، ولم يسألهما: أين شهدتما، ولا في أي موضع شهدتما.

قال الشافعي رحمه الله: ولا ينتهر شاهدًا ولا يعنفه. والانتهار: أن يصيح عليه، و التعنيف هو أن يداخله في كلامه ويتعقبه في ألفاظه؛ لأن ذلك كله يكسر قلب الشاهد ويمنعه من إقامة الشهادة، وربما دعاه ذلك إلى ترك تحمل الشهادة خوفًا من ذلك الأذى، فيؤدي إلى ضياع الحقوق.

مسألة: إذا كان بين رجلين خصومة، ودعا أحدهما الآخر إلى مجلس الحاكم، وجبت عليه الإجابة إلى الحكم، فالله تعالى مدح من أجاب إلى الحكم، فقال: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨]. وقال: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوۡلَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ أَن يَقُولُواْ سَمِعۡنَا وَأَطَعۡنَاۚ﴾ [النور: ٥١].

وإن استعدى رجل الحاكم على رجل في البلد، وجب عليه أن يعديه، سواء بين دعواه أو لم يبين.ومن أصحابنا من قال: إذا كان الرجل المستعدى عليه من أهل الصيانة والمروءة واستعدى عليه من يتهم أنه قصد ابتذاله بذلك، لم يستحضر إلى مجلس الحاكم، لكن ينفذ إليه الحاكم من يحكم بينهما ويحلفه له إن وجبت له عليه يمين في مسجده أو منزله. والمشهور هو الأول، وبه قال أبو حنيفة.وقال مالك: لا يعديه عليه إلا إذا علم أن بينهما معاملة. وروي ذلك عن علي كرم الله وجهه.

دليلنا: قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، ولم يفرق بين أن يكون بينهما معاملة أو لا يكون بينهما معاملة. ولأنه قد يكون له عنده وديعة أو عارية جحدها، أو غصب منه شيئًا، فوجب عليه أن يعديه عليه، كما لو علم بينهما معاملة.

والمستحب: أن يكون عند القاضي خواتم من طين على كل واحد منها مكتوب اسمه، أو: أجب القاضي فلانًا، فيدفع إلى من استعداه خاتمًا من تلك الخواتم ليدفعه إلى الذي استعدى عليه، فإذا دفعه إليه، وجب عليه أن يجيب معه للآية.

قال أبو العباس: فإذا حضر، فإن كان الرجل من أهل الصيانة والمروءة، أدخله القاضي إلى داره وحكم بينهما هناك صيانة له. وإذا دفع إليه الختم وامتنع من الحضور أو كسر الختم، بعث إليه القاضي عونًا من أعوانه وسأله أن يحضر، فإن حضر، وإلا، أرسل القاضي إلى صاحب الشرطة ليحضره، وإذا حضر، سأل القاضي شاهدين على امتناعه عن الحضور أو على كسر الخاتم.

قال الشافعي رحمه الله: ويسأل عن عدالتهما ويحقق السؤال، فإذا ثبت ذلك، عزره

على حسب ما يرى في حاله من الزجر بالكلام أو كشف العمامة أو الحبس أو الضرب. فإن اختفى على من يحضره، بعث القاضي من ينادي على بابه ثلاثة أيام: أنه إن لم يحضر، سمر بابه وختم عليه. ويستحب له: أن يجمع أماثل جيرانه ويشهدهم على إعدائه، فإن لم يحضر، وإلا، سمر بابه وختمه.

وقال ابن القاص: ومذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يوكل عليه وكيلًا بعد أن يبعث الحاكم من ينادي على بابه بحضرة شاهدي عدل: إن لم يحضر مع خصمه فلان بن فلان، وإلا، وكل عليه. والمستحب: أنه يعزز إليه في ذلك ثلاثًا، فإن لم يحضر، وكل عليه وكيلًا ليناظر عنه المدعي، فإن ثبت عليه حق ووجد له مالًا، قضاه منه. وإن كان الحق على بدنه وعرف له مكانًا، أمر القاضي بالاقتحام عليه، فينفذ الخصيان والغلمان الذين لم يبلغوا والثقات من النساء، ويبعث معهم ذوي عدل من الرجال، فيدخل النساء والغلمان، فإذا حصلوا في صحن الدار، دخل الرجال، ويؤمر الغلمان والنساء بالتفتيش عنه، والنساء يتفقدن النساء، فإذا وجد، أخرج، وحكم عليه بما وجب عليه.

وأما إذا كان المستعدى عليه غائبًا عن البلد، فإن كان في بلد ليس للقاضي المستعدى إليه ولاية عليها، لم يجب عليه الإعداء عليه، بل لو أقام عليه المدعي البينة وحكم عليه القاضي، كان حكمًا على غائب على ما يأتي بيانه.

وإن كان في بلد ولاية القاضي المستعدى إليه، فإن كان للحاكم في ذلك البلد خليفة، لم يحضره بل يكتب إلى خليفته لينظر بينهما، فإن لم يكن هناك خليفة له، وهناك رجل من الرعية يصلح للقضاء ورأى القاضي أن يكتب إليه لينظر بينهما، فعل. وإن أراد أن ينفذ من يحكم بينهما هناك، فعل.

وإن لم يمكن شيء من ذلك وسأل الخصم إحضاره، نظرت: فإن لم يحرر دعواه، لم يجز له إحضاره؛ لجواز أن يدعي عليه بما لا حق عليه، مثل أن يقول: سعى بي إلى السلطان، أو يدعي عليه بالشفعة للجار، أو بقيمة كلب، والحاكم لا يرى وجوب ذلك. ويخالف الحاضر في البلد حيث قلنا: يلزمه أن يعديه عليه وإن لم يحرر الدعوى عليه؛ لأنه لا مشقة على من في البلد في الحضور، وعلى الغائب عن البلد مشقة في الحضور. وإن حرر دعوى صحيحة عليه، وجب على القاضي أن يعديه عليه، سواء كانت المسافة بينهما قريبة أو بعيدة.

وقال أبو يوسف: لا يحضره إلا إذا كان يمكنه أن يحضر وينصرف في يومه.

وقال بعض الناس: لا يحضره إلا إذا كانت في مسافة يوم وليلة، ولا يحضره إذا كانت المسافة أكثر من ذلك.

وقال بعضهم: يحضره من مسافة ثلاثة أيام، ولا يحضره في مسافة أكثر من ذلك.

دليلنا: أنه إذا لم يكن هناك من يحكم بينهما، ضاع الحق إذا لم يعده، فوجب عليه أن يعديه، كالمسافة المتفق عليها.

فرع: وإن استعدى رجل الحاكم على امرأة، نظرت: فإن كانت برزة وهي التي تخرج لحوائجها فإن الحاكم يعدي عليها ويحضرها في مجلس الحكم ويحكم بينهما.

وإن كانت مخدرة وهي التي لا تخرج لحوائجها لم يكلفها الحاكم الحضور، بل يأمرها أن توكل من ينوب عنها في الخصومة، أو يبعث الحاكم من يحكم بينهما؛ لأن النبي ﷺ أمر أن ترجم الغامدية وهي ظاهرة، وأمر أنيسًا أن يغدو على امرأة الرجل التي أقر عسيفه أنه زنى بها، وقال: «إن اعترفت فارجمها». فأمر برجمها وهي غير ظاهرة، وإنما فرق بينهما؛ لأن الغامدية كانت برزة، والأخرى غير برزة.

وإن كانت المرأة غير برزة وحضر من يحكم بينها وبين خصمها، وكان الحاكم أو الخصم من غير ذوي رحمها، فإنه يكون بينه وبينها سترة وتتكلم من ورائها. فإن اعترفت أنها خصمه، حكم بينهما. وإن قال: ليست هذه خصمي، فإن شهد شاهدان أنها خصمه، حكم بينهما. وإن لم يكن لها بينة، كلفت أن تتلفح بإزارها وتخرج من وراء الستر؛ لأنه موضع حاجة.

باب صفة القضاء

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا حضر عند القاضي خصمان وادعى أحدهما على الآخر حقًا يصح فيه دعواه، وسأل القاضي مطالبة الخصم بالخروج من دعواه طالبه، وإن لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجوز للقاضي مطالبته لأن ذلك حق للمدعي فلا يجوز استيفاؤه من غير إذنه، الثاني: وهو المذهب أنه يجوز له مطالبته لأن شاهد الحال يدل على الإذن في المطالبة فإن طولب لم يخل إما أن يقر أو ينكر أو لا يقر ولا ينكر، فإن أقر لزمه الحق ولا يحكم به إلا بمطالبة المدعي، لأن الحكم حق له فلا يستوفيه من غير إذنه. فإن طالبه بالحكم حكم له عليه وإن أنكر فإن كان المدعي لا يعلم أن له إقامة البينة قال له القاضي لك بينة؟ وإن كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وإن لم تكن له بينة وكانت الدعوى في غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجوز للقاضي إحلافه إلا بمطالبة المدعي لأنه حق له فلا يستوفيه من غير

إذنه، وإن أحلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لأنها يمين قبل وقتها، وللمدعي أن يطالب بإعادتها لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه، وإن أمسك المدعي عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لأنه لم يسقط حقه من اليمين وإنما أخرها وإن قال أبرأتك من اليمين سقط حقه منها في هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لأن حقه لم يسقط بالإبراء من اليمين فإن استأنف فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التي أبرأه فيها من اليمين فإن حلف سقطت الدعوى، لما روى وائل بن حجر «أن رجلًا من حضرموت ورجلًا من كندة أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي: هذا غلبني على أرض ورثتها من أبي، وقال الكندي: أرضي وفي يدي أزرعها لا حق له فيها. فقال النبي ﷺ: شاهداك أو يمينه. قال: إنه لا يتورع عن شيء، فقال: ليس لك إلا ذلك»[(١)] فإن امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه فإن ابتدأ وقال: امتنعت لأنظر في الحساب تمهل ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة ولا يمهل أكثر منها لأنها مدة كثيرة فإن لم يذكر عذرًا لامتناعه جعله ناكلًا ولا يقضي عليه بالحق بنكله لأن الحق إنما يثبت بالإقرار أو البينة، والنكول ليس بإقرار ولا بينة، فإن بذل اليمين بعد النكول لم يسمع، لأن بنكوله ثبت للمدعي حق وهو اليمين فلم يجز إبطاله عليه فإن لم يعلم المدعي أن اليمين صارت إليه قال له القاضي: أتحلف وتستحق؟ وإن كان يعلم فله أن يقبل ذلك وله أن يسكت، وإن قال: أحلف ردت اليمين عليه لما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ رد اليمين على صاحب الحق»[(٢)] وروي أن المقداد استقرض من عثمان مالًا فتحاكما إلى عمر فقال المقداد: هو أربعة وقال عثمان: سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان: احلف أنه سبعة آلاف. فقال عمر: إنه أنصفك، فلم يحلف عثمان. فلما ولى المقداد قال عثمان: والله لقد أفرضته سبعة آلاف، فقال عمر: لم لم تحلف؟ فقال: خشيت أن يوافق ذلك به قدر بلاء فيقال: بيمينه[(٣)]. واختلف قول الشافعي رحمه الله في نكول المدعى عليه مع يمين المدعي فقال في أحد القولين: هما بمنزلة البينة لأنه حجة من جهة المدعي. وقال في القول الآخر: هما بمنزلة الإقرار، وهو الصحيح لأن النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين ترتب عليه، وله، فصار كإقراره فإن نكل المدعي عن اليمين سئل عن سبب نكوله، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله لأن بنكول المدعى عليه وجب للمدعي حق في رد

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٣٩).
(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ١٠٠) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٨٤) والدارقطني في سننه (٤/ ٢١٣).
(٣) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ١٧٧).

اليمين والقضاء له، فلم يجز سؤال المدعى عليه، وبنكول المدعي لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله فإن سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لأن له بينة يقيمها وحسابًا ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة ويترك ما تارك، والفرق بينه وبين المدعي عليه حيث قلنا إنه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام أن يترك المدعى عليه يتأخر حق المدعي في الحكم له ويترك المدعي لا يتأخر إلا حقه، وإن قال: امتنعت لأني لا أختار أن أحلف حكم بنكوله، فإن بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في هذه الدعوى لأنه أسقط حقه منها، فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى وأنكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف فإن حلف ترك، وإن نكل ردت اليمين على المدعي، فإذا حلف حكم له لأنها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله، فإن كان له شاهد واختار أن يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين إلى جنبة المدعى عليه، فإن أراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له في هذا المجلس لأن اليمين انتقلت عنه إلى جنبة غيره فلم تعد إليه، فإن عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز أن يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الأولى قد سقط. وإن حلف المدعى عليه في الدعوى الأولى سقطت عنه المطالبة، وإن نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعي لأن للشاهد معنى تقوى به جنبة المدعي فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث في القسامة. وهل ترد اليمين على المدعي ليحلف مع الشاهد؟ فيه قولان، أحدهما: أنه لا ترد لأنها كانت في جنبته وقد أسقطها وصارت في جنبة غيره فلم تعد إليه كالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين فردت إلى المدعي فنكل فإنها لا ترد على المدعى عليه. والقول الثاني وهو الصحيح: أنها ترد لأن هذه اليمين غير الأولى لأن سبب الأولى قوة جنبة المدعي بالشاهد، وسبب الثانية قوة جنبته بنكول المدعى عليه واليمين الأولى لا يحكم بها إلا في المال وما يقصد به المال، والثانية يقضي بها في جميع الحقوق التي تسمع فيها الدعوى فلم يكن سقوط إحداهما موجبًا لسقوط الأخرى، فإن قلنا: إنها لا تزد حبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأنه تعين عليه ذلك، وإن قلنا: إنها ترد حلف مع الشاهد واستحق.

فصل: وإن كانت الدعوى في موضع لا يمكن رد اليمين على المدعي بأن ادعى على رجل دينًا ومات المدعي ولا وارث له غير المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الإصطخري، أحدهما: أنه يقضي بنكوله لأنه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعينون فقضى بالنكول لموضع الضرورة، والثاني: وهو المذهب أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأن الرد لا يمكن لما ذكرناه، والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه، لأنه إما أن يكون صادقًا في إنكاره فلا ضرر عليه في اليمين أو كاذبًا فيلزمه الإقرار، وإن ادعى وصي دينًا لطفل في حجره على رجل وأنكر الرجل

ونكل عن اليمين وقف إلى أن يبلغ الطفل فيحلف لأنه لا يمكن رد اليمين على الوصي لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا على الطفل في الحال لأنه لا يصح يمينه فوجب التوقف إلى أن يبلغ.

فصل: وإن كان للمدعي بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة لا تهمة فيها لأنها من جهة غيره واليمين حجة يتهم فيها لأنها من جهته ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها إلا بمسألة المدعي لأنه حق له فلا يستوفى إلا بإذنه. فإن قال المدعى عليه: أحلفوه إنه يستحق ما شهدت به البينة، لم يحلف لأن في ذلك طعنًا في البينة العادلة، وإن قال: أبرأني منه فحلفوه أنه لم يبرئني منه أو قضيته فحلفوه إني لم أقضه حلف لأنه ليس في ذلك قدح في البينة، وما يدعيه محتمل فحلف عليه، وإن كانت البينة غير عادلة قال له القاضي: زدني في شهودك، وإن قال المدعي: لي بينة غائبة وطلب يمين المدعى عليه أحلف لأن الغائبة كالمعدومة لتعذر إقامتها، فإن حلف المدعى عليه ثم حضرت البينة وطلب سماعها والحكم بها وجب سماعها والحكم بها لما روي عن عمر ﷺ أنه قال: «البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة» ولأن البينة كإقرار ثم يجب الحكم بالإقرار بعد اليمين فكذلك بالبينة. وإن قال: لي بينة حاضرة ولكني أريد أن أحلفه حلف، لأنه قد يكون له غرض في إحلافه بأن يتورع عن اليمين فيقر وإثبات الحق بالإقرار أقوى وأسهل من إثباته بالبينة. وإن قال: ليس لي بينة حاضرة ولا غائبة أو قال كل بينة وشهد لي فهي كاذبة وطلب إحلافه فحلف ثم أقام البينة على الحق ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنها لا تسمع لأنه كذبها بقوله والثاني: أنه إن كان هو الذي استوثق بالبينة لم تسمع لأنه كذبها وإن كان غيره المستوثق بالبينة سمعت لأنه لم يعله بالبينة فرجع قوله لا بينة لي إلى ما عنده والثالث: أنها تسمع بكل حال وهو الصحيح لأنه يجوز أن يكون ما علم، وإن علم فلعله نسي، فرجع قوله لا بينة لي إلى ما يعتقده.

فصل: وإن قال المدعي لي بينة بالحق لم يجز له ملازمة الخصم قبل حضورها لقوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك»[1] وإن شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح قال له قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندي وقد أطردتك جرحهما وإن كان يعلم فله أن يقول وله أن يسكت، فإن قال المشهود عليه لي بينة بجرحهما نظر فإن لم يأت بها حكم عليه، لما روي عن عمر ﷺ أنه قال في كتابه إلى أبي موسى الأشعري ﷺ: «واجعل لمن ادعى حقًا غائبًا أمدًا ينتهي إليه فإن أحضر بينته أخذت له حقه، وإلا استحللت عليه القضية، فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى»[2] ولا

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

ينظر أكثر من ثلاثة أيام لأنه كثير وفيه إضرار بالمدعي، وإن قال لي بينة بالقضاء أو الإبراء أمهل ثلاثة أيام، فإن لم يأت بها حلف المدعي أنه لم يقضه ولم يبرئه ثم يقضي له لما ذكرناه وله أن يلازمه إلى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لأن الحق قد ثبت له في الظاهر. وإن شهد له شاهدان ولم تثبت عدالتهما في الباطن فسأل المدعي أن يحبس الخصم إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وهو ظاهر المذهب أنه يحبس لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق، والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لا يحبس لأن الأصل براءة ذمته. وإن شهد له شاهد واحد وسأل أن يحبسه إلى أن يأتي بشاهد آخر ففيه قولان، أحدهما: أنه يحبس كما يحبس إذا جهل عدالة الشهود، والثاني: إنه لا يحبس وهو الصحيح لأنه لم يأت بتمام البينة، ويخالف إذا جهل عدالتهم لأن البينة تم عددها، والظاهر عدالتها. وقال أبو إسحاق: إن كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولًا واحدًا لأن الشاهد الواحد حجة فيه لأنه يحلف معه.

فصل: وإذا علم القاضي عدالة الشاهد أو فسقه عمل بعلمه في قبوله ورده وإن علم حال المحكوم فيه نظرت فإن كان ذلك في حق الآدمي ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله ﷺ للحضرمي «شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك» ولأنه لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده. والثاني: وهو الصحيح وهو اختيار المزني رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علمه أو سمعه»[1] ولأنه إذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن فلئن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى وإن كان ذلك في حق الله تعالى ففيه طريقان، أحدهما: وهو قول أبي العباس وأبى علي بن أبي هريرة إنها على قولين كحقوق الآدميين، والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه قولًا وحدًا لما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: «لو رأيت رجلًا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي» ولأنه مندوب إلى ستره ودرئه والدليل عليه قوله ﷺ: «هلا سترته بثوبك يا هزال؟»[2] فلم يجز الحكم فيه بعلمه.

فصل: وإن سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم: إن أجبت وإلا جعلتك ناكلًا. والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثًا فإن لم يجب جعله ناكلًا وحلف المدعي وقضى له لأنه لا يخلو إذا أجاب من أن يقر أو ينكر فإن أقر فقد

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٢١٩٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٧٣) وابن حبان في صحيحه برقم (١٨٤٢ موارد) وأحمد في المسند (٣/ ٧) والبيهقي في سننه (١٠/ ٩٠).

(٢) تقدم.

قضى عليه بما يجب على المقر وإن أنكر فقد وصل إنكاره بالنكول عن اليمين فقضينا عليه بما يجب على المنكر إذا نكل عن اليمين.

فصل: وإذا تحاكم إلى الحاكم أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة إلا عدلين لأنه إثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل إلا من عدلين كالإقرار، وإن كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك في الترجمة، وإن كان مما لا يقبل فيه إلا ذكرين لم يقبل في الترجمة إلا ذكرين، فإن كان إقرارًا بالزنا ففيه قولان، أحدهما: أنه يثبت بشاهدين، والثاني: أنه لا يثبت إلا بأربعة.

فصل: وإن حضر رجل عند القاضي وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر في البلد استتر وتعذر إحضاره فإن لم يكن معه بينة لم يسمع دعواه لأن استماعها لايفيد وإن كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بينته لأنا لو لم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقًا إلى إسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها ولا يحكم عليه إلا أن يحلف المدعي أنه لم يبرىء من الحق لأنه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة إبراء أو قضاء أو حوالة ولهذا لو حضر من عليه الحق وادعى البراءة بشيء من ذلك سمعت دعواه وحلف عليه المدعي فإذا تعذر حضوره وجب على الحاكم أن يحتاط له ويحلف عليه المدعي وإن ادعى على حاضر في البلد يمكن إحضاره ففيه وجهان، أحدهما: أنه تسمع الدعوى، والبينة ويقضي بها بعد ما يحلف المدعي لأنه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد والمستتر في البلد، والثاني: أنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب لأنه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلس الحكم، وإن ادعى على ميت سمعت البينة وقضى عليه فإن كان له وارث كان إحلاف المدعي إليه وإن لم يكن له وارث فعلى الحاكم أن يحلفه ثم يقضي له وإن كان على صبي سمعت البينة وقضى عليه بعد ما يحلف المدعي لأنه تعذر الرجوع إلى جوابه فقضى عليه مع يمين المدعي كالغائب والمستتر، وإن حكم على الغائب ثم قدم أو على الصبي ثم بلغ كان على حجته في القدح في البينة والمعارضة بينة يقيمها على القضاء أو الإبراء.

فصل: ويجوز للقاضي أن يكتب إلى القاضي فيما عنده ليحكم به ويجوز أن يكتب إليه فيما حكم به لينفذه لما روى الضحاك بن قيس قال: «كتب إلي رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها»[1] ولأن الحاجة تدعو إلى كتاب القاضي إلى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به لينفذه، فإن كان الكتاب فيما حكم به جاز قبول ذلك في المسافة القريبة والبعيدة لأن ما حكم به يلزم كل أحد إمضاؤه، وإن كان فيما ثبت عنده لم يجز قبوله إذا كان بينهما مسافة لا

(١) تقدم.

تقصر فيها الصلاة لأن القاضي الكاتب فيما حمل شهود الكتاب كشاهد الأصل والشهود الذين يشهدون بما في الكتاب كشهود الفرع وشاهد الفرع لا يقبل مع قرب شاهد الأصل.

فصل: ولا يقبل الكتاب إلا أن يشهد به شاهدان وقال أبو ثور يقبل من غير شهادة لأن النبي ﷺ «كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة» وقال أبو سعيد الإصطخري: إذا عرف المكتوب إليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله، وهذا خطأ لأن الخط والختم يشبه الختم، فلا يؤمن أن يزور على الخط والختم. وإذا أراد إنفاذ الكتاب أحضر شاهدين ويقرأ الكتاب عليهما أو يقرأ غيره وهو يسمعه. والمستحب أن ينظر الشاهدان في الكتاب حتى لا يحذف منه شيء، وإن لم ينظرا جاز لأنهما يؤديان ما سمعا، وإذا وصلا إلى القاضي المكتوب إليه قرآ الكتاب عليه وقالا: نشهد أن هذا الكتاب كتاب فلان إليه وسمعناه واشهدنا أنه كتب إليك بما فيه، وإن لم يقرآ الكتاب ولكنهما سلماه إليه وقالا نشهد أنه كتب إليك بهذا لم يجز لأنه ربما زور الكتاب عليهما. وإن انكسر ختم الكتاب لم يضر لأن المعول على ما فيه وإن أمحى بعضه فإن كانا يحفظان ما فيه أو معهما نسخة أخرى لم يشهدا لأنهما لا يعلمان ما أمحى منه.

فصل: وإن مات القاضي الكاتب أو عزل جاز للمكتوب إليه قبول الكتاب والعمل به لأنه إن كان الكتاب بما حكم به وجب على كل من بلغه أن ينفذه في كل حال، وإن كان الكتاب بما ثبت عنده فالكتاب كشاهد الأصل وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموت شاهد الأصل لا يمنع من قبول شهادة شهود الفرع، وإن فسق الكاتب ثم وصل كتابه فإن كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر فسقه لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده وإن كان فيما ثبت عنده لم يجز الحكم به لأنه كشاهد الأصل وشاهد الأصل إذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع، وإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل أو ولى غيره قبل الكتاب لأن المعول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته.

فصل: فإن وصل الكتاب إلى المكتوب إليه فحضر الخصم وقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل أنه لا مطالبة عليه، فإن أقام المدعي بينة أنه فلان بن فلان فقال أنا فلان بن فلان إلا أني غير المحكوم عليه لم يقبل قوله إلا أن يقيم البينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به لأن الأصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة. وإن أقام بينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به توقف عن الحكم حتى يعرف من المحكوم عليه منهما. وإذا حكم المكتوب إليه على المدعى عليه بالحق فقال المحكوم عليه اكتب إلى الحاكم الكاتب أنك حكمت علي حتى لا يدعي علي ثانيًا ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري رحمه الله أنه يلزمه لأنه لا يأمن أن يدعي ثانيًا ويقيم عليه البينة فتقضى عليه ثانيًا، والثاني: أنه لا يلزمه لأن الحاكم إنما

يكتب ما حكم به أو ثبت عنده والكاتب هو الذي حكم أو ثبت عنده دون المكتوب إليه.

فصل: إذا ثبت عند القاضي حق بالإقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الإقرار لزمه ذلك لأنه لا يؤمن أن ينكر المقر فلزمه الإشهاد ليكون حجة إذا أنكر، وإن ثبت عنده الحق بيمين المدعي بعد نكول المدعى عليه فسأله المدعي أن يشهد على نفسه لزمه لأنه لا حجة للمدعي غير الإشهاد، وإن ثبت عنده الحق بالبينة فسأل المدعي الإشهاد ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجب لأن له بالحق بينة فلم يلزم للقاضي تجديد بينة أخرى، والثاني: أنه يلزمه لأن في إشهاده على نفسه تعديلًا لبينته وإثباتًا لحقه وإلزامًا لخصمه فإن ادعى عليه حقًا فأنكره وحلف عليه وسأله الحالف أن يشهد على براءته لزمه ليكون حجة له في سقوط الدعوى حتى لا يطالبه بالحق مرة أخرى، وإن سأله أن يكتب له محضرًا في هذه المسائل كلها وهو أن يكتب ما جرى وما ثبت به الحق فإن لم يكن عنده قرطاس من بينة ولم يأته المحكوم له بقرطاس ـ لم يلزمه أن يكتب لأن عليه أن يكتب وليس عليه أن يغرم، وإن كان عنده قرطاس من بيت المال أو أتاه صاحب الحق بقرطاس فهل يلزمه أن يكتب المحضر؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يلزمه لأنه وثيقة بالحق فلزمه كالإشهاد على نفسه، والثاني: أنه لا يلزمه لأن الحق يثبت باليمين أو بالبينة دون المحضر وإن سأله أن يسجل له وهو أن يذكر ما يكتبه في المحضر ويشهد على إنفاذه ويسجل له فهل يلزم ذلك أم لا؟ على ما ذكرناه في كتب المحضر. وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب في نسختين إحداهما تسلم إلى المحكوم له والأخرى تكون في ديوان الحكم. فإن حضر عند القاضي رجلان لا يعرفهما وحكم بينهما ثم سأل المحكوم له كتب محضر أو سجل كتب: حضر إلي رجلان قال أحدهما إنه فلان بن فلان وقال الآخر إنه فلان بن فلان ويخليهما ويذكر ما جرى بينهما ويشهد على ذلك.

فصل: وإن اجتمعت عنده محاضر وسجلات كتب على كل محضر اسم المتداعيين ويضم ما اجتمع منها في كل شهر أو في كل سنة على قدر قلتها وكثرتها وضم بعضها إلى بعض، ويكتب عليها محاضر شهر كذا وكذا من سنة كذا ليسهل عليه طلبته إذا احتاج إليه وإن حضر رجلان عند القاضي فادعى أحدهما أن له في ديوان الحكم حجة على خصمه فوجدها فإن كان حكمًا حكم به غيره لم يعمل به إلا أن يشهد به شاهدان أن هذا حكم به فلان القاضي، ولا يرجع في ذلك إلى الخط والختم، فإنه يحتمل التزوير في الخط والختم وإن كان حكمًا حكم هو به فإن كان ذاكرًا للحكم به عالمًا به عمل به وألزم الخصم حكمه، وإن كان غير ذاكر لم يعمل به لأنه يجوز أن يكون قد زور على خطه وختمه، وإن شهد اثنان عليه أنه حكم به لم يرجع إلى شهادتهما لأنه يشك في فعله فلا يرجع فيه إلى

قول غيره كما لو شك في فرض من فروض صلاته، فإن شهد الشاهدان على حكمه عند حاكم آخر أنفذ ما شهدا به فإن شهد شاهدان أن الأول توقف في شهادتهما لم يجز للثاني أن ينفذ الحكم الذي شهدا به، لأن الشهود فرع للحاكم الأول فإذا توقف الأصل لم يجز الحكم بشهادة الفرع، كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد الأصل ثم شهد شاهدان أن شاهد الأصل توقف في الشهادة.

فصل: إذا اتضح الحكم للقاضي بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح فإن لم يفعلا لم يجز ترادهما لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضى من له الحكم.

فصل: إذا قال القاضي: حكمت لفلان بكذا قبل قوله لأنه يملك الحكم فقبل الإقرار به كالزوج لما ملك الطلاق قبل إقراره به، وإن عزل ثم قال: حكمت لفلان بكذا لم يقبل إقراره لأنه لا يملك الحكم فلم يملك الإقرار به وهل يكون شاهدًا في ذلك؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه يكون شاهدًا لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه وذلك لا يوجب رد شهادته كما لو قالت امرأة أرضعت هذا الصبي، والثاني: وهو المذهب أنه لا يكون شاهدًا لأن شهادته بالحكم تثبت لنفسه العدالة لأن الحكم لا يكون إلا من عدل فتلحقه التهمة في هذه الشهادة فلم تقبل ويخالف المرضعة لأن شهادتها بالرضاع لا تثبت عدالة لنفسها لأن الرضاع يصح من غير عدل ولأن المغلب في الرضاع فعل المرتضع ولهذا يصح به دونها والمغلب في الحكم فعل الحاكم فيكون شهادته على فعله فلم يقبل وبالله التوفيق.

الشرح: قوله: «لا يتورع» أي لا يتقي، وجنبة المدعي أي جانبه، ونكل عن اليمين أي جبن وهاب الإقدام عليها وامتنع، وقوله: «لطفل في حجره» الحجر بمعنى الحضن، والفاجرة أي الكاذبة، والأمد: الغاية، وقوله: «أجلى» أي أوضح وأبين، والهيبة: الإجلال والمخافة.

قال في البيان: إذا حضر خصمان عند القاضي، جاز للقاضي أن يقول لهما: تكلما أو يتكلم المدعي منكما، أو يقول ذلك القائم على بابه؛ لأنهما ربما هاباه من ابتداء الكلام. ولا يجوز أن يقول لأحدهما: تكلم؛ لأن في ذلك كسرًا لقلب الآخر.

ويجوز له أن يسكت إلى أن يتكلم المدعي منهما؛ لأنهما ما حضرا إلا للكلام. فإذا ابتدأ أحدهما بالدعوى، فأراد الآخر أن يداخله بالكلام في حال كلامه، منعه من ذلك؛ لأن المداخلة تمنع المدعي من بلوغ غرضه في الدعوى.

فإذا ادعى أحدهما على الآخر بدعوى، فإن كانت غير صحيحة، قال له القاضي: صحح دعواك. وهل له أن يلقنه كيف يصححها؟ فيه وجهان: أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري: يجوز له ذلك؛ لأنه لا ضرر على المدعى عليه في

تصحيح الدعوى عليه.والثاني وهو المذهب : أنه لا يجوز للقاضي ذلك؛ لأن قلب الآخر ينكسر بذلك.

وإن كانت الدعوى صحيحة، فإن لم يجبه المدعى عليه بعد الدعوى، نظرت:فإن قال المدعي للقاضي: كلفه الخروج عن دعواي، قال له القاضي: أجب عن دعواه. وإن لم يسأله المدعي ذلك، ففيه وجهان:أحدهما: لا يجوز له ذلك؛ لأن سؤال المدعى عليه حق للمدعي، فلا يستوفيه القاضي من غير إذنه.والثاني: يجوز له ذلك، وهو المذهب؛ لأنه ما ادعى عليه إلا ليجيبه، فكان شاهد الحال يدل عليه.

فإن طولب بالجواب فأجاب، أو أجاب من غير مطالبة، فلا يخلو: إما أن يقر أو ينكر.فإن أقر بما ادعى عليه، فإن سأله المقر له أن يحكم له على المقر بما أقر له به، حكم له بذلك. وإن لم يسأله ذلك، لم يجز له أن يحكم له بذلك؛ لأن الحكم حق للمقر له، فلا يفعله بغير إذنه.فإن أنكر المدعى عليه، فإن كان الحاكم يعلم أن المدعي لا يعلم أن هذا موضع إقامة البينة، فإنه يقول له: ألك بينة تشهد لك عليه؟ وإن كان يعلم أن ذلك موضع إقامة البينة، فله أن يقول له ذلك، وله أن يسكت.

وحكي: أنه كان بالبصرة شابان يتفقهان على مذهب الشافعي، وكانا أول من تفقه فيها على مذهب الشافعي، فلما ولي عيسى بن أبان قضاء البصرة أرادا أن يعرفاه بأنفسهما، فتواطآ على أن يدعي أحدهما على صاحبه شيئًا بين يديه، فتقدما إليه وادعى أحدهما على الآخر حقًا، فبادر عيسى بن أبان فقال للمدعى عليه: ما تقول فيما ادعاه عليك؟ فقال المدعي: ما سألتك أن تستفهم منه، وقال الآخر: أيها القاضي إن كان خصمي لم يسألك مطالبتي فلم تسألني؟ فقال للمدعي: أأسأله عما ادعيت؟ فقال: سله، فلما سأله، قال: ليس له علي شيء، فقال عيسى بن أبان: قد أنكر، فقال المدعي: أنا أقرب إليه أيها القاضي! تعرفني شيئًا أنا به خبير، فتحير عيسى، وقال: من أنتما؟ فقالا: نحن من أصحاب الشافعي ونتفقه على مذهبه، وإنما أردنا أن نعرف أنفسنا إليك لنعمل في ديوان الحكم، قال: فأحسن إليهما وقبلهما، وارتفع بذلك شأنهما عنده.

إذا ثبت هذا: فإن لم يكن للمدعي بينة، وكانت الدعوى في غير دم، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه؛ لما روى وائل بن حجر: «أن رجلًا حضرميًا ادعى على رجل من كندة أرضًا في يده، فقال الكندي: أرضي وفي يدي أزرعها، لا حق له فيها، فقال النبي ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟»، فقال: لا، قال: «لك يمينه»، فقال: إنه لا يبالي بما يحلف؛ لأنه لا يتورع عن شيء، فقال النبي ﷺ: «ليس لك إلا

ذلك». ولأن جنبة المدعى عليه هاهنا أقوى؛ لأن الأصل براءة ذمته، فكان القول قوله.

ولا يجوز للقاضي أن يحلفه إلا بسؤال المدعي؛ لأن الحق له فلا يستوفيه إلا بإذنه، فإن حلفه بغير إذنه، لم يعتد بيمينه، وللمدعي أن يطالب بإعادة اليمين؛ لأنها لم تقع موقعها.

فإن قال المدعي للمدعى عليه: أبرأتك من اليمين، سقط حقه منها في هذه الدعوى، وله أن يستأنف الدعوى، فإذا أنكره، فله أن يحلفه، فإذا حلف له المدعى عليه، سقطت عنه الدعوى في ظاهر الحكم، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين، لم يحكم عليه بنكوله بالحق المدعى به عليه، بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف، حكم له بما ادعاه. وبه قال الشعبي والنخعي.

وقال مالك: إن كان ذلك الحق مما يقبل فيه الشاهد والمرأتان، أو الشاهد واليمين، ردت اليمين على المدعي، وإن كانت مما لا يقبل فيه إلا الشاهدان، لم ترد اليمين على المدعي، بل يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف.

وقال أبو حنيفة: إن كانت الدعوى في المال ونكل المدعى عليه عن اليمين، كرر الحاكم عليه ثلاثًا، فإن حلف، وإلا، حكم عليه بنكوله، ولزمه المال. وإن كان في القصاص، لم يحكم عليه بالقصاص بالنكول، بل يحبس حتى يقر أو يحلفه.

وقال أبو يوسف: يقضى عليه بالنكول بالدية.

دليلنا على فوات رد اليمين على المدعي: قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِٱلشَّهَٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ أَوْ يَخَافُوٓا۟ أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾ [المائدة: ١٠٨]. وبالإجماع: أن اليمين لا ترد بعد اليمين، فثبت أن المراد بذلك: أن ترد أيمان بعد وجوب أيمان.

والدليل على أنه لا يقضي عليه بنكوله: أنه نكول عن يمين، فلم يقض بالحق بالنكول عن اليمين كالنكول عن القصاص.

فإن امتنع المدعى عليه عن اليمين، لم يسأل عن سبب امتناعه، بل ترد اليمين على المدعي؛ لأنه بامتناعه، سقطت اليمين عن جنبته وصارت في جنبة المدعي.

وإن سأل المدعى عليه أن يمهل عن اليمين لينظر في حسابه، أمهل ثلاثة أيام؛ لأن ذلك قريب.وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين، ثم بذل اليمين بعد ذلك، لم يسمع منه ذلك؛ لأن حقه قد سقط منها.

وإن كان القاضي يعلم أن المدعي لا يعلم أن اليمين قد صارت في جنبته، قال له: أتحلف وتستحق؟ وإن كان يعلم ذلك، فله أن يقول له ذلك، وله أن يسكت عنه.

وإن حلف المدعي، استحق ما ادعاه في ظاهر الحكم، كما تسقط الدعوى عن المدعى عليه إذا حلف في ظاهر الحكم.

فإن امتنع المدعي عن اليمين، سئل عن سبب امتناعه، فإن قال: امتنعت؛ لأن لي بينة أقيمها، أو لأنظر في حسابي ثم أحلف، ترك ما شاء؛ لأن الحق له، ولا تسقط اليمين عن جنبته، بل متى شاء، حلف واستحق.

وإن قال: امتنعت لأني لا أختار أن أحلف، سقطت اليمين عن جنبته، ولا يعود اليمين إليه إلا إن ادعى ثانيًا ونكل المدعى عليه عن اليمين.

والفرق بينهما حيث قلنا: إنه لا يسأل المدعى عليه عن سبب امتناعه ويسأل المدعي أن المدعى عليه إذا امتنع عن اليمين، انتقلت اليمين إلى المدعي، ففي سؤاله إضرار بالمدعي، وإذا امتنع المدعي، لم تنتقل اليمين إلى جنبة غيره، فلا ضرر في سؤاله على أحد.وإن حلف المدعي عند نكول المدعى عليه، ففي يمينه قولان:أحدهما: يجري مجرى بينة يقيمها؛ لأنها حجة من جهته.والثاني: يجري مجرى إقرار المدعى عليه، وهو الأصح؛ لأن اليمين إنما ترد لنكوله، فصارت يمين المدعي كإقرار المدعى عليه.

مسألة: وإن ادعى حقًا يثبت بالشاهد واليمين، وأقام شاهدًا، فإن حلف، حكم له بما ادعاه.

وإن قال: لست أختار أن أحلف معه، سقطت اليمين عن جنبته، وصارت في جنبة المدعى عليه، فإن أراد المدعي أن يحلف مع شاهده، لم يكن له ذلك في هذا المجلس، إلا أن يتفرقا عن ذلك المجلس ويدعي عليه ثانيًا وينكر، فله أن يقيم شاهده ويحلف معه؛ لأن يمينه قد سقطت في هذه الدعوى، فلم تعد إليه إلا في دعوى أخرى.

وإن انتقلت اليمين إلى جنبة المدعى عليه هاهنا، نظرت:فإن حلف، سقطت عنه المطالبة، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين، لم يقض عليه بالنكول بالحق المدعى به عليه مع شاهد المدعي.وقال مالك: يقضي عليه هاهنا بنكوله بالحق المدعى به عليه مع شاهد المدعي.

دليلنا: أن الشاهد معنى تقوى به جنبة المدعي، فلم يقض به مع نكول المدعى عليه كاللوث في القسامة.

وإذا ثبت هذا: فهل ترد اليمين على المدعي؟ فيه قولان: أحدهما: لا ترد عليه؛ لأنها قد كانت في جنبته وقد أسقطها بالنكول، فلم ترد عليه، كما لو ادعى حقًا ولا شاهد معه، فنكل المدعى عليه عن اليمين، فردت على المدعي، فنكل، فإنها لا

ترد على المدعى عليه.فعلى هذا: يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف. والثاني: ترد على المدعي، وهو الأصح؛ لأن هذه اليمين غير تلك اليمين التي نكل عنها؛ لأن تلك لقوة جنبته بالشاهد، وهذه لقوة جنبته بنكول المدعى عليه، ألا ترى أن تلك لا يقضى بها إلا في المال وما يقصد به المال، وهذه يقضى بها في جميع الحقوق؟

مسألة: قال ابن القاص: ولا يقضى بالنكول من غير يمين على قول الشافعي إلا في ست مسائل:

إحداهن: إن كان لرجل مال تجب فيه الزكاة، وحال عليه الحول، وجاء الساعي وطالب بزكاته، فقال رب المال: قد بعته ثم اشتريته ولم يتم عليه الحول، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف، برئ من الزكاة، وإن لم يحلف، وجبت عليه الزكاة بنكوله.

الثانية: إذا كان له أربعون من الغنم، فحال عليها الحول، فجاء الساعي يطلب زكاتها، فقال: قد دفعتها إلى ساع غيرك، أو كان له ثمانون شاة في بلدين، فجاء الساعي يطلب منه الزكاة في بلد، فقال: قد دفعتها في البلد الآخر، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف، برئ من الزكاة، وإن نكل، وجبت عليه الزكاة بنكوله.

الثالثة: إذا كان له ثمار فخرصت عليه وضمن الزكاة، فجاء الساعي يطلب منه الزكاة، فادعى رب المال أن الثمرة سرقت أو هي أقل مما خرصت، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف، سقطت عنه زكاة ما سرق وما نقص، وإن نكل، وجبت عليه زكاة ذلك بنكوله.

الرابعة: إذا غاب رجل من أهل الذمة زمنًا، ثم قدم بعد حؤول حوله، فطالبه الإمام بالجزية، فادعى أنه أسلم قبل الحول فسقطت عنه الجزية، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف، سقطت عنه. وإن نكل، أخذت منه الجزية بنكوله.

الخامسة: إذا وقع في الأسر غلام مراهق من أولاد الكفار وكان قد أنبت، فادعى أنه إنما أنبت لمعالجة عالج بها نفسه وأنه لم يبلغ الآن، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف، حكم بأنه لم يبلغ وجعل في الذراري، وإن لم يحلف، حكم عليه بنكوله أنه بالغ، فيجعل في المقاتلة.

السادسة ولم يحكها الشيخ أبو حامد عنه: إذا حضر القتال غلام مراهق من أولاد المسلمين، وذكر أنه بالغ فطلب سهمه مع المقاتلين، حلف وأخذ، وإن نكل، حكم عليه بالنكول أنه غير بالغ ولم يعط السهم.

قال أصحابنا: أما المسائل الأربعة الأولى، فهل اليمين عليه فيها واجبة أو مستحبة؟ على وجهين:

أحدهما: أنها مستحبة، فإن لم يحلف، فلا شيء عليه.

والثاني: أنها واجبة عليه، فإن حلف، فلا شيء عليه، وإن نكل، وجبت عليه الزكاة والجزية، ولم يجب عليه ذلك بالنكول كما قال ابن القاص، ولكن بالظاهر المتقدم وهو سبب الوجوب للزكاة والجزية، كما أن الزوج إذا قذف زوجته، وجب عليه الحد، فإن لاعن، سقط عنه الحد، وإن نكل، وجب عليه الحد لا بالنكول ولكن بالقذف المتقدم.

وأما المسألة الخامسة: فقال الشيخ أبو حامد: اليمين واجبة فيها وجهًا واحدًا؛ لأن دعواه تخالف الظاهر، فإن حلف، حكم بأنه لم يبلغ، وإن لم يحلف، حكم ببلوغه لا بالنكول ولكن بالظاهر المتقدم، وهو: أن الظاهر أن الشعر ينبت من غير علاج.

قال أبو علي السنجي: وفيه وجه آخر: أنه لا يجوز قتله حتى يتحقق بلوغه.

قال أبو علي: وفي تحليفه شيء؛ لأن اليمين إنما تصح من البالغ، فكيف يثبت بيمينه صغره وسقوط القتل عنه إذا حلف؟ قال: ولعله إنما حلف؛ لأن معه أمارة تدل على بلوغه في الظاهر، وهو: الإنبات، فلا يكون كمن ادعى على مراهق شيئًا، وادعى المراهق أنه غير بالغ، لم يجز إحلافه إذ لا دليل على بلوغه.

وأما المسألة السادسة: فمن أصحابنا من خالفه وقال: إذا ادعى أنه بالغ واحتمل ما قال، فالقول قوله بلا يمين؛ لأن احتلامه لا يعرف إلا من جهته، ويعطى من سهم المقاتلة.

ومنهم من وافقه وقال: يحلف؛ لاحتمال أن يكون كاذبًا. وهل اليمين واجبة أو مستحبة؟ على وجهين:

فالأول: إن حلف، أعطي، وإن نكل، فإن قلنا: إنها واجبة، لم يعط، ولا يكون هذا قضاء بالنكول ولكن بالأصل المتقدم، وهو: عدم البلوغ.والثاني: أنها مستحبة، فعلى هذا: يعطى.

فرع: ذكر أصحابنا ثلاث مسائل لا يمكن فيها رد اليمين على المدعي: إحداهن: إذا مات رجل ولا وارث له غير المسلمين، فوجد في دفتره أن له دينًا على رجل، أو شهد له بذلك شاهد واحد، وأنكر من عليه الدين ونكل عن اليمين، فلا يمكن رد اليمين هاهنا على أحد وماذا يفعل فيه؟ قال أبو سعيد الإصطخري: فيه وجهان: أحدهما: يحكم على المدعى عليه هاهنا بالنكول، فيجب عليه الدين؛ لأنه موضع ضرورة.والثاني: يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف، وهو الأصح؛ لأنه لا يمكن رد اليمين على القاضي؛ لأن النيابة في اليمين لا تصح، ولا على

المسلمين؛ لأنهم لا يتعينون، ولا يحكم عليه بالنكول؛ لأن ذلك لا يجوز عندنا، فإن تعذر ذلك، لم يبق إلا حبس المدعى عليه إلى أن يحلف أو يقر.

الثانية: أن يموت رجل، فادعى رجل أن الميت وصى إليه بتفرقة ثلثه على الفقراء والمساكين، فأنكر الورثة، فإن شهادة الوصي لا تقبل، فإن حلف الورثة، فلا كلام، وإن نكلوا، فلا يمكن رد اليمين على الوصي؛ لأن النيابة لا تصح في اليمين، ولا على المساكين والفقراء؛ لأنهم لا يتعينون، وماذا يفعل؟ على الوجهين في التي قبلها.

الثالثة: أن يموت رجل وله طفل، فأوصى به إلى آخر، فادعى الوصي أن للطفل على رجل دينًا ولا شاهد له به، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف، فلا كلام، وإن نكل، فلا يمكن رد اليمين على الصبي؛ لأن يمينه لا تصح، ولا على الوصي، لأن النيابة في اليمين لا تصح، فتوقف اليمين إلى أن يبلغ الصبي فيحلف ويستحق.

قال في «الفروع»: وقيل: يحكم هاهنا بالنكول أيضًا. والمشهور هو الأول.

فرع: قال الطبري في «العدة»: فإذا حلف المدعى عليه مرة على دعوى، كره له أن يحلفه عليها ثانيًا، فإن أراد تحليفه، فقال المدعى عليه: قد حلفني مرة، فأنكره المدعي، فقال المدعى عليه: حلفوه أنه لم يحلفني عليه، فإنه يحلف المدعي عن اليمين أنه ما حلفه، فإن حلف المدعي أنه ما حلفه، حلف له المدعى عليه، وإن نكل المدعي عن اليمين وقال: أحلفوه أني قد أحلفته، قال الطبري في «العدة»: فإنه لا يجاب إلى اليمين؛ لأنه يؤدي بينهم إلى الدور.

فرع: وكل حق لزم المدعى عليه الإجابة فيه عن الدعوى ولا بينة للمدعي فيه، فإن اليمين تعرض على المدعى عليه، كالأموال والنكاح والطلاق والعتق والنسب وما أشبه ذلك، وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من الدعوى في الطلاق والرجعة والإيلاء، ولا في العتق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء، ولا في النسب، فإن كان مع المدعي بينة، لم يحلف المدعى عليه.

وقال مالك: إن كان مع المدعي في غير الأموال شاهد، استحلف المدعى عليه، وإن لم يكن معه شاهد، لم يستحلف.

دليلنا: قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». ولم يفرق. ولأن النبي ﷺ استحلف ركانة بن عبد يزيد على الطلاق. ولأنها دعوى صحيحة مسموعة، فعرضت اليمين فيها على المدعى عليه، كالدعوى في المال.

وأما الدعوى بما يوجب الحد: فإن كان فيها حد القذف، سمعت فيه الدعوى وعرضت اليمين على المدعى عليه إذا لم يكن مع المدعي بينة. وقال أبو حنيفة: حد القذف حق لله تعالى، فلا تعرض فيه اليمين على المدعى عليه، وقد مضى الدليل عليه أنه حق لآدمي.وهكذا: إن ادعى عليه شتمًا يوجب التعزير، عرضت فيه اليمين على المدعى عليه، فإن لم يحلف، حلف المدعي، وعزر الشاتم.وأما حد الشرب: فلا تسمع فيه الدعوى ولا تلزم الإجابة عليه؛ لأن الدعوى لا تسمع إلا من خصم أو وكيل له، وهذا ليس بواحد منهما.

وأما الدعوى في الزنى: فلا تسمع ولا تعرض فيه اليمين على المدعى عليه إذا لم يتعلق به حق آدمي؛ لأنه مندوب فيه إلى الستر؛ ولهذا قال ﷺ: «هلا سترته بثوبك يا هزال». ولأنه لا فائدة بذلك. ولهذا لو أقر ورجع، قبل رجوعه وإن تعلق به حق آدمي، مثل أن يقذف رجلًا فيطالب المقذوف بحد القاذف، فإن قال القاذف للحاكم: يحلف المقذوف أنه ما زنى، سمعت منه هذه الدعوى ولزم المقذوف أن يحلف؛ لجواز أن يخاف من اليمين فيقر بالزنى فيسقط عن القاذف حد القذف. وإن حلف المقذوف أنه ما زنى، وجب على القاذف حد القذف. فإن نكل المقذوف عن اليمين، ردت اليمين على القاذف فيحلف أن المقذوف زنى، فإن حلف، سقط حد القذف ولا يجب على المقذوف بذلك حد؛ لأن ذلك حق لله تعالى فلا يجب بيمين القاذف، سواء قلنا: يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة أو كالإقرار؛ لأنا إن قلنا: إنها كإقرار المدعى عليه، فالحد يسقط بالإنكار بعد الإقرار.

وإن قلنا: إنها كالبينة، فهي كالبينة في حق المتداعين، والحد لله تعالى وليس هو من حقوق المتداعين.

وأما الدعوى في السرقة: فإن كان المسروق منه قد وهب العين المسروقة من السارق، أو تلفت فأبرئ منها، أو استوفاها منه، فلا تسمع فيها الدعوى ولا تعرض فيها اليمين؛ لأنه لم يبق إلا القطع وهو حق لله تعالى، فلا تسمع فيها الدعوى.

وإن كان المسروق منه لم يستوف حقه، سمعت فيه الدعوى ولزمت عليه الإجابة، فإن أقام المدعي البينة أو أقر المدعى عليه، لزمه الغرم والقطع، وإن لم تكن بينة ولا إقرار، فالقول قول السارق مع يمينه، وإن حلف، فلا غرم عليه ولا قطع، وإن نكل عن اليمين، ردت اليمين على المسروق منه، فإذا حلف، ثبت الغرم له، ولا يثبت القطع؛ لأنه حق لله تعالى، فلا يثبت بيمين المدعي.

مسألة: وإن كان مع المدعي بينة فيما ادعاه، حكم له بها، وقدمت على يمين المدعى عليه؛ لقوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، وقوله ﷺ

للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «لك يمينه». فبدأ بالبينة على اليمين، فثبت أنها مقدمة. ولأن البينة حجة من غير جهة المدعي فلم تلحقها التهمة، واليمين قول واحد، وقول اثنين أقوى من قول واحد، فقدم القوي على الضعيف.

إذا ثبت هذا: فأحضر المدعي شاهدين، فإن الحاكم لا يسألهما حتى يقول له المدعي: قد حضر الشاهدان فاسألهما؛ لأن الحق في سماع البينة له، فلا يفعله الحاكم بغير إذنه. فيقول لهما القاضي: ما تقولان، أو أي شيء عندكما؟ ولا يقول لهما: اشهدا؛ لما روي عن شريح: أنه قال للشاهدين: ما دعوتكما، فإن قمتما، لم أمنعكما، وأنا أتقي الله فيكما فاتقيا الله في أنفسكما. فإن شهدا شهادة غير صحيحة، فإن القاضي يقول للمدعي: زدني في شهودك. وإن شهدا شهادة صحيحة، فإن القاضي يتعرف عدالتهما إن كان لا يعرفهما، على ما مضى. فإذا ثبتت عدالتهما عنده، فإنه لا يجوز له أنه يحكم بشهادتهما حتى يسأله المدعي أن يحكم بشهادتهما؛ لأن الحكم بذلك حق له فلا يفعله إلا بإذنه. فإن سأل المدعى عليه أن يحلف المدعي مع شاهديه أنه يستحق ما شهدا له به عليه، لم يلزمه أن يحلف، وبه قال مالك، وأبو حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز للحاكم أن يحكم للمدعي حتى يحلف مع شاهديه.

دليلنا: قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». فجعل على المدعي البينة فقط، ومن قال: عليه مع البينة اليمين، فقد خالف الظاهر. ولقوله ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «لك يمينه، ليس لك إلا ذلك». وهذا نص أنه ليس له عليه البينة واليمين؛ لأنه لم يقل: ألك بينة ويمين. ولأن البينة قد سمعت، واستحلاف الخصم على ما شهدت به البينة طعن فيها، فلم تجب.

وإن ادعى عليه دينًا، فقال المدعى عليه: قد قضيتك كذا أو أبرأتني منه، فإن هذا إقرار منه له بالدين، ويكون المدعى عليه مدعيًا للبراءة أو القضاء. فإن أقام على ذلك البينة، برئ، وإن لم يقم البينة وسأل أن يحلف المدعي أنه لم يقض ولم يبرئه، لزمه أن يحلف؛ لأن الأصل عدم القضاء أو البراءة، ولا يكون ذلك طعنًا في البينة؛ لأنها يمين في دعوى غير ما شهدت به البينة.

فرع: وإن كان للمدعي بينة غائبة وقال: لا أتمكن من إقامتها، فهو بالخيار: إن شاء استحلف خصمه، وإن شاء تركه. فإن استحلفه، جاز، وإن لم يستحلفه وتركه، لم يجز له ملازمته ولا مطالبته بالكفيل.

وقال أبو حنيفة: له ملازمته ومطالبته بالكفيل إلى أن يقيم البينة.

دليلنا: قوله ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «لك يمينه، ليس لك

إلا ذلك»»، فجعل له اليمين ولم يجعل له الملازمة، فمن قال: له ملازمته، فقد خالف ظاهر الخبر.

فإن حلف له المدعى عليه، ثم حضرت بينة المدعي بالحق الذي حلف عليه المدعى عليه، حكم للمدعي بها. وبه قال شريح، والشعبي، ومالك، وأبو حنيفة، وأكثر أهل العلم. وقال ابن أبي ليلى، وداود: لا يجوز سماعها ولا الحكم بها بعد ذلك.

دليلنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه قال: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة. ولأنها حالة لو اعترف المدعى عليه بالحق الذي حلف عليه، لحكم به عليه، فإذا قامت البينة، حكم عليه بها كما قبل اليمين.

وإن قال المدعي: لي بينة حاضرة وأتمكن من إقامتها، ولكني لا أقيمها، بل يحلف لي المدعى عليه، أحلف له؛ لأنه ربما يرجو منه أن يخاف من اليمين فيقر، وإثبات الحق من جهة الإقرار أسهل من إثباته بالبينة. ولأنه قد يكون له غرض في أن يحلفه ثم يقيم عليه البينة ليفضحه، فإذا حلف المدعى عليه، ثم أقام عليه البينة، سمعت؛ لما مضى.

فإن قال المدعي: ليس لي بينة حاضرة ولا غائبة، أو قال: كل بينة تشهد لي فهي كاذبة، وطلب يمين المدعى عليه فحلف له، ثم أقام المدعي بينة بالحق الذي حلف عليه المدعى عليه، فهل تسمع بينته ويحكم له بها؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها وبه قال محمد بن الحسن: أنه لا يحكم له بها؛ لأنه قد كذبها. والثاني: إن كان المدعي هو الذي تولى الإشهاد بنفسه، لم تسمع بينته بعد ذلك؛ لأنه قد كذبها. وإن كان وكيله هو الذي تولى الإشهاد، أو كان الشاهدان تحملا الشهادة له ولم يشهدهما ولا علم له بهما، سمعت بينته وحكم له بها؛ لأنه لم يكن عالمًا بها.والثالث: أنها تسمع ويحكم له بها بكل حال، وبه قال أبو يوسف، وهو الأصح؛ لأنه يجوز أن يكون تولى الإشهاد له غيره، أو تولى الإشهاد بنفسه ثم نسيه، أو تحملت البينة الشهادة من غير أن يتولى استشهاد أحد، فيكون قوله: لا بينة لي راجعًا إلى ما يعتقده.

إذا ثبت هذا: فإن أقام شاهدين، حكم له بالحق، وإن أقام شاهدًا وحلف معه، أو شاهدًا وامرأتين، والحق مما يقبل فيه ذلك، حكم له به.وإن نكل المدعى عليه عن اليمين فردت اليمين على المدعي، وقال: لست أختار أن أحلف، وأقام شاهدًا واحدًا، وأراد أن يحلف معه وكانت الدعوى في مال، فهل له أن يحلف معه؟ على القولين فيمن ادعى مالًا وأقام شاهدًا ولم يحلف معه، فردت اليمين على

المدعى عليه فلم يحلف، فهل ترد اليمين على المدعي، وقد مضى توجيههما.

فرع: وإذا أقام المدعي البينة بما ادعاه وثبتت عدالتهما عند الحاكم، فإن كان الحاكم يعلم أن المشهود عليه لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح، قال له: قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندي، فهل تعرف فيهما شيئًا يجرحهما فإن ادعى جرحهما، أو سأل أن يمهل إلى أن يقيم البينة على جرحهما، أمهل يومًا أو يومين أو ثلاثًا؛ لأنه قريب ولا يجوز أن يمهل أكثر من ثلاث إلا برضا المشهود له؛ لأن ما زاد على الثلاث كثير. فإن أقام البينة على جرحهما، لم يحكم بشهادتهما. فإن مضت المدة التي استمهل لإقامة البينة فيها فلم يقم البينة على جرحهما، حكم بشهادتهما؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه قال في كتابه إلى أبي موسى الأشعري: واجعل لمن ادعى حقًا غائبًا أمدًا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة، أخذت له حقه، وإلا استحللت له القضية عليه؛ فإنه أتقى للشك وأجلى للعمى.

قال الشيخ أبو إسحاق: وللمدعي أن يلازم المدعى عليه إلى أن يقيم البينة بالجرح، وكذلك إذا ادعى البينة بالقضاء أو البراءة، فله أن يلازمه إلى أن يقيم البينة بذلك.

فإن ادعى المدعى عليه: أن المدعي يعلم أن الشهود الذين أقامهم مجروحون، وسأله أن يحلف على ذلك، فهل يلزمه أن يحلف على ذلك؟ فيه وجهان، حكاهما المسعودي في «الإبانة»: أحدهما: لا يلزمه أن يحلف، كما لا يلزم المزكي والقاضي أن يحلف.

والثاني: يلزمه أن يحلف، كما لو قذف ميتًا فطالبه وارث المقذوف بحد القذف، فسأله أن يحلف: ما يعلم أن مورثه زنى، فإنه يلزمه أن يحلف، فكذلك هذا مثله.وإن طلب المشهود عليه يمين الشاهد: ما هو مجروح، لم يلزمه أن يحلف؛ لأنا لو حلفناه، صار خصمًا، فيؤدي إلى أن يصير جميع الشهود خصومًا. وإن أقام المدعي شاهدين ولم تثبت عدالتهما، وسأل أن يحبس له الخصم إلى أن تثبت عدالتهما، أو أقام شاهدًا وسأل أن يحبس له الخصم إلى أن يقيم الآخر؛ وقد مضى بيانه في حد القذف.

مسألة: إذا علم القاضي حال المحكوم فيه، ولم تقم عنده بينة؛ مثل أن يعلم أن رجلًا غصب من رجل مالًا أو اقترض منه، أو علم أن رجلًا زنى أو سرق، فهل يجوز له أن يقضي فيه بعلمه؟ نظرت: فإن كان في حقوق الآدميين، ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز له أن يقضي فيه بعلمه، وبه قال شريح، والشعبي، ومالك، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ

﴿يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤] الآية. فأمر بجلد القاذف إذا لم يأت بأربعة شهداء على القاذف، ولم يفرق بين أن يعلمه الحاكم أو لا يعلمه. ولقوله ﷺ للحضرمي: «شاهداك أو يمينه، ليس لك إلا ذلك»، فاقتضى أنه لا يجوز الحكم بغير ذلك. وروي أن رجلًا ادعى على رجل عند عمر رضي الله عنه حقًا، فقال عمر: من يشهد لك؟ فقال: أنت، فقال عمر: إن شئت شهدت لك ولم أحكم، وإن شئت حكمت لك ولم أشهد. ولأنه لو كان علم الحاكم بمنزلة الشاهدين، لانعقد النكاح به وحده.

والثاني: يجوز له أن يحكم بعلمه. وبه قال أبو يوسف، واختاره المزني، وهو الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، وقوله تعالى: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٤٢]، والحق هو ضد الباطل، ولم يفرق بين أن يحكم القاضي بالبينة أو بعلمه.

وإن كان ما يقضي به من حقوق الله تعالى، كالحد في الزنا، والقطع في السرقة، فهل يجوز له أن يقضي فيه بعلمه من غير بينة؟ يبنى على القولين في حقوق الآدميين: فإن قلنا: لا يجوز له أن يقضي علمه في حقوق الآدميين، لم يجز له أن يقضي به في حقوق الله تعالى.وإن قلنا: يجوز له أن يقضي في حقوق الآدميين، ففي حقوق الله تعالى قولان:أحدهما: يجوز له أن يقضي فيه بعلمه؛ لما ذكرناه. والثاني: لا يجوز له، وهو الأصح؛ لما روي عن أبي بكر: أنه قال: لو رأيت رجلًا على حد، لم آخذه به حتى تقوم به البينة عندي. ولأن الحد مندوب إلى الستر فيه، فلم يجز أن يحكم فيه بعلمه.

إذا ثبت هذا: فقد قال الربيع: مذهب الشافعي رحمه الله: أن القاضي يحكم بعلمه، وإنه يوقف فيه لفساد القضاة، ولا فرق عندنا بين أن يعلم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته، في عمله أو في غير عمله.

وقال أبو حنيفة، ومحمد: إن علمه قبل ولايته أو في غير عمله، لم يجز أن يقضي فيه بعلمه، وإن علمه بعد ولايته في عمله، جاز له أن يقضي فيه بعلمه.

دليلنا: أنه يعلم صحة ذلك، فجاز له القضاء به، كما لو علمه بعد ولايته في عمله هذا الكلام في المدعى عليه إذا أقر وأنكر، فأما إذا سكت فلم يقر ولم ينكر، فإن القاضي يقول له: أجب عن دعواه، فإن أجبت، وإلا، جعلناك ناكلًا وردت اليمين على المدعي، فإذا حلف، قضيت عليك بالحق الذي ادعاه. والمستحب: أن يقول له ذلك ثلاثًا، فإن أجاب، وإلا، جعله ناكلًا، ورد اليمين على المدعي، فإذا حلف، قضى له بالحق الذي ادعاه؛ لأنه لا يخلو إذا أجاب:

إما أن يقر أو ينكر، فإن أقر، فقد حكم عليه بما يجب على المقر، وإن أنكر، فقد وصل إنكاره بالنكول، وقد قضى عليه بما يجب على الناكل.

فرع: إذا كان القاضي عربيًا فتحاكم إليه أعجميان لا يعرف لسانهما، أو كان القاضي أعجميًا فتحاكم إليه عربيان لا يعرف لسانهما، لم يقبل الحاكم في الترجمة إلا شاهدين عدلين. وقال أبو حنيفة: يقبل في الترجمة واحدًا.

دليلنا: أنه يثبت إقرارًا فافتقر إلى العدد، كما لو شهد على إقراره في غير مجلس الحكم. فعلى هذا: إن كان الحق لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين، لم يقبل في الترجمة عنه إلا شاهدان ذكران. وإن كان مما يقبل فيه الشاهد والمرأتان، قبل في الترجمة عنه الشاهد والمرأتان.فإن كان إقراره بالزنا، فهل يقبل عنه في الترجمة شاهدان، أو لا يقبل فيه إلا أربعة؟ فيه قولان، بناء على أنه هل يحكم بالإقرار بشاهدين؟

فصل: في القضاء على الغائب: هو جائز في الجملة، وحكى صاحب «التقريب» قولًا عن رواية حرملة أنه لا يجوز إلا إذا كان للدعوى اتصال بحاضر، والمشهور الأول، وبه قطع الأصحاب، وفيه أطراف:

الطرف الأول: في الدعوى، ويشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط فيها على الحاضر من بيان المدعي وقدره وصفته وقوله: إني مطالب بالمال. ولا يكفي الاقتصار على قوله: لي عليك كذا ويشترط أن يكون للمدعي بينة وإلا فلا فائدة، وأن يدعي جحوده، فإن قال: هو مقر لم تسمع بينته ولغت دعواه، وإن لم يتعرض لجحوده ولا إقراره، فهل تسمع بينته؟ وجهان أصحهما: نعم لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته، ويحتاج إلى الإثبات، فجعلت الغيبة كالسكوت. وفي فتاوي القفال أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما إذا كان للغائب مال حاضر، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي تسمع بينته ويوفيه، سواء قال: هو مقر، أو جاحد، وهل على القاضي لسماع الدعوى على الغائب أن ينصب مسخرًا ينكر على الغائب؟ وجهان أحدهما: نعم لتكون البينة على إنكار منكر، وأصحهما: ما ذكره البغوي، لأن الغائب قد يكون مقرًا، فيكون إنكار المسخر كذبًا. ومقتضى هذا التوجيه أن لا يجوز نصب المسخر، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب وإلا فلا.

الطرف الثاني: في التحليف، فيحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه، ولا من شيء منه، ولا اعتاض ولا استوفى، ولا أحال عليه هو، ولا أخذ من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعى

عليه يلزمه أداؤه، ويجوز أن يقتصر، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته، ووجوب تسليمه، وكذا يحلف مع البينة الوارث إذا كان المدعى عليه صبيًا أو مجنونًا أو ميتًا ليس له وارث حاضر، فإن كان حلف بسؤال الوارث، وحكى أبو الحسين الطرسوسي من أصحابنا قولًا أنه لا يحلف في الدعوى مع البينة وهو مذهب المزني، والمشهور الأول، لكن هذا التحليف واجب أم مستحب؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: الوجوب، ومنهم من قطع به. ومن قال بالاستحباب قال: لأن تدارك التحليف باق، والوجوب في الميت والصبي والمجنون أولى لعجزهم عن التدارك، لكن الخلاف مطرد فيهم، حكاه أبو الحسن العبادي وجماعة، وبنى على هذا ما لو أقام قيم طفل بينة على قيم طفل، فإن أوجبنا التحليف، انتظرنا حتى يبلغ المدعى له، فيحلف، وإن قلنا بالاستحباب، قضى بها، ولا يشترط في اليمين هنا التعرض لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد، لأن البينة هنا كاملة وقيل: يشترط.

إذا لم يدع بنفسه، بل ادعى وكيله على غائب لا يحلف، بل يعطى المال إن كان المدعى عليه هناك مال، ولو كان المدعى عليه حاضرًا، وقال للمدعي بالوكالة بعد أقام البينة عليه: أبرأني موكلك الغائب، وأراد التأخير إلى أن يحضر الموكل، فيحلف، لم يمكن منه، بل عليه تسليم الحق، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له حجة، وكذا لو ادعى ولي الصبي دينًا للصبي، فقال المدعى عليه: إنه أتلف علي من جنس ما تدعيه قدر دينه لم ينفعه بل عليه أداء ما أثبته الولي، فإذا بلغ الصبي، حلفه. ولو قال المدعى عليه في مسألة التوكيل: أبرأني موكلك الغائب، فاحلف أنك لا تعلم ذلك، قال الشيخ أبو حامد: له تحليفه على نفي العلم ومن الأصحاب من يخالفه ولا يحلف الوكيل ولك أن تقول: مقتضى ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء وسائر الأسباب المسقطة نيابة عن المدعى عليه فيما يتصور منه لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعي لنفسه.

فرع: يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر وهل يكفي يمين أم يشترط يمينان إحداهما لتكمل الحجة، والثاني لنفي المسقطات وجهان أصحهما: الثاني.

فرع: تعلق برجل وقال: أنت وكيل فلان الغائب، ولي عليه كذا، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك، فإن علم أنه وكيل، وأراد أن لا يخاصم، فليعزل نفسه، وإن لم يعلم، فينبغي أن يقول: لا أعلم أني وكيل ولا يقول: لست بوكيل فيكون مكذبًا لبينة قد تقوم بالوكالة، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق

به؟ وجهان أحدهما: نعم ليستغني عن ضم اليمين إلى البينة، وليكون القضاء مجمعًا عليه، وأصحهما: لا، لأن الوكالة حق له، فكيف يقام بينة بها قبل دعواه.

الطرف الثالث: في كتاب القاضي إلى القاضي، فالقاضي بعد سماع الدعوى والبينة على الغائب قد يقتصر عليه، وينهي الأمر إلى قاضي بلد الغائب ليحكم ويستوفي، وقد يحلفه كما سبق، ويحكم وعلى التقدير الثاني قد يكون للغائب مال حاضر يمكن أداء الحق منه فيؤدى، وقد لا يكون كذلك، فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم إلى قاضي بلد الغائب، فيجيبه إليه. وللإنهاء طريقان، أحدهما: أن يشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد، والأولى أن يكتب بذلك كتابًا أولًا، ثم يشهد، وصورة الكتاب: حضر فلان، وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا، وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان، وقد عدلا عندي، وحلفت المدعي، وحكمت له بالمال، فسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبته، وأشهدت بذلك فلانًا وفلانًا. ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم، ولا ذكر أصل الإشهاد، ولا تسمية شهود الحق، بل يكفي أن يكتب: شهد عندي عدول ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة، ويكون الحكم بشهادتهم تعديلًا لهم، ذكره في العدة، ويجوز أن لا يتعرض لأصل الشهادة، فيكتب: حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم، لأنه قد يحكم بشاهد ويمين وقد يحكم بعلمه إذا جوزناه، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح الحنفية إذا حكم بشاهد ويمين.

وفي فحوى كلام الأصحاب وجه ضعيف مانع من إبهام الحجة، لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم. ويستحب للقاضي أن يختم الكتاب ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ليطالعاها، ويتذاكرا عند الحاجة، وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يختم به، وأن يثبت اسم نفسه، واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب، وفي العنوان أيضًا. وأما الإشهاد، فإن أشهدهما أنه حكم بكذا، ولا كتاب، شهدا به، وقبلت شهادتهما، وإن أنشأ الحكم بين أيديهما، فلهما أن يشهدا عليه وإن لم يشهدهما، وإن كتب، ثم أشهد، فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما ثم يقول لهما: إشهدا علي بما فيه، أو على حكمي المبين فيه، وفي «الشامل» أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله: هذا كتابي إلى فلان، أجزأ، وحكى ابن كج وجهًا أنه يكفي مجرد القراءة عليهما، والأحوط أن ينظر الشاهدان وقت القراءة عليهما في الكتاب، فلو لم يقرأ الكتاب عليهما، ولم يعلما ما فيه، قال القاضي: أشهدكما على أن هذا كتابي أو ما فيه خطي، لم يكف، ولم يكن لهما أن يشهدا على حكمه، لأن الشيء قد يكتب من غير قصد بحقيقة. ولو قال: أشهدكما

على أن ما فيه حكمي، أو على أني قضيت بمضمونه، فوجهان: أصحهما: لا يكفي حتى يفصل ما حكم به، والثاني: يكفي لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه، ويجري الخلاف فيما لو قال المقر: أشهدتك على ما في هذه القبالة وأنا عالم به، لكن الأصح عند الغزالي في الإقرار أنه يكفي، حتى إذا سلم القبالة إلى الشاهد، وحفظها الشاهد، وأمن التحريف، جاز له أن يشهد على إقراره، لأنه يقر على نفسه، والإقرار بالمجهول صحيح، وقطع الصيمري بأنه لا يكفي في الإقرار أيضًا حتى يقرأه ويحيط بما فيه، قال: وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله، ويشبه أن يكون الخلاف في أن الشاهد هل يشهد أنه أقر بمضمون القبالة مفصلًا. فأما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهمًا، فينبغي أن يقبل بلا خلاف كسائر الأقارير المبهمة، ثم سواء شهد كذا أو كذا، فإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظًا عنده، وأمن التصرف.

فرع: التعويل على شهادة الشهود والمقصود من الكتاب التذكر، ومن الختم الاحتياط، وإكرام المكتوب إليه، فلو ضاع الكتاب، أو امحى، أو انكسر الختم، وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما، قبلت شهادتهما، وقضي بها، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب، عمل بشهادتهما، ولا يكفي الكتاب المجرد. وقال الإصطخري: إذا وثق المكتوب إليه بالخط والختم، كفى، والصحيح الأول. ويشترط إشهاد رجلين عدلين، فلا يقبل رجل وامرأتان، وقيل: يقبل إن تعلقت الحكومة بمال، وذكر ابن كج أنه لو كان الكتاب برؤية هلال رمضان، كفى شهادة واحد على قولنا: يثبت بواحد، وأنه لو كتب بالزنى وجوزنا كتاب القاضي إلى قاض في العقوبات هل يثبت برجلين أم يشترط أربعة؟ وجهان بناء على القولين في الإقرار بالزنى.

فرع: إذا وصل كتاب القاضي وحامله إلى قاضي البلد الآخر، أحضر الخصم، فإن أقر بالمدعي، استوفاه، وإلا فيشهد الشاهدان أن هذا كتاب القاضي فلان وختمه، حكم فيه لفلان بكذا على هذا وقرأه علينا، وأشهدنا به، ولو لم يقولوا: أشهدنا به، جاز، ولا يكفي ذكرهما الكتاب والختم، بل لا بد من التعرض لحكمه. ثم في «التهذيب» و«الرقم» أن القاضي إنما نقض الختم بعد شهادة الشهود وتعديلهم، وذكر الهروي أنه يفتح الكتاب أولًا: ثم يشهدون ويوافق هذا قول كثير من الأصحاب أن الشهود يقرؤون الكتاب، ثم يشهدون ليقفوا على ما فيه، ويعلموا أنه لم يخرق، وليس هذا خلافًا في الجواز، وكيف وقد عرف أن الختم من أصله لا اعتبار به، فكما تقبل الشهادة على ما لا ختم عليه تقبل على المفضوض ختمه، وسواء فضه القاضي أو غيره، وإنما هو في الأدب والاحتياط.

فرع: يجوز أن يكتب إلى قاض معين، ويجوز أن يطلق فيكتب إلى كل من يصل إليه من القضاة، وإذا كان الكتاب إلى معين، فشهد شاهدا الحكم عند حاكم آخر قبل شهادتهما، وأمضاه، وإن لم يكتب: وإلى كل من يصل إليه من القضاة اعتمادًا على الشهادة، وكذا لو مات الكاتب، وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه، وشهدا عند من قام مقامه، قبل شهادتهما، وأمضى الحكم. والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت. ولو كتب القاضي إلى خليفته، ثم مات القاضي، أو عزل، تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا: ينعزل بانعزال الأصل. ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فوجهان قطع ابن القاص، وصاحبا «المهذب» و«التهذيب» وآخرون بأن الكتاب إن كان بالحكم المبرم، أمضي، لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق، وإن كان بسماع الشهادة، لم يقبل ولم يحكم به، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، وأطلق ابن كج أنه لا يقبل كتابه إذا فسق، وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد وابن الصباغ.

فرع: شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه، وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم؟ وجهان: قال القفال الشاشي: نعم للحاجة، والأصح المنع، لأنه تعديل قبل أداء الشهادة، ولأنه كتعديل المدعي شهوده، ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم، فلو ثبت به عدالتهم لثبتت بقولهم، والشاهد لا يزكي نفسه.

فرع: ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له، والمحكوم عليه، وكنيتهما، واسم أبويهما، وجديهما، وحليتهما، وصنعتهما، وقبيلتهما ليسهل التمييز، وإن كان مشهورًا ظاهر الصيت، وحصل الإعلام ببعض ما ذكرنا، اكتفي به. وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا، فحمل الكتاب إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعم محكومًا عليه، نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه، لأن القاضي الكاتب حكم عليه، طولب بالحق، وإن لم يشهدوا على عينه، لكن شهدوا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب، فأنكر المحضر أن ما في الكتاب اسمه ونسبه، فالقول قوله مع يمينه، وعلى المدعي البينة على أنه اسمه ونسبه، فإن لم تكن بينة، ونكل المحضر، حلف المدعي، وتوجه له الحكم. ولو قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، فحكى الإمام والغزالي عن الصيدلاني أنه يقبل منه اليمين هكذا، كما لو ادعى عليه قرض، فأنكر، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء، فإنه يقبل،

واختارا أنه لا يقبل، وفرقا بأن مجرد الدعوى ليس بحجة، وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجب الحق عليه إن ثبت كونه المسمى، وإن قامت البينة بأنه اسمه ونسبه، فقال: نعم، لكن لست المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة، لزمه الحكم، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه، وإن وجد بأن عرفه القاضي، أو قامت عليه بينة، وأحضر المشارك، فإن اعترف بالحق، طولب به، وخلص الأول، وإن أنكر، بعث الحاكم إلى الكاتب بما وقع من الإشكال، ليحضر الشاهدين، ويطلب منهما مزيد صفة يتميز بها المشهود عليه، فإن ذكرا مزيدًا، كتب إليه ثانيًا، وإلا وقف الأمر حتى تنكشف. ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات، فإن مات بعد الحكم، فقد وقع الإشكال، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له، فلا إشكال، وإن عاصره، حصل الإشكال على الأصح، هذا كله إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه، ونسبه، وصفته كما سبق، أما إذا اقتصر على قوله: حكمت على محمد بن أحمد مثلًا، فالحكم باطل، لأن المحكوم عليه مبهم، ولم يتعين بإشارة، ولا وصف كامل بخلاف ما إذا استقصى الوصف، فظهر اشتراك على الندور، حتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد وأنه المعني بالكتاب، لم يلزمه ذلك الحكم لبطلانه في نفسه إلا أن يقر بالحق، فيؤاخذ به هذا هو الصحيح، وهو الذي نقله الإمام والغزالي وغيرهما، وذكر ابن القاص وأبو علي الطبري أنه إذا ورد الكتاب، أحضر القاضي المكتوب عليه، وقرأ عليه الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه، أخذه به، سواء كان رفع نسبه وذكر صفته أم لا، ولا شك أنه لو شهد الشهود كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه يقبل الشهادة، ويعمل بمقتضاها، لما سبق أن الاعتبار بقول الشهود لا بالكتاب.

فصل: سبق أن لإنهاء حكم القاضي إلى قاض آخر طريقين، أحدهما: المكاتبة وسبق.

والطريق الثاني المشافهة، وتتصور من أوجه:

أحدها: أن يجتمع القاضي الذي حكم، وقاضي بلد الغائب في غير البلدين، ويخبره بحكمه.

والثاني: أن ينتقل الذي حكم إلى بلد الغائب، ويخبره، ففي الحالين لا يقبل قوله، ولا يمضي حكمه، لأن إخباره في غير موضع ولايته، كإخبار القاضي بعد العزل.

والثالث: أن يحضر قاضي بلد الغائب في بلد الذي حكم فيخبره، فإذا عاد

إلى محل ولايته، فهل يمضيه، إن قلنا: يقضي بعلمه فنعم، وإلا فلا على الأصح، كما لو قال ذلك القاضي: سمعت البينة على فلان بكذا، فإنه لا يترتب الحكم عليه إذا عاد إلى محل ولايته.

والرابع: أن يكونا في محل ولايتهما، بأن وقف كل واحد في طرف محل ولايته، وقال الحاكم: حكمت بكذا فيجب على الآخر إمضاؤه، لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب، وكذا لو كان في البلد قاضيان وجوزناه، فقال أحدهما للآخر: حكمت بكذا فإنه يمضيه، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد وبالعكس. ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب، فأخبر أحدهما الآخر بحكمه أمضاه الآخر، لأن القرية محل ولايتهما، ولو دخل النائب البلد، فقال للقاضي: حكمت بكذا لم يقبله، ولو قال له القاضي: حكمت بكذا، في إمضائه إياه، إذا عاد إلى قريته الخلاف في القضاء بالعلم.

فرع: إذا حكم القاضي بحق، وشافه به واليًا غير قاض ليستوفيه، فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي، وكذا خارجه على الصحيح. ولو كاتب القاضي واليًا غير قاض، فإن كان صالحًا للقضاء وقد فوض إليه الإمام نظر القضاة وتولية من يراه، جازت مكاتبته، كما تجوز مكاتبة الإمام الأعظم، نص عليه في «المختصر» وإن لم يكن صالحًا، أو كان، ولم يفوض إليه، نظر القضاة، لم تجز مكاتبته، لأن سماع البينة يختص بالقضاة.

فصل: ذكرنا في أول الطرف أن القاضي بعد سماع البينة قد يحكم، وينهيه إلى حاكم آخر، وقد يقتصر على السماع وينهيه، وفرغنا من القسم الأول، وأما الثاني فنقدم عليه مقدمة فيما يمتاز به أحد القسمين على الثاني وفي فروع تتعلق بالحكم.

اعلم أن صيغ الحكم في قوله: حكمت على فلان لفلان بكذا، وألزمته لما سبق في الأدب الخامس من الباب الثاني، فلو قال: ثبت عندي كذا بالبينة العادلة، أو صح، فهل هو حكم؟ فيه وجهان أحدهما: نعم، لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جزمًا وأصحهما: لا، لأنه قد يراد به قبول الشهادة، واقتضاء البينة صحة الدعوى، فصار كقوله: سمعت البينة وقبلتها ولأن الحكم هو الإلزام، والثبوت ليس بإلزام. وأما ما يكتب على ظهور الكتب الحكمية وهو: صح ورود هذا الكتاب علي، فقبلته قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه، فليس بحكم لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب، وإثبات الحجة، ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي على الأصح، وهل يصح أن يلزم القاضي الميت بموجب إقراره في حياته؟ وجهان:

ويشترط تعيين ما يحكم به، ومن يحكم له، لكن قد يبتلى القاضي بظالم يريد ما لا يجوز، ويحتاج إلى ملاينته، فرخص له دفعه بما يوهم أنه أسعفه بمراده. مثاله: أقام خارج بينة وداخل بينة، والقاضي يعلم فسق بينة الداخل، ولكنه يحتاج إلى ملاينته، وطلب الحكم بناء على ترجيح بينة الداخل، فيكتب: حكمت بما هو مقتضى الشرع في معارضة بينة فلان الداخل، وفلان الخارج، وقررت المحكوم به في يد المحكوم له، وسلطته عليه، ومكنته من التصرف فيه إذا ثبتت هذه المقدمة، فإذا لم يحكم القاضي، وأنهى ما جرى من الدعوى والبينة بالكتاب، سمي بذلك كتاب نقل الشهادة، وكتاب التثبيت، أي: تثبيت الحجة. وينص على الحجة، فيذكر أنه قامت عنده بينة أو شاهد ويمين، أو نكل المدعى عليه، وحلف المدعي، وإنما ينص على الحجة، ليعرف المكتوب إليه تلك الحجة، فقد لا يرى بعض ذلك الحجة، وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه ليقضي به المكتوب إليه؟ قال في العدة: لا يجوز وإن جوزنا القضاء بالعلم، لأنه ما لم يحكم به هو كالشاهد والشهادة لا تتأدى بالكتابة. وفي أمالي السرخسي جوازه، ويقضي به المكتوب إليه إذا جوزنا القضاء بالعلم. وإذا كتب بسماع البينة، فليسم الشاهدين، والأولى أن يبحث عن حالهما ويعدلهما، لأن أهل بلدهما أعرف بهما، فإن لم يفعل، فعلى المكتوب إليه البحث والتعديل. إذا عدل، فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين؟ قال الإمام والغزالي: لا، والقياس الجواز، كما أنه إذا حكم، استغنى عن تسمية الشهود، وهذا هو المفهوم من كلام البغوي وغيره، وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكتاب أم له البحث وإعادة التعديل؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني، والقياس الأول.

ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي، والقول في إشهاد القاضي، وفي أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم إن كان هناك من يشاركه في الاسم على ما سبق في القسم الأول، وإذا عدل الكاتب شهود الحق، فجاء الخصم ببينته على جرحهم سمعت، ويقدم على التعديل، وإن استمهل البينة الجرح أمهل ثلاثة أيام هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم، وكذا لو قال: أبرأتني، أو قضيت الحق واستمهل ليقيم البينة عليه. ولو قال: أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم، فإني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك، أو قال: لي بينة أخرى هناك دافعة، لم يمهل، بل يؤخذ الحق منه، فإذا أثبت جرحًا أو دفعًا، استرد، وسواء في ذلك كتاب الحكم، وكتاب نقل الشهادة: وفي العدة أنه لو سأله المحكوم عليه إحلاف الخصم أنه لا عداوة بينه وبينهم وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه أجابه إليه، ولو سأل إحلافه على عدالتهم، لم يجبه، وكفى تعديل الحاكم إياهم،

وأنه لو ادعى قضاء الدين، وسأل إحلافه: أنه لم يستوفه، لم يحلف، لأن الكاتب أحلفه. وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه: أنه لم يبرئه فحصل وجهان.

فرع: في مشافهة القاضي قاضيًا بسماع البينة فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضيًا من طرف ولايته: إني سمعت البينة بكذا، أو جوزنا قاضيين في بلد، فقال ذلك قاض لقاض، هل للمقول له الحكم بذلك؟ قال الإمام والغزالي: يبنى ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى قاض آخر هل هو نقل كشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول، أم حكم بقيام البينة؟ وفيه وجهان: فعلى الأول لا يجوز، كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل. وعلى الثاني يجوز كما في الحكم المبرم، وهذا أرجح عند الإمام والغزالي، والصحيح الأول، وبه قال عامة الأصحاب، وقالوا أيضًا: كتاب السماع إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب وبين الذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على الشهادة، وهذا نصه في «عيون المسائل» ولو قال الحاكم لخليفته: اسمع دعوى فلان وبينته، ولا تحكم به حتى تعرفني، ففعل هل للحاكم أن يحكم به؟ القياس أنه كإنهاء أحد القاضيين في البلد إلى الآخر، لإمكان حضور الشهود عنده، لكن الأشبه هنا الجواز، وبه أجاب أبو العباس الروياني مع توقف فيه.

الطرف الرابع: في الحكم بالشيء الغائب على غائب. الغيبة والحضور إنما تتعاقبان الأعيان، فأما إذا كانت دعوى نكاح أو طلاق أو رجعة، أو إثبات وكالة، فلا يوصف المدعي بغيبة ولا حضور، وكذا إذا كان المدعى دينًا. ومتى ادعى عينًا، فإن كانت حاضرة مشارًا إليها، سلمت إلى المدعي إذا تمت حجته، وإن كانت غائبة، فلها حالان الأولى أن تكون غائبة عن البلد، فهي إما عين يؤمن فيها الاشتباه والاختلاط، كالعقار وعبد وفرس معروفين، وإما غيرها، والقسم الأول يسمع القاضي البينة عليه، ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال ليسلمه إلى المدعي، ويعتمد في العقار على ذكر البقعة والسكة والحدود، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدين أو ثلاثة، ولا يجب التعرض للقيمة على الأصح، لحصول التمييز دونه. وأما القسم الثاني كغير المعروف من المعروف من العبيد والدواب وغيرها فهل يسمع البينة على عينها وهي غائبة؟ قولان: أحدهما: نعم، كما يسمع على الخصم الغائب اعتمادًا على الحلية والصفة، ولأنه يحتاج إليه كالعقار. والثاني: لا، لكثرة الاشتباه، وبهذا قال المزني، ورجحه طائفة، منهم أبو الفرج الزاز، والأول اختيار الكرابيسي، والإصطخري، وابن القاص، وأبي علي

الطبري، وبه أفتى القفال. فإذا قلنا به، فهل يحكم للمدعي بما قامت به البينة؟ قولان: أحدهما: نعم كالعقار، وأظهرهما: لا، لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد. والحاصل ثلاثة أقوال: أظهرها: تسمع البينة فينبغي أن يبالغ البينة ولا يحكم، والثاني لا يسمع ولا يحكم، والثالث يسمع ويحكم، هذه طريقة الجمهور، وطردوها في جميع المنقولات التي لا تعرف، وقال الإمام والغزالي: ما لا يؤمن فيه الاشتباه ضربان ما يمكن تمييزه بالصفات والحلي كالحيوان، وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس، فالأول على الأقوال الثلاثة، وقطعا في الكرباس ونحوه بأنه لا ترتبط الدعوى والحكم بالعين، فإن قلنا: يسمع البينة، فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف بما يمكن الاستقصاء والتعرض للثبات.

وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع؟ قولان حكاهما الهروي وغيره، أحدهما لتعرض الأوصاف المعتبرة في السلم، والثاني يتعرض للقيمة، وتكفي عن ذلك الصفات، قالوا: والأظهر أن الركن في تعريف ذوات الأمثال ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب في ذوات القيم، الركن القيمة، وذكر الصفات مستحب، ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد المال بما جرى عنده من مجرد قيام البينة، أو مع الحكم إن جوزنا الحكم المبرم، فإن أظهر الخصم هناك عبدًا آخر بالاسم والصفات المذكورة في يده، أو في يد غيره، فقد صار القضاء مبهمًا، وانقطعت المطالبة في الحال، كما سبق في المحكوم عليه، وإن لم يأت بدافع، فإن كان الكتاب كتاب حكم، وجوزناه، حلف المدعي أن هذا المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان، وتسلم إليه، ذكره ابن القاص في كتاب آداب القضاء، وإن كان كتاب سماع البينة، انتزع المكتوب إليه المال، وبعثه إلى الكاتب، ليشهد الشهود على عينه، وفي طريقه قولان: أظهرهما وأشهرهما، وبه قطع ابن الصباغ وغيره: يسلم إلى المدعي، ويؤخذ منه كفيل ببدنه. وقال أبو الحسن العبادي: يكفله قيمة المال، فإن ذهب إلى القاضي الكاتب، وشهد الشهود على عينه، وسلم له، كتب القاضي بذلك إبراء الكفيل وإلا فعلى المدعي الرد، ومؤنته، ويختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم، فإن كان عبدًا، جعل في عنقه القلادة، ويختم عليها، والمقصود من الختم أن لا يبدل المأخوذ بما لا يستريب الشهود في أنه له، وأخذ الكفيل واجب، والختم مستحب، وعلى هذا القول لو كان للمدعي جارية، فثلاثة أوجه: أحدها: أنها كالعبد، والثاني: لا تبعث أصلًا، والثالث: تسلم إلى أمين في الرفقة لا إلى المدعي، وهذا حسن.

ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب،

سلمه إلى المدعي، وقد تم الحكم له، ثم يكتب إبراء الكفيل على ما ذكرنا، وفي «الفروق» للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته ختمًا ثانيًا، ويكتب بأني حكمت به لفلان، ويسلمه إلى المكتوب له، ليرده إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب، ويطلق الكفيل، ويسلم العبد إلى المدعي. والقول الثاني أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه للمدعي، ويقبض منه الثمن، ويضعه عند عدل، أو يكفله بالثمن، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب، كتب برد الثمن، أو براءة الكفيل، وبان بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح، ويسلم الثمن إلى المدعى عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة، كما يبيع الضوال، وحكى الفوراني بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال، ويأخذ القيمة ويدفعها إلى المدعى عليه للحيلولة بينه وبين ما يزعمه ملكًا له، ثم يسترد هذه القيمة، سواء ثبت المال للمدعي أم لا.

الحالة الثانية: أن تكون العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم دون البلد، فإن كان الخصم حاضرًا أمر بإحضاره لتقوم البينة على عينها، ولا تسمع الشهادة على صفتها هذا هو الجواب في فتاوى القفال. ويشبه أن يجيء فيه وجه فيما إذا كان المدعى عليه في البلد، هل تسمع الشهادة عليه مع غيبته عن المجلس؟ ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر فأما ما لا يمكن، كالعقار، فيحده المدعي ويقيم البينة عليه بتلك الحدود، فإن قال الشهود: نعرف العقار بعينه، ولا نعرف الحدود، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه، أو حضر بنفسه، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى، حكم وإلا فلا، ولو كان العقار مشهورًا لا يشتبه، فلا حاجة للتحديد، وأما ما يعسر إحضاره كشيء ثقيل، وما أثبت في الأرض، أو ركب في الجدار، وأورث قلعه ضررًا، فيصفه المدعي، ويحضر القاضي عنده، أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه، وإن لم يمكن وصفه حضر القاضي عنده، أو بعث من يسمع الدعوى على عينه، وذكر الغزالي أن العبد المدعى لو كان يعرفه القاضي، حكم به دون الإحضار، وجعل هذه الصورة كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار.

وهذا الذي قاله إن أراد به العبد المعروف بين الناس، فهو صحيح كما ذكرنا في العقار المعروف والعبد المشهور الغائب عن البلد، فأما إن اختص القاضي بمعرفته، فإن كان عالمًا بصدق المدعي، وحكم بعلمه تفريعًا على جوازه، فهو قريب أيضًا، وإن حكم بالبينة فالبينة تقوم على الصفة، فإذا لم يسمع البينة بالصفة، وجب أن يمتنع الحكم ومتى أوجبنا الإحضار، فذلك إذا اعترف المدعى عليه باشتمال يده على مثل تلك العين، وإن أنكر اشتمال يده على غير تلك الصفة،

صدق بيمينه، فإن حلف، كان للمدعي أن يدعي عليه القيمة، لاحتمال أنها هلكت ذكره البغوي وغيره.

وإن نكل وحلف المدعي، أو أقام بينة حين أنكر، كلف إحضارها وحبس، ولا يطلق إلا بالإحضار، أو بأن يدعي التلف، فتؤخذ منه القيمة، وتقبل منه دعوى التلف، وإن كانت خلاف قوله الأول للضرورة، وقيل: لا يطلق إلا بإحضار، أو بينة التلف، فإن لم يدر المدعي أن العين باقية ليطالب بها، أو تالفة ليطالب بقيمتها فادعى على التردد، وقال: غصب مني كذا، فإن كان باقيًا، فعليه رده، وإن كان تالفًا، فقيمته، فوجهان: أحدهما: لا يسمع دعواه، لعدم الجزم، بل يدعي العين، ويحلف عليها، ثم ينشىء دعوى القيمة، ويحلف عليها، وأصحهما: وعليه عمل القضاء: يسمع للحاجة فيه، وعلى هذا يحلف أنه لا يلزمه رد العين، ولا قيمتها، ويجري الوجهان فيما لو سلم ثوبًا إلى دلال ليبيعه فطالبه به، فجحد، فلم يدر صاحب الثوب أباعه، فيطالبه بالثمن، أم تلف، فيطالبه بالقيمة، أم هو باق ليطالبه بالعين؟ فعلى الأول يدعي العين في دعوى، والقيمة في أخرى، والثمن في أخرى، وعلى الثاني يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه أو قيمته، ويحلف الخصم يمينًا واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته، ولو شهدوا أنه غصب منه عبدًا بصفة كذا، فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة. وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضرًا، فإن كان غائبًا والمال في البلد، كما وصفنا أحضر مجلس الحكم أيضًا، وأخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه.

فرع: لو كان الخصم حاضرًا، والمدعي ببلدة أخرى، فقياس ما سبق أنا إن قلنا: تسمع البينة بالمال الغائب، ويحكم به، فالقاضي يحكم عليه، وإن لم نجوز إلا السماع، فإذا سمع البينة، أمر بنقل المدعي إلى مجلسه، كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم.

فرع: ذكرنا أن المدعي إن كان في البلد، كلف المدعى عليه إحضاره، وإن كان غائبًا يبعثه القاضي المكتوب إليه على يد المدعي، ولا يكلف المدعى عليه الإحضار للمشقة، كما يكلف الحضور هناك ولا يكلفه هنا، قال البغوي: فحيث أمر المدعي هنا بالإحضار، فمؤنة الإحضار عليه إن ثبت أنه للمدعي، وإلا فعلى المدعي مؤنة الإحضار والرد جميعًا، وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب إن لم يثبت أنه للمدعي، فعليه رده إلى موضع بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده، وإن ثبت أنه للمدعي، فقياس ما ذكره البغوي أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه. وفي أمالي السرخسي أن القاضي ينفق على

النقل من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، اقترض، فإن ثبت المال للمدعى عليه، لزمه رد القرض بظهور تعديه، وإلا كلف المدعي رده لظهور تعنته، ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم: إذا نقل المدعي المال إلى بلد القاضي الكاتب، ولم يثبت كونه له، لزم المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة، وإذا أحضره المدعى عليه وهو في البلد، فاقتضى سكوتهم المسامحة وقد صرح بهذا الاقتضاء الغزالي، والفرق بين الحالين زيادة الضرر هناك.

الطرف الخامس: في المحكوم عليه، والأصل أن لا يسمع القاضي البينة، ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه، لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب. وتفصيلها أن يقال: إذا لم يكن الخصم في مجلس القاضي، فإما أن يكون في البلد، وإما لا، فإن كان، نظر إن كان ظاهرًا يتأتى إحضاره، فهل يجوز سماع البينة عليه والحكم من غير حضوره أم لا، أم يجوز سماعها دون الحكم؟ فيه أوجه: الصحيح المنع منهما، وأجري الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم هل يسمع البينة عليه، ويحكم بغير سؤاله ومراجعته، والمنع هنا أظهر وأولى. وإن تعذر إحضاره بتواريه أو بعذره، جاز سماع الدعوى والبينة والحكم عليه على الصحيح، ومنعه القاضي حسين، فإن قلنا بالصحيح، فهل يحلف المدعي، كما يحلف المدعي على غائب؟ وجهان: وقطع صاحب العدة بأنه لا يحلف، لأن الخصم قادر على الحضور وإن لم يكن في البلد، فإن غاب إلى مسافة بعيدة، جاز الحكم عليه، وإن كانت قريبة، فهو كالحاضر، وفي ضبط البعيدة وجهان: أحدهما: تقصر فيه الصلاة، والقريبة دونها، وأصحهما: أن القريبة ما يمكن المبكر الرجوع منها إلى مسكنه ليلًا، فإن زادت، فبعيدة، ولو كان للمتمرد وكيل نصبه بنفسه، فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ جوابان لأبي العباس الروياني: لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل، وكذا لو كان للغائب وكيل.

فصل: من أتى القاضي مستعديًا على خصم ليحضره، فلخصمه حالان:

الحالة الأولى: أن يكون بالبلد وظاهرًا يمكن إحضاره، فيجب إحضاره، وقال ابن سريج: يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلسه، والصحيح أنه لا فرق. ثم الإحضار قد يكون بختم من طين رطب أو غيره يدفعه إلى المدعي، ليعرضه على الخصم. وليكن مكتوبًا عليه: أجب القاضي فلانًا، وقد يكون بشخص من الأعوان المرتبين على باب القاضي، وتكون مؤنته على الطالب إن لم يكن لهم رزق من بيت المال، وإن بعث الختم، فلم يجب، بعث إليه العون، وإن ثبت عند القاضي امتناعه بلا عذر، أو ثبت سواد به بكسر الختم ونحوه، استعان على إحضاره بأعوان

السلطان، فإذا حضر عزره بما يراه، وتكون مؤنة المحضر والحالة هذه على المطلوب، لامتناعه. وقيل: على المدعي، والصحيح الأول، فإن اختفى بعث من ينادي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سمر باب داره، أو ختم عليه، فإن لم يحضر بعد الثلاث، وسأل المدعي التسمير أو الختم، أجابه إليه، وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره، وإذا عرف له موضع قال ابن القاص: يبعث القاضي جماعة من النسوة والصبيان والخصيان يهجمون عليه على هذا الترتيب، ويفتشون. ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور، لم يكلف، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه، فإن وجب تحليفه، بعث إليه من يحلفه، والعذر كالمرض، أو حبس ظالم، أو الخوف منه، وفي المرأة المخدرة خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى.

الحالة الثانية: أن يكون خارج البلد، فينظر إن كان خارجًا عن محل ولاية القاضي لم يكن له أن يحضره، وإن كان فيها، فإن كان له في ذلك الموضع نائب، لم يحضره، بل يسمع البينة ويكتب إليه، هذا هو الصحيح، وقيل: يلزم إحضاره إذا طلب الخصم، وقيل: يتخير بين الأمرين، ذكره السرخسي في «الأمالي» وإن لم يكن هناك، فثلاثة أوجه: أحدهما ـ وبه قطع العراقيون ـ: يحضره قربت المسافة أم بعدت، لكن له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المستعدي، والثاني: إن كان دون مسافة القصر أحضره، وإلا فلا، والثالث: إن كان على مسافة العدوى، أحضره وإلا فلا، وهذا أصح عند الإمام. وإذا قلنا: لا يحضره إذا كان هناك حاكم، فكذا لا يحضره إذا كان هناك من يتوسط ويصلح بينهما، بل يكتب إليه أن يتوسط ويصلح، فإن تعذر فحينئذ يحضره، وحيث قلنا: يحضر الخارج عن البلد، فذكر الإمام والغزالي، وصاحب العدة أنه إنما يحضره إذا أقام المدعي بينة على ما يدعيه، فقد لا يكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار، لكن قد لا يكون له حجة، ويقصد تحليفه لعله ينزجر فيقر، ولم يتعرض الجمهور لما ذكره، لكن قالوا: يبحث القاضي عن جهة دعواه، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده، كذمي أراد مطالبة مسلم بضمان خمر، بخلاف الحاضر في البلد لا يحتاج إلى البحث في إحضاره، لأنه ليس في الحضور عليه مشقة شديدة ولا مؤنة.

فرع: لو استعدى على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها، وهل يشترط أمن الطريق ونسوة ثقات، وهل على القاضي أن يبعث إليها محرمًا لها لتحضر معه؟ قال أبو العباس الروياني: في كل ذلك وجهان الأصح أن يبعث إليها محرمًا أو نسوة ثقات.

فصل: إذا ثبت على غائب دين، وله مال حاضر، فعلى القاضي توفيته منه إذا طالب المدعي، وإذا وفى هل يطالب المدعي بكفيل؟ وجهان: أحدهما: نعم فقد يكون للغائب دافع، وأصحهما: لا، لأن الحكم قد تم، والأصل عدم الدافع.

فصل: ذكرنا أن القضاء على الغائب جائز، وذلك في غير العقوبات، وفي العقوبات ثلاثة أقوال المشهور ثالثها إن كانت لآدمي، كقصاص وحد قذف، جاز، وإن كانت حدًا لله تعالى، كالزنا والشرب، وقطع الطريق فلا، فإن جوزنا، كتب إلى قاضي بلد المشهود عليه، ليأخذه بالعقوبة ثم لا فرق بين كتاب الحكم، وكتاب النقل عند الجمهور وقال الفوراني: الخلاف في كتاب النقل، فأما كتاب الحكم فيقبل قطعًا في العقوبتين.

فصل: إذا سمع القاضي بينة، فعزل، ثم ولي ثانيًا، لم يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالعزل، بل تجب الاستعادة، ولو خرج عن محل ولايته، ثم عاد، فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح لبقاء ولايته. ولو سمع الشهادة على غائب، فقدم قبل الحكم، لم تجب الاستعادة، لكن يخير ويمكن من الجرح، وإن قدم بعد الحكم، فهو على حجته في إقامة البينة بالأداء والإبراء، وجرح الشهود، لكن يشترط أن يؤرخ الجارح فسقه بيوم الشهادة، لأنه إذا أطلق احتمل حدوثه بعد الحكم وبلوغ الصبي بعد سماع البينة عليه، أو بعد الحكم كقدوم الغائب.

فصل: المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم؟ وجهان: أحدهما نعم قاله القفال كغيرها، فعلى هذا لو حضر القاضي دارها، ليحكم بينها وبين خصمها، أو بعث نائبًا كان للخصم أن يمتنع من دخول دارها، ويطلب إخراجها، وأصحهما: لا كالمريض، وسبيل القاضي في حقها كما سبق في المريض، فعلى هذا قال ابن الصباغ: إذا حضر دارها نائب القاضي، تكلمت من وراء الستر إن اعترف الخصم أنها خصمه، أو شهد اثنان من محارمها أنها هي التي ادعى عليها، وإلا تلففت بملحفة، وخرجت من الستر، ثم من لا تخرج أصلًا إلا لضرورة فهي مخدرة، ومن لا تخرج إلا نادرًا لعزاء، أو زيارة أو حمام مخدرة أيضًا على الأصح. ويكفي أن لا تصير متبذلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة، كشراء الخبز والقطن، وبيع الغزل ونحوها، ثم إنما يتحتم حضور المخدرة على الوجه الأول للتحليف، وأما ما عداه، فيقنع فيه بالتوكيل من المخدرة وغيرها.

فصل: القاضي يزوج من لا ولي لها إذا كانت في محل ولايته، سواء كانت مستوطنة محل ولايته، أم غيرها، ولايزوج خارجة عن محل ولايته، وإن رضيت. ولا يكفي حضور الخاطب، لأن الولاية عليها لا تتعلق بذلك بخلاف ما لو حكم

بحاضر على غائب، لأن المدعي حاضر، والحكم يتعلق به، بخلاف ما لو كان ليتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر، فإنه يتصرف فيه، لأن الولاية عليه ترتبط بماله، ثم تصرفه في مال اليتيم الغائب يكون بالحفظ والتعهد، وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال بشرط الغبطة اللائقة، وهكذا يفعل في مال كل غائب أشرف على الهلاك، فإن كان حيوانًا، وخيف هلاكه، باعه، وإن حصلت الصيانة بالإجارة اقتصر عليها. وهل له أن يتصرف في مال اليتيم الغائب للاستنماء، وأن ينصب قيمًا كذلك، وأن يتصرف للتجارة، وطلب الفائدة كتصرفه في أموال الحاضرين؟ وجهان: لأن نصب القيم يرتبط بالمال والمالك جميعًا، فلو جاز النصب بحضور المال، جاز لقاضي بلد اليتيم بحضور المالك، وحينئذ يتمانع تصرفاهما. قال الغزالي: والأولى أن يلاحظ مكان اليتيم دون المال، وله نصب القيم للحفظ والصيانة بلا خلاف. وللقاضي إقراض مال الغائب ليحفظه بحفظه في الذمة، وذكره صاحب «التلخيص» وهو موافق لما سبق في الحجر في إقراض مال الصبي. وأما ما لا يتعين له مالك، وحصل اليأس من معرفته، فذكر بعضهم أن له أن يبيعه، ويصرف ثمنه إلى المصالح، وأن له حفظه.

فصل: في مسائل منثورة: كتاب قاضي البغاة مقبول على المشهور، وعن القديم منعه، أطلق بعضهم أنه لا يجوز للقاضي أن يكتب كتابًا في غير محل ولايته، والذي يستمر على أصل الشافعي رحمه الله ما ذكره ابن القاص أنه لا يحكم ولا يشهر في غير محل ولايته، وأما الكتاب، فلا بأس به. ولو حكم القاضي ببينة أقامها وكيل رجل في وجه وكيل آخر، فحضر المدعى عليه، وقال: كنت عزلت وكيلي قبل قيام البينة، لم ينفعه، لأن القضاء على الغائب جائز. ولو حضر المدعي، وقال: كنت عزلت وكيلي، وقلنا بانعزال الوكيل قبل بلوغ الخبر، لم يصح الحكم، لأن القضاء للغائب باطل، وإذا أراد شهود كتاب حكمي التخلف في الطريق في موضع فيه قاض وشهود، فصاحب الكتاب إما أن يشهد على كل واحد منهم شاهدين يحضران معه ويشهدان عند القاضي الذي يقصده، وإما أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه، ليشهدوا عنده به، فيضمنه، ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده. وإن كان التخلف حيث لا قاض ولا شهود، قال البغوي: ليس لهم ذلك، بل عليهم الخروج إلى موضع فيه قاض وشهود، فإن طلبوا أجرة الخروج إليه، فليس لهم إلا نفقتهم، وكذا دوابهم بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب، حيث لا يكلفون الخروج، والقناعة به، لأن هناك يتمكن من إشهاد غيرهم، وإذا ألزم المكتوب إليه الخصم بالحق، فطلب

أن يكتب له كتابًا بقبضه، فهل على القاضي إجابته؟ وجهان: قال الإصطخري: نعم، لئلا يطالب مرة أخرى، وقال الجمهور: لا، لأن الحاكم إنما يطالب بإلزام ما حكم به، وثبت عنده، ويكفي للاحتياط إشهاد المدعي على قبضه الحق. ولو طالبه بتسليم الكتاب الذي ثبت الحق به، لم يلزمه دفعه إليه، وكذا من له كتاب بدين، واستوفاه، أو بعقار فباعه، لا يلزمه دفعه إلى المستوفى منه، وإلى المشتري، لأنه ملكه، ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليه، وبالله التوفيق.

باب القسمة

قال المصنف رحمه الله تعالى: تجوز قسمة الأموال المشتركة لقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [النساء: ٨] **ولأن النبي ﷺ قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء، وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهمًا، وقسموا غنائم حنين بأوطاس وقيل بالجعرانة، ولأن بالشركاء حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف في ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الأيدي وسوء المشاركة.**

فصل: ويجوز لهم أن يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم، ويجوز أن يرفعوا إلى الحاكم لينصب من يقسم بينهم ويجب أن يكون القاسم عالمًا بالقسمة ليوصل كل واحد منهم إلى حقه كما يجب أن يكون الحاكم عالمًا ليحكم بينهم بالحق، فإن كان القاسم من جهة الحاكم لم يجز أن يكون فاسقًا ولا عبدًا، لأنه نصبه لإلزام الحكم فلم يجز أن يكون فاسقًا ولا عبدًا كالحاكم، فإن لم يكن فيها تقويم جاز قاسم واحد، وإن كان فيها تقويم لم يجز أقل من اثنين لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين وإن كان فيها خرص ففيه قولان، أحدهما: أنه يجوز أن يكون الخارص واحدًا، والثاني: أنه يجب أن يكون الخارص اثنين.

فصل: فإن كان القاسم نصبه الحاكم كانت أجرته من سهم المصالح لما روي «أن عليًا رضي الله عنه أعطى القاسم من بيت المال» ولأنه من المصالح فكانت أجرته من سهم المصالح، فإن لم يكن في بيت المال شيء وجبت على الشركاء على قدر أملاكهم، لأنه مؤنة تجب لمال مشترك فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة، وإن كان القاسم نصبه الشركاء جاز أن يكون فاسقًا وعبدًا لأنه وكيل لهم وتجب أجرته عليهم على ما شرطوا لأنه أجير لهم.

فصل: وإن كان في القسمة رد فهو بيع لأن صاحب الرد بذل المال في مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضًا وإن لم يكن فيها رد ففيه قولان، أحدهما: أنها بيع لأن كل جزء من المال مشترك بينهما، فإذا أخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه، والقول الثاني: أنها فرز النصيبين وتمييز الحقين لأنها لو كانت بيعًا لم يجز تعليقه على ما تخرجه القرعة، ولأنها لو كانت بيعًا

لافتقرت إلى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة سقط لما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع. فإن قلنا إنها بيع لم يجب فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذي انعقدت أجزاؤه بالنار، وإن قلنا: إنها فرز النصيبين جاز وإن قسم الحبوب والأدهان فإن قلنا: إنها بيع لم يجز أن يتفرقا من غير قبض ولم يجز قسمتها إلا بالكيل كما لا يجوز في البيع، وإن قلنا إنها فرز النصيبين لم يحرم التفرق فيها قبل التقابض، ويجوز قسمتها بالكيل والوزن، وإن كانت بينهما ثمرة على شجرة فإن قلنا: إن القسمة بيع لم تجز قسمتها خرصًا كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصًا وإن قلنا: إنها تمييز الحقين فإن كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لأنها لا يصح فيها الخرص، وإن كانت ثمرة النخل والكرم جاز لأنه يجوز خرصها للفقراء في الزكاة فجاز للشركاء.

فصل: وإن وقف على قوم نصف أرض، وأراد أهل الوقف أن يقاسموا صاحب الطلق فإن قلنا إن القسمة بيع لم يصح. وإن قلنا إنها تمييز الحقين نظرت فإن لم يكن فيها رد صحت وإن كان فيها رد فإن كان من أهل الوقف جاز لأنهم يتنازعون الطلق وإن كان من أصحاب الطلق لم يجز لأنهم يتنازعون الوقوف.

فصل: وإن طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت. فإن لم يكن على واحد منهم ضرر في القسمة كالحبوب والأدهان والثياب الغليظة وما تساوت أجزاؤه من الأرض والدور ـ أجبر الممتنع لأن الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال وأن يتخلص من سوء المشاركة من غير إضرار بأحد فوجبت إجابته إلى ما طلب. وإن كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة التي تنقص قيمتها بالقطع والرحى الواحدة والبئر والحمام الصغير لم يجبر الممتنع لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»[1] وروي أن النبي ﷺ «نهى عن إضاعة المال» ولأنه إتلاف مال وسفه يستحق بهما الحجر فلم يجبر عليه وإن كان على أحدهما ضرر دون الآخر نظرت ـ فإن كان الضرر على الممتنع ـ أجبر عليها وقال أبو ثور رحمه الله: لا يجبر لأنها قسمة فيها ضرر فلم يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما، وهذا خطأ لأنه يطلب حقًا له فيه منفعة فوجبت الإجابة إليه، وإن كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على رجل يملك إلا ما يقضي به دينه وإن كان الضرر على الطالب دون الآخر ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجبر لأنه قسمة لاضرر فيها على أحدهما فأجبر الممتنع كما لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب. والثاني: أنه لا يجبر وهو الصحيح لأنه يطلب ما لا يستضر به فلم يجبر الممتنع ويخالف إذا لم يكن على الطالب ضرر لأنه يطلب ما ينتفع به وهذا يطلب ما يستضر به وذلك سفه فلم يجبر الممتنع.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ٢٢٨) والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٧) والبيهقي في سننه (٦/ ٦٩).

فصل: وإن كان بينهما دور أو أراض مختلفة في بعضها نخل وفي بعضها شجر أو بعضها يسقى بالسيح وبعضًا يسقى بالناضح وطلب أحدهما أن يقسم بينهما أعيانًا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين لأن كل واحد منهما له حق في الجميع، فجاز له أن يطالب بحقه في الجميع. وإن كان بينهما عضائد متلاصقة وأراد أحدهما أن يقسم أعيانًا وطلب الآخر أن يقسم كل واحد منها على الإنفراد ففيه وجهان، أحدهما: أنها تقسم أعيانًا كالدار الواحدة إذ كان فيها بيوت، والثاني: أنه يقسم كل واحدة منها لأن كل واحدة على الإنفراد فقسم كل واحد منها كالدور المتفرقة.

فصل: فإن كان بينهما دار وطلب أحدهما أن تقسم فيجعل العلو لأحدهما والسفل للآخر وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع لأن العلو تابع للعرصة في القسمة، ولهذا لو كان بينهما عرصة وطلب أحدهما القسمة وجبت القسمة ولو كان بينهما غرفة فطلب أحدهما القسمة لم يجب ولا يجوز أن يجعل التابع في القسمة متبوعًا.

فصل: وإن كان بين ملكهما عرصة حائط فأراد أن تقسم طولًا فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول في كمال العرض واتفقا عليه جاز، وإن طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها، لأنه لا ضرر فيها وإن أرادا قسمتها عرضًا في كمال الطول واتفقا عليه جاز وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجبر لأنه لا تدخله القرعة لانه إذا أقرع بينهما ربما صار بها مال كل واحد منهما إلى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التي فيها رد، والثاني: وهو الصحيح أنه يجبر عليها لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين أن ينتفع بحصته إذا قسم فأجبر على القسمة كما لو أرادا أن يقسماها طولًا فإن كان بينهما حائط فأرادا قسمته نظرت ـ فإن أرادا قسمته طولًا في كمال العرض واتفقا عليه جاز. وإن أراد ذلك واحد وامتنع الآخر ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجبر لأنه لا بد من قطع الحائط، وفي ذلك إتلاف، والثاني: أنه يجبر وهو الصحيح لأنه تمكن قسمته على وجه ينتفعان به فأجبرا عليها كالعرصة، فإن أرادا قسمته عرضًا في كمال الطول واتفقا عليها جاز. وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لأن ذلك إتلاف وإفساد.

فصل: وإن كان بينهما أرض مختلفة الأجزاء بعضها عامر وبعضها خراب أو بعضها قوي وبعضها ضعيف أو بعضها شجر أو بناء وبعضها بياض، أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالناضح نظرت ـ فإن أمكن التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه بأن يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها فإذا قسمت بينهما نصفين صار إلى كل واحد من الجيد والرديء مثل ما صار إلى الآخر من الجيد والرديء فطلب أحدهما هذه القسمة أجبر الآخر عليها، لأنها كالأرض

المتساوية الأجزاء في إمكان التسوية بينهما فيها. وإن لم تمكن التسوية بينهما في الجيد والرديء بأن كانت العمارة أو الشجرة أو البناء في أحد النصفين دون الآخر نظرت ـ فإذا أمكن أن يقسم قسمة تعديل بالقيمة بأن تكون الأرض ثلاثين جريبًا وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبًا من رديئها فدعا إلى ذلك أحد الشريكين وامتنع الآخر ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوي في الزرع وتوقف القسمة إلى أن يتراضيا، والقول الثاني: أنه يجبر لوجود التساوي بالتعديل. فعلى هذا في أجرة القسام وجهان، أحدهما: أنه يجب على كل واحد منهما نصف الأجرة لأنهما يتساويان في أصل الملك، والثاني: أنه يجب على صاحب العشرة ثلث الأجرة وعلى صاحب العشرين ثلثاها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة. وإن أمكن قسمته بالتعديل وقسمة الرد فدعا أحدهما إلى قسمة التعديل ودعا الآخر إلى قسمة الرد ـ فإن قلنا: إن قسمة التعديل يجبر عليها ـ فالقول قول من دعا إليها لأن ذلك مستحق، وإن قلنا لا يجبر وقف إلى أن يتراضيا على إحداهما.

فصل: وإن كانت بينهما أرض مزروعة وطلب أحدهما قسمة الأرض دون الزرع وجبت القسمة لأن الزرع لا يمنع القسمة في الأرض فلم يمنع وجوبها كالقماش في الدار. وإن طلب أحدهما قسمة الأرض والزرع لم يجبر، لأن الزرع لا يمكن تعديله، فإن تراضيا على ذلك فإن كان بذرًا لم يجز قسمته لأنه مجهول، وإن كان قد ظهر. فإن كان مما لا ربا فيه كالقصيل والقطن ـ جاز لأنه معلوم مشاهد، وإن كان قد انعقد فيه الحب لم يجز لأنا إن قلنا إن القسمة بيع لم يجز لأنه بيع أرض وطعام بأرض وطعام، ولأنه قسمة مجهول ومعلوم. وإن قلنا القسمة فرز النصيبين لم يجز لأنه قسمة مجهول ومعلوم.

فصل: وإن كان بينهما عبيد أو ماشية أو أخشاب أو ثياب فطلب أحدهما قسمتها أعيانًا وامتنع الآخر ـ فإن كانت متفاضلة ـ لم يجبر الممتنع، وإن كانت متماثلة ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي العباس وأبي إسحاق وأبى سعيد الإصطخري أنه يجبر الممتنع وهو ظاهر المذهب لأنها متماثلة، والثاني: وهو قول أبي علي بن خيران وأبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يجبر الممتنع لأنها أعيان مختلفة فلم يجبر على قسمتها أعيانًا كالدور المتفرقة.

فصل: وإن كان بينهما منافع فأرادا قسمتها مهايأة وهو أن تكون العين في يد أحدهما مدة ثم في يد الآخر مثل تلك المدة جاز، لأن المنافع كالأعيان فجاز قسمتها كالأعيان، وإن طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع، ومن أصحابنا من حكى فيه وجهًا آخر أنه يجبر كما يجبر على قسمة الأعيان، والصحيح أنه لا يجبر، لأن حق كل واحد منهما تعجل فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة، ويخالف الأعيان فإنه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد، فإذا عقدا على مدة اختص كل واحد منهما بمنفعة تلك المدة. وإن كان يحتاج إلى النفقة كالعبد

والبهيمة كانت نفقته على من يستوفي منفعته. وإن كسب العبد كسبًا معتادًا في مدة أحدهما كان لمن هو في مدته، وهل تدخل فيها الأكساب النادرة كاللقطة والركاز والهبة والوصية؟ فيه قولان، أحدهما: أنها تدخل فيها لأنها كسب فأشبه المعتاد، والثاني: أنها لا تدخل فيها لأن المهايأة بيع لأنه يبيع حقه من الكسب في أحد اليومين بحقه في اليوم الآخر، والبيع لا يدخل فيه إلا ما يقدر على تسليمه في العادة، والنادر لا يقدر على تسليمه في العادة فلم يدخل فيه، فعلى هذا يكون بينهما.

فصل: وينبغي للقاسم أن يحصي عدد أهل السهام ويعدل السهام بالأجزاء أو بالقيمة أو بالرد، فإن تساوى عددهم وسهامهم كثلاثة بينهم أرض أثلاثًا فله أن يكتب الأسماء ويخرج على السهام وله أن يكتب السهام ويخرج على الأسماء فإن كتب الأسماء كتبها في ثلاث رقاع في كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الأول فمن خرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثاني فمن خرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث فإن كتب السهام كتب في ثلاث رقاع في رقعة السهم الأول وفي رقعة السهم الثاني وفي رقعة السهم الثالث ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم أحد الشركاء فأي سهم خرج أخذه ثم يأمر بإخراج رقعة على اسم آخر فأي سهم خرج أخذه الثاني ثم يتعين السهم الباقي للشريك الثالث. وإن اختلفت سهامهم فإن كان لواحد السدس واللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداسًا ويكتب الأسماء ويخرج على السهام فيأمر أن يخرج على السهم الأول فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج على السهم الثاني، فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثاني والذي يليه، لأن له سهمين وتعين الباقي لصاحب النصف وإن خرجت الرقعة الأولى على اسم صاحب النصف أخذ السهم الأول واللذين يليانه وهو الثاني والثالث، ثم يخرج على السهم الرابع فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذي يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس، وإنما قلنا: إنه يأخذ مع الذي يليه لينتفع بما يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج في هذا القسم السهام على الأسماء لأنا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول: آخذه وسهمين قبله، ويقول الآخر: بل نأخذه وسهمين بعده، فيؤدي إلى الخلاف والخصومة.

فصل: وإذا ترافع الشريكان إلى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة إجبار لم يعتبر تراضي الشركاء لأنه لما لم يعتبر التراضي في ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة فإن نصب الشريكان قاسمًا فقسم بينهما فالمنصوص أنه يعتبر التراضي في ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة وقال في رجلين حكما رجلًا ليحكم بينهما ففيه قولان: أحدهما: أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما، والثاني: أنه لا يلزم الحكم إلا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة

هذا الحاكم لأنه نصبه الشريكان فيكون على قولين، أحدهما: وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة، لأنه لما اعتبر الرضى في الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة، والثاني: أنه لا يعتبر لأن القاسم مجتهد في تعديل السهام والإقراع، فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم، وإن كان في القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم إلا بالتراضي، وقال أبو سعيد الإصطخري تلزم من غير تراض كقسمة الإجبار وهذا خطأ، لأن في قسمة الإجبار لا يعتبر الرضى في الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة.

فصل: أذا تقاسما أرضًا ثم ادعى أحدهما غلطًا فإن كان في قسمة إجبار. لم يقبل قوله من غير بينة، لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم، فإن أقام البينة على الغلط نقضت القسمة، وإن كان في قسمة اختيار نظرت فإن تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لأنه رضي بأخذ حقه ناقصًا. وإن أقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضي دون حقه ناقصًا. وإن قسم بينهما قاسم نصباه فإن قلنا إنه يفتقر إلى التراضي بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لأنه رضي بأخذ الحق ناقصًا، وإن قلنا: إنه لا يفتقر إلى التراضي بعد خروج القرعة فهو كقسمة الإجبار فلا يقبل قوله إلا ببينة، فإن كان في القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب وعلى قول أبى سعيد الإصطخري هو كقسمة الإجبار فلم يقبل قوله إلا ببينة.

فصل: وإن تنازع الشريكان بعد القسمة في بيت في دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه في سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا في المتبايعين وإن وجد أحدهما بما صار إليه عينًا فله الفسخ كما قلنا في البيع.

فصل: وإذا اقتسما أرضًا ثم استحق مما صار لأحدهما شيء بعينه، نظرت فإن استحق مثله من نصيب الآخر أمضيت القسمة، وإن لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لأن لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع في سهم شريكه، وإذا استحق ذلك عادت الإشاعة، وإذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة في المستحق وهل تبطل في الباقي؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبى علي بن أبي هريرة: أنه يبنى على تفريق الصفقة فإن قلنا أن الصفقة لا تفرق بطلت القسمة في الجميع، وإن قلنا أنها تفرق صحت في الباقي، والثاني: وهو قول أبي إسحاق: أن القسمة تبطل في الباقي قولًا واحدًا لأن القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لأن المستحق صار شريكًا لكل واحد منهما فبطلت القسمة.

فصل: إذا قسم الوارثان التركة ثم ظهر دين على الميت فإنه يبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين، وفيه وجهان ذكرناهما في التفليس، فإن قلنا: أن القسمة، تمييز الحقين لم تنقض القسمة وإن قلنا: أنها بيع ففي نقضها وجهان والله أعلم.

الشرح: قوله: «فارزقوهم منه» أي أعطوهم، والرزق: العطاء، والرد: ما يرده

أحد الشريكين إلى صاحبه إذا لم يتعادل الجزءان فيرد صاحب الجزء الكثير على صاحب القليل، من رده إذا رجعه إليه، وفرز الشيء: عزله عن غيره وتمييزه، والسيح: الماء الجاري على وجه الأرض، والعضائد: الدكاكين المتلاصقة، والعرصة هي ساحة فارغة لا بناء فيها بين الدور، والمهايأة: الإصلاح، والتركة: ما يتركه الميت.

أما الأحكام: فالقسمة قد يتولاها الشركاء بأنفسهم أو منصوب للقاضي أو لهم، ويشترط في منصوب القاضي الحرية والعدالة، والتكليف والذكورة، والعلم بالمساحة والحساب، وهل يشترط معرفته للتقويم؟ وجهان. لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية، لأنه وكيل لهم، كذا أطلقوه. وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع. ولو حكَّم الشركاء رجلًا ليقسم بينهم، فهو على القولين في التحكيم، فإن جوزناه، فهو كمنصوب القاضي، فإن كان في سهم المصالح مال يتفرغ لمؤنة القاسمين، لزم الإمام أن ينصب في كل بلد قاسمًا، فإن لم تحصل الكفاية بواحد، زاد بحسب الحاجة، وإلا فلا يعين قاسمًا لئلا يغالي في الأجرة، ولئلا يواطئه بعضهم، فيحيف، بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا، وإذا لم تكن في القسمة تقويم، كفى قاسم على المذهب، وقيل: قولان ثانيهما يشترط اثنان، وإن كان تقويم، اشترط اثنان، وللإمام أن ينصب قاسمًا، لجعله حاكمًا في التقويم، ويعتمد في التقويم عدلين، وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم؟ قولان، كقضائه بعلمه، وقيل: لا يجوز قطعًا، لأنه تخمين مجرد، ولو فوض الشركاء القسمة إلى واحد بالتراضي، جاز قطعًا.

فرع: القاسم المنصوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال على الصحيح، وبه قطع الجمهور. وقال أبو إسحاق: لا يدر، وهذا ضعيف. وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال، فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم، وقال ابن القطان وغيره: على الطالب وحده، والصحيح الأول، ثم إن استأجر الشركاء قاسمًا، وسموا له أجرة، وأطلقوا، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب، وقيل: قولان ثانيهما على عدد الرؤوس، ويجري الطريقان فيما لو استأجروه استئجارًا فاسدًا، فقسم، أن أجرة المثل كيف توزع؟ وفيما لو أمروا قاسمًا فقسم، ولم يذكروا أجرة، وقلنا: تجب أجرة المثل في مثل ذلك، وفيما لو أمر القاضي قاسمًا فقسم قسم إجبار. ولو استأجروا قاسمًا، وسمى كل واحد أجرة التزمها، فله على كل واحد ما التزم، هذا إذا أستأجروا جميعًا بأن

قالوا: استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان، ودينارين على فلان مثلًا أو وكلوا وكيلًا عقد لهم كذلك، فلو استأجروا في عقود مترتبة، فعقد واحد لإفراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، ثم الثالث، فقد جوزه القاضي حسين، وأنكره الإمام، وقال: هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لإفراز نصيبه، ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين ترددًا وتقريرًا ولا سبيل إليه إلا برضاهم، لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقين فيكون أصلًا ووكيلًا ولا حاجة إلى عقد الباقين، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد بالتراضي، فذاك، وإن أطلق، عاد الخلاف في كيفية التوزيع.

فرع: إذا كان أحد الشريكين طفلًا، نظر إن كان في القسمة غبطة له، فعلى الولي طلب القسمة، وبدل حصته من الأجرة من مال الطفل وإلا فلا يطلبها، وإن طلبها الشريك الآخر وأجيب، فإن قلنا: الأجرة على الطالب خاصة، فذاك، وإن قلنا: على الجميع، فوجهان: أحدهما: على الطالب لئلا يجحف بالصبي بلا غبطة، وأصحهما: تؤخذ حصة الصبي من ماله.

فصل: للعين المشتركة حالان:

الأولى: أن يعظم ضرر قسمتها، فإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر، لم يجبر، وفي ضبط الضرر المانع ثلاثة أوجه سبقت في باب الشفعة، فلا يكسر جوهر نفيس، ولا يقطع ثوب رفيع، ولا يقسم زوجا خف، ومصراعا باب إن طلبه أحدهما، فلو تراضوا بقسمة ذلك، وطلبوها من القاضي، فإن بطلت المنفعة بالكلية، لم يجبهم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم، لأنه سفه، وإن نقصت كسيف يكسر، لم يجبهم على الأصح، لكن لا يمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم وما يبطل القسمة منفعته المقصودة منه، كطاحونة وحمام صغيرين إذا امتنع أحدهما لا يجبر الآخر على أصح الأوجه المشار إليها، فإن كانا كبيرين، وأمكن جعل الطاحونة طاحونتين، والحمام حمامين، أجبر الممتنع، فإن كان يحتاج إلى إحداث بئر أو مستوقد فوجهان: أحدهما: لا إجبار، لتعطل المنفعة إلى الإحداث، وأصحهما: يجبر ليسر التدارك. وإن تضرر أحدهما بالقسمة دون الآخر كدار بين اثنين، لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها، ولو قسمت، لم يصلح العشر للسكن، ويصلح الباقي، فإن طلب القسمة صاحب العشر، لم يجبر الآخر على الأصح، وإن طلبها الآخر، أجبر صاحب العشر على الأصح، لأن صاحب العشر متعنت في طلبه، والآخر معذور. وإن كان نصف الدار لواحد، ونصفها لخمسة، فطلب صاحب النصف إفراز نصيبه، أجيب إليه، والباقون إن اختاروا القسمة قسم، وإن كان العشر لا يصلح للسكن، لأن في القسمة فائدة لبعض

الشركاء، وإن استمروا على الشيوع، جاز فلو طلب أحدهم القسمة بعد ذلك، لم يجبر الباقون، لأن هذه القسمة تضر الجميع، ولو طلب الخمسة أولًا إفراز النصف، ليكون بينهم شائعًا، أجيبوا إليه، كذا ذكره الروياني وغيره، وكذا لو كانت بين عشرة، فطلب خمسة القسمة، ليكون النصف بينهم يجابون.

الحالة الثانية: أن لا يعظم ضرر القسمة، فقد لا ينقسم من غير رد من أحد الشريكين أو الشركاء، وقد ينقسم بلا رد باعتبار الأجزاء، وتسمى قسمة المتشابهات، أو باعتبار القيمة وتسمى قسمة التعديل، فهذه ثلاثة أنواع:

النوع الأول: قسمة المتشابهات، وإنما تجري في الحبوب والدراهم والأدهان وسائر المثليات، وفي الدار المتفقة الأبنية، والأرض المتشابهة الأجزاء وما في معناها، فتعدل الأنصباء في المكيل بالكيل، والموزون بالوزن، والأرض المتساوية تجزأ أجزاء متساوية بعدد الأنصباء إن تساوت، بأن كانت لثلاثة أثلاثًا، فتجعل ثلاثة أجزاء متساوية، ثم تؤخذ ثلاث رقاع متساوية، ويكتب على كل رقعة اسم شريك أو جزء من الأجزاء ويميز بعضها عن بعض بحد أو جهة أو غيرها، وتدرج في بنادق متساوية وزنًا وشكلًا من طين مجفف أو شمع، وتجعل في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج، فإن كان صبيًا أو أعجميًا كان أولى، ثم يؤمر بإخراج رقعة على الجزء الأول إن كتب في الرقاع أسماء الشركاء، فمن خرج اسمه، أخذه، ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه أخذه، ويعين الباقي للثالث، وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء أخرجت رقعة باسم زيد، ثم أخرى باسم عمرو، ويتعين الثالث للثالث، ويعين من يبتدىء به من الشركاء والإجزاء منوط بنظر القاسم، فيقف أولًا على أي طرف شاء ويسمي أي شريك شاء، وإن كانت الأنصباء مختلفة، بأن كان لزيد نصف، ولعمرو ثلث، وللثالث سدس، جزأ الأرض على أقل السهام وهو السدس، فيجعلها ستة أجزاء، ثم نص الشافعي رحمه الله أنه يثبت اسم الشركاء في رقاع، وتخرج الرقاع على الأجزاء، وقال في العتق: يكتب على رقعتين: رق، وعلى رقعتين: حرية، وتخرج على أسماء العبيد، ولم يقل تكتب أسماء العبيد، وفيهما طريقان، أحدهما فيهما قولان، ففي قول يثبت اسم الشركاء والعبيد، وفي قول يثبت الأجزاء هنا، والرق والحرية هناك، والطريق الثاني وهو المذهب، وبه قطع الجمهور الفرق، ففي العتق يسلك ما شاء من الطريقين، وهنا لا يثبت الأجزاء على الرقاع، لأنه لو أثبتها وأخرج الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس، فيفرق ملك من له النصف أو الثلث، وأيضًا قال في «المهذب»: لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف،

فيقول: آخذه وسهمين قبله ويقول الآخران: بل خذه وسهمين بعده، فيفضي إلى النزاع، ثم هل هذا الخلاف في الجواز أم الأولوية؟ وجهان: أرجحهما: الثاني وبه قال الإمام والغزالي، وسنوضح إن شاء الله تعالى ما يحصل به الاحتراز عن تفريق الملك، وأما ما ذكره في «المهذب» فيجوز أن يقال: لا نبالي بقول الشركاء بل يتبع نظر القاسم كما في الجزء المبدوء به، واسم الشريك المبدوء به، فإن أثبت أسماء الشركاء فقيل: يثبت أسماءهم على ثلاث رقاع، ويأمر بإخراج رقعة على الجزء الأول، فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه، وأخرجت رقعة على الجزء الثاني، فإن خرج اسم عمرو، أخذه مع الجزء الثالث، تعينت الثلاثة الباقية لزيد، وإن خرج اسم زيد، أخذ الثاني والثالث والرابع، وتعين الآخران لعمرو، فإن خرج اسم زيد أولًا، أخذ الثلاثة الأولى، ثم يخرج رقعة، فإن خرج اسم عمرو، أخذ الرابع والخامس، ويعين السادس لصاحب السدس. وإن خرج اسم صاحب السدس، أخذ الرابع، وتعين الباقيان لعمرو، وإن خرج اسم عمرو أولًا، لم يخف الحكم. وقيل: تثبت أسماؤهم في ست رقاع، اسم زيد في ثلاث، وعمرو في ثنتين، والثالث في رقعة، ويخرج على ما ذكرنا. وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجًا لكن سرعة الخروج لا توجب حيفًا، لأن السهام متساوية، فالوجه تجويز كل واحد من الطريقين.

وإن أثبت الأجزاء في الرقاع، فلا بد من إثباتها في ست رقاع، وحينئذ فالتفريق المحذور لو لزم إنما يلزم إذا خرج أولًا اسم صاحب السدس وهو مستغن عنه، بأن يبدأ باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه، فله الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني فكذلك، فيعطى معه ما قبله وما بعده، وإن خرج الثالث، ففي شرح مختصر الجويني أنه يتوقف فيه، ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج الأول أو الثاني، فله الأول والثاني، ولصاحب النصف الثالث والرابع والخامس. وإن خرج الخامس، فله الخامس والسادس، ثم أهمل باقي الاحتمالات، وكان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصف الثالث، فهو له مع اللذين قبله، وإن خرج الرابع، فهو له مع اللذين قبله، ويتعين الأول لصاحب السدس، وإن خرج الخامس، فهو له مع اللذين قبله، ويتعين السادس لصاحب السدس، وإن خرج السادس، فهو له مع اللذين قبله.

وإذا أخذ زيد حقه، ولم يتعين حق الآخرين، أخرج رقعة أخرى باسم أحدهما، فلا يقع تفريق ويمكن أن يبدأ بصاحب السدس، فإن خرج باسم الجزء الأول دفع إليه، ثم يخرج باسم أحد الجزئين، فلا يقع تفريق. وإن خرج له الثالث

دفع إليه ويعين الأول والثاني لصاحب الثلث والثلاثة الآخرة لصاحب النصف. وإن خرج له الرابع، دفع إليه، وتعين الأخيران لصاحب الثلث، والثلاثة الأولى لصاحب النصف. ويمكن أن يبدأ بصاحب الثلث، فإن خرج له الأول أو الثاني، دفعا إليه، وإن خرج له الخامس أو السادس دفعا إليه، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، وإن خرج الثالث، فله الثالث والثاني، ويتعين الأول لصاحب السدس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج الرابع، فله الرابع والخامس، وتعين السادس لصاحب السدس، والثلاثة الأول لصاحب النصف.

فرع: كيفية إدراج الرقاع وإخراجها على التفصيل المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات، بل هي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذلك.

فرع: كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالأقلام والعصي والحصى ونحوها.

فرع: إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه، وهو قسمة المتشابهات، أجبر عليها، سواء كانت الأنصباء متساوية، أم متفاوتة، وفي المتفاوتة وجه لابن أبي هريرة أنه لا إجبار، والصحيح الأول.

فصل: إذا قسم قاسم القاضي بالإجبار، ثم ادعى أحد الشريكين غلطًا أو حيفًا، نظر إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط، لم يلتفت إليه، وإن بينه، لم يمكن تحليف القاسم، كما لا يحلف القاضي أنه لم يظلم، والشاهد أنه لم يكذب، لكن إن قامت بينة، سمعت ونقضت القسمة. قال الشيخ أبو حامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا، ويمسحا، ويعرفا الحال، ويشهدا. وألحق أبو الفرج بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع. ومسحنا ما أخذه، فإذا هو سبعمئة ذراع، ولو لم تقم حجة، وأراد تحليف الشريك، مكن منه، فإن نكل وحلف المدعي، نقضت القسمة، ولو حلف بعض الشركاء، ونكل بعضهم، فحلف المدعي لنكول بعضهم، قال في «الوسيط»: تنقض القسمة في حق الناكلين دون الحالفين، ولا يطالب الشريك بإقامة بينة أن القسمة الجارية عادلة، لأن الظاهر الصواب. وحكى ابن أبي هريرة قولًا: أن على الشريك البينة بأنها عادلة، ولا بينة على مدعي الغلط. وقال أبو إسحاق: إن قال مدعي الغلط: إن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب، فالأصل ما يقوله: وعلى صاحبه البينة. وإن قال: سها، فعليه البينة، والمذهب الأول. ولو اعترف القاسم بالغلط أو الحيف، فإن صدقه الشركاء، انتقضت القسمة، وإلا فلا تنتقض، وعليه رد الأجرة. قال البغوي: وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم، أو تعمدت الحيف، فإن صدقه

المحكوم له، استرد المال، وإلا فلا، وعلى القاضي الغرم. أما إذا جرت القسمة بالتراضي بأن نصبًا قاسمًا، أو اقتسما بأنفسهما، ثم ادعى أحدهما غلطًا، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة، فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة، فإن قلنا: القسمة إفراز، فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت، فتنقض القسمة إن قامت به بينة، ويحلف الخصم إن لم تقم، وإن قلنا: القسمة بيع، فوجهان أحدهما الجواب كذلك، فإنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل، وأصحهما: أنه لا فائدة لهذه الدعوى، ولا أثر للغلط، وإن تحقق، كما لا أثر للغبن في البيع والشراء، وبهذا قطع الجمهور. كأنهم اقتصروا على الجواب الأصح.

فصل: إذا قسمت التركة بين الورثة، ثم ظهر دين، فإن قلنا: القسمة إفراز، فهي صحيحة، ثم تباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه، وإن قلنا: بيع، فقد سبق في كتاب الرهن وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وأنه لو تصرف ولا دين في الظاهر، ثم ظهر. فالأصح صحة التصرف ففي القسمة هذان الوجهان، فإن صححنا البيع، فالقسمة الجارية صحيحة، فإن وفوا الدين، استمرت صحتها، وإلا نقضت وبيعت التركة في الدين، وإن لم نصححه، فالقسمة باطلة، ولو جرت قسمة، ثم استحق بعض المقسوم، نظر إن استحق جزء شائع كالثلث، فمطلت القسمة في المستحق وفي الباقي طريقان: أصحهما: قولان: أحدهما: يبطل فيه، والثاني: يصح، ويثبت الخيار، وبهذا الطريق قال الأكثرون. وقال أبو إسحاق: يبطل فيه قولًا واحدًا، لأن مقصود القسمة تمييز الحقوق، وبالاستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد، لأن المستحق كان شريكًا، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة ممتنع، وإن استحق شيء معين، نظر إن اختص المستحق بنصيب أحدهما، أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر، بطلت القسمة، وإن كان المستحقان من نصيبهما، سواء بقيت القسمة في الباقي على الصحيح، وقيل: تبطل بمعنى التفريق. ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة، فإن كانت مرسلة، فهو كظهور دين على التركة، وإن كانت بجزء شائع أو معين، فعلى ما ذكرناه في الاستحقاق، ثم ظهور الدين والاستحقاق، ودعوى الغلط لا تختص بقسمة المتشابهات، بل تعم أنواع القسمة.

النوع الثاني: قسمة التعديل والمشترك الذي تعدل سهامه بالقيمة ينقسم إلى ما يعد شيئًا واحدًا، وإلى ما يعد شيئين فصاعدًا، أما الأول، فكالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوة الإنبات والقرب من الماء، وفي أن بعضها يسقى بالنهر، وبعضها بالناضح فيكون ثلثها لجودتها كثلثيها بالقيمة مثلًا، فيجعل هذا سهمًا، وهذا سهمًا إن كانت بينهما نصفين. وإذا اختلفت الأنصباء، كنصف وثلث وسدس، جعل

ستة أسهم بالقيمة دون المساحة، وإذا طلب أحدهما هذه القسمة، فهل يجبر الممتنع؟ قولان أظهرهما عند العراقيين وغيرهم نعم إلحاقًا للتساوي في القيمة، بالتساوي في الأجزاء على هذا هل توزع أجرة القاسم بحسب الشركة في الأصل أم بحسب المأخوذ منها؟ وجهان: أصحهما: الثاني، لأن العمل في الكثير أكثر، وكما يجري القولان فيما إذا اختلفت الصفات تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الواحد بعضه نخل، وبعضه عنب، والدار المبني بعضها بالآجر، وبعضها بالخشب والطين، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصًا بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده، وقسمة الرديء وحده، فإن أمكن لم يجبر كما لو كانا شريكين في أرضين تمكن قسمة كل واحدة بالأجزاء، لا يجري الإجبار على التعديل.

القسم الثاني: ما يعد شيئين فصاعدًا وهو ضربان: عقار وغيره.

الضرب الأول: أما العقار، فإذا اشتركا في دارين أو حانوتين متساويتي القيمة وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا دار ولهذا دار، أو حانوت وحانوت، لم يجبر الممتنع، سواء تجاور الحانوتان والداران، أم تباعدا، لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية. ولو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة لا تحتمل آحادها القسمة، ويقال لها: العضايد، فطلب أحدهما أن يقسم أعيانًا، فهل يجبر الممتنع؟ وجهان: أحدهما كالمتفرقة وكالدور، وأصحهما: نعم للحاجة، وكالخان المشتمل على بيوت ومساكن، هكذا صور هذه المسألة الجمهور، وهو الصواب، وصورها صاحب «المهذب» فيما إذا احتملت كل واحدة منهما القسمة وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعيانًا والآخر قسمة كل واحد منها. وأما الأقرحة، فإن كانت متفرقة، فهي كالدور. وإن كانت متجاورة، ففي «الشامل» أن أبا إسحاق جعلها كالقراح الواحد المختلف الأجزاء، وأن غيره قال: إنما يكون كالقراح الواحد إذا اتحد الشرب والطريق، فإن تعدد، فهو كما لو تفرقت، قال: وهذا أشبه بكلام الشافعي رحمه الله.

الضرب الثاني غير العقار إذا اشتركا في عبيد أو دواب، أو أشجار، أو ثياب ونحوها، فلها حالان:

أحدهما: أن يكون من نوع واحد، ويمكن التسوية بين الشريكين عددًا وقيمة، كعبدين متساويي القيمة بين شريكين، وكثلاث دواب، أو أثواب متساوية القيمة بين ثلاثة، فالمذهب أنه يجبر على قسمتها أعيانًا، لقلة اختلاف الأغراض فيها بخلاف الدور، وقال أبو علي بن خيران، وابن أبي هريرة: هي كالدور، وقيل: يخير في العبيد وفي غيرها الخلاف. وإن لم تمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد لرجلين

بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة، فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة، فهنا قولان، وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء، وإن كانت الشركة لا ترفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مئة، وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس بالخسيس، ويكون له مع ذلك ربع النفيس، فإن قلنا: لا إجبار في الصورة السابقة، فهنا أولى وإلا فوجهان: أو قولان، الأصح لا إجبار، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية.

الحال الثاني: أن يكون الأعيان أجناسًا، كعبد وثوب، وحنطة وشعير، ودابة ونحوها، أو أنواعًا كعبدين تركي وهندي، وثوبين إبريسم وكتان، فطلب أحدهما أن يقسم أجناسًا وأنواعًا لا يجبر الآخر وإنما يقسم كذلك بالتراضي. ولو اختلطت الأنواع وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء، فلا قسمة إلا بالتراضي هذا ما قطع به الجمهور، وطرد السرخسي الخلاف في الإجبار عند اختلاف النوع، وزاد الإمام والغزالي فأجرياه عند اختلاف الجنس، وليس بشيء، والمذهب الأول.

فرع: إذا كان بينهما عرصة وثلثها بالمساحة نصف بالقيمة، لقربه من الماء فهي قسمة تعديل، وفيها الخلاف. وقال الغزالي: يجبر عليها قطعًا ولا يبالي بهذا التفاوت، والمذهب الأول، وهو المعروف عن الأصحاب.

فرع: اللبنات إن تساوت قوالبها، فقسمتها قسمة المتشابهات، فيجبر قطعًا، وإن اختلفت قوالبها، فقسمة تعديل، وفيها الخلاف.

فرع: دار بين اثنين، لها علو وسفل طلب أحدهما قسمتها علوًا وسفلًا، أجبر الآخر عند الإمكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفل لآخر لا يجبر، هكذا أطلقه الأصحاب. ويجوز أن يقال: إن لم يمكن القسمة سفلًا وعلوًا، جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر من جملة قسمة التعديل، ولو طلب أحدهما أن يقسم السفل، ويترك العلو مشاعًا، لم يجبر الآخر، لأنهما قد يقتسمان العلو بعده، فيقع ما فوق هذا لذاك.

النوع الثالث: قسمة الرد، وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر، أو في الدار بيت لا يمكن قسمته، فيضبط قيمة ما اختص ذلك الجانب به، ويقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب بتلك القيمة، وهذه لا إجبار عليها قطعًا وكذا لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مئة، والآخر خمسمائة، واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين ليستويا وقيل في الإجبار قول مخرج حكاه السرخسي وهو غلط. ولو تراضيا بقسم الرد، جاز أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما النفيس ويرد، ويجوز أن يحكما القرعة ليرد من خرج له النفيس.

فصل: قسمة المتشابهات هل هي بيع أم إفراز حق؟ قولان، قال البغوي وآخرون: الأظهر كونها بيعًا، وقال الغزالي: الأظهر كونها إفرازًا، قال صاحب «العدة»: وعليه الفتوى، وهذا يوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين.

ثم قيل: القولان فيما إذا جرت القسمة إجبارًا، فإن جرت بالتراضي فبيع قطعًا. وقيل: القولان في الحالين، قال البغوي: والأصح الطريق الأول، ثم القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما، بل النصف الذي صار في يده، كان نصفه له، ونصفه لصاحبه، فالقسمة إفراز فيما كان لصاحبه على هذا القول. وأما قسمة التعديل، فالمذهب أنها بيع، وقيل: فيه القولان، وقسمة الرد بيع، كذا قاله الجمهور، وقيل: بيع فيما يقابل المردود، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل.

فرع: إذا قلنا: القسمة بيع، فاقتسما ربويًا، وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة المكيل وزنًا ولا العكس، ولا يجوز قسمة الرطب والعنب، وما أثرت فيه النار بتعقيد الأجزاء، وإن قلنا: إفراز جاز كل ذلك. وتجوز قسمة الجص والنورة كيلًا ووزنًا على القولين، ولا تقسم الثمار على رؤوس الشجر خرصًا إن قلنا: القسمة بيع، كما لا تباع خرصا، وإن قلنا: إفراز، فإن كانت رطبًا وعنبًا، جاز، وإن كان غيرهما، فلا، لأن الخرص لا يدخل غيرهما، وإن كان بينهما أرض مزروعة، فأرادا قسمة الأرض وحدها، جاز، وإن طلبها أحدهما أجبر الآخر، ويجيء على قول: القسمة بيع وجه مذكور في البيع، وإن أرادا قسمة الأرض وما فيها لم يجز إن اشتد الحب. أما إن جعلناها إفرازًا، فلأنه قسمة مجهول ومعلوم، وأما إن جعلناها بيعًا فلأنه بيع طعام وأرض بطعام وأرض، وكذا لو كان بذرًا بعد، وإن كان قصيلًا، جاز، لأنه معلوم مشاهد. وإن أرادا قسمة ما فيها وحده، فكذا الحكم إن لم ينبت، أو اشتد الحب، لم يجز، وإن كان قصيلًا، جاز. وإن طلب أحدهما قسمة الأرض، وما فيها أو قسمة ما فيها وحده، وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة بالتراضي قال الشيخ أبو حامد وصاحبا «المهذب» و«التهذيب»: لا يجبر الممتنع، ولم يوجهوه بمقنع.

فرع: اقتسما، ثم تقابلا، إن قلنا: القسمة بيع، صحت الإقالة، وعاد الشيوع، وإلا فهي لاغية.

فرع: قسمة الملك عن الوقف إن قلنا: بيع، لا يجوز، وإن قلنا: إفراز، جازت، قال الروياني: وهو الاختيار.

وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم، فلا يجوز على القولين، لأن فيها تغيير شرط الواقف، وقيل: يجوز على قول الإفراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا، وهذا الوجه حكاه ابن كج عن ابن القطان وحده، وخصصه بقولنا: الملك في الموقوف للموقوف عليه، قال: فلو انقرض البطن الأول، وصار الوقت للبطن الثاني، انتقضت القسمة.

فصل: قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ولا بعدها وإذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما، فهل يشترط الرضى بعد خروج القرعة أم يكفي الرضى الأول؟ قولان، أظهرهما: الاشتراط، وإليه مال المعتبرون، وذكروا أنه المنصوص، وفي قسمة الرد يشترط الرضى بعد خروج القرعة كما في الابتداء وعن الإصطخري وجه أنه يلزم بخروج القرعة، والصحيح الأول. وإذا اشترطنا الرضى بعد خروجها، فصيغته أن يقولا: رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجت القرعة، أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، وإن قلنا: القسمة بيع، وقيل: إن قلنا بيع، اشترط لفظ البيع أو التمليك، وقيل: لا يكفي قولهما رضينا بهذا أو بما جرى، بل يشترط تلفظهما بالقسمة بأن يقولا: تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة ليؤدي معنى التمليك والتملك، والمذهب الأول، وحيث وجب الرضى، فلا بد منه في الابتداء، وإنما الخلاف في الرضى بعد خروج القرعة.

فصل: تقسم المنافع كما تقسم الأعيان، وطريق قسمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة أو مشابهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إجبار على المهايأة بحال، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بعض الأرض وذاك بعضها، أو يسكن هذا بعض الدار وذاك بعضها من غير أن يقسم الأرض، وامتنع الآخر فلا إجبار، فإن لم تكن العين قابلة للقسمة، كالقناة والعبد والبهيمة والحمام، فإن اتفقا فيها على المهايأة، فذاك، ثم قد يتفقان على من يبدأ، وقيل: يتنازعان، فيقرع، وإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر، فوجهان أحدهما قاله ابن سريج: يجبر الممتنع، كما في قسمة الأعيان، ولئلا يعطل على شريكه مضارة، فعلى هذا يبدأ بالقرعة، وأصحهما: لا يجبر. ولو رضيا بالمهايأة، ثم رجع المبتدىء بالانتفاع قبل استيفاء نوبته، مكن، فإن مضت مدة لمثلها أجرة، غرم نصف أجرة المثل، وإن رجع بعد استيفاء نوبته، فإن قلنا: لا إجبار على المهايأة مكن، وغرم نصف الأجرة، وإن قلنا: بالإجبار لم يمكن، بل يستوفي الأجرة مدته، وإن استوفى الأول نوبته، وامتنع الآخر من أن ينتفع، ويستوفي نوبته، فإن قلنا بالإجبار، فهو مضيع حق نفسه ولا أجرة له، وإن قلنا: لا إجبار، فله ذلك، وله نصف الأجرة على الأول، وكذا لو انهدمت الدار،

أو مات العبد بعد نوبة الأول، فعليه نصف أجرة المثل، وإن قلنا: لا إجبار وأصرا على النزاع في المهايأة، فهل يبيع القاضي العين عليهما قطعًا للنزاع؟ وجهان أصحهما: لا، وعلى هذا هل يتركان حتى يصطلحا ولا يؤجر عليهما، أم يؤجر وتوزع الأجرة بينهما؟ وجهان أصحهما: الثاني وهو الذي ذكره ابن كج والبغوي. ولو استأجر اثنان أرضًا، وطلب أحدهما المهايأة، وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار، وإن أراد قسمتها ففي فتاوى القاضي حسين أنها جائزة على قول ابن سريج. ثم إذا اقتسما، وحدث بنصيب أحدهما عيب، فله الفسخ. قال القاضي: وينبغي أن يقال: لشريكه الفسخ أيضًا. ولو طلب أحدهما هذه القسمة، وامتنع الآخر، حكي في إجباره وجهان.

فرع: إذا جرت المهايأة في عبد مشترك بين مالكين، أو فيمن بعضه حر بينه وبين مالك باقيه، فالأكساب العامة، والمؤن العامة، كالنفقة تدخل في المهايأة، وفي الأكساب النادرة، كما يقبله بهبة أو وصية، وفي المؤن النادرة، كأجرة الطبيب والحجام خلاف سبق في كتاب اللقطة ومواضع، والأظهر دخولها أيضًا. وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى تبقى على الاشتراك إن جرت المهايأة مياومة.

فرع: لا تجوز المهايأة في الحيوان اللبون ليحلب هذا يومًا، وهذا يومًا، ولا في الشجرة المثمرة، ليكون ثمرها لهذا عامًا ولهذا عامًا لما فيه من التفاوت الظاهر.

فصل: جماعة في أيديهم دار أو أرض، طلبوا من القاضي قسمتها بينهم، فإن أقاموا بينة أنها ملكهم، أجابهم إلى القسمة، وإن لم يقيموها، فطريقان، أصحهما: قولان، أحدهما: لا يجيبهم، فربما كانت في أيديهم بإجارة أو إعارة، فإذا قسمها ربما ادعوا ملكها محتجين بقسمة القاضي. والثاني: يجيبهم، لأن اليد تدل على الملك، لكن يكتب أنه إنما قسم بينهم بدعواهم، لئلا يتمسكوا بقسمته. وحكى السرخسي وجهًا أنه لا يحتاج إلى هذا التقييد، والطريق الثاني القطع بالقول الأول، وبه قال ابن سلمة، وإذا قلنا بالقولين، فأظهرهما عند الإمام، وابن الصباغ، والغزالي: الثاني، وعند الشيخ أبي حامد وطبقته: الأول، ويدل عليه أن الشافعي رحمه الله لما ذكر القول الثاني، قال: ولا يعجبني هذا القول.

هذا في العقار، وأما المنقول، فالمذهب أنه كالعقار أيضًا، وقيل: يقسم قطعًا بلا بينة، لأن العقار يتأبد ضرره، فيخص بالاحتياط، ولهذا تثبت فيه الشفعة ولو طلب بعضهم القسمة، وامتنع الآخرون، واتفقوا جميعًا على الملك، فهل يقسم القاضي؟ فيه هذا الخلاف. وإذا شرطنا البينة، قبل رجل وامرأتان، قال ابن كج:

ولا يقبل شاهد ويمين، لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم ترد عليه لو حصل نكول، وقال ابن أبي هريرة: تقبل.

فصل: في مسائل منثورة إذا كانت القسمة بالإجبار والقاسم على ولايته، فقوله: قسمت مقبول، كقول الحاكم: حكمت وهو في ولايته، وإن لم يكن كذلك، لم يقبل قوله وهل تسمع شهادته لأحد الشريكين؟ وجهان الأصح المنع، والثاني ـ وهو قول الإصطخري ـ تسمع إن لم يطلب أجرة. وإذا تقاسما، ثم تنازعا في بيت أو قطعة من الأرض، فقال كل واحد: هذا من نصيبي ولا بينة تحالفا، ونقضت القسمة، قال الشيخ أبو حامد: فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا فيه، فهو المصدق بيمينه، وإذا اطلع أحدهما على عيب بنصيبه، فله فسخ القسمة.

فرع: الديون المشتركة في ذمم الناس أطلق مطلقون، منهم صاحب «العدة» أنه يمتنع قسمتها، وقال السرخسي: إن أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما على زيد على أن يختص به، فهل يختص إذا قبض؟ قولان أظهرهما المنع، وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لهذا، وما في ذمة عمرو لهذا، فطريقان أحدهما على هذين القولين، والثاني وهو المذهب القطع بالمنع، لأن القسمة إن جعلت بيعًا فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى، وإن جعلت إفرازًا فإفراز ما في الذمة ممتنع لعدم قبضه، ولا يدخل الإجبار في قسمة الديون بحال، والقول في قسمة الجدار وعرضه ما سبق في كتاب الصلح.

باب الدعوى والبينات

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك في المجهول، فإن كان المدعى دينًا ذكر الجنس والنوع والصفة وإن كان عينًا باقية ذكر صفتها، وإن ذكر قيمتها كان أحوط، وإن كانت العين تالفة فإن كان لها مثل ذكر صفتها وإن ذكر القيمة كان أحوط، وإن لم يكن لها مثل ذكر قيمتها وإن كان المدعى سيفًا محلى أو لجامًا محلى فإن كان بفضة قومه بالذهب، وإن كان بالذهب قومه بالفضة، وإن كان محلى بالذهب والفضة قومه بما شاء منهما. وإن كان المدعى مالًا عن وصية جاز أن يدعي مجهولًا لأن بالوصية يملك المجهول، ولا يلزم في دعوى المال ذكر السبب الذي ملك به لأن أسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل درهم فيه، وإن كان المدعى قتلًا لزمه ذكرصفته وأنه عمد أو خطأ وإنه انفرد به أو شاركه فيه غيره، ويذكر صفة العمد لأن القتل لا يمكن تلافيه فإذا لم يبين لم يأمن أن يقتص فيما لا يجب فيه القصاص، وإن كان المدعى نكاحًا فقد قال

الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لا يسمع حتى يقول نكحتها بولي وشاهدين ورضاها فمن أصحابنا من قال: لا يشترط لأنه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال، وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ذكره على سبيل الاستحباب كما قال في امتحان الشهود إذا ارتاب بهم، ومنهم من قال: إن ذلك شرط لأنه مبني على الاحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه فشرط في دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل، ومنهم من قال: إن كان يدعى ابتداء النكاح لزمه ذكره لأنه شرط في الابتداء، وإن كان يدعي استدامة النكاح لم يشترط لأنه ليس بشرط في الاستدامة، وإن ادعت امرأة على رجل نكاحًا فإن كان مع النكاح حق تدعيه من مهر أو نفقة سمعت دعواها وإن لم تدع حقًا سواه ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا تسمع دعواها لأن النكاح حق للزوج على المرأة فإذا ادعت المرأة كان ذلك إقرارًا لا يقبل مع إنكار المقر له كما لو أقرت له بدار، والثاني: أنه تسمع لأن النكاح يتضمن حقوقًا لها فصح دعواها فيه، وإن كان المدعى بيعًا أو إجارة. ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يفتقر إلى ذكر شروطه لأن المقصود به المال فلم يفتقر إلى ذكر شروطه كدعوى المال، والثاني: أنه يفتقر إلى ذكر شروطه لأنه دعوى عقد فافتقر إلى ذكر شروطه كالنكاح، والثالث: أنه إن كان في غير الجارية لم يفتقر لأنه لا يقصد به غير المال، وإن كان في جارية افتقر لأنه يملك به الوطء فأشبه النكاح وما لزم ذكره في الدعوى ولم يذكره سأله الحاكم عنه ليذكره فتصير الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها.

فصل: وإن ادعى عليه مالًا مضافًا إلى سببه فإن ادعى عليه ألفًا اقترضه أو أتلف عليه فقال: ما أقرضني أو ما أتلفت عليه صح الجواب، لأنه أجاب عما ادعى عليه. وإن لم يتعرض لما ادعى عليه بل قال: لا يستحق علي شيئًا صح الجواب ولا يكلف إنكار ما ادعى عليه من القرض أو الإتلاف، لأنه يجوز أن يكون قد أقرضه أو أتلف عليه ثم قضاه أو أبرأه منه فإن أنكره كان كاذبًا في إنكاره وإن أقر به لم يقبل قوله أنه قضاه أو أواه منه فيستضربه، وإن أنكر الاستحقاق كان صادقًا ولم يكن عليه ضرر.

فصل: وإن ادعى على رجل دينًا في ذمته فأنكره ولم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه، لما روى ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه»[1] ولأن الأصل براءة ذمته فجعل القول قوله وإن ادعى عينًا في يده فأنكره ولا بينة فالقول قوله مع يمينه، لما روى أن النبي ﷺ قال في قصة الحضرمي

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٥٥٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٧١١) وأبو داود في سننه برقم (٣٦١٩) والترمذي في سننه برقم (١٣٤٢) والنسائي في سننه (٨/ ٢٤٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٢١).

والكندي: «شاهداك أو يمينه»[١] ولأن الظاهر من اليد الملك فقبل قوله. وإن تداعيا عينًا في يدهما ولا بينة حلفا وجعل المدعى بينهما نصفين لما روى أبو موسى الأشعري ﷺ: «إن رجلين تداعيا دابة ليس لأحدهما بينة، فجعلها رسول الله ﷺ بينهما»[٢] ولأن يد كل واحد منهما على نصفها فكان القول فيه قوله كما لو كانت العين في يد أحدهما.

فصل: وإن تداعيا عينًا ولأحدهما بينة وهي في يدهما أو في يد أحدهما أو في يد غيرهما حكم لمن له البينة لقوله ﷺ «شاهداك أو يمينه»[٣] فبدأ بالحكم بالشهادة، ولأن البينة حجة صريحة في إثبات الملك لا تهمة فيها، واليد تحتمل الملك وغيره، والذي يقويها هو اليمين، وهو متهم فيها فقدمت البينة عليها، وإن كان لكل واحد منهما بينة نظرت فإن كانت العين في يد أحدهما قضى لمن له اليد من غير يمين ومن أصحابنا من قال: لايقضي لصاحب اليد من غير يمين لأن بينته تعارضها بينة المدعي فتسقطها ويبقى له اليد واليد لا يقضى بها من غير يمين والمنصوص أنه يقضي له من غير يمين لأن معه بينة معها ترجيح، وهو اليد، ومع الآخر بينة لا ترجيح معها والحجتان إذا تعارضتا ومع أحدهما ترجيح قضي للتي معها الترجيح كالخبرين إذا تعارضا ومع أحدهما قياس. وإن كانت العين في يد أحدهما فأقام الآخر بينة فقضى له، وسلمت العين إليه ثم أقام صاحب اليد بينة أنها له نقض الحكم وردت العين إليه لأنا حكمنا للآخر ظنًا منا أنه لا بينة له فإذا أتى بالبينة بان لنا أنه كانت له يد وبينة فقدمت على بينة الآخر.

فصل: وإن كان لكل واحد منهما بينة والعين في يدهما أو في يد غيرهما أو لا يد لأحدهما عليها تعارضت البينتان، وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان وهو الصحيح لأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالنصفين في الحادثة فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما، والثاني: أنهما يستعملان وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يوقف الأمر إلى أن ينكشف أو يصطلحا لأن إحداهما صادقة والأخرى كاذبة ويرجى معرفة الصادقة فوجب التوقف كالمرأة إذا زوجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسي السابق منهما، والثاني: أنه يقسم بينهما لأن البينة حجة كاليد، ولو استويا في اليد قسم بينهما فكذلك إذا استويا في البينة، والثالث: أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦١٣) والنسائي في سننه (٨/ ٢٤٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٣٠) والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٤).

(٣) تقدم.

فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين إذا أراد الزوج السفر بإحداهما.

فصل: وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر أربعة وأكثر فهما متعارضتان، وفيهما القولان لأن الاثنين مقدران بالشرع، فكان حكمهما وحكم ما زاد سواء وإن كانت إحدى البينتين أعدل من الأخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان، ولأنهما متساويتان في إثبات الحق. وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدًا وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان. لأنهما يتساويان في إثبات المال. وإن كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدًا ويمينًا ففيه قولان، أحدهما: أنهما يتعارضان وفيهما القولان، لأنهما تساويا في إثبات المال، والقول الثاني: أنه يقضي لمن له الشاهدان لأن بينته مجمع عليها وبينة الآخر مختلف فيها.

فصل: وإن كانت العين في يد غيرهما فشهدت بينة أحدهما بأنه ملكه من سنة وشهدت بينة الآخر أنه ملكه من سنتين ففيه قولان، قال في البويطي: هما سواء لأن القصد إثبات الملك في الحال وهما متساويتان في إثبات الملك في الحال، والقول الثاني: أن التي شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزني وهو الصحيح لأنها انفردت بإثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة الأخرى، وأما إذا كان الشيء في يد أحدهما فإن كان في يد من شهد له بالملك المتقدم حكم له وإن كان في يد الآخر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس رحمه الله: يبنى على القولين في المسألة قبلها، إن قلنا: أنهما يتساويان حكم لصاحب اليد، وإن قلنا أن التي شهدت بالملك المتقدم تقدم، قدمت ههنا أيضًا لأن الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح باليد، ومن أصحابنا من قال: يحكم به لمن هو في يده قولًا واحدًا، لأن اليد الموجودة أولى من الشهادة بالملك المتقدم. وأما إذا تداعيا دابة وأقام أحدهما بينة أنها ملكه نتجت في ملكه وأقام الآخر أنها دابته ولم يذكر النتاج، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس: الحكم فيه كالحكم في الشهادة بالملك المتقدم وفيها قولان لأن الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم وقال أبو إسحاق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولًا واحدًا لأن بينة النتاج تنفي أن يكون الملك لغيره، والبينة بالملك المتقدم لا تنفي أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له.

فصل: إذا ادعى رجل دارًا في يد رجل وأقام بينة أن هذه الدار كانت في يده أو في ملكه أمس، فقد نقل المزني والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة، وحكى البويطي أنه يحكم بها، فقال أبو العباس: فيها قولان أحدهما: أنه يحكم بذلك لأنه قد ثبت بالبينة ان الدار كانت له، والظاهر بقاء الملك (والقول الثاني) أنه لا يحكم بها وهو الصحيح لأنه ادعى ملك الدار في الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها، كما لو ادعى دارًا فشهدت له البينة بدار أخرى وقال أبو إسحاق: لا يحكم بها قولًا واحدًا وما ذكره البويطي من تخريجه.

فصل: وإن ادعى رجل على رجل دارًا في يده وأقر بها لغيره نظرت فإن صدقه المقر له حكم له لأنه مصدق فيما في يده وقد صدقه المقر له فحكم له، وتنتقل الخصومة إلى المقر له فإن طلب المدعي يمين المقر أنه لا يعلم أنها له ففيه قولان بناء على من أقر بشيء في يده لغيره ثم أقر به لآخر، وفيه قولان، أحدهما: يلزمه أن يغرم للثاني، والثاني: لا يلزمه فإن قلنا: يلزمه أن يغرم حلف لأنه ربما خاف أن يحلف فيقر للثاني فيغرم له، وإن قلنا لا يلزمه لم يحلف لأنه إن خاف من اليمين فأقر للثاني لم يلزمه شيء، فلا فائدة في تحليفه وإن كذبه المقر له ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي العباس أنه يأخذها الحاكم ويحفظها إلى أن يجد صاحبها، لأن الذي في يده لا يدعيها والمقر له أسقط إقراره بالتكذيب وليس للمدعي بينة فلم يبق إلا أن يحفظها الحاكم كالمال الضال، والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنه يسلم إلى المدعي لأنه ليس ههنا من يدعيه غيره، وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى وإن أقر بها لغائب ولا بينة وقف الأمر إلى أن يقدم الغائب لأن الذي في يده لا يدعيها ولا بينة تقضي بها فوجب التوقف، فإن طلب المدعي يمين المدعى عليه أنه لا يعلم أنها له فعلى ما ذكرناه من القولين، وإن كان للمدعي بينة قضى له، وهل يحتاج إلى أن يحلف مع البينة؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه يحتاج أن يحلف مع البينة لأنا حكمنا بإقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب، ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير يمين، والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يحتاج أن يحلف لأنه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه، وإن كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعي ويسلم إليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه، وإن كان معها يد لأن بينة صاحب اليد إنما يقضى بها إذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له، والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك، فلم يحكم ببينته، وحكى أبو إسحاق رَحِمَهُ اللَّهُ عن بعض أصحابنا أنه قال: إن كان المقر للغائب يدعي أن الدار في يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته وإن كان يدعى وديعة أو عارية لم تسمع بينته وإن كان يدعي أنها في يده بإجارة سمعت بينته وقضي بها لأنه يدعي لنفسه حقًا فسمعت بينته فيصح الملك للغائب ويستوفي بها حقه من المنفعة، وهذا خطأ لأنه إذا لم تسمع البينة في إثبات الملك وهو الأصل فلئن لا تسمع لإثبات الإجارة وهي فرع على الملك أولى، وإلا أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس: فيه وجهان، أحدهما: أنه يقال له: إقرارك لمجهول لا يصح، فإما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلًا، ويحلف المدعي ويقضى له، والثاني: أن يقال له إما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلًا ولا يقبل دعواه لنفسه لأنه بإقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد.

فصل: إذا ادعى جارية وشهدت البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لأنها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بأن تلدها في ملك غيره ثم يملك الأمة دونها فتكون

ابنة أمته ولا تكون له وإن شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها في ملكه فقد قال الشافعي رحمه الله: حكمت بذلك وذكر في الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل أبو العباس جواب تلك المسألة إلى هذه وجعلها على قولين وقال سائر أصحابنا: يحكم بها ههنا قولًا واحدًا وهناك على قولين والفرق بينهما أن الشهادة هناك بأصل الملك فلم تقبل حتى يثبت في الحال والشهادة ههنا بتمام الملك وأنه حدث في ملكه فلم يفتقر إلى إثبات الملك في الحال وإن ادعى غزلًا أو طيرًا أو آجرًا وأقام البينة أن الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضي له لأن الجميع عين ماله وإنما تغيرت صفته.

فصل: إذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه من سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه منذ سنتين وأقام على ذلك بينة قضي ببينة الابتياع لأن بينة الملك شهدت بالملك على الأصل وبينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفي على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل.

فصل: وإن كان في يد رجل دار وادعى رجل أنه ابتاعها من زيد وهو يملكها وأقام على ذلك بينة حكم له لأنه ابتاعها من مالكها وإن شهدت له البينة أنه ابتاعها منه وسلمها إليه حكم له لأنه لا يسلم إلا ما يملكه وإن شهدت أنه ابتاعها منه ولم تذكر الملك ولا التسليم لم يحكم بهذه الشهادة ولم تؤخذ الدار ممن هي في يده لأنه قد يبيع الإنسان ما يملكه وما لا يملكه فلا تزال يد صاحب اليد.

فصل: وإن كان في يد رجل دار فادعاها رجل وأقام البينة أنها له أجرها ممن هي في يده وأقام الذي في يده الدار بينة أنها له قدمت بينة الخارج الذي لا يد له لأن الدار المستأجرة في ملك المؤجر وبيده، وليس للمستأجر إلا الانتفاع فتصير كما لو كانت في يده دار وادعى رجل أنها له غصبه عليها الذي هي في يده وأقام البينة فإنه يحكم بها للمغصوب منه.

فصل: وإن تداعى رجلان دارا في يد ثالث فشهد لأحدهما شاهدان أن الذي في يده الدار غصبه عليها وشهد للآخر شاهدان أنه أقر له بها قضي للمغصوب منه لأنه ثبت بالبينة أنه غاصب وإقرار الغاصب لا يقبل فحكم بها للمغصوب منه.

فصل: إذا ادعى رجل أنه ابتاع دارًا من فلان ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة، وادعى آخر أنه ابتاعها منه ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة، وتاريخ أحدهما في رمضان، وتاريخ الآخر في شوال، قضي لمن ابتاعها في رمضان لأنه ابتاعها وهي في ملكه، والذي ابتاعها في شوال ابتاعها بعد ما زال ملكه عنها، وإن كان تاريخهما واحدًا أو كان تاريخهما مطلقًا أو تاريخ أحدهما مطلقًا وتاريخ الآخر مؤرخًا فإن كانت الدار في يد أحدهما قضي له لأن معه بينة ويدًا وإن كانت في يد البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان، والثاني:

أنهما يستعملان، فإن قلنا أنهما يسقطان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لكل واحد منهما يمينًا على الانفراد وقضي له، وإن أقر لأحدهما سلمت إليه. وهل يحلف للآخر؟ فيه قولان، وإن أقر لهما جعلت لهما نصفين وهل يحلف كل واحد منهما للآخر على النصف الآخر؟ على القولين، وإن قلنا: أنهما يستعملان نظرت فإن صدق البائع أحدهما ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي العباس أنها تجعل لمن صدقه البائع، لأن الدار في يده فإذا أقر لأحدهما فقد نقل يده إليه فتصير له يد وبينة وقال أكثر أصحابنا: لا يرجح بإقرار البائع وهو الصحيح، لأن البينتين اتفقتا على إزالة ملك البائع وإسقاط يده فعلى هذا يقرع بينهما في أحد الأقوال ويقسم بينهما في الثاني، فيجعل لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي ادعى أنه ابتاع به، ولا يجيء القول بالوقف لأن العقود لا توقف.

فصل: وإن ادعى رجل أنه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة، وادعى آخر أنه ابتاعها من عمرو وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة، فإن كانت في يد أجنبي أو في يد أحد البائعين وقلنا على المذهب الصحيح: أنه لا ترجح البينة بقول البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان، والثاني: أنهما يستعملان فإذا قلنا: إنهما يسقطان رجع إلى من هو في يده، فإن ادعاه لنفسه فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما، وإن أقر لأحدهما سلم إليه وهل يحلف للآخر؟ فيه قولان. وإن أقر لهما جعل لكل واحد منهما نصفه وهل يحلف للآخر على النصف الآخر؟ على القولين وإن قلنا: إنهما يستعملان أقرع بينهما في أحد الأقوال ويقسم بينهما في القول الثاني فيجعل لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذي ادعى أنه ابتاعه، ولا يجيء الوقف لأن العقود لا توقف.

فصل: وإن كان في يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة فإن كانت البينتان بتاريخ واحد تعارضتا وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان، والثاني: أنهما يستعملان فإذا قلنا: إنهما يسقطان رجع إلى قول من هي في يده فإن ادعاها لنفسه وأنكر الشراء حلف لكل واحد منهما وحكم له وإن أقر لأحدهما لزمه الثمن لمن أقر له وحلف للآخر قولًا واحدًا لأنه لو أقر له بعد إقراره للأول لزمه الألف لأنه يقر له بحق في ذمته فلزم أن يحلف قولًا واحدًا. وإن قلنا: إنهما يستعملان أقرع بينهما في أحد الأقوال ويقسم في القول الثاني، ولا يجيء الوقف، لأن العقود لا توقف، وإن كانتا بتاريخين مختلفين بأن شهدت بينة أحدهما بعقد في شوال لزمه الثمنان لأنه يمكن الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه في رمضان من أحدهما ثم باعه واشتراه من الآخر في شوال، وإن كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان، أحدهما: أنه يلزمه الثمنان لأنه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه في وقتين مختلفين، والثاني: أنهما يتعارضان فيكون على القولين لأنه يحتمل أن يكونا في

وقتين فيلزمه الثمنان ويحتمل أن يكونا في وقت واحد والأصل براءة الذمة.

فصل: وإن ادعى رجل ملك عبد فأقام عليه بينة وادعى آخر أنه باعه أو وقفه أو اعتقه وأقام عليه بينة قدم البيع والوقف والعتق لأن بينة الملك شهدت بالأصل وبينة البيع والوقف والعتق شهدت بأمر حادث خفي على بينة الملك، فقدمت على بينة الملك. وإن كان في يد رجل عبد فادعى رجل أنه ابتاعه وأقام عليه بينة وادعى العبد أن مولاه اعتقه وأقام عليه بينة فإن عرف السابق منهما بالتاريخ قضى بأسبق التصرفين لأن السابق منهما يمنع صحة الثاني فقدم عليه. وإن لم يعرف السابق منهما تعارضتا وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان ويرجع إلى من في يده العبد، وإن كان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينًا على الانفراد، وإن صدق أحدهما قضي لمن صدقه، والقول الثاني: أنهما يستعملان فيقرع بينهما في أحد الأقوال فمن خرجت له القرعة قضي له ويقسم في القول الثاني فيعتق نصفه، ويحكم للمبتاع بنصف الثمن، ولا يجيء القول بالوقف لأن العقود لا توقف.

فصل: قال في «الأم»: إذا قال لعبده إن قتلت فأنت حر، فأقام العبد بينة أنه قتل وأقام الورثة بينة أنه مات ففيه قولان، أحدهما: أنه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبد، لأن بينة القتل تثبت القتل وتنفي الموت، وبينة الموت تثبت الموت وتنفي القتل، فيسقطان ويبقى العبد على الرق، والثاني: أنه تقدم بينة القتل ويعتق العبد، لأن بينة الورثة تشهد بالموت وبينة العبد تشهد بالقتل، لأن المقتول ميت ومعها زيادة صفة وهي القتل فقدمت. وإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم: إن مت في رمضان فأنت حر وقال لسالم إن مت في شوال فأنت حر ثم مات فأقام غانم بينة أنه مات في رمضان، وأقام سالم بينة بالموت في شوال، ففيه قولان، أحدهما: أنه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبدان لأن الموت في رمضان ينفي الموت في شوال، والموت في شوال، ينفي الموت في رمضان فيسقطان وبقي العبدان على الرق، والقول الثاني: أنه تقدم بينة الموت في رمضان لأنه يجوز أن يكون قد علمت البينة بالموت في رمضان وخفي ذلك على البينة الأخرى إلى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم. وإن قال لغانم: إن مت من مرضي فأنت حر، وقال لسالم: إن برئت من مرضي فأنت حر ثم مات فأقام غانم بينة بالموت من مرضه، وأقام سالم بينة بأنه برىء من المرض ثم مات، تعارضت البينتان وسقطتا ورق العبدان، لأن بينة أحدهما أثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه، والأخرى أثبتت البرء من مرضه ونفت موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضتا وسقطتا وبقي العبدان على الرق.

فصل: وإن اختلف المتبايعان في قدر الثمن او اختلف المتكاريان في قدر الأجرة أو في مدة الإجارة فإن لم يكن بينة فالحكم في التحالف والفسخ على ما ذكرناه في الفسخ في البيع، وإن كان لأحدهما بينة قضي له، وإن كان لكل واحد

منهما بينة نظرت فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قضي بالأولى منهما، لأن العبد الأول يمنع صحة العقد الثاني، وإن كانتا مطلقتين أو مؤرختين تأريخًا واحدًا أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهما متعارضتان وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان ويصير كما لو لم تكن بينة فيتحالفا على ما ذكرناه في البيع، والثاني: أنهما يستعملان فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضي له ولا يجيء القول بالوقف لأن العقود لا توقف ولا يجيء القول بالقسمة لأنهما يتنازعان في عقد والعقد لا يمكن قسمته وخرج أبو العباس قولًا آخر أنه إذا كان الاختلاف في قدر المدة أو في قدر الأجرة قضي بالبينة التي توجب الزيادة كما لو شهدت بينة أن لفلان عليه ألفًا وشهدت بينة أن له عليه ألفين وهذا خطأ لأن الشهادة بالألف لا تنفي الزيادة عليه لم يكن بينهما وبين بينة الأخرى تعارض وههنا إحدى البينتين تنفي ما شهدت به البينة الأخرى، لأنه إذا عقد بأحد العوضين لم يجز أن يعقد بالعوض الآخر فتعارضتا.

فصل: إذا ادعى رجلان دارًا في يد رجل وعزيا الدعوى إلى سبب يقتضي اشتراكهما كالإرث عن ميت والابتياع صفقة فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما شاركه الآخر لأن دعواهما تقتضي اشتراكهما في كل جزء منهما، ولهذا لو كان طعامًا فهلك بعضه كان هالكًا منهما وكان الباقي بينهما، فإذا جحد النصف وأقر بالنصف جعل المجحود بينهما، والمقر به بينهما. وإن ادعيا ولم يعزيا إلى سبب فأقر لأحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لأن دعواه لا تقتضي الاشتراك في كل جزء منه.

فصل: وإن ادعى رجلان دارًا في يد ثالث لكل واحد منهما نصفها وأقر الذي هي في يده بجميعها لأحدهما نظرت فإن كان قد سمع من المقر له الإقرار للمدعي الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف إليه لأنه أقر بذلك، فإذا صار إليه لزمه حكم إقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين في يده، وإن لم يسمع منه إقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لأنه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح، لأن من له الجميع فله النصف، ويجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى لأن له على النصف بينة، أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة إليه مع المدعي الآخر في النصف، وإن قال الذي في يده الدار: نصفها لي والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه يترك النصف في يده لأنه أقر لمن لا يدعيه فبطل الإقرار وبقي على ملكه، والثاني: أن الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده لأن الذي في يده لا يدعيه، والمقر له لا يدعيه، فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال، والثالث: أنه يدفع إلى المدعي الآخر لأنه يدعيه وليس له مستحق آخر، وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى.

فصل: إذا مات رجل وخلف ابنًا مسلمًا وابنًا نصرانيًا وادعى كل واحد منهما أنه مات أبوه على دينه وأنه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة فإن عرف أنه كان

نصرانيًا نظرت فإن كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الإسلام لأن من شهد بالنصرانية شهد بالأصل، والذي شهد بالإسلام شهد بأمر حادث خفي على من شهد بالنصرانية، فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل، فإن شهدت إحداهما أنه مات وآخر كلامه الإسلام وشهدت الأخرى بأنه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون القول قول النصراني لأن الظاهر معه، والثاني: أنهما تستعملان، فإن قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث، وإن قلنا بالوقف وقف، وإن قلنا بالقسمة ففيه وجهان، أحدهما: أنه يقسم كما يقسم في غير الميراث، والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يقسم لأنه إذا قسم بينهما تيقن الخطأ في توريثهما وفي غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركًا بينهما فقسم. وإن لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين، وفيهما قولان، أحدهما: أنهما يسقطان، فإن كان المال في يد غيرهما فالقول قول من في يده المال، وإن كان في يديهما، وقلنا: إنهما يستعملان فإن قلنا: يقرع أقرع بينهما، وإن قلنا: يوقف وقف إلى أن ينكشف، وإن قلنا: يقسم قسم وقال أبو إسحاق لا يقسم لأنه يتيقن الخطأ في توريثهما والمنصوص أنه يقسم. وما قاله أبو إسحاق خطأ لأنه يجوز أن يموت وهو نصراني فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباه مات مسلمًا ليأخذ الجميع ويغسل الميت ويصلى عليه في المساجد كلها ويدفن في مقابر المسلمين وينوى بالصلاة عليه إن كان مسلمًا، كما قلنا في موتى المسلمين إذا اختلطوا بموتى الكفار.

فصل: وإن مات رجل وخلف ابنين واتفق الابنان أن أباهما مات مسلمًا وأن أحد الابنين أسلم قبل موت الأب واختلفا في الآخر، فقال أسلمت أنا أيضًا قبل موت أبي فالميراث بيننا، وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على إسلامه لأن الأصل بقاؤه على الكفر. ولو اتفقا على إسلامهما واختلفا في وقت موت الأب فقال أحدهما: مات أبي قبل إسلامك فالميراث لي. وقال الآخر: بل مات بعد إسلامي أيضًا فالقول قول الثاني لأن الأصل حياة الأب، وإن مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان: مات كافرًا وقال الابنان: مات مسلمًا فقد قال أبو العباس: يحتمل قولين، أحدهما: أن القول قول الأبوين لأنه إذا ثبت أنهما كافران كان الولد محكومًا بكفره إلى أن يعلم الإسلام، والثاني: أن الميراث يوقف إلى أن يصطلحوا أو ينكشف الأمر لأن الولد إنما يتبع الأبوين في الكفر قبل البلوغ، فأما بعد البلوغ فله حكم نفسه، ويحتمل أنه كان مسلمًا ويحتمل أنه كان كافرًا فوقف الأمر إلى أن ينكشف.

فصل: وإن مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار في يد رجل فادعى الحاضر إن أباه مات وأن الدار بينه وبين أخيه وأقام بينة من أهل الخبرة بأنه

مات وأنه لا وارث له سواهما انتزعت الدار ممن هي في يده ويسلم إلى الحاضر نصفها وحفظ النصف للغائب. إن كان له دين في الذمة قبض الحاضر نصفه وفي نصيب الغائب وجهان، أحدهما: أنه يأخذه الحاكم ويحفظه عليه كالعين، والثاني: أنه لا يأخذه لأن كونه في الذمة أحفظ له ولا يطالب الحاضر فيما يدفع إليه ضمين لأن في ذلك قدحًا في البينة. وإن لم تكن البينة من أهل الخبرة الباطنة أو كانت من أهل الخبرة إلا أنها لم تشهد بأنها لا تعرف له وارثًا سواه لم يدفع إليه شيء حتى يبعث الحاكم إلى البلاد التي كان يسافر إليها فيسأل هل له وارث آخر؟ فإذا سأل ولم يعرف له وارث غيره دفع إليه. قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يأخذ منه ضمينًا وقال في «الأم»: وأحب أن يأخذ منه ضمينًا فمن أصحابنا من قال فيه قولان، أحدهما: أنه يجب أخذ الضمين لأنه ربما ظهر وارث آخر، والثاني: أنه يستحب ولا يجب لأن الظاهر إنه لا وارث له غيره ومنهم من قال إن كان الوارث ممن يحجب كالأخ والعم وجب، وإن كان ممن لا يحجب كالابن استحب، لأن من لا يحجب يتيقن أنه وارث، ويشك فيمن يزاحمه فلم يترك اليقين بالشك ومن يحجب يشك في إرثه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال: إن كان الوارث غير مأمون وجب لأنه لا يؤمن أن يضيع حق من يظهر، وإن كان مأمونًا لم يجب لأنه لا يضيع حق من يظهر حمل القولين على هذين الحالين، وإن كان الوارث ممن له فرض لا ينقص كالزوجين فإن شهد الشهود أنه لا وارث له سواه وهم من أهل الخبرة دفع إليه أكمل الفرضين، ولا يؤخذ منه ضمين وإن لم يشهدوا أنه لا وارث له سواه أو شهدوا بذلك ولم يكونوا من أهل الخبرة دفع إليه أنقص الفرضين فإن كان زوجًا دفع إليه ربع الثمن عائلًا ويوقف الباقي فإن لم يظهر وارث آخر دفع إليه الباقي.

فصل: وإن ماتت امرأة وابنها فقال زوجها: ماتت فورثها الابن ثم مات الابن فورثته وقال أخوها: بل مات الابن أولًا فورثته الأم ثم ماتت فورثها لم يورث ميت من ميت بل يجعل مال الابن للزوج ومال المرأة للزوج والأخ لأنه لا يرث إلا من تيقن حياته عند موت مورثه وها هنا لا تعرف حياة واحد من الميتين عند موت مورثه فلم يورث أحدهما الآخر كالغرقى.

فصل: وإن مات رجل وله دار وخلف ابنًا وزوجة فادعى الابن أنه تركها ميراثًا وادعت الزوجة أنه أصدقها الدار وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الزوجة على بينة الارث لأن بينة الإرث تشهد بظاهر الملك المتقدم وبينة الصداق تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الإرث.

فصل: وإن تداعى رجلان حائطًا بين داريهما فإن كان مبنيًا على تربيع أحدهما مساويًا لها في السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفًا لبناء الدار الأخرى ولم تكن بينة لأحدهما فالقول قول من بنى على تربيع داره لأن الظاهر أنه بنى لداره وإن كان لأحدهما عليه أزج فالقول قوله لأن الظاهر أنه بنى للأزج وإن كان

مطلقًا وهو الذي لم يقصد به سوى السترة ولم تكن بينة حلفا وجعل بينهما لأنه متصل بالملكين اتصالًا واحدًا وإن كان لأحدهما عليه جذوع لم يقدم على الآخر بذلك لأنهما لو تنازعا فيه قبل وضع الجذوع كان بينهما ووضع الجذوع يجوز أن يكون بإذن من الجار أو بقضاء حاكم يرى وضع الجذوع على حائط الجار بغير رضاه يزيل ما تيقناه بأمر محتمل كما لو مات رجل عن دار ثم وجد الدار في يد أجنبي.

فصل: وإن تداعى صاحب السفل وصاحب العلو السقف ولا بينة حلف كل واحد منهما وجعل بينهما لأنه حاجز توسط ملكيهما فكان بينهما كالحائط بين الدارين فإن تنازعا في الدرجة فإن كان تحتها مسكن فهي بينهما لأنهما متساويان في الانتفاع بها وإن كان تحتها موضع جب ففيه وجهان، أحدهما: أنهما يحلفان ويجعل بينهما لأنهما يرتفقان بها، والثاني: أنه يحلف صاحب العلو ويقضى له لأن المقصود بها منفعة صاحب العلو.

وإن تداعيا سلمًا منصوبًا حلف صاحب العلو وقضى له لأنه يختص بالانتفاع به في الصعود.

وإن تداعيا صحن الدار نظرت. فإن كات الدرجة في الصحن. حلفا وجعل بينهما لأن لكل واحد منهما يدًا عليه وإن كانت الدرجة في الدهليز ففيه وجهان، أحدهما: أنها بينهما لأن لكل واحد منهما يدًا ولهذا لو تنازعا في أصل الدار كانت بينهما، والثاني: أنه لصاحب السفل لأنها في يده ولهذا يجوز أن يمنع صاحب العلو من الاستطراق فيها.

فصل: وإن تداعى رجلان مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر حلفا وجعل بينهما لأن فيها منفعة لصاحب النهر لأنها تجمع الماء في النهر ولصاحب الأرض منها منفعة لأنها تمنع الماء من أرضه.

فصل: وإن تداعى رجلان دابة وأحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها حلف الراكب وقضى له وقال أبو إسحاق رَحِمَهُ اللَّهُ: هي بينهما لأن كل واحد منهما لو انفرد لكانت له والصحيح هو الأول لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف فقضي له وإن تداعيا عمامة وفي يد أحدهما منها ذراع وفي ذي الآخر الباقي حلفا وجعلت بينهما لأن يد كل واحد منهما ثابتة على العمامة وإن تداعيا عبدًا ولأحدهما عليه ثياب حلفا وجعل بينهما ولا يقدم صاحب الثياب لأن منفعة الثياب تعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب.

فصل: وإن كان في يد رجل عبد بالغ عاقل فادعى أنه عبده فإن صدقه حكم له بالملك، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، لأن الظاهر الحرية وإن كان طفلًا لا يميز فالقول قول المدعي. لأنه لا يعبر عن نفسه وهو في يده فهو كالبهيمة. وإن بلغ هذا الطفل فقال: لست بمملوك له لم يقبل قوله. لأنا حكمنا بالملك فلا يسقط بإنكاره. وإن جاء رجل فادعى أنه ابنه لم يثبت نسبه بمجرد دعواه. لأن

فيه إضرارًا بصاحب الملك، لأنه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء. وإذا ثبت نسبه لمن يدعي النسب سقط حق ولائه. وإن كان مراهقًا وادعى أنه مملوكه فأنكر ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يحكم بالملك لأنه يعبر عن نفسه فلم يحكم بملكه مع إنكاره كالبالغ، والثاني: أنه يحكم له بالملك وهو الصحيح لأنه لا حكم لقوله.

فصل: وإن تداعى الزوجان متاع البيت الذي يسكنانه ولا بينة حلفا وجعل الجميع بينهما نصفين، لأنه في يدهما فجعل بينهما كما لو تداعيا الدار التي يسكنان فيها. وإن تداعى المكري والمكتري المتاع الذي في الدار المكراة فالقول قول المكتري لأن يده ثابتة على ما في الدار. وإن تداعيا سلمًا غير مسمر فهو للمكتري، لأنه كالمتاع، وإن تداعيا سلمًا مسمرًا فالقول قول المكري لأنه من أجزاء الدار. وإن تداعيا الرفوف المسمرة فالقول قول المكري لأنها متصلة بالدار فصارت كأجزائها، وإن كانت غير مسمرة فقد قال الشافعي رحمه الله: إنهما يتحالفان وتجعل بينهما، لأن الرفوف قد تترك في العادة وقد تنقل عنها فيجوز أن تكون للمكتري ويجوز أن تكون للمكري فجعل بينهما.

فصل: ومن وجب له حق على رجل وهو غير ممتنع من دفعه لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله حقه بغير إذنه لأن الخيار فيما يقضي به الدين إلى من عليه الدين، ولا يجوز أن يأخذ إلا ما يعطيه وإن أخذ بغير إذنه لزمه رده فإن تلف ضمنه لأنه أخذ مال غيره بغير حق. وإن كان ممتنعًا من أدائه فإن لم يقدر على أخذه بالحاكم فله أن يأخذ من ماله لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»[1] وفي منعه من أخذ ماله في هذا الحال إضرار به، وإن كان يقدر على أخذه بالحاكم بأن تكون له عليه بينة ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجوز أن يأخذه لأنه يقدر على أخذه بالحاكم فلم يجز أن يأخذه بنفسه، والثاني: وهو المذهب أنه يجوز لأن هندًا قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما آخذه سرًا، فقال ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2] فأذن لها في الأخذ مع القدرة على الأخذ بالحاكم، ولأن عليه في المحاكمة مشقة فجاز له أخذه. فإن كان الذي قدر عليه من جنس حقه أخذ قدر حقه، وإن كان من غير جنسه أخذه ولا يجوز أن يتملكه لأنه من غير جنس ماله فلا يجوز أن يتملكه، ولكن يبيعه ويصرف ثمنه في حقه. وفي كيفية البيع وجهان، أحدهما: أنه يواطىء رجلًا ليقر له بحق وأنه ممتنع عن أدائه فيبيع الحاكم المال عليه، والثاني: وهو المذهب أنه يبيع المال بنفسه لأنه يتعذر عليه أن يثبت الحق عند الحاكم وأنه ممتنع من بيعه فملك بيعه بنفسه فإن تلفت العين قبل البيع ففيه

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢١١) ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٤).

وجهان، أحدهما: أنها تتلف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه، لأنها محبوسة لاستيفاء حقه منها، فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن، والوجه الثاني: أنها تتلف من ضمان صاحب الحق لأنه أخذها بغير إذن المالك فتلفت من ضمانه بخلاف الرهن فإنه أخذه بإذن المالك فتلف من ضمانه.

إذا ادعى رجل على رجل حقًا فأنكره ولم يكن للمدعي بينة، فإن كان ذلك في غير الدم حلف المدعى عليه، فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعي، وقد بينا ذلك في باب الدعاوى. وإن كانت الدعوى في دم ولم يكن للمدعي بينة ـ فإن كان في قتل لا يوجب القصاص ـ نظرت فإن كان هناك لوث حلف المدعي خمسين يمينًا وقضى له بالدية. والدليل عليه ما روي عن سهل بن أبي حثمة أن عبد الله ومحيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهما فأتى محيصة وذكر أن عبد الله طرح في فقير أو عين ماء فأتى يهودًا فقال: أنتم والله قتلتموه قالوا: والله ما قتلناه فأقبل هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن أخو المقتول إلى رسول الله ﷺ فذهب محيصة يتكلم فقال رسول الله ﷺ الكبر الكبر فتكلم حويصة ثم تكلم ميحصة فقال رسول الله ﷺ إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يأذنوا بحرب من الله ورسوله، فكتب إليهم رسول الله ﷺ ذلك فكتبوا: إنا والله ما قتلناه فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون خمسين وتستحقون دم صاحبكم؟ فقالوا: لا قال: أيحلف لكم يهود؟ قالوا: لا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله ﷺ من عنده. فبعث إليهم بمائة ناقة، قال سهل: لقد ركضتني منها ناقة حمراء»[1] ولأن باللوث تقوى جنبة المدعي ويغلب على الظن صدقه فسمعت يمينه كالمدعي إذا شهد له عدل وحلف معه.

وإن كانت الدعوى في قتل يوجب القود ففيه قولان قال في القديم: يجب القود بأيمان المدعي لأنها حجة يثبت بها قتل العمد فوجب بها القود كالبينة. وقال في الجديد: لا يجب لقوله ﷺ: «إما أن يدوا صاحبكم أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله» فذكر الدية ولم يذكر القصاص ولأنه حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القصاص كالشاهد واليمين. فإن قلنا بقوله القديم كانت الدعوى على جماعة وجب القود عليهم. وقال أبو إسحاق رحمه الله: لا يقتل إلا واحد يختاره الولي لأنها بينة ضعيفة فلا يقتل بها جماعة، وهذا خطأ، لأن الجماعة عندنا تقتل بالواحد، والقسامة على هذا القول كالبينة في إيجاب القود فإذا قتل بها الواحد قتل بها الجماعة.

فصل: وإن كان المدعي جماعة ففيه قولان: أحدهما: أنه يحلف كل واحد

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٨٩٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٦٩) وأبو داود في سننه برقم (٤٥٢٠) والترمذي في سننه برقم (١٤٢٢) والنسائي في سننه (٨/ ٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٦٧٧) وأحمد في المسند (٤/ ٣).

منهم خمسين يمينًا لأن ما حلف به الواحد إذا انفرد حلف به كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى، والقول الثاني: أنه يقسط عليهم الخمسون يمينًا على قدر مواريثهم لأنه لما قسط عليهم ما يجب بأيمانهم من الدية على قدر مواريثهم وجب أن تقسط الأيمان أيضًا على قدر مواريثهم. وإن دخلها كسر جبر الكسر، لأن اليمين الواحد لا تتبعض فكملت، فإن نكل المدعي عن اليمين ردت اليمين على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينًا لقوله ﷺ: «يبرئكم يهود منهم بخمسين يمينًا»[1] ولأن التغليظ بالعدد لحرمة النفس وذلك يوجد في يمين المدعي والمدعى عليه، وإن كان المدعى عليه جماعة ففيه قولان، أحدهما: أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينًا والثاني: أن الخمسين تقسط على عددهم، والصحيح من القولين ههنا أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينًا، والصحيح من القولين في المدعين أنهم يحلفون خمسين يمينًا والفرق بينهما أن كل واحد من المدعى عليه ينفي عن نفسه ما ينفيه لو انفرد. وليس كذلك المدعون فإن كل واحد منهم لا يثبت لنفسه ما يثبته إذا انفرد.

فصل: فأما إذا لم يكن لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله ﷺ: «لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»[2] ولأن اليمين إنما جعلت في جنبة المدعي عند اللوث لقوة جنبته باللوث فإذا عدم اللوث حصلت القوة في جنبة المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته وعدم القتل، فعادت اليمين إليه. وهل تغلظ بالعدد؟ فيه قولان، أحدهما: أنها لا تغلظ بل يحلف يمينًا واحدة وهو اختيار المزني لأنها يمين توجهت على المدعى عليه ابتداءً فلم تغلظ بالعدد كما في سائر الدعاوى، والثاني: أنها تغلظ فيحلف خمسين يمينًا وهو الصحيح لأن التغليظ بالعدد لحرمة الدم، وذلك موجود مع عدم اللوث. فإن قلنا: إنها يمين واحدة فإن كان للمدعى عليه جماعة حلف كل واحد منهم يمينًا واحدة، فإن نكلوا ردت اليمين على المدعي، فإن كان واحدًا حلف يمينًا واحدة، وإن كانوا جماعة حلف كل واحد منهم يمينًا واحدة. وإن قلنا: يغلظ بالعدد وكان المدعى عليه واحدًا حلف خمسين يمينًا وإن كانوا جماعة فعلى القولين، أحدهما: أنه يحلف كل واحد خمسين يمينًا، والثاني: أنه يقسط على عدد رؤوسهم فإن نكلوا ردت اليمين على المدعي، فإن كان واحدًا حلف خمسين يمينًا، وإن كانوا جماعة فعلى القولين، أحدهما: أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينًا، والثاني: أنه يقسط عليهم خمسون يمينًا على قدر مواريثهم من الدية، وإن نكل المدعى عليه فحلف المدعي وقضي له، فإن كان في قتل يوجب المال قضي له بالدية، وإن كان في

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

قتل يوجب القصاص وجب القصاص قولًا واحدًا لأن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة في أحد القولين، وكالإقرار في القول الآخر، والقصاص يجب بكل واحد منهما.

فصل: وإن ادعى القتل على اثنين وعلى أحدهما لوث دون الآخر حلف المدعي على صاحب اللوث لوجود اللوث وحلف الذي لا لوث عليه لعدم اللوث، وإن ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم على القتل لم تسمع دعواه لأنها دعوى محال. وإن ادعى القتل على ثلاثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وأنكر الحاضر حلف المدعي خمسين يمينًا فإن حضر الثاني وأنكر ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحلف عليه خمسين يمينًا لأنهما لو حضرا ذكر كل واحد منهما في يمينه، فإذا انفرد وجب أن يكرر ذكره، والوجه الثاني: أنه يحلف خمسًا وعشرين يمينًا لأنهما لو حضرا حلف عليهما خمسين يمينًا فإذا انفرد وجب أن يحلف عليه نصف الخمسين، فإن حضر الثالث وأنكر ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحلف عليه خمسين يمينًا، والثاني: أنه يحلف عليه ثلث خمسين يمينًا ويجبر الكسر فيحلف سبع عشرة يمينًا، وإن قال: قتله هذا عمدًا ولا أعلم كيف قتله الآخران أقسم على الحاضر ووقف الأمر إلى أن يحضر الآخران، فإن حضرا وأقرا بالعمد ففي القود قولان، وإن أقر بالخطأ وجب على الأول ثلث الدية مغلظة، وعلى كل واحد من الآخرين ثلث الدية مخففة. وإن أنكر القتل ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يحلف لأنه لا يعلم ما يحلف عليه ولا يعلم الحاكم ما يحكم به، والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنه يحلف لأن جهله بصفة القتل ليس بجهل بأصل القتل، فإذا حلف حبسا حتى يصفا القتل، وإن قال قتله هذا ونفر لا أعلم عددهم ـ فإن قلنا: إنه لا يجب القود ـ لم يقسم على الحاضر لأنه لا يعلم ما يخصه، وإن قلنا: إنه يجب القود ففيه وجهان، أحدهما: أنه يقسم لأن الجماعة تقتل بالواحد فلم يضر الجهل بعددهم، والثاني: وهو قول أبي إسحاق: أنه لا يقسم لأنه ربما عفا عن القود على الدية ولا يعلم ما يخصه منها.

فصل: واللوث الذي يثبت لأجله اليمين في جنبة المدعي هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعي، فإن وجد القتيل في محلة أعدائه لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لوثًا فيحلف المدعي، لأن قتيل الأنصار وجد في خيبر وأهلها أعداء للأنصار «فجعل النبي ﷺ اليمين على المدعي» فصار هذا أصلًا لكل من يغلب معه على الظن صدق المدعي، فيجعل القول قول المدعي مع يمينه، وإن كان يخالطهم غيرهم ولم يكن لوثًا بأن يكون قتله غيرهم، وإن تفرقت جماعة عن قتيل في دار أو بستان وادعى الولي أنهم قتلوه فهو لوث فيحلف المدعي أنهم قتلوه، لأن الظاهر أنهم قتلوه، وإن وجد قتيل في زحمة فهو لوث فإن ادعى الولي أنهم قتلوه حلف وقضي له، وإن وجد قتيل في أرض وهناك رجل معه سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث، فإن ادعى الولي عليه

القتل حلف عليه لأن الظاهر أنه قتله، فإن كان هناك غيره من سبع أو رجل مول لم يثبت اللوث على صاحب السيف، لأنه يجوز أن يكون قتله السبع أو الرجل المولي، وإن تقابلت طائفتان فوجد قتيل من إحدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الأخرى. فإن ادعى الولي أنهم قتلوه حلف وقضي له بالدية لأن الظاهر أنه لم تقتله طائفة. وإن شهد جماعة من النساء أو العبيد على رجل بالقتل نظرت فإن جاؤوا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثًا لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة. وإن جاؤوا متفرقين واتفقت أقوالهم ثبت اللوث ويحلف الولي معهم. وإن شهد صبيان أو فساق أو كفار على رجل بالقتل وجاؤوا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثًا لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة، فإن جاؤوا متفرقين وتوافقت أقوالهم ففيه وجهان، أحدهما: أن ذلك لوث لأن اتفاقهم على شيء واحد من غير تواطىء يدل على صدقهم، والثاني: أنه ليس بلوث لأنه لا حكم لخبرهم. فلو أثبتنا بقولهم لوثًا لجعلنا لخبرهم حكمًا. وإن قال المجروح: قتلني فلان ثم مات لم يكن قوله لوثًا لأنه دعوى ولا يعلم به صدقه، فلا يجعل لوثًا. فإن شهد عدل على رجل بالقتل ـ فإن كانت الدعوى في قتل يوجب المال ـ حلف المدعي يمينًا وقضي له بالدية، لأن لمال يثبت بالشاهد واليمين. وإن كانت في قتل يوجب القصاص حلف خمسين يمينًا ويجب القصاص في قوله القديم والدية في قوله الجديد.

فصل: وإن شهد واحد أنه قتله فلان بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما، لأنه لم تتفق شهادتهما على قتل واحد. وهل يكون ذلك لوثًا يوجب القسامة في جانب المدعي؟ قال في موضع: يوجب القسامة، وقال في موضع: لا يوجب القسامة. واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحاق: هو لوث يوجب القسامة قولًا واحدًا لأنهما اتفقا على إثبات القتل وإنما اختلفا في صفته وجعل القول الآخر غلطًا من الناقل. وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل: إن ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولًا واحدًا لأن كل واحد منهما يكذب الآخر، فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه، والقول الآخر غلط من الناقل. ومنهم من قال: في المسألة قولان، أحدهما: أنه لوث يوجب القسامة، والثاني: ليس بلوث. ووجههما ما ذكرناه. وإن شهد واحد أنه قتله فلان وشهد آخر أنه أقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما، لأن أحدهما شهد بالقتل والآخر شهد بالإقرار، وثبت اللوث على المشهود عليه. وتخالف المسألة قبلها فإن هناك كل واحد منهما يكذب الآخر، وههنا كل واحد منهما غير مكذب للآخر، بل كل واحد منهما يقوي الآخر فيحلف المدعي مع من شاء منهما. فإن كان القتل خطأ حلف يمينًا واحدة وثبتت الدية، فإن حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة لأنها تثبت بالبينة وإن حلف مع من شهد بالإقرار وجبت الدية في ماله لأنها تثبت بالإقرار. وإن كان القتل موجبًا للقصاص حلف المدعي خمسين يمينًا

ووجب له القصاص في أحد القولين والدية في الآخر. وإن ادعى على رجل أنه قتل وليه ولم يقل عمدًا ولا خطأ وشهد له بما ادعاه شاهد لم يكن ذلك لوثًا لأنه لو حلف مع شاهده لم يمكن الحكم بيمينه لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفي موجبه فسقطت الشهادة وبطل اللوث.

فصل: وإن شهد شاهدان أن فلانًا قتله أحد هذين الرجلين ولم يعينا ثبت اللوث فيحلف الولي على من يدعي القتل عليه لأنه قد ثبت أن المقتول قتله أحدهما فصار كما لو وجد بينهما مقتول فإن شهد شاهد على رجل أنه قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعي ولا يعلم أن الشاهد لمن شهد من الوليين فلا يغلب على الظن صدق واحد من الوليين فلم يثبت في حقه لوث وإن ادعى أحد الوارثين قتل مورثه على رجل في موضع اللوث وكذبه الآخر سقط حق المكذب من القسامة وهل يسقط اللوث في حق المدعي؟ فيه قولان، أحدهما: أنه لا يسقط فيحلف ويستحق نصف الدية وهو اختيار المزني لأن القسامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد، ثم تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يحلف مع الشهادة فكذلك تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر أن يقسم مع اللوث، والقول الثاني: أنه يسقط لأن اللوث يدل على صدق المدعي من جهة الظن، وتكذيب المنكر يدل على كذب المدعي من جهة الظن، فتعارضا وسقطا وبقي القتل بغير لوث، فيحلف المدعى عليه على ما ذكرناه. وإن قال أحد الابنين: قتل أبي زيد ورجل آخر لا أعرفه وقال الآخر: قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه أقسم كل واحد على من عينه ويستحق عليه ربع الدية، لأن كل واحد منهما غير مكذب للآخر، لجواز أن يكون الآخر هو الذي ادعى عليه أخوه. فإن رجعا وقال كل واحد منهما: علمت أن الآخر هو الذي ادعى عليه أخي. أقسم كل واحد منهما على الذي ادعى عليه أخوه، ويستحق عليه ربع الدية. وإن قال كل واحد منهما: علمت أن الآخر غير الذي ادعى عليه أخي صار كل واحد منهما مكذبًا للآخر. فإن قلنا: تكذيب أحدهما لا يسقط اللوث أقسم كل واحد منهما عن الذي عينه ثانيًا واستحق عليه ربع الدية، وإن قلنا: إن التكذيب يسقط اللوث بطلت القسامة، فإن أخذ شيئًا رده ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه. وإن ادعى القتل على رجل عليه لوث فجاء آخر وقال: أنا قتلته ولم يقتله هذا لم يسقط حق المدعي من القسامة بإقراره، وإقراره على نفسه لا يقبل لأن صاحب الدم لا يدعيه. وهل للمدعي أن يرجع ويطالب المقر بالدية؟ فيه قولان، أحدهما: أنه ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول إبراء لكل من سواه، والثاني: أن له أن يطالب لأن دعواه على الأول باللوث من جهة الظن، والإقرار يقين، فجاز أن يترك الظن ويرجع إلى اليقين. وإن ادعى على رجل قتل العمد فقيل له صف العمد ففسره بشبه العمد فقد نقل المزني أنه لا يقسم، وروى الربيع أنه يقسم، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان،

أحدهما: أنه لا يقسم لأن بقوله: قتله عمدًا أبرأ العاقلة، وبتفسيره أبرأ القاتل، والقول الثاني: أنه يقسم وتجب الدية على العاقلة، لأن المعول على التفسير وقد فسر بشبه العمد، ومنهم من قال: يقسم قولًا واحدًا لما بيناه وقوله: لا يقسم معناه لا يقسم على ما ادعاه.

فصل: وإن كانت الدعوى في الجناية على الطرف ولم تكن شهادة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، لأن اللوث قضى به في النفس بحرمة النفس، فلا يقضى به في الطرف كالكفارة. وهل تغلظ اليمين فيه بالعدد؟ فيه قولان، أحدهما: لا تغلظ لأنه يسقط فيه حكم اللوث فسقط فيه حكم التغليظ بالعدد، والثاني: أنه تغلظ بالعدد لأنه يجب فيه القصاص والدية المغلظة فوجب فيه تغليظ اليمين، فإن قلنا: لا تغلظ حلف المدعى عليه يمينًا واحدة. وإن قلنا: تغلظ فإن كان في جناية توجب دية كاملة كاليدين غلظ بخمسين يمينًا. وإن كان فيما لا توجب دية كاملة كاليد الواحدة ففي قدر التغليظ قولان، أحدهما: أنه يغلظ بخمسين يمينًا لأن التغليظ لحرمة الدم وذلك موجود في اليد الواحدة، والثاني: أنه تغلظ بحصته من الدية لأن ديته دون دية النفس فلم تغلظ بما تغلظ به في النفس.

فصل: فإن كانت الدعوى في قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقان، أحدهما: أنه يبني ذلك على أن العاقلة هل تحمل قيمته بالجناية؟ فإن قلنا: تحمل العاقلة قيمته تثبت فيه القسامة للسيد، وإن قلنا: لا تحمل لم تثبت القسامة، والثاني: وهو قول أبي العباس أن للسيد القسامة قولًا واحدًا، لأن القسامة لحرمة النفس فاستوى فيه الحر والعبد كالكفارة. فإن قلنا: إن السيد يقسم أقسم المكاتب في قتل عبده، فإن لم يقسم حتى عجز عن أداء الكتابة أقسم المولى، وإن قتل عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمته لأم ولده ولم يقسم السيد حتى مات ولم تقسم الورثة فهل تقسم أم الولد؟ فيه قولان، أحدهما: تقسم، والثاني: لا تقسم كما قلنا في غرماء الميت إذا كان له دين وله شاهد ولم تحلف الورثة أن الغرماء يقسمون في أحد القولين ولا يقسمون في الآخر وقد بينا ذلك في التفليس.

فصل: وإن قتل مسلم وهناك لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد المدعي لم يقسم لأنه إذا أقدم على الردة وهي من أكبر الكبائر لم يؤمن أن يقدم على اليمين الكاذبة، فإن أقسم صحت القسامة. وقال المزني رحمه الله: لا تصح لأنه كافر فلا يصح يمينه بالله وهذا خطأ. لأن القصد بالقسامة اكتساب المال، والمرتد من أهل الاكتساب. فإذا أقسم وجب القصاص لوارثه أو الدية فإن رجع إلى الإسلام كان له، وإن مات على الردة كان ذلك لبيت المال فيئًا وقال أبو علي بن خيران وأبو حفص بن الوكيل: يبنى وجوب الدية بقسامته على حكم ملكه، فإن قلنا: إن ملكه لا يزول بالردة أو قلنا: إنه موقوف فعاد إلى الإسلام ثبتت الدية، وإن قلنا: إن ملكه يزول بالردة أو قلنا: إنه موقوف فلم يسلم حتى مات لم تثبت

الدية، وهذا غلط لأن اكتسابه للمال يصح على الأقوال كلها وهذا اكتساب.

فصل: ومن توجهت عليه يمين في دم غلظ عليه في اليمين لما روي أن عبد الرحمن بن عوف ﷺ «مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال: أعلى دم؟ قيل: لا قال: أفعلى عظيم من المال؟ قيل: لا قال: لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام» وإن كانت اليمين في نكاح أو طلاق أو حد قذف أو غيرها مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظ، لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال فغلظ اليمين فيه كالدم. وإن كانت اليمين في مال أو ما يقصد به المال ـ فإن كان يبلغ عشرين مثقالًا ـ غلظ وإن لم يبلغ ذلك لم يغلظ لأن عبد الرحمن بن عوف فرق بين المال العظيم وبين ما دونه. فإن كانت اليمين في دعوى عتق ـ فإن كان السيد هو الذي يحلف فإن كانت قيمة العبد تبلغ عشرين مثقالًا ـ غلظ اليمين، وإن لم تبلغ عشرين مثقالًا لم يغلظ. لأن المولى يحلف لإثبات المال ففرق بين القليل والكثير كأروش الجنايات. فإن كان الذي يحلف هو العبد غلظ قلت قيمته أو كثرت، لأنه يحلف لإثبات العتق والعتق ليس بمال ولا المقصود منه المال، فلم تعتبر قيمته كدعوى القصاص، ولا فرق بين أن يكون في طرف قليل الأرش أو في طرف كثير الأرش.

فصل: والتغليظ قد يكون بالزمان وبالمكان وفي اللفظ فأما التغليظ بالمكان ففيه قولان، أحدهما: أنه يستحب، والثاني: أنه واجب. وأما التغليظ بالزمان قد ذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله أنه يستحب وقد بينا ذلك في اللعان. وقال أكثر أصحابنا: أن التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان وفيه قولان وأما التغليظ باللفظ فهو مستحب وهو أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية لما روي «أن النبي ﷺ أحلف رجلًا فقال: قل: والله الذي لا إله إلا هو»[1] ولأن القصد باليمين الزجر عن الكذب وهذه الألفاظ أبلغ في الزجر وأمنع من الإقدام على الكذب، وإن اقتصر على قوله: والله أجزاه لأن النبي ﷺ اقتصر في إحلاف ركانة على قوله: والله. وإن اقتصر على صفة من صفات الذات. كقوله: وعزة الله اجزأه لأنها بمنزلة قوله: والله في الحنث في اليمين وإيجاب الكفارة، وإن حلف بالمصحف وما فيه من القرآن فقد حكى الشافعي رحمه الله عن مطرف أن ابن الزبير «كان يحلف على المصحف قال: ورأيت مطرفًا بصنعاء يحلف على المصحف» قال الشافعي: وهو حسن ولأن القرآن من صفات الذات ولهذا يجب بالحنث فيه الكفارة وإن كان الحالف يهوديًا أحلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق وإن كان نصرانيًا أحلفه بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى وإن كان مجوسيًا أو وثنيًا أحلفه بالله الذي خلقه وصوره.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٧٠٩) وأحمد في المسند (١/ ٤٠٣).

فصل: ولا يصح اليمين في الدعوى إلا أن يستحلفه القاضي لأن ركانة بن عبد يزيد قال لرسول الله ﷺ: «يا رسول الله إني طلقت امرأتي سهيمة ألبتة والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله ﷺ والله ما أردت إلا واحدة؟ قال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة»[1] ولأن الاعتبار بنية الحاكم، فإذا حلف من غير استحلافه نوى ما لا يحنث به فيجعل ذلك طريقًا إلى إبطال الحقوق وإن وصل بيمينه استثناء أو شرطًا أو وصله بكلام لم يفهمه أعاد عليه اليمين من أولها وإن كان الحالف أخرس ولا يفهم إشارته وقف الأمر إلى أن يفهم إشارته فإن طلب المدعي أن يرد اليمين عليه لأن رد اليمين يتعلق بنكول المدعى عليه ولايوجد النكول، كأن الذي عليه اليمين حلف بالطلاق إنه لا يحلف بيمين مغلظة فإن كان التغليظ مستحقًا عليه لزمه أن يحلف؟ وإن حنث في يمينه بالطلاق كما لو حلف بالطلاق أنه لا يحلف عند القاضي فإن امتنع جعل ناكلًا وردت اليمين على خصمه وإن كان التغليظ غير مستحق لم يلزمه أن يحلف يمينًا مغلظة وإن امتنع من التغليظ لم يجعل ناكلًا.

فصل: وإن حلف على فعل نفسه في نفي أو إثبات حلف على القطع لأن علمه يحيط بحاله فيما فعل وفيما لم يفعل وإن حلف على فعل غيره فإن كان في إثبات حلف على القطع لأن له طريقًا إلى العلم بما فعل غيره، وإن كان على نفي حلف على نفي العلم فيقول والله لا أعلم أن أبي أخذ منك مالًا ولا أعلم أن أبي أبرأك من دينه لأنه لا طريق له إلى القطع بالنفي فلم يكلف اليمين عليه.

فصل: وإن ادعى عليه دين من بيع أو قرض فأجاب بأنه لا يستحق عليه شيء ولم يتعرض للبيع والقرض لم يحلف إلا على ما أجاب ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لأنه يجوز أن يكون قد استقرض منه أو ابتاع ثم قضاه أو أبرأه منه، فإذا حلف على نفي البيع والقرض حلف كاذبًا، وإن أجاب بأنه ما باعني ولا أقرضني ففي الإحلاف وجهان، أحدهما: أنه يحلف أنه لا يستحق عليه شيء، ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لما ذكرنا من التعليل، والثاني: أنه يحلف على نفي البيع والقرض لأنه نفى ذلك في الجواب فلزمه أن يحلف على النفي، فإن ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكر حلف أنه لا يستحق عليه ما يدعيه، ولا شيئًا منه، فإن حلف أنه لا يستحق عليه الألف لم يجزه لأن يمينه على نفي الألف لا يمنع وجوب بعضها.

فصل: وإن كان لجماعة على رجل حق فوكلوا رجلًا في استحلافه لم يجز أن يحلف لهم يمينًا واحدة لأن لكل واحد منهم عليه يمينًا فلم تتداخل فإن رضوا بأن يحلف لهم يمينًا واحدة ففيها وجهان أحدهما: أنه يجوز كما يجوز أن يثبت ببنية واحده حقوق الجماعة. والثاني: وهو المذهب أنه لا يجوز لأن القصد من

---

(١) تقدم.

اليمين الزجر، وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجز وإن رضوا كما لو رضيت المرأة أن يقتصر الزوج في اللعان على شهادة واحدة.

الشرح: المدعي: كل من ادعى نسبًا أو علمًا أو ادعى ملك شيء فنوزع فيه، وسميت البينة بينة وهي الشهود لأنها تبين عن الحق وتوضحه بعد خفائه، وامتحان الشهود: اختبارهم، والترجيح مأخوذ من رجحان الميزان ومعناه أن يكون إحدى الحجتين أقوى بزيادة شيء ليس في الأخرى، وقوله: «قدحًا في البينة» القدح مثل الجرح، يقال: قدحت في نسبه أي طعنت، والأرج: ضرب من الأبنية، واللوت: القوة، والجهد: المشقة، وقوله: «طرح في فقير» الفقير: مخرج الماء من القنا، ويأذنوا: أي يعلموا، وتغليظ الشيء: تكثيره، وتواطأوا: توافقوا، والمعول: المعتمد، ويبهأ الناس: أي يأنسوا به فتقل هيبته عندهم فيتهاونوا به ويحتقروه.

فصل: الدَّعوى والبيّنات فيه سبعة أبواب، لأن الدعوى تدور على خمسة أشياء: الدعوى وجوابها، واليمين، والبينة والنكول، فهذه خمسة، والسادس في مسائل تتعلق بهذة الأصول، والسابع في دعوى النسب، وإلحاق القائف.

فصل: في الدعوى: وفيه مسائل:

إحداها: في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى، كالحق إذا كان عقوبة كالقصاص، وحد القذف، اشترط رفعه إلى القاضي، لعظم خطره، وإن كان مالًا، فهو عين، أو دين، فإن كان عينًا، فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة، أشغل به، وإلا فلا بد من الرفع. وأما الدين، فإن كان من عليه مقرًا غير ممتنع من الأداء طالبه ليؤدي، وليس له أن يأخذ شيئًا من ماله، لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه، فإن خالف، وأخذ شيئًا من ماله، لزمه رده، فإن تلف عنده، وجب ضمانه، فإن اتفقا، جاء خلاف التقاص. وإن لم يكن كذلك، فإما أن يمكن تحصيل منه بالقاضي، وإما أن لا يمكن، فإن لم يمكن بأن كان منكرًا، ولا بينة لصاحب الحق، فله أن يأخذ جنس حقه من ماله إن ظفر به، ولا يأخذ غير الجنس مع ظفره بالجنس، وفي «التهذيب» وجه أنه يجوز وهو ضعيف، فإن لم يجد إلا غير الجنس، جاز الأخذ على المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: قولان، وإن أمكن تحصيل الحق بالقاضي بأن كان مقرًا مماطلًا، أو منكرًا عليه وله بينة، أو كان يرجو إقراره لو حضر عند القاضي، وعرض عليه اليمين، فهل يستقل بالأخذ أم يجب الرفع إلى القاضي؟ وجهان: أصحهما: جواز الاستقلال، قاله أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وصححه القاضيان أبو الطيب، والروياني، للحديث الصحيح في قصة هند، ولأن في المرافعة مشقة ومؤنة، وتضييع زمان. ومتى جاز للمستحق

الأخذ، فلم يصل إلى المال إلا بكسر الباب، ونقب الجدار، جاز له ذلك، ولا يضمن ما فوته، كمن لم يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله، فأتلفه لا يضمن، وقيل: يضمن وهو شاذ، ثم إن كان المأخوذ من جنس الحق. فله تملكه، وإن كان من غير جنسه، لم يكن له التملك، وقيل: يتملك قدر حقه، ويستقل بالمعاوضة للضرورة، كما يستقل بالتعيين عند أخذه الجنس، والصحيح الأول، ثم هل يرفعه إلى القاضي ليبيعه، أم يستقل ببيعه؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: عند الجمهور الاستقلال، هذا إن كان القاضي جاهلًا بالحال، ولا بينة للآخذ، فإن كان القاضي عالمًا، فالمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه، فإن أوجبنا الرفع إلى القاضي، فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه، أو يفوضه إلى غيره؟ وجهان: أصحهما: الأول، وفي طريقة عند الرفع وجهان: أحدهما: يبيعه القاضي بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة. والثاني: يواطىء رجلًا يقر له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقر له الأخذ بالمال حتى يبيعه القاضي، وهذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين، ويضعف وجوب الرفع. ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد، بيع المأخوذ به، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة، بيع الثوب بنقد البلد، ثم يشتري به حنطة. وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري غير الحنطة بالثوب، ولا يوسط النقد بينهما، وهل يكون المأخوذ مضمونًا على الآخذ حتى لو تلف قبل البيع، أو التملك يتلف من ضمانه أم لا؟ وجهان: أصحهما: نعم وهو الذي ذكره الصيدلاني والإمام، والغزالي، لأنه أخذه لغرضه، كالمستام بل أولى، لأن المالك لم يسلطه فعلى هذا ينبغي أن نبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر، فنقصت قيمته، ضمن النقصان، ولو انخفضت القيمة، وارتفعت، وتلف، فهي مضمونة عليه بالأكثر، ولو اتفق رد العين، لم يضمن نقص القيمة كالغاصب، ولو باعه، وتملك ثمنه، ثم قضى المستحق دينه، ففيما علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب، فأخذه، وباعه، ثم رد الغاصب المغصوب، فإن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه، وينبغي أن لا يرد شيئًا، ولا يعطي شيئًا.

فرع: ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة، فإن انتفع، لزمه أجرة المثل.

فرع: لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد، فالزيادة مضمونة عليه، فإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بمتاع يزيد قيمته على قدر حقه، فإن قلنا: لو كان المأخوذ قدر حقه لا يكون مضمونًا، فكذا الزيادة، وإن قلنا: يكون مضمونًا لم يضمن الزيادة على الأصح، ثم إذا كان المأخوذ أكثر من حقه، فإن كان

مما يتجزأ باع منه قدر حقه، وسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها، وإن كان لا يتجزأ، فإن قدر على بيع البعض بما هو حقه، باعه وسعى في رد الباقي إليه، وإن لم يقدر باع الجميع، وأخذ من ثمنه قدر حقه، وحفظ الباقي إلى أن يرده.

فرع: حقه دراهم صحاح، فظفر بمكسرة، فله أخذها، وتملكها بحقه، ولو استحق مكسرة، فظفر بصحاح، فالمذهب جواز الأخذ، لاتحاد الجنس، وقيل: فيه الخلاف في اختلاف الجنس، لاختلاف الغرض، وإذا أخذها، فليس له تملكها، ولا يشتري بها مكسرة لا متفاضلًا، لما فيه من الربا، ولا متساويًا لأنه يجحف بالمأخوذ منه، لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير، ويشتري بها دراهم مكسرة ويتملكها.

فرع: شخصان ثبت لكل واحد منهما على صاحبه مثل ماله عليه، ففي حصول التقاص أقوال مشهورة في كتاب الكتابة، فإن قلنا: لا يحصل التقاص، فجحد أحدهما الآخر، فهل للآخر جحده، ليحصل التقاص للضرورة؟ وجهان: أصحهما: نعم.

فرع: كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد، أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريم الغريم، بأن يكون لزيد على عمرو دين، ولعمرو على بكر مثله، يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بماله على عمر، ولا يمنع من ذلك رد عمرو، وإقرار بكر ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو.

فرع: جحد دينه، وله عليه صك بدين آخر قد قبضه، وشهود الصك لا يعلمون القبض، قال القاضي أبو سعد: له أن يدعي ذلك، ويقيم البينة، ويقبضه بدينه الآخر، وفي فتاوى القفال أنه ليس له ذلك.

المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه، ويحتاج إلى معرفته، لأن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، لقوة جانبه، وفيه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رحمة الله عليه في مسألة إسلام الزوجين التي سنذكرها الآن إن شاء الله تعالى، أظهرها عند الجمهور أن المدعي من يدعي أمرًا خفيًا يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، والثاني: المدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لا يخلى ولا يكفيه السكوت، فإذا ادعى زيد دينًا في ذمة عمرو، أو عينًا في يده، فأنكر، فزيد هو الذي لو سكت ترك، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده من حق غيره، وعمرو هو الذي لا يترك، ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدع بمقتضى القولين وعمرو مدعى عليه، ولا يختلف موجبهما غالبًا، وقد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معًا، فالنكاح باق، وقالت: بل على التعاقب ولا

نكاح، فإن قلنا: المدعي من لو سكت ترك، فالمرأة مدعية وهو مدعى عليه، لأنه لا يترك لو سكت، لأنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف، ويستمر النكاح، وإن قلنا بالأظهر، فالزوج مدع، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر، وهي مدعى عليها، فتحلف، ويرتفع النكاح. ولو قال الزوج: أسلمت قبلي، فلي النكاح ولا مهر، وقالت: بل أسلمنا معًا، وهما بحالهما، فقوله في الفراق يلزمه، وأما المهر، فالقول قوله على الأظهر، وعلى الثاني قولها، لأنها لا تترك بالسكوت، لأن الزوج يزعم سقوط المهر، فإذا سكتت ولا بينة، جعلت ناكلة، وحلف وسقط المهر. قال الأصحاب: والأمناء الذين يصدقون في الرد بيمينهم مدعون، لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفي منهم باليمين، ولأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض المالك، وقد ائتمنهم، فلا يحسن تكليفهم بنية الرد، وأما على القول الثاني، فهم مدعى عليهم، لأن المالك هو الذي لو سكت ترك. قال الروياني وغيره: وقد يكون الشخص مدعيًا ومدعى عليه في المنازعة الواحدة، كما في صورة التحالف، هذا كلام الأصحاب، وبالله التوفيق.

فصل: في حد الدعوى الصحيحة، وشرطها أن تكون معلومة ملزمة.

الأول: العلم بالمدعى به، فإن كان نقدًا، اشترط ذكر جنسه ونوعه وقدره، قال ابن الصباغ: وإن اختلف الصحاح والمكسرة بين أنها صحاح أو مكسرة، ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي، ولا حاجة إلى بيان وزنه، وإن كان غير نقد، نظر إن كان عينًا وهي مما تضبط بالصفة، كالحبوب والحيوان والثياب، وصفها بصفات السلم، ولا يشترط ذكر القيمة في الأصح، وإن كانت تالفة، كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية، ولا يشترط ذكر القيمة، وإن كانت متقومة، اشترط ذكر القيمة، لأنها الواجب عند التلف. وإن ادعى سيفًا محلى، اشترط ذكر قيمته، ويقومه بالذهب إن كان محلىً بالفضة، وبالفضة إن كان محلىً بالذهب، فإن كان محلىً بهما، قومه بأحدهما للضرورة، وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدعي مئة درهم من نقد كذا قيمتها كذا دينارًا، أو دينارًا من نقد كذا قيمته كذا درهمًا، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وكأنه جواب على أن المغشوش متقوم، فإن جعلناه مثليًا، فينبغي أن لا يشترط التعرض للقيمة، وفي العقار يتعرض للناحية والبلدة، والمحلة والسكة، وتبين الحدود، ويستثنى من اشتراط العلم صورًا:

إحداها: إنما يعتبر إذا طلب معينًا، فأما من حضر ليعين، ويفرض له القاضي، كالمفوضة تطلب الفرض على قولنا: لا يجب المهر بالعقد، والواهب يطلب الثواب، فلا يتصور الإعلام.

الصورة الثانية: قال: أدعي أن مورثك أوصى لي بثوب، أو بشيء تسمع الدعوى، لأن الوصية تحتمل الجهالة، فكذا دعواها، وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالمجهول بدعوى الوصية، ومنهم من ينازع كلامه فيه، ويصح دعوى الإبراء عن المجهول إن صححنا الإبراء عن المجهول.

الصورة الثالثة: ادعى أن له طريقًا في ملك غيره، وادعى حق إجراء الماء، قال القاضي أبو سعد: الأصح أنه لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى، ويكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق والمجرى، وكذا لا تصح الشهادة المرتبة عليها، وقال أبو علي الثقفي: يشترط إعلام قدر الطريق والمجرى، وقال: وكذا لو باع بيتًا من دار، وسمى له طريقا، ولم يبين قدره لا يصح، قال القاضي: وعندي أنه لا يشترط هذا الإعلام في الدعوى، لكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق والمسيل بالذرعان، لأن الشهادة أعلى شأنًا، فإنها تستقل بقوة إيجاب الحكم بخلاف الدعوى، ولو أحضر المدعي ورقة، وحرر فيها دعواه، وقال: أدعي ما فيها، وأدعي ثوبًا بالصفات المكتوبة فيها، ففي الاكتفاء به لصحة الدعوى وجهان:

الشرط الثاني: كونها ملزمة، فلو قال: وهب لي كذا أو باع، لم تسمع دعواه حتى يقول: ويلزمه التسليم إلي، لأنه قد يهب ويبيع، وينقضها قبل القبض هكذا نقله الروياني والغزالي وغيرهما، ويقرب منه ما ذكره القاضي أبو سعد أنه يقول في دعوى الدين: لي في ذمته كذا، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه، قال: وإنما يتعرض لوجوب الأداء، لأن الدين المؤجل لا يجب أداؤه في الحال، وكان هذا إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعى، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة، ولا يشترط التعرض لوجوب التسليم. قال ابن الصباغ: لو قال هذه الدار لي وهو يمنعنيها، صحت الدعوى، ولا يشترط أن يقول: هي في يده، لأنه يجوز أن ينازعه، وإن لم تكن في يده، وإذا ادعى ولم يقل للقاضي: مره بالخروج عن حقي، أو سله جواب دعواي، فهل يطالبه القاضي؟ وجهان: قال ابن الصباغ: الأصح نعم، للعلم بأنه الغرض من الحضور، وإنشاء الدعوى، قال القاضي أبو سعد: الأصح لا، لأنه حقه، فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين. قلت: الأول أقوى. والله أعلم.

فعلى هذا الثاني طلب الجواب شرط آخر في صحة الدعوى، وسواء شرطنا هذا الاقتراح، أم لم نشرطه، فاقترحه، فيمكن أن يقال: يغني ذلك عن قوله: ويلزمه التسليم إلي، وأن من شرطه بناه على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور.

فرع: لا يشترط لصحة الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة أو معاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس، فتصح دعوى دنيء على شريف، وقال الإصطخري: إن شهدت قرائن الحال بكذب المدعي، لم يلتفت إلى دعواه، مثل أن يدعي الدنيء استئجار الأمير، أو الفقيه، لعلف الدواب، أو كنس بيته، ومثله دعوى المعروف بالتعنت، وجر ذوي الأقدار إلى القضاة، وتحليفهم ليفتدوا منه بشيء.

فرع: ادعى عليه مالًا، وقام، وأقام شاهدين، شهدا على إقراره بشيء، أو قالا: نعلم أن له عليه مالًا، ولا نعلم قدره، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان: حكاهما البغوي وغيره، أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه، كما لو أقر بمبهم، وأصحهما: لا، ويجريان فيما لو شهدا بغصب عبد، أو ثوب، ولم يصفاه.

فرع: عن فتاوى القفال: ادعى دراهم مجهولة لا يسمع القاضي دعواه، ويقول له: بين الأقل الذي تتحققه، وإن ادعى ثوبًا ولم يصفه أيضًا، لم يصغ إليه، بل لو قال: هو كرباس، ولم يصف، أمره أن يأخذ بالأقل، وهذا فيه إرشاد وتلقين، ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب عينه لا وجه له

المسأله الثالثة: إذا قامت بينة على المدعى عليه، فطلب من القاضي تحليف المدعي على استحقاق ما ادعاه، لم يجبه، لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة، ولأنه كطعن في الشهود، وإن ادعى إبراء أو قضاء في الدين، أو بيعًا، أو هبة وإقباضًا في العين، نظر إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا فلا يلتفت إلى قوله، وإن ادعى أنه جرى قبل شهادة الشهود، فإن لم يحكم القاضي بعد، حلف المدعي على نفيه، وإن حكم، لم يحلفه على الأصح، ولو قال المدعى عليه: الشهود فسقة، أو كذبة، والمدعي يعلم ذلك، فهل له تحليفه على أنه لا يعلم؟ وجهان: وطردا في كل صورة ادعى ما لو أقر به الخصم لنفعه ولكن لم يكن المدعى عين حق له، بأن قال المدعى عليه: إنك أقررت لي بكذا، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى: إن المدعي حلفني مرة، وأراد تحليفه، أو قذفه، فطلب الحد، فادعى زنى المقذوف، وأراد تحليفه، ويشبه أن يكون الأصح أن له التحليف، ويؤيده ما سبق من قول الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف التحليف. وإن كان المقذوف ميتًا، وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لا يعلم زنى مورثه، حلف، وهذه الصورة محكية عن النص، لكن ذكر البغوي أن الأصح أنه لا يحلفه إذا ادعى فسق

الشهود، أو كذبهم، وأما تحليف القاضي والشهود، فلا يجوز قطعًا، لارتفاع منصبيهما.

المسألة الرابعة: قامت بينة على المدعى عليه، وادعى أن المدعي باعه العين المدعاة، أو باعها لبائعه، أو ادعى أنه أبرأه من الدين المدعى، فأنكر، فلا يخفى أن القول قول المدعي، وأن المدعى عليه مدع فيما ذكره يحتاج إلى بينة، فإن استمهل ليأتي بها أمهل ثلاثة أيام على الصحيح، وقيل: يوم فقط. ولو ادعى الإبراء ولم يأت ببينة، وقال: حلفوه أنه لم يبرئني، حلفناه، ولا يكلف توفية الدين أولًا، وعن القاضي وجه أنه يستوفى منه الدين أولًا، ثم إن شاء حلفه، لأنها دعوى جديدة، والصحيح الأول، وليس كما لو قال لوكيل المدعي: أبرأني موكلك حيث يستوفى الحق منه، ولا يؤخر إلى حضور الموكل وحلفه، لعظم الضرر في التأخير وهنا الحلف متيسر في الحال. ولو قال: إنه أبرأني من هذه الدعوى، فهل يحلف المدعي أنه لم يبرئه؟ وجهان اختار القفال، والغزالي المنع، وادعى الروياني أن المذهب التحليف، لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه، برىء.

فرع: مدعي الدفع إن قال: قضيت أو أبرأني فذاك، وإن أطلق، وقال: لي بينة دافعة واستفسر، لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعًا إلا أن يعرف معرفته، وإن عين جهة، ولم يأت ببينة عليها، وادعى عند انقضاء مدة المهلة بلا جهة أخرى، واستمهل، فينبغي أن لا يجاب، وإن ادعى في المدة جهة أخرى وجب أن تسمع.

المسألة الخامسة: الدعوى أنواع، منها دعوى الدم، ويشترط تفصيلها كما سبق في القسامة، وأما دعوى النكاح والبيع، وسائر العقود، فقال الشافعي رحمه الله: لو ادعى أنه نكح امرأة، لم يقبل منه حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدي عدل، فمن الأصحاب من اكتفى في دعوى النكاح بالإطلاق، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل، كما يكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق، وحملوا النص على الاستحباب والتأكيد، وقال أبو علي الطبري: إن ادعى ابتداء النكاح، وجب التفصيل، وإن ادعى دوامه، فلا، لأن الشروط لا تعتبر في الدوام، أخذ عامة الأصحاب بظاهر النص، وأوجبوا التفصيل والتعرض للشروط ابتداء ودوامًا، لأن الفروج يحتاط لها، كالدماء، والوطء المستوفى لا يتدارك، كالدم. وأما الجواب عن المال، فإن كان المدعى نفس المال، فإنما اكتفى بالإطلاق، لأن أسبابه لا تنحصر، فيشق ضبطها، وإن كان عقدًا على مال، كبيع وإجارة وهبة، فثلاثة أوجه أحدها قاله ابن سريج: يشترط التفصيل، وذكر الشروط كالنكاح، والثاني: إن تعلق العقد بجارية، اشترط احتياطًا للبضع، وإلا فلا، والثالث وهو أصحها:، ونقله ابن

كج عن النص: لا يشترط مطلقًا، لأن المقصود المال وهو أخف شأنًا، ولهذا لا يشترط فيها الإشهاد بخلاف النكاح. وأما التعرض في دعوى النكاح، لعدم مانع النكاح، كالردة والعدة والرضاع، فلا يشترط على الصحيح، لأن الأصل عدمها، ولكثرتها، فإن شرطنا التفصيل في النكاح، فيقول: نكحتها بولي وشاهدين. ويشترط وصف الولي والشاهدين بالعدالة على الصحيح، وقياسه وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يشترط تعيين الشاهدين والولي، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يخل عن ولي وشاهدين، ويشترط التعرض لرضى المرأة إن كان رضاها شرطًا، فإن كانت أمة، اشترط التعرض للعجز عن الطول، ولخوف العنت على الأصح، وإن شرطنا التفصيل في دعوى البيع، قالوا: يقول: تعاقدنا بثمن معلوم ونحن جائزا التصرف، وتفرقنا عن تراض، ويشترط في الشهادة على النكاح التفصيل إن قلنا باشتراطه في دعوى النكاح، وفي فتاوى القفال أنه يشترط أن يقولوا بعد تفصيل النكاح: ولا نعلم أنه فارقها، أو وهي اليوم زوجته، والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق على المذهب، لأنها لا تقر إلا عن تحقق، وقيل: في اشتراط التفصيل فيه الخلاف في الدعوى والشهادة، وهو ضعيف. ولو شهدوا على إقرارها، لم يشترط أن يقولوا: ولا نعلم أنه فارقها، ولتكن الشهادة على البيع والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ما ذكرنا في النكاح، ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح والبيع المدعيين بالصحة وجهين: وبالاشتراط أجاب الغزالي في «الوجيز» وقال في «الوسيط»: الوجه القطع باشتراطه في النكاح، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على أنه لا يشترط تفصيل الشرائط، وإيراد الهروي يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيل ليتضمن ذكر الصحة نفي المانع.

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة، وتارة على وليها المجبر، كما سبق في مسألة تزويج الوليين المرأة بشخص، وسبق هناك أن الأئمة قالوا: لو ادعى كل واحد من الزوجين سبق نكاحه، وعلم المرأة به، بني على أن إقرارها به هل يقبل؟ إن قلنا: لا، فلا تسمع دعواهما عليها، وإن قلنا: نعم وهو الأظهر سمعت، وهذا يقتضي كون سماع دعوى النكاح عليها أبدًا فيه هذا الخلاف، فكأنهم لم يذكروه هنا إقتصارًا على الأظهر.

المسألة السادسة: دعوى المرأة النكاح إن اقترن بها حق من حقوق النكاح، كصداق ونفقة، وقسم وميراث بعد موته، سمعت، وإن تمحضت دعوى الزوجية، سمعت أيضًا على الأصح، فان سمعت، نظر، إن سكت المدعى عليه، وأصر على السكوت، أقامت البينة عليه، وإن أنكر، فهل يكون إنكاره طلاقًا؟ وجهان:

أصحهما: لا، فإن قلنا: هو طلاق، سقط في ما ادعته، ولها أن تنكح زوجًا غيره، ولو رجع عن الإنكار، وقال: غلطت في الإنكار، لم يقبل رجوعه، وإن قلنا: ليس إنكاره طلاقًا، فإنكاره كسكوته، فيقيم البينة عليه، وإن رجع. قبلنا رجوعه، وسلمنا الزوجة إليه، وإن لم تكن بينة، وحلف الرجل، فلا شيء عليه، وله أن ينكح أختها وأربعًا سواها، وليس لها أن تنكح زوجًا غيره إذا لم نجعل الإنكار طلاقًا. وإن اندفع النكاح ظاهرًا حتى يطلقها أو يموت. قال البغوي: أو يفسخ بإعساره، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكنًا من الفسخ وليكن هذا مفرعًا على أن لها أن تفسخ بنفسها أما إذا أحوجناها إلى الرفع إلى القاضي، فما لم يظهر له النكاح كيف يفسخ أو يأذن في الفسخ، وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول: إن كنت نكحتها، فهي طالق، ليحل لها النكاح، وإن نكل الرجل، حلفت هي، واستحقت المهر والنفقة.

فرع: امرأة تحت رجل ادعى آخر أنها زوجته، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل، لأن الحرة لا تدخل تحت اليد، فلو أقام كل واحد منهما بينة، لم يقدم بينة من هي تحته. بل هي كاثنين أقام كل واحد منهما بينة على نكاح خلية، فينظر إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد، أو مطلقتين، فقد تعارضتا ولا يجيء قولا القسمة والقرعة، وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين، قدمت البينة التي سبق تاريخها بخلاف ما لو كان هذا التعارض في مال، فإن في الترجيح بالسبق قولين، لأن الانتقال في الأموال غالب دون النكاح، ولو قامت بينة أحدهما على النكاح، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح، فبينة النكاح أولى، كما لو شهدت بينة واحد بأنه غصب منه كذا، وبينة الآخر بأنه أقر له به، ولو أقرت لأحدهما، فعلى ما ذكرنا إذا زوجها وليان لشخصين، وادعى كل واحد سبق نكاحه.

فرع: ادعت ذات ولد أنها منكوحته، وأن الولد منه، وسمعنا دعوى النكاح منها، فإن أنكر النكاح والنسب، فالقول قوله بيمينه، وإن قال: هذا ولدي من غيرها، أو هذا ولدي، لم يكن مقرًا بالنكاح، وإن قال: هو ولدي منها، وجب المهر، وإن أقر بالنكاح، فعليه النفقة والمهر والكسوة، فإن قال: كان نكاح تفويض، فلها المطالبة بالفرض إن لم يجر دخول، وإن جرى، فقد وجب المهر بالدخول، فلا معنى لإنكاره.

المسألة السابعة: ادعى رق بالغ، فقال البالغ: أنا حر الأصل، فالقول قوله، وعلى المدعي البينة، وسواء كان المدعي استخدمه قبل الإنكار، وتسلط عليه، أم لا، وسواء جرى عليه البيع مرارًا، وتداوله الأيدي أم لا، فإن كان اشتراه من غيره،

وحلف على نفي الرق، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن؟ فيه كلام سنذكره إن شاء الله تعالى في المسألة الرابعة من الباب الثاني. فإن قال البالغ لمن هو في يده: إنك أعتقتني أو أعتقني من باعني لك، طولب بالبينة، ولو ادعى رق صغير، فإن لم يكن في يده، لم يصدق إلا ببينة، وإن كان في يده، نظر إن استندت إلى النقاط، فكذلك على الأظهر، وفي قول: تقبل، ويحكم له بالرق، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط، صدق وحكم له، كما لو ادعى الملك في دابة أو ثوب في يده، فلو كان مميزًا فأنكر، فالأصح أنه يحكم له برقه، ولا أثر لإنكاره، والثاني: أنه كالبالغ، وإذا حكمنا له برقه في الصغير، فبلغ، وأنكر الرق، فالأصح استمرار الرق حتى تقوم بينة بخلافه، والثاني: يصدق منكر الرق إلا أن تقوم به بينة، ولا فرق في جريان الوجهين بين أن يدعي في الصغير ملكه ويستخدمه، ثم يبلغ وينكر، وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ، ثم يدعي ملكه، وينكر المستخدم واليد على البالغ المسترق، وإن لم يغن عن البينة عند إنكاره، فهي غير ساقطة بالكلية، بل يجوز اعتمادها في الشراء إن سكت المسترق اكتفاء بأن الظاهر أن الحر لا يسترق، وقال الشيخ أبو محمد: لا يجوز شراؤه مع سكوته، كما لا يجوز مع إنكاره الرق، بل يسأل، فإن أقر، اشتري.

المسألة الثامنة: في سماع الدعوى بدين مؤجل أوجه: أصحها: لا، إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال، والثاني: نعم، والثالث: تسمع إن كان له نية، ليستحل فيأمن غيبتها وموتها، وإلا فلا، أو في دعوى الأمة الاستيلاد والرقيق التدبير، وتعليق العتق بالصفة طريقان أحدهما: تقبل، لأنها حقوق ناجزة، والثاني: على الخلاف في الدين المؤجل الاستيلاد أولاهما بالقبول، وهذا المذكور في التدبير إذا لم نجوز الرجوع عنه بالقبول، فإن جوزناه، فإنكاره رجوع يبطل مقصود المدعي.

فرع: ادعي عليه دين مؤجل قبل المحل، فله أن يقول في الجواب: لا يلزمني دفع شيء إليك الآن، ويحلف عليه، وهل له أن يقول: لا شيء علي مطلقًا، قال القفال: فيه وجهان بناء على أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب؟ وفيه وجهان:

المسألة التاسعة: سلم ثوبًا أو غيره إلى دلال ليبيعه، فجحده، وشك في بقاء الثوب، فلا يدري أيطالب بالعين، أم بالقيمة، فقد سبق في أواخر باب القضاء على الغائب وجهان: أصحهما: له أن يدعي على الشك، فيقول: لي عنده كذا، فإن بقي، فعليه رده، وإلا فقيمته أو مثله، والثاني: يشترط في الدعوى الجزم، فيفرد

لكل واحد من المطالبة دعوى برأسها، فإن قلنا بالأول، فأنكر المدعى عليه ولا بينة، حلف على نفي الجميع، وإن نكل، وردت اليمين على المدعي، فهل يحلف على التردد، كما لو ادعى على التردد، أم يشترط التعيين؟ وجهان: وإن قلنا: يفرد لكل مطلب دعوى، فادعى ما رآه أقرب، ونكل الخصم، فنكوله يؤكد ظن المدعي بكذبه، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك؟ وجهان: أصحهما: نعم استدلالًا بنكوله على كذبه، كما يستدل بخط أبيه، وأجري الوجهان فيما إذا أنكر المودع التلف، وتأكد ظنه بنكول المودع هل يحلف اليمين المردودة، وفي فتاوى القفال، أنه ادعى عليه ثوبًا، فقال: كان في يدي وهلك، فأغرم لك القيمة، فقال المدعي للحاكم: قد أقر بالثوب، فحلفه أنه لا يلزمه تسليمه إلي، حلفه، فإن حلف، قنع منه بالقيمة، وإن نكل وحلف المدعي على بقاء الثوب طولب بالعين.

فصل: في جواب الدعوى: جواب المدعى عليه إقرار، أو إنكار، فإن سكت، وأصر على السكوت، جعل كالمنكر الناكل، فترد اليمين على المدعي، فهو كالإنكار. والكلام في الإقرار وصيغته على ما سبق في كتاب الإقرار، وقول المدعى عليه: لي عن دعواك مخرج، ليس بإقرار، لاحتمال الخروج بالإنكار، وكذا قوله: لفلان علي أكثر مما لك، ليس بإقرار للمخاطب بما دعاه، لاحتمال إرادة الاستهزاء. قال القاضي أبو سعد: وكذا لو قال: لك علي أكثر مما ادعيت، لم يكن إقرارًا لاحتمال أن يريد. لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت، وكما لا يكون قوله: لفلان علي أكثر مما لك إقرار للمخاطب، لا يكون إقرارًا لفلان أيضًا، لاحتمال أن يريد بالحق الحرمة. فلو قال: لفلان عليّ مال أكثر مما ادعيت، فهذا إقرار لفلان، إلا أنه يقبل تفسيره بما دونه في القدر تنزيلًا على كثرة التركة أو الرغبة، كما سبق في الإقرار. ولو قال: الحق أحق أن يؤدى، فليس بإقرار، لأن المعنى حيث يكون حقًا فأما أنا فبريء.

فصل: في مسائل الباب هي ست:

المسألة الأولى: ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني العشرة، فليس بجواب تام، بل التام أن يضيف إليه ولا شيء منها، أو ولا بعضها، وكذا يحلف إن حلف، لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها، فاشترط مطابقة الإنكار واليمين دعواه، وقال القاضي حسين: لا يكلف في الإنكار أن يقول: ولا شيء منها، وإنما يكلف ذلك في اليمين، والصحيح الأول، وإذا حلفه القاضي على أنه لا يلزمه العشرة، ولا شيء منها، فحلف على نفي العشرة، واقتصر عليه، لم تلزمه العشرة بتمامها، لكنه ناكل عما دون العشرة، فللمدعي أن يحلف على استحقاق ما دونها بقليل، ويأخذه،

ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين، وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة، قال البغوي: إن عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها، فله أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وحدها، لم يكن له الحلف على بعضها، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه، وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى، فذلك إذا لم يسنده إلى عقد، فإن أسنده، بأن قالت المرأة: نكحني بخمسين وطالبته به، ونكل الزوج، لم يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين، لأنه يناقض ما ادعته أولًا. وإذا ادعى أن الدار التي في يدك ملكي يلزمك تسليمها إلي، فإذا أنكر المدعى عليه، يحلف أنها ليست ملكًا له، ولا شيء منها، ولو ادعى أنه باعه إياها، كفاه أن يحلف أنه لم يبعها.

المسألة الثانية: إذا ادعى مالًا وأسنده إلى جهة بأن قال: أقرضتك كذا، وطالبه ببدله، أو قال: غصبت عبدي، فتلف عندك، فعليك كذا ضمانًا، أو مزقت ثوبي، فعليك كذا أرشًا، أو اشتريت منك كذا، وأقبضتك ثمنه، أو اشتريت مني كذا، فعليك ثمنه، وطالبه بالمدعى، فليس على المدعى عليه أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة، بل يكفيه أن يقول: لا يستحق علي شيئًا، ولا يلزمني تسليم شيء إليك، وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة: لا شفعة لك عندي، أو لا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك، لأن المدعي قد يكون صادقًا في الإقراض والغصب وغيرهما، ويعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة، فلو نفى الإقراض ونحوه كان كاذبًا، وإن اعترف به، وادعى المسقط طولب بالبينة، وقد يعجز عنها، فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق، ولو قالت المرأة: طلقتني، فقال: أنت زوجتي، كفاه وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وأفضى الأمر الى الحلف، حلف على ما أجاب، ولم يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة، ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق، جاز، ذكره البغوي. ولو تعرض في الجواب للجهة، فقال: ما بايعتك، أو ما أقرضتني، أو ما مزقت، فالجواب صحيح، إن حلف على وفق الجواب، فذاك، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لا يلزمه شيء، فهل يمكن، كما لو أجاب كذلك، أم لا ليطابق اليمين الإنكار؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وهو المنصوص. ولو كان في يده مرهون، أو مستأجر، وادعاه مالكه، كفاه أن يقول: لا يلزمني تسليمه، ولا يجب التعرض للملك، فإن أقام المدعي بينة بالملك، نقل في «الوسيط» عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه، واعترض عليه بأنه قد يصدق الشهود، ولا يجب التسليم لإجارة أو رهن، ولو

اعترف بالملك، وادعى رهنًا أو إجارة، وكذبه المدعي، فمن المصدق منهما؟ وجهان سبقا في باب اختلاف المتراهنين، فإن صدقه صاحب اليد فذاك، وإن صدق المالك ـ وهو الصحيح ـ احتاج مدعي الرهن أو الإجارة إلى البينة، فإن لم توافقه بينة، وخاف جحود الراهن لو اعترف له بالملك، فما حيلته؟ وجهان: قال القفال: حيلته تفصيل الجواب، فيقول: إن ادعيت ملكًا مطلقًا فلا يلزمني التسليم، وإن ادعيت مرهونًا عندي، فاذكره لأجيب، وقال القاضي حسين: لا يقبل الجواب المردد، بل حيلته أن يجحد ملكه إن جحد صاحبه الدين والرهن، وعلى عكسه لو ادعى المرتهن، وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين، فعلى الوجه الأول يفصل، فيقول: إن ادعيت ألفًا لي عندك به كذا رهنًا فحتى أجيب، وإن ادعيت ألفًا، فلا يلزمني. وعلى الثاني صارت العين مضمونة عليه بالجحود، فلمن عليه الدين أن يجحده، ويجعل هذا بذاك، ويشترط التساوي، والوجه الأول أصح، وبه قطع الفوراني، وذكر أن المدعى عليه يفصل الجواب أبدًا، ولا يكون ذلك إقرارًا بشيء مثل أن يدعي عليه ألفًا، فيقول: إن ادعيت عن ثمن كذا فحتى أجيب، وإن ادعيت عن جهة أخرى، فلا يلزمني.

فرع: ادعت على رجل ألفًا صداقًا يكفيه أن يقول: لا يلزمني تسليم شيء إليها، قيل للقفال: هل للقاضي أن يقول: هل هي زوجتك؟ فقال: ما للقاضي ولهذا السؤال؟ لكن لو سأل، فقال: نعم، قضى عليه بمهر المثل إلا أن يقيم البينة أنه نكحها بكذا، فلا يلزمه أكثر منه.

المسألة الثالثة: إذا ادعى عقارًا أو منقولًا على إنسان، وقال المدعى عليه: ليس هو لي، نظر، أيقتصر عليه، أم يضيفه إلى مجهول، أم إلى معلوم؟ فإن اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسميه، فثلاثة أوجه: أحدهما: يسلم المال إلى المدعي، إذ لا مزاحم له، والثاني: تنصرف الخصومة عنه، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق، أخذه، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكه، وأصحهما: لا ينصرف، ولا ينتزع المال من يده، فعلى هذا إن أقر بعد ذلك لمعين، قبل، وانصرفت الخصومة إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه أو يحلفه، وهل يمكن من أن يعود، فيدعيه لنفسه؟ وجهان: ولو قال في الجواب: نصفه لي، ولا أدري لمن النصف الآخر، ففي النصف الآخر الأوجه الثلاثة، أما إذا أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: من تتعذر مخاصمته، وتحليفه بأن قال: هو وقف على الفقراء، أو

على المسجد الفلاني، أو على ابني الطفل، أو هو ملك له، فالذي قطع به الغزالي، والشيخ أبو الفرج أن الخصومة تنصرف عنه، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله، ولا تغني إلا البينة، قال أبو الفرج: وإذا قضى له القاضي بالبينة كتب صورة الحال في السجل، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ، وقال البغوي: إذا قال: هو لابني الطفل، أو وقف عليه، لم تسقط الدعوى، فإن أقام بينة أخذه، وإلا حلف المدعى عليه: أنه لا يلزمه تسليمه إليه إذا كان هو قيم الطفل.

الضرب الثاني: من لا تتعذر مخاصمته وتحليفه، كشخص معين، وهو نوعان: حاضر في البلد، وغائب.

النوع الأول: فالحاضر يراجع، فإن صدق المدعى عليه، انصرفت الخصومة إليه، وإن كذبه، فأربعة أوجه الثلاثة السابقة في الإقرار، ورابعه حكاه ابن الصباغ أنه يقال للمدعى عليه: ادعه لنفسك، فتكون الخصم، أو لمن يصدقك، فيكون هو الخصم، فإن امتنعت، جعلناك ناكلًا، وحلفنا المدعي.

النوع الثاني: الغائب، فإذا أضاف المدعي إلى غائب، ففي انصراف الخصومة عنه أوجه: أصحها: ـ وبه قال الأكثرون ـ ينصرف، والثاني: لا، والثالث: إن قال: ليس لي، وإنما هو لفلان، فلا، فإن قلنا: لا ينصرف، نظر إن لم يكن للمدعى بينة، فله تحليف المدعى عليه على أنه لا يلزمه تسليمه إليه، فإن نكل حلف المدعي، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب، وصدق المقر، رد المال عليه بلا حجة، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، ثم يستأنف المدعي الخصومة معه، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر، أخذ المال من يده أيضًا، وهل هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة معه، أم على الغائب، لأن المال بمقتضى الإقرار له؟ وجهان: أصحهما: الأول، ولا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمين، ويثبت القاضي في السجل أنه قضي له بالبينة بعد ما أقر المدعى عليه أنه لفلان الغائب، ليكون الغائب على حجته، وإذا عاد، وأقام البينة، قضى له لترجح جانبه باليد، وإن لم يقمها، أقر المال في يد المدعي، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجل أن الغائب قدم، ولم يأت ببينة، أجابه إليه، وإن قلنا: تنصرف الخصومة عنه، فإن لم يكن للمدعي بينة، وقف الأمر إلى أن يحضر الغائب، وإن كانت له بينة، قضى له بالمال، وهل هو قضاء على الغائب، ويحتاج معه إلى اليمين، أم على الحاضر الذي تجري الخصومة معه، فلا يحتاج إليها؟ وجهان: رجح العراقيون، والروياني الثاني، ولكن الأول أقوى، وأليق بالوجه المفرع عليه، واختاره الإمام والغزالي، هذا كله إذا لم يقم المدعى عليه بينة أن المال للغائب، فإن أقامها، نظر إن ادعى أنه

وكيل من جهة الغائب، وأثبت الوكالة فبينته على أن المال للغائب مسموعة مرجحة على بينة المدعي. وإن لم يثبت الوكالة، فذكر الإمام والغزالي فيه ثلاثة أوجه: أصحها: لا تسمع بينته، وبه قال الشيخ أبو محمد، لأنه ليس بمالك ولا نائب، فعلى هذا الحكم كما لو لم يقم بينة. والثاني: تسمع، والثالث: إن اقتصرت البينة على أنه لفلان الغائب، لم تسمع، وإن تعرضت مع ذلك لكونه في يد المدعى عليه بعارية، أو غيرها، سمعت، فإن لم يسمعها فادعى لنفسه حقًا لازمًا، كرهن وإجارة، وتعرضت البينة لذلك، ففي السماع وجهان: وإذا سمعنا بينته لصرف اليمين عنه، حكم للمدعي ببينته، فإن رجع الغائب، وأعاد البينة، قدمت بينته، وإن سمعناها لعلقة الإجارة والرهن، فهل تقدم هذه البينة، أم بينة المدعي؟ وجهان: أصحهما: تقديم بينة المدعي، ويكون فائدة بينته صرف اليمين عنه، هذا ما ذكره الإمام، والغزالي، والذي يفتى به ـ وهو المفهوم من كلام الأصحاب ـ أن المدعي إذا أضاف المدعى عليه إلى الغائب خصومة معه، وأخرى مع الغائب، فإذا أقام البينة، انصرفت الخصومة عنه لا محالة، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما لو اقتصر على الإقرار للغائب، وبنوا على انصراف الخصومة عنه أن المدعي لو أقام البينة والحالة هذه، فلا بد له من اليمين مع البينة، والقضاء قضاء على غائب بلا خلاف، وهي بالإضافة إلى الغائب غير مسموعة، فلا يحكم للغائب بالملك بالبينة التي أقامها الحاضر على أنه للغائب فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في رهن الحاضر، وإجارته، فوجهان: أحدهما: تسمع هذه البينة للغائب أيضًا، وترجح بينته على بينة المدعي، لقوتها باليد، وأصحهما: لا تسمع، فعلى هذا تعمل بينة المدعي.

فرع: متى حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه بإقراره لحاضر أو لغائب أو مجهول على وجه، فهل للمدعي تحليفه؟ قولان بناء على أنه لو أقر له بعد إقراره لغيره، هل يغرم القيمة، وفيه خلاف سبق في الإقرار، إن قلنا: نعم، حلفه، فلعله يقر فيغرم القيمة، وإن قلنا: لا، فإن قلنا: النكول ورد اليمين، كالإقرار، لم يحلفه، وإن قلنا: كالبينة حلفه، لأنه قد ينكل، فيحلف المدعي، ويأخذ القيمة، وكأن العين تالفة. وهل يسترد العين من المقر له وفاء بتنزيله منزلة البينة؟ وإذا أوجبنا القيمة، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانيًا، أو بيمين المدعي بعد نكوله، ثم سلمت له العين ببينة، أو يمينه بعد نكول المقر له، لزمه رد القيمة، لأنه أخذها للحيلولة، وقد زالت.

فرع: ادعى أن هذه الدار وقف علي، وقال من هي في يده: هي ملك لفلان، وصدقه المقر له، انتقلت الخصومة إليه، وليس له طلب القيمة من المقر، لأنه يدعي

الوقف، ولا يعتاض عنه، كذا قاله البغوي. وكان لا يبعد طلب القيمة، لأن الوقف يضمن بالقيمة عند الإتلاف والحيلولة في الحال كالإتلاف. ولو رجع الغائب، وكذب المدعى عليه في إقراره، فالحكم كما سبق فيمن أضاف إلى جاحد، فكذبه، ولو أقام المقر له الحاضر، أو الغائب بعد الرجوع بينة على الملك، لم يكن للمدعي تحليف المقر، ليغرمه، لأن الملك استقر بالبينة، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به.

المسألة الرابعة: اشترى ثوبًا وعبدًا من رجل، فادعاه آخر، نظر إن ساعده المشتري، وأقر له بما ادعاه، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه، وإن استحلف، فنكل، فحلف المدعي، وأخذ المال، قال الشيخ أبو علي: ليس له الرجوع بالثمن أيضًا بلا خلاف، لتقصيره بالنكول وحلف المدعي بعد نكوله كإقراره، ويجوز أن يفرض في هذا الخلاف بناء على أنه كالبينة.

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة، وأخذ المال، نظر إن لم يصرح في منازعته للمدعى بأنه كان ملكًا لبائعي، ولا بأنه ملكي بأن قامت البينة ـ وهو ساكت ـ فله الرجوع بالثمن قطعًا، وإن صرح بذلك، فوجهان: أحدهما: لا يرجع، لأن المدعي ظالم باعترافه، وأصحهما: الرجوع مهما قال ذلك على وجه الخصومة، أو اعتمد ظاهر اليد، ثم بان خلاف ذلك بالبينة، ويجري الوجهان فيما لو قال في الابتداء: بعني هذه الدار، فإنها ملكك، ثم قامت بينة بالإستحقاق، ولا يجريان فيما لو كان الموجود مجرد الشراء، وإن كان الشراء إقرارًا للبائع بالملك، وفرقوا بأن ذلك إقرار تضمنه الشراء، فبطل ببطلان المبايعة والإقرار المستقل بخلافه ولو اشترى عبدًا في الظاهر، فقال: أنا حر الأصل، فقد سبق أن القول قوله، وأن على المشتري البينة على رقه، أو على إقراره بالرق له، أو للذي باعه إياه، فإذا حلف حكم بحريته في الظاهر، ثم أطلق ابن الحداد أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن، وفصل أكثرهم، فقالوا: إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق، رجع، وإن صرح، فعلى الوجهين.

فروع: من كلام القاضي أبي سعد الهروي: أقر المشتري للمدعي بالملك، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي، ليرجع بالثمن على البائع، لم يمكن، لأنه يثبت الملك لغيره بلا وكالة ولا نيابة، كيف والمدعي لو أراد إقامة البينة ـ والحالة هذه ـ لم يلتفت إليه لاستغنائه عن البينة بالإقرار، وله تحليف البائع، لأنه ربما أقر، فيرجع عليه، فإن نكل، فهل يحلف المشتري يمين الرد، إن قلنا: النكول واليمين كالإقرار، فنعم، وإن قلنا: كالبينة، فلا. ولو ادعى المسترق المبيع أنه حر الأصل، أو اعترف

به المشتري، ثم أراد المشتري إقامة البينة أنه حر الأصل، مكن، لأن الحرية حق الله تعالى، ولكل أحد إثباتها، وإذا ثبتت، ثبت الرجوع، ولا يكفي في الرجوع بينة بمطلق الحرية، لاحتمال أن المشتري هو الذي أعتقه. ولو أقام المشتري بعد ما أقر للمدعي بينة على إقرار البائع بأن المال للمدعي قبلت، وثبت الرجوع، لأنه إذا بان إقرار البائع من قبل، لغا إقرار المشتري، ولو أقام مدعي الاستحقاق البينة، وأخذ العين، ثم قامت بينة بأن البائع كان اشتراها من هذا المدعي سمعت، يرد الحكم الأول، وتكون العين للمشتري بالمبايعة السابقة.

فصل: جارية في يد رجل ادعى رجل أنها له، فأنكر صاحب اليد، فأقام المدعي بينة، أو حلف بعد نكول المدعى عليه، وحكم له بها فأخذها، فوطئها، ثم قال: كذبت في دعواي ويميني، والجارية لمن كانت في يده، لزمه ردها ومهرها، وأرش نقصها إن نقصت، ولا يقبل قوله: إنها كانت زانية، لأنها تنكر ما يقول. وإن أولدها، ثم كذب نفسه، لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد والاستيلاد، لأن إقراره لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولد والأم مع المهر، وليس له وطؤها بعد ذلك إلا أن يشتريها منه، فإن مات، عتقت وولاؤها موقوف، فإن وافقته الجارية في الرجوع، لم يبطل الاستيلاد على الأصح، ولو أن صاحب اليد أنكر وحلف، وأولد الجارية، ثم عاد، وقال: كنت مبطلًا في الإنكار والجارية المدعي، فالكلام في المهر، وقيمة الولد، والجارية، والاستيلاد على ما سبق في طرف المدعي.

المسألة الخامسة: ما يقبل إقرار العبد فيه، كالحد، والقصاص، فالدعوى فيه يكون على العبد، والجواب بطلب منه، وما لا يقبل إقراره فيه وهو الأرش، وضمان الأموال، فالدعوى فيه تتوجه على السيد، لأن الرقبة التي تتعلق بها حق للسيد، ولو وجهت الدعوى على العبد، فوجهان: أحدهما ـ وهو اختيار الإمام والغزالي ـ المنع، لأن إقراره به غير مقبول، فعلى هذا هل للمدعي تحليفه؟ يبنى على أن الأروش المتعلقة بالرقبة هل تتعلق بالذمة أيضًا؟ وفيه قولان سيأتيان في كتاب العتق إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: نعم، فلا طلبة في الحال، ولا إلزام، وإنما هو شيء يتوقع فيما بعد، كالدين المؤجل، ويجيء الخلاف السابق في سماع الدعوى بالدين المؤجل، فإن سمعناها، فله تحليف العبد، فإن نكل، وحلف المدعي اليمين المردودة، لم يكن له التعلق بالرقبة، لأن اليمين المردودة وإن جعلت كالبينة، فلا تؤثر إلا في حق المتداعيين، والرقبة حق السيد. وقيل: له التعلق بالرقبة إن جعلناها كالبينة، والوجه الثاني وهو المقطوع به في «التهذيب» في باب مداينة العبيد: أن الدعوى مسموعة على العبد إن كان للمدعي بينة، وكذا إن لم تكن بينة، وقلنا:

اليمين المردودة كالبينة، وإن قلنا: كالإقرار فلا، وفي كل واحد من الوجهين إشكال، والمتوجه أن يقال: تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرش في ذمته تفريعًا على الأصلين المذكورين، ولا تسمع الدعوى، والبينة عليه لتعلقه بالرقبة.

المسألة السادسة: من ادعى على رجل عينًا، أو دينًا ولم يحلفه، وطلب كفيلًا منه ليأتي بالبينة، لم يلزمه إعطاء كفيل، وإن اعتاد القضاة خلافه، هذا هو المعروف للأصحاب، وقال بعض المتأخرين: الأمر فيه إلى رأي الحاكم، وإن أقام شاهدين، وطلب كفيلًا إلى أن يعدلا، فالصحيح أنه يطالب به فإن امتنع، حبس لامتناعه لا لثبوت الحق، وقال القفال: لا يلزمه إعطاء الكفيل، لكن للحاكم أن يطالبه إذا رأى اجتهاده إليه، وخاف هربه، وقد سبق في الضمان قول إن كفالة البدن باطلة، وبالله التوفيق.

فصل: في اليمين: فيه أطراف:

الطرف الأول: في نفس الحلف، وصيغ الأيمان مستوفاة في موضعها، والمقصود الآن بيان قاعدتين إحداهما: أن للتغليظ مدخلًا في الأيمان المشروعة في الدعاوى مبالغة في الزجر، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: التغليظ يقع بوجوده، أحدها التغليظ اللفظي، وهو ضربان، أحدهما: التعديد، وهو مخصوص باللعان والقسامة، وواجب فيهما، الثاني: زيادة الأسماء والصفات، بأن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، الرحمٰن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، أو والله الطالب الغالب، المدرك، المهلك، الذي يعلم السر وأخفى، وهذا الضرب مستحب، فلو اقتصر على: «الله» كفى، واستحب الشافعي رحمه الله أن يقرأ على الحالف ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] الآية وأن يحضر المصحف، ويوضع في حجر الحالف، وذكر بعضهم أنه يحلف قائمًا زيادة في التغليظ. والوجه الثاني: التغليظ بالمكان، والثالث: التغليظ بالزمان، وهما مفصلان في كتاب اللعان. وهل التغليظ بالمكان مستحب، أم واجب لا يعتد بالحلف في غيره؟ قولان، أظهرهما: الأول، وقيل: مستحب قطعًا، والتغليظ بالزمان مستحب، وقيل كالمكان، ورأى الإمام طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي، ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان التغليظ بحضور جمع، ولم يذكروه هنا، ويشبه أن يقال: الأيمان المتعلقة بإثبات حد، أو دفعه يكون التغليظ فيها بالجمع، كما هو في اللعان.

ثم التغليظ هل يتوقف على طلب الخصم، أم يغلظ القاضي وإن لم يطلب

الخصم؟ وجهان: أصحهما: الثاني، حكاه ابن كج، ويشبه أن يجريا، سواء قلنا بالاستحباب أو بالإيجاب.

المسألة الثانية: يجري التغليظ في دعوى الدم والنكاح، والطلاق والرجعة، والإيلاء واللعان، والعتق والحد، والولاء والوكالة والوصاية، وكل ما ليس بمال، ولا يقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع، وعيوب النساء، وليس قبول شهادة النساء فيها منفردات لقلة خطرها، بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالبًا، وتوقف الإمام في الوكالة، وأما الأموال فيجري التغليظ في كثيرها وهو نصاب الزكاة عشرون دينارًا أو مائتا درهم، وأما قليلها وهو ما دون ذلك، فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضي التغليظ لجرأة الحالف، فله التغليظ. وعن ابن القطان وجه غريب أن المال الواجب بجناية عمدًا وخطأ يغلظ فيه وإن قل.

المسألة الثالثة: ما جرى فيه التغليظ يستوي فيه يمين المدعى عليه، واليمين المردودة، واليمين مع الشاهد، وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين من أحد الطرفين دون الآخر مثل أن ادعى عبد على سيده عتقًا، أو كتابة فأنكر السيد، فإن بلغت قيمته نصابًا، غلظ عليه، وإلا فلا، فإن نكل، غلظ على العبد بكل حال، والوقف من جانب المدعى عليه لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصابًا، وكذا من جانب المدعي إن أثبتناه بشاهد ويمين، وإن لم نثبته بهما، غلظ كالعتق، وفي وجه ما غلظ من طرف غلظ من الآخر، والصحيح الأول، وإذا ادعى الزوج الخلع على مال، وأنكرته حصلت البينونة بقوله، وتصدق الزوجة في إنكار المال بيمينها، وينظر في التغليظ إلى قلة المال وكثرته، فإن ردت اليمين، وحلف الزوج، فكذلك، لأن مقصوده المال، وإن ادعت هي الخلع، وأنكر، غلظ عليه، لأن مقصوده استدامة النكاح، وإن نكل، فحلفت غلظ، لأن مقصودها الفراق.

المسألة الرابعة: من به مرض أو زمانة، لا يغلظ عليه في المكان لعذره، وكذا الحائض، إذ لا يمكنها اللبث في المسجد، والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم خلاف سبق، فإن أحضرت، فكالرجل في التغليظ، وإن قلنا: لا تحضر، بل يبعث القاضي من يحكم بينها وبين خصمها، فإن اقتضى الحال تحليفها، فهل يغلظ عليها بالمكان، وتكلف حضور الجامع أم لا؟ وجهان: أصحهما: نعم، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومتابعوه والغزالي.

فرع: من توجهت عليه يمين مغلظة، وكان حلف بالطلاق أن لا يحلف يمينًا مغلظة، فإن قلنا: التغليظ واجب، غلظ ويحنث، وإن امتنع، جعل ناكلًا، وإن قلنا: مستحب، لم يغلظ.

عليه إتلاف ثوب قيمته عشرة، فإن قال في الجواب: ما أتلفت، يحلف.

القاعدة الثانية: يشترط كون اليمين مطابقة للإنكار، فإن ادعى كذلك، وإن قال: لا يلزمني شيء، حلف كذلك، ويشترط وقوعها بعد تحليف القاضي، فلو حلف قبله، لم يعتد به، فلو قال الحاكم في تحليفه: قل: بالله، فقال: بالرحمٰن، لم يكن مجيبًا، وكان نكولًا. ولو قال: قل: بالله، فقال: والله، أو تالله، فهل هو نكول كالصورة الأولى أم لا، لأنه حلف بالاسم الذي حلفه به؟ وجهان: ويجريان فيهما لو غلظ عليه باللفظ، فامتنع، واقتصر على قوله: والله، وفيما لو أراد التغليظ بالزمان والمكان فامتنع، فقال القفال في امتناعه من التغليظ اللفظي: الأصح أنه ناكل، لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي، وقطع بعضهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزماني دون اللفظي.

الطرف الثاني: في كيفية الحلف، فإن حلف على فعل نفسه، حلف على البت، سواء كان يثبته أم ينفيه، لأنه يعلم حال نفسه، وإن حلف على فعل غيره، فإن حلف على إثباته، حلف على البت، وإن حلف على نفيه، حلف أنه لا يعلمه، وقد يختصر، فيقال: اليمين على البت إلا إذا حلف على نفي فعل غيره، فإذا ادعي عليه مال، فأنكر حلف على البت، وإن حلف على نفيه، حلف على البت، فإن ادعى إبراء أو قضاء، وأنكر المدعي، حلف على البت، ولو ادعى على وارث على رجل أن لمورثي عليك كذا، فقال المدعى عليه: أبرأني، أو قضيته، حلف المدعي على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه، ولو كان في يده دار، فقال رجل: غصبها مني أبوك أو بائعك، فأنكر، حلف على نفي العلم لغصبه، ولو ادعى رجل وارث الميت دينًا على الميت، لم يكف ذكر الدين ووصفه، بل يذكر مع ذلك موت من عليه، وأنه حصل في يده من التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه، وأن يعلم دينه على مورثه، وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض للعلم، فيقول: غصب مني مورثك كذا، وأنت تعلم أنه غصبه، ثم إذا تعرض لجميع ذلك، فإن أنكر الوارث الدين، حلف على نفي العلم، فإن نكل، حلف المدعي على البت، وإن أنكر موت من عليه، فهل يحلف على نفي العلم، أم على البت، لأن الظاهر اطلاعه عليه، أم يفرق بين تعهده حاضرًا، أم غائبًا؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وإن أنكر حصول التركة عنده، حلف على البت، وإن أنكر الدين، وحصول التركة معًا وأراد أن يحلف على نفي التركة وحده، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة، ونفي العلم بالدين جميعًا، حلف عليهما، لأن له غرضًا في إثبات الدين، فلعله يظفر بوديعة للميت أو دين فيأخذ منه حقه. ولو ادعى على رجل أن عبدك

جنى علي بما يوجب كذا، وأنكر فهل يحلف على نفي العلم أم على البت؟ وجهان:

أصحهما: الثاني، لأن عبده ماله، وفعله كفعله، ولذلك سمعت الدعوى عليه، ولو ادعى أن بهيمتك أتلفت لي زرعًا أو غيره حيث يجب الضمان، فأنكر، حلف على البت، لأنه لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، بل بتقصيره في حفظها وهو أمر يتعلق بالحالف، ولو نصب البائع وكيلا، ليقبض الثمن، ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع، وترك حق الجنس، وأنت تعلم، فهل يحلف على البت، أم على نفي العلم؟ قولان اختيار أبي زيد البت، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

ولو طلب البائع تسليم المبيع، فادعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالم به، فأنكر، حلف على البت، لأنه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، ولو مات عن ابن في الظاهر، فقال آخر: أنا أخوك والميراث بيننا، فأنكر، حلف على البت، لأن الأخوة رابطة بينهما، فهو حالف في نفسه، هكذا ذكر الصورتين ابن القاص، ونازعه آخرون، وقالوا: يحلف على نفي العلم.

فرع: ما حلف فيه على البت لا يشترط لجوازه اليقين، بل يجوز البت بناء على ظن مؤكد يحصل من خطه أو خط أبيه، أو نكول خصمه.

فرع: لو استحلفه القاضي على البت حيث يكون اليمين بنفي العلم، فقد مال عن العدل.

فرع: النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف وعقيدته، وأما النية والتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي لا يغني، ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة، ولو استثنى، أو وصل باللفظ شرطًا بقلبه ونيته أو بلسانه، ولم يسمعه الحاكم، فكذلك، وإن سمعه، عزره، وأعاد اليمين عليه، وإن وصله بكلام، لم يفهمه القاضي منعه منه، وأعاد اليمين عليه، فإن قال: كنت أذكر الله تعالى قيل له: ليس هذا وقته، وأما العقيدة، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجار، والقاضي يرى إثباتها، وأنكر المدعى عليه، فليس له أن يحلف عملًا باعتقاده، بل عليه اتباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي، وهل يلزمه في الباطن؟ وجهان: الصحيح باتفاقهم: نعم، والثاني: لا، وعن صاحب «التقريب» أن القضاء في المجتهد فيه ينفذ في حق المقلد ظاهرًا وباطنًا، ولا ينفذ في حق المجتهد باطنًا، فلو حلفه المجتهد على حسب اجتهاده لم يأثم.

الطرف الثالث: في الحالف، وهو كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة، وقيل:

كل من توجهت عليه دعوى لو أقر لمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر، حلف عليه، وقبل منه، ويستثنى عن هذا الضبط صور، فنذكرها مع ما يدخل فيه ويخرج منه:

إحداها: يجزىء التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والفيأة، وفي الإيلاء، وفي العتق والاستيلاد، والولاء، والنسب، ولا تسمع دعوى في حدود الله تعالى، ولا بطلب الجواب، لأنها ليست حقًا للمدعي، فإن تعلق به حق آدمي، بأن قذفه، فطلب حد القذف، فقال القاذف: حلفوه إنه لم يزن فالأصح أنه يحلف، كما سبق في المسألة الثالثة من الباب الأول، فإن حلف، أقيم على القاذف، وإن نكل، وحلف القاذف، سقط حد القذف، ولا يثبت بحلفه حد الزنى على المقذوف. ولو ادعى سرقة ماله، سمعت دعواه للمال، وحلف المدعى عليه، فإن نكل، حلف المدعي، واستحق المال، ولا يقطع المدعى عليه، لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة، وإذا أقر بما يوجب حدًا، وادعى شبهة بأن وطىء جارية أبيه، وقال: ظننتها تحل لي، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله، حلف وسقط بحلفه الحد، ولزم المهر، وتسمع الدعوى. ويجري التحليف في القصاص وحد القذف، وكذا في الشتم، والضرب الموجبين للتعزير.

الثانية: ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم، أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط، أو ادعى عليه ما يسقط شهادته، لم يحلفا، لارتفاع منصبهما عن التحليف، وقد سبق هذا في الباب الأول، وفي أول أدب القضاء، ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضائه عليه ظلمًا، وأنكر، فقد سبق وجهان في أنه يحلف أم يصدق بلا يمين وهو الأصح، هذا في دعوى تتعلق بالحكم، وأما ما لا يتعلق بالحكم، كدعوى مال وغيره، فهو كسائر الناس في الخصومات الشرعية يحكم فيها بينه وبين المدعي خليفته، أو قاض آخر.

الثالثة: الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان، صدق بلا يمين، كما سبق في الإقرار، ومن ادعى عليه بشيء، فقال: أنا صبي بعد وهو محتمل، لم يحلف، وتوقف الخصومة حتى يبلغ، وإن وقع في السبي من أنبت، وقال: استنبت الشعر بالعلاج، وأنا غير بالغ، بني على القولين السابقين في الحجر أن إنبات العانة نفس البلوغ أم علامته، إن قلنا بالأول، فلا حاصل لكلامه، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر فالمنصوص المعروف في المذهب أنه يحلف وهو مشكل من جهة أنه يدعي الصبى، وتحليف من يدعى الصبي لا وجه له، كما سبق في الإقرار، فقال ابن القطان والقفال: هذا التحليف احتياط واستظهار، ومقتضى كلام الجمهور أنه واجب، وصرح به الروياني، ونفى الخلاف فيه، واعتمدوا في تحليفه الإنبات،

وقالوا: كيف نترك الدليل الظاهر بزعم مجرد؟ فإذا حلف، ألحق بالصبيان، وحقن دمه، وإن نكل، فالمنصوص أنه يقتل، والثاني: يخلى، والثالث: يحبس حتى يحلف أو يقر، والرابع: يحبس حتى يتحقق بلوغه، ثم يحلف على ما ادعاه من الاستعجال، فإن لم يحلف قتلناه.

الرابعة: ادعى رجل دينًا على ميت، أو أنه أوصى له بشيء، وللميت وصي في قضاء دينه، وتنفيذ وصاياه، فأنكر، فإن كان للمدعي بينة، حكم بها، وإن لم يكن وأراد تحليف الوصي على نفي العلم، لم يمكن، لأن مقصود التحليف أن يقر، والوصي لا يقبل إقراره بالدين والوصية، فلا معنى لتحليفه، فلو كان وارثًا، حلف بحق الوراثة وقَيِّمُ القاضي كالوصي.

فرع: على إنسان حق لرجل، فطلبه به رجل، وزعم أنه وكيل المستحق، ولم يقم بينة، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة، لم يكن له، لأنه لو اعترف بالوكالة، لم يلزمه تسليم الحق، هذا هو المذهب، وسبق في الوكالة وجه أنه يلزمه التسليم، وعلى هذا له تحليفه، وان له تحليفه، وإن لم يلزمه التسليم باعترافه إذا قلنا: اليمين المردودة كالبينة.

فرع: هل للوكيل بالخصومة إقامة بينة على وكالته من غير حضور الخصم؟ وجهان: حكاهما الإمام عن القاضي حسين اشتراطه، وغيره منعه، وقد سبق في الوكالة أن الإمام حكى عن القاضي حسين أنه إذا كان الخصم غائبًا، نصب الحاكم مسخرًا عنه، كان المراد هنا إذا كان حاضرًا في البلد، وهناك إذا كان غائبًا، والأصح سماع البينة من غير حاجة إلى حضوره، ولا إلى نصب مسخر، ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم، استغنى عن حجة يقيمها إن كان الخصم حاضرًا فإن لم يكن، فيبنى على أن القاضي هل يقضي بعلمه؟

الطرف الرابع: فائدة اليمين وحكمها، وهو انقطاع الخصومة، والمطالبة في الحال، لا سقوط الحق وبراءة الذمة، فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه، سمعت، وقضى بها، وكذا لو ردت اليمين على المدعي، فنكل، ثم أقام بينة، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة، فإن كان قال حينئذٍ: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، فهذه الصورة ذكرناها في الطرف الثاني من الباب الثاني من أدب القضاء مضمومة، إلى ما لو اقتصر على قوله: لا بينة لي، وفيهما خلاف، والأصح السماع أيضًا، وذكرنا هناك أنه لو قال: لا بينة لي حاضرة، ثم أقام بينة سمعت، فلعلها حضرت، وأنه لو قال: لي بينة ولا أقيمها، بل أردت يمينه، أجابه القاضي، وحلف المدعى عليه، هذا هو الأصح. وفي فتاوى القفال أنه لا يجيبه، بل يقول: أحضر البينة.

فرع: أقام المدعي بدعواه شهودًا، ثم قال: كذب شهودي، أو شهدوا مبطلين، فلا شك في سقوط بينته، وامتناع الحكم، وفي بطلان دعواه وجهان: أحدهما: يبطل، كما لو كذب نفسه، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى، وأصحهما: لا، لاحتمال كونه محقًا في دعواه والشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يعلمون، وفي مثل هذا قال الله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ لَكَٰذِبُونَ﴾ [المنافقين: ١] وبني على الوجهين ما لو أقام المدعي شهودًا، فزعم المدعى عليه أن المدعي أقر بأن شهوده كذبة، وأقام عليه شاهدًا، وأراد أن يحلف معه هل يمكن، ويحكم بشاهده ويمينه، إن قلنا: هذا الإقرار لا يبطل أصل الدعوى، فلا، لأن المقصود حينئذٍ الطعن في الشهود، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها، وجرح الشهود، والطعن فيهم لا يثبت بشاهد ويمين، وإن كانت الشهادة بمال، وإن قلنا: يبطلها، مكن، لأن المقصود حينئذٍ إسقاط الدعوى بالمال، فهو كادعاء الإبراء بشاهد ويمين.

فروع: في فتاوى القفال وغيره: أقام شاهدين في حادثة، وكانا استباعا الدار منه، بطلت شهادتهما، ولو أقام شاهدين بأن هذه الدار ملكه، وأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعي قالا: لا شهادة لنا في ذلك سألهما الحاكم متى قال ذلك شاهدي المدعي؟ فإن قالا: قالاه أمس، أو من شهر، لم تندفع شهادتهما بذلك، لأنهما قد لا يكونان شاهدين، ثم يصيران. وإن قالا: قالا حين تصديا لإقامة الشهادة، اندفعت شهادتهما. ولو أقام المشهود عليه بشاهدين أن المدعي، أقر بأن شاهديه شربا الخمر وقت كذا، فإن طالت المدة بينه وبين أداء الشهادة، لم يقتض ذلك رد الشهادة، وإن قصرت، ردت شهادتهما، وإن شهدا أنه أقر بأنهما شربا الخمر من غير تعيين وقت، سئل المدعي عن وقته، وحكم بما يقتضيه تعيينه، ولو أقام المدعي بينة، ثم قال للقاضي: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، بطلت بينته، لأنه كالمعترف بأنها مما لا يجوز الحكم بها.

فصل: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه عند الحاكم، فقال للحاكم: قد حلفني مرة على هذا بطلبه، فليس له تحليفي، فإن حفظ القاضي ما قاله، لم يحلفه ومنع المدعي مما طلب، وإن لم يحفظه، حلفه، ولا ينفعه إقامة البينة عليه، لما سبق أن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه، وإلا فلا يعتمد بينة، وعن ابن القاص جواز سماع البينة فيه، حكاه الهروي ومقتضاه الطرد في كل باب، وإن قال: حلفني عند قاض آخر وأطلق، وأراد تحليفه على ذلك، فوجهان: قال ابن القاص بالمنع، إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه، وهكذا فيدور الأمر، ولا

ينفصل، وأصحهما: وبه قطع البغوي وغيره يمكن منه، لأنه محتمل غير مستبعد، ولا يسمع مثل ذلك من المدعي، لئلا يتسلسل، فعلى هذا إن كانت له بينة أقامها وتخلص عن الخصومة، وإن استمهل ليقيم، فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثة أيام، وعن القاضي حسين أنه لا يمهل أكثر من يوم، وإن لم يكن بينة، حلف المدعي أنه ما حلفه، ثم يطلب المال، فإن نكل، حلف المدعى عليه، وسقطت الدعوى. فلو أراد أن يحلف يمين الأصل لا يمين التحليف المردودة عليه، قال البغوي: ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى، لأنها الآن في دعوى أخرى. ولو قال المدعي في جواب المدعى عليه: حلفني مرة على أني ما حلفته، وأراد تحليفه، لم يجب، لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى، ولو ادعى مالًا على رجل، فأنكر وحلف، ثم قال المدعي بعد أيام: حلفت يومئذ، لأنك كنت معسرًا لا يلزمك تسليم شيء إلي وقد أيسرت الآن، فهل يسمع لإمكانه، أم لا لئلا يتسلسل؟ وجهان.

فرع: إنما يحلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه، فإن لم يطلب، ولم يقلع عن المخاصمة، لم يحلفه القاضي، ولو حلف لم يعتد بتلك اليمين، وقال القفال الشاشي: لا يتوقف التحليف على طلبه، والصحيح الأول، ولو امتنع من تحليفه بالدعوى السابقة، جاز، لأنه لم يسقط حقه من اليمين، فإن قال: أبرأتك عن اليمين، سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه.

فصل: في النكول: إذا أنكر المدعى عليه، واستحلف، فنكل عن اليمين، لم يقض عليه بالنكول، بل ترد على المدعي، فإن حلف قضى له، فإن لم يعرف المدعي، تحول اليمين إليه بنكول المدعى عليه عرف القاضي، وبين أنه إن حلف استحق، وإنما يحصل النكول بأن يعرض القاضي اليمين عليه، فيمتنع، وفسر العرض بأن يقول: قل والله، والامتناع بأن يقول: لا أحلف، أو أنا ناكل، قال الإمام: قوله: قل: والله ليس أمرًا جازمًا، وإنما المراد بيان وقت اليمين المعتمد بها على المدعي، ولو قال: أتحلف بالله، وقال: لا، فليس بنكول، ولو بدر حين سمع هذه الكلمة وحلف، لم يعتد بيمينه، لأنه استنجاز لا استحلاف. ولو قال له: احلف، فقال: لا أحلف، قال البغوي: ليس بنكول، وقال الإمام: نكول وهو أوضح، ولا فرق بين قوله: قل: بالله، وقوله: أحلف بالله، ولو استحلف، فلم يحلف، ولا تلفظ بأنه ناكل أو ممتنع، فسكوته نكول، كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء يجعل كالإنكار، ثم ذكر الإمام وغيره أنه إن صرح بالنكول، لم يشترط حكم القاضي بأنه ناكل، وإن سكت حكم القاضي بأنه ناكل ليرتب عليه رد اليمين، وقول القاضي للمدعي: احلف نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدعى عليه ناكل،

وإنما يحكم بأنه ناكل بالسكوت إذا لم يظهر كون السكوت لدهشة وغباوة ونحوهما، ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول، ولو تفرس فيه سلامة جانب، شرح له حكم النكول، وإن لم يشرح، وحكم بأنه ناكل، وقال المدعى عليه: لم أعرف النكول، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام أصحهما: النفوذ. وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل أن ينكل، ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود، فيحلف، نظر إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل، أو قال للمدعي: احلف، لم يكن له الحلف، وإن أقبل عليه ليحلفه، ولم يقبل بعد ما حلف، فهل هو كما لو قال: احلف؟ وجهان: وإن لم يجر شيء من ذلك، فله الحلف حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل، وقبل أن يعرض اليمين على المدعي، لم يكن للمدعى أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد، هكذا أطلق البغوي وغيره، ومقتضاه التسوية بين التصريح بالنكول، وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بالنكول، أو بعد عرض اليمين على المدعي، وفي التصريح احتمال، وحيث منعناه العود إلى الحلف، فذلك إذا لم يرض به المدعي، فإن رضي، فله العود إليه على الأصح، لأن الحق لا يعدوهما، فلو رضي بأن يحلف المدعى عليه والحالة هذه، فلم يحلف، لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين، الرد، لأنه أبطل حقه برضاه بيمين المدعى عليه.

فرع: نقل الروياني أن قول القاضي للمدعي: أتحلف أنت؟ كقوله: احلف حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك، قال: وعندي فيه نظر.

فصل: المدعي إذا ردت اليمين عليه قد يحلف، وقد يمتنع، فإن حلف، استحق المدعى، وهل يمينه بعد نكول المدعى عليه كالبينة، أم كإقرار المدعى عليه؟ فيه قولان، أظهرهما الثاني، ويتفرع عليهما مسائل كثيرة مذكورة في مواضعها. ومنها أن المدعى عليه لو أقام بينة بالأداء، أو الإبراء بعد ما حلف المدعي، فإن قلنا: يمينه كالبينة، سمعت بينة المدعى عليه، وإن قلنا: كالإقرار، فلا، لكونه مكذبًا للبينة بالإقرار، وهل يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة، أم لا بد من حكم الحاكم بالحق؟ وجهان: حكاهما الهروي، الأرجح الأول، أما إذا امتنع المدعي من الحلف، فيسأله القاضي عن امتناعه، فإن لم يتعلل بشيء أو قال: لا أريد الحلف، فهذا نكول يسقط حقه من اليمين، وليس له مطالبة الخصم وملازمته، وهل يتمكن من استئناف الدعوى، وتحليفه في مجلس آخر، فإن نكل، حلف المدعي، أم لا يتمكن من ذلك، ولا ينفعه بعده إلا البينة؟ وجهان: الذي ذكره

العراقيون، والهروي، والروياني الأول، وبالثاني قال الإمام والغزالي والبغوي، وهو أحسن وأصح، لئلا تتكرر دعواه في القضية الواحدة، وإن ذكر المدعي لامتناعه سببًا، فقال: أريد أن آتي بالبينة أو أسأل الفقهاء، أو أنظر في الحساب، ترك ولم يبطل حقه من اليمين وهل تقدر مدة الإمهال بثلاثة أيام؟ وجهان: أصحهما: نعم، لئلا تطول مدافعته، والثاني: لا تقدير، لأن اليمين حقه، فله تأخيره إلى أن يشاء كالبينة. ولم يذكر الشافعي رحمه الله فيما إذا امتنع المدعى عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه، فقال ابن القاص: قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل المدعى عليه عن سبب امتناعه أيضًا، وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق فارقين بأن امتناع المدعي عليه أثبت للمدعي حق الحلف، والحكم بيمينه، فلا يؤخر حقه بالسؤال، وامتناع المدعي لا يثبت حقًا لغيره، فلا يضر السؤال. ولو قال المدعى عليه حين استحلف: أمهلوني لأنظر في الحساب، أو أسأل الفقهاء، فهل يمهل ثلاثة أيام، أم لا يمهل شيئًا إلا برضى المدعي؟ وجهان: أصحهما: وأشهرهما الثاني، لأنه مقهور محمول على الإقرار، أو اليمين بخلاف المدعي، فإنه مختار في طلب حقه وتأخيره، ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب لينظر في الحساب، وذكر الهروي أنه ينظر إلى آخر المجلس إن شاء. ولو علل المدعي امتناعه بعذر كما ذكرنا، ثم عاد بعد مدة ليحلف، مكن منه، وإن لم يتذكر القاضي نكول خصمه، أثبته بالبينة، وكذا لو أثبت عند قاض آخر نكول خصمه له أن يحلف، وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي، ثم حضر الموكل له أن يحلف، ولا يحتاج إلى استئناف دعوى، ولو أقام المدعي شاهدًا ليحلف معه، فلم يحلف، فهو كما لو ارتدت اليمين، إليه، فلم يحلف، فإن علل امتناعه بعذر، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبدًا، أم لا يزاد على ثلاثة أيام؟ وإن لم يعلل بشيء، أو صرح بالنكول، فقد ذكر الغزالي والبغوي أنه يبطل حقه من الحلف، وليس له العود إليه، واستمر العراقيون على ما ذكروه هناك، قال الأصحاب: لو امتنع من الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم، انقلبت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود ويحلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر، وأقام الشاهد، فله أن يحلف معه، وعلى الأول لا ينفعه إلا بينة كاملة.

فصل: ما ذكرناه من أنه يرد اليمين على المدعي، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول هو الأصل المقرر في المذهب، لكن قد يتعذر رد اليمين، وحينئذٍ من الأصحاب من يقول بالقضاء بالنكول، وبيانه بصور:

إحداها: طولب صاحب المال بالزكاة، فقال: بادلت بالنصاب في أثناء

الحول، أو دفعت الزكاة الى ساع آخر، أو غلط الخارص في الخرص، أو أصاب الثمر جائحة، واتهمه الساعي، فيحلف على ما يدعيه إيجابًا أو استحبابًا على الخلاف السابق في كتاب الزكاة، فإن نكل، لم يطالب بشيء إن قلنا بالاستحباب، وإن قلنا بالإيجاب، فإن انحصر المستحقون في البلد، وقلنا بامتناع النقل، ردت اليمين عليهم، وإلا فيتعذر الرد على الساعي والسلطان، وفيما يفعل أوجه: أحدها: لا يطالب بشيء إذا لم تقم عليه حجة، والثاني: يحبس حتى يقر، فيؤخذ منه، أو يحلف، فيترك، والثالث إن كان صاحب المال على صورة المدعي بأن قال: أديت في بلد آخر، أو إلى ساع آخر، أخذت منه الزكاة، وإن كان على صورة المدعى عليه بأن قال: ما تم حولي أو الذي في يدي لفلان المكاتب، لم يؤخذ منه. والرابع ـ وهو الأصح الأشهر ـ يؤخذ منه الزكاة، وكيف سبيله؟ وجهان قال ابن القاص: هو حكم بالنكول، ورواه عن ابن سريج، وسببه الضرورة، وقال الجمهور: ليس حكمًا بالنكول، لكن مقتضى ملك النصاب، ومقتضى الحول الوجوب، فإذا لم يثبت دافع، أخذنا الزكاة.

الثانية: إذا مات ذمي في أثناء السنة، فهل عليه قسط ما مضى، أم لا شيء عليه؟ قولان سبقا، فلو غاب ذمي، ثم عاد مسلمًا، فقال: أسلمت قبل تمام السنة، فليس علي جزية، أو ليس تمامها، وقال عامل الجزية: بل أسلمت بعدها، فعليك تمام الجزية، حلف الذي أسلم استحبابًا في وجه، وإيجابًا في وجه، فإن قلنا بالإيجاب فنكل، فهل يقضى عليه بالجزية، أم لا يطالب بشيء، أم يحبس ليقر، فيؤخذ منه، أو يحلف، فيترك؟ فيه أوجه: قال الإمام: وقيد ابن القاص بما إذا غاب، ثم عاد مسلمًا، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا، وصادفناه مسلمًا بعد السنة، وادعى أنه أسلم قبل تمامها، وكتم إسلامه، لم يقبل قوله، لأن الظاهر أن من أسلم بدار الإسلام لم يكتمه.

الثالثة: ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ بالاحتلام، وطلب إثبات اسمه في الديوان، فوجهان: أحدهما: يصدقه بلا يمين، لأنه إن كان كاذبًا، فكيف نحلفه وهو صبي؟ وإن كان صادقًا، وجب تصديقه، وأصحهما: يحلف عند التهمة، فإن نكل، لم يثبت اسمه إلى أن يظهر بلوغه، ويقرب منه أن من شهد الوقعة من المراهقين إذا ادعى الاحتلام، وطلب سهم المقاتلة، أعطي إن حلف، وإلا فوجهان: أحدهما: يعطى، ثم قيل: هو إعطاء بلا يمين، لأن احتلامه لا يعرف إلا منه، فصدق فيه، كما تصدق المرأة في الحيض، ويقع الطلاق المعلق عليه، وقيل: لأن شهود الوقعة تقتضي استحقاقهم السهم، وأصحهما: لا يعطى، قال ابن

القاص: وهو قضاء بالنكول، وقال غيره: إنما لم يعط، لأن حجته في الإعطاء اليمين ولم توجد.

الرابعة: مات من لا وارث له، فادعى القاضي، أو منصوبه دينًا له على رجل وجده في تذكرته، فأنكر المدعى عليه، ونكل، فهل يقضى عليه بالنكول، ويؤخذ منه المال، أم يحبس حتى يقر، أو يحلف، أم يترك لكن يأثم إن كان معاندًا؟ فيه ثلاثة أوجه: ويجري فيما لو ادعى ولي صبي ميت على وارثه أنه أوصى بثلثه للفقراء، وأنكر الوارث، ونكل. ولو ادعى ولي صبي، أو مجنون دينًا له على رجل، فأنكر، ونكل، ففي رد اليمين على الولي أوجه: أحدهما: ترد، لأنه المستوفي، والثاني: لا، لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد. والثالث: إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه، ردت، وإلا فلا، وأجري الخلاف فيما لو أقام شاهدًا هل يحلف معه، وفيما لو ادعي على الولي دين في ذمة الصبي هل يحلف الولي إذا أنكر. والوصي والقيم في ذلك كالولي، ويجري في قيم المسجد والوقف إذا ادعى للمسجد أو للوقف، وأنكر المدعى عليه، ونكل. وتحليف الولي والصبي سبق لهما ذكر في آخر كتاب الصداق، ثم ميل الأكثرين إلى ترجيح المنع من الأوجه الثلاثة، ولا بأس بوجه التفصيل، وقد رجحه أبو الحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في الأمالي، فإن منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي، انتظرنا بلوغ الصبي، وإفاقة المجنون، وكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وتصير اليمين موقوفة على البلوغ، والإفاقة، ويعود في قيم المسجد والوقف الوجهان في أنه يقضى لا بالنكول، أم يحبس ليحلف أو يقر، والأصح في مسألة من لا وارث له أن لا يقضى بالنكول، بل يحبس ليحلف أو يقر، وإنما حكمنا فيما قبلها من الصور بالمال، لأنه سبق أصل يقتضي الوجوب، ولم يظهر دافع. ولو ادعى قيم المحجور عليه، ونكل المدعى عليه، حلف المحجور عليه أنه يلزمه تسليم هذا المال، ولكن لا يقول إلي، وقيمه يقول في الدعوى: يلزمك تسليمه إلي.

الخامسة: للقاذف أن يحلف المقذوف أنه لم يزن كما سبق، فإن نكل، فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه يرد اليمين على القاذف، فإن حلف، اندفع عنه حد القذف، وقيل: يسقط بنكوله حد القذف ولا يرد اليمين، حكاه الهروي.

فصل: في البينة: أما صفة الشهود، فسبق بيانها في الشهادات، والمقصود هنا بيان حكم تعارض البينتين، وتعارضهما قد يقع في الأملاك، وقد يقع في غيرها، كالعقود، والموت، والوصية، ويشتمل الباب على أربعة أطراف:

الطرف الأول: في الأملاك، فإذا تعارضتا فيه، فإما أن يفقد أسباب

الرجحان، وإما لا، القسم الأول أن يفقد، فإما أن يكون المدعى في يد ثالث، وإما في أيديهما، ولا يدخل في هذا القسم ما إذا كان في يد أحدهما، لأن ذلك من أسباب الرجحان.

الحالة الأولى: إذا ادعى اثنان عينًا في يد ثالث، فلا يخفى أن المدعى عليه يحلف لكل واحد منهما يمينًا إن ادعاها لنفسه، ولا بينة لواحد منهما، وأنه لو اختص أحدهما ببينة على ما يدعيه، قضي له، وإن أقام كل واحد بينة، تعارضتا، وفيهما قولان أظهرهما: يسقطان، فكأنه لا بينة، فيصار إلى التحليف، والثاني: يستعملان، فينتزع العين ممن هي في يده.

ثم في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال: أحدها: تقسم العين المدعاة بينهما، والثاني: توقف إلى تبين الأمر أو يصطلحا، والثالث: يقرع، فيأخذها من خرجت قرعته، وهل يحتاج معها إلى يمين؟ قولان: أحدهما: لا، والقرعة مرجحة لبينته، والثاني: نعم، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين، فعلى هذا يحلف من خرجت قرعته أن شهوده شهدوا بالحق، ثم يقضى له، ثم قيل القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البينتان صريحًا، فإن تكاذبتا، سقطتا قطعًا، والأشهر طردهما في الحالين، وصريح التكاذب أن لا يمكن الجمع بتأويل، بأن شهدت إحداهما بقتله في وقت، والأخرى بجناية في ذلك الوقت، فإن أمكن الجمع بتأويل، فليس تكاذبًا بأن شهدت هذه أنه ملك زيد، وهذه أنه ملك عمرو، فإنه يحتمل أن كل واحدة علمت سببًا، كشراء ووصية، واستصحب حكمه، أو شهدت هذه بأنه أوصى به لزيد، وهذه أنه أوصى به لعمرو، فإنه يحتمل الإيصاء مرتين، وقيل: القولان إذا لم يمكن الجمع، فإن أمكن قسم قطعًا، وقيل: إن لم يمكن سقطتا قطعًا وإلا استعملتا قطعًا، كما في الوصية. وقيل: يبقى قول التوقيف، وقيل: لا تجتمع الأقوال الثلاثة بل موضع القسمة إذا أمكن الجمع، والقرعة إذا لم يمكن، والمذهب ما سبق، فلو تنازعا في زوجية امرأة، أقام كل واحد بينة، وتعارضتا، فقول السقوط بحاله، ولا مجال للقسمة، ولا للقرعة على الأصح، ويجيء الوقف على الصحيح لو أقر صاحب اليد لأحدهما بعدما أقاما البينتين، إن قلنا بالسقوط، قبل إقراره، وحكم به، وإن قلنا بالاستعمال، فوجهان: أحدهما: يصير المقر له كصاحب يد، فترجح بينته، والثاني: لا، لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره قطعًا، وصار المقر له صاحب يد.

الحالة الثانية: أن تكون العين في يدهما وادعاها كل واحد، فإن أقامتا بينتين، فطريقان، أحدهما ـ وبه قال الفوراني والغزالي ـ يجيء القولان في السقوط

والاستعمال، فإن أسقطنا، بقي المال في أيديهما كما كان، وإن استعملنا، فعلى قول القسمة يجعل بينهما، ولا يجيء الوقف، وفي القرعة وجهان: والثاني ـ وبه قال ابن الصباغ والبغوي ـ يجعل المال بينهما، لأن بينة كل واحد ترجحت في النصف الذي في يده، والحاصل للفتوى من الطريقين بقاء المال في يدهما كما كان، ولو شهدت بينة كل واحد له بالنصف الذي في يد صاحبه، حكم القاضي لكل منهما بما في يد صاحبه، ويكون المال في يدهما أيضًا، كما كان، لكن لا لجهة السقوط، ولا بالترجيح باليد، ثم قال الأئمة: من أقام البينة أولًا، وتعرض شهوده للكل، لم يضر وإن كان صاحب يد في النصف الذي في يده، وقلنا: بينة صاحب اليد لا تسمع ابتداء كما سيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى، لأن هنا غير مستغن عن البينة للنصف الذي يدعيه، ثم إذا أقام الثاني البينة على الكل، سمعت، وترجحت بينته في النصف الذي في يده، فيحتاج الأول إلى إعادة البينة للنصف الذي في يده، وقال في «الوسيط»: لا يبعد أن يتساهل في الإعادة، وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر، قضى له بالكل، سواء شهد شهوده بالكل، أم بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، فكل واحد مدع في نصف، ومدعى عليه في نصف، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر، ولا يتعرض واحد منهما في يمينه، لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لاحق لصاحبه فيما في يده، نص عليه وهو المذهب، ومنه خلاف سبق في باب التحالف في البيع، فإن حلفا، أو نكلا، ترك المال في يدهما كما كان، وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضى للحالف بالكل، ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه، ونكل الآخر بعده، حلف الأول اليمين المردودة. وإن نكل الأول، ورغب الثاني في اليمين، فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو، فهل يكفيه الآن يمين واحد يجمع فيها النفي والإثبات أم لا بد من يمين للنفي، وأخرى للإثبات؟ وجهان: أصحهما: الأول، فيحلف أن الجميع له، ولا حق لصاحبه فيه، أو يقول: لا حق له في النصف الذي يدعيه، والنصف الآخر لي.

فرع: ادعى نصف دار، وادعى آخر كلها، وأقام كل واحد بينة، والدار في يد ثالث، تعارضتا في النصف، فإن قلنا بالسقوط، سقطتا في النصف الذي فيه التعارض، وأما النصف الآخر، ففيه طريقان، قال ابن سريج، وأبو إسحاق وغيرهما: فيه قولا تبعيض الشهادة، فإن بعضناها، سلم ذلك النصف لمدعي الكل، وإلا بطلت في ذلك النصف أيضًا، وصار كما لو لم تكن بينة، والثاني ـ وبه قال الشيخ أبو حامد، وصححه الشيخ أبو علي ـ: يسلم إليه النصف قطعًا، وإن قلنا بالاستعمال، سلم النصف لمدعي الكل، ويقسم النصف الآخر إن قلنا بالقسمة، وإن

قلنا بالقرعة أو بالوقف، أقرع في النصف أو وقف، ولو تداعيا كذلك، والدار في يدهما، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده، فإن أقام مدعي الكل بينة، قضي له الكل، وإن أقام كل واحد بينة بما يدعيه، بقيت الدار في يدهما كما كانت. ولو ادعى أحدهما بالكل، والآخر الثلث، فإن كان في يد ثالث، فعلى قول السقوط تسقطان في الثلث. وهل تبطل بينة الكل في الثلثين؟ فيه الطريقان السابقان، وعلى الاستعمال تجري الأقوال الثلاثة، وإن كانت في يدهما، وأقام كل واحد بينة بما يدعي، فلمدعي الثلث، الثلث، والباقي لمدعي الكل.

مسألة: دار في يد رجل ادعى زيد نصفها، فصدقه، وعمرو نصفها، فكذبه صاحب اليد وزيد معًا، ولم يدعه أحد منهما لنفسه، فالنصف الذي يدعيه المكذب هل يسلم إليه أم يوقف في يد صاحب اليد، أم ينتزعه ويحفظ إلى ظهور مالكه؟ فيه ثلاثة أوجه: حكاها الفوراني. قلت: أقواله الثالث. والله أعلم.

فرع: ادعى رجل دارًا وآخر ثلثيها، وآخر نصفها، ورابع ثلثها، وهي في يد خامس، وأقام كل واحد من الأربعة بينة بدعواه فلا تعارض في الثلث الذي يختص مدعي الكل بدعواه، وفي الباقي يقع التعارض، فالسدس الزائد على النصف يتعارض فيه بينة مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وفي السدس الزائد على الثلث يتعارض بينهما، وبين مدعي النصف، وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربعة، فإن قلنا بالسقوط، سقطت البينات في الثلثين، وأما الثلث، ففيه الطريقان في تبعيض الشهادة، والمذهب أنه يسلم لمدعي الكل، وإن قلنا بالاستعمال، فإن قسمنا، فالسدس الزائد علي النصف بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين بالسوية، والسدس الزائد على الثلث لهما، ولمدعي النصف أثلاثًا، والثلث الباقي للأربعة أرباعًا، فيجعل ستة وثلاثين سهمًا لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين وعلى ثلاثة، فيضرب اثنين في ستة، ثم في ثلاثة، فلمدعي الكل ثلثها وهو اثنا عشر، ونصف السدس الزائد على النصف هو ثلاثة، وثلث السدس الزائد وهو اثنان، وربع الثلث الباقي وهو ثلاثة، فالجملة عشرون وهي خمسة أتساع الدار، ولمدعي الثلثين ثلاثة من السدس الزائد على النصف، وسهمان من السدس الزائد على النصف، وسهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالجملة ثمانية هي تسعا الدار، ولمدعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، ولمدعي الثلث ثلاثة من الثلث الباقي، وإن قلنا بالقرعة، أقرع ثلاث مرات، مرة في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما، وبين مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وأجري في السدس الزائد الثلث بينهما وبين مدعي النصف، وأجري في الثلث بين الأربعة. وإن

قلنا بالوقف توقفنا، وإن كانت الدار في يد المتداعيين الأربعة، وأقام كل واحد بينة، جعلت بينهم أرباعًا لأن بينة كل واحد ترجح في الربع الذي في يده اليد، وإن لم يكن بينة، فالقول قول كل واحد في الربع الذي في يده، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعًا أيضًا.

فرع: دار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، وآخر ثلثها، وثالث سدسها، ولا بينة جعلت بينهم أثلاثًا، نص عليه في «المختصر» واعترض عليه بأن مدعي السدس لا يدعي غيره، فكيف يعطى الثلث، فأجاب الأصحاب بأن صورة النص فيما إذا ادعى كل واحد منهم استحقاق اليد في جميعها إلا أن الأول يقول: النصف ملكي، والنصف الآخر لفلان الغائب، وهو في يدي عارية أو وديعة، والآخران يقولان نحو ذلك، فكل واحد منهم صاحب اليد في الثلث، وتبقى الدار في أيديهم كما كانت، ثم جعل نصف الثلث الذي في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار، فأما إذا اقتصر كل واحد منهم على أن لي منها كذا، فلا يعطي لمدعي السدس إلا السدس، ولا يتحقق بينهم والحال هذه نزاع، ولو أقام كل واحد منهم بينة على ما يدعيه لنفسه، حكم المدعي الثلث بالثلث، لأن له فيه بينة ويدًا، ولمدعي السدس بالسدس لمثل ذلك، وفيما يحكم به لمدعي النصف وجهان: أحدهما بالنصف، لأن له في الثلث يدًا وبينة، وفي السدس الباقي بينة. والآخران لا يدعيانه، والثاني بالثلث ونصف السدس، والأول أصح، وبه أجاب ابن كج والقفال، ثم مدعي الثلث، ومدعي السدس لا يحتاجان إلى إقامة البينة في الابتداء، ولكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامتها للسدس الزائد على ما في يده، ويتصور إقامة البينة من جهتهم فيما إذا أقام مدعي النصف، ثم أقام الآخران على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول، ويجوز أن يفرض من مدعي السدس أقامة البينة على أن السدس للغائب مع إقامة البنية على أن السدس له بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بما في يده للغائب يجوز له إقامة البينة على أنه للغائب، وقد سبق بيانه.

فرع: دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم كلها، وآخر نصفها، والثالث ثلثها، وأقام واحد من الأولين بينة بما ادعاه دون الثالث، فلمدعي الكل الثلث بالبينة وباليد، ولمدعي النصف كذلك، ثم لمدعي الكل أيضًا نصف ما في يد الثالث ببينته السليمة عن المعارض، وفي النصف الآخر تتعارض بينته وبينة مدعي النصف، فإن قلنا بالسقوط، فالقول قول الثالث في هذا السدس، وفي بطلان البينتين فيما سوى هذا السدس الطريقان السابقان في تبعيض الشهادة، وإن قلنا بالاستعمال، لم الإقراع والتوقف، وإن قلنا بالقسم، قسم بينهما هذا السدس بالسوية، فيصير لمدعي الكل

النصف ونصف السدس، ولمدعي النصف الباقي هكذا أورد المسألة الشيخ أبو علي وغيره.

القسم الثاني: أن تتعارض البينتان، وهناك ما يرجح أحدهما، فيعمل بالراجحة، وللرجحان أسباب:

أحدها: أن تختص إحداهما بزيادة قوة، وفيه صور إحداها: لو أقام أحدهما شاهدين، والآخر شاهدًا، وحلف معه، فقولان: أحدهما: يتعادلان، وأظهرهما: يرجح الشاهدان، لأنها حجة بالإجماع، وأبعد عن تهمته بالكذب في يمينه، فعلى هذا لو كان مع صاحب الشاهد واليمين يد، فهل يرجح صاحب اليد، أم صاحب الشاهدين، أم يتعادلان؟ أوجه: أصحها: الأول، وحكى البغوي الأولين قولين.

الثانية: لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين، أو زاد ورعهم، فالمذهب أنه لا ترجيح، وقيل قولان، وفي الرواية يثبت الترجيح بذلك، وقيل: هي كالشهادة، والمذهب الفرق، لأن الشهادة نصابًا فيتبع ولا ضبط للرواية، فيعمل بأرجح الظنين.

الثالثة: أقام أحدهما رجلًا وامرأتين، والآخر رجلين، فلا يرجح الرجلان على المذهب، وقيل: قولان، السبب الثاني: اليد، فإذا ادعى عينًا في يد غيره، وأقام بينة أنها ملكه، وأقام من هي في يده بينة أنها ملكه، رجحت بينة من هي في يده على بينة الخارج، وهل يشترط في سماع بينة الداخل أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث وغيرهما؟ وجهان: أحدهما: نعم لأنهما ربما اعتمدا ظاهر اليد، وأصحهما: لا، كبينة الخارج، فإنها تسمع مطلقة مع احتمال أنهم اعتمدوا يدًا سابقة، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين أن يبين الداخل والخارج سبب الملك أو يطلقا، ولا بين إسناد البينتين، وإطلاقهما إذا سمعنا بينة الداخل مطلقة. ولو تعرضنا للسبب، فلا فرق بين أن يتفق السببان، أو يختلفا، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص، بأن يقول: كل واحد اشتريته من زيد، أو يسند إلى شخصين وفيما إذا أسند إلى شخص واحد أنهما يتساويان، لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث، وكل واحد يدعي الانتقال منه.

فرع: متى تسمع بينة الداخل، لها أربعة أحوال، أحدها: أن يقيمها قبل أن يدعى عليه شيء، فالصحيح أنها لا تسمع، لأن البينة إنما تقام على خصم، وقيل: تسمع لغرض التسجيل. الثاني: يقيمها بعد الدعوى عليه، وقبل أن يقيم المدعي بينة، فالأصح أنها لا تسمع أيضًا، لأن الأصل في جانبه اليمين، فلا يعدل عنها ما دامت كافية، وقال ابن سريج: تسمع بينته لدفع اليمين كالمودع تسمع بينته على الرد والتلف، وإن كفته اليمين. الثالث: يقيمها بعد أن أقام الخارج البينة، لكن قبل أن

يعدلها، فوجهان: أحدهما: لا تسمع، لأنه مستغن عنها بعد، وأصحهما: تسمع، ويحكم بها، لأن يده بعد البينة معرضة للزوال، فيحتاج إلى تأكيدها. الرابع: يقيمها بعد بينة المدعي وتعديلها، فقد أقامها في أوان إقامتها، فإن لم يقمها حتى قضى القاضي للمدعي، وسلم المال إليه، نظر إن لم يسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد، فهو الآن مدع خارج، وإن أسنده، واعتذر بغيبة الشهود ونحوها، فهل تسمع بينته، وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء؟ وجهان: أصحهما: نعم، وينقض القضاء الأول، لأنها إنما أزيلت، لعدم الحجة، وقد ظهرت الحجة، فلو أقام البينة بعد الحكم للمدعي، وقبل التسليم إليه، سمعت بينته، وقدمت على الصحيح لبقاء اليد حسًا.

فرع: هل يشترط أن يحلف الداخل مع بينته، ليقضى له؟ وجهان: أو قولان، أصحهما: لا، كما لا يحلف الخارج مع بينته، وبنوا الخلاف على خلاف في أن القضاء للداخل باليد، أم بالبينة المرجحة باليد، إن قلنا باليد، حلف، وإلا فلا.

فرع: إذا أطلق الخارج دعوى الملك، وأقام بينة، وقال الداخل: هو ملكي اشتريته منك، وأقام به بينة، فالداخل أولى، لأن مع بينته زيادة علم، وهو الانتقال، ولأنه عند الإطلاق مقدم، فهنا أولى، ولو قال الخارج: هو ملكي ورثته من أبي، وقال الداخل: ملكي اشتريته من أبيك، فكذلك الحكم، ولو انعكست الصورة، فقال الخارج: هو ملكي، اشتريته منك، وأقام بينة، وأقام الداخل بينة أنه ملكه، فالخارج أولى لزيادة علم بينته، ولو قال كل واحد لصاحبه: اشتريته منك، وأقام به بينة، وخفي التاريخ، فالداخل أولى، ثم في الصورة الأولى، وهي أن يطلق الخارج، ويقول الداخل: اشتريته منك لا تزال يد الداخل قبل إقامته البينة. وقال القاضي حسين: تزال، ويؤمر بالتسليم إلى المدعي، لاعترافه بأنه كان له، ثم يثبت ما يدعيه من الشراء، والصحيح الأول، لأن البينة إذا كانت حاضرة، فالتأخير إلى إقامتها سهل، فلا معنى للانتزاع والرد، فلو زعم أن بينته غائبة لم يتوقف، بل يؤمر في الحال بالتسليم، ثم إن أثبت ما يدعيه، استرد، ويجري الخلاف فيما لو ادعى دينًا، فقال المدعى عليه: أبرأني، وأراد إقامة البينة، لا يكلف توفية الدين على قول الأكثرين، وعلى قول القاضي يكلف، ثم إن أثبت ما يقول، استرد.

فصل: من أقر بعين لرجل، ثم ادعاها لا تسمع دعواه إلا أن تذكر تلقي الملك منه، ولو أخذت منه ببينة، ثم ادعاها هل يحتاج إلى ذكر التلقي؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنه صار مؤاخذًا بالبينة، كما لو أقر، وأصحهما: لا، كالأجنبي، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبي وأطلق، سمعت.

فروع: أكثرها عن ابن سريج رحمه الله. أقام الخارج بينة أن هذه العين ملكي

غصبها مني الداخل، أو قال: أجرتها له، أو أودعها عنده، وأقام الداخل بينة أنها ملكه، فهل يقدم الخارج أم الداخل؟ وجهان: الأصح: الخارج، وبه قال ابن سريج، وصححه العراقيون، وبه أجاب الهروي، وخالفهم البغوي، فصحح تقديم الداخل، فلو لم تكن بينة، ونكل الداخل عن اليمين، فحلف الخارج، وحكم له، ثم جاء الداخل ببينة، سمعت على الصحيح، كما لو أقامها بعد بينة الخارج، وقيل: لا تسمع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار، ولو تنازعا شاة مذبوحة في يد أحدهما رأسها وجلدها وسواقطها، وفي يد الآخر باقيها، وأقام كل واحد بينة أن الشاة له، قضي لكل واحد بما في يده، ولو كان في يد كل واحد شاة، فادعى كل واحد أن الشاتين له، وأقاما بينتين تعارضتا، فلكل واحد التي في يده، لاعتقاد بينته باليد. وإن أقام كل واحد بينة أن التي في يد الآخر ملكه قضي لكل واحد بما في يد الآخر.

السبب الثالث: اشتمال أحدهما على زيادة تاريخ، فإذا أرختا، نظر إن اتفق تاريخهما، فلا ترجيح، وإن اختلف، بأن شهدت بينة زيد أنه ملكه منذ سنة، وبينة عمرو أنه ملكه منذ سنتين، فهل تتعارضان، أم يقدم أسبقهما تاريخًا؟ طريقان، المذهب التقديم، ويطرد الخلاف في بينتي شخصين تنازعا نكاح امرأة إذا اختلف تاريخهما، وفيما إذا تعارضتا مع اختلاف التاريخ لسبب الملك، بأن أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة، والآخر أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين، فلو نسبا العقدين إلى شخص واحد، فأقام هذا بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة، وذاك بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنتين، فالسابق أولى بلا خلاف، وطردوا الخلاف أيضًا فيما إذا تنازعا أرضًا مزروعة، فأقام أحدهما بينة أنها أرضه زرعها، والآخر أنها ملكه مطلقًا، لأن بينة الزرع تثبت الملك من وقت الزراعة. هكذا ذكره البغوي، وفيه تصريح بأن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم حتى لو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة، وبينة الآخر أنه ملكه من أكثر من سنة كان فيه الخلاف، فإن رجحنا بسبق التاريخ، حكمنا بها لصاحب السبق، وله الأجرة والزيادات الحادثة من يومئذ، وإن لم نرجح به، ففيه الخلاف السابق في أصل التعارض، وإن كانت إحداها مؤرخة، والأخرى مطلقة، فالمذهب أنهما سواء فتتعارضان، وقيل: تقدم المؤرخة. ولو تنازعا دابة، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه، والآخر بينة أنها ملكه، وهو الذي نتجها، قال الأكثرون: هو على الخلاف في سبق التاريخ، وطردوه في كل بينتين أطلقت إحداهما الملك، ونصت الأخرى على سببه من إرث وشراء وغيره، وقيل: تقدم بينة النتاج قطعًا، لأنها تثبت ابتداء الملك له، والتي سبق تاريخها لا تثبت ابتداء ملكه،

وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقين فيما لو تنازعا ثمرة وحنطة، فشهدت إحداهما بأنها حدثت من شجرته، أو بذرته، ولا يقتضي جريان القطع فيما لو تعرضت إحداهما للشراء وسائر الأسباب، لأنها لا توجب ابتداء ملكه، ثم المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث، فلو كان في يد أحدهما، وقامت بينتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخًا، قدمت قطعًا، وإن كانت بينة الخارج أسبق، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحًا، قدم الداخل، وإن جعلناه مرجحًا، فهل يقدم الداخل أم الخارج، أم يتساويان؟ أوجه: أصحها: الأول.

فصل: ادعى دارًا، أو عبدًا، أو نحوه في يد رجل، فشهدت له بينة بالملك في الشهر الماضي، أو بالأمس، ولم يتعرض للحال، نقل المزني والربيع أنها لا تسمع، ولا يحكم بها، ونقل البويطي أنها تسمع، ويحكم بها، وقال الجمهور: هما قولان، أظهرهما: المنع، والطريق الثاني القطع بالمنع، ويجري الخلاف فيما لو ادعى اليد، وشهدوا أنه كان في يده أمس، فإذا قلنا بالمنع، فينبغي للشاهد أن يشهد على الملك في الحال، أو يقول: كان ملكه ولم يزل، أو لا أعلم له مزيلًا، ولا يجوز أن يشهد بالملك في الحال استصحابًا لحكم ما عرفه من قبل، كشراء وإرث وغيرهما، وإن احتمل زواله، فلو صرح في شهادته أنه يعتمد الاستصحاب، فوجهان: قال الغزالي: قال الأصحاب: لا يقبل، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي، وحركة الحلقوم. وقال القاضي حسين، تقبل، لأنا نعلم أنه لا مستند له سواه، ولو قال: لا أدري أزال ملكه، أم لا، لم يقبل قطعًا، لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة، ولو شهدت بينة بأنه أقر أمس للمدعي بالملك، قبلت الشهادة، واستديم حكم الإقرار، وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال وقيل بطرد القولين، والمذهب الأول لئلا تبطل فائدة الأقارير. ولو قال المدعى عليه: كان ملكك أمس، فوجهان: أحدهما: لا يؤاخذ به، كما لو قامت بينة بأنه كان ملكه أمس، وأصحهما: وبه قطع ابن الصباغ: يؤاخذ، فينتزع، منه، كما لو شهدت البينة أنه أقر أمس، والفرق أن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق، والشاهد قد يتساهل ويخمن، فلو أسند الشهادة إلى تحقيق، بأن قال الشاهد: هو ملكه بالأمس، اشتراه من المدعى عليه بالأمس، أو أقر له به المدعى عليه بالأمس، قبلت الشهادة، ولو قال: كان في يدك أمس، فهل يؤاخذ بإقراره؟ وجهان: حكاهما ابن الصباغ.

فإذا عرفت ما يحتاج إليه الشاهد إلى التعرض له على قولنا: لا تسمع الشهادة على الملك السابق، فكذلك إذا قلنا: الشهادة على اليد السابقة لا تسمع، فينبغي أن يتعرض الشاهد لزيادة، فيقول: كان في يد المدعي، وأخذه المدعى عليه منه، أو

غصبه، أو قهره عليه، أو بعث العبد في شغل، فأبق منه، فاعترضه هذا، وأخذه، فحينئذٍ تقبل الشهادة ويقضى بها للمدعي، ويجعل صاحب يد.

فرع: قد ذكرنا أن الشهود لو قالوا: ولا نعلم زوال ملكه، قبلت شهادتهم، ثم نقل ابن المنذر أن الشافعي رحمه الله قال: يحلف المدعي مع البينة، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب، فلا حاجة إلى اليمين، قال الهروي: هذا غريب.

فرع: دار في يد رجل ادعاها آخران، وأقام أحدهما بينة أنها له، غصبها منه المدعى عليه، وأقام الآخر بينة أن من في يده أقر بها له، فلا منافاة بينهما، فثبت الملك والغصب بالبينة الأولى، ويلغو إقرار الغاصب لغير المغصوب منه.

فصل: بينة المدعي لا توجب ثبوت الملك له، ولكنها تظهره فيجب أن يكون الملك سابقًا على إقامتها، لكن لا يشترط السبق بزمان طويل يكفي لصدق الشهود لحظة لطيفة، ولا يقدر ما لا ضرورة إليه، فلو أقام بينة بملك دابة أو شجرة، لم يستحق النتاج والثمرة الحاصلين قبل إقامة البينة، والثمرة الظاهرة عند إقامة البينة تبقى للمدعى عليه، وفي الحمل الموجود عند إقامتها وجهان: أصحهما: يستحقه المدعي تبعًا للأم، كما في العقود، والثاني: لا، لاحتمال كونه لغير مالك الأم بوصية. ومقتضى هذا الأصل أن من اشترى شيئًا، فادعاه مدع، وأخذه منه بحجة مطلقة لا يرجع على بائعه بالثمن، لاحتمال انتقال الملك من المشتري إلى المدعي، وتكون المبايعة صحيحة مصادفة محلها، لكن الذي أطبق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع، بل لو باع المشتري أو وهب، وانتزع المال من المتهب أو المشتري منه، كان للمشتري الأول الرجوع أيضًا، وسبب الحاجة إليه في عهدة العقود، ولأن الأصل أن لا معاملة بين المشتري والمدعي، ولا انتقال منه، فيستدام الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء، وعن القاضي حسين وجه أنه لا رجوع إذا كان دعوى المدعي ملكًا سابقًا وفاء بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه الأصحاب عليه، وحكى الهروي وجهًا أن قيام البينة يقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدعي.

فرع: المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده، وانتزع منه، ولم يظفر ببائعه، هل له أن يطالب الأول بالثمن؟ في فتاوى القاضي حسين: الأصح أنه لا يطالبه.

فصل: ادعى ملكًا مطلقًا، فشهد الشهود بالملك، وذكروا سببه، لم يضر، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب بناء على أن ذكر السبب مرجح، لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولًا، لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد، بل يدعى الملك وسببه، ثم يعيدون الشهادة، فحينئذٍ ترجح بينته، وقيل: لا حاجة إلى إعادة البينة،

وتكفي الشهادة على ما هو المقصود واقعة بعد الدعوى والاستشهاد، ولو ادعى الملك، وذكر سببه، وشهدوا بالملك، ولم يذكروا السبب، قبلت شهادتهم، لأنهم شهدوا بالمقصود، ولا تناقض، ولو ادعي الملك وسببه، وذكر الشهود سببًا آخر، فالصحيح بطلان شهادتهم، للتناقض، وقيل: تقبل على أصل الملك، ويلغو السبب، ولو شهد شاهد بألف عن ثمن، وآخر بألف عن قرض، والدعوى مطلقة، فقد سبق في الإقرار أنه لا يثبت بشهادتهما شيء، وقياس الوجه الثاني على ضعفه ثبوت الألف.

فرع: في يده دار حكم له حاكم بملكها، فادعى خارج انتقال الملك منه إليه، وشهدوا بانتقاله إليه بسبب صحيح، ولم يبينوه، قال الهروي: وقعت هذه المسألة، فأفتى فيها فقهاء همدان بسماع الدعوى، والحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب، وكذا أفتى الماوردي، والقاضي أبو الطيب، قال: وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا، وهو طريقة القفال وغيره، لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء، فصار كالشهادة بأن فلانًا وارث لا يقبل ما لم يبين جهة الإرث.

الطرف الثاني: في العقود، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: إذا قال المكري: أكريتك هذا البيت شهر كذا بعشرة، فقال: اكتريت جميع الدار بالعشرة، فإن لم يكن بينة تحالفا، ثم يفسخ العقد أو ينفسخ على ما سبق في باب التحالف، وعلى المستأجر أجرة مثل ما سكن في الدار أو البيت، فلو أقام أحدهما بينة دون الآخر، قضي بالبينة، فإن أقاما بينتين، فقولان: وقيل: وجهان أحدهما خرجه ابن سريج، تقدم بينة المستأجر، لاشتمالها على زيادة وهي اكتراء جميع الدار، وأظهرهما، وهو المنصوص: يتعارضان، فيكون على قولي التعارض، وإن قلنا: بالسقوط، تحالفا، وإن قلنا: بالاستعمال، جازت القرعة على الصحيح، وفي اليمين معها الخلاف السابق. وقال ابن سلمة: لا يقرع، لأن القرعة عند تساوي الجانبين، ولا تساوي، لأن جانب المكري أقوى لملك الرقبة، وأما الوقف والقسمة، فلا يجبان هكذا أطبق عليه الأصحاب، وفيه إشكال، ونقل الماسرجسي قولًا أنه تجيء القسمة في الملك، والوقف في الأجرة. ولو اختلفا والزيادة في جانب المكري، بأن قال: أكريتك بعشرين، قال: بل بعشرة، فقول التعارض بحاله، وعلى تخريج ابن سريج: بينة المكري راجحة للزيادة. ويطرد ما ذكره في اختلاف المتبايعين إذا كان في بينة أحدهما زيادة، ولو وجدت الزيادة في الجانبين بأن قال: أكريتك هذا البيت بعشرين، فقال: بل جميع الدار بعشرة، فلابن سريج رأيان، الصحيح منهما: الرجوع إلى التعارض، والثاني: الأخذ بالزيادة من

الجانبين، فيجعل جميع مكري بعشرين، وهذا فاسد، لأنه خلاف قول المتداعيين، والشهود، ثم قال العراقيون والروياني وغيرهم: هذا إذا كانت البينتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة، أو اتفق تاريخهما، فإن اختلف بأن شهدت إحداهما أن كذا مكري من سنة من أول رمضان، والأخرى من أول شوال، فقولان: أظهرهما وبه قطع العراقيون والروياني تقدم أسبقهما تاريخًا، لأن العقد السابق صحيح، ولا مخالفة، والثاني تقدم المتأخرة، لأن العقد الثاني ناسخ، وربما تخللت إقالة، قال صاحب «التقريب» وغيره: موضع القولين إذا لم يتفقا على أنه لم يجر إلا عقد، فإن اتفقا عليه، تعارضتا.

المسألة الثانية: في يده دار جاء رجلان ادعى كل واحد منهما أني اشتريتها من صاحب اليد بكذا، وسلمت الثمن، وطالبه بتسليم الدار، فإن أقر لأحدهما، سلمت الدار إليه، وهل يحلف الآخر؟ قال الشيخ أبو الفرج: إن قلنا: إتلاف البائع كآفة سماوية، فلا وإن قلنا: كإتلاف الأجنبي، وأثبتنا الخيار، فأجاز، وأراد أن يطلب من البائع قيمتها، بني التحليف على الخلاف في أنه لو أقر للثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم فيحلف أم لا؟ فلا وقد سبق نظائره، وللآخر أن يدعي الثمن فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه، وإن أنكر ما ادعيا ولا بينة، حلف لكل واحد يمينًا، وبقيت الدار في يده، وإن أقام أحدهما بينة، سلمت الدار إليه، وليس للآخر تلحيفه لتغريم العين، لأنه لم يفوتها عليه، إنما أخذت بالبينة، وله دعوى الثمن، وإن أقاما بينتين، ، نظر، إن كانتا مؤرختين بتاريخ مختلف، قدم أسبقهما تاريخًا، وإن لم تكونا كذلك، فله حالان، الأولى أن يستمر صاحب اليد على التكذيب، فيتعارضان، فإن قلنا بالسقوط سقطتا، وحلف المدعى عليه لكل واحد منهما، كما لو لم يكن بينة، وهل لهما استرداد الثمن؟ وجهان: أصحهما: نعم، هذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، فإن تعرضت، فلا رجوع بالثمن، لأن العقد استقر بالقبض، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده، وإن قلنا: بالاستعمال، فالأشهر أنه لا يجيء الوقف، والأصح مجيئه، فتنزع الدار من يده، والثمنان، ويوقف الجميع، وإن قلنا بالقرعة، فمن خرجت قرعته، سلمت اليه الدار بالثمن الذي سماه، واسترد الآخر الثمن الذي أداه، وإن قلنا بالقسمة، فلكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي سماه، ولهما خيار الفسخ، لأنه لم يسلم جميع المعقود عليه، فإن فسخا استردا جميع الثمن المشهود به، وإن أجاز، استرد كل واحد نصف الثمن المشهود به بناء على الأظهر، وهو أن الإجازة بالقسط، ويجوز أن يجيز أحدهما، ويفسخ الآخر، ويسترد جميع الثمن. ثم إن سبقت الإجازة الفسخ، رجع

المجيز بنصف الثمن، وليس له أن يأخذ النصف المردود، ويضمه إلى ما عنده، لأنه حين أجاز، رضي بالنصف، وإن سبق الفسخ الإجازة، فهل للمجيز أخذ الجميع؟ وجهان:

أحدهما: لا، لأنا نفرع على قول القسمة، فلا يأخذ إلا ما اقتضته، والمردود يعود إلى البائع، وأصحهما: وبه قطع العراقيون له ذلك، لأن بينته قامت بالجمع، وقد زال المزاحم، ونقل الربيع قولًا: إن البيعين مفسوخان، وروي باطلان، وهو معنى مفسوخان هنا، ويعمل بمقتضى قول المدعى عليه، وامتنع جماعة من جعله قولًا، منهم من غلطه، ومنهم من قال: هو تخريج له.

الحالة الثانية: أن يصدق صاحب اليد أحدهما، فعلى قول السقوط تسلم الدار للمصدق، وكأنه أقر له ولا بينة، وعلى قول الاستعمال وجهان: قال ابن سريج: يقدم المصدق، وكأنه نقل إليه يده، فصار معه يد وبينة، والأصح المنع لاتفاق البينتين على إسقاط يده، وانتزاع المال منه باتفاق الأقوال، واليد المزالة لا يرجح بها، فعلى هذا هو كما لو لم يصدق واحد منهما. ثم إن الأصحاب لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البينتان مختلفتي التاريخ بين أن يكونا مطلقتين أو متحدتي التاريخ أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، بل صرحوا بالتسوية، إلا أن أبا الفرج الزاز استدرك، فقال: هذا إذا لم يقدم المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها، قضينا لصاحبها ولا تجيء الأقوال عن الشيخ أبي عاصم: لو تعرضت إحدى البينتين، لكون الدار ملك البائع وقت البيع، أو لكونها ملك المشتري الآن كانت مقدمة، وإن لم يذكرا تاريخًا. ولو ذكرت إحداهما، نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة، سواء كانت سابقة، أم مسبوقة، لأن التعرض للنقد يوجب التسليم، والأخرى لا توجب لبقاء حق الحبس للبائع، فلا تكفي المطالبة بالتسليم.

فرع: في يده دار جاء اثنان يدعيانها، قال أحدهما: اشتريتها من زيد وهي ملكه وقال الآخر: اشتريتها من عمرو وهي ملكه، وأقام كل واحد بينة بما يقوله، فهما متعارضتان، فإن قلنا بالسقوط، فكأنه لا بينة، ويحلف صاحب اليد لكل واحد يمينًا، وإن قلنا بالاستعمال ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق، ويجيء قولا القرعة والقسمة والتفريع كما سبق، إلا أن على قول القسمة إذا اختار أحدهما فسخ العقد، والآخر إجازته لا يكون للمجيز أخذ النصف الآخر، سواء تقدم الفسخ أو الإجازة إذا ادعيا الشراء بين شخصين، لأن المردود يعود إلى غير من يدعي المجيز الشراء منه، فكيف يأخذه، وحيث أثبتنا الخيار على قول القسمة، فذلك إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، ولا اعترف به المدعي، وإلا فإذا جرى القبض، استقر

العقد، وما يحدث بعده ليس على البائع عهدته، وإنما شرطنا في صورة الفرع أن يقول كل واحد: وهي ملكه، لأن من ادعى مالًا في يد شخص، وقال: اشتريته من فلان، لم تسمع دعواه حتى يقول: اشتريته منه وهو ملكه ويقوم مقامه أن يقول: وتسلمته منه، أو سلمه إلي، لأن الظاهر أنه إنما يسلم ما يملكه، وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول وأنت تملكه، ويكتفى بأن اليد تدل على الملك، وكذا يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة: اشتراه من فلان وهو يملكه، أو اشتراه وتسلمه منه، أو وسلمه إليه. قال الإمام: ويجوز أن يقيم شهودًا على أنه اشترى من فلان وآخرين أن فلانًا كان يملكه إلى أن باعه، لكن هؤلاء شهدوا بالملك والمبيع جميعًا، فكأن المراد إذا أقام شهودًا بالشراء وقت كذا، وآخرين أنه كان يملكه إلى ذلك الوقت.

فرع: أقام أحد المدعيين بينة أنه اشترى الدار من فلان، وكان يملكها، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى، حكم ببينة الثاني، ولا يحتاج أن يقول المقيم البينة: وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد، لأن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه.

المسألة الثالثة: دار في يده جاء اثنان، قال كل منهما: بعتك هذه الدار، وكانت ملكي بكذا، فأد الثمن، فإن أقر لهما، طولب بالثمنين، وإن أقر لأحدهما، طولب بالثمن الذي سماه، وحلف للآخر، وإن أنكر ما ادعياه، ولا بينة حلف لهما يمينين، وإن أقام أحدهما بينة قضي له، وحلف للآخر، وإن أقاما بينتين، نظر إن أرختا تاريخين مختلفين، لزمه الثمنان، لإمكان، الجميع، وإن اتحد تاريخهما بأن أرختا بطلوع الشمس، أو زوالها، تعارضتا، لامتناع كونه ملكًا في وقت واحد لهذا وحده، ولذاك وحده، فعلى قول السقوط كأنه لا بينة، وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت قرعته، قضي له بالثمن الذي شهدت به بينة، وللآخر تحليفه بلا خلاف، لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه، وعلى القسمة لكل واحد نصف الثمن الذي سماه، وكأن الدار لهما وباعاه بثمنين متفقين أو مختلفين، وفي مجيء الوقف الخلاف السابق، والمذهب مجيئه، وإن كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فوجهان: أصحهما: أنهما كمختلفتي التاريخ، فيلزمه الثمنان لإمكان الجمع، والثاني: أنهما كمتحدتي التاريخ، لأن الأصل براءة ذمة المشتري، فلا يلزمه إلا اليقين، وبهذا قال القاضي أبو حامد، وابن القطان، فعلى هذا يعود خلاف التعارض وفيه طريق ثان وهو القطع بالوجه الأول، وقيل: إن شهدت البينتان على الإقباض مع البيع، وجب الثمنان قطعًا، ولو شهدت البينتان على إقرار المدعى عليه

بما ادعيا، فالصحيح أن الحكم كما لو قامتا على البيعين، فينظر أقامتا على الإقرار مطلقًا، أم على الإقرار بالشراء من زيد في وقت، ومن عمرو كذلك، وقيل: يجب الثمنان، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقًا، وما ذكرناه من أنهما إذا أرختا تاريخين مختلفين يلزمه الثمنان يشترط فيه أن يكون بينهما زمن يمكن فيه العقد الأول، ثم الانتقال من المشتري الى البائع الثاني، ثم العقد الثاني، فإن عين الشهود زمنًا لا يتأتى فيه ذلك، لم يجب الثمنان، قال الإمام: ولو شهد اثنان أنه باع فلانًا في ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكنًا تلك الحالة، أو شهد اثنان أنه قبل فلانًا ساعة كذا، وآخر أنه كان ساكنًا تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئًا، ففي قبول الشهادة الثانية وجهان: لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل شهادة النفي في المضايق، وأحوال الضرورات، فإن قبلناها، جاز التعارض.

فرع: قال الأكثرون: صورة المسألة أن يقول كل واحد: بعتك كذا وهو ملكي وهكذا لفظ الشافعي رحمه الله في «المختصر» وقال أبو الفياض: لا يشترط ذلك، وإذا قلنا: بالقسمة عند التعارض، فقسم الثمن بلا خيار لصاحب اليد، لأنه حصل له تمام البيع، ولا غرض له في عين البائع، وقال ابن القطان: له الخيار، فقد يرضى بمعاملة واحد دون اثنين.

المسألة الرابعة: عبد في يد رجل، ادعى أن سيده أعتقه، وادعى رجل أنه باعه إياه بكذا، وأنكر صاحب اليد ما ادعياه، ولا بينة حلف لهما يمينين، وإن أقر بالعتق، ثبت العتق، ولم يكن للمشتري تحليفه، وإن قلنا: إتلاف البائع كالآفة السماوية، لأنه بالإقرار متلف قبل القبض، فينفسخ البيع، لكن لو ادعى تسليم الثمن، حلف له وإن أقر بالبيع، قضى به، وليس للعبد تحليفه، لأنه لو اعترف به، لم يقبل، ولم يلزمه غرم، قال الروياني: وليس لنا موضع يقر لأحد المدعيين، ولا يحلف للآخر قولًا واحدًا إلا هذا، وإن أقام كل واحد بينة، نظر إن اختلف تاريخهما، قضى بأسبقهما، وإن اتحد تعارضتا، وفيهما القولان، فإن قلنا بالسقوط، فهو كما لو لم يكن، وإن قلنا بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق، وإن قلنا بالقرعة قضى لمن خرجت له، وإن قلنا بالقسمة، عتق نصف العبد، ونصفه لمدعي الشراء بنصف الثمن، وله الخيار، فإن فسخ، فالصحيح أنه يعتق النصف الآخر أيضًا، لأن البينة شهدت بإعتاقه الجميع، وإنما لم يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء وقد زالت، وقيل: لا يعتق وإن أجاز، فإن كان المدعى عليه معسرًا، لم يسر العتق، وإن كان موسرًا، فقولان: أو وجهان: أحدهما لا يسري، لأنه عتق قهرًا، فأشبه ما لو ورث بعض قريبه، وأظهرهما: يسري، لقيام البينة أنه أعتق باختياره، وقيل: لا يجري قول

القسمة هنا تحرزًا من تبغيض الحرية، وصرح المزني قولًا أنه يقدم بينة العتق، لأن العبد في يد نفسه، وبينة صاحب اليد مقدمة وضعف الأصحاب هذا، وامتنعوا من إثباته قولًا قالوا: وإنما يكون في يد نفسه لو ثبتت حريته، ولو كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فهو كما لو اتحد تاريخهما، هذا هو المذهب، وقيل: لا يجري هنا قول السقوط، لأن صدقهما ممكن، بأن باعه صاحب اليد لمدعي الشراء، ثم اشتراه منه، ثم أعتقه، وتصديق صاحب اليد بعد قيام البينتين لا يوجب الرجحان إلا عند ابن سريج كما سبق.

الطرف الثالث: في التداعي والتعارض في الموت والإرث، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: مات رجل عن اثنين مسلم ونصراني، فقال كل منهما: مات على ديني، فأرثه، فللأب حالان:

الحالة الأولى: أن يكون معروفًا بالتنصر، فقال المسلم: أسلم ثم مات، وقال النصراني: مات على ما كان، فيصدق النصراني بيمينه، لأن الأصل بقاؤه، فإن أقاما بينتين، نظر إن أطلقتا، فقالت إحداهما: مات مسلمًا، والأخرى مات نصرانيًا، قدمت بينة المسلم، لأن معها زيادة علم، وهو انتقاله من النصرانية، فقدمت الناقلة على المستصحبة، كما تقدم بينة الجرح على التعديل، وكما لو مات عن ابن وزوجة، فقال الابن: داره هذه ميراث، وقالت: أصدقنيها أو باعنيها، وأقاما بينتين، فبينتها أولى، وكما لو ادعى على مجهول أنك عبدي، وأقام به بينة، وأقام المدعى عليه بينة أنه كان ملكًا لفلان، وأعتقه، تقدم بينة المدعى عليه، لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية، وعلى هذا قياس المسائل، وإن قيدنا بأنه تكلم في آخر عمره كلمة، وأقام المسلم بينة أنها كانت كلمة الإسلام، وأقام الآخر بينة بأنها كانت النصرانية، تعارضتا، فعلى قول السقوط يسقطان، ويصير كأن لا بينة، فيصدق النصراني بيمينه، وإن قلنا بالاستعمال، فعلى الوقف يوقف، وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت له، فله التركة، وعلى القسمة تقسم، فيجعل بينهما نصفين كغير الإرث، وقال أبو إسحاق: لا تجيء القسمة، لأنها تكون حتمًا بالخطأ يقينًا، لأنه لا يموت مسلمًا كافرًا، وفي غير صورة الإرث لا يتحقق الخطأ في القسمة، لاحتمال كون المدعى مشتركًا بينهما، والصحيح الأول، وليست القسمة حكمًا بأنه مات مسلمًا كافرًا، بل لأن بينة كل واحد اقتضت كون جميع المال له، ومزاحمتها الأخرى، فعملنا بكل واحدة بحسب الإمكان، قال العراقيون: وليست القسمة خطأ يقينًا، لاحتمال أنه مات نصرانيًا، فورثاه، ثم أسلم أحدهما. ولو قيدت بينة النصراني أن آخر كلامه النصرانية، فهو كتقييد البينتين.

الحالة الثانية: أن لا يكون الأب معروف الدين، فإن لم يكن بينة، نظر إن كان المال في يد غيرهما، فالقول قوله: وإن كان في يدهما، حلف كل واحد لصاحبه وجعل بينهما، وإن كان في يد أحدهما، فوجهان: أحدهما ـ وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي حسين وجماعته ـ: القول قوله بيمينه، والصحيح: أنه يجعل بينهما، ولا أثر لليد بعد اعترافه بأنه كان للميت. وإن أقاما بينتين، تعارضتا، سواء أطلقنا أو قيدنا. ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق وقيل: تقدم بينة الإسلام، لأن الظاهر من حال من هو في دار الإسلام. والمذهب الأول. ويصلي على هذا الميت، ويدفنه في مقابر المسلمين، ويقول: أصلي عليه إن كان مسلمًا.

فرع: يشترط في بينة النصراني أن يفسر كلمة التنصر بما يختص به النصارى، كقولهم: (ثالث ثلاثة) هل يجب في بينة الإسلام تفسير كلمته، لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلامًا؟ وجهان: وإذا قلنا بالقسمة، هل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر؟ وجهان: الأصح: لا. وإذا قلنا بالقسمة: فمات عن ابن وبنت، فقال ابن سلمة: يقسم مناصفة، وقال غيره: مثالثة، والصواب: أنهما كرجلين ادعى أحدهما جميع دار، والآخر نصفها، وأقاما بينتين، وقد سبق أن على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها، وللآخر ربعها. ثم الموت على كلمة الإسلام يوجب إرث الابن المسلم، لكن الموت على التنصر لا يوجب بمجرده إرث النصراني، لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر، وكان التصوير فيما إذا تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية حتى مات، أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضمومًا إلى الموت عليه، وإن لم يتعرض له الشهود.

فرع: مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفرة، فقال المسلمان: مات مسلمًا، وقال الأولاد: مات كافرًا، فإن كان أصل دينه الكفر، صدق الأولاد. وإن أقاموا بينتين، فإن أطلقنا، قدمت بينة المسلمين، وإن قيدنا، فعلى الخلاف في التعارض. ويعود خلاف أبي إسحاق في جريان القسمة، فإذا رجحنا طائفة، قسم المال بينهم، كما يقسم لو انفردوا. وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريعًا على القسمة، فالنصف للزوجة وللأخ، والنصف للأولاد، وفيما تأخذ الزوجة من النصف وجهان: أحدهما: ربعه وكأنه جميع التركة، وبه قطع السرخسي. والثاني نصفه، ليكون لها ربع التركة، لأن الأخ معترف به، والأولاد لا يحجبونها باتفاقهما، وبه قطع الإمام. قلت: الأول أصح، لأنها معترفة أيضًا باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة. والله أعلم.

المسألة الثانية: مات نصراني وله ابنان مسلم ونصراني، فقال المسلم:

أسلمت بعد موت أبينا، فالميراث بيننا. وقال النصراني: قبله، فلا ترثه، فلهما ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يقتصر على هذا القدر ولا يتعرضا لتاريخ موت الأب، ولا لتاريخ إسلام المسلم.

والثانية: أن يتفقا على وقت موت الأب كرمضان. وقال المسلم: أسلمت في شوال، وقال النصراني: بل أسلمت في شعبان، ففي الحالتين إن لم يكن بينة، فالقول قول المسلم، لأن الأصل بقاؤه على دينه، يحلف ويشتركان في المال. وإن أقام أحدهما بينة قضى بها. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة النصراني، لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام في شعبان، والأخرى مستصحبة لدينه في شوال، فمع الأولى زيادة علم.

الحالة الثالثة: أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم، فإن اتفقا على أنه أسلم في رمضان، ولكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان. وقال النصراني: مات في شوال، صدق النصراني، لأن الأصل بقاء الحياة. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة المسلم، لأنها تنقل من الحياة إلى الموت في شعبان، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال. وإن شهدت بينة النصراني في هذه الحالة الثالثة أنهم عاينوه حيًا في شوال، أو شهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون منه كلمة التنصر في نصف شوال مثلًا تعارضتا.

فرع: مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: أسلمت أيضًا قبله. وقال المتفق على إسلامه: بل بعد موته، فعلى الأحوال الثلاث، فإن اقتصر على ذلك أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان. وقال قديم الإسلام لحادث الإسلام: أسلمت في شوال. وقال الحادث: بل أسلمت في شعبان، صدق قديم الإسلام. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة الحادث. وإن اتفقا أن الحادث أسلم في رمضان، وقال قديم الإسلام: مات الأب في شعبان. وقال الحادث: بل في شوال، فالمصدق الحادث، والمقدم بينة قديم الإسلام، وعلى هذا يقاس نظائر الصورة الأولى، وصورة الفرع بأن مات الأب حرًا، وأحد ابنيه حرًا بالاتفاق، واختلفا هل عتق الآخر قبل موته أم بعده. ولو اتفقا في صورة الفرع أن أحدهما لم يزل مسلمًا. وقال الآخر: لم أزل مسلمًا أيضًا، ونازعه الأول، فقال: كنت نصرانيًا، وإنما أسلمت بعد موت الأب، فالقول قوله إنه لم يزل مسلمًا، لأن ظاهر الدار يشهد له ولو قال كل واحد منهما: لم أزل مسلمًا، وكان صاحبي نصرانيًا أسلم بعد موت الأب، فوجهان خرجهما القفال. أحدهما: لا شيء لهما،

لأن الأصل عدم الاستحقاق، وأصحهما: يحلفان، ويجعل المال بينهما، لأن ظاهر اليد يشهد لكل واحد فيما يقوله في حق نفسه.

فرع: مات عن أبوين كافرين، وابنين مسلمين، فقال الأبوان: مات كافرًا، وقال الابنان: مات مسلمًا، قال ابن سريج: فيه قولان، اشبههما بقول العلماء: إن القول قول الأبوين، لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعًا لهما، فيستصحب حتى يعلم خلافه. والثاني: يوقف المال حتى ينكشف الأمر أو يصطلحا، والتبعية تزول بالبلوغ وحصول الاستقلال. وقيل: القول قول الابنين، لأن ظاهر الدار الإسلام.

فرع: له زوجة وابن ماتا، فاختلف الزوج وأخو المرأة، فقال الزوج: ماتت أولًا، فورثتها أنا وابني، ثم مات الابن، فورثته. وقال الأخ: مات الابن أولًا، فورثت منه أختي، ثم ماتت، فأرث منها، فإن لم يكن بينة، فالقول قول الأخ في مال أخته، وقول الزوج في مال ابنه. فإن حلفا أو نكلا، فهي من صور استبهام الموت، فلا يورث ميت من ميت، بل مال الابن لأبيه، ومالها للزوج والأخ. وإن أقاما بينتين، تعارضتا، وجرت أقوال التعارض. هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما، فإن اتفقا على وقت موت أحدهما، واختلفا في أن الآخر مات قبله أم بعده، صدق من قال: بعده، لأن الأصل دوام الحياة. وإن أقاما بينتين، قدمت بينة من قال: قبله، لأن معها زيادة علم.

فرع: مات عن زوجة وأولاد، فقالوا لها: كنت أمة، فعتقت بعد موته، أو ذمية، فأسلمت بعد موته، فقالت: بل عتقت وأسلمت قبله، فهم المصدقون. وإن قالت: لم أزل حرة مسلمة، فهي المصدقة، لأن الظاهر معها. وفي قول: تصدق في الحرية دون الإسلام. وخرج قول: أن الأولاد يصدقون، لأن الأصل عدم وراثتها.

المسألة الثالثة: سيد قال لعبده: إن قتلت، فأنت حر، وتنازع بعده العبد والوارث، وأقام العبد بينة أنه قتل، والوارث بينة أنه مات حتف أنفه، فقولان: أظهرهما: تقدم بينة العبد، ومنهم من قطع به، لأن معها زيادة علم بالقتل. والثاني: يتعارضان، للمنافاة بينهما. فعلى هذا إن قلنا بالسقوط، فكأنه لا بينة، فيحلف الوارث، ويستمر الرق. وإن قلنا بالقسم عتق نصفه، أو بالقرعة إن خرجت له، ورق إن خرجت للوارث، ولا يخفى الوقف. وإذا قدمنا بينة القتل، فلا قصاص، لأن الوارث ينكره. وإن قال: إن مت في رمضان فعبدي حر، وأقام العبد بينة أنه مات في رمضان، والوارث بينة أنه مات في شوال، فعلى القولين أحدهما: التعارض، وأظهرهما: تقدم بينة العبد، لزيادة العلم بحدوث الموت في رمضان. وقال المزني: تقدم بينة الوارث، لأن معها زيادة علم، وهي بقاء الحياة إلى شوال. ومن حقه أن

يطرد في نظائره المسألة السابقة واللاحقة. ولو أقام الوارث البينة أنه مات في شعبان، فالقياس مجيء الخلاف وانعكاس القول الثاني وقول المزني. ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان، ثم شهد آخر أنه مات في شوال، فهل ينقض الحكم، ويجعل كما لو شهدت البينتان معًا؟ خرجه ابن سريج على قولين، كما لو بان فسق الشهود بعد الحكم.

فرع: قال لسالم: إن مت في رمضان، فأنت حر، ولغانم: إن مت في شوال، فأنت حر، وأقام كل واحد بينة تقتضي حريته، فقولان: أحدهما: لا للتعارض، والثاني: تقدم بينة سالم، لأن معها زيادة علم وهي حدوث الموت في رمضان. وقال المزني وابن سريج: تقدم بينة غانم. فإن قلنا: بالتعارض، فعلى السقوط يرق العبدان، وعلى القسمة يعتق من كل عبد نصفه، ولو قال لسالم: إن مت من مرضي، فأنت حر، وقال لغانم: إن برئت منه، فأنت حر، وأقام سالم بينة بموته، وغانم بينة ببرئه، فهل تقدم بينة سالم أم غانم، أم يتعارضان؟ أوجه: أصحهما: الثالث، فيكون على الخلاف السابق في التعارض. وقيل: إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية.

فصل: من ادعى وراثة شخص، وطلب تركته، أو شيئًا منها، فليبين جهة الوراثة من بنوة أو أخوة وغيرهما. وذكر السرخسي أن المذهب أنه لا يكفي لطلب التركة ذكر الجهة، بل يذكر معها الوراثة، فيقول: أنا أخوه ووارثه، وإذا شهد عدلان من أهل الخبرة بباطن حال الميت أن هذا ابنه لا يعرف له وارثًا سواه، دفعت إليه التركة. وإن شهدا لصاحب فرض دفع إليه فرضه، ولا يطالبان بضمين. وذكر الفوراني أنه يشترط هنا ثلاثة شهود، كما ذكره في شهادة الإفلاس. والصحيح المعروف الأول. وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة، أو كانوا من أهلها، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثًا سواه، فالمشهود له إما أن لا يكون له سهم مقدر، وإما أن يكون، القسم الأول أن لا يكون، فلا يعطى شيئًا في الحال، بل يبحث القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها، فيكتب إليها الاستكشاف، أو يأمر من ينادي فيها: إن فلانًا مات، فإن كان له وارث، فليأت القاضي، أو ليبعث إليه. فإذا بحث مدة يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك، لظهر ولم يظهر، دفع المال إلى المشهود له. وحكى السرخسي قولًا أنه لا يدفع إليه، وقيل: إن كان ممن لا يحجب كالابن، دفع إليه، وإن كان يحجب كالأخ، فلا، والمذهب الأول. وإن دفع إليه، فهل يؤخذ منه ضمين؟ قولان، أحدهما: يجب، وأظهرهما: لا يجب، لكن يستحب، وقيل: لا يجب قطعًا، وقيل: إن كان يحجب، وجب، وإلا فلا، وقيل: إن كان ثقة موسرًا، لم يجب، وإلا فيجب.

القسم الثاني: أن يكون له سهم مقدر، فإن كان ممن لا يحجب، دفع إليه أقل فرضه عائلًا من غير بحث، فالزوجة تعطى ربع الثمن عائلًا، لاحتمال أبوين وبنتين وأربع زوجات، والزوج يعطى الربع عائلًا، لاحتمال أبوين وبنتين معه، والأب السدس عائلًا على تقدير أبوين، وبنتين وزوج أو زوجة، وللأم السدس عائلًا على تقدير أختين لأب، وأختين لأم، وزوج أو زوجة معها. ولو حضر مع الزوجة ابن، أعطيت ربع الثمن غير عائل، لأن المسألة لا تعول إذا كان فيها ابن. ثم إذا بحث ولم يظهر غير المشهود له، أعطي تمام حقه، وفيه وجه أنه لا يعطى تمام حقه إلا أن تقوم بينة بخلاف الأخ، فإنه لو لم يعط شيئًا، لصار محرومًا بالكلية، والصحيح الأول ولا يؤخذ ضمين للمتيقن، وفي أخذه الزيادة الخلاف. وإن كان ممن يحجب، لم يعط شيئًا قبل البحث، وبعد البحث يعطى على الصحيح، وفيه الوجه السابق فيمن له سهم مقدر وهو ممن يحجب. ولو قطع الشهود بأنه لا وارث له سواه، فقد أخطؤوا بالقطع في غير موضعه، ولا تبطل به شهادتهم. ولو قالوا: هذا ابنه، ولم يذكروا كونه وارثه، فقد أطلق البغوي أنه لا يحكم بشهادتهم، لأنه قد يكون ابنًا غير وارث، وجعل العراقيون هذه الصورة، كما لو لم يكن الشهود من أهل الخبرة الباطنة، أو كانوا ولم يقولوا: لا وارث سواه، وقالوا: ينزع المال من يد من هو في يده بهذه الشهادة، ويدفع المال إليه بعد البحث المذكور، ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الوراثة، أنه لا يعطى شيئًا بعد البحث، لأن الابن لا يحجب غيره فقرابته مورثة والأخ يحجبه غيره فقرابته غير مورثة بمجردها. وذكر الإمام في الابن ما ذكره العراقيون، وحكى في الأخ وجهين: فحصل فيهما وجهان:

فرع: لو قالوا: لا نعرف له في البلد وارثًا سواه، لم يعط شيئًا، ولا يصح الضمان المذكور حتى يدفع إليه المال.

الطرف الرابع: في العتق والوصية:

من الأصول الممهدة أن من أعتق في مرض موته عبدين. كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم تجز الورثة، ينحصر العتق في الأول، وإن أعتقهما معًا، وأقرع، فإن علم سبق أحدهما، ولم يعلم عينه، فهل يقرع بينهما، أم يعتق من كل واحد نصفه؟ قولان، أظهرهما: الثاني، ورجح جماعة الأول. ولو علم عين السابق، ثم جهلت، فقيل بطرد القولين، والمذهب القطع بأنه يعتق من كل عبد نصفه. ولو علق عتق عبدين بالموت، أو أوصى بعتقهما ومات، وكل واحد ثلث ماله، أقرع، سواء وقع التعليقان أو الوصيتان معًا أو مرتبًا. ولو قامت بينة أن

المريض أعتق سالمًا وبينة أنه أعتق غانمًا، وكل واحد ثلث ماله، فإن أرختا تاريخًا مختلفًا، عتق من أعتقه أولًا، وإن اتحد تاريخهما، أقرع وإن أطلقت إحداهما، ففي «التهذيب» أنه يقرع، لاحتمال الترتيب والمعية وقال جماعة منهم الإمام والغزالي: احتمال الترتيب أقرب، وأغلب من احتمال المعية، والسابق منهما غير معلوم. وإذا كان كذلك، وتعارضتا، وأطلقتا، عرفنا أن أحد الصنفين سابق، ولم نعرفه بعينه، فيجيء القولان في أنه يقرع بينهما، أم يعتق من كل عبد نصفه؟ ومن فروع القولين ما لو قامت البينتان كذلك، لكن أحد العبدين سدس المال، فإن قلنا بالقرعة، فخرجت للعبد الخسيس، عتق وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث، وإن خرجت للنفيس، عتق وحده، وإن قلنا هناك: يعتق من كل واحد نصفه، فهاهنا وجهان: الصحيح وبه قطع الأكثرون: يعتق من كل واحد ثلثاه، كما لو أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بسدسه، أعطى كل واحد ثلثي ما أوصى له به. والثاني: يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه، لأنه إن سبق عتق النفيس، عتق كله، وإن سبق الخسيس، فنصف النفيس بعده حر، فأحد نصفيه حر على التقديرين والنزاع في النصف الثاني وهو قدر سدس المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس ربع آخر، ومن الخسيس نصفه. ولو قامت بينتان بتعليق عتق عبدين بالموت أو بالوصية بإعتاقهما، وكل واحد ثلث المال، ولم تجز الورثة أقرع بينهما، سواء أطلقت البينتان أو أرختا، لأن المعلقين بالموت كالواقعين معًا في المرض. هذا هو المذهب. وقيل: قولان أحدهما: يقرع، والثاني: يعتق من كل عبد نصفه.

فصل: لا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجانب، أو من ورثة المشهود عليه. فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله، وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية، وأوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله أيضًا، قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الأولى، وتثبت بها الوصية الثانية، لأنهما أثبتا للرجوع بدلًا يساويه، فارتفعت التهمة عنهما، ولا نظر إلى تبديل الولاء، لأن الثاني قد لا يكون أهدى لجمع المال، وقد لا يورث بالولاء، ومجرد هذا الاحتمال لو ردت به الشهادة، لما قبلت شهادة قريب لمن يرثه. هذا إذا كان الوارثان عدلين، فإن كانا فاسقين، لم يثبت الرجوع بقولهما، فيحكم بعتق غانم بشهادة الأجنبيين، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم، وهو الثلثان، وكأن غانمًا هلك أو غصب من التركة. فإن قال الوارثان: أوصى بعتق سالم، ولم يتعرضا للرجوع عن عتق غانم، فالحكم كما سبق فيما لو كانت البينتان أجانب، فالمذهب القرعة. وقيل: قولان، ثانيهما: يعتق من كل عبد نصفه. ولو كانت المسألة بحالها،

لكن سالم سدس المال، فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس، فلا تقبل شهادتهما في الرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلًا. وفي الباقي الخلاف في تبعيض الشهادة، فإن قلنا: لا تبعيض، وبه أجاب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في هذه المسألة ردت شهادتهما فيه أيضًا، ويعتق العبدان، الأول بشهادة الأجانب، والثاني بإقرار الورثة، فإن لم يكونا جائزين، عتق منه قدر ما يستحقانه، فإن قلنا: تبعض، عتق نصف الأول، وكل الثاني. وحكي وجه أن الرجوع لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض، لم يثبت في الباقي، فتبقى الشهادة بالوصية بعتق العبدين، فيقرع كما سبق، وهذا الخلاف إذا لم يكن في التركة وصية أخرى. فإن كان أوصى بثلث ماله لرجل، وقامت البينتان لغانم وسالم كما ذكرنا، قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن وصية غانم، لأن للورثة رد الزيادة على الثلث، فليس في الشهادة على الرجوع تهمة، فيجعل الثلث أثلاثًا بين الموصى له بالثلث، وعتق سالم، فيعطى الموصى له ثلث الثلث، ويعتق من سالم ثلثاه، وهو ثلث الثلث، هكذا ذكروه، لكن برد الزيادة على الثلث لا يوجب حرمان بعض أصحاب الوصايا، بل يوزع عليهم الثلث. وقبول شهادة الثلث توجب إرقاق غانم وحرمانه، وهو محل تهمة، لتعلق الأغراض بأعيان العبيد. فإن كان الوارثان فاسقين، عتق غانم بشهادة الأجنبيين، وعتق سالم بإقرارهما. ولو كانت قيمة غانم سدس المال، وسالم ثلثه، قبل شهادتهما على الرجوع عن وصية غانم، وأعتق سالم. فإن كانا فاسقين، عتق الأول، وعتق من سالم بقدر ثلث الباقي من المال، وهو خمسة أسداس سالم، وكأن الأول تلف. ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض ووارثان أنه نجز عتق سالم، وكل منهما ثلث المال، نظر، إن كذب الوارثان الأجنبيين وقالا: لم يعتق غانمًا، وإنما عتق سالمًا، عتق العبدان فإن لم يكونا جائزين، عتق من سالم قدر حصتهما، واستدرك بعض المتأخرين فقال: قياس ما سبق أن لا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد عتق غانم، وكان غانمًا تلف، وهذا حسن. وإن لم يكذباهما، بل قالا: أعتق سالمًا، ولا يدرى هل أعتق غانما أم لا. فإن كان الوارثان عدلين، فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدين أجانب، وإن كانا فاسقين، عتق غانم بشهادة الشهود. وأما سالم، فقال الشيخ أبو حامد، وتابعه كثيرون: يعتق منه نصفه إذا قلنا: يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين. وقال ابن الصباغ: هذا سهو، وصوابه أن يعتق خمساه، وذكر توجيهه بطريق الجبر. ولو شهد أجنبيان لغانم، ووارثان لسالم كما ذكرنا، إلا أن سالمًا سدس المال، فإن كذب الوارثان الأجنبيين، عتقًا جميعًا، وإن لم يكذباهما، فإن كانا عدلين، فهو كما لو

كان شهود العبدين أجانب، وقد سبق بيانه. وإن كانا فاسقين، فنقل البغوي أن الأول حر بشهادة الأجنبيين، ويقرع بينهما. فإن خرجت القرعة له، انحصر العتق فيه، وإن خرجت للثاني، عتق الأول بالشهادة، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال بإقرار الوارثين، قال: وقياس هذا أن يقرع أيضًا إذا كان كل عبد ثلث المال والوارثان فاسقان، وكأن هذا جواب على قول القرعة فيما إذا كان الشهود كلهم أجانب، وما نقلناه عن الشيخ أبي حامد وغيره على قول القسمة.

فصل: شهد اثنان أن فلانًا الميت أوصى لزيد بالثلث، وآخران أنه أوصى لبكر بالثلث، فالثلث بينهما سواء، فإن قال الآخران: رجع عن زيد، وأوصى لبكر بالثلث، سلم له الثلث، ويستوي في شهادة الرجوع الوارث والأجنبي إذا جرى ذكر بدل. ولو شهد آخران أنه رجع عن وصية بكر أيضًا، وأوصى بالثلث لعمرو، سلم الثلث له. ولو شهد إثنان أنه أوصى بالثلث لزيد، واثنان أنه أوصى لبكر، ثم شهد اثنان أنه رجع عن إحدى الوصيتين، فإن عينا المرجوع عنها، ثبت الرجوع، وكان الثلث كله للآخر. وقال ابن القطان: ليس للآخر إلا السدس، وإنما يكون له الثلث إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى. وإن لم يعينا المرجوع عنها، نص في «المختصر» أن الثلث بينهما. واختلف في وجهه، فقال الجمهور: إبهام الشهادة بالرجوع يمنع قبولها، كما لو شهد أنه أوصى لأحدهما، وقال القفال: تقبل هذه الشهادة لأن الوصية تحتمل الإبهام، ويقسم الرجوع بينهما وكأنه رد وصية كل واحد إلى السدس، فتظهر فائدة الخلاف فيما لو شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس، وأخرى لعمرو بالسدس أيضًا، وأخرى أنه رجع عن إحدى الوصيتين، فعلى قول الأكثرين: لا يقبل شهادة الرجوع المبهم، ويعطى كل واحد السدس الموصى به، وعلى قول القفال: تقبل وكأنه رجع عن نصف كل وصية، فيعطى كل واحد منهما نصف سدس.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بأدب القضاء والشهادات والدعاوي، لأنها يتعلق بعضها ببعض:

يوم الجمعة كغيره في إحضار الخصم مجلس الحكم، لكن لا يحضر إذا صعد الخطيب المنبر حتى يفرغ من الصلاة، واليهودي يحضر يوم السبت، ويكسر عليه سبته.

شهد اثنان أنه غصب كذا، أو سرقه غدوة، وآخران أنه غصبه، أو سرقه عشية، تعارضتا ولا يحكم بواحدة منهما، بخلاف ما لو شهد واحد هكذا، وآخر هكذا حيث يحلف مع أحدهما، ويأخذ الغرم، لأن الواحد ليس بحجة فلا تعارض.

شهد واحد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال قيمته ثمن دينار، يثبت الأقل وللمدعي أن يحلف مع الآخر. ولو شهد بدل الواحد والواحد اثنان واثنان، ثبت الأقل أيضًا وتعارضتا في الزيادة. ولو شهد اثنان أن وزن الذهب الذي أتلفه نصف دينار، وآخران أن وزنه دينار، ثبت الدينار، لأن مع شاهديه زيادة علم، بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدركها الاجتهاد، وقد يقف شاهد القليل على عيب. ولو ادعى عبدًا في يد رجل، وأقام بينة أنه ولد أمته، لم يقض له بها، فقد تلد قبل أن تملكها، فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه فنص أنه يقضى له بهذه البينة، وبه قطع الجمهور، وخرج ابن سريج قولًا، لأنها شهادة بملك سابق، والمذهب الأول، لأن النماء تابع للأصل. ولو شهدوا أن هذه الشاة نتجت في ملكه، وهذه الثمرة حصلت في ملكه، فهو كقولهم: ولدته أمته في ملكه، ولا يكفي نتاج شاته، وثمر شجرته. ولو شهدوا أن هذا الغزل من غزله، أو الفرخ من بيضه، والدقيق من حنطته، أو الخبز من دقيقه، كفى، لأن ذلك عين ماله تغيرت صفته، بخلاف ولد الجارية والشاة. ولو أقام بينة على رق شخص، وأقام المدعى عليه بينة أنه حر الأصل، فبينة المدعي أولى، لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق. ولو ادعى دينًا، وشهد به اثنان، لكن قال أحدهما متصلًا بشهادته: إنه قضاه، أو أبرىء منه، فشهادته باطلة، للقضاء، وإن ذكره مفصولًا عن الشهادة، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر. وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء والإبراء وإن كان قبل الحكم، سئل: متى قضاه؟ فإن قال: قبل أن شهدت، فكذلك الجواب عند ابن القاص. وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان، ثم عاد أحدهما، وقال: قضاه أو أبرأه بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل، بل يحكم بالدين ويؤخذ، إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء. والفرق أن هناك شهد على نفس الحق، والقضاء والإبراء ينافيانه، فبطلت الشهادة، وهنا شهد على الإقرار، والقضاء والإبراء لا ينافيانه، فلا تبطل الشهادة. وحكي وجه أن شهادته على نفس الحق لا تبطل أيضًا، والصحيح الأول، ويقرب من هذا الخلاف، الخلاف فيما لو ادعى ألفًا، وشهد له شاهدان بألف مؤجل، لكن قال أحدهما: قضى منه خمسمائة، ففي وجه: لا تصح شهادتهما، إلا في خمسمائة، لكن للمدعي أن يحلف لباقي الألف مع الشاهد الآخر. وفي وجه: تصح شهادتهما على الألف، وللمدعى عليه أن يحلف مع شاهد القضاء. وفي وجه ثالث: لا يثبت بشهادتهما شيء، لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه، ويقرب منه قولان عن ابن سريج فيما لو شهد اثنان أن فلانًا وكل فلانًا، ثم قال أحدهما: عزله بعد أن شهدت، ففي قول: تبطل شهادته. وفي

قول: تثبت شهادة الوكالة، فيعمل بها، والعزل لا يثبت بواحد.

ادعى شريكان فأكثر حقًا على رجل، فأنكر، يحلف لكل واحد يمينًا، فإن رضي بيمين واحدة، ففي جوازه وجهان.

ولو شهد اثنان أنه أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله، فحكم الحاكم بعتقه، ثم رجعا عن الشهادة، وشهد آخران أنه أوصى بعتق سالم، وهو ثلث ماله، ولم يجز الورثة إلا الثلث، قال البغوي: يقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للأول، رق الثاني، ويغرم الراجعان قيمة الأول للورثة. وإن خرجت للثاني، عتق ورق الأول، ولا غرم على الراجعين، لأنهما لم يتلقياه. قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعة، وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة. ولو شهد رجل أنه وكله بكذا، وآخر أنه فوضه إليه، أو سلطه عليه، ثبتت الوكالة. ولو شهد أحدهما أنه قال: وكلتك بكذا، والآخر أنه أقر بوكالته، لم يثبت شيء، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع، والآخر أنه وكله بالبيع وقبض الثمن، ثبت البيع. ولو ادعى رجل على رجل أنه اشترى منه هذا العبد، ونقده الثمن وأعتقه، وأقام به بينة، وادعى آخر أنه اشتراه ونقد الثمن، وأقام به بينة، تعارضتا، وذكر العتق لا يقتضي ترجيحًا على الصحيح. وقيل: يرجح، لأن العتق كالقبض، نص في «الأم» أنه لو ادعى دابة في يد غيره، وأقام بينة أنها له منذ عشر سنين، ونظر الحاكم في سنها، فإذا لها ثلاث سنين فقط، لم يقبل الشهادة، لأنها كذب، وأن المسناة الحائلة بين نهر شخص، وأرض آخر، يجعل بينهما كالجدار الحائل. ولو ادعى مئة درهم على إنسان، فقال: قبضت خمسين، لم يكن مقرًا بالمائة، وكذا لو قال: قضيت منها خمسين. ولو اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بينة، قضى بها، وإن لم يكن بينة، فما اختص أحدهما باليد عليه حسًا أو حكمًا، بأن كان في ملكه، فالقول قوله فيه بيمينه، وما كان في يدهما حسًا، أو في البيت الذي يسكنانه، فلكل واحد تحليف الآخر، فإن حلفا، جعل بينهما، وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضي للحالف، وسواء اختلفا في دوام النكاح، أم بعد الفراق، وسواء اختلفا هما أو ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر، وسواء ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة، أو للزوجة كالحلي والغزل، أولهما. ولو اختلف مالك الدار، وساكنها بالإجارة في متاع الدار، فالقول قول الساكن، فإن تنازعا في رف فيها، نظر، إن كان مسمرًا أو مثبتًا، فالقول قول المالك، وإلا فهو بينهما، نص عليه. ولو تنازعا أرضًا ولأحدهما فيها زرع أو بناء أو غراس، فهي في يده، أو دابة أو جارية حاملًا، والحمل لأحدهما بالاتفاق، فهي في يده، أو دار لأحدهما فيها متاع، فهي في يده. فإن لم يكن المتاع إلا في بيت، لم يجعل في يده

إلا ذلك البيت، هكذا ذكروه. ولو تنازعا عبدًا، ولأحدهما عليه ثياب، لم يجعل صاحب يد في العبد، لأن منفعة الثوب الملبوس تعود إلى العبد، لا إلى المدعي. ولو قال رجل: استأجرت هذه الدار من زيد سنة في أول رمضان، وقال آخر: استأجرتها منه سنة من أول شوال، وأقام كل واحد بينة، فقولان حكاهما الفوراني، المشهور، وبه قطع البغوي وغيره: تقدم بينة رمضان، لسبق تاريخها. والثاني: بينة شوال، لأنها ناسخة، ويحتمل أنهما تقايلا، واستأجر الثاني في شوال، ويجيء هذا في بينتي البيع على ضعفه.

قامت بينة أن هذا ابنه لا يعرف له وارثًا سواه، وبينة أن هذا الآخر ابنه لا يعرف له وارثًا سواه، ثبت نسبهما، فلعل كل بينة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى.

فصل: فيما جمع من فتاوى القفال وغيره. أن الضيعة إذا صارت معلومة بثلاثة حدود، جاز الاقتصار على ذكرها، وهذا خلاف ما سبق في باب القضاء على الغائب من إطلاق ابن القاص. قال القفال: لكن لو ذكر الشهود الحدود الأربعة وأخطؤوا في واحد، لم تصح شهادتهم، فترك الذكر خير من الخطأ، لأنهم إذا أخطؤوا، لم يكن بتلك الحدود ضيعة في يد المدعى عليه، وإذا غلط المدعي، فقال المدعى عليه: لا يلزمني تسليم دار بهذه الصفة، كان صادقًا. وإذا حلف، كان بارًا. وإن لم ينكر، وقال: لا أمنعه الدار التي يدعيها، سقطت دعوى المدعي، فإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها، فله أن يمنعه، ويقول: هي غير ما ادعيت، فأما إذا أصاب في الحدود، فقال: لا أمنعك منها، فليس له المنع إذا ذهب ليدخلها، فإن قال: ظننت أنه غلط في الحدود، لم يقبل، وإن قال: إنما قلت: لا أمنعك، لأن الدار لم تكن في يدي يومئذٍ، وقد صارت في يدي وملكي، قبل منه، وله المنع إذا حلف. وفيه أن دعوى العبد على سيده أنه أذن له في التجارة لا تسمع إن لم يشتر، ولم يبع شيئًا. وإن اشترى ثوبًا، وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه، فأنكر، السيد الإذن، فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن، فإن حلف، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى، ليسقط الثمن، عن ذمته. وإن باع العبد عينًا للسيد، وقبض الثمن، وتلف في يده فطلب المشتري تلك العين فقال السيد: لم آذن له في البيع، حلف، فإن حلف، حكم ببطلان البيع، والعبد يحلفه لإسقاطه الثمن عن ذمته. وأنه لو ادعى ألفًا، وأقام به شاهدًا، وأراد أن يحلف معه، فأقام المدعى عليه شاهدًا بأن المدعي أقر أنه لا حق عليه، فللمدعى عليه أن يحلف مع شاهده، فإذا حلف، سقطت دعوى المدعي، وأنه يجوز للمالك أن يدعي على الغائب وعلى الغاصب من الغاصب، فإن ادعى

على الأول أنه يلزمه رد الثوب بصفة كذا، أو قيمته كذا، فليس على الغاصب أن يحلف أنه لا يلزمه، لأنه إن قدر على الانتزاع، لزمه الانتزاع والرد، وإلا فعليه القيمة. وأنهم لو شهدوا أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان، وهو يملكها، ولم يقولوا: هي الآن ملك المدعي، ففي قبول شهادتهم قولان، كما لو شهدوا أنه كان ملكه أمس، والمفهوم من كلام الجمهور قبولها. وأنه لو ادعى قصاصًا، فاقتص الحاكم برواية راو روى حديثًا يوجب القصاص في الواقعة، ثم رجع الراوي، وقال: كذبت وتعمدت، لم يجب القصاص عليه، بخلاف الشهادة، لأن الرواية لا تختص بالواقعة. وأنه لو غصب المرهون من يد المرتهن، قال الراهن في دعواه على الغاصب: لي ثوب كنت رهنته عند فلان، وغصبته منه، ويلزمه الرد إلي. ولو اقتصر على قوله: لي عنده ثوب صفته كذا، ويلزمه رده إلي، جاز ولا بعد في قوله: يلزمه رده إلي، لأن يد المرتهن يد الراهن. ولهذا لو نازعه رجل في المرهون، كان القول قول الراهن، وإن كان في يد المرتهن، لأن يده يده، وأن الغريب إذا دخل بلدًا لا يجوز الشهادة بأنه حر الأصل، إنما تجوز الشهادة أن فلانًا حر الأصل إذا عرف حال أبيه وأمه، وعرف النكاح بينهما، وتجوز الشهادة به، وإن لم يشاهد الولادة، كما تجوز الشهادة أنه ابن فلان، وأنه لو ادعى دارًا في يد رجل، وأقام بينة أنه اشتراها منه، وأقام صاحب اليد بينة أنه وهبها له، ولم يتعرضا لتاريخ، تعارضتا. وتظهر فائدة اختلافهما إذا ظهرت مستحقة أو معيبة، وأراد الرد، واسترداد الثمن. وأنه ادعى دارًا في يد شخص، وأقام بينة أنها ملكه، فادعاها آخر، وأقام بينة أنه اشتراها من رجل آخر يوم كذا، ولم يقولوا: إنه كان يملكها يومئذٍ، لكن أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذٍ، سمعتا، وصارتا كبينة، فيحصل التعارض بينهما وبين بينة المدعي الأول. وأنه إذا ادعى دارًا وأقام بينة أنها ملكه، وتسلمها، فادعاها آخر بعد مدة يسيرة، أو طويلة، وأقام بينة أنه اشتراها من المدعى عليه الذي كانت في يده، وكان يملكها يومئذٍ، قضي بالدار لهذا الأخير، وكان كما لو أقام صاحب اليد البينة قبل الانتزاع منه، فإنه لو كان بيده دار، فادعى رجل أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد، وأنكر صاحب اليد، فله أن يقيم بينة على البيعين، وله أن يقيم على هذا بينة، وعلى هذا بينة، ولا بأس بالتقديم والتأخير. وأن الشهود إذا أرادوا أداء الشهادة بشراء دار، تبدلت حدودها بعد الشراء قالوا: اشترى دارًا من وقت كذا، من فلان، وهو يملكها، وكان يومئذٍ ينتهي أحد حدودها إلى كذا، والباقي إلى كذا ثم المدعي يقيم بينة بكيفية التبدل. وأنه لو ادعى دارًا في يد رجل، وأقام بينة أنها ملكه، فقال القاضي: عرفت هذه الدار ملكًا لفلان، وقد

مات، وانتقلت إلى وارثه، فأقم بينة على ملكك منه، فله ذلك، وتندفع بينته. وليكن هذا جوابًا على أنه يقضي بعلمه. وأنه لو ادعى دارًا في يد رجل، فقال المدعى عليه: ليست الدار في يدي، ولا أحول بينك وبينها، فقد أسقط الدعوى عن نفسه، فيذهب المدعي إلى الدار، فإن لم يدفعه أحد، فذاك، وإن دفع، ادعى على الدفع، فلو قال المدعي: إنه يكذب في قوله: ليست في يدي، ولا أحول، لم يلتفت إليه. وأنه لو باع دارًا، فقامت بينة الحسبة أن أبا البائع وقفها، وهو يملكها على ابنه البائع، ثم على أولاده، ثم المساكين، نزعت من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن كذب نفسه، وصدق الشهود، فإن أصر على إنكار الوقت، لم تصرف إليه، بل توقف، فإذا مات، صرفت إلى أقرب الناس إلى الواقف. ولو ادعى البائع أنه وقف، لم تسمع بينته، والتقييد بالبينة يشعر بسماع دعواه، وتحليف خصمه. وقال العراقيون: تسمع بينته أيضًا إذا لم يكن صرح بأنه ملكه، بل اقتصر على البيع. وقال الروياني: لو باع شيئًا ثم قال بعد: وأنا لا أملكه، ثم ملكته بالإرث من فلان، فإن قال حين باع: هو ملكي. لم تسمع دعواه، ولا بينته وإن لم يقل ذلك، بل اقتصر على قول: بعتك، سمعت دعواه، فإن لم يكن له بينة، حلف المشتري أنه باعه، وهو ملكه، قال: وقد نص عليه في «الأم» وغلط من قال غيره، وكذا لو ادعى أن المبيع وقف عليه.

فصل: في فتاوى القاضي حسين رحمه الله أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم، لا يجعل مقرًا، لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم، وإن بينتي الملك والوقف تتعارضان كبينتي الملك. وأنه لو ماتت وخلفت زوجًا وأخًا وأختان، فادعى الزوج أن المتاع كله له، جعل نصفين أحدهما للزوج بحكم اليد، والثاني للميتة، ويحلف الزوج على النصف الذي يجعل له باليد، كما لو كانت حية، فادعت الكل، فإن كان الأخ غائبًا والأخت حاضرة، حلف لها، فإذا حضر، حلف له، فإن أقامت الأخت بينة أن الكل لها ولأخيها، سمعت، وثبت حق الأخ. وأن من حبسه القاضي، لا يجوز إطلاقه إلا برضى خصمه، أو ثبوت إعدامه، فإن ثبت، أطلقه وإن لم يرض خصمه. وإذا أطلقه برضى الخصم، فأراد إقامة بينة بإعدامه، لم تسمع، لأنه لا حبس عليه والحالة هذه، بخلاف ما إذا استحق حبسه. وأن حق إجراء الماء على سطحه، أو أرضه، أو طرح الثلج في ملكه، يجوز الشهادة به إذا رآه مدة طويلة بلا مانع، ولا يكفي قول الشهود: رأينا ذلك سنين وإن كان ذلك مستند شهادتهم.

فصل: سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله عن رجلين تنازعا دارًا،

فأقام أحدهما بينة أنها ملكه، وادعى الآخر أنها وقف عليه، ولم يقم بينة، فحكم القاضي لمدعي الملك، ثم ادعى آخر وقفها، فأقام مدعي الملك بينة على حكم القاضي له بالملك، وأقام مدعي الوقف بينة بالوقف، فرجح الحاكم بينة الملك ذهابًا إلى أن الملك الذي حكم به تقدم على الوقف الذي لم يحكم به، ثم تنازع مدعي الملك، وآخر يدعي وقفيتها، فأقام مدعي الملك بينة لحكم الحاكم له بالملك، وتقديم جانبه، وأقام الآخر بينة بأن الوقف الذي يدعيه قضى بصحته قبل الحكم بالملك، وبترجيحه على الوقف، هل يرتد حكم الحاكم بذلك؟ فقال: نعم يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك. وسئل عمن اشترى ضيعة، وبقيت في يده مدة، فخرجت وقفًا وانتزعت، فقال: عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده. وعن رجل وقف ملكًا، وأقر أن حاكمًا حكم بصحته، ولم يسم الحاكم ولا عينه، ثم رجع عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع، فهل له الحكم بنفوذ الرجوع؟ قال: لا.

فصل: في فتاوى الغزالي أنه لو ادعى دارًا في يد غيره، فقال المدعى عليه: اشتريتها من زيد، فأقام المدعي على إقرار زيد له بها قبل البيع، فأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي لزيد بها قبيل البيع، وجهل التاريخ، قررت الدار في يد المدعى عليه. وأنه إذا خرج المبيع مستحقًا، فادعى المشتري على البائع وقال: سلمت إليه في مجلس العقد، فأنكر، وأراد إقامة البينة بأنه لم يقبض منه شيئًا في مجلس العقد، لم تسمع هذه البينة، لأنها تشهد بالنفي، وإنما تسمع البينة بالنفي في مواضع الحاجة، كالإعسار. وقد يقع التسليم في غفلة ولحظة يسيرة. وأنها إذا ادعت أنه نكحها وطلقها، وطلبت نصف المهر، أو أنها زوجة فلان الميت، وطلبت الإرث، فمقصودهم المال، فيثبت برجل وامرأتين، وبشاهد ويمين.

فصل: في فتاوى البغوي أنه لو ادعى نكاحها، فأقرت بأنها زوجته منذ سنة، ثم أقام آخر بينة أنها زوجته نكحها من شهر، حكم للمقر له، لأنه ثبت بإقرارها النكاح الأول، فما لم يثبت الطلاق، لا حكم للنكاح الثاني. وأنه لو تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها به، وجوزنا التحكيم فيه، فقال المحكم: حكمتني لأزوجك بهذا، فسكتت كان سكوتها إذنًا، كما لو استأذنها الولي فسكتت. وأنه لو حضر عند القاضي رجل وامرأة، واستدعت تزويجها به، وقالت: كنت زوجة فلان فطلقني، أو مات عني، لا يزوجها ما لم يقم حجة بالطلاق أو الموت.

فصل: عن ابن القاص أن من أنكر الحلف بالطلقات الثلاث يحلف أنه ما قال لها: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثًا، ولا هي بائن منه بثلاث. وقال الشيخ

أبو زيد: يكفيه أنها لم تبن منه بثلاث. ووجه الأول أنه قد يحلف متأولًا على مذهب الحجاج بن أرطاة وتابعيه أن الثلاث لا تقع مجموعة، أو على تصحيح الدور. ويجوز أن يقال: إن قال: لم تبن مني، حلف عليه، وإن قال: لم أحلف بطلاقها، حلف عليه.

حكى الهروي عن العبادي أن من ادعى عليه وديعة، فقال: لا يلزمني دفع شيء إليه، لا يكون هذا جوابًا، لأن المودع لا دفع عليه، إنما يلزمه التخلية، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع، أو يقول: هلك في يدي، أو رددته، وهذا يخالف كلام الأصحاب، إلا تراهم يقولون: من جحد الوديعة فقامت بينة بالإيداع، فادعى تلفًا أو ردًا قبل الجحود، نظر، إن كانت صيغة جحده إنكار أصل الوديعة أم قال: لا يلزمني تسليم شيء إليك، فإما أن يقدر خلاف، أو يؤول ما أطلقوه.

وأنه إذا أقام بينة بأنه أجير فلان لحفظ سفينته هذه بدينار، وأقام صاحب السفينة بينة أنه أجره إياها بدينار، تعارضتا، وأنه لو شهد عليه اثنان بالقتل في وقت معين، وآخران أنه لم يقتل في ذلك الوقت لأنه كان معنا، ولم يغب عنا، تعارضتا، وقد سبق من نظائر هذا ما يخالفه.

وأن من أراد أن يدعي، ويقيم البينة من غير أن يعترف للمدعى عليه باليد، فطريقه أن يقول: الموضع الفلاني ملكي، وهذا يمنعني منه تعديًا، فمره يمكني منه. وأنه لو شهد شاهدان أن الكلب ولغ في هذا الإناء ولم يلغ في ذاك وآخران بضده، تعارضتا، فلو لم يقولوا: لم يلغ في ذلك فالإنآن نجسان، وهذا شهادة على إثبات ونفي، ويمكن التعارض بلا نفي، بأن يعينا وقتًا لا يمكن فيه إلا ولوغ واحد.

كتاب الشهادات

قال المصنف رحمه الله تعالى: تحمل الشهادة وأداؤها فرض لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣] قال ابن عباس رضي الله عنهما: «من الكبائر كتمان الشهادة»(١)، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣] فهي فرض على الكفاية فإن قام بها من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لأن المقصود بها حفظ الحقوق وذلك يحصل ببعضهم، وإن كان في موضع لا يوجد فيه غير ممن يقع به الكفاية تعين عليه، لأنه لا يحصل المقصود إلا به فتعين عليه. ويجب الإشهاد على عقد النكاح. وهل يجب على الرجعة؟ فيه قولان وقد بيناهما في الرجعة. وأما ما سوى ذلك من العقود كالبيع والإجارة وغيرهما فالمستحب أن يشهد عليه لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا يجب لما روي أن النبي ﷺ «ابتاع من أعرابي فرسًا فجحده فقال النبي ﷺ من يشهد لي؟ فقال خزيمة بن ثابت الأنصاري: أنا أشهد لك، قال لم تشهد ولم تحضر؟ فقال نصدقك على أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الأرض فسماه النبي ﷺ: ذا الشهادتين»(٢).

فصل: ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى فالمستحب أن لا يشهد به لأنه مندوب إلى ستره ومأمور بدرئه فإن شهد به جاز لأنه «شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضي الله عنه»(٣) فلم ينكر عمر ولا غيره من الصحابة عليهم ذلك، ومن كانت عنده شهادة لآدمي فإن كان صاحبها يعلم بذلك لم يشهد قبل أن يسأل لقوله ﷺ: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد»(٤) وإن كان صاحبها لا يعلم شهد قبل أن يسأل لما روى زيد بن خالد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «خير الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها»(٥).

---

(١) انظر الدر المنثور (١/ ٦٥٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٠٧) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٤٥).

(٣) علقه البخاري في صحيحه (٥/ ٥٨٢) ووصله البيهقي في سننه (١٠/ ١٤٨) والحاكم في المستدرك (٣/ ٤٤٨).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٦٥٢) ومسلم في صحيحه برقم (٢٥٣٣) والترمذي في سننه برقم (٣٨٥٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٦٢) وأحمد في المسند (١/ ٣٧٨).

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٣٦٤) وأحمد في المسند (٥/ ١٩٣).

فصل: ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجرة لأنه فرض تعين عليه فلم يجز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفرائض، ومن لم يتعين عليه ففيه وجهان، أحدهما: أنه يجوز له أخذ الأجرة لأنه لا يتعين عليه فجاز أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز على كتب الوثيقة، والثاني: أنه لا يجوز لأنه تلحقه التهمة بأخذ العوض.

باب من تقبل شهادته ومن ولا تقبل

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا تقبل شهادة الصبي لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] والصبي ليس من الرجال، لما روي أن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستقيط. وعن المجنون حتى يفيق»[(١)] ولأنه إذا لم يؤتمن على حفظ أمواله فلئن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره أولى، ولا تقبل شهادة المجنون للخبر، والمعنى الذي ذكرناه. ولا تقبل شهادة المغفل الذي يكثر منه الغلط، لأنه لا يؤمن أن يغلط في شهادته. وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط لأن أحدًا لا ينفك من الغلط. واختلف أصحابنا في شهادة الأخرس فمنهم من قال: تقبل لأن إشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه، فكذلك في الشهادة، ومنهم من قال: لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة وهو في النكاح والطلاق، لأنها لا تستفاد إلا من جهته، ولا ضرورة بنا إلى شهادته، لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز بإشارته.

فصل: ولا تقبل شهادة العبد لأنها أمر لا يتبعض بني على التفاضل، فلم يكن للعبد فيه مدخل كالميراث والرحم. ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر إلا المسلمين، فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»[(٢)] ولأنه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمي فلئن لا نقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى، ولا تقبل شهادة فاسق لقوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمًۢا بِجَهَٰلَةٍ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾ [الحُجرَات: ٦] فإن ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر فسق وردت شهادته سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه والدليل عليه قوله عز وجل ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النُّور: ٤] وروي أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه بنحوه الدارقطني في سننه (٤/ ٦٩) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٦٣).

زان ولا زانية، ولا ذي غمر على أخيه»[١] فورد النص في القذف والزنا وقسنا عليهما سائر الكبائر، ولأن من ارتكب كبيرة ولم يبال شهد بالزور ولم يبال. وإن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر فإن كان ذلك نادرًا من أفعاله لم يفسق، ولم ترد شهادته. وإن كان ذلك غالبًا في أفعاله فسق وردت شهادته لأنه لا يمكن رد شهادته بالقليل من الصغائر لأنه لا يوجد من يمحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية ولهذا قال النبي ﷺ «ما منا إلا من عصى أو هم بمعصية إلا يحيى بن زكريا»[٢] ولهذا قال الشاعر:

من لك بالمحض وليس محض ... يخبث بعض ويطيب بعض

ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر لأن من استجاز الإكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور، فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله، لأن الحكم للغالب، والنادر لا حكم له. ولهذا قال الله تعالى: ﴿فَمَن ثَقُلَتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿١٠٢﴾ وَمَنْ خَفَّتْ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ خَسِرُوٓاْ أَنفُسَهُمْ فِى جَهَنَّمَ خَٰلِدُونَ﴾ [المؤمنون: ١٠٢ - ١٠٣].

فصل: لا تقبل شهادة من لا مروءة له كالقوال والرقاص ومن يأكل في الأسواق ويمشي مكشوف الرأس في موضع لا عادة له في كشف الرأس فيه، لأن المروءة هي الإنسانية، وهي مشتقة من المرء ومن ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور، ولأن من يستحي من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع. والدليل عليه ما روى أبو مسعود البدري رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قال: إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت»[٣] واختلف أصحابنا في أصحاب الصنائع الدنيئة إذا حسنت طريقتهم في الدين، كالكناس الدباغ والزبال والنخال والحجام والقيم بالحمام، فمنهم من قال: لا تقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم، ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى «إن أكرمكم عند الله أتقاكم» ولأن هذه صناعات مباحة وبالناس إليها حاجة فلم ترد بها الشهادة.

فصل: ويكره اللعب بالشطرنج لأنه لعب لا ينتفع به في أمر الدين، ولا حاجة تدعو إليه فكان تركه أولى، ولا يحرم، لأنه روي اللعب به عن ابن عباس وابن الزبير وأبي هريرة وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم، وروي عن سعيد بن جبير أنه كان يلعب به استدبارًا. ومن لعب به من غير عوض ولم تيرك فرضًا ولا مروءة

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٠١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٦٦) وأحمد في المسند (٢/ ١٨١) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٠٠).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٢٥٤) والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٩٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦١٢٠) وأبو داود في سننه برقم (٤٧٩٧) وابن ماجه في سننه برقم (٤١٨٣) وأحمد في المسند (٤/ ١٢١).

لم ترد شهادته، وإن لعب به على عوض. نظرت، فإن أخرج كل واحد منهما مالًا على أن من غلب منهما أخذ المالين. فهو قمار تسقط به العدالة، وترد به الشهادة، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠] والميسر: القمار. وإن أخرج أحدهما مالًا على أنه إن غلب أخذ ماله، وإن غلبه صاحبه أخذ المال، لم يصح العقد، لأنه ليس من آلات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه، ولا ترد به الشهادة لأنه ليس بقمار. لأن القمار أن يخلو أحد من أن يغنم أو يغرم، وههنا أحدهما يغنم ولا يغرم. وإن اشتغل به عن الصلاة في وقتها مع العلم فإن لم يكثر ذلك منه لم ترد شهادته وإن أكثر منه ردت شهادته لأنه من الصغائر ففرق بين قليلها وكثيرها، فإن ترك فيه المروءة بأن يلعب به على طريق أو تكلم في لعبة بما يسخف من الكلام أو اشتغل بالليل والنهار ردت شهادته لترك المروءة.

فصل: ويحرم اللعب بالنرد وترد به الشهادة، وقال أبو إسحاق رحمه الله: هو كالشطرنج. وهذا خطأ لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله»[(١)] وروى بريدة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «من لعب بالنرد فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه»[(٢)]، ولأن المعول فيه على ما يخرجه الكعبان فشابه الأزلام ويخالف الشطرنج، فإن المعول فيه على رأيه ويحرم اللعب بالأربعة عشر لأن المعول فيها على ما يخرجه الكعبان فحرم كالنرد.

فصل: ويجوز اتخاذ الحمام لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه «أن رجلًا شكا إلى النبي ﷺ الوحشة فقال: اتخذ زوجًا من حمام»[(٣)] ولأن فيه منفعة لأنه يأخذ بيضه وفرخه ويكره اللعب به، لما روي «أن النبي ﷺ رأى رجلًا يسعى بحمامة فقال: شيطان يتبع شيطانة»[(٤)] وحكمه في رد الشهادة حكم الشطرنج وقد بيناه.

فصل: ومن شرب قليلًا من النبيذ لم يفسق: لم ترد شهادته، ومن أصحابنا من قال: إن كان يعتقد تحريمه فسق، وردت شهادته. والمذهب الأول لأن استحلال الشيء أعظم من فعله بدليل أن من استحل الزنا كفر، ولو فعله لم يكفر. فإذا لم ترد شهادة من استحل القليل من النبيذ فلئن لا يرد شربه أولى.

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد برقم (١٢٦٩) وأبو داود في سننه برقم (٤٩٣٨) وابن ماجه في سننه برقم (٣٧٦٢) وأحمد في المسند (٤/ ٣٩٤) ومالك في الموطأ (٢/ ٩٥٨).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٢٦٠) والبخاري في الأدب المفرد برقم (١٢٧١) وأبو داود في سننه برقم (٤٩٣٩) وابن ماجه في سننه برقم (٣٧٦٣) وأحمد في المسند (٥/ ٣٥٢).

(٣) أخرجه أبو نعيم في الحلية (٥/ ٢١٦).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٩٤٠) وابن ماجه في سننه برقم (٣٧٦٥) وأحمد في المسند (٢/ ٣٤٥) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٩).

ويجب عليه الحد. وقال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجب كما لا ترد شهادته. وهذا خطأ لأن الحد للردع والنبيذ كالخمر في الحاجة إلى الردع لأنه يشتهى كما يشتهى الخمر، ورد الشهادة لارتكاب كبيرة لأنه إذا أقدم على كبيرة أقدم على شهادة الزور. وشرب النبيذ ليس بكبيرة لأنه مختلف في تحريمه، وليس من أقدم على مختلف فيه أقدم على شهادة الزور وهي من الكبائر.

فصل: ويكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة لما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل»[١] ولا يحرم لما روي «أن النبي ﷺ مر بجارية لحسان بن ثابت وهي تقول:

هل علي ويحكما إن لهوت من حرج

فقال النبي ﷺ: «لا حرج إن شاء الله»[٢] وروت أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «كان عندي جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقال: مزمار الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ دعهما فإنها أيام عيد»[٣] فإن غنى لنفسه أو سمع غناء جاريته ولم يكثر منه لم ترد شهادته لأن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان إذا دخل في داره ترنم بالبيت والبيتين، واستؤذن عليه لعبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو يترنم فقال: أسمعتني يا عبد الرحمن قال: نعم قال: إنا إذا خلونا في منازلنا نقول كما يقول الناس» وروي عن أبي الدرداء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو من زهاد الصحابة وفقهائها أنه قال: إني لأجم قلبي شيئًا من الباطل لأستعين به على الحق. فأما إذا أكثر من الغناء أو اتخذه صنعة يغشاه الناس للسماع. أو يدعى إلى المواضع ليغني ردت شهادته لأنه سفه وترك للمروءة وإن اتخذ جارية ليجمع الناس لسماعها ردت شهادته لأنه سفه وترك مروءة ودناءة.

فصل: ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ ٱلْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [لقمان: ٦] قال ابن عباس إنها الملاهي، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين»[٤] فالكوبة الطبل والقنين البربط وروي عن النبي ﷺ أنه قال «تمسخ أمة من أمتي بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف»[٥]

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٩٢٧) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٢٣).

(٢) موضوع، وانظر الموضوعات لابن الجوزي (٣/ ٣٣٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٩٨٧) ومسلم في صحيحه برقم (٨٩٢) والنسائي في سننه (٣/ ١٩٥) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٢٤).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ١٦٥).

(٥) لم أجده بهذا اللفظ، وقد أخرجه الترمذي في سننه برقم (٢٢١٢) وأحمد في المسند (٥/ ٢٥٩) بلفظ مقارب.

ولأنها طرب وتدعو إلى الصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة، وإلى إتلاف المال، فحرم كالخمر ويجوز ضرب الدف في العرس والختان دون غيرهما لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف»[١] ويكره القضيب الذي يزيد الغناء طربًا ولا يطرب إذا انفرد، لأنه تابع للغناء، فكان حكمه حكم الغناء وأما رد الشهادة فما حكمنا بتحريمه من ذلك فهو من الصغائر فلا ترد الشهادة بما قل منه، وترد بما كثر منه كما قلنا في الصغائر وما حكمنا بكراهيته وإباحته فهو كالشطرنج في رد الشهادة وقد بيناه.

فصل: وأما الحداء فهو مباح لما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال «كان مع رسول الله ﷺ ليلة نام بالوادي حاديان» وروت عائشة رضي الله عنها قالت «كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال، وكان أنجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لعبد الله بن رواحة: حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنقت الإبل في السير فقال النبي ﷺ: يا أنجشة رويدك رفقًا بالقوارير»[٢] ويجوز استماع نشيد الأعراب لما روى عمرو بن الشريد عن أبيه قال: أردفني رسول الله ﷺ وراءه ثم قال: أمعك شيء من شعر أمية بن أبي الصلت؟ فقلت نعم فأنشدته بيتًا فقال: هيه فأنشدته بيتًا آخر فقال: هيه فأنشدته إلى أن بلغ مائة بيت»[٣].

فصل: ويستحب تحسين الصوت بالقرآن لما روى الشافعي رحمه الله بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أذن الله بشيء كإذنه لنبي حسن الترنم بالقرآن» وروي «حسن الصوت بالقرآن»[٤] وروى البراء بن عازب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «حسنوا القرآن بأصواتكم»[٥] وقال ﷺ: «ليس منا من لم يتغن بالقرآن»[٦] وحمله الشافعي على تحسين الصوت وقال: لو كان المراد به الاستغناء بالقرآن لقال من لم يتغان بالقرآن، وأما القراءة بالألحان فقد قال في موضع: أكرهه وقال في موضع آخر: لا أكرهه: وليست على قولين وإنما هي على اختلاف حالين، فالذي

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٠٨٩) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٩٠).

(٢) أخرجه النسائي في سننه الكبرى (٥/ ٦٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٢٥٥) والبخاري في الأدب المفرد برقم (٧٩٩) وابن ماجه في سننه برقم (٣٧٥٨) وأحمد في المسند (٤/ ٣٨٨) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٢٦).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٠٢٣) ومسلم في صحيحه برقم (٧٩٢) والنسائي في سننه (٢/ ١٨٠) وأبو داود في سننه برقم (١٤٧٣) وأحمد في المسند (٢/ ٢٧١).

(٥) أخرجه الدارمي في سننه (٢/ ٤٧٤) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٢٩).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٧٥٢٧) وأبو داود في سننه برقم (١٤٦٩) وأحمد في المسند (١/ ١٧٢) والحاكم في المستدرك (١/ ٥٦٩).

قال: أكرهه أراد إذا جاوز الحد في التطويل، وإدغام بعضه في بعض والذي قال: لا أكرهه إذا لم يجاوز الحد.

فصل: ويجوز قول الشعر لأنه كان للنبي ﷺ شعراء منهم حسان بن ثابت وكعب بن مالك وعبد الله بن رواحة ولأنه وفد عليه الشعراء ومدحوه وجاءه كعب بن زهير وأنشده.

بانت سعادة فقلبي اليوم متبول متيم إثرها لم يفد مكبول

فأعطاه رسول الله ﷺ بردة كانت عليه فابتاعها منه معاوية بعشرة آلاف درهم وهي التي مع الخلفاء إلى اليوم. وحكمه حكم الكلام في حظره وإباحته وكراهيته واستحبابه ورد الشهادة به والدليل عليه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام»[(١)].

فصل: ومن شهد بالزور فسق وردت شهادته لأنها من الكبائر، والدليل عليه ما روى خريم بن فاتك قال: «صلى رسول الله ﷺ صلاة الصبح ولما انصرف قام قائمًا قال: «عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله ثلاث مرات» ثم تلا قوله عز وجل: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُواْ قَوْلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠][(٢)]. وروى محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار»[(٣)] ويثبت أنه شاهد زور من ثلاثة أوجه، أحدها: أن يقرأنه شاهد زور، والثاني: أن تقوم البينة أنه شاهد زور، والثالث: أن يشهد بما يقطع بكذبه بأن شهد على رجل أنه قتل أو زنى في وقت معين في موضع معين والمشهود عليه في ذلك الوقت كان في بلد آخر. وأما إذا شهد بشيء أخطأ فيه لم يكن شاهد زور لأنه لم يقصد الكذب وإن شهد لرجل بشيء وشهد به آخر أنه لغيره لم يكن شاهد زور، لأنه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك في عدالته وإذا ثبت أنه شاهد زور ورأى الإمام تعزيره بالضرب أو الحبس أو الزجر فعل وإن رأى أن يشهر أمره في سوقه ومصلاه وقبيلته وينادي عليه أنه شاهد زور فاعرفوه فعل لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد برقم (٨٦٥) والدارقطني في سننه (٤/ ١٥٦) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة برقم (٤٤٧).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٩٩) والترمذي في سننه برقم (٢٣٠٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٧٢) وأحمد في المسند (٤/ ٣٢١).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٣٧٣) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٢٢) والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٨) وهو حديث موضوع كما قال العلامة الألباني رحمه الله في السلسلة الضعيفة برقم (١٢٥٩).

النبي ﷺ قال: «اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس»[١] ولأن في ذلك زجرًا له ولغيره عن فعل مثله وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال: إن كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لقوله ﷺ: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم»[٢] وهذا غير صحيح لأن بشهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة».

فصل: ولا تقبل شهادة جار إلى نفسه نفعًا ولا دافع عن نفسه ضررًا لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ولا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي أحنة» والظنين المتهم والجار إلى نفسه نفعًا والدافع عنها ضررًا متهمان فإن شهد المولى لمكاتبه بمال لم تقبل شهادته لأنه يثبت لنفسه حقًا لأن مال المكاتب يتعلق به حق المولى وإن شهد الوصي لليتيم والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه إليه لم تقبل لأنهما يثبتان لأنفسهما حق المطالبة والتصرف وإن وكله في شيء ثم عزله لم يشهد فيما كان النظر فيه إليه فإن كان قد خاصم فيه لم تقبل شهادته وإن لم يكن قد خاصم فيه ففيه وجهان، أحدهما: أنه تقبل لأنه لا يلحقه تهمة، والثاني: أنه لا تقبل لأنه بعقد الوكالة يملك الخصومة فيه وإن شهد الغريم لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفلس لم تقبل شهادته لأنه يتعلق حقه بما يثبت له بشهادته. وإن شهد لمن له عليه دين وهو موسر قبلت شهادته لأنه لا يتعين حقه فيما شهد به، وإن شهد له وهو معسر قبل الحجر ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يقبل لأنه يثبت له حق المطالبة، الثاني: أنه يقبل لأنه لا يتعلق بما يشهد به له حق.

فصل: إن شهد رجلان على رجل أنه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم تقبل، لأنه قد يسري إلى نفسه فيجب الدم به لهما وإن شهدا له بمال وهو مريض ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبو أسحاق أنه لا تقبل لأنهما متهمان لأنه قد يموت فيكون المال لهما فلم تقبل، كما لو شهد بالجراحة، والثاني: وهو قول أبي الطيب ابن سلمة أنه تقبل لأن الحق يثبت للمريض ثم ينتقل بالموت إليهما وفي الجناية إذا وجبت الدية لهما لأنها تجب بموته فلم تقبل وإن شهدا له بالجراحة وهناك ابن قبلت شهادتهما لأنهما غير متهمين، وإن مات الابن وصار الأخوان وارثين نظرت فإن مات الابن بعد الحكم بشهادتهما لم تسقط الشهادة لأنه حكم بها، وإن مات قبل الحكم بشهادتهما سقطت الشهادة كما لو فسقا الحكم، وإن شهد المولى على غريم مكاتبه والوصي على غريم الصبي أو الوكيل على غريم الموكل بالإبراء من الدين، أو بفسق شهود الدين لم تقبل الشهادة،

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ٢١٠) والعقيلي في الضعفاء (١/ ٢٠٢) والطبراني في معجمه الكبير (١٩/ ٤١٨).

(٢) أخرجه البخاري في الأدب المفرد برقم (٤٦٥) وأبو داود في سننه برقم (٤٣٧٥) وأحمد في المسند (٦/ ١٨١) وابن حبان في صحيحه برقم (١٥٢٠ موارد).

لأنه دفع بالشهادة عن نفسه ضررًا وهو حق المطالبة وإن شهد شاهد أن من عاقلة القاتل بفسق شهود القتل فإن كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما ضررًا وهو الدية، وإن كانا فقيرين فقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: ردت شهادتهما، وقال في موضع آخر: إذا كانا من أباعد العصبات بحيث لا يصل العقل إليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما فمن أصحابنا من نقل جواب أحداهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين، أحدهما: أنه تقبل لأنهما في الحال لا يحملان العقل، والثاني: أنه لا تقبل لأنه قد يموت القريب قبل الحول ويوسر الفقير فيصيران من العاقلة، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال: تقبل شهادة الأباعد ولا تقبل شهادة القريب الفقير، لأن القريب معدود في العاقلة، واليسار يعتبر عند الحول وربما يصير موسرًا عند الحول، والبعيد غير معدود في العاقلة وإنما يصير من العاقلة إذا مات الأقرب.

فصل: ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا وقال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ وأبو ثور: تقبل، ووجهه قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] فعم ولم يخص، ولأنهم كغيرهم في العدالة فكانوا كغيرهم في الشهادة وهذا خطأ لما روى ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي أحنة» والظنين المتهم وهذا متهم لأنه يميل إليه ميل الطبع ولأن الولد بضعة من الوالد ولهذا قال ﷺ: «يا عائشة إن فاطمة بضعة مني يريبني ما يريبها»[1] ولأن نفسه كنفسه وماله كماله ولهذا قال ﷺ لأبي العشراء الدارمي: «أنت ومالك لأبيك»[2] وقال ﷺ: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه»[3] ولهذا يعتق عليه إذا ملكه ويستحق عليه النفقة إذا احتاج، والآية تخصها بما ذكرناه، والاستدلال بأنهم كغيرهم في العدالة يبطل بنفسه فإنه كغيره في العدالة ثم لا تقبل شهادته لنفسه، وتقبل شهادة أحدهما على الآخر في جميع الحقوق، ومن أصحابنا من قال لا تقبل شهادة الولد على الوالد في إيجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولا حد القذف بقدفه فلا يلزم بقوله والمذهب الأول لأنه إنما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة في شهادته عليه، ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٧١٤) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤٤٩) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٧٠) والترمذي في سننه برقم (٣٨٦٧) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٩٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٩١) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٨) من حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٣٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٩٢) وأحمد في المسند (٢/ ٢١٤).

وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر في العتق ولا ماله كماله في النفقة وإن شهد شاهدان على رجل أنه قذف ضرة أمهما ففيه قولان قال في القديم لا تقبل لأنهما يجران إلى أمهما نفعًا لأنه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج أن يلاعن وتقع الفرقة بينه وبين ضرة أمهما، وقال في الجديد تقبل وهو الصحيح لأن حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة وإن شهدا أنه طلق ضرة أمهما ففيه قولان، أحدها: أنه تقبل، والثاني: أنه لا تقبل وتعليلهما ما ذكرناه.

فصل: وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العم، ولا تقبل شهادة الزوج على الزوجة في الزنا لأن شهادته دعوى خيانة في حقه، فلم تقبل شهادة المودع على المودع بالخيانة في الوديعة، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل كما لو شهد عليه أنها جنت عليه.

فصل: ولا تقبل شهادة العدو على عدوه لقوله ﷺ: «ولا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي أحنة» وذو الأحنة هو العدو ولأنه متهم في شهادته بسبب منهي عنه فلم تقبل شهادته».

فصل: ومن جمع في الشهادة بين أمرين فردت شهادته في أحدهما نظرت فإن ردت للعداوة بينه وبين المشهود عليه مثل أن يشهد على رجل أنه قذفه وأجنبيا ردت شهادته في حقه وفي حق الأجنبي لأن هذه الشهادة تضمنت الإخبار عن عداوة بينهما وشهادة العدو عن عدوه لا تقبل فإن ردت شهادته في أحدهما لتهمة غير العداوة بأن شهد على رجل أنه اقترض من أبيه ومن أجنبي مالًا ردت شهادته في حق أبيه وهل ترد في الأجنبي؟ فيه قولان، أحدهما: أنها ترد كما لو شهد أنه قذفه وأجنبيا، والثاني: أنها لا ترد لأنها ردت في حق أبيه للتهمة ولا تهمة في حق الأجنبي فقبلت.

فصل: ومن ردت شهادته بمعصية فتاب قبلت شهادته لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٤ ـ ٥] والتوبة توبتان توبة في الباطن وتوبة في الظاهر فأما التوبة في الباطن فهي ما بينه وبين الله عز وجل فينتظر في المعصية فإن لم يتعلق بها مظلمة لآدمي ولا حد لله تعالى كالاستمتاع بالأجنبية فيما دون الفرج فالتوبة منها أن يقلع منها ويندم على ما فعل، ويعزم على أن لا يعود إلى مثلها، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا۟ فَٰحِشَةً أَوْ ظَلَمُوٓا۟ أَنفُسَهُمْ ذَكَرُوا۟ ٱللَّهَ فَٱسْتَغْفَرُوا۟ لِذُنُوبِهِمْ وَمَن يَغْفِرُ ٱلذُّنُوبَ إِلَّا ٱللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا۟ عَلَىٰ مَا فَعَلُوا۟ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿١٣٥﴾ أُو۟لَٰٓئِكَ جَزَآؤُهُم مَّغْفِرَةٌ مِّن رَّبِّهِمْ وَجَنَّٰتٌ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا ۚ وَنِعْمَ أَجْرُ ٱلْعَٰمِلِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٥ ـ ١٣٦].

وإن تعلق بها حق آدمي فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم

على أن لا يعود إلى مثلها وأن يبرأ من حق الآدمي إما أن يؤديه أو يسأله حتى يبرئه منه لما روى إبراهيم النخعي «أن عمر بن الخطاب ﷺ رأى رجلًا يصلي مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل والله لئن كنت أحسنت فقد ظلمتني وإن كنت أسأت فما علمتني. فقال عمر اقتص قال: لا أقتص قال: فاعف قال لا أعفو فافترقا على ذلك، ثم لقيه عمر من الغد فتغير لون عمر فقال له الرجل: يا أمير المؤمنين أرى ما كان مني قد أسرع فيك قال: أجل قال: فاشهد أني قد عفوت عنك»، وإن لم يقدر على صاحب الحق نوى أنه إن قدر أوفاه حقه وإن تعلق بالمعصية حد لله تعالى كحد الزنا والشرب فإن لم يظهر ذلك فالأولى أن يستره على نفسه لقوله ﷺ «من أتى من هذه القاذورات شيئًا فليستتر بستر الله تعالى، فإن من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله»[1] وإن طهره لم يأثم «لأن ماعزًا والغامدية أقرا عند رسول الله ﷺ بالزنا فرجمهما ولم ينكر عليهما» وأما التوبة في الظاهر وهي التي تعود بها العدالة والولاية وقبول الشهادة فينظر في المعصية فإن كانت فعلًا كالزنا والسرقة لم يحكم بصحة التوبة حتى يصلح عمله مدة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ﴾ [آل عِمرَان: ٨٩] قدر أصحابنا المدة بسنة لأنه لا تظهر صحة التوبة في مدة قريبة فكانت أولى المدد بالتقدير سنة لأنه تمر فيها الفصول الأربعة التي تهيج فيها الطبائع وتتغير فيها الأحوال، وإن كانت المعصية بالقول فإن كانت ردة فالتوبة منها أن يظهر الشهادتين وإن كانت قذفًا فقد قال الشافعي رحمه الله: «التوبة منه إكذابه نفسه» واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الإصطخري رحمه الله: هو أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله ووجهه ما روي عن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «توبة القاذف إكذابه نفسه»[2] وقال أبو إسحاق وأبو علي ابن أبي هريرة هو أن يقول: قذفي له كان باطلًا، ولا يقول: إني كنت كاذبًا لجواز أن يكون صادقًا فيضر بتكذيبه نفسه عاصيًا كما كان بقذفه عاصيًا.

ولا تصح التوبة منه إلا بإصلاح العمل على ما ذكرناه في الزنا والسرقة فأما إذا شهد عليه بالزنا ولم يتم العدد قلنا إنه لا يجب عليه الحد فهو على عدالته ولا يحتاج إلى التوبة، وإن قلنا إنه يجب عليه الحد وجبت التوبة، وهو أن يقول ندمت على ما فعلت ولا أعود إلى ما أتهم به، فإذا قال هذا عادت عدالته، ولا يشترط فيه إصلاح العمل لأن عمر ﷺ قال لأبي بكرة: «تب، أقبل شهادتك» وإن لم يتب لم تقبل شهادته ويقبل خبره لأن أبا بكرة ردت شهادته وقبلت أخباره، وإن كانت معصية بشهادة زور فالتوبة منها أن يقول: كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله ولا يشترط في صحة توبته إصلاح العمل على ما ذكرناه.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٨٢٥) والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٤٤).

(٢) لم نجده، وانظر التلخيص الحبير (٤/ ٣٧٥).

فصل: وإن شهد صبي أو عبد أو كافر لم تقبل شهادته، فإن بلغ الصبي أو أعتق العبد أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت، وإن شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لم تقبل. وقال المزني وأبو ثور رحمهما الله: تقبل كما تقبل من الصبي إذا بلغ، والعبد إذا أعتق، والكافر إذا أسلم وهذا خطأ لأن هؤلاء لا عار عليهم في رد شهادتهم فلا يلحقهم تهمة في إعادة الشهادة بعد الكمال والفاسق عليه عار في رد شهادته فلا يؤمن أن يظهر التوبة لإزالة العار فلا تنفك شهادته من التهمة، وإن شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال الكتابة وعتق وأعاد المولى الشهادة له بالمال فقد قال أبو العباس فيه وجهان، أحدهما: أنه تقبل لأن شهادته لم ترد بمعرة وإنما ردت لأنه ينسب لنفسه حقًا بشهادته، وقد زال هذا المعنى بالعتق، والثاني: أنها لا تقبل وهو الصحيح لأنه ردت شهادته للتهمة فلم تقبل إذا أعادها كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة، وإن شهد رجل على رجل أنه قذفه وزوجته فردت شهادته ثم عفا عن قذفه وحسنت الحال بينهما ثم أعاد الشهادة للزوجة لم تقبل شهادته، لأنها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل، وإن زالت التهمة، كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة، وإن شهد لرجل أخوان له بجراحة لم تندمل وهما وارثان له فردت شهادتهما ثم اندملت الجراحة فأعاد الشهادة ففيه وجهان، أحدهما: أنه تقبل لأنها ردت التهمة وقد زالت التهمة، والثاني: وهو قول أبي أسحاق وظاهر المذهب أنها لا تقبل لأنها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد.

الشرح: الشهادة في اللغة: هي الخبر القاطع، مشتقة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شاهده وعاينه. وفي الاصطلاح: الإخبار بحق للغير على الغير في مجلس القضاء، أو هي الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص وهو: أشهد، أو شهدت، أو ما يقوم مقامهما، وقوله: «خير الناس قرني» القرن من الناس: أهل زمان واحد، والشهيد والشاهد سواء بمعنى كالعالم والعلم، والمغفل: الذي تكثر منه الغفلة، وليس بمتيقظ ولا ذاكرًا، والخائن الذي أؤتمن فأخذ أمانته، والغم: الحقد والغل، والزور: الكذب، وقوله: «يمحض الطاعة» أي يخلصها، والخبيث ضد الطيب، واستجاز أي رآه جائزًا سائغًا، والدنيء هو الخسيس، والزبال هو الذي يحمل الزبل، والنخال هو الذي ينخل التراب يلتمس فيه الشيء التافه، والحرج: الضيق والإثم، وقوله: «لأجم قلبي» أي أريحه، وأعنقت أي أسرعت، وذوي الهيئات: أي أهل المروءات، والظنين: المتهم، والإحنة: الحقد، والطبع: هو السجية بما جبل عليه الإنسان من أصل الخلقة، وتهيج أي تثور، وقوله: «بمعرة» أي عيب وعار لحقه، والمعرة: الإثم أيضًا.

فصل: فيما يفيد أهلية الشهادة ولها شروط: منها التكليف والحرية والإسلام،

فلا تقبل شهادة صبي ولا مجنون، ولا من فيه رق، ولا كافر ما، سواء شهد على مسلم أو كافر.

الشرط الرابع: العدالة. فالمعاصي صغائر وكبائر، وقال الأستاذ أبو إسحاق: ليس فيها صغيرة، والصحيح الأول، وفي حد الكبيرة أوجه: أحدها: أنها المعصية الموجبة لحد، والثاني: أنها ما لحق صاحبها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة، وهذا أكثر ما يوجد لهم، وهم إلى ترجيح الأول أميل، لكن الثاني أوفق لما ذكروه عند تفصيل الكبائر، والثالث: ما قاله الإمام في «الإرشاد» وغيره: كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة، فهي مبطلة للعدالة. والرابع: قال أبو سعد الهروي: الكبيرة كل فعل نص الكتاب على تحريمه، أو وجب في جنسه حد من قتل أو غيره، وترك فريضة تجب على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين، هذا ما ذكروه على سبيل الضبط. وفصله جماعة، فعدوا من الكبائر القتل والزنى واللواط، وشرب قليل الخمر، والسرقة، والقذف، وشهادة الزور، وغصب المال، وشرط الهروي في المغصوب كونه نصابًا، والفرار من الزحف، وأكل الربا ومال اليتيم، وعقوق الوالدين، والكذب على رسول الله ﷺ عمدًا، وكتمان الشهادة بلا عذر. وأضاف إليها صاحب «العدة» الإفطار في رمضان بلا عذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرحم، والخيانة في كيل أو وزن، وتقديم الصلاة على وقتها، أو تأخيرها عنه بلا عذر، وضرب مسلم بلا حق، وسب الصحابة رضي الله عنهم، وأخذ الرشوة، والدياثة والقيادة من الرجل والمرأة، والسعاية عند السلطان، ومنع الزكاة، وترك الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن، وإحراق الحيوان، وامتناعها من زوجها بلا سبب، واليأس من رحمة الله والأمن من مكر الله تعالى، ويقال: الوقيعة في أهل العلم وحملة القرآن. ومما عد من الكبائر الظهار، وأكل لحم الخنزير والميتة بلا عذر، وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال، كقطع الرحم، وترك الأمر بالمعروف على إطلاقهما، ونسيان القرآن، وإحراق مطلق الحيوان. وقد أشار الغزالي في «الإحياء» إلى مثل هذا التوقف، وفي «التهذيب» وجه أن ترك صلاة واحدة ليس كبيرة، ولا ترد به شهادة حتى يعتاده.

قال صاحب «العدة»: ومن الصغائر النظر إلى ما لا يجوز، والغيبة، والكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر، والإشراف على بيوت الناس، وهجرة المسلم فوق ثلاث، وكثرة الخصومات وإن كان محقًا، والسكوت على الغيبة والنياحة والصياح وشق الجيب في المصيبة، والتبختر في المشي، والجلوس مع الفساق إيناسًا لهم، والصلاة المنهي عنها في أوقات النهي، والبيع والشراء في المسجد، وإدخال

الصبيان والمجانين والنجاسات إليه، وإمامة قوم يكرهونه لعيب فيه، والعبث في الصلاة، والضحك فيها، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوط مستقبل القبلة، وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام، ولك أن تقول: وكثرة خصومات المحق ينبغي أن لا تكون معصية إذا راعى حد الشرع. وتخطي الرقاب، فإنه معدود من المكروهات لا محرم، وكذا الكلام والإمام يخطب على الأظهر.

إذا تقرر هذا فقال الأصحاب: يشترط في العدالة اجتناب الكبائر، فمن ارتكب كبيرة واحدة، فسق، وردت شهادته، وأما الصغائر، فلا يشترط اجتنابها بالكلية، لكن يشترط أن لا يصر عليها، فإن أصر كان الإصرار كارتكاب كبيرة، وهل الإصرار السالب للعدالة المداومة على نوع من الصغائر، أم الإكثار من الصغائر، سواء كان من نوع أو أنواع؟ فيه وجهان: ويوافق الثاني قول الجمهور أن من غلبت طاعته معاصيه، كان عدلًا، وعكسه فاسق، ولفظ الشافعي رحمه الله في «المختصر» يوافقه، فعلى هذا لا تضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعات، وعلى الأول يضر.

فرع: اللعب بالشطرنج مكروه، وقيل: مباح لا كراهة فيه، ومال الحليمي إلى تحريمه، واختاره الروياني، والصحيح الأول، فإن اقترن به قمار أو فحش أو إخراج صلاة عن وقتها عمدًا، ردت شهادته بذلك المقارن وإنما يكون قمارًا إذا شرط المال من الجانبين، فإن أخرج أحدهما ليبذله إن غلب، ويمسكه إن غلب، فليس بقمار، ولا ترد به شهادة، لكنه عقد مسابقة على غير آلة قتال، فلا يصح. ولو لم تخرج الصلاة عن الوقت عمدًا، لكن شغله اللعب به حتى خرج وهو غافل، فإن لم يتكرر ذلك منه، لم ترد شهادته، وإن كثر منه فسق وردت شهادته بخلاف ما إذا تركها ناسيًا مرارًا، لأنه هنا شغل نفسه بما فاتت به الصلاة هكذا ذكروه، وفيه إشكال لما فيه من تعصية الغافل اللاهي، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيره من المباحات، وأشار الروياني إلى وجه أنه يفسق وإن لم يتكرر، وفي «المهذب» اشتراط التكرر في إخراجها عن الوقت وإن كان عالمًا وهو خلاف ما سبق أن إخراج الفريضة عن الوقت عمدًا كبيرة، وأما اللعب بالنرد ففي وجه مكروه والصحيح تحريمه، فعلى هذا قال الشيخ أبو محمد: هو صغيرة، قال الإمام: والصحيح أنه من الكبائر، قال في «الأم»: وأكره اللعب بالحزة والقرق، فالحزة: قطع خشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر يجعل فيها حصى صغار يلعب بها وقد تسمى الأربعة عشر، والقرق: أن يخط في الأرض خط مربع، ويجعل في وسطه خطان كالصليب، ويجعل على رؤوس

الخطوط حصى صغار يلعب بها. وهذه اللفظة رأيتها بخط الروياني بفتح القاف والراء، وضبطها بعضهم بكسر القاف وإسكان الراء، قال في «الشامل»: اللعب بهما كالنرد وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه كالشطرنج.

فرع: إتخاذ الحمام للفرخ والبيض، أو الأنس، أو حمل الكتب جائز بلا كراهة، وأما اللعب بها بالتطيير والمسابقة، فقيل: لا يكره، والصحيح أنه مكروه، ولا ترد الشهادة بمجرده، فإن انضم إليه قمار ونحوه ردت.

فرع: غناء الإنسان قد يقع بمجرد صوته، وقد يقع بآلة:

أما القسم الأول: فمكروه وسماعه مكروه، وليسا محرمين، فإن كان سماعه من أجنبية فأشد كراهة، وحكى القاضي أبو الطيب تحريمه وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها هل هو عورة، فإن كان في السماع منها خوف فتنة، فحرام بلا خلاف، وكذا السماع من صبي يخاف منه الفتنة، وحكى أبو الفرج الزاز وجهًا: أنه يحرم كثير السماع دون قليله، ووجه أنه يحرم مطلقًا، والصحيح الأول، وهو المعروف للأصحاب. وأما الحداء، وسماعه، فمباحان، وأما تحسين الصوت بقراءة القرآن، فمسنون، وأما القراءة بالألحان، فقال في «المختصر»: لا بأس بها وعن رواية الربيع بن سليمان الجيزي أنها مكروهة، قال جمهور الأصحاب: ليست على قولين، بل المكروه أن يفرط في المد وفي إشباع الحركات حتى تتولد من الفتحة ألف، ومن الضم واو، ومن الكسرة ياء، أو يدغم في غير موضع الإدغام، فإن لم ينته إلى هذا الحد، فلا كراهة، وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يكره وإن أفرط.

القسم الثاني: أن يغني ببعض آلات الغناء مما هو من شعار شاربي الخمر وهو مطرب كالطنبور والعود والصنج وسائر المعازف والأوتار يحرم استعماله واستماعه، وفي اليراع وجهان صحح البغوي التحريم والغزالي الجواز، وهو الأقرب، وليس المراد من اليراع كل قصب بل المزمار العراقي وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف.

أما الدف، فضربه مباح في العرس والختان، وأما في غيرهما، فأطلق صاحب «المهذب» والبغوي وغيرهما تحريمه، وقال الإمام والغزالي: حلال: وحيث أبحناه هو فيما إذا لم يكن فيه جلاجل، فإن كان، فالأصح حله أيضًا. ولا يحرم ضرب الطبول إلا الكوبة، وهو طبل طويل متسع الطرفين ضيق الوسط، وهو الذي يعتاد ضربه المخنثون، والطبول التي تهيأ لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار، فهي كالدف، وليست كالكوبة بحال، والضرب بالصفاقتين حرام، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، لأنه من عادة المخنثين، وتوقف فيه الإمام، لأنه لم يرد فيه خبر

بخلاف الكوبة. وفي تحريم الضرب بالقضيب على الوسائد وجهان: قطع العراقيون بأنه مكروه لا حرام، والرقص ليس بحرام، قال الحليمي: لكن الرقص الذي فيه تثنّ وتكسر يشبه أفعال المخنثين حرام على الرجال والنساء.

فرع: إنشاء الشعر وإنشاده واستماعه جائز، فلو هجا الشاعر في شعره ولو بما هو صادق فيه ردت شهادته، وليس إثم حاكي الهجو كإثم منشئه، ويشبه أن يكون التعريض هجوًا كالتصريح، وقال ابن كج: ليس التعريض هجوًا، وترد شهادة الشاعر إذا كان يفحش ويشبب بامرأة بعينها، أو يصف أعضاء باطنة، فإن شبب بجاريته أو زوجته، فوجهان: أحدهما: يجوز ولا ترد شهادته، وهذا القائل يقول: إذا لم تكن المرأة معينة، لا ترد شهادته لاحتمال أنه يريد من تحل له، والصحيح أن ترد شهادته إذا ذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء، لسقوط مروءته. ولو كان يشبب بغلام، ويذكر أنه يعشقه، قال الروياني: يفسق وإن لم يعينه، لأن النظر إلى الذكور بالشهوة حرام بكل حال. وفي «التهذيب» وغيره اعتبار التعيين في الغلام كالمرأة. وإن كان يمدح الناس ويطري، نظر إن أمكن حمله على ضرب مبالغة، جاز، وإن لم يكن حمله على المبالغة وكان كذبًا محضًا، فالصحيح الذي عليه الجمهور وهو ظاهر نصه أنه كسائر أنواع الكذب، فترد شهادته إن كثر منه، وقال القفال، والصيدلاني: لا يلحق بالكذب، لأن الكاذب يوهم الكذب صدقًا بخلاف الشاعر، فعلى هذا لا فرق بين قليله وكثيره، وهذا حسن بالغ، وينبغي أن يقال على قياسه: إن التشبيب بالنساء والغلمان بغير تعيين لا يخل بالعدالة وإن كثر منه، لأن التشبيب صنعة، وغرض الشاعر تحسين الكلام لا تحقيق المذكور، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم لو سمى امرأة لا يدري من هي.

فرع: ما حكمنا بإباحته في هذه الصورة قد يقتضي الإكثار منه رد الشهادة، لكونه خارمًا للمروءة فمن داوم على اللعب بالشطرنج والحمام، ردت شهادته وإن لم يقترن به ما يوجب التحريم، لما فيه من ترك المروءة، وكذا من داوم على الغناء أو سماعه وكان يأتي الناس ويأتونه، أو اتخذ جارية أو غلامًا ليتغنيا للناس، وكذا المداومة على الرقص، وضرب الدف، وكذا إنشاد الشعر، واستنشاده إذا أكثر منه، فترك به مهماته، كان خارمًا للمروءة، ذكره الإمام، قال: وكذا لو كان الشاعر يكتسب بشعره. والمرجع في المداومة والإكثار إلى العادة، ويختلف الأمر فيه بعادات النواحي والبلاد، ويستقبح من شخص قدر لا يستقبح من غيره، وللأمكنة فيه أيضًا تأثير، فاللعب بالشطرنج في الخلوة مرارًا لا يكون كاللعب به في سوق مرة على ملإٍ من الناس، وهل يقال على هذا: لما استمرت العادة أن الشاعر يكتسب

بشعره وعهد صنعة الغناء حرفة ومكسبًا، فالاشتغال به ممن يليق بحاله، لا يكون تركًا للمروءة؟ وكلام الأصحاب محمول على ما لا يليق به، وقد رأيت ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره لابن القاص.

فرع: ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل، كالنرد وسماع الأوتار، ولبس الحرير، والجلوس عليه ونحوها، هل هو من الكبائر فترد الشهادة بمرة أم من الصغائر، فيعتبر المداومة والإكثار؟ وجهان يميل كلام الإمام إلى أولهما، والأصح الثاني، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره، وزاد الإمام، فقال: ينظر إلى عادة البلد والقطر، فحيث يستعظمون النرد وسماع الأوتار ترد الشهادة بمرة واحدة، لأن الإقدام في مثل تلك الناحية لا يكون إلا من جسور منحل عن ربقة المروءة، فتسقط الثقة بقوله، وحيث لا يستعظمونه لا يكون مطلق الإقدام مشعرًا بترك المبالاة، وسقوط المروءة، وحينئذ يقع النظر في أنه صغيرة أم كبيرة.

فرع: الخمر العينية لم يشبها ماء ولا طبخت بنار محرمة بالإجماع، ومن شربها عامدًا عالمًا بحالها، حد وردت شهادته، سواء شرب قدرًا يسكره أم لا، قال أصحابنا العراقيون: وكذا حكم بائعها ومشتريها في رد شهادتهما، ولا ترد الشهادة بإمساكها، لأنه قد يجوز أن يقصد به التخلل أو التخليل، وأما المطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه، وسائر الأنبذة، فإن شرب منها القدر المسكر، حد وردت شهادته، وإن شرب قليلًا وهو يعتقد إباحته كالحنفي، ففيه أوجه: الأصح المنصوص: يحد، ولا ترد شهادته، والثاني: ترد ويحد، والثالث: لا ترد ولا يحد، واحتج الأصحاب للأصح بأن الحد إلى الإمام، فاعتبر اعتقاده، والشهادة تعتمد اعتقاد الشاهد، ولهذا لو غصب جارية ووطئها معتقدًا أنه يزني بها، فبان أنها ملكه، فسق وردت شهادته، ولو وطىء جارية غيره يعتقدها جاريته، لم ترد شهادته، ولأن الحد للزجر، والنبيذ يحتاج إلى زجر، ورد الشهادة لسقوط الثقة بقوله، ولا يوجد ذلك إذا لم يعتقد التحريم، وأما إذا شربه من يعتقد تحريمه، فالمذهب أنه يحد، وترد شهادته، وعن القفال أن من نكح بلا ولي ووطىء، لا ترد شهادته إن اعتقد الحل، وترد إن اعتقد التحريم، وعلى هذا قياس سائر المجتهدات، ولكن عن نص الشافعي رحمه الله أنه لا ترد شهادة مستحل نكاح المتعة والمفتي به والعامل به ونقل القاضي أبو الفياض مثله.

قال ابن الصباغ: قال في «الأم» إذا أخذ من النثار في الفرح لا ترد شهادته، لأن من الناس من يحل ذلك، وأنا أكرهه. قال في «الأم»: ومن ثبت أنه يحضر الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة، ولا يستحل صاحب الطعام، وتكرر ذلك منه،

ردت شهادته، لأنه يأكل محرمًا إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية، وإن كانت دعوة سلطان، أو من يتشبه بالسلطان فهذا طعام عام، فلا تأثير به. قال ابن الصباغ: وإنما اشترط تكرر ذلك، لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر، صار دناءة، وقلة مروءة. والله أعلم.

الشرط الخامس: المروءة، وهي التوقي عن الأدناس، فلا تقبل شهادة من لا مروءة له، فمن ترك المروءة لبس ما لا يليق بأمثاله بأن لبس الفقيه القباء والقلنسوة ويتردد فيهما في بلد لم تجر عادة الفقهاء بلبسهما فيه، أو لبس التاجر ثوب الجمال، أو تعمم الجمال وتطلس، وركب بغلة مثمنة، وطاف في السوق، واتخذ نفسه ضحكة، ومنه المشي في السوق مكشوف الرأس والبدن إذا لم يكن الشخص سوقيًا ممن يليق به مثله، وكذا مد الرجل بين الناس، والأكل في السوق والشرب من سقاياتها إلا أن يكون الشخص سوقيًا، أو شرب لغلبة عطش، ومنه أن يقبل امرأته أو جاريته بحضرة الناس، أو يحكي ما يجري بينهما في الخلوة، أو يكثر من الحكايات المضحكة، أو يخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين، ويضايق في اليسير الذي لا يستقصى فيه، ومنه الإكثار على اللعب بالشطرنج والحمام والغناء على ما سبق، ومنه أن يتبذل الرجل المعتبر نفسه بنقل الماء والأطعمة إلى بيته إذا كان ذلك عن شح، فإن فعله استكانة، واقتداء بالسلف التاركين للتكلف، لم تقدح ذلك في المروءة، وكذا لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد لتقلله وبراءته من التكلف المعتاد، وهذا يعرف بتناسب حال الشخص في الأعمال والأخلاق، وظهور مخايل الصدق فيما يبديه، وقد يؤثر فيه الزي واللبسة. وفي قبول شهادة أهل الحرف الدنيئة كحجام وكناس ودباغ وقيم حمام وحارس ونخال وإسكاف وقصاب ونحوهم وجهان: أصحهما: القبول، وفي الحائك الوجهان، وقيل: يقبل قطعًا وقيل: يقبل من لا يحتاج إلى مباشرة نجاسة أو قذر كالحائك والنخال والحارس دون غيرهم، وفي الصباغ والصائغ طريقان، أحدهما: طرد الوجهين، والمذهب القبول قطعًا، لكن من أكثر منهم، ومن سائر المحترفة كذبًا وخلفًا في الوعد، ردت شهادته، ولذلك قال الغزالي: الوجهان في أصحاب الحرف هما فيمن يليق به، وكان ذلك صنعة آبائه، فأما غيره، فتسقط مروءته بها، وهذا حسن، ومقتضاه أن يقال: الإسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس، بطلت مروءتهما بخلاف العكس.

ثم الذين يباشرون النجاسة إنما يجري فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها، واتخذوا لها ثيابًا طاهرة، وإلا فترد شهادتهم بالفسق.

فرع: من ترك السنن الراتبة، وتسبيحات الركوع والسجود أحيانًا، لا ترد شهادته، ومن اعتاد تركها، ردت شهادته لتهاونه بالدين وإشعار هذا بقلة مبالاته بالمهمات، وحكى أبو الفرج في غير الوتر وركعتي الفجر وجهان أنه لا ترد شهادته باعتياد تركها.

فرع: نص أن مستحل الأنبذة إن أدام المنادمة عليها، والحضور مع أهل السفه، ردت شهادته لطرحه المروءة، وتقبل شهادة الطوافين على الأبواب، وسائر السؤال إلا أن يكثر الكذب في دعوى الحاجة وهو غير محتاج، أو يأخذ ما لا يحل له أخذه، فيفسق. ومقتضى الوجه الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف رد شهادته لدلالته على خسته.

الشرط السادس: الانفكاك عن التهمة، وللتهمة أسباب:

السبب الأول: أن يجر بشهادته إلى نفسه نفعًا، أو يدفع بها ضرًا، فلا تقبل شهادة السيد لعبده المأذون له، ولا لمكاتبه بدين ولا عين، ولا شهادة الوارث لمورثه، ولا الغريم للميت، والمفلس المحجور عليه، وتقبل شهادته لغريمه الموسر، وكذا المعسر قبل الحجر عليه على الأصح، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بالأداء، ولا الإبراء، ولا الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه، ولا الوصي والقيم في محل تصرفهما، ولا الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، بأن يقول: هذه الدار بيننا، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه، ولا تقبل شهادته لشريكه ببيع الشقص، ولا للمشتري من شريكه، لأنها تتضمن إثبات الشفعة لنفسه، فإن لم يكن فيه شفعة بأن كان مما لا ينقسم، قال الشيخ أبو حامد: تقبل، وكذا لو عفا عن الشفعة، ثم شهد، ولو شهد أن زيدًا جرح مورثه، لم يقبل للتهمة. ولو شهد بمال آخر لمورثه المجروح، أو المريض إن يشهد بعد الاندمال، قبلت قطعًا، وكذا قبله على الأصح.

فرع: ذكر القاضي أبو سعد الهروي في شرح أدب القضاء لأبي عاصم العبادي رحمه الله أنه لا تقبل شهادة المودع للمودع إذا نازعه في الوديعة أجنبي، لأنه يستديم اليد لنفسه، ويقبل للأجنبي، وكذا شهادة المرتهن لا يقبل للراهن، ويقبل للأجنبي، وإن شهادة الغاصب على المغصوب منه بالعين لأجنبي لا تقبل لفسقه، ولتهمته بدفع الضمان، ومؤنة لرد، فإن شهد بعد الرد، قبلت شهادته، وإن شهد بعد التلف، لم تقبل، لأنه يدفع الضمان، وإن شهادة المشتري شراء فاسدًا بعد القبض لا تقبل للأجنبي لما ذكرنا، وإن شهادة المشتري شراء صحيحًا بعد الإقالة، والرد بالعيب، لا تقبل للبائع، لأنه يستبقي لنفسه الغلات، وإن كان المدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع.

ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرط أو المجلس، فوجهان بناء على أنه يرفع العقد من أصله، وترجع الفوائد إلى البائع أم حينه ولا يرجع، وأنه لو كان لميت دين على شخص، فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت، ثم شهد الغريمان لآخر بأنه ابنه، لم تقبل شهادة الغريمين، لأنهما ينقلان ما عليهما للأخ إلى الآخر بخلاف ما لو تقدمت شهادة الغريمين، وأنه لا تقبل شهادة الوارثين على موت المورث، ولا شهادة الموصى لهما على الموصى، وتقبل شهادة الغريمين على موت من له الدين، لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، ولا ينظر إلى نقل الحق من شخص إلى شخص، لأن الوارث خليفة المورث، فكأنه هو، ولو شهد شهود بقتل الخطإ، فشهد اثنان من العاقلة بفسق شهود القتل، لم تقبل شهادتهما، لأنهما يدفعان ضرر التحمل. ولو شهد اثنان على مفلس بدين، فشهد غرماؤه الآخرون بفسقهما، لم تقبل شهادتهم، لأنهم يدفعون عنه ضرر المزاحمة. ولو شهد اثنان لاثنين بوصية من تركة، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية للشاهدين، فوجهان: أحدهما: لا تقبل الأربعة، لتهمة المواطأة، بوصية للشاهدين، والصحيح قبول الشهادتين، لانفصال كل شهادة عن الأخرى، ولا يجر بشهادته نفعًا، ولهذا قلنا: تقبل شهادة بعض القافلة لبعض في قطع الطريق إذا قال كل واحد منهم: أخذ مالي فلان، ولم يقل: أخذ مالنا.

السبب الثاني: البعضية، فلا تقبل شهادة أصل ولا فرع. وروى ابن القاص قولًا قديمًا أنها تقبل، واختاره المزني، وابن المنذر، والمشهور الأول، ولا تقبل لمكاتب ولده أو والده، وما دونهما. ولو شهد اثنان أن أباهما قذف ضرة أمهما أو طلقها أو خالعها، ففي قبول شهادتهما قولان، الجديد الأظهر: القبول. ولو ادعت الطلاق، فشهد لها ابناها، لم يقبل، ولو شهدا حسبة ابتداء، قبلت، وكذا في الرضاع، ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنى، فإن سبق من الابن قذف، فطولب بالحد، فحاول إقامة البينة لدفعه، لم يقبل، وإن لم يقذف أو لم يطالب بالحد، وشهد الأب حسبة، قبلت شهادته.

فرع: في يد زيد عبد ادعى شخص أنه اشتراه من عمرو بعدما اشتراه عمرو من زيد صاحب اليد وقبضه، وطالبه بالتسليم فأنكر زيد جميع ذلك، فشهد ابناه للمدعي بما يقوله، فقولان حكاهما أبو سعد الهروي، أحدهما: لا يقبل لتضمنها إثبات الملك لأبيهما، وأظهرهما: القبول، لأن المقصود بالشهادة في الحال المدعي وهو أجنبي.

فرع: تقبل شهادة الوالد على الولد، وعكسه، سواء شهد بمال أو عقوبة، وقيل: لا تقبل شهادته على الوالد بقصاص أو حد قذف، والصحيح الأول، ومن

شهد لولد، أو والد وأجنبي، قبلت للأجنبي في الأصح أو الأظهر.

فرع: في حبس الوالدين بدين الولد أوجه: الأصح المنع قال الإمام: وإليه صار معظم أئمتنا، والثالث: يحبس في نفقة ولده، ولا يحبس في ديونه، حكاه الإمام، واختاره ابن القاص، وقد سبق الوجهان في كتاب التفليس.

فرع: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر، وقيل: قطعًا، وفي قول لا، وفي قول شهادة الزوج لها دون عكسه. وتقبل شهادة أحدهما على الآخر إلا أنه لا يقبل شهادته عليها بزنى، لأنه دعوى خيانتها فراشه.

السبب الثالث: العداوة، فلا تقبل شهادة عدو على عدوه، والعداوة التي ترد بها الشهادة أن تبلغ حدًا يتمنى زوال نعمته، ويفرح لمصيبته، ويحزن لمسرته، وذلك قد يكون من الجانبين، وقد يكون من أحدهما، فيخص برد شهادته على الآخر. وإن أفضت الشهادة إلى ارتكاب ما يفسق به، ردت شهادته على الإطلاق. ولو عادى من يريد أن يشهد عليه، وبالغ في خصومته، فلم يجبه، وسكت عنه، ثم شهد عليه، قبلت شهادته، لأنا لو لم نقبلها لاتخذ الخصوم ذلك ذريعة إلى إسقاط الشهادة. هكذا حكاه الروياني عن القفال، وذكره جماعة، منهم البغوي في كتاب اللعان أن شهادة المقذوف على قاذفه قبل طلب الحد مقبولة، وبعده لا تقبل، لظهور العداوة، وأنه لو شهد بعد الطلب، ثم عفا وأعاد تلك الشهادة، لم تقبل كالفاسق إذا شهد، ثم تاب وأعاد تلك الشهادة، وأنه لو شهد قبل الطلب، ثم طلب قبل الحكم، لم يحكم بشهادته، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في تعليق الشيخ أبي حامد وغيره أن الشافعي رحمه الله صور العداوة الموجبة للرد فيما إذا قذف رجل رجلًا، أو ادعى عليه أنه قطع الطريق عليه، وأخذ ماله، فيقال: يصيران عدوين، فلا تقبل شهادة أحدهما على الآخر، فاكتفى بالقذف دليلًا على العداوة، ولم يتعرض لطلب الحد، قال الروياني: لعل القفال أراد غير صورة القذف، ثم على ما ذكره البغوي الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوف الحد، بل بأن يظهر العداوة، ولا شك أنه لو شهد على رجل، فقذفه المشهود عليه، لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته، نص عليه.

فرع: العداوات الدينية لا توجب رد الشهادة، بل يقبل للمسلم على الكافر والسني على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لا ترد شهادته عليه. ولو قال عالم ناقد: لا تسمعوا الحديث من فلان، فإنه مخلط، أو لا تستفتوه، فإنه لا يعرف الفتوى، لم ترد شهادته، لأن هذا نصيحة للناس، نص عليه.

فرع: تقبل شهادة العدو لعدوه إذ لا تهمة.

فرع: العصبية أن يبغض الرجل لكونه من بني فلان، فإن انضم إليها دعاء

الناس، وتآلفهم للإضرار به والوقيعة فيه، اقتضى رد شهادته عليه، ومجرد هذا لا يقتضيه، وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه وعترته، فتقبل شهادته لهم، وشهادتهم له، وتقبل شهادته لصديقه وأخيه وإن كان يصله ويبره.

فرع: في شهادة المبتدع. جمهور الفقهاء من أصحابنا وغيرهم لا يكفرون أحدًا من أهل القبلة، لكن اشتهر عن الشافعي تكفير الذين ينفون علم الله تعالى بالمعدوم، ويقولون: ما يعلم الأشياء حتى يخلقها، ونقل العراقيون عنه تكفير الناهين للرؤية والقائلين بخلق القرآن، وتأوله الإمام، فقال: ظني أنه ناظر بعضهم، فألزمه الكفر في الحجاج، فقيل: إنه كفرهم.

أما تكفير منكري العلم بالمعدوم أو بالجزئيات، فلا شك فيه، وأما من نفى الرؤية أو قال بخلق القرآن، فالمختار تأويله، وسننقل إن شاء الله تعالى عن نصه في «الأم» ما يؤيده، وهذا التأويل الذي ذكره الإمام حسن، وقد تأوله الإمام الحافظ الفقيه الأصولي أبو بكر البيهقي وآخرون تأويلات متعارضة، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النار. وهكذا تأولوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ، واستدلوا بأنهم لم يلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة، ووجوب قتلهم وقتالهم وغير ذلك. والله أعلم.

ثم من كفر من أهل البدع لا تقبل شهادته، وأما من لا يكفره من أهل البدع والأهواء، فقد نص الشافعي رحمه الله في «الأم» و«المختصر» على قبول شهادتهم إلا الخطابية وهم قوم يرون جواز شهادة أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول: لي على فلان كذا، فيصدقه بيمين أو غيرها، ويشهد له اعتمادًا على أنه لا يكذب هذا نصه. وللأصحاب فيه ثلاث فرق: فرقة جرت على ظاهر نصه، وقبلت شهادة جميعهم، وهذه طريقة الجمهور، منهم ابن القاص، وابن أبي هريرة، والقضاة ابن كج، وأبو الطيب، والروياني، واستدلوا بأنهم مصيبون في زعمهم ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم، وقبل هؤلاء شهادة من سب الصحابة والسلف ﷺ، لأنه تقدم عليه عن اعتقاد لا عن عداوة وعناد، قالوا: ولو شهد خطابي وذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد على قول المدعي بأن قال: سمعت فلانًا يقر بكذا لفلان، أو رأيته أقرضه، قبلت شهادته. وفرقة منهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه حملوا النص على المخالفين في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا: هم بالرد أولى من الفسقة. وفرقة ثالثة توسطوا، فردوا شهادة بعضهم دون بعض، فقال أبو إسحاق: من أنكر إمامة أبي بكر رضي الله عنه، ردت شهادته لمخالفته الإجماع، ومن فضل عليًا على أبي بكر ﷺ لم ترد شهادته، ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة،

ويقذفون عائشة ﵂، فإنها محصنة كما نطق به القرآن، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي والبغوي، وهو حسن. وفي «الرقم» أن شهادة الخوارج مردودة لتكفيرهم أهل القبلة.

السبب الرابع: الغفلة، وكثرة الغلط، ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ، ولا يضبط، فإن شهد مفسرًا، وبين وقت التحمل ومكانه، فزالت الريبة عن شهادته، قبلت، ولا تقبل شهادة من كثر غلطه ونسيانه، وأما الغلط اليسير، فلا يقدح في الشهادة، لأنه لا يسلم منه أحد قال الإمام: ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة، فيحوج إلى الاستفصال كما سبق في آداب القضاء.

السبب الخامس: أن يدفع بالشهادة عن نفسه عار الكذب، فإن شهد فاسق، ورد القاضي شهادته، ثم تاب بشرط التوبة، فشهادته المستأنفة مقبولة بعد ذلك، ولو أعاد تلك الشهادة التي ردت، لم تقبل، وقال المزني: تقبل. ولو شهد كافر أو عبد أو صبي، فردت شهادته، ثم كمل فأعادها، قبلت، لعدم تهمتهم بدفع العار بخلاف الفاسق، فإن كان يخفي فسقه، والرد يظهره، فيسعى في دفع العار بإعادة الشهادة، فلو كان معلنًا بفسقه حين شهد، ففي قبول شهادته المعادة بعد التوبة وجهان: أصحهما: عند الأكثرين: لا يقبل أيضًا، وإنما يجيء الوجهان إذا أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه، ثم ردها. وفي الإصغاء وجهان: أصحهما: ـ وبه قال الشيخ أبو محمد، واستحسنه الإمام ـ : لا يصغي، كشهادة العبد والصبي. ولو كان الكافر يستتر بكفره، وردت شهادته، ثم أسلم وأعادها، لم تقبل على الأصح، ولو ردت شهادته لعداوة، فزالت، وأعادها، لم تقبل على الأصح، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبه بمال، أو لعبده بنكاح، فردت فأعادها بعد عتقهما، وأجاب ابن القاص هنا بالقبول، ويجريان فيما لو شهد اثنان من الشفعاء بعفو شفيع ثالث قبل عفوهما، فردت شهادتهما، ثم عفوا، وأعاداها، وفيما شهد اثنان لمورثهما بجراحة غير مندملة، فردت، ثم أعادها بعد الاندمال، ولو شهد فرعان على شهادة أصل، فردت شهادتهما لفسق الأصل، فقد صارت شهادة مردودة. فلو تاب، وشهد بنفسه، وأعاد الفرعان شهادتهما على شهادته، أو شهد على شهادته فرعان آخران، لم تقبل، ولو ردت شهادة الفرعين، لفسقهما، لم تتأثر به شهادة الأصل.

السبب السادس: الحرص على الشهادة بالمبادرة: اعلم أن الحقوق ضربان: ضرب لا تجوز المبادرة إلى الشهادة عليه، وضرب يجوز، وتسمى الشهادة على هذا الثاني على وجه المبادرة شهادة حسبة، فحيث لا يجوز، فالمبادر متهم، فلا تقبل شهادته، والمبادرة أن يشهد من غير تقدم دعوى، فإن شهد بعد دعوى قبل أن

يستشهد، ردت شهادته أيضًا على الأصح للتهمة، وإذا رددناها، ففي مصيره مجروحًا وجهان: الأصح لا، وبه قطع أبو عاصم، وظاهر هذا كون الخلاف في سقوط عدالته مطلقًا، ويؤيده أن القاضي أبا سعد الهروي، قال: الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الصغائر، أم من الكبائر، لكن منهم من يفهم كلامه اختصاص الخلاف برد تلك الشهادة وحدها إذا أعادها، فقد قال البغوي: وإذا قلنا: يصير مجروحًا لا يشترط استبراء حاله حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل، فأشعر كلامه باختصار الخلاف.

فرع: تقبل شهادة من احتبى وجلس في زاوية محتبيًا لتحمل الشهادة، ولا تحمل على الحرص، لأن الحاجة قد تدعو إليه، وحكى الفوراني قولًا قديمًا أنها لا تقبل، وهو شاذ، قال: وعلى المشهور يستحب أن يخبر الخصم أني شهدت عليك لئلا يبادر إلى تكذيبه، فيعزره القاضي. ولو قال رجلان لثالث: توسط بيننا لنتحاسب ونتصادق، فلا تشهد علينا بما يجري، فهذا شرط باطل، وعليه أن يشهد.

الضرب الثاني: ما تقبل فيه شهادة الحسبة، وهو ما تمحض حقًا لله تعالى، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضى الآدمي، فمنه الطلاق، وأما الخلع، فأطلق البغوي المنع فيه، وقال الإمام: يقبل في الفراق دون المال، قال: ولا أبعد ثبوته تبعًا، ولا إثبات الفراق دون البينونة، ومنه العتق والاستيلاد دون التدبير، ويقبل في العتق بالتدبير، ولا يقبل في الكتابة، فإن أدى النجم الأخير، شهد بالعتق. وفي شراء القريب وجهان: أحدهما: تقبل شهادة الحسبة فيه لحق الله تعالى، وأصحهما: لا، لأنهم يشهدون بالملك. ومنه العفو عن القصاص، والصحيح قبولها فيه، ومنه الوصية والوقف إذا كانا لجهة عامة، فإن كان لجهة خاصة، فالأصح المنع، ونقله الإمام عن الجمهور لتعلقه بحظوظ خاصة، ومنه تحريم الرضاع والنسب وفي النسب وجه، ومنه بقاء العدة وانقضاؤها، وتحريم المصاهرة، وكذا الزكوات والكفارات، والبلوغ والإسلام، والكفر والحدود التي هي حقوق لله تعالى، كالزنى، وقطع الطريق، وكذا السرقة على الصحيح، لكن الأفضل في الحدود الستر. ومنه الإحصان والتعديل. وأما ما هو حق آدمي، كالقصاص، وحد القذف والبيوع، والأقارير، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق، أخبره الشاهد حتى يدعي ويستشهده فليشهد، وقيل: تقبل شهادة الحسبة في الدماء خاصة، وقيل: تقبل في الأموال أيضًا، وقيل: تقبل إن لم يعلم المستحق بالحق، والصحيح المنع مطلقًا.

فرع: ما قبلت فيه شهادة الحسبة هل يسمع فيه دعوى الحسبة؟ وجهان:

أحدهما لا، وبه قطع القفال في الفتاوى، لأن الثبوت بالبينة وهي غنية عن الدعوى. وقال القاضي حسين: تسمع، لأن البينة قد لا تساعد، وقد يراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه.

فرع: شهود الحسبة يجيئون إلى القاضي، ويقولون: نشهد على فلان بكذا، فأحضره لنشهد عليه، فإن ابتدؤوا، وقالوا: فلان زنى فهم قذفة، وفي الفتاوى: أنه لو جاء رجلان، وشهدا بأن فلانًا أخو فلانة من الرضاع، لم يكف حتى يقولا: وهو يريد أن ينكحها، وأنه لو شهد اثنان بطلاق، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم جاء آخران يشهدان بأخوة بين المتناكحين، لم تقبل هذه الشهادة، إذ لا فائدة لها في الحال، ولا بكونهما قد يتناكحان بعد، وإن الشهادة على أنه أعتق عبده إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقه، وهذه الصورة تفهمك أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة. ولو جاء عبدان لرجل، فقالا: إن سيدنا أعتق أحدنا، وقامت بينة بما يقولان، سمعت، وإن كانت الدعوى فاسدة، لأن البينة على العتق مستغنية عن تقدم الدعوى.

فصل: شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة، وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين، فعلى هذا يعتبر في الشاهد سوى الشروط الستة كونه ناطقًا، وذكر الصيمري أنه لا تقبل شهادة محجور عليه بالسفه، فإن كان كذلك، زاد شرط ثامن.

فصل: في أمور لا تمنع الشهادة. وفيها خلاف لبعض العلماء. منها شهادة البدوي على القروي وعكسه مقبولة، وكذا شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حد وفي غيره، وتقبل شهادة ولد الزنى، ويجوز أن يكون قاضيًا.

فصل: في التوبة. قد سبق أن من لا تقبل شهادته لمعصية تقبل إذا تاب، وظهر إعراضه عما كان عليه، قال الأصحاب: التوبة تنقسم إلى توبة بين العبد وبين الله تعالى، وهي التي يسقط بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر، وهي تتعلق بها عود الشهادة والولايات، أما الأولى، فهي أن يندم على فعل، ويترك فعله في الحال، ويعزم أن لا يعود إليه، ثم إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق مالي لله تعالى ولا للعباد، كقبلة الأجنبية ومباشرتها فيما دون الفرج، فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي، كمنع الزكاة، والغصب، والجنايات في أموال الناس، وجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه، بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس إن بقيت، ويغرم بدلها إن لم تبق، أو يستحل المستحق، فيبرئه ويجب أن يعلم المستحق إن لم يعلم به،

وأن يوصله إليه إن كان غائبًا إن كان غصبه منه هناك، فإن مات، سلمه إلى وارثه، فإن لم يكن له وارث وانقطع خبره، دفعه إلى قاض ترضى سيرته وديانته، فإن تعذر، تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له إن وجده، ذكره العبادي في «الرقم» والغزالي في غير كتبه الفقهية. وإن كان معسرًا، نوى الغرامة إذا قدر، فإن مات قبل القدرة، فالمرجو من فضل الله تعالى المغفرة.

وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي، فإن كان حدًا لله تعالى بأن زنى أو شرب، فإن لم يظهر عليه، فله أن يظهره، ويقر به ليقام عليه الحد، ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأفضل، فإن ظهر، فقد فات الستر، فيأتي الإمام ليقيم عليه الحد، قال ابن الصباغ: إلا إذا تقادم عليه العهد، وقلنا: يسقط الحد. وإن كان حقًا للعباد، كالقصاص وحد القذف، فيأتي المستحق، ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحق، وجب في القصاص أن يعلمه، فيقول: أنا الذي قتلت أباك، ولزمني القصاص، فإن شئت، فاقتص، وإن شئت فاعف. وفي حد القذف سبق في كتب اللعان خلاف في وجوب إعلامه، وقطع العبادي وغيره هنا بأنه يجب إعلامه، كالقصاص. وأما الغيبة إذا لم تبلغ المغتاب، فرأيت في فتاوى الحناطي أنه يكفيه الندم والاستغفار، وإن بلغته، أو طرد طارد قياس القصاص والقذف فيها، فالطريق أن يأتي المغتاب ويستحل منه، فإن تعذر لموته، أو تعسر لغيبته البعيدة، استغفر الله تعالى، ولا اعتبار بتحليل الورثة، هكذا ذكره الحناطي وغيره، قال العبادي: والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير، ويسر ببليته، فيأتي المحسود ويخبره بما أضمره ويستحله، ويسأل الله تعالى أن يزيل عنه هذه الخصلة، وفي وجوب الإخبار عن مجرد الإضمار بعيد.

فرع: لو قصر فيما عليه من دين ومظلمة، ومات المستحق، واستحقه وارث بعد وارث، ثم مات ولم يوفهم، فمن يستحق المطالبة به في الآخرة؟ فيه أوجه أرجحها ـ وبه أفتى الحناطي ـ أنه صاحب الحق أولًا، والثاني أنه آخر من مات من ورثته، أو ورثة ورثته وإن نزلوا، والثالث ذكره العبادي في «الرقم»: أنه يكتب الأجر لكل وارث مدة حياته، ثم بعده لمن بعده، ولو دفع إلى بعض الوارثين عند انتهاء الاستحقاق إليه، خرج عن مظلمة الجميع فيما سوف ومطل. وأما التوبة في الظاهر، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية، أما الفعلية، كالزنى والسرقة والشرب، فإظهار التوبة منها لا يكفي في قبول الشهادة، وعود الولاية، بل يختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسريرته، وأنه صادق في توبته، وفي تقدير هذه المدة أوجه الأكثرون أنها سنة، والثاني: ستة أشهر، ونسبوه إلى النص، والثالث: لا يتقدر بمدة

إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، ويختلف ذلك بالأشخاص، وأمارات الصدق، وهذا اختيار الإمام والعبادي والغزالي. وأما القولية، فمنها القذف، ويشترط في التوبة منه القول، كما أن التوبة من الردة بكلمتي الشهادة. قال الشافعي رحمه الله: التوبة منه إكذابه نفسه، فأخذ الإصطخري بظاهره، وشرط أن يقول: كذبت فيما قذفت، ولا أعود إلى مثله. وقال الجمهور: لا يكلف أن يقول: كذبت، فربما كان صادقًا، فكيف نأمره بالكذب؟ ولكن يقول: القذف باطل وإني نادم على ما فعلت، ولا أعود إليه، أو يقول: ما كنت محقًا في قذفي، وقد تبت منه، ونحو ذلك. وسواء في هذا القذف على سبيل السب والإيذاء، والقذف على صورة الشهادة إذا لم يتم عدد الشهود، إن قلنا بوجوب الحد على من شهد، فإن لم نوجب، فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة. ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب كونه عند القاضي. ثم إذا تاب بالقول، فهل يستبرىء المدة المذكورة إذا كان عدلًا قبل القذف؟ ينظر إن كان القذف على صورة الشهادة لم يشترط على المذهب، وإن كان قذف سب وإيذاء، اشترط على المذهب. واعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف مشكل، وإلحاقه بالردة ضعيف، فإن إشتراط كلمتي الشهادة مطرد في الردة القولية والفعلية، كإلقاء المصحف في القاذورات، ثم مقتضى ما ذكروه في القذف أن يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي القولية، كشهادة الزور والغيبة والنميمة وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور، فقال: التوبة منها أن يقول: كذبت فيما فعلت ولا أعود إلى مثله.

فروع: لو قذف وأتى ببينة على زنى المقذوف، فوجهان: حكاهما الإمام، أحدهما: لا تقبل شهادته، لأنه ليس له أن يقذف، ثم يقيم البينة، بل كان ينبغي أن يجيء مجيء الشهود، والصحيح القبول، لأن صدقه قد تحقق بالبينة، وكذا الحكم لو اعترف المقذوف، وكذا لو قذف زوجته ولاعن، وسواء في رد الشهادة، وكيفية التوبة قذف محصنًا أو غيره حتى لو قذف عبد نفسه، ردت شهادته، ويكفي تحريم القذف سببًا للرد، وشاهد الزور يستبرىء، كسائر الفسقة فإذا ظهر صلاحه، قبلت شهادته في غير تلك الواقعة، ومن غلط في شهادة لا يشترط استبراؤه، وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط، ولا تقبل فيها.

فصل: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان له أنهما كانا عبدين، أو كافرين، أو صبيين، أو امرأتين، نقض حكمه، لأنه تيقن الخطأ، كما لو حكم باجتهاده، فوجد النص خلافه، ولو بان ذلك لقاضٍ آخر نقضه أيضًا. فإن قيل: قد اختلف العلماء في شهادة العبد، فكيف نقض الحكم في محل الاختلاف والاجتهاد؟

فالجواب أن الصورة مفروضة فيمن لا يعتقد الحكم بشهادة العبد وحكم بشهادة من ظنهما حرين، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، ولأنه حكم يخالف القياس الجلي، لأن العبد ناقص في الولايات، وسائر الأحكام، فكذا الشهادة. وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين، نقض حكمه على الأظهر، وقيل: قطعًا. ولو شهد عدلان، ثم فسقا قبل أن نحكم بشهادتهما، لم نحكم بها قطعًا، لأن الفسق يخفى غالبًا، فربما كانا فاسقين عند الشهادة. ولو ارتدا قبل الحكم، لم يحكم على الصحيح، لأنها توقع ريبة، وقيل: لا يؤثر حدوثها بعد شهادتهما. وقال الداركي: إن ارتد إلى كفر يستسر أهله به، فكالفسق، وإلا فلا يؤثر. ولو شهدا في حد أو مال، ثم ماتا أو جنا أو عميا، أو خرسا، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما، لأنها لا توهم ريبة فيما مضى. ويجوز وقوع التعديل بعد حدوثها. ولو فسق الشاهدان، أو ارتدا بعد الحكم بشهادتهما، وقبل الاستيفاء، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، وفيه خلاف وتفصيل سنذكره في بابه إن شاء الله تعالى، والمذهب أنه لا يؤثر في المال، بل يستوفى.

فرع: قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين: قد بان لي أنهما كانا فاسقين، ولم تظهر بينة بفسقهما، قال الغزالي في «الفتاوي»: إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك أيضًا، قال: ولو قال: أكرهني السلطان على الحكم بقولهما، وكنت أعرف فسقهما، قبل قوله من غير بينة الإكراه، ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود له، أو ولدين، أو عدوين للمشهود عليه، نقض الحكم، وبالله التوفيق.

باب عد الشهود

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: لا يقبل في الشهادة على الزنا أقل من أربعة أنفس ذكور لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] **الآية وروي «أن سعد بن عبادة قال: يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلًا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال: نعم»**[1] **وشهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد. وقال زياد: رأيت إستًا تنبو ونفسًا يعلو ورجلان كأنهما أذنا حمار، لا أدري ما وراء ذلك، فجلد عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم**

(١) تقدم.

يجلد المغيرة، ولا يقبل في اللواط إلا أربعة لأنه كالزنا في الحد فكان كالزنا في الشهادة فأما إتيان البهيمة فإنا إن قلنا إنه يجب فيه الحد فهو كالزنا في الشهادة لأنه كالزنا في الحد فكان كالزنا في الشهادة، وإن قلنا أنه يجب فيه التعزير ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي علي بن خيران واختيار المزني رحمه الله أنه يثبت بشاهدين لأنه لا يلحق بالزنا في الحد فلم يلحق به في الشهادة، والثاني: وهو الصحيح أنه لا يثبت إلا بأربعة لأنه فرج حيوان يجب بالإيلاج فيه العقوبة فاعتبر في الشهادة عليه أربعة كالزنا ونقصانه عن الزنا في العقوبة لا يوجب نقصانه عنه في الشهادة كزنا الأمة ينقص عن زنا الحرة في الحد ولا ينقص عنه في الشهادة واختلف قوله في الإقرار بالزنا فقال في أحد القولين: يثبت بشاهدين لأنه إقرار فثبت بشاهدين كالإقرار في غيره، والثاني: أنه لا يثبت إلا بأربعة لأنه سبب يثبت به فعل الزنا فاعتبر فيه أربعة كالشهادة على القتل. وإن كان المقر أعجميًا ففي الترجمة وجهان، أحدهما: أنه يثبت باثنين كالترجمة في غيره، والثاني: أنه كالإقرار فيكون على قولين كالإقرار.

فصل: وإن شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان، أحدهما: أنهم قذفوه ويحدون وهو أشهر القولين، لأن عمر رضي الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة وروى ابن الوصي أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا وقال الرابع: رأيتهما في ثوب واحد فإن كان هذا زنا فهو ذلك، فجلد علي بن أبي طالب رضي الله عنه الثلاثة وعزر الرجل والمرأة. ولأنا لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة طريقًا إلى القذف، والقول الثاني: أنهم لا يحدون لأن الشهادة على الزنا أمر جائز فلا يوجب الحد كسائر الجائزات ولأن إيجاب الحد عليهم يؤدي إلى أن لا يشهد أحد بالزنا خوفًا من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون فتبطل الشهادة على الزنا وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدهم الزوج ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وظاهر النص أنه يحد الزوج قولًا واحدًا لأنه لا تجوز شهادته عليها بالزنا فجعل قاذفًا، وفي الثلاثة قولان، والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الزوج كالثلاثة لأنه أتى بلفظ الشهادة فيكون على القولين.

فصل: فإن شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم، فإن كان بسبب ظاهر بأن كان عبدًا أو كافرًا أو مظاهرًا بالفسق كان كما لو لم يتم العدد، لأن وجوده كعدمه. وإن كان بسبب خفي كالفسق الباطن ففيه وجهان، أحدهما: أن حكمه حكم ما لو نقص بالعدد، لأن عدم العدالة كعدم العدد، والثاني: أنهم لا يحدون قولًا واحدًا، لأنه إذا كان الرد بسبب في الباطن لم يكن من جهتهم تفريط في الشهادة، لأنهم معذرون فلم يحدوا، وإذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد وإن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف، لأنه اعترف بالقذف. ومن أصحابنا من قال: في حده قولان لأنه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة، وليس بشيء وأما

الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولًا واحدًا لأنه ليس من جهتهم تفريط، لأنهم شهدوا والعدد تام، ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه. ومن أصحابنا من قال: في حدهم قولان، وهو ضعيف، فإن رجعوا كلهم وقالوا: تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، وليس بشيء وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر، لم يجب عليها الحد، لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل، ويحتمل أن يكون عائدة لأن البكارة تعود إذا لم يبالغ في الجماع، فلا يجب الحد مع الاحتمال، ولا يجب الحد على الشهود لأنا إذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون.

فصل: ويثبت المال وما يقصد به المال كالبيع والإجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] فنص على ذلك في السلم وقسنا عليه المال وكل ما يقصد به المال.

فصل: وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية إليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا، لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل في الرجعة: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطَّلَاق: ٢] ولما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[1] وعن الزهري أنه قال: جرت السنة على عهد رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود. فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها كل مالا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال، وإن أنفق الزوجان على النكاح واختلفا في الصداق ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين، لأنه إثبات مال. وإن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت إلا بشهادة رجلين، وإن ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن بينة المرأة لإثبات الطلاق وبينة الرجل لإثبات المال. وإن شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع. وإن شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية، والفرق بين القتل والسرقة أن قتل العمد في أحد القولين يوجب القصاص، والدية بدل عنه، تجب بالعفو عن القصاص. وإذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله وفي القول الثاني يوجب أحد البدلين لا بعينه، وإنما يتغير بالاختيار. فلو أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا معينًا وهذا خلاف موجب القتل، وليس كذلك السرقة، فإنها توجب القطع والمال على سبيل الجمع وليس أحدهما بدلًا عن الآخر فجاز أن يوجب أحدهما دون الآخر.

فصل: ولا يقبل في موضحة العمد إلا شاهدان ذكران لأنها جناية توجب

---

(١) تقدم.

القصاص وفي الهاشمة والمنقلة قولان، أحدهما: أنه لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لأنها جناية تتضمن القصاص، والثاني: أنها تثبت بالشاهد والمرأتين لأن الهاشمة والمنقلة لاقصاص فيهما وإنما القصاص في ضمنهما فثبت بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يجب أرش الهاشمة والمنقلة ولا يثبت القصاص في الموضحة وإن اختلف السيد والمكاتب في قدر المال أو صفته أو أدائه قضي فيه بالشاهد والمرأتين لأن الشهادة على المال وإن أفضى إلى العتق الذي لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء. وإن أفضى إلى النسب الذي لا يثبت بشهادتين.

فصل: وإن كان في يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها منه وأقام على ذلك شاهدًا وامرأتين قضي له بالجارية لأنها مملوكة فقضي فيها بشاهد وامرأتين وإذا مات عتقت بإقراره، وهل يثبت نسب الولد وحريته؟ فيه قولان، أحدهما: أنه لا يثبت لأن النسب والحرية لا تثبت بشاهد وامرأتين، فيكون الوالد باقيًا على ملك المدعى عليه، والقول الثاني: أنه يثبت لأن الولد نماء الجارية، وقد حكم له بالجارية فحكم له بالولد، فعلى هذا يحكم بنسب الولد وحريته لأنه أقر بذلك، وإن ادعى رجل أن العبد الذي في يد فلان كان له وأنه أعتقه وشهد له شاهد وامرأتان فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان، أحدهما: أنه لا يحكم بهذه البينة لأنها تشهد له بملك متقدم فلم يحكم بها كما لو ادعى على رجل عبدًا وشهد له شاهد وامرأتان أنه كان له، والثاني: أنه يحكم بها لأنه ادعى ملكًا متقدمًا وشهدت له البينة فيما ادعاه ومن أصحابنا من قال: يحكم بها قولًا واحدًا والفرق بينه وبين المسألة قبلها أن هناك لا يدعي ملك الولد وهو يقر أنه حر الأصل فلم يحكم ببينته في أحد القولين وههنا ادعى ملك العبد وأنه اعتقه فحكم ببينته.

فصل: ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التي تحت الثياب شهادة النساء منفردات لأن الرجال لا يطلعون عليها في العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التجاحد ولا يثبت شيء من ذلك إلا بتعدد لأنها شهادة فاعتبر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لأن أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل والدليل على قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] فأقام المرأتين مقام الرجل وروى عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب على ذي لب منكن قالت امرأة: يا رسول الله ما ناقصات العقل والدين؟ قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل فهذا نقصان العقل وأما نقصان الدين فإن إحداكن تمكث الليالي لا تصلي وتفطر في شهر رمضان فهذا نقصان الدين»[1]

(١) تقدم.

فقبل فيها شهادة الرجلين وشهادة الرجل والمرأتين لأنه إذا أجيز شهادة النساء منفردات لتعذر الرجال فلئن تقبل شهادة الرجال والرجال والنساء أولى وتقبل في الرضاع شهادة المرضعة لما روى عقبة بن الحارث أنه «تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجئت إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال: كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما، فنهاه عنها»[1] ولأنها لا تجر بهذه الشهادة نفعًا إلى نفسها ولا تدفع عنها ضررًا ولا تقبل شهادة المرأة على ولادتها لأنها تثبت لنفسها بذلك حقًا وهو النفقة وتقبل شهادة النساء منفردات على استهلال الولد وأنه بقي متألمًا إلى أن مات وقال الربيع رحمه الله: فيه قول آخر أنه لا يقبل إلا شهادة رجلين والصحيح هو الأول لأن الغالب أنه لا يحضرها الرجال.

فصل: وما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين لما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ «قضى بيمين وشاهد»[2] قال عمر: ذلك في الأموال واختلف أصحابنا في الوقف فقال أبو إسحاق وعامة أصحابنا يبني على القولين فإن قلنا أن الملك للموقوف عليه قضي فيه بالشاهد واليمين لأنه نقل مالك فقضي فيه بالشاهد واليمين كالبيع وإن قلنا أنه ينتقل إلى الله عز وجل لم يقض فيه بالشاهد واليمين لأنه إزالة ملك إلى غير الآدمي فلم يقض فيه بالشاهد واليمين كالعتق وقال أبو العباس رحمه الله يقضى فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعًا لأن القصد بالوقف تمليك المنفعة فقضي فيه بالشاهد واليمين كالإجارة».

الشرح: قوله: «رأيت إستًا» الإست: العجز وقد يراد به حلقة الدبر، وتنبو أي ترتفع، وقوله: «في ضمنهما» أي فيما يشتملان عليه، واللب: العقل.

فصل: الشهادات ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: الشهادة على الزنى، فلا تثبت إلا بأربعة رجال، وتثبت الشهادة على الإقرار بالزنى برجلين على الأظهر، وفي قول: يشترط أربعة، ولا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب، ويثبت القذف بشاهدين على المشهور، ونقل أبو عاصم قولًا قريبًا في اشتراط أربعة.

فرع: سبق في السرقة أنه يشترط في الشهادة على الزنى أن يذكروا التي زنى بها، وأن يذكروا الزنى مفسرًا، فيقولون: رأينا أدخل ذكره، أو قدر الحشفة منه في فرج فلانة على سبيل الزنى. ولا يكفي إطلاقه الزنى، فقد يظنون المفاخذة زنى،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٠٤) وأبو داود في سننه برقم (٣٦٠٣) والترمذي في سننه برقم (١١٥١) والنسائي في سننه (٦/ ١٠٩) وأحمد في المسند (٤/ ٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧١٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٦٠٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٧٠) وأحمد في المسند (١/ ٢٤٨) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٦٧).

وقد تكون الموطوءة جارية ابنه، أو مشتركة بينه وبين غيره بخلاف ما لو ادعت وطء شبهة، وطلبت المهر، فإنه يكفي الشهادة على الوطء، ولا يشترط قولهم: رأينا ذلك منه في ذلك منها، لأن المقصود هناك المال، فلم يلزم هذا الاحتياط، وقد وقع في كلام الغزالي وغيره أن الشاهد يقول: رأينا ذكره في فرجها كالمرود في المكحلة، وهذا التشبيه زيادة بيان، وليس بشرط، صرح به القاضي أبو سعد.

فرع: هل يجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنى أو ولادة، أو عيب باطن أم لا؟ وإنما يشهد عليه عند وقوع النظر إليه اتفاقًا؟ فيه أوجه سبقت في أول النكاح: الأصح المنصوص الجواز، والثاني: المنع، والثالث: المنع في الزنى دون غيره، والرابع: عكسه.

الضرب الثاني: ما ليس بمال، ولا يقصد منه مال، فإن كان عقوبة، لم تثبت إلا برجلين سواء فيه حق الله تعالى، كحد الشرب، وقطع الطريق، وقتل الردة، وحق العباد كالقصاص في النفس، أو الطرف، وحد القذف. والتعزير كالحد، ولا مدخل لشهادة النساء فيها. وإن كان غير عقوبة، فهو نوعان أحدهما: يطلع عليه الرجال غالبًا، فلا يقبل فيه إلا رجلان، وذلك كالنكاح والرجعة، والطلاق والعتاق، والإسلام والردة، والبلوغ والإيلاء، والظهار والإعسار، والموت، والخلع من جانب المرأة، والولاء وانقضاء العدة، وجرح الشهود وتعديلهم، والعفو عن القصاص والإحصان، والكفالة والشهادة برؤية هلال غير رمضان، والشهادة على الشهادة، والقضاء والولاية إن اشترطنا فيهما الشهادة، والتدبير والاستيلاد، وكذا الكتابة على الصحيح، وقيل: تثبت الكتابة برجل وامرأتين، ومنه الوكالة والوصاية وإن كانتا من المال، لأنهما ولاية وسلطنة. ومنه القراض، وكذا الشركة على الأصح، وقيل: تثبت برجل وامرأتين. النوع الثاني: ما لا يطلع عليه الرجال، وتختص النساء بمعرفته غالبًا، فيقبل فيه شهادتهن منفردات، وذلك كالولادة، والبكارة، والثيابة، والرتق، والقرن، والحيض، والرضاع، وعيب المرأة من برص وغيره تحت الإزار، حرة كانت أو أمة، وكذا استهلال الولد على المشهور، فكل هذا النوع لا يقبل فيه إلا أربع نسوة أو رجلين، أو رجل وامرأتين، قال البغوي: والعيب في وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين، وفي وجه الأمة وما يبدو منها في المهنة يثبت برجل وامرأتين، لأن المقصود منه المال. قال: والجراحة على فرج المرأة لا يلحق بالعيب، لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجل غالبًا، هكذا قاله، لكن جنس العيب مما يطلع عليه الرجال غالبًا، لكن لا يطلعون على العيب الخاص، وكذا هذه الجراحة.

الضرب الثالث: ما هو مال أو المقصود منه مال، كالأعيان والديون، والعقود المالية، فيثبت برجلين وبرجل وامرأتين، ولا يثبت بنسوة منفردات، فمن هذا الضرب البيع والإقالة، والإجارة، والرد بالعيب، والحوالة، والضمان، والصلح، والقرض والشفعة والمسابقة، وخيول المسابقة، والغصب، والإيلاء، والوصية بمال، والمهر في النكاح، ووطء الشبهة، والجنايات التي لا توجب إلا المال، كقتل الخطأ وقتل الصبي والمجنون، وقتل الحر العبد، والمسلم الذمي، والوالد الولد، والسرقة التي لا قطع فيها، وكذا حقوق الأموال، والعقود كالخيار، وشرط الرهن، والأجل وفي الأجل وجه، لأنه ضرب سلطنة، ومنه قبض الأموال، منها نجوم الكتابة، وفي النجم الأخير وجه ضعيف أنه يشترط له رجلان، لتعلق العتق به، ومنه الرهن والإبراء على الصحيح فيهما، ومنه طاعة الزوجة لاستحقاق النفقة، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وإدمان الصيد، لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم، ومنه الوقف، وفي ثبوته برجل وامرأتين ما سنذكره إن شاء الله تعالى في الباب الرابع في ثبوته بشاهد ويمين. ولو مات سيد المدبر، فادعى الوارث أنه كان رجع عن التدبير، وقلنا: يجوز الرجوع، ثبت برجل وامرأتين. ولو ادعى رق شخص، أو ادعى جارية في يد غيره أنها أم ولد، ثبت برجل وامرأتين، ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال الزوج: طلقتك على كذا، وقالت: بل مجانًا، ثبتت دعواه برجل وامرأتين، وكذا لو قال لعبده: أعتقتك بكذا، فقال: مجانًا. ولو توافقا على النكاح، واختلفا في قدر المهر أو صفته، أو على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو صفته، ثبت برجل وامرأتين، وكذا لو توافق السيد والعبد على الكتابة، واختلفا في قدر النجوم أو صفتها، والإقرار بكل ما يثبت برجلين يثبت برجل وامرأتين، وفسخ العقود المالية يثبت برجل وامرأتين، وفسخ الطلاق لا يثبت إلا برجلين.

فرع: الخنثى المشكل كالمرأة في الشهادة.

فرع: لو شهد بالسرقة رجل وامرأتان ثبت المال، وإن لم يثبت القطع، وحكي قول أنه لا يثبت المال، كما لو شهد بقتل العمد رجل وامرأتان، فإنه لا يثبت الدية كما لا يثبت القصاص، والمشهور الأول. ولو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح، ثبت الصداق، لأنه المقصود. ولو علق طلاق امرأته، أو عتق عبده على الولادة، فشهد بالولادة أربع نسوة ثبتت الولادة دون الطلاق والعتق، وكذا لو علقهما على الغصب والإتلاف، فشهد بهما رجل وامرأتان ثبت الغصب والإتلاف، ولا يقع الطلاق والعتق كما سبق في كتاب الصوم أنا إذا أثبتنا هلال

رمضان بعدل لا يحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان، ولا بحلول الدين المؤجل به، هذا إذا تقدم التعليق، فلو ثبت الغصب أولًا برجل وامرأتين، وحكم الحاكم به، ثم جرى التعليق، فقال لها: إن كنت غصبت، فأنت طالق، وقد ثبت غصبها برجل وامرأتين وقع الطلاق، هكذا قاله ابن سريج وجمهور الأصحاب، وقياسه أن يكون الحكم هكذا في التعليق برمضان، وحكى الإمام عن حكاية شيخه وجهًا أنه لا يقع.

فصل: إذا ادعى على إنسان مالًا، وشهد له به اثنان، نظر إن كان عينًا وطلب المدعي الحيلولة بينهما وبين المدعى عليه إلى أن يزكى الشاهدان، أجيب إليه على الأصح، وقيل: لا يجاب، وقيل: يجاب إن كان المال مما يخاف تلفه أو تعيبه، وإن كان عقارًا ونحوه، فلا، وإن كان المدعى دينًا، لم يستوف قبل التزكية، وقيل: يستوفى ويوقف، حكاه ابن القطان، والصحيح الأول، فلو طلب المدعي أن يحجر على المدعى عليه، نقل الإمام عن الجمهور أنه لا يجيبه، وعن القاضي حسين أنه إن كان يتهمه بحيلة حجر عليه، لئلا يضيع ماله بالتصرفات والأقارير، ولم يتعرض عامة الأصحاب للحجر، لكن قالوا: هل يحبس المدعى عليه إذا كان المدعي دينًا، فيه وجهان: قال البغوي: أصحهما: نعم، فإن قلنا: لا، فللمدعي ملازمته إلى أن يعطيه كفيلًا وأجرة من يبعثه القاضي معهما للتكفيل على المدعي، وإن كان المدعي قصاصًا، أو حد قذف، حبس المشهود عليه، لأن الحق متعلق ببدنه، فيحتاط له.

ولا يحبس في حدود الله تعالى، وأما في دعوى النكاح، فتعدل المرأة عند امرأة ثقة، وتمنع من الانتشار والخروج، وفيه وجه ضعيف، فعلى هذا الوجه هل يؤخذ منها كفيل؟ وجهان: قال القاضي أبو سعد: فإن كانت المرأة مزوجة، لم يمنع منها زوجها قبل التعديل، لأنه ليس مدعى عليه، ولو شهد اثنان لعبد بأن سيده أعتقه، وطلب العبد الحيلولة قبل التزكية، أجله القاضي، وحال بينه وبين سيده، ويؤجره وينفق عليه، فما فضل فموقوف بينه وبين السيد، فإن لم يكن له كسب، أنفق عليه من بيت المال، ثم يرجع على سيده إن بان جرح الشهود واستمر الرق، وكذا الأعيان المنتزعة يؤجرها، وهل تتوقف الحيلولة على طلب العبد؟ وجهان: الأصح: لا، بل إذا رأى الحاكم الحيلولة، فعلها، وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطًا للبضع، وكذا لو ادعت المرأة الطلاق، وأقامت شاهدين، فرق الحاكم بينهما قبل التزكية، والوجهان في اشتراط طلب العبد للحيلولة جاريان في انتزاع العين المدعاة، ويقرب منها وجهان: حكاهما ابن كج في أن إجارة العبد هل تفتقر إلى طلب السيد أو العبد، أم يؤجره بغير طلبهما؟ والثاني أقرب إلى ظاهر النص، هذا كله إذا أقام

المدعي شاهدين، فلو أقام شاهدًا، وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر هل يجاب؟ قولان أظهرهما عند الجمهور: لا، لأن الشاهد وحده ليس بحجة، وفي الشاهدين تمت الحجة، وهل يحبس المدعى عليه في القصاص والقذف بشاهد؟ فيه القولان، ويجري فيه الخلاف في دعوى النكاح تعديلًا، ثم تكفيلا إن لم يعدل، وفي دعوى العتق والطلاق هل يحال؟ فيه القولان، ثم ذكر العراقيون والروياني أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يتعينان إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية أو الجرح، ولا تقدر له مدة، والحيلولة والحبس بشاهد إذا قلنا به لا يزادان على ثلاثة أيام، وعن أبي إسحاق أنه لا حيلولة ولا حبس إذا كان الشاهد الآخر غائبًا لا يحضر إلا بعد ثلاثة أيام، وإنما محل القولين إذا كان قريبًا، والمذهب ما سبق.

فرع: قال البغوي: إذا حال القاضي بين العبد وسيده، أو انتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية، لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه، لكن لو أقر أحدهما بالموقوف لآخر أو أوصى به أو دبره أو أعتقه، انتظرنا ما يستقر عليه الأمر آخرًا، وحكى القاضي أبو سعد وجهين في نفوذ تصرفه، وصوره فيما إذا حجر القاضي على المشهود عليه في المشهود به، فإن أراد بالحجر الحيلولة، حصل الخلاف، وإن أراد التلفظ بالحجر أشعر ذلك باشتراط الحجر القولي في امتناع التصرف، قال: وإذا قامت البينة، وحصل التعديل، والقاضي ينظر في وجه الحكم، فينبغي أن يحجر عليه في مدة النظر، فإن حجر لم ينفذ تصرفه، قال البغوي: وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفذ تصرف المدعي، وينفذ تصرف المدعى عليه، إن قلنا: إن طلب المدعي شرط في الوقف، وإلا فوجهان.

فرع: الثمرة والغلة الحادثان بعد شهادة الشاهدين وقبل التعديل تكون للمدعي وبين شهادة الأول وشهادة الثاني لا يكون للمدعي إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة الأول أولًا أو بما قبله، فإن استخدم السيد العبد المدعي للعتق بين شهادة الأول والثاني على قولنا لا يحال بينهما وشهد الثاني هكذا لزمه أجرة المثل.

باب تحمل الشهادة وأدائها

قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يجوز تحمل الشهادة وأداؤها إلا عن علم والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ۚ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسرَاء: ٣٦] **وقوله تعالى:** ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزّخرُف: ٨٦] **فأمر الله تعالى أن يشهد عن علم وقوله عز وجل:** ﴿سَتُكْتَبُ شَهَٰدَتُهُمْ وَيُسْـَٔلُونَ﴾ [الزّخرُف: ١٩] **وهذا الوعيد يوجب التحفظ في الشهادة وأن لا يشهد إلا عن علم**

وروى طاوس عن ابن عباس ﷺ أنه قال: «سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم قال: فعلى مثلها فاشهد أو دع»[1] وإن كانت الشهادة على فعل كالجناية والغصب والزنا والسرقة والرضاع والولادة وغيرها مما يدرك بالعين لم تجز الشهادة به إلا عن مشاهدة لأنها لا تعلم إلا بها، وإن كانت الشهادة على عورة ووقع بصره عليها من غير قصد جاز أن يشهد بما شاهد، وإن أراد أن يقصد النظر ليشهد فالمنصوص أنه يجوز وهو قول أبي إسحاق المروزي لأن أبا بكرة ونافعًا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر ﷺ فلم ينكر عمر ولا غيره نظرهم، وقال أبو سعيد الإصطخري: لا يجوز أن يقصد النظر لأنه في الزنا مندوب إلى الستر وفي الولادة والرضاع تقبل شهادة النساء فلا حاجة بالرجال إلى النظر للشهادة ومن أصحابنا من قال: يجوز في الزنا دون غيره لأن الزاني هتك حرمة الله تعالى بالزنا فجاز أن تهتك حرمته بالنظر إلى عورته، وفي غير الزنا يوجد من المشهود عليه هتك حرمة فلم يجز هتك حرمته ومنهم من قال: يجوز في غير الزنا ولا يجوز في الزنا لأن حد الزنا يبنى على الدرء والإسقاط فلا يجوز أن يتوصل إلى إثباته بالنظر وغيره لم يبن على الدرء والإسقاط فجاز أن يتوصل إلى إثباته بالنظر.

فصل: وإن كانت الشهادة على قول كالبيع والنكاح والطلاق والإقرار لم يجز التحمل فيها إلا بسماع القول ومشاهدة القائل. لأنه لا يحصل العلم بذلك إلا بالسماع والمشاهدة. وإن كانت الشهادة على ما لا يعلم إلا بالخبر وهو ثلاثة: النسب والملك والموت جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة، فإن استفاض في الناس أن فلانًا بن فلان أو أن فلانًا هاشمي أو أموي جاز أن يشهد به لأن سبب النسب لا يدرك بالمشاهدة، وإن استفاض في الناس أن هذه الدار وهذا العبد لفلان جاز أن يشهد به لأن أسباب الملك لا تضبط فجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة. وإن استفاض أن فلانًا مات جاز أن يشهد به لأن أسباب الموت كثيرة ومنها خفية ومنها ظاهرة ويتعذر الوقوف عليها، وفي عدد الاستفاضة وجهان، أحدهما: وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله أن أقله أن يسمع من اثنين عدلين، لأن ذلك بينة، والثاني: وهو قول أقضى القضاة أبي الحسن الماوردي رحمه الله أنه لا يثبت إلا بعدد يقع العلم بخبرهم، لأن ما دون ذلك من أخبار الآحاد فلا يقع العلم من جهتهم. فإن سمع إنسانًا يقر بنسب أب أو ابن فإن صدقه المقر له جاز له أن يشهد به لأنه شهادة على إقرار، وإن كذبه لم يجز أن يشهد به لأنه لم يثبت النسب وإن سكت فله أن يشهد به لأن السكوت في النسب رضى بدليل أنه إذا بشر بولد فسكت عن نفيه لحقه نسبه. ومن أصحابنا من قال: لا يشهد حتى يتكرر

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٩٣) والبيهقي في سننه (٤/ ١٨) والعقيلي في الضعفاء (٤/ ٨٢).

الإقرار به مع السكوت، وإن رأى شيئًا في يد إنسان مدة يسيرة جاز أن يشهد له باليد ولا يشهد له بالملك، وإن رآه في يده مدة طويلة يتصرف فيه جاز أن يشهد له باليد وهل يجوز أن يشهد له بالملك؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري رحمه الله: أنه يجوز لأن اليد والتصرف يدلان على الملك، والثاني: وهو قول أبي إسحاق رحمه الله أنه لا يجوز أن يشهد له بالملك لأنه قد تكون اليد والتصرف عن ملك وقد تكون عن إجارة أو وكالة أو غصب فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال واختلف أصحابنا في النكاح والعتق والوقف والولاء فقال أبو سعيد الإصطخري رحمه الله: يجوز أن يشهد فيها بالاستفاضة لأنه يعرف بالاستفاضة أن عائشة رضي الله عنها زوجة النبي ﷺ وأن نافعًا مولى ابن عمر رضي الله عنهما، كما يعرف أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ وقال أبو إسحاق رحمه الله لا يجوز لأنه عقد فلا يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة كالبيع.

فصل: ويجوز أن يكون الأعمى شاهدًا فيما يثبت بالاستفاضة لأن طريق العلم به السماع والأعمى كالبصير في السماع، ويجوز أن يكون شاهدًا في الترجمة لأنه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم، وسماعه كسماع البصير، ولا يجوز أن يكون شاهدًا على الأفعال كالقتل والغصب والزنا لأن طريق العلم بها البصر ولا يجوز أن يكون شاهدًا على الأقوال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجًا عن يده، وحكي عن المزني رحمه الله أنه قال: يجوز أن يكون شاهدًا فيها إذا عرف الصوت ووجهه أنه إذا جاز أن يروي الحديث إذا عرف المحدث بالصوت ويستمتع بالزوجة إذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد إذا عرف المشهود عليه بالصوت وهذا خطأ لأن من شرط الشهادة العلم وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لأن الصوت يشبه الصوت ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لأن ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد وأما إذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر ويد الأعمى على رأس الرجل فضبطه إلى أن حضر عند الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت شهادته لأنه شهد عن علم وإن تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم عمي نظرت فإن كان لا يعرف المشهود عليه إلا بالعين وهو خارج عن يده لم تقبل شهادته عليه لأنه لا علم له بمن يشهد عليه وإن تحمل الشهادة ويده في يده وهو بصير ثم عمي ولم تفارق يده يده حتى حضر إلى الحاكم وشهد عليه قبلت شهادته لأنه يشهد عليه عن علم وإن تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم عمي قبلت شهادته لأنه يشهد على من يعلمه.

فصل: ومن شهد بالنكاح ذكر شروطه لأن الناس يختلفون في شروطه فوجب ذكرها في الشهادة. وإن رهن رجل عبدًا عند رجل بألف ثم زاده ألفًا آخر وجعل العين رهنًا بهما وأشهد الشهود على نفسه أن العين رهن بألفين، وعلم الشهود حال الرهن في الباطن. فإن كانوا يعتقدون أنه لا يجوز إلحاق الزيادة

بالدين في الرهن لم يجز أن يشهدوا إلا بما جرى الأمر عليه في الباطن، وإن كانوا يعتقدون أنه يجوز إلحاق الزيادة بالدين في الرهن ففيه وجهان، أحدهما: يجوز أن يشهدوا بأن العين رهن ألفين لأنهم يعتقدون أنهم صادقون في ذلك، والثاني: أنه لا يجوز أن يشهدوا إلا بذكر ما جرى الأمر عليه في الباطن لأن الاعتبار في الحكم باجتهاد الحاكم دون الشهود.

فصل: ومن شهد بالرضاع وصف الرضاع وأنه ارتضع الصبي من ثديها أو من لبن حلب منها خمس رضعات متفرقات في حولين، لاختلاف الناس في شروط الرضاع، فإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم تقبل لأن الناس يختلفون فيما يصير به ابنًا من الرضاع، وإن رأى امرأة أخذت صبيًا تحت ثيابها وأرضعته لم يجز أن يشهد بالرضاع لأنه يجوز أن يكون قد أعدت شيئًا فيه لبن من غيرها على هيئة الثدي فرأى الصبي يمص فظنه ثديًا.

فصل: ومن شهد بالجناية ذكر صفتها فإن قال: ضربه بالسيف فمات أو قال: ضربته بالسيف فوجدته ميتًا لم يثبت القتل بشهادته لجواز أن يكون مات من غير ضربه، وإن قال ضربه بالسيف فمات منه أو ضربه فقتله ثبت القتل بشهادته وإن قال ضربه بالسيف فأنهر دمه فمات مكانه ثبت القتل بشهادته على المنصوص، لأنه إذا أنهر دمه فمات علم أنه مات من ضربه، فإن قال: ضربه فاتضح أو قال ضربه بالسيف فوجدته موضحًا لم تثبت الموضحة بشهادته لما ذكرناه في النفس، وإن قال: ضربه فأوضحه ثبتت الموضحة بشهادته لأنه أضاف الموضحة إليه، وإن قال: ضربه فسال دمه لم تثبت الدامية بالشهادة لجواز أن يكون سيلان الدم من غير الضرب وإن قال: ضربه فأسال دمه ومات قبلت شهادته في الدامية، لأنه أضافها إليه ولا تقبل في الموت لأنه يحتمل أن يكون الموت من غيره وإن قال: ضربه بالسيف فأوضحه فوجدت في رأسه موضحتين لم يجز القصاص، لأنا لا نعلم على أي الموضحتين شهدوا يجب أرش موضحة لأن الجهل بعينها ليس بجهل لأنه قد أوضحه.

فصل: ومن شهد بالزنا ذكر الزاني ومن زنى به لأنه قد يراه على بهيمة فيعتقد أن ذلك زنا، والحاكم لا يعتقد أن ذلك زنا، أو يراه على زوجته أو جارية ابنه فيظن أنه زنى، ويذكر صفة الزنا، فإن لم يذكر أنه أولج أو رأى ذكره في فرجها لم يحكم به لأن زيادًا لما شهد على المغيرة عند عمر رضي الله عنه ولم يذكر ذلك لم يقم الحد على المغيرة، فإن لم يذكر الشهود ذلك سألهم الإمام عنه فإن شهد ثلاثة بالزنا ووصفوا الزنا وشهد الرابع ولم يذكر الزنا لم يجب الحد على المشهود عليه، لأن البينة لم تكمل، ولم يحد الرابع عليه، لأنه لم يشهد بالزنا وهل يجب الحد على الثلاثة، فيه قولان وإن شهد أربعة بالزنا وفسر ثلاثة منهم الزنا وفسر الرابع بما ليس بزنا لم يحد المشهود عليه، لأنه لم تكمل البينة ويجب الحد على الرابع قولًا واحدًا لأنه قذفه بالزنا ثم ذكر ما ليس بزنا، وهل

يحد الثلاثة؟ على القولين، فإن شهد أربعة بالزنا ومات واحد منهم قبل أن يفسر، وفسر الباقون بالزنا، لم يجب الحد على المشهود عليه لجواز أن يكون ما شهد به الرابع ليس بزنا، ولا يجب على الشهود الباقين الحد، لجواز أن يكون ما شهد به الرابع زنا فلا يجب الحد مع الاحتمال.

فصل: ومن شهد بالسرقة ذكر السارق والمسروق منه والحرز والنصاب وصفة السرقة لأن الحكم يختلف باختلافها فوجب ذكرها ومن شهد بالردة بين ما سمع منه لاختلاف الناس فيما يصير به مرتدًا فلم يجز الحكم قبل البيان كما لا يحكم بالشهادة على جرح الشهود قبل بيان الجرح. وهل يجوز للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في الشهادة في حدود الله تعالى: فيه وجهان، أحدهما: أنه لا يجوز لأن فيه قدحًا في الشهود، والثاني: أنه يجوز لأن عمر ﷺ عرض لزياد في شهادته على المغيرة، فروي أنه قال: أرجو أن لا يفضح الله تعالى على يديك أحدًا من أصحاب رسول الله ﷺ، ولأنه يجوز أن يعرض للمقر بالتوقف فجاز أن يعرض للشاهد.

الشرح: قوله: «هتك» أي خرق، والاستفاضة مأخوذ من فاض يفيض إذا شاع وانتشر، والآحاد ما انحط عن حد التواتر، وأنهر دمه أي أساله، والتعريض: التورية بالشيء عن الشيء.

فصل: حكم تحمل الشهادة وأدائها فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: فيما يحتاج إلى الإبصار، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين، لكن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وقد قسم الشافعي والأصحاب رحمهم الله المشهود به ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكفي فيه السماع، ولا يحتاج إلى الإبصار، وموضع بيانه الطرف الثاني.

القسم الثاني: ما يكفي فيه الإبصار وهو الأفعال، كالزنى، والشرب، والغصب، والإتلاف، والولادة، والرضاع، والاصطياد، والاحياء، وكون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها، فلا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير، وتقبل فيها شهادة الأصم.

القسم الثالث: ما يحتاج إلى السمع والبصر معًا، كالأقوال، فلا بد من سماعها ومشاهدة قائلها، وذلك كالنكاح والطلاق، والبيع، وجميع العقود، والفسوخ، والإقرار بها، فلا يقبل فيها شهادة الأصم الذي لا يسمع شيئًا، ولا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، ولا يصح منه التحمل اعتمادًا على

الصوت، فإن الأصوات تتشابه ويتطرق إليها التخييل والتلبيس مع أنه لا ضرورة إلى شهادته للاستغناء بالبصراء بخلاف الوطء، فإن له أن يطأ زوجته اعتمادًا على صوتها بالإجماع للضرورة، ولأن الوطء يجوز بالظن، ولا تقبل شهادته على زوجته التي يطأها كما لا تقبل على الأجانب، لأن الوطء ضرورة، وقد سبق وجه أن العمى لا يقدح في القضاء وهو مع ضعفه جار في الشهادة، والصواب المنع، ويستثنى عن هذا صورة الضبطة، وهي أن يضع رجل فمه على أذنه ويد الأعمى على رأسه، فينظر إن سمعه يقر بطلاق أو عتق أو لرجل معروف الاسم، والنسب بمال، ويتعلق به الأعمى، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند القاضي، فيقبل هذه الشهادة على الصحيح لحصول العلم، وقيل: لا يقبل سدًا للباب مع عسر ذلك، وتقبل رواية الأعمى ما سمعه حال العمى على الصحيح، وبه قطع الجمهور إذا حصل الظن الغالب بضبطه، واختار الإمام المنع، فأما ما سمعه قبل العمى، فتقبل روايته في العمى بلا خلاف، ولو تحمل شهادة تحتاج إلى البصر وهو بصير، ثم عمي، نظر إن تحمل على رجل معروف الاسم والنسب يقر لرجل بهذه الصفة، فله أن يشهد بعدما عمي، ويقبل لحصول العلم، وكذا لو عمي ويد المقر في يده، فشهد عليه لمعروف الاسم والنسب. وإن لم يكن كذلك، لم تقبل شهادته، ويجوز الاعتماد على ترجمة الأعمى على الأصح، ولو عمي القاضي بعد سماع البينة وتعديلها، ففي نفوذ قضائه في تلك الواقعة وجهان: أحدهما لا، لانعزاله بالعمى، كما لو انعزل بسبب آخر، وأصحهما: نعم إن لم يحتج إلى الإشارة، كما لو تحمل الشهادة وهو بصير، ثم عمي، وأما شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة، فسيأتي في الطرف الثاني إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا شاهد فعل إنسان، أو سمع قوله، فإن كان يعرفه بعينه واسمه ونسبه، شهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه، فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده، قال الغزالي: يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك، جاز، وكان يحتمل أن يقال: هذه شهادة على مجهول، فلا تصح كما سبق في القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل. وقد ذكر الشيخ أبو الفرج أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه لا يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة والحالة هذه لا تفيد، وقال الإمام: لو لم يعرفه إلا باسمه لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة، وبالجملة لا يشهد بما لا معرفة له به. ولو سمع اثنين يشهدان أن فلانًا وكل هذا الرجل في بيع داره، وأقر الوكيل بالبيع، شهد

على إقراره بالبيع، ولم يشهد بالوكالة. وكتب القفال في مثله أنه يشهد على شاهدي الوكالة، وكأنهما أشهداه على شهادتهما، ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي المخطوبة، أو وكيل وليها وهو لا يعرفه وليًا ولا وكيلًا، أو عرف الولاية أو الوكالة، ولم يعرف رضى المرأة وهي ممن يعتبر رضاها، لم يشهد على أنها زوجته، لكن يشهد أن فلانًا أنكح فلانة فلانًا، وقيل: فلان فإن لم يعرف المرأة بنسبها لم يشهد إلا أن فلانًا قال: زوجت فلانة فلانًا، وإن كان يعرف المشهود عليه بعينه دون اسمه ونسبه، شهد عليه حاضرًا لا غائبًا، فإن مات أحضر ليشاهد صورته، ويشهد على عينه، فإن دفن، لم ينبش، وقد تعذرت الشهادة عليه، هكذا قاله القاضي حسين، وتابعه الإمام والغزالي، لكن استثنى الغزالي ما إذا اشتدت الحاجة إليه، ولم يطل العهد بحيث يتغير منظره، وهذا احتمال ذكره الإمام، ثم قال: والأظهر ما ذكره القاضي. وإن لم يعرف اسمه ونسبه، لم يكن له أن يعتمد قوله: إنه فلان ابن فلان، لكن لو تحمل الشهادة وهو لا يعرف اسمه ونسبه، ثم سمع الناس يقولون: إنه فلان ابن فلان، واستفاض ذلك، فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه، كما لو عرفهما عند التحمل. ولو قال له عدلان عند التحمل أو بعده: هو فلان ابن فلان، قال الشيخ أبو حامد: له أن يعتمدهما، ويشهد على اسمه ونسبه، وهذا مبني على جواز الشهادة على النسب من عدلين، وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: كما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه، وتارة على اسمه ونسبه، فكذلك المشهود له، فتارة يشهد أنه أقر لهذا، وتارة لفلان ابن فلان، وكذا عند غيبة المشهود له، وإذا شهد الشاهدان أن لهذا على فلان ابن فلان الفلاني كذا، فقال الخصم: لست فلان ابن فلان الفلاني، ففي فتاوى القفال أن على المدعي بينة أن اسمه فلان، ونسبه ما ذكراه، فإن لم يكن بينة، حلفه، فإن نكل، حلف واستحق، وإن سلم ذلك الاسم والنسب، فادعى أن هناك من يشاركه فيهما، لم يقبل منه حتى يقيم البينة على ما يدعيه، فإن أقامها احتاج إلى إ ثبات زيادة يمتاز بها المدعى عليه على الآخر، وهذا كما سبق في كتاب القاضي إذا بلغ المكتوب إليه، وأحضر من زعم المدعي أنه المحكوم عليه، ولتكن الصورة فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا، واسمه ونسبه كذا، أو أنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا وهو هذا الحاضر، وأقام البينة بالاستحقاق على فلان ابن فلان، فيستفيد بها مطالبة الحاضر إن اعترف أنه فلان ابن فلان، أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أمكن، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي على فلان ابن فلان من غير أن يربط الدعوى بحاضر، وفي الفتاوى أيضًا أنه لو أحضر رجلًا عند القاضي، وقال: إن

هذا أقر لفلان ابن فلان بكذا وأنا ذلك المقر له، فقال الرجل: نعم أقررت، لكن هنا أو بموضع آخر رجل آخر بهذا الاسم والنسب، وإنما أقررت له، لزمه إقامة البينة على ما يدعيه، فإذا أقامها، سئل ذلك الآخر، فإن صدقه، دفع المقر به إليه، ويحلف الأول على أنه لا شيء له عليه، وإن كذبه، فهو للمدعي، وإن قال: هناك رجل آخر بهذا الاسم والنسب وأنا أقررت لأحدهما، لا أعلم عينه، وأقام البينة برجل آخر سئل ذلك الآخر، فإن قال: لا شيء لي عليه، فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول كما لو كانت عنده وديعة، فقال: هي لأحدكما، ولا أدري أنها لأيكما، فقال أحدهما: ليست لي، فإنها تكون للآخر، وإن صدقه الآخر، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كل واحد: هي لي، وقد حكينا في الوكالة فيما لو وكل رجلًا بالخصومة بناء على اسم ونسب ذكره أنه لا بد من بينة على أنه وكيله فلان ابن فلان، أو على أن الذي وكله عند القاضي هو فلان ابن فلان وحكينا عن القاضي حسين أن هذه المسألة يكتفي القضاة فيها بالعدالة الظاهرة، ويتساهلون في البحث والاستزكاء. وعن القاضي أبي سعد الهروي أنه يكتفى فيها بمعرف واحد، وكل واحد من هذين الكلامين ينبغي أن يعود هنا حيث احتيج إلى إثبات كونه فلان ابن فلان.

فصل: المرأة المتنقبة لا يجوز الشهادة عليها اعتمادًا على الصوت، كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى اعتمادًا على الصوت، وكذا البصير في الظلمة، أو من وراء حائل صفيق، والحائل الرقيق لا يمنع على الأصح. وإذا لم يجز التحمل بالصوت، فإن عرفها متنقبة باسمها ونسبها أو بعينها لا غير، جاز التحمل، ولا يضر النقاب، ويشهد عند الأداء بما يعلم، فإن لم يعرفها، فلتكشف عن وجهها ليراها الشاهد ويضبط حليتها وصورتها، ليتمكن من الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء، وتكشف وجهها حينئذ. ولا يجوز التحمل بتعريف عدل أو عدلين أنها فلانة بنت فلان، فإن قال عدلان يشهدان: هذه فلانة بنت فلان تقر بكذا، فهما شاهدا الأصل، والذي يسمع منهما شاهد فرع يشهد على شهادتهما عند اجتماع الشروط. ولو سمعه من عدل واحد، شهد على شهادته، والشهادة على الشهادة والحالة هذه تكون على الاسم والنسب دون العين، هذا ما ذكره أكثر المتكلمين في المسألة، وفي وجه ثان عن الشيخ أبي محمد أنه يكيفه لتحمل الشهادة عليها معرف واحد سلوكًا به مسلك الإخبار، وبهذا قال جماعة من المتأخرين، منهم القاضي شريح الروياني، ووجه ثالث أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان، ويشهد على اسمها ونسبها عند الغيبة، وهذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد بناء على

أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين، ووجه عن الإصطخري أنه إذا كان يعرف نسب امرأة، ولا يعرف عينها، فدخل دارها وفيها نسوة سواها، فقال لابنها الصغير: أيتهن أمك، أو لجاريتها أيتهن سيدتك، فأشارا إلى امرأة، فسمع إقرارها، جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان أقرت بكذا، حكاه ابن كج عنه، ولم يجعل قول شاهدين على قول الإصطخري كإخبار الصغير والجارية، وادعى أن ذلك أشد وقعًا في القلب وأثبت. ولك أن تقول: ينبغي أن لا يتوقف جواز التحمل على كشف الوجه لا على المعرف، لأن من أقرت تحت نقاب، ورفعت إلى القاضي والمتحمل ملازمها أمكن الشهادة على عينها، وقد يحضر قوم يكتفي بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يشترط في التسامع طول المدة كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فيخبرون عن اسمها ونسبها، فيتمكن من الشهادة على اسمها ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان تحملا الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا، فأقرت لفلان بكذا، وشهد عدلان أن المرأة الحاضرة، يومئذ في ذلك المكان هي هذه، ثبت الحق بالتبيين، كما لو قامت بينة أن فلان ابن فلان الفلاني أقر بكذا وقامت أخرى على أن الحاضر هو فلان ابن فلان، ثبت الحق. وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد، وجب أن يجوز مطلقًا، ثم إن لم يحصل ما يفيد جواز التحمل على العين، أو على الاسم والنسب، أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات، فذاك لشيء آخر. ويجوز النظر إلى وجهها، لتحمل الشهادة وسماع كلامها، وهذا عند الأمن من الفتنة، فإن خاف فتنة، فقد سبق أنه يحرم النظر إلى وجهها بلا خلاف فيشبه أن يقال: لا ينظر الخائف للتحمل، لأن في غيره غنية، فإن تعين عليه، نظر واحترز.

فرع: إذا قامت بينة على عين رجل أو امرأة بحق، وأراد المدعي أن يسجل له القاضي، فالتسجيل على العين ممتنع، لكن يجوز أن يسجل بالحلية، ولا سبيل إلى التسجيل بالاسم والنسب ما لم يثبتا، ولا يكفي فيهما قول المدعي، ولا إقرار من قامت عليه البينة، لأن نسب الشخص لا يثبت بإقراره، فلو قامت بينة على نسبه على وجه الحسبة بني على أن شهادة الحسبة هل تقبل في النسب، إن قبلناها ـ وهو الصحيح ـ أثبت القاضي النسب، وسجل، وإن لم نقبلها وهو اختيار القاضي حسين، فقال: الطريق هنا أن ينصب القاضي من يدعي على فلان ابن فلان دينًا، أو على فاطمة بنت زيد، أو يدعي على زيد، ويقول: هذه بنته، وتركته عندها، وينكر المدعي عليه النسب، فيقيم المدعي البينة عليه. قال: وتجوز هذه الحيلة للحاجة، واعترض الإمام بأن الدعوى الباطلة كالعدم، فكيف يجوز بناء الشهادة عليها، وكيف

يأمر القاضي بها. لكن الوجه أن يقال: وكلاء المجلس يتفطنون لمثل ذلك، فإذا نصبوا مدعيًا لم يفحص القاضي، ولم يضيق، بل يسمع الدعوى والبينة للحاجة. ولو أمر المدعي الذي ثبت له الحق بالبينة أن ينقل الدعوى عن العين إلى الدعوى على بنت زيد لينكر، فيقيم البينة على النسب، كان أقرب من نصب مدع جديد، وأمره بدعوى باطلة.

فرع: عن فتاوى القفال: شهد الشهود على امرأة باسمها ونسبها، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها، صحت شهادتهم فإن سألهم الحاكم هل تعرفون عينها؟ فلهم أن يسكتوا، ولهم أن يقولوا: لا يلزمنا الجواب عن هذا.

الطرف الثاني: فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع وهو الاستفاضة، فمنه النسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان، أو هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فلان، أو أنهما من قبيلة كذا، ويثبت النسب من الأم بالتسامع أيضًا على الأصح، وقيل: قطعًا كالأب، ووجه المنع إمكان رؤية الولادة. ثم ذكر الشافعي والأصحاب رحمهم الله في صفة التسامع أنه ينبغي أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه، فينسب إلى ذلك الرجل أو القبيلة، والناس ينسبونه إليه، وهل يعتبر في ذلك التكرر، وامتداد مدة السماع، قال كثيرون: نعم، وبهذا أجاب الصيمري، وقال آخرون: لا بل لو سمع انتساب الشخص، وحضر جماعة لا يرتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعة واحدة، جاز له الشهادة. ورأى ابن كج القطع بهذا، وبه أجاب البغوي في انتسابه بنفسه، فإن قلنا بالأول، فليست المدة مقدرة بسنة على الصحيح، ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهما ما يورث تهمة وريبة، فلو كان المنسوب إليه حيًا وأنكر، لم تجز الشهادة، وإن كان مجنونًا، جازت على الصحيح، كما لو كان ميتًا، ولو طعن بعض الناس في ذلك النسب هل يمنع جواز الشهادة؟ وجهان أصحهما: نعم لاختلال الظن.

فرع: يثبت الموت بالاستفاضة على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وقيل: وجهان: وهل يثبت بها الولاء والعتق والوقف والزوجية؟ وجهان: قال الإصطخري، وابن القاص، وأبو علي بن أبي هريرة، والطبري: نعم، ورجحه ابن الصباغ، وقال أبو إسحاق: لا، وبه أفتى القفال، وصححه الإمام، وأبو الحسن العبادي، والروياني، قالوا: ويستحب تجديد شهود كتب الوقف إذا خاف انقراض الأصول، قال في «العدة»: هذا ظاهر المذهب، لكن الفتوى الجواز للحاجة.

فرع: المعتبر في الاستفاضة أوجه: أصحها: أنه يشترط أن يسمعه من جمع كثير يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم، ويؤمن تواطؤهم على الكذب، وهذا هو

الذي رجحه الماوردي، وابن الصباغ، والغزالي وهو أشبه بكلام الشافعي رحمه الله، والثاني: يكفي عدلان، اختاره أبو حامد، وأبو حاتم، ومال إليه الإمام، والثالث: يكفي خبر واحد إذا سكن القلب إليه، حكاه السرخسي وغيره، فعلى الأول ينبغي أن لا يشترط العدالة ولا الحرية والذكورة.

فرع: لو سمع رجلًا يقول لآخر: هذا ابني وصدقه الآخر، أو قال: أنا ابن فلان، وصدقه فلان، قال كثير من الأصحاب: يجوز أن يشهد به على النسب، وكذا لو استلحق صبيًا، أو بالغًا وسكت، لأن السكوت في النسب كالإقرار. وفي «المهذب» وجه أنه لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار والسكوت، والذي أجاب به الإمام والغزالي أنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك، بل يشهد والحالة هذه على الإقرار، وهذا قياس ظاهر.

فصل: الشهادة على الملك تنبني على ثلاثة أمور وهي اليد والتصرف والتسامع، فأما اليد فلا تفيد بمجردها جواز الشهادة على الملك، لكن إذا رأى الشيء في يده، جاز أن يشهد له باليد، وشرط البغوي لذلك أن يراه في يده مدة طويلة، وحكى الإمام قولًا أنه لا تجوز الشهادة بالملك بمجرد اليد، والمشهور الأول، وأما التصرف المجرد، فكاليد المجردة لا يفيد جواز الشهادة بالملك، فإن اجتمع يد وتصرف فإن قصرت المدة، فهو كاليد المجردة، وإن طالت، ففي جواز الشهادة له بالملك وجهان: أصحهما: الجواز، صححه البغوي، ونقله الإمام عن اختيار الجمهور، وعن الشيخ أبي محمد القطع به، فلو انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة، ونسبة الناس الملك إليه، جازت الشهادة بالملك بلا خلاف، ونقل الروياني قولًا أنه لا تجوز الشهادة على الملك حتى يعرف سببه وهو شاذ ضعيف. وأما الاستفاضة وحدها، فهل تجوز الشهادة على الملك بها؟ وجهان أقربهما إلى إطلاق الأكثرين الجواز، والظاهر أنه لا يجوز، وهو محكي عن نصه في حرملة، واختارها القاضي حسين، والإمام الغزالي وهو الجواب في «الرقم». واعلم أن جواز الشهادة بالملك بالاستفاضة مشهورة في المذهب، فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين من اليد والتصرف إليه، أو يعتبرهما جميعًا، لكن لا يعتبر طول المدة فيهما، وإذا انضما إلى الاستفاضة، وإلا فهما كافيان إذا طالت المدة على الأصح، ولا يبقى للاستفاضة أثر، ويشترط في جواز الشهادة بناء على اليد أو اليد والتصرف أن لا يعرف له منازعًا فيه، ونقل ابن كج وجهين في أن منازعة من لا حجة معه هل تمنع؟

فرع: طول مدة اليد والتصرف يرجع فيه إلى العادة، وقيل: أقلها سنة،

والصحيح الأول، وعن الشيخ أبي عاصم أنه إن زادت على عشرة، فطويلة، وفيما دونها وجهان: والقول في عدد المخبرين هنا، وامتداد المدة كما سبق في النسب، ونقل ابن كج وجهين في أنه هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين.

فرع: ذكر ابن كج أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة، وقد ينازع فيه، لإمكان مشاهدة اليد.

فرع: لا يكفي أن يقول الشاهد: سمعت الناس يقولون: إنه لفلان، وكذا في النسب، وإن كانت الشهادة مبنية عليه، بل يشترط أن يقول: أشهد بأنه له، وبأنه ابنه، لأن قد يعلم خلاف ما سمعه من الناس، لكن عن الشيخ أبي عاصم أنه لو شهد رجل بالملك، وآخر بأنه في يده مدة طويلة وتصرف فيه بلا منازع، تمت الشهادة. وقال الشارح لكلامه: هذا مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب، والصحيح الأول.

فرع: سواء في الشهادة على الملك بالاستفاضة والتصرف العقار والثوب والعبد وغيرها إذا ميز الشهود به عن أمثاله.

فرع: التصرف المعتبر في الباب تصرف الملاك من السكنى، والدخول والخروج، والهدم والبناء، والبيع والفسخ بعده، والرهن، وفي مجرد الإجارة وجهان: لأنها وإن تكررت قد تصدر ممن استأجر مدة طويلة ومن الموصى له بالمنفعة، وليجر هذا الخلاف في الرهن، لأنه قد يصدر من مستعير، والأوفق لإطلاق الأصحاب الاكتفاء، لأن الغالب صدورها من المالكين، ولا يكفي التصرف مدة واحدة، لأنه لا يحصل ظنًا.

فرع: لا يثبت الدين بالاستفاضة على الصحيح.

فرع: في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان: قال ابن سريج والجمهور: تقبل إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعيين وإشارة بأن يكون الرجل معروفًا باسمه ونسبه الأدنى، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى وصور أيضًا في النسب الأدنى بأن يصف الشخص، فيقول: الرجل الذي اسمه كذا، وكنيته كذا، ومصلاه ومسكنه كذا، هو فلان ابن فلان، ثم يقيم المدعي بينة أخرى أنه الذي اسمه كذا، وكنيته كذا إلى آخر الصفات، وصورته في الملك أن يشهد الأعمى بدار معروفة أنها لفلان ابن فلان، ويمكن أن يقال: الوجه القائل بأن شهادته لا تقبل، مخصوص بما إذا سمع من عدد يمكن اتفاقهم على الكذب، فأما إذا حصل السماع من جمع كبير، فلا حاجة فيه إلى المشاهدة، ومعرفة حال المخبرين.

فرع: ما جازت الشهادة به اعتمادًا على الاستفاضة، جاز الحلف عليه اعتمادًا

عليها، بل أولى، لأنه يجوز الحلف على خط الأب دون الشهادة.

الطرف الثالث: في تحمل الشهادة وأدائها: أما الأداء، فواجب في الجملة، والكتمان حرام، ويجب الأداء على متعين للشهادة، متحمل لها قصدًا، دعي من دون مسافة العدوى، عدل، لا عذر له، فهذه خمسة قيود.

القيد الأول: التعيين، فإن لم يكن في الواقعة إلا شاهدان بأن لم يتحمل سواهما، أو مات الباقون، أو جنوا، أو فسقوا، أو غابوا، لزمهما الأداء، فلو شهد أحدهما، وامتنع الآخر، وقال للمدعي: احلف مع الشاهد، عصا، وكذا الشاهدان على رد الوديعة لو امتنعا، وقال للمودع: احلف على الرد، عصيا، لأن من مقاصد الإشهاد التورع عن اليمين، ولو لم تكن في الواقعة إلا شاهد، فإن كان الحق يثبت بشاهد ويمين، لزمه الأداء، وإلا فلا على الصحيح، وحكى ابن كج وجهًا في لزومه، لأنه ينفع في اندفاع بعض تهمة الكذب.

وإن كان في الواقعة شهود، فالأداء عليهم فرض كفاية إذا فعله اثنان منهم، سقط عن الباقين، وإن طلب الأداء من اثنين، ففي وجوب الإجابة عليهما وجهان: وقال ابن القاص قولان، أصحهما: الوجوب، وليس موضع الخلاف ما إذا علمنا من حالهم رغبة أو إباء.

القيد الثاني: كونه متحملًا عن قصد، أما من سمع الشيء، أو وقع بصره عليه اتفاقًا، فالأصح الموافق لإطلاق الجمهور أنه يلزمه الأداء أيضًا، لأنها أمانة وشهادة عنده، والثاني: لا، لعدم التزامه.

القيد الثالث: أن يدعى لأداء الشهادة من مسافة قريبة، ومتى كان القاضي في البلد فالمسافة قريبة، وكذا لو دعي إلى مسافة يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى أهله في يومه، وإن دعي إلى مسافة القصر لم تجب الإجابة، وإن كان بينهما لم تجب أيضًا على الأصح، وهذا كله تفريع على الصحيح، وهو أن الشاهد يلزمه الحضور إلى القاضي لأداء الشهادة وعن القاضي أبي حامد أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إن اجتمع هو والقاضي.

القيد الرابع: كون الشاهد عدلًا، فإن كان فاسقًا، ودعي لأداء الشهادة نظر إن كان فسقه مجمعًا عليه، ظاهرًا أو خفيًا، حرم عليه أن يشهد، وإن كان مجتهدًا فيه، كشرب النبيذ، لزمه أن يشهد، وإن كان القاضي يرى التفسيق به ورد الشهادة، لأنه قد يتغير اجتهاده. وفي أمالي السرخسي وجه أنه لا يجب في الفسق المجتهد فيه إذا كان ظاهرًا، وحكى ابن كج وجهًا أنه يجب مطلقًا في الفسق الخفي، وفي الظاهر وجهان: والمذهب ما سبق، وحكى ابن كج وجهين في أنه هل للشاهد أن يشهد بما

يعلم أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتقده الشاهد، كالبيع الذي يترتب عليه شفعة الجوار، والشاهد لا يعتقدها. ولو كان أحد الشاهدين عدلًا والآخر فاسقًا فسقًا مجمعًا عليه، لم يلزم العدل الأداء إن كان الحق لا يثبت بشاهد ويمين.

القيد الخامس: عدم العذر، كالمرض ونحوه، فالمريض الذي يشق عليه الحضور لا يكلف أن يحضر، بل إما أن يشهد على شهادته، وإما أن يبعث القاضي إليه، بأن يسمع شهادته، والمرأة المخدرة كالمريض، وفيها الخلاف السابق في الباب الثالث من أدب القضاء، وغير المخدرة يلزمها الحضور والأداء، وعلى الزوج أن يأذن لها فيه، وحكى الشيخ أبو الفرج وجهين في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعنت لأداء الشهادة، لأنه لا يؤمن أن يرد شهادته جورًا وتعنتًا فيعير بذلك، فعلى هذا عدالة القاضي وجمعه الشروط المعتبرة شرط سادس.

وإذا اجتمعت شروط الوجوب لم يرهق القاضي إرهاقًا، بل إن كان في صلاة أو حمام، أو على طعام، فله التأخير إلى أن يفرغ، ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور.

قال ابن كج: ولو شهد ورد القاضي شهادته بعلة الفسق، ثم طلب المدعي أن يشهد له عند قاضٍ آخر، لزمه الإجابة ولا يلزمه عند ذلك القاضي على الصحيح، قال ابن كج: ولو دعي لأداء الشهادة عند أمير أو وزير، قال ابن القطان: لا تلزمه الإجابة، وإنما يلزمه عند من له أهلية سماع البينة وهو القاضي، قال ابن كج: وعندي أنه يلزمه إذا علم أنه يصل به إلى الحق.

فرع: إذا امتنع الشاهد من أداء الشهادة بعد وجوبه حياء من المشهود عليه، قال القاضي حسين: يعصي، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلًا حتى يتوب، ويوافق هذا ما قيل: إن المدعي لو قال للقاضي: عند فلان شهادة، وهو ممتنع من أدائها، فأحضره ليشهد، لم يجبه القاضي، لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفع بشهادته.

فصل: وأما تحمل الشهادة، ففرض كفاية في عقد النكاح، لتوقف الانعقاد عليه، فإن امتنع الجميع منه، أثموا. ولو طلب من اثنين التحمل، وهناك غيرهما، لم يتعينا بلا خلاف، وأما في التصرفات المالية والأقارير، فهل التحمل فرض كفاية أم مستحب؟ وجهان الصحيح الأول، وبه قطع العراقيون للحاجة إليها، ومنهم من يقتضي كلامه طرد الخلاف في النكاح أيضًا وليس بشيء وإذا قلنا بالافتراض، فذلك إذا حضر المحمل، أما إذا دعي للتحمل فقيل: تجب الإجابة أيضًا، والأصح الذي قاله القاضي أبو حامد، والبغوي، وأبو الفرج، أنه لا يجب إلا أن يكون المحمل

معذورًا بمرض أو حبس، أو كانت امرأة مخدرة إذا أثبتنا للتخدير أثرًا وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده على أمر ثبت عنده لزمه الإجابة.

فرع: إن تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها، فقد أحسن، وإن طمع في مال، فهو إما رزق من بيت المال، وإما من مال المشهود له، فأما الرزق من بيت المال، فقد ذكر الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ وآخرون أن الشاهد ليس له أخذ الرزق من بيت المال لتحمل الشهادة، وقيل: له ذلك، فإن قلنا بالأول، فرزقه الإمام من ماله، أو واحد من الرعية، فالحكم كما ذكرنا في القاضي، وأما مال المشهود له، فليس للشاهد أخذ أجرة على أداء الشهادة، ووجهوه بأنه فرض عليه، فلا يستحق عليه عوضًا، ولأنه كلام يسير لا أجرة لمثله. وأما إتيان القاضي والحضور عنده، فإن كان معه في البلد فلا يأخذ شيئًا، وإن كان نائبه من مسافة العدوى، فما فوقها، فله طلب نفقة المركوب. قال البغوي: وكذا نفقة الطريق، وحكى وجهين فيما لو أعطاه شيئًا ليصرفه في نفقة الطريق، وأجرة المركوب هل له أن يصرفه إلى غرض آخر، ويمشي وهما كالوجهين فيما لو أعطى فقيرًا شيئًا وقال: اشتر لك به ثوبًا، هل له أن يصرفه إلى غير الثوب، والأصح الجواز فيهما، فهذا ما قيل: إن الشاهد يأخذه من المشهود له ولم يتعرض أكثرهم لما سوى هذا، لكن في تعليق الشيخ أبي حامد أن الشاهد لو كان فقيرًا يكسب قوته يومًا يومًا وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة ما يشغله عن كسبه، لم يلزمه الأداء إلا إذا بذل له المشهود له قدر كسبه في ذلك الوقت، هذا حكم الأداء. فلو طلب الشاهد أجرة لتحمل الشهادة، فإن لم يتعين عليه، فله ذلك، وكذا إن تعين على الأصح، قال أبو الفرج: هذا إذا دعي ليتحمل، فأما إذا أتاه المحمل، فليس للتحمل والحالة هذه أجرة، وليس له أن يأخذ شيئًا، ومقتضى قولنا: له طلب الأجرة إذا دعي للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دعي للأداء، سواء كان القاضي معه في البلد أم لا، كما لا فرق في التحمل، وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقًا لا إلى أجرة المركوب ونفقة الطريق خاصة، ثم هو يصرف المأخوذ إلى ما يشاء، ولا يمنع ذلك كون الأداء فرضًا عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعينه على الأصح.

فرع: كتابة الصكوك هل هي فرض كفاية، أم مستحب؟ وجهان أصحهما: الأول، وبه قطع السرخسي، فإن قلنا: مستحبة أو فرض، ولم يتعين لها شخص، فله طلب الأجرة. وإن تعين، فكذلك على الأصح، هذا إذا لم يرزق الكاتب من بيت المال لكتابة الصكوك، فإن رزق لذلك، فلا أجرة.

فصل: في آداب التحمل والأداء منقولة من مختصر الصيمري: ينبغي للشاهد

أن لا يتحمل، وبه ما يمنعه من الضبط، وتمام الفهم، كجوع وعطش، وهم وغضب، كما لا يقضي في هذه الأحوال، وإذا أتاه من لا تجوز الشهادة عليه، كصبي ومجنون، لم يلتفت إليه، وإن أتي بكتاب أنشيء على خلاف الإجماع، فكذلك، وتبين فساده، وإن أنشيء على مختلف فيه بين العلماء وهو لا يعتقده، فهل يعرض عنه أم يشهد ليؤدي ويحكم الحاكم باجتهاده؟ وجهان سبقا، وإذا رأى كلمة مكروهة أو معادة، فلا بأس بالضرب عليها لا سيما إذا لم يسبقه بالشهادة أحد، وإن أغفل الكاتب ما لا بد منه، ألحق به، وإن رأى سطرًا ناقصًا شغله بخط أو خطين، وإذا قرأ الكتاب على المتبايعين مثلًا، وقال: عرفتما ما فيه؟ أشهد عليكما به؟ فقالا: نعم أو أجل أو بلى، كفى للتحمل، ولا يكفي أن يقول المحمل: الأمر إليك أو إن شئت، أو كما ترى، أو أستخير الله تعالى، وإذا سمع إقرارًا بدين أو طلاق أو عتق، فله أن يشهد به، ولكن لا يقول ولا يكتب: أشهدني بذلك، ويكتب الشاهد في الكتاب الذي تحمل فيه اسمه واسم أبيه وجده، ويجوز أن يترك اسم الجد، وأن يتخطى إلى جد أعلى لشهرته به، ولا يكتب الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم والنسب فيميز بالكنية، وقد يستحب الاستعانة بما يفيد التذكر كما ذكرناه في الباب الثاني من أدب القضاء، وإذا أشهده القاضي على شيء قد سجل به كتب الشهادة على إنفاذ القاضي ما فيه، أو حكم بما فيه، ولا يكتب الشهادة على إقراره يعني: إذا حضر الإنشاء، والأولى في كتابة الدين المؤجل أن يقرر صاحب الدين أولًا بأن يقول: ما الذي لك على هذا؟ فإذا قال: كذا مؤجلًا قرر المدين، لأنه لو أقر المدين أولًا قد ينكر صاحب الأجل، وفي السلم يقرر المسلم أولًا خوفًا من أن ينكره المسلم لو أقر أولًا، ويطالبه بالمدفوع إليه. وإذا أتى القاضي شاهد لأداء شهادة أقعده عن يمينه، وإن كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله، فإذا سأله المشهود له، استأذن القاضي، ليصغي إليه، ولو شهد قبل استئذان القاضي وسؤاله، صحت على الصحيح، لكن لو شهد قبل استئذانه، فقال القاضي: كنت ذاهلًا لم أسمع، لم يعتد بها. والله المستعان.

فصل: في الشاهد مع اليمين: يجوز القضاء بشاهد ويمين في الجملة، فما ثبت برجل وامرأتين ثبت بشاهد ويمين إلا عيوب النساء وما في معناها، وما لا يثبت برجل وامرأتين لا يثبت بشاهد ويمين، ولا يقضى بشهادة امرأتين ويمين في الأموال قطعًا، ولا فيما يثبت بشهادة النسوة منفردات على الأصح. ثم هل القضاء بالشاهد وحده، واليمين مؤكدة أم بها وحدها، وهو مؤكد، أم بهما؟ أوجه: أصحها: الثالث، فلو رجع الشاهد، فإن قلنا بالأول، غرم، أو بالثاني، فلا، أو

بالثالث، غرم النصف، ثم يحلف المدعي بعد شهادة الشاهد وتعديله، وجوز ابن أبي هريرة تقديم اليمين على شهادته، كما يجوز تقديم المرأتين على الرجل، والصحيح الأول، ويجب أن يتعرض الحالف في اليمين لصدق الشاهد، فيقول: والله إن شاهدي لصادق، وإني مستحق لكذا، قال الإمام: ولو أخر تصديق الشاهد، وقدم ذكر الاستحقاق، جاز، ولم أجد أحدًا يضايق فيه. ولو فسق الشاهد بعد القضاء، لم ينقض الحكم، وإن فسق قبله، صار كأن لا شاهد، فيحلف المدعى عليه، فإن نكل، حلف المدعي، ولم يعتد بما مضى، ولو لم يحلف المدعي مع شاهده، وطلب يمين الخصم، فله ذلك، فإن حلف، سقطت الدعوى. قال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف ما لو أقام بعد يمين المدعى عليه بينة، فيسمع، وإن نكل المدعى عليه، فأراد المدعي يمين الرد مكن منها على الأظهر، ويجري القولان فيما لو ادعى مالًا ونكل المدعى عليه، ولم يحلف المدعي يمين الرد، ثم أقام شاهدًا واحدًا، وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يحلف يمين الرد، فالمنقول أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف، أو يقر، لأن يمينه حق المدعي، فلا يتمكن من إسقاطها، لكن التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده، فينبغي أن لا يحبس المدعى عليه. وقد ذكر ابن الصباغ نحو هذا. ولو أن المدعي بعد امتناعه من الحلف مع شاهده واستحلافه الخصم أراد أن يعود، فيحلف مع شاهده، نقل المحاملي أنه ليس له ذلك لأن اليمين صارت في جانب صاحبه إلا أن يعود في مجلس آخر، ويستأنف الدعوى، ويقيم الشاهد، فحينئذ يحلف معه.

فصل: جارية وولدها في يد رجل يسترقهما، فقال آخر: هذه مستولدتي والولد مني علقت به في ملكي، فإن أقام بذلك شاهدين ثبت ما يدعيه، وإن أقام رجلًا وامرأتين، أو رجلًا وحلف معه، ثبت الاستيلاد، لأن حكم المستولدة حكم المال، فيسلم إليه، وإذا مات، حكم بعتقها بإقراره، وهل يحكم له بالولد؟ قولان، أظهرهما: لا، لأنه لا يدعي ملكه، بل نسبه وحريته، وهما لا يثبتان بهذه الحجة، فيبقى الولد في يد صاحب اليد. وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي، فيه ما ذكرنا في الإقرار واللقيط في استلحاق عبد غيره، والثاني: نعم تبعًا لها، فينتزع من المدعى عليه، فيكون حرًا نسبيًا بإقرار المدعي. ولو كان في يد رجل شخص ادعى أنه رقيقه، فادعى آخر أنه كان له، وأنه أعتقه، وأقام شاهدًا وحلف، أو رجلًا وامرأتين، نص الشافعي أنه ينتزع منه، ويحكم بأنه عتق على المدعي بإقراره، فمن الأصحاب من قال: في قبول هذه البينة والانتزاع قولان، كالصورة السابقة، لأنها

شهادة بملك متقدم، والمذهب القطع بالعتق بالقبول والانتزاع، كما نص عليه، والفرق أن المدعي هنا يدعي ملكًا، وحجته تصلح لإثباته، والعتق يترتب عليه بإقراره. ولو قال المدعي في صورة الاستيلاد لصاحب اليد: استولدتها أنا في ملكك، ثم اشتريتها مع الولد، فعتق الولد علي، وأقام عليه حجة ناقصة، فالعتق الآن مرتب على الملك الذي قامت به الحجة الناقصة، فيكون على الطريقين، كذا ذكره القفال. هذا كلام الأصحاب في جميع طرقهم في الصورتين، وانفرد الإمام والغزالي فحكيا عن الأصحاب والمزني والنص أشياء منكرة محولة عن وجهها، وفي «المختصر» التصريح بخلافها، وكذا كتب الأصحاب.

فصل: ادعى ورثة ميت دينًا أو عينًا لمورثهم، فإنما يحكم على المدعى عليه إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء: الموت والوراثة والمال، والأول والثاني لا مدخل فيهما للشاهد واليمين، بل لا يثبتان إلا بشاهدين أو إقرار المدعى عليه، وأما المال، فيدخله الشاهد واليمين، فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون، وأقاموا شاهدًا وحلفوا معه استحقوا، والمأخوذ تركة يقضى منها ديون الميت ووصاياه، وإن امتنع جميعهم وعلى الميت دين، فهل للغريم أن يحلف؟ ذكرنا في التفليس فيه قولين، الجديد الأظهر المنع، ويجريان فيما لو كان أوصى لرجل، ولم يحلف الورثة، هل يحلف الموصى له؟ فإن كانت الوصية بعين وادعاها في يد أجنبي فينبغي أن لا يكون فيه خلاف، ويقطع بالجواز، فإن حلف بعض الورثة دون بعض، أخذ الحالف نصيبه والنص أنه لا يشاركه فيه من لم يحلف، ونص في كتاب الصلح أنهما لو ادعيا دارًا إرثًا، فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه شاركه المكذب، فخرج بعضهم من الصلح هنا قولًا أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف، لأن الإرث يثبت على الشيوع، وقطع الجمهور بأن لا شركة هنا، كما نص والفرق من وجهين حكاهما الإمام، أحدهما: أن صورة الصلح مصورة في عين، وأعيان التركة مشتركة بين الورثة، والمصدق معترف بأنه من التركة، والصورة هنا في دين، والدين إنما يتعين بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالف يتعين لنصيبه بالقبض، فلم يشاركه الآخر فيه، فعلى هذا لو كانت صورة الصلح في دين، لم تثبت الشركة. ولو فرض شاهد ويمين بعض الورثة في عين، تثبت الشركة. والفرق الثاني وهو الذي ذكره الجمهور أن الثبوت هنا بشاهد ويمين، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل بيمين غيره وهناك ثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب عليه إقرار المصدق بأنه إرث، فعلى هذا لا فرق بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه، وأشار في «الوسيط» إلى تخريج خلاف في مسألة الصلح بما نحن فيه، ولا يعرف هذا لغيره، وهل يقضى

من نصيب الحالف جميع الدين أم بالحصة؟ قال في «الشامل»: يبنى على أن الغريم هل يحلف؟ إن قلنا: نعم لم يلزمه إلا قضاء حصته، وإن قلنا: لا، بني على أن من يحلف من الورثة هل يشارك الحالف إن قلنا: نعم قضى الجميع، لأنا أعطيناه حكم التركة وإلا فبالحصة. هذا حكم نصيب الحالف، أما من لم يحلف، فإن كان حاضرًا كامل الحال، ونكل عن اليمين، ذكر الإمام أن حقه يبطل بالنكول، ولو مات، لم يكن لوارثه أن يحلف. وفي كتاب ابن كج ما ينازع فيه. قال الإمام: ولو أراد وارثه أن يقيم شاهدًا آخر ليحلف معه، لم يكن له أيضًا، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول، ليحكم بالبينة؟ فيه احتمالان جاريان فيما لو أقام مدع شاهدًا في خصومة، ثم مات، فأقام وارثه شاهدًا آخر، فيجوز أن يقال: له البناء عليه، ويجوز أن يقال: عليه تجديد الدعوى، وإقامة البينة، وأنه لو أقام الورثة شاهدًا، وحلف معه بعضهم، ومات بعضهم قبل أن يحلف أو ينكل، كان لوارثه أن يحلف، لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشاهد؟ فيه التردد المذكور، والأصح أنه لا يحتاج. وإن كان الذي لم يحلف صبيًا أو مجنونًا أو غائبًا، نص الشافعي رحمه الله في المجنون أنه يوقف نصيبه.

واختلفوا في معناه، فقال أبو إسحاق وعامة الأصحاب: المراد أنا نمتنع من الحكم في نصيبه، ويتوقف حتى يفيق، فيحلف أو ينكل، ولا يؤخذ نصيبه وقيل: أراد أنه يؤخذ نصيبه ويوقف، وهذا أحد قوليه أن الحيلولة هل تثبت بشاهد؟ والصبي والغائب كالمجنون. وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة، أو لم يشعر بالحال، كالمجنون في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل، فإن قلنا بالصحيح وهو أنه لا يؤخذ نصيب المعذورين، فإذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا نصيبهم، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة بخلاف ما لو كانت الدعوى لا عن جهة الإرث، بأن قال: أوصى لي ولأخي الغائب أو الصبي أبوك بكذا، أو اشتريت مع أخي الغائب منك كذا، وأقام شاهدًا، وحلف معه، فإنه إذا قدم الغائب، وبلغ الصبي يحتاجان إلى تجديد الدعوى وإعادة الشهادة أو شاهد آخر، ولا يؤخذ نصيبهما قبل ذلك، لأن الدعوى في الميراث عن شخص واحد وهو الميت، وكذلك يقضى دينه من المأخوذ، وفي غير الميراث الدعوى وألحق الأشخاص، فليس لأحد أن يدعي ويقيم البينة عن غيره بغير إذن أو ولاية. ثم ما ذكرنا في الميراث أنه لا حاجة إلى إعادة الشهادة مفروض فيما إذا لم يتغير حال الشاهد، فإن تغير، فوجهان: أحدهما وبه قال القفال: لا يقدح وللصبي والمجنون والغائب إذا زال عذرهم أن يحلفوا، لأنه قد اتصل الحكم بشهادته، فلا أثر للتغير، والثاني، وهو اختيار الشيخ أبي

علي: لا يحلفون، لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف فقط، ولهذا لو رجع الشاهد لم يكن لهم أن يحلفوا، ولو مات الغائب أو الصبي، فلوارثه أن يحلف ويأخذ حصته، فإن كان وارثه هو الحالف، لم تحسب يمينه الأولى، ولو ادعى شخص على ورثة رجل أن مورثكم أوصى لي ولأخي، أو ولأجنبي بكذا، وأقام شاهدًا، وحلف معه، وأخذ نصيبه، لم يشاركه الآخر فيه بلا خلاف، ثم ذكر الشيخ أبو الفرج أن من يحلف من الورثة على دين أو عين للمورث يحلف على الجميع لا على حصته فقط، سواء حلف كلهم أو بعضهم، وكذا الغريم والموصى له إذا قلنا: يحلفان، وفي كلام غيره إشعار بخلافه، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أقام بعض الورثة شاهدًا واحدًا، وحلف معه، فأما إذا أقام بعضهم شاهدين، فإنه يثبت المدعى كله، فإذا حضر الغائب من الورثة، أو بلغ صبيهم، أو عقل مجنونهم، أخذ نصيبه، ولا حاجة إلى تجديد الدعوى وإقامة البينة، وينتزع القاضي بعد تمام البينة نصيب الصبي والمجنون، دينًا كان أو عينًا، ثم يأمر بالتصرف فيه بالغبطة كيلا يضيع عين ماله، وأما نصيب الغائب، فإن كان عينًا انتزعها، وكلام الأصحاب يقتضي أن هذا الانتزاع واجب وهو الظاهر، لكن سبق في باب الوديعة أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي والمالك غائب، ففي وجوب قبوله وجهان: فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا مع قيام البينة، وإن كان المدعي دينًا، ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقر لغائب بدين، وحمله إلى القاضي هل على القاضي أن يستوفيه، والأصح في الصورتين عدم الوجوب، وحكاه ابن كج في مسألتنا عن النص. واعلم أنه سبق في كتاب الشركة أن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من التركة، ولو قبض شاركه الآخر فيه، وقالوا هنا: يأخذ الحاكم نصيبه، كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذرًا في تمكين الحاضر من الانفراد، ولو ادعى على رجل أن أباه أوصى له ولفلان بكذا، وأقام شاهدين وفلان غائب أو صبي، لم يؤخذ نصيب فلان بحال، وإذا حضر وبلغ، فعليه إعادة الدعوى والبينة لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث لشخص واحد.

فرع: لو كان للوارث الغائب وكيل وقد أقام الحاضر البينة، قال أبو عاصم: يقبض الوكيل نصيب الغائب دون القاضي، فإن لم يكن، قبض القاضي، ويؤجر لئلا تفوت المنافع.

فصل: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين، إن قلنا: الملك فيه للواقف أو الموقوف عليه، فنعم، وإن قلنا: لله تعالى، فوجهان: أو قولان، أحدهما: لا، وبه قال المزني وأبو إسحاق كالعتق، والثاني: نعم، وبه قال ابن سريج وابن سلمة،

والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول، وينسبونه إلى عامة الأصحاب، لكن الثاني أقوى في المعنى وهو المنصوص، وصححه الإمام والبغوي وغيرهما، وجزم به الغزالي. ولو ادعى ورثة ميت على رجل أنه غصب هذه الدار، وقالوا: كانت لأبينا وقفها علينا وعلى فلان، تثبت دعوى الغصب بشاهد ويمين، ويثبت بهما أيضًا الوقف إن أثبتناه بشاهد ويمين، وإلا فيثبت بإقرارهم. ولو مات عن بنين، فادعى ثلاثة منهم أن أباهم وقف عليهم هذه الدار، وأنكر سائر الورثة، فأقاموا شاهدًا ليحلفوا معه تفريعًا على ثبوت الوقف بشاهد ويمين، فلدعواهم صورتان إحداهما: أن يدعوا وقف ترتيب، فيقولوا: وقف علينا وبعدنا على أولادنا وعلى الفقراء، فلهم بعد إقامة البينة ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن يحلفوا جميعًا، فيثبت الوقف، ولا حق لسائر الورثة في الدار، فإذا انقرض المدعون، أخذ البطن الثاني الدار وقفًا، وهل يأخذونه بيمين أم بلا يمين؟ وجهان: ويقال: قولان: الأصح عند الجمهور: بلا يمين وهو ظاهر نصه في «المختصر» وإذا انتهى الاستحقاق إلى البطن الثالث والرابع عاد الخلاف، فإن قلنا: يأخذون بيمين مكان الحق بعد البنين الثلاثة للفقراء، نظر إن كانوا محصورين، كفقراء قرية ومحلة، فكذلك الجواب، وإن لم يكونوا محصورين فهل يبطل الوقف وتعود الدار إرثًا، أم يصرف إليهم بلا يمين أم يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف بناء على تعذر مصرفه كالوقف المنقطع؟ فيه ثلاثة أوجه.

ولو مات أحد الحالفين، صرف نصيبه إلى الآخرين، فإن مات آخر، صرف الجميع إلى الثالث، لأن استحقاق البطن الثاني إنما هو بعد انقراض الأولين، ثم أخذ الآخرين يكون بلا يمين على المذهب، وقيل: وجهان كالبطن الثاني.

الحال الثاني: أن ينكلوا جميعًا عن اليمين مع الشاهد، فالدار تركة يقضى منها الدين والوصية، ويقسم الباقي بين الورثة، ويكون حصة المدعين وقفًا بإقرارهم، وحصة سائر الورثة طلقًا لهم، فإذا مات المدعون، لم يصرف نصيبهم إلى أولادهم على سبيل الوقف إلا بيمين على الأصح، وقيل: يصرف إليهم وقفًا بلا يمين، ولو أراد الأولاد أن يحلفوا ويأخذوا جميع الدار وقفًا، فلهم ذلك على الأظهر، لأنهم أصحاب حق، فإذا أبطل آباؤهم حقهم بالنكول، فلهم أن لا يبطلوا حقهم، ويجري القولان، سواء قلنا: لو لم يحلفوا لا يكون شيء منها وقفًا، أم قلنا: حصة الأولين تبقى وقفًا، وإن لم يحلفوا، وهل يجري القولان في حياة الأولين إذا نكلوا؟ وجهان: أحدهما: نعم، لبطلان حقهم، وتعذر الصرف إليهم بنكولهم، كما لو ماتوا، وأصحهما: لا، لأن استحقاق البطن الثاني شرطه انقراض الأول.

الحال الثالث: أن يحلف بعضهم دون بعض، فإذا حلف واحد، ونكل اثنان، أخذ الحالف الثلث وقفًا، وأما الباقي، فهو تركة تقضى منها الديون والوصايا، فما فضل، ففيه وجهان: قال في «الشامل»: يقسم بين جميع الورثة، فما خص البنين الثلاثة كان وقفًا على الناكلين، لأن الحالف معترف لهما بذلك، والأصح وبه قطع المحاملي والبغوي وغيرهما أنه يقسم بين المنكرين من الورثة واللذين نكلا دون الحالف، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذ، ثم حصة الناكلين تكون وقفًا بإقرارهما، فإذا مات الناكلان والحالف حي، فنصيبهما للحالف على ما شرط الواقف بإقرارهما، وفي اشتراط يمينه الوجهان، فإذا مات الحالف، فالاستحقاق للبطن الثاني، وفي حلفهم الخلاف السابق، وإن كان الحالف ميتًا عند موت الناكلين، فأراد أولادهما أن يحلفوا، فعلى القولين السابقين في أولاد الجميع إذا نكلوا، الأظهر لهم الحلف، وفي نصيب الحالف الميت قبلهما ثلاثة أوجه: أحدها: يصرف إلى الناكلين، فعلى هذا في حلفهما الخلاف، فإن قلنا: يحلفان، فنكلا سقط هذا الوجه، والثاني: يصرف إلى البطن الثاني، وهو الأصح عند الجمهور، وهو ظاهر إشارته في «الأم» لأنهما أبطلا حقهما بنكولهما، وصارا كالمعدومين. والثالث: أنه وقف تعذر مصرفه، فعلى هذا هل يبطل أم يبقى، وإذا بقي فهل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف أم كيف حاله؟ فيه خلاف سبق في الوقف بتفريعه، والمذهب أنه يبقى وقفًا، ويصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، فعلى هذا إذا زال التعذر بموت الناكلين، صرف إلى البطن الثاني، ويجيء في حلف أقرب الناس إذا قلنا: يصرف إليهم الخلاف.

فرع: إذا تصادقت الورثة على أن الدار وقف أبيهم، ثبت الوقف، ولا حاجة إلى شاهد ويمين.

فرع: ادعوا على رجل دارًا في يده أنه وقفها عليهم، أو على ورثة أن مورثهم وقفها عليهم وأقاموا شاهدًا نظر: أحلفوا مع شاهدهم، أم نكلوا، أم حلف بعضهم، ونكل بعضهم، وتجيء الأحوال الثلاثة كما سبق، لكن حيث جعلنا كل المدعي أو بعضه تركة هناك ترك هنا في يد المدعى عليه.

الصورة الثانية: أن يدعوا وقف تشريك، فيقول البنون الثلاثة في المثال المذكور: هو وقف علينا وعلى أولادنا وأولاد أولادنا ما تناسلنا، فإذا انقرضنا، فعلى الفقراء، فأقاموا بذلك شاهدًا، وإن حلفوا معه أخذوا الدار وقفًا، ثم إذا حدث لأحدهم ولد، فمقتضى الوقف شركته، فيوقف ربع الغلة إلى أن يبلغ، فيصرف إليه إن حلف، ولم يجعلوه على الخلاف في أن البطن الثاني هل يحتاجون إلى يمين إذا

حلف البطن الأول، بل جزموا باحتياجه إلى اليمين بعد البلوغ إلا السرخسي، فحكى فيه وجهًا. ثم إن الربع الموقوف هل يوقف في يد البنين الثلاثة، أم ينتزع، ويجعله في يد أمين؟ وجهان أصحهما: الثاني، فإن نكل بعد بلوغه صرف الموقوف إلى الثلاثة، وجعل كأنه لم يولد، هذا هو المنصوص، وبه قال الجمهور، وحكي وجه أو تخريج أن نصيب المولود وقف تعذر مصرفه، فيجيء الخلاف السابق، لأن الثلاثة معترفون بأنه له، فكيف يأخذونه بامتناعه باليمين، ولو مات بعد البلوغ والنكول، لم يستحقها. فأما رقبة الوقف وغلتها بعد موت الولد، فمقتضى الشرط أن يستغرقها الثلاثة الحالفون، وليس عليهم تجديد يمين على المذهب، وكأن المولود لم يكن. ولو مات أحد الحالفين في صغر الولد وقف من يوم موته للولد ثلث الغلة، لأن المستحقين صاروا ثلاثة فإن بلغ وحلف، أخذ الربع والثلث الموقوفين، وإن نكل صرف الربع إلى الابنين الباقيين وورثة الميت، وصرف الثلث إلى الباقين خاصة، ويعود فيه التخريج السابق. ولو بلغ الولد مجنونًا أدمنا الوقف طمعًا في إفاقته، فإن ولد له قبل أن يفيق وقف له الخمس، وللمولود الخمس من يوم ولادة الولد، فإن أفاق المجنون، وبلغ ولده وحلفا، أخذ المجنون الربع من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده، والخمس من يومئذ، وأخذ ولده الخمس من يومئذ. ولو مات المجنون في جنونه بعدما ولد ولد له، فالقلة الموقوفة لورثته إذا حلفوا، ويوقف لولده من يوم ثبوته ربع الغلة، هذا كله إذا حلف المدعون الثلاثة أولًا، فإن نكلوا عن اليمين مع الشاهد، فلمن حدث بعدهم أن يحلف بلا خلاف، لأنه شريك الأولين بتلقي الوقف من الواقف لا محالة، وإن حلف بعضهم دون بعض، أخذ الحالف نصيبه، وبقي الباقي على ما كان. وبالله التوفيق.

باب الشهادة على الشهادة

قال المصنف رحمه الله تعالى: وتجوز الشهادة على الشهادة في حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة وفي حدود الله تعالى، وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر قولان، أحدهما: أنه يجوز، لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين، والثاني: أنه لا يجوز لأن الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقة ليتوصل بها إلى إثبات الحق، وحدود الله تعالى مبنية على الدرء والإسقاط، فلم يجز تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة، وما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي، وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضي

إلى القاضي، لأن الكتاب لا يثبت إلا بتحمل الشهادة من جهة القاضي الكاتب فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة.

فصل: ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة إلا عند تعذر حضور شهود الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة، لأن شهادة الأصل أقوى، لأنها تثبت نفس الحق، والشهادة على الشهادة لا تثبت نفس الحق، فلم تقبل مع القدرة على شهود الأصل، والغيبة التي يجوز بها الحكم بالشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الأصل من موضع الحكم على مسافة إذا حضر لم يقدر أن يرجع بالليل إلى منزله، فإن تلحقه المشقة في ذلك. وأما إذا كان في موضع إذا حضر أمكنه أن يرجع إلى بيته بالليل لم يجز الحكم بشهادة شهود الفرع، لأنه يقدر على شهادة شهود الأصل من غير مشقة.

فصل: ولا تقبل في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي شهادة النساء لأنه ليس بمال، ولا المقصود منه المال وهو مما يطلع عليه الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالنكاح.

فصل: ولا يقبل إلا من عدد لأنه شهادة فاعتبر فيها العدد كسائر الشهادة وإن كان شهود الأصل اثنين فشهد على أحدهما شاهدان وعلى الآخر شاهدان جاز، لأنه يثبت قول كل واحد منهما بشاهدين، وإن شهد واحد على شهادة أحدهما وشهد الآخر على شهادة الثاني لم يجز لأنه إثبات قول بشهادة واحد فإن شهد اثنان على شهادة أحدهما ثم شهدا على شهادة الآخر ففيه قولان: أحدهما: أنه يجوز لأنه إثبات قول اثنين فجاز بشاهدين، كالشهادة على إقرار نفسين، والثاني: أنه لا يجوز وهو اختيار المزني رحمه الله تعالى، لأنهما قاما في التحمل مقام شاهد واحد في حق واحد، فإذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صارا كالشاهد إذا شهد بالحق مرتين، وإذا كان شهود الأصل رجلًا وامرأتين قبل في أحد القولين شهادة اثنين على شهادة واحد منهم وإن كان شهود الأصل أربع نسوة وهو في الولادة والرضاع قبل في أحد القولين شهادة رجلين على كل واحد منهن ولا يقبل في الآخر إلا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحدة منهن وان كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو في الزنا وقلنا: إنه تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود، فإن قلنا يقبل شاهدان على شاهدي الأصل في غير الزنا ففي حد الزنا قولان، أحدهما: أنه يكفي شاهدان في إثبات شهادة الأربعة كما يكفي شاهدان في إثبات شهادة اثنين، والثاني: أنه يحتاج إلى أربعة لأن فيما يثبت باثنين تحتاج شهادة كل واحد منهما إلى العدد الذي يثبت به أصل الحق وهو اثنان، وأصل الحق ههنا لا يثبت إلا بأربعة فلم تثبت شهادتهم إلا بأربعة.

فإن قلنا: إنه لا يقبل فيما يثبت بشاهدين إلا أربعة ففي حد الزنا قولان، أحدهما: أنه يحتاج إلى ثمانية ليثبت بشهادة كل شاهدين شهادة واحد، والثاني: أنه يحتاج إلى ستة عشر لأن ما يثبت بشاهدين لا تثبت كل شاهد إلا بما يثبت به

أصل الحق وأصل الحق لا يثبت إلا بأربعة فلا تثبت شهادة كل واحد منهم إلا بأربعة فيصير الجميع ستة عشر.

فصل: ولا تقبل الشهادة على الشهادة حتى يسمي شاهد الفرع شاهد الأصل بما يعرف به، لأن عدالته شرط. فإذا لم تعرف عدالته فإن سماهم شهود الفرع وعدلوهم حكم بشهادتهم لأنهم غير متهمين في تعديلهم، وإن قالوا: نشهد على شهادة عدلين ولم يسموا لم يحكم بشهادتهم، لأنه يجوز أن يكونوا عدولًا عندهم غير عدول عند الحاكم.

فصل: ولا يصح تحمل الشهادة على الشهادة إلا من ثلاثة أوجه، أحدها: أن يسمع رجلًا يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا مضافًا إلى سبب يوجب المال من ثمن مبيع أو مهر لأنه لا يحمل مع ذكر السبب إلا الوجوب، والثاني: أن يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لأنه لا يشهد عند الحاكم إلا بما يلزم الحكم به، والثالث: أن يسترعيه رجل بأن يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتي إلا على واجب وأما إذا سمع رجلًا في دكانه أو طريقه يقول أشهد أن لفلان بذلك لأنه لا يسترعيه إلا على واجب لأن الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون على فلان ألف درهم ولم يقل فاشهد على شهادتي لم يحكم به لأنه يحتمل أنه أراد أن له عليه ألفًا من وعد وعده بها فلم يجز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال وإن سمع رجلًا يقول لفلان على ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يجوز أن يشهد عليه كما لا يجوز أن يتحمل الشهادة عليه، والثاني: وهو المنصوص أنه يجوز أن يشهد عليه والفرق بينه وبين التحمل أن المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استرعاء والشاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاسترعاء ولأن الشهادة آكد لأنه يعتبر فيها العدالة ولا يعتبر ذلك في الإقرار.

فصل: وإذا أراد شاهد الفرع أن يؤدي الشهادة أداها على الصفة التي تحملها فإن سمعه يشهد بحق مضاف إلى سبب يوجب الحق ذكره وإن سمعه يشهد عند الحاكم ذكره وإن شهده شاهد الأصل على شهادته أو استرعاه قال أشهد أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته.

فصل: وإن رجع شهود الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع بطلت شهادة الفرع، لأنه بطل الأصل فبطل الفرع، وإن شهد شهود الفرع حضر شهود الأصل قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه قدر على الأصل فلا يجوز الحكم بالبدل والله أعلم.

الشرح: قوله: «الفرع» مأخوذ من فروع الشجرة وهي أغصانها التي تنمي عن الأصول، وفروع كل شيء أعلاه، وقوله: «أن يسترعيه» يقال: أرعيته سمعي أي أصغيت إليه.

فصل: الشهادة على الشهادة مقبولة في غير العقوبات، كالأموال والأنكحة والبيع، وسائر العقود، والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرضاع، والولادة، وعيوب النساء سواء حق الآدمي، وحق الله تعالى، كالزكاة ووقف المساجد، والجهات العامة. وأما العقوبات، فالمذهب القبول في القصاص، وحد القذف، والمنع في حدود الله تعالى. قال ابن القاص: والإحصان كالحد. ولو شهد اثنان على شهادة آخرين أن الحاكم حد فلانًا، قبلت بلا خلاف، ذكره ابن الصباغ، لأنه حق آدمي فإنه اسقاط حد عنه، ثم في الباب أربعة أطراف:

الطرف الأول: في تحملها وإنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت، ولمعرفته أسباب:

أحدها: أن يسترعيه الأصل، فيقول: أنا شاهد بكذا، وأشهدتك على شهادتي، أو يقول: أشهدك أو أشهد على شهادتي بكذا، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي، فقد أذنت لك في أن تشهد، أما إذا سمع انسانًا يقول: لفلان على فلان كذا، أو أشهد أن لفلان على فلان كذا، لا على صورة أداء الشهادة، فلا يجوز أن يشهد على شهادته، لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك على عدة ونحوها، وكذا لو قال: عندي شهادة بكذا فلو قال: عندي شهادة مجزومة أو شهادة أثبتها أو لا أتمارى فيها وما أشبه ذلك، فوجهان: أصحهما: وأوفقهما لإطلاق الأكثرين: المنع أيضًا. ويشترط تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلم، أو أخبر، أو أستيقن، لم يكف كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ، فإن القاضي لا يحكم بها، قال الإمام: وأبعد بعض الأصحاب، فأقام اللفظ الذي لا تردد فيه مقام لفظ الشهادة، ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على شهادتي، وعن شهادتي، لكنه أتم، فقوله: أشهدك على شهادتي تحميل، وقوله: عن شهادتي إذن في الأداء كأنه قال: أدها عني، ولإذنه أثر، ولهذا لو قال بعد التحمل: لا تؤد عني امتنع عليه الأداء، وقيل: يشترط ذلك في الاسترعاء، حكاه ابن الصباغ، وإذا حصل الاسترعاء، لم يختص التحمل بمن استرعاه.

السبب الثاني: أن يسمعه يشهد عند القاضي أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه، لأنه لا يتصدى لإقامة الشهادة عند القاضي إلا تحقق الوجوب، وللقاضي أيضًا أن يشهد على شهادته عند قاض آخر، والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي سواء جوزنا التحكيم أم لا، وقال الإصطخري: إنما تجوز إذا جوزناه، والصحيح الأول، لأنه لا يشهد عند المحكم إلا وهو جازم بثبوت المشهود به.

السبب الثالث: أن يبين سبب الوجوب، فيقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع، أو قرض، أو أرش جناية، فتجوز الشهادة على شهادته، وإن لم يشهد عند القاضي، ولم يؤخذ منه استرعاء، لأن الإسناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل، هذا ما يوجد لعامة الأصحاب، ونقل الشيخ أبو حاتم القزويني وجهًا أن الإسناد إلى السبب لا يكفي للتحمل، ووجهًا أن الشهادة عند القاضي لا تكفي أيضًا، بل يشترط الاسترعاء، والصحيح ما سبق.

فرع: إذا قال: علي لفلان ألف، فوجهان: قال أبو إسحاق: لا يجوز أن يشهد عليه بهذا القدر، بل يشترط مع ذلك قرينة تشعر بالوجوب بأن يسنده إلى سبب، فيقول: من ثمن مبيع، أو يسترعيه، فيقول: فاشهد علي به، والثاني وهو الصحيح: أن مجرد الإقرار كاف للتحمل بخلاف الشهادة على الشهادة، لأن الشهادة يعتبر فيها ما لا يعتبر في الإقرار، ولهذا يقبل إقرار الفاسق والمغفل والمجهول دون شهادتهم.

فرع: الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل، فإن استرعاه الأصل، قال: أشهد أن فلانًا شهد أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يسترعه، بين أنه شهد عند القاضي أو أنه أسند المشهود به إلى سبب، قال الإمام: وذلك لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل، فإن كان ممن يعلم، ووثق به القاضي، جاز أن يكتفى بقوله: أشهد على شهادة فلان بكذا، ويستحب للقاضي أن يسأله بأي سبب ثبت هذا المال، وهل أخبرك به الأصل؟ هذا إذا لم يبين السبب.

الطرف الثاني: في صفات شاهد الأصل، وما يطرأ عليه. لا يصح تحمل الشهادة على شهادة فاسق، أو كافر، أو عبد، أو صبي، أو عدو، لأنهم غير مقبولي الشهادة، فلو تحمل والأصل بصفات الشهود، ثم طرأ ما يمنع قبولها، أو الوصول إليها، نظر إن كان الطارىء موتًا أو غيبة أو مرضًا، لم يؤثر، وإن عرض فسق أو عداوة أو ردة، لم تقبل شهادة الفرع ما دامت هذه الأحوال بالأصل، فإن زالت هل يشهد الفرع بالتحمل الأول، أم يشترط تحمل جديد؟ وجهان: أصحهما: الثاني، قاله ابن سريج، وصححه الإمام. ولو حدث الفسق، أو الردة بعد الشهادة، وقبل القضاء امتنع القضاء، ولو طرأ على الأصل جنون، فقيل: تبطل شهادة الفرع كالفسق، والصحيح الذي قاله الجمهور: لا أثر له، كالموت، لأنه لا يوقع ريبة فيما مضى، ويجري الوجهان فيما لو عمي، وأولى بأن لا يؤثر، لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية. ولو أغمي عليه، قال الإمام: إن كان غائبًا لم يؤثر، وإن كان حاضرًا، لم يشهد الفرع، بل ينتظر زواله، لأنه قريب الزوال، ومقتضى هذا أن

يكون الجواز كذلك في كل مرض يتوقع زواله، كتوقع زوال الإغماء.

ولا أثر لحدوث شيء من هذه المعاني بعد القضاء، وكذا لو شهد الفرع في غيبة الأصل، ثم حضر بعد القضاء، لم يؤثر، وإن حضر قبله، امتنع القضاء، لحصول القدرة على الأصل، وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء، امتنع القضاء، والتكذيب بعده لا يؤثر. ولو قضى القاضي بالفرع، ثم قامت بينة بأن الأصل كذب الفرع قبل القضاء، فالقضاء منقوض ذكره الإمام.

فرع: هذا الذي سبق حكم صفة الأصل، أما الفرع، فلو تحمل الشهادة، وهو عبد، أو صبي، أو فاسق، أو أخرس، صح تحمله، كتحمل الأصل في هذه الأحوال، ثم الأداء يكون بعد زوالها.

فرع: لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجال، ولا مدخل للنساء فيها وإن كانت الأصول أو بعضهم نساء، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع أو مال، لأن شهادة الفرع تثبت الأصل لا ما شهد به الأصل، ونفس الشهادة ليست بمال، ويطلع عليها الرجال. وحكى ابن كج وجهًا في الولادة وهو شاذ.

الطرف الثالث: في عدد شهود الفرع، فإن شهد اثنان على شهادة أصل، وآخران على شهادة الثاني، فقد تم النصاب، ولو شهد فرع على أصل، وفرع آخر على شهادة الأصل الثاني، لم يصح قطعًا، ولو شهد فرعان على شهادة الأصلين معًا، ففي قبوله قولان، أظهرهما: الجواز، وهو الذي رجحه العراقيون، والإمام، والغزالي، والروياني، وصاحب العدة، وخالفهم البغوي، والسرخسي، فإن قلنا بالمنع، فأقام شاهدين على شهادة الأصلين معًا، فله أن يحبسهما على أيهما، ويحلف معه، ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين جاز على الصحيح، وجميع ما ذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين، فعلى قول المنع في الاثنين يشترط ستة يشهد كل اثنين منهم على شهادة واحد، وعلى الأظهر يكفي اثنان للجميع، وعلى ما نقله ابن كج في قبول النساء على النساء في الولادة هل يكفي شهادة أربع على شهادة أربع، أم يشترط ست عشرة، ليشهد كل أربع على واحدة؟ وجهان: ولو شهد على شهادة الفروع فروع، وشرطنا أن يشهد فرعان على كل أصل، وجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة اثنان، فيجتمع ثمانية، ثم شهادتهم لا تثبت إلا بستة عشر، وعلى هذا القياس. وإذا أجرينا الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى، فهل تثبت الشهادة على شهود الزنى بأربعة، أم يكفي اثنان؟ قولان كالقولين في الإقرار بالزنى، فإن اكتفينا باثنين، وجوزنا شهادة فرعين على شهادة الأصلين معًا، كفى اثنان، وإن

شرطنا لكل أصل اثنين، اشترط ثمانية، وإن شرطنا في الشهادة على الشهادة في الزنى أربعة، فإن جوزنا شهادة فرعين على الأصلين معًا، كفى أربعة على الأصول الأربعة، وإن شرطنا أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان، اشترطنا هنا ستة عشر كل أربعة على أصل.

الطرف الرابع: في أن شهادة الفروع متى تسمع. وإنما تسمع إذا تعذر الوصول إلى شهادة الأصل، أو تعسر، وقيل: تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل، كالرواية، والصحيح الأول، لأن باب الرواية واسع، ولهذا تقبل من المرأة والعبد، والشهادة على الشهادة جوزت للضرورة، ولا ضرورة هنا. فمن وجوه التعذر الموت والعمى، ومن التعسر المرض، ولا يشترط أن لا يمكنه الحضور، وإنما المعتبر أن يناله بالحضور مشقة ظاهرة، ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض، هكذا أطلق الإمام والغزالي، وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصل والفرع، كالمطر والوحل الشديد، ولا يكلف القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل، أو يبعث نائبه إليه لما فيه من الابتذال.

ومنها: الغيبة إلى مسافة القصر، فإن كانت دون مسافة القصر، فمنهم من أطلق وجهين: منهم ابن القطان، والأصح أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة، أمكنه الرجوع إلى أهله ليلًا، لم تسمع شهادة الفرع، وتسمى هذه مسافة العدوى، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين وأصحهما: تسمع.

فصل: يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم، لأنه لا بد من معرفة عدالتهم، ولا تعرف عدالتهم ما لم يعرفوا. ولو وصفوهم بالعدالة ولم يسموهم بأن قالوا: نشهد على شهادة عدلين أو عدول، لم يكف، لأن القاضي قد يعرف جرحهم لو سموهم، ولأنه ينسد باب الجرح على الخصم، ولا يشترط في شهادة الفرع تزكية شهود الأصل، بل لهم إطلاق الشهادة، ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، وحكى البغوي وجهًا في اشتراطها، والصحيح الأول، وحكي وجه أنه يشترط أن يقول الفروع: أشهدنا على شهادته، وكان عدلًا إلى اليوم أو إلى أن مات تفريعًا على ما سبق أنه لو فسق الأصل، ثم تاب، لم يكن للفرع أن يشهد على شهادته إلا بإشهاد جديد، والصحيح عدم الاشتراط. فإن قلنا: بالصحيح إنه لا يشترط في شهادة الفرع تزكية الأصل، فلو زكوهم وهم بصفات المزكين، فالمذهب ـ وبه قطع الجمهور ـ أنه تقبل تزكيتهم، وتثبت عدالتهم، والمعروف فيما لو شهد اثنان في واقعة، وزكى أحدهما الآخر أنه لا تثبت عدالة الثاني، فمنهم من جعلها على وجهين بالتخريج،

والمذهب الفرق أن تزكية الفروع الأصول من تتمة شهادتهم، ولذلك شرط بعضهم التعرض لها، فقبلت وهناك قام الشاهد المزكى بأحد شطري الشهادة، فلا يصح قيامه بالثاني، ولا يشترط أن يتعرض الفروع في شهادتهم، لصدق الأصول، لأنهم لا يعرفونه بخلاف ما إذا حلف المدعي مع شاهده حيث يتعرض لصدقه، لأنه يعرفه، وبالله التوفيق.

باب اختلاف الشهود في الشهادة

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا ادعى رجل على رجل ألفين وشهد له شاهد أنه أقر له بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين، ثبت له ألف بشهادتهما، لأنهما اتفقا على إثباتها وله أن يحلف مع شاهد الألفين ويثبت له الألف الأخرى، لأنه شهد له بها شاهد. وإن ادعى ألفًا فشهد له شاهد بألف وشهد آخر بألفين ففيه وجهان، أحدهما: أنه يحلف مع الذي شهد له بالألف ويقضي له وتسقط شهادة من شهد له بالألفين لأنه صار مكذبًا له فسقطت شهادته له في الجميع، والثاني: أنه يثبت له الألف بشهادتها ويحلف ويستحق الألف الأخرى ولا يصير مكذبًا بالشهادة لأنه يجوز أن يكون له حق ويدعي بعضه ويجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالألفين.

فصل: وإن شهد شاهد على رجل أنه زنى بامرأة في زاوية من بيت وشهد آخر أنه زنى بها في زاوية ثانية وشهد آخر أنه زنى بها في زاوية ثالثة وشهد آخر أنه زنى بها في زاوية رابعة، لم يجب الحد على المشهود عليه، لأنه لم تكمل البينة على فعل واحد، وهل يجب حد القذف على الشهود؟ على القولين، وإن شهد اثنان أنه زنى بها وهي مطاوعة وشهد اثنان أنه زنى بها وهي مكرهة لم يجب الحد عليها لأنه لم تكمل بينة الحد في زناها، وأما الرجل فالمذهب أنه لا يجب عليه الحد، وخرج أبو العباس وجهًا آخر أنه يجب عليه الحد لأنهم اتفقوا على أنه زنى وهذا خطأ، لأن زناه بها وهي مطاوعة غير زناه بها وهي مكرهة، فصار كما لو شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى.

فصل: وإن شهد شاهد أنه قذف رجلًا بالعربية وشهد آخر أنه قذفه بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفه في يوم الخميس وشهد آخر أنه قذفه يوم الجمعة لم يجب الحد، لأنه لم تكمل البينة على قذف واحد، وإن شهد أحدهما أنه أقر بالعربية أنه قذفه وشهد آخر أنه أقر بالعجمية أنه قذفه أو شهد أحدهما أنه أقر بالقذف يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أقر بالقذف يوم الجمعة، وجب الحد لأن المقر به واحد وإن اختلفت العبارة فيه.

فصل: وإن شهد شاهد أنه سرق من رجل كبشًا أبيض غدوة وشهد آخر أنه

سرق ذلك الكبش بعينه عشية لم يجب الحد، لأنه لم تكمل بينة الحد على سرقة واحدة، وللمسروق منه أن يحلف ويقضي له بالغرم، لأن الغرم يثبت بشاهد ويمين، فإن شهد شاهدان أنه سرق كبشًا أبيض غدوة وشهد آخران أنه سرق منه ذلك الكبش بعينه عشية، تعارضت البينتان ولم يحكم بواحدة منهما، وتخالف المسألة قبلها، فإن كل واحد من الشاهدين ليس ببينة والتعارض لا يكون في غير بينة، وهنا لكل واحد منهما بينة فتعارضتا وسقطتا. وإن شهد شاهد أنه سرق منه كبشًا غدوة وشهد آخر أنه سرق منه كبشًا عشية ولم يعينا الكبش لم يجب الحد، لأنه لم تكمل بينة الحد وله أن يحلف أيهما شاء، ويحكم له، فإن ادعى الكبشين حلف مع كل واحد منهما يمينًا وحكم له بهما لأنه لا تعارض بينهما، وإن شهد شاهدان أنه سرق كبشًا غدوة وشهد آخران أنه سرق منه كبشًا عشية وجب القطع والغرم فيهما، لأنه كملت بينة الحد والغرم وإن شهد شاهد أنه سرق ثوبًا وقيمته ثمن دينار وشهد آخر أنه سرق ذلك الثوب وقيمته ربع دينار، لم يجب القطع، لأنه لم تكمل بينة الحد ووجب له الثمن، لأنه اتفق عليه الشاهدان، وله أن يحلف على الثمن الآخر ويحكم له لأنه انفرد به شاهد فقضي به مع اليمين وإن أتلف عليه ثوبًا فشهد شاهدان أن قيمته عشرة وشهد آخران أن قيمته عشرون قضي بالعشرة، لأن البينتين اتفقتا على العشرة وتعارضتا في الزيادة، لأن إحداهما تثبتها والأخرى تنفيها فسقطت.

فصل: وإن شهد شاهدان على رجلين أنهما قتلا فلانًا وشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلاه، فإن صدق الولي الأولين حكم بشهادتهما، وقتل الآخران لأن الأولين غير متهمين فيما شهدا به. والآخران متهمان لأنهما يدفعان عن أنفسهما القتل، وإن كذب الولي الأولين وصدق الآخرين بطلت شهادة الجميع، لأن الأولين كذبهما الولي والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل.

فصل: وإن ادعى رجل على رجل أنه قتل مورثه عمدًا وقال المدعى عليه قتلته خطأ فأقام المدعي شاهدين فشهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدًا وشهد الآخر على إقراره بالقتل خطأ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، لأن صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد. فإذا حلف ثبتت دية الخطأ فإن نكر حلف المدعي أنه قتله عمدًا ويجب القصاص أو دية مغلظة.

فصل: وإن قتل رجل عمدًا وله وارثان ابنان أو اخوان فشهد أحدهما على أخيه أنه عفا عن القود والمال سقط عن القائل عدلًا كان أو فاسقًا لأن شهادته على أخيه تضمنت الإقرار بسقوط القود فأما الدية فإن نصيب الشاهد يثبت لأنه ما عفا عنه وأما نصيب المشهود عليه فإنه إن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته حلف المشهود عليه أنه ما عفا ويستحق نصف الدية وإن كان ممن تقبل شهادته حلف القاتل معه ويسقط عنه حقه من الدية لأن ما طريقه المال يثبت بالشاهد واليمين وفي كيفية اليمين وجهان، أحدهما: أن يحلف أنه قد عفا عن المال،

والثاني: أنه قد عفا عن القود والمال وهو ظاهر النص لأنه قد يعفو عن الدية ولا يسقط حقه منها وهو إذا قلنا: إن قتل العمد لا يوجب غير القود فإذا عفا عن الدية كان ذلك كلا عفو فوجب أن يحلف أنه ما عفا عن القود والدية.

فصل: وإن شهد شاهد أنه قال وكلتك شهد آخر أنه قال أديت لك أو أنت جزئي لم تثبت الوكالة لأن شهادتهما لم تتفق على قول واحد وإن شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه أذن له في التصرف أو أنه سلطه على التصرف ثبتت الوكالة لأن أحدهما ذكر اللفظ والآخر ذكر المعنى ولم يخالفه الآخر إلا في اللفظ.

فصل: وإن شهد شاهدان على رجل أنه أعتق في مرضه عبده سالمًا وقيمته ثلث ماله وشهد آخر أنه أعتق غانمًا وقيمته ثلث ماله فإن علم السابق منهما عتق ورق الآخر وإن لم يعلم ذلك ففيه قولان، أحدهما: أنه يقرع بينهما لأنه لا يمكن الجمع بينهما لأن الثلث لا يحتملهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فأقرع بينهما كما لو أعتق عبدين وعجز الثالث عنهما، والقول الثاني: أنه يعتق من كل واحد منهما النصف لأن السابق حر والثاني عبد فإذا أقرع بينهمان لم يؤمن أن يخرج سهم الرق على السابق وهو حر فيسترق وسهم العتق على الثاني فيعتق وهو عبد فوجب أن يعتق من كل واحد منهما النصف لتساويهما كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالثلث ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث فإن الثلث يقسم عليهما، وإن شهد شاهدان على رجل أنه أوصى لرجل بثلث ماله وشهد آخران أنه رجع عن الوصية وأوصى لآخر بالثلث بطلت الوصية الأولى وصحت الوصية للثاني وإن ادعى رجل على رجلين أنهما رهنا عبدًا لهما عنده بدين له عليهما فصدقه كل واحد منهما في حق شريكه وكذبه في حق نفسه ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا تقبل شهادتهما لأنه يدعي أن كل واحد منهما كاذب، والثاني: تقبل شهادتهما ويحلف مع كل واحد منهما ويصير العبد رهنًا عنده لأنه يجوز أن يكون قد نسي فلا يكون كذبه معلومًا.

الشرح: قال في البيان: وإذا ادعى رجل على رجل ألفين، وأضاف كل ألف إلى سبب فأنكر، وأقام شاهدين، فشهد أحدهما له بألف مضاف إلى سبب كما ادعى، وشهد الثاني له بالألف الآخر، لم تتم الشهادة على أحد الألفين، ولكن يحلف مع كل واحد من الشاهدين ويستحق الألفين؛ لأن كل واحد منهما يشهد بغير الذي شهد به الآخر.

وكذلك إذا ادعى عليه ألفين من سكتين، فشهد بكل ألف شاهد، فإنه يحلف مع كل واحد من الشاهدين يمينًا ويستحق الألفين؛ لما ذكرناه.

فأما إذا ادعى عليه ألفين بسبب واحد أو أطلق، فشهد له شاهد بألف وشهد له شاهد بألفين، وأضافا إلى السبب الذي أضاف الدعوى إليه أو أطلقا، أو أضاف

أحدهما إلى ذلك السبب وأطلق الآخر، فإن البينة قد تمت على ألف ويحلف مع الشاهد الثاني الذي شهد بالألفين ويستحق الألف الثاني. وبه قال مالك.وقال أبو حنيفة: لا تتم له البينة على الألف كما لو أضافا إلى سببين مختلفين.

دليلنا: أنهما مالان من نوع واحد غير مضافين إلى سببين مختلفين، فإذا شهد به اثنان، ثبت الأقل منهما، كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، فإنه وافقنا على ذلك. وإن ادعى على رجل ألفًا فأنكره، فأقام شاهدين، فشهد أحدهما له بألف وشهد له الآخر بألفين، ففيه وجهان: أحدهما: تصح شهادة من شهد له بالألف؛ لأنه شهد له بما ادعاه، وتبطل شهادة من شهد له بألفين؛ لأنه مكذب له. فعلى هذا: يحلف مع من شهد له بالألف.

والثاني: تثبت له الألف التي ادعاها بشهادتهما؛ لأنهما اتفقا عليها، وله أن يحلف مع الذي شهد بالألف الثانية؛ لأنه غير مكذب له؛ لأن من له حق يجوز أن يدعي بعضه ويترك بعضه؛ لعلمه أن من عليه الحق مقر له به، أو يجوز أنه لم يعلم أن هناك من يشهد له به.

وقال المسعودي في «الإبانة»: وإن ادعى على رجل ألفًا فأنكره، وأقام شاهدين فشهد أحدهما: أنه أقر له بألف، وشهد آخر: أنه أقر له بألف ولكن قضى منها خمسمائة، ففيه وجهان:أحدهما: تثبت خمسمائة؛ لأن شهادتهما اتفقت عليها. والثاني: لا تثبت؛ لأنهما لم يتفقا على ما يدعيه المدعي.

مسألة: إذا شهد أربعة على رجل أنه زنى بامرأة في بيت فشهد كل واحد منهم أنه زنى بها في زاوية غير الزاوية التي شهد الآخر أنه زنى بها، أو شهد اثنان: أنه زنى بها في زاوية، وشهد الآخران: أنه زنى بها في زاوية أخرى، فإنه لا يجب الحد على المشهود عليه، وهل يجب حد القذف على الشهود؟ على قولين، وقال أبو حنيفة: القياس: أنه لا يجب الحد على المشهود عليه، ولكن يجب عليه الحد استحسانًا.

دليلنا: أن الشهادة لم تتم على فعل واحد، فلم يجب الحد على المشهود عليه، كما لو شهد اثنان: أنه زنى بها في الغداة، وشهد آخران: أنه زنى بها في العشي.

فرع: وإن شهد اثنان: أنه زنى بها في البصرة، وشهد آخران: أنه زنى بها في الكوفة، لم يجب الحد على المشهود عليه، وهل يجب الحد على الشهود؟ على القولين. وقال أبو حنيفة: لا يجب الحد على الشهود. ومذهبه: أن الشهود إذا نقص عددهم، وجب عليهم الحد. قال: لأن عددهم هاهنا قد كمل فلم يحدوا.وهذا

غلط؛ لأن عددهم لم يكمل على فعل واحد وإنما كمل على فعلين، فهو كما لو نقص عددهم.

فرع: وإن شهد اثنان على رجل: أنه زنى بامرأة وهي مطاوعة له، وشهد آخران: أنه زنى بها وهي مكرهة، فلا خلاف أنه لا يجب الحد على المرأة؛ لأن البينة لم تكمل في حقها. وأما الرجل: فنص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يجب عليه الحد. وبه قال أبو يوسف. وقال أبو العباس: يجب عليه الحد وبه قال أبو حنيفة لأن حكمه إذا طاوعته أو أكرهها لا يختلف.

ووجه المذهب: أن البينة لم تكمل على فعل واحد؛ لأن زناه بها وهي مطاوعة غير زناه بها وهي مكرهة، فهو كما لو شهد اثنان: أنه زنى بها في بيت، وشهد آخران: أنه زنى بها في بيت آخر.

وأما الشهود: فالذي يقتضي المذهب: أن في وجوب الحد عليهم للمرأة القولين، وأما وجوب الحد عليهم للرجل:

فإن قلنا: إنه لا يجب عليه الحد، كان في وجوب الحد عليهم له القولان.

وإن قلنا: يجب عليه الحد، لم يجب له عليهم حد قولًا واحدًا.

مسألة: وإن ادعى رجل على رجل أنه قذفه فأنكر، فأقام المدعي شاهدين، فشهد أحدهما: أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر: أنه قذفه بالعجمية، أو شهد أحدهما: أنه قذفه يوم الخميس، وشهد الآخر: أنه قذفه يوم الجمعة، لم يجب الحد؛ لأن البينة لم تكمل على قذف واحد. وإن شهد أحدهما: أنه أقر بقذفه بالعربية، وشهد الآخر: أنه أقر بالعجمية بقذفه، أو شهد أحدهما: أنه أقر يوم الخميس أنه قذفه، وشهد الآخر: أنه أقر يوم الجمعة أنه قذفه، وجب الحد؛ لأن المقر به واحد وإن اختلفت العبارة عنه، أو اختلف وقت الإقرار به.

مسألة: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولو شهد: أنه سرق من هذا البيت كبشًا لفلان بكرة، وقال الآخر: عشية، أو قال أحدهما: الكبش الأبيض، وقال الآخر: الأسود، لم يقطع.

وجملة ذلك: أنه إذا شهد رجل: أن فلانًا سرق من فلان كبشًا غدوة، وشهد الآخر: أنه سرق منه ذلك الكبش عشية، أو شهد أحدهما: أنه سرق منه كبشًا أبيض وقت الزوال، وشهد آخر: أنه سرق منه كبشًا أسود ذلك الوقت، فهما شهادتان بسرقتين مختلفتين؛ لأنه لا يمكن أن يسرق كبشًا واحدًا بالغداة والعشي، ولا يمكن أن يكون أبيض أسود، فلا يجب القطع على المشهود عليه؛ لأن البينة لم تتم على سرقة كبش، ولكن يحلف المشهود له مع أي الشاهدين شاء، ويحكم له بالكبش.

وإن شهد رجلان: أنه سرق منه كبشًا من صفته كذا وكذا بالغداة، وشهد رجلان آخران: أنه سرق منه ذلك الكبش بعينه بالعشي، فهما بينتان متعارضتان، فلا يحكم للمشهود له بشيء.

والفرق بينها وبين الأولى: أن الشاهدين حجة يثبت بها الحق وقد عارضها مثلها فسقطتا، وفي الأولى: الشاهد الواحد ليس بحجة، فلم يقع فيها تعارض.وإن شهد رجل: أنه سرق منه كبشًا بالغداة ولم يصف الكبش، وشهد شاهد آخر: أنه سرق منه كبشًا بالعشي ولم يصف الكبش، أو قال أحدهما: إنه سرق منه بالغداة كبشًا أبيض، وشهد الآخر: أنه سرق منه بالعشي كبشًا أسود، فهما شهادتان بكبشين، فلا يجب على المشهود عليه القطع؛ لأن البينة لم تتم على كل كبش وللمشهود له أن يحلف مع كل واحد من الشاهدين ويستحق الكبشين.

وإن شهد رجلان: أنه سرق منه كبشًا بالغداة ولم يصفا الكبش، وشهد شاهدان: أنه سرق منه كبشًا بالعشي ولم يصفا الكبش، أو شهد رجلان: أنه سرق منه كبشًا أبيض بالغداة، وشهد آخران: أنه سرق منه كبشًا أسود بالعشي، فقد تمت البينتان على سرقتين، فيجب على السارق القطع، ويجب عليه غرم الكبشين.

قال الشيخ أبو حامد: وإن شهد شاهد: أنه سرق منه كبشًا، وشهد آخر: أنه سرق منه كبشين، فيجب القطع على السارق إذا كان قيمة كل واحد من الكبشين نصابًا؛ لأنه قد شهد بسرقة النصاب شاهدان، وللمشهود له أن يحلف مع الشاهد الثاني، ويجب له ضمان الكبش الثاني.

وإن شهد رجلان: أنه سرق منه كبشًا، وشهد آخران: أنه سرق منه كبشًا، حكم له بالكبشين؛ لأنه شهد بكل واحد منهما شاهدان، ويجب القطع على المشهود عليه.ومن أصحابنا من صحف وقال: أراد الشافعي رحمه الله بذلك: كيسًا.

وهذا خطأ، بل أراد كبشًا بالشين المعجمة؛ لأنه قال في «الأم»: كبشًا أقرن، والحكم لا يختلف بالكبش والكيس إلا أن الغالب من قيمة الكيس: أنه لا يبلغ نصابًا فيجب به القطع.

فرع: وإن شهد رجل: أنه سرق من رجل ثوبًا من صفته كذا وكذا وقيمته ربع دينار، وشهد آخر: أنه سرق منه ذلك الثوب بعينه وقيمته ثمن دينار، فإن القطع لا يجب على المشهود عليه؛ لأن البينة لم تتم على سرقة ما قيمته نصاب، ويجب على المشهود عليه ثمن دينار؛ لأن الشاهدين قد اتفقا عليه، وللمشهود له أن يحلف مع الشاهد الذي شهد أن قيمته ربع دينار، ويجب له ثمن آخر.

وإن شهد رجلان على رجل: أنه سرق من رجل ثوبًا من صفته كذا وكذا

وقيمته ثمن دينار، وشهد آخران: أنه سرق ذلك الثوب بعينه وقيمته ربع دينار، فإن القطع لا يجب على المشهود عليه؛ لأن البينة لم تكمل عليه بسرقة ما قيمته نصاب، ولا يجب على المشهود عليه إلا ثمن دينار، وبه قال أحمد.وقال أبو حنيفة: يجب عليه ربع دينار.

وكذلك الخلاف إذا أتلف عليه ثوبًا فشهد رجلان: أن قيمته ثمن دينار، وشهد رجلان: أن قيمته ربع دينار، فإنه لا يجب على المشهود عليه إلا ثمن دينار عندنا، وعند أبي حنيفة يجب عليه ربع دينار.

دليلنا: أن الشاهدين اللذين شهدا أن قيمته ثمن دينار نفيا أن تكون قيمته ربع دينار، والشاهدين اللذين شهدا أن قيمته ربع دينار أثبتا الربع، فقد تعارضت البينتان في الثمن الثاني، فسقط وثبت ما اتفقا عليه.

وأما إذا شهد رجل: أنه سرق منه ثوبًا أبيض قيمته ثمن دينار، وشهد آخر: أنه سرق منه ثوبًا أسود قيمته ربع دينار، فهما شهادتان مختلفتان، فلا يجب القطع على المشهود عليه؛ لأن البينة لم تتم على سرقة ما قيمته نصاب، وللمشهود له أن يحلف مع الشاهدين ويحكم له بثمن دينار وربع دينار.

وإن شهد رجلان: أنه سرق منه ثوبًا أبيض قيمته ثمن دينار، وشهد آخران: أنه سرق منه ثوبًا أسود قيمته ربع دينار، فهما بينتان تامتان على سرقتين مختلفتين، فيجب له ثمن الدينار وربع الدينار، ويجب القطع على المشهود عليه.

فأما إذا شهد شاهد واحد: أنه سرق منه ثوبًا قيمته ثمن دينار، وشهد شاهد آخر: أنه سرق منه ثوبًا قيمته ربع دينار، قال الشيخ أبو حامد: والذي يجيء على المذهب: أن الحكم في هذه كالحكم فيه إذا عينا الثوب واختلفا في قيمته، فيثبت له الثمن بشهادتهما، ويحلف مع الشاهد الآخر على ثمن دينار، ولا يجب القطع على المشهود عليه.

وإن شهد رجلان: أنه سرق منه ثوبًا قيمته ثمن دينار، وشهد شاهدان: أنه سرق منه ثوبًا قيمته ربع دينار، لزمه ثمن دينار لا غير، ولا يجب عليه القطع؛ لأنه يحتمل: أنهما شهدا بثوبين مختلفين، ويحتمل: أنهما شهدا بثوب واحد وإنما اختلفا في قيمته، فلم يحكم له إلا بثمن دينار.

مسألة: وإن شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلًا، وشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلاه، قال الشافعي رحمه الله: سألت الولي، فإن صدق الأولين وكذب الآخرين، وجب عليهما القتل ولا يسمع قولهما؛ لأن الولي يكذبهما، ولأنهما يدفعان عن أنفسهما ضررًا بشهادتهما. وإن صدق الآخرين وكذب الأولين،

لم يثبت القتل؛ لأنه كذب الأولين فبطلت شهادتهما، والآخران يدفعان ضررًا عن أنفسهما بشهادتهما فلم تقبلا. وكذلك: إذا صدق الأولين والآخرين، بطلت شهادة الجميع؛ لأنه كذب كل واحدة منهما بتصديق الآخرين.

فإن قيل: هذا لا يتصور؛ لأن الشهادة لا تسمع إلا بعد الدعوى، فكيف يسأل الولي بعد شهادتهم؟ واختلف أصحابنا في الجواب: فقال أبو إسحاق: إنما يفتقر إلى الدعوى أن تكون قبل الشهادة إذا كانت الدعوى ممن يعبر عن نفسه، فأما إذا كانت الدعوى لميت أو صغير أو مجنون، فيصح أن تكون الشهادة سابقة للدعوى، والحق هاهنا للميت؛ لأنه يقضى دينه من ديته وتنفذ منها وصاياه.

ومن أصحابنا من قال: يحتمل أن يكون الولي لم يعلم من قتل وليه ولا يعرف من يشهد له بذلك، فيصح أن تتقدم الشهادة على الدعوى. ومنهم من قال: يحتمل أن يكون الولي ادعى على الآخرين القتل، فشهد له الأولان، ثم شهد له الآخران على الأولين، فأورث ذلك شبهة، والشبهة تؤثر في الدم، فاحتاط الحاكم بسؤال الولي لينظر ما يقول.

ومن أصحابنا من قال: إنما يتصور ذلك في وكيلين للولي، ادعى أحدهما القتل على هذين، وادعى الآخر على هذين.

مسألة: وإن شهد رجل على رجل: أنه أقر بقتل رجل عمدًا، وشهد آخر: أنه أقر بقتله خطأ، فقد تمت البينة على القتل ولم تتم على صفة القتل، فيسأل المشهود عليه، فإن أنكر القتل، لم يلتفت إلى إنكاره. وإن أقر بقتل العمد، حكم عليه بموجب قتل العمد بإقراره. وإن أقر بقتل الخطأ وصدقه الولي على ذلك، وجبت الدية في ماله، وإن كذبه الولي، فالقول قول الجاني مع يمينه؛ لأن الأصل عدم العمد، فإن حلف، ثبت قتل الخطأ، وإن نكل، حلف المدعي ويثبت قتل العمد.

وإن أقر المشهود عليه بقتل العمد وكذبه الولي وقال: بل كان خطأ، لم يجب القود؛ لأن الولي لا يدعيه، وتجب فيه دية الخطأ.

قال ابن الصباغ: وينبغي أن يكون في مال الجاني؛ لأنها لم تثبت بالبينة.

وإن شهد أحدهما: أنه قتله عمدًا، وشهد الآخر: أنه قتله خطأ، ثبت القتل بشهادتهما ولم تتناف الشهادتان؛ لأن الفعل الواحد قد يعتقده أحدهما عمدًا والآخر خطأ، ويسأل الجاني، فإن أقر بقتل العمد، حكم عليه بموجبه. وإن أقر بالخطأ وصدقه الولي، وجبت الدية، وإن كذبه الولي، فللولي أن يحلف؛ لأنه أقام بما يدعيه شاهدًا، وذلك لوث، ويخالف الأولى؛ فإن الشهادة هناك على الإقرار ولا لوث في الإقرار.

فإن لم يحلف الولي، حلف الجاني ووجبت الدية في ماله مؤجلة؛ لأنها تثبت بإقراره. فإن لم يحلف الجاني، فهل ترد اليمين على الولي؟ فيه قولان مضى ذكرهما.فإن قلنا: ترد عليه فحلف، ثبت موجب قتل العمد.

وإن قلنا: لا ترد عليه، أو قلنا ترد وامتنع عن اليمين، تثبت دية الخطأ مؤجلة في مال الجاني؛ لأنها متيقنة.

مسألة: وإن قتل رجل وله وارثان ابنان أو أخوان، فشهد أحدهما: أن أخاه عفا عن القود والدية، سقط القصاص، سواء كان الشاهد عدلًا أو فاسقًا؛ لأن شهادته بعفو أخيه تضمنت سقوط حقه من القصاص، ويكون نصيب الشاهد من الدية ثابتًا، وأما نصيب المشهود عليه من الدية: فإن كان الشاهد غير مقبول الشهادة، فالقول قول المشهود عليه مع يمينه. وإن كان الشاهد عدلًا، حلف معه الجاني.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: ويحلف: لقد عفا عن القصاص والمال واختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال بظاهره: ويجب أن يحلف: أنه عفا عن القصاص والدية؛ لأن العفو عن الدية لا يصح إلا بعد العفو عن القصاص، وهو إذا قلنا: إن قتل العمد لا يوجب غير القود.ومنهم من قال: يكفيه أن يحلف: لقد عفا عن الدية؛ لأن القصاص قد حكم بسقوطه بكل حال، فلا معنى ليمينه عليه.قال في الأم: إذا ادعى رجل عبدًا في يد آخر فأنكره، فأقام شاهدين، فشهد أحدهما: أنه ملكه، وشهد الآخر: أنه أقر بغصبه، لم يحكم بالشهادة؛ لأنها شهادة بسببين مختلفين، ويحلف المشهود له مع أيهما شاء ويقضى له به. وهكذا إن شهد أحدهما: أنه غصبه، وشهد الآخر: أنه أقر بغصبه، لم يحكم له بالشهادة؛ لأنها شهادة على فعلين مختلفين، ويحلف المشهود له مع أيهما شاء ويحكم له بالعبد.

مسألة: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولو شهد أجنبيان لعبد: أن فلانًا المتوفى أعتقه وهو الثلث في وصيته، وشهد وارثان لعبد غيره: أنه أعتقه وهو الثلث في وصيته، فسواء، ويعتق من كل واحد منهما نصفه. قال المزني: قياس قوله: أن يقرع بينهما. واختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة وحكمها: فقال أبو العباس وأبو إسحاق وأكثر أصحابنا: صورتها: أن يشهد أجنبيان أن فلانًا المتوفى أوصى بعتق عبده غانم وهو ثلث ماله، وشهد وارثان: أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله، فعبر الشافعي عن الوصية بالعتق؛ لأن الوصية وقعت بالعتق، فإذا كان هذا صورتها، فإنه يقرع بينهما كما قال المزني. وقول الشافعي: فسواء، ويعتق من كل واحد منهما نصفه لم يرد به تبعيض العتق فيهما، وإنما أراد: أن شهادة الأجنبيين كشهادة الوارثين لا مزية لأحدهما على الآخر، وأن العبدين سواء يجب أن يقسم الثلث بينهما كما يقسم في

الوصايا غير العتق في القياس، إلا إن السنة منعت من قسم الثلث في العتق ووردت في الإقراع.

ومن أصحابنا من قال: صورتها: كما قال أبو العباس وأبو إسحاق، ولكن الحكم ما ذكره الشافعي، وهو: أن يعتق من كل واحد منهما نصفه، ولكن لا يعتق من كل واحد منهما نصفه، إلا إذا كان في كلام الموصي ما يدل على أنه قصد تبعيض الحرية في العبدين؛ بأن يشهد الأجنبيان أنه قال: أعتقوا هذا العبد وإن لم يحتمل الثلث إلا نصفه فأعتقوا نصفه، وشهد الوارثان بمثل ذلك لعبد آخر؛ لأنه قد علم من الموصي أنه أراد تبعيض الحرية فيهما، كما لو أوصى أن يعتق من كل واحد منهما نصفه، فأما إذا لم يكن في كلام الموصي ما يدل على أنه قصد تبعيض الحرية فيهما، فإنه يقرع بينهما.

ومن أصحابنا من خالف أبا إسحاق وأبا العباس في صورتها وحكمها وقال: صورتها: أن الشهادتين وقعتا بالعتق المنجز لا بالوصية، والحكم في ذلك: أنه إن عرف المعتق منهما أولًا، عتق ورق الثاني، وإن لم يعرف السابق منهما، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يقرع بينهما، فأيهما خرج له سهم العتق، عتق ورق الآخر؛ لأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون هو الذي أعتقه أولًا فيعتق ويرق الآخر، وليس لأحدهما مزية على الآخر فأقرع بينهما، كما لو أعتقهما معًا.

والثاني: يعتق من كل واحد منهما نصفه؛ لأنا نعلم أن أحدهما حر والآخر رقيق، فإذا أقرعنا بينهما، لم نأمن أن تخرج الحرية لمن هو رقيق، والرق على من هو حر، ولا مزية لأحدهما على الآخر، فأعتق من كل واحد منهما نصفه لتساويهما. ويخالف إذا أعتقهما؛ لأن الحرية لم تقع لأحدهما.قال الشيخ أبو حامد: وهذا الطريق أشبه بالمذهب وعليه التفريع.

هذا إذا كانت البينتان عادلتين، فإن كانت إحداهما غير عادلة، نظرت: فإن كان الأجنبيان فاسقين، والوارثان عدلين، فلا تعارض شهادة العدلين بشهادة الفاسقين، فيرق العبد الذي شهد الأجنبيان بعتقه، ويعتق العبد الذي شهد الوارثان بعتقه.

وإن كان الأجنبيان عدلين، والوارثان فاسقين، فلا تعارض شهادة العدلين بشهادة الفاسقين، فإن كان الوارثان لم ينفيا ما شهد به الأجنبيان، عتق العبد الذي شهد بعتقه الأجنبيان، وأما العبد الذي شهد بعتقه الوارثان، قال الشيخ أبو حامد: فإنه يعتق نصفه عليهما؛ لأنهما يقولان: لو قبلت شهادتنا وشهادة الأجنبيين، لعتق

النصف من كل واحد من العبدين لا غير على القول الذي يقول: يقسم العتق بينهما والنصف الثاني من العبد الذي شهد الأجنبيان بعتقه مغصوب علينا وهو رقيق لنا، وإنما نصف هذا الذي شهدنا له حر، فيلزمهما عتق نصف العبد الذي شهدا له بإقرارهما.

قال ابن الصباغ: وهذا سهو، وينبغي أنه إذا كان قد غصب منهما نصف العبد الذي شهد به الأجنبيان أن لا يعتق عليهما إلا خمسة أسداس عبد؛ لأن سدس التركة مغصوب عليهما، ويدخل النقص على ما يستحقه الأول بالوصية فيحصل هاهنا دور، ويقال: عتق من الأول وهو ثلث التركة نصف شيء والباقي منه مغصوب، وعتق من الثاني نصف شيء تمام الوصية، وبقي في يد الورثة ثلث التركة إلا نصف شيء يعدل شيئين، فإذا جبرت، عدل ثلث التركة شيئين ونصف شيء، الشيء الكامل أربعة أخماس عبد وهو ثلث التركة، فيكون قد عتق من العبد الذي أقر له الوارثان خمساه ورق ثلاثة أخماسه، وعتق من العبد الذي شهد له الأجنبيان بالوصية خمساه والباقي منه مغصوب من حق الورثة، ويبقى في يد الورثة عبد وثلاثة أخماس عبد، وذلك مثلًا ما عتق منهم بالوصية.

وأما إذا نفى الوارثان ما شهد به الأجنبيان؛ بأن قال الأجنبيان: إنه أعتق عبده غانمًا وقيمته ثلث التركة، وقال الوارثان: لم يعتق غانمًا وإنما أعتق سالمًا وقيمته ثلث التركة، وكان الأجنبيان عدلين والوارثان فاسقين، فشهادة الوارثين: أنه لم يعتق غانمًا لا تقبل لفسقهما، ولأنها شهادة على نفي، فيعتق غانم بشهادة الأجنبيين، والوارثان يقران: أن المعتق هو سالم، وغانمًا مغصوب عليهما.

قال الشيخ أبو حامد: فيعتق عليهما سالم بإقرارهما.

قال ابن الصباغ: وهذا سهو أيضًا، ويجب أن يقال: يعتق ثلثاه؛ لأن غانمًا كالمغصوب، فلا يحتسب عليهما في التركة.

وإن اختلفت قيمة العبدين، فشهد أجنبيان: أنه أعتق غانمًا في مرض موته وقيمته ثلث ماله، وشهد الوارثان: أنه أعتق سالمًا وقيمته سدس ماله، والبينتان عادلتان: فإن قلنا: لا يقرع بينهما، عتق من كل واحد مهما ثلثاه، وهو ثلث التركة. وإن قلنا: يقرع بينهما، أقرع بينهما، فإن خرج سهم الحرية للعبد الذي شهد له الأجنبيان، عتق ورق الآخر، وإن خرج سهم الحرية للعبد الذي شهد له الوارثان، عتق جميعه ونصف الآخر تمام الثلث.

فرع: وإن شهد أجنبيان: أن فلانًا أوصى بعتق عبده غانم وقيمته ثلث ماله، وشهد وارثان: أنه رجع عن وصيته بعتق غانم وأوصى بعتق سالم وقيمته ثلث ماله،

والبينتان عادلتان، فإن شهادة الوارثين تقبل بإبطال عتق غانم وبإثبات العتق لسالم؛ لأنهما لا يجران إلى نفسهما بذلك نفعًا ولا يدفعا عنهما ضررًا؛ لأن قيمة العبدين متساوية.

وإن كان الأجنبيان عدلين والوارثان فاسقين، لم تقبل شهادة الوارثين بالرجوع عن عتق غانم، ولكنهما يقولان: غانم لا يستحق العتق، وإنما الذي يستحق العتق سالم، فيكون غانم كالمغصوب عليهما.

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: فيعتق عليهما ثلثا سالم وهو ثلث التركة مما بقي من المال في أيديهما. وهذا يؤيد قول ابن الصباغ في الأولى. وإن كان الأجنبيان فاسقين والوارثان عدلين، فلا تعارض شهادة الأجنبيين الفاسقين شهادة العدلين، فيعتق العبد الذي شهد له الوارثان بالوصية.

فرع: وإن شهد أجنبيان: أنه أوصى بعتق غانم وقيمته سدس التركة، وشهد الوارثان: أنه رجع عن عتق غانم وأوصى بعتق سالم وقيمته ثلث التركة، وهم عدول، عتق سالم ورق غانم.

وإن كان الوارثان فاسقين، عتق غانم؛ لأن الوارثين لا تقبل شهادتهما في الرجوع عن وصيته وهما يقران: أن غانمًا ملكهما وهو مغصوب عليهما، ويقران: أن الوصية إنما هي لسالم، فيعتق من ثلث التركة التي حصلت في أيديهما وهي خمسة أسداس سالم.

وإن كانت قيمة غانم ثلث التركة، وقيمة سالم سدس التركة، والوارثان عدلان.فإن شهادتهما لا تقبل في نصف غانم؛ لأنهما يجران بها إلى أنفسهما نفعًا بالرجوع عن الوصية بالسدس، وهل تقبل شهادتهما في نصفه الآخر؟ فيه قولان؛ لأنها شهادة اشتملت على شيئين فردت في أحدهما للتهمة.

فإن قلنا: ترد شهادتهما في الجميع، حكم بعتق العبد الذي شهد له الأجنبيان، إلا أن الوارثين يقولان: هو مغصوب علينا، وإنما الموصى بعتقه هو سالم فيعتق عليهما أيضا بإقرارهما؛ لأنه ثلث ما بقي في أيديهما من التركة.

وإن قلنا: إنها ترد في نصفه وتقبل في نصفه، عتق نصف غانم ورق نصفه، وعتق جميع سالم؛ لأن الثلث يحتمله.

وإن كان الوارثان فاسقين، عتق غانم بشهادة الأجنبيين، وعتق سالم بإقرار الوارثين.

فرع: وإن شهد أجنبيان: أنه أوصى بعتق غانم وقيمته ثلث التركة، وشهد الوارثان: أنه أوصى بعتق سالم وقيمته ثلث التركة ولم يشهدا برجوعه عن عتق غانم

وهم عدول، أقرع بين العبدين، فمن خرج له سهم الحرية، عتق ورق الآخر.

وإن كانت قيمة غانم ثلث التركة، وقيمة سالم سدس التركة، أقرع بينهما، فإن خرج سهم الحرية على غانم، عتق ورق سالم، وإن خرج سهم العتق على سالم، عتق جميعه وعتق من غانم نصفه، وهو تمام الثلث.وإن شهد أجنبيان: أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد الوارثان: أنه أوصى لعمرو بثلث ماله ولم يشهدا على رجوعه عن وصية لزيد، قسم الثلث بين زيد وعمرو نصفين.

وإن شهد أجنبيان: أنه أوصى بثلث ماله لزيد، وشهد الوارثان: أنه رجع عن وصيته لزيد وأوصى بثلث ماله لعمرو وهم عدول، بطلت وصيته لزيد وثبتت وصيته لعمرو.فإن كانت بحالها وشهد آخران: أنه رجع عن وصية عمرو وزيد وأوصى بثلثه لخالد، بطلت وصية زيد وعمرو وثبتت وصية خالد.وإن شهد أجنبيان: أنه أوصى بثلثه لزيد، وشهد الوارثان: أنه رجع عن وصيته لزيد وأوصى بثلثه لعمرو، وشهد آخران: أنه رجع عن إحدى الوصيتين ولم يعيناها، بطلت شهادة من شهد بالرجوع من غير تعيين وثبتت الوصية لعمرو.

فرع: وإن شهد رجلان: أنه أوصى لزيد بثلث ماله، وشهد واحد: أنه أوصى لعمرو بثلث ماله، فهل يحلف عمرو ويساوي زيدًا في قسمة الثلث بينهما؟ فيه قولان، مضى بيانهما.

فأما إذا شهد رجلان: أنه أوصى بثلث ماله لزيد، وشهد آخر: أنه رجع عن وصيته لزيد ووصى بثلث ماله لعمرو، فلعمرو أن يحلف مع شاهده، ويحكم ببطلان وصية زيد، وثبوت وصية عمرو قولًا واحدًا؛ لأن البينتين هاهنا لم يتعارضا، وإنما الشاهدان شهدا بالوصية، والشاهد شهد بالرجوع وهو يشهد بغير ما شهدا له به، والمقصود بالرجوع المال فثبت بالشاهد واليمين.

فرع:وإن ادعى رجل على رجلين: أنهما رهنا عبدًا لهما عنده بدين له عليهما، فصدقه كل واحد منهما على حق شريكه وكذبه في حق نفسه، فيه وجهان:أحدهما: لا تقبل شهادتهما، لأنه يدعي أن كل واحد منهما، كاذب.والثاني: تقبل شهادتهما ويحلف مع كل واحد منهما ويصير العبد رهنًا عنده؛ لأن كذب كل واحد مهما غير معلوم؛ لجواز أن يكون نسي رهنه لنصيبه.

باب الرجوع عن الشهادة

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل إما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الحكم وبعد

الاستيفاء فإن كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم، وحكي عن أبي ثور أنه قال يحكم وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ويجوز أن يكونوا صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة ولم يحكم مع الشك كما لو جهل عدالة الشهود فإن رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء. فإن كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة معها وإن كان مالًا أو عقدًا فالمنصوص أنه يجوز الاستيفاء ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأن الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا خطأ لأن الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء وإن رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم ولا يجب على المشهود رد ما أخذه، لأنه يجوز أن يكونوا صادقين ويجوز أن يكونوا كاذبين وقد اقترن بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقض برجوع محتمل.

فصل: وإن شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا نظرت فإن قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبي «أن رجلين شهدا عند علي ﷺ على رجل أنه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا إنا أخطأنا بالأول وهذا السارق فأبطل شهادتهما على الآخر وضمنها دية يد الأول وقال: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما»[1] ولأنهما ألجآه إلى قتله بغير حق فلزمهما القود كما لو أكرهاه على قتله. وإن قالوا: تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة فيه من العمد، ومؤجلة لما فيه من الخطأ، فإن قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة لأنه خطأ ولا تحمله العاقلة لأنها وجبت باعترافهم، فإن اتفقوا أن بعضهم تعمد وبعضهم أخطأ وجب على المخطىء قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطىء وإن اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم: أخطأنا كلنا وجب على المقر بعمد الجميع القود وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة وإن كانوا أربعة شهدوا بالرجم فقال اثنان منهم، تعمدنا وأخطأ هذان وقال الآخران: تعمدنا وأخطأ الأولان ففيه قولان، أحدهما: أنه يجب القود على الجميع لأن كل واحد منهم أقر بالعمد وأضاف الخطأ إلى من أقر بالعمد فصاروا كما لو أقر جميعهم بالعمد، والقول الثاني: وهو الصحيح أنه لا قود على واحد منهم بل يجب على كل واحد منهم قسطه من الدية المغلظة لأنه لا يؤخذ كل أحد منهم إلا بإقراره وكل واحد منهم مقر بعمد شاركه فيه مخطىء، فلا يجب عليه القود بإقراره غيره بالعمد. وإن قال اثنان: تعمدنا كلنا وقال الآخران: تعمدنا وأخطأ الأولان فعلى الأولين القود وفي الآخرين القولان، أحدهما: يجب عليهما القود، والثاني: وهو الصحيح أنه يجب عليهما قسطهما من الدية

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٧/ ١٨١) والبيهقي في سننه (٨/ ٤).

المغلظة وقد مضى توجيههما وإن قال بعضهم: تعمدت ولا أعلم حال الباقين فإن قال الباقون: تعمدنا وجب القود على الجميع وإن قالوا: أخطأنا سقط القود عن الجميع.

فصل: فإن رجع بعضهم نظرت فإن لم يزد عددهم على عدد البينة بأن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع واحد منهم وقال أخطأت ضمن ربع الدية، وإن رجع اثنان ضمنا نصف الدية، وإن زاد عددهم على عدد البينة بأن شهد خمسة على رجل بالزنا فرجم ورجع واحد منهم لم يجب القود على الراجع لبقاء وجوب القتل على المشهود عليه. وهل يجب عليه من الدية شيء؟ فيه وجهان، أحدهما: وهو الصحيح أنه لا يجب لبقاء وجوب القتل، والثاني: أنه يجب عليه خمس الدية لأن الرجم حصل بشهادتهم فقسمت الدية على عددهم فإن رجع اثنان وقالا: تعمدنا كلنا وجب عليهما القود وإن قالا أخطأنا كلنا ففي الدية وجهان، أحدهما: أنهما يضمنان الخمس من الدية اعتبارًا بعددهم، والثاني: يضمنان ربع الدية لأنه بقي ثلاثة أرباع البينة.

فصل: وإن شهد أربعة بالزنا على رجل وشهد اثنان بالإحصان فرجم، ثم رجعوا كلهم عن الشهادة فهل يجب على شهود الإحصان ضمان؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يجب لأنهم لم يشهدوا بما يوجب القتل، والثاني: أنه يجب على الجميع لأن الرجم لم يستوف إلا بهم، والثالث: أنهما إن شهدا بالإحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنا لأنهما لم يثبتا إلا صفة، وإن شهدا بعد ثبوت الزنا ضمنا لأن الرجم لم يستوف إلا بهما وفي قدر ما يضمنان من الدية وجهان، أحدهما: أنهما يضمنان نصف الدية لأنه رجم بنوعين من البينة الإحصان والزنا فقسمت الدية عليهما، والثاني: أنه يجب عليهما ثلث الدية لأنه رجم بشهادة ستة فوجب على الاثنين ثلث الدية، وإن شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالإحصان قبلت شهادتهما لأنهما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعًا، ولا يدفعان عنهما ضررًا، فإن شهدوا فرجم المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة فإن قلنا: لا يجب الضمان على شهود الإحصان وجبت الدية عليهم أرباعًا على كل واحد منهم ربعها، وإن قلنا: أنه يجب الضمان على شهود الإحصان ففي هذه المسألة وجهان، أحدهما: إن لا يجب لأجل الشهادة بالإحصان شيء بل يجب على من شهد بالإحصان نصف الدية وعلى الآخران نصفها، لأن الرجوع عن الشهادة صار كالجناية فوجب على كل اثنين نصف الدية كأربعة أنفس جنى اثنان جنايتين وجنى اثنان أربع جنايات، والوجه الثاني: أنه يجب الضمان لأجل الشهادة بالإحصان فإن قلنا: يجب على شاهدي الإحصان نصف الدية وعلى شهود الزنا النصف، وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالإحصان نصف الدية، وقسم النصف بينهم نصفين على شاهدي الإحصان النصف، وعلى الآخرين النصف، فيصير على شاهدي الإحصان ثلاثة أرباع الدية، وعلى الآخرين ربعها، وإذا قلنا:

أنه يجب على شاهدي الإحصان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالإحصان، ويبقى الثلثان بينهم النصف على من شهد بالإحصان والنصف على الآخرين، فيصير على من شهد بالإحصان ثلثا الدية وعلى من انفرد بشهادة الزنا ثلثها.

فصل: وإن شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم فرجم، ثم بان أن الشهود كانوا عبيدًا أو كفارًا وجب الضمان على المزكيين، لأن المرجوم قتل بغير حق، ولا شيء على شهود الزنا، لأنهم يقولون: إنا شهدنا بالحق، ولولي الدم أن يطالب من شاء من الإمام أو المزكيين، لأن الإمام رجم والمزكيين ألجآه فإن طالب الإمام رجع على المزكيين لأنه رجمه بشهادتهما، وإن طالب المزكيين لم يرجعا على الإمام لأنه كالآلة لهما.

فصل: وإن شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا عن الشهادة وجب عليهما قيمة العبد، لأنهما أتلفاه عليه فلزمهما ضمانه كما لو قتلاه وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثم رجعا عن الشهادة فإن كان بعد الدخول وجب عليهما مهر المثل، لأنهما أتلفا عليه مقومًا فلزمهما ضمانه، كما لو أتلفا عليه ماله وإن كان قبل الدخول ففيه طريقان ذكرناهما في الرضاع.

فرع: وإن شهدا عليه بمال وحكم عليه ثم رجعا عن الشهادة فالمنصوص أنه لا يرجع على الشهود، وقال فيمن في يده دار فأقر أنه غصبها من فلان ثم أقر أنه غصبها من آخر أنها تسلم إلى الأول بإقراره السابق، وهل يجب عليه أن يغرم قيمتها للثاني؟ فيه قولان ورجوع الشهود كرجوع المقر، فمن أصحابنا من قال: هو على قولين وهو قول أبي العباس، أحدهما: أنه يرجع على الشهود بالغرم لأنهم حالوا بينه وبين ماله بعدوان وهو الشهادة فلزمهم الضمان، والثاني: أنه لا يرجع عليهم لأن العين لا تضمن إلا باليد أو بالإتلاف ولم يوجد من الشهود واحد منهما ومن أصحابنا من قال: لا يرجع على الشهود قولًا واحدًا والفرق بينهم وبين الغاصب أن الغاصب ثبتت يده على المال بعدوان والشهود لم تثبت أيديهم على المال، والصحيح أن المسألة على قولين، والصحيح من القولين أنه يجب عليهم الضمان. فإن شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف، وعلى كل امرأة الربع لأن كل امرأتين كالرجال وإن شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد منهم الثلث، فإن رجع واحد وبقي اثنان ففيه وجهان،، أحدهما: أنه يلزمه ضمان الثلث، لأن المال يثبت بشهادة الجميع، والثاني: وهو المذهب أنه لا شيء عليه لأنه بقيت بينة يثبت بها المال فإن رجع آخر وجب عليه وعلى الأول ضمان النصف لأنه انحل نصف البينة وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة وجب على الرجل ضمان السدس وكل امرأة ضمان نصف السدس. وقال أبو العباس: يجب على الرجل ضمان النصف وعلى النسوة ضمان النصف لأن الرجل في المال بمنزلة نصف البينة فلزمه ضمان النصف والصحيح

هو الأول في المال بمنزلة امرأتين وكل امرأتين بمنزلة رجل فصاروا كستة رجال شهدوا ثم رجعوا فيكون حصة الرجل السدس، وحصة كل امرأتين السدس. وإن رجع ثماني نسوة لم يجب على الصحيح من المذهب عليهن شيء لأنه بقيت بينة ثبت بها الحق فإن رجعت أخرى وجب عليها وعلى الثماني ضمان الربع، وإن رجعت أخرى وجب عليها وعلى التسع النصف.

فصل: وإن شهد شاهد بحق ثم مات أو جن أو أغمي عليه قبل الحكم لم تبطل شهادته لأن ما حدث لا يوقع شبهة في الشهادة فلم يمنع الحكم بها، وإن شهد ثم فسق قبل الحكم لم يجز الحكم بشهادته لأن الفسق يوقع شكا في عدالته عند الشهادة، فمنع الحكم بها. وإن شهد على رجل صار عدوًا له بأن قذفه المشهود عليه لم تبطل شهادته، لأن هذه عداوة حدثت بعد الشهادة فلم تمنع من الحكم بها، وإن شهد وحكم الحاكم بشهادته ثم فسق. فإن كان في مال أو عقد. لم يؤثر في الحكم لأنه يجوز أن يكون حادثًا ويجوز أن يكون موجودًا عند الشهادة فلا ينقض حكم نفذ بأمر محتمل، وإن كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن ذلك يوقع شبهة في الشهادة والحد والقصاص مما يسقطان بالشبهة فلم يجز استيفاؤه مع الشبهة.

فصل: وإن حكم بشهادة شاهد ثم بان أنه عبدٌ أو كافرٌ نقض الحكم لأنه تيقن الخطأ في حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجتهاد ثم وجد بخلافه. وإن حكم بشهادة شاهد ثم قامت البينة أنه فاسق فإن لم يسند الفسق إلى حال الحكم لم ينقض الحكم لجواز أن يكون الفسق حدث بعد الحكم، فلم ينقض الحكم مع الاحتمال. وإن قامت البينة أنه كان فاسقًا عند الحكم فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق رحمه الله: ينقض الحكم قولًا واحدًا لأنه إذا نقض بشهادة العبد ولا نص في رد شهادته ولا إجماع فلئن ينقض بشهادة الفاسق وقد ثبت رد شهادته بالنص والإجماع أولى. وقال أبو العباس رحمه الله: فيه قولان، أحدهما: أنه ينقض لما ذكرناه، والثاني: أنه لا ينقض لأن فسقه ثبت بالبينة من جهة الظاهر فلا ينقض حكم نفذ في الظاهر، الصحيح هو الأول لأن هذا يبطل به إذا حكم بالاجتهاد فيه ثم وجد النص بخلافه فإن النص ثبت من جهة الظاهر وهو خبر الواحد ثم ينقض به الحكم.

فصل: وإذا نقض الحكم نظرت فإن كان المحكوم به قطعًا أو قتلًا وجب على الحاكم ضمانه لأنه لا يمكن إيجابه على الشهود لأنهم يقولون شهدنا ولا يمكن إيجابه على المشهود له لأنه يقول استوفيت حقي فوجب على الحاكم الذي حكم بالإتلاف ولم يبحث عن الشهادة وفي الموضع الذي يضمن قولان، أحدهما: في بيت المال، والثاني: على عاقلته وقد بيناه في الديات وإن كان المحكوم به مالًا فإن كان باقيًا في يد المحكوم له وجب عليه رده وإن كان تالفًا وجب عليه ضمانه لأنه حصل في يده بغير حق، ويخالف ضمان القطع والقتل حيث لم نوجب على

المحكوم له لأن الجناية لا تضمن إلا أن تكون محرمة وبحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرمًا فوجب على الحاكم دونه.

فصل: ومن حكم له الحاكم بمال أو بضع أو غيرهما بيمين فاجرة أو شهادة زور لم يحل له ما حكم له به لما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إنكم تختصمون إلي وإنما أنا بشر ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بما أسمع وأظنه صادق فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار، فليأخذها أو ليدعها»[1] ولأنه يقطع بتحريم ما حكم له به فلم يحل له بحكمه كما لو حكم له بما يخالف النص والإجماع.

الشرح: قوله: «أن يكون ألحن بحجته» أي فطن وأقوم بها، واللحن أيضًا: التعريض والإشارة.

أما الأحكام: فرجوع الشهود عن الشهادة إما أن يقع قبل القضاء بشهادتهم، وإما بعده.

الحالة الأولى: قبله، فيمتنع من القضاء ثم إن اعترفوا بتعمد الكذب، فهم فسقة يستترون، وإن قالوا: غلطنا، لم يفسقوا، لكن لا تقبل تلك الشهادة إن أعادوها، وإن كانوا شهدوا بالزنى فرجعوا، واعترفوا بالتعمد، فسقوا وحدوا حد القذف، وإن قالوا: غلطنا، ففي حد القذف وجهان: أحدهما: المنع، لأنهم معذورون، وأصحهما: يجب لما فيه من التغيير، وكان حقهم أن يثبتوا، فعلى هذا ترد شهادتهم، وإن قلنا: لا حد، فلا ترد، وإن قال الشهود للقاضي بعد الشهادة: توقف في القضاء، وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك: اقض، فنحن على شهادتنا، ففي جواز القضاء بشهادتهم وجهان: أصحهما: الجواز، فعلى هذا هل تجب إعادة الشهادة؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنهم جزموا بها، والشك الطارىء زال.

الحالة الثانية: إذا رجعوا بعد القضاء، فرجوعهم إما قبل الاستيفاء وإما بعده، فإن كان قبله، نظر إن كانت الشهادة في مال استوفي على الصحيح المنصوص، وإن كانت في قصاص، أو حد القذف، لم يستوف على المذهب، لأنها عقوبة تسقط بالشبهة، والرجوع شبهة بخلاف المال، فإنه لا يتأثر بالشبهة، ووجه الجواز أن حقوق الآدميين مبنية على الضيق، وإن كانت في حدود الله تعالى لم تستوف، وقيل:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٦٨٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٣) وأبو داود في سننه برقم (٣٥٨٣) والنسائي في سننه (٨/ ٢٣٣) والترمذي في سننه برقم (١٣٣٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣١٧) وأحمد في المسند (٦/ ٢٠٣) ومالك في الموطأ (٢/ ٧١٩).

كالقصاص. وإن كانت في شيء من العقود أمضي على الأصح، وقيل: النكاح كحد القذف، وحيث قلنا بالاستيفاء بعد الرجوع، فاستوفى، فالحكم كما لو رجعوا بعد الاستيفاء، أما إذا رجعوا بعد الاستيفاء، فلا ينقض الحكم. ثم قد تكون الشهادة فيما يتعذر تداركه ورده، وقد تكون فيما لا يتعذر، فهما ضربان:

الضرب الأول: المتعذر وهو نوعان:

أحدهما: العقوبات، فإذا شهدوا بالقتل، فاقتص من المشهود عليه، ثم رجعوا، وقالوا: تعمدنا قتله، فعليهم القصاص، أو الدية المغلظة موزعة على عدد رؤوسهم، كما سبق في الجنايات، وكذا الحكم لو شهدوا بالردة فقتل، أو بزنى المحصن فرجم، أو على بكر، فجلد ومات منه، أو بسرقة أو قطع فقطع، أو بقذف أو شرب فجلد ومات منه، ثم رجعوا. ويحدون في شهادة الزنى وحد القذف أولًا، ثم يقتلون، وهل يرجمون أو يقتلون بالسيف؟ فيه احتمالان، ذكرهما أبو الحسن العبادي، والصحيح الأول. ثم هنا صور:

إحداها: لو رجع القاضي دون الشهود، وقال: تعمدت، لزمه القصاص، أو الدية المغلظة وبكمالها، ولو رجع القاضي والشهود جميعًا، لزمهم القصاص، وإن قالوا: أخطأنا، أو عفا على مال، فالدية منصفة، عليهما نصفها، وعليه نصفها، هكذا نقله البغوي وغيره، وقياسه أن لا تجب كمال الدية عند رجوعه وحده، كما لو رجع بعض الشهود، ولو رجع ولي الدم وحده، لزمه القصاص، أو كمال الدية، ولو رجع مع الشهود، فوجهان أصحهما: عند الإمام أن القصاص أو كمال الدية على الولي، لأنه المباشر، وهم معه كالممسك مع القاتل، وأصحهما: عند البغوي أنهم معه، كالشريك لتعاونهم على القتل، لا كالممسك، لأنه جعلهم كالمحقين، فعلى هذا على الجميع القصاص أو الدية، نصفها على الولي، ونصفها على الشهود، ولو رجع القاضي معهم، فالدية مثلثة، ثلثها على القاضي، وثلث على الولي، وثلث على الشهود، وينبغي على هذا الوجه أن لا يجب كمال الدية على الولي إذا رجع وحده.

الصورة الثانية: هل يتعلق بالمزكي الراجع قصاص وضمان؟ فيه أوجه: أحدها: لا، لأنه لم يتعرض للمشهود عليه، وإنما أثنى على الشاهد، والحكم يقع بالشاهد، فكان كالممسك مع القاتل، وأصحهما: نعم، لأنه بالتزكية ألجأ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل، والثالث يتعلق به الضمان دون القصاص، قال القفال: الخلاف فيما إذا قال المزكيان: علمنا كذب الشاهدين، فإن قالا: علمنا فسقهما، فلا شيء عليهما، لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق، وطرد الإمام الخلاف في الحالين.

الصورة الثالثة: ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين هو فيما إذا قالوا: تعمدنا، فلو قالوا: أخطأنا، وكان الجاني أو الزاني غيره، فلا قصاص، وتجب الدية مخففة، وتكون في مالهم، لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة، فإن صدقهم العاقلة، فهي على العاقلة. قال الإمام: وقد يرى القاضي والحالة هذه تعزير الشهود لتركهم التحفظ، ولو قال أحد شاهدي القتل: تعمدت ولا أدري أتعمد صاحبي أم لا، واقتصر على قوله: تعمدت، وقال صاحبه: أخطأت، فلا قصاص على واحد منهما، لأن شريك المخطىء لا قصاص عليه، وقسط المخطىء من الدية يكون مخففًا، وقسط المتعمد يكون مغلظًا. ولو قال كل واحد: تعمدت، وأخطأ صاحبي، فوجهان: أحدهما: يجب القصاص لاعترافهما بالعمدية، وأصحهما: المنع، ولا خلاف أن الدية تجب عليهما مغلظة. ولو قال أحدهما: تعمدت وأخطأ صاحبي، أو قال: ولا أدري أتعمد صاحبي أم أخطأ، وصاحبه غائب أو ميت، فلا قصاص، ولو قال: تعمدت وتعمد صاحبي، وصاحبه غائب أو ميت، لزمه القصاص. ولو قال: تعمدت ولا أعلم حال صاحبي، وقال صاحبه مثله، أو اقتصر على قوله: تعمدت، لزمهما القصاص، ذكره البغوي وغيره. ولو قال أحدهما: تعمدت أنا وصاحبي، وقال الآخر: أخطأت أو أخطأنا معًا، فلا قصاص على الثاني، ويلزم الأول على الأصح. ولو قال أحدهما: تعمدت وتعمد صاحبي، وقال صاحبه: تعمدت وأخطأ هو، وجب القصاص على الأول، ولا يجب على الثاني على الصحيح، لأنه لم يعترف إلا بشركة مخطىء. ولو رجع أحد الشاهدين، وأصر الآخر، وقال الراجع: تعمدت، لزمه القصاص، وإن اقتصر على قوله: تعمدت، فلا.

الصورة الرابعة: ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين فيما إذا قالوا: تعمدنا، وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا، فإن قالوا: تعمدنا، ولم نعلم أنه يقتل، فإن كانوا ممن لا يخفى عليه ذلك، وجب القصاص، ولا اعتبار بقولهم، كمن رمى سهمًا إلى رجل، واعترف بأنه قصده، ولكن قال: لم أعلم أنه يبلغه، وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم، لقرب عهدهم بالإسلام، فالذي قاله الأصحاب: إنه شبه عمد لا يوجب قصاصًا، ومال الإمام إلى وجوبه، وحكى الروياني وجهًا شاذًا مأخوذًا، مما لو ضرب المريض ضربًا يقتل المريض دون الصحيح، ولم يعلم مرضه، وأما الدية، فتجب في مال الشهود مؤجلة في ثلاث سنين إلا أن تصدقهم العاقلة، فيجب عليها، وقال القفال: حالَّة لتعمدهم، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور.

فرع: قال ابن القطان: لو رجع الشهود، وقالوا: أخطأنا، وادعوا أن العاقلة تعرف أنهم أخطؤوا، وأن عليهم الدية، فأنكرت العاقلة العلم، فليس للشهود

تحليفهم، وإنما يطالب العاقلة إذا قامت البينة، قال ابن كج: ويحتمل أن لهم تحليفهم، لأنهم لو أقروا لغرموا.

النوع الثاني: غير العقوبات، فمنه الأبضاع فإذا شهدوا بطلاق بائن أو رضاع محرم، أو لعان أو فسخ بعيب، أو غيرها من جهات الفراق، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا لم يرتفع الفراق، لكن يغرمان، سواء كان قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعد الدخول، غرما مهر المثل على المشهور، وفي قول: المسمى، وإن كان قبله، فهل يغرمان مهر المثل أم نصفه؟ فيه نصان، ونص فيما لو أفسدت امرأة نكاحه برضاع أنها تغرم نصف مهر المثل، وللأصحاب طرق: المذهب وجوب النصف في الرضاع، وجميع مهر المثل في الرجوع عن الشهادة، وفي قول نصفه، وفي قول نصف المسمى، وفي قول جميعه، وقيل: يجب جميع مهر المثل قطعًا، وقيل: نصفه قطعًا، وقيل: إن كان الزوج سلم إليها الصداق، غرم الشهود جميع مهر المثل، لأنه لا يتمكن من استرداد شيء، وإلا فنصفه. ولو تزوجها مفوضة، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرض، وقضى القاضي بالطلاق والمتعة، ثم رجعا فالخلاف في أنهما يغرمان مهر المثل أو نصفه، كما في غير التفويض، وفي قول قديم يغرمان المتعة التي غرمها الزوج ولو شهدا بطلاق رجعي، ثم رجعا، فلا غرم إذا لم يفوتا شيئًا، فإن لم يراجع حتى انقضت العدة، التحق بالبائن، ووجب الغرم على الصحيح، وقيل: لا لتقصيره بترك الرجعة، وأطلق ابن كج في وجوب الغرم بالرجوع عن شهادة الطلاق الرجعي وجهين: فإن أوجبنا الغرم في الحال، فغرموا، ثم راجعها الزوج، فهل عليه رد ما أخذ، فيه احتمالان، ذكرهما أبو الحسن العبادي.

ولو شهدا بطلاق، وقضى به، ثم رجعا، وقامت بينة أنه كان بينه وبين الزوجة رضاع محرم، أو شهدا بأنه طلقها اليوم، ورجعا، ثم قامت بينة أنه كان طلقها ثلاثًا أمس، فلا شيء عليهما، إذ لم يفوتا، فإن غرما قبل البينة استردا، ولو شهدا أنها زوجة فلان بألف، وحكم بشهادتهما القاضي، ثم رجعا، قال البغوي: لا غرم، وقال ابن الصباغ: إن كان بعد الدخول غرما ما نقص عن مهر المثل إن كان الألف دونه، قال: وعلى هذا لو كان قبل الدخول، ثم دخل بها ينبغي أن يغرما ما نقص، وهذا هو الذي أطلقه ابن كج. ولو شهدا أنه طلقها بألف، ومهرها ألفان، فقال ابن الحداد، والبغوي: عليهما ألف وقد وصل إليه من المرأة ألف، وقال ابن كج: عليهما مهر المثل بعد الدخول، ونصفه قبله، كما لو لم يذكرا عوضًا، وأما الألف، فهو محفوظ عنده للمرأة، لأنها لا تدعيه، وإن لم يكن قبضه، فهو في يدها.

فرع: ومن هذا النوع العتق، فإذا شهدا بعتق عبد، وقضى به القاضي، ثم رجعا، غرما قيمة العبد، ولم يرد العتق، سواء كان المشهود بعتقه قنًا أو مدبرًا، أو مكاتبًا أو أم ولد، أو معلقًا عتقه بصفة، ولو شهدا بتدبير عبد، أو استيلاد جارية، ثم رجعا بعد القضاء، لم يغرما في الحال، لأن الملك لم يزل، فإذا مات، غرما بالرجوع السابق، وهكذا لو شهدا بتعليق عتق أو طلاق بصفة، ثم رجعا وفيهما وجه، لأنهما لم يشهدا بما يزيل الملك، ولو شهدا بكتابته، ثم رجعا، وأدى النجوم، وعتق ظاهرًا، ففيم يغرمان؟ وجهان: أحدهما: كل القيمة، والثاني: ما بين قيمته والنجوم. ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمة، فالمنقول أنه كما لو شهدا أنه طلقها بألف، ومهرها ألفان.

فرع: ومنه أنه إذا شهدا أنه وقف على مسجد أو جهة عامة، ثم رجعا بعد القضاء، غرما قيمته، ولا يرد الوقف، وكذا لو شهدا أنه جعل هذه الشاة أضحية.

الضرب الثاني: ما لا يتعذر تداركه وهو الأموال أعيانها وديونها، فإذا شهدوا لرجل بمال، ثم رجعوا بعد دفع المال إليه، لم ينقض الحكم، ولم يرد المال إلى المدعى عليه، هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور، وحكى في «العدة» وجهًا أنه ينقض، ويرد المال وهو شاذ، وهل يغرمون؟ قولان أظهرهما عند العراقيين والإمام وغيرهم: نعم، وقيل: لا يغرمون قطعًا، وقيل: يغرمون الدين دون العين، والمذهب الغرم مطلقًا.

فصل: شهدوا على أحد الشريكين في عبد أنه أعتق حصته وهو موسر، فقضى القاضي بعتقه والسراية، ثم رجعوا، لزمهم قيمة نصف المشهود عليه وفي قيمة نصيب الشريك الخلاف في غرم المال شهود قتل الخطإ إذا رجعوا بعد غرم العاقلة هل يغرمون؟ فيه الخلاف. ولو حكم القاضي بشهادة شهود الفرع، ثم رجعوا غرموا، ولو رجع شهود الأصل، وقالوا: كذبنا، غرموا أيضًا، ولو رجع الأصول والفروع، فالغرم على شهود الفرع، لأنهم ينكرون إشهاد الأصول، ويقولون: كذبنا فيما قلنا، والحكم وقع بشهادتهم. وحيث وجب على الراجع عقوبة من قصاص أو حد قذف، دخل التعزير فيها، وإذا لم تجب عقوبة، واعترف بالتعمد، عزر.

فصل: الرجوع المغرم إما أن يوجد والمحكوم بشهادتهم على الحد المعتبر في الباب، وإما أكثر عددًا، فإن كانوا على الحد بأن حكم في العتق أو القتل بشهادة رجلين، ثم رجعا، لزمهما الغرم بالسوية، وإن رجع أحدهما، لزمه النصف، وكذا لو رجم في الزنى بشهادة أربعة، فرجعوا جميعًا، فعليهم الدية أرباعًا، وإن رجع بعضهم، فعليه حصته منها، وإن زادوا على الحد المعتبر بأن شهد القتل أو الحد

ثلاثة، أو بالزنى خمسة فإن زنى الجميع، فالغرم عليهم بالسوية، وإن رجع البعض، نظر، فإن ثبت على الشهادة الحد المعتبر بأن رجع من الثلاثة في القتل واحد، أو من الخمسة في الزنى واحد فلا غرم على الراجع على الأصح، وبه قال ابن سريج، والإصطخري، وابن الحداد، والثاني: يغرم بحصته من العدد، قاله المزني وأبو إسحاق. ولا يجب القصاص والحالة هذه بلا خلاف، كذا قاله البغوي، وفي «الفروق» للشيخ أبي محمد عن القفال أنه يلزمه القصاص إن اعترف بالتعمد، أما إذا لم يثبت من العدد المعتبر إلا بعضهم بأن رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان، فعلى الوجهين السابقين، فإن قلنا: لا غرم هناك وزع الغرم هنا على العدد المعتبر، وحصة من نقص من العدد المعتبر توزع على من رجع بالسوية، ففي صور الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين، وإن قلنا: يغرم هناك وزع هنا على جميع الشهود، فعلى الاثنين الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، هذا كله إذا كان جميع الشهود ذكورًا أو إناثًا بأن كان رضاعًا أو نحوه، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا نظر إن لم يزيدوا على العدد المعتبر، كرجل وامرأتين في رضاع أو مال، فإذا رجعوا، فعلى الرجل نصف الغرم، وعلى كل امرأة ربعه، وإن زادوا على العدد، فالمشهود به قسمان:

أحدهما: ما يثبت بالنسوة منفردات، كالرضاع، فإذا شهد به أربع نسوة ورجل، ورجعوا، فعليه ثلث الغرم، وعليهن ثلثاه، وإن رجع وحده، فلا شيء عليه على الأصح، لبقاء الحجة، وكذا لو رجع امرأتان، وعلى الثاني عليه أو عليهما ثلث الغرم. ولو شهد رجل وعشر نسوة، ثم رجعوا، فعليه سدس الغرم، وعلى كل واحدة نصف سدسه، وإن رجع وحده أو مع ست، فما دونهن، فلا غرم على الأصح لبقاء الحجة، وعلى الثاني يجب على من رجع حصته، وإن رجع مع سبع، فعلى الأصح عليهم ربع الغرم، لبطلان ربع البينة، وإن رجع مع ثمان، فنصفه ومع تسع ثلاثة أرباعه، ويكون على الذكر ضعف ما على المرأة، وعلى الثاني عليهم قدر حصتهم لو رجعوا جميعًا، ولو رجع النسوة وحدهن. فعليهن نصف الغرم على الأصح، وخمسة أسداسه في الثاني.

القسم الثاني: ما لا يثبت بالنسوة منفردات، كالمال إذا أوجبنا الغرم فيه بالرجوع، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا، فهل على الرجل نصف الغرم أم ثلثه؟ وجهان أصحهما: الأول، فإن قلنا به، فرجع النسوة، فعليهن نصف الغرم، ولو رجعت امرأتان، فلا شيء عليهما على الأصح لبقاء الحجة، وعلى قول المزني وأبي إسحاق، عليهما ربع الغرم. ولو شهد رجل وعشر نسوة، ورجعوا، فعليه نصف الغرم، وعليهن نصفه على الأصح، وعلى الثاني عليه سدسه، وعليهن الباقي، ولو

رجع وحده، فعليه النصف على الأصح، وعلى الآخر إنما عليه السدس، ولو رجعن دونه، فعليهن النصف في الأصح، وفي الآخر خمسة أسداس، وإذا علقنا نصف الغرم برجوع الرجل، فرجع معه ثمان نسوة، فعليه النصف، ولا شيء عليهن بناء على أنه لايثبت بشهادتهن إلا نصف الغرم، وقد بقي من النساء من يتم به ذلك، وعلى قول المزني، وأبي إسحاق عليهن أربعة أخماس النصف، ولو رجع مع تسع نسوة، لزمه النصف، وعليهن الربع، لبقاء ربع الحجة، وعلى قول المزني عليه نصف، وعليهن تسعة أعشار النصف الآخر، وإن رجع ثمان نسوة لا غير، فلا شيء عليهن، وعلى قوله عليهن أربعة أخماس النصف.

فرع: هل يتعلق الغرم بشهود الإحصان مع شهود الزنى، وبشهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق والعتق؟ وجهان: وقيل: قولان، أصحهما: لا، وقيل: إن شهدوا بالإحصان بعد شهادة الزنى غرموا، وإلا فلا، فإن غرمناهم، فقالوا: تعمدنا، لزمهم القصاص، كشهود الزنى. وفي كيفية توزيع الغرم عليهم وعلى شهود الزنى وجهان: أصحهما: اعتبار النصابين، فعلى شهود الإحصان ثلث الغرم، والآخرين ثلثاه، والثاني يوزع نصفين اعتبارًا بالجنسين، كالقاضي مع الشهود، وإذا غرمنا شهود الصفة، غرموا النصف قطعًا، فإذا شهد أربعة بالزنى، واثنان بالإحصان، ورجعوا كلهم بعد الرجم، فإن قلنا بالأصح: إن شهود الإحصان لا يغرمون، فالضمان على شهود الزنى، وإلا فعلى الجميع أثلاثًا على الأصح، ومناصفة على الآخر، وإن رجع واحد من شهود الزنى، وواحد من شاهدي الإحصان، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعلى الرابع من شهود الزنى ربع الغرم، وإن غرمناهم، فإن نصفنا، فعليه ثمن الغرم، وعلى الآخر ربع، وإن ثلثنا، فعلى كل واحد منهما سدسه، وإن رجع واحد من أحد الصنفين لا غير، ففيما عليه هذا الخلاف ولو شهد أربعة بالزنى والإحصان جميعًا، ثم رجع أحدهم، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعليه ربع الغرم، وإن غرمناهم، فقد بقي هنا من تقوم به حجة الإحصان، فإن غرمنا الرابع مع ثبات من تقوم به الحجة، لزمه الربع أيضًا، كما لو رجعوا كلهم، وإن لم نغرمه، فلا ضمان عليه، بسبب الإحصان، وأما بسبب الزنى، فإن نصفنا، فعليه ثمن الغرم، وإن ثلثنا، فسدسه، وإن رجع ثلاثة وبقي واحد، فقد بطل ثلاثة أرباع حجة الزنى، ونصف حجة الإحصان، فإن لم نغرم شهود الإحصان، لزمهم ثلاثة أرباع الغرم، وإن غرمناهم، فعلى كل واحد إن نصفنا للرجوع عن الزنى ثمن الغرم، وعن الإحصان نصف سدسه بتوزيع نصف غرم الإحصان عليهم، وإن ثلثنا، فعلى كل واحد للرجوع عن شهادة الزنى سدس الغرم توزيعًا للثلثين على

الأربعة، وعن الإحصان ثلث سدسه توزيعًا لنصف غرم الإحصان على الراجعين، ولو شهد أربعة بالزنى، واثنان منهم بالإحصان، ثم رجعوا بعد الرجم، فإن لم نغرم شهود الإحصان في المسائل السابقة، فكذا هنا.

وإن غرمناهم، فهل يغرم شاهد الأصل هنا زيادة؟ وجهان: فإن قلنا: نعم عاد الخلاف، فإن نصفنا فعلى اللذين شهدا بالإحصان ثلاثة أرباع الغرم: النصف بشهادة الإحصان، والربع بالزنى، وعلى الآخرين الربع، وإن ثلثنا، فعلى شاهدي الإحصان ثلثان، وعلى الآخرين ثلث، وإن رجع واحد منهم، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعليه ربع الغرم، وإن غرمناهم، فإن كان الراجع من شاهدي الإحصان، فإن نصفنا، لزمه ثمن الغرم، وإن ثلثنا، فالسدس ولو شهد ثمانية بالزنى والإحصان، ثم رجع أحدهم فلا غرم على الأصح لبقاء الحجتين، وكذا لو رجع ثان وثالث ورابع، فإن رجع خامس، فقد بطلت حجة الزنى، ولم تبطل حجة الإحصان، فإن لم نغرم شهود الإحصان، فعلى الخمسة ربع الغرم لبطلان ربع الحجة، وإن غرمناهم، فلا غرم هنا لشهادة الإحصان على الأصح، لبقاء حجته، ويغرم الراجعون ربع غرم الزنى وهو السدس إن ثلثنا، والثمن إن نصفنا، وإن رجع ستة، لزمه نصف غرم الزنى، وهو الثلث إن ثلثناه، والربع إن نصفناه، وإن رجع سبعة، بطلت الحجتان، ولا يخفى قياسه.

شهد أربعة على رجل بأربعمائة، ثم رجع أحدهم عن مئة وآخر عن مائتين، وثالث عن ثلاثمائة، والرابع عن الجميع، فالبينة باقية بتمامها في مائتين، فالأصح أنه لا يجب غرمهما، ويجب عن الأربعة غرم المائة بالرجوع عنها باتفاقهم، وعلى الثاني والثالث والرابع ثلاثة أرباع المائة التي اختصوا بالرجوع عنها، والوجه الثاني على كل واحد حصته فيما رجع عنه، فعلى الأول ربع المائة، وعلى الثاني خمسون، وعلى الثالث خمسة وسبعون، وعلى الرابع مئة.

فصل: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان كونهما كافرين، أو عبدين، أو صبيين، فقد سبق أنه ينقض حكمه، وكذا لو بانا فاسقين على الأظهر، قال الإمام: ومعنى نقضه أنا نتبين الأمر على خلاف ما ظنه وحكم به، فإن كان المشهود به طلاقًا أو عتقًا أو عقدًا فقد بان أنه لا طلاق ولا عتق ولا عقد، فإن كانت المرأة ماتت، فقد ماتت وهي زوجته، وإن مات العبد مات وهو رقيق له، ويجب ضمانه، وإن كان المشهود به قتلًا أو قطعًا أو حدًا استوفي وتعذر التدارك، فضمانه على عاقلة القاضي على الأظهر، وفي بيت المال على قول كما سبق في ضمان الولاة. وإنما تعلق الضمان بالقاضي، لتفريطه بترك البحث التام على حال الشهود، ولا

ضمان على المشهود له، لأنه يقول: استوفيت حقي، ولا على الشهود، لأنهم ثابتون على شهادتهم زاعمون صدقهم بخلاف الراجعين. وإذا غرمت العاقلة أو بيت المال، فهل يثبت الرجوع على الشهود؟ فيه خلاف وتفصيل سبق في باب ضمان الولاة، والذي قطع به العراقيون أنه لا ضمان عليهم، وقالوا: وكذا لا ضمان على المزكين، لأن الحكم غير مبني على شهادتهم، وقال القاضي أبو حامد: يرجع الغارم على المزكين، ويستقر عليهم الضمان بخلاف الشهود، لأنه ثبت عند القاضي أن الأمر على خلاف قول المزكين، ولم يثبت أنه خلاف قول الشهود وإلى هذا مال القاضيان أبو الطيب والروياني، ومفهوم ما ذكروه أنه يجوز تغريم المزكين أولًا، ثم لا رجوع لهم على القاضي، وأشار الإمام إلى مثل ذلك في الشهود إذا قلنا بالرجوع عليهم، ولا فرق فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي بين أن يكون الحكم في حد الله تعالى أو قصاص، وسواء في القصاص استوفاه المدعي أو القاضي بنفسه، أو فوض استيفاءه بإذن المدعي إلى شخص، وسبق في إذن القاضي عن الإصطخري أن المدعي إن استوفاه بنفسه، فالضمان عليه، وأنه إنما يعلق الضمان بالقاضي إذا باشر الاستيفاء أو فوضه إلى غيره بإذن المدعي، وإن كان المحكوم به مالًا، فإن كان باقيًا عند المحكوم له انتزع، وإن كان تالفًا، أخذ منه ضمانه، وقيل: إن تلف بآفة سماوية، فلا ضمان، والصحيح الأول، وفرقوا بينه وبين الإتلاف حيث قلنا: لا غرم عليه فيه بأن الإتلاف إنما يضمن إذا وقع على وجه التعدي، وحكم القاضي أخرجه عن التعدي، وأما المال، فإذا حصل في يد إنسان بغير حق كان مضمونًا، وإن لم يوجد منه تعد، فإن كان المحكوم له معسرًا أو غائبًا، فللمحكوم عليه مطالبة القاضي ليغرم له من بيت المال في قول ومن خالص ماله في قول، لأنه ليس بدل نفس تتعلق بالعاقلة، ثم القاضي يرجع على المحكوم له إذا ظفر به موسرًا، وهل له الرجوع على الشهود؟ جعله الإمام على الخلاف والتفصيل المشار إليهما في الإتلافات، ويجيء أن يقال على قياس ما سبق: إن المحكوم عليه يتخير في تغريم القاضي، وتغريم المحكوم له.

كتاب الإقرار

قال المصنف رحمه الله تعالى: الحكم بالإقرار واجب لقوله ﷺ: «يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[١] ولأن النبي ﷺ: «رجم ماعزًا والغامدية بإقرارهما»[٢] ولأنه إذا وجب الحكم بالشهادة فلئن يجب بالإقرار وهو من الريبة أبعد أولى.

فصل: وإن كان المقر به حقًا لآدمي أو حقًا لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة ودعت الحاجة إلى الإقرار به لزمه الإقرار به لقوله عز وجل: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] ولقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والإملال هو الإقرار فإن كان حقًا لله تعالى يسقط بالشبهة فقد بيناه في كتاب الشهادات.

فصل: ولا يصح الإقرار إلا من بالغ عاقل مختار فأما الصبي والمجنون فلا يصح إقرارهما لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستقيظ، وعن المجنون حتى يفيق»[٣] ولأنه التزام حق بالقول فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع فإن أقر مراهق وادعى أنه غير بالغ فالقول قوله، وعلى المقر له أن يقيم البينة على بلوغه ولا يحلف المقر لأنا حكمنا بأنه غير بالغ وأما السكران فإن كان سكره بسبب مباح فهو كالمجنون وإن كان بمعصية الله فعلى ما ذكرناه في الطلاق وأما المكره فلا يصح إقراره لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٤] ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع ويصح إقرار السفيه والمفلس بالحد والقصاص لأنه غير متهم وأما إقراره المال فقد بيناه في الحجر والتفليس.

فصل: ويصح إقرار العبد بالحد والقصاص لأن الحق عليه دون مولاه ولا يقبل إقرار المولى عليه في ذلك لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال وإن جنى رجل على عبد جناية توجب القصاص أو قذفه قذفًا يوجب التعزير ثبت القصاص والتعزير له وله المطالبة به والعفو عنه وليس للمولى المطالبة به ولا

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) تقدم.

العفو عنه لأنه حق غير مال فكان له دون المولى، ولا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ لأنه إيجاب مال في رقبته.

ويقبل إقرار المولى عليه لأنه إيجاب حق في ماله ويقبل العبد المأذون في دين المعاملة، ويجب قضاؤه من المال الذي في يده لأن المولى سلطه عليه. ولا يقبل إقرار غير المأذون في دين معاملة في الحال، ويتبع به إذا عتق لأنه لا يمكن أخذه من رقبته لأنه لزمه برضى من له الحق، وإن أقر بسرقة مال لا يجب فيه القطع كمال دون النصاب وما سرق من غير حرز وصدقه المولى وجب التسليم إن كان باقيًا وتعلق برقبته إن كان تالفًا لأنه لزمه بغير رضى صاحبه. وإن كذبه المولى كان في ذمته يتبع به إذا عتق وإن وجب فيه القطع قطع لأنه غير متهم في إيجاب القطع. وفي المال قولان، واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاثة طرق، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: إنه أن كان في يده ففيه قولان، أحدهما: أنه يسلم إليه لأنه انتفت التهمة عنه في إيجاب القطع على نفسه، والثاني: أنه لا يسلم لأن يده كيد الولى فلم يقبل إقراره فيه، كما لو كان المال في يد المولى. وإن كان المال تالفًا لم يقبل إقراره ولا يتعلق برقبته قولًا واحدًا لأن للغرم محلًا يثبت فيه وهو ذمته، والطريق الثاني: وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي رحمه الله أنه أن كان المال تالفًا ففيه قولان، أحدهما: أنه يتعلق برقبته يباع فيه، والثاني: أنه لا يتعلق برقبته وإن كان باقيًا لم يقبل إقراره قولًا واحدًا لأن يده كيد المولى فلم يقبل إقراره فيه كما لو أقر بسرقة مال في يد المولى، والطريق الثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن القولين في الحالين سواء كان المال باقيًا أو تالفًا لأن العبد وما في يده في حكم ما في يد المولى، فإن قبل في أحدهما قبل في الآخر، وإن رد في أحدهما رد في الآخر، فلا معنى للفرق بينهما.

فصل: وإن باع السيد عبده من نفسه فقد نص في «الأم» أنه يجوز وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يجوز واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة: يجوز قولًا واحدًا. وذهب القاضي أبو حامد المروروذي والشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمهما الله إلى أنها على قولين:

أحدهما: أنه يجوز لأنه إذا جازت كتابته فلئن يجوز بيعه وهو أثبت والعتق فيه أسرع أولى.

والثاني: أنه لا يجوز لأنه لا يجوز بيعه بما في يده لأنه للمولى ولا يجوز بمال في ذمته لأن المولى لا يثبت له مال في ذمة عبده فإذا قلنا أنه يجوز وهو الصحيح فأقر المولى أنه باعه من نفسه وأنكر العبد عتق بإقراره وحلف العبد أنه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن.

فصل: ويقبل إقرار المريض بالحد والقصاص لأنه غير متهم ويقبل إقراره

بالمال لغير وارث لأنه غير متهم في حقه وإن أقر لرجل بدين في الصحة وأقر لآخر بدين في المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين، لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر كما لو أقر لهما في حال الصحة واختلف أصحابنا في إقراره للوارث فمنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يقبل لأنه إثبات مال للوارث بقوله من غير رضى الورثة فلم يصح من غير رضى سائر الورثة كالوصية.

والثاني: أنه يقبل وهو الصحيح لأن من صح إقراره له في الصحة صح إقراره في المرض كالأجنبي، ومن أصحابنا من قال يقبل إقراره قولًا واحدًا، والقول الآخر حكاه عن غيره وإن كان وارثه أخًا فأقر له بمال فلم يمت المقر حتى حدث له ابن صح إقراره للأخ قولًا واحدًا لأنه خرج عن أن يكون وارثًا، وإن أقر لأخيه وله ابن فلم يمت حتى مات الابن صار الإقرار للوارث فيكون على ما ذكرناه من الطريقين في الإقرار للوارث، وإن ملك رجل أخاه ثم أقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته بعد عتقه هل يرث أم لا؟ إن قلنا: إن الإقرار للوارث لا يصح لم يرث، لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته، وإذا بطلت الحرية سقط الإرث فثبتت الحرية وسقط الإرث وإن قلنا أن الإقرار للوارث يصح نفذ العتق بإقراره وثبت الإرث بنسبه.

فصل: ويصح الإقرار لكل من يثبت له الحق المقر به فإن أقر لعبد بالنكاح أو القصاص أو تعزير القذف صح الإقرار له صدقه السيد أو كذبه لأن الحق له دون المولى، فإن أقر له بمال فإن قلنا، أنه يملك المال صح الإقرار، وإن قلنا إنه لا يملك كان الإقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده.

فصل: وإن أقر لحمل بمال عزاه إلى إرث أو وصية صح الإقرار فإن أطلق ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يصح لأنه لا يثبت له الحق من جهة المعاملة ولا من جهة الجناية.

والثاني: أنه يصح وهو الصحيح لأنه يجوز أن يملكه بوجه صحيح وهو الإرث أو الوصية فصح الإقرار له مطلقًا، كالطفل ولا يصح الإقرار إلا لحمل يتيقن وجوده عند الإقرار كما بيناه في كتاب الوصية. وإن أقر لمسجد أو مصنع وعزاه إلى سبب صحيح من غلة وقف عليه صح الإقرار، فإن أطلق ففيه وجهان بناء على القولين في الإقرار للحمل.

فصل: وإن أقر بحق لآدمي أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ثم رجع في إقراره لم يقبل رجوعه لأنه حق ثبت لغيره فلم يملك إسقاطه بغير رضاه، وإن أقر بحق لله عز وجل يسقط بالشبهة نظرت فإن كان حد الزنا أو حد الشرب قبل

رجوعه، وقال أبو ثور رحمه الله لا يقبل لأنه حق ثبت بالإقرار فلم يسقط بالرجوع كالقصاص وحد القذف، وهذا خطأ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «أتى رجل من أسلم إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن الأخِرَ زنى فأعرض عنه رسول الله ﷺ فتنحى لشق وجهه الذي أعرض عنه، فقال: يا رسول الله إن الأخِرَ زنى فأعرض عنه رسول الله ﷺ فتنحى لشق وجهه الذي أعرض عنه فقال يا رسول الله إن الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله ﷺ فتنحى له الرابعة فلما شهد على نفسه أربع مرات دعاه رسول الله ﷺ فقال: هل بك جنون؟ فقال: لا، فقال رسول الله ﷺ اذهبوا به فارجموه، وكان قد أحصن»[1] فلو لم يسقط بالرجوع لما عرض له ويخالف القصاص وحد القذف، فإن ذلك يجب لحق الآدمي، وهذا يجب لحق الآدمي، وهذا يجب لحق الله تعالى، وقد ندب فيه إلى الستر. وإن كان حد السرقة أو قطع الطريق ففيه وجهان:

أحدهما: انه لا يقبل فيه الرجوع لأنه حق يجب لصيانة حق الآدمي، فلم يقبل فيه الرجوع عن الإقرار كحد القذف.

الثاني: وهو الصحيح أنه يقبل لما روى أبو أمية المخزومي «أن النبي ﷺ أتي بلص قد اعترف فقال رسول الله ﷺ ما أخالك سرقت فقال له مرتين أو ثلاثة ثم أمر بقطعه»[2] فلو لم يقبل فيه رجوعه لما عرض له، ولأنه حق لله تعالى يقبل فيه الرجوع عن الإقرار كحد الزنا والشرب.

فصل: وما قبل فيه الرجوع عن الإقرار إذا أقر به فالمستحب للإمام أن يعرضه للرجوع. لما رويناه من حديث أبي هريرة وحديث أبي أمية المخزومي، فإن أقر فأقيم عليه بعض الحد ثم رجع عن الإقرار قبل، لأنه إذا سقط بالرجوع جميع الحد سقط بعضه، وإن وجد ألم الحد فهرب فالأولى أن يخلى لأنه ربما رجع عن الإقرار فيسقط عنه الحد، وإن اتبع وأقيم عليه تمام الحد جاز لما روى الزهري قال أخبرني من سمع جابر بن عبد الله قال كنت فيمن رجم ماعزًا فرجمناه في المصلى بالمدينة، فلما أذلقته الحجارة تجمز حتى أدركناه بالحرة فرجمناه حتى مات فلو لم يجز ذلك لأنكر عليهم النبي ﷺ وضمنهم ولأن الهرب ليس بصريح في الرجوع فلم يسقط به الحد.

فصل: ومن أقر لرجل بمال في يده فكذبه المقر له بطل الإقرار لأنه رده، وفي المال وجهان:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٨٢٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٩١) وأحمد في المسند (٢/ ٤٥٣) والترمذي في سننه برقم (١٤٢٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٥٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٣٨٠) والنسائي في سننه (٨/ ٦٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٩٧) وأحمد في المسند (٥/ ٢٩٣) والبيهقي في سننه (٨/ ٢٧٦).

أحدهما: أنه يؤخذ منه، ويحفظ لأنه لا يدعيه والمقر له لا يدعيه، فوجب على الإمام حفظه كالمال الضائع.

والثاني: أنه لا يؤخذ منه لأنه محكوم له بملكه فإذا رده المقر له بقي على ملكه.

فصل: فإن أقر الزوج أن امرأته أخته من الرضاع وكذبته المرأة قبل قوله في فسخ النكاح، لأنه إقرار في حق نفسه، ولا يقبل إقراره في إسقاط مهرها لأن قوله لا يقبل في حق غيره وإن أقرت المرأة أن الزوج أخوها من الرضاع وأنكر الزوج لم يقبل قولها في فسخ النكاح، لأنه إقرار في حق غيرها وقبل قولها في إسقاط المهر، لأنه إقرار في حق نفسها.

فصل: إن قال لرجل لي عندك ألف فقال: لا أنكر لم يكن إقرارًا لأنه يحتمل أن يريد: أني لا أنكر أنه مبطل في دعواه، وإن قال: أقر لم يكن إقرارًا لأنه وعد بالإقرار. وإن قال لا أنكر أن تكون محقًا لم يكن إقرارًا لأنه يحتمل أنه يريد: أني لا أنكر أن تكون محقًا في اعتقاده، وإن قال: لا أنكر أن تكون محقًا في دعواك. لم يكن إقرارًا لأنه يحتمل غير الإقرار. وإن قال: أنا مقر ففيه وجهان.

أحدهما: وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يكون إقرارًا لأنه يحتمل أنه يريد. أني ببطلان دعواك.

والوجه الثاني: أن يكون إقرارًا لأنه جواب عن الدعوى فانصرف الإقرار إلى ما ادعى عليه، وإن قال: لي عليك ألف فقال: نعم أو أجل أو صدق أو لعمري، كان مقرًا، لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق. وإن قال: لعل أو عسى لم يكن إقرارًا لأنها ألفاظ وضعت للشك والترجي. وإن قال: أظن أو أحسب أو أقدر، لم يكن إقرارًا لأن هذه الألفاظ تستعمل في الشك وإن قال: له علي في علمي كان إقرارًا لأن ما عليه في علمه لا يحتمل إلا الوجوب وإن قال: اقض الألف التي لي عليك فقال: نعم. كان إقرارًا لأنه تصديق لما ادعاه. وإن قال: اشتر عبدي هذا فقال: نعم. أو اعطني عبدي هذا فقال: نعم. كان إقرارًا بالعبد لما ذكرناه وإن ادعى عليه ألفًا فقال. خذ أو اتزن لم يكن إقرارًا لأنه يحتمل أنه أراد أخذ الجواب مني أو أتزن إن كان ذلك غيري. وإن قال: خذها أو اتزنها ففيه وجهان.

أحدهما: وهو قول أبي عبدالله الزبيري رَحِمَهُ اللَّهُ إن يكون إقرارًا لأن هاء الكناية ترجع إلى ما تقدم من الدعوى.

والثاني: وهو قول عامة أصحابنا أنه لا يكون إقرارًا لأن هاء الصفات ترجع إلى المدعى به. ولم يقر أنه واجب وإن قال: وهي صحاح فقد قال أبو عبدالله الزبيري: أنه إقرار لأنها صفة للمدعي. والإقرار بالصفة إقرار بالموصوف. وقال عامة أصحابنا لا يكون إقرارًا لأن الصفة ترجع إلى المدعي ولا تقتضي الوجوب عليه وإن قال: له عليَّ ألف إن شاء الله لم يلزمه شيء لأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته. وإن قال: له عليَّ ألف إن شاء زيد أو له عليَّ ألف إن

قدم فلان، لم يلزمه شيء لأن ما لا يلزمه لا يصير واجبًا عليه بوجود الشرط وإن قال: إن شهد لك فلان وفلان بدينار فهما صادقان ففيه وجهان.

أحدهما: أنه ليس بإقرار لأنه إقرار معلق على شرط فلم يصح كما لو قال: إن شهد فلان على صدقته أو وزنت، ولأن الشافعي رحمه الله قال: إذا قال لفلان عليَّ ألف إن شهد بها عليَّ فلان وفلان، لم يكن إقرارًا، فإن شهد عليه وهما عدلان يلزمه بالشهادة دون الإقرار.

والثاني: وهو قول أبي العباس بن القاص أنه إقرار وإن لم يشهدا به، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله، لأنه أخبر أنه إن شهدا به فهما صادقان، ولا يجوز أن يكونا صادقين إلا والدينار واجب عليه، لأنه لو لم يكن واجبًا عليه لكان الشاهد به كاذبًا فإذا قال يكون صادقًا دل على أن المشهود به ثابت فصار كما لو شهد عليه رجل بدينار فقال: صدق الشاهد ويخالف قوله: إن شهد فلان صدقته أو وزنت لك لأنه قد يصدق الإنسان من ليس بصادق، وقد يزن بقوله ما لا يلزمه، ويخالف ما قال الشافعي رحمه الله لفلان عليَّ ألف إن شهد به فلان وفلان لأن وجوب الألف لا يجوز أن يتعلق بشهادة من يشهد عليه فإذا علق بشهادة دل على أنه غير واجب، وههنا لم يعلق وجوب الدينار بالشهادة، وإنما أخبر أن يكون صادقًا وهذا تصريح بوجوب الدينار عليه في الحال وإن كان قال: له عليَّ ألف ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه لأنه أقر بالوجوب والأصل بقاؤه.

والثاني: أنه لا يلزمه لأنه أقر به في زمان مضى فلا يلزمه في الحال شيء وإن أقر أعجمي بالعربية أو عربي بالعجمية ثم ادعى أنه لم يعلم بما قال، فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر ما يدعيه.

الشرح: الإقرار هو إخبار عن حق سابق، وقوله: «قوامين بالقسط» أي بالعدل، والمراهق هو الذي قارب الاحتلام، وقوله: «عزاه إلى إرث» أي نسبه وأضافه، وقوله: «ما إخالك» أي ما أظنك، وقوله: «أذلقته الحجارة» أي أصابته بحدها، وقوله: «تجمز» أي عدا وأسرع.

أما الأحكام: فأركان الإقرار أربعة:

الركن الأول: المقر، وهو مطلق، ومحجور عليه. فالمطلَق، يصح إقراره. قال الغزالي: يصح إقراره بكل ما يقدر على إنشائه، وهذا الضبط تستثنى منه صور.

منها: لو قال الوكيل: تصرفتُ كما أذنتَ، فقال الموكل: لم تتصرف، لم يقبل إقرار الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الإنشاء. وكذا لو قال: استوفيتُ ما أمرتني باستيفائه، ونازعه كما سبق.

ومنها: إنشاء نكاح الثيب إلى وليها، فإقراره غير مقبول، ويمكن أن يزاد في

الضبط فيقال: ينفذ إقراره في التصرفات المتعلقة به التي يستقل بإنشائها. أو يقال: ما يقدر على إنشائه، يؤاخذ المقر بموجب إقراره، ولا يلزمه نفوذه في حق الغير، فتخرج عنه المسائل. وأما المحجور، فقد ذكرنا أقسامه في كتاب الحجر. فمنه الصبي، وإقراره باطل، لكن يصح إقراره بالوصية والتدبير إذا صححناهما منه. ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام، أو ادعت أنها بلغت بالحيض في وقت إمكانهما، صدقا. فإن فرض ذلك في خصومة، لم يحلفا، لأنه لا يعرف إلا من جهتهما، فأشبه إذا علق العتق بمشيئة غيره فقال: شئت، صدق بلا يمين، هكذا قاله الشيخ أبو زيد، والإمام، والغزالي. قال الإمام: فلو بلغ مبلغًا يتيقن بلوغه، فالظاهر أنه لا يحلف أيضًا على أنه كان بالغًا، لأنا إذا حكمنا بمقتضى قوله، فقد أنهينا الخصومة منتهاها، فلا عود إلى التحليف. وفي «التهذيب» وغيره: أنه إذا جاء واحد من الغزاة يطلب سهم المقاتلة، وذكر أنه احتلم، حلِّف وأخذ السهم. فإن لم يحلف، ففي إعطائه، وجهان: ولو ادعى البلوغ بالسن، طولب بالبينة، لامكانها. فلو كان غريبًا خامل الذكر، فهل يطالب بالبينة لإمكانها من جنس المدعي؟ أم يلحق بالاحتلام؟ أم ينظر إلى الإنبات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار؟ فيه ثلاثة احتمالات للإمام. أصحها: أولها.

ومنه المجنون، وهو مسلوب العبارة إنشاءً وإقرارًا في كل شيء بلا استثناء. وفي السكران، خلاف وتفصيل مشهور، نذكره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى.

ومنه: حجر المبذر والمفلس، وقد سبق حكمهما في بابيهما. ويقبل إقرار المحجور عليه للفلس بالنكاح، دون المحجور عليه لسفه، اعتبارًا للإقرار بالإنشاء. قال الإمام: وإقرار السفيهة بأنها منكوحة فلان، كإقرار الرشيدة، إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانبها، وفيه احتمال بسبب ضعف قولها وعقلها.

فصل: ومن المحجور عليه: الرقيق. والذي يُقِرُّ به، ضربان:

أحدهما: يوجب العقوبة، كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، والقذف، وما يوجب القصاص في النفس، أو الطرف، فيقبل إقراره به، وتقام عليه عقوبته، خلافًا للمزني. وإذا أقر بسرقة توجب القطع، قُبِل في القطع. وأما المال، فإن كان تالفًا، فقولان: أحدهما: يقبل ويتعلق الضمان برقبته. وأظهرهما: لا يقبل ويتعلق الضمان بذمته، إلا أن يصدقه السيد فيقبل. وإن كان باقيًا، نظر، إن كان في يد السيد، لم ينتزع منه إلا بتصديقه. وإن كان في يد العبد، فطريقان. أحدهما: أن في انتزاعه القولين في التالف. فإن قلنا: لا ينتزع، ثبت بدله في ذمته. والطريق الثاني: لا ينتزع قطعًا، لأن يده كيد سيده. وقيل: إن كان المال في يد العبد، قبل إقراره،

وإلا، فلا. وإذا اختصرت قلت: في قوله أربعة أقوال: أظهرها: لا يقبل. والثاني: يقبل. والثالث: يقبل إن كان المال باقيًا. والرابع: عكسه. وإذا أقر بسرقة توجب القطع، ثم رجع، كان كإقراره بسرقة لا توجب القطع، وسنذكرها في الضرب الثاني إن شاء الله تعالى. ولو أقر بالقصاص على نفسه، فعفا المستحق على مال، أو عفا مطلقًا، وقلنا: إنه يوجب المال، فوجهان: أصحهما: عند البغوي: أنه يتعلق برقبته. وإن كذبه السيد، لأنه إنما أقر بالعقوبة، وإنما وجب المال بالعفو. والثاني: أن الحكم كذلك إن قلنا: موجب العمد القصاص، فإن قلنا: موجبه أحد الأمرين، ففي ثبوت المال، قولان، كالإقرار بالسرقة الموجبة للقطع.

الضرب الثاني: ما لا يوجب عقوبة، فإذا أقر بدين جناية، كغصب، أو سرقة لا توجب قطعًا، أو إتلاف، وصدقه السيد، تعلق برقبته، فيباع فيه إلا أن يفديه السيد، وإذا بيع فبقي شيء من الدين، فهل يتبع به إذا عتق؟ فيه قولان مذكوران في كتاب الجنايات.

وإن كذبه السيد، لم يتعلق برقبته، لكن يتعلق بذمته، يُتبع به إذا عُتق، ولا يخرج عن القولين فيما إذا بيع في الدين وبقي شيء، لأنه إذا ثبت التعلق بالرقبة، فكأن الحق انحصر فيها. وقيل: بطردهما، لأن الزائد على القيمة لا يتعلق بالرقبة، كما أن أصل الحق هنا، غير متعلق بها. ولو أقر بدين معاملة، فإن لم يكن مأذونًا له في التجارة، لم يقبل إقراره على السيد، بل يتعلق المُقَرُّ به بذمته، يطالب به إذا عتق، سواء صدقه السيد، أم لا. وإن كان مأذونًا فيها، قُبل وأدى من كسبه وما في يده، إلا إذا كان مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض. ولو أطلق المأذون الإقرار بالدين، ولم يعين جهته، لم ينزل على دين المعاملة على الأصح، لاحتمال أنه بإتلاف، ولا فرق في دين الإتلاف بين المأذون وغيره. ولو حجر عليه، فأقر بعد الحجر بدين معاملة، إضافة إلى حال الإذن، لم تقبل إضافته على الأصح.

فرع: من نصفه حر، لو أقر بدين جناية، لم يقبل فيما يتعلق بسيده، إلا أن يصدقه، ويقبل في نصفه. وعليه قضاؤه مما في يده. ولو أقر بدين معاملة، فمتى صححنا تصرفه، قبلنا إقراره عليه، وقضيناه مما في يده. ومتى لم نصححه، فإقراره كإقرار العبد.

فرع: إقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبة، مردود، وبدين الجناية، مقبول، إلا أنه إذا بيع فيه وبقي شيء، لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه. وكذا إقراره بدين المعاملة، لا يقبل على العبد.

فصل: ومن المحجور عليهم، المريض مرض الموت، وفيه مسائل:

إحداها: يصح إقراره بالنكاح بموجبات العقوبات، وبالدين والعين للأجنبي، وفي إقراره للوارث بالمال، طريقان. أحدهما: يقبل قطعًا. وأصحهما: عند الجمهور: على قولين. أظهرهما: القبول. واختار الروياني مذهب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو أنه إن كان متهمًا، لم يقبل إقراره، وإلا، فيقبل، ويجتهد الحاكم في ذلك. فإن قلنا: لا يقبل، فهل الاعتبار في كونه وارثًا بحال الموت، أم بحال الإقرار؟ فيه وجهان: وقيل: قولان. أظهرهما وأشهرهما وهو الجديد: بحال الموت، كالوصية. ولو أقر في مرضه أنه كان وهب وارثه، وأقبضه في الصحة، أشار الإمام إلى طريقين. أحدهما: القطع بالمنع، لأنه عاجز عن انشائه. والثاني: أنه على القولين في الإقرار للوارث، ورجح الغزالي: المنع، واختار القاضي حسين: القبول. قلت: القبول أرجح. والله أعلم.

ولو أقر لوارثه وأجنبي معًا، وقلنا: لا يقبل للوارث، قبل في نصفه للأجنبي على الأظهر.

المسألة الثانية: لو أقر في صحته بدين لرجل، وفي مرضه بدين لآخر، فهما سواء، كما لو ثبتا بالبينة، وكما لو أقر بهما في الصحة أو المرض.

ولو أقر في صحته أو مرضه بدين، ثم مات فأقر ورثته عليه بدين لآخر، فوجهان: أصحهما: يتساويان فيتضاربان في التركة، لأن الوارث يقوم مقامه، فصار كمن أقر بدينين. والثاني: يقدم ما أقر به المورث، لأنه بالموت تعلق بالتركة ويجري الوجهان فيما لو ثبت الأول ببينة ثم أقر وارثه، وفيما لو أقر الوارث بدين على الميت، ثم أقر لآخر بدين آخر، وسواء كان الدين الأول مستغرقًا للتركة، أم لا. ولو ثبت عليه دين في حياته أو موته، ثم تردت بهيمة في بئر كان حفرها بمحل عدوان، ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم، الخلاف السابق فيما إذا جنى المفلس بعد الحجر عليه، قاله في «التتمة».

المسألة الثالثة: مات وخلّف ألف درهم، فادعى رجل أنه أوصى له بثلث ماله، فصدقه الوارث، ثم جاء آخر فادعى عليه ألف درهم دينًا، فصدقه الوارث، قيل: يصرف الثلث إلى الوصية، لتقدُّمها. وقيل: يقدم الدين على الوصية كما هو المعروف فيهما. ولو صدق مدعي دين، أولًا، قدم قطعًا. ولو صدق المدعيين معًا، قال الأكثرون: يقسم الألف بينهما أرباعًا، لأنا نحتاج إلى الألف للدين، وإلى ثلث المال للوصية، فيخص الوصية ثلث عائل، وهو الربع. وقال الصيدلاني: تسقط الوصية، ويقدم الدين كما لو ثبتا بالبينة، وهذا هو الصواب، سواء قدمنا عند ترتُّب الإقرارين، الأول منهما، أو سوينا.

المسألة الرابعة: أقر المريض بعين مال لإنسان، ثم أقر لآخر بدين مستغرق أو غير مستغرق، سُلّمت العين للأول، ولا شيء للثاني، لأن المقرّ مات ولا يعرف له مال. ولو أقر بالدين أولًا، ثم أقر بالعين، فوجهان: أصحهما: أنه كما لو أقر بالعين أولًا، لأن الإقرار في الدَّين، لا يتضمن حجْرًا في العين، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه فيها. والثاني: يتزاحمان، لتعارض القوة فيهما.

فرع: يشترط في صحة الإقرار الاختيار، فإقرار المكره، باطل كسائر تصرفه.

قلت: ولو ضُرب ليقر، فأقر في حال الضرب، لم يصح. وإن ضرب ليصدق في القضية، قال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: إن أقر في حال الضرب، ترك ضربه واستعيد إقراره، فإن أقر بعد الضرب، عمل به، ولو لم يستعده وعمل بالإقرار حال الضرب، جاز مع الكراهة، هذا كلام الماوردي. وقبول إقراره حال الضرب مشكل، لأنه قريب من المكره، ولكنه ليس مكرَهًا، فإن المكرَه هو مَن أكره على شيء واحد، وهنا إنما ضُرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار. وقبول إقراره بعد الضرب، فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقرّ. والله أعلم.

الركن الثاني: المقَرُّ له، وله ثلاثة شروط:

أحدها: أهلية استحقاق الحق المقرّ به. فلو قال: لهذا الحمار أو لدابة فلان عليَّ ألف، فهو لغو، ولو قال: لفلان علي ألف بسببها، صح على الصحيح، ولزمه حملًا على أنه جنى عليها أو اكتراها. وقيل: لا يلزمه، لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة، ولا يتصور ذلك. ولو قال: لعبد فلان عليّ أو عندي ألف، صح وكان إقرارًا لسيده، والإضافة فيه كالإضافة في الهبة وسائر الانشاءات.

فرع: قال: لحمل فلانة عليّ أو عندي ألف، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسند إلى جهة صحيحة، كقوله: ورثه من أبيه، أو وصى به له فلان، فيعتبر إقراره. ثم إن انفصل ميتًا، فلا حق له، ويكون لورثة من قال: أنه ورثه منه، أو للموصي، أو ورثته في صورة الوصية. وإن انفصل حيًا، فإن كان لدون ستة أشهر من حين الإقرار، استحقه. وإن انفصل لأكثر من أربع سنين، فلا، لتيقن عدمه، وإن انفصل لستة أشهر فأكثر، ولدون أربع سنين، فإن كانت مستفرشة، لم يستحق، وإلا فقولان.

وإذا ثبت الاستحقاق، فإن ولدت ذكرًا، فهو له. أو ذكرين فأكثر، فلهم بالسوية، وإن ولدت أنثى، فهو لها إن أسنده إلى وصية. وإن أسنده إلى إرث من أبيها، فلها نصفه. وإن ولدت ذكرًا وأنثى، فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية، وأثلاثًا إن أسنده إلى الإرث. هذا إذا اقتضت جهة الوراثة ما ذكرنا، فإن اقتضت

التسوية، كولدَيْ أم، سُوِّي بينهما في الثلث. قال الإمام: ولو أطلق الإرث، سألناه عن الجهة وحكمنا بمقتضاها.

الحال الثاني: أن يطلق الإقرار، فيصح على الأظهر، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه.

الحال الثالث: أن يسند إلى جهة باطلة، كقوله: أقرَضنيه أو باعني به شيئًا، فإن أبطلنا المطلق، فذا أولى، وإلا، فطريقان. أصحهما: القطع بالصحة. والثاني: على القولين في تعقيب الإقرار بما يرفعه. قلت: الأصح في هذا الحال: البطلان، وبه قطع الرافعي في «المحرر». والله أعلم.

وإذا صححنا الإقرار في الحالين الآخرين، فانفصل ميتًا، فلا شيء له، ويسأل المقر عن جهة إقراره من الإرث والوصية، ويعمل بمقتضاها. قال الإمام: وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين، وكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق إلى مستحقه. فإن مات قبل البيان، فكَمن أقر لإنسان فردّه. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يطالب ورثته كنفسه. وإن انفصل حيًا للمدة المعتبرة، فالكل له، ذكرًا كان أو أنثى. وإن انفصل ذكر وأنثى، فهو لهما بالسوية. ومتى انفصل حي وميت، فالميت كالمعدوم، وينظر في الحي كما ذكرنا.

فرع: أقر لإنسان بحمل جارية، أو بهيمة، ففيه التفصيل المذكور في الإقرار للحمل. فإن قال: إنه أوصى له به، صح، وينظر، كم بين انفصاله وبين يوم الإقرار من المدة، على ما سبق. وفي حمل البهيمة، يرجع إلى أهل الخبرة. وإن أطلق، أو أسند إلى جهة باطلة، ففيه الخلاف المذكور. ولو أقر بالحمل لرجل، وبالأم لآخر، فإن جوزنا الإقرار بالحمل، صح الإقراران، وإلا، فقال البغوي: هما جميعًا للآخر، وهذا بناء على أن الإقرار بالحامل، إقرار بالحمل، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

فرع: أقر لمسجد أو مقبرة أو نحوهما بمال، وأسنده إلى جهة صحيحة، كغلة وقف عليه، صح. وإن أطلق، فوجهان: تخريجًا من القولين في الحمل، وعلى قياسه ما إذا اسند إلى جهة باطلة.

الشرط الثاني: عدم تكذيبه، فيشترط لصحة الإقرار، عدم تكذيب المقر له، وإن كنا لا نشترط قبوله لفظًا. فإن كذبه، نظر، إن كان المقر به مالًا، ففيما يفعل به، أوجه: أصحها: يترك في يد المقر. والثاني: ينتزعه الحاكم ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكه. فإن رأى استحفاظ صاحب اليد، فهو كما لو استحفظ عدلًا آخر. والثالث: يجبر المقر له على القبول والقبض، وهو بعيد. قال الشيخ أبو محمد:

موضع الخلاف، ما إذا قال المقر: هذا المال لفلان، فكذبه. فأما إذا قال للقاضي: إن في يدي مالًا لا أعرف مالكه، فالوجه: القطع بأن القاضي يتولى حفظه. وأبعد بعضهم، فلم يجوز انتزاعه هنا أيضًا. ولو رجع المقر له عن الإنكار، وصدق المقر، فقد حكى الإمام، والغزالي: القطع بقبوله وتسليم المال إليه.

والأصح، ما ذكره المتولي وغيره: أنه مفرع على الخلاف. فإن قلنا: يترك في يد المقر، فقد حكمنا ببطلان الإقرار، فلا يصرف إلى المقر له إلا بإقرار جديد. وإن قلنا: ينتزعه الحاكم ويحفظه، لم يسلم إليه أيضًا. بل لو أقام بينة بأنه ملكه، لم تسمع، وإنما يسلم إليه إذا قلنا: بالوجه الثالث البعيد، فحصل أن المذهب عدم تسليمه إليه. ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له، وقال: غلطت، أو تعمدت الكذب، فإن قلنا: ينتزعه الحاكم، لم يقبل. وإن قلنا: يترك في يده، فوجهان: أصحهما: عند الجمهور: يقبل. وأصحهما: عند الإمام، والغزالي: لا يقبل. وجميع ما ذكرناه في الإقرار، بثوب ونحوه. فلو أقر له بعبده، فأنكره، فوجهان: أحدهما: يحكم بعتقه، لأنهما لا يدعيانه، كاللقيط إذا قال بعد بلوغه: أنا عبد لزيد، فأنكر زيد، يحكم بحريته. وأصحهما: لا يعتق، لأنه محكوم برقه، فلا يرفع إلا بيقين، بخلاف اللقيط، فإنه محكوم بحريته بالدار، فعلى هذا، حكمه كالثوب ونحوه على ما مضى. أما إذا كان المقر به قصاصًا، أو حد قذف، فكذبه المقر له، فيسقط، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع، وأنكر رب المال السرقة، فلا قطع. وفي المال، ما سبق. ولو أقرت بالنكاح، وأنكر، سقط حكم الإقرار في حقه.

فرع: في يده عبدان، فقال: أحدهما لزيد، ثم عين أحدهما، فقال زيد: إنما عبدي الآخر، فهو مكذب للمقر في المعين، ومدّعٍ في الآخر.

فرع: ادعى على رجل ألفًا من ثمن مبيع، فقال: قد أقبضتك الألف، وأقام بينة على إقراره بالقبض يوم كذا، فأقام المدعي بينة على إقرار المشتري بعد بينته بأنه ما أقبضه الثمن، سُمعت، وألزم المشتري الثمن، لأنه وإن قامت البينة على إقرار البائع بالقبض، فقد قامت أيضًا على أن صاحبه كذبه، فيبطل حكم الإقرار، وبقي الثمن على المشتري.

الشرط الثالث: أن يكون معيَّنًا نوع تعيين، بحيث يتوقع منه الدعوى والطلب. فلو قال لإنسان أو واحد من بني آدم أو من أهل البلد: علي ألف، ففي صحته وجهان بناءً على ما لو أقر بمعيَّن فكذبه، هل ينتزع من يده؟ إن قلنا: نعم، لأنه مال ضائع، فكذا هنا، فيصح الإقرار، وإن قلنا: لا، لم يصح، وهو الصحيح. قال المتولي: فلو جاء واحد فقال: أنا الذي أردتني ولي عليك ألف، فالقول قول المقر بيمينه في نفي الإرادة ونفي الألف.

الركن الثالث: المقرّ به. ويجوز الإقرار بالمجهول، فإن كان ما يقر به عينًا، فشرطه أن لا يكون مملوكًا للمقر حين يقر، لأن الإقرار ليس إزالة مُلك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكًا للمقر له. فلو قال: داري هذه، أو ثوبي الذي أملكه، لزيد، فهو متناقض، وهو محمول على الوعد بالهبة، ولو قال: مسكني هذا لزيد، كان إقرارًا، لأنه قد يسكن ملك غيره. ولو شهدت بينة أن الدار الفلانية أقر زيد بأنها ملك عمرو، وكانت ملك زيد إلى أن أقر، كانت الشهادة باطلة، نص عليه. ولو قال: هي لزيد وكانت ملكي إلى وقت الإقرار، فإقراره نافذ. والذي ذكره بعده مناقض لأوله، فيلغو كما لو قال: هي له، وليست له، وهذا في الأعيان، وكذا في الديون إذا كان له على غيره في الظاهر دين، من قرض، أو أجرة، أو ثمن، فقال: ديني الذي على زيد لعمرو، فهو باطل. ولو قال: الدَّين الذي على زيد هو لعمرو، واسمي في الكتاب عاريَّة، فهو إقرار صحيح، فلعله كان وكيلًا عنه في الإقراض والإجارة والبيع. ثم عمرو يدّعي المال على زيد لنفسه، فإن أنكر، فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد، ثم على إقراره له بما على زيد، وبين أن يقيم البينة أولًا على الإقرار، ثم على الدين، كذا ذكره القفال.

فرع: استثنى صاحب «التلخيص» ثلاثة ديون، ومنع الإقرار بها، أحدها: الصداق في ذمة الزوج، لا تقر به المرأة. والثاني: بدل الخلع في ذمة الزوجة، لا يقر به الزوج. والثالث: أرش الجناية، لا يقر به المجني عليه. فإن كانت الجناية على عبد أو مال آخر، جاز له أن يقر به للغير، لاحتمال كونه له يوم الجناية. قال الأئمة: هذه الديون، وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءً وتقديرًا للوكالة، فيجوز انتقالها بالحوالة، وكذلك بالبيع على قول، فيصح الإقرار بها عند احتمال جريان ناقلٍ. وحملوا ما ذكره صاحب «التلخيص» على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها، بحيث لا يحتمل جريان ناقل، لكن سائر الديون أيضًا كذلك، فلا يصح الاستثناء، بل الأعيان أيضًا بهذه المثابة. حتى لو أعتق عبده، ثم أقر له السيد أو غيره عقيب الإعتاق بدين أو غيره، لم يصح، لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال، ولم يجر بينهما ما يوجب المال. وقال أبو العباس الجرجاني في الديون الثلاثة: إن أسند الإقرار بها إلى جهة حوالة أو بيع، إن جوزناه، صح، وإلا، فعلى قولين، كما لو أقر للحمل وأطلق.

فصل: يشترط في الحكم بثبوت ملك المقر له، أن يكون المقرّ به تحت يد المقرّ وتصرفه. فإن لم يكن، لم يحكم به في الحال، بل يكون ذلك دعوى أو شهادة، ولا تلغية من كل وجه بل لو حصل المقرّ به يومًا في يد المقر، لزمه تسليمه

إليه. ولو قال: العبد الذي في يد زيد مرهون عند عمرو بكذا، ثم حصل العبد في يده، يؤمر ببيعه في دين عمرو. ولو أقر بحرية عبد في يد رجل، أو شهد بحريته، فلم تقبل شهادته، ثم اشتراه، صح، تنزيلًا للعقد على قول من صدقه الشرع، وهو البائع، ويحكم بحريته، وترفع يده عنه. ثم لإقراره صيغتان:

إحداهما: أن يقول: إنك أعتقته وتسترقه ظلمًا، قال الأصحاب: فيكون هذا العقد من جانب البائع بيعًا قطعًا، وفي جانب المشتري، وجهان: أحدهما: شراء. وأصحهما: افتداء، لاعترافه بحريته. وحكى الإمام، والغزالي، فيه ثلاثة أوجه: أصحها: بيع من البائع، وافتداء من المقر. والثاني: بيع منهما. والثالث: فداء منهما. وهذا الثالث فاسد في جهة البائع. وكيف يصح أخذه المال ليفدي من يسترقه؟ ولو قيل: فيه المعنيان، وأيهما أغلب؟ فيه الخلاف، لكان قريبًا، والمعتمد ما ذكرنا عن الأصحاب. ويثبت للبائع في هذا العقد خيار المجلس والشرط، بناء على ظاهر المذهب، أنه بيع من جانبه. ولو كان البيع بثمن معين، فخرج معيبًا وردّه، كان له استرداد العبد، بخلاف ما لو باع عبدًا فأعتقه المشتري، ثم خرج الثمن المعين معيبًا وردَّه، حيث لا يسترد العبد، بل يعدل إلى القيمة لاتفاقهما على العتق هناك. وأما المقر المشتري، فإن جعلناه شراءً في حقه، فله الخيار. وإن قلنا: فداء، فلا.

وعلى الوجهين: لا رد له لو خرج العبد معيبًا، لكن له أخذ الأرش على قولنا: شراء، وليس له على الافتداء، وذكر الإمام: أنه إذا لم يثبت الخيار للمشتري، ففي ثبوته للبائع وجهان: لأن هذا الخيار، لا يكاد يتبعَّض. والمذهب على الجملة: ثبوته للبائع دون المشتري. وأما ولاؤه، فموقوف. فإن مات وخلّف مالًا، ولا وارث له بغير الولاء، نظر، إن صدق البائعُ المشتري، أخذه وردّ الثمن. وإن كذبه وأصر على كلامه الأول، فظاهر النص: أن الميراث يوقف كما وقف الولاء. واعترض عليه المزني فقال: للمشتري أخذ قدر الثمن مما تركه. فإن فضل شيء، كان الفاضل موقوفًا، لأن المشتري، إما كاذب، فالميت رقيق له وجميع أكسابه له، وإما صادق، فالإكساب للبائع إرثًا بالولاء، وقد ظلمه بأخذ الثمن، وتعذر استرداده، فإذا ظفر بماله، كان له أخذ قدر الثمن. واختلف الأصحاب، فذهبت طائفة إلى ظاهر النص، وتخطئة المزني، قالوا: لأنه لو أخذه لأنه كسب مملوكه، فقد نفاه بإقراره، أو بجهة الظفر بمال ظالمه، فقد بذله تقربًا إلى الله تعالى باستنقاذ حر، فلا يرجع فيه كالصدقة، ولأنه لا يدري بأي جهة يأخذه، فيوقف إلى ظهور جهته. وذهب ابن سريج وأبو إسحاق والجمهور: إلى أن المذهب ما قاله

المزني. وقال ابن سريج وغيره: وقد نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في غير هذا الموضع. وحملوا ما ذكره هنا، على أن ما يأخذه بجهة الولاء يكون موقوفًا وقف الولاء، وهو ما زاد على قدر الثمن. فأما المستحق بكل حال، فلا معنى للوقف فيه. قالوا: ويجوز الرجوع في المبذول فدية وقربة، كمن فدى أسيرًا ثم استولى المسلمون على الكفار ووجد الفادي عين ماله، أخذه. وأما اختلاف الجهة، فلا يمنع الأخذ بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق.

الصيغة الثانية: يقول: هو حر الأصل، أو أعتق قبل أن تشتريه، فإذا اشتراه، فهو افتداءٌ من جهته بلا خلاف. وأما إذا مات وخلف مالًا، ولا وارث له بغير الولاء، فماله لبيت المال، وليس للمشتري أخذ شيء منه، لأن المال بزعمه ليس للبائع حتى يأخذه عوضًا عن الثمن. ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشتري، لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن، لأنه لا حرية في زعمه، وقد تلف المبيع قبل القبض.

فرع: لو أقر بحرية عبد، ثم استأجره، لم يحل له استخدامه، وللمكري مطالبته بالأجرة. ولو أقر بحرية جارية لزيد، ثم قبل نكاحها منه، لم يحل له وطؤها، ولزيد مطالبته بمهرها.

قلت: ينبغي أن يقال: إن أقر أن زيدًا أعتقها، ولم يكن لها عصبة، صح تزويجه، لأنه إما مالك، وإما مولى حُرَّة. والله أعلم.

فرع: قال: هذا العبد الذي في يدك غصبته من زيد، ثم اشتراه منه، ففي صحة العقد، وجهان حكاهما الإمام. أصحهما: الصحة، كما لو أقر بحريته ثم اشتراه. والثاني: المنع، لأن التصحيح هناك للافتداء والإنقاذ من الرق، ولا يتجه مثله في تخليص عبد الغير.

فرع: أقر بعبد في يده لزيد، فقال العبد: بل أنا ملك عمرو، يسلَّم إلى زيد، لأنه في يد من يسترقه، لا في نفسه. فلو أعتقه زيد، لم يكن لعمرو تسلم رقبته، ولا التصرف فيها، لما فيه من إبطال ولاء زيد. وهل له أخذ إكسابه؟ وجهان: وجه المنع: أن الإكساب، فرع الرق، ولم يثبت.

الركن الرابع: الصيغة، وفيه مسائل:

إحداها: قول القائل: لفلان كذا، صيغة إقرار. وقوله: لفلان عليَّ، أو في ذمتي، إقرار بالدين ظاهرًا. وقوله: عندي أو معي، إقرار بالعين. وقوله: له قِبَلي كذا، قال في «التهذيب»: هو دين، ويشبه أن يكون صالحًا للدين والعين جميعًا.

المسألة الثانية: إذا قال رجل: لك علي ألف، فقال في جوابه: زن، أو خذ، أو استوف، أو اتزن، لم يكن إقرارًا، لأنه ليس بالتزام، ولأنه قد يذكر للاستهزاء.

وفي وجه: اتزن، إقرار، وهو شاذ. ولو قال: خذه، أو زنه، أو اختم عليه، أو شده في هميانك، أو اجعله في كيسك، أو اختم عليه، فليس بإقرار على الصحيح، وقال الزبيري: إقرار.

ولو قال في الجواب: بلى، أو نعم، أو أجل، أو صدقت، فهو إقرار. قالوا: ولو قال: لعمري، فإقرار. ولعل العرف يختلف فيه. ولو قال: أنا مقرّ به، أو بما تدعيه، أو لستُ منكرًا له، فهو إقرار له. ولو قال: أنا مقر، ولم يقل: به، أو لست منكرًا، أو أنا أقر، فليس بإقرار. ولو قال: أنا أقر لك به، فوجهان: نسب الإمام كونه إقرارًا إلى الأكثرين. وفيه نظر، لأن العراقيين، والقاضي حسين، والروياني، قطعوا بأنه ليس بإقرار، ولا يحكى الوجه الآخر إلا نادرًا. ويتأيد كونه إقرارًا، بأنهم اتفقوا على أنه لو قال: لا أنكر ما تدعيه، كان إقرارًا، ولم يحملوه على الوعد بالإقرار. ولو قال: لا أنكر أن يكون محقًّا، فليس بإقرار، لجواز أن يريد في شيء آخر. فلو قال: فيما يدعيه، فهو إقرار. ولو قال: لا أقر به ولا أنكره، فهو كسكوته، فيجعل منكرًا، وتعرض عليه اليمين. ولو قال: أبرأتني منه، أو قضيته، فإقرار، وعليه بينة القضاء والإبراء. وفي وجه: أبرأتني منه، ليس بإقرار، وليس بشيء. ولو قال: أقررت بأنك أبرأتني واستوفيت مني فليس بإقرار. ولو قال في الجواب: لعل، أو عسى، أو أظن، أو أحسب، أو أقدِّر، فليس بإقرار.

فرع: اللفظ وإن كان صريحًا في التصديق، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب. ومن جملتها: الأداء، والإبراء، وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب: إن صدقت، وما في معناها، إقرار على غير هذه الحالة. فأما إذا اجتمعت القرائن، فلا تجعل إقرارًا. ويقال: فيه خلاف، لتعارض اللفظ والقرينة، كما لو قال: لي عليك ألف، فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء: لك علي ألف، فإن المتولي حكى فيه وجهين.

المسألة الثالثة: إذا قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال: بلى، كان إقرارًا. وإن قال: نعم، فوجهان: وقطع البغوي وغيره، بأنه ليس بإقرار كما هو مقتضاه في اللغة. وقطع الشيخ أبو محمد والمتولي، بأنه إقرار، وصححه الإمام، والغزالي، لأن الإقرار يحمل على مفهوم أهل العرف، لا على دقائق العربية.

ولو قال: هل لي عليك ألف؟ فقال: نعم، فإقرار.

المسألة الرابعة: إذا قال: اشتر مني عبدي هذا، فقال: نعم، فهو إقرار منه للقائل، كما لو قال: أعتق عبدي هذا، فقال: نعم. ويمكن أن يجيء فيه خلاف مما

سبق في الصلح، كقوله: بِعنِيه. ولو قال: اشتر مني هذا العبد، ولم يقل: عبدي، فالتصديق بـ«نعم» يقتضي الاعتراف بأنه يملك بيعه، لا أنه يملك العبد. ولو ادعى عليه عبدًا، فقال: اشتريته من وكيلك فلان، فهو إقرار له، ويحلف المدعي أنه ما وكل فلانًا في بيع.

المسألة الخامسة: لو قال: له علي ألف في علمي، أو فيما أعلم، أو أشهد، فهي إقرار.

المسألة السادسة: قال: كان علي ألف لفلان، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له، فهل هو إقرار في الحال عملًا بالاستصحاب، أم لا، لأنه غير معترف في الحال؟ وجهان.

ويقرب منه الخلاف، فيما لو قال: هذه داري أسكنت فيها فلانًا، ثم أخرجته منها، فهو إقرار باليد على الأصح، لأنه اعترف بثبوتها وادعى زوالها. وقال أبو علي الزجاجي: ليس بإقرار، لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته. ولو قال: ملكتها من زيد، فهو إقرار، بملكها لزيد، ودعوى انتقالها منه، فإن لم يصدقه زيد، لزمه ردها إليه.

المسألة السابعة: قال: اقض الألف الذي لي عليك، فقال: نعم، فإقرار على المذهب، وتردد فيه بعضهم. وإن قال: أعط غدًا، أو ابعث من يأخذه، أو أمهلني يومًا، أو أمهلني حتى أصرف الدراهم أو أفتح الصندوق، أو أقعد حتى تأخذ، أو لا أجد اليوم، أو لا تُدِم المطالبة، أو ما أكثر ما تتقاضى، أو والله لأقضيَّنك، فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ. وأما أصحابنا، فمختلفون في ذلك، والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر. ومثله: أسرج دابة فلان هذه، فقال: نعم. أو أخبرني زيد أن لي عليك ألفًا، فقال: نعم، أو متى تقضي حقي؟ فقال: غدًا.

المسألة الثامنة: قال له رجل: غصبت ثوبي. فقال: ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك، فليس بإقرار. ولو قال: ما لزيد عليَّ أكثر من مئة درهم، فليس بإقرار على الأصح. وقيل: تلزم المئة. ولو قال معسر لزيد: عليَّ ألف إن رزقني الله تعالى مالًا، فقيل: ليس بإقرار للتعليق، وقيل: إقرار، وذلك بيان لوقت الأداء. والأصح: أنه يستفسر، فإن فسر بالتأجيل، صح، وإن فسر بالتعليق، لنا.

المسألة التاسعة: شهد عليه شاهد، فقال: هو صادق، أو عدل، فليس بإقرار. وإن قال: صادق فيما شهد به، أو عدل فيه، كان إقرارًا، قاله في «التهذيب».

وإن قال: إن شهد عليَّ فلان وفلان، أو شاهدان بكذا، فهما صادقان، فهو إقرار على الأظهر وإن لم يشهدا. وإن قال: إن شهدا صدَّقتهما، فليس بإقرار قطعًا.

وقال في «البيان»: لو قال: لي عليك ألف درهم، فقال: لزيد عليّ أكثر مما لك، لا شيء عليه لواحد منهما. ولو قال: لي مخرج من دعواك، فليس بإقرار. قال: ولو قال: لي عليك ألف أقرضتكه، فقال: والله لا اقترضت منك غيره، أو كم تمنّ به.

قال الصيمري: هو إقرار. وإن قال: ما أعجب هذا، أو نتحاسب، فليس بإقرار. وإن كتب: لزيد علي ألف درهم، ثم قال للشهود: اشهدوا علي بما فيه، فليس بإقرار، كما لو كتب عليه غيره، فقال: اشهدوا بما كتب.

وقد وافقنا أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ على الثانية دون الأولى. ووافق أيضًا على ما لو كتب ذلك على الأرض. ولو قال: له علي ألف إن مت، فليس بإقرار، كما لو قال: إن قدم زيد. ووافق أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ على الثانية دون الأولى. ولو قال: له عليَّ ألف إلا أن يبدوَ لي، فوجهان حكاهما في «العدة» و«البيان»، ولعل الأصح: أنه إقرار. والله أعلم.

المسألة العاشرة: إقرار أهل كل لغة بلغتهم وغير لغتهم، إذا عرفوها، صحيح. ولو أقر عجمي بالعربية وقال: لم أفهم معناه، بل لُقِّنت فتلقنت، صدِّق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه، وكذا الحكم في جميع العقود والحلول.

المسألة الحادية عشرة: لو أقر ثم قال: كنتُ يوم الإقرار صغيرًا، وهو محتمل، صدّق بيمينه، لأن الأصل الصِغر. وكذا لو قال: كنت مجنونًا وقد عهد له جنون. ولو قال: كنت مكرهًا، وهناك أمارة الإكراه، من حبس، أو موكل عليه، فكذلك. فإن لم تكن أمارة، لم يقبل قوله. والأمارة، إنما تثبت باعتراف المقرّ له، أو بالبينة، وإنما يؤثر إذا كان الإقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل. أما إذا كان في حبس زيد، فلا يقدح ذلك في الإقرار لعمرو.

المسألة الثانية عشرة: إذا شهد الشهود، وتعرضوا لبلوغه، وصحة عقله، واختياره، فادعى المقر خلافه، لم يقبل، لما فيه من تكذيب الشهود، ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل، والطواعية، والحرية، والرشد. ويكتفى بأن الظاهر وقوع الشهادة على الإقرار الصحيح. وفي قول: يشترط التعرض لحرية مجهول الحرية. وخرّج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط، والمذهب الصحيح: الأول. قال الأصحاب: وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائعًا في صحة عقله وبلوغه، احتياط. ولو تقيدت شهادة الإقرار بكونه طائعًا، وأقام الشهود عليه بينة بكونه كان مكرهًا، قُدِّمت بينة الإكراه، ولا تقبل الشهادة على الإكراه مطلقًا، بل لا بد من التفصيل.

باب جامع الإقرار

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: إذا قال: لفلان عليّ شيء طولب بالتفسير، فإن امتنع عن التفسير جعل ناكلًا ورد اليمين على المدعي، وقضي له لأنه كالساكت عن جواب المدعي ومن أصحابنا من حكى فيه قولين: أحدهما: ما ذكرناه. والثاني: أنه يحبس حتى يفسر لأنه قد أقر بالحق وامتنع من أدائه فحبس وإن شهد شاهدان على رجل بمال مجهول ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يثبت بالحق كما يثبت بالإقرار ثم يطالب المشهود عليه كما يطالب المقر.

والثاني: أنه لا يثبت الحق لأن البينة ما أبانت عن الحق وهذه ما أبانت عن الحق وإن أقر بشيء وفسره بما قل أو كثر من المال قبل، لأن اسم الشيء يقع عليه وإن فسره بالخمر والخنزير أو الكلب أو السرجين أو جلد الميتة قبل الدباغ ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه يقبل لأنه يقع عليه اسم الشيء.

والثاني: أنه لا يقبل لان الإقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذه الأشياء لا يجب ضمانها.

والثالث: أنه إن فسره بالخمر والخنزير لم يقبل، لأنه لا يجب تسليمه، وإن فسره بالكلب والسرجين وجلد الميتة قبل الدباغ قبل. لأنه يجب تسليمه. وإن قال غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يلزمه شيء، لأنه قد يغصبه نفسه فيحبسه وإن قال: غصبتك شيئًا، ثم قال غصبته نفسه لم يقبل لأن الإقرار يقتضي غصب شيء منه ويطالب بتفسير الشيء.

فصل: وإن قال له عليّ مال ففسره بما قل أو كثر قبل لأن اسم المال يقع عليه وإن قال له: عليّ مال عظيم أو كثير قبل في تفسيره القليل والكثير لأن ما من مال إلا وهو عظيم وكثير بالإضافة إلى ما هو دونه، ولأنه يحتمل أنه أراد به أنه عظيم أو كثير عنده لقلة ماله أو لفقر نفسه، فإن قال له عليّ أكثر من مال فلان قبل في بيانه القليل والكثير لأنه يحتمل أنه يريد أنه أكثر من مال فلان لكونه من الحلال أو أكثر بقاء لكونه في ذمته.

فصل: وإن قال له عليّ درهم لزمه درهم من دراهم الإسلام وهو ستة دوانق، وزن كل عشرة سبعة مثاقيل فإن فسره بدرهم طبرية كطبرية الشام وهو دوانق فإن كان ذلك متصلًا بالإقرار قبل منه كما لو قال: له عليّ درهم إلا دانقين وإن كان منفصلًا نظرت فإن كان الإقرار في غير الموضوع الذي يعامل فيه بالدراهم الطبرية لم يقبل، كما لا يقبل الاستثناء المنفصل عن الجملة وإن كان في الموضع الذي يتعامل فيه بالدراهم الطبرية ففيه وجهان.

أحدهما: وهو المنصوص أنه يقبل لأن إطلاق الدراهم يحمل على دراهم البلد كما يحمل في البيع على دراهم البيع.

والثاني: أنه لا يقبل ويلزمه درهم من دراهم الإسلام، لأنه إخبار عن وجوب سابق بخلاف البيع فإنه إيجاب في الحال، فحمل على دراهم الموضع الذي يجب فيه. وإن قال: عليّ درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام، لأنه درهم كبير في العرف فإن فسره بما هو أكبر وهو الدرهم البغلي قبل منه لأنه يحتمل ذلك وهو غير متهم فيه. وإن قال: له عليّ درهم صغير أو له عليّ درهم لزمه درهم وازن، لأنه هو المعروف فإن كان في البلد دراهم صغار ففسره بها قبل، لأنه محتمل اللفظ. وإن قال: له عليّ مائة درهم عددًا لزمه مائة وازنة عددها مائة. لأن الدراهم تقتضي الوازنة، وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما.

فصل: وإن قال له عليّ دراهم ففسرها مزيفة لا فضة فيها لم يقبل لأن الدراهم لا تتناول ما لا فضة فيه وإن فسرها بدراهم مغشوشة فالحكم فيها كالحكم فيمن أقر بدراهم وفسرها بالدراهم الطبرية وقد بيناه، وإن قال: له عليّ دراهم وفسرها بسكة دون سكة دراهم البلد الذي أقر فيه ولا تنقص عنها في الوزن فالمنصوص أنه يقبل منه، وقال المزني: لا يقبل منه لأن إطلاق الدراهم يقتضي سكة البلد كما يقتضي ذلك في البيع وهذا خطأ لأن البيع إيجاب في الحال فاعتبر الموضع الذي يجب فيه، والإقرار إخبار عن وجوب سابق وذلك يختلف فرجع إليه.

فصل: وإن أقر بدرهم في وقت ثم أقر بدرهم في وقت آخر لزمه درهم واحد لأنه إخبار فيجوز أن يكون ذلك خبرًا عما أخبر به في الأول ولهذا لو قال: رأيت زيدًا ثم قال رأيت زيدًا لم يقتض أن يكون الثاني إخبارًا عن رؤية ثانية وإن قال: له درهم من ثمن ثوب ثم قال: له علي درهم من ثمن عبد لزمه درهمان، لأنه لا يحتمل أن يكون الثاني هو الأول. وإن قال له عليّ درهم ودرهم لزمه درهمان لأن الواو تقتضي أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه. وإن قال: له عليّ درهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه. وإن قال له عليَّ درهم لزمه درهم واحد. وإن قال لامرأته أنت طالق فطالق وقعت طلقتان واختلف أصحابنا في ذلك.

فقال أبو علي بن خيران رَحِمَهُ اللَّهُ: لا فرق بين المسألتين فجعلهما على قولين ومنهم من قال: يلزمه في الإقرار درهم وفي الطلاق طلقتان والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفصيل والدراهم يدخلها التفصيل فيجوز أن يريد: له عليّ درهم فدرهم خير منه وإن قال: له عليّ درهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم. وإن قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو شيئًا ففيه قولان:

أحدهما: أنه يقع طلقتان. والثاني: أنه يقع ثلاث طلقات فنقل أبو علي بن خيران جوابه في الطلاق إلى الإقرار وجعلهما على قولين، ومن أصحابنا من قال: يقع طلقتان في أحد القولين.

وفي الإقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولًا واحدًا، لأن الطلاق يدخله التأكيد فحمل التكرار على التأكيد، والإقرار لا يدخله التأكيد فحمل التكرار على العدد. وإن قال: له عليّ درهم فوق درهم أو درهم تحت درهم واحد لأنه يحتمل أن يكون فوق درهم أو تحت درهم في الجودة، ويحتمل فوق درهم أو تحت درهم لي فلم يلزمه زيادة مع الاحتمال. وإن قال: له عليّ درهم مع درهم لزمه درهم لأنه يحتمل مع درهم لي، فلم يلزمه ما زاد مع الاحتمال وإن قال له عليّ درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان لأن قبل وبعد تستعمل في التقديم والتأخير في الوجوب وإن قال: له درهم في عشرة فإن أراد الحساب لزمه عشرة لأن ضرب الواحد في عشرة عشرة وإن لم يرد الحساب لزمه درهم لأنه يحتمل أن له عليّ درهمًا مختلط بعشرة لي، وإن قال: له عليّ درهم بل درهم لزمه درهم لأنه لم يقر بأكثر من درهم، وإن قال: له عليّ درهم بل درهمان لزمه درهمان. وإن قال: له عليّ درهم بل دينار لزمه الدرهم والدينار، والفرق بينهما أن قوله، بل درهمان ليس برجوع عن الدرهم لأن الدرهم داخل في الدرهمين، وإنما قصد إلحاق الزيادة به وقوله بل دينار رجوع عن الدرهم وإقرار بالدينار فلم يقبل رجوعه عن الدرهم فلزمه وقبل إقراره بالدينار فلزمه، وإن قال له عليّ درهم أو دينار لزمه أحدهما وأخذ بتعيينه لأنه أقر بأحدهما. وإن قال له عليّ درهم في دينار لزمه الدرهم ولا يلزمه الدينار لأنه يجوز أن يكون أراد. في دينار لي.

فصل: وإن قال: له عليّ دراهم لزمه ثلاثة دراهم لأنه جمع وأقل الجمع ثلاثة وإن قال دراهم كثيرة لم يلزمه أكثر من ثلاثة لأنه يحتمل أنه أراد بها كثيرة بالإضافة إلى ما دونها أو أراد أنها كثيرة في نفسه وإن قال: له عليّ ما بين درهم إلى عشرة لزمه ثمانية لأن ما بينهما ثمانية وإن قال: له عليّ من درهم إلى عشرة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلم يدخلا في الإقرار فلزمه ما بينهما.

والثاني: أنه يلزمه تسعة لأن الواحد أول العدد وإذا قال من واحد كان ذلك إقرارًا بالواحد وما بعده فلزمه والعاشر حد فلم يدخل فيه.

فصل: وإن قال له عليّ كذا رجع في التفسير إليه لأنه أقر بمبهم فصار كما لو قال: عليّ شيء وإن قال له عليّ كذا درهم لزمه درهم لأنه فسر المبهم بالدرهم وإن قال: له عليّ كذا وكذا رجع في التفسير إليه لأنه أقر بمبهم وأكده بالتكرار فرجع إليه كما لو قال: له عليّ كذا. وإن قال له عليّ كذا كذا درهمًا لزمه درهم لأنه فسر المبهم به وإن قال له عليّ كذا وكذا رجع في التفسير إليه لأنه أقر بمبهمين لأن العطف بالواو يقتضي أن يكون الثاني غير الأول فصار كما لو قال: له عليّ شيء وشيء وإن قال له عليّ كذا وكذا درهم فقد روى المزني فيه قولين: أحدهما: أنه يلزمه درهم. والثاني: يلزمه درهمان فمن أصحابنا من قال

فيه قولان: أحدهما: أنه يلزمه درهمان، لأنه ذكر مبهمين ثم فسر بالدرهم فرجع إلى كل واحد منهما. والثاني: أنه يلزمه درهم لأنه يجوز أن يكون فسر المبهمين بالدرهم لكل واحد منهما نصف فلا يلزمه ما زاد مع الاحتمال.

وقال أبو إسحاق وعامة أصحابنا: إذا قال كذا وكذا درهمًا بالنصب لزمه درهمان، لأنه جعل الدرهم تفسيرًا، فرجع إلى كل واحد منها.

وإن قال: كذا وكذا درهم، لأنه يخبر عن المبهمين بأنهما درهم. وحمل القولين على هذين الحالين، وقد نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ عليه في «الإقرار والمواهب».

فصل: وإن قال: له عليّ ألف رجع في البيان إليه وبأي جنس من المال فسره قبل منه، وإن فسره بأجناس قبل منه لأنه يحتمل الجميع وإن قال له عليّ ألف درهم لزمه درهم ورجع في تفسير الألف إليه. وقال أبو ثور: يكون الجميع دراهم وهذا خطأ لأن العطف لا يقتضي أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه لأنه قد يعطف الشيء على غير جنسه كما يعطف على جنسه ألا ترى أنه يجوز أن يقول: رأيت رجلًا وحمارًا كما يجوز أن يقول رأيت رجلًا ورجلًا وإن قال: له عليّ مائة وخمسون درهمًا أو له عليّ ألف وعشرة دراهم ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه خمسون درهمًا وعشرة دراهم ويرجع في تفسير المائة والألف إليه كما قلنا في قوله: ألف ودرهم.

والثاني: أنه يلزمه مائة درهم وخمسون درهمًا أو ألف درهم وعشرة دراهم. والفرق بينها وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المعطوف على الألف لم يذكره للتفسير وإنما ذكره للإيجاب. ولهذا يجب به زيادة على الألف والدراهم المذكورة بعد الخمسين. والألف ذكرها للتفسير وبهذا يجب به زيادة على الخمسين والألف يجعل تفسيرًا لما تقدم.

الشرح: قوله: «ستة دوانق» جمع دانق، وهو سدس الدرهم، وقوله: «الدرهم البغلي» وزنه ثمانية دوانق، والدراهم المزيفة أي الرديئة.

أما الأحكام: فيصح الإقرار بالمجمل، وهو المجهول للحاجة. وسواء أقرّ به ابتداءً، أو جوابًا عن دعوى معلومة، بأن قال: لي عليك ألف، فقال: لك عليَّ شيء. والألفاظ التي تقع فيها الجهالة، لا تنحصر. وبيّن الشافعي والأصحاب ما كثر استعماله، ليُعرف ويقاس عليه غيره، وألفاظ الباب سبعة أضرب:

الضرب الأول: شيء. فإذا قال: له عليَّ شيء، طلبنا تفسيره. فإن فسره بما يُتموّل، قُبِل، كثر أم قل، كرغيف، وفلس، وتمرة حيث يكون لها قيمة. وإن فسره بما لا يتمول، لكنه من جنس ما يتمول، كحبة حنطة، أو شعير، أو قمع باذنجانة، فوجهان: أحدهما: لا يقبل تفسيره، لأنه لا يصح التزامه، كما لا تصح الدعوى به. وأصحهما: القبول، لأنه شيء يحرم أخذه، ويجب على آخذه رده، وقولهم: لا

تصح الدعوى به، ممنوع. والتمرة أو الزبيبة حيث لا قيمة لها، على الوجهين. وقيل: يقبل قطعًا. وإن لم يكن من جنس ما يتمول، فإما أن يجوز اقتناؤه لمنفعته، وإما، لا. فالأول: كالكلب المعلَّم، والسرجين، وجلد الميتة القابل للدباغ، والكلب القابل للتعليم، والخمر المحترمة، فيقبل التفسير به على الأصح. وأما الثاني: فكالخنزير، وجلد الكلب، والكلب الذي لا نفع فيه، والخمر غير المحترمة، فلا يقبل تفسيره به على الأصح. ولو فسره بوديعة، قُبل على الصحيح، لأن عليه ردها عند الطلب، وقد يتعدى فتصير مضمونة، وقيل: لا، لأنها في يده، لا عليه. ولو فسر بحق الشفعة، قُبل. ولو فسره برد السلام والعيادة، لم يقبل. قال البغوي: ولو قال: له حق، قبل تفسيره بهما، وفيه نظر.

قلت: ولو فسر الشيء بحدِّ قذفٍ، قبل على الأصح. والله أعلم.

فرع: لو قال: غصبت منه شيئًا، قَبِل تفسيرُه ما يقبلُ في الصور السابقة إذا احتمله اللفظ، احترازًا من الوديعة وحق الشفعة، ويقبل بالخمر والخنزير، نص عليه في «الأم»، لأن الغصب لا يشعر بالتزام وثبوت مال، وإنما يقتضي الأخذ، بخلاف قوله: عليّ. ولو قال: له عندي شيء، وفسر بخمر أو خنزير، قبل على الصحيح.

قلت: قال أصحابنا: لو قال: غصبتك، أو غصبتك ما تعلم، لم يلزمه شيء، لأنه قد يغصبه نفسه، فيحبسه. ولو قال: غصبتك شيئًا، ثم قال: أردت نفسك، لم يقبل. والله أعلم.

فصل: إذا أقر بمجمل، إما شيء، وإما غيره، مما سنذكره إن شاء الله تعالى، وطالبناه بالتفسير، فامتنع، فأربعة أوجه: أصحها: نحبسه كحبسنا من امتنع من أداء الحق، لأن التفسير واجب عليه. والثاني: لا يحبس، بل ينظر، إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى، وامتنع من التفسير، جُعل منكرًا، وتُعرض اليمين عليه. فإن أصر، جعل ناكلًا، وحلف المدعي. وإن أقر ابتداءً، قلنا للمقر له: ادَّع عليه حقك، فإذا ادعى، وأقر بما ادعاه، أو أنكر، أجرينا عليه حكمه. وإن قال: لا أدري، جعلناه منكرًا، فإن أصر، جعلناه ناكلًا، لأنه إذا أمكن حصول الغرض بلا حبس، لا يحبس. والثالث: إن أقر بغصب، وامتنع من بيان المغصوب، حبس. وإن أقر بدين مبهم، فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني. والرابع: إن قال: عليَّ شيء، وامتنع من التفسير، لم يحبس. وإن قال: عليَّ ثوب، أو فضة، ولم يبين، حبس، قاله أبو عاصم العبادي، وأشار في شرح كلامه، إلى أن الفرق مبني على قبول تفسير الشيء بالخمر ونحوه، فإنه لا يتوجه بذلك مطالبة وحبس.

فرع: إذا فسر المبهم بتفسير صحيح، وصدقه المقر له، فذاك، وإلا فليبين

جنس الحق وقدره، وليدَّعه، والقول قول المقر في نفيه. ثم إن كان من جنسه، بأن فسر بمئة درهم، وقال المقر له: لي عليك مئتان، فإن صدقه على إرادة المئة، فهي ثابتة باتفاقهما، ويحلف المقر على نفي الزيادة. وإن قال: أراد به المئتين، حلف المقر أنه ما أراد المئتين، وأنه ليس عليه إلا مئة، ويجمع بينهما بيمين واحدة على الصحيح. وقال ابن المرزبان: لا بد من يمينين. فلو نكل، حلف المقر له على استحقاق المئتين، ولا يحلف على الإرادة، لأنه لا اطلاع له عليها، بخلاف ما إذا مات المقر، وفسر الوارث، فادعى المقر له زيادة، فيحلف الوارث على نفي إرادة المورِّث، لأنه قد يطَّلع من حال مورِّثه على ما لا يطَّلع عليه غيره. قال البغوي: ومثله: لو أوصى بمجمل ومات، ففسره الوارث، وزعم الموصى له أنه أكثر، يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة، ولا يتعرض للإرادة.

والفرق، أن الإقرار إخبار عن حق سابق، وقد يطَّلع عليه، والوصية إنشاء أمر على الجهالة، وبيانه: إذا مات الموصي إلى الوارث. وأما إذا كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر، فينظر، إن صدقه في الإرادة، فقال: هو ثابت لي عليه، ولي عليه مع ذلك كذا، ثبت المتفق عليه، والقول قول المقر في نفي غيره. وإن صدقه في الإرادة، وقال: ليس لي عليه ما فسر به، إنما لي عليه كذا، بطل حكم الإقرار بردِّه، وكان مدعيًا عليه في غيره. وإن كذبه في دعوى الإرادة، وقال: إنما أراد ما ادعيته، حلف المقر على نفي الإرادة، وبقي ما يدعيه. ثم إن كذبه في استحقاق المقرِّ به، بطل الإقرار فيه، وإلا، فيثبت. ولو اقتصر المقر له على دعوى الإرادة، وقال: ما أردتَ بكلامك ما فسرته به، وإنما أردتَ كذا، إما من جنس المقر به، وإما من غيره، لم يسمع منه، لأن الإقرار والإرادة لا يثبتان حقًا له، بل الإقرار إخبار عن سابق، فعليه أن يدعي الحق نفسه. قال الإمام: وفيه وجه ضعيف: أنه تقبل دعوى الإرادة المجردة، وهو كالخلاف في أن من ادعى على خصمه أنه أقر له بألف درهم، هل تسمع؟ أم عليه أن يدعي نفس الألف؟ أما إذا ضم إلى الإرادة دعوى الاستحقاق، فيحلف المقر على نفيهما على التفصيل المذكور. واتفقت الطرق عليه.

فرع: مات المبهم قبل التفسير، طولب به الوارث. فإن امتنع، فقولان: أحدهما: يوقف مما ترك أقل ما يتمول. وأظهرهما: يوقف الجميع، لأنه مرتهن بالدين.

الضرب الثاني: مال. فإذا قال: له عليّ مال، قُبل تفسيره بأقل ما يتمول، ولا يقبل بما ليس بمال، كالكلب وجلد الميتة، قال الإمام: والوجه: القبول بالتمرة

الواحدة حيث يكثر، لأنه مال، وإن لم يتمول في ذلك الموضع، هكذا ذكره العراقيون، وقالوا: كل متمول مال، ولا ينعكس. وتلتحق حبة الحنطة بالتمرة. وفي قبول التفسير بالمستولدة، وجهان: أصحهما: القبول. وإن فسره بوقف عليه، فيشبه أن يخرج على الخلاف في الملك في رقبة الوقف، هل هو للموقوف عليه؟

فرع: إذا قال: له عليَّ مال عظيم، أو كثير، أو كبير، أو جليل، أو نفيس، أو خطير، أو غير تافه، أو مال، وأي مال، قبل في تفسيره بأقل ما يتمول، لأنه يحتمل أن يريد عظيم خطره بكفر مستحله، وإثم غاصبه. وقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أصل ما أبني عليه الإقرار، أن لا ألزم إلا اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة. وحكي وجه غريب: أنه يجب أن يزيد تفسير «مال عظيم» على تفسير مطلق المال، ليكون لوصفه بالعظم فائدة. ولو قال: مال حقير، أو قليل، أو خسيس، أو طفيف، أو تافه، أو نزر، أو يسير، فهو كقوله: مال. وتحمل هذه الصفات على احتقار الناس إياه، أو على أنه فانٍ.

فرع: قال: لزيد عليَّ مال أكثر من مال فلان، يقبل تفسيره بأقل متمول وإن كثر مال فلان، لأنه يحتمل أنه أكثر لكونه حلالًا، وذلك حرام أو نحوه.

وكما أن القدر مبهم، فكذلك الجنس والنوع. ولو قال: له عليَّ أكثر من مال فلان عددًا والإبهام في الجنس والنوع. ولو قال: له علي من الذهب أكثر من مال فلان، فالإبهام في القدر والنوع. ولو قال: من صحاح الذهب، فالإبهام في القدر وحده. ولو قال: لزيد عليَّ مال أكثر مما شهد به الشهود على فلان، قبل في تفسيره بأقل متمول، لاحتمال أن يعتقدهم شهود زور، ويقصد أن القليل الحلال أكثر بركة من كثير يؤخذ بالباطل. ولو قال: أكثر مما قضى به القاضي على فلان، فوجهان: أحدهما: يلزم القدر المقضيّ به، لأن قضاء القاضي محمول على الحق. وأصحهما: أنه كالشهادة، فيقبل أقل متمول، لأنه قد يقضي بشهادة كاذبين. ولو قال: لزيد عليَّ أكثر مما في يد فلان، قبل أقل متمول. ولو قال: له عليَّ أكثر مما في يد فلان من الدراهم، لم يلزمه التفسير بجنس الدراهم، لكن يلزم بذلك العدد من أي جنس فسّر، وزيادة أقل متمول، كذا قاله في «التهذيب»، وهو مخالف ما سبق من وجهين: أحدهما: إلزام ذلك العدد. والثاني: إلزام زيادة، لأن التأويل الذي ذكرناه للأكثرية، بنفيهما جميعًا. ولو قال: له عليَّ من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم، وكان في يد فلان ثلاثة دراهم، قال البغوي: يلزمه ثلاثة دراهم، وزيادة أقل ما يتمول. والأصح: ما نقله الإمام أنه لا يلزمه زيادة، حملًا للأكثر على ما سبق. وحكى عن شيخه: أنه لو فسره بما دون الثلاثة، قبل أيضًا. ولو كان في

يده عشرة دراهم، وقال المقر: لم أعلم، وظننتها ثلاثة، قبل قوله بيمينه.

الضرب الثالث: كذا. فإذا قال: لزيد عليَّ كذا، فهو كقوله: له شيء. ولو قال: كذا كذا، فهو كقوله: كذا، والتكرار للتأكيد. ولو قال: كذا وكذا، لزمه التفسير بشيئين متفقين أو مختلفين، بحيث يقبل كل واحد منهما في تفسير «كذا». وهكذا الحكم فيما لو قال: علي شيء شيء، أو شيء وشيء. ولو قال: كذا درهم، يلزمه درهم فقط، وكان الدرهم تفسير ما أبهمه. وفي وجه لأبي اسحٰق: يلزمه عشرون درهمًا إن كان يعرف العربية، لأنه أول اسم مفرد ينتصب الدرهم المفسر بعده. والصحيح المعروف: هو الأول. وأجاب الأصحاب، بأن في تفسير المبهم لا ينظر إلى الإعراب. ولهذا لو قال: عليَّ كذا درهم صحيح، لا يلزمه مئة درهم بالاتفاق، وإن كان ذلك مقتضاه بالعربية. ولو قال: كذا درهم من غير صفة الصحة، لزمه أيضًا درهم على الصحيح. وقيل: بعض درهم. ولو قال: كذا درهم، بالرفع، لزمه درهم بلا خلاف.

ولو قال: كذا درهم، ووقف عليه ساكنًا، فكالمخفوض. ولو قال: كذا كذا درهمًا، لزمه درهم فقط على الصحيح. وقال أبو إسحاق: يلزمه أحد عشر درهمًا إن عرف العربية. ولو قال: كذا كذا درهم، أو درهم لزمه درهم فقط. ويجيء في المخفوض الوجه السابق ببعض درهم. ولو قال: كذا وكذا درهمًا، لزمه درهمان على المذهب. وفي قول: درهم. وفي قول: درهم وشيء. وفي وجه لأبي إسحاق: أحد وعشرون درهمًا إن عرف العربية. ولو قال: كذا وكذا درهم، بالرفع، لزمه درهم فقط على المذهب. وقيل: قولان. ثانيهما: درهمان. ولو قال: كذا وكذا درهم، بالخفض، لزمه درهم فقط. ويمكن أن يخرج مما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم، أو لا يلزمه إلا بعض درهم. ولو قال: كذا وكذا وكذا درهمًا، فإن قلنا: إذا كرر مرتين يلزمه درهمان، لزمه هنا ثلاثة. وإن قلنا: درهم، فكذا هنا.

فصل: قال: له عليَّ ألف ودرهم، أو ودراهم، أو ألف وثوب، أو ألف وعبد، فله تفسيره بغير جنس ما عطف عليه. ولو قال: له خمسة عشر درهمًا، فكلها دراهم. ولو قال: خمسة وعشرون درهمًا، فكلُّها دراهم على الصحيح وقال ابن خيران، والإصطخري: العشرون دراهم، والخمسة مجملة تفسرها. وعلى هذا الخلاف قوله: مئة وخمسة وعشرون درهمًا، وقوله: ألف ومئة وخمسة وعشرون درهمًا، وكذا قوله: ألف وثلاثة أثواب، وقوله: مئة وأربعة دنانير، وقوله: مئة ونصف درهم. ولو قال: درهم ونصف، أو عشرة دراهم ونصف، فالكل دراهم على الصحيح الذي قاله الأكثرون، لأنه المعروف في الاستعمال. وقال الإصطخري

وجماعة: النصف مجملة. ولو قال: نصف ودرهم، فالنصف مجمل. ولو قال: مئة وقفيز حنطة، فالمئة مجملة، بخلاف قوله: مئة وثلاثة دراهم، لأن الدراهم تصلح تفسيرًا للكل، والحنطة لا تصلح تفسيرًا للمئة، لأنه لا يصح أن يقال: مئة حنطة. ولو قال: عليَّ ألف درهم، برفعهما وتنوينهما، فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم، كأنه قال: الألف مما قيمة الألف منه درهم.

الضرب الرابع: درهم. قد ذكرنا في الزكاة، أن دراهم الإسلام المعتبر بها نُصُب الزكاة والديات وغيرها، كل عشرة منها سبعة مثاقيل، وكل درهم ستة دوانيق. ونزيد الآن، أن الدانق: ثمان حبات وخمسا حبة، فيكون الدرهم خمسين حبة وخمسي حبة، والمراد: حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر، لكن قطع من طرفيها ما دق وطال، والدينار: اثنان وسبعون حبة منها، هكذا نقل عن رواية أبي القاسم بن سلَّام، وحكاه الخطابي عن ابن سريج. وفي «الحلية» للروياني، أن الدانق ثمان حبات، فيكون الدرهم: ثمانية وأربعين حبة. فإذا قال: له عليَّ درهم، أو ألف درهم، ثم قال: هي ناقصة، نظر، إن كان في بلدٍ دراهمه تامة، وذكره متصلًا، قبل على المذهب، كما لو استثنى. وقال ابن خيران: في قبوله قولان بناءً على تبعيض الإقرار. وإن كان ذكره منفصلًا، لم يقبل، ولزمه دراهم الإسلام، إلا أن يصدقه المقر له، لأن لفظ الدرهم صريح فيه وضعًا وعرفًا. واختار الروياني أنه يقبل، لأن اللفظ يحتمله، والأصل براءة ذمته، وحكاه عن جماعة من الأصحاب، وهو شاذ. وإن كان في بلدٍ دراهمه ناقصة، قُبل إن ذكره متصلًا قطعًا، وكذا إن ذكره منفصلًا على الأصح المنصوص. ويجري هذا الخلاف، فيمن أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من دراهم الإسلام، مثل غزنة، هل يحمل على دراهم البلد، أو الإسلام؟ فإن قلنا: بالأول، فقال: عنيت دراهم الإسلام، منفصلًا، لم يقبل. وإن كان متصلًا، فعلى الطريقين. والمذهب: القبول.

فرع: الدرهم عند الإطلاق، إنما يستعمل في النقرة. فلو أقر بدراهم، وفسرها بفلوس، لم يقبل، وإن فسرها بمغشوشة، فكالتفسير بالناقصة، لأن نقرتها تنقص عن التامة، فيعود فيه التفصيل في الناقصة. ولو فسر بجنس رديء من الفضة، أو قال: أردت من سكة كذا، وهي جارية في ذلك البلد، قبل، كما لو قال: له عليَّ ثوب، ثم فسره برديء، أو بما لا يعتاد أهل البلد لبسه، بخلاف ما لو فسر بناقصة، لأنه يرفع شيئًا مما أقر به، ويخالف البيع، فإنه يحمل على سكة البلد، لأنه إنشاء معاملة. والغالب، أن المعاملة في كل بلد بما يروج فيه. والإقرار، إخبار عن حق سابق، وربما ثبت في ذمته ببلد آخر، فوجب قبول تفسيره. وقال المزني: لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد، ووافقه غيره من أصحابنا.

فرع: إذا قال: له عليَّ درهم أو دريهمات، أو درهم صغير، أو دراهم صغار، ففيه اختلاف كثير. والأصح: أنه كقوله: درهم أو دراهم، فيعود في تفسيره بالنقص التفصيل السابق، وليس التقييد بالصغير كالتقييد بالنقصان، لأن لفظ الدراهم صريح في الوزن، والوصف بالصغير يجوز أن يكون في الشكل، ويجوز بالإضافة إلى غيرها. وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه: يلزمه من الدراهم الطبريّة، وهي أربعة دوانيق. ولم يفرقوا بين بلد وبلد، لأن ذلك المتيقن. ولو قال: درهم كبير، فالمذهب: أنه كقوله: درهم. وقال البغوي: إن كان في بلدٍ أوزانهم ناقصة أو تامة، لزمه درهم الإسلام. وإن كانت أوزانهم زائدة، لزمه من نقد البلد. وفي إلزامه نقد البلد إشكال.

فرع: إذا قال: عليَّ دراهم، لزمه ثلاثة، ولا يقبل تفسيره بأقل منها. ولو قال: دراهم عظيمة، أو كثيرة، فثلاثة، ويجيء فيه الوجه السابق في «مال عظيم» ولو قال: عليَّ أقل أعداد الدراهم، لزمه درهمان. ولو قال: مئة درهم عدد، لزمه مئة درهم بوزن الإسلام صحاح. قال في «التهذيب»: ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانيق، وكذلك في البيع. ولا يقبل مئة بالعدد ناقصة الوزن، إلا أن يكون نقد البلد عددية ناقصة، فظاهر المذهب: القبول. ولو قال: عليَّ مئة عدد من الدراهم، اعتبر العدد دون الوزن.

فصل: قال: عليَّ من درهم إلى عشرة، لزمه تسعة على الأصح عند العراقيين، والغزالي. وقيل: عشرة، وصححه البغوي. وقيل: ثمانية، كما لو قال: بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لا يدخل الجداران في البيع. واحتج الشيخ أبو حامد للأول، بأنه لو قال: لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة، تدخل الأولى في الإقرار دون الأخيرة. وفيما قاله نظر، وينبغي أن لا تدخل الأولى أيضًا، كقوله: بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار. ولو قال: ما بين درهم إلى عشرة، فالصحيح المشهور: أنه يلزمه ثمانية، وهو نصه. وقيل: تسعة، ونقله في «المفتاح» عن نصه. وقيل: عشرة، حكاه أبو خلف السلمي عن القفال. ولم يفرقوا بين قوله: ما بين درهم إلى عشرة، وقوله: ما بين درهم وعشرة. وربما سوَّوا بينهما. ويجوز أن يفرق، فيقطع بالثمانية في الصيغة الأخيرة.

فصل: قال: له عليَّ درهم في عشرة، إن أراد الظرف، لزمه درهم فقط. وإن أراد الحساب، فعشرة. وإن أراد بـ«في»: «مع»، لزمه أحد عشر. وإن أطلق، فدرهم. وحكي قول في مثله في الطلاق: أنه يحمل على الحساب، وهو جارٍ هنا.

الضرب الخامس: الظرف. الأصل في هذا، أن الإقرار بالظروف ليس إقرارًا

بالمظروف. وكذا عكسه، ودليله، البناء على اليقين. أما إذا قال: له عندي زيت في جرة، أو سيف في غمد، أو ثوب في منديل، أو تمر في جراب، أو لبن في كوز، أو طعام في سفينة، أو غصبته زيتًا في جرة، فهو مقرّ بالمظروف فقط. ولو قال: له عندي غمد فيه سيف، وجرة فيها زيت، وجراب فيه تمر، وسفينة فيها طعام، فإقرار بالظرف فقط. ولو قال: فرس في إصطبل، أو حمار على ظهره إكاف، أو دابة عليها سرج أو زمام، وعبد على رأسه عمامة، أو في وسطه منطقة، أو في رجله خف، أو عليه قميص، فإقرار بالدابة والعبد فقط. ولو قال: عمامة على رأس عبد، أو سرج على ظهر دابة، فإقرار بالعمامة والسرج فقط.

وقال صاحب «التلخيص»: إذا قال: عبد على رأسه عمامة، أو في رجله خف، فإقرار بهما مع العبد. وجمهور الأصحاب، على ما سبق. ولو قال: دابة مسروجة، أو دار مفروشة، لم يكن مقرًا بالسرج والفرش، بخلاف ما لو قال: بسرجها وبفرشها، وبخلاف ما لو قال: ثوب مطرز، لأن الطراز، جزء من الثوب. وقيل: إن ركّب فيه بعد النسج، فعلى وجهين مذكورين في أخوات المسألة. ولو قال: فَصٌّ في خاتم، فإقرار بالفص فقط، ولو قال: خاتم فيه فص ففي كونه مقرًا أيضًا بالفص وجهان: قال البغوي. أصحهما: المنع. ولو اقتصر على قوله: عندي له خاتم. ثم قال بعد ذلك: ما أردت الفص، لم يقبل منه على المذهب، بل يلزمه الخاتم بفصه، لأن الخاتم تناولهما، فلا يقبل رجوعه عن بعض ما تناوله الإقرار، وحكى الغزالي فيه وجهين: ولو قال: حمل في بطن جارية، لم يكن مقرًا بالجارية. وكذا نعل في حافر دابة، وعروة على قمقمة. ولو قال: جارية في بطنها حمل، ودابة في حافرها نعل، وقمقمة عليها عروة، فوجهان: كقوله: خاتم في فص. ولو قال: هذه الجارية لفلان، وكانت حاملًا، لم يدخل الحمل في الإقرار على الأصح، لأنه إخبار، فكان على حسب إرادة المخبر، بخلاف البيع، فإن الحمل يدخل فيه. ولو قال: له هذه الجارية إلا حملها، لم يدخل الحمل قطعًا.

ولو قال: ثمرة على شجرة، لم يكن مقرًا بالشجرة. ولو قال: شجرة عليها ثمرة، بني على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الإقرار بالشجرة؟ وهي لا تدخل بعد التأبير على الصحيح، ولا قبله على الأصح، وبه قطع البغوي، لأن الاسم لا يتناولها لغة، بخلاف البيع، فإنه ينزل على المعتاد، وذكر القفال وغيره في ضبط الباب: أن ما دخل تحت البيع المطلق، دخل تحت الإقرار، وما لا، فلا، وما ذكرنا في المسائل يقتضي أن يقال في الضبط: ما لا يتبع في البيع، ولا يتناوله الاسم، لم يدخل، وما يتبع ويتناوله الاسم، دخل، وما يتبع ولم يتناوله الاسم، فوجهان:

فصل: إذا قال: له عليَّ ألف في هذا الكيس، لزمه، سواء كان فيه ألف، أم لم يكن فيه شيء أصلًا، لأن قوله: عليَّ، يقتضي اللزوم، ولا يكون مقرًا بالكيس كما سبق. فإن كان فيه دون الألف، فوجهان: قال أبو زيد: لا يلزمه إلا ذلك القدر. وقال القفال: يلزمه الإتمام، وهذا أصح. ولو قال: عليَّ الألف الذي في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف، لم يلزمه الإتمام على الصحيح. وإن لم يكن فيه شيء، فوجهان: ويقال: قولان، بناء على ما لو حلف: ليَشربن ماء هذا الكوز، ولا ماء فيه، هل تنعقد يمينه ويحنث، أم لا؟

فصل: لو قال: لفلان في هذا العبد ألف درهم، فهذا لفظ مجمل، فيسأل، فإن قال: أردت أنه جني عليه، أو على ماله جنايةً أرشها ألف، قُبل ويعلق الأرش برقبته. وإن قال: أردت أنه رهن عنده بألف عليَّ، فوجهان: أحدهما: لا يقبل، لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلًا للألف، ومحل الدين الذمة، لا المرهون. فعلى هذا، إذا نازعه المقر له، أخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير، وطالبناه للإقرار المجمل بتفسير صالح. وأصحهما: القبول، لأن الدَّين وإن كان في الذمة، فله تعلق ظاهر بالمرهون. وإن قال: أردت أنه وزن في ثمنه ألفًا، قيل له: هل وزنت في ثمنه شيئًا؟ فإن قال: لا، فالعبد كله للمقر له. وإن قال: نعم، سئل عن كيفية الشراء، أكان دفعة واحدة، أم لا؟ فإن قال: دفعة، سئل ما قدر ما وزن؟ فإن قال: وزنت ألفًا أيضًا، فالعبد بينهما نصفان. وإن قال: ألفين، فله ثلثا العبد، وللمقر له ثلاثة. وعلى هذا، القياس، ولا نظر إلى قيمة العبد. وإن قال: اشتريناه دفعتين ووزن هو في ثمن عشره مثلًا ألفًا، واشتريت أنا تسعة أعشاره بألف، قبل قوله، لأنه محتمل. وإن قال: أردت أنه أوصي له من ثمنه بألف، قُبل وبيع ودفع إليه من ثمنه ألف، وليس له دفع الألف من ماله. ولو قال: دفع إليَّ الألف لأشتري له العبد، ففعلت، فإن صدقه المقر له، فالعبد له. وإن كذبه، فقد رد إقراره بالعبد، وعليه ردُّ الألف الذي أخذ. وإن قال: أردت أنه أقرضني ألفًا، فصرفته إلى ثمنه، قبل ولزمه الألف. وتوجيه الخلاف إذا أقر برهنه يقتضي عوده هنا. ولو قال: له من هذا العبد ألف درهم، فهو كقوله: في هذا العبد. ولو قال: من ثمن هذا العبد، فكذلك، قاله في «التهذيب». وجميع ما ذكرناه في هذا الفصل، هو فيما إذا اقتصر على قوله: له في هذا العبد، ولم يقل: عليَّ، فإن قال: عليَّ، كان التزامًا بكل حال، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في آخر الفصل الذي بعد هذا.

فرع: قال: له عليّ درهم في دينار، فهو كقوله: له ألف في هذا العبد. فإن نوى نفي «مع»، لزماه.

فصل: قال الشافعي رحمه الله في «المختصر»: لو قال: له في ميراث أبي ألف درهم، كان مقرًا على أبيه بدين. ولو قال: له في ميراثي من أبي ألف درهم، كان هبة، إلا أن يريد إقرارًا. قال الأصحاب: النصان على ظاهرهما. وعن صاحب «التقريب» إشارة إلى التسوية، كأنه نقل وخرج. والمذهب: الفرق. ومثله، لو قال: له في هذه الدار نصفها، فهو إقرار. ولو قال: في داري نصفها، فهو وعد هبة، نص عليهما. ولو قال: له في مالي ألف درهم، كان إقرارًا. ولو قال: له من مالي ألف درهم، كان وعد هبة، نص عليهما.

واختلف الأصحاب في قوله: له في مالي ألف، فقيل: قولان. أحدهما: هو وعد هبة. والثاني: إقرار. وقيل: هبة قطعًا. وحملوا النص على خطأ الناسخ، وربما أوَّلوه على ما لو أتى بصيغة التزام فقال: عليَّ في مالي، فإنه إقرار، كما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإذا أثبتنا الخلاف، فعن الشيخ أبي علي، طرده فيما إذا قال: في داري نصفها. وامتنع من طرده فيما إذا قال: في ميراثي من أبي. وعن صاحب «التقريب» وغيره، طرده فيه بطريق الأولى، لأن قوله: في ميراثي من أبي، أولى بأن يجعل إقرارًا من قوله: في مالي أو في داري، لأن التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها، فيحسن إضافة الميراث إلى نفسه مع الإقرار بالدين، بخلاف المال والدار.

وأما فرقه في النص الأخير، بين «في» و«من»، فمن الأصحاب من قال: لا فرق، ولم يثبت هذا النص، أو أوَّلوه، ومنهم من فرَّق، بأن «في» يقتضي كون مال المقر ظرفًا لمال المقر له، وقوله: من مالي، يقتضي التبعيض، وهو ظاهر في الوعد بأنه يقطع له شيئًا من ماله. وإذا فرقنا بينهما، لزمه مثله في الميراث قطعًا. والمذهب: أنه لا فرق بينهما، وأن الحكم في قوله: «في مالي» كما ذكرنا أولًا في «ميراثي». واستبعد الإمام تخريج الخلاف في قوله: له في داري نصفها، لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه، لم ينتظم منه الإقرار ببعضه، كما لا ينتظم الإقرار بكله في قوله: «داري لفلان»، وخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءًا من مسمى ما أضافه إلى نفسه، كقوله: في مالي ألف، أو في داري ألف. وحيث قلنا في هذه الصور: إنه وعد هبة، لا إقرار، فذلك إذا لم يذكر كلمة الالتزام فأما إذا ذكرها بأن قال: عليَّ ألف درهم في هذا المال، أو في مالي، أو في ميراثي من أبي، أو في ميراث أبي، أو في داري، أو في عبدي، أو هذا العبد، فهو إقرار بكل حال. ولو قال: له في ميراثي من أبي، أو في مالي بحق لزمني. أو بحق ثابت، وما أشبهه، فهو إقرار بكل حال، كما لو قال: عليَّ، ذكره ابن القاص، والشيخ أبو

حامد، وغيرهما. واعلم أن مقتضى قولنا في قوله: علي في هذا المال، أو في هذا العبد ألف درهم، هو إقرار: أنه يلزمه الألف وإن لم يبلغ ذلك المال ألفًا، بخلاف ما إذا قال: له عليَّ ألف في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف، فإن فيه خلافًا سبق، فإن ظرفية العبد للدراهم، ليست كظرفية الكيس لها، لكن لو قال: له في هذا العبد ألف، من غير كلمة «عليَّ»، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه، فلم يبلغ ثمنه ألفًا، لم يجب عليه تتميم الألف بحال.

الضرب السادس: التأكيد والعطف ونحوهما. وفيه مسائل:

إحداها: قال: علي درهم درهم درهم، لزمه درهم فقط، وكذا لو كرره هكذا ألف مرة فأكثر. ولو قال: درهم ودرهم، أو درهم ثم درهم، لزمه درهمان للمغايرة. ولو قال: درهم ودرهم ودرهم، لزمه بالأول والثاني درهمان. وأما الثالث، فإن أراد به درهمًا آخر، لزمه، وإن قال: أردت به تأكيد الثاني، قُبِل، ولزمه درهمان فقط. وإن قال: أردت به تأكيد الأول، لم يقبل على الأصح، فيلزمه ثلاثة. وإن أطلق، لزمه ثلاثة على المذهب، وبه قطع الأكثرون. وقال ابن خيران: فيه قولان كالطلاق، ثانيهما درهمان. فعلى المذهب، لو كرره عشر مرات فأكثر، لزمه بعدد ما كرر. ولو قال: عليَّ درهم، ثم درهم، ثم درهم، فهو كقوله: درهم ودرهم ودرهم. ولو قال: درهم ودرهم، ثم درهم، لزمه ثلاثة بكل حال.

الثانية: قال: عليّ درهم مع درهم، أو معه درهم، أو فوق درهم، أو فوقه درهم، أو تحت درهم، أو تحته درهم، أو عليّ درهم، أو عليه درهم، فالمذهب والمنصوص والذي قطع به الأكثرون: أنه يلزمه درهم. وقيل: قولان. ثانيهما: درهم. وقال الداركي: مع الهاء، درهمان، وبحذفها، درهم. ولو قال: له عليّ درهم قبل درهم، أو قبله درهم، أو بعده درهم، لزمه درهمان على المذهب والمنصوص، وبه قطع الأكثرون. وقيل: قولان. ثانيهما: درهم. وقال ابن خيران وغيره: مع الهاء درهمان. وبحذفها، درهم.

الثالثة: قال: له عليّ أو عندي درهم فدرهم، إن أراد العطف، لزمه درهمان، وإلا، فالنص لزوم درهم فقط. ونص في: أنت طالق، فطالق، أنه طلقتان. وقال ابن خيران: فيهما قولان. أحدهما: درهمان وطلقتان. والثاني: درهم وطلقة. والمذهب الذي قطع به الأكثرون: تقرير النصين. ولو قال: درهم فقفيز حنطة، فهل يلزمه درهم فقط، أم يلزمانه جميعًا؟ فيه هذا الخلاف. وذكر أبو العباس الروياني، أن قياس ما ذكرنا في الطلاق: أنه إذا قال: بعتك بدرهم فدرهم، يكون بائعًا بدرهمين، لأنه إنشاء، لا إخبار.

الرابعة: إذا قال: عليّ درهم، بل درهم، لزمه درهم فقط. ولو قال: درهم، لا بل درهم، ولكن درهم، فكذلك. ولو قال: درهم، لا بل درهمان، أو قفيز حنطة، لا بل قفيزان، لزمه درهمان، أو قفيزان فقط. هذا إذا لم يعين. فأما إن قال: له عندي هذا القفيز، بل هذان القفيزان، فيلزمه الثلاثة، لأن المعين لا يدخل في المعين. وكذا لو اختلف جنس الأول والثاني مع عدم التعيين، بأن قال: درهم بل ديناران، أو قفيز حنطة، بل قفيزا شعير، لزمه الدرهم والديناران، وقفيز الحنطة وقفيزا الشعير. ولو قال: درهمان بل درهم، أو عشرة، بل تسعة، لزمه الدرهمان والعشرة، لأن الرجوع عن الأكثر لا يقبل، ويدخل فيه الأقل. ولو قال: دينار، بل ديناران، بل ثلاثة، لزمه ثلاثة. ولو قال: دينار، بل ديناران، بل قفيز، بل قفيزان، لزمه ديناران وقفيزان. ولو قال: دينار وديناران، بل قفيز وقفيزان، لزمه ثلاثة دنانير وثلاثة أقفزة، وقس عليه ما شئت.

الضرب السابع: التكرار. القول الجملي فيه أنَّ تكرُّر الإقرار لا يقتضي تكرر المقرّ به، لأن الإقرار إخبار، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه، فينزل على واحد، إلا إذا عرض ما يمنع من ذلك، فيحكم بالمغايرة. فإذا أقر لزيد يوم السبت بألف، ويوم الأحد بألف، لزمه ألف فقط، سواء وقع الإقراران في مجلس أو مجلسين، وسواء كتب به صكًا وأشهد عليه شهودًا على التعاقب، أو كتب صكًا بألف وأشهد عليه، ثم كتب صكًا بألف وأشهد عليه. ولو أقر في يوم بألف، وفي آخر بخمسمئة، دخل الأقل في الأكثر. ولو أقر يوم السبت بألف من ثمن عبد، ويوم الأحد بألف من ثمن جارية، أو قال مرة: صحاح، ومرة: مكسرة، لزمه ألفان. وكذا لو قال: قبضت منه يوم السبت عشرة، ثم قال: قبضت منه يوم الأحد عشرة، أو طلقها يوم السبت طلقة، ثم قال: طلقتها يوم الأحد طلقتين، تعدد. ولو قال يوم السبت: طلقتها طلقة، ثم أقر يوم الأحد بطلقتين، لم يلزم إلا طلقتان. ولو أضاف أحد الإقرارين إلى سبب، أو وصف الدراهم بصفة، وأطلق الإقرار الآخر، نزل المطلق على المضاف، لإمكانه.

فرع: لو شهد عدل أنه أقر يوم السبت بألف، أو بغصب دار، وشهد آخر أنه أقر يوم الأحد بألف، أو بغصب تلك الدار، لفَّقنا الشهادتين واعتبرنا الألف والغصب، لأن الإقرار لا يوجب حقًا بنفسه، وإنما هو إخبار عن ثابت، فينظر إلى المخبَر عنه وإلى اتفاقهما على الإخبار عنه. وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالعربية، والآخر على إقراره بألف بالعجمية. ولو شهد عدل أنه طلقها يوم السبت، وآخر أنه طلقها يوم الأحد، لم يثبت بشهادتهما شيء لأنهما لا يتفقان على شيء،

وليس هو إخبارًا حتى ينظر إلى المقصود المخبَر عنه. وقيل: في الإقرارين والطلاقين، قولان بالنقل والتخريج. قال الإمام: أما التخريج من الطلاق إلى الإقرار، فقريب في المعنى وإن بعد في النقل، لأن الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد، بل شهد هذا على إقرار، وذاك على إقرار آخر. والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة، زيادة التوثق، وأما التخريج من الإقرار إلى الطلاق، فبعيد نقلًا ومعنىً، لأن من طلق اليوم، ثم طلق غدًا، والمرأة رجعية، وزعم أنه أراد طلقة واحدة، لم يقبل منه، فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم، وشاهد على طلاق الغد؟ ويجري التخريج على ضعفه في سائر الإنشاءات وفي الافعال، كالقتل، والقبض، وغيرهما. والمذهب: الأول، حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت بالعربية، والآخر أنه قذف يوم الأحد بالعجمية، لم يثبت بشهادتهما شيء.

ولو شهد أحدهما على إقراره أنه يوم السبت قذفه، أو قذفه بالعربية، والآخر على إقراره أنه يوم الأحد قذفه بالعجمية، لم يلفق أيضًا، لأن المقرّ به شيئان مختلفان. ولو شهد عدل بألف من ثمن مبيع، وآخر بألف من قرض، أو شهد أحدهما بألف اقترضه يوم السبت، وآخر بألف اقترضه يوم الأحد، لم يثبت بشهادتهما شيء، لكن للمشهود له أن يعين أحدهما ويستأنف الدعوى به، ويحلف مع الذي يشهد به، وله أن يدعيهما، ويحلف مع كل واحد من الشاهدين. ولو كانت الشهادة على الإقرار، فشهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع، وشهد الآخر أنه أقر بألف من قرض، لم يثبت الألف أيضًا على الصحيح. ولو أدعى ألفًا، فشهد أحدهما أنه ضمن الألف، والآخر أنه ضمن خمسمئة، ففي ثبوت خمسمئة قولان، وهذا قريب من التخريج في الإنشاءات، أو هو هو. ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين، والآخر أنه أبرأه، لم يلفق على المذهب. ولو شهد الثاني أنه برىء إليه منه، قال أبو عاصم العبادي: يلفق. وقيل: بخلافه.

فرع: ادعى ألفين، وشهد له عدل بألفين، وآخر بألف، ثبت الألف، وله أن يحلف مع الشاهد بألفين، ويأخذ ألفين. وكذا الحكم، لو كانت الشهادتان على الإقرار. ولو شهد أحدهما بثلاثين، والآخر بعشرين، ثبتت العشرون كالألف مع الألفين. وفي وجه ضعيف: لا تثبت، لأن لفظ الثلاثين لا يشمل العشرين، ولفظ الالفين، يشمل الألف، فربما سمع أحدهما الألف، وغفل عن آخره. ولو ادعى ألفًا، فشهد له عدل بألف، وآخر بألفين، فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يُستَشهد. وفي مصيره بذلك مجروحًا، وجهان: إن لم يصر مجروحًا، فشهادته بالزيادة مردودة. وفي الباقي، قولا تبعيض الشهادة وقطع بعضهم بثبوت الألف، وخص الخلاف في

التبعيض بما إذا اشتملت الشهادة على ما يقتضي الرد، كما إذا شهد لنفسه ولغيره. فأما إذا زاد على المدعى به، فقوله في الزيادة ليس شهادة، بل هو كما لو أتى بالشهادة في غير مجلس الحكم. وإن قلنا: يصير مجروحًا، قال البغوي: يحلف مع شاهد الألف ويأخذه. وقال الإمام: إنه على هذا الوجه: إنما يصير مجروحًا في الزيادة، فأما الألف المدعى به، فلا حرج في الشهادة عليه، لكن إذا ردت الشهادة في الزائد، كانت الشهادة في المدعى به على قولي التبعيض. فإن لم نبعضها، فأعاد الشهادة بالألف، قبلت، لموافقتها الدعوى، ولا يحتاج إلى إعادة الدعوى على الأصح.

فصل: في مسائل منثورة: إحداها: أقر بجميع ما في يده وينسب إليه، صح. فلو تنازعا في شيء، هل كان في يده حينئذٍ؟ فالقول قول المقر، وعلى الآخر البينة. ولو قال: ليس لي مما في يدي إلا ألف، صح وعمل بمقتضاه. ولو قال: لا حق لي في شيء مما في يد فلان، ثم ادعى شيئًا وقال: لم أعلم كونه في يده يوم الإقرار، صدِّق بيمينه.

الثانية: قال: لفلان عليَّ درهم أو دينار، لزمه أحدهما، وطولب بتعيينه. وقيل: لا يلزمه شيء، وهو ضعيف جدًا.

الثالثة: قال: له عليّ ألف، أو على زيد أو على عمرو، لم يلزمه شيء. وكذا لو قال على سبيل الإقرار: أنت طالق، أو، لا، وإن ذكره في معرض الإنشاء، طلقت، كما لو قال: أنت طالق طلاقًا لا يقع عليك.

الرابعة: قال: لزيد عليّ ألف درهم، وإلا فلعمرو عليّ ألف دينار، لزمه ألف درهم لزيد، وكلامه الآخر للتأكيد.

الخامسة: الإقرار المطلق، ملزِم، ويؤاخذ به المقرّ على الصحيح المعروف. وخرج وجه: أنه لا يلزم حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم، لأن الأصل براءة الذمة، والإقرار ليس موجبًا في نفسه، وأسباب الوجوب مختلف فيها. وربما ظن ما ليس بموجب موجبًا، وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل، وكما لو أقر بأن فلانًا، وارثه، لا يقبل حتى يبين جهة الإرث.

السادسة: قال: وهبت لك كذا وخرجتُ منه إليك، فالأصح، أن لا يكون مقرًا بالإقباض، لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة. وقال القفال والشاش: هو إقرار بالإقباض، لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالإقباض بعد العقد المفروغ منه.

السابعة: أقر الأب بعين مال لابنه، فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع، ويمكن أن يكون مستنده ما لا يمنع وهو الهبة، فهل له الرجوع؟ وجهان:

أحدهما: نعم، وبه أفتى القاضيان: أبو الطيب، والماوردي، تنزيلًا للإقرار على أضعف الملكين، وأدنى السببين، كما ينزل على أقل المقدارين. والثاني: لا، قاله أبو عاصم العبادي، لأن الأصل بقاء الملك للمقر له. ويمكن أن يتوسط فيقال: إن أقر بانتقال الملك منه إلى الأبن، فالأمر على ما قال القاضيان، وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العبادي.

الثامنة: أقر في صك بأنه لا دعوى له على زيد، ولا طَلبة بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب، ثم قال: إنما أردت به: في عمامته وقميصه، لا في داره وبستانه. قال القاضي أبو سعد بن أبي يوسف: هذا موضع تردد، والقياس قبوله، لأن غايته تخصيص عموم، وهو محتمل.

فصل: المقرّ به المجهول، قد يعرف بغير تفسير المقرِّ، بأن يحيله على معرِّف، وهو ضربان:

أحدهما: أن يقول: له عليّ من الدراهم بوزن هذه الصنجة، أو بعدد المكتوب في كتاب كذا، أو بقدر ما باع به زيد عبده، وما أشبه ذلك، فيرجع إلى ما أحال عليه.

الضرب الثاني: أن يذكر ما يمكن استخراجه بالحساب، فمن أمثلته: لزيد عليَّ ألف إلا نصف ما لابنيه عليَّ، ولابنيه عليَّ ألف إلا ثلث ما لزيد عليّ. ولمعرفته طرق:

أحدها: أن تجعل لزيد شيئًا، وتقول: للابنين ألف إلا ثلث شيء، فيأخذ نصفه وهو خمسمئة إلا سدس شيء، وتسقطه من الألف، يبقى خمسمئة، وسدس شيء، وذلك يعدل الشيء المفروض لزيد، لأنه جعل له ألفًا إلا نصف ما لابنيْه، فيسقط سدس شيء بسدس شيء، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمئة، فيكون الشيء التام ستمئة، وهي ما لزيد. فإذا أخذت ثلثها وهو مئتان، وأسقطته من الألف، بقي ثمانمئة، وهي ما أقر به للابنين.

الثاني: أن تجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثناء الثلث منه، وتسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الابنين، فيكون لهما ألف ينقص شيئًا، ثم يأخذ نصفه وهو خمسمئة تنقص نصف شيء، وتزيده على ما فرضناه لزيد، وهو ثلاثة أشياء، يكون خمسمئة وشيئين ونصف شيء، وذلك يعدل ألف درهم، يسقط خمسمئة بخمسمئة، تبقى خمسمئة في مقابلة شيئين ونصف شيء، فيكون الشيء مئتين، وقد كان لزيد ثلاثة أشياء، فهو إذًا ستمئة.

الثالث: أن تقول: استثني من أحد الإقرارين النصف، ومن الآخر الثلث،

فتضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر فيكون ستة، ثم تضرب في الجزء المستثنى من الإقرارين، وكلاهما واحد، فتضرب واحدًا في واحد، يكون واحدًا، ينقصه من الستة، تبقى خمسة تحفظها وتسميها: المقسوم عليه، ثم تضرب ما تبقَّى من مخرج كل واحد من الجزأين بعد إسقاطه في مخرج الثاني، وذلك بأن تضرب ما بقي من مخرج النصف بعد النصف، وهو واحد، في مخرج الثلث، وهو ثلاثة، تحصل ثلاثة، تضربها في الألف المذكور في الإقرار، يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه، وهو خمسة، يخرج نصيب الواحد ستمئة، فهي ما لزيد، وتضرب ما تبقَّى من مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان، في مخرج النصف، وهو اثنان، يكون أربعة، تضربها في الألف، يكون أربعة آلاف تقسمها على الخمسة، تخرج ثمانمئة فهي ما للابنين.

ولو قال: لزيد عليَّ عشرة إلا ثلثي ما لعمرو، ولعمرو عشرة إلا ثلاثة أرباع ما لزيد، تضرب المخرج في المخرج، تكون اثني عشر، ثم تضرب أحد الجزئين في الآخر، وهو اثنان، في ثلاثة، تكون ستة، تسقطها من اثني عشر، تبقى ستة، ثم تضرب الباقي من مخرج الثلث بعد إخراج الثلثين، وهو واحد، في أربعة، ثم تضربها في العشرة المذكورة في الإقرار، تكون أربعين تقسمها على الستة، فتكون ستة وثلثين، وذلك ما أقر به لزيد، ثم تضرب واحدًا وهو الباقي من مخرج الربع بعد إخراج الأرباع الثلاثة في ثلاثة، تكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلثين تقسمها على الستة، تكون خمسة، وهو ما أقر به لعمرو.

واعلم أن الطريقين الأولين، ضربان مجربان في أمثال هذه الصور بأسرها. وأما الطريق الثالث، فإنه لا يطرد فيما إذا اختلف المبلغ المذكور في الإقرارين. ولو قال: لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو، ولعمرو ستة إلا ربع ما لزيد، كان مقرًا لزيد بثمانية، ولعمرو بأربعة. ولو قال: لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو، ولعمرو عشرة إلا ربع ما لزيد، كان مقرًا لزيد بخمسة وخمسة أسباع، ولعمرو بثمانية وأربعة أسباع. ويتصور صدور كل إقرار من شخص، بأن يدعي على زيد وعمرو مالًا، فيقول زيد: لك عليَّ عشرة إلا نصف مالك على عمرو، ويقول عمرو: لك عليّ عشرة إلا ثلث مالك على زيد، وطريق الحساب لا يختلف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإذا قال لفلان عليّ عشرة دراهم إلا درهمًا لزمه تسعة لأن الاستثناء لغة العرب وعادة أهل اللسان. وإن قال: علي عشرة إلا تسعة لزمه ما بقي لأن استثناء الأكبر من الجملة لغة العرب والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٨٢﴾ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾ [ص: ٨٢ ـ ٨٣] **ثم قال عز وجل** ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]

فاستثنى الغاوين من العباد وإن كانوا أكثر وإن قال له عليّ عشرة إلا عشرة لزمه عشرة لأن ما يرفع الجملة لا يعرف في الاستثناء فقط وبقي المستثنى منه وإن قال: له علي مائة درهم إلا ثوبًا وقيمة الثوب دون المائة لزمه الباقي، لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منه لغة العرب والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴿٣٠﴾ إِلَّآ إِبْلِيسَ﴾ [الحجر: ٣٠ ـ ٣١] فاستثنى إبليس من الملائكة وليس منهم. قال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

فاستثنى اليعافير والعيس من الأنيس وإن لم يكن منهم.

وإن قال: له عليّ الألف إلا درهمًا ثم فسر الألف بجنس قيمته أكثر من درهم سقط الدرهم ولزمه الباقي. وإن فسره بجنس قيمته درهم أو أقل ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه الجنس الذي فسر به الألف ويسقط الاستثناء لأنه استثناء يرفع جميع ما أقر به فسقط وبقي به كما لو قال: له عليّ عشرة دراهم إلا عشرة دراهم.

والثاني: أنه يطالب بتفسير الألف بجنس قيمته أكثر من درهم، لأنه فسر إقرار المبهم بتفسير باطل فسقط التفسير لبطلانه، وبقي الإقرار بالمبهم فلزمه تفسيره.

فصل: وإن قال هؤلاء العبيد لفلان إلا واحدًا طولب بالتعيين لأنه ثبت بقوله فرجع في بيانه إليه، فإن ماتوا إلا واحدًا منهم فقال: الذي بقي هو المستثنى ففيه وجهان.

أحدهما: أنه لا يقبل لأنه يرفع به الإقرار فلم يقبل كما لو استثنى الجميع بقوله.

والثاني: وهو المذهب أنه يقبل لأنه يحتمل أن يكون هو المستثنى فقبل قوله فيه ويخالف إذا استثنى الجميع بقوله لأنه رفع المقر به بقوله وههنا لم يرجع بالاستثناء إلا واحدًا وإنما سقط في الباقي بالموت فصار كما لو أعتق واحدًا منهم ثم ماتوا إلا واحدًا وإن قتل الجميع إلا واحدًا فقال: الذي بقي هو المستثنى قبل وجهًا واحدًا إلا أنه لا يسقط حكم الإقرار لأن المقر له يستحق قيمة المقتولين. وإن قال: غصبت من فلان هؤلاء العبيد إلا واحدًا منهم ثم ماتوا إلا واحدًا منهم وقال المستثنى هو الذي بقي قبل وجهًا واحدًا لأنه لا يسقط حكم الإقرار، لأن المقر له بهم يستحق قيمتهم بالموت.

فصل: وإن قال: هذه الدار لفلان إلا هذا البيت. لم يدخل البيت في الإقرار، لأنه استثناه. وإن قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت لي، قبل لأنه أخرج بعض ما دخل في الإقرار بلفظ وصار كما لو استثناه بلفظ الاستثناء.

فصل: وإن قال له: هذه الدار هبة سكنى أو هبة عارية لم يكن إقرارًا بالدار

لأنه يقع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله وبقي البعض فصار كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وله أن يمنعه من سكناها لأنها هبة منافع لم يتصل بها القبض فجاز له الرجوع فيها.

فصل: وإن أقر لرجل بمال في ظرف بأن قال: له عندي زيت في جرة، أو تبن في غرارة، أو سيف في غمد، أو فص في خاتم، لزمه المال دون الظرف لأن الإقرار لم يتناول في ظرف للمقر، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو غرارة فيها تبن، أو غمد فيه سيف، أو خاتم عليه فص، لزمه الظرف دون ما فيه لأنه لم يقر إلا بالظرف، ويجوز أن يكون ما فيه للمقر. وإن قال: له عندي خاتم لزمه الخاتم والفص لأن اسم الخاتم يجمعهما وإن قال: له عندي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه ومن أصحابنا من قال: إن كان الطراز مركبًا على الثوب بعد النسج ففيه وجهان، أحدهما: ما ذكرناه، والثاني: أنه لا يدخل فيه لأنه متميز عنه، وإن قال له في يدي دار مفروشة لزمه الدار دون الفرش لأنه يجوز أن تكون مفروشة بفرش للمقر وإن قال: له عندي فرس عليه سرج لزمه الفرس دون السرج وإن قال: له عندي عبد وعليه ثوب لزمه تسليم العبد والثوب والفرق بينهماأن العبد له يد على الثوب وما في يد العبد لمولاه والفرس لا يد له على السرج.

فصل: وإن قال لفلان عليّ ألف درهم ثم أحضر ألفًا وقال هي التي أقررت بها وهي وديعة فقال المقر له هذه وديعة لي عنده والألف التي أقر بها دين لي عليه غير الوديعة ففيه قولان.

أحدهما: أنه لا يقبل قوله لأن قوله: عليّ، إخبار عن حق واجب عليه فإذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل.

والثاني: أنه يقبل لأن الوديعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها إذا تلفت، وإن قال: له علي ألف في ذمتي ثم فسر ذلك بالألف التي هي وديعة عنده وقال المقر له: بلى هي دين لي في ذمته غير الوديعة، فإن قلنا في التي قبلها أنه لا يقبل قوله فيها فههنا أولى أن لا يقبل وإن قلنا يقبل هناك قوله ففي هذه وجهان.

أحدهما: أنه لا يقبل وهو الصحيح لأن الألف التي أقر بها في الذمة. والعين لا تثبت في الذمة.

والثاني: أنه يقبل لأنه يحتمل أنها في ذمتي لأني تعديت فيها فيجب ضمانها في ذمتي وإن قال له عليّ ألف ثم قال هي وديعة كانت عندي وظننت أنها باقية وقد هلكت لم يقبل قوله لأن الإقرار يقتضي وجوب ردها أو ضمانها والهالكة لا يجب ردها ولا ضمانها فلم يصح تفسير الإقرار بها.

فصل: وإن قال: له عليّ ألف درهم وديعة دينًا لزمه الألف لأن الوديعة قد يتعدى فيها فتصير دينًا وإن قال: له عليّ ألف درهم عارية لزمه ضمانها، لأن

إعارة الدراهم تصح في أحد الوجهين فيجب ضمانها وفي الوجه الثاني لا تصح إعارتها فيجب ضمانها لأن ما وجب ضمانه في العقد الصحيح وجب ضمانه في العقد الفاسد.

فصل: وإن قال له في هذا العبد ألف درهم أو له من هذا العبد ألف درهم ثم قال أردت أنه وزن في ثمنه ألف درهم ووزنت أنا ألف درهم في صفقة واحدة كان ذلك إقرارًا بنصفه وإن قال اشترى ثلثه أو ربعه بألف في عقد واشتريت أنا الباقي بألف في عقد آخر قبل قوله لأن إقراره مبهم وما فسر به محتمل والعبد في يده فقبل قوله فيه. وإن قال: جنى عليه العبد جناية أرشها ألف درهم قبل قوله وله أن يبيع العبد ويدفع إليه الأرش وله أن يفديه. وإن قال وصى له من ثمنه بألف درهم بيع ودفع إليه من ثمنه ألف درهم فإن أراد أن يدفع إليه ألفًا من ماله لم يجز لأن بالوصية يتعين حقه في ثمنه وإن قال: العبد مرهون عنده بألف ففيه وجهان.

أحدهما: أنه لا يقبل لأن حق المرتهن في الذمة لا في العين.

والثاني: وهو الصحيح أنه يقبل لأن المرتهن متعلق حقه بالذمة والعين.

فصل: وإن قال: له في ميراث أبي ألف درهم لزمه تسليم ألف إليه وإن قال: له في ميراثي من أبي ألف درهم ثم قال: أردت هبة، قبل منه لأنه أضاف الميراث إلى نفسه فلا ينتقل ماله إلى غيره إلا من جهته، وإن قال: له في هذا المال ألف درهم لزمه وإن قال: له في مالي هذا ألف درهم لم يلزمه لأن ماله لا يصير لغيره بإقراره.

فصل: وإذا قال لفلان عليّ ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه تسليم الألف، لأن الأصل أنه لم يقبض المبيع فلا يلزمه تسليم ما في مقابلته، وإن قال: له علي ألف درهم. ثم قال بعد ذلك: من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل لأنه لزمه الألف بإقراره فلم يقبل قوله في إسقاطه.

الشرح: الاستثناء مأخوذ عن الثني وهو الكف والرد، وقوله: «أهل اللسان» أي أهل الفصاحة، وقوله: «ثوب مطرز» أي معلم، والمبهم: الذي خفي معناه ولم يُعلم.

فصل: في تعقيب الإقرار بما يغيره، هو استثناء وغيره، فالثاني ينقسم إلى ما يرفعه بالكلية، وإلى غيره، والأول ينقسم إلى ما لا ينتظم لفظًا، فيلغو، وإلى ما ينتظم، فإن كان مفصولًا، لم يقبل، وإن كان موصولًا، ففيه خلاف. والثاني: إن كان مفصولًا، لا يقبل أيضًا، وإن كان موصولًا، ففيه خلاف بالترتيب، هذا حاصل الباب. وإذا مرت بك مسائله عرفت من أي قبيل هي. وأما الاستثناء، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى، وفيه مسائل:

إحداها: قال: لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير، فإن وقع قوله: من ثمن خمر، مفصولًا عن قوله: له ألف، لم يقبل، ولزمه الألف. وإن كان موصولًا، فقولان: أحدهما: يقبل ولا يلزمه شيء، لأن الكل كلام واحد، فيعتبر جملة ولا يُبعَّض، فعلى هذا للمقر له تحليفه إن كان من ثمن خمر. وأظهرهما: عند العراقيين وغيرهم: لا يقبل، ويلزمه الألف، ويبعَّض إقراره، فيعتبر أوله ويلغى آخره، لأنه وصل به ما يرفعه، فأشبه قوله: ألف لا يلزمني. فعلى هذا لو قال المقر: كان من ثمن خمر، وظننته يلزمني، فله تحليف المقر له على نفيه. ويجري القولان فيما إذا وصل بإقراره ما ينتظم لفظه في العادة، ولكنه يبطل حكمه شرعًا، بأن أضاف المقر به إلى بيع فاسد، كالبيع بثمن مجهول، وخيار مجهول. أو قال: تكفلت ببدن فلان بشرط الخيار، أو ضمنت لفلان كذا بشرط الخيار، وما أشبه ذلك، قال الإمام: وكنت أودُّ لو فصل فاصل بين أن يكون المقر جاهلًا بأن ثمن الخمر لا يلزم، وبين أن يكون عالمًا، فيعذر الجاهل دون العالم، لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب. أما إذا قدم الخمر فقال: له من ثمن خمر عليّ الألف، لا يلزمه شيء قطعًا بكل حال.

الثانية: قال: عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه، إذا سلمه سلمت الألف، فطريقان. أحدهما: طرد القولين. ففي قول: يقبل ولا يطالب بالألف إلا بعد تسليم العبد. وفي قول: يؤاخذ بأول الإقرار. والطريق الثاني وهو الأصح: القطع بالقبول، لأن المذكور آخرًا هنا لا يرفع الأول، بخلاف ثمن الخمر. وعلى هذا، لو قال: عليّ ألف من ثمن عبد فقط، ثم قال: مفصولًا عنه لم أقبض ذلك العبد، قبل أيضًا، لأنه علق الإقرار بالعبد، والأصل عدم قبضه. ولو اقتصر على قوله: لفلان عليّ ألف، ثم قال مفصولًا: هو ثمن عبد لم أقبضه، لم يقبل. ولا فرق عندنا، بين أن يقول: عليّ ألف من ثمن هذا العبد، أو من ثمن عبد.

الثالثة: قال: عليّ ألف قضيته، ففي قبوله القولان. وقيل: لا يقبل قطعًا. ولو قال: كان لفلان عليَّ ألف قضيته، قُبِل عند الجمهور. وقيل: على الطريقين.

الرابعة: قال: عليَّ ألف لا يلزمني، أو عليَّ ألف أو، لا، لزمه الألف، لأنه غير منتظم.

الخامسة: قال: له عليَّ ألف إن شاء الله، لم يلزمه شيء على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: على القولين. ولو قال: عليَّ ألف إن شئتَ، أو إن شاء فلان، فلا شيء عليه على المذهب. قال الإمام: والوجه: طرد القولين. ولو قال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قَدِم زيد، أطلق جماعة أنه لا شيء عليه،

لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال، والواقع لا يعلق بشرط. وذكر الإمام وغيره: أنه على القولين. وكيف كان، فالمذهب أنه لا شيء عليه. وهذا إذا أطلق، أو قال: قصدت التعليق. فإن قصد التأجيل، فسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو قدَّم التعليق فقال: إن جاء رأس الشهر فعليَّ ألف، لم يلزمه قطعًا، لأنه لم توجد صيغة التزام جازمة. فإن قال: أردت التأجيل برأس الشهر، قبل. وفي «التتمة» وجه: أن مطلقه محمول على التأجيل برأس الشهر، وهو غريب، وبه قطع فيما إذا قال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر.

السادسة: قال: عليَّ ألف مؤجل إلى وقت كذا، فإن ذكر الأجل مفصولًا، لم يقبل. وإن وصله، قبل على المذهب. وقيل: قولان. وإذا لم يقبل، فالقول قول المقرِّ له بيمينه في نفي الأجل. ثم موضع الخلاف، أن يقر مطلقًا، أو مسندًا إلى سبب يقبل التعجيل والتأجيل. أما إذا أسند إلى ما لا يقبل الأجل، فقال: أقرضنيه مؤجلًا، فيلغو ذكر الأجل قطعًا. وإن أسند إلى ما يلازمه الأجل، كالدية على العاقلة، فإن ذكره في صدر إقراره بأن قال: قتل أخي زيدًا خطأً، ولزمني من ديته كذا مؤجلًا إلى سنةٍ انتهاؤها كذا، قبل قطعًا. ولو قال: عليَّ كذا من جهة تحمُّل العقل مؤجلًا إلى كذا، فقولان: وقيل: يقبل قطعًا.

فرع: قال: بعتك أمس كذا، فلم تقبل، فقال: بل قبلت، فعلى قولي تبعيض الإقرار، إن بعَّضناه، صدِّق بيمينه في قوله: قبلت. وكذا لو قال لعبده: أعتقتك على ألف، فلم تقبل، أو لامرأته: خالعتك على ألف، فلم تقبلي، فقالا: قبلنا.

فرع: إذا قال له: أُريد أن أقر الآن بما ليس عليَّ لفلان عليَّ ألف. أو قال: ما طلقت امرأتي وأريد أن أقر بطلاقها: قد طلقت امرأتي ثلاثًا، قال الشيخ أبو عاصم: لا يصح إقراره، ولا شيء عليه. وقال صاحب «التتمة»: الصحيح، أنه يلزمه، كقوله: عليَّ ألف لا يلزمني.

السابعة: قال: لزيد عليَّ ألف وزعم أنه وديعة، فله حالان:

الحال الأول: أن يذكره منفصلًا، بأن أتى بألف بعد إقراره، وقال: أردت هذا وهو وديعة عندي، وقال المقر له؛ هو وديعة ولي عليك ألف آخر دينًا، وهو الذي أردته بإقرارك، فهل القول قول المقر له، أو المقر؟ فيه قولان. أظهرهما: الثاني وقيل به قطعًا، لأن قوله: عليَّ، يحتمل أن يريد به: عندي، ويحتمل: إني تعديت فيها فصارت مضمونة عليَّ، أو عليَّ حفظها. ولو قال: عليَّ ألف في ذمتي، أو دينًا، ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا، لم يقبل على المذهب، والقول قول المقر له بيمينه، لأن العين لا تثبت في الذمة. وقيل: في قبوله وجهان: ثم قال الإمام: إذا

قبلنا التفسير بالوديعة، قال الأصحاب: الألف مضمونة، وليس بأمانة، لأن قوله: عليَّ، تتضمن الالتزام. فإن ادعى تلف الألف الذي يزعم أنه وديعة، لم يسقط عنه الضمان، وإن ادعى رده، لم يقبل، لأنه ضامن، وإنما يصدق الأمين. وهذا الذي قاله الإمام، مشكل دليلًا ونقلًا. أما الدليل، فلأن لفظه «علي»، كما يجوز أن يراد بها مصيرها مضمونة لتعديه، فيجوز أن يريد: وجوب حفظها، ويجوز أن يريد: عندي، كما سبق، وهذان لا ينافيان الأمانة. وأما النقل، فمقتضى كلام غيره، أنه إذا ادعى تلفه بعد الإقرار، صدق، وقد صرح به صاحب «الشامل» في موضعين من الباب.

الحال الثاني: أن يذكره متصلًا، فيقول: لفلان عليَّ ألف وديعة، فيقبل على المذهب. وقال أبو إسحاق: على قولين، كقوله: ألف قضيته. وإذا قبلنا فأتى بألف، وقال: هو هذا، قنع به، فإن لم يأت بشيء، وادعى التلف أو الرد، قبل على الأصح. وأما إذا قال: له معي أو عندي ألف، فهو مشعر بالأمانة، فيصدق في قوله: إنه كان وديعة، وفي دعوى التلف والرد. ولو قال: له عندي ألف درهم مضاربة دينًا أو وديعة دينًا، فهو مضمون عليه، ولا يقبل قوله في دعوى الرد والتلف، نص عليه. ووجَّهوه بأن كونه دينًا عبارة عن كونه مضمونًا. فإن قال: أردت أنه دفعه إليَّ مضاربة أو وديعة بشرط الضمان، لم يقبل قوله، لأن شرط الأمانة لا يوجب الضمان، هذا إذا فسر منفصلًا. فإن فسره متصلًا، ففيه قولا تبعيض الإقرار. ولو قال: له عندي ألف عاريَّة، فهو مضمون عليه، صححنا إعارة الدراهم أو أفسدناها، لأن الفاسد كالصحيح في الضمان. ولو قال: دفع إليّ ألفًا، ثم فسره بوديعة، وادعى تلفها في يده، صدق بيمينه. وكذا لو قال: أخذت منه ألفًا. وقال القفال في «أخذت»: لو ادعى المأخوذ منه أنه غصبه، صدِّق بيمينه في الغصب. والصحيح: أنه كقوله: دفع إليَّ.

الثامنة: قال: هذه الدار لك عاريَّة، فهو إقرار بالإعارة، وله الرجوع. وقال صاحب «التقريب»: قوله: «لك» إقرار بالملك، فذكر العاريَّة بعده ينافيه، فيكون على قولي تبعيض الإقرار. والمذهب الأول. ولو قال: هذه الدار لك هبة عارية بإضافة الهبة إلى العاريَّة، أو هبة سكنى، فهو كما لو قال: لك عاريَّة، بلا فرق.

التاسعة: الإقرار بالهبة لا يتضمن الإقرار بقبضها على المذهب، وبه قطع الجمهور. وفي «الشامل»: فيه خلاف إذا كانت العين في يد الموهوب له، وقال: أقبضتني. ولو قال: وهبته وخرجت إليه منه، فقد سبق أن الأصح أنه ليس بإقرار بالقبض، وكذا لو قال: وهبت له وملكها، قاله البغوي. ولو أقر بالقبض، ثم ذكر

لإقراره تأويلًا أو لم يذكر، فهو كما ذكرنا في الرهن إذا قال: رهنت وأقبضت ثم عاد فأنكر.

العاشرة: لو أقر ببيع أو هبة وقبض، ثم قال: كان ذلك فاسدًا، أو أقررت لظني الصحة، لم يصدق، لكن له تحليف المقر له، فإن نكل، حلف المقر وحكم ببطلان البيع والهبة. ولو أقر بإتلاف مال على إنسان وأشهد عليه، ثم قال: كنت عازمًا على الإتلاف فقدمت الإشهاد على الإتلاف، لم يلتفت إليه، بخلاف ما لو أشهد عليه بدين ثم قال: كنت عازمًا على أن استقرض منه، فقدمت الشهادة على الاستقراض، قبل للتحليف، لأن هذا معتاد، بخلاف ذاك.

الحادية عشرة: أقر عجمي بالعربية وقال: لم أفهم معناه، لكن لقِّنت، صدق بيمينه إن كان ممن يجوز أن لا يعرفه. وكذا الحكم في جميع العقود والحلول. ولو ادعى أنه أقر وهو صبي أو مجنون، أو مكره، فقد سبق بيانه مع ما يتعلق به في آخر الباب الأول.

الثانية عشرة: قال: غصبت هذه الدار من زيد، بل من عمرو، أو قال: غصبتها من زيد، وغصبها زيد من عمرو، أو قال: هذه الدار لزيد، بل لعمرو، سُلِّمت الدار إلى زيد. وفي غرمه لعمرو، قولان. أظهرهما عند الأكثرين: يغرم. وفي الصورة الثالثة طريقة جازمة بأن لا غرم، لأنه لم يقر بجناية في ملك الغير، بخلاف الأولَيين. ثم قيل: القولان فيما إذا انتزعها الحاكم من يده وسلمها إلى زيد. فأما إذا سلمها بنفسه، فيغرم قطعًا. وقيل: القولان في الحالين.

فرع: باع عينًا وأقبضها واستوفى الثمن، ثم قال: كنت بعتها لفلان، أو غصبتها منه، لم يقبل قوله على المشتري. وفي غرمه للمقر إليه طريقان. أحدهما: طرد القولين. وأصحهما: القطع بالغرم، لأنه فوت بتصرفه وتسليمه. ويبنى على هذا الخلاف، أن مدعي العين المبيعة، هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري؟ إن قلنا: لو أقر، غرم القيمة، فله دعواها، وإلا، فلا. ولو كان في يد إنسان عين، فانتزعها مدع بيمينه بعد نكول صاحب اليد، ثم جاء آخر يدعيها، هل له طلب القيمة من الأول؟ إن قلنا: النكول وردُّ اليمين كالبينة، فلا، كما لو انتزع بالبينة. وإن قلنا: كالإقرار، ففي سماع دعوى الثاني عليه بالقيمة، الخلاف.

فرع: قال: غصبت هذه الدار من زيد، ومِلْكها لعمرو، سلمت إلى زيد، لأنه اعترف له باليد. والظاهر: أنه محقٌّ فيها، ثم تكون الخصومة في الدار بين زيد وعمرو، ولا تقبل شهادة المقر لعمرو، لأنه غاصب. وفي غرامة المقر لعمرو، طريقان. أحدهما: طرد القولين. وأصحهما: القطع بأن لا غرم، لأنه لا منافاة هنا

بين الإقرارين، لجواز أن يكون الملك لعمرو، ويكون في يد زيد بإجارة، أو رهن، أو وصية بالمنافع، فيكون الآخذ غاصبًا منه. وفي المسألة الأولى، الإقراران متنافيان. ولو أخر ذكر الغصب فقال: هذه الدار ملكها عمرو، وغصبتها من زيد، فوجهان: أصحهما: كالصورة الأولى، لعدم التنافي، فتسلَّم إلى زيد، ولا يغرم لعمرو. والثاني: لا يقبل إقراره باليد بعد الملك، فتسلَّم إلى عمرو. وفي غرمه لزيد القولان، هكذا أطلقوه وفيه مباحثة، لأنا إذا غرمنا المقر في الصورة السابقة للثاني، فإنما نغرمه القيمة، لأنه أقر له بالملك، وهنا جعلناه مقرًا باليد دون الملك، فلا وجه لتغريمه، بل القياس أن يسأل عن يده: أكانت بإجارة أو رهن أو غيرهما؟ فإن كانت بإجارة، غرم قيمة المنفعة، وإن كانت رهنًا، غرم قيمة المرهون ليتوثق به زيد، وكأنه أتلف المرهون. ثم إن استوفى الدين من موضع آخر، ردت القيمة عليه.

فرع: قال: غصبت هذه العين من أحدكما، طولب بالتعيين، فإذا عين أحدهما، سلمت إليه. وهل للثاني تحليفه؟ يبنى على أنه لو أقر للثاني هل يغرم له؟ إن قلنا: لا، فلا، وإلا، فنعم، لأنه ربما يقر له إذا عرضت اليمين فيغرمه، فعلى هذا، إذا نكل ردت اليمين على الثاني، فإذا حلف، فليس له إلا القيمة. وقيل: إن قلنا: النكول ورد اليمين كالإقرار، فالجواب كذلك. وإن قلنا: كالبينة، نزعت الدار من الأول وسلمت إلى الثاني، ولا غرم عليه للأول. وعلى هذا، فله التحليف وإن قلنا: لا يغرم القيمة لو أقر للثاني طمعًا في أن ينكل، فيحلف المدعي ويأخذ العين. أما إذا قال المقر: لا أدري من أيكما غصبت، وأصر عليه، فإن صدقاه، فالعين موقوفة بينهما حتى تبيُّن المالك أو يصطلحا. وكذا إن كذباه وحلف لهما على نفي العلم، هذا هو المذهب.

فصل: في الاستثناء، وهو جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما، بشرط أن يكون متصلًا، وأن لا يكون مستغرقًا. فإن سكت بعد الإقرار، أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه، ثم استثنى، لم ينفعه.

ولو استغرق فقال: عليَّ عشرة إلا عشرة، لم يصح، وعليه عشرة، ويجوز استثناء الأكثر، فإذا قال: عليَّ عشرة إلا تسعة، أو سوى تسعة، لزمه درهم.

فرع: الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات. فلو قال: عليَّ عشرة إلا تسعة، إلا ثمانية، لزمه تسعة. ولو قال: عليَّ عشرة، إلا تسعة، إلا ثمانية، إلا سبعة، إلا ستة، إلا خمسة، إلا أربعة، إلا ثلاثة، إلا درهمين، إلا درهم، لزمه خمسة. وطريق هذا وما أشبهه، أن يجمع الإثبات ويجمع النفي، ويسقط النفي من الإثبات، فما بقي فهو الواجب. فالأعداد المثبتة هنا ثلاثون، والمنفية خمسة

وعشرون. ثم معرفة المثبت، أن العدد المذكور أولًا، إن كان شفعًا، فالأشفاع مثبتة، والأوتار منفية. وإن كان وترًا، فبالعكس، وشرطه أن تكون الأعداد المذكورة على التوالي المعتاد، إذ يتلو كلُّ شفع وترًا، وبالعكس.

فرع: قال: ليس لفلان عليَّ شيء إلا خمسة، لزمه خمسة. ولو قال: ليس عليَّ عشرة إلا خمسة، لم يلزمه شيء على الصحيح الذي قاله الأكثرون، لأن العشرة إلا خمسة، خمسة، فكأنه قال: ليس عليَّ خمسة. وفي وجه: يلزمه خمسة، حكاه في «النهاية» بناءً على أن الاستثناء من النفي إثبات.

فرع: إذا أتى باستثناءٍ بعد استثناء، والثاني مستغرق، صح الأول، وبطل الثاني.

مثاله: عليَّ عشرة، إلا خمسة، إلا عشرة، أو عشرة إلا خمسة، إلا خمسة، لزمه خمسة. وإن كان الأول مستغرقًا دون الثاني، كقوله: عشرة، إلا عشرة، إلا أربعة، فأوجه: أحدها: يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الأول، لاستغراقه، ويبطل الثاني، لأنه من باطل، والثاني: يلزمه أربعة ويصح الاستثناءان، لأن الكلام إنما يتم بآخره. قال في «الشامل»: وهذا أقيس. والثالث: يلزمه ستة، لأن الاستثناء الأول باطل، والثاني يرجع إلى الكلام. ولو قال: عشرة، إلا عشرة، إلا خمسة، لزمه على الوجه الأول عشرة، وعلى الآخَرَين خمسة. هذا إذا لم يكن في الاستثناءين عطف، فإن كان، بأن قال: عشرة إلا خمسة، وإلا ثلاثة، أو عشرة إلا خمسة وثلاثة، فهما جميعًا مستثنيان من العشرة، فلا يلزمه إلا درهمان قطعًا، فإن كان العددان لو جمعا استغرقا، بأن قال: عشرة إلا سبعة وثلاثة، فهل يلزمه عشرة لكون الواو تجمعهما فيقتضي الاستغراق؟ أم يختص الثاني بالبطلان فيلزمه ثلاثة لأن الأول صح استثناؤه؟ وجهان: أصحهما: الثاني. وفي وجه ثالث: يفرق بين قوله: عشرة إلا سبعة وثلاثة، وبين قوله: عشرة إلا سبعة وإلا ثلاثة، ويقطع في الصورة الثانية بالبطلان. ومهما كان في المستثنى أو المستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر، ففي الجمع بينهما وجهان: كما في الصورة السابقة. أصحهما: وهو المنصوص في الطلاق، وبه قطع الأكثرون: لا يجمع.

مثاله: عليَّ درهمان ودرهم إلا درهمًا، إن لم نجمع، لزمه ثلاثة، وإلا درهمان. ولو قال: ثلاثة إلا درهمين ودرهمًا، فإن لم نجمع، لزمه درهم، وصح استثناء الدرهمين. وإن جمعنا، فثلاثة ويصير مستغرقًا. ولو قال: ثلاثة إلا درهمًا ودرهمين، فإن لم نجمع، لزمه درهمان وصح استثناء الدرهمين. وإن جمعنا، فثلاثة. ولو قال: درهم ودرهم ودرهم إلا درهمًا ودرهمًا ودرهمًا، لزمه ثلاثة على

الوجهين. وحكم هذه الصورة في الطلاق، حكمها في الإقرار.

فرع: قال: عليّ عشرة إلا خمسة، أو ستة، قال المتولي: يلزمه أربعة، لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، فصار كقوله: عليَّ خمسة أو ستة، فإنه يلزمه خمسة. ويمكن أن يقال: يلزمه خمسة، لأنه أثبت عشرة، واستثنى خمسة، وشككنا في استثناء الدرهم السادس.

فرع: قال: عليَّ درهم غير دانق، فمقتضى النحو وبه قال أصحابنا: أنه إن نصب «غير»، فعليه خمسة دوانق، لأنه استثناء، وإلا، فعليه درهم تام، إذ المعنى: درهم، لا دانق. وقال الأكثرون: السابق إلى فهم أهل العرف منه الاستثناء، فيحمل عليه وإن أخطأ في الإعراب.

فرع: الاستثناء من غير الجنس، صحيح، كقوله: ألف درهم إلا ثوبًا أو عبدًا، ثم عليه أن يبين ثوبًا لا يستغرق قيمته الألف. فإن استغرق، فالتفسير لغو. وفي الاستثناء وجهان: أصحهما: يبطل ويلزمه الألف لأنه بيّن ما أراد بالاستثناء، فكأنه يلفظ به وهو مستغرق. والثاني: لا يبطل، لأنه صحيح من حيث اللفظ. وإنما الخلل في تفسيره، فيقال: فسِّره بتفسير صحيح.

فرع: يصح استثناء المجمل من المجمل، والمجمل من المفصَّل، وبالعكس. فالأول، كقوله: ألف إلا شيئًا، فيبين جنس الألف أولًا، ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الألف الذي بينه. والثاني: كقوله: عشرة دراهم إلا شيئًا، يفسر الشيء بما لا يستغرق العشرة. والثالث: كقوله: شيء إلا درهمًا، يفسر الشيء بما يزيد على درهم وإن قل. وكذا لو قال: ألف إلا درهمًا، ولا يلزمه أن يكون الألف دراهم. ومهما بطل التفسير في هذه الصور، ففي بطلان الاستثناء الوجهان. وإن اتفق لفظ المستثنى والمستثنى منه. كقوله: شيء إلا شيئًا، أو: قال: مال إلا مالًا، حكى الإمام عن القاضي فيه وجهين: أحدهما: يبطل الاستثناء، كقوله: عشرة إلا عشرة. والثاني: لا، لوقوعه على القليل والكثير، فلا يمتنع حمل الثاني على أقل متمول، ويحمل الأول على الزائد على أقل متمول. قال الإمام: وفي هذا التردد غفلة، لأنا إن ألغينا الاستثناء، اكتفينا بأقل متمول. وإن صححناه، ألزمناه أيضًا أقل متمول، فيتفق الوجهان. ويمكن أن يقال: حاصل الجواب، لا يختلف، لكن فيه فائدة، لأنا إن أبطلنا، طالبناه بتفسير الأول فقط. وإن صححنا، طالبناه بتفسيرهما، وله آثار الامتناع من التفسير، وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء من الأول، وما أشبه ذلك.

فرع: الاستثناء من المعين، صحيح، كقوله: هذه الدار لزيد إلا هذا البيت،

أو هذا القميص إلا كمه، أو هذه الدراهم إلا هذه الدراهم، أو هذا القطيع إلا هذه الشاة، أو هذا الخاتم إلا هذا الفَص، ونظائره. وفي وجه شاذ: لا يصح، لأن الاستثناء المعتاد إنما يكون من المطلق لا من المعين، والأول هو الصحيح المنصوص، وعليه التفريع. ولو قال: هؤلاء العبيد لفلان إلا واحدًا، صح ورُجع إليه في التعيين. فإن ماتوا إلا واحدًا فقال: هو الذي أردت بالاستثناء، قبل قوله بيمينه على الصحيح، لأنه محتمل. وقيل: لا يقبل، للتهمة، وهو شاذ متفق على ضعفه. ولو قال: غصبتهم إلا واحدًا، فماتوا إلا واحدًا. فقال: هو المستثنى، قبل بلا خلاف. وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحدًا، لأن حقه ثبت في القيمة. ولو قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت منها لي، وهذا الخاتم له، وفَصُّه لي، قبل، لأنه إخراج بعض ما يتناوله اللفظ، فكان كالاستثناء.

فصل: في مسائل تتعلق بالإقرار وإن كان بعضها أجنبيًا، إحداها: في يده جارية، فقال رجل: بعتكها بكذا وسلمتها، فأدّ الثمن. فقال: بل زوجتنيها بصداق كذا وهو عليَّ، فله حالان:

أحدهما: أن يجري التنازع قبل أن يولدها صاحب اليد، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدَّعى عليه، فإن حلفا، سقطت دعوى الثمن والنكاح، ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد، أم لا، لأنه وإن أقر بالمهر لمن كان مالكًا، فهو منكر له، وتعود الجارية إلى المالك. ثم أحد الوجهين، أنها تعود إليه كعود المبيع إلى البائع، لإفلاس المشتري بالثمن. والثاني: تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه، وهو يستحق عليه الثمن، وقد ظفر بغير جنس حقه. فعلى هذا، يبيعها ويستوفي حقه من ثمنها. فإن فضل شيء، فهو لصاحب اليد، ولا يحل له وطؤها. وعلى الأول: يحل وطؤها والتصرف، ولا بدّ من التلفظ بالفسخ. وإن حلف أحدهما فقط، نظر، إن حلف مدعي الثمن على نفي التزويج، ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء، حلف المدعي اليمين المردودة على الشراء، ووجب الثمن. وإن حلف صاحب اليد على نفي الشراء ونكل الآخر عن اليمين على نفي التزويج، حلف صاحب اليد اليمين المردودة على النكاح، وحكم له بالنكاح، وبأن رقبتها للآخر. ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو غيره، حلت للسيد في الظاهر. وكذا في الباطن إن كان كاذبًا. وعن القاضي حسين: أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه، اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات. والصحيح الأول.

الحال الثاني: أن يولدها صاحب اليد، فالولد حر، والجارية أم ولد له باعتراف المالك القديم، وهو يدعي الثمن، فيحلف صاحب اليد على نفيه. فإن

حلف على نفي الشراء، سقط عنه الثمن المدعى. وهل يرجع المالك عليه بشيء؟ وجهان: أحدهما: يرجع بأقل الأمرين من الثمن والمهر، لأنه يدعي الثمن، وصاحب اليد مقرٌّ له بالمهر، فالأقل منهما متفق عليه، والثاني: لا يرجع بشيء، لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه، والمهر الذي يقرّ به لا يدعيه الآخر، فلا يمكّن من المطالبة. وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعدما حلف على نفي الشراء؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد للآخر، لم يقبل، فكيف يحلف على ما لو أقرّ به لم يقبل؟ والثاني: نعم، طمعًا في أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح. ولو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء، حلف المالك القديم اليمين المردودة. وعلى كل حال، فالجارية مقررة في يد صاحب اليد، فإنها أم ولده أو زوجته، وله وطؤها في الباطن.

وفي الحل ظاهرًا، وجهان: أصحهما: تحل. ووجه المنع: أنه لا يدري، أيطأ زوجته أم مملوكته؟ وإذا اختلفت الجهة، وجب الاحتياط للبضع، ونفقتها على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء، وإلا، فقولان: أحدهما: على المالك القديم، لأنها كانت عليه. وأظهرهما: أنها في كسب الجارية. فإن لم يكن كسب، ففي بيت المال. ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد، ماتت قنَّة، وللمالك القديم أخذ القيمة مما تركته من أكسابها، وما فضل، فموقوف لا يدعيه أحد. وإن ماتت بعد موت المستولد، ماتت حرة، ومالها لوارثها بالنسب. فإن لم يكن، فهو موقوف، لأن الولاء لا يدَّعيه واحد منهما، وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها، لأن الثمن بزعمه على المستولد وهي قد عتقت بموته، فلا يؤدي دينه مما جمعته بعد الحرية. هذا كله فيما إذا أصر على كلاميهما. أما إذا رجع المالك القديم، وصدق صاحب اليد، فلا يقبل في رد حرية الولد وثبوت الاستيلاد، وتكون أكسابها له ما دام المستولد حيًا. فإذا مات، عتقت وكانت أكسابها لها. ولو رجع المستولد، وصدق المالك القديم، لزمه الثمن وكان ولاؤها له.

المسألة الثانية: إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول. فلو أقر بعضهم بدين، وأنكر بعضهم، فقولان: القديم: أن على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفى به، وإلا، فيصرف جميع حصته إليه، لأنه إنما يستحق بعد قضاء الدين. والجديد: أنه لا يلزمه إلا بقسط حصته من التركة. فعلى الجديد: لو مات المنكر وورثه المقر، فهل يلزمه الآن جميع الدين المقرّ به؟ وجهان: أصحهما: نعم، لحصول جميع التركة في يده. ويتفرع على القولين فرعان. أحدهما: لو شهد

بعض الورثة بدين على المورث. إن قلنا: لا يلزمه بالإقرار إلا حصته، قبلت شهادته، وإلا، فلا، لأنه متهم. وسواء كانت الشهادة بعد الإقرار أو قبله. الثاني: كيس في يد رجلين فيه ألف. قال أحدهما لثالث: لك نصف ما في هذا الكيس، فهل يحمل إقراره على النصف المضاف إليه، أم على نصف ما في يده، وهو الربع؟ وجهان بناءً على القولين. قلت: أفقههما: الأول. والله أعلم.

المسألة الثالثة: مات عن ابنين، فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة، فهو كما لو أقر عليه بدين، فعلى القديم: تتعلق كل العشرة بثلث نصيبه. وعلى الجديد: يتعلق نصف العشرة بثلث نصيبه. ولو أقر أحدهما أنه أوصى بربع ماله، وأنكر الآخر، فعلى المقر أن يدفع إلى الموصى له ربع ما في يده. ولو أقر أنه أوصى بعين من أعيان أمواله، نظر، إن لم يقسما التركة، فنصيب المقر من تلك العين يصرف إلى الموصى له، والباقي، للمنكر. وإن اقتسماهما، نظر، إن كانت تلك العين في يد المقر، لزمه دفعها إلى الموصى له، وإن كانت في يد المنكر، فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر، لأنه فوته عليه بالقسمة. ولو شهد المقر للموصى له، قبلت شهادته، ويغرم للمشهود عليه نصف قيمة العين، كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقًا.

المسألة الرابعة: قال لعبده: أعتقتك على ألف، فطالبه بالألف، فأنكر العبد وحلف، سقطت دعوى المال، وحكم بعتق العبد، لإقراره، وكذا لو قال: بعتك نفسك إذا صححنا هذا التصرف، وهو الصحيح. ولو قال لولد عبده: بعتك والدك بكذا، فأنكر، فكذلك، لاعترافه بمصيره حرًا بالملك.

المسألة الخامسة: قال: لفلان عندي خاتم، ثم جاء بخاتم، فقال: هو هذا الذي أقررت به، فنص في موضع أنه يقبل منه ذلك وعليه تسليمه إلى المقر له. وقال في موضع آخر: لا يلزم التسليم. قال الأصحاب: الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له. والثاني: على ما إذا قال: الذي أقررت به غيره وليس هذا لي، فلا يسلم ما جاء به إليه. والقول قول المقر في نفي غيره.

المسألة السادسة: قال: لي عليك ألف ضمنتَه، فقال: ما ضمنت شيئًا، ولكن لك عليَّ ألف من قيمة متلف، لزم الألف على الأصح.

ومما يتعلق بالباب، ما ذكره القاضي أبو الطيب في آخر كتاب الغصب: ولو أقر بدار مبهمة ولم يعينها حتى مات، قام وارثه مقامه في التعيين. فإن عينها فذاك، وإن لم يعين، طولب بالتعيين، فإن امتنع، كان للمقر له أن يعين. فإن عين وصدقه الوارث، فذاك، وإلا، فله أن يحلف أنها ليست المقرَّ بها، فإن حلف، طولب

بالتعيين، فإن امتنع، حبس حتى يعين. قال القاضي أيضًا في آخر الغصب: لو باع دارًا ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه، وهي ملكه إلى الآن، وكذبه المشتري، وأراد أن يقيم بينة بذلك، فإن قال: بعتك ملكي أو داري أو نحو ذلك، مما يقتضي أنها ملكه، لم تسمع دعواه، وإلا، سمعت. قال الشاشي: لو قال: غصبت داره، ثم قال: أردت دارة الشمس والقمر، لم يقبل على الصحيح.

ولو باع شيئًا بشرط الخيار، ثم ادعاه رجل، فأقر البائع في مدة الخيار أنه ملك المدعي، صح إقراره وانفسخ البيع، لأن له الفسخ، بخلاف ما لو أقر بعد لزوم البيع، فإنه لا يقبل، لعجزه عن الفسخ. ولو أقر بثياب بدنه لزيد، قال القاضي حسين في «الفتاوى»: يدخل فيه الطيلسان والدَّوّاج وكل ما يلبسه. ولا يدخل فيه الخف، والمراد بالدَّواج: اللحاف. ومقتضى كلام القاضي هذا، أنه يدخل فيه الفروة فإنها مما يلبسه، ولا شك في دخولها. وإنما نبهت عليه، لئلا يُتشكك فيها. وكذلك الحكم لو أوصى بثياب بدنه. ولو كتب على قرطاس: لفلان عليَّ كذا، لم يكن إقرارًا، وكذا الإشهاد عليه لا يكون إلا بالتلفظ، قاله القاضي حسين. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإن أقر بحق ووصله بما يسقطه بأن أقر بأنه تكفل بنفس أو مال على أنه بالخيار أو أقر أن عليه لفلان ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو لفلان عليه ألف درهم قضاها ففيه قولان.

أحدهما: أنه يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به لأنه يسقط ما أقر به فلم يقبل كما لو قال له علي عشرة إلا عشرة.

والثاني: أنه لا يلزمه الحق لأنه يحتمل ما قاله فصار كما لو قال: له عليّ ألف إلا خمسمائة وإن قال: له عليّ ألف درهم مؤجلة ففيه طريقان من أصحابنا من قال: هي على القولين لأن التأجيل كالقضاء ومنهم من قال يقبل قولًا واحدًا لأن التأجيل لا يسقط الحق وإنما يؤخره فهو كاستثناء بعض الجملة بخلاف القضاء فإنه يسقطه.

فصل: وإن قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو أو قال غصبتها من زيد لا بل من عمرو حكم بها لزيد لأنه أقر بها ولا يقبل قوله لعمرو لأنه رجوع عن الإقرار لزيد وهل يلزمه أن يغرم قيمتها لعمرو؟ فيه قولان: أحدهما: أنه لا يلزمه لأن العين قائمة فلا يستحق قيمتها. والثاني: أنه يلزمه وهو الصحيح لأنه حال بينه وبين ماله فلزمه ضمانه كما لو أخذ ماله ورمى به في البحر فإن قال: غصبت هذا من أحد هذين الرجلين طولب بالتعيين فإن عين أحدهما فإن قلنا أنه إذا أقر به لأحدهما بعد الآخر غرم للثاني حلف لأنه إذا نكل غرم له وإن قلنا أنه لا يغرم للثاني لم يحلف لأنه لا فائدة في تحليفه لأنه إذا نكل لم نقض عليه بشيء

وإن كان في يده دار فقال غصبتها من زيد وملكها لعمرو حكم بها لزيد لأنها في يده فقبل إقراره بها ولا يقبل قوله وأن ملكها لعمرو لأنه إقرار في حق غيره ولا يغرم لعمرو شيئًا لأنه لم يكن منه تفريط لأنه يجوز أن يكون ملكها لعمرو وهي في يد زيد بإجارة أو رهن أو غصبها منه فأقر بها على ما هي عليه فأما إذا قال هذه الدار ملكها لعمرو وغصبها من زيد ففيه وجهان: أحدهما: أنها كالمسألة قبلها إذ لا فرق بين أن يقدم ذكر الملك وبين أن يقدم ذكر الغصب. والثاني: أنها تسلم إلى زيد وهل يغرم لعمرو؟ على القولين كما لو قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو.

فصل: وإن أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه. فإن كان المقر به صغيرًا أو مجنونًا ثبت نسبه لأنه أقر له بحق فثبت كما لو أقر له بمال، فإن بلغ الصبي أو أفاق وأنكر النسب لم يسقط النسب لأنه نسب حكم بثبوته فلم يسقط برده وإن كان المقر به بالغًا عاقلًا لم يثبت إلا بتصديقه لأن له قولًا صحيحًا فاعتبر تصديقه في الإقرار كما لو أقر له بمال وإن كان المقر به ميتًا فإن كان صغيرًا أو مجنونًا ثبت نسبه لأنه يقبل إقراره به إذا كان حيًا فقبل إذا كان ميتًا وإن كان عاقلًا بالغًا ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يثبت لأن نسب البالغ لا يثبت إلا بتصديقه وذلك معدوم بعد الموت. والثاني: أنه يثبت وهو الصحيح لأنه ليس له قول فثبت نسبه بالإقرار كالصبي والمجنون وإن أقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن الإقرار وصدقه المقر له في الرجوع ففيه وجهان: أحدهما: أنه يسقط النسب وهو قول أبي علي الطبري رَحِمَهُ اللَّهُ كما لو أقر له بمال ثم رجع في الإقرار وصدقه المقر له في الرجوع. والثاني: وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يسقط لأن النسب إذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه كالنسب الثابت بالفراش.

فصل: وإن مات رجل وخلف ابنًا فأقر على أبيه بنسب فإن كان لا يرثه بأن كان عبدًا أو قاتلًا أو كافرًا والأب مسلم لم يقبل إقراره لأنه لا يقبل إقراره عليه بالمال فلا يقبل إقراره عليه في النسب كالأجنبي وإن كان يرثه فأقر عليه بنسب لو أقر به الأب لحقه فإن كان قد نفاه الأب لم يثبت لأنه يحمل عليه نسبًا حكم ببطلانه وإن لم ينفه الأب ثبت النسب بإقراره لما روت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ في ابن أمة زمعة فقال سعد بن أبي وقاص: أوصاني أخي عقبة إذا قدمت مكة أن انظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[1] وإن مات وله ابنان فأقر أحدهما بنسب ابن وأنكر الآخر لم يثبت لأن النسب لا يتبعض فإذا لم يثبت في حق

(١) تقدم.

أحدهما لم يثبت في حق الآخر ولا يشاركهما في الميراث فرع على النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الإرث وإن أقر أحد الابنين بزوجة لأبيه وأنكر الآخر ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا تشارك بحصتها من حق المقر كما لا يشترك الابن إذا اختلف الوارثان في نسبه.

والثاني: أنها تشارك بحصتها من حق المقر لأن المقر به حقها من الإرث لأن الزوجية زالت بالموت. وإن مات وخلف بنتًا فأقرت بنسب أخ لم يثبت النسب لأنها لا ترث جميع المال، فإن أقر معها الإمام ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يثبت لأن الإمام نافذ الإقرار في مال بيت المال.

والثاني: أنه لا يثبت لأنه لا يملك المال بالإرث وإنما يملكه المسلمون وهم لا يتعينون فلم يثبت النسب وإن مات رجل وخلف ابنين عاقلًا ومجنونًا فأقر العاقل بنسب ابن آخر لم يثبت النسب لأنه لم يوجد الإقرار من جميع الورثة فإن مات المجنون قبل الإفاقة فإن كان له وارث غير الأخ المقر قام وارثه مقامه في الإقرار وإن لم يكن له وارث غيره ثبت النسب لأنه صار جميع الورثة فإن خلف الميت ابنين فأقر أحدهما بنسب صغير وأنكر الآخر ثم مات المنكر فهل يثبت النسب؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يثبت نسبه لأن المقر صار جميع الورثة.

الثاني: أنه لا يثبت نسبه لأن تكذيب شريكه يبطل الحكم بنسبه فلم يثبت النسب كما لو أنكر الأب نسبه في حياته ثم أقر به الوارث وإن مات رجل وخلف ابنًا وارثًا فأقر بابن آخر بالغ عاقل وصدقه المقر له. ثم أقرا معًا بابن ثالث ثبت نسب الثالث فإن قال الثالث أن الثاني ليس بأخ لنا ففيه وجهان.

أحدهما: أنه لا يسقط نسب الثاني لأن الثالث ثبت نسبه بإقرارالأول والثاني فلا يجوز أن يسقط نسب الأصل بالفرع.

والثاني: أنه يسقط نسبه وهو الأظهر لأن الثالث صار ابنًا فاعتبر إقراره في ثبوت نسب الثاني وإن أقر الابن الوارث بأخوين في وقت واحد فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما وإن كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسب واحد منهما وإن صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب وإن أمر الابن الوارث بنسب أحد التوأمين ثبت نسبهما وإن أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب في نسبهما لأنهما لا يفترقان في النسب.

فصل: وإن كان بين المقر وبين المقر به واحد وهو حي لم يثبت النسب إلا بتصديقه وإن كان بينهما اثنان أو أكثر لم يثبت النسب إلا بتصديقه من بينهما لأن النسب يتصل بالمقر من جهتهم فلا يثبت إلا بتصديقهم.

فصل: وإن كان المقر به لا يحجب المقر عن الميراث ورث معه ما يرثه كما إذا أقر به الموروث وإن كان يحجب المقر مثل أن يموت الرجل ويخلف أخًا فيقر

الأخ بابن للميت أو يخلف الميت أخًا من أب فيقر بأخ من الأب والأم ثبت له النسب ولم يرث لأنا لو أثبتنا له الإرث أدى ذلك إلى إسقاط إرثه لأن توريثه يخرج المقر عن أن يكون وارثًا وإذا خرج عن أن يكون وارثًا بطل إقراره وسقط نسبه وميراثه فأثبتنا النسب وأسقطنا الإرث وقال أبو العباس يرث المقر به ويحجب المقر لأنه لو كان حجبه يسقط إقراره لأنه إقرار من غير وارث لوجب ألا يقبل إقرار ابن بابن آخر لأنه إقرار من بعض الورثة والنسب لا يثبت بإقرار بعض الورثة وهذا خطأ لأنه إنما يقبل إذا صدقه المقر به فيصير الإقرار من جميع الورثة.

فصل: وإن وصى للمريض بأبيه فقبله ومات عتق ولم يرث لأن توريثه يؤدي إلى إسقاط ميراثه وعتقه لأن عتقه في المرض وصية وتوريثه يمنع من الوصية والمنع من الوصية يوجب بطلان عتقه وارثه فثبت العتق وسقط الإرث وإن اعتق موسر جارية في مرضه وتزوجها ومات من مرضه لم ترثه لأن توريثها يبطل عتقها وميراثها لأن العتق في المرض وصية والوصية للوارث لا تصح، وإذا بطل العتق بطل النكاح، وإذا بطل النكاح سقط الإرث فثبت العتق وسقط الإرث وإن أعتق عبدين وصارا عدلين وادعى رجل على المعتق أن العبدين له وشهد العبدان بذلك لم تقبل شهادتهما لأن قبول شهادتهما يؤدي إلى إبطال الشهادة لأنه يبطل بها العتق فإذا بطل العتق بطلت الشهادة.

فصل: وإن مات رجل وخلف أخاه فقدم رجل مجهول النسب وقال أنا ابن الميت فالقول قول الأخ مع يمينه لأن الأصل عدم النسب، فإن نكل وحلف المدعي. فإن قلنا: إن يمين المدعي من نكول المدعى عليه كالإقرار لم يرث كما لا يرث إذا أقر به. وإن قلنا: أنه كالبينة ورث كما يرث إذا أقام البينة.

فصل: وإذا مات رجل ولا يعلم له وارث فجاء رجل وادعى أنه وارثه لم تسمع الدعوى حتى يبين سبب الإرث لجواز أن يعتقد أنه وارث بسبب لا يورث به ولا يقبل قوله حتى يشهد له شاهدان من أهل الخبرة بحاله ويشهدان أنه وارثه ولا نعلم له وارثًا سواه ويبينان سبب الإرث كما يبين المدعي. فإذا شهدا على ما ذكرناه حكم به لأن الظاهر مع هذه الشهادة أنه لا وارث له غيره، وإن لم يكونا من أهل الخبرة أو كانا من أهل الخبرة ولكنهما لم يقولا، ولا تعلم له وارثًا سواه نظرت فإن كان المشهود له ممن له فرض لا ينقص أعطى اليقين فيعطي الزوج ربعًا عائلًا والزوجة ثمنًا عائلًا ويعطي الأبوان كل واحد منهما سدسًا عائلًا وإن كان ممن ليس له فرض وهو من عدا الزوجين والأبوين بعث الحاكم إلى البلاد التي دخلها الميت فإن لم يجدوا وارثًا توقف حتى تمضي مدة لو كان له وارث ظهر وإن لم يظهر غيره فإن كان الوراث ممن لا يحجب بحال كالأب والابن دفعت التركة كلها إليه لأن البحث مع هذه الشهادة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ويستحب أن يؤخذ منه كفيل بما يدفع إليه وإن كان المشهود له ممن يحجب كالجد والأخ والعم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يدفع إليه إلا نصيبه لأنه يجوز أن يكون له وارث يحجبه فلم يدفع إليه أكثر منه.

والثاني: وهو المذهب أنه يدفع إليه الجميع لأن البحث مع هذه البينة بمنزلة شهادة أهل الخبرة، وهل يستحب أخذ الكفيل؟ أو يجب؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يستحب. والثاني: أنه واجب.

فصل: وإن كان لرجل أمتان ولكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة منهما ولا أقر المولى وطء واحدة منهما فقال: أحد هذين الولدين ابني من أمتي طولب بالبيان فإن عين أحدهما لحقه نسبه، وحكم بحريته، ثم يسأل عن الاستيلاد فإن قال: استولدتها في ملكي فالولد حر لا ولاء عليه، لأنه لم يمسه رق، وأمه أم ولد، وإن قال: استولدتها في نكاح، عتق الولد بالملك وعليه الولاء، لأنه مسه الرق، وأمه مملوكة لأنها علقت مملوكة وترق الأمة الأخرى وولدها وإن ادعت أنها هي التي استولدها فالقول للمولى مع يمينه، لأن الأصل عدم الاستيلاد. وإن مات قبل البيان وله وارث يحوز ميراثه قام مقامه في البيان، لأنه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره. فإن لم يعلم الوارث جهة الاستيلاد ففيه وجهان:

أحدهما: أن الأمة لا تصير أم ولد لأن الأصل الرق، فلا يزال بالاحتمال.

والثاني: وهو المنصوص أنها تكون أم ولد لأن الظاهر من ولده منها أنه استولدها في ملكه وإن لم يكن له وارث أو كان له وارث ولكنه لم يعين الولد، عرض الولدان على القافة، فإن ألحقت به أحد الولدين ثبت نسبه ويكون الحكم فيه كالحكم فيه إذا عينه الوارث، وإن لم تكن قافة أو كانت ولم تعرف أو ألحقت الولدين به سقط حكم النسب، لتعذر معرفته وأقرع بينهما، لتمييز العتق، لأن القرعة لها مدخل في تمييز العتق. فإن خرجت على أحدهما عتق، ولا يحكم لواحد منهما بالإرث لأنه لم يتعين، وهل يوقف ميراث ابن؟ وجهان.

أحدهما: أنه يوقف وهو قول المزني رَحِمَهُ اللَّهُ لأنا نتيقن أن أحدهما ابن وارث.

والثاني: أنه لا يوقف لأن الشيء إنما يوقف إذا رجي انكشافه وههنا لا يرجى انكشافه.

فصل: وإن كان له أمة لها ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر المولى بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي أخذ بالبيان فإن عين الأصغر ثبت نسبه وحريته ثم يسأل عن جهة الاستيلاد فإن قال: استولدتها في ملكي فالولد حر لا ولاء عليه والجارية أم ولد والولد الأكبر والأوسط مملوكان وإن قال: استولدتها في نكاح ثم ملكتها فقد عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه أمة قن والأكبر والأوسط مملوكان وإن عين الأوسط تعين نسبه وحريته ويسأل عن استيلاده فإن قال: استولدتها في ملكي فالولد حر الأصل وأمه أم ولد وأما الأصغر فهو ابن أم ولد وثبت لها حرمة الاستيلاد وهل يعتق بموته كأمه؟ فيه وجهان.

أحدهما: أنه يعتق لأنه ولد أم ولده. والثاني: أنه عبد قن لا يعتق بعتق أمه لجواز أن يكون عبدًا قنا بأن أحبل أمه وهي مرهونة فثبت لها حرمة الاستيلاد فتباع على أحد القولين وإذا ملكها بعد ذلك صارت أم ولده وولده الذي اشتراه معها عبد قن فلا يعتق مع الاحتمال وإن قال: استولدتها في نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه أمة قن والولدان الآخران مملوكان وإن عين الأكبر تعين نسبه وحريته ويسأل عن الاستيلاد فإن قال: استولدتها في ملكي فهو حر الأصل وأمه أم ولد والأوسط والأصغر على الوجهين وإن قال: استولدتها في نكاح فالولد حر وعليه الولاء والأمة قن والأوسط والأصغر مملوكان وإن مات قبل البيان وخلف ابنًا يحوز الميراث قام مقامه في التعيين فإن عين كان الحكم فيه على ما ذكرناه في الموروث إذا عين وإن لم يكن له ابن أو كان له ولم يعين عرض على القافة فإن عينت القافة كان الحكم على ما ذكرناه وإن لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها اقرع بينهم لتمييز الحرية لأنها تتميز بالقرعة فإن خرجت على أحدهما حكم بحريته ولا يثبت النسب لأن القرعة لا يتميز بها النسب وأما الأمة فإنه يبحث عن جهة استيلادها فإن كانت في ملكه فهي أم ولده وإن كان في نكاح فهي أمة قن وإن لم يعرف فعلى ما ذكرناه من الوجهين فلا يرث الابن الذي لم يتعين نسبه وهل يوقف له نصيب ابن أو يعطي الابن المعروف النسب حقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يوقف له ميراث ابن وهو قول المزني رحمه الله.

والثاني: وهو المذهب أنه لا يوقف له شيء بل تدفع التركة إلى المعروف النسب وقد بينا ذلك فيما تقدم.

فصل: وإن مات رجل وخلف ابنين فأقر أحدهما على أبيه بدين وأنكر الآخر نظرت فإن كان المقر عدلًا جاز أن يقضى بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع يمين المدعي وإن لم يكن عدلًا حلف المنكر ولم يلزمه شيء وأما المقر ففيه قولان:

أحدهما: أنه يلزمه جميع الدين في حصته لأن الدين قد يتعلق ببعض التركة إذا هلك بعضها كما يتعلق بجميعها فوجب قضاؤه من حصة المقر.

والقول الثاني: وهو الصحيح أنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته لأنه لو لزمه بالإقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين لأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررًا والله أعلم.

الشرح: قوله: «وليدة أبي» الوليدة: الجارية، وقوله: «الولد للفراش» أي لمالك الفراش وهو الزوج أو لمالك الأمة لأنه يفترشها بالحق، والعاهر: الزاني، ومعنى: «وللعاهر الحجر» أي لا شيء له في نسب الولد وإنما يستحق الحجر الذي لا ينتفع به أو يرمى بالحجر ويطرد.

فصل: يشترط في المقر بالنسب، أن يكون بالصفات المعتبرة في سائر

المقرِّين كما سبق. ثم لا يخلو، إما أن يلحق النسب بنفسه، وإما بغيره.

القسم الأول: أن يلحقه بنفسه، فيشترط فيه أمور:

الأول: أن لا يكذبه الحس، فيكون ما يدعيه ممكنًا. فلو كان في سن لا يمكن أن يكون ولدًا للمستلحق، فلا اعتبار بإقراره. فلو قدمت امرأة من بلاد الكفر ومعها صبي، وادعاه مسلم، لحقه إن احتمل أنه خرج إليها، أو أنها قدمت إليه قبل ذلك، وإلا، لم يلحقه.

الثاني: أن لا يكون المقر به مشهور النسب من غيره، سواء صدقه المقرّ به أم كذبه.

الثالث: أن يصدقه المقرّ به إن كان معتبر التصديق. فإن استلحق بالغًا فلم يصدقه، لم يثبت النسب إلا ببينة، فإن لم تكن بينة، حُلِّف المدعي، فإن حلف سقطت دعواه، وإن نكل، حلف المدعي وثبت نسبه. وكذا لو قال رجل لرجل: أنت أبي، فالقول قول المنكر بيمينه. أما إذا استلحق صغيرًا، فيثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات، ويرث هو الصغيرَ إن مات. وإن استلحق صغيرًا، فلما بلغ كذبه، فوجهان: أحدهما: يندفع النسب. وأصحهما: لا يندفع، لأن النسب يُحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالبينة. فعلى هذا لو أراد المقر له تحليفه، قال ابن الصباغ: ينبغي أن لا يمكَّن، لأنه لو رجع، لم يقبل، فلا معنى لتحليفه. ولو استلحق مجنونًا، فأفاق وأنكر، فعلى الوجهين.

ولو استلحق صبيًا بعد موته، لحقه، سواء كان له مال، أم لا، ولا ينظر إلى التهمة بطلب المال، بل يرثه، لأن أمر النسب مبني على التغليب، ولهذا يثبت بمجرد الإمكان، حتى لو قتله ثم استلحقه بعد موته، قبل منه وحكم بسقوط القصاص. وإن كان الميت بالغًا، فوجهان: لأن شرط لحوق البالغ تصديقه، ولا تصديق بعد الموت، ولأن تأخيره ربما كان خوفًا من إنكاره. والأكثرون على أنه يلحقه كالصغير. ومنعوا كون التصديق شرطًا على الإطلاق، بل هو شرط إذا كان المقرّ به أهلًا للتصديق، ولا اعتبار بالتهمة كما سبق. ويجري الوجهان فيما إذا استلحق مجنونًا طرأ جنونه بعدما بلغ عاقلًا.

فرع: إذا ازدحم جماعة على الاستلحاق، نظر، إن كان المقر به بالغًا، ثبت نسبه ممن صدَّقه، فإن كان صبيًا، لم يلحق بواحد منهما، بل حكمه ما نذكره في باب اللقيط إن شاء الله تعالى. فإذا عدم زحمة الغير، شُرِط رابع في الصغير. هذا كله إذا كان المقر به ذكرًا حرًا. فأما استلحاق المرأة والعبد، فسيأتيان في باب اللقيط إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا استلحق عبد الغير، أو معتقه، لم يلحق إن كان صغيرًا، محافظة على حق الولاء للسيد، بل يحتاج إلى البينة. وإن كان بالغًا وصدقه، فوجهان: ولو استلحق عبدًا في يده، فإن لم يوجد الإمكان، بأن كان أكبر سنًا منه، لغا قوله. وإن وجد، فإن كان مجهول النسب، لحقه إن كان صغيرًا، وحكم بعتقه. وكذا إن كان بالغًا وصدقه. وإن كذبه، لم يثبت النسب. وفي العتق، وجهان: وكذا إن كان المقرّ به معروف النسب من غيره.

فرع: استلحق بالغًا عاقلًا، فوافقه، ثم رجعا، قال ابن أبي هريرة: يسقط النسب، كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقرّ له. وقال الشيخ أبو حامد: لا يسقط، لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق، كالثابت بالفراش.

فصل: له جارية ذات ولد، فقال: هذا ولدي من هذه الجارية، ثبت نسبه عند الإمكان. وفي كون الجارية أم ولد، قولان. ويقال: وجهان: أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وجماعة: نعم. وأشبههما بالقاعدة، وأقربهما إلى القياس: لا، لاحتمال أنه أولدها بنكاح ثم ملكها. ولو قال: ولدي استولدتها به في ملكي، أو علّقت به في ملكي، انقطع الاحتمال، وكانت أم ولد قطعًا. وكذا لو قال: هذا ولدي منها، وهي في ملكي من عشر سنين، وكان الولد ابن سنة. وهذا كله إذا لم تكن الأمة مزوجة، ولا فراشًا له، أما إذا كانت مزوجة، فلا ينسب الولد إلى السيد، ولا أثر لاستلحاقه، للحوقه بالزوج. وإن كانت فراشًا له، فإن أقر بوطئها، لحقه الولد بالفراش، لا بالإقرار، فلا يعتبر فيه إلا الإمكان. ولا فرق في الاستلحاق بالاستيلاد، بين أن يكون في الصحة، أو في المرض، لأن إنشاءه نافذ في الحالين.

فرع: له أمتان، لكل واحدة ولد، فقال: أحدهما ولدي، فللأمتين أحوال:

أحدها: أن لا تكون واحدة منهما مزوجة ولا فراشًا للسيد، فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق إحدى المرأتين، فإذا عين أحدهما، ثبت نسبه وكان حرًا وورثه. وهل تصير أمه أم ولد؟ ينظر، إن لم يزد على استلحاقه، فقولان كما قدمناه، وإن صرح بأنه استولدها به في ملك اليمين، صارت أم ولد له، وإن صرح بأنه استولدها في النكاح، لم تصر، وإن أضافه إلى وطء شبهة، فقولان: وإن قال: استولدتها بالزنا مفصولًا على الاستلحاق، لم يقبل، وكانت أميّة الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق، وإن وصله باللفظ، قال البغوي: لا يثبت النسب ولا أميّة الولد، وينبغي أن يخرَّج على قولي تبعيض الإقرار. ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها هو الذي استلحقه، وأنها المستولدة، فالقول قول السيد مع يمينه. وكذا لو بلغ الولد وادّعى، فإن نكل السيد، حلف المدعي وقضي بمقتضى يمينه.

ولو مات السيد قبل التعيين، قام وارثه مقامه في التعيين، وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية، والإرث، وتكون أم المعيّن مستولدة إن ذكر السيد ما يقتضي ثبوت الاستيلاد، وإلا سئلوا، وحكم بيانهم حكم بيان المورث. فإن قالوا: لا نعلم كيف استولد، فعلى الخلاف فيما إذا أطلق الاستلحاق. وإذا لم يكن وارث، فهو كما لو أطلق الاستلحاق. ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق، بأن كان رآه، أو يرى قبل الدفن، أو يرى عصبته فيجد الشبَه. فإن عجز عن الاستفادة بالقائف لعدمه، أو لإلحاقه الولدين به، أو نفيهما، أو أشكل الأمر عليه، أقرعنا بينهما ليعرف الحر منهما، ولا ينتظر بلوغهما لينتسبا، بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد، ولا قائفَ، لأن الاشتباه هنا في أن الولد أيهما؟ فلو اعتبرنا الانتساب، ربما انتسبا جميعًا إليه، فدام الإشكال، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث، لأن القرعة لا تعمل فيهما. وهل يوقف نصيب ابن، بين من خرجت قرعته، وبين الآخر؟ وجهان يأتي قريبًا بيانهما. وأما الاستيلاد، فهو على التفصيل السابق، فإن لم يوجد من السيد ما يقتضيه، لم يثبت، وإن وجد، فهل تحصل أميّة الولد في أم ذلك الولد بخروج القرعة؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام: لا تحصل. والثاني: تحصل، وبه قطع الأكثرون.

فرع: حيث ثبت الاستيلاد، فالولد حر الأصل. لا ولاء عليه، وحيث لا يثبت، فعليه الولاء إلا إذا نسبه إلى وطء شبهة وقلنا: لا تصير أم ولد إذا ملكها. وإذا لم يثبت الاستيلاد ومات السيد، ورث الولد أمه وعتقت عليه. هذا إذا تعين، لا بالقرعة. وإن كان معه وارث آخر، عتق نصيبه ولم يشتر.

الحال الثاني: إذا كانت الأمتان مزوّجتين، لم يقبل قول السيد، وولد كل أمة ملحق بزوجها. وإن كانتا فراشًا للسيد، بأن كان أقر بوطئها، لحقه الولدان بالفراش.

الحال الثالث: كانت إحداهما مزوجة، لم يتعين إقراره في الأُخرى، بل يطالب بالتعيين. فإن عين في ولد الأخرى، قبل وثبت نسبه، وإن كانت إحداهما فراشًا له، لم يتعين إقراره في ولدها، بل يؤمر بالتعيين، فإن عين في ولد الأخرى، لحقه بالإقرار، والولد الآخر يلحق به بالفراش.

فرع: له أمة لها ثلاثة أولاد. قال: أحد هؤلاء ولدي، ولم تكن مزوجة ولا فراشًا للسيد قبل ولادتهم، طولب بالتعيين، فمن عيَّنه منهم، فهو نسيب حر وارث، والقول في الاستيلاد على التفصيل الذي مرّ. ثم إن كان المعين الأوسط، فالأكبر رقيق، وأمر الأصغر مبني على استيلاد الأمة، فإن لم نجعلها مستولدة، فهو رقيق.

وإن جعلناها، نظر، إن لم يدَّع الاستبراء بعد الأوسط، فقد صارت فراشًا له بالأوسط، فيلحقه الأصغر ويرثه على الصحيح. وقيل: لا يلحقه، بل له حكم الأم، يعتق بموت السيد. وإن ادعى الاستبراء، بني على أن نسب ملك اليمين، هل ينتفي به؟ إن قلنا: ينتفي، لم يلحقه الأصغر، وفي حكمه وجهان: أصحهما: أنه كالأم يعتق بموت السيد، لأنه ولد أم ولد. والثاني: يكون قنًّا، لأن ولد أم الولد قد تكون كذلك، كما لو أحبل الراهن المرهونة وقلنا: لا تصير أم ولد، فبيعت في الحق وولدت أولادًا ثم ملكها وأولادها، فإنها تُحكم بأنها أم ولد له على الصحيح، والأولاد أرقَّاء لا يأخذون حكمها على الصحيح. وقيل: يأخذون. ولو مات السيد قبل التعيين، عين وارثه، فإن لم يكن وارث، أو قال: لا أعرف، عرضوا على القافة ليعين، والحكم على التقديرين، كما لو عين السيد. فإن تعذرت معرفة القائف، فالنص أنه يقرع بينهم ليعرف الحرية. وثبوت الاستيلاد، على التفصيل السابق.

واعترض المزني بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد، لأنه المقرّ به، أو ولد أم ولد. وولد أم الولد، يعتق بموت السيد، إذا كان حرًا بكل حال، لم يدخل في القرعة، لأنها ربما خرجت على غيره فيلزم إرقاقه. واختلف الأصحاب في الجواب، فسلم بعضهم حريته وقالوا: دخوله في القرعة إنما هو لرق غيره، ويعتق هو إن خرجت قرعته، ومنعها آخرون، بناءً على أن ولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقًا، والأول: أصح. وحكي وجه: أن الصغير يخرج عن القرعة، وهو شاذ ضعيف. فإذا أقرعنا فخرجت القرعة لواحد، فهو حر، والمذهب: أن النسب والميراث لا يثبتان كما ذكرنا في المسألة الأولى. وقال المزني: الأصغر نسيب بكل حال، وأبطل الأصحاب قوله، لكن الحق المطابق لما سبق، أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر، وبين ما إذا لم يدّع. ويوافق المزني في الحالة الثانية. وإذا ثبت النسب، ثبتت الحرية قطعًا. وحيث لا يثبت النسب، فهل يوقف الميراث؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: لا، لأنه إشكال وقع اليأس من زواله، فأشبه غرق المتوارثين. والثاني: بلى كما لو طلق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان.

القسم الثاني: أن يُلحق النسب بغيره، كقوله: هذا أخي ابن أبي وابن أمي، أو يقر بعمومة غيره، فيكون مُلحقًا للنسب بالجد، ويثبت النسب بهذا الإلحاق بالشروط المتقدمة فيما إذا ألحق بنفسه، وبشروط أُخر:

إحداها: أن يكون الملحق به ميتًا، فما دام حيًا، ليس لغيره الإلحاق به وإن كان مجنونًا.

الثانية: أن لا يكون الملحق به قد نفى المقرّ به، فإن كان نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته، فوجهان: أصحهما: وبه قطع معظم العراقيين: يلحقه كما لو استلحقه المورث بعدما نفاه بلعان وغيره. والثاني: المنع. والثالث: صدور الإقرار من الورثة الحائزين للتركة.

فرع: إقرار الأجنبي لا يثبت به النسب كما ذكرنا، فلو مات مسلم عن ابن كافر، أو قاتل، أو رقيق، لم يقبل إقراره عليه بالنسب، كما لا يقبل إقراره عليه بمال. ولو كان له ابنان. كافر ومسلم، لم تعتبر موافقة الكافر، ولو كان الميت كافرًا كفى استلحاق الكافر. ولا فرق في ثبوت النسب، بين أن يكون المقرّ به مسلمًا، أو كافرًا.

فرع: مات وخلَّف ابنًا فأقرّ بابن آخر، ثبت نسبه. ولو مات وخلف بنين، أو بنين وبنات، فلا بد من اتفاقهم جميعًا. وتعتبر موافقة الزوج والزوجة على الصحيح. وفي وجه: لا تعتبر، لانقطاع الزوجية بالموت، ويجري الوجهان في المعتق. ولو خلف بنتًا واحدة، فإن كانت حائزة بأن كانت معتقة، ثبت النسب بإقرارها، وإن لم تكن حائزة ووافقها الإمام، فوجهان يجريان فيما إذا مات مَنْ لا وارث له، فألحق الإمام به مجهولًا، أصحهما: وبه قطع العراقيون: الثبوت بموافقة الإمام. هذا إذا ذكره الإمام لا على وجه الحكم، أما إذا ذكره على وجه الحكم، فإن قلنا: يقضي بعلم نفسه، ثبت النسب، وإلا، فلا. ولا فرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة الملحق به بغير واسطة، أم بواسطة، كمن أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركة أبيه الحائز تركة جده الملحق به، فإن كان قد مات أبوه قبل جده، والوارث ابن الابن، فلا واسطة.

فرع: وارثان، بالغ وصغير، فالصحيح أن البالغ لا ينفرد بالإقرار. وفي وجه: ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال. وعلى الصحيح: ينتظر بلوغ الصغير. فإن بلغ ووافق البالغ، ثبت النسب حينئذٍ. فإن مات قبل البلوغ، نظر، إن لم يخلِّف سوى المقر، ثبت النسب حينئذٍ. فإن لم يجدد إقرارًا ـ وإن خلف ورثة سواهم ـ اعتبر موافقتهم، ولو كان أحدهما مجنونًا، فكالصبي. ولو خلف بالغين عاقلين فأقر أحدهما، وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف إلا أخاه المقر، فوجهان: أصحهما: يثبت النسب، لأن جميع الميراث صار له. والثاني: المنع، لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل. ويجري الخلاف فيما إذا خلف المنكر وارثًا فأقر ذلك الوارث. ولو أقر أحدهما وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر، ثبت النسب قطعًا، لأنه غير مسبوق بتكذيب الأصل.

فرع: أقر الابن المستغرق بأخ مجهول، فأنكر المجهول نسب المعروف، لم يتأثر بإنكاره نسب المشهور على الصحيح، وفي وجه: يحتاج المقر إلى بينة على نسبه، وهو ضعيف، ويثبت نسب المجهول على الأصح. ولو أقر بأخ مجهول ثم أقرا بثالث، فأنكر الثالث نسب الثاني، ففي سقوط نسب الثاني وجهان: أصحهما: السقوط، لأنه يثبت نسب الثالث فاعتبرت موافقته في ثبوت نسب الثاني. ولو أقر بأخوين مجهولين، فصدق كل واحد منهما الآخر، ثبت نسبهما، وإن كذب كل واحد منهما الآخر، ثبت النسبان على الأصح، لوجود الإقرار من حائز التركة. وإن صدق أحدهما الآخر، وكذبه الآخر، ثبت نسب المصدّق فقط، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين، فإن كانا، فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر، فإذا الوارث بنسب أحدهما، ثبت نسبهما.

فرع: أقر بنسب من يحجب المقر، بأن مات عن أخ فأقر بابن للميت، ثبت نسبه على الأصح.

فرع: في الميراث: المقرّ به حالان:

الأولى: أن لا يحجب المقرّين، فيشتركون على قدر حصصهم. ولو أقر أحد الابنين المعترفين بأخ، فأنكره الأخ الآخر، فالصحيح المنصوص: أنه لا يرث، لأن الإرث فرع النسب، ولم يثبت كما سبق. وفي وجه: يرث، ويشارك المقر فيما في يده، كما لو قال أحدهما: فلانة بنت أبينا، فأنكر الآخر، حرم على المقر نكاحها، وكما لو قال لعبد في التركة: إنه ابن أبينا، هل يحكم بعتقه؟ وجهان: وكما لو قال أحد الشريكين في العقار لثالث: بعتك نصيبي، فأنكر، لا يثبت الشراء. وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف. وكما لو قال: لزيد على عمرو كذا وأنا ضامنه، فأنكر عمرو، ففي مطالبة المقر بالضمان وجهان: أصحهما: المطالبة، كما لو اعترف الزوج بالخلع، وأنكرت المرأة، ثبتت البينونة، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل، وإذا قلنا: بالصحيح، قبل في ظاهر الحكم، وأما في الباطن، فهل على المقرّ إذا كان صادقًا أن يشركه فيما يرثه؟ وجهان: أصحهما: نعم، لعلمه باستحقاقه. وعلى هذا، هل يشركه بنصف ما في يده، أم بثلثه؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

الحال الثاني: أن يحجبهم أو بعضهم، بأن كان الوارث صغيرًا في الظاهر أخًا أو معتقًا، فأقر بابن للميت، فإن لم يثبت نسبه، فذاك. وإن أثبتناه، لم يرث على الأصح، للدّور، والثاني: يرث ويحجب المقر، قاله ابن سريج، واختاره صاحب «التقريب» وابن الصباغ وجماعة، وقالوا: المعتبر كونه وارثًا، لولا إقرارهُ. ولو

خلف بنتًا معتقة، فأقرت بأخ لها، فهل يرث ويكون الميراث بينهما أثلاثًا لكون توريثه لا يحجبها، أم لا لأنه يمنعها عصوبة الولاء؟ وجهان:

فرع: ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت، فأنكر الأخ ونكل عن اليمين، فحلف المدعي اليمين المردودة، ثبت نسبهم، ثم إن قلنا: النكول مع يمين الرد كالبينة، ورث وحجب الأخ. وإن قلنا: كالإقرار، ففيه الخلاف السابق في إقرار الأخ. ولو مات عن ابن وأخت، فأقرا بابن للميت، فعلى الأصح: تسلم الأخت نصيبها، لأنه لو ورثها الابن يحجبها، وعلى الثاني: يأخذ جميع ما في يدها. وكذا الحكم فيما لو خلف زوجة وأخًا، فأقرا بابن للميت، يكون للزوجة الربع على الأصح، وهذا الابن لا ينقص حقها، كما لا يُسقط الأخ.

فرع: إقرار الورثة بزوج أو زوجة للميت، مقبول على المذهب. وحكي عن القديم قول: أنه لا يقبل. فإن قبلنا فأقر أحد الابنين المستغرقين وأنكر الآخر، فالتوريث على ما ذكرنا فيما إذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر.

فرع: قال: زيد أخي، ثم فسر بأخوة الرضاع، حكى الروياني عن أبيه: أن الأشبه بالمذهب، أنه لا يقبل، لأنه خلاف الظاهر، ولهذا لو فسر بأخوة الإسلام، لم يقبل.

فرع: في فتاوى القفال، أنه لو أقر على أبيه بالولاء، فقال: هو معتَق فلان، ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقًا، كما في النسب.

ولو خلف ثلاثة بنين فأقر ابنان برابع، وأنكره الثالث، لم يثبت نسبه بإقرارهما، لكن إذا شهدا به عند الحاكم بشروط الشهادة، ثبت نسبه. لأن شهادتهما أولى بالقبول من شهادة الأجنبيين، لأن عليهما فيه ضررًا، قاله القاضي أبو الطيب. والله أعلم.

المحتويات

كتاب السير والجهاد ٥
باب الأنفال ٧٦
باب قسم الغنيمة ٨٢
باب قسم الخمس ٩٥
باب قسم الفيء ٩٦
باب الجزية ١٠٨
باب عقد الذمة ١٣٥
باب الهدنة ١٥٥
باب خراج السواد ١٨١
كتاب الحدود ١٨٧
باب حد الزنا ١٨٧
باب إقامة الحد ٢٠٨
باب حد القذف ٢٢١
باب حد السرقة ٢٣١
باب حد قاطع الطريق ٢٦٨
باب حد الخمر ٢٨٠
باب التعزير ٢٨٧
كتاب الأقضية ٢٩١
باب ولاية القضاء وآداب القضاة ٢٩١
باب ما يجب على القاضي في الخصوم والشهود ٣٥٢
باب صفة القضاء ٣٦٠
باب القسمة ٣٩٦

باب الدعوى والبينات ٤١٣
كتاب الشهادات ٤٩٣
باب من تقبل شهادته ومن ولا تقبل ٤٩٤
باب عد الشهود ٥٢٠
باب تحمل الشهادة وأدائها ٥٢٨
باب الشهادة على الشهادة ٥٥٠
باب اختلاف الشهود في الشهادة ٥٥٧
باب الرجوع عن الشهادة ٥٦٩
كتاب الإقرار ٥٨٣
باب جامع الإقرار ٦٠١
المحتويات ٦٤٦