THE LIBRARIES

COLUMBIA UNIVERSITY

GENERAL LIBRARY

Provided by the Library of Congress
Public Law 480 Program

71-962714

(Vol. 1)

دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية

٤

الجزء الأول من

روضة القضاة وطريق النجاة

ترجمة

للعلامة ابي القاسم علي بن محمد بن احمد
الرصبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقا)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

ساعدت جامعة بغداد على طبعه

١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٠ م

مطبعة أسعد ـ بغداد

١/١٠٠٠/١٩٧٠

دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية
٤

روضة القضاة وطريق النجاة

للعلامة ابي القاسم علي بن محمد بن احمد
الرصبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
فى كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقا)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

ساعدت جامعة بغداد على طبعه

١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٠ م

مطبعة أسعد ـ بغداد

١٩٧٠/١٠٠٠/١

KBL

.S54
V.1

CH
MAR 2 1972
PL 480

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة فى التعريف بالسمنانى وكتابه روضة القضاة وطريق النجاة*

وصف المخطوطة :

من نفائس المخطوطات الفقهية التى صورها معهد المخطوطات العربية بالقاهرة مخطوطة : روضة القضاة وطريق النجاة للعلامة علي بن محمد السمنانى او ابن السمنانى •

* * *

وقد جلبت المكتبة المركزية لجامعة بغداد مشكورة نسخة ميكروفلمية من هذه المخطوطة بناء على طلبي ، وصورت هذه النسخة في المجمع العلمي العراقى لحساب مكتبتى الخاصة تمهيدا لقيامى بدراستها ونشرها محققة ، ولذا فقد رأيت من المناسب ان اعرفها ومصنفها وموضوعها للقراء الكرام تمهيدا لنشرها فى سلسلة دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية ، تلك المجموعة التي اضطلعت بنشرها منذ عام ١٩٦٥ ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الاخيرة الى تركية في صيف ١٩٦٧ على نسخة خطية اخرى من هذا المصنف هي نسخة قليج علي باشا فصورت لمكتبتي •

لقد جاء فى اول ورقة من النسخة الاولى من هذه المخطوطة : كتاب ادب القاضى المسمى بروضة القضاة تأليف العلامة على بن محمد السمنانى تغمده الله برحمته وهو بخط مؤلفه •

وذكر فى آخر هذه المخطوطة انه «فرغ من تأليفه صبيحة يوم الجمعة مستهل سنة ثمان وأربعمائة (كذا) • وجاء في أول ورقة من نسخة قليج علي باشا : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة تأليف الامام العلامة قدوة المحققين ودرة المدققين ابي القاسم علي بن محمد بن احمد السمناني الحنفى •

---

* نشرت هذه المقدمة بعنوان « التعريف بكتاب روضة القضاة وطريق النجاة » فى المجلد الخامس عشر من مجلة المجمع العلمي العراقى وقد أضفنا اليها حين جعلناها جزءا من مباحث هذا الكتاب بعض الزيادات •

وظاهر ان الصحيفة الاولى من نسخة معهد المخطوطات من هذه المخطوطة ليست من أصل الكتاب وانها اضيفت اليه أما الصحيفة الاخيرة من الكتاب فيستفاد منها ان ناسخ المخطوطة هو أبو عبدالله محمد بن علي .. محمد بن المظفر الشامي أقضى القضاة .. وانه « وقع الفراغ من تأليف هذا الكتاب صبيحة يوم الجمعة مستهل صفر من سنة ثم (كذا) واربعمائة ، وكتب على بن محمد السمناني مؤلف هذا الكتاب ، وهو يحمد الله ويصلي على محمد النبي وآله ، ويسلم ، ويسأل المغفرة والنفع في الدارين ، وهو حسبه ونعم الوكيل» .

* * *

ان الظاهر من اسلوب كتابة تاريخ تأليف هذا الكتاب في نسخة معهد المخطوطات ان كلمة (ثم) يحتمل أن تكون مختزلة من كلمة ثمانية أو ثمانين ، فيكون تاريخ الكتاب هو سنة ثمانين واربعمائة اى قبل وفاة مؤلفه بمدة تتراوح بين ١٣-١٩ سنة ، على أن كتب الطبقات تشير - كما سنرى - الى تاريخ آخر . وقد جاء في نسخة قليج علي باشا أن مصنف الروضة فرغ من تأليفها سنة ٤٧٨ هـ

لقد صورت مخطوطة روضة القضاة لمعهد المخطوطات على (٣٣١) سليدة[1] كل سليدة منها تحتوي على صحيفتين ، عدا السليدة الاولى فانها مؤلفة من صحيفة واحدة وفراغ ، وبذلك تكون صفحات الكتاب عبارة عن (٦٦١) صحيفة فى كل صحيفة قرابة ١٩ سطرا وفي كل سطر قرابة (١١) كلمة . أما نسخة قليج علي باشا فيبلغ عدد صفحاتها (٥٢٠) صحيفة فى كل صحيفة قرابة (٢٩) سطرا وفى كل سطر قرابة (١٧) كلمة [2] .

---

(١) من كلمة Slide الانكليزية وتعني قطعة من الفلم

(٢) ثمة نسخ خطية اخرى من روضة القضاة للسمناني فى كل من مكتبة منيخ برقم ٢٦٠ وداماد زاده فى استانبول برقم ٧٣٦/٧ والزيتونة بتونس برقم ١٧ وقد أهدت لي المكتبة العامة في منيخ ميكروفلم النسخة المحفوظة لديها شاكرة .

وبالرغم مما ورد فى اول صحيفة من هذه المخطوطة من أنها بخط مصنفها فان ما ورد في خاتمتها ينقض هذا الزعم كما ان اسلوب الكتاب ، وما جاء فيه من اختزال بعض الكلمات او سقوطها ومن اغلاط نحوية ليدل على أن هذه المخطوطة نسخت عن مخطوطة اخرى كانت بخط المصنف •

لمن صنفت الروضة ؟

ويستفاد من مقدمة الكتاب ان السمنانى صنفه بناء على طلب :

« نظام الملك وقوام الدين ، العادل ، العالم ، المنصور ، المظفر ••• ابى على الحسن بن (الحسين) بن علي بن اسحق ، رضى أمير المؤمنين » •

ونظام الملك هو الوزير السلجوقى الشهير مؤسس المدارس النظامية فى بغداد وغيرها من حواضر الامبراطورية السلجوقية • وقد كان الوزير معروفا بميله لنشر العلم وتكوين طبقة من الكتاب والفقهاء تتولى تدبير تلك المملكة الفتية التى قامت على أثر هجرة تركية جارفة تزعمها السلاجقة ، ولاغرو فقد كانت تلك السلطنة الناشئة الفتية بحاجة الى تنظيم ادارى تحصل به الموازنة بين السيف والقلم ، وتستقر به دعائم المملكة السنية الناشئة على انقاض الدولة البويهية الشيعية ولشدة حرصه على تنظيم دولة السلاجقة ألف بالفارسية كتابا فى السياسة عنوانه « سياستنامة» • وكان مزاج ذلك العصر يميل الى ربط كل دولة من دول الطوائف بمذهب تعتنقه الدولة وتتعصب له وهي خطة ممقوتة تركت اثارها السيئة فى المجتمع الاسلامى عصورا طويلة الى ان افاق من بدعتها المسلمون والتزمت معظم الدول الاسلامية المعاصرة جانب الحياد تجاه المذاهب وان شذت عن هذه السياسة ايران وافغانستان اذ اتخذت الاولى من الامامية الاثنى عشرية واتخذت الثانية من الحنفية مذهبا رسميا مع أن الاسلام ولد ولا مذاهب فيه ويمكنه أن يستمر في الاضطلاع برسالته دون التقيد بمذهب أو التزام قول دون قول •

عصر البويهيين والسلاجقة وحظ الثقافة الاسلامية فيه :

ومهما يكن فأن العصر الذي عاش في ظل حضارته كل من السمناني ونظام الملك وظهرت آثاره في عمق ثقافة أولهما وتنوعها ومساعي ثانيهما وجهوده، ان هذا العصر يتسم بقيام الدولة السلجوقية السنية على أنقاض الدولة البويهية التي اصطنعت التشيع واسرفت في تقييد سلطة الخلافة العباسية واذلال الخلفاء العباسيين بالعزل وسمل العيون .

ولقد حققت القبائل التركية الموحّدة في ظل زعامة السلاجقة ماعجز أسلافهم قبل الاسلام عن تحقيقه من استقلال عن تسلط الحكم الفارسي الساساني والسيادة الفارسية على الشعوب التركية المحاربة ، فتهيأ بذلك للامة التركية ـ كما تهيأ من قبل للامة العربية ـ ان تبدأ مرحلة تكونها القومي الحديث بفضل اعتناق تلك القبائل المهاجرة الاسلام وتحولها من قبائل مبعثرة الى أمة مجاهدة تضطلع برسالة الدين الاسلامي الحنيف وتدين للاسلام ـ كما دان العرب من قبل ـ بهذا التحول فى البنية الاجتماعية فتسارع الخلافة العباسية الى اصطناعها والاستعانة بها على التحرر من نير البويهيين ، وما اصطنعه البويهيون من سياسة اذلال الخلافة العباسية ، وما أدخلوه على المجتمع الاسلامي في العراق من عادات غير مألوفة هي في نظر أهل السنة وعقلاء الشيعة أنفسهم من البدع التي لايقرها الاسلام . ومع ذلك فأن هذا السلطان السياسي والتنول القومي الذي تحقق في ظل الدولة السلجوقية لايعني قيام القطيعة بين عناصر الثقافة الاسلامية التى اضطلع برسالتها الانسانية الجامعة جميع العناصر القومية الاسلامية من عربية وفارسية تركية ، فقد كانت تلك الثقافة من القوة والفتوة بحيث لم يزدها قيام دول الطوائف الا متانة ونتولا ، ولذا فأن الدولة السلجوقية التركية احتضنت في مضمار الادارة والثقافة كلا من اللغتين العربية والفارسية ، ولا غرو فان القوميات الاسلامية تختلف مفاهيمها عن القوميات الغربية لانها تقوم على أساس مما دعى اليه الاسلام من التعارف والتواضع لا التنابذ والتعالي ومن الاخوة البشرية لا البغضاء الشعوبية ومن أواصر القربى فى الانسانية التى تمت في البداية بآدم وتنتهي في النهاية الى التراب .

هذه الحقيقة هي التى تفسر لنا أن الدولة السلجوقية الناشئة لم تكد تستقر لها أسباب الملك والسلطنة حتى سعت الى حماية تلك الثقافة الاسلامية الجامعة، وجنحت الى المذاهب المعتدلة فى تصوير الخلافة ولم تجنح الى سياسة شعوبية قاتمة تبصق فى وجه الفلك من فرط حقدها ، وشجعت تأسيس المدارس والجامعات وأتاحت فرصة استمرار انبثاق النبوغ في جميع أرجاء امبراطوريتها، فنشأ في عصرها مفكرون وفلاسفة وفقهاء عظام ، وكل ذلك بالرغم من عوامل الاضطراب التي كانت تشيع في العالم الاسلامي يومئذ ، في داخله وتحيط به في خارجه وعوامل الفساد في الادارة وجباية الضرائب ، تلك العوامل التي كانت تبرر مصادرة أموال الوزراء والولاة وتعذيبهم بين فينة واخرى ، ذلك ان قيام دول الطوائف المتنافسة في قلب الخلافة الاسلامية من بويهية وسلجوقية وغيرهما واستقرار سلطات تلك الدول المتوثبة بعد فترة الاستيلاء العنيفة كان لابد له من الشعور بعد ذلك بالحاجة الماسة الى الاستقرار والتنظيم والى طائفة من رجال الفكر والادارة والفقه وسائر ضروب المعرفة كيما يعود للدولة وللمجتمع مافقداه من طمأنينة وأمن .

والحاصل فقد كانت منجزات السلاجقة ـ كما وصفها احد الباحثين الناشئين[1] ـ رائعة فقد قاومت الغزو الصليبي وأدركت مخاطر المذاهب الباطنية، ونشطت نشاطا كبيرا في انشاء المدارس ودور العلم والعناية بالدارسين والباحثين « فكان محط نظرهم هو أن العلم من أهم الاسلحة التي ينبغي أن تتوفر للامة لصد العدوان عنها ورد كيد الطامعين فيها والطاعنين عليها »[2] .

وهكذا فأن القلق السياسي الذي كان شائعا يومئذ لم يحل دون الاستقرار الثقافي والنتول الفكري في المجتمع الاسلامي ، فكان مايحل بالعالم الاسلامي من زعازع وقلاقل وكوارث سرعان ما يضمن التقدم الثقافي له سبيل الهداية والرشاد والتوجيه في ظل مبدأ دستوري اسلامي شهير هو مبدأ الامر بالمعروف

---

(١) هو الدكتور حمد عبيد الكبيسي في رسالته التي حقق فيها كتاب شفاء الغليل للغزالي .

(٢) أيضا ، ص : (ج)

والنهي عن المنكر ، فلا عجب أن وجدنا دول الطوائف مرهفة الشعور بالحاجة الماسة الى اصطناع الطبقة المثقفة ثقافة موسوعية جامعة ، وقد كان من اعلام تلك الطبقة اسماء خلدها التاريخ كالغزالي والماوردي والسمناني ونظام الملك الذي أخذ بيد السمناني لما لمسه فيه من سعة الثقافة والدراية بالفقه والتاريخ وصنفت الروضة تعبيرا عن عميق الولاء لذلك الوزير .

اهداف المصنف وخطته :

لقد رمى مصنف الروضة بتأليفه ان يكون كتابا جامعا مبسطا بحيث «يحتاج اليه العلماء والمتعلمون والخاصة والعامة ، ولايستغنى عنه فى ادب الفقه (القضاء) على جميع مذاهب الفقهاء .

والواقع ان هذا الغرض المزدوج الجامع بين افادة المتعلمين من ناشئة الفقهاء والمتضلعين منهم من الاغراض التي حرص على اتباعها في مصنف آخر مكمل لهذا الكتاب وردت اليه الاشارة فى الروضة فى باب « كاتب القاضى» حيث جاء « وقد صنفنا فى الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتعلمين فى علم الشروط » .

والى مثل هذا الغرض رمى امام الهدى الفقيه ابو الليث نصر بن محمد السمرقندى عند تصنيفه كتاب خزانة الفقه[1] .

نحن اذن امام مؤلف له هدف واضح ، وهو فوق ذلك محيط بموضوعه وبما صنف فيه قبل ذلك من كتب احاطة ناقد بصير ، وقد صرح بنفسه بهذه الحقيقة فقال فى مقدمته على الروضة .

صنف فى ذلك كتب كثيرة كالذى صنفه الخصاف والطحاوى والاصطخرى ومحمد بن الحسن (الشيبانى) وسائر شروح الضالعين[2] فمنهم من اطال ، ومنهم من قصّر ، ومنهم من قدم ما لايحتاج اليه ، ومنهم من أخر ، ولم يرتب

---

(١) نشرت خزانة الفقه فى كتابنا « المصنفات الفقهية لامام الهدى ابى

(٢) فى نسخة قليج علي باشا (الطائفتين) .

الابواب ، ولاعقد الفصول ، ولا كشف قناع العلم ، ولاأتى مايحتاج اليه على نمط الحاجة .

فالسمناني ـ كما ترى ـ مؤلف ناقد مضطلع احاط بما كتب السابقون عليه فى موضوعه من اعلام وظالعين فلم يتردد في نقد ما في كتب هؤلاء وهؤلاء وما وقعوا فيه من هنات .

ونحن اذن امام مصنف فقهى على جانب من الاهمية كبير اختط مصنفه لنفسه خطة وتمسك بمنهج يفى فى رأيه بالحاجة فلا تطويل فيه ولاتقصير ولا عجز عن النفاذ الى صميم الموضوع . وهؤلاء الذين ذكرهم السمناني كانوا من اعلام الفقه فى المذهبين الحنفى والشافعى فالخصاف هو احمد بن عمرو الشيباني المتوفى ببغداد سنة ٢٦١هـ ومن مصنفاته كتاب أدب القاضى ، وكتاب الشروط الكبير وكتاب الشروط الصغير وكتاب المحاضر والسجلات وهى جميعا من المراجع النظرية العلمية فى دراسة نظام القضاء فى الاسلام .

أما الطحاوى فهو أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الازدى ابن اخت الفقيه المزني الشهير فى المذهب الشافعي . وقد انتقل الطحاوى من مذهب الشافعية الى مذهب الحنفية والف مختصرا شهيرا فى الفقه وتوفى بمصر سنة ٣٢١ هـ [١] .

ومن مصنفات الطحاوي نظام القضاء والفقه العملي :ـ

١ ـ الشروط الصغير

٢ ـ والشروط الكبير

٣ ـ والشروط الاوسط

٤ ـ والمحاضر والسجلات [٢]

---

(١) نشر هذا المختصر فى مصر سنة ١٣٤٠ محققا بقلم ابى الوفاءالافغانى في سلسلة احياء المعارف النعمانية ولهذا المختصر شروح متعددة منها شرح الاسبيجابي وشرح الوبري .

(٢) الجواهر المضية ج١ ص ١٠٣ ـ ١٠٥ ويقوم طالب الماجستير التركي الجنسية السيد روحي اوزجان بتحقيق كتاب الشروط والوراقة باشرافنا تمهيدا لتقديمه اطروحة للماجستير .

وقد اشار السمنانى الى ان للطحاوى ادب الحكام الصغير وادب الحكام الكبير ونقل عنهما •

واما الاصطخرى فالمقصود به أبو سعيد الحسن بن احمد ابن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار (اويسار) بن عبدالحميد بن عبدالله بن هاني بن قبيصة بن عمرو بن عامر وقد وردت ترجمته في طبقات الفقهاء للشيرازي (ص - ٩١) حيث قال عنه :-

كان قاضى قم ، وولى الحسبة ، وكان ورعا متقللا ، ولد فى سنة ٢٤٤ ومات في سنة ٣٢٨ هـ وصنف كتابا حسنا في أدب القضاء •

وأضاف السبكي في طبقات الشافعية الكبرى انه كان أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه وقال الخطيب كان أحد الائمة المذكورين ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين •

وقد ورد ذكره فى البداية والنهاية لابن كثير فى حوادث سنة ٣٢٨هـ فجاء علاوة على ذلك انه ولي بعد قضاء قم « حسبة بغداد ، فكان يدور بها ، ويصلي على بغلته ، وهو دائر بين الازقة ، وله كتاب القضاء لم يصنف مثله في بابه ، توفي وقد قارب التسعين » •

مراجع أخرى :

واما محمد بن الحسن الشيبانى فهو من اعلام المذهب الحنفى فقد كان صاحب الامام ابى حنيفة ومدون المذهب صحب أبا حنيفة واخذ الفقه عن أبى يوسف ودون الموطأ وحدث به عن مالك [١] وهو اليوم موضع عناية الفقهاء الغربيين انفسهم فقد كتب عنه الدكتور اوتوشبيس Otto Spies الاستاذ فى جامعة بون مقالة نشرت في اعمال المؤتمر الدولي الخامس للقانون الموازن[٢] المنعقد فى بروكسل سنة ١٩٥٨ (مجلد ١ ص ١٢٥-١٢٩) بعنوان فقيه عظيم من فقهاء المسلمين ، وقد ذهب فى هذه المقالة الى اعلاء شأن ابى يوسف والشيبانى فى تطوير المذهب الحنفى وبيان ما كان لهما من جهود واثار •

---

(١) الجواهر المضية ج٢ ص ٤٢٠

(٢) Rapport generaux au Ve Congre de Droit Comparé

على ان السمنانى لم يكتف بالرجوع الى ما صنفه هؤلاء فى نظام القضاء بل رجع الى مراجع فقهية اخرى فى المذهبين الحنفى والشافعى حيث نجده يشير فى مواضع مختلفة الى هذه المراجع باسمائها واسماء مصنفيها تارة او بأسماء مصنيفها فقط بحيث يمكن أن نقول انه رجع الى :-

١ - المهذب للشيرازى

٢ - الخلاف للقدورى

٣ - كتاب المزنى (المختصر)

٤ - مختصر الطحاوى ، وادب الحكام وادب القضاء الصغير

٥ - شرح الدامغانى لمختصر الحاكم

٦ - مختصر الكرخى

٧ - محمد بن الحسن الشيبانى فى كتاب الدعوى

٨ - الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى والاصل والزيادات

٩ - الامالى لابى يوسف

١٠ - القدورى فى التجريد

١١ - الخصاف فى المفصل ، وادب القضاء

١٢ - علي بن موسى القمي : احكام القرآن الصغير

١٣ - أبا عبيدة فى الغريب

١٤ - مختصر ابي موسى الضرير

١٥ - ابن سماعه : النوادر والامالى

١٦ - القضاء للاصطخرى (الشافعى)

١٧ - شروط الاصبغ

١٨ - عيون المسائل لابي الليث السمرقندي

ومما يستحق الاشارة فى هذا الصدد ان روضة القضاء خلت من الاشارة الى ماكتبه الماوردي في الحاوي[٢] عن أدب القاضي مع أن الماوردي توفي قبل السمناني بتسع وأربعين سنة ، فهل معنى هذا ان السمناني لم يطلع على كتاب الحاوي ؟ مهما يكن من الامر فان كلا المصنفين رجعا الى مراجع مشتركة في مقدمتها مصنف الاصطخري الشهير .

خطتنا فى تعريف الكتاب وموضوعه :

مما سلف يتبين لنان ان مصنف روضة القضاة كان نقادة والكتاب يعالج موضوعا لم يزل بحاجة الى المزيد من الدرس والعناية ، لقلة ماحقق ونشر عنه ، ولتهجم بعض الغربيين وادعائهم ان القضاء الاسلامى تأثر بدوره بنظم القضاء الرومية والفارسية كما تأثرت نظم الدواوين الاسلامية . وخصائص هذا النظام الطريفة لم يكشف عنها القناع لتتجلى فى ضوء البحث الموازن وتعرب عن اصالتها وطرافتها ومحاسنها وهناتها .

والى جانب كل ذلك فهذا الكتاب صنف بعد مرحلة طويلة من النمو والتطور خطا فيها بحث ادب القضاء خطوات متعاقبة ، والف فيه فقهاء اعلام ممن ذكرهم السمنانى وغيرهم والعصر الذى الف فيه هذا الكتاب بلغت فيه حركة التأليف فى شتى فروع الفقة مرحلة بالغة من التطور والنضج ورسخت فيه اساليب علم الخلاف فى استعراض مختلف ابواب الفقه دون تعصب او غلو.

كل هذه الحقائق تدعونا بعد هذه التوطئة لتعريف المصنف والكتاب ان نبسط القول فندرس الموضوعات الآتية :

نظام القضاء فى الاسلام وخصائصه .

---

(١) الماوردي هو علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ وقد اشتهر بكتاب الاحكام السلطانية وكتاب أدب الدنيا والدين وله مطول في الفقه اسمه الحاوي ، يقوم صديقنا السيد هلال السرحان بنشر الجزء المتعلق منه بأدب القضاء .

٢ ـ سيرة مصنف الكتاب وآثاره وثقافته .

٣ ـ ما اضافه هذا الكتاب الى موضوع نظام القضاء من جديد سواء من حيث صياغة المباديء أو تعليل الفروق بين مختلف آراء المذاهب أو التزام الاسلوب العقلي الهادىء المحايد الى حد كبير من الحياد العلمي الذى اتيح لابناء ذلك العصر .

خصائص النظام القضائي فى الاسلام :

للنظام القضائى فى الاسلام تاريخ طويل حافل بالحركة والنضال فى سبيل العدل والانسان والحق والشرع ، وملامح جذابة لما فيها من طرافة ،ولقد توثقت صلتي بهذا النظام منذ ان صنفت كتابى «الوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية» الى ان درسته فى جانبيه الفقهى النظرى والتاريخى واعددت فيه أبحاثا مخطوطة رأيت ان أخدمها بنشر بعض ما صنف في أدب القضاء لتزداد ثروتنا ومراجعنا فى هذا المضمار .

والواقع ان النظام القضائى فى الاسلام تمكن فى خلال تاريخه الحافل فى بعض العصور بالحركة والكفاح والتطور والمتناقضات ان يملى على صفحة الفقه والقضاء أروع القواعد والمبادىء التي تكفلت برعاية حقوق الانسان وصيانة كرامته وعرضه وماله من التعدى والاتلاف والغصب والجور والشطط .

وحسبك ان تعلم ان المدين كان يباع بالدين فى شريعة روما ومصر واعراف العرب قبل الاسلام فلما هيمن الشرع الاسلامى على مصر وطولب القضاء الاسلامى ببيع المدين بالدين تقرر ان المدين لايباع بالدين كالسلعة ولكن يترك ليسعى لنفسه وللدائنين[1] .

ولقد خاض هذا النظام فى سبيل تحقيق ذلك اعنف المعارك وامتحن فيه بعض القضاة أقسى امتحان وحفل بأكثر الآراء والحلول تنوعا ومراعاة لجوانب مختلفة من العدالة المحضة والمصلحة والضرورة ودون تاريخه سطورا من نور

---

(١) بحثنا عن النظام القضائي فى الاسلام .

ولكن هذا التاريخ لم يخل من عصور انحطاط وقضاة سوء استباحوا الرشوة وحادوا عن جادة الحق وسجلت كتب تاريخ القضاة عنهم اسوأة السير والصفحات بكل صراحة وتندر حتى اصبح لدينا تاريخ حافل بهذه المتناقضات واضيف الى ثروتنا الادبية فصل خاص بما قيل فى القضاة من قدح وذم وتجريح وسخرية .

والى جانب كل ذلك فان للنظام القضائي الاسلامى خصائصه الخاصة ببنيته وتركيبه ينفرد بها عن سائر النظم القضائية حيث قام بالدرجة الاولى على أساس نظام القاضى الفرد الذى اتيح له استشارة الفقهاء فى مجلسه وخارج مجلس الحكم وهذا الطراز من المحاكم يرجع الى تقاليد العرب قبل الاسلام حيث ساد نظام التقاضي لدى حكم أو كاهن فرد ولا صلة له بطراز المحاكم في الشرائع القديمة الاخرى .

ولم يحظ حكم القاضى فى ظل هذا النظام بدرجة كافية من القطعية بل كان عرضة للنقض فى الامور غير الاجتهادية وفق شروط وفروض معينة[1] كما كان القاضي نفسه عند عزله عرضة « للايقاف » اي لعرضه على الحساب الدقيق والسؤال والمراجعة .

وهذا اغرب ما فى هذا النظام بالقياس الى سائر النظم القضائية فى مختلف الشرائع المعروفة ودليل على مدى تغلغل مبدأ سيادة القانون في هذا الشرع الذي تقرر فيه خضوع الحاكم والمحكوم لحكم القاعدة القانونية ومسؤولية اولى الامر عما عهد اليهم الاضطلاع به من الشؤون العامة والخاصة .

لقد منح الاسلام للقاضى سلطة واسعة وأناط به مهمات خطيرة ، ولكنه جعله مسؤولا مسؤولية خطيرة فى دنياه وآخرته حتى شبه من ولي القضاء بمن ذبح بغير سكين .

* * *

---

(١) جاء فى جامع الفصولين ١/٢٠ «كل شيء اختلف فيه الفقهاء فقضى فيه القاضي نفذ قضاؤه ، وليس لقاض آخر ابطاله » والى مثل هذا القول ذهب الشافعي كما في أدب القاضي للماوردي (٢/٤٧و مختصر المزنى ٥/٢٤٢ والأم ٦/٢٠٧ ـ ٢٠٨) .

لقد كان القضاء فى عصور طويلة يتمتع بأخطر مركز بعد مركز الخلافة ، ولذا كانت دراسة تاريخه من الامور الممتعة والجديرة بالبحث لانها قمينة بان تكشف لنا النقاب عن طبيعة نظام الحكم فى الاسلام ، وعن نوع من الدمقراطية والعدالة حاول الاسلام اناطة تحقيقها بالقضاء ، واكد فيها على العدالة والمساواة امام الشرع وعلى سيادة الشرع على جميع المكلفين حكاما ومحكومين وعلى التزام القضاء الحياد التام بين المراكز والحقوق فسطر بذلك انبل ما رمت الى تحقيقه الثورة الفرنسية من حقوق الانسان قبل ان تولد هذه الثورة ، وان تسطر فلسفتها بعصور وعصور • ولكن الفقه أناط بالقضاة مهمة النضال فى سبيل هذه المبادىء ولم ينط ذلك بقواعد موضوعية أو اجراءات محددة معقدة مضمونة الجواب اللهم باستثناء حق القاضى فى تفتيش السجون واطلاق سراج المسجونين ظلما •

ولذا فقد تشدد الفقه الاسلامي في صفات القضاة وأعوانهم والشهود وتزكيتهم وتعديلهم ، وتشدد السمناني أكثر من غيره لعلة سنشير اليها ، ولكنه لم يخدع بما اشترطه هو والفقهاء من قبله فقد اعترف لنا بمرارة بواقع الحال حيث اتيح له معاشرة شيخه قاضى القضاة الدامغانى ثلاثين سنة تولى فيها الشيخ قاضى القضاة منصب القضاء فحدثنا في مواضع مختلفة عن واقع القضاة وعن مجلس شيخه •

تلك هي خصائص النظام القضائي فى الاسلام ، ولسنا بحاجة الى ان نطيل القول فيها أكثر من ذلك ولا ان نعرض على القارىء القواعد الدستورية التى حررها الفقه فى هذا المضمار لان كل ذلك سيذكر فى كتابنا المفرد لنظام القضاء الاسلامي ولكننا سنكتفي في آخر هذا البحث باستنباط بعض هذه القواعد من كتاب السمنانى ليكون مجموعها انموذجا لهذا الدستور •

لم يكن السمناني اذن نقالة جماعة فى تصنيفه بل كان نقادة رسم لنا الجانب النظرى ولم يخف علينا واقع حال القضاء فى عصره فنقل الينا من تجاربه وملاحظته سير الواقع ومجرى الاحداث ما يجعل المتعة المرجوة من كتابه مضاعفة، ولا غرو فقد اكتوى السمناني نفسه بنار القضاء ـ كما سنرى ـ وقد أتيح له

أن يختبر ما سنّ من القواعد المثالية لدستور القضاء فى ساحة القضاء نفسه فلم يكذب علينا ولا خاتل ولكنه لم يحد عن احترامه لشيخه قاضى القضاة واعجابه به ، وبما كان يجرى عليه العمل فى زمانه فى مجلس حكمه .

وثمة أشياء أخر يكشف عنها النقاب كتاب الروضة فان مؤلفه لم يكتف بتقرير احكام نظام القضاء فى الاسلام ولكنه بين لنا وجه استنباط تلك الاحكام والقواعد فلم يكن يكتفي بالقياس على نظم الفقه الخاص[1] من وكالة ونيابة بل كان يلحظ الفرق بين الامرين احيانا وكان فى مواضع اخرى يعمد فى الاستنباط الى مقتضيات الحاجة والمصلحة .

والواقع ان جميع هذه الحقائق تبدو جلية فى كتاب روضة القضاة حيث يقرر السمناني فى مواضع مختلفة منها أوجه القياس على الوكالة ، ويقرر احيانا وجود الفارق بين القضاء والامامة وبين الوكالة ، وحيث يذكر بصراحة ان الامامة نيابة عن الامة ، وحيث يعرض علينا محاولة الفقه تخفيف عبء الحساب والمسؤولية عن عاتق القاضى المعزول بجعل القول قوله فيما يدعى عليه .

ترجمة السمناني :

مولده ودراسته :

وردت ترجمة السمناني فى كل من الجواهر المضية (ج١ ص ٣٧٥-٣٧٧) والفوائد البهية (ص ١٢٣ - ١٢٤) ومنهما يستفاد انه علي بن محمد بن أحمد الرحبي أبو القاسم ويعرف بابن السمناني . ذكره أبو عبدالله محمد بن عبدالملك بن ابراهيم الهمداني فى طبقات ابي حنيفة فقال :

« مولده رحبة مالك بن طوق[2] » .

---

(١) مصطلح أردنا به المقابلة مع القانون الخاص كما ان الفقه العام نريد به ما يقابل القانون العام .

(٢) جاء فى القاموس المحيط فى مادة الرحب رحبة المكان وتسكن : ساحته ومتسعه ، ومن الوادى مسيل مائة من جانبيه فيه .. والارض الواسعة المنبات المحلال ... ورحبة مالك بن طوق (التغلبي) على الفرات .

ورد على قاضي القضاة أبي عبدالله محمد بن علي الدامغاني الكبير[1] فقرا عليه مذهب أبي حنيفة .

وقرأ الكلام والاصول علي أبي علي بن الوليد[2] .

وكانت له تصانيف فى الفقه والشروط والتواريخ وكتاب فى ادب القضاء سماه روضة القضاة وهو تصنيف لطيف فرغ منه سنة ثمان وسبعين واربعمائة .

وقد نسب لفخر الدين الزيلعى كتاب يسمى روضة القضاة وطريق النجاة ولكن صاحب الفوائد البهية يقول ان الظاهر ان هذا خطأ (ص ١٢٤ منه) .

وثمة كتاب آخر يسمى روضة القضاة فى المحاضر والسجلات تاليف مصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفي[3] المتوفى سنة ١٠٩٧ أشار اليه ذيل كشف الظنون (مجلد ١ ص ٥٩٦) ولا ندرى هل العلاقة بين الكتابين قصرة على اقتباس اسم الثاني من الاول أم ان الثانى رجع الى الاول فى موضوعه ومادته أيضا[4] .

---

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبدالملك بن عبدالوهاب الدامغاني الكبير أبو عبدالله (٣٩٣ بدامغان – ٤٧٧ هـ ببغداد) قاضى القضاة الامام العلامة تفقه على الصيمري ببغداد وسمع من أبي عبدالله محمد بن علي الصورى وروى عنه عبدالله الاتماطى وغيره واصحابه كثيرون لايحصون ، وكان متضلعا فى الخلاف . وفى مكتبة الاوقاف ببغداد رسالة فقهية للدامغانى ضمن مجموعة مخطوطة رقمها ٣٢٧ أما عنوان هذه الرسالة فهو مسائل في دعوى الحيطان والطرق والابواب فى الفقه وقد اطلعت على هذه الرسالة فانتهيت الى انها ليست من تصنيف الدامغاني وانما هي لمؤلف مجهول نقل عن الدامغاني وعن الذخير وغيرهما .

(٢) في أول ورقة من نسخة قليچ علي باشا ترجمة مقتضبة للسمناني جاء فيها «شيخه ابو علي محمد بن احمد بن الوليد» .

(٣) منه نسخة خطية في مكتبة عموجة حسين باشا برقم ١٩٢ واخرى في مكتبة أسعد أفندي برقم ٨٠٥ – ٨٠٦ .

(٤) ومن الكتب التي استعارت من روضة القضاة عنوانها كتاب « روضة الاحكام وزينة الحكام» وهو مختصر فى القضاء لابى نصر القاضى شريح بن عبدالكريم الرومانى الشافعى وقد وردت الاشارة اليه فى كشف الظنون مجلد ١ ص ١٩٢٣ .

ثقـــافته :

فالسمناني اذن كان فقهيا ومؤرخا ولغويا تثقف بثقافة عصره من فقه وكلام وأصول وتاريخ الخ ، وصنف روضة القضاة وطريق النجاة فى موضوع من اهم موضوعات الفقه الاسلامي ، ومما يستدل به على ثقافته اللغوية مشاركته فى حركة شرح النصوص الادبية فان فى حوزة مكتبة الاوقاف العراقية مخطوطا عنوانه :

حاشية على مقامات الحريرى • وقد جاء فى دليل هذه المكتبة المسمى بالكشاف ان هذه الحاشية بقلم أبي القاسم علاء الدين محمد بن علي السـمناني المتوفى سنة ٤٩٣هـ وهذه المخطوطة مرقمه بالرقم ٢٩٩ •

آثـــاره :

صنف السمناني فى موضوعات متعددة فى الفقه واصوله والتاريخ واللغـة وروضته من أهم ماصنفه في الفقه فلنعد اليها : فانها محور هذا التعريف :

لقد اشرنا من قبل الى ان احكام منصب القضاء تنير لنا أهم جوانب الفقـه الاسلامي ونعني بذلك الجانب العام من هذا الفقه المعني بتصوير هذه السلطة من سلط الدولة سلطة القضاء ، فاحكام القضاء اذن من اهم موضوعات « الفقه العام المقابل للقانون العام في القوانين الوضعية في عصرنا هذا وان لم يعرف الفقه الاسلامي هذه التفرقة بين الفقه العام والفقه الخاص كما عرفت القوانين الوضعيه تفرقة مثلها بين القانونين العام والخاص •

ولقـد سلك الفقهـاء فى تدوين احكام هذه السلطـة والقواعـد المنظمـة لها مسلكين :

فمنهم من عالجها باعتبار موضوعها من جملة موضوعات الفقه فلم يفردها بمؤلف فرد مستقل ، ومنهم من أفردها بمؤلف خاص كما فعل السمناني حين أفردها بكتابه الفرد الجامع لمباحث هذه السلطة وقواعدها على أن من الفريق الاول من أسهب في التأليف وأطنب حتى جاء بحثه في أدب القضاء أشبه بمصنف فرد في الموضوع كما فعل الماوردي في الحاوي •

ومن مزايا كتاب الروضة انه لم يقتصر على سرد وجهة نظر المذهب الحنفي وحده ولكنه عالج موضوعه علاجا جامعا موازنا فعرض لمختلف وجوه النظر في المذاهب الاسلامية المختلفة من حنفية وشافعية وزيدية وامامية وخوارج واكثر من الموازنة بالدرجة الاولى بين اقوال الحنفية والشافعية وكل ذلك على طريقه علم الخلاف اى على طريقه الفقه الموازن بمصطلح عصرنا هذا ان صحت هذه الاستعارة فاتسع بذلك افق هذا الكتاب ، وقد كان الدامغاني استاذ السمناني من المتضلعين بعلم الخلاف فنقل عن بعض مصنفاته واشار الى ما جرى عليه العمل في تلك الفترة الطويلة التي تولى فيها شيخه المذكور منصب قاضي القضاة فجاء كتاب الروضة جامعا بين ما دونه الفقه في موضوع القضاء من قواعد نظرية وبين ما أسفر عنه العمل والتطبيق من حقائق ، وهذه اهم ميزة انفرد بها هذا الكتاب عن سائر ما ألف في موضوعه .

ان المعضلة التي يواجهها الباحث في العلوم الانسانية هي معضلة استحالة اختبار النظم في مختبر واجراء التجارب عليها تمحيصا لها ، ولكن السمناني أتيحت له هذه الفرصة النادرة في مجلس قضاء شيخه حيث سجل لنا في نهاية اكثر فصول كتابه صوراً ممتعة مما كان يقع في ذلك المجلس ووازن بينها وبين ما قرره الفقهاء ورسموه للقضاء من قواعد نظرية فكان ذلك المجلس مختبراً للنظام القضائي في عصره .

ومع ان هذا الكتاب متواضع العنوان اذ يقتصر على الاشارة الى « القضاة » والقضاء فان موضوع الكتاب في الحقيقة أوسع من ذلك :

١ ـ فقد عني السمناني بجميع جوانب الفقه الاسلامي العام بما عقده من موازنات بين الخلافة والقضاء ، وبين سلطة القاضي والامام . وما يشترط في كل منهما من الصفات ، وكيف يعزل كل منهما الخ فجاء بذلك كتابا جامعا في الفقه الاسلامي العام غير قاصر على بحث سلطة القضاء وبذلك يمكن القول ان السمناني كان من فقهاء الفقة العام الى جانب تضلعه بالفقه الخاص ، وانه بذل في تطوير مباديء الفقه العام جهودا ، وقدم لنا نماذج من الصياغة القانونية في هذا المضمار ،

شأنه فى ذلك شأن الماوردى وان لم يبلغ شأن الماوردى لاقلاله واكثار الماوردى فيما صنف من كتب في حقل الفقه العام .

٢ ـ وقد عقد السمناني في آخر كتابه فصولا أرخ فيها للقضاة الى زمانه فدل بذلك على مدى تضلعه في تاريخ الاسلام .

والى جانب ذلك فان مؤلف روضة القضاة كان نسيج وحده كما يظهر من مقدمة كتابه ، فانه لم يقتصر على جمع اقوال من تقدمه من المؤلفين السابقين فى هذا الموضوع ولكنه نظر فيما ألفوه نظرة الناقد الفاحص فتكشفت له عيوب تآليفهم من تقصير وتقديم ما لا يحتاج اليه من مقدمات الى غير ذلك من المآخذ فحاول أن يحترز منها . والواقع ان طريقة هذا المؤلف فى الجمع بين اسلوبى النقد والتجميع ان دلت على شيء فانما تدل على سعة اطلاعه وتوقد ذكائه فى تلك الحياة المضطربة التي قاسى آلامها وشدائدها ولم تنصفه في أعز الاشياء عليه وعلى كل انسان كما سنرى .

(٢) هذا عن الروضة وللسمناني فى موضوع القضاء العملي كتاب أشار اليه اسماعيل باشا البغدادى فى كتابه هدية العارفين[1] واسماه « العروة الوثقى فى الشروط » .

وحدثنا السمناني نفسه عن كتاب له فى هذا الفن سماه « كنز العلماء والمتعلمين فى علم الشروط فهل هما كتاب واحد أم كتابان ؟

هذا ما لا نستطيع الاجابة عليه جوابا جازما فلنكتف بالنظر الى ما ذكره السمناني نفسه عن كنزه حيث قال فى روضة القضاة فى باب كاتب القاضى :

وقد كنا صنفنا فى الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتعلمين فى علم الشروط على نمط يخالف في الترتيب سائر كتب من تقدم وهو مما لا يستغني عنه عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليل لكل شرط ، وذكرت خلاف الناس فيه » .

---

(١) المجلد ١ ص ٦٩٤ .

فالروضة والكنز كلاهما يعالجان نظام القضاء فتتناوله الروضة من جوانبه النظرية ويتناوله الكنز من جوانبه العملية والتطبيقية ، فيعني ببحث الشروط وفى هذا يقول السمناني فى تحديد العلاقة بين كتابيه هذين :

« ففيه ما يعين على هذا الكتاب (الروضة) ، كما ان فى هذا الكتاب ما يعين على ذاك » .

٣ ـ والى جانب كتابى الروضة والكنز تشير كتب الطبقات كما ذكرنا الى ان للسمناني تصانيف في الفقه ولا نعلم عن هذه التصانيف شيئا حتى الآن[١] .

٤ ـ كما تشير هذه المراجع الى أن للسمناني تصانيف في التواريخ[٢] .

٥ ـ وللسمناني كما قلنا شرح على مقامات الحريري منه نسخة مخطوطة فى مكتبة الاوقاف العراقية وقد اطلعت عليها فوجدت فى آخرها العبارة الختامية الآتية « تم الكتاب بعون الملك الوهاب على يد مؤلفه العبد الفقير الى الله الغنى به على بن محمد المدعو بعلاء السمنانى ، بلغة الله كل ما يهواه من المطالب والامانى ليلة السبت وقت العشاء السابع عشر من شعبان ... » ومن المؤسف له ان تاريخ سنة الكتابة قد طمس بحيث لا يقرؤ .

٦ ـ وله أيضا سراج المصلى وشروط الصلاة اشار اليه بروكلمان فى الملحق ١ ص ٦٣٨ وذكر ان نسخة خطية منه فى مكتبة قليج برقم أ، ٣٧٨ .

---

(١) على ان السمنانى يحدثنا فى كتاب روضة القضاة ان له فى هذا المضمار كتاب « الهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل » وكتاب التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة المعلوم وشرحه رسالة عنوانها « المسئلة النظامية فى الاشربة » وقد حدثنا فى موضع آخر من الروضة ان كتابه المسمى بالتشويق الى العلوم يحتوى على مقدمة فى الحساب مهد بها لغوامض مسائل الميراث وأنه أودع فى كتابه هذا أصول الدين وأصول الفقه ومسائل الفروع والحساب والفرائض ونوادر المسائل التى تراخى بها العلماء .

(٢) فقد أشار السمناني في الروضة الى كتابه المسمى المرشد النظامي وهو كتاب فى التاريخ واسمه الكامل المرشد الى معرفة اصحاب النبى (ص) والتابعين بعدهم والخلفاء والخوارج وظاهر ان هذا الكتاب من قبيل تواريخ الاعلام .

حياة السمناني المضطربة

هذا المصنف المثقف المتعدد جوانب الفكر والثقافة النقادة الفاحص المتأمل لم يهنأ في حياته بما يحقق له العزة والكرامة وان بلغ في زمن نظام الملك مرتبة « صاحب الخبر » فقد نكب منذ اللحظة التي حملت فيها أمه في نسبه حين شاءت الاقدار أن تحمل به أمه وان تناصبها العداء زوجة حرة فتحمل زوجها على بيع تلك الجارية المنكودة قبل أن تظهر عليها علامات الحمل لمن يحملها الى خارج العراق ويسدل الستار عليها وعلى من ستلده .

كانت حياة السمناني اذن مضطربة قاسى فيها الامرين من الشدائد والآلام في مجتمع كان يضع أبناء الجواري في منزلة دنيا ، ولا يفسح لهم مجال التقدم الا بشق الانفس ، فقد ولد من جارية ولادة مغمورة ونشأ في رحبة مالك بن طوق على الفرات ، بعيدا عن كنف أبيه محروما من شفقته ومن اخوة اخيه لابيه ، ولكنه تمكن من شق طريق الحياة بصبر وأناة وكانت أمه حريصة على أن ترفعه الى المنزلة التي اريد اقصاؤها عنها فدفعته الى دور العلم وأوصته أن يعود أدراجه الى موطن آبائه وأجداده الى العراق ليدرس الفقه على الدامغاني قاضي القضاة ، ويبلو حلو الحياة ومرها فتمكن من شق طريق الحياة بصبر واناة ولم يعلن الثورة على المجتمع اعلان مستهتر بالقيم والتقاليد ولا اعلان ناقم على الاوضاع والنظم ولكنه أعلنها اعلان مؤمن بالحق والمثل العليا ووجد ضالته في القضاء فتمسك بكل مايحقق مثله الاعلى فيه من شروط الكمال فبرهن بذلك على أصالة نفسه وكان ـ كما قيل ـ كثير الشبه بأبيه .

وحين تمكن من ثقافة عصر وبلغ فيها مابلغ توفي اخوه من الزوجة الحرة، فأراد أن يثبت نسبه من أبيه ، وأن يبرهن ان أمه الجارية كانت في الحقيقة ام ولد ، وانها حملت به من قاضي الموصل أبي جعفر السمناني ، ولكنه أخفق في اثبات هذا النسب ، ولم يلتفت الى دعواه قاضي القضاة رغم شدة الشبه بينه وبين أبي جعفر السمناني ، فقد طعن في دعواه النسب بأنه : لا تصح منه الدعوى

لانه مملوك اسمه ظاهر ، كما هو ثابت في محضر شهد فيه قوم بذلك .

ولقد اختتمت تلك الدعوى الفاشلة وجهوده المتواصلة في التظلم منها بالمصالحة على ست مائة دينار يؤدي قاضي القضاة منها أربعمائة دينار .

صاحب الخبر :

ولكن مافقده الرحبي من جاه النسب عوض عنه بعض العوض فقد نفق سوقه لدى نظام الملك الوزير السلجوقي فجعله صاحب خبره[1] ببغداد ، واجرى له في كل سنة نحوا من سبع مائة دينار .

عقد نفسية :

هذا النسب الذي اخفق الرحبي في اثباته ، وهذا المنصب المغمور الذي حصل عليه لم يدخل الطمأنينة والراحة على نفس هذا الفقيه المؤرخ اللغوي على مايظهر ، فقد ساءت حالته النفسية رغم المعاش الذي اجرى عليه وثقة الوزير به.

وقد جرت عليه تلك « العقد النفسية » آلاما شديدة ومصائب متوالية ، لان نسبه المفقود لم يعوض بمنصب غير مغمور ، ولان الناس في عصره لم تكن لتكبر الفقيه اذا ارتقى منصب القضاء فكيف بمن قنع بأن يكون « صاحب خبر » أي رئيسا للمخابرات السرية التي أقامها الوزير السلجوقي الدكتاتور لرصد أخبار العراق واخبار الخلافة العباسية التى جردت من كثير من سلطاتهاواصبحت مجرد اطار يزين شرعية السلطنة السلجوقية وان حرصت أن تستبقي القضاء في قبضتها ، ولقد حدثتنا المصادر حديثا مقتضبا عن تلك الحياة المضطربة التي قضاها الرحبي السمناني في بغداد في منصبه الجديد غير قرير ، حيث تقول الجواهر المضية ان السمناني « ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير أبي شجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه ، وقريء التوقيع في المركب في اول شهر سنة ثمان وسبعين واربعمائة » .

وتناقل الناس في بغداد ذلك الحادث بالتعليق والتأويل ، وكثرت الشائعات وفي هذا تقول الجواهر المضية (ج١ ص ٣٧٧) .

---

(١) ترجم بروكلمان هذا المصطلح الى الالمانية بمصطلح Berichterstatter

« وتداول أهل بغداد ماخرج في معناه ، وجلس اياما في دار بالقرب من دار الخلافة وحبس ، واطلق ولازم منزله ، فورد نظام الملك الى بغداد ، وخاطب الخليفة فيه ، وورد بعد ذلك بسنتين عميد الملك أبو منصور بن جهير فراعاه ولاحظه » .

هذه الاخبار المضطربة والوقائع الدالة على مدى الاحتكاك بين الخلافة العباسية والسلطنة السلجوقية والصراع الخفي على اقتسام النفوذ في تلك الرقعة التي قامت فيها الامبراطورية السلجوقية كان ضحيتها صاحب الخبر حيث قدر له ان يقيم بين شقي الرحى وان يتكلف الخليفة الغضب عليه والامر يحبسه وأن تسارع الدولة السلجوقية الى التشفع له وانقاذه .

دعواه اثباته النسب :

ولا يفوتنا بعد هذا وقد عرفنا طرفا من سيرة هذا الفقيه المنكود أن نستعرض تلك المحاكمة التي حاول خوضها لاثبات نسبه وكيف اخفق فيها وما اعقب ذلك من تظلمه وصلحه لما في هذه المحاكمة من غرابة وطرافة وتصوير لاخلاق ذلك العصر وطبيعة الروابط الاجتماعية بين مختلف طبقاته فقد اشرنا انه دفع برد دعواه لثبوت رقه بوثيقة دونت فيها شهادة شهود اعدت من قبل اعدادا محكما فاسقط في يده ولم يحر جوابا ، ولكنه عاد يتظلم من الحكم ثم اضطر الى قبول التصالح مع القاضي الذي رد عليه دعواه .

لقد روى لنا حوادث هذه القضية ، وسير المحاكمة فيها وطرق التظلم منها كتاب الجواهر المضية .

وتبدأ حوادث هذه القضية بوفاة أحد القضاة من اسرة السمناني ويدعى أبو الحسين بن أحمد بن جعفر بن محمد ، فقد توفي سنة ٤٦٦ هـ « فحضر (مجلس القضاة) أبو القاسم الرحبي غداة ، وقد خرق ثيابه ، وشوش عمامته وتخفى في مشيته ، وفعل فعل اهل المصائب ، وذكر انه اخوه ، وادعى ان القاضي أبا جعفر السمناني أبوه .

وتساءل الناس عن اسرة السمناني وعن سمنان التي تنسب اليها ؟

وبعد أن رفعت الستارة عن هذه البداية المسرحية واسكت الجلاوزة اللغط وقطع على المتهامسين الهمس واستمع الى اقوال ابي القاسم » لم يلتفت قاضي القضاة الى دعواه « وكتب محضرا واخذ فيه خطوط جماعة » .

وخرج ابو القاسم منكس الرأس يخط برجليه خطوط اليأس والغيظ والناس بين شامت به وبين ناقم على قاضي القضاة .

وفي الفصل الثاني من هذه المسرحية نجد ابا القاسم يطرق باب الخليفة متظلما بأسلوب مسرحي آخر حتى « تقدم القائم بأمر الله بأن يعقد لاجله مجلس فى دار الاستاذ ابي الفصل محمد بن عامر وكيله فى المخزن» واسدلت الستارة قليلا لترتفع عن فصل آخر حيث « حضره كافة اهل العلم والقضاة والشهود ورفعت الستارة عن هذا الفصل الجديد المتوتر وقد انحنت الرؤوس من ثقل العمائم واشتبكت الاصابع باللحى ، وقد تصدى للمدعي ابن المحسن وكيل زوجة المتوفى .

وبدأ بين الطرفين حوار خاطف فتقدم السمناني وهو يحدث نفسه حديث الواثق بصوت منخفض :

ـ لقد أعددت لكل شيء يقوله ابن المحسن وكيل الزوجة جوابا .

ولكنه مايكاد يخطو خطوتين حتى ينبري له ابن المحسن مخاطبا القاضي أبا الحسين محمد بن محمد البيضاوي :

ـ أيها القاضي ان هذه الدعوى لاتصح من هذا ثم يشير الى المدعي قائلا له بسخرية لاذعة واحتقار :

ـ أنت ! أنت لاتصح منك الدعوى ، لانك مملوك !

ويتهامس جمهور الحاضرين .

ويذهل على السمناني من تلك التهمة التي رافقته من الرحبة الى بغداد .

ويهم بالجواب

ولكن الوكيل يفحمه قائلا :

ـ واسمك ! اسمك ظاهر

ثم يخرج الوكيل من كمه محضرا بذلك وقد شهد فيه قوم بذلك فينشره ملوحا به وتسدل الستارة والمدعي يستغيث :

ـ رباه ! ما أظلم الانسان

لقد تحيرت في أمري

وها أنا ذا لا أجد من ينصرني

أأنا مملوك حقـا ؟

ولست حـرا ؟

فتتوالى القهقهات وهو يقول :

ـ وأي ذنب لي في كل ما قدر لي ! ألست انسانا ! ويسمع صوت يقول :

ـ ياللصعلوك انه يتحـدى المقدور ؟

وتسدل الستارة بسرعة لترتفع عن قوم يتهامسون :

صوت ـ لقد عاد الفقيه المملوك أخيرا

آخر ـ صه صه لقد عاد الينا وكأنما هو غيره

ثالث ـ وكيف أيها الرجل

الصوت الثاني ـ انه اليوم صاحب الخبر ببغـداد ومن ورائه نظام الملك الوزير وجندي من جنود السلاجقة يتبعه كالظل لينقض كالصاعقة على من يشير اليه بطرف بنانه •

الصوت الثالث ـ انه سـينتقم

رابع كلا ، انه اليوم في محنة فقد ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير ابي شجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه وسـيقرأ التوقيع في المركب ثم يحبس •

صوت آخر : والدولة السلجوقية ؟ ان نظام الملك من ورائه ، انه سيعود الى سـابق عهده ان السلاجقة لايرضون الهوان لأتباعهم •

تلك هي فصول المسرحية التي شهدتها بغداد في زمن الخليفة القائم بأمر الله أو لقطات منها :

وفي خضم تلك الاحداث لم ينصرف السمناني عن التأليف فخلف لنا كتابه « روضة القضاة » يدعو فيه لقضاء عادل ، قضاته على جانب كبير من العلم بالشرع والاجتهاد لو أمكن تحقيق حلمه المنشود .

ماأثمرته روضة القضاة :

أما وقد علمنا ان مصنف روضة القضاة كان ضحية من ضحايا القضاء فاخفق في اثبات نسبه من اسرة السمناني العراقية العريقة ولم ينصف في مجلس القضاء، ولا فى مجلس التظلم وآب من دعواه بصلح يقاسي فيه مرارة الحرمان،حرمان ابن الجارية من نسب السيد مولاها كما هزمت أمه من قبل في صراعها مم السيدة زوجة قاضي القضاة أبي جعفر فبيعت بثمن بخس فهل أثرت تلك الاحداث على نفس المؤلف .

أجل لقد أثرت كل الاثر ولكنه تماسك وتجلد كما أشرنا فدل على نجابة وصلابة في الحق واتجه الى التأليف ليحيط بتأليفه عالم الحق بما يمكنه من الضمانات الخلقية وعمد الى تبسيط مؤلفه ليكون مرجعا لا للعلماء والخاصة فقط بل للمتعلمين والعامة ليتعلم الجميع حقوقهم المقررة شرعا وليتعلم الانسان ان له كرامة وحقوقا .

وأكبر الظن ان تلك الاحداث أثرت في نفسه تأثيرا عميقا فحذر من تولية القاضي الجاهل لان « البليه به أشد ، لاسيما اذا اختصما فى المعاملات والمواريث والمسائل المشكلة في الفروع التي يتجاذبها شبه الاصول » .

وحذر من تولية « متهم فى الحكم لئلا يجور » وكتب يقول : لاينبغي أن يختار للقضاء « الا من يغلب على الظن أنه اوفا مختار ، واكمل انسان ».
وينبغي لمن تملك الولاية أن يختار لهذه الرتبة من لايقدر العالم على اصلح منه ، ولا أفضل ولا اكمل ، كما اختار الله تعالى لرسالته صفوة كل عالم ، هذا

التشدد فى اختيار القضاة وتطلب الكمال فيمن يولى القضاء لا نجد له نظيراً فى أدب القضاء للماوردى ـ مثلا ـ فان الماوردى مال الى الاعتدال فى اشتراط الفضل فى القاضى لما هو معروف عنه من واقعيته ، ولذا فان الماوردى صاغ القاعدة المعتدلة الواقعية الاتية فقال :

« اذا تكاملت شروط القضاء في جماعة ، كان الاولى بالامام أن يقلد أفضلهم ، فان عدل عن الافضل الى المقصر انعقدت ولايته ، لان الزيادة على كمال الشروط غير معتبرة » (أدب القضاء له ١/٢٥) .

وهكذا كان السمناني يتمنى أن لايرقى الى دست القضاء الا انسان كامل علما وعدلا واجتهادا لينصف أمثاله من جشع الارملة وغيره الضرة .

نماذج من قواعد الفقه الاسلامي كما صاغها السمناني :

وثمة مزية اخرى يلمسها قاريء هذا الكتاب : الا وهي عرض المسائل الفقهية بشكل جذاب بارع الصياغة جاهز للتدوين القانوني بمجهود قليل يبذل في هذا المضمار واليك بعض الامثلة على ذلك :

العقد الموقوف :

ففي العقد الموقوف صاغ القاعدة الآتية :

كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ ، اذا تأخر عنه الاذن انعقد موقوفا على من له حق العقد (الحنفية) .

اخرى بعكسها

لاينعقد شيء من العقود موقوفا على الاجازة .

تولية المرأة القضاء :

وذكر في آخر بحثه عن تولي المرأة القضاء قاعدة جامعة لحقوق المرأة ومركزها الفقهي فقال :

« وأجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصيا ، ووكيلا ، وقاسما ، وأمينا وانها كالرجل في سائر العقود .

وانها أولى من الرجل بالحضانة والتربية وانها يقبل قولها فيما لايطلع عليه الرجال ، ولا يقبل قول الرجال في ذلك » .

ان هذه العبارة الجامعة لحقوق المرأة ومركزها القانوني في الفقه الاسلامي يمكن أن تصاغ قاعدة قانونية بتعديل يسير بأن يقال مثلا :

قـــاعدة :

أ ـ للمرأة أن تكون وصيا ووكيلا وقاسما وأمينا .

ب ـ وهي كالرجل في سائر العقود ، واولى منه بالحضانة والتربية .

ج ـ ويقبل قولها فيما لايطلع عليه الرجال دون اقول الرجال .

باب في الامامة

وصاغ عند بحثه عن واجبات الخليفة تجاه الرعية وحقوقه على الرعيـــة قواعد جامعة من قواعد الدستور الاسلامي ، وفي الامكان بعد تعديل يسـير أن نصوغ عبارته بعد تجريدها مما لا صلة له بأسلوب التشريع من عبارات الشرح والايضاح على النحو الآتي :

قاعدة ـ يتعين الامام بالاختيار .

اخـرى :

يتعين بالنص (الامامية)

قاعدة ـ اذا عقد للامام فالعبرة بالعقد الاول . واذا وقع عقدان معا ينعقـد للافضل (وقيل بالبطلان وبالقرعة) .

قاعدة ـ يقع اختيار الامام بأن يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهـــل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك .

قاعدة ـ الدعوة طريق للامامة وهي أن يبابن الانسان الظلمة ويأمـــر بالمعروف وينهى عن المنكر وتجتمع فيه شروط الامامة فيكون اماما وان لم يبايع على ذلك (الزيدية) .

اخرى . لا يكون

قاعدة ـ لايجوز أن يتعدد الامام في العصر .

قاعدة ـ يشترط في الامام أن يكون ذا رأي وسياسة وشجاعة وان يكون في ظاهره عدلا ، فان كان فاسقا لم يؤمر ، ولم يعقد له ولاية ولم تجب طاعة .

قاعدة ـ ليس للامام ان يجبي ما لا يستحقه ، ولا أن يعطي ما يجب (المصالح العامة وشؤون الرعية) لنفسه ولا لغير مستحقه .

قاعدة ـ على الامام التسوية في الاحكام والعطاء وقسمة الفيء ووضع كل حق في موضعه ، ومنع المظالم .

قاعدة ـ للامام على الرعية أن يسلموا اليه ماوجب من حق في المال له أخذه وله عليهم السمع والطاعة فيما يأمر وينهى عنه ، مالم يكن معصية لاحكام الشرع .

وأن يمكنوه من اقامة الحدود عليهم في أنفسهم واتباعهم .

وهكذا يمكن أن نضيف الى هذه القواعد الدستورية قواعد اخرى مستخرجة من هذا الكتاب بعد تعديل يسير وتجريد قليل .

فنقول مثلا :

قاعدة ـ لا يصح عقد الامامة خاصة ، بل لاتقع الا عامة عموما لا تخصيص فيه بحال .

قاعدة ـ الامام نائب عن المسلمين يستوفي ماوجب لهم من الحقوق ويوفيهم مايجب لهم ، ويستوفي منهم مايجب استيفاؤه من الحقوق العامة وينفذ عليهم الاحكام .

قاعدة ـ اذا جار الامام واعتدى وتمرد واحتوى على الاموال وجب على المسلمين خلعه ومنعه والاستبدال به .

قاعدة ـ يشترط في الامام أن يكون قرشيا (مذهب الجمهور) .

اخرى ـ لايشترط (رأي الخوارج وبعض أصحاب الحديث) فيجوز أن تكون الامامة في غير قريش وغير العرب .

قاعدة ـ الامامة حق لكافة المسلمين ولهم أن يصرفوها الى من شاؤا ممن يعلمون أنه يقوم بها .

قاعدة ، اذا اسر الامام وتعذر على الناس الوصول الى اذنه جاز لهم نصب غيره وسقط عنهم حكم ولايته .

قاعدة ـ لا يشترط في القاضي أن يكون عربيا .

قاعدة ـ يقضي القاضي على الامير ، ويقضي له ، وان استفاد النظر منه .

قاعدة ـ ليس للقاضي أن يتصرف الا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه .

قاعدة ـ لاينقض قاضي اهل العدل من أحكام قضاة الخوارج[1] الا ما ينقض من أحكام غيرهم ، كل ذلك بشرط أن لايكون قاضيهم ممن يستبيح دماء اهل العدل وأموالهم وان يكون عدلا مجتهدا .

قاعدة ـ يشترط في الحاكم أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا ، مسلما عدلا، غير متهم في الحكم .

قاعدة ـ يجوز أن تلي المرأة القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتها فيه ، وحدها أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص (أبو حنيفة) .

اخرى ـ يجوز أن تتولى المرأة القضاء في جميع ذلك (الخوارج) .

قاعدة ـ لاينبغي أن يولي القضاء الا الموثوق في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه (عن مختصر الطحاوي) .

قاعدة ـ لايولي الحكم الا رجل من أهل الاجتهاد (الروضة) ولا تنعقد ولاية العامي (الشافعي ومحمد بن الحسن عن الروضة) .

قاعدة ـ لا يشاور القاضي اذا نزل به المشكل الا أمينا عالماً بالكتاب والسنة والآثار وأقاويل الناس (أي الفقهاء) والقياس وانساب العرب (عن المزني) .

قاعدة ـ يولى القاضي من جهة الامام .

قاعدة ـ يشترط في الامام أن يكون ذكرا (وشذت الخوارج فأجازت امامة الانثى) .

---

(١) يراد بالخوارج فى كتاب الروضة مايراد بالمحاربين فى القانون الدولى العام المعاصر حين يكسب الثوار صفة المحاربين وذلك قياسا على فرقة الخوارج التى خرجت على الامام علي (س) .

قاعدة ـ اذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضاياه ماضية حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك •

قاعدة ـ اذا ادعى على القاضي المعزول أنه ارتكب فى قضائه السابق ظلما أو تعـديا فالقول قول القاضي المعزول ولا يمين عليه •

قاعدة ـ اذا تظلم من القاضي المعزول متظلم ، وسأل القاضي المولى احضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما •

قاعدة ـ اذا ادعى على القاضي المعزول أنه حكم بجور نظر في ذلك فان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسـوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كمـا يبطل حكم نفسه اذا رده الاجماع •

قاعدة ـ خطأ القاضي على نوعين :ـ

ماهو حقوق الله كالحدود فهو في بيت المال •

وما هو حق العبادة فذلك واقع على من حكم له به ، يغرم ذلك المقضي له، ولا شيء على القاضي فيه ، والمال اذا لم يقدر على رده ففيه غرم المثل ، والقيمـة والدية • وان كان قائما بنفسه رده على صاحبه ، ولا غرم على القاضي •

فى الثـورة على الظلم

قاعدة ـ يسأل الامام الخوارج عمـا دعاهم الى الخروج فان ذكر شيء ظلموا فيه أنصفهم من الظلم ، والا دعاهم الى الرجوع الى الجماعة والدخول في طاعة الامام ، فان فعلت والا قوتلت •

فى التحكيـــم

وفي التحكيم يمكن استخلاص القواعد الآتية :

قاعدة ـ يجوز أن يحكم الخصمان رجلا واحدا ، ويجوز أن يحـكما رجلين فما زاد ولهما أن يخرجا الحكمين من الحكم •

قاعدة ـ لاينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه •

قاعدة ـ اذا حكم الحكم بشيء ثم رفع الى القاضي وكان موافقا للحق ورأيه أمضاه والا رده .

الختـــام :

والحاصل فان كتاب روضة القضاة جدير بعناية الجامعة والباحثين وبان يتخذ مرجعا للدرس في معاهد الدراسة العالية في الفقه الاسلامي والقانون لكل ماذكرناه من مزاياه وفي سيرة مؤلفه مايصلح نواة لمسرحية او رواية سينمائية تمثل نقائض ذلك العصر ومظالمه وماسيه والصراع بين القوى والطبقات .

ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الاخيرة الى الجمهورية التركية صيف سنة ١٩٦٧ على نسخ اخرى من كتاب الروضة في بعض مكتبات الاستانة فطلبت من مكتبة السليمانية تصويرها وساواصل تحقيق هذا الكتاب ونشره باذن الله وتوفيقه ، وساختار من بعد ذلك للنشر ماكتب عن القضاء في أهم مخطوطات الفقه التي لم تنشر لما تزخر به هذه الفصول من القواعد التي دبجتها يراعة الفقه الاسلامي كالقاعدة التي قرأتها في مخطوطة شرح الزيادات للاوزجندي في مكتبة راغب باشا في الاستانة حيث جاء فى باب الدعوى في هذه المخطوطة .

بني هذا الباب على أن القاضي مأمور بالنظر والاحتياط ، لانه نصب لدفع الظلم وايصال الحقوق الى أربابها فيحتاط لايفائها ويتحرز عن تعطيلها . ان هذه العبارة يمكن أن نستخلص منها القاعدة الآتية :ـ

« القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لارباب الحقوق والتحرز عن تعطيلها ودفع الظلم» .

وهذا شبيه بما تقرر في القواعد الوضعية أي في فقه الدساتير وقوانين السلطة القضائية والمرافعات من أن القاضي ممنوع من انكار العدالة بحجة عدم النص كالمادة (٣٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩) .

والخلاصة فنحن أمام تراث فقهي دستوري ، قضائي جدير بالعناية والنقد والتمحيص .

مراجـــع البحث

١ ـ الجواهر المضية

٢ ـ الفوائد البهية

٣ ـ كشاف مخطوطات الاوقاف ٠

٤ ـ طبقات الفقهاء لعلي القاريء ٠ مخطوط الاوقاف

٥ ـ الكامل لابن الاثير

٦ ـ تاريخ بغداد للخطيب

٧ ـ طبقات الفقهاء للشيرازي

٨ ـ بروكل ١/٣٧٣ والذيل ٦٣٨

٩ ـ شرح الزيادات للاوز جندي ٠ مخطوط في مكتبة راغب باشا فـــي اسطنبول ومنه نسخة في مكتبة الاوقاف العراقية برقم ٤٠٥٠ ٠

١٠ـ شرح أدب القاضي لابي بكر الخصاف ولشارحه حسام‌الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة الشهيد (ـ ٥٣٦) ٠ منه نسخة خطية بمكتبة الاوقاف برقم ٣٥٠٥ ٠

١١ ـ لوازم القضاة والحكام في أصلاح أمور الانام لضحكي (مصطفى بن ميرزا بن محمـد بن ياردم السيروزي (١٠٩٠ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٩٠٤ ٠

١٢ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للطرابلسي القدسي (علاءالدين علي بن خليل) (٨٤٤٠ هـ) ٠ طبع

١٣ـ معين الحكام على معرفة غوامض الاحكام للغزي الدمشقي (أبو الروح عيسى بن عثمان بن عيسى) (ـ ٧٩٩ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٦٦٨ ٠

١٤ـ نصوص وصكوك ووثائق شرعية من العهد العثماني مجموع رقمـه ٣١٨١ (أوقاف) ٠

١٥ـ نصوص وصكوك ووثائق شرعية ومجالس ، مجموع رقمه ٣١٨٢ (أوقاف)٠

١٦ ـ عماد الرضا بأدب القضا لزكريا الأنصاري (ـ ٩١٠ هـ) مجموع رقمه ٣٢٠١ (أوقاف) ومجموع آخر رقمه ٣٢٢٣ ٠

١٧ـ رسالة في التناقض للملا محمد الحنفي مجموع رقمه ٣٣٣٨ (أوقاف)

١٨ـ أدب القضاء لابي يوسف ٠ مخطوط مصور في مكتبة المجمع العلمي٠

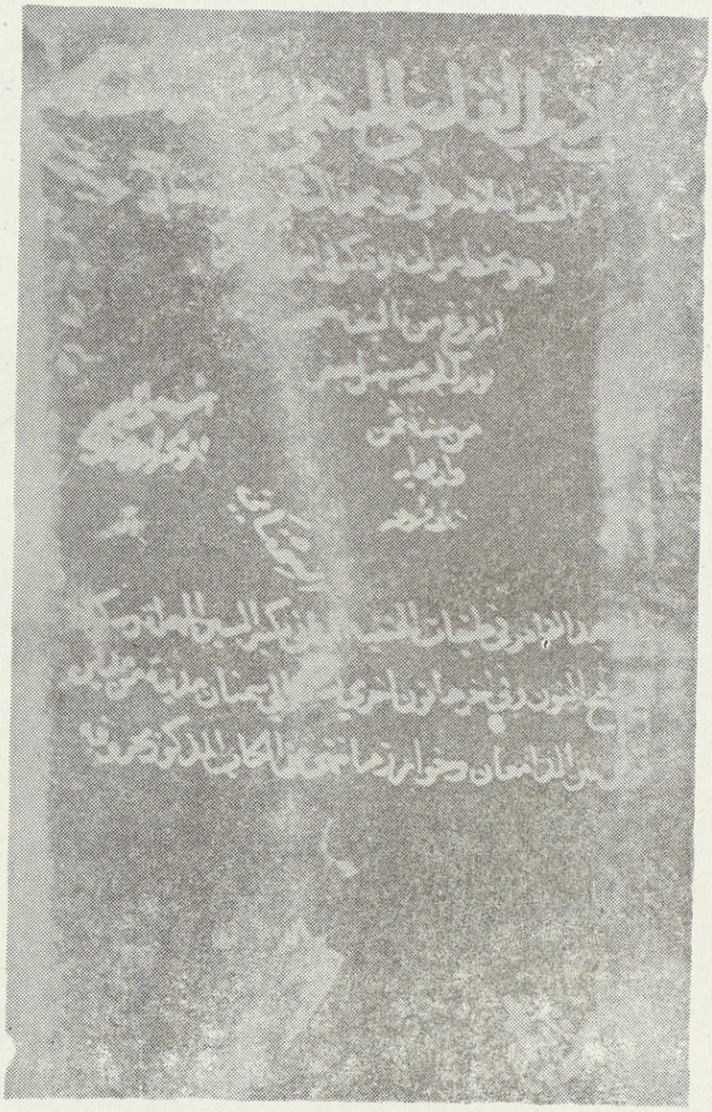
١٩ـ طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (تاج الدين أبو نصر عبدالوهاب بن علي الكافي تحقيق محمود الضاحي وعبدالفتاح محمد الحلو) ٠

٢٠ـ روضة الحكام وزينة الاحكام للقاضي أبي نصر شريح بن عبدالكريم بن الشيخ ابي العباس احمد الروياني المتوفى سنة ٥٠٥ هـ مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق رقمه ٢١٧٤ (فقه شافعي ٢٣٧) ٠

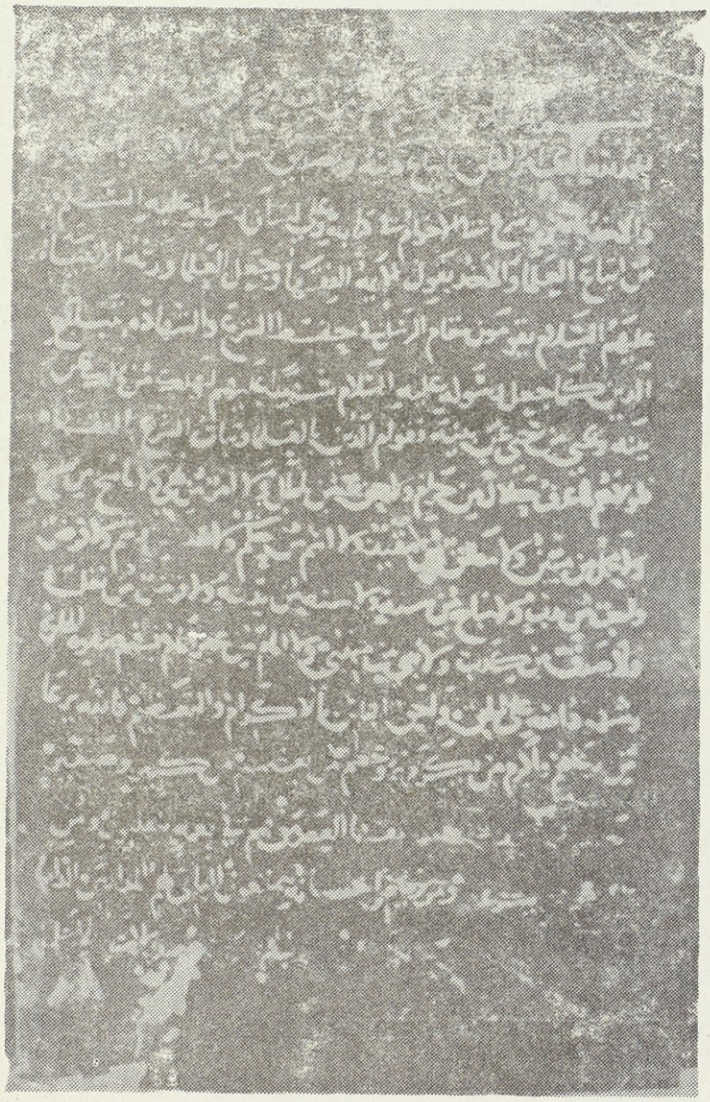
٢١ـ البداية والنهاية لابن كثير ٠

٢٢ـ أدب القاضي من الحاوي للماوردى (علي بن محمد بن جيب ـ ٤٥٠هـ) تحقيق محيي هلال السرحان ٠

٢٣ـ أسد الغابة في معرفة الصحابة ٠



صحيفة الغلاف من النسخة المعتمدة



اول صحيفة من النسخة المعتمدة

ملاحظتـــان

ملاحظة : ولا يفوتنا اخيرا أن نشـير الى اننا اعتمـدنا فى تحقيق روضة القضاة نسخة معهد المخطوطات العربية واشرنا في الهوامش الى ما ورد زائـدا او مغايرا لها من نسختى منيخ وقليج علي باشا .

ملاحظة : لقد فاتني أن أشير الى ان كتاب روضـة القضاة فى المحـاضر والسجلات لمصـطفى بن الشيخ محمـد الرومي الحنفى الذى اشـرنا اليه فى الصحيفة (١٧) ليس له كبير صلة بروضة السمنانى فقد اطلعنـا على نسـخة من روضة الشيخ محمد الرومي في المكتبة الملية بازمير في صيـف سنة ١٩٦٩ فوجدنا ان مصنفها كان من قضاة الاناضول فجمع نماذج من الوثائق والصكوك اغلبها باللغة التركية ، ولعله لم يستعر من روضة السمناي سوى الصوان .

صـــورة ماجاء في الصحيفة الاولى

من مخطوطات الكتاب

كتاب أدب القاضي المسمى بروضة القضاة[1]

تأليف

الشيخ الامام العلامة أبي القاسم علي بن محمد بن احـمد

الســـمناني

تغمده الله تعالى برحمته

وهو بخـط مؤلفه

وذكر فى آخر هذا الكتاب انه فرغ من تأليفه صبيحة يوم الجمعـــة مستهل صفر الخير من سنة ثمان وسبعين واربعمائة ٠

قال عبدالقادر فى طبقات الحنفية : السمنانى بكسر السين المهملة وسـكون الميم وفتح النون وفى آخرها نون اخرى ، نسبة الى سمنان مدينة من مـــدن قومس بين الدامغان وخـوارزم ٠

انتهى من الكتاب المذكور بحروفه[2] ٠

---

(١) في نسخة منيخ : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة ٠

(٢) في نسخة منيخ : قرأ على قاضيَ القضـــاة أبي عبدالله الدامغانى الكبير ، وينقل عنه فى هذا الكتاب اشياء فى مواضع ٠٠ كما ذكره صاحب الكتائب في ترجمة أبى عبدالله الدامغانى الكبير ٠

مقدمة المصنف

بسم الله الرحمن الرحيم

نصر من الله وفتح قريب ، وما توفيقي الا بالله[1] ، الحمد لله الذي أمر الخلق بأتباع دينه ، وتصديق رسوله ، وامر بالاقتداء بأحكامه ، والاخذ بما سن[2] وشرع من الاحكام فى كتابه وعلى لسان رسوله[3] عليه السلام من أتباع العلماء والاخذ[4] بقول الائمة الفقهاء ، وجعل العلماء ورثة الانبياء عليهم السلام، يقومون مقام الرسل في حفظ الشرع ، والشهادة بتبليغ الدين ، كما جعل رسوله عليه السلام شهيدا عليهم « ليهلك من هلك عن بينة ويحي من حي عن بينة»[5].

فقوام الدين بالعلماء وثبات الشرع بالفقهاء ، فلولاهم لما عرف حلال من حرام ، ولا حق من باطل ، ولا أمر من نهي ، ولا ناسخ من منسوخ ، ولا مجمل من مبيّن[6] ولا مباح من سنة ، ولا سنة من بدعة ، ولا فرض من نفل ، ولا صدق من كذب ، ولا نبي من متنب ، ولا امام من أنام[7] ، فهم صفوة الخلق، وشهود الله على الحق ، وأحق الناس بالاكرام والتعظيم ، فالله يرعى من رعاهم ويكرم من يكرمهم ويعظم من يعظمهم من كبير أو صغير [وجليل وحقير ، وحقه[8] على فقهاء العصر من هم في نعمة يتقلبون ومن بحار جوده يغترفون وفي رياض احسانه[9] يتمتعون ، الباني لهذه [10] المدرس ،

---

(١) فى نسخة منيخ بدلا من ذلك : وبه الاعانة والتوفيق .
(٢) فى نسخة منيخ : بما بين .
(٣) في نسخة منيخ : نبيه .
(٤) فى نسخة منيخ : والاقتداء .
(٥) الانفال .
(٦) فى نسخة منيخ بعد هذا : ولا مطلق من مقيد ولا اسم من حكم ولا حد من رسم ولا واجب من ندب .
(٧) في النسختين الاخريين : من غير امام .
(٨) في نسخة منيخ : وحفظ .
(٩) في نسخة منيخ : جوده .
(١٠) في نسخة منيخ : لهم .

والذاب عنهم في المجالس والمكرم لهم عنـد السلطان ، والمقرب لهم فـي كل مكان صدر الاسلام والمسلمين][1] نظام لملك وقوام[2] الدين العادل العالم المنصور المظفر الذي من اسمه تشتق الاسماء ، ومن افعاله تتلقب[3] ومن طهارته تقدم وهو أبو علي الحسن[4] بن علي بن اسحق رضّي أمير المؤمنين رضى الله عنه[5] واعلا ذكره .

ولما كانت نعمة عندي جسيمة وأياديه عظيمة ، أحببت أن أودع ذكره كتابا يحتاج اليه العلماء والمتعلمون ، والخاصة والعامة ، ولا يستغني عنه في أدب الفقه على جميع مذهب الفقهاء ، القبه من لقبه وأرسمه[6] من أدبـه ، وأودعه من نقول[7] علمه .

اسمه روضة القضاة وطريق النجاة ، الناظم للشرع والمقيم للدين ، أودعه مالا يوجد لاحد تقدم من العلماء في كتاب في هذا الشأن ، فقد صنف في ذلك كتب كثيرة كالذي صنفه الخصاف والطحاوي ، والاصطخري ، ومحمد بن الحسـن [الشيباني] وسائر شروح الضالعين[8] فمنهم من أطال ، ومنهم من قصر ، ومنهم من قدم مالا يحتاج اليه ، ومنهم من أخر ، ولم يرتب الابواب ولا عقد الفصول ، ولا كشف قناع العلم ولا أتى بما يحتاج اليه على نمط الحاجة .

وكتابي هذا يشتمل على ذكر القاضي وصفته التي يكون عليها ، وما يتعلق[9] بجانب القاضي ، وذكر المقضي له ، وذكر المقضي عليـه ، وذكر ما يقـع

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج علي باشا ونسخة منيخ .
(٢) في نسخة منيخ : قوام الدين .
(٣) كذا أيضا في نسخة منيخ ولعلها تتلقف .
(٤) في نسخة منيخ : الحسين .
(٥) في النسختين بعد ذلك : واعز نصره .
(٦) في نسخة قليج علي باشا : ومنيخ : اسمه .
(٧) في نسخة قليج علي باشا : وميخ : فنون .
(٨) في النسختين : شيوخ الطائفتين .
(٩) في نسخة منيخ : مما .

[القضاء به][1] من الامور كالبينة وعلم القاضي وما يمنعه[2] وذكر ما يقضي بـه[3] وذكر مايجوز أن يقضي به مالا يجوز أن يقضي به ، وذكر الازمـان والامكنة في القضايا والشهادات[4] مما[5] لا يوجد لاحد قد جمعه في كتاب لجميع من تقدم من العلماء فأما من تأخر فلا علم لنا به ، وبما يكون منه .

وأنا أرتب أولا عدد الابواب في كل فصل ثم أرجع واشرح الحال في كـل باب[6] ، واستوفي مافيه من الفصول ، وأحكي في كل فصل ما هو متفق عليه ، وما هو مختلف ، وما يجب أن يفعل فى المنازعات والدعاوى والبينات والايمان وكيفيتها ، والنكول وكيفيته ومواضعه ، وسائر مايتبع ذلك . وأنا اسأل الله تعالى تسهيل هذا الذي قصدت اليه ، وتيسيره علّي والتوفيق والتسديد وأن يصلى على محمد النبي وآله وأصحابه ، ويرحم جميع العلمـاء من جميـع أمته ، آمين رب العـالمين .

---

(١) من النسختين الاخريين .
(٢) في نسخة منيخ : وما يتبعه .
(٣) في النسختين : وذكر صفة المقضى به .
(٤) في نسخة منيخ : وتواريخ الشهادات
(٥) في نسخة منيخ : ما .
(٦) فى نسخة منيخ : واشرح الباب في كل حال .

تعداد موضوعات الكتاب
باب صفات القاضي وشروطه

وهذا باب مايختص بالقاضى من الصفات والشروط والاحكام

وهو يشتمل على أبواب وفصول :ـ

منها اعتبار الذكورية •

ومنها البلوغ •

ومنها العقل •

ومنها اعتبار الحـرية •

ومنها الاســـلام •

ومنها اعتبار الورع مع الاسـلام •

ومنها اعتبار العـدالة •

ومنها أعتبار العلم ، وشروطه وحد الاجتهاد •

ومنها صفة المولى[1] وما يجب عليه من الشروط •

ومنها كيفية الولاية « للقضـاء » •

ومنها مايشترك فيها الوالي [والمولى] •

ومنها ولاية الخوارج للقضاء وما قيل في ذلك •

ومنها اذا « حكم » الرجلان حكما •

ومنها جواز الدخول فى القضاء وذمه وجواز [أخذ الرزق على] القضاء وحكم الرشوة عليه ، ومهنا « احوال » القاضى التى يقضي فيها وما يتفرع عليها، ومنها دخول البلد الذي وليه ، وما يفعله وما يستحب له ويكره ، وفصول ذلك•

ومنها كيفية جلوسه وأحواله والمكان الذي يقضي فيه « وما يكره له ويستحب ويقضي به » •

ومنها قبض ديوان الحكم وتسلمه •

---

(١) في نسخة منيخ : المولى للقضاء وما يجب عليه من الشروط •

باب اعوان القضـــاء

ومنها ذكر كاتب القاضى وما ينبغي أن يكون عليه من الصفات •
ومنها ذكر حاجب القاضي •
ومنها ذكر وكلاء القاضي وما يجب عليهم •
ومنها ذكر أعوان القاضي وأتباعه والمحضرين •
ومنها ذكر أصحاب مسائله عن الشهود •
ومنها ذكر صاحب الحبس الذي يكون عليه •
ومنها ذكر بوّاب القاضي وما يجب عليه •
ومنها ذكر الجلواز[1] بين يديه وفي مجلسه •

باب سـلطة القـاضى

ومنها جواز النيابة عنه فى الحكم •
ومنها وقوف الحكم على اجازته •
ومنها مايبطل ولاية القاضي •
ومنها موت القاضي والامام •
ومنها عزل القاضي وخلع الامام •

ومنها معاملة القاضي والامام في ماله ومال غيره ويدخل في هذه الجمـــلة فصول كثيرة وخلاف كثير ومسائل جمة ، تراها في هذه الابواب ان شاء الله •

فهذه الابواب جملة مايقع «الكلام» فيها فى القاضى وطريق ولايته واحواله •

باب المقضى لـــه

فأما الكلام في المقضي له ، وهو لمدعي فهو على[2] أبواب منهـا من المدعي والصفة التى يكون عليها ومنها جواز العدوى بقبول المدعي •

---

(١) الجلواز ههنا بمعنى الشرطى القضائى •
(٢) في نسخة منيخ : فيشتمل على •

ومنها الموضع الذي يعدى[1] + القاضي على الخصم ، ومنها كيفية احضار الخصم الى القاضي •

ومنها العذر الذي يسقط الحضور •

ومنها ذكر الامتناع عن الحضور الى القاضي •

ومنها ذكر دعوى النساء والدعوى عليهن •

ومنها دعوى العبد والمكاتب ومن فيه رق •

ومنها دعوى الغير عن الغير ، ويشتمل على أبواب :

منها دعوى الولي للصغير •

ومنها دعوى الوكيل لغيره •

ومنها دعوى الامين •

ومنها دعوى الوصي لليتيم والميت •

ومنها دعوى الشريك والدعوى عليه •

ومنها دعوى المضارب والدعوى عليه •

ومنها دعوى المولى عن العبد •

ويدخل في هذه الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة سنراها عند التفصيل في ذكر مايجوز القضاء فيه ، وما لايجوز •

باب المقضى عليـــه

فأما الكلام في ذكر المقضي عليه وهو المدعى عليه فيشتمل على أبواب :

منها ذكر أحوال المدعى عليه •

وصفاته التي يكون عليها •

ومنها ذكر القضاء على الحاضر •

ومنها جواز القضاء على الغائب •

---

(١) نسخة منيخ : الدعوى والصواب ما أثبتناه من النسخة المعتمدة والعـدوى طلبك الى وال ليعديك على من ظلمك أى ينتقم منه يقال استعديت الامير على فلان فأعداني أي استعنت به عليه فأعانني • والاسم منه العدوى وهـــي المعونة (مختار الصحاح) •

ومنها ذكر القضاء على الميت .

ومنها كيفية القضاء على الورثة .

ومنها ذكر القضاء على من هرب من الحضور وتغيب ويدخل في هـــذه الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة نراها في مواضعها .

باب ما يقع القضاء به

فأما الكلام فيما يقع القضاء به من الامور كالبينة وعلم القاضي والاقـــرار والايمان فيشتمل على جملة من الابواب نحن نرتبها ونقسمها .

منها الكلام في الشهود .

ومنها الكلام في عدد الشهود .

ومنها الكلام في صفة الشهود .

ومنها مايقبل فيه شهادة النساء خاصة .

ومنها الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة .

ومنها الموضع الذي تقبل فيه شهادة الرجال والنساء .

ومنها ماتقبل فيه شهادة العبد .

ومنها ما يقبل فيه من ظاهره العدالة .

ومنها مايقبل فيه قول الناس ويصح به .

ومنها ذكر الشاهد واليمين وما يقضي به فيه .

ومنها مايقبل فيه[1] الاســتفاضة .

ومنها الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها ، والتزكية وشروطها وطريقهـــا .

ومنها ماترد به شهادة الشاهد .

ومنها ذكر الشهادة على الشهادة .

ومنها الموضع الذي يقبل ذلك فيه .

---

(١) في نسخة منيخ : وذكر مايقبل فيه .

ومنها عدد شهود الفرع في موضع قبولها ، ومما يلحق بذلك النكول عن الايمان اذا وجهت اليمين .

ومنها الموضع الذي يقضي فيه بالنكول .

ومنها كيفية القضاء بالنكول وفصوله .

ومنها اليمين وما يجب في معرفتها .

ومنها صفة اليمين وكيف يحلف .

ومنها مالا يجب فيه اليمين وما لايحلف عليه[1] .

ومنها الموضع الذي يحلف فيه على البت[2] والعلم .

ومنها رد اليمين ، والموضع الذي ترد[3] فيه .

ومنها اقامة البينة بعد اليمين .

ومنها الرجوع عن + الشهادة وفصول ذلك ومسائله .

ومنها علم القاضي وما يجوز أن يقضي فيه بعلمه ومالا يقضي فيه .

وتشتمل هذه الجملة على مسائل كثيرة .

ومن ذلك مكاتبة القاضي الى آخر ، وما ينبغي أن يكتب وما لايكتب وفصول ذلك .

باب المقضي فيه

فأما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة ومعان جمة منها اقوال ومنها أفعال ، فأما الاقوال فيقع القضاء فيها بما يلزمه[4] تملك المال ، ومنها ما يلزمه[5] عقوبة ، فالاول العقود كلها ، والاقرارات والايقاعات[6] وكل ما طريق ثبوته القول .

---

(١) في نسخة منيخ : فيه .

(٢) البت : القطع .

(٣) في نسخة منيخ : لا رد .

(٤) فى نسخة منيخ : يتبعه .

(٥) فى نسخة منيخ : يتبعه .

(٦) فى نسخة منيخ : (والايقات) وهو غلط .

ونحن نرتب هذه الابواب والكتب على هذا النحو ، بخلاف ترتيب الكتب في الخلاف والمذهب[1] ، ونبين تعلق بعضها ببعض ، فنبدأ بما طريقه القول الى العقود والاقرارات فاول ذلك النوع : الرهن والتفليس ، الحجر ، الضمان والكفالة ، الحوالة ، الاجارة ، المزارعة ، المساقاة ، الهبة ، العارية احياء الموات • الشركة • المضاربة ، المأذون ، الوديعة ، الوكالة ، الوصية ، الاقرار • الصلح • الوقف• القسمة ، الشفعة ، النكاح ، الصداق ، القسم ، الرضاع • الخلع • الطلاق • الرجعة[2] ، الايلاء ، الظهار ، اللعان ، النفقات ، العتاق • المكاتبة • التدبير • الاستيلاد • الايمان • الجنايات[3] قتال أهل البغي ، المرتد ، الصول ، السيرة ، الغنيمة ، الغصب + الاكراه • الحدود • الزنا والقذف • السرقة وقطاع الطرق• الاشربة والاطعمة والضحايا والصيد ، والذبائح والسبق ، والرمي ، اللقطة ، اللقيط • المواريث • أبواب شتى مختلفة الوضع[4] ، وباب يذكر فيه من ولي القضاء الى هذا الوقت •

فهذا ترتيب الكتب ••

وأنت تجد في كل كتاب من المسائل والابواب والفصول مالا تجده في غير هذا الكتاب مجموعا ، ونحن نبتدىء بما رتبنا أولا فأولا ، ونسوق الخلاف والوفاق الواقع فيه ان شاء الله « تعالى » •

---

(١) يقصد بالخلاف كتب علم الخلاف وبالمذهب مذهبه هو أي المذهب الحنفي •

(٢) في نسخة منيخ : العدد ، الرجعة •

(٣) في نسخة منيخ : وأما الافعال (فتشمل) الجنايات والديات •

(٤) تختلف النسخ جميعها في ترتيب هذه الموضوعات •

الكتاب الاول

التنظيم القضائي

١ ـ صفات القاضى

وشروطـــه

١ ـ اعلم ان الكلام في هذا الباب يجب أن نعلم أولا ان تسمية القـــاضي بهذا الاسم هل هو مثل اسم الحاكم ؟ وهل هو اسم مدح أو فيه ذم ؟ وهل يستوي الاسمان في المعنى أم لا ؟

٢ ـ فالقضاء[١] فعل اشتق منه لفاعله اسم ، وكذلك الحكم[٢] .

٣ ـ وقد اضاف الله تعالى القضاء اليه في القرآن على وجوه فقال : « وقضى ربك أن لاتعبدوا الا اياه »[٣] .

---

(١) القضاء لغة الاتقان والاحكام وهو في الشرع فصل الخصومات (تبيين الحقائق للزيلعى ٤/١٧٥) . وفى كتاب سبل السلام للصنعانى ان القضاء فى الشرع هو الولاية المعروفة ، وهو فى اللغة مشترك بين احكام الشىء والفراغ منـه ، ومنه فقضاهن سبع سموات ، وبمعنى امضاء الامر ، ومنه وقضينا الى بنى اسرائيل ، وبمعنى الحتم والالزام ، ومنه وقضى ربك الا تعبدوا الا أياه . وفى الشرع الزام ذى الولاية بعد الترافع ، وقيل هو الاكراه بحكم الشرع فى الوقائع الخاصة لمعين او جهة ، والمراد بالجهة كالحكم لبيت المـال أو عليه . (سبل السلام ٤/١١٥) .

(٢) الحكم : القضاء ، وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكما . وحكم له وحكم عليه . والحكم أيضا الحكمة من العلم ، والحكم بفتحتين الحاكم ، وحكمه فى ماله تحكيما اذا جعل اليه الحكم فيه ، فاحتكم عليه فى ذلك واحتكموا الى الحاكم وتحاكموا بمعنى . والمحاكمة المخاصمة الى الحاكم (مختار الصحاح) . والحاكم نائب عن الله في أرضه ، في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ، ودفع الظلم عن العباد ، والامر بالمعروف والنهى عن المنكر (تبيين الحقائق للزيلعى ٤/١٧٥) .

(٣) بنو اسرائيل (٢٣) وقضى ههنا بمعنى أمر (تفسـير غريب القران لابن قتيبة) وتأويل مشكل القران له أيضا ، ٣٤٢ .

قيل ان معنى ذلك أنه أمر .

وقـال :

« فقضاهن سبع سموات في يومين »[1] .

قيل خلق .

وقـال :

« والله يقضي بالحق »[2] .

يعني يحـكم .

وقـال :

« وقضينا الى بني اسرائيل في الكتاب »[3] .

قيل اعلمهم بأضافة القضاء الى نفسه ، وتمدح بهذا الاسم وذكره في عدة مواضع مضافا اليه ، وقد اضاف الحكم اليه فقال :

« والله يحكم لا معقب لحكمه »[3] .

وأمر أنبياءه عليهم السلام بالحكم بما أنزل ، ونهاهم عن الهوى وأمـر باتباع ما في التوراة والانجيل ، وحث نبيه على + الحكم بما أنزل اليه ، وجعل ذلك مهيمنا على ما أنزل على غيره فقال :

« وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع اهوائهم واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك [5] .

وقـال :

« لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »[6] .

٤ ـ وقد اختلف الناس في ان اسم القاضي اشرف من الحاكم ام همـا سـواء ؟

---

(١) السجدة ١٢ .

(٢) الرعد (٤٣) .

(٣) المـائدة .

(٤) (المائدة ٥١) .

فمنهم من قال :

ان اسم القاضي أشرف في اللغة .

ومنهم قال بالعكس من هذا .

ومنهم من قال هما سيان ، ولهذا أضافهما الله تعالى اليه على سواء .

ورايت كثيرا من القضاة يكره ان يخاطب بالحاكم ويانس في القاضي .

وكان شيخنا قاضي القضاة أبو عبدالله رحمه الله يبتذل أبدا هذا الاسم يعني الحاكم ويلح على الخطاب بالقاضي ، ولا أعلم هل قرأ ماصنف في الفرق بينما ام لا ، او يقوله شهوة ولا شك انه اسم مدح .

شرف رتبة القضاء

٥ – والقضاء رتبة شريفة ، ومنزلة رفيعة لا منزلة فوقها من المنازل، ولا رتبة أوفا منها اذا اجتمعت شرائطها وحصل في القاضي ما يفتقر اليه من الخصال ، لأنها التي تولاها الله تعالى بنفسه ، وبعث بها رسله عليهم السلام ، وتولاها رسوله صلى الله عليه ، وقام بها ائمة العدل بعده ، فينبغي لمن يملك الولاية أن يختار لهذه الرتبة من لايقدر العالم على أصلح منه ولا افضل ، ولا اكمل ، كما اختار الله تعالى لرسالته صفوة كل عالم ورئيس كل جيل وافضل اهل كل زمان ، كما قال تعالى :

ولقد اخترناهم على علم العالمين[١] .

وقال تعالى :

الله اعلم حيث يجعل رسالاته[٢] .

وقال تعالى :

الله يصطفي من الملائكة رسلا ومن الناس[٤]

وقال :

---

(٢) الدخان ٣٢ .

(١) المائدة ١٢٤ .

اولئك الذين هداهم الله[1] .

وقـــال :

انا اخلصناهم بخالصة ذكرى الدار ، وانهم عندنا لمن المصطفين الاخيار[2] .

وقـــال :

كل من الاخيار[3] .

٦ ـ فلا ينبغي أن يختار الا من يغلب على الظن انه أوفى مختار ، واكمل انســـان .

شرائط تولى القضـاء

٧ ـ فمن الشرائط التي لابد منها في الحاكم أن توجد : أن يكون ذكـرا بالغا ، ويكون عاقلا ، لان بالبلوغ يخرج من الصبا وبالعقل يصير مكلفا . لان من ليس بعاقل فهو مولى عليه كالمجنون والصغير .

٨ ـ ومنها أن يكون حرا ، لان العبد مملوك المنافع[4] ، يتصرف فيه بالعقود ويمنع من التصرف في الامور ، فمن لايملك التصرف في نفسه فكيف يتصـــرف في غيره ؟

وهذه الجملة لا خلاف فيها نعلمه[5] .

٩ ـ ومنها أن يكون مسلما ، لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولان الكافر لا يلي على المسلم .

---

(١) طه ٧٥ .

(٢) ٤٦ ص

(٣) من سورة (ص) وتمـام الاية « واذكر اسماعيل واليسـع وذا الكفل ، وكل من الاخيار » .

(٤) هذا معناه ان الرق فى الفقه الاسلامى قاصر على ملكية منافع العبد دون آدميته فهو لايعد مالا كسائر الاموال .

(٥) سيستدرك بعد ذلك الخلاف فى مسألة جواز تولية المرأة القضاء .

١٠ ـ ومنها أن يكون عدلا ، لان الفاسق لايقبل قوله[١] ، وقد أمر الله بالتوقف في قوله ، بقوله :

« يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة »[٢]

ولانه متهم في الحكم لئلا يجور[٣] .

١١ ـ واختلف في جواز ولاية النساء للقضاءوالحكم ، فقال أبو حنيفة وسائر أصحابه : يجوز ان يلين القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتهن فيه وحدهن أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص لان شهادتهن لاتقبل في ذلك .

١٢ـ وقال الخوارج يجوز ذلك في الجميع .

١٣ـ وقال الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء لا مدخل للنساء فى ولاية القضاء والحكم بحال .

١٤ـ فأبو حنيفة جعل قضاءها بمنزلة شهادتها . قال : وقبول قولها في الشهادة على غيرها كقبول حكمها على غيرها لان في الشهادة معنى الولاية .

والشافعي يقول : لو جاز قضاؤها في الاموال لجاز في الحدود والقصاص كالرجل ، ولجاز أن تكون اماما للجماعة .

وقيل له : الحدود لاتقبل شهادتها فيها . ويجوز أن يقضي من لا يكون اماما كغير قريش من الناس .

---

(١) ماذكره السمناني من كون الفاسق لايصلح قاضيا هو ماروى عن علماء الحنفية الثلاثة في النوادر كما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي . ولكن هذه الرواية ليست هي الظاهر من المذهب الحنفي ففي الكنز أن الفاسق اهل للقضاء كما هو اهل للشهادة الا أنه لاينبغي أن يقلد ، ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة لاينعزل ، ويستحق العزل ، واذا أخذ القضاء بالرشوة لايصير قاضيا (٤/١٧٥ منه) . وفي تبيين الحقائق (٤/١٧٥) «قال بعض مشايخنا : اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها . ومهما يكن فالعدالة في الفقه الحنفي هى من شروط الاولوية . وقال الشافعي لايجوز الا أن يكون عدلا مأمونا»

(٢) السورة ٤٩ الاية ٦ .

(٣) في نسخة قليج (فلا يجوز) .

فصـــل

١٥ – واجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصيا ووكيلا وقاسما وأمينا وانها كالرجل في سائر العقود والحدود وانها اولى من الرجل بالحضانة والتربية ، وانها يقبل قولها فيما لايطلع عليه الرجال ولا يقبل قول الرجال في ذلك • واختلفوا في ولاية النكاح ، وسيأتي ذلك في باب النكاح انشاء الله « تعالى، والحمد لله وحده» •

باب اعتبار العلم في القاضي وما يذكر في ذلك وشروطه

وحـد الاجتهـاد

١٦– اعلم أنه لايكفي ان يكون القاضي بالغا عاقلا صالحا ورعا حرا مسلما عدلا له تمييز ورأي في ولايته ، حتى يكون عالما لان العلم للقاضي كالالة بالنسبة لسائر الصناع •

أنواع العلوم الشرعية

١٧– والعلم علمان :–

علم الاصول وعلم الفروع •

١٨– فعلم الاصول هو علم التوحيد وما يجوز على الله تعالى وما لا يجوز عليه، وعلم النبوات ونسخ الشرائع واقامة الدلائل على ذلك ، وابطال أقوال مخالفي الملة والقائلين بنفي الصانع + والطبائع والناسخ، والفرق بين المعجزة والشعبذة ، وطريق هذا العلم انما هو سلامة الحواس ، وكمال العقل والتفكر في الموجودات ، ومتى اختل طريق معرفتها أو دخل في ذلك لبس لم يحصل للانسان علم بذلك • ولهذا اتفقت الشرائع كلها في ذلك ولم يختلف فيها التكليف بل سوى فيها بين الرسول والمرسل اليه ، والحر والعبد ، والذكر والانثى ، والعامة والعلماء ، واستوى في ذلك التعبد في سائر الازمان ، وليس الغرض ذكر أنواع العلوم العقلية ولا قسمتها ولا حد الضرورى منها والمكتسب وغير ذلك فلم نذكره لك •

١٩ـ والعلم الثاني هو علم الشرع ، وما تقرر فيه من الاحكام ، واختلف فيه من التكليف بين المسافر والمقيم ، والمريض والصحيح ، والحامل والحائل والحائض والطاهرة والذكر والانثى ، والحر والعبد ، والصغير والكبير ، والعاقل والمجنون ، والمكره والطائع ، والذاكر والناسي ، والقاصد[١] والهازل ، ومختلف الاحكام باختلاف احوال الانسان ، ويجوز عنه النيابة في بعضها وفي بعضها لايجوز ، وفي بعضها يلزم الحكم لغير الفاعل ولايلزم الفاعل ، وفي بعضها يشترکان ، وفي بعضها لايجب شيء أصلا ، وفي بعضها يستوفي المثل وفي بعضها تستوفى القيمة .

مايجب أن يكون عليه علم القاضي

٢٠ـ فالقاضي يجب أن يكون عارفا بجميع الاحكام من الشرعيات حتى اذا ارتفع اليه في قضية عمل في قضائها[٢] + وبت حكمها ، مما هو مشروع في ذلك ، أما من اجماع أو خلاف ، ولا سبيل له الى العلم بذلك الا بطريق يوصل اليه ، والطريق له الى ذلك بعد سلامة الحواس وكمال العقل أن يكون عارفا بكلام أهل اللغة ، ومعاني كلامهم ، أو في حكم العالم بذلك ، وهذا يقتضى أن يعلم أولا ان الكلام هل هو توفيق أو ايقاف مصطلح عليه ، أو بعضه توفيق وبعضه اصطلاح ، ويعرف الحقيقة والمجاز[٣] في لغة العرب ، ويعرف هل نقلت الاسماء الى الشرع ، أم هي مبقاة على ماكانت عليه في اللغة . ويعرف بعد ذلك الاوامر والنواهي ، ويميز بين ذلك بما وضع للتمييز بينها ، ويعرف العموم والخصوص وما يشتملان عليه من الاحكام ، كما يعرف أنواع الامر والنهي ومسائلهما .

---

(١) فى نسخة منيخ (والفاضل) ولا محل لها اذ يختل نسق الجملة معها ، وتقابل الاضداد والمراد بالقاصد من له قصد صحيح الى ما يوقعه من التصرفات والعقود فهو بذلك يقابل الهازل والمكره .

(٢) في نسخة منيخ : (في فصلها) .

(٣) المجاز : خلاف الحقيقة ولا يصار الى القول به الا اذا تعذر أعمال الحقيقة (أنظر فى الحقيقة والمجاز كتاب الاحكام فى أصول الاحكام للامدى : سيف الدين ابي الحسن علي بن ابى على بن محمد ـ ط القاهرة ج١ ص٢٧ ومابعدها)

ويعرف المجمل والمبين وحدهما وما يتعلق بهما من المسائل المتفق عليهـــا والمختلف فيها ، ويعرف المطلق والمقيد ، وما يقيد الكلام وحدهما ويعرف الاستثناء في الكلام ، والصفات الداخلة عليه • ويعرف الناسخ والمنسوخ ، وما يجوز نسخه ومالا يجوز من الاحكام ، وما يجوز نسخ حكمه وتبقية رسمه ، ومالا يجوز من ذلك • ويعرف الاخبار التي هي الطريق الى معرفة هذه الجملة وتفصيل احكـام الاخبار وأنواعها ومسائلها • ويعرف الاجماع وحدّه ومسائله ، وماهو حجة فيه، وما ليس بحجة منه ، ويعرف بعد ذلك الافعال وأحكامها وتفاصيلها «واقسامها» + ويعرف القياس وحدّه ومسائله وابوابه وفروعه وشروطه •

ويعرف بعد ذلك صفة المفتى «التى ينبغي أن يكون عليها حتى تصح فتواه ويعرف بعد ذلك صفه المستفتى» وما يجوز أن يفتيه به ويبينه له •

ويعرف بعد ذلك الحظر والاباحة ليحكم لكل فعل بما يجب ، ولكل قول بما يلزم •

وسنبين فيما بعد تفصيل هذه الابواب عند ذكر صفة المجتهد والوالي والمولى•

٢١ـ فاذا كان القاضى جاهلا بهذه الجملة فجهله بالتفصيل اعظم ، والبلية به أشد ، لاسيما اذا اختصما في المعاملات والمواريث والمسائل المشكلة في الفروع التى يتجاذبها شبه الاصول •

٢٢ـ وقد قال النبى عليه السلام لمعاذ بن جبل بماذا تحكم اذا ارتفع اليك الخصمان فقال :

ـ بكتاب الله •

فقـــال :

ـ فان لم تجد في الكتاب ؟

فقـــال :

ـ اطلبه في السنة •

قـال :

فأن لم تجد ؟

قـال :

ـ أجتهد رأيي ولا آلو[1] .

فقال عليه السلام :

« الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله »[2]

فذكر وجوه الحكم .

فمن لايعرف الكتاب وما فيه ، ولا السنة وما فيها ولا الاجتهاد وما فيـــه فبأي شيء يحكم ؟ والى أي قول يذهب

٢٣ـ وقد كانت الصحابة رضى الله عنهم لا يولون الاحكام جاهلا ولا فاسقا ولا ماجنا ولا من طعن عليه في دين أو دنيا .

٢٤ـ وكان بنو أمية ينادون في الموسم : لايفتي أحد بمكة غير عطاء بن أبي رباح[3] لانه كان « القدوة » فى زمانه .

وفي المدينة مالك بن أنس .

٢٥ـ واذا نظر الى + قضاة الصحابة والتابعين رضى الله عنهم رأيت العجب، ولهذه الجملة لابد من ذكر من ولي القضاء فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده فى باب اختتم به الكتاب أن شاء الله تعالى فى فصل أحكى فيه الفاظ المصنفين فى هذا الباب (و) ماقالوا على جملتها من غير تحريف ، ثم احكى الخلاف بعد ذلك من اين دخل عليهم ، والشبهة من أي وجه عرضت :

٢٦ ـ فحكى الطحاوي في مختصره[4] من غير خلاف ذكره انه قال :

---

(١)

(٢) تلخيص الحبير رقم ٢٠٧٦ وذخائر المواريث رقم ٦٢٩٨ .

(٣) من فقهاء التابعين واسم أبي رباح اسلم ، وكان مفلفل الشعر اسود افطس أشل اعور ثم عمى ، وكان مولى فهر أو جمح . مات سنة ١١٤/١٥ هـ وهو ابن ثمان وثمانين ، وكان من اجلاء الفقهاء .
قال ابراهيم بن عمر بن كيسان ان بني أمية كانوا يأمرون بالحج صائحا يصيح :
لايفتي الناس الا عطاء بن أبي رباح . (طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٤) .

(٤) ص ٣٣٢ من مختصر الطحاوي .

ولا يولى القضاء[1] الا الموثوق به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ، ولا يولى صاحب رأي لا علم له بالسنة والاحاديث ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه ، ولا ينبغي[2] أن يفتي الا من كان هكذا ، الا أن يفتي بشيء قد سمعه .

فصل

٢٧ – ومن أصحابنا من قال لا يولى الحكم الا رجل من أهل الاجتهاد[3] ولا يكون مجتهدا الا أن يعرف اصول الاحكام التي يجتهد فيها ، وهى الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستدلال ، ولا يمكنه علم هذه الاصول ولا الاستدلال بها وان كانت معلومة للناظر فيها الا أن يكون قد علمها على وجه مخصوص ، أو يكون في حكم العالم بها على هذا الوجه ، وهو أن يعلم انها ثابتة على وجه يجب أن يقيس عليها ويستدل بها ، لانه اذا لم يعلم ذلك لم يكن له أن يقيس عليها ويستدل بها لان مالا يعلم ثبوته لا يقاس عليه ولا يستدل به .

قال : وهذا القدر ، يغنى عن أن يقول لابد للقائس أو المستدل بهذه الاصول على الاجتهاد أن يكون عالما بالناسخ والمنسوخ والخاص والعام والحقيقة والمجاز + والمحكم والمتشابه ، وجميع ماعددنا فيما تقدم ، لانه لايكون عالما بشيء من ذلك حتى يعلم جميع الاقسام المتقدمة . لانه اذا لم يعلم الناسخ لم يمكنه أن يعرف حكم الطارىء الذي هو ثابت في الشرع .

٢٨– وقد طول الجماعة الكلام فى ذلك ، واخصر مايمكن أن يقال أن يكون عارفا بالخطاب[4] وما يتفرع عليه ويستفاد به ، والافعال وما يتفرع عليها ويستفاد حكمه بها ، أو يرجع الى هذين الاصلين . فهذا اخصر مايمكن . ويدخل فيه جميع ماذكرناه (والحمد لله) .

---

(١) فى المختصر المطبوع : ولا ينبغى أن يولى القضاء .

(٢) أصل العبارة فى المخطوطة المعتمدة : ولا ينبغي له وما ذكرناه موافق لما فى نسخة منيخ .

(٣) في الكنز ان الاجتهاد شرط الاولوية ١٧٦/٤ منه .

(٤) أى خطاب الشارع في المصطلح الاسلامي والقاعدة القانونية في المصطلح الحديث في الفقه الغربي .

فصل

٢٩ـ والمحكى فى الخلاف عن اصحابنا أنه يجوز أن يكون القاضى عاميا ، ويرجع الى أهل العلم فيعلم بما يفتون به ، لان الخصاف قال في أدب القضاء :

« وان كان القاضي لاتمييز له بعد ذكره لما يقضي به ، وتفضيله بما سنذكره فيما بعد ان شاء الله فأخذ بقول الفقيه رجونا أن لايكون عليه شيء»[١] .

٣٠ـ وقال الشافعي وغيره من العلماء وهو قول محمد بن الحسن : لاتنعقد ولاية العامي ، ولا يجوز لاحد أن يستفتي غيره ويحكم به على غيره . وليس ذلك لاحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم .

٣١ـ قال في كتاب المزني[٢] في أول باب : « ولا يشاور اذا نزل به المشكل الا أمينا عالما بالكتاب والسنة والاثار واقاويل الناس[٣] والقياس ولسان العرب ولا يقبل وان كان أعلم منه حتى يعلم كعلمه ان ذلك لازم له ، من حيث لم يختلف فيه الرواة ، أو بدلالة عليه أو انه يحتمل وجها اظهر منه ، فاما ان يقلده فلم

---

(١) جاء فى مخطوطة أدب القاضى للخصاف مما علق عن أبى بكر احمد بن علي الرازى (ج١ ص٦) « قال : واذا اشكل عليه شيء فشاور في ذلك رجلا فقيها واحدا ، فهو في سعة أن يأخذ بقوله ، اذا لم يكن للقاضي في ذلك رأى» .

(٢) هو أبو ابراهيم اسماعيل بن يحي المزني من أصحاب الشافعي ولد سنة ٢٧٥هـ وتوفي سنة ٣٦٤ وقد صنف في مذهب الشافعي : المبسوط والمختصر والمنثور والوسائل وكتاب الوثائق ، ثم تفرد بالمذهب وصنف كتابا مفردا على مذهبه لا على مذهب الشافعي (صفات الشافعية للمصنف ص٥) ولعل المقصود بالاشارة اليه في روضة الفقهاء هو الكتاب الاخير .

(٣) يلاحظ أن قوله عالما باقاويل الناس ينصرف الى اختلاف الفقهاء ويهمل الاشارة الى ضرورة احاطته علما باقضية القضاة فى عصر الاجتهاد المطلق أما السمرقندى فى خزانة الفقه فقد كان ادق عبارة حين اشترط علمه بسيرة من مضى قبله من القضاة والفرق بين العبارتين مرجعه الى تغلب الفقه على القضاء في عصر السمناني (انظر خزانة الفقه لابى الليث السمرقندى ص ٣٩٩) .

يجعل الله عزوجل ذلك لاحد + بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكنه يجمع المختلفين لان اسد لقضيته ويكشف بعضهم على بعض .

٣٢ـ (قال الشافعي)[١] : وان لم يكن فى (عقله)[٢] ماذا اعتدل القياس عقله، واذا اسمع القياس ميزه فلا ينبغي أن يقضي ولا لاحد ان يستقضيه » .

٣٣ ـ اعلم ان ما اعتمده الشافعي رحمه الله لا يوجد لاحد فى الدنيا على ما قال ، وانما العمل اليوم فى الولاة على ما ذهب اليه اصحابنا ، وان كان ما قاله اذا وجد اولى وأصوب لان الله تعالى قال : « فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون »[٣] واذا حكم بقول أهل الذكر فقد أدى ما وجب عليه لان فصل القضاء فرض توجه عليه فعله فهو كما لو استفتى فى حق نفسه وما يوجه عليه من الحكم ولا خلاف بيننا أنه يقلد فى حق نفسه ، وهو يقول قال الله تعالى :

« وأن احكم بينهم بما انزل الله »[١] وهذا أمر للحاكم لا لغيره ، ولانه لا يجوز أن يكون مفتيا ، فلا يكون حاكما كالكافر والصبي ولان العلم رأس مال الحاكم وآلة له ، فكيف يصح عمل من لا آلة له ، وهذه الجملة نكتة المسألة . وأبو حنيفة جعل حكمه كشهادته ، فاذا وجدت جميع الشرائط فى الحاكم امن المولى له الحكم وهذا باب يذكر فيه صفة المولى وما يجب أن يكون عليه من الشرائط « والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمئاب » .

---

(١) هذه الزيادة ليست فى النسخ المخطوطة ولكن سياق الكلام يقتضيها وقد وردت فى عبارة الماوردى فى أدب القاضي (رقم ١٥٠٣) .

(٢) من نسخة منيح وفيها : « وان لم يكن فى عقله ما اذا اعتدل القياس عنده

(٣) المائدة ٤٩ .

فصـــل

ما يجب أن يكون عليه الامام من الشرائط

٣٤ـ اعلم ان القضاء لايجوز ان يولاه القاضي من جهة العوام ، وانما يولاه من جهة الامام ، فيجب أن تذكر صفة الامام ، وطريق امامته فنقول ان كل صفة اعتبرت في القاضي من الذكورة[١] والعقل والبلوغ والصلاح والورع + والعدالة والامانة والعفة فهي معتبرة في الامام الاعظم .

٣٥ـ ويعتبر في الامام شرائط لاتعتبر في القاضي ، فكل من جاز أن يكون اماما يجوز أن يكون حاكما بلا خلاف ، ولا يجوز أن يكون كل من جاز قضاؤه اماما ، لان القضاء رتبة انقص من الامامة ، كما أنه يجوز أن يكون الملك رسولا ، ولا يجب أن يكون الرسول ملكا ، وكل نبي فهو امام ، وليس كل امام نبيا .

٣٦ـ فشروط الامامة ضربان : أحدهما أن يعلم بالشرع ، والاخر يعلم بالشرع والعقل جميعا ، فالاول نحو أن يكون من قريش أو من قبيل مخصوص منها ، فهذا انما يعلم بالشرع ، وما يعلم شرعا وعقلا فهو مالا يتم الفرض بالامامة الا به ، ونحن نذكر مافيه من الخلاف :منها أن يكون عالما بأصول الدين ، ومن أهل الاجتهاد في فروعه ليمكنه حل الشبه[٢] وارشاد الضال وفتيا المستفتي والحكم بين الخصوم ، وهذا شرط عليه سائر فرق المسلمين في اعتباره من الفقهاء أصحاب أبي حنيفة والشافعي ومالك وسائر المختلفين ، وعليه جماعة فرق المتكلمين على اختلاف مذاهبهم لايعرف بينهم خلاف في ذلك .

٣٧ـ وقال بعض اهل العلم فى عصرنا وهو شيخنا أبو علي محمد بن أحمد ابن الوليد[٣] رحمه الله ان اعتبار العلم بما ذكرناه يؤدى الى ان لا يصح لامام امامة في العصر ، بل يجب أن يكون + له بصر[٤] وعقل ورأى ويقوى كل

---

(١) في نسخة قليج ومنيخ : الذكورية .
(٢) في نسخة منيخ : الشبهة .
(٣) أنظر المقدمة ، ص ١٧ الهامش (٢) .
(٤) في نسخة قليج (تمييز) .

فريق في الاصول والفروع « ويتولون ذلك عنه » كما يتولاه بنفسه ، ولو كلفناه العلم بذلك مع ضيق الزمان وكثرة الاشغال لادى ذلك الى انقطاع زمانه ، وفوات تدبير أمور الخلق[1] ، لان العلم كثير والمسائل صعبة ، ولايكاد يجتمع جميع العلوم في الشخص الواحد الا نادرا شاذا ، ويجتمع مجموع العلوم في الاشخاص فاذا احتاج الى نوع من ذلك رجع الى اهله ، وقاس ذلك على القضاء ، وعمل في ذلك مثله على طريق التقدير ، ان أحداً من العلماء الماضين لم يكتمل له جميع العلوم، وتفصيل الجملة التي ذكرناها مع معرفه الفروع أجمع ، ولكن قوله يؤدي الى ان يكون كل من قام بما ذكره يجوز أن يكون اماما .

والاجماع من الجمهور بخلافه على أن الامام انما يكون واحدا في العصر ، والقضاة كثيرون ، فيحق أن نعتبر فى الواحد جميع الشرائط ، ومنها أن يكون ذا رأي وسياسة ليدبر السلم والحرب ، ويضع الامور مواضعها فيلين في موضع اللين ، ويشتد في موضع الشدة ، ومنها أن يكون شجاعا حتى لايجبن في اقامة الحدود ، ومقاومة أهل الحروب . ومنها أن يكون في ظاهرة[2] عدلا غير فاسق ، لانه ان فسق بوجه من وجوه الفسق لم يوثق بعدله[3] ، ولم يؤمن أن يحيف في الاحكام ، وان يجبي مالا يستحقه من المال ويصرفه الى من لايستحقه لانه أمين فيما يأخذ ويعطي فاذا كان فاسقا لم يؤمر أميرا[4] على المسلمين ولا يعقد له ولاية ولا يجب له + علينا طاعة ، لانه ينوب عن الله ورسوله عليه السلام في الارض، فلا ينبغي له أن يأخذ ما يجب لله تعالى وللمسلمين لنفسه ولا يعطيه لغير مستحقه

شرط الذكورة

٣٨ ـ ومنها ان يكون ذكرا .

ومن الخوارج من اجاز امامة المرأة .

---

(١) فى نسخة منيخ : الجيش .
(٢) في النسختين (في ظاهر أحسن) .
(٣) في النسختين (بعدالته) .
(٤) في النسختين (لم يكن أمينا) .

والجمهور من الناس والمسلمين على خلافه . وكيف تصلح لهذا الامر، العظيم ، وهي لاتصلح لصلوة الرجال ، وقد قال عليه السلام :

ـ ما أفلح قوم ولى أمرهم امرأة .

٣٩ ـ ومنها ان يكون حرا ، وقال من لاعلم له : يجوز ان يكون عبدا لانه عليه السلام قال :

ـ اطيعوا ولو ولى عليكم عبد اجدع .

وهذا لايصح ، لان العبد مشغول بمنافع مولاه ، ولا تكاد النفوس تنقاد له ولا ترجع اليه ، وليس من حيث جاز ان يكون اميرا يجوز ان يكون اماما ، لان الامير يتصرف من قبل الامام فهو كتصرف الامام ، والامام يتصرف من جهة نفسه فيجب ان يكون مالكا لنفسه .

شرط النسب

٤٠ ـ ومنها ان يكون قرشيا ، ومن اصحاب الحديث ومن الخوارج من لم يشترط ذلك ، وهو مذهب جماعة من المسلمين[١] قالوا لان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما عين اصحاب الشورى بحضرة المسلمين قال لهم :

ـ لو كان سالم حيا ما خالجني فيه[٢] شك .

ـ لو كان سالم حيا ما خالجني فيه[٢] شك .

وسالم مولى امرأة ابي حذيفة .

ولم ينكر عليه احد من الحضور .

وحجة الجمهور قوله عليه السلام :

---

(١)

(٢) فى نسخة منيخ (لما تخالجني فيه) وهذه الصيغة وردت فى العثمانية للجاحظ (ص ٢١٧ منه) .

(٢) وفى مقالات الاسلاميين للاشعرى (ص ٤٦١) ان المعنيين بذلك هم جماعة من المعتزلة وقد حكى الجاحظ في العثمانية رأى هذه الجماعة واورد حججها النقلية والعقلية ومنها حديث عمر المذكور (ص ٢٠٢ ـ ٢١٨ من العثمانية) .

- الائمة من قريش[٣] .

والالف واللام لاستغراق الجنس وقال :

- ان هذا الامر لا يصلح لقريش[١] .

اختلافهم في مفهوم لفظة قريش

٤١ - واختلف القائلون بأنها في قريش من عناه النبي (صلى الله عليه وسلم) بقوله : الائمة من قريش[٢] ، واسم هو لرجل او لقب عرف به ، وقد جهل كثير من العلماء والفقهاء ذلك . وسألت أنا جماعة فلم يعلموا هل هو اسم رجل أو قبيلة ، وهذا يعرض اذا ذكرت لك نسب النبي عليه السلام ، وهو أبو القاسم محمد بن عبدالله بن عبدالمطلب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانه بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نزار بن عدنان

فاذا عرفت ذلك فقريش اختلفت فيه من هو ؟ فمن الناس من قال هو بدر ابن النضر دليل بني كنانة ، هو قريش ، وهو صاحب بئر بدر التي لقى عليها النبي صلى الله عليه وسلم قريشا .

وقيل قريش هو فهر بن مالك وان من جاوز هذا الاب ليس له حظ في الامامة ولا نصيب .

ومنهم من قال النضر بن كنانة هو قريش ، وان من ليس من ولد النضر فليس

---

(١) في الفصل لابن حزم (٤/٨٩) «وهذه رواية جاءت مجرى التواتر ، رواها أنس بن مالك وعبدالله بن عمر بن الخطاب ومعاوية .

(٢) جاء في الفصل (٤/٨٩) : « اختلف القائلون بوجوب الامامة على قريش فذهب أهل السنة وجميع الشيعة وبعض المعتزلة وجمهور المرجئة الى ان الامامة لا تجوز الا في قريش ، خاصة من كان من ولد فهر بن مالك ... وذهبت الخوارج كلها وجمهور المعتزلة وبعض المرجئة الى انها جايزة في كل من قام بالكتاب والسنة قرشيا أو عربيا أو ابن عبد » .

(٣) في النسخة المخطوطة بعد هذا : من امامه الذي عناه . وفي نسخة قليج (من آبائه الذي عناه وانه هو لرجل أو لقبيلة عرف به) .

من قريش وان كل ولد دونه فهم أهـــل الامـامـة كائنا من كـان من اولاده واولاد اولاده .

فمن قال انه بدر بن النضر فهى فى ولده وهو أحق بها[1] ، وليس يكون في اجداد النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ ، وهـذا قول مرغوب عنه ، وهو قريب من قول من قال انها تكون فى غير قريش ، وغير العرب ، وهذا يحتاج الى بيان وشرح ، وليس هذا موضعا له .

فصـل

٤٢ ـ واما القول انها لقريش [2] على الخلاف في ذلك فأختلفوا هل تتخصص بقبيل بعينه أم لا ؟

٤٣ ـ فمنهم من قال تختص بالفاطميين خاصة وهم الشيعة ، ومن الشيعة من يخصها بولد الحسين عليه السلام ويعدد منهم اثنى عشر رجلا وهم الامامية .

وفرق الشيعة كثيرة :

٤٤ ـ ومن الشيعة الزيدية : وهـــم يرون الامامة لكـل من ولد الحسن والحسين عليه السلام .

٤٥ ـ ومنهم من يجعل ذلك في ولـد محمد بن الحنفية وفيه ، ويقـولون انه المهدي [3] .

٤٦ ـ وقالت الراوندية [4] انها في ولد العباس رضي الله عنه خاصة .

٤٧ ـ ومنهم من يخصها بولد عبدالله خاصة [5] .

---

(١) في النسختين (وهو أخو مالك بدلا من وهو أحق بها) .

(٢) فى النسختين : واما من خصها بقريش .

(٣) بذلك نادى المختـــار بن يوسف الثقفي في ثورته التي اعلنها على الامويين مطالبا بثأر الحسين ، فقد كان يحاول دعم ثورته بأسنادها الى محمـد بن الحنفية بأعتباره هو المهدي المرتقب تاريخ الطبرى والفضل ابن حزم ٤/٩٤

(٤) أنظر الفصل لابن حزم ٤/٩٠ـ٩١ وفيه ان حجة هؤلاء ان العباس عصب الرسول ووراثه ورد عليهم ان المرتبة لا تورث .

(٥) الظاهر ان قصده : عبدالله بن معاوية بن عبدالله بن جعفـر بن ابى طالب (الفصل ٤/٩٠) .

نقد مختلف الاقوال في تخصيص الخلافة

٤٨ ـ والخلاف بين هـذه الفرق كثير وكلها مسافة اقاويل متدافعة وكل ادلتها مدعاة .

امامـة المفضـول

٤٩ ـ واختلف في كونه أفضل أهل زمانه فشرطت الامامية ذلك ، واليـه ذهب عباد بن سليمان [١] والزيدية واصحاب ابن الجارون [٢] ، فاما الفقهـاء والزيدية الصالحية [٣] وفرق كثيرة من الناس فيجيزون امامة المفضول .

٥٠ ـ وقالت طائفة من متكلمي البصرة كأبى علي وابنه لايجوز الا ان يكون في الفاضل علة .

٥٠ ـ فحجة من لم يشترط ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم : من ذلك قول ابي بكر رضي الله عنه يوم السقيفة :

ـ وقد رضيت لكم هذين
يعني عمر وابا عبيدة بن الجراح
فبايعوا ايهما شئتم

---

(١) الظاهر انه من زعماء الشيعة .

(٢) هم الجارودية وهم من الزيدية وقد ذهبت طائفة منهم الى القول بامامة محمد بن عبدالله بن الحسن بن الحسين بن علي بن ابي طالب فلما قتله المنصور قالت هذه الطائفة انه حي لم يقتل ولا مات ولا يموت حتى يملأ الارض عدلا كما ملئت جورا (الفصل لابن حزم ٤/١٧٩) .

(٣) جاء فى الملل والنحل للشهرستانى ان الصالحية هم أصحاب صالح بن عمرو الصالحي ومحمد بن شبيب وابى شمر وغيلان ، كلهم جمعوا بين القـدر والارجاء (الملل والنحل ١/٢٣٢) . أما ابن حزم فى الفصل ٤/٩٢ فيشـير الى ان القول بجواز امامة المفضول وصحة امامة أبى بكر وعمر وعثمـان وأن عليا طابت نفسه بتسليم حقه الى أبى بكر وعمر ، ان هذا هو مذهب الفقيه الحسن بن صالح بن حى الهمدانى .

وجعل عمر الخلافة شورى في ستة وهم متفاضلون عند جميع الخلق ، ولم ينكر أحد ذلك عليه [1] .

واتفقوا ان العلم بالصانع وسائر الاعمال لا يرجح به، وهو فضيلة لمن علمه.

الامامة حق لكافة المسلمين

٥١ ـ واختلف هل الامامة حق لكافة المسلمين أو هل هي حق عليهم ؟ فمنهم من قال هي حق لهم ، ولهم ان يصرفوها الى من شاؤوا ممن يعلمون انه يقوم بها ، قال ابو بكر رضي الله عنه حين دعا بعلي والزبير ومن تخلف عن بيعته من بني هاشم رضي الله عنهم بعد الخطبة :

ايها الناس ان هذا الامر امركم ليس لاحد فيه الا ماوليتموه ، وانا اسمعكم واطوعكم لمن وليه [2] ، الا وانتم بالخيار من امركم ، وانت يا ابا الحسن والنفر الذين معك بالخيار .

الامامة حق على المسلمين

٥٢ـ ومن يقول هي حق على المسلمين يقول ان الامام المقصود به ان يستوفي الحقوق منهم ، ويمنع منهم الظالم وينصر المظلوم .

العصمة

٥٣ـ واختلف في عصمة الامام فلم يشترط ذلك سائر الفرق ، واشترط ذلك الامامية من الشيعة [3] .

معنى العصمة

٥٤ـ ومعنى العصمة أن يكون مع الامام ألطاف من جهة الله تعالى لا يرتكب معها كبيرة .

---

(١) أنظر تفصيل هذه الحجج فى الفصل لابن جزم ط ١ (٤/١٦٣ـ١٦٤) . غير الامامية .

(٢) في نسخة منيخ : وليتموه .

(٣) يفهم من كلام السمناني ان شرط العصمة لم يشترطه من فرق الشيعة غير الامامية .

٥٥ـ وهم يشترطون في ذلك شروطا لعلها قط لم توجد في بشر ، ولو وجب عصمة الامام لوجب عصمة القاضي والامير والجند واصحاب الاخبار ، وناقلي الشرع الى الغير من أهل البلاد ، ولوجب عصمة رسل الامام ، وهذا فيه كلام كثير .

الامام في بلد بعيد

٥٦ـ واختلف في الامام اذا كان ببلد بعيد لايقدر على استعلام حاله وما يعرض له ، هل لاهل ذلك الموضع ان ينصبوا غيره ام لا ؟

فعند جمهورنا[١] ليس لهم ذلك .

٥٧ـ وقال أبو اسحق الاسفراييني[٢] وجماعة من أصحاب الشافعي لهم ذلك .

وقال : ليس حال الامام اكثر من حال النبوة . وقد بعث الله تعالى موسى وهرون عليهما السلام الى امة واحدة، وقال في سورة ياسين « فعززنا بثالث »[٣] .

هذا مع امكان البلاغ بالواحد ، فكيف اذا تعزز ذلك .

٥٨ـ والجماعة يقولون لوجاز مع التباعد لجاز مع القرب ، وهذا يؤدي الى جواز ائمة في البلد الواحد ، وهذا ينقض الغرض منها ، ويؤدي الى الاختلاف في الطاعة والاحكام .

واجبات الامام

٥٩ـ واتفقوا على ان على الامام حقوقا تجب بدخوله في الامامة لكافة المسلمين ، وهي : التسوية بينهم في الاحكام والعطاء وقسمة الفيء ، ووضع كل حق في

---

(١) في نسخة قليج (جمهور الامة) وفي نسخة منيخ : (جمهور العلماء) .

(٢) من معاصري القدوري (أبو الحسن احمد بن محمد البغدادي الحنفي)، فقيه شافعي كان يناظره هو أبو حامد الاسفرائني فهل هو المقصود في المتن ؟) .

(٣)

موضعه ، ومنع الظالم ، والاخذ على يديه ، وتقوية يد المظلوم حتى يصل الى حقه .

واجبات المسلمين تجاه الامام

٦٠ـ وله على المسلمين ان يسلموا اليه ماوجب عليهم من حق مال له اخذه .
والسمع والطاعة له فيما يأمر به وينهى عنه مالم يكن معصية لله تعالى .
وان يمكنوه من اقامة الحدود عليهم في انفسهم واتباعهم .

معـرفة الامـام

٦١ـ واختلفت فى معرفة الامام ووجوبها .
فمنهم من قال : لايجب على كل مسلم معرفة عين الامام فى الزمان ، بل يفرض على الكفاية ، اذا قام به البعض سقط عن الباقين كدفن الميت والصلوة عليه .
٦٢ـ ومنهم من قال : على كل مسلم ان يعرف عين الامام وهـو فرض لازم كما يعرف الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وهو كفرض الصلوة والصوم والحج ، وهذا يقتضي ان نذكر بماذا يصير الامام اماما ، لانه اذا كان لابد من امام للمسلمين فبماذا يكون اماما .
٦٣ـ وهذا باب القول في طريق الامام الى الامامة .

باب فى طريق الامام الى الامامة

٦٤ـ اتفق المسلمون على ان النص من الرسول عليه السلام والامام بعده طريق الى كون الامام واحدا[1] فان كان واحدا وجبت طاعته ، وان كانوا جماعة كاصحاب الشورى اختير منهم واحد ، اما بالقرعة او الرضاء منهم .
٦٥ـ واختلف بعد ذلك في الاختيار فذهب جماعة من الفقهاء والمتكلمـين الى كون الاختيار طريقا اليها .

---

(١) ذهب الشيعة الامامية الى ان النبي (ص) نص على علي بن ابى طالب انه الخليفة بعده (الفصل لابن حزم ٤/٩٢) .

٦٦- وقالت الامامية : لاطريق الى نصب الامام غير النص .

٦٧- وحجة الجماعة ان بيعة ابي بكر رضي الله عنه بالاختيار وكذلك عمر وعلي رضى الله عنهما ، وهو فعل المسلمين في سائر الامصار .

وقولهم : الاختيار يؤدي الى المنازعة فلا يصح ، لانا لم نر الامر جرى على ماقالوا .

٦٨- واذا عقدوا فالعقد الاول دون الثاني .

٦٩- وان وقع العقدان معا فقد قيل بالبطلان ، وقيل يقرع بينهما ، وقيل ينعقد للافضل منهما .

٧٠- وقد كان النص عندهم موجودا والخلاف واقعا فلا يصح قولهم فى ذلك .

في اختيار الامام

٧١- والاختيار ان يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام .

ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك ، كما ينعقد نكاح المرأة ببعض الاولياء .

٧٢- واختلف في البعض الذي تنعقد به (الامامة) فأكثر اصحابنا يقولون : جميع الناس[1] كما كان يوم السقيفة ويوم الشورى .

---

(١) هذا ويلاحظ ان عبارة المتن مقتضبة والظاهر انها كانت « جميع الناس ومنهم من قال خمسة كما كان الخ . ويتضح هذا التفصيل بالرجوع الى الاحكام السلطانية للماوردى هذا والقول بان الامامة لا تصح باقل من خمسة لم يقل به الاكثرون كما ورد فى المتن فقد جاء فى الفصل لابن حزم (١٦٧/٥ - ١٦٨) ان القائل بذلك هو أبو علي محمد بن عبدالوهاب الجبائى تعلقا بفعل عمر فى الشورى وجاء فى الاحكام السلطانية للماوردى : « قالت طائفة اخرى أقل من تنعقد به منهم الامامة خمسة يجتمعون على عقدها أو يعقدها احدهم برضا الاربعة استدلالا بأمرين » بيعه ابى بكر والشورى « وهذا قول اكثر الفقهاء والمتكلمين من أهل البصرة » .

واما سائر الفقهاء فقد ورد فى الفصل لابن حزم (١٦٧/٥) « ذهب قوم الى ان الامامة لا تصح الا باجماع فضلاء الامة فى اقطار البلاد ، وذهب آخرون الى ان الامامة انما تصح بعقد أهل حضرة الامام والموضع الذى فيه قرار الائمة .

٧٣ـ ومنهم من قال : اربعة كشهود الزنا •

٧٤ـ ومنهم من قال : ثلاثة كالحاكم والشاهدين[١] •

٧٥ـ ومنهم من قال : ينعقد «بأثنين» كالحكمين يوم صفين وجزاء الصيد[٢] •

٧٦ـ ومنهم من قال : ينعقد بواحد كما قال العباس رضي الله عنه لعلي ابن ابي طالب رضي الله عنه : امدد يدك ابايعك لايختلف علينا الناس ، ويقال عم رسول الله بايع ابن اخيه •

وكما ينعقد نكاح الحرة بواحد من الاولياء كذلك هذا •

فصل

الدعوة

٧٧ ـ واختلف في الدعوة هل هي طريق الى الامامة أم لا ؟

فقالت الزيدية انها طريق الى ذلك • ومنع باقي الناس ذلك ، وقالوا ليست بطريق •

والدعوة أن يباين الانسان الظلمة ويأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر وتجتمع فيه شروط الامامة ، فيكون اماما وأن لم يبايع على ذلك • وهذا لايصح لانه يؤدى الى أن يطلب ذلك كل واحد ، ويفعل فعل صاحبه ، فيجتمع للناس عدة أئمة ، وهذا لايجوز •

---

(١) فى الاحكام السلطانية للماوردى «قال آخرون من علماء الكوفة تنعقد بثلاثة يتولاها احدهم برضا الاثنين ليكونوا حاكما وشاهدين كما يصح عقد النكاح بولى وشاهدين » •

(٢) كذا في جميع النسخ •

فصـــل

هل تورث الامامة ؟

٧٨ – واختلف في الميراث هل تورث الامامة ؟

فقال بعض الزيدية والعباسية انها تورث ، وتكون لاولى الوارثين ، ولا يرثها صبي ولا مجنون ولا امرأة ، ولا من ليس له صفة الائمة .

والجماعة من الناس على أنها لاتورث ، لان الارث يستوي فيه الجماعة كالمال .

فصـــل

في كيفية النص

٧٩ – هل تكفي مشافهة المنصوص عليه أم يحتاج الى شهود معه ؟ وما عدد الشهود ؟ وهل هم كعدد (شهود) حقوق الاموال أم لا ؟ وهل يكون النص جليا أو خفيا ؟ وهل يفتقر الى من يخالف الامام فى رأيه أو يوافقه ؟ كل ذلك مختلف فيه .

فهذه جملة ممتعة « مقنعة » في الامامة .

باب

كيفية الولاية

٨٠ – وهذا باب نذكر فيه كيفية الولاية :

اعلم ان الامامة لايصح عقدها خاصة بل لاتقع الا عامة عموما لا تخصيص فيه بحال .

وأما ولاية القضاء فتقع تارة عامة بأن يقول الامام : وليتك القضاء والحكم فيعم الاشخاص والمواضع (والايام)[1] ، وتارة تكون خاصة .

---

(١) هذه الزيادة ذكرناها بالاستناد الى ماجاء في أدب القضاة للماوردي .

٨١ ـ فان عين موضع الولاية ولم يعين الناس جاز ، وكان له أن يحكم على كل من في الموضع الذي وليه ، ولا خلاف في جواز حكمه على جميع النـــاس • وانما اختلفوا فى المحكوم له ، وله باب نبينه فيه فيما بعد ان شاء الله تعالى •

٨٣ ـ وان عين المحكوم عليه ، ولم يبين (يذكر) الموضع الذى ولاه الامام ولا عين بقعة بعينها من المواضع والبلاد والمحال التي تعين أبدا بالولايات والعهود التي بيد القضاة « تنشأ للقضاة » والحكام المنصوبين ، جاز ذلك ، وكان له أن يحكم بين المعينين له بالحكم فى كل المواضع •

٨٤ ـ وان عين الموضع والخصوم جاز ذلك ، ولم يكن له أن يحـــكم في غير الموضع ولا على غير من عين له •

وكل ذلك لا خلاف فيه •

٨٥ ـ ويكفي في الولاية مشافهة الامام للقاضى بالولاية ان كان حاضـرا ، وكتابه ان كان غائبا • وتجوز بالرسالة اليه أيضا •

٨٦ ـ وهل يفتقر فى الكتابة اليه بالقضاء أن يشهد عليه الامام ؟ ويكون كالكتب الحكمية ؟ أم يكفى مجرد الكتاب اليه ؟

فالذى ذكره الخصاف فى أدب القضاء عن (محمد بن الحسن) قال : قال أبو حنيفة : وان قرأ عليهم الكتاب ، يعنى القاضى اذا كتب الى قاض ولم يختمـــه بحضرتهم ، وهم لايحفظون مافيه ، وليس نسخته معهم لم يجز ذلك •

٨٧ ـ وقال [أبو يوسف] يجوز الكتاب ويقبله الذى ورد عليه ، وان لـم يقرأه عليهم بعد أن يشهدهم على نفسه انه كتابة وخاتمة ، لانى أنفذ كتب الخلفاء بغير بينة ، والخلفاء ينفذون كتب القضاة بغير بينة •

٨٨ ـ وقياس قول ابي حنيفة انه لايقبل •

٨٩ ـ وقد حكى أصحاب الشافعي في ذلك وجهين :
في أحدهما يقبل ، وفي الثاني لايقبل • والرسالة مثل ذلك •

باب

مايشترك فيه الوالي والمتولي من الصفات

٩٠ ـ اعلم ان القاضي والامام يشتركان فى الحرية والبلوغ والعدالة والعلم والامانة والعفة والصيانة في ان كل واحد لايجوز له أن يقضي لنفسه ، ولا لاولاده ولا لاحد من أجداده وسيأتي « وسنبين » ذلك في باب من يجوز أن يقضي له ومن لايجـــوز •

فالامام والقاضي في ذلك ســواء •

٩١ ـ ويفترقان فى اعتبار كونه من قريش ، فالقاضي يجوز أن يكون عربيا وأعجميا ، ومن سائر أنواع الامم اذا وجد فيه شرائط القضاء التي قدمناها •

ويفترقان في خصوص الولاية وعمومها •

[مطلب : القاضي لايولي ابنه القضاء في حياته ولا بعد مماته](١)

٩٢ ـ ويجوز أن يولى الامام ابنه للامامة بعده بالنص عليه ، والقاضي لايولي ابنه القضاء في حيوته ولا بعد موته الا أن يجعل الامام له ذلك •

[مطلب قضاء القاضي على القاضي الذى ولاه وله وعلى الامام الذى ولاه] (٢)

٩٣ ـ ويقضي على القاضي الذي ولاه وله •

٩٤ ـ وكذلك القاضي يقضي على الامام ويقضي له وان كان يستفيد النظـر من جهته •

[مطلب : لا يجوز أن يكون امامان في دار الاسلام]

٩٥ ـ ويجوز أن يكون القاضي في محلة ومعه قضاة ، ولا يجوز أن يكون امامان في دار الاســلام •

---

(١) ورد هذا العنوان في هامش ص١٣ من نسخة قليج •

(١و٢) ورد هذا العنوان في ص١٣ من نسخة قليج •

[مطلب : يجوز أن يشتركا في قضية واحدة] (١)

٩٦ ـ ويجوز أن يشترك القاضيان في قضية ، ولا يجوز ذلك في حق الامامين .

[مطلب : انتقاض الولاية]

٩٧ ـ والامام لاتنتقض ولايته .

والقاضي تنتقض ولايته .

[مطلب : ما ينفرد به الامام] (٢)

[مطلب : الاقطاع]

٩٨ ـ والامام يجوز أن يقطع الارض (ويخص) بمال بيت المال ، وليس للقاضي هذا .

[مطلب : بيان حدود الولاية]

٩٩ ـ والامام لايحتاج الى بيان ماله أن يتصرف فيه ، والقاضي يحتاج الى بيان الحكم والقضاء .

١٠٠ـ وليس للقاضي أن يتصرف الا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه .

١٠١ـ والامام يتصرف فيما ليس لاحد من اهل الحل والعقد أن يتصرفوا فيه ، فهو يستفيد بالولاية مالم يكن لمن ولاه أن يفعله .

١٠٢ـ فان قيل : فهذا يدل على بطلان الاختيار لان من ولاه الامر لايملك ما(١) ولاه فعله .

---

(١) ورد هذا العنوان فى ص١٣ من نسخة قليج .

(٢) ورد هذا العنوان فى ص١٣ من نسخة قليج .

(٣) في نسخة قليج (ما) والصواب ما أثبتناه .

والجواب ان ذلك غير ممتنع ، كالولي يزوج وليته ولا يملك وطئها ، والزوج يجوز أن يستوفي منفعة البضع ويملك ذلك ولا يجوز أن يملكه غيره .

وسنبين في باب النيابة مايجوز أن يستناب فيه ومالا يجوز ان شاء الله .

باب

ولاية الخوارج للقضاء

١٠٣ – وهذا باب يذكر فيه ولاية الخوارج للقضـــاء وما يجوز من ذلك وما لايجـــوز .

تعريف الخوارج

١٠٤– اعلم ان الخوارج كل فرقة اظهرت رأيا ودعت اليه وقاتلت عليـه ، وصار لها منعة وشوكة وتحيزت بخطة [١] (بحيزة) .

١٠٥– وسنذكر في كتاب أهل البغي مايجب عليهم ومالا يجب من الاحـكام عند بلوغنا اليه ان شاء الله .

[قضاة الخوارج]

١٠٦– وانما الكلام ههنا في صحة الولاية :

فحكى الخصاف في أدب القضاء له : انهم اذا ولوا رجلا القضاء فقضى بقضايا وحد ناسا « وحكم بأشياء » ثم ظهر أهل العدل بعد ذلك على البلد فولوا قاضيا ، ثم رفعت احكام أهل التأويل اليه ، فأنه ينقض منها ما ينقض من أحكام غيرهم .

١٠٧ – وقال الطحاوى رحمه الله في مختصره في كتاب أهل البغي : ولا ينقض من أحكامهم الا ما كان ينقض من أحكام غيرهم [٢] .

---

(١) يستفاد من هذا ان مصطلح الخوارج لايقصد به ههنا مجرد الفرق الدينية المعروفة التي خرجت على الامام علي ونادت بأن لا حكم الا لله وانما يقصـد بهذا المصطلح حالة المحاربين في الحرب الداخلية في مصطلح عصرنا .

(٢) ص ٢٥٧ من النسخة المطبوعة من مختصر الطحاوى .

١٠٨- وحكى الشيرازي رحمه الله من أصحاب الشافعي رحمه الله في كتاب التهذيب[١] له عن مذهبهم .

قال : وان ولوا فيما استولوا عليه قاضيا نظرت فان كان ممن يستبيح دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ حكمه ، لان شرط القضاء العدالة والاجتهاد وهذا ليس بعدل ولا مجتهد .

وان كان ممن لايستبيح ذلك نفذ من حكمه ماينفذ من حكم قاضي أهل العدل ، ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضي أهل العدل ، لان لهم تأويلا يسوغ فيه الاجتهاد .

١٠٩- وقال : واستحب أن لايقبل كتاب قاضيهم استهانة وكسرا لقلوبهم ، فان قبله جاز .

وجوب تحقيق الامام في أسباب خروج الخوارج عليه وانصافهم ممن ظلمهم

١١٠- والذي مال اليه الطحاوى في المختصر أنه يسألها عما دعاها الى الخروج فان ذكرت شيئا ظلمت فيه أنصفت ممن ظلمها والا دعيت الى الرجوع الى الجماعة والدخول في طاعة الامام الذي يجب عليها طاعته فأن فعلت والا قوتلت[٢] فشرط أن يكون اماما تجب عليها طاعته ليكونوا خوارج .

١١١- وهذه الاقوال تدل على اتفاق المذهبين على جواز ولاية من يتولى من قبلهم القضاء .

١١٢- وسيرد [وسنذكر] حكم ما أتلفوا علينا وأتلفنا عليهم في بابه ان شاء الله .

فصل

خلو الزمان من الامام

١١٣- ينبغي علينا أن نذكر خلو الزمان من الامام المفترض الطاعة :

---

(١) « المهذب » في النسختين .

(٢) ص٢٥٧ من مختصر الطحاوى المطبوع .

اذا لم يكن امام للمسلمين ثابت الامامة فمن تغلب على الارض وملكها ودعا لنفسه ، وقام بما يجب عليه من الحقوق ، وذب عن الدين ، وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر فهو في الولاية من قبله وجهته اكثر من الخوارج مع الامام ، فاذا قلنا ان ولاية من ولوه جائزة ، وحكمه ماض فمن ليس في مقابلة امام أولى واحرى بجواز الولاية من قبله .

١١٤- واذا خلا الزمان من الامام والمتغلبين على سبيل الفرض والتقدير فكل حكم يلزم العامة والامام بين اظهرهم فهو لازم لهم مع عدمه ، وكل حكم لايلزمهم ولا يجوز لهم فعله مع وجوده فهم فيه أيضا مع عدمه غير مخاطبين بفعله ، والاول كالزكاة والصلوة وسائر العبادات التي يتفردون بها ، والعقود التي يعقدونها .

١١٥- والثاني كالحدود والقطع في السرقة وضرب الجزية والاحياء وما هو مفوض الى الامام ، فأنه لايستوفي ولا يأخذه بعضهم من بعض ، وكذلك الاحكام وتوليها .

باب التحكيم

وهذا باب نذكر فيه التحكيم من الرجلين لغيرهما :

١١٦- اعلم أنه يجوز أن يحكم الخصمان رجلا واحدا ، ويجوز أن يحكما رجلين فما زاد .

١١٧- وقد حكم علي عليه السلام أبا موسى الاشعري ، وحكم معاوية عمرو بن العاص ، ورضيا بحكمهما عليهما ، وحكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه وابي بن كعب زيد[1] بن ثابت ، وحكم عثمان وطلحة رضي الله عنهما جبير بن مطعم[2]

---

(١) كذا وفى طبقات الفقهاء للشيرازى أن ابي بن كعب بن المنذر من بني النجار تحاكم اليه عمر والعباس فى دار كانت للعباس الى جنب المسجد فقضي للعباس على عمر (ص١٣ منه) .

(٢) هو جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف . (ترجمته في اسد الغابة ١/٢٧١) .

وذلك جائز في الشرع والدين ، وهو قول الشعبي وابن سيرين وعبدالله بن عتبة[٣] ، وهو قول اصحابنا جميعا .

١١٨- ولهما أن يخرجا الحكم من الحكم ولاحدهما ما لم يحكم ويمض الحكم عليهما .

١١٩- وليس لواحد منهما أن يرجع عن ذلك بعد الحكم .

١٢٠- وقال الشافعي لا يلزم الحكم الا برضاهما بعد الحكم في أحد قوليه، لان في الزام حكمه افتئاتا على القاضي والامام ، ولان رضاهما معتبر في التحكيم ، فكذلك في الحكم ، والثاني مثل قولنا لايعتبر رضاهما لان من جاز حكمه لزمه حكمه .

مايجوز فيه التحكيم

١٢١- واختلف اصحاب الشافعي فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم الحاكم الذى ولاه الامام .

١٢٢ - ومنهم من قال يجوز في الاموال فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف فلا يجوز لأنها بنيت على الاحتياط ، فهذا قولهم في هذا الباب[١] .

١٢٣- وقال أصحابنا : واذا حكم الحكم بشيء ثم رفع الى القاضي نظر في ذلك ، فان كان موافقا للحق ورأيه أمضاه ، وان كان لايوافق رأيه والحق رده .

١٢٤- وقال بعضهم اذا كان مخالفا لرأيه ومذهبه فهو بالخيار : ان شاء

---

(١) في تبيين الحقائق ٤/١٩٣ « شرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما ، وليس لهما ولايةعلى دمهما ، ولهذا لايملكان اباحته ، وكذا لا ولاية لهما على العاقلة ، فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمهولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل » .

أمضاه وان شاء رده [1] .

١٢٥- وقالوا : لو حكما محدودا في قذف أو اعمى أو ذميا أو عبدا فذلك باطل لان حكمهم كشهادتهم .

١٢٦- واذا كان الحكم رجلين لم يمض الحكم حتى يجتمعا عليه .

١٢٧- واذا لم يشهد الحكم في مجلس حكمه الذي حكم فيه على حكمه لم يصدق على ذلك ، ولم يقبل قوله انه حكم بكذا .

١٢٨- قال الخصاف :

« ولا يجوز أن يحكما فى حد ولا قصاص ، وان حكماه فى دم خطأ فحكم على العاقلة بالدية لم يجز لان العاقلة لم ترض به » .

١٢٩ - وان قضى ما بيا (كذا) يمين أو اقرار أو بينة فذلك جائز [2] .

١٣٠- ولو قال الحكم : قد أقررت عندي بكذا أو شهد عليك هذا ، وعدلت الشهود وقد ألزمتك ذلك وحكمت عليك [به لهذا وانكر المقضى عليه] أن يكون أقر عنده أو قامت بينة عليه لم يلتفت الى قوله وامضى القضاء عليه مادام لم يخرجه من التحكيم [3] .

١٣١- فان كان قد عزله ثم قال ماقال لم يقبل منه ، ولم يجز حكم عليه ،

---

(١) بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لايبطله وان خالف مذهبه ، الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع .. لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه بأصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه » (تبيين الحقائق ٤/١٩٤) .

(٢) كذا ولعل اصل العبارة كما يستدل على ذلك من كتب الفقه : « وان قضى بنكول عن يمين أو قرار أو بينة فذلك جائز » (مراجع منتهى الحقائق ٤/١٩٣ والهداية ٣/١٠٩) .

(٣) علل الزيلعي ذلك في تبيين الحقائق ٤/١٩٤ بقوله « لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضى المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بأقرارك أو بينة قامت عندى بذلك فأنه يصدق فى ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا هذا » .

كالقاضي اذا عزله الامام لم يقبل انه كان قد حكم ، وان كان قد حكم من لايجوز قضاؤه له كالابن والزوج وكل من لاتجوز شهادته له ، فان حكم لابنه أو أبيه أو من ذكرناه ابطل القاضي حكمه ، وان قضى عليه امضاه كما يمضي الشهادة .

١٣٢- ولا يحكم فاسقا ولا صبيا مالم يبلغ ، كما لايصح منهما ولاية القضاء ولا ينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه ، كما لو ادعى دينا على رجل انه كفل عن هذا وشهدت بذلك بينة قبل الحكم على الحاضر دون الكفيل . وان كان الكفيل هو الحاضر لزمه الحكم دون المكفول عنه .

١٣٣- ومتى كان الحكمان رجلين فاختلفا في الحكم والاجتهاد لم يجز (حكم) واحد من الحكمين حتى يجتمعا على شيء واحد ، وكان وجود حكم احدهما كعدمه .

١٣٤- ولو شهد عند الحكمين شاهدان بالحق فلم يحكما حتى غابا أو ماتا ، أو حكما فسأل المدعي الحكمين ان يشهدا عند الحاكم على شهادة من شهدا عندهما لم يكن للحكمين ذلك .

١٣٥- ولو شهدا رد الحاكم شهادتهما لانهما لم يشهداهما على شهادتهما ولا حملاهما ذلك .

١٣٦- وكما يجوز أن يكون الحكمان اثنين فكذا عندنا يجوز أن يلي القضاء اثنان وما زاد .

فصل

عدد من يولى القضاء في البلد الواحد

١٣٧- قال أصحابنا لايجوز[1] أن يولي القضاء الاثنين في الشيء الواحد

---

(١) في النسختين « ويجوز في الشيء الواحد كما لايجوز أن يبيع الوكيلان ..الخ وهي عبارة مغلوطة » والظاهر ان هذا الاضطراب من وهم النساخين فقد اختلطت عليهم عبارة الفقهاء في جواز تولية قاضيين في بلد واحد ويتضح هذا مثلا مما جاء في أدب القضاء للماوردي من أن للفقهاء في هذه المسألة وجهين « أحدهما لايجوز ... والثاني وهو قول الاكثرين انه يجوز لانها استنابة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان على اجتماع وانفراد ».

والبلد الواحد لانهما قد يختلفان فلا تنفصل الحكومة ، ومنهم من أجاز ذلك كما قلناه فقد ذكرنا احكام الولاة وهذا يقضي أن نذكر هل يجوز لهم الدخول أو يجب عليهم الدخول فى ذلك أم لا ؟ وما الذي نقول في ذلك وذكر الخلاف فيه •

باب

في جواز الدخول في القضاء

١٣٨- وهذا باب نذكر فيه جواز الدخول في القضاء اعلم ان القضاء قد دخل فيه رجال صالحون وائمة الصحابة ، ووجوه التابعين ، وسنذكر في آخر الكتاب أعيان من دخل فيه من الناس •

وامتنع جماعة من الدخول فيه ، منهم أبو حنيفة رضي الله عنه ، فمنهم من أجاز الدخول فيه ومنهم من كرهه ولم يدخل فيه •

١٣٩- وعندنا انه مباح له الدخول فيه ، ولا يجب عليه ، وكذلك الدخول في الامامة العظمى ، لايجب عندنا ، بل اختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من قال هي فرض على الكفاية اذا قام بها الغير سقطت عنه ، ومنهم من قال اذا علم انه ليس أحد يقوم بفرضها لزمه الفرض ، ووجب عليه الطلب والقتال حتى يؤدي الى استقامة الدين وازالة المنكر ، ولو أدى ذلك الى اهلاك نفسه وماله وسفك الدماء •

١٤٠- ومن أصحابنا من قال لايجب ذلك عليه ، ومتى أدى الى اهلاك مسلم وجب ترك ذلك فكيف هلاك نفسه ، وحكمها عنه ساقط واثمها زائل ، ولايصح اجباره عليها لاو اكراهه على الدخول فيها •

١٤١- واتفقوا على أن القاضي لايجب عليه الدخول في القضاء وان كان عالما وليس في الناس مثله •

١٤٢- وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال « من تقلد القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » •

١٤٣- ولا يعرف لاصحابنا لفظ فى كتاب يقتضي وجوب الدخول فـــي القضاء فنحيكه .

١٤٤- وقال أصحاب الشافعي : اذا كان لايصلح للقضاء الا واحد تعـــين ولزمه فعله ، فاذا امتنع اجبر عليه ، لان الكفاية لاتحصل الا به وجعله هذا القائل فرضا على الكفاية ، فاذا لم يقم به غيره وجب عليه ، قال وان كان هناك غيره يصلح له نظرت فأنه كان خاملا واذا ولي القضاء انتشر علمه استحب له طلبه [1] لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم ، وان كان مشهورا فأن كانت له كفاية كرهت له الدخول فيه لانه ربما يعجز عن القيام بذلك ويحتاج الى ان يلتزم الامانات فكره له ذلك ، وهذا يقتضي أن يكره الدخول فيـه ، وان لم يكن غـيره لانه يجوز ان لا يأمن ذلك أيضا ، وليس القضاء أمرا يسيرا بل عظيم ، وليس كل عالم يصلح للقضاء والصرف فى الامور ، وقد رأينا من يتقلد القضاء وهو يعتقد انه العالم الكافي القيم بمـا يرد فى ذلك ، فلا يلبث حتى يظهر عجزه وحيرته وتبلده فى الاحوال ، حتى يتغير طبعه ، وتتبدل اخلاقه ، ولولا كراهة ذكر الناس لحكيت في ذلك ما رأيت وعددت الناس ، ولكن كل زمان لا يخلو أمره من مثل ما رأينـا .

١٤٥- وقال أصحاب الشافعى : وان كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخولفيه لانه يكتسب كفاية بسبب مباح

١٤٦- قالوا : وان كانوا جماعـــة يصلحون للقضـــاء اختار الامام افضلهم واورعهم فقلده ، وبهذا قولنا ايضا اذا اختار الحاكم ذلك ورغب فيه وغلب عـلى

---

(١) كذا والعبارة مضطربة وصـوابها ما جاء في المغنى لابن قدامة ج٩ص٣٦ في هذا الصدد حكاية عن مذهبى الحنبلية والشافعية حيث جاء :
وقال أبو عبدالله بن حامد ان كان رجلا خاملا لايرجع اليه فى الاحكام ولا يعرف ، فالاولى له توليه ليرجع اليه فى الاحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون وان كان مشهورا فى الناس بالعلم ، يرجع اليه فى تعليم العلم والفتوى ، فالاولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الامن من الغرر ونحو هذا قال اصحاب الشافعى .

ظنه انه يقوم بشرائطه ، وهذا لابد من اعتباره فى القاضى والامام جميعـــا ، ولا يجوز ان نطلق القول •

وان اختار الامام غير الافضل انعقد العقد له ، وهذا يبنى على جواز امامـــة المفضول ، وقد جعل عمر بن الخطاب (رض) الخلافة شورى فى ستة نفر وهم يتفاضلون عند جميع الناس ، فلولا انه يجوز العقد للمفضول لما خبر عن فاضـل ومفضول ، وهذا فى القاضي اجوز من الامامة •

١٤٨ـ قال الشيرازي[١] رحمه الله : وان امتنعوا عن الدخول اثموا ، لانـه فرض وجب عليهم فهو كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر •

[الاجبار على تولى القضاء]

١٤٨ـ قال : وهل للامام اجبار واحد على القضـــاء ام لا ؟ ففيـه وجهان : احدهما لايجبر لانه فرض على الكفاية فلو اجبر عليه لتعين عليه ، والثاني يجبره لانه لابد من قاض للمسلمين •

١٤٩ـ وهذا الوجه لا يصح لان الامام نصب للحكم بين المسلمين ، فالفرض يتوجه عليه ، فلا يجوز له اجبار غيره عليه واسقاط فرضه عن نفسه •

١٥٠ـ وذكر الخصاف حديث انس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« من سأل القضاء وكل الى نفسه ، ومن أجبر عليه وكل به ملك يسدده •

ومن طريق آخر :

من طلب القضاء وطلب عليه الشفعاء وكل اليه ومن اكره على القضاء وكـل به ملك يسدده[٢] •

١٥١ـ واذ صح هذا الخبر جاز للرجل الدخول في القضاء بالاكراه •

---

(١) المهذب للشيرازي •

(٢) جاء في المغنى ج٩ص٣٦ ان أنسا روى عن النبي (ص) انه قال : « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ، ومن أكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب •

١٥٢ـ وكره له سؤال القضاء في كل حال .

١٥٣ـ وقد ذكر الخصاف عن الحسن (بن زياد اللؤلؤي) ان الله تعالى اخذ على الحكام ثلاثة : ان لايتبعوا الهوى وان يخشوه ولا يخشوا الناس ولا يشتروا بآياته ثمنا قليلا لقوله : « ياداود الآية[١] وانـا انزلنا التوراة الآية » ، ولانه قال عنه : لاجر حاكم عدل يوما واحدا افضل من أجر رجل يصلي في بيته سبعين سنة لانه يدخل من عدله في ذلك اليوم على كل أهل بيت من المسلمين .

١٥٤ـ واذ قد بينا الرخصة في الدخول في القضـاء ، وما في الدخول فيه ، فلنذكر اخذ[٢] الرزق عليه وما قيل .

باب أخذ الرزق على القضاء

١٥٥ـ اعلم ان القاضي من عمـال المسلمين وأجـل عمالهم وهو القيم بمصالح الجميع .

١٥٦ ـ وقد قال اصحابنا جميعا : لابأس ان يطلق الامام للقاضي من الرزق ما يكفيه من بيت المال ، حتى لا يلزمه ولا أحد على بابه مؤونة ولا كلفة ، ولا أحد أسبابه[٣] ، فأن جميع مايأخذه من على بابه يفضحه ويضع من قدره ، وان علم به فلم ينكره لحقه وزر :

كذا قال الطحاوي في أدب القضاء الصغير له .

١٥٧ـ وقال الخصاف : ولا بأس ان يأخذ القاضي الرزق من بيت المال

---

(١) ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله .
وقد فسر الماوردي الخلافة الواردة في الآية بقوله في ادب القضاء من الحاوي: « أما قوله تعالى : انا جعلناك خليفة في الارض ففيه وجهان أحدهما : خليفة لنا ، وتكون الخلافة هي النبوة ، والثاني خليفة لمن تقدمك فيها ، وتكـون الخلافة هي الملك » . وقد نقل الماوردي هذين الوجهين من تفسيره المسمى بالنكت والعيون بتغيير طفيف (أدب القاضي تحقيق محي هلال السـرحان ١/١) .

(٢) في المخطوطة : قولنا أخذ .

(٣) في نسخة قليج : ولا احد من انسابه .

لانه عامل المسلمين ، وقد أوجب الله له اجرا ، والنبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وابو بكر وعمر رضي الله عنهما فرضا لانفسيهما من بيت المال ، وهكذا فعل الائمة .

١٥٨ـ ويفرض له مايكفيه ، ويوسع عليه حتى لا يشره الى اموال المسلمين .

١٥٩ـ وذكر في الباب ان عمر رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل بالشام[١] ان انظروا رجالا من أهل العلم من الصالحين من قبلكم فاستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم فى الرزق ليكون لهم قوة وعليهم حجة .

١٦٠ـ وكان زيد بن ثابت يأخذ على القضاء اجرا وارزق علي عليه السلام شريحا خمس مائة درهم .

وارزق النبي صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد[٢] حين استعمله على مكة أربعين اوقية في السنة .

قال اسحق : لا ادرى ذهب أو فضة .

وارزق عمر بن الخطاب رضى الله عنه ابا موسى في السنة ستة آلاف درهم وهو على البصرة ، وكان مسروق لايأخذ على القضاء رزقا وكان شريح يأخذ .

١٦١ـ وقال القاسم بن عمير لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء اجرا ، ولا صاحب بعثهم[٣] .

١٦٢ـ فاما الشافعي فقال :

« ومن تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز ان يأخذ رزقا ، لانه فرض تعين عليه ، وان لم يكن له كفاية فله ان يأخذ الرزق عليه ، لان الكفاية لابد منها ،

---

(١) جاء فى المغنى ج٩ ص٣٧ ان عمر بن الخطاب كتب الى معاذ بن جبل والى أبى عبيدة حين بعثهما الى الشام أن انظرا رجالا من صالحي من قبلكم فأستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من بيت مال المسلمين .

(٢) هو عتاب بن اسيد بن ابى العيص الصحابى اسلم يوم الفتح واستعمله النبى على مكة بعد الفتح لما سار الى حنين (اسد الغابة ٣/٣٥٨)

(٣) صاحب البعث هو قائد الجماعة المجاهدة فى سبيل الله .

والقضاء لابد منه ، وان لم يتعين عليه : فان كان له كفاية كره ان يأخذ عليه الرزق ، وان لم تكن له كفاية لم يكره[1] .

١٦٣- ويعطيه مع ذلك شيئا لاعوانه ، وما يصرفه في القرطاس .

واصحابنا لم يفصلوا هذا التفصيل بل لفظهم في الكتب مطلق .

١٦٤- واذ كان (القاضي) عاملا على المسلمين فهو كالعامل على الزكاة يجوز ان يأخذ الاجر والرزق مع غناه فكذلك هذا ، فهذا ماقيل في هذا الباب .

فصل

في الرشوة على الحكم

١٦٥- فاما الرشوة على الحكم فاجمع اصحابنا جميعا على انه ذا قبل (القاضى) الهدية على اقامة الحق فقد فسق ، واكل الحرام .

قال الطحاوى : لان رسول الله قال :

هدايا العمال غلول[1]

واكبر العمال القضاة

---

(١) جاء فى المغنى ج٩ ص٣٧ انه « يجوز للقاضى أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعى واكثر اهل العلم » . وظاهر ان ابن قدامة المقدسى يختلف نقله عن الشافعى فى هذه القضية عن نقل السمنانى فقد اطلق الاول ما رواه الثانى مقيدا .

(٢) جاء فى القاموس المحيط أغل خان وأبله اساء سقيها فلم ترو ، وقد غلت هي ، وفى الجلد اخذ بعض اللحم والشحم فى السلخ .. وفلانا نسبه الى الغلول والخيانة ، وغل غلولا خان كأغل أو خاص بالفى وجاء فى أساس البلاغة للزمخشرى « لا اغلال ولا اسلال ، وهدايا الولاة غلول ، يقال غل من المغنم واغل ، وتقول : يد المؤمن لاتغل وقلب المؤمن لايغل من الغل وهو الحقد المنغل أى الكامن هذا وقد ورد حديث هدايا العمال غلول بصيغة هدايا الامراء غلول .

١٦٦- وقال الخصاف :

« ومن خشي سلطانا على نفسه أو ولده أو ماله فصانعه على شيء فلا اثم عليه[١] .

ومن رشا قاضيا فحكم له بحقه وهو حق له لم يسعه ذلك .

١٦٧- واذا قبل القاضي الرشوة سقطت عدالته ، ولا ينفذ حكمه لمن رشاه وان حكم بالحق[٢] .

١٦٨- ومن رفع اليه من القضاة ابطله اذا صح عنده .

١٦٩ - وان رشا ولد القاضي او كاتبه او جاره حتى ساعده على الحكم فحكم القاضي وهو لا يعلم والطالب محق فهو آثم وما حكم به له فهو جائز لازم[٣] .

١٧٠ - ولا يقبل القاضي هدية رجل الا من كان يهاديه قبل الولاية[٤] وليس له خصومة ، ولا يقبلها في حال الخصومة ، فان قبل بعد ذلك فهو على العدالة .

وهذا قول الشافعي في الهدية فيمن كان يهاديه .

ماجاء في تحريم الرشوة من الآثار

١٧١ - وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لعن الراشي والمرتشي

---

(١) اشارة السمناني الى عبارة الخصاف يفهم منها للوهلة الاولى ان القاعدة المروية عن الخصاف هي الاصل والحقيقة انها استثناء محدود بحدود الضرورة يفهم من سياق العبارة نقدها ومما جاء في كتاب الخصاف قوله : فأما الرشوة على الحكم فأجمع أصحابنا جميعا على أنه اذا قبل الهدية على اقامة الحق فقد فسق ، واكل الحرام .

(٢) أي أن حكمه يكون حينئذ باطلا بطلانا مطلقا بحتم الشرع .

(٣) الى هنا ينتهي نقله عن الخصاف وقد علق الخصاف على العبارة الاخيرة بقوله : « لانه غير مرتش ، اذ لم يعلم بذلك ولا ارتشى هو بنفسه » .

(٤) في الكنز ٤/١٧٨ ان القاضي يرد الهدية الا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك وفي تبيين الحقائق ان المراد بالقريب ذو الرحم المحرم .

في الحكم ، وقال « هما في النار » وذكـــر الخبر ثوبان[1] وقال فيه : « والرائش الذى يمشي بينهما » .

وعن ابن مسعود : ان الرشوة فى الحكم كفر ، انما السحت ان يهدى الرجل الى الرجل هدية كيما يعين على حاجته .

وقال مسروق : ان القاضى اذا أكل الهدية فقد اكل السحت .

وقيل لعمر بن عبدالعزيز : مالك لا تقبل الهدية وقد قبلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

ـ قال تلك هدية وهذا لنا رشوة .

وحديث ابى حميد الساعدى ان النبي صلى الله عليه وسلم اســـتعمل بن اللتبية على صدقات بني سليم ، فلما جاء قال :

ـ هذا لله وهذا اهدى الى .

فقام صلى الله عليه وسلم فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال :

ـ ما بال رجال نوليهم أمورا مما ولانا الله فيجيء احدهم فيقول هذا لكم وهذا اهدى الى ، فهلا جلس في بيت ابيه وامه حتى تأتيه هدية ان كان صادقا[2]!

اتقاء الظلم بالرشـــوة

١٧٢ ـ وروى عن جابر بن زيد قال :

ـ لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم .

وقـــال :

ـ لم نجد فى زمن عبدالله بن زياد امنع لنا من الرشوة .

وقال الشعبى وابراهيم :

---

(١) هذه العبارة مقتضبة واصلها في كتب الفقه يتضح مما ورد فى المغنى ج٩ ص٧٨ حيث جاء : « وروى عبدالله بن عمر قال « لعن رســـول الله (ص) الراشى والمرتشى » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، ورواه أبو هريرة وزاد فى الحكم ، ورواه أبو بكر .. وزاد : والرائش وهو السفير بينهما » . وثوبان هو مولى رسول الله (ص) وهو ثوبان بن بجدد وقيل ابن بنجدد ويكنى ابا عبدالله وقيل أبو عبدالرحمن والاول أصح وهو من حمير من اليمن أو من السراة أو من سعد العشيرة (أسد الغابة ٢٤٩) .

(٢) ورد هذا الخبر في أدب القضاء للخصاف أيضا .

ـ لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم .

وقال مجاهد :

ـ اجعل مالك جنة[1] دون دينك ، ولا تجعل دينك جنة لمالك .

وكان الحسن لا يرى بأسا بان يعطى الرجل من ماله ما يصون به عرضه.

وفى هذا الباب اخبار كثيرة ذكرها الخصاف باسناد لكل منها ، وفى الذى ذكرته كفاية .

١٧٣ ـ واذ قد ذكرنا احوال الدخول فى القضاء واحوال الرزق عليه ، فلنذكر أحوال القاضى التى يكون عليها .

أحوال القاضي التي يقضى فيها

١٧٤ ـ وهذا باب احوال القاضى التى يقضى فيهـا ، وما يتقـدم ذلك ، ويترتب عليه .

١٧٥ ـ اعلم ان القاضى اذا ولاه الامام بلدا غير البلد الذى هو فيه وكتب عهده فقد قلنا انه يشهد على العهد فى قول ، وفى آخر يكفى مجرد العهـد ، وتثبت الولاية بالاستفاضة .

١٧٦ ـ فاذا اقترب من البلد غير بزته ، ولبس من أجمل ثيابه .

١٧٧ ـ واذا قرب من البلد دعا لنفسه بما روى من الدعاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه دعا به فقال :

« اللهم رب السموات السبع وما اظلت .
ورب الارضين السبع وما اقلت
ورب الشياطين وما اضلت
ورب الرياح وما ذرت
اسألك خير هذه البلدة ، وخير اهلها وما فيها »[2]

---

(١) الجنة : الدرع وفي اساس البلاغة للزمخشري : ستره فاجتن واستجن بجنه : استتر بها ، واستجن الولد فى البطن .

(٢) في نسخة منيخ : وخير ما فيها .

وروى هذا الخبر الطحاوى فى ادب الحكام •

دعاء القاضى عند دخول البلد

١٧٨ ـ واما اذا دخل البلد قال :

(اللهم أجعله لنا قرارا واجعل لنا فيه رزقا طيبا)

كذا قال لما دخل المدينة صلى الله عليه وسلم •

وروى عنه انه كان يقول اذا دخل مدينة (أعوذ به من الاسد والاسود والحية والعقرب ومن شر ساكنى البلد ، ومن شر والد وما ولد ، ومن شر كل احد) •

هكذا روى الطحاوى رحمه الله •

فصل

في صفة لباسه وفرشه

١٧٩ـ ويستحب له ان يلبس السواد ، فان لم يكن فعمامة سوداء ، لان النبي عليه السلام دخل يوم (فتح مكة) وعلى رأسه عمامة سوداء •

رواه جابر وانس •

وتكون العَذَبة[٢] على كمه الايسر •

---

(١) لبس السواد عادة عربية قديمة وكانوا يلبسون السواد في الجاهلية علامة على طلب الثأر • وقد اتخذ العباسيون السواد شعارا لهم بتأثير هذا العرف القديم لخروجهم مطالبين بأمر عظيم هو انتزاع الخلافة والحكم من الامويين •

(٢) جاء في أساس البلاغة للزمخشري : «خفقت على رأسه العذب وهي خرق الالوية ، وعذب سوطه وهذبه جعل له علاقة وفى القاموس المحيط العذب بالتحريك : القذى وما يخرج فى أثر الولد من الرحم •• والخيط الذي يرفع من الميزان ، وطرف كل شيء ومن البعير قضيبه ، والجلدة المعلقة خلف مؤخرة الرحل الواحدة بهاء فى الكل • والعذبة بكسر الذال مايخرج من الطعام فيرمى والقذاة وما أحاط من الدرة والاعتذاب ان تسبل للعمامة عذبتين من خلفها » •

١٨٠ ـ ويختار لـه من الفرش فى الشـتاء اللبود البيض وفى الصيف الحصر والبوارى .

مركب القاضى

١٨١ ـ قال الطحاوى :

يستحب له ان تكون مراكبه البغال الذكور فانه أحسن من الاناث ، وأناث البغال اشبه بالحكام من البراذين ، والبراذين أشبه بالحكام من الخيل العراب.

وما رأيت قط شيخنا قاضى القضاة رحمه الله ركب فرسا ، وكان يركب + اناث البغال الكبير السن منها .

١٨٢ ـ ويستحب للقاضى أن يسلم على من يجتاز به ، فقد كان النبي صلى الله عليه يفعل ذلك .

١٨٣ ـ وقد قالوا انه يستحب له ان يقلل كلامه اذا سايره اهل البلد ، ويتحفظ فى ذلك فان كلامه عليه محفوظ ، وذلك يقلل هيبته .

أحوال قاضى القضاة الدامغاني

١٨٤ ـ وقد شاهدت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله اذا ركب حدث من يسايره ، وكان اذا جلس فى مجلسـه لم يخل من حكاية يوردهـا ومضحكة يحكيها ، وبقى فى القضاء فوق من ثلاثين سنة لانه ولى من ذى القعدة من سنه سبع وأربعين واربعمائة ومات فى ليلة السبت رابع وعشرين من رجب سنة ثمان وسبعين ، وما نقصه ذاكر ولا عائب[1] ولا حط عند احد من قـدره لعظم[2] في نفسه ، وما رأيته قط حلف خصما ولا حكم بملك احـد لاحد ، ولا قال قط ثبت عندى كذا ، ولا صح لدى ، بل يقول : شهد بذلك فى مجلس الحكم ، واقر فى مجلس الحكم ، وشهد المعدلون بذلك ، وهذه شهادة المعدلين وخطوطهم

---

(١) فى نسخة منيخ : وما نقصه ذال ولا عابه .

(٢) فى نسخة منيخ : لعظمته .

وقوبل الاصل الذي هو شهادة الشـــهود ، وما قال قط صح عندى ان هذا الملك لفلان ، وقد حكمت به لفلان واوجبت على فلان الخروج منه .

وكان يقضي في داره ، وربما سمع الشـهادة على الطريق وفي السكة[1] اذا عبر وعلى باب الديوان وما رأيته عقـد قط مجلس حكم فى الجامع ولا فى المسجد ، رحمه الله ورحمنا اذا صارت اروأحنا اليه .

فصـــل

ما يفعله القاضي قبل مصيره الى البلد الذي وليه

١٨٥ – وينبغى للقاضى قبل مصيره الى البلد الـذى وليه أن يتعرف احوال من به من الفقهاء والشهود والاعيان .

١٨٦ – وينفذ قبل ذلك الى الموضع من يشعر الناس بقدومه ليكونوا على أهبة من قدومه واستقباله .

١٨٧ – وان يرجع اليه من انفذه ليكون الى جانبه (عند دخوله) يعرفه كل انسان ليكرمه بما يجب اكرامه ، فلا يرفع وضيعا ولا يحط من مرتبة كريم ويكون رسوله ثقة امينا بما يخبر به .

كيفية دخول البلد الذى وليه

وهذا باب كيفية دخول البلد الذى وليه :

١٨٨ – اعلم ان القاضى ان كان لامحمل[2] له ولا تبع فالمستحب له ان يدخل ليلا الى البلد ، ويكون قبل ذلك قد أخذ منزلا يصلح للقضاء والحكم فلا يطلع الناس على حاله ولا ما دخل فيه[3] .

---

(١) فى نسخة منيخ : الســـفينة .

(٢) في نسخة منيخ : (تجمل) ولا محل له .

(٣) في نسخة منيخ : ولا ماكان فيه .

وان كان له محمل وتبع[1] فالمستحب له ان يدخل البلد نهارا .

١٨٩ – ويستحب له من الايام يوم الاثنين ، لانه النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين من غرة شهر ربيع الاول[2] وقيل لعشر ، وبعث في شهر رمضان صلى الله عليه وسلم قبل ذلك بثلاث عشرة سنة ، وتوفى فى شهر ربيع الاول يوم الاثنين لاثنى عشرة ليلة مضت منه سنة احدى عشرة ، واختلف في سنه صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن عباس وعائشة وابن المسيب رضى الله عنهم ثلاثة وستون سنة ، وقال أبو حنظلة عمره ستون سنة ، وقال عروة بن الزبير ستون سنة صلى الله عليه وسلم .

١٩٠ – وينبغي له ان يقصد المسجد الجامع فيصلى فيه ركعتين ، ثم يأمر بعهده[3] فيقرأ على من بحضرته ، ثم يأمر مناديا ينادي : من كانت له حاجة فليحضر فينظر فيما رفع اليه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم كا نإذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فصلى ركعتين ثم جلس للناس فقضى بينهم روى ذلك كعب بن مالك[4] وام هانى[5] .

---

(١) فى نسخة منيخ : « وان كان له تجمل ومال » لا مناسبة له .

(٢) في نسخة منيخ : ثانى عشر شهر ربيع اولال .

(٣) العهد هنا بمعنى منشور توليته القضاء

(٤) هو كعب بن مالك بن ابى كعب واسم ابى كعب عمرو بن القين بن سواد الانصارى الخزرجى السلمى ، يكن ابا عبدالله وقيل ابو عبدالرحمن ، امه ليلى بنت زيد بن تغلبة من بنى سلمه أيضا . شهد العقبة في قول الجميع ، واختلف في شهوده بدرا ، والصحيح انه لم يشهدها ، آخى الرسول بينه وبين طلحه بن عبيدالله حين آخى بين المهاجرين والانصار ، ولم يتخلف عن رسول الله (ص) الا في غزوة بدر وتبوك . وهو احد « الثلاثة الذين خلفوا حتى اذا ضاقت عليهم الارض بما رحبت وضاقت عليهم انفسهم » . كان من شعراء الرسول فكان يخوف الكفار بالحرب ، وعن ابن سيرين ان دوسا انما اسلمت فرقا من قول كعب بن مالك :

قضينا من تهامة كل وتر
وخيبر ثم اغمدنا السيوفا
تخبرنا ولو نطقت لقالت
قواطعهن دوسا أو ثقيفا

فقالت دوس : انطلقوا ، فخذوا لانفسكم لا ينزل بكم ما نزل بثقيف .

١٩١ ـ وان لم يقرأ العهد ومضى الى منزله أذن للناس اذنا عاما وقرىء عهده عليهم في منزله والاول احب الينا من الثاني .

١٩٢ ـ وكان خاتم النبي صلى الله عليه وسلم حديدا مكتوبا عليه شريط فضة نقشه : محمد رسول الله ، صلى الله عليه وسلم .

ما ورد في كتابة العهد من الآثار

١٩٣ ـ وانما قلنا يكتب له العهد لان النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين بعثه الى اليمن .

وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه للاشتر[١] حين بعثه الى اليمن[٢] كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

روى عنه ابو جعفر محمد بن علي وعمر بن الحكم بن ثوبان وغيرهما (اسد الغابة ٤/٢٤٧ ـ ٢٤٨).

(٥) اللواتي عرفن بام هانىء في اسد الغابة اثنتان هما : ام هانىء الانصارية لم يوقف على نسبها واختلف في اسمها فقيل ام قيس وقيل ام هانىء والظاهر انها ليست هي المقصودة في السند المذكور ، اما الاخرى فهي ام هانىء بنت ابي طالب القرشية اخت علي بن ابي طالب ، وقد اختلف في اسمها فقيل هند وقيل فاطمة وقيل فاخته . وكانت تحت هبيرة بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم المخزومي . اسلمت عام الفتح ، وهرب زوجها هبيرة الى نجران ، وقال معتذرا بأنه لم يفر جبنا ولا خوفا من القتل وقد اعجب بابياته في اعتذاره خلف الاحمر النقادة القديم وراوية الشعر الشهير اما الابيات المذكورة فهي :

لعمرك ما وليت ظهري محمدا
واصحابه جبنا ولا خيفة القتل
ولكنني قلبت أمري فلم أجد
لسيفي غناء ان ضربت ولا نبلي
وقفت فلما خفت ضيقة موقفي
رجعت لعود كالهزبر الى الشبل

(اسد الغابة ٥/٦٢٣ ـ ٦٢٤)

(١) كذا في جميع النسخ والاشتر هو مالك بن الحارث الاشتر وقد ولاه على مصر وعهد اليه (نهج البلاغة . شرح محمد عبده ٤/٨٢) .

(٢) في نسختي منيخ وقليج البحرين .

وكتب عمر بن الخطاب رض الله عنه الى اهل الكوفة :
« آما بعد ، فاني بعثت اليكم عمار بن ياسر اميراً وعبدالله قاضياً ووزيراً[1] فاسموا لهما اطيعوهما فقد آثرتكم بهما » يعني عمارا وابن مسعود[2] .

الاشـــهاد على التولية

١٩٤ ـ وقال الشافعي :
اذا كان البلد بعيدا اشهد على التولية شاهدين لتثبت بهما التولية .

١٩٥ ـ وقال اصحابه :
وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر بالتولية ففيه وجهان :
احدهما يجب الاشهاد لانه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع ، وهو قول ابي اسحق ، وقال الاصطخرى : لا يجب الاشهاد لانه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر الى الشهادة ، وقد تقدم ما قلناه في ذلك .

١٩٦ ـ فاذا دخل البلد واستقر فيه وحصل في داره وجب ذكر الحالة التي يجلس عليها والصفة التي يكون عليها .

باب كيفيـة جلوس القاضى واحواله والمكان الذى يقضى فيه

وهذا باب يذكر فيه كيفية جلوسه واحواله والمكان الذى يقضي فيه .

١٩٧ ـ وينبغى للقاضي اذا اراد الجلوس للقضاء ان يخرج وهو على اعدل الاحوال لا جائع ولا عطشان ولا كضيض من الطعام ولا كسلان .

١٩٨ ـ ولا يقضي وهو غضبان .

---

(١) فى تاريخ الطبرى ٢٤٧/٤ انه كتب :
« اني بعثت اليكم عمار بن ياسر أميرا وجعلت عبدالله بن مسـعود معلما ووزيرا . ووليت حذيفة بن اليمان ما سقت دجلة وما وراءها .. الخ » .

(٢) فى نسخة قليج : قوله اثرتكم بهما يعنى عمارا وابن مسعود .

١٩٩ ـ ولايمزح مع خصم ولايساره ولايضحك في وجهه ولا يعبث بثيابه.

٢٠٠ ـ ولا يضجر ولا يعجل .

٢٠١ ـ ولا يلتفت عن خصم .

٢٠٢ ـ ولا يتكيء على وسادة حال القضاء

٢٠٣ ـ ولا يلقن خصما حجته[١] .

٢٠٤ ـ ولا يقضي (في) حالة مرض ولا حزن ولا حر شديد ولا برد مؤلم. ولا في حالة فتنة .

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقضي القاضى وهو غضبان »[٢] .

ولان هذه الامور تشله عن الفهم ، وتمنعه من الحكم ، فاذا حدث له شيء مما ذكرناه وجب ان يقوم او يسكت ، حتى يذهب ذلك عنه .

٢٠٥ ـ وقد كان شريح اذا جاع قام ولم يقض .

فصل : قضاء النبي (ص) فى شراج الحرة

٢٠٦ ـ فان حكم فى هذه الاحوال بحكم نفذ حكمه وجاز قضاؤه ، اذا كان مما يجوز فى حال اعتداله ، وذلك لما روى ان الزبير ورجلا من الانصار[٣] اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج[٤] الحرة فقال النبي صلى الله عليه للزبير :

---

(١) فى تحفة الفقهاء (٣/٥٣٨) جواز تلقين الشاهد دون الخصم .

(٢) روى هذا الحديث ثلاثة من الصحابة هم : أبو بكرة وأم سلمه ، وجناده بن ابى امية فى البخارى ومسلم واحمد وابى داود والترمذى والنسائى وأبن ماجه .

(٣) فى أدب القضاء للماوردى (١/٧) ان هذا الانصارى « شهد بدرا ، وقيل انه حاطب بن ابى بلتعة » كان عبدا فكاتب ،شهد بدرا والحديبية (أنظر ترجمته فى طبقات بن سعد ٣/قسم ١/٨٠ ، سير اعلام النبلاء ٢ـرقم ٩ ، النووى ق١ـج١ـ١٥١ طبقات ابن خياط ، ص ١٥١) .

(٤) الشراج جمع شرجة وهى سيل الماء (تهذيب الاسماء واللغات ١/١٦١) والحرة : ارض ذاب حجارة سود والجمع حرار (المصباح ١/٢٠١) والحرة هى اللابة وحرم النبى (ص) ما بين لابتى المدينة ، وهما حرتان تكتنفانها. (القاموس المحيط فى مادة اللوب) .

ـ اسق زرعك ثم ارسل الماء الى جارك فقال الانصاري :

ـ ان كان ابن عمتك !

فغضب رسول الله صلى الله عليه حتى احمر وجهه ثم قال للزبير :

ـ اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله الى جارك (فنزل قوله تعالى : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت)[1] .

فحكم فى حال الغضب فدل على ان الاول منه على سبيل المعاونة والثانى كان من الحق ، ودل على نفوذ الحكم حال الغضب .

فصل

القضاء في المسجد

٢٠٧ ـ قال اصحابنا جميعا :

والمستحب ان يجلس فى مجلس الحكم فى الجامع ، فان كان مسجد بجنب داره فله ذلك وان قضي فى داره جاز ، والجامع ارفق المواضع بالناس وأجدر ان لا يخفي على احد جلوسه ولا يوم حكمه .

٢٠٨ ـ وقد كان الشعبى يقضى فى الجامع ، وشريح يقضى فى المسجد الا يوم المطر فانه يقضى فى داره ، وكان محارب بن دثار يقضى فى المسجد ويخطب بالسواد[2] .

---

(١) استندنا فى ايراد هذه الزيادة الى ما جاء فى ادب القاضى للماوردى تحقيق السرحان (٦/١) والاية المذكورة من سورة النساء .

(٢) هو محارب بن دثار بن كردوس ابو دثار السدوسى الكوفى ، وقيل أنه ذهلى ، روى عن ابن عمر وعبدالله بن يزيد الخطمى وجابر وعبيد بن البراء والاسود وصلة بن زفر ، وعنه عطاء بن السائب وأبو اسحق والاعشى وسعيد بن مسروق وشريك وزبيد اليامى ومسعر وغيرهم . روى له الستة . وكان من ثقات التابعين . مات سنة ست عشرة ومائة .

وقد قضى النبى فى مسجده بين الأنصار فى مواريث ، وكان الائمة يقضون فى المسجد ولان المسجد ارفع المواضع واوسعها عليهم .

٢٠٩ ـ وقال الشافعى :

وكره ان يجلس للقضاء فى المسجد لان الخصومة يحضرها اللغط والسفلة، فنزه المسجد من ذلك ، ولانه قد يقضى بين الحائض والجنب فلا يمكنهما المقام فى المسجد .

٢١٠ ـ قال :

وان جلس فى المسجد لغير الحكم فحضر خصمان أكره له[١] ان يحكم بينهما[٢] وذكر فى الحجة حديث الحسن فن عثمان رضى الله عنه انه دخل المسجد ورأى سقاء على رقبته قربة فحطها ومعه خصم فقضى بينهما عثمان رضى الله عنه[٣] .

٢١١ ـ وقد قال عمر بن عبدالعزيز :

---

(١) فى نسخة منيخ : لم يكره له .

(٢) فى أدب القضاء للماوردى علاوة على ذلك :

« قال مالك واحمد واسحق لا يكره ، وهو قول الشعبى وعن ابى حنيفة فى كراهيته روايتان » (١/٧٨) .

(٣) هذه العبارة نقلها السمنانى عن ادب القاضى للخصاف من باب « القاضى يقضى فى المسجد واصل عبارة الخصاف » :

« روى هشام بن ابى عبدالله مولى لقريش ، قال : سمعت الحسن يحدث حديثا قال :

ـ اتيت المدينة فدخلت مسجد رسول الله يوما بالهاجرة ، فاذا انا بابن عفان قد كوم كومه من الحصى ودفع رداءه ثم اتكىء ، واذا هو رجل حسن اللحية ، واذا بجبينه نكات من أثر الجدرى ، واذا الشعر قد كسى ساعديه ، قال : فجاء سقاء يخاصم رجلا معه ، قال فجعل ينظر بينهما ، ففى هذا دلالة على ان القاضى فى سعة من تنفيذ الحكم فى المسجد الجامع أ هـ .

وفى ادب القاضى للماوردى تفصيل اخر حيث ذكر ان كراهية القضاء فى المسجد وردت فيها عن ابى حنيفة « روايتان استدلالا برواية الشعبى ، قال : رأيت عمر بن الخطاب مستندا الى القبلة يقضى بين الناس ، وقال الحسن دخلت المسجد فرأيت عثمان بن عفان الخ » .

لا يقعد قاض فى المسجد فيدخل فيه المشركون فانهم نجس ، وتلا الآية.

٢١٢ ـ وكان يحى بن معمر يقضى فى الطريق ، وقصده رجل الى منزله فقال :

القاضى لا يؤتى فى منزله[١] .

٢١٣ ـ قال الشافعى :

والمستحب ان يجلس للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل واحد، ولا يحتجب من غير عذر .

٢١٤ ـ ويستحب له ان يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز ، ويكون موضعا لا يتأذى فيه بحر ولا برد ولا برائحة نتنة .

فصل

٢١٥ ـ ويجب ان يعرف للعالم والشريف والشيخ واهل الفضل حقوقهم ، فقد روي عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال :

اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه ، ونزلوا الناس منازلهم ، واقيلوا ذوى الهيئات زلاتهم .

٢١٦ ـ وينبغى له اذا دخل عليه سلطان ان يرفعه ويوسع له ويكرمه .

٢١٧ ـ وكذلك يكرم صاحب العلم والقرآن فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال :

ـ « من اكرام الله اكرام ذى الشيب المسلم وحامل القرآن ، وغير الغالى فيه ، ولا الجافى عنه » .

٢١٨ ـ وان قام لرجل من اهل العلم فى مجلسه كان حسنا لا بأس به ، فقد قام النبى صلى الله عليه وسلم الى زيد بن حارثة ، ورأى قوما من الانصار مقبلين فقام اليهم .

---

(١) فى أدب القاضى للماوردى ما يفهم منه جواز نظر القاضى فى منزله (١/٧١) .

وقام صلى الله عليه وسلم لعكرمة بن ابى جهل لما جاءه مسلما ، وقال للانصـــار : قوموا الى سيدكم سعد بن معاذ[1] .

فصل

٢١٩ ـ وان قام القاضى ليخرج او يدخل الى بيته او قام ليستريح فينبغي لجميع من فى مجلسه ان يقوموا له ، فقد روى أبو هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا قام يدخل منزله قمنا له قياما حتى يدخل .

٢٢٠ ـ وانما كره اصحابنا القيام على التكفير كما قال صلى الله عليه :

« الاعاجم يقوم بعضهم لبعض تكفيرا » .

٢٢١ ـ وان قام الى انسان فعانقه فلا بأس ، فقد قام النبى صلى الله عليه وسلم لزيد بن حارثة فعانقه وقام لجعفر بن ابى طالب لما اتاه يوم خيبر فقال :

« لست ادرى باى الفتحين اسر بقدوم جعفر أو بفتح خيبر .

٢٢٢ ـ قال الطحاوى :

واذا استأذنه انسان ليقبل رأسه ويديه ورجليه فعل !

٢٢٣ ـ وقال ابو حنيفة اكره من الرجل ان يقبل من الرجل يده أو فمه واكره المعانقة ولا بأس بالمصافحة .

٢٢٤ ـ وروى عن ابى يوسف انه قال :

تجوز القبلة والمعانقة والمصافحة ، ذكر الخلاف » فى كتاب الكراهة أبو الليث[1] وغيره ، والذى ذكره الطحاوى قاله فى ادب الحكام الصغير له .

---

(١) ورد ذكر سعد بن معاذ فى رسالة العثمانية للجاحظ ووصف بانه كان « سيد الانصار وافضلهم » وقد تولى يوم بدر حراسة عريش النبى فى نفر من الانصار (العثمانية ، ص ٥٣ـ٥٤ ، اسد الغابة ٢/٢٩٦ـ٢٩٩) .

(٢) هو امام الهدى الفقيه أبو الليث نصر بن محمد السمرقندى مصنف خزانة الفقه وعيون المسائل والنوازل من فقهاء الحنفية قيما وراء النهر فى القرن الرابع الهجرى وقد ورد فى كتابه عيون المسائل فى باب ما يكره وما لا يكره فى المسئلة ١٨٨٨ .

« وكان أبو حنيفة يكره المعانقة والقبلة ، ولا يرى بالمصافحة بأسا ، ورخص ابو يوسف فى القبلة والمعانقة » .

٢٢٥ – وروى عن بريدة الأسلمى[١] ان اعرابيا قال للنبي صلى الله عليه :
ائذن لي فاقبل رأسك ورجليك
فاذن له فقبل رأسه ورجليه .

٢٢٦ – وان قال رجل للقاضي جعلت فداك جاز ، فقد قال ابن عمر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم وقاله عقبة بن عامر وابو بكر وعمر وابن عباس وعمرو بن عتبة وأبو ذر وقرة المزنى[٢] ، كذا روى الطحاوى رحمه الله .

٢٢٧ – وان قال لبعض ولده بمحضر من الناس فداك ابوك فلا بأس ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ذلك لفاطمة عليها السلام .

٢٢٨ – وان قال له رجل :
– فداك ابى وامي !
أو قال هو ذلك فلا بأس فقد قال النبي صلى الله عليه لسعد بن ابى وقاص: ارم فداك ابى وأمي .
وجمع النبى صلى الله عليه للزبير يوم الخندق بين أبويه .

٢٢٩ – وان قال له رجل :

---

(١) هو بريدة بن سفيان الاسلمى وردت ترجمته فى اسد الغابة ١/١٧٦–١٧٧ وورد أيضا انه ليس من الصحابة وليس هو بذاك فى الرواية .

(٢) ترجم فى اسد الغابة لصحابيين باسم عقبة بن عامر احدهما عقبة بن عامر بن عيسى الجهنى كان من أصحاب معاوية بن ابى سفيان وولى له مصر وسكنها وتوفى بها سنة ثمان وخمسين روى عنه من الصحابة ابن عباس وأبو أيوب وأبو امامة وغيرهم ومن التابعين أبو الخير وعلي بن رباح وأبو قبيل وسعيد بن المسيب وغيرهم . والظاهر انه هو المقصود اما الاخر فهو عقبة بن عامر بن نابى بن زيد الانصارى السلمى شهد العقبة الاولى وبدرا واحد ، واستشهد يوم اليمامة (اسد الغابة ٣/٤١٧–٤١٨) .

واما عمرو بن عتبة فهو عمرو بن عتبة بن نوفل يعد فى اهل الحجاز (أسد الغابة ٤/١٢١) .

واما قره المزنى فهو قره بن اياس بن هلال المزنى وهو جد اياس بن معاوية بن قرة قاضى البصرة الموصوف بالذكاء ، وكان قرة يسكن البصرة ، كان على عهد رسول الله (ص) صبيا قد حلب وصر (أسد الغابة ٤/٢٠٢–٢٠٣) .

ـ جزاك الله خيرا ٠

قال له مثله ، فقد قالت ذلك الانصار وقال عليه السلام لها مثله ٠

٢٣٠ ـ وان دعا له رجل فقال :

ـ اعزك الله واصلحك الله او عمرك الله + فحسن ٠ وقد روى ذلك عن النبي صلى الله عليه انه قيل له واجاب عنه[١] ٠

٢٣١ ـ وان دعاه داع فلباه ، أو قال :ـ لبيك وسعديك أو قال له : جملك الله فلا بأس به ، فقد روى ذلك كله عن النبى صلى الله عليه وسلم ٠

٢٣٢ ـ ولو أمر رجلا بشيء فقال : سمعا وطاعة فلا بأس ٠ قال ظهير[٢] ذلك للنبي عليه السلام ٠

٢٣٣ ـ وان اخبره رجل بخبر فقال : بخ بخ فحسن (فقد) قال النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر : بخ بخ ٠

٢٣٤ ـ قال الطحاوى :

ـ وان حبس رجلا ليؤدبه فتشفع فيه شافع شفعه ، فقد روى فهد[٣] بن حكيم عن ابيه عن جده أن اباه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : جرابى[٤] فيما اخذوا ؟

فقال النبى صلى الله عليه وسلم : خلوا له عن جرابه ٠

فصل

٢٣٥ ـ قال أصحاب الشافعي :

---

(١) فى نسخة قليج : بمثله ٠

(٢) فى اسد الغابة (٣/٧٠ـ٧١) ترجم لصحابيين يدعى كل منهما ظهيرا اولهما ظهير بن رافع بن عدى شهد العقبة الثانية وبدرا والثانى ظهير بن سنان الاسدى والظاهر ان المقصود هو الاول لطول صحبته ٠

(٣) فى نسخة قليج الحص بن حكيم وليس فى اسد الغابة سوى حص بن قطن واخوه حارثة بن قطن بن زابر الكلبى وانهما وفدا على رسول الله (ص) فكتب لهما كتابا فى الصدقات (أسد الغابة ١/٣٥٧ و٢/٢٣) ٠

(٤) فى نسخة منيخ : جيرانى ٠

ويكره ان يكون القاضى جبارا عسوفا وان يكون ضعيفا مهينا .

لان الجبار يهابه الخصم ، ولا يستوفى حجته ، والمهين يطمع فيه ، وينبسط عليه .

وهذه اقوال بعض اصحابنا ايضا .

وقد روى عن بعض السلف .

وجدنا هذا الامر لايصلحه الا شدة من غير عنف ولين من غير ضعف .

وقد قال أبو بكر رضى الله عنه فى خطبته ان اقواكم عندى لضعيف حتى آخذ له الحق ، وان اضعفكم عندى لقوى حتى اخذ منه الحق ، فان استقمت فاعينوني وان زغت فقوموني[1] .

فصل

٢٣٦ - قال الطحاوى رحمه الله :

وينبغي له فى اليوم الذى يريد الجلوس للحكم ان يتخشع[2] ، وان تاقت نفسه الى اصابة النساء فعل ، وكذلك الطعام والشراب ، ويتقدم ليبسط له في الجامع ليعلم الناس موضعه ، وان جعل لبد ابيض ووسادة فلا بأس ، ويطرح للشهود الحصر والبوارى اذا لم يكن حصر .

٢٣٧ - وان قدر القاضي ان يجلس على مثل الشهود فعل ، فان المصليات والمخاد والمرافق ليس من آلة[3] الحكام .

٢٣٨-ولا يتروح بالمراوح الطوال ولا للخصيان القيام على رأسه بالمذاود[4]

٢٣٩ - وينبغي له ان يتخذ من الغلمان كل من لا يتوهم عليه الجاهل من

---

(١) أنظر نص هذه الخطبة فى تاريخ الرسل والملوك للطبرى طبعه دار المعارف بمصر ج ٣ ص ٢١٠ .

(٢) التخشع : تكلف الخشوع .

(٣) فى نسخة منيخ : أمر .

(٤) فى نسخة منيخ : بالمذاب .

الناس سوءاً ، ويرسم لهم أخذ القصص[1] من غير ان ينظروا الى مافيها أو عليها .

٢٤٠ ـ ويتقدم الى الشهود والامناء ان لا يلزموا[2] انساناً لهم ولا يأتوا احدا في أمر الحكم والشهادة الا بامره ، وان يجتنبوا الضحك في المجلس وشرب الماء والمراوح وما يدعو الى الوضع من قدرهم .

فصل

٢٤١ ـ واذا خرج الى المسجد بعد الاكل والشرب وما يحتاج اليه من فعل[3] حاجة خرج متواضعا متذللا لئلا يعلم انه يريد أمرا عظيما .

٢٤٢ ـ فلا يأكل من الطعام ما يكظه[4] ويحوجه الى كثرة شرب الماء ، فان ذلك يضع من قدره ، والعطش يشغل قلبه ، والامتلاء يثقل بدنه ، والجوع يضجره ويعسر[5] خلقه .

٢٤٣ ـ ويكون قمطره[6] محمولا بين يديه لايغيب عن بصره وتحت خاتمه

٢٤٤ ـ ويسلم على من يمر به .

٢٤٥ ـ وقد روى عن اياس انه حين استقضى جلس مجلس القضاء فنكس رأسه فجعل يبكى والخصوم ناحية ، ثم دعاهم اثنين اثنين ففصل بلا شاهد انما هو الاقرار .

---

(١) جمع قصة وهى عريضة الدعوى اى الورقة التى كانوا يسردون فيها مدعاهم ويقصون قضيتهم ويبينون شكواهم .

(٢) فى نسخة منيخ : ان يلزموا وفى نسخة قليج : ان يلزموا منازلهم .

(٣) فى نسخة قليج : من قضاء حاجة .

(٤) الكظة بالكسر البطنة وشيء يعترى من امتلاء الطعام ، كظه الطعام : ملأه حتى لا يطيق النفس فاكتظ ، وكظه الامر كظاظا وكظاظة بهضه وكربه وجهده . (القاموس المحيط) .

(٥) فى نسخة قليج : ويغير .

(٦) القمطر خزانة يحفظ بها القاضى الرقاع وغيرها من اوراق القضاء . جاء فى مختار الصحاح ان القمطر بوزن الهزبر والقمطرة ما يصان فيه الكتب ولا يقال بالتشديد .

فصل

٢٤٦ ـ وبعد دخوله المسجد ينبغي ان يصلى فيه ركعتين أو أربعا ، ان احب اذا كان فى وقت تجوز فيه الصلاة ويخفف ذلك ويدعو الله تعالى ان يفرغ عليه السداد ويجري على لسانه الصواب ، ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم .

٢٤٧ ـ وليكن من قوله : ما شاء الله ، توكلت على الله ، اعتصمت بالله .

٢٤٨ ـ ويقول : اللهم سلمني من مجلسى هذا ، وأعني عليه .

٢٤٩ ـ ويجعل القمطر عن يمينه .

٢٥٠ ـ قال الطحاوي :

ولا احب له القيام الى من جرت عادة بالقيام اليه اذا جلس للحكم ، ولكن يرد السلام .

٢٥١ ـ ويجلس الشهود والامناء مجلسا لا يسمعون كلامه حيث يراهم كلهم .

٢٥٢ ـ ويكون اجتماع الخصوم بين يديه ، يكون بينهم وبينه مكان واسع .

٢٥٣ ـ وأن يتقدم الى الحاجب بأن يأمر بكف الاصوات والسكوت وان لا يسار احد بين يديه اخر ولا يحدثه ، فأن ذلك يشغل قلبه .

مجلس قاضى القضاة الدامغانى

٢٥٤ ـ وقد رأينا شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يقعد فى مجلسه وسط الدست [١] المضروب ، والشهود حوله ، يتقدم من يشهد اولا على من تأخر ، والقمطر بين يديه والمخاد على يساره ، والمسد [٢] خلف ظهره ، والناس حوله فمنهم من يقعد فى طرف المخاد ومنهم فى مجلس خلف المخاد ومنهم من يستند

---

(١) الدست الدشت ومن الثياب والورق وصدر البيت معربات ، والدشت الصحراء (القاموس المحيط) وقول السمنانى أن شيخه كان يجلس وسط الدست المضروب يفهم منه انه كان قد ضرب له مجلس يجلس فيه للقضاء .

(٢) المسد الفتل وحبل من ليف او ليف المقل أو من اى شىء كان أو المظفور المحكم الفتل : (ج) مساد وامساد ، ورجل ممسود : مجدول الخلق (القاموس المحيط) .

هذا وقد جاء فى نسخة قليج بدلا من لفظه المسد لفظه : المسند .

الى الحائط وعلى طرف المطرح له حلقة ، يستر بعض الشهود وجه بعض يوم المجلس ويتقدم الوكلاء بين يديه ، ويكثر الكلام ، ويقع الضجيج ، وربما ناظر فى الفقه ، وربما عنت بعض الوكلاء والشهود ، وربما مزح مع بعضهم ، وكان اذا دخل عليه داخل ممن يقام اليه قام له ولا يبالى ، وربما خرج متطلسا وربما ترك الطيلسان واذا أراد الاسجال[1] جرت له عادة نحكيها فى اثناء الكتاب عند ذكر كيفية ما يثبت عند الحاكم ، وكيفية اسجاله فى باب مفرد ان شاء الله .

فصل

(الفقهاء المشاورن)

٢٥٥ ـ وان احب ان يحضر القاضى مجلسه جمعا من الفقهاء واهل العلم والمعرفة بالدين والشرع فعل ، وليس ذلك بواجب[2] .

٢٥٦ ـ وان شاورهم فيما يقضى فلا بأس[3] ، فقد روى عن ابى هريرة انه

---

(١) كذا أيضا فى النسختين الاخريين .

(٢) جاء فى مختصر الطحاوى (ص ٣٢٧) : « فان اشكل عليه شاور رهطا من اهل الفقه ، ثم نظر الى احسن اقاويلهم واشبهها بالحق فقضى به . وان رأى خلاف رأيهم احسن واشبه بالحق قضى به » .

(٣) يتضح من هذا ان صلة الفقه والفقهاء بالقضاء قديمة وهى تقوم على التعاون والتشاور مع عدم تقيد القاضى برأى الفقهاء المشاورين ، وقد وهم المؤرخ الانكليزى المعاصر برنارد لويس فى كتابه « بزوغ تركية الحديثة » حين لاحظ تأثر بناء المساجد فى تركية بطراز الكنائس البيزنطية فاستنتج فى شىء من الافتراضات المتكلفة أن هذه الصلة فى العمارة تفسر ما زعمه من احتمال ظهور نظام التدرج الوظائفى فى طبقة علماء الدين والفقهاء فى الاسلام فى ظل العثمانيين لاول مرة على غرار التدرج الكنسى بين رجال الكنيسة البيزنطية مستندا فى ذلك الى ترؤس المفتين المحاكم المحلية تحت السلطة العليا لشيخ الاسلام (كذا) مع مفتي العاصمة الذى شبهه ووصفه فى شىء من العبث بالبطريرق الاول فى الدولة العثمانية فيالها من خفة فى البحث !

قال : ما رأيت احدا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر مشاورة لاصحابه منه.

٢٥٧ ـ وكان الحسن يقول فى قوله تعالى : [وشاورهم فى الأمر] «والله ما تشاور قوم قط الا وفقهم الله لافضل ما بحضرتهم .

٢٥٨ ـ روى عن زياد انه قال :

ان الرجال ثلاثة : رجل ونصف رجل ولا شيء فالرجل هو الذى له رأى ولا يحتاج الى غيره ونصف الرجل الذى لا رأى له ، واذا احضره أمر شاور ذا الرأى ، والذى لا شيء لا رأى له ولا يشاور .

٢٥٩ ـ واذا كان الحكم فى الكتاب والسنة أو الاجماع وهو يعلم ثبوته لم يحتج الى مشاورة ، وان كان فى القياس والاستدلال يشاور ولا يعجل فى ذلك بحكم حتى ينقطع العدد ، وان شاور فقيها واحدا اجزاه .

فصل

ادلة الاحكام

٢٦٠ ـ وينبغي للقاضى أن يقضى بنصوص الكتاب الناسخة ، فان لم يجد ذلك ووجد الحكم فى السنة قضى ، وان كان فيه اجماع من الصحابة قضى به .

٢٦١ ـ وقد قال محمد بن الحسن (الشيبانى) الاصول اربعة : الكتاب وما فى معناه والسنة وما فى معناها والاجماع وما فى معناه .

وحرصا على امانة البحث ننقل للقارىء عبارة هذا المؤرخ ليتأمل بنفسه ما حكيناه عنه فقد جاء فى الصفحة السادسة من كتابه المذكور :

"To suggest but one possible line of thought: perhaps we may associate the domed basilica type of mosque with the appearance for the first time in Islam, and under Turkish rule — of an ecclesiatical hierarchy, with muftis presiding over territorial jurisdiction, under the supreme authority of the Seyh-ül-Islam, the chief Mufti of the capital, whom we may describe, perhaps a little fancifully, as the archbishop-primate of the Ottoman Empire".

(Bernard Lewis, The Emergence of Modern Turky, Second Edition, Oxford University Press. P.6).

واذا اختلف الصحابة تخير اقوالهم وعمل باقربهـــا من الحق ان كان له رأى[1] .

٢٦٢ ـ واعلم انه لا فرق عندنا بين ما ثبت بصريح اللفظ[2] فى الكتاب والسنة أو ثبت بفحواه[3] أو كان نصا[4] جليا أو خفيا أو لفظا وضع لفائدة واحدة

---

(١) نقل السمنانى ههنا عن أدب القضاء للخصاف وقد جاء فيه بعد هذا : لان المشاورة ليست فرضا واجبا عليه حتى لا يجوز له انفاذ القضاء الا بها ، وانما هى مندوب اليها الخ . راجع ترتيب أدلة القاعدة الشرعية فى مختصر الطحاوى ص٣٢٧ .

ويستفاد مما جاء فى ادب القضاء للماوردى ان الفقه الشافعى اميل الى توكيد المشاورة فقد جاء فيه ان « القاضى مأمور بالمشاورة فى احكامه وقضاياه » ولكنه بعد هذا الاطلاق قيد ذلك بالنوازل الحادثة التى لم يتقدم فيها قول لمتبوع وبما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد « فهو الذى يؤمر بالمشاورة فيهما دون ما كان ظاهر جليا او انعقد الاجماع عليه . على ان القاضى انما يحكم فى جميع الاحوال باجتهاده دون اجتهاد المشاورين ، كما ان ان القاضى « ان لم يشاور وحكم نفذ حكمه اذا لم يخالف فيه نصا او اجماعا أو قياسا جليا غير محتمل أ هـ . (عن ادب القضاء للماوردى تحقيق السرحان ١/١١١) .

(٢) و (٣) قوله : ما ثبت بصريح اللفظ ينطبق على ما يسمى فى كتب اصول الفقه بالظـــاهر وقد عرف الظـــاهر بانه اســـم لكل **كـلام ظهـــر المـــراد بـه للســـامع بصـفته (أصـــول البزدوى وشـــرحه** لعبدالعزيز البخارى ١/٤٦) وقد استخدم السمنانى مصطلح صريح اللفظ للدلالة على الظاهر ويقابله عنده الفحوى وهو ما لا يظهر المراد به للسامع بصيغته وانما يحتاج الى تأمل خلافا للظاهر وبعبارة اخرى فصريح اللفظ هو الذى لايحتاج سامعه الى التأمل فى معناه لانه « يسبق الى العقول والاوهام لظهوره موضوعا فيما هو المراد به » (أصول السرخمي ١/١٦٤) وحكم الظاهر فى أصول الفقه وجوب العمل به حتى يقوم دليل على تخصيصه أو تأويله أو نسخه (تفســـير النصوص للدكتور محمد اديب صالح ، ص ٨٩) .

(٤) النص لغة رفع الشىء واظهاره اما فى اصطلاح الاصوليين فقد قال فيه الدبوسي « هو الزائد على الظاهر بيانا اذا قوبل به » وقد زاد البزدوى على ذلك ان هذه الزيادة تكون « بمعنى من المتكلم لا فى نفس الصيغة (تقويم الادلة للدبوسى ٢٠١ ـ ٢٠٢ واصول البزدوى ١/٤٦ وقد جلى السرخى هذا المعنى بقوله ان النص هو « ما يزداد وضوحا بقرينـــة تقترن باللفظ من المتكلم ، ليس فى

أو لفوائد كثيرة أو كان عاما أو خاصا[1] بعد ان يكون ثابتا ناسخاً .

٢٦٣ ـ ولا يثبت نسخ القرآن الا بقرآن مثله أو بسنة مجمع عليها غير مختلف فيها ولا ينسخ بخبر واحد ولا قياس[2] .

٢٦٤ ـ واختلف فى جواز تخصيص القرآن بخبر الواحد والقياس فمن اصحابنا من منع من ذلك ومنهم من اجازه فى حال دون حال واختلف فى تفصيل تلك الحال فمنهم من قال اذا دخله تخصيص جاز تخصيصه ، ومنهم من منع ذلك .

٢٦٥ ـ وكذلك خلافهم فى السنة

غير أن المعلوم منها ينسخ بالمعلوم ، والمظنون بالمظنون ، وينسخ المظنون بالمعلوم كأخبار الاحاد تنسخ بالتواتر ، ولا ينسخ المتواتر بخبر الواحد .

٢٦٦ ـ وما ثبت بالاجماع فيقدم على القياس .

اللفظ ما يوجب ذلك ظاهرا بدون تلك القرينة (أصول السرخسى ١/١٦٤ ، تفسير النصوص لمحمد اديب صالح ، ص ٩٠) .

فالظاهر والنص صورتان من صور البيان الواضح وقد اطلق السمنانى على اولهما مصطلح اللفظ الصريح وعلى الثانى مصطلح النص الجلى أما النص الخفى فهو جزء من اجزاء البيان المبهم وهو يقابل الظاهر من اجزاء البيان الواضح والخفى لغة ماخوذ من الخفاء وهو الستر والكتمان وعدم الظهور وفى اصطلاح الاصوليين « ما اشتبه معناه وخفى مراده بعارض غير الصيغة ، لا ينال الا بالطلب » (أصول البزدوى ١/٥٢) وحكم الخفى وجوب النظر فيه والطلب أى الاجتهاد والتأمل فى معناه (تفسير النصوص لمحمد أديب صالح . ص ١٦٥) .

(١) العام من الالفاظ ما دل على الشمول والاستغراق لكل ما يصلح له من افراده كلفظة من وكل ودابة والعام يوجب الحكم فى جميع الافراد الداخلة تحته . اما التخصيص فهو صرف العام عن عمومه وارادة بعض ما ينطوى تحته من أفراد لدليل يدل على ذلك والدليل المخصص أما ان يكون مستقلا أو غير مستقل (تفسير النصوص ص ٦٣٨ ـ ٦٣٩) .

(٢) يراجع بحث النسخ فى كتابنا : نصوص قانونية وشرعية .

ويخص بالاجماع وخبر الواحد وبالعمل من الامة ، ولا فرق بين عمل العامة[1] والعلماء .

٢٦٧ ـ واذا أجمع التابعون على حكم فهو مثل اجماع الصحابة رضى الله عنهم عندنا .

٢٦٨ ـ واذا اختلف الفقهاء فى مسألة عمل بأصوب الاقاويل عنده فى رأيه ان كان له رأى .

٢٦٩ ـ وان اعتدلت عنده الاقوال شاور فى ذلك أهل العلم وكتب اليهم ، ولا يعجل .

٢٧٠ ـ وان تساوت الادلة والحجج عنده فمن أصحابنا من قال يقف الحكم حتى يظهر له وجه مرجح ، ومنهم من قال هو بالخيار فى ذلك يعمل بأيها شاء .

٢٧١ ـ وان شاور فقيها واحدا ورأى ما قال صوابا جاز له العمل به ، وان كان رأيه بخلاف رأى من شاوره لم يقض به وان كان أعلم منه وافقه .

٢٧٢ ـ ولا يقضي بشيء يراه عنده خفيا وان قال به بعض العلماء .

٢٧٣ ـ وفى هذا الباب علم كثير ومسائل صعبة واذ قد ذكرنا هذه الاحوال والصفات فلنذكر بعد ذلك قبض ديوان الحكم وتسلمه .

باب قبض ديوان الحكم

وهذا باب نذكر فيه قبض ديوان الحكم وتسلمه + وكيفية العمل فى ذلك .

٢٧٤ ـ اعلم ان ديوان الحكم به قوام المعاملات وبه تحفظ الشهادات والوقوف

---

(١) عمل الامة هو العرف والعادة وهو مصدر للقاعدة القانونية الشرعية كما صرح السمنانى الا فرق بين ان يكون العمل عمل العامة أو العلماء ، وفى هذه التفرقة مايشبه التفرقة المعروفة فى فقه القوانين الوضعية بين العادات والاعراف .

والمداينات[1] وبه يتذكر الحاكم ما حكم به من العقود وشهادة من شهد عنده من الشهود ، واوقات القضايا وتواريخ ازمان السجلات والمحاضر ، وفيه تعديل الشهود ومن عدلهم ، وفيه ذكر الجرح لمن شهد وبيان ما ردت به شهادة المجروح فهو أمين القاضى الذى لا يخون وخليفته الذى لا يشين فلا ينبغى له ان يتوانى فى حفظه ، ولا يقصر عن مراعاته وضبطه ، وهو الذى يجب ان يبدأ بالنظر فيه ويتسلمه من الموكل به ، وان كان له حافظا وعليه قائما .

٢٧٥ ـ والقاضى الاول اما ان يكون ميتا أو معزولا ، فالقاضى الثانى يجب عليه حفظ الديوان وتسلمه ممن هو تحت يده .

٢٧٦ ـ فان احب ان يحضر بنفسه والثقات فيتسلم ذلك ويثبت ذلك فى نسخ وتكون واحدة فى ديوان الحكم ، والثانية حجة فى يد من تسلم ذلك منه والثالثة تكون فى يد النفر الذين حضروا معه ، وان اختار ان يقبضه بغيره فينبغى له ان يوكل رجلا ثقة ، ويشهد على وكيله بقبض الديوان من الحاكم المعروف أو من وكيله الذى كان الديوان تحت يده .

٢٧٧ ـ وان شاء ارسل كاتبه وارسل معه من ثقاة البلد من المقبول قولهم أو من الثقاة غيرهم فيأمره بتسلم الديوان من الحاكم أو ممن دفعه اليه ، يفرد هو لذلك موضعا ليكون تحت يده وقبضته أو تحت يد كاتبه .

٢٧٨ ـ ويكتب ما يقبض جميعه كتابا كتابا وسجلا سجلا .

٢٧٩ ـ ويختم ذلك كله بعد ان يثبت عنده أن ذلك محكوم به ويثبته على امينه او كاتبه .

٢٨٠ ـ واذ قد ذكرنا الكاتب فينبغى ان نذكر الصفة التى يكون عليها .

---

(١) اوضح الماوردى هذا المعنى بقوله فى أدب القضاء فى الحاوى ان « الحكام يستظهرون فى حفظ الحقوق على أربابها بحفظ حججهم ووثائقهم فى نسختين يتسلم المحكوم له أحداهما ، وتكون الاولى فى ديوانه حجة يرجع اليها اذا احتاج ليكون على ثقة مما فى يده » (١/٩٠) وعرف ديوان القاضى فى الهداية للمرغيناني ٣/١٠٢ بأنه عبارة عن الخرائط التى فيها السجلات وغيرها .

باب كاتب القاضي

وهذا باب ذكر كاتب القاضى وما ينبغي ان يكون عليه من الصفات •

٢٨١ ـ اعلم ان النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم علي ابن ابي طالب عليه السلام وزيد بن ثابت ومعاوية بن ابى سفيان رضى الله عنهم •

٢٨٢ ـ وكان لابى بكر الصديق عليه السلام ورضوان الله زيد بن ثابت وعثمان بن عنان رضى الله عنهم يكتبان •

٢٨٣ ـ وكان كاتب عمر رضوان اللهوسلامه عليه عبدالله بن ارقم[1] وزيد بن ثابت رضى الله عنهم •

٢٨٤ ـ وكاتب عثمان مروان •

٢٨٥ ـ وكاتب علي بن ابي طالب عليه السلام عبدالله بن أبي رافع رضى الله عنهم أجمعين •

٢٨٦ ـ وهو فعل ائمة العدلة وولاة الجور •

٢٨٧ ـ واذا أستكتب القاضى رجلا فقد اقامه مقاما يجب عليه ان يختاره ، وان يستفرغ الوسع والمجهود فى ذلك فيكون معروفا بالسداد فى مذاهبه والاستقامة فى طرائقه ، ويكون عدلا فى دينه •

٢٨٨ ـ قال الخصاف :

ويتخذ كاتبا ورعا مسلما عارفا بالفقه وقاله غيره من اصحابنا كالطحاوى وابن الحسن وغيرهما والفاظهم متقاربة •

٢٨٩ ـ فقال الطحاوى فى مختصره فى الفقه : وينبغي ان يتخذ كاتبا من أهل الصلاح والعفاف ، ولا ينبغى أن يتخذ كاتبا ذميا ولا عبدا ولا مكاتبا ولا محدودا فى قذف ولا ممن لا تجوز شهادته •

٢٩٠ ـ وقال غيره :

ينبغي ان يكون مع هذه الشرائط مستقلا بما يتقلده ، ومؤثرا البر بين من

---

(١) هو عبدالله بن الارقم بن عبد يغوث الزهرى اسلم عام الفتح وكتب للنبى ثم لابى بكر وعمر •

يصحبه ويكون أمينا فقيها ، يجرى على هذا فيتوخى الصدق فيما يحضره ويغيب عن مشاهده ، صادقا فان القاضى قد امنه من أمر الحكم على من لا يؤمن على مثله الا أمين ، وفوض اليه (من) حجج الخصوم والمرفوعين اليه ما لا يفوضه الا الى ذوى العفاف والدين .

٢٩١ ـ وكذلك ينبغي ان يكون كاتب الامام والسلطان لانهما اعظم رتبة واوفى منزلة والسيف فى يد السلطان والشرع فى يد الامام .

سيرة نظام الملك واصلاحاته

٢٩٢ ـ وقد شاهدنا فى عصرنا هذا من الصاحب الاجل نظام الملك قوام الدين العالم العادل المظفر المنصور مولى النعم ابي علي الحسن بن على بن اسحق رضي أمير المؤمنين اعز الله نصره الصدر المأمون على الدين والمسلمين وأهل الذمة والمعاهدين ، الذين تكملت فيه صفات الامامة واشتهرت بسيرته السير ، العفيف نفسه الكريم طبعه الحافظ سره الرؤف فى نظره المنزه عن دنس الكتاب والوزراء المحافظ على تلاوة القرآن وسماع الآثار والصوم فى الهواجر والقفار ، البانى المدارس فى كل خطة وديار ، لا يشتغل بسماع وتر ولا صوت فتنة ولا نظر فى لهو ولا لعب بنرد ولا شطرنج ولا ينادم على خمر ، ولا يستحسن قبيحا ولا يقبح حسنا فجزاه الله أحسن الجزاء عن الخلق وعن سلطانه الذى فعله يناسب خلقه واصله يسد[1] فرعه ، الذى اسقط فى وقته جميع المواخير التى من بغداد الى جيحون ، فى سائر اعماله ، ولا يعرف له حبس ولا قيد ، ولا قتل ولا فساد طريق ولا نظر الى حرمة السلطان المعظم جلال الدولة وجمال الملة ركن الاسلام والمسلمين معز الدنيا والدين ابى الفتح ملك شاه عضد الدولة الب ارسلان محمد بن داود بن مكائيل يمين أمير المؤمنين رحمه الله[2] .

ثم يرجع بنا القول الى ما كنا فيه .

---

(١) في القاموس المحيط : سد الثلمة كمدّ اصلحها ووثقها .

(٢) قوله رضي أمير المؤمنين ويمينه من الالقاب التى شاع اطلاقها من طرف الخلفاء العباسيين على امراء البويهيين والسلاجقة ووزرائهم على سبيل لتكريم والابهة .

تصفح عمـــل الكاتب

٢٩٣ ـ وينبغي للقاضى مع ذلك ان يتفقد امر كاتبه ويتصفح عمله ،ويشرف على ما تحت يده حتى يؤدى ذلـك الى حفظ احكامه وضبطـه فيؤمن من وقوع خلل فيما يكتبه ويحكيه ويدونه ويمضيه من الاحكام التى تبقى على الدهر ولا ينقضها ممر عصر ويكون مـع ذلك حسن الخلق لا يقبـل هدية ولا يتبسط فى حاجـة ، يتجنب ما يتجنبـه القاضى ، ولا يأنس بكل أحـد فان ذلك يضـع من قدره فيضع من قدر صاحبه .

٢٩٤ ـ واذا أمره القاضى بشىء فيه غلط أو خطأ فينبغى للكاتب ان يقول نعم ، ثم يعود فيوافقه على سبيل التعلم من القاضى لا على ســبيل الرد عليه فان الاول يقربه منه والثانى يبعده .

٢٩٥ ـ وينبغي للكاتب ان يتحرز من خطأ يقع عليه حتى لا يراه صاحبـه بذلك فان خطأه راجع على صاحبه ، وعيبه لا حق به .

٢٩٦ ـ وينبغي ان يكون مجلســه من القاضي عن يمينه أو عن شـماله ، ومجلس الشهود لقراءة الكتب والشهادات عن يمينه وعن يساره ، وان كثروا فجلس بعضهم عن اليمين وعن اليسار فجائز .

ما كان عليه العمل فى مجلس قاضى القضاة

٢٩٧ ـ وقد حكينا ما رأيت عليه شيخنا قاضى القضاة رحمه الله فى مجلسه، وكانوا فى المجلس عن يمينه وشماله وبين يديه ، وكان كاتبه اذا قرأ السجل بحضرته يكون الاصـل فى يد آخر من الشهود ينظر فيــه وآخر ينظر فى النسخة الاخرى .

٢٩٨ ـ وكان الشهود اذا شهدوا قال لهما :

ـ هكذا شهدتما ؟

فاذا قالا : نعم عَلَمَّ عليه .

٢٩٩ ـ وكان فى بعض الاحوال اذا قربت الســجلات من بــين يديه يقول للمدعى :

ـ هكذا ادعيت ؟

اذ ربما أعاد + الوكيل الدعوى .

٣٠٠ ـ ثم يسئل المدين وهو المدعى عليه :

ـ هل لك حجة تدفع بها ما ثبت عليك ؟

فاذا قال : لا حجة لي تدفع ما ثبت ولا شيئا منه ، اشهد حينئذ الشهود عليه .

٣٠١ ـ وسنذكر من ذلك طرفا عند الدعاوى ، وكيف تكون الشهادة ان شاء الله .

٣٠٢ ـ وينبغي ان يقول القاضى للمدعى :

ـ هكذا ادعيت ؟

فاذا قال نعم ، يقول للمدعى عليه :

ـ انت فلان بن فلان .

فاذا قال نعم ، قال .

ـ وهكذا أقررت او انكرت أو لك حجة تدفع ما قال ؟

فاذا قال لا ، قال للشهود .

ـ اشـــهدوا .

٣٠٣ ـ وكان لفظ شيخنا قاضى القضاة رحمه الله .

ـ انا اشهد الجماعة على حكمى وانفاذى لهذه النسخ على حسب ما كتب الي فيها من حكمى وانفاذى .

٣٠٤ ـ وكان يعلم فى رأس السجلات ولا يعلم فى اسفلها .

٣٠٥ ـ وكان يعلم فى الكتب المشهود بها فى أعلاها وتحت شهادة من شهد بها ، وكان فى السجل يجتزى بالعلامة[1] فى رأسه ، ويؤرخ اليوم المحكوم فيه بيده فى خلال السجل .

٣٠٦ ـ وينبغي للكاتب ان رأى فى الكتاب خللا ان ينهى ذلك الى القاضى

---

(١) في نسخة منيخ : بالكتابة .

حتى يغير هو ان سها القاضى ، ولم يكن عنـــده علم من ذلك الأمر ، ويذكر للقاضى على سبيل ان يتعلمه من القاضى لا على سبيل الموافقة عليه فان ذلك يقربه من صاحبه والثانى يبعده .

٣٠٧ ـ ولا ينبغي للكاتب ان يفشى لصاحبه سرا ولا يتحدث عنه بكذب ولا يغتاب عنده احدا ولا يعارضـه فى أمره ، ولا يعترض عليـه ، ولا يقطع امرا + دونه .

٣٠٨ ـ وينبغي له ان يدرس المحاضر والسجلات وكتب الوقوف والوصيـة وكتب الاشرية والبياعات والمعاملات وما هو عون له على صنعته وما ندب اليه من كتابته ، لانه اذا لم يعرف ذلك لم يحسن ان يضع الامور فى مواضعها .

كتـاب كنز العلماء والمتعلمـين

٣٠٩ ـ وقد صنفنا فى الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتكلمين فى علم الشروط على نمط يخالف فى الترتيب سائر كتب من تقدم ، وهو مما لا يستغني عنه عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليل لكل شرط ، وذكرت خلاف الناس فيه ، وخدمت به أيضا الصاحب مولانا نظام الملك خلد الله ملكه وحليته باسمه ولاجله ، فينبغي لمن حصل هذا الكتاب اليه ان لا يطلب الاجر فهو مجلد مقتصد لا كبير ولا صغير ففيه ما يعين على هذا الكتاب ، كما ان فى هذا الكتاب ما يعين على ذاك .

رفع قدر الكاتب

٣١٠ ـ وينبغي للقاضى ان يرفع من قدر كاتبه ويعظمـه ويذكره باحسن ما فيه حتى يعرف له تقديمه عنده وتعظيمه اياه .

الشروط الواجبة فى كاتب القاضى فى نظر الشافعية

٣١١ ـ فاما اصحاب الشافعى فقـالوا : أن احتـاج القاضى الى كاتب فمن شرطه ان يكون عارفا بما يكتب به القضاة من الاحكام وبما يكتبـه من المحاضر والسجلات ، لانه اذا لم يعرف ذلك افسد ما يكتبه بجهله .

٣١٢ ـ وهل من شرطه ان يكون مسلما عدلا ؟

فيه وجهان :

احدهما ان ذلك شرط ، ولا يجوز ان يكون كافرا كما قلنا نحن فى ذلك لان ابا موسى الاشعرى قدم على عمر ومعه كاتب نصرانى فانتهزه عمر رضى الله عنه وقال له :

باينوهم فقد خذلهم الله ، ولا تدنوهم فقد ابعدهم الله ولا تعزوهم فقد اذلهم الله .

ولان الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن ان يكتب ما يبطل + حقوقهم .

٣١٣ ـ ولا يجوز ان يكون فاسقا لانه لا يؤمن ان يجور .

٣١٤ ـ والوجه الاخر لهم ان ذلك مستحب لان ما يكتبه لابد ان يقف عليه القاضى ثم يمضيه فتؤمن به الخيانة ، وما فعله عمر رضى الله عنه يدل على ابطال هذا الوجه لانه لم ينكر عليه من السلف والخلف ذلك .

٣١٥ ـ والوجهان حكاهما الشيرازى رحمه الله فى المهذب فى المذهب ، واظنه لما رأى ما عليه النصارى واليهود من كتاب دار الخلافة وما يذللون به المسلمين ويمتهونهم فى المعاملات وأرباب الدواوين والجهابذة على الاموال خرج هذا الوجه ، وخرجه غيره من الاصحاب لهم .

٣١٦ ـ واذ قد ذكرنا صفة الكاتب والكاتب يحتاج الى سفير بينه وبين القاضى يتردد فى الامور والاحوال ، وليس ذلك الا الحاجب .

باب الحاجب

وهذا باب يذكر فيه الحاجب ، وما ينبغي ان يكون عليه من الصفات .

٣١٧ ـ اعلم ان المرجع فى هذا الباب فى جواز اتخاذ الحاجب للقاضى والامير انما هو الشرع ، وقد كان هذا أيضا فى الجاهلية ، وكان بنو شيبة حجبة

البيت الحرام ، وقد حجب النبي صلى الله عليه وسلم أنس[1] ، وكان لابي بكر الصديق رضى الله عنه حاجب هو سديف[2] مولاه ، وكان لعثمان بن عفان حمران ، ولعلي ابن ابي طالب عليه السلام قنبر مولاه .

٣١٨ ـ وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم :

عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى فعضوا عليها بالنواجذ » .

٣١٩ ـ وقد فعل ذلك ائمة العدل وولاة الجور ، وهو فعل الناس فى كل زمان ، ومع كل امام وسلطان .

٣٢٠ ـ وقال أصحابنا :

ينبغي ان يختار (من) الحجبة من لا يتجهم الخصوم ولا يختص بعضهم دون بعض بالوصول وتكون له معرفة باوقات ما يجوز ان يستأذن فيها بالحضور لمن يقصد القاضى . ويعرف من جاء خصما او زائرا أو سائلا له أو طالبا لرفده[3] أو مستفتيا له فى الحكم والشرع .

---

(١) هو أنس بن مالك الانصارى الخزرجى النجارى من بني عدى بن عبد النجار ، خادم رسول الله (ص) خدم النبى عشر سنين وكان غلاما كاتبا يوم التحق بخدمته ، وهو اخر من توفى بالبصرة من الصحابة . (أسد الغابة ١/١٢٧ـ١٢٩) وقد امتحن فى زمن الحجاج بتهمة قعوده عن نصرة عثمان مع آخرين من الصحابة فختم معهم فى عنقه حتى ورد عليه كتاب عبدالملك بن مروان فيه وقد علل هذا الاجراء التعسفي بأن الحجاج أراد بذلك اذلال تلك الفئة القليلة من معارضيه من الصحابة وأن يجتنبهم الناس ولا يسمعوا منهم (أسد الغابة ٢/٣٢٦٦) .

(٢)

(٣) الرفد بالكسر العطاء والصلة ، والارفاد الاعانة والاعطاء ، والرفادة شيء كانت تترافد به قريش فى الجاهلية تخرج فيما بينها مالا تشترى به للحاج طعاما وزبيبا ، والارتفاد الكسب والاسترفاد الاستعانة ، والترافد التعاون (القاموس المحيط) . ورفاده قريش نوع من الاشتراكية البدائية حيث كانت القبائل والمدن الصغيرة فى الشعوب القديمة تتناول الطعام على موائد عامة ،ويمكن القول ان الرفادة بمعناها هذا كانت من الواجبات الوظيفية المنوطة بزعامات الجماعات العشائرية فى الجاهلية .

٣٢١ – ويوعز القاضى اليه فى بسط الوجه ولين الكنف[1] وحسن اللفظ ورفع المؤونة ، وكف الاذية والسرعة فى أمره ، بادخال كل إنسان مع خصمه اذا اذن بدخوله من غير تأخير لاحد منهما عن صاحبه باوجز بيان ، ويسهل لهما السبيل .

٣٢٢ – واذا كان الداخل رجلا له قدر (و) لاخصومه (له) مع احد ، وانما اتى لزيارة القاضى فينبغى للحاجب ان يتقدم بين يديه ويستقبله قبل دخوله على القاضى ، ويدخل بين يديه ينبه الجماعة على موضعه ومكانه .

٣٢٣ – وينبغي أن يكون دخول الحاجب على القاضى قبل جميع الناس ليعرف من حضر على الباب من الناس ثم يأذن لمن يريد الدخول عليه والحديث معه فقد روى انه كان لاياس بن معاوية موضع يجلس فيه وينظر الخصوم ويسمع كلامهم قبل الدخول عليه .

٣٢٤ – وسنحكى فى آخر الكتاب (شيئا) من ملح قضاياه ان شاء الله .

٣٢٥ – وحكى شيخنا قاضى القضاة ان ابا خازم القاضى كان يقضى فى الجانب الغربى ببغداد وأن ابا عمرو القاضى كان يقضى فى (الجانب) الشرقى فحصل فى حبسهما رجل عليه دين ، وكان له قريب يخدم علي بن عيسى الوزير ، فسأله لعله يمشى فى الرجل المحبوس ، فأنفذ على بحاجب له الى ابى خازم وابى عمر يسألهما فى الرجل فمنعه حاجب ابى خازم ، وكان اذا جلس الى قبل الزوال ونهض (و) غلق الباب لا يستأذن عليه لاحد من الخلق ، فحضر الحاجب فسأل البواب ان يستأذن فقال له :

– ما جرت العادة بذلك .

---

(١) الكنف هو الجانب والظل والناحية كالكنفة محركة ومن الطائر جناحه وأنت فى كنف الله تعالى محركة فى حرزه وستره . وكنف الابل والغنم يكنفها بضم لنون وكسره عمل لها حظيرة يؤويها ليها ، وكنف عنه عدل ، (القاموس المحيط) .

فقـــــال :

ـ انا صاحب الوزير ، وقد أتيت فى حاجة فقال :

ـ ما جرت العادة فان كان لك شغل ترجع وقت العصر حتى تصل اليه.

فقعد الحاجب فى مسجد قرب داره ، وكان يوما صائفا شـــديد الحر ، فقاسى كل اذى من الصبر ، فلما كان وقت العصر خرج البواب ورش الباب ، ودخل المسجد فقال للحاجب :

قد جلس القاضى .

فقام الحاجب ودخل على ابى خازم وعرفه ما فعل البواب من الجفاء وسوء العشرة أعتقادا منه انه يتقدم بهوانه ، فقال له :

ـ كذا جرت العادة ، وما اذن له بعد قيامى ان يستأذن لاحد فاغتاظ الحاجب، وبلغ الرسالة باحسن لفظ ، فقال له ابن خازم :

ليس هذا الرجل فى حبسى فاخرجه ، وانما هو فى حبس صاحب الدين فسلوه أو اعطوه حقه حتى يخرج .

فقام الحاجب أشد غضبا مما كان فقصد ابا عمر فساعة رأوه أصحابه بادر اليه حاجب ابى عمر وسائر الاعوان فاستقبلوه واكرموه ودخلوا بين يديه ، فقام له أبو عمر وعظمه وأكرمه ، وادى الحاجب الرسالة ، فقال له أبو عمر .

ـ ذاك المولى والعضد والسمع والطاعة ، لننظر بما حبس عليـه من دفتر المحبس ، فلما وقف على ذلك قال لأمينه .

ـ لك هذا المال عن الرجل وفك حبسنا عنه ، واعتذر اليه .

فقام الحاجب مسرورا بما لقى ، وحدث الوزير بما جرى واحسن فيما بلغ عن ابى عمر ، وقبح مـا قال لـه أبو خـازم ومـا فعـل معه بغاية ما قدر عليه ، فقال علي بن عيسى :

ـ أى الرجلين اعظم .

فقـــال الحـــاجب :

ـ أبو عمر .

فقال له الوزير .

ـ أبو عمر عقل كله (وأبو خازم) دين كله ، وصدق أبو خازم فيما قال لك ، وهذا كان الواجب ان يفعل فى المحبوس .

٣٢٦ ـ وقال الشافعي :

نكره له أن يتخذ حاجبا لانه ربما منع من له ظلامة ، واذا كان كما وصفناه أمن ذلك[١] .

وقد قال لا يكره للامام ان يتخذ الحاجب فالقاضى ينبغي ان يكون مثله.

٣٢٧ ـ واذ قد ذكرنا صفة الحاجب ، وهو يتقدم فى الدخول على الوكلاء ، وجب ذكر صفة الوكلاء .

باب الوكلاء

وهذا باب نذكر فيه وكلاء القاضى وما يجب عليهم .

٣٢٨ ـ قال اصحابنا :

ـ وينبغي للقاضى ان يتخذ من الوكلاء الشيوخ والكهول من اهل الستر والعدل والعفاف ، ومن يكون مأمونا على الخصومة ، وعلى دقيق ما يجرى فيها، ولا يخضع فيمن يتوكل له « كذا » ولا يتوقف عن حجة اذا لاحت له على خصمه فانه قد اقامة مقام نفسه .

٣٢٩ ـ ولا ينبغي ان يغش موكله ولا يستجعل جعلا على حجة من خصمه، ولا يواطىء عليه فى الباطن ، فمتى فعل ذلك فقيد باء باثمه وتحمل وزره والله حسبه .

٣٣٠ ـ ويقيم الحجة للصغير الذى يتكلم عنه كما يقيمها المكبير .

٣٣١ ـ وينبغي ان يكون مأمونا على الحرم ، فانه ربما يتوكل للنساء فينبغى ان يكون ممن لا يتهم بريبة فى كلام النساء .

٣٣٢ ـ ولا يتوكل فيما يعلم انه باطل ، فقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

---

(١) أدب القاضي للماوردى ١/٧٢ والمختصر ٥/٢٤١ والام ٦/٢٠١ والمهذب ٢/٢٩٥ .

« من خاصم فى باطل وهو يعلمه لم يزل فى سخط الله حتى يفرغ » .

وروى أيضا عن النبى صلى الله عليه أنه قال :

« من أعان على خصومه بظلم فقد باء بغضب من الله .

٣٣٣ ـ وانما اعتبرنا هذه الشرائط لان أبا حنيفة يجيز اقرار الوكيل على موكله فى مجلس الحكم .

٣٣٤ ـ وسنذكر فى كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك ، وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف فى ذلك .

نقد وكلاء قاضى القضاة

٣٣٥ ـ وقد شاهدنا وكلاء شيخنا قاضى القضاة رحمه الله ، وهم بالضد من هذه الصفات التى ذكرها أصحابنا ، وكان فيهم انسان يتباهى بالشر فى الخصام ، ويقول :

ـ انما ينبغي أن يبين الوكيل بما يبصره ، وانني أكره أن أحكي صفات كل واحد منهم وما فعله فى حال حياته وانبساطهم عليه والتلاحي فى الاحكام عليه بالكتاب والمحتسبين ؟ وكان فيهم من يؤثر الوكالة وفيهم من لا يؤثر ذلك وتركها مع القدرة عليها لما رأى أحوال الناس والخليط .

٣٣٦ ـ واذ قد ذكرنا الوكلاء فلنذكر أعوان الوكلاء وأتباعهم .

باب أعوان القاضي(١) واتباعهم

وهذا باب أعوان القاضى وأتباعه والمحضرين .

٣٣٧ ـ قال أصحابنا :

ينبغي أن يتفقد من على بابه من أصحابه وأعوانه والمحضرين ، ومن يجرى مجراهم ، ويمنعهم من المآكل الرديئة ويقوم منهم من يجب تقويمه ، ويبعد منهم من كان معروفا بالفساد والخيانة ويباعده عن بابه لان عيبهم راجع عليه وفعلهم عار عليه .

---

(١) في المخطوطة : الوكلاء .

٣٣٨ ـ واذا اطلع منهم على الفساد والخيانة ولم ينكر ذلك شاركهم فى الاثم ، وربما كان ذلك مما يوجب فسقه اذا أمرهم عليه مع قدرته على انكاره وازالته لانهم أعوان الشرع والدين فيجب عليهم أن يكونوا أعرف بالشرع وأقوم بالدين والله أعلم .

فصل : تفقد النواب

٣٣٩ ـ واذ قلنا يجب عليه تفقد الوكلاء والاتباع فتفقد الخلفاء والنائبين عنه فى المواضع أولى وأحرى .

٣٤٠ ـ ويجب أن يسأل عنهم فى السر من حيث لا يعلمون فمن انتهى اليه أنه أمين أقره وأكرمه وزاد فى الاحسان اليه وأعظمه ، وان كان بخلاف ذلك أسرع فى صرفه ، وأشهره ونادى عليه حتى لا يستعمله آخر غيره ولا يغتر به سواه ، ويصلح البعيد بالقريب واللاحق بالسابق ، وسنذكر لخلفائه بابا ان شاء الله .

٣٤١ ـ واذ قد ذكرنا الوكلاء والاتباع فينبغي أن نذكر أصحاب مسائله واخباره وما يجب ان يكونوا عليه من الصفات .

باب اصحاب المسائل عن الشهود

وهذا باب ذكر أحوال أصحاب المسائل عن الشهود .

٣٤٢ ـ كان الواجب أن يؤخر هذا الباب الى الموضع الذى نذكر فيه الشهود والعدالة والجرح ، لان ما يصير به الرجل عدلا ، وما يصير به فاسقا والمجهول الحال والطريق الى ذلك انما هو بأصحاب المسائل فينبغي أن يذكر هناك ، غير أن أصحاب المسائل لما كانوا فى حكم أعوان القاضى وأتباعه وحاشيته وجب ذكرهم فى هذا الموضع تبعا لما ذكرناه فى الاعوان .

٣٤٣ ـ ونذكر هناك كيفية الجرح والتعديل ، وههنا صفة أصحاب المسائل .

٣٤٤ ـ قال الطحاوى :

يجب ان يختار القاضى للسؤال عن الشهود الثقات المستورين العقلاء ، أهل الورع والامانة والصلاح والصيانة ، ومن ليس عنده على من سئله عنهم علم فلا يزال يسئل عنهم ويستخبر عن أمر من يسئل عنه من غير أن يكشفه ولا يفضحه بسوء ان وقف عليه منه .

٣٤٥ ـ وان وقف على أنه موضع للشهادة عرف الحاكم الذى سأله بما وقف عليه من أمره الذى يصلح .

قاله (الطحاوى) فى أدب الحكام الصغير له .

وقال الخصاف :

٣٤٦ ـ قال أبو يوسف : ويجوز فى التزكية سرا تزكية العبد والمرأة والمحدود فى القذف اذا كانوا عدولا ، لانه خبر وليس بشهادة .

٣٤٧ ـ وسنذكر فى باب الجرح والتعديل ما قاله هو وغيره فى ذلك ان شاء الله .

٣٤٨ ـ وأما أصحاب الشافعي فقالوا[1] :

« ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود .

٣٤٩ ـ وينبغي أن يكونوا عدولا ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من المعصية فى تكسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو تزكية غير عدل . وأن يكونوا وافرى العقول ليصلوا بوفور عقولهم الى المطلوب ولا يسترسلوا فيسألوا عدوا أو صديقا .

٣٥٠ ـ قالوا :

ويجتهد حتى لا يحتالوا فى تعديل الشهود ولا عند (كذا) المشهود عليه

---

(١) جاء فى أدب القاضى للماوردى (٢/٥٠٥) قال الشافعي : واجب أن يكون أصحاب مسائلة جامعين للعفاف فى الطعمة والانفس وافرى العقول بعيدين ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس والحيف عليهم أو الحيف على أحد ، **وأن لا يكونوا من أهل الاهواء والعصبية والمماظة للناس .. الخ .**
وفى القاموس ماظطته مماظة ومماظه ومظاظا شاررته ونازعته .

حتى لا يحتال فى جرح الشهود ولا عند (كذا) الشهود حتى لا يحتالوا فى تعديل أنفسهم ولا عند (كذا) المسؤلين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء فى الجرح ولا الاصدقاء فى التعديل[1] .

٣٥١ ـ ويجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطىء على الجرح أو التعديل .

٣٥٢ ـ وسنذكر كيفية الحكم بالعدالة والجرح بقول من يثبت من الشهود والجيران .

٣٥٣ ـ وإذ قد ذكرنا أصحاب المسائل ، ولما كان من أعوان الحكم والحفظة صاحب السجن وجب ذكره .

باب صاحب السجن

وهذا باب ذكر السجان وما يجب أن يكون عليه :

٣٥٤ ـ اعلم ان هذا باب كان ينبغي أن نذكره عند ذكر ما يقضى به القاضى من العقوبة وهى حبس الخصم .

٣٥٥ ـ وكان ذكر السجان هناك يجب تبعا لذكر الحبس ، غير أنه لما كان ذكر السجان مع جماعة الاعوان وجب ذكره ههنا .

٣٥٦ ـ واذا فعلنا ذلك وجب ذكر الحبس وجوازه فى الشرع ليصح أن يكون له حافظا .

٣٥٧ ـ والاصل فى هذا الباب ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم والائمة بعده أنهم حبسوا فى الديون وغيرها .

٣٥٨ ـ ونحن نذكر فى هذا الباب ما ذكر فيه :

---

(١) هكذا وردت العبارة مضطربة والمراد بها كما يظهر عند الموازنة مع عبارة الماوردى في أدب القاضى (٥٠٨/١) أن على صاحب المسائل أن يجتهد فلا يسترسل فى تعديل الشهود وجرحهم أى لا تركبه الغفلة فيسأل عدوا مباينا ولا صديقا مواصلا ، لان العدو يظهر القبيح ويخفي الحسن والصديق يظهر الحسن ويخفي القبيح ، وليعدل الى سؤال من خرج عن الفريقين فلم يعرف بعداوة ولا صداقة ، حتى لا يحتال لهم الاعداء فى الحرج ولا الاصدقاء في التعديل .

فمن ذلك ما ذكره الخصاف باسناد عن الحسن (بن زياد اللؤلؤى) أن أناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم . وذكر عن ... بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه حبس فى تهمة . »

٣٥٩ ـ وعن أبى مخلد انه عليه السلام حس رجلا من جهينة أعتق شخصا له فى مملوك حتى باع غنيمة له .

٣٦٠ ـ وعن عمر رحمة الله عليه أنه أتاه رجل بالجابية ؟ فقال :

عبدى وجدته على امرأتي

قال :

ـ أنظر ما تقول فانك مأخوذ بما تقول

فأعاد الرجل القول

فأمر عمر أبا واقد الليثي[1] فقال :

---

(١) أبو واقد الليثي الصحابى : قيل اسمه الحارث بن مالك ، وقيل ابن عوف ، روى عنه ابناه واقد وعبدالملك وجماعته ، مات سنة ثمان وستين وله سبعون سنة . وقد وردت القصة فى الموطأ فجاء فى كتاب الحدود منه :

حدثنى مالك عن يحي بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابى واقد الليثى ان عمر بن الخطاب اتاه رجل وهو بالشام فذكر له انه وجد مع امرأته رجلا ، فبعث عمر بن الخطاب ابا واقد الليثى الى امرأته يسألها عن ذلك ، فاتاها وعندها نسوة حولها ، فذكر لها الذى قال زوجها لعمر بن الخطاب وأخبرها انها لا تؤاخذ بقوله ، وجعل يلقنها أشباه ذلك لتنزع(١) فأبت أن تنزع وتمت على الاعتراف(٢) ، فامر بها عمر فرجمت (ج ٢ ص ١٦٨ ص الموطأ) .

---

(١) نزعه من مكانه ينزعه قلعه كانتزعه ويده أخرجها من جيبه .. وعن الامور نزوعا انتهى عنها . القاموس المحيط .

(٢) **قوله تمت على الاعتراف أى أصرت واستمرت لهجة حجازية ولم يزل** هذا الاستعمال شائعا فى لهجة العامة فى العراق حتى يومنا هذا جاء فى بيت من شعر العامة :

تميت أحومي اعل مودك بس اروحن ورد

وابغي وصالك واروم من المراشف ورد

خذ بيده فأجنه عندك ، حتى تغدو أنت وهو عليها ، فانظر أحق ما قال أم باطل فعد الينا ، وقد حفرت حفيرة .

فقال لها أبو واقد :

ـ أحق أن هذا جاء عليك بأمر ينكر ؟ فان كان كذبا فلا تصدقيه .

رجاء أن تتوب

فقالت :

ـ صدق ، لا والله لا أتحملها مرتين .

فأمر بها عمر رضى الله عنه فرجمت .

٣٦١ ـ وذكر غير الخصاف فى كتابه أن عمر رضى الله عنه اشترى دارا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا ، وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الشاعر فقال :

ماذا تقول لافراخ بذى مرخ
حمر[1] الحواصل لا ماء ولا شجر
ألقيت كاسبهم فى قعر مظلمة
فارحم[2] عليك سلام الله يا عمر

وحبس آخر فقال :

يا عمر الفاروق طال حبسى ومل منى أخوتي وعرسى
فى حد سكر تفتريه[3] نفسى ألا ترى ضوء شعاع الشمس

٣٦٢ ـ وروى عن علي عليه السلام أنه لما بنى السجن قال :

ألا ترانى كيسا مكيّسا بنيت بعد نافع مخيّسا

٣٦٣ ـ وروى عنه أنه حبس فى الدين .

---

(١) كذا فى جميع النسخ أيضا ويروى البيت أيضا : زغب الحواصل .

(٢) كذا فى جميع النسخ وقيل : فامتن .

(٣) كذا ولعلها تجتويه أى تكرهه ويقال جويت نفسه منه وعنه (القاموس المحيط) .

٣٦٤ ـ وقد كان للحسن وشريح والشعبي وابن سيرين وغيرهم من القضاة حبوس ، وهو فعل جميع القضاة والائمة من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا لا يدفع ذلك دافع ، ولا ينكره منكر ، فصار ذلك اجماعا .

٣٦٥ ـ ولا يحبس بغير حق يتوجه عليه أو تأديب يراه القاضى واجبا لانه عقوبة .

٣٦٦ ـ وقد قال أصحابنا :

اذا ثبت الدين على الغريم ببينة أو باقرار وطلب الخصم حبسه فان القاضى لا يعجل فى ذلك ويأمره بالدفع[1] .

٣٦٧ ـ وان اعاده وطلب حبسه وقد أمتنع من قضائه فعل به ذلك ، وكتب له حبسه فى ديوانه ، وشرح الحال .

٣٦٨ ـ وقال بعض أصحابنا ـ وهو اختيار الخصاف ـ :

الصواب أن لا يحبسه حتى يسئله ألك مال ؟ ويستحلفه على ذلك ، فان أقر أن له مالا حبسه .

٣٦٩ ـ وقد ذكر الخصاف أن عليا رضى الله عنه كان اذا أتاه الرجل بالرجل فقال :

ـ لي دين عليه

قال : أله مال ؟ ان كان أخذنا ذلك .

فان قال نعم قد أخفاه

قال : أقم البينة انه أخفاه ، والا حلف بالله ما أخفاه .

وان قال أحبسه قال : لا أعينك على ظلمه

(فان) قال فانى ألزمه قال ان لزمته كنت له ظالما ، ولا أحول بينك وبينه .

٣٧٠ ـ وقد روى أن رجلا أتى أبا هريرة بغريم له فقال : أحبسه

فقال أبو هريرة :

ـ هل تعلم له مالا فآخذه به ؟

---

(١) لان الحبس جزاء المماطلة فلابد من ظهورها (الهداية ٣/١٠٤) .

قال : لا

قال : فهل تعلم له عقارا

قال : لا

قال : فما تريد ؟

قال : أحبسه

قال : لا ، ولكن أدعه يطلب لك ولنفسه ولعياله .

٣٧١ ـ وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد يحبسه حتى يتبين عدمه ما بين شهرين أو ثلاثة فيما روى محمد بن الحسن .

وفى رواية الحسن بن زياد ما بين أربعة أشهر أو ستة أشهر[1] ثم يسأل عنه ، فاذا ثبت عدمه بمسئلة الثقات من جيرانه وأهل الخبرة واذا قالوا ماله مال نعلمه وأنا نعرف عسرته وضيق معاشه أطلق القاضى سراحه وأخرجه ولم يحل بينهما ان أراد خصمه ملازمته فى قول أبي حنيفة وأبى يوسف .

٣٧٢ ـ ومن أصحابنا من قال يحول بينه وبين ملازمته وهو قول الشافعي ومالك .

٣٧٣ ـ وقال أبو حنيفة أنه مؤتمن ؟ فيما يطالب به الا فى المهر والكفالة وكل ما لم يأخذ به مالا فيصير به غنيا وفى المال الظاهر بقاؤه فى يده فهو غني حتى يثبت عدمه .

٣٧٤ ـ واذا أحضر بينة فشهدت بالعدم قبل المدة المعروفة سمعها القاضى وأخرجه وفلّسه ، ولا تسمع قبل الحبس عند ابي حنيفة .

٣٧٥ ـ وقال الشافعي يسمع منه البينة قبل الحبس أيضا ، ويفلسه ، ولا تسمع قبل الحبس عند أبي حنيفة .

---

(١) انتقد الفقه الحنفى بعد ذلك تقدير مدة الحبس فجاء فى مجمع الانهر فى شرح ملتقى الابحر « يحبسه مدة يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره وهو الصحيح وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين او ثلاثة أو اربعة او خمسة أو ستة أو شهر اتفاقى وليس بتقدير حتما (ج٢ ص ١٥٣) .

٣٧٦ ـ واذا حبس وله مال أو عقار فامتنع من قضاء الدين ، قال أبو حنيفة أدعه فى الحبس ولا أبيع عليه ولا أحجر .

٣٧٧ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه العقار وجميع أمواله فيقضى دينه ثم يخرجه من الحبس ، وهو قول الشافعي ومالك .

٣٧٨ ـ وان غاب الطالب وثبت عدم المحبوس أخذ منه كفيلا وأطلقه القاضى من الحبس عند أبي يوسف .

٣٧٩ ـ وقال محمد بن الحسن اذا طلب الطالب ملازمة الغريم بعد ثبوت الدين عليه ، وطلب المديون الحبس فللطالب أن يلازمه ولا يحبسه ، وقال محمد ان أشكل أمره حبسه وسأل بعد الحبس عنه ، وان لم يشكل سأل عاجلا وأطلقه وفلّسه .

٣٨٠ ـ قال أصحابنا :

واذا مرض فى الحبس ، فان كان له من يخدمه فى الحبس وهو لا يستضر به لم يخرجه ، وأن كان لا خادم له وهو يستضر بالسكون فيه أخرجه وخلى سبيله[1] لان الحبس عقوبة فلا تثبت فى حال المريض كالتعزير واقامة الحد .

٣٨١ ـ وقال محمد بن الحسن فى ملازمة المرأة اذا طلب ذلك الطالب أمره أن يجعل معها امرأة ثقة ولا يمكنه من ملازمتها .

٣٨٢ ـ وقد قال أصحابنا :

لا يمنعه فى الحبس ان يطأ جاريته ان كان الموضع خاليا ، وان كان فيه غيره يمنعه من ذلك ، ولا يخرجه الى خارج الحبس ليطأ ، لان فى ذلك فك الحبس .

٣٨٣ ـ فاذا عرفت هذه الجملة وكان الحبس عقوبة لم يكن بد للقاضى أن يكون له عليه حافظا فيجب أن يكون السجان أمينا حافظا ، له يقظة ومعرفة

---

(١) قيد مجمع الانهر فى شرح ملتقى الابحر ذلك بوجوب الكفيل (ج٢ ص ١٥٥) .

بأحوال المحبسين وأعينهم فيكتب يوم دخول المحبوس اليه وصفه وما أخذ بـه ويكون عارفا بكل أحد منهم ، حتى اذا وقع اليه القاضى باطلاق رجل لم يغلط فيه ولم يخرج سواه ، ويكون صـادق اللهجـة ليعرف منه أحوال المحبسين وأمراضهم ومأكلهم ومشاربهم ومن يتردد اليهم .

٣٨٤ ـ وقد قال محمد بن الحسن ان خفت من المحبوس الهرب نقلته الى حبس اللصوص ، اذا كان ذلك مأمونا عليه ، وان لم أخف لم أنقله اليه .

٣٨٥ ـ ولا أكلف الطالب السكون معه في الحبس .

٣٨٦ ـ ويكون للنساء حبس على حدة ، وتكون عليه امرأة حافظـة برزة أمينة عارفة بأحوال النساء وما يحتجن اليه ، كمـا اعتبرناه في الرجل اذا كان حافظا .

٣٨٧ ـ وينبغي أن ينهي السجان كل يوم أحـوال المحبسين الى القاضى ، وما يجرى في الحبس .

٣٨٨ ـ واذ قد ذكرنا صفة السجان وحـافظ الحبس فلنذكر صفة بواب القاضي .

باب ذكر بواب القاضى

وهذا باب ذكر بواب القاضى .

٣٨٩ ـ اعلم أن القاضي يجوز أن يتخـذ بوابا كمـا يجوز أن يتخذ حاجبا

٣٩٠ ـ وينبغي أن يكون البواب شيخا ورعا صالحا متدينا ، لـه عفة ، وله كفاية ، ولا يكون فقيرا معترا شرها يحجب عن القاضى الخصوم ، ويدخل من لا يريد القاضى ادخاله ، ويمنع من يريد القاضى دخوله ، فهو لمراعاة الاحوال أولى ولتفقد طرائقه أحرى .

٣٩١ ـ ويكون رزقه من بيت مال المسلمين بحسب كفايته ، وكذلك سائر أعوان القاضى حتى لا يأخذ ما لا يجب أخذه ، وهم كالقاضى في ذلك لانهم فـي مصالح المسلمين ، فكما لا يجوز للقاضى أن يأخذ من أحد الخصوم شيئا فكذلك أعوانـه .

نقد بواب قاضي القضاة ومحضريه

٣٩٢ ـ وهذه صفات انما ترد في الكتب وتذكر في الالسنة ، فاما أن يكون لهذه الصفات وجود فهذا أمر كالمأيوس منه اليوم ، لان الامر يجرى اليوم في أعوان الحكم على خلاف ذلك ، فقد رأيت بواب شيخنا قاضى القضاة رحمه الله وسائر المحضرين والوكلاء يأخذون الاجر على الاحضار والفتاوى والوكالات ويوافقون على الاجر في المحاكمات .

٣٩٣ ـ وسنذكر في كتاب الوكالة من هذا الكتاب ما يجوز للوكيل أخذ الاجرة عنه ، وما لا يجوز ، وما يؤخذ من الموكل من الاجرة وما يؤخذ[1] من الموكل عليه فيطلب هناك لتجده في موضعه ان شاء الله .

باب ذكر الجلواز بين يديه وفى مجلسه

٣٩٤ ـ اعلم ان الجلواز[2] هو الذى يقوم على رأس القاضى ويدعو بين يديه اذا ركب ويقيم الخصوم اذا انتهت الخصومة .

٣٩٥ ـ وقد ذكر الخصاف أن شريحا كان على رأسه شرطي بيده سوط .

٣٩٦ ـ وذكر عمرو بن قيس قال :

رأيت رجلا قائما على رأس شريح ، وكان يقول للخصمين : ايكما المدعي فليتكلم .

٣٩٧ ـ والجلواز يأخذ الرقاع بين يدى القاضى ويوصلها اليه ، ويحد

---

(١) ما ورد بعد هذه الكلمة لا ذكر له فى النسخة المعتمدة ولم يرد فى غير نسخة منيخ .

(٢) فى لسان العرب فى مادة جلز : الجلواز الثؤرور وقيل هو الشرطي، **وجلوزته خفته بين يدي العامل فى ذهابه ومجيئه والجمع الجلاوزة .**

وفى مادة ثار : الثؤرور الجلواز وقد تقدم فى حرف التاء انه التؤرور بالتاء **عن الفارسى .**

وفى مادة تأر : تأر اتار اليه النظر أحده والتؤرور العون يكون مع السلطان بلا رزق وقيل هو الجلواز ، وذهب الفارسى الى انه تُفعول من الأَرّ وهو الدفع . وانشد ابن السكيت :

تالله لـولا خشـية الأمـير
وخشـية الشـرطى والتؤرور

قال : التؤرور اتبـاع الشرط .

الناس عن القاضى اذا جلس للضاء حتى لا يسمع أحد ما جرى للخصوم .

٣٩٨ ـ وان كان الجلواز ثقة فلا بأس أن يقف يسمع ، وبعده أولى ، لان الخصوم تكون في أمور ربما كانت شنيعة بين الرجـال والنساء أو مضحكة فلا يؤمن أن يؤدى ذلك الى ما يكره .

٣٩٩ ـ وقد شاهدت قاضيا[١] على باب دار الخلافة المعظمة يقضي في دهليز باب النوبة ، والخصوم قيام بين يديـه ، وأعـوان الشرطة والعامة والهدهاد[٢] يسمعون ما يجرى ويجتمعون على ذلك كما يجتمع العوام عـلى حلق المشعوذين والمساخرة ، ولا ينكر القاضى على أحد (و) منذ ثلاثين سنة وفوقها وشيخنا قاضى القضاة رحمه الله يبلغه ذلك من أعوانه على الحكم ودقيق ما يجرى فلا ينكر ذلك على خليفته ولا غيره حتى صار ذلك شرعا مألوفا يعتقد أن غيره لا يجوز .

جلواز قاضى القضـــاة

٤٠٠ ـ وكان له جلواز يمشي بين يديه ، ويدعو في الاسواق والطـرق اذا ركب فيقول :

ـ اللهم احرس سيدنا ، السيد الاجل الامام الاوحد قاضى القضاة ، وأدم له ظل المواقف الشريفة .

ويذكر ما يجرى هذا المجرى .

الركابيـــة

٤٠١ ـ وبين يديه الركابية يقولون :

بروه بروه بروه[٣] ! ويباعدون ويدفعون الناس عن الطريق يمينا وشمالا .

٤٠٢ ـ والذى قاله الفقهاء في كثرتهم غـير الذى شاهدناه من جميع هذه الاحوال كلها ، ولعل القانون تغير !

---

(١) فى نسخة منيخ : (لا قاض واحد) .

(٢) فى القاموس المحيط ان الهدهاد هو صاحب مسائل القاضى .

(٣) بروه كلمة فارسية معناها ابتعد واذهب وانصرف .

٤٠٣ ـ واذ قد ذكرنا حكم الاتباع وسائر ما فى هذه الابواب ، وجب ذكر ما يبدأ به .

باب ما يبدأ به من النظر بعد الولاية والجلوس

النظر فى أمر المحبوسين

٤٠٤ ـ قال اصحابنا :

ويستحب للقاضى ان يبدأ بالنظر فى أمر المحبوسين وعددهم وفيما حبسوا والاوقات التي حبسوا فيها ، والاسباب التي من أجلها حبسوا ، فان الحبس عقوبة ، ولعل فى الحبس من لا يجب حبسه ، أو من قد توجه على القاضى اخراجه من الحبس .

٤٠٥ ـ ويسأل كل محبوس عن ذنبه ، وما حبس لأجله لانه لايجب على الثاني أن يصدق الاول ولا السجان يعرف ما عندهم .

٤٠٦ ـ ويتقدم بالنداء في البلد بأن القاضى يريد النظر فى المسجونين ، فمن كان له على رجل حق أو في حبسه فليحضر الى القاضى فى الوقت الفلاني فيجمع بينهم وبين خصومهم .

٤٠٧ ـ فان ذكروا مايجب به الحبس حبسهم ان طلب ذلك من له حق الحبس منه ، وان لم يطلب لم يحبس .

٤٠٨ ـ وان انكروا ان يكونوا حبسوا بأمر يلزمهم الكشف[1] عن كل واحد مع خصمه ولتعاد دعواه عليه ، فان اقر له بما يوجب الحبس حبس ، وان انكر ذلك طلب البينة العادلة .

٤٠٩ ـ فان قامت بينة عليه أمره بالخروج مما شهدوا به ، وان لم يخرج منه أعلم الخصم ما ثبت ، فان طلب الحبس منه حبسه واعاده الى الحبس .

---

(١) وردت فى نسخة قليج محركة على النحو الآتى : يلزمهم الكشف .

٤١٠ ـ وان عدم المدعى عليه البينة أو كانت غير أنها لم تزك عنده اطلق المحبوس من الحبس واخذ منه كفيلا بنفسه .

٤١١ ـ ان عدلت البينة أو صدق الخصم او قامت بينة سواها عادلة رده الى الحبس ، ان طلب الخصم ذلك[1] .

٤١٢ ـ فاذا لم يحضر للمحبوس خصم وقال انه حبس بغير حق ، وماله خصم فان القاضى ينادى اياما : من كان له على فلان بن فلان حق فليحضر ليحكم بينهمـــا .

٤١٣ ـ فان لم يحضر احد يتأنى فى اطلاقه ولا يعجل لعل الخصم غائب عنه ، ثم يأخذ منه كفيلا بنفسه ثم يطلقه .

٤١٤ ـ فان اقر المحبوس انه اقر لرجل بمال ذكره وذكر للرجل بينـــة فحبسنى احضره القاضى فان عرفه او عرفه الشهود ، أو قال المقر هذا هو ، وقد احضرت ماله عندى فقل له يأخذه ويخرجنى من الحبس ، اخذ الرجل ماله .

٤١٥ ـ ثم ينظر القاضى هل له خصم سواه ، فان لم يجد له خصما أطلقه

٤١٦ ـ وان لم يقف على حقيقة الحال اخذ منه كفيلا واطلقه ، وان اراد المقر له اخراجه من الحبس بغير اخذ مال بل رفقا به تأنى فى ذلك خوفا ان يكون محبوسا لغيره ثم يطلقه بعد أخذ الكفيل .

٤١٧ ـ وان كان لا يعرف القاضى الطالب ولا يعرفه الشـــهود ، وقال المطلوب لهذا الرجل حبست ، وهذا ماله على ، فان القاضى يأمره بدفع المال الى الطالب ، ولا يطلقه ،لجواز أن تكون حيلة من المحبوس ، ولكنه ينادى عليه أياما ثم يطلقه .

٤١٨ ـ فان قال المحبوس لا كفيل لي أو لا يجب على ذلك لانى قد دفعت ما على فمن اصحابنا من قال : يتأنى القاضى فى ذلك نحو من شهر بعد النداء ثم يطلقه ، ومنهم من قال هذا على حسب ما يراه القاضى ، ويشـــهد له الظاهر ويراه مصلحة من غير حد .

---

(١) الى هنا تنتهى عبارة نسخة منيخ .

٤١٩ ـ فان قال المحبوس :

انما حبسنى لانى اقررت بالزنا لاربع مرات وانا محصن أو غير محصن أو أقررت بشرب الخمر ليقيم على الحد فان القاضى يستأنف الامر فى ذلك ويجعل كأنه حضر الان ، فاذا اقر بالزنا أربع مرات على ما يعتبر فى المرات من خلاف اصحابنا فمنهم من يقول أربع مجالس من مجالس القاضى ، ومنهم من قال اربع مجالس من مجالس المقر ، يذهب ويجىء فيقر على ما سنذكره فى كتاب الحدود ان شاء الله من اعتبار الاربع عندنا • وعند الشافعى ، ونذكر حكم الاقرار والشهادة على الحدود ان شاء الله ، فانه يقيم الحد عندنا فى الزنا •

٤٢٠ ـ أما الشرب فلا يقيم الا ان يكون ريحها يوجد منه فى الاقرار والشهادة ، وان كان قديما (لم) يأخذه به ، ويكون ذلك حدا لكل ، قذف تقدم ذلك •

٤٢١ ـ فان أقر المحبوس بقطع طرف رجل عمدا ، أو حضر المقر له وطلب القصاص (اقتص) •

٤٢٢ ـ وكل حق يقر به المحبوس لغيره وهو حق صحيح عند القاضى يلزمه الحكم والخروج اليه وابتغائه منه فان القاضى الثاني يستوفيه منه ويأخذه به

٤٢٣ ـ ولو أقر بما لا يجب به عنده ضمان ولا عقوبة ولا قود ولا دية بان يكون مذهبه بخلاف مذهب الاول فى ذلك لم يأخذه به ، الا أن يكون الاول قد قضى فيه ، وهو مما لا ينقض حكمه به لانه غير مخالف للاصول التى يجب رده اذا خالفها •

٤٢٤ ـ وسنذكر ذلك في الباب الذى ينقض فيه قضاء القاضي اذا قضى به ان شاء الله •

فصل

النظر في امر الوقوف

٤٢٥ ـ فاذا فرغ من أمر المحبسين وقبض الديوان وما ذكرناه ، نظر بعد ذلك فى امر الوقوف .

٤٢٦ ـ وينبغي للقاضى بعد ذلك ان يأمر مناديه فينادى على بابه :

ألا أن القاضى يقول لمن كان يتولى شيئا من أموال الوقوف والايتام والودائع والامناء من قبل القاضى فلان الميت أو المعزول عـلى مال صغير أو كبير محجور عليه او غائب او غير ذلك مما ينظر فيه القاضى فليتوجه الينا ، ولا يقصر أحد فيما أمر به من الحضور فى البلد وليحضر ولا يتأخر الامن له عذر ، وليبلغ الشاهد الغائب .

٤٢٧ ـ فاذا حضروا عنده نظر فى احوالهم ، وصحح ما بايديهم ، فمن أحب ان يقره على نظره اقره ، وان رأى صرفه صرفه .

٤٢٨ ـ والمستحب له ان يجرى فيهم بسنة الاول ان كان حسن السـيرة وأن لا يستبدل بهم ان كانوا ثقاة ، بل يجريهم على ما هم عليه .

فصل

قبول قول القاضي المعزول

٤٢٩ ـ ويقبل قول القاضى المعزول ، ومن تحت يده المال فيما يقر به ويصرفه الى الوجه الذى يذكره القاضى ان كان تحت يده وان كان في يد غيره اعتبر تصديق ذلك الغير .

٤٣٠ ـ واذا قال الامين دفعته الى القـاضى المعزول ولا اعلم لمن هو ، فان القاضى الثاني يقبل قول الاول المعزول فى المال ويسلمه الى من قال .

٤٣١ ـ وهذا حكم الاموال والعقارات والعروض كلها لان هذا كله فى يد القاضى اذا اقر الامين انه هو الذى سلمه اليه .

فصل

اختلاف المعزول والذي بيده المال

٤٣٢ ـ قال اصحابنا :

اذا اختلف المعزول والذى بيده المال فقال المعزول هو لفلان ، وقال الامين بل هو لفلان ، انسان آخر ، فالقول قول الامين الذى فى يده المال ، لانه فى يده (و) ليس فى يد القاضى فلا يقبل قوله ، وقيل قول الامين لا يقبل .. وهذا اذا انكر الامين دفع القاضى اليه .

٤٣٣ ـ وان قال : دفعه القاضى وقال لى أنه لفلان ، وقال القاضى بل هو لانسان آخر ، فالقول قول القاضى ، ومن فى يده المال بمنزلة الشاهد .

فصل

٤٣٤ ـ وان كان المال فى يد الامين ، فقال الامين ما فى يدى لفلان بن فلان دفعه الى القاضى ، وقال انه له ، فقال القاضى بل هو الفلان لانسان آخر ، فان الامين يدفع المال الى الذى أقر له به ، ويغرم مثل ذلك للذى ذكره له القاضى لانه اعترف بأنه اخذه من القاضى فعليه رده اليه ، لانه سلمه اليه بقوله واقراره انه له .

فصل

٤٣٥ ـ واذا قال القاضى المعزول : عند فلان عشرة الاف درهم لابن فلان اليتيم من ابيه فهى لليتيم اذا لم يدع ذلك باقى الورثة .

٤٣٦ ـ وان كذب باقى الورثة القاضى المعزول فالمال بينهم ، ولا يقبل قول القاضى ولا الامين على الورثة .

٤٣٧ ـ وكذلك الضياع والعروض .

٤٣٨ ـ ويستحلف الورثة لليتيم على ما يجب عليهم ، ولا نعرف فى ذلك خلافا .

٤٣٩ ـ ولو كان القاضى المعزول اشهد على نفسه فى صك مكتوب انه قسم المال بين الورثة وهذا حصة اليتيم والكتاب موجود فان هذا حكم على الورثة ، وكان المال لليتيم .

٤٤٠ ـ وان كان القاضى قال هذا المال لليتيم ولم يقل انه حصة من الميراث فهو لليتيم ، وليس لباقى الورثة من ذلك شىء ولا خصومة بينهم وبين القاضى ، ولهم خصومة اليتيم بعد البلوغ .

فصل

٤٤١ ـ ولو قال القاضى المعزول :

ثبت عندى بشهادة الشهود ان فلانا وقف الضيعة المعروفة بكذا على جهة كذا وانى حكمت بذلك وجعلتها وقفا على يد فلان لينفق دخلها على سبيلها ، وصدقه الامين وورثة الموقف امضى القاضى الثانى اقرار الورثة .

٤٤٢ ـ وكذلك ان قامت بينة على حكم المعزول بذلك .

٤٤٣ ـ وان جحد الورثة ذلك ولا بينة استحلفوا على ذلك وردت فى الميراث .

٤٤٤ ـ وان قال القاضى : هذه هى صدقة ووقف وصدقه الامين ولم يزد على ذلك فهي على ما قال ولا يكلف المعزول التفسير .

محاسبة الامناء

٤٤٥ ـ واذا حوسب الامناء على ما فى أيديهم من أموال اليامى ، فمن كان القاضى أقامه قبل قوله فيما يقبل فيه قول الوصى .

٤٤٦ ـ ومن لم يقمه القاضى وصيا ، وانما جعله قيما فى الضيعة وقابضا وان ينفق على اليتيم فى كل شهر كذا قبل قوله فيما يدعى من النفقة على الضيعة اذا كان مثل ذلك ينفق فى المدة ، وفيما صار فى يده من (الأثمار) والاثمان .

٤٤٧ ـ وان اتهم أحد منهم استحلفه على ما نرى .

ادعاء الامين الاجر

٤٤٨ ـ قال أصحابنا :

ولا يقبل قول الامين ان القاضى المعزول فرض له أجرا على ذلك الا ببينة (تشهد) أن المعزول فرض له ذلك .

٤٤٩ ـ وان كان قد أخذ من ذلك شيئا رده على اليتيم .

٤٥٠ ـ واذا لم يكن للامين بينة على أن المعزول أقامه وصيا وقيما لم يقبل قولهم والزمهم رد ما ادعوا انفاقه فى العمارة وغيرها من المال .

فصل

٤٥١ ـ قال أصحابنا :

واذ أقر أحد الامناء أن الضيعة التى فى يده لليتيم ، وان فى يده من دخلها كذا ولم يقل بعت ولا أنفقت شيئا ، فالقول قوله فيما أقر به ، وللقاضى المولى احلافه ان رأى ذلك .

فصل

٤٥٢ ـ قال أصحابنا :

واذا قال القاضى المولى أدوا حساب جميع ما جرى فى أيديكم سنة سنة ، لجميع الامناء أو لبعضهم فقالوا قد حاسبنا القاضى المعزول الى وقت كذا وأبرأنا وأتوا على ذلك بينة قبل ذلك منهم وحاسبهم على ذلك فى المستقبل .

فصل

٤٥٣ ـ وان قالوا نخشى أن نقر لك فيلزمنا اقرارنا ، ولا بينة لنا على ما فعل القاضى معنا وفعلنا والذى بأيدينا انما هو كذا وكذا لم يكن للقاضى أن يحملهم على الاقرار ، وينظر فى هذا بما هو الاصلح ، فمن كان معروفا بالامانة قبل قوله ، وان كان مُدغلا[1] طالبه بالتفسير[2] .

٤٥٤ ـ وله أن يستحلف الامين منهم على ما يرى .

٤٥٥ ـ قال الخصاف :

والقياس فى الامناء واحد : أن يقبل قولهم على ما فى أيديهم مع الايمان ، وذاك ان من فى يده شىء فالقول قوله فيه .

فصل

٤٥٦ ـ وهذا حكم الامناء والقاضى اذا كان معزولا واذا كان ميتا ، فيسئل القاضى فى الامناء والمحبسين وقبض الديوان على ما ذكرناه على سواء ، الا فيما تحت يد الميت من المال فانه يحتاج الى اقرار الورثة أو شهادة الشهود ، ولا يقبل قول أمين ولا وصى أنه كذلك بغير بينة تشهد له ، لان الاصل عدم ذلك .

٤٥٧ ـ واذا أقام بينه على الوصية والامانة فان كان عدلا قويا أقره على

---

(١) الدغل محركة : دخل فى الامر مفسد ، والشجر الكثير الملتف ، **ومدغل كمحسن ذو دغل وادغل غاب فيه وبه خانه واغتاله ووشى به ، وفى الامر** ادخل ما يفسده ، والداغلة الحقد المكتتم ، والقوم يلتمسون عيبك وخيانتك **ودغل فيه كمنع دخل دخول المريب والدغاول الدواهي بلا واحد وغلط فيه الجوهرى** فقال الدواغل ، والدغيلة كسفينة الدغل . القاموس المحيط . مادة دغل .

(٢) رجع السمنانى فى هذا الى ادب القاضى للخصاف .

الوصية ، وان كان فاسقا لم يقره على الوصية ، عند الشافعى ، لان الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية .

٤٥٨ ـ وعند أصحابنا يقر على الوصية اذا تاب ويصح ، كما يقر على الوكالة ، وكما يقر على التصرف فى مال نفسه .

٤٥٩ ـ فان كان عدلا ضعيفا لا يقوم بها ضم اليه غيره ليتقوى به ، وهذا قولنا ، وقول الشافعى فى الذى لا يضطلع بما وصي به .

٤٦٠ ـ قال الشافعي :

واذا أنفذ القاضى الوصية لم يسئل عن عدالته لان الظاهر أن القاضى الاول لم ينفذ الا وهو عدل .

٤٦١ ـ وهذا قولنا أيضا .

٤٦٢ ـ فان كان وصيا فى تفرقة ثلثه ، فان كان لم يفرقه فالحكم فى اقراره على الوجه الذى ذكرناه .

وان كان قد فرق الثلث :

فان كان عدلا لم يلزمه شيء بالانفاق وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعين لم يلزمه شيء لانه دفع الموصى به الى مستحقه وان كان لغير معين لم يلزم لانه دفع الى مستحقه كما لو كانت لمعين .

٤٦٣ ـ وهذا قولنا وهو أجد الوجهين لاصحاب الشافعى ، والوجه الاخر لهم أنه يغرم ما فرقه ، قالوا لانه فرق ما لم يكن له تفريقه كما لو فرق ما لم يسند اليه ، وهذا لا يصح ، لان ما لم يسند اليه يلزمه الغرم فى الوكالة فيلزمه فى الوصية وما فوق الا ما جعل اليه .

في الضوال

٤٦٤ ـ ثم ينظر بعد ذلك فى أمر الضوال ، ومال من ليس بحاضر ، لانه لا حافظ من الناس ، فعليه حفظه والقيام به ، فهذا حكم هذه الاموال والنظر فيها.

٤٦٥ ـ وأما أحكام الخصوم والنظر في الدعاوى فقد أخرنا ذلك الى المواضع

التي تستدعيها والمسائل والكتبة وهناك نذكر كيفية أخذ الرقاع[1] وتقديم بعض الخصوم على بعض وترتيب القاضى والخصوم والشهود والوكلاء لان ذكره في موضعه أليق ، وان كان الطحاوى والخصاف وغيرهما قد ذكروا هذه الابواب المؤخرة فى أوائل كتبهم ، ولم يرتبوا الكلام فيها على ما رتبناه نحن .

٤٦٦ ـ واذ قد ذكرنا ما يبتدأ به من النظر وكان له ان ينظر فى ذلك بنفسه، وله أن ينظر فى ذلك بغيره وجب ذكر أحوال النيابة عنه .

باب النيابة في القضاء

٤٦٧ ـ وهذا باب يذكر فيه حالة النيابة عنه وما قيل فى ذلك .

٤٦٨ ـ اعلم ان أصحابنا قالوا لا يجوز أن يستخلف رجلا يحكم بين الناس ، الا أن يكون الامام الذى ولاه قد جعل اليه ذلك ونص عليه فيجوز ذلك وان نها ، لم يجز له أن يستخلف أحدا .

٤٦٩ ـ وهو عندنا بين أن يطلق القول ولا يقيده وبين أن يسكت عن ذكر النيابة ، فى أنه لا يجوز له أن يستنيب لانه نائب عنه فيتبع أمره ونهيه .

٤٧٠ ـ وقال أصحاب الشافعي : اذا لم يأذن له وله ينهه نظرت فان كان ما قلده يقدر أن ينظر فيه بنفسه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخرى أنه يجوز أن يستخلف لانه ينظر فى المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره .

والثاني قالوا وهو المذهب أنه لا يجوز له ، لان الذى ولاه لم يرض بنظر غيره .

---

(١) الرقاع جمع رقعة اى عريضة الدعوى وصكوك الدين جاء فى لسان العرب الرقعه واحدة الرقاع التى تكتب .

(١) فى مجمع الانهر (لا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضا ، وقال الطحاوى انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (ج ١ ص ١٦٠ منه) ومن هذا يفهم ان فى المذهب الحنفى قولا متأخرا اجاز النيابة .

٤٧١ ـ وان كان ما ولاه لا يقدر أن ينظر فيه بنفسه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لان تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى الاستخلاف فيما لا يقدر عليه ، كما أن وكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه أذن له فى استنابة غيره .

٤٧٢ ـ وهل له أن يستخلف فيما يقدر عليه أن ينظر فيه بنفسه ؟ ففيه وجهان : أحدهما أن له ذلك لانه من جاز ان يستخلف فى البعض جاز ان يستخلف فى الجميع كالامام . والثاني لا يجوز ، لانه لما أجيز له أن يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب أن يكون مقصورا على ما عجز عنه .

تقييد القاضى بسماع الادلة والبينات

٤٧٣ـ قال أصحابنا :

ولو استخلف رجلا فقضى بين الناس لم يجز قضاؤه ، وان رفع الى غيره أبطله ، ولا ينفذ ذلك بحال ، وان كان الخليفة قد أمره أن يسمع من الخصوم ويثبتوا عنده البينة والاقرار[1] ولا يقطع حكما فذلك على ماجعله لايتجاوزه ، ثم يرفعه الى القاضى فيكون هو الحاكم بما يصح عنده من ذلك .

٤٧٤ـ وللقاضى أن يفعل مثل ذلك اذا جعل اليه الاستخلاف .

٤٧٥ ـ وقد كان شيخنا قاضى القضاة رحمه الله لا يجعل الى القضاة سماع بينة ولا حكم ويطالعونه بما يثبت ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو بالشهادة عنده (فيما)[2] جرى ، وكذلك قضاة السواد ، وكان يفعل معهم ذلك وكان يشهد

---

(١) فى المخطوطة المعتمدة ويثبت الاقرار .

(٢) زيادة يقتضيها سباق الكلام .

عند خلفاءه بالاستفاضة وعند المعدلين ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو الشهادة عنده بما جرى ثم يتوسط الحال على الخصوم .

٤٧٦ـ قال أصحابنا :

وان كان الشهود عند خليفته قد غابوا أو ماتوا ، فأعلمه خليفته بحالهم لم يقبل ذلك ، ولم يحكم حتى يعيدوا الشهادة اذا لم يجعل لهم بت الحكم .

٤٧٧ـ وكذلك الاقرار اذا غاب المدعى عليه أو جحد الاقرار لم يقبل من خليفته انه أقر عنده الا أن يأتي معه من يشهد بذلك فيقبل القاضى ذلك على سبيل الشهادة .

شروط الاستخلاف

٤٧٨ ـ واذا جعل الامام له أن يستخلف فى القضاء فله أن يستخلف كل من يجوز للامام أن يستقضيه ، ولا يجوز له أن يستخلف فى القضاء من لايجوز أن يكون قاضيا .

٤٧٩ـ وقد ذكر ابن الاصبغ[1] فى شروطه وكان صاحبا لابي الحسن الكرخي رحمه الله انه لايجوز له أن يولى ابنه القضاء ، وقال غيره ولا من لاتجوز شهادته له ، وجعل ذلك كالوكيل لايجوز أن يبيع بمطلق الوكالة من ابنه ولا أبيه ولا من لاتجوز شهادته له عند أبي حنيفة .

٤٨٠ ـ وقال الطحاوى فى ادب الحكام الصغير له : « وله ان يستعمل أباه واخاه وجميع ذوى أرحامه ، اذا كانوا عنده ثقاة فيما أسنده اليهم ، ويحتاط فى جميع من يستعمله ممن يكون أحوط عليه واعود بصلاحه فيما حمله واكتسبه من الثواب وسلمه من التبعات فى الدنيا والآخرة .

٤٨١ـ وقال الشافعي :

« وله ان أراد أن يستخلف فى عمله والده أو ولده جاز ، لانهما يجريان

---

(١) فى نسخة منيخ : الاصبغ .

مجرى نفسه ، ثم يجوز أن يحكم فى أعماله فجاز أن يستخلفهم فى الحكم فى ذلك » .

٤٨٢ ـ قال :

واذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده ولا ولده لانه لايجوز له أن يختار نفسه .

وهذا قولنا أيضا فى الاختيار .

٤٨٣ـ وان صير له الامام أن يختار ولده أو والده جاز ذلك بالاتفاق .

٤٨٤ـ واذ قد ذكرنا جواز النيابة عنه فهل يجوز أن يقف الحكم على اجازته أم لا ؟

باب وقوف الحكم على اجازته

٤٨٥ـ اعلم ان أصحابنا قالوا :

يجوز أن يقف الحكم على اجازة حاكم البلد اذا كان حكم الحاكم به لاينفذ ، فقالوا لو أن الخليفة لم يجعل الى القاضى أن يستخلف فاستخلف رجلا فحكم لم يجز ذلك الحكم ، فان أجازه القاضى وانفذه جاز اذا كان الحاكم به ، ممن لو كان حاكما نفذ حكمه ، وان كان ممن لايجوز حكمه لم يجز بأجازته وكان باطلا وجعلوا ذلك كسائر العقود الموقوفة على الاجازة .

العقد الموقوف

٤٨٦ ـ وقالوا : كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ اذا تأخر عنه الاذن انعقد موقوفا على من له حق العقد .

٤٨٧ـ فجعل القضاء مثل ذلك ، واعتبروا صفة الحاكم كما اعتبروا صفة العاقد أن يكون من أهل العقد والمعقود له من أهل العقد والمحل قابلا للعقد .

٤٨٨ـ وقال الشافعي : لاينعقد شيء من العقود موقوفا على الاجازة ، واجاز أن ينعقد الاذن موقوفا على العقد ، فاذا وجد العقد لزم ، واجاز أن يقف

الايجاب على القبول والوصية على القبول بعد الموت ، وجوز لزوم البيع على المجلس ومدة الخيار ، واوقف احكاما كثيرة على الصلح من المدعين .

٤٨٩ـ وسنذكر فى النكاح والموت ما قال من ذلك أن شاء الله .

٤٩٠ـ واذ قد ذكرنا جواز ولاية القاضى ، وما يصح به وما لايجوز له أن يستخلف فيه ، وجب أن يذكر ما يبطل ولايته .

تصرف القاضى بعد الفسق

باب ما يبطل ولاية القاضى والامام

٤٩١ـ اعلم ان القاضى يتصرف بأذن الامام كما يتصرف الوكيل بأذن الموكل ، فله أن يبطل ولايته فيما ولاه ، وهذا قول أصحابنا ان للامام عزل القاضى عن القضاء كما للموكل عزل الوكيل .

٤٩٢ـ وقال أصحاب الشافعي :

ليس للامام أن يعزل (القاضى) عن القضاء ، ولا ينعزل بعزله ، وانما ينعزل اذا فسق وخرج عن الصفة التى يصلح أن يكون قاضيا .

٤٩٣ـ وقال الفريقان : اذا فسق بطلت ولايته بالفسق ، وكذلك الامام تبطل امامته[1] .

٤٩٤ـ وقال القدوري رحمه الله فى خلافه ان من أصحابنا من قال : تصرف القاضى بعد الفسق جائز حتى يخرجه الامام من القضاء ، حكاه عن بعض أصحابنا .

---

(١) من هذا يتبين ان قواعد الدستور الاسلامى مبنية لا على المصلحة وحدها ولكن على مكارم الاخلاق ايضا ولذا كان الفسق سبب البطلان الامامة والقضاء .

بطلان الولاية بطرؤ العمى

نقد القول بصحة تصرف القاضى بعد فسقه

٤٩٥ـ ولو جاز أن يبقى مع الفسق على القضاء لجاز ان يولي الفاسق ابتداء مع العلم بفسقه وقد اجمعوا على انه لا يجوز أن يولى فاسق لا يؤمن فعله ولا قوله ولا حكمه واذا لم تجز شهادة الشاهد مع الفسق فكيف يجوز حكم الحاكم مع الفسق ؟

٤٩٦ـ وتبطل ولاية الإمام والقاضى اذا عمى لانه لا يصح له معرفة مايحتاج الى نظره فهو كزوال العقل .

٤٩٧ـ وهذا قول أبي حنيفة ومحمد فى الشهادة أيضا انه تبطل شهادته اذا عمى .

٤٩٨ـ ومن أجاز شهادة الاعمى يلزمه جواز قضائه وان يكون لايبطل قضاءه ، وهذا قول شريح والشعبي والزهري والقاسم بن محمد ويحي بن سعد ، وهو قول ابي يوسف وابن ابى ليلى فى الشهادة .

٤٩٩ـ ويبطل ولاية الجميع زوال العقل لانه يمنع التكليف، فيمنع الولاية.

بطلان الولاية بالنسيان

٥٠٠ـ وكذلك يبطل ولايته نسيانه العلم على قول من جعل ذلك شرطا في الصحة .

ردة القاضى والامام

٥٠١ـ وتبطل ولاية القاضى والامام اذا ارتدا عن الدين لان ردتهما توجب زوال ملكهما عن مالهما ويحل دمهما .

عزل نفسه

٥٠٢ـ وتبطل ولايته اذا عزل نفسه هو عن القضاء وكذلك الامام ، كما تبطل الوكالة اذا عزل الوكيل .

بطلان ولايته باستحقاق رقبته

٥٠٣ـ وتبطل ولايته باستحقاق رقبته لغيره لان المملوك لايملك الولاية وان ملك ، وليس من حيث جاز أن يكون العبد وكيلا يجوز أن يكون قاضيا ، لان الكافر يجوز أن يكون وكيلا ولا يجوز أن يكون قاضيا •

وسنذكر فى الشهادات حكم شهادة العبد ان شاء الله •

سقوط ولاية الامام باسره

٥٠٤ـ واذا أسر الامام وحصل في دار الحرب وتعذر على الناس الوصول الى اذنه جاز لهم نصب غيره ، وسقط عنهم حكم ولايته •

٥٠٥ـ وقد بينا مايتفق فيه الامام والقاضى ويفترقان من الصفات فـي باب متقدم فلا معنى لذكره ههنا •

طرؤ الخرس

٥٠٦ـ وتبطل ولايته بالخرس الذى لايتبقى معه كلام ، ولا يقضى بالاشارة ومن أجاز شهادة الاخرس يلزمه جواز قضاءه •

القاعدة فيما يطرؤ على القاضى من الاحوال

٥٠٧ـ واتفق أصحابنا ان كل صفة لو كان عليها لم يصح أن يتولى الحكم اذا صار اليها يبطل حكمه فيما يستقبل •

٥٠٨ـ وكذلك الشهادة وهذا كالجنون والخرس وزوال العقل والفسق •

٥٠٩ـ واختلفوا فى العمى فأجاز أبو يوسف فى الشهادة ماشهده وهو بصير أن يشهد به وهو اعمى ، او حمله غيره الشهادة وهو كذلك انه يجوز له أن يشهد شاهد الفرع بها وهو أعمى •

موت الشاهد والقاضى

٥١٠ـ واتفقوا على أنه اذا مات لاتبطل شهادته التي شهد بها ، وكـذلك حكمه الذى حكم به .

٥١١ـ وقد ذكرنا حكم موت القاضى فلنذكر مايترتب عليه .

باب موت القاضى

وهذا باب موت القاضى والامام

٥١٢ـ اعلم ان أصحابنا قـالوا :

اذا مات الخليفة أو خلع ، وله قضاة قد ولاهم ، فأنهم على ما كانوا عليه نافذة أحكامهم ماضية قضاياهم ، لان القضاة قوام المسلمين واعوان الدين ، وهو عقد ماض على المسلمين فلا يبطل بموت من عقدة ، كما ان الامامة لا تبطل بموت أهل الحـل والعقـد .

فحكم القاضى فى الولاية حكم اهل الحل والعقد . وكما لاتبطل ولاية الامام بموت من ولاه فكذلك لاتبطل ولاية القاضى اذا مات من ولاه ، وكـذلك قاضى القضاة اذا مات لاتبطل ولاية قضاته بموته ، كما لاتبطل ولايته بمـوت الخليفة الذى ولاه .

٥١٣ـ ولا اعرف فى هذا خلافا بين العلماء لان العلماء على قولين : منهم من قال ليس للخليفة أن يعزله بعد ولايته بقوله ، ومنهم من قال له ذلك وهـم أصحـابنا .

وفى الموت نصوا على أنه لاتبطل ولايته .

٥١٤ـ وسمعت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يقول :

ـ « فى الناس من يقول تبطل ولايته بموت الخليفة » . ولم أر ذلك فى كتاب فأحكيه وليس من حيث بطلت الوكالـة بمـوت الموكـل ينبغي أن تبطـل

ولاية القاضى ، لان الوكالة ان بطلت بالموت لانها مستفادة بألاذن ، فألوصية تصح بعد الموت بالاذن ، والقضاء بالوصية أشبه منه بالوكالة .

٥١٥- واذ قد ذكرنا موت القاضى فلنذكر حكم العزل له .

باب عزل القاضى وخلع الامام

وهذا باب عزل القاضى وخلع الامام .

٥١٦- اعلم ان حكم قضاة الامام بعد خلعه حكمهم بعد موته نافذة احكامهم جائزة قضـــاياهم .

متى يخلع الامام

٥١٧- والامام انما يخلع اذا ارتكب من الامور مالا يجوز أن يبتدىء له معه ولاية ، ولانه نائب عن المسلمين ، يستوفي ماوجب لهم من الحقوق ويوفيهم مايجب لهم ، ويستوفي منهم مايجب استيفاؤه لله تعالى ، فهو الامين ، والذائد عن الدين ، فاذا جار واعتدى وتمرد واحتوى على الاموال وجب على أهـل الدين وعلى المسلمين خلعه ومنعه والاستبدال به ، وبهذا جرت عادة المسلمين فيمـــن خرج عن الطريقة ولم يستقم بهم فى الســيرة .

متى يمتنع خلع الامام

٥١٨- ولا يجوز خلعه بغير ذنب ، ولا الاستبدال به من غير جرم لانـــه الحافظ الامين ، فالخروج عليه بغير سبب كالمخالفة للرسول صلى الله عليه وسلم والخروج عليه .

الفرق بين عزل القاضى وعزل الامام

٥١٩- فان قيل : قد قلتم أن للامام عزل القاضى من غير سبب يوجب العزل،

فقولوا للامة نصب امام من غير سبب وعزل الاول ، قيل ان القضاء يقع مخصوصا بين الناس ، ويجوز أن يقضى بين الفين واهل بلدة ، فاذا خربت أو انتقل اهلها لم يجز قضاؤه على غيرهم ، وكذلك اذا مات الخصمان الذان على الامام الحكم بينهما لم يجز له أن يقضى على غيرهما ، فكان مقصورا على الاذن .

والامامة بخلاف ذلك لا تخصص بالتخصيص والبقاع ، ولا يجوز ان يشترك امامان فى النظر فى الامة فهذا فرق مابينهما .

اقضية القاضى قبل عزله

٥٢٠ـ واذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضاياه ماضية ، حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك ، فحينئذ لاينفذ له حكم في المستقبل .

تصرفات الوكيل قبل العزل

٥٢١ـ وكذلك قال أصحابنا فى الوكيل هو على وكالته وتصرفه جائز الى أن يرد عزله اليه أو يشافهه بذلك الموكل .

متى يعزل الوكيل نفسه

٥٢٢ـ وكذلك الوكيل ليس له عزل نفسه بغير علم الموكل .

٥٢٣ـ وقد خالفنا الشافعي فى الفصلين جميعا وقال لكل واحد منهما أن يعزل هذا العزل الوكيل ، والوكيل يعزل نفسه ، وقال فى عزل القاضى بخلاف ذلك أنه لايملك الامام عزله .

فصل

ما يدعى على القاضي بعد العزل

٥٢٤ـ واذ قد ذكرنا جواز عزل القاضى ، وجب أن نذكر مايدعى عليه بعد العزل .

٥٢٥ـ قال أصحابنا :

واذا ادعى رجل على القاضى المعزول انه قتل ابنه وهو قاض ، أو اخذ ماله ، أوأرضه ، أو مافي يده ، أو شيئا ذكره من العقود والطلاق والعتاق ، وانك فعلت بي ذلك ظلما وتعديا فقال القاضى :

قامت عليك البينة عندي بما فعلت ، او اقررت بذلك لمن حكمت له بما حكمت ، فالقول قول القاضى المعزول ، ولا يمين عليه فى ذلك كائنا ماكان ذلك، ولا تقبل بينة يقيمها على ذلك .

٥٢٦ـ ولو قال الطالب للمعزول :

ـ ما أقر ابني عندك ، ولا قامت عليه بينة انه فعل مايجب به القود ، وحضر الرجل الذى ذكر المعزول انه قضى له بالقود والحق وكذب القاضى في ذلك ، وقال لم يقر لي عندك ، ولا قامت بينة بذلك ، فالقول قول المعزول فى ذلك ، ولا يسئل عليه اذا كان المدعى يقر أنه فعل ذلك وهو قاض .

٥٢٧ـ وكذلك سائر الحقوق اذا كانت مستهلكة ليست بقائمة .

٥٢٨ـ وان كانت دارا أو عقارا فقال المدعي :

ـ اخرج هذا القاضى من يدى هذا الشيء ودفعه الى هذا ظلما فقال القاضى: كانت عليك بينة أو اقرار فلا شيء على القاضى فى ذلك .

٥٢٩ـ واما ما هو فى يده فان صدق القاضى أنه حكم له بهذا الشيء لم يقبل قوله ، ولا قول المعزول ودفع الى الطالب ، الا أن يقدم بينة انه قضى به و « هو قاضٍ » .

٥٣٠ـ وهذا حكم كل شيء قائم في الحال .

٥٣١ـ وان قال الذى فى يده الشيء :

هذا لي ، وما حكم به هذا أبدا لي ، فالقول قول من في يديه الشيء ، ولا يقبل قول الخصم ولا القاضى فى ذلك .

ولا ضمان على القاضى لانه يقول حكمت بالحق اللازم ، فلا شيء عليه .

٥٣٢ـ وكل موضع اعترف الذى فى يديه الشيء انه اخذه بالحكم فأنه يرد على الطالب ألا ان يقيم بنية على الحكم .

٥٣٣ـ وان كان الشيء مستهلكا فالقول قول الذى هلك فى يديه ، وقول القاضى المعزول ، ولا ضمان على واحد منهما .

٥٣٤ـ وانما لم يقبل اقرار القاضى بعد العزل لانه لا يملك انشاء الحكم بذلك فلا يملك الاقرار اذا كان قائما ، وليس عن أصحابنا نص ان يكون فى ذلك بمنزلة الشاهد ، الا ما حكيناه فى خليفته الذى لم يجعل له استخلافه ، انه لايقبل منه الا أن يأتي معه من يشهد بذلك ، فيقبل قوله مثله ؟

٥٣٥ـ واختلف أصحاب الشافعي فى ذلك :

هل يكون بمنزلة الشاهد ؟ على وجهين :

أحدهما يكون بمنزلة الشاهد ، لانه ليس فيه اكثر من أن يشهد على فعل نفسه ، وهذا لايوجب رد شهادته ، كما اذا قالت المرأة : ارضعت هذا الفتى، وهذا قول الاصطخري .

والثاني أنه لايكون شاهدا فيه لان شهادته لنفسه بالحكم تثبت له العدالة وهذا ينبغي أن يكون قولنا .

فصل

كتب المعزول تصل بعد العزل

٥٣٦ـ وما كتبه قبل العزل من الكتب الحكمية فوصل الى المكتوب اليه بعد العزل ، لم يقبله ، ولم يحكم به ، وهو بمنزلة الكاتب اذا مات لم تقبل كتابته.

٥٣٧ـ وقال الشافعي تقبل ، كما تقبل اذا مات .

فصل

التظلم من القاضي المعزول

٥٣٨ـ واذا تظلم من المعزول متظلم ، وسأل القاضى المولى احضاره لم

يحضره حتى يسأله عما بينهما ، لانه ربما تقصد أن يقدمه ليحلف من غير حق.

٥٣٩ـ وان قال :

لي عليه مال من معاملة أو غصب أو اتلاف أو رشوة اخذها مني على حكمه أحضره ، وهذا أيضا قولنا فى الدعوى عليه .

٥٤٠ـ قالوا :

وان قال : حكم على رجل بشهادة عبدين أو فاسقين ففيه وجهان : أحدهما انه يحضره كما يحضره اذا ادعى عليه مالا ، والثانى لا يحضره حتى يقيم عليه بينة بما يدعيه ، لانه لا تتعذر اقامة البينة .

٥٤١ ـ فان احضره فقال :

ما حكمت عليه الا بشهادة حرين مسلمين فالقول قوله لانه أمين ، ولا يمين عليه عندنا ، وقال بعض أصحاب الشافعي عليه اليمين كالمودع اذا ادعى عليه بجناية .

فصل

الادعاء على القاضى بالجور في الحكم

٥٤٢ـ واذا ادعى عليه أنه حكم بجور نظرت فى ذلك : فان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كما يبطل حكم نفسه اذا رده الاجماع .

٥٤٣ـ وهذا قول الشافعي أيضا فى هذا الفصل .

فصل

الادعاء بأن القاضى اخطأ في حكمه

٥٤٤ ـ واذا ادعى عليه الخطأ فى حكمه فهو يترتب على خطأ القاضى اذا كان قاضيا قبل العزل .

---

(٥) ما بين قوسين من نسخة منيخ .

٥٤٥ـ وخطأ القاضي على وجهين :

أولهما[١] ماهو من حقوق الله تعالى كالحدود فهو في بيت المال .

والثاني حق العباد فذلك راجع على من حكم له به ، يغرم ذلك المقضى له ، ولا شيء على القاضي فيه كالقتل والمال اذا لم يقدر على رده بعينه غرم المثل أو القيمة أو الدية ، فان كان قائما بعينه رده على صاحبه ، وهذا بأن يتبين ان الشهود ذمة أو محدودون في قذف أو عبيد ، وترد المرأة الى زوجها والعبد[٢] يرد الى الرق والمال الى صاحبه ، ولا غرم على القاضي لانه تعلق على الحكم الظاهر وما كلف بعلم الغيب .

فصل

اقرار القاضي المعزول بتعمد الجور

٥٤٦ـ واذا أقر المعزول انه فعل ذلك عمدا ، وانه جار وقضى بما لا يلزم لزمه ذلك في ماله ، وزالت عدالته .

٥٤٧ـ ويعزل ان كان واليا ويؤدب مع الضمان وان كان معزولا .

هذا قول أصحابنا جميعا .

٥٤٨ـ وقد قال أصحابنا اذا أقر القاضي انه حكم لهذا الرجل بجور وباطل سقطت عدالته بأقراره ، وعزل عن القضاء ، وغرم ذلك الحق ولا ينقض قضاؤه ، ولا يصدق على نقض ماقضى ولا فرق بين أن يكون معزولا أو قال ذلك وهو قاض .

٥٤٩ـ وكذلك قالوا : لايقبل قول الشهود انهم شهدوا بباطل اذا كان الحكم قد نفذ ومضى .

وسنذكر في الشهادات من ذلك مايجب .

---

(١) في المخطوطة المعتمدة : منهما وما ذكرناه من نسخة قليج .

(٢) كذا سياق الكلام . وفي النسخة المعتمدة : المرأة .

٥٥٠ـ واذ قد ذكرنا حكم الولاية والعزل فلنذكر حكم معاملة القاضى .

باب معاملة القـــاضي

وهذا باب معاملة القاضى للناس فى ماله ومال من يلي عليه :

٥٥١ـ قال الطحاوى رحمه الله فى أدب الحكام :

الحاكم أجير المسلمين[1] فلا ينبغي له أن يتشاغل بمتجر يقطعه عن النظر فى أمورهم ، فان نظر فى متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عما اســند اليه جـــاز .

٥٥٢ـ قال أصحابنـا :

ـ ولا يكره له الشراء والبيع بنفسه لان النبي عليه السلام باع واشترى ، وكذلك الائمة الاربعة باعوا واشتروا ، وفعلهم حجة واتباعهم سنة .

٥٥٣ـ وقال الشافعي : يكره له البيع والشراء بنفسه .

٥٥٤ـ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عن طريق ابى الاسود الدؤلى[1]

---

(١) يلاحظ ان الفقه الاسلامي يصدر عن اعتبار المسلمين أو الجمـاعة « مجموعا » يمارس الخليفة ونوابه جميع سلطاتهم بالنيابة عنه ويمثلون لهذه الكتلة المتراصة باليد استنادا الى حديث المسلمون تتكافؤ دماؤهم .. وهم يد على من سواهم ، وفي قول الفقه ان الحاكم أجير تأييد للمبدأ المذكور الذى يرى أن «الجماعة» هي صاحبة السلطان والحكام أجراء ينوبون عن الجماعة فيما يضطلعون بالقيام به من الاعمال ولقد كان اعتبار الامة مصدرا للسلطة ومن فى أيديهـم مقاليد الحكم أجراء لها ، ونوابا عنها ، من الافكار السائدة فى تاريخ الفكـر الاسلامى ، وعن هذا التصوير صدر المعرى فى نقده امراء عصره فى قوله :

مل المقام فكم أعاشـر أمـة ... أمرت بغير صلاحها أمراؤهـا
ظلموا الرعية واستجازوا كيدها ... وعدوا مصالحها وهم أجراؤها

(١) ترجم له في ديوان الحماسة لابى تمام حبيب بن اوس الطائى شرح العلامة التبريزى (ج٤ ص١٢٧) وقد جاء فى الترجمة ان اسمه ظالم بن عمـرو ابن سفيان أحد بني الديل بن بكر بن عبد مناة ، وكان أبو الاســود من وجوه التابعين وفقهائهم ومحدثيهم ، روى عن أكابر الصحابة رضى الله عنهم واستعمله علي (ر) على البصرة بعد ابن عباس (ر) وكان من وجوه شيعته ، وكذلك استعمله

أنه قال : (ماعدل وال اتجر فى رعيته أبدا) .

٥٥٥ـ وذكر عن شريح أنه قال :

شرط على عمر رحمه الله حين ولاني القضاء أن لا أبيع ولا ابتاع ولا أرتشى ولا أقضى وانا غضبان .

ولانه يحابى .

٥٥٦ـ فان احتاج الى ذلك وكل وكيلا ينوب عنه ، ولا يكون معروفا ، فأن عرف استبدل به من لايعرف ، فان لم يجد تولى بنفسه ، لانه لابد له منه .

٥٥٧ـ فاذا وقعت لمن يبايعه حكومة[1] استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لانه لايؤمن أن يميل معه .

٥٥٨ـ ولو كان ماقالوه يقوى عند الله ويلزمه بين الناس لما كان اولى بأن يفعل ذلك الا ائمة العدل ، والعدالة والامانة يمنعان الميل وهما رأس مال القاضى فاذا لم يوجدا لم يصح القضاء ، ولو كره ذلك للقاضى لكره للشاهد ، ولمنع قول الشهادة ، وهذا لايجوز .

وقد قال تعالى : (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) .

فصل

الاشراف على كتابه واصحاب مسائله

٥٥٩ـ وينبغي للقاضى أن يشرف على كاتبه وأصحاب مسائله وأمنائه ،

عمر وعثمان (ر) وكان هوالاصل في بناءالنحو وعقدأصوله برأى منعلى (ر)ومن أظرف ما ترجم له ترجمة للجاحظ نقلها التبريزى المذكور فى شرحه هذا جاء فيها كان أبو الاسود معدوداً فى طبقات من الناس وهو فيها كلها مقدم ومأثور عنه الفضل فى جمعيها ، كان معدودافى التابعين والفقهاءوالمحدثين والشعراء والاشراف والفرسان والامراء والدهاة والنحويين والحاضرى الجواب والشيعة والبخلاء والصلع الاشراف ! كان بينه وبين عدى بن حاتم الطائى مهاجاة وملاحاة ما كان ينبغى لمثلهما على جلالتهما وعلو شأنهما ان يقعا فيها . وروى له أبو تمام فى حماسته بيتين شبب فيهما بعجوز كبرد يمانى تقادم عهده ولم تبل جدة رقعته في العين واليد .

(١) حكومة ههنا بمعنى خصومة وفي لسان العرب : أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم . وقد حكم عليه بالامر يحكم حكما وحكومة . وحكمه فى الامر فاحتكم جاز فيه حكمه والاسم الا حكومة والحكومة .

ويتفقد أمورهم ، ويجوز له أن يحاسب بنفسه الامناء والاوصياء ، ويقتصد فى أمر الرزق على من يستعمله على مال يتيم أو وقف .

٥٦٠ـ وما كان من مال يتيم في يد وصيه ، وهو أمين عليه قيم به فأمره اليه .

٥٦١ـ وان لم يكن له وصي اختار له وصيا من قرابته ممن يوثق به ، فان لم يكن فمن الجيران ، فان لم يكن فى الجيران من يصلح لذلك فمن غيرهم فيجعله وصيا ، ويفرض له رزقا ويشهد له بذلك ويصير كالوصى ، يجوز له مايجوز للوصي .

٥٦٢ـ وان لم يجعله وصيا بل حافظا لماله ولدخله ونفقته وخرجه لم يجز له الا ما جعله اليه من ذلك .

فصل

اقراض أموال الايتام بشرط قيام المقترض بمؤنة الصبي

٥٦٣ـ وللقاضى أن يقرض أموال الايتام على الثقات ويكتب عليهم بذلك فهو أحوط من الودائع وآمن العواقب .

٥٦٤ ـ ويتفقد احوال من يقرضه ذلك فى كل مدة فان وقف على تغير حال أبدل به سواه من الموسرين من الثقات لانه قد يصير معسرا بعد اليسار .

٥٦٥ـ ويفعل فى ذلك مايرى انه أحوط واصلح لليتيم .

٥٦٦ـ وقد رأينا شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يودع ذلك عند الامناء ويجرى على الايتام ويبيع عليهم حتى يأكلوا ذلك .

٥٦٧ـ وربما اعطى فى بعض الاحوال من يتجر للصبى .

٥٦٨ـ وكان فى بعضها يكتب المال على من يسلمه اليه ويكلفه مؤنة الصبي من عنده وهذا أحوط اذا كان المدفوع اليه ثقة .

٥٦٩ـ وقد روى عن النبي (ص) انه قال اسعوا فى أموال اليتامى لاتأكلها النفقة، ودفعت عائشة رضى الله عنها مال أيتام الى مولاها اسلم تجارة .

فصـــل
تعيين أيام للقضـاء

٥٧٠ـ وللقاضى أن يخص نفسه بزمان يصرفه فى مصالحه وحوائجه والنظر فى أهله وخلوته ، ويعين للقضاء يوما يكون قد صرف اليه وسعه ويحضر فيه الناس ويعرفونه به ، فيقصد فى ذلك اليوم وليس عليه صرف زمانه اجمع الى القضاء .

قضاة الرباع(١)

٥٧١ـ وكل ربع له قاض يقضى فيه ، وعلى بابه من يقضى فى الفـرض والـدين .

يوم مجلس الدامغانى

٥٧٢ـ وكان شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يوم مجلسه الثلاثاء فيحضره الشهود والوكلاء والخصوم ويستغرق اليوم جميعه فى المحاضر والسجلات وقراءة الكتب ، فلما صارت شهوده من التجار والمتعيشين فى البيع والشراء جعل مجلسه فى يوم السـبت .

٥٧٣ـ وكان يجلس طرفي النهار فيدخل عليه الناس ، وربما وصـل الدرس ، واكثر الاحوال لايصله لاسيما بعد توليه القضاء .

تعليقة الخلاف على الدامغانى

٥٧٤ـ وما عرفت أحدا من جماعة اصحابه علق عليه تعليقة كاملة من أول الفقه الى آخره لا في الخلاف ولا فى المذهب ، وقد علق كل انسان غير ماعلق الآخر ، ولعله اذا جمع يكمل الخلاف ، وما أظنه يكمل لاحد من الناس .

فصـــل
عيادة القاضى المريض ...الخ

٥٧٥ـ قال أصحابنا وللقاضى أن يعود المريض ويشهد الجنازة ، ويجيب الى الدعوة العامة والخاصة اذا كان ممن جرت عادته به .

---

(١) في لسان العرب : ربع بالمكان يربع ربعا اطمأن والربع المنزل والدار بعينها والموصى متى كان وبأى مكان كان ، وهو مشتق من ذلك وجمعه اربع ورباع وربوع وأرباع .. وربع القوم محلتهم والربع جماعة الناس . ويستفاد من عبـارة السمناني ان المحلات الكبيرة كان عليها قضاة يقضون في القرض والدين. وان بغداد كانت تقسم الى رباع قضائية على باب كل ربع قاض .

قبول الهدية

٥٧٦- وقال الشافعي ان كانت له عادة بأن يهدي اليه من ذوى رحم أو مودة ، فان كانت له حاجة فى الحال لم يقبل الهدية ، وان لم تكن له حاجة نظر : فان كان ما اهدى له أزيد مما جرت به العادة أو ارفع لم يجز لهقبولها لان الزيادة بالولاية ، وان كانت مثل الاول جاز له قبولها .

٥٧٧- (و) قال بعض اصحابه : الاولى أن لايقبل (اذ) يجوز أن تكون له حكومة منتظرة فى المستقبل .

حضوره الولائم

٥٧٨- قالوا : ويجوز أن يحضر الولائم لان وليمة غير العرس تستحب الاجابة اليها .

٥٧٩- قالوا : وفي وليمة العرس وجهان : احدهما أنها فرض على الاعيان والثاني فرض على الكفاية ، ولا يخص بعضهم بالاجابة دون بعض لان فى ذلك ميلا وترك العدل .

٥٨٠- فأن كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور في حق الجميع لان الاجابة أما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الاعيان ، وذلك كله لا يضر بالمسلمين تركه ، وترك القضاء يضر بالمسلمين فكان تقديم القضاء أولى .

٥٨١- وسنذكر فى ابواب المدعى من يجوز له أن يعدى عليه ومن لايجوز ومن يجوز أن يقضى له ومن لايجوز ، وما يحله قضاؤه لغيره وما لايحله قضاوه وحكم القضاء له وعليه ، وعلى من يتعلق به من الناس ، فهذه الابواب يقع الكلام فيها فى القاضى ، وما يتعلق به من المسائل والشروط .

٥٨٢- واما الكلام فى المقضى له وهو المدعى عليه وما يتعلق به من الابواب والفصول فأول ذلك :

ذكـر المدعي والصفة التى يكون عليهـا

٥٨٣ـ اعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[١] .

٥٨٤ـ وهذا كلام : يجب أن يعرف من المدعى ليعمل ببينته ، والمدعـى عليه ليعمل على يمينه .

٥٨٥ـ والذى قاله شيخنا قاضى القضاة رحمه الله فى شرح كتاب الدعوى من مختصر الحاكم مما علقناه عنه ودرسناه عليه فذكر الدعوى وذكر بعدهـا المدعي ، وهذا أصح ، لان المدعي من له دعوى[٢] ، فقال :

تعريف الدعوى

٥٨٦ـ الدعوى عبارة عن قول يقصد به اثبات شيء عار عن برهان .
ومتى كان فيها حجة أو برهان لم تكن[٣] دعوى .

٥٨٧ـ ولهذا لا يقال للنبي[٤] انه مدع بعد قيام المعجز على ما قاله ، ولا لمن استدل بذلك على قوله أنه مدع . ويقال لمن ليس له حجة مدع .

هذا حـــده فى اللغـة .

٥٨٨ـ واختلف أصحابنا فيه هل يعتبر بالشرع أم لا ؟

---

(١) ورد هذا الحديث فى كتاب الآثار لابى يوسف فى الرقم ٧٣٨ وأخـذ به محمد بن الحسن الشيبانى وهو قول ابى حنيفة .

(٢) ادعى كذا زعم أن له حقا أو باطلا ، والاسم الدعوة والدعاوة ويكسران « القاموس المحيط » .

(٣) في نسخة مينخ : لم تكن له .

(٤) في نسخة مينخ : للنبي صلى الله عليه وسلم . وهذا وهم من الناسخ لان قصد المؤلف مطلق النبي .

٥٨٩ـ فكان أبو سعيد البردعي[١] يقول هو على ما كان لم يتغير .

٥٩٠ـ وقال غيره قد تغير ونقل الى شيء دون شيء .

٥٩١ـ وقد كانت في شرع من تقدم أيضا كذلك .

٥٩٢ـ روى عن قتادة في قوله (تعالى) : وآتيناه الحكم وفصل الخطاب . قال : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[٢] .

وقال الحسن البصرى رحمه الله «فصل الخطاب»[٣] طلب العلم بالقضاء .

وقال شريح : الشهود والايمان .

٥٩٣ـ وروى الخصاف عن مجاهد في قوله (تعالى) « يؤتى الحكمة من شتاء»[٤] ، قال : ليست النبوة ولكنه العلم والقرآن والفقه .

٥٩٤ـ وذكر عن عمر بن عبدالعزيز (انه) قال :

خمس اذا اخطأ القاضى فيهن خصلة كانت فيه وصمة :

---

(١) هو أحمد بن الحسين القاضي أبو سعيد البردعى أخذ عن اسماعيل بن حماد بن أبى حنيفة عن أبيه عن جده ، واخذ عن أبى علي الدقاق عن موسى بن نصير الرازي عن محمد عن أبي حنيفة . وتفقه عليه ابو الحسن الكرخي (عبدالله) وأبو طاهر الدباس وأبو عمر الطبري ، وقتل فى واقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة وثلثمائة (الفوائد البهية ، ص١٩ـ٢٠) وبردع بكسر الباء وسكون الراء المهملة وفتح الدال المهملة فى اخره عين مهملة بلدة من أقصى بلاد اذربيجان . كذا ضبطه عبدالقادر في الجواهر المضيئة .

(٢) جاء في سبل السلام للصنعانى (١٣٢/٤) في صدد حديث : البينة على المدعى واليمين على من انكر : « والحديث دال على انه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه لمجرد دعواه ، بل يحتاج الى البينة أو تصديق المدعى عليه ، فان طلب يمين المدعى عليه فله ذلك ، والى هذا ذهب سلف الامة وخلفها . قال العلماء : والحكمة فى كون البينة على المدعى ان جانب المدعى ضعيف لانه يدعى خلاف الظاهر ، فكلف الحجة القوية وهى البينة ، فيقوى بها ضعف المدعى ، وجانب المدعى عليه قوى ، لان الاصل فراغ ذمته ، فاكتفى منه باليمين ، وهى حجة ضعيفة » .

(٣) في نسخة مينخ بعد هذه العبارة : (قال البينة على المدعي فصل الخطاب) . والصحيح ما أثبتناه من النسخة المعتمدة وفي نسخة مينخ اضطراب في هذا الصدد .

(٤)

أن يكون فهيما •
وأن يكون عفيفا •
وأن يكون صابرا •
وأن يكون عادلا •
سؤولا عن العلم[1] •

فصل

٥٩٥ـ واختلف أصحابنا في[2] المدعى من هو ؟

٥٩٦ـ فقال الكرخي رحمه الله :

هو الذى يقصد بدعواه اثبات حق على الغير في يده أو في ذمته[3]، والمدعى عليه من لاتوجد هذه الصفة فيه •

٥٩٧ـ واعترض عليه بأن من في يديه الشيء اذا ادعاه على الخارج[4] أنه اشتراه منه فهو مدع ، ولا يقصد ماقال •

٥٩٨ـ ومن أصحابنا من قال المدعى هو الذى يقصد أمرا خفيا ليزيل به أمرا جليا[4] •

٥٩٩ـ ومنهم من قال :

المدعى هو الذى يدعى أمرا حادثا ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، والزم عليه مسئلة الشك •

٦٠٠ـ ومنهم من قال :

---

(١) في نسخة مينخ : وان يكون علاما مسؤولا •
(٢) في نسخة مينخ : عن •
(٣) من هذا يستفاد ان الحقوق في الفقه الاسلامي تقسم الى حق في العين وحق فى الذمة (العين والدين) •
(٤) الخارج ههنا يقابل فى مصطلح المرافعات المدنية الشخص الثالث •

المدعي هو الذى فى قوله نعم وبلى وايش والمدعى عليه من في قوله لا ولم وما

٦٠١- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى اذا تَرك تُرك والمدعى عليه اذا ترك لم يترك .

٦٠٢- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى (يقول)[1] مايضر به الغير وينفع به نفسه والمدعى عليه من يقول ماينفع به نفسه وان لم يضر به غيره .

٦٠٣- وقال محمد في كتاب الدعوى :

المدعي هو الطالب .

والمدعى عليه هو المنكر .

٦٠٤- وكل هذه الوجوه ذكرها رحمه الله وعليها كلام حذفته .

شرط الصفة (المصلحة)

٦٠٥- وينبغي أن يكون المدعى عاقلا على صفة يصح معها قوله ، وتسمع دعواه ، ولا فرق فى المدعى بين الحر والعبد ، والذكر والانثى ، والبالغ والصبي المأذون له ، والطالب لنفسه أو لغيره ، اذا كان له ولاية على الغير أو قد اذن له فى ذلك مما تجوز فيه النيابة .

٦٠٦- واذ قد ذكرنا صفة المدعي فينبغي أن نذكر جواز العدوى بقوله :

---

(١) من نسختى قليج ومينخ .

(٤) عبارة : « ليزيل به أمرا جليا » من نسختى مينخ وقليج ، أما النسخة المعتمدة فمضطربة ، فقد ورد فيها بدلا من ذلك « ليس يلزم أم جليا » .

جواز العـدوى بقول المدعى(١)

٦٠٧ ـ اتفق اصحابنا على جواز العدوى بقول المدعى قبل أن يعلم انه محق أو مبطل(٢) اذا كان المدعى عليه فى المصر •

٦٠٨ ـ قال ابو يوسف : على هذا ادركنا الناس ، وكان ابن ابى ليـلى يفعله ولا ينكره ابو حنيفة ولا يعيبه •

٦٠٩ ـ وهو قول الشافعى ايضا واصحابه •

٦١٠ ـ وقد رأيت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله اذا جاءه أحد يستعدى على بعض الكبار رأسله وقال له :

ـ أما ان ترضى خصمك أو تحضر مجلس الحكم وكان ربما انفد الى كل واحد بوكيله على باب الحكم •

وكان لا يعجل بالاستدعاء ، وهو فعل لا يبعد عن الصواب ، وله وجه •

٦١١ ـ وقال الطحاوى فى أدبه :

ـ اذا استعدى على رجل قال له :

من هو ؟

فاذا قال : فلان •

قال له :

ـ ادعه الى

فان قال : دعوته فلم يجب

قـــال :

---

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري :

ـ استعديت عليه الامير فاعدانى ، ولى قبله عدوى ، أى استعداء •

وفي القاموس المحيط فى مادة عدا:

ـ اعدى الامرَ جاوز غيره اليه ، وزيداً عليه نصره واعانه وقواه ، واستعداه استغاثه واستنصره •

(٢) فى نسـخة مينـخ أو باطـل والصـواب مـا اثبتنـاه كمـا في نسخة قليج •

سادفع اليه طابعا[1] « حينئذ ، وان شاء الله احلفه انه امتنع وهو قادر على المجيء » .

٦١٢ ـ فاذا دفع اليه طابعا »[1] فان قال لا يحضر بهذا الطابع فلان فلو ناديناه بشاهدين يشهدان على امتناعه ، كان ذلك صوابا .

٦١٣ ـ وقد روى الخصاف فى جواز العدوى بقول الخصم اخبارا منها ان رجلا من اراش (كذا) قدم مكة بابل وقباعها من ابى جهل فمطله وظلمه فقام فى المسجد فقال :

ـ يا معشر قريش ! أنى رجل غريب ابن سبيل ، وانى بعت ابلا من ابى جهل فمطلنى وظلمني ، فمن رجل يعديني عليه فيأخذ لى بحقي ؟

قال ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى المجلس جالس ، فقالوا :

ذلك الرجل يعديك عليه ، فانطلق اليه فذكر له ذلك فقام معه .

وبعثت قريش فى اثرهما رجلا ، وانما فعلوا ذلك استهزاء لما قد علموا بين النبى صلى الله عليه وسلم وبين ابى جهل من العداوة .

قال فأتى الباب فضربه ، فقيل من هذا ؟

فقال محمد :

فخرج أبو جهل وما في وجهه رائعة[3] من الذعر .

فقال :

ـ اعط هذا حقه .

قال :

---

(١) فى القاموس المحيط فى مادة الطبع : طبع عليه كمنع ختم ، والطبع المثال والصيغة والختم ، وهو التأثير في العين ونحوه ، والطابع وتكسر الباء مِيسَم الفرائض ، وهذا طبعان الامير بالضم طينه الذى يختم به .

(٢) هذه الزيادة من نسخة مينخ وقليج .

(٣) كذا وفي نسختي مينخ وقليج : رايحة .

نعم ، فدخل فاخرج حقه واعطاه اياه فجاء الرسـول فأخبرهم ، وجاء الرجل فوقف عليهم فقال :

ـ جزاه الله خيرا فقد أخذ لى بحقى .

قل فلم ينصرفوا[1] ان جاء أبو جهل فقالوا :

ـ ويلك ما صنعت ؟!

فقـال :

ـ والله ما هو ان ضرب على الباب .

فقـال محمد فذهب قوامى[2] فخرجت اليه واذا معـه فحل ما رأيت مثل هامته وانيابه لفحل قط ان كاد ليأكلنى لو امتنعت ، فوا الله ما ملكت نفسى ان أعطيت حقه .

٦١٤ـ وهذا الخبر قد دل على جواز العدوى بقول الخصم ، لانه قبـل عليه السلام قوله في ذلك ، ودل على أن الفحل الذى معه وما لحق ابا جهل منه معجزة له صلى الله وعليه اذ مثل ذلك لا يكون الا لنبي والشاهد له بذلك مثل ابى جهل الذى لو قدر على غير ذلك لفعل .

٦١٥ـ وقد تقـدم حديث عمر رضى الله عنه وانفاذه الى زوجة الذى قال له انه وجد معها عبده بأبى واقد[3] .

٦١٦ ـ وقد روى في ذلك اخبار (كثيرة) وهو فعل الحكام اليوم في البلاد.

٦١٧ ـ ورأيت في بلد الرحبة في باب الجامع مسمارا عليه ختم القاضى ، فاذا اراد احد احضار خصمه قصد باب الجامع وطبع عليه الشمع ، وحمل خصمه الى القاضى ، ولا يجسر أحد على رد الخاتم ، وفيه منفعة كثيرة للضعيف وهيبة على القوى ، ولا أعلم من سن ذلك من القضاة ، ولا سمعت في ذلك شيئا فأحكيه.

٦١٨ ـ وذكر الخصاف انه كان على خاتم سعيد بن اشوع الهمدانى قاضى الكوفة : اجب (القاضى) سعيد بن اشوع .

---

(١) في نسختى مينخ وقليج : فلم يتفرقوا .

(٢) كذا وفي نسخة قليج : قدامى .

(٣) انظر ترجمته فى الرقم ٣٦٠ ص١٢٧ .

٦١٩ ـ واذ قد ذكرنا جواز العدوى بقوله فالى أى موضع يعدى عليه القاضى ٠

باب الموضع الذى يعدى عليه

وهذا باب الموضع الذى يعدى القاضى على الخصوم :

٦٢٠ ـ اتفق اصحابنا وأصحاب الشافعى على انه يعدى على الخصم اذا كان في المصر أو خارجا عن المصر في موضع يمكن الرجوع اليه ، وان بيت المدعى عليه فيه في بقية يومه ، فأما اذا كان خارجا عن المصر ، بعيدا لا يقدر على الرجوع في يومه الى بيته ومنزله لم يحضره حتى يقيم البينة عليه بالحق ، ويكتب الى الوالى باحضاره ، ولا يعطيه خاتما لانه يصعب على من خارج المصر الشهود على رد الخاتم[١] ، وفى الحاضر لا يصعب ذلك ٠

٦٢١ ـ وقد قال اصحاب الشافعى في الغائب انه لا يحضره حتى يحقق الحق ، غير انهم قالوا ان كان الغائب في موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما ، وان لم يكن من ينظر بينهما يحضره حتى يحقق الدعوى كما يقول ، قالوا لانه يجوز أن يكون ما يدعيه عنده لا يستحق احضاره كثمن الكلب وقيمة الخمر للنصارى[٢] ٠

« لانه يشق عليه الحضور لما لا يجب عليه ، وليس هذا كالحاضر فانه لا يشق عليه الحضور ٠ قالوا فاذا حقق الدعوى على الغائب احضره لان ابا بكر رضى الله عنه كتب الى المهاجر بن أميه[٣] ان ابعث الى بقيس بن المكشوح واحلفه

---

(١) فى نسخة منيخ : الخاتم ٠

(٢) ما بعد هذه الكلمة من نسختى منيخ وقليج ٠

(٣) جاء فى اسد الغابة (٤/٤٢٢ـ٤٢٣) انه المهاجر بن أمية بن المغيرة ابن عبدالله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي أخو أم سلمة زوج النبى (ص) لأبيها وأمها ، كان اسمه الوليد فكرهه رسول الله (ص) وسماه المهاجر ، وارسل رسول الله (ص) المهاجر الى الحارث بن عبد كلال الحميري باليمن ، وتخلف عن

على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسين يمينا انه ما قتل داودية (كذا) .

لانه لو لم يلزمه الحضور ادى ذلك الى ابطال حقه .

٦٢٢ ـ واذ قد بينا الموضع يحضر منه في البلد وخارجه فلنذكر كيفيه احضار الخصم»[1] .

باب كيفية احضار الخصم الى القاضى

٦٢٣ ـ وينبغى للقاضى اذا أراد احضار خصم أن يدعوه بأرفق الوجوه ، وأجمل الاقوال ، لانه يدعوه الى حكم الله ودينه .

٦٢٤ ـ وعلى المدعى عليه الاجابة الى ذلك ، ولا يسعه التأخير .

دليل القاعدة

٦٢٥ ـ قال الله تعالى :

« واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون ، وان يكن لهم الحق يأتوا اليه مذعنين ، في قلوبهم مرض ، أم ارتابوا ، أم يخافون أن يحيف[1] الله عليهم ورسوله ، بل اؤلئك هم الظالمون ، انما كان قول المؤمنين

رسول الله (ص) بتبوك فرجع رسول الله (ص) وهو عاتب عليه فشفعت فيه أخته أم سلمة فقبل شفاعتها ، فاحضرته فاعتذر الى النبي ، فرضى عليه ، واستعمله رسول الله على صدقات كندة والصدف ، فتوفى رسول الله (ص) ولم يسر اليها ، فبعثه أبو بكر (رض) الى قتال من باليمن من المرتدين ، فلما فرغ سار الى عمله ، فسار الى ما ذكره له ابو بكر ، وهو الذى فتح حصن الخير بحضرموت مع زياد بن لبيد الانصاري ، وسير الاشعث بن قيس الى ابي بكر اسيراً ، وله في قتال الردة باليمن أثر كبير » . أ هـ .

(١) الى هنا تنتهى عبارة نسختى مينخ وقليج .

(٢) الحيف الميل فى الحكم والجور والظلم ، حاف عليه فى حكمه يحيف حيفا مال حار ، ورجل حائفٌ من قوم حافة وحيَّف وحُيُف ... وفى التنزيل ان يحيف الله عليهم ورسوله أي يجور ، وفى حديث عمر (ر) « حتى لا يطمع شريف فى حيفك أى فى ميلك معه لشرفه (لسان العرب) .

أن يقولوا سمعنا وأطعنا[1] . »

فأدب الله تعالى احسن الاداب ، وقوله اصدق القول .

٦٢٦ـ فكما يجب على المدعى الترفق بخصمه ليتمكن من استيفاء حقه ، فكذلك يجب على المطلوب الاجابة الى ما يدعى اليه ، وأيهما تعدى ما قلناه اثم ، وربما فسق ان لم يكن له عذر .

٦٢٧ ـ وان امتنع عليه : فان كان لغير عذر اثم ، وان كان لعذر لم يأثم .

٦٢٨ ـ وهذا يوجب ان نذكر العذر الذى يسقط الحضور .

باب العذر الذى يسقط الحضور

وهذا باب العذر الذى يسقط الحضور .

٦٢٩ ـ اتفق الفقهاء على أن المرض الذى لا يستطيع معه الحضور بنفسه الى الحكم يسقط الحضور عنه ، لان المرض يسقط الصيام وأركان الصلاة الواجبة والصوم ، فجاز أن يسقط الحضور .

٦٣٠ ـ ويسقط الحضور أن تكون امرأة غير برزة ، لان الحياء في النساء يمنع من استيفاء[2] مالها من الحق .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « واغد يا انس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ولم يكلفها الحضور مع اعتراف من اعترف انه زنا بها .

وكذلك قال عمر لابى واقد الليثى في امرأة الرجل الذى زعم انه وجد عبده معها ولم يكلفها الحضور .

٦٣١ ـ والجنون يسقط الحضور ، وكذلك زوال العقل بالسكر والاغماء .

---

(١) النور .

(٢) كلمة استيفاء لم ترد فى نسخة منيخ وانما وردت في نسخة قليج .

٦٣٢ ـ وأما كيفية القضاء عليهم فسنذكر ذلك في باب ما يجوز القضاء على المريض والمخدرة ان شاء الله .

٦٣٣ ـ واذ قد ذكرنا العذر فلنذكر الامتناع .

باب الامتناع من الحضور الى القاضى

وهذا باب يذكر فيه الامتناع من الحضور الى القاضى :

٦٣٤ ـ واذا امتنع الخصم من الحضور مع خصمه قبل أن يدعوه القاضى الى الحكم لم يكن للحاكم تأديبه على ذلك اذا صح عنده ، وان قلنا انه يأثم .

٦٣٥ ـ واما اذا وردته طينة القاضى وخاتمه والمحضر فان القاضى يحضره بالوالى .

٦٣٦ ـ ويتقدم بما يراه من تأديبه اذا شهد عنده شاهدان بامتناعه ، ولا يسأل عنهما بعد أن يكونا مستورين ، ان شاء حبسه قليلا وان شاء كثيرا وان رأى تأديبه بكشف الرأس وغير ذلك مما يكون فيه اقامة حشمة الحكم .

فصل

٦٣٧ ـ وقال اسماعيل بن حماد بن ابى حنيفة :

أربعة من الشهود لا يسأل عنهم :

شاهد رد الطينة[1] .

وشاهدتعديل العلانية .

وشاهد المعرفة الذى يدعو به القاضى من غير قرعة .

والرجل يستعدى على الرجل يريد اشخاصه الى المصر فيقيم عليه شاهدين بحق يدعيه قبله .

---

(١) فى لسان العرب : الطينة قطعة من الطين يختم بها الصك ونحوه ، وطنت الكتاب طينا ، جعلت عليه طينا لاختمه به ، وطان الكتاب طينا وطينة ختمه بالطين .

٦٣٨ ـ وقال ابن سماعة[١] : اسأل عن شاهدى رد الطينة والاشخاص .

٦٣٩ ـ وان حضر المدعى وقال :

ـ قد توارى خصمى فى منزله ولا يحضر معى الحكم .

فانه يأمر الوالى باحضاره .

٦٤٠ـ فان قال الوالى لم أظفر بالرجل وانا اطلبه، واذا ظفرت به احضرته[٢] فقال المدعى للقاضى :

ـ اختم لى على منزله فانه فيه .

لم يجبه القاضى الى ذلك حتى يشهد عنده اثنان انه فى منزله ، بعد ان يقولوا اليوم رأيناه او امس أو منذ ثلاثة أيام فيجيبه الى ذلك ويختم .

٦٤١ ـ وان كانت رؤية قديمة لم يختم .

٦٤٢ ـ فاذا ختم على منزله بشهادة الشهود فحضر المدعى عليه ، والخاتم على بابه ، فقال المدعى انه لا يحضر ، وقد جلس فى منزله فانصب له وكيلا ، واستمع من شهودى عليه ، فان ابا حنيفة ومحمد قالا : لا ينصب له وكيلا ولا يقضى .

لان نصب الوكيل قضاء عليه .

٦٤٣ ـ وقال أبو يوسف :

اذا صح عند القاضى انه فى منزله نادى على بابه ثلاثا : أنه ان لم تحضر قضيت عليك .

فان لم يحضر اقام قيما وسمع من البينة .

٦٤٤ ـ وقد روى عن ابى يوسف مثل قول ابى حنيفة انه لا ينصب عنه وكيلا .

---

(١) هو محمد بن سماعة العراقى من تلامذة ابى يوسف .

(٢) الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب وقد ظفر به وعليه وظفره ظفراً مثل لحق به ولحقه فهو ظفِر ، واظفره الله به وعليه وظفّره به تظفيرا (لسان العرب).

٦٤٥ ـ وقال الخصاف عنه انه قال فى كتاب أدب القاضى[١] : « ولو حضر بكتاب الى قاض بحق على رجل فلم يحضر المطلوب ، ولم يوكل فشهد بذلك الشهود فانه يقبل كتاب القاضى والبينة وينفذ القضاء عليه .

الهجوم على الغائب والتسمير

٦٤٦ ـ وقد حكى الطحاوى فى أدب القضاء الصغير له ان بعضهم كان يرى الهجوم على الغايب ، وبعضهم لا يراه ، وبعضهم يسرى التسمير على الابواب وبعضهم لا يراه .

٦٤٧ ـ وقال بعض الحكام :

أجلس رجلا على بابه ، ويمنع من الدخول والخروج من منزله ، الا من الطعام والشراب فانه لا يمنع عنهما ، ويضيق عليه حتى يخرج فيحكم عليه .

ترتيب الهجوم

٦٤٨ ـ قال الخصاف :

ومن رأى الهجوم من اصحابنا على الخصم فى منزله اذا تبين ذلك فيكون ذلك بالنساء والخدم والرجال فيقدم النساء فى الدخول ويدخلون نساء المطلوب فى بيت ثم يفتش الدار ثم يدخل البيت الذى فيه النساء خاصة ، فاذا وجد اخرج .

الهجوم على غفله

٦٤٩ ـ ولا يكون الهجوم الا على غفلة من غير استئمار ، يدخل النساء اولا ، فاذا تقدمن فى المنزل من النساء دخل الرجال .

---

(١) الاشارة ههنا الى كتاب ادب القاضى لابى يوسف .

نقد مبدأ الهجوم على الغائب

٦٥٠ ـ وهذا الوجه عندى ضعيف ، لانه ربما كان الخصم وحده فى البيت ، فكما لا يجوز دخول الرجال على النساء ، لا يجوز أيضا دخول النساء على الرجال ، وهذا أمر يتوهم[١] ، فعلة المنع حاصلة ، فينبغي ان لا يجوز .

٦٥١ ـ وقد روى الخصاف ان علي بن ابى طالب رضى الله عنه استعمل عبدالرحمن بن محزم على الرى فأخذ المال وتوارى عند نعيم بن دجاجة الاسدى، فارسل عليه رضى الله عنه من يخرجه من دار نعيم ، فجاء نعيم معهم الى علي فقال له :

ـ ان مفارقتك لكفر وان المقام معك لذل .

فأمر بالكف عنه .

٦٥٢ ـ وعن عمر رضى الله عنه انه بلغه عن نائحة[٢] في ناحية في المدينة يجتمع عندها[١] فأتاها فهجم عليها في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها[٣] .

فقيل له :

ـ يا أمير المؤمنين ! ان خمارها قد سقط .

فقال :

لا حرمة لها :

ذكره الخصاف أيضا .

٦٥٣ ـ ولا اعرف لاصحاب الشافعى فى الهجم والتسمير وما ذكرناه قولا فاحكيه ، الا ما قدمناه ان الوالى يحضره اذا امتنع ، فاما هذا التفصيل فلم أره فيما حضر من كتبهم عند تأليف هذا الكتاب .

---

(١) يتوهم ههنا بمعنى يتصور . اى انه من الامور الممكنة .

(٢) اى ان بيتها كان من بيوت الدعارة وانها كانت تجمع فيه بين الرجال والنساء ، وقد كان البغاء معروفا فى الجاهلية فحرم فى الاسلام .

(٣) في لسان العرب : الدّرة بالكسر التى تضرب بها عربية معروفة ، وفي التهذيب الدرة درة السلطان التى يضرب بها .

٦٥٤ ـ واذ قد ذكرنا حكم الامتناع من الحضور فهل يستوى الرجال والنساء ام يختلفون ؟

وهذا يقتضى ذكر مالهن وعليهن .

باب دعوى النساء والدعوى عليهن

وهذا باب يذكر فيه دعوى النساء والدعوى عليهن .

٦٥٥ ـ اعلم ان حكم النساء حكم الرجال فى الخصام والمنازعات : الحرة كالحر والامة كالعبد لا يختلفان فى الدعاوى والبينات ولا الايمان ولا المحاكمات : ملكها كملك الرجل فيما يملك من الاموال وحدها كحده وقذفها كقذفه وقتلها كقتله ، وما يفترقان فيه من الاحكام فانما هو مستثنى من هذا الاصل

٦٥٦ ـ واذا استعدى رجل على امرأة او امرأة على امرأة الى القاضى ، وادعى عليها مالا فى يدها او دينا فى ذمتها او حقا يجب القضاء به والحكم اذا وجد شرط الحكم فان القاضى يحضرها كما يحضر الرجل الا ان تكون غير برزه فلا يحضرها ولكنه ينفذ اليها من يسألها عن دعوى خصمها .

٦٥٧ ـ وسنذكر كيفة القضاء عليها فى باب القضاء على من له عذر يمنعه من الحضور .

٦٥٨ ـ واما اذا كانت مخدرة ، وكان لها حق على غيرها . من قريب أو بعيد أو زوج فارسلت الى القاضى وسألته العدوى على خصمها ، فانه ينفذ اليها شاهدين وبعض الوكلاء فتوكل فى ذلك ، ويشهد الشهود عليها ، ويدعى الوكيل بما يتوجه لها من حق . فان وجب عليها يمين فيما يقضى به للوكيل لها فانه يرسل اليها من يسأل عن ذلك ، ويستوفى اليمين ان كان اليمين يجب عليها .

٦٥٩ ـ وسنذكر فيما بعد ما يقبل قولها فيه بلا يمين ، وما يقبل مع يمينها ، ونذكر الخلاف في ذلك في مواضعه ان شاء الله تعالى .

٦٦٠ ـ هذا حكم الاحرار والحرايز اذا كانوا من أهل التكليف قد ذكرناه • وبقى حكم الرقيق •

باب دعوى العبيد والمكاتبين

ومن فيه رق

٦٦١ ـ والعبيد والرقيق على ضربين : منهم من يتصرف لنفسه ومنهم من يتصرف لغيره •

٦٦٢ ـ فالمكاتب يتصرف لنفسه في سائر عقود المعاملات من البيع والشراء والشركة والمضاربات والمطالبة بالشفعة والاجارات • وهو كالحر فيما يدعي على غيره من العقود والجنايات ، ويثبت بينه وبين مولاه اروش الجنايات ، وقيم المتلفات والشفع والاشرية والرد بالعيب ، وهو فى هذه الاحكام معه كالاجنبى وهو كالعبد في النكاح والهبة والتبرعات وعتق ما في يديه من الرقيق•

٦٦٣ ـ وسنذكر ما فيه من الخلاف في كتابه ان شاء الله •

٦٦٤ ـ والعبد المأذون كالمكاتب اذا كان عليه دين ، وكالعبد المحجور اذا لم يكن عليه دين •

٦٦٥ ـ والمعتق بعضه كالمكاتب عند ابى حنيفة •

٦٦٦ ـ واذا ادعى رجل على مكاتب دعوى في نفس أو طرف أو مال أو غصب أو اتلاف فان القاضى يسمع الدعوى ويعدى عليه •

٦٦٧ ـ وكذلك اذا ادعى المكاتب تسمع دعواه ، واعدى القاضى على خصمه ، ونظر فيما يدعيه فحكم عليه به اذا كان مثله مما يحكم به •

٦٦٨ ـ وكذلك حكم المأذون له فى التجارة •

٦٦٩ ـ والمكاتبة كالمكاتب ، والمأذونة كالمأذون ، وكذلك المعتق بعضها كالمعتق بعضه .

٦٧٠ ـ وأما العبد القن والامة القن[1] فهما فى الدعاوى بخلاف من ذكرنا الا فى دعوى العتق والكتابة والتدبير على المولى ، فان دعوى العبد القن على مولاه تسمع ، ويسأل المولى عنها ، وكذلك التدبير والكتابة والاستيلاد .

٦٧١ ـ فأما الجنايات والعقود بغير اذن المولى لا تسمع ، بل الخصم في ذلك هو المولى .

٦٧٢ ـ واذ قد ذكرنا حكم دعوى البالغ الحر والعبد المأذون ومن ذكرناه فبقى دعوى الغير عن الغير .

باب دعوى الولى عن الصغير

وهذا باب دعوى الولى عن الصغير :

٦٧٣ ـ اعلم ان الصغير لما كان غير مكلف وكان يحتاج الى ما يحتاج البالغ من المأكول والمشروب والملبوس والتعليم ، وكان عاجزا عن ذلك غير كامل ولا مكلف رخص الشرع فى التصرف في ماله لوليه كأبيه وجده اذا كانا من أهل الولاية .

---

(١) يراد بالعبد القن غير المدبر ولا المكاتب ولا من اعتق بعضه لان العبد القن في اللغة هو العبد للتعبيدة أو هو الذى ملك هو وابواه وخالص العبودة وقال اللحيانى العبد القن الذى ولد عندك ولا يستطيع ان يخرج عنك والقن يقال للمفرد والاثنين والجمع والمؤنث وقد حكي في جمعه اقنان واقنة والاخيرة نادرة . قال جرير :

ان سليطا فى الخسار انه ابناء قوم خلقوا أقنه

والانثى قن بغير هاء ويقابل العبد القن عبد الملكة وكأن القن مأخوذ من القنية وهى الملك .

واقتن قنا اتخذه وانه لعبد بين القنانة أو القِنانة والقنونة .

صفات الولى على الصغير

٦٧٤ ـ وانما يكونان كذلك اذا كانا عدلين أمينين ، لا اختلاف بينهما في دين ولا دار ولهما ضبط وتمييز .

شرط تصرف الولى عليه

٦٧٥ ـ ولا يجوز تصرف الولى عليه حتى يكون للصبى فيه النفع ، ولا يكون عليه فيه مضرة .

٦٧٦ ـ ولا يبيع ما فيه غبن ماله .

٦٧٧ ـ وليس له اسقاط حقوقه الواجبة له بغير عوض يحصل له ، أو غرض يوفى على ذلك .

٦٧٨ ـ وسنبين في المعاملات ما يجب من ذلك وأما الغرض ههنا انه يجوز للولى أن يدعى الحق الذى يجب للصغير على غيره من أثمان البياعات وقيم المتلفات واروش الجنايات .

٦٧٩ ـ وله أن يقيم البينة بذلك .

٦٨٠ ـ ويتسلم ما قضى به للصبى من ثمن أو مهر أو أجرة أو نفقة .

٦٨١ ـ وهو اولى بالتصرف من الحاكم والام وسائر الاقارب .

٦٨٢ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « أنت ومالك لابيك » .

٦٨٣ ـ وأول فائدة هذه الاضافة ان تفيد جواز التصرف .

٦٨٤ ـ وله أن يستنيب في الخصومة . ويوكل في كل ما يجوز أن يتولاه بنفسه .

٦٨٥ ـ وكل تصرفه يلزم الصبى بعد بلوغه • وليس له ابطال ما اجزنا له التصرف فيه بعد البلوغ •

٦٨٦ ـ ولما كان له التصرف بنفسه وبغيره ، وجب ذكر جواز نيابة الغير •

باب جواز دعوى الوكيل لغيره

وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى الوكيل لغيره •

٦٨٧ ـ اعلم ان الوكيل اذا صحت وكالته ولزمت حجته جاز للقاضى أن يسمع دعواه ، والدعوى عليه فيما يصح أن يتولاه لغيره •

٦٨٨ ـ وهو كالولى ، لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن امية الضمرى[١] في تزويج أم حبيبة ، وعروة البارقى[٢] في شراء اضحية • وكذلك ائمة العدل ووجوه الصحابة والتابعين ، وهو عمل الناس في جميع الامصار •

٦٨٩ ـ وللوكيل المخاصمة فيما وكل به ما لم يخرج من الوكالة بموت

---

(١) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبدالله الكيالى الضمرى ، يكنى ابا أمية ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل حبيب بن عدى من الخشبة التى صلب عليها، وارسله الى النجاشى وكيلا فعقد له على أم حبيبة بنت ابى سفيان واسلم قديما وهو من مهاجرة الحبشة ثم هاجر الى المدينة واول مشاهده بئر معونة ، كان رسول الله يبعثه في اموره وكان من انجاد العرب نجدة وجراءة ، روى عنه اولاده جعفر والفضل وعبدالله وابن اخيه الزبرقان بن عبدالله بن أمية ، وهو معدود من اهل الحجاز ، وتوفى فى اخر أيام معاوية قبل الستين (اسد الغابة ٤/٨٥ـ٨٦) •

(٢) هو عروة بن عياض بن ابى الجعد البارقى ، وبارق من الازد ، ويقال ان بارقا جبل نزله بعض الازد فنسبوا اليه ، استعمله عمر بن الخطاب على قضاء الكوفة وضم اليه سلمان من ربيعة الباهلى وذلك قبل ان يستقضى شريحا • وهو من جلة من سير الى الشام من أهل الكوفة في خلافة عثمان بن عفان (ر) (اسد الغابة ٣/٤٠٤ ـ ٤٠٥) •

الموكل أو موت من وكل عليه أو عزل نفسه او عزل من وكله أو بلوغ من وكل له من الصغار أو موتهم .

٦٩٠ – وسنذكر في كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف في مسائل الخلاف في ذلك .

٦٩١ – وتصرف الوكيل موقوف على الأمر ، فليس له ان يتصرف فى غير ما امر به .

٦٩٢ – وقد يتصرف عن البالغ تارة وعن الصغير أخرى .

٦٩٣ – ولما جاز أن يموت الوكيل والولى ويحتاج الصغير الى من يتصرف عليه وجب ذكر ذلك ، وليس ذلك الا الى الامين .

وهذا باب يذكر فيه دعوى الامين

نصب الامنـــاء

٦٩٤ – ولما كان القاضى منصوبا للتصرف فى مصالح المسلمين ، وهو نائب عن الامام ، وكان يجب عليه حفظ ما انتهى اليه من أمر او مال او حفظ ضالة أو تسلم مال تركة أو وقف أو وصية ، وكان لا يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه ، ولا يقوم بحفظ ما يجب عليه لكثرته ، جعل الشرع له ان ينصب الامناء على الايتام والوقوف ومال من غاب من الناس ، وبيع ما يحب بيعه وحفظ ثمنه ، وكان مصونا عن ان يدعى عليه الدعاوى فى عقوده وما يأمر به جعل ذلك الى أمينه ليخرج من هذه العهدة[1] فلهذا قلنا يجوز للامين ان يدعى عن غيره وان يدعى عليه ما يجب على الغير اذا لم يمكن أن يقضى عليه .

---

(١) العهدة بالضم : كتاب الحلف ، وكتاب الشراء ، والضعف فى الخط وفى العقل والرجعة ، تقول : لا عهدة لى ، اى لا رجعة ، وعهدته على فلان ما ادرك فيه من درك فاصلاحه عليه واستعهد من صاحبه اشترط عليه وكتب عليه عهدة ، وفلانا من نفســـه ضمنه حوادث نفسه . وككتف من يتعاهـــد الامور والولايات (القاموس المحيط)

٦٩٥ ـ ويكون الامين كالولى والوكيل فى ذلك •

٦٩٦ ـ وهذا لا خلاف فيه ان للقاضى ان يفعله بمطلق الولاية ، ويستفيده بنظر الحكم •

اطلاق التصرف للامين وتقييده

٦٩٧ ـ وقد يجعل القاضى ألى الامين التصرف على سبيل العموم تارة وعلى سبيل الخصوص اخرى •

٦٩٨ ـ وهذا يقتضى ذكر ما يصير به تصرفه عاما ، وذلك انما يكون بان يجعله وصيا •

باب دعوى الوصى

وهذا باب يذكر فيه دعوى الوصى :

٦٩٩ ـ اعلم انه لما كان التصرف يقع على وجهين عن الغير : فى حال الحياة وفيما بعد الموت جوز له ان يوكل حال الحياة وان يوصى الى غيره بعد الموت•

٧٠٠ ـ فالوكيل لا يتصرف بعد موت الموكل فيما وكل به • والوصى لا يتصرف حال حياة الموصى فيما اسند اليه بلا خلاف فى هذه الجملة •

٧٠١ ـ ويكون الوصى وصيا من جهة الانسان فى ماله ، وفيما يتعلق به ، ويكون وصيا فيما يتعلق بغيره كولده •

٧٠٢ ـ وتثبت الوصية للوصى بالاب والجد وأن علا فى حق صغار ولده ، ويكون وصيا بقول القاضى له : جعلتك وصيا على مال فلان أو ورثته الصغار •

٧٠٣ ـ وسنذكر فى الوصايا ما يجوز تصرفه فيه وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف فى مسائل الوصايا ان شاء الله ، وانما ذكرنا ههنا جواز دعواه والدعوى عليه •

٧٠٤ ـ واذ قد ذكرنا ذلك ، وجب ان نذكر حكم الدعوى له ولغيره .

باب دعوى الشريك والدعوى عليه

وهذا باب دعوى الشريك والدعوى عليه .

أنواع الشركات

٧٠٥ ـ والشركة على ضربين : شركة عقود ، وشركة املاك .

شركة الاملاك

٧٠٦ ـ وشركة الاملاك تصح ويثبت حكمها من المكلف وغير المكلف كالميراث والوصية واروش الاتلاف ، وما يدعى على الميت ويدعيه له ، فالواحد ينوب فيه عن الجماعة .

شركة العقود وانواعها

٧٠٧ ـ والشركة فى العقود تنقسم الى اربعة أقسام :
منها مفاوضة .
ومنها عنـــان .
ومنها شركة ابدان .
والرابع شركة وجوه .

٧٠٨ ـ وسنذكر فى كتاب الشركة حكم ذلك ، والخلاف فيه .
وانما ذكرنا ههنا دعوى الشريك على غيره بما يجب لشريكه ، والدعوى عليه . وهذا مجمع على صحته اذا صحت الشـــركة بأن يدعى انه اشـــترى له ولشريكه .

٧٠٩ ـ واذ قد ذكرنا جواز دعوى الشريك فى الوجوه الاربعة ، وكان من الشركة ما يكون من أحد الجانبين مال ومن الاخر عمل وجب ذكر ذلك.

باب دعـوى المضارب(١)

وهذا باب دعوى المضارب .

٧١٠ ـ والمضاربة اذا صحت جاز للعامل الدعوى على غيره لمال المضاربة ، وتكون كدعواه ودعوى رب المال اذا اجتمعا فى الدعوى لذلك .

٧١١ ـ وسنذكر فى كتاب المضاربة ما يدعيه كل واحد على صاحبه ، وعلى غيره . ونذكر الخلاف فيما فيه خلاف والوفاق فيما فيه وفاق .

٧١٢ ـ واذ قد ذكرنا ذلك وجب ذكر دعوى المولى عن العبيد .

باب دعوى المولى على عبده وعن عبده

وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى المولى على عبده وعن عبده .

٧١٣ ـ أما ما يدعيه عن عبده فهو كل حق يجب للمولى ويكون قوله فيه مقبولا كالجناية عليه خطأ .

٧١٤ ـ وكل مالا يقبل فيه قوله على العبد فالخصم فيه العبد ، وهـذا كالقتل العمد والردة والزنا والقذف والسرقة اذا كانت الدعوى لطلب القطع ،وان كانت لوجوب الضمان سمعت على المولى .

٧١٥ ـ وسنذكر فى العتاق والكتابة والتدبير والاستيلاد دعوى العبد على مولاه ، ودعوى المولى عليه ان شاء الله ، ونذكر الخلاف فى ذلك والوفاق ، ونرتب ذلك كما رتبنا غيره .

٧١٦ ـ واذ قد ذكرنا حكم المقضى له ، وهو المدعى فلنذكر حكم المقضى عليه وهو المدعى عليه .

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضرب : ضرب في التجارة وفي الارض وفى سبيل الله ، وضاربه في المال مضاربة ، وهي القراض [في مصطلح الفقه المالكى] والمضاربة ان تعطي انسانا من مالك ما يتجر فيه ، على ان يكون الربح بينكما ، أو يكون له سهم معلوم من الربح ، وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق ، قال تعالى « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله . قال وعلى قياس هذا يقال للعامل ضارب" ، لأنه هو الذي يضرب في الارض . قال وجائز ان يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضاربا لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه وكذلك المقارض .

باب المقضى عليه

وهذا باب نذكر فيه أحوال المدعى عليه وصفاته التى يكون عليها •

اهلية المدعى عليه

٧١٧ ـ والدعوى لا تصح على من لا يقبل قوله لو اعترف بها وصدق المدعى ، وهذا كالدعوى على الصغير والمجنون ومن ليس له تمييز •

شـــرط الصـــــفة

٧١٨ ـ ولا على من له تمييز ولكن الحق لا يلزمه وانما يلزم غيره اذا لم يكن بينهما شىء يوجب قبول قوله عليه •

٧١٩ ـ فاما اذا كان كالنائب عن غيره أو يتصرف عليه بالولاية فسنبين فى كل كتاب ما يقبل اقراره فيه وما لا يقبل ، ونذكر الخلاف فى ذلك ان شاء الله ونبين كيفية القضاء عليه وله فى الدعاوى ، فيحتاج ان يكون عاقلا مميزا •

٧٢٠ ـ وقد يجوز ان يكون حرا ، ويجوز ان يكون عبدا ، ويجوز ان يكون ذكرا ويجوز ان يكون انثى ، ويجوز ان يكون مأذونا له فى التجارة عاقلا غير بالغ ، ويجوز ان يكون مسلما ، ويجوز ان يكون كافرا ، وهـــذه صفة المدعى عليه اذا ادعى عليه ، وقد يكون حاضرا ويكون غائبا •

باب القضاء على الحاضر فى المجلس والبلد

وهذا باب يذكر فيه القضاء على الحاضر فى المجلس والبلد •

٧٢١ ـ اجمع الفقهاء على العدوى على من فى البلد اذا كان صحيحـــا سالما انه يعدى عليه ويحضره مجلس الحكم •

٧٢٢ ـ فاذا حضر سمع من المدعى دعواه وسأل المدعى عليه عن الدعوى اذا صحت ، فان أقر امره بالخروج مما اقر به .

٧٢٣ ـ وان لم يقر سأل المدعى البينة .

٧٢٤ ـ ولا يسمع البينة الا بعد الانكار وهذا فصل لا خلاف فيه انه لا يسمع البينة اذا سكت ، ولابد من الانكار ليصح سماع البينة .

٧٢٥ ـ وهو اصلنا فى القضاء على الغائب ، انه لا يقضى عليه حتى يوجد الانكار الذى هو شرط سماع البينة .

٧٢٦ ـ وقد قال اصحابنا :

لو كان غائبا عن المصر على مسيرة أقل من نصف يوم لم يعد عليه الا ببينة تشهد عليه ان له عليه هذه الدعوى ، فيحضره له .

٧٢٧ ـ قال الطحاوى :

« وهذا قول ابى يوسف ، وكان لا يسأل عن شهود العدوى » ، وقد ذكرنا الرواية فيما تقدم من رواية ابن سماعة .

٧٢٨ ـ وقال مالك ان كان غائبا على اقل من مسيرة تقصر فيها الصلاة سمع من المدعى بينه فى الدين ، ولم يسمع بينته على العقار .

٧٢٩ ـ وقال الشافعى : لم يعد عليه ببلد فيه حاكم ، ويقال للخصم : امض فخاصمه هناك .

٧٣٠ ـ واختلف اصحاب الشافعي اذا كان فى البلد هل يسمع بينته على وجهين :

احدهما أنه يسمع ويقضى عليه كالغائب .

والثانى وهو المذهب انها لا تسمع كالحاضر فى مجلس الحكم .

الدعوى على العليل ومن اليه

٧٣١ ـ واذا كان المدعى عليه عليلا لا يمكنه حضور مجلس الحكم ، وصح ذلك عند القاضى قال للمدعى :

ـ اصبر حتى يصير خصمك الى حال يمكنه الحضور .

فان امكنه الحضور احضره .

٧٣٢ ـ فان لم يصبر وطلب المدعى الحكم فان القاضى يرسل اليه أمينا من امنائه ومعه شاهدين ممن يعرف المريض ، وكذلك ان كانت أمرأة غير برزة فهى مثل المريض ، فيذكر الامين صفة المدعى ودعواه وان القاضى أمره ان يسألك ذلك ، فان جحدت احلفتك كما أمر القاضى .

٧٣٣ ـ فأن أقر المريض او المرأة شهد الشاهدان وامره الامين ان يوكل وكيلا يحضر معه مجلس الحكم ليخاصم المدعى .

٧٣٤ ـ فاذا وكل حضر الشاهدان وشهدا بما أقر به بمحضر من وكيله وكذلك اذا جحد يقيم خصما له أو عليه ببينة المدعى ، وان كان قد حلف أيضا .

٧٣٥ ـ واذا ابى ان يحلف عرض عليه اليمين ثلاث مرات ، فاذا تحقق النكول حضر وكيله فشهد بذلك الشاهدان بمحضر من الوكيل والزم القاضى ذلك الحق .

٧٣٦ ـ وسنذكر ما فى اليمين والنكول فى موضعه ان شاء الله .

٧٣٧ ـ وللمدعى ان يصبر حتى يبرأ المريض فيحضره الى القاضى فيستحلفه على الدعوى .

٧٣٨ ـ وهذا حكم الدعوى على العليل والمرأة التى لم تبرز .

فصل

فى الترجمـــة

٧٣٩ ـ فان كان المدعى او المدعى عليه اعجميا اولا يعرف القاضى لغته ، وهما او احدهما على هذه الصفة أو لا يعرف احدهما الاخر فعلى القاضى ان يأمر عدلين يترجمان للمدعى وللمدعى عليه وله ، ويفهم هو ايضا ذلك .

٧٤٠ ـ وهذا قول محمد بن الحسن (الشيبانى) وزفر ، والظاهر من قول الشافعى أنه يعتبر فى الترجمة اثنين ، ولا يقبل اقل من ذلك .

٧٤١ ـ وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقبل قول الواحد العدل فى الترجمة

فصل

فى الاخرس

٧٤٢ ـ وان كان الرجل اخرس يفهم الاشارة أمر الحاكم عدلين ان يشيرا اليه بما يدعى عليه ، فان جحد سمعت بينة المدعى ، وان لم تكن بينة استحلفه بالاشارة على ما يفهمه ، لان الاخرس فى الدعاوى والعقود كالناطق

٧٤٣ ـ وانما الخلاف فى شهادته ولعانه .

٧٤٤ ـ ومن الفقهاء من قال لا يصح اقراره بالاشارة لانها لا تقوم مقام الكلام ، ذكر الخلاف الخصاف فى أدبه للقضاء ، وسنذكر ذلك فى الشهادات ان شاء الله .

فصل

الدعوى على الطفل فى حجر القاضى

٧٤٥ ـ فان كان المدعى عليه طفلا فى حجر القاضى اقام له وكيلا يدفع عنه ويقول :

لا علم لى بما يدعيه على فلان .

٧٤٦ ـ وان حضر طفل الى القاضي وقال :

ـ ان لي مالاً ولا قيم لي عليه .

فان القاضي يقيم له قيما بما يحفظ ما يذكر انه له .

٧٤٧ ـ وحال الحاضر لا يخلو من هذه الاقسام كلها .

٧٤٨ ـ واذ قد ذكرنا ذلك فلنذكر القضاء على الغائب .

باب القضاء على الغائب

وهذا باب جواز القضاء على الغائب وما قيل في ذلك .

٧٤٩ ـ قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز القضاء على الغائب ، ولا تسمع عليه بينة إلا أن يحضر أو يحضر وكيل له فيقضي عليه حينئذٍ ، ولا فرق بين سائر الأموال والحقوق في ذلك .

٧٥٠ ـ وروي عن أبي يوسف انه كان يأخذ في ذلك بالاعذار فيقول :

ان يغب ولم يحضر وصح ذلك عند الحاكم انه في منزله نادى على بابه على ماذكرناه فيما تقدم ، وأقام عنه قيما وسمع من البينة .

٧٥١ ـ وكان مالك بن أنس يقضي على الغائب في الدين دون العقار ، ودون غيره من الحقوق الا ان يغيب غيبة منقطعة فيقضي حينئذ في الجميع .

٧٥٢ ـ وكان الشافعي يقضي على الغائب بما يقضي به على الحاضر من البينة .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه حين ولاه اليمن :

ـ لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر فجعل شرط القضاء عليه سماع قول الآخر .

٧٥٣ ـ واذا لم يجز القضاء للغائب من غير خصم فكذلك القضاء عليه ، لأنه أحد الخصمين .

٧٥٤ ـ واذ قد ذكرنا الغائب وجب ان نذكر من غاب الى المعاد .

باب جواز القضاء على الميت

وهذا باب يذكرب فيه جواز القضاء على الميت .

٧٥٥ ـ والموت لا يبطل ما على الميت من حقوق الأموال ، ولا يبطل ماله من ذلك ، وان بطل بعض[١] الحقوق التي ليست بمال ولا تؤول الى مال كخيار الشرط والنكاح وخيار الشفعة والقبول .

٧٥٦ ـ وأجمعوا على أن حقوقه المالية تستوفى له بعد الموت على حكم ملكه ، وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه .

٧٥٧ ـ وان موته لا يبطل ما عليه من حق اذا خلف تركة .

٧٥٨ ـ والحكم على الميت لا على ورثته ، ولهذا يجوز الحكم بحضور بعض الورثة أو الوصي ، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء نعلمه .

٧٥٩ ـ وسنذكر في كل كتاب من المعاملات ما قيل .

٧٦٠ ـ واذا صحت الدعوى عليه فكيف يقضى عليه .

باب كيفية القضاء على الميت

وهذا باب كيفية القضاء على الميت :

٧٦١ ـ قال أصحابنا :

ولا يثبت الحق على الميت الا بحضور بعض الورثة أو الوصي عنه أو وصي يقيمه القاضي عنه .

٧٦٢ ـ ولا يثبت الحق عليه بدعوى على غريم له عليه دين ، ولا موصى له بشيء من ماله ، ولا يكون أحد منهما عنه خصماً

٧٦٣ ـ واذا ثبت الحق عليه إستحلف المقضي له انه ما استوفاه ولا ابرأه ولا اعتاض عنه ، ولا وجد من جهته ما يبطل حقه[٢] .

٧٦٤ ـ وسنذكر عند الايمان كيفية اليمين .

---

(١) في نسخة قليج : بعد

(٢) هذه هي يمين الاستظهار المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٤٨٤) من القانون المدني العراقي .

٧٦٥ ـ وان أسقط الوارث يمينه لم يسقط لأنها يمين على حق للميت .

٧٦٦ ـ واذ قد ذكرنا القضاء على الميت فلنذكر القضاء على وارثه .

باب كيفية القضاء على الورثة

وهذا باب كيفية القضاء على الورثة .

٧٦٧ ـ قد قلنا ان القضاء على الميت يقع لا على الورثة ، وان الوارث نائب عنه في التركة ، يستوفى ما وجب له ، دون ما لم يجب له ، فاذا ادعى رجل وله وارث سواه لزم المقر في حصته حتى يستغرق حصته عندنا .

٧٦٨ ـ وقال الشافعي يلزمه في مقدار ما يخصه .

٧٦٩ ـ وسنذكر ذلك في الاقرار .

٧٦٩ ـ وان كانت عيناً أخذ حصة المقر والباقون على حقوقهم في قول الفريقين .

٧٧٠ ـ وان كان الورثة صغاراً أقام له القاضي وصياً فيدلي بحجة الصغار ، فاذا ثبت الحق لم يسلمه اليه حتى يستحلف مع البينة .

٧٧١ ـ فاذا كان الورثة في بلد والغرماء والمال في آخر ، فطلب الغرماء ان يسمع بينتهم ويقضي لهم بحقوقهم وينصب عنهم وصياً ، فان كان البلد منقطعاً لا يصله الناس فعل ذلك ، ونصب لهم وصياً .

وان كان البلد غير منقطع لم يثبت حقوقهم ولم يسمع بينة عليهم حتى يحضر بعضهم .

٧٧٢ ـ وان طلبوا منه ان يسمع ويكتب الى حاكم البلد الذي فيه الورثة كتب لهم بما يصح عنده من ذلك ، ثم يعمل المكتوب اليه بعد الثبوت بما كان يعمله من القضاء واليمين ، ويسمع من الورثة مالهم من حجة ثم يكتب الى الاول يعرفه ما فعل ليستوفي لهم ما لهم من التركة وما عليهم من الايمان .

٧٧٣ ـ وقال الشافعي :

يثبت الحق عليهم ، وهي مسئلة القضاء على الغائب ، ويثبت الحكم دون نقل الشهادة .

٧٧٤ ـ واذا قال الغريم : ان مال الميت قـد تفرقه الورثة وأتلفوه فاحجر عليه حتى اقيم بينة بحقى ، لم يجبه الى ذلك حتى يثبت حقه .

٧٧٥ ـ وقد قال بعض اصحابنا :

ان رأى القاضى ذلك على سبيل الاحتياط أياما فعل ذلك[1] . فان لم يثبت له شيء والا أطلق يد الوارث .

هذا ان كان الوارث غير مأمون ، وان كان مأمونا لم يفعل ذلك .

وكذلك ان ادعى رجل وصية واستحسن القاضى ذلك فعله .

وهذا على حسب اجتهاد القاضى وما يقع فى قلبه .

٧٧٦ ـ وان كان بعض الورثة صغيرا حاضرا وبعضهم غائبا ، نصب عن الصغير وصيا ، فاذا قضى عليه كان القضاء على الصغير والكبير الغائب .

٧٧٧ ـ وهذا قولهم جميعا .

٧٧٨ ـ ولو كان للميت ولدان كبيران احدهما غائب والاخر حاضر ، فقال الحاضر :

لابى على فلان الف درهم ، ولى مثل ذلك على أبى .

فانه يسمع بينة الاب على الاجنبى ، ولا يسمع بينة الوارث الا على الوارث أو الوصى .

٧٧٩ ـ وقال الشافعي : يسمع ايضا بينة الوارث .

وهو فرع لمسئلة القضاء على الغائب .

٧٨٠ ـ واقرار الوصى بعين من التركة أو دين لا يقبـل ، وان كان وارثا قبل في حصته .

٧٨١ ـ واذا ترك الرجل الميت ألف درهم وعليه دين ، وترك ابنا ، فقال الابن :

ـ هذه وديعة كانت عند أبى لفلان . وصدقه فلان وغريم الميت أو كذبوه أو قال الغريم لا أدرى لمن هى ، أو قال الابن : لا أدرى لمن هى ، ولكن ليست

---

(١) هذا شبيه بالحجز الاحتياطى فى قانون المرافعات المدنية .

لأبى ، فانها للغرماء دون مدعى الوديعة ، ولا يصدق الغرماء في كونهـا وديعة لانهم يجعلون الميت مرتهنا فى قبره •

٧٨٢ ـ ولا يمين على الوارث للمدعى لان اقراره لا يقبل •

٧٨٣ ـ فان قال الغرماء : انا نعلم انها لهذا المدعى فان القاضى يقضيهم الالف ، ويرجع المدعى للوديعة عليهم فياخذ الالف منهم باقرارهم انها له •

٧٨٤ ـ واذا قد ذكرنا القضاء على الميت ومن ذكرناه ، وجب ذكر القضاء على من هرب من الخصم •

باب القضاء على من هرب من الخصم

وهذا باب يذكر فيه القضاء على من هرب وتغيب •

٧٨٥ ـ واذا هرب الخصم من الحكم فلا يخلو :

أما أن يكون قبل سماع الدعوى والبينة •

أو بعد سماع الدعوى والبينة •

أو بعد سماع الدعوى قبل سماع البينة •

٧٨٦ ـ فان هرب قبل ذلك كله فهو كالغائب عن القاضى على اختلاف المذاهب :

فمن يقضى على الغائب يقضى عليه •

ومن لا يقضى على الغائب لا يقضى عليه •

٧٨٧ ـ وان كان بعـد سماع البينة لم يؤثر هربه في الحـكم ، وكان للقاضى أن يقضى عليه وينفذ الحكم الذى يوجبه عليه اذا كانت البينة معدلة •

٧٨٨ ـ وان كان مما يجب على المدعى اليمين مع البينة استحلف المدعى لانه يستحلف وان لم يطلب ذلك الخصم في مواضع منها الرد بالعيب والشفعة والدين على الميت •

٧٨٩ ـ وسنبين ذلك فيما بعد ان شاء الله •

٧٩٠ ـ وقد ذكرنا ما قال أبو يوسف في النداء على بابه ثلاثا ، ثم نصب الخصم عنه ، ثم القضاء عليه . وذكرنا قوله فيما تقدم من هذا الكتاب ، وبينا كيفية الطلب والاحضار والهجم[1] على البيوت ، وختم الابواب ، وما فى ذلك من خلاف .

٧٩١ ـ وليس في هرب الخصم اعتراف منه بالدعوى ، ولا تصديق للمدعى فيما ادعاه ، وقد يجوز أن يكون عاجزا عن الجواب فيلزمه ما لا يتوجه عليه .

فالقاضى يفعل في ذلك ما يؤدى اليه اجتهاده ورأيه فى الحكم عليه ، والامتناع من الحكم عليه .

٧٩٢ ـ واذ قد ذكرنا صفة المقضى عليه وأحواله ، فلنذكر ما يقع القضاء به من الامور .

---

(١) في لسان العرب : هجم على القوم يهجم هجوما انتهى إليهم بغتة ... وهجم البيتَ يهجمه هجما هدمه .

باب ما يقع القضاء به

٧٩٣ ـ وأما الكلام فيما يقع القضاء به من الامور كالبينة والعلم والاقرار والايمان فيشتمل على أبواب :

منها الكلام فى الشهود .

باب الشهادة

٧٩٤ ـ اعلم ان الشهادة[١] على الحق للمدعى أحد طرق الحاكم الى الحكم والقضاء .

٧٩٥ ـ وهى آكد الحجج والطرق ، لانه لا خلاف في وجوب العمل بها فى الحدود والقصاص والاموال والفروج .

٧٩٦ ـ واختلفوا فى علم القاضى هل يقضى به أم لا ، على ما نبينه فى بابه وموضعه .

٧٩٧ ـ فالشهود حجة لله تعالى ولرسوله وللمؤمنين بعضهم على بعض .

٧٩٨ ـ وهى رتبة شريفة ومنزلة جليلة . قال الله تعالى :

---

(١) جاء في القاموس المحيط الشهادة خبر قاطع ، وقد شهد كعلم وكرم .. وشهده كسمعه شهودا : حضره فهو شاهد ، ج : شهود وشهّد .

وشهد لزيد بكذا شهادة ادى ما عنده من الشهادة فهو شاهد . ج شهد بالفتح ، جج شهود واشهاد .

واستشهده : سأله ان يشهد

والشهيد وتكسر شينه : الشاهد ، والامين في شهادة ، والذي لا يغيب عن علمه شيء ، والقتيل فى سبيل الله ،لان ملائكة الرحمة تشهده ، أو لان الله تعالى وملائكته شهود له بالجنة ، أو لانه ممن يستشهد يوم القيامة على الامم الخالية ، أو لسقوطه على الشاهدة أى الارض ، أو لانه حيى عند ربه حاضر أو لانه يشهد ملكوت الله وملكه ج شهداء . والاسم الشهادة .

واشهد بكذا : اى احلف

وشاهده : عاينه ..

واشهده : احضره .

وفي لسان العرب : رجل شاهد وكذلك الانثى ، والشهادة خبر قاطع .

« شهد الله انه لا اله الا هو والملائكة وأولوا العلم ، قائما بالقسط »[1] .

وقال تعالى :

كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر[2] .

وقال :

« لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا »[3] .

٧٩٩ ـ فالله تعالى شهيد على رسله بما اوحي اليهم ، وبما فعلوه فى اداء الرسالة ، والرسول شهيد على الصحابة واتباعه بما أدى اليهم من الشرع وبين لهم من الدين وافترض عليهم من الاحكام .

والجيل الاول شهود على الجيل الثانى وكل أمة عن من بعدهم .

٨٠٠ ـ وقد جمع الله تعالى بين العلماء في الآية الاولى وبين الانبياء لمشاركة العلماء للانبياء عليهم السلام في العلم ، وأفردت الامة فى الآية الثانية بالثناء والمدح ، وجعلهم في الآية الثالثة شهداء على الناس ، وأشهد الرسول عليه السلام .

٨٠١ ـ فالشهود لهم مراتب يتفاضلون فيها كما يتفاضل الرسل في المنازل مع تساويهم في الرسالة ، فكذلك الشهود .

٨٠٢ ـ وقد أمر الله تعالى بالشهادة وبين لنا صفة الشهود بعد أن بين لنا العدد[4] .

---

(١) آل عمران ٣/١٨ .

(٢) آل عمران ٣/١١٠

(٣) البقرة ٢/١٤٣ .

(٤) من الآيات الواردة بوجوب أداء الشهادة وصفة الشهود الخ :

١ ـ ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله (٢/١٤٠) .

٢ ـ فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم (٤/٦) .

٣ ـ يا أيها الذين آمنو شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم ، أو آخران من غيركم (٥/١٠٦) .

٤ ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى ، ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا (٢/٢٨٢) .

٥ ـ واشهدوا اذا تبايعتم (٢/٢٨٢) .

٨٠٣ ـ وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »[١] .

وقال : « اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع » .

وقال الله تعالى :

« الا من شهد بالحق وهم يعلمون »[٢] .

٨٠٤ ـ فالشهود أمناء الله والرسول والامة فينبغى لمن ميزه الله تعالى على خلقه بقبول القول على غيره ونفوذ شهادته عليه ان يعرف الله تعالى وما شرفه به وميزه ورفع من قدره وعظمه ، فيسوى بين ظاهره وباطنه وسره وعلانيته .

اختيار القاضي شهوده

٨٠٥ ـ وعلى القاضى أن يختار من الشهود كل معروف السريرة طاهر السيرة ميمون النقيبة[٣] طاهر الاخلاق .

وسنبين في (باب) ذكر العدالة ما يجب من ذلك ويشترط .

٨٠٦ـ فيوفى كل شاهد حقه من الاكرام وموضعه من الدين ، ويزيد فى منزلة من ظاهره اجمل وباطنه اسلم ، ليقتدى به فى الطريقة بقية الشهود ويسلكوا سبيله فى التحرج والتحفظ والتيقظ .

٨٠٧ ـ وهـذا باب طويل وفيه علم كثير يتشعب الى شعب كثيرة وأمور جمة ، وهذا كلام فى الجملة دون التفصيل .

---

٦ ـ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين .. فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا ، وان تلوُوا أو تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيرا (٤/١٣٥) .

٧ ـ يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى (٥/٨) .

(١) انظر الهامش (١) في ، ص ١٦٣ والهامش (٢) في ، ص ١٦٣ .

(٢) ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة ، الا من شهد بالحق وهم يعلمون (الزخرف ٤٣/٨٦) .

(٣) فى لسان العرب : هو حسن النقيبة أى جميل الخليقة .

٨٠٨ ـ واذ قد ذكرنا حكم الجملة فلنذكر التفصيل •

باب الكلام فى عدد الشهود

وهذا باب الكلام فى عدد الشهود •

٨٠٩ ـ اعلم ان الشرع ورد باعتبار العدد فى الشهادة ، وخالف فى مواضع قبول الشهادة •

عدد الشهود في الزنا والقذف

٨١٠ ـ فاعتبر فى الزنا أربعة لا امرأة فيهم ولا عبد ولا صبي ولا مجنون ولا متهم •

٨١١ ـ واجمع الفقهاء على قبول الشهادة فى ذلك من العرب والعجم وسائر أصناف الناس اذا كانوا عدولا ، وسنبين صفة العدل في بابه •

٨١٢ ـ وليس من شرط الشهادة أن يكون قرشيا أو عربيا أو عالما بالاحكام أو يحفظ القرآن أو الآثار والسيرة (النبوية) •

٨١٣ ـ وكل رجل يجوز قبول قوله فى الحدود يجوز قبول قوله فى غير الحدود •

٨١٤ ـ وكل عدد تثبت به الحدود[1] يجوز أن يثبت به غير الحدود •

٨١٥ ـ ويجوز أن يثبت غير الحدود بما لا يثبت به الحد •

عدد الشهود في القصاص

٨١٦ ـ والاربعة تعتبر فى حد الزنا والقذف ليسقط الحد عن القاذف •

٨١٧ ـ ويقبل فى القصاص شهادة رجلين •

عدد الشهود في الديات

٨١٨ ـ وفى الديات شهادة رجل وامرأتين ، وكذلك النكاح وسائر العقود عنـــدنا •

---

(١) كلمة : به الحدود لم ترد فى النسخة المعتمدة •

٨١٩ ـ فأكمل الشهادات أربعة رجال وبعدها رجلان وبعدها رجل وامرأتان .

شهادة الواحد

٨٢٠ ـ وشهادة الواحد مقبولة[1] ، ولها باب يجيء والنساء لهن باب .

٨٢١ ـ واذ قد ذكرنا العدد فى الشهادة فقد بقى أن نصف العدد بصفة

باب الكلام فى صفة الشهود

وهذا باب الكلام فى صفة الشهود .

٨٢٢ ـ اعلم ان اسم الشاهد يقع على المحق والمبطل ، فيقال شاهد عدل وشاهد جور .

٨٢٣ ـ واذا قلت : شاهد ، اشتمل على مشهود به ، ومشهود له ، ومشهود عليه ، ومشهود عنده .

٨٢٤ ـ فالمشهود به : الحق المقضى به .

٨٢٥ ـ والمشهود له : المدعى .

٨٢٦ ـ والمشهود عليه : المدعى عليه .

٨٢٧ ـ والمشهود عنده : الحاكم .

وقد تقدم ذكر ذلك الا المقضي به .

شروط الشاهد

٨٣٠ ـ ولا يكون شاهدا فى الشرع مقبول القول فى الحقوق حتى يجتمع فيه شرائط : منها أن يكون بالغا ، ومنها أن يكون عاقلا ، ومنها أن يكون حرا ، ومنها أن يكون مسلما ، ومنها أن يكون عدلا ، ومنها أن يكون عالما بما يشهد به من الحقوق أو فى حكم العالم بذلك .

---

(١) فى النسخة المعتمدة : مقبولة فى الديات .

شرط البلوغ

شهادة الصبيان فى الجراح

٨٣١ ـ أما اعتبار البلوغ فى الشاهد فمجمع عليه فى سائر الحقوق المحكوم بها ، وهذا قولنا وقول الشافعي ان الصبى لا يقبل قوله فى الشهادة على غيره .

وقال مالك تقبل شهادة الصبيان فى الجراح قبل أن يفترقوا[1] .

نقد قول مالك

٨٣٢ ـ ولو قبل قولهم (في الجراح) قبل في غير الجراح .

وقد ذكرنا الخبر القاضى انه عليه الصلاة والسلام قال :

« رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يحتلم » .

شرط العقل

٨٣٣ ـ وأما اعتبار العقل فمجمع عليه ، وقد قال عليه السلام « والمجنون حتى يفيق» وكان المعنى فيه انه غير مكلف فلم يتوجه عليه فرض اقامة الشهادة[2] .

شرط الحرية

٨٣٤ ـ وأما اعتبار الحرية في الشهادة فهو قولنا وقول الشافعي ، وهو المروي عن ابن عباس وشريح ومجاهد ومكحول وعطاء وعامر واياس بن معاوية والحسن (البصرى) ورواه عمرو بن شعيب عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

٨٣٥ ـ وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه كان يجيز شهادة العبيد ، وهو قول مالك بن أنس واحمد .

٨٣٦ ـ وعن ابراهيم انه قال : تجوز شهادة العبيد فى الشىء الطفيف .

---

(١) وقول مالك أحد أقوال في المذهب الحنبلي وان يكن الاصل عند الحنبلية عدم قبول شهادة لصبيان بحال (التحرير فى الفقه لابي البركات ٢/٢٨٣ ـ ٢٨٤) .

(٣) عبارة : وكان المعنى الخ لم ترد فى نسخة قليج .

(١) في نسختي منيخ وقليج : في القاضي وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه .

اعادة الشهادة بعد العتق

٨٣٧ ـ قال أصحابنا : وان شهد وهو عبد فرد الحاكم شهادته لعلة الرق ثم اعتق فأعاد الشهادة جازت وحكم بها الحاكم لانه لم يردها للتهمة .

٨٣٨ ـ وهو قول الشافعي ايضا .

قبول خبر العبد فى الشرعيات

٨٣٩ ـ واجمعوا على قبول خبره في الشرعيات .

شرط الاسلام

٨٤٠ ـ وأما اعتبار الاسلام في الشاهد ، فهو قولنا وقول عامة الفقهاء اذا كان المشهود عليه مسلما ، الا شيء سمعناه عن الحنابلة انهم أجازوا شهادة الذمى على المسلم في الوصية لظاهر الآية[1] .

٨٤١ ـ وقد روى عن مجاهد وعبيدة السلماني وسعيد بن المسيب وابراهيم النخعي « أو آخران من غيركم من المشركين » .

وهو قول ابن عباس .

٨٤٢ ـ فأما شهادة الكفار بعضهم على بعض فهي جائزة : اختلفت مللهم أو اتفقت ، لان الكفر عند اصحابنا ملة واحدة .

٨٤٣ ـ وقد روى عن عمرو بن ميمون انه أجاز شهادة مجوسي على نصراني أو يهودى ، وهو قول ابن سيرين ونافع وابراهيم ووكيع وحماد والضحاك .

---

(١) فى منتهى الارادات فى جمع المقنع مع التنقيح والزيادات لتقى الدين محمد بن احمد الفتوحى الحنبلى المصرى (ج ٢ ص ٦٥٨) أن من شروط الشهادة « الاسلام فلا تقبل من كافر ـ ولو على مثله ـ غير رجلين كتابيين عند عدم (مسلم) بوصية ميت بسفر مسلم او كافر » .

وفى المحرر فى الفقه لأبي البركات (٢/٢٧٢) : « لا تقبل شهادة الكفارة الا بالوصية في السفر ممن حضره الموت من مسلم أو كافر اذا لم يوجد غيره ، وفى اعتبار كونهم من أهل الكتاب روايتان ، ويحلفهم الحاكم بعد العصر : ماخانوا ولا ولا حرفوا ، وانها لوصية الرجل » . والاية المشار اليها هي قوله تعالى « أو اخران من غيركم » وقد جاء في لسان العرب في مادة شهد أو اخران من غير دينكم من اليهود والنصارى ، هذا للسفر والضرورة ، إذ لا تجوز شهادة كافر على مسلم الا في هذا.

٨٤٤ ـ وقال قتادة :

لا تجوز شهادة النصرانى على اليهودى ، ولا اليهودى على النصرانى .

٨٤٥ ـ وقال ابراهيم (النخعى) :

لا يتوارث اهل ملتين ، ولا تجوز شهادة بعضهم على بعض .

٨٤٦ ـ وقال أبو سلمة[١] بن عبدالرحمن :

« لا تجوز شهادة ملة على ملة الا المسلمين وهو قول عطاء بن ابى رباح والشافعي » .

٨٤٧ ـ قال أصحابنا :

ولو شهد الذمى على مثله فأسلم المشهود عليه قبل الحكم والقضاء ابطلت الشهادة ، وان كان بعد الحكم لم تبطل[٢] ، كما لو فسق الشهود .

٨٤٨ ـ وهذا في سائر الحقوق كلها انها لا تبطل ، الا الحدود والقتل العمد والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني ادرأ ذلك ، وادرأ عنه القطع فى السرقة واضمنه المال .

٨٤٩ ـ وقال ابو يوسف : أدرأ عنه القصاص في النفس وفيما دونها ، وأضمنه دية ذلك ، ولا يرجع المشهود عليه بذلك على الشاهدين .

٨٥٠ ـ ولو اسلم الشاهدان بعد اسلامه وقد قضى القاضى بذلك في الحدود والقصاص فجدد الشهادة عليه أمضيت القصاص وانفذته ويدرأ عنه الحدود .

٨٥١ ـ وقال الخصاف :

« والقياس عندى ان أمضيه عليه وان أسلم لانهما صارا الى حالة يجوز شهادتهما عليه » .

٨٥٢ ـ ولو كان الشاهدان اسلما اولا ، ثم أسلم بعد ذلك المشهود عليه فجددا الشهادة ولم يكن الحاكم ابطلها أمضيت الشهادة والحكم .

٨٥٣ ـ وقد قال أصحابنا : اذا شهدا على ذمى فى حال الكفر فرد الحاكم

---

(١) في النسخة المعتمدة : أبو سلمة عبدالله .

(٢) جاء في النسخة المعتمدة بعد قوله لم تبطل : لانه جرح من ان يكون شاهدا يقبل قوله عليه وبعد الحكم لم تبطل .

شهادتهما لاجل التهمة ، ثم أسلما بعد ذلك فأعادا الشهادة به لم تقبل ، لانه ردهما للتهمة .

٨٥٤ ـ ولو كانت شهادة على مسلم فأبطلها لاجل الكفر ثم أسلما فشهدا بها ، فهو جائز ويحكم بها عندنا وعند الشافعي ، ولا أعلم في ذلك خلافا .

٨٥٥ ـ ولا فرق بين أن يشهد وهو كافر أو لا يشهد الا بعد الاسلام .

٨٥٦ ـ وكذلك قال أصحابنا في العبد اذا عتق والصبي اذا بلغ مثل ذلك ، لان الرد لم يكن لاجل التهمة .

٨٥٧ ـ وسنذكر في باب ما ترد به الشهادة سائر ما ترد به الشهادة ان شاء الله .

فى اعتبار العدالة

٨٥٨ ـ فأما اعتبار العدالة في الشاهد فمجمع عليه عند الفقهاء في الحكم بها وفي قبول خبر الراوى[١] والعمل به في الشرعيات ، فيحتاج ان يعلم ما العدل ؟ وما الشرائط المعتبرة في الرجل ليكون عدلا ؟

تعريف العدل[٢]

٨٥٩ ـ فالعدل في الاصل مصدر ، وهو مقابل للجور ، وحقيقته التسوية بين الامرين أو الخصمين وترك الميل الى أحدهما[٣] .

---

(١) جاء في أدب القاضي والماوردي (١٨٥١) أيضا « ان اعتبار العدالة مجمع عليه » وأضاف الى ذلك ان « الاختلاف في صفة الاعتبار فيهم ، اعتبروها بالظاهر ونحن نعتبرها بالبحث » . أما التسوية في العدالة بين الشاهد والراوى فليست موضع اتفاق فى الفقه الشافعي كما ذكر الماوردى فى المرجع المذكور (١٨٥٩) .

(٢) وثمة تعريف آخر للعدالة فى نظر ، الفكر الاسلامى ورد فى كتاب قاضى القضاة عبدالجبار بن احمد المعتزلى فقد عرفت بانها « توفير حق الغير واستيفاء الحق منه » (ص ١٣٢ من شرح الاصول الخمسة) .

(٣) فى النسخة المعتمدة : الواحد .

٨٦٠ ـ ولهذا قال الله تعالى :

ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل[١] .

٨٦١ ـ والعدل هو كل فعل تعدى الفاعل ، وسواء كان ضررا بالغير أو نفعا له . يقال حكم الحاكم بالعدل بين الخصمين ، وان كان قد نفع أحدهما وأضر بالاخر .

٨٦٢ ـ وقد تعورف استعماله في فاعل العدل ، يقال ملك عدل وعادل ، فعدل ضد الجور وعادل ضد الجائر ، وهو يوضع موضع المدح للشخص ، ولهذا لا يوصف من عدل بين اثنين في الظلم ، وقسمة اللصوص لما أخذوا انه عدل ولا عادل الا بتفسير وتقييد ، وكذلك اذا استووا في القسمة لا يقال عدول .

العدل فى عرف أهل الشرع

٨٦٣ ـ والعدل في عرف أهل الشرع كل مقبول الشهادة على غيره عند السلطان والحاكم .

شرائط العدل

٨٦٤ ـ ويدخل فيها[٢] شرائط كثيرة منها أن يجتنب الكبائر وما يستخف بفعله من الامور ويذهب بالمروءة عند العموم ، لان مرتكب ذلك فاسق باجماع المسلمين .

٨٦٥ ـ والفاسق غير معمول بقوله ، وقد دل القرآن على التثبت في خبره .

تعريف الفسق

٨٦٦ ـ والفسق هو الخروج عن الشىء فى اللغة[١] . وقد جاء فى الشرع مطلقا لمن فعل الكبائر انه خارج عن أمر مولاه .

---

(١) النساء ١٢٩ .

(٢) الضمير يعود الى صفة مقدرة هى : صفة الشاهد العدل .

(٣) في لسان العرب : الفسق العصيان والترك لامر الله عز وجل والخروج عن طريق الحق فسَق يفسِق ويفسُق فِسقا وفُسُوقا وفَسُق بالضم عن

٨٦٧ ـ وقد قال تعالى في حق ابليس : « ففسق عن أمر ربه » يعنى خرج .

٨٦٨ ـ وقد اختلف في شهادة الكافر على ما ذكرناه ، ولم يختلف في شهادة الفاسق .

٨٦٩ ـ وسنذكر في بابه ما فيه من العلم ان شاء الله عند البلوغ اليه .

٨٧٠ ـ ومنها أن يكون عادلا فى جميع ما يجب العدل فيه على الدوام ، لانه لا يصح أن يكون عدلا غير العادل .

٨٧١ ـ ومنها أن لا يكون كاذبا لان الكذب معصية توجب اتهامه في خبره فلا يحصل الظن بمخبره فلا يكون عدلا .

٨٧٢ ـ وقد ذكرنا البلوغ والعقل لان به يجتنب المعاصى ويسارع الى الطاعات .

الفسق من طريق الاعتقادات

٨٧٣ ـ واختلف في الفسق من طريق الاعتقادات هل يمنع قبول الشهادة والخبر أم لا .

فمنهم من قال يمنع وان كان متحرجا في أفعاله ، نافرا من الكذب .

وذهب جل الفقهاء من اصحابنا وغيرهم الى قبول خبره وشهادته .

٨٧٤ ـ واتفقوا على أن فسقه من طريق الجرح ، وانه يمنع كالزنا والسرقة .

اللحياني أى فجر قال رواه عنه الاحمر ، ولم يعرف الكسائي الضم ، وقيل الفسوق الخروج عن الدين وكذلك الميل الى المعصية ، لما فسق ابليس عن أمر ربه ، وفسق عن أمر ربه أي جار ومال عن طاعته ...

وحكى شمر عن قطرب : فسَق فلان في الدنيا فِسقاً اذا اتسع فيها ، وهوّن على نفسه واتسع بركوبه لها ولم يضيقها عليه ، وفسق فلان ماله اذا أهلكه وانفقه ، وقال : انه لفسْق أي خروج عن الحق ، أبو الهيثم ... ورجل فاسق وفسيق وفُسَق : داثم الفسِق ، ويقال في النداء يا فُسَق ويا خُبَث وللانثى يا فَساقِ مثل قطام يريد يا أيها الفاسق ويا أيها الخبيث ... قال: أصل الفسق الخروج عن الاستقامة والجور ، وبه سمى العاصي فاسقاً .

٨٧٥ ـ وقد قبل الفقهـــاء رواية الصدر الأول بعـد وقوع الفرقة بينهم واختلاف الكلمة وقتل بعضهم لبعض بالتأويل •

وقبل التابعون جميعا رواية الفريقين جميعا للاحكام •

ولولا ذلك لما عرفنا ما جرى بصفين والجمل والدار واخبار الدولتين •

٨٧٦ ـ والعدالة شرط في قبول الخبر فكذلك الشهادة •

٨٧٧ ـ وسنذكر فى باب الشهادة وما يليها جميع المسائل المتعلقة بهـــذا الشأن ان شاء الله •

اعتبار العلم بما يشهد به

٨٧٨ ـ وأما اعتبار العلم بما يشهد به الشـاهد فمجمع عليه ، وبه ورد القرآن والسنة •

٨٧٩ ـ ولا يحل له الشهادة بغير ما يعلم ، ولا مع الشك فيما شهد به ، ولا مع جهاله المشهود له •

٨٨٠ ـ وقد قال ابو حنيفة رضى الله عنه في الشاهد اذا عرف خطه في الكتاب ولم يتذكر الشهادة انه لا يجوز له أن يشهد بذلك •

٨٨١ ـ واذا شهد فعلم الحاكم لم ينفذ الحكم •

٨٨٢ ـ وقد قال أبو يوسف ومحمد : له أن يشهد اذا عرف الخط ، وكذلك قال أبو حنيفة اذا عرف المجلس ولم يذكر الشهادة •

٨٨٣ ـ وقد روى عن الحسن (البصرى) واخيه سعيد انهما شهدا على شهادة ثم دعيا الى اقامتها فنسيها الحسن وذكرها سعيد ، فقال سعيد للحسن : اشهد انا قد شهدنا عليهما أنا وأنت •

قال : كذلك ؟

قال : نعم

فذهب الحسن فشهد معه •

٨٨٤ ـ واذ قد ذكرنا الكلام فى صفة الشهود فلنذكر مواضع الشهادة •

باب الموضع الذى يعتبر فيه قول الرجال خاصة

٨٨٥ ـ أما الحدود والقصاص فى النفس والطرف والقطع فى السرقة وحد القذف وقاطع الطريق فانه لا يثبت الا بشهادة الرجال العدول خاصة .

٨٨٦ ـ ولا يحكم بشهادة الشهود فى ذلك الا بعد المسألة عن عدالتهم .

٨٨٧ ـ وقد ذكرنا فى باب ما يعتبر فى جواز الشهادة وطريق حصولها ما يعتبر في التزكية ليكون الرجل عدلا[1] .

٨٨٨ ـ وهذه الجملة لا خلاف فيها انها لا تثبت بشهادة النساء ولا بشهادة الرجال والنساء .

٨٨٩ ـ واذا شهد الرجال والنساء بذلك في القتل الخطأ ثبت المال والدية والضمان في السرقة دون القصاص والقطع .

٨٩٠ ـ ولا يقبل في القتل العمد والقطع العمد شهادة النساء مع الرجال ، وهو قول الشافعي في القتل العمد لا يختلف .

٨٩١ ـ وفى السرقة يثبت المال دون القطع . وكل ما عدا ما ذكرناه فانه يثبت عندنا بشهادة الرجال والنساء كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق على مال، وسائر ما يثبت عند الحاكم بالرجلين فى غير الحدود والقصاص .

٨٩٢ ـ وقال الشافعى لا ينعقد النكاح ولا يثبت ولا الرجعة ولا الطلاق ولا الوكالة ولا الوصية ولا الصلح من دم العمد ولا الكتابة ولا كل ما ليس بمال ولا يؤول الى مال الا بالرجال خاصة الا الرضاع .

٨٩٣ ـ وكان ينبغى له أن لا يثبت الموت والاسلام بشهادة الرجال والنساء ، فان قالوا ذلك سمع قولهم وادى ذلك الى أن لا يصلى على مسلم ويرثه الكافر ، ويدفن فى مقابر الكفار .

٨٩٤ ـ والامر عندنا بخلاف ذلك .

---

(١) الى هنا تنتهى الزيادة الواردة فى نسختى منيخ وقليج ثم تتفق النسخ الثلاث .

باب شهادة النساء خاصة

وهذا باب ما تقبل به شهادة النساء خاصة .

قال أصحابنا :

٨٩٥ ـ شهادة النساء مقبولة في عيوب النساء ، وما لا يطلع عليه الرجال كالنظر الى فرج المرأة والشهادة انها بكر أو ثيب .

٨٩٦ ـ ولا تقبل شهادة الرجال بذلك ، كما لا تقبل شهادة النساء اذا شهدن انه خصي أو فحل .

٨٩٧ ـ وقبل أبو حنيفة شهادة القابلة وحدها اذا كان هناك حمل ظاهر أو اقرار من الرجل بالحمل ، او كان النكاح باقياً .

٨٩٨ ـ ومتى خلت الشهادة من واحدة من هذه الوجوه لم يقبلها .

٨٩٩ ـ وقبلها أبو يوسف ومحمد .

٩٠٠ ـ وعند الشافعي « لا يقبل أقل من أربع نسوة في هذه المواضع ، وقبل الشافعي »[1] شهادة النساء وحدهن في الرضاع .

٩٠١ ـ ولم يقبل ذلك أصحابنا حتى يكون معهن رجل فيقبل ذلك .

٩٠٢ ـ وسنذكر في كل كتاب مسائله .

٩٠٣ ـ وقد قبل الجميع قول النساء في الحيض والنفاس والذبيحة واخبار الشرع الواردة في الاحكام فيما يسقط بالشهادة وما لا يسقط .

٩٠٤ ـ وقد ذكرنا ما يجوز ان يتصرف فيه النساء من حقهن وحق غيرهن فيما مضى .

٩٠٥ ـ واذ قد ذكرنا ما يقبل قولهن فيه ، فهذا ما يقبل فيه قول النساء والرجال .

باب ما يقبل من قول النساء والرجال

٩٠٦ ـ اتفق الفقهاء على قبول شهادتهن فى البيع والاجارة والرهن والمضاربة

---

(١) هذه الزيادة من نسخة قليج .

والغصب وسائر ما يجب به المال ، اذا كان معهن رجل ، ولا تقبل شهادتن اذا انفردن وان كثرن في العدد .

٩٠٦ ـ وعندنا تقبل على كتاب القاضي الى القاضي وفى الاحصان والرجعة والطلاق والعتاق والنسب والولاء وسائر ما عدى الحدود والقصاص .

٩٠٨ ـ وكل موضع قبل فيه كتاب القاضي الى القاضي تقبل فيه شهادة الرجال والنساء .

٩٠٩ ـ وان شئت قلت : كل موضع تقبل فيه الشهادة على الشهادة يقبل فيه قول الرجال والنساء .

٩١٠ ـ وقبل الشافعى الشهادة على الشهادة فى النكاح والرجعة والكتاب الوارد من القاضي الى القاضي ، ولم يقبل فيه شهادة الرجال والنساء .

٩١١ ـ وارتكب بعض أصحابه قبول كتاب القاضي ، والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص ، ولم يقبل في ذلك شهادة النساء وان كن قد أقامهن الشرع مقام الرجل فى الاموال فاعتبر مذهبنا على أحد الوجهين الذين قد بينا .

٩١٢ ـ فاما تفريع الشافعي فمختلف ، يقبل في الطلاق[1] اذا ادعى شهادة الرجال والنساء ولا يقبل في جانب الزوجة اذا ادعى الزوج النكاح ، وفي البيع يقبل في الموضعين ، وفي الرد بالعيب وفي الطلاق على مال يثبت المال ولا يثبت الطلاق الذى يستحق به المال (فتفريعه) على أصوله يحتاج الى عدد المسائل وحفظها .

٩١٣ ـ وسنذكر في كل كتاب ما خالف فيه ان شاء الله .

٩١٤ ـ واذ قد ذكرنا قول الرجال والنساء فلنذكر قبول قول العبيد .

باب مايقبل فيه قول العبيد

وهذا باب ما يقبل فيه قول العبيد .

---

(١) في نسخة قليج : الصداق .

٩١٥ ـ اتفق أصحابنا ان قول العبيد يقبل في هلال رمضان ، ودخول وقت الصلاة ، وكون الشاة ذكية او ميتة ، ونجاسة الماء ، والاذن في دخول الدار بقوله ، وقبول الهدية على يده ، ووجوب العمل بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم والائمة من أحكام الشرع ، وقبول فتواه فى الشرعيات ، وقبول قوله في التزكية ، وقبول امامته في الصلاة كالاحرار .

١٩٦ ـ واجاز أبو حنيفة امانه اذا اذن له مولاه .

٩١٧ ـ وقال الشافعي يجوز بغير اذن مولاه ، وهو قول ابي يوسف ومحمد.

٩١٨ ـ واجاز الجميع طلاقه بغير اذن مولاه ، وانه في (الحنث) كالحر في الايمان والظهار والقتل والسرقة والاقرار بما يجب به اتلاف نفسه او عضو منه ، وامتنعوا من قبول شهادته في الاموال .

٩١٩ ـ وقد ذكرنا فيما تقدم ان علياً رضي الله عنه قبل شهادة العبد ، وهو قول مالك بن انس وابراهيم قبلها في الشيء الطفيف .

٩٢٠ ـ واتفقوا على انه والحر سواء في الصلوات والصيام .

٩٢١ ـ واختلفوا في نكاحه بغير اذن مولاه : فاجازه مالك ، ولم يجزه أصحابنا والشافعي .

٩٢٢ ـ وانه في الكفارة بغير المال مثل الحر العاجز عن المال .

٩٢٣ ـ واختار أصحابنا اجباره على النكاح ولم يجزه الشافعي وان كان مكلفا .

٩٢٤ ـ وفي الصغير اختلف اصحابه .

٩٢٥ ـ واختلف في قتل الحر به فعندنا هما سواء .

٩٢٦ ـ وعند الشافعي لا يقتل به الحر .

٩٢٧ ـ وسيجيء فى كل كتاب مافيه من المسائل ان شاء الله .

٩٢٨ ـ واذ قد ذكرنا ذلك فلنذكر من ظاهره العدالة :

باب من ظاهره العـــــدالة

وهذا باب ما يقبل فيه قول من ظاهره العدالة .

٩٢٩ ـ قال أبو حنيفة : ويقبل قول من ظاهرة العدالة فى الشهادة فى سائر الحقوق المالية أو ما يجرى مجراها الا أن يطعن فيـه الخصم ، فيسئل عنه سرا ويزكا فى العلانية .

٩٣٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد : يقبـل قوله حتى يشـك فيه ، كمـا فى الحدود .

٩٣١ ـ وهو قول الشافعي[١] .

٩٣٢ ـ واتفق الفريقان على انه ينعقد بحضوره النكاح ، ويكفى فى ذلك عدالة الظاهر .

٩٣٣ ـ ومن اصحابنا من قال لا ينعقد ، وخبره مقبول فى الشرعيات .

٩٣٤ ـ وسائر ما يقبل فيه قول العبد يقبل قوله فيه .

٩٣٥ ـ وهو كالعبد عند الجميع فى الوصية . وولاية النكاح .

٩٣٦ ـ واذا حكمه رجلان جاز ان يحكم بينهما .

٩٣٧ ـ وفى جواز الصلوة خلفه وقبول فتواه والرجوع الى تعريفـــه فى الشهادة وخبره فى العزل والولاية ورؤية الهلال واحكام اخر تمر[٢] فى الكتاب فى مواضعها .

واذ قد ذكرنا قول العدل وقول من ظاهره العدالة (فلنذكر ما يقبل قول الفاسق فيه) .

باب مايقبل قول الفاسق فيه

٩٣٨ ـ ويقبل قول الفاسق على نفسه فى سائر العقود والحقوق والحدود ، وينعقد البيع له ولغيره بقوله ، وكذلك سائر العقود .

---

(١) أدب القاضي للماوردي (١٨٣٢ وما بعده) .

(٢) في نســـخة قليج : ترى .

٩٣٩ ـ وقال الشافعي : ان كان العقد فى حق نفسه صح بقولـه ، وان كان فى حق غيره لم يقبل فى النكاح وقبل فى سائر العقود اذا كان وكيلا .

شـهادة الفاســـق على النكاح

٩٤٠ ـ وعندنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسق وعند الشافعي لا ينعقد .

امامة الفاسق في الصلاة

٩٤١ ـ ويصح امامة الفاسق في الجمعة وغيرها عندنا وعند الشافعي .

٩٤٢ ـ وقال مالك لا يصح أن يؤم الفاسق العدل في الصلوة .

٩٤٣ ـ ولا يقبل قوله فى الشهادة على الحقوق لا أنا حكمنا بكذبه وانما رددنا شهادته لانه لم يوجد شرط قبول شهادته ، لانه تعالى قال « ممن ترضون من الشهداء »[1] وقال :

« فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة »[2] .

٩٤٤ ـ وقد قبل اصحابنا قوله فى رد الطينة ، وامتناع الخصوم من الحضور وعملوا على قوله فى قبول الهدية ، وقبلوا قوله فى نجاسه الماء وطهارة الثوب وكون الشاة ذكية أو ميتة والاذن في دخول الدار وقال الجميع لو شـهد عند الحاكم فرد شهادته ثم تاب واصلح وادى الشهادة انه تقبل كما يقبل قول الصبي وفرقوا بينه وبين الكافر والعبد ، انها تقبل اذا اعادها .

٩٤٥ ـ وقالوا يجوز ان يكون وصيا ووكيلا .

٩٤٦ ـ واجاز الجميع امانه لاهل الحرب وانه فى ذلك كالعدل .

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢ .
(٢) سورة الحجرات ٤٩ .

٩٤٧ ـ واتفقوا على انه لو تحمل شهادة وهو فاسق واداها وهو عدل انها تقبل ويحكم بها .

٩٤٨ ـ وانه فى الحدود والعقود مثل العدل .

٩٤٩ ـ وسنذكر فى باب الحجر ما يؤثر فيه الفسق ولا يؤثر لانه اشبه موضـــع بذكره .

٩٥٠ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهود ، اذا كملت صفاتهم وعددهم فلنذكر صفاتهم وحكمهم اذا نقصوا .

باب الشـاهد واليمين(١)

وهذا باب ذكر الشاهد واليمين وما يقضى به فيه .

٩٥١ ـ اتفق اصحابنا جميعا على انه لا يقضى بشاهد ويمين الطـالب فى شىء من الحقوق كائنا ما كان ذلك الحق .

٩٥٢ ـ وهو قول الشعبي وابراهيم (النخعي) والزهرى(٢) .

٩٥٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك ، رواه الجماعة وتلقته الامة بالقبول .

وقال الشافعي يقبل الشاهد ويمين الطالب(٣) .

---

(١) جاء في الموطأ تحت عنوان «القضاء باليمين مع الشاهد» قال يحي ، قال مالك ، عن جعفر بن محمد عن أبيه ، ان رسول الله (ص) قضى باليمين مع الشاهد . وعن مالك عن أبي الزناد ان عمر بن عبدالعزيز كتب الى عبدالحميد ابن عبدالرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة « ان اقض باليمين مع الشاهد .... قال مالك : مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد ، يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه ، فان نكل وأبى أن يحـــلف احلف المطلوب ، فان حلف سقط عنه ذلك الحق ، فان ابى ان يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه ، قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال خاصة ، ولا يقع ذلك في شىء من الحدود ، ولا فى نكاح ولا فى طلاق ، ولا فى عتاقة ولا في سرقة ولا فى فرية .

(٢) وقول زيد بن علي وابن شبرمة والامام يحي (طرق القضاء للمرحوم احمد ابراهيم ابراهيم ص ٢٧١) .

(٣) قال بذلك أيضا مالك واحمد وأهل الحجاز (طرق القضاء للمرحوم أحمد ابراهيم ابراهيم ص٢٦٩) وفي هذا الكتاب مناقشة حجج الفريقين .

٩٥٤ ـ وقال البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، ولو كان الحكم يجوز بشاهد ويمين لما قصر الله تعالى الشهادة على رجلين أو رجل وامرأتين[١] .

الا ترى انه لما جاز بقول اثنين لم يحتج الى بيان ما زاد على ذلك .

٩٥٥ ـ وقد طعن اصحاب الحديث فى حديث الشاهد واليمين فحملوه على كل طريق ممكن[٢] .

٩٥٦ ـ والاصل ان مال الغير لا يجوز ان يقبل فيه قول غيره ، ويسلم الى المدعى الا فى موضع اتفق الناس عليه ، ولم يتفق على الشاهد الواحد واليمين فان اليمين قول المدعى فلا يقضى له[٣] .

---

(١) رد ابن تيمية على هذه الحجة بقوله : ان القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم ، وانما ذكر هذين النوعين من البينات فى الطرق التى يحفظ بها الانسان حقة . قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب ان يكتب كما علمه الله ... واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترجون من الشهداء فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب .. ثم أمر من له الحق ان يستشهد .. وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ابراهيم، ص ٢٧٣) .

(٢) وردت هذه الحجج في التبيين فقد جاء ان ما رواه الشافعي من حديث ان النبي قضى بشاهد ويمين « ضعيف رده يحي بن معين فلا يعارض ما رويناه ، ولأنه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما الخ » .

واحتج للشافعي ومن معه بأن احاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها جمع عظيم من الصحابة واشتهرت بين المحدثين ، وروى كثير منها في الكتب السنة ما عدا صحيح البخاري ، واما حديث البينة على المدعى فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة ، واما انكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة فسببه انه اصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ونسى حديثه ، فهو انما قال لا احفظه ولا أتذكره وهذا لا يضرنا بعد ان ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى عديدة بعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ابراهيم ، ص ٢٧١ ـ ٢٧٢) .

(٣) وهكذا نجد ان السمناني مزج قواعد الاثبات بقواعد الكسب دون سبب

٩٥٧ ـ قال الشافعى : والبينة بينتان بينة كاملة عدد الشهود لا يحلف معها وبينه ناقصة العدد فى المال يحلف مقيمها معها .

٩٥٨ ـ قال : وكل ما كان من مال تحول من مالك الى مالك غيره حتى يصير فيه مثله أو مثل معناه قضى فيه باليمين مع الشاهد ، وكذلك كل ما وجب مال من قتل او جرح لا قصاص فيه ، أو اقرار او غير ذلك مما يوجب المال .

٩٥٩ ـ قال : ولو اتى قوم بشاهد ان لابيهم على فلان حقا او ان فلانا قد اوصى لهم ، فمن حلف منهم مع شاهده استحق موروثه او وصيته دون من لم يحلف .

٩٦٠ ـ فان كان فيهم معتوه وقف حقه حتى يعقل فيحلف او يموت فيقوم وارثه مقامه فيحلف ويستحق .

٩٦١ ـ ولا يستحق اخ بيمين أخيه .

٩٦٢ ـ وليس الغريم والموصى له فى معنى الوارث فى شىء .

٩٦٣ ـ ولو أقام شاهدا انه سرق له متاعا من حرز يساوى ما تقطع فيه اليد حلف مع شاهده واستحق المال ، ولا تقطع اليد لان الحد ليس بمال .

كرجل قال امرأتى طالق وعبدى حر ان كنت غصبت فلانا هذا العبد فشهد له عليه بغصبه شاهد واحد ، فيحلف ويستحق الغصب ولا يثبت عليه الطلاق ولا العتاق لانه ليس حكم الحد حكم المال .

٩٦٤ ـ قال : ولو اقام شاهدا على جارية انها له ، وابنها ولد منه حلف وقضى له بالجارية وكانت أم ولده باقراره ، لان أم الولد مملوكة و لايقضى له بالابن لانه لا يملكه على انه ابنه .

فاستخرج هذه القاعدة عن طريق التحليل العقلى والتركيب بين نظامين أحدهما مشتق من قواعد الاثبات والاخر متسلسل من القواعد العامة فى الكسب دون سبب ، وفى هذا ايضا ما يؤيد ان مبدأ لكسب دون سبب يصدر فى الفقه الاسلامي عن قاعدة عامة لا عن تطبيقات جزئية محصورة ، ولولا ذلك لما صح هذا المزج بين االنظامين المذكورين واستخراج الاصل المذكور .

٩٦٥ ـ قال المزنى : وقد قال في موضع اخر يأخذها وولدها ويكون ابنه .

قال المزنى وهذا ابنه بقوله الخى لم يختلف وهو قوله لو أقام شاهدا على عبد فى يدى اخر سرقة انه كان عبدا له فاعتقه ثم غصبه هذا بعد العتق انه يحلف ويأخذه ويكون مولاه وهو لا يأخذ مولاه على أن يسترقه كما لا يأخذ ابنه على انه يسترقه ، فاذا اجزه في المولى لزمه في الابن .

٩٦٦ ـ قال ولو اقام شاهدا ان اباه تصدق بهذه الدار عليه صدقة محرمة موقوفة ، وعلى اخوين له ، فاذا انقرضوا فعلى اولادهم او على المساكين فمن حلف منهم ثبت حقه وصار ما بقى ميراثا .

وان حلفوا معا خرجت الدار من مال صاحبها وصارت الى من جعلت له حياته ومضى الحكم لهم فيها .

وان جاء بعدهم ممن وقفت عليه اذا ماتوا فقام مقام الوارث وان لم يحلف الا واحد فنصيبه منها وهو الثلث صدقة على ما شهد به شاهده ثم نصيبه على من تصدق به ابوه عليه بعده وبعد اخويه .

٩٦٧ ـ واعترض المزنى على الشافعى وقال ان من قوله ان الموقف عليه لا يملك رقبة الوقف ، وانما يملك المنفعة ، فكيف يحلف من لا ملك له فى الرقبة ؟ وقد قال ان عبدا لو ادعى على سيده انه اعتق واقام عليه شاهدا واحدا ان العبد لا يحلف مع شاهده لانه لا يملك ما كان يملكه السيد من رقبته ، فكذلك ينبغى ان يكون قوله فى الوقف ، وافسد تفريع صاحبه فى الباب بعد ان ذكر جملة الفروع له ، وبالغ فى الرد عليه .

٩٦٨ ـ وتفريع العمل على الشاهد واليمين لا يستقيم لانه يعمل به فى موضع دون آخر ، ويختلف جنبه المحكوم به فى ذلك اختلافا شديدا والصواب عندنا ـ والله اعلم ـ ان الحكم لا يجوز به .

٩٦٩ ـ وقد اختلف أصحابنا اذا حكم الحاكم به هل ينقض حكمه أم لا ؟ فمنهم من نقضه ومنهم من لا ينقضه .

٩٧٠ ـ وسنفرد بابا فيما ينقض فيه قضاء القاضى ولا ينقض وما يخله وما لا يخله ان شاء الله ٠

٩٧١ ـ واذ قد ذكرنا ما يقضى به من طريق معرفة الشاهد وعلمه فلنذكر ما يسمع من غيره ٠

باب مايقبل فيه شهادة الاستفاضة من الاشياء(١)

٩٧٢ ـ اعلم ان ههنا مسائل اجمع الفقهاء على قبول شهادة الاستفاضة فيها، ومسائل اختلفوا فيها ٠

٩٧٢ ـ فاما المسائل التى اجمعوا على قبول شهادة الاستفاضة فيها فمنها : النسب فانه يجوز ان يشهد بنسب لم يدركه ، لانا نشهد ان محمدا النبى صلى الله عليه وسلم (هو) ابن عبـــدالله وابا بكر (هو) ابن قحافة وعمر (هو) ابن الخطاب وعثمان (هو) ابن عفان وعلي (هو) ابن ابى طالب رضى الله عنهم ، ولم ندرك ذلك ولا شهدنا الاباء ولا البنيين ٠

٩٧٣ ـ ولا فرق بين النسب الى الاب او الى الام لانا نشـــهد ان الحسن والحسين (هما) ابناء فاطمة عليهم السلام ٠

٩٧٤ ـ ومن رأى رجلا ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يشاهد المنسوب اليه ولكنه سمع الناس يقولون ذلك وسعه الشهادة له بالنسب ٠

٩٧٥ ـ ولو رأى رجلا يقول انا ابن فلان الفلانى لم يسعه ان يشـــهد

---

(١) في لسان العرب في مادة فيض : فاض الحديث والخبر واستفاض ذاع وانتشر ، وحديث مستفيض ذائع ، ومُستفاض قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، واياها أكثرهم حتى يقال مستفاض فيه ، وبعضهم يقول استفاضوه فهو مستفاض التهذيب ، وحديث مستفاض مأخوذ فيه ، قد استفاضوه أى اخذوا فيه ، ومن قال مستفيض فانه يقول ذائع فى الناس مثل الماء المستفيض ، قال أبو منصور قال الفراء والاصمعي وابن السكيت وعامة أهل اللغة : لا يقال حديث مستفاض وهو لحن عندهم وكلام الخاص حديث مستفيض منتشر شائع في الناس ٠

له بالنسب حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر الخبر بذلك بين الناس من غير تواطـــــىء .

٩٧٦ ـ ولو نزل بين قوم وهم لا يعرفونه فقال : انا فلان بن فلان لـم يسعهم ان يشهدوا له (بالنسب) حتى تقع معرفة ما قال فى قلوبهم .

٩٧٧ ـ وقد حد بعض اصحابنا ذلك بان يقيم معهم سنة .

٩٧٨ ـ وان وقع ذلك فى قلوبهم قبل السنة لم يسعهم ان يشهدوا بنسبه .

٩٧٩ ـ وقال محمد : لا تسعهم الشهادة حتى يسمع ذلك من رجلين عدلين من أهل البلدة التى هى بلده[١] .

الشهادة على الموت

٩٨٠ ـ والشهادة على الموت : تثبت بالاستفاضة كالنسب .

٩٨١ ـ واذا شهدوا انه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث .

٩٨٢ ـ واذا قضيت بنسب الى رجل وحكمت بميراثه ثم قامت بينة انه فلان ابن فلان « الفلاني »[٢] نسبوه الى أب آخر غير الذى نسبه اليه الاول وانه عصبنه ووارثه لم يعلموا وارثا غيره لم اقبل الشهادة ولم احول نسبه عن الاول ، ولا من محتد[٣] الى غيره ولا من عشيرة الى غيرها اذا كان الاول محكوما به .

٩٨٣ ـ ولا يكلف الشهود أن يقولوا انه لا وارث لفلان غير هذا لانه غيب ، وقولهم لا نعلم يكفى فى الشهادة .

---

(١) في نسخة قليج : من أهل بلده .
(٢) الزيادة من نســـخة قليج .
(٣) في لسان العرب المحتد الاصل والطبع ورجع الى محتده اذا فعل شيئاً من المعروف ثم رجع عنه .

٩٨٤ – وان قالوا : لا نعلم له وارثا فى العراق غير فلان ، فالشهادة جائزة عند ابي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تجوز حتى ينهوا الشهادة ويقولون لا يعـــلمون .

٩٨٥ – ويجوز للجيران ولمن عرف انسانا ان يشهد انه ابن فلان ، لان الشهادة على النسب بالسماع المتواتر جائزة ، ويسعه ان يشهد بقول النساء والخادم ومن لا يعرف بعدالة ويرجع الى ذلك لان قول هؤلاء فى الخبر المســتفيض والعدول سواء .

٩٨٦ – وقال بعض اصحابنا لا يسعه أن يشهد بمعرفة المرأة ونسبها حتى يدخل عليها ، وعندها جماعة نساء ممن يثق بهن فيقلن هذه فلانة بنت فلان ثم يتركها اياما ثم ينظر اليها بحضره نسوة اخر فيعرفنه اياها كما عرفنه(فى) الاولى ويتردد اليها شهرين او ثلاثة ، فاذا وقعت معرفتها فى قلبه بقول رجال ونساء[1] شهد لها بذلك وعليها .

شهادة الشهود على معرفة النساء في مدينة السلام

٩٨٧ – ورأيت الشهود بمدينة السلام يشهدون على معرفة النساء بقول العامة والدلالين ويشهدون بين يدى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله ، فيقولون :

– نشهد – اطال اللهبقاء سيدنا السيد الاجل الامام الاوحد قاضي القضاة – على اقرار فلانة بنت فلان ، وقد عرفتها بعينها واسمها ونسبها ، وما رجعوا الاالى من ذكرناه في التعريف .

قبول الاستفاضة على الولاية والخلع

٩٨٨– وتقبل الاستفاضـــة على الولاية والعزل والخلـع لان بذلك نعرف الولايات وكثير لا يشهد بيعة ولا خلعا .

---

(١) في نسخة قليج : يقول شهد رجال ونساء بذلك وعليها .

فصل : الشهادة على موت انسان

٩٨٩ـ فاذا اخبر الشـــاهد بالموت رجل او امرأة ثقة ، وقالوا نحن عاينـا موت فلان ، وسعه الشهادة بموته ، ولا يسعه أن يشهد على ما يصنع أهل من نعى اليهم انه مات حتى يخبر بذلك من شهد موته ، فيجوز ان يشهد .

وليس كل من شهدنا بموته عاينا ذلك لانا نشهد بموت الصحابة رضى الله عنهم والعلماء ولم نر ذلك .

فصل : الشهادة على النكاح بالسماع

٩٩٠ـ ويجوز أن يشهد بنكاح لم يحضره ان فلانة زوجة فلان وان فلانا زوج فلانة بالسماع من الجيران ممن يعرف امرهم ، كما يشهد ان عائشة (ر) زوجة النبي (ص) وان عليا زوج فاطمة وان عمر زوج بنتها ام كلثوم رضي الله عنهم أجمعين ، وان لم يشاهدوا ذلك ، الا ترى ان الغائب يقدم فيقال له قد تزوج فلان بفلانة ويمضي على ذلك الشهور الا يشهد لها بالنكاح ؟

٩٩١ـ وكذلك الصغير يكبر فلو كان بينهما ولد ينسب اليهما اما يشـــهد بنسبه اليهما ؟

٩٩٢ـ كل ذلك يجوز ان يشهد به .

٩٩٣ ـ وهذا لا خلاف فيه بين الناس نعلمه .

ادعاء رجلين نكاح امرأة

٩٩٤ـ قال أصحابنا : واذا ادعى رجلان نكاح امرأة فأقرت لاحدهما فهي امرأته ، فان اقام الآخر البينة انها امرأته قضيت بها له وابطلت اقرارها للاول .

٩٩٥ـ وان اقاما بينة لكل واحد انها امرأته فهي لصاحب الوقت الاول اذا وقتا ، وان لم يوقتا لم أحكم بها لواحد منهما .

٩٩٦ ـ وقد قال اصحابنا : انها اذا كانت فى منزل احدهما وتحت يده والبينة مطلقة فصاحب اليد اولى .

٩٩٧ ـ وقد اختلف اصحابنا اذا وقت أحدهما ولم يوقت الاخر في الملك ، انه يقضى للذى لم يوقت عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يقضى لصاحب الوقت .

٩٩٨ ـ وسنذكر هذه المسئلة واشباهها فى الدعاوى ان شاء الله .

تنازع على نكاح امرأة

٩٩٩ ـ واذا ادعى نكاح امرأة وهى تجحد فأقام بينة وقضى له بها ، فجاء رجل آخر واقام البينة على مثل ذلك لم احكم بها له وهى زوجة للاول الا ان يوقت وقتا قبل وقت الذى قضي بها له ، وهى لصاحب الوقت الاقدم منهما .

الشهادة على المعاملات

١٠٠٠ ـ وقال اصحابنا : ولا تجوز الشهادة على العتق والطلاق والقتل والغصب والجراحات والبيوع والديون وما يدور بين الناس من المعاملات الا بمعاينة أو اقرار .

الولاء المشهور

١٠٠١ ـ واختلف اصحابنا فى الولاء المشهور ، فلم يقبل أبو حنيفة ومحمد فيه الاستفاضة وجعلاه كالعتق .

١٠٠٢ ـ وقال أبو يوسف تجوز كالنسب .

لاينقل الولاء بعد ثبوته

١٠٠٣ ـ واذا ثبت الولاء من رجل بان شهد الشهود انه مولاه الذى اعتقه

وقد مات فقضى له بالولاء والميراث فلو حضر آخر فادعا ولاءه وشهد له الشهود انه مولاه لم يقض بهذه البينة ولم ينقل الولاء بعد ثبوته كما لا ينقل النسب بعد ثبوته .

فصل : الملك المشهور الخ

١٠٠٤ ـ وقال أصحابنا : لا تجوز الاستفاضة في الملك المشهور ، وقبل ذلك الشافعي .

١٠٠٥ ـ وفى الوقف المشهور خلاف برواية عن ابى يوسف انه يقبل فى الملك انما هو لمن يتصرف فى ذلك بالبيع والعقود والاجارة والارث والوصية ،

١٠٠٦ ـ وقال أبو حنيفة : اذا رايت الدار فى يدى رجل او الثوب أو الدابة وسعك ان تشهد ان ذلك له بظاهر اليد .

١٠٠٧ ـ واختلف اصحاب الشافعى فى اليد هل تدل على الملك ام لا ؟

فمنهم من قال تدل على الملك .

ومنهم من قال لا تدل على ذلك .

١٠٠٨ ـ ولو كانت اليد لا تدل (على الملك) لما سمعت الدعوى على من فى يده الشىء وجعل القول قوله فى ذلك .

١٠٠٩ ـ وقال محمد عن أبى حنيفة فى الجامع الصغير .

ـ اذا رأى الشاهد فى يد انسان شيئا وسعه ان يشهد له بالملك الا العبد والامة .

١٠١٠ ـ وقال أبو يوسف لا يسع ذلك حتى يقع فى قلب الشاهد ذلك ، ولم يفرق فى الامالى[1] بين الحيوان والرقيق .

١٠١١ ـ وقال الخصاف :

اذا اشهد من ادرك الملك ولم يعاين المالك كامرأة لا تخرج ولا يراها الرجال ، فان كان ذلك مشهورا عند العوام فالشهادة على ذلك جائزة ، وان لم

---

(١) في نسخة قليج : الاملاء .

يكن الملك والمالك مشهورا لم تجز الشهادة على ملك ذلك الا أن يشهد من عاين الشيء في يده .

١٠١٢ ـ وان شهد على الملك من لم يعاين الملك ، ولكن عاين من ينسب اليه الشيء فرأى المالك[1] لم تجز له الشهادة ، انما تجوز الشهادة اذا كان الشاهد قد عاين الدار ولم يعاين المالك اذا كان مشهورا في الاستحسان ، وفي القياس لا يجوز ذلك .

١٠١٣ ـ وقد ارتكب بعض اصحاب الشافعي ان العقود تثبت بالاستفاضة ، ولو ثبت ذلك بالاستفاضة لما اعتبرعلم الشاهد في شيء من الشهادات .

١٠١٤ ـ واذ قد ذكرنا حكم ما يشهد به الشاهد من طريق العلم وما يثبت من طريق الاستفاضة وجب ذكر الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها وما يعتبر في التزكية .

باب الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها والتزكية

ـ وهذا باب الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها والتزكية .

١٠١٥ ـ وقد كان الواجب ان يذكر هذا الباب في أول ابواب الشهادات الا انا اخرناه لانه كلام في الطريق الى معرفة ما قدمناه .

١٠١٦ ـ وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل عن الشهود فيما تقدم ، وذكرنا صفة العدل وبينا من ذلك في اول الابواب المقدمة ما فيه كفاية .

١٠١٧ ـ ونحن نذكر في هذا ما قاله العلماء وشرطوه في جواز قبوله . وقد قال اهل العلم ومن صنف في هذا الشأن اقوالا كثيرة ، ونحن نحكي في هذا الباب جملا منها مقصوره يبين بها الغرض ان شاء الله .

١٠١٨ ـ فقال ابراهيم النخعي :

---

(١) جملة « فرأى المالك » لم ترد في نسخة قليج .

العدل فى المسلمين من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج .

١٠١٩ ـ وقال الشعبى :

شهادة الرجل جائزة ما لم يضرب حدا أو يعلم عليه فرية[١] في دينه.

١٠٢٠ ـ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه سأل رجلا عن رجل فقال له : ما علمت عنه الا خيرا ، فقال له : حسبك .

١٠٢١ ـ وعن شريح انه قال لخصم ايت ؟ شهود عدل فانا قد امرنا بالعدل وأنت فاسأل عنه ، فان قالوا الله أعلم به فهم يعرفون[٢] ان يقولوا انه مريب ولا تجوز شهادة مريب ، وان قالوا ما علمناه الا عدلا مسلما فهو ان شاء الله كذلك وتجوز شهادته .

١٠٢٢ ـ وكان الحسن يجوز شهادة المسلمين الا ان يجرح الخصم الشاهد.

١٠٢٣ ـ وروى عن الحسن ان رجلا اتاه فقال ان اياس بن معاوية رد شهادتى .

فقام معه الحسن فقال ما منعك وروى يالكع !

لم رددت شهادة هذا ؟ أما بلغك ان رسول الله (ص) قال : من استقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فذلك المسلم .

قال : ايها الشيخ ان الله يقول « فمن ترضون من الشهداء » وان هذا ممن ليس يرضى من الشهداء قال محمد بن الحسن فخصم اياس الحسن .

١٠٢٤ ـ وقد روى الحذاء[٣] ان أياس بن معاوية قضى في يوم قضية ماصيرا[٤] فيها يمين ولا سأل فيها بينة .

---

(١) هكذا اجتهدنا فى قرائتها ولعلها : خربة . والفرية الكذب والخربة سرقة الابل وكل خيانة او هى الفساد فى الدين .

(٢) كذا في جميع النسخ ولعلها : فهم يعرضون انه مريب .

(٣) يستفاد من كتاب أخبار القضاة لوكيع (١/٣١٧) ان خالد الحذاء كان فقيها مشاورا لقاضي البصرة أياس بن معاوية بن قرة المزني .

(٤) كذا في جميع النسخ ولعلها ما سُمع .

من كتاب عمر بن الخطاب الى ابى موسى الاشعري

١٠٢٥ ـ وقد روى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى ابى موسى:

« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا فى حد او مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة »[١] .

١٠٢٦ ـ وقد روى عن محمد بن عبدالرحمن الموصلى[٢] .

انه قال :

قلت لاياس بن معاوية : اخبرت انك لا تجيز شهادة الاشراف بالعراق ولا التجار الذين يركبون البحر ؟

قال : أجل ، أما الذين يركبون البحر ، فانهم يركبون الى الهند حتى يغرر بدينهم ويمكنوا عدوهم منهم من أجل طمع الدنيا فعرفت ان هؤلاء ان اعطى أحدهم درهمين في شهادتهم لم يتحرج بعد تغريرهم بدينه .

واما الذين يتجرون فى قرى فارس فانهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون ، أفاجيز شهادة اكلة الربا ؟

واما الاشراف فان الاشراف بالعراق اذا نابت احدا منهم نائبة اتى الى سيد قومه فشهد له ، وشفع ، وقد كنت ارسلت الى عبد الاعلى بن عبدالله بن عامر الا يأتى بشهادة .

---

(١) أصل هذه الفقرة من رسالة عمر حديث المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في فرية وقد أورد الماوردي في أدب القاضى هذه النبذة من رسالة عمر واحتج بها وقال : وهذا عهد عمل به المسلمون وتلقوه بالقبول فصار كالاجماع (بند ١٨٤٠) انظر ايضا كتابنا نصوص قانونية وشرعية ، ص١٤٣ـ١٤٥ وحجج تيان فى التشكك من صحة هذه الرسالة فى كتابة تاريخ التنظيم القضائى فى ديار الاسلام ، ص٨٧ـ٨٢ .

(٢) جاء في أخبار القضاة لوكيع (١/٣٥٩) « حدثني أحمد بن علي قال حدثنا ابن وهب ، عن عبدالله بن لهيعة ، عن محمد بن عبدالرحمن القرشى الخ » .

وقد كان علي بن موسى يجيز شهادة أهل الاهواء ويراهم أهلا لها اذا ادخلهم فى الهوى الدين الا الخطابية فان بعضهم يقبل يمين بعض ويشهد له فلا اجيز شهادة هؤلاء ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ، وقالا بجواز الشهادة في هذا على النكاح[٢] .

١٠٢٧ – وقد روى عن ابن شبرمة انه قال :

ثلاث لم يعمل بها احد قبلى ولا يتركهن أحد بعدى :

المسئلة عن الشهود فى السر .

واثبات حجج الخصمين .

وتحلية الشهود في المسئلة[٣] .

طريق معرفة العدل أو التزكية

١٠٢٨ – وطريق معرفة العدل انما هو سؤال القاضى عنه .

---

(١) الخطابية فرقة غالية ذهبت الى القول بالوهبة الائمة من آل البيت وكان زعيمهم أبو الخطاب محمد بن أبي زينب الأسدي الاجدع يقول بالوهبة ابى عبدالله جعفر بن محمد الصادق ، وقد جاء في الملل والنحل للشهرستاني أن الصادق تبرأ منه ولعنه ، وأخبر أصحابه بالبراءة منه ، وشدد القول في ذلك .. فلما اعتزل عنه ادعى الأمر لنفسه . زعم ابو الخطاب ان الائمة انبياء ثم آلهة ، وقال بالاهية جعفر بن محمد والاهية آبائه ، وهم أبناء الله وأحباؤه ، والالهية نور فى النبوة ، والنبوة نور فى الامامة ، ولا يخلو العالم من هذه الآثار والانوار ، زعم أن جعفرا هو الاله في زمانه ، وليس هو المحسوس الذى يرونه ولكنه لما نزل الى هذا العالم لبس تلك الصورة فرآه الناس فيها ، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته قتله بسبخة الكوفة وافترقت الخطابية بعده فرقا الخ » (الملل والنحل ٣/٣٠٠ وما بعدها) .

(٢) كذا في النسخ والظاهر ان صواب الجملة : جواز شهادة هؤلاء .

(٣) في أدب القاضي للماوردى (١٨٦٩) وقد حكى عن ابن شبرمة انه قال : « شيئان ما عمل بهما قبلي ، ولا يتركهما بعدي أحد » ولم يذكر اثبات حجج الخصمين .

١٠٢٩ ـ وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل فيما تقدم ، وههنا نذكر كيفية المسئلة .

١٠٣٠ ـ قال اصحابنا : يسئل فى السر ، عن انسابهم وحلاهم ومجالسهم فيسئل أهل الثقة والامانة من جيرانهم ممن يصلح لذلك ، وليس كل عدل يصلح ان يسئل عن الشهود لانه قد يكون عدلا فيه غفلة ، فاذا سئل فقيل هو عدل جائز الشهادة اخبر القاضى بذلك في السر فيقبل القاضى ما يأتيه من التعديل فى قول ابى حنيفة وابى يوسف .

١٠٣١ ـ وقال أبو حنيفة رجلان افضل ، وقال محمد لا يقبل الا رجلين ، وهو قول الشافعى .

١٠٣٢ ـ والرأى للقاضى ان يستظهر برجل آخر فى المسائل ، فاذا اتاه الاول بشىء من أمر الشهود دفع الى الاخر ايضا اسماء الشهود وأمره بالمسئلة ولم يعلمه بما جاءه به الاول ، فان اتفقا اخذ به وأمر الطالب ان يأتى بقوم يعدلونهم في العلانية فاذا فعل ذلك احضر الخصم والشهود ثم يسأل المعدلين عن رجل رجل من الشهود عن اسمه واسم ابيه وعدالته فاذا بينوا ذلك اخذ بشهادتهم .

١٠٣٣ ـ وانما يعدل فى العلانية لئلا يقع اسم على اسم فلهذا وجب فى العلانية .

١٠٣٤ ـ واذا اختلف اصحاب المسائل على الشاهد فاتى هذا بما تقبل معه الشهادة وهذا بما يوجب الرد امتحن القاضى ذلك بنفسه ، ونظر ما السبب فى ذلك فان صح احد الامرين امضاه واذا لم يكن فى الجيران من يصلح للمسئلة سأل من فى اسواقهم ممن يصلح لذلك .

١٠٣٥ ـ وان كانت الشهادة بحد او قصاص سأل الجيران ذلك وبحث واستقصى المسئلة فى معرفة ذلك .

١٠٣٦ ـ واذا لم تثبت العدالة عنده بالمسألة قال للطالب : زدنى شهودا ولا يعرفه القدح فى شهوده .

١٠٣٧ ـ فان قال الطالب :

ـ شهودى هم عدول ، وعندى من يزكيهم من العدول ، واتى بذلك اعاد القاضى المسئلة وكشف عنهم وعن من جرحهم .

١٠٣٨ ـ فاذا عرف الجرح حكم به وقدمه على التعديل لانه زيادة علم بحال الشهود .

١٠٣٩ ـ واذا عدله اثنان فما زاد وجرحه واحد فالتعديل اولى .

١٠٤٠ ـ فان جرحه اثنان وعدله مائة فالجرح اولى عندنا ، وهو قول الشافعى أيضا .

١٠٤١ ـ واذا عدله واحد وجرحه واحد فالجرح أولى .

١٠٤٢ ـ وقال الشافعى لا يحكم بواحد منهما .

١٠٤٣ ـ ولا يجب بيان سبب الجرح عند اصحابنا جميعا ، ويكفى ان يقول ليس بعدل .

١٠٤٤ ـ وقال الشافعى ينبغي بيان ما جرحه به لانه ربما يكون ذلك لا يوجب رد شهادته .

واذا ثبتت العدالة فقال الشهود بالتزكية ليس هو عدل كلفا ببيان ما يبطل العدالة من افعاله .

١٠٤٥ ـ وذكر ذلك الخصاف عن محمد بن الحسن وعندنا لا يحكم بالفسق وعنده يحكم .

١٠٤٦ ـ واذا شهد على المطلوب بالحق شهود فاقام المطلوب بينة ان الطالب استأجرهم ليشهدوا له بهذه الشهادة لم يقبل من بينه المطلوب ، وهذا تهاتر عند ابى حنيفة ويقبل غيره وترد الشهادة .

١٠٤٧ ـ وقبل ابو حنيفة تعديل الولد لوالده والوالد لولده ، وكل ذى رحم فانه يقبل تعديله لرحمه .

١٠٤٨ ـ وقال الشافعي يعمل في العدالة والفسق بعلمه .

١٠٤٩ ـ واذا جهل اسلامه لم يحكم حتى يسئل عن اسلامه ، ولا يعمل باسلامه بظاهر الدار كما يعمل في اللقيط باسلامه بظاهر الدار لان النبي صلى الله عليه وسلم سأل الاعرابي عن اسلامه لما شهد برؤية شهر رمضان[1] .

١٠٥٠ ـ ويرجع في اسلامه الى قوله ، كما رجع النبي عليه السلام الى قول الاعرابي وهذا قول الجميع .

اثبات الحرية عند جهل القاضي بها

١٠٥١ ـ واذا جهل حريته ، او قال المشهود عليه هما عبدان ، فقالا نحن احرار لم نملك قط لم يقبل الشهادة عندنا حتى تثبت الحرية . ولو كان يسأل عن حريتها فاخبر بذلك ثقة نفذت الشهادة عند بعض اصحابنا واختار القول الاول الخصاف .

١٠٥٢ ـ وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان احدهما انه يقبل قولهما لان الظاهر من الدار حرية اهلها كما ان الظاهر الاسلام ؟ ثم يثبت الاسلام بقوله كذلك الحرية ، والوجه الثاني قالوا وهو الاظهر انها لا تثبت بقولهما كما قلنا ، قالوا لانه يملك الاسلام اذا كان كافرا بقوله ولا يملك ان يصير حرا بقوله اذا كان عبدا ، ولا يحكم لمجهول العدالة لانه لا يؤمن فيه الفسق .

فصل

١٠٥٣ ـ واذا عرفت عدالته كتب اسمه وكنيته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ، ويذكر من شهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من

---

(١) جاء في أدب القاضي للماوردي ان أعرابيا شهد عند رسول الله (ص) برؤية الهلال فقال له : أتشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ؟ قال نعم، فأمر بلالا ان ينادي في الناس من الغد ، ولم يسأل عن عدالته وعمل على الظاهر من حالة (١٨٣٨) .

والد أو ولد ، ويذكر من شهد عليه حتى لا يكون ممن لا تجوز شهادته عليه، ويذكر قدر ما شهد به لانه قد يكون ممن يقبل قوله فى قليل ولا يقبل فى كثير

فصل

١٠٥٤ ـ واختلف اصحاب الشافعى هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل باصحاب المسائل او بمن عدل او جرح من الجيران ؟

فقال أبو اسحق يحكم بشهادة الجيران لانهم يشهدون بالجرح والتعديل ، قال فعلى هذا يجوز ان يقتصر على الواحد من اصحاب المسائل ويجوز بلفظ الخبر ، ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ، ثم يسمع الشهادة بالجرح والتعديل من الجيران على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة ، وحمل لفظ الشافعى فى العدد على الجيران .

١٠٥٥ ـ وقال الاصطخرى يحكم بشهادة اصحاب المسائل لان الجيران لا يلزمهم الحضور ، فعلى هذا لا يكون اصحاب المسائل اقل من اثنين ويجوز ان يكون من اخبرهم من الجيران واحدا ، اذا وقع فى نفوسهم صدقه ، ويجب ان يشهد اصحاب المسائل عند القاضى على طريق الشهادة ، ولفظ الشهادة . وحمل قول الشافعى فى العدد على أصحاب المسائل .

١٠٥٦ ـ وان بعث باثنين فعادوا بالجرح حكم بالجرح وان عادوا بالتعديل حكم بالتعديل ، وان عاد واحد بالجرح وعاد الاخر بالتعديل لم يحكم بالتعديل ولا بالجرح بقول واحد منهما[1] .

١٠٥٧ ـ قال بعض اصحابنا :

ـ ويكفى ان يقول الشاهد هو عدل فى قبول شهادته .

١٠٥٨ ـ وقال الشافعى لا يقبل فى التعديل حتى يقول عدل لى وعلى .

---

(١) فى نسخة منيخ لم يحكم بقول واحد منهما فى جرح ولا تعديل .

١٠٥٩ – ومن أصحابه من قال : يكفى قوله عدل ، كما قلناه ، وهو الاصطخرى لان قوله عدل يقتضى ان يكون عدلا له وعليه

١٠٦٠ – وما ذكره الشافعى على سبيل الاستحسان[1] .

١٠٦١ – ومنهم من قال هو شرط ، وهو أبو اسحق لان قوله عدل لا يقتضى العدالة .

١٠٦٢ – ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت صحبته وخبرته بالشاهد لان المقصود معرفة العدالة من الباطن ، ولا يعرف ذلك لمن لم تتقدم صحبته ، وفى الجرح يقبل ممن تقدمت صحبته وممن تأخرت منه المعرفة .

١٠٦٣ – ويعيد المسئلة عن الشهود بعد اشهر او سنة اذا كثرت شهاداتهم، فان ذلك احوط .

١٠٦٤ – وقد قال اصحاب الشافعى اذا اعاد الشهادة فى مدة قريبة لم يسئل عن الشاهد وان طال الزمان ففيه وجهان : احدهما لا يجب لان الاصل بقاء العدالة والثانى انه يجوز ان يتغير بطول الزمان الحال فلا يحكم حتى يسئل .

نقد قاضي القضاة لتهاونه في اعادة السؤال عن شهوده

١٠٦٥ – وقد رأينا شيوخ شيخنا قاضى القضاة رحمه الله وقد طال بهم وبه الزمان وهم شهوده لا يسئل عنهم ولا يبحث .

فصل

١٠٦٦ – قال ابو يوسف اذا أقام الرجل عند قوم ستة أشهر لم يظهر منه الا الصلاح وسعهم ان يعدلوه ، ثم رجع وقال : لا يعدلونه حتى يقيم سنة كاملة فان فى ذلك يتبين امره .

١٠٦٧ – والعدلان المميزان اذا عدلا رجلا عند رجل وسعه أن يعدله اذا وقع فى قلبه انهما صادقان وليس الرجل اكثر حالا من القاضى .

---

(١) فى نسخة قليج : الاستحباب .

١٠٦٨ ـ ويقبل ذلك أيضا من رجل وامرأتين ، ولا يسئل من النساء الا من تعرف الاحوال وتخالط القاضى فاما من هى فى البيوت فلا .

فصل : طعن الخصم في عدالة الشهود

١٠٦٩ ـ واذا شهد عند[1] القاضى رجال فقال الخصم : انا أقيم بينة عندك انهم عبيد أو فساق أو محدودون فى قذف أو فيهم مانع يمنع الشهادة على ، وأتى بشهود فشهدوا بذلك قبل ذلك واخرجهم من العدالة .

١٠٧٠ ـ ولو شهدوا بأمر قديم يجوز أن يتاب منه ويصفح لم يقبل ذلك ، ولم يخرجهم من العدالة ، وان كان فى أمر يسير قبل ذلك .

فصل : تعديل المشهود عليه الشهود

١٠٧١ ـ واذا شهد على رجل بحق فعدله المشهود عليه ، قال أبو حنيفة : ان كان بعد الشهادة فقال هم عدول على ولى امضى الحاكم الحكم ، وان كان قبل الشهادة عليه ثم انكر ما شهدوا لم ينفذ عليه ، وسأل عنهم ، فان عدلوا انفذ الحكم وان عدل احدهما بعد الشهادة وقال قد غلط على لم يقبل تعديله وكان للحاكم ان يسأل .

١٠٧٢ ـ ولو انه قال : ما شهد به فلان أو هما على حق أو هو الحق اجاز الشهادة ولم يسئل عن الاخر .

١٠٧٣ ـ وان كان قال ذلك قبل الشهادة وقال ما ظننت انه يشهد على الا بالحق وقد شهد بباطل فان القاضى يسأل ولا يقبل قوله الاول ، وهو قول زفر والحسن بن زياد .

١٠٧٤ ـ وان شهدا بما ادعاه الخصم فقال بعد ذلك هما عدلان فيما شهدا به على او جائزا الشهادة لى وعلى انفذ ذلك ولا يسئل عنهما .

---

(١) فى نسخة منيخ : واذا عدل .

١٠٧٤ ـ وقال ابو يوسف لا يجتزى بذلك فان عدلا انفذ الحكم والا رده ذكره فى الامالى كذا ورواه الخصاف فى أدبه .

١٠٧٥ ـ ولاصحاب الشافعى وجهان : الاول يقبل تعديل الخصم والثانى لا يقبل من غير تفصيل ذكروه لان المسئلة حق له فاذا اسقطها نفذ الحكم عليه والثاني ان التعديل حق الله تعالى ولا يجوز الحكم له بالعدالة بقول المدعى عليه وحده .

١٠٧٦ ـ وان قال الخصم المدعى عليه : شهدا على بالحق ، أو هذه الشهادة حق أو صدقا فيما شهدا به ، أو هما صادقان فى هذه الشهادة التى شهدا بها انفذ الحكم بقوله ، ولا يحتاج الى أن يسئل لان هذا اقرار منه .

فصل

العدل

١٠٧٧ ـ واذا كانت اكثر امور الانسان حسنة فهو عدل اذا لم يرتكب كبيرة ، وان كان قد ارتكب كبيرة وتاب واصلح قبلت شهادته فى قول ابى يوسف

١٠٧٨ ـ وقال غيره اذا كان الرجل ملازما للجماعة مؤديا للفرائض ،معروفاً بصدق المعاملة مؤديا للامانة ، صدوق اللسان فهو عدل ، وان كانت منه السقطة من الصغائر يستغفر منها ولا يعود الى مثلها فهو عدل .

١٠٧٩ ـ واذا شهد عند الحاكم الشهود وارتاب منهم فله ان يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ، ومكانه وزمانه ، لما روى ان أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال عليه السلام ففرقهم وسألهم فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت عليهم نار فاحرقتهم[1] .

١٠٨٠ ـ فان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم وان اتفقوا فالمستحب ان يعظهم

---

(١) اشار الماوردي في أدب القاضي الى ماروى عن دانيال (النبذة ١٨٧٩)

فقد روى ابو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار[1] وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل وادعى على رجل حقا فأنكره ، فاحضر المدعى شاهدين فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذى تقوم به السموات والارض لقد كذبا على فى الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال :

ـ سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الطير لتخفق اجنحتها وترمى بما في حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار» فان صدقتما فأثبتا وان كذبتما فغطيا رأسكما وانصرفا .

فغطيا رأسهما وانصرفا[2] .

فصل

١٠٨١ ـ ويقبل فى تزكية السر العبد والمحدود فى القذف والمرأة ومن ظاهره العدالة لانه خبر كما قبلوا فى هلال رمضان ، ولم يقبلوا فى شهادة العلانية الا شهادة من تجوز شهادته بالحقوق أما رجلان أو رجل وامرأتان .

١٠٨٢ ـ وقد ذكرنا فيما تقدم خلاف الشافعى .

١٠٨٣ ـ واذ قد ذكرنا الشهادة وما يعتبر فى جوازها وجب ان نذكر ما ترد به شهادة الشاهد .

باب ما ترد به شهادة الشاهد

وهذا باب ما ترد به شهادة الشاهد مما اتفق عليه واختلف فيه :

١٠٨٤ ـ اتفق علماء الامصار على أن الفسق يمنع قبول الشهادة وانه اذا فسق الشاهد لم يجز للحاكم الحكم بها .

---

(١) سبقت ترجمته .

(٢) وردت هذه الرواية في أدب القاضي للماوردي ايضا (النبذة ١٨٨٤).

الحكم بشهادة الفاسق

١٠٨٥ ـ وحكى القدورى رحمه الله فى التجريد فى مسئلة ولاية الفاسق ان من اصحابنا من قال اذا حكم بشهادته نفذ حكمه .

نقـــد

١٠٨٦ ـ وهذا قول يرده الاجماع ويدفعه النظر ، لان شرط قبول قول الشاهد يقف على وجود العدالة ورضاء المسلمين عن الشهود ، والفاسق غير مرضي ولا عدل فلا يجوز الحكم بشهادته ، والحاكم اذا حكم بذلك مع العلم فقد فسق وخرج من الحكم ، وفساد هذا القول اوضح من تكلف الدلالة عليه .

شهادة الماجن

١٠٨٧ ـ وترد شهادة من يكثر الكذب ويتظاهر بالمجون والفجور ويكثر البحث فى المذاهب والمقالات .

١٠٨٨ ـ وكذلك اذا تظاهر بالمذاهب الردية والبدع الظاهرة .

١٠٨٩ ـ وترد شهادة من يلعب بالحمام ويطيرها من المواضع[١] ومن يناطح بالاكباش والحيوان كله ويقامر .

شهادة لاعب الشطرنج

١٠٩٠ ـ ورد اصحابنا شهادة من يلعب بالشطرنج .

١٠٩١ ـ وقال الشافعى لا ترد شهادته بذلك .

وحكى الخصاف فى المفصل[٢] انه اذا كان لا يقطعه ذلك عن الصلاة ولا يشغله عن الدين ولا يكثر الحلف عليه ولا يقامر فشهادته جائزة .

---

(١) كان شريح القاضى لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام (تاريخ القضاة لوكيع ٢/٣٠٨) .

(٢) فى نسخة قليج : فى ادبه للقضاء .

١٠٩٢ ـ وقال انه يرد شهادة من ترك صلوة الجماعة ثلاثا من غير تأويل .

١٠٩٣ ـ وترد شهادة من يشتم الصحابة رضى الله عنهم .

١٠٩٤ ـ قال ابو يوسف لان شتم الجيران يمنع قبول الشهادة فشتم الصحابة رضى الله عنهم اولى (ان ترد به الشهادة) .

١٠٩٥ ـ وترد شهادة شارب الخمر ومن يسكر من النبيذ لانه بذلك يفسق

١٠٩٦ ـ وترد شهادة من يلعب بالملاهى .

١٠٩٧ ـ وقال الخصاف : اذا كان يلعب بهـــذه الملاهى ولا تشغله عن الطاعات ولا ينسب اهلها الى المجانة والفجور واتعـــال الصلاح عليـــه اغلب قبلت شهادته .

١٠٩٨ ـ وترد شهادته بخصلة واحدة من الفسق ، ولا تقبل شهادته حتى يكون عدلا فى افعاله ، ولا يقرف بريبة .

١٠٩٩ ـ وترد شهادة من يكثر منه الكذب الفاحش ولا يتحفظ في أقواله وان كان يقع منه في البـدرات[1] والخير عليه أغلب قبلت شـهادته ، هـكذا ذكر الخصاف .

١١٠٠ ـ وترد شهادة النائح والنائحة ، والمغنى والمغنية ، ومن يقطع الطريق ويتلصص ، وأهل العصبية ، والعاشر ، وآكل الربا ومرتكب الربا ، ومن يلوط بالصبيان والنساء .

١١٠١ ـ وقال ابو يوسف : من يتهم بشتم الصحابة رضى الله عنهم لا يمنع من قبول قوله الا ان يقولوا سمعناه يشتم الصحابة .

١١٠٢ ـ ولو قالوا هو متهم بالفجور لم يقبل قوله .

---

(١) ان هذه اللفظة تحتمل ان تكون بالنون أو بالباء فان تكن بالنون فلفظة ندر الشيء ندورا تعنى سقط من جوف شيء او من بين اشياء فظهر ... ونوادر الكلام ما شذ وخرج من الجمهور ، ولقيته ندرة وفى الندرة مفتوحتين ، وندرى وفى ندرى والندرى وفى الندرى محركات : اى بين الايام ، واندر عنه من ماله كذا أخرجه والشيء اسقطه (القاموس المحيط) وأما بدر بالباء فتدل على الاسراع يقال بدرت الى الشيء ابدر بدورا واستبقنا البدَرَى أي مبادرين (لسان العرب) .

وذكر فى الفرق بينهما ان من يتهم بذلك فى الشتم فقد أثبت له العدالة ، والشتم لا يقبل الا بالسماع واذا قالوا يتهم بالفجور فما اثبتوا له العدالة

١١٠٣ ـ وترد شهادة من لا يؤدى زكاته وصدقته .

فصل

١١٠٤ ـ ولا ترد شهادة الاخ لاخيه وهو قول عروة بن الزبير وابن سيرين والشعبى وابراهيم (النخعى) وقتادة ، وهو قول الشافعى واصحابنا[1] .

١١٠٥ ـ وقال الحسن (بن زياد اللؤلؤى) لا تجوز شهادة الاخ لاخيه، وهو قول مالك لان القصاص يجرى بينهما فهو كالاجنبي ، وليس من حيث لم تجر مناكحة الاخ لاخيه ينبغى ان لا تقبل شهادته كما لو شهد لام زوجته وبنته.

فصل

من لا تجوز شهادتهم

١١٠٦ ـ روت عائشة رضى الله عنها عن النبى (ص) انه قال : لاتجوز شهادة الابن لابيه ، ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا الاجير لمن استأجره ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الشريك لشريكه .

١١٠٧ ـ وذكره الخصاف ، وهو قول ابراهيم (النخعى) وشريح (القاضى).

١١٠٨ ـ وكان الشعبى لا يجيز شهادة الرجل لابنه ، ولا شهادة المرأة لزوجها ، ويجيز شهادة الابن لابيه والرجل لامرأته .

١١٠٩ ـ وكان سفيان (الثورى) يرى جواز شهادة الرجل لامرأته ولايجيز شهادتها له .

---

(١) كان شريح أيضا يجيز شهادة الاخ لاخيه (تاريخ القضاة لوكيع ٢/٢٥٢) .

١١١٠ ـ وروى عن شريح انه اجاز شهادة زوج واب ٠

١١١١ ـ واتفق اصحابنا على أنه لايجوز شهادة الوالد لولده، ولاالولد لوالده ولا أحد الزوجين لصـــاحبه ولا المكاتب لمولاه ، ولا المولى له ، وكذلك المدبر وام الولد ، والمعتق بعضه ولا لولد ولده وان سفلوا ، ولا فرق بين ولد البنت وبين ولد (الابن)[١] ولا لاجداده ولا جداته من قبل ابيه ومن قبل امه ٠

١١١٢ ـ واجاز الشافعى شهادة الزوج لزوجته وكذلك الزوجة لزوجها لانه ليست بينهما عصبية ٠

١١١٣ ـ ونحن نقول بينهما سبب يوجب التوارث من غير حجب كالولادة٠

١١١٤ ـ وقد اجاز بعضهم شهادة الوالد لولده والولد لوالده وان سفلوا وعلوا ، وهو قول المزنى وابى ثور من اصحاب الشافعى ٠

١١١٥ ـ وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

ـ انت ومالك لابيك ٠

ولانه متهم فجرى مجرى الشهادة لنفسه فلا تقبل ٠

فصل

١١١٦ ـ وقالوا : لا تقبل شهادة من لا مرؤة له كالقوال والرقاص ، ومن يضحك الناس ويسخرون منه[٢] ومن يمشي مكشوف الرأس والبدن في المواضع التى لا يعتاد أهلها ذلك ، ويأكل في الاسواق بحضرة الناس ، لان المرؤة من الانسانية ، لانها مشتقة من المرأ ، وقد روى أبو مسعود البـــدرى[٣] عن النبي

---

(١) فى نسخة قليج : ولا فرق بين ولد البنين والبنات ٠

(٢) فى نسخة قليج : ويسخر به ٠

(٣) فى ترجمته اضطراب اشير اليه فى اسد الغابة (٢٩٧/٥) وجاء فيه: ابو مسعود غير منســـوب اورده ابو بكر بن ابى علي على ان لم يكن البدرى فغيره ٠٠ » ورجح ابن الاثير ان ابا مسعود البدرى هو ابن عمرو بن ثعلبة ثم من بني عبد عوف بن الحارث بن الخزرج وانه عرف بالبدري لانه سكن أو نزل ماء بدر وشهد العقبة ولم يشهد بدرا عند أكثر أهـل السير وقبل شهد بدرا ٠ كان أحدث من شهد العقبة سنا (اسد الغابة ٢٩٦/٥) ٠

(ص) انه قال « مما ادرك من النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت » ولان من لا يستقبح القبح لا يستقبح الكذب فلا يوثق بقوله •

فصل

١١١٧ ـ واختلف فى شهادة اصحاب الصنائع الدنية كالكناس والزبال والحجام والقيم فى الحمام والنخال اذا حسنت طريقتهم فى الدين ، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدنائتهم فى صناعتهم •

١١١٨ ـ وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعى •

والوجه الثانى: انها تقبل لانه قال تعالى: «ان اكرمكم عند الله اتقاكم»[1] ولان هذه صناعات مباحة ، وبالناس اليها حاجة ، وعلى هذا كثير من أصحابنا[1] •

١١١٩ ـ وكره اصحابنا شهادة النخاس والصيرفى وتجار الاسواق ، وردوا شهادة من يكثر الحلف منهم على ما يبيعه ويشتريه •

١١٢٠ ـ فاما من استقام منهم فى الطريقة وعرف بصدق اللهجة فى بيعه وشرائه فليست الصناعة بضائرة له ، ولولا ذلك لما عرفنا بشهادتهم قيم الدواب والاوانى وعيوب الحيوان ، ولابد فى كل صنعة من مستور وصالح مستقيم ، وعلى هذه الاحوال وجد الناس بعضهم بعضا •

فصل

اللعب بالشطرنج

١١٢١ ـ قال الشافعى : واذا لعب بالشطرنج على عوض نظرت : فان اخرج كل واحد منهما مالا على ان من غلب منهما اخذ المال ، فهو قمار تسقط به العدالة وترد به الشهادة •

وان اخرج واحد منهما مالا على انه ان غلب احدهما (فهو) له ، وان

---

(١) الحجرات ٤٩/١٣ •

غلب صاحبه اخذ المال ، لم يصح القيد ، لانه ليس من الات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه ، ولا ترد الشهادة لانه ليس بقمار ، قالوا لان القمار هو ان لا يخلو احد من ان يغنم او يغرم وههنا أحدهما يغنم ولا يغرم ، وهذا عندنا هو القمار [لان القمار هو] أن يغنم أحدهما ولا يغرم .

١١٢٢ ـ قالوا وان اشتغل به عن الصلوة في وقتها مع العلم ، فان لم يتكرر ذلك منه[١] لم ترد شهادته ، وان أكثر منه ردت شهادته لانه من الصغائر ، وفرق بين قليلها وكثيرها .

١١٢٣ ـ قالوا : ان ترك فيه المروءة بأن لعب على الطريق أو تكلم في لعبها بسخف من الكلام أو اشتغل به الليل والنهار ردت شهادته لتركه المرؤة .

١١٢٤ ـ قالوا : وقد لعب به ابن عباس وابن الزبير وابو هريرة وسعيد بن المسيب وان سعيد بن جبير كان يلعب مزويا[٢] ؟

١١٢٥ ـ قال اصحابنا : هذا لعب لا حاجة بنا اليه فى الدين ولا الدنيا ، فهو كاربعة عشر . وقد قال الله تعالى : « انما الخمر والميسر » الآية[٣] والميسر هو القمار[٤] .

١١٢٦ـ وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه مر بقوم يلعبون فتلا قوله تعالى : « يعكفون على أصنام لهم »[٥] .

١١٢٧ ـ واختلف أصحاب الشافعي في النرد فمنهم من قال انه حرام وترد به الشهادة ، وقال أبو اسحق هو كالشطرنج .

١١٢٨ـ وقد روى ابو موسى الاشعرى عن النبي (ص) انه قال : من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله .

---

(١) فى نسخة قليج فان لم يكثر ذلك منه

(٢) كذا وفى نسخة قليج : يلعب من وراء .

(٣) المائدة ٣٦/٩٠ .

(٤) فى لسان العرب : قامرَ الرجل مقامرة وقِمارا راهنه وهو التقامر والقِمار والمقامرة وتقامروا لعبوا القمار وقميرك الذى يقامرك عن ابن جنى وجمعه أقمار ، عنه ايضا وهو شاذ .

(٥) الاعراف ٧/١٣٨ .

وروى ابو بريده ان رسول الله (ص) قال :

« من لعب بالنردشير[1] فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه ، ولان المعول فيه على ما يخرجه الفص فاشبه الازلام[2] .

١١٢٩ـ قالوا : ويخالف الشطرنج فان المعول عليه على رأيه ، وهذا لايصح لان النرد يحتاج مع العصى الى رأى ووضع ومعرفة بالنقل والبيوت ، ويخلف اللعب به كالشطرنج سواء .

---

(١) في لسان العرب : النرد معروف شيء يلعب به فارسي معرب وليس بعربي وهو النردشير .. وشير بمعنى حلو ولم يرد في المعرب للجواليقى زيادة على هذا .

(٢) جاء في لسان العرب فى مادة زلم : والزَلم والزَلَم القِدْح الذي لا ريش عليه ، والجمع أزلام ، الجوهري : الزَلَم بالتحريك القدح . قال الشاعر :

بات يقاسيها غلام كالزلم ليس براعي ابل ولا غنم

قال : وكذلك الزلم بضم الزاي والجمع الازلام ، وهي السهام التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها ، وزلّم القدح سواه ولينه ، وزلّم الرحى أدارها وأخذ من حروفها ... وفي التنزيل العزيز : « وان تستقسِموا بالازلم ذلكم فسق » . قال الازهري : ... الازلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها : أمر ونهي ، وافعل ولا تفعل ، قد زلمت وسويت ووضعت في الكعبة يقوم بها سدنة البيت فاذا أراد رجل سفرا أو نكاحا اتى السادن فقال : اخرج لي زلما فيخرجه وينظر اليه ، فاذا خرج قدح الأمر مضى على ما عزم عليه ، وان خرج قدح النهي قعد عما أراده ، وربما كان مع الرجل زلمان وضعهما فى قرابة ، فاذا أراد الاستقسام أخرج احدهما .

وجاء في مادة قسم : استقسموا بالقداح قسموا الجزور على مقدار حظوظهم منها ، الزجاج في قوله تعالى : « وان تستقسموا بالازلام » قال موضع ان رفع ، المعنى وحرم عليكم الاستقسام بالازلام ، والازلام سهام كانت لاهل الجاهلية مكتوب على بعضها : أمرني ربي ، وعلى بعضها : نهانى ربى ، فاذا أراد الرجل سفرا أو أمرا ضرب تلك القداح ، فان خرج السهم الذي عليه امرنى ربى مضى لحاجته ، وان خرج السهم الذي عليه نهانى ربى ، لم يمض فى أمره ، فاعلم الله عز وجل ان ذلك حرام ، قال الازهري : ومعنى قوله : « وان تستقسموا بالازلام » أى تطلبوا من جهة الازلام ما قسم لكم من أحد الامرين ... [و] الازلام قداح الأمر والنهي لاقداح المَيْسر ، قال : وقد قال المؤرخ وجماعة من أهل اللغة ان الازلام قداح الميسر ، قال وهو وهم ... وفي حديث الفتح : دخل البيت فرأى ابراهيم واسماعيل بأيديهما الازلام فقال : « قاتلهم الله ، والله لقد علموا انهما لم يستقسما بها قط » .

١١٣٠ـ وقالوا : لايجوز اللعب بالأربعة عشر ولم يختلفوا ، فهذه الجملة حكوها في هذا الباب .

فصل

شرب قليل من النبيذ

١١٣١ ـ واختلف أصحاب الشافعي فيمن شرب قليلا من النبيذ ، فمنهم من قال ان كان يعتقد بحرمته فسق وردت شهادته ، ومنهم من قال لا يفسق ولا ترد شهادته كما قلناه ، قالوا وهو المذهب لان استحلال الشيء اعظم من فعله بدليل من استحل الربا كفر ولا يكفر من فعله ، فاذا لم ترد شهادة المستحل فمن لا يستحل اولى .

١١٣٢ ـ واختلفوا في وجوب الحد عليه مع قبول شهادته ، فقال المزنى لايجب الحد كما لاترد الشهادة به، وقال غيره منهم: يجب لانه يردع عن الشرب ويحتاج الى رادع كالخمر ، وهذا لا يصح لان [شارب] الخمر يفسق ويكفر المستحل ، وكيف يجب الحد بأمر مختلف فيه والاجتهاد فيه يسوغ .

فصل

المغنى بغير آلة

١١٣٣ ـ قد قلنا انه لا تقبل شهادة المغني لما ورد عن ابن مسعود عن النبي (ص) انه قال : الغناء ينبت النفاق (؟) في القلب كما ينبت الماء البقل .

١١٣٤ـ واذا كان بغير آلة مطربة فليس بمحرم .

١١٣٥ـ وقد روى ان النبي (ص) مر بجارية لحسان وهي تقول :

هل على ويحكما ان لهوت من حرج ؟

فقال (ص) لاحرج ان شاء الله .

وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت :

كان عندى جاريتان تغنيان فدخل ابو بكر (ر) فقال : مزمور الشيطان فى بيت رسول الله ! (ص) فقال رسول الله (ص) : دعها فانها ايام عيد .

ترنم عمر بن الخطاب في بيته

١١٣٦ ـ فان غنى لنفسه او سمع غناء جارية ولم يكثر منه لم ترد شهادته لان عمر بن الخطاب (ر) كان اذا خلا فى داره ترنم بالبيت والبيتين .

وانه مر عليه عبد الرحمن بن عوف وهو يترنم فقال :

ـ اسمعتنى يا عبدالرحمن ؟

فقال : نعم .

فقال : انا اذا خلونا فى بناء لنا[1] نقول كما يقول الناس .

وروى عن ابى الدرداء[2] وهو من زهاد الصحابة وفقهائها انه قال : انى لأجمّ قلبي بشيء من الباطل استعين به على الحق .

---

(١) فى نسخة قليج : فى منازلنا .

(٢) هو عمريمر بن مالك بن زيد بن قيس بن أمية بن عامر بن عدي بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج وقبل اسمه عامر بن مالك وعويمر لقبه كان فقيها عالما حكيما آخى رسول الله (ص) بينه وبين سلمان الفارسي . قال عنه النبي (ص) عويمر حكيم أمتي . وولى أبو الدرداء قضاء دمشق في خلافة عثمان وتوفى قبل أن يقتل عثمان بسنتين (اسد الغابة ٥/١٨٥ ـ ١٨٦) وقد اشتهر عويمر بكنيته وروى عنه أنس بن مالك ، وفضالة بن عبيد وابو امامة وعبدالله ابن عمر وابن عباس أو أبو ادريس الخولانى وجبير بن نفير وابن المسيب وغيرهم ومن حكمه المأثورة انه مر على رجل قد اصاب ذنبا وكانوا يسبونه فقال :

أرأيتم ان وجدتموه في قليب (بئر) ألم تكونوا مستخرجيه ؟

قالوا :

بلى .

قال :

فلا تسبوا اخاكم واحمدوا الله الذى عافاكم .

قالوا :

ـ افلا تبغضه ؟

قال أبغض عمله فاذا تركه فهو أخي (أسد الغابة ٤/١٥٩ ـ ١٦٠) .

فضائل ابي حنيفة للصيمري

١١٣٧ ـ وقد سمعنا من شيخنا قاضى القضاة رحمه الله فى فضائل ابى حنيفة التى صنفها استاذه القاضى أبو عبدالله الصيمرى رحمه الله ان أبا حنيفة كان فى جواره رجل فكان يصعد السطح ويتغنى بهذا الشعر :

اضاعونى واى فتى اضاعوا ليوم كريهة وسداد ثغر
كأنى لم اكن فيهم وليدا ولم تك نسبتى فى آل عمرو

فاخذه الوالى فلم يسمع كلامه وصوته كما جرت العادة ، فسأل عنه فاخبر بخبره فقصد الوالى واخرجه من الحبس وقال له :

ـ ما أضعناك يا فتى .

١١٣٨ ـ وقد صنف فى السماع كتب مفردة وطول فيها القول واختصر ، ولم أر لاصحابنا فى هذا الباب الا كلاما مجملا غير مفصل ولا مشروح ، ولعل قولهم فى المغنى الذى ترد شهادته من اتخذ الغناء أو يغشاه الناس للسماع لان في ذلك تركا للمروءة ، وكذلك ان اتخذ جارية وقصده الناس لسماع الغناء منها ، او حملها الى المواضع لتغنى فهذا هو الذى ترد شهادته لا محالة لانه قد جمع الى ترك المرؤة الدياثة[1] .

تفشي الصوفية بين أهل العلم في عصر السمنانى

١١٣٩ ـ وقد رأيت جماعة من أهل العلم وشيوخا من اصحابنا ومن اصحاب الشافعي يستمعون القول ويقومون يرقصون مع الصوفية .

١١٤٠ ـ ورأيت بهمذان غير واحد من اصحاب الشافعى يجمعون مع القصب الدف في الاوقات وفيهم أئمة وقضاة واشراف من أصحاب الحديث والرواية

---

(١) في لسان العرب فى مادة ديث : دَيّث الامر لينه ، وديث الطريق وطأه وطريق مديث أي مذلل .. [و] الدياثة الالتواء في اللسان ، ولعله من التذليل والتليين ... والديوث : القواد على أهله والذي لا يغار على أهله ديوث والتدييث

تحريم آلات الطرب من غير غناء

١١٤١ – ويحرم استعمال الالات التى تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار والرباب .

١١٤٢ – وقد حكى عن محمد بن سعد الزهرى انه كان يلعب بالعود ويتخذه[١] وفيه خلاف لا يعتد به .

١١٤٣ – وقد روى عن ابن عباس (ر) تفسير قوله تعالى : « ومن الناس من يشترى لهو الحديث ليظل عن سبيل الله بغير علم »[٢] قال هى الملاهى .

وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي (ص) قال : « ان الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين والكوبة الطبل والقنين البربط[٣] .

١١٤٤ – وروى عن النبي (ص) انه قال :

مسخ أمة من أمتى بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف .

١١٤٥ – قال الشيرازي رحمه الله في كتاب المهذب له :

القيادة ، وفي المحكم الديوث والديبوث الذى يدخل الرجال على حرمته بحيث يراهم كأنه لين نفسه على ذلك وقال ثعلب : هو الذي تؤتى أهله ، وهو يعلم ، مشتق من ذلك ، أنث ثعلب الاهل على معنى المرأة ، وأصل الحرف بالسريانية إعرب .. وفي الحديث تحرم الجنة على الديوث ، هو الذي لا يغار على أهله . أهـ.

ويرتضح العامة في العراق اللكنة الاعجمية في نطق كلمة ديوث فيقلبون الثاء سينا . وقد خلط السمنانى بين الدياثة والتدييث فاستعمل الاولى بمعنى الثانية .

(١) فى نسخة قليج : ويبيحه .

(٢) لقمان ٣١ .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة يسر : الميسِر قمار العرب بالازلام ... [و] الياسر من الميسر وهو القمار .

وجاء فى مادة مزر : المزر نبيذ الشعير والحنطة والحبوب ، وقيل نبيذ الذرة خاصة ، غيره : المزر ضرب من الاشربة ... والمزر والتمزر : التروق والشرب القليل ، وقيل الشرب بمَرَّة ، والمِزر الاحمق والمَزْر بالفتح الحسو للذوق ، يقال تمزرت الشراب اذا شربته قليلا قليلا .

وأنشد الاموي يصف خمرا :

تكون بعد الحسو والتمزر فى فمه مثل عصير السكر

والتمزر شرب الشراب قليلا قليلا بالراء ومثله التمزز وهو أقل من التمزر

ويكره القضيب الذى يزيد الغناء طربا ولا يطرب اذا انفرد لانه تابع للغناء فكان حكمه حكم الغناء .

رد الشهادة بالاكثار من الصغائر

١١٤٦ – وترد الشهادة بما يكثر من الصغائر كما ترد بالكبائر اذا انفردت، فاما اذا قلت الصغائر وندرت فلا ترد بها الشهادة لانه تعالى قال :

– ان تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه تكفر عنكم سيئاتكم[1] .

ولان احدا من الخلق لا يخلو من الصغائر أو الهم بها .

الحـــداء

١١٤٧ – وقال الجميع ان الحداء مباح لا يكره لما روى عن ابن مسعود (ر) قال : كان مع رسول الله (ص) ليلة نام بالوادى حاديان .

وجاء في مادة كوب : الكوبة الشطرنجة والكوبة الطبل والنرد ، وفى الصحاح الطبل الصغير المُخَصّر ، وقال أبو عبيد : أما الكوبة فان محمد بن كثير اخبرني ان الكوبة النرد في كلام أهل اليمن ، وقال غيره : الكوبة الطبل وفي الحديث ان الله حرم الخمر والكوبة ، قال ابن الاثير هى النرد ، وقيل الطبل وقيل البربط ومنه حديث على : « أمرنا بكسر الكوبة والكنارة والشِياع .

وفى اللسان في مادة فنن :

القنّين : طنبور الحبشة عن الزجاجي ، وفي الحديث « ان الله حرم الخمر والكوبة والقنين » . قال ابن قتيبة : القنين لعبة للروم يتقامرون بها ، قال الازهرى ويروى عن ابن الاعرابي قال التقنين الضرب بالقنين وهو الطنبور بالحبشية ، والكوبة الطبل ويقال النرد ، قال الازهرى وهذا هو الصحيح ، وورد في حديث علي عليه السلام «نهينا عن الكوبة والغبيراء والقنين» قال ابن الاعرابي الكوبة الطبل والغبيراء خمرة تعمل من الغبيراء والقنين طنبور الحبشة .

وجاء فى صدد البربط : البربط العود اعجمي ليس من ملاهي العرب ، فاعربته حين سمعت به ، التهذيب : البربط من ملاهى العجم شبه بصدر البط والصدر بالفارسية (بَرْ) فقيل بَرْبَط ... قال ابن الاثير اصله بَرْبت فان الضارب يضعه على صدره واسم الصدر (بر) .

(١) النساء ٣/٤ .

وروت عائشة رضى الله عنها قالت :

كنا مع رسول الله (ص) في سفر ، وكان عبدالله بن رواحة[1] جيد الحداء وكان مع الرجال . . وكان انجشة[2] مع النساء فقال صلى الله عليه وسلم لعبدالله بن رواحة : حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه انجشة فاعنفت الابل فى السير . فقال صلى الله عليه وسلم :

يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير .

نشيد الاعراب

١١٤٨ – ويجوز استماع نشيد الاعراب لما روى عمرو بن الشريد عن امه قال : اردفنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال : امعك من شعر أمية بن أبي الصلت شيء[3] ؟

قلت : نعم ، فانشدته بيتا ، فقال : هيه فانشدته بيتا آخر فقال هيه : حتى انشدته مائة بيت[1] .

---

(١) كذا وفى اسد الغابة ان البراء بن مالك اخا أنس بن مالك كان حسن الصوت يحدو بالنبي (ص) في أسفاره ، فكان هو حادى الرجال وانجشة حادى النساء (أسد الغابة ١/١٧٣) .

(٢) جاء فى اسد الغابة (١/١٢١) انجشه العبد الاسود وكان حسن الصوت بالحداء فحدا بأزواج النبي (ص) في حجة الوداع فاسرعت الابل فقال النبي (ص) يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير .

(٣) من شعراء حماسة أبي تمام واسمه عبدالله بن ربيعة بن عوف بن أمية وهو من ثقيف ادرك الجاهلية والاسلام ، وصح انه عاش حتى رثى أهل بدر ، قال الاصمعي ذهب أمية فى شعره بعامة ما يكون فى الاخرة وعنترة بعامة ما يكون فى الحرب ، وقد صدقه النبي (ص) فى بعض شعره ، وكان (ص) يحب ان يسمع من شعره ، وكان أمية قد قرأ الكتب القديمة واراد ان يتبع النبي (ص) ويهاجر فقدم الحجاز فلما علم بقتلى بدر من المشركين جزع عليهم فجدع أنف ناقته وشق ثوبه وبكى وذهب الى الطائف ومات بها كافرا فى السنة التاسعة وقد روى له ابو تمام في حماسته مقطوعة جميلة في عتاب ابن عقه وجاء في تعليق التبريزى عليها انها تروى لابن عبدالاعلى وقيل هى لابي العباس الاعمى (الحماسة ١/٣١٤) وأول هذه المقطوعة :

تحسين الصوت بالقرآن

١١٤٩ ـ قال الشافعى : ويستحب تحسين الصوت بالقرآن ، واما اذا قرأ بالالحان فقال اصحابنا انه قال فى موضع يكره وقال فى موضع آخر لا اكره هذا

١١٥٠ ـ قالوا : وليس ذلك اختلاف موضعين وانما هو اختلاف حالين ، فالذى قال يكره اذا تجاوز الحد ، ولا يعلم بين اصحابنا خلاف يخالف هـذه الجملة والتفصيل ، ولعل ذلك وفاق .

١١٥١ ـ وقد روى عن ابى موسى الاشعرى انه كان يطرب بالقرآن وان النبي صلى الله عليه وسلم كان سمعه وهو لا يعلم فلما علم به قال :

يا رسول الله لو علمت لحبرته تحبيرا[1] .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

ـ ما أذن الله بشىء مثل ما اذن لنبي ان يترنم بالقرآن .

وقال صلى الله عليه وسلم :

ـ ليس منا معاشر الانبياء من لم يغرد ؟ بالقرآن .

وذكر أبو عبيد فى الغريب له ؟ قال معناه الاستغناء ؟ بالقرآن .

وقال الشافعى :

ـ لو كان المراد به الاستغناء ؟ لكان قال من لم يتغن بالقرآن ، وحمـل الخبر على تحسين الصوت ، وهو الظاهر من الخبر ولان قراءته بالحان يوجب الاصغاء اليه وفراغ القلب نحوه ، وهذا أمر معلوم .

قول الشـــعر

١١٥٢ ـ ويجوز قول الشعر وحمله ، وقد كان للنبي صلى الله عليه شعراء

غذوتـك مولودا وعُلتـك يافعا تُعـل بما ادنى اليك وتُنهـل

وقد ترجم بروكلمان لامية بن أبي الصلت فى كتابه تاريخ الادب العربى ترجمة عبدالحليم النجار ، ص ١١٣ ـ ١١٤) فذكر ان أكثر ما روى من شعره منحول عليه وفند قول القائلين بأن شعره من كان مصادر القرآن .

(١) تحبير الخط والشعر وغيرهما تحسينه (القاموس المحيط) .

منهم كعب بن مالك وعبدالله بن رواحة وحسان بن ثابت ، وقال الشعر علي بن ابى طالب حتى روى عنه ، وكان فى التابعين والصحابة العـــدد الكثير (من الشعراء) وكان معاوية ابن ابى سفيان يقوله ثم تركه ، وقد وفدت الشعراء على النبي صلى الله عليه وسلم ومدحوه فمدحه كعب بن زهير بقصيدة :

بانت سـعاد فقلبي اليوم متبول متيم اثرها لـم يجـز مـكبول

فوهبه ؟ بردته فباعها لمعاوية بعشرة الاف درهم ، وهى التى مع الخلفاء الى اليوم من بنى العباس (ر) .

١١٥٣ ـ وهو كالكلام مباحه كمباحة ومحظوره كمحظوره وقبيحه كقبيحه.

١١٥٤ ـ وقد روى عن عبدالله بن عمرو بن العـاص عن النبي (ص) انه قال : « الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام » .

فما ترد به الشهادة من الكلام يرد به من الشعر ، وما لا ترد به الشهادة من الكلام فالشعر مثله ، لانه كلام على صفة مخصوصة .

فسق شاهد الزور

قال اصحابنا :

١١٥٥ ـ ومن شهد بالزور فقد فسق وردت شهادته ، فقد روى خريم بن

---

(١) هو كعب بن زهير بن ابى سلمى المزنى صحابى وشاعر من فحول المخضرمين ، وقد كان وابوه من نوابغ شعراء مزينة احدى قبائل مضر ، وقد طبع شرح ديوان كعب من زهير للامام السكرى (ابو سعيد الحسن بن الحسين بن عبيدالله) فى مطبعة دار الكتب المصرية . واشتهر كعب بن زهـــير بقصيدة « بانت سعاد » التى استعطف بها الرسول ومدحه والمهاجرين فعفى عما اقترفه قبل ذلك من جرائر ، وفى هذه القصيدة يقول :

انبئت ان رسول الله اوعدني والعفو عند رسول الله مأمول

ويقول :

ان الرسول لسيف يستضاء به مهند من سيوف الله مسـلول
في عصبة من قريش قال قائلهم ببطن مكة لما اسلموا زولوا
زالوا فما زال انـكاس ولا كشف عند اللقاء ولا ميـل معـازيل
شم العرانين ابطـال ، لبوسهم من نسج داود ، في الهيجا سرابيل

فاتك[1] قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلوة الصبح فلما انصرف قام قائما ثم قال عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى :

ـ فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتبوا قول الزور .

١١٥٦ ـ وقد تقدم ما رواه أبو حنيفة عن محارب بن دثار فيما تقدم من هذا الباب فى الفصل الذى قلنا انه يفرق الشهود مع التهمة .

١١٥٧ ـ ويعلم انه شاهد زور بثلاثة اشياء :

احدها ان يقر على نفسه انه شهد بالزور .

والثانى ان تقوم عليه بذلك بينة .

والثالث ان يشهد بما تكذبه العقول وشاهد الحال .

١١٥٨ ـ فان أقر على نفسه لم يبطل ما شهد به قبل هذا القول ، وكذلك اذا قامت عليه بينة بعد القضاء لان هذا تهاتر .

---

(١) خريم بن فاتك بن الاخرم ، وقيل خريم بن الاخرم بن شداد بن عمرو ابن الفاتك الاسدى وابو الاخرم يقال له فاتك وقيل ان فاتكا هو أبو الاخرم يكنى خريم بن فاتك ابا يحى وقيل ابا ايمن بابنه ايمن بن خريم ، شهد بدرا مع اخيه سبرة بن فاتك ، وقيل ان خريما هذا وابنه ايمن أسلما يوم فتح مكة ، والاول أصح ، وقد صحح البخارى وغيره ان خريما واخاه سبرة بن فاتك شهدا بدرا وهو الصحيح ، وعداده فى الشاميين ، وقيل فى الكوفيين ، نزل الرقة ، روى عنه المعرور بن سويد وشمر بن عطية والربيع بن عميلة وحبيب بن النعمان الاسدى

روى اسماعيل بن ابى خالد عن الشعبى إن مروان بن الحكم قال : لايمن ابن خريم ليقاتل معه يوم مرج راهط ، فقال ان ابى وعمى شهدا بدرا ونهيانى ان اقاتل مسلما ...

وروى اسرائيل عن إبى اسحق عن شمر بن عطية عن خريم بن فاتك انه قال: قال رسول الله (ص) : أي رجل إنت لولا خلقان فيك !

قلت : وما هما ؟

قال تسبل ازارك ، وترخى شعرك .

قلت : لا جرم .

فجز شعره ورفع ازاره . (اسد الغابة ٢/١١٢) وتحيط اسلام خريم بن فاتك اسطورة فتعزوه الى صحابى من الجن ! اسمه مالك بن مالك الجنى (اسد الغابة ٤/٢٩٢ ـ ٢٩٣) .

١١٥٩ ـ ولو انه شهد بحق لرجل وشهد آخر به لغيره لم يكن واحد منهما شاهد زور ، لانه ليس احدهما بان يكذب اولى من الآخر .

اشهار من ثبت تزويره

١١٦٠ ـ واذا أثبت أنه زور ، قال ابو حنيفة :
اشهر حاله ولا يضربه .

١١٦١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى للامام ان يعزره اذا رأى ذلك .

١١٦٢ ـ وان كان من ذوى الهيئات لم يناد عليه عند بعضهم ، وهو قول أبي علي[1] من اصحاب الشافعى .

١١٦٣ ـ وعندنا ينادى عليه ليحذره الناس .

١١٦٤ ـ وقد روى (أبو هريرة)[2] عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
قل ما في الفاسق ليحذره الناس .
وروى عنه انه قال :
اقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم .

شهادة الظنين والجار الى نفسه غنما الخ

١١٦٥ ـ قال أصحابنا : ولا تقبل شهادة ظنين ، ولا جار الى نفسه غنما ، ولا دافع عنها غرما ، ولا شهادة الوكيل لمن وكله ، ولا الشريك عما هو شريك فيه ولا من هو وصي لليتيم ولا عليه .

١١٦٦ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

---

(١) فى المخطوطة المعتمدة : ابى علي ابى هريرة وفى نسخة قليج ومنيخ ابى علي بن بن ابى هريرة .
(٢) فى نسخة قليج وقد روى عن النبى .

ـ لا تقبل شهادة ظنين[1] ولا مريب .

١١٦٧ ـ فان عزل الوكيل وشهد بعد العزل فيما كان وكل بالخصومة فيه، فان كان قد خاصم لم تقبل شهادته أبدا .

١١٦٨ ـ وان كان لم يخاصم في ذلك فقد اختلف في ذلك فمنهم من يقبل شهادته وهو ابو حنيفة ومنهم من لا يقبل ذلك وهو صاحباه .

١١٦٩ ـ وكذلك اختلفوا في المحجور عليه لاجل الدين اذا شهد الغريم له اذا كان معسرا فمنهم من قال لا تقبل ومنهم من قال تقبل .

فصل

شهادة الخصي والاقلف

١١٧٠ ـ وأجاز أصحابنا شهادة الخصي اذا كان الخصي عدلا في جميع الحقوق والحدود وقد قبل عمر بن الخطاب (ر) شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون .

١١٧١ ـ واختلف في شهادة الاقلف فقال ابن عباس :

ـ الاقلف لا تجوز شهادته ، ولا تقبل له صلوة ولا تؤكل له ذبيحة ، وهو قول جابر بن زيد.

١١٧٢ ـ وروى الخصاف ان النبي (ص) سئل عن الاقلف أيحج بيت الله؟ قال :

ـ لا ، حتى يختتن .

١١٧٣ ـ وروى شداد بن اوس ، قال ، قال رسول الله (ص) : الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة .

١١٧٤ ـ والختان عند أصحابنا واجب وليس بفرض[1] .

---

(١) في نسخة منيخ وكيل وتتفق نسخة قليج مع النسخة المعتمدة .

(٢) يفرق الحنفية بين الواجب والفرض كما هو معروف في كتب اصول الفقه .

١١٧٥ ـ وقال الشافعي هو فرض ، وقال مالك فرض فى الرجل سنة فى المرأة .

١١٧٦ ـ وقد روى عن الحسن فى الشيخ يسلم ، قال : لا عليه ان لا يختن ، ولا يضره ذلك فى شهادته ولا فى امامته .

١١٧٧ ـ وقال أصحابنا ان كان يخاف الضرر على نفسه فلا شىء عليه بعد ذلك .

فصل
شهادة ولد الزنا

١١٧٨ ـ واختلف فى شهادة ولد الزنا فقال أصحابنا :

ـ شهادته في كل شىء جائزة ، وفى الحدود اذا كان عدلا ، وهو قول الشافعى وعطاء .

١١٧٩ ـ وقال مالك ويحيى بن سعيد : شهادته مقبولة فى كل شىء الا في الزنا خاصة .

١١٨٠ ـ وقد روى عن عمر بن عبدالعزيز رحمه الله أن رجلا شهد عنده على رجل شهادة فقال المشهود عليه ، انه لا تقبل شهادته ، قال : لم ؟ قال : لانه لا يدرى من أبوه فقال ائتنى بشاهدين سواه .

فصل
شهادة المتسمع

١١٨١ ـ واختلف في شهادة المتسمع ، وهو الذى يختبىء ولا يراه المشهود عليه فيسمع قوله ويشهد عليه ، من غير أن يشهده على نفسه .

فقال أصحابنا يجوز ذلك ولا تحتاج الشهادة الى أن يحملهم المقر[1] .

١١٨٢ ـ وقال مالك : لا تجوز حتى يشهد الشهود ويقول لهم اشهدوا، وان كان الشاهد لا يرى الخصم لم يشهد عليه لانه لا يعلم انه عين المقر .

---

(١) انظر عيون المسائل للمسرقندى تحقيق صلاح الدين الناهى بند ١٠٨٢ .

١١٨٣ ـ وفرق مالك بين الطلاق والعتاق فأجاز ذلك في الطلاق والعتاق وان لم يشهدهم اذا سمع الشاهد ذلك .

١١٨٤ ـ وقال ابراهيم والشعبي : لا تجوز شهادة المختبىء .

١١٨٥ ـ وقال أصحابنا :

ـ اذا قال الجماعة أو المتعاقدان للشاهد :

ـ لا تشهد علينا بما نقول كان له أن يشهد ، وفيه خلاف متقدم ، وهو قول مالك .

شهادة رجلين على جرحه اخا لهما الخ

١١٨٦ ـ ولو شهد رجلان على رجل انه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم يقبل ، لانه قد يسرى الى نفسه ، وتجب الدية لهما .

١١٨٧ ـ وان شهدا له بمال وهو مريض فمنهم من قال : لا تقبل الشهادة لانهما متهمان لانه قد يموت ويكون المال لهما فلم يقبل كما لو شهدا بالجراحة .

١١٨٨ ـ ومنهم من قال :

ـ تقبل لان الحق ثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما ، وفى الجناية اذا وجبت الدية وجبت لهما لانها تجب بموته فلم تقبل .

١١٨٩ ـ ولو شهدا له بالجراحة وله ابن قبلت شهادتهما لانهما غير متهمين .

١١٩٠ ـ ولو مات الابن وصار الاخوان وارثين فان مات قبل الحكم بشهادتهما بطلت الشهادة ، ولو مات بعد القضاء والحكم لم تبطل الشهادة ، يعتبر ذلك بالفسق والعمى .

شهادة من يدفع ضررا عن نفسه

١١٩١ ـ ولو شهد الموالى على غريم المكاتب أو الوصي على غريم الميت أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين او بفسق الشهود بالدين لم تقبل الشهادة ، لانه قد يدفع بذلك عن نفسه ضررا .

١١٩٢ ـ واختلف اصحابنا في شهادة أهل المحلة والعاقلة اذا شهدوا بالقتل على غيرهم فلم يقبل ذلك أبو حنيفة ، وقبله صاحباه .

١١٩٣ ـ وقال الشافعي : ان كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لانهما يدفعان عن نفسهما الغرم من الدية ، وان كانا فقيرين أجزت شهادتهما .

١١٩٤ ـ وقال في موضع اخر : ان كانا من اباعد العصبات بحيث لا يصل العقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما .

١١٩٥ ـ ومن أصحابه من جعل المسئلة على قولين ونقل جواب احدى المسئلتين الى الاخرى ، ومنهم من جعل كل مسئلة على وصفها وقال : تقبل شهادة الاباعد ، ولا تقبل شهادة الاقرب الفقير لانه معدود في العاقلة ، واليسار يعتبر عند الحول .

شهادة الوالد والولد

١١٩٦ ـ وتقبل شهادة الوالد على ولده ، والولد على والده في سائر الحقوق .

١١٩٧ ـ ومن أصحاب الشافعي من قال : لا تقبل شهادة الولد على والده في ايجاب القصاص وحد القذف لانه لا يلزمه القصاص بقتله ، ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك .

١١٩٨ ـ نقول : والمذهب ما نقول لانه غير متهم .

١١٩٩ ـ واختلف فيمن شهدا على رجل انه قذف ضرة أمهما: فقال الشافعي في القديم : لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا لانه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج الى اللعان فيفرق بينه وبين ضرة الام .

١٢٠٠ ـ وقال في الجديد تقبل وهو قولنا لان حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة .

١٢٠١ ـ وكذلك اختلفوا في طلاق الضرة على هذا الخلاف سواء .

فصل

شهادة العدو

١٢٠٢ ـ وقبل أصحابنا شهادة العدو على عدوه .

١٢٠٣ ـ وقال الشافعى لا تقبل لان العداوة تمنع العدالة ونحن نقبل شهادة المسلم على الذمى وهما اشد عداوة .

١٢٠٤ ـ وقال الشافعي : العدو متهم في الشهادة .

فصل

شهد لمن لا تجوز له الشهادة ولمن تجوز

١٢٠٥ ـ واذا شهد لمن لا تجوز الشهادة له ولمن تجوز له الشهادة ، فاتفق أصحابنا انه تبطل الشهادة فى حق من لا تجوز له الشهادة ، واختلف فى حق الاخر ، فمنهم من قال تبطل ايضا في حقه لان الشهادة اذا ابطل بعضها بطل جميعها ، ومنهم من قال لا تبطل فى حق الاخر لانه يجوز أن يبتدىء بالشهادة فى حقه .

فصل

شهادة التائب

١٢٠٦ ـ ومن فسق بنوع من أنواع الفسق وتاب من الذنب وأصلح قبلت شهادته كالسارق وشارب الخمر والزانى .

٢٠٧ ـ وقد روى الحسن ان رجلا من قريش سرق بعيرا على عهد رسول الله فقطع يده ثم كان يشهد بعد ذلك فيجيز شهادته .

١٢٠٨ ـ وروى عن ابي خيرة ، انه قطع يده علي بن ابي طالب عليه السلام من المفصل ، وانه شهد عند المغيرة بن عبدالله فقال له :

ـ من قطعك ؟

فقال :

ـ علي بن أبى طالب .

قال :

ـ ما أراه الا ظلمك !

قـــال :

ـ والله ما ظلمنى ٠

فأجاز شـهادته ٠

١٢٠٩ ـ وهو قول شريح وعطاء والشافعي ومالك ، ولا نعلم فيه خلافا بين الفقهاء المعروفين ٠

شهادة المحدود فى القذف

١٢١٠ ـ واختلف فى المحدود فى القذف اذا تاب ، فقال أصحابنا جميعـا ان شهادته لا تقبل وتوبته فيما بين الله وبينه ٠

١٢١١ ـ وروى عن النبي انه قال :

« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى القذف » وهو المروى فى كتاب عمر بن الخطاب الى ابى موسى ، وهو قول الحسن وشريح وابراهيم وابن عباس ٠

١٢١٢ ـ وقال عطاء وطاووس ومجاهـد وعكرمة ومسروق والشـعبي وعبدالله بن عبيد والزهرى والعوام بن حوشب وسليمان بن يسار ويزيـد بـن عبدالله بن قسيط ويحيى بن سعيد[1] وربيعـة رضى الله عنهـم قالوا اذا تاب قبلت شهادته وهو قول مالك بن انس والشافعي فى اخرين ٠

فصل

في كيفية التوبة من القاذف

١٢١٣ ـ روى عن الشعبى وطاووس والضحاك أنهم قالوا :

توبته ان يكذب نفسه عند السلطان ، وهو قول الشافعي ان توبته اكذاب نفسه ، واختلف أصحابه : فقـال أبو سعيد الاصطخرى : توبتـه أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ، وقال أبو اسحق وأبو علي بن أبى هريرة يقول : قذفى له كان باطلا ، ولا يقول كنت كاذبا ٠

---

(١) هو ابو سعيد يحي بن سعيد بن قيس الانصارى المتوفى سنة ١٤٣هـ ، كان قاضيا لابي جعفر (طبقات الفقهاء للشيرازي ، ص ٣٩) ٠

١٢١٤ ـ قال علي بن موسى القمي[١] من أصحابنا في أحكام القرآن الصغير : لا سبيل لنا الى تصحيح توبة القاذف لانه ان قال كذبت فقد علمنا ذلك وحكمنا به ، ولكذبه حددناه ، وقد قال تعالى : فاؤلئك عند الله هم الكذبون[١] ، وان كان صادقا فيما قال فلا يجوز أن يشهد على نفسه بالكذب ، وان قال كنت صادقا فهذا نكران للقذف هذا معنى كلامه .

١٢١٥ ـ وقال أصحابنا في قوله تعالى : واؤلئك هم الفاسقون خبر ، وقوله الا الذين تابوا فرجع الى أقرب المذكورين وهو الخبر دون ما تقدم لاختلاف الجمل المتقدمة[١] .

١٢١٦ ـ ولا خلاف انه يحد مع توبته فلو كانت التوبة ترجع الى ما تقدم لسقط الحد .

فصل

التوبة من المعصية

١٢١٧ ـ والتوبة من المعصية ان يعزم على ان لا يفعل مثلها في المستقبل ، ويستغفر الله عما مضى ويندم على ما فعل هذا اذا لم يتعلق بها حق آدمي .

١٢١٨ ـ فان تعلق بها حق آدمي فالتوبة ان يؤدى ذلك الحق الى مالكه أو يسئله حتى يبرئه .

١٢١٩ ـ وقد روى ابراهيم النخعي ان عمر رضى الله عنه رأى رجلا يصلي مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل :

---

(١) جاء في الجواهر المضيفة (ج١ ص ٣٨٠) علي بن موسى بن يزداد ، وقيل يزيد القمي ، صاحب أحكام القرآن ، أمام الحنفية فى عصره ، سمع من حميد الرازي وغيره ، وروى عنه أبو الفضل أحمد بن أحمد الكاغدى وغيره . وتوفى سنة خمس وثلاث مائة ، كذا ذكره السمعاني .
قال أبو اسحق في الطبقات : وله كتب فى الرد على أصحاب الشافعي » .

(٢) النور ٢٤ .

(٣) جاء في أدب القاضي للماوردى (١/ ٦٣٤ ـ ٦٣٥) ان التوبة عند ابي حنيفة ترجع الى الفسق وحده لانه أقرب مذكور ، وعند الشافعي ترجع الى الفسق وقبول الشهادة اعتبارا بالعموم .

ـ والله لئن احسنت فقد ظلمتني • وان كنت اسأت فما علمتني فقال عمر (ر) :

ـ اقتص

فقال :

ـ لا اقتص

قال :

فاعف عني

فقال :

لا اعفو عنك فافترقا على ذلك ، ثم لقيه من الغد ، فتغير لون عمر ، فقال له الرجل :

ـ يا أمير المؤمنين (أرى)[1] ما كان مني اسرع فيك !

قال :

ـ اجل

قال :

ـ فاشهد اني قد عفوت عنك •

١٢٢٠ ـ وان لم يقدر على صاحب الحق نوى انه ان لقيه اوفاه حقه •

فصل

تعلق حد الله

١٢٢١ ـ واذا تعلق بالمعصية حد الله تعالى كحد الزنا والشرب ، فان لم يظهر ذلك فالاولى ان يستره على نفسه لما روى عن النبي (ص) انه قال : « من أتى من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى ، فانه من ابدا لنا صفحته أقمنا عليه حد الله »•

١٢٢٢ ـ فان اظهره لم يأثم لان ماعزاً والغامدية اعترفا عند رسول الله (ص) بالزنا فرجمهما ولم ينكر عليهما •

فصل

التوبة المعتبرة

١٢٢٣ والتوبة التى ترد التائب الى حال الشهادة من الزنا والسرقة والشرب

---

(١) الزيادة من نسخة قليج •

فحكم عليه[1] ثم تاب اذا صلح عمله وفارق طريقته المذمومة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحو[2] .

١٢٢٤ ـ واختلف اصحابنا في مقدار المدة بعد التوبة فمنهم من قال سنة كاملة لأنها تجمع الفصول الاربعة التي تتغير فيها الطباع ، ومنهم من لم يقدر ذلك (وردها)[3] الى اجتهاد الحاكم .

١٢٢٥ ـ والتوبة من الردة اظهار الشهادتين والرجوع الى ملازمة الدين والقيام بفروضه وفعل نوافله وسننه مع الامكان .

فصل

التوبة على من يُحد

١٢٢٦ ـ واختلف أصحاب الشافعي فيمن شهد ولم تقبل شهادته بالقذف هل يحد أم لا ؟ وبنوا التوبة على القول بوجوب الحد ، فقالوا ان قلنا يحد تجب عليه التوبة ، وان قلنا لا يحد فلا توبة عليه .

فصل

شهادة المولى لمكاتبه الخ

١٢٢٧ ـ واذا شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب المال وعتق واعاد المولى له الشهادة بالمال لم تقبل الشهادة لأنها ردت لأجل التهمة .

١٢٢٨ ـ وكذلك اذا شهد العبد والكافر فردت شهادتهما لأجل التهمة لم تقبل اذا اعادا ، وان كانت لأجل الكفر والرق قبلت .

١٢٢٩ ـ وقال ابو العباس من أصحاب الشافعي تقبل شهادة المولى اذا اعاد الشهادة ، قال لان المعنى قد زال بالعتق . ورد عليه اصحابه وقالوا مثل قولنا ، لانه رد للتهمة فهو كالفاسق .

---

(١) في نسخة قليج : فانا نحكم له .
(٢) آل عمران ٣ .
(٣) الزيادة من نسخة قليج .

فصل

الشهادة المتبادلة

١٢٣٠ ـ قال اصحابنا : ومن ترك مالا وورثة فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وابن ابي ليلى لأنهم يشتركون في التركة[١] .

١٢٣١ ـ وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير ان الشهادة جائزة .

١٢٣٢ ـ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم ان جاءوا جميعا فالشهادة باطلة وان جاءوا مفترقين فشهد الاولان لمن ادعى ثم عادا وادعيا وشهد الاخران فشهادتها جميعا جائزة .

١٢٣٣ ـ وقد ضعف أصحابنا ذلك لأنه يوجب مقاسمة الاولين ما أخذاه اذا لم يترك غير ما أخذاه[٢] .

١٢٣٤ ـ ولو شهد أحد الفريقين بدين على الميت وشهد أولئك لمن شهدا بأرض أو عرض في يد الميت فالشهادة جائزة .

الشهادة على ما يوجب الشركة فى تركة الميت

١٢٣٥ ـ وكل شهادة لا توجب الشركة في تركة الميت فهي جائزة ، وما توجب الاشتراك فهي باطلة .

١٢٣٦ ـ ولو كانت هذه الشهادة على حق وهو يجحد جازت شهادة الفريقين في جميع الاحوال .

فصل

تبادل الشهادة بالوصية

١٢٣٧ ـ ولو شهدا بالوصية لهما وشهد الآخران بمثل ذلك فهي كالشهادة بالدين على الخلاف من الصحة والبطلان .

---

(١) أى ان الرد ههنا للتهمة أيضا عملا بقاعدة رد الشهادة بالتهمة .

(٢) اى عملا بقواعد الدين المشترك .

فصل

الشهادة على طلاق الامة

١٢٣٨ ـ واذا شهد المولیان ان الزوج طلق الأمة، وهي تدعي ذلك، لم تجز في قولهم جميعا ، وان لم تدع جازت شهادتهما في قول ابي يوسف ولا تجوز في قول محمد ، ولا رواية عن ابي حنيفة تعرف في ذلك .

١٢٣٩ ـ ولو شهد رجلان لرجل انه ابن الميت ثم شهد الابن ورجل للشاهدين بدين على الميت الف درهم فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند غيرهما تجوز . والله أعلم .

فصل

شهادة الاعمى والاخرس

١٢٤٠ ـ قد ذكرنا ان العمى يمنع قبول الشهادة اذا طرىء قبل الحلم خلافا لابي يوسف والشافعي ، وان زال العمى فشهد جازت الشهادة وهو كالخرس اذا زال ، والعقل اذا رجع ، وقبل الشافعي شهادته فيما تقبل فيه الاستفاضة من غير تفصيل ، اذا ضبط ولم يجره على القتل والافعال ولا على العقود التى تثبت بالصوت.

١٢٤١ ـ وقد ذكرنا فيما تقدم من هذه الاشياء ما يمنع مجتمعا ومفترقا .

١٢٤٢ ـ وسنذكر ما ترد فيه الشهادة من حيث الحكم والاختلاف والتعارض بين الدعاوى[1] من الكتب والحوادث ان شاء الله .

١٢٤٣ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهادة في الابواب المتقدمة فلنذكر حكم الشهادة على الشهادة .

باب الشهادة على الشهادة

دليل جوازها

وهذا باب يذكر فيه حكم الشهادة على الشهادة وما قيل في ذلك :

١٢٤٤ ـ اعلم انه لا آية من كتاب الله ولا سنة ثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا وصلت الينا في جواز الشهادة على الشهادة ، والفقهاء قد عملوا

---

(١) فى نسخة قليج : والتعارض فى موضع الدعاوى .

بذلك وذكروه في الكتب ، ولعله قد كان فيه سنة فاكتفوا فيه بالعلم أو قاسوا ذلك ذلك على الأخبار في الدين ووجوب العمل بها .

الشهادة على شهادة الميت

١٢٤٥ – وقد روى الخصاف في أدب القضاء عن علي بن ابي طالب عليه السلام [انه] قال :– لا نقبل على شهادة الميت دون رجلين .

١٢٤٦ – وقد روى عن الشعبي [انه] قال :

لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين .

١٢٤٧ – واذا شهد النفر على شهادة رجل واحد فهو واحد والاثنان على الاثنين فرجل واحد .

١٢٤٨ – وان شريحا كان اذا شهد عنده رجل على شهادة رجل قال :

– قل اشهدني ذوو عدل .

١٢٤٩ – فهذا ما روى في الباب ويكفي ان يكون فيه أمير المؤمنين علي (ر) قائلا به : وهو فقيه الصحابة ، وهو قول اصحابنا جميعا وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، والحاجة اليه داعية اذا غاب الشهود او ماتوا فينبغي ان يكون ذلك جائزا .

١٢٥٠ – واذ قد ذكرنا جواز ذلك في الشرع فلنذكر موضع قبول ذلك .

باب الموضع الذى تقبل فيه الشهادة على الشهادة

وهذا باب الموضع الذى يقبل فيه ذلك :

١٢٥١ – اجمع اصحابنا جميعا انها مقبولة فى كل حق يثبت في المال ، وما لا يسقط بالشبهة من الحقوق .

١٢٥١ – فأما الحدود والقصاص فلا يقبل ذلك فيه عندنا .

١٢٥٢ – وقال الشافعي تقبل في الاموال وحقوق الادميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى .

١٢٥٣ ـ فاما الحدود كحد الربا والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر ففيهما قولان :

أحدهما يجوز لأنه يثبت بالشهادة فجاز ان يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين .

والثاني لا يجوز لان المقصود بالشهادة التوثق للحق ، وحقوق الله تعالى مبنيّة على الدرء والاسقاط وهذا ليس هو الوجه ، ولكن الوجه عندنا ان الحدود لا يجوز ان تستوفى الا بنص أو اتفاق ، ولا نص ولا اتفاق في ذلك فلا يجوز ان يفعله ولا قياس ذلك على الأموال لان الأموال يجوز دخول البدل والاباحة فيها ويثبت حكم ذلك لها ، وفي الحدود والقصاص لا يجوز ، لان الرجل لو ادعى عليه قتلا فقال : ما قتلت ولكن يقتلني[1] فقد وهبت نفسى له لم يجز له القتل ، وفى المال يجوز اذا وهب ،وقال لا شيء له عليّ وقد وهبت له .

١٢٥٤ ـ وعلى المذهبين ان كل ما يجوز ان يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضي الى القاضي لانه يحتاج الى تحمل الشهود الكتاب المكتب فهو كشهود الاصل يحتاج الى تحمل .

١٢٥٥ ـ واذ قد ذكرنا موضع القبول فلنذكر عدد الشهود .

باب عدد شهود الفرع

فى موضع قبولها

١٢٥٦ ـ قال أصحابنا : لا يجوز في ذلك أقل من اثنين على الواحد لانه نقل لقوله الى الحاكم ، فهو كنقل الاقرار .

١٢٥٧ ـ فان شهد اثنان على شهادة كل واحد من الشاهدين جاز ذلك عندنا .

١٢٥٨ ـ ويجوز في هلال رمضان الواحد على الواحد في الغيم والاثنين على الاثنين في شهادة شوال وسائر الشهور ، والعبد على العبد والمرأة على المرأة ، فما يثبت في الاصل يثبت بمثله اذ شهد به شاهد الفرع .

---

(١) الصواب ليقتلني .

١٢٥٩ ـ ويعتبر في الواحد الفرد فى رمضان وباقى الشهود لا يجوز بالواحد، بل يعتبر كما يثبت بالشهود اثنان أو رجل وامرأتان .

١٢٦٠ ـ وقال الشافعي ، في أحد قوليه لا يجوز حتى يكون على شهادة كل واحد اثنان ، والقول الاخر كقولنا .

١٢٦١ ـ ويجوز عندنا بشهادة رجل وامرأتين كما يجوز في الحق المشهود به .

١٢٦٢ ـ وقال الشافعي لا تجوز الا برجلين .

١٢٦٣ ـ وقال لو كان شهود الاصل رجلا وامرأتين قبل في أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم . ولا يقبل في القول الاخر الا ستة يشهد كل اثنين على شهادة كل واحد منهم .

١٢٦٤ ـ وان كان شهود الاصل اربع نسوة في الولادة والرضاع قبل في أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهن ، ولا يقبل في الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة [كل] واحدة منهن .

فصل

(الشهود على شهود الاصل ان كانوا اربعة)

١٢٦٥ ـ وان كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو حد الزنا ، وقال انه تقبل فيه الشهادة على الشهادة ، فان قلنا تقبل من شاهدين على شاهدى الأصل في غير الزنا ففي حد الزنا قولان احدهما انه يكفي شاهدان في اثبات شهادة الاربعة ، كما يكفي في اثبات شهادة اثنين ، والثاني انه يحتاج الى أربعة لان فيما يثبت باثنين يحتاج في شهادة كل واحد منهما الى العدد الذى يثبت به أصل الحق وهو اثنان ، وأصل الحق ههنا لا يثبت بدون الاربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة .

١٢٦٦ ـ قالوا : وان قلنا فيما يثبت بشاهدين لا يقبل الا أربعة ففي حد الزنا قولان احدهما انه يحتاج الى ثمانية لتثبت شهادة كل شاهد بشهادة واحد .

والثاني انه يحتاج الى ستة عشر رجلا لان شهادة كل واحد لا تثبت الا بما يثبت به أصل الحق وذلك أربعة ، وقد نقض هذا الاصل بانه يثبت الاصل بالرجال والنساء في المال ولا يعتبر فى الفرع مثل ذلك ، ونجيزه [كذا] .

فصل

١٢٦٧ ـ واذا شهد عشرة على الواحد فهي شهادة واحد ، واذا شهد عشر نسوة على رجل فهى شهادة رجل [واحد] وان شهدوا على امرأة فهي شهادة واحدة ، ولو شهد اثنان على شهادة عشرة رجل جاز ذلك وحكم به الحاكم عندنا .

١٢٦٨ ـ وينبغي على قول الشافعي ان لا تثبت شهادة العشرة (الا) بعشرين في أحد قوليه .

١٢٦٩ ـ ولو شهدا على امرأة جاز ذلك ، وعلى (المدعى) ان يتم البينة .

١٢٧٠ ـ ولو شهد عشر من النساء على شهادة رجل وامرأتين أو امرأة لم يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل .

فصل

١٢٧١ ـ قال (الشافعي ؟) : وليس لمن سمع الشاهد يشهد غيره ان يشهد عليه حتى يشهد شاهد الاصل ، لانه لو اخبر رجلا بان فلانا أقر لفلان بكذا لم يكن للمخبر ان يشهد بذلك على شهادته .

١٢٧٢ ـ قال اصحاب الشافعي : ولا تصح الشهدة على الشهادة الا من ثلاثة أوجه :

احدها ان يسمع رجلا (يقول) اشهد ان لفلان على فلان كذا فيضاف الى سبب يوجبه من ثمن مبيع أو مهر لانه لا يحتمل مع ذكر السبب الا الوجوب .

والثاني : ان يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق ، لانه لا يشهد عند الحاكم الا بما يلزم الحكم به .

والثالث : ان يستدعيه رجل بأن يقول : اشهد ان لفلان على رجل كذا واشهد على شهادتي بذلك ، لانه لا يستدعيه (الا) على واجب ، لان الاستدعاء وثيقة والوثائق لاتكون الا على واجب ، واما اذا سمع رجلا في دكانه أو طريقه يقول : اشهد ان لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل : أشهد على شهادتي لم يحكم به لانه قد يكون وعدا وعده فلم يجز تحمل الشهادة عليه .

١٢٧٣ ـ قالوا : وان سمع رجلا يقول : لفلان على ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك ؟

فهو وجهان :

احدهما انه لا يجوز ان يشهد عليه ، كما لا يجوز ان يتحمل الشهادة عليه .

والثاني ، قالوا وهو المنصوص انه يجوز آن يشهد عليه .

والفرق بينه وبين التحمل ان المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استدعاء والشاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاستدعاء ، ولان الشهادة آكد ؟

فصل

كيفية شهادة شاهدى الفرع

١٢٧٤ ـ فاما اصحابنا فقالوا :

يسأل القاضي شاهدى الفرع كيف يشهدان فان قالا : نشهد ان فلان بن فلان اشهدنا على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان أقر عندنا واشهدنا على نفسه ان لفلان هذا عليه الفا ، وقال لنا اشهدا على شهادتي : اني اشهد ان فلانا أقر على أن لفلان الفا فهذه شهادة صحيحة والحكم بها واجب .

١٢٧٥ ـ وان قالا : انه قال لنا : اشهدا انى اشهد على اقرار فلان لفلان بكذا وكذا فان ابا حنيفة قال : لا اقبل ذلك ، وقال ابو يوسف فى الاملاء هو جائز .

١٢٧٦ ـ وقل : لو قال اني اشهد لفلان على فلان بالف درهم اقر بها فاشهد بذلك فشهد على شهادته فهو جائز .

١٢٧٧ ـ وقال ابو حنيفة : لا يجوز حتى يقول : اشهد على شهادتي .

فصل

السؤال عن عدالة شاهد الاصل

١٢٧٨ ـ واذا شهدا على شهادة غيرهما سألهما عن عدالة الذى شهدا على شهادته فان قالا هو عدل ، او كان يعرف عدالتهما او اخبراه بعدالتهما لم يسئل .

١٢٧٩ ـ وان قالا لا نجيزهما لم يقبل شهادتهما على شهادتهما .

١٢٨٠ ـ فان قال الطالب : انا آتيك بمن يعدل لم يقبل ذلك ولا يحكم بهذه الشهادة لأنهما لم يعدلاهما فلم يصدقا ، وذلك طعن فيهما .

١٢٨٠ ـ وهذا قول محمد

١٢٨١ ـ وقال ابو يوسف : اقبل ذلك واسئل عنهما .

١٢٨٢ – ويجب ان يذكر المقر والمقر له ويعرفانهما بابلغ ما يعرف به كل واحد منهما •

١٢٨٣ – وقال أصحاب الشافعي عنه :

– وان قالا نشهد على شهادة عدلين ، لم يحكم لانه يجوز ان يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم ويجب ان يوردا الشهادة على الصفة التى تحملاها في الوجوه التامة •

فصل

شروط الحكم بشهادة الفرع

١٢٨٤ – ولا يجوز الحكم بشهادة شهود الفرع الا ان يكون شهود الاصل (قد ماتوا) او هم مرضى لا يقدرون على الحضور ، او يكونوا على مسافة تقصر في مثلها الصلاة عند ابي حنيفة •

وقال ابو موسى والشافعي : اذا كان بحيث لا يرجع في يومه الى منزله فهو عذر تجوز معه الشهادة ، وان كان يقدر على الرجوع الى منزله في يومه وليلته لم يجز ، لان الاصل ان قدر عليه لم يجز الحكم بالبدل الا لضرورة •

واتفق الجميع على انهما (ان حضرا) مجلس الحكم قبل الشهادة او بعد الشهادة قبل الحكم انه لا يحكم (بشهادة الفرع) وانما يحكم بالاصل •

وكذلك ، لو رجع شهود الاصل قبل الحكم وقبل السماع بطلت شهادة شهود الفرع •

فصل

الشهادة على شهادة الاب وقضائه

١٢٨٥ – قال اصحابنا

(ان) شهد رجلان على شهادة ابيهما بحق لرجل على آخر جاز ذلك ، ولو شهدا على قضية ابيهما انه قضى لرجل على رجل بحق من الحقوق وقد كان أبوهما

قاضيا لم يجز ذلك ، لان القضية فعل ابيهما فلا يجوز ذلك [وقد ذكر هـذه] المسئلة الخصاف •

تسمية شهود الاصـل

١٢٨٦ – ولابد في الشهادة من تسمية شهود الاصل وهو ان يقولوا : نحن نعرفهما ولكن لا نعرف اسميهما •

وفي الاخبار يقبل ذلك ولا يجب عندنا ذكر اسم الراوى ، وهـو خلاف في الخبر •

١٢٨٧ – واذ قد ذكرنا حكم الشهادة على الشهادة وشهادة الرجـل ، وكان الحكم يقع بغير الشهادة وبحكم الحاكم بذلك وهو النكول وما يتبعه من الايمـان والعلم والاقرار وجب ذكر ذلك •

باب النكول عن الايمان[1]

وهذا باب النكول عن الايمان اذا توجهت اليمين وعدمت البينة .

١٢٨٨ – كان الواجب ان نذكر هذا الباب بعد توجه اليمين على المدعى عليه وعدم البينة وانما قدمناه في الموضع لأنه طريق الى الحكم والقضاء وان القاضي يجب ان يكون عارفا بطرق القضاء قبل حضور الخصوم والدعاوى حتى اذا حضر حكم بما يجب الحكم به وحمل الامر على ما يجب ، لان علمه يجب ان يكون سابقا لمواضع الحكم وكيفية القضاء وماله ان يفعل وما عليه ان يترك ، ولهذا المعنى قدمنا الكلام على ما ذكرناه وقدمنا النكول على الايمان ، لأن اليمين يترتب على بذل الحالف والنكول سكوت عن الجواب وهو الاصل فلهذا قدمنا ذلك .

الآثار المروية في النكول

١٢٨٩ – اعلم ان النكول والحكم به ليس فيه نص من كتاب ولا سنة ، وانما هو أمر فعله الصحابة والتابعون رضى الله عنهم[2] .

١٢٩٠ – واجمع اهل العلم على ان له حكما يتعين به القضاء ، وسنبين ذلك في بابه في كيفية القضاء .

١٢٩١ – والذى روى فى ذلك من الآثار عن الصحابة ومن في عصرهم من التابعين ممن لم ينقرض العصر الا وهم من أهل الاجتهاد ويُعد خلافهم معهم .

١٢٩٢ – ذكر الخصاف عن ابن ابي مليكه عن ابن عباس رحمه الله انه أمره ان يستحلف امرأة فأبت ان تحلف فالزمها ذلك .

١٢٩٣ – وروى عن سالم ان ابن عمر باع غلاما بثمانمائة درهم فوجد به المشترى عيبا فخاصمه الى عثمان رضي الله عنه فقال :

---

(١) جاء في لسان العرب : نَكَل عنه ينكِل وينكُل نكولا ونكل نَكَص ، يقال نكل عن العدو وعن اليمين ينكل بالضم أي جبن ونكّلَه عن الشيء صرفه .

(٢) جاء في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية (ص ٧) : هل القضاء بالنكول الا رجوع الى مجرد القرينة الظاهرة لتى علمنا بها ظاهرا انه لولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين ، فلما نكل عنها كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعى فتقدمت على اصل براءة الذمة » .

ـ بعته بالبراءة

فقـال :

ـ احلف لقد بعته وما به عيب تعلمه

قال :

ـ بعته بالبراءة ، وابى ان يحلف

فرده عثمان عليه[1]

١٢٩٤ ـ وروى الحرث[2] قال :

ـ نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى عليه ، فقال الرجل :

ـ انا احلف

فقال :

ـ قد قضى قضائى

١٢٩٥ ـ وروى عن مغيرة وابن شبرمة انهما قالا :

ـ اشترى عبدالله غلاما لامرأة فلما ذهب الى منزلـه حم الغلام ، فجاء ليرد الغلام فخاصم الى الشعبي فقال لعبدالله

ـ بينتك على أن لك ذلك[3] ؟

قال :

ـ ليس لي بينة

فقال الرجل :

ـ احلف انه لم يبعه .

فقال الرجل :

ـ انا ارد على عبدالله

فقضى الشعبي باليمين

فقال :

ـ اما ان تحلف واما ان ارد عليك الغلام .

---

(١) هذا دليل على مدى تمسك الفقه الاسلامى بمبدأ حسن النية .

(٢) فى نسخة قليج : الحارث .

(٣) فى نسخة قليج : على انه دلس لك ذلك .

١٢٩٦ ـ فهذا ما روى فيه عن الصحابة والتابعين .

١٢٩٧ ـ وقضاء الصحابة والائمة منتشر في[1] الامة ، ولو كان ذلك لا يجوز لانكروه .

١٢٩٨ ـ وقد اجمع الفقهاء جميعا على أنه بعد النكول على قولين :

منهم من يرد اليمين فيحلف المدعى ويأخذ الحق .

ومنهم من قال يأخذ الحق ولا يمين عليه ، ولو ان للنكول حكما ليس لغيره لما جاز الحكم بيمين المدعى ، ولهذا لو حلف ابتداء لما استحق الحق .

١٢٩٩ ـ وسنذكر في باب رد اليمين ما قيل في ذلك .

١٣٠٠ ـ فاذا عرفت ان النكول هو طريق الى الحكم وجب ان نذكر الموضع الذى يقضى فيه بالنكول .

باب الموضع الذى يقضى فيه بالنكول

وهذا باب الموضع الذى يُقضى فيه بالنكول وما لا يُقضى فيه ، وما قيل في ذلك .

تكييف النكول

١٣٠١ ـ اعلم ان عمدة الباب ان النكول عند ابي حنيفة رحمه الله يقوم مقام البذل فكل ما يصح بذله يجوز ان يحكم فيه بالنكول .

وكل موضع لا يصح بذله لا يحكم فيه بنكول .

١٣٠٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد : هو بمنزلة الاقرار ، فما يصح باقراره يجوز ان يحكم فيه بنكوله .

١٣٠٣ ـ وهو فرع على توجه اليمين عند ابي حنيفة ، فما لا يمين فيه لا يقضى فيه بالنكول .

١٣٠٤ ـ والذى لا يمين فيه عنده : الحدود وهي الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وقطع الطريق ، والنكاح والرجعة والفيء والايلاء والولاء والنسب والرق .

١٣٠٥ ـ وقال ابو يوسف وزفر : يستحلف في كل شيء الا في الحدود خاصة .

---

(١) في نسخة قليج : معتبر .

١٣٠٦ ـ وهو قول محمد

١٣٠٧ ـ فالنكول يقضى به عند ابى حنيفة في الاموال كلها والطلاق والعتق وما يصح بذله وكل الحقوق عنده سواء الا القود والقصاص فانه اذا ادعى القود في النفس فنكل عن اليمين فابو حنيفة يحبسه حتى يقر او يحلف ، ويقضى بالنكول فيما دون النفس .

١٣٠٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقضى في النفس وفيما دونها بالاروش والديات لا بالقصاص .

١٣٠٩ ـ فأبو حنيفة لا يقضي في النفس بقصاص ولا دية ، وهما يقضيان بالدية دون القصاص ، وفى الطرف يقضي ابو حنيفة بالقصاص وهما بالديات .

١٣١٠ ـ وقال زفر : النفس وما دونها سواء ويقضي في الجميع بالنكول اذا نكل اقتص كما يقضى بالمال .

١٣١١ ـ وقال الشافعي وما لك : لا يقضى بالنكول في شيء ، ويرد اليمين فان حلف المدعى قضى له بالحق .

١٣١٢ ـ هذا في كل موضع يدعى الحق[1] ودين ويرد فيه اليمين الا في مواضع منها انهم قالوا اذا ادعى حق لميت ورثه المسلمون فانكر ذلك ونكل عن اليمين فقال الاصطخرى يقضى بالنكول لانه لا يمكن رد اليمين على المسلمين ولا على القاضى فيقضى للضرورة .

١٣١٣ ـ وقال غيره من اصحابه يحبس المدعى عليه حتى يقر او يحلف ولا يقضى بالنكول .

١٣١٤ ـ وقضى في اثبات لعان الزوج بالحد عليه ، وفي نكول المرأة بالحد والرجم ان كانت قد دخل بها .

١٣١٥ ـ وفي القسامة بنكول المدعين .

١٣١٦ ـ وفي الزكاة اذا حلف العامل انه قد فرقها فنكل .

١٣١٧ ـ وكذلك اذا رد اليمين فنكل المدعى عنها يسقط حقه ولا يجوز له بعد ذلك ان يحلف كما قلناه نحن وتفريعه في رد اليمين سنذكره في بابه ان شاء الله .

---

(١) فى نسخة قليج : بحق .

١٣١٨ ـ فهذه المواضع التى يقضى فيها والتى لا يقضى فيها .

١٣١٩ ـ واذ قد ذكرنا مواضع القضاء والمواضع التي لا يقضى فيها وجب ذكر كيفية القضاء [بالنكول] .

باب كيفية القضاء بالنكول

وهذا باب كيفية القضاء بالنكول

صيغة القضاء بالنكول

١٣٢٠ ـ قال اصحابنا : واذا ادعى رجل حقا على رجل وحضر عند الحاكم ولا بينة له وطلب اليمين بعد توجهها نحوه فامتنع عن اليمين فان القاضي يقول :

ـ احلف على ذلك بالله ما له ما يدعى عليك من الحق

يكرر ذلك ثلاث مرات

فان لم يحلف الزمه الحق وحكم عليه .

١٣٢١ ـ ومن اصحابنا من قال :

يقول القاضي له :

ـ اني اعرض عليك اليمين . ثلاث مرات فان حلفت والا الزمتك دعوى خصمك بنكولك عن اليمين وامتناعك منها ، احلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ويعقد واحداً بيده ، احلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ثانية ، ويعقد اثنين ، احلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك . ثلاثا ويعقد ثلاثا ، ثم يعلمه انه قد الزمه ما ادعاه خصمه ثم لا يقبل يمينه بعد ذلك ولا ينفعه اليمين بها . كذا قال الطحاوى في ادب القضاء الصغير له .

الحلف بعد العرض وقبل القضاء

١٣٢٢ ـ وقال الخصاف : اذا حلف بعد العرض عليه قبل القضاء جاز ذلك ولم يكن له ان يقضى عليه بالنكول .

اقتران النكول بالقضاء

١٣٢٣ ـ وهذا انما ذكرناه لأنه بعد النكول يحتاج الى القضاء ، ولا يلزم

الحق بالنكول حتى ينضم اليه القضاء كما لا يلزم الحق بالشهود حتى ينضم الى الشهادة حكم الحاكم بها فيلزم حينئذ الحق .

١٣٢٤ – وقد كان ابو حنيفة يقول : النكول مرة واحدة انه اذا نكل عن اليمين وأبى ان يحلف لزمته دعوى المدعى من غير ان يعرض عليه ، لما ذكره ابو موسى الضرير في مختصره .

استئناف العرض

١٣٢٥ – وقاله[1] الطحاوى في أدبه عن بعض اصحابنا ومن نكل عن اليمين مرة او مرتين ثم سأل المدعى ان يؤخره يوما او يومين لينظر في أمره ثم احضره بعد فان القاضي يستأنف العرض عليه ولا يعتمد بما مضى من العرض .

امتناع المدعى عليه عن الاقرار والانكار

١٣٢٦ – قال اصحابنا واذا قال المدعى عليه لا اقر ولا انكر اودعه القاضى في حبسه حتى يقر او ينكر .

١٣٢٧ – وقال الشافعي يقول له القاضى :

– ان اجبت والا جعلتك ناكلا .

١٣٢٨ – ويستحب ان يقول له ذلك ثلاثا فان لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعى وقضى له ، قال لأنه لا يخلو اذا اجاب ان يقر او ينكر ، فان اقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر واذا أنكر فقد وصل انكاره بالنكول عن اليمين فقضينا بما يجب انكاره .

١٣٢٩ – وهذا التقسيم لا يصح لأنه يحتمل ان يقر ببعض الحق وينكر البعض فلا يكون قد قضى عليه باقرار ولا انكار فما قال اصحابنا اولى .

---

(١) فى نسخة قليج : وقال .

فصل

دعوى المدعى عليه وجود حساب بينه وبين المدعى

١٣٣٠ ـ وان قال بيني وبينه حساب او مناظرة قال له القاضي : ذلك اليه .

١٣٣١ ـ وقال الشافعي يؤخره ثلاثة ايام لأنها مدة قريبة ، وان لم يذكر عدداً جعله ناكلا وحول اليمين .

فصل

دعوى المدعى عليه ان المدعى كان قد استحلفه

١٣٣٢ ـ فان قال قد استحلفني على هذه الدعوى ، فان كان القاضي يحفظ ذلك لم يستحلفه وان كان لا يحفظ استحلفه .

١٣٣٣ ـ وان قال : قد احلفني عند رجل من الرعية ، احلفه القاضي ، اذا سأل ، ولم يمنع من ذلك ما استحلفه غيره .

طلب الخصم اليمين

١٣٣٤ ـ وكذلك اذا حلفه القاضي قبل طلب الخصم اليمين لم يعتد بيمينه على ذلك .

فصل

طلب المدعى عليه التأجيل مع اقراره

١٣٣٥ وان اقر بما ادعى عليه وسأل الخصم ان يؤجله شفع القاضي له اذا سأله ، وليس ذلك بواجب على القاضي لما روى ابن عباس رحمه الله عن النبي (ص) ان رجلا رفع اليه غريما له فسأله الغريم ان ينظره شهرا ، فقال له عليه السلام : انظره فأبى فتحمل عنه .

١٣٣٦ ـ وان سكت فلم يتكلم المدعى عليه بعد الدعوى لم يعجل الحاكم عليه واستكشف عن أمره وهل به صمم او خرس ، فاذا اتضح له حاله وانه لا آفة به عرض عليه اليمين ثلاثا وقضى عليه بنكوله .

١٣٣٧ ـ هكذا ذكر المسئلة الخصاف اذا لم يقر ولم يتكلم .

١٣٣٨ ـ وقد ذكرنا انه اذا قال : لا اقر ولا انكر يحبسه ، وان الطحاوى روى ذلك ، وهذا خلاف رواية الخصاف (وقول) الخصاف يوافق مذهب الشافعي في رد اليمين .

١٣٣٩ ـ والصحيح عندنا ما قاله الطحاوى في ذلك لما ذكرناه من الوجه فيه ، ولان البينة لا تسمع عليه في هذه الحال عندنا حتى يحصل الانكار الذى هو شرط سماعها فكذلك الحكم بالنكول .

١٣٤٠ ـ واذ قد ذكرنا حكم النكول وموضع الحكم به وكيفيته ، وجب ان نذكر اليمين وصفتها ومواضع وجوبها ، وسقوطها ، وما يثبت من حكمها ومالا يثبت .

باب اليمين(١)

وهذا باب اليمين وما يجب في معرفتها وشروطها .

١٣٤١ ـ اعلم ان اليمين وضعت لقطع الخصام كما وضعت البينة لذلك .

١٣٤٢ ـ وقد بين النبي (ص) موضعها ، روى ابن عباس انه عليه السلام قضى باليمين على المدعى عليه ، وروى عن النبي عليه السلام انه قضى باليمين على المطلوب ، وروى عن عبدالله بن مسعود (عن النبي) انه قال :

ـ من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال رجل مسلم لقى الله وهو

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة يمين : قال أبو منصور : اليمين في كلام العرب على وجوه : يقال لليد اليمنى يمين ، واليمين القوة والقدرة ... واليمين المنزلة ، الاصمعي هو عندنا باليمين أي بمنزلة حسنة ... وأما قوله تعالى « فراغ عليهم ضربا باليمين » (ك ٣٧/٩٣) ففيه أقاويل : أحدهما بيمينه ، وقيل بالقوة ، وقيل بيمينه التي حلف حين قال : « وتالله لأكيدن اصنامكم بعد أن تولوا مدبرين » (٥٧ ك الانبياء ٢١) ...

واليمين الحلف والقسم ، انثى والجمع ايمن وايمان .. قال ألجوهرى : سميت اليمين كذلك لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل امرىء منهم يمينه على يمين صاحبه .

عليه غضبان ، وتلا الآية فقال الاشعث [1] : في والله نزلت كان بيني وبين رجل من اليهود ارض فجحدتى فقدمته الى النبي (ص) فقال :

ـ الك بينة

ـ فقلت : لا

فقال : لليهودى : احلف

فقلت : يا رسول الله اذا يحلف فيذهب بمالي فانزل الله « الذين يشترون بعهد الله » الآية .

١٣٤٣ ـ وقد روى عبدالله بن عوف [1] ان النبي (ص) أمر مناديا فنادى حتى بلغ اليه [2] :

ـ لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين وان اليمين على المدعى عليه .

١٣٤٤ ـ وقال سعيد بن المسيب :

---

(١) هو الاشعث بن قيس بن معدى كرب بن معاوية الكندي كذا ساق نسبه ابن منده وابو نعيم ، والذى ذكره هشام الكلبى : الاشعث واسمه معدى كرب بن قيس وهو الاشج بن معدى كرب بن معاوية بن جبلة وكنيته أبو محمد، وفد الى النبي (ص) سنة عشر من الهجرة فى وفد كنده وكانوا ستين راكبا فأسلموا وخطب أم فروة أخت أبي بكر فأجيب الى ذلك وعاد الى اليمن وأرتد بعد موت النبي (ص) فاسر فاستبقاه ابو بكر وزوجه اخته فاطمة وهي أم محمد بن الاشعث . شهد الاشعث اليرموك ففقئت عينه ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند وسكن الكوفة وأبتنى بها دارا وشهد صفين مع علي ، وكان ممن الزم عليا بالتحكيم وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على اذربيجان ، وروى عن النبى احاديث روى عنه قيس بن ابى حازم أو أبو وائل وغيرهما ، ونزل فيه قوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا » الاية لانه خاصم رجلا فى بئر فنزلت . وتوفى سنة اثنتين واربعين هـ . (اسد الغابة ١/٩٧ ـ ٩٨) .

(٢) الذين عرفوا بهذه الاسم من الصحابة والتابعين كما ورد فى اسد الغابة (٣/٢٣٩ ـ ٢٤٠) هم :

١ ـ عبدالله بن عوف الذى روى عن النبى قوله (ص) الايمان يمان . وكان من تابعى اهل الشام من الطبقة الثالثة من عمال عمر بن عبدالعزيز .

٢ ـ عبدالله بن عوف الاشج من الوفد نزل البصرة .

٣ ـ عبدالله بن عوف بن عبد عوف بن الحارث بن زهرة اخو عبدالرحمن بن عوف ، اسلم يوم الفتح .

(٣) فى نسخة قليج : البينة .

مضت السنة ان اليمين على المدعى عليه وفي ذلك اجماع الصحابة والفقهاء رضى الله عنهم ، ان المدعى اذا لم يجد بينة على ما يدعى ان اليمين على المدعى عليه الا في مواضع نذكرها اختلفوا فيها ، وان الخصومة ترتفع حتى يجد ما يوجب الحق كما ان البينة تقطع الخصومة .

١٣٤٥ ـ واليمين ليست عندنا بينة ولا تجرى مجرى البينة في اثبات الحقوق، وانما وضعت لدفع الدعوى ، فاذا ثبت انها معمول بها ، وهي طريق الى قطع الخصومة وأحد اسباب القاضي التي يستوفيها وجب ذكر صفة اليمين .

باب صفة اليمين

وهذا باب صفة اليمين وكيف يحلف القاضي .

١٣٤٦ ـ اعلم ان الناس اختلفوا في تأكيد اليمين والفاظها .

١٣٤٧ ـ فالذى روى في خبر ابن ركانة[1] ان النبي (ص) حلفه حين طلق

---

(١) في نسختى قليج ومنيخ خبر ركانه . والذى فى اسد الغابة ركانه بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب المطلبى من مسلمة الفتح نزل المدينة ومن حديثه عن النبى « ان لكل دين خلقا وخلق هذا الدين الحياء) . وتوفى ركانه فى خلافة عثمان وقيل توفى سنة اثنتين واربعين .

والحديث المروى فى متن الروضة ورد تفصيله فى اسد الغابة حيث جاء ان ركانه هذا « هو الذى طلق امرأته سهيمة بنت عويمر بالمدينة اخبرنا أبو اسحق ابراهيم بن محمد الفقيه وغيره ، قالوا باسنادهم الى ابى عيسى الترمذى، قال حدثنا هناد ، حدثنا قبيصة عن جرير بن حازم عن الزبير بن سعيد عن عبدالله ابن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده قال :

اتيت النبى (ص) فقلت يا رسول الله !

انى طلقت امرأتى البتة .

فقال : ما اردت بها ؟

قال واحدة .

قال : الله

قال : الله

قال : الله

قال : فهو كما ذكرت . (اسد الغابة ٢/١٨٨ ، ٥/١١٠) .

البثة ، والله ما اردت الاو احدة ، فقال : والله ما اردت الا واحدة فرد عليه زوجته ولم يؤكد اليمين بصفة ولا جمع بين اسمين ، فان رأى الحاكم فعل مثل هذا فهو يمين يقطع الخصومة .

١٣٤٨ ـ ولا خلاف ان رجلا لو قال : والله لا دخلت الدار ثم دخلها حنث ووجب عليه الكفارة بالحلف باسم الله وحده .

٣٤٩ ـ وكذلك كل اسم لله تعالى مثل الرحمن والرحيم والقادر والغالب وسائر اسمائه تعالى في ذلك سواء .

١٣٥٠ ـ ومن اصحابنا من قال : نحلفه فنقول للخصم :

قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب المدرك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، وهو كذا ، ولا شيء منه اذا كانت الدعوى في المال .

١٣٥١ ـ وسنبين في كل كتاب كيف يحلف على دعواه ان شاء الله .

١٣٥٢ ـ هكذا قال الخصاف . وقال الطحاوى : يضم الى الطالب الغالب واسقط المدرك ، وقال الذى يعلم السر والعلانية ، هكذا ذكر في المختصر .

١٣٥٣ ـ ويضم في يمين اليهودى : بالله الذى انزل التوراة على موسى والنصارى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى ، والمجوسي بالله الذى خلق النار وباقي الناس بالله[1] .

فصل

(عظة القاضى الخصم قبل الاستحلاف)

١٣٥٤ ـ واذا اراد الاستحلاف فينبغي للقاضى ان يعظ الخصم ، ويقرأ عليه : « الذين يشترون بعهد الله » الآية والخبر الذى رويناه عن ابن مسعود في الباب الاول .

١٣٥٥ ـ وينبغي ان تكون اليمين على نسق دعوى المدعى .

---

(١) وعن الامام ابى حنيفة انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (مجمع الانهر ٢/٢٤٩) .

١٣٥٦ ـ ويجب ان يتبع الحالف لفظ القاضي على الخفض دون الرفع والنصب ويحفظ ما يدعى المدعى وما يستحلف المدعى عليه ، حتى تكون اليمين على نسق واحد ، وان قطعها الحالف اعادها عليه حتى يأتي بها بلا قطع ولا استثناء حتى تكون اليمين موصولة .

١٣٥٧ ـ واذا مضى في اليمين فسأل المدعى القاضى قطعها ، وقال حسبي انا او حسبي احلافه لم يتممها عليه .

فصل

(تغليظ اليمين)

١٣٥٨ ـ ولا تغلظ اليمين عندنا بالمكان ولا الزمان .

١٣٥٩ ـ وقال الشافعي : اذ كانت في دم او مال عظيم يحنث فيه لو حلف في مكة بين المقام والحجر ، وفي المدينة على المنبر ، وفي سائر البلاد في الجامع على المنبر بعد العصر .

١٣٦٠ ـ قال اصحابنا : ولا يبعث اليهود الى الكنيسة ولا النصارى الى البيعة ولا المجوس الى بيت النار ليقسموا هناك .

١٣٦١ ـ وقال الشافعي : يستحلفهم في مواضع عباداتهم وهذا لا يجوز لأن ذلك تعظيم لبيوتهم وهذا لا يجوز عندنا .

١٣٦٢ ـ ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحيث ما حلف الخصم جاز لأن الارض لله جميعا ، وهو بكل مكان تعالى .

١٣٦٣ ـ واذ قد ذكرنا صفة اليمين وعلى من تجب [فلنذكر ما لا تجب فيه] .

باب لا ما يجب فيه يمين

وهذا باب ما لا يجب فيه يمين ، ولا يحلف القاضي فيه .

---

(١) فى مجمع الانهر ٢/٢٥٠ « لا يحلفون فى معابدهم لان فيه تعظيما لها ، والقاضى ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه .. لا انه ليس له حق الدخول »

١٣٦٤ ـ اتفق اصحابنا جميعا ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن ابن زياد وسائر اصحابنا على ان الحدود كلها لا يستحلف فيها ولا يجب فيها يمين على من ادعيت عليه ، الا السرقة ان ادعا مالا اخذه فانهم يحلفون عليه فان نكل عن اليمين لزمه المال ولا قطع عليه عندهم جميعا لان القطع لا يثبت بالنكول .

١٣٦٥ ـ وقد حكينا فيما تقدم انن ابا حنيفة لا يستحلف في النكاح ، والرجعة ، والولاء والرق والفيء في مدة الايلاء ، والنسب ، وان باقي اصحابنا يختلفون في ذلك كله ، وان النكول بذل عند ابى حنيفة وعند سائر اصحابنا يقوم مقام الاقرار ، ولو قام مقام الاقرار لكان ينبغي ان يثبت في الحدود لأنها تثبت بالاقرار .

فصل

اليمين فى النسب

١٣٦٦ ـ واختلف اصحابنا في الموضع الذي يثبت فيه اليمين في النسب : فمنهم من قال يثبت في كل موضع لو اقر به لزمه وثبت النسب منه كالابن والأب ، وان كان لا يثبت بقوله لم يثبت الاستحلاف الا ان يدعى مالا في يد المدعى عليه او قبله لا يثبت المال الا ان يستحلف على نسبه كالميراث والنفقة ، فان نكل عن اليمين شاركه في المال الذى في يديه كالاخ مع الاخ ولا يثبت النسب .

لا يمين فيما لا يقبل اقراره به

١٣٦٧ ـ قال اصحابنا : ولو ادعى رجل على آخر انه وصى لفلان ، وقد مات او وكيل له وان على فلان مالا له فانكر ذلك فلا يمين عليه اذا لم يكن وارثا لأنه لو اقر لم يقبل منه .

١٣٦٨ ـ ولو ادعى رجلان عبدا في يد آخر انهما اشترياه منه فاقر لاحدهما بالشراء وانكر الآخر وطلب يمينه لم يحلفه القاضى ، لأنه لو اقر لما قبل .

١٣٦٩ ـ وكذلك لو نكل عن اليمين لأحدهما فقضى له وطلب الآخر اليمين لم يحلف .

١٣٧٠ ـ وكذلك المرأة يدعيها رجلان فتقر لاحدهما فهي للاول والاصل[1]

---

(١) فى نسخة قليج : والعقد .

في هذا الباب ان كل ما لا يقبل اقراره لو اقر به لم يستحلف عليه كالهبة والصدقة وغير ذلك فانه لا يحلفه للآخر .

١٣٧١ ـ وقالوا : لو ادعى احدهما الشراء والآخر الرهن او الاجارة فاقر بالرهن والاجارة وطلب المشترى تحليفه فانه يحلفه ، وان اقر بالشراء فالمشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يفتكه من الرهن او تمضى المدة في الاجارة ويأخذه وان شاء نقض البيع .

١٣٧٢ ـ ولو اقر لصاحب الشراء اولا فطلب المدعى للرهن والاجارة يمينه لم يستحلف له لأنه لو اقر لما قبل منه .

١٣٧٣ ـ قال : ولـــو ادعى كل واحد الاجارة فاقر لاحدهما لم يستحلف الآخر ، وان أقر لهما جميعا فهما بالخيار على قول من يجيز اجارة المشاع .

١٣٧٤ ـ وقال لو ان رجلا ادعى على آخر انه اشترى الدار التي في موضع كذا ، وحددها بالف درهم وانه شفيعها بدار له تلاصقها ، فقال المدعى عليه هـذه الدار في يدى لابني الطفل فقد لزمه اقراره لابنه بالدار ، فان قال المدعى حلفه لي انني ما انا شفيعها ، فانه اراد بهذا الاقرار دفعي عن حقي فانه لا يمين عليه لأنه لو اقر بالشراء بعد ذلك لم يقبل ، وهو خصم عن ابنه ، فان اقام المدعى بينة بالشـراء فالأب خصم ويقضى عليه .

١٣٧٥ ـ وقالوا : لو ادعي رجل على آخر انه شريك له في الوصية اليه من فلان وطلب منه اليمين فلا يمين عليه ولا يسئله القاضى عن ذلك لأنه لو اقر ما جاز ذلك ، وان احضر بينة سمعها وجعله وصيا معه .

١٣٧٦ ـ وهذه مواضع لا يستحلف فيها وكل ما يرد من هذا الجنس فهو مثلـه .

١٣٧٧ ـ فاما ما يجب فيه اليمين فهو اكثر من ان يحصى في هذا الكتاب ، واذ نحن ذكرنا الدعاوى في المسائل من الكتب جاءت المسائل مشروحة فى مواضعها ان شاء الله .

١٣٧٨ ـ ونحن نذكر ما يجب فيه اليمين على الجملة على البتات والعلم .

باب ما يجب فيه اليمين على البت

وما يجب على العلم والفرق بينهما

١٣٧٩ ـ واصل هذا الباب ان كل حق ادعى على الانسان انه فعله او عقده او اعطاه او اخذه فاليمين فيه على البت والقطع ٠

١٣٨٠ ـ وكل ما ادعى على غيره او بسبب غيره فهو على العلم ٠

١٣٨١ ـ هذا قول اصحابنا ٠

١٣٨٢ ـ وكان شريح يحلف على البت والقطع فيما يدعى على المدعى عليه من دين ٠

فان حلف والا اخذه به ٠

٣٨٣ ـ وقال اذا كان لابيك[١] على انسان دين يدعيه ويقيم بينة فأن حلف المدعى مع بينته والا لم يعطه ٠

١٣٨٤ ـ وقال ابراهيم [النخعي] يستحلف في هـذا على العلم مثل قول اصحابنا ٠

وبقولنا قال الشافعي في هذا الباب ٠

١٣٨٥ ـ قال اصحابنا : واذا ادعى رجل على آخر ان اباه مات وله عليه الف درهم فان اقر بموته سأل عن الدين ، فان انكر الدين حلفه : ما تعلم لهذا عـلى ابيك هذا المال ولا شيئا منه ٠

١٣٨٦ ـ وان قال لم يصل الى من مال ابى شيء وادعى على أنه وصل اليـه ما ادعاه وزيادة فانه يحلف على انه ما وصل اليك شيء من مال ابيك ٠

١٣٨٧ ـ ولو قال المدعى عليه ليس على يمين لأنه لم يصل الى شيء لم يقبل منه ويحلفه على علمه ما يعلم ان احدا[٢] على ابيك المال الذى يدعى ولا شـيء منه « لأن المدعى »[٣] يثبت المال على الميت ويتبع تركته في يد من هي ٠

---

(١) كذا فى جميع النسخ ٠

(٢) فى نسخة قليج : ان لهذا ٠

(٣) الزيادة من نسخة قليج ٠

١٣٨٨ ـ وان ادعى على الوارث حقا سماه وانه على الميت او على وصيه ، فان الوارث يستحلف على علمه .

١٣٨٩ ـ وكذلك اذا ادعى الشراء على البائع قبله حلف على العلم انه لا يعلم انه اشترى مالا ادعاه قبله .

١٣٩٠ ـ وان عرض بذكر اقالة اورد بعيب حلف انه ما يعلم ان هذا الشيء شرى لهذا من فلان قبل ان تشتريه انت .

١٣٩١ ـ وان ادعى رجل على آخر ان عبده اتلف مالا او جنى جناية في نفس أو دونها خطأ فان المولى يحلف على علمه ، وان كان قتل عمد لم يكن على المولى يمين ، لأنه لا يقبل قوله على العبد .

١٣٩٢ ـ وكذلك اذا ادعى الرجل على غيره انه دفع الى وكيله ما يجب او ما عليه ، حلف الموكل على العلم .

١٣٩٣ ـ وان ادعى الشراء منه او البيع او الاجاره ، واطلق فاليمين على البت .

١٣٩٤ ـ وان ادعى رجل على رجل دارا في يديه فقال المدعى عليه : هذه الدار ورثتها من ابى والمدعى يقول : وصلت اليك من غير ارث فانه يحلف على البت ولا يقبل قوله في الارث .

١٣٩٥ ـ وان قل المدعى عليه للقاضى أحلف المدعى انها ما وصلت الى من ميراث أبى حلف على العلم ، فاذا حلف المدعى له على علمه احلف الوارث على البتّ ، ولو امتنع المدعى من اليمين حلف الوارث على علمه[1] .

١٣٩٦ ـ وان ادعى رجل على آخر ان اباه قد مات وله عليه كذا فقال المدعى عليه : قد مات ابي ولهذا عليه ما ذكر ، فقال المدعى قد ترك مالا سمّاه ، مثل ما اقر له به او اكثر ، فقال المدعى عليه ترك ابى هذا المال وهو لأخوتى وهم اثنان او ثلاثة كبار او بعضهم صغير وبعضهم كبير فان القاضي يجعل الالف كلها للغريم ، ولا يقبل قول الابن ان هؤلاء اخوته بعد ما ثبت الدين على الميت ، اذا كانوا لا يعرفون الا بقوله ، وان كانوا يعرفون لم يقبل اقراره الا بحصته خاصة .

---

(١) من الفقرة ١٣٩١ الى اخر الفقرة ١٣٩٥ لم يرد فى النسخة المعتمدة وانما ورد فى نسخة قليج .

١٣٩٧ ـ وكل ما على هذا الجنس فعلى هذا الاصل • اذا كانت الدعوى على الغير فاليمين على العلم ، وان كانت على الخصم فهي على البت •

١٣٩٨ ـ واذ قد ذكرنا حكم اليمين على المدعى عليه فقد بقى ان نذكر ردها على المدعى •

باب رد اليمين على المدعى

من قال ترد اليمين ومن قال لا ترد على المدعى •

١٣٩٩ ـ اتفق الفقهاء في سائر الاعصار على العمل بما روى عن النبي (ص) من قوله البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فجمع فى هذا الخبر جميع البينات وجميع الايمان فلا يجوز ان [توجه] يمين فى جانب المدعى[1] •

١٤٠٠ ـ وليس في رد اليمين سنة ثابتة تلقتها الامة بالقبول ، وانما في ذلك خلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء •

خلاف الفقه فى تحويل اليمين

١٤٠١ ـ فالذى ذهب اليه اصحابنا ان اليمين لا تحول عن الموضع الذى وضعها رسول الله (ص) وهو قول ابن عباس والحكم وابراهيم •

١٤٠٢ ـ وقال مالك : اذا نكل المدعى عليه عن اليمين لم يقض عليه القاضى حتى يكلف المدعى ، ولا يستحلف القاضى المدعى حتى يرد المدعى عليه اليمين على المدعى •

١٤٠٣ ـ وقال الشافعى اذا نكل المدعى عليه حلف المدعى فان حلف استحق وان أبى لم يستحق •

١٤٠٤ ـ فان قال المدعى عليه : انا احلف قبل ان يستحلف المدعى ، قال ليس له ذلك لأنه قد ابطل اليمين عنه حيث جعلها على المدعى •

---

(١) جملة فجمع فى هذا الخ لم ترد فى نسخة منيج

قضية بين عثمان والمقداد بن الاسود

١٤٠٥ ـ وقد روى الشعبى ان المقداد بن الاسود[١] استسلف من عثمان بن عفان (رض) سبعة آلاف درهم فاتاه باربعة آلاف درهم ، فقال عثمان : كانت سبعة آلاف ، قال المقداد ما كانت الا اربعة ، فارتفعا الى عمر بن الخطاب (رض) وذلك في خلافته فقال المقداد : يا امير المؤمنين ليحلف انها كما يقول وليأخذها .

فقال عمر : قد انصفك احلف كما تقول وخذها .

فقال عمثان : لا احلف

فقال (عمر بن الخطاب) : فاما الآن فخذ ما اعطاك .

قال فاخذها

فلما قام المقداد قال عثمان :

---

(١) جاء فى اسد الغابة : ان المقداد هو : ابن عمر بن ثغلبة البهرائى المعروف بالمقداد ين الاسود ، وهذا الاسود الذى ينسب اليه هو الاسود بن عبد يغوث الزهرى ، وانما نسب اليه لان المقداد حالفه ، فتبناه الاسود فنسب ويقال له ايضا المقداد الكندى ، وانما قيل له ذلك لان اصاب دما فى بهراء فهرب منها الى كنده فحالفهم ، ثم اصاب فيهم دما فهرب الى مكة فحالف الاسود ابن عبد يغوث ، وقال أحمد بن صالح هو حضرمي ، وحالف أبوه كندة فنسب اليها وحالف هو الاسود بن عبد يغوث فنسب اليه ، والصحيح انه بهراوى ، كنيته أبو معبد وقيل أبو الاسود ، وهو قديم الاسلام من السابقين ، وهاجر الى أرض الحبشة ثم عاد الى مكة ، فلم يقدر على الهجرة الى المدينة لما هاجر اليها رسول الله (ص) فبقى الى ان تمكن من الانحياز الى المسلمين في إحدى الغزوات ، وشهد بدرا ، وله فيها مقام مشهور ، وفى موقعه بدر قال لرسول الله « أمض لما أمرت به فنحن معك .. أذهب أنت وربك فقاتلا انا معكما مقاتلون .. وكان المقداد أول من اظهر الاسلام بمكة ، قال ابن مسعود اول من أظهر الاسلام بمكة سبعة منهم المقداد ، وشهد احد أيضا والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) وله مناقب كثيرة وشهد المقداد فتح مصر ، روى عن النبى وروى عنه من الصحابة على وابن عباس والمستورد بن شداد وطارق بن شهاب وغيرهم ومن التابعين عبدالرحمن بن ابى ليلى وميمون بن ابى شبيب وعبيد الله بن عدى بن الخيار وجبير بن نفير وغيرهم . كانت وفاته بالمدينة فى خلافة عثمان ، ومات بارض له بالجرف وحمل الى المدينة وكان عمره سبعين سنة (اسد الغابة ٤/٤٠٩ ـ ٤١١) .

والله ان كانت لسبعة آلاف فقال عمر : فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك ، والله ان هذه لسماء وان هذه لأرض ، وان هذه لشمس وان هذا لنهار .

فقال عمثان : حشيت ان يوافق قدر بلا فيقال يمينه ! [كذا] .

(من كان يرد اليمين)

١٤٠٦ – وكان شريح يرد اليمين وكذلك الشعبى ويحيى بن سعيد وعمر ابن عبدالعزيز وعبدالله بن عتبة .

فصل
قول الشافعي في النكول

١٤٠٧ – واختلف قول الشافعى فى نكول المدعى عليه مع يمين المدعى .

فقال في أحد القولين هما بمنزلة البينة لانه حجة من جهة المدعى ، وقال في القول الآخر بمنزله الاقرار لان النكول صار من جهة المدعى عليه واليمين ترتبت عليه فصار كاقراره .

١٤٠٨ – فن نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، وفرق بين المدعى عليه وبينه حين لم يسئل لان نكول المدعى عليه اوجب للمدعى حقا في رد اليمين والقضاء له ، فلم يجز سؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعى لا يجب لغيره حق يسقط بسؤاله ، فان ذكر سبب او خيار فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة وترك ما تارك .

١٤٠٩ – وفى المدعى عليه قدر ثلاثة ايام ، فان قال منعنى أبى لا اختار ان احلف (كذا) حكم بنكوله وسقط حقه ، وان بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في هذه الدعوى لانه اسقط حقه فيها .

فصل

١٤١٠ – قال :

وان كان للمدعى شـــاهد واحد واختار ان يحلف المدعى عليه جاز ، وينتقل اليمين الى جانب المدعى عليه .

١٤١١ – وان اراد ان يحلف مع شاهده لم يكن له ان يحلف فى هـــذا المجلس ، لأن اليمين انتقلت عنه الى جانب غيره فلم تعد اليه .

فان عاد في مجلس آخر ، واستأنف الدعوى جاز ان يقيم الشاهد ويحلفه معه ، لان حكم الدعوى الاولى قد سقط .

١٤١٢ ـ قال :

وان حلف المدعى عليه في الدعوى الاولى سقطت عنه المطالبة ، وان نكل عن اليمين له لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى .

١٤١٣ـ وهل يرد اليمين على المدعى ليحلف مع الشاهد ؟ فيه قولان احدهما انها لا ترد لانها كانت في جانبه وقد اسقطها وصارت الى جانب غيره فلم تعد اليه كالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت على المدعى فنكل عنها فانها لا ترد الى المدعى عليه .

١٤١٤ ـ والقول الثانى انها ترد لأنها غير الاولى لأن اليمين الاولى لا يحكم بها الا فى المال وما يقصد به المال والثانية يقضى بها فى جميع الحقوق التى تسمع بها الدعوى .

١٤١٥ ـ قال :

وان قلنا لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر، وان قلنا ترد حلف مع الشاهد واستحق .

١٤١٦ ـ واذ قد ذكرنا اليمين وردها فلنذكر البينة بعد اليمين ما حكمها ؟

اقامة البينة بعد اليمين

١٤١٧ ـ اعلم ان الدعوى اذا توجهت وصحت وحصل الانكار من الخصم فان القاضى يسئل المدعى الك بينة ؟

فان قال : نعم

سأله :

احاضره هى أم غائبه ؟

فان قال :

هى حاضرة

فان ابا حنيفة قال :

لا استحلفه واطلب البينة

وقال ابو يوسف :

اذا طلب الخصم استحلافه فانه يستحلفه لانه ربما يتورع ويقر فيغنى الخصم عن اقامة البينة وتعديل الشهود ، ولا استحلفه حتى يطلب الخصم ذلك .

١٤١٨ ـ وهذا قول الشافعى وعن محمد مثله .

١٤١٩ ـ واما ان كانت غائبة او كانت حاضرة ورأى القاضى ذلك فحلف المدعى عليه ثم احضره القاضى يقضى بالبينة ويبطل اليمين لما روى (ابو) سعيد الخدرى عن عمر بن الخطاب رض الله عنه انه قال :

اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة .

وهوقول شريح وطاووس وابراهيم .

وبه قال الشافعى وغيره .

١٤٢٠ ـ وقال ابن ابى ليلى وغيره : قد مضى القضاء ولا يقضى بالبينة .

الاقرار بعد البينة

١٤٢١ ـ ولا خلاف انه لو اقر بعد اليمين قبل اقراره وحكم عليه فكذلك اذا قامت البينة .

١٤٢٢ ـ وعكس ذلك اذا ابرأه من الحق فانه لا يقبل الامرين .

فصل

١٤٢٣ ـ ولا فرق عندنا بين ان يقول :

ـ احلف وانت برىء .

او :

اذا حلفت فانت برىء من الحق فحلف ثم قامت البينة بالحق انه يقضى بالبينة لان البراءة لا تقف على شرط فلا تصح البراءة اذا حلف .

فصل

١٤٢٤ ـ فان قال المدعى عليه أحلفه لى انه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلفه لان فى ذلك طعنا فى البينة العادلة ، ولانه لا يجمع عليه اقامة البينة واليمين .

١٤٢٥ ـ وكذا قال الشافعى ايضا .

فصل

١٤٢٦ ـ فان ادعى انه ابرأنى من الحق او قضيته اياه فانه يحلفه انه لم يبره ولم يقضه لانه ليس فى ذلك قدح فى البينة ، وما يدعيه محتمل فحلف عليه .

فصل

١٤٢٧ ـ فان قال :

ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة ، وكل بينة تشهد لى فهى كاذبة ، وطلب احلافه فحلف ثم اقام البينة فان أبا حنيفة قال :

احكم بالبينة .

١٤٢٨ ـ وان قال :

لا بينة لى ولا شهادة لى عند فلان فيما ادعى ولا عند فلان ، ثم ادعى شهادتهما ، او قال :

كل شهادة يشهدون لى بها على هذا الحق فلا حق لى بها ثم احضر البينة حكم بها .

١٤٢٩ ـ هكذا روى الحسن بن زياد عن ابى حنيفة .

١٤٣٠ ـ وقال محمد :

اذا قال ليست لى بينة عليه بهذا الحق ثم احضر بينة لم اسمعها ولم احكم بها .

١٤٣١ ـ وقال اصحاب الشافعى فى ذلك ثلاثة اوجه :

احدها انها لا تسمع لانه كذبها بقوله .

والثانى : انه اذ كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لانه كذبها .

وان كان غيره استوثق بالبينة سمعت لانه لم يعلم بالبينة فرجع قوله الى ما عنده .

والثالث انها تسمع بكل حال لانه يجوز ان يكون ما علم ، وان علم فلعله نسى فرجع قوله لا بينة لى الى ما يعتقده .

١٤٣٢ ـ وقد ذهب بعض اصحابنا الى هذه الجملة .

فصل

اخذ الكفيل من المدعى عليه

١٤٣٣ ـ وان قال :

ـ لى بينة بما ادعيه فخذ لى كفيلا لاحضرها أخذ منه كفيلا ثلاثة ايام اذا كان من أهل المصـــر .

١٤٣٤ ـ وقال ابو يوسف أخذ منه كفيلا الى وقت يمكنه التقدم فيه .

١٤٣٥ ـ وقال قتادة وابو هاشم ليس عليه اقامة كفيل .

وهو قول الشعبى .

١٤٣٦ ـ وعن شريح انه قال لا كفالة في حد .

١٤٣٧ ـ وقال بعض اصحابنا :

هذا يدل على انهم كانوا يأخذون فى غير الحد .

١٤٣٨ ـ وقال ابو يوسف :

وعلى اخذ الكفيل ادركنا قضاتنا يعملون .

١٤٣٩ ـ وقال الشافعى :

ليس له ملازمته ولا أخذ الكفيل .

١٤٤٠ ـ قال اصحابنا :

وان كان الرجل مسافرا اجله الى حين قيامه من المجلس ، فان احضـــر بينة والا خلى سبيله .

١٤٤١ ـ فان اشكل عليه هل هو مسافر او مقيم فان أقر الطالب انه مسافر اجله المجلس وان انكر وادعى انه مقيم عمل على ما يصح عنده من ذلك .

١٤٤٢ ـ وان كانت الدعوى فى حد القذف او قصـاص فى النفس او فيما دونها من طرف او جراحة فان ابا حنيفة قال لا كفالة في ذلك .

وقال ابو يوسف آخذه بالكفيل ثلاثة ايام ، وان أقر المطلوب او قامـــت بينة حبسه ولم يأخذ كفيلا .

١٤٤٣ ـ وان كانت الجراحة يجب بها المال ولا حكم للقصاص فى ذلك آخذة بالكفيل .

فصل

١٤٤٤ ـ وان شهد له عليه شاهد واحد عدل حبسه القاضى الى ان يتم الشهادة ، وان لم يعرف الشاهد لم يحبسه .

١٤٤٥ ـ وقال بعض اصحاب الشافعى فى ذلك قولين :

احدهما مثل ما قلناه .

والثانى لا يحبسه .

١٤٤٦ ـ ومنهم من فرق وقال :

ان كان الحق مما يثبت باليمين مع الشاهد حبسه لان الخصم يتمكن من وصوله الى حقه بيمينه مع الشاهد .

وان كان بخلاف ذلك لم يحبسه .

١٤٤٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد اذا شهد واحد عدل كفلناه ولم نحبسه .

١٤٤٨ ـ وقال اصحابنا :

وان كانت الدعوى في حد الزنا وشرب الخمر والسكر من النبيذ وطلب الكفيل لم يؤخذ به ولم يلزمه ، وكذلك حد السرقة اذا طلب القطع لم يؤخذ الكفيل وان طلب المال اخذ .

١٤٤٩ ـ ويؤخذ الكفيل فيما يجب فيه التعزير .

١٤٥٠ ـ وقال ابو يوسف ومحمد آخذ فى دعوى القصاص الكفيل وفيما يتعلق بحقوق الناس وكذلك اذا قام الشهود ولم يعدلوا وطلب الكفيل حتى يعدلهما فله ذلك .

١٤٥١ ـ ويختار كفيل موثوق به وله مال .

١٤٥٢ ـ واختلف اصحاب الشافعي اذا طلب الخصم حبسه حتى يسأل عن البينة فى الباطن :

فمنهم من قال يحبس وهو الصحيح لان الظاهر العدالة .

والثانى وهو قول الاصطخرى لا يحبس لان الاصل براءة الذمة .

فصل

ملازمة الممتنع عن الكفيل

١٤٥٣ ـ وان امتنع من الكفيل فله ملازمته بالنهار والليل حتى يحضر البينة .

١٤٥٤ ـ وقال الشافعي ليس له ملازمته، لان النبى عليه الصلاة والسلام قال :

ـ (شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك) .

١٤٥٥ ـ وانما قلنا له ذلك لئلا يؤدى الى هربه فيضيع حق المدعى .

١٤٥٦ ـ وقد اتفق الجميع على احضاره من البلد بقول المدعى .

فصل

١٤٥٧ ـ فان ادعى ما ينقل ويحول وهو فى يده وطلب الكفيل بهما جميعا فله ذلك وان ابى امر القاضى ان يلزمه ويلزم ذلك الشيء حتى يعطيه كفيلا بهما .

١٤٥٨ ـ وقال الشافعى :

ليس له الملازمة ولا لزوم ذلك الشيء .

١٤٥٩ ـ وقال اصحابنا :

فى العقار يأخذ كفيلا بنفسه دون العقار .

١٤٦٠ ـ وان اعطاه فيما ينقل ويحول بالشيء كفيلا دون نفسه فله ان يلزمه حتى يعطيه كفيلا بنفسه . وان قال انا اقيم وكيلا عن نفسي جائز ما صنع على ، وقد اقمت بالشيء كفيلا قبل ذلك منه .

١٤٦١ ـ وان كانت الدعوى فى دين كان عليه ان يقيم كفيلا مع الوكيل بنفسه .

١٤٦٢ ـ وان قال انا اعطيته كفيلا بالمال والمسئلة بحالها لم يقبل منه الا برضى الخصم .

١٤٦٣ ـ واما العقار اذا اعطاه وكيلا فى خصومته وأخذ من الوكيل كفيلا بنفسه دفع العقار الى الوكيل وابا ان يعطيه كفيلا بنفسه لم يجبر على ذلك .

فصل

هل يحكم بعد البينة فى غيبة المدعى عليه ؟

١٤٦٤ ـ واذا قامت البينة بشيء من ذلك ثم غاب المدعى عليه ، ولم يكن له

كفيل او كان فغاب الكفيل او غاب الوكيل وزكيت البينة واراد المدعى من القاضى الحكم فانه لا يقضى بشىء من ذلك .

١٤٦٥ – وهذا قول محمد بن الحسن لانه قضاء على غائب .

١٤٦٦ – وقال ابو يوسف انه اذا كان قد سمع البينة على الخصم او وكيله ثم تغيب هو او وكيله فانه يحكم عليه وينفذ القضاء ويجعله على حجته .

١٤٦٧ – وقال الشافعى :

يقضى عليه مع الغيبة .

فصل

اثبات الوصية والوكالة

١٤٦٨ – وان ادعى الوصية او الوكالة من الغير وطلب الكفيل حتى يقيم البينة بالوصية والدين لمن وكله لم يجبه الى ذلك .

١٤٦٩ – ولو كانت الوصية والوكالة ثابتة عنده وطلب الكفيل أخذ له الكفيل واخذه ثلاثة ايام كما اذا أدعى الحق لنفسه .

١٤٧٠ – ولو شهد له بالوصية والوكالة ولم تزك البينة وطلب الكفيل ، لم يكن له ذلك ، انما له ذلك اذا شهدت البينة وحكم بالوصية والوكالة وهو قول أصحابنا جميعا .

١٤٧١ – ولو أدعى الدين والوصية فى مجلس واحد وأقام بذلك شهوده فانه تسمع بينته الوصية والوكالة ، وتسمع الشهادة على الحق ويقضى به وينفذ الجميع استحسانا .

١٤٧٢ – والقياس أن لا يثبت الحق ولا بينة عليه حتى تثبت الوصية والوكالة اولا،فاذا حكم بذلك سمع بعد ذلك الدعوى على الحق الذى يدعيه .

١٤٧٣ – وحكى الخصاف خلاف ابى حنيفة وابى يوسف فقال :

على قول ابى حنيفة لا يقبل وعلى قول ابى يوسف يسمع على الجميع دفعة واحدة .

فصل

١٤٧٤ ـ ولو أن رجلا احضر رجلا الى الحاكم وقال له أن هذا وصي فلان أو وكيله وطلب من الحاكم أن يأخذ منه كفيلا حتى يثبت الوصية او الوكالة لم يجبه الى ذلك، وكذلك ان أقر بالوصية وقال ليس فى يدى للميت حق فالقول قوله في ذلك ، وان طلب المدعى ان يأخذ منه كفيلا ليثبت الحق عليه ثم يبيع مال الميت اجابه الى ذلك .

فصل

١٤٧٥ ـ وأن ادعى على رجل ان أباه مات وانه وارثه وان أخاه مات وهو وارثه وان على هذا الرجل حقا لهما وأريد أن آخذ منه كفيلا حتى أقيم البينة بما ذكرت أخذ منه كفيلا لمدة ثلاثة أيام .

١٤٧٦ ـ وكل حق ادعاه انسان لنفسه وطلب الكفيل أخذ به الا المسافر وما لا يجوز أخذ الكفيل به مما تقدم .

فصل

١٤٧٧ ـ ويؤخذ للرجل من المرأة والمرأة من الرجل اذا كان كل واحد يدعى النكاح على الاخر ، حتى يقيم البينة أو يعدل ، وكذلك اذا أدعى رق العبد أو الامة .

فصل

١٤٧٨ ـ واذا مات المطلوب بالحق أو مات الكفيل بطلت الكفالة (١) وأن مات الطالب فالكفيل على حاله .

١٤٧٩ ـ وأن سلم الكفيل المكفول به الى وصى الميت برىء وأن سلمه الى وارثه برىء من حصة ذلك الوارث ، ولمن بقى حقه من الكفالة بحاله .

---

(١) والحكم بعكس ذلك فى القانون المدني العراقى فقد نصت المادة ١٠٤٧ على أنه :

« اذا مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته » .

فصل

١٤٨٠ ـ واذا قدم الرجل الى الحاكم رجلا فانكر فاحلفه ثم قدمه ثانيـة فقال المدعى عليه بجميع دعواه لم يجبره القاضى على ذلك اذا رأى ذلك وان علم انه بعينه أمره ان يجمع الدعوى .

فصل

١٤٨١ ـ وان شهد على الرجل عند الحاكم بحق عدلان ، وهو لا يعلم ان له دفع البينة فان القاضى يقول له :

ـ قد شهد عليك فـلان وفلان وقد ثبت عندي عدالتهمـا ، فهل عندك مـا يجرحهما ؟ فان اتى بما يوجب الجرح وقفت الشهادة .

١٤٨٢ ـ هذا اذا كان لا يعلم المدعى عليه ذلك ، فان كان عالما بذلـك فللحاكم أن يقول له ذلك وله ان يسكت .

١٤٨٣ ـ وعند ابي حنيفة الحكم ماض مالم يطعن الخصم وقد مضت .

١٤٨٤ ـ وان قال :

لى بينة بالقضاء أو الابراء أجل ثلاثة أيام فى ذلك والا حلف المدعى عليه انه لم يبره ولم يقضه ، وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لان الحق قد ثبت فى الظاهر ، وكل هذا قول الشافعى ايضا فى هذا الباب .

١٤٨٥ ـ واذ قد ذكرنا حكم الشهادة والنكول والايمان وما تقدم فى هذه الابواب وجب ذكر الرجوع عن الشهادة .

باب الرجوع عن الشهادة(١)

وهذا باب الرجوع عن الشهادة :

١٤٨٦ ـ كان الواجب أن يؤخر هذا الباب الى بعد الفراغ من جميع ما يقضى القاضى من الحقوق غير أن فى تقديمه معرفة حكم الرجوع قبل علم ما يرجع عنه ، لانه ينبغي أن يكون مضموماً الى الشهادة لانه يتلوها في الكتب ، فلهذا قدمنا ذلك لاننا رتبنا الكتاب على غير ترتيب من تقدم فى هذا العلم .

١٤٨٧ ـ واتفق الفقهاء على أن الشهود اذا رجعوا بعد الحكم والقضاء انه لا يبطل القضاء .

سابقة من أقضية علي

١٤٨٨ ـ ونحن نفصل مسائل الرجوع فى ذلك على الوفاق والخلاف .

١٤٨٩ ـ والاصل فى هذا الباب ما روى الشعبي أن رجلين أتيا عليا رضي الله عنه برجل فشهدا عليه انه سرق فقطع على يده ، ثم جاءا بعد ذلك بآخر وقالا غلطنا في الاول انما كان هذا الذى سرق فابطل عليه السلام شهادتهما على الآخر وضمنهما دية الاول ، وقال :

لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما .

رجوع الشهود قبل الحكم

١٤٩٠ ـ قال أصحابنا اذا رجع الشهود قبل الحكم بطلت الشهادة ولا يحكم بشىء . وهو قول عامة الفقهاء .

١٤٩١ ـ وقال أبو ثور يحكم بشهادتهما لانهما يحتمل ان يكونا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع . ويحتمل أن يكونا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة فلا يحكم مع الشك كما اذا جهل عدالة الشهود .

الرجوع بعد القضاء في المال

١٤٩٢ ـ وان رجعا بعد القضاء فى المال غرما ما شهدا به، ولا يرد الحكم .

الرجوع قبل الاستيفاء

١٤٩٣ ـ وأن رجعا بعد الحكم قبل الاستيفاء فان كان فى حد أو قصاص

---

(١) رجع السمناني في أكثر مسائل هذا الباب الى ما جاء فى مختصر الطحاوى بهذا العنوان (ص ٣٤٤ وما بعدها) .

لم يجز الاستيفاء لان هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء .

١٤٩٤ ـ وقد كان حماد بن سليمان [١] يقول : ان كان حال الشاهد عند الرجوع خيرا من حاله عند الشهادة فان القضاء يبطل ، ويضمنان للمقضى له مثل الحق .

١٤٩٥ ـ وكان أبو حنيفة يقول ذلك ثم رجع الى انه لا يبطل القضاء فصار ايضا هذا شبهة فى منع الاستيفاء .

١٤٩٦ ـ وان كان المشهود به مالا او عقارا او دينا فانه يستوفي ذلك كله وعليهما الضمان ، وهو ظاهر مذهب الشافعى .

١٤٩٧ ـ وقال أصحابه ينقض لان الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا لا يصح لان الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء .

---

(١) فى نسخة قليج : حماد بن ابى سليمان وهو الصواب فهو حماد بن ابى سليمان مسلم الاشعرى مولاهم ابو اسماعيل الكوفي الفقيه روى عن أنس وزيد بن وهب وابن المسيب وسعيد بن جبير وعكرمة وابى وائل وابراهيم النخعى والشعبى وغيرهم ، وعنه ابنه أسماعيل وعاصم الاحول وشعبة والثورى وحماد بن سلمة ومسعر وهشام الدستوائي وابو حنيفة والحكم والاعمش والمغيرة ، وهم من اقرانه وجماعه وكان حماد أخص شيوخ الامام ابى حنيفة وعليه مدار حديثه وفقهه ، لزمه عشرين سنة حتى مات سنة عشرين ومائة .

فصل

رجوع الشهود بما يوجب القتل

١٤٩٨ ـ وان شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا فانه لا يقتل واحد منهم في كل حال ٠

وقال الشافعي ينظر فان قالوا تعمدنا القتل بشهادتنا وجب عليهم القود ، وهو قول الحسن وابراهيم ٠

١٤٩٩ ـ لنا ان [١] الشهود لم يقتلوا وهم سبب يجوز ان ينفك مسببه عنه فلا يجب القود ٠

١٥٠٠ ـ وهم يقولون هما الجآه الى قتل المشهود عليه فصارا كما لو اكرهاه ٠

١٥٠١ ـ وفرق أصحابنا بين الامرين بان الولى بالخيار ان شاء قتل وان شاء لم يقتل بخلاف المكره فانه ملجأ ٠

١٥٠٢ ـ ولو كان الحاكم كالمكره لوجب القصاص على الحاكم ٠

١٥٠٣ ـ قال (أي الشافعي) وان قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل ، وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد ومؤجلة[٢] لما فيه من الخطأ ٠

١٥٠٤ ـ وان قالوا اخطأنا وجبت عليهم دية مخففة لانه خطأ لا يتحمله العاقلة لانها وجبت باعترافهم وهذا يبين لك انهم ليسوا فى حكم المكرهين للقاضى ٠

---

(١) اصل العبارة فى جميع النسخ (لأن) ولا يستقيم المعنى بها فابدلنا بها ما ذكر ليستقيم ولتكون العبارة اللاحقة حجة للحنفية على قول الشافعى والحسن وابراهيم ٠ وعلى كل حال فان اسلوب السمنانى يستدل منه على انه كثيرا ما يبدأ احتجاجه لاقوال مذهبه ونقض مذهب مخالفيه : بقوله لان ٠

(٢) كذا في جميع النسخ وسياق الكلام ان يقول : مخففة فى مقابلة مغلظة ٠

فصل

١٥٠٥ ـ وان اتفقوا على ان بعضهم تعمد وبعضهم اخطأ وجب على المخطىء قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ، ولا يجب عليه القود مشاركة المخطىء له .

١٥٠٦ ـ وقال ربيعة [١] :

اذا رجعوا عن القتل والقطع فعليهم العقل ولا عقوبة عليهم لان التائب لا يعاقب مخافة ان لا ينزع أحد [٢] ، وان نزع بعضهم واقام بعض كان العقل على من نزع .

فصل

١٥٠٧ ـ قال الشافعي :

وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم بل اخطأنا كلنا وجب على المقر بعمد الجميع القود ، وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة فجمع بين القود والمال فى نفس واحدة .

فصل

١٥٠٨ ـ وان كانوا أربعة شهود بالرجم فقال اثنان منهم عمدنا واخطأ هذان وقال الاخران بل عمدنا واخطأ الاولان ففيه قولان :

احدهما انه يجب القود على الجميع لان كل واحد اقر بالعمد .

والثانى لا قود على احد منهم بل يجب على كل واحد قسطه من الدية المغلظة لانه لا يؤاخذ احد الا باقراره ، وكل واحد منهم أقر بعمد شاركه فيه مخطىء فلا يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد .

قالوا وهو الصحيح .

---

(١) لعل المقصود به ربيعة الرأى فقيه الحجاز الشهير .

(٢) نزع عن الصبى والامر ينزع نزوعا كف وانتهى وربما قالوا : نزعا (لسان العرب) .

فصل

١٥٠٩ ـ وأن قال اثنان : تعمدنا كلنا ، وقال الآخران عمدنا واخطأ الاولان ،فعلى الاولين القود وفى الاخرين قولان احدهما يجب عليهما القود والثانى وهو المذهب لا يجب ، ويجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة .

١٥١٠ ـ وان قال بعضهم عمدت ولا أعلم حال الباقين ، فان قال الباقون عمدنا وجب القود على الجميع ، وان قالوا اخطأنا سقط القود على الجميع .

فصل

رجوع الشهود بالزنا

١٥١١ ـ واذا شهد اربعة بالزنا ، فان رجعوا قبل القضاء حدوا جميعا ، وان رجعوا بعد القضاء والاستيفاء غرموا الدية ووجب عليهم الحد .

١٥١٢ ـ وقال زفر : يغرمون الدية ولا حد .

١٥١٣ ـ وقال ابن ابى ليلى يقتلون جميعا والشافعى قوله تقدم .

١٥١٤ ـ وان رجع واحد منهم بعد القضاء والحكم والاستيفاء فعلى الراجع ربع الدية والحد فى قول الثلاثة من علمائنا . وقال زفر لاحد لان المقذوف ميت ولا حد على الثلاثة فى قولهم جميعا .

فصل

١٥١٥ ـ وان رجع قبل القضاء والامضاء فعلى الجميع الحد الراجع ومن بقى فى قول ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد . وقال زفر يحد الراجع وحده ، وهو قول الشافعى .

فصل

١٥١٦ ـ وان رجع بعد القضاء قبل الامضاء حد وحد من بقى فى قول ابى حنيفة وابى يوسف الاخر ، كما لو رجع قبل القضاء .

١٥١٧ ـ وقال محمد يحد الراجع وحده كما بعد الامضاء .

فصل

١٥١٨ ـ وان شهد بالحد خمسة فما زاد ثم رجع ما زاد على الاربع فلا حد عليه ولا ضمان لبقاء من يثبت معه الحد من الشهود .

١٥١٩ ـ وكذلك قال الشافعى لا قود على من رجع مع بقاء الاربعة .

١٥٢٠ ـ وهل يجب عليه من الدية شىء ؟

قالوا فيه وجهان احدهما انه لا يجب لبقاء وجوب القتل عليه ، والثاني يجب خمس الدية لان الرجم هو [1] بشهاداتهم والصحيح عندهم مثل قولنا .

فصل

١٥٢١ ـ واذا رجع اثنان من الخمسة وقالوا اخطأنا كلنا ففى الدية وجهان احدهما انهما يضمنان الخمسين اعتبارا بعددهم ، والثانى انهما يضمنان ربع الدية ، وهو قولنا في الرجوع نعتبر ابدا من بقى من الشهود فنثبت به ما ثبت من البينة والباقى ثلاثة ارباع الدية .

فصل
رجوع شهود الاحصان

١٥٢٢ ـ واذا رجع شهود الزنا وشهود الاحصان بعد الرجم فالضمان عندنا على شهود الزنا خاصة ، ولاضمان على شهود الاحصان .

١٥٢٣ ـ وقال زفر الضمان على الفريقين بينهم نصفان بالسوية .

١٥٢٤ ـ وقال اصحاب الشافعي في شهود الاحصان ثلاثة أوجه :

١٥٢٥ ـ احدهما انه لا يجب لانهم لم يشهدوا بما يوجب القتل وهذا قولنا .

والثانى انه يجب على الجميع لان الرجم لم يستوف الا بهم ، وهذا قول زفر .

والثالث انهما ان شهدا بالاحصان قبل ثبوت الزنا يضمنان على وجهين احدهما نصف الدية والثانى يجب عليهما ثلث الدية لانه رجم بشهادة ستة فوجب على الاثنين ثلث الدية .

فصل

١٥٢٦ ـ وان شهد اربعة بالزنا ، وشهد اثنان منهما بالاحصان قبلت شهادتهم .

---

(١) فى نسخة قليج : حصل

١٥٢٧ ـ وقال الشافعى تقبل الا فيما يجران بهذه الشهادة الى انفسهما نفعا أو يدفعان بها عنهما غرما .

فصل

١٥٢٨ ـ فان شهدوا رجم الشهود عليه ثم رجعوا فالدية عليهم ارباعا لان شهود الاحصان لا يضمنون .

١٥٢٩ ـ وقال أصحاب الشافعي اذا قلنا يجب الضمان على شهود الاحصان ففي هذه المسئلة وجهان :

أحدهما انه لا يجب لأجل الشهادة بالاحصان بشيء بل يجب على من شهد بالاحصان نصف الدية كأربعة انفس جنا اثنان منهما جنايتين واثنان أربعة جنايات .

والثاني انه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحصان .

واذا قلنا يجب على شاهدى الاحصان نصف الدية وعلى شاهدى الزنا النصف وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالاحصان نصف الدية وقسم النصف بينهم نصفين على شاهدى الاحصان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على شاهدى الاحصان ثلاثة أرباع الدية وعلى الاخرين ربعها .

واذا قلنا يجب على شاهدى الاحصان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالاحصان وقسم الباقي بينهم نصفين فيصير على شهود الاحصان ثلثا الدية وعلى شهود الزنا الثلث .

فصل

ضمان شهود التزكية

١٥٣٠ ـ واذا شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم ثم بان أن الشهود كانوا كفارا أو عبيدا وجب الضمان لان المرجوم قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا لأنهم يقولون انا شهدنا بالحق ولولى الدم ان يطالب من شاء من الامام والمزكين لان الامام رجم والمزكيين الجآه فان طالب الامام رجع على المزكين لأنه رجمه بشهادتهما .

وان طالب المزكيين لم يرجعا على الامام لأنهما كآلالة له .

وهذا قـــول الشافعي .

١٥٣١ ـ وقال أصحابنا :

ما كان من خطأ الامام فى الحدود فالضمان فى بيت المـــال وما كان من أموال الناس فالضمان على المحكوم له ، وكذلك القصاص .

١٥٣٢ ـ وان رجع المزكون فى الزنا او بان أن الشهود عبيد أو كفار وقد رجم المشهود عليه غرموا الدية فى قول ابي حنيفة .

ضمان الديـة

١٥٣٣ ـ وعندنا اذا بان رق الشهود أو كفرهم فالدية فى بيت المال . وهذا فى الزنا .

١٥٣٤ ـ وقد أختلف عن ابي حنيفة في الدية اذا استوفى الولي القود فروى عنه ان ضمان الدية في مال المشهود له [للمشهود عليه][1] . وروى عنه انها عـلى عاقلته ذكره الطحاوي في مختصره[2] .

---

(١) هذه الزيادة من مختصر الطحاوي ، ص ٣٥٠ .

(٢) عبارة الطحاوي في مختصره في هذه المسئلة هى :

« وقد اختلف عن ابي حنيفة رضى الله عنه ، فروى عنه من ذلـك ان ضمان الدية فى مال المشهود له ، وروى عنه إنها على عاقلته ، وبه نأخذ .

فصل

الرجوع عن الشهادة بالعتق

١٥٣٥ ـ واذا فسهدا بالعتق ثم رجعا بعد الحكم وجب عليهما قيمة العبد لانهما اتلفاه عليه حكما فضمناه كما لو اتلفاه (حقيقة)[١] .

فصل

الرجوع عن الشهادة بالتدبير

١٥٣٦ ـ ولو شهدا بالتدبير ثم رجعا بعد الحكم فعليهما ضمان ما بين قيمة العبد مدبرا الى قيمته غير مدبر .

١٥٣٧ ـ فان مات المولى بعد ذلك وعتق العبد من الثلث كان عليهما ضمان بقية قيمته عبدا للورثة .

فصل

الرجوع عن الشهادة بالكتابة

١٥٣٨ ـ ولو شهدا بالكتابة انه كاتبه على الفي درهم الى سنة وقيمة العبد ألف فقضى بذلك ثم رجعا فان المولى بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين الف درهم حالة وان شاء اتبع المكاتب بالفي درهم ، الخيار له ، فان ضمن الشاهدين رجعا على المكاتب بمال الكتابة الى أجله فاذا قضيا ذلك احتسبا من ذلك ألف درهم لانفسهما وتصدقا بالفضل من ذلك لانه ربح ما لم يضمن[٢] .

١٥٣٩ ـ واى الوجهين كان وعتق المكاتب فان ولاءه لمولاه .

ولو لم يعتق المكاتب وعجز فعاد رقيقا برىء الشاهدان من الضمان ووجب على المولى رد شيء ان كان قبضة منهما من قيمته عليهما[٣] .

---

(١) زدنا ما بين قوسين لتستقيم الجملة ولم ترد هذه الزيادة فى نسخة قليج . وقد وردت هذه المسألة فى مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨) وزاد فيها قوله : ويكون ولاؤه لمولاه دونهما .

(٢) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨ ـ ٣٤٩) .

(٣) ايضا (ص ٣٤٩) .

فصل

رجـــوع شاهدى الطـــلاق

١٥٤٠ ـ وان شهد شاهدان انه طلق امرأته ثم رجعا بعد الحكم ، فان كان بعد الدخول فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا عليه ماله قيمة فصار كـما لـو اتلفاهـــا .

١٥٤١ ـ وقال الشافعي :

يجب عليهما مهر المثل لأنهما اتلفا عليه مقوما كما لو اتلفا ماله قيمة .

١٥٤٢ ـ وان كان قبل الدخول رجع على الشاهدين بنصف الصداق ان كان لها مسمى ، وان كان الواجب لها المتعة فعليهما ما يقضى عليه من ذلك لانهما قررا عليه ما هو بعرض السقوط .

١٥٤٣ ـ ولاصحاب الشافعي طريقان في وجوب الضمان .

فصل

رجوع شاهدى الطلاق وشاهدى الدخول

١٥٤٤ ـ واذا شهد اثنان بالطلاق وآخران بالدخول ، ثم رجع الجميع ، والصداق المقضى به لها الف فان القاضي يقضي بضمان الصداق عليهم ارباعا ، على شاهدى الطلاق من ذلك الربع وعلى شاهدى الدخول من ذلك ثلاثة ارباعه .

فصل

١٥٤٥ ـ واذا شهدا بالنكاح وهى تجحد على صداق الف ، ثم رجعا ، فالنكاح بحاله وننظر الى الالف فان كان قدر مهر المثل فلا ضمان عليهما وان كان ناقصا عن مهر المثل لم يضمنا ايضا لانهما اتلفا ما ليس له قيمة [١] .

١٥٤٦ ـ وعن ابي يوسف انهما يضمنان تمام مهر المثل[٢] .

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ .

(٢) لم يرد قول ابى يوسف فى مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ .

١٥٤٧ ـ وان كانت المرأة هى المدعية ضمنا للزوج ما زاد على قدر مهر المرأة لأنه مال اتلفاه عليه .

فصل

رجوع شاهدى البيع

١٥٤٨ ـ واذا شهدا بالبيع وقضى به القاضى وسلم المبيع ثم رجعا فان كان الثمن بقيمة المبيع فلا رجوع عليهما بحال ، وان كان فى ذلك نقص عن (قيمة) المبيع رجع عليهما بتمام القيمة وفاضل الثمن ايهما كان المنكر بخلاف النكاح فى ذلك .

فصل

رجوع شاهدى الاجارة

١٥٤٩ ـ وان كان رجوعهما عن الاجارة :

ان كان المدعى صاحب الدار فلا ضمان عليهما فيما زاد من اجرة المثل وانما ينظر الى الاجرة المقضي بها فان كانت المنفعة التي استوفاها المستأجر فيها بقيمة الاجرة فلا شيء عليهما وان كانت أكثر من القيمة رجع بالفضل عليهما .

فصل

رجوع الشاهدين في شهادتهما على ولي المقتول بالعفو عن القاتل

١٥٥٠ ـ واذا شهدا على ولي المقتول بالعفو عن القاتل وقضي عليه بذلك ثم رجعا عن الشهادة فان أبا حنيفة ومحمدا قالا لا ضمان عليهما ، وهو قول ابي يوسف الذى رواه محمد ، وروى أصحاب الامالى عن أبى يوسف انه قال عليهما ضمان الدية لولي المقتول .

رجوع الشاهدين على الصلح بين ولي المقتول والقاتل على مال

١٥٥١ ـ ولو لم يشهد على العفو ولكنهما شهدا على القاتل انه صالح ولي المقتول من الدم على مال ثم رجعا عن شادتهما فانه ينظر فيما شهدا عليه من المال:

فان كان مقدار الدية أو دونها فلا ضمان عليهما ، وان كان أفضل من ذلك فعليهما ضمان الفضل لان العفو ليس بمال ، وما زاد على الدية فقد اتلفاه عليه .

فصل

العـــدد فى الرجـــوع

١٥٥٢ ـ واذا شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل واحدة من النساء الربع لان كل امرأتين كالرجل •

١٥٥٣ ـ وان شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد الثلث وان رجع واحد وبقى اثنان فلا ضمان عليه عندنا •

١٥٥٤ ـ وقال أصحاب الشافعي يلزمه ضمان الثلث لان المال يثبت بشهادة الجميع فى أحد الوجهين ، والثانى مثل قولنا •

فصل

١٥٥٥ ـ فان رجع اثنان وبقى واحد فعلى الراجعين النصف كل واحد الربع •

١٥٥٦ ـ وان شهد رجلان وامرأة وقضى بالحق ثم رجعوا جميعا فالضمان على الرجلين دون المرأة •

فصل

رجوع عن شهادة شهد فيها رجل وعشر نسوة

١٥٥٧ ـ وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة فعلى الرجل السدس وعلى النسوة خمسة أسداس ، لان كل امرأتين برجل • وقال أبو يوسف ومحمد على الرجل النصف وعلى جميع النسوة النصف ولاصحاب الشافعي وجهان مثل الخلاف بين أصحابنا •

١٥٥٨ ـ قالوا والمذهب قول ابى حنيفة [١] •

فصل

١٥٥٩ ـ وان رجع ثماني نسوة فلا ضمان عليهن عند اصحابنا جميعا •

---

(١) صرح الطحاوي في مختصره (ص ٣٤٧) انه يأخذ بقول ابى يوسف ومحمد فى هذه المسألة •

١٥٦٠ ـ قال أصحاب الشافعي وهو الصحيح عندنا .

١٥٦١ ـ وان رجع تسع نسوة فعليهن الربع لانه بقى ما يثبت به ثلاثة أرباع الحق .

١٥٦٢ ـ ولو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق لأنه قد بقى امرأتان تشهدان بالحق .

فصل

١٥٦٣ ـ واذا شهد ذميان على ذمي بخمر ثم رجعا فاسلم المطلوب فلا ضمان على الشاهدين وان اسلم الشاهدان يضمنان فى قول محمد وهذا مثل غصب الخمر .

فصل

١٥٦٤ ـ واذا شهد شاهدان على شهادة اربعة ، وشهد آخران على شهادة شاهدين ثم رجع الفريقان فأبو يوسف يجعل الضمان على من شهد على الاربعة الثلثان والثلث على من شهد للاثنين (١) .

١٥٦٥ ـ وقال محمد الضمان على الفريقين نصفان .

١٥٦٦ ـ واذا شهد اثنان على اثنين وشهد اثنان على آخرين ثم رجع من كل واحد من الفريقين واحد ، فنصف الضمان على الراجعين في رواية الاصل ، ويقال انه قول ابي يوسف .

١٥٦٧ ـ وقال فى الجامع الكبير : على الراجعين ثمنان ونصف ثمن ، ويقال هو قول محمد .

فصل

١٥٦٨ ـ واذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وقضي وحضر الاولان فانكرا الاشهاد فلا ضمان على أحد الفريقين فى قولهم جميعا .

١٥٦٩ ـ ولو أقرا بالاشهاد ورجعا وقالا كذبنا فلا ضمان عليهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف .

---

(١) فى نسخة قليج : على الاثنين .

١٥٧٠ ـ وقال محمد يجب الضمان .

١٥٧١ ـ ولو رجع شهود الفرع ضمنا فى قولهم جميعا .

١٥٧٢ ـ وقال الخصاف ان محمدا روى انه لاشيء على شاهدى الاصل اذا رجعا .

١٥٧٣ ـ وقال روى أبو يوسف فى الامالي عن ابي حنيفة انه قال :

ان قالا قد اشهدناهما ورجعنا ضمنا ذلك الحق ، وان قالا لم نشهدهما بهذه الشهادة وما شهد به علينا باطل لم يكن عليهما ضمان .

فصل

١٥٧٤ ـ ولو قال شهود الفرع : قد اشهدانا بهذه الشهادة ولكنهما كذبا فيها وقد نفذ الحكم لم يلتفت الى هذا القول ولا يلزمهما بذلك الضمان لانهما لم يرجعا عن شهادتهما .

١٥٧٥ ـ وكذلك لو قالا قد اشهدانا وقد رجعا أو أخبرنا انهما قد رجعا فعليهما الضمان .

١٥٧٦ ـ ولو قالا لم يشهدانا بهذه الشهادة او قد غلطا فى هذه الشهادة فعليهما الضمان على شهود الفرع .

١٥٧٧ ـ وان قال الاولان : قد كنا اشهدناهما بذلك وقد رجعنا لانا توهمنا فالضمان على شهود الفرع .

١٥٧٨ ـ ولو كان قال الالان :

لم نشهدهما ولكنا نحن نشهد بذلك وهو حق ثابت على المطلوب فالضمان على الذين شهدوا عند الحاكم .

فصل

١٥٧٩ ـ وان ادعى الخصم على الشهود انهما قد رجعا عن شهادتهما وهما ينكران ذلك لم يكونا خصمين .

١٥٨٠ ـ وان أقام بيته لم تسمع عليهما[1] .

---

(١) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٩) .

فصل

رجوع شاهدى الهبة

١٥٨١ – واذا شهدا بالهبة وهو يجحد ففضي عليه بذلك ثم رجع الشاهدان فعليهما ضمان قيمة ما شهدا به للمشهود عليه ، فاذا قبض ذلك لم يكن لـــه الرجوع عن الهبة أبدا لانه قد اعتاض عن ذلك[١] .

فصل

١٥٨٢ – واذا شهدا على رجل انه أقر ان هذه الامة ولدت منه وهو ينكر فقضي بشهادتهما عليه بذلك ثم رجعا عن شهادتهما كان له عليهما ضمآن مابين قيمتها مملوكة وقيمتها أم ولد ، فان توفى المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهمـــا بقية قيمتها أمة يرد ذلك الى تركة مولاها فيكون حكمه حكمها .

١٥٨٣ – ولو كانا شهد أن مولاهـا أقـر أنها ولدت منه أبنا لها في يده ، والمسألة على حالها كان عليهما لمولاها فى الامة ما ذكرنا وفى الولد ضمآن قيمته .

١٥٨٤ – فأن قبض المولى ذلك ثم مات فورثه هذا الابن ، كان عليه ان يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما أخذه (المورث) من الشاهدين فى حياته من قيمة أمه[٣] لأنه يقول ان الميت أخذ ذلك ظلما وانه باق في تركته لهما .

١٥٨٥ – واذ قد ذكرنا حكم الشهادات والرجوع عنها فقد بقى لنا علم القاضي وما يجوز الحكم به والمحاضر وكيفية ذلك .

---

(١) أي ان رجوعه يعد كسبا بدون حق ، لان العوض قد وصله ولو من غير الموهوب له .

(٢) فى مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨) من قيمته ومن قيمة أمه .

باب

علم القاضي وما يجوز ان يقضي فيه بعلمه وما لا يجوز

١٥٨٦ ـ أعلم ان علم القاضي طريق الى القضاء في حال دون حال ، وعلى صفة دون صفة وفى حق دون حق .

وينقسم في الحكم به كما ينقسم أمر البينة .

١٥٨٧ ـ وانما يحصل له العلم بأن يسمع قولا يجب به على قائله حق او يجب به على غيره أو يشاهد فعلا يلزم لفاعله أو لغير فاعله .

١٥٨٨ ـ وعلم القاضي يكون على ضرورب منه ما يعلم به قبل البلوغ وقبل الولاية من الاقوال التى يسمعها والافعال التى يشاهدها ، ومنه ما يعلمه بعد البلوغ قبل الولاية ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية ولكنه فى غير عمله الذى وليه ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية فى عمله الذى وليه :

علمه قبل البلوغ والولاية

١٥٨٩ ـ أما ما علمه قبل البلوغ والولاية فى غير عمله ثم ولي وحضر عمله فدفع اليه ما سمع من العقود او شاهد من الافعال التى يتعلق بها الاحكام فان أبا حنيفة يقول : لا يقضي بعلمه في شىء من ذلك بحال .

١٥٩٠ ـ وروى الخصاف عن ابي يوسف عن ابى حنيفة فى الاملاء انه قال :

ـ لو سمع طلاق أمرأته او عتق أمته ثم استقضي فرفع اليه ذلك فأنه يحول بين الرجل وبين المرأة والامة ولا يقضي به ولا يحكم بالطلاق والعتاق[1] .

١٥٩١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقضي بما علمه قبل الولاية في غير عمله فى جميع الحقوق والاموال وعلمه أكثر من الشهادة عنده لانه يقين .

١٥٩٢ ـ وقالا لا يحكم فى الحد والزنا والسرقة وشرب الخمر والسكر بعلمه .

---

(١) هذه حالة طريفة يحال فيها بين الرجل وبين زوجته ويمنع الزوج من معاشرة زوجته دون ان يحكم بالطلاق .

١٥٩٣ ـ وللشافعي قولان :

احدهما لا يقضي بعلمه فى شىء

والثانى انه يقضى فى كل شىء

١٥٩٤ ـ وقد ذكر أبو موسى الضرير فى مختصره ان من أصحابنا من قال يقضي بعلمه فى كل شىء حتى الحدود .

قال أبو حنيفة :

وانما لم يجز لانه بمزلة الشاهد وقول الشاهد لا يقضي به في الحقوق .

١٥٩٥ ـ واتفق جميع الفقهاء على انه لو شهد عنده قبل الولاية في غير عمله انه لا يقضي به فى عمله .

فجعل أبو حنيفة علمه كذلك .

فصل

علمه فى عمله بعد الولاية

١٥٩٦ ـ وأما علمه فى عمله وبعد الولاية فانه يقضي به عندهم جميعا فى الاشياء الا الحدود فانه لا يقضى بها ، واستثنوا من ذلك حد القذف فقالوا يقضي به .

وهذا قول أصحابنا .

١٥٩٧ ـ وروى عن محمد بن الحسن أنه لا يقضي حتى يكون معه فى المال شاهد آخر وفى الزنا ثلاثة عدول .

وقد قال به بعض أصحاب الشافعي .

فصل

١٥٩٨ ـ وقال أبو حنيفة وابو يوسف .

اذا قال الحاكم [لرجل ان هذا الرجل][1] لآخر : انه ثبت عندي ان هذا الرجل قد سرق ما يجب القطع به وقد حكمت به عليه فأقطع يده وسع المأمور قطع يده .

---

(١) ما بين موسى من مختصر الطحاوي ، ص ٣٣٧ .

وكذلك ان قال ذلك فى الزنا وهو محصن وسعه الرجم .

١٥٩٩ ـ وقال محمد في آخر قوليه على ما حكاه الطحاوى في المختصر[٢] انه لا يسعه ذلك حتى يكون القاضى عدلا عنده وغير متهم ، ويكون معه فى الزنا ثلاثة سواه عدول وفى السرقة آخر ، وقياس قوله فى المال مثل ذلك .

فصل

١٦٠٠ ـ ولو ان رجلا قال للقاضي :

ـ انك حكمت لي على فلان بكذا والقاضي لا يذكر ذلك وأحضر المدعي بينة تشهد على القاضي بما ادعاه فان أبا يوسف قال : لا يجيبه الى ذلك ،ولايسمع من البينة ذلك لانها تشهد على انه كان منه ما لا يعلمه من نفسه .

١٦٠١ ـ وقال محمد : يجيبه الى ذلك ويسمع من البينة ويقضي به ادا ثبت عنده .

١٦٠٢ ـ وبه قال سماعيل بن حماد بن ابي حنيفة ، وقال : انا أقبل ذلك ، ووافقه محمد بن سماعة وقالا :

ليس هذا أكثر من قضية قاض دفعت اليه وهو لا يعلمها .

١٦٠٣ ـ وفرق ابو يوسف بين المسألتين بأنه لم يوجد فى قضيته غير البينة، فاما حكمه فهو بمنزلة الشهادة لا يقوم بذلك الا ان يذكره ، وفرق بينه وبين ما وجد فى ديوانه بأنه تحت ختمه فلا يؤثر ذكره فيه .

١٦٠٤ ـ واختلف أصحاب الشافعي فى ذلك على وجهين كالخلاف الذى بيناه .

وذهب كل واحد من أصحابه الى قول واحد من أصحابنا .

فصل

نسيان القاضى ما في ديوانه

١٦٠٥ ـ وقال أبو حنيفة :

---

(١) تفصيل ذلك فى مختصر الطحاوي ، ص ٣٣٧ .

(٢) يستفاد مما جاء فى مختصر الطحاوى (ص ٣٣٧) إن مقصوده ان « قول القاضى أقر عندى هذا الرجل الخ » يقبل عند ابى حنيفة وابى يوسف وان لمحمد قولين أحدهما كقولهما وقياس الثانى ان قول القاضى بذلك لا يقبل » .

« وكل أمر يجده الحاكم فى ديوانه وتحت ختمه وهو لا يذكره فانه لا يقضي به » .

١٦٠٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد :

يحكم بذلك كله لانه لا يتذكر كلما عنده .

١٦٠٧ ـ وأختار الشافعي قول أبي حنيفة .

شهادة كاتبي القاضي

١٦٠٨ ـ وقال محمد : لو ضاع محضر رجل من الديوان او لم يكتب محضر فشهد كاتبا القاضي عنده ان شهود هذا المحضر شهدوا عندهما بما كان فى محضره وهو كذا والقاضى لا يذكر ذلك ، لم يقبل شهادتهما لانهما لم يشهدا بالحق ولا شهدا على شهادة الشهود .

١٦٠٩ ـ وقد ذكرنا فى الشهادة على الشهادة ان لاصحاب الشافعى ثلاثة اوجه فى تحمل شهود الفرع فى أحدهما انه يجوز مثل هذا من كاتبى الحاكم .

١٦١٠ ـ واتفق الفريقان انه لو قال الكاتبان ـ والمحضر قد ضاع ـ :

ان المقر فى المحضر كان قد أقر عندك بكذا وسمعناه حين أقر بذلك فانه يقبل هذه الشهادة على اقراره لا باقراره عنده .

فصل

ما يجده القاضى فى ديوان غيره

١٦١١ ـ وما وجد فى ديوان غيره ممن تقدمه من اقرار او بينة لم ينفذه ، ويستأنف الحكم .

١٦١٢ ـ وهذا لا خلاف فيه لأنه غير مشهود به عنده .

فصل

عزل عن القضاء ثم رد اليه

١٦١٣ ـ ولو عزل عن القضاء ورد اليه فان أبا يوسف قال :

لا يقضي بشيء مما كن في ديوانه الاول الا ما كان يذكره من اقرار لرجل بحق ما وان لم يذكره لم يحكم به ، ولا يحكم بالبينة وان ذكرها حتى يعيدها فيشهد عنده دفعة أخرى ، لان هذا عمل مستأنف .

فصل

ما يحكم به القاضى

١٦١٤ ـ وما يحكم به القاضي على ثلاثة أوجه :

منها ما يثبته بالبينة من الاحكام .

ومنها ما يثبته بعلمه من ذلك .

ومنها ما يحكم به غيره ويرتفع اليه أما ببينة او كتاب حكمى يصل اليه . أو اعلام اعلمه قاض غيره .

لا ينقض القاضي حكمه باجتهاد جديد

١٦١٥ ـ فاما ما يثبته من الحكم عن نفسه فليس له ان يتعرض لفسخه بعد ذلك ولا ابطاله الا ان يخالف النص المعلوم او المعمول به باجماع الامة ولا ينقضه باجتهاد اظهر عنده من الاول ، بل يستأنف الحكم والقضاء ولا يرد الاول .

١٦١٦ ـ وان كان فى ذلك خلاف ، فقضى بخلاف رأيه ومذهبه ، وهو لا يذكر ذلك ولكن على ما قضى به بعض العلماء فان أبا حنيفة قال :

ـ يمضي هذا الفصل ولا يرجع عنه .

١٦١٧ ـ وقال أبو يوسف :

يرد ذلك ، ويقضي بما كان عليه رأيه ، وهذا كحكمه بما يذهب اليه الشافعي أو مالك فى مسألة يخالف ابو حنيفة والقاضي على مذهب ابي حنيفة ، والمسائل على ذلك كثيرة .

فصل
هل ينقض الحاكم حكم غيره ؟

١٦١٨ ـ فاما ما حكم به غيره ويرفع اليه فمن ذلك ما يجب عليه امضاؤه وتنفيذه ومنها ما يجب عليه ابطاله ونقضه ، ومنها ما يدعه لا يحكم به ولا يرده .

نفاذ الحكم ظاهرا وباطنا

١٦١٩ ـ اعلم ان الفقهاء اختلفوا في حكم الحاكم هل ينفذ ظاهرا او باطنا أم لا ؟ فقال أبو حنيفة :

كل حكم يملك الحاكم انشاء مثله بولاية الحكم ، فانه اذا حكم به ينفذ ظاهرا وباطنا ويجعل الحلال حراما والحرام عليه حلالا .

وكل ما ليس له فعل مثله بولاية الحكم لا ينفذ الا في الظاهر .

١٦٢٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد :

حكم الحاكم لا يغير صفة المحكوم به فانه على ما كان عليه عند الله ، وانما ينفذ في الظاهر خاصة ، وهو قول الشافعي .

١٦٢١ ـ ومثال الاول العقود التى يملكها على الصغار والكبار ، والثاني الغصوب والجنايات والاموال الظاهرة .

ما ورد فى القضاء بالظاهر من الاثار

١٦٢٢ ـ ونحن نذكر من ذلك مسائل ليعرف الحال فيها ، ونقدم ما روى في ذلك من الآثار ليكون القاضي قد عرف الحال وما يترتب عليه :

الاثر الاول

١٦٢٣ ـ فروت أم سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :

ـ انكم تختصمون الي وان بعضكم الحن بحجته من بعض ، وانما انا بشر ، فمى قضيت له من مال أخيه شيئا فلا يأخذه ، انما اقطع له قطعة من النار .

١٦٢٤ ـ وقد ذكر الفقهاء خبر ابي هريرة عنه عليه السلام ان رجلين احتكما اليه احدهما أعلم بالخصومة والاخر بها جاهل فلم يلبث العالم ان قضى له فقام فمضى المقضى له وبقى المقضى عليه فقال :

ـ والله الذى لا اله الا هو ان حقي لحق .

فقال عليه السلام :

علي بالرجل

فأتى به فأخبره بما كان من الاخر فقال :

ـ ان شئت عاودته فعاوده فلم يلبث ان قضى له فقام الرجل وحلف الاخر فلم يزل كذلك يفعل ثلاث مرات فقال الرابعة ان شئت عاودته ولكن أعلم ان من اقتطع بخصومته وجدله مال امرىء مسلم بغير حق فانما يقطع قطعة من النار .

فقال الرجل فن الحق معه .

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم متكأ فجلس فقال :

ـ من اقتطع بخصومته وجد له مال امرىء مسلم بغير حق فليتبوأ مقعده من النار[1] .

قال أبو هريرة :

فكانت الآخرة أشد من الاولى .

١٦٢٥ ـ وروى المقداد[2] عن أبيه ان رجلا خطب امرأة وهو دونها في الحسب فأبت ان تتزوجه فأدعى أنه تزوجها وأقام شاهدين عند علي بن أبي طالب رضي عنه فقالت :

ـ اني لم اتزوجه

قال :

قد زوجك الشاهدان .

وأمضى عليها النكاح .

١٦٢٦ ـ قال أبو يوسف :

---

(١) هذه صياغة خلقية دينية لقاعدة الكسب دون سبب .

(٢) في النسختين المقدام .

وكتب الى سعيد يرويه عن يزيد ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امرأته بزور ففرق القاضي بينهما ، ثم تزوجها أحد الشاهدين •

قال الشعبي :

ذلك جائز •

١٦٢٧ ـ فجعل أبو حنيفة ما روى عن النبي عليه السلام محمولا على الاموال الظاهرة والجنايات وما روى علي رضى الله عنه والشعبي محمولا على العقود وجمع بين العملين •

١٦٢٨ ـ فعلى هذا الاصل امرأة استأجرت رجلين فشهدا لها على زوجها بالطلاق الثلاث وهو زور ففرق بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين فهو جائز وتحل للشاهد وتحرم على الزوج الاول عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن ولا يحل لها ان تتزوج بأحد من الناس ولا بأحد الشاهدين ، ولا يتزوج الرجل باختها ولا اربعا سواها ، وقالوا مع هذا القول أنها لا يمكن الزوج الاول ان يطأها ولا يخلو بها •

١٦٢٩ ـ وقال أبو حنيفة •

« فلو كان النكاح قائما بعد الفرقة ثابتا بين الزوجين لكان اذا وطئها بعد ذلك لا يحد واحد منهما وقد قالوا يحد •

١٦٣٠ ـ وقالوا لو تزوجها رجل جاهل بحالها كانت حلالا له فكيف يحل فرج واحد لاثنين ؟ ولو بلى الثاني بمثل ما بلى به الاول لكان لآخر ان يتزوجها فيؤدي الى ان تكون حلالاً لجماعة رجال فى حالة واحدة وهذا لا يجوز •

١٦٣١ ـ وأبو حنيفة جعل فرقة القاضي طلاقا لأنه يملك الطلاق على العنين والمؤلى اذا لم يفىء الى زوجته ويزوج من لا ولي لها ، فاذا حكم بالنكاح والطلاق صار من طريق الحكم كأنه هو الذى طلق بنفسه وتزوج بنفسه وباع ورد بالعيب•

١٦٣٢ ـ وقد اتفق الجميع على انه اذا فرق في اللعان وكان الزوج كاذبا عليها ان الفرقة تقع فى الظاهر والباطن وتحل لسائر الناس وتحرم على الزوج •

١٦٣٣ ـ وهذا قول الشافعي في اللعان •

---

(١) هذا مثال اخر للتفرقة بين زوجين تعتبر الزجية قائمة بينهما •

١٦٣٤ ـ وابو يوسف ومحمد قالا فى الكل انما يقع فى الظاهر ، واللعان والطلاق سواء فى ذلك ، وهذا حكم النكاح والطلاق والعتاق والاقالة والبيع والرد بالعيب .

١٦٣٥ ـ واما اذا ادعى مالا في يد غيره أو حيوانا او رقيقا او مهما كان وشهد له شهود زور فقضى له بذلك لم يسعه ان يأكل ذلك ولا يسع احد الشاهدين ان يشتري ذلك ولا يأكله ان ورثه وان قدر المحكوم عليه على أخذ ذلك وتغييبه عن الذى قضى له به وسعه ذلك ، ولكن فى الجارية لا يحل له ان يطأها خوفا من وجوب الحد عليه ، فاما ان سرقها وغيبها فانها تحل له .

١٦٣٦ ـ وان اشترى رجل جاهلا بالحال ذلك المقضى به وسعه التصرف فيه .

١٦٣٧ ـ واذا شهد له بقتل ولي له بالزور فقضي بالقصاص او الدية لم يكن له ذلك ، وكان محرما عليه ، وكذلك هبة المال فى رواية وفى أخرى هو مثل العقود .

١٦٣٨ ـ ومسائل هذا الباب كثيرة والاصل فيها واحد .

فصل

مالا يمضيه القاضى من أقضية غيره

١٦٣٩ ـ واذا ثبت ذلك ثم رفع هذا الحكم الى قاض اخر فكل ما كان من قضاء سائغ غير شنيع امضاه وان كان جورا او خلاف نص او اجماع لم يمضه .

١٦٤٠ ـ وان كان الاول فاسقا او محدودا أو ممن لا يجوز شهادته ، لو شهد لم ينفذ حكمه ، وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء وان كان خلاف رأيه الا فى مسائل نذكرها فى فصل مفرد استثناها اصحابنا .

١٦٤١ ـ فان نقضه الثانى ثم ارتفع الى ثالث نفذ قضاء الاول وابطل قضاء الثاني ، وهذا مثل ان يحكم حاكم بانه اذا زنا بامرأة لم تحرم الزوجة ولا وطىء بنتها وقضى بصحة نكاح المرأة ثم رفع ذلك الى من يرى تحريمها بذلك الفعل أمضى النكاح ونفذ قضاء الاول لانه مختلف فيه .

١٦٤٢ ـ واختلف اصحابنا فى الزوج فمنهم من قال ان كان يعلم ان ذلك الفعل يحرم لم يسعه المقام مع الزوجة ، وان كان جاهلا وسعه المقام .

١٦٤٣ ـ وكذلك حال الزوجة ، وكذلك لو حلف فقال ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة فرافعته الى من يرى ابطال يمينه فحكم بابطالها ورفعت بعد ذلك الى من يرى صحتها بعد الحكم الاول وجعلها زوجة وحكم الزوج والزوجة في ذلك[١] سواء ان كان يعلم ان ذلك عامل فيه[٢] لم يسعه المقام . وان كان جاهلا وسعه المقام .

١٦٤٤ ـ ومنهم من قال يسعه المقام فى الحالين .

١٦٤٥ ـ وكذلك طلاق المكره اذا ابطله ثم رفع الى آخر فاوقعه ثم رفع الى ثالث نفذ الاول وابطل الثاني .

١٦٤٦ ـ وكذلك اذا قضى بالقافه[٣] والقرعة في رقيق الميت أو رد نكاح امرأة بعيب .

١٦٤٧ ـ وكل ما لا يخالف نصا او كتابا او سنة او اجماعا فانه ينفذ وهذا قول اصحابنا .

١٦٤٨ ـ وقال الشافعي :

ـ ان كان القاضى الاول عاميا وحكم ابطل حكمه وجعله كمن لا ينفذ حكمه اذا حكم .

فصل

١٦٤٩ ـ واختلف اصحابنا فيمن قضى بالشاهد واليمين او بقتل فى قسامة

---

(١) فى نسخة قليج فى التحريم .

(٢) اى مؤثر فيه .

(٣) في نسخة قليج بالناقة والظاهر أنها القيافة جاء فى لسان العرب فى مادة (قوف) ان القائف الذى يعرف الاثار ، يقال قفت أثره اذا تتبعته ، مثل قفوت أثره ... ويقال هو اقوف إلناس ، وفى الحديث أن مجززا كان قائفا ، القائف الذى يتتبع الاثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ، ويقال : فلان يقوف الاثر ويقتافه قيافه مثل قفا الاثر واقتفاه ، ابن سيده: قاف الاثر قيافة واقتافه اقتيافا ، وقافه يقوفه قوفا ، وتقوفه تتبعه .

أو بيع ام ولد او متعة الى أجل ، واذا قضى على من اعتق نصف عبده أو نصف امته فقضى بابطال ذلك او قضى بالخلاص فى الدار والرقيق أو بابطال حقه لتركه سنين لم يطالب من دار ، او لا حق للنساء فى القود وانه للاولياء فانه ينقض القضاء فى هذا كله عند اكثر اصحابنا •

١٦٥٠ ـ وحكى ذلك الخصاف من غير خلاف

وقال غيره من اصحابنا ان ذلك كله ينفذ ولا يبطله •

١٦٥١ ـ واذا كان الجاني حيا فهو موضع الخلاف وان كان قد أقيد لم يحكم فى ذلك بشىء •

١٦٥٢ ـ ولو قضى برد عبد اصابته حمى عند المشترى فرد على بائعه بغير بينة ولا اقرار فانه يبطله ولا ينفذه •

١٦٥٣ ـ واذا حكم بابطال ما فعلت المرأة بغير اذن زوجها فى بيع وتصرف ورفع الى اخر ابطل ذلك واجاز تصرفها اذا كانت بالغة عاقلة وحكمها فى ذلك حكم الرجل ، وبهذا جاء الشرع والقرآن •

١٦٥٤ ـ وكذلك اذا دفع اليها المهر قبل الدخول فاشترت به الجهاز ثم طلقها قبل الدخول فقضى للزوج بنصف الجهاز ثم رفع الى قاض ابطله ولم ينفذه لانه غير المفروض •

١٦٥٥ ـ واذا طلق امرأته وهى حبلى او حائض او قبل الدخول بها فقضى قاض بابطال ذلك أو نقضه ثم رفع الى من لا يرى ذلك ابطله ونفذ على الزوج ما كان منه •

١٦٥٦ ـ وقالوا لو ضرب قاض رجلا حدا فى التعريض وابطل شهادته ابطلنا الحد واطلقنا شهادته •

١٦٥٧ ـ وان قضى في العنين انه لا يؤجل نقضه واجل العنين لانه خلاف الاجماع من العلماء •

١٦٥٨ ـ وان قضى بما فيه خلاف متقدم فان كان خطأ عند العلماء رد ذلك •

١٦٥٩ ـ وان كان عند اهل زمانه أنه صواب انفذه •

١٦٦٠ ـ وانما يرد ما كان خلاف العلماء وخارجا عن لسان الامة والكتاب والسنة .

١٦٦١ ـ وقالوا لو كان له مال على آخر فقال ان لم أقضك اليوم فأمرأتي طالق ثلاثا وعبدى حر فتغيب عنه المطالب فخشى المطلوب ان يحنث فرفع ذلك الى الحاكم وأخبره بالحال فنصب وكيلا وأمره بقبض المال وحكم بذلك ثم رفع الى آخر قال أبو وسف : لا يجوز هذا وقال غيره من اصحابنا يجوز .

وهو قياس قول الشافعي .

١٦٦٢ ـ وقالوا فى رجل قدم رجلا وقال :

لابى على هذا الرجل مال ، وابى غائب واخاف ان يتوارى هذا فرأى قض ان يجعله وكيلا لابيه وقبل بينته على المال وحكم به ثم رفع الى آخر ابطله .

١٦٦٣ ـ قالوا ويستحسن ان يجيز هذا فى المفقود ان جعل ابنه وكيلا فى طلب حقوق ابيه .

فصل

فسق القاضى بعد الحكم وما اليه

١٦٦٤ ـ واذا بان ان القاضي عبد او محدود في قذف أو فاسق او مرتش فى الحكم منذ ولى فان قضاءه يرد ولا ينفذ منه شيء .

١٦٦٥ ـ وانو لى وهو أمين فقضى وحكم ثم فسق بعد ذلك او عمى او صار الى حالة لا تنفذ احكامه فما كان قبل ذلك نفذ وما كان بعد تلك الحالة لا .

١٦٦٦ ـ وحكى القدورى فى التجريد فى كتاب النكاح ان من اصحابنا من قال اذا فسق فهو على حكمه الى ان يخرجه الامام من القضاء وليس هذا بالمذهب وانما ارتكبه فى مسئلة الفاسق هل يكون وليا .

١٦٦٧ ـ والمرأة اذا قضت فى الحدود والقصاص ترد ، ولا يرد قضاؤها فيما تجوز شهادتها فيه .

فصل

قضاء القاضى لمن ولاه ولولد الامام

١٦٦٨ ـ ويجوز قضاء القاضى لمن ولاه وعليه ويجوز قضاؤه لولد الامام وعليه .

١٦٦٩ ـ ويجوز قضاؤه لاخيه واخته وعمه وخاله وخالته وعمته .

١٦٧٠ ـ ولقاضى القضاة وعليه .

١٦٧١ ـ ولكل من تجوز شهادته له .

فصل

من لا يجوز قضاؤه له

١٦٧٢ ـ ولا يجوز ان يقضى لولده ولا ولد ولده وان سفل ، ولا لابيه ولا لجده وآبائه وان علو .

ولا لزوجته ولا عبده المأذون ولا مكاتبه وان كان على عبده دين او لم يكن

من يجوز قضاؤه له

١٦٧٣ ـ ويجوز قضاؤه لاب امرأته ولامها وسائر قرابتها ، ولا يقضي لهم بعد الموت اذا كانت الزوجة وارثة .

وكذلك زوجة الابن والاب والجد يجوز فى حالة الحياة ، ولا يجوز بعد الموت اذا كان وارثا .

١٦٧٤ ـ وقالوا لو قدم اليه من لا يجوز قضاؤه من سائر ما ذكرنا فانه لا ينظر بينهما .

فان فعل وتوجه الحكم على من لا يجوز قضاؤه له فحكم عليه فحكمه جائز .

وان تقدم اليه ابوه وامه فتوجه القضاء لاحدهما على الاخر ففيه خلاف بين اصحابنا فى جواز ذلك ورده .

١٦٧٥ ـ وكذلك اذا شهد على ابيه بالنكاح وهو يجحد فيه خلاف بين ابى يوسف ومحمد .

وقد ذكرنا خلاف الناس فى الشهادة فى ذلك والقضاء مثله مع ابى ثور وسفيان وغيرهما .

١٦٧٦ ـ وقالوا لو شهد عند القاضى شهود لرجل بحق على آخر فحكم او

لم يحكم حتى عزل فمات الشهود او غابوا فسأل الخصم المعزول ان يشهد على شهادة الشهود عنده فانه لا يقبل ذلك وان شهد ردت شهادته .

١٦٧٧ ـ ومن اصحاب الشافعي من قل تقبل ويكون شاهد فرع .

شهادة القاضى المعزول على اقرار

١٦٧٨ ـ واتفق الفريقان على انه لو اقر لرجل بحق عند المعزول فان المعزول يجوز له ان يشهد عند الثاني على اقراره ، ويحكم القاضى بذلك اذا كن عدلا .

١٦٧٩ ـ واذا قد ذكرنا حكم علم القاضى وما يقضى به من البينة والاقرار، وما ينفذ فيه حكمه وما لا ينفذ ، وجب ذكر كتاب القاضي الى القاضي لانه طريق الى الحكم به أيضا .

باب كتاب القاضى الى القاضى

وهذا باب يذكر فيه كتاب القاضى الى القاضى •

١٦٨٠ ـ اعلم ان كتب القضاة الى القضاة يقع الكلام فيها في مواضع :

منها جواز ذلك فى الجملة •

ومنها كيفية قبولها •

ومنها الموضع الذى يقبل فيه •

ومنها فيما يقبل ولا يقبل •

ومنها من الذى يقبلها من القضاء •

جواز قبول كتب القاضى الى القاضى

١٦٨١ ـ اما جواز قبولها فى الجملة فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كتب الى الضحاك بن سفيان الكلابى[1] ان يورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها •

---

(١) جاء فى اسد الغابة (٣/٣٦) « الضحاك بن سفيان بن عوف بن كعب ابن ابى بكر بن كلاب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة العامرى الكلابى يكنى ابا سعيد ، اسلم وصحب النبى صلى الله عليه وسلم ، وكان ينزل فى بادية المدينة ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم على من اسلم من قومه ، وكتب اليه ان يورث امرأة اشيم الضبابى من من دية زوجها ، وكان قتل خطأ ، وكان يقوم على رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم متوشحا بسيفه ، وكان من الشجعان الابطال يعد وحده بمائة فارس • ولما سار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى فتح مكة أمره على بنى سليم لانهم كانوا تسعمائة فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لكم فى رجل يعدل مائة يوفيكم الفا ؟ فوفاهم بالضحاك وكان رئيسهم وانما جعله عليهم لانهم جميعا من قيس عيلان ••• روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصرى •• كان عمر بن الخطاب يقول :

الدية للعاقلة ولا ثرث المرأة من دية زوجها شيئا ، حتى قال له الضحاك بن سفيان الكلابي :

كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اورث امرأة اشيم الضبابى من دية زوجها • رواه جماعة من الائمة عن الزهرى • أخرجه الثلاثة » •

ولان بالناس حاجة الى ذلك ، وهو فعل ائمة العدل وولاة الجور وفعل سائر الحكام في سائر الاعصار فوجب ان يكون ذلك .

فصل

١٦٨٢ ـ ويكتب بما ثبت عنده من الحقوق ليحكم به وبما حكم به لينفذه الثاني ، وهذا لا خلاف فيه ان يكتب به .

فصل

كيفية قبول كتاب القاضي

١٦٨٣ ـ وأما كيفية القبول فلا يقبل بغير بينة .

١٦٨٤ ـ وقال أبو ثور يقبل بغير بينة .

وذكر الخصاف عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة .

وذكر عن ابن ابي زائد قال :

جئت بكتاب قاضي الكوفة الى أياس بن معاوية فقبله ولم يسألني بينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة درهم فقال لرجل على رأسه :

ـ اذهب الى زياد فقل له ارسل الى فلان بن فلان فخذ منه خمسمائة درهم وأدفعها الى هذ .

قال فذهب بي ففعل .

١٦٨٥ ـ وقال من اجاز ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قد كان يُعمل

ويستفاد من هذا ان عمر ابن الخطاب كان يردد ما علمه من عرف العرب قبل الاسلام فى هذا الصدد وكان عرفهم يقضى بعدم توريث الزوجة من دية زوجها وحصر وراثة الدية فى العاقلة . وان السنة النبوية عدلت هذا العرف بجعل الزوجة ترث من دية زوجها .

ويستفاد من هذا ان الصحابة لم يكونوا يذهبون الى أعتبار عرف العرب قبل الاسلام منسوخا جملة وانما كانوا يفترضون بقاءه حتى يثبت لهم نسخة أو تقييده أو تعديله بقرآن او سنة او اجماع .

بكتبه بغير شهادة ، وكان يدعو بكتبه الى الاسلام كما يدعو بقوله ، وهو فعل الخلفاء والامراء الى اليوم .

وعندنا وعند الشافعي ومالك لا يقبل ، لأنه يدعى على القاضي الكتاب فيحتاج الى شهود على ذلك لقوله عليه السلام : البينة على المدعى .

فصل

١٦٨٦ ـ ولا يقبل الكتاب وان عرف الخط والختم .

١٦٨٧ ـ وقال أبو سعيد الاصطخرى :

ـ اذا عرف المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله ، وهذا خطأ لأن الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلا يؤمن ان يزور على الخط والختم .

فصل

١٦٨٨ ـ وان كتب الشهادة التي ثبتت عنده اعتبر مسافة تقصر فيها الصلوة كالشهادة على الشهادة .

١٦٨٩ ـ وان كان قد حكم لم يعتبر ذلك وهو قول الشافعي أيضا في الفصلين .

فصل
سماع البينة على غائب

١٦٩٠ ـ واذا طلب الرجل من القاضي ان يسمع من بينته على رجل غائب في بلد آخر ليكتب له بحق لزمه الى قاضى ذلك البلد ، فان القاضى يسمع من بينته ويذكر اسمه ونسبه ان كن معروفا عنده ، وان كان لا يعرفه سأل الشهود عن ذلك ثم اثبته ، وكذلك اسم المدعى عليه ونسبه الى أبيه وجده وقبيلته وصناعته ، وان لم يذكروا القبيلة وذكروا الاب والجد قبل ذلك أيضاً ، ولا يقبل ان قالوا : زيد الكوفي أو البصرى لأن ذلك غير معروف .

١٦٩١ ـ ولا يكتب القاضي حتى تثبت عدالة الشهود عنده ، فاذا عدلوا كتب

بما ثبت عنده من حقه واثبت اسماء الشهود الذين شهدوا عنده وانسابهم وحلاهم ومواضعهم وانه قد سأل عنهم فعدلوا عنده •

فصل

١٦٩٢ ـ ولابد ان يقرأ كتابه على الشهود الذين يشهدهم على الكتاب ، ويدفع اليهم نسخة تكون معهم ويختم الكتاب بحضرتهم ويشهدهم ان هذا كتابه الى القاضي فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وهذا خاتمي عليه ويدفع الكتاب الى الطالب •

١٦٩٣ ـ وقال الشافعي :

استحب ذلك ولا اوجبه •

١٦٩٤ ـ وقال الحسن : قال أبو حنيفة :

« وان قرأ عليهم الكتاب ولم يختمه بحضرتهم وهم لا يحفظون ما فيه وليس نسخة معهم لم يجز ذلك •

١٦٩٥ ـ وقال أبو يوسف :

يجوز الكتاب ويقبله الذى يرد عليه وان لم يقرأه عليهم بعد ان يشهدهم على نفسه انه كتابه وخاتمه ، وهو قول الشافعي •

فصل

١٦٩٦ ـ قال أبو يوسف :

ـ وانفذ كتب الخلفاء بغير بينة ، وينفذ الخلفاء كتب القضاة بغير بينة •

١٦٩٧ ـ وقال أبو حنيفة والشافعي لا يقبل الجميع بغير بينة •

فصل

وقال أبو يوسف :

١٦٩٨ ـ ويقبل كتاب القاضي اذا قال :

من فلان بن فلان الى قاضى بلد كذا او الى من يصل اليه هذا الكتاب من قضاة المسلمين وحكامهم ولم يعين اسم أحد بعد ان يكون من يصله مُولى قبل الكتاب ، ولا يقبله من ولى بعد ذلك .

١٦٩٩ ـ ولا يقبل هذا عند ابي حنيفة على هذا الاطلاق .

١٧٠٠ ـ كما لا يقبل كتاب من يكتب فيقول : من قاض من قضاة المسلمين . ولا يذكر نسبه واسمه .

١٧٠١ ـ وأول من عمل بالعراق من القضاة على قول ابي يوسف هو شيخنا قاضي القضاة رحمه الله لانه امتنع ان يخاطب قضاة خراسان فسلك هذه الطريقة وكانت غريبة في العمل ، فعمل بها جميع قضاة الوقت وكتبوا هم اليه بمثل ذلك ، وصار سنة مألوفة[1] لطول نظره وعمله بها ولو كان هذا مذهبنا لما سبق الناس اليه فى العمل وحده .

فصل

ما يجوز فيه كتاب القاضي الى القاضى

١٧٠٢ ـ وكتب القضاة الى القضاة جائزة فى سائر حقوق الناس : الديون والعقارات والشركات والغصوب والودائع .

١٧٠٣ ـ واتفق أصحابنا على أنه لا يكتب فى الحيوان الدواب والرقيق وجميع ما ينقل ويحول .

واختلفوا في العبد فقال أبو يوسف :

---

(١) ان أهمية ماذكره السمنانى من تاريخ هذه السنة القضائية ظاهرة لانها تدل دلالة واضحة على ان الفقه الاسلامي لم يكن بمعزل عن سوح القضاء والتطبيق العملى كما زعم بعض المستشرقين وعلماء القانون الموازن الغربيون ، بل كان القضاء يستهدي باجتهادات المجتهدين وكانت آراء المجتهدين نقطة الانطلاق فى التمهيد للاعراف والسنن والقضائية ، كما كانت اجتهادات القضاة فى عصر الصحابة والتابعين منطلق العمل الفقهى والاجتهاد فيما أثير فى القضاء يومئذ من المسائل وقضى من الاقضية .

أكتب فى العبد اذا حلوه ووصفوه فاذا ورد الكتاب على القاضي ختم في عنق العبد وبعث به مع الرجل الذى أتاه بهذا الكتاب وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يصير العبد الى الكاتب فيشهد الشهود على عين العبد ثم يكتب القاضي كتابا آخر الى القاضي فيحكم بالعبد للطالب ويبرىء كفيله ، وأجاز ذلك فى العبد دون الامـــة .

١٧٠٤ ـ وأبو حنيفة سوى فى جميع المنقولات .

١٧٠٥ ـ كما قالوا بأنه لا يسمع الدعوى على منقول حتى يكون حاضـرا عند الحاكم ويشهد الشهود على عينه .

١٧٠٦ ـ وكما لا تجوز الشهادة فيه على الشـهادة لا يجـوز كتاب القاضي فيه الى القاضي .

١٧٠٧ ـ وكذلك قال الشافعي في كتاب القاضي الى القاضي .

فصل

١٧٠٨ ـ ولا يكتب فى حد ولا قصاص كائنا ما كان فى نفس ولا طرف .

١٧٠٩ ـ ولا يكتب لرجل انه قد وفا فلانا ماله عليه ، او سلمت الوديعة التى كانت له عندى أو أنه وهبها لى أو ابرأني لأني لا أعلم هـل يدعى ذلـك أم لا .

١٧١٠ ـ وكذلك لو كان حاضرا ما يسمع هذه الدعوى .

١٧١١ ـ وقالوا :

لا يكتب باسقاط شفعة عليه لغائب انه كان قد اسقطها عنه .

١٧١٢ ـ وقال محمد بن الحسن :

اكتب له بذلك .

١٧١٣ ـ ولا يكتب لامرأة ادعت طلاقا على زوجها وهو غائب وقـالت لا آمن ان يتعرض لي هناك .

فصل

١٧١٤ ـ وقالوا لو حضر المطلوب بالدين والمشترى والزوجة وقال : قدمني خصمي الى قاضى كذا فقضى عليّ بالدين والشراء والنكاح ، وقد كان استوفى ذلك مني وسقطت شفعته عنى وطلقت منه ، وأقام كل واحد بينته بذلك فانه يكتب له ويسمع ، وهذا اتفاق والاول على الخلاف .

فصل

١٧١٥ ـ واذا كتب فيما يجوز ان يكتب فيه فضاع الكتاب من المدعى ، فسأل ان يكتب له بدله فانه يفعل ، ويذكر فى الكتاب الثانى ان الخصم ذكر انه ضاع الكتاب الاول .

١٧١٦ ـ وكذلك ان انتقل المطلوب الى بلد آخر كتب له كتابا آخر الى البلد الاخر .

فصل

١٧١٧ ـ قال أصحابنا :

لو ثبت حقه وكتب له فحضر المطلوب عند الكاتب ، فانه لا يحكم بشهادة من شهد عنده حتى يعيدوا الشهادة بحضرته لانها شهادة على غائب .

١٧١٨ ـ واذا ثبت نسب أو ارث وعدد ورثة عنده كتب بذلك كله .

فصل

١٧١٩ ـ ويكتب لكل جناية يجب بها المال قليلا كان أو كثيرا اذا ثبت عنده .

١٧٢٠ ـ ولا يكتب فى دار حتى يحدها بأربعة حدود او ثلاثة عند ابي حنيفة ، وعند زفر والشافعي لابد من ذكر الحدود كلها . وعند ابي يوسف ومحمد يكفى اذا كان ذلك مشهورا .

فصل

١٧٢١ ـ وما علمه القاضي فيما خلا الحدود والقصاص وطلب صاحب الحق ان يكتب له بذلك فعل وفسر الحال فى ذلك ، فان كان من رأى القاضي ان لا يقضي بما علمه قبل القضاء لم يقبل ذلك ، وان كان رأيه انه يجوز ، قبل ذلك .

١٧٢٢ ـ ولو علم وهو يهودى فأسلم او هو عبد فأعتق او صبي فبلغ ثم استقضى بعد العتق والاسلام والبلوغ وسأله الطالب ان يكتب له فكتب بذلك فان أبا حنيفة قال :

لا ينفذ المكتوب اليه .

١٧٢٣ ـ وقال أبو يوسف ينفذ وجعل ذلك كالشهادة اذا زال المانع .

١٧٢٤ ـ وهو قول الشافعي .

١٧٢٥ ـ وفرق أبو حنيفة بين الحكم والشهادة لان الحاكم لا يحكم بعلمه وان لم يكن هناك منع ، فمع المنع اولى .

فصل

١٧٢٦ ـ وتكتب له شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، فاذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه قال للخصم .

ـ هات تمام الشهادة ، كما لو شهد وهو حاضر .

فصل

١٧٢٧ ـ وقال أصحابنا :

ـ لو حضر رجل وامرأة فأدعيا أن لهما ولداً في يد انسان قد سرقه وانه معروف النسب منهما ، ونحن نقيم البينة بذلك عندك فأكتب لنا بذلك الى فلان القاضي فانه يكتب فى قول ابي يوسف .

١٧٢٨ ـ وقال أبو حنيفة .

لا يكتب بذلك .

١٧٢٩ ـ وقال أبو يوسف :

لا أكتب للاحرار الا الاب أو الام او الزوج يدعي المرأة ، ولا أكتب لما سوى الابوين ماداما أحياء فاذا مات الابوان كتب لكل وارث .

فصل

١٧٣٠ ـ وقالوا : لو استحق رجل أمة فقضى القاضي للمستحق بها ، فقال المطلوب :

ـ أمَتي اشتريتها من فلان بن فلان وهو فى بلد كذا ، ودفعت اليه الثمن ، وشهودى ههنا فاسمع منهم واكتب لي فأن القاضي يكتب له ما يصح عنده من ذلك .

وهذ اتفاق .

فصل

أدعت انها حرة

١٧٣١ ـ واذا ادعت جارية في يد رجل انها حرة الاصل ، وقد كانت أقرت بالرق وأقامت بينة بحرية الاصل فجعلها القاضي حرة ، فقال الخصم :

اشتريتها من فلان وهو في موضع كذا فاسمع منى شهودى واكتب لي ، فانه يفعل ويكتب له بما سمع .

١٧٣٢ ـ ولو لم تقم البينة بحرية الاصل ولا كانت أقرت بالرق ولا بينة لمن هى فى يده بالرق عليها فجعلها القاضي حرة ، فقال من هى فى يده للقاضي :

اسمع بينتي اننى اشتريتها من فلان ونقدته الثمن وقد كانت مقره بالرق فانه لا يسمع من شهوده ولا يكتب له ، وليس هذا كالبينة فى المسئلة الاولى ، لان ذلك شهادة على من كانت فى يده من الباعة والمشترين والقاضى فى مسئلتنا أخرجها من يد المشترى بانكار الرق ودعواها انها حرة فليس هذا حكما على البائع ، لان البائع والمشترى قد أجمعا على أنها كانت مقرة بالرق ، ولهذا لو

حضر البائع فأقر له المشترى برقها واعترف هذا بالبيع والتسليم لم يلـــزم رد الثمن لان الاستحقاق ليس بالبينة •

فصل

١٧٣٣ ـ ولو قال المشترى للقاضي :

حلف البائع انها ليست بحرة الاصل حلفه القاضى •

فأن حلف فلا شيء عليه ، وان نكل عن اليمين الزمه القاضي بـرد الثمـن على المشترى •

فصل

كتابة القاضـي فـى عقـار فـــى يـد غائب

١٧٣٤ ـ ولو ادعى عقارا فى بلد القاضى وحدده وقال :

انه لى ، وهو فى يد فلان الغائب فاسمع بينتى واكتب لى فانه يفعل ذلك ويكتب ، وانما فعـل ذلك لان الغائب هو الخصم فلابد من سماع حجته ، فـاذا وصل الكتاب الى القاضى المكتوب اليه احضر الخصم وقرأ عليه الكتاب وسـأله عن حجة يدلي بها ، فان ادلى بحجة والا حكم عليه •

فصل

العقار فى بلد المكتوب اليه

١٧٣٥ ـ وان كان الشيء فى بلد المكتوب اليـه فانه ان ادلى بحجـــة والا أمره بالتسليم ثم سجل للطالب بذلك ، ويشهد على نفسه ، فاذا أورد الطالـب القضية على الكاتب وأقام بينة عليها وليس خصمه حاضرا لم يقبل ذلك ولـــم ينفذ الحكم ، ولكن المكتوب اليه اذا حكم للطالب وأمر المطلوب بالتسليم اليه ، فأن أمتنع من ذلك والدار في بلد الكاتب فأنه يكتب اليه كتابا معه يحكى كتـابه الذى وصله بما ثبت لفلان عنده ، ويخبره انه جمع بين الطالـــب والمطلوب ، وقرأه عليهما بعد الشهادة بانه كتابك الى وخاتمك ، فدعوته بحجة فلم يأت بما يدفع ما ثبت لفلان عليه ، وانى حكمت لفلان عليه بذلك وسجلت بـه سـجلا ، وأمرت بتسليم ذلك الى فلان ، والخروج اليه منه فامتنع من تســـليمه اليه ،

وذلك قبلك وفى عملك ، وسألنى الكتاب اليك واعلامك قضيتى له بذلك لتسلم اليه الدار وتأمر بدفعها اليه فاجبته الى ذلك فاعلمتك به ، فاعمل بما يجب فى ذلك عليك ، وسلم هذه الدار المذكورة الى فلان موصل كتابى هذا على الواجب فى الشرع والدين .

فصل

ما يفعله حين يرد عليه كتاب قاضٍ آخر

١٧٣٦ ـ واذا ورد الكتاب على القاضى من قاض بحق لرجل يجوز ان يكتب به ، فان القاضي يجمع بين الذى جاء بالكتاب وبين خصمه والشهود الذين يشهدون على الكتاب ، فاذا حضر الخصم وادعى عليه الحق فان أقر فلا كلام ، وحكم باقراره وان انكر احضر الكتاب ، فاذا شهد الشهود ان هذا كتاب فلان اليك وهو قضي بلد كذا وكذا وهذا خاتمة فان القاضي يسألهم هل قرأه عليهم وختمه بحضرتهم أم لا ؟

فان شهدوا بذلك كله قبله وان قالوا لم يقرأه علينا ولكنه ختمه بحضرتنا او قرأه علينا ولم يختمه بحضرتنا لم يقبله ولم يحكم بما فيه .

١٧٣٧ ـ وقال ابو يوسف يقبله فى ذلك كله ويحكم به .

وهو قول الشافعى ايضا .

ويحكم حينئذ بما فيه اذا كان شرط «الحكم» [1] به موجودا فيه .

١٧٣٨ ـ واذا كان العنوان : فلان بن فلان الى فلان لم يقبله .

وكذلك اذا قال : من ابي فلان الى ابي فلان ، لم يقبله عند ابي حنيفة الا ان تكون الكنية معروفة مشهورة كأبى حنيفة .

١٧٣٩ ـ وقال ابو يوسف يقبل اذا قالوا هذا كتاب القاضى اليك .

١٧٤٠ ـ وقال أبو حنيفة : اذا ذكروا اسم الجد ولم ينسبه الى ابيه لم يقبل .

١٧٤١ ـ وعند ابى يوسف يقبل اذا قالوا كتاب القاضى اليك .

١٧٤٢ ـ وقال محمد بن الحسن : اذا لم تكن الاسماء والكنى في داخل وكانت على العنوان لم يقبله ولم يحكم به .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

١٧٤٣ ـ ويقبل عند ابى يوسف والشافعى •

فصل
تعديل الشهود على كتاب القاضى

١٧٤٤ ـ واذا شهدوا على الكتاب وخاتم القاضى وهو كتاب صحيح لم يفضه [١] القاضي حتى تثبت عنده عدالة الشهود ، فاذا ثبتت فضه بحضرة الطالب والمطلوب ، وان لم تثبت العدالة لم يفضه وجعله فى درج المحضر حتى يسأل عن الشهود ، فان لم يعدلوا قال للطالب زدنى شهودا على الكتاب •

١٧٤٥ ـ وهذا قول جميع من اعتبر الشهادة عليه وجعلها شرطا في قبوله •

فصل
موت القاضى الكاتب وعزله

١٧٤٦ـ وان لم يصل الكتاب حتى مات القاضي الكاتب ، او عزل ، اوعمي او فسق ، او صار فى حالة لايقبل حكمه ، لم يقبل الكتاب ولم ينفذه عندنا •

١٧٤٧ـ وقال الشافعي يقبل ، ويحكم به اذا كن قد حكم به وان كان لم يحكم به لم يقبل في الفسق ولا فيما سوى الموت كما لو فسق [٢] شهود الاصل•

فصل
ضاع الكتاب وهرب الخصم

١٧٤٨ـ ولو ضاع الكتاب قبل ان يوصله او هرب الخصم ، فسأله المدعى ان يكتب له كتابا الى القاضي الكاتب ، أو الى البلد الذى صار اليه الخصم ، ويعرف صورة الحال ، فليس عليه ان يفعل ذلك عندنا •

موت المكتوب اليه الخ

١٧٤٩ـ وقال اصحابنا :

لو مات المكتوب اليه او عزل او فسق ثم ولى غيره القضاء لم يجز له قبوله والحكم به •

---

(١) فى نسخة خليج لم يقضه وهو غلط •

وفى لسان العرب فى مادة (فضض) : فضضت الشىء أفضه فضا فهو مفضوض ، كسرته وفرقته ، وفضضه وفضاضته ما يكسر منه •

(٢) في نسخة قليج (شهد) وهو غلط صحح فى هامش المخطوطة المذكورة•

١٧٥٠ ـ وقال الشافعي :

لمن ولى ان يقبله ويحكم به لان المعول على[١] ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ، ومن تحمل شهاة وجب على كل قاض العمل بها .

١٧٥١ـ وعندنا ان القاضى المكتوب اليه كشهود الفرع اذا حملوا الشهادة لم يكن لغير من حملها ان يقبل ذلك ولا يشهد .

فصل

وصول الكتاب بعد مغادرة الخصم

١٧٥٢ـ ولو وصل الكتاب الى القاضي وقدخرج خصمه من البلد ، وطلب من القاضي ان يكتب له بذلك الى البلد الآخر ، انه وصله من فلان القاضي فانه يكتب له بذلك الى ثالث ورابع وكذلك ابدا حتى ينتهى الى البلد الذى فيه الخصم .

فصل

مرض الشهود فى الطريق

١٧٥٣ـ وقال لو مرض الشهود في الطريق فاشهدوا على شهادتهم لقوم آخرين فان القاضي يقبل ذلك ويسمع الشهادة على الشهادة مثل الشهود بالكتاب ، وكذلك ان بدا للشهود من السفر[٢] .

فصل

١٧٥٤ ـ ولو قال الطالب للقاضي : أكتب الى قاضي كذا فان كان خصمي هناك والا اكتب الى قاضي كذا ، فانه يفعل ذلك ، فاذا ورد الكتاب على الاول وسأله ان يكتب الى الثاني فانه يفعل ذلك ويكتب على ما سأل .

---

(١) في لسان العرب في مادة «عول» : :

العول والعويل الاستغاثة ، ومنه قولهم معوّلى على فلان أي اتكالي عليه واستغاثتى به فالمعول عليه هو المعتمد .

(٢) في لسان العرب فى مادة « بدا » : « بدا لى بداءة أي تغير رأيى على ماكان عليه» فقوله بدا للشهود من السفر أي عدلوا عن السفر وغيروا وجهتهم.

فصل

الى فـــلان أو فـــلان

١٧٥٥ ـ وان كتب الكتاب الى فلان او فلان فأى القاضيين ورد عليه الـكتاب انفذه وعمل به عند ابي يوسف لانه لو كتب الى من يصل اليه من القضاة جـاز ذلك عنده اذا كانت ولايته قبل ان ينفذ الكتاب وانفذه واجازه •

١٧٥٦ـ وعند الشافعي ينفذه وان ولى بعد الكتاب •

١٧٥٧ـ وقال ابوحنيفة لاينفذ الكتاب ولا يقبله الا اذا عين واحدامن الناس•

فصل

هرب الخصم بعد فض الكتاب

١٧٥٨ـ واذا هرب الخصم بعد فض الكتاب وقراءته عليه قبل الحكم به ، فسأل الطالب القاضي ان يكتب له الى قاضى البلد الذى فيـــه الخصم ، فعند ابى يوسف ينصب له وكيلا ويحكم كما لو اقام رجل بينة على دعواه بمحضر مـــن خصمه ثم غاب المطلوب ، فانه ينصب عنه وكيلا وينفذ الحكم عليه • وقال ههنـا لايكتب •

١٧٥٩ـ وقال محمد :

ـ لايقضى عليه بشىء حتى يحضر الا ان يكون المطلوب اقر بالحق ثـم غاب فانه يحكم عليه •

١٧٦٠ ـ وقال أبو يوسف هما سواء ، ويحكم عليه اذا غاب •

١٧٦١ ـ وقال محمد في كتاب القاضي اذا كان قد سمع من البينة بمحضر من المطلوب ثم غاب ولم ير الحكم عليه فانه يكتب الى قاضى ذلك البلد الـــذى هو فيه •

١٧٦٢ـ والشافعي يحكم على الغائب وعلى من فى المصر فى أحد الوجهين•

١٧٦٣ ـ واذا مات المطلوب بالحق فان القاضي يسمع الـكتاب على وارثه أو وصيه ويحكم بما فيه ان كان تاريخ الكتاب قبل الموت او بعده •

فصل

كتاب القاضى بما لا يراه المكتوب اليه

١٧٦٤ ـ وان ورد كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب اليه جائزا مما قد اختلف فيه العلماء لم ينفذه لانه ليس بقضية ، انما هو بمنزلة الشهادة •

١٧٦٥ـ وان كان قد حكم وامضى الحكم بذلك امضاه ، لانه بمنزلة ما حكم به مما يختلف فيه العلماء •

١٧٦٦ـ وهو قول الشافعى في القصاص ايضا •

فصل

الاضافة للأب والجد

١٧٦٧ـ وان كان في الكتاب ان فلانا اقام عندى بينة ان له على فلان كذا لم يقبل الكتاب حتى يضيفه الى أبيه والى جده ، او يحادثه ويعرفه بما يعرف به ، ومتى كان فى ذلك البلد انسان على مثل ذلك الاسم والنسب والصناعة لم يقبل الكتاب الا ان يقيم الطالب بينة انه هو المكتوب فيه الكتاب •

فصل

تشابه الاسماء فى البلد

١٧٦٨ ـ وان لم يكن انفذ الحاكم الكتاب فقال المطلوب انا اقيم بينة ان في هذا البلد رجلا كان على هذا الاسم وانه مات ، لم أقبل ذلك الا ان يكون حيا ، ولا انظر فى حال من مات الا ان يكون موته بعد تاريخ الشهادة بالحق الذى فى الكتاب •

فان كان بعد التاريخ ابطلت الكتاب حتى ينسب الى شىء اعلم انه هو •

وان كان الذى على ذلك الاسم قد مات قبل ذلك بزمان ودهر انفذت الكتاب على الحي •

١٧٦٩ـ وقال الشافعى :

واذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال :

لست بفلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل انه لا مطالبة عليه •

١٧٧٠- وان اقام المدعى البينة انه فلان بن فلان ، فقال الا اني غير المحكوم عليه لم يقبل قوله الاول الا ان يقيم بينة ان له من يشاركه فى جميع ما وصف ، لان الاصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة فان اقام بينة ان له من يشاركه فى جميع ما وصف به ، توقف عن الحكم حتى يثبت من المحكوم عليه منهما .

فصل

ش ١٧٧١- واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق ، فقال المحكوم عليه: أكتب لي الى الحاكم الكاتب انك حكمت علي حتى لا يدعى ثانيا ، فقد اختلف فى ذلك :

فمنهم من قال يلزمه لانه لا يأمن ان يدعي عليه ثانيا ويقيم عليه البينة فيقضى عليه ثانيا .

ومنهم من قال لايلزمه لان الحاكم انما يكتب ماحكم به او ثبت عنده ، والكاتب هو الذى حكم او ثبت عنده دون المكتوب اليه .

فصل

الاشهاد على ماثبت من الاقرار

١٧٧٢- واذا ثبت عند القاضي حق بالاقرار فسأله المقر له ان يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرر لزمه ذلك لانه لايؤمن ان ينكر المقر فيلزمه الاشهاد ليكون حجة له اذا انكره .

فصل

الاشهاد على ثبوت الحق بيمين المدعى

١٧٧٣- قال أصحاب الشافعي :

وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه ، فسأله المدعى ان يشهد على نفسه ، لزمه لانه لاحجة للمدعي غير الاشهاد .

الاشهاد على ثبوت الحق بالبينة

١٧٧٤- وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأل الاشهاد ففيه وجهان : احدهما

انه لايجب لان له بالحق بينة فلم يلزم القاضي تجديد بينة اخرى ، وهذا قول عامة صحابنا .

والثاني يلزمه لان في اشهاده على نفسه تعديلا لبينته وأساسا لحقه والزاما لخصمه .

فصل

الاشهاد على براءة الحالف

١٧٧٥ـ واذا ادعى على رجل حق فانكره وحلف عليه ، وسأل الحالف القاضي ان يشهد على براءته لزمه الاشهاد ليكون حجة له في سقوط الدعوى ، حتى لايطلب الحق مرة اخرى .

فصل

اثبات ما جرى فى الخصومة فى المحضر

١٧٧٦ ـ واختلف في لزوم القاضي ان يثبت في المحضر بما جرى في الخصومة اذا طلب احد الخصمين : فمنهم من أوجبه ومنهم من لم يوجبه .

١٧٧٧ ـ واتفق الجميع على أنه لا يجب الاشهاد عليه والتسجيل اذا لم يكن عنده كاغد من بيت المال وان كان عنده أو دفع اليه الخصم الكاغد فعندنا لا يلزمه ، وعند اصحاب الشافعي يلزمه في أحد الوجهين وكذلك قولهم في المحضر .

أخذ القاضى الاجر على السجل

١٧٧٨ ـ وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله عن ابن شريح انه أخذ على سجل سجل به ألف دينار ، وكان بينه وبين ابن داود خصومة فولب[1] عليه أبو بكر بن داود الخصم ، وقال له :

---

(١) كذا فى جميع النسخ والصواب ألب عليه .

لان ولب معناها دخل يقال ولب في البيت والوجه دخل (لسان العرب) أما ألب يألب فمعناها اجتمع وتألب القوم تجمعوا وألّبهم (بالتشديد) جمعهم . وهم عليه ألب واحد والب والاولى اعرف .. أي مجتمعون عليه بالظلم والعداوة وقد تألبوا عليه تألّبا إذا تضافروا عليه . (لسان العرب) فألبهم عليه معناها حرضهم عليه .

طالبه بالدنانير ، وشنع عليه

فلما اجتمع الخصم به وعزم على المطالبة قال له ابن شريح :

ـ بمن ترضى من أهل العلم يحكم بيننا فهل ترضى بابن داود ؟

فقال الرجل :

نعم فحضرا عنده والرجل يعرف باطن ابن دادود فى القضية ، فلما رأى ابن شريح قد أقبل اليه قام له واستقبله .

فقال ابن شريح له :

ـ أيها الشيخ هل يجب على الحاكم ان يسجل على نفسه بما ثبت عنده ؟

فقال :

ـ لايجب عليه ذلك

فقال ابن شريح :

ـ فما لا يجب عليه هل يجوز أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟

فقال : له أن يأخذ عنه العوض .

فقال له :

ـ فاعلم هذا الشيخ أنه لا يجب على رد ما أخذت على سجلي على نفسي .

١٧٧٩ـ وهذا مذهب لايصح ، لانه قد لا يجب على الانسان الشيء ومع هذا لايجوز أن يأخذ العوض عليه كصلوة النافلة .

١٧٨٠ـ وقد ذكرنا فيما تقدم قولهم في الاجرة على الشهادة والرزق على الحكم عندنا فلا معنى لاعادته .

فصل

١٧٨١ـ ولا يقبل الكتاب اذا قال فيه : على فلان بن فلان البكرى أو التميمي حتى ينسبه الى الفخذ الذى هو منه .

١٧٨٢ـ ولو قال الخصم : أنا فلان بن فلان الفلاني وليس لهذا على شيء لم يقبل ذلك منه ولم يكن في هذا حجة .

فصل

١٧٨٣ ـ وان قال دفعت المال اليه أو ابرأني أو اتى مخرجا بذلك قبل القاضي ذلك منه •

١٧٨٤ـ وان قال :

لست بفلان بن فلان الفلاني والقاضي لا يعرفه ، فالقول قوله ، وقد مضت •

فصل

رسول القاضى الى القاضى ومشافهته

١٧٨٥ـ واذا أرسل القاضي الى القاضي رسولا بما كتب به أو شافهه به فى عمله لم يقبل ذلك ولم ينفذه لان الكتاب بمنزلة الشهادة •

عمل قاضى القضاة بالمشافهة

١٧٨٦ ـ وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يعلم خلفاءه ما ثبت عنده من الحقوق مشافهة وبرسالة ويحكمون بذلك على الخصوم ويستوفون الحقوق ويحبسون بذلك القول لهم ، والنص فى الرواية ما ذكرناه دون ما كان يعمله •

فصل

١٧٨٧ ـ واذا مات الكاتب او عزل بعد وصول الكتاب وقراءة ما فيه امضاه •

ولو فسق او صار فى حال لا يجوز حكمه من ذهاب عقله بعد وصول الكتاب لم ينفذما فيه ورده هذا القاضي •

١٧٨٨ ـ وقال أبو يوسف : اذا عمى بعد الوصول انفذ ، كما لو مات ، وهو قول الشافعي •

كتاب العامل وقاضى الرستاق

١٧٨٩ ـ ولا يقبل القاضي كتاب عامل ولا قاضي رستاق ولا قرية الا قاضي مصر من الامصار أو مدينة فيها منبر [1] وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقبل كتب قضاة السواد ويحكم بها ، غير ان سواد العراق فى كل موضع منبر وخطبة ، وفى بعضه اسواق وحكمه حكم المدن فى غير العراق •

فصل

١٧٩٠ ـ وقالوا لو كتب القاضي الى الامير الذى استعمله وهو معه فى المصر

---

(١) من أول الفصل ٢٢٨٦ الى ههنا ورد في نسخة قليج فقط •

ـ اصلح الله الامير

ثم قص القصة وبعثه مع ثقة ولم يشهد على الكتاب جاز

وقال محمد :

استحسن ان ينفذه

وان كان فى مصر آخر لم ينفذه حتى يكتب اسم الامير واسم ابيه واسم القاضي واسم ابيه .

فصل

١٧٩١ ـ وان انكسر خاتم القاضى وعليه خواتم الشهود فان القاضي يقبله ، وكذلك لو شهدوا انه قرأه علينا واشهدنا عليه فانه يقبله ، وكذلك ان كان الكتاب منشورا او فى اسفله خاتم فانه يقبله اذا شهد الشهود عليه ، وانه قرأه عليهم ، وهكذا قول ابي يوسف والشافعى فى هذه الوجوه كلها .

١٧٩٢ ـ وفى قول ابى حنيفة لا يقبل .

فصل

الطعن فى الشهود والقاضى والكاتب

١٧٩٣ ـ واذا طعن المطلوب بالحق فى الشهود أو القاضى الكاتب وذكر فيهم ما يوجب وقوف حكمه وشهادتهم ، وأقام بينة بانهم فسقة او محدودون فى قذف أو عبيد أو ذمة ، فهذا شبهة توقف الحكم وتمنع من امضاءه ، وهذا فى قول جميع من نعلمه من الفقهاء ممن لا يقبل شهادة محدود او عبد او ذمي فى ذلك على ماتقدم بيان ذلك .

كتابة القاضى بما تسمع فيه البينة

١٧٩٤ ـ وكل ما تسمع فيه بينة ويحكم بها اذا كان حاضرا فانه يكتب بها اذا كان غائبا الا المواضع التي ذكرناها من الحدود والقصاص وما ذكرناه ، وفى هذه الابواب والفصول مسائل كثيرة نذكرها فى المحكوم به .

١٧٩٥ ـ واذ قد ذكرنا صفة القاضي وما يجب كونه عليه من الامور والمقضى له وطريق القضاء ، وذكرنا ما فى ذلك من المسائل والابواب ، وجب ذكر المقضى به من الحقوق وهذا يقتضي ان نذكر الكتب والمعاملات وسائلا الافعال والاقوال ، ونرتب ذلك على ترتيب الكتب ، ونبدأ فى ذلك ان شاء الله بكتاب البيوع .

المقضي به من الحقوق

كتاب البيوع

وهذا كتاب البيوع •

أنواع البيوع

١٧٩٦ ـ اعلم ان البيوع على ثلاثة أضرب :

بيع مجمع عليه وعلى صحته

وبيع مجمع على تحريمه وفساده

وبيع مختلف فيه ، يجوز عند بعض الفقهاء ولا يجوز عند بعضهم •

أسباب الخلاف في البيع

١٧٩٧ ـ والخلاف الواقع فى البيع اما ان يكون فى أصل البيع او فى صحته أو فساده او في قبضه ، او فى ثمنه ، او فى مقداره او فى تأجيل الثمن أو فى الثمن والمبيع جميعا او شرط الخيار او فى مقداره او فى الرهن المشروط فيه أو كفيل فيه او يدعيه المتعاقدان لهما او لغيرهما او ورثتهما او ورثه أحدهما أو وكيلهما أو فى العيب بالعوضين او احدهما •

١٧٩٨ ـ ونحن نفصل هذه الجملة ، ونذكر ما اتفق عليه منها ، وما هو مختلف فيه ، ونذكر جملة ما يشتمل عليه البيع من مسائل الخلاف المتكلم فيه والمناظر فيه اليوم دون ما بَعُد وشذ القائل به •

باب الرجل يدعي على غيره بيع سلعة

١٧٩٩ ـ واذا ادعى على رجل بيع سلعة او عقار او حيوان او شيء تسمع الدعوى عليه فان القاضي يعدى عليه ، فاذا احضر اليه سوى بينهما فى المجلس ولم يرفع شريفا على وضيع ولا مسلما على ذمى ، ولم يخص احدهما بأمر ولا تقريب ولا سر [كذا] ولا يسئله عن حاله وبذلك جاءت السنة وثبتت القضايا[١] •

---

(١) هذا التفصيل تكرار لادب القضاء حيث لاتمس الحاجة اليه ولا يخلو مع ذلك من أهمية لاشارته الى تقاليد القضاء بما جاءت به السنة •

١٨٠٠ ـ فاذا حضرا بين يديه سأل المدعى عن دعواه فان كانت فى منقول اعتبر حضوره عنده وان كانت فى عقار اعتبر ان يحده بحدوده ويصفه ويميزه •

ترتيب التسليم

١٨٠١ ـ واذا ادعى عليه البيع بالثمن المعلوم وصحت الدعوى من وجوه الفساد والجهالات سأل المدعى عليه ، فان أقر أمر بتسليم المبيع اولا عند الشافعي ثم يأمر المشترى بتسليم الثمن •

١٨٠٢ ـ وقال أصحابنا جميعا اذا أقر بالبيع أمر المشترى بتسليم الثمن اذا كان دينا واذا كان عينا بعين او ثمنا بثمن سلما معا •

١٨٠٣ ـ وللشافعي فى ذلك ثلاثة أقوال :

احدها كما قلنا

والثاني الخيار الى الحاكم

والثالث يقرع بينهما

حالة جحد البيع

١٨٠٤ ـ وان جحد البيع سأل المدعى عن البينة ،

ـ الك بذلك بينة أم لا ؟

فان قال لا بينة لي ، قال له :

ـ لك اليمين على الخصم •

ثم اعلم المدعى عليه بذلك ، وقال له :

ـ اتحلف ؟

فاذا قال نعم وبذل اليمين ، قل للمدعى :

تريد ان احلفه لك ؟

فان قال نعم

قال للمدعى عليه :

اتحلف ؟

فاذا قال :

نعم

قال له :

قل والله ، وحلفه بهـــذه اليمين التي وصفناهـــا[1] وبمـا وصفنا ، ويقول لـه :

ـ بالله ما بعته الذى ادعاه من العبد او الدار بالثمن الذى ادعى .

تعريض البـائع

١٨٠٥ ـ الا ان يعرض البائع ان الانسان قد يبيع ثم يرجع اليه بأمر آخـر فانه يحلفه :

ـ ما بينك وبين هذا بيع تام قائم الساعة فيما ادعى .

١٨٠٦ ـ وروى عن ابن زياد انه قال :

لا احلفه الا على هذا الاخير عرض الخصم او لم يعرض ، لان حلفه على هذا يأتي على دعوى المدعى .

١٨٠٧ ـ وقال بعض أصحاب الشافعي :

ـ يحلفه : لا يستحق عليك هذا الذى يدعيه بالبيع .

١٨٠٨ ـ ومن اصحابنا من قال :

احلفه ما هذه الدار شراء لهذه الساعة بما ادعى من الثمن ؟

١٨٠٩ ـ وان شاء حلفه :

ما هذا البيع الذى ادعى عليك فى ذلك قائم له فيها الساعة بهذا الثمن عـلى ما ادعى .

١٨١٠ ـ فان حلف برىء من الدعوى

وان نكل عن اليمين قضى عليه بالبيع عندنا ، وعند الشافعي ومالك برد الثمن

فصل

١٨١١ ـ وان قال :

لي بينة ولكن غائبة عن المجلس فحلفه لي :

---

(١) فى نسخة قيلج : (بما وصفنا فى اليمين) .

فأبو حنيفة لا يحلفه .

وابو يوسف يحلفه ، وبه قال الشافعي ، وقد مضى شرح ذلك فيما تقدم .

١٨١٢ ـ وانما جعلنا القول قوله مع يمينه لان الاصل عدم التبايع ، فمن ادعى البيع فهو المدعى .

١٨١٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

ـ « اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع »[1] ولأن الاصل بقاء ذلك وزواله مشكوك فيه ، وهذا شأن جميع العقود التى يدعيها بعض الناس على بعض ، فاجعل الاصل عدم ما يدعيه الانسان على غيره من سائر الدعاوى ، لأن الأصل براءة الذمة وفراغ الساحة وطريق شغلها انما هو الشرع .

١٨١٤ ـ وكذلك ان كان المدعى للبيع صاحب السلعة والمشترى هو المنكر للبيع فالحكم فى ذلك سواء ، ولا فرق فى هذا بين دعوى الرجل لنفسه او لغيره أو لولده او لشريكه أو لمولاه او لعبده ، فالحكم فى ذلك سواء .

١٨١٥ ـ ولا خلاف بين العلماء ان القول قول المنكر للبيع مع يمينه ، وانه لابد من اليمين لتسقط الدعوى فى البيع وفيما يصح بدله عند ابي حنيفة .

١٨١٦ ـ وما لا يصح فقد ذكرنا فيما تقدم ما يستحلف فيه ومالا يستحلف فيه فلا وجه لاعادته .

---

(١) ورد هذا الحديث في كتاب الآثار لابي يوسف ورقمه ٨٣٠ وصيغته « اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان البيع » والمراد بالاختلاف ههنا الاختلاف في الثمن كما هو ظاهر من سبب الحديث وانه روى في صدد نزاع على ثمن مبيع ، وقد جاء فى موطأ مالك اخراج محمد بن الحسن الشيباني ان صفة الحديث المذكور هى « ايما بيّعان تبايعا ، فالقول قول البائع أو يترادان» .

قال محمد :

وبهذا نأخذ ، اذا اختلفا في الثمن تحالفا وترادا البيع ، وهو قول ابي حنيفة ، والعامة من فقهائنا ، واذا كان المبيع قائما بعينه ، فان كان المشترى قد استهلكه فالقول ماقال المشترى في الثمن ، في قول أبى حنيفة ، واما فى قولنا فيتحالفان ويترادان القيمة » .

فصل

اتفاقهما على البيع واختلافهما فى فساده

الاصل فى العقـــود الصحة

١٨١٧ ـ واما اذا اتفقا على البيع ، واختلفا فى فساده فالاصل عدم الفساد ، لأن دخول كل متعاقدين فى عقد اعتراف منهما بصحة ذلك العقد .

١٨١٨ ـ والوجه الآخر : القول لمن يدعى الفساد .

١٨١٩ ـ الا ان يكون العقد يشهد بالفساد أو فيما يقتضى الفساد فيعمل بذلك فيه ، ويجعل القول قول من يدعيه كالمشترى لام ولد أو لمكاتب أو مدبر أو مالا يجوز شراؤه ولا بيعه عند الحاكم الذى ارتفع اليه فلا يسمع الدعوى .

فصل

اختلافهما فى القبض

الاصل عدم القبض

١٨٢٠ ـ واذا اختلفا فى قبض المبيع او قبض الثمن فالقول قول الذى ينفى ذلك ، والبينة بينة المثبت للقبض منهما اذا اقاما بينة .

١٨٢١ ـ وهذا لا خلاف فيه لان الاصل عدم القبض ، والقبض أمر حادث فمن ادعاه فهو المدعى ، فاذا شهدت بينة بانه لم يقبض ، والاخـــرى بالقبض فبينة القبض مثبتة للحكم والاخرى نافية ، فتكون بينة القبض أولى .

فصل

١٨٢٢ ـ واذا اشترى الرجل سمنا او غيره فى زق فاتزنه ، ثم جاء بالزق ليرده ، فقال البائع :

ـ ليس هذا زقي ، فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه مشتر للســـمن

ومؤتمن فى الزق فالقول قول المشترى ، اذا جاء بما هو مؤتمن عليه فقال :

ـ هذا هو :

كان القول قوله

وجعل المضمون عليه من الزق[1] ما يقوله ، والبائع يدعى عليه الزيادة فالقول قوله انه لم يستوف الا ما يقوله .

فصل

الاختلاف فى قيمة المقبوض وقيمة غير المقبوض

١٨٢٣ ـ واذا اشترى عبدين فقبض احدهما فمات عنده ، ومات الاخر عند البائع ، ثم اختلفا فى قيمة المقبوض وفى قيمة الآخر فالقول قول المشترى .

قال محمد :

الا ترى انه لو اشترى طعاما فقبض بعضه وهلك الباقى عند البائع فقال قبضت ثلثه وقال البائع قبضت نصفه فالقول قول المشترى لانه الضامن ، ولانه لو انكر لكان القول قوله .

فصل

موت أحد المبيعين عند المشترى ورد الآخر بالعيب واختلافهما فى قيمة الميت

١٨٢٤ ـ ولو كان المشترى قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالاخر يرده بالعيب واختلفا فى قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه ، لان المشترى يدعى براءة نفسه بعود هذا العبد اليه زيادة على ما يقوله البائع ، ولا يشبه المسئلة الاولى لان التسليم واجب على البائع بالبيع فلا يصدق البائع فى انه قد برىء منه ، ولانه دخل فى ضمان المشترى ، ويقسم الثمن على قيمة الذى يرده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع فيرده بما يخصه ويلزمه حصة

---

(١) فى النسختين : الزيت .

الميت ، لأنا جعلنا القول قول البائع فيما يخص هذا العبد اذ كانا جميعا فى ضمان المشترى .

١٨٢٥ ـ وان اقاما بينة كانت البينة بينة البائع ايضا ، لأنه أقام البينة على زيادة قيمة الميت ، والوجه الذى قبلنا بينته غير الوجه الذى جعلنا القول قوله فيما يسقط عن المشترى من الثمن ، وقبلنا بينته فى زيادة الثمن للميت .

١٨٢٦ ـ وكذلك لو كان مكان العبدين عدلا رطب فانه يقسم الثمن كذلك عند التنازع على سواء .

فصل

اختلافهما فى المبيع أو الثمن

١٨٢٧ ـ قال أصحابنا :

واذا اختلف المتبايعان فى المبيع او الثمن فانهما يتحالفان ، سواء أكان ذلك عينا او فى الذمة ، فأن كان فى الذمة ، فكل ما كان معقودا عليه فانه يثبت التحالف فيه عندنا ، والتحالف يثبت فى الجملة بين المتعاقدين .

١٨٢٨ ـ وقال داود (الظاهرى) لا يثبت .

١٨٢٩ ـ لنا خبر ابن مسعود انه عليه السلام قال :

« اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا » .

أو لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقدا غير العقد الذى يدعيه الآخر . فيجب على كل واحد اليمين على دعوى الآخر .

فصل

اختلافهما فى الثمن مع قيام السلعة

١٨٣٠ ـ واذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن والسلعة قائمة فى يدى البائع أو المشترى فالقول قول البائع لأنه عليه التسليم .

قال : « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع » [١] .

---

(١) وردت هذه الجملة فى الهامش الاعلى من نسخة قليج .

قال ابو الحسن رحمه الله كان القياس عند ابي حنيفة وابى يوسف رحمه الله ان يكون القول قول المشترى مع يمينه ، لـكنهم تركوا القياس لاجل الخبر .

١٨٣١ – وقال أبو خازم القاضي اذا كانت السلعة معهما فالقياس ان يكون القول قول المشترى وان كانت السلعة فى يدى البائع فالقياس ان يتحالفا على ماورد به الخبر ، لان السلعة اذا كانت في يدى البائع فكل واحد منهما يدعى حقا على صاحبه فيجب ان يتحالفا ، واذا قبضت فلا حق للمشترى في الدعوى لان الملك قد وصل اليه بالقبض وانما الدعوى للبائع عليه ، فيجب ان يجعل القول قوله الا انهما يتحالفان للخبر .

١٨٣٢– وقال الحسن بن ابي مالك وابو عبدالله البلخي القياس ان يجعل القول قول المشترى في الوجهين جميعا ، وانما ترك للاثر لانهما اتفقا على ان الملك للمشترى والبائع يدعى عليه الزيادة وهو ينكرها فالقول قوله .

١٨٣٣ – وقال بعض اصحابنا هذا خطأ لأن الخلاف في العقد وعليه يتحالفان ولو كان ذلك اختلافا في الدين لكان على الزيادة دون مايعترف به من الدين .

١٨٣٤– وقال في كتاب الدعوى :

كان ينبغي فى القياس انهما متى حلفا انه بيع بألف درهم كفى ولكن تركنا هذا القياس للاثر ، لانهما اتفقا على ان الملك للمشترى وقد اتفقا على قدر ما اتفقا عليه من الثمن ، والبائع يدعي الزيادة ، فكان القول قول المشترى ، لانه يدعي الظاهر والبينة بينة البائع ، لانه يدعي خلاف الظاهر ، وانما تركنا ذلك لقوله عليه السلام : « اذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول قول رب السلعة أو يترادان » .

١٨٣٥– وروى انه قال : « اذا اختلف المتبايعان والبيع قائم فالقول قول البائع أو يترادان » .

فقال الكرخي رحمه الله : هذا الخبر ورد بخلاف قياس الاصول ، فقد ورد بضرب آخر من القياس لانه لاخلاف انهما لو اجمعا على ان الملك كان لزيد ثم اجمعا انه انتقل الى عمرو واختلفا في الجهة التي انتقل منها اليه فقال عمرو

ملكت ذلك بهبة او صدقة وقال زيد ملكت ذلك بالشراء فالقول قول زيد ، كما انه لو ادعى عليه الملك وانكره كان القول قوله دون قول مدعي الملك ، واذا صح ذلك وجب ان يكون القول قول المالك فيما ملك به عليه ، كما يكون القول قوله فى الجهة التى انتقل بها الملك ، وقد فرق بين الموضعين بانه فى الهبة لم يوافقه على جهة الملك وفى مسئلتنا قد وافق البائع المشترى على انه ملك بالشراء فينبغي ان يكون القياس بخلاف الخبر .

١٨٣٦- وانما يكون القول قوله مع يمينه وان لم ترد اليمين في الخبر لان من دفع دعوى غيره عليه حقا كان القول قوله مع يمينه ويحلف المشترى ايضا لان المشترى يدعى عليه البدل الذى يدعيه البائع فيجب ان يحلف .

١٨٣٧- وهذا أصل جار فيما يصح بذله عند ابي حنيفة مما يستحلف فيه وعند ابي يوسف والشافعي فى كل ما يصح الاقرار به الا الحدود خاصة وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه ولا يرد اليمين ، وقال الشافعي برد اليمين .

فصل

من الذى يبدأ به فى اليمين

١٨٣٨- والذى يبدأ به في اليمين البائع ، وهذا قول ابي يوسف الاول ، وهو قول زفر ثم رجع وقال الذى يبدأ به في اليمين هو المشترى ، وهو قول محمد لانه المبتدأ به في الثمن اذا كان غير معين .

١٨٣٩- وقد بينا ان الشافعي يبدأ بتسليم المبيع فيبدأ بيمين البائع .

١٨٤٠- وقال الطحاوى في أدب الحكام الصغير له :

قال أبو حنيفة :

اذا اختلف المتبايعان في الثمن قبل القبض وبعده فانهما يتحالفان ويترادان ويبدأ باليمين البائع .

١٨٤١- وذكر ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انهما اذا اختلفا في الثمن بدأت بالمشترى وان اختلفا في المبيع بدأت بالبائع .

١٨٤٢- واختلافهما في المبيع ان يقول المشترى اشتريت منك ثوبين ويقول البائع بعتك ثوبا واحدا ، فيبدأ ههنا بالبائع .

١٨٤٣- والخلاف في الثمن ان يقول :

بعت بالف

ويقول المشترى بخمسمائة ، فنبدأ ههنا بالمشترى .

فصل

فى العين بالعين والدين بالدين

١٨٤٤- وهذا اذا كان الثمن دينا .

فان كان عينا بعين ، او كان الثمن والمبيع دينا فان الحاكم بالخيار في البداية بأيهما شاء لانه ليس هناك ما يوجب تقديم احدهما على الآخر .

١٨٤٥- وكان الكرخي رحمه الله يقول :

الرواية في العين بالعين ، والدين بالدين قياس المذهب .

فصل

اختلفا فى الثمن والسلعة مستهلكة

١٨٤٦- وان اختلفا في الثمن والسلعة مستهلكة في يدى المشترى باستهلاك أو اكل فالقول قول المشترى مع يمينه ، ويلزمه ما أقر به من الثمن عند ابي حنيفة وابي يوسف .

١٨٤٧- وقال محمد والشافعي يتحالفان ، ويكون على المشترى قيمة السلعة والقول في القيمة قول المشترى مع يمينه .

١٨٤٨- ولو اقاما بينة اخذت بينة البائع لانه يثبت الزيادة على المشترى وانما لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة لان الخبر ورد معللا بقيام السلعة ، ولان بعد الهلاك لايصح فسخ البيع بالعيب وكذلك بالتحالف والاقالة لانه لا فائدة من اليمين الاولى لان القول قوله في القيمة .

فصل

السلم

المبيع فى الذمة

١٨٤٩ـ واذا كان المبيع في الذمة سلما واختلفا في الجودة او الرداءة او الوسط او في قدره فانهما يتحالفان لان هذه المعاني معقود عليها في السلم فالاختلاف فيها اختلاف في نفس المعقود عليه •

وان كان الخلاف في صفات العين لم يثبت التحالف لانها غير معقودعليها

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٠ ـ وكيف يحلف البائع ههنا ؟

قال اصحابنا :

ـ يقول بالله ما بعت بالف وانما بعت بالفين •

قالوا : الثمن انما يكون على النفي ولكن ههنا يدعي الشراء فيه بالف وهو يرد ذلك فيمينه ههنا على الاثبات ولا يكون يمينا على الاثبات الا ههنا ولكنها على وجه التبع للنفي ، ومثل هذا جائز ، لان المودع اذا قال رددت الوديعة ، وان كانت اليمين على الاثبات الا ان معناه انه لا يستحق على الوديعة فكذلك هذا ، لكن فى هذه الزيادة فائدة ، لانه اذا حلف انه ماباع بألف يجوز أن يقول قد بعت بالف وخمسمائة ، فاذا قال بعت بالفين لم يمكن ان يدعي بعد ذلك •

١٨٥١ـ والمشترى يحلف فيقول :

بالله ما اشتريت بالفين وانما اشتريت بالف كما قلناه في البائع •

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٢ـ واذا حلفا جميعا فانه يبقى المبيع بينهما قائما ولا يفسخه الحاكم

حتى يسئل ذلك احدهما لان دعوى كل واحد قد بطلت بيمين الآخر فصار بيعا بغير بدل فيفسد ، والبيع الفاسد يحتاج في رفعه الى حكم الحاكم ، لانه يجوز ان يرجع احدهما الى تصديق الآخر ، وليس هذا كفرقة المعان عندنا لان الفرقة حق لله تعالى ، فلو تراضيا على البقاء على النكاح لم يجز ذلك فلهذا فرق من غير مسئلة .

فصل

اختلافهما فى جنس ما اسلم فيه

١٨٥٣ ـ واذا قال احدهما اسلمت اليك في كر[1] حنطة ، وقال المطلوب في كر شعير تحالفا لانه اختلاف في المعقود عليه .

ولا يشبه هذا اختلافهما في ذرع الثوب اذا كان عينا انه لاتخالف لانه ليس معقودا على الصفة في البيع لان زيادة الذرع عندما يكون للمشترى ونقصانه لايوجب حط جزء من الثمن ، ويفسخ العقد بينهما .

١٨٥٤ـ وقال اصحاب الشافعي في فسخ العقد بعد التحالف وجهان :

أحدهما كما قلناه .

والثاني ينفسخ بنفس التحالف

اليمين فى السلم

١٨٥٥ـ ويبدأ في السلم بيمين المطلوب في قول ابي يوسف الاول ، وهو قول زفر .

---

(١) جاء فى لسان العرب فى مادة (كرر) : الكُرّ مكيال لاهل العراق ، وفى حديث ابن سيرين : إذا بلغ الماء كرا لم يجعل نجسا ، وفى رواية «اذا كان الماء قدْر كر لم يحمل القذر » والكر ستة أوقار حمار ، وهو عند أهل العراق ستون قفيزا ويقال للحسى كرايضا ، والكر واحد أكرار الطعام ، ابن سيده : يكون بالمصرى اردبا ، قال ابو منصور : الكر ستون قفيزا ،والقفيز ثمان مكاكيك، والمكوك صاع ونصف وهو ثلاث كيلجات ، قال الازهرى : والكر من هذا الحساب اثنى عشر وسقا كل وسق ستون صاعا .

وفي الثاني بيمين الطالب وهو قول محمد لانه جعل المطلوب كالبائـــع ، والطالب كالمشترى .

فصل

١٨٥٦- وان اقاما جميعا بينة اخذت بينة الطالب لانه ادعى جنسا وانكـره الآخر فوجب ان تكون البينة بينته ، لانه اثبت ما ادعاه ، والمطلوب أقـام البينة على شيء قد ابرأه عنه ورد اقراره فيه .

فصل

اختلافهما فى مكان الايفـــاء

١٨٥٧ - وان اختلفا فى مكان الايفاء فالقول قول المطلوب والبينة بينة الطالب في قول ابي حنيفة .

١٨٥٨- وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان وهو قول الشافعي لان المكـان اختلاف فى غير المحلوف عليه فصار كالاختـلاف فى الرد بالعيب ، وهـما يقولان القيمة تختلف بالاماكن فصار كالمعقود عليه .

فصل

اختلافهما فى الثمن بعد هلاك احدى العينين

١٨٥٩ - واذا كان المبيع عينين فهلكت أحداهما ثم اختلفا في المثن فان أبا حنيفة قال :

- لا يثبت التحالف الا ان يرضى البائع ان لا يأخذ من الهالك ثمنا ولا قيمة ويجعله كأنه لم يكن فحينئذ يتحالفان ويرد الباقي .

١٨٦٠ - وقال أبو يوسف يتحالفان في الباقي ويلزمه عن الهالك الثمن والقول قول المشترى فيه .

١٨٦١- وقال محمد والشافعي :
يتحالفان ويرد الباقي وقيمة الهالك ، وهذا اذا كان المشترى قد قبض .
١٨٦٢- وجعل ابو يوسف ذلك كالرد بالعيب اذا هلك البعض رد الباقي
١٨٦٣ - ومحمد يوجب التحالف مع قيام المبيع ومع هلاكه كله ويرد القيمة
١٨٦٤- وابو حنيفة جعل ذلك كالاقالة ومضى على اصله من القياس .
١٨٦٥ - وان اقاما جميعا بينة فالبينة بينة الطالب لانه اجتمع ببينتان أحدهما له والاخرى عليه فكانت التي عليه اولى .

فصل

اختلافهما فى المسلم والمسلم به

١٨٦٦- واذا اختلفا فقال احدهما اسلمت اليك عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر بل اسلمت لي عشرين درهما في كر واحد فانهما يتحالفان وايهما نكل لزمته دعوى صاحبه .

١٨٦٧- وان اقاما البينة جميعا قبلت بينة الطالب في كرين وبينة المطلوب في عشرين درهما لانا نأخذ بالزيادة من البينتين وكل واحدة تثبت حقا على الآخر فينبغي ان يقضى به .

فصل

١٨٦٨- وان قال الطالب : خمسة دراهم في كر حنطة وقال المسلم اليه : عشرة دراهم في كر شعير فأقاما جميعا البينة فأنه يقبل بينة الطالب في الحنطة وبينة المطلوب في العشرة فتقبل بينة كل واحد منهما فى الزيادة .
١٨٦٩- وقال الشافعي تتهاتر البينتان .
١٨٧٠- وقال محمد : ذلك سلمان : خمسة في كر حنطة وخمسة في كر شعير .

١٨٧١ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ان رجلين تنازعا في

بعير واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فقضى به بينهما نصفين ، وهذا على الشافعي لانه سوى المسئلتين وعلى محمد أنه لم يجر بينهما الا عقد واحد فلا يجوز أن يلزمهما عقدان .

١٨٧٢ـ وليس كذلك اذا كان رأس المال جنسين لانه لايمكن أن يدخل احدهما في الآخر وفي مسئلتنا يدخل الاقل في الاكثر .

١٨٧٣ـ ومحمد يقول يجب أن تصحح البينتان جميعا .

١٨٧٤ ـ وكل واحد يدعي غير ما يدعيه الآخر من المعقود عليه فهو كما لو ادعى أحدهما عبدا والآخر جارية .

فصل

الاختلاف فى الاجل أو الخيار أو الرهن ...الخ

١٨٧٥ ـ واذا اختلفا فى الاجل أو الخيار أو الرهن أو الكفيل أو الضمين فأنهما لايتحالفان عندنا ويكون القول قول من ينفي ذلك .

١٨٧٦ ـ وقال زفر والشافعي يتحالفان ، لانه اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان وهما قاسا ذلك على اختلافهما في المعقود عليه .

فصل

١٨٧٧ ـ واذا كان الاختلاف في الاجل فقال الطالب شرطت لك كذا من الاجل وقد مضى وادعى المطلوب أجلا ابعد منه وانه لم يحل فالقول قول الطالب مع يمينه .

١٨٧٨ ـ والاجل حق للمطلوب لانه لو اسقط الاجل وعجل المسلم فيه اجبر رب السلم على قبوله ، وهو يدعي الزيادة على ما اقر به الطالب فالقول قول من ينفي الزيادة .

فاذا أدعى الطالب ايفاءه لم يصدق وعليه البينة انه قد اوفاه الذى اقر به كمن أقر بدين وادعى ايفاءه .

١٨٧٩ـ وان أقاما بينة فالبينة بينة المطلوب .

١٨٨٠ ـ ولو قال الطالب : أجلتك شهرا وقد مضى .

وقال المطلوب لم يمض انما أخذت منك الساعة فالقول قول المطلوب أيضا ، وكان القياس أن تكون البينة بينة الطالب لانه يدعي الايفاء فصار كمن يدعى ايفاء الدين • وانما جعلنا بينة المطلوب أولى لانه يثبت اختلافهما بعمل فيه التأجيل عن الشهر الذى أقام البينة على ايفائه به فهو مثل أن يقيم البينة أنه أوفاه الدراهم وأقام الذى له الدين أن عليه مائة دينار ولم تعارضه بينة في ذلك ، وكذلك في الشهر الذى اثبت هو الاجل لم تعارضه فيه بينة الطالب ، والوجه الذى جعلنا القول قوله غير الوجه الذى قبلنا بينته •

فصل

نفى أحدهما شرط الاجل وادعاه الآخر

١٨٨١- وان نفى أحدهما شرط الأجل وادعاه الآخر فالقول قول الذى ادعاه ايهما كان •

١٨٨٢- ولا يصدق الآخر على الفساد للسلم والقياس أن يكون القول قول من ينكر الاجل لان الاجل يدعى على الطالب وهو جاحد فلا يصدق عليه كما لاتصديق في زيادة الثمن ، وكما لو أنكر السلم رأسا والاستحسان أن يكون القول قول من يدعي الاجل الا أن يكون المثبت للاجل هو الذى يستحق عليه فلا يكون ذلك استحسانا ، ويكون قياسا ، ويكون السلم فاسدا عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة يثبت السلم استحسانا •

١٨٨٣ - وجه قولهما أن الأجل في السلم حق للمطلوب على الطالب فلا يجوز أن يستحقه المطلوب عليه بقوله ، كما لا يجوز أن يستحق عليه بقوله أن هذا رهنه عندى ، أو أن هذه الدار أجرها مني •

١٨٨٤ - والاستحسان أن يكون القول قول من يدعيه لان تسمية السلم تقضي ثبوت الاجل ، لانه عبارة عن تقديم أحد العوضين وتأخير الآخر ، وقد أجمعا على أن ذلك سلم فصار كأنهما قد اعترفا بثبوت الاجل في ذلك ولو اعترفا بذلك ثم قال الطالب لم يكن أو قال المطلوب لم يؤجل لم يصدق واحد منهما لان المنكر بعد ذلك مدع لفساد العقد الذى اعترفا به ، وليس يمنع ان يستحق بما يجرى

مجرى الاعتراف لان البائع لو قال بعت مالم يكن لي أو قال المشترى اشتريت ما لم يكن للبائع بعد اعترافهما بالبيع لم يصدقا فى ذلك ، وكما لو أقرا يعقد نكاح وادعى أحدهما أنه كان بغير شهود لم يصدق في ذلك .

١٨٨٥- ويثبت الاجل وان كان مجهولا ويرجع الى قول المسلم اليه اذا كان ما ادعاه فى العادة ، وان ادعى شيئا منع منه العادة التي يتعارف الناس ذلك فلا يكون القول قوله ويرجع فيه الى العادة ، ولا يتحالفان ولا يترادان في اختلاف الاجل خلافا للشافعي .

فصل

قاعدة من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه

١٨٨٦ - واذا تتاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا فى رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه ، لانه يدعي عليه زيادة وهو ينكرها فالقول قوله .

١٨٨٧- وقالوا لو رد المبيع على البايع بعيب ثم اختلفا في الثمن جعل القول قول البائع أنه ماقبض الا ذلك القدر لان من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه .

فصل

اختلافهما فى المعقود عليه فى السلم

١٨٨٨- واذا اختلفا فقال رب السلم اسلمت اليك في ثوب هروى[١] وقال الذى عليه السلم بل هو زطي [٢] فأنه يحلف الذى عليه السلم بالله ماهو بهروى فان حلف برىء ، وعلى الطالب أن يحلف بالله ماهو زطي ، فاذا حلف رد رأس المال لانه اختلاف فى نفس المعقود علبه فوجب التحالف .

١٨٨٩- وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ويصير كأنه صدقه فيما يدعي عليه .

١٨٩٠ - وان أقاما جميعا بينة فالبينة بينة الطالب لانه اثبت المطلوب بينته

---

(١) نسبة الى هراة .

(٢) نسبة الى الزط وهم قبيل من الناس كانوا يعيشون فى سواد العراق . وفى لسان العرب : الزُّطّ جيل اسود من السند اليهم تنسب الثياب الزطية ، وقيل الزط اعراب جَتّ بالهندية وهم جيل من أهل الهند وقيل الزط السبابجة قوم من السند بالبصرة .

ثوبا زطيا ، وقد ابرأه الطالب منه والبراءة تصح لانها فى الذمة ، وقد اثبت الطالب ببينته ثوبا هرويا فوجب أن تقبل بينته عليه لانه ما ادعاه .

١٨٩١ـ وان اتفقا على أنه ثوب يهودى غير ان الطالب قال : هو ستة أذرع فى ثلاثة أذرع ، وقال المطلوب هو خمسة أذرع في ثلاثة فهدا والاول في القياس سواء يتحالفان ويترادان ، وبالقياس نأخذ .

١٨٩٢ ـ وأما في الاستحسان فينبغي ان يكون القول قول المطلوب مع يمينه لان الذرع صفة ، والاختلاف في الصفات لايوجب التحالف والتراد ، كما لايوجب ذلك في البيع .

١٨٩٣ ـ والقياس أن السلم عقد على صفة ثبتت فى الذمة ، فهو اختلاف فى نفس المعقود عليه كما لو اختلفوا في العين المبيعة ، والذرعان فى المبيع صفة فيه وليس بمعقود عليه لانه لا ينقص بنقصانه ولا يزيد بزيادته عندنا .

فصل

اختلفا فى السلم وفى رأس المال

١٨٩٤ـ واذا اختلفا فى السلم وفى رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا فقال المسلم اليه : اسلمت الى هذه الجارية في مائة مختوم حنطة ، وقال رب السلم : بل اسلمت اليك هذا العبد فى مائتى مختوم حنطة تحالفا وترادا لانه اختلاف فى المعقود عليه .

١٨٩٥ ـ وان اقاما بينة لزمته الجارية بمائة مختوم حنطة ، ولزمه العبد بمائتي مختوم حنطة لان كل واحد منهما قد اثبت عقدا غير العقد الذى اثبته الآخر ولم يعارض فيه الآخر لان عقد الجارية بمائة ، وعقد العبد بمائتين .

فصل

انكار قبض رأس المال

١٨٩٦ ـ واذا قال الرجل : اسلمت الى عشرة دراهم فى كر حنطة ، ثم

قال بعدما سكت : ولكن لم أقبض رأس المال ، أو قال رب السلم : قد قبضت ، فالقول قول رب السلم .

١٨٩٧- وكذلك لو قال :

أسلمت لي ثوبا فى كر حنطة فهو مثل ذلك ، وهذا استحسان ، وكان القياس أن لا يكون قابضا من يقول قبضت الثوب والدرهم ، لان قوله : اسلمت لي ليس هو اقرارا بالقبض وانما هو اخبار عن العقد ، وان كان اقراره يحتمل أنه بالعقد والقبض فوجب أن لايلزم الابيقين ، والاستحسان انه قد جعل قوله أسلمت لي في العادة بمنزلة قوله اسلفت الى ، وهى عبارة عن القبض فقوله بعد ذلك : لم أقبض رأس المال رجوع فلا يصدق فيه .

١٨٩٨- وعلى هذا قال أصحابنا :

اذا قال لفلان علي ألف درهم ثمن جارية باعنيها ، ثم قال : لم اقبضها ، وقال الاخر : قد قبضت كان المال عليه لانه لايلزمه المال الا بالقبض فقراره بالمال اقرار بالقبض وصل أو قطع فى قول ابي حنيفة .

١٨٩٩ - وعند ابي يوسف يقبل أن وصل ولا يقبل ان قطع .

وقال الشافعي : يقبل وصل أو قطع ولا يشبه هذا عندنا اذا أشار الى عبد بعينه لان الثمن يجوز أن يكون ثابتا فى المعين .

فصل

١٩٠٠ - واذا اختلفا فقال رب السلم :

أسلمت اليك هذا الثوب فى كر حنطة وقال المسلم اليه :

بل أسلمت الي هذين الثوبين في كر حنطة تحالفا وترادا لانه اختلاف فى المعقود عليه وان أقاما بينة فلبينة بينة المسلم اليه بالقولين جميعا لان البينة على شيء حصل الاقرار معه لا تقبل ، وانما تقبل على شيء حصل الانكار (معه) وهو الثوب الزائد .

فان قال المسلم اليه : اسلمت الي ثوبين فى كر حنطة ، وقال رب السلم : بل اسلمت اليك أحدهما وهو هذا بعينه فى كر حنطة وكر شعير « واقاما البينة قضى للمسلم اليه الثوبين جميعا وقضي عليه بكر حنطة وكر شعير »[1] لان هذا ادعى زيادة المسلم فيه

فصل

اختلافهما فى قبض رأس المال فى المجلس

١٩٠١- وان اختلفا في قبض رأس المال في المجلس فقال احدهما : تفرقنا من غير قبض وهو رب السلم ، واقاما بينة بذلك فالبينة بينة المسلم اليه لان بينة رب السلم بينة على النفي ، وذلك لايقبل ، وبينة الآخر تثبت صحة السلم .

١٩٠٢- ولو كانت الدراهم في يد رب السلم بأعيانها فقال المسلم اليه أودعنيها أو غصبها بعد قبضي لها ، وقد قامت البينة بالقبض كان القول قوله ويقضى له بالدراهم ان أقام البينة على القبض وان تلك الدراهم له .

فصل

اختلاف ورثة البائع والمشترى فى الثمن

١٩٠٣- واذا كان البائع قد مات واختلف في الثمن ورثة البائع والمشترى فالقول قول ورثة البائع ان كان المبيع في أيديهم .

والقول قول المشترى ان كان المبيع في يده ، وكذلك لو مات المشترى وبقى البائع كان القول قول الذى فى يده منهم ، وهذا استحسان والقياس فى هذا

---

(١) مابين قوسين من نسخة قليج .

والاول سواء أن يكون القول قول المشترى فى ذلك كله ، فتركوا ذلك للاثر ، وهو قول أبي حنيفة وابي يوسف .

١٩٠٤- وقال محمد والشافعى يتحالفان ويترادان وحياتهما وموتهما سواء اذا لم يعتبر اقيام السلعة فأبو حنيفة حصر الحلف بحياتهما وقيام السلعة للخبر ، فما عدا موضع الخبر فهو متروك على مايوجبه القياس ، وان تخالف[1] بين الورثة بعضهم في بعض ، فاذا كان في يد ورثة البائع لم تزل يدهم الا بالقبض، وان كان فى يد ورثة المشترى فقد اقر البائع بزوال ملكه ، وهو يدعي عليه الثمن وليس من حيث قام الورثة مقام الميت في الرد بالعيب يجب أن يقوموا ههنا مقامه ، لان فى العيب قد بقى عند البائع حصة من الثمن للمشترى فيصح لهم المطالبة بذلك .

فصل

ازدياد السلعة خيراً

١٩٠٥- وان كانت السلعة في يد المشترى قد زادت خيرا ، وكانت جارية فولدت ، أو جني عليها ، واخذ المشترى ارثها لم يكن بينهما تحالف على ماتقدم في القياس عند ابى حنيفة وابى يوسف .

نقصان السلعة

١٩٠٦ - وان كانت نقصت أو جنى عليها المشترى فالقول قول المشترى أيضا الا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة ، لانه اذا هلك بعض المبيع فليس المبيع قائما بعينه ، واما اذا رضى فقد اخرج مانقص من المبيع فصار فى الحكم كأن البيع لم يقع الا على هذا القائم ، دون الهالك، لان الاختلاف بين المتبايعين لايقع فيه ، لانه خرج من جملة المبيع ، والاختلاف انما هو في تصحيح الثمن ، وصار هذا كما

---

(١) نسخة قليج تحالف والنسخة الاخرى غير منقوطة وسياق الكلام ما أثبتناه .

لو كان المبيع عبدين فمات أحدهما ورضى البائع أن يأخذ الحي ولا يطالبه بثمن الميت .

فصل

اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشترى

١٩٠٧- واذا اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشترى فالقول قول المشترى في قول أبي حنيفة وابى يوسف ، لان القياس يوجب المنع من موجب خبر التحالف ، والخبر مشروط بقيام السلعة ، والامر ههنا بخلافه .

فصل

رجوع السلعة الى المشترى بغير الوجه الذى خرجت به من يديه

١٩٠٨ - وكذلك ان رجعت اليه بوجه غير الوجه الذى خرجت به من يديه فالقول قول المشترى لان الملك محدد فلا يجوز ان يفسخ الملك لاجل الاختلاف في العقد الاول .

١٩٠٩- وهذا قول أبي حنيفة وابى يوسف .

١٩١٠- وقال محمد : يتحالفان ويترادان ، لان الذى أوجب التحالف مع بقاء السلعة على حالها هو أنه لايجوز أن يستحق كل واحد منهما على صاحبه ملكه بقوله .

١٩١١- واما اذا خرج عن ملكه لم يصح فيه التراد لفوات المبيع ، وفوات المبيع يسقط التحالف .

فصل

باعها البائع من رجلين

١٩١٢- فان كان البائع باعها من رجلين فباع احدهما نصفه من شريكه

ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول المشترى الذى باع نصفه ويتحالفان على حصة الآخر .

١٩١٣- قال الكرخي رحمه الله : وهذا عندى اذا رضي البائع أن يأخذ هذا النصف لان فى ذلك تفريق الصفقة عليه كائنين اشتريا عبدا ثم وجدا به عيبا فليس لواحد منهما أن يرد على قول ابي حنيفة ، وقال يحتمل أن يكون مسألة الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد أيضا لان البائع يقول : انا لم أرض بتفريق الصفقة علي ، ولا يشبه هذا العيب عندهما لانه كان موجودا فى حالة العقد .

١٩١٤- واذا اشترى عدلا[١] زطيا وأقر أنه زطي فلم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك برده وقال وجدته كرابيس[٢] لم يصدق لانه قد أقر بالاستيفاء لما اشترى فدعواه بعد الاقرار انه لم يستوف تكذيب لما اقر به فوجب أن لايصدق .

١٩١٥- ولو كان قال : لا أدرى ازطي هو أم لا لكن أخذته على قولك فانظر اليه ، ثم جاء به فرده وقال وجدته كرابيس ،كان مصدقا لانه لم يتقدم منه اقرار بقبض ما اشتراه ، ولانه اذا كان فيه خيار الرؤية فانه اذا نقض المبيع المشترى انتقض .

١٩١٦- فاذا قال المشترى هذا ثوبك وقد نقضت البيع فيه حصل في يده

---

(١) فى لسان العرب عن سيبويه أن العدل بالكسر لايكون الا للمتاع ، واجاز غير سيبويه أن يقال عندى عدل غلامك أى مثله وعدله بالفتح لا غير قيمته، قال ابن الاثير (العدل) بالفتح ماعادله من جنسه وبالكسر ماليس من جنسه وقيل بالعكس ... والعدل نصف الحمل يكون على أحد جنبى البعير ، وقال **الازهرى العدل اسم حمل معدول بحمل أى مسوى به ، والجمع اعدال وعدول عن سيبويه . وقال الفراء فى قوله تعالى او عدل ذلك صياما قال : العدل** ماعادل الشيء من غير جنسه ، ومعناه أى فداء ذلك والعدل المثل مثل الحمل .

(٢) فى لسان العرب فى مادة كربس : الكرباس والكرباسة ثوب ، فارسية وبياعه كرابيسى التهذيب : **الكرباس بكسر الكاف فارسى معرب . ينسب اليه بياعه فيقال كرابيسى والكرباسة أخص منه والجمع الكرابيس . وفى حديث** عمر (ر) وعليه قميص من كرابيس ، هى جمع كرباس وهو القطن... والكرباس راوق الخمر .

ثوب لغيره ، فالقول قوله ، واذا لم يكن فيه خيار وانكر البائع أن يكون هذا ثوبه فالقول قوله ولا يصدق المشترى .

فصل

١٩١٧- واذا اشترى ثوبا وقال البائع (هو) هروى وقال المشترى . لا ادرى وقد رآه ولكن أخذه على مايقول ثم جاء به يرده وقال وجدته يهوديا ، لم يصدق لانه لم يكن فيه خيار وقد كان رآه ، ولا يشبه هذا اذا اشترى عبـــدا لم يره أن له فيه خيار الرؤية ، الا ترى أنه لو قال اشتريت هذا الفرس واشار اليه فاذا هو برذون لم يكن له ردها .

١٩١٨- واذا نظر الى عدل مطوى ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يرده الا من عيب ، لان العادة أن يكون مطويا ، كذلك هذا .

فصل

اختـــلاف الصـــفات

١٩١٩- ولو اشترى جارية على أنها خراسانية فوجدها سندية جاز له ردها وهذا بمنزلة العيب فيها لان معانيها تختلف وتتفاوت تفاوتا كثيرا فصار كاختلاف الجنس ، وان كان بنو آدم كلهم جنسا واحدا ، الا ترى ان الاجسام كلها وان كانت جنسا واحدا فانها اذا اختلفت الصفات التي هي عليها وتفاوتت المعاني المطلوبة منها صارت فى الحكم والتعارف كالاجناس المختلفة فى الاصل ، وان كانـــت الجسمية لها جامعة وكان كونها جوهرا يقتضي فيها المماثلة .

فصل

اشتراط الخيار للآمـر

١٩٢٠ - واذا أشترى لغيره شيئا واشترط الخيار للآمر ، فقال البائع قد

رضي الآمر باسقاط الخيار ، وانكر الوكيل فالقول قوله ولا يمين عليه، قالوا : ولو كانت اليمين عليه لم يكن له ان يرده حتى يحضر الآمر وله ان يرده بغير يمين ، وهو بمنزلة الاجنبي فيما يدعي البائع على الآمر ، والوكيل انما يكون خصما فيما بينهما من حقوق العقد ، والبائع بما يدعي يريد ابطال ماهو مستحق عليه من الفسخ فوجب أن لايصدق .

١٩٢١- والوكيل فيما يدعي على الموكل كالوصي فيما يدعي على الميت والورثة من الحقوق ، وان أقام البائع بينة ان الآمر قد رضي فالبيع لازم للآمر لانه اذا ثبت رضاء الآمر سقط الخيار الذى للوكيل لان خيار الموكل هو الخيار الذى ثبت له لان ذلك لايثبت الا للعاقد ، الا انه اذا ثبت فلا فصل عن أن يثبت لزيد أو لعمرو ، فاذا ثبت لهما فأيهما اجازه جاز وان لم يقم البينة وصدقه المشترى فيه وقال الآمر في الثلاث بحضرة البائع قد ابطلت لزم المشترى ، لان اقرار الوكيل برضا الآخر يمنعه من رده على البائع ولا يجوز اقراره على البائع، وابطال الآمر البيع بحضرة البائع جائز ، فاذا كان كذلك لزم البيع الوكيل الا ان يرى أن الوكيل لو رضي بالعيب لزمه ولا يلزم الآمر ، ويكون الآمر على خياره.

١٩٢٢ وان كانت هذه المقالة منهم بعد الثلاث لزم الآمر لان مضي المدة يصحح البيع ، ويسقط الخيار ، ولا يمكن فسخه فجاز البيع بنفسه ، فبعد ذلك لا يصدق الآمر على دعوى النقض مع أن البيع قد لزمه .

فصل

١٩٢٣- واذا اشترى رجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك احدهما عند المشترى فليس له أن يرد الباقي .

١٩٢٤- وكذلك ان اصابه عيب من عمله أو من غير عمله لان الخيار اذا ثبت منع من اتمامه .

١٩٢٥- وفوات بعض المبيع في ضمان المشترى يمنع من الفسخ فيه فيجب أن يكون مانعا من الفسخ فيما بقى ، لان ليس له أن يتم البيع في بعض ماوقع عليه العقد دون بعض فوجب ان يبطل خياره .

١٩٢٦ ـ وان كان الخيار في أن يأخذ احدهما دون الآخر فهلك احدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ورد الباقى [١] .

١٩٢٧ـ وهذا استحسان فى الاثنين والثلاثة ولا يجوز فى الاربعة وفيما زاد ووجه القياس والاستحسان معلوم .

فصل

الالتزام التحييري (صار التعيين)

١٩٢٨ـ واذا اشترى الرجل عبدين احدهما بألف درهم والآخر بخمسمائة على أن يأخذ احدهما ، ايهما شاء ويرد الآخر فماتا فقال البائع مات الذى بألف، قبل وقال المشترى مات الذى بخمسمائة ، قبل ، لم يصدق واحد منهما على ماقال ، ويحلف المشترى مايعلم أنه مات الذى بالف قبل ، ويحلف البائع مايعلم أن الذى بخمسمائة مات أولا ، لان البائع يدعي أنه لزمه الثمن ألف درهم ، والمشترى ينكر ذلك فيحتاج ان يحلف عليه والمشترى يدعي أن الاماتة حدثت فى يد البائع فله أن يحلف البائع ، لانه لو امتنع البائع أن يحلف سقط عن المشترى الزيادة على ما أقر به من الثمن ، فله أن يحلف البائع عليه ، فان حلفا جميعا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لانه لم يثبت واحد منهما بعينه ، أنه المبيع فصار كأنهما ماتا معا ، وهذه اليمين لا على جهة التحالف ، وهذا قول أبي يوسف الاول ، وقال أبو يوسف بعد ذلك : القول قول المشترى الا أن يقيم الآخر البينة ، وهو قول محمد لانا لو حلفناهما جميعا فنكلا أو حلفا لم نتوصل الى الحكم بأحد المبيعين بل يبقى [٢] الامر بعد اليمين كما كان فوجب أن يسقط اليمين ، ويجعل القول قول المشترى لان الخيار في ذلك كان للبائع فوجب أن يكون القول قوله فيما حصل عليه من الثمن ، لان احدهما كان مضمونا ، والآخر أمانة فان لم يعلم المبيع من ذلك غرم نصف ثمن كل واحد منهما ، فان قامت لهما بينة لزم الالف .

---

(١) هذا شبيه بالالتزام البدلى (م٣٠٢ من القانون المدنى العراقى) .

(٢) في النسخة المعتمدة يسقط .

١٩٢٩ـ وكذلك لو حدث بهما عيب فاختلفا في الذى أصابه العيب اولا ثم أقاما البينة لان البائع ادعى زيادة على ما اقر له به واثبت ذلك بالبينة ، بما هو خلاف الظاهر فوجب أن يحكم به ، ويلزم المشترى •

فصل

هل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً ؟

١٩٣٠ـ واذا فسخ الحاكم العقد عن المتداعيين فهو فسخ للعقد في الظاهر والباطن عند ابي حنيفة ، وعن أبى يوسف انه يفسخ فى الظاهر •

١٩٣١ـ ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه :

أحدهما كقول ابي حنيفة •

والثاني كقول أبى يوسف •

والثالث : ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن •

١٩٣٢ـ أبو حنيفة جعله كفرقة اللعان والرد بالعيب لانه لاجل الظلامة •

وابو يوسف قال السبب هو الجهل بالثمن ، وهو في الباطن معلوم مجهول في الظاهر فوقع الفسخ في الظاهر •

والثالث لهم أن البائع يمكنه تصديق المشترى فيزول الظلم فان كان مظلوما وقع الفسخ فى الظاهر والباطن •

فصل

اختلاف ورثة المتعاقدين فى البيع

١٩٣٣ـ واذا اختلف ورثة المتعاقدين في المبيع لم يتحالفا والقول قول ورثة المشترى •

١٩٣٤ـ وقال الشافعي يتحالفان لان الاصل عندنا ترك التحالف على مامضى وهو يقول اختلفا فى المال فهم كالمتعاقدين •

١٩٣٥ ـ وابو حنيفة يفرق بينهم كما فرق الجميع في اللعان •

فصل

اختلاف الوكيلين فى الثمن

١٩٣٦- واذا كان المبيع بين وكيلين فاختلفا في الثمن ففيه وجهان :
أحدهما يتحالفان لانهما عاقدان .
والثاني لا تحالف لان احدهما اذا نكل لزمه في نفسه دون موكله .

فصل

اختلافهما فى عين المبيع

١٩٣٧- واذا اختلفا في عين المبيع فقال البائع : بعتك هذا العبد .
وقال المشترى : اشتريت هذه الجارية فكل واحد يحلف على دعوى صاحبه على جهة التحالف .

١٩٣٨ ولاصحاب الشافعي فى ذلك وجهان :
أحدهما يثبت التحالف كالخلاف في المبيع الواحد .
والثاني مثل قولنا :

١٩٣٩- وانما قلنا ذلك لان ههنا خلافا في مبيعين لا واحد ، وكل واحد ينكر دعوى الآخر .

١٩٤٠- وان اقاما بينة قضي لكل واحد بما ادعاه على صاحبه .

١٩٤١- وقال أصحاب الشافعي :

وان أقام البائع بينة انه باعه العبد وجب على المشترى الثمن ، فان كان فى يده أقر في يده ، وان كان فى يد البائع ففيه وجهان :

أحدهما يجبر المشترى على قبضه لان البينة قد شهدت له بالملك وهذا قولنا.
والثاني لايجبر لان البينة شهدت له بما لايدعيه فلم يسلم اليه ، فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه .

فصل

١٩٤٢ـ واذا اختلفا في الاجل أو قدره ، أو الرهن أو قدره ، أو الكفيل فلا تحالف بينهما ، ويكون القول قول من ينفي الاجل وقوله فى القدر ، وكذلك الرهن وقدره لانه لا اختلاف في عين المعقود عليه البيع .

١٩٤٣ـ وقال الشافعي يتحالفان وقد مضت أيضا .

فصل

اختلاف فى شرط مفسد

١٩٤٤ـ وان اختلفا فى شرط يفسد البيع لم يتحالفا ، ويكون القول قول من يدعي الصحة .

١٩٤٥ ـ ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان فى التحالف بناء على القولين فى شرط الخيار فى الكفالة :

أحدهما مثل قولنا .

والثاني أن القول قول من يدعي الفساد لان الاصل قال عدم العقد فكان القول قول من يدعى ذلك ، وهذا لايصح لانهما قد اعترفا بالعقد والاصل عدم الفساد .

فصل

اختلافهما فى الصرف بعد التفرق

١٩٤٦ ـ وأن اختلفا في الصرف بعد التفرق فقال احدهما تفرقنا من غير قبض .

وقال الآخر تفرقنا بعد القبض فمنهم من قال القول قول من يدعي التفرق قبل القبض ، لان الاصل عدم القبض ، والثاني القول قول من يدعي التفرق بعد القبض لان الاصل صحة العقد وينبغي أن يحكم القبض ، فان كان في يد

كل واحد منهما ماعقد عليه فالقول قول من يدعى القبض فى المجلس لانه الظاهر.
وان كان لم يقبض فالاصل عدمه وهو مستدام لم يوجد .

فصل

اختلافهما بعد التفرق فى التراضى والفسخ

١٩٤٧- وان اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما : تفرقنا عن تراض ، وقال الآخر : تفرقنا عن فسخ فالقول قول من يدعي التراضى لان الاصل عدم الفسخ وبقاء العقد .

١٩٤٨- ومن أصحاب الشافعي من قال :

القول قول من يدعي الفسخ لان الاصل عدم اللزوم ومنع المشترى من التصرف وهذا بناء على أصلهم فى خيار المجلس انه بثبت لكل واحد حتى يتفرقا أو يتخايرا وقد مضت .

باب الاختلاف فى الرد بالعيب

١٩٤٩- قال أصحابنا :

واذا أدعى عيبا ظاهرا على البائع سأله القاضي عن ذلك فان أقر أنه باعه وبه العيب ولم يدع البراءة منه ولا الرضا به رده عليه .

فصل

هل يحلف المشترى فى الرد بالعيب

١٩٥٠- فان قال : قد علم بالعيب حين اشتره أو على أني برىء من العيب أو من كل عيب أو قد علم بعد الشراء ورضى به فجحد ذلك كله فانه يحلفه : ماعلم بهذا العيب حين اشتراه ولا برأته منه ، ولا رضيت به منذ رأيته ولا عرضته على بيع بعد علمك به ولا خرج عن ملك ولا شيء منه .

١٩٥١ـ وقال أبو حنيفة ومحمد : لايحلف القاضي حتى يطلب المدعى لذلك وهو البائع يمينه وان لم يطلب لم يحلفه .

١٩٥٢ـ وقال أبو يوسف : يستحلفه وان لم يطلب .

وكذلك الخلاف فى الشفيع .

فصل

١٩٥٣ـ واذا كان العيب غير ظاهر في عبد أو أمة ، أو لايعرف القاضي أنه عيب « فان القاضي لا يسأل البائع عنه حتى يثبت أنه عيب في الحال »[1] . لان الخلاف فيه فرع على وجوده في الحال فما لم يكن موجودا لاتصح دعواه له .

فصل

١٩٥٤ـ فان قال : البائع يعلم ان العيب به في هذه الحال ، سأله عنه فان أقر به وبوجوده سأله : هل بعته وبه العيب ؟

فان قال : انما حدث عند المشترى فالقول قوله مع يمينه : لقد بعته هذا العبد وسلمته اليه ، وما به هذا العيب ، فاذا حلف طلب من المشترى البينة انه كان فى يد البائع هذا فى العيب الذى يحدث مثله فى يد المشترى ، وان كان لايحدث مثله فالقول قول المشترى على ماتقدم .

فصل

١٩٥٥ـ وان كان العيب من طريق الحكم مثل الاباق والسرقة والجنون والبول في الفراش ، فانه يسأل البائع فان أنكر وجوده بالعبد في الحال وطلب المشترى يمينه على ذلك ، فان ابا يوسف ومحمد قالا : يحلف البائع بالله مايعلم بهذا العبد جن عند المشترى ولا ابق ولا سرق ولا بال في الفراش .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

١٩٥٦- فلو حلف قيل للمشترى :

تثبت ان هذا العبد في هذه الحالة حتى استحلفه لك البتة .

فأن نكل عن اليمين الاولى التي هي على العلم ، حلفه يمينا اخرى على البتة لقد باعه وقبضه وما جن قبل ذلك قط ولا سرق ولا بال في فراشه منذ بلـــغ مبلغ الرجال ولا ابق ، فان حلف فلا شيء عليه حتى يثبت ذلك بالبينة .

وان نكل رده عليه .

فصل

١٩٥٧ - والجنون عيب لازم في الصغير والكبير ، والسرقة والاباق والبول ليس بعيب في الصغير ، وله أن يرد بذلك فى الصغر ولا يرد به بعد الكبر ، لان ذلك قد زال وخرج عن عادة الصبيان .

فصل

البيع بالبراءة

١٩٥٨- والبيع بالبراءة من العيوب جائز ، ويدخل فى ذلك سائر العيوب، ما علمه البائع وما لم يعلمه ، وما وقف عليه المشترى وما لم يقف عليه ، وسائر الاموال فى ذلك ســـواء .

١٩٥٩- وقال الشافعي البيع باطل في أحد اقواله ، وقد فرق بين الحيوان وغير الحيوان وبين العيب الظاهر به والباطن ، وله تفصيل كثير في ذلك .

١٩٦٠- والبيع عندنا يقع على الموجود دون مافات من أوصاف المبيع ، فكأنه قال : بعت هذا الموجود الحاضر خاصة دون ما يقتضي اسم العبد واطلاقه مـن سلامة البينة .

فصل

١٩٦١- واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في جارية ، فوجـد

بها عيبا كان له أن يردها به ، وكذلك لو شهدا على البراءة من الاباق ثم اشتراها احدهما فوجدها آبقه فله أن يردها لان الشهاد بالبراءة ليست باقرار بالعيب من الشاهد ولا من البائع ولا من المشترى .

فصل

١٩٦٢ ـ وأن اشترى جارية ولم يبرأ اليه من عيوبها فوطئها المشترى ثم وجد بها عيبا لم يكن له أن يردها عندنا ، سواء كانت بكرا أو ثيبا .

١٩٦٣ـ وقال زفر ومالك يردها فى الحالين .

١٩٦٤ـ وقال الشافعي : يردها اذا كانت ثيبا ولا يرد في البكر .

١٩٦٥ـ وقال ابن أبى ليلى يردها ويرد معها مهرها .

١٩٦٦ـ وعندنا يرجع بأرش العيب كما لو هلكت عند المشترى ، والوطيء عيب فيها فهو كما لو حدث بها عيب عند المشترى فأنه يمنع الرد بالعيب ، لانه يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع ، ويؤدى الى ردها اليه على خلاف ماخرجت من ملكه ، وهذا لايجوز ، ولو حدث بها عيب فلم يختلفوا فى أنه يمنع الرد بالعيب الا على قول بعضهم ان الخيار للمشترى ان شاء أخذ أرش العيب وامسك وان شاء رد أرش العيب ورد ، وهو قول الحنابلة ، وقياس قول ابن أبي ليلى في الوطء .

فصل

١٩٦٧ـ وكل موضع كان له الرد فأمسكها ولم يرد ، سقط حقه من الرجوع ، وكذلك اذا رضي البائع فأخذها معيبة فامتنع من الرد فلا أرش له عليه ، وقد ابطل حقه بأمتناعه من الرد .

فصل

١٩٦٨- واذا باعها بعد الوطىء فقد سقط حقه من الارش لانه كان للبائع أن يقبلها ويسقط حكم الوطىء وهذا لا خلاف فيه[١]

فصل

١٩٦٩- وان وطئها غير المشترى بزنا أو نكاح أو زوجها المشترى ولم يطأها الزوج ، ثم وجد بها عيبا لم يكن له أن يردها ، ولكنه يرجع بنقصان العيب لان هذه الامور عيب بها حدث ، ولهذا من اشترى أمة فخرج لها زوج ثبت له الخيار لانه عيب .

فصل

١٩٧٠- ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها عند البائع أو عند المشترى ، كان له أن يردها بالعيب ، لانه وطأ الزوج لم يوجب عقرا ، لانه كان واجبا بالعقد ،ولانه مستحق على البائع قبل البيع وعلى المشترى قبل الشراء فلا يمنع الرجوع كالاستخدام ، وان كانت بكرا فوطئها الزوج منع الرد لانه فوت جزءا منها فصار كقطع طرفها ، وقد وافقنا الشافعي على ذلك .

فصل

١٩٧١- ولو صبغ الثوب أو خاطه قميصا سقط حقه من الرجوع ، وله أرش العيب ، فان باعه بعد الصبغ والخياطة فله أرش العيب لانه لم يكن للبائع أن يقول أنا أقبل ذلك، لان الصبغ للمشترى زيادة مال فلا يجوز تسليمها للبائع[٢]

---

(١) فى نسخة قليج : لا كلام فيه .

(٢) مبدأ الكسب دون سبب .

فصل

١٩٧٢- واذا ولدت الجارية عند رجل ولدا أو وطئها وباعها وكتم ذلك ، ثم علم المشترى بذلك فليس له الرد بذلك لانه لم يشرط له البكارة ، ولا أنه ماولدت ، وذلك تصرف مباح فهو كالاستخدام .

فصل

ظهور عيب بالجارية بعد اعتاقها او تدبيرها

١٩٧٣- قالوا ولو أعتق الجارية أو دبرها أو استولدها ثم وجد بها عيبا

فله الرجوع بالارش استحسانا ، والقياس أن لايرجع بشيء لانه منع الجارية من الرد بفعل مضمون فصار كما لو باع (والاستحسان)[1] ان العتاق لايتعلق به الضمان فى جميع الاحوال اذا كان احد الشريكين معسرا فهو كالموت الذى لايسقط الضمان .

فصل

تعذر الرد بفعل مضمون

١٩٧٤- وان كان المبيع عبدا فقتله المشترى أو طعاما فأكله أو اكل بعضه أو باعه أو وهبه ثم أطلع على عيب فأنه لايرجع بأرش ولا يرد مابقى عند ابي حنيفة ومحمد .

١٩٧٥- وروى عن أبي يوسف أنه يرجع في العتق ويرد مابقى وهو قول الشافعي .

١٩٧٦- وقد روى عن أبي حنيفة مثل ذلك والاول عنه اشهر لانه تعذر الرد بفعل مضمون فى ملك العين فى جميع الاحوال فهو كالبيع ، وابو يوسف جعل ذلك كالعتق والموت في الرجوع بالارش .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

فصل

١٩٧٧ـ واذا باع المشترى العبد فاطلع المشترى الثاني على عيب به فرده عليه لم يكن له ان يرده على البائع الاول اذا كان الرد بغير قضاء قاض ، وان كان بقضاء قاض رجع به ، لأنه اذا كان القضاء كان فسخا للملك فعاد الملك الاول وان كان بغير قضاء فهو تمليك مبتدأ وليس له ان يرد بغير الملك الاول .

١٩٧٨ ـ وقال الشافعي : الجميع سواء ويرد على البائع الاول اذا كان لم يعلم بذلك ، واذا علم لم يكن له الرد .

وهو يقول ان فسخ العقد بالعيب قطع للملك فى الحال ، ولهذا يرد مع الوطىء .

فصل

١٩٨٩ ـ وكل ما كان نقصانا في الخلقة أو زيادة فيها فهو عيب ، ويحد ذلك بأن كل ما كان عند التجار عيبا يؤثر نقصان القيمة فهو عيب ، ولا فرق بين ماهو زيادة او نقصان أو من طريق الحكم كالزنا والسرقة والفسق .

١٩٨٠ ـ وقد فرق أصحابنا بين الغلام والجارية فقالوا : الزنا عيب في الجارية دون الغلام وكذلك البخر[1] والنتن .

١٩٨١ ـ وسوى فى ذلك الشافعي ، وقال : الجميع عيب .

١٩٨٢ ـ وقد ذكر أصحابنا عيوبا كثيرة في باب مفرد في الاصول ، وكل ذلك المرجع فيه الى العادة وما يقول التجار .

فصل

١٩٨٣ ـ واذا ادعى انه باعه الجارية وشرط له البكارة ، وهى الان غير بكر .

فقال : بعت بكراً وسلمت بكراً .

فان القاضى يريها للنساء فان قلن بكرا فلا شىء للمشترى وان قلن ثيباً

---

(١) البَخَر الرائحة المتغيرة من الفم ، قال أبو حنيفة : البَخَر النتن يكون فى الفم وغيره ، بَخَر بَخَرا وهو إبخر وهى بخراء (لسان العرب) .

حلف البائع : لقد بعتها وسلمتها له وهي بكر ، فان حلف فلا شيء عليه لأن زوال البكارة يجوز ان يحدث فى يد المشترى وان نكل عن اليمين ردت اليه .

١٩٨٤ ـ فان قال ان بها حملا أراها النساء ، فان قلن : ليس بها حمل فلا سبيل للمشترى على البائع ، وان قلن انها حامل حلف البائع لقد باعها وسلمها وما بها هذا الحمل .

١٩٨٥ ـ وقد ذكر الخصاف ان بعض اصحابنا قال : لا أحلف على ذلك لأن هذا لا يعلم ، وشهادة النساء فى هذا شهادة على عيب .

١٩٨٦ ـ وقال أصحابنا ان الشهادة في هذا شهادة على مثل شهادة الطب بالداء الباطن ، مثل وجع الطحال والكبد والامراض التى ليست بظاهرة .

فصل

١٩٨٧ ـ واذا كانت الدعوى بعد موت الجارية والعبد ، فعلى المشترى ان يثبت ذلك فان كان عند البائع لم يستحلف البائع على علمه ، فان شهدوا ان العيب كان عند المشترى فقال المشترى كان به ذلك عند البائع استحلف له البائع وان قال البائع يعلم انه كان به عنده حلف على علمه فان نكل الزمه يمينا أخرى على البت ، فان نكل رد على المشترى حصة العيب من الثمن .

فصل

العيب فى موضع لاينظر اليه الا النساء

١٩٨٨ ـ وان كان العيب فى موضع لا ينظر اليه الا النساء مثل الرتق[1]

---

(١) الرتق ضد الفتق ، ابن سيده : الرتق الحام الفتق ، رتقه يرتقه ويرتِقه رتقا فارتتق أى التأم ، يقال : رتقنا فتقهم حتى ارتتق المرتوق ، وفى التنزيل : « أولم ير الذين كفروا أن السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما » ... والرتق بالتحريك مصدر قولك رتقت المرأة رتقا ، وهى رتقاء ، بينة الرتق التصق ختانها فلم تنل لارتتاق ذلك الموضع منها فهى لا يستطاع جماعها (لسان العرب) .

وفى تحفة التسولى (١ـ٣١٨) أن الرتق انسداد مسلك الذكر والتحامه، بحيث لايمكن معه الوطء الا انه ان انسد بلحم أمكن علاجه وبعظم فلا .

والعفل[1] وغيره مما في البدن فشهد النساء به ، فان البائع يحلف :

« لقد باعها وسلمها وما بها هذا العيب » .

١٩٨٩ ـ ولا ترد عليه شهادة النساء اذا كان قد قبضها ، وهذا قول ابي يوسف ، وان كان قبل القبض ردها بشهادة النساء .

١٩٩٠ ـ وقال محمد هذا والاول سواء ، ولا اردها بشهادة النساء وأحلف البائع .

١٩٩١ ـ وقال بعض أصحابنا اردها بشهدة النساء لأن الرد من طريق الحكم ، فهو كشهادة القابلة ، ويثبت الميراث من طريق الحكم .

١٩٩٢ ـ وكل موضع وجب الرد على البائع استحلف المشترى على ما قدمناه .

فصل

مصراة نقص لبنها بالحلب

١٩٩٣ ـ واذا اشترى مصراة فحلبها فنقص اللبن لم يكن له ان يردها على البائع .

وقال أبو يوسف فى رواية الخيار اليه ان شاء ردها وان شاء أمسكها .

١٩٩٤ ـ وكذلك ان وجد بها عيبا لم يردها .

١٩٩٥ ـ والنماء الحادث يمنع الرد ، وسواء كان منفصلا أو كان متصلا اذا كان باقيا فى يده .

١٩٩٦ ـ وقال الشافعى : ترد ولا يمنع النماء الرد ، وقال الشافعي ان اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي اخذه[2] .

---

(١) فى القاموس المحيط العفل لحم يبرز فى قبل المرأة يشبه ادرة(١) الرجل ، ولا يسلم غالبا من الرشح .

وفى لسان العرب العفلة بضارة المرأة ، وحكى الازهرى عن ابن الاعرابى قال : العفل نبات لحم ينبت فى قبل المرأة وهو القَرَن .

قال أبو عمرو القرن بالناقة مثل العفل بالمرأة .. قال الليث عفلت المرأة عفلا فهى عفلاء .. ومنه حديث ابن عباس :

« أربع لا يجزن فى البيع ولا النكاح : المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء ، قال : والتعفيل اصلاح ذلك .

(٢) من تطبيقات الكسب دون سبب .

١٩٩٧ـ واختلف اصحابه في الذى يرد فقال ابن شريح : يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث ابى هريرة على من قوت بلده التمر ، وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح • كما قال فى الفطرة ، وقال أبو اسحق : الواجب التمر ، وهو قول ابى يوسف فى الرواية التى ترد ، واختلفوا اذا كان الصاع أكثر من قيمة الشاة أو مثل قيمتها ، فمنهم من قال تجب قيمة صاع بالحجاز لأنا لو أوجبنا صاعا قيمته مثل الشاة لصار للبائع الشاة وبدلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز[1] •

١٩٩٨ ـ وقال بعض أصحابه : يلزمه صاع وان كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة لانه ليس ببدل عن الشاة وانما هو بدل عن اللبن كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يرده مع قيمته ، وعندنا لا يرد العبد وقيمته بل الخيار الى المالك فى الغصب •

١٩٩٩ ـ وقد قالوا ان النماء الحادث فى يد المشترى يكون للمشترى ولا يرده مع الاصل ، وههنا قالوا يرد قيمته ، وهذا تناقض من القول ، وقد قالوا لو كان اللبن باقيا فاراد رده فقال ابو اسحق لا يجبر البائع على أخذه لان بالحلب ينقص لأنه يسرع اليه الفساد فان رضى جاز ، ومن اصحابه من قال يخير •

٢٠٠٠ ـ لأن نقصانه حصل بمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد •

فصل

الجارية المصراة

٢٠٠١ ـ وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه :

أحدها انه يردها ويرد معها صاعا لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس فيه الخيار ،

والثانى انه يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يقصد بالعوض •

والثالث لا يردها لان المقصود عينها دون لبنها •

والرابع لا يردها ويرجع بالأرش •

٢٠٠٢ ـ وقالوا : ان اشترى اتانا مصراة فانه يردها ويرد بدل لبنها اذا قالوا

---

(١) مبدأ الكسب دون سبب •

ان اللبن طاهر كالشاة ، وان قالوا انه نجس ففيه وجهان احدهما انه يرده ولايرد بدل اللبن لأنه لا قيمة لـه ، والثاني يمسكها ويأخذ بالأرش •

فصل

اشترى شاة بشرط أن تحلب

٢٠٠٣ ـ وان ابتاع شاه بشرط ان تحلب كل يوم خمسة أرطال فلهم وجهان فى فساد البيع وصحته ، وعندنا البيع فاسد ، وحكمه حكم البياعات الفاسدة •

فصل

ايجاب المبيع لاثنين

٢٠٠٤ ـ واذا أوجب المبيع لاثنين ووجدا به عيبا ، أو كان مبيعا لـم يرياه فليس لاحدهما ان ينفرد بالرد دون صاحبه عند ابى حنيفة •

٢٠٠٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد له ذلك •

وهو قول الشافعي ، لان فى رد احدهما تفريقا للصفقة على البائع ، وذلك عنت[1] •

٢٠٠٦ ـ وهما قالا هو الذى رضى بذلك حيث اوجب البيع لاثنين •

وابو حنيفة يقول : رضى بذلك ان يكون فى ملك الغير لا ملكه •

فصل

الصلح على ارش العيب

٢٠٠٧ ـ ويجوز الصلح على أرش العيب مع امكان الرد عندنا •

٢٠٠٨ ـ وقال الشافعي لا يجوز لأنه يأخذ بدل الفائت من المبيع كما لـو تعذر الرد •

---

(١) فى نسخة قليح عيب والكلمة فى النسخة الاخرى غير منقوطة والظاهر ان الصواب ما اخترناه لان العنت هو دخول المشقة على الانسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلانا اعناتا اذا ادخل عليه عنتا أى مشقة (لسان العرب) •

فصل

اشترى عبدا بشرط انه كافر أو كاتب

٢٠٠٩ ـ واذا اشترى عبدا بشرط انه كافر فكان مسلما فلا خيار فى الرد .
وقال الشافعي له الخيار كما لو شرط كاتبا فكان لا يكتب .
وعندنا الاسلام زيادة في العبد ، وليس بنقص فلم يثبت الخيار .

فصل

الزنا والبخـــر

٢٠١٠ ـ والزنا والبخر ليس بعيب فى الغلام وهو عيب في الجارية .
وقال الشافعي هو عيب فيهما الا ان يكون من داء يرد به فى الجميع .

فصل

٢٠١١ ـ واذا اشترى عبدين فقبضهما فوجد باحدهما عيبا كان له رده على البائع وان كان قبل القبض فهو بالخيار ان شاء اخذهما وان شاء ردهما ، وليس لـه رد المعيب منهما .

٢٠١٢ ـ وقال زفر يرد فى الفصلين ، وهو أحد قولي الشافعي .

فصل

امتناع الرجوع بالأرش

٢٠١٣ ـ واذا قتل المشترى العبد المشترى أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بأرش .

٢٠١٤ ـ وقال الشافعي له الرجوع بالأرش .

٢٠١٥ ـ وفرق أبو يوسف ومحمد بين الاكل والقتل فقالا :
يرجع فى الاكل ولا يرجع فى القتل ، وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدم .

فصل
الرجوع بأرش العيب

٢٠١٦ ـ واذا اشترى الرجل ما مأكوله فى جوفه كالبيض والرمان والبطيخ فوجده فاسدا فانه لا يرده ، ولكن يرجع بأرش العيب •

٢٠١٧ ـ وقال الشافعي : له رده ، وهذا خطأ لأنه ادخل عليه بالكسر عيبا آخر لم يكن فى يد البائع فصار كما لو جنى على العبد واراد ان يرده •

٢٠١٨ ـ وقد حكى عن بعض الفقهاء انه يرده ويرد أرش ما نقص بالكسر ، وهو قول الحنابلة في ذلك ، والرد انما يكون على ما وقع عليه العقد والأرش المردود لم يكن عند العقد فلا يقع عليه الفسخ •

فصل
بيع العبد الجانى

٢٠١٩ ـ وبيع العبد الجاني جائز ، ولا فرق بين الخطأ والعمد فى ذلك •

٢٠٢٠ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي فى ذلك قولين احدهما انه باطل •

والثاني مثل قولنا •

وأختلف في موضع القولين فمنهم من قال في العمد ومنهم من قال في الخطأ ومنهم من سوى بين الجميع •

٢٠٢١ ـ وكذلك الخلاف فى العبد المرتد •

٢٠٢٢ـ واذا قتل في يد المشترى بقصاص او ردة كانت في يد البائع رجع المشترى بجمع الثمن على البائع ، وكذلك القطع فى السرقة •

٢٠٢٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يرجع بما بين قيمته مباح الدم وغير سارق ، وذكر الشافعي القولين جميعا •

فصل

٢٠٢٤ ـ وأختلف فى العبد هل يملك الاموال[1] اذا ملك ؟ فقال أصحابنا لا يملك لأنه مملوك والمملوك لا يملك •

---

(١) عبارة : هل يملك الاموال لم ترد فى نسخة قليج •

٢٠٢٥ ـ وقال مالك وداود يملك بالتمليك وهو أحد قولى الشافعي لأنه يملك البضع كالحر والبضع انما يستفاد بالعقد ، ولا يملك حقيقة ولهذا لا يملك نقله بالسبب الذى ملكه به الى غيره بعوض ولا بغير عوض ، ولو ملك المال لملك أرش اطرافه لأنهما أقرب اليه .

فصل

حكم النماء الحادث

٢٠٢٦ ـ والنماء الحادث من الولد والثمرة قبل القبض يدخل في المبيع وينقسم الثمن عليه ، وان هلك هلك بغير شيء .

٢٠٢٧ ـ وقال الشافعي يكون للمشترى بغير شيء ولا ينقسم الثمن وان كان موجودا عند العقد ففيه قولان ، وهذا يؤدى الى سلامة النماء المشترى بغير عوض، ويرد الاصل بالعيب ، وهذا لا نظير له فى الاصل[1] .

فصل

حق البائع فى حبس المبيع لمشتريين دفع أحدهما نصيبه من الثمن

٢٠٢٨ ـ واذا اشترى الرجلان سلعة فدفع أحدهما نصيبه من الثمن لم يكن له ان يأخذ نصيبه [من السلعة] حتى يستوفى البائع جميع الثمن عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٢٠٩ ـ وقال أبو يوسف له ذلك اذا دفع نصيبه ، وان دفع جميع الثمن له قبض جميع السلعة ولا يكون متطوعا عند ابى حنيفة .

٢٩٣٠ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ليس له قبضه ، ويكون متطوعا فيما وزن وهو قول الشافعي .

فصل

قطع البائع يد العبد قبل القبض

٢٠٣١ ـ واذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذه بنصف الثمن .

---

(١) فكرة الكسب دون سبب هى التى تكمن وراء الاصل فى هذا الاعتراض .

٢٠٣٢ – وقال الشافعي : ان اجاز البيع اخذه بكل الثمن لان البائع احتبس جزءا من المبيع ومنع من تسليمه فسقط من الثمن بقدرة كما لو باعه ثوبين فاتلف أحدهما .

٢٠٣٣ – ولو جنى عليه أجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء أجاز البيع واتبع الجاني فأخذ أرش الجناية ، وان شاء فسخ وكان للبائع ان يتبعه بالجناية .

فصل

٢٠٣٤ – واذا ذهب بآفة من السماء فالمشترى بالخيار أن شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء فسخ لأن الاوصاف داخلة فى العقد ولها حكم الجملة وان لم تكن مضمونة ، وانما دخلت على وجه التبع .

فصل
اشتراط ان يكون العبد اقطع

٢٠٣٥ – ولو اشترى عبدا على انه اقطع[1] فكان صحيحا كان له ولا خيار ولو حدث به عيب ثبت الخيار لما ذكرناه .

فصل
اذا قطع المشترى يد العبد

٢٠٣٦ – واذا قطع المشترى يد العبد صار قابضا لجميعه ، ودخل فى ضمانه، لأنه فعل فيه فعلا صار به مضمونا عليه ، ولا يختص فعله بما فعل لأنه دخل الجملة عيب بفعله فكان قابضا لجميعه .

فصل

٢٠٣٧ – وان تلف العبد من الجناية ولم يكن البائع منعه من التسليم او هلك

---

(١) الاقطع : المقطوع اليد والجمع قطع وقطعان مثل أسود وسودان ويد قطعاء مقطوعة (لسان العرب) .

بغير ذلك فالثمن لازم للمشترى لأنه قد قبضه وصار مضمونا عليه وان كان في يد الغير .

فصل

٢٠٣٨ ـ وان كان البائع قد منعه من التسليم فان مات من الجناية فالضمان على المشترى ويلزمه جميع الثمن لأن النصف يضمن بالجناية والنصف الاخر بالسراية فيلزمه الجميع .

٢٠٣٩ ـ وان كان هلك من غير الجناية لزم المشترى نصف الثمن لأن البائع بالمنع صار مسترجعا لما بقى من العبد فيلزم المشترى حصة ما اتلف وارشه فحسب .

فصل

٢٠٤٠ ـ واذا قطع البائع يده أولا ، ثم قطع المشترى رجله من خلاف فسرى منهما فالعبد لازم للمشترى بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى أعطاه ، لأنه كان المشترى بالخيار لما جنى البائع لأنه فرق عليه الصفقة ، فاذا فعل بعد ذلك ما يقتضي ابطال خياره وانه يصير راضيا بما بقى من المبيع فلهذا لزمه ضمان نصف الثمن وسقط النصف عنه .

فصل

٢٠٤١ ـ ولو قطع المشترى يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم برىء منهما كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد واعطاه ثلاثة ارباع الثمن ، وان شاء تركه وعليه نصف الثمن بقطع اليد لأنه لما جنى المشترى صار المبيع معيبا كله فصار قابضا لجميع المبيع ، وكان حق البائع قائما فى الجنس[1] فاذا جنى صار مستردا لما بقى وخير المشترى لأن البائع فرق عليه الصفقة فيما بقى ، فاذا اختار لزمه قيمة ما بقى دون ما اخذه البائع لأن ما يأخذه البائع ينتقض البيع فيه .

---

(١) فى نسخة قليج : «الحبس»

فصل

٢٠٤٢ ـ ولو كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض العبد ثم قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فسرى فالعبد للمشترى ولا خيار له لأن البائع لم يكن له حق فى الاسترداد ، ويكون على البائع قيمة ما أتلف ، كما يكون على الاجنبي سواء ، لأنه لم يبق له قيمة حق ولا حبس والذى يجب نصف قيمة العبد مقطوع يد لا نصف قيمة العبد كاملا كمن قطع يد عبد مقطوع اليد وجب عليه نصف القيمة فى الحال والوقت .

٢٠٤٣ ـ وان كان البائع قطع يده اولا والمسألة بحالها ثم قطع المشترى رجله فالعبد لازم للمشترى بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى اعطاه ، وقد مضى الوجه فى ذلك .

فصل

٢٠٤٤ ـ وان قبض المشترى العبد بغير اذن البائع ولم يكن نقده الثمن فجاء البائع وقطع يده فى يد المشترى ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو من غير ذلك ، فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شىء على المشترى فيه لأن البائع قد استرجعه بالجناية عليه فكأنه مات فى يده .

وان مات من غير ذلك فعلى المشترى نصف الثمن لأن البائع قد استرد نصف العبد بالجناية ، ولم تسر الجناية فيكون بها مستردا للباقى فلزمه ضمانه .

بـاب
من الخيار فى المرابحة (١) والتولية (٢)

٢٠٤٥ ـ واذا خانه فى بيع المرابحة ، وعلم بذلك المشترى فهو بالخيار :

---

(١) فى لسان العرب : اعطاه مالا مرابحة أى على الربح بينهما ، وبعت الشىء مرابحة ، ويقال بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم ، وكذلك اشتريته مرابحة ، ولابد من تسمية الربح (مادة ربح) .

(٢) فى لسان العرب : تولى الشىء لزمه .. والتولية فى البيع أن تشترى سلعة بثمن معلوم ثم توليهما رجلا آخر بذلك الثمن .

ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بما قال عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٠٤٦ ـ وقال أبو يوسف وابن ابى ليلى والشافعي يحط الخيانة وحصتها من الربح لان العقد لايخرج عن موضوعه بالخيانة .

٢٠٤٧ـ واتفق الجميع على انه يحط في التولية لان التولية ان تكون بمثل الثمن الذى اشتراه من غير زيادة ، والمرابحة ان تكون بزيادة والحطيطة ان يحط من الثمن الاول .

٢٠٤٨ ـ واذا تصرف المشترى فى المبيع سقط حقه ولا شيء له عند ابي حنيفة ومحمد ، وعند ابى يوسف يرجع بالخيانة وبحصتها من الربح .

فصل

٢٠٤٩ ـ واذا حط البائع المشترى من الثمن شيئاً باعه مرابحة بما بقى من الثمن عند ابى حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال الشافعي وزفر يبيعه بالثمن الذى اشتراه من غير حطيطة .

فصل

٢٠٥٠ ـ واذا اشترى عبدا بألف الى شهر ثم باعه من البائع بأقل من ذلك لم يجز عند أصحابنا استحسانا ، والقياس ان يجوز ، وهو قول الشافعى وتعرف بمسألة زيد بن ارقم[1] .

---

(١) فى نسخة قليج : (لايخرج) .

(١) فى أسد الغابة (٢ـ٢١٩) زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الانصارى الخزرجى روى عنه بن عباس وأنس بن مالك وابو اسحق السبيعى وابن ليلى ويزيد بن حيان ، شهد مع رسول الله (ص) سبع عشرة غزوة واستصغر يوم أحد ، وكان يتيما فى حجر عبدالله بن رواحة ، وسار معه الى مؤتة ... سكن الكوفة وابتنى بها دارا فى كندة وتوفى بالكوفة سنة ثمان وستين ، وقيل مات بعد مقتل الحسين (ر) بقليل ، وشهد مع علي صفين ، وهو معدود من خاصة أصحابه ، وروى حديثا كثيرا عن النبى اخرجه الثلاثة ١٠هـ .

ومسألة زيد بن ارقم هي كما رويت فى كتاب الآثار لابى يوسف (رقم ٨٤٣ ص ١٨٦) ان امرأة سألت عائشة (ر) فقالت « ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة درهم نسيئة ، واشتراها بستمائة ، فقالت عائشة « ابلغي زيدا بن ارقم ان الله تعالى قد ابطل جهاده ان لم يتب .

فصل

٢٠٥١ ـ واذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة وأراد بيعه مرابحة باعه بخمسة • وان باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة حتى يبين ، وهذا قول ابى حنيفة •

٢٠٥٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يبيعه مرابحة على الثمن الباقى قليلا كان أو كثيرا •

٢٠٥٣ ـ وكان الكرخي رحمه الله يقول : لا اعرف لهذه المسألة وجها ، وكان غيره يقول هذا من الورع قاله ابو حنيفة •

٢٠٥٤ ـ ومنهم من قال ان المرابحة تجمع فيها جميع العقود وتجعل كالعقد الواحد كأجرة القصار والمطرز وغير ذلك •

فصل

٢٠٥٥ ـ واذا اشترى ممن لا تجوز له شهادته من ذوى الارحام لم يجز له ان يبيعه حتى يبين ذلك عند ابى حنيفة •

٢٠٥٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان •

٢٠٥٧ ـ ولو اشترى من عبده او مكاتبة لم يبعه حتى يبين فى قولهم جميعا •

فصل

٢٠٥٨ ـ واذا اسلم ثوبين على صفة واحدة وقبضهما لم يجز له ان يبيع أحدهما مرابحة عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ، وهو قول الشافعي •

فصل

٢٠٥٩ ـ واذا ولدت الجارية او اثمر الشجر او تناتج الحيوان فلا بأس ببيع الأصل والزيادة معه مرابحة لان هذه الزيادات جزء من الاصل ، وهى داخلة فى البيع فصار كأنه اشتراها مع الاصل •

فصل

٢٠٦٠ ـ فان كان قد استهلك الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما

أصاب الاصل من ذلك ، وكذلك الالبان والاصواف والسمون وكل ما يوجد من الحيوان حتى يبين ذلك للمشترى .

فصل

٢٠٦١ – وان هلكت هذه الزيادات من غير فعل مضمون او منتفع به فله ان يبيعه مرابحة ولا يبين وان كانت قد نقصت اصولها لان المرابحة بيع بما حصل الاصل عليه من الثمن .

فصل

٢٠٦٢– واذا اشترى متاعا فله ان يحمل عليه اجرة القصار والكرى ، ويقول : قام على بكذا ولا يقول اشتريت بكذا .

فصل

اشترى طعاما فأكل نصفه

٢٠٦٣– واذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله ان يبيع النصف الثاني مرابحة من غير بيان ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن من ذوات الامثال .

٢٠٦٤ – واذا اشترى ثيابا كل ثوب بعشرة فله ان يبيع كل ثوب مرابحة بعشرة عند ابى حنيفة وابى يوسف .

٢٠٦٥ – واذا اشترى بالحنطة والشعير فله ان يبيع بذلك مرابحة وهو كالثمن .

فصل

٢٠٦٦ – ويبيع ما اشتراه من شريكه وصديقه مرابحة ولا يبين لأنه لا تقبل شهادته له فهو كالاجنبي .

٢٠٦٧ – واذا اشترى معيبا ورضى بالعيب باع ولم يبين ذلك كما لو دخله عيب ، وفى هذا الباب مسائل كثيرة .

باب من البيوع الفاسدة

٢٠٦٨ ـ وهذا باب يجمع فيه ما يقول اصحابنا ان بيعه فاسد ، وما يقول المخالف لهم أنه فاسد وغير فاسد .

٢٠٦٩ ـ فمن ذلك اذا اشترى عدلاً زطيا على انه خمسون ثوبا بألف فوجده أحد وخمسين ثوبا او تسعة واربعين فالبيع فاسد لانه باع ما تناوله العقد وما لم يتناوله فصار الثمن والمبيع مجهولين ، ولأنه لو باع خمسين ثوبا من أحد وخمسين كان البيع باطلا كذلك هذا ، وحصة الناقص من الألف مجهولة لا تعلم فلم يصح .

فصل

٢٠٧٠ ـ واذا اشترى عبدين صفقة واحدة فاذا احدهما حر فالبيع فاسد فيهما عند ابي حنيفة ولا فرق بين ان يسمى لهما ثمنا واحداً او يبين لكل واحد ثمنا .

٢٠٧١ ـ وقالا ان سمى لكل واحد ثمن صح فى العبد لانه جعل ما لايجوز بيعه شرطا فيما يجوز فابطل العقد ، ولهذا لا يجوز له ان يقبل الشراء فى أحد العبدين .

٢٠٧٢ ـ وقال الشافعى يصح البيع فى العبد فى أحد قوليه ، وما الذى يلزمه من الثمن فيه قولان أحدهما تلزمه الحصة والثانى جميع الثمن وجعل ذلك كالنكاح لاجنبية واخته .

فصل

باع عبده وعبد غيره

٢٠٧٣ ـ واذا باع عبده وعبد غيره صح البيع فى عبده ووقف فى عبد الغير .

٢٠٧٤ ـ وقال الشافعى لا يصح فى أحد قوليه بناء على تفريق الصفقة .

فصل

باع صبرة كل قفيز بدرهم

٢٠٧٥- واذا باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحدا ويبطل فيما زاد .

٢٠٧٦ - وقال أبو يوسف ومحمد يصح فى الجميع وبه قال الشافعي .

٢٠٧٧- لان الثمن مجهول عند العقد فاوجب بطلان البيع فيما زاد على القفيز .

فصل

بيع ذراع من دار

٢٠٧٨ - واذا باع ذراعا من دار لم يجز حتى يبين الموضع .

٢٠٧٩ - وقالا والشافعي يجوز ويقسم على جملة الذرعات .

٢٠٨٠ - لأن المبيع مجهول وموضعه غير معلوم .

فصل

٢٠٨١ - واذا اشترى شاتين فاذا واحدة منهما ذبيحة مجوسى أو قد ترك المسلم التسمية عليها عمداً أو ميتة فالبيع فاسد .

٢٠٨٢ - وكذلك لو أشترى دنين خلا فاذا احدهما خمر لأن البيع اشتمل على الصحيح والفاسد والفساد فى نفس المعقود عليه فيبطل .

فصل

٢٠٨٣ - واذا اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يبين موضع الذراع فالبيع باطل في الجميع ، وفرق بين هذا وبين قفيزمن صبرة ، انه يصح على قفيز واحد

٢٠٨٤ - وهذا قول ابى حنيفة ، وعندهما يصح وهو قول الشافعي .

فصل

٢٠٨٥ـ واذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فكان أحد عشر ذراعا فالجميع للمشترى ولا خيار له ، وان وجده تسعة اذرع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ لان الذرع صفة في المذروعات لايقابله قسط من الثمن ، وهو بخلاف المكيل والموزون ، فأن الموزون والمكيل اذا زاد يكون للبائع ، واذا نقص عن القدر يكون الباقي للمشترى بحصته من الثمن لأنه معقود عليه وليس بصفة .

فصل

٢٠٨٦ ـ واذا اشترى سلعة بثمن ان عجله كان كذا وان كان مؤجلاً فبكذا وتفرقا على هذا فهو فاسد لأنه صفقتان فى صفقة .

فصل

اشترى عبدا بشرط العتق

٢٠٨٧ ـ وان اشترى عبداً بشرط العتق فالبيع باطل .

٢٠٨٨ ـ وقال الشافعي البيع جائز بشرط العتق .

٢٠٨٩ـ ولو شرط الكتابة أو التدبير أو البيع أو الاستيلاد فالبيع باطل بالاتفاق فجعل أبو حنيفة البيع بشرط العتق مثل ذلك .

٢٠٩٠ ـ فاذا قبضه المشترى واعتقه لزمه الثمن استحسانا عند ابي حنيفة ، وقالا يلزمه القيمة ، وقد روى ذلك عنه أيضا .

٢٠٩١ ـ لأنه بيع مضمون بالقيمة لفساده كسائر البيوع الفاسدة .

وأبو حنيفة جعل ذلك كالعتق على مال اعتبر المسمى فى ذلك .

فصل

بيع العبد المغصـــوب .. الخ

٢٠٩٢ ـ وقال أصحابنا بيع العبد المغصوب والرهن والآبق موقوف ، فان حضر

وسلم تم البيع ولا خيار للمشتري ، وليس ذلك اسوأ حالا من [بيع] ملك الغير .

٢٠٩٣ ـ وكذلك ان باع سمكا محصوراً فى حظيرة فان كان يحتاج الى صيد فالبيع باطل ، واذا كان لا يحتاج الى ذلك فالبيع صحيح .

فصل

اشترى فصا على أنه ياقوت

٢٠٩٤ ـ فاذا اشترى فصاً على انه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع باطل لأنه خلاف ما اشتراه .

فصل

٢٠٩٥ ـ ولا يجوز بيع مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا ولدها ولا النحل ولا دود القز ولا أراضي مكة ولا بيع الوقوف فى سائر الارض ولا لبن الآدميات وكل هذا فيه خلاف الشافعي وغيره .

خيار الجس

٢٠٩٦ ـ ويجوز بيع الاعمى وشراؤه وله الخيار بالجس اذا كان مما يجس فاذا جس (سقط خياره)[1] .

خيار الرؤية

٢٠٩٧ ـ وبيع مالم يره المشترى جائز وشراؤه جائز وللمشترى الخيار اذا رآه ، لأنه بيع مقدور على تسليمه عند وجوب التسليم فهو كالجوز واللوز ، وفي ذلك خبر مروى أيضاً وقياس على سائر العقود انه لا يعتبر فيها الرؤية .

فصل

شراء الكافر العبد المسلم

٢٠٩٨ ـ وشراء الكافر للعبد المسلم جائز وقال الشافعي لا يجوز .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

٢٠٩٩ ـ وكذلك المصحف .

٢١٠٠ ـ واتفق الفريقان على ان الكافر يجوز له ان يبيع العبد المسلم له أو لغيره فجعل أبو حنيفة الشراء مثل ذلك .

٢١٠١ ـ واتفقوا على أنه يملك بالميراث والوصية على الخلاف .

٢١٠٢ ـ واجاز أبو حنيفة ان يوكل المسلم ذميا فيشترى له خمرا أو خنزيرا ويلزمه الثمن وقالا والشافعى لا تجوز الوكالة .

٢١٠٣ ـ وكذلك قالوا في الصيد اذا وكل المحرم حلالا فاشتراه يجوز على الآمر عند أبي حنيفة وقالا والشافعى لا يجوز .

٢١٠٤ ـ وفى المأذون يجوز عندهم جميعا .

٢١٠٥ ـ وكذلك المكاتب اذا عجز انتقل الخمر الى المولى .

٢١٠٦ ـ وفى هذا الباب مسائل كثيرة على الخلاف والوفاق لا تحصى كثرة .

فصل

باب الخيار في البيع من طريق الحكم والشرط

٢١٠٧ـ وخيار المجلس[1] لا يثبت عندنا في شيء من العقود .

---

(١) هو الخيار الثابت للمتبايعين في الرجوع في العقد حتى يتفرقا بأبدانهما والاصل فيه حديث « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا » رواه مالك في الموطأ ولم يعمل به وقيل انه دفعه باجماع أهل المدينة على ترك العمل به ، وكذلك رد الحنفية العمل بهذا الحديث وعمل به الشافعية (انظر تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك ٢/٧٩) وقد صاغ الطحاوى قاعدة لزوم البيع بدون خيار مجلس صياغة بارعة يتضح منها الخلاف بين الحنفية والشافعية في صدد هذا الخيار بقوله في المختصر (ص ٧٤) :

« اذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك، تفرقا بأبدانهما عن موطن البيع أو لم يتفرقا» .

وقد أول الحنفية الحديث المذكور على أن المقصود به التفرق بالاقوال (خيار القبول والرجوع فى الايجاب قبل ان يصادفه القبول) لا التفرق بالابدان (خيار المجلس) وفي هذا يقول الطحاوى فى مختصره (ص ٧٤) والخيار الذى جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعتك وبين قول صاحبه قد قبلت منك .

٢١٠٨ ـ وقال الشافعي يثبت فى البيع قولا واحدا وفى كل عقد معاوضة يقصد به المال كالاجارة وغيرها •

٢١٠٩ ـ واتفقوا على انه يثبت فى البيع خيار الشرط ثلاثة أيام •

٢١١٠ ـ واختلفوا فيما زاد على ذلك فقال أبو حنيفة لا يجوز ، وهو قول الشافعي •

٢١١١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا كان معلوما كالأجل ، وهو قول مالك وأحمد •

٢١١٢ ـ ولا يجوز الخيار فى بيع الرقيق والحيوان الا بالشرط •

٢١١٣ـ وقال بعض الفقهاء عهدة الرقيق ثلاثا من غير شرط •

٢١١٤ ـ واذا اشترى سلعة على انه ان لم ينقده الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو كشرط الخيار يجوز عند ابي حنيفة فى الثلاث ، وعندهما فيما زاد •

٢١١٥ ـ وقال زفر والشافعي البيع باطل •

فصل

شرط الخيار في المطعومات والمأكولات

٢١١٦ ـ وشرط الخيار يجوز فى سائر المطعومات والمأكولات [1] •

٢١١٧ـ وقال الشافعي لايجوز ولا يجوز في الصرف والسلم •

٢١١٨ ـ واجازه مالك ثلاثة أيام •

٢١١٩ ـ ولا يعتبر التقابض فى المجلس فى غير الصرف والسلم عندنا •

٢١٢٠ ـ وقال الشافعي يعتبر فى المطعومات أيضا •

٢١٢١ـ لانها تعتبر بالعقد ، فهي كالحيوان والثياب وسائر المثمنات عندنا•

فصل

اشتراط الخيار للغير

٢١٢٢ ـ واذا اشترط الخيار لغيره صح عندنا ، وكان الخيار للعاقد لأنه من موجب العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد •

---

(١) فى نسخة قليج : والمكيلات •

٢١٢٣ ـ وللشافعي قولان أحدهما لا يصح والثاني يصح لمن شرط لـــه ويكون كالوكيل .

فصل

٢١٢٤ ـ وخيار الثلاث لا يورث لأنه خيار لتتميم العقد كخيار القبول .

٢١٢٥ ـ وقال الشافعى يورث لأنه من حقوق العقد ، ليس لمـن وجـب عليه ابطاله .

٢١٢٦ ـ واتفق الفريقان ان الأجل يبطل بالموت فجعل أبو حنيفة الخيار مثله لأنه مدة ملحقة بالعقد .

خيار الرؤية

١٢١٧ـ وفي خيار الرؤية روايتان في بطلانه بالموت .

انتقال خيار التعيين للورثة

٢١٢٨ ـ وخيار التعيين لأحد العبدين اذا اشترى على ان (له) ان يأخذ ايهما شاء فمات قبل الخيار انتقل الى الورثة .

بطلان العقد المقترن بخيار التعيين

٢١٢٩ ـ وقال زفر والشافعي بيع عبد من عبدين باطل .

٢١٣٠ ـ واتفقوا على بطلان البيع فيما زاد على ثلاثة أعبد .

فصل

خيـــار الغبـــن

٢١٣١ ـ وقال أصحابنا اذا غبن فى البيع لم يثبت الخيار .

٢١٣٢ ـ وقال مالك اذا كان الثلث فما زاد يثبت له الخيار .

فصل

القبض في البيع الفاسد

٢١٣٣ ـ واذا قبض فى البيع الفاسد بأذن البائع ملك المشترى المبيع بالقيمة عندنا ٠

٢١٣٤ ـ وقال الشافعي لا يملك ٠

٢١٣٥ ـ وان تصرف المشترى فيه بعد كل تصرف لا يلحقه الفسخ ومنع حق الرجوع فيه ٠

٢١٣٦ ـ وكذلك اذا زاد فيه زيادة لها قيمة ٠

٢١٣٧ ـ واذا تصرف بما يلحقه الفسخ لم يمنع البائع ولا المشترى من الفسخ ٠

٢١٣٨ ـ واذا فسخ فى الموضع الذى يجب فيه الفسخ تتبعه الزوائد في الفسخ عند الجميع ، وقد تملك المبيع بالقيمة كما تملك بالثمن كالشفيع يأخذ تارة بقيمة الشقص[1] اذا كان عوضا من ذوات القيم ٠

---

(١) في لسان العرب في مادة شقص : الشقص والشقيص الطائفة من الشيء ، والقطعة من الارض ، تقول اعطاه شقصا من ماله (أي جزءا) وقيل هو قليل من كثير ، وقيل هو الحظ ، ولك شقص هذا وشقيصه ، كما تقول نصفه ونصيفه ، والجمع من كل ذلك اشقاص وشقاص ، قال الشافعي في باب الشفعة: فان اشترى شقصا من ذلك ، أراد بالشقص نصيبا معلوما غير مفروز ٠٠٠ وفي الحديث أن رجلا من هذيل اعتق شقصا مملوك فأجاز رسول الله (ص) وقال : ليس لله شريك ٠ قال شمر قال خالد النصيب والشرك والشقص واحد، قال شمر : والشقيص مثله ، وهو في العين المشتركة من كل شيء ٠ قال الازهري : واذا أفرز جاز أن يسمى شقصا ٠

فصل

أنواع البيوع من حيث الصحة والبطلان والفساد والوقف

٢١٣٩ـ والبيع على ثلاثة اضرب : بيع صحيح وبيع فاسد وبيع موقوف •

٢١٤٠ ـ وقال الشافعي البيع الموقوف على الاجازة باطل •

٢١٤١ ـ واتفق الفريقان على ان البيع يقف على الفسخ فى بيع الخيار •

٢١٤٢ ـ وقلنا ، والشافعى ان خيار الشرط شرط للفسخ لا للاجازة •

٢١٤٣ ـ وقال مالك الاجازة شرط •

٢١٤٤ ـ وفائدة الخلاف اذا مضت مدة الخيار ثم البيع عندنا وعنده يبطل ويرجع الى البائع •

فصل

باب من بيوع ذوي الارحام

٢١٤٥ ـ واذا كان فى ملك الرجل عبدان أحدهما صغير والآخر كبير ، فليس له أن يفرق بينهما فى البيع كالاب والابن والام والبنت •

٢١٤٦ ـ وان فرق بينهما جاز البيع عند ابي حنيفة ومحمد وكان مكروها •

٢١٤٧ ـ وقال ابو يوسف والشافعي البيع باطل حتى يجمع •

٢١٤٨ ـ واتفقوا على انه لو باعهما جميعا ثم وجد المشترى بأحدهما عيبا كان له أن يرده خاصة •

٢١٤٩ ـ وروى عن ابى يوسف انه ليس له أن يرد •

٢١٥٠ ـ وروى عنه رواية اخرى ان سائر ذوى الارحام مثل الاب والام •

٢١٥١ ـ وفرق الشافعى بين الاب وسائر ذوى الارحام كالاخ والعم والعمة والاخت •

٢١٥٢ واتفقوا على انه يجوز ان يعتق احدهما دون الآخر ، وان يكاتب •

٢١٥٣ ـ وان استولد الامة أو دبرها فله ان يفرق •

٢١٥٤ ـ وروى ابن زياد عن ابي حنيفة انه فى التدبير والاستيلاد لا يفرق لانهما على ملكه ، والملك لم يزل ، وفى العتق زال الملك فجاز له البيع بعد ذلك .

٢١٥٥ ـ وفى هذا البيع مسائل كثيرة وخلاف ووفاق . فمن [1] كان له ولمكاتب له أو عبد تاجر عليه دين مملوكان فأراد أن يفرق بينهمافرق لان ما في يد المكاتب والمأذون خارج عن يده فهم كالاجنبي ، وغير ذلك من فروع المسائل.

بـــاب

بيـع الأمة الحامل

٢١٥٦ ـ واذا كانت الأمة بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من رجل وهى حامل وادعى المشترى الحبل وادعاه البائع والذى لم يبع معا فان ولدته لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه من البائع وشريكه وينتقض البيع ، ويرد المشترى نصف العقر على الذي لم يبع باقراره بالوطء .

٢١٥٧ ـ وقال الحاكم : قوله ويرد المشترى نصف العقر ليس بسديد ، والصواب أن يرد جميع العقر على الشريكين .

٢١٥٨ ـ وهذا فى رواية ابى سليمان ، لانها ام ولد لهما فيجب جميع العقر لهما لانه وطئها بشبهة ملكه .

٢١٥٩ ـ وانما يثبت نسبه من الشريكين لأن دعواهما دعوى علوق قبلت في ملك الغير ولان دعواهما أكثر من دعوى الاب ولد جارية ابنه لأن للأب شبهة ملك .

فصل

٢١٦٠ ـ وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشترى ومن الذى لم يبع ، وعلى البائع نصف العقر للذي لم يبع لان الملك لهما وقد انقطع

---

(١) في نسخة قليبج : كمن .

حكم العلوق لانه ليس فيه دلالة على ان العلوق كان فى ملكها فوجب اعتبار الملك ، والملك دون الذى باع وانما لزم نصف العقر لان اقرار البائع بالوطء في حال كان الملك لهما قبل بيعه فلا يلزمه باقرار غيره •

فصل

نزاع على حمل جارية من زوج

٢١٦١ ـ واذا أقر المولى ان حمل جاريته من زوج كان زوجها منه ثم أراد أن يدعيه لنفسه فان كان ذلك الزوج صدق المولى أو لم يصدقه ولم يكذبه لا تجوز دعوى المولى فى قولهم جميعا ولا يثبت النسب •

٢١٦٢ ـ ولو انه كذبه ثم ادعاه المولى لنفسه فان فى قول أبى حنيفة لاتجوز دعواه ايضا •

٢١٦٣ ـ وفى قول ابى يوسف ومحمد تجوز •

باب الاستبراء في الجواري

٢١٦٤ ـ ولا نعلم خلافا بين العلماء فى أصل الاستبراء وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة •

٢١٦٥ ـ ولا توطأ الحامل حتى تضع ولا من تحيض حتى تحيض حيضة ، وأن كانت لا تحيض فشهر لانه أقيم مقام حيضة فى حق الصغيرة والآيسة •

فصل

٢١٦٦ـ واذا اشترى جارية حائضا فانه لا يحتسب بالحيضة وعليه ان يستبرئها بحيضة اخرى عند ابى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابى يوسف وروى عن ابى يوسف انه لا استبراء عليه ، وهو قول ابراهيم النخعي •

٢١٦٧ ـ وكذلك الخلاف لو حاضت فى يدى البائع أو كانت بكرا فأن

الاستبراء واجب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يجب عنـــد ابي يوسف في احدى الروايتين لان المقصود العلم ببراءة رحمها ٠

فصل

٢١٦٨ ـ وان ارتفع حيضها لا من حمل يعلم انه بها لمرض أو عارض فـان أبا حنيفة قال لا يطؤهـا[1] حتى يمضى عليها ثلاثة أشهر فى روايـة ومثله روى عن ابي يوسف ، وفى بعضها اربعة أشهر ، وفى رواية عنه حتى يعلم ان رحمها برىء من الحمل ٠

٢١٦٩ ـ وقال محمد بن الحسن يدعها اربعة أشهر وعشرا ، وهى عـدة الوفاة ، وروى عنه ايضا انه قال شهرين وخمسة أيام عدة الأمة في الوفاة ، وانما أعتبر هذه المدة لان حيضها يجوز أن يتأخر ، وانما حددوا ذلـك بما ذكرنا لان فى مثل ذلك يتبين الحمل ويتحرك الولد فى الرحم ٠

فصل

٢١٧٠ ـ واذا باع جارية فلم يقبضها المشترى حتى تقايلا البيع فالقياس ان يجب على البايع الاستبراء فى رواية ابى يوسف عن ابى حنيفة فى الاملاء ، وهو قوله الاول ، وفى الاستحسان لا يجب الاســتبراء وهو قول أبى حنيفـة الآخـر وهو قولهما ٠

فصل

٢١٧١ ـ ولو كان المشترى قبضها ثم اقاله فباعها فولدت عنـــد المشترى فماتت الجارية وبقى الولد فادعى البائع الولـد فان النسب يثبت ويرد البائع جميع الثمن فى قول ابى حنيفة ولا يمسك لاجل الولد شيئا ، وفى قولهما لا يرد حصة الأم من الثمن ، وهذا فرع لمسألة اخرى ان أم الولد ليست بمال ٠

---

(١) في النسخة المعتمدة كتبت على هذا النحو : لايطأها ٠

فصل

٢١٧٢ ـ ولو قبض المشترى الجارية فوجد بها عيبا فردها أو كان البائع قد باعه منها سهما ثم ردها ثم أقاله فى الشقص فعليه الاستبراء لانه وجد سبب الاستبراء .

فصل

٢١٧٣ ـ واذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو فكت المرهونة أو عجزت المكاتبة فالاستبراء على المولى فى ذلك ، ولو وهبها لولد له صغير أو كبير ثم اشتراها لنفسه فعليه الاستبراء لانه ملك جديد .

٢١٧٤ ـ ولو قبضها المشترى بشراء وفسخ القاضى البيع لاجل الفساد فعليه الاستبراء فى الاستحسان ، وكان القياس ان لا يجب ، وكذلك كان القياس ان لا يجب الاستبراء على البائع اذا باع بشرط الخيار ثم فسخ ، وهذا مبنى على اصلنا أن البيع الفاسد اذا قبض المشترى المبيع ملك المشترى ، وعند الشافعي لا يملك فيجب أن لا يجب الاستبراء كالمغصوبة .

فصل

٢١٧٥ ـ واذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى أن يقربها بعد أن يستبرئها بحيضة ، لان الوطىء قد كان حل لغيره فيجب عليه الاستبراء ، ولم يسقط ذلك اذا لم تجب عدة .

٢١٧٦ ـ وأن كان النكاح فاسدا وفرق فيه لم يكن عليه الاستبراء لانه لا يستباح به الوطىء .

٢١٧٧ ـ ولو وهب جارية فرجع فيها فعليه الاستبراء .

فصل

لا استبراء على الزانية

٢١٧٨ ـ ولا يجب الاستبراء على الزانية ، فان حملت منه لم يطأها حتى تضع ، والأمة والحرة فى ذلك سواء .

بـــاب

بيـــع النخـــل وفيـــه ثمـرة

٢١٧٩ ـ رجل اشترى ارضا ونخلا بالف درهم ، والارض تساوى الفـا والنخل مثل ذلك فاثمر النخل فى يدى البائع ثمرا يساوى الفا فاستهلك البائـــع التمر فانه يسقط عن المشـــترى ثلث الثمن وعليه ثلثا الثمن في قول أبى حنيفة ومحمد وفي قياس ابى يوسف يســـــقط عنه ربع الثمن ويجب عليه ثلاثة ارباع الثمن فهما يقسمان الثمن على الارض والنخل ثم يحط ذلك الهالك من الثمن ، وعند أبي يوسف ان التمر دخل فيما يخص النخل خاصة ، لان البيع واقع على الأرض والنخل كالتبع فهو يشابه من اشترى أمة فولدت ولدين فان الثمن يقسم عليهم ، وخلاف آخر أنه لا خيار للمشترى ويأخذ بمقدار مابقى عليه من الثمن وعندنا للمشترى الخيار .

فصل

٢١٨٠ـ واذا باع النخل وعليه تمر فهو للبائع سواء ابرت أم لم تؤبر[1] .

---

(١) في لسان العرب : أبَر النخل والزرع يأبرُه ويأبِره أبرا وابارة أصلحه .

وأتبرت فلانا سألته أن يأبر نخلك ، وكذلك في الزرع اذا سألته أن يصلحه لك ..

والآبر : العامل .

والمؤتبر : رب الزرع .

والمأبور : الزرع والنخل .

وزمن الآبار زمن تلقيح النخل واصلاحه .

وفي الحديث : « خير المال مهرة مأمورة وسكة مأبورة » .

السكة الطريقة المصطفة من النخل ، والمأبورة الملحقة . يقال أبرت النخلة وأبرّتها فهي مأبورة ومؤبرة . وقيل السكة سكة الحرث ..

وفي الحديث : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع.

وتأبير النخل : تلقيحه ، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة ، والاسم منه الابار على وزن الازار .

٢١٨١- وقال الشافعي : اذا ابرت فهي للبائع وان لم تؤبر فهي للمشترى .

٢١٨٢- وعند ابن أبى ليلى هي للمشترى فى الحالين .

٢١٨٣- وعندنا لايدخل فى البيع بغير شرط لانه يمكن افرادها بالبيع فهي في حكم عين أخرى لانها ثمرة ظاهرة كالمؤبرة .

فصل

٢١٨٤- واذا باع الثمرة واطلق البيع جاز ووجب على المشترى قطعها .

٢١٨٥ - وقال الشافعي : لا يجوز مطلقا اذا كان لم يبد صلاحها الا بشرط القطع ، لان كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز مطلقا كما لو بدا الصلاح ، ولان الشرط غرر في البيع .

فصل

٢١٨٦- وان شرط تركها فأنه يبطل العقد عند ابي حنيفة وابي يوسف .

٢١٨٧- وقال الشافعي : اذا كان قد بدا صلاحها لم يبطل البيع .

٢١٨٨- لان ماجاز بيعه بشرط القطع لايجوز بشرط الترك كالتي لم يبد صلاحها .

فصل

٢١٨٩- ولا فرق بين أن يكون قد تناهى عظمها أو لم يتناه ان شرط الترك يفسد البيع ، وقال محمد : يجوز استحسانا لانه شرط تركها فصار كما لو لم يبد صلاحها .

فصل

٢١٩٠- واذا اشترى رطبا على رؤوس النخل بخرصه تمرا لم يجز .

وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ، ولا يجوز فيما زاد على ذلك .

٢١٩١ـ ولو جاز ذلك لجاز في الزيادة ، وكان يجوز في سائر الثمار والحبوب ، وقد أجمعنا على أن ذلك لايجوز .

فصل

٢١٩٢ ـ ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة .
وعندهما والشافعي لا يجوز .

٢١٩٣ ـ وأجمعوا على جواز بيع العتيق من التمر بالحديث[1] .

٢١٩٤ـ واختلف ابو يوسف ومحمد في بيع العنب بالزبيب .

٢١٩٦ ـ واجاز أصحابنا بيع الحنطة بالدقيق اذا كان مع الحنطة ثمن .

٢١٩٥ ـ وأختلف في جواز بيع الحنطة بالسويق فقال أبو حنيفة لا يجوز .
وقال أبو يوسف ومحمد يجوز .

٢١٩٦ ـ واجاز أصحابنا بيع الدقيق بالدقيق اذا كان على صفة واحدة .

٢١٩٧ ـ وقال الشافعي لا يجوز .

فصل

بيع الشاة باللحم

٢١٩٨ ـ وبيع الشاة باللحم جائز عند ابي حنيفة وابى يوسف .

٢١٩٩ ـ وقال محمد يجوز على وجه الاعتبار .

٢٣٠٠ ـ وقال الشافعي لا يجوز بحال لانه معدود بموزون فصار كالدرهم .

فصل

٢٣٠١ ـ وبيع الشاة التى فى ضرعها لبن او على ظهرها صوف بلبن من

---

(١) في نسخة المعهد (الحديث) .

(١) في لسان العرب : خرص يخرص بانضم خرصا وتخرّص أي كذب ورجل خراص أي كذاب ... وأصل الخرص التظني فما لاتستيقنه ، ومنه خرص النخل والكرم اذا حزرت التمر ، لان الحزر انما هو تقدير يظن لا احاطة والاسم الخرص بالكسر .

جنس لبنها أو صوف من جنس صوفها جائز عند ابى حنيفة على وجه الأعتبار .

٢٣٠٢ ـ وقال غيره لا يجوز .

٢٣٠٣ ـ ومن أصحابنا من فرق بين الصوف واللبن ومنهم من سوى فى ذلك وقال : الخلاف فى الجميع واحد .

فصل

٢٣٠٤ ـ واجازوا بيع الزيت بالزيتون والشيرج[1] بالسمسم على وجه الاعتبار بأن يكون فى الدهن مثل ما فى السمسم وزيادة فى مقابلة اللبن .

٢٣٠٥ ـ وقال زفر ومالك لا يجوز .

فصل

٢٣٠٦ ـ واذا باع شاة واستثنى اطرافها لم يجز البيع .

٢٣٠٧ ـ وقال بعض الفقهاء يجوز وهم الحنابلة .

٢٣٠٨ ـ وفى هذا الضرب مسائل كثيرة .

٢٣٠٩ ـ وأجاز أصحابنا بيع الحنطة بالشعير متفاضلا ومتساويا .

٢٣١٠ ـ وقل مالك لا يجوز لأنهما جنسان ، فهما كالدنانير والدراهم .

فصل

٢٣١١ـ والربا يجري في مكيل جنس عندنا اذا بيع بمثله ، وكذلك الموزون .

٢٣١٢ ـ وقال الشافعي الربا يختص بالمطعومات والاثمان .

فصل

٢٣١٣ ـ والجنس يحرم عندنا النسأ كما يحرم النسأ بالمعنى المضموم اليه .

---

(١) هو دهن السمسم .

باب من السلم[1]

٢٣١٤ ـ وكل ما تضبط صفته ويعلم قدره فالسلم فيه جائز اذا ذكر جنسا معلوما ونوعا وقدرا معلوما أو صفة معلومة ، وكان موجودا فالسلم فى ايدى الناس من يوم العقد الى يوم المحال[2] وذكر الاجل في ذلك ، وقبض رأس المال في المجلس ، وسمى موضع تسليمه فذلك جائز باجماع ، اذا كان رأس المال معلوما ، وكلما انخرم[3] من هذه الشروط شرط دخل الخلاف في العقد لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« من اسلم فاسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » بعد نهيه عن بيع ما ليس عند الانسان .

فصل

تعجيل أحد البدلين

٢٣١٨ ـ واجاز الشافعي السلم حالا ومؤجلا وامتنع أصحابنا من ذلك ، وقالوا : لا يجوز الا بأجل لأنه لا فرق بين السلف والسلم واللفظ واذا كان حالا لم يتمكن من التسليم عقب العقد .

فصل

السلم في المعدوم

٢٣١٦ ـ واجاز السلم فى المعدوم اذا كان موجودا عند المحل .

٣١٧ ـ وقال أصحابنا لا يجوز حتى يكون موجودا عند الطرفين ، وفيما

---

(١) جاء في لسان العرب : يقال أسلم وسلم اذا أسلف وهو أن تعطي ذهبا وفضة في سلعة معلومة الى أمد معلوم ، فكأنك قد اسلمت الثمن الى صاحب السلعة وسلمته اليه .

وأسلم فى الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد .

(١) في نسخة (قليج) المحل .

(٢) في نسخة قليج (انعدم) .

بين ذلك ، لأن ذلك وقت يجوز ان يحل فيه بالموت ، والموت[1] ، فكان وجوده شرطا كالمحل المشروط خلاف الشافعي يكفى وجوده عند المحل المشروط .

فصل

مايجوز السلم فيه

٢٣١٨ ـ واجاز اصحابنا السلم فى الجوز واللوز والفستق والحنطة والشعير والبر والزيت والقطن والزعفران ، وكل ما يكال وكل ما يوزن وكل ما يعد ويتقارب ولا يتفاوت كاللبن والآجر والنورة والطوابيق والمسوح[2] والاكسية والثياب والزجاج والآنية ، وفي بعض ذلك خلاف وفيه وفاق .

ومسائل السلم كثيرة

فصل

قرض مال بمثله

٢٣١٩ ـ اجاز أصحابنا قرض ماله مثل من المكيل والموزون .

٢٣٢٠ ـ وقالوا : لا يجوز قرض ذوات القيم .

٢٣٢١ ـ وقال الشافعي يجوز الا الحوار[3] ومن اصحابه من اجاز الجميع .

فصل

٢٣٢٢ ـ وقالوا : لو اشترى بذهب وفضة وسمى وزنا معلوما كان الثمن منقسما من كل جنس نصفه .

٢٣٢٣ ـ وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين كل واحد .

---

(١) فى نسخة قليج : والشرع .

(٢) كذا في النسختين ولعله الشيرج .

(٣) كذا ولعله الخبز الحواري ... والحواري من الدقيق الخالص المنقى (راجع لسان العرب مادة حور) .

فصل

٢٣٢٤ ـ واجاز الجميع صرف ما فى ذمة كل واحد فى ذمة الآخر ، واعتبروا القبض فى الصرف فى المجلس .

٢٣٢٥ ـ وقال اصحابنا ان الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد .

٢٣٢٦ ـ وقال أبو الحسن تتعين ولا تستحق أعيانها .

٢٣٢٧ ـ وقال زفر تتعين وبه قال الشافعي .

٢٣٢٨ ـ ولو تعينت لما صح العقد عليها مع الاطلاق .

ومسائل البيوع كثيرة ، وسمعت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يقول ان أبا بكر الخوارزمي رحمه الله جمع كتاب البيوع من كتب محمد وأصحابنا من جميع الكتب فكانت خمسين الفا وزيادة وانه وقع ذلك اليه .

٢٣٢٩ ـ وفى الذى ذكرت من هذه المسائل فى هذا الكتاب مالم يذكره غيرى في أدب القضاء ، كالطحاوى والخصاف فانهما لم يودعا كتبهما من ذلك شيئاً .

كتاب الرهن

تعريف(١)

٢٣٣٠ ـ الرهن عقد وثيقة يفتقر الى ايجاب وقبول ، وهو جائز قبل القبض غير لازم ، وانما يلزم بالقبض .

٢٣٣١ ـ وقال مالك : يلزم من غير قبض .

٢٣٣٢ ـ وهو لازم للراهن ليس له ابطاله الا (ان) يقضى ما هو رهن به ، لأنه قد تعلق به حق غيره .

فصل

٢٣٣٣ ـ ولو رهن نصف عبد أو دار او مكيل أو موزون غير مقسوم فالرهن فاسد عندنا .

٢٣٣٤ ـ وقال الشافعي : كل ما جاز بيعه جاز رهنه وعندنا ان كل ما جاز رهنه جاز بيعه ، ويجوز رهنه لانه اعم من الرهن .

٢٣٣٥ ـ وبيع ما فى الذمة يجوز ، ولا يجوز رهنه .

٢٣٣٦ ـ ويجوز بيع التركة قبل القبض ولا يجوز رهنها .

٢٣٣٧ ـ وعقد هذا الباب : ان كل ما يجوز رهنه ابتداء فانه يجوز فى حالة البقاء فانظر ابدا الى ما يستحق من الرهن ، فان كان الباقى يجوز ان يبتدأ فيه الرهن فالرهن بحاله فيه ولا يبطل ، وان كان لا يجوز ابتداء فالرهن قد بطل ، ولا فرق بين الشريك وغيره .

٢٣٣٨ ـ وسائر الاموال فى ذلك سواء العقار والعبيد والمكيل والموزون

---

(١) في لسان العرب : قال ابن سيدة : الرهن ماوضع عند الانسان مما ينوب مناب ما أخذ منه ، يقال رهنت فلانا دارا رهنا ، وارتهنته اذا أخذه رهنا والجمع رهون ورهان ورهن بضم الهاء .
وكل شيء يحتبس به شيء فهو رهينة ومرتهن ، وارتهن منه رهنا أخذه .

والثياب والنخل والشجر وسائر ضروب الأموال في ذلك سواء ، وان قبض الجميع لم يصح الرهن أيضا ، وكذلك ان كان الرهن مقسوما فاستحق بعضه مشاعا بطل الرهن ، وان كان معينا والباقى يجوز رهنه بحاله .

٢٣٣٩ ـ ومسائل هذا الباب كثيرة ، والاصل واحد ، ولا فرق بين ان يأذن الشريك فى ذلك أو لا يأذن ان الرهن لا يصح .

فصل

الرهن في السفر

٢٣٤٠ ـ ويجوز الرهن فى الحضر كما يجوز فى السفر خلافا لاهل الظاهر .

حظر الانتفاع بالرهن

٢٣٤١ ـ ولا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن .

وقال الشافعى له الانتفاع اذا كان له منفعة .

رهن العين المغصوبة

٢٣٤٢ ـ واذا رهن العين المغصوبة عند الغاصب جاز الرهن وزال ضمان الغصب .

٢٣٤٣ ـ وقال الشافعي ضمان الغصب بحاله .

اعتاق العبد المرهون

٢٣٤٤ ـ واذا اعتق الراهن العبد المرهون جاز عتقه موسرا كان أو معسرا .

وللشافعي فى ذلك ثلاثة أقول : مثل قولنا ولا يعتق ، والثالث الفرق بين المعسر والموسر .

تقبيل الجارية المرهونة

٢٣٤٥ ـ وان قبل المرتهن الجارية المرهونة من غير شبهة[1] لم يجب الحد فى أحدى الروايتين لأنها محبوسة فى يديه بحق له فى رقبتها .

---

(١) كذا في النسختين والظاهر انها شهوة وأول العبارة في نسخة منيخ : واذا وطىء .

فصل

٢٣٤٦ــ وان وطىء باذن الراهن فولدت منه فالولد عبد ٠

٢٣٤٧ـ وقال الشافعي حر ٠

٢٣٤٨ـ لان اذنه ليس اكثر من تزويجه بها ولو تزوجها كان الولدعبدا٠

٢٣٤٩ـ واذا باع المرتهن الرهن قبل حلول الدين باذن الراهن فالبيع جائز والثمن رهن ٠

٢٣٥٠ـ خلاف الشافعي لايكون رهنا ٠

ولو شرط له ذلك أو شرط ان يعجل الدين فالبيع جائز ويلزم تسليم ذلك

٢٣٥١ـ خلاف الشافعي البيع باطل على هذا الشرط ٠

٢٣٥٢ـ ورهن العبد الجاني والمرتد جائز كما يجوز البيع ٠

٢٣٥٣ـ وقال الشافعي لا يصح في أحد قوليه ٠

الزيادة فى الرهن والدين

٢٣٥٤ـ وتجوز الزيادة في الرهن ٠

٢٣٥٥ـ ولا تجوز في الدين ٠

٢٣٥٦ـ وقال ابو يوسف يجوز فيهما

٢٣٥٧ـ وقال زفر لايجوز فيهما ٠

٢٣٥٨ـ وللشافعي قولان في ذلك ٠

اقرار الراهن بجناية العبد المرهون

٢٣٥٩ـ ولا يجوز اقرار الراهن على العبد المرهون بالجناية ٠

٢٣٦٠ـ وقال الشافعي في أحد قوليه يجوز ٠

٢٣٦١ ـ واذا قتل العبد المرهون فى يد المرتهن بالردة ثبت الخيار في فسخ البيع ٠

٢٣٦٢ـ خلاف الشافعي لايثبت ٠

٢٣٦٣ـ واذا علق عتق عبده بصفة ثم رهنه جاز الرهن ٠

٢٣٦٤ـ وقال الشافعي لا يجوز رهنه ، وله تفصيل في تعجيل الصفة وتأخيرها على محل الدين لانه يجوز بيعه فجاز رهنه .

تحول العصير المرهون خمرا

٢٣٦٥ـ واذا رهن عصيرا فصار خمرا لم يبطل الرهن .

٢٣٦٦ـ وقال الشافعي يبطل .

٢٣٦٧ـ وان عادت خلا فالمرتهن أحق بها من الغرماء .

رهن مايسرع اليه الفساد

٢٣٦٨ ـ ورهن ما يسرع اليه الفساد بالدين الحال أو المؤجل جائز .

٢٣٦٩ ـ وقال الشافعى لا يجوز .

فصل

توكيل المرتهن ببيع الرهن

٢٣٧٠ـ ويجوز أن يكون المرتهن وكيلا ببيع الرهن عند محله .

٢٣٧١ ـ وقال الشافعى لا يجوز .

٢٣٧٢ ـ ولا يملك الراهن عزل الوكيل عن بيع الرهن اذا وكله بالبيع ،

٢٣٧٣ ـ وقال الشافعي يملك .

فصل

تبعة هلاك ثمن الرهن

٢٣٧٤ـ واذا باع العدل الرهن فهلك الثمن فهو من ملك المرتهن لان اليد للمرتهن دون الراهن لان الراهن لو اراد فسخ يد العدل لم يكن له ذلك والمرتهن له ذلك .

٢٣٧٥ ـ وقال الشافعى يكون من مال الراهن .

فصل

استحقاق الرهن

٢٣٧٦ـ واذا استحق الرهن بعد البيع على المشتري رجع على العدل البائع.

٢٣٧٧ ـ وقال الشافعي يرجع على الراهن .

٢٣٧٨ ـ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد عندنا دون من عقد له في كل ما تصح اضافته الى العاقد من العقود .

٢٣٧٩ ـ واذا ادعى العدل تسليم الثمن الى المرتهن فالقول قوله .

٢٣٨٠ ـ وقال الشافعي لا يقبل قوله عليه .

٢٣٨١ـ لأنه أمين له واليد يد المرتهن وان تعلق بها حق الراهن .

دفع العبد الرهن في الجناية

٢٣٨٢ ـ واذا دفع العبد الرهن في الجناية بطل من الدين بحساب ذلك .

٢٣٨٣ ـ وقال الشافعي لا يبطل .

٢٣٨٤ـ والرهن مضمون عندنا بالاقل من قيمته ومن الدين .

٢٣٨٥ ـ وقال الشافعي هو امانة .

٢٣٨٦ـ ولو كان امانة لقبل قول المرتهن في الرد على الراهن كسائر الامانات ، ولكان المرتهن وغيره في ثمنه سواء .

فصل

رهن المكاتب

٢٣٨٧ ـ ويجوز رهن المكاتب بدين المكاتبة .

٢٣٨٨ـ وقال الشافعي لايجوز .

٢٣٨٩ـ لانه دين واجب كسائر ديونه .

فصل

تزويج الامة المرهونة

٢٣٩٠ـ ويجوز للراهن تزويج الامة المرهونة بغير اذن المرتهن .

٢٣٩١ـ وقال الشافعي لايجوز .

فصل

الزيادة من الرهن

٢٣٩٢ـ والزيادة من الرهن تدخل في الرهن .

٢٣٩٣ـ وقال الشافعي لايدخل المنفصل ويدخل المتصل .

٢٣٩٤ـ لانه حق ثابت في الام فسرى الى الولد كالملك والعتاق .

فصل

الشرط الفاسد في الرهن

٢٣٩٥ـ واذا شرط في الرهن شرطا فاسدا بطل الشرط وصح الرهن .
وقال الشافعي يبطل الرهن .

٢٣٩٦ـ لانه عقد شرط في لزومه القبض كالهبة .

باب

اختلاف الراهن والمرتهن

٢٣٩٧ـ واذا اختلف الراهن والمرتهن في الدين فالقول قول الراهن في الدين مع يمينه ، ولا خلاف في ذلك .

٢٣٩٨ ـ وان اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت الزيادة .

فصل

٢٣٩٩ـ وان قال الراهن رهنت بخمسمائة وقال المرتهن بل بالف ،

والدين الف على الراهن فالقول قول الراهن ، كما لو انكر الرهن كان القول قوله في ذلك .

٢٤٠٠ ـ واذا قال المرتهن قبضت خمرا .

وقال الراهن بل صارت العين خمرا عندك ، فالقول قول المرتهن .

٢٤٠١ـ وقال الشافعي القول قول الراهن .

٢٤٠٢ـ لانه لم يقر بقبض يوجب الضمان .

فصل

٢٤٠٣ـ وان قال الراهن رهنتها عندك بجميع مالك من الدين وهو الف، وقال المرتهن رهنتها بخمسمائة والجارية الرهن تساوى الفا فان الحسن بن زياد قال عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويترادان بعد التحالف .

٢٤٠٤ـ وان مات الراهن قبل التحالف كانت بما قال المرتهن لانه ينكر الضمان .

فصل

اختلافهما فى قيمة الرهن

٢٤٠٥ـ ولو اتفقا على ان الجارية رهن واختلفا في قيمة الجارية ، وقد هلكت في يد المرتهن فقال المرتهن كانت قيمتها خمسمائة وقال الراهن الفا فالقول قول المرتهن في قيمة الهالك .

٢٤٠٦ ـ وان اقاما بينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان والزيادة .

فصل

٢٤٠٧ ـ وان اختلفا فقال المرتهن رهنتني هذين العبدين بألف .

وقال الراهن بل احدهما بألف لم تقبل دعوى احدهما على صاحبه ، ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه .

فصل

٢٤٠٨ ـ واذا كان الرهن أمة فولدت ثم ماتت الامة وبقي الولد ، واختلفا في قيمة الام فالقول قول المرتهن والبينة بينة الراهن ، وكذلك الحيوان والشجر والثياب وسائر الاعيان مثل ذلك .

فصل

٢٤٠٩- واذا اختلفا فقال الراهن :

قبضت مني الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن :

بل قبضته انت مني فهلك في يدك فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن قد اقر بقبضه فهو في ضمانه .

٢٤١٠- وان اقاما جميعا البينة على ما قالا اخذت بينة الراهن لانه المدعي للقضاء ، لان هلاك الرهن في يد المرتهن بمنزلة القضاء .

فصل

٢٤١١- وان قال المرتهن هلك في يدالراهن قبل ان اقبضه ، وقال الراهن هلك في يد المرتهن فالقول قول المرتهن لانه لم يغير مقتضى شيء ، فان اقاما البينة اخذت بينة الراهن لانها تثبت القضاء وتشهد بعين الظاهر .

فصل

٢٤١٢ - وان قال المرتهن : رهنتنى هذين الثوبين وقبضتهما فقال الراهن : رهنتك أحدهما فالقول قول الراهن .

٢٤١٣- وان اقاما بينة ، اخذت بينة المرتهن .

فصل

٢٤١٤- واذا كان الرهن عبدا والدين الفين والعبد يساوى الفا وقدذهبت عينه واختلفا في قيمته فقال الراهن كانت قيمته يوم رهنتك الفين فقد ذهب نصف دينك ، وقال المرتهن بل كانت قيمته خمسمائة وانما زاد بعد ذلك وانما ذهب ربع حقي فالقول قول الراهن مع يمينه .

٢٤١٥- فان اقاما جميعا بينة على ما ادعياه اخذت بينة الراهن لانه يدعي القضاء والبراءة ، والعبد مضمون على المرتهن ، وهو يتصرف في ملك الراهن فهو كالغاصب .

٢٤١٦ ـ واذا اختلف هو والمغصوب منه فالقول قول المغصوب منه لانه لا يصدق فيما يوجب سقوط الضمان عنه .

فصل

٢٤١٧ـ واذا ادعى الرهن وانكر الراهن الرهن او أقر بالرهن وانكر التسليم فالقول قوله وعلى المدعي البينة انه ارتهن وقبض .

٢٤١٨ـ فان أقام بينة رجلين أو رجلا وامرأتين انه ارتهن وشهدوا على معاينة القبض او اقرار الراهن بذلك فهو سواء .

٢٤١٩ـ وهذا قول ابي حنيفة الاخير ، وهو قول ابي يوسف ومحمد لانهما اثبتا الرهن بالشهادة .

فصل

٢٤٢٠ـ ولو شهد احدهما انه رهن بمائة وشهد الآخر بمائتين ، والمرتهن يدعى مائتين فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة .

٢٤٢١ ـ وقالا يكون رهنا بمائة والقول قول الراهن فى الزيادة .

٢٤٢٢ـ وعند الشافعي يحلف مع الشاهد الواحد ، ويكون رهنا بمائتين .

٢٤٢٣ـ واتفق الجميع على انه لو شهد احدهما بحنطة والآخر بشعير أو شهد بدنانير والآخر بدراهم أو شهد احدهما بعبد والآخر بثوب ان الشهادة باطلة ولا شيء على الراهن من ذلك .

٢٤٢٤ـ واتفقوا على انه لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين والمرتهن يدعي مائة وخمسين فالشهادة جائزة في مائة ، ويكون على الراهن .

٢٤٢٥ـ ولو ادعى الراهن انه رهن بمائة وخمسين ، وذلك قيمته ، واقاما على ذلك شاهدا وشهد له آخر بمائة وقال المرتهن مائة وخمسون وهذا رهن بمائة منها فالقول في ذلك قول المرتهن مع يمينه الا ان يقدم الراهن شاهدا آخر على ما ادعاه .

٢٤٢٦ـ وان اقاما جميعا بينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الزيادة والقضاء

فصل

اشتراط الرهن بالثمن

٢٤٢٧ ـ واذا باعه متاعاً على ان يرهنه عبدا بالثمن فجحد المشترى ذلك وأقام عليه بينة بالبيع والرهن فانه لا يجبر الراهن على تسلم الرهن ، لانه غير مقبوض ، ولكن له الخيار فى فسخ البيع ، ولا يجبر على تمام البيع الا ان يسلم الراهن العبد الى المرتهن او مقامه رهنا آخر يرضى به المرتهن فيجبر على ذلك لان الرهن لايلزم من غير قبض ، وقد شرط في الثمن صفة فاثبت الخيار له في ذلك .

فصل

٢٤٢٨ ـ واذا ادعى الرهن رجلان كل واحد يقول رهنه عندى والرهن في يدى الراهن ، وأقام كل واحد بينة بما ادعاه فليس الرهن عند واحد منهما في القياس وبه نأخذ والاستحسان ان يكون بينهما ، وان كان في ايديهما فهو كذلك ايضا في القياس والاستحسان .

٢٤٢٩ـ وان كان في يدى احدهمافهو له الا ان يقيم الآخر البينة انه رهنه قبله بوقت واذا وقتا وقتينفهو للاول منهما ، واذا لم يوقتا فليس برهن لاحدهما في القياس ، وهذا هو المذهب لانه يقتضي اشاعة الرهن ورهن المشاع لايصح .

فصل

٢٤٣٠ـ ولو مات الراهن والرهن في ايديهما واقاما بينة كل واحد انه رهن عنده ، فانه يباع لهما ويقضي دينهما ، وضربا مع الغرماء بما فضل لهما فيتركة الميت ، ويأخذ الغرماء ما فضل من ثمن الرهن عند ابي حنيفة ومحمداوستحسانا

٢٤٣١ـ والقياس ان الرهن باطل وهو قول ابي يوسف ويكون بين الغرماء بالحصص ولا يسلم لهما .

فصل

٢٤٣٢ ـ واذا كان المرتهن اثنين فوضع احدهما الرهن عند صاحبه والرهن مما يحتمل القسمة فالدافع ضامن قيمته عند ابي حنيفة .

٢٤٣٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا ضمان على القابض في قولهم جميعا .

فصل

الرهن لدى عدل

٢٤٣٤ ـ واذا وضع الرهن على يدى عدل فهو جائز عندنا .

وعند الشافعي ومالك .

٢٤٣٥ ـ وقال ابن ابى ليلى لا يجوز الرهن حتى يكون فى يد المرتهن .

٢٤٣٦ ـ لأن يد العدل للمرتهن عندنا[1] لأنه يملك اخراجه متى شاء ويبطل الرهن .

٢٤٣٧ ـ فان باع العدل العبد الرهن وذهب الثمن كله او بعضه قبل القبض جاز في قول ابى حنيفة ومحمد .

٢٤٣٨ ـ وقال أبو يوسف والشافعي هبة الوكيل الثمن قبل القبض باطلة ، كما لو وهب بعد القبض .

فصل

٢٤٣٩ ـ واذا ادعى رجل الرهن والآخر الشراء والرهن فى يدى الراهن فبينة المشترى أولى .

٢٤٤٠ ـ وان كان في يدى المرتهن فالمرتهن اولى به ، الا ان يقيم المشترى البينة انه قبل ، ويقدم الاول فى العقدين معا على الآخر ايهما كان .

فصل

٢٤٤١ ـ واذا ادعى الرجل على غيره انه رهنه هذا العبد بألف ، وهو في يدى المدعى عليه والآخر ينكر ذلك قبل بينة الراهن .

٢٤٤٢ ـ وان هلك لزمه جميع قيمة العبد لأنه صار بالجحود غاصبا فلزمه جميع قيمته .

---

(١) أي أن حيازة الرهن للمرتهن والعدل يحوز الرهن بالنيابة عن المرتهن اذ المرتهن هو الحائز الاصلي .

فصل

٢٤٤٣- واذا رهن عند صبي لا يعقل القبض فالرهن باطل ، فأن كبر وبلغ جاز بيعه « بتسليط الراهن عند ابي يوسف ومحمد[1] » وذكر الخصاف انه لا يجوز عند ابي حنيفة البيع بعد الكبر لأنه لم يصح الرهن .

فصل

ابراء المرتهن الراهن

٢٤٤٤ - واذا ابرأ المرتهن الراهن من الدين أو وهبه والرهن في يديه فتلف قبل رده على الراهن من غير تعد فلا ضمان على المرتهن عند ابي حنيفة ومحمد وابى يوسف .

٢٤٤٥ - والقياس ان يضمن قدر الرهن وهو قول زفر بن الهذيل .

فصل

٢٤٤٦ - واذا تطوع الرجل بفضل ثمن المبيع أو طلاق الزوجة ثم استحق المبيع او رد بعيب او طلقت المرأة قبل الدخول فان المتطوع يرجع بما له على البائع ويرجع الصداق اليه عند علمائنا الثلاثة .

٢٤٤٧ - وقال زفر يرجع على الزوج والمشترى دون المتطوع بذلك.

فصل

جناية الرهن

٢٤٤٨ - وان كان فيه فضل ففدى فهو متطوع ان كان الراهن حاضرا ، وان كان غائبا فليس بمتطوع فى رواية محمد عن ابى حنيفة .

٢٤٤٩- وروى الحسن عنه بالضد ان كان غائبا فهو متطوع وان كان حاضرا فليس بمتطوع .

٢٤٥٠ - وقال هو متطوع فى الحالين .

فصل

٢٤٥١ - واذا رهن الأب او الوصي مال اليتيم فى دين نفسه جاز عند ابي حنيفة ومحمد .

---

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

٢٤٥٢ ـ وروى عن أبى يوسف انه لا يجوز .

فصل

قضاء جزء من الدين الموثق برهن

٢٤٥٣ ـ واذا كان الرهن اعيانا كل عين بعشرة فقضى الراهن عشره لم يكن له ان يأخذ من الرهن شيئا حتى يؤدى الجميع فى رواية الأصل .

٢٤٥٤ ـ وقال فى الزيادات له ان يأخذ ما أدى عنه .

٢٤٥٥ ـ ويقال هو قول محمد خاصة .

فصل

رهن أرض فيها نخل

٢٤٥٦ ـ واذا رهن أرضا فيها نخل بألف ، وقيمة الأرض وقيمة النخل مثل ذلك فاحترق النخل فالأرض رهن بخمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، فان نبت فى الأرض نخل يساوى خمسمائة فان هذا النخل والأرض رهن بثلثي الدين عند ابى حنيفة ومحمد ، ولا فرق بين ان ينبت من عروق الاول أو من الأرض .

٢٤٥٧ ـ وفى قياس ابى يوسف ان نبت من عروق الاول تكون الأرض والنخل رهنا بثلاثة أرباع الدين ، وان نبت من غير عروق الاول يكون رهنا بنصف الدين اذا نبت من الأرض .

فصل

٢٤٥٨ ـ واذا رهن العبد الجاني والمرتد فقتل فى يدى المرتهن وهو لا يعلم بما كان منه فهو من مال الراهن عند ابي حنيفة ، وكذلك اذا قطع فى السرقة .

٢٤٥٩ ـ وعند صاحبيه يقوم حلال الدم وغير حلال ويغرم نقصان ذلك من الدين كما قالا فى البيع .

٢٤٦٠ ـ ولو ضرب حداً أو عزر فنقص قيمته ذهب من الدين بحساب ذلك فى قولهم جميعا .

فصل

رهن احد المتفاوضين

٢٤٦١ ـ ورهن أحد المتفاوضين جائز كما تجوز كفالته •

٢٤٦٢ ـ واذا ادعى الرهن فهو لنفسه وعندهما لا يجوز •

فصل

جناية ولد الرهن

٢٤٦٣ ـ واذا جنى ولد الرهن جناية فدفع بها لم يبطل من الدين شيء •

٢٤٦٤ ـ وان فقأت الأم عينى الابنة فدفعت بها ، واخذت الابنة مكانها فالابنة رهن بالدين كله ، وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف •

٢٤٦٥ـ وقال محمد تكون رهنا بحصتها ويسقط من الدين بمقدار نقصان العينين ، والخيار الى الراهن ان شاء افتكها وان شاء تركها فان فقأت الابنة عينى الأم بعد ذلك فدفعت وأخذت الام قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف ينبغى أن تكون رهنا بجميع الدين •

٢٤٦٦ ـ وفى القياس يسقط من الدين بحساب ذلك من العينين •

٢٤٦٧ ـ وفى قول محمد ينبغي فى القياس ان يسقط مما بقى من الدين نقصان العينين •

٢٤٦٨ ـ وفى الاستحسان ان يسقط نقصان العينين من جميع الدين •

٢٤٦٩ ـ وفى هذا الباب عجائب من المسائل •

باب رهن الفضة والذهب وذوات الامثال

٢٤٧٠ ـ واذا ارتهن قلب[1] فضة فيه عشرة دراهم ، وقيمة القلب أقل من عشرة فانكسر عند المرتهن فانه ضامن لقيمته مصوغا من الذهب ويكون القلب له ويرجع بماله •

---

(١) في لسان العرب في مادة (قلب) : القلب من الاسورة ماكان قلدا واحدا ، ويقولون سوار قلب ، وقيل سوار المرأة ، والقلب الحية البيضاء على التشبيه بالقلب من الاسورة •

٢٤٧١ ـ وان كان المال الى أجل كان الذهب الذى غرم المرتهن رهنا مكانه.

٢٤٧٢ ـ ولو لم ينكسر ولكنه هلك فانه يذهب بما فيه عند ابى حنيفة .

٢٤٧٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يكون على المرتهن قيمته من الذهب ويكون رهنا مكانه ويرجع بما له .

٢٤٧٤ ـ وهذا قولهم فى الأصل .

٢٤٧٥ ـ وقال الكرخى فى المختصر الذى له :

اذا ارتهن الرجل دراهم بيضاء والرهن سوداء ووزن الدين والرهن سواء فهلك الرهن فهو بالدين .

٢٤٧٦ ـ وكذلك لو كان قلبا ووزنه عشرة يساوى للصنعة اثنى عشر .. أو يساوي تسعة وهو رهن بعشرة فان هلك فهو بجميع الدين ، وهو بما فيه .

٢٤٧٧ ـ وان انهشم القلب فى يد المرتهن من غير فعله او انكسرت الدراهم فان المرتهن لا يضمن شيئاً ، ويقال للراهن أد الدين كله وخذ الرهن ، وهو قول ابى حنيفة ، وهو قياس قول زفر ، رواه الحسن وابو يوسف .

وقال محمد فى الزيادات هو قياس قول ابى حنيفة ورواه ابن سماعة فى الأمالي ونوادره .

٢٤٧٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد : اذا كان الرهن مساويا للدين الذى هو رهن به فى الوزن أو فى الرهن فضل عن قيمته فهلك فهو بما فيه .

٢٤٧٩ ـ وهذا قولهم جميعا .

٢٤٨٠ ـ وان كان الفضل فى الوزن والرهن انقص قيمة ، وهما سواء فى الوزن فهلك فان أبا يوسف قال :

ان كان الرهن دراهم أو دنانير أو ماله مثل ضمن مثله للراهن ورجع بدينه .

٢٤٨١ ـ وكذلك قال محمد فى المصنوع وغيره .

٢٤٨٢ ـ فان رضى المرتهن ان يجعل ذلك الرهن قصاصا بالدين اذا كان يغرم مثله فذلك له .

٢٤٨٣ ـ قال الكرخي رحمه الله :

وهو عندى قول محمد ، ولا ينبغي ان يكون فى الفصل خلاف .

٢٤٨٤ ـ وكذلك رهن المكيل بجنسه والموزون بجنسه .

٢٤٨٥ ـ وان كان الرهن فضة بفضة أو ذهبا بذهب فانكسر فى يد المرتهن من غير فعله ، وهو أكثر قيمة من الدين فهو فى قول ابى حنيفة على ما ذكرت لك ولا يلتفت الى الوزن الفاضل اذا كان الوزن سواء ، وانما يعتبرون[1] فـي الدين وزن الرهن ، فاذا كان سواء فالرهن على حاله .

٢٤٨٦ ـ وقال أبو يوسف ، اذا كان الفضل لصناعته والفضـل سدس القيمة فانكسر فروى محمد عن ابى حنيفة ان خمسة اسداس القلب مضمـون من الوزن والامانة وهو رواية محمد عن ابى يوسف .

٢٤٨٧ ـ وروى عنه بشر بن الوليد انه يضمن قيمة القلب كله ومثلـه فى كل المصوغ .

٢٤٨٨ ـ وفى كتاب الرهن عجب من المسائل وهو كتاب كبير وما فيه من الخلاف قد ذكرته ومسائل التفريع لا يمكن ذكرها اجمع .

فصل

٢٤٨٩ ـ وجناية الرهن على الراهن او على ماله هدر فى قولهم جميعا .

٢٤٩٠ ـ وان جنى على المرتهن فهو هدر عند ابى حنيفة .

٢٤٩١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يجب الدفع او الفداء ، هذا اذا كانـت قيمته والدين سواء .

٢٤٩٢ ـ وان كانت قيمته أكثر من الدين فان الجناية معتبرة فى قولهـم جميعا .

فصل

٢٤٩٣ ـ ولو كان الرهن عبدا فجنى عليه عبد قيمته مائة فدفع به فهو رهن بألف [كذا] يجبر الراهن على فكاكه بذلك عند ابى حنيفة وابى يوسف .

٢٤٩٤ ـ وقال محمد الخيار الى المولى ان شاء سلمه بالدين وان شاء افتكه .

---

(١) كذا في النسـختين .

٢٤٩٥ ـ وقال زفر سقط من الدين تسع مائة ويفتكه بمائه .

فصل

رهن المستعار

٢٤٩٦ ـ واذا استعار رجل من رجل ثوبا او عبداً أو ما شاء من الاموال ليرهنه فذلك جائز ، وله ان يرهنه بما احب من الأموال او بما شاء من القدر قليلا كان او كثيرا .

٢٤٩٧ ـ واذا أطلق الرجل القول ولم يعين ففي هذه المسألة خلاف الشافعي فى جواز ذلك فى أحد قوليه .

فصل

٢٤٩٨ ـ رجل له على آخر مائة درهم فاعطاء رهنا وقال هذا رهن ببعض مالك فالرهن فاسد فى قول زفر ويهلك بالقيمة .

٢٤٩٩ ـ وقال أبو يوسف يهلك بما شاء المرتهن .

فصل

٢٥٠٠ ـ رجلان لهما على رجل دين فارتهنا منه رهنا[1] بينهما فقضاهما ثم قال أحد المرتهنين ان المال الذى لنا على فلان باطل والارض فى ايدينا تلجئه قال أبو يوسف يبطل الرهن .

٢٥٠١ ـ وقال محمد : لا يبطل الرهن ويبرأ من حصة صاحبه .

فصل

مايجوز به الرهن من الديون والاعيان

٢٥٠٢ ـ ولا يجوز الرهن الا بدين صحيح او عين مضمونة ولا يجوز بالامانات كالعوارى والمضاربة والشركة والودائع .

٢٥٠٣ ـ واذ قد ذكرنا بعض المسائل فى الرهن فوجب ان نذكر التفليس والحجر لانه اسقاط حق واثبات رجوع فى أمر فكان ذكره بعد الرهن اولى بالتقديم على الحجر[2] .

---

(١) في نسخة قليج : أرضا .

(٢) عبارة «على الحجر» لم ترد في نسخة قليج .

كتاب التفليس[1]

٢٥٠٤ ـ والمفلس بالثمن فى حال حياته ، واذا مات مفلساً فوجد رجل عين ماله الذى باعه فهو اسوة الغرماء ، ولا يكون أحق به فى حال الحياة ولا بعد الموت .

٢٥٠٥ ـ وان أفلس المشترى قبل قبض السلعة من البائع فانها تباع له .

٢٥٠٦ ـ وقال الشافعي يرجع فى سلعته فى جميع الاحوال فى الحياة والموت مالم يزد فيها أو يخرج عن ملكه .

٢٥٠٧ ـ وقال مالك : يرجع فى الحياة دون الموت ، لأنه اسقط حقه عن الملك بالبيع ، وعن الحبس بالتسليم فلا يثبت له رجوع فيه كالمرتهن اذا رد الرهن وابطله وكما لو باعه او زاد فيه او نقص نقصا تعلق به حق الغير .

فصل

قاعدة التنفيذ جبرا على المدين المتمنع

٢٥٠٨ ـ واذا امتنع من عليه الدين من قضائه حبسه القاضي ، ويكلف ان يبيع ماله بنفسه وكان القياس ان لا يقضي عنه الدراهم فى الدنانير وهو مذهب ابن ابى ليلى .

٢٥٠٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد : يبيع القاضي عليه اذا امتنع .

٢٥١٠ ـ وهو قول الشافعى .

---

(١) جاء فى لسان العرب فى مادة فلس : الفلس معروف والجمع فى القلة أفلس ، وفلوس في الكثير .. وافلس الرجل صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم يفلس افلاسا ، صار مفلسا ، كأنما صارت دراهمه فلوسا زيوفا ، كما يقال : أخبث الرجل اذا صار أصحابه خبثاء ، واقطف صارت دابته قطوفا .

وفي الحديث : «من ادرك ماله عند رجل قد افلس فهو احق به» .

أفلس الرجل اذا لم يبق له مال ، يراد به انه صار الى حال يقال فيها ليس معه فلس ، كما يقال : أقهر الرجل صار الى حال يقهر عليها وأذل الرجل صار الى حال يذل فيها .

وقد فلسه الحاكم تفليسا : نادى عليه أنه أفلس ... وحب فلس لا نيل فيه .

فصل

البينة على الاعسار

٢٥١١ ـ ولا تسمع بينة باعساره قبل المدة فى رواية •

٢٥١٢ ـ وفى أخرى تسمع ، وقد مضت فى اول الكتاب •

لا يمين مع البينة على الاعسار

٢٥١٣ ـ ولا يمين عليه اذا أقام بينة بالاعسار •

وقال الشافعي يحلف مع ذلك •

الظفر (١) بجنس الحق

٢٥١٤ ـ وقالوا جميعا : لو وجد رجل جنس حقه عند غريمه فله أخذه بحقه[1] •

٢٥١٥ ـ وان كان غير جنسه لم يأخذه عندنا الا برضائه •

٢٥١٦ ـ وقال الشافعي له أخذه •

فصل

قاعـــــدة

٢٥١٧ ـ واتفق الفقهاء باسرهم انه اذا لم يجد ماله بعينه فانه اسوة الغرماء •

٢٥١٨ ـ وكذلك ان رجع اليه بملك جديد •

فصل

٢٥١٩ ـ ولو باعه حائطا ـ وهو البستان بلغة الحجاز ـ لا ثمرة فيه ، أو أرضا لا زرع فيها ثم أفلس المشترى ، وكان قد أثمر أو زرع ، فان كان النخل قد

---

(١) جاء في لسان العرب : الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب والفلح على من خاصمت ، وقد ظفر به وعليه وظفره ظفرا مثل لحق به فهو ظفر ، واظفره الله به وعليه وظفره به تظفيرا ، ويقال ظفر الله فلانا على فلان ، وكذلك اظفره الله ، ورجل مظفر وظفر وظفير : لايحاول أمرا الا ظفر به •

(١) أخذ القانون المدني العراقي بهذه القاعدة في المادة ٣٩١ •

أبر والارض قد زرعت كان له الخيار فى الارض والنخل ، ويبقى الثمار الى الجذاذ[1] والزرع الى الحصاد اذا أراد الغرماء تأخير ذلك ، وان أراد الغرماء بيع الثمرة قبل الجذاد والزرع قبل الحصاد فلهم ذلك .

٢٥٢٠ ـ وكذلك لو باع أمة فولدت ثم أفلس كانت له ان شاء والولد للغرماء وان كانت حبلى كانت له حبلى .

٢٥٢١ ـ واذا لم يؤبر حتى أفلس فلم يخبر (؟) البائع حتى ابرت كان له النخل دون الثمرة لانه لا يملك عين ماله الا بالفلس ولا خيار له ، وكذلك كل ما كان يخرج من ثمر النخل فى الاكمام فتنشق كمائمه وما يشبهه ، فاذا انشق قبل النخل وان لم يؤبر .

فصل

٢٥٢٢ ـ ولو قال المالك : أخذت عين مالى قبل الايبار ، وقال المفلس بعده فالقول قوله مع يمينه ، وعلى البائع البينة . وان صدقه الغرماء لم اجعل لهم شيئاً لأنهم أقروا انه للبائع .

فصل

٢٥٢٣ ـ وان صدقه المفلس وكذبه الغرماء فمن اجاز اقراره اجازه ومن لم يجزه ، لم يجزه واحلف الغرماء الذين يدفعونه ، وان وجد بعض ماله كان له بحصته ، ويضرب مع الغرماء في بقيته .

فصل

٢٥٢٤ ـ وقال : وان كانت أرضا فبنيت أو غرست خيرته بين ان يعطى مابنى وغرس وبين ان يسلم البناء والغرس للغرماء الا ان يشاء المفلس والغرماء ان يقلعوه ويضمنونه ما نقص القلع والنقص فيكون لهم ، وقال فى موضع آخر ان لم يأخذه بالعمارة وابى الغرماء ان يقلعوه لم يكن له الا الثمن يحاص الغرماء به .

٢٥٢٥ ـ قال المزنى والاول بقوله اشبه واولى .

وفى هذا الكتاب مسائل كثيرة واصوله ما ذكرت ، ولما كان المفلس تارة يقضى الدين وتارة يباع عليه ، وتارة يحجر عليه وجب ذكر الحجر .

---

(١) الجذ : القطع .

كتاب الحجر

٢٥٢٦ ـ الحجر فى اللغة المنع وهو فى الشرع منع مخصوص[١] .

أسباب الحجر

٢٥٢٧ ـ واسباب الحجر عند ابي حنيفة ثلاثة :

الجنون والصغر والرق الذى فيه معنى الحجر لكن لاجل حق المولى ، فما لا يتعلق به حق المولى فانه جائز التصرف فيه .

٢٥٢٨ ـ واختلف الفقهاء فى الحجر لأجل الفساد والتبذير .

٢٥٢٩ ـ فذكر الطحاوى فى باب الحجر على السفيه الذى فى عقله نقصان وفى افعاله اسراف وتبذير وهو مضيع للمال لا يحفظه ولا يحوطه ان القاضى يحجر عليه .

٢٥٣٠ ـ وانما قال أبو حنيفة لا يحجر حر فى الدين أى لا يحجر على من حبسه القاضي للغرماء ، وروى عنه ابو يوسف ومحمد انه لا يحجر على حر بفساد ولا غيره ، وهذا قوله فى الخلاف ، والذى رواه الخصاف انه قال الحجر باطل على الحر .

٢٥٣١ ـ واما ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي فيحجرون على السفيه .

---

(١) الحجر ساكن مصدر حجر عليه القاضى يحجر حجرا اذا منعه من التصرف في ماله ... ومنه حجر القاضى على الصغير والسفيه .

حجر عليه يحجر حَجْراً وحُجْراً وحِجْراً وحُجراناً وحِجْرانا ، ولا حجر عنه أى لا دفع ولا منع .

والعرب تقول عند الامر تنكره .. حجرا له بالضم أى دفعا ، وهو استعارة من الامر (لسان العرب) .

وتعريف الحجر شرعابانه منع مخصوص هو أوجز تعريف للحجر . وقد فصل الكاكي فى معراج الدراية في شرح الهداية هذا التعريف بعد ذلك بقوله أنه «منع مخصوص ، وهو المنع من التصرف قولا لشخص معروف مخصوص ، وهو المستحق للحجر بأى سبب كان» (انظر في سائر التعريفات الفقهية كتاب الحجر على المدين لحق الغرماء فى الفقه الاسلامي والقانون المقارن للدكتور احمد علي الخطيب بند ٤٢) .

من يحجر عليهم عند أبي حنيفة

٢٥٣٢ ـ وذكر ابو الليث السمرقندى فى خلاف اصحابنا له[١] ان ابا حنيفة كان لا يحجر على الحر الا على ثلاث :

على جهال المفتين .

وعلى المتطببة الجهال .

وعلى السفهاء المفاليس

٢٥٣٣ ـ واتفقت الرواية عنه ان الغلام اذا بلغ مفسداً انه لا يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة[١] .

٢٥٣٤ ـ وقالا والشافعي ومالك لا يدفع ، وانه ان باع بعد بلوغه واشترى أو وهب أو تصدق فهو جائز ما صنع ، وانه يحال بينه وبين ماله الى المدة التي ذكرت وان تصرفه مع هذا بالبيع جائز ويدفع اليه المال مع فساده بعد هذه المدة المضروبة ويكون اولى بماله من سائر الناس .

٢٥٣٥ ـ قال أرأيت لو بلغ ستين سنة او ثمانين سنة ، وله أولاد قد صاروا حكاما أكان ينبغي لابنه ان يحجر عليه ؟ هذا عندى قبيح :

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا يدفع اليه المال حتى يؤنس رشده .

٢٥٣٦ ـ وقالا : ما باعه واشتراه نظر القاضى فى ذلك فاجاز ماله فيه حظ وابطل مالاحظ له فيه الا فى اشياء منها انه يخرج من ولاية القاضى ولا يجوز أمر الوصى عليه ويجوز عتقه ويسعى العبد فى قيمته ، وكذلك تدبيره ويسعى العبد المدبر بعد موته وتجوز وصيته بالحج وابواب البر واقراره بجميع الحدود وتجوز دعوته ولد جاريته وتصير أم ولد له ، وتسعى فى شىء بعد موته .

---

(١) الظاهر ان هذا اشارة الى مختلف الرواية المنسوب لابي الليث فان صح هذا فهذه أقدم اشارة الى نسبة هذا الكتاب لابي الليث .

(١) ان هذه السن هى سن البلوغ التى يدفع بها المال للصغير فى القانون الرومى أيضا ففى هذا الحد يتفق قول ابى حنيفة مع القانون الرومى ويتفق الشرع الاسلامى مع القانون الرومى فى نظام ايتاء الايتام أموالهم تجربة لهم قبل سن الرشد على وجه النظر وهذا هو النظام المسمى فى القانون الرومى بنظام « فينيا ايتاتيس » .

٢٥٣٧ ـ وان ادعى نسب مملوك له يولد مثله لمثله صحت دعوته وثبت نسبه ويسعى فى قيمته وهو بمنزلة مريض وهب له ابنه وعليه دين له يسعى فى قيمته ، ويدفع الى الغرماء .

٢٥٣٨ ـ ويجوز نكاحه وطلاقه ، وان حنث فى يمين كفر بالصوم ، ولم يكن عليه ان يكفر فى ماله ، وكذلك ان ظاهر فعليه الصوم وان اعتق عن ظهارة جاز العتق وسعى العبد ولم يجزه من كفارة الظهار ، وكذلك القتل .

٢٥٣٩ ـ ولا يمنع من حجة الاسلام وزكاة ماله ، وتدفع النفقة الى ثقة يحج فينفق عليه جميع ما يلزمه فى كفارات الحج فهو فيها كالعبد الذى يحج بأذن مولاه .

٢٥٤٠ ـ والمرأة والرجل سواء الا فى الخلع مع زوجها على مال فان الخلع جائز ولا يلزمها المال .

من بلغ مفسدا كان محجورا لذاته

٢٥٤١ ـ وقال محمد :

اذا بلغ مفسدا غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضى أو لم يحجر . ولا يجوز تصرفه فى ماله الا ما فيه توفر عليه .

من بلغ مفلسا لايعد محجورا لذاته

٢٥٤٢ وقال ابو يوسف والشافعي :

لا يكون محجورا عليه حتى يحجر القاضى ، فاذا طرى اصلاح فك الحجر واذا طرى الفساد حجر .

تصرف المحجور فى ماله

٢٥٤٣ ـ واجمع القائلون بالحجر على انه الا يجوز تصرفه فى ماله .

٢٥٤٤ ـ وقال محمد :

ان امره القاضى ببيع او شراء فقبل فهو جائز ، وكان أمر القاضى اخراجا له من الحجر .

٢٥٤٥ ـ وان اذن فى شراء البر خاصة فهو اطلاق من الحجر .

٢٥٤٦ ـ ولو اذن بمحضر من أهل سوقه وقال :

ـ لا أقبل اقراره واقبل ما كان بمعاينة الشهود فهو كما قال .

٢٥٤٧ ـ وقالوا فى الصبى المأذون والعبد لو قال الولي والمولى ذلك لم يصح ولزمهما ما أقر ، لأن المفسد يؤدن له على وجه النظر والتوفير عليه .

تكامل أهلية المرأة بالبلوغ

٢٥٤٨ ـ وقال أصحابنا : اذا بلغت الجارية رشيدة دفع اليها مالها وان لم تتزوج .

٢٥٤٩ ـ وهو قول الشافعي ، لان الله سوى بينها وبين الغلام .

خلاف مالك فى أهلية المرأة

٢٥٥٠ ـ وقال مالك :

لا يدفع اليها حتى تتزوج .

٢٥٥١ ، ولو كان تزويجها شرطا فى الدفع كان الغلام مثلها كالعقل والبلوغ .

مدة البلوغ

٢٥٥٢ ـ وقال أبو حنيفة :

مدة البلوغ فى الغلام ثمان عشرة سنة وفى الجارية سبع عشرة سنة .

٢٥٥٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي خمس عشرة فيهما .

امارات البلوغ

٢٥٥٤ ـ ويكون البلوغ بالسن كما يكون بالحلم .

٢٥٥٥ ـ وقال داود لا يكون البلوغ الا بالحلم خاصة دون السن .

٢٥٥٦ ، والاتيان لا يدل على البلوغ عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٥٥٧ ـ وروى عن ابى يوسف انه يدل على البلوغ وهو قول الشافعي .

٢٥٥٨ ـ وهل يكون بلوغا أو دلالة عليه ؟

فيه خلاف بينهم

الحجر بطرؤ السفة

٢٥٥٩ ـ واذا طرى السفه والتبذير على الحجر لم يحجر عليه ، وقال الشافعي يحجر ، وهو قولهما .

هل يحجر بطرؤ الفسق ؟

٢٥٦٠ ـ واذا طرى الفسق على الرجل لم يحجر عليه .

٢٥٦١ ـ وقال الشافعي يحجر .

٢٥٦٢ ـ وكل ما كان من تصرف قبل ذلك فهو جائز ، وما كان بعد ذلك لم يجز .

٢٥٦٣ ـ والفساد الذى يستحق به الحجر [هو فعل] من كان مفسدا لماله لا يبالي ما صنع به .

حالة الفساد مع حفظ المال

٢٥٦٤ ـ وقال أصحابنا اذا كان فاسد الدين صاحب فجور حافظا لماله لم يستحق الحجر ، وقال الشافعي يحجر .

٢٥٦٥ ـ وقال محمد :

يحجر على من اسرف من الرجال فى تضييع ماله فى شرب النبيذ والملاهي والفجور .

فصل

اطلاق القاضي محجور قاض آخر

٢٥٦٦ ـ واذا حجر القاضي على رجل فاطلقه قاض آخر واجاز ما صنع كان اطلاقه جائزا ، وجاز ماصنع فى ماله قبل الاطلاق وبعده من جميع تصرفه الا ما ابطله قاض قبل ذلك من عقوده فانه ينفذ قضاؤه .

٢٥٧٦ ـ وان لم يفعل القاضي ذلك واجاز اقرار المحجور عليه وضعها ثم رفع الى قاض آخر فانه ينفذ ما صنع الاول ويرد ما فعل الثاني .

٢٥٦٨ ـ وان باع المفسد وقبض الثمن لم يكن لمن دفع المال اليه ان يرجع عليه بماله ٠

٢٥٦٩ ـ والسفيه والمفسد سواء فى الحجر عليهما ٠

٢٥٧٠ ـ وقال محمد لا يجوز ان يزوج ابنته واخته وهما صغيرتان فان فعل فهو فهو باطل ، ولا أراه وليا[١] ٠

---

(١) هذه هى مسألة سقوط ولاية الولى على المولى عليه بالفسق ولم ينفرد بالقول بسقوطها محمد بن الحسن الشيبانى وقد حكمت المحكمة الشرعية فى الاعظمية فى حكم حديث صادر فى ٢٦ـ٤ـ١٩٧٠ بسقوط ولاية الاب على أولاده الصغار بثبوت فسقه بالاقرار وما اليه وجاء فى قرار المحكمة المذكورة :

وبالرجوع الى أمهات المصادر الفقهية فى المذهب الحنفى وغيره من المذاهب الاسلامية وجد انها تجمع على ان الفاسق لا حضانة له وقد جاء أولا [في] رد المحتار لشرح الدر المختار لأبن عابدين ج٢ ص ١٠٥١ (ثم العصبات فى ترتيب الارث يتقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ٠٠٠ واذا اجتمعوا فالاورع ثم الاسن ٠٠٠ سوى فاسق) ثانيا ـ فتح القدير للكمال بن الهمام ج٣ ص ٣١٦ (ولو كانت المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبى أو صبية لفسقه ليس له حق الامساك) ٠

ثالثا ـ بدائع الصنائع للعلامة علاءالدين الكاساني ج٤ ص ١٤٣ ـ (اذا كان الصغير جارية ان تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانة لم يكن له فيها حق لان كفالته لها ضرر عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر ٠

رابعا ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج٣ ص ٥٠ (اذا كان لها عصبة مفسد فللقاضى ان ينظر فى حالها) ٠

خامسا ـ شرح الاحكام الشرعية للابيانى ج٢ ص ٧١ (واذا كان العاصب المسلم فاسقا يخشى على الولد منه او كان متصفا بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له فى الحضانة بل ينتقل الى من يليه من العصباب اذا كان والا فالى ذى رحم محرم) ٠ وقال ص ٧٠ (فان تساووا فى الاصلحية قدم اورعهم وهو من يترك الشبهات خوفا من الوقوع فى المحرمات (وهذه الكتب كلها من الفقه الحنفى ٠

سادسا ـ فى الفقه الشافعى نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى ج٧ ص٢١٨ (ولا حضانة لرقيق أو مجنون ٠٠ وفاسق لانها ولاية ٠ نعم يكفى مستورها كما قاله ولا يكلف اثبات العدالة ، أى حيث وقع النزاع بعد التسلم فان وقع قبله احتاج المدعي الى اثباتها ويحمل عليه افتاء المصنف) ٠

سابعا ـ المهذب للشيرازي ج٢ ص١٦٩ (ولاتثبت الحضانة لرقيق ... ولا تثبت لفاسق ، لانه لا يوفي الحضانة حقها ولأن الحضانة انما جعلت لحظ الولد ، ولاحظ للولد في حضانة الفاسق ، لانه ينشأ على طريقته) .

ثامنا ـ فى الفقه المالكى المدونة لابن رشد ج٢ ص٢٥٩ (فصل وانما اختلف الناس فى الاولى من الاولياء اذ اختلفوا فى كفالته وتنازعوا فى ذلك والاولياء الذين لهم الحضانة عصبته من الرجال وقرابته من النساء الخ .. فصل وهي اعنى الحضانة مرتبة فيه بحسب الحنان والرفق الا يراعي في ذلك قوة الولاية كالنكاح ... الخ) .

تاسعا ـ شرح الخرشى على مختصر خليل ج٤ ص٢١١ (وشرط الحاضن ... والامانة يعنى ان الحاضن من حيث هو ولو كان ابا أو أما يشترط فيه ان يكون مأمونا في نفسه فرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته ... فيأخذها منه الأبعد يقصد الولي الأبعد .

عاشرا ـ القوانين الفقهية لابن جزى ج١ ص٢٢٤/ط فاس (اذا استوطن الوالد أو غيره من أولياء الصبي بلدا غير بلد الام فله حضانة أولاده دونها ، ونقلهم معه ان كان مأمونا عليهم .

حادى عشر ـ فى الفقه الحنبلي منتهى الارادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى ج ٢ ، ص ٣٧٨ (ولا حضانة لمن فيه رق ولا لفاسق ولا كافر على مسلم .. الخ) .

ثانى عشر ـ المحرر فى الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل لابي البركات ج ١ ص ٣٤٦ (والولاية ... قبل ذلك اللاب مالم يعلم فسقه ثم لوصيه بهذا الشرط ثم للمحاكم) .

ثالث عشر ـ المغنى لابن قدامه ج١١ ص٥٢١ (لاحضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ... والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه) .

رابع عشر ـ كشاف القناع ج٢ ص٢٢٣ (او كان الاب موجودا أو فقد شيء من الصفات المعتبرة فيه تثبت الولاية عليها الحاكم) .

خامس عشر ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدسوقى ج٢ ص٥٢٨ .. (وشرط الحاضن ... والامانة أى امانة الحاضن ولو أبا أو أما فى الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم ... الخ) .

سادس عشر ـ أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٥٣ قال : (اذا كان الاب مقامرا أو سكيرا مدمنا ... وجب أن يحال بينه وبين النظر فى شؤون أولاده نفسا ، ويجب فى هذه الحالة على الامة كلها وجوبا كفائيا بحكم الحسبة عمل ما فيه الخير لهؤلاء الضعفاء ومنعا للفوضى ...

ولا معنى للمجاملة ولو كان الاب من ذوى الجاه ومن البارزين واولى المراكز العظيمة في الهيئة الاجتماعية ، ولتعمل هنا الشجاعة الادبية عملها كاملا وفق المصلحة وما يقضي به التضامن والتعاون على البر والتقوى وبعد فقد قال الله تعالى وهو خير القائلين (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا) ١٠هـ ص٥٤ في الحاشية ٠

سابع عشر فى الفقه الامامى ـ كتاب مفاتيح الشرائع لملا محسن الفيض الكاشاني (مخطوط) ويشترط فيهما ـ الحاضنين ـ الحرية والاسلام والعقل اجماعا ٠٠٠ والامانة أى عدم ظهور الفسق (لعدم أهلية الفاسق للحضانة) الخ ٠

ثامن عشر ـ الجواهر ـ للشيخ محمد حسن النجفي ص ٢٨٥ طبعة سنة ١٣٢٥ ـ (باعتبار ان الفاسق لاولاية له ولا يؤتمن ان يخون في حفظه فلا حظ له في حضانته) الى آخر ما نقل من خلاف فى هذه المسألة ٠

تاسع عشر ـ في الفقه الظاهري المحلي لابن حزم ج ١٠ ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤ط المنيرية (واما تقديم الدين فلقوله عز وجل (وتعانوا على البر والتقوى ولا تتعاونوا على الاثم والعدوان) وقوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط) وقوله تعالى (وذروا ظاهر الاثم وباطنه) فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله (ص) وعلى ترك الصلاة والاكل فى رمضان وشرب الخمر والانس اليها حتى يسهل عليهما شرائع الكفر او صحبة من لاخير فيه والانهماك على البلاء فقد تعاون على الاثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى ولم يقم بالقسط ولاترك ظاهر الاثم وباطنه وهذا حرام ومعصية ، ومن أزالهما عن المكان الذى فيه ما ذكرنا الى حيث يدربان على الصلاة والصوم وتعلم القرآن وشرائع الاسلام والمعرفة بنبوة رسول الله والتنفير عن الخمر والفواحش فقد عاون على البر والتقوى ولم يعاون على الاثم والعدوان وترك ظاهر الاثم وباطنه وأدى الفرض في ذلك) ٠٠٠

عشرون ـ فى الفقه الزيدى ـ البحر الزخار ج٣ ص ٢٨٥ حق الحضانة ثابت اجماعا ٠٠٠ ويبطل حق مستحقه بالجنون اذ لا يحفظ ، والرق اذ لاولاية لها على نفسها وبأى فسق ، اذ لا أمانة ولئلا تتغير الطباع ١هـ ٠

حادى وعشرون ـ في رأى المعاصرين ـ الاحوال الشخصية للعلامة الجليل الشيخ محمد أبى زهره ص ٤٩٠ (فان لم يكن عصبة صالح دفع القاضي القاصر ومن فى حكمه الى من يحافظ عليه ، ولا فرق فى هذه الاحكام بين الاب والجد وغيرهما من العصبات ، لان شرط الامانة والصلاح والقدرة على الحفظ والصيانة شرط عام ينطبق على الاب والجد كما ينطبق على غيرهما) ٠٠ ثم قال : (فاذا كان الفقهاء يقرون ان الاب ينزع منه مال ولده اذا كان مبذرا متلفا يخشى منه على مال ولده فأولى من ذلك اذ أدى فساده الى ان يخشى منه على الولد نفسه فانه منه ، ويعطى لمن يليه من العصبات) ٠

باب اختلاف المحجور عليه ومن عامله

٢٥٧١ ـ واذا طرى الفساد وكان قد باع واشترى فاختلفا هو والمشترى ، فقال المشترى اشتريت قبل الحجر ، وقال المحجور عليه بل بعد الحجر على ، فالقول قول المحجور عليه[١] .

٢٥٧٢ ـ وان أقاما بينة فالبينة المشترى لانه يدعى الصحة .

٢٥٧٣ ـ وان اختلفا بعد الاطلاق من الحجر ، فقال المشترى اشتريت بعد الاطلاق وقال الآخر بل وانا محجور على ، فالقول قول المشترى ههنا اعتبارا بحاله الاطلاق .

٢٥٧٤ ـ وان اقاما بينة ، فمنهم من قال بينة المشترى اولى ، ومنهم من قال بالعكس ، وفى هذه المسألة نظر .

وسنذكر فى الاقرار ما يشبه هذا ان شاء الله .

فصل

الاشهاد على الحجر

٢٥٧٥ ـ واذا حجر الامام لسفه او فساد اشهد عليه بذلك وبين الوقت ان حجر .

ثاني وعشرون ـ الاحوال الشخصية للدكتور عبدالعزيز عامر ص ٢٨٤ (وانه نص في كتب الفقه في باب الحضانة والولاية على انه اذا تعارض حق الصغير من وجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه ، مع حق أبيه في ضمه اليه ، وجب على القاضي بما له من الولاية العامة وبما له من حق الاشراف على أصحاب الولاية الخاصة . وحق النظر فى أمور الكافة . رعاية حق الصغير بقدر ما يستطيع ولو ترتب على ذلك سقوط حق أبيه رعاية لارجح المصلحتين اذ ان حق الصغير في باب الحضانة مقدم شرعا على حق أبيه ولذلك نص الفقهاء على ضرورة سلب ولاية الاب عن الصغير فى النفس والمال اذا كان فى بقائها ضياع لنفسه أو ماله . واذا كان قانون الاحوال الشخصية العراقى لم ينص على هذا الحكم صراحة فانما تركه لاحكام الشريعة الاسلامية بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة الاولى منه وهذه هى أحكام الشريعة كما بسطناها أعلاه .

(١) لأن الاصل فى تصرفات البالغ وعقود الصحة قبل الحجر عليه ويرتفع هذا الاصل بحكم القاضى بالحجر عليه .

فصل
طلب الحجر حسبة[1]

٢٥٧٦ ـ واذا احضر معه رجلا فذكر أنه يحتسب فيما يتكلم به ، فذكر للقاضي[1] انه الذى احضره سفيه مضيع لماله مفسد له غير مأمون عليه ، سأله البينة العادلة على ما قال .

٢٥٧٧ ـ فان أقام بينة حجر عندهما ، وعند الشافعي ، ولا يحجر عند ابي حنيفة الا ان يكون صغيرا .

سقوط الحجر بالبلوغ

٢٥٧٨ـ والبلوغ يسقط الحجر بنفسه .

قاعدة ما ينبغي ذكره فى حكم الحجر

٢٥٧٩ ـ واذا حجر ذكر فى الكتاب صفة الرجل وانه مضيع مفسد .

ما يكتب فى كتاب التولية على مال الصغير

٢٥٨٠ـ واذا ولى امينا من امنائه مال اليتيم ، والقيام به كتب : اني وليته الى حين بلوغه وايناس رشده .

ما يكتب فى حكم الحجر بالدين

٢٥٨١، واذا كان الحجر بسبب دين لرجل او ديون بين ذلك في كتب الحجر[1] .

---

(١) ان المحاكم المختصة بالحجر على السفيه فى العراق هي المحاكم الشرعية بالنظر لما جاء في الفقرة (٤) من المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقد جعلت المادة (٣٠٧) من هذا القانون « للقاضى ايقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد » . واوجبت الفقرة الثامنة منها « على القاضى » حين ينظر فى قضية حجر لسفه « استدعاء المطلوب حجره » « وسماع أقواله ودفوعه فيما يتعلق بحجره » .

(٢) يمكن تخريج هذا بالنسبة لقانون المرافعات على ما تقرر فى هذا القانون من وجوب بسبب الاحكام (م ١٥٩) .

فصل

٢٥٨٢ ـ واذا باع المحجور عليه ماله لمن حجر عليه جاز ، وانما لا يجوز مع غيره لان الحق له عليه فهو كما لو قضاه اجزت ذلك وفككت الحجر .

مشاركة الغرماء من استوفى منهم شيئا

٢٥٨٣ ـ وان قضى بعض الغرماء شيئا شاركه من بقى ، ولم يسلم له ذلك[١]

استهلاك المحجور عليه مالا لغيره

٢٥٨٤ ـ ولو استهلك لغيره مالا بمعاينة الشهود لزمه وشارك الغرماء .

فصل
الزام المحجور بالاقتصاد

٢٥٨٥ـ ولا يمكن ان يسرف في المأكول والملبوس بعد الحجر ولا في الحبس وانما يجوز من ذلك ما فيه اقتصاد .

فصل
مهر من تزوجها محبوس بالدين

٢٥٨٦ـ واذا تزوج امرأة في الحبس فزاد على مهر مثلها كان لها ان تخاصم الغرماء بمقدار مهر مثلها ، وما زاد يلزمه فيما استفاد من المال ، ولا يلزمه فيما بين يديه .

فصل

٢٥٨٧ ـ وكذلك لو اشترى جارية لم يجز الا ما فيه الحظ والتوفير عليه .

---

(١) يمكن ان يخرج على أساس من هذا حكم الفقرة (٢) من المادة ٢٧١ م ع

المحجور عليه كالمريض

٢٥٨٨ـ وهو كالمريض في امره وفعله .

فصل
الحجر على المدين المختفي

٢٥٨٩، واذا اختفى المطلوب فقال الطالب :
اخاف ان يلجأ ماله فاحجر ايها القاضي عليه حجر ان كان المال ثابتا .
وان كان غير ثابت لم يحجر .

فصل
اقرار المحجور عليه بدين

٢٥٩٠ـ واذا أقر بدين بعد الحجر لم يقبل الا ببينة تشهد انه كان عليه قبل الحجر[١] .

فاذا قضى الاول قضى بعد ذلك الثاني .

٢٥٩١ ـ ويجوز اقراره فيما يستفيد من المال[٢] .

٢٥٩٢، ولا يجوز في المال الذى حجر عليه الغرماء .

٢٥٩٣ ـ وفى هذا الكتاب كل غريب من المسائل وهو كتاب كبير لا تستقيم فيه الفروع على قول من اجاز الحجر لاختلاف فروعه عليه واضطراب المسائل ، وقد ذكرت ما فيه كفاية وضبطت له الاصول ، والله ولي التوفيق .

---

(١) بهذا ايضا المادة ٢٧٤ م.ع .

(٢) يفهم من هذا ان الحجر فى المذاهب الحنفى لايسرى الا على أموال المحجور القائمة عند الحجر عليه دون مايستفيده في المستقبل ، وهذا أيضا هو المعنى المستفاد من المادة (٢٧٠ م.ع) . وقد ذهب الى مثل مذهب الحنفية المالكية وظاهر مذهب الزيدية واحد قولي الشافعية وذهب الى تعدي اثر الحجر الى أموال المحجور الحادثة بعد الحجر فقهاء آخرون وهذا هو مذهب الحنابلة وجمهور فقهاء الجعفرية وظاهر مذهب الاباظية والقول الراجح فى مذهب الشافعى (انظر تفصيل هذه المذاهب فى كتاب الحجر على المدين لحق الغرماء للدكتور أحمد على الخطيب بند ٢٨٩ وما بعده) .

كتاب الضمان والكفالة(١)

تعـــــريف

٢٥٩٤ـ والضمان ضم ذمة الى ذمة ٠

٢٥٩٥ـ والكفالة مثل ذلك ٠

٢٥٩٦ ـ ولا فرق بين الكفالة والضمان والحمالة والقبالة(٢) ٠

---

(١) جاء في لسان العرب فى مادة ضمن : الضمين الكفيل ، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به ، وضمنه اياه كفّله ، ابن الاعرابي : فلان ضـــامن وضمين وسامن وسمين وناضر ونضير وكافل وكفيل ، يقال ضمنت الشـــيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون وجاء في مادة كفل ان الكفل الحظ والضعف من الاجر والاثم وعم به بعضهم والنصيب والكافل العـائل كفله يكفـله ، وكفّله اياه ، وفي القرآن العزيز وكفلها زكريا ، وقد قرئت بالتثقيل ونصب زكـريا ٠ وذكر الاخفس انه قرىء وكفيلها زكريا بكسر الفاء ٠٠ والكافل القائم بأمر اليتيم المربى له ، وهو من الكفيل الضمين ٠٠ ومنه حديث « الراب كافل » الراب زوج أم اليتيم لانـه يكفل تربيته ويقوم بأمره مـع أمه ٠٠٠ والكافل والكفيل الضامـن والانثى كفيـل أيضا وجمع الكافل كفل وجمع الكفيل كفلاء ٠ وقالوا قال للجمع كفيل كما قيل في الجمع صديق ٠٠٠ وكفل المال بالمال ضمنه ، وكفل بالرجـل يكفل كفلا وكفولا وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه واكفله اياه وكفله اياه وكفله ضمّنه ، وكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا ٠٠ وجعل الاعرابى : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد ، التهذيب ، واما الكافل فهـو الذى كفـل انسانا يعوله ، وينفق عليه ، وفي الحديث الربيب كافل وهو زوج أم اليتيم كأنـه كفل وفقه اليتيم والمكافل المجاور المحالف وهو أيضا المعاقد المعاهد ٠

(٢) جـاء فى لسان العرب فى مادة (حمل) ان الحـمالة بالفتح الديـة والغرامة التي يحملها قوم عن قوم ، وقد تطرح منها الهاء ، وتحمّل الحمالة أي حملها ، الاصعى : الحمالة الغرم تحمله عن القوم ونحو ذلك ٠

قال الليث : ويقال أيضا حمال ٠٠٠ ورجل حمال يحمل الكل عن الناس ، الازهري : الحمل : الكفيل ، وفى الحديث (الحميل غارم) هو الكفيل ، أى الكفيل ضامن ، وفي حديث ابن عمر ، كان لا يرى بأسا بالسّلم بالحميل أى الكفيل ٠

وفى مادة (قبل) قبلت بفلان قبالة فأنا قبيل أى كفيل ٠٠٠ والقبيل الكفيل والعريف ، وقد قبل به يقبل ويقبل قبالة كفله ، ونحن في قبالته أى في عرافتـه ٠ ويقال : قبّلت العامل تقبيلا ، والاسم القبالة ، وتقبل العامل تقبلا ، وفي حديث

٢٥٩٧ـ وهو عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ورضى المضمون له شرط في صحة الضمان عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٥٩٨ـ وقال ابو يوسف والشافعي ليس بشرط .

٢٥٩٩ ـ ويصح ضمان النفس ، كما يصح ضمان المال .

٢٦٠٠ـ وقد ابطل الشافعي الكفالة بالنفس .

الفاظ الكفـــالة

٢٦٠١ـ ولا فرق عندنا بين ان يقول :

كفلت لك بنفس فلان او روحه أو جسمه او جسده او رأسه أو جزء منه شائع في صحة الكفالة .

٢٦٠٢ ـ وكل عضو لو اضاف اليه الطلاق او جزء وقع ، فالكفالة اذا اضافها اليه تصح وتكون الكفالة باحضاره الى الحاكم .

فصل

مكان التسليم

٢٦٠٣ـ وذا كفل بنفس رجل على ان يسلمه في مصره ، او كفل في المصر ولم يشرط ، فسلمه اليه فى مفازة لا يبرأ فى قولهم جميعا .

٢٦٠٤ ـ وان سلمه فى مصر آخر له سلطان غير مصره برىء منه عند ابي حنيفة ، وعند ابي يوسف ومحمد لايبرأ حتى يدفعه في المصر الذى كفل فيه .

ابن عباس : (اياكم والقبالات فانها صغار ، وفضلها ربا) هو ان يتقبل بخراج أو جباية أكثر مما اعطي فذلك الفضل ربا .. والقبالة بالفتح الكفالة ، وهى في الاصل مصدر قبل اذا كفل وقبل بالضم اذا صار قبيلا أى كفيلا وتقبّل به تكفل كقبل ، وقال قبّلت العامل تقبلا وهذا نادر والاسم القبالة . وتقبله العامل تقبيلا نادر أيضا .

فصل
المبادرة بكفالة النفس

٢٦٠٥- وان كفل بنفس رجل ولم يخاطبه أحد فانه لايجوز عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٦٠٦- ويجوز في قول ابي يوسف الاخير لان ذلك شطر العقد .

توقف الكفالة بالنفس على اجازة الطالب

٢٦٠٧ - وان خاطبه انسان اجنبي فهو جائز اذا اجازه الطالب لانه عقد موقوف تام فوقف على الاجازة .

٢٦٠٨- فان خاطبه المطلوب وهو صحيح لا يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد ايضاً .

٢٦٠٩ - ولو كان المطلوب مريضا فقال لورثته اكفلوا عنى فالقياس ان لا يجوز عندهما أيضا ، والاستحسان ان يجوز .

٢٦١٠ - خلاف ابى يوسف والشافعى فى الفصلين .

فصل

٢٦١١- ولو قال المريض لاجنبي اكفل عني فتكفل فمن اصحابنا من قال هو مثل الورثة .

٢٦١٢- وقال بعضهم لايجوز وهو خلاف الورثة .

٢٦١٣-وعند ابي يوسف في قوله الاخير هذا جائز وهو قول الشافعي .

فصل
الكفالة البدلية(١)

٢٦١٤- ولو تكفل بنفس المطلوب على انه ان لم يسلمه الى الطالب غدا

---

(١) وازن هذا بالالتزام البدلي من القانون المدنى العراقى م ٣٠٢ .

او فى وقت وقته فعليه نفس فلان آخر فالكفالة الاولى جائزة بالاتفاق ، وكفالة الثاني جائزة عند ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخير ولا تجوز في قوله الاول وهو قول محمد .

فصل

التكفل بمال ان لم يحضر المكفول

٢٦١٥ ـ ولو أنه قال :
ان لم اسلمه غدا فمالك عليه علىّ فهو جائز في قولهم جميعا .
٢٦١٦ـ فان احضره في الوقت لم يلزمه ضمان المال ، وان لم يحضره لزمه المال وبطلت كفالة النفس عندهم جميعا .

فصل

٢٦١٧ـ ولو قال له: ان لم أوافك به غدا فمالك على فلان انسان آخر فعلى أو فلك علي ألف درهم فهو على الخلاف المتقدم ، لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط كالطلاق .

خلاف الشافعي .

٢٦١٨ـ وتصح في المجهول وبالمجهول

٢٦١٩ـ خلاف الشافعي . لقوله عليه السلام الزعيم غارم .
وقال « وانا به زعيم »
والغرم اللزوم في اللغة

فصل

٢٦٢٠ ـ وقالوا لو قال له : ان لم أوافك به غدا فما لفلان على فلان علي او لي لازم فالكفالة الاولى جائزة والثانية باطلة في قولهم جميعا .

فصل

٢٦٢١ ـ واذا كفل العبد بمال عن سيده بغير اذنه لم يجز واذا كان بأذنه فان اعتق المولى العبد فادى المال الى الطالب لم يرجع على المولى عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع •

فصل

٢٦٢٢ـ ولو كان على العبد دين فكفل به باذنه المولى لم يجز ، فان اعتقه المولى فى مرضه ثم مات لم تجز الكفالة عند ابي حنيفة مالم يؤد السعاية •

٢٦٢٣ـ وفي قولهما صحت الكفالة بالموت ، لان الحر ما دام يسعى فهو كالعبد عنده •

فصل

٢٦٢٤ـ واذا تكفل عن ميت بدين ، فان كان له وفاء صحت الكفالة باتفاق وكذلك ان كان له ضامن ، وان كان لم يخلف وفاء ولا ضمينا فالكفالة باطلة عند ابي حنيفة لانه دين سقطت المطالبة به على التأبيد فلم تجز الكفالة به كما لو ابرأ منه •

٢٦٢٥ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تجوز الكفالة لما روى في خبر أبي قتادة انه قال للنبي عليه السلام فى الميت الذى قدم ليصلى عليه فامتنع لاجل الدين فقال أبو قتادة : هما على دين وانت منهما برىء فعلى عليه وقياسا على دين الحي فأنه يصح ابراؤه منه •

فصل

٢٦٢٦ـ واذا اقترض النصراني من النصراني خمرا وكفل نصرانى بهما فاسلم الطالب برىء الكفيل والمطلوب باتفاق •

٢٦٢٧- واذا أسلم المطلوب برىء الكفيل والمطلوب في قول ابي حنيفة وابي يوسف .

٢٦٢٨- وقال محمد : الطالب بالخيار ان شاء اخذ من الكفيل الخمر وان شاء أخذ من المطلوب القيمة ، فان أخذ من الكفيل يرجع على المطلوب بالقيمة .

وهذه رواية علقمة بن مرثد [1] بن يزيد عن أبي حنيفة .

٢٦٢٩ - ولو اسلم الكفيل فان فى قول ابي حنيفة وابي يوسف لاشىء على الكفيل ويرجع الطالب على المطلوب بالخمر .

٢٦٣٠- وعند محمد الطالب بالخيار ان شاء أخذ من الكفيل القيمة وان شاء أخذ من المطلوب الخمر ، فان أخذ من الكفيل لم يرجع على المطلوب بشىء يعني الكفيل .

فصل

٢٦٣١- ولو لم يكن قرضا ، ولكن كان ثمن مبيع وبه كفيل فاسلم البائع أو المشترى بطل البيع وسقطت الخمرة عن الكفيل في قولهم جميعا .

٢٦٣٢- وان أسلم الكفيل فهو على الخلاف .

٢٦٣٣- وعند الشافعي البيع باطل والقرض ولا يصح الضمان بناء على أصله ان الخمر ليست بمال فى حق أحد ، وحكم الذمى والمسلم فى ذلك سواء .

فصل

٢٦٣٤- واذا ابرأ الكفيل برىء ولا يرجع على المكفول بشيء يعني الكفيل .

ولو قال الطالب برئت الى برىء الكفيل ويرجع الكفيل على المطلوب في هذين الفصلين باتفاق .

---

(١) علقمة بن مرثد - بمثلثه - الحضرمي أبو الحارث الكوفى ، روى عن سعد بن عيينة وزر بن حبيش وطارق بن شهاب والمستورد بن الاحنف وسلمان بن بريده وعبدالرحمن بن سابط والقاسم بن مخيمرة وأبى جعفر محمد بن علي ومقاتل ابن حيان وغيرهم . وعنه شعبة والثورى ومسعر والمسعودى وابو حنيفة وغيرهم . وروى له الستة . وثقة غير واحد ومات فى ولاية القسرى على العراق (تهذيب التهذيب) .

فصل

٢٦٣٥- ولو قال : برئت ، ولم يقل الى فان في قول ابي يوسف يرجع على المطلوب ، وهو بمنزلة قوله برئت الى .

وقال محمد لايرجع ، وهو مثل قوله ابرأتك .

فصل

٢٦٣٦ - ولو ان رجلا مات وعليه دين فابرأ الطالب الميت فقبل الورثة جاز ، وان رد الورثة فالدين على حاله في قول ابي يوسف .

٢٦٣٧- وفي قول محمد وقعت البراءة وسقط الدين .

فصل

قاعدة من يصح منه الضمان

٢٦٣٨- ويصح الضمان من كل جائز التصرف في ماله باتفاق .

٢٦٣٩ - فأما المحجور عليه لسفه فلا يصح ضمانه عند من يرى الحجر جائزا ، ويصح عند من ابطله .

٢٦٤٠- ولا يصح ضمان صبي ولا مجنون لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع .

فصل

ضمان من حجر عليه لاجل الفلس

٢٦٤١- واتفق الجميع على أن من حجر عليه لاجل الفلس ان ضمانه يصح لانه ايجاب مال فى الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بمال فى الذمة .

فصل

ضمان العبد بغير اذن

٢٦٤٢- واختلف في العبد اذا ضمن بغير اذن المولى فمنهم من قال يصح

ضمانه ويتبع به اذا اعتق لانه لا ضرر فيه على المولى ، لانه يطالب به بعد العتق .

٢٦٤٣ - ومنهم من قال لايصح لان عقد يتضمن ايجاب مال فلم يصح بغير اذن كالنكاح ، وهذا قولنا .

فصل

٢٦٤٤- واذا ضمن باذن المولى صح ضمانه لان الحجر لحقه فزال باذنه .

٢٦٤٥ - واختلف فيه من أين يقضي فقالوا : ان قال اقض من كسبك قضاه من الكسب .

٢٦٤٦- وان قال مما في يديك من مالى قضى من ذلك .

٢٦٤٧- وان لم يذكر القضاء فمنهم من قال يتبع به اذا اعتق لانه اذن في الضمان دون الاداء[1] .

٢٦٤٨ - ومنهم من قال يقضي من كسبه ان كان له كسب ، أو من الذى في يديه ان كان في يديه مال ، ويتعلق عندنا برقبته .

فصل

ضمان المكاتب

٢٦٤٩- واختلف في ضمان المكاتب .

فقال أصحابنا :

لايصح بغير دين المكاتبة لانه تبرع ، وان كان اذن له مولاه .

٢٦٥٠- وقال الشافعي في المكاتب وتبرعه باذن المولى على قولين ثم بناء [ذلك][2] على ذلك فى الصحة والفساد .

---

(١) هذا مثال التفرقة الفقه الاسلامي بين عنصرين في الالتزام بين المديونية (الضمان) وبين المسؤولية (الاداء) والى مثل هذه التفرقة يذهب الفقه الالماني .

(١) من نسخة قليج .

فصل

معرفة المضمون عنه اوله

٢٦٥١ـ واختلف في معرفة المضمون عنه والمضمون له من لم يعتبر الرضا، فمنهم من شرط ذلك ، ومنهم من لم يشـــترطه .

فصل

٢٦٥٢ـ وان باعه بشرط أن يضمن له الثمن ضامن لم يجز حتى يعـــين الضامن ، لان الغرض يختلف باختلاف من يضمن فهو كالرهن .

فصل

٢٦٥٣ ـ وان عين الضامن فالقياس ان يبطل البيع والاستحسان أن يصح .

٢٦٥٤ـ وكذلك قالوا اذا شرط رهن لانه ليس من مقتضى عقد البيـــع ، والاستحسان انه وثيقة بالثمن وصفة فيه فهو كالاجـل .

فصل

ما يصح الضمان به من الديون

٢٦٥٥ـ ويصح الضمان بكل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف .

وكل دين جاز أخذ الرهن به جاز ضمانه لانه وثيقة يستوفى منها الحق .

٢٦٥٦ـ واختلف في دين الكتابة فقال اصحابنا يصح الرهن به وضـمانه من أحد المكاتبين ولا يضمنه حر عنه .

٢٦٥٧ـ وقال الشافعي لايصح لانه لايلزمه اداؤه عنده .

٢٦٥٨ ـ وعندنا ليس له أن يعجز نفسه .

فصل
ضمان المجهـــول

٢٦٥٩- يصح ضمان المجهول لانه اثبات مال في الذمة فهو كالاقرار .

٢٦٦٠- وقال الشافعي لايصح كالثمن في البيـع .

٢٦٦١- واختلف اصحابنا في ضمان ابل الدية فمنهم من قال لايصح لانه مجهول اللون والصفـة .

ومنهم من قال يصح لانه معلوم السن والعدد ، ويرجع في اللون والصفـة الى عرف البلـد .

فصل
ضمان ما لم يجب

٢٦٦٢- ويصح ضمان مالم يجب كقوله :
مادانيت به فلانا فعلى ضمانه لانه عند المطالبة معلوم فهو كضمان الـدرك .

٢٦٦٣- وقال الشافعي لايصح ضمانه مالم يجب .

فصل

ضمان الدرك(١)

٢٦٦٤- واختلف اصحابه في ضمان الدرك ، وفيه اجماع سابق لمن ارتكب ذلـك .

٢٦٦٥- وقد قال الجميع انه لو قال لرجل :
الق متاعك فن البحر وعلى ضمانة أنه يصح .

---

(١) جاء فى السان العرب في مادة (درك) :
الدَرَك اللحاق وقد أدركه ... الليث : الدَرَك ادراك الحـاجة ومطلبه ، يقال بكّر ففيه دَرَك ، والدَرَك ، اللَحَق من التبعة ، ومنه ضمان الدرك في عهدة البيع ، والدرك اسم من الادراك مثل اللَحَق ... والدركة التبعة يسكن ويحرك ، يقال : مالحقك من درك فعلى خلاصه .

فصل

تعليق الضمان على شرط

٢٦٦٦ـ ويجوز تعليقه على شرط لانه يصح مع الجهالة ، ويجوز تعليقه بخطر[١] وغرر فهو كالطلاق والعتاق .

٢٦٦٧ـ وقال الشافعي : لايصح لانه اثبات مال لآدمي كالثمن .

فصل

الضمان المؤجل

٢٦٦٨ـ ويجوز الضمان حالا ومؤجلا على حسب مايشترط .

٢٦٦٩ـ وقال الشافعي : يجوز ضمان الحال الى أجل لانه رفق ومعروف.

٢٦٧٠ـ وعندنا انه لايجوز تأجيل الدين الحال وان كان رفقا ومعروفا .

٢٦٧١ـ واختلف اصحابنا هل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟

فمنهم من أجاز كما يضمن الحال مؤجلا ومنهم من قال لايجوز لانه فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا وبهذا يبطل[٢] اذا كان حالا وضمن مؤجلا ، فان الفرع بخلاف الاصل .

فصل

شرط الخيار في الضمان

٢٦٧٢ـ ويجوز شرط الخيار في الضمان عندنا .

٢٦٧٣ـ وقال الشافعي لايصح لانه عقد فهو كالبيع ولا يبطل بالشروط الفاسدة ، وقال الشافعي يبطل .

---

(١) في نسخة قليج على شرط لانه يصح مع الجهالة ويجوز تعليقه بشرط وغرر .

(٢) فى نسخة المعهد : وهذا يبطل به وما اثبتناه من نسخة قليج .

فصل

موت المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٤- واذا مات المكفول عنه بالنفس برىء الكفيل لانه سقط عنه الحضور فسقط عن كفيله ، كما لو برىء من المال برىء الكفيل .

فصل

تعذر احضار المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٥- واذا تعذر على الكفيل احضاره لبعده وغيبته تأخرت المطالبة عن الكفيل ولا يحبس ولكن يؤجل مدة ذهابه ومجيئه ، فان جاء به والا حبس ، لان التسليم يجب بحسب الامكان .

فصل

الكفالة بالحدود والقصاص

٢٦٧٦- ولا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص عند أبي حنيفة .

٢٦٧٧- وقال أبو يوسف ومحمد تجوز .

٢٦٧٨- وكان أبو الحسن يقول : تجوز عندهم جميعا .

٢٦٧٩ - وانما لا يطالبه القاضي لان المقصود بالكفالة التوثيق والقاضي مأمور بالتوصل الى درىء الحدود فلا يتوثق .

٢٦٨٠- واتفقوا على أن الكفالة بنفس الحد والقصاص لاتجوز ، لانه لايمكن استيفاء ذلك من الكفيل .

فصل

مطالبة الكفيل والمكفول

٢٦٨١- وله أن يطالب المكفول والكفيل جميعا ايهما شاء ، ولا تكون مطالبته لاحدهما ابراءً للآخر من الطلب .

٢٦٨٢- وهذا قول الشافعي أيضا .

٢٦٨٣ - وفرق أصحابنا بين هذا وبين غاصب الغاصب فقالوا :

اذا طالب احدهما لم يكن له أن يطالب الآخر ، لانه مال ثابت في ذمتهما فله أن يطالب كل واحد منهما .

٢٦٨٤- وقال ابن ابي ليلى : ليس له أن يطالب الاصيل وقد برىء بالضمان كما ليس له أن يطالب المحيل .

٢٦٨٥- وفرق أصحابنا بين المحيل وبين المكفول عنه في المطالبة .

٢٦٨٦- وسوى زفر وعافية بن زيد[1] بين الجميع ، وقال له أن يطالب الاصيل والفرع جميعا في الحوالة كالضمان .

فصل

٢٦٨٧ - وان ضمن الضامن آخر [جاز الضمان][1] لانه دين ثابت كالاصل ، والاول وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لان المضمون عنه اصل والضامن فرع فلا يجوز ان يصير الفرع اصلا والاصل فرعا ، ولانه يضمن بالضمان ما في ذمته .

فصل

وفاء المضمون عنه الدين

٢٦٨٨ - واذا قبض المضمون له الحق من المضمون عنه برىء الضامن ، لانه وثيقة فانحلت بقبض الحق كالرهن .

٢٦٨٩- وان قبض من القاضي برىء المضمون عنه لانه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين كما لو قضى الدين من ثمن الرهن .

---

(١)

فصل
ابراء المضمون عنه

٢٦٩٠- وان ابرأ المضمون عنه برىء الكفيل ، وان ابرأ الكفيل لم يبرأ المضمون عنه عندنا والشافعية ومنهم من قال يبرأ أيضا ، وهو قول داود[1] فيما رأيت في الخلاف .

فصل
باب اختلافهما في الكفالة والضمان

٢٦٩١- واذا قال الطالب للكفيل : كفلت مالى على فلان وهو ألف درهم. فقال الكفيل بل هو خمسمائة أو كفلت بالنصف من ذلك فالقول قول الكفيل والبينة بينة الطالب لانها تثبت الضمان .

فصل

٢٦٩٢ - فان قال : مالك على فلان فهو على فاقام البينة عليه بماله لزم الكفيل ذلك ، وان لم يقم البينة فالقول قول الكفيل فيما يقر به من الحق عليه .

فصل

٢٦٩٣ - واذا ادعى على عبد رجل فانكر العبد والمولى فأقام بينة بحضرة المولى فان العبد يحبس ويؤخذ منه كفيل ، في قول ابي حنيفة .

٢٦٩٤ - وقال أبو يوسف : يأخذ من العبد كفيلا ولا يأخذ من مولاه .

فصل

٢٦٩٥- واذا ادعى على رجل انه كفل بنفس فلان فانكر الكفيل فأن القاضي يحلف بالله :

---

(١) المقصود به داود مؤسس المذهب الظاهرى .

(٢) فى نسخة قليج : واذا ادعى على عبد رجل قذفا .

ماله قبلك هذه الكفالة ، ولا يحلفه ماكفلت له فى قول ابى حنيفة وابي يوسف ومحمد .

٢٦٩٦- وروى عن أبي يوسف رواية اخرى انه يحلفه بالله ماكفلت .

فصل

٢٦٩٧ - وان كانت الدعوى فى القرض ، يحلف بالله ما استقرضت ، الا أن يعرض المطلوب بأن الانسان قد يستقرض ويرد فحينئذ يحلفه بالله ماله قبلك هذا الحق .

فصل

٢٦٩٨- واذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بأمره وانكر الكفيل فالقول قوله ، فان أقام المدعي البينة وقضى عليه بها واخذ منه كفيلا كان له أن يرجع على المطلوب فى قول الثلاثة من علمائنا .

٢٦٩٩ - وقال زفر لا يرجع لانه قد انكر فى أول أمره .

فصل

٢٧٠٠- ولو كفل عن رجل الى سنة فمات الكفيل قبل السنة حل ماعليه وللطالب أن يأخذ من ماله كما يأخذ من مال الاصيل لو مات ، ثم لايرجع ورثة الكفيل الا بعد مايحل الاجل في قول علمائنا الثلاثة ، ويرجع في قول زفر في الحال .

فصل

٢٧٠١- وكل عين أمانة في يد الغير كالوديعة والعارية والمستأجرة أو مضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع والرهن في يد الراهن فان ضمان ذلك لايصح لانها أمانة .

٢٧٠٢- وكل عين مضمونة على الانسان كالمغصوب والمبيع الفاسد والمقبوض على سوم البيع فانه يصح ضمانه ويلزم تسليمه وان هلك وجب على الضامن القيمة.

٢٧٠٣- فان ضمن تسليم المبيع وما يجب تسليمه على من هو في يده صح الضمان.

٢٧٠٤ - وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة وما ذكرنا اصوله[1]، ولما كان الضمان ضم ذمة الى اخرى وكانت الحوالة تشبه الضمان في انها يستوفي فيها الحق وجب ذكرها.

---

(١) انظر ما قلناه بصدد خصب جوانب الكفالة فى الفقه الاسلامى مقالتنا، الصلة بين عقد التأمين فى القانون وبين عقد الكفالة فى الفقه الاسلامي، مستلة من من العدد الاول من مجلة القانون والاقتصاد.

كتاب الحوالة

جواز الحـــوالة(١)

٢٧٠٥ـ اعلم ان العلماء اجمعوا على جواز الحوالة في الجملة ، وان اختلفوا في مواضع ذلك وشرائطه لقوله عليه السلام من احيل على ملىء فليبعه [وقوله فظل الغنى ظلم ، واذا اتبع احدكم على ملىء فليتبع] .

٢٧٠٦ـ وقال أصحابنا :

ولا تجوز الا بالديون الثابتة في الذمم ولا تجوز بالاعيان ، لانها مأخـــوذة من التحويل وتحويل ما في ذمة الى اخرى ممكن ، والاعيان يجب تســـليمها ، والتسليم لايتحول من عين الى اخرى .

٢٧٠٧ـ وسائر الديون سواء .

٢٧٠٨ـ وقال الشافعي :

لاتجوز الا على كل دين يجوز بيعه كعوض القرض وبذل المتلف ، فأما مالا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به .

قال لان الحوالة بيع فى الحقيقة لان المحتال يبيع مافى ذمة المحيل بما فى ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع مافي ذمة المحال عليه بما عليه من الدين فلا يجـــوز الا فيما يجوز بيعه .

---

(١) أحال الغريم زجاه عنه الى آخر والاسم الحوالة . اللحيانى : يقال للرجل اذا تحول من مكان الى مكان أو تحـول على رجل بدراهم حال وهو يحول حولا ، ويقال : احلت فلانا على فلان بدراهم احيله احالة واحالا ، فاذا ذكرت فعـــل الرجل قلت : حال حـــولا ، واحتال احتيالا اذا تحـــول هو من ذات نفســـه . الليث : الحوالة احالتك غريما ، وتحول ماء من نهر الى نهر ، ابو منصور : يقال : احلت فلانا بماله علي وهو كذا درهمـــا على رجل آخر لى عليه كذا درهمـــا احيله احالة فاحتال بها عليه ، ومنه قول النبي (ص) «اذا احيل احدكم على آخر فليحتل» ، قال ابو سعيد : يقال للذي يحال عليه بالحق حيّل والذي يقبـــل الحوالة حيل وهما الحيلان كما يقال البيعان واحال عليه بدينه والاسم الحوالة (لسان العـرب) .

(٢) من نسخة قليج .

فصل

جنس المال المحال

٢٧٠٩- واختلف في جنس المال الذى يقبل الحوالة وتجوز به .

٢٧١٠- فمنهم من قال لاتجوز الا فيما له مثل كالاثمار والحبوب وما اشبهها لان المقصد بالحوالة ايصال الغريم الى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ، ولا يمكن ذلك الا فيما له مثل ، ولا يجوز فيما سواه .

٢٧١١- ومنهم من قال : تجوز بكل ماثبت في الذمة بعقد السلم لانه مال ثبت فى الذمة يجوز بيعه كذوات الامثال .

فصل

معلومية المال في الحوالة

٢٧١٢- ولا تجوز الا بمال معلوم لانه لايجوز الرجوع الى احد منهما دون صاحبه .

٢٧١٣- واختلف اصحاب الشافعي في ابل الدية فمنهم من قال لايجوز بيعها .

قالوا وهو الصحيح لانه مجهول الصفة ولا يجوز السلم فيه .

ومنهم من جوزه لانه معلوم العدد والسن فجاز الحوالة به .

فصل

تساوي الحقين

٢٧١٤- ولا تجوز الا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول والتأجيل .

٢٧١٥- فان اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة لانها ارفاق كالقرض .

فصل

٢٧١٦ ـ وان كان لرجل على رجلين ألف ، على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه الخمسمائة التى عليه فأحال عليهما رجلا له عليه ألف على ان يطالب من شاء منهما بألف فقد اختلف فى ذلك .

٢٧١٧ ـ فمنهم من جوز ذلك ، وقال تصح الحوالة لانه لا يأخذ الا قدر حقه .

٢٧١٨ـ ومنهم من قال لاتصح لانه سيستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة وذلك لايصح ، ولان الحوالة بيع فاذا خيره بين الرجلين صار كأنه قال : بعتك أحد هذين الثوبين ، وينبغي على قول اصحابنا أن يشترط الخيار كالبيع .

فصل

الحوالة على من لا دين عليه

٢٧١٩ـ وتجوز الحوالة على من له عليه دين ومن لا دين له عليه كما تجوز الكفالة .

٢٧٢٠ـ ومن أصحاب الشافعي من قال لاتجوز الا على من له عليه دين لانه بيع مافي الذمة بما في الذمة .

٢٧٧١ـ وقال بعض اصحابه يطالب بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه فان قضاه باذنه رجع على المحيل وان قضاه بغير اذنه لم يرجع .

فصل

رضا المحتال

٢٧٢٢ـ ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال لانه نقل من ذمة الى غيرها فاعتبر رضا صاحب الحق كما لو باعه بالدين عينا .

فصل
رضا المحال عليه

٢٧٢٣- وكذلك يعتبر رضا المحال عليه .

٢٧٢٤ - وقال الشافعي ان كان لا حق له عليه اعتبر رضاه اذا صح الحوالة، وان كان له عليه حق فرضاه شرط عند المزني والاصطخرى ، قالوا والمذهب انه لا يعتبر رضاه .

لان رضا المحال شرط فكذلك المحتال عليه ، ولا يشبه الوكيل بالقبض ، لانه لا يجب عليه الدفع اليه ولا التسليم ، وهو يقبض نفس ماعليه لا على سبيل العوض ، وفي مسئلتنا بخلافه .

فصل

٢٧٢٥- واذا صحت الحوالة فليس له أن يطالب المحيل مادام الحق يقدر على استيفائه .

٢٧٢٦- وقال الشافعي : قد برئت ذمة المحيل ولا يرجع على المحيل بحال .

٢٧٢٧- وقال زفر وعافية بن زيد : له المطالبة لكل واحد منهما كما نقول في الضمان لانه نقل الحق الى محل آخر فصار كما لو باعه عينا ، ولانه قادر على استيفاء حقه فهو كما لو آجره عينا بمال عليه .

فصل
افلاس المحال عليه وجحوده

٢٧٢٨- واذا احاله على ملجأ فافلس أو جحد الحق وحلف أو مات مفلسا فأنه يرجع على المحيل عند أبي يوسف ومحمد في هذه الوجوه الثلاثة .

٢٧٢٩- وقال أبو حنيفة لا يرجع الا اذا جحد وحلف أو مات مفلسا ، فأما اذا فلسه القاضي وحجر فليس له الرجوع .

٢٧٣٠- وقال الشافعي لا يرجع بحال .

٢٧٣١ ـ لانه لم يسلم له ما عاوضه عن حقه فكان له الرجوع ، كما لو باعه عينا فهلكت قبل القبض ، لانه قد تعذر عليه الوصول الى حقه قبل قبضه فصار كالمبيع اذا هلك في يد البائع رجع المشترى بالثمن عليه ، كذلك هذا .

فصل

٢٧٣٢ـ واختلف أصحاب الشافعي اذا احاله على رجل بشرط أنه ملىء فبان انه معسر .

٢٧٣٣ـ قال المزني لا خيار له .

٢٧٣٤ـ وانكر ابو العباس هذا وقال :

له الخيار لانه غره بالشرط .

فصل

٢٧٣٥ـ واذا اشترى رجل سلعة بالف ثم أحل المشترى البائع بألف على رجل ، ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فقال ابو حنيفة وصاحباه وهو اختيار ابي علي الطبرى لاتبطل الحوالة ، ويطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشترى على البائع بالثمن لانه قد تصرف في أحد العوضين فلا يبطل بالرد .

٢٧٢٦ـ وقال المزني وابو اسحق تبطل الحوالة .

٢٧٣٧ ـ وهو قول زفر ، لان الحوالة بالثمن ، وقد انفسخ البيع فيه فبطلت الحوالة لبطلان ماترتب عليه .

٢٧٣٨ـ ولو استحق المبيع أو وجد حرا بطلت الحوالة باتفاق لان التصرف وقع باطلا في الابتداء .

المحيل والمحتال

٢٧٣٩ـ قال أصحابنا :

واذا طالب المحال عليه بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ، وكان عليه مثل الدين لان المحال عليه لما قبل الحوالة وجب له في الظاهر مثلها لما على المحيل ، فاذا ادعى المحيل انه كان له عليه مثله فقد ادعى خلاف الظاهر ، والاصل براءة ذمة المحال عليه فلا يقبل قوله عليه بغير بينة .

فصل

٢٧٤٠- وان طالب المحيل المحال بما أحاله به وقال : اني أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك ، فالقول قول المحيل لانه قد يحيله ليستوفي ، ويستوفي لنفسه ، فلا يوجب عليه المال بالشك .

فصل

٢٧٤١- وان أحال رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ، ثم اختلفا : فقال المحيل :

وكلتك .

وقال المحتال :

بل أحلتني .

فالقول قول المحيل اذا اختلفا في اللفظ بلا خلاف لانهما اختلفا في اللفظ فكان القول قول من يستفاد من جهته الحكم .

٢٧٤٢- وان اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل :

وكلتك .

وقال المحتال :

بل أحلتني .

فمنهم من قال : القول قول المحتال لانه اللفظ يشهد له بما قال، ، ومنهم من قال القول قول المحتل لانه يدعي بقاء الحق في الذمة ، والمحتال يدعي انتقال الحق .

فصل

٢٧٤٣- وان قال المحيل احلتك .

وقال المحتال بل وكلتني فهو على الخلاف المتقدم أيضا ، منهم من قال الصحيح قول المحتال لانه ينفي الضمان ، ولهذا اذا اقاما بينة قبلت بينة المحيل لانها تثبت القضاء .

فصل

السفاتج (١)

٢٧٤٤- قال أصحابنا :

وتكره السفاتج لانها قرض استفيد فيه خطر الطريق ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جَرّ منفعة ، ولانها تمليك دراهم بمثلها ، فاذا اشترط الدفع في بلد آخر فقد صار مؤجلا والاجل لايصح في الاعيان ، وهذا هو القياس . اذا لم يشترط الدفع في بلد آخر فاستحسنوا وقالوا لايكره لان المردود في القرض جعل كالمقبوض ابتداءً فصار كالاعيان ، وتأجيل العين لايصح، فلم يكن ذلك تأجيلا فلذلك لم يكن .

فصل

٢٧٤٥- واذا قال المحال عليه للمحتال :

ابرأني من المال وانكر فالقول قول المحتال انه لم يبرىء ، فان اقاما بينة فالبينة بينة المحتال عليه لانها تشهد بخلاف الظاهر .

وان نكل عن اليمين برىء المحال عليه ، وليس له أن يرجع على المحيل في البراءة والنكول لانه قد سقط حقه فلا يثبت له الرجوع .

وليس ذلك كما لو جحد الحوالة وحلف لانه لم يستوف ما وجب له .

٢٧٤٦- وهذه اصول هذا الكتاب ، وفيه فروع كثيرة ، واذ قد ذكرنا حكم البيوع وما ذكرنا من الحوالة بالثمن والكفالة والرهن وما قدمناه ، وكانت الاجارة في حكم بيع المنافع وجب أن نذكرها في هذا الموضع .

---

(١) السفتجة هى البويصة فى مصطلح قانون التجارة العراقي المرعي .
انظر الهامش (١) في الصحيفة (٦٧) من كتابنا المبسوط في الاوراق التجارية

كتاب الاجـارة

وهذا كتاب الاجارة(١)

تعـــــريف

٢٧٤٧ ـ اعلم ان الاجارة عقد على منفعة ببدل ٠

جوازهـــا

٢٧٤٨ ـ والقياس كان يقضى ان لا تجوز لأنها عقد على معدوم ، واليه ذهب

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (أجر) :

الاجر : الجزاء على العمل ، والجمع أجور ، والاجارة من أجر يأجر ٠ وهو ما أعطيت من أجـر في عمـل ٠

والاجر الثواب ، وقد اجره الله ياجُرُه وياجِرُه أجرا ، وآجره الله ايجـار وأْتَجر الرجل تصدق وطلب الاخر ، وفى الحديث الاضـاحى : « كلوا وادخروا وأتجرو » أي تصدقوا طالبين للاجر بذلك ٠٠٠

آجره يؤجره اذا أثابه او اعطاه والاجر والجزاء ، وكذلك أجره يأْجُره ويأْجِره والامر منهما : آجِرنى واجرنى ٠ وأجر المملوك يأجره اجراً فهو مأجـور ، وآجره يؤجره آيجارا ومؤاجرة ، وكل حسن من كلام العرب ٠

وآجرتعبدي اوجره ايجاراً فهو مؤجر ٠

وأجر المرأة : مهرها ، وفي التنزيل : « يا ايها لنبي انا أحللنا لك ازواجك اللاتي آتيت اجورهن » ٠

وآجرت الامة البغية نفسها مؤاجرة أباحت نفسها باجر ، وآجـر الانسـان وستأجره ٠

والاجير المستأجر وجمعه اجراء ٠٠ والاسم منه الاجارة ٠

والاجرة : الكراء ، تقول استأجرت الرجل فهو يأجرنى ثمانـى حجج اى يصير أجيري واْتَجَر عليه كذا من الاجرة ٠٠

وآجرته الدار اكريتها والعامة تقول : واجرته ٠

والاجرة والاِجارة والاُجارة ما أعطيت من أجـر ٠ قـال ابن سيده : وأرى ثعلبا حكى فيه الاجارة بالفتح ٠

وفي التنزيل العزيز : « على آن تأجرنى ثمانى حجج » قال الفراء يقـول : ان تجعل ثوابى ان ترعى على غنمى ثمانى حجج ، وروى يونس معناهـا عـلى ان تثيبنى على الاجارة ٠

أبو حنيفة وصاحباه[1] .

٢٧٤٩ ـ والاستحسان ان تجوز لأن الله تعالى قال :

« فان أرضعن لكم فاتوهن أجورهن »[1] واجر النبي عليه السلام والصحابة استأجرت وأجرت ، وهو فعل جميع المسلمين فى سائر الاعصار .

قاعـــــدة
ما تجوز اجارته

٢٧٥٠ ـ وكل عين لها منفعة تجوز اجارتها وان كان بيعها لا يجـور كالحر وأم الولد والوقف ، لأنه عقد على منفعة فهو كالنكاح يجوز على الحـر والعبد .

٢٧٥١ ـ وتجوز اجارة العقار والضياع والمنازل والحـــوانيت والســفن والحيوان الجمال والدواب والرقيق والبغال والحمير والبقر والآت الصناع كلها والمكاييل والموازين والبسط والزلالى[1] والغرف والبساتين .

انـــواع الاجـــارة

٢٧٥٢ ـ والاجارة على نوعين :

اجارة مدة واجارة عمل .

ذكـــر المـدة والعمـل

٢٧٥٣ ـ فكل عين يجوز ان يستأجرها مدة معلومة لينتفع بها فيها فهو جائز .

---

(١) في نسخة المعهد : الاحمر وصاحبه وفى نسـخة قليج : (لا) ثم فراغ قليل ثم (وصاحبه) وهو غلط والصواب ما اثبتناه .

(١) كذا وفي نسخة (قليج) الزلال ولا معنى له ههنا اذا افهم على ان المقصود به زلال البيض وانما قصد به المؤلف «البسط والزوالي» والبساط فى لهجـــة العراق الى اليوم هو نوع من المنسوجات الصوفية تفرش في الغرف شتاء والزولية وجمعها زوالى هي فراش منسوج من الصوف ، يفرش في الغرف شتاء طلبـــا للتدفئة .

وان شرط عملا فى المدة بطلت الاجارة لانه لا يجمع ذكر المدة والعمل في العقد .

٢٧٥٤ ـ فان ذكر المدة سكت عن العمل ، وان ذكر العمل سكت عن المدة .

٢٧٥٥ ـ فان استأجر دارا شهرا لم يحتج الى بيان ما يعمل فيها .

٢٧٥٦ ـ وان استأجر رجلا مدة ليستعمله فى عمل من الاعمال جاز .

٢٧٥٧ ـ فان قال له على ان يخيط اليوم هذا القميص فالاجارة فاسدة ، فان خاط القميص فله الاقل من أجرة المثل والمسمى عندنا .

٢٧٥٧ ـ وهذا شأن جميع الاجارات الفاسدة .

٢٧٥٨ ـ وقال الشافعي تجب اجرة المثل بالغا ما بلغ .

فصل

٢٧٥٩ ـ ولا تجب اجرة المثل فى الاجارة الفاسدة الا باستيفاء المنفعة دون التمكن كما لا يجب المهر فى النكاح الفاسد الا بالوطىء دون العقد .

٢٧٦٠ ـ وقال الشافعي تجب الاجرة بالتمكن كما تجب فى الصحيح وفرق بين النكاح الصحيح والفاسد .

٢٧٦١ ـ ولا فرق بين فاسد الاجارة وفاسد النكاح .

فصل
المدة

٢٧٦٢ ـ وكل مدة معلومة تجوز الاجارة اليها عندنا .

٢٧٦٣ ـ وقال الشافعي : لا تجوز أكثر من سنة ، وفيما زاد على ذلك قولان أحدهما لا تجوز فوق ثلاث سنين ، وفى قول آخر فوق ثلاثين سنة ، لأنها مدة معلومة فصارت كالسنة والعمل[1] على القول الاخر .

استئجار العبد

٢٧٦٤ ـ واختلف أصحابنا فى استئجار العبد مدة لا يمكن فى الظاهر أن

---

(١) الكلمة غير واضحة فى نسخة المعهد وفى نسخة (قليج) السنين .

يعيش اليها ، فمنهم من اجز ذلك ، ومنهم من قال لا تجوز كاجارة العبد ألف سنة وما زاد على ما يعيش اليه الناس في الغالب .

فصل

٢٧٦٥ – ولا فرق عندنا بين ان يؤجره المدة في اولها او مدة لم تحضر كمن أجر [في] شعبان وهما فى رجب جاز عندنا .

٢٧٦٦ – وقال الشافعي لا تجوز .

٢٧٦٧ – ولا فرق بين ان يؤجرها من المستأجر او من غيره ، ومنهم من فرق .

بيع العين قبل مدة الاجارة

٢٧٦٨ – وهل للمؤجر ان يبيع العين قبل المدة ؟

فيه روايتان :

احداهما يجوز ، والاخرى لا يجوز .

فصل
اجارة المشاع

٢٧٦٩ – ولا تجوز اجارة المشاع عند ابى حنيفة من غير الشريك ، وفى الشريك روايتان احداهما لا تجوز ، وهو قول زفر .

وفى الاشاعة الطارئة روايتان فى ابطال الاجارة :

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي اجارة المشاع جائزة .

ولا فرق بين الشريك وغيره

ولا فرق بين ما يحتمل القسمة ومالا يحتمل .

ولا بين الطارىء والمقارن فى ذلك لان كل ما جاز بيعه جازت اجارته كالمفرز .

فصل

اجارة شهر بدرهم

٢٧٧١ ـ وتصح فى الشهر الواحد .

وكلما دخل من شهر يوم صحت اجارة جميعه كذلك ابدا .

وقال الشافعي باطلة فى الجميع .

٢٧٧٢ ـ فاتفق الجميع على انه لو باع صبرة كل قفيز بدرهم صح في القفيز الواحد وفيما زاد اجازه الشافعي فى جميعها .

فصل

بيان أول المدة

٢٧٧٣ واذا استأجر دارا شهرا وأطلق المدة صح العقد وكان أول المدة عقد العقد .

٢٧٧٤ ـ وقال الشافعى لايجوز حتى يبين أول المدة ويذكره .

فصل

ما يجوز وما لا يجوز في الاجارات

٢٧٧٥ ـ لا تجوز اجارة دار بدار .

٢٧٧٦ ـ وتجوز اجارة عبد بدار .

٢٧٧٧ ـ واجاز الشافعي الجميع .

٢٧٧٨ ـ واتفقوا انه لا يجوز ان يكون النفع فى مقابلة البضع .

٢٧٧٩ ـ واجازوا ان يكون ما عليه من الدين فى مقابلة ما عمله له .

فصل

بيع ما أجره

٢٧٨٠ ـ واختلفوا فى بيع ما أجره فى المدة .

٢٧٨١ ـ فاوقف اصحابنا البيع فيه .

٢٧٨٢ ـ وقال أبو يوسف الاجارة كالعيب فان رضى لزمه البيع ، وان لم يعلم فهو بالخيار في فسخ البيع .

٢٧٨٣ ـ واجاز الشافعي البيع فى جميع الاحوال .

فصل

اجـــارة الحيـــوان

٢٧٨٤ ـ واجاز اصحابنا اجارة الكلب وسائر الحيوان وبيعه •

٢٧٨٥ ـ وقال الشافعى لا يجوز (بيعه) وفى اجارته وجهان احدهمـــا لا تجوز والاخر تجوز •

فصل

اجارة الفحـل للعزاب

٢٧٨٦ ـ ولم يجز أصحابنا اجارة الفحل للضراب[1] •

٢٧٨٧ ـ وهو المذهب عند الشافعي •

٢٧٨٨ ـ ومن أصحابه من اجاز الاجارة •

٢٧٨٩ ـ وهو قول مالك •

٢٧٩٠ ـ لانه لا قيمة له ، وهو محرم ، وفيه نهى عن النبى عليه السلام •

فصل

بيان حصـة السنة

٢٧٩١ ـ واذا استأجر دارا سنين ولم يبين حصة كل سنة جاز •

٢٧٩٢ ـ وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين •

٢٧٩٣ ـ ولو وجب بيان الحصة للسنين لوجب بيان حصة الشهور والايام•

---

(١) ضرب الفحل الناقة يضربها ضرابا نكحها ، قال سيبويه ضربها الفحـل ضرابا كالنكاح والقياس ضربا ولا يقوله كما لا يقولون نكحا وهو القياس •• وفى الحديث انه نهى عن ضراب الجمل وهو نزوه على الانثى ، والمراد بالنهى ما يؤخذ عليه من الاجرة لا عن نفس الضراب ، او تقديره نهى عن ثمن ضراب الجمل ، كنهيه عن عسيب الفحل أى عن ثمنه ، فقال ضرب الجمل الناقة يضربها اذ انزى عليها، واضرب فلان ناقته أى انزى الفحل عليها • (لسان العرب) •

فصل

موت العبد المستأجر

٢٧٩٤ ـ ولو مات العبد المستأجر قبل مدة الاجارة لم تجب اجرة ما بقى عندنا .

٢٧٩٥ ـ وقال بعض الفقهاء تجب كما يجب المهر .

فصل

انقضاء الاجارة

٢٧٩٦ ـ الاجارة تبطل بموت كل واحد من المتعاقدين عندنا .

٢٧٩٧ ـ وقال الشافعى لا تبطل .

٢٧٩٨ ـ والنكاح لا يبقى بعد الموت ، ولا تستوفى المنافع من ملك غير العاقد .

فصل

كيفية حلول اجرة الدار والعمل

٢٧٩٩ ـ وتجب اجرة الدار حالا فحالا ، وان كان عملا فعند الفراغ من العمل لان المنافع غير مملوكة فلا يملك الاجرة .

٢٨٠٠ ـ وقال الشافعى تجب بنفس العقد ، وهو قول زفر .

٢٨٠١ ـ وقد روى عن ابى حنيفة ان الاجرة لا تجب الا بعد انقضاء المدة والفراغ من العمل فى قوله الاول .

فصل

استئجار ما اجره

٢٨٠٢ ـ واذا استأجر ما أجره لم يجز عندنا .

٢٨٠٣ ـ وقال الشافعي يجوز ، لأنه يستوفى على حكم ملكه فلا يجوز استيفاء المنفعة بحكم عقد الغير كما لو اشترى زوجته من المولى .

فصل

٢٨٠٤ ـ ولا يجوز ان يؤجر ما استأجره قبل قبضه كما لا يجوز بيع ما اشتراه قبل القبض .

٢٨٠٥ ـ وقال الشافعي يجوز .

فصل

شرط الخيار فى الاجارة

٢٨٠٦ ـ ويجوز شرط الخيار فى الاجارة •

٢٨٠٧ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

خيـــار العيـــب

٢٨٠٨ ـ واتفق الجميع على انه يثبت خيار العيب فى ذلك •

فصل

المحمـــل المغطـــى

٢٨٠٩ ـ ولو اكترى محملا مغطى الى مكة ولم يشاهده جاز •

٢٨١٠ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

٢٨١١ ـ واذا استأجر دابة فله ان يرد بدل ما أكل من زاد وشرب من مـاء بحسب العادة •

٢٨١٢ ـ وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

اجـارة المجهـول

٢٨١٣ ـ ولا تجوز اجارة مجهول ، ولا بدل غير معلوم كما لا يجوز فى البيع •

اجارة الظئر

٢٨١٤ ـ واختلف فى الظئر اذا استأجرها بطعامها وكسوتها •

فاجاز ذلك أبو حنيفة ، وجعل ذلك موكولا الى أهل الصبي •

٢٨١٥ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز ، وهو قول الشافعي •

فصل

٢٨١٥ ـ واذا أجر بجنس ما استأجر لم يطب له الربح حتى يعمل فى الدار عملا يزيد به النفع •

٢٨١٦ • وقال الشافعي يطيب •

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
0036759503

KBL
.S54
v.1

MAR 2 0 1972